

## ניזוק המרוויח מנזקו? על ניכוי תקבולי פנסיה מפיצויים בתביעת נזקי גוף

רועי גילבר, \* ליאור פרי \*\*

### תקציר

המאמר דן בשאלה אם יש לנכות מהפיצויים שניזוק מקבל במסגרת תביעתו את תשלומי הפנסיה שמופרשים משכר עבודתו – הן כאשר הוא נפגע בגופו והן כאשר הוא מת באירוע הנזיקי. מדובר בשאלה מורכבת, מכיוון שההסדרה המשפטית בכל הקשור לניכוי תשלומים שונים מפיצויים שמגיעים לניזוק אינה אחידה.

הבסיס לשאלה זו הוא לשונם של סעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הנזיקין, אשר קובעים כי בפסיקת סכום הפיצויים לא יובאו בחשבון סכומים שהתקבלו או שזכאים לקבלם לפי חוזה ביטוח. לנוכח לשונם של סעיפים אלו עולה השאלה אם הסכומים שהניזוק הפריש לקרן פנסיה חדשה או לביטוח מנהלים הם סכומים המגיעים בשל אותה עוולה על-פי חוזה ביטוח.

העמדה שתוצג במאמר היא כי תשלומי הפנסיה המגיעים לניזוק אינם כספים מכוח חוזה ביטוח, ולכן אם הם לא ינוכו מהפיצויים המגיעים לניזוק (או לעזבוננו), ייהנה הנפגע מפיצוי העולה על הנזק שנגרם לו בפועל, ובכך תיפגע מטרת-העל של דיני הנזיקין – השבת המצב לקדמותו. עמדתנו אינה תואמת את ההלכה שנקבעה בפסק-הדין בעניין

---

\* בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

\*\* ליאור פרי משרד עורכי-דין.

ברצוננו להודות למשה גלברד ולאפי צמח על הערותיהם המועילות ועל סיעור-המוחות שהם ניהו לקיים איתנו כדי לנסות להתמודד עם הסוגיה המורכבת מושא המאמר. כמו-כן ברצוננו להודות לעורכת הראשית של כתב-העת ד"ר מעיין פרל, לעורכות-המשנה תהל ביטון ומיכל שרוני וכן לחברי המערכת על ההערות החשובות והמועילות, אשר תרמו רבות לשיפור איכותו של המאמר. כל הטעויות הן שלנו ושלנו בלבד.

אנוך, שם קבע בית-המשפט העליון כי תשלומים המשולמים לניזוק מקרנות פנסיה חדשות ייחשבו תשלומים לפי חוזה ביטוח לעניין סעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הנזיקין, ועל-כן אי-אפשר לנכותם מהפיצויים שהמזיק משלם לניזוק ואף אי-אפשר לקבל השבה מהמזיק בגינם. אנו מבקרים גישה זו במאמר, וקוראים לשנות את המצב המשפטי הקיים.

מבוא

א. מושגי-יסוד

1. הסדרי הפנסיה בישראל
  2. על הטבות נזקי גוף בדיני נזיקין
  3. ניכוי כספי פנסיה?
- ב. עמדתה של הפסיקה בישראל ומשמעויותיה
1. העמדה בעבר עד פסק-הדין בעניין אנוך
  2. הלכת אנוך
  3. פסק-הדין הראשון (שבוטל) בפרשת יונה
  4. ההכרעה בפרשת יונה – האם זו המילה האחרונה?
- ג. ההצדקות לניכוי תשלומי הפנסיה מהפיצוי שהניזוק מקבל מהמזיק
1. קרן פנסיה אינה ביטוח אישי
  2. תשלומי הפנסיה הם הכנסה של הפרט לכל דבר ועניין
  3. הסדר הפנסיה בישראל אינו הסדר בעל מאפיינים חוזיים משמעותיים
  4. הלכת אנוך אינה עומדת במבחן הזמן
- ד. שיקולים של מדיניות משפטית

סיכום

## מבוא

השאלה העומדת בבסיס מאמר זה היא אחת השאלות המורכבות ביותר בדיני הנזיקין, הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית.<sup>1</sup> השאלה היא אם יש לנכות מהפיצויים שניזוק מקבל במסגרת תביעתו את תשלומי הפנסיה המופרשים לו במסגרת עבודתו – הן אלה שהוא מקבל כאשר הוא נפגע בגופו והן אלה שמתקבלים כתוצאה ממותו באירוע הנזיקי. שאלה זו מורכבת, בין היתר, מכיוון שההסדרה המשפטית בכל הקשור לניכוי תשלומים שונים מפיצויים שמגיעים לניזוק אינה אחידה.<sup>2</sup>

הבסיס לשאלה זו הוא לשונם של שני סעיפים בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] אשר מתייחסים לנושא אך אינם נותנים מענה מפורש. סעיף 81 לפקודת הנזיקין קובע כי "בקביעת סכום הפיצויים לא יובאו בחשבון – (1) סכום שנתקבל או שזכאים לקבלו כמות המת לפי חוזה ביטוח..."; וסעיף 86 מתייחס לניזוק שנותר בחיים וקובע באופן דומה כי "שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח". הפרשנות המקובלת בפסיקה לסעיפים אלו, ובעיקר לסעיף 86, היא שהם קובעים כי אי-אפשר לנכות מכספי הפיצויים הנזיקיים כספים המגיעים לניזוק מחוזה ביטוח.<sup>3</sup> הגם שניתן לתת פרשנות אחרת לסעיף 86,<sup>4</sup> אשר אינה שוללת את האפשרות לנכות, נסתמך על הפרשנות המקובלת של הפסיקה.

לנוכח לשונם של סעיפים אלו עולה השאלה אם הסכומים שהניזוק הפריש לקרן פנסיה חדשה או לביטוח מנהלים הם בגדר סכום "שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח".<sup>5</sup> אם התשובה תהיה חיובית, אזי על-פי הכלל הקבוע בסעיפים אלו יקבל הנזיקין הן פיצוי בגין הפסדי השתכרות לעתיד והן את תשלומי הפנסיה; אם התשובה תהיה שלילית, כלומר שאין מדובר בסכום המגיע על-פי חוזה ביטוח, יהיה אפשר לנכות את תשלומי הפנסיה מסכום הפיצוי המגיע במסגרת התביעה הנזיקית ולהפחית את הפיצוי שהמזיק חב בו לניזוק.

1 ע"א 370/79 פרפלוז'יק נ' מוטס, פ"ד לד(3) 551 (1980).

2 שם.

3 דוגמה לכך ניתן למצוא ברע"א 1659/21 יונה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (נבו) 5.7.2022 (להלן: עניין יונה 2).

4 ראו ישראל גלעד ויונדב סמט "האמנם 'אין שיפוי' – אין ניכוי? – פרשת יונה נ' כלל (1659/21)" משפטים נד (צפוי להתפרסם ב-2024).

5 אנו נתייחס גם לתשלומי פנסיה המתקבלים מקרנות פנסיה ותיקות וגם לתשלומי פנסיה המתקבלים מקרנות פנסיה חדשות, אך נתמקד באחרונים.

העמדה שתוצג במאמר זה היא כי תשלומי הפנסיה המגיעים לניזוק אינם כספים מכוח חוזה ביטוח. לנוכח זאת, עמדתנו היא כי אם לא ינוכו תשלומי הפנסיה מהפיצויים המגיעים לניזוק (או לעזבוננו), ייהנה הנפגע מפיצוי העולה על הנזק שנגרם לו בפועל, ובכך תיפגע מטרת-העל של דיני הנזיקין – השבת המצב לקדמותו.<sup>6</sup> עמדתנו זו אינה תואמת את המצב המשפטי הקיים כיום, כפי שיפורט בהמשך.<sup>7</sup>

- בבסיס עמדתנו, אשר מפורטת בפרק ג של המאמר, עומדים הנימוקים האלה:
  - הסדר פנסיוני אינו ביטוח אישי – הזכות לקבלת תשלומי פנסיה היא זכות סוציאלית של האדם, ומהווה חלק מהביטחון הסוציאלי של האדם בישראל. מהותה של הפנסיה, כמו מהותן של זכויות סוציאליות אחרות, היא הגנה על בטחוננו הכלכלי של האדם העובד גם לאחר שיצא לגמלאות. לכן, כשם שמנכים מהפיצויים תשלומים אחרים שהניזוק מקבל במסגרת הזכויות הסוציאליות שלו, כך יש לנכות גם את תשלומי הפנסיה.
  - תשלומי הפנסיה זהים במהותם לשכר שהפרט משתכר בשנות עבודתו – אם בשנות עבודתו של הפרט הכנסתו היא משכר עבודה, לאחר יציאתו לגמלאות הכנסתו היא הפנסיה, אשר זהה במהותה (גם אם לא בסכום) לשכר העבודה שקיבל. מכאן שהניזוק אינו יכול לקבל פיצוי כפול על נזק אחד של הפסדי השתכרות – הן פיצוי נזיקי בגין אובדן כושר השתכרות והן תשלומי פנסיה.
  - אין מדובר כאן בהסדר בעל מאפיינים חוזיים משמעותיים – העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים הוא חופש החוזים, ובמילים אחרות, החופש להיכנס לחוזה והחופש לא להיכנס לחוזה (או לסרב להיכנס לחוזה). כלל חשוב זה אינו חל בכל הקשור להסדרי הפנסיה החלים כיום בישראל. למן שנת 2008 לשני הצדדים – העובד והמעביד – אין חופש לא להיכנס להסדר הפנסיה. מוטלת עליהם החובה לקיימו.<sup>8</sup> מעבר לכך, גם באשר לתנאי החוזה (תוכנו

6 יש לציין כי במאמר ישן יחסית כותבת זלצמן כי באופן עקרוני, אם מדובר בהטבה שבזכות (כלומר, מכוח חוק או הסכם), אזי יש לנכות את הסכומים המגיעים לניזוק מכוח סוג זה של הטבות מכספי הפיצוי הנזיקי המגיעים לו. ראו נינה זלצמן "הטבת נזק גוף מכוח חוק הטבת נזקי גוף: יחסי מזיק-מיטיב-מוטב" עיוני משפט ד 621, 623-624 (1975).

7 ראו רע"א 7946/09 מקפת החדשה ניהול קרנות פנסיה ותגמולים נ' אנוך (נבו 29.2.2012). הלכה זו חלה כמובן גם על תשלומים המגיעים מתוכניות של ביטוחי מנהלים. בהמשך נתייחס להבדלים בין קרנות הפנסיה הוותיקות לבין קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים.

8 הדברים נכונים גם לגבי עצמאים. החל בשנת 2017 כל עצמאי מחויב להפריש בעבורו כספים לקופת גמל לקצבה.

ותנאיו), ביחסים שבין העובד לבין קרן הפנסיה, חופש הבחירה של הפרט מוגבל מאוד.<sup>9</sup>

- ההלכה של בית-המשפט העליון בעניין אנוך אינה עומדת במבחן הזמן – פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין אנוך ניתן לפני יותר מעשור (בשנת 2012),<sup>10</sup> ולא דן בצורה מעמיקה במשמעותם של השינויים הדרמטיים שהתרחשו בשוק הפנסיה בישראל ובהסדרתו החל בשנת 2008.

אנו ערים לכך שעמדה זוהי, הקוראת לנכות את תקבולי הפנסיה מסכום הפיצויים, הושמעה על-ידי גלעד וסמט לאחרונה.<sup>11</sup> גם הם, כמונו, סבורים כי עקרון-העל של השבת המצב לקדמותו צריך להוביל למסקנה שיש לנכות את תקבולי הפנסיה מכספי הפיצויים. אבל בעוד גלעד וסמט מתמקדים בדיונם במטרות השונות של דיני הנזיקין (צדק מתקן, הרתעה, פיזור נזק ועוד), אנו מתמקדים במאמר זה במהותם של כספי הפנסיה, בתפיסתם כמשקפים הגנה על זכות חברתית של האדם העובד ובהיבט החוזי של ההסדר הפנסיוני. כלומר, החידוש במאמר זה אינו ההצדקה התאורטית מנקודת-מבט נזיקית, אלא בכך שהוא מספק הצדקות נוספות לעמדה שיש לנכות את כספי הפנסיה מסכום הפיצוי.

הדיון בטיעונים אלו ייערך באופן הבא. ראשית נציג מושגי-יסוד אחדים אשר יבהירו את הסוגיה הנדונה. לאחר מכן נתאר וננתח את ההתפתחות שחלה במשפט הישראלי בסוגיה, עד לקביעת ההלכה החלה כיום. במסגרת חלק זה נציג ביקורת על פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין אנוך, שקבע את ההלכה בנושא.<sup>12</sup> לאחר מכן נציג את עמדתנו, המנוגדת להלכה בעניין אנוך, ונבססה על הטיעונים שהוצגו בקצרה לעיל. בחלק שלאחריו נפנה לבסס את עמדתנו באופן תאורטי יותר, תוך הסתמכות על מטרותיהם של דיני הנזיקין. בחלק המסכם את המאמר נדגיש את הנקודות החשובות שיש ליישם לדעתנו בעתיד.

9 יודגש כי איננו טוענים שאין כאן חוזה, אלא שחופש החוזים מוגבל מאוד, כפי שהדבר בא לידי ביטוי, למשל, בחוזה אחד.

10 עניין אנוך, לעיל ה"ש 7.

11 גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4.

12 עניין אנוך, לעיל ה"ש 7.

### א. מושגי-יסוד

בטרם נפנה לדון בסוגיה שבמרכזו של מאמר זה, יש להבהיר מושגי-יסוד אחדים, בעיקר לקורא שבקיא פחות בעולם הפנסיה ובסוגיות של הטבת נזקי גוף בדיני הנזיקין.

#### 1. הסדרי הפנסיה בישראל

בעבר, עד לפני כעשרים שנה, הייתה נהוגה בישראל שיטה של פנסיה תקציבית. בהתאם לשיטה זו, זכויות הפנסיה היו מובטחות וידועות מראש, והן ניתנו לו ללא קשר לעלותן. הפנסיה התקציבית רווחה במגזר הציבורי בישראל, והיא הוענקה לעובדי המדינה ורשויותיה השונות. על-פי שיטה זו, זכויות הפנסיה – או הכספים המגיעים לעובד עם יציאתו לגמלאות – נקבעו לפי גובה השכר הקובע ושנות הוותק שלו. התשלומים שולמו מתקציב המדינה, ולכן פעמים רבות לא הפרישו העובד והמעביד כספים לצורך כך. מצב זה יצר נטל כלכלי כבד מאוד על תקציב המדינה. לנוכח זאת החליטה הממשלה בשנת 1999 על סגירת הפנסיה התקציבית לעובדי מדינה. במקביל גם בקרנות הפנסיה של ההסתדרות היו זכויות הפנסיה של העובדים ידועות מראש, וגם הן נקבעו לפי השכר הקובע ושנות הוותק של העובד. הנטל הכלכלי היה מוטל על הקרנות עצמן, שרובן היו בשליטת ההסתדרות. מכיוון שניתנו זכויות פנסיה ללא כיסוי אקטוארי, כלומר ללא ודאות שהקרנות האלה יהיו מסוגלות בבוא היום לשלם את כל כספי הפנסיה לכל העובדים שחברים בהן, ולנוכח העלייה בתוחלת החיים וניהול לא-יעיל של הקרנות, החליטה הממשלה בשנת 1995 לסגור את הקרנות הללו לעובדים חדשים וליצור תוכנית הבראה לקרנות הפנסיה הוותיקות, תוך קביעה שהממשלה תהיה אחראית לקיום התחייבויותיהן, כלומר, לתשלומי הפנסיה לעובדים הפורשים לגמלאות. בסופו של התהליך "הלאימה" הממשלה את הקרנות הוותיקות האלה, והן מנוהלות מאז באמצעות "עמיתים", שהוא גוף מאוחד לניהול הקרנות הוותיקות.<sup>13</sup>

במקביל לסגירת קרנות הפנסיה הוותיקות בפני עובדים חדשים הוחלט על פתיחת קרנות פנסיה חדשות, שיהיו מאוזנות מבחינה אקטוארית (כלומר, שיהיו מסוגלות לעמוד בתשלומי הפנסיה לעובדים). קרנות אלו מופעלות, זה כעשרים שנה, בעיקר על-ידי חברות הביטוח. קרנות הפנסיה החדשות פועלות בשיטת

13 בשנת 2012 ההערכה הייתה כי מדובר בנטל של יותר מ-500 מיליארד ש"ח. ענת לוי סוגיות מרכזיות במערכת הפנסיה התעסוקתית בישראל – מפת דרכים (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2013).

פנסיה צוברת, שבה אין לחוסך ידיעה ודאית מה יהיה סכום הקצבה שהוא יקבל לאחר יציאתו לגמלאות. הפרשות העובד והמעביד, בניכוי דמי ניהול, נצברות בחשבון אישי ומושקעות על-ידי מנהלי הקרן. בהגיע העובד לגיל פרישה מחושבת הקצבה החודשית שלו על-פי צבירת הנכסים שלו והתשואה עליהם, ועל-פי תוחלת החיים הממוצעת של החוסכים. בקרנות הפנסיה החדשות קיים מנגנון איזון פנימי שעל-פיו אחת לתקופה מסוימת הקרן בוחנת את נכסיה אל מול ההתחייבויות שלה כלפי עמיתיה. אם מנהליה של קרן מגיעים למסקנה כי התחייבויותיה עולות על שווי נכסיה, נוצר לקרן גירעון אקטוארי. במקרה כזה ינקטו מנהלי הקרן פעולה לאיזון אקטוארי על-ידי הקטנת ההתחייבויות כלפי העובדים החברים בקרן (עמיתים).<sup>14</sup>

כפי שנפרט בהמשך, אין ספק שההסדר הקודם של הפנסיה התקציבית שונה באופן מהותי מההסדר הנוכחי, אשר הולך ונהיה רווח יותר ויותר לנוכח הצטרפותם של עוד ועוד עובדים לשוק העבודה ויציאתם של עובדים ותיקים לגמלאות. אנו מבקשים להדגיש את ההיבט הבא, שכן יש לו השלכות לגבי נושא המאמר: בהסדר הקיים כיום העובד והמעביד מפרישים כספים לטובת הפנסיה של העובד – היבט שלא היה הסטנדרט הנוהג על-פי ההסדר הקודם.

## 2. על הטבות נזקי גוף בדיני נזיקין

אדם שנפגע בגופו (הניזוק) כתוצאה מפגיעה שהסב לו אדם אחר (המזיק) ואשר נבעה מהתנהגות המוכרת כעוולה נזיקית מסתמך בדרך-כלל, לפחות עד לקבלת פיצוי נזיקי, על המקורות הכספיים שלו. נוסף על כך, בחלק מהמקרים, הניזוק נעזר בתמיכה כספית של צד שלישי. תמיכה כספית זו, כלומר ההטבה, עשויה להגיע ממקורות שונים. חלקם מוסדרים בחוק,<sup>15</sup> חלקם מבוססים על חוזה,<sup>16</sup> וחלקם ניתנים בהתנדבות.<sup>17</sup> מכיוון שהפיצוי מהמזיק נקבע לרוב לאחר שהניזוק כבר קיבל את ההטבה מהצד השלישי, עולה השאלה מהן ההשלכות שלה על פסיקת הפיצוי הנזיקי.

14 שם, בעמ' 3–4 (חלק 1.3).

15 ראו, למשל, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, פרקים ה-ו.

16 כגון פוליסות לביטוח אובדן כושר עבודה ופוליסות לביטוח תאונות אישיות.

17 למשל, עזרה כספית של בני המשפחה. זלצמן מסיבה את תשומת-הלב לכך שעל-פי המשפט האנגלי ניתן לחלק את ההטבות להטבות שבזכות, המגיעות לניזוק מכוח חוק או הסכם, ולהטבות שבחסד, הכוללות "גמילות חסד" או הטבה שהמיטיב מתכוון שהניזוק ישיב לו אותה בעתיד. ראו זלצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 623.

