

על סיכון, ביטוח וחוזי ביטוח

בעקבות ספרו של שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981

מאת

רון פרי

א. מבוא. ב. טרמינולוגיה. ג. ההיסטוריה של הביטוח. ד. חוזה הביטוח כמכשיר להתמודדות עם סיכון. 1. כללי; 2. חוזה הביטוח לעומת שיטות אחרות להתמודדות עם סיכון; 3. היעדר ביטוח; ה. "חוזה ביטוח" כחוזה. 1. שחיקת יסוד הוולונטריות; 2. התערבות בתוכנו של חוזה; ו. ביטוח ונזיקין. 1. כללי; 2. המתח בין המציאות הביטוחית לתפקיד ההרתעתי של דיני הנזיקין; 3. השפעתם של שיקולי ביטוח על עיצובם של דיני הנזיקין; 4. הגנת המוטב מפני מעשי עוולה של צדדים שלישיים; ו. מבנה הספר ועיקרי חידושי: דין פרטני. ת. סיכום.

א. מבוא

"ביטוח" פירושו התגוננות מפני סיכון שלא על ידי הקטנתו. אין זו הגדרה מילונית ואף לא הגדרה משפטית, אולם לטעמי זוהי ההגדרה היחידה שהיא רחבה די הצורך כדי להקיף את כל ההסדרים המכונים "ביטוחיים" בשפת היומיום ובספרות המדעית,¹ וצרה דיה כדי לא לכלול הסדרים שאינם "ביטוחיים". אחד מסוגי הביטוח הנפוצים והמוכרים ביותר בעת החדשה הוא חוזה הביטוח, שיוגדר כאן כעסקה שבה סיכון מועבר – תמורת סכום שנקבע מראש – מאדם שונא סיכון (המבוטח) ליישות הנושאת בתוצאות מימושם של סיכונים במסגרת פעילותה הרגילה, באמצעות מאגר פיננסי שנוצר על ידי התקשרות דומה עם מספר גדול של מבוטחים. סוג זה של ביטוח מוסדר אצלנו, אם כי לא באופן בלעדי, בחוק חוזה הביטוח (להלן: "החוק").

ספרו החדש של שחר ולר על חוק חוזה הביטוח מצטרף לסדרה מכובדת של

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה ליהודה אדר, לשחר ולר, לחיים זקס ולמיכאל סאבין על הערותיהם המועילות. מובן, כי האחריות לתוכן הדברים רובצת על כתפי בלבד.
1 ראו פרק ב' להלן.

פירושים לחוקי החוזים מיסודו של פרופ' טדסקי המנות. פירוש ראשון לחוק אמנם נכתב על ידי פרופ' ירון לפני יותר מ-20 שנה, זמן קצר לאחר חקיקתו;² אולם אין כל ספק שאל נוכח הצטברות הפסיקה והעמקת ההבנה העיונית של הנושא המוסדר בחוק נוצר צורך ברענון. מעיון בתוכנו של הספר עבה הכרס ובהקדמתו עולה כי אין לפנינו אך ספר פרשנות מן הזן המסורתי, העוסק קמעא בהיסטוריה החקיקתית ואחר פונה לדיון ממוקד בסעיפים השונים לפי סדרם; המחבר מעיד על עצמו מלכתחילה כי שאיפתו גדולות מכך: "הפירוש המוצע חותר לעמידה על מגמות החוק ויסודותיו העיוניים, מבלי להזניח את פרטי הוראותיו. הוא עוסק בשורה של עניינים שאינם נדונים בחוק... בשל חשיבותם הרבה ליישומם".³ לשון אחר: הספר הן הן בפרשנות קלאסית של הוראות החוק, הן ביסודותיו העיוניים, והן בנושאים פריפריאליים שונים הנדרשים לקבלת תמונה מלאה של הנושא. אין ספק, כי הרחבת הדיון והעמקתו הופכות את החיבור למעניין יותר ומועיל יותר. בה בעת, הן חושפות אותו לסוגי ביקורת שאינם רלבנטיים לחיבורי פרשנות מסורתיים.

על איכותו הגבוהה של הספר אין צורך להכביר מילים. מדובר במחקר יסודי ומעמיק, המבטא בקיאות רבה הן במקורות המשפט הנוהג, הן בספרות האקדמית – האנגלית והעיונית, והן בפרקטיקה המקובלת בתחום הנדון. הספר כתוב וערוך לעילא ולעילא, והוא עתיד לשרת נאמנה את כל העוסקים בתחום הביטוח: אנשי מעש וספר, משפטים ושאנים משפטיים. ברשימה זו אדון תחילה בכמה סוגיות קונספטואליות ועיוניות כלליות, שהדיון בהן – או הרחבת הדיון בהן – היו יכולים, לעניות דעתי, לחדד ולהעמיק את הבנתו של הנושא הנדון. הטענות שאטען בהקשרים אלה אינן גורעות כחוש-השערה מהערכתי הרבה לעבודתו של המחבר. יש בהן, בעיקרו של דבר, הצעות להשלמה או תיקון שהקורא הסביר אמנם יוכל, בדרך כלל, "להסדר" גם בלעדית, אך היה יכול להפיק תועלת לא מעטה מקבלתן.⁴ לאחר מכן אציג בתמצית את מבנה הספר, תוך בחינה ביקורתית של כמה מחידושיו ברמה הפרטנית.

2 אורי ירון, חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (תשמ"ד).

3 שחר ולר, חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך א 7 (תשס"ה).

4 אני מבקש להדגיש כי אילו היה המחבר מצמצם את מפעלו לפרשנות הוראות החוק לא הייתי בא עמו ברברים על מרבית הסוגיות הללו; אולם משבחר להרחיב את היריעה כאמור לעיל היה עליו – לפחות לעניות דעתי – להתמודד אף איתן כהלכה.

ב. טרמינולוגיה

הספר נפתח בטענה כי העוסקים בהיסטוריה של הביטוח אינם תמימי דעים בדבר מקורם ומועד תחילתם של "הסדרי ביטוח".⁵ הקושי שמעוררת פתיחה מעין זו הוא שהמחלוקת בדבר מועד תחילתם של הסדרי הביטוח לא יכולה לעמוד לדיון לפני הגדרת המושג "ביטוח". מושג זה, כפי שהוא משמש בשפת היומיום וגם בכתיבה המדעית (משפטית, כלכלית או אחרת), משתרע על שורה ארוכה למדי של הסדרים המבטאים ניסיון להתגונן מפני סיכונים שלא על ידי הקטנתם או חיסולם. חלקם מבוססים על חוזה דו-צדדי,⁶ חלקם על עסקה רב-צדדית (כמו הקולגיום הרומאי שעוד ידובר בו להלן),⁷ חלקם על פעולה חד-צדדית ("ביטוח-עצמי")⁸ וחלקם על חקיקה מזן כזה או אחר (כמו ביטוח לאומי או ביטוח בריאות ממלכתי); חלקם מבוססים על שיפוי כספי של ה"מבוטח" בגין הנזק שחוסב לו (כמו הביטוח המסחרי), ואחרים על הסבה בעין של נזקי ה"מבוטח" על ידי ה"מבוטח".⁹ קיימות, כמובן, הבחנות נוספות. הואיל והמחבר אינו מגדיר תחילה את התופעה שאת התפתחותה ההיסטורית הוא מבקש לסקור יוצא כי הדיון הבא לאחר מכן הוא, במידת-מה, מבלבל.

כך, אין ספק בעיניי שהטענה כי "כבר בעולם העתיק היו הסדרים כאלה" המוצגת כעמדתו של צד אחד בוויכוח ההיסטורי היא טענה נכונה. כפי שאראה בהמשך, ההסדרים הקמאיים אמנם לא דמו לחוזי הביטוח המסחריים המוכרים לנו כיום, אך הם בהחלט יכולים להיחשב להסדרי ביטוח. אני גם מקבל (בכפוף להסתייגות קלה) את הטענה המוצגת כעמדתו של הצד האחר בוויכוח, ולפיה "חוזי ביטוח בצורתם המודרנית... הופיעו רק בתחילת המאה ה-14". הסתייגותי נובעת מכך שחוזי הביטוח שנחתמו בתחילתה של אותה מאה לא נעשו במתכונת הדומה לזו של חוזי הביטוח המודרניים, כפי שמעיד גם המחבר בהמשך הדברים, אלא דווקא במתכונת המזכירה עסקאות ביטוח שנעשו בעת העתיקה (שאליהן המחבר אינו מתייחס כלל). חוזי ביטוח שנעשו בהמשכה של המאה ה-14 כבר דמו הרבה יותר לחוזי הביטוח המודרניים.

למרות כל זאת אין לומר שקיבלתי שתי טענות הסותרות זו את זו. הטענה

5 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 35.

6 דוגמת חוזה הביטוח המסחרי המודרני.

7 ראו פרק ג' להלן.

8 ראו פרק ד.2 להלן.

9 למשל, החובה לספק שירותי בריאות היא חובת הטבה בעין (סעיף 3(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי), והוא הדין בהתחייבות לתחוק נכס תמורת סכום קבוע טראש. ראו, למשל, *Forcum James Co. Inc. v. Duke Transportation Co.*, 231 La. 953 (1957). המחבר מסביר כי החוק חל גם על חוזי ביטוח שלפיהם תיקון הנזק מתבצע בעין ולא בדרך של שיפוי (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 180-181).

הראשונה מתייחסת למושג הביטוח במשמעותו הרחבה, בעוד שהטענה השנייה מתייחסת למובן מצומצם למדי של המושג "ביטוח", וביתר דיוק – לסוג אחד מני רבים של הסדרי ביטוח.¹⁰ בשלב מסוים המחבר מודה שהוויכוח ההיסטורי הוא במידה רבה טרמינולוגי – אלא שההבחנה שהוא מציע בין "עקרון הביטוח – שלפיו אדם החשוף לסיכון עשוי להיות משופה בגין מימוש הסיכון מכוח הסדר שעליו הוסכם מראש" לבין "הביטוח המסחרי" מפזרת את הערפל באופן חלקי בלבד. זאת, בין היתר, משום שלא ניתנת הגדרה למונח "ביטוח מסחרי", לא מוסברים ההבדלים בינו לבין הסדר מוסכם שלפיו אדם החשוף לסיכון ישופה בגין מימושו (המכונה "עקרון הביטוח"), והגדרת העיקרון המופשט כוללת מרכיב של "שיפוי" (indemnity), שאינו יכול להיחשב למרכיב הכרחי בהגדרת מושג הביטוח.¹¹

סיכומו של דבר, נדמה בעיניי כי המחבר צריך היה להגדיר את האובייקט המדויק שהתפתחותו נבחנת בפרק המבוא כבר בראשית הדברים. היעדר הגדרה של האובייקט הנחקר בשלב המוקדם נותן את אותותיו גם בהמשך. כך, למשל, המחבר מציין כי "הצורך בביטוח סיכונים שונים היה קיים משעה שנעשו עסקאות הכרוכות בסיכון" ועל כן "אין תשובה ברורה לשאלה מדוע לא נהפך הביטוח לנפוץ עוד קודם לכן [היינו לפני המאה ה-14]."¹² לדידי, התשובה ברורה: הביטוח היה גם היה נפוץ עוד קודם לכן, אולם בצורות שונות מזו שאליה מתייחס חוק חוזה הביטוח; ארחיב על כך את הדיבור בפרק הבא. בשלב מאוחר יותר המחבר עצמו משתמש במושג "ביטוח" במשמעותו הרחבה, החורגת מהמשמעות הנלמדת מהדיון ההיסטורי. כך, למשל, לאחר בחינה של הבסיס העיוני והבעיות האפשריות שהביטוח המסחרי מעורר, המחבר מגדיר "מוסדות ביטוח" כ"ארגונים המספקים ביטוח, כגון חברות ביטוח או המוסד לביטוח לאומי";¹³ ובעת הדיון ביחס בין חוק חוזה הביטוח לבין דינים אחרים הוא מציין כי המושג "ביטוח" כולל גם הסדרי ביטוח סוציאליים דוגמת חוק הביטוח הלאומי או חוק ביטוח בריאות ממלכתי.¹⁴ באופן דומה המחבר מתייחס להתחייבות למתן שירותי תיקון לתקופה מסוימת, הניתנת על ידי מוכרים שונים ללקוחותיהם

10 השו" William R. Vance, "The Early History of Insurance Law," 8 Colum. L. Rev. 1, 3 (1908): "This conflict of opinion as to the practice of insurance among the ancients is due largely to the fact that some writers restrict the significance of the term 'insurance' more narrowly than others".

11 ישנם אפילו חווי ביטוח שאינם מבוססים על עקרון השיפוי, וחווים לביטוח חיים הם הדוגמה הבולטת. עיינו עוד Raoul Colinvaux, *The Law of Insurance* 7, 313, 350-351 (4th ed., 1979).

12 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 35.

13 שם, בעמ' 57.

14 שם, בעמ' 84, 170-172.

בתמורה לתשלום נוסף המשולם בתחילת התקופה, כאל "הסדר ביטוחי" – למרות שלא מדובר בהסדר שחל עליו חוק חוזה הביטוח. ההסבר לכך הוא ש"מדובר בחוזה המעביר סיכון להתרחשות מאורע עתידי... מצד אחד למשנהו כאשר נוטל הסיכון... מפור את הסיכון באמצעות התקשרות בחוזה דומים עם מספר גדול יחסית של לקוחות".¹⁵ בהמשך הוא מבחין בין "חוזי ביטוח" ל"ביטוח סתם",¹⁶ ובין "ביטוח מסחרי" ל"ביטוח סוציאלי",¹⁷ ומסכים כי גם קופות-גמל וקופות-חולים הן מבטחות.¹⁸ הנה כי כן, אף המחבר אינו חולק על כך שמושג הביטוח אינו מתמצה בחוזי הביטוח המסחריים המוכרים לנו כיום. כדי למנוע בלבול רצוי היה להגדיר את מושא המחקר בכלל – ואת מושא הדיון ההיסטורי בפרט – כבר בפתח הדברים.

ג. ההיסטוריה של הביטוח

עתה נניח כי המחבר אכן ביקש לדון בהיסטוריה של חוזה הביטוח המודרני (ולא בהיסטוריה של הביטוח במובנו הרחב). נראה לי, כי הבחינה ההיסטורית לא הייתה צריכה להתמקד אך ורק בזיהוי התאריך המדויק שבו נוצר מודל "דומה מאוד" לחוזה הביטוח המודרני אלא בתהליך האבולוציוני שהוביל להיווצרותו של מודל זה. הרי אין ספק שהחוזים שנחתמו בגנואה במאה ה-14 היו שונים מחוזי הביטוח של ימינו; אפילו הסדרי הביטוח המסחריים של המאה ה-19 היו שונים למדי מאלה המוכרים לנו.¹⁹ מדוע אפוא לראות דווקא בחוזים שנחתמו באיטליה במאה ה-14 – ולא במודל רחוק יותר מחוזה הביטוח המודרני במהות ובזמן – את נקודת הפתיחה לדיון ההיסטורי? מדוע לא להציג את שורשיה הקדומים של ההתגוננות האנושית מפני סיכונים (שלא על ידי הקטנתם) ולבחון כיצד הניבו, בהדרגה ובמשך אלפי שנים, את חוזי הביטוח המוכרים לנו כיום?²⁰ כפי שכבר רמזתי לעיל, הסדרי הביטוח שנוצרו בתחילת המאה ה-14, שאליהם המחבר מתייחס בהרחבת-מה, שונים מחוזי הביטוח המודרניים ודומים דווקא

15 שם, בעמ' 166-167.

16 שם, בעמ' 168.

17 שם, בעמ' 170-171.

18 שם, בעמ' 175.

19 עיינו, למשל, Oliver M. Westall, "The History of Insurance," 44 *Bus. Hist.* 95, 97-98 (2002).

20 אפילו Holdsworth, הטוען שחוזי הביטוח הראשונים נוצרו במאה ה-14, העיר כי חוזים אלה לא נוצרו בחלל ריק אלא היוו חוליה נוספת באבולוציה של רעיון הביטוח. ראו William S. Holdsworth, "The Early History of the Contract of Insurance," 17 *Colum. L. Rev.* 85, 85-86 (1917).

לעסקאות ביטוח שנעשו בעת העתיקה. עובדה זו מחזקת קמעה את התחושה שהבחירה בתחילת המאה ה-14 כנקודת המוצא לדיון ההיסטורי היא מעט שרירותית. חווי ביטוח ה"מוסוים" כחוזי מכר או הלוואה, שלפי דברי המחבר נוצרו בתחילת המאה ה-14, נתקיימו כבר אלפי שנים קודם לכן במקומות אחדים. יש ראיות ברורות לכך שכבר לפני יותר מ-4,000 שנה נכרתו בבבל עסקאות דומות לאלה הידועות במשפט האנגלו-אמריקני כעסקאות *bottomry*.²¹ בעסקה כזו המשקיע מלווה סכום כסף לבעל ספינה לצורך מימון של מסע ימי כנגד שעבוד הספינה: אם המסע מצליח – בעל הספינה מחזיר למשקיע את קרן ההלוואה בצירוף פרמיה ששיעורה גבוה משיעור הריבית המקובלת בהלוואות רגילות, ואם הספינה לא מגיעה ליעדה – בעל הספינה פטור מן החוב. במילים אחרות: המשקיע היה נושא בסיכון של אבדן כלי השיט בתמורה לפרמיה שהייתה משולמת לו במקרה של מסע מוצלח. מכיוון שמרבית הספינות הגיעו בשלום ליעדן, כיסו הפרמיות ששילמו בעלי הספינות את הסיכון שנטלו על עצמם המלווים.²²

נראה כי גם סוחרים פניקיים התגוננו בדרך דומה החל במאה ה-12 לפני הספירה.²³ חווי הלוואה למימון מסעות ימיים, שבהם שימש כלי-השיט כבטוחה והחייב הופטר מהחוב במקרה של אבדן כלי-השיט, היו נפוצים גם ברומא ונודעו במשפט הרומי כ-"*Foenus Nauticus*".²⁴ בשנת 533 קבע הקיסר יוסטיניאנוס שהריבית הרשמית בגין הלוואה תעמוד על 3.5% לשנה, והחריג היחיד לכך התייחס לעסקאות *Foenus Nauticus*: לגבי אלה נקבעה ריבית של 6% ופרמיית סיכון בסך 6% (ובסך הכול 12%).²⁵ אין ספק, שמשפטן בן-זמננו לא יסווג עסקאות אלה כחוזי-ביטוח אלא כעסקאות של מימון בסיכון גבוה (high risk).

21 במילון הביטוח של האקדמיה ללשון העברית, שפורסם בזכרונות האקדמיה ז'ח 21-9 (תש"ך), המונה מתורגם כ"שעבוד ספינה". על טבען של עסקאות *bottomry* ראו Daniel R. Coquillette, "Legal Ideology and Incorporation IV: The Nature of Civilian Influence on Modern Anglo-American Commercial Law," 67 *B.U. L. Rev.* 877, 899-900 (1987).

22 D. McKellar, "Marine Insurance: An Ancient Art that Meets Modern Demands," 16 *Victoria U. of Wellington L. Rev.* 161, 161-162 (1986) הערה 10 לעיל, בעמ' 6.

23 http://encarta.msn.com/text_761560031_1/Insurance.html, Ch. XII (last visited Oct. 14, 2005); http://www.encyclopedia.com/html/section/insuranc_TheHistoryofInsurance.asp (last visited Oct. 14, 2005).

24 על *Foenus Nauticus* ראו עוד: Paul Macarius Hebert, "The Origin and Nature of Maritime Liens," 4 *Tul. L. Rev.* 381, 395, n. 82 (1930); Jan M. Sandstrom, "The Changing International Concept of the Maritime Lien as a Security Right," 47 *Tul. L. Rev.* 681, 681-682 (1973); David M. Collins, "Comments on the American Rule of In Rem Liability," 10 *Mar. Law.* 71, 72-73 (1985).

25 McKellar, הערה 22 לעיל, בעמ' 161-162.

(financing): ה"פרמיה" הרי אינה משולמת מראש אלא רק לאחר שהסיכון מתבטל, ואילו ה"תגמולים" אינם משולמים לאחר שהסיכון מתממש אלא מראש. עם זאת, לא ניתן להתעלם מעסקאות אלה במסגרת הדיון בהיסטוריה של הביטוח. חוקרים ידועים סבורים כי בחוזים עתיקים אלה נעוצים שורשיו של חוזה הביטוח המודרני.²⁶

במקביל התפתחו בחברות שונות צורות שונות של התארגנויות לעזרה הדדית, שהעניקו לחבריהן חסרי-המזל סיוע מתוך קרנות שהתבססו על תרומותיהם של כל החברים.²⁷ התאגדויות כאלה התקיימו בסין ובהודו לפני אלפי שנים. ביוון פעלו במאה השלישית לפני הספירה התאגדויות דתיות (שנקראו *Eranoi* ו-*Thiasoi*) שנשאו בהוצאות הקבורה של חבריהן מתוך מאגרים משותפים. ברומא פעלו התאגדויות דומות (*Collegia*), שסיפקו סיוע לחברים חולים ושבעי-ימים וקבורה הולמת לחברים שנפטרו. בימי-הביניים התפתחו באירופה גילדות של בעלי מקצועות שונים, ורבות מהן פעלו, בין היתר, כהתארגנויות לעזרה הדדית וסייעו מתוך מאגרים משותפים לחברים ולבני משפחותיהם במקרים של מחלה, זקנה או מוות. חלק מהגילדות שפעלו באנגליה עוד לפני הכיבוש הנורמני לא רק הביטחו סיוע לחברים חולים וקבורה לחברים המתים, אלא אף שילמו עבור חבר שגרם מוות את הכופר שהוא היה מחויב לשלם למשפחת הקרבן (לפני התפתחות דיני הנזיקין המודרניים), והעניקו לחברים שיפוי בגין נזקי שריפה. גם הסדרים אלה שונים, בוודאי, מחוזי הביטוח המודרניים, אולם אין ספק שהם מהווים נדבך חשוב בהתפתחות ההיסטורית שהובילה להולדתם של החוזים המוכרים לנו כיום (ובמידה מסוימת גם הסדרי הביטוח הממלכתיים).

קבוצה שלישית של הסדרי ביטוח שתורמו בוודאי להתפתחותם של חוזי הביטוח המודרניים הם הסדרים של ביטוח סיכונים מטעם המדינה, ואף כאלה התקיימו כבר לפני אלפי שנים.²⁸ בחוקי חמורבי, למשל, נקבע כי אם נשדד רכושו של אדם עיר מגוריו חייבת לשפותו, וכי בנסיבות מסוימות העיר מחויבת לפצות מתוך הקופה הציבורית גם את בני המשפחה של קרבן רצח. באופן דומה נהגה הרפובליקה של רומא לשפות את העוסקים בהובלה של אספקה צבאית בגין נזקים הנובעים מסיכוני הים או מפעולות אויב.

26 ראו את עמדתו של החוקר Emérigon, שפורסמה בשלהי המאה ה-18 ומובאת אצל Hebert, הערה 24 לעיל, בעמ' 395.

27 Vance, הערה 10 לעיל, בעמ' 3-5. לגבי האימפריה הרומית ראו גם Brian J. Glenn, "The Shifting Rhetoric of Insurance Denial," 34 *Law & Soc'y Rev.* 779, 781 (2000).

28 Vance, הערה 10 לעיל, בעמ' 5-6.

ד. חוזה הביטוח כמכשיר להתמודדות עם סיכון

1. כללי

המחבר שב ורומז בהזדמנויות שונות כי חוזה הביטוח הוא למעשה השיטה המיטבית להתמודדות עם סיכון שלא על ידי הקטנתו, כשהתמודדות זו רצויה מנקודת מבטו של האדם החשוף לסיכון. כאשר המחבר נדרש לראשונה לסוגיית ההתמודדות עם סיכונים, הוא מתייחס לכמה חלופות ומסיק ש"כאשר לא ניתן להתמודד עם הסיכון באופן אופטימלי באמצעי מניעה או באמצעים המגבילים את חומרת ההפסד, וכאשר נטילת הסיכון כשלעצמו היא בלתי-רצויה, הדרך היעילה להתמודד עם הסיכון היא העברתו לגוף מסחרי שתכליתו לפזר סיכונים – המבטחת".²⁹ מסקנה זו, העוברת כחוט השני לכל אורכו של החיבור,³⁰ מעוררת שתי קושיות להן לא ניתן מענה. ראשית, האם הדרך הטובה ביותר להתמודד עם סיכון בלתי-רצוי, שלא ניתן או לא כדאי לצמצמו, היא תמיד דרך חוזה הביטוח? שנית, אם חוזה הביטוח הוא אכן האמצעי הטוב ביותר להתמודדות עם סיכון בלתי-רצוי – תמיד או אפילו בחלק ניכר מן המקרים – מדוע מרבית בני האדם אינם מבטחים את עצמם מפני חלק ניכר מהסיכונים המוחשיים שהם חשופים להם? נדון בשתי השאלות בסדרן.

2. חוזה הביטוח לעומת שיטות אחרות להתמודדות עם סיכון

נניח שאדם חשוף לסיכון מסוים ואינו מסוגל או אינו מעוניין להקטינו (מכיוון שהעלות הפרטית של האמצעים הדרושים להקטנת הסיכון עולה על תוחלת הנזק), אך היה מעדיף להיפטר ממנו. האם הדרך הטובה ביותר להתמודד עם הסיכון היא על ידי "העברתו לגוף מסחרי שתכליתו לפזר סיכונים" (חברת ביטוח)? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כל עיקר. חוזה ביטוח הוא אך ורק אחת הדרכים העומדות לרשותם של המבקשים להתמודד עם סיכונים שהם חשופים להם בלי להקטינם.

דרך אחת שאדם החשוף לסיכון יכול לילך בה היא דרך הפיזור העצמי. התייחסותו של המחבר לחלופה זו היא מרומזת ועקיפה. לדבריו, רכישת ביטוח היא אות לכך שהמבוטח אינו יכול לפזר את הנזק שעלול להיגרם לו;³¹ אדרבה:

29 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 42–43.

30 ראו גם שם, בעמ' 158: האפשרויות העומדות בפני אדם החשוף לסיכון הן "להימנע כליל מהפעילות המסוכנת, לבחור בהמשך ביצועה תוך נקיטת אמצעי בטיחות מיוחדים, או לרכוש ביטוח לכיסוי הסיכון הנובע ממנה".

31 שם, בעמ' 44.

בדונו בהצדקות האפשריות להגבלת זכות הביטול של המבטחת הוא מציין כי "הפער בין הצדדים מבחינת היכולת לפזר את הסיכון אינה רגנטי לחוזי ביטוח... אין הבדל עקרוני בין מבטח-צרכן לבין מבטח שאינו צרכן... תאגידים [גדולים] אינם יכולים לפזר את הסיכון ממש כשם ש'המבטח הקטן' אינו יכול לעשות כן".³² המחבר אינו בוחן באלו נסיבות, אם בכלל, הפיזור העצמי הוא אפשרי, ועל כן אינו נדרש כלל לשאלה איזהו ההסדר העדיף באותן הנסיבות.

ניתן לחשוב על שני סוגים של פיזור עצמי: פיזור מראש, לפני מימוש הסיכון (שאותו ניתן לכנות ביטוח עצמי), ופיזור בדיעבד, לאחר מימוש הסיכון. לדוגמה: יישות עסקית מסוגלת לפזר עלויות על ידי העלאת מחירי המצרכים או השירותים שהיא מספקת.³³ היא יכולה לתמחר את הסיכון מראש, לפני התאונה, ולהעביר את הסכום המתאים לכיסויו לחשבון עתודה – או להעלות מחירים בדיעבד, כדי למנוע הפסד. בשיטה הראשונה נאלץ המפזר לקבל החלטה בתנאים של חוסר-ודאות: הפרשת סכומים גדולים מדי לקרנות עתודה עלולה לפגוע בכושר התחרות של העסק, ואילו הפרשת סכומים קטנים מדי עלולה לסכן את קיומו במקרה של תאונה בלתי צפויה.³⁴ בשיטה השנייה בעיית המידע אינה קיימת (שהרי הנזק כבר אירע והיקפו ידוע), אולם העובדה שהעסק לא ערוך למקרה של תאונה עלולה להביא לכריעתו תחת הנטל הפתאומי ולעתים אף לחיסולו המוחלט.

