

בבית המשפט העליון

ע"א 78/04

בפני:
 כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק
 כבוד השופטת ע' ארבל
 כבוד השופט י' עדיאל

המערערת והמשיבה שכנגד: המגן חברה לביטוח בע"מ

נ ג ד

המשיבה והמערערת שכנגד: שלום גרשון הובלות בע"מ

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 20.10.03 בת"א 2913/99 [פורסם בנבו], שניתן על ידי כבוד השופטת צ' ברון

תאריך הישיבה: ה' באדר א' תשס"ה (14.2.05)

בשם המערערת
 והמשיבה שכנגד: עו"ד ע' מוקדי

בשם המשיבה
 והמערערת שכנגד: עו"ד מ' קפלנסקי

לפסה"ד במחוזי (20.10.03): תא (ת"א) 2913/99 שלום גרשון הובלות בע"מ נ' המגן בע"מ - חברה לבטוח, צ' ברון

כתבי עת:

עמוס הרמן, "המוציא ממבטחו עליו הראיה", הפרקליט, כרך מה (תש"ס-תשס"א) 243
אוריאל פרוקצ'יה, "תת ביטוח", משפטים, כרך ו (תשל"ה-תשל"ו) 323
דן ביין, "נטל השכנוע וחובת הראיה", משפט וממשל, כרך ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 277

ספרות:

ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד)

מיני-רציו:

- * ביטוח – חבות – קיומה
- * ביטוח – חבות – מקרה הביטוח
- * ביטוח – אחריות – חלותו
- * ביטוח – ראיות – נטל ההוכחה
- * ביטוח – השתתפות עצמית – חיוב בתשלומה
- * ביטוח – תגמולי ביטוח – תביעה
- * ביטוח – תגמולי ביטוח – חישובם
- * ביטוח – ביטוח רכוש – גניבה
- * ביטוח – חבות – ביטוח חסר
- * ביטוח – חברת ביטוח – זכות לשיפוי
- * ראיות – מידת ההוכחה – ביטוח
- * ראיות – נטל ההוכחה – נטל השכנוע
- * ראיות – נטל ההוכחה – נטל הבאת הראיות
- * כספים – ריבית – שיעורה

המשיבה והמערערת בערעור שכנגד (להלן: המבוטחת) היא חברה שהיתה הבעלים של שתי משאיות שעל גביהן היה מותקן מנוף הידרואלי. המערערת והמשיבה בערעור שכנגד, (להלן: חברת הביטוח) ביטחה את המנופים בפוליסה לביטוח צ.מ.ה. לשנת '99. ב-1/99 נעלמו מחצר המבוטחת המשאיות והמנופים. המבוטחת הגישה תלונה במשטרה אך התיק נסגר בעילה של עברייין לא נודע. חברת הביטוח דחתה את תביעת המבוטחת לקבלת תגמולי הביטוח על המנופים בטענה שקיים חשד סביר למעורבות המבוטח בגניבתם. המבוטחת תבעה את חברת הביטוח בבימ"ש המחוזי. על פסה"ד הוגשו הערעורים דנן.

בית-המשפט העליון, (מפי השופטת ארבל ובהסכמת הנשיא (בדימ') ברק והשופט עדיאל), קיבל את ערעור המערערת והמשיבה שכנגד ברובו, דחה את ערעור המשיבה והמערערת שכנגד ברובו, ופסק כי:

נטל השכנוע לענין גרימת מקרה ביטוח בכוונה - תנאי בסיסי לחבותו של מבטח הוא היסוד התאונתי שבמקרה הביטוח. גרימת מקרה הביטוח ע"י המבוטח עומדת בסתירה לכך. האם העובדה שמקרה הביטוח לא נגרם בידי המבוטח במכוון מהווה יסוד מיסודות מקרה הביטוח (יסוד שלילי), ולכן נטל השכנוע להראות זאת מוטל על המבוטח, או שמא מדובר בחריג לפוליסה ולכן על המבטח להוכיח כי המבוטח גרם לכך בכוונה? בימ"ש תמך בגישה לפיה הדין בענין נטל ההוכחה צריך להיות אחיד בכל סוגי הביטוח, ונטל השכנוע לענין היסוד השלילי רובץ על חברת הביטוח. עדיין על המבוטח להוכיח את יסודות עילתו. בענייננו השאלה על מי מוטל היה נטל השכנוע באשר לטענת הגרימה במתכוון מכריעה את גורל שאלת הגרימה במתכוון. בתחילת המשפט, בעה"ד עליו מוטל נטל השכנוע נושא בנטל הבאת הראיות, ובמקרה בו

הביא די והותר ראיות עובר הנטל אל בעה"ד השני. נטל השכנוע לענין הגרימה המכוונת מוטל על חברת הביטוח, ועמו נטל הבאת הראיות, אך לא ניתן לומר כי חברת הביטוח יצאה ידי חובתה בהצבעה על נסיבות כלליות המראות כי מדובר בגניבה בה היה מעורב גורם פנימי. לפיכך המבוטחת עמדה בנטל להוכיח את עילת תביעתה.

גובה הפיצוי - הנוסח המחייב של הפוליסה ביחס לסכום הביטוח ולהשתתפות העצמית הוא זה שנקבע בפוליסה ולא זה שהיה בהצעת הביטוח מטעם המבוטחת. טענת המבוטחת ביחס לסכום הביטוח נדחתה ולו מאחר שהועלתה לראשונה בתצהיר עדות ראשית, לא הוגשה בקשה לתיקון כתבי טענות וחברת הביטוח התנגדה לשינוי חזית.

עקרון השיפוי - תגמולי הביטוח יחושבו לפי ערכם של המנופים עובר לגניבתם, כך שישקפו את ההפסד הממשי שנגרם למבוטחת. לפי עיקרון השיפוי, מטרת תגמולי הביטוח היא להשיב את המבוטח למצבו עובר לקרות מקרה הביטוח, ע"י שיפוי לפי שיעור הנזק הממשי שנגרם לו. החרג לכך הוא מקום בו הסכימו הצדדים מראש על שיעור השיפוי. במקרה דנן לא הוכיחה המבוטחת על דבר שעשוי להצביע על שיעור שיפוי מוסכם.

ביטוח חסר - בשאלה האם בפנינו מקרה של ביטוח חסר יש להשוות בין סכום הביטוח לשווי הנכס המבוטח בשעת כריתת החוזה. במקרה דנן, שווי שני המנופים במועד כריתת החוזה נמוך מסכום הביטוח, לא חל ס' 60 לחוק חוזה הביטוח, ואין הצדקה להפחית את שיעור הפיצוי בשיעור יחסי שהוא כיחס שבין סכום הביטוח לבין שווי הנכס כחדש.

נזק תוצאתי - בימ"ש קבע כי המבוטחת לא הוכיחה את הנזק התוצאתי (נזק עקיף) שנגרם לה בכך שלא המציאה לחברת הביטוח את המסמכים שעמדו ביסוד חו"ד רו"ח באמצעותה ניסתה להוכיח את הנזק התוצאתי. למרות זאת, נפסק לה פיצוי כולל בגינו. ואולם, משנקבע שהנזק התוצאתי לא הוכח, לא היה מקום לקבוע פיצוי בדרך של אומדנה, שכן הסיבה לאי הוכחת הנזק נעוצה במחדל המבוטחת ולא מתקיים קושי אובייקטיבי להוכחתו.

הפחתת דמי ההשתתפות העצמית - בימ"ש קמא לא הפחית מתגמולי הביטוח שקבע את סכום ההשתתפות העצמית הקבוע בפוליסה על אף קביעתו שיש לנכות סכום זה ולמרות חו"ד שמאי שאומצה לצורך קביעת שיעור הנזק.

ריבית - בימ"ש קבע כי הסכום שפסק למשיבה כתגמולי ביטוח יישא ריבית של 11% החל מיום קרות מקרה הביטוח, לאור ההלכה לפיה שיעור הריבית לגבי חיוב במט"ח הוא 11%, כאשר לבימ"ש שיקול דעת לסטות משיעור זה בהתחשב במכלול נסיבות המקרה. ואולם, ביחס להליכים תלויים ועומדים, שהחלו לפני יום תחילת תקנות פסיקת ריבית והצמדה (קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה), התשס"ג-2003, שהתקנות אינן חלות עליהם, תהווה תקנה 4 לתקנות נקודת המוצא לענין שיעור הריבית הראוי על סכום שיש לשלמו במט"ח או במטבע ישראלי הצמוד למט"ח - שיעור ריבית הליבור בתוספת 1 נקודת אחוז. מנקודת מוצא זו יוכל בימ"ש לסטות במקרה בו הצדדים הובאו ראיות לכך. בענייננו, לא הצביעו הצדדים על טעם לסטות משיעור זה.

שכ"ט השמאי מטעם המבוטחת שחוות דעתו לא אומצה ע"י בימ"ש - ככלל המבטח הוא שממנה שמאי מטעמו שיעריך את גובה הנזק. המבוטח אינו כבול לשומה זו והוא רשאי להציג שומה נגדית, שנדחתה.

הכחשת החבות ע"י חברת הביטוח לא חייבה את המבוטחת להציג שומה מטעמה, ולפיכך אין לראות בהוצאות חווה"ד שנדחתה משום הוצאות שנדרשו לשם ניהול ההליך וקבלת התגמולים.

ערעור חברת הביטוח לענין האחריות נדחה, התקבל ערעורה לענין הנזק התוצאתי, ניכוי דמי ההשתתפות העצמית, שיעור הריבית ושכ"ט לשמאי מטעם המבוטחת. הערעור שכנגד של המבוטחת התקבל לענין ביטוח החסר.

פסק - דין

השופטת ע' ארבל:

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל-אביב – יפו (כב' השופטת צ' ברוך) שניתן ביום 20.10.03. במוקדו של הערעור השאלה על מי מוטל הנטל להוכיח כי המבוטח לא גרם במתכוון לקרות מקרה הביטוח.

הרקע העובדתי

1. המשיבה והמערערת בערעור שכנגד (להלן: המבוטחת) הינה חברת הובלות, שהייתה הבעלים של שתי משאיות מסוג וולוו (להלן: המשאיות) שעל גב כל אחת מהן היו מותקן מנוף הידרואלי (להלן: המנופים). המערערת והמשיבה בערעור שכנגד היא חברת ביטוח (להלן: חברת הביטוח) אשר ביטחה את המנופים בפוליסה לביטוח צ.מ.ה (ציוד מכני הנדסי) לתקופה שבין 31.12.99-1.1.99 (להלן: הפוליסה).

2. ביום 6.1.99 לפנות בוקר נעלמו מחצר המבוטחת בהוד השרון המשאיות והמנופים. אחת המשאיות התגלתה ביום לאחר הגניבה בשכם והועברה למשטרת טול כרם כשהיא ניזוקה קשות והמנוף שעליה נעדר, ואילו המשאית השנייה לא נמצאה. המבוטחת הגישה תלונה למשטרת ישראל על גניבת המשאיות והמנופים ובסיום החקירה התיק נסגר בעילה של "ע.ל.ן" (עברייני לא נודע). בגין גניבת המשאיות שילמה למשיבה חברת ביטוח אחרת אשר ביטחה את המשאיות, חברת "מנורה", סך של 319,979 ש"ח. חברת הביטוח דחתה את תביעת המבוטחת לקבלת תגמולי הביטוח על המנופים בטענה ש"...קיים חשד סביר למעורבות המבוטח בגניבת המנופים שבנדון". המבוטחת תבעה את חברת הביטוח בבית המשפט המחוזי.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט דן בשאלה על מי מהצדדים מוטל הנטל לשכנע כי המבוטח לא גרם במתכוון לקרות מקרה הביטוח. בהציגו את שלוש הגישות שהובאו בפסיקת בית המשפט העליון, קבע בית המשפט כי נראית לו גישתו של הנשיא שמגר כפי שבוטאה בע"א [1845/90 סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז\(5\) 661 \(1993\)](#), אשר היא הגישה הרווחת כיום, ולפיה על המבוטח להוכיח רק את התשתית העובדתית הראשונית של האירוע המוגדר (למשל: עצם קרות הפריצה או השריפה) ואז עובר הנטל אל המבטח להראות כי מקרה הביטוח אירע במעשה מכוון של המבוטח. בית המשפט קבע כי המבוטחת הוכיחה שהמשאיות נגנבו משטחה, ואין מחלוקת שהמשטרה חקרה את העניין וסגרה את התיק מסיבה של ע.ל.ן. לדבריו, אין לדרוש מהמבוטחת יותר מכך, והיא אינה צריכה להוכיח שידה לא הייתה במעל.

4. בית המשפט הוסיף כי המבוטחת עמדה בנטל השכנוע ובמאזן ההסתברויות, וזאת ממספר נימוקים שיפורטו בהמשך. לסיכום קבע בית המשפט כי למערערת לא היו מידע וראיות בעלי משקל המעוררים חשד ממשי שמעשה הפריצה בוים ושלמשיבה הייתה בו יד, היא לא הוכיחה כי למשיבה היה מניע לביום המקרה או שהייתה לה הזדמנות לבצע את מקרה הביטוח, ולכן לא עמדה במאזן ההסתברויות.

5. באשר לשיעור הנזק, קיבל בית המשפט את עמדת חברת הביטוח כי הנוסח המחייב של הפוליסה ביחס לסכום הביטוח ולהשתתפות העצמית הוא זה שנקבע בפוליסה שהוצאה 19 ימים לאחר אירוע הגניבה, ולא זה שהיה מצוי בהצעת הביטוח (להלן: הצעת הביטוח) ששלח הבעלים והמנהל של המבוטחת, עופר גרשון (להלן: גרשון), לסוכן הביטוח בסוף דצמבר 1998.

6. בית המשפט קבע כי מאחר והמבוטחת לא הביאה כל ראיה לכך שסכומי הביטוח המרביים שנקבעו בפוליסה נעשו על-פי הערכה עדכנית של הנכס, חל עיקרון השיפוי, ויש לחשב את תגמולי הביטוח לפי ערכם של המנופים עובר לגניבתם, כך שהתגמולים ישקפו את ההפסד הממשי שנגרם למשיבה. לעניין זה העדיף בית המשפט את המומחה מטעם

חברת הביטוח, הן לעניין השיפוי והן לעניין ביטוח החסר. כן פסק בית המשפט פיצויים למשיבה בשל הנזק העקיף שנגרם לה כתוצאה מכך שלא יכלה להשתמש במנופים לייצור הכנסה במשך תשעה חודשים, על אף שלדבריו, המבוטחת לא הוכיחה את הנזק העקיף בכך שלא גילתה והמציאה למערערת מסמכים שהייתה אמורה לגלות ולהמציא לה. לעניין הריבית קבע בית המשפט כי מאחר ומדובר בפוליסה דולרית, לפי ההלכה זכאית המבוטחת לריבית בשיעור של 11%, ואין ביד בית המשפט לסטות משיעור זה לאור מכלול הנסיבות והזמן הרב שמחכה המבוטחת לתגמולי הביטוח. כן פסק בית המשפט לטובת המבוטחת את שכר טרחת המומחה מטעמה בסך של \$6,000.

טענות הצדדים בערעור

ערעור חברת הביטוח

7. חברת הביטוח טוענת כי לפי דעת הרוב בפסיקה, במקרים של גניבה מוטל נטל השכנוע על המבוטח להראות שידו לא הייתה במעל. לדבריה, המבוטחת לא עמדה בנטל זה, לאור העובדות המחשידות הרבות עליהן הצביעה חברת הביטוח, וכן הימנעותה של המבוטחת להעיד עדים חיוניים מטעמה וסירובו של גרשון שהוא או מי מעובדיו יעברו בדיקת פוליגרף. עוד נטען כי בית המשפט לא הפחית מתגמולי הביטוח שקבע את סכום ההשתתפות העצמית הקבוע בפוליסה, על אף קביעתו כי יש לנכות סכום זה ולמרות חוות דעתו של שמאי חברת הביטוח לפיה יש לנכות את סכום ההשתתפות העצמית מהסכום שקבע, חוות דעת אותה אימץ בית המשפט. כן תוקפת חברת הביטוח את הפיצוי שנפסק למשיבה בגין נזק עקיף. לדבריה, המבוטחת לא הוכיחה נזק כזה, בתקופה בגינה נפסק הפיצוי במילא עדיין לא קיבלה את תגמולי הביטוח על המשאיות, וכן בית המשפט לא נתן משקל מספיק לאי-גילוי והמצאת מסמכים של המבוטחת. לבסוף, טוענת חברת הביטוח כי הריבית שפסק בית המשפט קמא מנוגדת לקביעת ההלכה ביחס לריבית על סכום במטבע חוץ, וכן שלא היה מקום לפסוק למשיבה החזר הוצאות בגין שכרו של השמאי מטעמה, מאחר וחוות דעתו נדחתה על-ידי בית המשפט.

