

## תניית התחלוף בפוליסות לביטוח רכב \*

מאת

ד"ר אוריאל פרוקצ'יה

הנדרת השאלה. א. זכות תחלוף על פי דין. ב. הטעמים המקובלים להצדקת זכות התחלוף. ג. זכות התחלוף במבחן הביקורת. 1. הסיטואציה. 2. הנימוק האידיאולוגי. 3. הנימוק הכלכלי. 4. התחלוף כמחלק נזקים בין חברות הביטוח לפי מידת הסלקטיביות בברירת לקוחות. 5. התחלוף כעיוות דין. ד. מסקנות.

### הגדרת השאלה

עבודה זו עוסקת בסיטואציה שבה נפגעה או נזוקה מכונית מבוטחת ממעשיו או ממחדליו של צד שלישי, בנסיבות שבהן מוטלת חבות על הצד השלישי להטיב את הנזק. בעל הרכב (הלוא הוא המבוטח) רשאי, כמובן, לתבוע במישרין מן הצד השלישי כי יפצהו על האבדן או הנזק. במקרה זה לא מתעוררת בעיית התחלוף. בעל הרכב רשאי גם לפנות לחברת הביטוח שלו ולתבוע פיצוי על-פי הפוליסה. המציאות מלמדת, שלעתים קרובות, ובעיקר כאשר התביעה היא גדולה ומסובכת, המבוטח יבחר בדרך זו, ולא ינסה למצות את הליכי האכיפה העומדים לרשותו כנגד הצד השלישי. הטעם לדבר הוא, שבסיס החבות של חברת הביטוח כלפי מבוטחיה הוא פשוט יותר מבסיס החבות של הצד השלישי כנגד הניזוק, שכן החבות הראשונה איננה מבוססת על רעיון האשם, והחבות השנייה מבוססת עליו; כידוע, הוכחת האשם ארוכה ומסובכת, ומבוטח ראציונלי יעדיף לעתים קרובות להימנע מהתדיינות בשאלה זו ולהיפרע על אתר מאת המבטח שלו. מובן גם, שאילו בחר המבוטח בדרך החלופית וביקש להיפרע מאת המזיק, היתה תביעתו עלולה להידחות, בסופו של דבר, בשל אי יכולתו להוכיח את רשלנות הנתבע.

אם בחר המבוטח להיפרע מאת חברת הביטוח מתעוררת שאלת התחלוף. הדין מקנה למבטח, ללא צורך להסתייע בהוראה כלשהי בפוליסה, זכות שיפוי כנגד הצד השלישי על כל סכום שנאלץ לשלם למבוטח כפי חבותו על-פי הפוליסה. דין זה קיים בישראל

\* חיבור זה נעשה לפי הזמנת אגף הפיקוח על הביטוח במשרד האוצר במכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר. הדעות המובעות בחיבור זה אינן בהכרח דעותיו של המזמין והן נכתבות על דעת המחבר בלבד. תודתי למפקח על הביטוח, ד"ר בן עמי צוקרמן, ולאנשי צוותו, וכן לפרופ' א' יורן, מנהל המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, על עידודם בהכנת חיבור זה ועל הערותיהם המאלפות.

הן מכוח חקיקה<sup>1</sup> והן מכוח הפסיקה<sup>2</sup>, וכן הוא קיים באנגליה<sup>3</sup>, בארצות הברית<sup>4</sup> וברוב מדינות יבשת אירופה<sup>5</sup>. עם כל זאת, אין זה ברור כי דין זה משקף גם את המשפט הרצוי. בהמשך הדברים אנסה לבסס את המסקנה, כי לפחות במגזר ביטוח הרכב יש טעמים כבדי משקל כנגד קיומה של זכות התחלוף.

מן הראוי לציין בפתח הדברים שהתחלוף ייתכן לא רק בהקשר של ביטוח רכוש, אלא גם בהקשר של ביטוח אחריות. המדובר במקרה שבו כלי רכב שונים, שנהגים היו מבוטחים בביטוח אחריות כלפי צד שלישי, גרמו במשותף לתאונה. הניזוק רשאי על-פי החוק<sup>6</sup>, להגיש את תביעתו כנגד אחד המעוולים המשותפים או כמה מהם לפי בחירתו. בינם לבין עצמם כמה למעוולים משותפים כאלה זכות שיפוי לפי חלקם היחסי בגרימת הנזק<sup>7</sup>. אם בחר הניזוק להיפרע מחלק מן המעוולים המשותפים בלבד, והחבות נפרעה על-ידי חברת הביטוח, תהיה החברה זכאית להיכנס לנעליו של לקוחה, ולתבוע מיתר המעוולים את חלקם היחסי בנזק<sup>8</sup>. מושאה של זכות תחלוף זו היא זכות השיפוי שבין החייבים לבין עצמם, והיא ידועה לעתים בספרות בכינוי תחלוף "קונטרבוטורי" או "השתתפותי". בהמשך הדברים לא ארחיב את הדיבור על זכות התחלוף ההשתתפותית, אולם עיקרי הדברים הנוגעים לתחלוף הנוגע לביטוח רכוש (צד ראשון) ישימים במידה שווה גם על זכות תחלוף מיוחדת זו.

בפרק א' אסקור בקצרה את הוראות הדין, לפיהן מותר התחלוף בסיטואציה של ביטוח רכוש. בפרק ב' אציין את הסיבות המרכזיות שהועלו במשך השנים כמצדיקות את מוסד התחלוף. בפרק ג' אצביע על עלויותיו של התחלוף, הן מבחינה כלכלית, והן מבחינה חברתית-רעיונית. המסקנות יובאו בפרק ד'.

1 הוראת החוק המרכזית בסוגיה, סעיף 17 לחוק הביטוח העותומני, תידון בפרק א' להלן, ועמה תידון גם הוראת התחלוף בהצעת חוק הביטוח החדשה. בנוסף להוראות כלליות אלה מכירה החקיקה הישראלית בזכויות תחלוף מיוחדות אחדות. למשל, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, מכיר בזכות התחלוף של המוסד לביטוח לאומי כנגד מו"ק שכתוצאה ממעשיו נגרמה תאונה שאילצה את המוסד לשלם גימלאות לניזוק. ראה סעיפים 150 עד 155 לאותו חוק. הוראות דומות קיימות במספר חוקי שיקום, כגון חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959, שעניינו שיקומם הכספי, המקצועי והרפואי של נכי צה"ל. לדיון בהצדקת התחלוף בסיטואציות מיוחדות אלה ראה: פרוקצ'יה, "חלוקת נטל הנזקים בתאונות עבודה: המצוי והרצוי", משפטים ה' (1973) 105 — (לגבי המוסד לביטוח לאומי), וכן פרוקצ'יה ומילר, זכויות הנכים בישראל — בעיות יסוד (1974) — (לגבי חוקי השיקום).

2 אין טעם למנות את כל פסקי הדין הישראליים שבהם הוחלו דיני התחלוף. בתור דוגמה ראה: ע"א 627/68 אסיקורציוני ג'נרלי, חב' לביטוח בע"מ נ' נשר תורם ושירות מוניות אנדרה שיתופית בע"מ, פ"ד כג (1) 239.

