

**בתי המשפט**

א 025526/04

**בית משפט השלום תל אביב-יפו**בפני: **כב' השופט ד"ר אחיקם סטולר** תאריך: **22/02/2005**בעניין: **קושקרו** תובע**ע"י ב"כ עו"ד יעל סמואל** - נגד -נוכחים: **1. אדוה שלום**  
**2. מגדל חברה לביטוח בע"מ**  
**ע"י ב"כ עו"ד לימור סלמן** נתבעות  
**בהעדר**

לסיכומים בטענות (24-06-2009): תא 25526/04 יצחק קושקרו - ב"כ עו"ד יעל סמואל נ' אדוה שלום שופטים: אחיקם סטולר, עו"ד: יעל סמואל
---

**פסק דין****רקע וטענות הצדדים**

בפני תביעה לתגמולי ביטוח סיעוד שהגיש מבוטח כנגד סוכנת הביטוח – הנתבעת 1 וחברת הביטוח – הנתבעת 2. בתביעתו מבקש התובע מבית המשפט, לקבוע כי הוא פטור והיה פטור מלשלם לנתבעת 2 את הפרמיות החל מתום תקופת ההמתנה (5.4.01). לשיטתו, על הנתבעות לשלם לו את תגמולי הסיעוד מתום תקופת ההמתנה ועד מועד הגשת התביעה ולהמשיך ולשלם לו מדי חודש בחודשו את תגמולי הסיעוד כהגדרתם בפוליסה. בנוסף לכל אלה, עותר התובע לחייב את הנתבעות ביחד ולחוד בריבית מיוחדת כאמור בסעיף 28 א' לחוק חוזה הביטוח התשמ"א 1981 (להלן "החוק" או "חוק חוזה ביטוח") ו/או בריבית עונשית ו/או בהוצאות לדוגמא.

**טיעוני התובע**

התובע יליד שנת 1927, אלמן, ניצול שואה ונכה בגין רדיפות הנאצים שעבד בתע"ש כמנהל חשבונות עד לשנת 1987, ומאז הינו גימלאי של תע"ש. בשנת 2001 הוצע לתובע לרכוש ביטוח על פי הסדר מיוחד עם גימלאי תע"ש. לטענת התובע הוסבר לו שתנאי הביטוח כוללים ביטוח סיעודי וסכום תגמולי הביטוח החודשי בהתקיים מקרה הביטוח עומד על סך של 2,500 ₪. לטענת התובע, סוכן הביטוח שביקר בדירתו ביום 16.7.01 ראה כי הוא נעזר בקביים ולשאלת התובע אם עליו לחתום על הצהרת בריאות כלשהי לצורך עריכת הביטוח השיב הסוכן בשלילה ואף הסביר לתובע כי אין כל קשר בין מצבו הבריאותי בעת החתימה על חוזה הביטוח ובכל מקרה בו ייהפך לסעודי, יהיה זכאי לתגמולי ביטוח בסך של 2,500 ₪. סוכן הביטוח מילא בעצמו את פרטיו האישיים של התובע וכן את פרטי כרטיס האשראי שלו לצורך תשלום הפרמיות, סימן לתובע ב - X היכן עליו לחתום והחתימו על הצעת הביטוח. הנתבעת 2 הוציאה לתובע פוליסה שמספרה 14471267 ושלחה אותה לתובע רק מס' חודשים לאחר שחתם על הצעת הביטוח. התובע שילם ועדיין משלם את הפרמיות שנדרשות ממנו כסדרן.

**מקרה הביטוח -** ביום 5.1.03 אושפז התובע עקב אירוע מוחי ואושפז במחלקת עצבים בבית"ח "איכילוב", לאחר שבוע לפני כן אושפז ליום אחד במחלקה הפנימית. מאז שיחרורו מהאשפוז הנ"ל הפך התובע למוגבל ביותר, ולאחר תהליך שיקום ממושך, החל להיעזר בהליכון והפך להיות סיעודי. לאור מצבו הרפואי, נאלץ התובע לשכור מטפלת אשר סועדת אותו.

התובע פנה אל הנתבעת 2 בדרישה לקבל את תגמולי הביטוח וזו דחתה את תביעתו בטענה שלא הצהיר על ניתוח שעבר בטרם חתם על הצעת הביטוח.

התובע טען כי הוטעה ע"י סוכן הביטוח, וכי שאל מפורשות את הסוכן אם עליו להצהיר על מחלות ו/או אירועים רפואיים מעברו, וסוכן הביטוח השיב בשלילה. יתרה מכך, סוכן הביטוח נפגש עם התובע וראה כי הינו מוגבל ונעזר בקביים, וחרף האמור לעיל הסביר לו מפורשות כי אין צורך בהצהרת בריאות כלשהי, כאשר סוכן הביטוח הוא זה אשר שאל את התובע שאלות לצורך החתימה על הצעת הביטוח, מילא בכתב ידו את הצעת הביטוח והורה לתובע היכן לחתום. הנתבעת 1 ו/או סוכן הביטוח מטעמה הינם שלוחים של הנתבעת 2 ולפיכך על הנתבעת 2 לשלם את תגמולי הביטוח במלואם.

התובע ביקש בכתב תביעתו מבית המשפט ליתן צו הצהרתי לפיו חוזה הביטוח בין התובע לבין הנתבעת 2 תקף, להצהיר כי התובע פטור מתשלום פרמיות החל מתום תקופת המתנה בת 90 ימים לאחר 5.1.03, להצהיר כי התובע זכאי לתשלום תגמולי ביטוח בסך של 2,500 ₪ לחודש וליתן סעד כספי המורה לנתבעות ביחד ולחוד לשלם לתובע סך של 2,500 ₪ לחודש החל מתום 90 ימי המתנה ובסה"כ סך של 25,000 ₪ עד ליום הגשת התביעה. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן סעד כספי המורה לנתבעים ביחד ולחוד להשיב לתובע את הפרמיות ששילם החל מתום 90 ימי המתנה בסך של 2,070 ₪ עד ליום הגשת התביעה. בסיכומו של דבר, עתר התובע לחייב את הנתבעות יחד ולחוד לשלם לו את הסך של 27,070 ₪ בצרוף הפרשי הצמדה וריבית מיוחדת. מטעם התובע העידו ד"ר איבון שוומנטל - רופאה נוירולוגית אשר הגישה גם חוות דעת והתובע בעצמו.