8. המבוטחת נסמכת על גישתו של הנשיא שמגר בפרשת סיני, לפיה הנטל לשכנוע כי מקרה הביטוח אירע על-ידי המבוטח רובץ על המבטח. לטענתה, חברת הביטוח לא הביאה

בדל ראייה לכך שהפריצה הייתה מבוזמת ולכך שנסיבותיה מוזרות, נמנעה מלהעיד את החוקר הפרטי מטעמה, ואף עלה מדברי עדיה כי גניבה על-ידי מפתח מותאם אינה מקרה נדיר. כן נסתר המניע הכלכלי שניסתה לייחס למשיבה. לעניין ניכוי דמי ההשתתפות העצמית, טוענת המבוטחת כי הסכום שנפסק כנזק למנופים הוא הסכום אותו ציינה חברת הביטוח עצמה בסיכומיה, וכך היא טוענת כי הנזק העקיף בוסס כדבעי על-ידי המומחה לראיית חשבון מר זהבי. לעניין הריבית, טוענת המבוטחת כי ההלכה הפסוקה בעת קרות מקרה הביטוח קבעה כי הריבית על פוליסה דולרית היא 11%, ואף לפי ההלכה החדשה ניתן לסטות מההסדר שבתקנות המשמש רק כנקודת מוצא, סטייה הראויה במקרה זה נוכח התנהגות חברת הביטוח. לבסוף, לעניין שכר טרחת השמאי, טוענת המבוטחת כי היא נאלצה להוכיח את תביעתה בעזרת מומחה מטעמה בשל סירוב חברת הביטוח לפצותה.

ערעור המבוטחת

9. המבוטחת טוענת, כי בית המשפט שגה בכך שלא ראה בהצעת הביטוח שהגיש גרשון לסוכן הביטוח את התנאים המחייבים של הפוליסה לעניין גובה הכיסוי ושיעור ההשתתפות העצמית, אלא ראה את המסמך הקובע בפוליסה שהוצאה לאחר קרות מקרה הביטוח. המבוטחת ציינה, כי סוכן הביטוח נפטר זמן קצר לאחר הגשת התובענה. כן טוענת המבוטחת כי על-פי תנאי הפוליסה, כאשר מדובר בנזקים טוטאליים (total loss) ישולם הערך הכספי הממשי של הנזק, כך המצב אף לפי הדין, ועל כן זכאית הייתה המבוטחת למלוא תגמולי הביטוח בהתאם לערך בו בוטחו המנופים. לבסוף, בעניין הנזק העקיף טוענת המבוטחת כי כל המסמכים הומצאו לחברת הביטוח במסירה אישית, ועל כן היה על בית המשפט לפסוק את מלוא הנזק הנטען, אשר הוכח על-ידי גרשון וחוות דעת רואה החשבון.

10. באשר להצעת הביטוח, טוענת חברת הביטוח כי מדובר בטענה שלא נטענה בכתב התביעה ובכתב התשובה ועל כן מהווה הרחבת חזית אסורה. עדותו של גרשון באשר לחוזה בעל-פה שכרת עם סוכן הביטוח מהווה עדות בעל-פה מול מסמך בכתב ודינה להיפסל. כן נטען, כי בהנפקת הפוליסה שתנאיה שונים מתנאי ההצעה ניתן לראות קיבול בשינוי המהווה הצעה חדשה, הצעה אליה הסכים גרשון, בהימנעו מלהצביע על השוני בין המסמכים. ביחס לטענת ביטוח החסר, טוענת חברת הביטוח כי תגמולי הביטוח צריכים

להיות מחושבים לפי ערכם של המנופים עובר לגניבתם, וכן כי לפי סעיף 60 [לחוק חוזה הביטוח](#), התשמ"א-1981, אשר אינו מבחין בין אובדן מוחלט לנזק חלקי, יש להחיל את הכלל של ביטוח חסר בכל מקרה בו סכום הביטוח נמוך מערך השוק של הרכוש המבוטח, והפוליסה אינה סוטה מכלל זה. ביחס לנזקים העקיפים, טוענת חברת הביטוח כי המבוטחת אכן הפרה את חובת הגילוי וההמצאה של מסמכים של הנהלת חשבונות שעמדו בבסיס הדו"ח הכספי של רואה החשבון זהבי.

דיון

נטל ההוכחה בביטוח

11. נטל ההוכחה משמש לתאר שני מושגים שונים. הראשון הוא נטל השכנוע, והשני הוא נטל הבאת הראיות. נטל השכנוע מבטא את החובה העיקרית המוטלת על בעל דין להוכיח את טענותיו כלפי יריבו במידת ההוכחה הנדרשת בהליך אזרחי, היינו, מאזן ההסתברויות. נטל זה הוא קבוע בדרך כלל, ואינו עובר בין בעלי הדין במהלך המשפט. נטל הבאת הראיות הוא החובה המשנית והנלווית לנטל השכנוע. ככל שמדובר בצד הנושא בנטל השכנוע, משמעות החובה היא שעליו להביא ראיות מספיקות על מנת לעמוד בנטל, ואילו ביחס ליריבו משמעה שעליו להביא ראיות שישימו את הבסיס מתחת לראיות שהובאו כנגדו. נטל זה הוא דינאמי, ועשוי לעבור מבעל דין אחד למשנהו (לעניין זה ראו: [יעקב קדמי על הראיות \(חלק שלישי, 2003\) 1505-1506 \(קדמי, חלק שלישי\); ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה\(3\) 117, 124 \(2001\)](#))).

12. יודגש, כי לשאלה על מי מהצדדים מוטל נטל השכנוע חשיבות רק מקום בו איש מבעלי הדין לא הביא ראיה או מקום בו בתום הערכת מכלול הראיות קובע בית המשפט כי כפות המאזניים מעוינות, היינו, מקרה של "ספק שקול" או "תיקו ראייתי" (אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון (1979) 188 (להלן: הרנון)). במקרה זה מכריע נטל השכנוע, כך שבית המשפט פוסק נגד הצד שעליו הנטל. לעומת זאת, אם לאחר הערכת מכלול הראיות מגיע בית המשפט למסקנה כי לאחד מבעלי הדין עדיפות ראייתית על משנהו, כך שהוא הצליח לשכנע בצדקת עילתו על-פי מאזן ההסתברויות, אין משמעות לשאלה על מי מוטל נטל השכנוע ([ע"א Aerocon C.C 7905/98 נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה\(4\) 387, 397](#))).

(2001); [ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נז\(5\) 35, 45-46 \(2003\)](#). לפיכך, כפי שיפורט בהמשך, בשני פסקי הדין המנחים בסוגיה זו, בהם סברו כל השופטים כי אחד מבעלי הדין הצליח לשכנע לפי מאזן ההסתברויות, נאמרו הדברים למעלה מן הצורך (ראו: [ע"א 5329/91](#) אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אברהם, [פורסם בנבון]: "גם בענין סיני, כמו בענין וייסנר, סברו כל השופטים שהמבוטח הרים את הנטל שהיה מוטל עליו, ולכן גם המחלוקת בענין סיני לא נצרכה, בסופו של דבר, אלא להלכה").

13. השאלה על מי רובץ נטל השכנוע, נקבעת על-פי הדין המהותי. נטל השכנוע להוכחת טענה מסוימת מוטל על הצד שהטענה מקדמת את עניינו במשפט כאשר הכלל הבסיסי הינו "המוציא מחברו – עליו הראיה" (קדמי, חלק שלישי, בעמ' 1508-1509). על התובע הנטל להוכיח את כל יסודותיה של עילת התביעה, החיובים והשליליים, ואילו על הנתבע הנטל להוכיח את כל רכיביה של טענת ההגנה שהוא מעלה (שם, בעמ' 1512). ככלל, בתחילת המשפט נטל הבאת הראיות רובץ על מי שנושא בנטל השכנוע ([רע"א 1436/90](#) גיורא ארד, חברה לניהול השקעות ושרותים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 105 (1992)). לעניין ביטוח נקבע כי נטל השכנוע להראות כי המקרה שאירע נכנס לתנאי השיפוי שבפוליסה מוטל על התובע-המבוטח, ואילו הנטל להראות כי התקיים אחד מהחריגים לחבות המשחרר את חברת הביטוח מאחריות מוטל על הנתבע-המבטח, במקרה בו עמד המבוטח בנטל המוטל עליו ([ע"א 371/64 כהן נ. חברה לביטוח "קלדוניאן", פ"ד יט\(1\) 77, 81 \(1965\)](#); [ע"א 544/75](#) איגל סטאר אינשורנס קומפני לימיטד נ' טנבוים את ווב חב' לבנין ואבודות צבוריות בע"מ, פ"ד לב(1) 342, 347-349 (1977); [ע"א 224/78 חמישה יוד תכשיטנים בע"מ נ' פיירמנס פאנד אינשורנס קומפני, פ"ד לג\(2\) 90, 92 \(1979\)](#)). דא עקא, ההבחנה בין יסוד מיסודותיו של מקרה הביטוח לבין חריג לחבות היא במקרים רבים הבחנה קשה. "...מה שנראה לאחד כחריג לכלל, עשוי להיראות לאחר ככיסוי מוגבל" (דברי השופט ברק (כתוארו אז) [בע"א 497/85 אשל נ' ריט, פ"ד מב\(1\) 89, 94 \(1988\)](#)). עמד על כך השופט אנגלרד, באומרו:

"הכול מסכימים כי בעוד שההוכחה של יסודות 'מקרה הביטוח' מוטלת על המבוטח, הרי המבטח הוא אשר נושא בנטל להוכיח את ה'חריגים' לכיסוי הביטוחי. דא עקא, ההבחנה בין היסודות של מקרה הביטוח לבין החריגים מעוררת לעתים שאלת פרשנות הקשה לפתרון. מקור ראשי לקושי מצוי בחוכמת המנסחים: אלה מסוגלים לשלב בקלות

חריגים לכיסוי הביטוחי בתוך עצם הגדרת יסודותיו של
מקרה הביטוח" (רע"א 143/98 דיב נ' הסנה - חברה
[ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד נג' \(1\) 450, 452 \(1999\)](#)).

14. זהו על כן מקור המחלוקת בסוגיה שבפנינו, והיא על מי נטל השכנוע לעניין גרימת
מקרה ביטוח בכוונה. כידוע, תנאי בסיסי לחבותו של המבטח הוא היסוד התאונתי
שבמקרה הביטוח. גרימתו של מקרה הביטוח על-ידי המבוטח עומדת בסתירה לכך. זהו
מקרה קיצוני של בעיית "הסיכון המוסרי" (moral hazard) שבביטוח. סעיף 26 ל[חוק חוזה](#)
[הביטוח](#), התשמ"א-1981, קובע אם כן:

נגרם מקרה הביטוח בידי המבוטח או בידי המוטב במתכוון,
פטור המבטח מחבותו.

האם העובדה שמקרה הביטוח לא נגרם בידי המבוטח במכוון מהווה יסוד מיסודות
מקרה הביטוח (יסוד שלילי), ועל כן נטל השכנוע להראות זאת מוטל על המבוטח, או
שלא מדובר בחריג לפוליסה ועל כן על המבטח להוכיח כי המבוטח גרם לכך בכוונה?

שלוש גישות הובעו בפסיקה בעניין זה בשני פסקי דין שניתנו באותו יום: [ע"א](#)
[391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז' \(1\) 837 \(1993\)](#) ו**ע"א 1845/90 סיני**
[נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז' \(5\) 661 \(1993\)](#). להלן נסקור גישות אלו. יצוין, כי
התייחסות לשאלה בה אנו עוסקים הייתה גם בפסיקה מוקדמת יותר, אולם לצורך דיונינו
נתייחס לפרשות אלו כ"קו פרשת המים".

גישת השופט גולדברג: נטל השכנוע לעולם על המבוטח

15. בקצה האחד, ניצבה גישתו של השופט גולדברג בפרשת וייסנר, לפיה הנטל לעולם
יהיה על המבוטח להראות שידו לא הייתה במעל (פרשת וייסנר, בעמ' 867-864). באשר
לנטל הבאת הראיות המוטל על המבוטח, עולה מדברי השופט גולדברג כי מדובר יהיה
בנטל קל למדי, ולא יקשה על מבוטח תמים לעמוד בו. כל שעליו לעשות הוא להעיד
ולספר על העובדות הידועות לו, ולזכות באמון בית המשפט בגרסתו כי מקרה הביטוח לא
נגרם על-ידו במכוון (שם, בעמ' 867-866).

גישת השופטת נתניהו: הבחנה בין מקרי ביטוח שונים לעניין נטל השכנוע

16. לפי גישת השופטת נתניהו בפרשת וייסנר, אליה הצטרפו השופט מלץ בפרשת וייסנר (מבלי לנמק) והשופט אור בפרשת סיני, על המבוטח להוכיח בכל מקרה את "מקרה הביטוח". השאלה מהו מקרה הביטוח נגזרת מטיבו של הביטוח וממהות הסיכון המבוטח (פרשת וייסנר, בעמ' 845). לפי גישה זו, דין שונה יהיה במקרה ביטוח גניבה או בביטוח "סיכוני הים" (perils of the sea), אז נטל השכנוע יהיה על המבוטח, לבין מקרה ביטוח אש או מקרה ביטוח של אובדן או נזק לפי פוליסת "כל הסיכונים", אז יהיה נטל השכנוע על המבטח. ביטוח גניבה הוא ביטוח של סיכון שאינו מתיישב עם גרימה מכוונת על-ידי הבעלים. באין הגדרה אחרת בפוליסה, יש לתת למונחים את מובנם המקובל, לפיו אדם אינו גונב מעצמו. הגדרה זו תואמת, לדברי השופטת נתניהו, את הגדרת גניבה [בחוק העונשין](#), לפיה אחד מיסודות הגניבה הינו שהמעשה נעשה "בלי הסכמת הבעל" (סעיף 383(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977), וכן את הגדרת שוד ופריצה, אשר גניבה היא אחת מיסודותיהן (סעיפים 402 ו-407 לחוק העונשין, בהתאמה). על כן, אם לא הצליח המבוטח להוכיח כי היעלמות הנכס לא הייתה תולדה של מעשה מכוון שלו, לא הצליח להראות כי אירעה גניבה, ובכך לא עמד בנטל להוכיח את מקרה הביטוח לו טען. כך גם קבעה השופטת נתניהו לעניין סיכוני הים, אשר על-פי הגדרתם אינם מתיישבים עם מעשה מתוכנן ומכוון בידי אדם. במקרים אלו, שלילת מעשה מכוון מצד המבוטח מהווה מרכיב של מקרה הביטוח, ולא חריג לאחריות המבטח.

17. לא כן בביטוח אש, אז הגורם לסיכון הוא סתמי. אש יכולה לפרוץ בדרכים שונות: באופן טבעי, ברשלנות אדם ובאופן מכוון. על כן, בהיעדר הוראה אחרת בפוליסה, די למבוטח בכך שיוכיח שהרכוש המבוטח כולה על-ידי אש, והנטל אינו עליו לשלול שהאש נגרמה במתכוון על ידו או בקנוניה עמו (שם, בעמ' 852). בדומה, בביטוח מסוג "כל הסיכונים", מקרה הביטוח הוא עצם האובדן או הנזק, מכל סיבה שהיא. מספיק שהמבוטח יראה כי נגרמו אובדן או נזק, והנטל להוכיח כי האובדן או הנזק נגרמו במכוון הוא על המבטח (שם, בעמ' 851-852). לפי גישת השופטת נתניהו, שאלת הנטל מושפעת גם מאופן ניסוח כתב התביעה על-ידי המבוטח. גם כאשר עסקינן בפוליסת "כל הסיכונים", אם בחר המבוטח לטעון לגניבה, נטל השכנוע לעניין שלילת גרימה מכוונת יהיה עליו,

מאחר ועל התובע להוכיח את עילת התביעה כפי שהגדירה בכתבי הטענות (שם, בעמ' 846, 851-850).

