

תביעה לסעד הצהרתי – האומנם "הליך סרק"?

מאת

ברק מדינה*

על פי פסק־דין שניתן לאחרונה בבית־המשפט העליון, מבוטח אינו זכאי לקבל פסק־דין המצהיר על תוקפה של פוליסת הביטוח שלו בטרם התבררה תביעתו של ניווק, הטוען כי המבוטח גרם לו נזק. הלכה זו מבוססת על אופיו "השיקול דעתי" של הסעד הצהרתי ועל הקביעה כי התובענה לסעד הצהרתי עלולה להתברר כהליך סרק (אם הגיווק לא יזכה בתביעתו כנגד המזיק-המבוטח). ניתוח אסטרטגיית הפעולה האופטימלית של המבוטח מראה, כי שיקולי יעילות – שההלכה האמורה מבוססת עליהם – עשויים לתמוך דווקא בגישה הפוכה, המקנה למבוטח זכות לקבל סעד הצהרתי. שלילת הזכות לסעד הצהרתי עלולה להביא לניהול ההליך הגויקי גם בנסיבות שבהן האינטרס של כל הצדדים הוא שלא לעשות כן. עקב מעורבותו של צד שלישי לסכסוך הגויקי ובשל אי-הוודאות באשר לחלוקת האחריות בין המזיק-המבוטח לבין אותו צד שלישי. הכרעה בתובענה לסעד הצהרתי לגבי תקפותה של הפוליסה עשויה למנוע דיון בתביעה הגויקית, שכן בנסיבות מסוימות, רק מעט שתוסר אי-הוודאות באשר לתקפותה של הפוליסה, יעדיף הגורם שייקבע כ"אחראי" (המבוטח או המבטח) שלא לנהל את ההליך הגויקי.

* עורך־דין, תלמיד מחקר במחלקה לכלכלה באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לפרופ' אוריאל פרוקציה, לחברי מערכת משפטים, ובמיוחד לעו"ד עופר גרוסקופף – על הערותיהם המועילות.

א. מבוז

הסעד ההצהרתי זוכה בפסיקה להתייחסות ביקורתית וחשדנית, בלתי אוהדת בעליל¹. השופטים פועלים לאורה של השאיפה לצמצם את העומס המוטל על בתי-המשפט בישראל בשל הריבוי (המוגזם – לדעתם) של ההתדיינות. במסגרת זאת הנטייה היא לנסות ולגרום לכך שרק הליכים "הכרחיים" אכן יגיעו לאולמי הדיונים². הקביעה איזה הליך אינו "הליך הכרחי" היא קשה מעצם טבעה (ובמידה מסוימת – אף פטרנליסטית), שהרי חזקה על בעל-דין, הבוחר להגיש תובענה לבית-המשפט ולנהל במסגרתה התדיינות משפטית, כי הוא סבור שזוהי דרך הפעולה הטובה ביותר עבורו. לו סבר כי ההליך אינו "הכרחי", לא היה משחית את כספו וזמנו בניהולו של ההליך³.

למרות קושי זה, לא נמנעו, כאמור, בתי-המשפט מלפעול לחסימת שעריהם בפני תובענות שבהן לא נתבקש סעד אופרטיבי כלשהו, אלא אך סעד הצהרתי, בנימוק שהמדובר ב"הליך סרק", למשל: משום שסעד זה אינו ברא-כיפה⁴. ההלכה היא, כי על מבקש הסעד ההצהרתי לשכנע את בית-המשפט כי מן הראוי להעניק לו את הסעד המבוקש. כך, למשל, נפסק, כי על המבקש סעד הצהרתי,

- 1 למרות אמירות שונות בפסיקה, לפיהן, כביכול, "המגמה הכללית היא להשתמש בכך ... של מתן סעד הצהרתי ביד נדיבה ככל האפשר..." (ע"א 226/86 כאהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 648, 643; ע"א 50/89 ליטן נ' אילתה, פ"ד מה(4) 18, 27). ראה, למשל, רע"א 417/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' ליבוויץ, פ"ד מו(3) 414, 416-417, שם ציין השופט ש' לרין כי "האסמכתאות שצוטטו ... אינן תומכות בטענה, 'שנטיית הפסיקה החדשה של בית המשפט העליון היא לאפשר לבעל דין לבקש הצהרה על חובה והפרתה חאת בהליך נפרד מן ההליך בו יתבקש, בשלב שני, אם יתבקש סעד אופרטיבי'". כן ראה רע"א 1810/90 הרר חברה לביטוח בע"מ נ' קנדי חברה להשקעות ולבניין בע"מ, פ"ד מד(2) 737 (להלן: הלכת הרר), אשר יידון. בהרחבה בהמשך; ופסקי-הדין המובאים להלן.
- 2 ראה, למשל, לעניין זה, לגבי הפעלת שיקול הרעת אם לתת סעד הצהרתי – ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט לישראל בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב(1) 85, 92; הלכת הרר, בעמ' 739-740.
- 3 עם זאת יש לציין, כי הפעלתו של מנגנון ההכרעה של בתי-המשפט מגלם בתוכו לעתים השפעות חיצוניות חיוביות – למשל: בגין חקרים שנקבע בהליך הספציפי, אשר יש בו כדי לקבוע הלכה כללית ולשרת בכך מטרות של הכלל; ושלימות – בשל סבסוד עלותו של ההליך על ידי המדינה, במיוחד כאשר המדובר בתובענה שהסעד המבוקש בה הוא הצהרתי. בהליך כזה, אשר שוויו אינו ניתן לביטוי בכסף, סכום האגרה נמוך במיוחד. וראה רע"א ליבוויץ, לעיל הערה 1. לכן, העובדה שלתובע כדאי לפצל את הדין בסכסוך לכמה הליכים, אין משמעה בהכרח שהדבר מתיישב אף עם טובתה של המערכת. לגישה שלפיה כללים משפטיים שונים ניתנים להצדקה "כלכלית" על רקע הסבסוד שמעניקה המדינה לעלות ניהולו של ההליך ראה P.H. Rubin "Unenforceable Contracts - Penalty Clauses and Specific Performance" 10 *J. Legal Stud.* (1981) 237 W.M. Landes and R.A. Posner; "Adjudication as a Private Good" 8 *J. Legal Stud.* (1979) 235.
- 4 ראה, למשל, ע"א 412/85 קופת עם נ' הנדלס, פ"ד מ(3) 128, 132; ר"ע 207/87 הוערה המקומית לתבטן ולבניה נתינה נ' לוטקר, פ"ד מא(2) 304, 307.

הגם שבידו לתבוע סעד של חיוב שאין הוא מתכוון לוותר עליו, להצביע על "אינטרס לגיטימי" המצדיק את הדבר.⁵

כמו כן נפסק, כי אין אדם זכאי לסעד הצהרתי לגבי זכות אשר טרם "הבשילה": כך, למשל, נקבע, כי אין לתת הצהרה שלפיה פלוני אינו חייב דבר לאלמוני⁶ או כי

5 מקורה של הלכה זו בהלכה האנגלית הישנה (*Grand Junction Waterworks Co. v. I. Zamir The Declaratory Judgment*) אשר שונתה בינתיים (*Hampton* (1898) 2 Ch. 331, (London, 1962) 229). כיום באנגליה הכלל הוא הפוך, באופן שקיומה של עילה לתבוע סעד מהותי אינה תוסמת מתן סעד הצהרתי, אלא במקרים חריגים. למרות זאת, ההלכה בארץ נותרה בהתאם לפסיקה האנגלית הישנה, אשר התבססה על מקורו ההיסטורי של הסעד ההצהרתי בדיני היושר. ראה לעניין זה, למשל, ע"א 436/59 נחום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 145, 148, שם קבע השופט זוסמן, כי "פיצול כזה של הדין אינו רצוי מפני תיקון העולם". לכן, אין לתת סעד הצהרתי אם נשקפת סכנה שהתובע יפנה שוב לערכאות כדי לקבל את הסעד המהותי. כן ראה ע"א 61/76 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד לישראל בע"מ, פ"ד לא (1) 281; ע"א ברנר, לעיל הערה 2, בעמ' 90; ע"א 279/82 פרידברג נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לט (2) 502; ע"א 220/83 רוטברג נ' פלמה בע"מ, פ"ד לט (2) 372, 379; ע"א 17/84 מלכין אלקטרוניק בע"מ נ' אי.טי.טי, פ"ד מא (2) 417, 419. לגישה שונה ראה ע"א 617/84 וולקוביזקי נ' החברה לפיתוח קיסריה בע"מ, פ"ד מ (3) 778, 784-783; ע"א 652/87 דרויש נ' זנוי, פ"ד מג (2) 291, 295.

