

על ההתאמה בין ההיבט הנזיקי להיבט החוזי של הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות-דרכים

מאת

ישראל גלעד*

רשימה זו בוחנת את מידת ההתאמה בין הפן הנזיקי לפן החוזי של הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות דרכים. בחינה זו נעשית לגבי שני סוגי הביטוח – ביטוח אישי וביטוח אחריות, ומשלוש נקודות מבט: היקף הזכאות ודרכי מימושה, סיווג הזכאות והחבות, ותנאי הזכאות. מהיבט היקף הזכאות ודרכי מימושה לא נמצאה כל בעיה. מהיבט סיווג הזכאות והחבות מוצע, בעקבות הפסיקה, לאמץ מבחן סיווג גמיש המאפשר לסווג את חבות המבטחים או הזכאים כלפיהם הן כתחויית והן כנזיקית לפי העניין. מהיבט תנאי הזכאות מוצע לחתוך את שאלת תקפותם או בטלותם של תנאים והגבלות אחריות בחוזה הביטוח לא רק על פי מבחן השליטה על התנאי וההגבלה שנקבע בפסיקה, אלא על פי מבחן רחב יותר של תקנות הציבור המתפרש באופן שונה לגבי ביטוח אחריות ולגבי הביטוח האישי.

א. כללי. ב. נשוא הדיון – שאלת ההתאמה בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי. ג. הביטוח האישי; 1. הנראת השוואת המעמד ושאלת פרשנותה; 2. היקף הזכאות ודרך מימוש הזכאות; 3. סיווג הזכאות; (א) השבה; (ב) חסינות המדינה; (ג) על הסיווג הראוי של זכאות הנוהג וחבות המבטח האישי; (1) הגישה העקרונית; (2) עדיפות הסיווג החוזי – סעיפים 14 ו-15 לפקודה; (3) עדיפות הסיווג הנזיקי; (4) חשיבות הגמישות; 4. תנאי הזכאות; (א) זכאות חזית צרה יותר או רחבה יותר מן הזכאות הנזיקית; (ב) נוהג ללא פוליסת-ביטוח; (ג) הכרת הפסיקה בחוסר-ההתאמה בין הפן הביטוחי לנזיקי – גישת "שתי המשוכות"; (ד) הצעתו של מור; (ה) הפתרון הסטטוטורי לבעיית הנוהג הבחתי-מבוטח ותלויי; (ו) ההחלטה בעניין אשור; (ז) ניתוח הלכת אשור; (ח) ביקורת הלכת אשור והצעה למבחן בטלות אלטרנטיבי; (1) השאלה: האם מוצדקת ביקורת המיעוט על הלכת אשור?; (2) הבעייתיות שבפסילת תנאים והגבלות בביטוח אישי בשל אי-חוקיות; (3) על האיון הראוי בין חופש ההתקשרות לבין הגנה על שלמות הגוף; (4) קשיים ביישומה של הלכת אשור; (5) מבחן חלופי; (6) ההיבט הפילי – הלכת אשור והמבחן החלופי; (ט) מבחן הפסלות והנוהג בהיתר; (י) תנאי הזכאות – סיכום-כנייים. ד. ביטוח אחריות; 1. מבטח האחריות – ציר מרכזי בהסדר המשולב; 2. היקף הזכאות ודרך מימושה; 3. סיווג הזכאות; (א) זכורות השבה; (ב) זכורות חזרה; (ג) חסינות המדינה; (ד) סיכום; 4. תנאי הזכאות; (א) שאלת תנאי הזכאות – ביטוח אחריות מול ביטוח אישי; (ב) ביטוח חלקי של אחריות הבעלים והנוהג בהיתר – ההסדר הראוי; (1) השאלה; (2) השיקולים; (3) המבחן המתבקש – מבחן רגילות הסיכון; (ג) ההסדר המצוי – סעיף 15 לפקודת הביטוח; (ד) הלכת אשור וההסדר הראוי; (ה) פיצול התנאים וההגבלות בין ביטוח אחריות לביטוח אישי – תיאוריה ומציאות; (1) המצב בשוק – היעדר תנאים והגבלות הייתודיים לביטוח האישי; (2) הסבר כלכלי; (3) הסבר "פסיכולוגי"; (4) הסבר מנהלי; (ו) הנוהג שלא בהיתר; (ז) מחזיק שהתיר. ה. סיכום ומסקנות.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה ליעקב מלצר, לאריאל פורת, לרון רוגין ולבועז שנור על הערותיהם המועילות לגרסאות מוקדמות של רשימה זו.

א. כללי

הסדר פיצוים של נפגעי תאונות-דרכים הוא הסדר משולב נזיקי-ביטוחי. בבסיס הסדר זה (להלן: ההסדר המשולב) חוברו יחדיו אחריות מוחלטת בנויקין מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים, תשל"ה-1975 (להלן: החוק), עם הוראותיה החוזיות של פוליסת-הביטוח הנשלטות על-ידי פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תשל"ל-1970 (להלן: הפקודה). על הפן הנזיקי של ההסדר המשולב חלים דיני-הנזיקין הכלליים כמקור משלים, ואילו הפן הביטוחי-חוזי של ההסדר המשולב נתמך על-ידי חוק חוזה ביטוח, תשמ"א-1981, וחוקי החוזים הכלליים.

מהי "חלוקת העבודה" בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי של ההסדר המשולב? דיני-הנזיקין יוצרים את תשתית ההסדר: הם קובעים את תנאי הזכאות לפיצויים ואת היקף הזכאות לפיצויים. תנאי הזכאות נקבעים על-ידי הגדרת האירוע המזכה בפיצויים — "תאונת דרכים" (סעיף 1 לחוק), על ידי הטלת אחריות מוחלטת על הנוהג ומתיר השימוש כלפי נוסע ונפגע מחוץ לכלי-הרכב (סעיף 2 לחוק), ועל-ידי שלילת הזכאות במקרים מיוחדים (סעיף 7 לחוק). היקף הזכאות לפיצויים נקבע על-ידי אותם דינים נזיקיים העוסקים בהגדרת הנזקים בני-הפיצוי ודרך חישוב הפיצויים בגינם. לחלק הנזיקי של ההסדר המשולב ניתן לשייך גם את דרכי מימוש הזכאות, דהיינו: אותם הסדרים דיוניים וראייתיים המייחדים הסדר נזיקי זה.

הסדרי הביטוח החוזי משלימים ומגכים את התשתית הנזיקית. השלמת התשתית הנזיקית נעשית על-ידי הענקת זכות חוזית לפיצויים לנוהג מבוטח שנפגע בתאונת-דרכים. נוהג מבוטח אינו זכאי לפיצויים בעילה נזיקית. זכותו לפיצויים במסגרת ההסדר המשולב נובעת באורח בלעדי מחוזה-הביטוח האישי — סעיף 3 (א) (2) לפקודת הביטוח. הביטוח האישי המנדטורי הוא מקור ראשוני ויחיד לזכאותו של נוהג מבוטח. הסדרי הביטוח החוזי מגכים את אחריותם בנויקין של הנוהג והמתיר באמצעות ביטוח-אחריות מנדטורי — סעיף 3 (א) (1) לפקודת הביטוח, ועל-ידי יצירת יריבות ישירה בין מבטח האחריות לבין הניזוק הזכאי (סעיפים 19 ו-20 לפקודת הביטוח). הביטוח החוזי משמש כאן מקור חבות שני, נוסף, מבחינתו של הניזוק, המצטבר על זכאותו כלפי האחראים בנויקין. גם להסדרי ביטוח-האחריות ניתן גיבוי — קרן סטטוטורית (קרנית) המפצה את הנפגע הזכאי במצבים שבהם אין בידו לתבוע מבטח (סעיף 12 לחוק). הגיבוי לתשתית הנזיקית הוא אפוא כפול¹. לכאורה תפקידם של הסדרי הביטוח הוא שני בחשיבותו — השלמה וגיבוי לתשתית הנזיקית. לאמיתו של דבר, הסדרי הביטוח הם הנדבך המרכזי בהסדר המשולב. הרעיון המרכזי שעליו מושתת ההסדר המשולב הוא הטלת עומס נזיקה של תאונות-דרכים על ציבור בעלי כלי-הרכב באמצעות חובת הביטוח. ביטוח

1 מאז תיקון החוק בתשמ"ט פועלת קרנית לא רק כגיבוי הנוסף על זה הביטוחי, אלא גם כמקור ראשוני לזכאותם של ניזוקים שאין כלפיהם אחריות בנויקין או חבות חוזית — נוהג חסר-ביטוח שלא ידע ולא צריך היה לדעת על כך (סעיף 7א לחוק), ותלויו של נוהג חסר-ביטוח (סעיף 7ב לחוק). הוראות אלה חידונה בהמשך.

האחריות, הביטוח האישי וקרנית, הממומנים על-ידי ציבור זה, הם המפצים בפועל את הנזיקים.² דיני-הנזיקין משמשים למעשה רק אמצעי ומסגרת להפעלת מנגנוני הביטוח והגיבוי למיניהם.

ב. נשוא הדיון – שאלת ההתאמה בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי

הסוגייה שתידון להלן היא מידת ההתאמה בין הסדרי הביטוח החוזי שבפוליסה ובפקודה לבין התשתית הנזיקית של החוק. יידונו הן ההסדר הביטוחי המגבה את האחריות בגזיקין – ביטוח אחריות, והן ההסדר הביטוחי הפועל כמקור ראשוני לחבות – הביטוח האישי.

עמדתה העקרונית של הפסיקה היא שיש לחתור להתאמה מרבית בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי. על-פי גישה זו, "מגמת המחוקק היתה ליצור חפיפה בין האחריות על-פי חוק הפיצויים, מחד גיסא, לבין חובת הביטוח על-פי הוראות פקודת הביטוח, מאידך גיסא, ועל כן תוקנה פקודת הביטוח עם חקיקתו של חוק הפיצויים כדי ליצור התאמה ותיאום בין שני דברי החקיקה"³. מעמדה זו נגזרים כללי פרשנות הן לגבי החוק הן לגבי הפקודה. "השאיפה צריכה להיות, ככל שהדבר מתאפשר מבלי לחטוא ממש ללשונו של החוק, לפרשו מתוך מגמה שתביא להתאמה בין האחריות לפי חוק הפיצויים לחובת הביטוח לפי פקודת הביטוח"⁴. "כאשר אנו מפרשים הוראות בפקודת הביטוח, עלינו לעשות כן על רקע חוק הפיצויים, אשר מהווה חלק מסביבתה הטבעית, ואשר הביא למספר שינויים בפקודת הביטוח עצמה"⁵.

האם הושגה ההרמוניה המבוקשת הלכה למעשה? ההסדר החקוק המקורי יצר לכאורה שורה של אי-התאמות בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי של ההסדר המשולב. במהלך השנים שחלפו מאז נרתמו המחוקק, בית-המשפט והספרות המשפטית לטיפול באי-התאמות אלה. מהן הטכניקות השונות ששימשו לצורך זה? מהי מידת הצלחתם של מאמצים אלה? שאלות אלה יידונו להלן.

2 לכך יש להוסיף את המדינה וגופים אחרים הפטורים מחובת ביטוח, אך הנשאים בתוכניתו של מבטח לפי סעיף 66 לפקודת הביטוח. מבחינה עניינית ניתן לראות גופים אלה כמבטחים. סוגייה זו תידון בהמשך.

3 ע"פ 651/88 שדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 49, 53. בע"א 494/89 אסרף נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד מו(3) 397 הוגדר המצב הרצוי ככזה ש"על פיו תחקים, ככל האפשר, התאמה בין האחריות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים לבין היקף הכיסון הביטוחי" (עמ' 402). ראה גם ע"א 56, 76/84 אלחדד נ' סלהב, פ"ד מא(2) 582, 587.

4 ע"א 308/82 מדינת ישראל נ' שארש ואח', פ"ד מב(1) 642, 647. ראה גם ע"א 1193/90 מדינת ישראל נ' הפול – חברות הביטוח הישראליות בע"מ, פ"ד מה(4) 230, 245.

5 ע"א 214/81 מדינת ישראל נ' פחימה ואח', פ"ד לט(4) 821, 828-829.

ג. הביטוח האישי

1. הוראת השוואת המעמד ושאלת פרשנותה

שאלת ההתאמה בין הפן החוזי-ביטוחי לפן הנזיקי בהקשר של זכאות הנוהג נדונה בשעתו בהרחבה ובאורח ממצה על-ידי דניאל מור בסדרת מאמרים שפרסם בנושא⁶. חידושי החקיקה והפסיקה מחייבים בחינה מחודשת של הסוגיה, על בסיס התשתית שהונחה במאמרים אלה, כדי להציג ולהעריך את תהליך התפתחותו של הדין בסוגייה מורכבת זו.

לנוהג המבוטח אין, כאמור, עילת תביעה במסגרת הפן הנזיקי של ההסדר המשולב. זכאותו היא כלפי מבטחו האישי, וכלפיו בלבד. חובת הביטוח האישי מצויה בסעיפים 2 ו-3 (א) (2) לפקודה, המחייבים הוצאת פוליסה המבטחת את "בעל הרכב הנוהג בו וכל אדם הנוהג בו בהיתר ממנו — מפני נזק גוף שנגרם להם בתאונת-דרכים כמשמעותם בחוק". חבותו של המבטח האישי היא חבות ראשונית. האם מותאמת זכאות ביטוחית זו לתשתית הנזיקית?

ההוראה המרכזית בהקשר זה מצויה בסעיף 3 (ב) לפקודת הביטוח הקובע, כי המבוטח בביטוח אישי "יהא זכאי לפיצוי כפי שהיה זכאי לקבל נפגע אחר לפי החוק"⁷. הוראה זו, הידועה כהוראת השוואת המעמד⁸, יועדה — על-פי לשונה — ליצור התאמה בין הסדר הביטוח להסדר הנזיקי. אך מהו היקף ההתאמה שיכול וראוי להיגזר מהוראה זו? "מטבע ברייתו, השוואה בין נוהג שנפגע לבין נפגע אחר היא פרובלמטית, שכן יש שוני בסיסי בין שתי קטגוריות אלה של נפגעים"⁹. להלן נבחן התאמה זו מהיבט היקף הזכאות ודרך מימושה, מהיבט סיווג הזכאות ומהיבט תנאי הזכאות.

2. היקף הזכאות ודרך מימוש הזכאות

אין ספק, כי הוראה סעיף 3 (ב) באה ליצור התאמה בין החוק לפקודה בעניין היקף הזכאות לפיצוי. הנוהג המבוטח בביטוח אישי זכאי לפיצוי בגין אותם ראשי נזק ובאותו סכום כספי כמו הזכאי בנזיקין. האם יוצרת הוראה זו התאמה בין שני חלקי ההסדר באשר לדרך מימוש הזכות? על-אף שהדבר אינו עולה במישורין מלשון הוראת "השוואת המעמד", הדעת נותנת כי כתביעת הנוהג את מבטחו

6 ד' מור, "פקודת ביטוח רכב מנועי (נוסח משולב), תש"ל-1970, לאור תיקונה על-ידי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים תשל"ה-1975" הפרקליט לא (תשל"ח) 440 (להלן: מור 1); ד' מור, "מי יפצה נוהג חסר ביטוח אישי שנפגע בתאונת דרכים?" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 141 (להלן: מור 2); ד' מור, "מי יפצה תלוייו של נוהג חסר רשיון-נהיגה?" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 345 (להלן: מור 3).

7 זכאותו הישירה של המבוטח בביטוח אישי כנגד המבטח קבועה גם בסעיף 12 לפקודת הביטוח. ראה הפול (לעיל, הערה 4), 244. לטענה כי הוראת סעיף זה מיותרת ראה מור 1 (לעיל, הערה 6), 458-459; מור 2 (לעיל, הערה 6), 147-148; אברהם נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד לח(3) 406, 409-410; י' אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים (ירושלים, מהדורה שנייה, הוצאת יחלום, תש"ן) (להלן: אנגלרד), 95-96.

8 לשימוש במינוח זה ראה, למשל, ע"א 91/82, 449 בולדמן ואח' נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד לח(3) 505, 518.

9 מור 3 (לעיל, הערה 6), 389.

האישי יחולו סדרי-הדין וכללי הראיות החלים כתביעת נזיקין מכוח החוק. אישור לפרקטיקה נוהגת זו ניתן לאחרונה בעת שנדונה שאלת תחולתו של סעיף 6ב לחוק הפיצויים על תביעת הנוהג את מבטחו האישי. על-אף ש"סעיף 6ב אכן נוקט לשון אשר יכולה להתפרש גם כמגבילה תחולתו אך לתביעות שמקורן החקוק הוא חוק הפיצויים", קבע בית-המשפט כי שיקולי יעילות הדין ופרשנות ראויה של החוק מחייבים את החלתו גם על תביעת הנוהג נגד מבטחו¹⁰. ניתן היה להגיע לאותה תוצאה באמצעות הוראת השוואת המעמד.

3. סיווג הזכאות

שאלה קשה יותר היא מידת השפעתה של הוראת השוואת המעמד על סיווגה או אפיונה של הזכאות כלפי המבטח האישי ושל חבותו של זה. אין חולק על כך, כי מקורה של זכאות זו הוא בחוזה-הביטוח ולא בחוק¹¹. אך האם למרות המקור החוזי יש בהוראת השוואת המעמד כדי ליתן לזכות הנוהג כנגד המבטח, ולחכות המבטח, צביון נזיקי, תורית נזיקית? חשיבותה המעשית של שאלה זו באה לידי ביטוי בשני הקשרים: זכויות השבה וחסינות.

(א) השבה

הסדרים רבים ומגוונים קובעים, כי מי שמיטיב את נזקו של ניזוק זכאי לתבוע את השבת ההטבה מן האחראי בנזיקין לנזקו של הניזוק. זכות ההשבה מסורה למוסד לביטוח לאומי¹², למדינה ששילמה גמלאות¹³ או תגמולים לפי אחד מחוקי התגמולים¹⁴, וכן לכל מיטיב אחר על-פי דין, חוזה או בהתנדבות, העומד בתנאי החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964¹⁵. האם מיטיבים אלה זכאים לתבוע את השבת ההטבה מן המבטח האישי? אם חבות

10 הפול (לעיל, הערה 4), 242-243. קדם לו ת"א (ת"א) 2051/84 מדינת ישראל נ' שרון יצחק ואח', פ"מ תש"ן (א) 391; ת"א (ת"א) 2040/84 מדינת ישראל נ' קרנית — הקץ לפיצוי נפגעי תאונות-דרכים, פ"מ תש"ן (ג) 124.

11 ע"א 579/79 סוריסה נ' קרנית — קרן לפיצוי נפגעי תאונות-דרכים, פ"ד (3) 13, 18; ע"א 422/78 סלמון נ' תאגיד לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים, פ"ד (2) 701, 703; ע"א 517/79 בן טובים נ' "מוסף נוע" שירותי מכוניות בע"מ ואח', פ"ד (4) 421, 422, 423; ע"א 360/80 מיכון למטע בע"מ נ' קרנית — קרן לפיצוי נפגעי תאונות-דרכים ואח', פ"ד (2) 383, 388; גולדמן (לעיל, הערה 8), 518; ע"א 140/87, 44/86, 204/85 מדינת ישראל נ' מורחאי ואח', פ"ד (2) 113, 120-121. בע"א 595/80 בן-איון ואח' נ' חסונה ואח', פ"ד (4) 462, נקבע כי לנוהג שנפגע אין עילת תביעה לפי החוק נגד נוהג אחר המעורב בתאונה.

12 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, סעיף 150.

13 חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970, סעיף 60; חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות), תשי"ד-1954, סעיף 64(א). הוראות אלה מנוסחות בלשון כמעט זהה לזו של סעיף 150 לחוק הביטוח הלאומי.

14 ראה בעיקר חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959, סעיפים 36(א)(2) ו-36(ב), וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ז-1950, סעיפים 21(א)(2) ו-21(ב). חיקוקי תגמולים אחרים, כמו, למשל, חוק המשרה (נכים ונספים), תשט"ו-1955, סעיפים 2 ו-3, מפנים להוראות השבה אלה.

15 חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964, סעיף 2. הסדר השבה חשוב, שבו זכות ההשבה של המיטיב אינה מותנית בחבות בנזיקין של האחראי, מצוי בחוק חוזה הביטוח.

המבטח תסווג כחבות חוזית, בהתאם למקורה, לא יהא המיטיב זכאי להשבה, שכן זכאותו היא רק כלפי האחראי בנזיקין. אם חבות המבטח תסווג כנזיקית, תוכר זכות ההשבה על-פי הוראות אלה. שאלת ההתאמה בין התשתית הנזיקית להסדר החוזי עולה כאן בהקשר לזכויותיו של צד שלישי, המיטיב, כלפי המבטח האישי. מהו הסיווג הראוי של חבות המבטח האישי לצורך תביעות השבה כלפיו? נראה כי התשובה לכך היא, שיש לסווג חבות זו כחבות בנזיקין¹⁶. טעם אחד לכך הוא, שחבותו של המבטח האישי כלפי הנוהג באה במקרים רבים במקום האחריות בנזיקין שהיתה לצד שלישי כלפי הנוהג על-פי ההסדר הקודם של פקודת הנזיקין. מבחינה זו המבטח האישי כא בעליו של מזיק וניתן לראות בו "מעין מזיק". טעם אחר לסיווג הנזיקי הוא העיקרון העולה מן ההסדר המשולב ושעל-פיו אמור הביטוח לכסות לא רק את נזיקיהם של הנפגעים, אלא גם את עלויותיהם של מי שהיטיבו את נזקי הנפגעים והיו זכאים להשבה לו נגרם הנזק בסיטואציה נזיקית שאינה תאונת-דרכים. במקרה של נפגע שאינו נוהג מוטל נטל ההשבה, הלכה למעשה, על מבטח האחריות. אין כל הצדקה עניינית לפטור את המבטח האישי מנטל זה, בעיקר כאשר מדובר בפוליסה אחת הכוללת את שני סוגי הביטוח והמכסה את אותו האירוע. כשם שמעמדו של מבטח האחריות, לצורך ההשבה, הוא כמעמד המזיק, כך יש להשוות גם את מעמדו של המבטח האישי לזה של מזיק. אכן, זוהי הגישה השלטת בפסיקה ובספרות המשפטית¹⁷. ככהנא ג' "סהר" חברה לביטוח בע"מ¹⁸ נקבע עקרונית, כי לענין זכויות ההשבה של הביטוח הלאומי דין המבטח האישי כדין אחראי בנזיקין: "עילתו של הנוהג-הנפגע כנגד מבטחתו בביטוח אישי מעוגנת אמנם בהתקשרות החוזית שבפוליסה, אך היא עילה על-פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים"¹⁹. "...לא רק באנלוגיה קא עסקינן אלא בזכות לפי חוק הפיצויים פשוטה כמשמעה. הזכות אינה חוזית גרידא, כשהחווה רק מקפל בתוכו את הנאמר בחוק הפיצויים, אלא היא יונקת במישרין מחוק זה

תשמ"א-1981, סעיפים 54(ב) ו-62. זכות ההשבה של המבטח עומדת לו כלאימת שיש למבוטח המוטב זכות שיפוי או פיצוי כלפי אדם שלישי, למעט זכות, כאמור, שמקורה בחוזה-ביטוח. לסוגיית ההשבה בהקשר לתאונות-דרכים ראה מ' צלטנר, "זכות החזרה (שיכור) של גופים המפצים נפגעי תאונות דרכים" הפרקליט לט (תש"ן) 319.

16 במאמרם של ד' פרידמן ונ' כהן, "סוגיות בדיני ריבוי חייבים" ספר לזכרנו (תל-אביב, תשמ"ח) 51, 82-83, טוענים המחברים לכלל הבא: כאשר אדם נטל על עצמו מרצונו התחייבות בדבר סיכון מסוים, ואילו על אחר מוטל אותו סיכון מכוח דין, הרי שביחסים הפנימיים בין החייבים יש להעדיף את מי שעליו הוטל הסיכון מכוח דין. יישומה של טענה זו בהקשר הנדון הוא העדפת מי שנושא בחבות מכוח דין לתקן את הנזק (המיטיב) על-פני מי שנטל על עצמו התחייבות חוזית לעשות כן (המבטח האישי) כמוצע לעיל. עם זאת, כוחה של הטענה הנ"ל אינו יפה כאשר התכות מכוח דין היא בנזיקין והתחייבות החוזית לכסות סיכון היא של מבטח. בסיטואציה זו קובעים הסדרי ההשבה שבחוק חוזה-ביטוח (לעיל, הערה 15) את עדיפותו של החייב התחייב דווקא.

17 אנגלרד (לעיל, הערה 7), [230-256] מגיע לתוצאה זו לאחר בחינה נפרדת של כל אחד מהסדרי ההשבה הרלבנטיים. על-פי המוצע, יש לראות בשאלת מעמדו של המבטח האישי לצורך השבה סוגייה עקרונית המצריכה הכרעה עקרונית.

18 ד"נ 30/83, פ"ר לת(4) 543.

19 השופטת נתניהו, שם, בעמ' 553.

גופו²⁰. ההחלטה על הסיווג הנזיקי של חבות המבטח האישי בעניין זה התבססה על הוראת השוואת המעמד שבסעיף 3 (ב) לפקודה; על סעיף 8 לחוק הפיצויים, המשווה את מעמד הנוהג למעמדו של זכאי על-פי החוק לצורך ייחוד העילה; על אופיו המעין-סוציאלי של החוק; ועל הדרך הראויה לחלוקת נטל הביטוח בין קרנית לבין המבטחים האחרים. הובאו בהסכמה עמדתו של אנגלרד, שהציע להשוות את מעמד המבטח האישי למעמדו של מזיק לצורך תביעות השבה של המוסד לביטוח לאומי ושל מיטיב על-פי חוק הטבת נזקי גוף²¹; ודעתו של מור, שלפיה יש לראות את עילת המבוטח כעילה על-פי החוק²².