לפיזור העצמי על שני סוגיו יש לפחות חמישה יתרונות על הביטוח המסחרי. ראשית, הפיזור נעשה ללא גורם מתווך: ה"מבטח" אינו צריך לממן את הוצאות התפעול של ה"מבטח" או את רווחיו. שנית, מכיוון שהפיזור מתבצע על ידי ה"מבטח", אין צורך לנהל משא ומתן או הליך משפטי אל מול ה"מבטח" עם התרחשותו של מקרה הביטוח, והטיפול במקרה הוא מהיר יותר ויקר פחות. שלישית, העלות האדמיניסטרטיבית הכרוכה בהערכת הסיכון נמוכה יותר משום שאין ניגוד עניינים בין המבטחת לבין המבוטח ביחס להערכה זו. רביעית, אין סכנה של סבסוד צולב, האופיינית למנגנוני ביטוח פרטיים ונובעת ממיון גס ובלתי-מספק של קבוצת המבוטחים. כאשר אנשים החשופים לסיכונים שונים נכללים בקבוצת ביטוח אחת ומשלמים את אותה הפרמיה, הסכום שהאחד משלם מכסה באופן חלקי את הסיכון שאליו נחשף האחר. זוהי תוצאה בלתי-הוגנת

32 שם, בעמ' 158.

33 בדומה, המדינה יכולה לפזר נזקים באמצעות העלאת מסים.

34 *Canadian National Ry. Co. v. Norsk Pacific SS Co.*, (1992) 91 D.L.R. 4th 289, 352 (La

Forest J., dissenting); J. A. Smillie, "Negligence and Economic Loss," 32 *U. Toronto L.J.*

231, 235 (1982).

ובלתי-יעילה האופיינית לביטוח המסחרי ואינה קיימת במקרה של פיזור עצמי.³⁵ חמישית, מנגנון של פיזור עצמי פוגע פחות בהרתעה. כאשר הנטל נותר על כתפיו של ה"מבוטח", גם אם הוא מתפזר בדרך כזו או אחרת יש למבוטח אינטרס לנסות ולמזער את הסיכון ככל שניתן.³⁶

ברם, לפיזור העצמי חיסרון אחד בולט: מעטים הם הגורמים המסוגלים לפזר עלויות בעצמם. ניתן לומר שגופים עסקיים הם על פי רוב בעלי כושר פיזור עצמי טוב יותר מפרטים; בין גופים עסקיים יש יתרון לגוף הגדול יותר; ובין גופים שגודלם דומה יש יתרון לגוף שפועל בשוק התחרותי פחות (שאו העלאת מחירים מסכנת את מעמדו במידה פחותה),³⁷ אם כי אפילו כושר הפיזור של מונופול עשוי להיות מוגבל על ידי הוראת דין.³⁸ מכל אלה ניתן להסיק שהאופציה של פיזור עצמי אמנם אינה מעשית (דהיינו: לא זמינה כלל או יקרה מדי) מנקודת מבטם של חלק מהחשופים לסיכון, אך היא בהחלט פתוחה בפני אחרים. בנסיבות מסוימות ועבור גורמים מסוימים הפיזור העצמי עדיף על הביטוח המסחרי כמכשיר להתמודדות עם סיכון, והמציאות העסקית מספקת ראיות למכביר.³⁹

באופן דומה ניתן לטעון שבנסיבות מסוימות עדיף לפרטים לדאוג – על ידי הפעלת כוחם הפוליטי – לכך שההתמודדות עם הסיכון תיעשה באמצעות מנגנון

35 ולר מתייחס לחוסר-ההגינות ולחוסר-היעילות שבסבסוד הצולב בספרו, הערה 3 לעיל, בעמ' 56.

36 Gary T. Schwartz, "The Ethics and the Economics of Tort Liability Insurance," 75 *Cornell L. Rev.* 313, 342-343 (1990).

37 Roger B. Godwin, "Negligent Interference with Economic Expectancy: The Case for Recovery," 16 *Stanford L. Rev.* 664, 677-678 (1964).

38 השוו תקנות מסילות הברזל (תעריפי הובלה ותשלומים שונים), התשנ"ה-1995, ק"ת 1395, כפי שתוקנו בק"ת התשנ"ו 719 (הוצאו מכוח סעיפים 56-57 לפקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], התשל"ב-1972, ג"ח 485, כפי שתוקנה בחוק רשות הנמלים (תיקון מס' 5), התשמ"ח-1988, ס"ח 156). כן ראו דברים שנאמרו על ידי הנשיא שמגר בע"א 1439/90 מדינת ישראל נ' הום – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(2) 346, 376: "יש לזכור גם שהרכבת מוגבלת בחוק לעניין תעריפיה, כך שלא תוכל לפזר את נזקה, ויהא עליה לשאת בו במלואו".

39 Schwartz, הערה 36 לעיל, בעמ' 315-316, 343-342 (מציג כמה דוגמאות לחברות ולרשויות שלטון שהעדיפו ביטוח עצמי על פני ביטוח רגיל). עיינו עוד: Rory A. Goode, "Self-Insurance as Insurance in Liability Policy 'Other Insurance' Provisions," 56 *Wash. & Lee L. Rev.* 1245, 1251 (1999): "self-insurance appears to be a growing practice despite improvements in the insurance market and insurance companies' efforts to win back clients. Experimenting with self-insurance during the insurance crisis of the 1980s may have convinced management in many corporations and municipalities that they can, at least in some respects, do better on their own".

פיזור ממלכתי, כמו הביטוח הלאומי בישראל. אינני טוען כי ביטוח ממלכתי עדיף תמיד על ביטוח מסחרי. אולם לביטוח הממלכתי – לפחות במתכונתו האידאית – יש כמה יתרונות שעשויים, בנסיבות מסוימות, להופכו למכשיר טוב יותר להתמודדות עם סיכון מהביטוח הפרטי – הן מנקודת מבט חברתית והן מנקודת מבטם של האינדיבידואלים החשופים לסיכון. נסתפק בדוגמאות ספורות מהתחום של ביטוח תאונה, מחלה ונכות. ראשית, לחברות הביטוח הפרטיות יש אינטרס (כלכלי) לעכב את הפיצוי הנפגע, במיוחד במקרים של פגיעה קשה, ולעיתים קרובות הן מנהלות מאבקים משפטיים מתישים נגד הנפגעים כדי לדחות את התשלום או להקטין את שיעורו.⁴⁰ תופעה זו אינה אמורה להתקיים במוסד לביטוח לאומי, הקיים ופועל למען המבוטחים בו. הערכה אינטואיטיבית זו עשויה אולי להסביר את העובדה שזמן ההמתנה להכרעה בתביעות שמגישים נפגעי תאונות עבודה למוסד לביטוח לאומי בישראל הוא קצר מזמן ההמתנה של נפגעי תאונות דרכים להכרעה בתביעות לפי חוק הפיצויים.⁴¹ שנית, ככל שמדובר בנוזק גוף, מנגנון ממלכתי עם מחויבות אמיתית לשיקום מקיף של הנפגע עדיף לעתים על מנגנון פרטי שאין לו מחויבות דומה. שיקום רפואי ומקצועי יעיל של נפגעים מחייב התייחסות שוטפת (ולא רק חד-פעמית) לכל נפגע, סיוע בעין ולא רק בכסף, יוזמה מצד הגורם המטפל וכו'; והיות שגורמים בעלי כוונת רווח לא יתעניינו בגורלו של כל נפגע מעבר לאינטרסים הכלכליים הצרים שלהם (קרי: תשלום סכום כסף חד-פעמי קטן ככל שניתן עם התרחשותו של מקרה הביטוח), ספק אם ניתן להפקיד בידיהם את נושא השיקום, המהווה חלק בלתי-נפרד מההתמודדות עם הסיכון שהתממש.⁴² לעומת זאת, למוסד לביטוח לאומי יש מנגנון מאומן ומיומן המלווה את הנפגע ומסייע לו באופן פעיל בשיקום המקצועי והרפואי, ובכך יתרונו הגדול.⁴³ על כן, אין זה פלא שנפגעי תאונות דרכים

40 ראו במיוחד דין וחשבון הוועדה בנושא בדיקת יישומי של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים 72 (ירושלים, תשנ"א) (להלן: "דו"ח ועדת ברנזון"), דעת המיעוט של יושב ראש הוועדה, השופט בדימוס ברנזון.

41 שם, בעמ' 73-74.

42 לא ניתן להניח, שהנפגע יוכל להבטיח לעצמו שיקום אופטימלי באמצעות כספי הפיצויים שיקבל מחברת הביטוח. לא רק שהנפגע במצוקתו לא תמיד מודע לדרכי השיקום הפתוחות בפניו או שאינו מסוגל לבחור את הטובה מביניהן, אלא שמרבית הגורמים שאליהם הוא עשוי לפנות לצורך שיקום פועלים אף הם כשהרווח מצוי בראש מעייניהם.

43 יצחק אנגלרד, "הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג-1973" משפטים 431, 434-435 (תשל"ד); דו"ח ועדת ברנזון, הערה 40 לעיל, בעמ' 79 (דעת המיעוט של חברת הוועדה פליאה אלבק). ודוק: השיקום הרפואי מתבצע כיום בעיקר באמצעות גופים חיצוניים (ראו סעיף 89 לחוק הביטוח הלאומי ותקנות הביטוח הלאומי (מתן טיפול רפואי לנפגעי עבודה), תשכ"ח-1968). שירותי שיקום מקצועי ניתנים במישרין על ידי המוסד לביטוח לאומי (סעיף 90 לחוק; תקנות הביטוח הלאומי (שיקום מקצועי), תשס"ז-1967).

שהתרחשו במהלך העבודה, שטופלו על ידי המוסד לביטוח לאומי, שוקמו וחזרו לעבודה מהר יותר מנפגעי תאונות דרכים אחרים.⁴⁴ שלישית, עלויות התפעול של מערך תגמולים המבוסס על ביטוח ממלכתי הן נמוכות – לפחות בעולם אידיאלי – מאלה של הסדר המבוסס על ביטוח מסחרי, עובדה היכולה לבוא לידי ביטוי בפרמיות שהמבוטחים משלמים. גובה הפרמיה שמשלם מבוטח בהסדר ביטוח פרטי מבטא בין היתר את הוצאות המנהל, התיווך (תשלום לסוכנים) והפרסום של חברות הביטוח, את הוצאות המשפט הגבוהות שלהן ושל הנפגעים (בהנחה שחברת הביטוח צריכה לבסוף לכסות אף את הוצאות ההתדיינות של הנפגעים), את ההוצאה עבור ביטוח-משנה ואת הרווח של חברת הביטוח. הפרמיה שמשלם מבוטח בהסדר ביטוח ממלכתי אינה אמורה לכסות עלויות כגון תיווך, פרסום, ביטוח-משנה ורווח למבטחת, ורכיב הוצאות ההתדיינות והמשא ומתן המגולם בה קטן יותר. ממחקרים שנערכו בתקופות שונות עולה, כי מתוך ההוצאה הכוללת של המוסד לביטוח לאומי על טיפול בנפגעי תאונות עבודה, שיעור העלויות האדמיניסטרטיביות עומד על כ-5%-7% והיתרה (93%-95%) מגיעה לידי הנפגעים עצמם, בעוד שמתוך ההוצאה הכוללת של חברות הביטוח על טיפול בנפגעי תאונות דרכים, שיעורן של עלויות האדמיניסטרציה והתפעול (לרבות הוצאות משפט של הנפגעים) מגיע ל-35%-46%.⁴⁵

3. היעדר ביטוח

השאלה השנייה שהספר אינו מספק לה תשובה מניחה את הדעת היא מדוע חלק ניכר מן חברות אינן נוקטות צעד שנראה כמתחייב לשם הגנת האינטרסים החשובים ביותר שלהן מפני סיכונים שלא ניתן או שלא כדאי להקטינם? לשון אחר: מדוע אנשים אינם מבטחים את עצמם? ניתן להציע כמה וכמה הסברים לתופעה זו.

הסבר אפשרי אחד הוא שבמקרים רבים ביטוח מסחרי אינו מעשי, בין משום שחברת ביטוח רציונלית לא תסכים למכור ביטוח לסיכון הרלבנטי ובין מפני שהפרמיה שתידרש על ידה תהא גבוהה מדי מנקודת מבטו של המבוטח בכוח. הביטוח (לפחות במתכונתו המסחרית המודרנית) נועד להתמודד עם תופעה של

44 יהודה כהנא, "ביטוח נפגעי תאונות דרכים – באמצעות המוסד לביטוח לאומי?" רבעון לכלכלה כה 74, 79, 85 (תשל"ח-תשל"ט).

45 כהנא, שם, בעמ' 79-80 [ובמיוחד הערות שוליים 19 ו-20], 81; דו"ח ועדת ברנזון, הערה 40 לעיל, בעמ' 73, 78. ראו גם אנגלרד, הערה 43 לעיל, בעמ' 435 (מתייחס למצב בארצות-הברית).

שנאת סיכון שמקורה בתועלת השולית הפוחתת של הכסף.⁴⁶ התועלת שמפיק אדם שונא-סיכון מעושרו ניתנת לתיאור באמצעות פונקציה קעורה נטולת אסימפטוטות אופקיות התחתכת את ראשית הצירים, כגון פונקציה לוגריתמית $y=a \times \log(x/b+1)$. לשם ההדגמה נניח כי פונקציית התועלת של פלוני היא $y=10,000 \log(x/10,000+1)$, וערך רכושו מגיע לכדי 10,000 ש"ח. נניח כי ישנה הסתברות של 0.1 לתאונה שבה יפסיד 1,000 ש"ח, וכי לא ניתן למנוע את התאונה. לבסוף נניח כי לכל הצדדים הנוגעים בדבר יש מידע מלא אודות הסיכון. תוחלת ההפסד של פלוני בהיעדר ביטוח היא $0.1[10,000 \log(1+1)-10,000 \log(0.9+1)]=22.28$. מלאה מפני ההפסד יסכים פלוני לשלם סכום שערכו ביחידות תועלת נמוך מ-22.28. במקרה שלפנינו מדובר בסך של 102.34 ש"ח.⁴⁷ אם העלות האדמיניסטרטיבית של הביטוח שפלוני זקוק לו גבוהה מ-2.34 ש"ח לא תשתכלל עסקת ביטוח מכיוון שהסכום המקסימלי שהמבוטח יהא מוכן לשלם נמוך מהמחיר המינימלי שחברת הביטוח תהיה מוכנה לקבל.⁴⁸ כאשר המחבר מנסה להסביר את התועלת שבביטוח הוא אינו מצביע על הנקודות שמהן והלאה עסקת ביטוח אינה מעשית. מן הדוגמה המוצגת על ידו מתקבל לכאורה הרושם שהסכמת המבוטח לשלם פרמיה הגבוהה באופן ניכר מתוחלת הנזק (שם - פי שלושה) היא טריביאלית;⁴⁹ הוא אינו מסביר מהם התנאים הכלכליים להיווצרותה של עסקת ביטוח, דהיינו: אימתי ניתן לקבוע פרמיה שהמבוטח יהא מוכן לשלם וחברת הביטוח תהיה מוכנה למכור תמורתה ביטוח. באופן דומה, אם חברת הביטוח מחליטה - מטעמי חיסכון או בשל חוסר מידע

46 לתאוריה כלכלית של ביטוח ראו Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987) 186-261; ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזקין" משפטים כב 421, 486-485 (תשנ"ג).

47 נתון: $10,000 \log(1+1) - 10,000 \log((10,000-X)/10,000+1) \leq 22.28$; לכן: $X \leq 10,000 - (10^{(10,000 \log(1+1) - 22.28)/10,000} - 1) \times 10,000 = 10,000 \times (2 - 10^{(10,000 \log(1+1) - 22.28)/10,000}) = 102.34$.

48 ודוק: חברת הביטוח עשויה לבחור באסטרטגיה שיווקית שבה נמכר ביטוח מאותו סוג במחירי הפסד לצורך קידום מכירות של אותו מוצר או של מוצר משלים לו, או לשם הגברת מודעות הציבור לקיומה של החברה.

49 נתוני הדוגמה הם כדלקמן: ביישוב 1,000 בתים, שכל אחד מהם שווה 100,000 ש"ח. ההסתברות לאבדן מוחלט של בית אחד מחמת שריפה היא 2%. לאחר חישוב מפורט מגיע המחבר למסקנה שכל בעל בית יהא מוכן לשלם פרמיה של 600 ש"ח כדי להיפטר מן הסיכון, ושהקצן שתיווצר בעקבות תשלום הפרמיות על ידי כל בעלי הבתים תספיק לכיסוי כל הנזקים. ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 45-46. נדמה כי נפלה שגגה אצל המחבר, ובמקום לרשום 0.2% (או 1 ל-500) רשם 2% (1 ל-50) (נתון המתיישב עם החישובים שנעשים בהמשך). על כל פנים, בהנחה שאכן נמצאו במקום 100 בתים, תוחלת הנזק של כל אחד מבעלי הבתים אכן הייתה 200. לא ניתן להניח שכל אחד היה מוכן לשלם 600 כדי להיפטר כליל מן הסיכון; ודאי יהיו כאלה שלא יהיו מוכנים לשלם יותר מ-250.

– לכלול את פלוני באותה קבוצת ביטוח עם אנשים שתוחלת הנזק שלהם גבוהה באופן ניכר מתוחלת הנזק שלו והוא מודע לכך – הוא עשוי שלא לרכוש ביטוח, למרות שהיה מעוניין לעשות כן אילו הפרמיה הייתה נקבעת באופן אינדיבידואלי.⁵⁰ בדוגמה שהצעתי לעיל ניתן לומר שפלוני לא ירכוש ביטוח אם תוחלת הנזק הממוצעת של חבר בקבוצה שאליה סווג גבוהה מ-102.34, מכיוון שהפרמיה תהא גבוהה מהסכום המקסימלי שהוא מוכן לשלם. הדוגמה המוצגת בספר מניחה שכל המבוטחים בקבוצת הסיכון חשופים לסיכונים זהים, ובכך היא מפשטת יתר על המידה את המציאות הביטוחית.⁵¹

הסבר אפשרי שני להיעדר ביטוח הוא הערכה לקויה של הסיכון על ידי המבוטח בכות. אפשר שהמידע המצוי בידיו על הסיכונים האובייקטיביים שהוא חשוף להם אינו מלא. לחלופין, ייתכן שהערכת הסתברותם של אירועי נזק על ידי חבריות לקויה מחמת הטיות קוגניטיביות כמו חוסר-זמינות בזיכרון⁵² או אופטימיות יתיר ("לי זה לא יקרה"),⁵³ גם כשעומד לרשותן מידע אובייקטיבי על אודות הסיכונים שהן חשופות להם.⁵⁴ בשני המקרים יתקיים פער בין ההסתברות האובייקטיבית להתרחשותו של מאורע מזיק לבין הסתברות התרחשותו בעיני הנפגע הפוטנציאלי. סיכון ממשי עלול להיראות בעיני האינדיבידואל כסיכון רחוק וזניח. מטבע הדברים, הערכה שגויה של ההסתברות תשנה את בחירתו של אדם רציונלי. לדוגמה: אם קיימת הסתברות של 0.001 לכך שלאדם מסוים ייגרם נזק בשיעור 1,000,000 – ואותו אדם מודע לכך ואינו סובל מהטיות קוגניטיביות – הוא יהא מוכן לשלם 1,000 ש"ח לפחות בעד כיסוי ביטוחי. חברת הביטוח תדרוש בוודאי סכום גדול יותר, שיכסה גם עלויות אדמיניסטרטיביות, מחיר מסוים עבור חוסר-ודאות ורווח. אם הנפגע מאמין – בשל בעיית אינפורמציה או הטיה קוגניטיבית – שהסתברות הפגיעה בו היא 0.0001 בלבד, הפרמיה שתקבע

50 זוהי, בעצם, הסיבה לתופעה של adverse selection. ראו Lawrence Blume & Daniel L. Rubinfeld, "Compensation for Takings: An Economic Analysis," 72 Cal. L. Rev. 569, Siegelman; 595-596 (1984), הערה 137 להלן, בעמ' 1223-1224.

51 ראו הערה 49 לעיל. חברות הביטוח משתדלות אמנם לסווג את המבוטחים לקבוצות סיכון הומוגניות ככל שניתן, אך הסיווג לעולם אינו אידיאלי.

52 לדוגמה: אם באזור סיכון מסוים לא אירעו הצפות בעבר הקרוב, אנשים המתגוררים בו יישו לרכוש ביטוח מאשר לאחר הצפה; ראו Cass R. Sunstein, Book Review, "Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment," 70 U. Chi. L. Rev. 751, 756 (2003).

53 Cass R. Sunstein, "Behavioral Analysis of Law," 64 U. Chi. L. Rev. 1175, 1182-1184 (1997); Christine Jolls, "Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules," 51 Vand. L. Rev. 1653, 1659 (1998).

54 המחבר מתייחס להטיות הקוגניטיביות בהקשרים אחרים. ראו, למשל, ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 114, 126.

חברת הביטוח תהיה מסתמא גבוהה מדי עבורו ורכישת הפוליסה תיהפך לבלתי-כדאית. ייתכן שיש להתחשב בבעיות מידע ובהטיות קוגניטיביות כשבוטחים את האפשרות להבטיח פיזור מיטבי באמצעות ביטוח מנדטורי, כפי שנעשה אצלנו ביחס לתאונות דרכים (תחום שבו החשופים לסיכון סובלים באופן עקיב מאופטימיות-יתר⁵⁵).

הסבר אפשרי שלישי להיעדר ביטוח הוא שחלק מהאנשים אינם שונאי-סיכון אלא אדישים לסיכון או אפילו אוהדי-סיכון. מחקרים אמפיריים מלמדים כי פרטים אכן עשויים להיות אוהדי-סיכון ככל שמדובר בנוזקים.⁵⁶ שאלה מעניינת שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מדוע דווקא תאגידים – שאיתנותם הפיננסית גבוהה בדרך כלל מזו של פרטים – נוטים לבטח את עצמם כעניין שבשגרה, בעוד שלפרטים אין נטייה דומה? אפשר כי התשובה לשאלה זו נעוצה בכך שתאגידים סובלים פחות מבעיות מידע ומהטיות קוגניטיביות (ובראשן אופטימיות-יתר); בה בעת ייתכן שהפרטים אינם שונאי-סיכון כפי שהיה מקובל לחשוב בעבר.

הסבר אפשרי רביעי להיעדר ביטוח הוא שלמבוטחים בכוח אין אמון מלא בחברות ביטוח והם חוששים שאלה לא ימהרו לשלם תגמולים בעקבות התרחשותם של מקרי ביטוח או לא יכסו את מלוא הנזק. אם המבוטח בכוח מאמין שתוחלת התגמולים נמוכה מתוחלת הנזק, שהיא כשלעצמה נמוכה מהפרמיה (הכוללת מרכיב של הוצאות אדמיניסטרטיביות ורווח למבטחת) – עסקת הביטוח תיראה בעיניו כדאית פחות.

ה. "חוזת ביטוח" כחוזת

1. שחיקת יסוד הוולונטריות

שאלה מעניינת שאינה זוכה להתייחסות ממצה בחיבור היא שאלת היחס בין חוזה ביטוח לבין חוזה "סתם". המחבר מציין בכמה מקומות כי "דיני הביטוח הם ענף של דיני החוזים",⁵⁷ ומסיק – על יסוד הנחה זו – כי חוק החוזים וחוק התרופות

55 Jolls, הערה 53 לעיל, בעמ' 1663-1658.

56 Daniel Kahneman & Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk," 47 *Econometrica* 263, 268-269, 279 (1979). המסקנות של מחקר ראשוני זה יושמו

גם בספרות המשפטית. ראו, לדוגמה: Larry T. Garvin, "Adequate Assurance of Performance: Of Risk, Duress, and Cognition," 69 *U. Colo. L. Rev.* 71, 152-153 (1998);

Diane Klein, "Distorted Reasoning: Gender, Risk-Aversion and Negligence Law," 30 *Suffolk U. L. Rev.* 629, 637-638 (1997).

57 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 71, 93.

חלים על חווי ביטוח בכל עניין שבו לא נשללה תחולתם על ידי חוק חוזה הביטוח.⁵⁸ הוא מצין לא אחת ששמה של הצעת החוק היה "הצעת חוק הביטוח" ולא "הצעת חוק חוזה הביטוח", ומדבריו משתמע כי השינוי שנעשה בשמו של החוק מובן מאליו משום שהביטוח אינו אלא סוג של חוזה.⁵⁹ האופי ה"חווי" של עסקת הביטוח מודגש גם בהקשרים אחרים.⁶⁰ אולם האם באמת ניתן לראות בכל "חווי הביטוח" שהחוק חל עליהם סוג של "חוזה", הכפוף עקרונית לדיני החוזים הכלליים? לדעתי, התשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית. במקרים רבים "חווי" ביטוח דומים להסדרי תגמולים *ex lege* (דוגמת הביטוח הלאומי וביטוח הבריאות הממלכתי) יותר משהם דומים לחוזים, ולעובדה זו צריך לתת משקל הן בהגדרת יחסי הגומלין בין החוק לבין הסדרים משפטיים אחרים, הן בפרשנות הוראותיו והן בפירושם של חווי ביטוח.⁶¹

כדי להבהיר מדוע כך הם פני הדברים מן הראוי להגדיר תחילה את המושג "חוזה". למרבה ההפתעה, מושג זה, שהוא אבן היסוד של דיני החוזים, אינו מוגדר בחוקי החוזים.⁶² חוק החוזים (חלק כללי) נפתח בהוראות העוסקות באופן כריתת החוזה אך אינו קובע "חוזה" מהו; אף הנוסח האחרון של הצעת חוק דיני ממונות אינו מגדיר את המושג "חוזה". עובדה זו כשלעצמה מעוררת קושי, שכן ההגדרות לחוזים המיוחדים בחקיקה האורזית ואף בהצעת חוק דיני ממונות מבוססות על מושג בלתי-מוגדר זה.⁶³ מהותו של החוזה נלמדת בעקיפין מתהליך היווצרותו: נדמה כי חוזה הוא אוסף של התחייבויות הדדיות שמקורן בהסכמה

58 שם, בעמ' 71-73, 169. מסקנה זו מיושמת בהמשך בהקשרים שונים. לדוגמה: המחבר מחיל את סעיף 26 לחוק החוזים על השלב שבין כריתת החוזה להמצאת הפוליסה (שם, בעמ' 224-226), ואת סעיף 39 לחוק החוזים על ביטול חוזה ביטוח (שם, בעמ' 365).

59 שם, בעמ' 62, 71 (הערות שוליים 139). מסקנה זו נתמכת אף על ידי לשונו של חוק חוזה הביטוח, המגדיר את חוזה הביטוח כ"חוזה" (סעיף 1 לחוק).

60 לדוגמה: המחבר מציין שיש הבדל מהותי בין הזכויות הנתונות למבוטח במסגרת "חוזה ביטוח" לבין הזכויות הנתונות למבוטח לפי החקיקה הסוציאלית - חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי. האחרונים "מעניקים לזכאים מכוח החוק זכות לקבלת סיוע מגוף ציבורי ללא תלות בקשר חווי". ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 84-85.

61 כך, למשל, ככל שהממד הוולונטרי חלש יותר יש לבית המשפט לגיטימציה רבה יותר להתערב בתוכנו של החוזה (מכיוון שההתערבות אינה מתנגשת עם העיקרון של "חופש התווים").

