



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 206/20

וערעור שכנגד

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערות והמשיבות שכנגד : 1. טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ
2. טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ בשם ובעבור חברת
הביטוח National Union Fire Insurance
Company of Pittsburgh, PA

נ ג ד

המשיבות והמערערות שכנגד : 1. טי.אנד.אם גושן - שירותי ביטחון בע"מ
2. איילון חברה לביטוח בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 24.11.2019 בת"א 67314-03-18 שניתן על ידי כב'
השופטת יעל אילני

תאריך הישיבה : ח' בכסלו התשפ"ב (12.11.2020)

בשם המערערות והמשיבות
שכנגד : עו"ד אבי אלרום ; עו"ד אסף אלרום

בשם המשיבות והמערערות
שכנגד : עו"ד קרן תגר ; עו"ד תמיר מלכה

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

עניינו של ערעור זה בסוגיה משפטית בעלת חשיבות מעשית: זכותה של מבטחת זרה לחזור אל המזיק בגין תגמולי ביטוח ששילמה בעקבות אירוע נזק שהתרחש בישראל. וזו תמצית העניין: מבטחת זרה, שאינה בעלת רישיון "מבטח ישראלי" או "מבטח חוץ" כהגדרתם בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן: מבטחת זרה), ביטחה בפוליסה לכיסוי נזקים אדם או חברה הפועלים בישראל (להלן: הניזוק), והמכסה, בין השאר, נזקים שאירעו בישראל. אירוע נזק התרחש בישראל, והמבטחת הזרה שילמה לניזוק תגמולי ביטוח בגין נזקיו בהתאם לחוזה הביטוח בין הצדדים. האם רשאית המבטחת הזרה לתבוע מן המזיק האחראי לאירוע הנזק את השבת התשלומים ששילמה לניזוק? ואם כן, מהי הדוקטרינה אשר בהתאם לה באפשרותה לעשות כן?

על מכלול השאלות הללו אנו נדרשים להשיב לצורך הדיון בערעור אשר הוגש על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת יעל אילני) מיום 24.11.2019 בת"א 67314-03-18, במסגרתה התקבלה בקשת המשיבות לסילוק על הסף של חלק התובענה שנוגעת למערערת ולמשיבה שכנגד 2 (להלן: פסק הדין).

העובדות הצריכות לעניין

1. המערערת והמשיבה שכנגד 1, טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (להלן: טבע), היא חברה העוסקת בתחום התרופות, ובין היתר מתמחה בפיתוח, ייצור ושיווק תכשירים רפואיים. חומרים פעילים בתכשירים אלה מיוצרים במפעליה של טבע, ומאוחסנים בהקפאה.

2. המשיבה והמערערת שכנגד 1, טי.אנד.אם.גושן – שירותי ביטחון בע"מ (להלן: גושן), היא חברה פרטית העוסקת במתן שירותי שמירה ואבטחה אשר התקשרה בהסכם עם טבע למתן שירותי שמירה ואבטחה של מתקני טבע (להלן: ההתקשרות).

3. ביום 3.6.2011 אירעה תקלה במקפיא המצוי באחד ממחסניה של טבע בישראל, דבר אשר הוביל לאובדן של כל החומרים שאוחסנו באותו מקפיא, ולנזק בשיעור של למעלה מ-5.6 מיליון דולר (אמריקאי) על פי הנטען על ידי טבע. טבע בוטחה בפוליסת

ביטוח גלובלית המכסה נזקים מעין אלה, ובכלל זאת נזקים המתרחשים בישראל, על ידי חברת ביטוח זרה, National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh, PA (המערערת והמשיבה שכנגד 2. להלן: חברת הביטוח הזרה). בעקבות האירוע האמור, שילמה חברת הביטוח הזרה לטבע תגמולי ביטוח בגין הנזק, בסכום של כ-5.6 מיליון דולר, בניכוי השתתפות עצמית על סך של 250,000 דולר, בהתאם למוסכם בפוליסת הביטוח.

4. בחלוף כמעט 7 שנים, ביום 29.3.2018 הגישה טבע, בשמה ו-"בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה, תביעה נגד גושן ונגד המשיבה והמערערת שכנגד 2, איילון חברה לביטוח בע"מ (להלן: איילון), המבטחת של גושן, בגין הנזקים שנגרמו לטבע (להלן, יכוננו גושן ואיילון יחדיו: המשיבות). על פי הנטען בכתב התביעה, גושן התרשלה בפעולות השמירה והבקרה להן התחייבה בהסכם ההתקשרות, ועקב כך נגרם, ולמצער לא נמנע, הנזק לחומרים שאוחסנו במקפיא בו אירעה התקלה. משכך, נטען כי על המשיבות לפצות על הנזק שנגרם בשל התרשלותה של גושן. עוד יצוין כי טבע וחברת הביטוח הזרה מכירות בכך שייתכן כי ייפסק שגם טבע נושאת באשם מסוים לאירוע הנזק. על כן, ומשיקולי אגרה, התביעה נגד המשיבות הוגבלה למעט מעל למחצית מהנזק שנגרם (ראו פרוטוקול דיון מיום 12.11.2020, בעמ' 1 ש' 2-5).

הפסיקה הקודמת הרלוונטית לענייננו

5. בטרם יובאו החלטת בית המשפט קמא וטענות הצדדים, נפנה להציג בקצרה פסיקה קודמת שניתנה בתביעת מבטחת זרה נגד מזיק, בגין אירוע נזק שהתרחש בישראל, שכן רק לאורה ניתן להבין את פעולות ועמדות הצדדים בענייננו.

6. הרקע להגשת התביעה על ידי טבע "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה הוא פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד בת"א 53025-11-14 VIG VIENNA INSURANCE GROUP נ' רשות ניקוח והנחלים שרון ואח' (13.10.2015) (להלן: פסק דין VIG), אשר ערעור עליו נדחה במסגרת ע"א 8044/15 Vienna Insurance Group VIG נ' רשות ניקוח והנחלים שרון (23.1.2017) (להלן: פסק הדין בערעור VIG).

7. פסק דין VIG עסק באירוע בעל מאפיינים דומים, במסגרתו מבטחת זרה שילמה תגמולי ביטוח לניזוק בגין נזק שאירע בישראל, ואשר מכוסה על ידי חוזה הביטוח בו התקשרו השניים. באותו מקרה הייתה זו מבטחת זרה (ולא ניזוק) שהגישה את התביעה

נגד המזיקים (והמבטחת של מקצתם) להשבת הסכומים ששילמה לניזוק (חברה ישראלית) אשר בוטח אצלה. תביעה זו נשענה על שלוש עילות חלופיות: זכות תחלוף מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: החוק או חוק חוזה הביטוח); המחאת זכות התביעה של הניזוק לידי המבטחת הזרה מכוח כתב קבלה וסילוק עליו חתם הניזוק (להלן: כתב הקבלה והסילוק); השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

8. בעניין VIG הגישו המזיקים והמבטחת של מקצתם בקשה לסילוק התביעה נגדם על הסף מחמת העדר עילה ולחלופין העדר יריבות. טענתם המרכזית הייתה כי למבטחת זרה לא עומדת על פי הדין הישראלי כל זכות להגיש תביעת תחלוף בישראל, מאחר שאינה בעלת רישיון "מבטח ישראלי" או "מבטח חוץ" כהגדרתם בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח), ועל כן אינה זכאית לתבוע מכוח חוק חוזה הביטוח.

9. בית המשפט המחוזי (כב' השופט אורן שוורץ) קיבל את הבקשה, והורה על סילוק התביעה על הסף ביחס לכל עילותיה. ראשית, נפסק כי מבטחת זרה אינה יכולה להגיש תביעת תחלוף בישראל מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, וזאת משום שעל פי פרשנות בית המשפט המחוזי, הזכות להגשת תביעת תחלוף מכוח חוק חוזה הביטוח מוקנית אך ורק למבטחות העומדות בתנאי חוק הפיקוח, דהיינו למבטחות בעלות רישיון "מבטח ישראלי" או "מבטח חוץ" כהגדרתם בחוק הפיקוח. בקביעה זו, הסתמך בית המשפט המחוזי, בין השאר, על עמדת המפקחת על הביטוח אשר הוגשה במסגרת אותו הליך; שנית, נקבע כי לא ניתן להכיר בהמחאת זכות התביעה שניתנה מכוח כתב הקבלה והסילוק, וזאת בשל הוראת סעיף 22 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) האוסרת על המחאה בנזיקין, וכן בשל הוראות כתב הקבלה והסילוק עצמו, אשר מכפפות אותו לדין הישראלי ולהנחיות הרגולציה בביטוח; שלישיית, נפסק כי סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח מהווה דין מיוחד באשר לזכות התחלוף של חברת ביטוח, ועל כן לא ניתן להרחיבו באמצעות עקרונות כלליים של דיני עשיית עושר ולא במשפט.

אשר על כן, קבע בית המשפט המחוזי בפסק דין VIG כי מבטחת זרה, דהיינו חברת ביטוח זרה ללא רישיון על פי חוק הפיקוח, אינה רשאית להגיש תביעת תחלוף בישראל נגד המזיק אשר גרם בעוולה לנזקי המבוטח, וגם לא עומדת לה עילת תביעה אחרת נגד המזיק.

10. יחד עם זאת, בסוף פסק דין VIG, בפסקה 50, נקבע מתווה על פיו יכולה מבטחת זרה להיפרע מהמזיק (להלן: מתווה VIG). מפאת חשיבותו של מתווה זה להבנת התנהלות הצדדים בהליך דנן, אביא אותו כלשונו:

משנקבע כי אין בידי התובעת זכות תחלוף, לא עברה לידיה זכות התביעה של הניזוק וממילא לא חלות על המבוטח – הניזוק (המפעל) המגבלות שנקבעו בהוראות סעיף 62 בחוק חוזה הביטוח. בנסיבות אלה נותרה זכות התביעה בידי הניזוק הישיר (המפעל) שרשאי לתבוע את נזקיו. תגמולי הביטוח שהתקבלו בידי הניזוק כתוצאה מחוזה ביטוח שערך, לא יבואו בחשבון לעניין הפיצויים שישולמו לו על ידי המזיקים, כפי שנקבע בהוראת סעיף 86 בפקודת הניזוקין.

התוצאה היא כי במערך הזכויות והחובות הכללי לא חל שינוי מהותי, זולת שלילת עבירותה של זכות התביעה, כך שנמנע מהמבטחת לבוא בנעלי הניזוק. אין מניעה אפוא, כי ככל שיינתן פסק דין לזכות הניזוק, בגין אירוע ההצפה, תהא התובעת זכאית לפירותיו של אותו פסק דין, מכוח כתב הקבלה והסילוק.

בסופו של יום, התוצאה המתקבלת אינה כה דראסטית, אך היא מתיישבת עם עקרונות של תכלית חקיקה של הגנה על זכויות המבוטחים ועם יתר ההוראות הכלליות שחלות לגבי איסור המחאת זכויות בנזיקין.
[ההפניות הושמטו]

11. על פסק דין VIG הוגש ערעור לבית משפט זה. פסק הדין בערעור ניתן בהתאם לתקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקט"א הישנות). כיום הוראה זו מצויה בתקנה 148(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. להלן: התקט"א (החדשות), המאפשרת לערכאת הערעור לאמץ את פסק דינה של הערכאה הדיונית על קרבו ועל כרעיו, וללא תוספת הנמקה משל עצמה. בפסק הדין התמציתי שניתן נכתב כך:

הגם שבלב המחלוקת מצויה שאלה משפטית של פרשנות חוק, יצויין כי אין מקום לדחות איזה מן הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. ממצאים אלו אף תומכים במסקנות המשפטיות שאליהן הגיעה הערכאה הדיונית.

באשר לקביעותיו המשפטיות של בית המשפט המחוזי, לא מצאנו טעות כלשהי שבחוק בפסק הדין קמא.

12. על רקע פסק דין VIG, ובפרט מתווה VIG, הוגשה התביעה מושא הערעור שלפנינו. כתב התביעה הוגש כאמור על ידי טבע כתובעת מס' 1 ועל ידי טבע "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה כתובעת מס' 2, באשר זו האחרונה אינה בעלת רישיון על פי חוק הפיקוח, ומשכך אינה רשאית להגיש תביעת תחלוף בארץ על פי פסק דין VIG. התביעה הועמדה על סך של 3 מיליון דולר בהתאם לחלוקה כדלהלן: תביעה של טבע להשבת דמי ההשתתפות ששילמה בסכום של 250,000 דולר, ובנוסף תביעה של טבע "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה לתשלום סכום של 2,750,000 דולר בגין הנזקים שנגרמו לטבע, ואשר שולמו על ידי חברת הביטוח הזרה בהתאם לפוליסת הביטוח, וזאת במטרה להעבירם לידי חברת הביטוח הזרה ככל שתתקבל התביעה, על פי ההסכם שבין השתיים (כפי שצוין בפסקה 4 לעיל, הגבלת סכום התביעה ל-3 מיליון דולר, שהם מעט יותר ממחצית הנזק הנטען, נעשתה לאור הכרתה של טבע באפשרות שייקבע כי היה לה אשם תורם בהתרחשות הנזק, וכן משיקולי אגרה).

13. ביום 6.6.2018 הגישו המשיבות כתב הגנה, במסגרתו טענו, בין השאר, כי יש לסלק את התביעה על הסף ככל שהיא נוגעת לתביעת טבע "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה, וזאת מחמת מניעות משפטית. עיקר טענתן היא כי מתווה VIG על פיו הוגשה התביעה הוא שגוי, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, בהתאם לסעיף 22 לפקודת הנזיקין, לא ניתן להמחות זכות תביעה בנזיקין. שנית, סעיף 86 לפקודת הנזיקין, הקובע כי בעת שומת הפיצוי בגין עוולה "לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח", חל רק על תביעות בגין נזקי גוף, ולא על תביעות בגין נזקי רכוש, כבמקרה דנן.

פסק דינו של בית המשפט קמא

14. בית המשפט קמא (כב' השופטת יעל אילני) נעתר לבקשה לסילוק על הסף והורה על מחיקת חלק התביעה הנוגע לתביעת טבע "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה. בפתח החלטתו הבהיר בית המשפט קמא, באמצעו את עמדת המשיבות, כי מתווה VIG הוא בגדר אמרת אגב, שלא נדרש להכרעה בפסק דין VIG, וממילא לא נדון בפסק הדין בערעור VIG.

15. לאחר מכן, דן בית המשפט קמא במתווה VIG לגופו, ובחן את השאלה האם ניזוק שפוצה בגין נזקיו על ידי מבטחת זרה רשאי לתבוע את המזיק בעבור מבטחתו. ראשית, נקבע כי הגשת התביעה באופן שבו הוגשה אינה עולה לכדי המחאה אסורה על

פי סעיף 22 לפקודת הנזיקין, וזאת משום שטבע לא העבירה את זכותה לתרופה לידי חברת הביטוח הזרה, שהרי סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח אינו חל בעניינה. מכל מקום, נפסק כי הגשת תביעה על ידי הניזוק, בעקבות התחייבות הניזוק להעביר את פירות התביעה לאחר, אינה עומדת בסתירה לסעיף 22 לפקודת הנזיקין.

שנית, בית המשפט קמא קיבל את הטעם השני שהציגו המשיבות ופסק כי הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין אינה חלה על התביעה דנן, ומשטבע פוצתה בגין נזקיה על ידי חברת הביטוח הזרה, הרי שאין לה נזקים, ואין אפשרות שתתבע בעבור החלק שבגינה פוצתה. בית המשפט קמא עמד על כך שסעיף 86 לפקודת הנזיקין מהווה חריג לעיקרון השבת המצב לקדמותו, המחייב התחשבות בהטבת נזקו של הניזוק על ידי גורם אחר והפחתתה מסכום הפיצויים. ואולם, הדגיש כי לעניין היקף תחולתו של סעיף 86 לפקודת הנזיקין יש לבחון את מהותה של הפוליסה ולהבחין בין ביטוח פיצוי, שאינו מהווה שיפוי בגין הנזק שנגרם למבוטח בפועל (ושעניינו על דרך הכלל בנזק גוף), לבין ביטוח שיפוי, שבו תגמולי הביטוח תלויים בנזק שנגרם למבוטח ונועדו לכסותו (ושעניינו בדרך כלל בנזקי רכוש), כאשר סעיף 86 חל רק על ביטוח מהסוג הראשון. הבחנה זו מבוססת, כך הוסבר על ידי בית המשפט קמא, על שיקולים אנושיים וכלכליים. בית המשפט קמא היה ער לכך שיישום הבחנה זו על המקרה דנן מוביל לתוצאה "שאינה נוחה", הואיל והמזיק יוצא נשכר משאינו נושא במלוא הנזק שגרם (לו תוכח אחריותו). ואולם, קבע כי בחינת תחולתו של סעיף 86 לפקודת הנזיקין, כתלות בשאלה האם נשללה מהמבטחת זכות התחלוף, תהא הסיבה אשר תהא, אינה מתיישבת עם הפרשנות שניתנה לסעיף זה. אשר על כן, משטבע פוצתה על נזקיה מכוח ביטוח שיפוי, הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין אינה חלה, ומשכך אין בידי טבע עילת תביעה בגין נזקים אלה.

16. בסיום הדברים, ציין בית המשפט קמא כי מתן אפשרות לניזוק לתבוע מן המזיק את הנזק ששולם לו על מנת להעבירו למבטחת זרה עומד בסתירה לפסק דין VIG, על פיו אין למבטחת זרה זכות תחלוף, וכן מנוגד הוא לאינטרסים שפסק הדין נועד להגן עליהם. זאת ועוד, מקום בו תתאפשר תביעה כאמור והמבוטח לא יעביר את פירות התביעה למבטחת, עשוי המבוטח לזכות בכפל פיצוי, תוצאה שאיננה רצויה אף היא. כמו כן, העיר בית המשפט קמא כי ניתן להניח שבחווה הביטוח בין טבע לבין חברת הביטוח הזרה לקחה האחרונה בחשבון את האפשרות כי ייתכנו מקרים שבהם תישא בתגמולי ביטוח מבלי שתעמוד לה זכות תחלוף או שיימצא גורם משפה.

מכאן הערעור והערעור שכנגד שלפנינו.

17. טבע טוענת למספר שגיאות שנפלו בהחלטתו של בית המשפט קמא. ראשית, טבע מלינה על כך כי למרות שפעלה בהתאם למתווה VIG, שלשיטתה אושר על ידי בית משפט זה בפסק הדין בערעור VIG, הורה בית המשפט קמא על סילוק התביעה בעניינה של חברת הביטוח הזרה על הסף. לשיטתה, עמדת בית המשפט קמא על פיה מתווה VIG הוא בגדר אוביטר היא שגויה, משום שמבחינה מהותית מתווה VIG הוא התוצאה האופרטיבית של פסק דין VIG. כך על פי הגיונם של דברים, כך על פי החלטות מאוחרות של אותו מותב שישב בעניין VIG בהן הובהרה סוגיה זו, וכך על פי טענות הצדדים בערעור שהוגש על פסק דין VIG. בנוסף, נטען כי על פי תקנה 460(ג) לתקסד"א הישנות, פסק דין VIG, לרבות מתווה VIG, הוא חלק בלתי נפרד מפסק הדין בערעור VIG, ועל כן מדובר בהלכה מחייבת, אשר בית המשפט קמא לא היה רשאי לסטות ממנה. זאת ועוד, טבע סבורה כי החלטת בית המשפט קמא יוצרת עיוות דין (ולא מסתכמת ב"תוצאת לוואי שאינה נוחה" כלשון בית המשפט קמא) בכך שהיא מאפשרת למזיק לצאת נשכר (על ידי הותרת הרווח אצלו), וכן עומדת היא בסתירה לרציונל שבבסיס פסק דין VIG, ובפרט מתווה VIG, לפיו לא צפוי להיות כל שינוי מהותי במערך הזכויות והחובות הכללי, ועל כן לא אמור להיגרם כל נזק לניזוק או למבטחת, ולחלופין אין בכך כדי להביא להתעשרות מזיקים. טבע גורסת כי אלמלא מתווה VIG, תוצאת פסק דין VIG הייתה שונה.

18. שנית, טבע סבורה כי בית המשפט קמא טעה בפרשנות אשר נתן לסעיף 86 לפקודת הנזיקין. לגישתה, ההבחנה הנכונה לעניין תחולתו של סעיף 86 לפקודת הנזיקין היא האם קיים חשש כי התובע-הניזוק יקבל פיצוי כפול. כאשר אין חשש כאמור או כאשר לא מעוניינים למנוע מהתובע-הניזוק קבלת פיצוי כפול (כגון כאשר עסקינן בנזקי גוף), או אז יש להחיל את סעיף 86 לפקודת הנזיקין במלואו. על פי קו זה, טוענת טבע כי בהחלטת בית המשפט קמא ישנו כשל לוגי: מחד גיסא, בית המשפט קמא קבע כי אין להחיל את סעיף 86 לפקודת הנזיקין על תביעת טבע "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה משום שהדבר עלול להוביל לפיצוי כפול, ומאידך גיסא, נקבע כי חברת הביטוח הזרה אינה זכאית להיפרע מגושן באמצעות תביעת תחלוף, כך שאין כל חשש לפיצוי כפול במקרה דנן. בהקשר זה, הוסיפה טבע וטענה כי יש לראות הן בטבע והן בחברת הביטוח הזרה כניזוקות, ולכן משהמשיבות טרם שילמו להן את הפיצויים בגין נזיקיהן, מצב הניזוק לא הושב לקדמותו, דהיינו לא הושגה התכלית שסעיף 86 לפקודת הנזיקין נועד

לקדם. זאת ועוד, טבע טוענת כי פסק הדין בעניין ע"א 5/87 ליפשיץ נ' לוי, פ"ד מ"ב(2) 177 (1988) (להלן: עניין ליפשיץ), עליו התבסס בית המשפט קמא בפרשו את סעיף 86 לפקודת הנזיקין, הבהיר מפורשות כי כאשר המבטחת לא תובעת, או מנועה מלתבוע, את המזיק, זכות התביעה נשארת במלואה אצל הניזוק, וכי במקרים חריגים יותר לניזוק לפעול כפי שפעלה טבע במקרה דנן. כן נטען כי לא נמצא כל פסק דין שאוסר הגשת תביעה באופן שבו הוגשה התביעה דנן.

