

מקומו של רעיון האשם בדיני הביטחון הסוציאלי

מאת

ד"ר אריה לי מילר *

- א. פתח דבר. ב. אשם מדו? חלק ראשון: אשם בגרימת הפיכת המבוטח.
ג. אשמת המעביד. 1. ביטוח נפגעי עבודה – פגיעה שנגרמה מתוך רשלנות.
2. פגיעה שנגרמה במתכוון. 3. ביטוח דמי מחלה. 4. אשמת צד שלישי.
1. כללי. 2. חבר לעבודה. 3. תלוי. 4. אשמת המבוטח. 1. כללי.
2. ביטוח שאירים. 3. ביטוח נפגעי עבודה וחוקי גימלאות מיוחדים. 4. ביטוח
נפגעי תאונות. 5. ביטוח אבטלה. 6. ביטוח נכות וחוקי נכות מיוחדים.
7. ביטוח דמי מחלה. 8. ביטוח בריאות. 9. סיכום. 10. אשמת הצוקק.
חלק שני: אשם שאינו קשור בגרימת הפיכת המבוטח. 1. אשמת המבוטח.
1. אי-תשלום דמי ביטוח או הפרת חובות בקשר למס-הכנסה. 2. מירמה.
3. אי-מתן עזרה למשלם הגימלאות במימוש זכות השיפוי שלו. 4. אי-
התייצבות לבדיקות. 5. סוף דבר.

א. פתח דבר

אשמת האדם הינה מושג עתיק בהלכה, ושיטת משפט שבה רעיון האשם לא יתפוש מקום חשוב אינה ידועה בדבריי-הימים ואינה קיימת אף בימינו. עם זאת כידוע התפקיד שרעיון זה מילא בתקופות שונות בתולדות המשפט, וחשיבותו היחסית בתחומים או בענפים שונים של הדין המודרני אינם זהים ובלתי-משתנים.

כך בנוגע לאחריות האזרחית – הגזקית והחזוית כאחת – נאמר שכיום עקרון האשם איננו אלא מיתוס וכי אין לו שום ערך אינהרנטי, ובקשר לזה דובר בשקיעתה של אחריות זו כשיטת פיצוי בעד נזקי גוף¹. מצב זה התפתח בעיקר כתוצאה מהופעתם, במקומות רבים בעולם (לרבות ישראל), של האחריות שלא על בסיס של אשם וביטוח האחריות – וכמו-כן של שילובם של השניים – ביחוד בתחומים כגון הבטחת פיצויים

* חוקר בדרגת פרופסור-חבר במכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ראה A. Tunc, *La responsabilité civile* (Paris 1981), Nos. 139–144, כשדעה זו רוחת בקרב חכמי המשפט. השווה L. Solyom, *The Decline of Civil Liability* (Buda-pest 1980); S. Jorgensen, "The Decline and Fall of the Law of Torts" 18 *Am. J. Comp. L.* (1970) 39, 50; W. F. Foster, "Some Comments in Favour of the Abolition of Fault Law" 8 *Akron L. Rev.* (1974) 57.

לנפגעי תאונות-דרכים, וכמידה פחותה מזו — לנפגעים ממוצרים פגומים. כתופעת לחאי של החידושים הללו בשטח המשפט הפרטי ראוי להצביע על פיתוח ניכר בערכו המוסרי של רעיון האשם, במובן זה שיישומו של יסוד האשם כבר אינו תואם את דרישות המוסר.²

ומה בנוגע לחשיבותו של עקרון האשם בתחומם של דיני הביטחון הסוציאלי, שהוא ענף חדש-יחסית של המשפט אשר זה לא כבר מלאו מאה שנים לקיומו? סוגיא קשה זו העסיקה את מומחי הענף, ולפני כ-14 שנה היא אף נדונה כאחד מנושאי המרכזיים של כנס בינלאומי רב-משתתפים.³ בדיני הכנס, כמו בהודמנויות אחרות, הסתבר שאין בקרב מלומדי המשפט תמימות-דעים בשאלה הנ"ל; בעוד שחלק ניכר מן המומחים לא היו ערים לכך שבתחום הביטחון הסוציאלי יסוד האשם שוב אינו יכול לתפוש את מקומו המסורתי, סברו האחרים כי בתחום זה תפקידו הצטמצם במידה משמעותית ביותר.

כך נאמר, בין השאר, כי הביטחון הסוציאלי מגן על בני-אדם מפני הפגעים הרעים למיניהם שבחיינו, ללא שים לב למקורם, לרבות על אלה שגרמו לפגיעתם במו"דים;⁴ שהגמלאות נועדו באופן בלעדי להבטיח את שחרורם של בני-אדם ממחסור;⁵ כי האשם אינו מבחן מתאים לקביעת פיצויים ואינו מתיישב עם מטרתו העיקרית של הביטחון הסוציאלי, שהיא מניעת הצורך;⁶ כי מושג האשם סופו להיעלם כליל מתחומו של הביטחון הסוציאלי;⁷ ושאת הישרדותו של רעיון האשם בתחום שבו עסקינן יש לזקוף לעובדה שהפרופסורים למשפטים והשופטים מסתכלים אל העבר במקום להפנות את מבטם אל העתיד — דהיינו: לשמרנותו של המשפט ואי-יכולתו לתולל שינויים.⁸

פרופ' ליון-קאן, שהיה המדווח הכללי בנושא הנדון בכנס שהוזכר למעלה, הרחיק לכת באומרו כי "עצם ניסוח השאלה על האשם בביטחון הסוציאלי צורם את האוזן של כל משפטן בר-דעת... ואם הכוונה היא לאשמתו של הקורבן גופא, הרי פירוש הדבר הוא להפנות עורף לכל קידמה, המטיפה דווקא להרשטת סיוע לנזקקים לו, מבלי לשאול אותם האומנם לא היו יכולים למנוע מלהיקלע למצבם הנוכחי". מסקנתו היא אפוא ש"אין להתנהגות הנגועה באשם כל רלבנטיות למשפט הסוציאלי", שכן "האשם הוא הר-גשע כבוי — מושג שאבד עליו הכלח".⁹

מניסוח חריף זה ניתן היה להתרשם, כי כל המדבר כך יסיק את המסקנות המעשיות

2. ראה טנק (לעיל, הערה 1), שם.
3. ראה "Le rôle de la faute dans le droit de la sécurité sociale" *Actes du VIIème Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale* (Varsovie, 1970), vol. II, 11—491. (להלן *Actes...*)
4. ראה טנק (לעיל, הערה 1), במס' 21, 24, 31.
5. ראה R. Persiani, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 250.
6. ראה A. Harvey & P. O. Higgins, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 211, 221—222, 224.
7. ראה E. Alfandari, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 203; A. D. Woolf, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 475.
8. ראה C. W. Summers, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 487.
9. ראה G. Lyon-Caen, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 11, 438.

המתבקשות מהעמדה החדשנית המובאת בהתבטאויות הללו; ולא היא: הכול נשאר במישור ההצהרתי גרידא, שכן כשהמחבר עובר לניתוח יישומה של השפעת האשם במקרים קונקרטיים שונים שבהם מתעוררת השאלה בתחום דיני הביטחון הסוציאלי מתברר, למעשה, שאין דעתו שונה אלא במעט מאלו הרזוחות בעניין זה – המשוחזרות לאשם תפקיד בלתי-מבוטל. מן הראוי להוסיף, שבאופן כללי גם מחברים אחרים לא שללו תפקיד זה במישור המעשי, אלא רק במקרים נדירים.

לעניות דעתי, מצב זה מעיד על כך שבמקרים שונים התפקיד האמיתי של האשם בתחום הדיון לא הובן כהלכה – רוב המומחים לא השכילו לרדת לעומקה של סוגיא סבוכה זו. מכיוון שכך, ובהתחשב בחשיבותה המעשית והתיאורטית של הסוגיא האמורה, אקדיש רשימה זו לניתוח המקרים העיקריים הרלבנטיים לענייננו במגמה ללבן את בעיית מקומו של רעיון האשם בדיני הביטחון הסוציאלי.

ב. אשם מהו?

חכמי המשפט מאוחדים בדעה, שבדרך-כלל¹⁰ מתייחס המונח "אשם" בדיני הביטחון הסוציאלי למושג המקביל, המקובל בתחום האחריות האזרחית¹¹. ומכל מקום, במסגרת דינים אלה אין למושג אשם כל משמעות משלהם, כלומר: אוטונומית¹².

הגדרת האשם היא אחת המשימות הקשות ביותר בתחום דיני האחריות האזרחית¹³, ומסתמא אין טעם להיגרר לוויכוחים שהתעוררו בקשר לשאלה זו. לכן אסתפק בקביעה, שלפי ההגדרה המקובלת האשם הוא התנהגות בלתי-נכונה (erreur de conduite)¹⁴, מזיקה או פוגעת¹⁵. לאשם שני יסודות: היסוד הפיסי, שהוא מעשהו של המזיק, או מחדל, כמשמעותם בסעיף 64 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)¹⁶; והיסוד הנפשי, דהיינו: יחסו הנפשי של המזיק כלפי פעולתו ותוצאותיה.

10 ראה G. P. Wannagat, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 312, הגורס כי בעניינים אחדים משתמש המשפט הסוציאלי במושג האשם של דיני העונשין.

11 ראה, למשל, H. Krejci & H. Schmitz; E. Modlinsky, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 279, 51. ראה גם הערה 10.

12 ראה, לדוגמא, אלפנדארי (לעיל, הערה 7), בעמ' 186; H. B. M. B. Boitelle, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 270. לעיתים משתמשים בקשר לדינים הנ"ל במושג האשם של דיני העונשין, אלא שההוראות המתייחסות למקרים אלה (כגון הטלת עונשים על הפרת כללי הבטיחות בעבודה או על השגת גימלאות באמצעות מרמה) שייכות למשפט הפלילי ולא לדיני הביטחון הסוציאלי.

13 ראה H. & L. Mazeaud & A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. I, 6ème édition (Paris, 1965), No. 380.

14 שם, במס' 439.

15 ראה י' אנגלרד בתוך: ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (הוצאת מאגנס, מהדורה 2, תשל"ו), 925.

16 דיני מדינת ישראל 10, עמ' 266.

חלק ראשון

אשם בגרימת הסיכון המבוטח

1. ביטוח נפגעי עבודה — פגיעה שנגרמה מתוך רשלנות

במצב הנדון בדין המצוי זכאים הנפגע או, במקרה של פגיעה קטלנית, תלוייו, להגיש תביעת פיצויים משלימה נגד המעביד, כלומר: הם רשאים לתבוע ממנו את ההפרש שבין הגימלאות בכסף המגיעות להם מן הביטוח הלאומי לבין ערכו הכולל של הנזק שנגרם להם באשמת המעביד. הפרש זה מורכב בעיקר מהשלמת הפיצוי על אבדן כושר השתכרות ומהפיצוי בגין כאב וסבל — שניהם לפי המקובל בדיני הנזיקין. ואולם, אין למוסד לביטוח לאומי זכות שיפוי כנגד המעביד, והמוסד מנוע אפוא מלתבוע מן המעביד הרשלן את החזר הכספים ששילם וחייב לשלם לנפגע או לשאייריו. זה הפתרון הנובע מסעיף 82 לפקודת הנזיקין.

בתחום זה, מבחינת תפקידם הרזודואלי של דיני הנזיקין בנדון, נהוגות בעולם הרחב כמה שיטות עיקריות לפי שיטה אחת, פחות נפוצה, זכאים הנפגע, או במקרה של פגיעה קטלנית — תלוייו — לברור לו אחת משתי הדרכים המשפטיות, כלומר: הם רשאים לתבוע גימלאות מהמוסד לביטוח סוציאלי ולוותר על תביעת פיצויי נזיקין, או לחלופין, לתבוע פיצויים מלאים מן המעביד לפי כללי דיני הנזיקין בתנאי שיוותרו על הגימלאות.¹⁷

נאמר זאת מיד: שיטה זו איננה רצויה כי הרי האופציה שהיא פותחת בפני הנפגע, נוכח הפגמים החמורים של דיני הנזיקין ואופיים הבלתי-ניתן לחיזוי (unpredictable) הכולל, אינה אלא הימור מסוכן שבסופו עלול התובע לצאת קרח מכאן ומכאן ולהיאלץ לספוג בעצמו את כל נזקו. בכך עלולה מערכת שהוקמה למען הגנה על האינטרסים של העובדים להיות לרועץ ולפגוע קשות באינטרסים הללו דווקא.

לפי שיטה אחרת, זכאי הנפגע להגיש תביעת פיצויים משלימה נגד מעבידו, כלומר: לתבוע ממנו את ההפרש שבין הגימלאות בכסף שקיבלו הוא או תלוייו ו/או המגיעות להם מן הגוף המבטח לבין ערכו הכולל של הנזק שנגרם באשמת המעביד (לרבות הנזק שבכאב ובסבל), בהתאם לכללים המקובלים בדיני הנזיקין.¹⁸ בחלק מן הארצות שבהן מקובלת שיטה זו אחריותו הנוקטת המשלימה של המעביד איננה מותנית אפילו בהוכחת אשמתו על-ידי הקורבן התובע.¹⁹

17 זו היתה השיטה המסורתית של בריטניה (החל מהחוק המקורי מ-1897 ועד לחוק מ-1948), והיא עודנה מופעלת בארגנטינה ובחלק ממדינות אוסטרליה וארצות-הברית. ראה J. G. Fleming, "Tort Liability for Work Injury" *Int. Enc. Comp. L.*, vol. XV, ch. 9 (1975), §§38—39.

18 שיטה זו נהוגה, בין היתר, באירלנד, בארצות סקנדינביה (פרט לנורבגיה), בהולנד, בצ'ילה, בקולומביה, בפנמה, בספרד, בטורקיה, בישראל, ביפן, בקנדה, ובחלק ממדינות אוסטרליה ובארצות הסוציאליסטיות. ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 455.

19 כך הוא המצב במדינות סוציאליסטיות אחדות, כגון מזרח-גרמניה (ראה, E. von Hippel, in: J. G. Fleming, J. Hellner, E. von Hippel, *Haftungsersetzung durch Versiche-rungsschutz* [Frankfurt am Main, 1980] 45 או רומניה (ראה, *Actes ...* [לעיל, הערה 3], בעמ' 337).

לעומת זאת, במדינות לא-מעטות הזכות האמורה לתביעה משלימה אינה מוכרת, כך שביטוח נפגעי העבודה הוא עילת התביעה היחידה (exclusive remedy) המוקנה לנפגע, ובהתאם לכך מובטחת עקרונית חסינותו של המעביד²⁰, אם כי לפעמים אחריותו של האחרון עדיין קיימת במקרה של כוונה או רשלנות גסה או חמורה מצדו²¹. לבסוף, במדינה אחת²², על-פי הסכם ארצי בין ארגון המעסיקים, איגוד העובדים והמבטחים, החל מ-1974 מבוטחים העובדים לעניין פיצוי משלים (הניתן ללא תלות באשמת המעביד והמחושב לפי הכללים שבדיני הנזיקין), בקונצרן מיוחד של חברות-ביטוח פרטיות. ביטוח זה (Geborgenheitsversicherung) נעשה כולו על חשבון המעבידים ובפועל מקבלים הנפגעים את הפיצוי בקלות יחסית. שיטה זו לקויה בכך שהיא מחייבת ביטוח כפול, ואילו הקורבן נאלץ לתבוע את תרופתו משני גופים שונים²³. זכות השיפוי של הגוף המבטח נגד המעביד הרשן אינה מעוגנת אלא בדין של חלק מן המדינות²⁴, לפעמים גם כן רק אם רשלנות חמורה דבקה בהתנהגותו של המעביד²⁵. מהו אפוא הדין הרצוי? הגם שהזכות לתביעה משלימה בנוזיקין פותחת בפני הקורבן את הסיכוי לזכות בפיצוי מלא, דומני כי עקרונית עדיף שהחוק לא יקנה את שתי הזכויות הנזכרות (הזכות לתביעה משלימה וזכות ההשבה נגד המעביד), שכן:

(א) ביטוח נפגעי עבודה נוצר כתוצאה מפשרה שבמסגרתה מובטח לעובד פיצוי מהיר ובטוח, ואילו המעביד משוחרר מאחריות בנוזיקין²⁶. אם יוכלו הקורבן והמבטח לתבוע פיצויים מהמעביד שהתרשל, עלול הדבר להפר את האיזון שהושג, באמצעות הפשרה הנ"ל, בין אינטרסים לגיטימיים של שני הצדדים.

(ב) ביטוח נפגעי עבודה הינו מוסד משפטי מורכב הכולל בתוכו גם ביטוח אחריות

20 עם מדינות אלה נמנות ארצות-הברית (חלק מן המדינות), מדינות מערב-אירופה, פרט לאלה שהוזכרו בהערה 18 ומדינות אפריקה הדרומית צרפתית (ראה פלמינג, לעיל הערה 17, § 486, 6). בגרמניה פתרון זה מופעל תחל בחוק ביטוח נפגעי תאונות מ-1884, החוק בנדון הראשון בעולם. הוא-הדין בנקי-ולנד לפי ה-Accident Compensation Act, 1972. 21 כך קובע הדין, למשל, במערב-גרמניה, בצרפת או בשוויצריה. ראה Royal Commission on Civil Liability and Compensation of Personal Injury (Lord Pearson Report), Cmnd. 7054 (London, 1978), vol. III, §§ 401, 495, 664. 22 שבדיה. ראה דר"ח פירסן (לעיל, הערה 21), § 610-620; פון-היפל (לעיל, הערה 19), בעמ' 28-29.

23 ראה פון-היפל (לעיל, הערה 19), בעמ' 38. 24 כגון איטליה או פולין. ראה Actes... (לעיל, הערה 3), בעמ' 246, 281. 25 תנאי זה נהוג, בין השאר, באוסטרית, במערב-גרמניה, בצרפת, בשוויצריה (ראה פלמינג, [לעיל הערה 17], 348), בהולנד, בטורקיה וברומניה (ראה Actes... [לעיל, הערה 3], בעמ' 409, 340, 270).

26 Mary Frank, "Intentional Employer Torts — A Matter for the California Legislature" 15 U. San Francisco L. Rev. (1981) 651, 656; D. K. Tomita, "The Exclusive Remedy of Worker's Compensation for Intentional Torts of the Employer..." 18 Cal. Western L. Rev. (1982) 27; M. Voirin, "De la responsabilité civile à la sécurité sociale..." 31 Rev. int. dr. comp. (1979) 541, 555.

של המעביד.²⁷ לפיכך, במקרה שרשלנותו של האחרון גרמה לפגיעתו של המבוטח, ניתן לטעון שהפוגע מוגן בפני כל אחריות בגין הנזק שהוא גרם לו.

בל נשכח, שהמעביד הוא המשלם את דמי הביטוח במסגרת ביטוח נפגעי עבודה ולכן ניתן לראות בחסינות שהוא קונה לעצמו תוך כדי כך את ה־*quid pro quo*, דהיינו: התמורה המובטחת לו כגמול בעד תשלומיו.²⁸ עם זאת, יש להודות כי אין דאות אם אמנם מתייחסים ביטוח האחריות והפרמיות ששולמו, גם לנזק שבגינו לא ניתנה גימלה. (ג) במדינות שבהן החוק מטיל בכל־זאת על המעביד אחריות בגזיקין כפולה כנ"ל (כלפי הנפגע וכלפי משלם הגימלה) המעבידים מבטחים בדרך־כלל בפני סיכון זה בחברת־ביטוח מסחרית.²⁹ משום־כך אין לאחריות המתוארת השפעה מרתיעה יעילה על המעביד.³⁰ אם תבוטל זכותו של הקורבן לתביעה משלימה כנ"ל יסייע הדבר להורדת עלותה הסוציאלית של השיטה, כ־אז שוב לא יצטרכו המעבידים לרכוש פוליסות־ביטוח כהגנה בפני תביעות אלה ובכך ייחסכו משפטים יקרים בקשר עמן.³¹

(ד) ביטוח נפגעי עבודה מושתת על עקרון ה־*no fault principle*, כשהוא מהווה אפילו אב־טיפוס של שיטת האחריות ושל הביטוח שלא על בסיס של אשם. ואמנם, בשיטה זו עקרונית אין נפקא מינא אם היה או לא היה אשם (בצורה של רשלנות) של הפוגע או של אחרים (לרבות אשם תורם של הנפגע עצמו), כפי שחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה—1975³² (להלן: חוק הפיצויים) קובע במפורש (בסעיף 2(ג) שלו). לפי מיטב הבנתי, עיקר החדוד שבמוסד משפטי זה, בצורתו העקיבה, טמון בכך שהוא נועד לפתור את כל מסכת היחסים שנוצרה כתוצאה מגרימת הנזק במכה אחת או במירווח זמן מינימלי, כלומר: עלי לתת תשובה מהירה וסופית לבעיות המתעוררות, תוך מגיעת פעילויות והוצאות נוספות מכל סוג שהוא (בייחוד הגשת תביעות וניהול משפטים יקרים נוספים נגד המזיק הרשולן ורכישת פוליסות ביטוח אחריות נוספות). מטרה זו תואמת את המגמה הכללית, הטבעית בחברה המודרנית, להבטיח את החיסכון המירבי באמצעים המופעלים בתחום זה או אחר — בין במה שנוגע לאמצעים כספיים (עלויות חברתיות) ובין בקשר לאמצעים אחרים (פעולות או צעדים שונים). מחירם של הייתרונות האמורים געוץ בכך שלרוב על הניזוק להסתפק בפחות מפיצוי מלא. יש להעדיף את השיטה האמורה מפני שהיא מבטיחה פיצוי כמעט לכל נפגע ובמס־גרתה נקבע שיעור הפיצויים בהתאם למידת הנזק הממשי שנגרם לנפגע (ובכפופות לתקרה סבירה), ללא קשר עם דרגת אשמתם של הנוגעים בדבר.³³ (ומבלי לבדוק כלל את האשם של כל אחד מהם ואת חומרתו).