3 ראה, למשל: *Castellain v. Preston* (1883) 11 Q.B.D. 380 (C.A.).

4 ראה, למשל: *Mathews v. Aikin* 1 N.Y. 595 (1848).

5 למשל, ראה סעיף 36 לחוק הביטוח הצרפתי משנת 1930. וראה להלן, עמ' 130, 129.

6 סעיף 11 לפקודת הניזקין קובע בלשון זו: "היה כל אחד משני בני אדם או יותר חבים לפי תוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד".

7 סעיף 84 לפקודת הניזקין.

8 ראה, למשל: ע"א 370/63 בכ"ט ג' "הפול" לביטוח חובה בע"מ, פ"ד יח (1) 533.

## א. זכות תחלוף על פי דין

החוק החרוט היחיד המחייב כיום בישראל בענייני ביטוח רכוש הוא חוק הביטוח העותומני משנת 1904 (1323 להגירה). סעיף 17 לחוק עוסק בשאלת התחלוף. ואלה מלות החוק:

"כשנגרם נזק לנכסים נדים או בלתי נדים, חייב המבטח לשלם למבוטח את הפיצויים אשר עבורם הוא אחראי. במקרה כזה זכאי המבטח לתבוע את האנשים האחראים לנזק, ואין זכות למבוטח לתבוע פיצויים מהאנשים האחראים לנזק. אך המבטח והמבוטח גם יחד זכאים לדרוש פיצויים מצד שלישי כשהנכסים בוטחו רק באופן חלקי".

שינויים קלים יוכנסו, ככל הנראה, בדין התחלוף על ידי הצעת חוק הביטוח תשל"ו—1975. הנוסח המעודכן המונח על שולחנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת קובע:

64" (א) היתה למבוטח בשל מקרה הביטוח גם זכות פיצוי או שיפוי כלפי אדם שלישי, שלא מכוח חוזה ביטוח, עוברת זכות זו למבטח מששילם למוטב תגמולי הביטוח וכשיעור התגמולים ששילם.  
 (ב) המבטח אינו רשאי להשתמש בזכות שעברה אליו לפי סעיף זה באופן שיפגע בזכותו של המבוטח לגבות מן האדם השלישי פיצוי או שיפוי מעל לתגמולים שקיבל מהמבטח.  
 (ג) קיבל המבוטח מן האדם השלישי פיצוי או שיפוי שהיה מגיע למבטח לפי סעיף זה, עליו להעבירו למבטח; עשה פשרה, ויתור או פעולה אחרת הפוגעת בזכות שעברה למבטח, עליו לפצותו בשל כך.  
 (ד) הוראות סעיף זה לא יחולו אם מקרה הביטוח נגרם שלא בכוונה בידי אדם שמבוטח סביר לא היה תובע ממנו פיצוי או שיפוי, מחמת קרבת משפחה או יחס של מעביד ועובד שביניהם".

סעיף 64 הוא דיספוזיטיבי וניתן להתנות עליו הן לטובת המבטח והן לטובת המבוטח.<sup>9</sup> מתוך השוואת שני הסעיפים, סעיף 17 לחוק העותומני וסעיף 64 להצעה, ניתן לסכם את הממצאים האלה: סעיף 17 מובלע כולו בתוך סעיף 64(א). משני הסעיפים ברור, כי מבוטח שבא על שיפוי המלא מאת חברת הביטוח מאבד את זכותו לקבלת פיצוי מן הצד השלישי, והזכות מומחית לחברת הביטוח.<sup>10</sup> כאשר החברה שילמה למבוטח מקצת מנזקיו, אף ההמחאה היא חלקית, וכל אחד מן השניים רשאי לתבוע בשמו הוא עבור חלקו שלו. אחת התוצאות המתבקשות ממצב זה היא, שהצד השלישי

9 הצעת החוק הרשמית פורסמה בה"ח תשל"ו 1209, מיום 16 לאוקטובר 1975. הנוסח העדכני יותר (שאינו רשמי) תובר כשנה יותר מאוחר.

10 סעיף 66 להצעה המעודכנת מונה את הסעיפים הקוגנטיים, וסעיף 64 המעודכן איננו גמנה ביניהם.

11 דבר זה נובע גם מעקרון השיפוי, הקבוע, למשל, בסעיפים 55 ו-56 לנוסח המעודכן שבהצעת החוק.

(המוזיק) עלול להיתבע פעמיים, כאשר בכל פעם הוא נדרש להיטיב חלק מן הנזק שהסב באותו מעשה עצמו.

סעיף קטן (ב) איננו מחוור די צורכו. באיזה אופן יכול היה המבטח לסכל את ציפיותיו של המבוטח לקבלת חלקו מאת המוזיק? לכאורה, ניתן היה לחשוב שיכול היה לעשות כן על-ידי מתן שחרור למוזיק מכל חביוותיו. ואולם, בשאלת השאלה כיצד רשאי אדם אחד למחול לחברו על חיוביו כלפי צד שלישי: אם הזכות היא של המבוטח, קשה להבין כיצד מייחס הדיון למבטח את הכוח למחול עליה.<sup>12</sup> ואמנם, ייתכן שכל כולו של סעיף קטן (ב) איננו אלא הצהרה על אפס כוחו של המבטח למחול כאמור. אם זהו הפירוש של סעיף קטן (ב), נראה שאיננו סימטרי עם ההוראה הקבועה בסעיף קטן (ג). סעיף קטן זה קובע, כזכור, כי אם המבוטח גבה את חלקו של המבטח, עליו להעבירו למבטח, וכן כי אם מחל לצד השלישי על מה שמגיע למבטח, עליו לפצות את הזכאי. מסעיף קטן זה ברור, ראשית, כי המבוטח עלול לגבות מן הצד השלישי לא רק את חלקו בנוק כי אם גם את חלקו של המבטח, וכן כי יש בידו הכוח המשפטי למחול לצד השלישי על העילה המשולבת כולה. דברים אלה אינם מתיישבים עם ההנחה כי הזכות היא זכותו של המבטח, שאלמלא תאמר כן, איש מלבדו לא היה זכאי לשחרר את הצד השלישי מן החבות. אפשר שהקונסטרוקציה המשפטית המסתתרת ביסוד הוראת סעיף קטן (ג) היא שהתשלום על-פי הפוליסה אמנם ממחה את הזכות כנגד הצד השלישי,<sup>13</sup> ואולם תוקפה של ההמחאה איננו יפה כלפי צד שלישי שלא ידע (או שלא צריך היה לדעת) על העובדות שמכוחן נוצרת ההמחאה, ולפיכך שחרור מטעם הממחה כמוהו כשחרור מטעם הנמחה.<sup>14</sup>

שאלה קשה נוספת שאינה נפתרת בסעיף קטן (ג) היא כיצד להעריך את נזקו של המבטח שנבע מפעולת השחרור או הפשרה, ומדוע יש להעמיס את מלוא הנטל הכרוך בנוק זה, אף אילו היה מוגדר היטב, על שכם המבוטח.<sup>15</sup> בסוגיה זו אעסוק פעם נוספת בפרק ג'.