19. שלישיית, טבע טוענת כי בית המשפט קמא מיקד את הכרעתו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, תוך שהתעלם מעילות תביעה נוספות שהעלתה טבע כלפי גושן, ובעיקרן העילה החוזית והעילה לפי חוק השומרים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק השומרים), אשר ביחס אליהן סעיף 86 לפקודת הנזיקין כלל אינו רלוונטי. באשר לעילה החוזית, הוסיפה טבע כי המשיבות מנועות מלהגיש בקשה לסילוק על הסף, משום שהן לגושן, מכוח הסכם ההתקשרות, והן לאיילון, מכוח הפוליסה בה ביטחה את גושן וכן אישור קיום הביטוחים שהנפיקה לטבע (להלן: אישור קיום הביטוחים), קיימת חבות חוזית נפרדת וספציפית לשפות את טבע או מי מטעמה בעבור כל תשלום או הוצאה שייגרמו לטבע או מי מטעמה כתוצאה מהתרשלות של גושן. טבע אף ציינה כי גושן הודתה בכתב הגנתה בהתחייבותיה החוזיות האמורות, וכפרה רק בעצם התרשלותה. עוד טענה טבע כי עומדת לה זכות תביעה ישירה נגד איילון בהתאם להוראות סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח, וזאת מכוח אישור קיום הביטוחים.

20. רביעית, טבע דוחה את החשש שהעלה בית המשפט קמא בסיום הכרעתו לפיו ייתכנו מקרים בהם לא יעביר המבוטח את פירות התביעה למבטחת, וכך יתאפשר כפל פיצוי. לשיטתה, מדובר בחשש רחוק ובלתי רלוונטי לענייננו, משקיים הסדר בין טבע לבין חברת הביטוח הזרה המחייב את הראשונה להעביר את פירות התביעה לידי השנייה; קיומו של חשש ערטיילאי מעין זה לא אמור להוביל לכך שמזיק ייצא נשכר; ומכל מקום שאלת היחסים בין הניזוק למבטחת אינה צריכה להילקח בחשבון במסגרת תביעת הניזוק נגד המזיק.

באופן דומה, טבע דוחה גם את הנחת בית המשפט קמא לפיה חברת הביטוח הזרה לקחה בחשבון את האפשרות כי לא תעמוד לה זכות תחלוף או כי לא ימצא ממי להיפרע, וזאת מחמת מספר טעמים: הנחה זו לא הוכחה; מבטחות זרות דווקא יוצאות מנקודת הנחה שאם ייגרם נזק למבוטחיהן המזיקים יישאו בסכום הפיצויים; הסכם ההתקשרות עצמו מעניק לטבע עילת תביעה נגד המשיבות; ואף אם הנחה זו הייתה

נכונה, אין בה כדי לשלול את עיקרון השבת המצב לקדמותו ומניעת מצב שבו מזיק יוצא נשכר.

21. לבסוף, יצוין כי לאורכם של סיכומי הערעור טבע מעלה שלל טענות נוספות, כגון שבית המשפט קמא התבסס על טענות עובדתיות שכלל לא הוכחו; כי בית המשפט קמא שגה כאשר סיווג את הכרעתו כ"החלטה" ולא כ"פסק דין"; כי בית המשפט קמא הסתמך בהנמקתו על עמדת המפקחת על הביטוח שהוגשה בעניין VIG, על אף שקבע כי היא איננה משמשת אותו להכרעתו, ועל אף שזו לא הוגשה ולא הוכחה במסגרת ההליך קמא, וממילא לא התייחסה לנסיבות המקרה דנן; ועוד.

טענות המשיבות

22. המשיבות סבורות כי החלטת בית המשפט קמא בדין יסודה. לגישת המשיבות, בית המשפט קמא צדק עת קבע כי מתווה VIG הוא בגדר אוביטר, וככזה אינו חלק מפסק הדין בערעור VIG, ומשכך אינו מחייב. המשיבות מבהירות כי פסק הדין בערעור VIG עסק בשאלה האם מבטחת זרה יכולה להגיש תביעת תחלוף בישראל. לפיכך, הוא לא נדרש לדון במתווה VIG, וממילא לא הכריע בו. יתרה מכך, לשיטת המשיבות, יש לדחות את מתווה VIG בשל היותו נוגד עקרונות בסיסיים של דיני הנזיקין הישראליים: לטבע לא נגרם נזק משזו פוצתה על ידי חברת הביטוח הזרה ועל כן לא התגבשה לה עילת תביעה (להוציא התביעה בגין דמי ההשתתפות העצמית שנשאה בהם); מצבה של טבע הושב לקדמותו ועל כן אין הצדקה לפצות את טבע בשנית בעבור נזקים שבגינם פוצתה; על פי ההלכה הפסוקה, סעיף 86 לפקודת הנזיקין חל רק על ביטוחים שנועדו לכסות נזקי גוף, ומכאן שאינו חל בענייננו; מתווה VIG נוגד את סעיף 22 לפקודת הנזיקין האוסר על המחאה בנזיקין, משום שמבחינה מהותית הוא מנחה את המבטחת והניזוק לערוך הסכם להמחאת זכות. זאת ועוד, המשיבות טוענות כי מתווה VIG יוצר מסלול עוקף לאיסור על מבטחת זרה להגיש תביעת תחלוף בישראל, וכן נוגד את עמדת המפקחת על הביטוח כפי שהובאה בעניין VIG וכן במסגרת הליך נוסף.

23. עוד גורסות המשיבות כי בסילוק תביעות תחלוף של מבטחות זרות אין חשש לסיכון מוסרי, דהיינו כי מזיק ייצא נשכר, הואיל ומזיק פוטנציאלי אינו מעלה בדעתו, טרם ביצוע העוולה, כי הניזוק הפוטנציאלי מבוטח דווקא על ידי מבטחת זרה, אשר אינה זכאית להגיש תביעת תחלוף. יתרה מכך, כאשר עניינה של תביעת התחלוף הוא בחלוקת הנטל בין מבטחת אחת למבטחת אחרת, כפי שעסקינן במקרה דנן (שהרי איילון היא

שתישא בעיקר החבות, ככל שזו תוטל על המשיבות), אין כל רלוונטיות לשיקול של הענשת המזיק, שכן הלכה למעשה לא המזיק ולא הניזוק נושאים בנזק אלא מבטחותיהם.

24. לבסוף, המשיבות מעלות שורה של טיעונים נגד יתר טענות טבע, ובכלל זאת כי הטענה בדבר העילה החוזית של טבע היא הרחבת חזית אסורה, וממילא הסכם ההתקשרות כפוף לדין הישראלי בלבד, כך על פי הוראותיו, ועל כן חברת הביטוח הזרה אינה יכולה להגיש מכוחו תביעת תחלוף בישראל; כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין חל גם על עילת התביעה לפי חוק השומרים; וכי פסקי הדין עליהם נתמכות טענות טבע מובאים באופן מגמתי ומוטה, ואף יש בהם דווקא לתמוך בעמדת המשיבות.

תשובת טבע לטענות המשיבות

25. טבע דוחה את טענות המשיבות וגורסת כי הללו מנסות להיאחז בחבל בשני קצותיו במגוון טענות: מחד גיסא, המשיבות מנסות להיבנות מפסק דין VIG ככל שהוא נוגע לשאלת המניעות המשפטית של מבטחת זרה להגיש תביעת תחלוף, ומאידך גיסא, הן דוחות את רכיבו האחר של פסק הדין המצוי במתווה VIG; מצד אחד, המשיבות נשענות על עקרונות יסוד של דיני נזיקין, ומצד שני, התוצאה שהן תומכות בה מובילה לכך שהמזיק לא משלם דבר; בעוד המשיבות מודות בקיומו של חוזה בין הצדדים, הן מתכחשות לסעיפים מסוימים בו; המשיבות מבקשות לטעון כי חברת הביטוח הזרה איננה עולה לכדי "מבטח" לצורך תחולת הדין, אך בו בעת מסתמכות על הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין שעוסקת בחוזה ביטוח; המשיבות מבקשות את סילוק התביעה על הסף, אך במקביל מנסות להגיש ראיות, ובפרט את עמדת המפקחת על הביטוח, בעוד אין זה השלב לעשות כן.

26. עוד טוענת טבע כי יש לדחות את טענת המשיבות לפיה לא נגרם לה נזק. ראשית, נטען כי שאלת גובה הנזק והיקפו איננה רלוונטית לשלב הבקשה לסילוק על הסף. שנית, ולגופו של עניין, נטען כי מדובר בטענה שגויה מאחר שלטבע נגרם נזק המתבטא בנסיקת עלויות הביטוח בעקבות העובדה שחברת הביטוח הזרה אינה יכולה לדרוש את השבת תגמולי הביטוח מגושן, לא במסגרת תביעת תחלוף ולא באמצעות הפרוצדורה שבמתווה VIG. כמו כן, טבע מוסיפה ומדגישה כי ב"מירוץ הזכויות" בין חובתו של המזיק לשלם בגין הנזק שגרם לבין החשש מפיצוי ביתר של הניזוק, יש להעדיף פיצוי יתר לניזוק על פני מצב בו המזיק נהנה מהטבה שניתנה על ידי צד שלישי.

הערעור שכנגד

27. ביום 9.2.2020 הגישו המשיבות ערעור שכנגד שעוסק בשתי טענות: הטענה הראשונה עניינה בשכר טרחה והוצאות. המשיבות מלינות על כך שלמרות שחלקה הארי של התובענה נדחה, וחרף בקשתן המפורשת לפסיקת הוצאות ושכר טרחה, בית המשפט קמא התעלם מבקשה זו והחלטתו שותקת בעניין זה. הטענה השנייה עניינה בהמשך הדיון בתביעה. לגישת המשיבות, לאחר שנמחק חלק התביעה שנוגע לחברת הביטוח הזרה, ונותרה רק תביעתה של טבע להחזר דמי ההשתתפות העצמית, יש להורות לבית המשפט קמא להעביר את הדיון בתביעה לבית משפט השלום בהתאם לכללי הסמכות העניינית.

28. טבע מנגד דוחה את הטענות וסוברת כי הערעור שכנגד הוגש "למטרות טקטיות בלבד". כן מדגישה טבע כי על פי ההלכה הפסוקה ערכאת הערעור אינה מתערבת בקביעות הערכאה הדיונית לעניין הוצאות ושכר טרחה, ואין הצדקה לסטות מהלכה זו במקרה דנן. מכל מקום, גורסת טבע כי ממילא ההליכים בערכאה הדיונית נמצאים בתחילת דרכם וכי החלטת בית המשפט קמא בסוגיה זו היא סבירה בנסיבות העניין. לשלמות התמונה יצוין כי טבע אינה מתייחסת לטענה השנייה שהעלו המשיבות.

דיון והכרעה

29. הערעור דנן מציב לפנינו מצב דברים לא שגרתי – ואודה, מאד לא נוח. החלטת בית המשפט קמא עומדת, לכאורה, בניגוד לפסיקה קודמת של בית המשפט המחוזי, אשר ערעור עליה לבית משפט זה נדחה. הציורף שבין הפסיקה הקודמת (פסק דין VIG) לבין פסק דינו של בית המשפט קמא יוצר מצב שהדעת מתקשה לקבל, לפיו אין מזיק נושא באחריות לנזקים שגרם, רק מהטעם שהם הוטבו על ידי מבטחת זרה של הניזוק. לכך היו ערים שני המותבים הנכבדים, ואולם כל אחד מהם סבר, לפי דרכו, כי הדין מחייבו לדחות את התביעה שהוגשה אליו. לכאורה, עלינו להכריע בין שתי העמדות, ולהחליט האם לבכר את דעת האחד כי מתווה VIG מוכר בדין הישראלי, או את דעת האחרת, כי איננו אפשרי.

30. אלא שלדידי, אין לפנינו מצב בו מותב אחד צדק והשני טעה. לצערי, שני המותבים שגו. המותב שנתן את פסק דין VIG שגה, מאחר שהדין הישראלי מכיר בזכותה

של מבטחת זרה להגיש תביעת תחלוף (סוברוגציה) מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, ולמצער מכוח עקרונות כלליים של דיני עשיית עושר ולא במשפט. לפיכך, אין צורך, במקרה הרגיל, לפעול לפי מתווה VIG גם כשמדובר במבטחת זרה. המותב שדן בתיק דנן שגה, מאחר שבין אם המבטחת הזרה רשאית להגיש תביעת תחלוף ובין אם לאו, רשאי המבוטח, במקרים בהם קיים קושי למבטחת להגיש תביעה בעצמה, לתבוע את המזיק כנאמן עבודה. מכאן שניתן לפעול על פי מתווה VIG כאשר יש מניעה להגיש תביעת תחלוף על ידי מבטחת זרה. משמעות הדברים היא שמבחינה אופרטיבית דין הערעור להתקבל, ואולם כלל לא ברור שהתביעה צריכה להמשיך להתנהל בדרך בה נפתחה. להלן אבהיר את הדין החל במכלול הסוגיות הללו, על מנת להעמיד הלכה על מכונה.

31. סדר הדיון יהיה כדלהלן: אפתח בשלוש הערות מקדימות. הראשונה, ביחס למסגרת הדיונית (בקשה לסילוק על הסף); השנייה, ביחס לשאלה המשפטית במוקד הערעור דנן (זכות החזרה של מבטחת זרה של הניזוק כלפי המזיק); השלישית, ביחס להלכה הנוהגת (ובכלל זה מעמד פסק דין VIG). בהמשך אפנה להצגת התשתית הנורמטיבית הדרושה לצורך ההכרעה, אשר תכלול התייחסות לשלושה מישורים: המישור הראשון, הסדרת מערכת היחסים המשולשת: מבטחת הניזוק – ניזוק – מזיק, וזאת כאשר מבטחת הניזוק היא מבטחת ישראלית; המישור השני, מעמד המבטחת הזרה בחקיקת הביטוח הישראלית; המישור השלישי, השילוב שבין שני המישורים הראשונים: דהיינו, הסדרת מערכת היחסים המשולשת, כאשר מבטחת הניזוק היא מבטחת זרה. לאור התשתית הנורמטיבית יינתנו הנחיות הן בדבר המשך הדיון בתיק, והן בדבר דרך הטיפול בתיקים מסוג זה מעתה ואילך.

הערה מקדימה ראשונה: המסגרת הדיונית

32. עניינה של החלטת בית המשפט קמא מושא הערעור היא בבקשה לסילוק התביעה על הסף. כידוע, בית המשפט רשאי בכל עת להורות על סילוקה על הסף של תביעה, כולה או מקצתה, מכוח תקנות 100-101 לתקסד"א הישנות (כיום הוראה זו מצויה בתקנה 41 לתקסד"א החדשות). זאת, על מנת לסנן תביעות סרק ובכך לחסוך בזמן שיפוטי ובהוצאות עבור הצדדים, ובפרט עבור הנתבע. יחד עם זאת, סילוק על הסף הוא סעד קיצוני המביא למחיקה או לדחייה של תובענה טרם התבררה לגופה, ומשליך הוא על זכות הגישה לערכאות. לפיכך, סעד כאמור יינתן רק במקרים מיוחדים בהם ברור כי גם אם יוכחו מלוא הטענות בכתב התביעה, אין אפשרות של ממש, כי התובע יוכל לקבל

את הסעד המבוקש על ידו (ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, פסקאות י"ב-י"ג (4.6.2007); רע"א 8524/10 טיב הכרמל תעשיות (2002) בע"מ נ' פרימיוס קלאס בע"מ, פסקה 6 (31.1.2011); רע"א 661/17 אלמשרק חברה לביטוח בע"מ נ' אלטנדוק (הקרן) אלפלטטיני לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פסקה 4 (16.2.2017)). הטענה כי יש לדחות את התביעה מהטעם שאין בידי התובע עילת תביעה, כפי שהעלו המשיבות, היא מסוג הטענות החריגות שקיימת הצדקה להעלותן ולבחון אותה במסגרת בקשה לסילוק על הסף (ראו סעיף 100(1) לתקסד"א הישנות וסעיף 41(א)(1) לתקסד"א החדשות. כן ראו, למשל, ע"א 23/64 הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ, 8' אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד יח(2) 523 (1964); ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144 (2011) (להלן: עניין דובק)). אי לכך, אין אנו נדרשים להכריע לגופה של התביעה, אלא רק לסוגיה המקדמית שהונחה לפני בית המשפט קמא והובאה בפנינו במסגרת הערעור דנן.

הערה מקדימה שנייה: השאלה המשפטית במוקד הערעור דנן

33. הסוגיה המשפטית שעמדה לפני בית המשפט קמא הייתה ממוקדת: האם יכול אדם לו נגרמו נזקי רכוש (הניזוק) לתבוע פיצויים מהמזיק בגין נזקים לגביהם קיבל שיפוי ממבטחת זרה עמה התקשר בחוזה ביטוח, וזאת בנסיבות בהן למבטחת הזרה עצמה לא עומדת זכות חזרה כלפי המזיק, וכאשר הניזוק התחייב לפעול כנאמן של המבטחת הזרה ולהעביר לידיה את הפיצויים שיצליח לגבות. בית המשפט קמא נתן לשאלה זו תשובה שלילית, ודחה על הסף את רכיב התובענה שהתייחס לנזקים אלה. לכאורה, כל שנדרש מאיתנו הוא להכריע בשאלה ממוקדת זו לכאן או לכאן – לאשר את ההחלטה לדחות על הסף את רכיב התובענה שהתייחס לנזקים שהוטבו על ידי חברת הביטוח הזרה, או להורות על המשך ניהולה גם ביחס לרכיב זה במתווה בו הוגשה, דהיינו כתביעה "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה. ודוק, תחת מסגרת מצומצמת זו, כל שנדרש הוא לפסוק האם מבוטח יכול לפעול על פי הפרוצדורה האמורה בנסיבות הללו, אם לאו.

34. אפס, אינני סבור כי נכון וראוי שננהג כך. אם נעשה כן נתעלם מ"הפיל העומד במרכז החדר": ההנחה כי למבטחת זרה של הניזוק אשר הטיבה את נזקו אין אפשרות לחזור אל המזיק על פי הדין הישראלי. בהינתן הנחה זו, המתווה בו בחרו טבע וחברת הביטוח הזרה (מתווה VIG) הופך לחיוני, וכפי שאפרט להלן, סבורני כי היה באפשרותן לנקוט בו. ואולם, ככל שהנחה זו שגויה, וכפי שאבהיר להלן, זהו מצב הדברים המשפטי,

הרי שאין צורך במבנה מורכב וחריג כמו מתווה VIG, ויש להניח כי גם הצדדים שלפנינו, ובוודאי ניזוקים ומבטחותיהם הזרות בעתיד, יעדיפו לנהל את התובענה בדרך המלך, דהיינו, בענייננו, כאשר טבע תובעת את הנזק לגביו לא שופתה (ההשתתפות העצמית) וחברת הביטוח הזרה תובעת החזר (חלקי בענייננו) של הסכומים בהם שיפתה את טבע.

35. לנוכח חשיבותה העקרונית של השאלה האם למבטחת זרה של הניזוק זכות חזרה אל המזיק על פי הדין הישראלי, ובהינתן תפקידנו בהנחיית הערכאות הדיוניות, סברתי כי לא יהיה זה ראוי למקד מבטנו אך ורק לשאלה המצומצמת שלפנינו. לפיכך, ראיתי לנכון להרחיב את הדיון המשפטי, כך שיעסוק בשאלה העקרונית האמורה, ולא רק בשאלה המצומצמת שהונחה לפתחנו.

הערה מקדימה שלישית: ההלכה הנוהגת

36. חרף פסק הדין בערעור VIG, שניתן כאמור ללא הנמקה מכוח תקנה 460(ב) לתקסד"א הישנות, השאלה האם מבטחת זרה של הניזוק רשאית לחזור אל המזיק על פי הדין הישראלי טרם נדונה לגופה בפסיקת בית משפט זה, וממילא לא ניתן לומר כי היא הוכרעה באופן סופי ומחייב. יצוין בהקשר זה כי אימוץ קביעות בית המשפט המחוזי בידי בית המשפט העליון, מכוח תקנה 460(ב) לתקסד"א הישנות (תקנה 148(ב) לתקסד"א החדשות), הגם שבוודאי יש לו חשיבות והשפעה על פסיקת בתי המשפט, אינו מגבש הלכה מחייבת, ומכאן שאינו מקנה מעמד מחייב לפסק דין VIG (ראו, למשל: דנ"א 1585/01 מצדה חברה להנדסה בע"מ נ' רסקו חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ (28.8.2001); דנ"א 4066/12 פורקור בע"מ נ' מדינת ישראל אגף מס הכנסה ומיסוי מקרקעין פקיד השומה חיפה, פסקה 3 (24.6.2012); ע"א 909/16 פרי ז"ל נ' חינה ז"ל, פסקה 23 (27.2.2019); דנ"א 2899/19 ג'באלי נ' בני עאדל ג'באלי חברה לעבודת עפר ופיתוח, פסקה 2 (15.5.2019)). כך ביחס לקביעה המשפטית עליה מבוסס פסק דין VIG (מבטחת זרה של ניזוק אינה זכאית על פי הדין הישראלי לחזור אל המזיק, לא מכוח מנגנון התחלוף שבחוק חוזה הביטוח ולא מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט), וכך בוודאי ביחס לאמרות אגב המצויות בפסק הדין (ובהם, מתווה VIG). מכל מקום, בית משפט זה בוודאי שאינו כבול בהלכות שנפסקו על ידו (סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה), ועל כן אף אם הייתה נפסקת הלכה מחייבת בעניין VIG (וכאמור, הלכה כזו לא נוצרה), לא הייתה מניעה כי נסטה ממנה.