27 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 42, 238§; W. Gitter, *Schadensausgleich im Arbeitsun-* ; 76—77 *fallrecht* (Tübingen 1969); ליון־כאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 18.

28 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 65; גיטר (לעיל, הערה 27), בעמ' 211, 239.

29 ראה M. Harniv, "Les rapports de l'employeur avec la sécurité sociale à l'occasion des accidents du travail et des maladies professionnelles" *Actes du cinquième Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, vol. III 1730 (Lyon 1963); גיטר (לעיל, הערה 27), בעמ' 253.

30 השווה פלמינג (לעיל, הערה 17), 34§.

31 ראה פון־היפל (לעיל, הערה 19), בעמ' 74. 32 ס"ח 780, עמ' 234.

33 H. Martin, "Le nouveau régime appli- ; 1730 בעמ' cable à la faute inexcusable de l'employeur" *Droit social* (1977) 94, 104.

(ה) אם, לעומת זאת, מוכרת זכותם של הקורבן ושל המבטח לתבוע את המעביד בגין רשלנות חמורה, הרי שאנו שבים לתחומם של דיני הנזיקין המקובלים, על כל חסרונותיהם המרובים³⁴. כך, בין השאר, הגשת תביעת נזיקין על-ידי הנפגע עלולה, בין היתר, להניעו לחדול משיפור מצבו הבריאותי ומשיקום תעסוקתי עד לתום המשפט, וזאת מתוך חשש שלא לגרום לדחיית התביעה או לצמצום סכום הפיצוי.

נכון הדבר, שאם החוק אוסר על המעבידים לבטח את עצמם נגד האחריות הנדונה³⁵ עשויה להיות לאחריות זו השפעה מרתיעה מסוימת, אולם כל שאר הטעמים נגד אחריות זו נשארים בעינם. מכיוון שכך, עדיף ליצור גורם מרתיע כזה או תמריץ לשמירת כללי הבטיחות בעבודה ולמניעת פגיעות באמצעות הטלת קנסות (אשר נגדם ממילא ביטוח אחריות אינו קיים) או עונשים אחרים³⁶.

לנימוקים שפורטו עד כה, שהם משותפים לשתי התביעות הנ"ל, מתוספים כמה נימוקים המתייחסים לתביעה המשלימה של הנזיק בלבד, כלומר: נימוקים נגד ההכרה בזכות לתביעה זו, ואלה הם:

(א) הגשת תביעות לפיצוי נזיקין על-ידי עובדים נגד מעבידים עלולה להעביר את האווירה במקומות העבודה ולהפך את השקט התעשייתי³⁷.

(ב) שמירת הזכות לתביעת-נזיקין משלימה מקנה מעמד מועדף לבעלי הכנסה גבוהה (שעל-פיה מילא מקבלים יותר פיצויים מאשר אלה שמשתכרים מעט), הן משום שלגביהם ההפרש בין הגימלאות לבין פיצויי הנזיקין במלואם עשוי להיות ניכר עד מאוד, והן מפני שרק הם, ולא העובדים שרמת הכנסתם נמוכה, מסוגלים לעמוד בהוצאות המשפט הממושך והיקר, הכרוכות בהגשת התביעה³⁸ — משפט אשר תוצאותיו, כאמור, אינן ניתנות לחיזוי מראש (unpredictable).

(ג) בהכרה בזכות לתביעה משלימה יש משום ויתור על העיקרון הבסיסי שלפיו ראוי לקבוע את הגימלאות בהתאם למידת הצורך ולא לפי עילת הפגיעה³⁹.

בנוגע לשיטה של הגדלת שיעורי הגימלאות ודמי הביטוח כל-אימת שנגרמת פגיעה בעבודה כתוצאה מרשלנותו החמורה של המעביד — שיטה הנהוגה לפחות במדינה אחת⁴⁰ — זו אינה רצויה, שכן אף היא קובעת את מידת הגימלאות הסוציאלית בהתאם לגורם בלתי-רלבנטי — דרגת אשמתו של הפוגע — ולא כפי שטבעי הדבר, לפי מידת

34 על חסרונות אלה ראה א"ל מילר, "פיצויים בגין נזקי גוף — דיני הנזיקין מול ביטוח סוציאלי" משפטים יג (תשמ"ד) 242, 248—258; A. L. Miller, "Compensation for Personal Injury — Social Insurance in Comparative Perspective" 4 *Comp. L. Yearbook* (The Hague, 1981) 221, 225—231, והמקורות הרבים שאליהם מפנים שני המאמרים הללו.

35 כפי שנהוג, למשל, בצרפת. ראה מרטן (לעיל, הערה 33), בעמ' 101—102.

36 ראה גיטר (לעיל, הערה 27), בעמ' 241, 254—255; סנק (לעיל, הערה 1), במס' 166. דעה מנוגדת ראה O. Kahn-Freund, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 472—473.

37 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 68; גיטר (לעיל, הערה 27), בעמ' 212, 217, 240—241, 242.

38 ראה A. I. Ogus, P. Corfield, D. R. Harris, "Pearson — Principled Reform or Political Compromise?" 7 *Industrial L. J.* (1978) 143, 155—158.

39 ראה פלמינג בתוך: פלמינג ואח' (לעיל, הערה 19), בעמ' 21—22.

40 הכוונה היא לצרפת; לפי סעיף L. 468 Code de la sécurité sociale.

הנוק והצורך של הקורבן⁴¹. מסיבה זו, מומחה ידוע-שם אמר אפילו על שיטה זו שהיא הפתרון הגרוע מכולם⁴².

לאור האמור לעיל, לא בכדי קיימת נטיה בעולם לוותר כליל על אחריותו האזרחית של המעביד, אף כשהוא נמצא אשם ברשלנות חמורה⁴³.

עם זאת, על-אף הצדקתה של השיטה האמורה, המשחררת את המעביד מאחריות אף כשהפגיעה נגרמה עקב רשלנותו, כפי שעולה מן הנימוקים הנ"ל, לדעתי בחיפוש אחרי פתרון הולם וצודק בסוגיא שלפנינו אין להתעלם מכך שבעניין זה קיים גם גורם אחר, בעל חשיבות מיוחדת, והוא הצורך להבטיח את יעילותה של ההגנה על הנפגע במסגרת הביטוח שבו עסקינן — יעילות הנמדדת בעיקר באמצעות סבירותן של הגימלאות או דיותן.

הואיל וכך, חושבני כי במדינות שבהן הגימלה הכספית הניתנת לנפגעי עבודה אינה עונה על תנאי המספיקות אין טעם ואין הצדקה לבטל את אחריותו המשלמה של המעביד בנוזקין, כי הרי עובדה זו גוברת על הנימוקים דלעיל⁴⁴. עם מדינות אלה נמנית, לדעתי, גם ישראל, שבה שיעורי דמי הפגיעה וקיצבת הנכות כתוצאה מפגיעה בעבודה הם שלושה רבעים משכר-העבודה הרגיל של הנפגע (אשר אינו כולל את כל מרכיבי השכר הריאלי).

מכיוון שכך, ומשום שאין הצדקה להפלות את נפגעי העבודה, דווקא, הצעתי במקום אחר להגדיל את הגימלאות המשתלמות לנפגעי עבודה, או, ליתר דיוק, להקנות להם גימלאות שוות לפיצויים הניתנים לנפגעי תאונות-דרכים בהתאם לחוק הפיצויים, לאמור: להבטיח פיצוי מלא בגין אבדן כושר השתכרות בכפיפות לתקרה השווה לשילוש השכר הממוצע במשק, וכמו-כן פיצוי סביר בעד כאב וסבל (השווה לכ-14,000 דולר של ארה"ב)⁴⁵. אותו פיצוי מובטח אצלנו גם לנפגעים ממוצרים פגומים. אם וכאשר תתקבלנה הצעות אלה, יבוטל בכך הנימוק העיקרי בעד זכותו של הנפגע להגיש תביעת נוזקין נגד המעביד, ואזי לדידי, לגבי המקרים שבהם נגרמה הפגיעה שלא במתכוון, ניתן וראוי יהיה לוותר כליל על זכותו זו⁴⁶.

לאור האמור, יהיה טעם לדרוש את ביטולו של סעיף 82 הנ"ל (קטעים (א) ו(ג)), אם אכן יוגדל שיעור הגימלאות הניתנות לנפגעי עבודה או לשאיריהם, כפי שהוצע למעלה.

41 ראה מרטן (לעיל, הערה 33), בעמ' 103-104. 42 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 208.

43 ראה ליון-כאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 440. בקגדה, למשל, רוב המומחים הם בעד ביטול זכותו של הנפגע לתביעה משלימה, ובפועל, כ-98% מן המקרים אין הנפגעים מגישים תביעה כזו. ראה ד"ח פירסון (לעיל, הערה 21), III, 738.

44 השווה פון-היפל (לעיל, הערה 19), בעמ' 74; Bo von Eiben, *Compensation for Personal Injury-Reforming Accident Compensation Law* (Copenhagen 1983) 1035-1036.

45 ראה א"ל מילר, "ביטוח נפגעי עבודה — ניתוח מבחינת המשפט הרצוי" במחן פורציאלי 20 (תשמ"מ) 108, 127-128; א"ל מילר, "ביטוח נפגעי תאונות — הדין המצוי והדין הרצוי" עירי משפט ט (תשמ"ד) 583, 600-603.

46 השווה א' פרוקצ'יה, "חלוקת נטל הנוזקין בתאונות עבודה — המצוי והרצוי" משפטים ה (תשל"ג) 105, 131 (המחבר מצטט גם את השופטים צ' ברנזון וצ' בריניב, אשר התבטאו באותה רוח); פלמינג (לעיל, הערה 17), 188, 45; גיטר (לעיל, הערה 27), בעמ' 212, 219, 248.

2. פגיעה שנגרמה במתכוון

לפי פקודת הנזיקין (הסעיף ה"ל), כאשר פגיעת עבודה נגרמה בידי המעביד בכחונה (dolus), מופעל אותו דין החל במקרה של רשלנות כלשהי של המעביד. הקורבן יהיה זכאי להגיש תביעת נזיקין משלימה נגד המעביד, ואולם למוסד לביטוח לאומי — לפחות פרמלית⁴⁷ — אין זכות שיפוי כנגד המזיק. במשפט העמים בעניין זה המתייחס למקרים שהם לבטח נדירים יותר, ישנם פתרונות שונים. ברובן המכריע של המדינות החוק מקנה זכות תביעה נגד המעביד הן לקורבן (בדרך-כלל תביעה משלימה)⁴⁸, והן למוסד הסוציאלי (תביעת החזר שוויין של הגימלאות). לפעמים עומדת לקורבן הזכות לבחור בין תביעת נזיקין ובין תביעת הגימלאות⁴⁹; ויש שהתביעה בנוזיקין היא מבוטלת לחלוטין, כשדין זה כוחו יפה מכלל לגבי כל המקרים (גרימת הנזק על-ידי המעביד או על-ידי צד שלישי, לרבות במתכוון)⁵⁰. לבסוף, אף במקרה שלפנינו זכאי לעתים הנפגע לגימלאות מוגדלות, בעוד שעל המעביד לשלם תוספת של דמי ביטוח⁵¹. בקשר לפתרון זה, פסקו בתי-משפט בארצות-הברית לפעמים כי במקרים מסוג זה יש לראות בביטוח נפגעי עבודה את עילת התביעה היחידה (exclusive remedy) המוענקת לקורבן, ולכן אין בידו עילה לתביעה משלימה נגד המעביד, אפילו כשזוהי גרם לפגיעתו במתכוון⁵². אולם גם במקרים אלה הזכרה זכותו של המבוטח לתבוע החזר גימלאות מן המעביד⁵³, ונקבע שלתלויים יש זכות תביעה בנוזיקין נגד המעביד⁵⁴.

47 אכן, לדידי ניתן לפרש את החוק (סעיף 82(ג)) גם במובן שהוא לא התכוון לזדון. השווה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 46), בעמ' 132.

48 זכות זו מוקנית גם בארצות שבהן רשלנות גסה אינה עילה לתביעת פיצויים מן המעביד, כגון אוסטרליה, מערב-גרמניה או צרפת (ראה לעיל, הערה 25).

49 ראה לעיל, הערה 17. בארצות-הברית ניתנו פסקי-דין המצביעים על זכות הברירה בין שתי העילות לתביעה לפחות כאחד מן הפתרונות האפשריים. ראה *Maglulio v. Superior Court*, 47 Cal. App. 3d 760, 121 Cal. Rptr. 621 (1975); *Carter v. Superior Court*, 142 Cal. App. 2d 350, 298 P. 2d 598 (1956); J.H. Fagundes, "Intentional Employer Torts and Workers' Compensation — A Legal Morass" 11 *Pacific L.J.* (1979) 187—188, 195—196.

50 זה הדין בגירזילנד וחלקית בהודו — ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 35. להסתייגות כלפי פתרון זה ראה Margaret A. Vennel, "The Scope of National No-Fault Accident Compensation in Australia and New Zealand" 49 *Australian L.J.* (1975) 22, 23, 29.

51 לדוגמא בצרפת (ראה לעיל, הערה 40), בצ'כוסלובקיה (ראה *Actes...* [לעיל, הערה 3], בעמ' 391) ובמדינות קליפורניה ומסצ'וסטס שבארזה"ב (ראה להלן, הערה 52).

52 ראה R. E. Niver, "Azevedo v. Abel — Denial of Employee's Right to Sue his Employer for an Intentional Tort" 21 *Hast. L.J.* (1970) 683.

53 פורניה מדבר בפירוש ב-"the serious and willful misconduct of the employer". ראה Amy Coy, "Arizona's Elusive Exclusive Remedy" *Arizona State L.J.* (1974) 485, 489—490.

54 ראה שם, בעמ' 488.

הגם שבהודמנות אחרת⁵⁵ לא עמדתי בפני הפיתוי להצהיר שעל הביטוח הגדון להתעלם כליל מיסוד האשם אף בצורה של כוונה, הרי שבמחשבה שנייה הגעתי לידי מסקנה כי הפגיעה שנגרמה בידי המעביד במתכוון צריכה להבטיח זכות לתביעה בנוזקין הן לקורבן והן לגוף המבטח.

אכן, מטעמי צדק אלמנטריים אין להשלים עם כך שהמוזיק ישתמש בכוונה מאחריות כל עוד לא קיבל הניזוק את מלוא הפיצוי על נזקו. כמו-כן ראינו שביטוח נפגעי עבודה מכיל בתוכו, כאחד ממרכיביו, ביטוח אחריות של המעביד; ברם, כידוע, ביטוח זה לעולם אינו מכסה פגיעות שנגרמו על-ידי הפוגע במתכוון. זאת ועוד: הפגיעה-מרצון בעובד על-ידי מעבידו איננה בגדר סיכון של תהליך היצור או התעסוקה⁵⁶ ולכן אין כל הצדקה לגולמה במסגרת עלויות היצור המגולגלות בדרך-כלל על הצרכנים⁵⁷, כפי שאכן היה קורה לו היתה זו הסנקציה היחידה המוטלת על המעביד — הגדלת דמי הביטוח. נוסף לכך, הפתרון הנ"ל עשוי לפעול כתמריץ שלילי ביחס לגרימת פגיעות במתכוון⁵⁸; חריג דומה בנוגע לפגיעות מסוג זה מקובל, אצלנו ובעולם, בביטוח האחריות מכל הסוגים, וכמו-כן בשיטת האחריות שלא על בסיס של אשם (לרבות בחוק הפיצויים); הוא תואם את דרישות הצדק הסוציאלי ועולה בקנה אחד עם עקרונותיו ומטרותיו של הביטחון הסוציאלי⁵⁹.

מן האמור לעיל עולה, כי באשר לתביעה המשלימה של הקורבן הרי אצלנו הדין המצוי (תגלום בסעיף 82) הינו גם הדין הרצוי, וזאת אפילו אם ידעו שיעורי הגימלאות; ואילו כמה שנוגע לזכות ההשבה של המוסד לביטוח לאומי ייתכן שכדאי לשנות את הדין הקיים (השולל, כאמור, זכות זו) בדרך של תיקון חוק או אפילו של פרשנות פסיקתית, אם כי ספק אם תצמח משינוי כזה תועלת ממשית למוסד, שכן המקרים הנדונים הם בגדר של מילתא דלא שכיחא⁶⁰.

3. ביטוח דמי מחלה

ייתכנו מקרים, אם כי נדירים (והם לא הוסדרו במשפט שלנו), שבאשמת המעביד נגרמת לעובד מחלה שאיננה מוכרת כמחלת מקצוע. הדבר עלול להתרחש בעטיים של תנאים מזיקים ספציפיים השוררים במקום העבודה, כתוצאה ממטלות מאמצות שהמעביד הטיל על העובד לעשותם, או מסיבה אחרת.

הבעיה העולה היא כיצד להגדיר את המקרים הנ"ל, ומהם ההשלכות המשפטיות והמסריות שלהם.

55 ראה מילר (לעיל, הערה 45), בעמ' 108, 127—128.

56 ראה פרנק (לעיל, הערה 26), בעמ' 657.

57 ראה שם, בעמ' 653; טומיטה (לעיל, הערה 26), בעמ' 44.

58 ראה פרנק (לעיל, הערה 26), בעמ' 653, 662, 672, 683—684; טומיטה (לעיל, הערה 26), בעמ' 45—46.

59 לימין פתרון זה (הכרה בזכות לתביעה בנוזקין) צמדו בין השאר פרנק (לעיל, הערה 26), בעמ' 653, 671—673, 679; פגונדס (לעיל, הערה 49), בעמ' 208—209; השוה: קאוי (לעיל, הערה 53), בעמ' 498.

60 בקשר למקרים שבהם נגרמה הפגיעה במתכוון בידי הגוף המבטח, ראה E. E. Demler, "Remedy for the Intentional Torts of a Workmen's Compensation Carrier" 1 Pepperdine L. R. (1973) 54.

נראה לי, שהנאמר בשני תת-הפרקים הקודמים כוחו יפה, בשינויים המתחייבים, אף בקשר לגרימת מחלה שכזו, זאת מפני שגם ביטוח דמי מחלה, אשר נעשה לגבי רוב השכירים על-ידי קרן "מבטחים", ממומן באופן בלעדי בידי דמי הביטוח המשתלמים על-ידי המעבידים, גם זו היא שיטת ביטוח שלא על בסיס של אשם וגם ביחס אליו יש עניין למנוע הפרת השקט התעשייתי. לפיכך, מן הראוי להבחין בין גרימת מחלה מתוך רשלנות ובין גרימתה במתכוון ולהסיק מסקנות דומות לאלה שהוגשו לעיל, בקשר לגרימת פגיעה בעבודה.

ד. אשמת צד שלישי

1. כללי

במקרה שפגיעה בעבודה, תאונה כלשהי או נכות נגרמות למבוטח באשמת צד שלישי, לפי הסעיפים 150–155 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח–1968⁶¹ (להלן: החוק), זכאים הניזוק או שאיריו להגיש תביעה משלימה לתשלום פיצויי נזיקין נגד המזיק, ואילו המוסד לביטוח לאומי רשאי לתבוע ממנו, על סמך זכות הסוברוגציה, את תחזור שוויין של הגימלאות אשר שולמו או תשולמנה למבוטח הניזוק או לתלויו⁶²; כלומר: בזכות הוראות אלה נכנס המוסד לנעליו של הניזוק. משום-כך, למשלם הגימלאות עשויה, כמובן, להיות זכות לסוברוגציה רק אם למבוטח הניזוק גופא מוקנית זכות לתביעת נזיקין כנגד המזיק.