דין התחלוף מוגבל במשפט ארצנו לביטוח גכסים בלבד.<sup>16</sup> אם כתוצאה מן התאונה סבל הניזוק נזק גוף, מבטח ששיפה אותו על נזקים אלה איננו נכנס לגעליו כנגד הניזוק. סעיף התחלוף בחוק העותומני אינו ישים למקרה זה, הואיל והוא חל על נכסים בלבד. פקודת הניזוקין, מצדה, קובעת במפורש כי זכותו של המבוטח כלפי הצד השלישי

12 בניגוד להלכה הפסוקה באנגליה, אצלנו מקובל הכלל כי רק המבטח יכול למחול למוזיק על חלקו בזכות קבלת הפיצוי. ראה: ע"א 434/60 המוסד לביטוח לאומי נ' דורון, פ"ד טז 7. נראה, כי הקונסטרוקציה של ההמחאה, להבדיל מעילה עצמאית לטובת המבטח, מעוגנת היטב במשפט ארצנו. ראה: ע"א 23/64 הפנה, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד יח (2) 523.

14 ראה חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, סעיף 2(ב).

15 לעניין גודל הנזק ראה להלן, עמ' 136—137.

16 במדינות אחדות נפסקה הלכה, כי ניתן להפעיל את דין התחלוף גם במגזר של נזקי גוף. ראה, למשל: *Michigan Hospital Service v. Sharpe*, 339 Mich. 574, 64 N.W. 2d 713 (1954). השווה: *Procaccia*, "Denying Subrogation in Personal Injury Claims: A Needed Change of Direction", 15 *William and Mary L. Rev.* (1973).

93. לא כן המצב בישראל. בית המשפט העליון פסק, כי למבטח נזקי גוף אין זכות תחלוף כנגד המוזיק. ראה: ע"א 682/69 המדורג נ' שפירא, פ"ד כד (1) 686.

אינה מתקפחת עקב קיומו (או מימושו) של הביטוח<sup>17</sup>. גם הצעת חוק הביטוח החדשה איננה כוללת הרחבת דין התחלוף על גזקי תאונות וגזקי גוף אחרים. אמנם, סוגיית גזקי הגוף חורגת, בתור שכזו, מתחום מחקר זה; ואולם, מאחר שאותה תאונה עצמה יכולה להסב בר-זמנית נזקי גוף וגזקי רכוש, אשר עבורם חייב המזיק בגין אותה עוולה, מן הראוי שלא להפריד בין הדבקים ולהביא בחשבון גם את הגתון הזה. בהמשך הדברים אעשה שימוש בקביעה כי זכות התחלוף מוגבלת למישור הרכושי ואיננה משתרעת אל תוך המתחם של גזקי הגוף.

הדינים הישראליים בסוגיית התחלוף אינם נבדלים במהותם מעיקרי הדינים כפי שהם עולים מן המשפט המשווה. בארצות הדוברות אנגלית מקורו של התחלוף בהלכה הפסוקה<sup>18</sup>. הלכה זו התפתחה ככל הנראה מתוך דיני הערבות, לפיהם ערב, הפורע חוב הנערב כלפי הנושה, זכאי לחזור אצל הנערב לצורך שיפוי. ואמנם, הלכת התחלוף הראשונה נפסקה באנגליה בפרשה שעניינה ערבות ולא ביטוח (1637)<sup>19</sup>. רק בתהליך חלחול איטי נמזגה הלכת התחלוף מתוך דיני הערבות, וכן מתוך צורות פרימיטיביות של ביטוח ימי<sup>20</sup>, אל תוך דיני הביטוח המודרניים כפי שאנו מכירים אותם היום<sup>21</sup>. בארצות "החדשות" הדוברות אנגלית, כגון ארצות הברית של אמריקה, נתפסה הדוק-טרינה של התחלוף כמוגנת מאליה, ומצאה את דרכה במהירות וללא היסוס אל תוך שיטתן של כל המדינות המתבססות על המשפט המקובל<sup>22</sup>.

בפסקי דין אחדים בשפה האנגלית מצויות אמרות, שמתוכן ניתן להסיק כי המקור ההיסטורי לדיני התחלוף הוא דווקא בקונטיננט האירופי<sup>23</sup>. האמת היא, כי המצב אינו כן. הקודים הקונטיננטליים הקלאסיים געדרים, ברובם, סעיפי תחלוף מפורשים<sup>24</sup>. פסקי דין רבים הנשענים על קודים אלה דוחים את הדוקטרינה מכל וכל. התפתחות שחלה בצרפת משקפת יפה את ההיסטוריה של התחלוף האירופי. לפני שנת 1930 נעשו ניסיונות לבסס את זכותו של המבטח כנגד הצד השלישי על סעיף 1382 של הקוד האזרחי, המטיל אחריות גזיקת ישירה על מי שגרם ב"אשמתו" נזק לתובע. טענת

17 ראה סעיפים 81 ו-86 לפקודת הנוזיקין.

18 באופן כללי ראה: King, "Subrogation Under Contracts Insuring Property", 30 *Tex. L. Rev.* (1952) 62.

19 *Morgan v. Seymour*, 1 Ch. Rep. 120, 21 E.R. 525 (1637). על דיני הערבות כמקור להלכת התחלוף ראה: Kulp, *Casualty Insurance* (Revised Edition, 1946) 34.

20 ראה, למשל: *Randall v. Cockran* 1 Ves. Sen. 98, 27 E.R. 916 (1748).  
21 לתיאור ההתפתחות ההיסטורית של דיני הערבות והסתעפותם אל הענף הנפרד של דיני הביטוח ראה: O'Malley, "Subrogation against Banks on Forged Checks", 83 *Banking L.J.* (1966) 659.

22 פסק דין אמריקני מוקדם, המזכיר את מוסד התחלוף, הוא: *Cheesbrough v. Millard*, 1 Johns Ch. 409 (N.Y. 1815). על התפתחות המוסד בארצות הברית של המאה התשע עשרה ראה: Sheldon, *The Law of Subrogation* (2d ed., 1893). על דיני התחלוף בדרום אפריקה ודרך קליטתם במדינה זו ראה: Gordon & Getz, *The South African Law of Insurance* (2d ed., 1969) 230 et seq. בדוגמה להפעלת זכות התחלוף בקנדה ראה: *McFee v. Joss* 27 O.W.N. 471, 56 O.L.R. 578 (1925).

23 ראה, למשל: *Mosher v. Conway* 45 Ariz. 463, 46 P.2d 110 (1935).

24 דוגמה לכך הוא הקוד האזרחי הצרפתי. ראה בהערה הבאה.

המבטח היתה, שהנוק שנגרם למבוטח, כשהוא בא בכפיפה אחת עם חבותו של המבטח לשפות את המבוטח על נזק זה, מצמיחים עילת תביעה ישירה למבטח כלפי המזיק. הספרות והפסיקה הצרפתית התלבטו בכך רבות<sup>25</sup>, והעניין לא הוכרע סופית עד שנת 1930, כאשר חוקק חוק הביטוח היבשתי הצרפתי, אשר קבע בסעיף 36:

“L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.”