37. זאת ועוד, עיון בהחלטותיהן של הערכאות הדיוניות עובר לפסק הדין בערעור VIG, ואף לאחריו, מעלה כי קיימת אי בהירות ביחס לשאלה המשפטית העקרונית שלפנינו (זכות החזרה של מבטחת זרה של הניזוק כלפי המזיק), וכפועל יוצא נוצר חוסר אחידות בפסיקת הערכאות הדיוניות. בעניין זה נחלקו הערכאות הדיוניות על פי שתי גישות. הגישה הראשונה גורסת כי אין למבטחת זרה של הניזוק זכות חזרה כלפי המזיק על פי הדין הישראלי, וזאת כדעת בית המשפט המחוזי בעניין VIG (ראו, למשל: פסק דין VIG, פסקה 32; ת"א (שלום ת"א) 52146-02-15 י. 999 בע"מ נ' Travelers prop casualty Co of America (23.6.2015) (השופט הבכיר אלי ספיר); ת"א (שלום חי') 36393-07-15 כהן נ' דראל רם בע"מ (29.11.2015) (סגנית הנשיא, השופטת אילת דגן); ת"א (שלום י-ם) 24617-03-17 גלובל יונייטד אנשורנס קומפני נ' אלדלנגר (25.6.2017) (השופטת תמר בר-אשר צבן); ת"א (שלום י-ם) 5666-12-12 יוסף לאלום נ' Sinclair insurance company ltd, פסקה 42 (22.11.2017) (השופט מרדכי בורשטיין); ת"א (קריות) KBC VERZEKERINGEN NV 46824-02-15 נ' לאוניד וולינסקי (7.1.2018) (השופטת לובנה שלאעטה חלאילה); ת"א (שלום י-ם) 14627-07-18 חברת הביטוח הלאומית בע"מ נ' חברת לופטהנזה ג'רמן אירליינס (26.3.2019) (השופט אוהד גורדון)). לעומת זאת, הגישה השנייה סבורה כי מבטחת זרה של הניזוק רשאית להגיש תביעת תחלוף בישראל, ואין המחזיקים בעמדה זו רואים עצמם כבולים לקביעות פסק דין VIG, כל אחד מטעמיו שלו (ראו, למשל: ת"א (מחוזי חי') 35583-11-18 ARAS ROMORKOR HIZMETLERI SANAYI VE TICARET LTD.STI נ' האנייה "CHRYSOPIGI" (29.11.2019) (סגן הנשיא, השופט רון סוקול) (להלן: ההחלטה בעניין ARAS); ת"א (מחוזי חי') 31521-01-20 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ (12.11.2020) (סגן הנשיא, השופט יצחק כהן)).

38. למען תצא התמונה שלמה, יצוין כי ביחס להחלטה בעניין ARAS הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה. בהחלטה מיום 22.12.2020 נדחתה בקשת רשות הערעור על ידי השופטת יעל וילנר, מהטעם שלמבטח ימי זר עומדת זכות תחלוף לפי סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, וזאת בהינתן סעיף 72(א)(2) לחוק חוזה הביטוח, המורה כי "הוראות חוק זה, למעט סעיפים 62 ו-69, לא יחולו על ביטוח ימי וביטוח אוירי" (רע"א 8588/19. להלן: ההחלטה בבקשת רשות ערעור ARAS). ודוק, סעיף 72(א)(2) לחוק חוזה הביטוח כלל איננו מתייחס למבטח ימי זר, אלא רק מחיל שתיים מהוראות חוק חוזה הביטוח, ואותן בלבד, על תחום הביטוח הימי. למרות זאת, נקבע, בין השאר בהתבסס על ההיסטוריה החקיקתית ותכלית החוק, כי "אין ולא יכולה להיות עוד מחלוקת כי סעיף 62

לחוק המעגן את זכות התחלופה חל על מבטח ימי (ישראלי או זר) (ההדגשה במקור; פסקה 24 להחלטה בבקשת רשות ערעור ARAS).

39. עינינו הרואות כי הדין החל ביחס לאפשרות התביעה של מבטחת זרה של הניזוק כלפי המזיק איננו מבורר, וקיימות לגביו מחלוקות בפסיקת הערכאות הדיוניות, וזאת גם לאחר שניתן פסק הדין בערעור VIG. יתר על כן, לפחות בהקשר של ביטוח ימי הבהיר בית משפט זה כי החלת סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח על תחום ביטוחי מסוים משמעה הענקת זכות תביעה הן למבטחת ישראלית והן למבטחת זרה. על כן, קיים צורך לדון בשאלה כיצד ראוי לפרש את סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח במקרה הכללי.

40. עד כאן הערות מקדימות, ועתה נפנה לדון בשאלה המהותית המונחת לפתחנו. התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לניתוח מצב הדברים בו עסקינן מצריכה כאמור התייחסות לשלושה מישורים שונים: ראשית, מערכת היחסים המשולשת שבין: (1) מבטחת הניזוק; (2) הניזוק המבוטח; ו- (3) המזיק, לפי הדין הישראלי (להלן: מערכת היחסים המשולשת). בשלב זה של הדיון נניח כי מבטחת הניזוק בה מדובר היא מבטחת ישראלית, ונבקש להצביע על האפשרויות השונות העומדות לרשותה, על מנת לחזור אל המזיק בגין תגמולי הביטוח ששילמה לניזוק המבוטח; שנית, התייחסות חקיקת הביטוח הישראלית למבטחות זרות (להלן: מעמד המבטחת הזרה בחקיקת הביטוח הישראלית); שלישית, השלכות השילוב שבין שני המישורים הראשונים, דהיינו, השפעת מעמד המבטחת הזרה בחקיקת הביטוח הישראלית על מערכת היחסים המשולשת: מבטחת – ניזוק – מזיק (להלן: מערכת היחסים המשולשת כשהמבטחת היא מבטחת זרה).

המישור הראשון – מערכת היחסים המשולשת: מבטחת – ניזוק – מזיק

41. מצב הדברים בו עסקינן מתייחס למערכת יחסים משולשת, המקיימת את המאפיינים שיתוארו להלן. מערכת יחסים זו נוצרת בעקבות התרחשות אשר במהלכה נגרם נזק לאדם מסוים (הניזוק), כאשר לאותו ניזוק עומדת בנסיבות בהן עסקינן האפשרות לתבוע פיצוי בגין הנזק שסבל משני גורמים שונים ובלתי קשורים:

- המזיק אשר גרם לנזק והנושא באחריות לו בהתאם לכללי המשפט האזרחי. ויובהר, במקרה הרגיל תהא אחריות זו מכוח דיני הנזיקין, ואולם ניתן להעלות על הדעת גם מצבים בהם אחריות המזיק מבוססת על דיני החוזים, כחלופה משלימה לאחריות הנזיקית או באופן בלעדי. כך, למשל, כשמדובר

ברופא שהתרשל בטיפול בניזוק, הרי שאחריותו עשויה להתקיים במסגרת דיני החוזים ודיני הנזיקין במקביל, ואילו כשמדובר בקבלן שאיחר באספקת הדירה אחריותו תבוסס לרוב באופן בלעדי על דיני החוזים.

- המבטחת של הניזוק אשר נושאת בסיכון להתרחשות הנזק, והאחראית על פי כללי המשפט האזרחי לפצות את הניזוק, באופן מלא או חלקי, על נזקיו. ויובהר, במקרה הרגיל, אחריות מבטחת הניזוק היא הסכמית, ונובעת מכך שנטלה על עצמה לשאת בסיכון במסגרת חוזה ביטוח עם הניזוק או עם אחר. ואולם ייתכנו גם מצבים בהם האחריות לסיכון תוטל על המבטחת כלפי הניזוק מכוח הדין, ולא מכוח חוזה (זהו, למשל, מצב הדברים ביחס ל"קרנית", בהתאם להסדר שנקבע בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים) ביחס למצבים בהם הנהג אינו ידוע או אינו מבוטח).

ויובהר, המבטחת בה עסקינן היא זו שאחריותה נגזרת מנטילת סיכוני הניזוק (להלן ולעיל: מבטחת הניזוק), ולא מבטחת שאחריותה נגזרת מנטילת סיכוני המזיק (להלן: מבטחת המזיק). והמקרה שלפנינו ימחיש: הן חברת הביטוח הזרה והן איילון הן חברות ביטוח העשויות לשאת בנזק שנגרם מהאירוע. ואולם, בעוד שחברת הביטוח הזרה נושאת בנזק זה מאחר שנטלה על עצמה את סיכוני הניזוק (טבע), איילון עלולה לשאת בנזק מאחר שנטלה על עצמה את סיכוני המזיק (גושן). מכאן שבעוד שחברת הביטוח הזרה היא בגדר מבטחת הניזוק, בה מתמקד דיוננו, איילון היא מבטחת המזיק, ולפיכך הדין להלן אינו מצריך התייחסות מיוחדת אליה (ככלל, אחריותה של מבטחת המזיק נגזרת מאחריות המזיק, ודי בכלל זה במקרה בו עסקינן על מנת להבהיר את מעמדה של איילון. ראו, למשל, רע"א 1322/10 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 16 (16.4.2012) (להלן: עניין הכשרת הישוב)).

42. לניזוק עומדים, איפוא, במצב הדברים המתואר, שני מסלולים דרכם יוכל להיפרע את נזקו – ביכולתו לתבוע את המזיק (וכן את מבטחת המזיק, מכוח המעמד שניתן לו לפי סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח), וביכולתו לתבוע את מבטחת הניזוק. שתי זכויות התביעה הללו קיימות זו לצד זו, כאשר שאלת המפתח היא כיצד היפרעות על פי

אחת מהן משליכה על יכולת הניזוק להיפרע על פי האחרת. בעניין זה ניתן להבחין בין שתי אפשרויות בסיסיות:

- הניזוק רשאי להיפרע במצטבר הן מהמזיק והן ממבטחת הניזוק, כמובן 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 הנזיקין, הרי שבאפשרותו להיפרע במצטבר על פי שתי עילות התביעה, דהיינו לקבל הן פיצוי נזיקי כתלוי במנוח והן את תגמולי ביטוח החיים (ראו, למשל, ע"א 154/70 בידה נ' רובין, פ"ד כה(2) 43 (1971); ע"א 9357/09 עמיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (12.5.2011)). במצבים מסוג זה נאמר, אם כך, כי התביעות נגד המזיק ונגד מבטחת הניזוק הן תביעות בגין חיובים מצטברים.

- הניזוק רשאי להיפרע את הנזק שנגרם לו רק פעם אחת, בין אם מעילת התביעה נגד המזיק, בין אם מעילת התביעה נגד מבטחת הניזוק, ובין אם משתיהן יחדיו. ודוק, אין אנו עסוקים בשאלה הדיונית מה מספר התביעות שרשאי הניזוק להגיש, אלא בשאלה המהותית האם באפשרותו להיפרע במצטבר משני המקורות, היינו מעבר לנזקו. כך, למשל, כשמדובר בנזק משריפה שגרם המזיק לרכבו של הניזוק, הרי שהניזוק-המבוטח יוכל אומנם לתבוע הן את המזיק והן את מבטחת הניזוק, ואולם בסופו של יום יוכל להיפרע מהמזיק, ממבטחתו או משניהם, רק עד כדי הנזק שנגרם לרכב בעקבות השריפה, ולא מעבר לכך. כאשר זהו היחס בין שתי התביעות, הרי שהן תביעות בגין חיובים בלתי מצטברים.

43. ההבחנה בין מצבים בהם התביעות נגד המזיק ומבטחת הניזוק הן בגין חיובים מצטברים, לבין מצבים בהם התביעות הללו הן תביעות בגין חיובים בלתי מצטברים היא הבחנת יסוד, אשר ממנה נגזר המשך הניתוח המשפטי.

ככל שהתביעות הן בגין חיובים מצטברים, הרי שמבחינה מהותית אין כל קשר בין התביעות, והזיקה ביניהן עשויה להתקיים רק לצרכים דיוניים (כגון האפשרות לנהל את התביעות יחדיו, או ללמוד מאשר נקבע בהליך אחד לעניין ההליך האחר). כנגזר מכך, כשמדובר בתביעות מצטברות, מובן מאליו שלא קיימת זכות חזרה של מבטחת הניזוק אל המזיק, שכן אחריות האחד אינה נוגעת באחריות האחר (שאלה מעניינת היא האם

ייתכנו מצבים בהם יכולה מבטחת הניזוק לתבוע את המזיק בגין גרימת מקרה הביטוח, אך שאלה זו חורגת ממסגרת הדיון הנוכחית).

לעומת זאת, ככל שהתביעות הן בגין חיובים בלתי מצטברים, הרי שהזיקות ביניהן מתחייבות מעצם הגבלת אפשרות ההיפרעות של הניזוק. בהתאם, היריבות בין מבטחת הניזוק לבין המזיק במצב דברים זה היא סוגיה הכרחית אליה יש להידרש, וזאת גם באותם מצבים בהם מלכתחילה לא היה כל קשר ביניהם, ואף אם לא ניתן לומר שהם חייבים ב"חיוב אחד" (ראו דניאל פרידמן ונילי כהן "ריבוי חייבים" דיני חיובים – חלק כללי 158-161 (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: פרידמן וכהן, ריבוי חייבים)).

44. נעצור לרגע את הדיון העיוני ונתבונן במקרה בו עסקינן. הביטוח בו אנו דנים הוא ביטוח רכוש, ולגבי ביטוחים מסוג זה אין ספק כי מתקיים יחס של חיובים בלתי מצטברים בין אחריות המזיק לבין אחריות מבטחת הניזוק. אכן, ובעניין זה בוודאי צדק בית המשפט קמא, ניזוק אינו יכול להיפרע פעמיים בגין נזק רכוש שנגרם לו – פעם אחת ממבטחתו ופעם אחת מהמזיק. החיובים במקרה זה אינם מצטברים, דהיינו הניזוק אינו יכול לקבל ממבטחתו ומהמזיק שיפוי העולה על הנזק שנגרם לו בפועל (ראו דברי ההסבר להצעת חוק חוזה הביטוח, התשל"ו-1975, ה"ח 20, 35-36; עניין ליפשיץ, בעמ' 191. השוו גם לסעיף 56(א) לחוק חוזה הביטוח). בין השאר, מקובל להצדיק הגבלה זו בשאיפה למנוע בעיה של סיכון מוסרי (moral hazard) מצדו של המבוטח, ולשלול אינטרס פוטנציאלי שלו בקיומו של מקרה ביטוח נוכח האפשרות לזכות בכפל פיצוי (ראו: שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך שני 120-121 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 2007) (להלן: ולר, כרך שני); ירון אליאס דיני ביטוח 209 (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: אליאס); STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 235-240 (1987)).

45. בפסק דין VIG, בהסבירו את מתווה VIG, מפנה בית המשפט המחוזי לסעיף 86 לפקודת הנזיקין, ורואה בו מקור נורמטיבי המאפשר לניזוק לתבוע גם את המזיק בגין נזקי רכוש עליהם קיבל פיצוי מאת המבטחת. בית המשפט קמא דחה גישה זו בענייננו, והצביע על כך שסעיף 86 לפקודת הנזיקין פורש בפסיקה כהוראה החלה ביחס לביטוח פיצוי (שאינו מוגבל לנזק המוכח שנגרם) ולא ביחס לביטוח שיפוי (המוגבל לנזק המוכח שנגרם). הבסיס להבחנה זו מצוי בתפיסה המדינתית-חברתית כי ערכי החיים ושלמות הגוף אינם ניתנים להערכה כספית, ומכאן שלא ניתן לראות בפיצוי הניתן בגינם כ"כפל פיצוי" (ראו: ע"א 682/69 חמודוט נ' שפירא, פ"ד כד(1) 686, 690 (1970); דניאל פרידמן

ביטוח רכב מנועי 14 הערה 47 (1972) (להלן: פרידמן, ביטוח רכב מנועי); ולר, כרך שני, בעמ' 256-257; אליאט, בעמ' 1165-1166).

46. 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. דברים דומים אמורים גם על סעיף 16 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) ("בקביעת שיעור הפיצויים לא יובא בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל בשל הפרת החוזה לפי חוזה ביטוח". לעניין סעיף 16 לחוק התרופות, ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 462-465 (2009); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 722-723 (2011)).

47. מכל מקום, המקרה שלפנינו, בו מדובר בביטוח רכוש, נמנה באופן מובהק על המצבים בהם חיובי המזיק וחיובי מבטחת הניזוק הם בלתי מצטברים, ולפיכך צדק בית המשפט קמא כשקבע כי לא ניתן לבסס את מתווה VIG על הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין (ואף לא על הוראת סעיף 16 לחוק התרופות, ככל שנראה בתביעה שלפנינו כתביעה בגין הפרת חוזה שמירה מצד גושן).

48. נשוב לדיון העיוני, ונתמקד בסוג המצבים אליהם משתייך המקרה דנן – המקרים בהם חיוב המזיק וחיוב מבטחת הניזוק הם בלתי מצטברים, דהיינו כאשר לניזוק שני חייבים מהם יכול הוא להיפרע את הנזק פעם אחת בלבד. מקרים אלה מכונים מצבים של "ריבוי חייבים בחיוב בלתי מצטבר", ובקיצור – "ריבוי חייבים".

49. פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' נילי כהן מבחינים בין ארבע קטגוריות שונות של ריבוי חייבים, וזאת בהתאם למקור החיובים והקשר ביניהם:

קטגוריה ראשונה עניינה במצב שבו שניים או יותר נוטלים על עצמם חיובים במסגרת אותה מערכת הסכמית, כך שכל אחד מהם מתחייב למלוא החיוב, ללא קשר בהכרח למידת אחריותו, וביצוע החיוב על ידי האחד משחרר את האחרים מחבות. מדובר, אם כן, בחיוב שמקורו במערכת הסכמית אחת (או בלשון אחרת – חוזה רב משתתפים). דוגמה למצב דברים זה היא רכישה במשותף של דירת מגורים על ידי שני בני זוג, או חוזה הנחתם על ידי חייב עיקרי וערב.

קטגוריה שנייה עוסקת במצב שבו ישנה אחריות משותפת של מספר אנשים לנזק שנגרם, בין משום שפעלו בשיתוף פעולה ובין משום שפעלו בנפרד אך לכל אחד יש תרומה להתגבשות הנזק, ואף אם כל אחד מהם הפר חובה אחרת המוטלת עליו. חיובים אלה מקורם בעוולה נזיקית, בין אם אחת או יותר, כאשר הבסיס המחבר בין החייבים הוא הנזק שנגרם מפעולתם. דוגמה אופיינית לכך היא מזיקים שפעלו במשותף.

קטגוריה שלישית עניינה במקרים שבהם ישנם מספר חייבים, בין מכוח הסכמים נפרדים ובין מכוח חובה חוקית, כאשר אין ביניהם כל קשר מוקדם ואין האחד סומך על חיובו של רעהו, אך גם אף אחד מהם לא אחראי לקרות הנזק שנגרם (או להתגבשות החיוב). עסקינן במצבים כגון ריבוי מבטחים בגין אותו מקרה ביטוח או שני ערבים שערכו בנפרד לאותו חוב מבלי שידעו אחד על קיומו של השני.

קטגוריה רביעית מכילה בתוכה מקרים "מעורבים", שבהם כל אחד מהחיובים הבלתי מצטברים הוא בעל אופי שונה, ואף על פי כן אין הנושה (בעל הזכות לביצוע החיוב) רשאי לממש את החיובים מכל המקורות גם יחד. דוגמה לכך היא המצב בו זכאי למזונות יכול להיפרע הן מהחייב במזונות והן מהמוסד לביטוח לאומי.

(להרחבת הדיון בקטגוריות האמורות, ראו: פרידמן וכהן, דיבוי חייבים, בעמ' 175-173).

50. מצב ריבוי החייבים בו עסקינן שייך לקטגוריה הרביעית – חיובים בעלי אופי שונה. חיובה של המבטחת היא חבות מכוח חוזה, הנובעת מנטילת סיכון הסכמית מול הניזוק; חיובו של המזיק הוא חיוב בגין אחריות לנזק כלפי הניזוק, היכולה לנבוע מכוח עוולה או הפרת חוזה. במצב דברים זה, לא ניתן לראות בחיובים הללו, של המבטחת מזה ושל המזיק מזה, משום "חיוב אחד", ועל כן לא נוצרת חזקה כי החבות היא "יחד ולחוד" מכוח סעיף 54 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), או כי הם נושאים בנטל החיוב ביניהם בחלקים שווים מכוח סעיף 56(א) לחוק החוזים.

חיוביהם של מבטחת הניזוק ושל המזיק, גם כשהם בלתי מצטברים, הם חיובים נפרדים ושונים במהותם, והדין מאפשר למבוטח-הניזוק לתבוע כל אחד מהם בהליך משותף או נפרד, לפי בחירתו (ודוק, ייתכנו מצבים בהם ייקבע גם בקטגוריה הרביעית כי החבות היא משום "חוב אחד", או שהחייבים נושאים בה "יחד ולחוד", או שביחסים הפנימיים החייבים נושאים בה בחלקים שווים. ואולם, אין זה מקובל לראות בחיובי מבטחת הניזוק והמזיק כ"חוב אחד" או כחיובים "יחד ולחוד", ובוודאי, כפי שנעמוד להלן, אין הצדקה לחלק ביניהם את החבות בחלקים שווים ביחסיהם הפנימיים. ראו פרידמן וכהן, ריבוי חייבים, בעמ' 169-172, 175).

51. כאשר עסקינן במצב של ריבוי חייבים, ויהיה סיווגו אשר יהיה, אם אחד החייבים (בענייננו מבטחת הניזוק) מקיים את החוב כלפי הנושה (בענייננו, משלם לניזוק את נזקו), הוא משחרר בכך, הלכה למעשה, גם את החייב האחר (בענייננו המזיק) מהצורך לשאת בחיובו כלפי הנושה (הניזוק). ודוק, התוצאה של שחרור החייב האחר מובנית למצב של ריבוי חייבים בחיובים בלתי מצטברים – היא קיימת בין אם מדובר בשניים (או יותר) החייבים "חוב אחד", ובין אם מדובר בשניים (או יותר) החייבים חיובים שונים; בין אם החיובים הם "יחד ולחוד" ובין אם החיובים הם "בנפרד" וכיו"ב. מכאן שתופעה זו מתקיימת גם כאשר מבטחת הניזוק והמזיק חייבים בחיובים בלתי מצטברים, ומבטחת הניזוק משפה את הניזוק על מלוא הנזק שנגרם לו (כאשר התשלום הוא חלקי, השחרור חלקי בהתאמה).