טעמיה והגינות של הלכת כהנא יפים, כאמור, לא רק לעניין תביעת ההשבה של המוסד לביטוח לאומי ותביעת השבה לפי חוק הטבת נזקי גוף²³, אלא גם לגבי תביעות השבה, בכלל. משסווגה חבותו של המבטח האישי כחבות נזיקית לצורך תביעת השבה כלשהי, יפה כוחה של קביעה זו אלא-אם-כן קיים טעם מיוחד לסטות ממנה. ואכן, עד מהרה הוכרה זכות ההשבה של המדינה, כמיטיבה, אל המבטח האישי הן במסגרת חוקי הגמלאות הן במסגרת חוקי התגמולים²⁴.

(ב) חסינות המדינה

הקשר אחר שבו התעוררה בעבר שאלת סיווג חבותו של המבטח האישי כחוזית או כנזיקית היא סוגיית חסינותה של המדינה בנוזיקין בגין חבלה או מוות שנגרמו במסגרת שירות צבאי. מכוח חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, סעיפים 6 ו-7, חסינה המדינה מאחריות בגין מוות, חבלה, מחלה או חמרת מחלה שנגרמו לאדם בתקופת שירותו הצבאי עקב שירותו הצבאי. סעיף 22 לחוק הפיצויים, בנוסחו המקורי, החיל את הוראות החסינות האלה שבחוק אחריות המדינה על אחריותה של המדינה לפי חוק הפיצויים. מכוח הוראות אלה היתה המדינה חסינה מאחריות בנוזיקין כמתירת השימוש כלפי חייל נוסע או חייל

20 השופט בן-פורת, בעמ' 547.

21 השופט בן-פורת, בעמ' 549-550; והשופט נתניהו, בעמ' 553, המפנות אל האמור בעמ' 155-157, במהדורה הראשונה של ספרו של אנגלרד מתשל"ט.

22 מור 2 (לעיל, הערה 6), 151, המצוטט בעמ' 553 לפסק-הדין.

23 כאמור לעיל, אומצה כהנא, אנב-אורחא, עמדתו של אנגלרד הוראה במבטח האישי מזיק גם לצורך חוק הטבת נזקי-גוף. לזכות ההשבה אל המבטח האישי מכוח חוק זה ראה גם ת"א (ת"א) 2372/84 מדינת ישראל נ' קורנהיל, חברה לביטוח בע"מ, פ"מ תשמ"ט (א) 259 וביקורתו של אנגלרד (לעיל, הערה 7), 235-236.

24 בע"א 282/88 פול חברות הביטוח הישראליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 709, הוכרה זכות המדינה להשבה מכוח חוק שירות המדינה (גמלאות). הכרה זו מתבקשת באורח ישיר מכהנא בשל הזהות שבין הוראת ההשבה בחוק זה לבין הסדר ההשבה שבחוק הביטוח הלאומי (לעיל, הערה 12 ו-13). כן הוכרה במקרה זה זכות ההשבה מכוח סעיף 21 (א) לחוק משפחות חיילים. כוחה של הכרת זו יפה לכל החוקים המפנים אל הסדר השבה זה. בעניין הפול (לעיל, הערה 4) הוכרה תביעת השבה של המדינה מכוח סעיף 36(א)(2) לחוק הנכים, כאשר בית-המשפט מסתמך לעניין זה על הלכת כהנא ועל עמדתו של מור (ראה עמ' 244 לפסק-הדין). לפסק-הדין מתחיים שהכירו בזכות ההשבה של המדינה אל המבטח האישי לפי חוקי התגמולים לפני כהנא ראה ת"א (נצ') 986/81 מדינת ישראל נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"מ תשמ"ה (ג) 309, 319-318; ת"א (כ"ש) 74/81 עשור נ' מגדל, חברה לביטוח, פ"מ תשמ"ד (א) 309, 317.

הנפגע מחוץ לכלי-הרכב. אך האם פטרו הוראות אלה את המדינה מחבותה כלפי חייל נוהג שנפגע בתאונת-דרכים? המקור לתביעתו של חייל נוהג היה ועודנו סעיף 6א לפקודה. מכוח סעיף 6(1) לפקודה פטורה המדינה מחובת הביטוח לגבי רכב מנועי שהוא רכוש המדינה, בתנאים המפורטים שם, אך סעיף 6א מטיל עליה חובה "לתת כל פיצוי שמבטח חייב היה לתת אילו היתה קיימת פוליסה לפי סעיף 3 (א)". על-פי פשוטו של צירוף סעיפים זה והגיונו הכלכלי, מוטלת על המדינה מכוחו חבות המקבילה לזו של מבטח מסחרי. המדינה פטורה מביטוח מסחרי רגיל בשל גודלה וחוסנה הכלכלי, אך עליה לפעול כאילו היתה מבטח מסחרי²⁵. בהנחה שתביעת חייל לפי סעיף 6א כמוה כתביעה כלפי מבטח אישי, תלויה תחולתה של חסינות המדינה בסיווג חבותו של המבטח האישי. אם חבות זו היא חבות חוזית באופיה, הרי שאין תחולה להוראות החסינות בנוזיקין, והמדינה היתה נחשפת לתביעת החייל הנוהג כלפיה. לעומת זאת, אם חבות המבטח האישי היא נוזיקית באופיה, הרי שתחולתה להוראות החסינות בנוזיקין גם על חבות המדינה כמבטחת אישית.

מהו הפתרון הראוי לבעיית סיווג זו? השאלה היתה, האם יש הצדקה עניינית לפטור את המדינה מחבותה לפי סעיף 6א כלפי החייל הנוהג, על בסיס הפטור הניתן לה מאחריות בנוזיקין (כמתירת השימוש) כלפי החייל הנוסע והחייל הנפגע מחוץ לכלי-הרכב. התשובה לכך תלויה במטרת הפטור. אם מטרת הפטור מאחריות היא אכן לקבוע חבות אחידה של המדינה כלפי חיילים הנפגעים עקב שירותם הצבאי, חבות המבוססת על חוקי התגמולים, מבלי להפלות ביניהם על בסיס קיומו או היעדרו של אופי עוולתי לאירוע גרימת הנזק²⁶ — הרי שמן הראוי היה לפטור את המדינה מחבותה כלפי הנוהג לפי סעיף 6א, שאם לא כן תסוכל מטרה זו²⁷. הגשמת תכלית זו הצדיקה אפוא את סיווג חבותה של המדינה על-פי סעיף 6א כחבות נוזיקית באופיה, הנשללת על-ידי חסינותה; ובמלים אחרות: את השוואת מעמדו של חייל נוהג שנפגע בתאונת-דרכים למעמדו של חייל שאינו נוהג. שאלת סיווגה של חבות המדינה, מכוח סעיף 6א לפקודה, כלפי חייל נוהג, בקשר לתחולתן של הוראות החסינות הנ"ל, נדונה בעניין מדינת ישראל נ' מזרחי²⁸.

25 הפרמיה שמשלם מבוטח למבטח מסחרי מורכבת משני רכיבים: רכיב המייצג את הסיכון של המבוטח לחוב בשל תאונת-דרכים או להיפגע בה, ורכיב הבא לכסות את עלויות מנגנון הביטוח וירוחי המכסח. גופים גדולים, שמחד גיסא, חשופים למספר גדול של תביעות פוטנציאליות, ומאידך גיסא, יכולים מבחינה כלכלית לעמוד בנטל התביעות עשויים, בניהול נכון, לחסוך חלק מן המרכיב השני של הפרמיה על-ידי סיפוק התביעות ממשאביהם העצמיים (ראה מור 1 [לעיל, הערה 6], 458). גם פקודת הביטוח מרגישה את היציבות הכלכלית כתנאי לפטור. ראה סעיפים 4 ו-5(א)(2) לפקודת הביטוח. הרעיון המרכזי הוא, שמבחינת הנפגע יפעל הגוף הפטור ויחוב כאילו היה מבטח (self insurance). נראה היה, שכך הובנה בשעתו תוראה זו גם בפסיקה. אמנם, "אחריות זו אינה חוזית אלא סטטוטורית", אך "היקפה כהיקף החובה שהיתה מוטלת על הפטור מחובת ביטוח, אילו הוציא פוליסת ביטוח" (פחיתה [לעיל, הערה 5], 835). תפישה זו מקבלת חיזוק בהגדרת "מבטח" בסעיף 1 לחוק, הכוללת את הפטור מחובת הביטוח.

26 ראה דברי השופט שמגר בע"א 507/79 ראונדגאף (קורן) נ' חכים, פ"ד לו(2) 757, 771-770.

27 לביקורת על טיעון השוויון בין חיילים, בטענה שגם שוויון בין נפגעי תאונות-דרכים, חיילים ושאינם-חיילים, הוא חשוב, ראה צלטנר (לעיל, הערה 15), 329-330.

28 ע"א 204/85, 44/86, 140/87, פ"ד מב(2) 113.

בית-המשפט המחוזי סיווג את תביעת החייל הנוהג נגד המדינה כתביעה בעלת אופי חוזי, והגיע אפוא לתוצאה כי החסינות בנוזיקין אינה עומדת למדינה הנתבעת כמבטח אישי – תוצאה בלתי-רצויה על-פי הניתוח שלעיל. בית-המשפט העליון הפך תוצאה זו בקובעו כי המדינה הנתבעת מכוח סעיף 6א נהנית מן החסינות בנוזיקין. אלא שלתוצאה רצויה זו הגיע בית-המשפט בדרך המעוררת סימני-שאלה. במקום להסתפק, בעקבות כהנא, בסיווגה של אחריות המבטח האישי כחבות על-פי חוק הפיצויים ולפרוש' בדרך זו את חסינות המדינה לפי חוק הפיצויים גם על חבותה לפי סעיף 6א, המקבילה לחבות מבטח אישי, בחר בית-המשפט ללכת בדרך אחרת. את חבות המדינה מכוח סעיף 6א לפצות נהג שנפגע – כך נקבע – יש לראות לא כחבות מקבילה לזו של מבטח אישי, אלא כחבות המוטלת על המדינה מכוח בעלותה ברכב. חבות בעלים זו היא נזיקת באופיה ולכן חלות עליה הוראות חסינות המדינה²⁹. מדוע בחר בית-המשפט להוציא את סעיף 6א מכלל פשוטו ולסווג את חבות המדינה על-פיו כלפי נהג שנפגע לא כחבות מבטח אישי, אלא כחבות בעלים? נראה כי הטעם העיקרי לכך הוא, שבית-המשפט ראה את עצמו קשור בהחלטה קודמת שבה סיווג את חבות המדינה מכוח 6א כלפי נפגע שאינו נהג כחבות בעלים, וקבע כי אין המדינה חבה על-פי סעיף 6א אלא-אם-כן היא חבה כבעלים על-פי חוק הפיצויים³⁰. אלא שהחלטת החלטה זו גם על חבות המדינה כלפי חייל נהג יצרה מעגל שוטה. מאחר שבעלים של רכב אינו חב על-פי החוק כלפי נהג מכוח בעלותו או מכוח ההיתר שנתן, נמצא שאין כלל צורך בהוראות החסינות.

מאז אמר המחוקק את דברו. בתיקון תשמ"ט (תיקון מס' 7 לחוק הפיצויים) תוקן סעיף 22 לחוק ונקבע בו, בסעיף 22 (ב), כי חסינות המדינה מכוח סעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה חלה לא רק על אחריותה בנוזיקין לפי החוק, אלא גם על אחריותה לפי פקודת הביטוח. עתה ברור, כי החסינות בנוזיקין חלה גם על חבותה של המדינה מכוח סעיף 6א כלפי נהג שנפגע – חבות שעל-פי פשוטו והגיגו של סעיף זה כמותה כחבותו של מבטח אישי. נמצא אפוא כי לא רק לצורך תביעות

29 ראה דברי השופט נחניהו, בעמ' 124-125.

30 עניין שאויש (לעיל, הערה 4). גם החלטה זו ניתנה על רקע אי-התאמה בין היקף האחריות על-פי החוק לבין היקף הביטוח הנדרש (ראה להלן, ד. 4. (ו)). הסבר אחר לסיווגה של חבות המדינה מכוח סעיף 6א כלפי הנהג כחבות בעלים מצוי בנוסחו המקורי של סעיף 22 לחוק הפיצויים. זה קבע, כי הוראות החסינות הנ"ל שבחוק אחריות המדינה חלות על אחריותה לפי חוק הפיצויים כבעלת-רכב. כדי להחיל את הוראות החסינות על חבות המדינה מכוח סעיף 6א, היה הכרח – על-פי הטענה – לסווג כחבות בעלים. הסבר זה, שחודד בהערותיו של אריאל פורת – ועל כך תודתי – אינו נקי מספקות. ראשית, סיווגה של החבות לפי 6א כחבות בעלים נעשה כבר קודם-לכן בעניין שאויש ללא כל קשר לסוגיית החסינות. שנית, מהגיגו ומלשונו של סעיף 22 המקורי עולה, כי המחוקק ביקש לחסן את המדינה מפני כל חבות על-פי החוק ולא רק מפני חבות המוטלת על הבעלים של הרכב מכוח בעלותו. האם לא היתה מוכרת חסינות המדינה במקרה שבו היתה נתבעת כנוהג על-שום שנהג ברכבה אורגן של המדינה (ראה ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364)? האם לא היתה מוכרת חסינות המדינה אילו נתבעה כמחזיק ברכב מגויס אשר התיר את השימוש ברכב המגויס? נראה, כי די היה בסיווג חבותה של המדינה מכוח סעיף 6א כחבות בנוזיקין של מבטח אישי כדי להחיל עליה את הוראת החסינות.

השבה, אלא גם בהקשר של חסינות המדינה, נתפשות חבות המבטח האישי כחבות בנוזיקין³¹.

(ג) על הסיווג הראוי של זכאות הנוהג וחבות המבטח האישי

(1) הגישה העקרונית

ראינו כי לעניין זכויות ההשבה וחסינות המדינה סווגו זכאות הנוהג וחבות המבטח האישי כזכאות וכחבות בעלות אופי נזיקי. האם עולה מכך שבכל הקשר ולכל עניין תסווג חבות המבטח האישי כחבות בנוזיקין? על-אף לשוני הנחרצת של בית-המשפט בכהנקה, אין לקבוע מסמרות בעניין זה. את ההוראה בדבר השוואת המעמד יש להבין לא כעיקרון סיווג נוקשה, אלא כמכשיר גמיש המאפשר ליצור התאמה בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי. באותם עניינים שבהם נדרשת התאמה זו יש מקום לסיווג נזיקי של חבות המבטח האישי וזכאות הנוהג כלפיו. בעניינים אחרים שבהם התאמה מעין זו אינה אפשרית, או אינה רצויה, ניתן וצריך להימנע מהחלתה של הוראת השוואת המעמד, תוך ראיית חבות המבטח האישי וזכאות הנוהג כלפיו כחבות וכזכאות חוזיים באופיים.

(2) עדיפות הסיווג החוזי – סעיפים 14 ו-15 לפקודה

הקשר אחד שבו ראוי – לדעתי – להעדיף את הסיווג החוזי של זכאות הנוהג הוא סוגיית תחולתם של סעיפים 14 ו-15 לפקודת הביטוח על נוהג התובע את מבטחו האישי. סעיפים 14 ו-15 מגדילים את היקף הכיסוי הביטוחי של הזכאים בנוזיקין – נוסע והולך-רגל – על-ידי שלילת תוקף מהגבלות כיסוי מסוימות המצויות בביטוח האחריות של האחראי בנוזיקין. בכך מתבצעת הרחבה סטטוטורית של היקף הכיסוי הביטוחי. האם יכול גם הנוהג ליהנות מהרחבה סטטוטורית זו? סיווג זכותו של הנוהג כזכות בנוזיקין, באמצעות השוואת מעמדו לזה של נוסע או הולך-רגל, אכן יוביל לתוצאה זו³². האם מן הראוי להכיר כאן בהשוואת המעמד? שאלה זו טרם הוכרעה בבירור בפסיקה. מחד גיסא, קיימות אמירות המלמדות על מגמה להכיר בהרחבה זו גם לגבי נוהג³³. מאידך גיסא, הושארה שאלה זו פתוחה

31 האם לא ניתן לראות הוראה זו כחומכת גם בהחלטתו של בית-המשפט במזרחי לפטור את המדינה מחבותה לפי סעיף 6א בשל היותה חבות בעלים? ספק. ראשית, הצעת החוק המקורית פורסמה כבר ב-1985, קודם להלכה ברבר סיווג חבותה של המדינה לפי 6א כחבות בעלים ובעת שהיה מקובל לראות חבות זו כחבות מבטח (ראה לעיל, הערה 25). שנית, ראינו כי סיווג חבותה של המדינה מכוח סעיף 6א כחבות בעלים, הוא בעייתי. אם סיווג זה נעשה רק כדי לחסן את המדינה מפני חבותה כלפי חייל נוהג (לעיל, הערה 30), הרי שלפי התיקון בסעיף 22 לחוק אין עוד צורך בו.

32 אם כי ניתן לטעון שהשוואת המעמד מלכתחילה חלה רק על זכויותיו של נפגע אחר לפי החוק, ולא על זכויותיו של נפגע אחר לפי הפקודה. ראה לעניין זה מור 1 (לעיל, הערה 6), 457-454; מור 2 (לעיל, הערה 6), 156-154; מור 3 (לעיל, הערה 6), 373-371; פ' גולדשטיין, ביטוח נפגעי תאונות-דרכים (איגוד חברות הביטוח בישראל ו"דני הביטוח בישראל", תשל"ח) 160-165; אנגלרד (לעיל, הערה 7), 97.

33 ראה ע"א 61/83 אברהם (לעיל, הערה 7), 410; וגולדמן (לעיל, הערה 8), 520.

בפסק-דין מאוחר יותר בעניין אשור³⁴. גם בספרות המשפטית חלוקת הדעות בעניין זה³⁵.

מהו גדר הספקות? מדוע טרם נתקבלה הכרעה ברורה בסוגייה? התשובה לכך היא ששתי החלופות הן בעייתיות. החלופה הנזיקית, החלת הוראות אלה על הביטוח האיש, יוצרת שוויון מלאכותי בין מי שאינם שווים. במקור נועדו הוראות אלה להגן על הניזוק, כצד שלישי, מפני הוראות מגבילות כיסוי שלגביהם לא היתה לו ידיעה או שליטה. החלתן על בעל-הפוליסה, השולט על תנאי ההתקשרות או לפחות מודע להם, יוצרת "השוואת מעמד" מיכנית, שאינה מוצדקת עניינית ושיש בה כדי לפגוע בחופש ההתקשרות של הצדדים לחוזה-הביטוח ובהסכמות שהושגו ביניהם. לעומת זאת, החלופה החוזית, דהיינו: אי-החלת הוראות אלה על הביטוח האיש, לוקה בשני אלה: ראשית, היא חושפת את הנוהג לסיכונים בהיקף ומסוג שאינם מתיישבים עם הגישה הסוציאלית המונחת בבסיס ההסדר המשולב, גם אם סיכונים אלה מצויים בשליטתו או ידועים לו. שנית, בעבר היתה החלופה החוזית כרוכה בפגיעה קשה ובלתי-מוצדקת בנוהג שלא ידע ולא צריך היה לדעת על חלקיות הכיסוי.

לגופו של עניין התבקש אפוא פתרון ביניים השומר, מחד גיסא, על עקרון חופש ההתקשרות, ומאידך גיסא, שולל תוקף מתנאים ומהגבלות שאינם מתיישבים באורח מובהק עם גישתו הסוציאלית של החוק. מור אכן הלך בכיוון רצוי זה בהציעו כי החלת סעיפים אלה על הביטוח האיש, באמצעות הוראות השוואת המעמד, תיעשה באורח סלקטיבי ועל-פי שיקולים ענייניים³⁶. עם זאת, יש, כאמור, אופי

34 ע"א 420/83 אשור נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מד(2) 627, 643-644.
 35 אנגלד סבור, כי אין להחיל הוראות אלה של הפקודה על הביטוח האיש (לעיל, הערה 7), [96-99]. גולדשטיין סבור שיש להחילם (לעיל, הערה 32), [160-168]. מור, שתחילה שלל את תחולת הוראות אלה (מור 1 [לעיל, הערה 6], [455-456]) הציע לבסוף גישת-ביניים. לדבריו, "...אין לפסול באורח טוטאלי את זכותו של המבוטח לכלול, ברכיב הביטוח האיש בפוליסת ביטוח התוכה, תנאים או הגבלות סיכון דומים לאלה המנויים כיום בסעיפים 14(א) ו-15... אלא יש לבחון כל תנאי והגבלות סיכון לגופם, לאור עקרון השוואת הזכויות ומידת התאמתם לביטוח האיש" (מור 3, [לעיל, הערה 6], [390-391]). יצוין, כי הגישה המבקשת להחיל הוראות אלה מכוח הוראת השוואת המעמד צריכה להתמודד עם הקושי הבא: הוראת השוואת המעמד חלה על הנוהג המבוטח. הגבלות אחריות המופיעות בהוראות נשוא הרישן שוללות את הכיסוי הביטוחי מן הנוהג ולכן אין לראותו עוד כנוהג מבוטח. התוצאה היא, שאין תחולה להוראת השוואת המעמד. על-פי טיעון זה, מדובר אפוא במעגל שוטח: הוראת השוואת המעמד מופעלת כדי ליצור כיסוי, כאשר עצם הפעלתה מותנה באותו כיסוי. טיעון זה מופיע אצל צ' ענבר, "הערה לפרשנות סעיף 3(ב) לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970" משפטים ט (תשל"ט) 535, 537. התשובה לטיעון זה היא, שסעיף 3(ב) מבחין בין מצב של היעדר פוליסת-ביטוח, שאז הנוהג אינו בבחינת "מבוטח", לבין מצב של כיסוי חלקי, שאז רואים את הנוהג כ"מבוטח" משום שהוצאה פוליסה על שימוש ברכב, הגם ששימוש זה אינו מכוסה. ספק אם הבחנה זו בין שני סוגי הנוהגים מוצדקת בכל המקרים. היא מוצדקת במקרה שבו מועדף נוהג שידע כי יש ביטוח, אך לא טרח לבחון את היקף הכיסוי, על-פני מי שנהג בידעו שאין קיימת כלל פוליסת-ביטוח. היא אינה מוצדקת כאשר מי שנהג בידעו על היעדר הכיסוי לשימוש המסוים מועדף על-פני פלוני שנהג בחוסר-לב מבלי לדעת שהפוליסה אינה בת-תוקף או שאינה קיימת. יצוין, כי חוק הפיצויים נוקט אמת-מידה אחת לגבי מקרה של היעדר ביטוח לבין מקרה של ביטוח חסר. ראה סעיפים 7(5), 7א, 9(א)(2). קושי אחר הגיב על דרך החלת סעיפים 14 ו-15 על הביטוח האיש הוא, שבכותרת הסעיפים מצוין במפורש כי מיועד בתנאים ובהגבלות שאין להם תוקף כלפי צד שלישי.

36 ראה לעיל, הערה 35. שיקול חשוב בהקשר זה היה רצונו של מור להגן על עובד הנוהג עם כיסוי חלקי

מלאכותי לשימוש בהוראת השוואת המעמד בהקשר זה בשל השוני האמיתי בין הנוהג, המודע להגבלות הסיכון או אפילו רוצה בהן, לבין צד שלישי שנפגע על-ידי הרכב והנעדר לרוב כל ידיעה על חוזה-הביטוח. זאת ועוד: בעייתו של הנוהג שלא ידע ולא צריך היה לדעת על היעדר הכיסוי, שאותו כן ניתן להשוות עניינית לנפגע אחר, נפתרה על-ידי סעיף 7א לחוק. סעיף זה מקנה לנוהג, כאמור, את הזכות לתבוע את קרנית, כך שאין הוא נזקק עוד להרחבה הסטטוטורית של הכיסוי הביטוחי באמצעות פקודת הביטוח והוראת השוואת המעמד. כיום, הרחבת כיסוי לגבי נוהג ממין זה באמצעות הוראת השוואת המעמד עלולה להיות בעייתית³⁷. המסקנה המתבקשת היא, שלעניין תחולתם של סעיפים 14 ו-15 לפקודת הביטוח עדיף כיום לסווג את חברתו של המבטח האישי כחבות חוזית. מכך לא נובע, כי הגבלות הכיסוי הנזכרות בסעיפים אלה תהיינה לעולם תקפות כלפי הביטוח האישי. את התוצאה הרצויה, דהיינו: שלילה סלקטיבית של הגבלות כיסוי שאינן מתיישבות עם מטרתו הסוציאלית של החוק, ניתן להשיג בדרך אחרת, שתידון להלן במסגרת סוגיית תנאי הזכאות.

ניתוח דומה ישנם לגבי הוראת סעיף 19 לפקודת הביטוח, המקנה לניזוק זכות להיפרע מן המבטח גם במקרים שבהם הפוליסה בטלה מעיקרה, אך לא בוטלה או לא הופקעה לפני תאונת-ההרכים³⁸.

שממנו אין לדרוש "...לפשפש במעשיו של מעבירו ולברוק בציציותיו, שמא הביטוח שבידי האחרון אינו תקף..." (מור 2 [לעיל, הערה 6], 172-173). גם הפסיקה הכירה באי-הצדק שבשלילת זכאות מנוהג שאינו מודע להזנחה שהזניח בעל-הרכב את חובת הביטוח והציעה למחוקק לתקן את המצב — מיכון (לעיל, הערה 11), 391-392.

