

## חבות כפולה על נזק אחד:

### על משולש היחסים - מעוול, ניזוק ומבטח

מאת

**אסף יעקב\* ויובל פרוקצ'יה\*\***

כאשר ניזוק נפגע באירוע עוולתי, לעתים קרובות הוא רוכש זכאות הן לפיצוי נזיקי והן לתשלום ממבטח. רשימה זו עוסקת בשאלת היחס הראוי שבין שני מקורות הזכאות. הדין בסוגיה זו מחיל הסדרים שונים בנסיבות שונות: לעתים חל הסדר של תחלוף (סוברוגציה), שתכליתו להבטיח הטבה אחת של הנזק בידי המעוול; ולעתים חל הסדר של זכאות מצטברת, המאפשר הטבה כפולה של הנזק בידי שני החייבים במקביל.

הרשימה מציעה החלה רחבה של הסדר התחלוף, ונטישה של הסדר הזכאות המצטברת. תוצאה זו מצריכה שינוי בהיבטים שונים של ההלכה הפסוקה. הרשימה מצביעה על היבטים אלה, ומציעה בסיס תיאורטי ודוקטרינרי לאימוצם של השינויים הנדרשים. בתוך כך היא דנה במקרה האקטואלי שבו השאלה התעוררה לאחרונה, הוא המקרה של **יונה נ' כלל**.

טיבו של ההסדר הרצוי נגזר משתי מערכות שיקולים נפרדות – האחת קשורה בתכליתו של הדין הנזיקי, ואילו האחרת קשורה בתכלית ההסדר הביטוחי. בזירה הנזיקית, שני ההסדרים מטילים חבות רצויה על המעוול, ובמובן זה עשויים להתקבל כהסדרים אפשריים. ואולם בזירה הביטוחית, עדיפותו של הסדר התחלוף היא מובהקת. התחלוף מבטיח כי ההסדר הביטוחי יחול רק על סיכונים שיש בצידם אינטרס ביטוחי. בהסדרי ביטוח חוזיים הוא נדרש כדי לאפשר מיצוי של הערך הגלום בעסקת הביטוח; ובהסדרי ביטוח ציבוריים, הוא נדרש כדי למנוע הקצאה שרירותית ומפלה של כספי ציבור.

**מבוא. א. יעילותו של הסדר התחלוף.** 1. הרציונל התיאורטי להסדר התחלוף. 2. הרציונל להסדר התחלוף בביטוח שאינו משפה על נזק. **ב. הנימוקים לדחיית התחלוף ושליחם.** **ג. הסדר התחלוף בדין הישראלי.** 1. המקורות לדין התחלוף במשפט הנוהג. 2. הבסיס הנורמטיבי של תביעת התחלוף - נזיקין או התעשרות שלא כדין? 3. פרשת **יונה נ' כלל**. 4. הפרשנות הראויה לסיפוף 86 לפקודת הנזיקין. 5. תחולת התחלוף בהסדרים פיננסיים מעורבים. 6. פרשת **מקפת נ' אנוך**. 7. תחולת התחלוף בחוזי ביטוח שאינם משפים על נזק. 8. הרחבת המבט להסדרים נוספים במשפט הישראלי. **ד. סיכום.**

## מבוא

לעתים קרובות "אירוע נזק" הוא בעת ובעונה אחת אירוע עוולתי – המקים לניזוק זכאות לפיצוי על פי דיני הנזיקין, ואירוע ביטוחי – המקנה לו זכאות לתגמולי ביטוח. כך למשל,

\* פרופסור חבר, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.  
 \*\* מרצה בכיר, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. ברצונו להודות לטל אלמקיס, תומר קייסרמן וחן שטרנהל על עזרה מעולה במחקר. כמו כן ברצונו להודות לעורכי כתב העת נועה דרון רוזה ועדו שלזינגר, ולחברי המערכת, על הערות מצוינות.

אדם שרכושו נפגע במעשה נזיקי עשוי להיות מבוטח בכיטוח נכסים; אדם שנעשה בעל מוגבלות בעקבות מעשה נזיקי, עשוי להיות מבוטח בכיטוח נכות; ואדם שמצא את מותו במעשה נזיקי, עשוי להיות מבוטח בכיטוח חיים.

שאלה קלאסית שמתעוררת בקו התפר שבין דיני הנזיקין והכיטוח, היא כיצד ראוי לפרש את היחס שבין שני המקורות האמורים להטבת הנזק. עקרונית תיתכנה כמה אפשרויות: אפשרות ראשונה היא כי החבויות של המזיק ושל המבטח הן מצטברות – כך שלניזוק זכאות להטבה כפולה של הנזק – הן מן המזיק והן מן המבטח; אפשרות שנייה היא כי המזיק אחראי לבדו, ואילו המבטח פטור; אפשרות שלישית היא כי המבטח אחראי לבדו, ואילו המזיק פטור; אפשרות רביעית היא כי המזיק והמבטח נדרשים לחלוק את החבות ביניהם.

על פני הדברים, את כל האפשרויות האמורות אפשר לתמוך בטיעונים הנשענים על עקרונות מקובלים. את האפשרות הראשונה אפשר לתמוך בטענה כי כל אחד ממקורות החבות – הנזיקי והכיטוחי – התגבש באופן בלתי תלוי, ולפיכך חבותו של האחד אינה משפיעה על חבותו של האחר. את האפשרות השנייה אפשר לתמוך בטענה כי על המזיק לשאת באחריות – שכן אחרת הוא יופטר מאחריות על מעשה העוולתי, בשל ביטוח שלא הוא רכש. לעומת זאת, את המבטח ראוי לפטור מאחריות, משום שלאחר הטבת הנזק על ידי המזיק – אין עוד נזק (בלתי מפוצה) שנגרם למבוטח עקב קרות האירוע הכיטוחי. את האפשרות השלישית אפשר לתמוך בטענה אנלוגית מצידו של המזיק: המבטח אחראי משום שהאירוע הכיטוחי התממש, ואין לפטרו מחיובו רק משום שהנזק נגרם בנסיבות עוולתיות. לעומת זאת את המזיק ראוי לפטור, משום שלאחר תשלום תגמולי הכיטוח – אין עוד נזק (בלתי מפוצה) שהמעשה העוולתי גרם. לבסוף, את האפשרות הרביעית אפשר לתמוך בעקרון שלפיו אחריות של כמה חייבים בגין נזק אחד היא ככלל אחריות משותפת (למשל "יחד ולחוד"). עקרון זה נסמך על התפיסה כי לניזוק זכאות להטבה אחת של הנזק (להבדיל מהטבה כפולה), ואם שני חייבים אחראים לנזק זה, עליהם לחלוק אותו ביניהם.

רשימה זו עוסקת בשאלה מהו הפתרון הרצוי לדילמה זו. פתרון כזה נדרש לשרת באופן מיטבי את התכליות העומדות בבסיס החבות הנזיקית ובבסיס זו הכיטוחית. תכליות אלה אינן זהות: דיני הנזיקין מבקשים לתמרץ נקיטה יעילה של אמצעי זהירות, ולקיים את עקרונות הצדק המתקן – כך שהמזיק יישא בנזק שגרם, וישיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.<sup>1</sup> ההסדר הכיטוחי, לעומת זאת, מיועד להגשים את מטרתיהם של הצדדים להסדר הכיטוח: הוא מיועד לאפשר לצד שעלות הסיכון עבורו גבוהה, להעבירו למי שיכול לשאת בו בעלות נמוכה. בעוד התכלית הנזיקית קשורה בצורך לתמרץ התנהגות זהירה ולהבטיח תיקון, התכלית הכיטוחית קשורה בשאיפה למצות את הערך הגלום בהקצאה יעילה של סיכון.

השאיפה להגשים את התכלית שבבסיס דיני הנזיקין מאפשרת לפסול, כבר בראשית הדרך, כל אפשרות הפוטר את המזיק מאחריות או שמדללת אותה (האפשרויות השלישית והרביעית). בין שהתפיסה המנחה את דיני הנזיקין היא הרתעה ובין שהיא צדק מתקן – אין הצדקה לפטור את המזיק מאחריות לנזק שהוא גרם במעשה עוולתי. מנקודת-מבט הרתעתית, הצורך בתימרוץ המזיק לנקוט אמצעי זהירות יעילים עומד בעינו גם אם האדם שנפגע היה

<sup>1</sup> ראו למשל, אריאל פורת נזיקין כרך 86 ו-21 (2013) (להלן: להלן: פורת נזיקין א); עמוס הרמן דיני נזיקין 19-27 (מהדורה שנייה, 2020); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 51-224 (2012).

מבוטח.<sup>2</sup> ואילו מנקודת-המבט של הצדק המתקן – העוול שגרם המעשה הנזיקי, והצורך להביא לתיקונו בידי המזיק, עומד אף הוא בעינו חרף קיומו של ביטוח.<sup>3</sup> ניתוח תכליתי של הדילמה מותיר אפוא שתי אפשרויות מרכזיות: לקבוע כי המזיק והמבטח יחובו במצטבר (היינו הניזוק יזכה בפיצוי כפל), או לקבוע כי המזיק יישא בחבות לבדו. שתי אפשרויות אלה נוכחות בפרשנות הנוהגת של הדין. האפשרות כי החבות היא מצטברת נשענת על הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין, ולפיה "שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח".<sup>4</sup> בית המשפט פירש הוראה זו כמאפשרת לניזוק לגבות את מלוא החבות הנזיקית מן המזיק, ובמקביל לגבות את מלוא החבות הביטוחית מן המבטח.<sup>5</sup> האפשרות השנייה, לפיה המזיק נושא בנזק ואילו המבטח מופטר מן החבות, באה לידי ביטוי בהסדר התחלוף (סוברוגציה) המוחל בביטוחים מסוימים על פי חוק חוזה הביטוח.<sup>6</sup> הסדר זה קובע כי כאשר אירוע נזק הוא אירוע עוולתי וביטוחי בעת ובעונה אחת, המבטח נדרש לשלם את תגמולי הביטוח לניזוק, אך בעשותו כן הוא רוכש זכות חזרה כנגד המזיק על הסכום ששילם (עד לגבול חבותו של המזיק).<sup>7</sup> הניזוק מאבד אפוא את זכותו לתבוע את המזיק בגין הנזק

<sup>2</sup> השיקול ההרתעתי עומד בעינו גם כאשר המזיק מבוטח בביטוח אחריות. אמנם במקרה זה המזיק אינו נושא ישירות בתשלום הנזיקי, אך הוא מפנים את הסיכון הכרוך בפעילותו באמצעות הפרמיה הנגבית עבור הכיסוי הביטוחי. הימנעות מהטלת אחריות על מזיק מבוטח הייתה מובילה לתימחור חסר של ביטוח האחריות, ובעקבות זאת להרתעת חסר של המזיק. לדיון על הקשר שבין ביטוח אחריות והרתעת המזיק, ראו Steven Shavell, *On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance*, 25 Geneva Kenneth S. Abraham & Catherine M. Sharkey, *The Papers on Risk & Ins.* 166 (2000). *Glaring Gap in Tort Theory*, 133 Yale Law Journal 71 (2024, Forthcoming).

<sup>3</sup> על פי התפיסה המקובלת של צדק מתקן, אין די בכך שהניזוק יפוצה על הנזק במלואו, אלא נדרש כי המעורל יהיה זה שיישא בנטל התיקון. ראו למשל, ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 114-144 (2012) Allan Beever, *Corrective Justice and Personal Responsibility in Tort Law*, ; 144 (2012) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 475 (2008) 28(3); פורת נזיקין א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 56.

<sup>4</sup> פקודת הנזיקין [נוסח חדרש] (להלן: פקודת הנזיקין). ראו גם ס' 81 לפקודת הנזיקין ("בקביעת סכום הפיצויים לא יובאו בחשבון – (1) סכום שנתקבל או שזכאים לקבלו במות המת לפי חוזה ביטוח; (2) סכום ששולם או שחייבים לשלמו לרגל האבל על המת"). הוראה דומה חלה גם בתביעות חוזיות. ראו ס' 16 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("בקביעת שיעור הפיצויים לא יובא בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל בשל הפרת החוזה לפי חוזה-ביטוח").

<sup>5</sup> ראו חלק ב.1. להלן. כבר ייאמר שעמדתנו היא כי פרשנות זו של הפסיקה אינה רצויה וראוי לשנותה. לעמדה דומה, אף כי מנימוקים אחרים, ראו ישראל גלעד ויונדב סמט "האמנם 'אין שיפוי – אין ניכוי' ? – פרשת יונה נ' כלל (1659/21) "משפטים נד (2023).

<sup>6</sup> ס' 62(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: חוק חוזה הביטוח), קובע כי "היתה למבוטח בשל מקרה הביטוח גם זכות פיצוי או שיפוי כלפי אדם שלישי, שלא מכוח חוזה ביטוח, עוברת זכות זו למבטח מששילם למוטב תגמולי ביטוח וכשיעור התגמולים ששילם". שורשיו של הסדר התחלוף עוד במשפט הרומי, M. L. Marasinghe, *An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine I*, 10 VAL. U. L. REV. 45 (1975). ראו גם ROBERT MERKIN & JENNY STEELE, *INSURANCE AND THE LAW OF OBLIGATIONS* (2013) 100.

<sup>7</sup> לסקירה כללית של הסדר הסוברוגציה, ראו רונן פרי אופקים חדשים במשפט – ריקושטים כלכליים 396-399 (תשס"ב) JERRY ROBERT H. & DOUGLAS R. RICHMOND, *UNDERSTANDING INSURANCE*

שהוטב, ונותרת בידו זכות תביעה רק אם קיים רכיב נוסף של נזק, שהמבטח לא היטיב ושהמזיק נושא בגינו בחבות.<sup>8</sup> תוצאתו של הסדר התחלוף היא אפוא כי המזיק משלם את מלוא החבות הנזיקית (למבטח ולניזוק לפי העניין); הניזוק זכאי להטבת הנזק פעם אחת (באמצעות תגמולי הביטוח, ובאמצעות חבות נזיקית משלימה ככל הנדרש); ואילו המבטח, הזכאי לחזור אל המזיק, מופטר בדרך כלל מן הצורך לשאת בנזק.<sup>9</sup>

הוראת הפקודה מן הצד האחד, והוראות התחלוף מן הצד האחר, נראות על פניהן כהוראות סותרות. כאמור, הוראת הפקודה, על פי הפרשנות הנוהגת, מובילה להטבה כפולה של הנזק. לעומת זאת הוראת התחלוף מובילה להטבתו פעם אחת, בידי המזיק. הפסיקה נאלצה אפוא לפרש את היחס בין ההוראות האמורות בדרך שאינה תואמת את מובנן הפשוט. בפרט היא קבעה כי במקרים שבהם נקבע הסדר התחלוף במפורש – הוראת התחלוף גוברת; ואילו במקרים שבהם הסדר התחלוף לא הוחל במפורש (למשל בביטוחי חיים, או בביטוחים בגין פגיעות גוף, שבהם המבטח אינו זכאי לשיפוי על נזק), זכאותו של הניזוק היא מצטברת.<sup>10</sup>

תפיסה דואלית זו, הפותרת את הדילמה פעם בדרך אחת ופעם בדרך אחרת, מאפיינת גם הסדרים חשובים אחרים בדין הנוהג, בהם האחזיות הביטוחית היא סטטוטורית. כך למשל, חוק הביטוח הלאומי עוסק במצב שבו אירוע אחד מגבש, בעת ובעונה אחת, זכאות לגמלת ביטוח לאומי ולפיצוי נזיקי. על פני הדברים, החוק קובע הוראות סותרות: מן הצד האחד הוא מפנה להוראה שבפקודת הנזיקין – המאפשרת הטבה כפולה של הנזק;<sup>11</sup> מן הצד האחר, הוא

---

BAKER TOM & LOGUE KYLE D., INSURANCE LAW AND ;LAW, 5<sup>th</sup> ed. (2012), 648-654  
POLICY: CASES AND MATERIALS, 4th ed. Frederick, MD: Wolters Kluwer (2017), 297-  
HARRINGTON SCOTT E. & NIEHAUS GREGORY R., RISK MANAGEMENT AND ; 300  
INSURANCE, 2nd ed. New York, NY: McGraw-Hill (2004), 195

<sup>8</sup> להסדר התחלוף ישנן כמה ווריאציות קרובות. על פי ווריאציה אחת, הדין מאפשר לצדדים לקבוע בחוזה הביטוח כי מבטח המקבל לידי את תגמולי הביטוח יחויב להמחות למבטח את זכות התביעה כנגד המזיק (עד כדי סכום התגמולים). על פי ווריאציה שנייה, למבטח מוקנית עילת תביעה ישירה כנגד המזיק, מכוחה הוא זכאי לפיצוי בגין הנזק הכלכלי שנגרם לו עקב הצורך לשפות את הניזוק. על פי ווריאציה שלישית, ניזוק המקבל תגמולי ביטוח, ולאחר מכן זוכה גם בפיצוי מלא מן המזיק, נדרש להשיב למבטח את תגמולי הביטוח. ההצדקה התיאורטית לתחלוף חלה באופן דומה גם על ווריאציות אלה. לדיון בתביעות קרובות לתחלוף ומשמעותן ראו פרי, לעיל ה"ש 7 בעמ' 397-399; Gregory R. Veal, *Subrogation: The Duties and Obligations*, 28 TORT & Ins. L.J. 69 (1992) לסקירה על התפתחות הדוקטרינה ויישומה בארה"ב, ראו למשל James M. Mullen, *The Equitable Doctrine of Subrogation*, 3 MD. L. REV. 201 (1939).

<sup>9</sup> הדבר תלוי כמובן ביכולתו הפיננסית של המעוול לשאת בפיצוי. בנסיבות מסוימות, שחרורו של המבטח מאחזיות עשויה להיות חלקית בלבד. כך למשל כאשר החבות הנזיקית נמוכה מזו הביטוחית (עקב קביעת שיעור תגמולים גבוה, או עקב הגנות שזכאי להן המזיק), או כאשר המעוול חדל פירעון. להרחבה בדבר מצבים אלה ראו, Elaine M. Rinaldi, *Apportionment of Recovery between Insured and Insurer in a Subrogation Case*, 29 TORT & INS. L.J. 803 (1994).

<sup>10</sup> ראו, חלק ג.1 להלן.

<sup>11</sup> ס' 332 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי) ("לעניין סעיף 86 לפקודת הנזיקין רואים גמלה כזכות הנובעת מחוזה").

קובע הסדר תחלוף, המקנה לאוצר המדינה זכות חזרה כלפי המזיק.<sup>12</sup> החוק אינו מפרש את היחס שבין הוראות אלה. אותו המבנה החקיקתי חוזר על עצמו גם בחוק המסדיר תשלום גמלאות למשרתי צבא קבע<sup>13</sup> ובחוק המסדיר תשלום גמלאות לראשי רשויות מקומיות.<sup>14</sup> הטענה המרכזית שרשימה זו מבקשת לבסס היא כי ההסדר הדואלי – שבמסגרתו החבות היא לעתים מצטברת ולעתים כפופה לתחלוף – אינו הסדר רצוי. בפרט, ראוי לנטוש את האפשרות לזכאות מצטברת, ולאמץ את מנגנון התחלוף כהסדר אחיד. כאמור, המשותף להסדר התחלוף ולהסדר הזכאות המצטברת הוא כי בשני המקרים המזיק נושא במלוא חבותו הנזיקית. היבט זה נדרש כדי להבטיח את קיום התכליות של דיני הנזיקין. ההסדרים נבדלים זה מזה רק באשר לאחרייתו של המבטח. ההתלבטות בין ההסדרים ממוקדת אפוא בשאלה אם ראוי לשחרר מבטח מחבות בנסיבות שבהן נזקו של המבוטח הוטב באמצעות פיצוי נזיקי. הסדר התחלוף מגשים את האינטרס המשותף של הצדדים לחוזה הביטוח. התחלוף מבטיח כי החוזה משרת "אינטרס ביטוחי", כלומר מגשים את מטרתו להסיר סיכון מן המבוטח, ולהעבירו אל המבטח. כאשר מבוטח משמר את זכאותו לתשלום מצטבר מן המעוול ומן המבטח, משמעות הדבר היא כי הוא מבוטח פעמיים: פעם באמצעות המערכת הנזיקית, ופעם באמצעות הביטוח שרכש. ביטוח מעין זה אינו רצוי למבוטח שונא סיכון. העלאת שיעור הכיסוי מעל ל-100% מן הנזק אינה מסירה ממנו סיכון, אלא מגבירה אותו – ובכך היא מחדירה להסדר הביטוחי רכיב של הימור. כפי שמבוטח שונא סיכון אינו מעוניין ברכישה של כרטיס הגרלה, כך אין הוא מעוניין ברכישת זכאות ביטוחית ששיעורה עולה על 100% מן הנזק. אף שזכייה בהגרלה עשויה כמובן להיטיב את מצבו, משמעותה של שנאת הסיכון היא כי מחיר ההגרלה עולה על תועלתה.

על אף האמור, בספרות ובפסיקה הועלו נימוקים שונים התומכים בזכאות המצטברת, ובהעדפתה על פני הסדר התחלוף.<sup>15</sup> בין נימוקים אלה, שניים הם מרכזיים. הנימוק האחד הוא כי הזכאות המצטברת מתבקשת לנוכח תנאיו של חוזה הביטוח. המבטח התחייב כי יישא בתשלום אם יתרחש אירוע ביטוחי, ואילו הפרמיה ששילם המבוטח נועדה להבטיח את זכותו לגבות את דמי הביטוח גם כאשר הנזק נגרם בידי מעוול. לפיכך, חיובו החוזי של המבטח הוא בעל תוקף, ללא תלות בשאלה אם האירוע הצמיח לניזוק זכות גם כנגד גורם נוסף. הפטרתו בנסיבות אלה מכשירה אפוא שחרור בלתי מוצדק מחיוב חוזי, ואף מובילה להתעשרות בלתי מוצדקת של המבטח.<sup>16</sup> הנימוק האחר הוא כי בביטוחים בהם לא נוהג הסדר

<sup>12</sup> ס' 328(א) לחוק הביטוח הלאומי ("היה המקרה שחייב את המוסד לשלם גמלה לפי חוק זה משמש עילה גם לחייב צד שלישי לשלם פיצויים לאותו זכאי לפי פקודת הנזיקין, או לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, רשאי המוסד או מעביד שאושר לכך לפי סעיף 343 לתבוע מאותו צד שלישי פיצוי על הגמלה ששילמו או שהם עתידים לשלמה. החזיר מעביד למוסד את הסכום ששילם המוסד לפי הוראות סעיף 94, או שילם מעביד לעובד דמי פגיעה בעד תקופת הזכאות הראשונה לפי הוראות אותו סעיף, רשאי המוסד או המעביד, לתבוע מאותו צד שלישי פיצוי בעד הסכום שהוחזר למוסד או ששולם לעובד בידי המעביד כאמור").

<sup>13</sup> ס' 64 לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גמלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985.

<sup>14</sup> ס' 5 לחוק הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות או סגניו), התשל"ז-1977.

<sup>15</sup> לדיון מפורט, ראו חלק ב' להלן.

<sup>16</sup> ראו R.M. Baron, *Subrogation: A Pandora's Box Awaiting Closure*, 41 S.D. L. REV. 237, דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 405-404 (מהדורה 1996) 242-244.