62 לעומת זאת, ה"Code civil הצרפתי כולל הגדרה למושג "חוזה" (סעיף 1101). כך גם הקוד הרוסי של 1994 (סעיף 420(1)), וה"Restatement 2d of Contracts" (סעיף 1).

63 ראו, למשל, הצעת חוק דיני ממונות, סעיפים 207 (חוזה מכר), 229 (חוזה מתנה), 241 (חוזה קבלנות), 265 (חוזה שירות), 275 (חוזה תיווך), 284 (חוזה שכירות), 306 (חוזה שאילה), 310 (חוזה להרשאת שימוש), 313 (חוזה ערבות), 343 (חוזה ביטוח), 418 (חוזה אחיד).

וולונטריות של שני צדדים לפחות.⁶⁴ הוולונטריות היא יסוד חשוב ומרכזי בהבנתו של מוסד החוזה.⁶⁵ נכון הוא שלא תמיד כל מרכיבי החוזה הם פרי של הסכמה קונקרטית בין הצדדים לו, אולם צריך להתקיים גרעין ברור של הסכמה כדי שהמכלול יהא ראוי להיקרא חוזה.

עוצמתו של מרכיב הוולונטריות בחוזי ביטוח משתנה בהתאם לסוג החוזה. בחוזה ביטוח ש"נתפר" עבור לקוח עסקי מסוים הוראות החוזה הן בדרך כלל פרי של משא ומתן ממשי והסכמה אמיתית. אולם רוב חוזי הביטוח הם חוזים אחידים הכפופים גם להוראותיו של חוק החוזים האחידים.⁶⁶ תוכנו של חוזה אחיד נקבע באופן חד-צדדי על ידי הספק, ⁶⁷ ועל כן הועלתה בעבר הטענה ש"חוזים" מסוג זה אינם חוזים כלל.⁶⁸ ברם, גם בחוזים אחידים עשוי להתקיים ממד מסוים של וולונטריות. הספק מסכים בוודאי להוראות החוזה שניסח בעצמו, והוא מסכים להתקשר עם הלקוח המסוים בהתאם לאותן ההוראות; הסכמתו של הלקוח מתמצה בדרך כלל בעצם ההחלטה להתקשר בחוזה ובבחירת הספק המסוים מתוך מגוון של ספקים. מהחלטתו להתקשר בחוזה ומבחירתו בספק מסוים ניתן אולי ללמוד

64. להדגשת יסוד ההסכמה ראו, למשל, E. Allan Farnsworth, *Contracts* 3 (3rd ed., 1999).

הגדרה אלטרנטיבית שלפיה חוזה הוא אוסף של הבטחות בנות אכיפה במשפט (שם) מעוררת קושי בשיטות המאפשרות גם אכיפה של הבטחות חד-צדדיות. להבחנה בין דיני החוזים לדיני הנזיקין על בסיס קיומה או היעדרה של "הסכמה" ראו Francis Trindade & Peter Cane, *The Law of Torts in Australia* 8 (3rd ed., 1999). להדגשת ההסכמה כמרכיב הכרחי לקיום החוזה ראו, למשל, Code civil, § 1108 (צרפת); ABGB, § 861 (אוסטריה).

65. לכן אין זה פלא שהצעת חוק דיני ממונות מבחינה בין "חוזים" (חלק-משנה שני וחלק-משנה שלישי בחלק הרביעי) לבין "חייבים בלתי-רצוניים" (חלק-משנה רביעי בחלק הרביעי). חייבים חוזיים הם – על דרך השוואה – חייבים רצוניים במובן זה שהם נוצרים מכוח הסכמה פרלימנרית בין הצדדים. הבחנה זו קיימת גם ב-Code civil הצרפתי (ראו חלקים III ו-IV בספר השני); ראו גם סעיף 24 לחוק החוזים (שלפיו תוכנו של חוזה הוא כפי שהסכימו הצדדים).

66. ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 74, 96, 168.

67. ראו את הגדרתו של חוזה אחיד בסעיף 418 להצעת חוק דיני ממונות: "חוזה אחיד – נוסה של חוזה שתנאיו, כולם או חלקם, נקבעו מראש על ידי צד אחד כדי שישמשו בחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים כוהותם או במספרם".

68. גבריאלה שלו אימצה בעבר עמדה זו אך שינתה את דעתה; ראו גבריאלה שלו, דיני חוזים 607–606 (מהדורה שנייה, תשנ"ה). המתברר אמנם מזכיר את הטענה שלפיה חוזים אחידים אינם חוזים (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 168) אך אינו מסביר מדוע יש לדחותה. הוא מציין שם, בעמ' 169, ש"דיני החוזים המודרניים גמישים דיים להתמודדות עם בעיות האופייניות לחוזים אחידים" – אולם עובדה זו כשלעצמה אינה הופכת את החוזה האחיד לחוזה. כידוע, דיני החוזים המודרניים גמישים דיים כדי להתמודד גם עם בעיות האופייניות לחייבים שאינם חוזיים (וזוהו אכן פועלו של סעיף 61(ב) לחוק).

על הסכמה עקרונית לתוכן החוזה. בעיית סיווגם של חוזי ביטוח גובעת מכך שלעתים קרובות אפילו המרכיבים הללו חסרים בהם.

במקרים רבים השליטה של חברת הביטוח (הספק) על תוכנו של החוזה אף היא מוגבלת מאוד. חלק לא מבוטל מהוראות החוזה נקבע ביחס לכל חוזי הביטוח או לסוגים מסוימים של חוזי ביטוח על ידי המחוקק או על ידי מחוקק-המשנה ולא על ידי חברת הביטוח עצמה.⁶⁹ בכל הנוגע לביטוח דירות ותכולתן וביטוח רכב פרטי (נזקי רכוש ונזקי רכוש של צד ג'), שחלקם בהכנסות של חברות הביטוח מעסקי הביטוח הכללי הוא כ-37%,⁷⁰ נוסחה הפוליסה הבסיסית מא' ועד ת' על ידי שר האוצר, מכוח הסמכות שהוענקה לו בסעיף 38(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח;⁷¹ בעניינים אחרים קבע השר, מכוחה של אותה סמכות, הוראות ספציפיות שיש לכלול בכל חוזה ביטוח או בחוזים מסוג כזה או אחר;⁷² ובתחום הרחב של ביטוח נפגעי תאונות דרכים – שהוא הביטוח הנפוץ ביותר בישראל⁷³ וחלקו בהכנסות חברות הביטוח מעסקי הביטוח הכללי הוא כ-25%⁷⁴ – גבולות החבות קבועים למעשה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ובפקודת ביטוח רכב מנועי. על ההתערבות בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות הוראות חוק קוגנטיות ארחיב את הדיבור בהמשך.

זאת ועוד: מנקודת המבט של המבוטח (הלוקוח) לא תמיד קיים חופש בחירה אמיתי בין חברות ביטוח שונות. ניתן לחשוב על שני מצבים לפחות שבהם לא ניתן לדבר על בחירה של היריב החוזי.⁷⁵ מקרה אחד הוא זה שבו פועלת בשוק רק חברת ביטוח אחת המוכרת ביטוח מהסוג שבו המבוטח מעוניין.⁷⁶ המחבר אכן

69 התופעה של התערבות שלטונית משמעותית בתוכנם של חוזים אינה מיוחדת אך לחוזי ביטוח. ראו, למשל, חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ובמיוחד סעיף 7א; פרק ב' לחוק הערבות, תשכ"ו-1967 (העוסק בערבות של ערב יחיד), ובמיוחד סעיף 32.

70 שנתון סטטיסטי לישראל 54 (2003), לוח 25.4 (בשנתון מס' 55 הושמט לוח זה).

71 תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח דירות ותכולתן), תשמ"ו-1986; תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), תשמ"ו-1986.

72 תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (צורת הפוליסה ותנאיה), תש"ם-1980 (במיוחד תקנות 4-6); תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאים בחוזי ביטוח), תשמ"ב-1981; תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי הצמדה בחוזה לביטוח חיים), תשמ"ב-1982; תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאים בחוזי ביטוח) (הוראות לענין מצב רפואי קודם), תשס"ד-2004.

73 שומרה חברה לביטוח, דו"ח תקופתי לשנת 2004, 15.

74 שנתון סטטיסטי לישראל, הערה 70 לעיל; שומרה חברה לביטוח, הערה 73 לעיל, בעמ' 16.

75 המחבר מציין שלעתים קרובות אדם רוכש ביטוח באמצעות סוכן ביטוח מבלי לדעת מיהי המבטחת או מתוך אדישות לזהותה (שם, בעמ' 169). אינני סבור כי זוהי מגבלה ממשית על חופש הבחירה ביריב חוזי, מכיוון שהמבוטח מצפה מן הסוכן לבחור עבורו את המוצר הטוב ביותר במחיר הטוב ביותר.

76 ביטוח אינו המוצר היחיד בישראל שניתן לרכשו מספק יחיד. דוגמה אחרת היא חשמל, ובעבר גם שירותי טלפזיה.

מציין בהערת שוליים כי בתקופות מסוימות הוצעו פוליסות לביטוח סיכונים חקלאיים על ידי מבטחת אחת בלבד.⁷⁷ דוגמה בולטת יותר ואקטואלית יותר היא זו של ה"פול" (המאגר הישראלי לביטוח רכב): הפול הוא גוף שפעל במשך עשרות שנים במסגרת איגוד חברות הביטוח, ומכר – במחיר גבוה יחסית – ביטוח רכב חובה למבוטחים שנדחו על ידי חברות הביטוח העסקיות בשל סיכון ביטוחי גבוה, כמו רוכבי אופנועים או רוכבי טרקטורונים.⁷⁸ לפני שנים אחדות הוסדרו בחקיקת-משנה מעמדו וחובותיו.⁷⁹ התחרות המבוקרת בענף של ביטוח רכב חובה צפויה לדחוק בהדרגה יותר ויותר מבוטחים למסלול זה, שבו נשלל מהמבוטח התופש לבחור את יריבו החוזי.

מקרה נוסף של היעדר חופש בחירה הוא זה שבו השוק פועל במתכונת של קרטל בחסות המחוקק. סעיף 37 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח מאפשר לשר האוצר לקבוע בתקנות את שיעור דמי הביטוח. ככלל, השימוש בסמכות זו נעשה לאחר התייעצות עם חברות הביטוח,⁸⁰ ובעבר אף נקבעה חובת התייעצות לפני קביעת הפרמיה בענף ביטוח רכב חובה.⁸¹ המשמעות היא שבישראל קיימת אפשרות חוקית לקביעת מחירים אחידים למוצרי ביטוח בעקבות משא ומתן בין פקידי ממשל לנציגים של חברות ביטוח. כך התנהל עד לפני שנים אחדות שוק הביטוח של נפגעי תאונות דרכים.⁸² מנקודת מבטו של המבוטח, קביעת מחיר אחיד למוצר ביטוחי הופכת את הבחירה בחברת ביטוח לחסרת-משמעות כמעט.

לבסוף, אפילו עצם ההחלטה אם להתקשר בחוזה ביטוח אם לאו אינה נתונה תמיד בידו של המבוטח: לעתים הוא מחויב על פי דין לבטח את עצמו, ולעתים רכישת ביטוח מהווה תנאי בלעדיו אין לכריתת חוזה אחר שהמבוטח מעוניין בו. התניית עסקה פלוגית ברכישת ביטוח אופיינית, למשל, לחוזי משכנתא. הדוגמה החשובה ביותר לביטוח מנדטורי היא ביטוח נפגעי תאונות דרכים, התופס – כאמור – 25% מעסקי הביטוח הכללי. לאור זאת, ואל נוכח סגולותיו האחרות של ביטוח רכב חובה שנדונו לעיל, עולה שמדובר בן מיוחד של ביטוח שקשה לזהות בו מאפיינים חוזיים. אף על פי כן המחבר מסתפק באמירה ש"על ביטוח רכב מנועי חלה פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש] כדין מיוחד וחוק חוזה

77 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 169, הערת שוליים 21.

78 <http://www.avner.org.il/insuranceC.asp> (last visited Oct. 14, 2005).

79 תקנות ביטוח רכב מנועי (הסדר ביטוח שיויר ומנגנון לקביעת התעריף), תשס"א-2001.

80 רע"א 3577/93 הפניקס נ' מודיאנו, פ"ד מח(4) 70, 77.

81 סעיף 17 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שבוסל לפני שנים אחדות. ראו סעיף 16 לחוק ביטוח רכב מנועי (ביטוח בתנאי תחרות מבוקרת, הסדרים לתקופת מעבר והוראות לעניין אבנר), תשנ"ז-1997, כפי שתוקן. ראו גם רונן פרי, "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים", עיוני משפט כח 147, 211-212 (תשס"ד).

82 ראו פרי, שם, בעמ' 211-222.

הביטוח כדין כללי".⁸³ החלת החוק על סוג זה של ביטוח הייתה טעונה הסבר לא רק בגלל המסקנות שאליהן הגענו עד הלום, אלא גם מכיוון שלדעת המחבר חוק חוזה הביטוח אינו חל על היחסים בין קופות החולים לבין מבוטחיהן – ככל שמדובר במתן שירותים שבהם הקופות מחויבות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי – משום שלא מדובר ביחסים חוזיים אלא ב"זכויות וחובות שמקורם בחוק" ו"חוק חוזה הביטוח לא נועד לחול על יחסים מעין אלה".⁸⁴

2. התערבות בתוכנו של חוזה

בפרק המבוא המחבר עוסק, בין היתר, בהתערבות חיצונית בתוכנם של חוזה ביטוח. הגורמים ה"חיצוניים" המשתתפים בעיצובם של חוזה ביטוח הם הרשות המחוקקת (באמצעות הוראות חוק חוזה הביטוח וחוקים רלוונטיים אחרים), הרשות המבצעת (מכוח ההסמכה הנתונה לגורמי הפיקוח בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח) והרשות השופטת (באמצעות פרשנות ההוראות של חוק חוזה הביטוח ושל חוזה ביטוח).⁸⁵ מבחינה מתודולוגית ראוי היה לדון תחילה בצידוקים האפשריים להתערבות חיצונית בתוכנם של חוזה ביטוח ובמגבלותיהם, ולאחר מכן לבחון בשיטתיות אם התערבותם של כל אחד מהגורמים שנוכרו לעיל נעשית ברוח הצידוקים הללו.⁸⁶ המחבר אינו נוקט דרך זו אלא מציג את הצידוקים להתערבות בתוכן החוזה כאילו הם רלבנטיים אך ורק ביחס להתערבות מן הסוג השני, דהיינו: באמצעות הוראותיו של חוק חוזה הביטוח.⁸⁷ הדיון בהתערבות של הרשות המבצעת והרשות השופטת בתוכנם של חוזה ביטוח נעשה בנפרד, וללא זיקה

83 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 170. אמירה זו תואמת את האמור בסעיף 73 לחוק.

84 שם.

85 האזכור הראשון של שלושת מסלולי ההתערבות נעשה רק שם, בעמ' 130, בתחילת הדיון בפרשנותם של חוזה ביטוח. ראו גם בעמ' 153.

86 למעשה, שיקולים המוצגים כצידוקים להתערבות על ידי המחוקק (שיקולים חלוקתיים, שיקולי יעילות) נדונים, בשינויים המחויבים, גם במסגרת בחינת הצידוקים לכלל הפרשנות כנגד המנסח. ראו שם, בעמ' 137.

87 הדיון בהצדקות העיוניות להתערבות בתוכנם של חוזה ביטוח נפתח בהתייחסות לכך שחוק חוזה הביטוח מתערב בחופש החוזים של הצדדים באמצעות הוראות קוגנטיות (שם, בעמ' 94), ובאמירה שלפיה יש צורך בבחינה מעמיקה יותר של שיקולי המדיניות העומדים ביסוד ההוראות הללו (שם, בעמ' 95). המחבר מדגיש כי למרות שישנם אמצעים נוספים להתערבות בתוכנם של חוזה ביטוח, תעמודנה במוקד הדיון "ההוראות הקוגנטיות הקבועות בחוק" (שם). ואמנם, כל הדיון בהצדקות להתערבות מתמקד במטרותיהן ובהשפעתן של אותן ההוראות.

ישירה לרציונלים הנדונים בהקשר של התערבות בידי המחוקק.⁸⁸ כך נמצא המחבר מצדיק את הרחבת הכיסוי הביטוחי באמצעות הוראות חוק קוגנטיות, אך שולל את הרחבת הכיסוי בדרך של פרשנות חוזה הביטוח,⁸⁹ מבלי להסביר את מה שנראה, לפחות לכאורה, כחוסר-עקיבות.⁹⁰

חשוב מכך: הצידוקים שהמחבר מציע להתערבות בתוכנם של חוזי ביטוח על ידי קביעת הוראות קוגנטיות בידי המחוקק מעוררים כמה וכמה קושיות. ראשית, לדבריו, התערבות בחוזה מוצדקת מנימוקים כלכליים כשישנן הוראות בפוליסה שהמבוטחים אינם מודעים לקיומן או אינם מסוגלים להבין. בהנחה שהמבוטח הטיפוסי לא יהא מעוניין לשאת בעלות ההכרה וההבנה של הוראות כאלה, לא יוכלו המבוטחים בנסיבות המתוארות להבחין בין פוליסות לפי איכותן וירכשו פוליסות טובות פחות משהיו רוצים.⁹¹ המחבר מציין שקיימים לכאורה שני פתרונות אפשריים לבעיה: הטלה של חובת הסבר על המבטוח או התערבות בתוכן החוזה באמצעות הוראות חוק קוגנטיות. לגישתו, אין בכוחה של חובת הסבר לפתור את בעיית המידע של המבוטחים, בין היתר משום שהמבוטח הטיפוסי בלאו הכי אינו מסוגל להבין את התפיסות המשפטיות העומדות ביסודן של הוראות החוזה, מפני שעודף מידע עלול לפגוע ביכולתו לקבל החלטה רציונלית, ומכיוון שהסבר מפורט מסרביל מאוד את תהליך ההתקשרות.⁹² לפיכך, מסקנתו היא שהעדפתן של הוראות קוגנטיות על חובת הסבר בחוק חוזה הביטוח היא מוצדקת מנקודת מבט כלכלית.

נראה לי שטענה זו היא מרחיקת-לכת. ככל שניתן להסביר למבוטח את ההוראות ה"נסתרות", חובת הסבר תוביל לשכלול חוזי ביטוח יעילים יותר. הטעם לכך ברור: הוראות קוגנטיות מאלצות את המבוטח לשלם עבור כיסוי שהוא לא בהכרח מעוניין בו. לא השתכנעתי שהמבוטח הסביר אינו מסוגל להבין הוראות

88 ביחס להתערבות של הרשות המבצעת ראו שם, בעמ' 75-82, וביחס להתערבות הרשות השופטת ראו שם, בעמ' 130-155.

89 שם, בעמ' 136-140, 147-150.

90 איני טוען שלא ניתן להצדיק התערבות בדרך אחת ולשלול התערבות בדרך אחרת, אלא שהמבנה הבלתי-מסודר של הטיעון עלול ליצור רושם של חוסר-עקיבות. בהיעדר הצגה מקדמית ברורה של הצידוקים הכלליים להתערבות בתוכנם של חוזי ביטוח ושל מגבלותיהם יתקשה הקורא הסביר להבין מדוע הרחבת הכיסוי הביטוחי בדרך אחת מוצדקת בעוד שהרחבת הכיסוי בדרך אחרת אינה מוצדקת. האם הצידוקים להתערבות מהסוג הראשון אינם ישימים לגבי התערבות מן הסוג השני (ואם כן מדוע) – או שישנם טעמים כבדי משקל לשלילת התערבות מן הסוג השני שאינם חלים על התערבות מן הסוג הראשון? הסבר חלקי ל"חוסר-עקיבות" ניתן רק בסופו של תת-הפרק העוסק בנושא פרשנות החוזה (שם, בעמ' 153-155).

91 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 96-106.

92 שם, בעמ' 106-108.

חוזיות הנוגעות לעניינים שבהם התערב המחוקק באמצעות תקינה קוגנטית. בית המשפט העליון קבע, למשל, כי "מעניינו של המבוטח לוודא שלקוחו אכן טרח [לקרוא את הפוליסה]",⁹³ ושחברת הביטוח "חייבת להסב את תשומת ליבו של המבוטח לתנאי הפוליסה בצורה שתהא מובנת וברורה לו, ולוודא את ערנותו לכך שתוקפה חל רק בהתקיים אותם תנאים".⁹⁴ בדומה הטיל המפקח על הביטוח על מבטחות נטלי הסבר בקשר לחוזי ביטוח מסוגים מסוימים.⁹⁵ ביסודן של קביעות אלה עומדת הנחה – הגיונית בעיניי – שהמבוטח הסביר מסוגל להבין את הוראות הפוליסה מתוך עיון עצמי או, למצער, לאחר קבלת הסבר מן המבטחת (או מסוכן הביטוח). ניסוח מסורבל מדי, שהמבוטח הסביר יתקשה להבין כדבעי, עלול להיות לרועץ דווקא למבטחת, שהרי הוראות הפוליסה מתפרשות נגד הנסח או בהתאם לציפיותיו הסבירות של המבוטח. זאת ועוד: אני מסכים שעודף מידע עלול לפגוע ביכולתו של המבוטח לקבל החלטה רציונלית, אולם אינני סבור שהוראות חוק קוגנטיות פתרו או יכולות לפתור בעיה זו. חברת הביטוח עלולה להרעיף על המבוטח שבכוח מידע רב ומבלבל עובר לכריתת החוזה גם אם אחדות מהוראות החוזה אינן נתונות למשא ומתן. לבסוף, אין ספק שהטלת חובת הסבר הייתה יכולה לסרב לא תהליך ההתקשרות, אולם המסקנה המתבקשת מכך אינה שהטלת חובת הסבר לא הייתה פותרת את בעיות המידע של המבוטחים, אלא שלהוראות קוגנטיות יש יתרון על חובת הסבר מההיבט של עלויות העסקה. שנית, לדברי המחבר, קביעת הוראות קוגנטיות המרחיבות את הכיסוי הביטוחי מובילה לתוצאה חיובית מבחינה חלוקתית אם עלות הביטוח לא גדלה בעקבות הרחבת הכיסוי בדרך זו.⁹⁶ טענה זו מעוררת כמה קשיים. בראש ובראשונה ברי, כי אם ההוראות הקוגנטיות מרחיבות את הכיסוי הביטוחי במידה ממשית, הרחבת הכיסוי תתומחר על ידי חברות הביטוח.⁹⁷ המחבר ער לאפשרות זו⁹⁸ ולכן מסייג את מסקנתו למקרים שבהם עלות הביטוח אינה גדלה בעקבות הרחבת הכיסוי הביטוחי. ברם, אם ברוב המקרים של המקרים ההוראות הקוגנטיות מתומחרות –

93 ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישר, פ"ד מט(2) 749, 776.

94 שם, בעמ' 773.

95 חוזר המפקח על עסקי ביטוח מיום 5.2.2004 (גילוי נאות בביטוח חיים); חוזר המפקח על עסקי ביטוח מיום 19.2.2004 (פרסום והמחשה בפוליסות ביטוחי חיים).

96 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 112–115.

97 לעומת זאת, אם הרחבת הכיסוי היא מזערית, חברת הביטוח עשויה לספוג אותה – אלא שבמקרה כזה קשה לדבר על חלוקה מחדש של העושר. העברת העושר מן המבטחת למבוטחים, בדיוק כמו הרחבת הכיסוי, תהיה מזערית. אפשר שגם במקרים שבהם הרחבת הכיסוי ממשית חברת הביטוח תסכים לספוג חלק קטן ממנה, אבל החלק הארי עדיין יגולגל אל כתפי הצרכן.

98 גם בהמשך ציין המחבר כי ההוראות הקוגנטיות שבחוק גורמות לייקור הביטוח. שם, בעמ' 162.

התוצאה החלוקתית ה"חיובית" שעליה מדבר המחבר שמורה למקרים מועטים, ומכאן שלא ניתן להצדיק את ההוראות הקוגנטיות באמצעות היתכנותה התאורטית. למעלה מכך: אם ההוראות הקוגנטיות אכן יתומחרו, חלק מהמבוטחים עלולים לשלם עבור כיסוי ביטוחי שהם אינם מעוניינים בו כלל, ולפיכך מצבם ישתנה לרעה בעוד שהכנסותיהן של חברות הביטוח יגדלו. שינוי חלוקתי כזה ודאי אינו יכול להיחשב חיובי.⁹⁹ לבסוף, עליית מחירי הביטוח עלולה לגרום לירידה בביקוש ולשלילת ההגנה הביטוחית מאנשים שהיו רוכשים ביטוח במחיר נמוך יותר. הנפגעים העיקריים יהיו דווקא המבוטחים החלשים.¹⁰⁰

אף אם ההוראות הקוגנטיות לא היו מתומחרות, איני משוכנע שהשינוי החלוקתי היה יכול להצדיק את קביעתן. חברות הביטוח הן חברות מסחריות הפועלות למטרת רווח. לא מדובר בארגוני צדקה. הן מוכנות לשאת בעלות מימושם של סיכונים מסוימים רק כשהפרמיות המשולמות על ידי המבוטחים מכסות את אותה עלות, בצירוף הוצאותיהן האדמיניסטרטיביות ושיעור מסוים של רווח. סבסוד של חלק מהכיסוי הביטוחי על ידי חברות הביטוח (בשל אי-תמחור מודע של הרחבת הכיסוי מכוח הוראות חוק קוגנטיות) יפחית את כדאיות העיסוק בביטוח ועלול – בטווח הרחוק – לערער את שוק הביטוח ולפגוע גם במבוטחים. כמו כן, הרחבת הכיסוי הביטוחי ללא תמורה אולי עשויה לצמצם את פערי העושר בחברה, אולם היא אינה צודקת מנקודת מבט של הצדק הקומוניסטיבי העומד ביסודן של עסקאות מסחריות.¹⁰¹

שלישית, לדעת המחבר, הוראות קוגנטיות עשויות לקדם את הגינותו המהותית של החוזה, כלומר: את שקילות התמורות.¹⁰² המחבר סבור שאם התועלת

99 בהקשר אחר המחבר מסכים כי הגדלת הפרמיה בעקבות הרחבת הכיסוי הביטוחי אל מעבר למה שהמבוטחים מעוניינים בו גוררת תוצאה חלוקתית שלילית. שם, בעמ' 137 (ביחס לכלל הפרשנות כנגד המנסח); שם, בעמ' 150 (ביחס לכלל הפרשנות לפי הציפיות הסבירות של המבוטח).

100 מעניין כי המחבר עצמו מתייחס לתופעה זו בהקשר אחר; ראו שם, בעמ' 162.
101 ראו אריסטו, אתיקה ניקומאכוס 121–124 [ספר חמישי, פרק ה] (תרגם יוסף ג' ליבס, תשל"ג).