### **טענות הנתבעות**

**היעדר כיסוי ביטוחי בשל הפרת חובת הגילוי ו/או הפרת חובת הגילוי היזומה - לשיטת הנתבעות,** התובע הפר את חובת הגילוי הקבועה בפוליסה, בחוק חוזה הביטוח ובדין, לרבות הפרת חובת הגילוי היזומה, משום שהעלים מהנתבעות עובדה מהותית כקבוע בחוק, והכל בכוונת מרמה. משכך פטורה הנתבעת מחובת תשלום תגמולי הביטוח. בנוסף ולחילופין, טענו הנתבעות לתחולתו של סעיף 16 לחוק שעניינו סיכון שנתבטל. דהיינו, סיכון שבעת כריתת החוזה כבר חלף או שבאותה עת כבר קרה ולכן הוא בטל. הנתבעות טענו בכתב ההגנה כי לא אירע מקרה הביטוח כהגדרתו בפוליסה, בין היתר מאחר והתובע לא איבד את היכולת לבצע לפחות ארבע מתוך הפעולות הבסיסיות המצוינות בפוליסה. בסיכומים זנחו הנתבעות טענה זו (ר' סעיף 7 לסיכומי הנתבעות) ולפיכך, אין מחלוקת גם לשיטת הנתבעות שהתובע כיום עונה להגדרת מבוטח סיעודי כאמור בפוליסה. הנתבעות טענו כי במעמד החתימה על הצעת הביטוח, נשאל התובע לגבי מצב בריאותו, לרבות ניתוחים שעבר, כדורים בהם הוא משתמש ומחלות לרבות מחלות כרוניות מהן הוא סובל. התובע השיב בשלילה לשאלות שהוצגו בפניו. מסתבר שטרם הגשת התביעה לבית המשפט, העביר התובע לנתבעת 2 סיכומי מחלה מיום 5.1.03 ומיום 9.1.03, מהם עלה כי בטרם עשיית הביטוח עבר התובע קיבוע מפרק ירך ימין והחלפת ברך ימין וכי סבל מנכות אורטופדית קודמת. בטרם עשיית הביטוח סבל התובע מנכות בירך וברך ימין שנגרמה עקב מחלות בהן חלה בהיותו במחנות ריכוז ומבעיות גב תחתון עקב פריצת דיסק. מתשובות התובע לשאלון עולה כי הוא עבר 4 ניתוחים של השתלת ברך ברגל ימין. עוד עולה מהתצהיר כי נקבעה לתובע נכות בשיעור של 83.2% ע"י ועדה רפואית מטעם המדינה לפי חוק נכי רדיפות הנאצים לפי הפירוט להלן: 70% בגין שחפת ירך וברך ימין, 30% בגין גב ורגל שמאל כמחלה מוסבת ממחלת השחפת ו- 20% עצבים. בשל העובדה שהעובדות דלעיל לא גולו לנתבעת, הפר התובע את חובת הגילוי המוטלת עליו, לרבות חובת הגילוי היזומה, והכל מתוך כוונת מרמה, ובנסיבות אלו, טוענות הנתבעות כי הן פטורות מחבות ו/או חובת תשלום כלשהי. הצעת הביטוח מולאה על ידי התובע ו/או מי מטעמו ואילו הנתבעת 1 מילאה את פרטיה האישיים המופיעים בראש הצעת הביטוח, את סעיפים 12 ו- 13 להצעה ורשמה את סוג כרטיס האשראי ממנו יגבו הפרמיות.

**פטור מחמת החמרה של מצב רפואי קיים -** עוד טוענת הנתבעת 2 כי היא פטורה מתשלום פיצוי כלשהו, מאחר שמקרה הביטוח אירע ממחלה הבלתי נמנע או מסיבוכיה של מחלה אשר התובע לקה בה לפני תחילת הביטוח או בתקופת האכשרה. דהיינו, מקרה הביטוח הינו תוצאה של מצב

רפואי קיים כהגדרתו בפוליסה - במהלך הרגיל או מסיבוכ של מחלה או של מערכת נסיבות רפואיות אשר התגלו אצל התובע לפני תחילת תקופת הביטוח או במהלך תקופת האכשרה.

**מצבו של התובע עובר לעשיית הביטוח -** לטענת הנתבעת עובר לחתימתו על הצעת הביטוח היה התובע במצב סיעודי ולפיכך מתקיים החריג שבס' 3 ב (2) לנספח לעניין הגבלת אחריות החברה, לפיו לא היה מסוגל לבצע אחת מששת הפעולות (אשר אי יכולתו לבצע 4 מהן מגדירות אותו כסיעודי).

הנתבעות מוסיפות וטוענות כי אפילו יוכח שהתובע במצב סיעודי המזכה אותו בתשלום תגמולי ביטוח, היא רשאית לבדוק אותו על ידי רופאים מטעמה, הן לפני אישור התביעה בחברת הביטוח והן במשך כל תקופת תשלום תגמולי הביטוח הסיעודי. לפיכך, לא ניתן ליתן סעד הצהרתי באשר למצב רפואי עתידי שטרם בא לעולם ו/או טרם הוכח.

בנוסף לכך טוענת הנתבעת כי אפילו היה זכאי התובע לתגמולי ביטוח כי אז על פי הוראות הפוליסה הזכאות המקסימלית היא למשך של שלושים ושישה חודשים. מטעם הנתבעות העידו גב' אדוה שלום, סוכנת הביטוח, היא הנתבעת 1, פרופ' קרסיק - רופא חתם של הנתבעת 2 וגב' נורית ברניצקי - מנהלת מח' חתמות של הנתבעת 2.

## דיון

### העובדות שאינן שנויות במחלוקת

התובע, יליד 1927 וגמלאי תע"ש, הצטרף לביטוח בריאות הכולל כיסוי סיעודי ביום 1.8.01. עובר להצטרפותו לביטוח, נקבעה לתובע ע"י ועדה רפואית מטעם המדינה מכח חוק נכי רדיפות הנאצים נכות צמיתה משוקללת בשיעור של 83.2% בברך ובירך רגל ימין, לפי הפירוט דלעיל. מסיכומי המחלה אשר הועברו אל הנתבעת עובר להגשת התובענה עולה, כי טרם להצטרפותו לביטוח עבר התובע קיבוע מפרק ירך ימין והחלפת ברך ימין וכי סבל מנכות אורטופדית קודמת. התובע עבר 4 ניתוחים של השתלת ברך ברגל ימין. ביום 5.1.03 עבר התובע אירוע מוחי. אין מחלוקת בין הצדדים כי מאז התובע במצב סיעודי כמשמעותו בפוליסה.

### הפרת חובת הגילוי - נסיבות החתימה על הצעת הביטוח

בעניין דנן עלתה במלוא חריפותה שאלת הפרת חובת הגילוי, וזאת לאור העובדה שאין מחלוקת בין הצדדים אודות מצבו הרפואי של התובע עובר לחתימה על הצעת הביטוח. עיקר טענתו של התובע היא שהאינפורמציה שקיבל עובר להצטרפותו לביטוח היא כי מדובר בתכנית שנעשתה במיוחד עבור גמלאי תע"ש אשר אחת מהטבותיה היא שאין צורך ליתן הצהרת בריאות דהיינו, אין כל חשיבות למצב רפואי קיים. לטענת הנתבעת יש גם יש חשיבות למצב רפואי קיים. התובע היה צריך להצהיר על מצבו הרפואי. הוא נשאל על ידי סוכנת הביטוח וענה בשלילה.

הנה כי כן, בין הצדדים נטושה מחלוקת קשה בדבר נסיבות החתימה על הצעת הביטוח. בעניין דנן עומדות גירסתו של התובע כנגד גירסתה של סוכנת הביטוח – הנתבעת 1 כאשר אחת מכחישה את רעותה.

באשר לנסיבות החתימה על הצעת הביטוח כותב התובע בתצהירו כי קיבל בדואר במהלך חודש יוני 2001, מארגון גמלאי תע"ש, עלון פרסומי לתוכנית בריאות/סיעוד. בנוסף לכך התקשרו איתו מארגון הגמלאים בקשר לביטוח ובלשונו:

**"אני פנסינור של תע"ש ושלחו שכתוב שעשו ביטוח מיוחד לפנסינורים מהועד של תע"ש התקשרו אתי, אני אמרתי להם שאני נכה ושאלתי האם אני גם נכלל, אמרו לי שלא צריך למלא טופס ושאני נכלל בביטוח, כי מדובר בביטוח סיעודי ואני מבחינה מסוימת הראש שלי עבד, עד שקיבלתי את האירוע המוחי" (עמוד 8 שורות 5-9).**

על סמך המידע שקיבל, החליט התובע להצטרף לתוכנית, התקשר לסוכנות הביטוח וקבע פגישה עם סוכן ביטוח בביתו ליום 16.7.01. לדברי התובע הוא התקשה בהליכה ומאז שנת 1991 הוא נעזר בקביים. הסוכן ראה שהתובע נעזר בקביים ולא שאל אותו דבר בנוגע לכך. הסוכן הוציא

טופס כלשהו, שאל את התובע כמה שאלות בדבר פרטיו האישיים ושאל אותו אם ברצונו לשלם את פרמיות הביטוח באמצעות כרטיס אשראי או הוראת קבע. התובע מסר לסוכן הביטוח את פרטי כרטיס האשראי, הסוכן מילא בכתב ידו את הטופס. לאחר מילוי הטופס סימן הסוכן X בשני מקומות וביקש ממנו לחתום והתובע חתם. לדברי התובע בתצהירו, הסוכן לא בקש ממנו לקרוא את הטופס ואף לא שאל אותו על מצב בריאותי, כאשר ראה כאמור שהתובע נעזר בקביים. בשלב מסוים, שאל התובע את הסוכן אם יש צורך בהצהרת בריאות והסוכן השיב בשלילה. דברים אלה של סוכן הביטוח הלמו את המידע שניתן לתובע בטלפון מארגון גמלאי תע"ש.