52. ואולם, העובדה שהניזוק זכה לפיצוי מלא על נזקיו מאת המבטחת, אינה משמיעה לנו כי ראוי לשחרר את המזיק מכל אחריות או חבות. נהפוך הוא, כפי שציינה השופטת (כתוארה אז) מרים נאור: "העובדה שהניזוק מבוטח, ושהמבטח שילם לו, איננה משחררת בדרך-כלל את המזיק מהצורך לשאת בתוצאות עוולתו" (ע"א 9311/99 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' נרות ירושלים אילום (1987) בע"מ, פ"ד נו(2) 550, 559 (2002) (להלן: עניין מנורה)). ואכן, ממגוון שיקולי מדיניות, העובדה שמבטחת הניזוק פטרה בפעולתה את המזיק מהצורך לפצות את הניזוק מצדיקה יצירת מנגנונים שתפקידם לאפשר למבטחת הניזוק שפרעה את החוב לחזור אל המזיק, ולתבוע ממנו שיפוי בגין הוצאותיה (השוו רע"א 4179/20 בטט קאר חברה לשירותי רכב בע"מ נ' איי. די. איי חברה לביטוח בע"מ, פסקה 12 והאסמכתאות המובאות שם (18.11.2020)). להלן אציג בקצרה את שלושת השיקולים המרכזיים הפועלים בהקשר בו עסקינן:

ראשית, מניעת החצנת עלויות על ידי המזיק. מנקודת המבט של תימרוץ המזיק לפעול באופן יעיל למניעת הנזק מלכתחילה, האפשרות שלא יישא במלוא הנזק שתגרום פעולתו העוולתית, אלא שחלק ממנו (או כולו) ישולם בסופו של דבר על ידי מבטחת הניזוק (צד ג' שהמזיק אינו נושא בעלות פעולתו), גורמת להחצנה של עלויות על ידי המזיק, וכתוצאה מכך להרתעת חסר כלפיו. לפיכך, קיומם של מנגנונים המאפשרים למבטחת הניזוק לחזור למזיק מסייעים ביצירת הפנמה יעילה של הסיכונים הנובעים מפעילות המזיק. כך, למשל, אם יוצרי שריפות פוטנציאלים מניחים שעיקר נזקי השריפה ישולמו על ידי מבטחות הניזוקים, הרי שהעדר זכות של מבטחות הניזוקים לחזור אל המזיקים עלול להביא לכך שהאחרונים לא יפנימו את מלוא הנזקים שפעילותם גורמת, וכתוצאה מכך לא ינקטו מלכתחילה באמצעי זהירות מספקים על מנת למנוע שריפות. מבחינה מוסרית, מקובל להציג טיעון קרוב, לפיו ההכרה בזכות החזרה של מבטחת הניזוק אל המזיק נחוצה על מנת למנוע את העוול הכרוך בכך שהחוטא (המזיק) יוצא פטור בלא כלום (השוו: עניין ליפשיץ, בעמ' 191; אוריאל פרוקצ'יה, "תניית התחלוף בפוליסות לביטוח רכב", משפטים יא 125, 131 (1981) (להלן: פרוקצ'יה); ולד, כרך שני, בעמ' 253; אליאט, בעמ' 1167).

שנית, ייעול מנגנון תמחור פוליסת הביטוח. מנקודת מבטה של מבטחת הניזוק, ההכרה בזכות החזרה שלה אל המזיק מפחיתה את היקף החשיפה שלה במקרה של התרחשות מקרה הביטוח, ומגדרת את חבותה לאותם נזקים שיגרמו למבוטח-הניזוק אותם לא יהיה באפשרותה להיפרע מהמזיק (ודוק, נזקים אלה הם עיקר ההצדקה מבחינת הניזוק לקניית הביטוח, שכן בגין נזקים שיכול היה הניזוק ממילא להיפרע מהמזיק, הצורך ברכישת הביטוח היה מלכתחילה נמוך יותר, והתמצה בחסכון עלויות הגבייה). בשוק ביטוח תחרותי עובדה זו צפויה להשתקף בפרמיות הביטוח, כך שאם תוכר זכות החזרה, יתייחסו הפרמיות בעיקר לנזק הנוסף אותו מכסה מבטחת הניזוק, ולא יכללו רכיב משמעותי שמתייחס לחבות בגין נזקים אותם ניתן להיפרע מהמזיק (הפרמיה תשקף רק את עלויות הגבייה מהמזיק, ולא את כיוסי הנזק שהתרחש). לפיכך, הכרה בכך שמבטחת הניזוק רשאית לחזור אל המזיק משפרת את מנגנון תמחור פוליסת הביטוח ומאפשרת שימוש יעיל במנגנון הביטוח כאמצעי לפיזור סיכונים (השוו Mitchell & Steven Shavell, *Subrogation and the Theory of Insurance When Suits Can Be Brought for Losses Suffered*, 34(4) J.L. ECON. & ORG. 619 (2018) כן ראו והשוו: ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 40 (25.5.2006) (להלן: עניין עיריית חיפה); פרוקצ'יה, בעמ' 131; מאיר יפרח ורפאלה חרל"פ ששון – דיני ביטוח 371 (מהדורה שנייה, 2001) (להלן: ששון-דיני ביטוח); ולד,

כרך שני, בעמ' 253; רונן אברהם "ביטוח" הגישה הכלכלית למשפט 962 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012)).

שלישית, הפחתת התמריץ "שלא לשלם ראשון". מנקודת המבט של הניזוק לאחר שהנזק נגרם, ככל שאין למבטחת הניזוק זכות חזרה אל המזיק, עלול הדבר ליצור קושי לממש את זכותו להיפרע הן כלפי המזיק והן כלפי מבטחתו. הטעם לכך הוא שהחייב שישלם לניזוק ראשון הוא שיישא בעלות, ולפיכך לכל אחד מהחייבים (הן המזיק והן מבטחת הניזוק) יש אינטרס משמעותי להימנע מתשלום הנזק, ולהפנות את הניזוק לחייב האחר. קיומם של מנגנונים המאפשרים למבטחת הניזוק לתבוע החזר מהמזיק מפחיתים במידה רבה קושי זה, שכן נכונות מבטחת הניזוק לשלם ראשונה, אין משמעה שתישא בסופו של דבר במלוא העלות הכלכלית של הנזק (והשוו ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' חדד, פ"ד מ(3) 19, 1 (1986) (להלן: עניין צור נ' חדד): "מן הראוי לגרום טבל מינימאלי למבוטח ולעודד מיטיבים המרגישים אחריות מוסרית, כמו סוכנות המכוניות בענייננו, להיטיב נזק של לקוחות"). ודוק, ככל שלא ניתן כלל להיפרע מהמזיק, ממילא ברור למבטחת הניזוק כי היא זו שתישא בנטל בסופו של יום. ואולם, כאשר ניתן להיפרע מהמזיק (למשל, בשל כך שקיימת מבטחת למזיק), התמריץ "שלא לשלם ראשון" הוא משמעותי, ובהעדר מנגנון חזרה, הוא עלול להביא את הניזוק למצב בו דווקא משום שיש לו שני חייבים להיפרע מהם, הוא מוצא עצמו נופל ביניהם.

הערה: בפסיקה אוזכרו שיקולי מדיניות נוספים להכרה במנגנונים המאפשרים לחייב שפרע במצבים של ריבוי חייבים זכות חזרה, מלאה (שיפוי) או חלקית (השתתפות), כלפי החייבים האחרים. כך, למשל, "עיקרון השוויון בין החייבים"; העדר הצדקה כי הנשיאה בנטל בין החייבים תיקבע "על-פי שרירות לבו של הנושה" וכיו"ב (ראו ההצדקות הנזכרות ברע"א 3948/97 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(3) 769, 781-782 (2001) (להלן: עניין מגדל)). מבלי לטעת מסמרות בשאלת התאמת נימוקים אלה בהקשר בו הועלו, אציין כי לטעמי אין הם משכנעים בהקשר בו עסקינן: המזיק ומבטחת הניזוק אינם נמצאים בעמדה שווה, וממילא לא ברור מה משמעות "עיקרון השוויון בין החייבים" ביחסים שביניהם (וראו: עניין עיריית חיפה, פסקה 40; פרידמן וכהן, ריבוי חייבים, בעמ' 213-215); קיימת, לכאורה, הצדקה לכך שהנושה יבחר מי ישא בנטל הנזק, מאחר שהוא זה ששילם בעבור הביטוח (הכרה חלקית בכך ניתן למצוא בסעיף 62(ד) לחוק חוזה הביטוח) וכן הלאה. מכל מקום, גם אם אני מתקשה להסכים להנמקות הללו, מקובלת עליי המסקנה הסופית לפיה ראוי להכיר, במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, בעיקרון רחב המזכה, ככלל, חייב שפרע בזכות

לשיפוי או להשתתפות מיתר החייבים – עיקרון שהוכר עוד בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמעון אגרנט בע"א 370/63 בסט נ' "הפול" לביטוח חובה ליד האיגוד הישראלי של חברות לביטוח בע"מ, פ"ד יח 533, 539 (1964) (להלן: עניין בסט), וקיבל ביטוי מרשים בחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מישאל חשין בעניין מגדל (שם, בעמ' 811-816).

53. שיקולי המדיניות הללו 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 הנאה (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...".

54. ויובהר, לגישתי, העיקרון הכללי בדיני עשיית עושר ולא במשפט, כפי שהוא משתקף בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (להלן: העיקרון הכללי), הוא עיקרון מסמיך ומארגן, אשר יישומו על ידי בתי המשפט צריך להתבצע בהתאם לשיקולי המדיניות הרלוונטיים. אבהיר עניין זה.

על פי תפיסתי בקשר לתפקידו של העיקרון הכללי, מעבר לתפקידו כמקור סמכות לחקיקה שיפוטית בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, יש לראות בו כאמצעי לקביעת גבולות הגזרה של מערכת דינים זו – מכשיר לעיצוב גס מאד של אותם מצבים שניתן, כעניין עקרוני, לשקול בהם הכרה בזכות להשבה. לעומת זאת, אין לראות בעיקרון הכללי מכשיר המאפשר לקבוע אם תוטל בסופו של דבר חבות במקרה נתון הנופל לתוך גבולות גזרה אלה. הכרעה זו אפשרית רק בהתאם לשיקולי מדיניות, ואילו העיקרון

הכללי עצמו יכול לשמש לצורך הכרעה זו, לכל היותר, כ"הנחת עבודה". לתפיסה זו, אם כן, שני ראשים:

מן הצד האחד, עמדה זו רואה בעיקרון הכללי מסגרת חשיבתית לדיון באפשרות של הטלת סוג מסוים של חבות משפטית – החובה להעביר התעשרות שהפיק הנתבע לידיו של התובע. מסגרת חשיבתית זו מניחה כי תביעה השבה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט חייבת לעמוד על שלושה אדנים: התעשרות של הנתבע; קשר בין התעשרות זו לתובע המתבטא בדרישה שטובת ההנאה הופקה "על חשבון התובע"; יסוד מסנן ("שלא על פי זכות שבדין" או "באופן בלתי מוצדק") המבחין בין דרכי התעשרות לגיטימיות לדרכי התעשרות המצדיקות התערבות משפטית. בהעדר אחד מהיסודות הללו לא ניתן להכיר בקיומה של עילת תביעה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט (אך אין בכך כדי לשלול אפשרות לקיומה של עילת תביעה במסגרת מערכת דינים אחרת).

מן הצד השני, על פי עמדתו, העיקרון הכללי איננו מאפשר להכריע בשאלה האם ראוי להכיר בעילה להשבה במצבים התואמים את המסגרת החשיבתית האמורה. במילים אחרות, ההדרכה הנורמטיבית שמספק העיקרון הכללי היא ראשונית וחלקית בלבד – היא מאפשרת לקבוע מתי ניתן להכיר בעילת תביעה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט; אין היא מאפשרת לקבוע מתי ראוי להכיר בעילת תביעה כזו. קביעה שכזו מחייבת בחינה של שיקולי מדיניות המתייחסים למקרה הנדון, אשר רק לאורם יש לקבוע אם להטיל חבות משפטית.

(ראו עוד: עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 761, 768-772 (2008); כן השווה חנוך דגן "מניעת התעשרות שלא כדין" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 653 (2008)).

55. כך כתפיסה עקרונית, וכך גם בענייננו. המנגנונים המשפטיים השונים המקנים למבטחת הניזוק זכות חזרה אל המזיק, משתייכים כולם לתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, מאחר שכפי שהובהר בפסקה 53 לעיל, הם נשענים על שלושת יסודות העיקרון הכללי, ונופלים לפיכך לגבולות הגזרה של מערכת דינים זו. שיקולי המדיניות התומכים במנגנונים הללו, אשר הוצגו בפסקה 52 לעיל, אף הם דומים בעיקרם, שכן הם מבססים את ההצדקה להכיר בקיומה של אותה עילת תביעה קונקרטית במקרה נתון. השוני בין המנגנונים הוא בדרכים הטכניות שנקבעו להכרה בעילת התביעה בה עסקינן, ובאופן שבו הם עוגנו בדיני מדינת ישראל (ראו פרידמן וכהן, ריבוי חייבים, בעמ' 176-181).

לעניין היחס שבין המנגנונים הללו, כמו גם האפשרות ליצור מנגנונים חדשים במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, יפים דבריו של השופט חשין בעניין מגדל, שעסק בעניין קרוב לענייננו:

עיקרון זה של עשיית-עושר נמנה הוא עם אבני-היסוד במשפט ואין אתר פנוי מניה. אך יש ובמקומות מסוימים צפיפותו של העיקרון היא כה רבה עד שהחוק ראה צורך לדבר בו באורח מפורש. [...] בה-בעת, גיבושה של אחת משלוחות העיקרון – גיבושה והכנסתה לסוגר של הוראת-חוק ספציפית בפינה מפינות המשפט – אין בהם, לא בגיבוש ולא בהכנסה לסוגר, כדי למעט כהוא-זה מכוחו ומעוצמתו של העיקרון הכללי, וכוחו של העיקרון עמו להוליד בנים ובני-בנות בכל תחומי המשפט כולם; לא זו בלבד, אלא שהעיקרון ימשיך ויזין אותן הוראות-חוק שנעשו בדמותו כצלמו והוא שינפח בהן רוח חיים. כך יהיה, כמובן, אם אין בחוק הוראה מפורשת הדוחה את העיקרון, בין במפורש בין מכללא (שם, בעמ' 814-815).

מצוידים בהבהרות אלה, נפנה עתה לדיון במנגנונים עצמם.

המנגנונים שבדין המאפשרים למבטחת הניזוק לחזור אל המזיק

56. המנגנון המרכזי, כמעט הבלעדי, המשמש את מבטחות הניזוקים לצורך תביעת מזיקים (ומבטחות המזיקים) הוא מנגנון המכונה בלעז סוברוגציה (subrogation), ובעברית תביעת תחלוף או שיבוב (לעיל ולהלן אשתמש במונח "תחלוף"). אכן, תדירות השימוש במנגנון משפטי זה בתביעות המוגשות על ידי חברות ביטוח נגד מזיקים (ומבטחותיהם) כל כך גבוהה, עד שמתקבל הרושם השגוי כי קיימת התאמה חד-חד ערכית בין השניים, דהיינו שתביעות תחלוף הן הדרך היחידה בה יכולה מבטחת הניזוק לתבוע את המזיק (או מבטחת המזיק), ושכל תביעת תחלוף היא בהכרח תביעה של מבטחת הניזוק נגד מזיק (או נגד מבטחת המזיק). אך לא כן היא. בהמשך ניווכח כי אין מניעה עיונית להגשת תביעת שיפוי על ידי מבטחת הניזוק נגד מזיק שאינה תביעת תחלוף. לכך אקדים ואציין בשלב זה כי קיימות תביעות תחלוף שאינן מוגשות על ידי חברת ביטוח. כך, למשל, הפסיקה הכירה בכך שההוראה הקבועה בסעיף 328 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי) מקנה למוסד לביטוח לאומי (ובמקרים מתאימים – למעביד) זכות תחלוף (ראו, למשל, ע"א 1577/97 המוסד לביטוח לאומי נ' עמית, פ"ד נז(4) 433, 441-437 (2001) (להלן: עניין עמית); ע"א 9946/01 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103

(2003), וזאת למרות שאין מדובר במבטח במשמעות הרגילה של המונח (השוו: בג"ץ 6304/09 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 476, 469 (1987); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 46 והאסמכתאות המובאות שם (2.9.2010)). פרשנות דומה ניתנה גם ביחס למיטיב נזק גוף, אשר זכותו לחזור אל המזיק מכוח החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף) אופיינה בפסיקה כזכות תחלוף (ראו: רע"א 3953/01 עמר נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 359, 350 (2003); ע"א 1960/11 אלמוג נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 12 (6.5.2013). כן השוו רע"א 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז(3) 49, 63, 65 (2003) (להלן: עניין אבנר); רע"א 2368/08 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 30 והאסמכתאות הנזכרות שם (10.7.2011) (להלן: עניין איגוד לביטוח) בהם נזכרת הגישה לפיה המדובר ב"הסדר תחלוף חלקי המכיל אלמנטים עצמאיים". ראו גם סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף המבהיר כי אין חברות ביטוח רשאיות לתבוע מכוחו). בדומה, התלבטה הפסיקה האם לסווג את ההוראה שבסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, המקנה לקופות החולים ולמוסדות רפואיים זכות חזרה למזיק (ולמבטחתו) בעבור ההוצאות שהוציאו בגין מתן שירותי בריאות, כהוראה היוצרת זכות תחלוף (כך סברה השופטת טובה שטרסברג-כהן בעניין אבנר, בעמ' 63-66. חברי ההרכב האחרים (הנשיא אהרן ברק והשופט יעקב טירקל) הותירו את השאלה בצריך עיון, והיא טרם הוכרעה למיטב בדיקתי. ראו: עניין דובק, בעמ' 202-208 ו-235-236). התלבטות דומה קיימת גם ביחס לסעיף 60 לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק שירות המדינה) (ראו, למשל: ע"א 779/98 מדינת ישראל נ' גנטוס, פ"ד נו(6) 476, 469 (2002); עניין איגוד לביטוח; רע"א 2020/08 איתן חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (20.11.2011)). לבסוף, הפסיקה הכירה בתביעות תחלוף בהקשרים שונים ומשונים. דוגמה יפה לכך היא חוות הדעת של השופט תיאודור אור (אליה הצטרף הנשיא אהרן ברק) בד"נ 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632, 678-679 (2003) (להלן: עניין כנען), בה הכיר בכך שלבעל נכס יש זכות תחלוף לזכויות הגזלן כלפי מי שרכש ממנו את הנכס (לפיתוח טיעון זה ראו מאמרי "יחסי קונה מוכר וזכויות הבעלים המקוריים" המשפט ד 202 (1998)).

קיצורו של דבר, מבחינה עיונית, תחלוף הוא רק אחד מהמנגנונים באמצעותם יכולה מבטחת הניזוק לתבוע שיפוי מהמזיק, ותביעות של מבטחות ניזוקים נגד מזיקים (ומבטחותיהם) הן רק דוגמה אחת לשימוש שניתן לעשות במנגנון המשפטי של תחלוף.

57. בהמשך הדברים אציג את מנגנון התחלוף, ואת האופן בו הוא משמש כדרך המלך המאפשרת למבטחת הניזוק זכות חזרה כלפי המזיק. לאחר מכן, אתיחס לשני מנגנונים נוספים באמצעותם יכולה מבטחת הניזוק לזכות בהחזר מהמזיק: תביעת שיפוי במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט והגשת תביעה על ידי הניזוק בנאמנות עבור מבטחתו. ויובהר כבר בשלב זה: השימוש בשתי הדרכים הנוספות הללו אינו נעשה בשגרה, בשל כך שהן נחותות מבחינת מבטחת הניזוק ביחס לתביעת תחלוף. ואולם, מיעוט השימוש בהן בעולם המעשה, אין משמעו כי הדין הישראלי אינו מכיר בהן.

מנגנון התחלוף (סוברוגציה) - כללי

58. תחלוף (סוברוגציה) הוא מצב שבו זכות משפטית שהייתה בידי נושה (המעביר) כלפי חייב מועברת לידי של אדם שלישי (הנעבר), במובן הזה שהנעבר נכנס בנעלי המעביר ומקבל את זכותו של האחרון על כל מרכיביה (עניין אבנר, בעמ' 62-63. ראו גם: יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 287 (1974); אהרן ברק "פיצויים" דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 657-658 (גד טדסקי עורך, 1976); HENRY N. SHELDON; THE LAW OF SUBROGATION 3 (2ND ED., 1893); פרידמן וכהן, ריבוי חייבים, בעמ' 184-183; דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 299 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר)). ודוק, תחלוף הוא העברת זכות המתבצעת מכוח הדין, וזאת בשונה מהמחאת זכות, שהיא העברת זכות המתבצעת מכוח הסכם בין הצדדים.

59. אפיון התחלוף כהעברת זכות מכוח הדין משמיעה לנו שני כללים, בהם קיים דמיון בין התחלוף לבין המחאת זכות:

ראשית, אין בהעברת הזכות, לא מכוח הדין (קרי, על דרך הסוברוגציה), ולא מכוח הסכם (קרי, על דרך ההמחאה), כדי לשנות מתוכנה. הזכות מועברת, ככלל, על מעלותיה ועל חסרונותיה. דהיינו, אין הנעבר מקבל זכות טובה או רעה יותר מזו שעמדה למעביר, וכל הגנה שעמדה לחייב כלפי זכות המעביר תעמוד לו גם כלפי הנעבר (ראו, לעניין תחלוף: 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 ואח', פ"ד טז 7, 11 (1962) (להלן: עניין דורון); ע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724, 749 (1997) (להלן: עניין אלחדד); עניין עמית, בעמ' 437; ע"א 3929/02 לוי כרם נ' שילר, פ"ד נח(5) 364, 374 (2004) (להלן: עניין שילר); עניין איגוד לביטוח, פסקה 22. השוו,

לעניין המחאת זכות, סעיפים 2(א) ו-5 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המחאת חיובים)). יצוין כי הן כשמדובר בהמחאה והן כשמדובר בתחלוף יכולים המעביר והנעבר להגביל בהסכם את יתרונות הזכות שעוברים לנעבר, אך אין באפשרותם לטייב את הזכות, אלא בהסכמת החייב.

שנית, מעת שהועברה הזכות, נוצרת יריבות משפטית ישירה בין הנעבר לבין החייב, במובן זה שלנעבר עומד הכוח לתבוע את קיום הזכות במישרין מהחייב, ואין הוא תלוי עוד לשם כך במעביר. זאת ועוד, למעביר אין עוד מבחינה פורמאלית סמכות להביא לשינוי בתנאיה של הזכות שהועברה (ראו, לעניין תחלוף: עניין דורון, בעמ' 17; עניין ליפשיץ, בעמ' 191; עניין אבנר, בעמ' 63; ע"א 3097/02 מלמד נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פ"ד נח(5) 511, 517 (2004). לעניין המחאת זכות, ראו, למשל: ע"א 8299/10 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' חרושת מתכת בית השיטה (בהח) בע"מ, פסקה 24 והאסמכתאות הנזכרות שם (15.3.2015). יצוין, עם זאת, כי בנסיבות מסוימות עשויה לקום לחייב הגנה ככל שפעל בתום לב, ושינה מצבו לרעה, בטרם נודע לו על העברת הזכות. השוו, סעיפים 2(ב) ו-4 לחוק המחאת חיובים).