תחלוף – שבהם החבות הביטוחית אינה נקבעת כשיפוי על נזק – אין לראות את התשלום הביטוחי כתחלוף לפי צווי נזיקי. ביטוחים שאינם משפים על נזק מיועדים בעיקר לכיסוי סיכונים הקשורים בנזקי גוף, פגיעות בריאותיות או מוות.<sup>17</sup> במקרים אלה החבות הנזיקית היא לעתים קרובות חלקית, הן בשל הקושי לתרגם את היקפו של הנזק לערכים כספיים, והן בשל מאפיינים סובייקטיביים של הנזק, שלא ניתן להעריכם ולהוכיחם.<sup>18</sup> על פי נימוק זה, ההכרה בזכאות ביטוחית, שמצטברת לזו הנזיקית, אינה יוצרת כפילות: בעוד שהזכאות הנזיקית מפצה על חלק מן הנזק, הזכאות הביטוחית משלימה את מה שהמערכת הנזיקית החסירה.<sup>19</sup>

נימוקים אלה להצדקת הזכאות המצטברת מעוררים קושי רב. הנימוק הראשון מעורר קושי משום שיש בו משום הנחת המבוטח. אם ההנחה היא כי חוזה הביטוח לא הקנה למבטח זכות תחלוף, אזי נובע מכך שלמבוטח זכאות חוזית להטבה מצטברת. ואולם אם ההנחה היא כי החוזה הקנה למבטח זכות תחלוף, אזי הסדר הזכאות המצטברת דווקא נוגד את החוזה. השאלה החשובה היא אפוא איזו מן המתכונות החוזיות רצויה יותר לצדדים לחוזה הביטוח – זו הדוחה את התחלוף או זו המאמצת אותו. אם המסקנה היא כי הסדר התחלוף משרת את האינטרס המשותף של הצדדים, אזי יש להניח כי הם ירצו לאמצו, ולגלם בחירה זו בפרמיית ביטוח נמוכה יותר. במקרה זה, ברי כי הטענה כי ראוי למנוע את התחלוף בשל פרמיית הביטוח שנגבתה, אינה עומדת.

*Bradburn v. Great Western Rly, L.R. 10 Ex 401*. ראו גם פרי, לעיל ה"ש 7 בעמ' 401. ראו גם *justice in setting off what the plaintiff has entitled "There is no reason or) 1, 3 (1874) himself to under a contract with a third person ... He does not receive that sum of money because of the accident, but because he made a contract for the contingency; an accident must occur to entitle him to it, but it is not the accident, but his contract which is the cause of his receiving it"*. לדברים ברוח דומה, ראו רע"א 7946/09 **מקפת החרושה ניהול קרנות פנסיה ותגמולים נ' יעל אנוך**, 7 (נבו 29.02.2012) ("הניזוק-המבוטח רכש, באמצעות תשלום פרמיות הביטוח, את הזכות לקבל תשלומים מאת המבטח בקרות המאורע הביטוחי, ואין הצדקה לשלול ממנו זכות זו, כפי שגם אין הצדקה כי המבטח יזכה בשיפוי בגין אותם תשלומים שעבורם גבה פרמיה מן המבוטח").

<sup>17</sup> ראו פרי לעיל ה"ש 7 בעמ' 402-403.

ראו למשל *Rob Merkin QC, Lowry, Rawlings and Merkin's Insurance Law Doctrines and Principles*, 4th ed. (2022), 347 ("The most important form of insurance excluded from subrogation rights is life and accident. Plainly it is impossible to put an actual value on life or limb, and the law accordingly allows the insured to accumulate whatever recoveries he can, from insured and non-insured sources. However, if the loss is measurable, then the policy is one of indemnity and subrogation can operate." מקור האבחנה בפסיקה ותיקה של המשפט האנגלי. ראו *Dalby v India and London Life Assurance Co* (ביטוח חיים); 15 CB 365 (1854), *Theobald v. Railway Passengers Assurance Co.*, (1854) 10 Exch 45 (53) Reuben Hasson, *Subrogation in Insurance Law—A Critical Evaluation*, 5(3) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 416, 418 (1985); רע"א 1659/21 **מלכה יונה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, 24 (נבו 05.07.2022) (להלן: פרשת **יונה נ' כלל**).

<sup>18</sup> לצד נימוקים אלה, הועלו גם טעמים נוספים התומכים בזכאות המצטברת, ובהם הטענה כי הזכאות המצטברת לא תמיד פוגעת בתמריצי הזהירות של הניזוק; כי מבטחים עלולים להיכשל בתביעת החזרה עקב קושי באיסוף ראיות; וכי הסדר התחלוף עלול להפריע לניהולם של הסדרים פיננסיים מעורבים, שמשלבים היבטים של ביטוח עם היבטים של השקעה וחסכון. לדין בכלל הטעמים שהועלו, ובתשובות להם, ראו חלק ב להלן.

הנימוק השני מעורר אף הוא קושי, משום שגם בנסיבות שבהן החבות הנזיקית מובילה לפיצוי חסר, והניזוק הפוטנציאלי מעוניין להשלימו באמצעות ביטוח – אין בהסדר התחלוף כדי להפריע במימוש תכלית זו. אם יבטח את הנזק במלואו, ובמקביל יקנה למבטח זכות תחלוף עבור הפיצוי הנזיקי (יהיה שיעורו אשר יהיה) – חשיפתו של הניזוק לסיכון תוסר במלואה. יתרה מזאת, ביטוח כזה יגשים את מטרותיו גם במובנים אחרים. מאחר שהנזק יבטח במלואו, יוקנה לו כיסוי מלא לא רק אם הנזק ייגרם במעשה עוולתי, אלא גם במקרה המסתבר יותר (בדרך כלל), שבו ייגרם בנסיבות שאינן עוולתיות. כמו כן, ביטוח כזה יעביר את נטל התביעה כנגד המעוול אל המבטח, ובכך יסיר מן המבטח את הסיכון כי התביעה תיכשל, והסיכון כי יידרש לשאת בעלויותיה. עולה אפוא כי כאשר הפיצוי הנזיקי אינו מלא, לניזוק שונא סיכון עשוי להיות עניין ברכישת ביטוח; ואולם מכך לא נובע כי ביטוח זה לא יכלול הוראת תחלוף. הטעמים שבגינם הסדר התחלוף מועיל לצדדים במקרה שבו הפיצוי הנזיקי מלא, מוסיפים לחול גם כאשר הפיצוי הנזיקי חלקי.

השיקולים התומכים באימוצו של הסדר תחלוף בחוזה ביטוח, מוסיפים לחול גם כאשר מקורו של הביטוח הוא בהסדר סטטוטורי, המקנה למוטב זכאות לגימלה או לדמי ביטוח לאומי בעקבות אירוע נזק. הסדרי ביטוח סטטוטוריים מיועדים להסיר סיכון ממוטבים, ועל כן עליהם לשרת אינטרס ביטוחי. יתרה מזאת, הסדר סטטוטורי שאינו כולל הוראת תחלוף יוצר אפליה בין מוטבים שנוזקם אירע בנסיבות עוולתיות למוטבים שנוזקם אירע בנסיבות אחרות. הוא אף מפלה בין מוטבים שנוזקם הוטב ובכל זאת זכאים לתשלום כפל מן המדינה, ובין אזרחים שלא חוו אירוע נזק ואינם זכאים לתשלום דומה. באפליה זו אין בה כדי לשרת תכלית מוצדקת כלשהי של ההסדר הסטטוטורי. היא שקולה להקצאה שרירותית של כספי ציבור הנערכת בדרך של הגרלה.

אף שהשאלה העקרונית שמעורר היחס בין חבות מזיק ומבטח אינה חדשה, היא נותרה במידה רבה בלתי פתורה. דוגמה עדכנית לכך באה לידי ביטוי בפרשת **יונה נ' כלל**, שנדונה לאחרונה בבית המשפט העליון.<sup>20</sup> פרשה זו עסקה במקרה שבו אדם מצא את מותו בתאונה. בעקבות זאת קמה לשאריו זכות תביעה בנזיקין, וכן זכאות לתגמולים מן המדינה מכוח חוק גמלאות סטטוטורי. הדיון עסק ביחס שבין שני המקורות: כיצד משפיעה הזכאות לתגמולים על הזכאות לפיצוי הנזיקי. נקודת המוצא של הדיון המשפטי הייתה כי חרף קיומה של הוראת תחלוף בהסדר הסטטוטורי, לאוצר המדינה אין זכות חזרה כנגד המעוול בגין הקצבה ששולמה לשארים. השאלה שנותרה הייתה אפוא אם ראוי לנכות את התגמולים מחבותו של המזיק, או שמא להכיר בזכאותם של השארים לתשלום של תגמולים ופיצויים במצטבר.

בהיבט הנזיקי, כל אחת משתי האפשרויות מעוררת קושי מהותי. אם נאמר כי יש לנכות את ערך התגמולים מן החבות, אזי המעוול יופטר מאחריות לנזק שגרם. יתרה מזאת, המשמעות היא כי כספי התגמולים ששילמה המדינה לא יגיעו לכיסו של המוטב, כי אם לכיסו של המעוול, שכן מלוא ערכם ינוכה מחבותו הנזיקית. מנגד, אם נאמר לחלופין כי אין לנכות את ערך התגמולים מן החבות, אזי משמעות הדבר היא כי לא קיים העקרון הנזיקי של השבת המצב לקדמותו.

ואולם החטא הקדמון, שבגיננו הבעיה נוצרה מלכתחילה, הוא אי ההכרה בתוקפו של הסדר התחלוף. אם התגמולים משולמים מבלי שמוקנית למדינה זכות חזרה כנגד המעוול,

אזי משמעות הדבר היא כי ההסדר הסטטוטורי אינו משרת אינטרס ביטוחי. בנסיבות שבהן המוטב כבר מבוטח בידי המערכת הנזיקית – אין הוא נושא עוד בסיכון שמצריך הגנה ביטוחית נוספת. התגמולים המשולמים בנסיבות אלה אינם מקדמים הקצאה יעילה של סיכון, שכן בנסיבות האמורות הסיכון כבר מבוטח. יתרה מזאת, הן אינם מפחיתים סיכון ממוטבים אלא מגבירים אותו, שכן שארים שקרובם נפטר בנסיבות עוולתיות זכאים לתשלום גבוה, בעוד אלה ששארם נפטר בנסיבות אחרות זכאים לתשלום נמוך. הקצאה זו של כספי ציבור היא שרירותית ומפלה.

הפתרון הראוי לקושי טמון אפוא באימוץ נרחב של מנגנון התחלוף. כאשר המדינה או מבטח אחר חייבים בתגמולי ביטוח, הרי הם רוכשים את זכות התביעה הנזיקית כנגד המעוול. בשדה הנזיקי, מנגנון התחלוף מבטיח, בעת ובעונה אחת, כי המעוול יישא במלוא הנזק שגרם, וכי מצבו של הניזוק יושב לקדמותו. בשדה הביטוחי הוא מבטיח כי הסדרים ביטוחיים ימלאו את הפונקציה שלשמה נוצרו, ויוגבלו רק לנסיבות שבהם מתקיים אינטרס ביטוחי. בשדה הציבורי המנגנון מבטיח כי כספי ציבור לא יוקצו בדרך אקראית ומפלה, כי אם בדרך רציונלית ושוויונית. כדי להחיל מנגנון זה באופן רחב, נדרשת פרשנות עדכנית של הדין הסטטוטורי, וכן הסרה של כללים מגבילים שנקבעו במהלך השנים בהלכה הפסוקה. יתרת הרשימה עוסקת בבסיס העקרוני והתיאורטי שעליו נשענת המסקנה האמורה, ובשינויים המוצעים לאורה בכללי הדוקטרינה המשפטית. **חלק א** עוסק בתכליתו של הביטוח, ובטעמים שבגינם התחלוף נדרש בהסדרי ביטוח חוזיים ובהסדרי ביטוח סטטוטוריים. **חלק ב** מציג את הטעמים שניתנו בספרות ובפסיקה לאי החלתו של הסדר התחלוף, ומסביר מדוע ראוי לדעתנו לדחותם. **חלק ג** מציג את השלכות הדין על הדין הנוהג. **חלק ד** מסכם.

## א. יעילותו של הסדר התחלוף

### 1. הרציונל התיאורטי להסדר התחלוף

חווה הביטוח הוא עסקה להעברה של סיכון. מטרתו היא למצות את התועלת הטמונה בהעברתו, ממי שעלות הנשיאה בו גבוהה למי שיכול לשאת בו בעלות נמוכה.<sup>21</sup> מאחר

<sup>21</sup> הסיבה המרכזית לעלות הנשיאה בסיכון נעוצה בתועלת השולית הפוחתת מכסף. כאשר רמת העושר של אדם מוגבלת, עושרו משמש לסיפוק צרכיו החיוניים ביותר (כגון מזון, קורת גג, וכיו"ב). ככל שרמת עושרו גדלה, כך הצרכים שאליהם מופנים השקלים הנוספים הם חיוניים פחות. לפיכך, ככל שאדם עשיר יותר, כך תוספת נתונה של כסף מקנה לו תועלת הולכת ופוחתת. מקשר זה בין כסף ותועלת, נובעת גם שנתת הסיכון (risk aversion), שמשמעה העדפה של רווח או הפסד וודאיים על פני השתתפות בהגרלה שבה תוחלת הרווח או ההפסד זהה. בפרט, אם אדם שתועלתו מכסף פוחתת ניצב בפני הבחירה להפסיד 100 בוודאות, או להפסיד 200 בהסתברות של 0.5, הוא יעדיף לשאת בהפסד הודאי, משום שהפגיעה בתועלת הכרוכה בהפסד של 200 היא קשה מפעמיים הפגיעה הכרוכה בהפסד של 100. לדין תיאורטי בערך הטמון בעסקת הביטוח ראו KENNETH Artur Raviv, *The Design*; J. ARROW, *ESSAYS IN THE THEORY OF RISK-BEARING* (1971) *of an Optimal Insurance Policy*, 69 AM. ECON. REV. 84 (1979); Henri Loubergé, *Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years*, HANDBOOK OF INSURANCE (2013); ROLAND EISEN & DAVID L. ECKLES, *INSURANCE ECONOMICS* (2012); DANIEL SCHWARCZ & PETER SIEGELMAN, *RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF INSURANCE LAW* (2015).



שעסקת הביטוח נדרשת להבטיח רווח חיובי למבטח, הפרמיה שמשלם המבוטח בהכרח עולה על תוחלת התגמולים שיקבל ממנו במורד הדרך. לפיכך, יסוד מרכזי בעסקת הביטוח הוא כי היא מניבה למבוטח תוחלת רווח שלילית. נכונותו של המבוטח לשאת בהפסד זה בתוחלת היא המחיר שהוא משלם כדי להסיר מעצמו סיכון.<sup>22</sup>

עובדה זו משמיעה כי למבוטח אין אינטרס ברכישת ביטוח עבור סיכון שהוא כבר מבוטח. כך למשל, אם אדם ביטח עצמו בגין 100% מן הנזק שעלול להיגרם, אין הוא יכול להפיק תועלת מרכישת הרחבה לכיסוי הביטוחי, כך שיעמוד על 150% מנזק זה. העסקה להרחבת הביטוח תניב לו תוחלת רווח שלילית, מבלי שיש בה כדי להסיר ממנו סיכון. למעשה, הרחבה של ביטוח אל מעבר לרף ה-100% תחשוף אותו לסיכון חדש.<sup>23</sup> להבדיל מכיסוי מלא, המבטיח כי מצבו יישאר קבוע ללא תלות בשאלה אם יתממש הסיכון, כיסוי העולה על שיעור של 100% יוצר אי וודאות (שכן מצבו אם יתממש הסיכון יהיה עדיף מאשר אם לא יתממש). אדם שונא סיכון יראה באי-וודאות זו משום עלות נוספת. לפיכך, הרחבת הכיסוי אינה עסקת ביטוח כלל, אלא עסקת הימור: היא מציעה למבוטח תוחלת רווח שלילית, תוך הגברת חשיפתו לסיכון. עסקה כזאת אינה יכולה לשרת את מטרתו של מבוטח שונא סיכון.<sup>24</sup>

הרחבת הכיסוי הביטוחי אל מעבר לרף ה-100% עשויה להיות בלתי רצויה גם מסיבה נוספת, הקשורה בהשפעתה על תמריצי ההתנהגות. מאחר שכיסוי כזה עולה על היקף הנזק, הוא מוביל לכך שהמבוטח ירוויח מהתרחשותו. ביטוח כזה מתמרץ אפוא את המבוטח

<sup>22</sup> בספרות נשמעת לעתים הטענה כי המחיר שגובה חברת הביטוח עשוי להיות נמוך מתוחלת הנזק. ההסבר המוצע לכך הוא כי חברת הביטוח עשויה להשקיע את כספי הלקוחות באפיקים המניבים תשואה, ולחלוק עימם את פירות ההשקעה באמצעות הוולה של התשלום הכולל. לדיון ברוח זו ראו למשל תומס סואל **יסודות הכלכלה** 272-273 (2006). ואולם ההסבר לתופעה זו טמון בכך שהעסקה המתוארת אינה עסקת ביטוח טהורה, כי אם עסקה משולבת של ביטוח ואשראי. ברכיב הביטוח, המבטח גובה פרמיה העולה על תוחלת הנזק; ברכיב האשראי, המבטח נוטל הלוואה מן הלקוח, ומשלם בגינה ריבית. התשלום הכולל של הלקוח מייצג אפוא לא את פרמיית הביטוח לבדה, כי אם את פרמיית הביטוח לאחר שקוזה ממנה הריבית. לשון אחר, זהו הסכום נטו שהיה משלם הלקוח אילו ביצע שתי עסקאות נפרדות: עסקת ביטוח (שאינן בה ממד של אשראי), שבגינה שילם פרמיה העולה על תוחלת הנזק; ועסקת אשראי שבגינה קיבל ריבית. אין בכך אפוא כדי לסתור את העיקרון שלפיו פרמיית הביטוח, כשלעצמה, נדרשת להיות גבוהה מתוחלת הנזק, שכן אחרת פעילות המבטח היא הפסדית.

<sup>23</sup> בהתאם לנהוג בשיח הכלכלי, אנו משתמשים במושג "סיכון" כמקביל ל"אי-וודאות". ביטוח העולה על 100% מן הנזק חושף את המבוטח ל"סיכון", שכן, בהשוואה לביטוח על 100% מן הנזק, הוא מגביר את אי הוודאות באשר לעושרו העתידי. בפרט, ביטוח כזה מתלה את עושרו בהתרחשות המסתברת של האירוע הביטוחי.

<sup>24</sup> לאור אופיה של עסקת הביטוח כעסקת הימור, דיני הביטוח הגבילו את תוקפה בנסיבות אלה. ראו למשל, ROB MERKIN & JENNY STEELE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25. לעומת זאת, לעתים קרובות לצדדים אינטרס לקבוע כיסוי ביטוחי הנופל מ-100% מן הנזק. לדבר שתי סיבות מרכזיות. הסיבה האחת היא כי הפחתת הכיסוי מסייעת בהתמודדות עם בעיות של סיכון מוסרי וסלקציה שלילית. הסדר ביטוחי טיפוסי קובע אפוא שיעור מסוים של "השתתפות עצמית", השקולה להפחתת שיעור הכיסוי, בדרך המאזנת בין צורך למתן את הבעיות האמורות ובין השאיפה למזער את הסיכון שלו חשוף המבוטח. הסיבה השנייה היא שביטוח לעתים נועד לכיסוי נזק שהוא רק בחלקו ממנו. במקרה זה האינטרס המשותף של הצדדים הוא לבטח את הרכיב הממוני בלבד. לדיון נרחב יותר בנקודה זו, ראו חלק א.2. להלן.

להתירשל במניעת הנזק, או אף לגרום לו במתכוון.<sup>25</sup> כוחו של המבטח לתמחר חשש זה עשוי להיות מוגבל מסיבות שונות.<sup>26</sup> כך למשל, המבטח עשוי שלא לדעת על קיומה של ההרחבה הביטוחית, אם זו נרכשה ממבטח אחר;<sup>27</sup> והוא עשוי שלא להעריך נכונה את כוונותיו של המבוטח, ואת טיב האמצעים העומדים לרשותו לגרימת הנזק ולהסתרת מעורבותו בכך.<sup>28</sup> יתרה מזאת, גרימת הנזק עלולה לסכן צדדים שלישיים, שנזקם הפוטנציאלי אינו משתקף בפרמיית הביטוח (למשל, כאשר נכס מושמד בשריפה, שבתורה יוצרת סיכון לנזקים נוספים).<sup>29</sup>

חוק חוזה הביטוח משקף אפוא את ההנחה המתבקשת כי צדדים לחוזה כזה אינם מעוניינים בדרך כלל בכיסוי העולה על שיעור של 100%. עקרון בסיסי בדיני הביטוח הוא "עקרון השיפוי", הקובע ברירת מחדל רחבה ולפיה זכאותו של המבוטח לתגמולי ביטוח מוגבלת לגובה הנזק שנגרם לו בפועל.<sup>30</sup> לאור זאת, החוק קובע כי אם מתברר למי מן הצדדים כי החוזה שנכרת משקף "ביטוח יתר" – כלומר שסכום הביטוח עולה במידה בלתי סבירה על שווי של הנכס המבוטח – אזי כל אחד מהם רשאי להודיע לאחר על הפחתת סכום הביטוח לשוויו הנכון, תוך הפחתה יחסית בגובה הפרמיה.<sup>31</sup> הסדר דומה חל גם במצבים של "ביטוח כפל" – בהם מתברר כי הכיסוי עולה על שיעור של 100% בעקבות רכישת ביטוח אצל מבטח אחר.<sup>32</sup> יחד עם זאת, החוק מותיר לצדדים את האפשרות לקבוע את סכום התגמולים במנותק מגובה הנזק אם הם חפצים בכך.<sup>33</sup> אפשרות זו מוקנית לא בשל ההנחה כי כיסוי יתר רצוי לצדדים, אלא בעיקר בשל הקושי שמתעורר לעתים באמידה של הנזק – תהליך שעשוי לגבות עלות ניכרת, ושלעתים נתקל בקושי מעשי עקב היבטים סובייקטיביים או ספקולטיביים שמאפיינים את הנזק ואת דרכי הערכתו.<sup>34</sup> אפשרות זו כפופה אפוא לכלל הרחב החל בדין הנוהג, ולפיו חוזה הימור אינם ניתנים לאכיפה, והפרתם אינה מזכה בפיצויים.<sup>35</sup> הטעמים להימנעות מכיסוי יתר חלים באופן דומה גם כאשר הכיסוי הביטוחי אינו תולדה של עסקת ביטוח, אלא מקורו בגורם אחר הממלא פונקציה ביטוחית. גורם כזה הוא המערכת הנזיקית, שבאמצעות הקניית הזכות לפיצוי, מבטחת את הניזוק הפוטנציאלי מפני סיכון הנובע ממעשה עולתי. גורם אחר הוא הזכות לגמלאות שהמדינה משלמת מכוח חוק. אם

<sup>25</sup> ראו למשל, Tom Baker, *On The Genealogy of Moral Hazard*, 75 TEXAS LAW REVIEW 237, CAROL A. HEIMER, ; 259-260 בעמ' 6, לעיל ה"ש 22, בעמ' 259-260, ROBERT H. & R. RICHMOND ; 250-252 (1996).

REACTIVE RISK AND RATIONAL ACTION (2020) 32-35.

<sup>26</sup> לדין בהיבטים שונים של הקושי, ראו HEIMER, לעיל ה"ש 22, בעמ' 194-215.

<sup>27</sup> ROB MERKIN & JENNY STEELE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 142.

<sup>28</sup> HEIMER, לעיל ה"ש 22, בעמ' 29-30 ; Christopher Parsons, *Moral Hazard in Liability* ; 29-30 בעמ' 28(3) THE GENEVA PAPERS ON RISK AND INSURANCE 448 (2003).

<sup>29</sup> ראו למשל, שחר ולר *חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981* כרך ב 121 (2005) (להלן: ולר *חוק חוזה הביטוח* ב).

<sup>30</sup> ס' 56(א) וס' 56(ג) לחוק חוזה הביטוח. ראו גם, ולר *חוק חוזה הביטוח* ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 138-145, 148-162 ; ג' טרסקי "ביטוח החיים במסגרת הביטוח הכללית" *מסות נוספות במשפט* 147, 154-156 (תשנ"ב).