הרמן מציג שלוש גישות בנוגע ליחסיהגומלין בין הפיצויים שהמזיק משלם לבין ההטבות שהצדדים השלישיים (להלן: המיטיבים) מעניקים.<sup>18</sup> גישה אחת מאפשרת לניזוק ליהנות מכל המקורות, כלומר, לקבל פיצוי נזיקי מלא מהמזיק ללא התחשבות בהטבה שהוא קיבל מהצדדים השלישיים המיטיבים. גישה זו, טוען הרמן בצדק, עלולה להוביל למצב של פיצוי-יתר, שכן הניזוק "מרוויח" מנזק הגוף שנגרם לו – הוא מקבל לא רק את מלוא הפיצוי מהמזיק, אלא גם את כספי ההטבה (אשר מגיעים לו על-פי חוק או חוזה). כלומר, המזיק מפצה באופן מלא בגין הנזק שגרם ואשר בגינו הוטלה עליו אחריות, וזאת ללא קשר להטבה שהניזוק מקבל מהמיטיב.<sup>19</sup>

גישה שנייה דוגלת בניכוי ההטבה שמגיעה מהמיטיב מן הפיצוי הנזיקי שהמזיק משלם.<sup>20</sup> ההצדקה שבבסיס גישה זו היא מימוש מטרת-העל של דיני הנזיקין – השבת המצב של הניזוק לקדמותו, עד כמה שאפשר, באמצעים כספיים.<sup>21</sup> מכיוון שתשלום פיצוי נזיקי יחד עם מתן הטבות עשויים להוביל כאמור לפיצוי-יתר של הניזוק, גישה זו, אשר דוגלת בניכוי ההטבה מהפיצויים, מונעת פיצוי-יתר ופגיעה בעיקרון של השבת המצב לקדמותו. הרמן טוען כי החיסרון בגישה זו הוא שיש התנגשות או חוסר הלימה בינה לבין מטרה חשובה אחרת של דיני הנזיקין – הרתעה. אם נאפשר למזיק לשלם רק חלק מהנזק שהוא גרם (שכן חלק אחר מהנזק יקבל הניזוק מהמיטיב), הוא לא יורתע באופן מלא, ועלול להמשיך לנהוג באופן עוולתי המסכן באופן קבוע ניזוקים פוטנציאליים.<sup>22</sup> התשובה המיידית למצב כזה היא לאפשר למיטיב לתבוע את המזיק בגין הכספים שהמיטיב שילם לניזוק, עד להשלמת גובה הנזק הכולל שהמזיק גרם לניזוק. זו למעשה הגישה השלישית.<sup>23</sup>

18 עמוס הרמן דיני נזיקין 427–436 (מהדורה שנייה 2020).

19 הרמן מציין כי לא תמיד הפיצוי הנזיקי מכסה את כל הנזק. לכן עשויה להיות הצדקה להשארת ההטבה בידי הניזוק ולאי-ניכוייה מהפיצוי הנזיקי, שכן היא מונעת מצב של פיצוי-חסר ואי-מימוש המטרה של השבת המצב של הניזוק לקדמותו, קרי, למצבו עובר לאירוע הנזיקי. שם, בעמ' 427.

20 שם.

21 ראו, למשל, רע"א 1272/05 כרמי נ' פלוני, פ"ד סב(3) 396, פס' 4–8 לפסק-הדין של השופטת ארבל (2007). כלל זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בס' 77(א) לפקודת הנזיקין, הקובע כי הניזוק אינו יכול לקבל פיצוי הגבוה מנזקו. בהמשך לכך קיים העיקרון שהמזיק אינו חייב בפיצוי הגבוה מהנזק שהוא גרם.

22 ראו הרמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 428.

23 שם.



הגישה השלישית היא שאומצה במשפט הישראלי.<sup>24</sup> על-פי גישה זו, הניזוק אינו מקבל פיצוי נוסף על הטבה שבה זכה, והמזיק חייב לשפות את המיטיב בגובה ההטבה, כלומר לשלם למיטיב את סך ההטבה, כל עוד סך הכספים שהוא משלם (לניזוק עצמו ולמיטיב) אינו עולה על גובה הנזק שהוא גרם לניזוק. מכאן, על-פי גישה זו, מצבו של הניזוק חוזר לקדמותו באמצעות שילוב של קבלת ההטבה מהמיטיב וקבלת הפיצוי הנזיקי מהמזיק, בעוד המזיק משלם את מלוא הנזק שגרם – חלק באמצעות תשלום הפיצוי ישירות לניזוק וחלק באמצעות שיפוי המיטיב בגין ההטבה שהלה העניק לניזוק. מצב כזה הולם הן את המטרה החשובה של השבת המצב של הניזוק לקדמותו (שבבסיסה הגישה של צדק מתקן) והן את מטרת ההרתעה.<sup>25</sup> אפשרות אחרת במסגרת גישה זו היא שהמזיק ישלם לניזוק פיצויים מלאים והניזוק ישפה את המיטיב בגובה ההטבה שקיבל ממנו (מתוך סכום הפיצוי הנזיקי שהוא קיבל מהמזיק). על-פי גישה זו, בין שבוחרים באפשרות הראשונה ובין שבוחרים באפשרות השנייה, המיטיב זוכה בהשבת ההטבה, וזהו מסר חברתי חשוב, שכן יש בו כדי לעודד עזרה הדדית, שהיא ערך חברתי חשוב.

### 3. ניכוי כספי פנסיה?

מנקודת־מבט ספציפית יותר, הסוגיה מושא מאמר זה מתייחסת למעמדן של קרנות פנסיה כמיטיבות ולזכותן לתבוע השבה בגין ההטבה שהן העניקו לניזוק. כפי שצינו לעיל, המשפט הישראלי מאפשר באופן עקרוני למיטיבה לתבוע השבה מהמזיק בגין ההטבה שהיא העניקה לניזוק. גישה זו מוסדרת בחוק לתיקון דיני הניזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף), הקובע בסעיף 2 כי "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". אבל סעיף 4 לחוק קובע סייג שלפיו "אם היה המיטיב תאגיד העוסק בעסקי ביטוח – למעט

24 ראו, למשל, חוק לתיקון דיני הניזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964.

25 השופטת פרוקציה היטיבה לסכם את מערכת היחסים המאוזנת והראויה בין שלושת הצדדים: "הניזוק יקבל את הטבת נזקו בשיעור נזקו הממשי ולא למעלה מכך; המיטיב יקבל מהמזיק שיפוי של סכום ההטבה שהעניק לניזוק, אך זאת – בגבולות אחריותו של המזיק ולא למעלה ממנה; ואילו המזיק יישא בחובת פיצוי כוללת על הנזק הממשי שגרם לניזוק ולא מעבר לכך וישפה את המיטיב רק עד לגבולות אחריותו ולא מעבר לה". ראו ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 189 (2011) (ההדגשות במקור).

תאגיד המבטח את חבריו בלבד – ופעל לפי חוזה ביטוח עם הניזוק או המוטב, לא יהיה זכאי להיפרע לפי חוק זה...<sup>26</sup>

כלומר, קריאה של סעיפי החוק הזה יחד עם קריאה של סעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הניזוקין, שהוצגו לעיל, מעלה שאלה מורכבת. כעיקרון, בעת פסיקת פיצוי בגין נזקי גוף יש להתחשב בהטבה שהעניק צד שלישי כמיטיב, שכן המיטיב רשאי לתבוע את המזיק להשבת ההטבה שהיטיב. אבל לעיקרון זה יש חריג החוסם את תביעת המיטיב, וזאת כאשר ההטבה מבוססת על חוזה ביטוח. לכן, לנוכח העיקרון והחריג שנקבעו בחקיקה, עולה השאלה אם כספים המגיעים מקרן פנסיה לעובד עם פרישתו, או לקרובי־משפחתו עם מותו, מוגדרים הטבה המגיעה מחוזה ביטוח. הכרעה בשאלה זו תיתן מענה הן לשאלה בדבר האפשרות לקבל שיפוי מהמזיק (כלומר, בדבר זכותה של קרן הפנסיה לתבוע את המזיק על הכספים שהיא כבר שילמה לניזוק) והן לשאלה בדבר האפשרות של המזיק לנכות את כספי הפנסיה מהפיצוי הניזוקי במצב שבו קרן הפנסיה טרם תבעה אותו בגין הכספים שהיא כבר שילמה לניזוק (לנוכח האפשרות שהמזיק יצטרך לשלם למיטיב את הסכום שהלה שילם לניזוק).<sup>27</sup>

נבחר את הסוגיה המשפטית באמצעות דוגמה כללית. נניח כי הנזק שנגרם לניזוק באירוע מסוים הוא 10 ש"ח. בגין נזק זה מוטלת אחריות על המזיק לפצות את הניזוק בסכום זה. בהמשך לכך נניח כי ההטבה שהמיטיב משלם לניזוק בגין אירוע הנזק היא 4 ש"ח. אם ניישם את הגישה השלישית (המאפשרת שיפוי וניכוי), הניזוק יקבל 6 ש"ח מהמזיק (מכיוון שהוא כבר קיבל 4 ש"ח בגין הנזק מהמיטיב). על־פי הלכה זו, המזיק נהנה מההטבה, שכן במקום לשלם 10 ש"ח הוא משלם 6 ש"ח בלבד. במצב כזה יוכל המיטיב לתבוע את ההטבה ששילם לניזוק מהמזיק. במצב מיטבי, המזיק ישלם את כל הנזק שהוא אחראי לו (10 ש"ח) באופן הבא – 6 ש"ח בגין תביעת הניזוק ו-4 ש"ח בגין תביעת המיטיב; הניזוק יקבל את מלוא נזקו; והמיטיב יקבל בחזרה את מלוא ההטבה שהיטיב. לעומת זאת, אם לא נתחשב בהטבה ולא נאפשר שיפוי וניכוי, נאמץ למעשה את הגישה הראשונה לעיל: המזיק ישלם לניזוק בגין מלוא הנזק שהוא גרם, קרי 10 ש"ח, והניזוק יקבל מהמיטיב גם את ההטבה בסך 4 ש"ח. המזיק לא יוכל

26 אולם הסיפה של סעיף זה קובעת כי "אין בהוראה זו כדי לגרוע מזכותו [של המיטיב] לפי חוק אחר".

27 משמעות המונח "ניכוי" בהקשר זה היא שהמזיק יפחית מסכום הפיצוי שהוא אמור לשלם לניזוק את הסכום שהוא עתיד לשלם לקרן הפנסיה, כמי שכבר שילמה את ההטבה לניזוק, כלומר, כבר העבירה לו את כספי הפנסיה המגיעים לו.

להתחשב בהטבה ולנכותה מסכום הפיצוי שהוא משלם לניזוק. נוסף על כך, במצב כזה לא נאפשר למיטיב לתבוע את המזיק, שכן הלה כבר שילם את מלוא הנזק שהוא גרם לניזוק באירוע הנזיקי. התוצאה של הלכה משפטית כזו תהיה שהניזוק "הרוויח" מנזקו, שכן מעבר לפיצוי מלא, שמחזיר את מצבו לקדמותו (10 ש"ח), הוא מקבל גם הטבה בשווי 4 ש"ח. הסוגיה המשפטית העומדת בבסיס מאמר זה היא איזו הלכה משפטית יש להעדיף ככל שמדובר בכספי פנסיה – זו המאפשרת התחשבות בהטבה (כספי הפנסיה) בעת תשלום הפיצוי או זו שאינה מאפשרת זאת. כרקע למאמר זה, המתמקד בכספי הפנסיה, ניתן לעשות שימוש בפסק-הדין המרכזי שקבע את ההלכה בנושא – פסק-הדין בעניין אנוך.<sup>28</sup> באותו מקרה נהרג המנוח בתאונת-דרכים, ואלמנתו ושני ילדיו הגישו תביעה על בסיס חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: חוק הפלת"ד). המנוח היה חבר בקרן הפנסיה מקפת. הסוגיה שנדונה הייתה אם מקפת יכולה לתבוע השבה של כספי פנסיה שהיא שילמה, אשר הוערכו בסך של כ-187,000 ש"ח, מחברת הביטוח שאמורה לשלם את הפיצויים בגין תאונת-הדרכים. השאלה המשפטית בהקשר זה הייתה אם החוזה שבין המנוח למקפת הוא חוזה ביטוח, שאז אין לנכות את הסכומים שמגיעים על-פיו לאלמנת המנוח ולילדיו מסכום הפיצוי הנזיקי (וגם אין להעניק למקפת זכות שיפוי כלפי חברת הביטוח שאמורה לפצות בגין תאונת-הדרכים), או שמא מדובר בהסדר פנסיוני, שאז ניתן לנכות את כספי הפנסיה מסכום הפיצוי (ויש להעניק למקפת זכות שיפוי מחברת הביטוח שמפצה בגין תאונת-הדרכים).<sup>29</sup>

נפנה כעת לסקור ולנתח את המצב המשפטי השורר כיום בדיני הנזיקין בסוגיה האמורה.

28 עניין אנוך, לעיל ה"ש 7.

29 ע"א (מחוזי ת"א) 1367/06 אנוך נ' מקפת החדשה – ניהול קרנות פנסיה ותגמולים (נבו) 2.9.2009.

## ב. עמדתה של הפסיקה בישראל ומשמעויותיה

### 1. העמדה בעבר עד פסק-הדין בעניין אנוך

עד לפסק-הדין בעניין אנוך קבע בית-המשפט העליון בשורה של פסקי-דין כי יש לנכות תשלומי פנסיה המשתלמים לתלוייו של מנוח שנפטר בעוולה מהפיצויים המגיעים להם.<sup>30</sup> השאלה כיצד מוגדרים תשלומי פנסיה חודשיים נדונה לראשונה בפסק-הדין בעניין בידה.<sup>31</sup> בפסק-דין זה העלו השופטים טיעונים שיש בהם כדי להוביל להכרה בפנסיה כחווה ביטוח (ומכאן למסקנה שאי-אפשר לנכות את תשלומי הפנסיה). כך, נשמעה הטענה כי החברות בקרן פנסיה היא לפי התקשרות חוזית, "וכמו ההתקשרות עם חברת ביטוח יש בה היסוד של ביטוח".<sup>32</sup> עם זאת, בסופו של דבר קבע בית-המשפט העליון כי אין לסווג תשלומי פנסיה כתשלומים המגיעים על-פי חווה ביטוח, וזאת מטעמים של יציבות ההלכה – הן ביחס לפסקי-דין קודמים שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון והן ביחס למשפט האנגלי שחל בתקופה שבה נחקקה פקודת הנזיקין.

על ההלכה בעניין בידה חזר בית-המשפט העליון גם בעניין פלאצי.<sup>33</sup> באותו עניין נדונה השאלה אם יש להבחין בין פנסיה תקציבית המגיעה מקרן פנסיה ותיקה לבין פנסיה המגיעה מחברת ביטוח, כך שזו האחרונה תיחשב חווה ביטוח.<sup>34</sup> בית-המשפט העליון קבע כי הבחנה מעין זו תסטה מההלכה בעניין בידה. בעניין פלאצי נדונה גם שאלת זכאותו של המיטיב לשיפוי מהמזיק בגין תשלומי הפנסיה. נקבע כי תשלומי הפנסיה המשתלמים לתלויים עקב מות הניזוק הם בבחינת "תמיכה שניתנה למחייטם", ללא קשר למצבם הכלכלי ולמקורות ההכנסה האחרים שלהם. לכן מדובר בהטבת נזק כמשמעותה בחוק הטבת נזקי גוף, המקימה למיטיב זכות שיפוי כלפי המזיק.

תשעה חודשים בלבד לפני ששונתה ההלכה בסוגיה זו קבע שוב בית-המשפט העליון, בעניין עמיר,<sup>35</sup> כי ניתן לנכות את תשלומי הפנסיה מסכום הפיצויים שהניזוק

30 ראו, למשל, ע"א 158/65 פורוין נ' תעשית אבן וסיד בע"מ, פ"ד יט(2) 678 (1965).

31 ע"א 154/70 בידה נ' רובין, פ"ד כה(2) 43 (1971).

32 שם, בעמ' 47.

33 ע"א 331/75 "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פלאצי, פ"ד לב(1) 63 (1977).

34 פנסיה תקציבית היא פנסיה המבטיחה תשלום חודשי קבוע, בדרך-כלל בסך 70% משכרו של העובד. ראו פירוט בהמשך.

35 ע"א 7696/09 עמיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (נבו) 12.5.2011.

מקבל. באותו עניין נדונה מחלוקת לגבי תגמולים שקיבל העיזבון של המנוח באופן חד-פעמי מקרן הפנסיה. דובר בפנסיה תקציבית, כלומר, בקרן פנסיה ותיקה.<sup>36</sup> השופט עמית חזר על ההלכה בעניין בידה ועל הנימוק הבא, שאליו אנו מצטרפים: "ההצדקה העיקרית והמקובלת לניכוי תגמולי הפנסיה היא, שיש בכך כדי להשיב את מצב הניזוק לקדמותו אילולא העוולה ולא להיטיב מצבו מעבר לכך, בעוד שהרציונל שלא להנות את המזיק-המעוול הוא המשני בחשיבותו".<sup>37</sup>

יש לציין כי השופט ריבלין, אשר הפך את ההלכה הזו בפסק-הדין בעניין אנוך, היה חלק מחברי ההרכב בעניין עמיר, והסכים עם קביעתו של השופט עמית. אנו משערים כי הסיבה לכך היא שבעניין עמיר דובר בקרן פנסיה ותיקה, המעניקה פנסיה תקציבית, בעוד שבעניין אנוך דובר בקרן פנסיה חדשה, המעניקה פנסיה צוברת. השופט עמית פירט בהקשר זה בעניין עמיר: "ענייננו בקרן הפנסיה 'מבטחים', להבדיל מקרן הפנסיה 'מבטחים החדשה', ונקודת המוצא היא ש'מבטחים' הישנה אינה כחברת ביטוח רגילה...".<sup>38</sup>

תימוכין לסברה כי ההבדל בין הלכת עמיר להלכת אנוך נובע מסוג ההסדר הפנסיוני עולים מדבריו של השופט עמית בעניין עמיר, אשר דן, בין היתר, בפסק-הדין של נשיאת בית-המשפט המחוזי בחיפה השופטת גילאור בעניין מגדל.<sup>39</sup> בפסק-דין זה, אשר ניתן זמן קצר לפני פסק-הדין בעניין עמיר, נקבע כי יש לראות תשלומי פנסיה המשתלמים על-ידי קרן פנסיה חדשה כתשלומים המשתלמים לפי חוזה ביטוח, ולכן אי-אפשר לנכותם מסכום הפיצוי הנזיקי. בהתייחסו לקביעתה זו של השופטת גילאור בעניין מגדל מעיר השופט עמית בעניין עמיר כי ההצטרפות לקרן הפנסיה הוותיקה נעשתה על-פי הסכם קיבוצי ועל-פי מגזרים ענפיים, "ולא מכוח בחירתו האישית של העובד".<sup>40</sup> דברים אלו מובילים את השופט עמית לפסקה

36 ראו בהמשך על ההבדלים בין קרנות פנסיה ותיקות לקרנות פנסיה חדשות ועל משמעותם המשפטית בסוגיה שלפנינו.

37 עניין עמיר, לעיל ה"ש 35, בפס' 11. השופט עמית מתכוון בדבריו לכך שאם מתירים ניכוי של תשלומי הפנסיה, אזי המזיק משלם לניזוק במסגרת פסק-הדין רק חלק מהנזק שהוא גרם, ואילו את החלק שהמיטיב שילם ייתכן שהמזיק לא ישלם, אם המיטיב לא יתבע זאת ממנו בנפרד.

38 שם, בפס' 12.

39 ת"א (מחוזי חי') 22776-12-09 מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ ("הפול") (נבו 27.3.2011) (להלן: עניין מגדל).

40 עניין עמיר, לעיל ה"ש 35, בפס' 12. נעיר בשלב זה, ונפרט בהמשך, כי משנת 2008 – לאחר צו הרחבה לביטוח מקיף פנסיוני במשק לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, י"פ התשס"ח 1736 (להלן: צו הרחבה 2008) – זה בדיוק המצב בכל הקשור לקרנות הפנסיה החדשות ולביטוחי המנהלים. ההצטרפות אליהן היא חובה, וגם אם העובד אינו בוחר בקרן מסוימת, מחובתו של המעביד להפריש לו כספים לקרן פנסיה קיימת. מעבר לכך, במסגרת ההסדר

החשובה ביותר בפסק-דינו, לדעתנו: "...ביטוח בקרן-פנסיה הוא נפוץ ביותר, לעיתים אף בגדר חובה, ובכך דומה יותר לביטוח לאומי שאין חולק על ניכוי גימלאותיו מסכום הפיצויים. ענייננו במנוח שהיה שכיר, והוא ומעבידו הפרישו יחדיו סכומים לקרן הפנסיה, להבדיל מחברת ביטוח רגילה שרק העובד משלם דמי הפרמיה".<sup>41</sup>

חשוב להזכיר שוב כי השופט עמית כתב את הדברים האלה בתביעה שנגעה בקרן פנסיה ותיקה, ולא בקרן פנסיה חדשה או בביטוח מנהלים. בכך כמוכן נתלים התומכים כיום באי-ניכוי תשלומי הפנסיה ובאי-הענקת זכות שיפוי לקרנות. הם טוענים כי להבדיל מהקביעה בפסק-הדין בעניין עמיר, אי-אפשר לנכות את תשלומי הפנסיה כאשר מדובר בקרנות הפנסיה החדשות ובביטוחי המנהלים (כך נקבע בעניין אנוך). אבל לדעתנו, כפי שנבהיר בהמשך, מבחינה מהותית אין כל הבדל בין קרנות הפנסיה הוותיקות, מצד אחד, לבין קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים, מצד אחר, בכל הקשור לסוגיית הניכוי. יתר על כן, אם יש הבדל, הוא מטה את הכף דווקא לכיוון תמיכה בניכוי, ולא לשלילתו.