בעקבות גישה זו מתעורר הקושי, האם יש כתובענה לסעד הצהרתי כדי למצות את עילת התביעה לגבי הסעד המהותי. בעניין זה קיימים חילוקי דעות בין שופטי בית-המשפט העליון. ראה בעניין זה, למשל, ע"א 702/89 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' נועם אורים, פ"ד מה (2) 811; ע"א 466/89 צברי נ' מסוארי, פ"ד מה (1) 177, 184. כן ראה נ' ולצמן מעשה בית-דין במשפט אזרחי (רמות, 1991) 124-134; ב' וינברג "פיצול סעדים" משפטים טז (תשמ"ו) 414-415.

לדעתי, המחלוקת בפסיקה לגבי הצורך בקבלת היתר לפיצול סעדים בעקבות תובענה לסעד הצהרתי משקפת את הגמשת המבחן האם ליתן סעד הצהרתי, שהרי עצם הדין במתן ההיתר משמעו כי ההליך של הסעד ההצהרתי לא צפוי להיות סוף פסוק. אני סבור כי יש להשוות את מעמדו של הסעד ההצהרתי לזה של הסעדים האחרים ולפיכך צריכה תביעה לסעד הצהרתי להיחשב כממצה את עילת התביעה, על פי תקנות 44 ו-45 לתקנות סדר הדין האזרחי, החשמ"ד-1984. במסגרת זו (ולא במסגרת שלילת הזכות לתבוע סעד הצהרתי גרידא) יש להתמודד עם בעיית ריבוי ההתדיינות.

6 כדי "להקדים תרופה למכה". הסעד ההצהרתי יינתן רק אם קיימות נסיבות (נדריות) המצדיקות את הדבר. לעניין זה ראה, למשל, ע"א 130/76 אגד נ' בסה, פ"ד לא (3) 157, 160; ע"א ברנר, לעיל הערה 2, בעמ' 90; ע"א 59/80 פלדי נ' קופת חולים, פ"ד לה (4) 378, 382; הלכת הדר, בעמ' 739.

בידי התובע זכות הצפוייה להתגכש בעתיד⁷. אמנם, בפסקי-הדין נשארה "דלת פתוחה" למתן סעד הצהרתי בנסיבות כאמור, על ידי קביעת קריטריון בלתי מוגדר של "אינטרס לגיטימי" בקבלת הסעד ההצהרתי, שהתובע נדרש להצביע עליו. עם זאת, מתוך עיון בתוצאות שבחיי-המשפט הגיעו אליהם בפועל עולה, כי כתיי-המשפט "קופצים את ידם" במתן הסעד ההצהרתי ואינם ממהרים להכיר באינטרסים שונים שהעלו תובעים כ"לגיטימיים" לעניין זה. כך, למשל, נפסק, כי האינטרס לקדם פשרה במשא ומתן איננו "אינטרס לגיטימי" המצדיק מתן סעד הצהרתי באחת הנסיבות שתוארו⁸. לדעתי, תוצאה זו של הגבלת הזכות להשתמש בסעד ההצהרתי ככלי דינוי לגיטימי אינה מביאה בהכרח להשגת יעדה – ייעול הדיון ומניעת הליכי סרק⁹. במאמר זה יתמקד הדיון בסוגית זכותו של בעל-דין לקבל סעד הצהרתי לגבי קיומה של זכות אשר אינה מקנה לבעליה עילה אופרטיבית, אלא אם, וכאשר, יתקיימו נסיבות מסוימות. המדובר אפוא בסעד, שהוא לכאורה "תיאורטי" במועד הדיון בתובענה. על פי הלכה שנפסקה בעניין לאחרונה¹⁰, בית-המשפט לא ייעתר לתובענה כאמור, ועל התובע בכוח להמתין לבירור השאלה האם בידיו הזכות שהוא טוען לה למועד שזכות זו תקנה לו בו עילת תביעה אופרטיבית. בית-המשפט הכריע בשאלת זכותו של בעל-הדין להגיש תובענה לסעד הצהרתי בנסיבות האמורות בהתבסס על שיקולים הצופים פני עתיד, שעניינם

- 7 ע"א 366/84 חלוץ נ' מאגרי סחר בע"מ, פ"ד מ(1) 586; הלכת הדר, בעמ' 740. כמו כן נפסק, כי האינטרס של אדם לטהר את שמו, אשר הוכפש על ידי אחר, אין בו די כדי להצדיק מתן סעד הצהרתי בעניין. ראה ע"א סלדי, לעיל הערה 7, בעמ' 380 (בניגוד לאמרות אגב בעניין בע"א 413/86 קניג נ' קופת חולים, פ"ד כג(1) 629, 627 וכע"א ברנר, לעיל הערה 2, בעמ' 90). הגישה בארה"ב בעניין זה שונה. בשל העובדה שמרבית חביעות הריבה המוגשות שם נדחות "על הסף", מחמת אי היכולת להוכיח כוונת זדון בפרטום (לפי מחקר אחד, כ-87% מתביעות הריבה שהוגשו בארה"ב בשנים 1974-1984 נדחו. ראה על כך R. Bezano and G. Cranberg *Libel Law and the Press - Myth and Reality* (1985) 185. כמו כן גוברת והולכת הנטייה לאפשר הגשת חביעות למתן סעד הצהרתי לטיהור שמו של אדם. לעניין זה ראה G.C. Cook "Reconciling the First Amendment with the Individual's Reputation – The Declaratory Judgment as an Option for Libel Suits" *Dickenson L.R.*(1989) 265.
- 8 ע"א 320/60 ברכה נ' איחוד עולי בולגריה, פ"ד יד 2583; ע"א ברנר, לעיל הערה 2, בעמ' 88, 91; הלכת הדר, בעמ' 740.
- 9 בשולי הדברים יצוין, כי לדעתי ניתן לעורר ספקות לגבי עצם מעמדו של הסעד ההצהרתי כ"שיקול דעתי" (בפישור הפורטיבי), מכוחם של נימוקים היסטוריים, דינויים ומהותיים. אף במישור הנורמטיבי, ההצדקה של הסלקטיביות באספקת שירותי השפיטה, הנובעת מהפעלת שיקול הדעת האמור, אינה מובנת מאליה. עם זאת, בשל השתרשותה של ההלכה בנושא זה בפסיקה, לא אדון בעניין זה כאן. הדיון יתמקד בבחינה של האופן ששיקול הדעת מופעל בו, ולא בבחינת ההצדקה לעצם קיומו.
- 10 הלכת הדר.

ייעול הדיון ומניעת הליכי סרק. נקבע, כי מכיוון שהדיון בקיומה של הזכות עלול להתברר כדיון סרק, וזאת אם ממילא, גם אם תוכר הזכות, לא יתקיימו הנסיבות שבהן היא מקנה עילה אופרטיבית – אין הטוען לקיומה זכאי להצהרה בעניין. כיוון שההלכה מבוססת על שיקולי יעילות, נראה לי כי ניתן לנתח בצורה ככלי "כלכליים", המאפשרים בחינה מסודרת של דרכי הפעולה הצפויות של הצדדים והערכת ההסדרים המשפטיים השונים.

מטרתה של רשימה זו להציע דרך ניתוח של הסוגיא, תוך הצבעה על הגורמים הרלבנטיים להכרעה, שיש לבררם בירור עובדתי, בטרם ניתן יהיה לפסוק בשאלת זכותו של בעל-הדיון לסעד הצהרתי. כמפורט בהמשך, ייתכנו נסיבות שבהן שיקולי יעילות תומכים דווקא בכלל הפוך, היינו: הכרה בזכותו של הטוען לקיומה של זכות "תיאורטית" להביא את העניין לביורר ולהכרעה (במסגרת תובענה לסעד הצהרתי).

סדר הצגת הדברים יהיה כדלקמן: בפרק השני יובא תיאור של עיקרי ההלכה נשוא רשימה זו; בפרק השלישי ייעשה ניתוח של התמריצים של הצדדים לסכסוך, לשם בחינת יעילותו של הכלל שנקבע בפסיקה; כמה הערות לגבי ניתוח היעילות מובאות בפרק הרביעי, לפני פרק הסיכום, החותם את הרשימה.