הסדרים ברוח זו, המטילים אחריות כפולה על הצד השלישי, הפוגע, או ליתר דיוק אחריות מחולקת לשניים, כאמור, קיימים ברוב המדינות. מבחינה זו, חידושו של המשפט הישראלי (ההוראות דלעיל) הינו רק בכך שהוא משריין לטובת הזכאי לגימלה 25% מסכום הפיצויים המוענק למוסד⁶³. לפי הסדר זה, לפעמים זוכה הניזוק לפיצוי העולה על נזקו הריאלי הכולל, וספק אם הדבר מוצדק, מה גם שפיצוי-היתר מוקנה לו על חשבון המוסד אשר שילם לו (ו/או ישלם לו) את הגימלאות.

לעניות דעתי, הזכות הנדונה בנוגע לשתי התביעות הנ"ל כאחת (זו של הקורבן וזו של המוסד לביטוח לאומי) – מוצדקת מבחינה עקרונית וזאת הן כשהצד השלישי פועל מתוך רשלנות, והן – קל וחומר – כשפעולתו היתה מכוונת. בעניין זה ראוי להזכיר, כי הצד השלישי אינו קשור בקשר משפטי כלשהו לביטוח המקנה גימלאות לקורבן; הזכות להשתפות מהצד השלישי תואם את השיקולים הקשורים בחלוקת נכונה של הנטל שנוצר כתוצאה מגרימת הנזק (loss allocation), וכל-אימת שהנזק אינו מכוסה על-ידי

61 ס"ח 530, עמ' 108.

62 תוראות דומות גלומות בסעיף 36 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) (נוסח משולב), תשי"ט–1959 (ס"ח 295, עמ' 276); בסעיף 60 לחוק שירות המדינה (גימלאות) (נוסח משולב), תשל"–1970 (ס"ח 593, עמ' 65); בסעיף 49 לחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) תשי"ד–1954 (ס"ח 163, עמ' 179) ובסעיף 21 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) תשי"–1950 (ס"ח 52, עמ' 162).

63 ראה דברי הכנסת 42 (תשכ"ה) 1807, 1817.

ביטוח אחריות של המזיק עשויה אחריותו לפעול כגורם מרתיע ולתרום למניעת מקרים כגון אלה.⁶⁴

הזכות לתביעה נגד הצד השלישי תואמת גם את חוש הצדק (בעיקר במה שנוגע לזכותו של הקורבן). השיטה רצויה, שכן היא מעניקה לו סיכוי לזכות בפיצוי מלא על נזקו ולדידי זה השיקול המכריע, הגובר בחשיבותו על החשש שהזכות לתביעה בנוזקין עלולה לייקר את השיטה מנקודת-ראות חברתית כוללת.⁶⁵ נכון הוא, שחוק הפיצויים (סעיף 8(א)) מכיר בזכות זו רק במקרה של פגיעה שנגרמה במתכוון, ואולם רק טבעי הדבר שהביטוח הסוציאלי ידאג יותר לסובייקט המוגן על-ידו מכפי שעושה זאת הביטוח הפרטי, המסחרי.

אם הקורבן נפגע כתוצאה מרשלנות משותפת למעביד ולצד שלישי, סביר לצמצם את אחריותו של האחרון בהתאם למידה שבה המעביד (במקרים שבהם הינו חסין אחריות), תרם לגרימת הנזק.⁶⁶ בדומה לכך, אם הפגיעה נגרמה בעטייה של רשלנותם המשותפת של צד שלישי ושל המבוטח עצמו, יצטרך צד זה לפצות את הנפגע רק בהתאם למידה שבה רשלנותו-הוא היתה הסיבה של הפגיעה.⁶⁷

בפרק הקודם הוכרתי את הצעתי להגדיל את הגימלאות הניתנות לנפגעי עבודה, כדי להבטיח להם פיצוי הולם. אם וכאשר הצעות אלה תתקבלנה, יבוטל בכך הנימוק העיקרי בעד זכותו של הקורבן לתבוע בנוזקין את הצד השלישי (נימוק המעוגן באי-דיותה של הגימלה) ואזי לדידי, כשהפגיעה נגרמת שלא במתכוון, ניתן יהיה לוותר על זכות זו.⁶⁸ אכן במקרה זה גוברים, כמדומני, הטעמים נגד זכות זו, ובעיקר הצורך לפשט את השיטה, להבטיח את מהירותה, לחסוך בעלויות ובפעילויות חברתיות ולא לפגוע יתר-על-המידה בצד שלישי שאינו מבוטח בביטוח אחריות ובמשפחתו.

בקשר לזכות הסוברוגציה של המוסד לביטוח לאומי, יצוין שלהבדיל מזכותו של הקורבן, אין שיקולים סוציאליים מחייבים הכרה בזכות זו. גוסף על כך, אם המזיק אינו מבוטח בביטוח אחריות, חובתו לפצות את המוסד עלולה להמיט עליו מעמסה כספית כבדה עד כדי הרס כלכלי, ואם הוא מבוטח — עלול הדבר להגדיל יתר-על-המידה את העלות הסוציאלית של השיטה.⁶⁹ נכון הוא, כי שיקול זה תקף גם במה שנוגע לתביעה משלימה של הקורבן, אלא ששם הוא מנוטרל על-ידי המגמה להבטיח לו פיצוי מלא (או תרופה המתקרבת לכדי פיצוי שכות). נגד זכות השיפוי נטען גם, שהיא עלולה לגרור אחריה ריבוי של תביעות פיצויים שהגוף המבטח יגישן לבתי-משפט — דבר הכרוך

64 בקשר לשלושת הנימוקים הללו, ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 39§ ; השווה 32§.

65 ראה א"ל מילר, א' פרוקצ'יה ד' קרצ'מר, זכויות הנכים בישראל — הצעות לקראת רפורמה (המכון למחקר חקיקה ע"ש הארי סאקר, 1979) 60—61 (להלן: הצעות לקראת רפורמה).

66 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 25§ (4). שיטה זו נהוגה בצרפת, במערכת-גרמניה, בקנדה ובמקרים ספורים בארצות-הברית.

67 ראה I. Flagelson, "Last Bastion of Fault? Contributory Negligence in Actions for Employers' Liability" 42 Mod. L. Rev. (1979) 646, passim; פלמינג (לעיל, הערה 17), 30§ (3). שיטה זו נהוגה בהולנד, בשבדיה, בצ'כוסלובקיה ובהונגריה. אצלנו אף במקרים כאלה מובטח לנפגע המינימום השווה ל-25% מסכום הפיצויים.

68 ראה לעיל, הערה 46.

69 ראה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 46), בעמ' 105 ; השווה פון-היפל (לעיל, הערה 19), בעמ' 66—67 ; דו"ח פירסן (לעיל, הערה 21), ו, 297§ ; ראה גם לעיל, הערה 65.

בהוצאות מינהליות גבוהות.⁷⁰ כן נאמר, כי זכות זו "עלולה להחזיר יסוד של אשם לתוך תוכניות הגזענות לפעול בלעדיו"⁷¹ וכמו-כן שהיא עלולה לבטל את ייתרון פיזור עלותה של הפגיעות — ייתרון אשר הרשג על-ידי הביטוח.⁷² לעומת זאת, ויתור על זכות זו משמעו סיבסודו של צד שלישי זר בידי המעביד משלם הפרמיות.⁷³

יחזק, כי זכות הסוברוגציה אינה מוכרת על-ידי חוק הפיצויים (אף כנגד צד שלישי שאינו נהג), פרט למקרים של תאונה שנגרמה במתכוון. בתחום שלפנינו זכות זו בוטלה בכמה מדינות.⁷⁴ לעתים ללא חריג בקשר לפגיעה מכוונת,⁷⁵ ומחברים אחדים אף הביעו את דעתם נגד זכות זו.⁷⁶

בסיכום ייאמר, כי בסוגיית זו יש פנים לכאן ולכאן, ודומה שראוי לפתרה בהתחשב בכדאיות הטמונה בהגשת תביעות מסוג זה מנקודת-ראותו של המוסד לביטוח לאומי. בהקשר זה אזכיר, כי בשנת הכספים 1983, למשל, סה"כ הפיצויים שהמוסד השיג אותם מצד שלישי בענף ביטוח נפגעי תאונות-עבודה הסתכמו ב-1.24% בלבד מסכומם הכולל של התקבולים, וספק אם הישג צנוע זה, בהשוואה לעלויותיה של הפעלת זכות השיפוי הלכה למעשה, מצדיקה את קיומה של זכות זו. מאותה סיבה (חוסר-כדאיות) בוטלה זכות זו גם במדינות שהוזכרו לעיל.

עם זאת, אפילו אם יסתבר שהתביעות שבהן עסקינן אינן כדאיות, עלינו לשאול את עצמנו: האומנם ראוי לוותר על זכות השיפוי גם במקרה שהפגיעה נגרמה במתכוון בידי צד שלישי? מבחינה עקרונית התשובה צריכה להיות שלילית: רעיון הצדק והמוסר מכתוב, כי במקרים אלה על הפוגע לשאת במלוא מחיר הפגיעה. ואולם מבחינה פרגמטית אין טעם להריץ מערכת מינהלית מורכבת ללא תועלת מעשית, רק על-מנת שהמוזיק לא ישוחרר מאחריותו. לכן אני נוטה לחשוב, כי המסכת כולה צריכה להיפתר בהתאם למבחן כדאיותן של התביעות, ואגב ראינו שבחלק מן המדינות שוויתרו על זכות הסוברוגציה אין מבחינים בין גרימת הנזק מתוך רשלנות ובין גרימתו במתכוון.

2. חבר לעבודה

מכות הגסיבות במקרים אחדים, פגיעת עובד נגרמת על-ידי צד שלישי שהוא חברו לעבודה של הנפגע. האומנם כלפי צד שלישי כזה ראוי להתייחס כמו כלפי צד שלישי

70 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17) 268; הלגר בתוך: פלמינג ואח' (לעיל, הערה 19), בעמ' 27.

71 ראה דו"ח פירסון (לעיל, הערה 21), ו, 2978.

72 ראה הלגר (לעיל, הערה 70), בעמ' 27-28.

73 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 38; פון-היפל (לעיל, הערה 19), בעמ' 64.

74 הכוונה היא לבריטניה, לשבדיה (ראה פון-היפל [לעיל, הערה 19], בעמ' 64) ולניו-זילנד (לפי החוק הנ"ל).

75 כגון שבדיה (ראה הלגר, [לעיל, הערה 70], בעמ' 25) וניו-זילנד (לפי החוק הנ"ל).

76 ראה למשל F. James, "Social Insurance and Tort Liability — The Problem of Alternative Remedies" 27 N.Y.U.L. Rev. (1952) 537, 562-563; J. Hellner,

"Social Insurance and Tort Liability in Sweden" 16 Scandinavian Studies in Law (1972) 189, 190-192, 199; U. Procaccia, "Denying Subrogation in Personal Injury Claims — A Needed Change of Direction" 15 William & Mary L. Rev.

93, 114-115 (1973); הלגר (לעיל, הערה 70), בעמ' 25-28; פון-היפל (לעיל, הערה

19), בעמ' 56, 62, 65, 74; ראה גם לעיל, הערה 69.

אחר במה שנוגע לזכות התביעה בנוזיקין של הקורבן ולזכות השיפוי של המוסד לביטוח לאומי? הסעיפים 150–155 לחוק מדברים בצד שלישי ללא כל הבחנה, ומכאן ניתן היה להסיק שהם מספקים תשובה חיובית לשאלה דלעיל.

עם זאת, כמה טעמים חברו יחדיו כדי להצדיק את חסינותם של החברים לעבודה, כלומר: את שחרורם מאחריות במקרים שלפנינו (וזאת גם אם לא יוגדל שיעור הגימ-לאות לנפגעי עבודה):

(א) בתחום יחסי העבודה העובד הינו הצד החלש מבחינה כלכלית, כשלרוב ריחיים בצווארו. לפיכך אם תוטל עליו האחריות הנדונה, עלול הדבר להמיט הרס כלכלי על עובדים רבים ועל משפחתם, וזאת אפילו בגין טעות קלה ביותר.

(ב) בדרך-כלל תורם החבר לעבודה לגרימת הפגיעה ותוך כדי ועקב עבודתו, ואולם עבודתו מתבצעת תמיד לטובת המעביד, כשזה האחרון הוא המפיק ממנה תועלת ורווחים.

(ג) להבדיל ממה שמתרחש בדרך-כלל בקרב המעבידים, אין החברים לעבודה, כלומר: השכירים, מבוטחים בביטוח אחריות ביחס לנוזקים שבהם עסקינן.

(ד) למעביד יש אפשרות לפזר את עלויות הפגיעות בקרב הצרכנים שלו, שעה שהעובד מגורע, כמובן, מלעשות כך.⁷⁷

(ה) אחריות כזו אינה מתיישבת עם רעיון השתלבותו של כל עובד במפעל ועם השתייכותו אליו.⁷⁸

(ו) גם בנוגע ליתר הנוזקים שעובד שכיר עלול לגרום בקשר לעבודתו לצד שלישי או למעבידו (אלה שאינם קשורים לפגיעה בעבודה של עובד אחר), נהוג במדינות רבות לשחררו מאחריות או להפעיל כלפיו תקני התנהגות הרבה פחות חמורים מאשר כלפי מוזיק אחר.⁷⁹ דבר זה תואם את התפילה הרלווחת שלפיה ביחסי העבודה העובד הוא הסובייקט המוגן, או לפי ביטוי גורף יותר: דיני העבודה מיסודם נועדו להעניק הגנה לעובד.

(ז) כפי שראינו, שיטה עקיבה של אחריות ללא אשם מבקשת לפתור את מכלול הבעיות בדרך של תביעת פיצויים (גימלאות) אחת ויחידה.

(ח) במה שנוגע לתביעת הנפגע בלבד, הטלת אחריות שכזו עלולה להעכיר את האווירה במקומות-העבודה ולפגוע בשקט התעשייתי (industrial harmony).⁸⁰

77 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 548.

78 ראה גיטר (לעיל, הערה 27), בעמ' 243–247. המחבר מדבר על "betriebliche Verbundenheit und Betriebsgemeinschaft".

79 ראה "La responsabilité civile du travailleur envers l'employeur, ses collègues de travail et les tiers" (לעיל, הערה 29), בעמ' 1013–1304. במדינות הלא-סוציאליות, על-פירוב, בפועל, נהגים העובדים מחסיונות, כאמור (לפחות במה שנוגע לתביעת נוזיקין אפשרית של מעבידיהם), שכן תביעה כזו נחשבת כלא-נבונה ובלתי-הוגנת. ראה טנק (לעיל, הערה 1), במס' 134; P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (London, 1967) 422, 427. ראה גם ג' טדסקי, "חסינות המעביד ואחריות העובד" (Torts (London, 1967) 81, 83–84, המציין כי אותו כלל בלתי-כתוב (gentleman's agree-ment) נהוג גם בישראל.

80 ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 78. בעד ביטול זכות התביעה נגד העובד הרשלן ראה U. Procaccia, "Vicarious Tort Liability..." 595 *Ins. L.J.* (1972) 471.

עם זאת, במקרה של פגיעה במתכוון גובר השיקול המוסרי ושיקול הצדק על הנימוקים הנ"ל; זאת, כאמור, אלא אם כן – בנוגע לתביעות המוסד הסוציאלי – יסתבר שהן אינן כדאיות מבחינה כלכלית. לפיכך עקרונית אין טעם לשחרר את המזיק מאחריות. נכון הוא, שיש גם נימוקים בעד חיובו של החבר לעבודה לשאת באחריות במקרים דגן, והם הוזכרו לעיל (בתת-הפרק הקודם), כגון הבטחת פיצוי מלא לניזוק והפעלת השפעה מרתיעה על מזיקים בכוח. ברם, אליבא דידד הנימוקים הנ"ל כנגד אחריות זו גוברים על הנימוקים בעדה.

כאמור, במישור ההשוואתי נהנים העובדים, במקרה של גרימת פגיעה לעובד אחר, מחסינות במדינות לא-מעטות, בכללן כמעט כל המדינות המתועשות במערב, אם כי צוין שראוי אולי לקבוע חריג בנוגע לעובדים בכירים אחדים (executive officers), שהם בעצם מעין alter ego של המעביד גופא.⁸¹

נוכח האמור לעיל, רצוי לתקן את הסעיפים 150–155 – אם הם לא יבוטלו – כך שלא יחולו על פגיעה שנגרמה ללא כוונה על-ידי חבר לעבודה של הנפגע, שכן לדידי כדי שהדבר יהיה ברור רצוי לעגן זאת מפורשות בחוק.

שאלה אחרונה היא, כלום במקרה שעובד גרם לפגיעה חברו תוך כדי עבודתו של הראשון, רצוי שתהיה למעביד אחריות שילוחית בעד המעשה בהתאם לסעיף 13(א) לפקודת הנוזיקין? השאלה עשויה להתעורר (אצלנו, כמובן, בקשר לתביעה המשלימה של הקורבן בלבד), שכן, כפי שראינו, העובד חסין בפני אחריות רק de facto. סבורני כי התשובה היא שלילית, שכן ביטוח האחריות של המעביד שבו דובר לעיל ראוי שיכסה גם מקרים אלה, שאם לא כן היה המעביד חשוף לאחריות במצבים שכתיים וביטוחו הנ"ל לא היה משיג את מטרותיו. גם במקרה כזה יהיה למעביד אותו מעמד בעד מעשהו האישי ובעד המעשה של עובדו. במשפט האנגלו-אמריקני יכול המעביד, במקרה מעין זה, להסתמך על ההגנה של ה-common employment או של ה-fellow-servant rule.

3. תלוי

פגיעה שנגרמה באשמת צד שלישי יכולה להיות גם הריגת אדם מבוטח על-ידי בן משפחה התלוי בו (למשל, ילד או בן-זוג). ייחודו של מקרה זה הוא בכך שכאן הצד השלישי (התלוי) הוא גם המוטב, כלומר: הנהנה בכוח מהביטוח.

ברוב המדינות במקרה כזה, אם התלוי היה זכאי לקיצבת שאירים אלמלא ההריגה, הוא לא יזכה בה, דווקא בשל העובדה שהוא הרג את הורו או את בן-זוגו.⁸² בדין הישראלי מגיעים לאותה תוצאה בזכות סעיף 148 לחוק, שלפיו לא תינתן גימלה אם המקרה המזכה לגימלה חל אגב ביצוע פשע או כתוצאה מפשע, ואילו סעיף 55

81 המדינות המוזכרות הן: אוסטרליה, בלגיה, צרפת, מערב-גרמניה, נורבגיה, שווייץ, קנדה, ברזיל, אורוגוואי, אלג'יריה, טוניסיה וכמחצית מן המדינות של ארצות-הברית. ראה פלמינג (לעיל, הערה 17), 78.

82 כך זה, למשל, בארגנטינה, בספרד, בפיגלנד, כיפן. ראה Actes... (לעיל, הערה 3), בעמ' 263, 179, 123, 43.

לחוק שירות המדינה (גימלאות) וסעיף 45 לחוק שירות-הקבע בצה"ל (גימלאות) מכילים הוראות ספציפיות השוללות את מתן קיצבת השאירים במקרים אלה. סביר להניח, כי כלל זה אומץ על-ידי הביטוח הסוציאלי מדיני הירושה, שבהם באופן מסורתי פסול לרשת מי שגרם למות המוריש.⁸³ (לפי האיסור: "הרצחת וגם ירשת").

לפי עניות דעתי, על-אף חומרתו המיוחדת של מעשהו של התלוי ההורג אין הצדקה להעתיק באופן מיכני כללים מדיני הירושה אל התחום החדש של דיני הביטחון הסוציאלי, אשר מיוחדים לו עקרונות ויעדים אחרים. לכן במקרים שלפנינו מתבקשים כמה סייגים שאינם מקובלים ביחס ליורשים:

(א) יש לאפשר את מתן ההקצבה למי שהרג את בן-משפחתו מתוך רחמים כדי לחסוך ממנו סבל מיותר (המתת-חסד)⁸⁴, שכן במקרים כאלה חמור מעשהו של התלוי הרבה פחות, אם בכלל.