בהמשך לכך אנו סבורים כי הציטוט האחרון מדבריו של השופט עמית בעניין עמיר מצביע על תפיסה עקרונית הרואה את הזכות לפנסיה ואת תשלומי הפנסיה כזכות סוציאלית וכחלק ממדיניות הביטחון הסוציאלי המתקיימת בישראל (ומיושמת בעיקר על-ידי המוסד לביטוח לאומי). הסיבה לזהות שבין קרן הפנסיה הוותיקה לבין המוסד לביטוח לאומי נובעת, לפחות לפי חלק משופטי בית-המשפט העליון, מכך שבשני המקרים העובד והמעביד מפרישים יחד, והם עושים זאת מכוח חובה חוקית, ולא מיוזמתם, בעוד בחוזה ביטוח פרטי רק המבוטח משלם בעבור הביטוח שרכש, והוא עושה זאת מיוזמתו – "בזיעת אפו' ובאופן וולונטרי".<sup>42</sup>

שנקבע בצו ההרחבה, הן העובד והן המעביד מפרישים לקרן הפנסיה, והפרשות המעביד אף גבוהות מאלה של העובד. השיעור שנקבע להפרשות אלו אינו נתון לשיקול-דעתם של העובד או המעביד.

41 עניין עמיר, לעיל ה"ש 35, בפס' 12. נדייק את דבריו של השופט עמית. ביטוח בקרן פנסיה הוא חובה כבר משנת 2008. נוסף על כך, ההפרשות לפנסיה, שעודכנו לאחרונה בשנת 2017, מגיעות הן מהעובד (6% משכרו) והן מהמעביד (6.5% לפנסיה ו-6% לפיצויי פיטורין). מכאן ניתן לטעון כי למעשה אין כל הבדל בין ההסדר הפנסיוני הישן, המסדיר את החיסכון הפנסיוני בקרנות הוותיקות (אשר את תשלומיהן ניתן לנכות, לפי פסיקתו של בית-המשפט העליון בעניין עמיר), לבין ההסדר החדש, המסדיר את החיסכון הפנסיוני בקרנות הפנסיה החדשות ובחברות הביטוח המנהלות ביטוחי מנהלים (אשר את תשלומיהן אי-אפשר לנכות, לפי הקביעה בעניין אנוך). נדון בכך בהמשך.

42 ע"א 4431/17 פלוני נ' פלוני, פס' 49 לפסק-הדין של השופטת וילנר (נבו 3.10.2019). ראו גם עניין עמיר, לעיל ה"ש 35, בפס' 12.

נעצור את הדיון כאן ונדגיש: אף ההסדר הקיים כיום בישראל, קרי באמצעות קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים המנוהלים על-ידי חברות הביטוח המסחריות, מבוסס על יחסי עובד-מעביד ועל ההפרשות ששניהם מעבירים.<sup>43</sup> מעבר לכך, הפרשות המעביד אף גבוהות מהפרשות העובד.<sup>44</sup> לנוכח זאת, וכפי שנטען בהמשך, לא היה מקום לשינוי בהלכת הניכוי שנקבעה בעניין בידה ואשר שררה עד פסק-הדין בעניין אנוך. לפיכך יש להחזיר לדעתנו את הגלגל אחורנית ולהשיב על כנו את כלל הניכוי.

### הלכת אנוך

בפסק-הדין בעניין אנוך נקבע כי יש לראות תשלומי פנסיה כסכומים המגיעים על-פי חוזה ביטוח, ולכן, על-פי סעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הנזיקין, אי-אפשר לנכותם מהפיצויים שהמזיק משלם לניזוק.<sup>45</sup> בבסיס ההנמקה של בית-המשפט העליון עומדת הקביעה כי מדובר בהסדר של קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים (בניגוד להסדר הפנסיוני הישן, שכלל את קרנות הפנסיה הוותיקות),<sup>46</sup> וכי המאפיינים של אלה דומים למאפיינים של ביטוח פרטי ואישי שאדם עורך מול חברת ביטוח מסחרית.<sup>47</sup> בהמשך לכך, ובהקשר של הסוגיה שלפנינו, ניתן לטעון כי עריכת ביטוח פרטי נובעת מהחלטה חופשית ועצמאית של אדם להקדיש חלק מהונו – זה שהוא צבר או זה שהוא צובר באופן רציף ומתמשך – לחיסכון שהוא יזדקק לו בעתיד או לביטוח, שאף לו הוא עשוי להזדקק בעתיד. לנוכח זאת, כך ניתן לטעון, אין להתחשב בתשלומים מאותו ביטוח פרטי בעת פסיקת פיצוי נזיקי, שכן המזיק אינו אמור ליהנות מפירות החלטה האישית הקודמת של הניזוק לדאוג לעתידו. בניגוד לכך, כאשר מדובר בזכות סוציאלית שהחוק מעניק לכל אזרח ותושב ללא קשר למצבם הכלכלי ולהחלטותיהם האישיות, יהיה מוצדק להתחשב בתשלומים המתקבלים מכוחה בעת פסיקת הפיצוי הנזיקי. במצב כזה המזיק אינו נהנה מפירות החלטה אישית קודמת של הניזוק, אלא מהמצב הכללי בשוק העבודה הישראלי. השופט ריבלין, אשר כתב את פסק-הדין בעניין אנוך, ביסס את פסיקתו על שלושה מאפיינים. המאפיין הראשון הוא שמטרת ההצטרפות לקרן הפנסיה היא

43 ראו דיון נרחב בכך בהמשך.

44 ראו דיון בהמשך.

45 עניין אנוך, לעיל ה"ש 7.

46 שם, בפס' 15.

47 שם, בפס' 16.

ביטוח מפני התממשות של שלושה סיכונים – זְקָנָה, נכות ומוות.<sup>48</sup> תמורת ביטוח מפני סיכונים אלו הפרט משלם תשלומים לקרן פנסיה חדשה או לביטוח מנהלים, ובכך נוצר קשר ישיר בין התשלום לבין זכותו לקבל קצבה ממקורות אלו.<sup>49</sup> המאפיין השני הוא שלפרט המעוניין בקרן פנסיה יש חופש בחירה באשר לזהות הקרן, למסלול המועדף עליו ולגובה ההפרשות לקרן (זאת, בניגוד לעבר, כאשר דובר בקרנות הפנסיה הוותיקות, שהיו תקציביות).<sup>50</sup> המאפיין השלישי הוא שעל קרנות הפנסיה החדשות (ובהקשר זה גם על חברות הביטוח המנהלות את ביטוחי המנהלים) מוטלת חובה לנהל את הקרן תוך שמירה על איזון אקטוארי, כדי לא להיקלע לגירעון.<sup>51</sup>

השופט ריבלין קבע כי באופן עקרוני קרנות הפנסיה החדשות הן בעלות שלושת המאפיינים האלה.<sup>52</sup> אומנם, הוא מכיר בכך שהסדרים הפנסיוניים הקיימים כיום, בדמות קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים, אינם זהים במאפייניהם לחוזי ביטוח אישי, וכי יש להם מאפיינים סוציאליים, אבל לגישתו המאפיינים הביטוחיים דומיננטיים במידה כזו שקרנות הפנסיה החדשות נופלות תחת הכלל הקבוע בסעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הנזיקין, ולפיכך אין לנכות את תשלומיהן.<sup>53</sup>

48 ביטוי מוקדם יותר לעמדה שהסדרי הפנסיה החדשים הם ביטוחיים, ולכן אינם מאפשרים ניכוי מהפיצוי הנזיקי, נתן השופט ריבלין בפסק-הדין בעניין אטיאס, שניתן עוד קודם לפסק-הדין בעניין עמיר. ראו ע"א 8181/06 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון אטיאס (נבו) 21.1.2010). בפסק-דין זה אישר השופט ריבלין את קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי אין לנכות את תשלומי הפנסיה. כך כתב השופט ריבלין שם, בפס' 16: "ניתן גם להטיל ספק בנכונות ההנחה היסודית, שלפיה קיים תמיד הבדל משמעותי בין ביטוח לבין תשלומי פנסיה המשתלמים כאשר מתממש סיכון של אובדן כושר השתכרות או פטירה. בשני המקרים מדובר תכופות בחווה וולונטרי, שבו משלם המבוטח פרמיה לשם הבטחת עתידו ועתיד משפחתו במקרה של אובדן כושר השתכרות או פטירה".

49 ראו עניין אנוך, לעיל ה"ש 7, בפס' 23.

50 שם, בפס' 16, כותב השופט ריבלין: "אופי ההצטרפות לקרנות הפנסיה החדשות הוא שונה – ונעשה על בסיס אינדיבידואלי. כך, זכאי כל אדם לבחור לעצמו את קרן הפנסיה שאליה הוא חפץ להצטרף וכן לבחור מסלול פנסיוני המתאים לו".

51 שם, בפס' 19, כותב השופט ריבלין: "...הקרן מנוהלת לפי עקרונות אקטואריים ולא סוציאליים, בדומה לאופיו של ביטוח טיפוסי. כך למשל, מחויבת הקרן לשמור על איזון אקטוארי בין היתר באמצעות קביעת דמי סיכון מתאימים".

52 השופטת גילאור מציגה עמדה דומה. ראו עניין מגדל, לעיל ה"ש 39, בפס' 35.

53 כך כותב השופט ריבלין בעניין אנוך, לעיל ה"ש 7, בפס' 21: "...אין מקום לייחס לקרן הפנסיה עצמה מטרות סוציאליות המייחדות אותה מהסדרים ביטוחיים טיפוסיים. אמנם אין בכך כדי לומר כי מבחינה חברתית כוללת אין יתרונות סוציאליים בעידוד החיסכון הפנסיוני; אלא שבכך אין כדי להפוך את קרן הפנסיה עצמה לגוף סוציאלי". לכן מסקנתו הסופית – שם, בפס' 26 –



לבסוף, אחד הנימוקים המרכזיים שהובילו את השופט ריבלין לקביעה כי תשלומים מקרן פנסיה חדשה אינם ניתנים לניכוי היה זה:

"הן פנסיית הזקנה הן פנסיות הנכות או השארים משולמות עקב הפקדת כספי העמית (המשמשים כאמור לחיסכון ולהפרשת פרמיית סיכון ודמי ניהול), ובכך הן פרי דאגתו המוקדמת של העמית. תשלומי הפנסיה שיקבל העמית קשורים באופן ישיר ליתרה הצבורה לזכותו, המורכבת מן ההפרשות שהפריש העמית (ולעיתים גם מעבידו) לקרן, בתוספת התשואה שנצברה עליהן ובניכוי דמי הניהול... על-כן, ובדומה לתשלומי ביטוח טיפוסיים, אין המדובר ב'הטבה' במובנה הרגיל. העמית רכש, באמצעות הפרשת כספים לקרן, את הזכות לקבל תשלומים מאת הקרן אם יתמש אחד הסיכונים של זקנה, נכות או מוות".<sup>54</sup>

לדעתנו, עמדה עקרונית זו אינה נכונה בבסיסה, שכן כבר יותר מעשור ההפרשות לקרן פנסיה הן חובה המוטלת הן על המעביד והן על העובד. לכן אין מדובר בביטוח שאדם רוכש נגד סיכונים שונים שעלולים להתרחש, ואף אין מדובר בהחלטה עצמאית של הניזוק-העמית לרכוש ביטוח נגד "סיכון" של זקנה, אלא בחובה שהעובד אינו רשאי לא לקיימה. נרחיב על כך בהמשך.<sup>55</sup>

נוסף על כך, איננו מסכימים עם עמדתו של השופט ריבלין בפסק-הדין בעניין אנוך באשר למאפיינים המרכזיים של קרנות הפנסיה החדשות. לדעתנו, ההדגשים של השופט ריבלין אינם משכנעים, במיוחד לאחר שמנתחים את הסיבות והמציאות שהניעו את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לשנות את שוק הביטוח הפנסיוני בישראל.

באשר למאפיין הראשון, ניתן לטעון כי גם הסכומים המופרשים מכספי העובד למוסד לביטוח לאומי נועדו "לבטח" את הפרט מפני זקנה, נכות ומוות. סעיף 332 לחוק הביטוח הלאומי קובע כי "לענין סעיף 86 לפקודת הניזוקין רואים גמלה כזכות הנובעת מחוזה".<sup>56</sup> נוסף על כך, בדומה לקרן פנסיה חדשה ולביטוח מנהלים, גם

היא כי "כנקודת מוצא יש לראות בתשלומים מקרן פנסיה מקיפה חדשה, תשלומים לפי חוזה ביטוח, כמשמעותם בסעיפים 81 ו-86 לפקודת הניזוקין".

54 שם, בפס' 23.

55 ראו להלן בתת-פרק ג' למאמר.

56 מעניין שאף-על-פי שס' 332 האמור מגדיר גמלאות המשולמות לניזוק-המבוטח כתגמולי ביטוח לצורך ס' 86 לפקודת הניזוקין, תגמולי המוסד לביטוח לאומי מנוכחים מפיצוי המשולם לניזוק על-ידי המזיק. לכאורה, אילו יושם ס' 332 כלשונו, תגמולי המוסד לביטוח לאומי לא היו

ההפרשות למוסד לביטוח לאומי נעשות במשותף על-ידי העובד והמעביד, וכל אחד מהם משלם סכום הנגזר משכר העובד. קיימות מגבלות בדין על שיעורי ההפרשות וסכומי ההפרשות הן לביטוח הלאומי והן לקרן פנסיה. לכן, אם בחר בית-המשפט העליון להדגיש היבט זה, היה עליו להדגיש דווקא את הזהות בין השניים, ולהגיע למסקנה כי מכיוון שניתן לנכות מהפיצויים לניזוק את הגמלאות שהמוסד לביטוח לאומי משלם,<sup>57</sup> יש לנכות גם את תשלומי הפנסיה, וזאת, כאמור, מכיוון ששני סוגי התשלומים נובעים מההכרה של המדינה בצורך להגן על הביטחון הסוציאלי של האדם, ומטרתם זהה – הגנה על רווחת הניזוק.

נוסף על כך, כפי שנרחיב בהמשך, הרכיב המרכזי של קרן הפנסיה או ביטוח המנהלים הוא הבטחה של המשך קבלת הכנסה חודשית עם יציאתו של הפרט העובד לגמלאות. למעשה, תשלומי הפנסיה מתחילים בנקודה שבה נפסקים התשלומים של שכר העבודה לאדם, ותפקידם זהה. בלשון בית-המשפט העליון, "תשלומי הפנסיה הם שכרו של הגמלאי".<sup>58</sup> לכן, לדעתנו, מבחינה רעיונית אין כאן רכישה של ביטוח מפני התממשות הסיכון של זקנה, אלא הסדרה שנועדה להבטיח שהפרט ימשיך לקבל הכנסה המבוססת על שכרו בשנות עבודתו גם כאשר הוא אינו עובד עוד. אם אנו צודקים בטיעון זה, אזי העדר האפשרות לנכות את כספי הפנסיה מכספי הפיצוי הנזיקי מוביל למצב של כפל פיצוי.<sup>59</sup>

התפיסה של השופט ריבלין, הרואה בהגעה לגיל זקנה משום סיכון שמתממש לגבי חלק מהפרטים בחברה, לא רק שולחת מסר שלילי מבחינה חברתית, כאילו

מנוכים מהפיצוי. הפסיקה דנה בסתירה זו, שקיימת גם בחוקים נוספים. לדיון ראו אליעזר ריבלין תאונת הדרכים: תחולת החוק, סדרי דין וחישוב הפיצויים 1030 (מהדורה רביעית 2011).

57 האפשרות לנכות את תשלומי המוסד לביטוח לאומי מהפיצוי הנזיקי נקבעה בס' 328 לחוק הביטוח הלאומי.

58 רע"א 5585/05 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' מן, פס' 11 (נבו 2006.8.6).

59 ניתן לטעון כי מצב של כפל פיצוי ייתכן גם כאשר אדם רכש פוליסת ביטוח תאונות אישיות, אשר תזכה אותו בתגמולי ביטוח בהתקיים האירוע שבגיניו נערך הביטוח. אבל ביטוח כזה אינו חלק מהפיצוי הנזיקי שאנו מדברים עליו, המוטל בגין הטלת אחריות על המזיק לנזקו של הניזוק. במסגרת הטיעון כאן, המזיק הנושא באחריות לגרימת הנזק מפצה את הניזוק על אובדן כושר השתכרות עתידי, כלומר על שכרו העתידי, אשר כולל, לגבי כל השכירים במשק (וכיום גם לגבי כל העצמאים), הפרשות לקרן פנסיה. במסגרת דיני הנזיקין, כפי שפירטנו בקצרה בחלק הקודם וכפי שנעמיק בכך בהמשך, העיקרון הוא הענקת פיצוי המחזיר את מצבו של הניזוק לקדמותו, ולא מעבר לכך. לכן, אם הניזוק מקבל מקרן הפנסיה את תגמולי הפנסיה בשל התאונה, אזי אין צורך להטיל על המזיק לשלם סכומים אלו, שכן הם יעמדו בסתירה לעקרון-העל בדיני הנזיקין. ככל שיש הסדר פרטי לניזוק שאינו מושתת על אחריות נזיקית, אלא על עצם התרחשותו של אירוע ביטוחי מסוים, אין לכך רלוונטיות מבחינת דיני הנזיקין, ולא יראו זאת ככפל פיצוי בדיני נזיקין.

היציאה לגמלאות והחיים בשנות הפנסיה הם סיכון שיש לבטח מפניו, אלא אינה נכונה מבחינה תפיסתית ומהותית. מדוע? הסדר הפנסיה כולל הן מרכיב ביטוחי בכל הקשור לרכיבי הנכות והמוות, המהווים שני סיכונים המונעים את הגעתו של אדם לגיל פנסיה ולקבלת תשלומי פנסיה מלאים, והן מרכיב של חיסכון, המתבטא בקבלת תשלומי הפנסיה עצמם (גמלת הפנסיה). מרכיב חסכוני זה אינו משקף ביטוח מפני סיכון, ולכן אינו יכול להיות מוגדר מבחינה מהותית ותפיסתית כביטוח.<sup>60</sup> אם עמדתו זו נכונה, אזי אי-אפשר לקבל את עמדתו של השופט ריבלין.<sup>61</sup>

באשר למאפיין השני, אפשרות הבחירה שקיימת בהסדר הפנסיוני החדש, ואשר לא הייתה קיימת בעבר, אינה אמיתית במהותה ומוגבלת מאוד. למעשה, היא אינה שונה מההסדר הפנסיוני הישן של קרנות הפנסיה הוותיקות, שגם לגביהן לא הייתה לעובד אפשרות בחירה.<sup>62</sup> חשוב לציין כי הסיבה למתן האפשרות לעובד לבחור בקרן הפנסיה שהוא מעוניין בה לא נבעה מהרצון לשנות את התפיסה של הזכות לפנסיה כזכות סוציאלית, אלא דווקא מהרצון לחזקה.<sup>63</sup> יש אף הסבורים כי ההסדר הפנסיוני החדש של קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים דווקא פגע למעשה באוטונומיה של העובדים, ולא העצים את חופש הבחירה שלהם. כך, למשל, כתב מסינג במאמרו: "במהלך שנת 2007 החל מהלך של חיוב בחיסכון פנסיוני של ציבור השכירים בישראל. מדובר במהלך מרחיק לכת מבחינת הפגיעה באוטונומיה של

60 המונח "סיכון" משקף מצב של חוסר ודאות, של סיכוי להפסד, לכישלון או לנזק. הואיל וזקנה היא ודאית, למעט במקרים של פטירה מוקדמת, אי-אפשר לומר שניתן לקנות ביטוח לזקנה, שכן הגדרת-היסוד של פוליסת ביטוח היא ביטוח של סיכון, ולא של נזק ודאי. ראו ירון אליאס דיני ביטוח 9, פס' 1.10–1.11 (מהדורה שנייה 2009). עצם הזקנה, כשלעצמה, אינה אפוא סיכון, בוודאי לא במובנו הביטוחי. מישור אחר הוא מישור תפיסתי: האומנם שכבת הגיל המכונה "הגיל השלישי" רואה את עצמה כמי שזקנתה היא סיכון שהתממש? ראו בהקשר זה מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 173 (התשע"א).

61 ניתן לטעון שגם ביטוח חיים כולל הן רכיב של חיסכון והן רכיב של ביטוח מפני סיכון, ואם את הכספים המגיעים מביטוח חיים אי-אפשר לנכות מהפיצוי הנזיקי המגיע לניזוק, אזי באותו אופן אי-אפשר לנכות גם את תגמולי הפנסיה. אבל יש הבדל משמעותי בין השניים: אדם אינו מחויב לרכוש ביטוח חיים: ירצה – ירכוש; לא ירצה – לא ירכוש. בניגוד לכך, הפרשה לקרן פנסיה אינה נתונה כאמור להחלטתו של הניזוק. הוא מחויב לכך, כביטוי של זכות סוציאלית שהמחוקק מעניק לכל אזרח ותושב.