ב. הלכת הדר

סוגיית זכותו של בעל-דיון לקבלת סעד הצהרתי לגבי זכות עתידית נדונה בפסק-הדין בעניין הדר חברה לביטוח בע"מ נ' קנדי חברה להשקעות ולבנין בע"מ¹¹. העובדות נשוא פרשה זו היו כדלקמן: המשיבים, מתכננים ואדריכלים, התקשרו בהסכם עם בעלי דירות לתכנון תוספות בנייה שונות. לאחר ביצוע העבודה הודיעו בעלי הדירות למשיבים כי נגרמו לדירותיהם נזקים שונים בגין העבודה שביצעו המשיבים וכי הם דורשים מן המשיבים לתקן נזקים אלה. המשיבים התקשרו בהסכם ביטוח עם המערער (להלן: המבטחת) לפי פוליסה לביטוח אתריות מקצועית. עם קבלת תלונות בעלי הדירות, הודיעו עליהן המשיבים למבטחת, אולם זו מסרה למשיבים כי היא מתנעת מחבותה על פי הפוליסה, על יסוד טענות שונות.

עוד בטרם הגישו בעלי הדירות תובענות בקשר לנזקים שנגרמו להם, עתרו המשיבים כנגד המבטחת בבקשה כי יוצהר, שהפוליסה מטילה חובה על המבטחת לשפוחם בקשר עם כל נזק שייגרם להם בשל רשלנותם המקצועית המתייחסת לתוספת הבנייה.

בית-המשפט המחוזי דחה את בקשת המבטחת לרחיית התובענה על הסף בקובעו, כי השאלה המתעוררת איננה שאלה תיאורטית וכי "סביר להניח שתגיע בהקדם לירי מימוש". אולם בית-המשפט העליון קיבל את ערעורה של המבטחת והורה על דחיית התובענה על הסף. בפסק-דינו קבע השופט ש' לויין בין היתר כך¹²:

11 ש.פ.

12 ש.פ., בעמ' 739-740.

מתן סעד הצהרתי לבעל דין עניין שבשיקול דעת הוא, וכית המשפט יימנע מלתיחו, כל אימת שהמבקש לא הצביע על אינטרס המצדיק להיעתר לו... במקרה שלפנינו, אין ספק בדבר, שמתן סעד הצהרתי לא זו בלבד שלא ימנע כפל התדיינות אלא יכול שיהא מדובר בהליך סרק... הפיצול שנגרם... בין שאלת הרשלנות ושאלת תחולתה של הפוליסה הוא מלאכותי ועשוי להביא להתדיינות בענין תיאורטי גרידא.

בית-המשפט אף דחה את טענת המשיבים, כי העובדה שהכרעה בשאלת תחולתה של הפוליסה עשויה לקדם פשרה בסכסוך עם בעלי הדירות היא "אינטרס לגיטימי" לדון בשאלת תוקפה של הפוליסה על דרך של סעד הצהרתי¹³:

...כבר נפסק, שהאינטרס לקדם פשרה בין בעלי הדין אינו מצדיק מתן סעד הצהרתי... ובנסיבות המקרה שלפנינו, אם בכלל יש לו משקל, אין הוא שקול כנגד קיומם של השיקולים האחרים לסתור.

ג. האומנם "הליך סרק" ?

לדעתי, ניתוח פרטני של הסוגיא מראה כי דווקא הענקת הזכות למשיבים לקבל סעד הצהרתי בדבר חקפותה של פוליסת הביטוח עשויה בנסיבות מסוימות להביא לתוצאה עדיפה במישור ייעול הדיון ומניעתה של התדיינות סרק¹⁴. לשם הניתוח נתאר מודל כרלקמן, בעקבות העובדות בהלכת הדר: בפנינו קבלן, מזמין ומבטח. הקבלן נשכר לבצע עבודה מסוימת עבור המזמין. הקבלן התקשר עם המבטח בהסכם ביטוח, שבמסגרתו ביקש להבטיח את עצמו מפני

13 שם. כן ראה פסקי-הדין בעניין שהובאו לעיל, בהערה 8.

14 בלא לרחק בנימוקים שעניינם זכותו של בעל-הדין להביא את עניינו לדיון ולהכרעה בבית-המשפט, נימוקים שבהם אני מקווה לדון ברשימה נפרדת. כמפורס להלן, בנסיבות הגדונות העתירה לסעד הצהרתי גרידא (בלא לתבוע בצדו סעד אופרטיבי) נכפית על בעל-הדין, השואף לכלכל את צעדיו בצורה מיטבית. ניתן להעלות ספקות באשר לגיטימיות של שלילת זכות זו (אך ראה בעניין זה לעיל הערה 3). אגב, בעניין קרוב נפסק כי צד להסכם, אשר שלח הודעת ביטול, זכאי להביא את שאלת חוקיותו של הביטול לבירור בתובענה לסעד הצהרתי: ע"א וולקוביצקי, לעיל הערה 5, בעמ' 783-784.

בנסיבות דנון, שאלת תוקפה של הפוליסה עשויה להיות בעלת חשיבות למבוטח, גם מעבר למקרה הביטוח שכבר אירע. עליו לדעת, האם יש בידיו כיסוי ביטוחי או שמא עליו להתקשר בחתה ביטוח חדש. הדרך הפותחות לו בהלכת הדר – המתנה חיובו בתשלום פיצוי למזמין עבודה כלשהו, ורק אז מאפשרת לברר את תוקפה של הפוליסה – מרוקנת למעשה מתוכן את מטרת ההתקשרות בחוזה הביטוח, קרי: העברת הסיכון למבטח. עם זאת יצוין, כי טענה מעין זו לא נטענה, וממילא לא נדונה, בהלכת הדר (כנראה משום שבעת הדיון תמה כבר התקופה שבה עשוי היה הכיסוי הביטוחי הנדון להיות בתוקף). לפיכך, לא נכלל שיקול זה במסגרת הדיון המובא בהמשך.

תביעות של המזמין לגבי העבודה שנשכר הקבלן לבצע. הקבלן ביצע את העבודה, ואולם המזמין הודיע לו כי אין הוא שבע רצון מן התוצאה. הקבלן בא בדברים עם המזמין, ובסיכומו של דבר מתבררת לו התמונה הבאה: עלות העבודה אשר תידרש כדי להשביע את רצונו של המזמין (להלן: התיקון) היא A . מנגד, אם לא יבוצע התיקון, מחכוון המזמין להגיש כנגד הקבלן תובענה כספית (להלן: התביעה). סכום התביעה הוא B . נניח כי סכום התביעה B גבוה מעלות התיקון A (למשל: בשל הוצאות המשפט, התייקרותה של עלות התיקון, אם יידחה התיקון עד לאחר בירור התביעה¹⁵ וכדומה). עם זאת, הקבלן אינו סבור כי אם תוגש התביעה הוא צפוי בהכרח לחוב בגינה. הקבלן מעריך, כי ההסתברות שיפסיד בתביעה ויחויב בסכום התביעה B היא α . ברור כי אם הקבלן לא היה מבטח את עצמו, הוא היה בוחר כיצד לנהוג על ידי עריכת השוואה בין עלות התיקון A לבין תוחלת הסכום שבו יחויב אם תוגש התביעה – $B\alpha$ (בשקלול היחס שלו לסיכון). בהנחה שהקבלן אדיש לסיכון¹⁶, האסטרטגיה האופטימלית של הקבלן – π – התלויה בפרמטרים A, B ו- α – תהא כדלהלן:

$$\pi(A, B, \alpha) = \begin{cases} \text{לתקן (ללא משפט)} & \text{if } A \leq B\alpha \\ \text{לא לתקן (לנהל משפט)} & \text{if } A > B\alpha \end{cases}$$

אולם, כאמור, הקבלן צפה אפשרות שייתבע על ידי המזמין, וביטח את עצמו. הוא המודיע על תלונתו של המזמין למבטח, אשר אמור היה לשפוטו אם יחויב בתביעה אשר תוגש נגדו, בסכום B . מנגד, אם יבחר הקבלן לבצע את התיקון, לא יקבל שיפוי על כך מאת המבטח¹⁷.

15 התייקרות הנובעת, למשל, מגורמים פיזיים (נגון החמרת הפגמים בדירה עקב אי תיקונם בהקדם), מהצטברות הנוק לדירות עקב חזיית ביצוע התיקון או מחמת הצורך לממן דיור חלופי לדיירים בחקופת הביניים.