102 ולד, הערה 3 לעיל, בעמ' 115–118. המחבר טוען בשולי דבריו כי יש הסדרים חוזיים בלתי-הוגנים גם בלי קשר לשאלה של שקילות התמורות. לדבריו, "ניתן לטעון שתווה הפוסט את המבטחת מחבולה, עקב התממשות של סיכון שעמו יכלה להתמודד ביתר יעילות בהשוואה למבוטח, הוא בלתי הוגן בשים לב לתוצאה החמורה של ביטול תווה ביטוח לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח, ללא קשר לשאלת שקילות התמורות" (שם, בעמ' 118). ברם, נימוק זה עשוי – לכל היותר – להצדיק את הגבלת זכות הביטול של המבטחת לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח. אין בכוחו להצדיק את ההתערבות המקיפה בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות הוראות החוק הקוגנטיות. בה בעת, אם מדובר בנימוק משכנע, הוא עשוי להצדיק שלילה כמעט מוחלטת של אפשרות הביטול: המבטחת הרי יכולה להתמודד כמעט עם כל סיכון ביתר יעילות בהשוואה למבוטח, משום שהיא

שהמבוטחים מפיקים מהרחבת הכיסוי עולה על המחיר המשולם בעדה – הגנה מציאותית בעיניו – אזי "השימוש בכללים קוגנטים מקדם את היעד של שקילות התמורות".¹⁰³ ברם, המסקנה נסמכת על שתי הנחות בעייתיות. הראשונה היא שבהיעדר הוראות קוגנטיות התמורות אינן שקולות, וחברת הביטוח מקבלת פרמיה שערכה גבוהה באופן ניכר מערכו של הכיסוי הביטוחי הניתן כנגדה. הגנה זו מחייבת הוכחה אמפירית כלשהי. אם היא אינה נכונה והתמורות בעולם שאין בו הוראות קוגנטיות הן שקולות, פחות או יותר, הרי שאם הרחבת הכיסוי הביטוחי אינה גוררת ייקור מתאים של הפרמיה היעד של שקילות התמורות אינו מקודם אלא דווקא מסוכל. ההנחה הבעייתית השנייה היא שהרחבת הכיסוי אינה גוררת ייקור פרופורציוני של הפרמיה. לדוגמה: "ככל שהדברים אמורים ב[הסדרי גילוי והסדרת היחסים בין המבוטח, המבטחת וסוכן הביטוח] נראה שיש יסוד לסברה כי המבוטחים מפיקים מהם תועלת גדולה יותר מהעלות הכרוכה בהם".¹⁰⁴ לדידי, גם טענות מסוג זה צריכות להתבסס על נתונים אמפיריים ולא על אינטואיציה. בהיעדר נתונים מסופקי אם התועלת שמפיקים המבוטחים מההוראות הקוגנטיות אכן גבוהה ממחירן; ייתכן שדווקא ההפך הוא הנכון. לבסוף, הבטחת שקילות התמורות בתווה ביטוח מחייבת, עקרונית, רגולציה בשני מישורים במקביל: מישור הכיסוי הביטוחי ומישור הפרמיה. הרחבת הכיסוי הביטוחי בלי הגבלת הפרמיה בעולם שבו התמורות אינן שקולות תוביל, ככל הנראה, להגדלה של הפרמיה, ואילו הגבלת הפרמיה ללא הצבת רף תחתון לכיסוי הביטוחי תוביל, מסתמא, לצמצום הכיסוי הביטוחי. המשפט הישראלי מאפשר, הלכה למעשה, התערבות משולבת כזו, שהרי לפי סעיף 37 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח שר האוצר רשאי לקבוע בתקנות את שיעור דמי הביטוח. המחבר מתעלם מהצד השני של המשוואה ומניח כי די בהוראות המרחיבות את הכיסוי הביטוחי כדי להבטיח את שקילות התמורות.

רביעית, המחבר סבור כי הסדרים מסוימים בחוק חוזה הביטוח ניתנים להצדקה כמקדמים "אלטרואיזם מתון", כלומר: התנהגות (של חברות הביטוח) שיש בה התחשבות באינטרס של הזולת ולא רק באינטרס עצמי.¹⁰⁵ גם אם נניח שיש

מפורת-נוק טובה ויעילה יותר מכל אחד ממבוטחיה. גם העובדה שביטול חוזה ביטוח לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח גורר תוצאה קשה מנקודת המבט היא נכונה בכל מקרה של ביטול לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח. לבסוף, המתבר אינו מציע תפיסה עיונית ברורה ועקיבה של מושג ההגינות החוזית, המוצג על ידו כרחב מן הרעיון של שקילות התמורות. קשה להבין מהי אמת-המידה שעל פיה יש לקבוע אם הוראה חוזית מסוימת היא הוגנת אם לאו, ולכן קשה לקבוע אילו מבין ההוראות הקוגנטיות אכן נועדו למנוע חוסר-הגינות.

103 שם, בעמ' 117.

104 שם.

105 שם, בעמ' 118–122.

אנשים שמתחשבים באינטרס של זולתם שלא כדי לקדם אינטרס עצמי,¹⁰⁶ המחבר מתקשה להסביר מדוע צדדים לחוזה מסחרי (להבדיל, אולי, מבני משפחה) נדרשים לפעול בדרך זו.¹⁰⁷ העובדה שחלק מההסדרים בחוק חוזה הביטוח עשויים, לדעתו, לקדם אלטרואיזם, אין פירושה שניתן להצדיק התערבות בחוזה על בסיס השאיפה לקדם אלטרואיזם.¹⁰⁸ לא זו אף זו: המונח "אלטרואיזם" קשור אף לדעת המחבר קשר הדוק למניע. אדם הוא אלטרואיסט לא משום שמעשהו מקדם באופן אינצידנטלי את רווחתם של אחרים, אלא מכיוון שהוא מתכוון לקדם את רווחת הזולת באמצעות אותו מעשה חרף המחיר האישי. לכן, ספק אם כלל משפטי מסוים יכול "לייצר" התנהגות אלטרואיסטית: חברת הביטוח משלמת תגמולי ביטוח מכיוון שהיא חייבת על פי החוזה או על פי דין לעשות כן ולא מפני שהיא מבקשת להתחשב במבוטח.

חמישית, המחבר טוען כי התערבות בחוזי ביטוח ניתנת להצדקה כסוג של "פטרנליזם מתון", לאמור: התערבות שלטונית שתכליתה לקדם בכפייה את טובת הפרט.¹⁰⁹ התשובה לטיעון זה פשוטה למדי: פטרנליזם אינו צידוק אלא תופעה השעונה הצדקה.¹¹⁰ המחבר עצמו מודה בכך, למעשה, בקובעו (פעמיים) כי "את ההצדקה להתערבות פטרנליסטית ניתן לבסס על שיקולים של יעילות כלכלית, צדק חלוקתי, אלטרואיזם או ציווי מוסרי".¹¹¹ ואמנם, בהמשך הדברים המחבר מצביע על תופעות שכבר דן בהן קודם לכן (בעיות מידע של מבוטחים, רציונליות מוגבלת וכו') כצידוק האמיתי להתערבות ה"פטרנליסטית" בתוכנם של חוזי ביטוח. לדעתו, אין זה פלא שמסקנתו בעניין זה היא ש"ספק רב אם התערבות קוגניטיבית בתניות הנסחרות בחוזה ביטוח היא פטרנליסטית".¹¹² משמעות הדברים ברורה: השאלה היחידה שעליה ניתן לנסות ולהשיב היא אם ההתערבות

106 נראה לי שגם כשפלוני פועל למען הזולת בלא תמורה מוחשית הוא עושה כן, למעשה, ממניעים אגואיסטיים. אדם שמוכן להקריב מעצמו למען האחר מפיק "רווח" לא כלכלי מפעילותו, קרי: תחושה חיובית שמקורה בערכה של ההקרבה העצמית לפי תפיסתו המוסרית, הפוליטית או הדתית, הכרת-התודה של האחר ולעתים גם תועלת עקיפה ורבת-פנים שמקורה בשימור או בשיפור יחסן של הבריות כלפיו. לא זה המקום להרחיב או להכריע בעניין זה.

107 למעשה חסרה כאן הצדקה עיונית עקרונית לעידוד של אלטרואיזם באמצעות המשפט, אך חסרונה מורגש במיוחד בהקשר המסחרי שבו עסקינן.

108 העובדה שהמחבר עצמו מודה בכך (שם, בעמ' 122) מלמדת כי תת-הפרק העוסק באלטרואיזם אינו מתאים כלל לפרק שבו הוא נמצא שכותרתו "ההצדקות העיוניות להתערבות בתוכנם של חוזי ביטוח" (ההדגשה שלי).

109 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 122-128.

110 ראו, בהקשר זה, Eyal Zamir, "The Efficiency of Paternalism," 84 Va. L. Rev. 229 (1998).

111 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 124, 127.

112 שם, בעמ' 128.

הקוגנטיות בתוכנם של חוזי ביטוח היא פטרנליסטית אם לאו. העובדה שהתערבות בתוכן החוזה היא פטרנליסטית אינה יכולה כשלעצמה לשמש צידוק להתערבות כזו. לכן, הכללת הדיון בפטרנליזם במסגרת בחינת הצידוקים האפשריים להתערבות בתוכנם של חוזי ביטוח אינה מוצדקת.

ו. ביטוח ונזיקין

1. כללי

בשער המבוא המחבר מנתח את יחסי הגומלין בין חוק חוזה הביטוח ותופעת הביטוח בכלל לבין הסדרים משפטיים רלבנטיים אחרים. הדיון אינו נוגע אך ורק בשאלת תחולתם הפורמלית של חוקים אחרים על היחסים בין מבוסח למבטחת – הצדדים לחוזה ביטוח – אלא גם בשאלת מעמדם של צדדים שלישיים,¹¹³ ואף בהשפעות הגומלין שבין קיומם ותוכנם של הסדרי ביטוח מסחריים לבין עיצובם של דינים אחרים.¹¹⁴ המחבר אינו דן באופן ממצה ביחס בין הביטוח המסחרי לדיני הנזיקין, אלא מסתפק בהתייחסות תמציתית לאפשרות גיבושה של זכות תביעה בנזיקין במסגרת יחסי מבוסח-מבטחת.¹¹⁵ סבורני, שכדי להעמיק את הבנתו של הביטוח המסחרי כתופעה כלכלית-חברתית-משפטית ראוי היה להרחיב את היריעה בשלושה מישורים לפחות. ראשית, אפשר היה לדון בהשפעת הביטוח על מידת האפקטיביות של התמריצים שמספקים דיני הנזיקין להתנהגות ראויה. השפעה זו צריכה להילקח בחשבון בפיתוח דיני הנזיקין מזה ודיני הביטוח מזה. שנית, כדאי היה לבחון אם וכיצד צריכה השאיפה להבטיח פיזור אופטימלי באמצעות ביטוח להשפיע על עיצובם של כללי האחריות בנזיקין. שלישית, ניתן ואף ראוי היה לדון לא רק בתחולתם של דיני הנזיקין על יחסי מבוסח-מבטחת אלא גם באפשרות להגן על הצדדים לעסקאות ביטוח – ובמיוחד על המוטב (בין אם הוא המבוסח ובין אם לאו) – מפני מעשי עוולה של צדדים שלישיים. בשלוש הסוגיות הללו גדון עתה.

113 כמו שומר (שם, בעמ' 89-90), קונה במקרה של מכירת נכס מבוסח (שם, בעמ' 91), או בעל משכון בנכס מבוסח (שם, בעמ' 92).

114 ראו, למשל, את הטענה בדבר הצורך להתאים את דיני הביטוח לכללים המסדירים את העברת הסיכון בחוזה המכר (שם, בעמ' 91-92).

115 שם, בעמ' 93-94.

2. המתח בין המציאות הביטוחית לתפקיד ההרתעתי של דיני הנזיקין

דיני הנזיקין מתמרכים מוויקים בכוח להתנהג בהתאם לסטנדרט של התנהגות ראויה על ידי הטלת אחריות על מוויקים בפועל שסטו ממנו, ומתמרכים ניוזקים בכוח להתנהג בהתאם לסטנדרט של התנהגות ראויה על ידי שלילת אחריותו של המזיק בפועל או צמצומה במקרים שבהם הנזיק בפועל סטה מן הסטנדרט. לכאורה, הביטוח לא אמור לפגוע בתמריצים אלה. בעולם אידיאלי הפרמיה נקבעת בהתאם לתוחלת הנזק של המבוטח (risk responsive premium), כך שאדם היכול למנוע נזק שהוא עלול לשאת בו בעלות נמוכה מתוחלתו (שהיא נמוכה מהפרמיה) יעדיף בלאו הכי למנוע את הנזק ולא לרכוש ביטוח.¹¹⁶ אולם, במציאות נוצרים תדיר מצבים שבהם אדם רוכש ביטוח למרות שהיה יכול למנוע את הנזק המבוטח בעלות נמוכה מתוחלתו.¹¹⁷ כך, למשל, קורה כשאמצעי הזהירות אינם יכולים להסיר את הסיכון לגמרי אלא רק לצמצם אותו; כשקיים חוסר-ודאות לגבי האופן שבו מפעילים בתי המשפט את מבחני הרשלנות, שעלול לגרום להטלת הנטל על אדם שלא חרג מן הסטנדרט או לפחות לגרור אותו להתדיינות יקרה שבה יוכיח את "חפותו"; כשהפרמיה נמוכה מעלות המניעה בשל מיון בלתי-מספק של קבוצות המבוטחים; וכשנקיטה של אמצעי הזהירות האופטימליים לא תפטור את הנוקט אותם מהצורך לשאת בנטל (למשל: תחת הסדרים של אחריות אישית חמורה או מוחלטת או אחריות שילוחית). מן הרגע שבו נרכש ביטוח נהפכת ההשקעה במניעת נזק מכוסה בבלתי-כדאית למבוטח, גם אם עלות המניעה היא זניחה. מכאן, שהביטוח המסחרי פוגע בתמריצים שדיני הנזיקין מספקים להתנהגות ראויה: הוא אמנם חוסך את אבדן הרווחה שמקורו בשנאת סיכון, אך גורם לאבדן הרתעה ובכך מגדיל את הסתברות התאונות ואת תוחלת הנזקים. חברות הביטוח יכולות לשמר חלק מהתמריץ באמצעות הסדרים של השתתפות עצמית, בונוס/מלוס, כיסוי חלקי או התניית הכיסוי בנקיטה של אמצעי זהירות, אבל מכיוון שהן ניצבות בפני בעיות מידע קשות, ספק אם יש בכוחן לשחזר את האפקט ההרתעתי האבוד של כללי האחריות בנזיקין.¹¹⁸

עם המתח בין הרתעה לביטוח ניתן להתמודד בשלוש דרכים. דרך ראשונה היא לתת עדיפות לשיקול ההרתעתי, בין היתר באמצעות הגבלת השימוש בביטוח. לדוגמה: ניתן לקבוע שחוזים לביטוח מפני אחריות על בסיס אשמה

116 Schwartz, הערה 36 לעיל, בעמ' 337-338.

117 גלעד, הערה 46 לעיל, בעמ' 487-488; Schwartz, הערה 36 לעיל, בעמ' 341-342, 346-344.

118 גלעד, הערה 46 לעיל, בעמ' 489. ביקורתו של גלעד על Posner ו-Shavell, שם, בעמ' 490-489 נראית לי משכנעת.

בנזיקין נוגדים את תקנת הציבור ועל כן בטלים.¹¹⁹ בדרך זו מובטחת ההרתעה, אך אין התמודדות עם אבדן הרווחה שמקורו בשנאת הסיכון. הדרך השנייה היא לתת עדיפות לפיזור הנזק באמצעות העמסת תוצאות התאונות על כתפי הצד שהוא מפוזר הנזק הטוב ביותר, כאשר זמינות הביטוח ועלותו ממלאות תפקיד חשוב בהקשר זה. בדרך זו הפיזור מובטח אך ההרתעה נפגמת. למעשה, מדיניות כזו שקולה לשינוי דרמטי במיקוד של דיני הנזיקין. הדרך השלישית היא לנסות ולמוגן את שיקולי ההרתעה והן את שיקולי הפיזור (לצד שיקולים של עלות אדמיניסטרטיבית) אל תוך דיני הנזיקין והביטוח. כאשר קיים מתח בין השיקולים השונים יש להעמידם אלה מול אלה ולהכריע. דרך הביניים היא הטובה ביותר מנקודת המבט של הרווחה המצרפית.

3. השפעתם של שיקולי ביטוח על עיצובם של דיני הנזיקין

קיימות כמה טענות אפשריות נגד מתן משקל לשיקולי ביטוח בעיצובם של דיני הנזיקין. הראשונה היא שתפקידם של דיני הנזיקין הוא לתקן נזקים ולא לפזרם,¹²⁰ אלא שטענה זו מבטאת תפיסה אנכרוניסטית של ענף משפטי זה. גבולות האחריות בנזיקין נקבעים וצריכים להיקבע על יסוד איזון בין תפיסות עיוניות שונות,¹²¹ ובמסגרת זו אין מניעה להתחשב גם בשיקולי פיזור ושיקולי ביטוח בפרט. טענת-נגד נוספת היא שבתי המשפט אינם בקיאים מספיק ברזי הביטוח כדי להשתמש בשיקולי ביטוח כבסיס להחלטתם.¹²² אולם מעבר לכך שאיני משוכנע כי הניתוח הנדרש מסובך מדי או מחייב מומחיות מיוחדת, נראה לי שהפתרון לקושי מהסוג הנדון הוא הכשרה טובה יותר של שופטים ולא התעלמות משיקולים רלבנטיים. טענת-נגד שלישית היא ששימוש בדיני הנזיקין

119 ראו, למשל, את דעת המיעוט בעניין *Breeden v. Frankford Marine Plate Accident & Alice Erh-Soon Tay*, "The Foundation of *Glass Ins. Co.*", 220 Mo. 327, 351 (1909) והשוו: Tort Liability in a Socialist Legal System: Fault Versus Social Insurance in Soviet Law," 19 *U. Toronto L.J.* 1, 15 (1969) (בברית המועצות נאסר השימוש בביטוח אחריות בגין חשש מפני אובדן ההרתעה).

120 ראו, למשל, *Caltex Oil. (Aust.) Pty Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976) 136 C.L.R. 529, 580-581; P.S. James, "The Fallacies of *Simpson v. Thomson*," 34 *Mod. L. Rev.* 149, 162 (1971).

121 זוהי טענתו המרכזית של פרופ' יצחק אנגלרד בחיבוריו: Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law* (1992); Izhak Englard, "The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law," in *Philosophical Foundations of Tort Law* 183 (David G. Owen ed., 1995).

122 Carl F. Styichin, "Principled Flexibility: An Analysis of Relational Economic Loss in Negligence," 25 *Anglo-Am. L. Rev.* 318, 339 (1996).

לשם הגשמת מדיניות ביטוח ראויה עלול לפגוע ביעילות ההרתעה. התשובה לטענה זו כבר נדונה לעיל ונחזור אך על עיקרה: דיני הנזיקין צריכים, בין היתר, לשאוף למזעור של עלות התאונות. במסגרת זו לא ניתן להתעלם מהשפעתם של כללים שונים על המציאות הביטוחית, וכתוצאה מכך גם על צמצום אבדן הרווחה שמקורו בשנאת סיכון.¹²³

משהסגנו כי אין מניעה עקרונית להתחשב בשיקולי ביטוח לצד שיקולים אחרים בעיצובם של דיני הנזיקין, נשאלת השאלה כיצד עושים זאת. במקרים רבים ניתן להשתמש בדיני הנזיקין כדי להבטיח שהמציאות הביטוחית תהיה אופטימלית. הטלת אחריות על אדם שגרם לנזק בנסיבות מסוימות עשויה לעודד אנשים היוצרים סיכונים דומים לרכוש ביטוח אחריות, ככל שביטוח כזה מוצע על ידי חברות ביטוח. שלילת האחריות באותן נסיבות תעודד את הנזוק בכוח לרכוש ביטוח אישי להגנת האינטרס החשוף לסיכון, כשביטוח כזה הוא ברהשגה. לכן, במצבי עניינים שבהם ביטוח אישי הוא אמצעי זמין, זול ויעיל יותר מביטוח אחריות לפיזור נזק, הנובע מאינטראקציה בילטרלית (כלומר: הנזוק הפוטנציאלי הוא "מפזר נזק" טוב יותר מהמזיק הפוטנציאלי), שלילת האחריות תיתמך על ידי שיקולי ביטוח – ולהפך.¹²⁴

כאשר בוחנים איזו מציאות ביטוחית ראויה לעידוד ניתן להתחשב בכמה פרמטרים, ואלה העיקריים שבהם.¹²⁵ ראשית, מבחינת עלות המידע שעל פיו נקבעים תנאי הפוליסה – לניזוק בכוח (ולכן גם למבטחת שלו) יש יתרון משמעותי על המזיק בהערכת תומרת הנזק שעלול להיגרם לו. הוא מכיר טוב מכולם את הנכסים והזכויות שלו ואת ערכם. למזיק בכוח עשוי להיות יתרון בהערכת הסתברות הפגיעה, אלא אם מנקודת מבטו האינטרס החשוף לסיכון הוא בלתי-מוחשי ובלתי-גלוי. לכן, לשלילת אחריות יש יתרון מסוים על הטלת אחריות כשהמרכיב הדומיננטי בהערכת הסיכון הוא תומרת הנזק, ולהטלת אחריות עשוי להיות יתרון כשהמרכיב הדומיננטי בהערכת הסיכון הוא הסתברות הנזק. שנית, ככל שפוטנציאל ההיזק של מעשה מסוים גדול יותר וודאי פחות, כך גובר החשש שחברות ביטוח לא יסכימו כלל לבטח את המבצע מפני אחריות בנזיקין, יסכימו למכור ביטוח רק תמורת פרמיה בלתי-סבירה, או יציבו תקרה לכיסוי. בכל המקרים הללו הטלת אחריות לא תגיב פיזור יעיל. שלישית, חששות דומים מתעצמים גם ככל שמספר הנזוקים בכוח הוא גדול יותר וודאי פחות. רביעית, עלות ההוכחה של הזכות לתגמולים בביטוח אחריות גבוהה יותר מעלותה בביטוח

123 ראו גלעד, הערה 46 לעיל, בעמ' 491, 493-494.

124 השוו': L.L. Stevens "Negligent Acts Causing Pure Financial Loss: Policy Factors At Work," 23 U. Tor. L.J. 431, 457 (1973) Godwin; הערה 37 לעיל, בעמ' 676-677.

125 ראו גם רונן פרי, ריקושטים כלכליים 589-588 (תשס"ב); רונן פרי, "הכול צפוי והרשלנות נתונה" משפטים לה 359, 430-431 (תשס"ה).

אישי, מכיוון שבביטוח אחריות התגמולים משולמים רק לאחר התדיינות משפטית או משא ומתן בין המזיק-המבוטח לבין הניזוק. בביטוח אישי נחסכת העלות הגבוהה של תביעת הניזוק. חמישית, כלל משפטי שאין בו ודאות עלול לגרום לכפל-ביטוח – לפחות ביחס לחלק מרכיבי הסיכון. כאשר לא ברור מי יישא בתוצאה של מימוש הסיכון מכיוון שהכלל המשפטי החל על הסיטואציה הוא בעל רקמה פתוחה, המזיק ירכוש ביטוח אחריות והניזוק ירכוש ביטוח אישי בגין אותו סיכון. כלל שיש בו ודאות מונע כפילות מיותרת כזו.

4. הגנת המוטב מפני מעשי עוולה של צדדים שלישיים

במסגרת הדיון במערך הדינים הנוגעים לחוזי ביטוח המחבר דן, בין היתר, באפשרות להגן על האינטרסים של המבוטח או המוטב באמצעות דיני הניזוקין. ברם, הוא מתמקד באפשרות קיומה של זכות תביעה בנזיקין של המבוטח כנגד המבטחת.¹²⁶ מבחינה תאורטית, דיני הניזוקין יכולים לשמש מכשיר להגנת האינטרס של המבוטח או המוטב גם שלא במסגרת היחסים בינו לבין חברת הביטוח. המחבר אינו מתייחס לאפשרות זו למרות שבהקשרים אחרים הוא אינו מהסס לבחון את היחסים בין הצדדים לחוזה הביטוח לבין צדדים שלישיים.¹²⁷ להלן אציג בתמצית כמה דוגמאות לפוטנציאל השימוש בדיני הניזוקין למילוי חללים בהגנה הנתונה למוטב במסגרת דיני החוזים והביטוח.

סיטואציה אחת שבה ניתן לחזק את ההגנה על האינטרסים של המוטב באמצעות דיני הניזוקין היא זו שבה התנהגות בת-עוולה של צד ג' גרמה לכך שקיומו של חוזה הביטוח יהיה בלתי-אפשרי. לדוגמה: בפרשת לוי¹²⁸ נכנסה חברת ביטוח להליכי פירוק וכתוצאה מכך נשללה מן התובעים – קרוביו של מבוטח שנהרג בתאונה – הזכות לתגמולי הביטוח.¹²⁹ הם דרשו פיצוי מן המפקח על עסקי ביטוח ומן המדינה בטענה שמתן הרישיון לאותה מבטחת ואי-הפסקתו מבעוד מועד למרות מצבה הכלכלי המעורער עולים כדי רשלנות. השאלה המרכזית שעמדה לדיון הייתה אם חב המפקח על הביטוח (שלוחה של המדינה בעניין הגדון) חובת זהירות כלפי התובעים. בית המשפט העליון פסק, כי לא מוטלת על המדינה ועל הרשויות הציבוריות חובת זהירות כלפי האזרח ביחס

126 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 93-94.

127 ראו, למשל, שם, בעמ' 89 (דן בחבותו של שומר נכס כלפי הבעלים בגין אובדן או נזק אך משום זכאותו של השומר לתגמולי ביטוח), ובעמ' 92 (דן בזכותו של בעל משכון לקבל תגמולי ביטוח שבעל הנכס זכאי לקבל מן המבטחת במקרה של אבדן או נזק).

128 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45.

129 אמנם דובר בתאונת דרכים, אך זו אירעה לפני כניסתו לתוקף של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ולכן לא ניתן היה לפנות ל"קרנית".

לפעולות או להחלטות שלטוניות המקיימות שלושה תנאים מצטברים: (1) הפעולה נעשית מכוח סמכות שבשיקול דעת; (2) אין בחוק המסמיך קריטריונים ספציפיים וברורים המנחים את הרשות בהחלטתה; (3) מדובר בשיקול דעת המחייב איזון והכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים.¹³⁰ נקבע, כי החלטתו של המפקח על הביטוח שלא להפסיק את פעילות המבטחת או להודיע על מצבה הכלכלי למבוטחיה נכנסה בגדר הסייג האמור.¹³¹ בכל הכבוד, נראה לי כי הלכת לוי – לפחות כפי שיושמה בעניין לוי עצמו – מעניקה למפקח על עסקי הביטוח חסינות רחבה מדי מפני תביעות נזיקין של מבוטחים. לחסינות זו, המזכירה במידה רבה את העיקרון של אי-שפיטות מוסדית במשפט הציבורי, אין מקום בשיטת משפט שבה רשויות ציבוריות חבות חובת נאמנות לציבור ונושאות באחריות כלפיו.¹³² כך או כך, פסק הדין לא העניק למפקח על הביטוח חסינות מוחלטת. ראשית, ההלכה מצומצמת להפעלת שיקול הדעת עצמו ולא לכל החלטה או מעשה הנובעים ממנו. לכן ניתן, למשל, להטיל אחריות בגין יישום רשלני של החלטה שהתקבלה או בגין איסוף רשלני של מידע.¹³³ שנית, ההלכה אינה חלה על מקרים שבהם הפעלת שיקול הדעת "חרגה מכל אמת מידה סבירה או נעדרה כל אחיזה במציאות".¹³⁴

סיטואציה שנייה שבה ניתן להשתמש בדיני הנזיקין להגנת המוטב היא זו שבה התנהגות בת-עוולה של צד ג' גרמה לכך שחווה הביטוח לא נכרת או בוטל. לדוגמה: בפרשת *Walker Bank & Trust Co.*¹³⁵ רכש אדם פוליסת ביטוח חיים וביקש מהבנק שלו להעביר מדי חודש את דמי הביטוח למבטחת. בשלב מסוים הפסיק הבנק להעביר למבטחת את דמי הביטוח וכתוצאה מכך התבטל החוזה. זמן קצר לאחר מכן נפטר המבוטח. חברת הביטוח סירבה לשלם תגמולים למוטבים ואלה הגישו תביעת נזיקין כנגד הבנק. בית המשפט העליון של יוטה פסק כי הבנק חב חובת זהירות כלפי המוטבים המיועדים וכי החובה הופרה. סיטואציה שלישית שבה ניתן להגן על המוטב באמצעות דיני הנזיקין היא זו שבה התנהגות בת-עוולה של צד ג' הפריעה לקיומו של חוזה ביטוח תקף. לדוגמה: אם התרשלות של עובדי רשות הדואר גרמה לעיכוב במסירת דרישה בכתב לתשלום תגמולי ביטוח לפי סעיף 23(א) "לחוק חוזה הביטוח", וכתוצאה

130 שם, בעמ' 82 מול האות ג-83 מול האות ג; ראו גם שם, בעמ' 76 מול האותיות ד-ה.