60. ויובהר, בצד נקודות הדמיון הללו קיימים גם הבדלים משמעותיים, לפחות מבחינה אנליטית, בין העברת זכות מכוח הדין (תחלוף) לבין העברת זכות הסכמית (המחאה). הבדלים אלה נגזרים בעיקרם מהמקור הנורמטיבי להעברת הזכות: כשמדובר בהמחאה, הרי שהזכות עוברת מכוח הסכמת הצדדים, ועל כן תוקפה מוגבל לפעולות שהצדדים רשאים לבצע, ותחומה נגזר מההסכמות שבין הצדדים; לעומת זאת, כשמדובר בתחלוף, הרי שהזכות עוברת מכוח ציווי הדין, כשתנאי והיקף ההעברה נגזרים מהתכליות אותן מבקש הדין להשיג (להרחבה על הדמיון וההבחנות בין תחלוף להמחאת זכות ראו פרידמן וכהן, ריבוי חייבים, בעמ' 183-186; פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 298-303). מכאן שעל מנת לעמוד על טיבו של מנגנון התחלוף בהקשר הביטוחי, נדרשים אנו להתייחס לתכליות אותן הוא נועד להגשים.

61. כפי שכבר צוין, השימוש בעיקרון התחלוף במשולש היחסים מבטחת – ניזוק – מזיק שאוב מדיני עשיית עושר ולא במשפט (ע"א 357/79 המוסד לביטוח לאומי נ' כונס הנכסים הרשמי, תל-אביב, פ"ד לה(1) 393, 399 (1980); עניין אבנר, בעמ' 62; שלום לרנר "המחאת חיובים" דיני חיובים – חלק כללי 45 (דניאל פרידמן עורך, 1994); פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 298-299). העברת זכות התביעה נגד המזיק מהניזוק למבטחתו תכליתה, איפוא, למנוע את התעשרותו הבלתי מוצדקת של המזיק על

חשבון מבטחת הניזוק (שם). בצורה מדויקת יותר, העברה זו נועדה לשרת את שיקולי המדיניות שפורטו לעיל: מניעת החצנת עלויות על ידי המזיק, ייעול מנגנון תמחור פוליסת הביטוח והפחתת התמריץ "שלא לשלם ראשון" (ראו פסקה 52 לעיל).

62. ודוק, תכלית זו שביסוד השימוש במנגנון התחלוף בהקשר בו עסקינן – מניעת התעשרות המזיק – היא שתוחמת את היקפה של הזכות, ומבדילה אותה מעסקת המחאה, שתכליתה שונות ותלויות ברצון הצדדים לעסקה. בענייננו, זכות התביעה אומנם עוברת למבטחת, אולם זאת רק עד כדי הסכום ששילמה המבטחת, ולא מעבר לכך (וזאת בשונה מהמחאה זכות רגילה, העשויה לזכות את הנמחה בפירעון בסכום העולה על שילם לממחה). הטעם לכך הוא שמנגנון התחלוף נועד להשיב למבטחת את הוצאותיה, וזאת בהתאם לשיקולי המדיניות לשמם הוכרה הזכות, ובדומה להיקף הסעד המקובל בהקשרים אלה בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט (השוו, למשל, לסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט). על האופן בו פועל מנגנון התחלוף בהקשר קרוב (תביעת מיטיב נזק (המדינה) נגד מזיק) עמדה השופטת אילה פרוקצ'יה:

עקרון התחלוף נועד להסדיר בצורה הוגנת את מערך הזכויות והחובות במשולש היחסים שבין הניזוק, המזיק והמיטיב. הוא נועד להבטיח את מלוא זכויותיו של הניזוק לפיצוי על פגיעתו, ולא למעלה מכך; הוא מכוון לממש את חיובו של המזיק לפצות על הנזק, אך לא מעבר לגבולות אחריותו הוא; והוא נועד לאפשר למיטיב לקבל שיפוי מהמזיק על הטבת הנזק שהעניק לניזוק, אשר לא כוסה על ידי המזיק, והכל בגבולות אחריותו של המזיק. בדרך זו, הניזוק זוכה בפיצוי מלוא נזקו, בין מן המזיק בלבד ובין מן המיטיב בלבד, ובין משניהם כחלקיהם; המזיק מחוייב בגדרי אחריותו כלפי הניזוק והמיטיב, לפי הענין; והמיטיב זוכה בשיפוי בגין הטבתו בגבולות אחריות המזיק. תביעת התחלוף מאפשרת למיטיב לבוא בנעליו של הניזוק לצורך תביעת השיפוי כלפי המזיק על הטבת הנזק שהעניק לניזוק. הכפפת תביעת המיטיב לתביעת הניזוק נועדה להגן על המזיק שלא תיפרץ מסגרת אחריותו בשל התערבות המיטיב, וכדי שלא יחוייב בסופו של יום בפיצויי נזק החורגים מגדר אחריותו כלפי הניזוק (ההדגשות במקור; עניין איגוד לביטוח, פסקה 22).

63. במילים אחרות, מנגנון התחלוף מבטיח כי המזכה-הנעבר מקבל שיפוי על הוצאותיו, ואגב כך מונע כפל פיצוי של הנושה-המעביר (אשר על דרך הכלל הוא הניזוק) מחד גיסא, ותשלום חסר או יתר מצד הזוכה-החייב (לרוב המזיק), מאידך גיסא (עוד ראו: ע"א 714/80 גולדברגר נ' בסה, פ"ד לז(3) 109, 114 (1983); ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413, 431 (1984)).

64. מבחינה נורמטיבית, מנגנון תחלוף יכול לקום באמצעות אחת משתי דרכים:

א. מכוח הוראה שבדין, היינו קביעה של מנגנון תחלוף בחקיקה ספציפית. ודוק, בחלק מהמקרים נקבע מנגנון התחלוף בחוק במפורש. כך, למשל, סעיף 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 מששילם למוטב תגמולי ביטוח וכשיעור התגמולים ששילם"); סעיף 192 לחוק הביטוח הלאומי ("שילם המוסד גמלה לפי פרק זה, יעברו זכויותיו של הזכאי לה למוסד לצורך גבייתה מהמפרק..."). בנוסף, הוראות חוק רבות, המאפשרות למי ששחרר צד שלישי מחבות לחזור אליו כגובה הסכום ששולם, פורשו כקובעות מנגנון של תחלוף, וזאת למרות שהדבר לא נאמר בהן במפורש, וניסוח החוק הוא בלשון זכות לתבוע פיצוי מאותו צד שלישי. כך, למשל, סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף ("גרם אדם לזולתו נזק גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להיפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב"; ע"א 3622/96 חכס נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 645 (1998); רע"א 8364/07 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקה 5 (13.3.2011)); סעיף 9 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הערבות) ("זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו..."); ע"א 14/85 פקיד שומה חיפה נ' גולדשטיין, פ"ד מא(1) 835, 838-840 (1987); עניין שילר, בעמ' 373-374; סעיף 14 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון) ("נפדה משכון לפי סעיף 13 על ידי מי שאינו החייב, זכאי הפודה לחזור אל החייב ולהיפרע ממנו כדין ערב שמילא את ערבותו..."); ע"א 1685/12 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' גרינברג, פסקה 13 (22.12.2013); סעיף 328 לחוק הביטוח הלאומי ("...[רשאי המוסד] לתבוע מאותו צד שלישי פיצוי על הגמלה ששילמו או שהם עתידים לשלמה"; עניין אלחדד, בעמ' 749; עניין עמית, בעמ' 437-439; דנ"א 10114/03 המוסד לביטוח לאומי נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד ס(4) 132, 141 (2006)). כן ראו גם הוראות סעיף 60 לחוק שירות המדינה ("היה המקרה שחייב את אוצר המדינה לתשלום גמלה לפי חוק זה משמש עילה גם לחייב צד שלישי בתשלום פיצויים לאותו זכאי לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – פקודת הנזיקין) או לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975, רשאי אוצר המדינה לתבוע מאותו צד שלישי פיצוי על הגמלה ששילם או שהוא עתיד לשלמה, עד לשיעור הפיצויים שחייב בהם הצד השלישי") וסעיף 36(א)(2) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 (להלן: חוק הנכים) ("...זכאית המדינה להיות מפוצה בעד תשלומים אלה ובעד כל תשלום אחר שהיא עלולה להתחייב בו מכוח חוק זה, מידי האדם שעליו מוטלת החובה לשלם...") שבפסיקה הובעו דעות שונות

ביחס לסיווגן (לעניין סעיף 60 לחוק שירות המדינה ראו עניין איגוד לביטוח. לעניין סעיף 36(א)(2) לחוק הנכים ראו ע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג(2) 79, 86-87 (1999)).

ב. מכוח העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט. בעקבות הפסיקה האנגלו-אמריקאית, שהכירה באפשרות ליצור מנגנון תחלוף מכוח דיני היושר ("סוברוגציה שביושר") הוכרה גם במשפט הישראלי סמכותו של בית המשפט להכיר בקיומו של מנגנון תחלוף, כשצאלנו בא העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט (ולאחר חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט – סעיף 1 לחוק זה) במקום דיני היושר כמקור הנורמטיבי המאפשר לעשות כן (ראו: פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 41. עוד ראו: ע"א 306/68 כונס הנכסים הרשמי נ' מפרק חברת פלקוטיל בע"מ, פ"ד כג(1) 256, 258-259 (1969); עניין כנען, בעמ' 678-679).

הערה: לעיתים המזכה-הנעבר (המשלם) והנושה-המעביר (מקבל התשלום) מעגנים את מנגנון העברת זכויות התביעה במסמך כתוב הנערך ביניהם. נוהג זה מקובל מאד בתחום הביטוח, כאשר כנגד קבלת דמי הביטוח, חותם המבוטח על כתב קבלה וסילוק, הכולל, בין השאר, גם הוראה המעבירה למבטחת את זכויות התביעה נגד המזיק. כן קיימת לעיתים התייחסות לנושא התחלוף בהסכם הביטוח עצמו (כך נעשה בסעיף 22 לפוליסת הביטוח בה עסקינן). הסדרים חוזיים מסוג זה עשויים לגבש המחאת זכויות, באותם מקרים בהם אין מניעה להעביר את הזכויות באופן הסכמי. ואולם, כאשר אין אפשרות לבצע המחאת זכויות, בין משום הגבלה שבדין ובין משום הגבלה הסכמית אחרת, הרי שמשמעותם של ההסדרים החוזיים הללו היא מוגבלת, ועיקר הנפקות שעשויה להיות להם היא לצורך צמצום מנגנון התחלוף המוכר מכוח הדין (לצמצום הסכמי של מנגנון תחלוף השוו: עניין מנורה).

מנגנון התחלוף מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח

65. ההקשר בו עסקינן, מערכת היחסים המשולשת מבטחת – ניזוק – מזיק, הוא אחד המצבים בהם השימוש במנגנון התחלוף הוכר בהוראת חוק מיוחדת, הקובעת מנגנון זה במפורש. סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, אשר כותרתו היא "תחלוף", מסדיר מערכת יחסים זו באופן הבא:

62. (א) 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.

(ב) המבטח אינו רשאי להשתמש בזכות שעברה אליו לפי סעיף זה באופן שיפגע בזכותו של המבוטח לגבות מן האדם השלישי פיצוי או שיפוי מעל לתגמולים שקיבל מהמבטח.

(ג) קיבל המבוטח מן האדם השלישי פיצוי או שיפוי שהיה מגיע למבטח לפי סעיף זה, עליו להעבירו למבטח; עשה פשרה, ויתור או פעולה אחרת הפוגעת בזכות שעברה למבטח, עליו לפצותו בשל כך.

(ד) הוראות סעיף זה לא יחולו אם מקרה הביטוח נגרם שלא בכוונה בידי אדם שמבוטח סביר לא היה תובע ממנו פיצוי או שיפוי, מחמת קרבת משפחה או יחס של מעביד ועובד שביניהם.

לשלמות התמונה יצוין כי עובר לחוק חוזה הביטוח, הוסדר מנגנון התחלוף בסעיף 17 לחוק הביטוח העותומאני משנת 1904 (שנת 1323 להג'רה) (להלן: חוק הביטוח העותומאני), אשר חל על ביטוח רכוש בלבד. נוסחו של ההסדר היה כדלהלן: "כשנגרם נזק לנכסים נדים או בלתי נדים, חייב המבטח לשלם למבוטח את הפיצויים אשר עבורם הוא אחראי. במקרה כזה זכאי המבטח לתבוע את האנשים האחראים לנזק, ואין זכות למבוטח לתבוע פיצויים מהאנשים האחראים לנזק. אך המבטח והמבוטח גם יחד זכאים לדרוש פיצויים מצד שלישי כשהנכסים בוטחו רק באופן חלקי" (וראו גם דברי ההסבר להצעת חוק חוזה הביטוח, התשל"ו-1975, ה"ח 20, 21).

66. סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח מצוי בסימן א' של פרק ד' לחוק חוזה הביטוח, שעניינו "ביטוח נכסים", דהיינו ביטוח בו "חייב המבטח לשפות בעד נזק שנגרם למבוטח או למוטב מחמת שהנכס המבוטח אבד או ניזק" (סעיף 55(א) לחוק). על פי המנגנון הקבוע בו, מבטחת בביטוח נכסים אשר שילמה למבוטח-הניזוק תגמולי ביטוח בגין מקרה הביטוח, נכנסת בנעלי המבוטח-הניזוק ומקבלת את זכותו לפיצוי כלפי המזיק, ככל שאכן עמדה לו זכות כאמור, כדי שיעור תגמולי הביטוח ששילמה למבוטח-הניזוק. ודוק, זכותה של המבטחת לתחלוף מותנת בכך שלא יהיה בה כדי לפגוע בזכותו של המבוטח לגבות מהמזיק סכומים נוספים מעבר לתגמולי הביטוח (סעיף 62(ב) לחוק חוזה הביטוח). מכאן שהתחלוף מתייחס אך ורק לאותו חלק של חבות המזיק אותו אין באפשרות הניזוק לתבוע בעקבות קבלת תגמולי הביטוח. לשון אחרת, מנגנון התחלוף חל אך רק לגבי החלק החופף בין חיובי המבטחת לחיובי המזיק, החלק לגביו מבטחת הניזוק והמזיק נושאים בחיובים בלתי מצטברים.

67. להשלמת התמונה יצוין כי בסעיפים 54(ב), 63 ו-67 לחוק חוזה הביטוח הורחבה תחולת מנגנון התחלוף גם לביטוחים נוספים בהם חיובי המזיק והמבטחת הם בלתי מצטברים ("ביטוחי שיפוי"): "ביטוח תאונה, מחלה ונכות שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח לפי שיעור הנזק שנגרם" (סעיף 54(ב) לחוק); "ביטוח חובות", דהיינו "ביטוח מפני אי-פרעון של חוב" (סעיף 63 לחוק); וביטוח אחריות בו "חייב המבטח לשפות בשל חבות כספית שהמבוטח עשוי להיות חייב בה לצד שלישי" (סעיף 65 לחוק). כן נקבע כי מנגנון התחלוף יחול גם ביחס לביטוחי משנה (סעיף 72(א)(1) לחוק) וביטוחים ימיים ואוויריים (סעיף 72(א)(2) לחוק). להלן יכוננו מכלול סוגי הביטוחים הללו, לגביהם הוחל מנגנון התחלוף: ביטוחי שיפוי.

ומכלל ההן נלמד הלאו, כאשר חיובי המבטחת והמזיק מצטברים ("ביטוחי פיצוי"), כגון ביטוחי חיים, בהם "מקרה הביטוח הוא מותו של המבוטח או של זולתו או הגיעם לגיל מסויים או מקרה אחר בחייהם למעט תאונה, מחלה ונכות" (סעיף 41 לחוק) 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 (וראו גם פסקאות 44-47 לעיל).

68. לצורך הוכחת קיומה של זכות תביעה מכוח מנגנון התחלוף המעוגן בסעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, על המבטחת בביטוח שיפוי להוכיח קיומם של שלושת אלה: התגבשות חבות חוזית של המבטחת כלפי המבוטח, על פי פוליסת ביטוח תקפה; ביצוע תשלום בפועל של תגמולי הביטוח למבוטח בהתאם לחבות זו; וחבות של אדם שלישי לפצות או לשפות את המבוטח בגין מקרה הביטוח, תהא מקור החובה אשר תהא (למעט אם מקור החובה נובע מחוזה ביטוח נוסף של המבוטח) (ראו: ע"א 7287/12 חתמי לוי'ט נ' חברת נמל אשדוד בע"מ, פסקה 15 (9.12.2014) (להלן: עניין חתמי לוי'ט); אורי ידין חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 153-154 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גר טדסקי עורך, 1984) (להלן: ידין); ששון-דיני ביטוח, בעמ' 376-377; אליאס, בעמ' 1168-1183. כן ראו: פרידמן, ביטוח רכב מנועי, בעמ' 366-367; ולר, כרך שני, בעמ' 257-266). אשר לשני היסודות הראשונים, הללו ייבחנו על פי סבירות שיקוליה של המבטחת בהחלטותיה, הן לעניין קיום החבות על פי הפוליסה והן לעניין שיעור תגמולי הביטוח ששולמו (ע"א 7148/94 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' חברת השמירה בע"מ, פ"ד נ(4) 567, 569-571 (1997); עניין חתמי לוי'ט, פסקה 15; ידין, בעמ' 154-155). אשר ליסוד השלישי, יוער כי על פי רוב, החייב הוא מי שגרם למבוטח נזק, ואולם הוראת

החוק נוקטת בלשון "אדם שלישי", ומשכך אין הזכות מוגבלת כלפי "מזיק" בלבד (ראו רע"א 10164/09 מנהל מס רכוש נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 5 (28.2.2012)).

69. סיכומו של דבר: מנגנון התחלוף הוא דרך המלך להסדרת מערכת היחסים המשולשת: מבטחת הניזוק – ניזוק מבוטח – מזיק כאשר חיובי המבטחת והמזיק אינם מצטברים. מנגנון זה, המהווה חלק מדיני עשיית עושר ולא במשפט, והמעוגן בהוראת סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, מעביר מכוח הדין למבטחת הניזוק בביטוח שיפוי שנשאה בתגמולי הביטוח את זכות התביעה של המבוטח כלפי המזיק, ומאפשר לה לתבוע מהמזיק שיפוי בגין תגמולי הביטוח ששילמה למבוטח, וזאת עד כדי הסכום בו פחתה חבות המזיק כלפי המבוטח בעקבות תשלום תגמולי הביטוח.

תביעת תחלוף מכוח העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט

70. כפי שצוין לעיל, תביעת תחלוף יכולה להיות מוכרת בדין הישראלי לא רק מכוח הוראת חוק ספציפית, אלא גם מכוח העיקרון הכללי שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. ברגיל, נראה שאין צורך להזדקק לקונסטרוקציה זו לצורך הסדרת מערכת היחסים המשולשת בה עסקינן, לאור קיומו של סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, וההוראות האחרות בחוק חוזה הביטוח המרחיבות את תחולתו לסוגים האחרים של ביטוחי שיפוי (סעיפים 54(ב), 63, 67 ו-72(א) לחוק). עם זאת, ככל שמתקיימים יחסי מבטחת – ניזוק – מזיק שחוק חוזה הביטוח אינו מסדיר, ניתן להכיר בקיומו של מנגנון תחלוף אף בדרך זו (וראו ההפניות הנזכרות בפסקה 64 לעיל).

71. וישאל השואל, האין מניעה להכיר במנגנון התחלוף מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, מקום בו לא הוכר מנגנון תחלוף מכוח הוראת דין ספציפית המסדירה סוגיה זו? בפסק דין VIG נקבע כי לא ניתן להכיר במנגנון תחלוף הפועל לטובת מבטחת זרה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, וזאת נוכח הוראת סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט (וראו פסקאות 41-48 לפסק דין VIG). על קביעה זו הסתמך גם בית המשפט קמא בענייננו, ועל כן נמנע מלכתחילה לבחון את תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט. ואולם, מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה העקבית של בית משפט זה לעניין היקף תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט.

72. סעיף 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". בפסיקתו של בית

משפט זה נקבע כי הוראה זו אך משקפת את העיקרון הפרשני לפיו דין מיוחד גובר על דין כללי (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גונ'ס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 266 (1988) (להלן: עניין אדרס); רע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 459 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ד.). ראו גם: פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 56. על הגישות השונות בספרות ביחס למשמעות סעיף 6 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ראו עניין א.ש.י.ד., בעמ' 321-319). מכאן שהיקף תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט נגזר מהשאלה באיזו מידה ההוראה בדין האחר, הקובעת הסדר מיוחד, נועדה להוות הסדר כולל וממצה השולל התערבותם של דינים חיצוניים לו (עניין אדרס, בעמ' 240, 264-266; עניין א.ש.י.ד., בעמ' 337-339. ראו גם: רע"א Merck & Co. Inc 6025/05 נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקה 30 (19.5.2011) (להלן: עניין Merck)). עוד נקבע כי רק מקום בו קיימת סתירה ישירה בין שתי ההוראות, אשר איננה ניתנת ליישוב, יש להעדיף את הדין המיוחד (עניין א.ש.י.ד., בעמ' 420-421 ו-460. ראו גם: עניין מגדל, בעמ' 815. עוד ראו: פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 58 וכן המקורות הנזכרים בהערה 94).

73. יפים לעניין זה דבריה של השופטת טובה שטרסברג-כהן בעניין א.ש.י.ד.:

לשונו של סעיף זה [סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט – ע.ג.] איננה חד-משמעית. הסעיף סובל יותר מפרשנות אחת. כיצד נקבע כי "אין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון"? מה הן בעינינו "הוראות מיוחדות לענין הנדון"? האם כאשר חוק מסוים קובע כי מי שממלא אחר תנאים מסוימים בא בשעריו, פירוש הדבר כי מי שאינו ממלאם ואינו בא בשעריו לא יבוא בשערי שום חוק אחר? האם "הוראות מיוחדות בחוק אחר" הן רק אלה המקנות עילה וסעד על-פי אותו חוק אחר, שאז, אדם שקמה לו עילה בחוק האחר אינו זכאי לתבוע על-פי חוק עשיית עושר, או האם די בכך שהחוק האחר מסדיר את התחום ואז, גם אם לאדם לא קמה עילה על-פי החוק האחר, לא יוכל הוא לתבוע על-פי חוק עשיית עושר? שאלות אלה ואחרות תקבלנה מענה באמצעות פרשנות ראויה הנעשית על-פי תכלית החוק האחר ותכלית חוק עשיית עושר ועל-פי תפיסתנו הרעיונית את נחיצותו של הסדר ראוי, שרק חוק עשיית עושר יכול לתתו (שם, בעמ' 418. ראו גם חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מישאל חשין, בעמ' 328-329. כן ראו: עניין Merck, פסקה 33).