ובתרגום חופשי:

מבטח ששילם את דמי הביטוח זכאי לזכות התחלוף, עד גבול דמי הביטוח ששילם, באשר לזכויות המבוטח ותביעותיו כנגד צדדים שלישיים, אשר גרמו במעשיהם נזק שהוליד את חבותו.

סעיפי תחלוף דומים ניתן למצוא כיום במרבית מדינות אירופה<sup>26</sup>. הגיעה העת להתפנות לשאלה: מה הם הנימוקים כבדי המשקל שהניעו מחוקקים ופוסקים ברחבי העולם לאמץ לעצמם את מוסד התחלוף?

25 למרות קיומן של כמה אסמכתאות לסתור, נראה כי הפסיקה הצרפתית אימצה לעצמה את העמדה כי המבטח אינו יכול להסתמך על עילת תביעה ישירה כוון. כתוצאה מעמדה זו נפסק, כי אין המבטח יכול ליהנות מזכות כלשהי כנגד המזיק שגרם אבדן או נזק למבוטח. ראה לעניין זה: Picard et Besson, *Les Assurances Terrestres en Droit Français* (4<sup>e</sup> éd., 1975) 494 et seq. הלכת הרוב נקבעה בפסקנות רבה בעבודתו המקפת של פלניול. ראה התרגום האנגלי לעבודה זו: M. Planiol, *Treatise on the Civil Law*, Vol. II (12th ed., 1939) N° 491, N. 27 (Translated by the Louisiana State Law Institute, 1959) על יסוד דברים אלה סירבו בתי המשפט של לואיזיאנה, מדינה המבוססת על המשפט האזרחי הצרפתי, להכיר בזכות התחלוף של המבטח: *D. R. Carroll and Co. v. New Orleans* (1874) *Jackson and Great Northern R.R. Co.* 77 La. 447 (1874) תיאור מלא ומפורט של דיני התחלוף הצרפתיים ניתן למצוא במונוגרפיה חרישה: Mestre, *La Subrogation Personnelle* (1979).

26 באיטליה, למשל, נקבע דין התחלוף בקודקס האזרחי הרגיל. ראה לעניין זה: Donati, *Trattato del Diritto Delle Assicurazioni Private* (1954) 461 et seq. החוק הגרמני הנוגע לחוזי ביטוח מכיל הוראה מעניינת. סעיף 67(1) לחוק זה, בתרגום Werner Pfennigstorf (American Bar Foundation ed., 1975) קובע לאמור: “If the policyholder has a claim against a third person for indemnification for the loss, the insurer is subrogated to the claim to the extent that it indemnifies the policyholder for the loss. The subrogation cannot be asserted to the policyholder's detriment. If the policyholder abandons his claim against the third person or a right securing the claim, the insurer is freed from its obligation to the extent that it could have obtained reimbursement from the claim or the right” שתי נקודות רבות משמעות יש בהוראה זו: זו הקובעת כי זכות התחלוף אינה יכולה להיות מופעלת לרעת המבוטח או למניעת זכותו לשיפוי, וזו האוסרת את זכות המבטח להתנער מאחריות בגין שחרור המזיק על ידי המבוטח, אלא במידה ששחרור זה פגע בזכויות המבטח. לסוגיות דומות לאלה אשוב בהמשך הדברים.

## ב. הטעמים המקובלים להצדקת זכות התחלוף

שני טעמים חוברים יחדיו להצדקת כלל התחלוף. הטעם האחד הוא אידיאולוגי-מוסרי והטעם השני — כלכלי.

הטעם האידיאולוגי-מוסרי ניתן לתיאור כדלקמן: שני צדדים חייבים להטיב את הנזק שנגרם לרכוש המבוטח, והם מבטח הרכוש והמויק. חוש הצדק קובע, כי החייב העיקרי מבין השניים הוא המויק. המבטח אינו אלא חייב משני. אם פנה הזכאי דווקא אל החייב המשני בדרישת פיצוי, ראוי הוא שיותר לו לחזור אצל החייב העיקרי ולהיפרע ממנו על מה ששילם במקומו. אם לא תאמר כך, ייצא המויק בשכר כתוצאה מקיומו של ביטוח שלא הוא דאג לרכשו ולא הוא שילם עבורו את הפרמיה<sup>27</sup>. אנאלוגיה לרעיון זה ניתן למצוא בענפי משפט שונים. כבר נרמז, כי דוגמה שהשפיעה רבות, מבחינת ההתפתחות ההיסטורית, על דיני התחלוף, שאולה מדיני הערבות: הגושה זכאי לפנות הן לערב והן לנערב בדרישה לקיום החיוב. אם פנה לערב, שאינו אלא החייב המשני, ונפרע ממנו, יהיה האחרון זכאי לשיפוי מאת החייב העיקרי, הלוא הוא הנערב<sup>28</sup>. ועוד: מעביד שפרע, מכוח אחריותו השלוחית, חיוב נזיקי שנגרם על-ידי עובדו, זכאי לחזור אצל העובד ולזכות בשיפוי מלא<sup>29</sup>. דוגמאות נוספות במשפטנו הפוזיטיבי לאותו רעיון הן זכותו של מיטיב נזיקי גוף לחזור כנגד המויק<sup>30</sup> וזכותו של פורע חוב חברו לחזור אצל החייב, עד כמה שלא היתה לאותו חייב "סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב"<sup>31</sup>.

הטעם הכלכלי להצדקת רעיון התחלוף נוגע למחיר הביטוח. חברת הביטוח חייבת לגבות ממבוטחיה פרמיה שתספיק לכסות את נזיקיה ואת הוצאותיה. מובן, שככל שזכות התחלוף מזרימה לקופת החברה תקבולים רבים יותר, כך קטן סך כל הנזקים גטו שהחברה חייבת לפרעם, ולפיכך הדבר מאפשר להוריד את מחיר הפוליסה. צמצום זכות התחלוף, מאידך גיסא, יעמיס את נטל התאונות שנגרמו ברשלנותם של צדדים שלישיים על שכם משלמי הפרמיה, ולהעמסה זו אין כל הצדקה<sup>32</sup>.

בפרק הבא אבחן את שני הטעמים האלה ואעבירם במבחן הביקורת. באשר לטעם האידיאולוגי, אראה שאין לו משמעות של ממש בהקשר של ביטוח רכב. באשר לטעם הכלכלי, אבסס את המסקנה שעל מנת להוויל את מוצר הביטוח, מן הראוי לבטל לחלוטין את זכות התחלוף.

27 ראה, למשל, אמרות השופטים ב־155 *Hampton Loan and Exchange Bank v. Lightsey* S.C. 222, 152 S.E. 425 (1930).

28 סעיף 9 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, קובע: "זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו, בתוספת הוצאות סבירות שהוציא לרגל הערבות וריבית בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961 מיום מילוי הערבות או מיום הוצאות".

29 *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co., Ltd.* [1957] 1 All E.R. 125 (H.L.)  
ראה גם: Procaccia, "Vicarious Tort Liability, Employer's Liability Insurance and Subrogation: A Problem of Conflicting Policies" (1972) *Ins. L. Jour.* 471

30 ראה סעיף 2 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזיקי גוף), תשכ"ד-1964.