37 אם יוחלט להחיל הוראות אלה על הביטוח האישי, תישלל עקב כך זכותו של נוהג, העומד בתנאי סעיף 7א, לתבוע את קרנית במקרה של הגבלת אחריות הנתפשת בהוראות אלה. במקום קרנית יבוא המבטח האישי. כאן מתעורר קושי. כאשר קרנית משלמת לנוהג במקרה של כיסוי חסר בתנאי סעיף 7א, עומדת לה זכות חזרה נגד מתיר השימוש, שלא דאג לכיסוי ביטוחי מתאים, מכוח סעיף 9(א)(3) לחוק. זכות החזרה של קרנית יוצרת אפוא אצל מתיר השימוש תמריצים לדאוג לכיסוי ביטוחי מתאים לשימוש הנעשה ברכבו. אך האם תעמוד זכות חזרה זו גם למבטח האישי? התשובה לשאלה זו תלוייה גם הפעם בסיווג תכונתו של המבטח האישי. תנאי לקיומה של זכות חזרה לפי סעיף 9 הוא תשלום פיצויים המגיעים לפי החוק. תשלומי המבטח האישי אינם לפי החוק ולכן לכאורה אין מוקנית לו זכות חזרה. רק אם תסווג תכונתו כנוזיקית, מכוח הוראת השוואת המעמד, ניתן יהיה להכיר בזכות החזרה שלו אל מתיר השימוש ולהשיג באמצעותה אפקט הרתעתי מקביל לזה שיש לזכות החזרה של קרנית.

38 ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 99. בת"א 1119/84 אל גאבר נ' הלבנון בע"מ ואח', פ"מ תשמ"ח ב 45 נקבע, כי בהתקיים היסודות של סעיף 25 לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981 (מרמה בתביעת תגמולים), יופטר המבטח האישי מחבותו (שם, 63-65). בית-המשפט התעלם מסעיף 19 לפקודת הביטוח השולל מן המבטח את זכותו לבטל את הפוליסה. האם חל סעיף 13 לפקודת הביטוח, המרחיב את הכיסוי במקרה של העברת הבעלות ברכב, גם על הביטוח האישי? בית-המשפט בעניין אברהם (לעיל, הערה 7), 410 הניח שהוראה זו חלה גם על הביטוח האישי. אנגלרד (לעיל, הערה 7), 98-99 תומך בתוצאה זו, משום שאין מדובר כאן בהתנהגות מפרה-חובים של המבוטח. מנגד, ניתן לטעון כי הוראה זו, שנועדה במקורה להגן על צד שלישי הנפגע בתאונה, אינה צריכה להעניק ביטוח אישי לרוכש רכב שלא דאג לכסות את עצמו במועד.

(3) עדיפות הסיווג הנזיקי

לעומת זאת, קיימים הקשרים אחרים שבהם קיימת הצדקה עניינית לסיווג זכותו של הנוהג המבוטח כזכות בנזיקין באמצעות הוראת השוואת המעמד. האם, למשל, זכאי נוהג, שמבטחו נמצא בפירוק או שמונה לו מנהל מורשה, לתבוע את קרנית לפי סעיפים 12 (א) (2) (3) לחוק? לכאורה לא, שהרי זכאי לפיצוי מן הקרן רק נפגע הזכאי לפיצויים לפי החוק, ואילו הנוהג זכאי מכוח הפוליסה ולא מכוח החוק. עם זאת, אין כל הצדקה להפלות בין נוהג לנפגע אחר לעניין זה, ומן הראוי להפעיל את הוראת השוואת המעמד³⁹. סיווג נזיקי של חבות המבטח האישי התבקש עניינית גם כאותם מצבים נדירים שבהם מצטרפת לחבות המבטח האישי חבות נזיקית של מי שגרם לתאונה במתכוון. סיווג חוזי של זכאות הנוהג במצב זה היה מביא, לפני חקיקת חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981, לתוצאה הבלתי-רצויה של זכאות לפיצוי כפול. מכוח סעיף 86 לפקודת הנזיקין היה הנוהג זכאי לפיצוי הן מהמזיק הן מהמבטח האישי. ככל פיצוי זה עמד בניגוד ברור לרוח ההסדר המשולב ומטרותיו⁴⁰. תוצאה זו היתה נמנעת על-ידי סיווג נזיקי של חבות המבטח האישי, באמצעות הוראת השוואת המעמד. סיווג זה היה מקנה למבטח האישי ולאחראי בנזיקין מעמד דומה לזה של מעולים יחד, שחבותם כלפי הנזוק היא אחת, כאשר למבטח היתה עומדת כלפי המזיק זכות להשתתפות על-פי עקרונות סעיף 84 לפקודת הנזיקין⁴¹. כיום, בעקבות חוק חוזה-הביטוח, גם סיווג חוזי לא יביא לכפל פיצוי, שכן למבטח עומדת זכות סוברוגציה כלפי המזיק מכוח סעיפים 54 (ב) ו-62 לחוק.

(4) חשיבות הגמישות

על חשיבותה של גמישות בקביעת סיווגה של חבות המבטח האישי יעיד פסק-הדין בעניין אלגריסי⁴², שעסק בתאונת-דרכים שהיא גם תאונת-עבודה. נדונה בו שאלת זכות ההשבה של המוסד לביטוח לאומי, ששילם גמלאות לנוהג שנפגע ברכב המעביד, נגד מבטחו האישי של הנוהג. אמנם, בעניין כהנקה הוכרה, כאמור, זכות ההשבה של המוסד אל המבטח האישי, אלא שסעיף 82 לפקודת הנזיקין שולל את זכות ההשבה של המוסד כאשר המזיק הנתבע להשבה הוא המעביד. זאת כדי שלא יחויב המעביד בתשלום כפול בגין אותו סיכון – הן למוסד לביטוח לאומי, כמבוטח, הן לנזוק, כאחראי בנזיקין. התעוררה אפוא השאלה, אם סעיף 82 חל

39 ראה מור 2 (לעיל, הערה 6), 177; מור 3 (לעיל, הערה 6), 359; אנגלרד (לעיל, הערה 7), 106.
 40 מור העלה את האפשרות של פיצוי כפול במקרה זה (מור 1 [לעיל, הערה 6], 453), אך הגיע בסופו של דבר למסקנה שאין להחיר זאת (מור 2 [לעיל, הערה 6], 164). בכך הלך בעקבות אנגלרד, השולל כפל פיצוי מכוח סעיף 86 [לעיל, הערה 7], 150-151.
 41 להפעלתה של הוראת השוואת המעמד בהקשר זה ראה אנגלרד, שם. סעיף 84 לפקודת הנזיקין אינו חל במישורין במקרה זה, שכן המבטח האישי אינו כבחינת אחראי על-פי פקודת הנזיקין. ניתן להחיל סעיף זה בדרך החיקש. לפתרון זה, בהקשר קרוב, ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 224. הוראה נוספת שלגביה יש לסווג את זכותו של הנוהג כזכות על-פי החוק היא לצורך קביעת שכרו של עורך-הדין על-פי סעיף 16 לחוק הקובע הסדרי שכר-טרחה בחביעות "לפי חוק זה". ראה מור 2 (לעיל, הערה 6), 150.
 42 ע"א 545/85, ע"א 135/86, 379, 491 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אלגריסי ואח', פ"ד מד(2) 8.

על מקרה שבו תאונת-העבודה היא גם תאונת-דרכים שבה נפגע העובד כנוהג. מחד גיסא, המעביד אינו אחראי בנוזיקין ולכן אין לכאורה תחולה לסעיף 82, כך שלמוסד לביטוח לאומי עומדת לכאורה זכות ההשבה מן המבטח האישי, הנחשב כאחראי עצמאי בנוזיקין על-פי הלכת כהנקא. מאידך גיסא, הכרה בזכות ההשבה של המוסד תביא בפועל לתשלום כפול – הלכה למעשה המעביד הוא המממן את התשלומים למבטח האישי, כמו גם את התשלומים למוסד לביטוח לאומי. בית-המשפט העדיף, ובצדק, את השיקול הענייני של מניעת כפל-תשלום על-פני הפרשנות הדווקנית של סעיף 82 וקבע כי אין למוסד זכות השבה אל המבטח האישי⁴³. לענייננו ניתן לומר, כי בית-המשפט זיהה למעשה את הביטוח האישי עם המעביד הנושא בתשלומי הביטוח, דהיינו: הבליט את הפן החוזי של הקשר בין הביטוח האישי לבין המבוטח. ניתן אפוא לראות באלגריסי מעין הגמשה של כהנקא: לצורך זכויות השבה נחשב המבטח האישי בדרך-כלל כמעין מזיק הנתבע מכוח עצמו, אלא שבמקרה של תאונת-עבודה רואים בו לא מעין מזיק, כאמור, אלא את מבטחו החוזי של המעביד.

4. תנאי הזכאות

(א) זכאות חוזית צרה יותר או רחבה יותר מן הזכאות הנוזיקית

תנאי הזכאות הם משני סוגים: תנאים היוצרים זכאות וקובעים את היקפה; ותנאים או הגבלות השוללים זכאות.

הפן הנוזיקי של ההסדר המשולב הוא ברור: נוסע או הולך-רגל שנפגע בתאונת-דרכים, כהגדרתה בחוק, זכאי לפיצוי בהתאם לעקרון האחיות המוחלטת. אלה הם התנאים יוצרי הזכאות. התנאים השוללים זכאות מצויים בסעיף 7 לחוק השולל את הזכות לפיצויים במקרים של התנהגות פסולה של הנפגע.

מהו מעמדו של הנוהג בפן החוזי-ביטוחי של ההסדר? האם קיימת התאמה בין תנאי זכאותו החוזיים לבין תנאי הזכאות הנוזיקיים של נוסע והולך-רגל⁴⁴? אי-התאמה יכולה להיווצר הן כאשר חרזה הביטוח האישי מעניק לנוהג זכאות רחבה יותר מזו שיש לנפגע אחר, והן כאשר הוא מקנה לו זכאות צרה יותר מזו שיש לנפגע אחר. זכאות חוזית רחבה יותר תיתכן כאשר המבטח מוכן לכסות סיכונים שאינם מכוסים על-ידי החוק, כ"אירוע" שאינו תאונת-דרכים כהגדרתה בחוק; או

43 לדיון מקיף בסוגייה ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 236-248.

44 שאלה אחרת היא, האם יש למונח "נוהג", בהקשר של זכאות כלפי המבטח האישי לפי סעיף 3(ב) לפקודה, אותה משמעות שיש למונח "נוהג" בסעיף 2(א) לחוק, היוצר את האחיות בנוזיקין. בשל השוני בהקשר, ובמטרות הדין בכל הקשר, אין מקום לשאוף לשוויון משמעותי של מונחים אלה. אכן, זו היתה גישתו של בית-המשפט בעניין בולדמן ([לעיל, הערה 8], 515-516). שאלה דומה מתעוררת לגבי מושג ה"היתר", המופיע הן בהקשר של זכאות הנוהג לפי 3(א)(2) לפקודה הן בהקשר של אחיות בעל-הרכב או המחזיק לפי סעיף 2(ב) לחוק. גם כאן אין מקום ליצירת זהות מלאכותית בין משמעות מושג זה לצורך זכאות לבין משמעותו לשם אחיות. אנגלרד מכיר בכך, שאין מקום לגישה דוגמטית המבקשת ליתן משמעות אחידה ונוקשה למושג ההיתר והרשות בכל ההקשרים. עם זאת, הוא סבור שיש לשאוף לתיאום בעניין זה בין סעיף 2(ב) לחוק לבין סעיף 3(א) לפקודת הביטוח ([לעיל, הערה 7], 78-79).

אותם מקרים נדירים שבהם חוזה הביטוח מכיר בזכאות הנשללת על-פי החוק — למשל: נהיגה עם רשיון-נהיגה שאינו בר-תוקף. סעיף 7(3) לחוק מכיר בזכאות במצב זה רק כאשר הרשיון פקע מחמת אי-תשלום אגרה. זכאות חוזית צרה יותר קיימת ככל אותם מקרים, שכיחים יותר, שבהם הפוליסה שהוצאה אינה מכסה את נזקיו של הנוהג בשל סייגים שונים, כגון הגבלת נוהגים, הגבלת סוגי נסיעות מכוסות (למשל: הסעה בשכר) והגבלות אחרות על היקף הסיכונים המכוסים.

(ב) נוהג ללא פוליסת-ביטוח

ההסדר המשולב המקורי יצר אי-התאמה בסיסית בין הנוהג הנפגע לבין נפגע אחר — במצב של היעדר פוליסת-ביטוח זכאי נפגע אחר לתבוע הן את הנוהג והמתיר והן את קרנית, בעוד שמן הנוהג ללא פוליסת-ביטוח נשללה עילה על-פי ההסדר המשולב, לרבות עילה כלפי קרנית. אי-התאמה זו נבעה מכך שנוהג ללא פוליסה זכאי היה לתבוע את מבטחו בלבד בעילה חוזית, ולכן נעדר עילת תביעה על-פי החוק ששימשה תנאי מוקדם להביעת קרנית. בהוראת השוואת המעמד לא היה כדי לסייע לנוהג, כאמור, שכן בהיעדר פוליסת-ביטוח אין הוראה זו חלה⁴⁵.

האם היתה אי-התאמה זו מוצדקת לגופה? ככל שהדברים אמורים בנוהג שידע או שצריך היה לדעת על היעדר הפוליסה, התשובה לכך חיובית. נוהג שכזה צריך להימנע מנהיגה ברכב, ואם עשה כן, הרי נטל בכך סיכון מחושב שאינו צריך ליפול על ציבור המבוטחים. לא כן לגבי נוהג שלא ידע ולא צריך היה לדעת על היעדר הפוליסה. נוהג ממין זה, עובד, למשל, קופח בהשוואה לנפגע אחר על-אף קיומה של זהות מהותית ביניהם. קושי זה לא היה ניתן לפתרון בדרך פרשנות והצריך את התערבות המחוקק בתיווך הנוסף לחוק סעיף 7א שהקנה לנוהג מן הסוג האחרון עילת תביעה כלפי קרנית.

(ג) הכרת הפסיקה בחוסר-ההתאמה בין הפנ הביטוחי לנזיקי — גישת "שתי המשוכות"

מהו הפתרון הראוי לבעיית חוסר-ההתאמה בין תנאי הזכאות של הנוהג לאלה של נפגע אחר באותם מקרים שבהם קיימת פוליסת-ביטוח? עד לפסק-הדין בעניין אשור⁴⁶ שלטה בפסיקה התפישה הבאה:

באותם מקרים נדירים, שבהם מכסה הביטוח האיש גמ מצבים שבהם נשללה הזכאות במפורש מכוח סעיף 7 לחוק, יש לצמצם את הזכאות הביטוחית כך שתותאם לזכאות בנזיקין. צמצום זה ייעשה על-ידי החלה ישירה של סעיף 7 על תנאי הזכאות בחוזה-הביטוח, כאמור בפסק-דין גולדמן: "הסעיף (7) אינו מבחין בין מקרים, בהם צומחת הזכאות מאחריות לפי החוק, לבין מקרים, בהם צומחת

45 סלמון (לעיל, הערה 11); סוריסה (לעיל, הערה 11); גולדמן (לעיל, הערה 8), 525.

46 ע"א 420/83 אשור נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מד(2) 627, 643-644.

הזכאות על בסיס חוזי". זאת כדי "שלא יימצא חוטא נשכר"⁴⁷. לאותה תוצאה ניתן להגיע בדרך אחרת על-ידי הפעלת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). כיסוי ביטוחי במצבים המפורטים בסעיף 7, אפילו אינו בלתי-חוקי, סותר את תקנת-הציבור ולכן בטל מכוח הסעיף הנ"ל. דרך שלישית להגיע לאותה תוצאה היא באמצעות הוראת השוואת המעמד. כשם שנפגע התובע בנזיקין, על-פי החוק, אינו זכאי לפיצוי בשל הגבלת הזכאות בסעיף 7, כך גם הנוהג בתביעתו החוזית נגד מבטחו אינו זכאי לכך. זוהי הרחבה של הוראת השוואת המעמד על תנאי הזכאות השליליים. לעומת זאת, כאשר הזכאות החוזית של הנוהג צרה יותר, נקבע בפסיקה, עד לפסק-דין אשור, כי אין לכפות התאמה בין ההסדר החוזי להסדר הנזיקי. מאחר שזכאותו של הנוהג נובעת מחוזה-הביטוח ולא מן החוק, הרי שאם חוזה-הביטוח מצמצם את הזכאות על-ידי תנאים או הגבלות שאינם קיימים בחוק, תנאים והגבלות אלה תקפים. במלים אחרות: הפסיקה הכירה בתוקף ובלגיטימיות של ביטוח חלקי, ביטוח חסר.

ככלל, כל פוליסת ביטוח מכילה בתוכה הוראות, המגבילות את אחריותה, המהוות חלק מהגדרת הסיכון המוטל על החברה, שה- פרמיה נקבעה בהתחשב בהן... הכלל המקובל לגבי הגבלת אחריות הוא, שתניות מסוג זה הן תקפות, ובלבד שלא נשלל תוקפן לפי דין... לכאורה בעייתית הוראה זו לאור סעיף 3 לפקודת הביטוח, הקובע "חבות ביטוח" לפי חוק הפיצויים, ומכאן, לכאורה, קיים איסור על הוצאת פוליסות, המכסות פחות ממה שנדרש בחוק הפיצויים, אך למעשה לא זה המצב המשפטי. חוק הפיצויים עצמו לוקה בחשבון אפשרות של היעדר כיסוי ביטוחי. אם כך בחוק בעל המגמה הסוציאלית, על אחת כמה וכמה שקיימת אפשרות כזו, כשמדובר בתאונה עצמית ובביטוח אישי⁴⁸.

המחוקק לא התכוון להטיל על חברת הביטוח חבות מעבר למה שזו היתה מוכנה ליטול על עצמה עקב ההתקשרות במסגרת פוליסת הביטוח⁴⁹.

חברת הביטוח אינה חייבת ליתן כיסוי "מלא", וחבותה שלה נקבעת אך על-פי הפוליסה שהיא מוציאה הלכה למעשה⁵⁰.

זאת על-אף שהיעדר כיסוי מלא חושף את המבוטח לאחריות פלילית מכוח סעיף 2 לפקודת הביטוח⁵¹.

47 גולדמן (לעיל, הערה 8), 519. "...סעיף 7 בא רק להוסיף על ההגבלות שבפוליסת הביטוח" (שם, עמ' 521). ראה גם ע"א 612/82, 811/81 שעשוע נ' מועלם ואח', פ"ד (4) 583, 588-587.

48 גולדמן, 520.

49 ע"א 90/82 "ציון" חברה לביטוח בע"מ נ' שעבי ואח', פ"ד (4) 578, 581.

50 סיכום ההלכה כפי שהוא מופיע באשור (לעיל, הערה 46), 644-645.

51 ראה ע"פ 651/88 שדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (1) 49. במקרה זה פקע רשינו של הנוהג בשל אי-תשלום אגרה שש שנים לפני תאונת-הדרכים. חוק הפיצויים בסעיף 7(א)(3) דאז הכיר בזכאות במקרה זה (כיום סעיף 7((3)). לעומת זאת, פוליסת-הביטוח שללה כיסוי ממי שלא היה בעל רשיון-נהיגה תקף

צירוף שני הכללים הנ"ל יצר את מה שכונה על-ידי מור גישת "שתי המשוכות"⁵². הנוהג ומי שתובע מכוחו צריכים לעמוד הן בתנאי החוק הן בתנאי חוזה-הביטוח. אי-עמידה באחד מהם תכשיל את התביעה. תמצות הגישה מצוי בפסק-דין שדה: "לתנאים שבפוליסה, כולל הוראות המגבילות את אחריות המבטח, ניתן תוקף מלא... מטרתו של סעיף 7 היא רק להוסיף על אותן הגבלות מקום שהפוליסה שותקת בעניינים... אשר נראו למחוקק ראויים להסדר סטטוטורי החלטי בדבר שלילת הזכאות"⁵³.

גישה "שתי המשוכות", המבחינה בין הפן החוזי לפן הנוזקי של ההסדר המשולב, אינה מאפשרת, מעצם טבעה, ליצור את ההתאמה הדרושה בין שני ההסדרים. אי-התאמה זו פועלת לרעת הנוהג בכל אותם מצבים שבהם זכאותו על-פי פוליסת-הביטוח מצומצמת יותר מזכאות נפגע אחר על-פי החוק מבלי שתהא לכך הצדקה עניינית.

אפליה בלתי-ראויה ממין זה נוצרה לגבי תביעת התלויים בנוהג חסר-ביטוח. חוק הפיצויים הקנה לתלויים בנוסע ובהולך-הרגל, שלא היו מכוסים בביטוח אחריות, זכאות לפיצויים נגד קרנית. זכאות זו נשענה על זכאותו המקורית של המנוח כלפי קרנית, ובמקרה המיוחד שבו נשללה זכאות המנוח מכוח סעיף 7(א) לחוק – על הוראה מיוחדת בסעיף 7(ב) לחוק שהשיבה לתלויים את הזכאות שאבדה למנוח. לעומת זאת, נותרו התלויים בנוהג חסר-הביטוח ללא כל זכות מכוח ההסדר המשולב. אפלייתם לרעה של תלויי הנוהג עמדה בניגוד ברור לשיקול הסוציאלי שהביא להכרה בזכותם של תלויים בנפגע אחר כלפי קרנית או מבטח האחריות. אנומליה זו נבעה במישורין מהיעדר התאמה בין היקף הכיסוי החוזי, שבו לא נלקחה בחשבון זכות התלויים, להיקף הזכאות בנוזיקין, שבו עוגנה זכות התלויים בהוראה מיוחדת. חוסר-ההתאמה זה קיבל לגיטימציה בגישת "שתי המשוכות" של הפסיקה, שסירבה להכיר בזכויות התלויים בנוהג הבלתי-מבוטח.⁵⁴

(ד) הצעתו של מור

ברשימותיו על מעמדו של נוהג שנפגע קרא דניאל מור תיגר על גישת "שתי המשוכות" של הפסיקה. מור תקף את הטיעונים של חופש החוזים⁵⁵, ושל זכותו של המבטח להקטין את הסיכון מחישובים כלכליים⁵⁶ שבהם השתמשה הפסיקה כדי להצדיק את הביטוח החלקי. לטענתו, אין זה רלבנטי לטעון טענה של חופש

בשנתיים שקדמו לביטוח ולכן לא היה הנוהג זכאי לפיה. נקבע שהביטוח החלקי תקף וכי הנוהג ביצע עבירה פלילית.

52 מור 3 (לעיל, הערה 6), 370-369.

53 שדה (לעיל, הערה 51), 55. לרעה שלפיה סעיף 7 לחוק ממצה את המצבים שבהם רשאי בית-משפט לשלול את הזכאות מן המבוטח מטעמי תקנת-הציבור ראה ת"א (ב"ש) 874/84 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' חזן, פ"מ תשמ"ח (א) 208, 211.

54 גולדמן (לעיל, הערה 8); ע"א 518/81 סוילם ואח' נ' קרנית, פ"ד לח(4) 477; שעבי (לעיל, הערה 49).

55 גולדמן (לעיל, הערה 8), 521.

56 שעבי (לעיל, הערה 49), 581.

התקשרות כשמדובר בחוזה אחיד, המחויב מכוח החוק והטעון אישור מנהלי הן באשר לתוכנו הן לגבי שיעור הפרמיות⁵⁷.
כאלטרנטיבה הציע גישה שלפיה חוק הפיצויים, באמצעות הוראת השוואת המעמד, לא רק מצר את חבות המבטח האישי וזכאות הנוהג, אלא גם עשוי להרחיבם:

סעיף 3(ב) לפקודת הביטוח... הוא גם סעיף נורמטיבי המכתיב דרישות מחייבות לגבי אופי הביטוח האישי והיקפו⁵⁸.
...הסדר האחידות בחוק גופו והסדר הביטוח האישי ירדו כרוכים זה בזה ומהווים מקשה אחת בלתי נתנת להפרדה, החוסה בצלו של החוק... (המחוקק) מתערב בקביעת תוכן והיקף הפוליסה⁵⁹.
החוק לא רק פורש את כנפיו על הסדר הזכאות שבפוליסה, אלא גם כופה עליה הוראות נורמטיביות. פוליסת ביטוח החובה, לעניין זה, יותר משהיא חי הנושא את עצמו, כלי היא להגשמת תכליתו החקיקתית של החוק⁶⁰.
הסדרי החוק מוחדרים אפוא "כהוראה נורמטיבית, בלתי-ניתנת להתנאה לרכיב הביטוח האישי..."⁶¹.

מכאן שיש לפרש את הפוליסה "תוך התעלמות מתנאים והגבלות-סיכון שאינם עולים בקנה אחד עם עקרון השוואת-הזכאויות הקבוע בסעיף 3(ב) לפקודת הביטוח"⁶². לפי גישה זו, סעיף 7 לחוק ממצה את תנאי שלילת הזכאות, ו"אוסר על מבטח לשלול פיצוי מקטיגוריות נוספות של נפגעים, זולת אלה המנויים בסעיף 7(א)"⁶³. אשר על-כן טען מור, כי באמצעות הוראת השוואת המעמד ניתן היה להכניס את סעיף 7(ב) אל תוך חוזה-הביטוח כ"תנאי מכללא כופה"⁶⁴ ולהביא בכך לפיצוי התלויים בנוהג הבלתי-מבוטח באותם מקרים שבהם נשללה זכאותו כלפי המבטח מכוח סעיף 7. בדרך דומה ניתן לשלול תוקף מתנאים ומהגבלות כיסוי אחרות בחוזה-הביטוח שאינם תואמים לזכאות על-פי החוק, כמו התניית הפיצוי בקיום אשם או בהיעדר אשם תורם או שלילת פיצוי במקרה של רשיון-הנהיגה שפקע מחמת אי-תשלום אגרה⁶⁵.