(ב) רצוי להעניק את הקיצבה לתלוי שהורשע בדיון, לאחר שריצה את עונשו⁸⁵, שכן במקרה זה על פשעו הוא כבר קיבל את הסנקציה המגיעה לו, כלומר: את העונש הפלילי. אשר למתן הגימלאות בזמן ריצוי העונש — והו היבט שאתיחס אליו להלן. לזה יש להוסיף שני סייגים המקובלים גם בדיני הירושה:

— שלילת הקיצבה מוצדקת רק כלפי מי שהמית את בן-משפחתו במתכוון (כפי שאכן קובעים שני החוקים האחרונים הנ"ל).

— אין לפסול קצבת שאירים ממי שאמנם הרג את הורו או את בן זוגו, אך נעדר כשרות פלילית מבחינת הגיל (בגרות הדעת) או בשל אי-שפיות הדעת.

שני הסייגים הראשונים נחוצים וצודקים, בין השאר, מפני שבביטוח הסוציאלי, להבדיל מדיני הירושה, מקבל התלוי את גימלתו מגוף ממלכתי ולא מאדם פרטי ומשום ששלילת הקיצבה מן התלוי לכל ימי חייו, בהתעלם מנצרכותו האפשרית וללא כל הבחנה, היא סנקציה קשוחה נוספת שאין להשלים עמה אלא במקרים חמורים ביותר כמו רצח במזיד של הורה או בן-זוג.

בהמשך המאמר יומלץ לבטל כליל את סעיף 148 הנ"ל. אם תתקבל המלצה זו, תבוא גם הבעיה שלפנינו על פתרונה במסגרת הביטוח הלאומי, וזאת בדרך פשוטה יותר, במובן שאם נידון התלוי האשם לעונש מאסר תחול עליו ההוראה הכללית השוללת את מתן הגימלה ממי שנמצא במאסר (סעיף 147 לחוק), ואם אינו מרצה עונש מאסר, לדידי גם אין הצדקה להענישו בשלילת קיצבת השאירים. אולם, כמובן שתיקון כזה אין בו כדי לפטור את הבעיה לגבי יתר החוקים שהוזכרו לעיל, כך שביחס אליהם תקפים הסייגים האמורים.

ה. אשמת המבוטח

1. כללי

כפי שידגם להלן, הדין המצוי קובע, הן בישראל והן ברוב רובן של המדינות האחרות, כי במקרה של גרימת הסיכון המכוסה בידי הביטוח הסוציאלי, על ענפיו השונים,

83 ראה סעיף 5(א)(1) לחוק הירושה, תשכ"ה—1965 ("ס"ח 446, עמ' 63).

84 להצעה להסתפק בקיצוץ הקיצבה במקרה זה ראה A. Gysin, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 374, ודומה כי פתרון זה אכן מעוגן בחוק השוויצרי. ראה שם.

85 גם אפשרות כזאת קיימת לפחות במדינה אחת — שוויצריה. ראה שם.

שבאשמת המבוטח גופא, תשולל ממנו במקרים רבים הגימלה כולה או מקצתה, לצמיתות או באופן זמני. לפעמים — כפי שנקבע, למשל, בסעיף 148 לחוק⁸⁶, התקף לגבי כל ענפי הביטוח הלאומי — תנאי לפסילת הגימלה הוא שאשמתו של המבוטח תתבטא בביצוע פשע או בניסיון לביצוע פשע.

עם זאת, בקרב המומחים שוררת הסכמה רחבה יחסית בנוגע לכלל שלפיו ככל שהגימל לאות חיתיות יותר למבוטח כן תולכת ופוחתת השפעתה של אשמתו העצמית על זכאותו⁸⁷, ולרוב הדין הפרויטיבי במדינות שונות מאשר את הכלל הנ"ל ומשקפו. בהתאם לכלל זה, עקרון האשם נסוג ואינו בא לידי ביטוי — אצלנו ובמשפט העמים — אלא במקרים מעטים, אפילו כשמדובר בפגיעה עצמית במתכוון, בתחומים של הביטחון הסוציאלי כמו מתן שירותי בריאות למיניהם והספקת שירותי רווחה (סעד), לרבות הבטחת סיוע משפטי לאלה הזקוקים לשירותים מן הסוגים הנ"ל.

במקומות שונים גם קיימת מגמה שלא לשלול מן המבוטח אשר פגע בעצמו אלא את הגימלאות בכסף ולשמור את זכאותו לגימלאות בעין (שירותים), כגון מתן שיקום מקצועי או תעסוקתי, הבטחת הכשרה מקצועית וכיו"ב⁸⁸. לעתים קובע החוק, ששלילת הגימלה מפאת אשמתו של המבוטח תופעל באופן שלא תפגע לפחות בבני משפחתו של המבוטח התלויים בו⁸⁹. באופן פרדוקסלי, חריג כזה לטובת התלויים כלול אצלנו בחוק הפיצויים (סעיף 7(ב)) בנוגע לשאיריו של מי שגרם לתאונה במתכוון, בקשר לביצוע פשע ועוד, אך אינו קיים בחוק הביטוח הלאומי וגם לא בחוקים סוציאליים אחרים, הגם שאלה האחרונים נועדו להגן על הנפגע יותר מהראשון.

יש שהוראה על שלילת הגימלה בגין אשמת המבוטח מלווה בהענקת שיקולי-דעת לרשות המוסמכת להקנות אותה בכל זאת כולה או מקצתה, בהתחשב במצבו של המבוטח⁹⁰. כפי שיפורט בהמשך, אפשרות כזאת גלומה אצלנו בחוקי נכות אחרים.

לבסוף, אליבא דחכמי משפט אחדים אף-על-פי שהמבוטח פעל במתכוון, פגיעתו העצמית תשמש עילה לשלילת הגימלה רק אם הוא חפץ בתוצאותיו של מעשהו⁹¹, או, לפי נוסח עוד יותר מצמצם, רק אם הוא רצה בהתחוללותו של הנזק, כלומר: דווקא בקבלת הגימלה שלא כדין, בדרך של "הוצאה"⁹². מכאן עולה, שלפי מרשאה של הכוונה

86 לפי סעיף זה, "חל המקרה המזכה לגימלה אגב ביצוע, או אגב ניסיון לבצע, פשע בידיו הוכאי לאותה גימלה או כתוצאה מביצוע או ניסיון כאמור או בקשר עמם — לא תינתן גימלה".

87 ראה קרייצי' ושמייץ (לעיל, הערה 11), בעמ' 52.

88 כך, למשל, קובע המשפט הצרפתי (לרבות במקרים של פגיעה עצמית מכוונת) והמשפט האוסטרי (לרבות בנוגע לפגיעה במתכוון ולפגיעה תוך ביצוע פשע). ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 59, 193.

89 הוראות ברורות זו ישנו, למשל, באוסטריה, בברזיל, בפולין ובפינלנד. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 60–61, 107, 179, 289.

90 הוראה מסוג זה קיימת בשוויצריה אודות ביטוח אנשי צבא. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 371.

91 ראה ליוויכאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 22, 440; ואגסט (לעיל, הערה 10), בעמ' 322.

92 ראה Y. Saint-Jours, "La faute intentionnelle dans le droit de la sécurité sociale" *Droit social* (1970) 387, 388, 392.

ניתן לחלק את המקרים של פגיעה עצמית במתכוון לשלושה סוגים (המשקפים שלוש דרגות של אשם מכוח): הכוונה המופנית לפגיעה כשלעצמה (כוונה למעשה); הכוונה לתוצאת הפגיעה (כלומר: לנזקי הגוף); והכוונה להשיג את הגימלה באמצעות הפגיעה. על-אף ההיבטים הנ"ל, שמגמתם המשותפת היא למתן במקצת את חומרת הדין השולל את הגימלה ממי שנהפך לקורבן באשמתו-הוא ולהמתיק את הגלולה, רוב בניינם ורוב מניינם של דיני הביטוח הסוציאלי ברחבי תבל — תוך סייגים אלה או אחרים — עדיין מושפעים, במידה אשר צורמת מבחינת חוש הצדק הסוציאלי, בידי עקרון האשם ובידי הנטיה לענישתו של האשם, כפי שהם נהוגים בדיני הנזיקין המקובלים.

2. ביטוח שאירים

ביטוח זה מוסדר בחוק הביטוח הלאומי (פרק ב, סימן ד). כמו-כן חוק שירות המדינה (גימלאות) (סעיפים 26—31), חוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) (סעיפים 22—28) וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (כולו) דנים בנוכיות שאירים. בעיית אשמתו של המבוטח עשויה להתעורר כאן רק במקרה של התאבדותו. במישור ביטוח החיים המסחרי מקובל על-פירוב הכלל, שלפיו המוטב לא יקבל את הסכום הנקבע בפוליסה רק אם המבוטח איבד עצמו לדעת תוך שנתיים מתחילת הביטוח. לעומת זאת, בעולם כולו, בביטוח הסוציאלי שולט בכיפה הכלל שבמקרה של מוות-מרצון של המבוטח יזכו שאיריו לאותן הגימלאות כמו בכל מקרה אחר של מוות, ללא הבחנה בקשר לתקופה שבה אירעה ההתאבדות.

לפי שלושת החוקים הראשונים הנ"ל זכאים שאיריו של מתאבד לגימלאות החוקיות. אכן סעיף 148 לחוק הביטוח הלאומי אינו חל על המקרים שבהם עסקינו, שכן התאבדות איננה, כמובן, בגדר פשע. הוא-הדין לגבי חוק שירות המדינה (גימלאות) וחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות), מה שנובע מן העובדה שגם הם אינם שוללים את קיצבאות השאירים מתלווי של עובד-מדינה או של משרת בצבא-הקבע שהתאבד. סעיף 1 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה מזכה בתגמול את שאיריו של חייל שמת כתוצאה מחבלה שקרתה עקב השירות ובתקופת השירות. אולם סעיף 2(ב) קובע, כי חייל שמת בתקופת השירות רואים אותו כמי שמת עקב שירותו, וזולת אם הוכח היפוכו של הדבר. אליבא דדיי עולה מהוראות אלה, כי שאיריו של חייל שהתאבד בזמן השירות יהיו זכאים לתגמולים לפי חוק זה כל-אימת שלא הוכח שהוא לא התאבד בגלל (כלומר: עקב) השירות, כי אם מסיבה אחרת.

במישור ההשוואתי, מקרים שבהם חוקים סוציאליים פוסלים שאירים מקבלת הגימ-לאות מהסיבה שהמבוטח נפטר כתוצאה מהתאבדות — הינם נדירים ביותר⁹³.

93 עד כמה שידוע לי, מקרים חריגים כגון אלה ישנם רק ביפן (ראה *Actes ...* [לעיל], הערה 3, בעמ' 263) וביר-זילנד, במדינה האחרונה — בתוקף סעיף 137 ל-*Accident Compensation Act 1972*, המתקדם כל-כך מיתר הבחינות. על הוראה אחרונה זו נמתחה ביקורת. ראה על כך R. Gaskins, "Tort Reform in the Welfare State — The New Zealand Accident Compensation Act" 18 *Osgoode Hall L.J.* (1980) 238, 262.

3. ביטוח נפגעי עבודה וחוקי גימלאות מיוחדים

לפי סעיף 37(א) לחוק זה, אין רואים כתאונת-עבודה תאונת-דרך כמשמעותה בסעיף 36, שאירעה למבוטח בעיקר בעטייה של רשלנותו הפושעת, כשהיא לא גרמה לו לפחות אי-כושר עבודה לארבעה שבועות. ביחס למקרים שבהם מעשהו של המבוטח הוא פשע, סעיף זה הינו בבחינת המתקת דין בהשוואה לסעיף 148 לחוק, וגילוי יחס מועדף כלפי נפגעי עבודה (אלה שנפגעו בתאונת-דרכים), שכן לולא ההוראה הג"ל, היו שוללים כליל, על סמך הכלל האחרון, את הגימלה מן הנפגע גם במקרה של פגיעה חמורה. אוסוף, כי לא מצאתי פסיקה משמעותית בקשר ליסוד האשם שבהוראה הנדונה.

בהוראה יותר גורפת סעיף 38 לחוק קובע, כי אין רואים כתאונת-עבודה תאונה שאירעה בעת שהמבוטח נהג ברשלנות שלא בהתאם להוראות אשר ניתנו כדין, אלא אם גרמה הפגיעה לאבדן כושר-העבודה למשך עשרה ימים או לנוק גוף יותר חמור. מן העובדה שהוראה זו מדברת ב"רשלנות" באופן כללי, ללא הוספת שם תואר זה או אחר, ניתן היה להסיק שהכוונה היא לרשלנות כלשהי, ולו הקלה ביותר; ולא היא – לא כך פירשה הפסיקה את סעיף 38.

כך, לדוגמא, נפסק שכדי לשלול את הגימלה לא די ב"מעשה בלתי-זהיר"⁹⁴, או "בלתי-סביר"⁹⁵ או ב"קלות דעתו"⁹⁶ של המבוטח, וגם לא ב"הפרת הוראה כללית"⁹⁷ או ב"הפרת הוראה שהמעביד לא הקפיד על ביצועה"⁹⁸. כן לא נפסל מוכחותו מבוטח שנפגע בקטטה אפילו שהוא עצמו גרם לה בהתגרותו באדם אחר⁹⁹ או אפילו היה זה הוא שתקף אדם אחר¹⁰⁰.

מצד אחר, לא תוכר כתאונת-עבודה תאונה שנגרמה על-ידי המבוטח במתכוון, והנפגע בדרך זו לא יזכה לגימלה¹⁰¹. עם זאת, התאבדותו של המבוטח עקב העבודה הוכרה כתאונת-עבודה¹⁰² ואף נפסק, כי אין דורשים מהתובע ראיות כבדות-משקל לטענתו שההתאבדות קרתה עקב העבודה ועל המוסד ירבוץ הנטל להוכיח את ההיפך¹⁰³; כמו-כן נקבע, כי הכרה בתאונה כחבלה שנגרמה בכוונה "מחייבת הוכחה של 'יצונו המפורש' של הנפגע לגרום חבלה או מוות לעצמו"¹⁰⁴.

מן הראוי להתייחס כאן גם לחוקי גימלאות אחרים אשר בדומה לביטוח נפגעי עבודה, מכילים אף הם תנאי של קשר סיבתי מיוחד בכך שהם מזכים את הנפגע או את בני

94 תב"ל (ת"א) 39/64 פנקר נ' המוסד לביטוח לאומי (להלן: המוסד), פב"ל ט 63; עב"ל 22/64, פב"ל ט 226.

95 תב"ל (ת"א) 9/57 משאללה נ' המוסד, פב"ל ג 198.

96 תב"ל (ב"ש) לה/116—0 עמרם נ' המוסד, הובא מתוך מ' גולדברג, הביטוח הלאומי (תל-אביב, 1981) 234.

97 תב"ל (ת"א) 110/55 שרף נ' המוסד, פב"ל ב 29.

98 תב"ע (ת') לב/72—0 זריהק נ' המוסד, פד"ע ג, כ.

99 תב"ע (ת"א) לט/216—0 לוגסי נ' המוסד, פד"ע יא, קסז, קסח; פד"ע יג, קכא.

100 ע"ע לד/250—0 המוסד נ' עלי, פד"ע ו 92, 98; ע"ע לא/32—0 המוסד נ' מויסה, פד"ע ב 345, 338.

101 תב"ל 39/64 (לעיל, הערה 94); עב"ל 13/57 המוסד נ' נאני, פב"ל ג 55.

102 תב"ל (ח) 6/60 א. ג. נ' המוסד, פב"ל ה 212.

103 דב"ל לח/35—0 המוסד נ' זורי, הובא מתוך גולדברג (לעיל, הערה 96), בעמ' 217.

104 ע"ע לד/250—0 (לעיל, הערה 100), בעמ' 98.

משפחתו בגימלה רק אם אירעו פגיעתו או נכותו בתקופת השירות ועקב השירות. בדרך-כלל חוקים אלה שוללים את הזכאות לגימלה ממי שהתנהגותו הרעה והחמורה גרמה לנכותו או לפגיעתו ולמותו, או משאיריו¹⁰³, כאשר הוראות שבהן מדובר מקנים לקצין-התגמולים או לרשות מוסמכת אחרת את הזכות להעניק לנכה או לבני משפחתו טובת-הנאה כפי שייראו בעיניו אם הם נצרכים, כלומר: שיקול-דעת רחב בנדון.

בשולי הוראות אלה נפסק, בין השאר, כי בתנאים מסוימים, חייל שנפגע בקטטה זכאי לקיצבת נכות כנכה צה"ל אפילו כשהוא עצמו יזם את הקטטה¹⁰⁴; וכי לא די ברשלנותו של החייל כדי לשלול ממנו או ממשפחתו את הגימלה¹⁰⁷; גם חריגה מסמכות אינה מצדיקה סנקציה זו¹⁰⁸ ורק התנהגות מכוונת וזדון שלאחר אזהרה ייחשבו כ"הת-נהגות רעה חמורה"¹⁰⁹; וכי בעניין זה ניתקה המדינה עצמה מן ההיצמדות לעקרון האשם¹¹⁰. כן ראוי להזכיר, כי לפי חוק משפחות חיילים החליטה ועדת-הערעורים העליונה להכיר בחייל שהתאבד כמי שנפל עקב השירות¹¹¹.

בחקיקתן של מדינות אחרות לפעמים אין במצוות החוק הוראה כלשהי השוללת את הגימלה ממי שגרם לפגיעת עבודה באשמתו או משאיריו¹¹²; במקרים אחרים נפסלים המבוטח או תלויו לזכאות רק במקרה של פגיעה עצמית במתכוון¹¹³; ואילו במדינות אחדות תנאי לפסילה הוא רשלנותו החמורה של המבוטח¹¹⁴.

לעומת זאת, לעתים נקבע שפגיעה בעבודה מחמת שכרותו של המבוטח היא עילה לשלילת הגימלה¹¹⁵ (ואגב כך נפסק גם אצלנו¹¹⁶), או אפילו שהתאבדותו של המבוטח, פגיעתו בקטטה או מותו עקב הרעלה לא יוכרו כתאונות-עבודה¹¹⁷.

105 כך קובע סעיף 9 לחוק הנכים, סעיף 10 לחוק גכי המלחמה בנאצים, תשי"ד-1954 (ס"ח 147, עמ' 76) וסעיף 16 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה.

106 ע"א 182/59 קצין התגמולים נ' כהן, פ"ד יג 1220; ע"א 460/74 עליאן נ' קצין התגמולים, פ"ד ל(1) 85.

107 ע"א 507/79 ראזנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757, 772.

108 ע"א 490/78 קצין התגמולים נ' רובנאל, פ"ד לג(1) 512.

109 ע"א 158/79 קנז' נ' קצין התגמולים, פ"ד לד(1) 541.

110 ע"א 507/79 (לעיל, הערה 107).

111 ראה הארץ מיום 15.2.78. ההחלטה נומקה בכך, "שאין להניח שהנאי השירות הם נעדרו קשר למצב נפשי כה חמור".

112 דוגמא לכך היא רומניה, בהתאם לחוק הפנסיות מ-1977.

113 כך נקבע במערב-גרמניה, בבלגיה, בשבדיה, באיטליה (שבה דרושה גם הרשעתו בדין של הנפגע) ובאיראלו מקרים בארצות-הברית. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 90, 163, 247, 322, 351.

114 עם קבוצה זו נמנות צרפת, דרום-קוריאה, טורקיה וייטכן שגם פינלנד (ראה *Actes...*, [לעיל, הערה 3], בעמ' 116-117, 179, 191, 410). בקנדה לא שוללים את הגימלה אף כשהעובד פגע בעצמו בהתנהגותו החמורה או הרצונית, אם הפגיעה גרמה למותו או לנכותו הקשה. ראה ד"ח פירסן (לעיל, הערה 21), III, 435.

115 זה הדיון, למשל, בפינלנד (ראה *Actes...* [לעיל, הערה 3], בעמ' 179) ובסינגפור (ראה ד"ח פירסן [לעיל, הערה 21], III, 929).

116 ע"ע לט/24-0 סאלה נ' המוסד (לא פורסם).

117 חריגים כאלה גלומים בחקיקתן של חלק ממדינות ארצות-הברית, ובתוכן קליפורניה (ראה פרנק [לעיל, הערה 26], בעמ' 652, 655), ובקשר להרעלה בלבד בחוק של הפרובינציה ניו-ברונשוויק שבקנדה (ראה ד"ח פירסן [לעיל, הערה 21], III, 435).