<sup>31</sup> ס' 58 לחוק חוזה הביטוח.

<sup>32</sup> ס' 59 לחוק חוזה הביטוח.

<sup>33</sup> ס' 56(ד) לחוק חוזה הביטוח.

<sup>34</sup> ולר *חוק חוזה הביטוח* ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 165-166.

<sup>35</sup> ס' 32(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

הזכאות לגמלה תלויה בהתרחשות של אירוע נזק, אזי הגוף המשלם פועל כמבטח.<sup>36</sup> כאשר הסיכון מבוטח באמצעות מקורות אלה, אין לניזוק הפוטנציאלי עניין לרכוש ביטוח נוסף בגין הסיכון שכבר כוסה.

ממסקנה זו נובעות כמה השלכות באשר לאופיו הרצוי של חוזה הביטוח, ובאשר לפרשנותן הרצויה של הזכות הנזיקית ושל הזכות לגמלה מכוח חוק. כאשר אדם רוכש ביטוח, הוא רואה לנגד עיניו מצבי עולם מסוימים שבהם יהיה חשוף לנזק, ומצבי עולם אחרים בהם יהיה זכאי לשיפוי ממקור חיצוני (פיצוי נזיקי או גמלה). האינטרס ברכישת הביטוח מוגבל למצבים שבהם הסיכון אינו מבוטח באמצעות מקור אחר. הסדר אופטימלי עם המבטח הפרטי יגביל אפוא את חבות המבטח למצבים שבהם, אלמלא הביטוח, המבוטח היה נושא בסיכון. שחרורו של המבטח מן האחריות הסופית לנזק תגולם בפרמיית הביטוח, ותוביל להפחתתה. ההסדר ישרת את אינטרס המבוטח, שכן הוא יפטרו מן הצורך לרכוש כיסוי העולה על 100% מן הנזק, שכאמור אינו רצוי לו.

שיקול דומה מוביל אל המסקנה שכאשר אירוע נזק מזכה אדם בגמלה – זכאות זו תסוייג במקרים שבהם הנזק הוטב באמצעות דיני הנזיקין. גמלה המשולמת עקב אירוע נזק מיועדת לשרת אינטרס ביטוחי. העברת סיכון מן הניזוק הפוטנציאלי אל משלם הגמלה אינה נדרשת בנסיבות שבהן הניזוק הפוטנציאלי כבר מבוטח באמצעות המערכת הנזיקית. ביטוח יתר מגביר את הסיכון שחשופים לו המוטבים והוא פוגע בתמריצי המניעה של הנזק. יתרה מזאת, ביטוח יתר פועל באורח לא שוויוני. הוא מוביל לחלוקה אקראית של כספי התמיכה הציבורית, כך שמי שחוזה אירוע נזק עוולתי יזכה ברווח גדול (מעבר להטבת הנזק), ומי שלא חווה אירוע נזק (או שחוזה אירוע נזק שלא בנסיבות עוולתיות) לא יזכה ברווח כלל. הבחנה זו משוללת הצדקה עניינית, והיא מבטאת שימוש לא ראוי בכספי ציבור.

דרך אפקטיבית וראויה יותר לתמוך בציבור המוטבים היא לקבוע כי הטבת הנזק (מכוח הגמלה ומכוח דיני הנזיקין) לא תהיה הטבה כפולה. הפיצוי הנזיקי יופחת מן הגמלה, כך שהסכום הכולל שיקבל המוטב לא יעלה על הגבוה מן השניים. לכאורה הסדר זה מפחית את סך תשלומי הגמלה שמשלמת המדינה לציבור המוטבים. ואולם תוצאה זו אינה מתחייבת: אם רצון המחוקק הוא להעביר את הסכום שייחסך בחזרה אל ציבור המוטבים – בכוחו לעשות כן באמצעות הגדלת הגמלה בדרך שאינה תלויה באירוע הנזק. מדיניות כזאת לא תגביר את החשיפה לסיכון, לא תפגע בתמריצי מניעת הנזק, ואפשר לחלקה בין הזכאים בדרך המתבססת על קריטריונים ענייניים, המשקפים את יעדי המדיניות הציבורית באופן ישיר. מנגנון התחלוף הוא אמצעי המאפשר הימנעות מביטוח יתר, הן בעסקאות ביטוח פרטיות והן בהסדרי ביטוח מכוח חוק. משמעותו של התחלוף הוא כי המבטח משלם את תגמולו

<sup>36</sup> לניתוח הפונקציה הביטוחית של גמלאות ממשלתיות, ראו למשל: JOSEPH E. STIGLITZ & JAY K. ROSENGARD, THE ECONOMICS OF THE PUBLIC SECTOR 470-482 (4TH ED. 2015); JEFFREY BROWN, ED., PUBLIC INSURANCE AND PRIVATE MARKETS (2010); George L. Priest "Government Insurance versus Market Insurance", 28 GENEVA PAPERS ON RISK & INSURANCE 71 (2003). כן ראו יצחק אליאסוף "הביטוח הלאומי בישראל – גמלאות והטבות סוציאליות", שנתון משפט העבודה ד 8 (1994).

הביטוח, ואז עומד בנעלי המבוטח בתביעתו כנגד המקור האחר.<sup>37</sup> הפרוצדורה המחייבת תשלום בשלב ראשון, וניהול התביעה בשלב שני, משרתת גם מטרה ביטוחית משנית: ההסדר מבטיח לא רק כי המבוטח יהיה זכאי לפיצוי (פעם אחת) בגין הנזק, אלא גם כי יבוטח כנגד הסיכון הכרוך במימושה של זכות התביעה כנגד המעוול. כך למשל, אם מתעורר חשש כי מעוול יחמוק מחבות עקב קשיים בהוכחת האחריות או הנזק, או עקב חדלות פירעון, הרי שבסיכון זה נושא המבטח. העברת נטל התביעה למבטח מטילה עליו סיכון נוסף, ולכן צפויה לייקר את הביטוח.<sup>38</sup> ואולם מאפיין זה הוא רצוי, שכן הסיכון כי הזכות לא תמומש, או כי יידרשו הוצאות ניכרות כדי לממשה, אף הוא סיכון שמבוטח שונא סיכון ירצה לבטח מפניו. הסדר ביטוחי אופטימלי מעביר אפוא סיכון זה אל המבטח.<sup>39</sup>

## 2. הרציונל להסדר התחלוף בביטוח שאינו משפה על נזק

חרף יתרונותיו האמורים של הסדר התחלוף, הדין הנוהג אינו מחיל אותו באופן אחיד. ההבחנה המרכזית המשמשת לקביעת תחולתו נוגעת לשאלה אם הביטוח הוא מסוג "שיפוי". בביטוח "שיפוי", התגמולים נקבעים על בסיס הנזק שנגרם למבוטח בפועל; לעומת זאת, בביטוח שאינו מסוג "שיפוי", היקף התגמולים נקבע על בסיס מפתח שנקבע מראש, שאינו צמוד לנזק. המקרים הטיפוסיים שבהם הביטוח נקבע שלא על פי היקף הנזק הם מקרים של פגיעות גוף ושל מוות. בעוד הסדר התחלוף חל ככלל בחווי שיפוי, תחולתו מסוייגת בחוזים

<sup>37</sup> פסק הדין מנחה מן המשפט האנגלי מגדיר את התחלוף כך כבר ב-1783: "Once there has been full indemnification, the right of subrogation arises. The assured's cause of action becomes vested in the insurers and they are free to sue the third party. English law does not confer any new cause of action upon the insurers, and operates the fiction that the assured is the claimant. Accordingly, the insurers must bring their action in the name of the assured" (*London Assurance Co v Sainsbury*, (1783) 3 Doug 245).

<sup>38</sup> מטעם זה, ההשפעה הכוללת של הסדר התחלוף על מחיר הביטוח נגזרת משני רכיבים הפועלים בכיוונים מנוגדים. הרכיב האחד הוא הפטרת המבטח מחבות סופית בגין הנזק העיקרי, כשנזק זה נגרם במעשה עוולה. רכיב זה מסיר סיכון מן המבטח, ולכן מאפשר את הוזלת מחיר הביטוח. הרכיב האחר הוא רכיבת כיסוי ביטוחי כנגד הסיכון המשני, הנוגע למימוש הזכות הנזיקית כלפי המעוול. רכיב זה מטיל עלות נוספת על המבטח, ומוביל לעליית מחיר הביטוח. ההשפעה הכוללת של התחלוף על המחיר נגזרת אפוא מן היחס שבין שתי השפעות אלה. ואולם כל עוד התביעה הנזיקית היא בעלת ערך כלכלי חיובי (כלומר, העלות הכרוכה בניהול התביעה נמוכה מתוחלת החבות), הסדר התחלוף צפוי להוביל להפחתת המחיר.

<sup>39</sup> לדין בשיקול זה, ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Subrogation and the Theory of Insurance When Suits Can Be Brought for Losses Suffered*, 34(1) JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION 619, 635 (2018).

שאינם כאלה.<sup>40</sup> השאלה שהבחנה זו מעוררת היא אם היעדרו של מאפיין השיפוי מצדיק את שלילתו של התחלוף.<sup>41</sup>

צדדים עשויים לקבוע את תגמולי הביטוח במנותק מן הנזק מכמה טעמים אפשריים. טעם מרכזי אחד הוא כי הנזק מעורר קשיים מובנים של הערכה וכימות.<sup>42</sup> כך למשל, כשמבוטח בביטוח חיים הולך לעולמו, לעתים קרובות יהיה זה קשה לאמוד את ההשלכות הכלכליות הצפויות מכך לשאריו. הנזק הכלכלי הנלווה למוות הוא במידה רבה ספקולטיבי. הוא תלוי באופן שבו היו נוהגים הנפטר ומוטביו במציאות היפותטית שבה היה נותר בחיים. הוא תלוי בשאלה כיצד שינויי נסיבות היו משפיעים על היקף תמיכתו הכלכלית בהם, ובשאלה כמה זמן היה המנוח ממשיך לחיות אלמלא מצא את מותו באירוע שהתרחש.<sup>43</sup> בעיות סבוכות של הערכה מתעוררות לעתים קרובות גם בביטוח הנוגע לנזקי גוף. השלכתה של המגבלה הפיזית על מצבו הכלכלי של המבוטח תלויה במידה רבה במאפייני האינדיבידואליים, באירועים אקראיים שייטיבו את מצבו או ירעו אותו במורד הדרך, ובאמצעים העומדים לרשותו, ושיעמדו לרשותו בעתיד, להתמודדות עם הפגיעה. נזק הגוף אינו משתנה בעל ערך שוק, וקשה להעריכו בדרך מקורבת.<sup>44</sup> בנסיבות אלה ישנו יתרון בקביעה ישירה של סכום הביטוח בדרך שאינה מצריכה אומדן של הנזק. בדומה להוראת פיצוי מוסכם בחוזה, קביעה מוקדמת של חבות המבטח מאפשרת לצדדים לחסוך את עלויות ההערכה, ולהימנע מן הקושי הנובע מטעויות הצפויות בתהליך זה.

<sup>40</sup> Alan O. ; JOHN F. DOBBYN, INSURANCE LAW IN A NUTSHELL, 3d ed. (1996), 285-290  
ROB MERKIN ; Sykes, Subrogation and Insolvency, 30 J. LEGAL STUD. 383, 383-384 (2001)  
& JENNY STEELE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 118. ראו גם, ROB MERKIN QC, לעיל ה"ש 16. הבסיס להבחנה  
זו באשר לחריג ביטוח פגיעות גוף ומוות מיוחס לפסיקה האנגלי מן המאה ה-19. ראו Dalby, לעיל ה"ש 18  
(ביטוח חיים); 1 ; LR 10 Ex 1 (1874) *Bradburn v Great Western Railway Co* (ביטוח תאונות).

<sup>41</sup> על הבחנה זו של המשפט המקובל נמתחה ביקורת. נטען כי שורשיה במציאות משפטית וכלכלית השונה  
במהותה מזו השוררת כיום. כך למשל כותבים ROB MERKIN & JENNY STEELE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 128 :  
"standard policies relating to personal injury and death are shakily justified exceptions to the  
general approach to the insurance contract in terms of indemnity, and that the  
logic of subrogation threatens to bring to the surface some concealed debates about the  
The nature of personal injury damages". Hasson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 418, אף הוא כותב:  
"The doctrine of subrogation applies only to contracts of indemnity and in the Alice-in-  
Wonderland world of insurance, life insurance contracts and accident insurance  
contracts were held not to be contracts of indemnity, despite the fact that it is clearly the  
intention of purchasers of these contracts to indemnify either their families (in the event  
of death) or, in the event of an accident, to compensate themselves for their lost  
earnings. Why the loss of property should be treated differently from a loss of an arm,  
when both result in economic losses to the person who sustains them has never been  
explained"

<sup>42</sup> ראו, ולר חוק חוזה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 165-166; טרסקי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 162-163.  
<sup>43</sup> על הקשיים בהערכת הנזק במקרים של מוות, ראו למשל David Friedman, *What is 'fair compensation' for death or injury?*, 2(1) INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND  
ECONOMICS 81 (1982); Helene L. Grossman, *Compensation for Loss of Life and Limb*, ; ECONOMICS 81 (1982)  
WILEY STATREF: STATISTICS REFERENCE ONLINE (2014).

<sup>44</sup> Viscusi, לעיל ה"ש 38.

טעם אחר לקביעת תגמולים שאינם תלויים בנזק קשור בכך שלעתים המבוטח אינו מעוניין בביטוח על מלוא הנזק. ככלל, האינטרס של המבוטח ברכישת ביטוח מוגבל לסיכונים *ממוניים*, ואין הוא משתרע על סיכונים בלתי ממוניים.<sup>45</sup> שנאת הסיכון, שבגינה נרכש הביטוח, נובעת מן התועלת השולית הפוחתת מכסף. כאשר הנזק הוא ממוני, אירוע הנזק מוביל לירידה בעושרו הכולל של הניזוק, ולפיכך לעלייה בתועלת השולית שלו מכסף. בנסיבות אלה עסקת הביטוח היא כדאית משום שתשלומי הפרמיה משולמים בשעה שתועלתם השולית נמוכה, בעוד שתגמולי הביטוח מתקבלים כשתועלתם השולית גבוהה. הפער בתועלת השולית מכסף הוא מקור הרווח שמפיק המבוטח מן העסקה. אף שבערכים כספיים עסקת הביטוח היא עסקת הפסד, במונחי תועלת היא עשויה עדיין לשפר את מצבו. שיקול זה, המסביר את רכישת הביטוח כשהנזק הוא ממוני, אינו עומד כאשר הנזק אינו ממוני. אם הנזק שנגרם מתבטא בכאב וסבל, אין בו כדי להפוך את המבוטח לעני יותר. ממילא אין בו כדי להעלות את התועלת השולית שלו מכסף. בנסיבות אלה, אין בעסקת הביטוח גורם מקזז, המתגבר על כך שתוחלת הרווח ממנה שלילית. אף שנזק בלתי ממוני עשוי להיות גדול, והסיכון לו עשוי להיות משמעותי לא פחות מזה של נזק ממוני, עסקת הביטוח אינה אמצעי אפקטיבי להתגוננות מפניו. כל שעסקת הביטוח עשויה להציע למבוטח הוא תשלום של כסף; ואולם מאחר שתוחלת התשלומים היא שלילית, והתועלת השולית מכסף אינה עולה בעקבות אירוע הנזק – אין הביטוח יכול להקנות למבוטח תמורה המצדיקה את עלותו.<sup>46</sup>

סיכונים רבים כוללים רכיבים ממוניים ובלתי ממוניים במשולב. כך למשל, פגיעת גוף עשויה לגרום כאב וסבל (בלתי ממוניים) אך גם הוצאות ממוניות לשם טיפול בפגיעה, ולשם התאמת אורחות החיים בעקבותיה. בדומה לכך, מוות של אדם קרוב עשוי לגרום לקרוביו צער (בלתי ממוני) אך גם פגיעה ממונית בשל אובדן תמיכה כלכלית. הכיסוי הביטוחי הנרכש מפני סיכונים אלה עשוי אפוא לשקף את ההיבטים הממוניים של הנזק, תוך הותרת ההיבטים

<sup>45</sup> Kenneth J. Arrow, *Optimal insurance and generalized deductibles*, SCANDINAVIAN JOURNAL OF ACTUARIAL JOURNAL (1974) 91(1) OXFORD UNIVERSITY PRESS 143 (1977); Philip J. Cook & Daniel A. Graham, *The Demand for Insurance and Protection: The Case of Irreplaceable Commodities*, 91(1) OXFORD UNIVERSITY PRESS 143 (1977).

<sup>46</sup> שיקול זה מסביר את הטענה הרווחת בספרות, ולפיה צרכנים אינם מעוניינים ברכישת ביטוח בגין נזק לא ממוני. ואולם בספרות הועלתה גם האפשרות כי צרכנים עשויים בכל זאת לחפוץ בביטוח כזה בתנאים החורגים מן ההנחות המקובלות. כך למשל, נטען כי פגיעה לא ממונית עשויה להעלות את התועלת השולית מכסף גם כאשר הפגיעה לא השפיעה על רמת עושרו של הניזוק. הטעם לכך קשור ברצון אפשרי של פרטים להעביר משאבים ממצבי עולם שבהם מצבם (הלא ממוני) טוב יותר לאלה שבהם מצבם (הלא ממוני) טוב פחות. ראו Steven P. Croley & Jon D. Hanson, *The Non-Pecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law*, 108 HARV. L. REV. 1785 (1995). לתימוכין אקסרימנטליים לקיומו של ביקוש לביטוח כזה ראו Ronen Avraham, *Should Pain-and-Suffering Damages be Abolished from Tort Law? More Experimental Evidence*, 55 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 941 (2005). לצורך הדיון הנוכחי אין צורך להכריע במחלוקת זו. אם ביקוש לביטוח כזה קיים, הרי הוא מתנהג בדומה לביטוח של נזק ממוני. הפרט ירכוש את הביטוח אך ירצה לקבוע בו הוראת תחלוף, שתאפשר הימנעות מביטוח יתר בנסיבות שבהן הנזק נגרם בנסיבות עולתיות.

הבלתי ממוניים בלתי מכוסים. ביטוח זה ייטה אפוא לקבוע תגמולים הנופלים מהיקפו המלא של הנזק.

אותו הרציונל המסביר את הצורך בתחלוף כאשר תגמולי הביטוח נקבעים על פי היקף הנזק מוסיף לחול גם כאשר הם נקבעים בדרך אחרת. חוזה הביטוח מיועד לאפשר למבוטח להשתחרר מסיכונים שיש בהם כדי להקים אינטרס ביטוחי. תכלית זו אינה תלויה בשאלה אם התגמול משולם בדרך של שיפוי או בדרך אחרת. גם כאשר הביטוח אינו מסוג "שיפוי", מבוטח אינו מעוניין בכיסוי העולה על 100% מן הנזק הממוני, שכן כיסוי נוסף יהיה כרוך בתוחלת רווח שלילית מבלי שיש בו כדי להפחית סיכון. בדומה, גם כאשר הביטוח אינו מסוג "שיפוי", למבוטח אין עניין ברכישת ביטוח על נזק שאינו ממוני. החלה של הסדר תחלוף מתיישבת עם מטרות אלה. כאשר לנזק הממוני, התחלוף מבטיח כי סך הכיסוי לא יעלה על 100% מן הנזק כאשר הנזק נגרם בנסיבות עוולתיות. ובאשר לנזק הלא ממוני, שאלת התחלוף אינה צפויה להתעורר כלל, שכן לניזוק מלכתחילה לא עומדים שני מקורות של זכאות. המסקנה העולה מן הדיון היא כי הדרך שבה נקבעים תגמולי הביטוח – כשיפוי על נזק או בדרך אחרת – אינה משליכה על רציונו של התחלוף. אותם היתרונות שבגינם מוחל ההסדר בביטוחי "שיפוי" מצדיקים את החלתו גם בביטוחים שאינם מסוג "שיפוי". בספרות ובפסיקה הועלו בכל זאת טענות שונות המבקשות להסביר את סיוגו של ההסדר בחוזים שאינם מסוג שיפוי. הפרק הבא דן בטענות אלה ומסביר מדוע, לעמדתנו, אין בהם כדי לשנות מן המסקנה האמורה.

## ב. הנימוקים לדחיית התחלוף ושילתם

הטענות המושמעות לשלילת מנגנון התחלוף נשענות על ארבעה נימוקים מרכזיים. חלק זה דן בכל אחד מהם בנפרד. מסקנתנו היא, כאמור, כי הסדר התחלוף רצוי חרף הטענות האמורות, וכי ראוי להחילו כהסדר כללי ורחב.

### (א) נימוק 1: אין לשחרר את המבטח מחיוב שכנגדו שולמה פרמיית ביטוח

נימוק שכיח המושמע כנגד התחלוף גורס כי ההסדר נוגד את תנאיו של חוזה הביטוח. בגדרו של חוזה זה המבוטח משלם פרמיה כנגד חיובו של המבטח לשאת בסיכון לנזק. כאשר מתממש הסיכון, ולמבטח מוקנית זכות תחלוף, הרי הוא משתחרר למעשה מן העלות שהתחייב לשאת בה. במקביל לכך נשללת מן המבוטח התמורה שהוא זכאי לה מן המבטח, ושכנגדה שולמה הפרמיה.<sup>47</sup>

נימוק זה רואה בתגמולי הביטוח משום "רווח" שהמבוטח זכאי לו, שאינו שונה במהותו מרווח המתקבל מפעילות עסקית אחרת, שתנאיה אינם קשורים לאירוע הנזק. כפי שאין לנכות מזכאותו של הניזוק רווח שהפיק מהשקעה בבורסה, כך אין לנכות ממנה רווח שהפיק מן החוזה שכרת עם המבטח. עסקת הביטוח היא עסקה כלכלית שהייתה עשויה להניב למבוטח רווח או הפסד; כפי שהיה נדרש לשאת בהפסד אלמלא התרחש אירוע הנזק (שאו היה משלם פרמיה מבלי לקבל מן המבטח תמורה כלשהי), כך יש לזכותו ברווח כאשר אירוע הנזק התרחש.

על פני הדברים, נימוק זה עשוי היה להצדיק שלילה גורפת של התחלוף – לא רק במצבים בהם הדין הנוהג שולל את ההסדר, אלא גם במצבים שבהם הוא מחיל אותו. אם חבות המבטח צריכה לחול ללא תלות בקיומו של מקור אחר להטבת הנזק – אזי ראוי לשלול את זכות החזרה של המבטח ללא תלות בסוג הביטוח. ואולם הנימוק אינו משכנע באף אחד מן המצבים האמורים, בשל ההנחה הגלומה בו באשר למטרות שהצדדים מבקשים להגשים באמצעות חוזה הביטוח. כאמור, המבוטח אינו מעוניין ברכישת ביטוח עבור מצבי עולם שבהם הוא אינו חשוף לסיכון. הסיוג של הסדר הביטוח, כך שלא יחול במצבי עולם אלה, מגולם בהיקפה המופחת של הפרמיה. מאחר שהחובה הרצויה לצדדים מלכתחילה אינו מקנה למבוטח זכאות מצטברת, הסדר התחלוף אינו משקף סטייה מן ההסדר החוזי אלא קיום שלו. בכך מובחנת עסקת הביטוח מכל השקעה אחרת שהייתה עשויה להניב למבוטח רווח. כאמור, עסקת הביטוח מקנה למבוטח רווח שתוחלתו שלילית, וערכה עבורו נובע רק מכוחה לשחררו מסיכון. במצבי עולם שבהם סיכנונו כבר מבוטח, רכישה של ביטוח נוסף אינה כדאית לו. לעומת זאת עסקאות כלכליות אחרות נכרתות משום שתוחלת הרווח בהן חיובית. מאחר שמטרתן היא הפקת הרווח, אין לצדדים עניין לסייג את תוחלתן דווקא במצבי עולם שבהם הרווח מתממש.