131 שם, בעמ' 87 מול האות א-89 מול האות ו.

132 השוו תמר גדרון, "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח", המשפט ג 133, 144-147 (תשנ"ו).

133 עניין לוי, הערה 128 לעיל, בעמ' 83 מול האות א.

134 שם, בעמ' 81 מול האות א.

135 *Walker Bank & Trust Co. v. First Security Corp.* 9 Utah 2d 215 (1959). ראו גם *Rae v.*

Air-Speed Inc. 386 Mass. 187 (1982).

מכך התעכב גם תשלום התגמולים, יש להניח שהמוטב יוכל לתבוע מן העובדים וממעסיקתם פיצוי על הנזקים שנגרמו לו בשל כך. באופן דומה, אם חלק מהמסמכים שהיו דרושים למוטב להוכחת התביעה נפגעו מחמת מעשה עוולה, יוכל הלה לתבוע את המעוול על נזקו (שהוא בעיקרו נזק ראייתי).¹³⁶

ז. מבנה הספר ועיקרי חידושי: דיון פרטני

במסגרת פרק מבוא רחב-יריעה המחבר מציג את ההיסטוריה של הסדרי הביטוח, מסביר כי הביטוח הוא הדרך היעילה להתמודדות עם סיכון אל נוכח התופעה של שנאת סיכון, ומנתח את הכשלים שעלולים להיווצר בשוקי ביטוח בשל מחסור במידע או בשל פערי מידע, לאמור: ברירה שלילית (adverse selection),¹³⁷ סיכון מוסרי (moral hazard) וסבסוד צולב (cross-subsidization). לאחר מכן המחבר מסביר בתמצית כיצד פועל שוק הביטוח בישראל, מתאר את תולדותיו של חוק חוזה הביטוח מרגע ייזומו ועד היום, וסוקר את מקורותיו, את מבנהו ואת חידושי, שעיקרם העברת סיכונים שקודם לכן היו מוטלים על המבוטח – אל כתפי המבטחת. בהמשך מוצג מערך הדינים הנוגעים לחוזה ביטוח לצדו של חוק חוזה הביטוח: חוק החוזים (חלק כללי), חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), חוק החוזים האחידים, חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, חוקי ביטוח "מיוחדים" (כגון פקודת ביטוח רכב מנועי), חוק הגנת הצרכן, חוק המחאת חיובים, חוק השומרים, חוק המכר, חוק המשכון ודיני הנזיקין. המחבר בוחן צידוקים אפשריים להתערבות של המחוקק בתוכנם של חוזה ביטוח באמצעות קביעת הוראות קוגנטיות המרחיבות את היקף הכיסוי הביטוחי, ומסביר כיצד מתערבים בתי המשפט בתוכנם של חוזה ביטוח בדרך של פרשנות, במיוחד במסגרת יישום הכללים של פרשנות נגד הגסה ופירוש בהתאם לציפיותיו הסבירות של המבוטח. לבסוף המחבר טוען כי הצידוקים להתערבות בתוכנו של חוזה ביטוח תקפים אך ורק כשמדובר בחוזים צרכניים ולא ביחס למקרים שבהם המבוטחים הם יישויות בעלות כוח מיקוח השקול לזה של חברות הביטוח שאינן סובלות מבעיות מידע. על כמה מן העניינים הללו הרחבתי את הדיבור בפרקים הקודמים.

136 השוו רע"א 7953/99 פילבר נ' המרכז הרפואי שערי צדק, פ"ד נד(2) 529, 533–534; ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 125 מפי השופטת שטרסברג-כהן; והכול בעקבות אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט כא 191 (תשנ"ח).
137 ראו Peter Siegelman, "Adverse Selection in Insurance Markets: An Exaggerated Threat," 113 Yale L.J. 1223 (2004).

מנקודה זו ואילך מבנה הספר תואם את מבנהו של חוק חוזה הביטוח, כמקובל בספרי פרשנות. פרק א', התופס את רוב רובו של הכרך הראשון, עוסק בפירוש שיטתי של ההוראות הנוגעות לכל סוגי הביטוח, המפורטות בפרק א' של החוק. הכרך השני, שטרם ראה אור, יעסוק בעיקר בפירושן של ההוראות הנוגעות לסוגים ספציפיים של חוזי ביטוח (פרקים ב'–ד'). לאור היקפו העצום של הדיון האנליטי אתמקד כאן אך ורק בטענות שיש בהן, לדעתי, חשיבות מיוחדת, קשיות או חידוש.¹³⁸

סימן א' לפרק א' (בחוק ובספר כאחד) דן במהותו של חוזה הביטוח. סעיף 1 לחוק מגדיר את מונח היסוד "חוזה ביטוח" כחוזה בין מבטחת לבין מבטוח, המחייב את המבטחת, תמורת דמי ביטוח, לשלם, בקרות מקרה הביטוח, תגמולי ביטוח למוטב. בראשית דבריו המחבר בוחן אלו הסדרים ביטוחיים יכולים להיחשב ל"חוזים". לסוגיה זו התייחסתי בהרחבה בפרק ה'. המחבר מסביר כי "מבטח" לצורך החוק הוא גורם המפזר סיכונים באמצעות התקשרות עם מספר גדול של מבטוחים. הגדרה זו מבוססת על מושג של פיזור-סיכון שבו המחבר משתמש לכל אורכו של הספר.¹³⁹ השימוש במושג זה בעייתי, מכיוון שהמבטחת אינה מפזרת סיכונים אלא את העלויות הנובעות ממימושם.¹⁴⁰ עוד מציין המחבר כי הביטוח מגן על אדם מפני אירועים "מקריים" ולא מפני אירועים שהיו צפויים בעת כריתת החוזה או נהפכו לצפויים מחמת התנהגותו. עם זאת, נדמה לי שבהקשר זה המחבר יוצר זהות בלתי-מוצדקת בין המונחים "צפוי" ו"ודאי". לטעמי, חוזה ביטוח מגן על אדם מפני אירוע נזק שניתן לצפותו אך אינו ודאי (או קרוב לוודאי). אילו היה האירוע בלתי-צפוי לחלוטין מנקודת מבטו של המבטוח, הוא לא היה טורח לבטח את עצמו מפני אפשרות התרחשותו.¹⁴¹ בסופו של הדיון בסעיף 1 המחבר מסביר כי אחד מתנאי הזכיה בתגמולי ביטוח הוא קיומו של קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין מימוש הסיכון שהמבטחת נטלה על

138 בפרק זה ויתרתי – בתיאום עם עורכי "משפטים" – על מרבית ההפניות למספרי עמודים בספר הנדון. הפרק עוקב בשיטתיות אחר מבנה הספר ועל כן הפניות כאלה הן, בדרך כלל, בלתי-נחוצות. בה בעת, הצמדת מראה מקום לכל אחד מהטיעונים הנקודתיים שאני מתייחס אליהם הייתה גורמת לניפוח משמעותי (וכאמור בלתי-מוצדק) של הרשימה עקב מספרם הרב.

139 ראו, למשל, ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 44, 158–159, 273.

140 אני ער לכך שהמחבר אינו היחיד המשתמש במונח זה – ראו, למשל, D. Douglas Brothers, "The Defense of Comparative Bad Faith: A Practitioner's Viewpoint," 72 Tex. L. Rev. 1565, 1570 (1994); אולם עובדה זו אינה מצדיקה את אי-הדיוק.

141 השוו ע"א 3182/02 אשד (1980) מהנדסים ויועצים, תעשייה ניהול ומכון בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(2) 179, 188 ("מטרתו הבסיסית של חוזה הביטוח – הענקת הגנה למבטוח מפני סיכונים ולא מפני ודאות").

עצמה במסגרת החוזה לבין הנזק שבגיניו מוגשת התביעה,¹⁴² ודן במקרים שבהם נגרם הנזק על ידי כמה גורמים, מקצתם מכוסים ומקצתם לא מכוסים. אלו הן סוגיות חשובות למדי, שאין להן התייחסות בגוף החוק.

סעיף 2 מחייב את המבטחת, לאחר כריתת חוזה הביטוח, למסור למבוטח מסמך המפרט את הזכויות והחובות של הצדדים: הפוליסה.¹⁴³ תחילה דן המחבר בהליך ההתקשרות המיוחד לחוזה ביטוח ובשאלות הנוגעות להליך זה בתוך המסגרת הפורמלית של חוק החוזים, דהיינו: שאלות בדבר עצם כריתת החוזה, תוכנו ומועד כריתתו. נוסף על כך נדונים מעמדו ותוכנו של "כתב כיסוי זמני", המעניק למבוטח הגנה בתקופה שבין העברת הבקשה לרכוש ביטוח ממנו אל המבטחת לבין כריתת חוזה הביטוח ה"קבוע", וזכויותיו של מבוטח כלפי המבטחת במקרה של עיכוב בלתי-סביר במתן תשובה לבקשה לרכוש ביטוח, במיוחד אם יצרה המבטחת מצג שלפיו המבוטח נהנה או צפוי ליהנות תוך זמן סביר מכיסוי ביטוחי ומנעה בכך את התקשרותו עם מבטחת אחרת.¹⁴⁴ המחבר מסביר כי למרות שהמבטחת נדרשת להעביר למבוטח פוליסה כתובה, חוזה הביטוח עצמו יכול להיכרת על-פה. רק לאחר מכן הוא בוחן את מטרותיה של חובת המסירה של הפוליסה, את ליקוייה של הוראת החוק המטילה חובה זו, ואת הסייג לחובה מקום בו קיים נוהג שלא להוציא פוליסה. נדמה לי, שכל הדיון בכריתת חוזה הביטוח ובצורתו צריך היה, כעניין מבני, למצוא את מקומו במסגרת הפירוש לסעיף 1 המגדיר את חוזה הביטוח כסוג של חוזה, ולא במסגרת פירושו של סעיף 2 העוסק בפוליסה (שהיא, כאמור, אובייקט נפרד).

סעיף 2(ב) מורה, כי בין מועד כריתת חוזה הביטוח למועד המצאת הפוליסה חל על יחסי הצדדים – בהיעדר הסכמה אחרת – ההסדר הנוהג אצל המבטחת בקשר לאותו סוג ביטוח. המחבר סבור כי סעיף 2(ב) גובר על סעיף 3, השולל מן המבטחת את הזכות להסתמך על תנאי או סייג לחבותה אם אלו לא הובלטו בפוליסה, כמובן זה שעד למסירת הפוליסה תוכל המבטחת להסתמך על תנאים וסייגים שהם חלק מן "ההסדר הנוהג". הבעיה היא שבנסיבות אלה עלול המבוטח לאבד את הזכאות מסיבות שהוא לא ידע עליהן ולא היה יכול למונען. המחבר כותב כי "ייתכן שהפתרון נעוץ... בחיוב המבטחת למסור מידע בקשר לתנאים או

142 הספר מחדד את ההבדל בין המאפיינים של דרישת הסיבתיות בדיני הנזיקין לבין מאפייניה בדיני הביטוח, וטוען כי שאלת הסיבתיות המשפטית בדיני הביטוח היא למעשה שאלה של פרשנות החוזה, לאמור: האם הנזק נגרם מתחת מימוש של סיכון שהמבטחת נטלה על עצמה במסגרת החוזה?

143 צורת הפוליסה והתנאים שיש לקבוע בה נקבעו בתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (צורה הפוליסה ותנאיה), תש"ם-1980.

144 הבסיס הפורמלי לדיון בזכויות המבוטח בנסיבות אלה הוא סעיף 12 לחוק החוזים, המטיל על הצדדים למשא ומתן חובה לנהוג בתום לב.

לחריגים לכיסוי, שמבוטח סביר אינו מצפה להם". דעתי היא שאין כאן מקום לתהייה: אי-מסירת מידע על אודות התנאים והסייגים לחבות יוצר אצל המבוטח את הרושם שתנאים וסייגים אלה, לפחות אם אינם מובנים מאליהם,¹⁴⁵ לא קיימים כלל ולכן צריך לשלול מן המבטחת את האפשרות להסתמך עליהם, וזאת מכוח עקרון תום הלב (ודוקטרינת ה"*estoppel in pais*" שנבלעה בו).¹⁴⁶ על פי המחבר, המבטחת תוכל להסתמך על תנאים כאלה מכוח הוראת סעיף 26 לחוק החוזים אם מדובר בחידוש חוזה וניתן, לפיכך, להצביע על "נוהג הקיים בין הצדדים". בשולי הדברים דן המחבר במקרים של חוסר-התאמה בין חוזה הביטוח לבין הפוליסה, במיוחד כשזה נובע מאי-הבנה בין הצדדים בשעת כריתתו של החוזה.

סעיף 3 מחייב את המבטחת לפרט בפוליסה בסמוך לנושא הרלבנטי, או לציין בפוליסה בהבלטה מיוחדת כל סייג או תנאי לחבותה, ומונע הסתמכות על סייג או תנאי שלא נתקיימה בהם דרישה זו. הסעיף חל בראש ובראשונה על סייג לחבות מכל סוג, לרבות סייג הנוגע לסיבת הנזק וסייג הנוגע לסוגי הנזק המכוסים, וללא תלות במיקומו בפוליסה או בכותרת שניתנה לו. הסעיף חל גם על תנאים לחבות – הן כאלה שצריכים להתקיים לפני התרחשותו של מקרה הביטוח (כגון נקיטה של אמצעי זהירות) והן כאלה שצריכים להתקיים לאחר התרחשותו (כמו מסירת מידע ומסמכים הדרושים לבידור החבות). לדעת המחבר, כשמקרה הביטוח מתרחש לפני המצאת הפוליסה אין לאפשר למבטחת להסתמך על תנאים או סייגים שנקבעו במסמך אחר שנמסר למבוטח אלא אם יש בכוחה להראות שלמבוטח הייתה אפשרות לעמוד עליהם. המחבר אינו מציע מסגרת פורמלית ליישום תובנה זו, אך נראה שגם כאן ניתן היה להפעיל את עקרון תום הלב.¹⁴⁷ המבטחת יכולה לקיים את חובתה בשתי דרכים: הצמדת ההגבלה לנושא הרלבנטי בפוליסה או הבלטתה. כדי לעמוד בחובה מן הבחינה המהותית נדרש שהסייג לחבות יהיה קל לאיתור. ברם – ומכוח אותו היגיון – אם המבוטח מודע לסייג או לתנאי, אין הוא יכול להישמע בטענה שהמבטחת לא קיימה את דרישת הסעיף. המחבר מסביר כי עמידה בדרישת הסעיף אינה מבטיחה את תוקפם של

145 תנאי "מובן מאליו" הוא תנאי שמבוטח סביר היה יכול לצפות לו.

146 רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד מז(5) 94, 100–101 מפי השופטת דורנר. ודוק: איני מציע לשלול הצבת תנאים או סייגים לחבותה של המבטחת עד להמצאת הפוליסה, אלא למנוע הסתמכות על תנאים או על סייגים כאלה כשימדיע עליהם לא נמסר למבוטח מבעוד מועד. לכן איני שותף לחששו של המחבר מפני היווצרות "כיסוי ביטוחי גורף לכל נזק שהוא" (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 223).

147 המחבר אמנם מתייחס להוראת סעיף 15 לחוק החוזים האוסרת הטעיה במחדל (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 241), אולם ספק אם ניתן לעשות שימוש מעשי בהוראה זו בנסיבות הנדונות כאן. הסעד בגין הפרת האיסור הקבוע בסעיף 15 לחוק החוזים הוא ביטול החוזה. במקרה שבו אירע מקרה הביטוח והמבטחת מנסה להתנער מחבותה על יסוד תנאי או סייג שבחוזה, ביטול החוזה לא יועיל למבוטח.

התנאים והסייגים. עקרונית, המבוטח מנוע מלסעון כנגד תוקפם של חריגים לפוליסה אם הייתה לו הזדמנות נאותה ללמוד את הוראותיה. לכן, אם המבטחת הטעתה את המבוטח להאמין שאין צורך כי יקרא את הפוליסה, אם החריג הוא תוספת בלתי-צפויה לפוליסה שהמבטחת לא הסבה את תשומת-לב המבוטח אליה, או אם המבוטח לא היה מסוגל להבין את החריג בעצמו – עשוי בית המשפט לשלול את תוקפו של החריג. אם כן, המבטחת חייבת להסב את תשומת-לבו של המבוטח לחריגים ולוודא שהבין אותם.¹⁴⁸

סעיף 4 מחייב את המבטחת לצרף לפוליסה העתק מכל תשובה שהשיב המבוטח לשאלתה ונזכרת בחוזה הביטוח, ומונע הסתמכות על תשובה שהעתקה לא צורף לפוליסה. המחבר סבור כי אין להגביל את תחולת הסעיף אך למצב שבו התשובה נזכרת בפועל בפוליסה, וכי יש להחילו ביחס לכל תשובה שהמבטחת הסתמכה עליה. מהלך פרשני זה מעורר שני קשיים. ראשית, הסעיף עוסק בתשובה הנזכרת בחוזה הביטוח ולא בפוליסה. אמנם ייתכן שבניסוחו של סעיף 4 נפלה שגגה, אך אין זה מן הגמגע שיש משמעות לבחירה במונח "חוזה" דווקא.¹⁴⁹ המחבר אינו מתייחס לכך כלל.¹⁵⁰ שנית, אם נקבל את ההנחה לפיה הרישא עוסק בתשובות שנזכרו בפוליסה, הרחבת חובת הצירוף לכל תשובה שהמבטחת הסתמכה עליה אינה מתיישבת עם לשונו הברורה של הסעיף. סטייה כה ברורה מן הלשון מחייבת צידוק מיוחד, והטענה כי יש להבין את סעיף 4 על רקע הסעיפים 2–3 אינה מהווה צידוק כזה. סעיפים 2–3 נועדו להבטיח שהמבוטח ידע את זכויותיו וחובותיו: לשם כך נמסרת לו הפוליסה ומודגשים בה התנאים והסייגים לזכאות. ניתן בהחלט לסעון כי התשובות שהשיב לשאלות המבטחת אינן נחוצות לו באותה מידה.¹⁵¹ כך או כך, כל הדיון בפירושה של הרישא היה

148 ראו בהקשר זה גם דודי שורץ וריבי שלינגר, "חוזה הביטוח: חובות גילוי ופרשנות – התפתחויות בראי הניתוח הפסיכולוגי של המשפט" קריית המשפט ה' 349, 353–354 (תשס"ה).

149 בסעיף 346 להצעת חוק דיני ממונות החלף המושג "חוזה" במושג "חוזה ביטוח", ועובדה זו מחזקת את הסברה שאין מדובר בשגגה.

150 ניתן לסעון כי החלפת המונח "חוזה" במונח "פוליסה" היא גם שורש הבעיה השנייה. אילו לא נתבצעה החלפה כאמור היה המחבר יכול להגיע לאותה התוצאה שבה חפץ מבלי להתנער מכך שחובת הצירוף חלה – לפי לשונו המפורשת של החוק – רק על תשובה ש"נזכרה". ניתן היה לראות בתשובות שחברת הביטוח הודיעה למבוטח במישרין או בעקיפין (באמצעות סוכן הביטוח) שהיא מסתמכת עליהן – תניות מכללא בחוזה הביטוח. או אז ניתן היה לומר שהן "נזכרות בחוזה" ועל כן חובה לצרפן לפוליסה.

151 מטעם זה איני משוכנע כי הפירוש שלפיו יש לצרף את התשובות רק במקרה שנזכרו בפוליסה "יחמיק את מטרת הסעיף" (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 257). אפילו סברתי אחרת, דומה בעיניי כי הייתי מעדיף להסב את תשומת-לבו של המחוקק לצורך בתיקון החוק ולא מציע פירוש שאינו מתיישב עם לשונו.

חשוב פחות אילו ראינו בסיפא – המונע מן המבטחת להסתמך על תשובה שהעתקה לא צורף לפוליסה – הוראה כללית, החלה על כל תשובה שהעתקה לא צורף כאמור, בין אם המבטחת הייתה חייבת לצרפו ובין אם לאו.¹⁵² באשר לסיפא גורם המחבר, בניגוד להלכה הפסוקה, כי המבטחת אינה רשאית להסתמך על תשובות שהעתקן לא צורף לפוליסה לא רק כשמתעורר ספק בדבר תוכן התשובות, אלא בכל מקרה. לדבריו, הפתרון לבעיה ההיפותטית של מבטח שמסר למבטחת תשובות כוזבות אך זכאי לתגמולי ביטוח בגלל פגם מנהלי (אי-צירוף התשובות) מצוי בהוראת סעיף 6(ג) לחוק העוסק במרמה.

סעיף 5 לחוק משלים את הוראות הסעיפים 2(ב) ו-4 בקובעו שהמבטחת חייבת למסור למבוטח ולמוטב לפי דרישת המבוטח העתקים מן הפוליסה ומן המצורפות אליה. המחבר סבור, כי חרף לשון הסעיף נתונה אף בידי המוטב הזכות לדרוש העתקים. גישה זו אינה נראית לי רצויה מכיוון שהיא מתעלמת מזכותו של המבוטח לפרטיות. כך, למשל, ספק בעיניי אם יהא זה ראוי לחייב את המבטחת בביטוח חיים למסור למוטב פרטים שמסר המבוטח אודות מצבו הבריאותי בלי שהלה התיר זאת. על כל פנים, נראה שנוסחו המפורש של סעיף 5 מעורר בעיה דומה בכל מקרה שבו יש כמה מבוטחים ורק אחד מהם מסר למבטחת מידע הנוגע לצנעת חייו. הצעת חוק דיני ממונות מציעה פתרון חלקי לבעיה בקובעה כי המבטחת בביטוח חיים או בביטוח תאונה, מחלה ונכות לא תעביר למבוטח שאינו מי שחייו בוטחו או שאינו מי שבוטח מפני תאונה, מחלה ונכות, פרטים בדבר בריאותו של האחרון.¹⁵³

סעיף 6 עוסק בחובת הגילוי של המבוטח עובר לכריתת החוזה.¹⁵⁴ סעיף קטן (א) קובע כי אם הציגה המבטחת למבוטח שאלה לפני כריתת החוזה, והשאלה נוגעת לעניין מהותי – המבוטח נדרש להשיב תשובה "מלאה וכנה" בכתב. לכאורה נדרש המבוטח לספק תשובה המקיימת שתי דרישות מצטברות: מלאות (דרישה אובייקטיבית) וכנות (דרישה סובייקטיבית). אולם לדעת המחבר שיקולים שונים תומכים במסקנה שיש לפטור את המבטחת מחבותה (תוצאה אפשרית של הפרת חובה הגילוי) רק במקרים שבהם המבוטח פעל במרמה או בכוונת זדון. לכן הוא מציע לפרש את סעיף קטן (א) כמטיל דרישה אחת בלבד – דרישת הכנות, שהמלאות משמשת אמת-מידה אובייקטיבית לקיומה. לשון אחר: כאשר

152 בהתאם לסעיף 4 רישא ישנן תשובות שהמבטחת חייבת לצרף וישנן תשובות שהיא אינה חייבת לצרף. לפי הפירוש המוצע כאן, הסיפא מורה שאי-צירוף העתקים של שני סוגי התשובות מונע הסתמכות של המבטחת. זוהי התרופה היחידה במקרה של אי-צירוף תשובות שאין חובה לצרפן לפי הרישא. לגבי תשובות שיש חובה לצרפן – ניתן להשתמש גם בתרופות הרגילות של דיני החוזים.

153 סעיף 348 להצעת חוק דיני ממונות.

154 ראו בהקשר זה גם שורץ ושליוגר, הערה 148 לעיל, בעמ' 352–353.

התשובה אינה מלאה על המבוטח להראות שתשובתו הייתה כנה. אלא שנימוקיו של המחבר אינם משכנעים.

נימוקו הראשון הוא שאיגילוי בתום לב אינו מחולל ברירה שלילית מפני שזו נוצרת רק עקב התחזות מכוונת של מבוטחים גבוהיסיכון למבוטחים נמוכיסיכון. עם זאת, ברירה שלילית אינה התוצאה הבלתי־רצויה היחידה שדיני הביטוח צריכים למנוע. אפילו המחבר מודה ש"כאשר מבוטחים בעלי רמות סיכון שונות השייכים לאותה קבוצת ביטוח משלמים פרמיה זהה [למשל – בגלל שהמידע שנמסר על ידם אינו מלא] נוצר סבסוד צולב", ושסבסוד צולב הוא בלתי־צודק ובלתי־יעיל גם אם "מסירת המידע המוטעה נובעת מטעות בתום־לב".¹⁵⁵ נימוקו השני הוא שהסיכון של כריתת חווה על סמך מידע לא מלא שמסר המבוטח הוא בריביות ואת מחירו ניתן לגלגל על המבוטחים. ברם, איני סבור שציבור המבוטחים כולו צריך לשאת על כורחו בעלות ההתרשלות של יחידים במסירת מידע למבטחת.¹⁵⁶ למעלה מכך: גם הסיכון של כריתת חווה על סמך מידע שנמסר בחוסר־כנות הוא בחלקו בריביות,¹⁵⁷ והמחבר אינו מציע לצמצם בשל כך את דרישת הכנות. נימוקו השלישי הוא שאין זה הוגן ואין זה סביר לצפות שהמבוטח יזכור את כל האירועים שעשויים להיות חשובים למבטחת לצורך הערכת הסיכון. דעתי היא שפירושו הפשוט של סעיף 6(א) אינו מטיל על המבוטח נטל כזה. בסופו של דבר, שלילת הזכאות בהיעדר מרמה אפשרית רק בהתקיים שני תנאים: המידע החסר נמסר בתשובה לשאלה בעניין מהותי, ומבטחת סבירה לא הייתה מתקשרת בחווה כלל (אף תמורת פרמיה גבוהה יותר) אילו ידעה את המצב לאמיתו.¹⁵⁸ שלילת הזכאות אפשרית רק במקרה של אי־מסירת מידע חשוב במיוחד, ובכך מסויגת למעשה דרישת המלאות. אנו מצפים

155 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 56.

156 ההנחה לפיה אילו נהנה המבוטח ממידע מלא הוא היה מבקש לרכוש לעצמו ביטוח מהסיכון של מסירת מידע מטעה בתום לב, מכיוון שהוא "שונא סיכון מעצם הגדרתו... ומכיוון שייקור דמי הביטוח כתוצאה מכלל משפטי הפוטור את המבוטח מאיגילוי בתום לב יהיה זניח" (שם, בעמ' 274), אינה טענה משכנעת. ראשית, גם אדם שונא סיכון לא ירצה לבטח עצמו מפני כל הסיכונים שהוא חשוף אליהם; על כך כבר עמדתי לעיל. שנית, ביטוח מפני הסיכון של מסירת מידע מטעה חשוף לבעיה קשה של סיכון מוסרי ולכן ספק אם הפרמיה שהייתה משולמת עבורו הייתה "זניחה". שלישית, גם אם נניח שרוב האנשים היו רוכשים ביטוח מהסיכון של מסירת מידע מטעה אין בכך כדי להצדיק את חיובם של האחרים בתשלום עבור ביטוח שהם אינם חפצים בו.

157 לדברי המחבר, גם כאשר "המבוטח אינו בטוח באמיתות המידע, ותוך אדישות לשאלת נכונותו – ומבלי לטרוח לברר את המצב לאשורו – מוסר למבטחת את המידע כאילו היה מהימן" – התשובה אינה כנה (שם, בעמ' 271). מכיוון שמימוש של הסיכון של אי־נכונות המידע במקרים כאלה אינו ודאי הריהו בריביות (שם, בעמ' 274).

158 סעיף 7(ג) לחוק.