4. ביטוח נפגעי תאונות

פרק ג(2) לחוק המסדיר ענף-ביטוח חדש זה נקי לחלוטין מכל השפעה של אשמתו של המבוטח בגרימת התאונה על זכויותיו, ויש לברך על כך. בפרק זה המחוקק מרחיב את תחולתו של הגימלאות בכסף הגימלאות לנפגעי-עבודה, ומחיל אותן גם על נפגעי תאונות אחרות, שהם עובדים או עובדים עצמאיים (כשהכוונה היא לתאונות מכל הסוגים), כל זאת בשני שינויים עיקריים: הגבלת תקופת הזכאות ל-90 יום ושינוי שם הגימלה מ"דמי פגיעה" ל"דמי תאונה".

הואיל וכך, מדרך הטבע עולה השאלה: מדוע פרק ג(2) אינו כולל תוראות נוסח הסעיפים 37 ו-38 הנ"ל בקשר לשלילת הזכאות בגין רשלנותו של המבוטח? בדברי ההסבר להצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 28), תשל"ז-1977, אשר הוסיפה לחוק את פרקו החדש, ובדיוני הכנסת על הצעה זו אין כל התייחסות לשאלה זו¹¹⁸. נוכח הסימטריה שבין שני ענפי הביטוח (נפגעי עבודה ונפגעי תאונות) מיתר הבחינות ניתן להניח, תוך סבירות יחסית, כי התשובה היא בכך שבתקופה שחלפה בין חקיקת סעיפים 37 ו-38 לבין קבלת התיקון הנ"ל, ובייחוד לאחר שהתקבל גם חוק הפיצויים כהתגלמות עקיבה של האחריות שלא על בסיס של רשלנות, נהיה המחוקק ער לעובדה שבביטוח הסוציאלי שוב אין מקום למושג הרשלנות (לפחות במה שנוגע לרשלנות הנפגע בגרימת הסיכון המבוטח).

עם זאת, ההוראה הכללית שבסעיף 148 חלה גם על ביטוח נפגעי תאונות ולפיכך מבוטח אשר גרם בעצמו לתאונה שבה הוא נפגע אגב ביצוע או אגב ניסיון לבצע פשע לא יזכה לדמי תאונה, ואולם פגיעה עצמית בתאונה שנגרמה, שלא אגב ביצוע פשע, בידי המבוטח ולו במתכוון — לרבות במהלך ניסיון להתאבד — אינה בגדר פשע ולכן לפי הדין המצוי אינה עילה לשלילת הגימלה.

ביטוח נפגעי תאונות שאינן תאונות-עבודה אינו קיים כביטוח סוציאלי אלא במדינות מעטות בעולם. תוך כך, במדינה אחת¹¹⁹ ניתן לפסול את המבוטח מזכאותו במקרה של התגרות מצדו באדם אחר, של מעורבותו בקטטה או של חשיפה עצמית בלתי-סבירה לסיכונים, אולם (לפי תיקון חוק מ-1981) במקרה של אשם עצמי חמור של הנפגע שיש לו תלויים ניתן לשלול ממנו את הגימלה, לכל היותר עד למחציתה. במדינה אחרת¹²⁰ פגיעה עצמית מרצון היא עילה לאימתן הפיצוי, ומה שחמור מזה — גם לסירוב להבטיח את שיקומו של הנפגע.

118 (ה"ח 1298, עמ' 200). כמו-כן עובר בשתיקה גמורה על שאלה זו ד"ח הרמן אשר שימש בסיס לקבלת תיקון החוק. ראה ד"ח הוועדה לבדיקת ההגות ביטוח בפני ואצנות (ירושלים, 1976).

119 שווייצריה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 368-369.
120 בגירזילנד, בתוקף סעיף 137 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות. להסתייגות מגישה זו ראה גסקינס (לעיל, הערה 93), בעמ' 261-262, המטיל ספק בכך שהוראה זו עולה בקנה אחד עם עקרון האחריות החברתית (community responsibility) כאחת מאשיות החוק הנ"ל.

5. ביטוח אבטלה

לפי סעיף 127(א) לחוק, מי שהפסיק את עבודתו מרצונו ללא הצדקה¹²¹ לא יהיה זכאי לדמי אבטלה בעד שלושים הימים הראשונים של אבטלה, ואילו סעיף קטן (ב) לאותו סעיף מטיל סנקציה דומה (שלילת דמי האבטלה לשלושים יום) על מי שמסרב לקבל את העבודה המתאימה שהציעה לו לשכת-העבודה, למעט אם נשלח לעבוד במקום שבו מתקיימת שביתה בלתי-מוגנת. באופן יותר ספציפי, סעיף 127(ב) לחוק מורה שלא תינתן הענקת אבטלה לקטין מעל גיל 15 אם וכל עוד אינו משתתף, ללא סיבה מספקת, בהכשרה מקצועית, בפעילות תעסוקה וכדו'.

בקשר לסירוב על-ידי המבוטח לקבל את העבודה שהוצעה לו נפסק, שאם הוא התקבל לעבודה זו אך "אינו נקלט", בהתאם למכלול הנסיבות, יכול שלא יראו בעובדה זו סירוב¹²², ושלא כל תשובה שלילית של דורש העבודה היא "סירוב", שכן הכול תלוי בנסיבות ויש להציג את השאלה אם אכן נהג כאדם המחפש עבודה ולא כמי שסומך על כך שבאין עבודה — יקבל דמי אבטלה¹²³.

יצוין כי החוק אינו פוסל מקבלת דמי האבטלה את המבוטח אשר פוטר מעבודתו באשמתו, כפי שמורים חוקיהן של מדינות אחרות¹²⁴, ומבחינה זו הדין הישראלי עדיף בכך, שבחוסר-עבודה עקב פיטוריו של העובד, אפילו כשנעשו בגלל אשמתו, אין זה מוצדק לראות אבטלה מרצון, או לפחות לא בכל המקרים של פיטורים שכאלה מוצדק הדבר. כך, למשל, מן הראוי שאין להטיל סנקציה כזו על עובד שפוטר בגלל חוסר-מיומנות, רמה ירודה של ידע מקצועי או אפילו משמעת עבודה לקויה.

בנוגע למשך התקופה של שלילת הגימלה, במדינות אחדות נקבעה תקופה דומה לזו שבחוקנו¹²⁵. לפעמים משכה של תקופה זו משתנה בהתאם לחומרת אשמתו של המבוטח¹²⁶, אך יש גם שהחוק מחמיר עם המבוטח ומאפשר להטיל עליו שלילת דמי האבטלה ללא הגבלה בזמן¹²⁷.

בישראל, שחופש הפרט הינו ערך יקר בה, תירות העבודה נמנית עם יתר חירויות התושב. משום-כך כל עובד הינו בן-חורין לסיים את הקשר המשפטי עם מעבידו בכל עת שיחפוץ (אלא אם הוא עצמו הגביל חופש זה, למשל בכריתת חוזה-עבודה לתקופה

121 תקנה 8 לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח אבטלה), תשל"ג-1972 (ק"ת 2938, עמ' 369) קובעת כי הפסקת העבודה נחשבת מוצדקת כמשמעותה בחוק במקרה של התפטרות מחמת מצב בריאות לקוי ושל התפטרות בשל הרעה מוחשית בתנאי העבודה.

122 ע"א מא/5-91 נדף נ' שירות התעסוקה, פד"ע יג 107, 111.

123 ע"א מא/4-3-91 מאזר נ' שירות התעסוקה, פד"ע יג 61, 63.

124 ביניהן אוסטריה, איטליה, בריטניה, מערב-גרמניה, צרפת, יפן, שבדיה וארצות-הברית. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 62, 166, 196, 228, 249, 264, 324, 354.

125 למשל באוסטריה, באיטליה, ביפן, או בשבדיה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 62, 228, 264-265, 354.

126 כך בשוויצריה אורכה של תקופת השלילה יכול להיות בין יום אחד ובין 48 ימים. ראה U.S. Department of Health and Human Services, *Social Security Programs Throughout the World* 1983 (Washington D.C., 1984).

127 כך קובע החוק, למשל, ביוון, בניו-זילנד או בצרפת, ואילו בבלגיה תקופת השלילה עלולה להגיע עד לחצי-שנה. ראה *Social Security Programs...* (לעיל, הערה 126).

מוגדרת). כמו-כן חופשי כל אדם לקבל עבודה המוצעת לו או לדחותה, ואיש אינו יכול לכפות עליו להשיב בחיוב להצעת עבודה פלונית או אלמונית ולענות אמן בעל כורחו. פירוש הדבר, שלכל אדם עומדת הזכות לפרוש מעבודתו או לדחות הצעת עבודה שאינה נראית לו.

הואיל וכן, נשאלת השאלה האם ניתן לראות "אשם" בהפסקת עבודה או בסירוב לקבל עבודה, כל עוד מעשה כזה אינו אלא בבחינת מימוש זכות. התשובה היא — כך נדמה לי — כי מי שמפסיק את עבודתו או דוחה עבודה מסיבה כלשהי כמובן שאינו נחשב אשם כלפי הצד השני (המעביד), אך עם זאת מידת-מה של אשם עשויה לדבוק בו, בנסיבות מסוימות, כלפי הגוף המעניק לו דמי ביטוח אבטלה.

במלים אחרות: מכיוון שקרנות ביטוח האבטלה מוגבלות מכורח המציאות והאינטרס הציבורי מחייב הבטחת שימוש רציונאלי וסביר ככל האפשר בקרנות אלה, הרי ששימוש כזה מחייב מתן דמי אבטלה רק למי שבאמת נזקק להם, דהיינו: רק במקרה של אבטלה מאונס או שלא-מרצון (involuntary unemployment). מכיוון שכך, התנאי שחוסר-העבודה יהיה בלתי-רצוני נהנה מהסכמה אוניברסלית והוא מקובל בעולם כולו, ואין לומר עליו שהוא מביא ל"עבודה כפויה"¹²⁸. הצדקה נוספת להקנות דמי אבטלה רק למובטל שלא-מרצון נעוצה בכך, שבפני המסרב לעבוד ללא סיבה סבירה פתוחה האפי-שרות להימלך בדעתו ולקבל את העבודה שמציעים לו, ואי-מתן הגימלה במקרה של אבטלה מרצון עשויה להגיע אותו לעשות כן, כי הרי אין כאן מצבים בלתי-הפיכים.

6. ביטוח נכות וחוקי נכות מיוחדים

פרק ו(2) לחוק המסדיר את ביטוח הנכות הכללית (נכות מסיבה כלשהי) אינו מכיל שום הוראה שתשלול את הגימלאות במקרה שהנכות נגרמה באשמת המבוטח. לעומת זאת, כפי שראינו, חוקי נכות מיוחדים מאפשרים — אך אינם מחייבים תמיד — לפסול קבלת גימלאות ממי שגרם לנכותו במתכוון (עקב "התנהגות רעה חמורה")¹²⁹. מכאן אתה למד, כי לפי החוק הראשון (בנוגע לנכים כלליים) אף תבלה עצמית וגרימת נכות במתכוון על-ידי המבוטח איננה פוסלת אותו לזכאות, אלא כשנעשה הדבר אגב או כתוצאה מפשע (כאשר יופעל סעיף 148 לחוק), ואילו לפי כל החוקים הנ"ל גם יחד רשלנותו של הנפגע, לרבות רשלנות גסה, וכמו-כן, לפי מיטב הבנת, נכות כתוצאה מנסיון התאבדות, אינן עילה לשלילת הגימלאות, ובלבד שבמקרים שבהם מוצב התנאי שהנכות תאירע עקב השירות, הוא אכן יקוים (כמשמעותו בחוק בהתאם לפסיקה בנדון).

עם זאת, כשאשמת הנכה תשמש בכל-זאת עילה לשלילת הזכאות, בהתחשב במה שנאמר לעיל, תישללנה ממנו הגימלאות לכל ימי חייו.

128 כך אמנם נטען. ראה O. Khan-Freund, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 473. המחבר סבור שהמגמה למנוע מאדם לעזוב את עבודתו תואמת "רעיון מימי-הביניים". לדעה מנוגדת (שאינן כאן "עבודה כפויה") ראה גיטין (לעיל, הערה 84), בעמ' 376.
129 ראה לעיל, הערות 105–110 והטקסט בסמוך להערות אלה. הוראות באותה רוח כלולות בסעיף 61(1) לחוק שירות המדינה (גימלאות) ובסעיף 49א(1) לחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות).

במישור ההשוואתי בשאלה שלפנינו משתנים התסדרים ממדינה למדינה. כך, לפעמים, רשלנותו הגסה או שכרותו של המבוטח שהביאו לנכותו הם עילה לשלילת הגימלה¹³⁰, או שבמקרה של זדון, קטטה או שכרות ניתן לקצץ בגימלה¹³¹ או לפוסלה. במקרים אחרים, עילה לשלילה היא רק הגרימה העצמית של הנכות (self-mutilation) במתכוון או עקב פשע¹³²; או ייתכן שאפילו כוונה, כאמור, לא תוביל לשלילה¹³³. במקרים הנ"ל, כשנפסלת הזכאות מחמת אשמתו של המבוטח, לרוב נעשה הדבר לכל ימי חייו. עם זאת, יש ששלילת הגימלה פגה עם מחיקת רישום העונש הפלילי¹³⁴, או שהשלילה בגין חבלה עצמית מוגבלת לתקופה קצרה מאוד (של שישה שבועות)¹³⁵, או שכלל אין הוראות חוקיות על שלילת גימלאות נכות בשל אשמתו של המבוטח¹³⁶.

הגם שהמגמה הרווחת בעולם היא להעניש בדרך זו או אחרת את המבוטח שנהיה לנכה באשמתו, נמצא שאין המצב במשפט העמים חד וחלק במובן של אובדנה המוחלט של הזכאות בכל מקרה של אשמת המבוטח בגרימת נכותו. ההיפך הוא הנכון: במובן שהפתרונות הם די מגוונים עד כדי ויתור, במקרים אחדים, על כל סנקציה בגין האשם העצמי, ותהיה חומרתו ככל שתהיה. הואיל ולגבי דידי לסנקציה כזו אכן אין הצדקה, הריני מציץ לבטל את כל ההוראות הנ"ל, לרבות סעיף 148 לחוק, כשההנמקה להצעה זו תובא להלן, בעיקר בסוף פרק זה.

לעתים אשמתו של המבוטח אינה גורמת לנכותו המקורית כי אם להתמרתה, או בניסוח יותר כללי: להתמרת מצב בריאותו או למניעת השתפרותו של מצב זה. כך בקשר לנכים כלליים ולנפגעי עבודה כאחד לפי הסעיפים 87 ו-127 נב לחוק רשאי המוסד להפחית, להשהות או לשלול גימלה אם התובע הפר ללא צידוק מספיק הוראות רופא שניתנו לשיפור מצבו; נהג בדרך שמן המפורסמות היא כי היא עלולה למנוע את החלמתו או החזר כושר עבודתו; או הפר הוראות בקשר לשיקומו המקצועי¹³⁷. בדומה לכך, על סמך סעיף 11 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) וסעיף 12 לחוק נכי המלחמה בנאצים רשאי קצין התגמולים או רשות מוסמכת אחרת להפחית עד כדי מחציתו את התגמול של נכה המסרב, ללא צידוק מספיק, לקבל טיפול כירורגי או טיפול רפואי אחר שיועדה רפואית סוברת שהיה מפוזית את דרגת נכותו. כן בתוקף סעיף

130 למשל בפילנד. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 179.

131 כדוגמת יפן, ומבלי להתייחס לקטטה או לשכרות דומה הדין בשוויצריה ובטורקיה ביחס לאשם מכל סוג שהוא. ראה שם, בעמ' 263, 372, 410.

132 כך זה במערב-גרמניה, באיטליה ובשבדיה. ראה שם, בעמ' 248, 323, 353.

133 למשל בארצות-הברית. ראה *G. F. Rohrllich, Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 163.

134 כך נקבע בברית-המועצות. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 451.

135 זה מה שקובע בבריטניה חוק הביטחון הסוציאלי מ-1975.

136 כפי שהמצב הוא, למשל, ברומניה, כשהכוונה היא לחוק הפנסיות מ-1977.

137 לפי תקנה 10 לתקנות הביטוח הלאומי (שיקום מקצועי) תשט"ו-1956 (ק"ת 613, עמ' 890), רשאי המוסד להפחית, להשהות או לשלול את התשלום של תוספת קיצבה בעד העברת שיקום אם הנפגע נעדר ללא הצדקה מהמקום שבו ניתן השיקום או מתרשל בהכשרתו המקצועית גם לאחר התראה בכתב. לעניות דעתי, הוראה זו אינה מצריכה דיון מיוחד כי רק טבעי הוא שתשלום הנועד באופן מיוחד לאלה העוברים תהליך של שיקום לא יינתן לפחות חלקית או זמנית למי שאינו משתתף בתהליך זה או שאינו מאפשר מתן שיקום יעיל. ראוי רק להסביר כי לא ייחשב כ"מתרשל" אלא מי שבהתנהגותו מונע מתן שיקום יעיל הגם שהוא יכול היה לנהוג אחרת.

61(2) לחוק שירות המדינה (גימלאות) וסעיף 49א(2) לחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) ניתן להפחית, לתלות או לשלול קיצבת נכות או תוספת קיצבה בעד נכות אם הנכה הפר הוראות רופא שנועדו לשפר את מצב בריאותו. ולבסוף, נכי צה"ל אשר לא מילאו אחרי הוראות בקשר לשיקומם או לא עמדו בהצלחה בבחינות בתום זמן ההכשרה — עלולים להיענש בהפסקת מימון השיקום, ובמקרה זה כל סכום שהנכה קיבל על חשבון השיקום ייחשב להלוואה שעליו לפורעה.¹³⁸

הוראות בעניין שבו עסקינן ישנן גם ביתר המדינות, רובן ככולן, תוך הבדלים שונים בין מדינה למדינה. לפעמים נקבע, שבמקרה של החמרת מצב הבריאות כתוצאה מאי-בכוונתו של המבוטח לעבור טיפולים שונים ניתן יהיה להפחית את הגימלה רק באותה מידה שבה התנהגות זו גרמה להחמרת הנכות.¹³⁹ או נקבע סייג שלפיו הסנקציה החוקית לא תחול על סירוב לעבור ניתוח מסוכן.¹⁴⁰ או ניתוח שאין זה סביר לדרוש מן המבוטח שיעמוד בו.¹⁴¹ ואילו במדינות אחרות אוסר החוק לכפות על המבוטח לעבור כל ניתוח כירורגי.¹⁴²

7. ביטוח דמי מחלה

חוק דמי מחלה, תשל"ו-1976¹⁴³ — ויש לזקוף זאת לזכות המחוקק — אינו פוסל לקבלת דמי מחלה עובד שחלה באשמתו ולו כתוצאה ממעשה מכון או כתוצאה מפשע. בדומה לכך בתקשיר, אשר חל על עובדי המדינה, נאמר בפירוש (בסעיף 33.204) כי "זכאי העובד לחופשת מחלה" — והכוונה היא בראש-ובראשונה לחופשה במשכורת — "תהיה הסיבה למחלתו אשר תהיה". לעומת זאת, לפי תקנה 1 לתקנות דמי מחלה של קרן "מבטחים", שבה חברים רוב העובדים, אין פגיעה עקב קטטה נחשבת למחלה, בעוד שבתוקף תקנות 33 ו-35 לאותן תקנות עובד שחלה "במחלה הקשורה בהתמכרות לאלכוהול או לסם כלשהו" זכאי לדמי מחלה בשיעור מוקטן של 50% משכרו בלבד. כמובן, לפי תקנה 13 לאותן התקנות, במקרה של הפרה ללא סיבה מספקת של הוראות רופא שניתנו למען החלמתו של המבוטח ובמקרה של התנהגותו של האחרון בצורה שעלולה למנוע את החלמתו — רשאית הקרן לשלול את דמי המחלה או להפחיתם. בעולם הגדול, גם ההסדרים בעניין זה מתחלקים לדפוסים בעלי צביון שונה ומשונה. במדינות רבות, לאשמתו של המבוטח בגרימת מחלתו ישנה השפעה שלילית על זכו-

138 כך נקבע בתקנות 30 ו-31 לתקנות הנכים (תגמול ושיקום) (הכשרה מקצועית), תשל"ד-1973 (ק"ת 3092, עמ' 345) ובתקנות 19 ו-20 לתקנות הנכים (תגמולים ושיקום) (השתלמות מקצועית במוסדות להשכלה גבוהה), תשל"ג-1972 (ק"ת 2948, עמ' 494).

139 למשל בבלגיה ובטורקיה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 103, 422.