74. ההוראות שנקבעו בחוק חוזה הביטוח לעניין מנגנון התחלוף מיועדות להסדיר את היקף תחולתו ביחס לאותם מצבים אליהם מתייחס חוק חוזה הביטוח. אין בהן דבר המלמד כי ראוי לשלול את האפשרות להכיר בקיומו של מנגנון תחלוף מכוח העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט באותם מצבים בהם אין הסדר בעניין זה בחוק חוזה הביטוח. כך, למשל, הגם שפרק א' לחוק חוזה הביטוח, שכותרתו "הוראות לכל סוגי הביטוח", חל ביחס ל"כל סוגי ביטוח זולת אם יש בפרק אחר של חוק זה או בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון" (סעיף 40 לחוק. וראו גם סעיף 73 לחוק), יתר הוראות החוק חלות רק ביחס לסוגי הסדרי ביטוח שהמחוקק ראה לקבוע לגביהם הוראות מיוחדות (ביטוח חיים, ביטוח תאונות, מחלה ונכות, ביטוח נכסים, ביטוח חובות וביטוח אחריות). המדובר, מטבע הדברים, בסוגי הביטוח הנפוצים בישראל, ואולם אין מדובר ברשימה ממצה של מכלול הסדרי הביטוח האפשריים. כך, למשל, ספק אם קיים בחוק חוזה הביטוח הסדר מיוחד החל במישרין על ביטוח להגבלת הפסדים (stop-loss insurance) ועל ביטוח בעלות (title insurance) (המדובר בביטוחים מפני נזקים, אשר קיים קושי להחיל עליהם כפשוטן את ההגדרות של ביטוח נכסים (סעיף 55 לחוק) או ביטוח אחריות (סעיף 65 לחוק)). האם משמעות הדבר היא שביחס לסוגי ביטוחים שאין לגביהם הסדר מיוחד אין אפשרות כי תוגש תביעת תחלוף על ידי מבטחת שפרעה נגד מזיק (כגון זה שגרם להפסדים או שהטעה את המבוטח ביחס לבעלות)? התשובה השלילית לשאלה זו מתבקשת. ההוראות הכלליות של חוק חוזה הביטוח אינן עוסקות כלל במערכת היחסים המשולשת: מבטחת – ניזוק – מזיק, אלא זו מוסדרת במסגרת הוראות חוק הדנות בהסדרים מיוחדים החלים ביחס לסוגים מסוימים של חוזי ביטוח (וראו פסקאות 66-67 לעיל). ממילא, העדר התייחסות בחוק לשאלת קיומו של מנגנון תחלוף ביחס לסוגי ביטוחים שאין לגביהם הוראות מיוחדות בחוק חוזה הביטוח הוא בגדר חסר, לא הסדר שלילי. לפיכך, אין מניעה להשלים את החסר האמור באמצעות היקש (שהרי מנגנון תחלוף קיים ביחס ליתר סוגי ביטוחי הנזקים) או באמצעות פנייה להסדרי חוק כלליים, ובכללם העיקרון הכללי בדיני עשיית עושר ולא במשפט. בענייננו, משמעות הדברים היא לימוד על קיומו של מנגנון תחלוף מכוח העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט גם מחוץ להסדרים הקונקרטיים של חוק חוזה הביטוח, וזאת, כמובן, באותם מקרים בהם קיימת הצדקה לכך – דהיינו כאשר חיובי מבטחת הניזוק וחיובי המזיק הם בגדר חיובים בלתי מצטברים, ושיקולי המדיניות מצדיקים הכרה בזכות שיפוי לטובת מבטחת הניזוק.

75. הנה כי כן, העדר קיומו של מנגנון תחלוף מוסדר ומפורש בחוק, איננו מוביל למסקנה, מניה וביה, כי יש לחסום את השימוש במנגנון התחלוף מכוח העיקרון הכללי

של דיני עשיית עושר ולא במשפט. כך במקרה הכללי, וכך גם ביחס למצבים בהם חוק חוזה הביטוח אינו מסדיר, מטעם שאינו מלמד על הסדר שלילי, קיומו של מנגנון תחלוף, למרות שחיובי מבטחת הניזוק וחיובי המזיק הם חיובים בלתי מצטברים (והשוו, בהקשר הקרוב של תביעת השתתפות בין מבטחים, לעניין מגדל, ובמיוחד לחוות דעתו של השופט חשין באותו עניין).

עד כאן לעניין מנגנון התחלוף כאמצעי להסדרת מערכת היחסים המשולשת: מבטחת הניזוק – ניזוק – מזיק. ומכאן למנגנונים הנוספים המוכרים בדין הישראלי להסדרת מערכת יחסים זו.

תביעת שיפוי במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט

76. בצד מנגנון התחלוף, הדין הישראלי מכיר גם בקיומה של זכות אובליגטורית עצמאית לשיפוי העומדת למבטחת שפרעה למבוטח-הניזוק נגד המזיק ששחרר מאחריותו. ודוק, להבדיל ממנגנון התחלוף, המבוסס על העברת זכות תביעה קיימת, תביעת השיפוי בה עסקינן מבוססת על הכרה בקיומה של זכות תביעה חדשה, אשר נוצרת לטובת המבטחת שפרעה נגד הניזוק מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זכות זו היא חלק מההסדרה הרחבה הקיימת במשפט הישראלי של הזכות לשיפוי (קרי, להחזר מלא של התשלום לנושה) או להשתתפות (קרי, להחזר חלקי של התשלום לנושה) במצבים של ריבוי חייבים בחיובים בלתי מצטברים. להסדרה זו יש ביטוי נרחב בהוראות חוק שונות, אשר הבולטת שבהן היא הוראת סעיף 56(ב) לחוק החוזים, הקובעת כי "חייב שנתן לנושה לקיום החיוב יותר מכפי חלקו בנטל החיוב, זכאי לחזור על החייב השני ולהיפרע ממנו לפי חלקיהם". בצד הוראה כללית זו, ניתן למצוא בחקיקה הישראלית שורה של הוראות המשקפות את אותה תפיסת יסוד, לפיה כאשר אחד החייבים הנושא בחיובים בלתי מצטברים משחרר את החייב האחר, הוא זכאי לשיפוי או להשתתפות ממנו (ראו, למשל, סעיף 9 לחוק הערבות; סעיפים 12-14 לחוק המשכון; סעיף 16 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: חוק דיני מזונות). יצוין כי מכוח חלק מההוראות הללו נלמדה גם הכרה במנגנון התחלוף (ראו פסקה 64 לעיל), ואולם אין בכך כדי לשלול אפשרות לתבוע שיפוי או השתתפות מכוחן). זאת ועוד, הפסיקה הכירה בכך שגם מחוץ לתחומי הוראות החוק האמורות יש להכיר בקיומה של זכות לשיפוי או להשתתפות לטובת החייב שפרע, וזאת בין אם מכוח העיקרון הכללי שבסעיף 1 לחוק דיני עשיית עושר, ובין אם מכוח אנלוגיה להסדרים שהוכרו על ידי המחוקק (ראו ע"א 345/75 מדינת ישראל נ' מנורה, חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ, ואח', פ"ד לא(2)

; 354, 358 (1977); ע"א 3765/95 חוסיין נ' ד"ר טורם, פ"ד נ(5) 573, 578-579 (1996); עניין מגדל, בעמ' 814-815; עניין הכשרת הישוב, פסקה 13; ע"א 1650/10 גד כימיקלים בע"מ נ' BIP Chemicals Ltd, פסקה 13 (27.12.2012); ע"א 5525/10 גני הררי בע"מ נ' מערבי, פ"ד סו(2) 345, 371-377 (2013) (להלן: עניין גני הררי). להכרה בזכות להשתתפות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט עוד בטרם חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט, ראו: עניין בסט, בעמ' 539-546). מכאן שגם אם נניח כי אין עיגון מפורש לקיומה של זכות שיפוי ביחסי מבטחת הניזוק שפרעה והמזיק, הרי שניתן להגיע לתוצאה זו מכוח היקש להוראות החוק הקיימות (כגון סעיף 9 לחוק הערבות או סעיף 56(ב) לחוק החוזים) או על בסיס העיקרון הכללי שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

77. זאת ועוד, המחוקק הישראלי הרחיב את זכות החזרה העומדת לרשות המשחרר את חברו מהנטל לשלם חוב, והחיל אותה גם במצבים שבהם לא נשא המשלם בחובת תשלום כלפי החייב, ועל כן עלול היה להיתפס כמתנדב (volunteer) שאינו זכאי להשבה על פי הדין האנגלו-אמריקאי. הרחבה זו נעשתה בסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, הקובע כדלהלן:

מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפרעון החוב.

הוראה זו מקנה לפורע חוב הזולת (אף אם פעל כמתנדב) זכות להשבה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט. זכות זו מותנית בכך שפורע החוב לא היה חייב לעשות כן כלפי הזוכה-החייב, ואילו לאחרון לא הייתה סיבה סבירה להתנגד לפירעון החוב (ע"א I.G.A. 625/91 נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (23.1.1995) (להלן: עניין IGA); עניין גני הררי, בעמ' 364). ביסוד זכות ההשבה של פורע חוב הזולת טמונה ההנחה לפיה "אין מדובר בכפיית הוצאה כלכלית שאיננה לרוחו של הנתבע [הזוכה-החייב]. את החוב ממילא מוטל היה עליו לפרוע, אלא שבמקום לפרוע אותו לנושה המקורי מבקש התובע, אשר פרע את החוב, כי סכום החוב ישולם לו" (פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 295).

78. את הצורך בהוראה זו מבהירים פרופ' דניאל פרידמן ועו"ד אלרן שפירא בר-אור בדברים הבאים:

[...] ההוראות שנקבעו בעבר בחקיקה הישראלית, המכונה קודיפיקטיבית (סעיף 9 לחוק הערבות, התשכ"ז–1967 וסעיף 57 לחוק החוזים), הושתתו על מיטב המסורת של תורת "המתנדב" שבדין האנגלי, בכל הנוגע לפירעון חוב של הזולת. להוראות אלה מצטרפת האפשרות להשתמש באנלוגיה, שהוזכרה מפורשות בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980. מובן, כי אנלוגיה להוראה דוגמת זו שבסעיף 57 לחוק החוזים הייתה גוררת, בהכרח, הרחבה ניכרת של התורה השוללת את זכות המתנדב לתשלום. משום כך קרוב לוודאי כי אלמלא הוראות סעיפים 4 ו-5, היו ההלכות השוללות את זכות המתנדב להשבה עומדות בעינן. הוראות סעיפים אלה מלמדות כי לדעת המחוקק הגיעה העת לשנות את הדין הנוגע למתנדב.

(פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 47–46).

79. זכותו של פורע חוב הזולת להשבה רחבה משמעותית מהזכות לתחלוף. כך, למשל, סעיף 9 לחוק הערבות, אשר פורש כאמור כמקנה לא רק תביעת שיפוי אלא גם זכות תחלוף לערב שפרע כלפי החייב, מתנה במפורש את תחולתו בתנאי "זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב". אם כך, ערב שהחייב לא נתן הסכמתו למתן ערבות על ידו אינו יכול לעשות שימוש במנגנון התחלוף או תביעת שיפוי מכוח סעיף זה. ואולם, אין כל מניעה כי ערב שכזה יתבע שיפוי מכוח סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, בהיותו פורע חוב הזולת (ראו: ע"א (מחוזי חי') 21822-09-09 פרוכטר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (13.1.2010)). בקשת רשות ערעור על ההחלטה נדחתה במסגרת רע"א 1633/10 ביום 3.10.2010; עניין גני הרדי, בעמ' 345; פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 62–63 ו-409–410. לפסיקה שניתנה עובר לחקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט וחוק הערבות, ראו ע"א 16/65 בורגר נ' מדינת ישראל, פ"ד יט 228, 238 (1965).

דברים דומים אמורים ביחס למבטחת שאינה עומדת בתנאי סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח. כך, למשל, סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח מתנה את זכותה של המבטחת לתחלוף בכך שהתגבשה חבות חוזית שלה כלפי המבוטח על פי פוליסת ביטוח תקפה. על כן, חברת ביטוח ששילמה את תגמולי הביטוח למרות שהייתה פטורה מכך (בין אם מאחר שהביטוח לא היה תקף; בין אם מאחר שאירוע הביטוח לא התרחש; בין אם בשל תחולת חריג לחבותה; ובין אם מכל טעם אחר) אינה יכולה לעשות שימוש במנגנון התחלוף. עם זאת, אין מניעה ש"מבטחת פטורה" תתבע השתתפות בגובה הסכומים ששילמה מכוח

סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, שהרי שחררה את המזיק מחבותו (ראו פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 411-414; אליאס, בעמ' 1175. ראו גם: ע"א 10832/06 אבנר - איגוד ביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' ארזים - הנדסה טכנולוגיות (אחזקות) 1991 בע"מ, פסקה 54 (25.11.2012). כן השוו עניין צור נ' חזן).

80. ואולם, אם "מבטחת פטורה" זכאית לתבוע השבת הוצאותיה מכוח סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, מקל וחומר שגם לרשותה של "מבטחת חייבת" עומדת הזכות לתבוע השבה של הוצאותיה מהמזיק, וזאת בכפוף לתנאי המשותף לשני המקרים – שהתשלום לניזוק הפחית את הסכום בו המזיק חייב כלפי הניזוק (דהיינו שהחייבים הם בלתי מצטברים).

הערה: הרישא של סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט מתנה אומנם את תחולתו בכך שהמשלם פרע "חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפינו" (ההדגשה הוספה), ואולם משמעותה של לשון זה היא שאין לסעיף תחולה במקרים בהם הפורע (חברת הביטוח בענייננו) היה חייב בביצוע התשלום כלפי החייב (המזיק בענייננו). מבטחת הניזוק (להבדיל ממבטחת המזיק) חייבת אומנם בתשלום כלפי הניזוק (הנושה), אך אין היא חייבת בפירעון כלפי המזיק (החייב). מכאן שאין מניעה שתתבע את המזיק מכוח סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (במונחים של סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט: תשלום תגמולי הביטוח לניזוק על ידי מבטחת הניזוק נעשה מכוח חוזה הביטוח, ועל כן התעשרות הניזוק, במקרה הרגיל, היא על פי זכות שבדין. לעומת זאת, למזיק אין, במקרה הרגיל, זכות שמבטחת הניזוק תשלם את תגמולי הביטוח לניזוק. מכאן שהתעשרותו, ביחסיו עם מבטחת זו (להבדיל ממבטחת המזיק), אינה על פי זכות שבדין).

81. עניין אחרון אליו אבקש להתייחס הוא סייג ה"סיבה הטבירה להתנגד" הנזכר בסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. פרשנותו של מונח זה טרם נדונה באופן ממצה בפסיקה הישראלית, ולא זהו המקום להרחיב בו (לדיון ראו פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 337-340). אסתפק בהבהרה כי עוצמת ה"סיבה הטבירה להתנגד" הדרושה על מנת לשלול את זכות ההשבה לפי סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט איננה אחידה, אלא תלויה בטיב האינטרס שהביא את המשלם לפרוע את חוב הזולת. לעניין זה ניתן להבחין בין שלושה מצבים:

- כאשר המשלם פרע את החוב על מנת להגן על החייב (כגון כששילם על מנת למנוע את מעצר החייב או את תפיסת נכסיו. השו"ע"א 546/86 "צ"מ" נ' אסייג, פ"ד מג(1) 212 (1989)), הרי שביצוע פעולת הצלה כלפי החייב, ויש להחיל ביחס לתביעת ההשבה את אותם קריטריונים הקבועים בסעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, שעניינו "דין הפועל לשמירת ענין הזולת". משמעות הדברים היא שבמקרה זה, כאשר פעולת הצלה לא התייחסה לחייו, שלמות גופו או בריאותו של החייב, יש לפרש את הסייג של "סיבה סבירה להתנגד" בצורה רחבה יחסית, ככולל כל סיבה לגיטימית הידועה לפורע בגינה עשוי היה חייב סביר להתנגד מלכתחילה לפירעון החוב בדרך שנפרע. דוגמה אחת לכך הוא המקרה בו תנאי הגבייה של הפורע נגד החייב מרעים את מצבו לעומת אלה של הנושה המקורי (השו"ע חנוך דגן "הפועל לשמירת ענין הזולת" משפטים כד 463, 494-490, 505-501 (1995); פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 173-179).

- כאשר המשלם פרע את החוב על מנת להגן על הנושה (כגון, קרוב משפחה ששילם את מזונות הקטין. ראו סעיף 16(ב) לחוק דיני מזונות) הרי שיש לצמצם את המונח "סיבה סבירה להתנגד", ולכלול בגדרה רק סיבות שעשויות היו להצדיק את ההימנעות מפירעון החוב במערך היחסים שבין החייב לבין הנושה (לדוגמה, קיומה של טענת התיישנות נגד תביעת הנושה).

- כאשר המשלם פעל למען אינטרס עצמי, כגון שהיה מחויב בביצוע התשלום כלפי הנושה (ריבוי חייבים) או כשביצוע התשלום מנע ממנו נזק (השו"ע סעיפים 13 ו-14 לחוק המשכון וכן עניין IGA), הרי שיש להעדיף פרשנות מצרה מאד למונח "סיבה סבירה להתנגד", כך שעילת התביעה תישלל רק כאשר החייב יכול לטעון בתום לב כי לא הפיק כל יתרון מהתשלום (הכוונה בעיקר למצבים בהם יש לחייב טענה משכנעת נגד עצם החבות).

מצב הדברים בו עסקינן שייך לקבוצה השלישית של המקרים, דהיינו לתשלום שבוצע מאחר שלמשלם היה אינטרס עצמי בפירעון (מבטחת הניזוק פועלת על פי חובתה החוזית מכוח פוליסת הביטוח, כפי שפירשה אותה, ולמצער, לפני משורת הדין על מנת לשמר את המוניטין שלה מול ציבור המבוטחים). לפיכך, אף אם היינו בוחנים את עניינה בהתאם לסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, הרי שאת סייג ה"סיבה סבירה להתנגד"

היה מקום לפרש בצורה מצרנה מאד, כמתייחס בעיקר למצבים בהם למזיק טענות משכנעות נגד עצם חבותו כלפי הניזוק-המבוטח.

82. העולה מהמקובץ הוא שהדין הישראלי מכיר בזכות מבטחת הניזוק לחזור אל המזיק בתביעה לשיפוי בגין הוצאותיה, וזאת הן מכוח דיני השיפוי וההשתתפות במצבים של ריבוי חייבים בחיובים בלתי מצטברים השזורים במגוון הסדרים חקיקתיים ובסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, והן מכוח דין הפורע חוב הזולת המעוגן בסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. תביעה זו עומדת בצד מנגנון התחלוף, שהרי אין כל סתירה ביניהם, אלא הם שני מנגנונים מקבילים המשמשים להשגת אותן תכליות והמעוגנים באותה מערכת דינים – דיני עשיית עושר ולא במשפט.

הגשת תביעה על ידי הניזוק בנאמנות עבור המבטחת

83. על פי הדין האנגלי המסורתי, גם לאחר קבלת תגמולי הביטוח, זכות התביעה הפורמאלית נגד המזיק נשארת בידי הניזוק, כך שהתביעה יכולה להיות מוגשת על ידו או על ידי המבטחת (בשמו של הניזוק). יחד עם זאת, ככל שהניזוק הוא זה שגבה את הכספים מידי המזיק הוא משמש כנאמן לכספים שיתקבלו, במוכן הזה שהמבטחת רשאית לתבוע אותם ממנו, וכן לתבוע בגין כל נזק שייגרם כתוצאה ממימוש זכות התביעה בידי הניזוק (ראו: יעקב קרוסר "הסוברוגציה של המבטח" הפרקליט יג 344, 344 (1957); פרידמן, ביטוח רכב מנועי, בעמ' 370; פרידמן וכהן, ריבוי חייבים, בעמ' 171 הערה 71 ו-298 הערה א561. כן ראו: CHARLES MITCHELL & STEPHEN WATTERSON, (SUBROGATION: LAW AND PRACTICE 379-383 (2007)).

84. הדין הישראלי שונה. ככל שחיובי המבטחת והמזיק הם מצטברים, הרי שהניזוק רשאי להיפרע מכל אחד מהם, וממילא אין מניעה שייפרע מהמזיק גם לאחר שגבה את תגמולי הביטוח (ובמקרה שכזה הכספים שיגבה מהמזיק יהיו שייכים לו, ולא יוחזקו בנאמנות בעבור המבטחת). לעומת זאת, ככל שחיובי המבטחת והמזיק בלתי מצטברים, כפי המצב בענייננו, הרי שלאחר שקיבל את תגמולי הביטוח, אין לניזוק עוד טעם לתבוע את המזיק ביחס לכספים אלה, ולכאורה זכות התביעה צריכה להיות מוגשת על ידי המבטחת, וזאת בין אם על דרך של תחלוף, ובין אם כתביעה עצמאית לשיפוי במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט (וראו הדיון לעניין פרשנות סעיפים 86 לפקודת הניזוקין ו-16 לחוק התרופות בפסקאות 44-47 לעיל, והדיון המשלים לעניין היקף תחולתו של מנגנון התחלוף בחוק חוזה הביטוח בפסקאות 66-68 לעיל).

85. ועדיין, מתעוררת השאלה האם לא ניתן להכיר בזכותו של הניזוק לתבוע את המזיק "בשם ובעבור" המבטחת, בדומה לאפשרות שעמדה לו על פי המשפט האנגלי. לשאלה זו חשיבות באותם מקרים בהם, מסיבה זו או אחרת, אין המבטחת יכולה להגיש את התביעה בעצמה.