16 או שהוא מבצע עבודות שתוח עבור מספר מספיק גדול של מזמינים שונים שאינם שבעי רצון מעבודתו, וההסתברות שיחויב בכל אחת מן התובענות שיוגשו נגדו היא בלתי תלויה. מבחינה איכותית שנאת סיכון לא משנה את התוצאות.

17 אלא אם המבטח הורה לו לעשות כן. מן העובדות המתוארות בפסק־הדין בעניין הדר לא ברור, האם במקרה שהקבלן יבחר בו (מיחמתו) לתקן את הנוק שנגרם למזמין בלא שיחויב בתביעה, חייב המבטח לשפוטו בגין ההוצאות שייגרמו לו בשל כך? על פי גוסס כתב התביעה (המתוקן), המובא בפסק־הדין, דומה שהקבלן לא טען לחבות מעין זו: המשיבים עתרו למתן הצהרה שלפיה "על פי הפוליסה...חלה על [המבטחת] האחריות לשפות את [המשיבים] בכל תביעה שתוגש [נגדם] המייחסת להם רשלנות מקצועית..." (עמ' 739 לפסק־הדין); אחרת עלולה להיווצר כאן בעיה של Moral Hazard מבחינת הקבלן העשירי להעדיף לתקן את הנוק (עוד בטרם תוגש נגדו תביעה על ידי המזמין), בהסתמך על כך שיקבל שיפוי מאת המבטח, בטענה כי אכן התרשל.

ברם, המבטח טוען כי פוליסת הביטוח שהוציא לקבלן אינה מקנה לו זכות לשיפוי במקרה שייחבע על ידי המזמין, בהעלותו טענות שעניינן במישור היחסים שבינו לבין הקבלן (כגון שהפוליסה אינה בתוקף, משום שאינה מכסה מקרה שכזה וכדומה) – להבדיל מטענות שעניינן במישור האחריות של הקבלן כלפי המזמין-ניזוק). הקבלן טבור, כי הפוליסה דווקא אמורה לכסות את תביעתו של המזמין, אם זו תוגש. הוא מעריך שההסתברות כי בית-המשפט יקבע שהפוליסה אפקטיבית היא β . לשם פשטות נניח, כי הקבלן והמבטח מעריכים באופן דומה את ההסתברות α שתביעת המזמין-ניזוק תתקבל.

תיאורטית, בפני הקבלן שלוש דרכי פעולה אפשריות: הראשונה, להמתין לתביעתו של המזמין, ולאחריה (או בגדרה, על ידי מסירת הודעת צד שלישי) – לתבוע שיפוי מאת המבטח, אם יחויב לפצות את המזמין; השנייה, להגיש תובענה כנגד המבטח, לקבלת סעד הצהרתי כי הפוליסה אפקטיבית, ובהתאם לפסיקה זו – לכלכל צעדיו¹⁸; והשלישית, לבצע את התיקון ולהימנע מהתדיינויות עם המזמין ועם המבטח.

לשם נוחות נגדיר את תביעתו של המזמין "ההליך הנוזקי", ואת תביעתו של הקבלן כנגד המבטח – "ההליך הביטוחי". כאמור, אם ההליך הביטוחי קודם להליך הנוזקי, על הקבלן להסתפק בסעד הצהרתי באשר לתקפותה של הפוליסה. זהו אפוא המצב שבו ניצב הקבלן כפסק-הדין בעניין הדר. הוא החליט לנקוט את הדרך השנייה ועתר לסעד הצהרתי כנגד המבטח. ואולם, כאמור, בית-המשפט

אמנם, ניתן להניח גם הנחות אחרות בהקשר זה, כגון שהמבטח חייב בחשלומו תגמולי הביטוח אם המבוטח חב בחשלומו פיצוי לניזוק מכוחו של הסכם פשרה שבו התקשר המבוטח בתום לב. בהקשר זה המבוטח עשוי לזכות בעילת תביעה כנגד המבוטח אם יוכיח כי היתה עליו חובת תשלום לניזוק (ניתן להסיק על כך מהוראת סעיף 29 לחוק חחה הביטוח, התשמ"א-1981 (אם יוכח כי לפשרה לא היתה "השפעה של ממש על סיכון המבטח"); ומהוראת סעיף 65 לאותו חוק ("בביטוח אחריות חייב המבטח לשפות בשל חבות כספית שהמבוטח עשוי להיות חייב בה לצד שלישי"). עם זאת, ניתן להתנות על הוראות אלו). כאמור, ברשימה זו העדפתי להניח, לשם פשטות ובעקבות הצגת הדברים בהלכת הדר, כי למבוטח לא תקום זכות לפיצוי אם יתפשר עם הניזוק ללא משפט. אם נניח, באופן חלופי, כי המבוטח מעריך שהסיכוי אשר יוכל לזכות בתגמולי הביטוח לאחר שהתפשר עם הניזוק (אף אם יתברר שהפוליסה בתוקף) אינו ודאי – אזי תוצאת הגיתוח, כפי שהיא מובאת בהמשך, לא תשתנה מבחינה איכותית גם אם תוסר ההנחה בדבר היעדר זכותו של המבוטח לפיצוי במקרה של פשרה עם הניזוק.

18 אמנם יתכן, כי מבחינה מעשית לא תהיה בידי הקבלן השהות להחליט באשר לדרך פעולתו כלפי המזמין עד להכרעה בסכסוך שבינו לבין המבטח. מחמת פגיעתה של סבלנותו של המזמין (או פחמת החשש מפני חלוף תקופת ההתיישנות, שתחייב את המזמין להגיש את תביעתו). עם זאת ניתן להניח, כי ההליך שבו תתברר התובענה לסעד הצהרתי (במסגרת המרצת פתיחה) יהא מהיר יחסית; וככל מקרה מהיר מן ההליך בו תתברר התובענה הנוזקית, באופן שלקבלן (או למבטח, אם זוכה הקבלן בהצהרה המבוקשת) תיוותר שהות מספקת לפעול לתיקון הנוק שנגרם, עוד בטרם יינתן פסק-דין כתביעת המזמין, אם ירצה בכך.

העליון החליט כי הקבלן אינו רשאי לעשות כן וכי עליו לנקוט אך ורק את דרך הפעולה הראשונה (או השלישית, אם חפצו בכך)¹⁹:

[תקנתו של הקבלן] היא להמתין לתביעות של בעלי הדירות או מי מהם [נגדו] (אם בכלל תוגשנה), ואז [יוכל] לשלוח הודעה לצד שלישי [למבטח].

מבחינת הקבלן ברור, כי מוטב לו לברר קודם-כול את יחסיו עם המבטח (בהתעלם מהוצאות ניהול ההליך הביטוחי): רק אם ייקבע כי הפוליסה אינה אפקטיבית, הוא יידרש להפעלת האסטרטגיה π שתוארה לעיל. מנגד, אם ייקבע שהפוליסה אפקטיבית, הקבלן יוצא למעשה מן התמונה, והמבטח הוא שיידרש לפעול, שוב לפי אסטרטגיה π הנ"ל²⁰.

אולם, כאמור, לפי הלכת הדר, האסטרטגיה π אינה מתאימה עוד. כעת נדרש הקבלן להכריע האם לתקן את הנוק הנטען, כדרישת המזמין (ולהפסיד את השיפוי האפשרי מאת המבטח) או לנהל את ההליך הנוזקי, בטרם תהא בידיו הכרעה מוסמכת בשאלת תקפותה של הפוליסה. לפיכך, האסטרטגיה האופטימלית של הקבלן כעת – σ , התלויה, נוסף על הפרמטרים A, B ו- α , גם בפרמטר נוסף – β , היא:

$$\sigma(A, B, \alpha, \beta) = \begin{cases} \text{לתקן (ללא משפטים)} & \text{if } A \leq B\alpha (1-\beta) \\ \text{if } A > B\alpha (1-\beta) & \text{לא לתקן (לנהל שני הליכים)} \end{cases}$$

כאשר $B\alpha (1-\beta)$ היא תוחלת הסכום שבו יחוב הקבלן (מכפלת סכום התביעה הצפוי – B , בהסתברות שהמזמין יזכה בתביעתו – α ובהסתברות (הבלתי תלויה בהסתברות α) שהקבלן יפסיד בתביעת השיפוי מאת המבטח – $(1-\beta)$). על פי הלכת הדר, המבחן שלפיו יש לקבוע האם להתיר לקבלן לנקוט את דרך הפעולה השנייה, שתוארה לעיל (עתירה לסעד הצהרתי "תיאורטי" במסגרת ההליך הביטוחי), הוא האם הדיון בתובענה כנגד המבטח יביא לייעול הדיון. נבחן אפוא, לפי קריטריון זה, האם הכלל שנקבע בהלכת הדר משרת את המטרה לשמה נקבע. ייתכנו שני מצבים: האחד, כאשר עלות התיקון גבוהה מתוחלת סכום התביעה: $A > B\alpha$ (להלן: המקרה הראשון); והשני, כאשר עלות התיקון נמוכה מתוחלת סכום התביעה: $A \leq B\alpha$ (להלן: המקרה השני).