31 כלשונו של סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

32 ראה, למשל: 24 et *Horn, Subrogation in Insurance Theory and Practice* (1964) 24 et seq.; *Contra: Patterson, Essentials of Insurance Law* (2d ed., 1957) 151-152.

## ג. זכות התחלוף במבחן הביקורת

## 1. הסיטואציה

נוקים למכוניות יכולים להיגרם כתוצאה מסיכונים ביטוחיים רבים ומגוונים: גניבה, פריצה, שריפה, ואנדאליזם ואפילו רעידת אדמה ופגעי טבע אחרים, וכמובן תאונה.<sup>33</sup> הסיטואציה שבה אנו עוסקים סובבת סביב הסיכון הביטוחי האחרון, דהיינו תאונה. הטעם האינטואיטיבי לכך הוא, שמירב הסיכונים הביטוחיים האחרים אינם מעמידים בפני חברת הביטוח מויק זמין וסולבנטי שכנגדו ניתן לממש את תביעת התחלוף. אם המדובר בנוק שנגרם בידי שמים, כגון רעידת אדמה, ברק או שריפה שפרצה באופן טבעי, הדברים מובנים מאליהם. אך גם כשהמדובר בסיכונים האחרים, שרובם ככולם מלווים בכוונת וזון, כגון גניבה או ואנדאליזם, הסיכוי להביא את המזיק לדין ולממש נגדו את הזכות לתחלוף איננו גבוה. לא כן כשהמדובר בתאונה. כאן זכותו של הנהג האחר המעורב בתאונה ידועה כמעט תמיד למבטח, וההסתברות של מימוש הזכות נגדו או כנגד מבטח האחריות שלו איננה מבוטלת.

מובן מאלי, שככל שההסתברות שהמזיק מבוטח בפני סיכויי צד שלישי (רכוש) גבוהה יותר, כך נעשית זכות התחלוף פשוטה יותר להפעלה, שכן מאחורי המזיק ניצב מבטח סולבנטי שיכבד בזריוות סבירה כל פסק דין סופי שייקבע נגדו. מבחינה משפטית פורמלית אין הנהיגה בכלי רכב מלווה בחובת ביטוח כלפי נוקי רכוש הנגרמים לצד שלישי. ואולם בדיקה שערכתי באגף הפיקוח על עסקי ביטוח ובאיגוד חברות הביטוח העלתה, שסוג ביטוח זה משווק באופן סטנדרטי יחד עם ביטוח החובה (המתייחס לנוקי גוף), כך שמספרם של המבוטחים שאינם נהנים מהגנה ביטוחית זו הוא מבוטל. גם מבוטחים שאינם רוכשים ביטוח "מקיף", דהיינו הכולל הגנה (צד ראשון) על כלי רכבם שלהם, מבוטחים, רובם ככולם, מפני סיכויי רכוש לצד שלישי. התוצאה המעשית המתבקשת מנתונים אלה היא, כי התחלוף איננו אלא פעולה בין חברות ביטוח לבין עצמן, כאשר מבטח הרכוש של הניזוק תובע שיפוי מאת מבטח האחריות של המזיק. הנחה זו תואמת נתונים סטטיסטיים שנאספו במקומות אחרים בעולם. כך, למשל, במונזוגראפיה מקיפה על התחלוף בשוק האמריקני מצא המחבר כי היחס באחוזים בין תקבולי תחלוף נטו לבין נוקי ביטוח נטו בענף ביטוח התאונות נע בין 7.2% ובין 12.5% לאורך פרק הזמן שבין שנת 1950 ו-1960. בתקופה מקבילה נע היחס בענף השריפה, הגניבה והביטוח המקיף המתייחסים לכלי רכב בין 0.8% ובין 1.5%.<sup>34</sup> סקירה שערכתי בתחילת שנות ה-70 חזרה ואימצה ממצאים דומים לגבי שוק הביטוח בעיר אמריקנית גדולה.<sup>35</sup> ההסבר להבדלים הגדולים ביחס התחלוף בין שני ענפי ביטוח הרכב הוא, שכאשר המדובר בתאונות דרכים, ניצבת לעתים קרובות מאחורי המזיק חברת ביטוח,

33 הנוסחים הסטנדרטיים של ביטוח רכב בישראל מחסים מפני חמישה עשר צד עשרים סיכויי ביטוח נבדלים.

34 נתונים אלה לקוחים מתוך ספרו של הורן (לעיל, הערה 32).

35 Procaccia, "Subrogation in the Law of Insurance" (1972, unpublished S.J.D. dissertation on file at the University of Pennsylvania library) אפשר לשער, אולי, כי בישראל אפשרויות התחלוף רבות יותר מאשר בארצות הברית, שכן שם נהגים רבים נוסעים ללא ביטוח צד שלישי.



מה שלא כן כשהמדובר בסיכונים מן הטיפוס של גניבה או שריפה. כאשר הפעילות היא בין חברות ביטוח לבין עצמן יש לתחלוף משמעות כלכלית של ממש. כאשר הפעילות היא בין חברות ביטוח ובין פרטים לא מבוטחים חשיבותו של התחלוף קטנה בהרבה.

## 2. הנימוק האידיאולוגי

כשמדובר בפעילות בין שתי חברות ביטוח, חברת ביטוח הרכוש של הניזוק וחברת ביטוח האחריות של המזיק, אין עוד טעם אידיאולוגי של ממש לתחלוף. כזכור, המטרה האידיאולוגית היתה להעביר את הנטל מן החייב המשני אל החייב העיקרי; ממי ש"אשם" בגרימת הנזק למי שנאלץ לשאת בו ללא אשמה מצדו. אם נבחן את שתי חברות הביטוח המעורבות, יתברר לנו שאף אחת מן השתיים איננה אשמה בגרימת הנזק יותר מרעותה, ולפיכך אין הצדקה אידיאולוגית להכריז על האחת כעל חייבת עיקרית ועל האחרת כעל חייבת משנית. אמנם נכון כי האחת באה בנעלי המזיק והאחרת בנעלי הניזוק, ואולם, מעמד שילוחי זה אינו יכול להקנות לחברה הבאה בנעלי לקוחה את תכונותיו המוסריות של הלקוח, או להעטות עליה את מידת אשמתו בתאונה. רק אם נוכל להראות כי העדפת חברת הביטוח של הניזוק על פני חברת הביטוח של המזיק תשפיע לא רק על חברות הביטוח עצמן, כי אם גם על התנהגות לקוחותיהן, רק אם נוכל להראות כי "הענשת" חברת ביטוח האחריות של המזיק מקרינה אפקט עונשי כלשהו גם על המזיק עצמו, ייוותר טעם מוסרי כלשהו בהעדפת חברת הביטוח של הניזוק.