### (ב) נימוק 2: הזכאות הכפולה ממתנת חשש לפיצוי חסר

המערכת הנזיקית לא תמיד מצליחה להבטיח פיצוי מלא. בתביעות בגין נזקי גוף, החשש לפיצוי חסר הוא בולט במיוחד. התהליך שבגדרו נקבע שיעור החבות בתביעות אלה מעורר קשיים טבועים של כימות והערכה. תרגומו של נזק הגוף לערכים כספיים הוא מלאכה הנשענת, באופן בלתי נמנע, על יסודות שרירותיים. יתרה מזאת, היקפו של נזק הגוף נגזר ממאפיינים אינדיבידואליים ואישיותיים – שהאפשרות לבחנם ולהוכיחם מוגבלת מטבעה. לעתים פיצוי חסר הוא אף תולדה של מדיניות מכוונת, המונעת משיקולי מדיניות מערכתיים. דוגמה בולטת לכך היא הפיצוי הנפסק במקרים של רשלנות רפואית, שהיקפו מוגבל בשל חשש ל"רפואה מתגוננת".<sup>48</sup> מכלל הטעמים האמורים, נזקי גוף עלולים אפוא להיות מפוצים בחסר.

החשש לפיצוי חסר מתעורר גם כאשר נזק הגוף מגבש זכאות לגמלה. היקפן של גמלאות ככלל אינו רגיש להיקפו הקונקרטי של הנזק. לעתים קרובות היקף הגמלה נקבע על פי נוסחה אחידה, ואינו רגיש למצבו המיוחד של המוטב הקונקרטי. יתרה מזאת, מאחר שהגמלה משרתת פונקציה ביטוחית, אין זה רצוי כי תשקף את מלוא הנזק, אלא אך את הרכיבים (הממוניים בדרך כלל), המשרתים אינטרס ביטוחי.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> להרחבה בעניין זה, ראו אמנון כרמי **בראות ומשפט** 96 (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך, 2013); גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 654-656. דוגמה נוספת היא ההוראה בסעיף 4 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, המגבילה את הפיצוי בשל אובדן השתכרות או אובדן כושר השתכרות לשילוש השכר הממוצע במשק. הוראה זו מוסברת בדרך כלל בשאיפה להפחית את עלות הביטוח עבור ציבור המשתמשים ברכב מנועי. ראו למשל, נילי קרקו אייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסודי שאבד עליו הכלח?" **דין ודברים** ט 175, 235 (2015).

<sup>49</sup> ראו דיון בחלק א.1. לעיל.



טיעון קרוב המועלה לעתים הוא כי הנזק הנגרם מפגיעות גוף הוא נזק "שאינו לו שיעור", ועל כן פיצוי בגינו לעולם אינו בבחינת "פיצוי יתר".<sup>50</sup> על פי תפיסה זו, פיצוי החסר נובע לא רק מן הקושי המעשי לכמת את הנזק, אלא מכך שתשלום כספי – גבוה ככל שיהיה – אינו בו כדי לפצות על הנזק במלואו.

על רקע החשש מפיצוי חסר, נטען כי לניזוק עשוי להתגבש תמריץ לרכוש ביטוח פרטי לשם השלמת החסר. עוד נטען כי ביטוח זה יגשים את מטרתו רק אם זכאותו של הניזוק לתגמולי הביטוח ולחבות הנזיקית תהיה מצטברת.<sup>51</sup> אם התשלום המתקבל מן המבטח ינוכה מן הזכאות הנזיקית – לא תמומש תכליתו של הביטוח להשלים פיצוי זה. שיקול זה מבסס לכאורה את המסקנה כי אין להחיל במקרים אלה את הסדר התחלופי.

ואולם גם נימוק זה מעורר קושי ניכר. ראוי להבחין לעניין זה בין היבטיו הבלתי ממוניים של הנזק ובין אלה הממוניים. באשר להיבטים הבלתי ממוניים, יש לזכור כי גם אם הפיצוי הנזיקי או הגמלה מקנים שיפוי חלקי בלבד, למבוטח ככלל אין עניין ברכישת ביטוח פרטי לשם השלמתו. מאחר שהנזק אינו כספי, ואין בו כדי להגדיל את התועלת השולית מכסף, רכישת ביטוח כנגד נזק זה היא עסקת הפסד מבחינתו של המבוטח.<sup>52</sup> לפיכך גם אם המערכת הנזיקית נכשלת במשימתה להקנות פיצוי מלא בהיבט זה, האפשרות לרכוש ביטוח אינה צפויה לפתור את הקושי. ככל שלניזוק הפוטנציאלי אין עניין בביטוח על נזק שאינו ממוני, שאלת התחלופי ממילא אינה צפויה להתעורר.

מטעם דומה נכשלת גם הטענה הקרובה, ולפיה הזכאות המצטברת היא רצויה משום שהפגיעה הגופנית היא נזק "שאינו לו שיעור". טענה זו מניחה כי פגיעה גופנית אינה ניתנת לפיצוי בכסף – תהיה הפגיעה קלה ככל שתהיה, וסכום הכסף גבוה ככל שיהיה. ואולם די ברפלקציה קצרה על המציאות כדי להיווכח כי בני אדם מוכנים, כעניין שבשיגרה, לשאת בפגיעות גופניות כדי לזכות בטובות הנאה כספיות. כך למשל, אנשים נוטלים על עצמם עבודות פיזיות, הכרוכות בסיכון לפגיעה גופנית, כדי להבטיח את פרנסתם. הם נוטלים סיכונים פיזיים (כגון בנסיעה במכונית) כדי להגיע למקום חפצם. החלטות אלה משקפות איזון שנערך בדרך שגרה בין האינטרס הכספי והאינטרס שבשמירה על שלמות הגוף. ואולם חשוב מכך, גם אם הסכום הנדרש כדי לפצות על פגיעות גופניות (בהיבטיהן הבלתי ממוניים) הוא גבוה – אין בכך כדי לשנות מן המסקנה כי אין מתקיים לגביהן אינטרס ביטוחי. השאלה אינה מה היקפו של הנזק, אלא אם יש אינטרס לבטחו. בהיעדר אינטרס לבטח נזקים לא ממוניים, לא מתעוררת שאלה בדבר היחס שבין שני מקורות החבות.

<sup>50</sup> ראו למשל טדסקי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 169; ולר חוק חוזה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 256-257; ירון אליאס דיני ביטוח כרך ב 1166-1165 (מהדורה שלישית, 2016); JERRY ROBERT H. & DOUGLAS R. RICHMOND, לעיל ה"ש 6, בעמ' 653 ("Because no sum of money can make the beneficiary whole, the beneficiary is entitled to all of any supplemental damages recovery; this means that subrogation has no role to play in life insurance"). תפיסה זו רווחת גם בפסיקה. ראו למשל ע"א 682/69 חמודוט נ' שפירא, כד(1) 686, 690 (1970); פרשת יונה נ' כלל, לעיל ה"ש 18, פס" 6 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז ("מאחר שאמות המידה הפורמאליות של דיני הפיצויים משקפות רק הערכה של הנזק שנגרם, נזק שעליו לא ניתן לפצות באופן מלא אף פעם, פיצוי נוסף שנופל בחלקם אינו צריך להיחשב כמיטיב עמם יתר על המידה").

<sup>51</sup> שם.

<sup>52</sup> ראו דיון לעיל בחלק א.2.

לכאורה המסקנה היא אחרת אם הפיצוי שהמערכת הנוזיקית מחסירה נוגע להיבטיו הממונים של הנזק. במקרים אלה לניזוק אינטרס ברכישת ביטוח נוסף שישלים את החסר. ואולם הקושי שהטענה מעוררת בהיבט זה טמון בהנחה כי הסדר התחלוף מונע מן הניזוק להגשים מטרה זו. הנחה זו אינה מבוססת: למעשה, לא זו בלבד שהתחלוף אינו מפריע בהשגת הכיסוי המשלים שהמבוטח חפץ בו, הוא דווקא מסייע בהשגתו.

הדוגמה הבאה ממחישה נקודה זו. נניח כי אדם צופה כי יישא בנזק ממוני בגובה 100, וכי המקור הנוזיקי ייטיב רק 60 מתוכו. מאחר שהוא נותר חשוף לסיכון בגובה 40, הוא עשוי להיות מעוניין ברכישת ביטוח. הטענה כנגד התחלוף מניחה כי במקרה זה הוא ירכוש פוליסה המבטיחה תגמולים בגובה 40, כדי שהשיפוי המצטבר משני המקורות ישתווה לנזקו המלא. אם כך הם פני הדברים, אזי נכונה המסקנה כי התשלומים מן המבטח ומן המקור החיצוני צריכים להשתלם במצטבר. ואולם את אותה התוצאה הוא יוכל להגשים גם אם העסקה הביטוחית כוללת הוראת תחלוף. במקרה זה יקבע החוזה כי תגמולי הביטוח יעמדו על 100, וכי במקרה של נזק עולתי תעבור זכות התביעה אל המבטח. הניזוק יזכה אפוא בשיפוי על מלוא נזקו מן המבטח (בגובה 100), ובמקרים שבהם נגרם הנזק בנסיבות עולתיות המבטח יישא רק ב-40 מתוכם.

שתי החלופות – זו הכוללת תחלוף וזו השוללת אותו – מאפשרות אפוא לניזוק לבטח את הנזק במלואו. ואולם לחלופה הכוללת את התחלוף יתרון שאינו מתקיים בזו השוללת אותו. ראשית, רכישת כיסוי ביטוחי על מלוא הנזק מקנה לניזוק כיסוי מלא (בגובה 100) גם כאשר הנזק נגרם בנסיבות שאינן עולתיות. שנית, ביטוח הכולל הסדר תחלוף, מקנה למבוטח כיסוי לא רק כנגד הנזק העיקרי, אלא גם כנגד הסיכון המשני הכרוך במימושה של הזכאות כנגד המעוול. התביעה למימוש הזכאות עלולה להיכשל, וניהולה של התביעה צפוי לגבות עלות.<sup>53</sup> ביטוח על מלוא הנזק, הכולל הסדר תחלוף, מקנה למבוטח כיסוי גם כנגד סיכון זה. הרחבת הביטוח כך שתכלול גם את הסיכון המשני תהיה כרוכה כמובן בפרמיה נוספת, המשקפת את העלות הנוספת שכיסוי זה מטיל על המבטח. ואולם מאחר שהמבוטח שונא סיכון, ועלות הנשיאה בסיכון נמוכה יותר עבור המבטח – הרחבת הכיסוי תהיה ככלל רצויה למבוטח חרף התשלום הנוסף.<sup>54</sup> בשני המובנים האמורים הסדר התחלוף מסייע אפוא למבוטח להגשים את מטרותיו, גם כאשר החבות הנוזיקית מפצה על הנזק רק בחלקו. החשש מפיצוי חסר אינו מצדיק אפוא את שלילתו של התחלוף.

### (ג) נימוק 3: נזקי גוף אינם מעוררים חשש לעיוות תמריצי ההתנהגות

השלכה חשובה של הסדר התחלוף היא כי הוא מונע מן המבוטח את האפשרות להרוויח מהתרחשותו של אירוע הנזק. בכך הסדר התחלוף מבטיח כי המבוטח לא ירצה בהתרחשות הנזק, ולא יתומרץ לפעול למימושו. יתרון זה של הסדר התחלוף חל ביתר שאת כאשר הנזק

<sup>53</sup> ראו Polinsky & Shavell, לעיל ה"ש 39.

<sup>54</sup> כך בוודאי כאשר המחיר שנגבה מן המבוטח עבור הכיסוי הנוסף קרוב לעלות הסיכון למבטח, כפי שצפוי בשוק ביטוח תחרותי. יתרה מכך, גם כאשר התחרות בשוק הביטוח אינה מלאה, העובדה כי נרכש ביטוח עבור הסיכון העיקרי היא אינדיקציה לכך שהפרמיה שגובה המבטח עודנה נמוכה מעלות הסיכון למבוטח. בתנאים אלה, כדאי למבוטח להרחיב את הכיסוי באותם התנאים גם עבור הסיכון המשני. לדיון בשיקולי המבוטח בבחירת היקף הכיסוי הביטוחי, ראו STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 255- (1987) 256.

הוא כולו ממוני. כך למשל, אם הנזק נובע מאובדנו של נכס שערכו 100, ותגמולי הביטוח עומדים על 120, למבוטח תמריץ להביא לאובדנו של הנכס או להשמדתו, ולדרוש את כספי הביטוח. ואולם חשש זה מתמתן במידה רבה כאשר הנזק המבוטח כולל גם פגיעה גופנית. פגיעת גוף מסבה למבוטח נזק של כאב וסבל, שבשל היותו בלתי ממוני הוא אינו מבוטח. לפיכך, בנתוני הדוגמה שלעיל, אם הנזק הממוני הנלווה לפגיעה גופנית עומד על 100, והכיסוי על הנזק הממוני עומד על 120, המבוטח עדיין ירצה במניעת הפגיעה כל עוד הרכיב הבלתי ממוני עולה על 20. היעדר הכיסוי על רכיב זה משפיע על תמריצי המבוטח בדרך אנלוגית לזו של הסדר השתתפות עצמית: העובדה כי הביטוח מכסה רק את חלקו של הנזק ולא את כולו יוצרת אצל המבוטח תמריץ להיזהר. עולה מכך שכאשר הנזק המבוטח הוא נזק גוף, יתרונו של התחלוף בהיבט התמריצים מתון יותר. לכאורה נראה כי יש בכך כדי להסביר את נטיית הדין הנוהג לשלול את התחלוף דווקא במקרים של נזק גוף.<sup>55</sup>

ואולם נימוק זה כנגד התחלוף מעורר כמה קשיים. ראשית, הטענה אינה מאירה חסרון של הסדר התחלוף, אלא אך מצביעה על כך שיתרונו בהיבט התמריצים מתון יותר במקרה של נזק גוף. השפעתו החיובית של התחלוף על תמריצי המבוטח היא לכל היותר צנועה יותר, אך אין בכך כדי להצביע על טעם פוזיטיבי להימנעות מן התחלוף. שנית, ההנחה כי זכאות מצטברת לא תפגע בתמריצי ההתנהגות במקרה של נזק גוף היא הנחה שסבירותה צפויה להשתנות ממקרה למקרה. אמנם משקלו של הרכיב הלא ממוני בפגיעות גוף עשוי להיות גבוה; ואולם אם הפגיעה קלה מספיק, והיקפה של הזכאות המצטברת גדול מספיק, החשש לעיוות התמריצים יעמוד בעינו. גם אם החשש מפגיעה עצמית הוא קל יותר כשמדובר בנזק גוף, אין מקום להניח כי הוא אינו מתעורר כלל.

ואולם הקושי המרכזי שנימוק זה מעורר הוא כי להסדר התחלוף יתרונות נוספים, החורגים מהשפעתו המיטיבה על תמריצי ההתנהגות. כאמור, הסדר התחלוף מאפשר למבוטח להימנע מרכישה של ביטוח-יתר, שאינו משרת את מטרותיו. נוסף על כך, הוא מקנה למבוטח כסיו כנגד הסיכון המשני הכרוך במימוש הזכות. לפיכך, גם אלמלא שיפר התחלוף את תמריצי ההתנהגות, עדיין היה בו כדי למלא את התכלית הביטוחית של ההסדר באורח אופטימלי. גם נימוק זה, אפוא, אינו מטה את הכף כנגד החלתו האחידה של הסדר התחלוף.

#### (ד) נימוק 4: קושי בהשגת ראיות

מנגנון התחלוף מושתת על ההנחה כי המבטח, הנכנס לנעליו של הניזוק, יכול להיפרע מן המעוול. ואולם כוחו של המבטח להצליח בתביעת החזרה מותנית ביכולתו להציג ראיות המעידות על קיומה של החבות והיקפה. מאחר שהמבטח הוא גורם חיצוני לאירוע העוולתי, הוא עלול להתקשות בהשגת הראיות הנדרשות. כוחו להצביע על נסיבות האירוע, אופיו העוולתי, תהליך הגרימה, גובה הנזק – מוגבל. למצער יש להניח כי העלות הנדרשת לשם איסוף הראיות גבוהה בדרך כלל מזו שהייתה נדרשת מן הניזוק.

המשקל שראוי לייחס לחשש זה נגזר מן השאלה העובדתית עד כמה, במקרה הרגיל, מפריעה עמדתו החיצונית של המבטח למימוש תביעת החזרה. אם הקושי הוא מהותי, הרי משמעות הדבר היא כי הסדר התחלוף אינו יכול להגשים את מטרותיו. ואולם קושי זה, ככל שקיים, משותף לכל הסדרי התחלוף, לרבות אלה שמוחלים במסגרת הדין הקיים. האתגר

<sup>55</sup> ראו טדסקי, לעיל ה"ש 27, עמ' 168.

הראיית הניצב בפני מבטח בחוזה שיפוי, אינו שונה במהותו מזה שניצב בפני מבטח בחוזה מסוג אחר. לפיכך, יהיה משקלו של אתגר זה אשר יהיה – אין בו כדי להסביר את המדיניות הסלקטיבית שנוקט הדין הקיים, בהחלת ההסדר במקרים מסוימים אך בשלילתו במקרים אחרים.

יתרה מכך, העובדה כי מנגנון התחלוף הוא מאפיין רווח ויציב בשוק הביטוח (מזה מאות שנים) מעידה כי חרף הקושי הראייתי, יתרונו עולה על חסרונו.<sup>56</sup> יש להניח כי אילו היה נכשל באופן עקבי במילוי ייעודו – השימוש השגרתי בו היה נפסק. שרידותו היא עדות לכוחם של מבטחים להתמודד עם הקושי ולהתגבר עליו, בדרך המשמרת את יעילותו ורווחיותו. מציאות זו עשויה להיות מוסברת בכמה טעמים. ראשית, ייתכן כי במקרה הרגיל ההכבדה על תהליך איסוף הראיות, הנובעת מעמדתו החיצונית של המבטח, אינה ניכרת. שנית, כנגד הכבדה זו, ישנם מובנים אחרים שבהם דווקא המבטח מצוי בעמדת עדיפות על פני הניזוק בניהול התביעה הנזיקית. המבטח הוא "שחקן חוזר", עתיר מומחיות וניסיון, ובעל איתנות פיננסית. הוא מאוגד בפירמה, המחזיקה בדרך כלל במחלקה משפטית פנימית, שמאפשרת הוזהל של העלות השולית הכרוכה בניהול התביעה. לעומתו, הניזוק הוא בדרך כלל פרט יחיד, לעתים חסר אמצעים, ונעדר ניסיון או מומחיות בניהול הליך נזיקי. לפיכך, גם אם לניזוק נתון יתרון באיסוף הראיות, ייתכן כי חסרונותיו האחרים מאפילים על יתרון זה, והופכים דווקא את המבטח לתובע עדיף, שסיכוייו להצליח גבוהים יותר.

שלישית, נחיתותו היחסית של המבטח באיסוף הראיות מתמתנת עוד יותר, לנוכח חיובו של הניזוק לספק למבטח את מלוא המידע והסיוע הנדרשים לשם ניהול התביעה.<sup>57</sup> חיוב זה אינו בגדר ציפייה גרידא, שקיומה תלוי אך בנכונותו של הניזוק להועיל למבטח; זוהי חובה – לעתים חוזית ולעתים חוקית – שהפרתה כרוכה בסנקציה. היקפה של הסנקציה לעתים אף עולה על גובה הנזק שהפרת החיוב גורמת למבטח.<sup>58</sup>

לבסוף, הסדרי תחלוף לעתים מתמרצים את שיתוף הפעולה של הניזוק גם בדרך נוספת, באמצעות שיתופו בתשלום הנזיקי. כך למשל, חוק הביטוח הלאומי קובע כי אם המוסד זוכה בתביעת החזרה, זכאותו לשיפוי מוגבלת ל-75% מן הגימלה ששילם, ואילו היתרה, בסך 25%, משולמת לניזוק כזכאות מצטברת. הסדר זה מקיים אפוא את התחלוף ביחס לחלקו

<sup>56</sup> המשפט האנגלי הכיר בזכות התחלוף של מבטח לפחות משנת 1782, בפסק הדין *Mason v. Sainsbury*, 3 Doug. 61, 64, 99 Eng. Rep. 538, 540 (1782). לסקירה היסטורית, ראו Marasinghe, לעיל ה"ש 6.

<sup>57</sup> ראו, למשל, ס' 328(ב) לחוק הביטוח הלאומי הקובע כי "הזכאי לגמלה... חייב להושיט כל עזרה ולנקוט כל פעולה סבירה כדי לסייע למוסד במימוש זכותו לפי סימן זה, ולא יעשה כל פעולה העלולה לפגוע בזכויות המוסד לפי סימן זה או למנוע בעד מימושו; עבר הזכאי לגמלה על איסור לפי סימן זה, או לא עשה את המוטל עליו לפיו, רשאי המוסד לשלול ממנו את הזכות לגמלה, כולה או מקצתה". נוסח דומה נקבע בשורה של חוקי גימלאות נוספים. ראו ס' 64(ב) לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], תשמ"ה-1985; ס' 65(ב) לחוק הרשויות המקומיות (גימלאות לראש רשות וסגניו), תשל"ז-1977; ס' 60(ב) לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תשל"ל-1970; ס' 36(ב) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב]; ס' 17(ב) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשל"ל-1970; ס' 21(א)(3) לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ו-1950. הוראה דומה אינה נזכרת במפורש בחוק חוזה הביטוח, ואולם נראה כי החובה חלה מכוח עקרון תום הלב בקיום חיובים. ראו ולר, לעיל ה"ש 29, עמ' 289.

<sup>58</sup> ר' לעיל. הקביעה כי המבטח "רשאי לשלול [מן הניזוק] את הזכות לגמלה, כולה או מקצתה", משמיעה כי האפשרות להימנע מתשלום הגימלה אינה מצריכה הוכחה של הנוק שנגרם עקב אי שיתוף הפעולה של הניזוק.

הארי של הנזק, ובה בעת מחזק את תמריציו של הניזוק לשתף פעולה עם המוסד.<sup>59</sup> הסדר זה עשוי אפוא לספק פתרון ביניים, המבטיח את האפקטיביות של תביעת החזרה מבלי לוותר על עיקר הערך הטמון במנגנון התחלוף.

סיכומו של דבר, הקושי היחסי של המבטח באיסוף הראיות אינו נראה כטעם המצדיק הימנעות מהחלה רחבה של הסדר התחלוף. במקרים שבהם הדין הנוהג מחיל את ההסדר – המציאות מלמדת כי הקושי בא במידה רבה על פתרונו. מאחר שהמקרים האחרים – בהם הדין הנוהג אינו מחיל את ההסדר – אינם צפויים לעורר קושי מוגבר, קשה לראות בכך טעם משכנע להגבלת תחולתו של ההסדר.