86. עיון בסעיף 62 לחוק חוזה הביטוח מלמד כי המחוקק הישראלי הניח שאפשרות זו קיימת, ואף הקדיש לה הוראה מיוחדת. הרישא של סעיף 62(ג) לחוק חוזה הביטוח מורה כי "קיבל המבוטח מן האדם השלישי פיצוי או שיפוי שהיה מגיע למבטח לפי סעיף זה, עליו להעבירו למבטח". מכאן שהמחוקק הניח שאצלנו, כמו באנגליה, תיתכן אפשרות שהשיג והשיח ינוהל בין המבוטח-הניזוק לבין המזיק, וזאת גם לאחר שזכות התביעה עברה, לכאורה, למבטחת. עמדת המחוקק הייתה כי במקרה כזה אין מקום להחזיר את הגלגל אחורנית (שכן לכאורה הניזוק גבה סכום שלא היה זכאי לו), אלא יש להסתפק בכך שהתקבול יועבר למבטחת, ולא יותר בידי המבוטח-הניזוק. זאת ועוד, מהסיפא של סעיף 62(ג) לחוק ("עשה [המבוטח] פשרה, ויתור או פעולה אחרת הפוגעת בזכות שעברה למבטח, עליו לפצותו בשל כך") עולה כי כאשר ניהול ההליך על ידי המבוטח-הניזוק גרם נזק למבטחת, תרופתה של המבטחת היא כלפי המבוטח-הניזוק שפעל בשמה, ולא נגד המזיק. גם היבט זה מתיישב עם התפיסה שהמחוקק הכיר בכך שייתכנו מצבים בהם למרות שהזכות עברה למבטחת, מימושה יעשה באמצעות המבוטח-הניזוק (והשוו גם עניין ליפשיץ, בעמ' 190-192, שם מצביע השופט משה בייסקי על כך שבעוד שסעיף 17 לחוק הביטוח העותומאני שלל באופן מפורש את האפשרות של הניזוק לתבוע את המזיק בגין הנזק לגביו שופה על ידי מבטחתו, סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח אינו קובע איסור מפורש בעניין זה). ויובהר, בניגוד לעמדת בית המשפט קמא, החשש לפיו הניזוק יזכה בכפל פיצוי אם תותר לו האפשרות להגיש תביעה בנאמנות עבור המבטחת קיים במידה מופחתת (אם בכלל) לאור המנגנונים שנקבעו בחוק חוזה הביטוח המבטיחים את זכותה של המבטחת לתשלומים המתקבלים מאת המזיק.

87. לא זו אף זו, הפסיקה הישראלית הכירה בכך שבנסיבות חריגות יש לאפשר לניזוק ששופה בגין הנזק שנגרם לו להוסיף ולנהל תביעה לפיצוי מהחייב, ובלבד שהוא פועל למען הגורם ששיפה אותו. הסוגיה התעוררה בעניין צור נ' דדד. שם דובר היה במבוטח אשר רכש מכונית מסוכנות למכירת מכוניות. בין המבוטח לבין סוכנות המכוניות הוסכם כי הראשון יוכל לקבל את המכונית בבאר-שבע, חלף בתל-אביב (מקום בו נמצאה המכונית), בכפוף לכך שיבטח את המכונית בעבור נסיעתה מתל-אביב לבאר-

שבע. המבוטח עשה כן, אך איתרע מזלו ובעת הסעת המכונית לבאר-שבע אירעה תאונה והמכונית נהרסה כליל. בעקבות זאת, הסכימו המבוטח וסוכנות המכוניות כי המבוטח יקבל מכונית חדשה בתמורה להתחייבותו לתבוע את חברת הביטוח בה הייתה מבוטחת המכונית, ולהעביר לידי סוכנות המכוניות את פירות התביעה. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת המבוטח, וחברת הביטוח ערערה לבית המשפט העליון. הנשיא מאיר שמגר (בהסכמת השופטים דב לוין ויעקב מלץ) דחה את הערעור, ופסק כי בנסיבות המקרה המבוטח רשאי לתבוע בעבור סוכנות הנסיעות את נזקיו מחברת הביטוח. בהסתמכו על סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט ובאמצעו את עמדתו של פרופ' דניאל פרידמן (בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט 181 (מהדורה ראשונה, 1982)), קבע הנשיא שמגר כי יש להכיר בחובת ההשבה של חברת הביטוח כלפי סוכנות המכוניות, משזו הראשונה התעשרה שלא כדין מחד גיסא, ולשנייה היה אינטרס עצמי מוצדק בהסדרת התשלום מאידך גיסא, וכן על מנת "לגרום סבל מינימאלי למבוטח ולעודד מיטיבים המרגישים אחריות מוסרית, כמו סוכנות המכוניות בענייננו, להיטיב נזק של לקוחות". עוד נפסק כי סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט נועד להרחיב את דיני עשיית עושר ולא במשפט לגבי "מתנדב" וכי החוק מקנה זכות תחלוף למיטיב, ובלבד שלא הייתה לחייב סיבה סבירה להתנגד להטבה (עניין צור נ' תדד, בעמ' 19-21). על עניינים אלה עמדנו למעלה (ראו פסקאות 77-81 לעיל). החשוב לענייננו בשלב זה הוא שהנשיא שמגר קיבל את התביעה למרות שהוגשה על ידי המבוטח ולא על ידי סוכנות הנסיעות. אין זאת אלא שבנסיבות חריגות אלה סבר הנשיא שמגר כי תביעה שכזו יכולה להיות מוגשת על ידי הניזוק "בשם ובעבור" הגורם שנשא בעלות הנזק.

סיכום ביניים

88. כעולה מהמקובץ, הדין הישראלי מכיר במגוון דרכים בהם יכולה מבטחת הניזוק שפרעה לזכות בשיפוי מהמזיק באותן נסיבות בהן החבויות אינן מצטברות. דרך המלך, המשמשת מבטחות ברוב המקרים, היא הגשת תביעת תחלוף על פי סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח. ואולם, בצידה של דרך זו קיימות מגוון דרכים נוספות באמצעותן יכולה מבטחת שפרעה לחזור אל המזיק: תביעת תחלוף מכוח העיקרון הכללי שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט; תביעת שיפוי במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט; או הגשת תביעה על ידי הניזוק "בשם ובעבור" המבטחת. ודוק, כל אלה הם מנגנונים שתכליתם להשיג את אותה מטרה – הטלת העלות הכלכלית של הנזק שסבל הניזוק על המזיק שגרם אותו, ולא על המבטחת שנטלה את הסיכון להתרחשותו כלפי הניזוק (אך לא כלפי

המזיק), באופן שישירת את שיקולי המדיניות לאורם ראוי להסדיר את מערכת היחסים המשולשת: מבטחת – ניזוק – מזיק.

89. מצוידים בתובנות אלה נעבור לבחון סוגיה שונה – מעמדה של המבטחת הזרה בחקיקת הביטוח הישראלית, וזאת על מנת שבשלב האחרון של הדיון, נוכל לערוך אינטגרציה בין הנושאים, ולהכריע בשאלה האם המנגנונים העומדים לרשותה של מבטחת ישראלית לצורך תביעת המזיק נתונים גם למבטחת זרה.

המישור השני – מעמד המבטחת הזרה בחקיקת הביטוח הישראלית

90. הסדרת תחום הביטוח בחקיקה הישראלית מתבצעת באמצעות שני הסדרי חקיקה ראשית, אשר נחקקו יחדיו בשנת 1981: חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (חוק הפיקוח); וחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (חוק חוזה הביטוח).

חוק הפיקוח מסדיר את הפיקוח הרגולטורי על עסקי הביטוח בישראל. החוק הקים רשות עצמאית שתשמש כמאסדר (רגולטור) של עסקי הביטוח – רשות שוק ההון ביטוח וחיסכון (סעיף 1א. לחוק הפיקוח), וכן הסדיר את האורגנים המפקחים על שוק הביטוח (סעיפים 2-4 לחוק), ובנוסף קבע הסדרים שונים לעניין אסדרת פעילותם של הגופים הפועלים בשוק הביטוח, ובכלל זה קביעת חובת רישוי למבטחים (סעיפים 18-13 ו-22 לחוק) וסוכני הביטוח (סעיפים 24-31 לחוק), מתן סמכות לממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון להסדיר את אופן ניהול עסקי הביטוח (סעיפים 35-41 ו-54 לחוק) ולהגן על האינטרסים של המבוטחים מפני ניצול והטעיה (סעיפים 55-62 לחוק). עולה, איפוא, כי חוק הפיקוח מתמקד במישור היחסים של המבטחים מול המאסדר.

חוק חוזה הביטוח, לעומת זאת, הוא חלק מהחקיקה הצרכנית במישור המשפט הפרטי, המסדיר את מערכת היחסים המשפטית שבין המבטח לבין הפרטים הנהנים משירותיו: בראש ובראשונה המבוטח, אשר ההתקשרות עמו יצרה את חוזה הביטוח, אך במקרים מסוימים גם צדדים שלישיים המושפעים מחוזה הביטוח, כגון המוטב (ראו סעיפים 11-13 לחוק חוזה הביטוח), הניזוק (ראו סעיפים 65-71 לחוק), וכפי שמלמדת הסקירה לעיל, גם המזיק שגרם את מקרה הביטוח (סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח). ודוק, חוק חוזה הביטוח מתמקד במערכות יחסים רצוניות, ועל כן מוציא הוא מגדרו מבטחים סטטוטוריים.

91. הסוגיה בה עסקינן, מערכת היחסים המשולשת של מבטחת – ניזוק – מזיק, שייכת באופן מובהק לנושאים המוסדרים בחוק חוזה הביטוח. ואכן, הוראת החוק היחידה הרלוונטית אליה מצויה בחוק חוזה הביטוח (סעיף 62 לחוק), ואילו חוק הפיקוח אינו כולל (ואף לא אמור היה לכלול) כל הוראה בעניין זה. עם זאת, פסק דין VIG יצר זיקה בין מעמד המבטחת הזרה לפי חוק הפיקוח לבין מערכת היחסים המשולשת. על מנת לנתח התפתחות זו, נקרב מבטנו לכל אחד מהסדרים האמורים, חוק הפיקוח מזה וחוק חוזה הביטוח מזה, ונברר את מעמד המבטחת הזרה במסגרתם.

מעמד המבטחת הזרה בחוק הפיקוח

92. חוק הפיקוח מכפיף לסמכויות הפיקוח שנקבעו בו גורם שהוא בגדר "מבטח", מונח המוגדר כ- "מי שקיבל רשיון מבטח ישראלי לפי סעיף 15(א)(1) או מי שקיבל רשיון מבטח חוץ לפי סעיף 15(א)(2)" (סעיף 1 לחוק). ואכן, סעיף 15 לחוק הפיקוח מבחין בין שני סוגי רישיונות שניתן לתת למבטח הפועל בישראל: חברה כהגדרתה בחוק החברות יכולה לקבל רישיון מבטח ישראלי לפי סעיף 15(א)(1) לחוק (להלן: מבטחת ישראלית); תאגיד חוץ הרשום בישראל יכול לקבל רישיון מבטח חוץ אם הוא עוסק בביטוח במדינת חוץ, ונתון לפיקוח שלטונות מדינת החוץ, וזאת בהתאם לסעיף 15(א)(2) לחוק (להלן: מבטחת חוץ).

93. כהשלמה להסדר זה קובע חוק הפיקוח איסור על עיסוק בביטוח בישראל על מי שאינו נכנס להגדרת "מבטח" כאמור. סעיף 14(א) לחוק הפיקוח קובע כי "לא יעסוק אדם בביטוח אלא אם יש בידו רשיון לפי סעיף 15 ובהתאם לתנאי הרשיון". פשיטא כי הוראה זו אוסרת על עיסוק בביטוח בישראל, כפי שניתן ללמוד גם מהוראת סעיף 14(ג) לחוק המורה כי "מי שעיקר עיסוקו בביטוח מחוץ לישראל, ואינו עוסק בישראל אלא בביטוח משנה, לא ייחשב כעוסק בביטוח לענין חוק זה אלא אם הוא חברה שהואגדה בישראל" (וראו גם סעיף 100 לחוק הפיקוח המגביל את השימוש במילה "ביטוח" למי שאינו מחזיק ברישיון כאמור). הפרה של הוראה זו חושפת את המפר לסנקציות שונות, ובכללן אחריות פלילית לפי סעיף 104(ב)(1) לחוק הפיקוח.

94. מצרף ההוראות האמורות מביא לכך שגורם העוסק בביטוח בישראל מבלי שהוא מבטחת ישראלית או מבטחת חוץ כהגדרת החוק, אינו כפוף לפיקוח לפי חוק הפיקוח, מחד גיסא, ועלול להיחשב כעובר על האיסור הפלילי על קיום פעילות ביטוחית בישראל ללא רישיון, מאידך גיסא.

95. אין מחלוקת בין הצדדים כי חברת הביטוח הזרה בה עסקינן אינה מבטחת חוץ או מבטחת ישראלית, ולפיכך אסור לה לעסוק בפעילות ביטוח בישראל. ויובהר, אין מניעה בדין הישראלי לכך שמבטחת זרה תעסוק בביטוח מחוץ לישראל, לפי הדינים החלים במקום פעולתה, ובכלל זה שתבטח אזרח ישראלי או חברה ישראלית בגין פעילות המבוצעת על ידם בחו"ל (כגון ביטוח רכב הנרכש על ידי אזרח ישראלי במדינה זרה והמתייחס לנסיעה באותה מדינה), כל עוד אין מדובר בפעילות ביטוח בישראל עליה חוסה חוק הפיקוח.

96. במקרה דנן, חברת הביטוח הזרה כרתה עם טבע, חברה ישראלית, הסכם ביטוח גלובלי המכסה גם נזקים המתרחשים בישראל (סעיף 6 לפוליסת הביטוח קובע כי הוא מכסה את פעילות טבע העולמית ("This policy provides coverage on a worldwide basis"), וזאת למעט אירן, קמבודיה, צפון קוריאה, קובה, עיראק, לוב ותימן). השאלה האם בהוצאת פוליסת הביטוח הזו הפרה חברת הביטוח הזרה את האיסור הקבוע בסעיף 14(א) לחוק הפיקוח היא שאלה שלא הועלתה על ידי הצדדים, וממילא לא נדונה על ידי בית המשפט קמא. גם אנו איננו נדרשים לשאלה זו. נסתפק אך בהצבעה על הקושי המתעורר ביחס להחלת הסדרי חוק הפיקוח על הסכמי ביטוח שעורכים תאגידים גלובליים, הפועלים גם בישראל, והמתייחסים למכלול פעילות התאגיד, ובכלל זה לפעילותו בישראל.

97. לענייננו די בכך שאין חולק כי חברת הביטוח הזרה איננה נכנסת להגדרת "מבטח" שבחוק הפיקוח. כאמור, משמעות עובדה זו היא שמחד גיסא, חברת הביטוח הזרה אינה כפופה להסדרי הפיקוח שקובע חוק הפיקוח, ומאידך גיסא, היא עלולה לשאת בסנקציות הקבועות בחוק הפיקוח בגין פעילות ביטוחית בישראל ללא רישיון.

מעמד המבטחת הזרה בחוק חוזה הביטוח

98. הבריח התיכון להסדריו של חוק חוזה הביטוח הוא הגדרת העסקה עליה חל החוק, "חוזה ביטוח", בסעיף 1 לחוק – "חוזה בין מבטח לבין מבוטח המחייב את המבטח, תמורת דמי ביטוח, לשלם, בקרות מקרה הביטוח, תגמולי ביטוח למוטב". ניתן היה לצפות כי לצורך החלת הגדרה זו יוגדר המונח "מבטח", בין אם באמצעות הפניה להגדרה שבחוק הפיקוח ובין אם באמצעות קביעת הגדרה עצמאית. ואולם, להבדיל מהסדרי חוק אחרים, המחוקק נמנע בכוונת מכוון מלעשות כן, והותיר את השאלה מיהו "מבטח"

לעניין חוק חוזה הביטוח ללא מענה (ראו והשוו, להגדרות שניתנו למונח "מבטח" בדברי חקיקה שונים, אשר רובן מפנות, באופן מלא או בסייגים, להגדרה שבחוק הפיקוח: סעיף 1 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; סעיף 328(א1)(1) לחוק הביטוח הלאומי; סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006; סעיף 1 לחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993; סעיף 39 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 27 לחוק הדיור המוגן, תשע"ב-2012; סעיף 21ב(ד) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; סעיף 3(י) לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995; סעיף 31ד(ד) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988; סעיף 1 לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970 (להלן: פקודת רכב מנועי) (הקובע הגדרה עצמאית); סעיף 1 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (המפנה להגדרה שבפקודת ביטוח רכב מנועי)).

99. לא זו אף זו, בהינתן הסמיכות בין שני הסדרי החקיקה – חוק הפיקוח מזה וחוק חוזה הביטוח מזה – האפשרות לקשור ביניהם בקשר הדוק יותר הועלתה בדיוני הכנסת בעת חקיקתו של חוק חוזה הביטוח, אך נדחתה מפורשות. שר המשפטים דאז, חיים צדוק, הבהיר כי חוק חוזה הביטוח הוא "פרק ספציפי בקודקס האזרחי שלנו והוא בא להסדיר עניין אחד בלבד – מערכת היחסים החוזיים בין המבטח לבין המבוטח, ושום דבר אחר. גם האחריות הדפארטמנטאלית היא שונה. בעוד שאחריות לחוק זה והיזמה לחקיקתו הן בידי משרד המשפטים, הפיקוח על עסקי הביטוח הוא בידי משרד האוצר [...] המטרה של הצעת חוק זו היא מטרה צנועה. היא באה לקבוע הסדר בתחום דיני החוזים, בתחום היחסים החוזיים בין המבטח לבין המבוטח; היא לא באה להסדיר את הפעולה העסקית של חברות הביטוח" (פרוטוקול ישיבה 236 של הכנסת ה-8, 666 (9.12.1975)). ודוק, הגם שמטרת העל העומדת ביסוד שני החוקים הללו היא להגן על ציבור המבוטחים ולאזן את חוסר השוויון בין המבוטחים למבטחים (ראו: ע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837, 855 (1993)), ואפילו שייכתן כי חלק מהוראות שני החוקים הללו נועדו לשרת מטרת דומות או חופפות (השוו, למשל, סעיפים 55-62 לחוק הפיקוח וסעיפים 2-8 לחוק חוזה הביטוח), עסקינן כאמור בשני חוקים בעלי אופי שונה, אשר המחוקק הביע מפורשות את עמדתו כי הזיקה ביניהם איננה חד-חד ערכית.

100. חוסר הבהירות בשאלה מיהו "מבטח" לעניין חוק חוזה הביטוח מעורר שאלות משאלות שונות, לא רק בהקשר של סעיף 62 לחוק בו עסקינן. כך למשל, כאשר התעוררה השאלה לצורך פרשנות סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח, סברו הערכאות הדיוניות כי יש לפרש את המונח "מבטח" בהתאם להגדרה בחוק הפיקוח (ת"א (שלום ת"א) 28063/00; NATIONAL INSURANCE COMPANY L.T.D נ' מגדל חב' לביטוח בע"מ (4.11.2001); ת"א (שלום י-ם) 3486/01 מנורה חב' לביטוח בע"מ נ' עטא (14.4.2002); ת"א (שלום

ת"א) 66750/00 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אבו ענא (29.8.2002). ואולם השוו: ולר, כרך שני, בעמ' 366-367). לעומת זאת, בהקשר של פרשנות סעיף 59 לחוק, נפסק לפחות על ידי ערכאה דיונית אחת כי יש לפרש את המונח "מבטח" לפי ההגדרה בפקודת רכב מנועי דווקא (תא"מ (שלום י-ם) 2429-01-13 חברת טרסט הבינלאומית לביטוח נ' שומרה חברה לביטוח בע"מ (22.2.2015). לדעות שהובעו בספרות ביחס להגדרת ה"מבטח" בחוק חוזה הביטוח, ראו: ידין, בעמ' 23-24 ו-30; ששון-דיני ביטוח, בעמ' 104-105; שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך ראשון 173-174 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 2005) (להלן: ולר, כרך ראשון).

101. בניסיון לפרש את המונח "מבטח" שבחוק חוזה הביטוח, ניתן לזהות, אם כן, שתי אסכולות: האחת, מבקשת להחיל על הביטוי "מבטח" בחוק חוזה הביטוח את ההגדרות שניתנו בחקיקה דומה העוסקת בדיני ביטוח, ובעיקרן ההגדרה המצויה בחוק הפיקוח. הטעם לכך הוא הזיקה הקיימת בין חוק חוזה הביטוח לבין החוקים הללו נוכח תכליתם וכן נוכח קיומן של מספר הוראות בחוקים הללו המפנות זו לזו (ראו פסקי הדין המאוזכרים בפסקה 100 לעיל, וכן פסק דין VIG). האסכולה השנייה גורסת כי יש לקרוא את המונח "מבטח" באופן מהותי, דהיינו על פי טיב מערכת היחסים שבין הצדדים, ובפרט האם דרך הילוכו של גורם פלוני הוא כשל "מבטח". זאת, בהתבסס על ההגדרה בסעיף 1 לחוק חוזה הביטוח, אשר ניתן ללמוד ממנה כי המחוקק ביקש להתמקד בבחינה עניינית, הן של הצדדים בעסקת ביטוח והן של חוזה הביטוח, חלף ניסיון לספק הגדרה ממצה של מונחי היסוד הללו (ולר, כרך ראשון, בעמ' 173-174; ולר, כרך שני, בעמ' 366-367).

102. לשיטתי, יש להעדיף את האסכולה השנייה על פני הראשונה. בעיני, ברור כי הגדרת "מבטח" בחוק חוזה הביטוח רחבה מהגדרת "מבטח" לעניין חוק הפיקוח. כך, למשל, מבטחת ישראלית שפקע רישיונה, חברה העוסקת הלכה למעשה בעסקי ביטוח מבלי שיש לה רישיון לכך, או אדם פרטי העוסק הלכה למעשה בעסקי ביטוח – אינם אומנם "מבטח", כהגדרתו בחוק הפיקוח, אך יש להחיל לגביהם את חוק חוזה הביטוח (והשוו בהקשר אחר: ע"א 3840/98 נורויץ יוניון פריד אינשורנס סוסייטי לימיטד נ' מנהל מע"מ, פ"ד נד(5) 127 (2000)). לדידי, לא בכדי נמנע המחוקק מלהפנות בחוק חוזה הביטוח להגדרת "מבטח" שבחוק הפיקוח. הפניה שכזו הייתה מוציאה מתחולת החוק גורמים העוסקים בביטוח מבלי שיש בידם רישיון לעשות כן. תוצאה זו, בהינתן אופיו הצרכני של חוק חוזה הביטוח, הייתה עלולה לפעול לרעת ציבור המבוטחים, שהיו מוצאים עצמם קירחים מכאן ומכאן – מחד גיסא, לא היה המבטח כפוף לחובות שבחוק

הפיקוח ולסמכותו של הרגולטור, ומאידיך גיסא לא היה כפוף גם להסדרי המגן שבחוק חוזה הביטוח. מתוצאה שכזו ביקש המחוקק להימנע (לאופיו הצרכני של חוק חוזה הביטוח ראו, מבין רבים: ע"א 4819/92 אליהו חבר לביטוח בע"מ נ' ישר, פ"ד מט(2) 749, 768 (1995); רע"א 4897/07 הדאל חברה לביטוח בע"מ נ' בן עדי, פסקה ח' (9.3.2008)).