18. באשר לנטל הבאת הראיות, הביעה השופטת נתניהו דעתה כי כאשר נטל השכנוע רובץ על המבוטח (למשל בביטוח גניבה), לא יתקשה מבוטח תמים בדרך כלל להרימו. במקרה של פריצה, למשל, די יהיה שהמבוטח יוכיח את העובדות המצביעות על פריצה וישלול בעדותו כי ידו הייתה בגרימתן, כדי שחובת הבאת הראיות תעבור למבטחת. זו תתקשה בדרך כלל להוכיח אחרת, אך אם תצליח להעלות עובדות מחשידות, יהיה על המבוטח להתמודד איתן, ואם יישאר ספק תזכה המבטחת (פרשת וייסנר, בעמ' 851). במקרים בהם, לשיטתה של השופטת נתניהו, רובץ נטל השכנוע על המבטחת (למשל בביטוח אש), מאחר והעובדות הן בידיעת המבוטח, כמות ההוכחה לא תהיה מחמירה. מספיק שהמבטחת תוכיח כי האש נגרמה בהצתה, ביחד עם מניע והזדמנות שהיו למבוטח, כדי לעמוד בחובת הבאת הראיות ולהעבירה למבוטח (שם, בעמ' 855).

19. השופט אור בפרשת סיני הסכים עם גישה זו. לדבריו, על המבוטח להוכיח בתביעתו כנגד המבטחת את מקרה הביטוח אשר לפי תנאי הפוליסה מקנה לו עילה לקבלת תגמולי הביטוח. במקרה של ביטוח נגד גניבה, על המבוטח להוכיח שלא הוא או אחר מטעמו גרם לנזק או הסכים לו (שם, בעמ' 687-686). השופט אור לא התייחס להשפעתו של ניסוח כתב התביעה על נטל ההוכחה, אלא רק למקרה הביטוח כפי שהוא מוגדר בפוליסה.

גישת הנשיא שמגר: נטל השכנוע לעולם על המבטח

20. כמו השופט גולדברג, גם הנשיא שמגר בפרשת סיני הביע דעתו כי הגישה לעניין נטל ההוכחה צריכה להיות אחידה במקרי הביטוח השונים. לדבריו, מקרה הביטוח מורכב מאירוע מוגדר (גניבה, שריפה וכדומה) ומהיעדר חריגים לפוליסה. די למבוטח להוכיח את הנדבך הראשון – התרחשות האירוע המוגדר, ועל המבטח הנטל להוכיח את קיומו של החריג. לפי סעיף 26 [לחוק תוזה הביטוח](#), הטענה שהמבוטח פעל במתכוון מהווה חריג לכל פוליסה. לעניין החריג, אין זה משנה מהו אופיו של האירוע המוגדר – פריצה או שריפה (פרשת סיני, בעמ' 677-676). לפיכך, לפי גישה זו על המבוטח להוכיח את

התרחשותו של האירוע המוגדר. לדברי הנשיא שמגר, המבוטח אינו יוצא ידי חובתו בהעלאת טענה סתמית כי אירעה פריצה או כי בוצע שוד – עליו להציג נתונים עובדתיים המבססים את טענתו. כאשר מדובר על נזק שאירע כתוצאה ממעשה עבירה, מקובלת בדרך כלל הצגת מסמך משטרתי (שם, בעמ' 676, 680-679), או סימנים בשטח המצביעים לדעת המשטרה על פריצה (שם, בעמ' 683). אולם, לפי גישת הנשיא שמגר, בכל המקרים, יצא המבוטח ידי חובתו בהוכחת התרחשות האירוע המוגדר, והוא אינו נושא בנטל להוכיח שידו לא הייתה במעל (שם, בעמ' 680, 683).

סיכום ההלכה

21. אסכם את הגישות בעניין זה. לפי הגישה הראשונה, היא גישת השופטים נתניהו, אור ומלך, נטל השכנוע של הוכחת היסוד השלילי (שמקרה הביטוח לא אירע בכוונה) תלויה בסוג הסיכון המבוטח ובאופן ניסוח כתבי הטענות. בביטוח גניבה וסיכוני הים, נטל השכנוע לעניין היסוד השלילי רובץ על המבוטח. בביטוח נזקי אש, רובץ נטל השכנוע לעניין היסוד השלילי על חברת הביטוח. כך גם בביטוח "כל הסיכונים", אלא אם המבוטח טוען בכתב התביעה כי הרכוש נגנב ממנו. גישה זו כונתה על-ידי ד"ר שוורץ "הגישה הפורמליסטית" (דודי שוורץ "דיני ביטוח – תהליכים ומגמות" ספר השנה של המשפט בישראל 31, 71 (1996) (להלן: שוורץ)). לפי הגישה השנייה, גישת הנשיא שמגר, הדין בעניין נטל ההוכחה צריך להיות אחיד בכל סוגי הביטוח, ונטל השכנוע לעניין היסוד השלילי רובץ על חברת הביטוח. גישה זו כונתה על-ידי ד"ר שוורץ "גישה מהותית-צרכנית" (שם, בעמ' 74). הגישה השלישית, אותה הביע השופט גולדברג, דוגלת אף היא בדין אחיד לכל סוגי הביטוח, אולם לפיה נטל השכנוע לעניין היסוד השלילי לעולם יהיה על המבוטח.

22. היו שראו בנאמר בפרשות וייסנר וסיני בגדר דברים שנצרכו להלכה בלבד, מאחר שבכל אחת מהפרשות היו השופטים תמימי דעים לעניין התוצאה (ראו דברי השופט טל בע"א 5329/91 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אברהם, [פורסם בנבו]; עמוס הרמן "המוציא ממבטחו עליו הראיה" – על נטל ההוכחה בתביעה לתגמולי ביטוח" הפרקליט מה 243, 247, 249 (2001) (להלן: הרמן)). תימוכין לגישה זו ניתן למצוא בדברי השופטים עצמם בפרשות האמורות. השופט אור בפרשת סיני ציין כי "הואיל ומסכים אני לתוצאה שאליה

הגיע חברי, הנשיא, ייאמרו הדברים שלהלן מעבר לנדרש" (שס, בעמ' 686). השופט גולדברג ציין בפרשת וייסנר כי "...דרך חלוקת נטלי ההוכחה בביטוח אש איננה צריכה הכרעה במקרה זה, כששאלה זו מתעוררת רק במקרה בו כפות המאזניים נותרות מעוינות בתום פרשת הראיות" (פרשת וייסנר, בעמ' 864). אחרים סברו כי ההלכה המחייבת היא כדעת הרוב, היינו, גישת ההבחנה בין מקרי הביטוח (ראו: דברי הנשיא שמגר ברע"א [3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח\(4\) 70, 87 \(1994\)](#); שוורץ, בעמ' 31, 71-72). מכל מקום, עולה מהדברים כי בית המשפט קמא לא תיאר את הדין הנוהג כדבעי, בקובעו כי לפי הגישה הרווחת כיום ההלכה הקובעת היא זו של הנשיא שמגר. כאשר המבוטח מבסס את תביעתו בעילה של פריצה, כמו בעניינו, לפי דעת רוב השופטים בפרשות וייסנר וסיני נטל השכנוע רובץ על המבוטח. בין כך ובין כך, בעניינו, כפי שאראה בהמשך, השאלה על מי רובץ נטל השכנוע היא בעלת חשיבות מכרעת לעניין גורלו של הערעור.

23. נשמעה הטענה כי משמעותה המעשית של המחלוקת בין השופטים בפרשות וייסנר וסיני מוגבלת, מאחר וגם לפי השופטים שסברו כי על המבוטח להוכיח שלא גרם למקרה הביטוח במתכוון, כמות הראיות שיהיה עליו להביא לצורך עמידה בנטל השכנוע מופחתת, ולגישתם מבוטח תמים לא יתקשה לעמוד בנטל זה (ראו: שחר ולר [חוק חחה הביטוח](#), תשמ"א-1981 כרך ראשון 582 (2005), להלן: ולר). לדעתי, לקביעה על מי יוטל נטל השכנוע לעניין הגרימה המכוונת למקרה הביטוח עשויות להיות השלכות משמעותיות. ראשית, במקרה של ספק שקול ביחס לגרימה המכוונת, כאשר השופט אינו יכול להכריע איזו מהגרסאות מסתברת יותר, יפסיד הצד שעליו נטל השכנוע (ראו דוגמא למקרה כזה בקנדה: פרשת *Coates*, אשר תידון להלן). שנית, נטל הבאת הראיות רובץ בתחילת המשפט על הצד שנושא בנטל השכנוע. על כן, השאלה מי נושא בנטל השכנוע תשפיע במידה רבה על הדרך בה יתנהל המשפט, ועל הראיות שיביא כל אחד מהצדדים לביסוס טענותיו. שלישית, כפי שיפורט בהמשך, נטל השכנוע משליך על הכלל לפיו אם צד לא הזמין עד שחיוני לביסוס טענתו, ניתן להסיק מכך מסקנה ראייתית כנגדו. רביעית, נטל השכנוע משפיע על התנהגות הצדדים מחוץ לכתלי בית המשפט. הוא עשוי להשפיע על החלטת חברת הביטוח האם להעניק למבוטח תגמולים אם לאו ועל החלטתו של המבוטח אם להתפשר עם חברת הביטוח או שמא להגיש תביעה בבית המשפט על מלוא הנזק.

כאמור, בשונה מפרשות וייסנר וסיני, במקרה דנן שומה עליי להידרש לשאלת נטל השכנוע. אולם בטרם אעשה זאת, נבחן את המצב המשפטי בסוגיה זו במשפט המשווה.

משפט משווה

24. בארצות הברית הנטל להוכיח "הגנה חיובית" (affirmative defense) רובץ תמיד על חברת הביטוח (43 Am Jur 2d Insurance § 1954, 1960), כאשר טענה של מצג שווא מהותי (material misrepresentation) נחשבת לטענה של "הגנה חיובית" (שם, סעיף 1960). במונח "הגנה חיובית", הכוונה לטענה משפטית נפרדת ועצמאית מעילת התביעה, אשר אם תוכח, תביא לדחיית התביעה, גם אם התובע יוכיח כי התקיימו יסודות עילתו (ראו למשל ההגדרה ב-http://www.law.cornell.edu/lexicon/affirmative_defense.htm). לעניין ביטוח אש, נקבע כי טענה כי המבוטח הצית את הרכוש המבוטח בעצמו מהווה "הגנה חיובית", והנטל להוכיחה הוא על חברת הביטוח (Miele v. Boston Ins. Co., 288 F.2d 178, 180 (8th Cir. 1961); Rabon v. Great ; Mathis v. Allstate Ins. Co., 1992 U.S. App. LEXIS 7130 ; Cir.1961) Kabob House v. Houston ; Southwest Fire Ins. Co., 818 F.2d 306, 307 (4th Cir.1987) Sperrazza v. Cambridge Mut. ; Gen. Ins. Co., 17 F. Supp. 2d 1090, 1092 (D. N.D. 1997) Bufkin v. Texas ; Fire Ins. Co., 313 Pa.Super. 60, 459 A.2d 409, 410 (Sup.Ct.1983) Pacific Ins. Co. of ; Farm Bureau Mut. Ins. Co., 658 S.W.2d 317, 320 (Tx.Ct.App.1983) Quast v. Prudential Property & Cas. Co., ; N.Y. v. Frank, 452 P.2d 794, 796 (Okl.1969) (Minn.1978) 267 N.W. 2d 493, 495). במקרה של גניבה, נפסק במספר פסקי דין כי על המבוטח מוטל הנטל לשכנע כי הרכוש נגנב. אם הצליח להראות כי הרכוש נגנב, וחברת הביטוח טוענת להגנתה שהמבוטח ביים את הגניבה, הנטל להוכחת טענה זו מוטל על חברת הביטוח (ראו: Kandralyan vs. Royal Insurance Company, 1992 Mass. App. Div. ; McGinnis v. Aetna Life & Casualty Co., 398 Mass. 37, 38, 494 N.E.2d ; 255, 256 (1992) Mohammed Elkour & ZMC-3, Inc. v. Nationwide Mut. Ins. Co., 1997 ; 1322 (1986) Persian (Mich. App. LEXIS 1749, 2, 3 (Mich. Ct. App. 1997)). כך, למשל, בעניין Galleries, Inc. v. Transcontinental Ins. Co., 38 F.3d 253 (6th Cir. 1994), המבוטח ביטח את חנותו בפוליסת "כל הסיכונים". הוא טען כי נשדרו שטיחים מחנותו. חברת הביטוח טענה כי לא אירע שוד. בית המשפט הפדראלי לערעורים קבע כי נטל השכנוע לעניין היסוד השלילי רובץ על חברת הביטוח. לאחר שהמבוטח הוכיח את הסימנים החיצוניים של

השוד, הנטל על חברת הביטוח להוכיח כי מדובר בתרמית, והמבוטח אינו צריך להוכיח כי אדם שאינו ידוע לו גנב את השטיחים או שהוא לא נטל חלק בביצוע השוד:

"Precedent dictates that under an "all risks" policy like the one at issue here, a plaintiff need only prove that a fortuitous event caused the loss, which in this case it characterized as a theft by burglary, a conclusion that was obvious from the physical evidence at the scene of the crime...Plaintiff is not required to prove that the theft was perpetrated by persons unknown to the parties to the contract as implied by the defendant's proffered jury instruction. The defendant's requested instruction would have compelled plaintiff to prove the facts and circumstances of the theft and by implication that it, the plaintiff, was not a party to the theft nor fraudulently caused it to occur. Because the burden to prove fraud, an affirmative defense, rests upon the defendant, the defendant's proposed jury instruction would have improperly shifted its burden to the plaintiff by requiring the plaintiff to prove loss by a theft to which it was not a party" (*Ibid.*, at p. 257).

25. בקנדה אין אחידות בין מחוזות השיפוט. ב-Ontario נקבעה ההלכה בעניין *Shakur* .
 26. *Pilot Insurance Co.*, [1990] O.J. No. 1613, 74 O.R. (2d) 673. בית המשפט אימץ את
 הלכת *Bossom* האנגלית, וקבע שנטל השכנוע במקרים בהם המבוטח תובע תגמולים
 בטענת גניבה לעניין העובדה שהמבוטח לא גרם למקרה הביטוח בכוונה הוא על המבוטח,
 שצריך להוכיח את כל יסודות עילת התביעה שלו, כולל העובדה שאדם זר גנב את הנכס
 ; וראו גם: *El-Ash v. Traders General Insurance Co.* 107 A.C.W.S. (3d) 663 (2001)
 ; *Zhaloba v. Lumbermens Mutual Casualty Co.* 114 A.C.W.S. (3d) 135 (2002). בפסק דין
 מאוחר יותר הצביעה ערכאה נמוכה על הקשיים שבהבחנה זו בין ביטוח אש לבין ביטוח
 גניבה, אולם ראתה עצמה כבולה על-ידי הלכת *Shakur* (*Coates v. Allstate insurance*)
 British Columbia, para. 58 (2002), 111 A.C.W.S. (3d) 815. ב-
Bevacqua v. Insurance Corp. of British Columbia, [1999] B.C.J. No. 2178, 68 B.C.L.R. (3d) 262
 בעניין, קבע בית המשפט כי במקרים של נזקי אש, בתי המשפט היו עקביים וקבעו כי הנטל
 הוא על המבטח להוכיח מרמה, לעומת זאת, ביחס לנזקי ואנדליזם וגניבה, אין אחידות בין
 בתי המשפט באשר לשאלה על מי רובץ הנטל. בית המשפט הסיק כי בחלק מפסקי הדין

עולה ההבחנה בין אובדן המצריך התערבות אנושית (כמו גניבה וואנדליזם), בו יהיה הנטל על המבוטח להוכיח שלא היה מעורב בקרות מקרה הביטוח, לעומת אובדן שאינו מצריך התערבות אנושית (כמו נזקי אש), בו הנטל על המבטח להוכיח שהמבוטח הצית את האש בעצמו. בית המשפט ציין כי אין היגיון להבחנה זו. לפי דיני הביטוח, אדם אינו יכול לבטח את רכושו כנגד פעולה מכוונת שלו, וכלל זה נכון הן בביטוח גניבה והן בביטוח אש. לאור האופי המעין פלילי של טענת חברת הביטוח שידו של המבוטח הייתה במעל וכן לאור הציפייה הסבירה של המבוטח, קבע בית המשפט כי בכל סוגי הביטוח על המבוטח להוכיח שהנזק שנגרם לו הוא נזק "מכוסה", והנטל על המבטח להוכיח שהמבוטח גרם לקרות מקרה הביטוח בהתנהגות מכוונת (Swales v. I.C.B.C., פס' 44-45, וראו גם: 14 C.C.L.I. (3d) 230 (1999)). בפסק דין מאוחר יותר בערכאה נמוכה צוין כי על מנת לעמוד בנטל השכנוע לעניין קרות מקרה הביטוח לעניין גניבת רכב, די שהמבוטח יעיד בשבועה כי רכבו נלקח ממנו ללא הסכמתו (Kolesnykov v. Insurance Corp. of British Columbia (2004) B.C.J. No. 202 (B.C.S.C.)). ב-Alberta אין הלכה ברורה בעניין, ובאחד מהמקרים, לאחר שסקר את הפסיקה בעניין, השאיר זאת בית המשפט בצריך עיון (Al-Asadi v. Alberta Motor Assn. Insurance [2003] A.J. No. 405).