יש לציין שעל טופס ההצעה אכן מסומנים שני X - ים. אחד ליד המקום שנועד לחתימת המבוטח ואחד ליד המקום המיועד לחיוב התובע לתשלומים באמצעות כרטיס אשראי. קיום הסימונים הללו מתאימים לעדותו של התובע ומקנים לה אמינות. אם התובע היה ממלא את הטופס בעצמו היה חותם במקום המיועד לחתימה כפי שמילא אחר כל הפרטים. ניסיון החיים מלמד כי הדינמיקה של סימון X ליד המקום המיועד לחתימה נעשית כאשר אדם אחר ממלא את הטופס. התובע נשאל לעניין זה בחקירה נגדית ועמד על דעתו כי לא הוא שמילא את הטופס ובלשונו:

**"אני לא משותק בידיים עד היום, אני לא כתבתי, מה שכתוב בטופס אינו כתב ידי, אני רק חתמתי ליד שני המקומות שסומנים באיקס".** (ע' 10 ש' 1-2).

הנתבעת 1 – סוכנת הביטוח אדווה שלום מתארת מצב עובדתי שונה בתכלית מזה המתואר על ידי התובע. ראשית, לא סוכן הוא שהגיע לביתו אלה היא. לטענתה הטפסים נשלחו לביתו של התובע לפני הפגישה והוא מילא חלק מהפרטים. בעת הפגישה שקיימה עם התובע הסבירה לו את התכונות הכלולות בביטוח, לרבות כיסוי לניתוחים לפי רשימה, כיסוי להשתלות וכיסוי סיעודי. לאחר מכן, עברה ביחד עם התובע על טופס ההצעה לביטוח, אותו מילא הוא או מי מטעמו, חלקית, טרם הגעתה אליו. הנתבעת 1 עברה ביחד עם התובע על הפרטים האישיים שמילא והקריאה לו את התופעות המופיעות בסעיף 7 להצעת הביטוח, דהיינו ווידאה כי אינו סובל מיתר לחץ דם, סוכרת, השמנת יתר, ערכי שומן גבוהים בדם, צריכת אלכוהול מופרזת, עישון כבד או ממחלת הסרטן. לאחר מכן וידאה עם התובע בעל-פה כי הוא אינו סובל או סבל ממחלות נוספות אשר אינן מפורטות בסעיף 7 להצעת הביטוח כגון פרקינסון, CVA או מחלות לב. כן שאלה את התובע אם עבר צנתור וכן אם הוא סובל מנכות כלשהי. כך גם הצהירה הנתבעת 1 כי הסבירה לתובע שעליו ליידע אותה לגבי כדורים שהוא נוטל, מחלות לרבות מחלות כרוניות מהם הוא סובל וניתוחים שעבר. כך גם, טוענת הנתבעת 1 כי הסבירה לתובע שהביטוח מסתמך על תיק רפואי קיים וכי עליו ליידע אותה באשר לכל המחלות בהן לקה ו/או לוקה. לטענת הנתבעת 1 בתשובות לשאלותיה, השיב התובע בשלילה ובהתאם, לא ביקש ממנה להוסיף פרטים במקום המיועד לכך בהצעת הביטוח. לטענתה, אם היה התובע היה מוסר לה פרטים אודות מחלות ו/או נכויות ו/או תופעות בהם הינו לוקה, הייתה ממלאה עמו הצהרת בריאות נפרדת כאמור בסעיף 9 להצעת הביטוח. לאחר מכן, מילאה את הפרטים שהתובע החסיר במבוא לטופס ההצעה ובסעיפים 12 ו-13 להצעה, רשמה את סוג כרטיס האשראי באמצעותו ייגבו הפרמיות והתובע חתם בפניה על הצעת הביטוח. הנתבעת 1 מכחישה מכל וכל את טענת התובע כי השיבה בשלילה לשאלת התובע באם עליו לחתום על הצהרת בריאות כלשהי לצורך עריכת הביטוח. לטענתה, לא נשאלה דבר לגבי הצהרת בריאות. יתרה מזאת, טוענת הנתבעת 2 כי אכן התובע לא נדרש למלא הצהרת בריאות עצמאית ונפרדת מהצעת הביטוח, אך כאמור במסגרת טופס ההצעה הוא נדרש להצהיר באשר למחלות ותופעות מהן הוא סבל וסובל וכן נדרש לפרט במקרה שהינו סובל ממצב בריאותי לקוי. התובע לא פרט דבר באשר למחלה ו/או ליקוי ממנו הוא סובל וכאשר שבה ושאלה אותו באשר למחלות המופיעות בטופס ההצעה לגבי מחלות אחרות ונוספות, ניתוחים ונכויות אחרות, השיב התובע בשלילה.

נקודת המחלוקת הראשונה היא האם היה זה סוכן ביטוח אשר נפגש עם התובע או האם הייתה זו הנתבעת 1. נוכח העובדה שהנתבעת 1 זכרה בקווים כללים את מיקום ביתו של התובע ולאור עדותה שלא נסתרה, כי לא העסיקה סוכני משנה או מי מטעמה לצורך החתמת גמלאי תע"ש,

נוטה אני לקבל את גרסתה כי הייתה זו היא אשר ביקרה את התובע בביתו והחתימה אותו על טופס ההצטרפות (ההצעה).

הנתבעות טענו כי טופס ההצעה נשלח לביתו של התובע עובר להגעתה של סוכנת הביטוח אליו וכי התובע בעצמו מילא חלק מהטופס עוד לפני הפגישה. התובע הכחיש זאת וטען כי כתב ידו אינו מופיע בטופס למעט חתימתו ליד המקום המסומן ב "X". נוכח חשיבותה של טענה זו של הנתבעות ונוכח הכחשתו של התובע, היה על הנתבעות להראות כי פרטים בטופס נכתבו בכתב ידו של התובע. משלא עשו כן, ניתן להסיק כי אילו הובאה הראיה כדוגמת חוות דעת של מומחה לכתבי יד, הייתה זו פועלת נגדן. ר' ע"א 548/78 **אלמונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד לה(1) 736, בו נאמר:

**"מעמידים בעל דין - בחזקתו, שלא ימנע מביהמ"ש ראיה שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה רלוונטית, שהיא בהישג ידו ואין לו הסבר סביר, ניתן להסיק אילו הובאה הראיה הייתה פועלת נגדו".**

כך גם בע"א 465/88 **הבנק למימון ולמסחר בע"מ נ' סלימה מתתיהו ואח'**, פ"ד מה(4) 651, נקבע כי:

**"אי הבאתו של עד רלוונטי מעוררת בדרך הטבע, את החשד כי יש דברים בגו וכי בעל הדין שנמנע מהבאתו חושש מעדותו ומחשיפתו לחקירה כנגד".**

משנטענה הטענה שהתובע מילא בעצמו חלק מהטופס, העובדה שהנתבעות לא השכילו להביא ראיה לכך, מעוררת חשד שראיה כאמור הייתה מאמתת את גרסתו של התובע ומחלישה את גרסת הנתבעות.