ההצעה להחיל את הוראות החוק באורח כופה על חוזה-הביטוח האישי נתמכה

57 מור 3 (לעיל, הערה 6), 370-367.

58 מור 2 (לעיל, הערה 6), 154-153.

59 שם, עמ' 162.

60 מור 3 (לעיל, הערה 6), 354.

61 שם, עמ' 371.

62 שם, עמ' 388.

63 שם, עמ' 390.

64 שם, עמ' 383.

65 שם, עמ' 390.

על-ידי טיעונים כבדי-משקל⁶⁶, הגם שלא היתה נקייה מקשיים⁶⁷. בפועל לא אומצה גישה זו על-ידי הפסיקה, שסירבה לכפות הוראות זכאות שבחוק על פוליסת הביטוח האישית⁶⁸. גם המחוקק פתר את בעיית הנוהג הבלתי-מבוטח ותלוי בדרכ אחרת.

(ה) הפתרון הסטטוטורי לבעיית הנוהג הבלתי-מבוטח ותלוי

בתיקון תשמ"ט תרם המחוקק תרומה חשובה לפתרון בעיית אי-ההתאמה בין זכויות הנוהג לזכויות נפגע אחר. סעיף 7א הקנה עילת תביעה נגד קרנית לנוהג בלתי-מבוטח, שלא ידע ולא צריך היה לדעת על היעדר כיסוי ביטוח. סעיף 7ב העניק זכאות נגד הקרן לתלוייו של כל נוהג בלתי-מבוטח⁶⁹. בתיקון זה יש משום מתן גושפנקא סטטוטורית לגישת "שתי המשוכות". הפתרון שאימץ המחוקק אינו הרחבת זכאות כלפי המבוטח האישי ברוח הוראת השוואת המעמד, אלא הענקת זכות מיוחדת נגד קרנית. יתירה מזאת: סעיף 7 (5), שהוסף באותו תיקון, שולל עתה במפורש זכאות לא רק ממי שנהג ללא ביטוח, אלא גם ממי שהביטוח אינו

66 מור תומך את גישתו בסעיפים (2)7 (3) לחוק. אם הנוהג אינו זכאי על-פי החוק אלא רק על-פי פוליסת-הביטוח, מדוע ראה המחוקק צורך לשלול ממנו זכאות שאינה קיימת מלכתחילה? (מור 2 [לעיל, הערה 6], 162-161; מור 3 [לעיל, הערה 6], 350-349). מכאן מסקנתו, כי "סעיף 7 לחוק מלמד לא רק על מה שיש בו, אלא גם על מה שאין בו... (הסעיף) אוסר על המבוטח לשלול פיצוי מקטיגוריות נוספות של נפגעים, וזולת אלה המגויים בסעיף 7(א)" (מור 3 [לעיל, הערה 6], 390). האם ניתן להסביר בדרך אחרת את ההתייחסות בסעיף 7 לזכאותו של נוהג שאינו זכאי כלל על-פי החוק? הסבר אחד שניתן לכך בפסיקה הוא, שהוראה זו בחוק באה לשלול את זכאות המבוטח על-פי פוליסת-הביטוח בהתאם לגישת "שתי המשוכות". ראה שעשוע (לעיל, הערה 47), 588; מור 2 [לעיל, הערה 6], 163-162. חולשתו של הסבר זה היא, שאין זה סביר כי הביטוח האישי יכסה שימוש ברכב גנוב או נהיגה ללא רישיון, כך שבפועל אין צורך בהוראות אלה של סעיף 7. זאת ועוד: הסבר זה אינו ישים לסעיף 7(5), שהוסף על החוק בתשמ"ט והשולל זכאות מנוהג שאינו מבוטח. הסבר אחר, "היסטורי" באופיו, הוא שסעיפים 7(2), (3) נחקקו בהנחה כי נוהג ברכב אחד יכול להובע נוהג ברכב אחר לפי החוק (להנחה זו ראה י' אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים (יהלום, תשל"ט), 86-78). משנקבע בפסיקה כי תביעה כזו אינה עומדת לנוהג (בן-איון [לעיל, הערה 11]), בטל טעמן של הוראות אלה (הסבר זה הוצע בשעשוע ונדחה על-ידי בית-המשפט [לעיל, הערה 47], 588-587). גם הסבר זה אינו מבהיר מדוע חוקק לאחר-מכן סעיף 7(5) לחוק. הסבר שלישי הוא שסעיפים אלה, לרבות סעיף 7(5), באו לשלול זכאות מנוהג כאשר עומדת לנוהג זה זכאות מכוח החוק נגד נוהג אחר באותו הרכב. אם זהו ההסבר להוראות אלה, הרי שהדבר מעמיד בסימן-שאלה את הלכת גולדמן ([לעיל, הערה 8], 515-514), שלפיה נוהג בלתי-מבוטח זכאי לתבוע את הנוהג האחר באותו רכב בשל היעדר רישיון-נהיגה. הלכה זו אינה מתישבת עם סעיף 7(3), השולל מנוהג חסר-רישיון את הזכאות על-פי החוק. על בעייתיותה של הלכת גולדמן ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 72-71.

67 שני הקשיים נדונו לעיל, בהערה 35. קושי אחד הוא אופיו המעגלי של הטיעון, המבקש ליצור כיסוי ביטוחי באמצעות הוראת השוואת המעמד, כאשר הפעלת הוראה זו תלויה בקיומו של כיסוי, כאמור. קושי שני מצוי בהבחנה, שאינה מוצדקת תמיד, בין היעדר כיסוי הנובע מפוליסה חסרה לבין היעדר כיסוי הנובע מהיעדר פוליסה.

68 בעניין שדה סירב בית-המשפט לכפות את הסדר הזכאות העולה, בדרך השלילה, מסעיף 7(3) לחוק, על פוליסת הביטוח האישי, שיצרה הסדר זכאות צר יותר. ראה לעיל, הערה 51. תוצאה זו עומדת בניגוד גמור לעמדתו של מור לגבי סעיף 7, המובאת לעיל, בהערה 66.

69 להשוואת מצבם של התלויים לפני התיקון ואחרינו ראה רע"א 460/91 קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' עיזבון המנוחה בוסקילה ז"ל ואח', פ"ד מו(4) 476.

מכסה את נהיגתו. הוראה זו שוללת את האפשרות להרחיב את הכיסוי הביטוחי על-ידי הוראת השוואת המעמד.

תיקון תשמ"ט צמצם את בעיית ההתאמה בין הפן החוזי לפן הנזיקי בהקשר הנוהג. מחד גיסא, הובטחו זכויותיו של הנוהג התמים ושל התלויים בנוהג הבלתי-מבוטח, דהיינו: בוטלה אי-ההתאמה שאינה מוצדקת עניינית. מאידך גיסא, נשמר העיקרון שעל-פיו תנאי הזכאות החוזיים נקבעים בחוזה-הביטוח, בהתאם לעקרון חופש החוזים ושלפיו אין לכפות על חוזה-הביטוח תנאי זכאות החורגים מן ההסכמה האמיתית בין הצדדים. במלים אחרות: גם המחוקק הכיר במשתמע בלגיטימיות של הביטוח החלקי, כשזה משקף את רצון הצדדים, גם אם חלקיות זו יוצרת אי-התאמה בין הזכאות החוזית לנזיקית.

האם איזון זה בין זכויות הנוהג לבין עקרון "חופש החוזים" הוא האיזון הראוי? לא כך סבר בית-המשפט בפרשת אשור⁷⁰.

(ו) ההחלטה בעניין אשור

בעניין אשור, בהרכב של חמישה שופטים, קבע בית-המשפט ברוב דעות, כי הפער האפשרי בין זכאותו החוזית של הנוהג לבין זכאותו לנזיקין של נפגע אחר עודנו גדול מן הראוי, וכי יש להפעיל כלים משפטיים נוספים כדי לצמצמו למידה הראויה. במקרה שם שלל חוזה הביטוח האישי את זכאותו של הנוהג במקרה של תאונת-דרכים שנגרמה בשל פגיעת איבה, על-אף שנפגע אחר לפי החוק היה זכאי לפיצוי באותן נסיבות. בית-המשפט לא מצא הצדקה להכביל את זכאותו של הנוהג לכך הצביע בית-המשפט על שורה של מצבים אחרים של ביטוח חלקי שבהם ייתכן פער בלתי-ראוי בין תנאי הזכאות החוזית לבין תנאי הזכאות הנזיקית. התניית הכיסוי בהיעדר רשלנות מצד הנוהג או הגבלתו לנוהג בן מין מסוים הובאו כדוגמאות לכך⁷¹. המכשיר המשפטי שהפעיל בית-המשפט כדי להקטין את הפערים הבלתי-ראויים וליצור את ההתאמה המבוקשת הוא סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. סעיף זה, יחד עם הסעיפים 19 ו-31, מאפשר לבטל חוזים או תניות בחוזים בשל היותם בלתי-חוקיים או נוגדים את תקנת-הציבור. בית-המשפט קבע, כי ניתן להשתמש במכשיר זה כדי לבטל סייגים בפוליסת הביטוח האישי המצמצמים את האחריות החוזית בהשוואה לזו הנזיקית. מתי יופעל מכשיר זה? מתי ייחשבו תנאים והגבלות כיסוי כבטלים? תשובת בית-המשפט התמקדה במידת המודעות והשליטה שיש לבעל-הפוליסה על קיום התנאי או ההגבלה⁷². נקבע, כי כאשר יש לבעל-הפוליסה ידיעה ושליטה על קיום התנאי או ההגבלה, ייחשבו אלה כתקפים ויוכר "הביטוח החלקי". לא כן כאשר התנאי או ההגבלה אינם בידיעתו או בשליטתו של בעל-הפוליסה, שאז יבוטלו מכוח סעיף 30 הנ"ל, באופן שהיקף הזכאות החוזית יותאם להיקף הזכאות על-פי החוק. על-פי מבחן זה, בוטל התנאי שהגביל את זכאות הנוהג במקרה של פגיעת איבה. אמנם, בסופו של דבר ביטל

70 לעיל, הערה 46.

71 שם, עמ' 646.

72 שם, עמ' 646-648.

המחוקק את הזכאות על-פי חוק במקרה המסוים של פגיעת איבה, אך בכך אין כדי לגרוע מן התוקף הכללי של הלכת אשור⁷³.

(ז) ניתוח הלכת אשור

הלכת אשור מבוססת, כאמור, על סעיף 30 לחוק החוזים: תנאים והגבלות כיסוי שאינם בשליטת בעל-הפוליסה יבוטלו בשל אי-חוקיות או בשל סתירה בינם לבין תקנת-הציבור. אך מהי בדיוק אותה אי-חוקיות או מדוע סותרים תנאים והגבלות אלה את תקנת-הציבור?

התשובה העולה מפסק-הדין היא, שתנאים והגבלות אלה בטלים בשל הסתירה בינם לבין סעיף 2 לפקודת הביטוח⁷⁴. הוראה זו, יחד עם סעיף 3(א)(2), אוסרת על שימוש ברכב או על מתן היתר לאחר להשתמש ברכב, בהיעדר ביטוח המכסה את הבעלים או את הנוהג בהיתר מפני כל נזק-גוף שנגרם בתאונת-דרכים. הפרת איסור זה היא עבירה פלילית. תנאים והגבלות, המצמצמים את הזכאות הביטוחית בהשוואה לזו הנדרשת בפקודה, עלולים לגרום להפרת האיסור הפלילי על-ידי המשתמש ולהביאו אותו או את מתיר השימוש לכלל עבירה. תרומה זו של התנאים וההגבלות לפעילות בלתי-חוקית הופכת את עצם קיומם לנוגד את תקנת-הציבור, ומכאן בטלותם. עילת הבטלות היא אפוא שילוב של שיקולי תקנת-הציבור עם שיקולי אי-חוקיות. העילה הישירה לבטלות תנאים והגבלות היא תקנת-הציבור, אך מקור הפגיעה בתקנת-הציבור אינו בתוכנם של אלה, אלא בגורם חיצוני להם – העובדה שהם מעודדים ביצוע עבירות פליליות.

תשובה זו מעוררת קושי. אם מקור הבטלות הוא אי-חוקיות הנגזרת מסעיף 2, הרי שמכוח עילה זו יש לבטל כל תנאי והגבלה שהם, לרבות אלה שבשליטת המבוטח. על-פי לשונו, האיסור בסעיף 2 הוא איסור גורף החל על כל תנאי והגבלת אחריות, ולא רק על תנאים והגבלות שאינם בשליטת המבוטח. כיצד אפוא הבחין בית-המשפט בין תנאים והגבלות בטלים לכאלה שאינם בטלים, אם כל התנאים וההגבלות הם לכאורה בלתי-חוקיים?

הפתרון לקושי זה מצוי בפרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי. אין להבין איסור זה כחל על כל שימוש ברכב שאין עליו ביטוח מלא. פרשנות זו היא בלתי-סבירה, שכן היא מטילה אחריות פלילית בשל כל תנאי והגבלה שבפוליסה, אפילו הוא סביר, הגיוני ורצוי לכול. כדי ליתן משמעות סבירה לאיסור הפלילי יש להבחין בין שני סוגים של תנאים והגבלות. הסוג האחד הוא של תנאים והגבלות היוצרים אחריות פלילית רק עם הפרתם *ex post*. קיומם בפוליסה *ex ante* אינו הופך את עצם השימוש ברכב לעבירה פלילית. כך, לדוגמא, הוראת הגבלת אחריות, השוללת

73 בתיקון תשנ"א לסעיף 1 לחוק הוצא מי שנגרם לו נזק בפעולת-איבה מהגדרת "נפגע". האם מכסה הביטוח האישי את נזקיו של נוהג הנפגע בפעולת-איבה, כאשר הפוליסה אינה מוציאה פגיעה שכזו מתחומי כיסוי? במקרה שכזה ניתן לשלול את זכאות הנוהג על בסיס הוראת השוואת המעמד. כשם שנפגע אחר אינו זכאי על-פי החוק לפיצוי במקרה של פעולת-איבה, כך נשללת הזכאות מן הנוהג. דרך אחרת להגיע לתוצאה זו היא להפעיל את עקרון "המשוכה הכפולה" (לעיל, הערה 47 והטקסט לידה), אך ספק אם עיקרון זה חל מחוץ לתחומי סעיף 7 לחוק.

74 אשור (לעיל, הערה 46), 649-647.

כיסוי במקרה של הסעת נוסעים בשכר, יוצרת אחריות *ex post*. נהיגה ללא הסעה בשכר אינה מהווה עבירה פלילית. רק אם ייעשה שימוש ברכב לצורך הסעה בשכר, תתגבש העבירה הפלילית. הסוג השני הוא של התנאים וההגבלות היוצרים אחריות *ex ante*. בסוג זה של תנאים והגבלות מופר האיסור הפלילי בעצם השימוש ברכב, גם אם השימוש טרם נכנס לתחומי התנאי או ההגבלה. הגבלת הכיסוי לתאונות שאין עמן רשלנות הוא דוגמא לסוג זה של תנאים והגבלות. עקב תנאי זה הופך עצם השימוש ברכב לעבירה פלילית.

פתרון זה מחייב להבחין בין תנאים והגבלות היוצרים אחריות *ex ante* לאלה היוצרים רק אחריות *ex post*. פרידמן⁷⁵ ואנגלרד⁷⁶ הציעו לאמץ לשם כך את ההבחנה בין תנאים והגבלות שבשליטת המבוטח לבין תנאים שאינם בשליטתו. על-פי הבחנה זו, תוטל אחריות פלילית על המשתמש רק כאשר הוא שולל מעצמו את היכולת להימנע ממצב של אי-כיסוי (תנאים והגבלות שאינם בשליטתו). כאשר השליטה בידי, אין הוא נחשב עבריין. בית-המשפט בפסק-דין אשור אימץ הבחנה זו, אך לא רק לצורך קביעת גדריו של האיסור הפלילי, אלא לצורך שלילת תוקף מתנאים ומהגבלות. המבנה המשפטי של הלכת אשור הוא אפוא זה: ההכרה בתנאים ובהגבלות ההופכים את עצם השימוש ברכב לבלתי-חוקי נוגדת את תקנת-הציבור. מאחר שעצם השימוש ברכב הוא בלתי-חוקי, כאשר מדובר בתנאים ובהגבלות יוצרי אחריות *ex ante*, ומאחר שתנאים והגבלות ייחשבו כיוצרי אחריות *ex ante* כאשר אין הם בשליטת המבוטח – התוצאה היא שתנאים והגבלות שאינם בשליטת המבוטח נוגדים את תקנת-הציבור ובטלים עקב כך⁷⁷.

(ח) ביקורת הלכת אשור והצעה למבחן בטלות אלטרנטיבי

(1) השאלה: האם מוצדקת ביקורת המיעוט על הלכת אשור?

השופט ש' לוי, בדעת-מיעוט, לא חסך את שבטו מהלכת אשור ומן ההבחנה שעליה היא מבוססת⁷⁸. לדעתו, ההבחנה בין תנאים והגבלות שבשליטת בעל-הפוליסה לאלה שאינם בשליטתו היא בבחינת יצירת יש מאין, החורגת מן התחום הלגיטימי של פרשנות הדין ופוגעת ביציבות ההלכה. לדעתו, הבחנה זו יוצרת קשיי פרשנות והיא גם בלתי-מוצדקת; שכן אם היא ראויה, הרי שיש להחילה על כל הנוראות הפוליסה. כן טען נגד כריכת הבטלות עם אי-החוקיות באומרו: "עובדה זו כלבד, שהנוהג עשוי להתחייב בעבירה פלילית, אין די בה כדי לפסול את תניית הפטור"⁷⁹. היש ממש בביקורת? האם ניתן לומר אפוא כי בסיסה של ההלכה רעוע

75 ד' פרידמן, ביטוח רכב מנועי (הל-אכיב, תשל"ב), 81-82.

76 אנגלרד (לעיל, הערה 7), 114-115.

77 לויקה שנוצרה באשור בין אי-החוקיות לבין תקנת-הציבור יש היבט מעגלי. אי-החוקיות שהתנאי או ההגבלה עלולים לגרום היא היוצרת סתירה בינו לבין תקנת-הציבור. סתירה זו גורמת לבטלות התנאי או ההגבלה ולכן שוללת מהם את מימדי אי-החוקיות. הלכת אשור מבוססת על האיסור הפלילי, אך בה-בעת מרוקנת אותו מתוכן.

78 אשור (לעיל, הערה 46), 651-652.

79 שם, עמ' 651.

ושותצאתה אינה רצויה? מאחר שעניינה של רשימה זו הוא בבחינת ההתאמה הראויה בין החוק לפקודה, נבחן להלן את הלכת אשור מהיבט זה.

(2) הבעייתיות שבפסילת תנאים והגבלות בביטוח אישי בשל אי-חוקיות

ראשית, נבחן את בסיס ההלכה. ראינו כי זו מושתתת על אי-החוקיות העולה מסעיף 2 לפקודה. האם אי-חוקיות זו היא בסיס ראוי לפסילת תנאים והגבלות בביטוח אישי בשל סתירה לתקנת-הציבור? במבט כולל על החוק והפקודה נראה כי התשובה לשאלה זו שלילית – כטענת השופט ש' לוי – משום שעם כניסת חוק הפיצויים לתוקפו, חל שינוי מהותי במשמעות של חובת הביטוח ושל האיסור הפלילי שנועד לאוכפה. בית-המשפט באשור לא התאים את פרשנות הוראות הפקודה לתכנים החדשים שיצק בה החוק, ומכאן הבעייתיות שבהסתמכות על האיסור הפלילי שבסעיף 2 לפקודה.

במה דברים אמורים? חובת הביטוח הוחלה במקורה על ביטוח אחריות בלבד. תפקידה המקורי היה להבטיח גיבוי ביטוחי לתביעתו של ניוזק התוכע בנוזקין. טעמה היה ברור: בהיעדר ביטוח אחריות תקף ובשל גודל הנזק ומשאביו המוגבלים של המזיק, עלול היה הניזוק למצוא את עצמו ללא פיצוי מתאים. הטלת חובת הביטוח באה למנוע תוצאה קשה זו, והאיסור הפלילי בא ליתן שיניים לחובה זו ולהרתיע מפני הפרתה. הן חובת הביטוח הן האיסור הפלילי נועדו אפוא להגן על צד שלישי תמים מפני התוצאות האישיות הקשות של נזק-גוף ללא מקור אמין להטבתו. הגבלת הכיסוי הביטוחי באמצעות תנאים והגבלות נגדה מעצם טבעה מטרה זו של המחוקק. מטעם זה שללה הפקודה תוקף מחלק ניכר של הגבלות כיסוי המגבילות את זכות הנפגע כלפי המבטח (סעיף 15 שגדון לעיל ויידון להלן). שלילה זו לא הבחינה בין הגבלות שהם בשליטת בעל-הפוליסה לבין אלה שאינם בשליטתו, שכן מטרתה היתה להגן על נפגע שהוא צד רחוק לחוזה-הביטוח והנעדר שליטה על היקף הכיסוי הביטוחי. מבחינתו של נפגע זה, השליטה שיש לבעל-הפוליסה על היקף הכיסוי אינה רלבנטית כלל. כמו-כן לוותה חובת הביטוח רחבת-ההיקף באיסור פלילי חמור על שימוש ברכב במצב של כיסוי חלקי. איסור זה, בהינתן מטרתו, נוסת באורח כה גורף עד כי נוצר הצורך לסייגו על-ידי ההבחנה בין תנאים והגבלות היוצרים אחריות *ex post* לאלה היוצרים אחריות *ex ante*.

כאמור, הכניס חוק הפיצויים שינוי מהותי במשמעות חובת הביטוח והאיסור הפלילי הצמוד לה. הבעיה המרכזית שבה נועדו השניים לטפל – הגנה על הנפגע שלזכאותו אין כיסוי ביטוחי – נפתרה בחוק באמצעות קרנית⁸⁰. לקרן סטטוטורית יועד התפקיד של כיסוי נזקים שאינם מכוסים בביטוח אחריות. על-פי ההסדר החדש, הנפגע הזכאי בנוזקין אינו חשוף עוד לסכנה של היעדר גיבוי לאחריות המזיק. בכך נשמט הבסיס המקורי של חובת הביטוח ושל האיסור הפלילי הצמוד לה. בהסדר החדש צומצם פועלם של אלה למערכת היחסית הפנימית שבין מבטחי האחריות, מחד גיסא, לבין קרנית, מאידך גיסא, ועל כך עוד נרחיב את היריעה

80 אם כי כבר קודם לה נמצא לה פתרון וולונטרי באמצעות משרד מבטחי מכוניות (מ.מ.מ.) – ראה פרידמן (לעיל, הערה 74), 427.

בהמשך. לצורך הדיון כאן די אם נאמר, כי חובת ביטוח האחריות והאיסור הפלילי שבצדה איברו מחשיבותם וממרכזיותם בהסדר החדש. לעומת זאת, הן חובת הביטוח הן האיסור הפלילי קיבלו מימד ומשמעות חדשים עם כניסתו של גורם הביטוח האישי לתמונת ההסדר הכולל. אלה חלים כאן לא על נפגע שהוא צד רחוק לפוליסה, אלא על בעל-הפוליסה, צד לחוזה-הביטוח, או על נוהג המודע, בפועל או בכוח, לתנאיה. חובת הביטוח האישי והסנקציה הפלילית שבצדה, מגנים אפוא לא על צד שלישי תמים, אלא על המבוטח מפני עצמו. הגנה זו היא פטרנליסטית באופיה וכרוכה בה מעצם טבעה התנגשות עם עקרון חופש ההתקשרות. אשר על-כן היא טעונה בחינה מדוקדקת וזהירה כדי להימנע מיתר פטרנליזם ומפגיעה בלתי-ראויה בחופש ההתקשרות. האיסור הפלילי על שימוש ברכב ללא ביטוח אישי הוא אפוא ברייה חדשה המצריכה יחס מיוחד וזהיר. כאמור, הבעייתיות שבהלכת אשור היא באי-מתן משקל ראוי לשינויים שנדרשו לעיל במשמעות חובת הביטוח והאיסור הפלילי הצמוד לה. מבחינה פורמלית, בסיסה של ההלכה נראה איתן, שכן היא מבוססת על אי-חוקיות העולה למעשה מהוראות הפקודה. מבחינה עניינית זהו בסיס רעוע, שכן אי-חוקיות זו נוצרה על רקע מצב משפטי שונה בתכלית מזה שהיה בפני בית-המשפט ועל רקע טעמים שחדלו להיות רלבנטיים. העיקרון של יצירת התאמה בין החוק לפקודה חייב התחשבות בשינויים אלה בקביעת גדריו ומשמעותו של האיסור הפלילי. בית-המשפט הרי הכיר בכך שהיקפו המילוי של האיסור הפלילי שבסעיף 2 הוא בלתי-סביר ואף העניק לאיסור זה פרשנות מצמצמת. מדוע אפוא הפך איסור בעייתי זה למבחן הבטלות של תנאים והגבלות?