#### (ה) נימוק 5: ביטוח חיים הוא למעשה תכנית חסכון

ביטוח חיים הוא אמצעי המשמש לעתים שתי מטרות במשולב. מטרה אחת היא ביטוחית מובהקת: עניינה הגנה על אדם שלישי מפני הנזק שעלול להסב לו מותו של המבוטח. האדם השלישי עשוי להיות בן משפחה התלוי במבוטח לשם תמיכה כלכלית; הוא עשוי להיות בנק, שמות המבוטח עלול לפגוע בכוחו לגבות חוב; והוא עשוי להיות שותף, שזקוק למבוטח כדי להמשיך לנהל את הפעילות העסקית המשותפת. המטרה האחרת של ביטוח החיים היא לשמש כאפיק חסכון. המבוטח מעוניין להשקיע כספים בהווה, כדי שיוכל למשכם בעתיד עם תשואה. ביטוח המשלב את שני המרכיבים קובע אפוא הן את זכאותו הכלכלית של המוטב במקרה של מות המבוטח, והן את התנאים שבהם יכול המבוטח למשוך כספים מחשבון הביטוח בעודו בחייו.<sup>60</sup>

אף שהרכיב הנוגע להגנה על המוטבים עשוי להיקבע כהסדר שיפוי, כך שיתחקה אחר נזקם הריאלי, הנוהג המקובל הוא לקבוע את סכום הזכאות מראש, בדרך שאינה מצריכה אומדן של הנזק בפועל. החוזה המקובל הוא אפוא אינו מסוג שיפוי, ולא חלה בו הוראת תחלוף.<sup>61</sup> ככל שההימנעות מן התחלוף נובעת מעצם אופיו של הביטוח כהסדר שאינו משפה על נזק – הרי שנימוק זה נראה בלתי משכנע מן הטעמים שנדונו לעיל.<sup>62</sup> ואולם במקרה של ביטוח חיים ההימנעות מן התחלוף עשויה לכאורה להיות מונעת גם מטעם אחר – הוא הפונקציה שהביטוח ממלא כאפיק חסכון. נימוק זה גורס כי, כשם שאין מקנים לבנק זכות תביעה כנגד מזיק רק בשל העובדה שהניזוק מחזיק בבנק פיקדון, כך אין להקנות למבטח זכות כזאת, רק בשל העובדה שתכנית החסכון של הניזוק מנוהלת אצלו.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> לסקירת השיקולים שהניעו הסדר זה, ראו ה"ש 123 להלן.

<sup>60</sup> בהתאם לכך, ס' 41 לחוק חוזה הביטוח קובע כי: "בביטוח חיים מקרה הביטוח הוא מותו של המבוטח או של זולתו או הגיעם לגיל מסוים או מקרה אחר...". כאשר מקרה הביטוח מוגדר כ"הגעה לגיל מסוים", הביטוח דומה אפוא לחסכון לעת פרישה. כאשר הוא מוגדר כ"מקרה אחר", הוא דומה לתכנית חסכון כללית יותר, שהתנאי למשיכה ממנה אינו תלוי דווקא בגיל.

<sup>61</sup> על אף שהתפיסה המקובלת היא שחוזים של ביטוח חיים הם לא חוזים של שיפוי, ראוי לציין כי חוק חוזה הביטוח אינו אוסר על כך. ראו טדסקי, לעיל ה"ש 27, עמ' 163-164; ולר חוק חוזה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, עמ' 20; אליאס דיני ביטוח ב, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1165-1166.

<sup>62</sup> ראו חלק א.2. לעיל.

<sup>63</sup> אופיו של ההסדר לביטוח חיים כתכנית חסכון בא לידי ביטוי בזכותו המבוטח ל"פדיון הפוליסה". ראו סעיף 46 (ג) לחוק חוזה הביטוח. כן ראו ולר חוק חוזה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, עמ' 67-68 (המסביר זכות זו במאפייניו של ביטוח החיים כאפיק חסכון).

ואכן, הרציונל להקנייתה של זכות התחלוף הוא רציונל ביטוחי; הוא נשען על ההנחה כי התועלת שמפיקים הצדדים מן החוזה נובעת מן ההקצאה היעילה של הסיכון. רציונל זה אינו חל בנסיבות שבהן מטרת ההסדר אינה להעביר סיכון, אלא לפעול כאמצעי השקעה. ההשקעה היא עסקה שתוחלת הרווח בה חיובית, ועל כן אין להניח כי לצדדים עניין לשחרר את חברת הביטוח מחובותיה כלפי החוסך במקרים שבהם אירוע נזק מזכה את החוסך בשיפוי מגורם אחר. מובן, אפוא, כי חברת הביטוח אינה יכולה להשתחרר מחיובה כלפי המבוטח בכובעה כמנהלת של תכנית חסכון: אם המבוטח מושך את הסכום שהצטבר לזכותו, ברי כי אין בכך כדי להקנות לחברת הביטוח זכות תביעה כנגד איש.

ואולם העובדה כי ביטוח החיים עשוי לשמש הן כביטוח והן כאפיק השקעה – אין בה כדי לשלול את רציונו של התחלוף כאשר הוא פועל כביטוח. כאשר אירוע נזק הוביל למותו של המבוטח, ובעקבות זאת מוקנה למוטב זכאות לתגמולים – זכאות זו מגלמת את הפונקציה הביטוחית של ההסדר. במקרים אלה האינטרס של המוטב, שאותו ההסדר מבקש להגשים, נגזר מן הנזק שייגרם לו כתוצאה ממות המבוטח, לא מן הנסיבות שהובילו אל מותו. אין להניח כי המבוטח מעוניין להקנות למוטב זכאות בהיקף מסוים כאשר המוות נגרם במעשה שאינו עוולתי (או בנסיבות שאינן מזכות בגמלה), וזכאות כפולה כאשר המוות נגרם במעשה עוולתי (או בנסיבות המזכות בגמלה). נזקו של המוטב בשני המצבים הוא אותו הנזק, ועל כן ההסדר הרצוי מבחינה ביטוחית ישאף להותירו באותו המצב בשניהם. הוראת התחלוף משווה את הזכאות בשני מצבים אלה, ובכך מגשימה את תכליתו הביטוחית של ההסדר.

אימוצה של הוראת תחלוף צפויה להפחית את הפרמיה שתיגבה מן המבוטח. אם ברצון המבוטח להחזיר סכום זה למוטב, כדי לשפר את מצבו ביום פקודה, הוראת התחלוף מאפשרת לו לעשות כן בדרך המשקפת את האינטרס הביטוחי שלו. בפרט, בכוחו להשתמש בסכום שנחסך כדי לרכוש פוליסה נדיבה יותר, המקנה למוטב שיפוי גבוה יותר ללא תלות בנסיבות שהובילו אל המוות. בהשוואה שבין אפשרות זו ובין הסדר שאין בו תחלוף – אפשרות זו מגדילה את תועלתו של המוטב מבלי לגרוע מתועלתם של המבוטח או המבטח. לבסוף, הוראת התחלוף מועילה למוטב גם במובן זה שיש בה כדי לבטחו מן הסיכון הכרוך במימושה של הזכות כלפי המזיק. גם במובן זה, יתרונו של הוראת תחלוף בביטוח חיים דומה ליתרונו בכל ביטוח אחר.

## ג. הסדר התחלוף בדין הישראלי

יתרונותיו הבולטים של הסדר התחלוף מצביעים על הצורך במדיניות משפטית המקנה להסדר זה תחולה רחבה. התחלוף מבטיח השבה של מצב הניזוק לקדמותו, הרתעה יעילה של המזיק, והסדרי ביטוח יעילים, המשאיים את הערך הגלום בהעברה של סיכון. אנו סבורים כי המגבלות שמטיל הדין הישראלי על תחולתו של התחלוף אינן מוצדקות, וכי ראוי להסירן. פרק זה סוקר את הדין הנוהג ודן בדרכים שבהן ראוי לדעתנו לשנותו.

### 1. המקורות לדין התחלוף במשפט הנוהג

מעמדו של הסדר התחלוף בדין הישראלי נגזר משורה של הוראות סטטוטוריות, ומדרך פרשנותן בהלכה הפסוקה. ההוראה המרכזית קבועה בחוק חוזה הביטוח. החוק קובע הסדר סלקטיבי, המחיל את התחלוף בביטוח מסוגים מסוימים, אך שותק לגבי אחרים. הסדר

התחלוף מוחל במפורש בביטוח נכסים,<sup>64</sup> בביטוח מפני אי פירעון של חוב,<sup>65</sup> בביטוח אחריות,<sup>66</sup> ובביטוח תאונה, מחלה ונכות שבהם תגמולי הביטוח נקבעים על פי שיעור הנזק שנגרם.<sup>67</sup> החוק אינו מחילו במפורש בביטוחי תאונה, מחלה ונכות שבהם היקף התגמולים אינו נקבע על פי גובה הנזק, או בביטוח חיים. על פי הפרשנות שאומצה בפסיקה, במקרים האחרונים אין המבטח זכאי לתחלוף.<sup>68</sup>

במקביל להסדר שנקבע בחוק חוזה הביטוח, תחולתו של התחלוף מושפעת גם מהוראה מרכזית נוספת, הקבועה בפקודת הניזוקין. סעיף 86 לפקודה קובע כדלהלן:  
שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח.

ההלכה הפסוקה פירשה הוראה זו כמקנה לניזוק זכאות להטבה מצטברת של הנזק: זכותו לפיצוי נזיקי אינה תלויה בזכותו לתגמולי הביטוח; וזכותו כלפי המבטח אינה תלויה בזכותו לפיצוי נזיקי.<sup>69</sup> פרשנות זו, לפיה זכאותו של הניזוק היא מצטברת, מובילה אל המסקנה כי הוראת הפקודה סותרת את הסדר התחלוף שבחוק חוזה הביטוח: בעוד שמהותו של הסדר התחלוף היא "החלפת" הניזוק במבטח בתביעה כנגד המעוול, הפרשנות להוראת הפקודה היא כי לניזוק זכות לפיצוי מלא מן המעוול, גם אם נזקו הוטב בידי המבטח. מאחר שמוסכם

<sup>64</sup> ס' 62 (א) לחוק חוזה הביטוח ("היתה למבוטח בשל מקרה הביטוח גם זכות פיצוי או שיפוי כלפי אדם שלישי, שלא מכוח חוזה ביטוח, עוברת זכות זו למבטח ששילם למוטב תגמולי ביטוח וכשיעור התגמולים ששילם").

<sup>65</sup> ס' 63 לחוק חוזה הביטוח ("בביטוח מפני אי-פרעון של חוב עוברת זכותו של המבוטח כלפי חייבו למבטח מששילם למבוטח תגמולי ביטוח וכשיעור התגמולים ששילם, ויחולו הוראות סעיף 62 (ב) ו-1 (ג) בשינויים המחוייבים").

<sup>66</sup> ס' 67 לחוק חוזה הביטוח ("על ביטוח אחריות יחולו הוראות סעיפים 56, 59 ו-61, בשינויים המחוייבים ואין להתנות עליהן, למעט על הוראות סעיף 59 (ד), אלא לטובת המבוטח או הצד השלישי").

<sup>67</sup> ס' 54 (ב) לחוק חוזה הביטוח.

<sup>68</sup> ראו למשל ע"א 206/20 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' טי.אנד.אם גושן - שירותי ביטחון בע"מ, פס' 67 לפסק הדין של הש' גרוסקופף (נבו 13.12.2021) ("ומכלל ההן נלמד הלאו, כאשר חיובי המבטח והמזיק מצטברים ("ביטוחי פיצוי"), כגון ביטוחי חיים... או "ביטוח תאונה, מחלה ונכות שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח לפי שיעור מוסכם מראש, ללא תלות בשיעור הנזק שנגרם" (סעיף 54 (א) לחוק) אין תחולה למנגנון התחלוף"). ראו גם ולר חוק חוזה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 257-256.

<sup>69</sup> ראו למשל, ע"א 154/70 בידה נ' רובין, פ"ד כה(2) 43, 48 (1971) ("בחישוב דמי-הנזק של נפגע אין להנות את המזיק בכספי ביטוח המגיעים לניזוק עקב האירוע שגרם לנזק. הוראה דומה בחוק שלנו, שאין להביא בחשבון הפיצויים סכום המתקבל לפי חוזה ביטוח, מצויה בסעיף 86 לפקודת הניזוקין האזרחיים"); ע"א 9357/09 עמיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (נבו 12.5.2011) ("הרציונל העומד מאחורי סעיפים אלה הוא (86 ו-1)81 לפקודת הניזוקין), שלא יהא זה צודק להנות את המזיק בגין פרמיות ביטוח ששילם הניזוק. הצד השני של המשוואה הוא, שהמבטח ששילם על פי חוזה ביטוח לא זכאי לחזור על המזיק בתביעת שיבוב, בניגוד לזכותו של משלם תגמולי פנסיה לחזור בתביעת שיבוב על המזיק"); פרשת טבע תעשיות פרמצבטיות, לעיל ה"ש 68, פס' 42 לפסק הדין של הש' גרוסקופף ("הניזוק רשאי להיפרע במצטבר הן מהמזיק והן ממבטחת הניזוק, במובן הזה שהיפרעות מהאחד אינה גורעת מהאפשרות להיפרע מן האחר. כך, למשל, כאשר עומדת לאדם האפשרות לתבוע הן כמוטב של ביטוח החיים שערך המנוח והן כתלוי בו מכוח דיני הניזוקין, הרי שבאפשרותו להיפרע במצטבר על פי שתי עילות התביעה, דהיינו לקבל הן פיצוי נזיקי כתלוי במנוח והן את תגמולי ביטוח החיים"); פרשת יונה נ' כלל, לעיל ה"ש 18, פס' 23 לפסק דינה של הש' וילנר ("סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף קובע כי למטיב מכוח "חוזה ביטוח" אין זכות חזרה כלפי המזיק... בהתאם לכך, נקבע בסעיף 86 לפקודת הניזוקין, כי אין לנכות הטבות שניתנו מכוח "חוזה ביטוח").

על הכל כי אין לחייב את המזיק ביותר מגובה חבותו הנזיקית, משמעותה של פרשנות זו היא שלילת זכאותו של המבטח לחזור אל המעוול. הפסיקה נאלצה אפוא להתמודד עם סתירה זו שבין חוק חוזה הביטוח ופקודת הנזיקין. הדבר נעשה באמצעות יצירה של כלל עדיפות: במקרים שבהם נקבע בחוק חוזה הביטוח הסדר תחלוף מפורש – הוכר תוקפו של הסדר זה, והוראת הפקודה נסוגה; ואילו במקרים שבהם לא נקבע הסדר התחלוף – הוכרה זכאותו של הניזוק להטבה כפולה.<sup>70</sup>

קונפליקט דומה נוצר גם ביחס להוראות סטטוטוריות אחרות (מחוץ לחוק חוזה הביטוח) המאמצות הסדר של תחלוף. ספר החוקים מכיל שורה של חוקי תגמולים המבקשים להקנות זכויות כספיות למוטבים שונים בעקבות פגיעות גוף. כדוגמאות ניתן למנות את חוק הביטוח הלאומי, חוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות), חוק שירות המדינה (גימלאות), וחוק הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות וסגניו). בכלל החוקים האמורים אומץ הסדר אחיד, המושתת על שתי הוראות מרכזיות: הוראה אחת קובעת הסדר תחלוף;<sup>71</sup> ההוראה האחרת קובעת כי יש לראות את התגמולים שמשלמת המדינה כתגמולי ביטוח, שחל עליהם סעיף 86 לפקודת הנזיקין.<sup>72</sup> חוקים אלה יוצרים אפוא, מתוכם, את אותה הסתירה שבין הסדר התחלוף וההוראה שבפקודת הנזיקין. הפרשנות בדבר היחס שבין ההוראות בחוקי התגמולים נותרה עמומה במשך תקופה ארוכה. לאחרונה קבע בית המשפט העליון, בפרשת יונה נ' כלל, פתרון אנלוגי לכלל העדיפות שנקבע ביחס לחוק חוזה הביטוח: כאשר הסדר התחלוף חל, הוראת הפקודה נסוגה; ואילו כאשר הוא אינו חל, הניזוק זכאי להטבה כפולה של הנזק.<sup>73</sup> מקריאת לשונם של חוקי התגמולים עולה לכאורה כי תחולתו של הסדר התחלוף בהם היא כללית ובלתי מסוייגת. ואולם ההלכה הפסוקה קבעה סייג מהותי לתחולה זו, בפרשת בן

<sup>70</sup> ראו פרשת **חמודוט**, לעיל ה"ש 50 בעמ' 689 ("אין בהכרח סתירה בין שני הסעיפים שלא ניתן ליישבה. אם רק נאמר ש[הוראת התחלוף היא] בגדר יוצא מהכלל הגלום בסעיף 86, החל בדרך כלל על שומת נזקי גוף ולא על נזקי רכוש"); פרשת **מקפת נ' אנוך**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 16 ("בהגדרתו של 'חוזה ביטוח' לעניין סעיפים 81 ו-86 לפקודת הנזיקין, יש להתחשב גם בתכליתם של סעיפים ספציפיים אלה ... על ההכרעה [בין הוראת סעיף 86 להוראת החזרה] לשקף איוון במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מייטיב; כך, מקום בו נתונה זכות חזרה כאמור, ראוי לנכות את התשלום על-מנת למנוע כפל תשלום"). ראו גם, פרשת **טבע**, לעיל ה"ש 68, פס' 46 לפסק דינו של הש' גרוסקופף ("ההבחנה בין ביטוח פיצוי לבין ביטוח שיפוי היא למעשה ביטוי של ההבחנה שנדונה לעיל, בין חיובים מצטברים לחיובים בלתי מצטברים: כאשר מדובר בביטוח פיצוי, הרי שהיחס בין חבות מבטחת הניזוק לחבות המזיק נתפס כחיובים מצטברים (כך בביטוחי חיים ובביטוחי בריאות המעניקים זכות לפיצוי בגין האירוע, שאינה תלויה בהוכחת נזק); כאשר מדובר בביטוח שיפוי, הרי חבות מבטחת הניזוק וחבות המזיק אינן מצטברות, ולניזוק אין אפשרות לקבל החזר העולה על נזקיו בפועל. המסקנה המתבקשת היא שלמרות לשונו הרחבה של סעיף 86 לפקודת הנזיקין ('לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח'), יש לפרשו כמתייחס רק למצבים בהם חבות מבטחת הניזוק וחבות המזיק הן בגדר חיובים מצטברים"). פרשנות דומה חלה גם על כלל אנלוגי החל בהקשר החוזי. ס' 16 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) קובע כי: "בקביעת שיעור הפיצויים לא יובא בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל בשל הפרת החוזה לפי חוזה ביטוח". לדיון בכלל העדיפות שנקבע בהקשר זה, ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות** 462-465 (2009); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 722-723 (2011).

<sup>71</sup> ראו ס' 328א לחוק הביטוח הלאומי; ס' 64א לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל; ס' 60א לחוק שירות המדינה (גימלאות); ס' 5א לחוק הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות וסגניו).

<sup>72</sup> ראו ס' 332 לחוק הביטוח הלאומי; ס' 64ד לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות); ס' 60ד לחוק שירות המדינה (גימלאות); ס' 25ד לחוק הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות וסגניו).

<sup>73</sup> ראו דיון להלן, חלק ג.3.



**יוחנן נ' מדינת ישראל**<sup>74</sup>. במקרה זה המדינה שילמה לאדם גמלה בחייו. לאחר שנפטר בעקבות מעשה עוולתי פקע חיובה לשלם את הגמלה, אך קמה לה חבות חדשה כלפי שאריו. בפסק הדין נקבע כי זכות החזרה של המדינה כלפי המעוול מוגדרת על ידי הפער שבין החבות החדשה כלפי השארים ובין החבות שנחסכה בשל הפסקת הגימלה למנוח. קביעה זו משקפת את התפיסה כי זכות החזרה היא בעלת אופי נזיקי, במובן זה שתכליתה לפצות את המדינה על הנזק שהמעשה העוולתי הסב לה. אם מעשה זה הוביל לעלייה בסך התשלומים שבהם היא חבה – היא זכאית לשיפוי בגין עלייה זו; אך אם הוא לא הוביל לעלייה כזאת (או אף גרם להפחתתה) – אין היא זכאית לחזור אל המעוול. במקרה האחרון לא חל אפוא הסדר התחלופי כלל.

תחולתו של הסדר התחלופי הוגבלה בהלכה הפסוקה גם בנסיבות שבהן התעוררה התלבטות בשאלה כיצד ראוי לסווג תשלומים שהעביר מוסד פיננסי לזכאים – אם כתגמולי ביטוח, או שמא ככספי חסכון שנמשכו.<sup>75</sup> אופיים המעורב של מכשירים פיננסיים אלה מעורר שאלה בדבר הנסיבות הראויות להחלתו של התחלופי. כפי שיידון להלן, אנו סבורים כי הפרשנות שניתנה לשאלת הזיהוי הובילה לכך שהסדר התחלופי נחסם גם בנסיבות שבהן ראוי להחילו.<sup>76</sup>

לאור הדיון התיאורטי בחלקיה הראשונים של רשימה זו, אנו סבורים כי כמה מן הכללים שבדין הנוהג ראויים לעיון מחדש. ראשית אנו סבורים כי הלכת בן יוחנן, הקובעת כי תכליתה של תביעת התחלופי היא לפצות את המבטח על נזק מובילה לתוצאות בלתי רצויות, ועל כן ראוי לשנותה. שנית, ראוי לאמץ פרשנות אחרת לסעיף 86 לפקודה, התואמת יותר את תכליתו, והמסירה את הסתירה שמעוררת הפרשנות הקיימת בין הוראת הפקודה והסדר התחלופי. שלישיית אנו סבורים כי יש מקום לשינוי הקריטריונים הקובעים את תחולתו של הסדר התחלופי בהסדרים פיננסיים מעורבים. בחלקים הבאים נדון בכל אחד מהיבטים אלה בנפרד.

## 2. הבסיס הנורמטיבי של תביעת התחלופי – נזיקין או התעשרות שלא כדין?

הלכת בן יוחנן קבעה כאמור מגבלה חמורה על הסדר התחלופי, ולפיה זכות החזרה מוגבלת לנטל הנוסף שהוסב לפתחו של משלם התגמולים עקב המעשה העוולתי. לפיכך אם המעשה העוולתי הפקיע חבות אחת של המדינה (למשל בתשלום גמלה) אך יצר חבות אחרת (למשל בתשלום פנסיית שארים) – זכות החזרה מוגבלת לגובה החבות שנוספה בניכוי החבות שפקעה.<sup>77</sup> מסקנה זו נובעת לכאורה מעקרונות הסיבתיות: אם המעשה הסב למדינה עלות ותועלת כאחד, "נזקה" מוגדר על ידי עודף העלות על פני התועלת. לפיכך, אם התשלום הכולל שחבה בו המדינה לא עלה עקב מותו בתאונה – הסדר התחלופי אינו חל כלל.

<sup>74</sup> ע"א 60/82 אריה בן יוחנן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 431 (1986).

<sup>75</sup> ראו חלק ג.5. להלן.

<sup>76</sup> ראו חלק ג.6. להלן.

<sup>77</sup> פרשת בן יוחנן, לעיל ה"ש 61, פס' 3 לפסק דינו של השופט ברק ("לדעתי, זכות השיפוי של המדינה כלפי הצד השלישי חלה אך בגין הגימלה ששולמה או שעתידים לשלמה עקב התאונה. אין זכות השיפוי חלה בגין גימלה שהייתה משתלמת ממילא").

ואולם מסקנה זו לדעתנו אינה משכנעת. נימוקו של בית המשפט בפרשת **בן יוחנן** נסמך על ההנחה כי תביעת החזרה מיועדת לפצות את המיטיב בגין הנזק שנגרם לו **עצמו** עקב מעשהו העולתי של המזיק. ואולם הנחה זו אינה עולה בקנה אחד עם מהותו של הסדר התחלוף. הנזק שעליו נסבה תביעת התחלוף אינו זה שנגרם ל**מיטיב**, אלא זה שנגרם ל**ניזוק**. המיטיב בתביעת החזרה אינו פועל בשמו שלו, כמי שמלין על נזק עצמאי (משני) שנגרם לו; הוא פועל כמי ש"מחליף" את הניזוק, לאחר שזכות התביעה של הניזוק הועברה לידיו.<sup>78</sup> מטעם זה, טענות הגנה שיש למזיק כלפי הניזוק – כוחן יפה גם כלפי המיטיב בתביעת החזרה.<sup>79</sup> מאותו הטעם, אין לשחרר את המזיק מחבות בתביעת החזרה רק משום שלמיטיב לא נגרם נזק עצמאי. תביעת החזרה אינה מושתת על נזקו העצמאי של המיטיב, ועל כן אין בהיעדרו של נזק כזה כדי להכשילה.