נוכח העובדה שהתובע היה נכה ברגלו ולטענתו לא יכול היה ללכת ללא קביים משנת 1991, כי אז אם הייתה סוכנת הביטוח יודעת על כך, בהתאם להוראת סעיף 33 (ב) לחוק חוזה הביטוח לעניין חובת הגילוי בכריתת חוזה הביטוח, יראו את ידיעת סוכן הביטוח לגבי העובדות הנכונות של עניין מהותי כידיעת המבטח.

### **האם הנתבעת 1 הייתה צריכה להבחין שהתובע נעזר בקביים או שהוא לוקה בבטיחה אורטופדית?**

בתצהירה כתבה הנתבעת 1 כי בניגוד לטענת התובע, היא לא ראתה כי הוא נעזר בקביים ו/או בכל מכשיר עזר אחר בעת הפגישה בביתו.

בחקירה הנגדית העידה:

**"אני זוכרת מאוד את הסיטואציה עם התובע, אני זוכרת באיזו פוזה הוא ישב ואיך מילאתי לו את שמות הילדים והוא הלך להביא את כרטיס האשראי מהחדרים הפנימיים ואני הייתי חד משמעית בפגישה עם התובע. התובע לא נעזר בקביים במהלך הפגישה אתי" (ע' 17 ש' 5-1).**

העדה המומחית מטעם התובע, ד"ר שוומנטל, נשאלה בחקירתה הנגדית לגבי מצבו של התובע עובר למקרה הביטוח, ואם נזקק התובע לקביים. עדותה איננה חד משמעית, וממנה ניתן ללמוד כי באשר לתפקודו של התובע עובר להצהרת הבריאות, היא ניזונה ממידע שהועבר לה על ידי התובע עצמו ולכן, קשה לבסס ממצא עובדתי המסתמך על עדותה בעניין זה.

בנקודה זו העיד פרופ' קרסיק מטעם הנתבעות. פרופ' קרסיק משמש כחתם רפואי של הנתבעת 2 (ר' עדותו בע' 18 לפרוטוקול). לדברי פרופ' קרסיק ניתן היה להבחין במוגבלותו של התובע בעת הליכתו. בחוות דעתו כותב פרופ' קרסיק כי:

**"הנכות האורטופדית גרמה לו (לתובע) למגבלה ברורה וקשה"**

בהמשך חוות דעתו כתב פרופ' קרסיק כי:

**"מר קושקרו סבל מנכות אורטופדית משמעותית של פגיעה קשה במפרק הירך והשפעה על פרק הברך..."**

ובחקירתנו הנגדית העיד :

**ש. אתה מציין בחוות הדעת שלך שהנכות של התובע לפני קבלתו לביטוח הייתה נכות ברורה וקשה - הכוונה שלך שיכלו לראות את הנכות הזו -**

**ת. רופא שהיה בודק את התובע, בוודאי היה רואה את הנכות.**

**ש. אתה מסכים שהתובע לא יכול היה לכופף את הרגל שלו?**

**ת. נכון, גם ירך וגם ברך הימנית שלו הייתה מקובעת.**

**ש. איך אדם הולך עם ירך וברך מקובעות ולא רואים שיש לו מגבלה?**

**ת. כשאני אומר ברורה וקשה, ברור לי שכל מי שהיה בודק את התובע היה מגלה את העובדות הרפואיות שאני כותב עליהן. אדם שהיה צופה בתובע היה מבחין בנכויות שאני מציין.**

על פי עדותו של פרופ' קרסיק, נוכח נכותו הקשה של התובע, אדם שהיה צופה בתובע היה מבחין בנכויות הקשות אותן סקר בחוות דעתו. ב"כ המלומדת של הנתבעות מבקשת בסיכומיה (ר' סעיף 14.17) להתעלם מאמירה זו של פרופ' קרסיק מאחר שאין הוא רופא אורטופד ונקודת מבטו היא נקודת מבט של רופא. בטענה זו של ב"כ הנתבעת יש, עם כל הכבוד, סתירה מינה וביה. מצד אחד, מבקשת ב"כ הנתבעות שתאומץ חוות דעתו של פרופ' קרסיק שקובעת קביעות אורטופדיות מובהקות, כפי שתואר לעיל, בדבר נכותו האורטופדית של התובע אך מצד שני, מבקשת היא כי נדחה את אמרתו של פרופ' קרסיק שנוכח הנכות האורטופדית הקשה, כל אדם יכול היה להבחין בה באשר אין הוא אורטופד. אין לקבל עמדה זו של הנתבעות באשר יש בה כאמור סתירה פנימית. ניתן לומר כי אימרתו זו של פרופ' קרסיק נוכח משרתו כחתם של הנתבעת 2 היא הודאת בעל דין.

לאור האמור לעיל, נראית לי לעניין זה עמדתו של התובע מעמדתן של הנתבעות ולפיכך אני מוצא כי נוכח נכותו הקשה של התובע, ולאור העובדה שהיה צריך לקום ממקומו ולהביא כרטיס אשראי מהחדר השני (על פי עדותה של הנתבעת 1), לא יתכן, על פי עדותו של פרופ' קרסיק שהנתבעת 1 לא הבחינה בנכותו הקשה של התובע ומשהבחינה בכך היה עליה לציין זאת בטופס ההצעה. מכל מקום, בהתאם להוראת סעיף 33 (ב) לחוק חוזה הביטוח, קמה לתובע החזקה כי ידיעת סוכן הביטוח כמוה כידיעת חברת הביטוח.

#### **טענת הנתבעות לאי גילוי מהותי בכוונת מירמה מצידו של התובע - מאזן האינטרסים -**

הנתבעות טוענות כי התובע בחר שלא לגלות את מצבו הרפואי בכוונת מרמה. נוכח חריפותה של טענה זו, מן הראוי לבדוק את האינטרסים של הצדדים. לטענת הנתבעות כמובהר בחוות דעתו החיתומית של פרופ' קרסיק ובתצהירה של גבי נורית ברניצקי מנהלת מחלקת החיתום של הנתבעת 2, אילו היו יודעים על מצבו הרפואי של התובע עובר לכריתת הסכם הביטוח כי אז לא היו מבטחים אותו בביטוח סיעודי ובלשונה:

**"הנני מצהירה כי אילו היה התובע מצהיר על מצבו האמיתי ועברו הרפואי, דהיינו במידה והיה מפרט בטופס הצעת הביטוח כי הינו סובל מיתר לחץ דם, סובל מנכות בירך ובברך ימין עקב מחלת השחפת וסובל מבעיות גב תחתון עקב פריצת דיסק, הוא לא היה מתקבל לביטוח סיעודי בחברת מגדל" (סעיף 13 תצהיר ברניצקי).**

כמובן שגם סוכנת הביטוח יודעת שבמקרה של דיווח כאמור לא יתקבל המבוטח לביטוח. בחקירה נגדית נשאלת סוכנת הביטוח:

**"ש. האם את מקבלת כסף עבור כל פוליסה?"**

**ת. נכון.**

**ש. עד היום את מקבלת כספים מהפוליסה של התובע?**

**ת. אם התובע משלם את הפרמיה, אני מקבלת מזה כספים" (ע' 16 לפרוטוקול).**

ידוע לכל, כי לא ניתן בעידן המחשב להסתיר מידע רפואי קודם. לכן, אינני יכול לראות אינטרס של התובע להסתיר או לא לגלות פרטים על עברו הרפואי, ניתוחים שעבר לרבות אחוזי נכות צמיתה בשיעור של 83.2% שנקבעה לתובע ע"י ועדה רפואית מטעם המדינה לפי חוק נכי רדיפות הנאצים בגין שחפת ירך וברך ימין, גב ורגל שמאל כמחלה מוסבת ממחלת השחפת ומנכות עצבית. ברור כי בכל בדיקה במוסדות הרפואיים, יתגלה מצבו הרפואי של התובע עובר לכריתת הסכם הביטוח.