(3) על האיוון הראוי בין חופש ההתקשרות לבין ההגנה על שלמות הגוף

הדיון עד כה התמקד בבסיסה של הלכת אשור. מה לגבי התוצאה העולה ממנה? האם פסילתם של תנאים והגבלות בביטוח אישי שאינם בשליטת המבוטח היא אכן התוצאה הראויה? האם משיגה הבחנה זו — כנטען באשור⁸¹ — את האיוון הראוי בין חופש ההתקשרות, מחד גיסא, לבין האינטרס הציבורי, מאידך גיסא, בהבטחת מקורות לכיסוי ולהטבה של נזקי גוף? ניתן לטעון כי הלכת אשור, בהקשר של הביטוח האישי, לוקה הן בכפיית כיסוי יתר הן בהכרה בלתי-ראויה בכיסוי חסר. מחד גיסא, לוקה הלכה זו בעודף פטרנליזם. אם בעל-הפוליסה החליט להכפיף את עצמו, מרצונו החופשי, ומטעמים סבירים, לתנאים ולהגבלות כיסוי, גם אם קיומן של אלה אינו בשליטתו — מדוע לשלול תוקף מתנאים ומהגבלות אלה? שלילה כפויה זו של החופש להתנות, המבוססת על מבחן של שליטה על סיכון שנלקח מהקשר אחר⁸², יכולה לפגוע בעקרון חופש ההתקשרות וברוחות הצדדים לחוזה-הביטוח. אם הפרמיה הנדרשת עבור סיכון מסוים גבוהה במידה ניכרת מן הסיכון האישי, כפי שהוא מצטייר בעיני

81 אשור (לעיל, הערה 46), 648.

82 מבחן זה הוצע במקורו לצורך צמצום אחריות פלילית של האחראי בנויקן כלפי הנפגע מבלי שביטוח האחריות שלו מכסה את האירוע. ראה לעיל, הערה 74.

בעל-הפוליסה, הרי שבכפיית הביטוח על המבוטח יש משום פגיעה ברווחתו⁸³. מה טעם יש לכפות על המבוטח, תמורת תשלום, ביטוח מפני סיכונים חריגים וגדירים או סיכונים שמפניהם הוא מוגן בדרך אחרת, רק משום שאינם בשליטתו? האם לא משתמע ממדיניות זו הצורך לחייב כל פרט בביטוח-תאונות כללי אשר יחול על כל הסיכונים שאינם בשליטתו? מאידך גיסא, מכשירה הלכה זו כיסוי חלקי שאינו מתיישב תמיד עם מטרתו הסוציאלית של החוק. האם יש להכשיר כל תנאי והגבלה המצויים בשליטת המבוטח, לרבות כזה שידוע כי המבוטח יתקשה לקיימו או שמקובל להפירו? האם, לדוגמא, יש להכשיר פוליסה המתנה את הכיסוי הביטוחי בכך שהנוהג לא עבר עבירות-תנועה כלשהי? לכאורה התשובה על כך חיובית, שהרי חלק נכבד מעבירות-התנועה, כעבירות מהירות-היתר, מצוי בשליטתו של הנוהג. מבחן השליטה מכשיר גם הגבלת אחריות בעייתית אחרת – מתן כיסוי רק כאשר הנוהגים הם בני מין מסוים. ומה כאשר לשאלת תחולתם של סעיפים 14 ו-15 לפקודת הביטוח על הביטוח האיש? אלה שוללים תוקף מתנאים ומהגבלות המצויים ברובם, אם לא כולם, בשליטת הנוהג. יישום עקיב של הלכת אשור צריך היה להוביל במישרין לתוצאה שלפיה סעיפים אלה אינם חלים על הביטוח האיש של השליטה שיש למבוטח על התנאים וההגבלות המפורטים בהם. למרות זאת, נמנע בית-המשפט מלהצהיר במפורש על בטלותם של סעיפים אלה⁸⁴.

על-פי הטענה, מבחן השליטה של אשור, כמבחן קונקלוסיבי החותך את שאלת תקפותם או פסלותם של תנאים מגבילים והגבלות אחריות, אינו מוביל בהכרח לאיזון האופטימלי המבוקש. אמנם, בית-המשפט צדק בקובעו כי קיומה של שליטה או היעדרה כאמור, הוא נתון רלבנטי וחשוב המשליך על שאלת תקפותם של תנאים או פסלותם, כאמור; אך עם כל חשיבותו של נתון זה, ספק הוא אם יש לראות בו את חזות הכול. הטענה היא שקיומה של שליטה או היעדרה אכן צריכים להילקח בחשבון לצורך זה; אך לא כמבחן בלעדי וסופי, אלא כחלק ממכלול רחב יותר של שיקולים.

(4) קשיים ביישומה של הלכת אשור

השופט ש' לוי, בדעת-מיעוט, הצביע גם על קשיים מעשיים ביישומה של ההבחנה בין תנאי והגבלה שבשליטת המבוטח לכאלה שאינם בשליטתו. האם נהיגה רשלנית היא בשליטת המבוטח או לא⁸⁵? ואכן, הלכת אשור יוצרת קשיים כל-אימת שקיימת אי-בהירות באשר להיקפה של הגבלת כיסוי. כאשר הנוהג אינו יודע מראש אם שימוש מסוים נכנס או לא נכנס לתחום הכיסוי הביטוחי, הרי שהוא מאבד בכך את השליטה האפקטיבית על הגבלות הכיסוי. דוגמא אחת לכך היא הגבלת הכיסוי לנהיגה ברכב למטרות חברתיות ופרטיות. הגבלה זו היא הראשונה ברשימת הגבלות הכיסוי בפוליסות שבשוק. לכאורה זהו מקרה מובהק של הגבלה המצויה בשליטת

83 זאת בתנחה שכנגד הגבלות כיסוי תינתן הנחה בפרמיה. הנחה זו אינה תואמת את המציאות הנוכחית שבה קיימת נוקשות של פרמיות-הביטוח. על כך ראה להלן, ד. 4. (ה).

84 ראה לעיל, הערה 34.

85 אשור (לעיל, הערה 46), 651. ראה גם א' פורת, ספר השנה של המשפט הישראלי תשנ"א, 221, 266.

המבוטח, אלא שלא תמיד ניתן לדעת מראש אם שימוש מסוים ייחשב למטרות חברתיות. יוכיח זאת מקרהו של מי שנהג ברכבו הפרטי במהלך פעילותו במשמר האזרחי⁸⁶. דוגמא אחרת היא הגבלת כיסוי במקרה של הסעת נוסעים בשכר, כתשלום או בתמורה. קיימת פסיקה עניפה בשאלה מה ייחשב כשכר או תמורה לצורך זה⁸⁷, כשלעיתים ננקטת גישה מרחיבה ולעיתים — גישה מצמצמת⁸⁸. כיצד ידע הנוהג מראש אם יש כיסוי לשימוש או לא⁸⁹.

(5) מבחן חלופי

עמדנו לעיל על הבעייתיות שבביסוס הלכת אשור על האיסור שבסעיף 2 לפקודה, על כך שהאיזון המושג במסגרתה בין חופש ההתקשרות להגנה על שלמות הגוף אינו אופטימלי, ועל הקשיים ביישומה. האם קיים מבחן אחר להכרה או לאי-הכרה בתוקפם של תנאים והגבלות בביטוח אישי — מבחן הכולל בתוכו את יסוד השליטה כנתון רלבנטי, ועם זאת לא מקנה לו משקל מכריע? נראה שהתשובה לכך היא חיובית. יתירה מזאת: המבחן החלופי שיוצג כאן אינו אלא וריאציה על הלכת אשור ואינו חורג ממסגרתה.

שורש הבעיה הוא, כאמור, באימוץ מבחן בטלות הנשען על איסור פלילי שאיבד ממשמעותו ומתכליתו המקוריים. בפני בית-המשפט עמדה אלטרנטיבה פשוטה: במקום לבסס את עילת הבטלות של תקנת-הציבור על האיסור הפלילי, ניתן היה להפוך את סדר הדברים — לקבוע מתי תנאים והגבלות בחוזה-הביטוח נוגדים את תקנת-הציבור, ועל בסיס זה לקבוע את גדר האיסור הפלילי. במקום לגזור את תקנת-הציבור מאי-החוקיות, ניתן היה לגזור את אי-החוקיות משיקולים של תקנת-הציבור.

כיצד ניתן לקבוע את תוקפם של תנאים והגבלות על-פי מבחן של תקנת-הציבור מבלי להיזקק לאי-חוקיות? התשובה לכך מצויה בדין החוזים הכללי, שעניינו בתניות-פטור המגבילות את האחריות החוזית בגין נזק גוף. דין זה מאפשר לפסול את תוקפן של תניות-פטור, מכוח סעיף 30 לחוק החוזים, אם אלה, בשל תוכנן, נוגדות את תקנת-הציבור. השוני בין מבחן בטלות זה לבין מבחן אשור הוא, שבאשור הפגיעה בתקנת-הציבור אינה נגזרת מתוכן התנאי או ההגבלה, אלא מאי-החוקיות

86 ראה ת"א (חי') 1194/81 אשתר נ' קרטה ו"נורוץ יוניון", פ"מ (תשמ"ו) (ג) 281. נפסק שם, כי שימוש זה הוא למטרות חברתיות.

87 פרידמן (לעיל, הערה 74), 113-122.

88 השווה ע"א 188/44 צור נ' חב"ד, פ"ד מ(3) 1 עם ההחלטה בת"א (נצ') 134/88 "כלל" נ' קרנית ואח', המובאת אצל מ' צלטנר, חברות לפיצוי נפגעי תאונות דרכים — הדין והפסיקה (תל-אביב, תשמ"ז) 391 (א) 4 (החלטה מיום 7.2.89) (להלן: צלטנר).

89 קושי אחר שמעוררת הלכת אשור הוא התמקדותה בתנאים או בהגבלות המצמצמים את היקף הכיסוי על דרך השלילה. כאן הרחבת הכיסוי יכולה להיעשות על-ידי ביטול התנאי או ההגבלה. אלא שהטכניקה הנהוגה כיום בפוליסה הכמעט-אחידה שחברות-הביטוח מוציאות היא להגביל את הסיכונים המכוסים, על דרך החיוב, תוך ציון הסיכונים המכוסים, ולא על-ידי הוצאת הסיכונים הבלתי-מכוסים. כדי להרחיב את הכיסוי אין אפוא די בפעולת מתיקה של תנאי או הגבלה, אלא צריך להוסיף לפוליסה, באורח פוזיטיבי, הוראה המוסיפה סיכונים לתחומי הכיסוי. משמעות הדבר היא מעורבות פעילה ובעייתית, של בית-המשפט בניסוח הפוליסה.

החיצונית (והבעייתית) האופפת אותם, בעוד שעל-פי מבחן הבטלות הכללי הפגיעה בתקנת-הציבור צריכה לעלות במישור מתוכן התנאי או ההגבלה. שוני אחר הוא שלהבדיל מהלכת אשור, אשר יצרה עילת בטלות חדשה, המבחן החלופי הוא פיתוח של הלכה קיימת לגבי תניות-פטור בחוזים שעניינן נזק-גוף. הלכה זו נוהגת ריסון וזהירות בהתערבות ביחסים חוזיים, ועם זאת מתירה לבית-המשפט לפסול תניות-פטור שאינן מתיישבות עם האינטרס הציבורי בהגנה על שלמות הגוף והבריאות⁹⁰. ביישום הלכה זו על המקרה המיוחד של תניות-הפטור בחוזה הביטוח האישי יש ליתן משקל ראוי לשני שיקולים נוגדים: מחד גיסא, חומרתו של הנזק הגופני הצפוי בתאונת-דרכים והחשש שפגיעה בנוהג חסר-ביטוח תיפול בסופו של דבר למעמסה על הקופה הציבורית, מצד שני החמרה במבחן תקנת-הציבור מאידך גיסא, יש לזכור כי ההלכה הקיימת לעניין בטלות תניות-הפטור נועדה לא רק להגן על הניזוק, אלא גם להרתיע מזיקים בכוח מפני התנהגות מסוכנת. המבט האישי המגביל את חבותו אינו יוצר סיכונים. נהפוך הוא: דווקא שלילת הכיסוי פועלת להרתעת הנוהג מפני היחשפות לסיכונים הבלתי-מכוסים. מהיבט זה יש מקום דווקא להקל ביישום המבחן הכללי על תניות-הפטור בחוזה ביטוח אישי. יתרונותיו של מבחן זה הם אלה: ראשית, הוא ניצב על בסיס איתן של הלכה קיימת, להבדיל מן הבסיס הבעייתי והחדשני של אי-החוקיות. שנית, ועיקר, הוא מאפשר יצירת איזון טוב יותר בין אינטרס חופש ההתקשרות לבין האינטרס הציבורי בהגנה על שלמות הגוף. במסגרתו ניתן להעניק משקל ראוי לאלמנט השליטה, אך זאת מבלי להתעלם משיקולים רלבנטיים נוספים. מכוחו ניתן, מצד אחד, ליתן תוקף לתנאים ולהגבלות סבירים ורצויים לצדדים גם אם אינם בשליטת המבוטח, ומצד אחר, לשלול תוקף מתנאים ומהגבלות בעייתיים גם אם הם מצויים בשליטתו, כמו אלה המגבילים את הכיסוי במקרה של ביצוע עבירת-תנועה או על-פי מינו של הנוהג⁹¹. בכך תיפתר בעיית תחולתם של הסעיפים 14, 15 ו-19 לפקודת הביטוח על הביטוח האישי. שאלה זו תיחתך לפי מידת ההתאמה בין כל תנאי והגבלה לבין תקנת-הציבור. בדרך זו ניתן גם להימנע מקשיי הסיווג הנלווים למבחן השליטה. כאשר יתעוררו קשיים שכאלה, יועבר מרכז-הכובד של ההכרעה מעובדת השליטה לעובדות רלבנטיות אחרות. חולשתו של המבחן היא באי-הוודאות שהוא יוצר לגבי תוקפם של תנאים מגבילים, אך ראינו כי גם מבחן השליטה אינו נקי מקושי זה.

(6) ההיבט הפלילי – הלכת אשור והמבחן החלופי

הלכת אשור משנה את תחומי האיסור הפלילי בהשוואה לדין שקדם לאשור. תנאי או הגבלה שנפסלו חדלים להיות מקור לאחריות פלילית. תנאי או הגבלה ש"הוכשרו" לא יוכלו להיחשב כיוצר אחריות *ex ante* – עצם קיומם בפוליסה לא יהפוך את המשתמש ברכב לעבריין פלילי. שאלת האחריות הפלילית עולה אפוא רק בהקשר של תנאים והגבלות כיסוי היוצרים אחריות *ex post*, דהיינו: כאשר המבוטח נכנס בפועל לתחום היעדר הכיסוי. מהלכת אשור עולה, כי במקרים אלה

90 ג' של, דיני חוזים (דין, תש"ן) 385-386.

91 מכשיר נוסף להשגת מטרה זו הוא חוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982.

יחויב בעל-הפוליסה בפלילים, שכן יצירת הסיכון הבלתי-מכוסה היתה בשליטתו. מנגד ניתן לטעון, כי הפרת תנאי או הגבלה בביטוח אישי אינה צריכה בהכרח לשמש נושא לסנקציה פלילית. כאמור, נועדה סנקציה זו במקורה להגן על צדדים שלישיים ולא על המבוטח בפני עצמו. אך גם בהנחה שיש מקום לסנקציה פלילית כדי להרתיע נוהגים מפני נהיגה ללא כיסוי, ספק אם מוצדק להטילה על בסיס של אחריות קפידה גם על מי שנהג בתום-לב ובסבירות בלי לדעת על היעדר הביטוח. יש אפוא הצדקה לריכוך האיסור הפלילי בהקשר של ביטוח אישי על-ידי התנאות בקיום יסוד נפשי – ידיעה של המבוטח כי הוא נכנס לתחום היעדר הכיסוי או לפחות יכולת סבירה לדעת זאת. דברים אלה יפים גם למבחן החלופי של תקנת-הציבור.

(ט) מבחן הפסלות והנוהג בהיתר

הדיון עד כה, בעקבות אשור, התמקד בשאלת תוקף התנאים וההגבלות ותחומי האיסור הפלילי בהקשר של נוהג שהוא גם הבעלים של הפוליסה. האם יפים מבחנים אלה גם לגבי נוהג בהיתר שאינו בעל-הפוליסה? כאשר התנאים וההגבלות אינם תקפים כלפי בעל-הפוליסה, אין כל סיבה ליתן להם תוקף כלפי הנוהג בהיתר. השאלה היא, אם כל התנאים וההגבלות התקפים כלפי בעל-הפוליסה יהיו תקפים גם כלפיו. על כך נקל להשיב בחיוב בשני מצבים: כאשר הנוהג בהיתר יודע על התנאים וההגבלות, אין דינו צריך להיות שונה מזה של בעל-הפוליסה, שכן הוא נוטל על עצמו סיכון מחושב. כאשר אין הוא יודע על קיום התנאי או ההגבלה ואין הוא צריך לדעת על כך, עומדת לו עילת תביעה נגד הקרן מכוח סעיף 7א לחוק, וכך לא ייפגע מפסילת התנאים וההגבלות. הקושי מתמקד אפוא במצב השלישי שבו אין הוא יודע על התנאים וההגבלות, אך צריך היה לדעת עליהם. האם יצא ללא כיסוי על-אף תום-לבו? אם יינתן לו כיסוי, על-ידי שלילת התנאי או ההגבלה, ייווצר מצב שבו אלה יפים כלפי בעל-הפוליסה, אך אינם יפים כלפי הנוהג בהיתר, על-אף שהאחרון חטא ברשלנות. פתרון חלקי לקושי זה קיים כאותם מקרים שבהם מסירת הרכב לנוהג עם כיסוי חלקי עולה כדי עבירה על סעיף 2 לפקודה של מוסר הרכב. במקרה זה יוכל הנוהג לתבוע את המוסר בהפרת חובה חקוקה, ואולי אף את מבטחו⁹². פתרון חלקי אחר הוא "להטיל על חברת הביטוח את החובה שתעמיד את המבוטח על כך שאין בידו כיסוי 'מלא'⁹³". אם "תזעק" מן הפוליסה אזהרה ברורה וגלויה באשר לחלקיות הביטוח, לא יוכל עוד הנוהג בהיתר להיחשב כפועל בתום-לב.

(י) תנאי הזכאות – סיכום-ביניים

ההסדר המקורי של פיצוי נפגעי תאונות-דרכים לא הבטיח את ההתאמה הרצויה

92 שהרי ביטוח האחריות הנדרש מכסה לא רק חבות על-פי החוק, אלא גם כל חבות אחרת בשל נזק-גוף שנגרם על-ידי השימוש ברכב מנועי או עקב כך – סעיף 3(א)(1) לפקודה. חבות זו כוללת חבות לפי פקודת הניזקין. זכאות זו כפופה לטענת אשם תורם.

93 אשור (לעיל, הערה 46), 650.

בין תנאי הזכאות של הנפגע הזכאי בנזיקין ותלוייו לבין תנאי הזכאות החוזיים של הנוהג הנפגע ותלוייו. בעיית רוחב ההיתר של הזכאות החוזית, במצבים שבהם נשללת הזכאות מכוח סעיף 7 לחוק, נפתרה בקלות יחסית על ידי החלת סעיף 7 לחוק על חוזה הביטוח, בין במישרין ובין בעקיפין, באמצעות הוראת השוואת המעמד או סעיף 30 לחוק החוזים. מעבר לכך אין מבחינה עקרונית פסול בכך שתנאי הזכאות על-פי חוזה הביטוח נוחים יותר למבוטח מתנאי הזכאות שבחוק. עיקר הקושי התמקד אפוא במצבים שבהם תנאי הזכאות החוזיים היו קשים יותר מתנאי הזכאות על-פי החוק. פתרונו של המחוקק היה להגדיל את היקף הזכאות של הנוהג ותלוייו לא באמצעות פוליסת הביטוח האישית, אלא באמצעות הענקת זכויות כלפי קרנית. בית המשפט העליון הכיר תחילה בלגיטימיות של הביטוח החלקי, אך לאחר-מכן, בפסק-דין אשור, סייג הכרה זו והוציא מתחומיה, באמצעות סעיף 30 לחוק החוזים, את כל אותם תנאים והגבלות שאינם בשליטת בעל-הפוליסה. בעצם השימוש במכשיר משפטי זה יש משום תרומה חשובה ליכולת להשיג התאמה טובה יותר בין תנאי הזכאות החוזיים לנזיקים. מנגד, יש בסיס לביקורת נגד הלכת אשור. הלכה זו, המבוססת על איסור פלילי בעייתי, מתירה לבית-המשפט לכפות על הצדדים לחוזה הביטוח תנאי זכאות בניגוד לרצונם, תוך חריגה בלתי-ראויה מעקרון חופש ההתקשרות, ומנגד מעניקה תוקף לתנאים ולהגבלות שאינם מתיישבים עם מטרתו הסוציאלית של ההסדר המשולב. דרך אלטרנטיבית, השומרת על מסגרתה של הלכת אשור, היא לבסס את פסלות התנאים וההגבלות לא על מבחן השליטה על התנאי או ההגבלה, אלא על המבחן הכללי של תקנת-הציבור, הבוחן את תוכן התנאי או ההגבלה ולא את אי-החוקיות הכרוכה בהם, והמתחשב בקיומה של שליטה מבלי להקנות לה מעמד דומיננטי.

ד. ביטוח אחריות

1. מבטח האחריות – ציר מרכזי בהסדר המשולב

תפקידו המרכזי של מבטח האחריות במסגרת ההסדר המשולב הוא ליתן כיסוי גיבוי ביטוחי לאחריות בנזיקין של הנוהג ושל המתיר. מקורה של חבות זו הוא בחוזה הביטוח שבין המבוטח האחראי בנזיקין לבין המבטח. בחוזה זה מתחייב המבטח לשאת בנטל העלות הכספית של אחריות המבוטח כלפי הנפגע הזכאי. סעיף 2 לפקודת הביטוח מטיל על בעל-הרכב, או על המחזיק בו, את חובת ביטוח-האחריות. סעיף 3(א)(1) לפקודה קובע את גודל חובת הביטוח – על פוליסת-ביטוח האחריות לכסות את בעל-הרכב ואת הנוהג בו מפני כל חבות אפשרית על-פי החוק, כמו גם מפני כל חבות אחרת בשל נזק-גוף שנגרם לאדם על-ידי השימוש ברכב מנועי או כתוצאה ממנו.

על-אף שחבותו של מבטח האחריות היא לכאורה חבות משנית, הבאה ליתן גיבוי חוזי לאחריות בנזיקין של המבוטח כלפי הזכאי, הרי שהלכה למעשה חבות זו היא ציר מרכזי בהסדר המשולב. הסדר זה הוא במהותו הסדר ביטוחי, והאחריות בנזיקין אינה אלא אמצעי שנועד בשלב ראשון להבטיח את הוצאת הכיסוי הביטוחי, ובשלב

שני — לתעל את האחריות אל המבטח המכסה את הסיכון. "עיקר תפקידה של האחריות הוא להפעיל את מנגנון הביטוח העומד מאחוריה"⁹⁴. המחוקק, המעוניין בפיצוי מהיר ונאות של הנפגע, רואה במבטח ולא באחראי את בעל החבות העיקרי. לכן קבע כי בהיעדר ביטוח רשאי הנפגע לפנות אל מעין מבטח — אל קרנית, ואין הוא צריך להסתפק בחבות האחראי בנוזיקין.

מרכזיותו של ביטוח האחריות בהסדר המשולב באה לידי ביטוי בהוראות סעיפים 19 ו-20 לפקודת הביטוח. סעיפים אלה יוצרים יריבות ישירה בין הנפגע לבין מבטח האחריות⁹⁵. לפי סעיף 19, משניתן פסק-דין נגד המבוטח האחראי, קמה חבות ישירה של מבטח האחריות כלפי הנפגע, על-אף היעדר קשר חוזי ביניהם. מכוח סעיף 20 ניתן, ומקובל, לתבוע את מבטח האחריות יחד עם האחראי בנוזיקין במסגרת אותה התביעה. אמנם, יריבות סטוטורית זו היא יריבות דיונית בלבד. הפסיקה הדגישה כי זכותו של הנפגע להיפרע ממבטח מותנית במתן פסק-דין נגד המבטח⁹⁶ וכי "יריבות ישירה זו אינה שוללת את האופי ההסכמי, שיצר החיוב המותנה במתן פסק-דין נגד המזיק"⁹⁷. על-אף כל זאת, קיימת הצדקה ליתן משקל מיוחד ליריבות הסטוטורית שבין הנפגע למבוטח, על רקע מעמדו המיוחד של מבטח האחריות בהסדר המשולב. משקל מיוחד זה יבוא לידי ביטוי בעת הדיון בשאלת סיווג חבותו של מבטח האחריות.

מהי מידת ההתאמה בין הזכאות של נפגע על-פי החוק לבין זכאותו כלפי מבטח האחריות המגבה את האחריות בנוזיקין? כמו הדיון בביטוח האישי נבחן להלן שאלה זו מהיבט של היקף הזכאות ודרכי מימושה, מהיבט סיווג הזכאות ומהיבט תנאי הזכאות.

2. היקף הזכאות ודרך מימושה

על-פי הידוע, לא התעוררה עד כה כל בעיה של חוסר-התאמה בין הזכאות החוזית לזכאות הנוזיקית מבחינת ההיקף הכספי של זכאות המבוטח או הנפגע כלפי מבטח האחריות. הפוליסות הקיימות אינן מרחיבות ואינן מצרות את היקף הכיסוי הביטוחי בהשוואה להיקף הזכאות הכספית בנוזיקין של הנפגע על-פי החוק. חובתו של המבטח לכסות את כל ראשי הנזק, על-פי כללי הערכת הנזק, נובעת באורח ישיר מהוראות פקודת הביטוח. כאן אין צורך בהוראה של "השוואת מעמד" הנדרשת בהקשר של הביטוח האישי. אם הצדדים לחוזה-הביטוח מבקשים להרחיב את הכיסוי מעבר לכך, בתמורה הולמת, אין סיבה למנוע זאת מהם.

באשר לדרך מימוש הזכות, מאחר שחבות המבטח כלפי הנפגע היא תולדה של אחריות המבוטח כלפי הנפגע, הרי שהחלת ההסדרים הדיוניים והראייתיים, החלים על תביעה מכוח החוק, גם בתביעה נגד המבטח — מתבקשת מאליה. ואכן —

94 אנגלרד (לעיל, הערה 7), 86.