26. בגרמניה סעיף 61 ל-*Versicherungsvertragsgesetz* פוטר את המבטח מאחריות במקרה בו המבוטח גרם לקרות מקרה הביטוח במעשה מכוון או על-ידי רשלנות חמורה. נפסק כי במקרה של פריצה, על המבוטח להוכיח כי הייתה פריצה, על-ידי הצבעה על סימני פריצה (BGH VersR 1996, 187). אולם, אם חברת הביטוח טוענת כי המבוטח היה מעורב בפריצה, הנטל עליה להוכיח זאת (BGHZ 65, 118, 121).

27. בשבדיה הדין בביטוח ימי הינו, שאם המבוטח תובע את חברת הביטוח בשל טביעה של האוניה המבוטחת, והוא הצליח להראות כי האוניה שקעה או שהיא נעלמה מבלי להותיר סימן, הוא עמד בנטל השכנוע, והנטל להוכיח כי האונייה הוטבעה על-ידי המבוטח בכוונה רובץ על חברת הביטוח (Hugo Tiberg, Fraud and sinking ships in marine insurance (2005), available at www.juridicum.su.se/transport/Main/eframep.htm).

הגישה הרצויה

28. אפתח בכך, שמבין שלוש הגישות שהובעו בפרשות וויסנר וסיני, תומכת אני בגישתו של הנשיא שמגר. זו הגישה שנתמכה גם בספרות המשפטית בארץ (ראו: ולר, בעמ' 582-583; ירון אליאס דיני ביטוח כרך א 468 (2002); הרמן, בעמ' 243, 266). כפי שהראיתי, זו הגישה המקובלת בארצות הברית, בגרמניה ובחלק ממחוזות השיפוט בקנדה.

29. ראשית, אציין כי אינני סבורה כגישת הרוב בפרשות וויסנר וסיני, לפיה נטל השכנוע משתנה בין מקרי הביטוח השונים. כפי שצינו השופט גולדברג והנשיא שמגר, הפטור מחבות למבטח במקרה בו המבוטח גרם למקרה הביטוח במתכוון קבוע בהוראתו הקוגנטית של סעיף 26, וחל על כל סוגי הביטוח. תנאי הכרחי בכל מקרה ביטוח הוא האופי התאונתי של המקרה. נטל ההוכחה, כאמור, לעולם נגזר על-פי הדין המהותי. משמעות הדבר, כאשר מדובר במקרה ביטוח הנגרם בכוונה, שיש לקבוע מי יישא בנטל השכנוע על בסיס שיקולי מדיניות מתחום דיני החוזים ודיני הביטוח, ולא לאור הגדרת המונח "גניבה" [בחוק העונשין](#). פרשנות תכליתית תביא אותנו למסקנה כי במסגרת דיני הביטוח, הן גניבה והן שריפה אינן מתיישבות באותה מידה עם אירוע מכוון. בשני המקרים משגרם המבוטח במכוון לאירוע הביטוחי נעדר מן האירוע אופיו התאונתי, ועל כן אין חשיבות לכך שאדם אינו יכול לגנוב מעצמו מבחינה לשונית, אולם כן יכול לשרוף את רכושו. כמו כן, מבחינת שיקולי מדיניות, אין הצדקה שלמבוטח הטוען שרכושו נשרף יהיה נטל הוכחה מופחת לעומת מבוטח הטוען שרכושו נגנב. ביחס לשניהם יש הצדקות דומות לדרוש הוכחה שידם לא הייתה במעל, או להימנע מלדרוש זאת. גם מבחינת השוויון בין המבוטחים השונים, אין הצדקה להטיל נטל הוכחה מוגבר על מבוטח שרכושו נגנב לעומת מבוטח שרכושו נשרף.

30. אין להתעלם גם מכך שכלל המטיל את נטל השכנוע באופן שונה לפי סוג הביטוח מכניס אלמנט של אי ודאות לתוך דיני הביטוח. סביר להניח כי אי הוודאות פוגעת בעיקר במבוטחים שאינם יודעים מה עליהם להוכיח באיזה מקרה (השוו: הרמן, בעמ' 267). עניין זה עומד בסתירה למהותו של [חוק חוזה הביטוח](#), אשר הינו חוק צרכני מובהק, ומטרתו העיקרית היא להגן על המבוטח מפני יתרונו הכלכלי והמקצועי הגדול של המבטח ([ע"א 1809/95 הלמן נ' לה נסיונאל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ\(3\) 77, 82 \(1996\); ע"א](#)

1530/02 [מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' יובלים אגודה שיתופית, פ"ד נח](#) (6) 822, 834 ((2004)).

31. הגישה המבחינה לעניין נטל השכנוע בין סוגי הביטוח עשויה להביא לתוצאות מוזרות. במקרה בו הפוליסה מכסה את המבוטח כנגד שורה של סיכונים, לפי גישה זו באותה הפוליסה יידרש המבוטח להוכיח נזקים באופנים שונים. ד"ר הרמן שאל האם כאשר נעלמו פריטים מדירה לאחר רעידת אדמה, הסיבה הקרובה תהיה רעידת האדמה, ואז יהיה על המבוטח להוכיח את עצם קרות רעידת האדמה, או שמא הסיבה הקרובה תהיה גניבה, ואז יהיה על המבוטח להוכיח גם שידו לא הייתה במעל? (הרמן, בעמ' 266-267). על תוצאה מוזרה אפשרית עמד בית המשפט בקנדה בעניין *Coates* הנ"ל. בית המשפט הביא דוגמא, הלקוחה מפסק דין קנדי. המבוטח טען כי מכוניתו נגנבה מהמקום בו החנה אותה. המכוננית נמצאה שרופה לחלוטין. טענת חברת הביטוח הייתה שהמכוננית לא נגנבה, אלא המבוטח עצמו הביא אותה למקום בו נמצאה והציתה. בית המשפט באותו מקרה פסק כי הנטל הוא על המבוטח להראות שהמכוננית נגנבה, אולם הנטל על חברת הביטוח להראות שהמבוטח הצית את המכוננית. נניח שבית המשפט היה קובע שהמבוטח לא עמד בנטל להוכיח שהמכוננית נגנבה, ושהמבטח לא עמד בנטל להוכיח שהמכוננית הצית את המכוננית בעצמו. במקרה כזה, אם המבוטח היה טוען שמכוניתו נגנבה, נלקחה למקום בו נמצאה והוצתה, הוא לא היה מצליח בתביעתו, מאחר והוא לא שכנע כי המכוננית נגנבה בשלב הראשון. לעומת זאת, אם המבוטח היה טוען כי המכוננית הוצתה במקום בו החנה אותה, הוא היה זוכה בתביעתו, כי חברת הביטוח לא עמדה בנטל להוכיח כי המבוטח הצית את המכוננית בעצמו. כדברי בית המשפט, "There is very little logic in that result".

32. כאמור, בהינתן הצורך לקבוע דין אחיד בעניין נטל השכנוע, יש לאמץ לטעמי את הגישה אותה ביטא הנשיא שמגר בפסק דינו בפרשת סיני. הטעמים לכך הם בעיקרם הטעמים שהובאו בפסק דינו, ואפרטם להלן. שני הטעמים החשובים ביותר לשיטתי הם אלו הקשורים לחזקת החפות. חזקת החפות קיימת בדין הפלילי, והיא נובעת לא רק מכוחה העדיף של המדינה, אלא גם מההנחה המבוססת על ניסיון החיים שרוב האנשים שומרי חוק ואינם מבצעים עבירות (ראו: דן [ביין "נטל השכנוע וחובת הראיה"](#) בדיני המסים" משפט וממשל ג 277, 289 (1995) (להלן: ביין); ש"ז [פלר יסודות בדיני עונשין](#) כרך ב 364 (1987)). הנחה זו תקפה גם במישור האזרחי. ניתן להניח כי רוב המבוטחים הם שומרי

חוק, ואינם מעורבים במרמות ביטוח. לפיכך, יש טעם לפגם בעיניי שבכל מקרה בו מבוטח פונה למבטח ודורש את התגמולים עם קרות מקרה הביטוח, ירחף מעל ראשו צל של חשד כי הוא עצמו ביים שוד או הצית את רכושו שלו. משמעות הדבר היא כי די יהא בטענתה הסתמית של חברת הביטוח כי יד המבוטח הייתה במעל, על מנת להביא לכך שאנשים תמימים ללא עבר פלילי, שאינם קשורים למעגל העברייני, יאלצו לעלות לדוכן העדים ולשכנע את בית המשפט שייתן בהם את אמונו. חברת הביטוח לא תצטרך להביא ראיה כלשהי על מנת להוכיח את טענתה, והמבוטח יהיה חשוף לשאלות כגון היכן היה בעת המקרה והאם יש מישהו שראהו, ויהיה עליו לשלול או להפריך חשדות המרחפים כצל מעליו. סבורה אני כי חזקת החפות משמעה שהמבוטח אינו צריך לשלול מראש את מעורבותו במעשים פליליים בכל מקרה בו הוא דורש את תגמולי הביטוח, רק בשל טענתה הסתמית של חברת הביטוח כי ידו הייתה במעל. ערה אני לכך שגם כאשר המבוטח נדרש להוכיח רק את האירוע המוגדר, הוא עלול להידרש להוכיח כי לא עשה מעשים בעלי אופי פלילי, למשל להראות כי לא הוציא את הרכוש מהבית לפני שנשרף. כאשר מדובר בהוכחת האירוע המוגדר עצמו, זוהי תוצאה בלתי נמנעת של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", לפיו על התובע רובץ נטל השכנוע ביחס לעילת תביעתו. עם זאת, מרגע שהוכיח המבוטח כי התרחש האירוע המוגדר, אין להדביק לו תווית של עברייני, ואם חברת הביטוח מעוניינת להוכיח היפוכו של דבר, שתתכבד ותביא ראיות לכך.

33. במסגרת טעם זה לא למותר להזכיר כי עסקינן בטענה של חברת הביטוח המאשימה את המבוטח בביצוע עבירה פלילית (קבלת דבר במרמה, עבירה לפי סעיף 415 [חוק העונשין](#), תשל"ז-1977). באשר להוכחת עבירה פלילית בהליך אזרחי, קיימות מדינות שבהן דורשים רף הוכחה גבוה יותר ממאזן ההסתברויות. על אף שגישה זו נדחתה אצלנו, נפסק כי מידת ההוכחה תהא מוגברת ומושפעת ממהותו של הנושא וממידת החומרה של טענותיו, היינו, כמות הראיות שתידרש על מנת לעמוד בנטל השכנוע תהא גדולה יותר (ראו דעת הרוב בע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, 606-607 (1986); ע"א 678/86 חניפס נ' "סהר" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מג(4) 177, 184 (1989)). עניין זה נובע מכך שבקביעה שאדם ביצע פעולות המהוות עבירה פלילית, הגם אם היא נעשית במסגרת הליך אזרחי, יש השלכות החורגות מהמשמעות הכלכלית של ההפסד במשפט – לקביעה כזו עשויה להתלוות סטיגמה, אשר גם אם אינה חמורה כסטיגמה המתלווה להרשעה בהליך פלילי, עלולות להיות לה השלכות על מי שהקביעות

Mike Redmayne "Standards of Proof in Civil Litigation" (והשוו: (1999) 167, 193 (2) 62 MLR). כך, למשל, כתוצאה מקביעת בית המשפט שהמבוטח ביצע מעשה מרמה, עלולים להיפגע קשריו העסקיים של המבוטח עם ספקים, והוא עשוי להיתקל בקושי בבואו לבטח את רכושו מחדש. עניין זה אף הוא מהווה שיקול בחלוקת הנטלים בין המבטח למבוטח. (וראו דברי בית המשפט לערעורים ב-British Columbia בקנדה בעניין *Bevacqua* הנ"ל, בקובעו כי נטל השכנוע תמיד על המבטח: "It must be remembered that allegations of fraud against an insured are quasi-criminal in nature, and if proven could affect the insured's life well beyond the outcome of his insurance claim" (פס' 44)).

34. מחזקת החפות נובע טעם נוסף להטלת נטל השכנוע על חברת הביטוח. אחד מהטעמים להטלת נטל השכנוע על צד זה או אחר נובע מהרצון לצמצם בטווח הארוך את כמות הטעויות השיפוטיות בתנאי אי וודאות. על כן, על הטוען למצב הדברים המסתבר פחות והבלתי רגיל רובץ נטל השכנוע, ובמקרה של ספק, תידחה טענתו (ראו: [ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט\(4\) 221, 576-577 \(1995\);](#) ביין, בעמ' 286). מכיוון שבדרך כלל מבוטחים אינם מביימים שוד או מציתים את רכושם כדי לזכות בתגמולי הביטוח, נטל השכנוע צריך להיות על הטוען טענה זו. עמד על כך הנשיא שמגר, באומרו:

"העברת נטל השכנוע בדבר קיום חריג אל המבטח מתיישבת עם הגיונם של דברים. במקרה הרגיל אין אדם פורץ אצל עצמו. מי שמכיר את המציאות בעולם הפשע יודע, כי מספר הפריצות כפשוטן הוא רב ביותר וכי הרוב המכריע של התביעות לתשלומי הביטוח עקב פריצות מוגשות ביושר ובתום-לב. לפיכך, משמבקש המבטח לטעון לקיומו של חריג – אחרי שהוכחה תמונה עובדתית אובייקטיבית של פריצה ועוד באישור משטרתי – עליו לשכנע בצדקת גרסתו לפיה המבוטח ביים פריצה. במציאות הקיימת, הרוב המכריע של התביעות עקב פריצות אינן מוגשות על-ידי מי שפרץ אצל עצמו, קרי, ביים פריצה. אם מבקש המבטח לסתור הנחה זו, מחובתו להרים את נטל השכנוע" (פרשת סיני, בעמ' 681. ההדגשה במקור, ע.א. לעניין הקביעה כי אין הוכחה לכך שרוב תביעות הביטוח הינן שקריות ראו: הרמן, בעמ' 267. וכן ראו ולר, בעמ' 583, המציין כי אין ראייה שבמרבית התביעות המוגשות נגד

חברות ביטוח נטענת טענת הגנה של גרימה מכוונת של נזק).

35. נימוק נוסף שהוגדר על-ידי הנשיא שמגר כשיקול הצדק (פרשת סיני, בעמ' 682), הוא יכולתו העדיפה של המבטח לפזר את הנזק שנגרם לו. במקרה של ספק, אם ייקבע כי המבוטח אינו זכאי לתגמולי הביטוח, המבוטח לבד הוא זה שישא בנזקו. לעומת זאת, אם נטל השכנוע הוא על המבטח, במקרה של ספק יזכה המבוטח. למבטח יכולת פיזור נזק עדיפה, ובכוחו לפזר את הנזק על כלל לקוחותיו על-ידי העלאת פרמיות הביטוח. גם פה אדגיש, כי טיעון הצדק ופיזור הנזק הוא שיקול נוסף במקרה בו לא ברור כיצד יש לחלק את הנטלים. ברור שאין לו מקום כאשר המבוטח לא הוכיח עילה לכאורה, היינו, במקרים בהם לא הוכח האירוע המוגדר.