מן המבוטח לעשות כל מאמץ כדי למסור למבטחת לפחות את המידע החשוב הזה, שבלעדיו תתקשה כל חברת ביטוח לנהל את עסקיה. איננו מצפים ממנו לזכור "את כל התחלואים שעברו עליו, את כל הביקורים שערך אצל רופאים מקצועיים, את כל התאונות שהיה מעורב בהן וכיוצא באלה".¹⁵⁹ סיכומו של דבר: מסירת מידע מלא היא חיונית לא רק משום שהיא מעידה על כנותו של המבוטח אלא גם ובעיקר משום שהיא מאפשרת לחברת הביטוח להעריך ביתר דיוק את הסיכון האינדיבידואלי ולקבוע פרמיה הוגנת. ואמנם, בהצעת חוק דיני ממונות עצמאותן של שתי הדרישות – מלאות וכנות – מובהרת ומודגשת.¹⁶⁰

המתבר סבור עוד שאם חל שינוי בנסיבות בין מועד מתן התשובות למועד כריתת התווה, אי-מסירת המידע החדש למבטחת הוא בגדר הפרה של חובת גילוי אך ורק אם נעשה בכוונת מרמה (לפי סעיף 6(ג)). גישה זו מעוררת קושי מכיוון שהיא עלולה לגרום לתמחור לקוי של הסיכון הביטוחי על כל המשתמע מכך.¹⁶¹ מכל מקום, סבורני כי לשון החוק אינה סובלת תוצאה כזו. על השלב שבין מתן התשובות לכריתת התווה צריכות לחול הוראותיו של סעיף 17, המחייבות את המבוטח להודיע על שינוי בנסיבות או גילוי מאוחר ההופכים תשובה שניתנה לשאלה שהוצגה לו לפני כריתת התווה לבלתי-מדויקת. הסעיף מתייחס לשינויי נסיבות ולגילויים חדשים בכל שלב שלאחר מתן התשובה ולא רק לאחר כריתת התווה.¹⁶² לחלופין יש להעדיף את הגישה המובעת בפרשת *Lawless*,¹⁶³ ולפיה

159 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 274.

160 סעיף 7(א) לחוק מתייחס למצב שבו "ניתנה לשאלה בעניין מהותי תשובה שלא היתה מלאה וכנה". סעיף 350(א) להצעת חוק דיני ממונות המיועד להחליף את סעיף 7(א) מתייחס למצב שבו "ניתנה לשאלה בעניין מהותי תשובה שלא הייתה מלאה או כנה" (ההדגשה הוספה). בדברי ההסבר לסעיף נאמר כי ההחלפה נועדה "להבהיר שתוצאות אי הגילוי חלות על שתי האפשרויות" (כלומר: אי-מלאות או חוסר-כנות).

161 אכן, תמחור לקוי עלול להיגרם גם כשהמבוטח אינו מוסר למבטחת מידע שלא הוצגו לו שאלות לגביו. אולם, חברות הביטוח יכולות להתמודד עם טעויות כאלה באמצעות בקשת מידע מפורט יותר מן המבוטח בכות, ויש להניח שכוחות השוק יאלצו אותן לעשות כן. לעומת זאת, עמדתו של המחבר שוללת מן המבטחת לחלוטין את היכולת להימנע מתמחור לקוי במקרה של שינוי בנסיבות בין מועד מתן התשובות למועד כריתת התווה. זאת ועוד: הסלת הסיכון של תמחור לקוי על כתפי המבטחת במקרה של אי-הצגת שאלות מסוימות ניתנת להצדקה בתואנה שהמבטחת אשמה בהיווצרות הליקוי (משום שנמנעה מהצגת אותן השאלות). לא ניתן להצדיק באופן דומה את הסלת הסיכון של שינוי בנסיבות על כתפי המבטחת.

162 המחבר אינו מתעלם כליל מאפשרות זו אך מבכר לדחותה מנימוקים שאינם נראים לי משכנעים (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 283). נימוקו הראשון הוא שבאופן כללי אין הצדקה לשלילת הזכאות ממבוטח שמסר מידע מטעה שלא בכוונת מרמה. תפיסה זו אינה מקובלת עליי מטעמים שיתבררו להלן, במהלך הדיון בסעיף 18(ג)(2). על כל פנים, יישום עקיב של עמדת המחבר היה מוביל למסקנה שהחלת סעיפים 17–19 על שינוי בנסיבות לאחר

מצג שנעשה במסגרת בקשה לרכישת ביטוח מהווה "אישור מתמשך לאמיתות תוכנו" עד לרגע מסירת הפוליסה. לכן, אם הוצגו למבוטח בכוח שאלות בעניינים מהותיים, ובעקבות שינוי נסיבות או גילוי מידע חדש לאחר מתן התשובות ולפני כריתת החוזה התשובות אינן "מלאות וכנות" – הוא נדרש לתקן את הטעון תיקון כחלק מחובתו להשיב על אותן שאלות לפי סעיף 6(א). חובת הגילוי משתרעת רק על עניינים "מהותיים", כלומר: עניינים שיש בהם כדי להשפיע על נכונותה של מבטחת סבירה לכרות את החוזה בכלל או בתנאים שבהם נכרת בפועל. המחבר מסביר כי ניתן לחלק עניינים מהותיים לחמישה סוגים: מושא הביטוח חשוף לסיכונים יוצאי־דופן; המבוטח מונע על ידי מניע מיוחד; חבות המבטחת עם התרחשותו של מקרה הביטוח תהיה גבוהה מהצפוי בדרך כלל; קיומו של סיכון מוסרי; ועניינים שלפי ידיעת המבוטח נחשבים מהותיים בעיני המבטחת. המחבר מצדיק את הגבלת החובה למקרים שבהם מסירת מידע מלא הייתה גורמת למבטחת להימנע מלהתקשר בחוזה בכלל או בתנאים שבהם נכרת, ואת הבחירה באמת־המידה האובייקטיבית של "מבטחת סבירה". לדעתו, סעיף קטן (ב) – שלפיו המבוטח אינו נדרש להשיב תשובה מלאה וכנה

מתן התשובות ולפני כריתת החוזה לא הייתה בלאו הכי גורמת לשלילת זכאות בהיעדר כוונת מרמה, לפחות ברוב המכריע של המקרים. סעיף 18 הרי קובע ששלילת זכאות לתגמולים מחמת שינוי בנסיבות אפשרית רק במקרה של כוונת מרמה, או במקרה שבו המבטחת לא הייתה מתקשרת בחוזה אף תמורת פרמיה גבוהה יותר אילו ידעה את המצב לאשורו; ואת החלופה השנייה העוסקת מלכתחילה במקרים נדירים למדי מציע המחבר "לצמצם ככל האפשר" (שם, בעמ' 460–461). לבסוף, אילו סברנו כי אין לשלול את זכאותו של המבוטח בהעדר כוונת מרמה ולא היינו יכולים לפרש בצמצום את ההוראות שאינן מתיישבות עם סברה זו – הימנעות מהחלת סעיפים 17–19 על שינוי בנסיבות לאחר מתן התשובות ולפני כריתת החוזה הייתה בגדר מקסם שווא. הבעיה של שלילת זכאות בהיעדר כוונת מרמה מחמת שינוי בנסיבות לאחר כריתת החוזה עדיין הייתה קיימת. הפתרון שהיינו אמורים לצדד בו בריש גלי היה תיקון החוק, ולא יצירת הבחנה מלאכותית המאפשרת התחמקות מוגבלת מרוע גזירתו. נימוקו השני של המחבר הוא שלפי עמדת הפסיקה, ההוראה החלה על "גילוי יום לאחר שהמבוטח כבר השיב לשאלות" היא הוראת סעיף 6(ג). ברם, העובדה שסעיף 6(ג) חל על גילוי לאחר מתן תשובות אין פירושה שאין סעיפים נוספים העוסקים בגילוי לאחר מתן תשובות; סעיף 17 הוא בבירור סעיף כזה. נימוקו השלישי והאחרון אינו נוגע כלל לאפשרות תחולתו של סעיף 17. טענה סטרוקטוראלית אפשרית שאינה נטענת על ידי המחבר היא שסעיף 17 אינו חל על השלב שלפני כריתת החוזה אך משום שהוא אינו מצוי בסימן העוסק בשלב הטרם־חוזי אלא בסימן נפרד, אולם גם לטענה זו אין יסוד. מיקומו של סעיף 17 נקבע בהתאם לעניין בו הוא עוסק ולא בהתאם לתקופת תחולתו. ולראיה: בהצעת חוק דיני ממונות הוצמדו חלק מהוראותיו של סעיף 17 להוראות העוסקות במתן תשובות לשאלות המבטחת (ראו סעיף 351 להצעת החוק). סיכומו של דבר: איני רואה כל היגיון בהבחנה בין השלב שבין מתן התשובות לכריתת החוזה לבין השלב שתחילתו ברגע כריתת החוזה.

State Farm Life Insurance Co. v. Lawless, 586 S.W.2d 468, 470 (Tenn. App. 1979) 163

לשאלה גורפת הכורכת עניינים שונים ללא הבחנה, אלא אם כן הייתה סבירה בעת כריתת החוזה – נותן למבוטח היתר לשקך בתשובה לשאלה גורפת. סעיף קטן (ג) קובע כי הסתרה בכוונת מרמה מצד המבוטח של עניין שהוא ידע שהוא מהותי דינה כדין מתן תשובה שאינה מלאה וכנה. בניגוד לגישה המקובלת בפסיקה,¹⁶⁴ המחבר סבור כי הסעיף אינו מטיל על המבוטח חובה לגילוי יום, מכיוון שהסתרה פירושה התנהגות אקטיבית מכוונת שתכליתה למנוע מהצד השני להשיג מידע, ואינה כוללת הימנעות ממסירת מידע. אינני סבור שזוהי המסקנה המתחייבת מלשונו של הסעיף מכיוון שהמונח "הסתרה" לפי משמעותו הטבעית והרגילה מתייחס הן ל"הנחה במקום סתר" (החלופה האקטיבית) והן ל"שמירה בסוד" (החלופה הפסיבית).¹⁶⁵ על כל פנים, המחבר אינו מגלה נאמנות לגישתו, ומתייחס לחובה הקבועה בסעיף קטן (ג) כ"חובת הגילוי היוזם" הן בהמשך הדיון בו¹⁶⁶ והן בהקשרים אחרים.¹⁶⁷ המחבר סבור עוד, כי לצורך קיומה של "כוונת מרמה" לא די במודעות של המבוטח לאי-נכונות המצג ונדרש קיומו של מניע מיוחד לפעולה, קרי: השאיפה להשיג כיסוי ביטוחי שלא היה מושג בליט מרמה (להבדיל, למשל, ממבוכה). לבסוף, בדומה לגישה הרווחת בפסיקה, גם המחבר סבור שסעיף 12 לחוק החוזים אינו צריך לחול על אי-גילוי במסגרת משא ומתן לכריתת חוזה ביטוח, וזאת בהתחשב בהוראת ייחוד התרופות שבסעיף 38 לחוק.

סעיף 7 לחוק עוסק בתוצאות הפרתה של חובת הגילוי. אם נודע למבטחת על ההפרה לפני התרחשותו של מקרה הביטוח – היא רשאית לבטל את החוזה, ובמקרה כזה יושבו למבוטח דמי הביטוח בגין התקופה שלאחר הביטול בניכוי הוצאות המבטחת. במקרה שטענת אי-גילוי מועלית לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח: אם המבוטח פעל בכוונת מרמה או שיש להניח שהמבטחת הייתה ממאנת להתקשר עמו אילו ידעה את המצב לאשורו – אין הוא זכאי לתשלום תגמולי ביטוח כלל; אחרת – הוא זכאי לחלק יחסי מן התגמולים לפי היחס בין הפרמיה שהייתה משולמת לפי המקובל אצל המבטחת לפי המצב האמיתי לבין הפרמיה ששולמה. המחבר סבור אמנם שתשלום חלקי מוצדק מפני שהוא מונע את התוצאה הקשה של הותרת המבוטח ללא כל שיפוי בגין הנזק שאירע. אולם

164 ע"א 282/89 רוטנברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מו(2) 339, 354–356.

165 שושנה בהס ומרדכי מישור, מילון החוזה 125 (תשנ"ה).

166 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 310–312.

167 שם, בעמ' 315, 329, 429, 443, 483, 737. איני טוען, כמובן, שהמחבר היה צריך להתעלם מגישת הפסיקה, אולם דעתי היא שהיה עליו להימנע משימוש קונסיסטנטי בטרמינולוגיה שהוא עצמו מתנגד לה בחריפות (המקרה) – מטבע הדברים – את עוקצה של ביקורתו. ניתן היה להתייחס לאיסור הקבוע בסעיף 6(ג) בלשון ניטרלית, כגון "איסור על הסתרה בכוונת מרמה", "איסור על הסתרת מידע שלא במענה לשאלות", או פשוט "הוראת סעיף 6(ג)".

לגישתו דרך החישוב הקבועה בחוק אינה מוצדקת. עם גישה זו איני מסכים. לדעתי, דרך החישוב הקבועה בחוק היא טריביאלית ממש, משום שהיא מעניקה למבוטח פחות או יותר את הכיסוי שהיה יכול לרכוש בתמורה לפרמיה ששילם בפועל.¹⁶⁸ משום כך סבורני שאין לקבל את הכלל החליפי שהמחבר מציע, ולפיו במקרה שבו המבטחת הייתה מייקרת את הביטוח לו ידעה את מצב הדברים לאמיתו יש לזכות את המבוטח בתגמולים מלאים בניכוי ההפרש בין דמי הביטוח שהיו נקבעים לולא הופרה חובת הגילוי לבין אלה ששולמו בפועל. כלל כזה מעניק למבוטח כיסוי רחב יותר מזה שעבורו שילם למעשה, ומטיל על חברת הביטוח סיכון גדול יותר מכפי שהסכימה ליטול על עצמה.¹⁶⁹ לא זו אף זו: הפער בין דמי הביטוח שהיו משולמים אילו נמסר למבטחת מידע מלא לבין דמי הביטוח ששולמו בפועל מהווה בדרך כלל חלק קטן מאוד מתוך התגמולים; ואף הוא אמור להשתלם רק אם אי-מסירת המידע המלא נחשפה. פירוש הדבר הוא שהשיטה המוצעת קובעת מחיר אפסי להפרתה של חובת הגילוי (בהיעדר כוונת מרמה), ובכך מספקת תמריץ גרוע ביותר לקיומה.

סעיף 8 מונה שבעה מקרים שבהם נשללות תרופותיה של המבטחת לפי סעיף 7 בגין אי-מתן תשובה כנה ומלאה לשאלתה, אלא אם התשובה ניתנה בכוונת מרמה. המחבר מסביר כי הימנעות משלילת התרופות כשהמבוטח פעל בכוונת מרמה היא בעלת אופי עונשי. לדבריו, ניתן להצדיקה על יסוד שיקולי גמול והרתעה ברוב המקרים המנויים שם, פרט למקרה שבו המבטחת עצמה גרמה לכך שהתשובה שניתנה לא הייתה מלאה וכנה (הקבוע בסעיף 1(1)8) – אלא, שלדבריו המקרה האחרון בלאו הכי אינו יכול להתקיים.¹⁷⁰ טענה זו אינה משכנעת בעיניי. נראה שהיא נסמכת על עמדתו של המחבר, שאינה מקובלת בפסיקה, ולפיה דרישות הכנות והמלאות אינן נפרדות. בהנחה שדרישת המלאות היא אכן דרישה

168 ההנחה היא שהפרמיה מהווה מדד לגודל הסיכון המבוטח. לדוגמה: אם לפי המידע שנמסר לחברת הביטוח דובר בסיכון של 0.1% להתרחשות נזק בשיעור 1,000,000, תוחלת הנזק הייתה 1,000 ולכן ניתן היה לקבוע פרמיה בשיעור דומה (נניח, לשם הפשטות, ששיעורה 1,000). אם יסתבר שהסיכון היה למעשה 0.2%, תוחלת הנזק הייתה 2,000 ומכאן שהפרמיה הייתה צריכה להיות כפולה מזו ששולמה. אם ישולמו למבוטח תגמולים בשיעור היחס בין 1,000 ל-2,000 – קרי: 500,000 ש"ח – יוצא שמלכתחילה נטלה על עצמה המבטחת סיכון של 0.2% להתרחשות נזק בשיעור 500,000, הוזה לפרמיה ששולמה למעשה.

169 הרעיון העומד בבסיס ההצעה הוא "שחזור" של החוזה שהיה נכרת בין הצדדים אילו נמסר למבטחת מידע מלא ומדויק ערב ההתקשרות (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 327). ברם, מידע מלא לא נמסר. המחבר אינו מסביר מדוע ראוי לחייב את חברת הביטוח בתשלום תגמולים על יסוד הסכמה היפותטית (המבוססת על מידע שלא נמסר) ולא על יסוד ההסכמה בפועל (המבוססת על המידע שכן נמסר).

170 שם, בעמ' 336, 337, 339–340.

עצמאית אפשר בהחלט להעלות על הדעת מקרה שבו המבטחת גרמה לכך שהתשובה שקיבלה לא הייתה מלאה על ידי ניסוחה הלקוי של השאלה.¹⁷¹ ביחס לסעיף 28(2) טוען המחבר, בין היתר, כי ניתן להצדיק את שלילת התרופות מהמבטחת כשהעובדות שאליהן התייחס מצג השווא לא השפיעו על התרחשותו של מקרה הביטוח או שלא השפיעו על חבות המבטחת או על היקפה (בלשונו: "כלל הסיבות") במונחים של הגינות חוזית. אף טענה זו אינה משכנעת בעיניי, שכן במבט לאחור – אל מועד כריתת החוזה – ניתן לומר שאילו נמסר למבטחת מידע מלא, הסיכון המבוטח היה גדל ולכן גם הפרמיה הייתה צריכה לגדול.¹⁷² סעיף 9 עוסק בתקופת הביטוח. המחבר טוען כי סעיף 9(ד), המאפשר לשני הצדדים לבטל חוזה ביטוח שלא נקבעה בו תקופת הביטוח, אינו חל על חוזים לביטוח חיים שלגביהם יש הוראת חוק מיוחדת המעניקה את זכות הביטול למבוטח בלבד. נראה לי שבטענה זו איך צורך, מכיוון שבחוזי לביטוח חיים תקופת הביטוח מוסכמת הגם שבחלק מן המקרים אינה קצובה.¹⁷³ הוא סבור עוד, שסעיף 9(ד) אינו חל על חוזים המוארכים באופן אוטומטי מכוח הוראה שבהם. בהקשר זה, העמדה ההפוכה שהביע בשעתו פרופ' ידן נראית לי יותר, מכיוון שבחוזים מסוג זה לא נקבעת למעשה תקופת הביטוח.

סעיף 10 קובע את מועד כניסתו לתוקף של ביטול החוזה (לפי תנאיו או לפי הוראות החוק). למרות שהחוק אינו מגביל את יכולתה של המבטחת לקבוע בחוזה עצמו עילות לביטול, תניות כאלה חשופות לביקורת לפי חוק החוזים האחדידים ולפי עקרונות דיני החוזים הכלליים (ובמיוחד תום הלב ותקנת הציבור). המחבר אמנם ער לכך, אולם לדעתו ראוי היה לקבוע בחוק רשימה סגורה של עילות ביטול כדי למנוע אי-ודאות. לדעתי, הואיל וניתן להגן על המבוטח היטב

171 סעיף 18(1) סיפא שולל את תרופות המבטחת אם גרמה לכך שהתשובה "לא הייתה מלאה וכנה". יטען הטוען, כי אם דרישות הכנות והמלאות הן נפרדות, הרי שגם שלילת התרופות מותנית בשתי דרישות מצטברות: חוסר-כנות וחוסר-מלאות. מכיוון שקשה להעלות על הדעת נסיבות עובדתיות שבהן ניתן לתלות את אי-הכנות של המבוטח באשמת המבטחת, מצב הדברים שבו עוסק סעיף 18(1) סיפא אינו יכול להתקיים. טענה זו מבוססת על כשל לוגי. הניסוח "לא [הייתה] מלאה וכנה" ניתן להצרנה באופן הבא: $(c \wedge s) \rightarrow$, כאשר c מסמל את התכונה "מלאה" ו-s את התכונה "כנה". כידוע, ביטוי זה שקול לביטוי הבא: $\neg(c \vee s)$, שאותו ניתן לתרגם לשפה הטבעית באופן הבא: "לא מלאה או לא כנה" (להבדיל מ"לא מלאה ולא כנה").

172 מסקנתו הסופית של המחבר היא ש"חריג הקשר הסיבתי הקבוע בסעיף 28(2) הוא רחב מדי" (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 344) וזו מקובלת עליי לחלוטין.

173 המחבר אמנם אינו מתעלם לחלוטין מעובדה זו, אך הוא דוחק אותה להערת שוליים מהוססת (שם, בעמ' 358, הערת שוליים 38) וממקד את הדיון שלא לצורך בסוגיית היחס שבין סעיף 9(ד) לסעיף 145א).

באמצעות חוק החוזים האחידים¹⁷⁴ והעקרונות הכלליים של חוק החוזים, המחיר של חוסר-יודאות מסוים במקרי קצה הוא מחיר שראוי לשלם כדי להגן על חופש החוזים (בגבולות הצרים בלאו הכי המותווים למימוש במסגרת החוק). המחבר אף אינו מסביר כדבעי מהו הבסיס הפורמלי לסענתו ש"גם כשהפוליסה שותקת בעניין זכות הביטול של המבוטח, הדעת נותנת שהוא ראוי לבטל את החוזה לפני תום תקופת הביטוח"¹⁷⁵ שהרי חוק חוזה הביטוח אינו מעניק למבוטח באופן מפורש זכות כללית כזו,¹⁷⁶ וביטול חד-צדדי על ידי המבוטח שלא על פי דיני החוזים הכלליים עלול להסב למבטחת נזק בלתי-מוצדק (אבדן של דמי ביטוח ובמקרים מסוימים אף פגיעה במוניטין).

סימן ב' עוסק במוטב. סעיף 11 מסדיר את האופנים לקביעת המוטב ולשינוי זהות, ואילו סעיף 12 עוסק בזכויות המוטב כלפי המבטחת (כשאין זהות בין המבוטח למוטב).¹⁷⁷ המחבר סבור שיש לפרש את סעיף 11(ב) לפיו "קביעת מוטב תהיה בדרך המאפשרת זיהוי" כהוראה המופנית אל המבטחת, שהפרתה תביא לחיוב האחרונה בהוצאות המשפט הכרוכות בבירור זהותו של המוטב במקרה של מחלוקת.¹⁷⁸ הוא אינו מציין מהו הרציונל להטלת חיוב בשיעור זה ומהו הבסיס המשפטי להטלתו. נראה לי כי בנסיבות המתאימות ניתן לבסס את החיוב על עוולת הרשלנות או על העוולה של הפרת חובה חקוקה, ושהשיעור המוצע מוצדק משום שהוא מאלץ את המבטחת להפגים את העלות החברתית נטו של התרשלנות בעריכת החוזה. אם לא ניתן לזהות את המוטב, שבים לברירת המחדל (סעיף 11(א)) שלפיה המוטב הוא המבוטח.

המחבר טוען שקשה להבין מהו הגיונו של הכלל שלפיו המבוטח יכול להחליף את המוטב רק עד התרחשותו של מקרה הביטוח (ולא עד מועד תשלום התגמולים; סעיף 11(ג) רישא). דומני שההסבר נעוץ בכך שהתרחשותו של מקרה הביטוח מגבשת את הזכות לתגמולים ויוצרת (אם כי לא תמיד) ציפייה לגיטימית אצל המוטב לקבלם.¹⁷⁹ סעיף 13(א) משתמש אף הוא במועד התרחשותו של מקרה

174 ראו במיוחד סעיף 2(4) לחוק החוזים האחידים, שלפיו "תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה" – חוקה עליו שהוא מקפת.

175 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 366.

176 זכות ביטול חד-צדדית נתונה למבוטח על פי החוק רק כשמדובר בביטוח חיים (סעיף 45(א)).

177 סעיף 12 מקביל, פחות יותר, לסעיפים 34, 37, ו-38 לחוק החוזים.

178 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 378.

179 במידת מה, סיעוני המחבר אינם עקיבים, שכן במקומות אחרים הוא מצדיק את ההתייחסות למועד התרחשותו של מקרה הביטוח כנקודת מפנה חשובה (ראו, למשל, שם, בעמ' 320–321). מדובר בנקודת מפנה לא רק עבור המבוטח אלא גם עבור המוטב. ודוק: היווצרות הציפייה מותנית בכך שהמוטב ידע על דבר היותו מוטב בשעת התרחשותו של

הביטוח כנקודת המפנה במעמד המוטב. נאמר בו, למעשה, שמבוטח שאינו המוטב רשאי להעביר או לשעבד את זכויותיו לפי החוזה, ונושיו רשאים לעקלן רק כל אימת שהוא יכול להחליף את המוטב. אולם, למרות זאת, המחבר אינו מפנה כלפי הוראה זו את הביקורת שהפנה נגד הוראת סעיף 11(ג).¹⁸⁰

המחבר מעיר, ובצדק, כי שאלת היחס בין סעיף 11(ג) לחוק לבין סעיף 36(ב) לחוק התווים, בעניין שינוי מוטב בחוזה לביטוח חיים, מעוררת קשיים המצריכים פתרון חקיקתי.¹⁸¹ עוד הוא סבור, בניגוד לעמדת הפסיקה, כי לשם מתן תוקף להודעה על שינוי מוטב בביטוח חיים לפי סעיף 36(ב), אין זה הכרחי שההודעה תימסר למבטחת לפני פטירת המבוטח, וזאת משום שהשאפה העיקרית היא להגשים את רצונו האחרון של המת גם אם רצון זה התברר רק לאחר מותו. לדבריו, כאשר מדובר בהודעה על צוואה שיש בה הוראה בדבר שינוי המוטב, אין חשש לסעות בהערכת רצון המת, אולם גם שינוי מוטב באמצעות הודעה "רגילה" שהגיעה למבטחת לאחר מות המבוטח הוא אפשרי אם יוכח שההודעה מהווה ביטוי אותנטי לרצונו.

סימן ג' עוסק במועד התשלום של דמי הביטוח ובפיגור בתשלום. המחבר טוען כי הוראה דיספוזיטיבית, שלפיה תוקפו של החוזה אינו מותנה בתשלום דמי ביטוח (הקבוצה בסעיף 14(א)), היא רצויה מכיוון שהמבטחת תעדיף בדרך כלל להתנות את תוקף החוזה בתשלום דמי ביטוח, והוראה כזו תיאלץ אותה למסור למבוטח מידע על מועד כניסתו לתוקף של החוזה. נימוק זה אינו משכנע בעיניי, שכן גם לולא הוראה זו לא היה תוקפו של החוזה מותנה בתשלום דמי הביטוח אלא אם היה הדבר נקבע בו במפורש, ובמקרה כזה חברת הביטוח הייתה נדרשת ממילא להבליט את התנאי בהתאם לסעיף 3 ולהסבירו למבוטח.

סעיף 15 מאפשר את ביטול החוזה בגין אי-תשלום דמי הביטוח, אולם רק בתום שתי ארכות שתקופתן הכוללת היא 36 ימים (לפחות). המחבר מוצא טעם לפגם בכך שהמבוטח נהנה, למעשה, מ-36 ימי ביטוח נוספים ללא תשלום, ומבכר הסדר מהסוג המקובל בגרמניה, שבו לא ניתנת כל ארכה במקרה של פיגור בתשלום ראשון. ההנחה היא שהתשלום הראשון יכול לכלול גם סכום המתייחס לארכה, כך שלאחר ביצוע התשלום הראשון אין מגיעה לתת למבוטח ארכה. אני מסכים, אמנם, שלאחר התשלום הראשון ניתן לתת למבוטח ארכה

מקרה הביטוח. אני מניח שברוב המקרים אכן כך הם פני הדברים, וזהו, לדעתי, צידוק מספק למניעת החלפה של המוטב לאחר אותו מועד.
180 שם, בעמ' 405-407. המחבר מסתפק בציון ה"דמיון" בין שני הסעיפים ואינו מבקר את סעיף 13 בגין אימוץ מועד התרחשות מקרה הביטוח כנקודת המפנה במעמדו של המוטב, אף לא בדרך של הפניה.