במקרה הראשון, הכלל שנקבע בהלכת הדר אכן משרת את הקריטריון של מניעת דיוני סרק: במקרה זה לא יבוצע תיקון, שכן הדבר אינו משתלם (לקבלן או

19 הלכת הדר, בעמ' 740.

20 למעשה, גם המבטח חשוף לתביעתו של המזמין, מכוח הוראת סעיף 68 לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, שלפיה בביטוח אחריות עומדת לניזוק עילת תביעה ישירה כנגד המבטח. ראה בעניין זה להלן, ליד הערה 31 ואילך.

למבטח). לכן, ההליך הנוזקי לכירור אחריותו של הקבלן כלפי המזמין והנוק שגרם הוא בלתי נמנע. לפיכך, אם ההליך הביטוחי ייקדם להליך הנוזקי (כלומר: יתבקש סעד הצהרתי תיאורטי), הרי שבהסתברות $(1 - \alpha)$ (ההסתברות שתביעתו של המזמין תידחה), ההליך הביטוחי המוקדם היה מיותר, בבחינת "הליך סרק". ההליך הביטוחי המוקדם גם לא ימנע, כאמור, את הדיון הנוזקי, שהרי תהיה התוצאה בו אשר תהיה – הקבלן (או המבטח), אשר יפעלו בעקבות ההליך הביטוחי לפי האסטרטגיה π יעדיפו לנהל את ההליך הנוזקי ולא לתקן את הנוק ללא משפט.

נראה, כי גישתו של בית-המשפט העליון בהלכת הדר, הושפעה ממקרה זה. המבטח באותו מקרה טרם והביא בפני בית-המשפט טענות שונות לגבי שאלת חברותו של הקבלן כלפי המזמין. לכאורה, שאלה זו אינה רלבנטית כלל להליך הביטוחי, אולם הטענות בעניין נועדו לשכנע את בית-המשפט כי ההסתברות α שהמזמין יזכה בתובעתו היא נמוכה – כלומר: שההסתברות $(1 - \alpha)$ שההליך הביטוחי יחברר כמיותר – היא גבוהה²¹:

במקרה שלפנינו, אין ספק בדבר, שמתן סעד הצהרתי לא זו בלבד שלא ימנע כפל התדיינות אלא יכול שיהא מדובר בהליך סרק. צודק [המבטח] בטענתו, כי יכול [שהמזמין] לא יגיש תובענה (ולכאורה לפחות חלק מעילותיו נוצרו מלפני זמן רב) או יגיש ותתקבל נגדה (או נגר חלק הימנה) טענת התיישנות או יחברר שלא היתה רשלנות.

עם זאת יודגש, כי אין בפסק-הדין התייחסות כלשהי לשאלה, האם הסכסוך העיקרי – הנוזקי – עשוי להיות מוכרע מחוץ לכותלי בית-המשפט (באמצעות תיקון הנוקים ללא צורך בהגשת תביעה על ידי המזמין) אם ההליך הביטוחי יוכרע לגופו אם לאו. במלים אחרות: אין בפסק-הדין התייחסות לשאלה, האם אכן מדובר בנסיבות רוגמת המקרה הראשון שתוארו לעיל, בהן $A > B\alpha$ וההליך הנוזקי הוא בלתי נמנע, או שמא דווקא בנסיבות דוגמת המקרה השני עסקינן. כזכור, במקרה השני שתואר לעיל, עלות התיקון נמוכה מתוחלת סכום התביעה: $A \leq B\alpha$. כאן, אם ברור היה מי ישא בעלות התביעה – הקבלן או המבטח – היה כדאי לאותו גורם להימנע מניהול ההליך הנוזקי ולבצע את התיקון ללא משפט. לכן, כלל דיוני המתיר לקבלן לנקוט הליך ביטוחי עובר להליך נוזקי (על ידי תובענה לסעד הצהרתי), ימנע בוודאות את הצורך בניהול המשפט בדבר טיב העבודה שביצע הקבלן, חכותו של המזמין לפיצוי. מנגד, הלכת הדר עלולה להביא לכך, שהקבלן ייאלץ להתדיין עם המזמין במסגרת ההליך הנוזקי: הערך שהקבלן משווהו לעלות התיקון (כדי להחליט אם לתקן את הנוק הנטען או לנהל את ההליך הנוזקי) אינו תוחלת התביעה של

21 הלכת הדר, בעמ' 739. מנגד, הגדיל הקבלן לעשות והודה כי התרשל, שוב בניסיון להראות כי ההסתברות α גבוהה (שם, בעמ' 740). כן ראה בעניין זה להלן הערה 25.

המוזמן – Ba , אלא סכום נמוך יותר – תוחלת הסכום שהקבלן יחוב בו, בהתחשב בסיכוי שהפוליסה לא תוכר כאפקטיבית – $Ba(1-\beta)$. ההסתברות β בהכרח קטנה מ-1, ולכן: $Ba(1-\beta) < Ba$. לכן, הגם שעלות התיקון A עשויה להיות גבוהה מתוחלת סכום התביעה Ba , לקבלן כדאי לנהל את ההליך עם המוזמן ולא לתקן. בהנחה שההסתברות שהקבלן מייחסה לאפשרות שהפוליסה אפקטיבית (β) אינה נמוכה מאוד, ייתכן שעלות התיקון תהיה נמוכה מתוחלת הסכום שהקבלן יחוב בו, היינו: $Ba(1-\beta) < A < Ba$. כמו כן, במקרה שכזה אף תוחלת הסכום שהמבטח יחוב בו – $Ba\beta$ – בהכרח נמוכה מתוחלת התביעה של המוזמן ועשויה להיות אפוא נמוכה מעלות התיקון. לכן, גם למבטח לא יהיה כדאי לממן את התיקון בטרם יתברר ההליך הנזיקי, כלומר: התוצאה האפשרית של הלכת הדר היא, כי גם במקרים שבהם ניתן היה למנוע את ההליך הנזיקי, משום שהדבר עדיף לקבלן (או למבטח), ההליך הנזיקי יתקיים, ובעקבותיו, אם יזכה המוזמן בתביעתו – יתקיים גם ההליך הביטוחי.

מפסק-הדין לא ניתן לדעת, האם אכן דובר בנסיבות המקרה הראשון (שאו, כאמור, הכלל שנקבע בו מוצדק) ואם כן – האם היתה התוצאה שונה לו הוכח כי המדובר בנסיבות המקרה השני. בעקבות זאת אני מבקש להעלות שתי טענות: ראשית, כיוון שלא בכל המקרים ובכל הנסיבות הכלל שנקבע בהלכת הדר הוא דווקא זה המסייע למנוע הליכי סרק, יש לאפשר לבעלי-הדין לנסות ולהוכיח באילו מבין שני המקרים מדובר. שנית, אם מבקשים לקבוע כלל גורף, אשר יחול בכל המקרים ללא הבחנה, אין זה ברור כלל כי דווקא הכלל השולל את זכותו של בעל הדין לתבוע סעד הצהרתי בנסיבות דנן הוא העדיף. ארון בשתי טענות אלה. הטיעון הראשון עניינו הבחירה בכלל גורף דווקא. כפי שהובהר לעיל, ייתכנו נסיבות שבהן שלילת זכותו של בעל-הדין לקבל סעד הצהרתי תביא לכך שסכסוך, אשר לכל הצדדים לו אינטרס משותף ליישבו מחוץ לכותלי בית-המשפט, יובא לדיון ולבירור משפטי רק משום נעילת שערו של בית-המשפט בפני הקבלן במסגרת ההליך הביטוחי המוקדם.