62 הפנסיה התקציבית ניתנה לעובדים רק כאשר סעיף חוק, צו הרחבה, הסכם קיבוצי או חוזה אישי אפשרו זאת, והיא ניתנה בעיקר לעובדים בשירות הציבורי. כלומר, לא ניתנה אפשרות בחירה. הפרשות לקרנות הפנסיה הוותיקות הגיעו בעיקר מהמעביד, אבל לעיתים גם מהעובד. ראו לילך לוריא "מיצוי זכויות פנסיוניות" חוקים ח 169, ה"ש 10 ו-11 והטקסט המפנה אליהן (2016).

63 שם, בעמ' 172–173.

הפרט ובחופש הבחירה שלו באשר לחיובם של פרטים – בשלב זה כלל העובדים והמעבידים בישראל – לחסוך לגיל פרישה...<sup>64</sup>.

חשוב לציין, כפי שפירטנו לעיל, כי יצירת ההסדר הפנסיוני החדש והקמתן של קרנות הפנסיה החדשות היו תוצר של משבר כספי שאליו נקלעו קרנות הפנסיה הוותיקות.<sup>65</sup> כלקח מאותו משבר גם נדרשו קרנות הפנסיה החדשות שהוקמו לקיים איזון אקטוארי בצורה מתמדת. בכך אומנם נפגעה ודאותו של הפרט העובד שעם יציאתו לגמלאות הוא יקבל סכום ידוע מראש (למשל, 70% משכר עבודתו, כפי שהובטח בקרנות הפנסיה הוותיקות). אולם הכוונה הייתה לוודא שהקרנות החדשות או חברות הביטוח המנהלות את ביטוחי המנהלים יעמדו בהתחייבויותיהן, וכך תמומש זכותן הסוציאלית של הפרט העובד לפנסיה.<sup>66</sup> נוסף על כך, מתן החופש לפרט לבחור בקרן פנסיה או בביטוח מנהלים מתוך כמה חברות מסחריות נעשה, להערכתנו, גם על בסיס השינויים המשמעותיים שחלו בחברה הישראלית, אשר שיקפו ככלל שימת דגש בחופש הבחירה של הפרט בכל תחומי החיים, בוודאי בתחום כה חשוב כביטחון סוציאלי והבטחת העתיד הכלכלי של הפרט. לכן ניתן לטעון כי מתן חופש הבחירה לאדם לבחור בקרן פנסיה מסוימת מדגיש דווקא את הכרתן של הרשויות המחוקקת והמבצעת בחשיבות שיש לביטוח הפנסיוני של האדם ואת הצורך בהתאמתה של זכות זו לנסיבות האישיות של כל אחד ואחת (במסגרת האפשרויות הקיימות בשוק).

באשר למאפיין השלישי, הדרישה לאיזון אקטוארי של קרנות הפנסיה החדשות אינה מעידה, לדעתנו, על שינוי תפיסתי ועל הפיכת הפנסיה לחוזה ביטוח. מאפיין זה הוא תוצאה – או לקח – של המשבר הכלכלי הגדול שאליו נקלעו קרנות הפנסיה הוותיקות בסוף שנות התשעים של המאה הקודמת ובתחילת העשור הראשון של שנות האלפיים.<sup>67</sup> הוספת הדרישה לאיזון אקטוארי, גם על-חשבון גובה התשלום החדודשי שיקבל האדם עם יציאתו לגמלאות, מדגישה, לדעתנו, את התפיסה שהזכות לפנסיה היא זכות סוציאלית חשובה, שיש לוודא כי יהיה אפשר לממשה בבוא היום, כאשר האדם יצא לגמלאות. דברים דומים נאמרו גם בהקשר של הבטחת איתנותו הפיננסית של המוסד לביטוח לאומי וההמלצות ליצור איזון אקטוארי גם בכל הקשור להתנהלותו של מוסד זה.<sup>68</sup>

64 אסי מסינג "פנסייה חובה" חוקים ט 121, 123 (2017).

65 לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 3-4.

66 מסינג, לעיל ה"ש 64, בעמ' 136. ראו גם לוריא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 174.

67 לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 3-4.

68 איתן ששינסקי ורחל זקן הבטחת האיתנות הפיננסית של הביטוח הלאומי (דוח מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020).

לסיום חלק זה ראוי לציין כי גלעד וסמט, המתייחסים לסוגיה מושא מאמר זה, אינם מבקרים את קביעותיו של השופט ריבלין בעניין אנוך, הגם שנקודת-מבטם העקרונית היא כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין אינו חוסם את האפשרות לשיפוי, וכי יש להעדיף מדיניות של ניכוי המבטאת את עקרון-העל של השבת המצב לקדמותו.<sup>69</sup> גלעד וסמט קיבלו את עמדתו של השופט ריבלין כי ההפרשות לפנסיה הן "כסף השייך למבוטח" ו"רכושו של העובד".<sup>70</sup> אנו רואים את הדברים אחרת. ראשית, ההפרשות לקרן פנסיה מגיעות גם מן המעביד (ולא רק משכר עבודתו של העובד), והפרשותיו אף גבוהות מאלה של העובד (6.5% מהמעביד ו-6% מהעובד). שנית, גם אם נקבל את ההגדרות האמורות של גלעד וסמט כי מדובר בכספי העובד, שאמורים לחזור אליו בנסיבות רלוונטיות (ולכן אין לנכותם), ניתן לתהות מה הבסיס להבחנה של גלעד וסמט בין תגמולי המוסד לביטוח לאומי, שאותם ניתן לנכות מסכום הפיצוי הנזיקי הנפסק לניזוק, לבין תשלומי הפנסיה. שני המנגנונים מחייבים את המעביד והעובד להעביר חלק משכרו הכולל של העובד לצד שלישי, שאמור להחזיר באבחה אחת את הסכומים האלה כאשר מתרחש אירוע שבגינו נוצר המנגנון ה"ביטוחי".

### 3. פסק-הדין הראשון (שבוטל) בפרשת יונה

לאחר פסק-הדין בעניין אנוך ניתן פסק-הדין הראשון בפרשת יונה.<sup>71</sup> פסק-דין זה ניתן בהרכב של דן יחיד (השופט עמית), וזו ככל הנראה הייתה הסיבה לביטולו ימים מספר לאחר שניתן. למרות זאת חשוב להתעכב עליו לנוכח ההתפתחויות שחלו לאחריו. באופן קונקרטי עסק פסק-הדין בשאלת ניכויים של תשלומי פנסיה שאירים שהחלו להשתלם לאלמנה של גמלאי צה"ל בהתאם לחוק שירות הקבע בצבא-ההגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985 (להלן: חוק גמלות צה"ל). דובר בתשלומים שהגיעו לה מכוח פנסיה תקציבית שקיבל הניזוק, אשר נהרג בתאונת-דרכים כאשר היה גמלאי של צה"ל.

ראשית, השופט עמית חוזר על קביעה קודמת שלפיה "פסיקת פיצוי לעיזבון בגין אובדן הכנסות מפנסיה אינה שונה מפסיקת פיצוי בגין אובדן הכנסה בתקופת העבודה עצמה".<sup>72</sup> כך, לגישתו של השופט עמית, תשלומי הפנסיה בתקופה שבה

69 גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 35-36.

70 שם, בעמ' 33.

71 רע"א 1659/21 יונה נ' כלל חברה לביטוח (אר"ש 30.9.2021) (להלן: עניין יונה 1). פסק-דין זה בוטל בהחלטה של השופט עמית מיום 11.10.2021.

72 דברים אלו נקבעו בע"א 3045/07 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' מאיר, פס' 11 (נבו 7.9.2010).

האדם נמצא בגמלאות זהים במהותם לשכר העבודה שהוא מקבל במהלך שנות עבודתו. עמדה זו עומדת בניגוד לעמדתו של השופט ריבלין בעניין אנוך, שלפיה תשלומי פנסיה הם תשלומי ביטוח בגין (סיכון של) זקנה.

שנית, השופט עמית משמר את ההלכה שהוא קבע בעניין עמיר,<sup>73</sup> שלפיה כאשר מדובר בפנסיה תקציבית, יש לנכות את התשלומים מכספי הפיצויים. למעשה, השופט עמית מקבע את המצב המשפטי הבא: כאשר מדובר בתשלומי פנסיה המגיעים מקרן פנסיה ותיקה המעניקה פנסיה תקציבית, ניתן לנכותם מהפיצוי (הלכת עמיר); ואילו כאשר מדובר בתשלומי פנסיה המגיעים מקרן פנסיה חדשה, אי-אפשר לנכותם מהפיצוי (הלכת אנוך).

כאשר בוחנים את דבריו של השופט עמית בפרשת יונה, ניתן להבחין כי הוא מדגיש את העדר הבחירה החופשית, ככל הנראה כדי שקביעתו תהלוך את ההלכה שקבע השופט ריבלין בעניין אנוך. השופט עמית כותב: "מדובר בפנסיה תקציבית המשולמת מאוצר המדינה, היא אינה תלויה ברצון העובד ואינה מותנית בניכוי שכרו".<sup>74</sup> לנוכח זאת עולה שוב השאלה אם ההבדלים בין שני סוגי ההסדרים האלה הם אכן מהותיים עד כדי כך שהם מחייבים כלל משפטי הפוך (ניכוי מול אי-ניכוי). אנו סבורים שלא. ההבדלים בין שני סוגי ההסדרים אינם מצדיקים כלל משפטי שונה. לדעתנו, המאפיין המשותף ששני ההסדרים האלה חולקים – העדר בחירה חופשית אם לקבל כספי פנסיה עם היציאה לגמלאות – מוביל אותנו למסקנה שכשם שיש לנכות תשלומים של פנסיה תקציבית, כך יש לנכות גם תשלומים של פנסיה צוברת וביטוחי מנהלים שנרכשו מכוח חובה שבדין.<sup>75</sup>

שלישית, עמדתו העקרונית של השופט עמית בסוגיה שלפנינו מוצגת על-ידי פרשת יונה בצורה ברורה, שאינה משתמעת לשני פנים. השופט עמית סבור כי יש לתת עדיפות לעקרון-העל של השבת המצב לקדמותו על כל הטיעונים והעקרונות הרלוונטיים האחרים. בלשונו, "יש לחזור לרציונל הבסיסי שעומד מאחורי הניכוי: השבת המצב לקדמותו ומניעת התעשרות של הניזוק מעבר לנזק שנגרם לו, בעוד שהרציונל לפיו אין ליהנות [צ"ל להנות] את המזיק מאי-החזרה של המיטיב, הוא הרציונל המשני".<sup>76</sup> נשאל כאן אנחנו: האין דברים אלו נכונים

73 עניין עמיר, לעיל ה"ש 35.

74 ראו עניין יונה 1, לעיל ה"ש 71, בפס' 15.

75 רק לשם המחשת הדברים, אם עובד חדש לא הודיע למעבידו אצל איזה גוף הוא מעוניין לנהל את תוכנית הפנסיה שלו, המעביד חייב לרכוש עבורו תוכנית באחת מקרנות הפנסיה המכונות "בררות-מחדל" (שזכו במכרז שקיים משרד האוצר).

76 עניין יונה 1, לעיל ה"ש 71, בפס' 10.

גם כאשר מדובר בתשלומי פנסיה על-פי ההסדר הפנסיוני החדש, של קרנות הפנסיה החדשות וביטוחי המנהלים!?

מה משמעות דבריו של השופט עמית? האם יש לתת עדיפות לעיקרון של השבת המצב לקדמותו, ולמעשה להוביל למצב שבו המזיק משלם פחות מנזקו אם המיטיב מחליט לא לתבוע השבה, או שמא יש לקבוע כלל שיבטיח כי המזיק ישלם את כל הנזק בהתאם להיקף האחריות שהוטל עליו, גם כאשר יש סיכוי שהניזוק יקבל יותר מכפי נזקו (במצב שבו תשלומי הפנסיה לאינם מנוכחים מהפיצויים ולמיטיב אין זכות השבה)? השופט עמית מציג עמדה חד-משמעית – מתן עדיפות לכלל של השבת המצב לקדמותו והימנעות מפיצוי-יתר של הניזוק, גם במחיר של העדר תביעת שיפוי מצד המיטיב.

בהקשר זה השופט עמית מדגיש מרכיב נוסף, והוא היחסים שבין המיטיב לבין המזיק. אחת הטענות שנדרונות בפסקי-הדין היא כי אי-הגשת תביעת השבה על-ידי קרן הפנסיה כמיטיבה נגד המזיק מאיינת את הטענה של המזיק כי יש לנכות את תשלומי הפנסיה או הופכת את טענתו זו ללא-רלוונטית. אבל השופט עמית מדגיש שתי נקודות חשובות, המשקפות את נקודת-המבט העקרונית שלו בנושא. על בסיס פסיקה קודמת הוא קובע כי מערכת היחסים שבין המיטיב למזיק אינה מעניינת של הניזוק.<sup>77</sup> כלומר, אפשרות הניכוי של התשלום שקיבל הניזוק מהמיטיב אינה תלויה בהכרח בסעיפי חוק שונים המאפשרים למיטיב לחזור למזיק בתביעת שיפוי, אלא היא קיימת "משום שהמקור לתשלום זה הוא במסים, או בהיטלים, שהניזוק והמזיק משלמים אותם כאזרחי המדינה".<sup>78</sup> במילים אחרות, הכלל המשפטי המכיר באפשרות הניכוי של תשלומי הפנסיה נובע מכך שמקורם הוא בתשלומים המוטלים על העובד והמעביד כתשלומי-חובה, ולא כחלק מחופש הבחירה של הפרט להיכנס להסכמים עם קרן פנסיה או חברת ביטוח מסחרית ולבטח את עצמו. דיון זה מוביל את השופט עמית לחזרה על קביעתו כי "ההצדקה העיקרית והמקובלת לניכוי תגמולי הפנסיה היא, שיש בכך כדי להשיב את מצב הניזוק לקדמותו אילולא העוולה ולא להיטיב את מצבו מעבר לכך, בעוד שהרציונל שלא להנות את המזיק-המעוול הוא המשני בחשיבותו".<sup>79</sup>

77 שם, בפס' 12.

78 שם, בפס' 13. דברים אלו הם למעשה ציטוט שהשופט עמית מביא בהסכמה מספרו של דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף 1389 (2003).

79 עניין יונה 1, לעיל ה"ש 71, בפס' 14. למרות כל זאת ניתן להקשות על טיעון נורמטיבי זה ולטעון כי את העיקרון של השבת המצב לקדמותו יש להבין כעיקרון הקובע גבול תחתון לפיצויים, ולא גבול עליון. לכן עיקרון זה "אדיש" למקרים שבהם התעשרות הניזוק נובעת מהטבה שניתנה לו על-ידי צד שלישי.

## 4. ההכרעה בפרשת יונה – האם זו המילה האחרונה?

לאחר שבוטל פסק-הדין של עמית בפרשת יונה,<sup>80</sup> פורסם ביולי 2022 פסק-הדין של בית-המשפט העליון באותה פרשה בהרכב רגיל של שלושה שופטים.<sup>81</sup> ההכרעה שלהם אימצה את הקו של השופט ריבלין בעניין אנוך.

הצורך בהכרעה שיפוטית בפרשת יונה נבע מסעיף 64 לחוק גמלות צה"ל, הקובע בסעיף-קטן (א) כי "היה המקרה שחייב את אוצר המדינה לתשלום גימלה לפי חוק זה משמש עילה גם לחייב צד שלישי בתשלום פיצויים לאותו זכאי לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], או לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, רשאי אוצר המדינה לתבוע מאותו צד שלישי פיצוי על גימלה ששילם או שהוא עתיד לשלמה, עד לגובה הפיצויים שחייב בהם הצד השלישי". בהמשך לכך, סעיף 64(ד) לאותו חוק קובע כי "לענין סעיף 86 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], רואים גימלה כזכות הנובעת מחוזה". נזכיר כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין קובע שכאשר פוסקים פיצוי בתביעה נזיקית, אין להתחשב בסכום ששולם או שמגיע לניזוק על-פי חוזה ביטוח. לנוכח זאת, המסקנה שאליה הגיע בית-המשפט העליון היא שאומנם הכלל הוא שלמדינה המשלמת את פנסיית השאירים יש זכות לתבוע שיפוי מחברת ביטוח שפיצתה ניזוק במסגרת תביעה על-פי חוק הפלת"ד או פקודת הנזיקין. אבל סעיף 64(ד) יוצר חריג לכלל זה, שכן על-פיו פנסיית שאירים נחשבת זכות שנובעת מחוזה, ולכן אי-אפשר לתבוע שיפוי בגינה, ובהמשך לכך אי-אפשר לנכותה מהפיצויים.

באופן מעמיק יותר, עמדתה של השופטת וילנר, שכתבה את פסק-הדין המרכזי, מבוססת על הכלל שאם לגורם שהיטיב את נזקו של הניזוק יש זכות לקבל שיפוי מהמזיק, כלומר לקבל מהמזיק את הסכומים ששילם לניזוק כדי לסייע לו להיטיב את מצבו, אזי יש למזיק זכות לנכות את הסכום הזה מסכום הפיצוי שהוא משלם לניזוק. כלומר, הזכות של המיטיב לשיפוי מקנה למזיק זכות לנכות. אם אין זכות לקבל שיפוי מהמזיק, אין לנכות את ההטבה מהניזוק.<sup>82</sup> טענה זו אינה הולמת בהכרח את עקרון-העל בדיני הנזיקין של השבת המצב לקדמותו, אבל יש לה הצדקה כאשר מתמקדים במזיק ובמיטיב (ולא בניזוק).

פסק-הדין השני בפרשת יונה מדגיש, אם כן, כי ההכרעה המרכזית היא בשאלה אם המיטיב זכאי לתבוע שיפוי מהמזיק. הכרעה בשאלה זו תשפיע על ההכרעה בשאלה אם ניתן לנכות את פנסיית השאירים, ואולי אף תכריע בה. אם

80 ככל הנראה מכיוון שהוא ניתן בשבתו של השופט עמית כדן יחיד, במקום במסגרת הרכב של שלושה שופטים.

81 עניין יונה 2, לעיל ה"ש 3.

82 השופטת וילנר מתמצתת זאת בקצרה: "אין שיפוי – אין ניכוי". שם, בפס' 18 לפסק-דינה.



נבקש להקיש מפסק-דין זה לעניין שלפנינו, נמצא כי במבט ראשון יש דמיון בין נסיבותיה של פרשת יונה לסוגיה מושא מאמר זה. כך, על-פי חוק הטבת נזקי גוף, קיימת למיטיב זכות שיפוי אלא אם כן מדובר בתשלומים המגיעים על-פי חוזה ביטוח, וכלל דומה קבוע בחוק גמלות צה"ל. אבל בעוד בחוק גמלות צה"ל מדובר בפנסיית שאירים, במרכז עיסוקנו במאמר זה הפנסיה המגיעה מקרנות הפנסיה החדשות ומחברות הביטוח. לכן טענתנו היא כי הקביעה בפסק-הדין השני בפרשת יונה כי למדינה אין זכות שיפוי אינה רלוונטית לנושא שלפנינו. השופטת וילנר מסכימה עם טיעון זה בשולי פסק-דינה. היא כותבת מפורשות כי ההכרעה בסוגיה שלפניה, קרי ניכוי פנסיית שאירים על-פי חוק גמלות צה"ל, שונה מהכרעה בשאלה אם יש לנכות את תשלומי הפנסיה שמגיעים מקרנות הפנסיה החדשות.<sup>83</sup> מכאן שההכרעה בפרשת יונה, אשר נהפכה לסופית בדיון הנוסף שהתקיים בו,<sup>84</sup> אינה מכריעה בשאלה הניצבת במרכזו של מאמר זה.