181 בין היתר, לא ברור איווהי ההוראה ה"מיוחדת" לצורך החלתו של הכלל *lex specialis derogat generali*.

ממושכת יותר, אך איני סבור שיש לוותר כליל על ארכה במקרה של פיגור בתשלום ראשון, בדיוק מאותם טעמים שבהם השתמש המחבר כדי להצדיק את הארכה הנתונה למבוטח מכוח סעיף 10 לחוק.¹⁸² זאת ועוד: המחבר סבור, בניגוד למגמה המסתמנת בפסיקת בתי המשפט דלמטה, שהזכות לבטל את החוזה בהתאם לסעיף 15 צריכה להיות הזכות היחידה הנתונה למבטחת במקרה של אי-תשלום דמי ביטוח, כך שזו לא תוכל לתבוע דמי ביטוח שלא שולמו.¹⁸³ אלה נימוקיו: ראשית, קביעה זו חוסכת תביעות של מבטחות לתשלום דמי ביטוח. שנית, מצב שבו המבוטח לא משלם דמי ביטוח והחזרה נותר על כנו אינו רצוי מפני שהמבוטח עלול להניח שאין יחסים חוזיים בינו לבין המבטחת, ולרכוש ביטוח ממבטחת אחרת. לדעתי נימוקים אלה אינם משכנעים. אשר לנימוק הראשון – הרי שכוחו יפה ביחס לכל תביעה לקיום חוזה. כלום ניתן למנוע באופן גורף תביעות לקיום חוזים אך ורק כדי לחסוך את ההתדיינות הכרוכה בכך? אשר לנימוק השני: מדוע עלינו לדאוג לרווחת המבוטח במקרה של הפרת החוזה על ידו ולא להתייחס אליו כאל כל מפר אחר?

סימן ד' עוסק בשינויים בסיכון המבוטח. סעיף 16 מבטל חוזים לביטוח סיכון שחלף, שהתממש עד כריתת החוזה או שנהפך בלתי-אפשרי לאחר הכריתה. לכאורה, המבטחת עלולה להסתמך על הבחנה זו כדי לשלול מן המבוטח את הזכות לתגמולים במקרה שבו התרחש מקרה הביטוח בתקופה שבין הגשת הבקשה לרכישת ביטוח לבין מועד אישור הבקשה. לדעת המחבר, טענה כזו נגועה בחוסר תום לב אם תקופת הביטוח מתחילה לפי החוזה במועד הגשת הבקשה, שכן

182 שם, בעמ' 361–365. המחבר קובע, בין היתר, כי "המבוטח זקוק לארכה לפני ביטול החוזה" (שם, בעמ' 363) ו"לביטול עלולות להיות השפעות שליליות על המבוטח: אפשר שיתקשה ברכישת ביטוח... או שייאלץ לשלם דמי ביטוח בשיעור גבוה בהרבה" (שם, בעמ' 365). הארכה נחוצה כדי לתת סיפק בידי המבוטח לרכוש ביטוח חדש ולא להותירו ללא כיסוי בתקופת הביניים. ראו גם שם, בעמ' 361, הערת שוליים 3, ובעמ' 362, הערת שוליים 6.

183 המחבר מציין כי לפי סעיף 38 לחוק "תרופות המבטח לפי סעיפים 7, 15, 18, 24 ו-25 מוציאות בעניינים הנדונים בהם את תרופותיו לפי דין אחר", ומסביר כי ניתן לפרש הוראה זו בהקשר של סעיף 15 בשני אופנים: (1) סעיף 15 קובע הסדר מיוחד אך ורק לגבי תרופת הביטול, ועל כן לא נשללות מהמבטחת תרופות אחרות (כגון אכיפה או פיצויים); (2) סעיף 15 קובע הסדר מיוחד לגבי תרופות במקרה של אי-תשלום דמי ביטוח, ועל כן לא עומדות לרשות המבטחת תרופות אחרות זולת תרופת הביטול כגבולות שהותוו לה בסעיף 15. כאמור, המחבר דוגל בפירוש השני, אולם הוא ער לכך שפרופ' ידין צידד בפירוש הראשון דווקא (ידין, הערה 2 לעיל, בעמ' 67). גישתו של ידין אומצה למעשה בת"א (ת"א) 2390/89 קרן השתלמות למהנדסים בע"מ נ' "אריה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ (לא פורסם, 10.06.1991) על ידי השופטת ורדה אלשיך ("אין להבין מסעיף 15 כי הוא מוציא כל תרופה אחרת מלבד תרופת הביטול במקרה של אי תשלום דמי הביטוח").

המבטחת מחייבת את המבוטח בתשלום דמי ביטוח מרגע הגשת הבקשה - ומאידך גיסא מבקשת להעניק לו הגנה רק מרגע אישור הבקשה.

סעיף 17 מטיל על המבוטח חובה להודיע מיידית על החמרת הסיכון. המחבר סבור, כי הטלת חובה כללית כזו אינה רצויה. הנימוק הראשון הוא שאם המידע החדש אינו בר-אימות, ההודעה בלאו הכי אינה מועילה למבטחת ולכן הצידוק לחובת הגילוי, אם ישנו, מוגבל למידע בר-אימות. המסקנה המתבקשת לכאורה מטענה זו היא שיש להגביל את חובת הגילוי אך ורק למידע בר-אימות. עם זאת, אני חושש כי הגבלת החובה בדרך זו תטיל נטל כבד ומיותר על המבוטח. אם תאומץ, יידרש המבוטח לקבוע בכל מקרה אם המידע החדש שבידיו הוא בר-אימות אם לאו, שעה שהמבטחת הייתה יכולה לעשות כן בקלות רבה יותר אילו הועבר המידע לידיה מכוחה של חובת גילוי. הנימוק השני הוא שהטלה של חובת גילוי תגרור הוצאות משא ומתן לשינוי תנאי החוזה והוצאות התדיינות ביחס לשאלת קיומה של חובת הגילוי. אולם גם כאן עמדתי היא שעצם היתכנותן של עלויות אדמיניסטרטיביות אינו מצדיק הימנעות מהטלת חובה הראויה כשלעצמה, אלא אם ניתן להראות שהערך שניתן להפיק מהטלתה נמוך מהעלות האדמיניסטרטיבית. הנימוק השלישי הוא שהמבטחת יכולה לתמחר מראש החמרה אפשרית של הסיכון. אולם נימוק זה מתעלם מכך שסעיף 17 עוסק גם (ואולי בעיקר) בהחמרה בלתי-צפויה של הסיכון. אילו ניתן היה להעריך את הסיכון של החמרת-סיכון בשעת כריתת החוזה, הסיכון הזה היה ממילא חלק מן הסיכון המבוטח. לדוגמה: אם ידוע שבמצב הדברים הרגיל קיימת הסתברות של 0.1 לכך שאדם יחלה במחלה מסוימת, אך ישנו סיכוי של 0.01 לכך שהסתברות המחלה תגדל ל-0.5 - ההסתברות שאדם יחלה באותה מחלה היא - $0.99 \times 0.1 + 0.01 \times 0.5 = 0.104$. לעומת זאת, אם הסיכון של החמרת סיכון אינו ניתן להערכה מראש - לא ניתן לתמחרו. הנימוק הרביעי הוא שהמבוטחים אינם מודעים לקיומה של חובת גילוי לאחר כריתת החוזה משום שמדובר בגילוי יזום, לאחר שהמבוטח השיב לשאלות המבטחת. נראה לי שהערכה זו אינה מבוססת כדבעי. מבוטח תם-לב יכול להניח שגם אם השיב לכל שאלות המבטחת, שינוי מהותי בסיכון היה משנה את תנאי ההתקשרות. יתר על כן: גם אם חובת הגילוי לא הייתה מתיישבת עם האינטואיציה של המבוטח הסביר, אין זו סיבה מספקת להימנע מהטלתה. לעתים החוק אינו מאמץ את המציאות כפי שהיא אלא שואף לשנותה. הנימוק החמישי הוא שהמבטחת יכולה להגביל מראש את הסיכון המבוטח. ברם, יש לזכור כי הגבלת הסיכון המבוטח אינה ערובה לכך שהסיכון המכוסה לא יחמר. הנימוק השישי הוא שחובת גילוי מספקת למבוטח תמריץ שלילי לפעול להשגת מידע שרצוי להשיגו. זוהי אכן תוצאה בלתי-רצויה, אך ניתן להתמודד עמה בלי ויתור על חובת גילוי כללית (אם כי, אולי, פחות

רחבה).¹⁸⁴ לבסוף, נראה לי – והמחבר מצדד למעשה בעמדה זו בדונו בסעיף 20 לחוק – שיש הצדקה לחייב את המבוטח למסור מידע על החמרת סיכון מסעמי סימטריה, שהרי אם הסיכון מופחת המבוטח יכול ליהנות מכך על ידי מסירת הודעה למבטחת לפי אותו סעיף.¹⁸⁵ כך או כך, המחבר סבור – ונימוקיו בעניין זה משכנעים – כי החובה הקבועה בסעיף 17 חלה רק על "החמרה של ממש" בסיכון.

סעיף 18 עוסק בתוצאות של החמרת סיכון. בהקשר זה דן המחבר, בין היתר, בשתי סוגיות מעניינות. ראשית, לדבריו, שלילת הזכות לתגמולים מן המבוטח אם מבטחת סבירה לא הייתה מסכימה כלל להתקשר עמו לו ידעה את המצב לאשורו (סעיף 18(ג)(2)), אף אם המבוטח לא היה מודע להחמרה, אינה מוצדקת. טענה זו לא שכנעה אותי לגמרי מכיוון שהיא מתעלמת מן האינטרס של חברת הביטוח. הפתרונות שמציע המחבר להגנת האינטרס האמור הם לא תמיד ישימים. קושי מיוחד מעוררת הטענה שלפיה המבטחת יכולה להתמודד עם הבעיה על ידי העלאת דמי הביטוח,¹⁸⁶ שהרי סעיף 18(ג)(2) עוסק במצב חריג למדי שבו חברת הביטוח לא הייתה מסכימה להתקשר עם המבוטח גם עבור דמי ביטוח גבוהים יותר. שנית, המחבר מתייחס בחיוב למגמת הפסיקה להתייחס לחילופי בעלים של נכס מבוטח כאל מצב שבו הסיכון השתנה (ולכן האדם החשוף נהנה מהגנה מסוימת) ולא כאל מצב שבו הסיכון חלף (שבו החוזה בטל לפי סעיף 16), ועמדו מקובלת עליו לחלוטין.

סעיף 19 שולל מן המבטחת במקרים מסוימים את התרופות שמעניק לה סעיף 18. לפחות בראשית הדברים, המחבר יוצר את הרושם שהסעיף שולל מן המבטחת את התרופות בגין הפרת חובת הגילוי.¹⁸⁷ למרות שסעיף 18 מעניק לה תרופות שונות גם במקרים שבהם חובת הגילוי קוימה.¹⁸⁸ סעיף 21 מחיל את סעיפים 18–19 על אי-נקיטה של אמצעי להקלה מהותית של הסיכון שהמבוטח או המוטב נדרשו לנקוט לפי החוזה. המחבר מציין בתחילת דבריו שדין אי-נקיטה של אמצעי להקלת סיכון כדין "אי-גילוי בדבר החמרת הסיכון", למרות שסעיפים

184 ולר אף מתייחס לדרך אפשרית אחת, קרי: הטלה של חובת גילוי אך ורק בקשר למידע שלא הושקע מאמץ מיוחד לשם השגתו (הערה 3 לעיל, בעמ' 445, הערת שוליים 7) על בסיס הטיעון המוצג אצל Anthony T. Kronman, "Mistake, Disclosure of Information, and the Law of Contracts," 7 J. Leg. Stud. 1 (1978).

185 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 469–470.

186 שם, בעמ' 461.

187 שם, בעמ' 465, 466.

188 מצב זה עתיד להשתנות באופן חלקי עם חקיקתו של חוק דיני ממונות. הזכות הנתונה למבטחת לפי סעיף 18(א) לא תותנה בהפרתה של חובת גילוי, אולם הזכות הנתונה לו לפי סעיף 18(ג) תוגבל למקרים של הפרה כאמור; ראו סעיף 361 להצעת חוק דיני ממונות.

18-19 עוסקים, כאמור, גם במקרים שבהם חובת הגילוי קוימה. המחבר סבור בצדק כי נכונות הפסיקה להחיל את סעיף 21 על מקרה של אי-קיום תנאי מוקדם לחבות (תחת שלילת תוקפו של החוזה) היא ברוכה, משום שהיא מונעת שלילה אוטומטית של החבות ללא בחינה של נסיבות העניין ושל התנהגות המבוטח.

סימן ה' עוסק בתגמולי הביטוח. המחבר מסביר כי תכליתם של סעיפים 22-25 לחוק היא למתן את בעיית המידע של המבטחת בקשר למקרה הביטוח (עצם התרחשותו, שיעור הנזק, הנסיבות המדויקות של המקרה) באמצעות הטלה של חובת הודעה וחובת שיתוף פעולה על המבוטח ועל המוטב (בסעיפים 22, 23(ב)), ובאמצעות הגנה על המבטחת במקרי הפרה. מחד גיסא, איני מקבל את עמדתו של המחבר שלפיה הטלת החובות על המוטב אינה בגדר "הטלת חיוב על אדם שלישי שלא היה צד לחוזה" מפני ש"מדובר בנטל ולא בחובה".¹⁸⁹ המוטב, בדיוק כמו המבוטח, חייב למסור מידע למבטחת, והגבלה של תרופות המבטחת במקרה של הפרת החובה אינה הופכת את החובה ל"נטל" (כפי שהגבלת תרופות לא הפכה חובה ל"נטל" בהקשרים אחרים¹⁹⁰). ואמנם, סעיף 24(א) הדן בהפרת הוראות הסעיפים 22-23 מתייחס להפרתן כאל אי-קיום חובה. מאידך גיסא, איני מסכים עם פרופ' ידין המנוח שמדובר בסטייה חשובה מדיני החוזים הכלליים שאינם מכירים בחוזה לחובת צד ג'.¹⁹¹ נדמה לי שדיני החוזים הכלליים אינם מכירים בכוחם של הצדדים לחוזה לחייב צד שלישי, בעוד שכאן החיוב מוטל על צד ג' על פי דין.¹⁹²

במסגרת הדיון בתביעה לתגמולי ביטוח דן המחבר בשאלה חשובה שאינה זוכה למענה בחוק גופו, של נטל השכנוע ביחס לטענות שונות המתעוררות בתביעה כזו. לדבריו, אין להתיר למבטחת לשנות את נטלי ההוכחה שנקבעו בפסיקה בין

189 ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 486. ראו גם שם, בעמ' 479.

190 כגון חובת הגילוי הטרם חוות הנדונה בסעיפים 6-8, וחובת הגילוי על החמרת סיכון הנדונה בסעיפים 17-19. יצוין, כי ביחס לחובתה של חברת הביטוח לעשות מיד את הדרוש לבירור חבותה, המחבר כותב ש"החוק אינו דן בתוצאה של אי-גילוי חובת המבטחת לברר את חבותה, ומכאן שהסעדים שלהם זכאי המבוטח קבועים בחוק התרופות" (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 503-504). אם כן, העובדה שהחוק קובע שהפרתן של חובות אחרות תגרור תוצאות השונות מאלה הקבועות בחוק התרופות אינה מעידה - אפילו לדעת המחבר - על כך שהחובה שהפרתה נדונה בחוק אינה חובה.

191 ידין, הערה 2 לעיל, בעמ' 79.

192 דיוק: איני שולל את עמדתו של ידין בתואנה שהסעיפים 22-23 מטילים על המוטב "נטל" ולא "חובה" כפי שמשמע לכאורה מן ההקשרים שבהם מאוזכרת גישה זו על ידי המחבר (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 479, הערת שוליים 1, ובעמ' 486, הערת שוליים 16), אלא מן הטעם שהחובה מוטלת על המוטב מכוח חוק ולא מכוח החוזה. להבדיל מהצדדים לחוזה, המתוקק הרי רשאי להטיל על מי שאינו צד לחוזה חובות כלפי צד לחוזה.

בדרך של הגדרה מתוחכמת של מקרה הביטוח, הכוללת למעשה את החריגים לסיכון,¹⁹³ ובין באמצעות תניה המטילה על המבוטח את נטל ההוכחה לגבי אי-קיום החריגים.

עוד נדונה שאלת תוקפו של הסכם שנחתם לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח, ולפיו מחלוקת עובדתית בין הצדדים תוכרע על בסיס בדיקת פוליגרף של המבוטח. המחבר סבור כי ההלכה המעניקה, עקרונית, תוקף להסכם כזה¹⁹⁴ אינה רצויה, אך נימוקיו אינם משכנעים בעיניי. נימוקו הראשון הוא שהמבוטח לא מודע לתוכנו של חוזה הביטוח ועלול לסבור בטעות שהחוזה מחייבו לעבור בדיקה. ברם, עצם העובדה שחברת הביטוח מחתימה את המבוטח על הסכם חדש ונפרד צריכה להבהיר לכל בר-דעת שהמבוטח לא הסכים להיבדק במועד מוקדם יותר. יתר על כן: לפחות מפסיקתן של הערכאות הנמוכות עולה כי חברת הביטוח חייבת להבהיר למבוטח שהוא אינו מחויב לעבור את הבדיקה.¹⁹⁵ הנימוק השני הוא שמצוקתו ותלותו של המבוטח במבטחת לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח עלולות לגרום לו להסכים לבדיקה שלא היה מסכים לה לפני כריתת החוזה. דעתי היא שהחשש מפני "כפייה" הוא מוגזם, וזאת מכמה טעמים. ראשית, ניתן להתמודד עם ניסיונות לניצול מצוקתם של מבוטחים באמצעות דוקטרינות חוזיות שונות: הסכמה שניתנה מתחת כפייה או עושק ניתנת הרי לביטול לפי חוק החוזים, ההסכם בין המבוטח למבטחת נשלט על ידי עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, והוא כפוף, בדרך כלל, גם לאיסור על קיפוח שבחוק החוזים האחידים.¹⁹⁶ שנית, כוח המיקוח של חברת הביטוח לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח הוא מוגבל, וזאת אל נוכח המחיר שהיא עלולה לשלם בגין שיהוי בלתי-מוצדק בתשלום התגמולים¹⁹⁷ ובשל הנזק התדמייתי שעלול להיגרם לה אם

193 ראו, למשל, ע"א 678/86 חניפס נ' סדר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מג(4) 177, 184.

194 ע"א 551/89 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' סדובניק, פ"ד מז(3) 158, 164 מפי השופט אליעזר גולדברג ("עצם ההסכמה מראש להכריע את המחלוקת על פי תוצאות הבדיקה בפוליגרף איננה מעוררת קושי"), בעקבות ע"א 61/84 ביאד נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, 473, 475 ("אמת והסכם – הסכם עדיף") מפי השופט אליעזר גולדברג, ובעמ' 476–477 מפי השופט אלון.

195 ת"א (שלום-ת"א) 116/89 חידד נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"מ תשנ"ב(4) 221, 236–237: "המבוטח צריך להיות חופשי להסכים או לסרב לעבור בדיקת פוליגרף והוא צריך להיות מודע לכך, שאין הוא חייב בכך, אלא אם כן הוא רוצה בכך מתוך מודעות וגמירות דעת. לכן, ראוי שלמבוטח תינתן אפשרות להתייעץ עם עורך-דין בטרם שהוא חותם על ההסכמה כזו, ואולי אף ראוי שיהיה מיוצג על ידי עורך-דין, או שעורך-דין יאשר בכתב, שהסביר לו את ההסכם, משמעותו ותוצאותיו. בעיניי, ברור, כמושכל ראשוני, שאם ייכרת ההסכם במקרה כזה, שני הצדדים יחתמו עליו, כדי להצביע על כך שנחתם ביניהם ההסכם מחייב".

196 ראו, למשל, עניין סדובניק, הערה 194 לעיל, בעמ' 164.

197 סעיפים 27–28 לחוק.

תיתווה כמנצלת את מצוקת מבוסחיה.¹⁹⁸ שלישית, לא כל המבוסחים חסרים כוח מיקוח. נימוקו השלישי של המחבר הוא, למיטב הבנתי, שבדיקת הפוליסגרף – בשל חוסר-מהימנותה – אינה מסלקת ספקות, וכאשר קיים ספק לגבי העובדות המקימות את הזכאות עדיף לשלם תגמולים (גם אם ייתכן שהמבוסח שיקר) מאשר להימנע מתשלומם (כשייתכן שהמבוסח דובר אמת). אכן, הפוליסגרף אינו מספק מסקנות ודאיות, אבל בכך בלבד אין כדי למנוע אימוץ בהסכמה של תוצאות השימוש בו בהקשר אורזי, כל עוד מדובר בהסכמה מדעת ומרצון.¹⁹⁹ הנימוק הרביעי הוא שכאשר המבטחת מציעה בדיקת פוליסגרף אות הוא לכך שאין לה ראיות להיעדר זכאות, ומכאן שלמבוסח לא כדאי להסכים לביצוע הבדיקה (ואולי לספק לה ראיות כאלה). אלא שנימוק זה פועל, למעשה, נגד הנימוק השני: ביסודו עומדת ההנחה שהמבוסח יכול ואף מעוניין שלא להסכים לבדיקה.²⁰⁰ אם למבוסח אין סיבה להסכים לבדיקה, הבדיקה לא תבוצע ולא תתעורר כל שאלה ביחס לנפקות ממצאיה.²⁰¹ הנימוק החמישי הוא שקיים בין הצדדים פער מידע ביחס לאמינות הבדיקה וביחס למשתנים המשפיעים על תוצאותיה. אולם, עם הפערים הללו ניתן להתמודד באמצעות הטלה של חובת הסבר מפורטת מכוח האיסור על הטעיה במחדל לפי סעיף 15 לחוק החוזים ועקרון תום הלב.²⁰² הנימוק השישי הוא שבדיקת פוליסגרף פוגעת בכבוד האדם. דא עקא, לא ברור לי מדוע בדיקת פוליסגרף פוגעת בכבוד האדם יותר מחקירת שתי וערב בבית המשפט, המכוונת להראות שהוא דובר שקר. מכל מקום, איני משוכנע כמו המחבר שאי-מתן תוקף להסכם המתנה זכאות בבדיקה ונחתם לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח לא יגרום לחברות ביטוח לכלול בחוזי הביטוח עצמם התחייבות של המבוסח להיבדק בפוליסגרף עם התרחשותו של מקרה הביטוח (לפחות ביחס לעניינים מהותיים המצויים בידיעתו).²⁰³

198 הנזק התדמיתי עלול להרחיק לקוחות ולפגוע בעסקי החברה.

199 זו הייתה גם עמדתה של ועדת כהן בדיון וחשבונו הועדה לענין פוליסגרף 29 (תשמ"א).

200 על הנחה זו חזר המחבר גם בהמשך; ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 515 (המבוסח "מאן לבצע את הבדיקה"), 516 ("מבוסח הממאן לעבור בדיקת פוליסגרף").

201 ישנן הטענות כי יש להפריד בין מבוסח אידאלי – רציונלי ובעל מידע מלא (שאליו מתייחס הנימוק הרביעי) לבין המבוסח הטיפוסי (שאליו מתייחס הנימוק השני). ברם, ספק אם ניתן לסעון שהמבוסח הטיפוסי, להבדיל ממבוסח אידאלי, אינו מסוגל להבין שהצעה להיבדק בפוליסגרף עשויה ללמד על מחסור בראיות לחוסר-זכאות, במיוחד אם הוא מיוצג על ידי עורך-דין, כפי שנדרש למעשה בעניין חיד, הערה 195 לעיל.

202 עניין סדובניק, הערה 194 לעיל, בעמ' 164.

203 העובדה שכיום קשה לאתר פוליסות הכוללות התחייבויות כאלה נובעת, לדעתי, מכך שהדין מכיר בתוקפו של הסכם שנחתם לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח, ולפיו מחלוקת עובדתית בין הצדדים תוכרע על בסיסה של בדיקת פוליסגרף. אני נוטה להסכים עם המחבר שלחברת הביטוח נוח יותר להציג את הדרישה לעריכת בדיקה כזו לאחר

במסגרת הדיון בנושא בירור החבות מסביר המחבר כי אין לקבל את הטענה כי מסמכים שהוכנו על ידי המבטחת במהלך בדיקת תביעתו של המבוטח הם חסויים, בבחינת מסמכים שהוכנו לצורך משפט, הואיל והמטרה הדומיננטית של הכנתם היא בדיקת דרישתו של המבוטח לתשלום תגמולי ביטוח ולא הכנה למשפט צפוי. הוא מוסיף וטוען, כי החלטה שלא לשלם תגמולי ביטוח חייבת להיות מנומקת בהתחשב בחובת תוס'הלב בקיום חוזה, וכי מחובת ההנמקה נגזרת גם החובה להמציא למבוטח את המסמכים שהכילה המבטחת במהלך בירור החבותה.²⁰⁴

ברונו בתוצאה של הכשלת הבירור על ידי המבוטח מציין המחבר כי סעיף 24(ב), העוסק בהכשלה מכוונת, הוא מיותר, מכיוון שהוא זהה להסדר הקבוע בסעיף 24(א) רישא העוסק בהכשלה בלתי-מכוונת. איני מסכים. ההבחנה בין שני סעיפי-המשנה אינה מתמצה בדרישת הכוונה. סעיף 24(א) עוסק בעיקרו באי-קיום החובה למסור למבטחת מידע ומסמכים (הכשלה פסיבית), ואילו סעיף 24(ב) עוסק בסיטואציה שבה המבוטח או המוטב מבצעים פעולה המונעת את בירור החבות או מכבידה עליו (הכשלה אקטיבית כגון פגיעה בראיה המצויה בידי צד ג').

סעיף 25 עוסק במרמת ביטוח. המחבר מסביר כי מדובר בהפרת חוזה המחייבת טיפול מיוחד, בין היתר משום שיש לה השפעה שלילית על צדדים שלישיים (מבוטחים הוגנים), מפני שהיא לא תמיד מתגלה למבטחת בשל פערי מידע בין הצדדים, היות שהנורמה החברתית סלחנית בקשר אליה, ומכיוון שהפעלת מדיניות תשלום קפדנית שתביא לסיכולה היא לא תמיד מעשית. לפיכך, דעתו היא שלא די בסנקציה הקבועה בסעיף 25 (שלילת זכות לתגמולים) ויש הצדקה עקרונית לחיוב המבוטח בתשלום פיצויים עונשיים, הגם שהדבר אינו אפשרי מבחינה פורמלית. בנקודה זו ניתן היה לדון קמעא בצידוק הכלכלי להטלת פיצויים עונשיים במקרים מסוג זה, לאמור: אכיפת-חסר שמקורה, בין היתר, בהיעדר מידע ובתמריצים השליליים לאיסופו,²⁰⁵ ובצידוק המבוסס על רעיון הגמול.²⁰⁶

התרחשותו של מקרה הביטוח ולא בזמן כריתת החוזה. עם זאת, נראה לי שאילו החלופה האחרונה לא הייתה זמינה וחברות הביטוח היו רואות בבדיקת הפוליגרף כלי חשוב לזיהוי תביעות-כזב, הן היו משתמשות בחלופה הראשונה. איני סבור שהחשש מפני אבדן לקוחות בעקבות הכללת תניות המחייבות בדיקה בחוזה הביטוח חזק באופן ניכר מהחשש מפני אבדן לקוחות בעקבות ניצול מצוקתם של מבוטחים לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח.