מהעדויות שעמדו בפני, התרשמתי כי התובע שהיה כמובן מודע למצבו הרפואי, התקשר עם הנתבעת 2 באמצעות הנתבעת 1 לאחר שקיבל אינפורמציה מארגון גמלאי תע"ש שמדובר בתוכנית סיעודית ללא צורך בהצהרה על מצב בריאות קודם. התובע קיבל לכך אישור מסוכנת הביטוח שהחתימה אותו על הצעת הביטוח וכך הצהיר בסעיף 14:

**"הסוכן לא בקש ממני לקרוא את הטופס ואף לא שאל אותי על מצב בריאותי, כאשר ראה כאמור כי אני נעזר בקביים. בשלב מסוים שאלתי את הסוכן אם יש צורך בהצהרת בריאות ואולם הסוכן השיב – "זה בסדר"."**

מבחינת התובע, דבריו של הסוכנת התיישבו עם המידע שקיבל מארגון גמלאי תע"ש בדבר העדר הצורך בהצהרת בריאות.

על בית המשפט לשאול עצמו, מה טעם ראה התובע לשלם את דמי הביטוח כשהוא מודע למצבו הרפואי ושלא ניתן בשום פנים ואופן להסתירו שכן, אין המדובר באפיזודה חולפת כל שהיא שארעה לפני שנים הרבה. מדובר במצב רפואי ברור ומוגדר שמתועד במקומות רבים ושניתן לאבחנה גם בעין לא מקצועית – נכות אורטופדית קשה. שוכנעתי כי התובע סבר באמת ובתמים שיזכה לכיסוי ביטוחי גם נוכח מצבו הרפואי עובר לכריתת הסכם הביטוח. התובע ידע שאם המדובר בביטוח שמביא בחשבון את מצבו הרפואי הקודם הוא לא יהיה זכאי לתגמולי ביטוח סיעוד בעת פקודה אם לא יגלה את מצבו האמיתי. לכן, סביר כי אם היה יודע שמדובר בביטוח מסוג זה, לא היה שם כספו על קרן הצבי ומשלם דמי ביטוח בידיעה ברורה שלא יזכה לתגמולי ביטוח.

מצד שני, לסוכנת הביטוח אינטרס ברור למכור כמה שיותר פוליסות. במקרה זה נמכרה פוליסה ושולמו דמי ביטוח החל מיולי 2001. מקרה הביטוח התרחש בינואר 2003 ועד לנקודת זמן זו שולמו ועדין משולמים דמי הביטוח כסדרם כאשר סוכנת הביטוח מקבלת כל אותה העת, את חלקה בדמי הביטוח. הנה כי כן, מאזן האינטרסים נוטה גם בעניין זה לטובתו של התובע. סוכנת הביטוח יכולה רק לזכות בחלקה בדמי הביטוח בתקופה שמיום כריתת ההסכם ועד לקרות מקרה הביטוח בעוד שהתובע יכול רק להפסיד את דמי הביטוח ששילם שנים הרבה. גם מטעם זה נראית לי עמדתו של התובע מעמדתן של הנתבעות.

#### **צורתה של הצהרת הבריאות -**

העתק צילומי של טופס זה, עליו מתבקשות הנתבעות להסתמך, צורף לתצהיר עדותה הראשית של סוכנת הביטוח. העתק צילומי של הטופס צורף גם לכתב התביעה ולתצהירו של התובע

ודווקא במסמכים אלה הוא יותר ברור. לבית המשפט לא הוצג המקור למרות שהינו מצוי בידיה של הנתבעת 2 שכן, לדברי הנתבעת 1 אין הנתבעת 2 מנפיקה פוליסת ביטוח אלא אם כן היא מקבלת טופס מקורי חתום (ר' עמ' 11 ש' 15-17). הנתבעות לא המציאו את הטופס המקורי לבית המשפט.

העתק צילומי של הצהרת הבריאות שהוצג בפני בית המשפט אמנם כתוב באותיות קטנות שאינן נוחות לקריאה, אך ניתן לקריאה בחלק מהעותקים.

דווקא הטופס שצורף לתצהירה של הנתבעת 1 היה קשה לקריאה וכאשר נדרשה לכך בחקירה נגדית השיבה:

**ש" : האם את יכולה לקרוא מה כתוב החל מסעיף 3 ואילך להצעת הביטוח, נספח א' לתצהירך?**

**ת: בטופס המקורי אפשר לקרוא מה שכתוב, כרגע מתוך הצילום אני לא יכולה לקרוא מה כתוב."**

במהלך שמיעת הראיות, הוגש מטעם התובע, טופס הצטרפות לביטוח סיעוד "דואגים למחר – גמלאי תעש בלבד" (ת/2). טופס זה הוכן על ידי הנתבעת 2 גם הוא עבור גמלאי תע"ש לסוג ביטוח אחר. המבנה של ת/2 הוא כזה שיש בו פרק מובלט שנקרא "הצהרת המבוטח" ובו 14 שאלות עליהן נדרש המבוטח להשיב בכן ולא. חלק מהשאלות מתייחסות באופן ספיציפי לעניין הסיעוד למשל: האם אתה מסוגל לבצע את הפעולות היומיומיות (לקום ולשכב, להתלבש ולהתפשט, להתרחץ, לאכול ולשתות) ללא עזרה מאדם אחר או האם נאמר לך שהינך צפוי להיות נזקק לטיפול סיעודי ב 12 החודשים הקרובים?

לעומת ת/2, טופס הצהרת הבריאות עליו חלוקים הצדדים, אינו בנוי משאלות ותשובות אלא הצהרות בדבר ידיעת המבוטח בדבר הכיסויים, החריגים ומצב רפואי קודם. כך גם מופיעה שאלה בדבר מצב בריאותי לקוי עם קו באורך של 4 ס"מ כמקום לכתובת התשובה.

יש בטופס זה כדי להטעות בעיקר כאשר הוא מושווה עם ת/2 בו נדרש המבוטח לענות לחיוב או לשלילה לשאלות ספיציפיות בדבר מצבו הרפואי. יחד עם זאת, כפי שיובהר להלן, למרות צורתו של הטופס, לא ניתן לנקות כליל את התובע מאחריות בשל אי מתן תשובות מלאות ושלמות. לעניין זה ניתן לאמץ את דבריו של פרופ' קרסיק שאולי איננו מאושר ממבנה הטופס אבל אם באמת ובתמים היה רוצה התובע לגלות את מצבו הרפואי בפני חברת הביטוח, הטופס לא צריך להיות החסם.

**ש. כאחד מקובעי המדיניות - האם אתה שותף לצורתם ולתוכנם של הטפסים?**

**ת. כן, אני שותף אני לא קובע היחיד.**

**ש. תסכים אתי שאחד הדברים שדורש תיקון שהאותיות הקטנות בהצהרת הבריאות יוגדלו היות ומדובר בקשישים -**

**ת. לו היה התובע רוצה להביא לחב' הביטוח את מצבו הכל כך ברור, גודל האותיות לא היה החסם בפניו.**

ברם, אל לנו לשכוח שהתובע כל אותה עת היה תחת הרושם שאין צורך בהצהרת בריאות לשם רכישת הפוליסה כלל ועיקר.

למרות שלא הוצג בפני הטופס המקורי איני מקבל את עמדת התובע לעניין זה כי לא ניתן לקרא את הטופס מחמת העובדה שהוא כתוב באותיות קטנות מדי.