נסכם עד כאן. ההכרעה בפרשת יונה צירפה מאפיין נוסף (רביעי) לאלה שנקבעו על-ידי השופט ריבלין בהלכת אנוך, והוא הקשר שבין זכות השיפוי של המיטיב מהמזיק לבין זכות הניכוי של המזיק מהניזוק. מבחינה עקרונית, בית-המשפט העליון, בהכרעתו בפרשת יונה, מתמקד בנקודת-המבט של המזיק, כלומר, בעיקרון שלפיו על המזיק לשלם פיצוי המשקף את הנזק שהוא גרם לניזוק, ולא מעבר לכך. עיקרון זה תלוי בקיומו של מיטיב ובזכות של המיטיב לתבוע השבה. אם למיטיב יש זכות לתבוע השבה, אזי העיקרון שיחול הוא ניכוי, וזאת כדי למנוע מצב שבו ישלם המזיק יותר מהנזק שגרם. לכן, אם למיטיב אין זכות לתבוע השבה, אזי אין לנכות.<sup>85</sup> בניגוד לכך, אנו סבורים כי הכלל שצריך להכריע בסוגיה זו הוא אחר, והוא מבוסס על עקרון-העל של דיני הנזיקין הישראליים – השבת המצב לקדמותו.<sup>86</sup> אכן, בספרות ובפסיקה ניתן למצוא ביטוי לגישה עקרונית הפוכה מזו הבאה לידי ביטוי

83 כך כותבת השופטת וילנר שם, בפס' 39 לפסק-דינה: "לא נעלמו מעיני גם טענות הצדדים לגבי פסיקה שניתנה לאורך השנים בנוגע לניכוי תשלומים שמתקבלים מקרנות פנסיה (שלא בהתאם לחוקי הגמלאות הנזכרים לעיל). אכן, ההלכה המנחה לגבי סיווג תשלומי פנסיה ככאלה שהתקבלו מכוח חוזה ביטוח ניתנה בעניין אנוך. אולם, לא ראיתי לבחון את קצבת השאירים שמשולמת במקרה דנן בהתאם לאמות המידה שנקבעו בעניין אנוך, משום שהסיווג של קצבת השאירים מושא ההליך דנן כזכות הנובעת מחוזה נקבע בחקיקה מפורשת, כמפורט לעיל".

84 דנ"א 4911/22 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' יונה (נבו) 13.12.2023.

85 ראו עניין יונה 1, לעיל ה"ש 71, בפס' 16.

86 תמיכה לעמדתנו זו ניתן למצוא במאמרם של גלעד וסמט, הסבורים גם הם כי המיקוד במזיק במקום בניזוק ובעקרון-העל של השבת המצב לקדמותו אינו נכון. ראו גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15. לתמיכה מן הפסיקה ראו ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנין (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, פס' 9 לפסק-הדין של הנשיא (בדימ') ברק (2006).

בהכרעה בפרשת יונה. כך, גלעד וסמט מדגישים במאמרם כי האפשרות לנכות אינה צריכה להיות תלויה בשיפוי.<sup>87</sup> עמדה זו מובילה אותנו לפרק הבא של המאמר, שבו נפרט מדוע לדעתנו יש לנכות את תשלומי הפנסיה מהפיצוי שהניזוק מקבל מהמזיק.

### ג. ההצדקות לניכוי תשלומי הפנסיה מהפיצוי שהניזוק מקבל מהמזיק

נפנה כעת לפרק העיקרי של המאמר ונציג ארבעה טיעונים המצדיקים ניכוי של תשלומי הפנסיה מהפיצוי הנזיקי: (1) קרן פנסיה אינה ביטוח אישי במהותה, אלא מהווה חלק מאגד זכויות סוציאליות של הפרט העובד; (2) תשלומי הפנסיה הם הכנסה של הפרט לכל דבר ועניין; (3) הסדר פנסיה, במהותו, אינו הסדר בעל מאפיינים חוזיים משמעותיים, הגם שיש לו מאפיינים כאלה; (4) ההלכה בעניין אנוך אינה עומדת במבחן הזמן. נפנה כעת לבסס ולנמק כל אחד מהטיעונים האלה בנפרד.

#### 1. קרן פנסיה אינה ביטוח אישי

הטיעון שבו נתמקד בחלק זה, שלפיו ההסדרים הפנסיוניים בישראל אינם בגדר ביטוח אישי, מצריך סקירה קצרה של ההסדרים האלה. מקובל לחלק את מערכת הפנסיה לארבעה רבדים: הרובד הראשון ניתן לציבור על-ידי המדינה, ותכליתו להבטיח רמת קיום מינימלית לאנשים שפורשים משוק העבודה, באמצעות קצבות זקנה והבטחת הכנסה; הרובד השני הוא הרובד של פנסיה תעסוקתית, אשר נועד להבטיח לאדם הפורש מהעבודה כי רמת חייו לאחר הפרישה תהא דומה לזו שהייתה לו לפני הפרישה; הרובד השלישי מבוסס על חסכונות שהאדם עשה לעצמו במהלך השנים; והרובד הרביעי מבוסס על עבודה לאחר גיל הפרישה, כלומר, לאחר שהפרט יצא לגמלאות.<sup>88</sup>

נתמקד ברובד השני, קרי בפנסיה התעסוקתית, שהיא מושא הדיון במאמר זה, העוסק בשאלת ניכויים של כספי הפנסיה הללו מפיצויים בנוזיקין בגין נזקי גוף. בינואר 2008 נכנס לתוקף צו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק.<sup>89</sup> במסגרת צו זה הוגדרה הפנסיה התעסוקתית כהסדר המחייב כל עובד שכיר. כלומר, צו ההרחבה מחייב את העובד ואת מעבידו להפריש מדי חודש סכום מסוים לטובת הפנסיה של

87 גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16.

88 לוריא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 171–172.

89 ראו צו הרחבה 2008, לעיל ה"ש 40. צו הרחבה זה הוחלף בשנת 2011 על-ידי צו הרחבה [נוסח משולב] לפנסיה חובה לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, י"פ התשע"א 6938 (להלן: צו ההרחבה).

העובד.<sup>90</sup> מכאן שההפרשה לפנסיה היא חובה; הבחירה הניתנת לעובד היא רק לגבי המסלול המסוים שלפיו יקוים ההסדר.

נרחיב בנקודה זו. בשוק הפנסיוני בישראל קיימים שלושה מסלולים הפתוחים לעובד:

1. המסלול הראשון הוא קרן פנסיה. כפי שפירטנו לעיל, בעבר היו קיימות קרנות הפנסיה הוותיקות, אשר הבטיחו לעובד כי עם פרישתו הוא יקבל מדי חודש סכום ידוע מראש כחלק יחסי מהשכר שלו. רוב הקרנות התחייבו כי כל שנת עבודה שווה לשיעור של 2% משכרו של העובד, עד לשיעור מרבי של 70% מהשכר.<sup>91</sup> דובר בפנסיה תקציבית אשר ניתנה כהטבה על חשבון המעביד. כאמור, בעקבות המשבר שאליו נקלעו קרנות הפנסיה הוותיקות במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת, לא התאפשר עוד לצרף אליהן עובדים חדשים. במקומן נפתחו קרנות פנסיה חדשות, הפועלות במודל של פנסיה צוברת. צבירת הכספים בקרנות החדשות נעשית באמצעות הפרשות כספים חודשיות של העובד והמעביד בשיעור יחסי לשכר החודשי של העובד. ההפקדות מצטברות לקרן, שמתוכה יזכה העובד בקצבה חודשית לאחר פרישתו לגמלאות. צו ההרחבה, אשר תוקן כמה פעמים, קבע את שיעור ההפרשה שעל העובד להפריש משכרו ואת שיעורי ההפרשות שעל המעביד להעביר.<sup>92</sup> זהו למעשה הסדר כופה, אשר אינו נתון לבחירתם של העובד והמעביד.

מרכיב הבחירה היחיד בהקשר זה הוא שלעובד יש החופש להחליט לאיזו קרן להצטרף מבין הקרנות הקיימות בשוק. ההבדל בין הקרנות מתמקד בדמי הניהול שהן גובות, עד לגובה דמי הניהול המרביים שנקבעו על-ידי הממונה על שוק ההון, הביטוח והחיסכון במשרד האוצר. סכום הפנסיה החודשי שמשולם לעובד לאחר יציאתו לגמלאות מבוסס על ההפרשות שהעובד והמעביד העבירו לקרן במהלך השנים ועל התשואה שהקרן הצליחה להשיג. לבד מההסדר הפנסיוני קיים מרכיב ביטוחי מובנה בקרנות הפנסיה, המבטיח כי במקרה של נכות או מוות יזכו העובד או בני משפחתו בקצבה חודשית (גמלת נכות או גמלת שאירים).

2. המסלול השני הוא קופת גמל. יש סוגים שונים של קופות גמל (למעשה, גם קרן פנסיה היא קופת גמל). בעבר שימשו קופות הגמל מכשיר חיסכון הוני, והיה אפשר למשוך את כספי החיסכון כסכום חד-פעמי לאחר תקופה מוגדרת. המצב השתנה בשנת 2008, בעקבות תיקון לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות

90 שם, בס' 3.

91 לוריא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 173, ה"ש 10.

92 צו ההרחבה, לעיל ה"ש 89, בס' 6.

גמל), התשס"ה-2005 (להלן: חוק קופות גמל). למן שנת 2008 קופת גמל לחיסכון אינה משמשת עוד מכשיר חיסכון הוני, אלא מכשיר חיסכון קצבתי, כלומר, לאחר יציאתו לגמלאות יקבל החוסך קצבה חודשית. בניגוד לקרן פנסיה חדשה, בקופת גמל אין מרכיב מובנה של ביטוח בגין נכות (אובדן כושר עבודה). כמוכן, אם החוסך מעוניין בכך, קופת הגמל יכולה לרכוש עבורו ביטוח מחברת ביטוח, כמרכיב נפרד מהחיסכון הפנסיוני.

3. המסלול השלישי הוא ביטוח מנהלים. מדובר בתוכנית ביטוח שאושרה כקופת גמל לקצבה (מכוח סעיף 13(ב) לחוק קופות גמל). ביטוח מנהלים מבטיח קצבת זקנה חודשית בבוא העת, וניתן להוסיף כיסוי ביטוחי למקרי מוות ואובדן כושר עבודה. מרכיב הבחירה בסוג זה של הסדר פנסיוני משמעותי יותר, שכן הוא מאפשר את התאמת החיסכון לצרכיו של החוסך. כך, למשל, החוסך יכול להחליט כי במקרה של מוות יועבר הסכום שנצבר למוטב שנקבע על-ידיו כסכום הוני או כקצבה. עם זאת, גם בהקשר של תוכנית ביטוח המנהלים מדובר למעשה ביישום החובה המוטלת על מעבידים לקיים הסדר פנסיוני לעובד. גם בהקשר זה לעובד יש זכות להסדר פנסיוני שהוא אינו יכול לוותר עליה.<sup>93</sup>

בבג"ץ החוסכים עמד השופט עמית על המאפיינים המשותפים לשלושת המסלולים האלה.<sup>94</sup> הוא הדגיש כי מטרתם המשותפת של שלושת המסלולים היא יצירת חיסכון שיספק לחוסך קצבה חודשית לאחר יציאתו לגמלאות. לשם כך העובד והמעביד מפרישים מדי חודש אחוזים מוגדרים מתוך שכר העבודה, בהתאם לצו ההרחבה. השופט עמית ממשיך וכותב כי החוסכים באמצעות מסלולים אלו נהנים מהטבות מס דומות.<sup>95</sup> הוא מוסיף כי מאפיין משותף נוסף הוא שתקנות העוסקות בכיסויים הביטוחיים חלות באופן דומה על כל המסלולים, אף שאין זהות בתנאי הכיסוי הביטוחי. לבסוף, בכל אחד ממסלולי הפנסיה החוסך רשאי למשוך חלק מהחיסכון כסכום הוני, בתנאי שיישאר בקופה סכום מספיק לתשלום קצבה חודשית.

השופט עמית מצביע גם על ההבדלים בין שלושת המסלולים האלה.<sup>96</sup> לדבריו, חיסכון פנסיוני באמצעות קרנות פנסיה הוא מובנה ואחיד יחסית, בהשוואה

93 לסקירת ההסדרים הפנסיוניים בישראל ראו לוי, לעיל ה"ש 13; בג"ץ 6925/14 פורום החוסכים לפנסיה בישראל נ' שר האוצר (נבו 24.12.2017) (להלן: בג"ץ החוסכים).

94 שם, בפס' 14.

95 ראו, למשל, ס' 45א(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

96 בג"ץ החוסכים, לעיל ה"ש 93, בפס' 15.

לגמישות המתאפשרת לחוסכים באמצעות קופות גמל או ביטוחי מנהלים.<sup>97</sup> השופט עמית מדגיש עוד כי "בקרן פנסיה, מודל הביטוח הוא קבוצתי ומבוסס על ערבות הדדית. כלומר, זכויותיו הכלכליות של עמית בקרן פנסיה תלויות, בין היתר, במצבם של יתר העמיתים. אם יארע אירוע ביטוחי חריג שישפיע על עמיתים רבים בקרן או עלייה מהותית בתוחלת החיים, עשויה להיות לכך השפעה על זכויותיהם של יתר העמיתים, ותיכנן פגיעה בזכויותיהם כדי לממן את התשלומים לעמיתים הזכאים לקצבה".<sup>98</sup> לעומת זאת, מסביר השופט עמית, "בקופות גמל ובביטוחי מנהלים, מודל הביטוח הוא בעיקרו אישי. למאפיין זה יש השפעה על עלות הכיסוי הביטוחי: האופי הקבוצתי של הביטוח בקרן פנסיה מפחית את עלויות הביטוח, משום שהחברה המנהלת לא נוטלת על עצמה את הסיכון להתממשות אירוע ביטוחי, אלא הוא מפוזר בין חברי הקבוצה. יובהר כי במכשירי חיסכון פנסיוני, עלות גבוהה של כיסוי ביטוחי משמעותה קצבה חודשית נמוכה יותר שיקבל החוסך לעת זקנה".<sup>99</sup>

הבדלים נוספים שהשופט עמית מונה הם אלה: (1) ההסדר של קרנות הפנסיה מקיף יותר, וכולל באופן אינהרנטי גם ביטוח בגין נכות ומוות; (2) דמי הניהול בקרנות הפנסיה נמוכים מאלה של קופות הגמל וביטוחי המנהלים; (3) ההפקדה לקרן הפנסיה מוגבלת בשיעור מסוים, בעוד במסלולים האחרים אין הגבלה כזו. חרף הבדלים אלו השופט עמית מקבל את עמדת המדינה שהוצגה בבג"ץ החוסכים, אשר התמקדה במהות ההסדר, ולא במאפיינים הספציפיים של כל מסלול ומסלול. וכך הוא מסכם: "בקצרה ייאמר, כי הכיסוי הביטוחי בקרנות הפנסיה הוא אחיד ולא נתון לבחירה, ומובן כי מבחינת הממשלה יש יתרון בביטוח נרחב של תושביה".<sup>100</sup> אבל גם אם יישמע הטיעון כי ההסדרים הפנסיוניים של קופות גמל וביטוחי מנהלים דומים יותר במאפייניהם לביטוח, ניתוח הפסיקה בחלק זה מוביל למסקנה כי ההסדר של קרנות הפנסיה החדשות אינו ביטוחי במהותו.

התפיסה שהסדרי הפנסיה, על שלושת מסלוליהם, נועדו בראש ובראשונה – או בעיקר – להגן על הביטחון הסוציאלי של הפרט העובד באה לידי ביטוי בכמה פסקי-דין של בית-המשפט העליון עוד קודם לכניסתו לתוקף של צו ההרחבה שכפה את חובת הפנסיה. כך, למשל, כתב השופט ד' לויין בעניין ל.ה.ב.: "ביטוח מנהלים

97 יש לציין כי השופט עמית קובע כי גם במסגרת קרנות הפנסיה החדשות יש לחוסכים מרכיב של בחירה.

98 בג"ץ החוסכים, לעיל ה"ש 93, בפס' 15.

99 שם.

100 שם, בפס' 18.

הוא בעיקרו ביטוח סוציאלי, והוא נועד, בראש ובראשונה, לכסות את התחייבות המעביד כלפי העובד לשלם לו פיצויי פיטורים בנסיבות מסוימות, וכן התחייבות המעביד כלפי העובד במסגרת חוזה עבודה, להפריש לחיסכון סכום השווה ל-5% משכרו של העובד כנגד הפרשה זהה של העובד.<sup>101</sup>

שופטי בית-המשפט העליון אינם היחידים הרואים את מדיניות הפנסיה שנקבעה עם כניסתו לתוקף של צו ההרחבה כזכות חברתית. כך, למשל, כותבת לוריא: "זכותם של העובדים לביטוח פנסיוני איננה ניתנת להתניה או לויתור".<sup>102</sup> לוריא ממשיכה וכותבת: "הסדר פנסיית החובה הפך זכות 'סלקטיבית' ומותנית לזכות אוניברסלית. עובדים המבקשים לממש את זכותם לביטוח פנסיוני אינם חייבים עוד לבדוק אם הם עומדים בתנאים הפרטניים של הסדר העבודה הספציפי. כל עובד בישראל זכאי לביטוח פנסיוני".<sup>103</sup> גם מסינג מדגיש כי ההסדר הפנסיוני מבטיח את זכות-היסוד לקיום אנושי בסיסי: "היעדר חיסכון פנסיוני עלול להביא למצב של עוני בתקופה[ה] שלאחר גיל הפרישה. בהקשר זה נזכיר כי כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי".<sup>104</sup>

המסקנה העולה מסקירה זו היא כי למן שנת 2008 פנסיה היא חובה, ואינה נתונה לבחירתם של העובד והמעביד. זו זכות סוציאלית השייכת לאגד הזכויות הסוציאליות המוכרות בישראל ולביטחון הסוציאלי שהמדינה מעניקה לאזרחיה. כשם שהמדינה מעניקה זכויות סוציאליות וביטחון סוציאלי בהקשרים אחרים (כגון גמלאות בגין תאונות-עבודה או קצבות נכות בגין מחלות קשות), כך החליטה המדינה שלכל אזרח ותושב תהיה פנסיה שתבטיח את הכנסתו במידה כזו או אחרת גם לאחר צאתו לגמלאות. מכאן שמעמדם של הגופים המעניקים את השירות של ביטוח פנסיוני (קרנות הפנסיה החדשות וחברות הביטוח המסחריות) הוא לכל דבר ועניין כמעמדו של הביטוח הלאומי, שהוא הגוף העיקרי בישראל שדואג לאזרחים ולתושבים בקרות אירועים תאונתיים ובריאותיים.

נכון שבכל הקשור לתחום הפנסיה, בניגוד להגנה על זכויות סוציאליות אחרות, קיימת לפרט אפשרות בחירה. הוא אינו חייב לפעול רק מול גורם אחד שהמדינה

101 בג"ץ 108/88 ל.ה.ב. לשכת ארגוני העצמאיים בישראל נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 797, 803 (1989). כיום, כאמור, שיעור ההפרשות גבוה יותר. ראו גם את דבריו של המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 846/93 ברק נ' בית-הדין הארצי לעבודה, ירושלים, פ"ד נא(1) 3, פס' 10 (1994): "בית-הדין הארצי לעבודה הוסיף וקבע, כי ביטוח זה – בדומה לקופת גמל בנקאית או ביטוח בקרן פנסיה – נועד להבטיח את זכויות העובד עם סיום יחסי העבודה...".

102 ראו לוריא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 173.

103 שם, בעמ' 190.

104 ראו מסינג, לעיל ה"ש 64, בעמ' 136.

הסמיכה (המוסד לביטוח לאומי), אלא הוא יכול להחליט אם להצטרף לקרן פנסיה חדשה או לביטוח מנהלים באמצעות חברת ביטוח מסחרית כזו או אחרת. אבל, וזאת יש להדגיש, מאפיין זה וההבדלים בין המסלולים השונים אינם רלוונטיים להיבט העקרוני הרואה כאמור בפנסיה זכות חברתית.

זאת ועוד, תשלומי הפנסיה מבוססים על שניים: הפרשות העובד משכרו והפרשות המעביד. כלומר, לשני הצדדים אין חופש לבחור אם לקיים את חובת ההפרשה לקרן הפנסיה או לביטוח המנהלים. מכאן המסקנה ברורה מאליה: אין מדובר בחוזה ביטוח שהפרט קונה לעצמו ליום סגריר, כלומר, למקרה שבו יתממש סיכון ויתרחש אירוע מזיק. אין מדובר בהעברת סכום חודשי קבוע לחברת ביטוח אשר אמור לחזור אל המבוטח בקרות האירוע הביטוחי. מדובר בהסדר שמבטא את הכרתה של המדינה בזכות לפנסיה, בזכות להבטחת קיום אנושי וביטחון סוציאלי בכל עת – לא רק במהלך שנות עבודתו של הפרט, אלא גם במהלך התקופה שבה הוא נמצא בגמלאות.