103. להדגמת השוני האמור בין חוק חוזה הביטוח וחוק הפיקוח, ניתן להפנות את מבטנו למונח אחר המצוי בשני החוקים הללו והוא "סוכן ביטוח". בשונה מהמונח "מבטח", המחוקק מצא לנכון ליתן הגדרה למונח "סוכן ביטוח", הן בחוק חוזה הביטוח (סעיף 32) והן בחוק הפיקוח (סעיף 1). ואולם, שתי ההגדרות האלה, שונות מאד זו מזו. בעוד חוק הפיקוח כולל הגדרה שהיא טכנית באופייה ("מי שקיבל רשיון סוכן יחיד לפי סעיף 25 או מי שקיבל רשיון סוכן תאגיד לפי סעיף 26"), חוק חוזה הביטוח מכיל הגדרה מהותית ("מי שעוסק בתיווך ביטוחים בין מבטחים לבין מבטחים"). הבדלים אלו משקפים את השוני בגישתו של המחוקק ביחס לכל אחד מההסדרים הללו: חוק הפיקוח הוא הסדר רגולטורי, וממילא ההגדרה היא בהתאם לעמידת הסוכן בדרישת הרישוי; חוק חוזה הביטוח הוא חוק צרכני, והוא מבקש לחול על הסוכן בשים לב למהות פעולתו, בין אם עמד בדרישת הרישוי ובין אם לאו.

104. ויובהר, העוסק בביטוח בישראל ללא רישיון מבצע עבירה פלילית, וצפוי לעמוד לדין בשל כך (סעיף 104(ב)(1) לחוק הפיקוח). ואולם אין משמעות הדברים כי חוזה הביטוח שנערך על ידו בטל וחסר משמעות לכל דבר ועניין. תוצאה שכזו הייתה פוגעת על לא עוול בכפו במבוטח התמים, אשר כלל לא ידע שהמבטח אינו מחזיק ברישיון הנדרש על פי דין (השוו: ידן, בעמ' 30; ששון-דיני ביטוח, בעמ' 106-108; ולד, כרך ראשון, בעמ' 173; אליאס, בעמ' 115-117). על כן, לכל היותר, ואף זאת בספק, ניתן לטעון כי כשמדובר במבטח שאין בידיו רישיון יש להחיל על חוזה הביטוח את דין "הבטלות היחסית" החל על אי חוקיות חד צדדית: דהיינו ככל שהמבטח יבקש להסתמך על חוזה הביטוח, ייחשב החוזה כבטל, ויחולו דיני החוזה הפסול; לעומת זאת, ככל שהמבוטח יבקש להסתמך על החוזה, יהיה רשאי לעשות כן, בכפוף לכך שבית המשפט לא ייתן סעד של אכיפה המחייב ביצוע מעשה בלתי חוקי (ראו: ת"צ (מרכז) 43306-02-11 ספיר נ' י.ד. רכב ותחבורה בע"מ, פסקה 32 (11.12.2013)). לדיון בחלופת "הבטלות היחסית" ראו: עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 479, 487-494, 510-511 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003). השוו גם לדין האנגלי, אשר עבר בהקשר זה רפורמה בשנת 2001: JOHN : 2001 FINANCIAL SERVICES AND MARKETS ACT 2000 SS.26-28;

LOWRY ET AL., INSURANCE LAW: DOCTRINES AND PRINCIPLES 27-28 (3RD ED., 2011); .JOHN BIRDS ET AL., MACGILLIVRAY ON INSURANCE LAW 388-391 (12TH ED., 2012) Medina v. Safe-Guard Products, Internat., : למשל, ארה"ב ראו, אף אם תוחל דוקטרינת "הבטלות היחסית" ביחס לקיום פעילות ביטוח ללא רישיון בישראל, הרי שמשמעות החלתה היא שלמבוטח ניתנת בחירה האם לקיים את הסכם הביטוח או לראותו כבטל. ואולם, מרגע שבחר המבוטח לתבוע תגמולים על פי החוזה, חלות הוראות חוק חוזה הביטוח במלואן לגביו.

105. וישאל השואל, מדוע לא להחיל את הוראות חוק חוזה הביטוח באופן סלקטיבי על מי שאינו נכנס להגדרת "מבטח" שבחוק הפיקוח, כך שיחול עליו ההוראות הצרכניות המגנות על המבוטח, ולא יוחלו לגביו ההוראות הפועלות לטובת המבטח – בגדר, מבחינת המבטח, "כן מעוקצו אך לא מדובשו"? התשובה לכך משולשת: ראשית, מבחינה פורמאלית, אין בחוק חוזה הביטוח כל בסיס דוקטרינרי להחלה חלקית שכזו של הסדרי החוק; שנית, מבחינה מהותית, חלוקה שכזו עלולה ליצור תוצאה שונה (ולעיתים קשה יותר) מהסדר של אי חוקיות חד צדדית; שלישית, מבחינה מעשית, ההבחנה בין הוראות הפועלות לטובת המבוטח להוראות הפועלות לטובת המבטח אינה פשוטה וקלה – ועניין מנגנון התחלוף בו עסקינן יוכיח (בהקשר של מנגנון התחלוף ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 132 של הכנסת ה-10, 233 (10.11.1982)).

106. דברים דומים לאלה שנאמרו ביחס למבטחת ישראלית שאין לה רישיון אמורים גם ביחס למבטחת זרה שאינה עונה על הגדרת "מבטח" בחוק הפיקוח. בין אם ההתקשרות בהסכם ביטוח עם מבטחת זו אסורה לפי חוק הפיקוח, ובין אם לאו, הוראות חוק חוזה הביטוח עשויות לחול על ההתקשרות, ובלבד שמבחינה מהותית המדובר בחוזה ביטוח, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק חוזה הביטוח, ושעל פי כללי ברירת הדין, חלים על ההתקשרות דיני הביטוח הישראליים. ושוב, אם תאמר אחרת, הרי שהתקשרות כזו תהיה פטורה מהוראות הצרכניות של חוק חוזה הביטוח, ותוצאה זו ביקש המחוקק למנוע בכך שלא ייבא את הגדרת "מבטח" בחוק הפיקוח לחוק חוזה הביטוח. זאת ועוד, כפי שהמקרה בו עסקינן מוכיח, ייתכנו מצבים בהם כלל לא ברור שפעולת המבטחת הזרה מהווה הפרה של הוראות חוק הפיקוח, ועדיין אין היא "מבטח" לפי הגדרת חוק הפיקוח. במצבים אלה, בוודאי שאין כל הצדקה להימנע מהפעלת הוראות חוק חוזה הביטוח ביחס למבטחת הזרה.

107. המסקנה המתבקשת היא שהתקשרות בחוזה עם מבטחת זרה, גם אם אינה נכנסת להגדרת "מבטח" בחוק הפיקוח, עשויה להיות כפופה להוראות חוק חוזה הביטוח (וזאת, בהתאם לכללי ברירת הדין החלים על ההתקשרות). ודוק, ככל שהמבטחת הזרה הייתה חייבת בהשגת רישיון על פי חוק הפיקוח, הרי שהיא עלולה להיתפס בגדר האיסור הפלילי שבחוק הפיקוח, ולעניין זה עשויות להיות השלכות במישור החוזי, ככל שיוחל דין אי החוקיות החד צדדית על ההתקשרות (וראו פסקה 104 לעיל). ואולם תוקף חוזה הביטוח לחוד, והעדר תחולה של חוק חוזה הביטוח לחוד.

המישור השלישי – מערכת היחסים המשולשת כשהמבטחת היא מבטחת זרה

108. בשלב הנוכחי, כל שנותר הוא לעשות אינטגרציה בין שני חלקי הדיון, זה הבוחן את מערכת היחסים המשולשת: מבטחת – ניזוק – מזיק, וזה הבוחן את מעמדה של המבטחת הזרה על פי חקיקת הביטוח הישראלית, וזאת על מנת להכריע בזכותה של מבטחת זרה לתבוע שיפוי מהמזיק על פי הדין הישראלי. לצורך כך יש להבחין בין שני מצבים: ראשית, כאשר חוזה הביטוח אשר נערך עם המבטחת הזרה, מכוחו מכוסה אירוע הנזק שהתרחש בישראל, נשלט על ידי הדין הישראלי; שנית, כאשר חוזה ביטוח כאמור נשלט על פי דין זר. נבהיר כי ההבחנה בין מצבים אלה מוכרעת על פי כללי ברירת הדין החלים ביחס לחוזה הביטוח, אשר דיון בהם חורג מענייננו (ראו לעניין זה: ע"א 126/80 guardian eastern insurance company ltd נ' א' רוסמן ושות' בע"מ, פ"ד לו(3) 295, 298 (1982)).

זכות החזרה של מבטחת זרה אל המזיק כשחוזה הביטוח נשלט על ידי הדין הישראלי

109. כעולה מהדיון עד כה, חוק חוזה הביטוח הישראלי עשוי לחול על התקשרות שערך מבוטח עם מבטחת זרה, וזאת באותם מצבים בהם הדין הישראלי הוא שמסדיר את מערכת היחסים שבין המבטחת הזרה לבין המבוטח על פי כללי ברירת הדין. במצב דברים זה, בין אם המבטחת הזרה עונה להגדרת "מבטח" על פי חוק הפיקוח, ובין אם לאו, הרי שאם המבוטח מימש את זכויותיו מכוח חוזה הביטוח, וקיבל את תגמולי הביטוח, הרי שיש לאפשר למבטחת הזרה לחזור אל המזיק בתביעת תחלוף על פי סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, או למצער, יש להכיר בזכותה לתבוע את המזיק בתביעה לשיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לחילופין, יש להכיר בזכות המבוטח לתבוע "בעבור ובשם" המבטחת הזרה את תגמולי הביטוח מהמזיק. הטעם לכך הוא שבמקרה

כזה חל הדין הישראלי במלואו על מערכת היחסים המשולשת, ודינה של המבטחת הזרה אינו שונה מדינה של מבטחת ישראלית.

110. ודוק, אף אם נניח כי קיימת אי חוקיות בהתקשרות עם המבטחת הזרה (עניין שכאמור איננו ברור כלל ועיקר במקרה בו עסקינן), הרי שבהנחה שהמבוטח בחר לממש את הסכם הביטוח, ולגבות את תגמולי הביטוח מכוחו, יש לראות את ההסכם כמחייב בין אם מכוח עיקרון הבטלות החד צדדית, ובין אם מכוח ראיית החוזה כמקוים על פי סעיף 31 לחוק החוזים. זאת ועוד, גם אם ייטען כי קיימות נסיבות בהן חוזה הביטוח אינו בר תקומה, שכן דין אי החוקיות דבק בשני הצדדים (ואבקש להותיר בצריך עיון אפשרות זו), הרי שמרגע שהמבטחת שילמה את תגמולי הביטוח עומדת לה על פי הדין הישראלי זכות השיפוי נגד המזיק מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (במקרה זה פירעון חוב הזולת על ידי מבטחת שיכולה הייתה לזכות בפטור מחוזה הביטוח בשל אי החוקיות, אך בחרה לקיימו), ולמצער עומדת למבוטח האפשרות לתבוע את המזיק "בשם ובעבור" המבטחת. ויובהר, הדרישה החוקית בה מדובר (דרישת הרישוי לפי חוק הפיקוח) בוודאי לא נועדה להגן על המזיק. ממילא גם אם הפרתה שוללת את תוקף חוזה הביטוח, אין סיבה כי תשלול את זכות השיפוי מכוח פירעון חוב הזולת או את האפשרות שהמבוטח יתבע את המזיק בנאמנות עבור המבטחת הזרה.

זכות החזרה של מבטחת זרה אל המזיק כשחוזה הביטוח נשלט על ידי דין זר

111. לכאורה, מצב הדברים סבוך יותר באותם מצבים בהם הדין הישראלי אינו חל על חוזה הביטוח. במצב דברים זה, חוק חוזה הביטוח אינו מסדיר את יחסי המבוטח והמבטחת, ועל כן אין המבטחת יכולה להגיש תביעת תחלוף מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, אלא אם נקבעה לעניין זה הוראת החלה מיוחדת (והשוו לסעיף 72(א) לחוק חוזה הביטוח, הקובע כי הגם שחוק חוזה הביטוח אינו חל על ביטוחי משנה וביטוח ימי ואווירי, הרי שסעיף 62 לחוק חל ביחס אליהם. נראה כי הוראה זו נובעת מההכרה שברגיל חוזי הביטוח הללו "נשלטים על-ידי כללים ועקרונות בינלאומיים" (ההחלטה בבקשת רשות ערעור ARAS, פסקה 21. כן ראו: ידין, בעמ' 167-168 (לעניין ביטוח משנה, אך הוא מספק הסבר אחר לעניין ביטוח ימי ואווירי); כדורי חכם-אהרון ביטוח ימי ותביעות 7 (מהדורה שישית, 1998); ששון-דיני ביטוח, בעמ' 25-26 (לעניין ביטוח ימי ואווירי תוך שהוא מספק הסבר אחר לעניין ביטוח משנה); ולד, כרך שני, בעמ' 444 (אך ראו דיון בעמ' 444-446 המטיל ספק בהצדקה זו ביחס לביטוח ימי ואווירי); אליאס, בעמ' 46-47 (לעניין ביטוח ימי ואווירי)).

112. עם זאת, גם במקרים בהם חוק חוזה הביטוח אינו חל על חוזה הביטוח, אין מניעה שהמבטחת הזרה תגיש תביעה בישראל מכוח מנגנונים אחרים, ובכללם תביעת תחלוף מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ויובהר, אין כל טעם למנוע הגשת תביעה שכזו בשל אי תחולת חוק חוזה הביטוח, שכן המדובר בתוצאה של כללי ברירת הדין, ולא של הסדר שלילי. זאת ועוד, ככל שמדובר בדיני עשיית עושר ולא במשפט, הרי מרגע שזכות התביעה של המבוטח נגד המזיק היא זכות המעוגנת בדין הישראלי, האפשרות לתבוע מכוחה את החייב (המזיק) על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט מהווה אף היא נושא שהסדרתו נשלטת על ידי הדין הישראלי, וזאת בין אם עסקינן בשאלת העברת הזכות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (דהיינו בתביעת תחלוף) ובין אם עסקינן בשאלת האפשרות לתבוע שיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, או במימוש זכות התביעה נגד המזיק בנאמנות על ידי המבוטח לטובת המבטחת (לכלל ברירת הדין לפיו אם זכות התביעה המקורית מוסדרת על פי הדין הישראלי, הרי שגם המחאתה מכוח הדין (קרי, תביעת התחלוף) או הזכויות בעקבות פירעונה (קרי השתתפות ושיפוי בין חייבים והשבה בגין פירעון חוב הזולת) ידונו על פי הדין הישראלי, ראו איריס רבינוביץ ברון ברירת הדין בתביעות בעילה של עשיית עושר ולא במשפט 66-84 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל-אביב 1999); ת"א (מחוזי ת"א) 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' פלאטו שרון, פ"מ תשנ"ב(1) 163 (1991). ראו גם: סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי 1617-1619 (2013)).

113. סיכומו של דבר – בין אם חוזה הביטוח נשלט על פי הדין הישראלי ובין אם לאו, עומדת למבטחת הזרה זכות להיפרע מהמזיק אותו שחררה מחבותו. השוני בין המצבים הוא, בעיקרו, בתחולת חוק חוזה הביטוח, וכנגזר מכך, האפשרות לבסס את תביעת המבטחת הזרה על סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח: כאשר חוזה הביטוח נשלט על פי הדין הישראלי, יכולה המבטחת הזרה לתבוע מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח; כאשר חוזה הביטוח אינו נשלט על פי הדין הישראלי, יכולה המבטחת הזרה להגיש תביעת תחלוף מכוח העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט. בנוסף, בשתי החלופות, יכולה המבטחת הזרה לתבוע שיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובמקרים חריגים ניתן גם להכיר בזכותו של המבוטח (הניזוק) לתבוע את המזיק "בשם ובעבור" המבטחת.

114. התוצאה אליה הגעתי היא לא רק התוצאה המתבקשת על פי הדין הישראלי; היא גם תוצאה רצויה מבחינה מעשית. היא מונעת מצב בו "חוטא יוצא נשכר", דהיינו מזיק יוצא פטור מאחריות, מבלי שקיימת כל הצדקה עניינית לכך; היא משווה את מצבם של

המבטחים הזרים לזה של מבטחים ישראלים מבחינת יכולתם לחזור אל המזיק, ובכך עשויה לסייע להוזלת פוליסות הביטוח בעבור עוסקים ישראלים, ואף להרחיב את האפשרויות שיעמדו לרשות העוסקים הישראלים; היא מסירה את הקושי ביישוב תביעות עם מבטחים זרים, בשל המכשול שעלול להיווצר כתביעת המזיק בישראל. אכן, תוצאה זו אינה תואמת את עמדת המאסדר (המפקחת על הביטוח), ואולם עמדה זו, עם כל הכבוד, בוודאי שאינה מחייבת בבואנו לפרש את חוק חוזה הביטוח ודיני עשיית עושר ולא במשפט (השוו והבחינו מהעמדות השונות שהובעו בדג"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (4.7.2021), אשר התייחסו בעיקר למעמד פרשנות המאסדר ביחס להנחיותיו שלו). זאת ועוד, סבורני כי עמדה זו מושפעת יתר על המידה משיקולי הרתעה מפני הפרת חוק הפיקוח – הרתעה אותה ניתן וראוי להשיג באמצעות כלי האכיפה הקבועים בחוק הפיקוח עצמו, ולא על דרך פרשנות בלתי ראויה של חוק חוזה הביטוח.

מהכלל אל הפרט

115. התביעה בה עסקינן הוגשה נוכח פסק הדין VIG, ומתוך הנחה שחברת הביטוח הזרה אינה יכולה לתבוע במישרין את המזיק (גושן) ואת המבטחת שלו (איילון). כפי שראינו, הנחה זו בטעות יסודה, שכן למבטחת זרה עומדת על פי הדין הישראלי האפשרות לתבוע את המזיק ומבטחתו הן כתביעת תחלוף (וזאת מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, שכן חוזה הביטוח בענייננו נשלט על פי הדין הישראלי מכוח הוראה מפורשת. ראו סעיף 53 לפוליסת הביטוח, הקובעת גם תניית שיפוט בלעדית בישראל), והן כתביעת שיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. יחד עם זאת, אילו הייתה הנחה זו נכונה, הרי שממילא הייתי סבור כי יש להכיר באפשרות של הניזוק (טבע) לתבוע את המזיק (גושן) והמבטחת שלו (איילון) "בשם ובעבור" חברת הביטוח הזרה, כפי שנעשה הלכה למעשה.

116. במצב הדברים שנוצר, ובהינתן שהסיבה להיווצרותו נעוצה בפסיקות של הערכאות הדיוניות, ולא בשגגה שיצאה מלפני טבע וחברת הביטוח הזרה, סבורני כי יש לאפשר להן לבחור בין שתי חלופות: ראשית, המשך ניהול התביעה במתכונת שבה הוגשה (להלן: מתכונת הנאמנות); שנית, צירופה של חברת הביטוח הזרה להליך כתובעת נוספת, תוך ביסוס תביעתה על מנגנון התחלוף, כפי שיש להניח שהיה קורה אלמלא פסק דין VIG (להלן: מתכונת התחלוף). ככל שטבע וחברת הביטוח הזרה יבחרו במתכונת התחלוף, תינתן להן רשות לתקן את כתב התביעה בהמשך בתוך לוח זמנים שיקצוב להן בית המשפט קמא. מובהר כי במקרה זה לא יפעל מרוץ ההתיישנות ביחס לתביעתן מאז

מועד הגשת התביעה דנן ועד מועד מתן פסק דין זה, וזאת בשים לב לסעיף 15 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (וכן ראו גם סעיף 16 לחוק זה).

117. טבע וחברת הביטוח הזרה יודיעו את דבר בחירתן לבית המשפט קמא בתוך 45 יום ממועד מתן פסק דין זה, כאשר ברירת המחלף היא המשך ההתדיינות במתכונת הנאמנות.

118. בתי משפט לפנייהם מתנהלות תביעות של מבטחות זרות אשר הוגשו במתכונת נאמנות לאור פסק דין VIG יהיו רשאים להמשיך בניהול ההליך במתכונת הנאמנות, או לתת את אפשרות הבחירה הנזכרת בפסקה 116 לעיל, לפי שיקול דעתם.

119. מובהר בזאת כי מעתה ואילך אין להגיש תביעה של מבטחת זרה במתכונת נאמנות, אלא אם קיימת מניעה להגשתה במתכונת התחלוף או כתביעת שיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

ערעור שכנגד

120. כאמור, הערעור שכנגד שהגישו המשיבות עוסק בשתי סוגיות: אי פסיקת שכר טרחה והוצאות והצורך בהעברת הדיון בתביעה לבית משפט השלום בהתאם לכללי הסמכות העניינית. משנתקבל הערעור העיקרי, ממילא דין הערעור שכנגד להידחות, על שני רכיביו.

סוף דבר

121. אם תישמע דעתי, יתקבל הערעור העיקרי וידחה הערעור שכנגד, כאמור בפסקאות 115-116 ו-120 לעיל.

122. בהינתן מכלול הנסיבות, ובשים לב לאי הבהירות שהייתה קיימת בדין, אציע לחייב את המשיבות בהוצאות המערערות בסכום מתון של 25,000 ש"ח.

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה. הדין המצוי והרצוי גם יחד תומכים במסקנתו של חברי השופט ע' גרוסקופף בפסק דינו המלומד והמקיף.

שופטת

הוסכם כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, ט' בטבת התשפ"ב (13.12.2021).

שופט

שופטת

שופט