140 לדוגמא במערב-גרמניה, בבריטניה ובפינלנד. במדינה הראשונה אין להטיל סנקציה גם על סירוב לעבור טיפול אחר מסוכן או הכרחי בסבל רב. ראה שם, בעמ' 180, 227, 328-329. הוא-הדין בניו-יילנד לפי סעיף 132 לחוק הנ"ל.

141 כך נקבע בשווייצריה ובמערב-גרמניה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 328-329, 365.

142 למשל ביוגוסלביה ובצ'כוסלובקיה. ראה שם, בעמ' 404, 420.

143 ס"ח 814, עמ' 206.

יחתי אף כשהוא לא פעל במתכוון¹⁴⁴. לפעמים מותנית השלילה בגרימה עצמית של המחלה מתוך כוונה בנוסף למחלות כתוצאה מסיבות ספציפיות אחדות¹⁴⁵, ולעתים היחלותו של המבוטח כתוצאה מקטטה או משכרות או משתיהן היא עילה לשלילת הגימלה¹⁴⁶. במדינה אחת לפחות מותרת הפסילה (בנוסף למקרה של קטטה) רק כש- המבוטח גרם למחלתו במתכוון¹⁴⁷, או שאין שוללים גימלה אפילו במקרה זה¹⁴⁸. ויש שבכל המקרים השלילה מותרת רק לתקופה מוגבלת¹⁴⁹. כמו-כן, במדינות שונות ניתן לשלול את דמי המחלה או להשהותם מחולה שאינו מציית להוראות רופא או המתנהג בצורה שעלולה להזיק למצב בריאותו.

8. ביטוח בריאות

בתחילת הדרך ראינו, שאין שוללים מתן שירותי בריאות בגין אשמתו של המבוטח. כלל יסודי זה מתייחס לשירותים הרפואיים מכל הסוגים מחד גיסא, ולאשמתו של המבוטח בכל צורותיה האפשריות, לרבות חבלה עצמית, היחלות במתכוון או עקב פשע או כתוצאה מהפרת שיטתית של תרופות רופא¹⁵⁰ — מאידך גיסא, שכן פתרון אחר היה מסכן את בריאותם של המבוטחים ואת עצם קיומם הפיסי.

כלל זה מופעל במשפטנו ללא סייג. נכון אמנם, שלפי תקנה 108 לתקנות קופת- החולים הכללית, במקרה של פגיעה עקב קטטה לא תינתן עזרה אלא בתשלום, אולם מהוראה זו בכללותה עולה שלמעשה היא חלה רק על מקרים שבהם חבר הקופה זכאי לפיצוי על נזקו הבריאותי ממקור אחר. גם תוך חריג זה ההוראה הנ"ל, שאינה תואמת את העיקרון שבו מדובר, היא בלתי-מוצדקת ורצוי לבטלה.

גם במישור ההשוואתי כלל חשוב זה נשמר ברוב המדינות, כשהסייגים הם נדירים ביותר¹⁵¹.

אליבא דדי, באופן עקרוני ראוי הדגם המקובל מבחינה זו בביטוח הבריאות לשמש מופת ומקור השראה ליתר ענפי הביטוח הסוציאלי.

144 למשל בטורקיה, בפולנד ובשבדיה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 179, 353, 410.
145 כך נקבע בין השאר בברית-המועצות, בפולין ובמזרח-גרמניה. ראה שם, בעמ' 287—288, 451, 306.

146 עם מדינות אלה נמנות אוסטריה, פולנד, צ'כוסלובקיה והמדינות שהוזכרו בהערה 145. ראה שם, בעמ' 61, 179, 396.

147 מדינה זו היא מערב-גרמניה. ראה שם, בעמ' 323.

148 כך ברומניה אין תרופות חוקיות על שלילת הגימלה בגין אשמתו של העובד בגרימת המחלה או בתזמורתה, ואילו באיטליה, ביחס לימאים, ישנה תוצאה חוק מפורשת שלפיה זמי המחלה יינתנו גם במקרה שהמחלה נגרמה בידי העובד במתכוון. ראה שם, בעמ' 248, 342.

149 לשישה שבועות לכל היותר בבריטניה, בהתאם לחוק הביטחון הסוציאלי מ-1975.

150 ראה *Traffic Jams in the Alps* Time, 22.8.83; "דו"ח פירסון (לעיל, הערה 21), ו, 10296; מודלינסקי (לעיל, הערה 11), בעמ' 279.

151 כך ביפן ניתן לשלול מתן שירותי בריאות בתנאים המקובלים ממי שגרם למחלתו במתכוון (ראה *Actes...* [לעיל, הערה 3], בעמ' 263), ואילו בבלגיה שלילה כזאת אפשרית במקרה של רשלנות חמורה מצדו של המבוטח. ראה P. Denis, *Droit de la sécurité sociale* (Bruxelles, 1973) 291—292.

9. סיכום

אין להכחיש, שישנם טעמים אחדים בעד שלילת הגימלה מהמבוטח כאשר הוא עצמו ובאשמתו סיבב את הגזק המכוסה בידי הביטוח הסוציאלי, ואלה הם העיקרים שהם: (א) אין זה סביר לראות בפגיעה עצמית, ובכלל בגרימת הנזק באשמת המבוטח, סיכון מבוטח ולדרוש פיצוי הניזוק על חשבון הקרנות הסוציאליות¹⁵², ואין זה מוצדק שבמקרים אחדים התשלומים מקרנות אלה יהיו תלויים רק ברצונו של המבוטח¹⁵³.

(ב) לשלילת הגימלה יש משמעות חינוכית חשובה כשהיא עשויה לפעול כגורם מרתיע וכתמריץ שלילי למניעת המקרים שבהם עסקינן¹⁵⁴, ולא ייתכן להעניק פרס למבוטח (בדמותה של הגימלה) על התנהגותו הרעה או אפילו על פשעו.

(ג) ויתור על אחריותו של המבוטח, הבאה לידי ביטוי בפסילת הגימלה, עלול להשמיט את התשתית המוסרית מתחת רגליו של הביטוח הסוציאלי¹⁵⁵. לעומת זאת, נגד שלילת הגימלה ראוי להציג את הטעמים הבאים:

הגוף המבטח בביטוח הסוציאלי, ייחודו של חובותיו הוא בכך שהן נועדו להבטיח את כלכלתם של המבוטח ושל משפחתו או של שאריו, כלומר: הן בבחינת obligations à caractère alimentaire¹⁵⁶, בדומה למוזנות. בהקשר זה יוזכר, כי לא אחת הוכיחו את הביטוח הסוציאלי על גישתו הפטרנליסטית כלפי מקבלי הגימלאות, ואינני שולל שבמובן מסוים גישה כזאת אכן קיימת, אם כי לדידי היא באה לידי ביטוי בעיקר בגילוי דאגה אבהית ביחס לציבור הזכאים. לכן, כפי שאב אינו רשאי להפסיק את כלכלת ילדו, גם שהילד אשם בהתנהגות רעה, ולו בעלת אופי פלילי, כך גם הביטוח הסוציאלי אינו צריך ואינו יכול לשלול את הסיוע מאלה שניזוקו ונקלעו למצוקה באשמתם, ואסור לו להפקיר אותם בצרתם.

יסוד מוסד של הביטחון הסוציאלי כולו הוא עקרון הצורך, ובהתאם לכך אחד מיעדי העיקריים הוא מניעת ניצרכות באמצעות הבטחת סיוע לאלה הנזקקים לו, או בלשון אחר: הבטחת הביטחון הכלכלי של כל אחד בהתאם לכלל: בעת הצורך ראוי שתבוא גימלה. עיקרון זה — יחד עם עקרון הסולידריות הסוציאלית — מוצאים את התגלמותם העקיבה בביטחון הסוציאלי, כשהם מאפיינים את כל מרכיביו ותלקיו ואת כל תפקידיו ושיטותיו, והם מבטאים גם את מוסריותם של הדינים שלפנינו, העולה לאין שיעור בסולם הערכים המוסריים על הכלל שלפיו על כל חוטא לבוא על עונשו. אי לזאת, כשאדם נקלע למצוקה אין הביטחון הסוציאלי שואל מנין באה צרתו, כיצד אירע הדבר והאם לא ניתן היה למונעו¹⁵⁷. מה שקובע לגביו הוא, שנוצר מצב של

152 השווה גיסין (לעיל, הערה 84), בעמ' 364; פרוקצ'יה ומילר, זכויות הנכים בישראל — בעיות יסוד (המכון למחקר חקיקה ע"ש הארי סאקר, 1974) 162; הצעות לקראת רפורמה (לעיל, הערה 65), בעמ' 85.

153 השווה מודלינסקי (לעיל, הערה 11), בעמ' 278—279.

154 ראה J. Jonczyk, Actes... (לעיל, הערה 3), בעמ' 445—446; W. Warkallo, Actes... (לעיל, הערה 3), בעמ' 462; E. Rabofsky, Actes... (לעיל, הערה 3), בעמ' 466.

גיסין (לעיל, הערה 84), בעמ' 364; מודלינסקי, שם.

155 ראה J. Van Der Ven, Actes... (לעיל, הערה 3), בעמ' 464.

156 ראה אלפנדארי (לעיל, הערה 7), בעמ' 183, 185—186.

157 ראה ליון-כאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 11.

צורך, שמצב זה קיים, שהצורך עקב חבלה עצמית, פשע וכדו' אינו פחות ריאלי מכל צורך ממשי אחר, וכי זוהי מציאות סוציאלית ששוב אין ניתן למחוק אותה ואף לא להתעלם ממנה. במילים אחרות: התוצאה היא אשר קובעת ואין זה משנה מהן סיבותיה או מקורותיה, כי הרי צרכיו של מי שניזוק בגופו באשמתו-הוא אינם נופלים מאלה של כל נפגע, נכה או חולה אחר: מצוקתם היא אחת ומחסורם אינו תלוי כלל בנסיבות שהביאו לליקויהם הבריאותיים.

במקרים הגדונים אנו מועמדים בפני הברירה לסרב להושיט כל עזרה למבוטח שסרח או לשאיריו כדי לגמול לו על חטאו ולהרתיע אחרים ממעשים דומים, אף שגישה זו עלולה להביאם לחרפת רעב; או להיפך: להתעלם מהאשם ולהעניק להם את הסיוע הדרוש לקיומם. פשיטא שעקרונותיו של הביטחון הסוציאלי ומטרותיו מחייבים להעדיף את החלופה השנייה, כי הרי במקרים כאלה עקרון הצורך והסולידריות גוברים על עקרון האשם.¹⁵⁸ מי שגורס אחרת משמע שלא השכיל לרדת למהותו האמיתית של התחום שלפנינו. גדולה מזו: לדעתי, העקרונות הללו גוברים אף על הכלל הידוע של המשפט הפרטי שלפיו מן עילה בת-עוולה לא תצמח זכות תביעה.

כידוע מושתת הביטחון הסוציאלי גם על עקרון הצדק הסוציאלי, וגם עקרון זה מכתוב אותו פתרון, כי כמובן הברירה האחרת — להפקיר את הנזקקים ולהפנות להם את העורף — אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה, וגם עיקרון זה מאשר את מוסריותה של השיטה שלפנינו.

מטרה רבתי של הביטחון הסוציאלי היא להגן על בני-אדם השרויים במצוקה והמערכת המפעילה אותו הלכה למעשה היא בראש-ובראשונה מערכת הגנתית. הואיל וכך, אם נחליט להעניש את הגתונים בצרה כאמצעות כליה של מערכת זו נשים לאל יעד חשוב זה, כי הרי לא ייתכן שענף של המשפט יעניש דווקא את אלה אשר למען הגנתם הוא הוקם.

הביטחון הסוציאלי, בעטיים של עקרונותיו ומטרותיו הסגוליים הנ"ל, הינו ניטרלי ביחס לפרופיל המוסרי של הזקוקים לסיוע ולתכונותיהם המוסריות. לפיכך אין הוא מקנה אות הצטיינות על התנהגות טובה וגם אינו זירה מתאימת לענישת מבוטחים על עוונותיהם. לכן מבחינת הביטחון הסוציאלי פשוט אין זה משנה אם התובע גימלה הוא אשם בדבר-מה או שהוא חף מפשע.

העובד המצטיין שנפגע בעבודתו או שחלה לא יזכה לשם תוספת גימלה. הוא-הדן לגבי החייל שנפצע במעשה גבורה במערכה. לכן אין גם הצדקה להפחית או לשלול גימלה בגלל התנהגות רעה. כלל גדול הוא שאין לערוב דיני עונשין בדינים סוציאליים, היינו: מתן סיוע במתן עונש, ועל-כן אין להחדיר יסודות של המשפט הפלילי או שיקולים עונשיים כלשהם אל תוך תחומו של הביטחון הסוציאלי, אשר יעודו הוא פתירת בעיות סוציאליות ותוך כך השגת מטרות שונות לחלוטין, כפי שהוסבר למעלה. כלומר: דיני עונשין לחוד ודינים סוציאליים לחוד. כן אין צידוק להפלות בין מי שביצע אותה עבירה מבלי להיות מבוטח או זכאי לגימלה פלונית לבין מי שהוא זכאי, כאמור, לרעת זה האחרון, במובן שעל הראשון יטילו רק את העונש הפלילי בעוד שהאחרון יצטרך לספוג בנוסף על כך עונש שני בצורה של שלילת גימלה,

158 שם; ראה גם L. Miller, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 447.

כלומר: בתחום שאינו פלילי. אף מסיבה זו אין להשלים עם הכלל של הענישה הכפולה¹⁵⁹. בקשר לזה ראוי גם לשאול את עצמנו: האם מי שחיבל בעצמו אגב ביצוע פשע ונהיה עקב כך מקוטע גפיים או משותק, למשל, אינו נענש דיו גם בלעדי העונש השני?

שלילת הגימלה פוגעת קשות גם בבני משפחתו של המבוטח שסרו התלויים בו, הגם שהם חפים מפשע. חוק הפיצויים מקנה זכאות רק לתלוי של מי שנפטר עקב התאונה שהוא גרם לה במתכוון (לרבות אגב ביצוע פשע). הבחנה זו אינה הגיונית, שכן אם האשם במעשה כזה נותר בחיים — תלוייו זקוקים וראויים לא-פחות לסיוע חומרי.

הביטוח הסוציאלי הינו שיטה של עזרת הדדית על בסיס השתתפותי ואל לנו לשכוח כי המבוטח החוטא, כמו כל מבוטח אחר, תרם — לפעמים במשך שנים רבות — את חלקו לקרנות הביטוח (ולו בעקיפין, באמצעות תשלומיו של מעבידו) ורכש בכך את זכויותיו. מכיוון שכך, שלילת זכאותו כמזרחי כהחרמת תרומותיו לקרן המשור-תפת, תחת מתן הסיוע שהוא שילם עבורו. שלילת הגימלה נעשית לעתים (כמו, למשל, במקרה של נכות צמיתה באשם עצמי) לכל ימיו של המבוטח, ואין הדעת סובלת הטלת עונש אכזרי כזה. שלילה כזו עלולה להימשך לפעמים 30—40 שנה ויותר! בפועל המקרים של פגיעה עצמית מרצון הם נדירים ביותר¹⁶⁰ וגם מסיבה זו אין להיאבק בהם בדרכים כה קיצוניות. מאותה סיבה אין לגורם המרתיע של הפתרון הנגדי כמעט שום משקל מעשי.

היצרים הטבעיים של כל אדם בריא מונעים ממנו לחבל בעצמו. לכן ברוב המקרים של המקרים שבהם בכליזאת אירע כדבר הזה יש לזקוף אותו כמעט תמיד למצב חריג של הפרעות נפשיות¹⁶¹, ובכך טמונה עוד סיבה שלא להענישו בשלילת הגימלה הנחוצה לו לקיומו, וזאת בגין התנהגות אשר ככל הנראה נקיה, למעשה, מכל רבב של אשם.

כל אדם הוא אדון לגופו, לכן הוא רשאי לעשות בו ככל העולה על דעתו, לרבות לפגוע בו, ואין להענישו על מימוש זכות זו, לא-כל-שכן דווקא בכליו של הביטחון הסוציאלי ובמסגרתו, כי אחרת פירוש הדבר הוא שהמשפט הסוציאלי נוהג בו ביתר חומרה מאשר הדין הפלילי, שאינו מעניש מעשה כזה¹⁶². בדבר היחס שבין האדם לגופו חל הכלל של "איש הישר בעיניו יעשה".

הפתרון האחר — של שלילת הגימלה בגין אשמת המבוטח מחזיר אותנו לת-

159 השווה ד"ר פירסן (לעיל, הערה 21), I, 1029§.

160 בפולין, למשל, במשך 25 שנה לא אירע אפילו מקרה אחד כזה. ראה מודלינסקי (לעיל, הערה 11), בעמ' 289; ראה גם סן-ג'ור (לעיל, הערה 92), בעמ' 399; ד"ר פירסן (לעיל, הערה 21), III, 612§.

161 ראה E. Forstadius, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 352; סמרס (לעיל, הערה 8), בעמ' 488; סן-ג'ור (לעיל, הערה 92), בעמ' 401. מקרהו של הצייר הנודע ון-גוג, אשר חתך את אוזנו ברגע של התרגשות חולנית משמש דוגמה לכך.

162 כמובן שאין לדבר כאן בקבלת דבר בתחבולה כמשמעותה בסעיף 416 לחוק העונשין, תשל"ו—1977 (סי' 864, עמ' 226), שכן בנדון דידן נזקי הגוף של התובע גימלה הם אמיתיים ולא מדומים.

חומם של דיני הנזיקין המקובלים על כל חסרונותיהם, כגון הצורך בהתדיינות מסובכת ומייגעת, עיכוב מתן התחלטה והפיצוי, ייקור השיטה ועוד כהנה וכהנה.¹⁶³ זאת ועוד: אם חפות מפשע תהא תנאי לזכאות לגימלה, אזי יהיה צורך לבדוק בכל המקרים ולגבי כל התביעות אם אכן תנאי זה מקיים — מה שעלול להסיר מהביטחון הסוציאלי אחד מיתרונותיה העיקריים של השיטה, קרי: פשטותה, מהירותה והקלות שבה ניתן להשיג את הגימלאות.

הפתרון האחר עלול להגדיל את מספר מקרי הסעד, ולמותר לומר שאין הדבר רצוי. אכן פירוש הדבר הוא לדחוף קבוצה נוספת של בני-אדם לזרועות העוני, להופכם ממבוטחים בלתי-תלויים לנתמכים שתלותם ברשויות הרווחה היא כמעט מוחלטת ולדון אותם לחיות כמוכי הגורל הנזקקים לטיפולם סוציאליים מתמידים ויקרים מאת אותן הרשויות.

בקשר להשפעה המרתיעה שיש, כביכול, לפתרון הנגדי ראוי לומר, בנוסף לשיקולים הנ"ל, כי במקרה הטוב השפעה זו תהא חלשה, וזאת אף מן הסיבה שכל מבוטח המבקש להסב נזק גוף לעצמו יטה לצפות שלא יתגלה שהוא עשה כן, גם משום שבמקרים שלפנינו עשוי להיות קשה עד מאוד להבחין בין פגיעה עצמית ובין פגיעה שאיננה כזו. מכל-מקום, כאמור השפעה זו ראוי וניתן להשיגה ביתר-שאת באמצעות הטלת עונשים פליליים או מינהליים על האשמים בניסיון לזכות לגימלה שלא כדין, בהתקיים התנאים הדרושים לכך.

מצד אחר, ממה שנאמר לעיל עולה כי עקרונותיו של הביטחון הסוציאלי מחייבים החלתו גם על המקרים של גרימת נזקי גוף באשמת המבוטח גופא ולפיכך יש לראות גם במקרים אלה סיכון מבוטח ואין אפוא כל פסול בכך שגם מבוטחים, כאמור, או שאידיהם יזכו לגימלאות מקרנות-הביטוח. מבחינה זו אין זה משנה מה היתה דרגת כוונתו של המבוטח, היינו: אם הוא התכוון לפגיעה בלבד, או גם לתוצאותיה, או אפילו להשגת הגימלאות ממש.

המסקנה המתבקשת מכל אלה היא, שיש להתייחס לסנקציה שבשלילת הגימלה בגין אשמת המבוטח ביד קפוצה עד כמה שניתן ולהשלים עמה, כאמור, אך ורק במקרים אחדים של אבטלה מרצון ושל אי-נכונות לעבור טיפולים שיגרתיים וכיוצ"ב, וגם אז בצורה מסויגת ומתונה ביותר. בר-זמן רצוי לבטל את סעיף 148 לחוק ויפה שעה אחת קודם, ולא לפסול את הגימלה במקרה של פגיעה עצמית או גרימת נזקי גוף אחרים עקב פשע.¹⁶⁴ עד אז ברור, כי את המונח "פשע" בסעיף הנ"ל יש לפרשו כמשמעותו בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א—1981,¹⁶⁵ כעבירה מהסוג החמור ביותר. בהקשר זה יזכר כי בפועל הסעיף האמור כמעט שלא הופעל.