המסקנה העולה מהניתוח כאן היא שתשלומי פנסיה חודשיים אינם במהותם כספים שמגיעים לניזוק מכוח הסכם ביטוח כמשמעותם בסעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הנזיקין, ולכן יש מקום להתחשב בהם בעת פסיקת פיצוי נזיקי. עם זאת, גם אם נראה בהפרשות העובד לקרן הפנסיה או לביטוח המנהלים סוג של ביטוח אישי, אי-אפשר לראות כך את הפרשות המעביד המופרשות לתוכנית הפנסיה של העובד מכוח חובה משפטית המוטלת עליו. לכן יש לנכות לכל-הפחות את ההפרשות האלה, המבטאות היבט חברתי של הענקת ביטחון סוציאלי לעובד.<sup>105</sup> בהקשר זה ניתן לטעון כי יש לאמץ, לכל-הפחות, מדיניות מדורגת וגמישה יותר מזו הנוכחית, השוללת ניכוי לחלוטין. לדעתנו, יש לאמץ גישה של ניכוי חלקי, בהתאם לאופיו של ההסדר הפנסיוני הספציפי. כך, ביחס לרכיבים בעלי אופי ביטוחי-פרטי בולט (גמלת נכות) הנטייה תהיה לא לאפשר ניכוי, אבל ביחס לרכיבים שמשקפים זכות סוציאלית כופה (החובה להפריש כספים לטובת הפנסיה של העובד) הנטייה תהיה לאפשר ניכוי. ייתכן שהבחנה כזו, בין הרכיבים הפנסיוניים השונים, תתקבל גם על-ידי שופטים השוללים ניכוי.<sup>106</sup>

105 אליאס סבור אף הוא כי הסדר הפנסיה, על מסלוליו השונים, מהווה במהותו הענקת ביטחון סוציאלי: "מערכת הביטוח הסוציאלי בישראל מורכבת מכמה רבדים. ברובד הראשון מצויים הסדרי הביטוח הממלכתיים (ביטוח לאומי, ביטוח בריאות ממלכתי). ברובד השני מצויים הסדרי ביטוח ציבוריים או פרטיים, כגון הפנסיה התקציבית או תכניות הפנסיה של חברות הביטוח ('ביטוח מנהלים')." ראו ירון אליאס "החלתן של חובות מן המשפט הציבורי על חברות ביטוח" הפרקליט מה 315, 325 (2001).

106 אנו מודים לקורא האנונימי ולחברי מערכת כתב-העת על הערה זו.

## 2. תשלומי הפנסיה הם הכנסה של הפרט לכל דבר ועניין

בכמה פסקי־דין שעסקו בפיצוי של עיזבון ותלויים בגין הפסדי השתכרות של הניזוק קבעו בתי־המשפט כי תשלומי הפנסיה החודשיים זהים במעמדם להכנסה מעבודה של הפרט בשנות עבודתו לפני יציאתו לגמלאות. בהקשר זה ראוי להזכיר את הלכת "השנים האבודות". בעניין אטינגר נקבע כי הן ניזוק שנתר בחיים (אך שתוחלת חייו קוצרה בשל האירוע הנזיקי) והן העיזבון של ניזוק שנהרג בתאונה זכאים לקבל פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בשנים שאבדו, כלומר, בגין שנות העבודה שהניזוק היה עובד בהן אילולא נפגע באירוע הנזיקי.<sup>107</sup>

השאלה שעלתה לאור הלכת "השנים האבודות" בעניין אטינגר הייתה לגבי מצב שבו הניזוק כבר נמצא בגמלאות והפגיעה בו ב"שנים האבודות" היא לא בהכנסה משכר עבודה, אלא בהכנסה המגיעה מתשלומי הפנסיה. השאלה שהתעוררה הייתה אם יש לפצות גם בגין פגיעה בהכנסה מפנסיה בתקופה שבין מותו בתאונה לבין מותו שנים אחר כך אילולא נהרג בתאונה. במסגרת הדיון בשאלה זו עלתה השאלה כיצד יש להגדיר את תשלומי הפנסיה.

סוגיה זו נדונה בכמה פסקי־דין. בעניין קונשט פסק השופט ארנברג כי יש לראות את תשלומי הפנסיה כזהים לשכר שהניזוק קיבל במהלך שנות עבודתו וכהמשך שלו.<sup>108</sup> במקרה זה דובר באישה שנהרגה בתאונת־דרכים בהיותה כבת שבעים ואחת, ואשר תוחלת חייה ללא התאונה הייתה שמונים וחמש. עזבונה ויורשותיה טענו כי יש לפסוק פיצוי בגין הפסד תשלומי הפנסיה ב"שנים האבודות" (במקרה זה – תקופה של ארבע־עשרה שנה).

השופט ארנברג שאל: "האם המינוח 'הכנסות מעבודה' כולל בתוכו גם הכנסות מפנסיה, רנטה וקצבת זקנה?" ועל שאלתו זו השיב כך: "במקרה דנן הכנסות המנוחה היו חודשיות ולמעשה היו את המשך השתכרותה. לא ניתן לראות בהכנסות אלו כנכס ממוני משום שעם מותה נפסקו ההכנסות. הכנסות אלו ניתנות רק להיות האדם בחיים. בנסיבות אלו נראה כי הכנסות מסוג רנטה, קצבת זקנה ופנסיה הן בבחינת יכולת השתכרות לאחר גיל פרישה. אני מקבל את טענת הנתבעים לפיה... בכל מקרה רק פגיעה בכושר ההשתכרות של הנפגע הוכרה על ידי הפסיקה כנוק בר פיצוי במסגרת 'השנים האבודות'. אני רואה בהכנסות אחרות, שמשולמים כל עוד הנפגע חי בלבד, חלק מ'אובדן כושר השתכרות'.

107 ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004) (להלן: עניין אטינגר).

108 ת"א (שלום י-ם) 8768/05 עזבון קונשטט נ' אביב (נבו 5.7.2007) (להלן: עניין קונשטט).



ובודאי כאשר מדובר בנפגע שפגיעתו קרתה לאחר שסיים את תקופת ההשתכרות בפועל".<sup>109</sup>

דברים אלו הובילו את השופט ארנברג לשאלה: "האם יש לפצות על הפסד גם בשנים האבודות שלאחר גיל פרישה?" ועל כך ענה השופט כי "נראה כי אין אבחנה בין הפסד השתכרות לפני גיל פרישה ולאחריה".<sup>110</sup> אחת הסיבות המרכזיות לדעתו זו של השופט היא כי "מטרת הפיצוי היא העמדת הניזוק במצב בו היה אלמלא התאונה: נימוק זה שולל כל אבחנה בין סוגים שונים של הפסד. נימוק זה אינו עוסק במקור של הכנסה, אלא בשאלה: במה השתנה מצבו של הנפגע בעקבות העוולה, ואם שינוי זה גרר בעקבותיו הפסד. ככל שנגרם הפסד – ולא משנה מה מקורו – מן הדין לפצות. לפיכך במקרה דנן בו בעקבות מות המנוחה נפסק תשלום כלשהוא, שהיה אמור להיות משולם עד תום תוחלת החיים, נגרם הפסד, ומן הדין שינתן לכך ביטוי בפיצוי".<sup>111</sup>

תימוכין לעמדה זו ניתן לראות בפסיקות של בתי-המשפט המחוזיים. כך, למשל, השופט עמית, ביושבו כשופט בבית-המשפט המחוזי בחיפה, קבע כי את "הביטוי 'השתכרות' בסעיף 4(א)(1) לחוק הפיצויים [לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975] יש לפרש כסכום הפנסיה ששולם או היה צריך להשתלם לניזוק בפועל".<sup>112</sup> מכאן אנו מבינים כי בעיניו של השופט עמית השתכרות משמעותה לא רק שכר עבודה, אלא גם תשלומי פנסיה. מכך ניתן להסיק כי אם העיזבון מקבל במסגרת תביעתו פיצוי בגין הפסד השתכרותו של הניזוק, אין הוא יכול, לנוכח עקרון-העל של השבת המצב לקדמותו, לקבל פיצוי גם בגין הפסד תשלומי הפנסיה אשר ניתנים לעיזבון בגין אותה תקופה של "השנים האבודות".

גישה זו, הרואה תשלומי פנסיה כחלק מהשתכרותו של הפרט העובד, באה לידי ביטוי בספרות המלומדים. כך, למשל, כותב פרופ' אנגלרד בספרו בהתייחסו למונח "השתכרות" בסעיף 4 לחוק הפלת"ד: "יש לפרש את הפסד ההשתכרות, על שני מרכיביו, באופן מרחיב. כל נזק הנובע מהפסד ההשתכרות נתפס על ידי החריגים של ס' 4(א)(1) לחוק, גם אם כינויו הטכני עשוי להיות שונה. כך, למשל,

109 שם, בעמ' 3. לפסק-דין אשר נסיבותיו דומות מאוד ופסיקתו זהה ראו ת"א (שלום פ"ת) 5917/06 עזבון מזרחי נ' איי.איי.ג'י ביטוח זהב בע"מ (נבו) 19.3.2008. ראו גם ת"א (שלום ת"א) 52899/05 עזבון אפט נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פס' 54–72 (נבו) 31.7.2007.

110 עניין קונשטט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 3.

111 שם, בעמ' 3–4.

112 ת"א (מחוזי חי') 205/01 מאיר נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פס' 8 (נבו) 16.3.2007. לפסיקה זהה במקרה דומה ראו ת"א (מחוזי י-ם) 7073/05 עזבון אשכר נ' ביטוח ישיר איי.די.איי (נבו) 12.4.2007.

לא צריך להיות ספק שאבדן זכות לפנסיה, הפחתת הכנסות מעסק ומניעת רווח מאבדן חוזה, כולם באים תחת הכותרת של הפסד השתכרות. כל הנזקים האלה הם בסופו של דבר תוצאה של פגיעה בכושר ההשתכרות במובן ס' 4(א)(1) לחוק, ואין טעם ענייני להוציאם מדרכי החישוב המיוחדים של הוראה זו.<sup>113</sup>

גושפנקה נוספת לעמדה זו, הרואה את תשלומי הפנסיה כהשתכרות של הניזוק לכל דבר ועניין, עולה מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין מן.<sup>114</sup> בעניין זה נדונה שאלת פיצויה של אלמנה שבן-זוגה נהרג בתאונת-דרכים. במסגרת זאת עסק השופט ריבלין, בין היתר, בשאלה כיצד יש לפרש את המונח "השתכרות" בסעיף 4 לחוק הפלת"ד, אשר קובע תקרת פיצוי בראש-הנזק של הפסדי השתכרות לעבר ולעתיד. בכל הקשור לתשלומי פנסיה כותב השופט ריבלין כי "תשלומי הפנסיה הם שכרו של הגמלאי",<sup>115</sup> ומייד אחר כך הוא מצטט בהסכמה ממאמרם של בן-ישראל ובן-ישראל, הכותבים כי "האזרחים הוותיקים שיצאו ממעגל העבודה נזקקים לאמצעי קיום חלופי לשכר על-מנת להבטיח את כבודם הכלכלי והאנושי כאחד. הפנסיה אמורה לשמש חלופה להכנסה מהעבודה בתקופה שלאחר הפרישה מחיי העבודה הפעילים".<sup>116</sup> דברים אלו מובילים את השופט ריבלין לקביעה כי "פנסיה, אם כן, היא גלגולה של משכורתו של העובד אל חייו כגמלאי. היא מהווה את שכרו של העובד לאחר פרישתו. היא נועדה לשמש לו אמצעי קיום גם לאחר יציאתו ממעגל העבודה. לעיתים, וכך בענייננו, מבטיחה הפנסיה גם את שאיריו של הגמלאי".<sup>117</sup>

השופט ריבלין מדגיש את הקשר שבין שכר העבודה לתשלומי הפנסיה: "על פי חוק, או בהתאם לחוזה שבין העובדים לבין קרנות הפנסיה, נהוג לחשב את סכום הפנסיה החודשי שיועבר לעובד לאחר פרישתו כחלק יחסי ממשכורתו. כך נוצר מתאם הגיוני בין השניים. שיטה זו מתאפיינת גם בפשטות יחסית ובגמישות. באופן דומה, לעיתים מחושב גם הסכום לו יהיו זכאים שאיריו של הגמלאי לאחר מותו כחלק יחסי מסכום הפנסיה שהיה משולם לו בחייו, כפי שאכן נעשה בענייננו (שכרו של העובד משמש כבסיס לחישוב הפנסיה שלו כפנסיונר; הפנסיה של הפנסיונר

113 יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים 323–324 (מהדורה רביעית 2013). עמדתו של אנגלרד באשר לזכות הפנסיה כזכות סוציאלית עולה מהתייחסותו (שם, בה"ש 27) לפסק-הדין בת"א (מחוזי ת"א) 956/96 כוכבי נ' סביב (5.9.2001).

114 עניין מן, לעיל ה"ש 58.

115 שם, בפס' 11.

116 רות בן-ישראל וגדעון בן-ישראל "אזרחים ותיקים: כבוד חברתי, מעמד והתארגנות ייצוגית" עבודה, חברה ומשפט ט 229, 235 (2002).

117 ראו עניין מן, לעיל ה"ש 58, בפס' 11.

משמשת כבסיס לחישוב הגמלה של שאיריו).<sup>118</sup> בעקבות דברים אלו חזר השופט ריבלין על מסקנתו כי "פנסיה אינה אלא 'שכרו' של העובד לאחר פרישתו – הסכום שמשלם לו מידי חודש...".<sup>119</sup>

נסכם. הפסיקה – החל בבית-המשפט העליון, דרך בתי-המשפט המחוזיים ועד בתי-משפט השלום – מדברת בקול אחד: פנסיה היא השתכרות; היא למעשה שכרו של האדם העובד עם צאתו לגמלאות, ובשנות ההשתכרות היא מהווה חלק מהשכר. עמדה זו שונה בתכלית השינוי מהתפיסה של בית-המשפט העליון בעניין אנוך, שלפיה תשלומי פנסיה הם ביטוח אישי מפני זקנה.<sup>120</sup> לכן, אם תשלומי פנסיה הם שכר או חלק מהשתכרות, ולא ביטוח, אזי כאשר יש לפסוק פיצויים, אי-אפשר לפצות את הניזוק פעמיים על אותו נזק. כלומר, במקרה שבו העיזבון אמור לקבל פיצוי בגין אובדן השכר העתידי שהיה הניזוק אמור לקבל אילו נותר בחיים והמשיך לעבוד, אין מקום לפסוק לעיזבון גם את תשלומי הפנסיה, שהרי יהיה בכך כפל פיצוי. לכן, אם קרן הפנסיה משלמת את תשלומי הפנסיה לאחר מותו של הניזוק באירוע הנזיקי, יש לנכות את התשלומים האלה מהפיצוי שהמזיק משלם בראש-הנזק של הפסד השכר העתידי. כאמור, שניהם זהים, שניהם מפצים על אותו נזק, ולאור עקרון-העל של השבת המצב לקדמותו יש להימנע מלפצות את העיזבון פעמיים, וזאת גם במחיר שהמזיק "ירוויח" מכך.

### 3. הסדר הפנסיה בישראל אינו הסדר בעל מאפיינים חוזיים משמעותיים

עקרון-העל בדיני חוזים הוא חופש החוזים. משמעותו של עיקרון זה היא שאדם חופשי להיכנס לחוזה, להחליט מה יהיה תוכנו של החוזה ולהסכים לתנאים של הצד האחר לחוזה. נוסף על כך, עקרון חופש החוזים משקף גם את החופש לא להיכנס לחוזה או לסרב להיכנס לחוזה. כך, למשל, כותבים שלו וצמח בספרם:

"עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים, בארץ ובעולם החופשי. עיקרון זה מהווה אבן יסוד לכלכלה חופשית ומסחר תחרותי. הוא טומן בחובו הן את חופש ההתקשרות והן את

118 שם.

119 שם, בפס' 12.

120 כפי שפורט, הכספים המופרשים לקרן פנסיה חדשה כוללים שלושה רכיבים: (1) גמלת פנסיה שהאדם מקבל מידי חודש עם יציאתו לגמלאות, שהיא למעשה תחליף לשכרו החודשי; (2) גמלת נכות או אובדן כושר עבודה; (3) גמלת שאירים במקרה של מות המבוטח. לגבי שני הרכיבים האחרונים ניתן לטעון כי מדובר ברכישת ביטוח מפני סיכון, אולם במאמר זה אנו מתמקדים כמובן בחלק-הארי, והוא גמלת הפנסיה.

חופש העיצוב, כמו גם את כוחו המחייב של החוזה. חופש ההתקשרות הוא החופש של אנשי עסקים ומסחר להחליט באורח חופשי למי ברצונם להציע את מרכולתם ואת שירותיהם, וממי ברצונם לקבל את הסחורות והשירותים הנדרשים להם. חופש העיצוב הוא החופש של צדדים לחוזה לקבוע את תוכנם של החוזים שביניהם. גם כוחו המחייב של החוזה נגזר מחופש החוזים באשר הוא מושתת על ההנחה כי חוזה שנכרת כדין, ומתוך חופש, מחייב את הצדדים לו".<sup>121</sup>

שלו וצמח מדגישים כי "חופש ההתקשרות הוא החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי לצד המתקשר והחופש להחליט אם בכלל להתקשר בחוזה ועם מי להתקשר".<sup>122</sup> עקרון חופש החוזים מושתת כמובן מבחינה פילוסופית על עקרון האוטונומיה של הפרט ועל החובה המוסרית (וגם המשפטית) לכבד את רצון הפרט, בוודאי בכל הקשור לכניסה או אי-כניסה להסכמים.<sup>123</sup> עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים של המשפט הישראלי. בית-המשפט העליון תיאר אותו כ"עקרון השולט בכיפה",<sup>124</sup> כאחד מעקרונות-היסוד של שיטת המשפט הישראלית<sup>125</sup> וכבעל מעמד של "זכות יסוד חוקתית".<sup>126</sup> אומנם, עקרון חופש החוזים אינו נזכר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אבל פרופ' ברק גוזר את קיומו של עיקרון זה מהזכות לכבוד האדם, שכן הוא רואה באוטונומיה של הפרט חלק אינהרנטי של כבוד האדם.<sup>127</sup>

היבטיו השונים של חופש החוזים זכו בהכרה במשפט הישראלי. כך, סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כי "תכנון של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". חופש החוזים בא לידי ביטוי גם בסעיף 23 לאותו חוק, המעגן את חופש הצורה, בקובעו כי "חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת...". גם הפסיקה הכירה בחשיבותו של עקרון חופש החוזים כעומד בבסיסם

121 גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 21 (מהדורה רביעית 2019).

122 שם.

123 שם, בעמ' 22–23.

124 ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סכ(2) 573, 588 (2007).

125 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 477–478 (1989).

126 שם, בעמ' 486.

127 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 198 (יצחק זמיר עורך 1993). אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 279 (1994).

של דיני החוזים ואף כמציב זכות-יסוד חוקתית. לצד הצהרות רחבות אלו ניתן למצוא בחקיקה האזרחית סימנים וראיות למכביר למגמת ההכרה העקרונית בחופש החוזים.<sup>128</sup>

עם זאת, במשפט הישראלי יש גם הכרה בסוגי חוזים אשר אינם מבטאים את עקרון חופש החוזים בצורה מלאה ורחבה. הדוגמה הבולטת ביותר היא החוזה האחיד, שבו חופש הבחירה של הפרט אל מול הגוף המסחרי מוגבל.<sup>129</sup> אבל יש להבחין שההגבלה נוגעת בתוכן החוזה ובתנאיו, ולא בעצם ההחלטה אם להיכנס לחוזה. בהקשר אחרון זה יש בחירה מלאה לאדם (ללקוח).<sup>130</sup> בניגוד לכך, במסגרת הסדר פנסיה עצם הכניסה ל"חוזה" אינה נתונה לבחירה. ראינו כי מדובר בחובה המוטלת על העובד (העמית). לכן בכל הקשור להסדרי הפנסיה ניתן לטעון כי הם הסדרים בעלי מרכיבים חוזיים חלשים מאוד.<sup>131</sup>

נוסף על כך, ראוי לבחון את התייחסותו של המשפט להגבלות המושתות על עקרון חופש החוזים בתחום הביטחון הסוציאלי באופן קונקרטי. שלו וצמח מציינים כי אחד התחומים שבהם מוטלות מגבלות משפטיות על חופש החוזים באמצעות חקיקה שיוצרת הוראות כופות (אשר אי-אפשר להתנות עליהן) הוא תחום דיני העבודה. על רקע זה הם טוענים כי "הוראות החוק הכופות נועדו, בין היתר, לקדם ערכים חברתיים ולהגשימם במסגרת מערכת היחסים של הצדדים. הן מבטאות את גישתה הערכית ואת ריבונותה של המערכת המשפטית על החוזה, ומשקפות תפיסות חברתיות של מוסר חברתי, הוגנות, סבירות וצדק. ברור כי באותם תחומים שבהם אין הוראות החוק מאפשרות התנאה חופשית נוגדת של צדדים לחוזה, הריהן מונעות – או לפחות מגבילות – את חופש החוזים".<sup>132</sup>

בהקשר זה הציג גולדברג במאמרו את שתי העמדות בנוגע למעמדו של הסכם קיבוצי ולמעמדם של צווי הרחבה בדיני עבודה.<sup>133</sup> על-פי גישה אחת, ניתן לראות

128 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 121, בעמ' 28, המפנים לפסקי-הדין הבאים: ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72 (1994); בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702 (1993); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פס"ס-ס"א (נבו 26.3.2015).