נסיונו של הקבלן בפרשת הדר לטעון כי המדובר בנסיבות מן הסוג השני שתואר לעיל, נדחה מן הטעם שאין בית-המשפט מכיר באינטרס של קידום פשרה כאינטרס לגיטימי. אף אם נקבל גישה זו כנכונה²², הרי מן הדין להתאימה

22 ניתן להטיל ספק בכך. בתיאוריה הכלכלית של תורת המשחקים והמיקוח ידוע זה כבר כי פערים במידע בין הצדדים למיקוח עלולים להביא לכך שלא תושג הסכמה, אף שהסכמה עשויה היתה לשרת את מטרותיהם של שני הצדדים (במילים אחרות: תיווצר אי הסכמה שאינה יעילה במובן פרטי). לעניין זה ראה, למשל, M. Osborne and A. Rubinstein, *Bargaining and Markets* (1990, Academic Press) 109-120.

מתן אפשרות לקבלת הכרעה שיפוטית מוסמכת לגבי סוגיות מסוימות בסכסוך עשויה לצמצם את פערי המידע (והערכות הסיכויים לזכות בתביעה) שבין הצדדים ולפתוח את הדרך לפשרה, העשויה להביא בסיכומו של דבר לייצול הדין. בהיעדר הסכם בורות בין הצדדים, שלילת הזכות לתבוע סעד הצהרתי מונעת אפשרות לקבל הכרעה מוסמכת בנסיבות דנן.

לנסיבות שבהן קיימים שני נתכעים בכוח (או יותר), השרויים באיזודאות כאשר לזהותו של הגורם אשר יחוב בסופו של דבר.

הקביעה הנחרצת בפסק־הדין, שלפיה "אין ספק בדבר [שהתובענה ל]סעד הצהרתי... יכול [שתהא]... הליך סרק²³" אינה מספקת. אין בפסק־הדין התייחסות לשאלה, איזה משני המקרים שתוארו לעיל הוא זה החל.

עצם העובדה שלקבלן כדאי לפתוח בהליך הביטוחי גם במקרה הראשון (תוחלת סכום התביעה נמוכה מעלות התיקון) אינה צריכה להוליך בהכרח למסקנה, כי בכל מקרה יש לשלול מהקבלן את הזכות לקבלת סעד הצהרתי, כאמור. אני סבור כי יש להחיר למבקש הסעד ההצהרתי להראות שההליך הביטוחי עשוי לייתר את הצורך בניהולו של ההליך הנויקי.

עם זאת מובן, כי ההבחנה בין המקרים השונים עשויה להיות קשה²⁴ (בעיקר בשל הקושי להעריך את ההסתברות α שהקבלן יחוב), ואז, בהנחה שנגזר עלינו לקבוע כלל גורף אשר יחול בשני המקרים – נותרת בעינה השאלה איזו תוצאה עדיפה.

ההכרעה מהו הכלל (הגורף) העדיף צריכה להיעשות על פי ההערכה תחת איזה כלל "תוחלת הנזק" (קרי: מכפלת הסיכוי שינהל הליך סרק ב"עלותו" של ההליך, היינו: בהיקף המשאבים שאותו הליך צפוי לגזול) נמוכה יותר. להערכתו, דווקא כלל גורף המאפשר הגשת תובענה לסעד הצהרתי בנסיבות הנדונות עשוי להתברר כעדיף.

ראשית, לגבי משאבים הכרוכים בניהולו של כל אחד מן ההליכים: במקרים רבים ההליך הנויקי צפוי להיות מורכב וממושך מעצם טיבו. בירורו עשוי לחייב דיון עובדתי ומשפטי מסובך. מנגד, בירורו של ההליך הביטוחי עשוי להיות פשוט וללא צורך בליבון הסוגיות ה"נויקיות"²⁵.

שנית, בעקבות זאת, תוחלת הנזק הנובעת מן הסיכוי שההליך הנויקי יהיה

23 הלכת הדר, בעמ' 739 (ההדגשה הוספה).

24 ראה בעניין זה להלן, ליד הערות 32 ואילך.

25 וכך היה בעובדות נשוא פרשת הדר, על פי קביעת בית המשפט המחוזי:

הפלוגתא היחידה בתובענה זו שאם תוכח רשלנות שכוו הרי [המבטח]... לא ישמע כטענה כי אין הפוליסה חלה... וזהו השאלה היחידה שפתוחה בתובענה זו. התיק מתאים ביותר להמצת פתיחה מאחר והשאלה שמעורר [הקבלן] איננה שאלה תיאורטית אלא סביר להניח שתגיע בהקדם לידי מימוש. גם השאלה איננה מסובכת מבחינה עובדתית או משפטית (שם, בעמ' 739. ההדגשה הוספה).

הליך סרק עשויה להיות גבוהה מתוחלת הנוק הנובעת מן הסיכוי שההליך הביטוחי יהיה הליך סרק, באופן שדווקא הלכת הדר עלולה להתברר כבלתי יעילה²⁶.

ברור, כי לא ניתן לקבוע מסמרות בעניין, אולם ניתן לומר לפחות זאת: הכלל שנקבע בהלכת הדר פוגע בקבלן, שכן נשללת ממנו הזכות לקבל הכרעה מוסמכת בשאלת תוקפו של חוזה הביטוח שבו התקשר. שלילה זו עלולה לגרום לו נזק כלכלי – למשל: להביאו לבכר לממן מכיסו את עלותו של התיקון A (משום שלהערכתו $A < B\alpha(1-\beta)$), הגם שלו ניתנה לו האפשרות לתבוע סעד הצהרתי כנגד המבטח עשוי היה להימנע מכך (בהסתברות β). כדי להצדיק פגיעה מעין זו, נדרשת רמה ודאות גבוהה דיה לכך שתוצאתה תשרת ערכי יעילות של המערכת המשפטית בכללה; ומשלא ניתן להביא לוודאות מעין זו, אין זה מוצדק – לטעמי – לקבוע כלל גורף דוגמת זה שנקבע בהלכת הדר.

לחלופין, ניתן להציע כלל שלפיו במקום להיזקק להערכה, האם במקרה מן הסוג הראשון או השני עסקינן, יכריע בית-המשפט האם לדון בתובענה לסעד הצהרתי לגופה על פי הקביעה מהו היקפם הצפוי של ההליך הביטוחי, מזה, ושל

26 טכנית, את המקרים שבהם הלכת הדר אינה יעילה ניתן להגדיר כך: נתאר לעצמנו התפלגות של ערכי A ביחס ל-B, α ו- β , כדלקמן:

הסתברות	ערך
ϕ	$A < B\alpha(1-\beta)$
τ	$\{ B\alpha(1-\beta) < A < B\alpha$
$1-(\phi + \tau)$	$B\alpha < A$

נגדיר: C – העלות (למערכת המשפטית בכללה) של ניהול הליך ביטוחי.
D – העלות של ניהול הליך נזיקי.

ההליך הביטוחי הוא הליך סרק אם לא תושג בעקבותיו פשרה לגבי תביעת המזמין-הנזוק, וזו תידחה. כלומר: ייגרם נזק C, בהסתברות $[1-(\phi + \tau)](1-\alpha)$ (ההסתברות שתביעת המזמין תידחה כפול ההסתברות שהמדובר בנסיבות שבהן גם בלא אי ודאות כאשר לתוקפה של הפוליסה, אין אפשרות לפשרה בהליך הנוזיקי). מנגד, ההליך הנוזיקי הוא הליך סרק אם ניתן היה להגיע בו לפשרה, לו קדם לו ההליך הביטוחי, כלומר: ייגרם נזק D, בהסתברות τ (ההסתברות שמדובר בנסיבות שבהן מחמת אי הודאות כאשר לתוקפה של הפוליסה לא תושג פשרה בהליך הנוזיקי, שממנו יש להפחית את החיסכון האפשרי בהליך הביטוחי, אם תביעת המזמין תידחה, היינו: C בהסתברות $(1-\alpha\tau)$ (הכול כמובן בהנחה שאין תלות בין ההסתברות α לבין ההסתברות τ ϕ)).