36. נימוק רביעי התומך בשיטתי הוא ציפיותיו הסבירות של המבוטח. כפי שציין הנשיא שמגר (פרשת סיני, בעמ' 678), אין להניח שאדם סביר היה מוכן לשלם את פרמיות הביטוח וליטול על עצמו את הסיכון כי אם יקרה מקרה הביטוח, יהיה עליו הנטל להוכיח כי ידו לא הייתה במעל, ובמקרה של ספק לא יקבל את תגמולי הביטוח. ניתן להניח, כי כאשר אדם מבטח את רכושו מפני פריצה או שריפה הוא סבור שאם ייגנב רכושו יהיה עליו לשכנע את בית המשפט כי רכושו נגנב או נשרף, אולם הוא אינו צופה כי יאלץ לשכנע את בית המשפט שידו לא הייתה במעל, ובפרט שאין זכר לעניין זה בפוליסה (וראו עניין "An insured looking at the terms of his comprehensive coverage : פס' 45, *Bevacqua* would reasonably expect that a claim under this head, as for one under his fire, collision or other specified peril, would be subject to the same fundamental rules, namely that he had the burden of proving a loss falling within the coverage alleged, and that the insurer would bear the burden of proving intentional conduct on his part amounting to fraud"). היו שראו בנימוק זה חלק מדוקטרינת הציפיות הסבירות של המבוטח, בהתייחס לציפיותיו של המבוטח הסביר לפרוצדורה הוגנת למימוש הזכות (הרמן, בעמ' 274-275).

37. הנימוק החמישי הוא החשש כי חברת הביטוח תנצל את היתרון הדיוני הטמון בכך שנטל השכנוע מוטל על המבוטח, על מנת ללחוץ עליו להתפשר מחוץ לכותלי בית המשפט. התוצאה עלולה להיות שבשל רצונו של המבוטח להימנע מניהול הליך ומניסיון

לשכנע את בית המשפט שידו לא הייתה במעל, וידיעתו שבמקרה של ספק יפסיד בתביעתו, די יהיה בטענתה הסתמית של חברת הביטוח כדי להביא את המבוטח להסכים לקבלת סכום חלקי של תגמולי הביטוח, תוצאה שאינה רצויה ואינה צודקת. עמד על כך הנשיא שמגר:

"כמשתמע מדברי חבריי הנכבדים – אשר על דעתם בנקודה זו אני חולק – רשאית המבטחת להגיב על ההודעה בדבר קרות האירוע הביטוחי (לרבות דו"ח משטרתי), כי היא חושדת שהמבוטח ביים פריצה, הא ותו לא. אין עליה חובה להצביע על ראיה לכך, ודי באמירתה כי כך סברתה כמשתמע ממגמת פניהם של חבריי הנכבדים. יילך נא המבוטח לבית המשפט, יישבע שם שלא הוא הפורץ, ובכך באה הבעיה על פתרונה. דא עקא, שלא כל מבוטח יכול או רוצה להשקיע מכספיו בייזום הליכים משפטיים, וזאת אפילו רק כדי להתעמת עם הטענה הסתמית 'אתה פרצת'. זאת ועוד, אם עליו הנטל, הרי במקרה שהמאזניים מעונינות – לא יזכה במאומה. במציאות הקיימת מנוצלות נסיבות כגון אלה לשם כפיית פשרה כספית על המבוטח. מאחר שהמעמסה הכספית אשר בה יהיה עליו לשאת בעקבות טענת 'אתה פרצת' היא רבה (שכירת עורך-דין, תשלום אגרת משפט והתדיינות במשך זמן הלא קצר, כצפוי אצלנו בהתדיינות אזרחית כגון זו, מבלי לראות בינתיים אף לא שקל אחד), מוכן המבוטח לא אחת לוותר מראש על חלק מן הפיצויים ולהסתפק בקבלת מקצת הפיצוי המגיע לו, ובכך לחסוך הוצאת ביניים גדולה יותר. זוהי תוצאה שאיננה מקובלת עליי, אך מעבר לתיאוריה היא קורית, לצערי, לא אחת במציאות" (פרשת טיני, בעמ' 680).

38. נימוק אפשרי נוסף, אשר הובא על-ידי ד"ר ולר, הוא שברגיל תובע אינו נדרש להביא ראיות ביחס להגנות אפשריות שהנתבע עשוי להעלות נגד תביעתו, משום שאין הצדקה להטיל עליו חובת הבאת ראיות ביחס לעניינים שאולי לא יהיו שנויים במחלוקת במשפט (ולר, בעמ' 583). נימוק זה אינו בעל משקל במקרים בהם חברת הביטוח מודיעה למבוטח בסרבה לשלם לו את התגמולים כי סיבת הסירוב היא גרימת הנזק במתכוון. כך, למשל, בענייננו דחתה חברת הביטוח את תביעת המבוטחת בטענה ש"קיים חשד סביר למעורבות המבוטח בגניבת המנופים שבנדון". משכך, במקרה זה יכלה המבוטחת לצפות כי גרימתה הנטענת לקרות מקרה הביטוח בכוונה תהייה עניין השנוי במחלוקת במשפט, ונימוק זה אינו בעל משקל.

39. נימוק נוסף שנוטים לייחס כתומך בהצבת נטל השכנוע על כתפי חברת הביטוח הוא כי הוכחה מצד המבוטח שידו לא הייתה במעל מהווה הוכחת יסוד שלילי, הקשה להוכחה, ולא ברור מה נדרש בדיוק להוכיח במסגרתו (ראו בעניין אחר: [ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז\(3\) 805, 819 \(1993\)](#)). לדעתי אין בנימוק זה ממש. ברגיל, התובע נדרש להוכיח את כל הטענות העובדתיות המרכיבות את עילת התביעה שלו, לרבות עובדות הנושאות אופי שלילי ([ע"א 7303/01 עסאף נ' מינהל מקרקעי ישראל, נז\(2\), 847](#)). הדרך הראויה להתמודד עם הקושי בהוכחת יסוד שלילי אינה בהעברת נטל השכנוע, אלא בדרישת כמות ראיות קטנה יותר לעמידה בו. עמד על כך השופט ד' לויין:

"אכן, נכון הדבר, כי קל יותר להוכיח עובדה בעלת אופי חיובי מאשר עובדה בעלת אופי שלילי. ברם, גם כאשר מדובר בהוכחת היסוד השלילי, שומה עלינו לשמור על העיקרון הבסיסי בדיני הראיות, כי נטל השכנוע רובץ על בעל הדין, אשר טוען טענה המהווה חלק מעילתו...בין אם זו טענה בעלת אופי חיובי ובין אם זו טענה בעלת אופי שלילי...עם זאת, לעובדה בעלת אופי שלילי יש השפעה על הרמת הנטל המשני – הוא נטל הבאת הראיות...בית המשפט לא יתעלם מן העובדה, כי אם עוסקים אנו אמנם ביסוד עובדתי שלילי, קשה יותר על הטוען להוכיחו, ועל-כן יסתפק, בדרך כלל, בכמות פחותה של ראיות להרמת נטל הבאת הראיות והעברתו אל הצד שכנגד...כמות זו יכול שתהיה אף זעירה למדי" ([ע"א 296/82 נבנצאל נ' גרסי ניוקליאר-אבן איזוטופוס אינק., פ"ד מ\(3\) 281, 301 \(1986\)](#)). וראו גם: [ע"א 7303/01 עסאף נ' מינהל מקרקעי ישראל, נז\(2\), 847](#)).

לבסוף, יש להוסיף כי גישת הנשיא שמגר מתיישבת טוב יותר עם אופיו הצרכני המובהק של [חוק חוזה הביטוח](#) ומטרתו להגן על המבוטח מפני כוחו העדיף של המבטח (פרשת טיני, בעמ' 678; אליאס, בעמ' 468).

40. באשר לנימוקים שעמדו בבסיס גישתו של השופט גולדברג לקביעת נטל השכנוע על המבוטח. הנימוק הראשון היה נימוק פורמאלי. לדבריו, על המבוטח להוכיח את יסודותיה של עילת תביעתו, היא מקרה הביטוח. רכיב יסודי במקרה הביטוח הוא היותו של הנזק מקרי. על כן, על המבוטח להוכיח כי לא גרם לנזק במתכוון, מאחר וגרימה מכוונת של נזק שוללת את עצם קרות מקרה הביטוח (פרשת וייסנר, בעמ' 865-864). על

אף שלא ניתן לבטל טעם זה, סבורה אני כי אין לקבלו. משהוכיח המבוטח את הרכיבים החיוביים של הסיכון שהתממש, בין אם באמצעות סימני פריצה ותיק המשטרה המצביע על כך, בין אם על-ידי הצבעה על שריפה שכילתה את הרכוש המבוטח, שיקולי המדיניות שהובאו תומכים בכך שהנטל להוכחת היסוד השלילי ירבוץ על חברת הביטוח, אף אם גרימה מכוונת של הנזק שוללת מהמקרה את מאפייניו הביטוחיים.

41. נימוקו השני של השופט גולדברג הוא נימוק מהותי. לדבריו, היתרון האינפורמטיבי של המבוטח באשר לאופן בו אירע מקרה הביטוח מצדיק את הטלת נטל השכנוע עליו. מאחר ומעשי מרמת הביטוח נעשים בסתר, תיתקל חברת הביטוח בקשיים לא מבוטלים בהוכחה פוזיטיבית של מעורבות המבוטח באירוע. הטלת נטל השכנוע בעניין מעורבות המבוטח על כתפי המבוטח, תתמרץ אותו לספר על עובדות הידועות רק לו באשר לדרך בה נגרם הנזק, ותביא בפני בית המשפט תמונה שלמה לגבי נסיבות האירוע. לדעת השופט גולדברג, אם חברת הביטוח תידרש להוכיח את מעורבות המבוטח, הדבר יביא לעלייה בכמות מרמות הביטוח, כאשר מבוטחים ידעו שהם יכולים לזכות בכספים בקלות, וכן לייקור הפרמיות לגבי כלל המבוטחים (שם, בעמ' 867-866).

42. לדעתי, אין בטעם זה כדי להצדיק את שימת נטל השכנוע על כתפי המבוטח. ההלכה היא כי אם מצוי עניין מסוים בידיעתו המיוחדת של אחד מבעלי הדין, ישפיע הדבר על נטל הבאת הראיות אך לא על נטל השכנוע (ראו למשל: [ע"א 513/67 כהן נ' שהבר \(שרייבר\), פ"ד כב\(1\) 194, 196 \(1968\)](#)). עמד על כך השופט מלץ באומרו:

"כלל הוא, שהימצאותן של עובדות בגדר ידיעתו המיוחדת של צד למשפט אינה משליכה על נטל השכנוע, אלא אך ורק על נטל הבאת הראיות... אם עובדה פלונית, המשליכה על שאלות הסבירות או הצדק האמורות, היא בידיעתו המיוחדת של בעל הזכות במקרקעין, הדבר יפחית את כמות הראיות שיהיה על רשויות התכנון להביא כדי להעביר את נטל הבאת הראיות אל התובע פיצויים. עדיין, נטל השכנוע מוטל על רשויות התכנון. לפיכך, משסיימו בעלי הדין להביא ראיותיהם, ועדיין יישאר ספק בלבו של בית המשפט לגבי העובדה הנדונה, יפעל ספק זה לטובת בעל הזכות במקרקעין..." ([ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו\(4\) 627, 645-644 \(1992\)](#)). וראו גם: הרנון, בעמ' 204).

כך גם לעניין נטל השכנוע בענייננו. עצם העובדה שהמידע באשר למעורבות המבוטח בקרות מקרה הביטוח מצוי לעיתים בתחום ידיעתו המיוחדת, אין משמעה חיובו בנטל השכנוע, אלא במקרים המתאימים עשוי בית המשפט להסתפק בהבאת ראיות קלות ביותר מצד חברת הביטוח, כדי להעביר את נטל הבאת הראיות למבוטח. גם המבוטח, בעבור הנטל אליו, יוכל לצאת ידי חובתו על-ידי הבאת ראיות מופחתות (בשים לב לקושי בהוכחת יסוד שלילי), ויוכל להרים את הנטל באמצעות מסירת העובדות הידועות לו. בקביעת עוצמת הראיות שתידרש חברת הביטוח להביא על מנת לשכנע כי המבוטח גרם במכוון לקרות מקרה הביטוח, יש להתחשב גם בכך שמדובר בייחוס מעשה פלילי בהליך אזרחי, אולם אין להפריז בשיקול זה, בשים לב לנחיתות האינפורמטיבית האמורה של חברת הביטוח. לסיכום, כמות הראיות שתידרש חברת הביטוח להביא כדי לעמוד בנטל השכנוע, וכן כמות הראיות שיהיה על המבוטח להביא כדי לסתור את הראיות שהביאה, מושפעות מהשיקולים האמורים, ותשתנינה לאור נסיבות העניין, ובמקרה של ספק – יזכה המבוטח בתביעתו.

43. עליי להוסיף, כי קיימת הפרזה בתיאור הקושי הראיתי למולו ניצבות חברת הביטוח. לרשות חברות הביטוח עומדים הניסיון בהתמודדות עם מרמות ביטוח וכן חוקרים פרטיים, אשר מקטינים את פער המידע בינן לבין המבוטח. לרשותן עומדות גם האפשרויות הדיוניות של גילוי מסמכים ושאלונים, ובידן להזמין לעדות את המבוטח או מי מטעמו, ובמידת הצורך, להכריז עליו כעד עוין (ראו: [ע"א 368/64 בית זיוה בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד יח\(4\) 561, 566 \(1964\)](#); פרשת וייסנר, בעמ' 855). זאת ועוד: נטל שיתוף הפעולה המוטל על המבוטח לפי סעיף 23(ב) [לחוק חוזה הביטוח](#) הוא אמצעי נוסף הבא להתמודד עם בעיית המידע של המבטח בקשר למקרה הביטוח (ולר, בעמ' 504). כך, אף אם אין מוטלת על המבוטח החובה להוכיח את היסוד השלילי בבית המשפט, מוטלת עליו החובה לספק מידע שנדרש על-ידי חברת הביטוח המתייחס לאפשרות גרימת הנזק במכוון על-ידי המבוטח.

44. אציין, כי גישתי לפיה נטל השכנוע לעניין גרימת המבוטח במתכוון לקרות מקרה הביטוח רובץ על חברת הביטוח, אין משמעה הקלה על המבוטח בנטל המוטל עליו להוכיח את יסודות עילתו, היינו, את האירוע העובדתי המוגדר, הוא היסודות החיוביים

של תביעתו. כפי שציין הנשיא שמגר, על המבוטח יהיה להביא ראיות אובייקטיביות התומכות לכאורה בגרסתו. במקרה של ביטוח פריצה או גניבה, יהיה עליו לשכנע את בית המשפט כי הייתה לכאורה גניבה או פריצה (במנותק ממידת מעורבותו בה). הוכחה זו תהא על-ידי הצגת ממצאי החקירה המשטרתית (פרשת סיני, בעמ' 676, 680-679, 683), ומסירת העובדות הידועות למבוטח באשר לקרות הנזק. כך, למשל, בפרשת חניפס הנ"ל, טען המבוטח כי מכוניתו נגנבה ממקום חנייתה והוצתה. בית המשפט קבע כי על מנת להצליח בתביעתו היה על המבוטח להוכיח כי המקרה הביטוחי המקים לו זכאות לתגמולים התרחש, היינו, שהמכונית נגנבה והוצתה. בכך, לדברי בית המשפט, עמד המערער, בהעידו על הנסיבות בהן גילה שמכוניתו נגנבה, בהוכיחו כי מיד לאחר שגילה זאת פנה למשטרה להתלונן, ובהגשת ממצאי חקירת המשטרה, לפיהם גילו השוטרים את שרידיה השרופים של המכונית יומיים לאחר הגניבה (שס, בעמ' 183). סבורה אני כי גם בדרישה מן המבוטח להוכיח את רכיבי האירוע המוגדר יש בכדי להקטין במידת מה את החשש שהביע השופט גולדברג מיתרונו האינפורמטיבי של המבוטח.