95 לדיון מקיף ראה פרידמן (לעיל, הערה 74), 177-218.

96 ע"א 489/79, 505/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוחה ויולט צאיג ואח', פ"ד לה (2) 123.

97 הפול (לעיל, הערה 4), 247.

נאמר בפסיקה, אגב-אורחא, כי אין כל מניעה להחיל את ההסדר הראייתי שבסעיף 6ב לחוק גם על תביעה כנגד מבטח האחריות⁹⁸.

3. סיווג הזכאות

האם חבותו של מבטח האחריות היא חבות חוזית במהותה או שמא ניתן להצמיד לה גם תווית של חבות בנזיקין? שאלה זו מתעוררת בהקשרים שונים, שהבולטים שבהם הם זכויות ההשבה כלפי מבטח האחריות, זכויות החזרה שלו וכלפיו ושאלת חסינותו בנזיקין.

לכאורה קיים קושי בהדבקת תווית נזיקית לחבותו של מבטח האחריות. מקור חבותו של זה הוא, כאמור, בחוזה-הביטוח. "היחסים המשפטיים שבין המשתמש ברכב לבין מבטחו נובעים מחוזה הביטוח... אנליטית גם עילתו של הנזיק כלפי מבטחו של המזיק אינה לפי חוק הפיצויים... יריבות ישירה זו אינה שוללת את האופי ההסכמי, שיצר את החיוב המוטנה במתן פסק הדין"⁹⁹. מכוח מה ניתן אפוא לסווג את חבות מבטח האחריות כחבות נזיקית? אמנם, חבותו של המבטח האישי, שגם היא חוזית במקורה, סווגה כחבות נזיקית בהקשרים שונים, אך שם ניתן היה לבסס זאת הן על הוראת השוואת המעמד, שאינה חלה על מבטח האחריות, והן על כך שהמבטח האישי הוא במקרים רבים תחליף הבא במקומו של מזיק אחראי על-פי הסדר האחריות הקודם.

על-אף האמור לעיל, אין להירתע מסיווג נזיקי של חבות מבטח האחריות במקום שהדבר מתבקש לצורך יצירת התאמה טובה בין החוק לפקודה או לצורך שכלולו של ההסדר המשולב. הבסיס העיוני לכך מצוי ביריבות הסטטוטורית הקיימת בין הנפגע למבטח על-פי סעיפים 19 ו-20 לפקודת הביטוח ובמעמדו המיוחד של מבטח האחריות בהסדר המשולב. ניתן לטעון, כי מכוחה של יריבות סטטוטורית זו חבותו הישירה של המבטח כלפי הנפגע מתמזגת, על-אף מקורה החוזי, עם אחריותו בנזיקין של המבוטח באופן המקנה לה סטטוס של חבות בעלת אופי נזיקי¹⁰⁰. הטיעון כאן, כמו הטיעון בהקשר של הביטוח האישי, הוא, שניתן וצריך להשתמש בשאלת סיווג הזכות כמכשיר להשגת ההתאמה המבוקשת בין החוק לפקודה.

נבחן עתה את הסוגיות העיקריות שבהן מתעוררת שאלת סיווג הזכות ואת עמדת הפסיקה לגביהן.

(א) זכויות השבה

האם למי שהיטיב את נזקו של הנפגע בתאונת-דרכים קיימת זכות השבה ממבטח

98 שם, עמ' 243.

99 שם, עמ' 246-247.

100 אמנם, אין המבטח חב כלפי הנפגע אלא לאחר מתן פסק-דין נגד המבוטח (ראה לעיל, הערה 95), אך דרישה זו אינה עומדת למכשול לרעיון התמזגות החבויות. יצוין, כי לפי סעיף 5(ג) לחוק זכאי הנפגע להגיש נגד המבטח תביעה לתשלום תכופ מכלי לתכופ כלל את המבוטח, וכי סעיף 68 לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, יצר יריבות סטטוטורית בין צד שלישי למבטח האחריות ככל סוגי ביטוח האחריות — יריבות שאינה מותנית בפסק-דין נגד המבוטח.

האחריות מכוח הסדרי ההשבה השונים¹⁰¹? זכות ההשבה בהסדרים אלה מותנית בכך שהנתבע להשבה יהא חב בנוזיקין כלפי הנפגע בגין הנזק נשוא ההשבה. אם תסווג חבותו של מבטח האחריות כחבות חוזית, לא יהיו המיטיבים השונים זכאים לחזור אליו בתביעת השבה. זכותם תוגבל לזכות השבה מן המבוטח האחראי על-פי החוק, כשזה יפנה, בשלב שני, אל מבטח האחריות בתביעה לכסות גם את חבותו כלפי המיטיב. לעומת זאת, אם תוצמד תורת נזיקית לחבות מבטח האחריות, תוקנה לכל המיטיבים זכות השבה ישירה כלפי מבטח האחריות. מהיבט הדין הרצוי נראה, כי אין כל טעם בפיצול הליכי ההשבה כך שהמיטיב יתבע את האחראי בשלב ראשון וזה יתבע את מבטח האחריות בשלב שני. פיצול זה מכביד על המיטיב ועל האחראי המבוטח, וקשה לראות מה תועלת יש בו מנקודת-מבטו של מבטח האחריות. מאחר שמבטח האחריות חשוף ממילא לתביעה ישירה של הנפגע מכוח היריבות הדיונית שיצרה פקודת הביטוח, אין מצבו מורע אם זכות התביעה הישירה מוענקת לא רק לנפגע אלא גם למיטיב, ובלבד שחבותו כלפי המיטיב לא תהא גדולה מחבותו כלפי הנפגע. ייתכן כי המבטח אף יעדיף להתדיין במישרין עם המיטיב ולא עם הנפגע כחוליית-ביניים ה"מייצגת" את המיטיב.

כדי לאפשר תביעות השבה ישירות של מיטיבים אל מבטח האחריות יש אפוא לסווג את חבותו של מבטח האחריות כחבות נזיקית לצורך זה. הדרך לכך, כאמור לעיל, היא לראות חבות זו, על-אף מקורה החוזי, כמתמזגת עם חבותו בנוזיקין של האחראי. בכך תוקנה לכל המיטיבים נשוא הדיון זכות השבה ישירה כנגד מבטח האחריות.

קיימת דרך משפטית אחרת להכיר בזכויות ההשבה של חלק מן המיטיבים אל ביטוח האחריות. כידוע, מבחינים בין זכויות השבה עצמאיות לבין זכויות השבה מכוח עקרון הסוברוגציה או מכוח העברת הזכות¹⁰². כאשר זכות ההשבה היא מכוח סוברוגציה או מכוח העברת זכות, רואים את המיטיב כמי שמפעיל את זכותו של הניזוק ולא זכות עצמאית משלו. מאחר שהניזוק היה זכאי לתבוע במישרין את מבטח האחריות, מוקנית זכות דיונית זו גם למיטיב. ואכן, סעיף 6 לחוק הטבת נזקי-גוף קובע במפורש, כי המיטיב רשאי להיפרע ממבטח אחריות. דרך זו של יצירת יריבות בין המיטיב למבטח האחריות אינה ישימה על תביעות השבה עצמאיות.

מהי עמדת הפסיקה בסוגייה? בפסק-דין אלגריסי הוצגה תשובה חיובית לשאלת זכות החזרה של המוסד לביטוח לאומי אל מבטח האחריות: "הלכה פסוקה היא

101 להסדרי ההשבה השונים ראה לעיל, הערה 12-16, והטקסט שם.

102 זכויות ההשבה של המדינה לפי חוקי התגמולים הן זכויות השבה עצמאיות. ראה פול חברות הביטוח (לעיל, הערה 24) והפול (לעיל, הערה 4). לעומת זאת, זכויות ההשבה של המוסד לביטוח לאומי, של המדינה המשלמת גמלאות, של הביטוח המסחרי ושל מיטיב על-פי חוק הטבת נזקי-גוף הן זכויות המבוטחות על זכותו של הניזוק אם מכוח סוברוגציה ואם בדרך של העברת זכותו אל המיטיב. ראה ע"א 709/80 פרלמן נ' לחון, פ"ד לו(4) 273, 278 לעניין הביטוח הלאומי (וחוקי הגמלאות שבהן מצויה אותה הוראה); ע"א 5/87 ליפשיץ נ' לוי, פ"ד מב(2) 177 (לעניין הביטוח המסחרי); ע"א 331/75 "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פלאצי, פ"ד לב(1) 63, 67 (לעניין חוק הטבת נזקי-גוף). אנגלרד (לעיל, הערה 7), 257 מבקר הבחנה זו בין זכויות ההשבה.

שהמבטח בביטוח אחריות על-פי פקודת הביטוח בא בנעלי המבוטח גם לצורך תביעת שיפוי של המוסד...אם רשאי הוא (המוסד) לחזור על המבוטח רשאי הוא לחזור על המבטח...¹⁰³. קביעה זו יכולה להתפרש בשני אופנים: הפירוש הצר הוא, שבתביעת ההשבה שלו מפעיל המוסד את זכותו של הניזוק ולכן רשאי לתבוע את כל מי שהניזוק יכול היה לתבוע. מפירוש זה לא ניתן להקיש על זכויות ההשבה של מיטיבים התובעים מכוחם-הם (תביעת השבה עצמאית) ולא מכוח זכות הניזוק. הפירוש הרחב הוא, שבית-המשפט אכן העניק לחבות מבטח האחריות מימד נזיקי ובכך הכיר עקרונית בכל תביעות ההשבה כלפי מבטח האחריות, לרבות תביעות ההשתתפות העצמאיות. סימוכין לפירוש הרחב ניתן למצוא בכך, שההכרה בתביעת ההשבה נגד מבטח האחריות נגזרה מן ההכרה בתביעת השבה נגד המבטח האישי¹⁰⁴ – הכרה המבוססת, כאמור, על סיווג נזיקי של חבות המבטח האישי. כאמור לעיל, מוצע לאמץ את הפירוש הרחב.

סימוכין נוספים לסיווג נזיקי של חבות מבטח האחריות, לצורך תביעות השבה, מצוי באמרת-אגב שלפיה אין כל מניעה לראות בתביעת השבה עצמאית, המוגשת נגד מבטח האחריות לפי חוק הנכים, משום תביעה על-פי חוק הפיצויים, הגם שמקורה בחוק השונה מחוק הפיצויים¹⁰⁵.

(ב) זכויות חזרה

סעיף 9 לחוק מכיר בזכות חזרה, בתנאים מסוימים, בין "מי ששילם פיצויים המגיעים לפי חוק זה" לבין "אדם אחר החייב בפיצויים לפי חוק זה". האם מעניק סעיף זה את זכות החזרה גם למבטח אחריות נגד חייב אחר שאינו המבוטח? אנגלרד סבור, כי סעיף 9 אינו חל על מבטח החבות. "המבטח שביטח את האחראי מפני אחריותו אינו משלם פיצויים המגיעים ממנו לפי החוק, אלא ביסודו, הוא התחייב לשפות את האחראי על תשלום פיצויים המגיעים מן האחרון"¹⁰⁶. לדעתו, מהדגשת האופי החוזי של חבות מבטח האחריות מתבקשת המסקנה כי תביעת חזרה של המבטח אפשרית רק מכוח זכות הסוברוגציה¹⁰⁷. לעומתו, מור מבחין בין תביעת החזרה של המבטח לבין תביעת החזרה נגד המבטח. לדעתו, ניתן לראות את מבטח האחריות כמשלם פיצויים המגיעים על-פי החוק, גם אם מקור חבותו לתשלום זה מצוי מחוץ לחוק, ולכן – כבעל זכות חזרה; אך לא ניתן לראות בו מי ש"חייב בפיצויים" לפי החוק, כך שאין הוא כפוף לתביעת חזרה¹⁰⁸. מהו הדין הרצוי? באשר לזכות החזרה נגד המבטח, יפה גם כאן המסקנה שהגענו אליה בדיון בסוגיית ההשבה: אין כל טעם והיגיון בפיצול הסדר החזרה לשני הליכים נפרדים – תביעת התובע חזרה נגד האחראי ותביעת האחראי נגד מבטחו. התובע חזרה והאחראי יעדיפו ודאי תביעה ישירה נגד המבטח ואפשר

103 לעיל, הערה 47, עמ' 20 והאסמכתאות שם.

104 שם, עמ' 19-20.

105 הפול (לעיל, הערה 4), 1243.

106 אנגלרד (לעיל, הערה 7), 215.

107 שם, עמ' 218. תביעת הסוברוגציה היא לפי סעיפים 67 ו-62 לחוק חוזה הביטוח.

108 מור 2 (לעיל, הערה 6), 143, הערה 16; מור 3 (לעיל, הערה 6), 365.

שגם המבטח יעדיף אפשרות זו. באשר לזכות החזרה של המבטח, זו הרי קיימת לו ממילא מכוח דין הסוברוגציה. המסקנה המתבקשת היא, שראוי להחיל את סעיף 9 גם על מבטח האחריות.

כדי להגיע לתוצאה זו, ניתן, כאמור, לאפיין את חבותו הסטטוטורית של מבטח האחריות כלפי הנפגע מכוח פקודת הביטוח כחבות נזיקין, על-ידי ראייתה כחבות המתמזגת עם חבותו בנזיקין של המבוטח האחראי¹⁰⁹.

(ג) חסינות המדינה

שאלת הסיווג החוזי או הנזיקי של חבות מבטח האחריות כלפי הנפגע עלתה בעבר בקשר עם חסינות המדינה בנזיקין. השאלה התעוררה במקרים שבהם נפגע חייל נוסע או הולך-רגל, עקב שירותו הצבאי, בתאונת-דרכים שחייל אחר היה אחראי לה מכוח החוק. סעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה, יחד עם סעיף 22 המקורי לחוק, הקנו למדינה חסינות מפני אחריותה בנזיקין על-פי החוק כמתירת השימוש. אך האם היה כוחן של הוראות חסינות אלה יפה גם כאשר המדינה נתבעת על-פי סעיף 6א לפקודת הביטוח, המחייב את המדינה לתת כל פיצוי שמבטח חייב לתת? על-פי פשוטה והגיונה הכלכלי של הוראת סעיף 6א, דין המדינה הנתבעת על-פי סעיף זה כדין מבטח אחריות¹¹⁰. התשובה לשאלת תחולתה של החסינות היתה תלויה אפוא בסיווגה של חבות המדינה כמבטחת אחריות. סיווג חוזי של חבות זו היה מוביל לתוצאה של אי-תחולת הסדר החסינות בנזיקין על חבותה לפי סעיף 6א. סיווג נזיקי שלה היה פורש מעל חבות זו את הגנת הוראות החסינות. סוגיית חסינותה של המדינה הנתבעת מכוח סעיף 6א לפקודה נדונה קודם בהרחבה בקשר עם סיווג חבותו של המבטח האיש¹¹¹. עמדנו שם על כוונת המחוקק לקבוע חבות אחידה של המדינה כלפי חיילים הנפגעים עקב שירותם הצבאי – חבות המבוססת על חוקי התגמולים, בלי להפלות ביניהם על בסיס קיומה או היעדרה של חבות בנזיקין לאירוע גרימת הנזק¹¹². הגשמת מטרה זו הצריכה אפוא את החלת חסינות המדינה על חבותה מכוח סעיף 6א. כדי להגיע לתוצאה המבוקשת של הרחבת חסינות המדינה גם על חבותה כמבטחת אחריות, ניתן היה לסווג את חבותו של מבטח האחריות כחבות נזיקית באופיה, על בסיס היריבות הסטטוטורית בינו לבין הנפגע והתמזגות חבותו עם חבות האחראי. כשם שסיווג זה פותר את בעיית זכויות החזרה וההשבה, כך ניתן היה באמצעותו לפתור, ללא קושי מיוחד, גם את בעיית חסינות המדינה.

109 על-פי גישה זו, לא יוכל מבטח האחריות לחזור אל המבוטח באמצעות סעיף 9 לחוק. הסיווג הנזיקי המוצע הוא ביחסים בין המבטח והמבוטח, מצד אחד, לבין הנפגע, מצד אחר, ולא ביחסים הפנימיים בין המבטח לבין המבוטח. יחסים פנימיים אלה הם חוזיים באופיים ואין במסגרתם מקום לתביעת חזרה בנזיקין. ברוח זו ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 253-254. להשקפה אחרת ראה מור 1 (לעיל, הערה 6), 459-462; ת"א (חי') 371/82 אמלג נ' מזרחי, פ"מ תשמ"ז (א) 464, 470-471. בהיבט החוזי בוטלה זכות השיפוי הסטטוטורית של המבטח נגד המבוטח עם ביטול הוראות סעיפים 14(ב), 16, ו-22 לפקודת הביטוח על-ידי סעיף 18(7), (8) ו-10 לחוק הפיצויים.

110 ראה לעיל, ליד הערה 25.

111 לעיל, ג.3 (ב).

112 לעיל, הערה 26 והסקט לידה.

לא כך התגלגלו הדברים הלכה למעשה. השאלה עלתה לדיון בפסק-הדין בעניין מזרחי¹¹³. באחת ההחלטות נשוא הערעור סיווג בית-המשפט המחוזי את חבות המדינה על-פי סעיף 6א כחבות חוזית באופיה, הגיע למסקנה שאין היא חסינה בנוזיקין בכשירות זו וקבע כי היא חבה, כמבטחת אחריות, כלפי חייל שנפגע בתאונת-דרכים עקב שירותו. בית-המשפט העליון הפך את ההחלטה והגיע למסקנה, כי חסינותה של המדינה בנוזיקין מתרחבת גם על חבותה לפי סעיף 6א. אלא שבית-המשפט הגיע לתוצאה זו לא על-ידי סיווג חבותו של מבטח האחריות כחבות בנוזיקין בהקשר זה, אלא על-ידי סיווג חבותה של המדינה לפי סעיף 6א כחבות בעלים ולא כחבות מבטח¹¹⁴. חבותה של המדינה – כך קבע – הגם שהיא באה במקום ביטוח, אינה חבות מקבילה לחבות מבטח אלא חבות המקבילה לחבות המדינה כבעלת רכב, ולכן באין אחריות על המדינה כבעלת רכב על-פי חוק הפיצויים, אין עליה גם אחריות מכוח סעיף 6א¹¹⁵. בדיון בסוגיית הביטוח האישי עמדנו על הבעייתיות שבביטוס החבות מכוח סעיף 6א על-יסוד בעלות המדינה ברכב¹¹⁶. בעייתיות זו קיימת גם כאן. כך, לדוגמא, אם המדינה חבה מכוח סעיף 6א כבעלים-מתיר ולא כמבטח, האם עולה מכך כי נוהג עובד-מדינה ששילם לניזוק לא יוכל לחזור אל המדינה בהיעדר זכות חזרה בין נוהג למתיר¹¹⁷?

המלה האחרונה בסוגייה זו שייכת למחוקק. בתיקון תשמ"ט פתר המחוקק את בעיית התחולה של החסינות על חבות המדינה מכוח סעיף 6א בשני אופנים: בסעיף 7ב, שהוסף לחוק אחריות המדינה, הורחבה חסינות המדינה לפי סעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה גם על "מי שבגללו היתה המדינה אחראית בנוזיקים אילולא הסעיפים האמורים". בעקבות תיקון זה, שהוחל על הנוהג באמצעות תיקון סעיף 22 לחוק, הנוהג אינו אחראי עוד כלפי החייל הנפגע, וממילא אין המדינה יכולה לחוב כמבטחת אחריות בגין חבות הנוהג. מעבר לכך נקבע בנוסח החדש של סעיף 22, כי חסינותה של המדינה בסעיפים הנ"ל חלה גם על אחריותה לפי פקודת הביטוח (סעיף 22 (ב)), כך שבשום מקרה אין להרחיבה לפי 6א או לפי פקודת הביטוח. מהי משמעות התיקון בסעיף 22 לחוק מבחינת סיווגה של חבות מבטח האחריות? נראה כי הוא משמש אסמכתא ברורה לתיזה המוצעת, שלפיה יש לסווג את חבות המדינה מכוח סעיף 6א בהקשר של חסינות המדינה, כחבות בנוזיקין, על-אף היותה חבות מקבילה לזו של מבטח אחריות. אמנם, התיקון אינו שולל במישורין את הלכת מזרחי, אך הוא נוטל את טעמה. בעקבותיו אין עוד צורך בהשוואה הבעייתית של חבות המדינה לפי 6א לחבות של הבעלים מתיר השימוש, שכן גם ללא השוואה זו המדינה נהנית כיום מחסינות¹¹⁸.

113 מזרחי (לעיל, הערה 11).

114 כאמור, מקורו של סיווג זה הוא בהחלטה בעניין שאויש (לעיל, הערה 4).

115 מזרחי (לעיל, הערה 11), 128.

116 לעיל, 3.1 (ב).

117 סעיף 9 לחוק. כמו כן, אם חבות המדינה היא חבות בנוזיקין, הרי שהעובד לא יוכל לכפות על התובע את צירופה כנתבע נוסף, משום שחבותם היא מסוג של חבות "יחד ולחוד" – ע"א 543/59 מדינת ישראל ואח' נ' קיסלוג ואח', פ"ד יד 1165.

118 הרחבת חסינות המדינה על החייל הנוהג היתה מחויבת המציאות, שכן המצב שקדם לתיקון היה אנומלי. על-פי החוק, נשא החייל הנוהג באחריות מוחלטת ולא נהנה מחסינות המדינה (כך נפסק בעניין ראונדנאף

(ד) סיכום

את חבותו של מבטח האחריות ניתן לסווג כחבות חוזית או כחבות נזיקית. הסיווג החוזי מתבסס על כך, שחבותו העיקרית של מבטח האחריות היא כלפי האחראי המבוטח ומקורה הוא בחוזה הביטוח. חבותו כלפי הנפגע היא רק חבות הנלווית לחבות החוזית ותלויה בה. את הסיווג הנזיקי ניתן לבסס על מרכזיותו של ביטוח האחריות בהסדר המשולב. תביעת הנפגע את מבטח האחריות היא התביעה המרכזית בהסדר המשולב, ולפיכך ניתן לראותה כמתמזגת עם חבותו הנזיקית של האחראי המבוטח.

ניתוח סוגיות ההשבה, החזרה וחסיונות המדינה הראה כי בהקשרים אלה עדיף הסיווג הנזיקי של החבות. זה מבטיח התאמה טובה יותר בין הפן הנזיקי לפן הביטוחי של ההסדר המשולב. אלא שגם כאן, כמו בעניין הביטוח האישי, אין מקום להכללות גורפות ואין כל מניעה שבהקשרים אחרים יועדף דווקא הסיווג החוזי אם הדבר מיטיב לשרת את מטרות ההסדר המשולב.

4. תנאי הזכאות

(א) שאלת תנאי הזכאות – ביטוח אחריות מול ביטוח אישי

שאלת ההתאמה בין תנאי הזכאות על-פי החוק לבין תנאי הזכאות כלפי המבטח נדונה לעיל בהקשר של הביטוח האישי. עתה תידרן התאמה זו בהקשר של ביטוח האחריות. לשאלה זו משמעות שונה בשני ההקשרים. בעוד שביטוח אישי חלקי מותר את המבוטח ללא זכות לפיצוי על-פי ההסדר המשולב (בכפיפות לזכות לפי סעיף 7א לחוק), ביטוח אחריות חלקי רק מעביר כיום את עומס הפיצוי ממבטח האחריות אל קרנית ואל האחראי. את שאלת חלקיות ביטוח האחריות ניתן עקב כך לראות כשאלת חלוקתו של הנטל בין המבטח, קרנית והאחראי. מנגד, בעוד שהנפגע המוגן על-ידי הביטוח האישי הוא שותף להגבלת הכיסוי (במקרה של הבעלים) או לפחות מודע לה (במקרהו של הנוהג בהיתר), הרי שהנפגע שעליו אמור ביטוח האחריות להגן הוא צד שלישי שלרוב אין לו שליטה או ידיעה על מגבלות הכיסוי.

[לעיל, הערה 26]. המדינה היתה חסינה מפני חבותה כמתירה ולא היתה חייבת לפי סעיף 6א. גם קרנית לא היתה מחויבת, שכן החייל הנוהג היה פטור מחובת ביטוח לפי סעיף 16(1) לפקודה, ובהיעדר חובת ביטוח אין קרנית חבה. התוצאה, שעליה חזרו במזרחי, היתה שהחייל הנוהג במסגרת תפקידו נחשף לבדו לאחריות המוחלטת. היה זה מקרה נוסף של אי-התאמה בין הפן הנזיקי לפן החוזי-ביטוחי אשר הצריך תיקון באמצעות התערבותו של המחוקק. הרחבת חסינות המדינה על עובדיה ושלוחיה הוצעה על-ידי קלינג ברישומתו "החייל בדיני הנזיקין" הפרקליט לא (תשל"ז) 83, 91. ראה בעניין זה גם צלטנר [לעיל, הערה 15], 330-326.

(ב) ביטוח חלקי של אחריות הבעלים והנוהג בהיתר – ההסדר הראוי**(1) השאלה**

האם ומתי יש להכיר ולהתיר ביטוח חלקי של אחריות הבעלים או אחריות הנוהג בהיתר, כאשר הכרה בביטוח חלקי מקטינה את הכיסוי שמבטח האחריות מחויב לו ומעבירה את הנטל אל קרנית ואל האחראי בנזיקין. שאלת הביטוח החלקי היתה השאלה המרכזית גם בדיון לעיל בביטוח האישי. הלכת אשור מתירה ביטוח אישי חלקי רק כאשר התנאי או ההגבלה הם בשליטת המבוטח. הוצג הסדר חלופי המתיר ביטוח אישי חלקי כל-אימת שחלקיות הכיסוי אינה עומדת בסתירה לתקנת-הציבור. מהו ההסדר הראוי כשמדובר בביטוח אחריות חלקי? האם השוני בינו לבין ביטוח אישי מצדיק הכרה נדיבה יותר בתוקפם של תנאים והגבלות או שמא מתבקשת דווקא בטלות גורפת יותר של תנאים והגבלות אלה? ואולי יש לאמץ מבחן משותף של הכרה ובטלות לשני סוגי הביטוח על-אף השוני שביניהם?