**הפרת חובת הגילוי הספונטנית -**



לעניין טענת הנתבעות בדבר הפרת חובת הגילוי הספונטנית בהתאם להוראת סעיף 6 (ג) לחוק חוזה הביטוח, אחד מפסקי הדין המנחים בסוגיה הוא ע"א 282/89 שמואל רוטנברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ מו (2) 339 (להלן: "עניין רוטנברג") ולפיו:

**"סעיף 6(ג), הדן בהסתרה של עניין על-ידי המבוטח אשר דינה כדין אי-מתן תשובה מלאה וכנה לפי סעיף 6(א), מציב שלושה תנאים, כדי שהסתרה של עניין תיחשב לתשובה שאינה מלאה וכנה: ראשית, שהעניין הוא מהותי, דהיינו שיש בו להשפיע על נכונות מבטח סביר לכרות את החוזה בכלל או לכרותו בתנאים שבו; שנית, שהמבוטח יודע שהעניין אותו הסתיר הוא עניין מהותי, ושלישית, שהסתרת העניין על-ידי המבוטח נעשתה "בכוונת מרמה".... המבחן לקיומו של התנאי הראשון הוא אובייקטיבי ונקבע על-פי קנה המידה של מבטח סביר. שני המבחנים האחרים הם סובייקטיביים וקשורים לשאלת מצבו הנפשי של המבוטח ... "** (עניין רוטנברג 354 ו-355 א).

נוכח העובדה שהתובע האמין סובייקטיבית כי הפוליסה נותנת כיסוי ביטוח גם למצב רפואי קודם, לא ניתן לחייבו מכח סעיף 6 (ג) הנ"ל שכן, המבחנים הם מבחנים סובייקטיביים כמובהר בעניין רוטנברג הנ"ל.

גם בעניין ע"א 1809/95 יהושע הלמן ז"ל נ' לה נסיונאל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ' (3) 77, שניתן בשנת 1996, לא ריכך בית המשפט העליון את ההלכה ועדיין נדרש כתנאי להחלתו של סעיף 6 (ג) לחוק חוזה הביטוח "כוונת מירמה":

**"סעיף 6(ג) לחוק חוזה הביטוח אינו נגרר אחר סעיף-קטן (א) ואינו תלוי בו. הוא עומד בפני עצמו כהלכה שוות מעמד. הסתרת מידע בעניין מהותי שהמבוטח נשאל עליו ממילא אינה יכולה להיחשב כתשובה מלאה וכנה, ועל-כן היא נכללת בגדר סעיף 6(א) לחוק. מכאן שגם אי-גילוי "עצמאי", אשר איננו בא בתגובה לשאלות המבטח בכתב, עלול להיחשב כתשובה שאינה מלאה וכנה...סעיף 6(ג) לחוק מפרט ארבעה רכיבים מצטברים שבלעדיהם לא עומדות למבטח התרופות המנויות בסעיף 7 לחוק. שני הרכיבים הראשונים, הכרוכים זה בזה, הם "הסתרה" ו"בכוונת מרמה"; והשניים האחרונים, שאף הם כרוכים זה בזה, הם "ענין שהוא ידע כי הוא" ו"ענין מהותי" ( שם 82 ב-ג).**

לאור האמור לעיל, לא ניתן לומר בשום פנים ואופן כי ניתן לייחס לתובע הסתרה וכוונת מרמה.

#### **מצבו הסיעודי של התובע עובר להצטרפותו והאם מצבו הוא החמרה של מצב בריאותי קודם -**

הנתבעות סבורות כי נוכח הוראות הפוליסה יש לדון בשאלה: האם עובר להצטרפותו לפוליסה היה התובע מצוי במצב סיעודי כהגדרתו בפוליסה? כך גם, יש לטעמן לדון בשאלה באם לא היה התובע שרוי במצב סיעודי עובר להצטרפותו לפוליסה, האם למעשה מצבו הנוכחי מהווה החמרה של מצבו הבריאותי עובר להצטרפותו לפוליסה ולפיכך, כאמור בסעיף 3 א לפוליסה אין הוא זכאי לפיצוי ע"פ הפוליסה? לעניינים אלה מסתמכות התובעות על סעיפי הפוליסה כדלקמן:

ס' 1 ג' לנספח הסיעוד לפוליסה מגדיר מבטח סיעודי כדלקמן:

**"מבוטח שמצב בריאותו ותיפקודו ירודים כתוצאה מתאונה או ממחלה כרונית או מליקוי בריאותי קבוע אשר בגינו אין סיבה רפואית אקוטית המחייבת לאשפוז במחלקה רגילה בבית חולים רגיל אך זקוק לעזרה ממשית יומיומית אשר בהיעדרה אינו מסוגל לבצע באופן עצמאי לפחות 4 מתוך הפעולות הבאות (להלן: הפעולות):**

**(1) קימה מהמיטה וכניסה אליה.**

**(2) הליכה (דהיינו מרותק לכיסא גלגלים ו/או למיטה).**

- (3) לבישת בגדים והתפשטות.  
 (4) רחיצה וגילוח.  
 (5) אכילה ושתייה.  
 (6) שליטה על הסוגרים."

בסעיף 1 ד' 3 לנספח הסיעוד :

**3א. מובהר בזה כי החברה לא תהיה אחראית לתשלום תגמולי הביטוח הסיעודיים, אם מקרה הביטוח אירע כתוצאה ממהלכה הבלתי נמנע או סיבוכיה של מחלה אשר המבוטח לקה בה לפני תחילת הביטוח או בתקופת האכשרה.**

**3ב(2). במקרה שבעת הצטרפותו של המבוטח לביטוח אין הוא יכול לבצע באופן עצמאי אחת מן הפעולות."**

התובע העיד כי עובר לאירוע המוחי, לא היה סיעודי והפך להיות כזה רק לאחריו. הנתבעות טוענות כי התובע היה תלוי כל כולו בעובד המל"ל לצורך רחצה ומקום שזה לא היה מגיע התובע לא יכול היה להתקלח. אימרה זו, לטענת הנתבעות הינה בבחינת הודאת בעל דין אשר מכוחה נכנס התובע באופן אוטומטי לגדרו של החריג הקבוע בנספח המפורט לעיל, לפיו, מבוטח אשר לא יכול היה לבצע את פעולת הרחצה עובר להצטרפותו לביטוח לא יכול ליהנות מהכיסוי הביטוחי שכן ממילא ענה כבר ביום הצטרפותו להגדרת מבוטח סיעודי.

התשובות לשאלות דלעיל תיגזרנה גם הן מהניתוח בעניין חובת הגילוי שכן, כפי שנקבע לעיל, סוכנת הביטוח ידעה או הייתה יכולה לדעת על מצבו האורטופדי של התובע שהיה ברור לכל. סוכנת הביטוח הצהירה כי שאלה את התובע אם הוא סובל מנכות (ר' סעיף 6 ה' לתצהירה של גבי שלום). לדבריה השיב לה בתובע בשלילה. נוכח העובדה שקשה היה שלא לראות כי התובע סובל מנכות אורטופדית קשה, מה עוד שגבי שלום ראתה אותו בתנועה (כשהלך להביא את כרטיס האשראי), קשה ליישב עובדות אלה עם הנאמר בתצהירה. לכן, הקביעה לעניין הגילוי טובה גם לעניין זה. דהיינו, סוכנת הביטוח ידעה על מצבו ומסוגלותו והחליטה כי הוא עומד בקריטריונים, מבחינה זו שהוא מסוגל לבצע בעצמו את כל ששת הפעולות. ידיעתה של הנתבעת 1 שקולה לידיעת הנתבעת 2, בהתאם להוראת סעיף 33 (ב) לחוק חוזה הביטוח.