מן הכלל אל הפרט

45. חברת הביטוח טוענת, כי על המבוטחת הנטל לשכנע שמקרה הביטוח לא אירע בכוונה על ידה, וכי המבוטחת לא עמדה בו ולא התמודדה כלל עם הנסיבות המחשידות עליהן הצביעה חברת הביטוח. בין נסיבות אלו מונה חברת הביטוח את שיטת ביצוע הגניבה – ברשות הגנב היו מפתחות בית העסק והאזעקה, ועם היכנסו נטרל את האזעקה והזדהה בפני חברת השמירה "מוקד 99" (להלן: המוקד) בשם אחד מעובדי המבוטחת המופיע ברשימת מורשי הכניסה וכן מסר את הקוד הסודי של בית העסק. תוך שתי דקות מצא את מפתחותיהן של המשאיות, דרך את האזעקה ועזב את המקום. כן ציינה חברת הביטוח את השיחות שבוצעו מהטלפונים הסלולאריים שנגנבו למספר הטלפון הפרטי של רשף, נהגה של אחת המשאיות, כמו גם את השיחות שביצע גרשון עובר לאירוע הגניבה ואף לאחריו אל אדם אותו זיהה כ"ערבי" ולהערכתו היה מעורב בגניבת המשאיות, כשלעניין מועדי השיחות ומספרן התגלו סתירות בגרסתו. חברת הביטוח הצביעה גם על סירובו של גרשון שהוא או עובדיו ייבדקו בפוליגרף ואת המניע לגניבה, הנעוץ בהתחייבויות שנטלה על עצמה המבוטחת עובר לאירוע הפריצה והעובדה ששעבדה את שתי המשאיות ורכשה את המנופים בעת שהעבודה בבית העסק נחלשה. כן הצביעה חברת

הביטוח על כך שמפתחות בית העסק והקוד הסודי לא הוחלפו במשך שנים, על אף שהיו בידיעת עובדי המבוטחת שפוטרו, ביניהם עובד המעורב בפלילים. לבסוף, טענה חברת הביטוח כי יש לזקוף לחובת המבוטחת את הימנעותה מלהעיד מטעמה את העדים הרלבנטיים החשובים ביותר: אלי דהרי (להלן: דהרי), נהג המשאית בשמו הזדהה הגנב וכן את משה רשף (להלן: רשף), נהג המשאית השנייה שלטענת המבוטחת גילה את הגניבה.

46. בית המשפט המחוזי לא הסתפק בקביעתו כי נטל השכנוע הוא על חברת הביטוח והיא לא עמדה בו, אלא הוסיף וקבע כי המבוטחת עמדה בנטל השכנוע ובמאזן ההסתברויות. הוא ביסס זאת על הנימוקים הבאים: ראשית, המבוטחת עמדה בכל תנאי המיגון שבפוליסה ופעלה ללא ליאות לאיתור המשאיות והמנופים. שנית, חברת הביטוח לא הביאה לעדות את חוקר חברת הביטוח מטעמה, ודי בכך כדי להטיל ספק בכל טענותיה. במקומו היא הביאה את מנהלת תביעות הרכוש, גב' שיינר, שהודתה כי כלל לא טיפלה בתיק זה. שלישית, על-פי עדויות מטעם חברת הביטוח – חוקר האזעקות, השמאי וגב' שיינר – אין כל יסוד לקבל את הטענה כי גניבה על-ידי מפתח מותאם היא מקרה נדיר ביותר ולא מתקבל על הדעת. רביעית, על המבטחת היה לדאוג לכך שמפתחות האזעקה והסיסמה ישונו אחת לתקופה מסוימת. חמישית, על אף שהמבוטחת הייתה ביתרת חובה בבנק בעת הגניבה, היא הוכיחה כי לא הייתה בקשיים מיוחדים באותה עת והיא בעלת צי נכסים ששווים רב. שישית, חברת הביטוח "מנורה" לא התכחשה לחבותה ושילמה למשיבה תגמולים בגין גניבת המשאיות.

47. אם הייתי סבורה כמו בית המשפט המחוזי, שהמבוטחת הוכיחה שלא גרמה במתכוון למקרה הביטוח, הרי שלא הייתה חשיבות לשאלה על מי מוטל נטל השכנוע. אולם, דעתי היא שונה. בית המשפט קמא לא השתית את הכרעתו על התרשמותו מהעדים שהעידו בפניו, אלא על מסקנות שבהיגיון. בכגון דא אין יתרון מובנה לערכאה הדיונית, ואין מניעה כי ערכאת הערעור תתערב במקרים המצריכים את התערבותה (ע"א 1516/99 לוי נ' ח'ג'אזי, נה(4), 730). בבחינת הנימוקים שעמדו ביסוד קביעת בית המשפט עולה כי הנימוקים החשובים ביותר הם אלו שעסקו בהיעדר מניע כלכלי למבוטחת לביצוע מעשה התרמית, ובהיותה של פריצה באמצעות מפתח מותאם אירוע שאינו נדיר. אי העדת חוקר חברת הביטוח היא בעלת משמעות, אם כי מוגבלת: נראה כי חלק מהנסיבות המחשידות

שעלו מחקירתו אומתו בעזרת עדויות וראיות אחרות, וממילא אין צורך להתייחס לממצאי חקירתו אשר לא אומתו באופן דומה. כמו כן, לעובדה שחברת "מנורה" שילמה למשיבה תגמולים בגין גניבת המשאיות יש ליחס משקל מועט, מאחר והנסיבות בהן שולמו התגמולים לא הובהרו לבית המשפט המחוזי, ויתכן וחברת "מנורה" שגתה בשיקול דעתה, אשר לא נבחן על-ידי בית המשפט.

48. הטענה כי המבוטחת עמדה בתנאי המיגון שבפוליסה חסרת כל נפקות – עניין זה אינו שנוי במחלוקת, ומאחר והגנב נטרל את האזעקה עם מפתחות מותאמים הנקיטה באמצעי מיגון אינה משליכה על שאלת גרימת מקרה הביטוח בכוונה. לבסוף, יצוין כי הדיון בשאלה על מי היה לדאוג שמפתחות האזעקה והסיסמא ישונו חורג ממסגרת דיונונו. ברי, כי אם טענת חברת הביטוח שהמבוטחת גרמה במכוון להיעלמות המשאיות, אין כל חשיבות ליעילות אמצעי המיגון שננקטו. בערעור שבפנינו לא טוענת חברת הביטוח לחריג המצוי בפוליסה של רשלנות חמורה, בגדרו יתכן והייתה רלבנטיות לעניין זה, אלא לחריג הכללי של מעשה מכוון.

49. באשר להוכחת האירוע המוגדר. הפוליסה הגדירה את מקרה הביטוח כ"אובדן או נזק פיזי בלתי צפוי הנובע מסיבה חיצונית". משמע, עניינו בפוליסה מסוג "כל הסיכונים" אשר אינה מוגבלת לסיכונים ספציפיים לרכוש. בפוליסה מסוג "כל הסיכונים" על המבוטח להוכיח את עצם האובדן, אך לא את סיבתו ודרך התרחשותו (פרשת אשל, בעמ' 92-93). דרך ההוכחה תלויה בעמדת הצדדים ובטענות שהם מעלים (שס, בעמ' 94). על כן, גם לגישתי, משהעלה המבוטח בכתב התביעה טענה של גניבה או פריצה, עליו להוכיח את יסודות הגניבה (מלבד היסוד השלילי), על אף שהפוליסה שברשותו מכסה כל אובדן או נזק (והשוו לעמדת השופטת נתניהו בפרשת וייסנר, בעמ' 846). בעניינו טענה המבוטחת בכתב התביעה כי המנופים נגנבו ממנה. לפיכך היה עליה להוכיח את יסודותיה החיוביים של הגניבה. המבוטחת לא הצביעה על סימנים אובייקטיביים המלמדים כי אירעה פריצה, מאחר ול"גנב" היו את מפתחות בית העסק, והוא נטרל את האזעקה והזדהה בפני המוקד כאחד העובדים. המבוטחת גם לא הביאה ראיות לכך שהמשטרה סברה כי מדובר בגניבה. כל שהגישה לבית המשפט היה אישור בדבר הגשת תלונה במשטרה, תלונה שהגיש הנהג רשף, ועליו כתוב בכתב יד "נסגר. ע.ל.ן.". על טופס התלונה מצוין כי "אין לראות באישור זה משום הוכחה על אמיתות דיווח המודיע". כן הוגש מזכר, הנושא את חותמת משטרת

ישראל, ובו מציין גרשון כי קיבל מה-D.C.O. משאית, וכן מפרט מה הנוקים שנגרמו לה ומה הפריטים שחסרים בה. המבוטחת לא העידה את רשף, הנהג שגילה בבוקר את היעדרותן של המשאיות. על כן, לו הייתי צריכה לקבוע ממצא בדבר, הייתי אומרת כי המבוטחת לא עמדה בנטל להוכיח את אירוע הגניבה. על אף האמור, מהודעת הערעור של חברת הביטוח עולה כי בערעורה זנחה את הטענה כי לא התקיימו יסודות האירוע המוגדר, והתמקדה בשאלת קיומו של היסוד השלילי, היינו, הגרימה במתכוון של המבוטחת למקרה הביטוח. בסיכומים מטעם המערערת היא מציינת: "הגם אם נקבל את קביעת בית משפט קמא לפיה עלה בידי המשיבה להוכיח את עצם קרות אירוע הגניבה בכך לא סגי. כעולה מהפסיקה דלעיל נדרשה המשיבה בנוסף להוכיח כי ידו של מי מטעמה לא היתה במעל. בנטל זה כשלה המשיבה" (עמ' 3 לסיכומים). טענתה של חברת הביטוח היא שהפורץ הכיר את המקום, וכי אין מדובר בגנב מקצועי. טענה זו מניחה כי מדובר בפריצה לכאורה, אלא שהפורץ היה קשור למבוטחת ומטעמה. מכאן, שחברת הביטוח אינה חולקת על הוכחת האירוע המוגדר, והויכוח נסב על הוכחת היסוד השלילי. לעניין זה אעבור עתה.

50. מנסיבות הגניבה כפי שעלו מחומר הראיות, נראה כי לגנב הייתה הכרות פנימית עם בית העסק. זאת ניתן ללמוד הן מהשימוש במפתחות מותאמים לצורך כניסה לבית העסק ונטרול מערכת האזעקה מבלי לפגוע בה, אך בעיקר מידיעת הסיסמא וההזדהות בשם אחד מעובדי החברה. גניבה על-ידי אדם המכיר את בית העסק מחשידה יותר את בעליו מאשר גניבה סתם. עם זאת, לדעתי, חברת הביטוח לא עמדה בנטל השכנוע המוטל עליה, ולא הצליחה להוכיח כי ידה של המבוטחת הייתה במעל. יודגש, כי חברת הביטוח זכתה לשיתוף פעולה מלא מצד המבוטחת, המבוטחת העבירה לידיה את החומר שדרשה, ומנהל המבוטחת ענה לשאלות החוקר הפרטי מטעמה. חרף זאת, לא הצביעה חברת הביטוח על נסיבות המעלות חשד שגרשון ארגן את הגניבה בעצמו. היא הצביעה על כך שהפורץ הכיר את העסק, אולם בכך אין כדי להצביע על כך שידה של המבוטחת הייתה במעל. פריצה על-ידי איש-פנים יכולה להתבצע על-ידי עובד לשעבר של בית העסק, בניגוד לרצון הבעלים. למעשה, מרגע שהנחתנו היא שהתקיימו סממנים אובייקטיביים של פריצה, ברור שטענת המבוטחת החוזרת ומספרת את אופן ביצוע הפריצה, אין בה כדי להוכיח את מעורבות החברה בפריצה. כמו כן, הטענה באשר לשיחות הטלפון שביצע גרשון עובר לביצוע הגניבה נטענה בעלמא, מבלי להביא ראיות לביסוסה, ועל כן דינה להידחות.

51. כך גם טענות חברת הביטוח ביחס לשמירה הלקויה של המבוטחת על המנופים באי-החלפת הסיסמא והמפתחות לאורך שנים רבות, על אף שידעה כי עובד לשעבר שלה הוא בעל עבר פלילי. מדובר בטענות של רשלנות, שאינן מתיישבות עם טענה של גרימה למקרה הביטוח בכוונה. הרי אם התרשלה המבוטחת בשמירה על המנופים, ויצרה "פרצה הקוראת לגנב", הדבר דווקא תומך בגרסתה שהמנופים נגנבו; ושוב נזכיר, כי החריג של רשלנות חמורה לא נטען בערעור לפנינו.

52. ניתן לומר שבמקרה זה נותרו נסיבות הגניבה בלתי ידועות, בשעה ששתי דמויות שעשויות היו לשפוך אור על נסיבות המקרה לא העידו. הכוונה לשני הנהגים, דהרי ורשף. דהרי הוא העובד בשמו הזדהה הגנב בפני המוקד, ואילו ורשף הוא העובד שגילה בבוקר את היעדרן של המשאיות והתלונן במשטרה, ולטענת חברת הביטוח נעשו שיחות מהטלפונים הסלולאריים שנגנבו אל מכשיר הסלולארי האישי שלו. דהרי ורשף יכולים היו לאשר את גרסת המבוטחת, כי ידה לא הייתה במעל, או לאושש את טענת חברת הביטוח, לפיה הם פעלו בעצה אחת עם גרשון על מנת לביים את הגניבה.

53. כלל ידוע הוא, כי אי הבאתו של עד רלבנטי יוצרת הנחה (הנתינת לסתירה) כי אילו הושמע העד היה בכך כדי לתמוך בגרסת היריב והסיבה לאי הבאתו היא החשש של בעל הדין מעדותו ומחשיפתו לחקירה שכנגד. בכך ניתן למעשה משקל ראייתי לראיה שלא הובאה (ראו: יעקב קדמי על הראיות (חלק שלישי, 2003) 1649-1659 והאסמכתאות שם). עד נחשב רלבנטי לגרסת בעל דין מקום בו קיימת ציפייה הגיונית ומתבקשת בנסיבות המקרה כי בעל הדין ישמיע את העד המסוים לשם גילוי האמת וחקר העובדות כפי שאותו בעל-דין טוען להן (ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה (4) 651, 659 (1991)). כאמור, בנסיבות המקרה עולה כי העדת הנהגים חשובה לאישושה הן של גרסת התביעה הן של גרסת ההגנה. במקרים מעין אלו, השאלה על מי מהצדדים מוטלת החובה להעיד את העד, וכנגזרת ממנה ההנחה כי אם היה מעיד הייתה עדותו תומכת בגרסת היריב, היא פועל יוצא של השאלה על מי מהצדדים רובץ נטל ההוכחה לצורך העניין שלשמו נדרשת העדות (קדמי, בעמ' 1652. והשוו: ע"א 793/89 בניני מ.י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מו (3) 324, 331 (1992)). ודוק: באומרנו נטל ההוכחה בהקשר זה כוונתנו לנטל הבאת הראיות. אי העדת עד רלבנטי אינה

בהכרח מערערת את גרסת בעל הדין. אם מדובר בעד שעדותו חשובה לשני הצדדים, אולם בעל הדין שעליו נטל השכנוע הצליח, מבלי להעיד את העד הרלבנטי, להביא ראיות מספיקות אחרות על מנת להעביר את נטל הבאת הראיות אל הצד השני, עשויה אי העדת העד לפעול לרעת בעל הדין השני שעליו נטל הבאת הראיות, על אף שאינו נושא בנטל השכנוע. על עניין זה עמד השופט קדמי, באומרו:

"במקרה דנן, אין ספק שעדותו של גרינהולץ היתה עדות חשובה להוכחת גירסתו של המשיב...לכאורה, איפוא, מקימה ההימנעות מהעדתו של גרינהולץ הנחה לרעת המשיב, שעדותו לא היתה מתישבת עם גירסתו. ברם, בנסיבות הענין עדותו של גרינהולץ לא היתה "גורלית" להוכחת העובדות הנ"ל; ודי בראיות שהביא המשיב כדי להוכיח במידה מספקת את מתן ההלוואה - בדרך של פתיחת האשראי - ואת הקשר שבין ההלוואה לבין כתב ההתחייבות...משעמד המשיב בחובת הראיה בהקשר זה, עבר אל המערערים נטל הבאת הראיות לעיון כפות המאזניים; וניתן היה לצפות כי המערערים יעידו את גרינהולץ מטעמם, כדי לתמוך בטענתם כי האשראי ניתן לגרינהולץ באורח פרטי וללא קשר אליהם. משבחרו המערערים שלא להעיד את גרינהולץ, השמיטו מידיהם ראיה חיונית ביותר לתמיכת גירסתם שלהם; ובמצב הדברים הקיים, אי העדתו של גרינהולץ אינה "סתם" פועלת לרעתם של המערערים, אלא מבטאת כשלון מצידם להשמטת הבסיס מתחת לגירסת המשיב" ([ע"א 293/90](#) גרינהולץ נ' מרמלשטיין, [פורסם בנבו]).