לאחר הנמקה כללית כנ"ל עלי להוסיף כמה נימוקים והצעות המתייחסים באופן ספציפי לענפי ביטוח או לענפי הבטחת גימלאות אחדים, מאלה שנדונו לעיל, בסעיפים הקודמים לפרק זה.

163 על חסרונות אלה ביתר פירוט ראה מילר (לעיל, הערה 34).

164 דעה מנוגדת (בעד שלילת הגימלה בגין אשם חמור) הביעו א' פרוקצ'יה וד' קרצ'מר. ראה הצעות לקראת רפורמה (לעיל, הערה 65), בעמ' 85–86.

165 ס"ח 1030, עמ' 302.

כך, בנוגע לפגיעות עבודה כתוצאה מרשלנותו של המבוטח, לרבות רשלנות גסה, דעתי היא כי אין הצדקה לשלול, ולו חלקית, את הגימלה מהנפגע. ראשית, כאמור, ביטוח נפגעי עבודה הוא שיטה של אחריות וביטוח שלא על בסיס של אשם. מבחינה תיאורטית שיטה זו, בצורתה העקיבה, אינה עולה בקנה אחד עם התחשבות כלשהי ברשלנותם של שני הצדדים (הפוגע והנפגע). שנית, המצב הנוכחי המתאפיין בכך שחוק הפיצויים התנתק עצמו לחלוטין מעקרון הרשלנות בעוד שחוק הביטוח הלאומי בקשר לענף הביטוח הנדון לא עשה כן, הביא לתוצאה בלתי-הגיונית שהדעת אינה סובלת אותה בכך שכיום בחלק מתאונות-הדרכים (אלה שנחשבות ומתבררות כתאונות-עבודה, הואיל והגיוזוק בחר בתביעת הגימלה ולא בתביעה לפי חוק הפיצויים) יש לרשלנות הקורבן השפעה שלילית על זכאותו, שעה שביתר תאונות-הדרכים אין השפעה כזו. שלישית, שלילת הגימלה במקרה שתקופת אי-כושר העבודה נופלת מעשרה ימים או מארבעה שבועות (בהתאם לסעיפים 37 ו-38 לחוק) היא שרירותית ומתעלמת מהעובדה שגם בפרקי-זמן אלה ראוי הנפגע לסיוע סוציאלי לא-פחות מאשר מעבר להם.

אוסף, כי עצם הפרשנות הפסיקתית הליברלית של החוק, כפי שתוארה לעיל, מעידה על כך שגם השופטים היו תדורי התרגשה כי בקובעו את עילות הפסילה הנדונות החמיר המחוקק יתר-על-המידה עם קורבנותיהם האפשריים של הפגיעות.

באשר לגרימה עצמית של פגיעת עבודה או של פגיעה בשירות הצבאי במתכוון יש לומר, כי לפי הדין המצוי אין אפשרות להעניק לקורבן את הגימלאות החוקיות בכל המקרים, אולם ראוי להדגיש כי פתרון זה מתבקש לא בגלל שצודק להעניש את המבוטח, החייל או את תלוייהם על אשמתם של הראשונים, אלא אך ורק משום שבפגיעה מכוונת אין ניתן לראות פגיעה "עקב העבודה" או "עקב השירות", היינו: רק בעטיו של תנאי הקשר הסיבתי המיוחד¹⁶⁶.

הואיל וכך, אם וכאשר בעתיד יבוטל התנאי הקאזואלי, ועל כן בעד כל נזקי הגוף של כל תושב, ללא הבחנה וללא סייג, יגתנה אותן הגימלאות ההולמות — כפי שהומלץ בנוגע לנכים מכל הסוגים¹⁶⁷, לנפגעים מתאונה כלשהי ולחולים למיניהם¹⁶⁸, ויוגשם בכך הלכה למעשה מה שכיניתי ה-No Cause Principle, משמע אחריות וביטוח ללא שים לב לא רק לאשם אלא גם לסיבת נזקי הגוף — אזי קורבנות הפגיעות יזכו למלוא הגימלאות גם בכל מקרה של פגיעה עצמית במתכוון.

בביטוח האבטלה, בקשר לדרך שבה המחוקק והפסיקה הישראלים בחרו כדי לגבש את החנאי שהאבטלה תהיה שלא מרצון, הם נראים לי סבירים. עם זאת, לפי דעתי טעון ההסדר התחיקתי שני תיקונים:

166 ראה M. Papier-Jamouille, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 90; J. Bicovsky, *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 392; פרסאני (לעיל, הערה 5), בעמ' 247.

167 ראה E. von Hippel, *Der Schutz des Schwächeren* (Tübingen, 1982) 110; A. L. Miller, "The Problem of the Class Differentiation of Disability Benefits — A Case for Going Beyond the No-Fault Principle" 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 434.

הצעות לקראת רפורמה (לעיל, הערה 65), בעמ' 8—49, ובייחוד 48.
168 ראה א"ל מילר (לעיל, הערות 34, 45 ו-65), שבו מובאים מחברים אחרים לא-מעטים אשר דוגלים באותה דעה.

(א) רצוי לקבוע בחוק כי "עבודה מתאימה", כמשמעותה בסעיף 127(ב), היא עבודה המבטיחה לעובד גם שכר סביר, בהתחשב במקצועו, כפי שנקבע בחוקיהן של מדינות אחרות.¹⁶⁹ מבחינה זו, אין, לעניות דעתי, די בכך שהשכר יהיה שווה לפחות לדמי אבטלה שהיו מגיעים למבוטח, כפי שנפסק אמנם¹⁷⁰, כשעצם החלטה זו מעידה על כך שההוראה המציבה את התנאי שהעבודה המוצעת תהא "מתאימה" אינה ברורה די צורכה (בקשר לתנאי השכר).

(ב) רצוי להציב באותו סעיף — כתנאי לשלילת דמי האבטלה — סירוב בלתי-מוצדק חוזר ונשנה של עובדות שהוצעו למבוטח, כפי שדורש החוק במדינות אחדות¹⁷¹ וכפי שהטעים מומחה בעל שם¹⁷², שלילת זכות בעד דחיה אחת ויחידה של עבודה מחמירה יתר-על-המידה עם המבוטח מחוסר-העבודה.

שני התיקונים המומלצים הנ"ל עשויים להבטיח בחירה בקו סביר בדבר איוון האי-טרסם הלגיטימיים של שני הצדדים (של המבוטח ושל המבטח) — איוון הצריך לעמוד לנגד עיניו של המחוקק כשהוא בא להסדיר את ביטוח האבטלה.

באשר לביטוח נכות ולחוקי נכות מיוחדים באופן כללי, בנוגע למקרים של שלילת גימלה בגין אי-נכונותו של הנכה לעבור טיפולים שונים ולציית להוראות רפואיות או שיקומיות, יצוין, ראשית כול, כי יש הבדל עקרוני בין המקרים הללו לבין המקרים של חבלה עצמית וכיו"ב. בעוד שבמקרים מן הסוג האחרון מוטלת הסנקציה על הזכאי לגימלה שעה שזקקי הגוף כבר נגרמו, והם בבחינת עובדה מוגמרת, המצב הוא בלתי-הפיך ואין שום אפשרות להשיבו לקדמותו; לא כך הוא המצב במקרים מן הסוג הראשון: כאן אם הנכה יחזור בו וישוב לעבור את הטיפולים המומלצים או את השיקום או שישב למלא אחרי ההוראות שניתנו לו, בדרך-כלל ניתן יהיה למנוע את החמרת מצבו הבריאותי או להשיג את שיפורו, כששום דבר בלתי-חוזר לא אירע.

פירוש הדבר, שבמקרים מן הסוג הראשון (סירובו של הנכה לשתף פעולה למען שיפור מצבו, או למניעת ההחמרה בו) עשויה הסנקציה למלא תפקיד מוגע ולהצטייר כגורם מרתיע יעיל וחשוב. לכן אין להתנגד התנגדות גלובלית נגד הטלת כל סנקציה על הנכה במקרים אלה.

יחד עם זאת, יש לזכור כי לעתים קרובות ייתכן שסירובו של הנכה לעבור טיפולים וכו' יכול לנבוע מפחד, מאדישות, מדיכאון או מתוך יאוש, כלומר: דווקא כתוצאה מתופעות נפשיות שליליות שהן פועל-יוצא ממדמו, ואין זה הוגן להענישו על כך. כמו-כן, כיבוד אישיותו וחירותו של כל אדם אינו עולה בקנה אחד עם חיובו לעבור ניתוחים כירורגיים או טיפולים קשים נגד רצונו או להשתקם בעל-כורחו, ובכלל — בהתאם לגישה אנושית בסוגיא זו — בשום פנים לא מוצדק יחס קשוח כלפי הנכה.

אי לזאת, ההוראות הנ"ל טעונות כמה תיקונים. רצוי לקבוע שאין מטילים שום סנקציה על סירוב לעבור ניתוח או טיפול רפואי שהוא מסוכן או כרוך בסבל רב; אין

169 למשל צרפת ואיטליה. ראה: *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 200, 254.

170 תב"ע (ת"א) 02-22 אמיאם נ' שירות התעסוקה, פד"ע יב סד, סה.

171 למשל בשבדיה. ראה: *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 355.

172 ראה ליון-כאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 24-25, הטוען שאפילו הסירוב לקבל עבודה צריך להיות "שיטתי" כדי להצדיק שלילת הגימלה.

לשלול את קיצבת הנכות, הדרושה לנכה להבטחת קיומו וקיום משפחתו, אף לא חלקית, בגין סירובו של הנכה לעבור שיקום; במקרה שהנכה חוזר בו לאחר זמן-מה ועובר שוב טיפולים או מכבד את ההוראות הרפואיות שניתנו לו יש להחזיר לו את מלוא הסכומים שהושתו או שנשללו ממנו¹⁷³; בשום מקרה שיעור שלילת הקיצבה לא צריך לעלות על מידת התחמרה בנכותו כתוצאה מהתנהגותו של הנכה; באשר להוראות הנ"ל על חיובו של הנכה להחזיר גימלאות, יצוין כי הן אינן תואמות את רוחו של הביטחון הסוציאלי, כי הן עלולות להביא לפגיעה בלתי-נסבלת באינטרסים של הנכים וכי ככל הנראה סנקציה חמורה כזאת אינה ידועה במשפטן של מדינות אחרות, שלא לדבר על כך שבכלל כישלון בלימודים או בבחינות אינו בבחינת אשם, כי אם בעיקר פונקציה מרמת כושרו האיני-טלקטואלי של המשתלם¹⁷⁴.

לסיכום סוגיית זו, ככלל יש להבטיח שמירת פרופורציה סבירה בין חומרת מעשהו של הזכאי לגימלה ובין חומרת הסנקציה המוטלת עליו, תוך מגמה להימנע בכל המקרים מסנקציות מוגזמות בחומרתן, וכמו-כן גם מסנקציות מיותרות, שאינן עשויות להניע את הנכה לשתף פעולה בהפעלת צעדים הננקטים לטובתו.

באשר לדין הרצוי בתשלום ביטוח דמי מחלה, בקשר לפגיעה עקב קטטה ראינו שאין זו משמשת עילה לפסילת גימלאות נכות¹⁷⁵, ואין שום הצדקה לנקוט בעניין זה קו של איפה ואיפה לטובת הנכים ולרעת הזכאים עקב קטטה. ובנוגע למחלה הקשורה בתת-מכרות של המבוטח לאלכוהול או לסמים יצוין כי עצם התמכרות זו היא מחלה חמורה, לעתים חשוכת-מרפא, ואין טעם לשלול מעובד אומלל שכזה את דמי המחלה¹⁷⁶. אך ורק מפני שמצבו הפתולוגי הנוכחי נגרם כתוצאה ממצב פתולוגי אשר קדם לו.

בדבר שלילת גימלה בגין הפרת הוראות רופא או התנהגות מזיקה לבריאות או שעלולה למנוע את החלמתו של המבוטח, הריני מפנה למה שנאמר על סנקציה דומה בביטוח הנכות, ולכן ניתן להסכים להשהיה חלקית לכל היותר של דמי המחלה (הפחתת הגימלה ב-10% מספקת, לפי מיטב הערכתי, כדי לשמש גורם מרתיע בנדון), לתקופה מוגבלת בלבד, ולקבוע כי דמי המחלה שהושתו יוחזרו לו למפרע ברגע שהוא יחזור להתנהג כראוי.

1. אשמת הנזקק

כידוע, שירותי הרווחה או הסעד מבוססים על מימון תקציבי ולא על גביית דמי ביטוח. לכן השירותים הללו אינם נמנים עם הביטוח הסוציאלי, אלא מהווים את החלק הלא-גבייתי (הנון-קונטריבוטורי) של הביטחון הסוציאלי. אי לזאת גם הנזקק הנתנה משי-

173 ראה פרוקצ'יה ומילר (לעיל, הערה 152), בעמ' 164.

174 שם, בעמ' 165.

175 ראה לעיל, הערות 99, 100 ו-106.

176 ראה ליון-כאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 28, 491; סן-ג'ור (לעיל, הערה 92), בעמ' 402. באופן כללי, פרופ' צלנר הטיל ספק בהצדקה לשלול דמי מחלה בגין אשמת המבוטח. ראה D. Zöllner, "Die Situation des Arbeitnehmers im Falle der Krankheit" 31

Recht der Arbeit (1978) 304—305.

רוחנים אלה, הגם שהוא מקבל גימלאות, אינו "מבוטח". בתחילת הפרק הקודם ראינו שבתחום שירותי הרווחה¹⁷⁷ לא צריכה להיות לאשמת הנחמד, ותהיה חמורה ככל שתהיה, שום השפעה על זכאותו או בכלל על השירותים שניתנים לו, ולפיכך אין כאן מקום לסנקציה כלשהי בגין אשם עצמי בגרימת או באי-מניעת הנזקקות — תהא חומרת האשם ככל שתהיה.

על-פירוב, חקיקתנו ויתר ההסדרים הנורמטיביים בדון מכבדים כלל זה. לדוגמא ניתן להצביע על חוק שירותי הסעד, תשי"ח—1958¹⁷⁸ והתקנות לביצועו; על התקנות לענייני סעד (תע"ס) המכיל הוראות רבות בנושאי סעד למיניהם; או על חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב—1972¹⁷⁹ והתקנות לחוק זה (הואיל וסיוע זה אינו סוג מיוחד של שירותי רווחה); ועל סעיף 234 לחוק שגם הוא דן במתן סיוע משפטי¹⁸⁰.

במדינות אחרות, סנקציות של שלילת גימלה בתחום זה הן נדירות עד מאוד¹⁸¹. מקרה חריג מבחינה זו הוא חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א—1980¹⁸². סעיף 18 לחוק זה מסמיך את המוסד לשלול את הגימלה להבטחת הכנסה ממי שללא צידוק מנע מעצמו את הכשרתו המקצועית, את שיקומו המקצועי או את החזר כושר-העבודה.

באשר לסעיף 18 הנ"ל, הגם שבהתנהגותו הלא-ראויה שבה מדובר עלול הנזקק לשים לאל את המאמצים שנרעדו לאפשר לו להיחלץ מן הנצרכות ולפרנס את עצמו ואת משפחתו, דהיינו: לחבל במאמצים התואמים את המטרה העיקרית של שירותי הרווחה — הרי שהסנקציה שבהוראה זו היא חמורה מאין כמותה ובשום פנים אין להשלים עמה.

שירותי הרווחה הם המיפלט האחרון הפתוח בפני חסרי-הישע או חבל-ההצלה האחרון שהמדינה מושיטה להם, דהיינו: הרובד האחרון בסולם השירותים הסוציאליים שאחריו שוב לא בא מאומה¹⁸³. מכיוון שכך, לסרב להעניק לנזקק, אפילו שהוא עצמו אחראי למצוקתו, את הסעד החיוני לו, כמוהו כלדון אותו לחרפת רעב, ובסופו של דבר לשלול ממנו את עצם הזכות לחיים — יחס שכמובן הדעת אינה סובלת אותו ושאינו מתיישב עם תדמיתה של מדינה מתוקנת. לכן רצוי לבטל סעיף זה, וככל שהדבר ייעשה מוקדם יותר — כן ייטב.

במאמר מוסגר ייאמר שנוכח האופי השיוזרי של שירותי הרווחה, כפי שעולה מתיאורם

177 ליתר פירוט על שירותים אלה ראה א"ל מילר, "מהותם וסוגיהם של שירותי הרווחה" במחנן סוציאלי 25 (תשמ"ד) 19.

178 ס"ח 249, עמ' 103.

179 ס"ח 654, עמ' 95.

180 בהרחבה על נושא זה ראה א"ל מילר, "מתן סיוע משפטי לנזקקים בגין השגת שירותי רווחה" משפטים יג (תשמ"ד) 436.

181 עם המקרים המעטים שבהם קיימת בכל-זאת האפשרות לשלול את דמי הסעד בגין אשמת הנזקק נמנים החוק הפדרלי לסיוע סוציאלי של מערב-גרמניה וחוק הסעד לעיוורים של טירול שבאוסטריה. במקרה הראשון ניתן להוריד את דמי הסעד אל מתחת למינימום המקובל, כל-אימת שהנזקק נקלע למצוקה באשמתו-הוא. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 65, 319, ובקשר לגרמניה בלבד, ראה גם H. F. Zacher, *Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg, 1983) 57—58.

182 ס"ח 991, עמ' 30.

183 ראה אלפנדארי (לעיל, הערה 7), בעמ' 196; וורקאלו (לעיל, הערה 154), בעמ' 460; מילר (לעיל, הערה 177), בעמ' 23, 24—25.

לעיל, ניתן להציע כפתרון של פשרה כביכול, או כפתרון מתון יותר, כי מבוטח אשר גרם לנזקי הגוף שלו בעצמו ובאשמתו החמורה, או במתכוון, או עקב פשע, יאבד אמנם את זכאותו לגימלאות הניתנות בענפים השונים של הביטוח הסוציאלי או גימלאות מועדפות אחרות, אך שהוא יקבל בכל זאת את שירותי הרווחה, לרבות הגימלה להבטחת הכנסה¹⁸⁴. ובפועל זה גם הפתרון המעשי בחלק מן המדינות, לאמור: אלה שבהן אין שוללים את שירותי הרווחה בגין התנהגות רעה, ראוייה לגנאי.

לדידי, פתרון זה, אשר היה מגביר באופן מלאכותי את מספר מקרי הסעד, אינו מגיח את הדעת גם מפני שאינו נקי מחלק מן החסרונות של הגישה השוללת גימלאות בגין אשם, ושנגדה הבאתי את הטעמים הנ"ל. כך עקרון הצורך, אליבא דרוב המומחים בנדון, מחייב להקנות למבוטח יותר מאשר את המינימום התכרחי הדרוש לקיומו, כשהצורך הוא מושג אינדיבידואלי ונמדד לפי הכנסתו הקודמת ורמת-החיים הרגילה של המבוטח. גם פתרון-ביניים כזה אין בו כדי למנוע פגיעה בבני משפחתו של המבוטח החפים מפשע, וגם לא את ענישתו הכפולה ואת הטלת העונש השני באמצעות הביטחון הסוציאלי; הוא מתעלם מתרומותיו של המבוטח לקרנות הביטוח ואף עלול להטיל על המבוטח סנקציה לכל ימי חייו ולהשיב לתחום שלפניו, לפחות חלקית, את חסרונותיהם של דיני הנוזיקין המבוססים על עקרון האשם (ולחייב לבחון בכל המקרים שמא נדבק רבב של אשם בהתנהגותו של המבוטח, ואם מניחים שכן — להוכיח את אשמתו, דבר שהוא כידוע קשה עד מאוד). כמו-כן עמדה כזאת אינה מתחשבת בכך שהאדם אדון לגופו, שפציעה עצמית מעידה לרוב על מצב נפשי חריג שאינו מצדיק ענישה, שעל הביטחון הסוציאלי להיות ביטחון ביטחון כלפי תדמיתו המוסרית של הנפגע וביחוד שיש עניין שלא להרבות את מקרי הסעד. נוסף על כן, לא קשה לתאר לעצמנו מה פירוש הדבר להפוך מבוטחים למקרי סעד — הן מבחינה חברתית והן מגקודת-ראות אנושית¹⁸⁵.