204 המחבר טוען עוד כי בית משפט הדן בבקשת המבוטח לגילוי מסמכים אלה צריך להתחשב בכך שכבר ברגע דחייתה של דרישת התשלום (ולפני פתיחת המשפט) התגבשה החובה להמציאם.

William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 160-165, 205
184-185, 223-224 (1987); A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, "Punitive Damages:
An Economic Analysis," 111 *Harv. L. Rev.* 869, 873-74 (1998); Catherine M. Sharkey,
"Punitive Damages as Societal Damages," 113 *Yale L.J.* 347, 365-368 (2003); Cass R.

המחבר טוען כי סעיף 25 צריך לחול רק על מסירת מידע שהיה בו כדי להשפיע על חבותה של המבטחת או על היקפה של חבות זו, מפני שאם המידע לא היה יכול להשפיע כאמור אין זה מוצדק לשלול מהמבוטח כליל את זכותו לתגמולים.²⁰⁷ כמו כן, לא כל הפרזה בדרישת התשלום מלמדת על כוונת מרמה. לבסוף, המבטחת פטורה מחבותה אך ורק ביחס לתביעה הנגועה במרמה ולא ביחס לתביעות אחרות שהגיש אותו מבוטח. לדעתו, ראוי היה לדון בפירוט בהלכה המקובלת בארצות-הברית, שלפיה מידת ההוכחה של טענה בדבר מרמת ביטוח צריכה להיות גבוהה מזו המקובלת בהליך האזרחי משום שהיא מייחסת לתובע מעשה פלילי, במיוחד אל נוכח המחלוקת הבלתי-מוכרעת אצלנו בעניין זה.²⁰⁸ כמו כן ראוי היה להתייחס לחזקות שפותחו בפסיקה לעניין הוכחתה של טענת מרמה (ה-badges of fraud).²⁰⁹

סעיף 26 עוסק בגרימה מכוונת של מקרה הביטוח. המחבר מציין פעמים אחדות כי הנימוקים לשלילת הזכאות במקרים כאלה הם העיקרון של *ex turpi causa non oritur actio* והשאיפה להרתיע מבוטחים מביצוע מעשים אסורים. לדעתו, זהו ניסוח בעייתי. העיקרון של *ex turpi causa* אינו "רציונל עיוני"

Sunstein, Daniel Kahneman & David Schkade, "Assessing Punitive Damages (with Notes, Shavell on Cognition and Valuation in Law)," 107 *Yale L.J.* 2071, 2075, 2082 (1998)

הערה 46 לעיל, בעמ' 148.

206 ראו, למשל, *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 416 (2003). צידוק זה מנותח בהרחבה במאמרי Ronen Perry, "The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory," 73 *Tenn. L. Rev.* (forthcoming, 2005), בפרק העוסק בפיצויים עונשיים.

207 גישה זו באה לידי ביטוי בסעיף 370(ב) להצעת חוק דיני ממונות.

208 עיינו והשוו: ע"א 8482/01 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סנדובסקי, פ"ד נז(5) 776, 781-782 מפי השופטת שטרסברג-כהן; ע"א 7424/95 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ, פ"ד נד(2) 145, 158 מפי השופטת ביניש; ע"פ 1160/98 שז"פ שיוזק חום פרוייקטים לבניה בע"מ נ' אשכנזי, פ"ד נד(1) 230, 236-235 מפי השופט ריבלין. המחבר מסתפק בכך שבגלל התוצאה הקשה של קבלת טענת מרמה (שלילת תגמולים) דרושות ראיות כבדות-משקל להוכחתה (כעניין כמותי). הוא אינו מתייחס לכך שהאופי הפלילי של המעשה עשוי להצדיק דרישה למידת הוכחה מיוחדת. בע"א 475/81 זיקרי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, המובא על ידי המחבר כסימוכין לעמדתו, גיתן דווקא לזהות מחלוקת בין השופטים: בעוד שהשופט ברק צידד בדרישה הכמותית (שם, בעמ' 604-606), השופט בך סבר כי יש לאמץ מידת הוכחה שלישית (שם, בעמ' 598-599). מחלוקת זו טרם הוכרעה, כפי שניתן ללמוד מן האמור בעניין בנק איגוד, בעניין בנק המזרחי ובעניין שז"פ. לתיאור המחלוקת בפסיקה מוקדמת ראו יעקב קדמי, על הראיות כרך ב 873-874 (תשנ"א).

209 ראו עניין בנק איגוד, הערה 208 לעיל, בעמ' 782.

לסעיף 26 אלא גרסה מופשטת וכללית של הכלל הקבוע בו,²¹⁰ שעתידיה לזכות לעיגון פורמלי בקודקס האזרחי.²¹¹ עיקרון כללי זה זקוק בעצמו להצדקה, והשיקול ההרתעתי הוא אחד מצידוקיו האפשריים (לצד שיקולי גמול).²¹² בהמשך מנסה המחבר להצביע על הקווים המנחים לבחינת מושג ה"כוונה" ולבחון את השפעת האינטרס של קרבן העוולה במקרה של ביטוח אחריות על פירוש של מושג זה. בניגוד לעמדת הפסיקה,²¹³ המחבר סבור כי אף אם לכל המבוטחים בחוזה אחד אינטרס משותף במושא הביטוח – גרימה מכוונת של מקרה הביטוח על ידי אחד מהם אינה שוללת את זכויות האחרים אם קיימות ראיות אובייקטיביות לכך שהיו "תמימים". עוד נדונה השאלה של נטל ההוכחה ומידת ההוכחה לגבי טענה בדבר גרימה מכוונת של מקרה הביטוח. לאורך כל הדיון מתמקד המחבר בגרימה מכוונת של מקרה הביטוח על ידי המבוטח. העובדה שהסעיף משתרע גם על גרימה מכוונת של מקרה הביטוח על ידי המוטב אינה זוכה להתייחסות של ממש חרף חשיבותה המעשית הרבה במקרים שבהם המוטב אינו המבוטח, ובמיוחד מקרים של ביטוח חיים.²¹⁴

כאמור, סעיף 26 דן בהתנהגות מכוונת ואינו חל על התנהגות רשלנית כזו. תניה חוזית שלפיה זכות המבוטח לתגמולים נשללת אם לא "נקט באמצעי זהירות מתקבלים על הדעת" נתפרשה בפסיקה כמתייחסת להתרשלות רבתי (ולכן היא זהה, למעשה, לתניה השוללת את הזכאות במקרה של התרשלות רבתי). לדעת המחבר, תניה שלפיה המבטחת פטורה מחבותה גם במקרה של התרשלות רגילה נוגדת את תקנת הציבור. לסברה זו אין נימוק המניח את הדעת. בסופו של דבר המבוטח עשוי להעדיף כיסוי מפני נזקים הנגרמים אך ורק על ידי צדדים שלישיים או כוחות טבע (ולא על ידי התרשלותו שלו), שמחירו נמוך יותר – לא רק משום שהוא אינו מגן על המבוטח מפני כל הסיכונים אלא גם מכיוון שהוא

210 במובן זה, העיקרון של *ex turpi causa* יכול לשמש "צידוק" לסעיף 26 ברמה הדוקטרינלית בלבד.

211 במשפטנו יש נגזרות נוספות לעיקרון הכללי; ראו, למשל, סעיף 135 לחוק הירושה; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד (3) 133; רע"פ 2524/01 מרדוק נ' התצ"ר, פ"ד נח(4) 279.

212 Joseph H. King, "Outlaws and Outlier Doctrines: The Serious Misconduct Bar in Tort Law," 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 1011, 1045-1046 (2002).

213 ע"א 391/89 ויסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837.

214 ראו, בהקשר זה, *New York Mutual Life Insurance Co. v. Armstrong*, 117 U.S. 591, 600 (1886) (מוטב בחוזה ביטוח חיים, אשר רצה את המבוטח, אינו זכאי לתגמולים); *Cleaver v. Prudential Ins. Co. of* (כמו *Armstrong*). ראו גם: *Armstrong v. Mutual Reserve* [1892] 1 Q.B. 147 (1999) 178 F.3d 473, 475-476 (1999) *Am. v. Athmer*, (כשיש מספר מוטבים בחוזה ביטוח חיים, ואחד רצה את המבוטח, הוא ורק הוא אינו זכאי לתגמולים); *F.S. Tinio, "Killing of Insured by Beneficiary as Affecting Life Insurance or its Proceeds,"* 27 A.L.R. 3d 794 (1969).

אינו מעורר בעיה כה קשה של סיכון מוסרי. שלילת הזכאות במקרה של התרשלות תרוקן את הפוליסה מתוכן אך ורק אם מדובר בביטוח מפני אחריות על בסיס אשמה (כמו ביטוח אחריות מקצועית של רופא או עורך-דין). על כל פנים, עמדתו של המחבר, שלפיה אין להפחית את תבונה של המבטחת במקרה של התרשלות המבוטח בהיעדר הוראה בחוזה המאפשרת זאת מקובלת גם עליי.

סעיף 27 קובע את המועד לתשלום תגמולי ביטוח. המחבר סבור כי יש לפרש את הרישא כקובע שמניין 30 הימים לתשלום התגמולים מתחיל במועד שבו עמד המבוטח בחובתו לפי סעיף 23(ב) ולא במועד שבו השלימה המבטחת את איסוף המידע. סעיף 27 אמנם אינו קובע תרופות למקרה של אי-תשלום במועד, אך ניתן לפסוק לטובת המבוטח פיצויים לפי חוק התרופות בגין תוצאות ההפרה (לרבות נזקים תוצאתיים ונזקים לא-ממוניים) בכפוף לחובת הקטנת הנזק. המחבר סבור כי ניתן לפסוק פיצויים גם אם המבטחת עיכבה את התשלום בתום לב.

סעיף 28א מורה כי במקרה של עיכוב בתשלום תגמולים שלא היו שנויים במחלוקת בתום לב, בית המשפט רשאי לחייב את המבטחת בריבית מיוחדת (נוסף על הריבית הרגילה המשולמת לפי סעיף 28). המחבר טוען כי מבטחת עשויה לצאת נשכרת מדחייה של תביעת תשלום מוצדקת,²¹⁵ ובשל כך לאמץ מדיניות מתוחכמת של אי-כיבוד תביעות מוצדקות. הוא מוסיף וטוען, כי במקרים של חוסר-ודאות המבטחת עלולה להימנע מבדיקה יסודית של דרישת התשלום ולהותיר את הבירור העובדתי בידי בית המשפט, שבו הבירור יקר הרבה יותר. לדבריו, פסיקת תשלום עונשי בכל אחד מהמקרים הללו עשויה למנוע היווצרות של נוהגים בלתי-רצויים. הגנה כזו, התשלום העונשי משרת בעיקרו יעד הרתעתי. ברם, לא ניתן להתעלם מכך שהאפשרות לחייב את המבטחת לפצות את המבוטח על התוצאות הממוניות והלא-ממוניות של העיכוב מכוח חוק התרופות – אפשרות שהמחבר מכיר ומצדד בה – יוצרת תמריץ משמעותי להימנעות מעיכובים. יתר על כן: חשיפת דחיית תביעת תשלום מוצדקת עלולה להסב למבטחת נזק תדמיתי. הנזק למבוטח והנזק התדמיתי ממצים את העלות החברתית של העיכוב, ולכן, במבט ראשון, הפנמתם אמורה להבטיח הרתעה יעילה. המחבר אינו מסביר כדבעי מדוע לא די בכך.²¹⁶ הסבר אפשרי אחד הוא שדחייתו של

215 הטעמים העיקריים לכך הם אלה: (1) מבוטח שחברת הביטוח דחתה דרישת תשלום מוצדקת שלו עשוי שלא להגיש תובענה לבית המשפט, מכיוון שאין לו משאבים או משום שהוא מקבל את גימוקי המבטחת; (2) דחיית תשלום עשויה לשמש אמצעי לחץ על המבוטח להסכים לפשרה שתזכה אותו בתגמולים בשיעור נמוך מהמגיע לו.

216 ההסבר שלפיו "הנזק הנגרם עקב עיכוב בתשלום תגמולי הביטוח הוא קשה להוכחה, ולכן הסיכון הנובע מחיוב בפיצויים 'רגילים' לא ירתיע את המבטחת" (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 638) אינו משכנע. המשמעות שלו היא שהתשלום ה"עונשי" הוא לא באמת עונשי ושהוא מהווה תחליף שרירותי לפיצוי על נזק שקשה להוכיחו. יתר על כן: בהמשך הדיון המחבר טוען כי המשתנה החשוב ביותר שבית המשפט צריך לשקול בבואו לפסוק ריבית

דרישת תשלום מוצדקת עלולה לגרום לא רק להתחמקות מתשלום התגמולים, כולם או מקצתם, אלא גם להפנמה בלתי-מלאה של הנזק שנגרם למבוטח מתחת העיכוב ושל הנזק התדמיתי. אם העיכוב גורם למבוטח להימנע מהגשת תביעה או להסכים לפשרה בסכום נמוך יחסית, הרי שהוא מונע אף את מימושה של הזכות לפיצויים בגין העיכוב ואת חלקו הארי של הנזק התדמיתי. בשולי הדיון בסעיף 28א המחבר טוען כי בנסיבות המתאימות אין מניעה לפסוק פיצויים עונשיים נוסף על הריבית המיוחדת, למרות שנראה כי ההסמכה הסטטוטורית נועדה למצות את נושא התשלום העונשי בגין עיכוב בתשלום תגמולים.

סעיף 29 מאפשר לבית המשפט להורות על תשלום תגמולים חרף הפרת תנאי (שבחוק או שבחוזה) הנוגע להתנהגות המבוטח או המוטב אם ההפרה לא השפיעה באופן ממשי על הסיכון המבוטח.²¹⁷ המחבר סבור כי חברת הביטוח יכולה לעקוף את הוראת הסעיף על ידי ניסוח של הגבלת החבות כחריג לסיכון המכוסה, להבדיל מדרישה להתנהגות מסוימת של המבוטח. לדעתי, ההבחנה בין שני המקרים אינה מתבקשת מלשונם של סעיף 29, שהרי ניתן להתייחס לסייג לחבות התלוי במעשה או במחדל של המבוטח, להבדיל מסייגים הנוגעים לנסיבות שאינן תלויות בהתנהגותו, כאל התניה של החבות בהימנעות מאותו מעשה או מחדל. יתר על כן: ההבחנה אינה רצויה מכיוון שהיא מעניקה משקל מכריע לפרט טכני, ומאפשרת לחברות הביטוח לרוקן מתוכן את הוראת סעיף 29 ובכך לסכל את הגשמת תכליתו. לבסוף, נכונותו של המחבר לאפשר עקיפה של הוראת דין על ידי ניסוח מתוחכם של חוזה הביטוח על ידי המבטחת אינה מתיישבת עם עמדתו ביחס לשאלה של נטל השכנוע בתביעת ביטוח.²¹⁸

סעיף 30 מורה כי המבטחת חייבת לשלם תגמולי ביטוח גם אם מקרה הביטוח אירע יותר מפעם אחת בתקופת הביטוח. לעתים קשה לקבוע אם הנזק שנגרם למבוטח הוא תולדה של מקרה ביטוח אחד או של כמה מקרי ביטוח. אמנם הכרעה לכאן או לכאן לא תשלול מהמבוטח את הזכויות לתגמולים, אולם עשויה להיות לה חשיבות לעניין היקף ההשתתפות העצמית ולעניין תחולתן של תניות המגבילות את שיעור התגמולים עבור מקרה ביטוח יחיד. המחבר סבור כי המשתנה העיקרי שעל פיו ניתן להכריע במקרים כאלה הוא קיומו או היעדרו של

מיוחדת הוא "הנזק שנגרם למבוטח עקב העיכוב בתשלום תגמולי הביטוח". דא עקא, שאם בית המשפט מגלה שנגרם נזק – ניתן לפסוק פיצוי בגינו ואין צורך ב"תחליף".

217 המחבר מסביר כי הוראה זו שוללת את הגישה האנגלית שלפיה כל הפרה של warranty מאפשרת את ביטול החוזה אף לאחר התרחשותו של מקרה הביטוח (שם, בעמ' 652–654).

218 לגישתו, אין להתיר למבטחת לשנות את נטלי ההוכחה שנקבעו בפסיקה "באמצעות הגדרה 'מתוחכמת' של מקרה הביטוח כך שיכלול חריגים לסיכון" (שם, בעמ' 499). האם יש להתיר לה למנוע את החלתו של סעיף 29 על ידי הגדרה "מתוחכמת" של מקרה הביטוח?

קשר סיבתי בין גורמי הנזק: כאשר קיים קשר סיבתי בין גורם נזק אחד למשנהו מדובר בדרך כלל במקרה ביטוח יחיד, ולהפך.

סעיף 31 עוסק בהתיישנות של תביעה לתגמולי ביטוח. המחבר משכנע כי התחלת מרוץ ההתיישנות ביום התרחשותו של מקרה הביטוח (ולא ביום הולדתה של עילת התביעה, קרי: היום שבו חלף המועד לתשלום תגמולים מבלי שהחוב נפרע) אינה רצויה, וכי עדיף היה לקבוע שתקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו חברת הביטוח מודיעה למבוטח על דחיית תביעתו או על קבלתה החלקית. בהמשך נדונה האפשרות לדחות את תחילתה של תקופת ההתיישנות מכוח סעיפים 8-9 לחוק ההתיישנות (העוסקים בהתיישנות שלא מדעת ובהודאה בקיום זכות) ומכוח עיקרון תום הלב.

סימן ו' עוסק בסוכן הביטוח. בהתאם להוראות סימן זה, המבטחת נושאת בסיכונים מסוימים הכרוכים בפעילות הסוכן והמחבר מציע כמה צידוקים לכך.²¹⁹ סוכן ביטוח הוא מי שעוסק כעניין שבשגרה בתיווך ביטוחים (סעיף 32), ולא בהכרח מי שהוא בעל הכשרה ורישיון לעשות כן או מי שהתיווך הוא עיסוקו היחיד או העיקרי. מבטחת המתקשרת בחוזה בתיווכו של אדם שאינו עוסק כעניין שבשגרה בתיווך ביטוחים מפרה את הוראת סעיף 41(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, ועשויה להיתבע על ידי המבוטח בעילה של הפרת חובה חקוקה. המחבר מציין כי קיים מתח בין הגדרת הסוכן כמתווך (שאינו מבצע פעולות משפטיות עבור הצדדים) והקביעה שלפיה בעניינים מסוימים הוא שלוח של המבטחת. בהקשר זה נדונה, בין היתר, שאלת מעמדו של הסוכן כשהוא מבצע פעולות שעליהן לא חלים סעיפים 33-35 (לדוגמה: טיפול בתביעה לתשלום תגמולי ביטוח). המחבר סבור כי התשובה לשאלה זו תלויה בנסיבות: אם הסוכן קיבל ייפוי כוח מצד כלשהו – ישמש שלוח של אותו צד, ואם לאו – ישמש כמתווך.

סעיף 33(א) רישא יוצר יחסי שליחות בין המבטחת לסוכן לעניין המשא ומתן לקראת כריתת החוזה ולעניין כריתת החוזה.²²⁰ המחבר מסביר כי היווצרות השליחות מותנית בקיומם של שני תנאים: המבטחת התירה לסוכן לנהל עבודה משא ומתן, והסוכן ניהל עם המבוטח משא ומתן בשם מבטחת מסוימת (ולא משא ומתן כללי). לדעת המחבר, השליחות משתרעת על כל פעולה ומצג של הסוכן

219 ראשית, חברות הביטוח אינן חייבות לפעול באמצעות סוכנים, אך הן בחרו לעשות כן ובכך יצרו את הסיכון הכרוך בפעילות הסוכנים. שנית, המבטחת יכולה לבחור את הסוכנים שעמם היא עובדת באופן מושכל (לעומת המבוטח שאינו מסוגל להעריך את כישורי הסוכן והכשרתו). שלישית, הטלת אחריות על המבטחת בגין הפסדים הנובעים מפעילות הסוכן מאפשרת את פיזורם. שם, בעמ' 678-679.

220 סעיף 33(ב), שעליו לא נרחיב את הדיבור פוטר מבוטח שמסר לסוכן לפני כריתת החוזה מידע מדויק מהסיכון של ליקוי בהעברת המידע למבטחת על ידי ייתוס ידיעת הסוכן למבטחת.

שמבוטח סביר היה רשאי להגיה שנעשו על דעת המבטחת, והגבלתה במסגרת הסכם בין המבטחת לבין הסוכן אינה יכולה להשפיע על זכויות המבוטח. סעיף 33(א) סיפא מאפשר לסוכן לפעול כשלוח המבוטח לפי דרישתו בכתב. המחבר גורס כי מבטחת המבקשת ממבוטח לחתום על דרישה כזו – המסכלת את תכלית הרישא – נדרשת לתת לו הסבר מפורט על נפקותה.²²¹ מכל מקום, השליחות נועדה להטיל על המבטחת את הסיכון הכרוך בטעויות או בפעולות ודוגיות של הסוכן ולא לפטור אותו מחובותיו כלפי המבוטח (בתואנה שהוא "נאמן" למבטחת). אלה עומדות על כנן.²²²

סעיפים 34 ו-35 יוצרים שליחות בין הסוכן לבין המבטחת גם לעניין קבלתם של דמי הביטוח וגם לעניין מתן הודעות של המבוטח והמוטב למבטחת לאחר כריתת החוזה.²²³ המחבר טוען, כי יצירת יחסי שליחות לצרכים אלה היא מיותרת, שכן ניתן היה לקבוע ש"תשלום דמי ביטוח לסוכן הביטוח... כמוהו כתשלום דמי הביטוח למבטחת" וש"מסירת הודעה לסוכן כמוה כמסירת הודעה למבטחת". טכניקה כזו פשוטה יותר והייתה מונעת סיבוכים אפשריים שמקורם בהחלת דיני השליחות על היחסים בין הסוכן למבטחת. טענה זו אינה משכנעת, שכן התייחסות ליחסי הסוכן והמבטחת כאל יחסי שליחות מאפשרת טיפול ראוי גם במצבים שבהם דמי הביטוח או ההודעה (לפי העניין) לא הגיעו לידי הסוכן בשל מעשה או מחדל שלו.

הספר נחתם בפירושן של ההוראות המפורטות בסימן ז' לחוק ונוגעות לכלל חוזי הביטוח: הגדרת המען למסירת הודעות; קביעת מקרים שבהם תרופות המבטחת לפי חוק חוזה הביטוח הן בלעדיות; איסור התניה על כמה מההוראות החוק²²⁴ והגבלת תחולה.

221 הואיל ומדובר למעשה בסייג לחבות, נדרשת גם הבלטה בהתאם לסעיף 3 לחוק.
222 המחבר חוזר על עמדתו זו גם בפירוש לסעיף 36. ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 727-728.
223 החוק מאפשר למבטחת להודיע למבוטח בכתב שדמי הביטוח לא ישולמו לסוכן ושההודעות לא יימסרו לו.

224 בהקשר זה המחבר טוען שראוי היה לקבוע רשימה מאוחדת אחת של הוראות שעליהן לא ניתן להתנות כלל, ולא להבחין – כפי שנעשה כיום – בין הוראות שאין להתנות עליהן כלל (סעיף 39(א)) לבין הוראות שניתן להתנות עליהן רק לטובת המבוטח (סעיף 39(ב)). נימוקו העיקרי הוא שלעתיים קשה להבדיל בין התניה הפועלת לטובת המבוטח לבין התניה הפועלת לרעתו, ועל כן פתיחת הצוהר להתניה על הוראות החוק עלולה, בסופו של דבר, לפגוע במבוטחים (ולר, הערה 3 לעיל, בעמ' 742, 744). לא השתכנעתי שמדובר בקושי ממש. לדעתי, השאלה אם התניה על הוראת חוק ספציפית היא לטובת המבוטח אם לא צריכה להיות מוכרעת אך ורק על פי השינוי שהיא מבקשת לחולל באותה ההוראה עצמה, בהתעלם מהתמורה המובטחת או הגיתנת בעדו. לכן נראה לי שהדוגמה שהמחבר מציג להתניה שלגביה "יכול להתעורר ספק" (שם, בעמ' 744) היא דווקא דוגמה ברורה להתניה לרעת המבוטח.

ח. סיכום

ספרו החדש של שחר ולר מציג ניתוח מקיף ויסודי של הוראות חוק חוזה הביטוח, ולצידו – דיון נרחב בהיבטים היסטוריים, עיוניים ומעשיים שונים של תופעת הביטוח בכלל ושל חוק חוזה הביטוח בפרט. ברשימה זו הצעתי זוויות בחינה נוספות לכמה מהעניינים שבהם דן המחבר בשני הרבדים. בפרקים ב-ו התמקדתי בכמה עניינים עקרוניים שהדיון בהם – או הרחבה והעמקה של הדיון בהם – נחוצים, לטעמי, לשם הצגת תמונה מלאה ומדויקת יותר של נושא החיבור. כפי שצינתי קודם לכן, הספר יכול לשרת נאמנה את הקהל הטיפוסי של ספרי פרשנות אף בלי התוספות הללו, אולם היעדרן פוגם קמעא בשלמותו האקדמית-המדעית. בפרק ב' לרשימה טענתי כי ראוי היה להגדיר את מושא המחקר בכלל, ואת מושא הדיון ההיסטורי בפרט, כבר בפתח הדברים. הגדרה מדויקת של הנושא, ואולי גם של הנושאים הקרובים לו, הייתה מונעת בלבול וחוסר-עקיבות בהמשך. בפרק ג' הסברתי כי הניתוח ההיסטורי של חוזה הביטוח אינו יכול להתחיל במאה ה-14: הסדרי ביטוח נתקיימו כבר לפני אלפי שנים, ומהם או תחת השפעתם התפתחו בהדרגה חוזי הביטוח המודרניים. בפרק ד' בחנתי את הטענה לפיה "הדרך היעילה להתמודד עם הסיכון" שלא על ידי הקטנתו היא דרך חוזה הביטוח. הבהרתי כי גורמים מסוימים עשויים להעדיף אמצעים אחרים להתמודדות עם סיכון כגון פיזור עצמי או ביטוח ממלכתי, ובדקתי מדוע חרף מעלותיו של חוזה הביטוח מרבית בני האדם אינם מבטחים עצמם כנגד חלק ניכר מהסיכונים שהם חשופים להם. בפרק ה' הראיתי כי מרבית חוזי הביטוח רחוקים כרחוק שמים מארץ מהפרדיגמה החזונית הקלאסית, ובחנתי את הצידוקים המוצעים בספר להתערבות החיצונית בתוכנם של חוזי ביטוח. פרק ו' עסק, בתמצית, בזיקה בין דיני הנזיקין לדיני הביטוח. תחילה דנתי בהשפעת הביטוח על מידת האפקטיביות של התמריצים שמספקים דיני הנזיקין להתנהגות ראויה ובדרכים האפשריות להתמודדות עם השפעה זו במסגרת דיני הנזיקין והביטוח. לאחר מכן בחנתי כיצד השאיפה לפיזור אופטימלי באמצעות ביטוח יכולה וצריכה להשפיע על עיצובם של דיני הנזיקין. לבסוף הראיתי כי דיני הנזיקין יכולים להגן על הצדדים לעסקאות ביטוח, ובמיוחד על המוטב, גם מפני מעשי עוולה של צדדים שלישיים. בפרק ז' הצגתי את מבנה הספר ועיקרי חידושי והצעתי כמה הערות משלי לבחינה הפרטנית של סעיפי החוק.

למרות כל האמור לעיל יש לזכור כי ביקורת ספרות מדגישה *ex definitio* את החסרים, נקודות התורפה וחילוקי הדעות. המעיין בה נחשף תמיד לתמונה בלתי-מאוזנת של האובייקט המבוקר. על כן, ברגע של נעילה שומה עלינו להדגיש: ספרו של ולר הוא בלי ספק מן העידית שבעידית; והמחלוקת, ככל שישנה, היא אך לשם שמים.