54. בענייננו, דומה כי השאלה על מי מוטל היה נטל השכנוע באשר לטענת הגרימה במתכוון היא שמכריעה את גורל שאלת הגרימה במתכוון. בתחילת המשפט, בעל הדין עליו מוטל נטל השכנוע נושא בנטל הבאת הראיות, ובמקרה בו הביא די והותר ראיות עובר הנטל אל בעל הדין השני. בשים לב לראיות שהביא כל אחד מהצדדים בנקודה זו, עולה כי הצד כנגדו יש להסיק מסקנה מאי העדת הנהגים הוא שיפסיד בעניין זה. מאחר שקבעתי כי נטל השכנוע לעניין הגרימה המכוונת מוטל על חברת הביטוח, ועמו נטל הבאת הראיות, לא ניתן לומר כי חברת הביטוח יצאה ידי חובתה בהצבעה על נסיבות כלליות המראות כי מדובר בגניבה בה היה מעורב גורם פנימי. על מנת לעמוד בנטל השכנוע, היה על חברת הביטוח להעיד את שני הנהגים ולהראות כי היו מעורבים בצורה כלשהי בעניין בעצה אחת עם הבעלים, ומשבחרה שלא להעידם פועל הדבר לרעתה

במישור הראייתי, וניתן להסיק מכך שהעדות הייתה מאשרת את גרסת המבוטחת. יש להוסיף לכך שהראיות המחשידות עליהן הצביעה חברת הביטוח, כמו למשל שיחות הטלפון מהטלפונים הגנובים לנהג רשף, עוברות אף הן דרך הנהגים. אם רצתה חברת הביטוח להוכיח כי רשף הכיר את הגנב, או שדהרי עצמו היה הגנב, היה עליה לזמן אותם לעדות, ובמידת הצורך, לבקש להכריז עליהם כעדים עוינים.

55. לכך יש להוסיף, כי חברת הביטוח לא הצביע על מניע שהיה למבוטחת לביים את הפריצה. חברת הביטוח מצביעה על כך שהמבוטחת הייתה עובר לגניבה ביתרת חובה של כ-180,000 ש"ח, שעבדה את המשאיות ורכשה את המנופים, במהלך שנת 98 נחלשה העבודה בבית העסק וכן לא עלה בידיה לשלם לשמאי מטעמה את שכרו. עם זאת, בית המשפט קמא קבע על סמך חומר הראיות שבפניו, כי המבוטחת הוכיחה כי בעת הגניבה לא הייתה בקשיים מיוחדים וכי היא בעלת צי רכבים וכן היא עתירת נכסים ששוים רב, ואיני רואה להתערב בקביעתו כי לאור מכלול הנתונים לא הצליחה חברת הביטוח להצביע על מניע לביצוע הגניבה.

56. יש לדחות את טענת חברת הביטוח לפיה הסתמך בית המשפט לעניין הקביעה כי ידה של המבוטחת לא הייתה במעל אך ורק על עדותו של גרשון, המהווה עדות בעל דין יחידה. אכן, לפי סעיף 54(3) ל**פקודת הראיות** [נוסח חדש], תשל"א-1971, במשפט אזרחי, אם פסק בית המשפט על-פי עדות יחידה שאין לה סיוע של אדם המעוניין בתוצאות המשפט לטובת בעל הדין שקרא אותו להעיד, עליו לפרט בהחלטתו מה הניע אותו להסתפק בעדות זו. בנסיבות דומות פסק בית המשפט כי עדות מנהל החברה המבוטחת באשר לאירוע הגניבה נכנסת לגדר הסעיף (פרשת חמישה יוד תכשיטנים בע"מ הנ"ל, בעמ' 92). עם זאת, בענייננו לא בוססה ההכרעה לטובת המבוטחת על עדותו של גרשון, אלא על כך שחברת הביטוח לא הצליחה להביא ראיות ממשיות המצביעות על גרימה מכוונת או על מניע של המבוטחת לכך.

57. טענה אחרונה של חברת הביטוח לעניין זה היא כי יש להסיק מסקנות לרעת המבוטחת מסירובו של מנהלה שהוא או מי מעובדיו יעברו בדיקת פוליגרף. אין לקבל טענה זו. הגם שלסירוב להיבדק בפוליגרף עשוי להיות ערך ראייתי כלשהו, לא תמיד יהיה

בו כדי להשליך על מהימנות המבוטח. המשמעות שיש לייחס לסירוב להיבדק תשתנה בהתאם לנסיבות העניין ושיקול דעת בית המשפט. עמד על כך השופט גולדברג באומרו:

"אכן לעתים תהיינה לסירובו של מבוטח להיבדק בפוליקרף השלכות על הערכת מהימנותו... אך אין מקום להפריז, אף בהליך אזרחי, בחשיבות הסירוב, ואין לנתקו מיתר הנסיבות, כשממילא אין תוצאת הבדיקה מוכרת כאמצעי בטוח ואמין לגילוי האמת" ([ע"א 551/89 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' סדובניק, פ"ד מו\(3\) 158, 162 \(1992\)](#)) וראו לעניין זה גם: [בע"א 713/89 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' תשובה, פ"ד מו\(1\) 63, 66 \(1991\)](#).

58. יש לזכור, כי בפוליסה לא נקבע תנאי המחייב את המבוטחת להיבדק בפוליקרף על מנת לזכות בתגמולים, ויתכן שהמבוטחת הייתה מסרבת להתקשר בחוזה שכזה מלכתחילה. כעת, משביצעה היא את חלקה בהסכם ומקרה הביטוח התרחש, אין זה הוגן לייחס משמעות גדולה לסירובה להיבדק בפוליקרף. לכך יש להוסיף את העובדה שקיים חוסר וודאות בבדיקה ובתוצאותיה, שמקורו בסיבות שונות (ראו: [רע"א 10235/04 זועבי נ' נאייף, \[פורסם בנבו\]](#)). לדיון בנושא תוצאות סירובו של מבוטח להיבדק בפוליקרף, וביקורת על השימוש בפוליקרף בתביעות ביטוח ראו: ולר, בעמ' 513-507, 516). במקרה דנן, בהתחשב במכלול הראיות ולאור נסיבות המקרה, סבורה אני כי אין בסירוב מנהלה של המבוטחת שהוא או מי מהעובדים ייבדקו בפוליקרף כדי להשליך על הוכחת הגרימה למקרה הביטוח במתכוון.

59. בשולי הדברים אעיר, כי במקרה בו המבוטח הוא חברה, כמו המקרה דנן, עשויה להתעורר השאלה מיהם האנשים שיחשבו לאורגן של החברה לצורך החריג של גרימת מקרה הביטוח במתכוון על-ידי המבוטח, על-פי תורת האורגנים (ראו: [ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה\(4\) 364, 388 \(1991\)](#)); [ע"פ 3891/04](#) ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו]. בענייננו, לא העלתה חברת הביטוח עניין זה וממילא אין צורך להכריע בשאלה האם די בכך שעובדי החברה יגנבו ממנה כדי לקבוע שהתקיים החריג שבסעיף 26 [לחק חוזה הביטוח](#).

סיכומו של דבר, המבוטחת עמדה בנטל להוכיח את עילת התביעה שלה, ואין מקום להתערב במסקנה אליה הגיע בית המשפט המחוזי.

גובה הפיצוי

60. לשני הצדדים טענות באשר לגובה הפיצוי שנפסק. ארון בטענות הערעור והערעור שכנגד יחדיו, על-פי סדר קביעותיו של בית המשפט המחוזי.

61. בית המשפט המחוזי קיבל, כאמור, את עמדת חברת הביטוח כי הנוסח המחייב של הפוליסה ביחס לסכום הביטוח ולהשתתפות העצמית הוא זה שנקבע בפוליסה, ולא זה שהיה מצוי בהצעת הביטוח מטעם המבוטחת. הטעמים שניתנו לכך הם שטענה זו של המבוטחת לא נטענה על ידה בכתב התביעה או בכתב התשובה והופיעה לראשונה בתצהיר עדותו הראשית של גרשון; העובדה כי סכומי הביטוח וההשתתפות העצמית בפוליסה זהים לאלו של שנת 1998; אין לקבוע כי הצעת המבוטחת נתקבלה עד שלא עברה הליך של אישור וחיתום אצל חברת הביטוח, וסוכן הביטוח לא העיד על כך שהסכים להצעה בשמה; לחלופין, ניתן לראות בפוליסה הצעה חדשה ובהתנהגות המבוטחת קיבול על-ידי שתיקה. המבוטחת חוזרת וטוענת להסכם שנכרת בין גרשון לבין סוכן הביטוח, וטוענת שלא הביאה אותו לעדות כי נפטר זמן קצר לאחר הגשת התובענה.

62. יש לדחות את טענת המבוטחת ביחס לסכום הביטוח, ולו מן הטעם הדיוני אותו ציין בית המשפט, כי מדובר בטענה שהועלתה לראשונה בתצהיר העדות הראשית של גרשון (שהוגש כשנה וחצי לאחר הגשת כתב התשובה). טענה זו נעדרה מכתב התביעה ומכתב התשובה, כאשר כתב התביעה נוקב בסכומי הביטוח המופיעים בפוליסה. המבוטחת חרגה בכך מגדר המחלוקת כפי שהוגדרה בכתבי הטענות, ואין להתיר לה לעשות כן אלא אם בית המשפט קיבל את בקשתה לתקן את כתבי טענותיה, או אם בעל הדין השני נתן הסכמתו לכך במפורש או מכללא (ע"א 6799/02 יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, סניף בורסת היהלומים, פ"ד נח(2) 145, 151-152 (2003); ע"א 1270/02 עיריית רמת גן נ' מנחמי בוני מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נח(2) 7, 11-12 (2003)). בענייננו לא הוגשה בקשה לתיקון כתבי הטענות ובא כוח חברת הביטוח הדגיש כבר בפתח דיון ההוכחות הראשון כי הוא מתנגד לשינוי חזית. על כן, בצדק דחה בית המשפט את טענת חברת הביטוח כי הנוסח המחייב הוא של הפוליסה. כמו כן, על אף שהפוליסה הוצאה לאחר קרות מקרה הביטוח, סכומי הביטוח וגובה ההשתתפות העצמית זהים לאלו

שהיו קבועים בפוליסה של שנת 1998. לבסוף, צדק גם בית המשפט בנימוק הנוסף שנתן, לפיו ניתן לראות בפוליסה הצעה חדשה של חברת הביטוח, לפי סעיף 11 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), תשל"ג-1973, ובהתנהגותה של המבוטחת לאחר קבלת הפוליסה, בכך שלא מחתה על התנאים השונים ואף הסתמכה עליהם בכתב התביעה, קיבול בהתנהגות לפי סעיף 6(א) לחוק החוזים (ראו לעניין זה: [ע"א 723/80 לה נסיונל חברה ישראלית לבטוח בע"מ נ' חיים, פ"ד לנ' \(2\) 714, 727 \(1982\)](#); [ע"א 682/82 בן אריה נ' "סהר" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לז' \(3\) 589, 598-599 \(1983\)](#)).

63. ביחס לשיעור ההשתתפות העצמית, נסמכת המבוטחת גם על סעיף 6(ג) לשרוול הפוליסה שהנפיקה חברת הביטוח, הקובע שיעור השתתפות עצמית של 1% מבסיס הביטוח או סכום שווה ערך ל-1,000 דולר, לפי הגבוה. המבוטחת מדגישה את חוסר תום הלב של חברת הביטוח שהסתמכה לסירוגין על הפוליסה הספציפית ועל השרוול. דין טענתה של המבוטחת להידחות. פרשנות הפוליסה מובילה לכך שתנאי המצוי ברשימה הספציפית גובר על תנאי שהוא חלק מהתנאים הכלליים, ומכל מקום המבוטחת לא הכחישה זאת בכתב התביעה בצרפה הן את הרשימה והן את שרוול הפוליסה.

עיקרון השיפוי

64. בפיה של המבוטחת בערעורה שכנגד אין טענות ממשיות בעניין תחולת עיקרון השיפוי בעניינה, ואכן אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה תגמולי הביטוח יחושבו לפי ערכם של המנופים עובר לגניבתם, כך שישקפו את ההפסד הממשי שנגרם למבוטחת. על-פי עיקרון השיפוי, הקבוע בסעיף 56(א) ו-56(ג) [לחוק חוזה הביטוח](#), מטרת תגמולי הביטוח הינה להשיב את המבוטח למצבו עובר לקרות מקרה הביטוח, על-ידי שיפוי לפי שיעור הנזק הממשי שנגרם לו. סעיף 56(ד) [לחוק חוזה הביטוח](#) קובע חריג לכך, מקום בו הסכימו הצדדים מראש על שיעור השיפוי, ואז יהיו תגמולי הביטוח כמסכם, ללא תלות בשיעור הנזק שנגרם. ההנחה היא שכל עוד לא הוסכם אחרת בין הצדדים בפוליסה שערכו ביניהם, יהיה שיעור השיפוי שיקבל המבוטח בגין האובדן כשיעור שוויו של הנכס במועד הגניבה המשקף את ההפסד הממשי שנגרם למבוטח ([ע"א 196/88 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ, פ"ד מו' \(1\) 756, 766 \(1992\)](#)). במקרה דנן לא הוכיחה המבוטחת אחרת, וכפי שקבע בית המשפט קמא

גם לא הביאה ראייה לכך שסכומי הביטוח המרביים שנקבעו בפוליסה נעשו על-פי הערכה עדכנית של הנכס (דבר שעשוי להצביע על שיעור שיפוי מוסכם - [ע"א 543/86 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' כלפון, פ"ד מב\(3\) 339, 341-342 \(1988\)](#)). על כן, יש לדחות את טענת המבוטחת לעניין עיקרון השיפוי, ולאמץ את מסקנת בית המשפט המחוזי לפיה המבוטחת זכאית לתגמולים בגובה ערך המנופים במועד הגניבה בכפוף לתקרת הביטוח.

ביטוח חסר

65. בית המשפט קבע, כאמור, כי יש להחיל את הכלל בעניין ביטוח חסר במקרה דנן. המבוטחת משיגה על כך בערעורה שכנגד. סעיף 60 ל[חוק חוזה הביטוח](#) קובע את עיקרון המיצוע במקרים של ביטוח חסר:

היה בשעת כריתת החוזה סכום הביטוח פחות משווי של הנכס המבוטח, תפחת חבות המבטח בשיעור יחסי שהוא כיחס שבין סכום הביטוח לבין שווי הנכס בשעת כריתת החוזה.

עיקרון המיצוע משמעו, כי ככל שסכום הביטוח קטן ביחס לשווי הנכס המבוטח, כך קטנה זכאותו של המבוטח לפיצויים (אוריאל [פרוקצ'יה "תת ביטוח"](#) משפטים ו 323, 325 (1975)). הסעיף קובע כי זכאות המבוטח לפיצוי תפחת ביחס ישר לחלקיות הביטוח.

66. לדעתי יש לקבל את ערעור המבוטחת בעניין זה, מהטעם שאין מדובר בענייננו בסיטואציה של ביטוח חסר. לפי קביעת סעיף 60, לצורך השאלה האם בפנינו מקרה של ביטוח חסר יש להשוות בין סכום הביטוח לבין שווי של הנכס המבוטח בשעת כריתת החוזה. במקרה דנן, השווה השמאי בחוות דעתו לצורך קביעת ביטוח החסר בין מחירו הנומינלי של מנוף חדש שניתן לרכוש היום (חוות הדעת נושאת תאריך של 31.12.01), לבין סכום הביטוח. שיעור זה כינה השמאי כ"שיעור הביטוח החסר" והפחיתו מגובה הנזק. גם חברת הביטוח בסיכומי תשובתה מתייחסת לכך שסכומי הביטוח של שני המנופים נמוכים מערכם של המנופים כחדשים (ולא מערכם בעת כריתת החוזה).