למעשה, קשה להלום את ההשערה כי דיני התחלוף יכולים להשפיע השפעה של ממש על התנהגות המזיקים. בראש וראשונה, כאשר מדובר במזיק מבוטח, אין הוא צפוי עוד לנשיאה בנטלים כספיים משמעותיים כתוצאה ממעורבותו בתאונה. אמנם, אם ידרוש מחברת ביטוח האחריות שלו לפרוע את חבותו כלפי הצד השלישי, הוא צפוי להפתתת ההנחה בגין העדר תביעות (בונוס) או להטלת "מס" עודף בגין תביעות יתר (מאליס). ואולם, אין זה סביר להניח כי הסיכון להיות צפוי לתשלומי פרמיה מוגדלת יהיה בו כדי להניעו להתנהגות יותר זהירה בדרכים, מעבר לאפקט המרתיע הן של הפחד מפני התאונה עצמה, והן של המשפט הפלילי הצפוי לאחריה.<sup>36</sup>

שיקול זה מתחדד כאשר אנו בוחנים בנפרד את נטליהם הכספיים של המזיק ושל הניזוק. לצורך פישוט הדיון נתעלם בפיסקה זו מקיום עלויות העיסקה.

מבחינת ציבור הניזוקים ברור בעליל, שקיומה של זכות התחלוף אינה יכולה להשפיע על נטליהם הכספיים, אפילו לא אלה הקשורים בשיעור הפרמיה. בהנחה כי ה"חבילה" הביטוחית שרכשו הניזוקים כוללת הן ביטוח רכוש מקיף (שאחרת לא היתה יכולה להתעורר בעיית התחלוף) והן ביטוח צד שלישי (שכן כמעט כל פוליסה לביטוח רכב המשוקת בישראל כוללת פריט ביטוחי זה) ברור כי עלותה הביטוחית של החבילה

36 ההכרה כי ההשפעה המרתיעה של הגבלת הפרמיה איננה משמעותית שימשה אחד הנימוקים שהקלו על ביטול בסיס האשם באחריות לנזקי גוף שנגרמו בתאונות. ראה לעניין זה: *Automobile Insurance — For Whose Benefit? (A Report to Governor Nelson A. Rockefeller, submitted by the State of New York Insurance Department, 1970)*.

תישאר קבועה עם או בלי תחלוף: עם תחלוף תיווצר הוזלה יחסית של ביטוח הרכוש וייקור יחסי של ביטוח האחריות, ובלי תחלוף ייווצר ייקור יחסי של ביטוח הרכוש והוזלה יחסית של ביטוח האחריות. שתי המגמות תקוזנה זו את זו ועלותה הביטוחית של החבילה תישאר קבועה.

מבחינת ציבור המזיקים הקצאת העלויות תהיה כדלקמן: לגבי אותם מזיקים שרכשו את החבילה הביטוחית במלואה, מערכת השיקולים תהיה זהה לשיקולים החלים על ציבור הניזוקים: מחיר החבילה לא ישתנה. ואולם בין המזיקים יש גם כאלה שרכשו ביטוח אחריות בלבד, ולגבי אלה תסתמן מגמה של הוזלה בפרמיה כתוצאה מביטולה של זכות התחלוף. עם זאת, בהנחה שמחיר ביטוח האחריות הוא אחיד לגבי מבוטחים שרכשו גם את הביטוח המקיף ולגבי אלה שלא רכשוהו, שיעורה של הוזלה זו אינו משמעותי ונראה לי שכדאי להתעלם ממנה כוניהה.

סיכומי של דבר: אפילו כאשר אנו מתבוננים מעבר לכתפיהן של חברות הביטוח אל ציבור המבוטחים שהן מייצגות, נראה כי זכות התחלוף איננה יכולה לשרת יעד עונשי כלשהו, וממילא אינה יכולה למלא את היעד המוסרי המשמש לה הצדקה.

### 3. הנימוק הכלכלי

זכור, נטען כי קיומה של זכות התחלוף מוזיל את מוצר הביטוח. נראה לי, כי מטעמים דומים לאלה שנדונו בפיסקה הקודמת אפשר לקבוע שאין הדבר כך. יתרה מזו: נראה, שלפחות תבילת הביטוח הכוללת ביטוח רכוש וביטוח אחריות נעשית יקרה יותר בצורה משמעותית כתוצאה מקיומה של זכות התחלוף. בהיות פעולת התחלוף העברת כספים בין חברות ביטוח לבין עצמן, ברור כי כל שקל הנחסך מקופתה של האחת נלקח מקופתה של האחרת. אם נסתכל על תעשיית ביטוח הרכב כיחידה אחת יתברר שאין בכוחה של העברה מכיס לכיס כדי להרבות נכסים. ואולם, כאן המקום להשתחרר מהנחתנו הקודמת שהעברה כזו פטורה מעלויות העיסקה (transaction cost). לצורך הדיון נניח תחילה כי זכות התחלוף מופעלת לפי כללי המשפט הפורמליים, דהיינו היא מותנית בקיומה של רשלנות מצד המזיק, וכן, לצרכים של חישובי רשלנות תורמת, בשיעורה של אותה רשלנות. על מנת להביא למימושה של זכות התחלוף על חברת ביטוח הרכוש לעבור בדרך החתחתים הבאה: לקיים מנגנון טכני שיבדוק את התאונה ונסיבותיה, ויגיע לפחות לממצא טנטאטיבי של רשלנות הצד השני; לפתוח במשא-ומתן עם חברת ביטוח האחריות, כדי לברר אפשרויות של פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט; במידת הצורך לשכור עורך דין ולשלם את שכרו, על מנת שיפנה לערכאות ויוכיח את רשלנות המזיק ואת אי רשלנותו של הניזוק, או לפחות שהניזוק התרשל במידה זעומה בלבד; לשלם אגרה לקופת בית המשפט; ולבסוף – לשאת בהוצאות הכרוכות בהוכחת העילה עצמה, כגון תשלום הוצאותיהם של עדים ושכירת שירותיהם של עדים מומחים. לעתים קרובות המשפט אינו מוכרע סופית בערכאה הראשונה. לאחר שהמשפט מתברר תחילה בבית משפט השלום<sup>37</sup>, קיימת זכות ערעור

37 לאחר תיקון ועדכון סכומי התביעה הנמצאים בשיפוטו היחיד של בית משפט השלום יש להגיש לבית משפט זה כל תובענה אורחית שערך נשואה אינו עולה על 75,000 שקל. רוב הנוקים למכוניות הם בסכומים הרבה יותר קטנים. מכל מקום, בדרך כלל מוגבלת אחריותו של מבטח נזקי רכוש (צד שלישי) לשיעור של כ-30,000 שקל.

לבית המשפט המחוזי<sup>38</sup>, וכן ערעור ברשות לבית המשפט העליון<sup>39</sup>. גם חברת ביטוח האחריות אינה פטורה מהוצאות. גם עליה לשכור עורכי דין, לשלם שכרם של עדים ולחקור בנסיבות התאונה. כל ההוצאות האלה אינן ניתנות לגלגול אל מחוץ לתעשיית הביטוח. היחס בינן ובין תקבולי התחלוף נטו הוא גבוה ומשמעותי. בסופו של דבר אין ספק שיש בו כדי לנפח את חשבון הפרמיה<sup>40</sup>.