(2) השיקולים

שיקול לצמצום ההכרה בתנאים ובהגבלות בביטוח אחריות בהשוואה לביטוח אישי הוא, שחובת הביטוח באה להגן על צדדים שלישיים, שאין להם שליטה וידיעה על מגבלות הכיסוי, והנותרים בעקבותיו ללא גיבוי ביטוחי לזכאותם. שיקול זה היה יפה להסדר שקדם לחוק שבו לא היתה לנפגע במקרה של ביטוח חלקי תביעה נגד מבטח¹¹⁹, אלא שמאז חקיקת החוק אין חלקיות הביטוח פוגעת לכאורה בנפגע, שהרי עומדת תביעה לו נגד קרנית. מאחר שלקרנית זכות חזרה אל האחראי הבלתי-מבוטח לפי סעיף 9(א)(1) ו-9(א)(2) לחוק, נמצא שבסופה של שרשרת החיובים מתקבלת תוצאה דומה לזו המתקבלת בביטוח האישי: מי שהיה צד לביטוח או ידע על חלקיותו הוא הנושא כנטל הכספי של חלקיות זו. אם חלקיות הביטוח היא בסופו של דבר עניין בין המבטח למבוטח, כמו במקרה הביטוח האישי, מדוע לא להפעיל גם כאן את אותם מבחני הפסילה של הביטוח האישי? טיעון נגדי הוא, שלאמיתו של דבר חלקיות ביטוח האחריות אינה עניין שבין המבטח למבוטח. בהיעדר כיסוי ביטוחי מוטל נטל הפיצוי על קרנית ודרכה על כלל ציבור בעלי-הרכב. זכות החזרה של קרנית אינה מבטיחה כי נטל הפיצוי יחזור אל האחראי, שכן נוכח שיעור הסכומים הנפסקים ייבצר מקרנית במקרים רבים לממש את זכות החזרה במלואה. במקרים אלה משמעותו של הביטוח החלקי היא החצנה של הנטל הכספי מן המבוטח אל כלל ציבור בעלי-הרכב. הביטוח החלקי מקטין את היקף הסיכונים שבגינם משולמת פרמיה, ומעביר את נטל הסיכונים הלא-מכוסים ואת עלותם אל קופת כלל ציבור בעלי-הרכב דרך קרנית. מתן הכרה ותוקף לביטוח אחריות חלקי ייצור תמריץ שלילי להקטין את היקף הכיסוי הביטוחי בתקווה שנטל זה יוחצן דרך קרנית. בתופעה זו יש כדי לעוות את היחס הראוי בין סיכון שיוצר מבוטח לבין הפרמיה המשולמת על-ידו ולהטיל נטל כבד יותר על קרנית, תוך עידוד ריבוי של תביעות חזרה על העלות הכרוכה בהן.

119 בכפיפות לזכותו נגד הקן הוולונטרית של "משרד מבטחי המכוניות". ראה לעיל, הערה 79.

(3) המבחן המתבקש – מבחן רגילות הסיכון

נראה כי המסקנה ממטוטלת שיקולים זו היא, שיש לצמצם את תחומי ההכרה בביטוח אחריות חלקי. מעקרון ההתאמה בין האחריות בנוזיקין לבין הסדרי הביטוח נובע, כי על מבטח האחריות לכסות את כל הסיכונים הרגילים הקשורים בשימוש ברכב לצורך הובלת נוסעים ומטענים על-פי טיבו וייעודו של הרכב. לצורך זה אין נפקא מינה אם סיכונים אלה הם בשליטת המבוטח אם לאו. ראוי להכיר בתוקפם של תנאים והגבלות כיסוי רק כאשר אלה עוסקים בסיכונים בלתי-רגילים שאינם מצדיקים חובת ביטוח כללית על כלל ציבור בעלי-הרכב. הסעה בשכר, לדוגמא, יוצרת סיכון בלתי-רגיל מבחינת כלי-הרכב הפרטיים, כך שאין לחייבם לבטח בגין¹²⁰, אך סיכון רגיל מבחינת המובילים הציבוריים, הטעון כיסוי. גם שימוש בלתי-שגרתי ברכב, כמו ניצול הכוח המיכני שלו לצרכים שונים שלא למטרת תחבורה, אינו חייב להיות מכוסה. המבחן המוצע להכרה בתנאים ובהגבלות ולבטלותם הוא אפוא מבחן המבדיל בין סיכונים רגילים לסיכונים שאינם רגילים בהתחשב בסוגו ובייעודו של הרכב המבוטח. גורם רלבנטי בקביעת טיבו של הסיכון הוא אי-חוקיותו. ככל שאי-חוקיות זו הולכת וגדלה כן תגדל הנטייה לראות את הסיכון כסיכון חריג שאינו טעון כיסוי¹²¹.

למבחן רגילות הסיכון תוצאה חיובית גם מהיבט חלוקת הסיכונים במשולש מבטח אחריות, קרנית והאחראי. כאשר הסיכון הוא רגיל, אין סיבה להטיל את נטל הנזק על קרנית או על האחראי עצמו אלא במקרים שבהם לא עומד מול הנפגע מבטח כלשהו. כאשר מדובר בסיכונים בלתי-רגילים לרכב המסוים, יש הצדקה לכך שסיכונים אלה לא יוטלו על המבטח אלא יועתקו אל קרנית; מה גם שבמקרה זה קמה לקרנית זכות חזרה אל האחראי שלא דאג לכסות את הסיכון הבלתי-רגיל שיצר.

ממבחן רגילות הסיכון נגזרים גורמים נוספים של העבירה הפלילית שבסעיף 2 לפקודה. תנאי או הגבלה המוציאים סיכונים רגילים מתחומי הכיסוי יבוטלו על-פי ההצעה ולכן לא יהיו מקור לאחריות פלילית. אלמלא הבטלות היו אלה יוצרים אחריות פלילית *ex ante*, כך שעצם השימוש ברכב היה נחשב לעבירה פלילית. תנאי או הגבלה המוציאים סיכונים בלתי-רגילים ייחשבו כיוצרי אחריות *ex post*. אחריות פלילית תוטל רק אם השימוש המסוים אכן חרג מתחומי הכיסוי ונעשה, או שיש להניח שנעשה, בודעין, או לפחות ברשלנות. צמצום זה של

120 לעומת זאת, הסעת אחר תמורת השתתפות בדלק, תופעה נפוצה ורגילה, אינה צריכה לצאת מתחומי הכיסוי; שכן מדובר כאן בסיכון רגיל לרכב פרטי. ראה ההחלטה מיום 19.1.89 בת"א (שלום-עכו) 75/88 גמאל חסן נ' הקרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, "רותם" ואח' – צלטנר (לעיל, הערה 87), (391)ת. 121 כאשר אי-חוקיות נובעת מחוקיקי התעבורה, אין לראות בכך בהכרח ראיה לטיבו הבלתי-רגיל של הסיכון; שכן הפרת חוקי תעבורה, שחלקם מטילים אחריות פלילית חמורה, היא במקרים רבים סיכון רגיל הכרוך בנהיגה. יוצאת מכלל זה נהיגה ללא רשיון-נהיגה שיש לראותה כסיכון בלתי-רגיל שאינו טעון כיסוי. לעניין זה ראה פסק-דין שדה (לעיל, הערה 51). לעומת זאת, אי-חוקיות העולה כדי עבירה פלילית חמורה צריכה לשמש אינדיקציה כחורה לטיבו החריג של הסיכון – ראה פרידמן (לעיל, הערה 74), 130-122; ת"א (שלום-רמלה) 784/86 תקות נ' "ירדניה", "קרנית" ואח', צלטנר (לעיל, הערה 87), 184(2) (מיום 9.4.89).

גדרי האחריות הפלילית מתבקש, כאמור, מהשינוי שחל במשמעותה ובטעמה של הסנקציה הפלילית עם חקיקת החוק. עד כאן ההסדר הראוי. מהו ההסדר המצוי? האם השפיעה הלכת אשור על הסדר זה, ואם כן – כיצד?

(ג) ההסדר המצוי – סעיף 15 לפקודת הביטוח

מבחינה עקרונית ההסדר העולה מפקודת הביטוח תואם את ההסדר הראוי. סעיף 15 לפקודת הביטוח שולל תוקף, מבחינת הגפגע, משורה של הגבלות, וביניהן מצב הרכב, הזמנים והשטחים שבהם משתמשים ברכב, מצב הנוהגים, איכות הטובין המובלים או מספר האנשים המוסעים ברכב. הגבלות הכיסוי שתוקפן נשלל על-פי סעיף זה עוסקות לרוב בסיכונים רגילים, כך שניתן לראות בסעיף זה קונקרטיזציה של מבחן רגילות הסיכון.

עם זאת, אין התאמה מלאה בין הוראות סעיף 15 למבחן המוצע. סעיף 15, מחד גיסא, שולל תוקף מהגבלות כיסוי שעניינן סיכונים חריגים, ומאידך גיסא, אינו שולל תוקף מהגבלות כיסוי שעניינן סיכונים רגילים.

שלילת תוקף מהגבלות כיסוי העוסקות בסיכונים חריגים נובעת בעיקר מכך שהסעיף אינו מבחין בין הסוגים השונים של כלי-הרכב. הובלת מטענים גדולים וכבדים היא שימוש רגיל ברכב מסחרי, אך לא כשמדובר ברכב פרטי, בעיקר כאשר צורת ההובלה מנוגדת לחוק ויוצרת סיכונים מיוחדים. אין אפוא פסול עקרוני בהגבלת כיסוי במקרה של הובלת מטענים ברכב פרטי בניגוד לחוק. אך גם כשמדובר ברכב מסחרי, יש סיכונים הובלה רגילים וסיכונים חריגים. הובלת חומרים מסוכנים, כגון חומרי-נפץ או חומרים רדיואקטיביים, היא סיכון בלתי-רגיל שלא כל בעלי-הרכב המסחרי צריכים לשאת בו, ואין הצדקה לשלול הגבלת כיסוי לגביו. דוגמא למתן תוקף להגבלות כיסוי, שעניינן סיכונים רגילים, הוא ההכשר הניתן להגבלת הכיסוי לנהגים מסוימים¹²². רכב פרטי הנוהג על-ידי נוהג בעל-רשיון שקיבל היתר לנהוג יוצר סיכונים רגילים כתכלית ואין כל הצדקה להגבלת הכיסוי. הצדקה זו היתה קיימת בעבר, כאשר האחריות היתה תלויה ברשלנותו של הנוהג. הגבלת נוהגים השפיעה בצורה ממשית על היקף הסיכון ולכן היה היגיון בהתרתה. כיום האחריות היא מוחלטת וטכנית, וההשפעה שיש לזהותו של הנוהג על היקף הסיכון הביטוחי קטנה בצורה ניכרת. מן הראוי אפוא לשלול תוקף מהגבלת הכיסוי לנהגים מסוימים כאשר מדובר ברכב פרטי¹²³. לעומת זאת, אין מניעה להכיר בהגבלה זו בביטוח אישי המגן על הנוהג ולא על צדדים שלישיים, והפסיקה אכן הכירה בכך¹²⁴. דוגמא נוספת היא הגבלת הכיסוי לשימוש למטרת עסקו של

122 ראה פרידמן (לעיל, הערה 74), 100-101, 266-268. אמנם, מכוח סעיף 15(1) לפקודה אין תוקף להגבלות שעניינן גיל, מצבו הנפשי או הגופני של הנוהג או משך היותו בעל-רשיון, אך פרידמן מציין, כי "תחולתו של סעיף 15(1) מצומצמת למדי" (שם, עמ' 100).

123 סימוכין לכך ניתן למצוא בצו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שיעור דמי ביטוח), התשנ"א-1990. צו זה מכיר בהגבלת נוהגים רק לגבי מוניות, אופנועים וסחר כלי-רכב, אך לא לגבי רכב פרטי. לדעה אחרת ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 95.

124 עניין אברהם (לעיל, הערה 7), 410.

בעל-הפוליסה בלבד. הגבלה זו סבירה כאשר מדובר ברכב מסחרי, אך ספק אם היא צריכה לעמוד כאשר מדובר ברכב פרטי. שורש הבעיה גם כאן הוא בהיעדר הבחנה בין סוגים שונים של כלי רכב.

(ד) הלכת אשור וההסדר הראוי

הלכת אשור נקבעה בהקשר של ביטוח אישי, אך מפסק-הדין ברור כי בית-המשפט ראה אותה כחלה גם על ביטוח אחריות. כיצד תורמת ההבחנה שנקבעה שם, בין תנאים והגבלות שבשליטת המבוטח לאלה שאינם בשליטתו, להשגת ההתאמה הראויה בין האחריות הנזיקין לבין ביטוח האחריות?

מן הניתוח לעיל ברור בעליל, כי ההבחנה בין סיכונים שבשליטת המבוטח לאלה שאינם בשליטתו אינה מתאימה כלל לביטוח האחריות. קיים פער מהותי בין מבחן פסלות זה לבין מבחן הפסלות הראוי – מבחן טיב הסיכון, המעוגן עקרונית בהוראת סעיף 15 לפקודה. על-פי מבחן אשור, יש ליתן תוקף לתנאים ולהגבלות כיסוי המצויים בשליטת המבוטח, גם אם עניינם של אלה הוא סיכונים רגילים. תוצאה זו מתנגשת חזיתית עם הוראת סעיף 15 לפקודה, השולל במפורש תוקף מהגבלות כיסוי המצויות בשליטת המבוטח והעוסקות בסיכונים רגילים. מבחינה זו מבחן הפסלות של אשור הוא צר מדי בתחולתו. לעומת זאת, שולל מבחן אשור תוקף מתנאים ומהגבלות כיסוי שעניינם סיכונים בלתי-רגילים, אם סיכונים אלה אינם בשליטת המבוטח. כאן מבחן הפסלות הוא רחב מדי. אין, לדוגמא, לפסול תנאי השולל כיסוי במקרה של שימוש ברכב לצורך ביצוע עבירה פלילית חמורה, רק משום שסיכון זה אינו מצוי תמיד בשליטת בעל-הפוליסה המוסר את רכבו לאחר בחום-לב¹²⁵. במקרה זה אין גם הצדקה להטיל אחריות פלילית על הבעלים שלא היה שותף לעבירה, רק משום שהתיר את השימוש ברכב – תוצאה המתבקשת מהלכת אשור. הכללה של מקרה זה הופכת את החלטה של הלכת אשור על ביטוח אחריות לאבסורדית, שכן עולה ממנה כי אסור לבעל-הפוליסה למסור את רכבו לאחר, כיוון שעל-ידי כך הוא מאבד את השליטה על התנאים ועל ההגבלות שבפוליסה.

לעומת זאת, המבחן החלופי שהוצע קודם כאלטרנטיבה להלכת אשור יכול לסייע בקביעת תחומי הראויים של הביטוח החלקי. במהלך הדיון בביטוח האישי עמדנו על כך, שניתן לאמץ מבחן המבטל תנאים והגבלות לא בשל אי-חוקיות הכרוכה בהם, אלא בשל סתירה בין תוכנם לבין תקנת-הציבור, בלי לפרוץ את המסגרת של הלכת אשור. פתרון זה יפה גם לגבי ביטוח האחריות. ניתן לטעון כי מצב של היעדר כיסוי ביטוחי לאחריותו של המשתמש כלפי צד שלישי תמים, בגין סיכונים רגילים של השימוש ברכב, עומד בסתירה לתקנת-הציבור. זכאותו של הנפגע כלפי הקרן הסטטוטורית אינה צריכה לרכך גישה מחמירה זו¹²⁶. הקרן הסטטוטורית לא הוקמה כדי לאפשר החצנה של החבות מן המבטח והמבוטח

125 השופט ש' לוי, בדעת-מיעוט בעניין אשור, השתמש בדוגמא קרובה לצורך תקיפת ההבחנה (עמ' 651).

126 לדעה אחרת, המצודרת בביטולו של סעיף 15 לפקודה בשל הקניית זכאות לנפגע הבלתי-מכוסה כלפי קרנית ראה צלטנר (לעיל, הערה 15), 320-321.

אל כלל ציבור בעלי-הרכב באמצעות ביטוח חלקי. ביטוח חלקי הנשען על קרנית מעוות את היחס בין פרמיה לסיכון, מפלה בין מבוטחים ומשבש את פעולתו התקינה של ההסדר המשולב. דרך זו, אם תאומץ, תאפשר לפסול תנאים והגבלות המזכרים על-ידי סעיף 15 לפקודה, אף שאינם מוצדקים לגופם, כמו הגבלת החבות לנוהגים מסוימים ברכב פרטי.

המבחן החלופי לבטלות תנאים והגבלות הוא אחד לביטוח האישי ולביטוח האחריות – מבחן תקנת-הציבור. עם זאת, יישומו בכל סוג כיטוח הוא שונה בשל ההבדל במהות ובמטרות של כל ביטוח. בביטוח האישי יש ליישמו במסגרת ההלכה הכללית של תניות-פטור בחוזים שעניינן נזק גוף. בביטוח האחריות יש להפעילו כך שיביא לביטול תנאים והגבלות החלים על סיכונים רגילים שהשימוש ברכב יוצר.

(ה) פיצול התנאים וההגבלות בין ביטוח אחריות לביטוח אישי – תיאוריה ומציאות

(1) המצב בשוק – היעדר תנאים והגבלות הייחודיים לביטוח האישי

הדיון בסוגיית הביטוח החלקי הראה כי ייתכן ואף רצוי שוני בין היקף חלקיותו של הביטוח האישי לבין היקף חלקיותו של ביטוח האחריות¹²⁷. המשמעות המעשית של שוני זה היא, שבפוליסת-הביטוח תופיע הבחנה בין תנאים והגבלות החלים על הביטוח האישי לבין אלה החלים על ביטוח האחריות. הבחנה שכזו אינה נהוגה בפועל. בפוליסה הכמעט-אחידה המצויה בשוק קיימת רק רשימה אחת של תנאים והגבלות המתייחסים הן לביטוח האישי הן לביטוח האחריות¹²⁸. מה ניתן ללמוד מכך שהמבטחים עצמם אינם מבחינים בין שני סוגי הביטוח לעניין תנאים והגבלות כיסוי?

(2) הסבר כלכלי

הסבר כלכלי לתופעה הוא, שהצדדים לחוזה-הביטוח אינם מעוניינים בתנאים ובהגבלות המיוחדים לביטוח האישי. בדרך-כלל יכיל חוזה-הביטוח תנאי או הגבלה כאשר המבטח או המבוטח, או שניהם, נהנים מכך. המבטח ייחנה מכך כאשר הסיכון שנחסך עקב כך גדול מבחינתו מתוספת הפרמיה שהיתה משתלמת לו בהיעדרו. המבוטח ייחנה מתנאי או מהגבלה כאשר ההנחה בדמי-הביטוח גדולה מבחינתו מן הסיכון הבלתי-מכוסה. אכן, יש מי שסבור כי "אין טעם מסחרי לפצל את תנאי הפוליסה בין ביטוח האחריות לבין הביטוח האישי" וכי ההגבלות שיש להן משמעות כלכלית מבחינת פרמיות הביטוח האישי הן אלה היפות גם בביטוח

127 במישור הדין הקיים נובע שוני בין השאר מכך שסעיף 15, השולל את תוקפן של הגבלות כיסוי בביטוח אחריות, טרם הוחל במלואו על הביטוח האישי. ראה לעיל, הערה 34 והטקסט לידה. גם מבחן תקנת-הציבור שהוצג כאלטרנטיבה להלכת אשור עשוי להכשיר תנאים והגבלות בביטוח אישי שלא יוכרו בביטוח אחריות.

128 עמר על כך אנגלרד (לעיל, הערה 7), 99.

אחריות¹²⁹. מנגד ניתן לטעון, כי מאחר שהסיכון של נזק גוף לנוהג הוא מרכיב מרכזי בסיכון הכולל שיוצרות תאונות-דרכים, ולכן גם מרכיב מרכזי בפרמיה – ההנחה הכלכלית צריכה להיות, שמבחינה עקרונית לצדדים יש עניין בקביעת התנאים וההגבלות המיוחדים לביטוח אישי. ימחיש זאת מקרה המעביד בעל צי של רכב מסחרי, האוסר על עובדיו להשתמש ברכב שלא למטרות עבודה. למעביד זה אינטרס לגיטימי להגביל את הכיסוי הביטוחי של עובדים נוהגים החורגים ביוזעין ממסגרת הזמן, המקום או המטרה המותרים, גם אם הגבלה זו אינה תופשת כלפי צדדים שלישיים. הגבלה ממין זה היא בעלת חשיבות כלכלית ברורה ויש להניח כי היתה מורידה את פרמיית-הביטוח האישי בתנאים של חופש התקשרות.

(3) הסבר "פסיכולוגי"

הסבר "פסיכולוגי" לתופעה הוא, שביטוח החובה נתפש לא כביטוח המשלב שני סוגי סיכונים שונים, אלא כביטוח המכסה סיכון אחד – תאונת-דרכים שבה מעורב הרכב המבוטח. מנקודת-מבט זו, כל נזקי-הגוף הנגרמים הם חלק ממכלול אחד ואין להפריד ביניהם. ואכן, קיים קושי בהסדר המעניק פיצוי לנוסע או להולך-רגל, אך שולל אותו מן הנוהג שנפגע באותו אירוע. השופט ש' לוין ביטא גישה זו באומרו: "לא נראה לי שיש מקום לפרש את אחריותה של חברת הביטוח באופן שונה במקרה שהנפגע הוא צד שלישי ובמקרה של תאונה עצמית"¹³⁰. לגישה זו סימוכין גם בצו הקובע את שיעורי הביטוח, שידון לעיל. צו זה קובע את הפרמיה המשולמת בלי להבחין בין מרכיב ביטוח האחריות למרכיב הביטוח האישי בפרמיה. אם נשוא הביטוח הוא אירוע מסוים – תאונת-הדרכים – הרי שגם שאלת חלקיות הכיסוי היא שאלה אחת: האם האירוע מכוסה; ולכן יש צורך רק ברשימה אחת של תנאים והגבלות. אפשר שראייה זו של הפוליסה כיחידה אחת, יחד עם עמימות המצב המשפטי בשאלה האם שלילת התוקף מהגבלות הכיסוי שבסעיף 15 לפקודה יפה גם כלפי ביטוח אישי, הביאה את המבטחים להערכה כי מבחינה משפטית לא ניתן להבחין בין שני סוגי הביטוח, אפילו אם הדבר רצוי כלכלית.

(4) הסבר מנהלי

תעודת-הביטוח: הסבר שלישי, פרוזאי יותר, הוא שקיימת מניעה מנהלית לייחד תנאים והגבלות לביטוח האישי. אפשר שהרשות המנהלית הממונה על כך סירבה לאשר תעודות-ביטוח המכילות תנאים והגבלות ייחודיים לביטוח האישי, אם אכן הובאו לאישורה פוליסות שכאלה. מניעה דומה מצויה בתוספת לתקנות ביטוח רכב מנועי (תעודת ביטוח), התש"ל-1970. בתוספת זו מופיעים טופסי תעודת-הביטוח. בטפסים אלה, לצד הסעיף של "הגבלות שימוש", מצוין במפורש כי "אין לכלול בפסקה זו הגבלות שאין להם תוקף לפי סעיף 15 לפקודה". הוראה זו אוסרת על המבטחים לייחד הגבלות אחריות לביטוח האישי אם אלה אינן תקפות בביטוח האחריות בשל סעיף 15. ברי שלא זו היתה הכוונה המקורית של מתקין התקנות,

129 אנגלרד, שם.

130 אשור (לעיל, הערה 46), 651.

שהרי התקנות הותקנו בתקופה שהביטוח האישי לא היה קיים כלל בפקודה. לאחר חקיקת החוק תוקנו תקנות אלה פעמים מספר, אך ההוראה הנ"ל נותרה בעינה. בין אם מתקין התקנות נתן את דעתו למשמעות הנוראה זו בהקשר של הביטוח האישי ובין אם לאו, ברור כי לא צורתו של טופס הביטוח היא הצריכה לקבוע את תקפותם של תנאים והגבלות בביטוח אישי.

שיעור דמי הביטוח: הסדר מנהלי אחר שיש בכוחו להשפיע על קיומם של תנאים והגבלות בפוליסת הביטוח הוא צו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שיעור דמי ביטוח)¹³¹, שניתן מכוח סעיף 17 לחוק. בצו זה קבוע שיעור הפרמיה שיש לגבות מכל סוג של כלי-רכב, ומפורטות בו, מצד אחד, ההנחות שרשאי המבטח ליתן על הפרמיה הנקובה בגין הוצאת סיכונים מתחומי הכיסוי, ומצד אחר תוספות על הפרמיה הנקובה שרשאי המבטח לגבות בשל סיכונים מסוימים המפורטים שם. הצו אינו מבחין בין מרכיב ביטוח האחריות למרכיב הביטוח האישי בפוליסה. מלשנו של הצו עולה, כי רשימת ההנחות המותרת היא סגורה, כך שהסכום הנקוב בו הוא סכום מינימום ומקסימום כאחד. מהי ההשפעה שיש לנוקשות זו של הפרמיה על היקף התנאים וההגבלות בפוליסת הביטוח? ההשפעה על המבוטח היא ברורה – זה יתנגד לכל צמצום כיסוי שאין כנגדו זיכוי פרמיה בין שמדובר בביטוח אישי ובין שמדובר בביטוח אחריות. מבחינת ההשפעה על המבטח יש להבחין בין ביטוח אחריות לביטוח אישי.