המקור הדוקטרינרי לתביעת החזרה אינו בדיני הנזיקין כי אם בדיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>80</sup> תכליתו של התחלוף אינה הטבת נזק, כי אם מניעה של התעשרות שלא כדין.<sup>81</sup> ואכן, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט במקום אחר, תביעתו של מיטיב להשבה מקיימת את יסודות העילה בדיני עשיית עושר.<sup>82</sup> כאשר אדם מיטיב נזק שנגרם במעשה עוולה, המעוול מופטר מחבות שהייתה לו כלפי הניזוק, ובכך "מתעשר". התעשרות זו היא "על חשבון

<sup>78</sup> כך מוגדר התחלוף בגדרו של המשפט המקובל. ראו פרשת London Assurance Co v Sainsbury, לעיל ה"ש 33; ROB MERKIN & JENNY STEELE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 97 ("Subrogation", put simply, "is a form of substitution, where one party is substituted for another. In the insurance context, the core subrogation remedy enables an insurer who has indemnified its assured to bring proceedings on its own account but in the name of its assured"). ראו גם, פרשת **טבע**, לעיל ה"ש 68, פס' 58 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ("תחלוף (סוברוגציה) הוא מצב שבו זכות משפטית שהייתה בידי נושה (המעביר) כלפי חייב מועברת לידיו של אדם שלישי (הנעבר), במובן הזה שהנעבר נכנס בנעלי המעביר ומקבל את זכותו של האחרון על כל מרכיביה"); רע"א 7817/99 **אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי**, נז(3) 49, 62-63 (2003); יהושע ויסמן **חוק המשכון תשכ"ז-1967**, 287 (1974); **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** (גד טדסקי עורך) 657-658; פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 14, בעמ' 299.

<sup>79</sup> ראו למשל ע"א 166/59 **אפריאט נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טו(2) 1134, 1144 (1961); ע"א 434/60 **המוסד לביטוח לאומי נ' דורון**, פ"ד טז 7, 11 (1962); ע"א 5557/95 **סחר חברה לביטוח בע"מ נ' אלאחד**, פ"ד נא(2) 724, 749 (1997); ע"א 3929/02 **לוי כרם נ' שילר**, פ"ד נח(5) 364, 374 (2004).

<sup>80</sup> ראו למשל ע"א 357/79 **המוסד לביטוח לאומי נ' כונס הנכסים הרשמי, תל-אביב**, פ"ד לה(1) 393, 399 (1980); פרשת **אבנר**, לעיל ה"ש 65, עמ' 62; שלום לרנר "המחאת חיובים" **דיני חיובים**, 45 (דניאל פרידמן עורך, 1994); פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 14, בעמ' 298-299.

<sup>81</sup> A BURROWS, A RESTATEMENT OF THE ENGLISH LAW OF UNJUST ENRICHMENT (Oxford University Press, 2012), 175-176. בנוסף, ראו ROB MERKIN & JENNY STEELE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 100-101: "Subrogation is now firmly classified as a remedy based upon unjust enrichment... It has been pointed out that the notion of 'unjust enrichment' operates at The central role of unjust enrichment": 107. שם בעמ' 107: "a potentially very general level enrichment in some instances of subrogation is irrefutable following the decision of the House of Lords in Banque Financière de la Cité v Parc Battersea (Ltd), which offered a novel subrogation remedy in accordance with an unjust enrichment rationale". בנוסף, ראו Banque Financière de la Cité v Parc [1999] 1 AC 221.

<sup>82</sup> ראו, למשל, פרשת **טבע תעשיות פרמצבטיקות**, לעיל ה"ש 68, פס' 52-53 לפסק הדין של הש' גרוסקופף.

המזכה", שכן היא נובעת מן התשלום ששילם המיטיב; והתעשרות זו היא "לא כדין", משום שהמיטיב פעל שלא מכוח חובה שהייתה לו כלפי המעוול, ומשום ששיקולי מדיניות תומכים בהחלטה של חובת השבה בגין התעשרות זו.<sup>83</sup>

שיקולי המדיניות במקרה זה משתקפים בתכליתו של הסדר התחלוף הקבוע בחוקי התגמולים. הסדר התחלוף נקבע כדי לשחרר את המדינה מן הצורך לפעול כמבטחת בהיעדרו של אינטרס ביטוחי. הקביעה כי זכותה לשיפוי מופחתת בגובה ההוצאות שחסכה עקב המעשה העוולתי אינה מתיישבת עם תכלית זו. הפחתת שיעורו של השיפוי, משמעה אילוץ המדינה לשאת בחבות ביטוחית גם בהיעדרו של אינטרס ביטוחי, וזאת רק מן הטעם (האקראי) שהמעשה העוולתי שחרר אותה מחבות אחרת – חבות שאינה קשורה כלל לפונקציה שהיא ממלאת כמבטחת. לפיכך, הבסיס הראוי לתביעת החזרה אינו הנזק שנגרם למדינה עקב מעשהו של המעוול, אלא הצורך לשחררה מחבות ביטוחית בנסיבות החורגות מתחומי התחולה של הביטוח. דעתנו היא אפוא כי ראוי לבטל את הלכת **בן יוחנן**, ולהכיר בזכאות המדינה לשיפוי על מלוא כספי התגמולים (עד לגובה חבותו של המעוול), ללא תלות בהיקף נזקיה.

הצורך בביטולה של הלכת **בן יוחנן** נובע גם מטעם נפרד, הקשור בתכליתו של הדין הנזיקי. שלילת זכות החזרה משפיעה לא רק על המיטיב אלא גם על שני השחקנים הנותרים במשולש היחסים: הניזוק והמעוול. אם המיטיב אינו זכאי לחזרה, ההטבה היא מעין "מתת-שמיים", שאחד משני השחקנים הנותרים יזכה בה בסופו של יום. אם יהיה זה הניזוק – יופר העקרון של השבת המצב לקדמותו. ואם יהיה זה המזיק – יהיה בכך כדי לפטרו מחבות על נזק שגרם במעשה עוולתי. שתי האפשרויות מונעות מימוש של מטרות יסוד של הדין הנזיקי. דוגמה בולטת לעיוות זה באה לידי ביטוי בפרשת **יונה נ' כלל**.<sup>84</sup> נציג אפוא את הדילמה שהתעוררה בפסק הדין, ואת הדרך שבה ראוי לדעתנו להתמודד עימה לאור המסקנות העולות מן הדיון.

### 3. פרשת יונה נ' כלל

יונה שירת בצבא הקבע. עם פרישתו החל לעבוד כנהג בחברת "אגד", ובד בבד שולמה לו פנסיה תקציבית. כחודשיים לאחר תחילת העסקתו היה מעורב בתאונת דרכים קשה, שבעקבותיה מצא את מותו. עם פטירתו פקעה זכותו לפנסיה התקציבית, ובמקום זאת קמה לאלמנתו זכות לפנסיה שארים מצה"ל, וכן זכות לתגמולים נוספים מן המוסד לביטוח לאומי. במקביל לקבלת התגמולים ממקורות אלה, הגישו בנו ואלמנתו תביעת נזיקין בגין תאונת הדרכים, בכשירותם כיורשים וכתלויים. השאלה העקרונית שהתעוררה הייתה אם התשלומים שקיבלו מן המדינה השפיעו על זכותם לפיצוי נזיקי, ואם כך אזי באיזה אופן. בהתאם להלכת **בן יוחנן**, לא היה במקרה זה ספק כי המדינה אינה זכאית לשיפוי מן המזיק, שכן סך הוצאותיה לא גדל עקב האירוע העוולתי. השאלה הנותרת נגעה אפוא רק

<sup>83</sup> ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, קובע כי: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה...". לדין בהתקיימות תנאי ההוראה בתביעתו של המבטח, ראו פרשת **טבע**, לעיל ה"ש 68, פס' 53 לפסק דינו של הש' גרוסקופף (וראו גם ה"ש 118 להלן).

<sup>84</sup> ראו ה"ש 18 לעיל.

למערכת היחסים שבין מקבלי התגמולים והמעוול. בהיעדר תחולה להסדר התחלופי, התוצאה הדוקטרינרית המתבקשת הייתה כי תחול ההוראה בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, שעל פי פרשנותה המקובלת מזכה את הניזוקים בהטבה מצטברת. ואולם התוצאה שנקבעה בבית המשפט השלום הייתה הפוכה. בית המשפט קבע כי התגמולים ששילמה המדינה "בלעו" את הזכות הנזיקית, ועל כן דינה של התביעה להידחות. בית המשפט נימק זאת בעקרון שלפיו זכותו של ניזוק לפיצוי נגזרת מנזקו "הנקי", כלומר מן ההפסד שנגרם לו עקב האירוע העולתי בניכוי טובות הנאה שהפיק בעקבותיו. נקבע כי התגמולים ששילמה המדינה הם טובת הנאה שנולדה עקב המעשה העולתי, ועל כן יש לנכותם מן החבות הנזיקית. מאחר שערכם הכולל של התגמולים עלה על ההפסד שנגרם לתובעים כיושרים וכתלויים, לא נותר עוד נזק שבגיננו היו זכאים לפיצוי מן המעוול. התוצאה הייתה אפוא כי התביעה נדחתה.<sup>85</sup>

תוצאה זו אושרה גם בבית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע כי השאלה אכן מצריכה הכרעה בין שני עקרונות סותרים, שלשניהם אחיזה בדין הנוהג.<sup>86</sup> העקרון האחד – הוא שהדריך את בית משפט השלום – הוא עקרון השבת המצב לקדמותו, שמטה את הכף לעבר ניכוי כספי התגמולים מן החבות הנזיקית. העקרון האחר הוא זה העולה מסעיף 86 לפקודה, שעל פי פרשנותו המקובלת מורה על תשלום מצטבר של חבות נזיקית ותגמולים. לנוכח הסתירה, ואי היכולת לקיים את שני העקרונות בעת ובעונה אחת, לא נותרה לבית המשפט ברירה אלא לבחור ביניהם. שיקולי צדק הובילו את בית המשפט המחוזי להעדיף את העקרון הראשון, ולאשר את ניכויים של התגמולים מן החבות.<sup>87</sup>

בעקבות פסק דין זה הוגשה בקשת רשות ערעור (בגלגול שלישי) לבית המשפט העליון. הבקשה נדונה תחילה על ידי השופט עמית כדן יחיד.<sup>88</sup> השופט אישר את התוצאה שהתקבלה בשתי הערכאות הקודמות, תוך שהסביר כי התוצאה תואמת את עקרון היסוד של השבת המצב לקדמותו, ואף מתיישבת עם מרבית הפסיקה הקיימת בסוגיות קרובות.<sup>89</sup> ואולם זמן קצר לאחר שפורסם, פסק הדין בוטל מטעמים פרוצדורליים, והתיק הועבר לדיון מחדש במושב שלשה. בשלב זה – לאחר דיון בשלש ערכאות שיפוט, ולאחר שחמישה שופטים הביעו עמדה אחידה כי יש לנכות את כספי התגמולים מן החבות הנזיקית – נהפכה הקערה על פיה. בפסק הדין של ההרכב נקבע כי תשלומי התגמולים לא ינוכו, וכי הפיצוי הנזיקי ישולם לתובעים במצטבר.

בפסק הדין העיקרי, מפי השופטת וילנר, נקבע כי סעיף 86 הוא בעל תחולה כל עוד משלם התגמולים אינו זכאי לשיפוי. אם המדינה מחזיקה בזכות חזרה כלפי המעוול, יש לנכות את

<sup>85</sup> ת"א (שלום ת"א) 2380-08-10 עזבון המנוח דוד יונה ז"ל נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (נבו 8.9.2019). בית משפט השלום הסתמך על פסיקה קודמת של בית המשפט העליון, שבה נקבעה תוצאה דומה. ראו ע"א 4574/11 עזבון ויורשי המנוח נזאל אגוד נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 8 לפסק דינו של הש' עמית (נבו 19.5.2013).

<sup>86</sup> ע"א (מחוזי ת"א) 48891-10-19 יונה ואח' נ' כלל חברה לביטוח בע"מ ואח', פס' 11-12 לפסק דינה של הש' שבח (נבו 10.1.2021). לעמדה דומה ראו פס' 13 לפסק-דינו של השופט ריבלין ברע"א 686/97 מנורה – חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח משה תמר, פ"ד נג' 145 (5) (1999).

<sup>87</sup> פסק הדין המחוזי בפרשת יונה, לעיל, בפס' 19 לפסק דינה של הש' שבח (נבו 10.1.2021). ראו גם פרשת אגוד, לעיל ה"ש 71.

<sup>88</sup> פרשת יונה נ' כלל, לעיל ה"ש 16.

<sup>89</sup> שם, בפס' 16 לפסק דינה של הש' וילנר.

כספי התגמולים מן החבות כלפי הניזוקים, כדי למנוע הטלה של חבות-יתר על המעוול. ואולם אם, כבמקרה זה, משלם התגמולים אינו זכאי לשיפוי על התגמולים – החשש לחבות יתר אינו מתעורר, ועל כן ההצדקה לניכוי חדלה מלעמוד.<sup>90</sup> כלשונו של בית המשפט, הכלל הראוי הוא זה הקובע כי "אין שיפוי – אין ניכוי"<sup>91</sup>: במקרים שבהם חל הסדר התחלוף, כספי התגמולים ינוכו מן החבות חרף האמור בסעיף 86; ואילו במקרים שבהם הסדר התחלוף אינו חל, יזכה הניזוק בפיצוי על מלוא הנזק (ללא ניכוי), חרף זכאותו המקבילה לתגמולים. על פסק דין זה הוגשה בקשה לדין נוסף. בית המשפט נעתר לבקשה, אך בפסק הדין הוא

נמנע מלדון בסוגיות לגופן.<sup>92</sup>

אנו סבורים כי תוצאה זו מעוררת קושי ניכר. הזכות הכספית שקמה לקרוביו של יונה כלפי המדינה היא זכות בעלת אופי ביטוחי, שמקורה סטטוטורי. אופייה הביטוחי נובע מכך שהתגבשותה תלויה בהתקיימותו של אירוע נזק. אלמלא נפגע יונה, לא היו קרוביו זכאים לתשלום; הפגיעה שהובילה אל מותו, היא שיצרה את זכותם. התגמולים משולמים לשאריו של המבוטח, לנוכח הפגיעה הכלכלית הצפויה להם עקב מותו. במקרה זה שיעורם של התגמולים לא נקבע על פי היקף הנזק שנגרם בפועל, אלא על פי מפתח שנקבע בחוק. במובן זה ההסדר דומה לזה החל בביטוח חיים פרטי, שגם הוא ברגיל אינו "חווה שיפוי"<sup>93</sup>. בכך אין כדי לגרוע ממהותו של ההסדר כהסדר ביטוחי. מהותו הביטוחית נובעת מהתליית הזכות לתגמולים בהתקיימותו של אירוע הנזק, שבמקרה זה בא לידי ביטוי בפטירתו של המבוטח. כפי שנדון בחלק א לעיל, הפרשנות המתבקשת לזכות הביטוחית היא כי תכליתה לשרת אינטרס ביטוחי. מטרתה להסב סיכון כלכלי ממי שעלות הנשיאה בו גבוהה (השארים) למי שעלות הנשיאה בו נמוכה (המדינה). הזכות הביטוחית משרתת מטרה זו רק אם יש בה כדי לשחרר את המוטבים מסיכון. אם המוטבים אינם נושאים בסיכון מלכתחילה, שכן נזקם מבוטח באמצעי אחר (נזיקי), התגמולים אינם משרתים עוד אינטרס ביטוחי. הסדר התחלוף הקבוע בחוקי התגמולים מיועד לשחרר את המדינה מן הנטל בנסיבות אלה. המדינה אמנם מחויבת בתשלום התגמולים בשלב ראשון, אך היא זכאית לשיפוי עליהם מן המזיק, וסכומם מנוכה מתביעתם הנזיקית של המוטבים.

שחרור המדינה מן הנטל אינו מיועד להטיל מגבלה על סך ההוצאה התקציבית של המדינה בתמיכתה בציבור המוטבים. כל שהסדר התחלוף קובע הוא כי אם חפצה המדינה להעניק הטבה כספית נוספת – העולה על הסכום הנדרש כדי להגשים אינטרס ביטוחי – עליה לעשות זאת במסגרת הסדר שאינו מתנה את ההטבה הכספית בהתקיימותו של אירוע נזק. התליית ההטבה באירוע הנזק, למרות היעדרו של אינטרס ביטוחי, היא הקנייה שרירותית. הקביעה כי מוטב יהיה זכאי לתשלום במצבי עולם שבהם סבל נזק ונזקו הוטב ממקור אחר, אך לא יהיה זכאי לתשלום אם נזק לא נגרם מלכתחילה – היא קביעה שאינה משרתת תכלית

<sup>90</sup> שם, פס' 8 לפסק דינה של הש' וילנר.

<sup>91</sup> שם, פס' 18 לפסק דינה של הש' וילנר: "הנה כי כן, בהעדר הוראת חוק ספציפית המורה על ניכוי הטבות שקיבל הניזוק מהפיצוי שנפסק לחובת המזיק, הבסיס לניכוי כאמור הוא זכות החזרה של המיטיב כלפי המזיק, והעיקרון שלפיו אין לחייב את המזיק בתשלום פיצוי העולה על הנזק שגרם. ממילא, בנסיבות שבהן אין למיטיב זכות חזרה כאמור, נשמט הבסיס העיקרי לניכוי, בבחינה "אין שיפוי – אין ניכוי" (ההדגשה במקור)".

<sup>92</sup> דנ"א 4911/22 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' מלכה יונה (ניתן בתאריך 13.12.2023).

<sup>93</sup> ולר חוק חווה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 249-251.

רציונלית. הקנייה כזאת היא אף מפלה – שכן ההבחנה בין מי שזכאי להטבה (מי שסבל נזק שהוטב) ומי שאינו זכאי לה (מי שלא סבל נזק מלכתחילה) – אינה נשענת על שוני רלוונטי, ואין בה כדי להצדיק את פער הזכויות.

לאור זאת, חוקי התגמולים, על פי לשונם, קובעים את הסדר התחלוף בדרך בלתי מסוייגת. הגבלתו של ההסדר, מקורה כאמור בהלכה הפסוקה, שנקבעה בפרשת **בן יוחנן**. מן הטעמים שנדונו לעיל, מגבלה זו אינה ראויה – לא מן ההיבט הדוקטרינרי ולא מן ההיבט של שיקולי המדיניות. החסם שהציבה הלכה זו הוא "הקשר הגורדי" שהוביל אל תסוכת שהתעוררה בפרשת **יונה**: אם זכאותה של המדינה לשיפוי נשללת, המשמעות הבלתי נמנעת היא כי אחד הצדדים האחרים "יזכה מן ההפקר": אפשרות אחת היא כי הניזוק יזכה בהטבה כפולה של הנזק; אפשרות אחרת היא כי התגמולים יועברו לכיסו של המעוול, שכן סכומם ינוכה מחבותו הנזיקית. זו וגם זו תוצאות בלתי רצויות. ההתלבטות שעוררה פרשת **יונה** למעשה נסבה על השאלה איזו משתי הרעות היא הרעה יותר. ואולם הפתרון המונע את שתי הרעות כאחד הוא החלתו של הסדר התחלוף הקבוע בחוק: כספי התגמולים ינוכו מן החבות כלפי הניזוק, אך בד בבד תוכר זכות החזרה של המדינה כלפי המעוול. בכך תובטח חבות מלאה של המעוול, השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, וקיום תכליתם של חוקי התגמולים, בגידרה המדינה נושאת בנטל כמבטחת רק בהתקיים אינטרס ביטוחי.

#### 4. הפרשנות הראויה לסעיף 86 לפקודת הנזיקין

אם תאומץ ההצעה לבטל את הלכת **בן יוחנן**, עשוי לכאורה להתעורר הקושי הבא: חוקי התגמולים קובעים הסדר תחלוף בלתי מסוייג, ובצידו הם קובעים כי את כספי התגמולים יש לראות כתגמולי ביטוח, שעליהם חל סעיף 86 לפקודה. כאמור, על פי הפרשנות הרווחת בפסיקה לסעיף 86 (פרשנות שאף זכתה לאישוש נוסף בפרשת **יונה**), הניזוק זכאי להטבה מצטברת רק כאשר המבטח אינו זכאי לשיפוי. אך אם, כהצעתנו, זכות החזרה תחול ללא סייג, משמעות הדבר תהיה כי ניזוקים לעולם לא יהיו זכאים להטבה מצטברת. ההפניה בחוקי התגמולים לסעיף 86 תתרוקן אפוא מתוכן. לאור החזקה הפרשנית כי המחוקק אינו משחית את מילותיו לריק, נדרש אפוא ליישב בין שתי ההוראות שבחוקי התגמולים – זו הקובעת הסדר תחלוף בלתי מסוייג, וזו הקובעת הפניה בלתי מסוייגת לסעיף 86 בפקודה.

לדעתנו הפתרון לקושי טמון לא בשינוי הפרשנות באשר לתחולתו של הסדר התחלוף, אלא בשינויה באשר למשמעות ההוראה שבסעיף 86. כזכור, סעיף זה קובע כדלהלן:

שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח.

התיבה "לא יובא בחשבון" פורשה עד כה כמשמיעה את זכותו של הניזוק להטבה מצטברת: אם "אין מביאים בחשבון" את הסכום ששולם על פי חוזה הביטוח, משמעות הדבר היא כי זכותו של הניזוק לפיצוי מן המעוול היא כשהייתה אלמלא היה זכאי לתגמולי ביטוח. ואולם הוראת הסעיף ניתנת גם לפרשנות אחרת, עדיפה. על פי הפרשנות החלופית, התיבה "לא יובא בחשבון" מתייחסת לא לזכותו המצטברת של הניזוק, כי אם להיקף אחריותו של המעוול. ההוראה מבקשת לקבוע כי זכאותו של הניזוק לתגמולי ביטוח, אין בה כדי להפחית את חבותו הכוללת של המעוול. אלמלא נקבע כך במפורש, היה המעוול עשוי לטעון כי נזק שנגרם בתחילה אך הוטב בידי המבטח אינו עוד בחזקת "נזק", ועל כן אין בו כדי להקים

חבות נזיקית. טענה זו של המעוול, לו התקבלה, הייתה עלולה לשלול את זכות החזרה של המבטח: אם המעוול אחראי רק לנזק שלא הוטב, אזי המעוול קיים את חובתו במלואה כאשר פיצה את הניזוק על הנזק שנותר לאחר ההטבה. על פי הפרשנות המוצעת, סעיף 86 מבקש להבהיר כי אין לקבל טענה זו של המעוול. גם אם חלק מן הנזק הוטב בידי המבטח, אין להביא זאת בחשבון לצורך שומת הפיצויים שעליו לשלם בשל עוולה. על פי פרשנות זו של הוראת סעיף 86, לא זו בלבד שההוראה אינה סותרת את הסדר התחלוף, אלא תכליתה להבטיח את האפשרות לממשו. המעוול אינו יכול לחמוק מאחריותו לתשלום חבות מלאה, המשקפת את מלוא הנזק שנגרם במעשה העוולה, וזאת גם אם הנזק כבר הוטב בידי מבטח. אחריותו זו היא שמקנה את הבסיס לתביעת התחלוף של המבטח כלפיו. אף שהניזוק, שנזקו כבר הוטב, אינו זכאי לפיצוי כפל, אחריותו של המעוול תמומש באמצעות תביעת החזרה של המבטח. פרשנות זו, הרואה את תכליתה של הוראת הפקודה בהבטחת המימוש של תביעת החזרה, אינה סותרת אפוא את הסדרי התחלוף שנקבעו בהסדרים סטטוטוריים אחרים. בהיעדר סתירה בין הוראת הפקודה והסדרים אלה, ממילא לא נדרש עוד כלל עדיפות שיכריע כיצד ליישבה.