מובן שבפועל אין מימושה של זכות התחלוף מחייבת לעבור את כל המסלול המתואר לעיל. ייתכן שבמקרים רבים מתפשרות שתי החברות מחוץ לכותלי בית המשפט ובכך מגיעה הפרשה אל סיומה. אפשר גם שהחברות תגענה באופן וולונטרי לידי הסדר ביניהן, לפיו תמחלנה הדדית זו לזו על פגיעות ברכוש שמבוטחיהן היו מעורבים בהן ("knock for knock agreement")<sup>41</sup>. אולם, כל ההסדרים הפראקטיים האלה אינם אלא סטיות רצונית מן המסלול שמתווים דיני התחלוף ובשקלנו את התחלוף בתור מוסד משפטי עלינו להניח, כי כל הגדרש לשם מימושו לא נמחל בהסכמת הצדדים. סיכומו של דבר: כאשר זכות התחלוף מופעלת, היא מייקרת את מוצר הביטוח.

#### 4. התחלוף כמחלק נזקים בין חברות הביטוח לפי מידת הסלקטיביות בברירת לקוחות

ניתן להעלות נימוק נוסף להצדקת זכות התחלוף. אילו היו חברות ביטוח אחדות משוקות את הפוליסות שלהן לקהל מבוטחים זהיר מן הממוצע וחברות אחרות לקהל מבוטחים זהיר מן הממוצע, היתה זכות התחלוף עשויה לייקר את הפרמיה של המבוטחים הבלתי זהירים ולהוזיל את זו של הזהירים. מאחר שהפרמיה צריכה לשקף את העלות הביטוחית של הסיכון הרלוואנטי, הקצאה מעין זו של נטלי פרמיה נראית רצויה<sup>42</sup>. ביטולה של זכות התחלוף עלול למנוע את מימושו של יעד זה, או לפחות לעשותו קשה יותר להשגה.

אינני יודע באיזו מידה נימוק זה משמעותי מבחינה פראקטית, דהיינו בכמה עולים הנזקים הביטוחיים של חברות ביטוח האחריות עם קהל מבוטחים לא זהיר על הנזקים הביטוחיים של חברות ביטוח האחריות עם קהל זהיר. ודאי שהפרש כלשהו קיים; שאלה אחרת לגמרי היא האם הפרש כזה צריך להיות קיים, כאשר האלטרנטיבה, שטעמה סוציאליזציה של הסיכון, תאסור על חברות הביטוח להיות סלקטיביות בקבלת מבוטחים,

38 חוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, סעיף 29(א).

39 חוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, סעיף 19(ב).

40 ראה במיוחד הדו"ח שהוגש למושל רוקפלר (לעיל, הערה 36). ראה באופן כללי בנושא זה: Ehrenzweig, "Full Aid" Insurance for the Traffic Victim (1954). בנוגע לעלויות המשפטיות הכרוכות בפעולת התחלוף ראה: Lowry, Recoveries in Fire Losses — An Increasingly Attractive Field for Lawyers with Suggestions for Handling Subrogation Claims (1949, A.B.A. Section of Insurance Law Proceedings) 198.

41 מספר דוגמאות מאלפות להסכמי "מכה תחת מכה" כאלה מובאות בנספחים לחוברת: אנגלרד, החברר לפיצוי נפגעים בתאונות דרכים (1972) 57—60.

42 הטעם הכלכלי לכך הוא, שרמת פעילות אופטימלית יכולה להישמר רק אם מבצעי הפעילות נושאים בכל עלויותיה. החצנת העלויות גוררת פעילות יתר בענף המחצין ותתי-פעילות בענף הסופג את ההוצאה.

כך שכל ציבור המבוטחים יישא בנטל כל התאונות. ככלות הכול, הסלקטיביות הקיצונית היתה מושגת ללא ביטוח בכלל, כאשר כל מבוטח נושא בדיוק בעלות התאונות שהוא גרמן. אך אפילו נניח כי מידה כלשהי של סלקטיביות בברירת סיכונים צריכה להיות מותרת לחברות הביטוח, ספק רב אם, כדי לאפשר להן להשיג יעד זה, ראוי לזוטר על השגת היעדים החשובים יותר, שהדרך היחידה למימושם כרוכה בזיתור על תביעת התחלוף.

כדי לשים את השיקול הנדון בפיסקה זו בפרספקטיבה נכונה, כדאי לזכור את הרפורמה שנעשתה זה לא מכבר בענף ביטוח האחריות לנוקי גוף. גם שם נקבע, לאחר שקלא וטריא מרובים, שכאשר שני כלי רכב מעורבים בתאונת דרכים, יישא כל מבוטח בעלות הנזקים שנגרמו לנוסעים בכלי שהוא ביטח, וזאת שלא על בסיס של אשם<sup>43</sup>. בכך נמנעה התדיינות מיותרת בין חברות הביטוח לבין עצמן, ועם זאת נשמט הבסיס להקצאה של תוספות פרמיה למבוטחיה של אותה חברה שנהגיה הם הפחות זהירים.

אחרון אחרון חביב: הפרמיה שקבע איגוד חברות הביטוח בגין ביטוח אחריות לנוקי רכוש היא פרמיה קבועה<sup>44</sup>. בהיותה קבועה אין הצדקה מיוחדת להגן על זכותן של חברות אחרות, שהן סלקטיביות יותר בבחירת מבוטחים, לשמור לעצמן את הרווח המהווה את ההפרש בין פרמיה קבועה זו ובין העלות הנמוכה של ביטוח אותם נהגים זהירים. אילו היו נהגים זהירים אלה נהגים מהגזות מתאימות בפרמיה, היתה הטענה קצת יותר חזקה.

## 5. התחלוף כעיוות דין

זכות התחלוף עלולה לגרום עיוות דין. נניח, לדוגמה, שהמבוטח לא ביטח את מכוניתו במלוא שווייה. ייתכן גם שהסכום הניתן לגבייה מאת חברת הביטוח של המזיק קטן ביחס לנזק שנגרם, אם משום שהניזוק אשם ברשלנות תורמת ואם מפני שלא עלה בידו להוכיח בקלות את רשלנות הנתבע והיה עליו להתפשר על סכום קטן יחסית. אם יותר לחברת ביטוח הרכוש לממש את זכות התחלוף בדין קדימה לזכות השיפוי המלא של המבוטח יהיה הוא (המבוטח) קרבנה האמיתי של זכות התחלוף. כבר ראינו, שאין הדין מעניק למבוטח עדיפות על-פני המבטח כאשר לכל אחד מהם תביעה חלקית כנגד הצד השלישי<sup>45</sup>. ועוד ראינו, שאם שחרר המבוטח את הצד השלישי, בהסכם פשרה ביניהם, ובכך "פגע" בזכות התחלוף של חברת הביטוח, עליו לפצותה על "נזקה"<sup>46</sup>.

43 סעיף 3(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975: "בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, תחול על כל נוהג האחריות לנוקי הגוף של מי שנסע בכלי הרכב שלו".

44 ראה תעריף רכב-רכוש, ספטמבר 1979, בהוצאת איגוד חברות הביטוח בישראל.

45 סעיף 17 לחוק הביטוח העותומני; סעיף 64 לנוסח המעודכן של הצעת החוק.