יש לשים אל לב שבאותה הצהרת בריאות שבה מחזיקה הנתבעת 2 אין דרישה מהמבוטח להצהיר כי הוא מסוגל או אינו מסוגל לבצע אחת מששת הפעולות המתוארות בסעיף 1 ג' לנספח הסיעוד. אשר על כן, מנועות הנתבעות מלהסתמך על הוראות אלה.

השווה לעניין זה את ת/2 שבו מתבקש המבוטח להצהיר במפורש כי אין הוא מוגבל באחת מששת הפעולות (ר' שאלה 4 שנוסחה – **האם הינך מוסוגל לבצע את הפעולות היומיומיות (לקום ולשכב, להתלבש ולהתפשט, להתרחץ לאכול ולשתות, לשלוט ל הסוגרים, ללכת) ללא עזרה מאדם אחר?**)

#### אחריותו של התובע

אין לפטור כליל את התובע מאחריות. אין מחלוקת כי הצעת הביטוח הייתה בידי התובע אשר גם לדבריו חתם עליה. התובע אינו יכול לרחוץ בניקיון כפיו, להסתמך על דברים שנאמרו לו לדבריו בטלפון על ידי ארגון גמלאי התע"ש ועל דברים שנאמרו לו על ידי הנתבעת 1. על התובע היה לקרוא את הטופס עליו הוא חותם ולא להסתמך על דברים שנאמרו לו. כפי שהוסבר לעיל למרות פגמים בהצעה ובצורתה אילו היה רוצה התובע יכול ומסוגל יהיה לקרוא אותה, מבחינה זו, בחר התובע לעצום את עיניו ו/או להסתמך על דברים שנאמרו לו על ידי סוכנת הביטוח או על ידי מאן דהו בארגון גמלאי תע"ש ולכן לא ניתן לנקות אותו כליל מאחריות.

**חלוקת האחריות**

בנסיבות המיוחדות שלפנינו, כמו במקרים אחרים של הפרות הדדיות במשולב אשר גרמו למלוא הנזק, השימוש בגישה המסורתית המטילה את האשם על צד אחד לחוזה, אינו תמיד רצוי ועלול ליצור תוצאות בלתי סבירות. חסרונה של הגישה המסורתית הוא בקביעת מבחנים קשיחים להטלת הנזק המביאים לא אחת לתוצאה בלתי צודקת. פתרון הבעיה מחייב בנסיבות מסוימות השתחררות מהכללים הקשיחים של הגישה המסורתית במקרה של הפרות הדדיות. החסרונות של השיטה המסורתית בנסיבות של הפרות הדדיות הביאו לגישה המאפשרת לראות בחלוקת מלוא הנזק בין המפרים את הפתרון הראוי (ראו לעניין זה א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) וגם עא 94 / 3940 שמואל רונן חברה לבנין בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ נב (1) 210, עמוד 214). פתרון זה יושם על-ידי בית-המשפט בע"א 3912/90 EXIMINE S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל פרארי בע"מ [13], בעמ' 87 (להלן: "עניין איטל סטייל")

בתי המשפט הכירו אפוא באפשרות לחלק נזק חוזי על-פי מידת אשם של שני הצדדים. כך במקרים שבהם דן בית המשפט בשיערוך המחיר החוזי, שבהם נומקו השיערוך או היעדרו, בין השאר, בנימוקים הנוגעים לאשם היחסי של שני הצדדים.

(ר' ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 281; ע"א 789/82 מ' עזרא ואח' נ' ג' מוגרבי ואח', פ"ד לו (4) 565 ראה גם מ' הורק, "שערוך המחיר בחוזה" עיוני משפט ח (תשמ"א-מ"ב) 88, 112 וראה גם שלמה לבנוני השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקלת? האמנם הכל או לא כלום "עלי משפט" - עורך רחמים כהן - כרך ג' ע' 531; 591).

*"נקודת המוצא המקובלת היא, שאחריות חוזית היא אחריות מוחלטת, במובן זה שהיא קמה בדרך כלל במלוא היקפה בלא תלות באופי הפרה, בהלך מחשבתו של המפר או בנסיבות אחרות. עם זאת, אין פירושו של דבר כי לא ניתן להתחשב בחוסר תום-לבם של שני הצדדים לחוזה" (ר' עא 90 / 3912 EXIMIN S. A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל פרארי בע"מ מז (4) 64, עמוד 66 81-ב-ג (להלן: "עניין איטל סטייל").*

ובהמשך בעניין איטל סטייל :

*"אפשר שדווקא חלוקת האחריות תחזק את הסתמכותם של שני הצדדים לעיסקה, שכן ביוזעם כי על כל אחד מהם מוטלת גם חובה לסייע לאחר לפעול, במידה סבירה, יתחזק אמונם בקיום העיסקה ותגדל יכולת ההסתמכות שלהם. כמו כן, חלוקת האחריות עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדיון והיא תעודד תום-לב וזהירות. הכרה בחוסר תום-לב של צד לחוזה אין בה כדי לפגוע בכוחה המחייב, מוסרית, של הבטחתו של הצד שכנגד" (עניין איטל סטייל 82 ו, 84 א).*

הדרך האמורה עלולה לעורר קושי הן בבחינת המידה של הפרת החוזה והן בקביעת גובה הנזק שנגרם כתוצאה ממנה. ייתכן שלשם כך, ניתן במקרים מסוימים לקבוע את מידת האשם שבהפרת החוזה, ולחלק את הנזק על-פי קביעה זו.

*בחלוקת הנזק יש להביא בחשבון את היחס בין חומרת הפרות של הצדדים, ראוי להתחשב במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, ויש להשוות את התרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק. במקרים מסוימים יש מקום להבחין בין המשקל שניתן לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לבין זה הניתן לאינטרס הציפייה. במקרים אחרים יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר. שיקולים אלו ואחרים יובאו בחשבון כשהמטרה היא חלוקה צודקת של הנזק בהתחשב במאפייניו של המקרה הנדון. (עא 94 / 3940 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ נב (1) 210, עמוד 226-227)*

גם בעניין דנן, נוכח מחדלי שני הצדדים: המבוטח – התובע אשר לא נהג במידת הזהירות הראויה ובחר שלא לקרוא את הצעת הביטוח, לעצום את עיניו ולהסתמך על מידע שניתן לו על ידי ארגון גמלאי תע"ש ועל ידי סוכנת הביטוח, מצד אחד ומצד שני - המבטחת באמצעות סוכנת הביטוח אשר ראתה והייתה צריכה להיות מודעת למצבו של התובע לא פעלה כפי שמבטחת סבירה הייתה נוהגת ומבררת את עניין הצליעה והשפעתו האפשרית על ביטוח הסיעוד, החלטתי לחלק את האחריות ביניהם.

אשר על כן, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין **שמואל רונן** שלעיל, בהתחשב ביחס בין חומרת ההפרות של הצדדים, במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, אינטרס ההסתמכות של התובע על כך שהוא משלם דמי ביטוח ובעת פקודה יזכה לקבל תגמולי ביטוח, אני קובע כי אחריותן של הנתבעות היא בשיעור של 75% ואחריות התובע היא בשיעור של 25%.

### תקופת תשלום תגמולי הביטוח

התובע מבקש בסיכומיו, כי בית המשפט יתן צו הצהרתי לפיו, התובע זכאי להמשך הפיצוי החודשי בסך של 2,500 ₪ בצרוף הפרשי הצמדה מיום 16.7.01 ולשחרור מתשלום פרמיות, כל עוד הינו במצב סיעודי לכל ימי חייו של התובע.