129 ס' 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, מגדיר "חוזה אחיד" כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".

130 יוצאים מכלל זה הם כמובן חוזים אחידים של אדם מול מונופולים.

131 לעיתים זה כך גם בחוזה אחיד מול גוף מונופוליסטי.

132 שלו וצמח, לעיל ה"ש 121, בעמ' 36-37.

133 מנחם גולדברג "חופש החוזים והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחוזה עבודה אישי" המשפט ב 177 (1994).

הסכמים כאלה כמבוססים על עקרון חופש החוזים, אבל גולדברג מביא גם את גישתם ההפוכה של פרידמן וכהן, אשר כתבו בהקשר זה כי עיקרון זה אינו חל ככל שמדובר בהסכמים קיבוציים:

“...השימוש במושג חופש, בהקשר הקולקטיבי, מהווה דבר והיפוכו. הוא משמש, למעשה, צידוק לתהליך שמנקודת ראות הפרט מהווה שלילת החופש האישי. כאשר מתקבלת הכרעה ברוב דעות (בין בהקשר להסכם קיבוצי, כאשר חלק מן העובדים מתנגד להסכם, ובין בהקשרים אחרים), פירוש הדבר שלגבי אלה שאינם מסכימים לתוצאה, הופעל הליך כפייתי. אפשר להצדיק את ההליך בנימוקים שונים. חופש איננו נמנה עימם. במילים אחרות, כאשר נשלל החופש האישי בהליך קולקטיבי, מהווה המושג 'חופש קולקטיבי' אך דרך נאה לסבר את האוזן”.<sup>134</sup>

דברים אלו מובילים את גולדברג למסקנה כי גם בהקשר של דיני עבודה, כמו בענפי משפט רבים אחרים, עומדות שתי זכויות-יסוד של הפרט שיש לאזן ביניהן: מצד אחד עומדת זכות-היסוד של חופש החוזים, ומן הצד האחר ניצבת זכות-יסוד אחרת כלשהי.<sup>135</sup> בענייננו ניצבת מן הצד האחר הזכות לביטחון סוציאלי ולקיום בכבוד. מזכות חברתית זו נגזרת כמובן הזכות לפנסיה.<sup>136</sup> בהקשר של הסוגיה שלפנינו, אם יאמץ המשפט את עקרון חופש החוזים במלואו או במידה משמעותית, יהיה עליו לאפשר לעובד את החופש לבחור אם להצטרף להסדר פנסיוני אשר יבטיח לו תשלומים חודשיים לאחר צאתו לגמלאות. מימוש של עקרון חופש החוזים כולל כמובן גם את החופש לא להצטרף להסדר כזה. לעומת זאת, מימוש אמיתי של הזכות החברתית לביטחון סוציאלי בהקשר שלפנינו משמעותו הטלת חובה על מעבידים לקיים הסדר פנסיוני לעובדים. הטלת חובה כזו מגבילה באופן טבעי ובצורה מובנת מאליה את חופש החוזים והאוטונומיה של האדם.

כאשר בוחנים את מאפייניו של צו ההרחבה אשר הטיל על מעבידים חובה לצרף את עובדיהם להסדר פנסיה, המסקנה העולה היא ברורה: המדיניות המשפטית נותנת עדיפות להגנה על הזכות לביטחון סוציאלי של האדם העובד על-חשבון מימוש חופש החוזים של מעבידים ועובדים. לכן המסקנה הסופית של דיון זה אינה יכולה להיות שהסדר פנסיוני – יהא זה באמצעות קרן פנסיה חדשה, קופת גמל או

134 שם, בעמ' 183–184, ציטוט מתוך דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 50 (1991).

135 ראו גולדברג, לעיל ה"ש 133.

136 רות בן-ישראל "בטחון סוציאלי בשנת 2000" שנתון משפט העבודה ה 15 (1995).

ביטוח מנהלים – הוא הסדר חוזי שעקרון-העל של חופש החוזים חל עליו. נהפוך הוא: מדובר בהסדר שכל מטרתו היא הגנה על זכות הפרט לביטחון סוציאלי, והוא מהווה חלק מחקיקת-המגן בדיני עבודה.<sup>137</sup> לנוכח זאת, מכיוון שאין מדובר בביטוח (כפי שראינו בחלק הקודם) וגם אין מדובר בחוזה מבחינה מהותית או מבחינה משמעותית (כפי שראינו בחלק הזה), אי-אפשר לכלול את תשלומי הפנסיה במסגרת ההגדרה של כספי ביטוח אשר אין להתחשב בהם בפסיקת פיצוי נזקי.<sup>138</sup>

#### 4. הלכת אנוך אינה עומדת במבחן הזמן

פסק-הדין בעניין אנוך ניתן בשנת 2012. צו ההרחבה שקבע פנסיית-חובה לכלל העובדים השכירים במשק נכנס לתוקפו ב-1.1.2008.<sup>139</sup> צו זה חל כאמור הן על מעבידים, אשר חייבים להפריש לקרנות פנסיה או לביטוחי מנהלים של עובדיהם, והן על עובדים, אשר אינם יכולים לבחור לא להצטרף לקרן פנסיה.

מציאות זו, אשר מטרתה הייתה כאמור הענקת ביטחון סוציאלי לכלל העובדים השכירים במשק, לא באה כמעט לידי ביטוי בפסק-דינו של השופט ריבלין בעניין אנוך. השופט ריבלין תיאר בפסק-דינו מציאות שונה, וכך כתב: "מאפיין ביטוחי חשוב נוסף של קרנות פנסיה חדשות הוא חופשיות השוק הפנסיוני, שבו לא חלה חובה כללית על קרנות הפנסיה לקבל לשורותיהן קבוצות כלשהן של עמיתים ושבו רשאי כל אדם לבחור קרן פנסיה ומסלול פנסיוני כפי רצונו והעדפתו, ואף לעבור מקרן פנסיה אחת לאחרת".<sup>140</sup> דברים אלו נכונים, אבל אינם מתייחסים לשינוי הרדיקלי שחל בתחום הפנסיוני בשנת 2008 עם כניסתו של צו ההרחבה לתוקף. כפי שפירטנו בכתב-פרק הקודם, צו הרחבה זה שלח מסר חד וברור שלפיו ההסדר הפנסיוני החדש לא רק שאינו נותן חופש בחירה לעובד, אלא אף מגביל את האוטונומיה שלו. סעיפים שונים בצו ההרחבה משקפים זאת.

137 לדיון נרחב בהיקף הזכות לביטחון סוציאלי ובזכות לפנסיה כחלק ממנה ראו שם.  
138 חשוב להעיר כי ניתן לבקר את הטענה בדבר פגיעה משמעותית בחופש החוזים, ולטעון כי על-אף קיומה של חובת הצטרפות להסדר פנסיוני, לעמיתים יש מידה מסוימת של חופש בחירה באשר לסוג ההסדר, לזהותה של חברת הביטוח וכולי. ההסדר אומנם בעל אופי כופה, אך בו-בזמן מאפשר גמישות ובחירה בפרמטרים מסוימים. כאמור, בית-המשפט העליון הכיר ואף העדיף את ההיבטים החוזיים על האחרים. ראו עניין אנוך, לעיל ה"ש 7. ראו גם ע"א 233/98 כץ נ' קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים, פ"ד נד(5) 493 (2000), שבו הכיר בית-המשפט העליון בהסכם בין קרן מקפת לבין מבוטח כחווה. כן ראו ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ (נבו 9.8.2010).

139 ראו לעיל ה"ש 89 והטקסט המפנה אליה.

140 עניין אנוך, לעיל ה"ש 7, בפס' 19.

כך, סעיף 3(א) לצו ההרחבה קובע כי "כל עובד... שאין לו הסדר פנסיוני מיטיב... [ו]אשר מועסק או שיועסק בכל מקום עבודה, יהיה זכאי להיות מבוטח על פי צו זה, ולבחור, בהודעה בכתב למעסיקו בפרק הזמן הקצוב שלהלן בפנסיה מקיפה לרבות קופת גמל לקצבה, שאושרה על ידי הממונה, שבה יהיה מבוטח החל מהמועד שבו קמה לו זכאותו... ובלבד שתכלול גם כסויים למקרה מוות ונכות באותה קופה או בקופה אחרת".<sup>141</sup> סעיף 3(ב) לצו קובע כי "לא הודיע העובד למעסיקו בכתב על בחירתו בפרק הזמן הקצוב הנ"ל על הקופה שבה בחר להיות מבוטח כאמור לעיל, יבטח אותו המועסק מהמועד שבו קמה לו זכאותו... בקרן פנסיה מקיפה חדשה".<sup>142</sup>

חשוב להדגיש: התמונה העולה מצו ההרחבה ברורה וחדה – לעובד אין אפשרות בחירה; הוא חייב להצטרף לקרן פנסיה או לביטוח מנהלים. אין מדובר בהסדר וולונטרי מצידו, הנתון לבחירתו ולשיקול-דעתו. יותר מכך, כאשר עובד אינו מצטרף לקרן פנסיה חדשה או לביטוח מנהלים, על המעביד לפתוח לו קרן פנסיה ולהפריש לו כספים לקרן זו מדי חודש באופן קבוע.<sup>143</sup> כלומר, על המעביד והעובד לקיים את ההסדר שהוטל עליהם בצו ההרחבה. זאת ועוד, סעיף 4(א) קובע כי "צו זה יחול על כל עובד המועסק או שיועסק בכל מקום עבודה...".<sup>144</sup> אומנם, השופט ריבלין בעניין אנוך התייחס לצו ההרחבה, אבל בצורה תמציתית, ולא דן ברוב הסעיפים לעיל. הוא הדגיש את מרכיבי הבחירה הנתון למעביד ולעובד להסכים על גובה השכר, העולה על השכר הממוצע במשק, שממנו יחושבו ההפרשות לפנסיה, אבל בחר לא להדגיש את קיומה של החובה הכללית של המעביד והעובד להפריש כספים לפנסיה ואת החובות המפורטות בסעיפים שבהם דנו לעיל. העדר דיון זה הוא קריטי, והוא אשר הוביל לדעתנו את השופטים לקביעה כי אין לנכות את תשלומי הפנסיה מהפיצוי הנזיקי.

זאת ועוד, מרכיבי הבחירה בהסדר הקיים זניחים יחסית לאופיו הכללי של ההסדר. השופט ריבלין שם דגש במערכת היחסים שבין הפרט העובד (הניזוק) לקרן הפנסיה (המיטיב). הוא מדגיש את יכולת הסירוב של קרן הפנסיה לקבל לשורותיה את הפרט העובד, וכן את יכולתו של העובד לבחור לעצמו את הגורם שינהל את כספי הפנסיה שלו (קרן פנסיה חדשה או חברת ביטוח). אבל לדעתנו, זה אינו הדגש הנכון של ההסדר הפנסיוני. ההתמקדות הנכונה בהקשר זה היא במערכת היחסים

141 ראו צו ההרחבה, לעיל ה"ש 89, בס' 3(א).

142 שם, בס' 3(ב).

143 שם.

144 שם, בס' 4(א).



שבין המעביד לעובד ובאופיו הכללי של ההסדר הבא לידי ביטוי בסעיפים השונים של צו ההרחבה. מדובר כאמור בהסדר כופה שמימושו בא לידי ביטוי בהפרטה של השירותים שנועדו לממשו.<sup>145</sup> גם אם נאמר שקרן הפנסיה יכולה לסרב לקבל לשורותיה אדם מסוים (למשל, בשל החשש לפגיעה באיזונה האקטוארי)<sup>146</sup> או שלעובד יש חופש לבחור אם להצטרף לקרן פנסיה חדשה כזו או אחרת, מבחינה מהותית ההסדרה המשפטית היא כופה, ואינה מותירה מקום לבחירה של הצדדים.<sup>147</sup>

זאת ועוד, יצירת הסדר שהמנגנון לקיומו מופרט ומופעל על-ידי גורמים מסחריים אינה ייחודית, ואינה פוגעת במאפיין הסוציאלי הדומיננטי של ההסדר. כך, למשל, ההסדר הקבוע לפיצוי בגין נזקי גוף לנפגעים בתאונות-דרכים, המוסדר בחוק הפל"ד ובפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970, הוא הסדר סוציאלי ביסודו,<sup>148</sup> שכן הוא קובע אחריות מוחלטת של הפוגע תוך יצירת מקור פיצוי ודאי באמצעות הטלת חובת ביטוח.<sup>149</sup> אומנם, מימושה של חובה זו נעשה באמצעות חברות ביטוח מסחריות שבעלי הרכב יכול לבחור לו אחת מביניהן,<sup>150</sup>

145 ראו בן-ישראל, לעיל ה"ש 136, בעמ' 38, הכותבת כי "השתתף מודל הבטחון הסוציאלי על השיטה הפלורליסטית מבטאת, בין היתר, את מגמת ההפרטה, בכך שהיא מטילה על הפרט את האחריות להבטחת הבטחון הסוציאלי במסגרת התעסוקתית והוולונטרית... מחד גיסא, ומאידך גיסא – היא ממחישה את מגמת ההפרטה בכך שהיא מעבירה את תפקיד אספקת שירותי הבטחון הסוציאלי לגופים פרטיים, כגון: קרנות פנסיה, קופות חולים, בנקים, שירותי סיעוד וכדומה".

146 לילך לוריא "שוויון בביטוח הפנסיוני: האם מותר לקרן פנסיה לסרב לקבל מבוטח?" עבודה, חברה ומשפט טו 203 (2018).

147 גם מסינג מדגיש כי ההסדר הפנסיוני למן שנת 2008 פגע באוטונומיה של העובד, ולא העצים אותו. ראו מסינג, לעיל ה"ש 64, בעמ' 123.

148 רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט כח 147 (2004). פרי מצטט מדבריו של חבר הכנסת זרח ורהפטיג – יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אשר עמלה על ניסוחו של החוק – אשר הצהיר כי "מטרתו [של החוק] היא להבטיח פיצויים לכל נפגע באשר הוא נפגע", וכי "חוק זה בא לחדש חידוש גדול. הוא בא לעשות רפורמה סוציאלית באמרו כי מהיום שבו חוק זה ייכנס לתקפו ישלמו פיצויים לכל נפגע בתאונת דרכים" (שם, בה"ש 3 – ציטוטים מתוך ד"כ 74, 3955, 3956 (התשל"ה)). פרי עצמו מצהיר כבר במשפט הפתיחה של מאמרו כי "המניע הרשמי לחקיקת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, היה סוציאלי" (פרי, שם, בעמ' 147).

149 ראו ס' 2 לחוק הפל"ד וכן ס' 2-3 לפקודת ביטוח רכב מנועי.

150 יש שיטענו כנגד זה כי שינוי חקיקתי המעניק ביטחון סוציאלי לכלל התושבים והאזרחים אינו יוצר זכות חברתית, ומכאן שהשינוי שחל בהקשר הפנסיוני בשנת 2008, עם הטלתן של חובות ההפרשה לקרן פנסיה, לא יצר זכות חברתית המצדיקה את שינויה של הלכת אנוך. אנו, כאמור, איננו מצטרפים לגישה זו, אלא סבורים כי ביטול הלכת אנוך הוא הכרחי.

אבל באופן מהותי תנאי הפוליסה העיקריים מוסדרים על-ידי המאסדר,<sup>151</sup> ומטרת-הצל של הסדר זה, כפי שנקבעה בפסיקה, היא פיצוי מהיר לכל נפגע.<sup>152</sup>

\* \* \*

חרף ארבעת הטיעונים שהעלינו בפרק זה, ניתן להשמיע כמה טיעוני-נגד ביחס לעמדתנו. ראשית, הפנסיה היא רכושו של הניזוק שנצבר במשך השנים, ולכן ניכיה פוגע הן בזכותו הקניינית של הפרט והן בציפייתו החוזית לקבל את תגמוליה עם יציאתו לגמלאות. אנו מסכימים עם טיעון זה. אין חולק כי כספי הפנסיה שהופרשו משכרו של העובד במשך שנות עבודתו הם חלק מנכסיו. איננו טוענים כי אין לשלם לו כספים אלו בעת יציאתו לגמלאות. עמדתנו אינה קוראת תיגר על נכסיו ורכושו של הניזוק או על פיצוי בגינם ככל שהם נפגעו. טענתנו היא כי אי-אפשר לשלם לניזוק פעמיים: פעם אחת פיצויים מצד המזיק, אשר כוללים גם את הפגיעה שחלה בזכויות הפנסיה; ופעם נוספת מצד המיטיב, אשר אמור לשלם לניזוק את כספי הפנסיה. על פגיעה שנגרמה לתובע בכל הקשור לכספי הפנסיה שלו הוא אכן אמור לקבל פיצוי מהמזיק, אך אין זה אומר שהוא רשאי לקבל פיצוי כפול על פגיעה זו.

שנית, ניתן לטעון כי אם עמדתנו בדבר ניכוי כספי הפנסיה תתקבל, עלולה להתרחש פגיעה בתמריצים לחיסכון פנסיוני, שכן אם ידע הציבור כי סכומי החיסכון ינוכו במקרה של תביעת נזיקין, הדבר עלול להקטין את ההנעיה שלו לחסוך ולדאוג כלכלית לגיל הפרישה. לדעתנו, טענה זו אינה משכנעת, שכן ההפרשות לקרן הפנסיה, לרבות הסכומים שיש להפריש, אינם נתונים לבחירתם של העובד או המעסיק. כפי שפירטנו לעיל, הם נקבעים על-ידי החקיקה, אשר אינה מותירה כל שיקול-דעת לצדדים. מעבר לכך, מבחינה פסיכולוגית ניתן להניח שרוב האנשים מאמינים כי הם לא ייפגעו באירוע נזיקי, ולכן היבט זה של ניכוי כספי הפנסיה בתביעה נזיקית לא יהווה שיקול באשר להחלטתם בנוגע לחיסכון פנסיוני.<sup>153</sup> מעבר

151 ראו הוראות הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) (תנאי חוזה לביטוח חובה של רכב מנועי), התש"ע-2010.

152 ע"א 483/84 "קרנית" קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' אברהם, פ"ד מא(4) 754, 761 (1987); רע"א 3339/00 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' דהן, פ"ד נו(1) 503, פס' 12 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2002).

153 אנו מסתמכים בטיעון זה על התאוריה של "הטיית האופטימיות" (optimism bias), הגורסת כי לאנשים יש ככלל נטייה להעריך ביתר את האפשרות לתוצאה חיובית ומועילה של התנהלותם, ובמקביל להעריך בחסר את האפשרות לתוצאה שלילית. ראו Anat Bracha & Donald J.

לכך, ניתן גם לשער כי רוב האנשים ירצו לחסוך לעת זקנה כמה שיותר, כדי שהם יוכלו ליהנות מחיים נוחים בחלק האחרון של חייהם.

לבסוף, ניתן לטעון כי אימוץ עמדתנו עלול להגביר את אי-הוודאות ולהוביל לחוסר יציבות בשוק הפנסיוני. בפרט, שינויים תכופים בהלכה המשפטית לגבי ניכוי פנסיה עלולים לפגוע ביכולתן של קרנות הפנסיה לתכנן ולנהל את תיקי ההשקעות בצורה מיטבית. זאת ועוד, מתן אפשרות לניכוי חלקי ומדורג (למשל, רק של גמלת הזקנה (הפנסיה), ולא של הגמלה בגין אובדן כושר עבודה) עלול להגביר את המחלוקות בין הצדדים בתיקים ואת עומס הדיונים בבתי-המשפט, שיצטרכו לקבוע את שיעור הניכוי בכל מקרה לגופו. גם טיעונים אלו אינם משכנעים, לדעתנו. הלכת אנוך, אשר ניתנה בשנת 2012, שינתה הלכה קודמת ואף-על-פי-כן שוק הביטוח הפנסיוני שרד.<sup>154</sup> ניתן אף לציין דוגמאות נוספות מתחום דיני הנזיקין שבהן שינה בית-המשפט העליון הלכות בעלות השלכות דרמטיות על שוק הביטוח והוא צלח אותן בצורה טובה.<sup>155</sup> נוסף על כך, ככל שתתקבל הלכה שלפיה יש לנכות את כספי הפנסיה בלבד (ללא גמלת הנכות/השאירים), החישוב אינו אמור להיות מורכב, וממילא חישובים מעין אלה נעשים תדיר על-ידי בתי-המשפט בפסקי-דין הניתנים בתביעות בדיני נזיקין. בעת הצורך השופטים מקבלים חוות-דעת אקטואריות ופועלים לפיהן. ככל שיעלו מחלוקות כאלה, הן יידונו במקביל לסוגיות אחרות שיעלו בין הצדדים לתביעה הנזיקית.