46 סעיף 64(ג) לנוסח המעודכן של הצעת החוק. הקושי נובע מן העובדה, שאין לדעת בביטחון כיצד היה המשפט מסתיים אילו התנהל עד תומו ומבלי שהמבוטח נאות להתפשר עם המזיק. להלכה אפשר שהתובענה היתה נדחית מכל וכל בשל העדר רשלנותו של הנתבע, או שהסכום שהיה פוסק בית המשפט היה מופחת באופן דראסטי בשל רשלנותו התורמת של התובע. תובע הנמצא במצב של חוסר ודאות לפני שלב פסק הדין, והזקוק למימון מדי לצורך רכישת מכונית חדשה (ולעתים גם לצורך הטבת נזקי גוף), איננו פועל בהכרח בצורה

דין זה אינו מתיישב עם מהותו של הביטוח כהסכם שיפוי. במקום שהגושא בנטל של תביעת התחלוף יהיה המזיק, הנטל מועבר אל הניזוק, אשר נמנעת ממנו זכותו לשיפוי.<sup>47</sup> המבוטח שילם את הפרמיה מתוך ציפייה שהפוליסה תקנה לו זכות לשיפוי על נזקיו במלואם (עד הגבול הנקוב בפוליסה); באה זכות התחלוף של המבוטח וטופחת על פניו. המבוטח מקדים אותנו במירוץ כנגד נכסי המזיק, והמבוטח מוצא עצמו במצב כאילו לא היה מבוטח, או כאילו לא חב לו המזיק דבר, הכל לפי העניין.

גם אם דאג המבוטח לבטח את רכבו במלוא שוריו, עלולה זכות התחלוף לפגוע בציפיותיו לשיפוי מלא. נניח כי התאונה נשוא התביעה הסבה לו, מלבד נזקי הרכוש המבוטחים, גם נזקי גוף. נזקי גוף אלה מכוסים כיום על-ידי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה—1975, שלא על בסיס של אשם. דא עקא, שהפיצוי על נזקי גוף כאמור כפוף להגבלות תקרה, הן בקשר לנזקים הכלכליים<sup>48</sup> והן בנוגע לנזקים כלליים מסוג כאב וסבל.<sup>49</sup> אם הנזק שסבל המבוטח הלכה למעשה עולה על התקרה הסטטוטורית, ניתן לקרב את המבוטח אל יעד השיפוי על-ידי ביטול זכות התחלוף, או לפחות על-ידי מתן דין קדימה לתביעת השיפוי של המבוטח על-פני תביעת התחלוף המתחרה של המבוטח. במצב הקיים, שבו ניתנת עדיפות לזכות התחלוף של המבוטח, נותר המבוטח מרוחק מיעד השיפוי.

אפשר להוסיף במאמר מוסגר, שביטוחו של הניזוק הוא לעולם חלקי במידה מסוימת, שכן אין חברת ביטוח הרכוש מפצה אותו על הנזק הנובע מאבדן ההגנה על העדר תביעות.

#### ד. מסקנות

להלן הממצאים העיקריים שהועלו במאמר זה:

- (א) זכות התחלוף מעוגנת היטב בחקיקה ובפסיקה הישראלית, והיא מוכרת היטב ומופעלת במלואה במרבית שיטות המשפט המערביות.
- (ב) למרות זאת קיימים ספקות רציניים האם יש לה מקום בענף ביטוח הרכב (צד ראשון).
- (ג) זכות התחלוף היתה מיועדת מראשיתה להרתיע מוזיקים מפני התנהגות מוזיקה, ולהשיג את היעד המוסרי של הטלת המעמסה הכספית הנובעת ממעשי הנזיקין שלהם על שכמם. בעידן ביטוח האחריות המטרה הזו מסוכלת, שכן המוזיקים מסוגלים לגלגל את עלות עוולותיהם על חברות ביטוח אחרות.

לא ראציונלית בהסכימו לפשרה, ואין זה נהיר כלל מהו הנזק שהסב במעשהו זה לחברת הביטוח. מכאן, שאין זה צודק לחייב אותו לפצות את חברת הביטוח במלוא ההפרש שבין סכום הנזק ובין הסכום שהתקבל בפשרה.

47 תוצאה זו נמנעת, למשל, על-ידי ניסוחו של סעיף 67(1) לחוק חווי הביטוח הגרמני (לעיל, הערה 26).

48 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה—1975, סעיף 4(א)(1).

49 שם, סעיף 4(א)(2).

- (ד) עלות הביטוח אינה משתנה באופן משמעותי כתוצאה מקיום זכות התחלוף, שכן בהנחה שמספר התאונות נתון ושקיים שיוק המוני של חבילת ביטוח הכוללת ביטוח רכוש (צד ראשון) וביטוח אחריות (צד שלישי), כל מגמת עלייה בעלות ביטוח האחריות מתקזזת בהזולה מקבילה של ביטוח הרכוש.
- (ה) תעשיית ביטוח הרכב אינה חוסכת כסף כתוצאה מקיומה של זכות התחלוף. תקבולי תחלוף נטו מקזזים בדיוק את הוצאות התחלוף נטו, כאשר פעולת ההעברה מלווה בהוצאות עיסקה ניכרות. כתוצאה מקיומן של הוצאות עיסקה אלה חייבת לחול עלייה ניכרת במחיר הפרמיה עבור חבילת הביטוח הכוללת ביטוח רכוש (צד ראשון) וביטוח אחריות (צד שלישי).
- (ו) אמנם, ביטולה של זכות התחלוף עלול לפעול לרעתן של חברות הביטוח המפעילות סלקציה קפדנית בבחירת מבוטחיהן. אך קיים ספק אם סלקציה כזו ראויה לעידוד מיוחד, הן בגין שיקולי סוציאליזציה של הסיכון, והן בשל העובדה שכל חברות ביטוח האחריות גובות פרמיה אחידה בגין שירותיהן. מכל מקום, אין להפריז בערכו של השיקול הזה, אשר פינה את מקומו מפני שיקולים חשובים ממנו גם במגורים אחרים, כגון ביטוח צד שלישי לנזקי גוף.
- (ז) לעתים עלולה זכות התחלוף להחטיא לגמרי את מטרתה, כך שבמקום לקנוס את הצד השלישי שהזיק היא קונסת את המבוטח שניזוק, ומונעת ממנו לקבל שיפוי מלא על נזקיו.

לאורם של ממצאים אלה נקל להגיע אל המסקנה הסופית. המסקנה היא, שכל אימת שנגרמים נזקי רכוש לרכב, כתוצאה מתאונה שהיה מעורב בה רכב אחר, לא תותר הפעלת זכות התחלוף של מבטח הרכוש של הרכב האחד כנגד מבטח האחריות של הרכב השני. זכות התחלוף תמשיך לחול כמקודם בכל המקרים האחרים, כגון כאשר הנהג המזיק לא היה מצויד בביטוח אחריות, או כאשר הנזק נגרם בנסיבות השונות מתאונת דרכים (שריפה, ואנדאליזם וכדומה).

כדי להשיג תוצאה זו יהיה צורך בהתנאה מפורשת בכל הפוליסות, שכן בלעדיה יחול הדין הכללי, המתיר ללא הגבלה את השימוש בזכות התחלוף.