לפרשנות המוצעת נתון גם יתרון נוסף. אם סעיף 86 מפורש בדרך המסורתית, משמעות הדבר היא כי חוקי התגמולים קובעים דבר והיפוכו: מצד אחד הם מאמצים הסדר תחלוף מפורש, ומצד אחר קובעים תחולה לסעיף 86 – שעל פי הפרשנות המסורתית קובע הסדר של זכאות מצטברת. ואולם אם ההסדרים סותרים זה את זה, מתעוררת השאלה מדוע מצא המחוקק לקבוע את שניהם יחד, מבלי להסביר את היחס ביניהם? הפרשנות המוצעת מסירה תמיהה זו, שכן משמעותה היא כי ההוראות אינן סותרות אלא משלימות: הסדר התחלוף מיועד לקבוע את זכותה של המדינה לחזור אל המעוול לאחר ששילמה את התגמולים לניזוק; ההפניה לסעיף 86 מבטיחה כי המעוול לא יחמוק מאחריותו כלפי המדינה בטענה כי נזקו של הניזוק כבר הוטב. הפרשנות המוצעת מיישבת אפוא בין שני ההסדרים: אף אחד אינו מוציא את האחר, ולשניהם מוקנית נפקות מלאה ובלתי מסוייגת.

פרשנות זו לסעיף 86 אף הוצעה בעבר. אהרן ברק העלה אפשרות פרשנית זו בכתיבה אקדמית לפני שנים רבות.<sup>94</sup> הפרשנות מצאה את ביטוייה גם בפסיקה,<sup>95</sup> אם כי לא הפכה לפרשנות ההלכתית המקובלת.<sup>96</sup> לאחרונה היא זכתה לדיון ופיתוח משוכללים יותר במאמרם של ישראל גלעד ויונדב סמט.<sup>97</sup> כפי שמסבירים גלעד וסמט, הפרשנות היא ראויה, באשר היא תומכת בהחלתו של הסדר התחלוף, ובכך מקיימת את עקרון השבת המצב לקדמותו.<sup>98</sup> נוסף

<sup>94</sup> דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (גד טדסקי עורך) 644.

<sup>95</sup> ראו למשל ע"א 61/55 מגן צ'טורד נ' גרוסברג, פ"ד י 190, 195 (1956). שם, נקבע כי סעיף 86 מיועד להתמודד עם החשש כי "השופט הקובע פיצויים לפי פקודת הנזיקים יתחשב בסכום הגימלה ויפחית במידה זו את זכות הפיצויים" שכן אז למוסד לביטוח לאומי נשקפת סכנה "שזכותו (לשיפוי) תסוכל". עוד ראו פרשת **חמודוט**, לעיל ה"ש 50 בעמ' 691 ("סעיף 86 דן רק בשומת הפיצויים על הנזק שנגרם, ודורש לשום את הנזק כולו בלי להביא בחשבון סכום ביטוח כלשהו. דוקא שומה זו היא המאפשרת את מימוש הסוברוגציה לטובת המבטח..."); ע"א (מחוזי חיפה) 50/50 **בומבך נ' כהן**, (ו) 80 (1951); המר' 271/59 **לינצר נ' ניר-זילנר** כ"ג פ (ז) 28.

<sup>96</sup> ראו לעיל ה"ש 55.

<sup>97</sup> גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4.

<sup>98</sup> שם.

על כך, היא מתיישבת עם המקור האנגלי שממנו תורגמה ההוראה שבפקודה.<sup>99</sup> אנו מסכימים לתובנות אלה, ומוסיפים כי פרשנות זו אף תומכת ברציונל הביטוחי שבבסיס חוקי התגמולים, לפיו המדינה נושאת בנטל כמבטחת רק בהתקיים אינטרס ביטוחי.<sup>100</sup>

## 5. תחולת התחלוף בהסדרים פיננסיים מעורבים

מוצרים פיננסיים לעתים קרובות משלבים אלמנטים של ביטוח וחסכון. בפרט, שילוב זה הוא מאפיין בולט של ההסדר הפנסיוני. בהסדר זה העמית מפקיד סכומי כסף מדי תקופה, ורוכש בתמורה זכאות לקצבה או לתשלום הוני בהגיעו לגיל פרישה. אלמנט זה משקף את היבט החסכון של ההסדר. ואולם במקביל לכך, ההסדר כולל גם היבט ביטוחי: ההסדר עשוי לכלול ביטוח חיים, ביטוח מפני אובדן כושר עבודה, וכן מנגנון ביטוח הדדי בין עמיתים, המבטיח את הזרמת הקצבה למשך שארית חייו של העמית.

השילוב שבין היבטי הביטוח והחסכון מעורר שאלה בדבר תחולתם של כללי התחלוף בהסדר הפנסיוני. הדיון שלעיל עסק ברציונל הביטוחי לתחלוף. השאלה המתעוררת כאן היא אם רציונל זה מוסיף לחול גם בהסדר הפנסיוני, המערב אלמנטים של ביטוח וחסכון. כאשר מדובר באפיק חסכון "טהור", ברי כי זכות התחלוף אינה חלה. כך למשל, אם אדם מפקיד כספי חסכון בבנק, ולאחר שניזוק באירוע עולתי הוא מבקש למשוך את כספי החסכון – ברי כי הבנק אינו זכאי לשיפוי על כספי החסכון מן המעוול. הכספים מלכתחילה לא היו שייכים לבנק, וזכות המשיכה של החוסך הייתה עומדת בעינה גם אלמלא ניזוק באירוע עולתי. לפיכך, גם אם החלטת המשיכה התקבלה בעקבות אירוע עולתי, אין לראות בסכום שנמשך משום "הטבת נזק" שנגרם עקב מעשה העוולה. אילו הוכרה זכות תחלוף של הבנק, הדבר היה מוביל לפיצוי חסר של הניזוק, ולהתעשרות בלתי מוצדקת של הבנק.

שם. <sup>99</sup>

<sup>100</sup> גלעד וסמט סבורים, בשונה מאתנו, כי במקרי מוות ההטבה המצטברת עשויה להיות מוצדקת לגופה, שכן במקרים אלה הנזק הוא "אינסופי", ועל כן ההטבה המצטברת ממילא אינה פוגעת בעקרון השבת המצב לקדמותו. עמדתנו היא כי גם במקרי מוות ההטבה המצטברת אינה רצויה, וזאת משני טעמים. ראשית, יש לשים לב כי תגמולי הביטוח המשולמים בעקבות מוות אינם מיועדים לפצות על נזקי המוות (למנוח), אלא מיועדים לפצות על הנזק שגרם מותו של המנוח לקרוביו. יתרה מזאת, האינטרס הביטוחי של הקרובים נוגע רק לאובדן הכלכלי הנובע מן המוות, להבדיל מן האובדן האישי או הרגשי (ראו דיון בחלק א.2. לעיל). הביטוח מיועד אפוא להיטיב נזק כלכלי שהיקפו סופי. ואולם אם נזק זה כבר מבוטח באמצעות המערכת הניזיקית, אין עוד אינטרס לבטחו פעם נוספת. שנית, אנו חולקים על ההנחה כי על דיני הניזיקין לייחס לחיים ערך אינסופי. משמעות ההנחה כי הנזק ממוות הוא אינסופי היא כי יש לנקוט כל פעולה המפחיתה את הסיכון למוות, אפילו אם השפעתה על הסיכון מזערית ועלותה אסטרונומית. עוד עולה מן ההנחה כי יש לאסור כל פעילות מסכנת חיים גם אם התועלת בצידה עצומה (כגון שימוש בכלי רכב, או פעילות ייצור הכרוכה בזיהום אוויר). ספרות ענפה העוסקת בערך הכלכלי של אובדן חיים מבחינה אפוא בין פעולה הנוטלת חיים *בוודאות* ובין פעולה המעמידה את החיים *בסיכון*. ראו למשל: V Kip Viscusi, *The value of life in legal contexts: survey and critique*, 2(1) AMERICAN LAW AND ECONOMICS REVIEW 195 (2000). בעוד שנטילת חיים *וודאית* גורמת לאדם נזק אינסופי, העמדת חייו *בסיכון* גורמת לו בדרך כלל נזק סופי, ולעתים אף נזק נמוך. בהתאם להבחנה זו, אנשים נוקטים פעולות יום-יומיות רבות שמגדילות במעט את הסיכון לחייהם (כגון חציית כביש, או צריכת מזון בלתי בריא) וזאת אפילו כשהתועלת מפעולות אלה היא טריוויאלית. השאלה מה היקפו הרצוי של הפיצוי בגין מוות בכל מקרה ומקרה היא שאלה סבוכה; ואולם תהא אשר התשובה לשאלה זו, איננו רואים הצדקה להקנות פיצוי זה במצטבר – פעם באמצעות דיני הניזיקין, ופעם באמצעות תגמולי ביטוח.



כיצד ראוי אפוא לקבוע את כללי התחלוף בהסדר הפנסיוני? אנו מציעים כי התשובה לשאלה זו נגזרת מניתוח האינטרסים של הצדדים בעת כריתתו של הסדר זה. ההסדר הפנסיוני נוצר באמצעות קשר חוזי, שתכליתו להגשים את האינטרס המשותף של הצדדים לו. במסגרתו, העמית מפקיד תשלומים עתיים בקרן הפנסיה, וכנגדם רוכש זכויות בכמה קטגוריות. בקטגוריה אחת הוא זכאי לתשלום מן הקרן בתקופת הפרישה. בקטגוריה אחרת הוא זכאי לתגמולי ביטוח בהתרחש אירועים שונים בתקופת חייו (למשל, ביטוח מפני אובדן כושר עבודה או ביטוח הדדי המשפיע על היקף התשלומים בתקופת היציאה לגמלאות). בקטגוריה שלישית הוא זכאי כי הקרן תעביר סכום כסף לשאריו במקרה של פטירה. מאחר שהפקדותיו של העמית משמשות למימון הזכויות בכל שלש הקטגוריות, ברי כי בעבור הפקדה בגובה נתון מתקיים ביניהן אלמנט של תחליפיות: ככל שחלק ניכר יותר מכספי ההפקדות מנותב לקטגוריה אחת, כך נותר סכום נמוך יותר למימון זכאויות בקטגוריות אחרות. החוזה המגולם בהסדר הפנסיוני קובע את היחס שבין הזכויות בקטגוריות השונות. השאלה שמתעוררת בענייננו נוגעת לזכויות מן הקטגוריה השלישית, כלומר לאלה המתייחסות לחבותה של קרן הפנסיה כלפי השארים, במקרה שבו העמית הולך לעולמו. השאלה אם חל במקרה זה כלל של תחלוף היא למעשה השאלה אם זכאותם של השארים מושפעת מנסיבות המוות, ובפרט מן השאלה אם המוות נגרם במעשה עוולה או בנסיבות אחרות. אם נאמר כי קרן הפנסיה אינה זכאית לשיפוי ממעוול, אזי זכאותם הכוללת של השארים תלויה בנסיבות המוות: כשהמוות נגרם במעשה עוולתי – זכאותם כוללת הן תשלום מן הקרן והן פיצוי נזיקי; וכשהמוות נגרם שלא במעשה עוולתי, זכאותם מוגבלת לתשלום מן הקרן בלבד. לעומת זאת אם נאמר כי הקרן זכאית לשיפוי מן המעוול אזי זכאותם קבועה, ואינה תלויה בנסיבות המוות.

בהשוואה שבין שתי האפשרויות, קשה לראות טעם רציונלי מדוע יבקש העמית לזכות את שאריו בסכומים שונים בהתאם לשאלה אם מותו נגרם בנסיבות עוולתיות או בנסיבות אחרות. מאחר שהיקף נזקם הכלכלי של השארים אינו מושפע מסיבת המוות, קשה לראות מדוע ירצה לקבוע הבחנה זו כבסיס לזכאויות שונות. יש עוד לזכור כי הסדר המקנה לשארים זכות נדיבה יותר בנסיבות עוולתיות מוביל בהכרח לצמצום הזכויות של העמית ושאריו במצבי עולם אחרים. אם ההסדר שולל את זכות השיפוי של הקרן, יש בכך כדי להגדיל את עלויותיה; לפיכך, עבור הפקדות בהיקף נתון, תהיה הפחתה בלתי נמנעת בגימלה שיקבל העמית בחייו, או בהיקף התשלום לשארים בנסיבות שאינן עוולתיות. שלילת התחלוף היא למעשה הסטה של זכויות ממצבי עולם שבהם לא נגרם נזק עוולתי למצבים שבהם נגרם נזק כזה. מאחר שאין טעם ענייני בהסטה האמורה, היא אינה משרתת את אינטרס העמית.

הדוגמה המספרית הבאה ממחישה מסקנה זו. נניח כי כאשר עמית ילך לעולמו, יהיה סיכוי של 50% כי המוות ייגרם במעשה עוולתי, וסיכוי של 50% כי יקרה בנסיבות שאינן עוולתיות. כעת נשווה הסדר המכיר בזכות החזרה של הקרן כלפי המעוול, להסדר השולל אותה. נניח כי אם נשללת זכות החזרה, ערכה המהוון של פנסיית השארים עומד על 100, וחבותו של המעוול עומדת על 100 נוספים. משמעות הדבר היא כי אם המוות ייגרם במעשה עוולתי יזכו השארים בסכום כולל של 200 (100 מקרן הפנסיה ו-100 נוספים מן המעוול), ואם יקרה בנסיבות שאינן עוולתיות הם יזכו ב-100 בלבד (מקרן הפנסיה). כעת נניח לחלופין כי ההסדר מכיר בזכות החזרה של קרן הפנסיה. זכות זו חוסכת לקרן עלות שתוחלתה 50

(50% סיכוי לחסוך 100). חסכון זה עשוי לשמש, למשל, להגדלת פנסיית השארים מ-100 ל-150. תחת הסדר זה, השארים יזכו אפוא בסכום כולל של 150 ללא תלות בשאלה אם המוות נגרם במעשה עוולתי או בנסיבות אחרות. תוצאה זו עדיפה לשארים, משום שהיא מבטיחה את אותו התשלום בתוחלת, אך מפחיתה סיכון. בה בעת, ההסדר אינו מצריך שינוי בהפקדות של העמית, ואינו מטיל עלות נוספת על קרן הפנסיה. בתכנון ההסדר החוזי האופטימלי, העמית והקרן יעדיפו אפוא הסדר המכיר בזכות החזרה.

עולה מן הדברים כי כלל התחלוף רצוי משום שיש בו כדי לשרת את תכליתו החוזית של ההסדר. נימוק זה אינו נובע מסיווגו של ההסדר הפנסיוני כמכשיר של ביטוח או כאפיק חסכון. ההסדר הפנסיוני הוא ביטוח וחסכון משולבים, ועל כן הניסיון לאפיינו כאחד מן השניים אינו מוליד כשלעצמו מסקנה בעלת משמעות. התחלוף הוא רצוי משום שיש בו כדי לקדם את מטרתיהם של הצדדים להסדר. יש אפוא לשאוף להחלטה של פרשנות זו, כל עוד אין היא נוגדת הוראה חקוקה מפורשת. ואולם הפסיקה בסוגיה לא הלכה בדרך זו. פסק הדין המרכזי שהתווה את ההלכה נקבע בפרשת **מקפת נ' אנוך**. בשורות הבאות נדון בפסק הדין, ונציג את עמדתנו באשר לאופן שבו ראוי לשנות מן ההלכה שנקבעה בו.

## 6. פרשת מקפת נ' אנוך

ניר אנוך-מעוז נהרג בתאונת דרכים. בעודו בחייו היה עמית בקרן הפנסיה והתגמולים "מקפת חדשה". בעקבות מותו, הוקנתה לשאריו זכאות לתגמולים מקרן הפנסיה, ובמקביל הם הגישו תביעה נזיקית מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.<sup>101</sup> השאלה שהתעוררה הייתה אם לקרן הפנסיה זכאות לשיפוי מן המעוולים על התגמולים ששילמה לשארים.

בית המשפט ראה את התשובה לשאלה זו כנגזרת מדרך סיווגו של ההסדר הפנסיוני כמכשיר ביטוחי או כאפיק חסכון. נקבע כי אם יסווג כאפיק חסכון, אזי יש להכיר בזכות התחלוף. הטעם לכך נעוץ בחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), הקובע זכות תחלוף למי שהיטיב נזק שנגרם במעשה עוולה (ובלבד שאינו תאגיד העוסק בביטוח).<sup>102</sup> אם לעומת זאת ההסדר הפנסיוני יסווג כמכשיר ביטוחי אזי אין להכיר בזכות התחלוף. הטעם לכך נעוץ בפרשנות הנוהגת של סעיף 86 לפקודת הנזיקין, שעל פיה הזכאות הביטוחית מצטברת לזו הנזיקית.

אף שבמקרים קודמים הותר ניכוי של תשלומים מקרן פנסיה מחבות נזיקית,<sup>103</sup> בפרשה זו נקבע כי יש לסווג את ההסדר הפנסיוני כהסדר ביטוחי, השולל את התחלוף. הנימוק העיקרי לכך היה כי הכרה בזכות החזרה תוביל לתוצאה בלתי ראויה. לדעת בית המשפט, העמית רכש את הזכות לפנסיית שארים "בזיעת אפו", באמצעות הפקדותיו לקרן. אם הקרן תחוב בפנסיית השארים, אך בד בבד תורשה לנגוס מתביעתם הנזיקית של השארים כלפי המעוול – התוצאה תהיה כי היא לא תישא בחיובה בפועל, חרף התמורה שקיבלה.<sup>104</sup> יש אפוא לסווג

<sup>101</sup> פרשת **מקפת נ' אנוך**, לעיל ה"ש 14, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא (דאז) ריבלין.

<sup>102</sup> ס' 2 ו-4 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964 (להלן: החוק הטבת נזקי גוף).

<sup>103</sup> פרשת **בידה**, לעיל ה"ש 55; ע"א 365/83 **אריה חברה לביטוח נ' פנחס**, פ"ד לט(1) 839 (1985); ע"א 110/80 **גבאי נ' וליס**, פ"ד לו(1) 449 (1982).

<sup>104</sup> פרשת **מקפת נ' אנוך**, לעיל ה"ש 14, פס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

את פעילות הקרן כפעילות ביטוחית, לא בשל מאפייניה הטכניים, אלא משום שסיווג זה משרת תכלית של מדיניות ראויה.

כאמור, אנו חולקים על נימוק זה. לדעתנו השאלה אילו זכויות רכש העמית "בזיעת אפו" היא זו העומדת בליבה של המחלוקת. הצדדים חלוקים באשר לפרשנות הראויה של ההסדר החוזי ביניהם. על פי פרשנות אחת (היא זו שאימץ בית המשפט), החוזה שלל את זכות החזרה של הקרן תוך הקניית זכאות מצטברת לשארים. על פי פרשנות שנייה, החוזה הכיר בזכות החזרה של הקרן, וזאת כדי להרחיב זכויות אחרות של העמית ושל השארים. הבחירה בין הפרשנויות נגזרת מן השאלה איזה משני המתווים מקדם באורח אפקטיבי יותר את האינטרס המשותף של העמית והקרן בעת כריתת החוזה. מן הטעמים שנדונו לעיל, הפרשנות המאפשרת את התחלוף נראית עדיפה במובהק על פני זו השוללת אותו.

הדיון בפסק הדין מבוסס עוד על ההנחה כי אם ההסדר הפנסיוני יסווג כביטוח, התחלוף ישלל לנוכח ההוראה שבסעיף 86 לפקודת הנזיקין. כאמור בחלק ג.4 לעיל, אנו סבורים כי פרשנות זו לסעיף 86 אינה הכרחית ואף אינה רצויה. על פי הפרשנות המוצעת, סעיף 86 אינו שולל את התחלוף, ועל כן אין בו כדי להציב מכשול גם אם ההסדר הפנסיוני מסווג כביטוח. יתרה מזאת, בהיעדר כלל חקוק הקובע אחרת, התוצאה הרצויה אינה נגזרת מן הסיווג. ההסדר הפנסיוני הוא חסכון וביטוח משולבים; אין מדובר ב"ביטוח" או ב"חסכון" אלא במכשיר פיננסי מעורב, שיש בו "גם ביטוח" ו"גם חסכון". שאלת המדיניות אינה נגזרת אפוא מסיווגו לאחת משתי קטגוריות, אלא מן השאלה איזה הסדר יגשים את התכלית שמבקשים הצדדים לקדם. ככל שהכרה בזכות החזרה מועילה לצדדים, יש להכיר בתחולתה.

## 7. תחולת התחלוף בחוזי ביטוח שאינם משפטים על נזק

חוק חוזה הביטוח מחיל כאמור את הסדר התחלוף באורח סלקטיבי. הקריטריון המרכזי ממנו נגזרת ההבחנה קשור באופיו של הביטוח כחוזה "שיפוי".<sup>105</sup> בביטוחים אחרים לא נאמר דבר ביחס לתחולתו של התחלוף, וההנחה המקובלת היא כי יש לפרש את השתיקה כהסדר שלילי.<sup>106</sup> הסדר התחלוף לא הוחל אפוא בביטוחי חיים, ובביטוחי תאונה, מחלה ונכות שלא נקבעו כחוזי שיפוי.

ההבחנה שעורך חוק חוזה הביטוח נשענת על ההנחה כי התחלוף אינו משרת את תכליתו בהסדרים שאינם מסוג שיפוי. ואולם, כפי שעולה מן הדיון בחלק ב לעיל, הנחה זו אינה מבוססת. אם נזקו של המבוטח מכוסה על-ידי המערכת הנזיקית, אזי כל התחייבות לכיסוי נוסף, יהיה היקפו אשר יהיה, הוא בבחינת ביטוח יתר שאינו משרת אינטרס ביטוחי. התחלוף נדרש אפוא כדי לשלול את הכיסוי כאשר עלותו עולה על תועלתו. יתרה מזאת, אפילו כאשר הכיסוי שמקנה המערכת הנזיקית הוא חלקי בלבד, רציותו של הסדר התחלוף עומדת בעינה. אמנם במקרה זה לניזוק אינטרס בביטוח נוסף, החורג מזה שמציעה המערכת הנזיקית; ואולם בין האפשרויות לרכוש את יתרת הכיסוי מן המבטח ללא תחלוף, או לרכוש כיסוי מלא מן המבטח בכפוף לתחלוף – האפשרות האחרונה עדיפה. אפשרות זו מבטיחה את כיסוי הנזק בכל מצבי העולם – הן כאשר נזק נגרם בנסיבות עולתיות (שאז המערכת הנזיקית מקנה כיסוי

<sup>105</sup> ראו לעיל ה"ש 68 לעיל והטקסט הנלווה.

<sup>106</sup> ולר חוק חוזה הביטוח ב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 257-256. ואולם, בעניין טבע, לעיל ה"ש 68, פס' 74 לפסק דינו של הש' גרוסקופף, הובעה הדעה כי יש לפרש את השתיקה כחסר ולא כהסדר שלילי.