יוצא אפוא, כי הלכת הדר אינה יעילה אם $D\tau > C(1-\alpha)(1-\phi)$
או, בצורה אחרת אם $1-\alpha < D\tau/[C(1-\phi)]$

מכאן, ככל שעלויותיו של ניהול ההליך הנוזיקי (D) גבוהות יותר באופן יחסי לעלויות של ניהול ההליך הביטוחי (C), גדל הסיכוי שנמצא בתחום שבו דווקא הלכת הדר גוררת ניהולו של הליך סרק, ולפיכך אינה יעילה. כך גם ככל שגבהה ההסתברות שהנסיבות הן מהסוג הראשון שתואר לעיל (ϕ) . ניתוח זה מבוסס על הצעתו של עו"ד גרוסקופף.

ההליך הנוזקי מזה²⁷, תוך התחשבות בסיכויים שיהא מדובר בהליך סרק, מחד גיסא, ובכך שבזכות ההכרעה בהליך הביטוחי יימנע הצורך בבירור ההליך הנוזקי. במסגרת זו יש לבחון כמובן, האם ובאיזו מידה קיימת תלות בין ההליך הביטוחי לבין ההליך הנוזקי, באופן שבירור ההליך הביטוחי יצריך ממילא דיון ברובן של השאלות ה"נוזקיות" (ואז אין זה רצוי לאפשר זאת, הן משום היעדרו של המזמין-הניזוק מן ההליך הן משום שאז שכר החיסכון האפשרי בהליך הנוזקי יוצא בהפסדו של בירור הליך ביטוחי "מקיף" ממילא) אם לאו.

ד. הערות נוספות

לפני סיכום ברצוני להביא שתי הערות לגבי האמור לעיל. ההערה הראשונה היא, כי לכאורה, למרות הלכת הדר, גם במקרה השני שתואר לעיל, שבו תוחלת סכום התביעה גבוהה מעלות התיקון, הקבלן והמבטח אמורים להסכים לתקן את הנוק ולא לנהל את ההליך הנוזקי ולהתחלק ביניהם בעלות התיקון, באופן יחסי להסתברות β ²⁸. כך יוטב מצב שניהם (אל מול האפשרות שינוהל ההליך הנוזקי)²⁹. ואולם תוקפה של טענה זו מותנה בתמימות דעים בין הקבלן לבין המבטח לגבי ההסתברות שייקבע כי הפוליסה בתוקף, בהיעדרה של תמימות דעים שכזו (ולעתים אף בהתקיימה), קשה להניח כי הקבלן והמבטח יוכלו להגיע לחלוקה מוסכמת של עלות התיקון³⁰.

27 כמו ההערכה הנעשית אגב דיון בבקשה להעברת תובענה המוגשת בהמצת פתיחה לפסים של תובענה רגילה (חקנה 258 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). כאמור לעיל, בהערה 25, נראה כי בפרשת הדר פטע בית-המשפט המחוזי בדרך זו בקובעו, כי תובענתו של הקבלן לסעד הצהרתי ראיה להתברר, לפי ההיקף המצומצם של השאלות הדרושות בירור והכרעה במסגרת ההליך הביטוחי.

28 כלומר, הקבלן ישא בעלות $A(1-\beta)$, ואילו המבטח ב- $A\beta$.

29 שכן אם $A < B\alpha$, הרי שגם $A(1-\beta) < B\alpha(1-\beta)$ (תחלת הסכום שבו יתחייב הקבלן גבוהה מעלות התיקון שבה הוא נדרש לשאת). כך גם כאשר למבטח.

30 ייתכן שכלל לא יהא פתרון לבעיית המיקוח: אם הסיכוי שהפוליסה תוכר כאפקטיבית מוערך על ידי הקבלן ב- β_1 , ועל ידי המבטח - ב- β_2 , כדי שלבעיית המיקוח יהיה פתרון, נדרש למצוא ערך β_3 שלפיו תחולק עלות התיקון בין הקבלן למבטח, כך שיתקיימו שני תנאים:

$$(1) \quad A(1-\beta_3) < B\alpha(1-\beta_1)$$

$$(2) \quad A\beta_3 < B\alpha\beta_2$$

התנאי הראשון מבטיח, שלקבלן יהיה כדאי להשתתף בעלות תיקון בסך $A(1-\beta_3)$ (וזאת, כאמור, רק אם סך זה קטן מתוחלת הסכום שבו הוא צפוי לחוב אם יתקיים משפט). התנאי השני מבטיח זאת באופן מקביל לגבי המבטח.

כלומר: נדרש כי β_3 יקיים $\beta_3 < B\alpha\beta_2/A$

ולתנאי זה יש פתרון רק אם $A/B\alpha < 1 - (\beta_1 - \beta_2)$

מעבר לכך, היעדר מידע מלא של שני הצדדים (לגבי ערכי β_1 ו- β_2) עלול להביא אף הוא להכשלת המשא ומתן (ראה לעיל הערה 22).

ההערה השנייה עניינה השאלה, מדוע עשוי להיות כדאי למבטח למנוע את הדיון המוקדם בשאלת תוקפה של הפוליסה³¹. לכאורה, כאמור, למבטח אמור להיות אינטרס דומה לזה של הקבלן – להביא לבירור מוקדם של ההליך הביטוחי. כך, אם יקבע שהפוליסה בתוקף, הוא יוכל לשלם את הסכום הנמוך מבין עלות התיקון, A , ותוחלת סכום התביעה, $B\alpha$. לכן, אם $A < B\alpha$, בירור מוקדם של ההליך הביטוחי עדיף גם למבטח³². אולם למבטח עשוי להיות אינטרס הפוך: כאמור, ההנחה היא שהוא לא יאלץ לשפות את הקבלן אם האחרון יבחר לתקן את הפגמים שגרם, בלא שיחויב לכך בהליך נזיקי³³. אם המבטח מעריך, כי אם לא תינתן הכרעה מוסמכת בעניין הביטוחי קודם להליך הנזיקי, יבחר הקבלן לתקן את הפגמים (כלומר: המבטח מעריך כי: $A < B\alpha(1-\beta)$), מוטב למבטח שהעניין הביטוחי לא יובא לבירור מוקדם³⁴. לכן ניתן להעלות את השאלה, האם התנגדותו של המבטח לניהולו המוקדם של ההליך הביטוחי אינה צריכה להוליך בהכרח למסקנה שההליך הביטוחי הוא "הליך סרק"; שהרי גם אם לא יתנהל, הקבלן ממילא יעדיף להתפשר עם המזמין (היינו: לתקן את הפגמים בעלות A), וההליך הנזיקי כלל לא יתקיים³⁵. להערכתנו, ניתן להשיב על כך בשני מישורים: ראשית, במישור המהותי, השאלה הרלבנטית היא האם ראוי, כעניין שבמדיניות שיפוטית, לראות בהליך הביטוחי, הקובע את חלוקת האחריות בין המבטח לבין הקבלן, כ"הליך סרק", בכל מקרה שבו ההליך הנזיקי צפוי להסתיים בפשרה. אני סבור, כי ההליך הביטוחי צריך להיחשב "הליך

- 31 אגב, לעתים עשוי בית-המשפט, מיחמתו הוא, לדחות על הסף תובענה מכוח שיקול הדעת המוקנה לו בתובענה לסעד הצהרתי. כך, למשל, בר"ע לוטקר, לעיל הערה 4, למרות הסכמת הצדדים כי הדרך הראויה ליישוב הסכסוך ביניהם היא דיון בהמרצת פתיחה, בבקשה למתן סעד הצהרתי, קבע בית-המשפט המחוזי כי אין זו הדרך הראויה לבירור הסכסוך. בית המשפט העליון הורה באותו מקרה, בערעור, כי בשל הסכמת הצדדים היה מקום לאפשר דיון בתובענה האמורה. לעניין הצהרת גיל ראה עוד ע"א נחום, לעיל הערה 5.
- 32 שיעדיף לממן את עלות התיקון A , ללא קיומו של הליך נזיקי. מנגד, אם לא יתקיים בירור מוקדם של תוקפה של הפוליסה, והמזמין אכן יגיש את תביעתו – יאלץ המבטח לשאת בתשלום סכום גבוה יותר, $B\alpha$. גם אם ניתן יהיה להביא את העניין הביטוחי לבירור, במסגרת ההליך הנזיקי עצמו, קודם להכרעה בעניין הנזיקי – הרי שלפי הנחתנו המזמין לא יסכים עוד בשלב מאוחר זה להסתפק בעלות התיקון A (ראה לעיל הערה 15 והטקסט לידה).
- 33 לעיל הערה 17 והטקסט לידה.
- 34 כלומר: למבטח כדאי להסתכן ולשלם (בתוחלת) סך של $B\alpha$ (בהסתברות β), במקום A (שאותו היה עליו לשלם באותה הסתברות, אם היה מתקיים הליך ביטוחי מוקדם), גם אם $A < B\alpha$; זאת אם הוא מעריך כי $A < B\alpha(1-\beta)$. במקרה האחרון לא יידרש מן המבטח לשלם דבר, שכן הקבלן יבחר לתקן את הנזק ולא יוכל לתבוע שיפוי מאת המבטח.
- 35 שהרי אם לולא בירורו המוקדם של ההליך הביטוחי הקבלן לא יתפשר, למבטח אין אינטרס למנוע את קיומו של ההליך הנזיקי המוקדם (שיקולים דוגמת שאיפתו של המבטח לחסוך בהוצאות משפטיות מוטלים בספק, שהרי, כאמור, למזמין עשויה להיות עלית תביעה ישירה בנגד המבטח).