67. ברם, מעיון בחוות הדעת לא ברור מדוע נזקק השמאי למחירו הנומינלי של מנוף חדש. המשתנה הרלבנטי לצורך ביטוח חסר הוא כאמור שווי המנוף בעת כריתת החוזה.

לפי גרסתה של חברת הביטוח בסיכומיה, היא דחתה את הצעת הביטוח שהוגשה על-ידי מנהל המבוטחת גרשון, הנפיקה את הפוליסה האמורה והעבירה אותה לידי המבוטחת לאחר קרות מקרה הביטוח, וזו קיבלה אותה בדרך של התנהגות. לפי גרסה זו, מועד כריתת החוזה מאוחר לקרות מקרה הביטוח, ויש לראות את שווי המנופים במועד זה כשווים בעת קרות מקרה הביטוח, היינו, כהערכת הנזק הממשי שנגרם למבוטח כתוצאה מהאובדן. לעניין זה ניתן להוסיף, כי סעיף 12 לפוליסה המתייחס לביטוח חסר קובע את הזמן הרלבנטי כ"עת תחילת הביטוח", מועד שהוא ימים ספורים לפני קרות מקרה הביטוח, ואין להניח (והדבר גם לא הוכח) שערכם ירד בימים ספורים אלו. אומנם, ביחס לאחד המנופים נוכח משיעור הנזק שווי השרידים שנותרו מהמנוף שהיה על גבי המשאית שנמצאה, אולם לא מצוין בחוות הדעת מהו שווי אותם שרידים, והאם בצירוף שווי השרידים עולה שווי הנכס על סכום הביטוח. לסיכום, ביחס לשני המנופים עולה כי שוויים במועד כריתת החוזה נמוך מסכום הביטוח. על כן, לא חל סעיף 60 [לחוק חוזה הביטוח](#) על ענייננו, ואין הצדקה להפחית את שיעור הפיצוי בשיעור יחסי שהוא כיחס שבין סכום הביטוח לבין שווי הנכס כחדש.

הנזק התוצאתי

68. בית המשפט קבע כי המבוטחת לא הוכיחה את הנזק התוצאתי שנגרם לה, בכך שלא המציאה לחברת הביטוח את המסמכים שעמדו ביסוד חוות דעתו של רואה החשבון זהבי, באמצעותה ניסתה המבוטחת להוכיח את הנזק התוצאתי. למרות זאת, פסק בית המשפט פיצוי כולל בגין הנזק התוצאתי, בסכום של 50,000 דולר עבור חוסר יכולתה של המבוטחת לייצר הכנסה מהמנופים בתשעת החודשים לאחר הגניבה. חברת הביטוח טוענת כי משנקבע שהנזק התוצאתי לא הוכח, לא היה מקום לקבוע פיצוי בדרך של אומדנה. המבוטחת טוענת בערעור שכנגד כי היה על בית המשפט לפסוק לטובתה את מלוא הנזק התוצאתי שתבעה (106,600 דולר) בשל אי ייצור הכנסה בתקופה האמורה, מאחר ובא כוחה המציא לבא כוח חברת הביטוח את כל המסמכים שביקש, ובמסגרת ההליכים המקדמיים הועברו לבא כוח חברת הביטוח כל המסמכים שנתבקשו על ידה, לרבות מאזנים ודו"חות כספיים.

69. לדעתי יש לקבל את ערעור חברת הביטוח לעניין זה, וממילא נדחה ערעורה של המבוטחת. נזק תוצאתי (או נזק עקיף) פירושו נזק אשר לא נגרם במישרין לנכס המבוטח במסגרת מקרה הביטוח, אלא נגזר מאותו נזק ישיר (פרשת מוריאנו, בעמ' 83). יש להבחין בין פיצוי בגין נזק תוצאתי הכלול במסגרת הפוליסה, לבין פיצוי בגין נזק תוצאתי שנגרם למבוטח בשל הפרת חוזה על-ידי חברת הביטוח, למשל מאחר ולא שילמה למבוטח את התגמולים 30 ימים מיום שהיו בידיה המידע והמסמכים הדרושים לבירור חבותו (כפי שקובע סעיף 27 [לחוק חוזה הביטוח](#)). בעוד ובמקרה הראשון הכלל הוא כי נזק תוצאתי אינו מכוסה על-ידי פוליסת ביטוח רכוש, אלא אם כן קובעת הפוליסה אחרת (פרשת מוריאנו, בעמ' 84), במקרה השני נגזרת החובה לפצות מדיני החוזים הכלליים, לפי סעיף 10 [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), תשל"א-1970 (להלן: [חוק התרופות](#)) (לעניין הבחנה זו ראו: ולר, בעמ' 609). בענייננו טענה המבוטחת לפיצויים על-פי סעיף 10 [לחוק התרופות](#) בשל הימנעות חברת הביטוח מלשלם את התגמולים במועד. הכלל הוא כי על התובע פיצוי לפי סעיף 10 [לחוק התרופות](#) להוכיח הן את נזקו והן את שיעור הפיצויים לו הוא זכאי בגין הנזק שנגרם לו מההפרה (דעת הרוב בע"א 355/80 [אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה](#) (2) 800, 806-807 (1981); [ע"א 153/04](#) רובינוביץ נ' רזנבוים, [פורסם בגנבו]). התרת פסיקה על דרך של אומדן, תיעשה רק מקום בו, לאור אופיו וטבעו של הנזק, קיים קושי אובייקטיבי להוכיח את גובהו ואת שיעור הפיצויים (פרשת אניסימוב, בעמ' 809; [ע"א Aerocon C.C 7905/98](#). [נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה](#) (4) 387, 398 (2001)).

70. עיון בפרוטוקול הדיון מלמד כי צדק בית המשפט בקביעתו שהמבוטחת לא המציאה לחברת הביטוח חלק מהמסמכים שעמדו בבסיס חוות דעתו של רואה החשבון זהבי. אומנם, דו"ח הרווח וההפסד הומצא, אולם בעדותו אומר זהבי כי לא ניתן על-פי דו"ח הרווח וההפסד בלבד להגיע לאובדן הרווח הגולמי של החברה לשנת 1999. לצורך נטרול ההכנסות וההוצאות של המשאיות הנוספות (שלא נגנבו), הוא התבסס על הנהלת החשבונות של החברה, מסמכים המצויים בידי המבוטחת ולא הועברו לידי חברת הביטוח. משהתגלה עניין זה במהלך עדותו של זהבי, ביקש בא-כוח חברת הביטוח מבית המשפט שיורה על המצאת המסמכים החסרים ושהחקירה תימשך במועד מאוחר יותר, ולחלופין שחוות הדעת תוצא מתיק בית המשפט. בית המשפט ציין כי החקירה תימשך, והוא ייתן דעתו על כך בפסק הדין (עמ' 93-89 ועמ' 111 לפרוטוקול). בשלב זה, פתוחה הייתה הדרך

בפני המבוטחת לבקש מבית המשפט שהעדות תופסק, המסמכים הנדרשים יומצאו, והעד יוזמן פעם נוספת, ובכך לאפשר לחברת הביטוח לא רק לחקור את העד חקירה נגדית אפקטיבית, אלא אף לבקש מבית המשפט להמציא חוות דעת נגדית במידת הצורך. מכאן, שבצדק נקבע שבשל אי גילוי המסמכים לא עמדה המבוטחת בנטל המוטל עליה להוכיח את גובה הנזק שנגרם לה. עם זאת, לא היה מקום לפסוק פיצוי בדרך של אומדן. במקרה בו הסיבה לאי הוכחת הנזק נעוצה במחדל של אי גילוי מסמכים, ברור שלא מתקיים קושי אובייקטיבי להוכיח את גובה הנזק. לפיכך, אני מציעה לקבל את ערעור חברת הביטוח ולבטל את הפיצוי שנפסק לטובת המבוטחת עבור הנזק התוצאתי.

הפחתת דמי ההשתתפות העצמית

71. חברת הביטוח טוענת כי בית המשפט לא הפחית מתגמולי הביטוח שקבע את סכום ההשתתפות העצמית הקבוע בפוליסה, על אף קביעתו כי יש לנכות סכום זה ולמרות שהשמאי רוזן-טל, שחוות דעתו אומצה לצורך קביעת שיעור הנזק, ציינה שמהסכומים המפורטים יש לנכות את דמי ההשתתפות העצמית. בקשה לתיקון טעות סופר שהוגשה על-ידי חברת הביטוח נדחתה על-ידי בית המשפט קמא, בנימוק שבית המשפט ראה בסכום הפיצוי שקבע כמגלם בתוכו את ההשתתפות העצמית, וכך גם צוין בסיכומי חברת הביטוח. המבוטחת חוזרת על כך שזהו הסכום שצוין בסיכומיה של חברת הביטוח.

72. עיון בחוות הדעת של רוזן-טל מעלה כי הצדק עם חברת הביטוח. רוזן-טל מעריך את גובה הנזק לגבי כל אחד מהמנופים, ומיד לאחר מכן מציין:

"כאמור, בהתאם לממצאי החוקר יוחלט לגבי הפיצוי ובמידה ויוחלט בחיוב יש לנכות מהערכתנו את ההשתתפות העצמית החלה על המבוטח"

אומנם, בסוף סיכומיה של חברת הביטוח היא מציינת כי לחלופין יש לקבוע פיצוי בסך של 91,462 דולר, הוא הערכת הנזק לשני המנופים ללא ניכוי ההשתתפות העצמית. אך כפי שמציינת חברת הביטוח בערעור, בפרק בסיכומים המתייחס ספציפית לטענות החלופיות בדבר שיעור הנזק נאמר כי יש לנכות מהסכום האמור השתתפות עצמית בשיעור של 20% כקבוע בפוליסה. על כן, ברור כי ההשמטה של ניכוי ההשתתפות העצמית מסוף

הסיכומים נעשתה בשגגה, ומסכום הפיצוי יש להפחית את שיעור ההשתתפות העצמית, כפי שנקבע בפסקה 43 לפסק דינו של בית המשפט קמא.

הריבית

73. כאמור, בית המשפט קבע כי הסכום שפסק למשיבה כתגמולי ביטוח יישא ריבית של 11% החל מיום קרות מקרה הביטוח. בית המשפט קבע שיעור ריבית זה לאור ההלכה לפיה שיעור הריבית לגבי חיוב במטבע חוץ הוא 11%, כאשר לבית המשפט נתון שיקול הדעת לסטות משיעור זה בהתחשב במכלול נסיבות המקרה. לעניין זה הסתמך בית המשפט על ע"א 359/84 חממי נ' עוקשי, פ"ד מא (4) 19 (1987), וקבע כי בהתחשב במכלול הנסיבות אין בידו לסטות משיעור זה. דא עקא, הלכה זו נהפכה בע"א 6388/98 Lyonnais S.A Credit. נ' Deniztas Nakliyat Ve Ticaret A.S. פ"ד נו (5) 647 (2003) (להלן: הלכת *Deniztas*). בעניין זה נקבע, כי ביחס להליכים תלויים ועומדים, אשר החלו לפני יום תחילת תקנות פסיקת ריבית והצמדה (קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה), התשס"ג-2003 (להלן: תקנות פסיקת ריבית), יום 1.4.03, ולכן התקנות אינן חלות עליהם, תהווה תקנה 4 לתקנות פסיקת ריבית נקודת המוצא לעניין שיעור הריבית הראוי על סכום שיש לשלמו במטבע חוץ או במטבע ישראלי הצמוד למטבע חוץ (ש"מ, בעמ' 660). מנקודת מוצא זו יוכל בית המשפט לסטות למעלה או למטה, במקרה בו הצדדים הביאו ראיות לכך שראוי לפסוק בעניינם ריבית גבוהה יותר או נמוכה יותר (ראו את הערתו של הנשיא ברק בעמ' 662 וכן את הערתו של השופט ריבלין בעמ' 664).

74. התביעה הוגשה בשנת 1999, אז חל סעיף 28(ד) לחוק חוזה הביטוח בנוסחו הישן, שקבע כי הריבית על תגמולי ביטוח המשולמים במטבע חוץ תיקבע בהתאם לריבית שמשלם בנק ישראל לתאגידים בנקאיים על כספי פקדונות שהם מפקידים אצלו לתקופה של שלושה חודשים. עם זאת, מאחר ומזה שנים רבות אין בנק ישראל משלם ריבית לתאגידים בנקאיים על כספי פקדונות במטבע חוץ שהם מפקידים אצלו, נקבע בפסיקה כי סעיף 28(ד) אינו ניתן ליישום, ויש לפסוק במקרים אלו למבוטח ריבית בשיעור של 11% (ע"א 282/89 רוטנברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מו (2) 339, 364-365 (1992); רע"א 834/99 צביאלי נ' אודט חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 9.11.99)). בכך חוזרים אנו להלכת *Deniztas* (אשר הפכה את ההלכה לפיה הריבית על חיובים במטבע חוץ תהא

11%), ומאחר והתביעה הוגשה, כאמור, לפני יום תחילתן של תקנות פסיקת ריבית, השיעור הקבוע בתקנה 4 לתקנות, שיעור ריבית הליבור בתוספת 1 נקודת אחוז, הוא נקודת המוצא, ממנה יכול לסטות בית המשפט. בענייננו, לא הצביעו הצדדים על טעם לסטות משיעור זה, ויש להעמיד את שיעור הריבית מיום קרות מקרה הביטוח על השיעור האמור, היינו, לייבור בתוספת 1 נקודת אחוז (והשוו: ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל, נט(5), 337). באשר לטענות המבוטחת על התנהגותה של חברת הביטוח, נזכיר כי פסיקת הריבית לא נועדה להעניש את החייב, אלא לפצות את הנושה על מניעת השימוש בכסף (ע"א *Polska Zegluga Morska 6260/97*, *Banque Nationale de Paris, New york* '1 פ"ד נו(5) 193, 233 (2003)), על-ידי השבתו למצב הכלכלי הריאלי שבו היה אילו קיבל את הכסף המגיע לו במועד (הלכת *Deniztas*, בעמ' 658).

שכר טרחת השמאי מטעם המבוטחת

75. לטענה בדבר פסיקת שכר טרחה לשמאי מטעם המבוטחת שחוות דעתו לא אומצה על-ידי בית המשפט. לטעמי יש לקבל את ערעור חברת הביטוח בעניין זה. ככלל, המבטח הוא שממנה שמאי מטעמו שיעריך את גובה הנזק, כחלק מחובתו לעשות את הדרוש לשם בירור חבותו, לפי סעיף 23 לחוק חוזה הביטוח. המבוטח אינו כבול לשומה זו, והוא רשאי להציג שומה נגדית (אליאס, בעמ' 437-438). במקרה דנן נדחתה השומה הנגדית שהציגה המבוטחת. שלא כטענתה, הכחשת החבות על-ידי חברת הביטוח לא חייבה את המבוטחת להציג שומה מטעמה, ובעשותה זאת נטלה על עצמה סיכון כי אם תידחה חוות הדעת, לא תזכה להוצאות בגינה. על כן, אין לראות בהוצאות חוות הדעת שנדחתה משום הוצאות שנדרשו לשם ניהול ההליך וקבלת התגמולים (והשוו: בג"צ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא-משרד התעשייה והמסחר, [פורסם בנבו]).

על כן, אם תישמע דעתי, אציע לחבריי לדחות את ערעור חברת הביטוח לעניין האחריות, ולקבל את ערעורה לעניין הנזק התוצאתי, ניכוי דמי ההשתתפות העצמית, שיעור הריבית ושכר הטרחה לשמאי מטעם המבוטחת. כן יש לקבל את הערעור שכנגד מטעם המבוטחת לעניין ביטוח החסר.

בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

הנשיא (בדימ') א' ברק:

אני מסכים.

הנשיא (בדימ')

השופט י' עדיאל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ארבל.

ניתן היום, י"ג בתשרי תשס"ז (5.10.06).

אהרון ברק 54678313-4/78

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

הנשיא (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 04000780_B05.doc עב
מרכז מידע, טל' 02-6593666; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה. חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)