חלקי), ובין שהוא נגרם בנסיבות אחרות (שאז הביטוח מקנה כיסוי בלעדי). האינטרס של המבוטח הוא אפוא לרכוש את מלוא הכיסוי הרצוי לו מן המבטח, ובמקביל להעביר אל המבטח את הזכות לפיצוי הנזיקי.<sup>107</sup>

מסקנה זו מעוררת את השאלה אם לצדדים לחוזה הביטוח נתונה הרשות להתנות על הוראות החוק, ולהחיל את הסדר התחלופי גם בביטוחים שבהם החוק לא החיל הסדר תחלופי מפורש. חוק חוזה הביטוח אינו אוסר על אימוץ הסדר של תחלופי, גם במקומות שבהם הוא לא קבע את הסדר באופן פוזיטיבי. ואולם החופש לאמץ את התחלופי עשוי לכאורה להיתקל בקושי אחר, שמקורו בפקודת הנזיקין. סעיף 22 לפקודה קובע כי "הזכות לתרופה בשל עוולה... אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין".<sup>108</sup> התחלופי הוא למעשה העברה של זכות תביעה נזיקית מן הניזוק אל המבטח; לפיכך התנייתו בחוזה עשויה להתפרש כקביעה המנוגדת לאיסור הקבוע בהוראת הפקודה.

הוראת הפקודה, מקורה בכלל ותיק מן המשפט המקובל, ששיקף בעבר הסתייגות מוסרית מן הפרקטיקה של "קניית דין".<sup>109</sup> בעידן הנוכחי הסתייגות זו עברה במידה רבה מן העולם.<sup>110</sup> כיום מושרשת ההכרה כי זכויות אוצרות בחובן ערך כלכלי, וכי חלק חשוב מערך זה נגזר מן האפשרות להעבירן. כפי שסחר בנכסים פיזיים תורם לרווחה הפרטית והחברתית, כך גם הסחר בזכויות מאפשר מיצוי ערך שנהנים ממנו הפרט והחברה כאחד. תפיסות אלה עולות בקנה אחד עם ההכרה הרחבה באפשרות להמחות זכויות וחבויות.<sup>111</sup> בהתאם לכך, המשפט המקובל המודרני צמצם מאד את האיסור על המחאת זכות התביעה בנזיקין.<sup>112</sup> בית המשפט העליון בישראל הביע עמדה דומה,<sup>113</sup> ובהצעת הקודיפיקציה בוטל לחלוטין הכלל האוסר על המחאת זכות התביעה.<sup>114</sup> ברוח זו ההלכה הקיימת מכירה בכמה מנגנונים המאפשרים לצדדים להגיע לתוצאה השקולה להמחאת זכות התביעה בנזיקין. הבולט שבהם הוא הדוקטרינה בדבר "המחאת פירות ההתדיינות" של התביעה הנזיקית. הדוקטרינה קובעת כי

<sup>107</sup> ראו דיון בחלק א.2. לעיל. יש לציין כי אותו ההיגיון משתקף גם בהסדר שנקבע בחוקי התגמולים. גם בחוקים אלה הזכויות אינה נקבעת כשיפוי על נזק, ובכל זאת אין בכך כדי לסייג את תחולתו של התחלופי. ראו לעיל ה"ש 71-72 והטקסט הנלווה להן.

<sup>108</sup> הוראה דומה מופיעה בס' 4(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.

<sup>109</sup> לדיון במקורו של הכלל, ראו דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (גד טרסקי עורך) 667; H. WINFIELD, WINFIELD AND JOLOWICZ ON TORT § 26-081 (20th ed. 2020) ("[The assignee] may be a (man of great power, who might procure a jury to give him greater damages"

<sup>110</sup> ראו למשל 114 YALE L.J. 697 Michael Abramowicz, *On the Alienability of Legal Claims*, RACHAEL MULLHERON, THE MODERN LAW OF CHAMPERTY AND MAINTENANCE, 2-3 (2021).

<sup>111</sup> חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969.

<sup>112</sup> ראו ה"ש 110 לעיל.

<sup>113</sup> ע"א 5251/10 יעקב כספי בע"מ נ' Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (נבו) 6.1.2023 ("יש היגיון בחשיבה מחדש על היקפו הרחב של האיסור על המחאת זכויות בנזיקין, במתכונתו הנוכחית. במהלך השנים, צומצם האיסור על המחאת תביעות בנזיקין במשפט האנגלו-אמריקאי, בין השאר בשים לב להבחנות רלוונטיות בין עילות תביעה בעלות אופי אישי לעילות תביעה אחרות").

<sup>114</sup> הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, 1155 ("ההוראה [הקבועה בסעיף 22 לפקודת הנזיקין] הושמטה, מאחר שאין הצדקה לקיומה. במקרים המתאימים תחול ממילא ההוראה בדבר תקנת הציבור בסעיף 109 המוצע").

בעל זכות התביעה אינו רשאי להמחותה, אך הוא רשאי להתחייב מראש כי יעביר את פירות ההתדיינות לאדם אחר עם סיום ההליך.<sup>115</sup> אף שמבחינה פורמלית המחאת הפירות מובחנת מהמחאת העילה עצמה, ברי כי היא מובילה לאותה התוצאה המהותית. על רקע זה, ייתכן כי המשפט הישראלי עשוי להכיר בהוראה החוזית היוצרת הסדר תחלוף, או הסדר שהשלכותיו דומות. ואולם גם אם נאמר כי סעיף 22 שולל את תוקפה של הוראה כזאת, נראה כי אפשר להגיע לתוצאה דומה גם ללא המחאה של זכות התביעה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. כאשר מבטח משפה ניזוק בגין נזק שגרם לו מעוול, הרי הוא מפחית את נזקו של הניזוק, ועל כן מפחית את חבותו של המעוול. הפחתת החבות מקנה למעוול התעשרות בלתי מוצדקת. בית המשפט העליון הכיר אפוא בכך שלמיטיב נזק עשויה לקום עילת תביעה עצמאית כנגד המעוול, שמקורה אינו בהסדר תחלוף, כי אם בדיני עשיית עושר.<sup>116</sup> בדומה לתביעות אחרות בעשיית עושר, השאלה אם ראוי להכיר בה במקרה קונקרטי נגזרת מן השאלה אם קיים דין אחר השולל את תחולתה,<sup>117</sup> ואם החלטה מוצדקת משיקולי מדיניות.<sup>118</sup>

במקרה זה אנו סבורים כי ראוי לפרש את סעיף 22 כמתיר את התביעה בעשיית עושר. מן הטעמים שנדונו לעיל, הן הפרשנות הנוהגת והן זו הרצויה מורות על צמצום התחולה של הוראה זו. יתרה מזאת, ההכרה בתביעה בעשיית עושר לא תרוקן את הוראת הפקודה מתוכן. גם אם תוכר זכות התביעה, הוראת הפקודה עדיין תחול על המחאה שבגידרה הנעבר אינו מיטיב של נזק. בכך עשויה ההוראה להוסיף ולקיים את תכליתה ההיסטורית למנוע סחר בזכות בנסיבות שבהן לא מתקיימת יריבות ישירה בין רוכש הזכות ובין המעוול. לבסוף יש לציין כי ההכרה בזכות השיפוי של מבטח, אין בה כדי לחייב את הצדדים להותיר את הזכות

<sup>115</sup> ע"א 456/71 פילוסוף נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 604, 608 (1971) ("כידוע מקורו ההיסטורי של האיסור אשר הוטל בסעיף 22 הוא בסלידתו של המשפט המקובל האנגלי מן הסחר בתביעות של הזולת. להמחאה מראש של סכום פסק-הדין העשוי להינתן בתביעת נזיקין אינו דבק שום חשש כזה של סחר בתביעות, כי הרי התביעה כבר הוגשה והיא מתנהלת על-ידי מי שזכאי לנהלה, הוא הזכאי לתרופה בשל העוולה, ונשוא ההמחאה הוא פסק-הדין שבו עומדת העילה למתן התרופה בשל העוולה להיבלע"). ראו גם: ע"א 10217/16 ב.ת.ב - בניני תעשייה באר-שבע בע"מ נ' רפאל גינר (נבו 17.1.2019).

<sup>116</sup> פרשת טבע, לעיל ה"ש 68, פס' 76 לפסק דינו של הש' גרוסקופף.

<sup>117</sup> ס' 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע כי: "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים".

<sup>118</sup> פרשת טבע, לעיל ה"ש 68, פס' 55 לפסק דינו של הש' גרוסקופף: "שיקולי המדיניות מתרגמים למגוון מנגנונים משפטיים, המקנים למבטחת הניזוק שפרעה את חיובה זכות חזרה אל המזיק. ביסוד כל המנגנונים הללו עומדת אותה תפיסת יסוד הבנויה משלושה נדבכים: המזיק זכה בטובת הנאה בכך שהופטר מחובתו לפצות את הניזוק בגין הנזק שגרם (יסוד "התעשרות הזוכה"); טובת הנאה זו היא תוצאה של פעולת מבטחת הניזוק, אשר שילמה את תגמולי הביטוח, בהינתן שמדובר בחיובים בלתי מצטברים (יסוד "על חשבון המזכה"); המזיק זכה בטובת הנאה זו מבלי שהייתה לו זכות שבדין לכך, שהרי לא הוא זה ששילם בעבור שירותי מבטחת הניזוק, ובשל שיקולי המדיניות שצוינו לעיל קמה הצדקה לחייבו בהשבת ההוצאות שהיו למבטחת הניזוק במתן טובת ההנאה (יסוד "שלא על פי זכות שבדין" או "בלתי מוצדקת"). רוצה לומר: כל המנגנונים הללו מושתתים על דיני עשיית עושר ולא במשפט, באשר מקור הצדקתם הוא מדפוס הנופל תחת העיקרון המארגן של מערכת דינים זו, כפי שהוגדר בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט): "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה...".

בידיו אם מסיבה כלשהי הם חפצים להוציאה ממנו. הכלל הוא כי מיטיב נזק שנגרם במעשה עוולה זכאי לשיפוי מן המעוול, בשל התעשרותו של האחרון שלא כדין על חשבוננו. ואולם אם ברצון הצדדים לשלול זכות זו, בכוחם להמחות את הזכות בעשיית עושר אל המבוטח. המחאה זו אינה אסורה (שכן אין זו המחאה של זכות תביעה בנזיקין), ויש בה כדי לאפשר למבוטח לזכות הן בתגמולי הביטוח, והן בפיצוי נזיקי העומד על מלוא חבותו של המעוול.

## 8. הרחבת המבט להסדרים נוספים במשפט הישראלי

מערכת היחסים המשולשת שבין מזיק, ניזוק ומבטח, מתעוררת גם בשורה של הסדרים נוספים במשפט הישראלי. גם בהקשרים אלה ראוי כי יחולו אותם העקרונות שנדונו בחלקיה הקודמים של רשימה זו: האחד, כי מעוול יישא במלוא הנזק שגרם; והשני, כי הסדרים ביטוחיים יפורשו בהתאם לתכליתם – היא התכלית להגשים אינטרס ביטוחי.

הסדרים נוספים אלה שומרים ברובם על העקרונות האמורים. כך למשל, שורה של חוקי תגמולים קובעים הסדר תחלוף מפורש – המקנה למדינה זכות שיפוי כנגד המעוול עד כדי היקף חבותו הנזיקית. כך נקבע ביחס לתגמולים המשולמים לבעלי מוגבלות<sup>119</sup> לנפגעי פעולות איבה,<sup>120</sup> למשפחות של חיילים שנפלו,<sup>121</sup> ולחולים שטופלו בידי מערכת הרפואה הציבורית.<sup>122</sup>

בהסדרים אחרים העקרונות האמורים נשמרים, אך בכפוף למגבלה או לסייג. כך למשל, חוק הביטוח הלאומי קובע זכות חזרה, ואולם מגביל אותה לשיעור של 75% מסכום הגימלה ששולמה לניזוק.<sup>123</sup> משמעותו של הסדר זה היא כי המוסד לביטוח לאומי זכאי לשיפוי חלקי בלבד מן המעוול, ואילו הניזוק זכאי להטבה מצטברת עד כדי שיעור של 25% מנזקו. סייג זה הוסבר בצורך לרתום את הניזוק למאמצי התביעה כנגד המעוול.<sup>124</sup> בטעם זה טמון היגיון, שכן תמריצי הניזוק להשקיע באיסוף ראיות נגזרים מן האפשרות כי הצלחת התביעה תצמיח לו טובת הנאה אישית. הזכאות המצטברת מועילה אפוא לא רק לניזוק (הזוכה בתשלום כולל העולה על נזקו), אלא גם למוסד לביטוח לאומי – שסיכווייו לממש את זכות השיפוי עולים בזכות שיתוף הפעולה של הניזוק, ואולם ככל שטעם זה משכנע, נראה כי אין הוא מוגבל דווקא למקרים שבהם משלם הגימלה הוא המוסד לביטוח לאומי; טעמים דומים היו עשויים להצדיק הסדר דומה גם בחוקי גימלאות אחרים, וגם בהסדרי ביטוח פרטיים. נראה אפוא כי הפער בין ההסדר שבחוק הביטוח הלאומי להסדרים אחרים מבטא תפיסה בלתי עקבית באשר להשיבותם של תמריצים כספיים בתימרוץ פעולתו של הניזוק.

<sup>119</sup> חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב], ס' 36.

<sup>120</sup> חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970, ס' 17(ב).

<sup>121</sup> חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950, ס' 21(2).

<sup>122</sup> חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ס' 22.

<sup>123</sup> חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס' 328-330.

<sup>124</sup> לסקירת ההליך החקיקתי וטעמיו, ראו רע"א 686/97 מנורה – חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוח משה תמר, פ"ד נג' (5) 145, 180-182 (1999). ראו גם דוד קציר, פיצויים בשל נזק גוף (כרך ב) 1604 ("יש להבין כי הוראה זו... גם משום האינטרס שהיה למוסד לביטוח לאומי, כי התביעה תוגש ותתנהל על-ידי הנפגע; שהרי במקרה כזה ידאג הנפגע להבאת הראיות שלעתים מצויות, בעיקרן, בהישג ידו ולא בידי המוסד. וככל שהראיות על דבר החבות, ועל דבר גובה הפיצויים, תהיינה מלאות יותר, גדולים סיכוויי המוסד להיפרע מהמזיק").

הסדר ביניים מסוג אחר נקבע בשורה של חוקים נוספים, ובהם חוקים המקנים הטבות לנפגעי גזת, <sup>125</sup> נפגעי פוליו, <sup>126</sup> נפגעי חיסון, <sup>127</sup> ונפגעים מעירווי דם שנמצאו נגועים בנגיף האיידס. <sup>128</sup> חוקים אלה מקנים לניזוק זכאות לתשלום על פי מפתח הקבוע בחוק, אך מתנים את מימושה בויתור על זכות התביעה הנזיקית. ניזוקים אינם זכאים אפוא לתבוע את הזכאות הסטטוטורית והנזיקית במצטבר, ואף אינם רשאים לשלב ביניהן, כך שהנזק יכוסה בחלקו על ידי התשלום הסטטוטורי ובחלקו על ידי חבות נזיקית. <sup>129</sup> אם בחר הניזוק לממש את זכאותו לתשלום מכוח החוק, זכאי הגורם המשלם לחזור אל המעוול בתביעת שיפוי, וזאת מכוח הוראתו הכללית של החוק להטבת נזקי גוף. <sup>130</sup>

תוצאותיו של הסדר זה לעתים דומות לאלה של הסדר התחלופי ולעתים שונות מהן. תוצאה דומה מתקבלת כאשר הזכאות מכוח החוק עולה על החבות הנזיקית או שווה לה. במקרים אלה נטיית הניזוק תהיה לתבוע את זכאותו לפי החוק, ואילו המיטיב ייפרע מן המזיק בתביעת החזרה עד למלוא החבות הנזיקית. ואולם תוצאה שונה תתקבל כאשר הזכאות על פי החוק נמוכה מזו הנזיקית. במקרה זה, אם בחר הניזוק לממש את זכאותו לפי החוק – נזק יוטב באופן חלקי בלבד. במקביל לכך, תביעת החזרה תוגבל לסכום (החלקי) ששולם מכוח חוק, ועל כן חבותו של המזיק תהיה נמוכה מהיקפו המלא של הנזק. לחלופין, אם בחר הניזוק לתבוע רק באפיק הנזיקי – הוא ישמר את זכאותו לפיצוי נזיקי מלא, אך יאבד את זכאותו על פי החוק. במקרה זה יהיה עליו לשאת בעלויות התביעה כנגד המעוול, ואף תאבד לו ההגנה הביטוחית מפני הסיכון לכישלון התביעה הנזיקית. כך או כך, כשהזכאות הסטטוטורית נמוכה מן החבות הנזיקית, יהיה מצבו של הניזוק נחות מזה שהיה מתקבל תחת הסדר תחלופי רגיל. יתרונו של הסדר הביניים שנקבע בחוקים אלה הוא בהוזלה מסוימת של עלויות המערכת, שכן הוא מונע מן הניזוק את האפשרות לתביעה כפולה – אחת כנגד המעוול והאחרת כנגד המיטיב הסטטוטורי. ואולם גם בהקשר זה, אין מדובר ביתרון הייחודי לחוקים שבהם הסדר הביניים אומץ. נראה אפוא כי הפער בין ההסדרים אינו מעיד על שוני רלוונטי באשר לעקרונות המדיניות הראויה, אלא על חוסר עקביות באשר לדרך החלתם.

<sup>125</sup> ס' 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזת, תשנ"ד-1994.

<sup>126</sup> ס' 10 לחוק פיצוי לנפגעי פוליו, תשס"ז-2007.

<sup>127</sup> ס' 7 לחוק ביטוח נפגעי חיסון, תש"ן-1989.

<sup>128</sup> ס' 8 לחוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), תשנ"ג-1992.

<sup>129</sup> חלק מן ההסדרים מאפשרים בחירה מאוחרת, רק לאחר מיצוי הבחינה של שני אפיקי הפיצוי. ראו ע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג' 79 (2) (1999); ע"א 9106/07 משרד הבריאות נ' חנה פז, פס" 10 לפסק-דינה של השופטת ארבל (נבו), 6.1.2009.

<sup>130</sup> ראו לעיל ה"ש 102, סעיף 2. הסעיף קובע זכות חזרה כללית של מיטיב כלפי מעוול, ומסייג אותה רק עבור מיטיב שהוא "תאגיד העוסק בעסקי ביטוח". על פי הפרשנות שניתנה לסייג זה, תאגיד מוחזק כ"עוסק בעסקי ביטוח" אם הוא גבה מן הניזוק פרמיה בגין הכיסוי הביטוחי. מאחר שהמיטיבים שבהם עוסקים החוקים האמורים אינם מקיימים מאפיין זה, זכותם להטבת הנזק אינה מסוייגת. ראו הצעת חוק לתיקון דיני הניזוקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ג-1962, ה"ח 540 (שם נכתב בדברי ההסבר כי "אין [זכות החזרה] נתונה למבטחים העוסקים בעסקי ביטוח, אשר שילמו למבוטחיהם את דמי הביטוח עקב הנזק. אלה מקבלים בתמורה את הפרמיות, ותשלום דמי הביטוח הוא חלק מהסיכון העסקי"). ראו גם פרשת אנוך, לעיל ה"ש 16, פס" 5 (שם מוסבר הרצינות של הסייג בכך ש"הניזוק-המבוטח רכש, באמצעות תשלום פרמיות הביטוח, את הזכות לקבל תשלומים מאת המבטח בקרות המאורע הביטוחי, ואין הצדקה לשלול ממנו זכות זו, כפי שגם אין הצדקה כי המבטח יזכה בשיפוי בגין אותם תשלומים שעבורם גבה פרמיה מן המבוטח").

#### ד. סיכום

מערכת היחסים שבין מעוול, ניזוק ומבטח מעוררת שאלות בשני מימדים נפרדים: המימד האחד נוגע לתכליתם של דיני הנזיקין לתמרץ התנהגות יעילה של מזיקים וניזוקים, השבת מצב הניזוק לקדמותו, ולהבטיח תיקון של הנזק בידי המעוול. המימד האחר נוגע לתכליתו של הסדר הביטוח לשרת את המטרה שלשמה נועד, היא מיצוי הערך הגלום בהקצאה יעילה של סיכון. השיח הרווח בספרות ובפסיקה עוסק רבות במימד הנזיקי של השאלה, אך לעתים קרובות אינו ער למימד הביטוחי שלה.

תוצאתו של חסר זה היא הטלה של מגבלות שונות על דין התחלוף, שאינן נשענות על טעמים משכנעים. בהסדרי ביטוח חוזיים המגבלות מובילות לכיסוי שאין בצידו אינטרס ביטוחי, ושהאלמנט העודף שבו גורם למבוטח הפסד מובנה. בהסדרי ביטוח ציבוריים, הן מובילות להקצאה שרירותית ומפלה של כספי ציבור. הקושי שמעוררת פרשת יונה נ' כלל הוא דוגמה מובהקת לעיוות שמקורו בשלילה בלתי מוצדקת של מנגנון התחלוף.

רשימה זו מציעה אפוא שינוי בכמה מן הכללים המרכזיים המסדירים את היחסים שבין מעוול ניזוק ומבטח. ראשית היא מציעה לקבוע כי הבסיס הנורמטיבי לתביעת התחלוף אינו הנזק שגרם המעשה העוולתי למבטח, כי אם ההשפעה של תגמולי הביטוח על חבותו הנזיקית של המעוול. מעבר מתפיסה נזיקית של הזכות לתפיסה הנשענת על התעשרות שלא כדין, יוביל אל התוצאה הרצויה. חשיבותו העיקרית של המהלך היא בהשפעתו על הסדרי ביטוח ציבוריים: הוא יאפשר הפעלה של הסדרים אלה באורח שוויוני ונטול שרירות. בפרט הוא יבטיח כי הדילמה שמעוררת פרשת יונה נ' כלל תבוא על פתרונה. שנית, הרשימה מציעה לשנות את הפרשנות הנוהגת לסעיף 86 לפקודת הנזיקין, שממנה נגזרות מגבלות בלתי רצויות על הסדר התחלוף. על פי הפרשנות המוצעת, סעיף 86 אינו מבקש להקנות לניזוק זכאות להטבה כפולה של הנזק; במקום זאת, הוא מבקש להבטיח כי מעוול לא ישתחרר מאחריות לנזק שגרם, רק משום שהניזוק זכאי לתגמולי ביטוח. הפרשנות המוצעת תסיר את ההנחה כי הדין הנזיקי שולל את התחלוף, ותיישב את הסתירה הקיימת בדין הנוהג בין הוראות נזיקיות וביטוחיות. שלישית, הרשימה מציעה להגדיר מחדש את גבולות התחלוף בהסדרים פיננסיים מעורבים. כאשר אין בסיס להנחה כי עמית מעוניין בהטבה דיפרנציאלית – שהיקפה גדול כשהנזק נגרם בנסיבות עוולתיות, והיקפה מצומצם כשהנזק נגרם בנסיבות אחרות – הרי יש לפרש את החוזה כמכיל הסדר של תחלוף. תוצאה זו מצריכה שינוי בהלכה הפסוקה באשר לפרשנות ההסדר הפיננסי המעורב, וכן אימוץ הפרשנות המוצעת לסעיף 86. רביעית, הרשימה מציעה להכיר בכוח לאמץ הוראת תחלוף לא רק בתחומים שבהם המחוקק קבע זאת בהוראה מפורשת, אלא גם בתחומים שבהם הוא לא עשה כן. מאחר שהרציונל לתחלוף חל גם בתחומים מן הסוג האחרון, אין הצדקה להגבלתו של חופש החוזים בהיבט זה. תוצאה זו אפשר להגשים באמצעות הכרה בתביעת החזרה של המבטח כמושתתת על טענת התעשרות שלא כדין.

התחלוף הוא אמצעי מרכזי לקידום תכליתם של הסדרי ביטוח פרטיים וציבוריים, ובה בעת הוא מתיישב היטב עם תכליותיו של הדין הנזיקי. המגבלות המוטלות על התחלוף אינן



נשענות על הנמקה משכנעת, והן פוגעות בכוחו של התחלוף להגשים את מטרותו. הצורך בשימורן של מגבלות אלה ראוי אפוא לחשיבה מחודשת.