סרק" רק במקום שבו נקבע כי אין אחריות כלפי המזמין, באופן ששאלת חלוקתה אינה רלבנטית. מנגד, אם יש אחריות כלפי המזמין (מכוחה של הכרעה שיפוטית בהליך הנוזקי או בהתאם לפשרה בהיבט זה של הסכסוך), הרי ששאלת אופן חלוקתה אינו יכול להיחשב עניין בלתי רלבנטי.

במילים אחרות, העניין שיש לקבלן להסיר את אי הוודאות בשאלת תוקפו של הביטוח (באמצעות תובענה לסעד הצהרתי) גם כאשר צפוי כי ההליך הנוזקי יוכרע ממילא בפשרה, בין אם תוסר אי הוודאות האמורה ובין אם לאו – הוא "אינטרס לגיטימי". כל עוד נועד ההליך הביטוחי לספק הכרעה בשאלה בעלת נפקות (וזאת, כאמור, אם יש אחריות כלפי המזמין), אין לראות בו הליך סרק.

אכן, מבחינתה של המערכת השיפוטית בכללה, ההכרה בזכותו של הקבלן לתבוע סעד הצהרתי, גם כאשר ברור כי אף בלא הכרה בזכות זו לא יתנהל ההליך הנוזקי (משום שתושג בו פשרה) אינה יעילה במובן הצר של המושג. יש כאן עלות נוספת (עלות ניהולו של ההליך הביטוחי) שניתן לחוסכה, לכאורה. ואולם, מהותית, אין הדבר כך. כאמור, ההליך הביטוחי הוא הליך סרק רק אם בסופו של דבר מתברר כי אין אחריות. אם ברור מלכתחילה כי יש אחריות (לפי הנסיבות, שמהן עולה כי כדאי לגורם הנושא באתריות – אם יוכרע ההליך הביטוחי – או לקבלן, אם תוחל הלכת הדר השוללת מן הקבלן את הזכות לקבלת הכרעה שכזו), ממילא אין לראות בהליך הביטוחי תובענה לסעד הצהרתי "תיאורטי", שהפרכתו לרלבנטי אינה רדאית.

שנית, טכנית, לא ניתן לקבוע בוודאות כי התנגדותו של המבטח לבירור ההליך הביטוחי מעידה כי בפנינו נסיבות שבהן אלמלא הבירור יעדיף הקבלן להתפשר עם המזמין ללא קיום ההליך הנוזקי. כך, למשל, הערכתו של המבטח באשר להסתברות β עשויה להיות שונה מזו של הקבלן. ייתכן גם שהמבטח מעריך, כי שיקולי המזמין האם להגיש תביעה בגין נזקיו יושפעו מן השאלה האם לקבלן ביטוח ברתוקף. בנסיבות אלה המבטח עשוי להתנגד לבירור המוקדם של ההליך הביטוחי, הגם שלא צפוי כי בעקבות כך הקבלן יעדיף להתפשר עם המזמין.

ה. סיכום

התוצאה העיקרית של הניתוח, שלפיה תובענה לסעד הצהרתי עשויה דווקא לחסוך בהתדיינות, נובעת ממעורבותו של צד שלישי לסכסוך העיקרי (הסכסוך הנוזקי) ומחוסר הוודאות באשר לחלוקת האחריות בין המזיק-המבוטח לבין אותו צד שלישי (כאן, המבטח). בנסיבות מעין אלה, גם הגישה שלפיה האינטרס לקדם פשרה אינו מצדיק מתן סעד הצהרתי, אינה תומכת בהכרח בהלכת הדר. שיקולי יעילות עשויים לתמוך דווקא בגישה הפוכה לזו של הלכת הדר, המקנה למבוטח זכות לקבלת סעד הצהרתי. שלילת הזכות לסעד הצהרתי עלולה לא רק לגרום לכך שמעמדו של המזיק-המבוטח ייפגע, אלא אף לכך שההליך הנוזקי יובא לדיון בפני בית-המשפט, הגם שהאינטרס של כל הצדדים לדיון (כמו גם של המערכת המשפטית) הוא שלא לעשות כן.

התלות של זכותו של המבוטח לקבלת שיפוי מאת המבטח, בהכרעה לגבי חבותו של המבוטח כלפי הניזוק, עלולה להביא לכישלון בהצלחת שלושת הגורמים המעורבים בסכסוך להגיע לפתרון מוסכם, גם אם אין מחלוקת באשר לעצם זכותו של הניזוק לפיצוי. הקניית האפשרות להקדים את בירורה של הזכות ה"תיאורטית" של המבוטח לשיפוי מאת המבטח עשויה להביא לפתרון כשל זה ולמנוע את הצורך בניהולו של הסכסוך העיקרי לגופו.

הניתוח שהובא לעיל אינו מוגבל כמובן ליחסים שבין מבטח, מבוטח וניזוק. ניתן להכלילו לנסיבות שבהן ל"א זכות "ערטילאית" כלפי ב, אשר תהפוך בת" מימוש אם וכאשר יוכרע המצב המשפטי שבין א ובין צד ג כלשהו. כך, למשל, זכותו של נושה להיפרע מערב מותנית במיצוי ההליכים כנגד החייב³⁶. אם ההכרעה לגבי המצב המשפטי שבין א לבין ב עשויה לחסוך את ההתדיינות לקביעת המצב המשפטי שבין א ל-ג, הרי הכרה בזכותו של א לתבוע סעד הצהרתי כנגד ב, עשויה להביא לייעול הדיון.

כך, בדוגמת הערבות, ניתן לתאר נסיבות כדלקמן³⁷: בשל מצבו הכספי של החייב ברור לנושה, כי מיצוי ההליכים נגדו אינו צפוי להניב פירעון של החוב (או כל סכום מהותי). עם זאת, לפי הוראות חוק הערבות, הנושה נדרש למצות את ההליכים כנגד החייב בטרם יהיה זכאי לתבוע את הערב בגין החוב. ברם, אם יתברר כי לערב טענות טובות כנגד חבותו, עלול "מיצוי ההליכים" כנגד החייב להיות מיותר. לכן, לנושה (ולמערכת המשפטית בכללה) עשוי להיות אינטרס לברר את מערכת היחסים שבין הנושה לבין הערב עוד קודם ל"מיצוי ההליכים כנגד החייב". בירור זה, במסגרת תובענה לסעד הצהרתי (כשל העובדה שזכותו של הנושה כנגד הערב אינה בת-מימוש בטרם מוצו ההליכים כנגד החייב) עשוי להביא לייעול ולחיסכון בהליכי סרק כנגד החייב (אם ייקבע שערבותו של הערב אינה תקפה) ולקדם השגתה של פשרה (אם ייקבע שהערבות כתוקף).

סיכומו של דבר, הפעלת שיקול הרעת השיפוטי האם לאפשר לבעל-דין להגיש תובענה לסעד הצהרתי לגבי קיומה של זכות אשר באותה עת עדיין אינה מקנה עילה אופרטיבית, חייבת להיעשות על יסוד כחינה רחבה של התרחישים השונים העשויים לנבוע מהליך מוקדם זה. העובדה שההליך ההצהרתי עלול להתברר כהליך סרק, משום שהנסיבות ההופכות את הזכות לאופרטיבית לא יתקיימו, אינה צריכה להוליך בהכרח לשלילת הזכות לסעד, כאמור.

36 חוק הערבות, התשכ"ז-1967, סעיף 8.

37 דוגמא זו היא בעקבות הצעתו של עו"ד גרוסקופף.

i