חלק שני

אשם שאינו קשור בגרימת הסיכון המבוטח

ז. אשמת המבוטח

1. אי-תשלום דמי ביטוח או הפרת חובות בקשר למס-הכנסה

סעיף 181 לחוק קובע את התנאים להפחתת גימלה ולשלילתה מחמת פיגור בתשלום דמי הביטוח שהמבוטח חייב בתשלום. ואולם לפי אותו סעיף קטן (א)(3), במקרה

184 פתרון ברוח זה, המאפשר מתן גימלאות עקב התנהגות רעה חמורה רק לנזרכים, גלום בכמה חוקי גימלאות מיוחדים — ראה לעיל, הערה 105 והסקסט הסמוך אליה.

185 על היבטים אלה ראה מילר (לעיל, הערה 177), בעמ' 21–26, 31–33.

של פיגור רב תישללנה מן הזכאים גם גימלאות בעין אחדות. לדעתי, כאן החוק הרחיק לכת. הודות לחיוביותן של הגימלאות בעין (כגון שיקום לנכה) אין לפסול אותן אפילו במקרה כזה, ויש להסתפק ביתר הסנקציות.

כידוע, מאפיין חשוב של חוזה הביטוח במשפט הפרטי טמון בכך שלפי המינוח המקובל באירופה הקוננטיננטלית הינו בבחינת *contract synallagmatique*, ולכן במקרה של אי-מילוי התחייבותיו על-ידי צד אחד רשאי הצד השני להעלות מה שקרוי *exceptio non adimpleti contractus*, כלומר: *Each party can refuse to perform unless the other is doing so*. לפיכך, כאן אי-תשלום הפרמיות על-ידי החייב עלול לגרום לאי-מתן הפיצוי על-ידי המבטח.

מבחינה זו ייחודו של הביטוח הסוציאלי בקשר לפגיעות עבודה, שאיננו אלא תולדה טבעית של עקרונותיו, מתבטא בכך שמאפיין קלאסי זה נעלם כליל בתחום הנדון וכלל מקובל במישור העולמי הוא שלא-תשלום דמי הביטוח על-ידי המעביד, אשר עלול להוביל להטלת סנקציות שונות על זה האחרון, אין שום השפעה על זכויותיהם של המבוטח ושל תלויו¹⁸⁶, כשהחריגים מכלל זה הם נדירים עד מאוד¹⁸⁷.

המצב שונה בענפי ביטוח אחרים שבהם אי-תשלום דמי הביטוח או הפיגור בתשלומם עלול לגרום להפחתת הגימלאות או לשלילתן, כפי שקורה לפעמים בביטוח האבטלה¹⁸⁸ ובכמה מדינות, גם בביטוח הזיקנה. ואילו אצלנו, לפי סעיף 181 לחוק, בכל יתר ענפי הביטוח פרט לביטוח אימהות וביטוח ילדים. בביטוח זקנה יש שהחוק קובע¹⁸⁹ כי אם בגלל אי-תשלום דמי הביטוח על-ידי המעביד קוצצה קיצבת הזיקנה של המבוטח או שגשלה ממנו כליל הוא רשאי להגיש תביעת פיצוי נזיקין נגד מעבידו ולהשתפות בדרך זו; ודומה כי לאותה תוצאה ניתן להגיע גם במקומות אחרים (לרבות ישראל), על-פי הכללים המקובלים של דיני הנזיקין. לעניות דעתי, תחת זאת פתרון סביר יותר ותואם יותר את רוחו של הביטחון הסוציאלי היה להנהיג את הכלל החדשני הנ"ל של ענף נפגעי עבודה בכל ענפי הביטוח הסוציאלי, במידה שהם ממומנים בידי דמי הביטוח של המעבידים ואלה מפרים את חובת התשלום הרובצת עליהם, ולהעניק למוסד המבטח זכות תביעה אזורית או כל דרך מתאימה אחרת כדי להשיג את המגיע לו מן המעביד הסרבן, על כל הטירחה, ההוצאות ואי-הודאות הכרוכות בכך.

במקרה שהמבוטח עצמו (למשל עובד עצמאי) חייב לשלם את דמי הביטוח ואינו עושה כן או שחל פיגור ניכר בתשלומם, מקובל להפחית את הגימלה או לשוללה, וזה גם מה שקובע אצלנו סעיף 181 לחוק. עקרונית אין להתנגד להוראה זו, כי אחרת אין כל משמעות לשיטה ההשתתפותית המבוססת על עקרון האיוון בין פרמיות ובין גימלאות ועל חישובים אקטואריים¹⁹⁰. אילולא כך, היה קיים הסיכון שהמוסד הסוציאלי לא יוכל לעמוד בחובותיו כלפי ציבור המבוטחים.

186 ראה ליון-כאן (לעיל, הערה 9), בעמ' 26–27.

187 כך בפולין, למשל, כלל זה אינו חל לעתים לגבי העובדים המועסקים בידי מפעלים פרטיים.

ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 293.

188 לדוגמא בשוויצריה. ראה שם, בעמ' 380.

189 למשל בבריטניה ובאיטליה. ראה שם, בעמ' 231, 252.

190 ראה פרוקצ'יה ומילר (לעיל, הערה 152), בעמ' 166; גיסין (לעיל, הערה 84), בעמ' 365.

סעיף 139 לחוק מסמיך את המוסד לקזז חובות מס-הכנסה של הזכאי כנגד קיצבת ילדים, ואילו סעיף 139(א) מרשה למוסד לעכב תשלום קיצבת ילדים במקרה שהזכאי לא הגיש במועד את דו"ח מס-הכנסה לפקיד השומה. לגבי דידי סנקציות אלה, שכמותן לא פגשתי במשפטן של מדינות אחרות, אינן מוצדקות, שכן אין לזכויות סוציאליות בכלל ולקיצבאות ילדים בפרט, מחד גיסא, ולחובות הקשורות במס-הכנסה, מאידך גיסא, ולא כלום. נוסף על כך, כאמור, אין להעניש כלל אדם שסרח דווקא בשלילת גימלאות, כלומר: במסגרתו ובכליו של הביטחון הסוציאלי, לא-כל-שכן לגבי מי שהפר הוראות בתחום אחר לחלוטין וקל-יחומר דווקא ביחס לגימלה שנועדה להבטיח את כלכלת הילדים; שלא לדבר על כך, שבגין הבטחת מילוי החובות בתחום מס-הכנסה ישנן סנקציות ספציפיות יעילות כמו הטלת ריבית פיגורים, קנסות ועוד.

2. מירמה

לפי סעיף 149 לחוק, אם ניסה אדם להשיג גימלה במירמה, תופחת הגימלה שהוא זכאי לה ב-25%. הוראות כמעט זהות כלולות בחוק שירות המדינה (גימלאות) (סעיף 53) ובחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) (סעיף 45). דין דומה קיים בכמה מדינות אחרות.¹⁹¹

אלה הן דוגמאות בולטות למיזוג ולעירובייה בלתי מתקבלים על הדעת של דיני עונשין ושל דינים סוציאליים.¹⁹² וכתוצאה מכך — לענישה כפולה על מעשה אחד. אין חולק על כך, שיש לשלול גימלה אם התובע מנסה להשיגה במירמה. אבל מדוע יש לשלול ממנו גם חלק מן הגימלה המגיעה לו כדין? הרי על עבירתו הוא יענש לפי החוק הפלילי, ולעונש זה השפעה מרתיעה מספקת. כן ראוי להביא בחשבון כאן גם את יתר הטעמים נגד שלילת גימלה בגין אשמתו של המבוטח שהובאו למעלה. תוך כך יוזכר, כי אין כל סיבה שמי שמנסה להשיג גימלאות במירמה יקבל עונש נוסף בהשוואה לכל אדם האשם במירמה בנסיבות אחרות, שעליו יוטל רק העונש הפלילי. סנקציה כזאת אינה נהוגה בכמה מדינות.¹⁹³ נוכח האמור עד כה, רצוי לבטל את הסעיפים הנ"ל.

3. אי-מתן עזרה למשלם הגימלאות במימוש זכות השיפוי שלו

לפי סעיף 150(ב) לחוק, סעיף 60(א) לחוק שירות המדינה (גימלאות) וסעיף 49(ב) לחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) רשאי המוסד או הממונה, לפי העניין, לשלול

191 כך, בגין מירמה בארצות-הברית ניתן לשלול את הגימלאות בביטוח נפגעי עבודה ולהש- הותן למשך שנה או יותר בביטוח אבטלה. אפשרות של שלילת גימלה קיימת גם בפינלנד בביטוח נפגעי עבודה, בביטוח דמי מחלה לגבי נכי מלחמה ובביטוח אבטלה, ובאיטליה בביטוח דמי מחלה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 171, 180, 252.

192 ראה פרוקצ'יה ומילר (לעיל, הערה 152), בעמ' 162—163.

193 לפחות באיטליה ובצ'כוסלובקיה. ברומניה הוראה דומה שהיתה בחוק הפנסיות בוטלה בחוק הפנסיות מ-1967 כבלתי-מוצדקת. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 252, 402. בקשר לרומניה המחבר יודע זאת מניסיונו האישי (עקב השתתפותו בהכנת החוק הנ"ל).

גימלה, כולה או מקצתה, אם הזכאי לא הושיט עזרה סבירה למשלם הגימלאות למימוש זכות השיפוי שלו. לא ידוע לי על הוראות דומות בדין של מדינות אחרות. אם תבטל זכות הסוכרוגציה של משלם הגימלאות — וכבר הראיתי שזה אזהר מהפתרונות האפשריים — מובן מאליו כי עמה תיפולגה גם ההוראות דנן. אך גם אם זכות זו תעמוד בעינה דומה כי אין הצדקה להוראות שלפנינו, כי על-פי-רוב אין לזכאי לגימלה עניין לסרב להושיט עזרה למוסד או לממונה למען מימושה של זכות השיפוי ולכן המקרים שבהם מדובר הם נדירים ביותר.

מכל-מקום, האפשרות לפסול את הגימלה כולה וללא הגבלה בזמן הינה סנקציה חמורה מדי. גם אם הסנקציה תעמוד בעינה, רצוי להתנות את שלילת הגימלה בכך שלולא סירובו של הזכאי לסייע במימוש זכות השיפוי היה סיכוי סביר להשגת הפיצויים מהצד השלישי, כי אחרת כמובן הזכאי אינו אחראי לאי-השגת הפיצויים¹⁹⁴. כמו-כן ראוי להוסיף הוראה שלפיה במקרה שלאחר שלילת הגימלה חזר בו הזכאי ומושיט עזרה, כאמור, למשלם הגימלאות תוחזר לו הגימלה שנשללה ממנו, שכן אז שוב אין טעם להענישו.

4. אי-התייצבות לבדיקות רפואיות

לפי סעיף 90(ג) לחוק, תנאי לזכאות לדמי תאונה הוא שהמבוטח נבדק בדיקה רפואית תוך 72 שעות משעת התאונה, ואם המוסד אישר שתוצאות התאונה יכול שנתגלו מאוחר יותר — תוך שבועיים מיום התאונה.

הוראה זו בולטת בנוקשותה ובחומרתה המופרזת והמיותרת. אכן אין הצדקה לכך שבמקרים הרגילים מבוטח שמסיבה כלשהי, לרבות סיבה שאין לו שליטה עליה, כלומר: גם מבלי שידבוק בו כל רבב של אשם, עבר את הבדיקה הרפואית לאחר 72 שעות ויאבד כליל את זכותו לדמי התאונה. גרוע מזה, אותה סנקציה קשותה תוטל עליו אף כשתוצאות התאונה הופיעו לראשונה לאחר שבועיים (לדוגמא, במקרה של שטף-דם תת-דורלי עקב חבלה בראש). וכן מה הדין אם סירב המוסד בטעות לאשר אישור כאמור בטקסט הסעיף? האם גם אז ראוי להעניש את הנפגע בשלילת כל גימלה?

גם שישנם חוקי תאונות שאינם קובעים כל מועדים לעמידה בבדיקה¹⁹⁵, אליבא דידן עדיף להשאיר על כנם את שני המועדים הנ"ל בתנאי שייקבע כי מי שיעבור את הבדיקה במועד מאוחר יותר יזכה לדמי התאונה לא החל ביום שלאחר יום התאונה (כפי שמורה סעיף 90(ד) לחוק), אלא החל ביום הבדיקה, ואז כל הסיטואציות תהיינה מכוסות באופן סביר בידי החוק. עם זאת, מובן מאליו כי כמו היום כן בעתיד אם יתקבל התיקון המוצע יצטרך התובע להוכיח כי פגיעתו היא תוצאה של תאונה.

במשפטנו הסוציאלי יש עוד הוראות לא-מעטות השוללות גימלאות בגין אי-התייצבות לבדיקה רפואית, והואיל וקצר המצע מהשתרע אתיחס רק לחלק מהן:

כך במקרה אחד¹⁹⁶ נקבע, שרשאי המוסד לשלול את הזכות לגימלה בעד הזמן שבין

194 ראה פרוקצ'יה ומילר (לעיל, הערה 152), בעמ' 166.

195 למשל החוק הניו-זילנדי הנ"ל, סעיף 132 (ראה לעיל, הערה 93).

196 לפי תקנה 16 לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נפגעי פגיעה בעבודה), תשי"ד-1954. ק"ת 440, עמ' 650.

התאריך שבו חויב המבוטח להיבדק ובין התאריך שבו נבדק למעשה, והוראות דומות גלומות בחוקי גימלאות מיוחדים שונים¹⁹⁷. לפעמים נאמר, כי סנקציה זו תוטל רק על מי שללא צידוק מספיק או ללא סיבה מתקבלת על הדעת לא התייצב לבדיקה¹⁹⁸. לעומת זאת, יש שמתקין התקנות גדש את הסאה והחמיר עוד יותר עם המבוטחים — וזאת דווקא ביחס לנכי עבודה — בקובעו, בתור סנקציה נוספת, כי על הנפגע לפצות את המוסד על אי-התייצבותו בפני הוועדה הרפואית — הוראה הסותרת לחלוטין את רוחו של הביטחון הסוציאלי, שבמסגרתו כל השירותים ניתנים, כידוע, ללא תשלום. הוראות אלה או אחרות על שלילת זכויות או השתייתן בגין הסיבה הנדונה ישנן גם במדינות אחרות רבות.

עקרונית, הטלת סנקציה מסוימת על המבוטח בגין אי-התייצבותו לבדיקה רפואית היא בלתי-נמנעת, שכן בלעדיה אין אפשרות לקבוע את הזכויות החוקיות של התובע. עם זאת, חשוב שהסנקציה תהא סבירה ולא תגלוש מעבר לגבולות של ההכרחי באמת. מכיוון שכך, רצוי לקבוע הסדר אחיד ביחס לכל המקרים שבהם הבעיה מתעוררת — הסדר שלפיו בכל המקרים שהגמלה נקבעה כבר לפני כן, הסנקציה תהיה רק השתייתו של חלק בלבד ממנה (למשל עד רבע מהגמלה) ותוטל רק בתנאי של אי-התייצבות לבדיקה ללא סיבה סבירה, ובמקרים אלה, כמו בכל יתר המקרים, לאחר שהמבוטח התייצב לבדיקה תוחזר לו הגמלה שנשללה מנו¹⁹⁹. כל אלה, בהתאם למטרה האמיתית של הסנקציה, כפי שהיא תוארה לעיל, ואשר מסתמא איננה ענישה לשמה. לסיום יזכר, שבמישור ההשוואתי מפעילים לפעמים סנקציות שרירותיות לחלוטין ואפילו מוזרות כגון הקטנת דמי המחלה בגין העדרויות לא-מוצדקות מן העבודה בתקופה קודמת²⁰⁰, או שלילה זמנית של דמי אבטלה בשל התייצבות בלבוש לא-מתאים לראיון בקשר לקבלה לעבודה²⁰¹.

ח. סוף דבר

בהתפתחותה של האחריות האזרחית במרוצת הזמן, אצלנו כבמקומות אחרים בעולם, ניתן להבחין ארבעה שלבים עיקריים: (א) דיני הגזיקין והאחריות החוזית הקלאסיים, שבהם שמור ליסוד האשם מקום חשוב ביותר; (ב) אותם הדינים בשילוב ביטוח אחריות פרטי, שבהם יסוד האשם (ברשלנות) מאבד הרבה מחשיבותו; (ג) שיטת האחריות והביטוח שלא על בסיס של אשם, שבה שוב אין שום תפקיד לאשמתם של המעורבים

197 כמו בסעיף 37(ד) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), סעיף 61(4) לחוק שירות המדינה (גימלאות), סעיף 49(4) לחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) ותקנה 40 לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז-1956 (ק"ת 612, עמ' 864). הוראות אלה מאפשרות גם להפחית או להתלות (להשהות) את הגימלאות.

198 למשל בתקנה 38 לאותן התקנות שבהערה 197 או סעיף 11(א) לחוק נכי המלחמה בנאצים. 199 ראה פרוקציה ומילר (לעיל, הערה 152), בעמ' 164.

200 כך נהוג, למשל, בפולין וברומניה. ראה *Actes...* (לעיל, הערה 3), בעמ' 287, 345.

201 כמקובל בארצות-הברית. ראה שם, בעמ' 172.

בדבר בצורה של רשלנות שאיננה פשע²⁰²; (ד) שיטת הביטחון הסוציאלי, הצועדת ונועדת לצעוד צעד נוסף קדימה בכך שבתוכו — כאן בלבד — גם לרשלנות פושעת ולאשם צורה של כוונה אין או לא צריכה להיות אלא השפעה מוגבלת ביותר.

בזכות התכונות הג"ל של שתי השיטות האחרונות ראוי להעיר, כי שיטת האחריות והביטוח שלא על בסיס של אשם, על-אף שמה (No Fault), אינה מתעלמת מכל אשם אלא רק מרשלנות, דהיינו: היא למעשה a No-Negligence system, בעוד שרק הביטחון הסוציאלי שואף להתעלם מכל אשם, לרבות — במקרים העיקריים — ממעשה או ממחדל מכוון או בעל אופי פלילי, ולכן שיטה אחרונה זו היא יותר No Fault ממה שמקובל לקרוא "No Fault".

הפעלה עקיבה של עקרון התעלמות מכל אשם, או ליתר דיוק, של צמצום השפעתו של האשם למינימום ההכרחי — כפי שהוצע ברשימה זו בנוגע לענפים שונים של הביטחון סוציאלי ולצדדים השונים המעורבים בדבר — נועדה להפוך שיטה זו לשיטה יעילה יותר, הן מנקודת-ראותו של הכלל והן מבחינת האינטרסים של הפרט, ויחד עם זאת לשיטה אנושית יותר — מה שחשוב כל-כך בשיטה שמטרתה היא לחלץ בני-אנוש ממצוקה ולהבטיח להם חיי אנוש.

בזמן הדבר שלוויתור במקרים השונים על השפעת האשם, כפי שמומלץ, עלול להיות מחיר מסוים, העשוי להתבטא גם בצורך של הוצאות נוספות אחדות. אולם אל לנו לשכוח שברוב המקרים (כמו בנוגע להצעת המרכיב לבטל את סעיף 148 לחוק) הדין הרצוי תואם, בעצם, את הדין המצוי בפועל (המוצא את ביטוי בכך שבפועל ממילא אין מפעילים את הסעיף הג"ל²⁰³), כך שעלותן המעשית הכוללת של ההצעות שהוגשו אינה יכולה להיות אלא זעירה, אם בכלל, ולפי מיטב הערכתי היא לא תדרוש הקצבת משאבים תקציביים נוספים, שכן הגופים האחראיים בנדון יוכלו לכסותה מתקציביהם הקיימים.

202 כבר בשתי השיטות האחרונות, ועל-אחת-כמה-יוכמה בביטחון הסוציאלי, הכלל של המשפט הפרטי culpa lata dolo aequiparatur אינו ישים, במובן שגם לרשלנות גסה לא-פושעת של אחד מהצדדים המעורבים בדבר אין כל השפעה על זכויותיהם וחובותיהם.

203 בדומה לכך, ייתכן שביטולם של סעיפים 150–155 לחוק הביטוח הלאומי ושל הסעיפים המקבילים מחוקים אחרים שהוכרו למעלה והוויתור על זכות השיפוט של נותן הגימלאות עשויים לתרום למעשה לחיסכון ולאוי-דווקא לאובדן משאבים, וזאת נוכח ההוצאות הגבוהות ההכרוכות במשפטים בקשר למימוש זכות השיפוט והסכומים הצנועים-יחסית שמצליחים להשיג בדרך זו.