בביטוח אחריות יש למבטח המסוים, ולכאורה גם למבטחים כקבוצה הפועלת באמצעות אבנר, אינטרס לכלול בפוליסה כל הגבלת כיסוי אפשרית. בכך הם מקטינים את הסיכון הביטוחי, מבלי להפסיד פרמיה, ותוך החצנת הסיכונים הבלתי-מכוסים אל קרנית. אך הואיל וקרנית ממומנת על-ידי חברות הביטוח¹³², הרי שמבחינת המבטחים, כקבוצה, העברת הנטל אל קרנית כמוה כהעברת כספים מכיס לכיס באותו הבגד. לעומת זאת, לחברת הביטוח היחידה יש אינטרס להרבות בתנאים ובהגבלות הייחודיים לה, שכן בכך היא מחצינה את נטל הסיכונים הבלתי-מכוסים אל קופת הביטוח הכללית באמצעות קרנית. כדי למנוע ניגודי אינטרסים ממין זה בין חברות הביטוח הוקמה באבנר ועדה מקצועית המאשרת את פוליסות הביטוח השונות. סביר להניח, כי ועדה זו לא תתיר לחברה יחידה להחציץ סיכונים אל קרנית ודרכה אל חברות הביטוח האחרות. בראייה כוללת אין אפוא למבטחים, כקבוצה, עניין מיוחד בריבוי תנאים והגבלות כיסוי בחוזה ביטוח האחריות.

שונה המצב בביטוח האישי. כאן יש לכאורה למבטחים, כיחידים וכקבוצה, אינטרס בריבוי תנאים והגבלות; שכן נטל הסיכון הלא-מכוסה במקרה של הביטוח האישי מוחצן עקרונית אל המבוטח. המבטחים, כקבוצה וכיחידים, ייהנו עקב כך

131 צו זה תוקן והוחלף פעמים מספר. גרסתו הנוכחית היא מתשנ"א-1990, ק"ת 365.

132 על-פי צו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מימון הקרן), תשל"ז-1977, ממומנת קרנית על-ידי חברות הביטוח. אחוז ההפרשה לקרנית השתנה במהלך השנים. תחילה עמד על 1.5%, הגיע לשיא של 8.5% בשנת 1981 ומאז ינואר 1991 הוא עומד על 6.1%.

מהקטנת סיכון ללא הפחתת פרמיה¹³³. אמנם, החצנה זו אינה מלאה. נוהג שלא ידע, ולא צריך היה לדעת, על היעדר הכיסוי, יוכל לתבוע את קרנית לפי סעיף 7א, ובכך לחזור אל קופת הביטוח הכללית. גם במקרים שבהם יש לנוהג הכללי-מבוטח עילת תביעה מכוח פקודת הנזיקין נגד נוהג אחר, יחזור הנטל אל קופת הביטוח הכללית דרך מבטח הנוהג האחראי. על-אף שיכולת ההחצנה היא חלקית בלבד, ניתן להעריך כי כדאי למבטחים להגביל את אחריותם בביטוח אישי, באמצעות תנאים והגבלות, כל עוד הגבלה זו אינה כרוכה בהקטנת הפרמיה. שאלה היא אם המבטחים שותפים להערכה זו.

המסקנה המתבקשת היא, שלא ניתן לתלות את היעדרם של תנאים והגבלות מיוחדים לביטוח האישי בנוקשותה של פרמיית הביטוח, המוכתבת על-ידי צו שיעורי הביטוח. דווקא בנוקשות זו יש כדי להגדיל את התועלת הצפויה, מבחינת המבטחים, מתנאים ומהגבלות אלה.

(ו) הנוהג שלא בהיתר

בין חובת ביטוח האחריות על-פי הפקודה לבין האחריות בנוזיקין על-פי החוק קיימת אי-התאמה בעייתית העולה מהוראת סעיף 3 (א) (1) לפקודה. הוראה זו מגדירה את הפוליסה הנדרשת ככזו, המבטחת את חבותו של כל נוהג. אין היא מוציאה מתחומי חובת הביטוח נוהג שלא בהיתר¹³⁴. כאשר נוהג שלא בהיתר גורם נזק-גוף לצד שלישי, הבעלים אינו אחראי כמתיר, אך לכאורה מוטלת עליו החובה מכוח הוראה זו לדאוג לכיסוי ביטוחי לאחריותו של הנוהג שלא בהיתר. על רקע המשמעות המרחיבה שניתנה בפסיקה למושג ההיתר, כאשר כל שימוש חריג ברכב נחשב כיום כנעשה בהיתר אם קדמה לו רשות ראשונית להשתמש ברכב¹³⁵, משמעותה של הוראה זו היא שעל הבעלים לבטח את אחריותו של מי שנטל את רכבו ללא רשותו. הוראה זו מעוררת תמיהה. מדוע להטיל על בעל-הרכב את עלות הסיכון הנגרם על-ידי התנהגות עבריינית של צד שלישי?

הקושי שמעוררת הוראה זו בא לידי ביטוי בעניין שאויש¹³⁶. חייל שנהג ברכב המדינה מסר את הרכב, שלא ברשות, לאזרח, אשר גרם בנהיגתו נזק-גוף להולך-רגל. בית-המשפט המחוזי קבע כי המדינה אינה חבה כמתירה¹³⁷, אך שמכוח סעיפים 6(1) ו-6א לפקודת הביטוח היא חבה חבות המקבילה לזו של מבטח אחריות על-פי סעיף 3 (א) (1) לחוק¹³⁸. מאחר שחבות רעיונית זו חלה כלפי כל נוהג ולא רק כלפי נוהג בהיתר, מסקנתו היתה כי המדינה חבה לפי סעיף 6א כ"מבטחת אחריות" על-אף שלא חבה כמתירה. בית-המשפט העליון ביקש לעקוף תוצאה בעייתית זו בקובעו, בין השאר, כי חבותה של המדינה לפי 6א אינה חבות המקבילה לזו של

133 מצב זה יאפשר להם ליתן "הנחות" למבוטחים מועדפים על-ידי הקטנת מספר התנאים וההגבלות – הקטנה השקולה להגדלת כיסוי ללא תוספת פרמיה. ראה לעניין זה פורת (לעיל, הערה 84), 266.

134 לעומת זאת, סעיף 3(א)(2) לפקודה מטיל על המבטח בביטוח אישי חבות רק כלפי הנוהג בהיתר.

135 ראה פחימה (לעיל, הערה 5); אסרף (לעיל, הערה 3).

136 לעיל, הערה 4.

137 מאז נקבעה הלכה אחרת בעניין אסרף (לעיל, הערה 3).

138 החלטה זו קדמה לפסק-דין פחימה (לעיל, הערה 5), שהעניק פרשנות מצמצמת לסעיף 6(1).

מבטח אחריות, אלא חבות הנובעת ממעמדה כבעלת-הרכב. בעל-הרכב, להבדיל מן המבטח הרעיוני, הב רק כמתיר, ואין הוא חב כאשר הפוגע הוא נוהג שלא בהיתר. בית-המשפט בחן את השאלה אם המדינה נחשבת כמתירה לפי סעיף 6(1), הגיע לתשובה שלילית ומכאן מסקנתו כי המדינה אינה חייבת לפצות את הנפגע מכוח סעיף 6א. הקבלת חבותה של המדינה לפי סעיף 6א לחבותו של בעל-הרכב, במקום לחבותו של מבטח, באה לעקוף את החובה הבעייתית לבטח נהיגה שלא בהיתר. על הבעייתיות שיצרה הקבלה זו עמדנו לעיל בהרחבה במסגרת הדיון בסוגיית חסינות המדינה¹³⁹.

מקרה שאויש הוא מקרה חריג, שכן נדונה בו שאלת החבות על-פי פוליסה רעיונית המחייבת את המדינה לפי סעיף 6א. חבות רעיונית זו חלה גם על נהיגה שלא בהיתר. לעומת זאת, בפוליסות המצויות בשוק נהיגה שלא בהיתר מוצאת מתחומי הכיסוי. האם בהגבלת כיסוי זו, שאינה מתיישבת עם הנדרש בסעיף 3(א) (1), יש משום עבירה על סעיף 2 לפקודת הביטוח? הדעה הרווחת היא, שאין כאן הפרה של חובת ביטוח¹⁴⁰. הסעיף מטיל אחריות פלילית בגין שימוש לא-מכוסה של אדם אחר רק אם הבעלים או המחזיק "גרם" או "הניח" לאותו אחר להשתמש ברכב. כאשר מפרשים מלים אלה כנדרפות למתן רשות ראשונית לנהוג ברכב, התוצאה היא שבהיעדר היתר אין אחריות פלילית. החובה לבטח נוהג שלא בהיתר הופכת בכך לחובה חסרת-שיניים. בפועל קיימת אפוא התאמה בין אחריות בעל-הרכב שאינו אחראי בהיעדר היתר לבין חבותו של המבטח¹⁴¹.

עם זאת, ניתן לתת למלים "גרם או הניח" משמעות רחבה יותר, הכוללת לא רק מתן רשות ראשונית לאחר לנהוג ברכב, אלא גם התנהגות המאפשרת לאחר לעשות שימוש ברכב. טול, לדוגמא, את מקרה הבעלים שהשאיר את דלת-רכבו לא נעולה כשמפתחות-הרכב במתג-ההצתה. אם הרכב נלקח עקב כך, הגם שלא ברשות, ניתן לדאוג את הבעלים כמי שגרם או הניח לאדם אחר להשתמש ברכב. על-פי פירוש

139 לעיל, 3.2 (ב) ר"ד. (ג). כאמור, קבע בית-המשפט כי במקרה זה אין המדינה יכולה להיחשב כמתירה, שכן המקרה לא נכנס לגדר סעיף 6(1) לפקודה. סעיף זה פורש באורח השולל את חלותו כאשר רכב-מדינה נמסר שלא ברשות לצד שלישי והמסירה לא היתה לשימושה של המדינה. אנגלרד (לעיל, הערה 7) תוקף קביעה זו, בין השאר, בטענה כי שאלת חבותה של המדינה כמתירת השימוש צריכה היתה להיחתך לפי סעיף 2(ב) לחוק, הקובע את אחריות המתיר, ולא לפי סעיף 6(1) לפקודה, הקובע את תחומי הפטור מחובת הביטוח. לשיטתו, אין לראות בסעיף 6(1) הוראה ספציפית המוציאה את סעיף 2(ב) (כפ' 85). אלא שגם דרכו של אנגלרד מובילה לתוצאה בעייתית. אם אכן המדינה חבה במקרה זה כמתירה מכוח סעיף 2(ב) לחוק (כפי שאכן עולה לאחרונה מעניין אסרף [לעיל, הערה 3]), אך בהיבט אינה פטורה מחובת ביטוח, כיוון שהמקרה אינו נתפש בסעיף 6(1) (כפי שנקבע בשאויש) — התוצאה היא שעל המדינה מוטלת חובת ביטוח ספציפית לכיסוי מקרים שבהם יימסר רכבה, ללא רשותה, לצד שלישי, שלא לצרכיה. חובה זו אינה מקרמת. נמצא אפוא, כי המדינה עוברת על האיסור הפלילי שבסעיף 2 בלי-אימת שהיא מאפשרת שימוש ברכבה ללא ביטוח, כאמור. הפתרון לכביה הוא ביצירת התאמה בין הפטור מחובת ביטוח שבסעיף 6(1) לבין האחריות על-פי החוק, על-ידי תיקון של סעיף 6(1), כפי שאכן הוצע בפחימה (לעיל, הערה 5), 835-836.

140 ראה אנגלרד (לעיל, הערה 7), 89-90 וההפניות שם.

141 השאלה היא, אם קיימת זהות בין משמעות שיש למושג ההיתר בהקשר של אחריות המתיר לבין משמעותו בפוליסת-הביטוח. אנגלרד (לעיל, הערה 7) דן בהרחבה במשמעויות השונות של מושג ההיתר (77-86). מסקנתו לעניינו היא, "כי יש לשאוף לתיאום בין מתן 'רשות' כמשמעותו בפוליסת הביטוח לבין 'ההיתר' במובן סעיף 2(ב) לחוק" (79).

זה, מוטלת על הבעלים חובה לבטח את אחריותו של הנוהג שלא בהיתר, ואם לא עשה כן — עבר על סעיף 2. תוצאה זו ניתן להצדיק בכך שעל-אף היעדר ההיתר, הבעלים הוא זה שיצר את הסיכון שבנהיגת האחר¹⁴². גם על-פי פרשנות זו חובת הביטוח המוטלת על הבעלים רחבה יותר מאחריותו כמתיר.

(ז) מחזיק שהתיר

בעיה נוספת של אי-התאמה בין האחריות על-פי החוק לבין היקף ביטוח אחריות מתעוררת לגבי מחזיק ברשות שהתיר את השימוש. זה חב לפי סעיף 2 (ב) לחוק, אך חבותו אינה טעונה ביטוח לפי סעיף 3(א)(1) לפקודה המתייחס רק לבעלים ולנוהג¹⁴³. כיום אין עוד חשיבות לאי-התאמה זו מנקודת-מבט של הנפגע, שכן היתר שניתן על-ידי המחזיק נחשב כהיתר שניתן על-ידי הבעלים שמסר את הרכב למחזיק¹⁴⁴. הנפגע יוכל לתבוע את מבטח האחריות דרך הבעלים שהתיר. מי שעלול להיפגע מאי-התאמה זו הוא המחזיק שהתיר. אם ייתבע לשלם, ימצא את עצמו ללא כיסוי ביטוחי, ובדרך-כלל גם ללא זכות חזרה אל הנוהג או אל הבעלים שהתיר. הפתרון, כהצעת אנגלרד, הוא להוסיף את "המחזיק כדין" לכיסוי הביטוחי¹⁴⁵.

ה. סיכום ומסקנות

ברשימה זו נבחנה מידת ההתאמה בין הפן הנזיקי של ההסדר לפיצוי נפגעי תאונות-דרכים, הוראות חוק הפיצויים, לבין הפן החוזי של הסדר זה, הוראות פוליסת-הביטוח ופקודת-הביטוח. בחינה זו נעשתה לגבי שני סוגי הביטוח — הביטוח האישי וביטוח האחריות — ומשלושה היבטים: היקף הזכאות כלפי המבטח ודרכי מימושה, סיווג הנזיקי או החוזי של הזכאות כלפי המבטח או של חבותו ותנאי הזכאות כלפי המבטח.

בהיבט היקף הזכאות ודרכי מימושה לא נמצאה בעיית התאמה. מכוח הוראתה של השוואת המעמד זכאי הנוהג המבוטח בביטוח האישי לפיצוי בהיקף זהה לזה של הזכאי בנזיקין ובמסגרת אותם סדרי-דין וראיות. כך גם ניזוק התובע את מבטח

142 אמנם בפחימה (לעיל, הערה 5), 827 נאמר, כי חובת הביטוח אינה חלה כרגיל כשמוכר במכונת גנובה. בכך ניתן לראות אסמכתא לכך שהחובה זו מוגבלת רק לנוהג בהיתר (אנגלרד [לעיל, הערה 7], 90). אלא שבית-המשפט ציין כי מדובר במקרה הרגיל של מכונת גנובה. כאשר בעל-הרכב או המחזיק תורם תרומה ממשית לשימוש של האחר, אין זה המקרה הרגיל. גם פרידמן (לעיל, הערה 74), 341 מציין, כי המונח 'הניח' רחב, במידת-מה, מהמונח 'רשות' המופיע בפוליטה, אם כי מדובר בהבדל דק. לעומת זאת, אנגלרד סבור, כי אין טעם להיכנס לדיון בהבדלים הדקים שבין היתר או מתן רשות לבין "להניח" (78). האם תוכל קרנית, ששילמה לנפגע, לחזור אל הנוהג ש"הניח" לרכבו להיגנב? מור מציג לאפשר לקרנית לחזור אל הבעלים או אל המחזיק בחביעת נזיקין המבוססת על רשלנותו בהשגחה על הרכב, אך מציין כי סיכוייה של חביעה זו קלושים (מור 1 [לעיל, הערה 7], 446, הערה 24).

143 המחזיק ברכב מכוח הסכם-שכירות או מקח אגב שכירות נחשב בעלים לצורך זה. ראה הגדרת "בעל" בסעיף 1 לפקודת הביטוח; ואנגלרד (לעיל, הערה 7), 88.

144 ראה פסק-דין אסרף (לעיל, הערה 3).

145 (לעיל, הערה 7), 88. אנגלרד מצביע על אי-התאמה אחרת בין החוק לפקודה בהקשר ההיתר. בעוד שהחוק מטיל אחריות של מתיר רק על בעל השליטה ברכב, בעלים או מחזיק, פורשה חובת הביטוח בסעיף 2 פקודה באופן שגם מי ששולט בנוהג, אך לא ברכב, נחשב כמתיר (שם, עמ' 76).

האחריות אשר נכנס לנעלי המזיק לצורך זה. נקבע, ובצדק, כי סדרי הדין והראיות המייחדים את תביעת הנזיקין יכולים לחול גם על צדדים שלישיים, כמו על תביעת השכבה נגד מבטח האחריות.

לשאלת סיווגם החוזי או הנזיקי של זכאות הנפגע התובע את מבטחו האישי או את מבטח האחריות, או של חברת המבטח כלפי הנפגע או כלפי צד שלישי, אין בפסיקה תשובה ברורה. בהקשרים מסוימים הודגשו והובלטו המקור החוזי והאופי החוזי של חברת המבטח או של זכאות הנפגע. בהקשרים אחרים, כזכויות השבה, הובלט דווקא הפן הנזיקי של חברת זכאות זו. ברשימה זו הוצע לשמר את גישת הסיווג הגמיש ולמסדו. בעניינים מסוימים מחייבת ההתאמה הרצויה בין הפן החוזי לפן הנזיקי סיווג נזיקי של חברת המבטח או זכאות הנפגע. הכלים לסיווג, כאמור, על-אף המקור החוזי של החבות, הם הוראת השוואתו של המעמד לגבי ביטוח אישי וקיומה של יריבות סטטוטורית ישירה בין הנפגע לבין מבטח האחריות של הפוגע. בעניינים אחרים השוואת המעמד היא מלאכותית ומיכנית ואז אין להירתע מסיווג חוזי של חברת המבטח או זכאות הנפגע. מטבע הדברים בית-המשפט הוא שיחליט מתי נדרש סיווג נזיקי ומתי סיווג חוזי לצורך יצירת ההתאמה הראויה, תוך שהוא מודע לשיקול-הדעת שנמסר לו ולתכלית הפעלתו.

עיקר הקושי ביצירת ההתאמה הראויה בין שני חלקי ההסדר המשולב התגלה בהיבט של תנאי הזכאות. ההסדר המקורי יצר פער בין תנאי זכאותו של נהג שנפגע לתנאי הזכאות של נפגע אחר, ובין תנאי הזכאות של נפגע אחר כלפי מבטח האחריות לבין תנאי זכאותו כלפי המזיק. הפער הגדול שיצר ההסדר המקורי לגבי נהג שנפגע נסגר בחלקו על-ידי הקניית זכויות לנהגים ולתלויים בהם כנגד קרנית. אך גם לאחר תיקונים אלה עדיין נותרה בעינה שאלת תקפותם של תנאים מגבילים והגבלות אחריות המצמצמים את הזכאות כלפי המבטח בהשוואה לזכאות המקבילה בנוזיקין, כמו גם השאלה הקשה לגבי היקפו של האיסור הפלילי על נהיגה עם ביטוח חלקי. בית-המשפט באשור תקף צמד בעיות זה באמצעות מבחן השליטה שיש לנהג על קיום התנאים וההגבלות. נקבע כי בהיעדר שליטה, התנאי או ההגבלה בטלים וחדלים לשמש מקור לאחריות פלילית. ברשימה זו נטען, בהמשך לדעת-המיעוט, כי מבחן השליטה לוקה בכל אלה: (א) הוא מבוסס על איסור פלילי גורף שהיה בעייתי עוד לפני חוק הפיצויים והפך לבעייתי יותר אחריו עם שינוי היקפו ותכליתו; (ב) בהקשר הכיטוח האישי מבחן זה עלול להתגלות הן כרחב מדי הן כצר מדי – הן כפוגע בחופש ההתקשרות וכיוצא פטרנליזם-יתר הן כפוגע בנהג; (ג) בהקשר ביטוח האחריות המבחן אינו רלבנטי, שכן הנפגע אינו הנהג השולט ברכב אלא צד שלישי; (ד) בשני ההקשרים קיימים קשיי יישום נכבדים.

על רקע כל זאת הוצגה האלטרנטיבה האפשרית הבאה למבחן אשור: ראשית, יש להעמיד על מכונה את הזיקה שבין תוקף התנאים וההגבלות לבין האיסור הפלילי. תחילה יש להכריע בסוגיית תוקף התנאים וההגבלות, ורק לאחר-מכן, על בסיס הכרעה זו – לקבוע את גדרי האיסור הפלילי. באשור היה המסלול הפוך. שנית, יש להכיר עקרונית בכך כי קיים שוני בין מעמדו של נפגע התובע מכוח הביטוח האישי לזה של נפגע התובע מכוח ביטוח האחריות וכי שוני זה מצדיק התייחסות

שונה לתנאים ולהגבלות שבביטוח אישי ולמקביליהם בביטוח האחריות. שלישית, כמבחן פסלות כללי ניתן לאמץ את מבחן תקנת-הציבור שבסעיף 30 לחוק החוזים, תוך שמירת המסגרת של פסק-דין אשור. בהקשר הביטוח האישי, שבו המבוטח הוא צד להתקשרות או מי שמודע לתנאיה, תופעל ותפותח בהקשר זה ההלכה שעניינה תניות-פטור בחוזים. למבחן השליטה של אשור ינתן משקל מתאים לצד שיקולים נוספים כחופש ההתקשרות. בהקשר של ביטוח האחריות, המגן על צדדים שלישיים, יש ליתן משקל מכריע לשיקול רגילות הסיכון. יש לפסול את תוקפן של תנאים והגבלות אחריות, שעניינם סיכונים רגילים הכרוכים ברכב בהינתן טיבו ואופן השימוש בו. ברוח זו יש לפרש את הוראות סעיף 15 לפקודה.

האיסור הפלילי על שימוש, או על גרימת שימוש, ברכב המבוטח חלקית, טעון רכיזה חקיקתית. חוק הפיצויים הביא עמו שינויים של ממש בהיקפו ובהשלכותיו של האיסור הפלילי, אשר מלכתחילה היה גורף מדי. קודם-כול יש לבחון ולהחליט אם מן הראוי להטיל אחריות פלילית על מי שמסכן את עצמו בנהיגה ללא ביטוח אישי מתאים. לאחר-מכן יש לקבוע בבירור, כי כאשר תנאי או הגבלת אחריות תקפים, אין בעצם השימוש ברכב בתנאים של ביטוח חלקי כדי להיות עבירה פלילית. במלים אחרות: אין להכיר עוד באחריות *ex ante* הנוצרת ללא הפרה בפועל של תנאי או הגבלה. רק כאשר התנאי או ההגבלה הופרו בפועל על-ידי המשתמש או הגורם לשימוש, יש מקום *ex post* להטלת אחריות. בכך תימנע אי-הוודאות שפגעה בעבר בעיקרון שלפיו אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין, כאשר הציבור לא ידע אם תנאי או הגבלה, שלא הופרו, יוצרים אחריות פלילית *ex ante*. המשתמש ברכב ידע, כי אחריות פלילית תוטל עליו רק אם יפר בפועל תנאי או מגבלה שבפוליסה¹⁴⁶. כמורכב מוצע לשקול את ביטולה של האחריות החמורה על-ידי החדרת יסוד של רשלנות לעבירה הפלילית. כיום, כאשר הסנקציה הפלילית אינה מגנה עוד על צד שלישיים תמים מפני היעדר ביטוח, אלא על המשתמש עצמו או על חלוקה נכונה של הנטל בין קרנית למבטחים — ספק אם יש הצדקה לאחריות החמורה.

סוגיית תוקפם של תנאים מגבילים והגבלות אחריות בפוליסת-הביטוח אינה רק עניינה של הרשות השופטת. לרשות המנהלית, המאשרת את תוכן הפוליסה ואת צורתה והקובעת את שיעור דמי-הביטוח, יש השפעה מכרעת על המציאות המשפטית בהקשר זה, אם בדרך של פסילת תנאי או הגבלה בטרם הגיעו להכרעה שיפוטית אם על-ידי קביעת תעריפי-ביטוח השוללים מן הצדדים תמריץ להגיע להסדרים שאליהם היו מגיעים בהיעדר התערבות מנהלית. מקבלי ההחלטות בסוגייה מורכבת זו צריכים אפוא לבחון הן את הפן המנהלי הן את הפן השיפוטי של המצב החוקי הקיים, תוך ראיית התמונה בכללותה. שינויים בהלכה, דוגמת השינוי שהכניסה הלכת אשור, משליכים במישורין על הפן המנהלי ויכולים להיות מושפעים על-ידו. רשימה זו ביקשה לתרום משהו לתהליך זה על-ידי הארת הסוגייה וחידוד היבטיה השונים.

146 גם על-פי הצעה זו, חשוף עדיין המשתמש לחוסר-וודאות; שכן אפשר כי בית-המשפט יקבע בדיעבד שהתנאי או ההגבלה שהפר בפועל אינם תקפים. אלא שחוסר-וודאות זה מוגבל בהיקפו, מה גם שהוא יוצר אצל המשתמש תמריץ חיובי להימנע מלהפר בפועל תנאים ומגבלות שבפוליסה.