הצגת טיעוני-הנגד וההתמודדות איתם מסיימות את הדיון בארבעת הטענות המרכזיים שהצגנו בפרק זה, אשר מצדיקים לדעתנו את שינוי ההלכה שנקבעה בעניין אנוך. על טיעונים אלו יש להוסיף את נקודת-המבט הכללית יותר, הבוחנת את המדיניות הראויה בהקשר של דיני הנזיקין. לכך נפנה כעת.

Brown, *Affective Decision Making: A Theory of Optimism Bias*, 75 GAMES & ECON. BEHAV. 67 (2012).

154 שרית מנחם-כרמי ואיל קמחי מערכת הפנסיה בישראל: מצבה הנוכחי והשינויים הנדרשים בה (שורש – מוסד למחקר כלכלי-חברתי 2018) <https://did.li/aFJTY>.

155 ראו, לדוגמה, את פסיקתו של בית-המשפט העליון בע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005), שבמסגרתה הועלה סכום הפיצוי לקטינים בראש-הנזק של אובדן כושר עבודה לגובה השכר הממוצע במשק. כן ראו את הלכת "השנים האבודות" בעניין אטינגר, לעיל ה"ש 107, אשר קבעה כי יש לפצות את העיזבון של הניזוק שנהרג באירוע נזיקי על אובדן ההשתכרות בשנים שבהן הוא היה אמור לעבוד ולהשתכר אילולא נהרג.

### ד. שיקולים של מדיניות חברתית

כאשר בוחנים בדיני הנזיקין את הבסיס העיוני של הלכה מסוימת או את ההצדקה התאורטית של כלל משפטי מסוים, בוחנים את המדיניות החברתית שהם משקפים.<sup>156</sup> פרק זה יוקדש להיבט זה.

לדיני נזיקין יש כמה מטרות חברתיות.<sup>157</sup> מצד אחד, קיימות מטרות המבוססות על תפיסה מוסרית של אשם. כך, למשל, יש הסבורים כי הטלת אחריות על המזיק מוצדקת מכיוון שנפל פגם מוסרי בהתנהלותו ולכן עליו לתקן את הנזק שהוא הסב (גישה המכונה "צדק מתקן").<sup>158</sup> בהתאם לפסיקתו של בית-המשפט העליון, ההתמקדות באשם המוסרי היא שעומדת בבסיס עקרון-העל של השבת מצבו של הנזיזוק לקדמותו.<sup>159</sup> בהקשר המסוים שלפנינו תפיסה כזו עשויה להצדיק את ההלכה שנקבעה בעניין אנוך: המזיק הסב נזק לניזוק, ולכן עליו לשלם לו את מלוא הפיצוי, ולא "ליהנות" מכך שהניזוק דאג להכנסה פנסיונית לאחר שיצא לגמלאות.<sup>160</sup>

נוסף על כך, יש הסבורים כי אחת המטרות של דיני הנזיקין היא הרתעה, אשר תוביל לתיקון ההתנהגות של מזיקים פוטנציאליים. לפי גישה זו, הטלת אחריות על המזיק תרתיע אותו ואת שכמותו מלפעול באופן שעלול לגרום נזק לאחרים, כלומר, הטלת אחריות תוביל אותו לנקוט אמצעי זהירות כדי להימנע מגרימת נזק.<sup>161</sup> בהקשר שלפנינו קידום מטרה זו עשוי להצדיק את ההלכה בעניין אנוך. כלומר, אם אנו רוצים לתקן התנהגויות עוולתיות, לצמצם סיכונים ולהוביל לקיומה של חברה מסוכנת פחות ובטוחה יותר, אזי כאשר מטילים אחריות, יש להטיל חובת פיצוי מלא על הנתבע, ולא להתחשב בהטבות המגיעות לתובע. אבל, כפי שהדגישו גלעד וסמט במאמרם, הן כאשר מדובר בפיצוי הנובע מהסדר של אחריות מוחלטת (כמו בחוק הפלת"ד) והן כאשר מדובר בפיצוי הנובע מהסדר

156 ראו, לדוגמה, בהקשר אחר: Boaz Segal, *Practical Alternatives to the Rule of Joint and Several Liability: Regulatory Negligence as a Case Study*, 27 BUFF. ENV'T L.J. 1 (2020).

157 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 53 (2012); אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275 (2000).

158 ראו גלעד, שם, בעמ' 60–62.

159 ראו עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 155, בפס' 8.

160 זו כמובן הסתכלות לא-מדויקת, שכן למן שנת 2008 הניזוק חייב להצטרף למסלול פנסיוני כזה או אחר.

161 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב 421 (1993); גלעד, לעיל ה"ש 157, בעמ' 144–147.

של אשם (על-פי פקודת הנזיקין), הרתעת המזיק אינה באה לידי ביטוי, בוודאי לא באופן מלא, כאשר מאחוריו נמצא מבטח.<sup>162</sup> בצדק ציינו גלעד וסמט כי במצב כזה מי שנושא בנטל הפיצוי הוא ציבור המבוטחים שלא גרמו כלל לנזק.<sup>163</sup> מעבר לכך, ניתן לטעון כי ההרתעה באה לידי ביטוי בעצם הטלת האחריות, בעצם הקביעה כי ההתנהלות של הנתבע הייתה עוולתית. מסר כזה, כשלעצמו, משקף – גם אם לא באופן מלא – הרתעה מפני ההתנהגות של הנתבע שעמדה בבסיס הדיון בתביעה, שכן נתבעים פוטנציאליים אינם רוצים באופן עקרוני להיתבע או להיות חשופים לתביעה. גובה הפיצוי אומנם משפיע על מידת ההרתעה, אבל הוא נמצא כבר בשלב השני, לאחר שהוטלה האחריות, שממנה נתבעים מעוניינים לחמוק. נמשיך. יש הסבורים כי ניתן להצדיק הטלת אחריות בניזיקין על בסיס מערכת יחסים החורגת מזו של המזיק והניזוק המסוימים. האוחזים בגישות אלו מדגישים כי בחברה מודרנית יסוד האשם המוסרי של הפרט אינו צריך להיות דומיננטי בעת הטלת אחריות בניזיקין. חלק מהם סבורים כי צריך להטיל אחריות בניזיקין מתוך תפיסה של צדק חלוקתי, כלומר, מתוך מטרה של חלוקת עלות הנזקים באופן שיקדם את השוויון בין קבוצות שונות בחברה – למשל, באופן שיקדם את הקבוצות החלשות על-חשבון החזקות.<sup>164</sup> לפי העקרונות של צדק חלוקתי, נטיל את האחריות על חברי הקבוצה הנהנית מפעילות מסוימת או באופן שיפזר את הנזק על כלל חברי הקבוצה (באמצעות ביטוח).<sup>165</sup> באופן דומה, גם המחזיקים בגישה של יעילות כלכלית בדיני נזיקין לא יטילו בהכרח אחריות על בסיס של אשם מוסרי של המזיק המסוים, אלא על בסיס מנגנון תועלתני אשר יוביל לאחר קרות המקרה לצמצום העלויות של אירועי נזק עתידיים כמו זה שכבר אירע, ואולי אף לרווחה מצרפית.<sup>166</sup> בהקשר המסוים שלפנינו ניתן להעריך כי הנוקטים גישה זו ידגישו כי התחשבות בתשלומי הפנסיה בעת פסיקת פיצוי לניזוק תיצור חלוקה או פיזור צודקים ויעילים יותר של עלויות הנזק (עלויות הנזק שנגרם ועלויות המניעה). התחשבות זו תביא בחשבון את יכולתו של המיטיב לתבוע מהמזיק השבה של

162 ראו גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 20–21.

163 שם, בעמ' 21.

164 צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541 (2004).

165 בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233, 245, 246–247 (2010); עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 156, בפס' 38.

166 גלעד, לעיל ה"ש 157, בעמ' 112–114; ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976) (להלן: עניין אתא).

ההטבה שהיטיבה את הניזוק. הנימוק הכלכלי חזק אף יותר מהנימוק המתבסס על צדק חלוקתי: אם לא נתחשב בהטבה, כלומר בכספי הפנסיה שהניזוק מקבל מחברת הביטוח, ניצור מצב לא-יעיל מבחינת כלל ה"שחקנים" המעורבים (המזיק, הניזוק והמיטיב) שבו הניזוק יקבל פיצוי כפול על נזקו (תגמולי הפנסיה מחברת הביטוח ופיצוי מלא – הכולל הפסדי פנסיה בגין אובדן כושר השתכרות לעתיד – מהמזיק). חשוב לזכור כי התומכים בגישה הכלכלית למשפט אינם מבססים את הטלת האחריות וחובת הפיצוי על מידת האשם המוסרי של המזיק (או הניזוק). מטרתם היא להטיל אחריות וחובת פיצוי שיהיו משתלמות מבחינה כלכלית.<sup>167</sup>

נסביר. אם אין מתחשבים בתשלומי הפנסיה, העלות כולה מוטלת על המזיקים עצמם, ובחלק גדול של המקרים היא מוטלת בעיקר על המבטחות של המזיקים. במצב כזה הנזק מתפזר ומוטל על קבוצת המבוטחים הרלוונטית (ובעקיפין על הלקוחות שלהם). במקביל מוטל נטל על ציבור העובדים בעלי הפנסיות, שכן לא רק שהוא מתחיל לשאת בעלות הפנסיה של הניזוק לפני הגיעו לגיל פנסיה ומפסיק לקבל את הפרשותיו של אותו ניזוק לקרן או לביטוח המנהלים (כלומר, את ההשתתפות שלו), אלא שציבור זה גם אינו יכול לקבל השבה של כספים אלו, ולו באופן חלקי, מהמזיק (ומהמבטחת שלו). המשמעות היא למעשה שציבור אשר אינו חלק מהאירוע הנזיקי (עמיתים בקרן פנסיה או מבוטחים בכיטוחי מנהלים) נושאים בעלות הנזק של הניזוק. זו אינה חלוקה צודקת. ציבור זה אינו מעורב בפעילותו של המזיק ואינו נהנה ממנה. הוא היטיב את הנזק מכוח החוק, אבל הוא נפגע כלכלית מהטבה זו. המסקנה הבלתי-נמנעת היא שהטלת העלות הזו על ציבור זה אינה יעילה מבחינה כלכלית, שכן היא מובילה לפגיעה ביכולתן של קרנות הפנסיה או של החברות המנהלות את ביטוחי המנהלים לשלם פנסיה משמעותית לעמיתים או למבוטחים.

לנוכח זאת, בראייתם של האוחזים בגישות של צדק חלוקתי או בגישה כלכלית, המדיניות הנכונה היא לאפשר למיטיבים, קרי לקרנות הפנסיה ולחברות הביטוח המנהלות את ביטוחי המנהלים, לתבוע מהמזיק השבה של תשלומי הפנסיה שהם נדרשים לשלם מקרות האירוע הנזיקי ועד שהניזוק מגיע לגיל הפנסיה, אם הוא נפגע ונותר בחיים, או עד שהוא היה מגיע לגיל פנסיה אילו לא נהרג באירוע הנזיקי. כלל המאפשר למיטיבים אלו לתבוע את המזיק יוביל כמובן לשינוי ההלכה שנקבעה בפסק-דין אנוך. שינוי זה יחייב כלל המאפשר למזיק לנכות מהפיצוי שעליו לשלם לניזוק את תשלומי הפנסיה החודשיים, כדי שהוא לא ישלם יותר מהנזק שהוא גרם לניזוק.

167 ראו עניין אתא, שם.

ניגש לסוגיה מזווית נוספת. בעלי הגישות המבססים את הטלת האחריות על שיקולים חברתיים רחבים, ולא על מדיניות של אשם מוסרי של המזיק הספציפי, עוסקים בשאלה הבאה: על איזו קבוצה בחברה יהיה נכון או צודק יותר להטיל את העלות של הנזק ושל מניעתו? בדיני הנזיקין האפשרויות ברוב המקרים הן אלה: (1) המזיקים, במקרה שאין להם ביטוח; (2) המזיקים והמבטחות שלהם (או במילים אחרות, חברי הקבוצה הרלוונטית של המזיק המסוים והלקוחות שלהם, שהרי עלויות הביטוח מושטות על לקוחות אלו); (3) הציבור הכללי (למשל, באמצעות קביעת גמלאות של המוסד לביטוח לאומי באירועים נזיקיים או הטלת מס על כלל הציבור). לגישתנו, יש מקום להטיל אחריות על הקבוצה הרלוונטית בלבד, והיא ציבור המזיקים והמבטחות שלהם. אין מקום להטיל את האחריות על הציבור הכללי אשר מממש את זכותו החברתית לפנסיה בהתאם להסדרים הפנסיוניים הקבועים בישראל. ראוי להדגיש כי ההשלכות הכלכליות והכספיות כאשר הניזוק מקבל הן פיצוי נזיקי והן תשלומי פנסיה בגין אותו ראש-נזק הן דרמטיות. ההשלכה החברתית המרכזית בסוגיה שלפנינו היא פגיעה בציבור בעלי הפנסיות. את זאת ניתן למנוע אם נאפשר למזיק לנכות את תשלומי הפנסיה מהפיצוי.

אומנם, בית-המשפט העליון מעדיף על-פירוב לאמץ כללים משפטיים והלכות המבוססים על אשמו המוסרי של המזיק המסוים.<sup>168</sup> אבל, לנוכח ההשלכות הדרמטיות של כללים והלכות אלו הן מבחינה כלכלית והן מבחינת גודל הציבור המושפע מהם, אנו סבורים כי יש לאמץ כאן מדיניות המשקפת צדק חלוקתי.

### סיכום

במאמר זה הצבנו את השאלה אם יש לנכות את תשלומי הפנסיה המשתלמים לניזוק מסכום הפיצוי שהמזיק חב בו לניזוק. ככל שמדובר בתשלומי פנסיה המגיעים מקרנות פנסיה חדשות ומביטוחי מנהלים קבע בית-המשפט העליון לפני יותר מעשור, בפסק-הדין בעניין אנוך, כי אי-אפשר לנכות תשלומים אלו.<sup>169</sup> בפסק-הדין השני שניתן בפרשת יונה נראה שבית-המשפט העליון ממשיך בקו זה.<sup>170</sup> במאמר זה הצגנו הן ביקורת על הלכה זו והן נימוקים המובילים לדעתנו למסקנה הבלתי-נמנעת כי יש לבטל את ההלכה הזו ולקבוע תחתיה כלל המחייב ניכוי.

168 ראו, למשל, ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990).

169 עניין אנוך, לעיל ה"ש 7.

170 עניין יונה 2, לעיל ה"ש 3.

בית-המשפט העליון מדגיש בפסק-דינו בעניין אנוך את ההיבטים החוזיים והביטוחיים של הסדרי הפנסיה, במיוחד את אלה המאפשרים לניזוק חופש בחירה מסוים בהתנהלותו אל מול קרן הפנסיה או חברת הביטוח המנהלת את כספי הפנסיה שלו. איננו טוענים כי להסדרים הפנסיוניים בישראל אין היבטים כאלה. אנו מכירים כמובן בקיומם. אבל אנו סבורים כי הם אינם דומיננטיים. לדעתנו, הם אף אינם משמעותיים. שימת דגש בהיבטים אלו אינה נכונה, שכן יש בה משום התעלמות מהתפיסה המהותית והעקרונית של פנסיה כזכות חברתית. לגישתנו, ההיבטים החוזיים מיועדים לאפשר לפרט העובד (הניזוק) לממש את זכותו לפנסיה באופן התואם את צרכיו ורצונותיו. היבטים אלו אינם משקפים את עקרון חופש החוזים או את האוטונומיה וחופש הבחירה של הפרט העובד בהקשר ספציפי זה. מעבר לכך, בניגוד לתפיסתו של בית-המשפט העליון בעניין אנוך, אנו רואים את הפנסיה כחלק מהכנסתו של העובד, כהמשך השתכרותו בשנים שבהן הוא בגמלאות, בבחינת "שכרו של הגמלאי"<sup>171</sup>, שכן היא נגזרת מהכנסתו בשנים שבהן עבד. אין מדובר בביטוח מפני סיכון של הגעה לגיל זקנה.

נוסף על כך, אנו סבורים כי הלכת אנוך נוגדת את עקרונות-היסוד של דיני הנזיקין ואת מטרותיהם החברתיות. ההלכה שקבע בית-המשפט העליון בפסק-דין זה משקפת רצון להימנע ממצב שבו המזיק "ייהנה" מההטבה שהעניק המיטיב לניזוק ולא יישא במלוא העלות של הנזק שגרם. העדפה זו שעולה מפסק-הדין בעניין אנוך גורמת לפגיעה קשה בעקרון-העל של דיני הנזיקין – השבת מצבו של הנזוק לקדמותו. במילים אחרות, היא מובילה למתן פיצוי לניזוק העולה בשיעור ניכר על הנזק שנגרם לו בפועל. כפי שראינו, רוב השופטים סבורים שגם בעניין זה של ניכוי תשלומי פנסיה יש להעדיף את עקרון-העל של השבת המצב לקדמותו. זאת ועוד, ההלכה שנקבעה בעניין אנוך אינה מתיישבת עם הלכה מקבילה של בית-המשפט העליון שלפיה תשלומי פנסיה המגיעים מקרן פנסיה ותיקה ניתן לנכות מהפיצוי הנזיקי שהמזיק חב בו לניזוק (הלכת עמיר<sup>172</sup>). אם נזקק את הנימוק שעל בסיסו יצר בית-המשפט העליון את ההבדל בין שתי הלכות אלו, נראה כי השופטים מדגישים את העובדה שבקרנות הפנסיה הוותיקות היה זה המעביד לבדו – ללא העובד – שהפריש את הכספים לקרן הפנסיה, ולעובד לא הייתה כל אפשרות בחירה לאיזו קרן יופרשו כספים אלו. לדעתנו, הבדל זה אינו משמעותי, ואינו מצדיק כשלעצמו הלכות נוגדות. כאמור, מאפיינים אלו נוגעים במימוש הזכות לפנסיה, ולא בהיבט העקרוני, שאינו מוטל בספק, שלפיו ההסדר

171 עניין מן, לעיל ה"ש 58, בפס' 11.

172 עניין עמיר, לעיל ה"ש 35.



הפנסיוני מושתת על חובה משפטית קוגנטית. מכל מקום, אם יבחר בית-המשפט העליון לאמץ את הנימוקים שהיוו את הבסיס להלכה בעניין אנוך, אזי כדי ליצור הלימה בין שתי ההלכות האמורות יש לכל-הפחות לנכות את הפרשות המעביד לפנסיה של העובד, שהן בגדר חובה קוגנטית למן שנת 2008.

לבסוף, נחזור לשאלה הראשונה והבסיסית שאיתה התחלנו: האם תשלומי פנסיה מוגדרים כנובעים מחוזה ביטוח? שאלה זו, כפי שראינו, רלוונטית הן לאפשרות של המיטיב לקבל שיפוי מהמזיק (למשל, זו הניתנת למיטיב בחוק הטבת נזקי גוף) והן לאפשרות של המזיק לנכות חלק מהפיצוי לניזוק (זו הקבועה בסעיפים 81(1) ו-86 לפקודת הנזיקין). התשובה שאליה הגענו בסוף מסע זה היא שאין מדובר בתשלומים הנובעים מחוזה ביטוח. המשמעות של תשובה זו היא כפולה – יש לאפשר לקרנות הפנסיה החדשות ולחברות הביטוח המסחריות לתבוע שיפוי מהמזיק, ובמקביל יש לאפשר למזיק לנכות סכומים אלו מגובה הפיצוי שנפסק נגדו לטובת הניזוק. מעבר לכל הנימוקים שפורטו ברשימה זו, קביעה כזו תהלום לא רק את עקרון-העל של דיני הנזיקין, אלא אף את המדיניות הנכונה והראויה של שיפוי וניכוי.<sup>173</sup>

173 ראו גלעד וסמט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 35. לסיום ניתן לצטט את דבריו העקרוניים של השופט אור בעניין זלסקי, אשר כתב: "...הניזוק זכאי לפיצוי בגובה הנזק שנגרם, לאחר שקוזה ממנו התועלת שהופקה ממעשה העוולה. כלל זה מיוסד על העיקרון המנחה בקביעת היקף הפיצוי... [שלפיו] הניזוק זכאי אך ורק לפיצוי אשר מטרתו להחזירו למצב שהיה בו אלמלא העוולה. אם, בסופו של חשבון, נוכח מכלול הנתונים הרלוונטיים, מתחוור כי מצבו של הניזוק לא הורע עקב העוולה, אין מקום, על-פי אמת-מידה זו, לפצות את הניזוק... הניזוק אינו זכאי לפיצוי אשר יעשיר אותו מעבר לנזקו ויעניש את המזיק. אכן, הפיצוי שהניזוק זכאי לו אינו נתון בחלל ריק. כאשר לא נגרם לניזוק נזק בפועל עקב עוולתו של המזיק, אין הוא זכאי לפיצוי". ראו ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 89 (1997).