הנתבעת טוענת כי סעי' 1 ד' לנספח, מגביל את מכסת חודשי התשלום בפוליסה למבוטח סיעודי בפוליסה כדלקמן:

**"מכסת חודשי התשלום תקופה מצטברת מירבית בת 36 חודשים במשך כל תקופת הביטוח שבגינה שולמו פיצויים חודשיים על פי פרק זה, למעט תקופת המתנה."**

ב"כ התובע טוענת בסיכומיה כי עם עריכת הצעת הביטוח לא הוסבר לתובע דבר לגבי הגבלת תקופת תשלום תגמולי הביטוח, והתובע סבר כי מדובר בפוליסה המעניקה כיסוי ביטוחי בסך של 2,500 ₪ לחודש כל עוד הינו במצב סיעודי. לטענת התובע, גם הנתבעות בכתב הגנתן, לא העלו כל טענה בדבר הגבלת הזמן לתשלום תגמולי הביטוח, ענין זה הוזכר לראשונה (מחוץ לפרוטוקול) ע"י ב"כ הנתבעות במהלך ישיבת ההוכחות והתובע מתנגד לכל הרחבת חזית בעניין זה.

עיון בכתב התביעה מלמד כי התובע עתר לעניין זה כדלקמן:

**"16. לאור האמור לעיל, מבקש התובע מבית המשפט ליתן צו הצהרתי לפיו חוזה הבטוח בין התובע לבין הנתבעת 2 תקף, להצהיר כי התובע פטור מתשלום פרמיות החל מתום תקופת המתנה בת 90 ימים לאחר 5.1.03, להצהיר כי התובע זכאי לתשלום תגמולי בטוח בסך של 2,500 ₪ לחודש וליתן סעד כספי המורה לנתבעים ביחד ולחוד לשלם לתובע סך של 2,500 ₪ לחודש החל מתום 90 ימי המתנה ובסה"כ סך של 25,000 ₪ עד ליום הגשת התביעה. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן סעד כספי המורה לנתבעים ביחד ולחוד לשלם לתובע את הפרמיות ששלם החל מתום 90 ימי המתנה ובסה"כ 2,070 ₪ עד ליום הגשת התביעה."**

**17. חוזה הבטוח תקף איפוא, ומחייב את הנתבעת 2 ולאור סרובה לשלם את מלוא סכום הבטוח מתבקש כבוד בית המשפט ליתן צו הצהרתי לפיו:**

**חוזה הבטוח שבין התובע לבין הנתבעת מס' 2 תקף וכי החוזה מחייב את הנתבעים או מי מהם.**

**התובע פטור והיה פטור מלשלם לנתבעת מס' 2 את הפרמיות החל מתום תקופת המתנה 5.4.01.**

**על הנתבעים ביחד ולחוד לשלם לתובע את תגמולי הסיעוד מתום תקופת המתנה 5.4.01 ועד מועד הגשת התביעה 25,000 ש"ח.**

**על הנתבעים ביחד ולחוד לשלם לתובע מדי חודש בחודשו את תגמולי הסיעוד כהגדרתם בפוליסה ולשחררו מתשלום פרמיות.** (ר' סעיפים 16-17 לכתב התביעה).

בשום מקום בכתב התביעה לא נכתב כי התובע עותר לתשלום תגמולי ביטוח עד לאחרית ימיו. לא זו אף זו, בסעיף 18 לכתב ההגנה, הכחישו הנתבעות את הסעיפים 16-17 לכתב התביעה ולכן אין ממש בטענת התובע כי טענה זו מהווה הרחבת חזית.

עוד טוען התובע לעניין זה, כי עיון בפוליסה מלמד שעניין מכסת התשלום החודשי לתקופה מצטברת מירבית בת 36 חודשים במשך כל תקופת הביטוח, מובא בצורה עקיפה וללא כל הבלטה מיוחדת כנדרש בסעיף 3 לחוק חוזה הביטוח.

בעניין זה אין לקבל את טענת התובע. סעיף 2 לפרק ג' הני"ל, הוא סעיף נפרד המגדיר באופן ברור ושווה לכל נפש את חבות החברה ולפיה, לאחר שהמבוטח הוגדר סיעודי, תשלם לו החברה תגמולי ביטוח "החל מתום תקופת ההמתנה ולכל היותר עד לתום מכסת חודשי התשלום". כך גם יוחד תת סעיף נפרד שכותרת השוליים שלו הובלטה – ס"ק 1 ד' – המגדיר את המונח "מכסת חודשי תשלום – תקופה מצטברת מירבית בת 36 חודשים ....".

אשר על כן, לא מצאתי ממש בטענות התובע לעניין זה ולכן, לכל היותר על הנתבעות לשלם את הפיצוי החודשי של 2,200 ₪ החל מתום תקופת ההמתנה ולכל היותר לתקופה מצטברת מירבית של 36 חודשים וזאת על בסיס מדד יסודי של פיצוי 8689 נקודות שפורסם ביום 15/9/98 (ר' פרק ג' שעניינו כיסוי סיעודי נספח ב לכתב התביעה)

**הפעלת הסנקציה על פי סעיף 28 א' לחוק חוזה הביטוח**

התובע עותר להפעלת הסנקציה על פי סעיף 28 א' הני"ל. לשיטתו, מאחר שהנתבעת 2 דחתה את התביעה בחוסר תום לב, ומאחר והיא ממשיכה לגבות מהתובע פרמיות לאחר שטענה שנהג עימה בכוונת מרמה, וטענותיה בכתב ההגנה התגלו כטענות סרק.

לאחרונה (1/12/04) נזקק בית המשפט העליון, מעטה של כבי' השופטת פרוקציה לסוגיה זו בעניין רע"א 2244/04 ר.ד. משקאות גורמה בע"מ נגד אליהו חברה לביטוח (טרם פורסם) בו נקבעה ההלכה לעניין הפעלתו של סעיף 28 א'. על פי פסק הדין:

**"המדובר בהסדר של החוק אשר פורש ויושם על פי אמות מידה מקובלות ..... התייחסות בית המשפט המחוזי ליחס שבין תום לבו של המבוטח בהעלאת הדרישה לתגמולי ביטוח לבין שאלת תום לבו של המבטח בהעלאת שאלת זכאות המבוטח לתגמולים מתבקשת מעיקרי ההסדר בחוק בדבר הריבית המיוחדת, המניח את מרכז כובדו של המבחן הרלבנטי על אופי התנהגותה של חברת הביטוח. תום הלב של החברה אינו מושפע בהכרח מהיות תביעת המבוטח לתגמולים תביעה שהוגשה בתום לב, וגם מקום שהיא נמצאת צודקת בסופו של יום. תום לבה של החברה המבטחת נבחן על פי כלל הנסיבות האופפות את הענין, והתנהגותו של המבוטח עשויה להוות מרכיב במערכת נסיבות זו, אולם לא בהכרח מרכיב מרכזי ומכריע לענין זה. הריבית המיוחדת נושאת אופי של סנקציה אשר יש לנקוט הקפדה יתירה בטרם תוטל על המבטח, ויש להותירה לאותם מקרים מיוחדים ונדירים בהם הוכח באופן ברור חוסר תום לבו של המבטח בסירובו לקיים את חיובו, אף שעל פי מבחני תום הלב החיוב לשלם את תגמולי הביטוח לא אמור היה להיות שנוי במחלוקת באופן אמיתי".**

לא מצאתי בעניין דנן ולאור העקרונות שהותוו על ידי בית המשפט העליון, כי לפנינו אותו מקרה מיוחד הדורש לעשות שימוש בסעיף 28 א לחוק.

לעיצומו של דבר, חלק הארי של תביעת התובע לתשלום תגמולי ביטוח עד לאחרית ימיו ושנותיו, נדחתה.

כך גם נקבע שאין התובע זכאי למלוא תגמולי הביטוח והחזר פרמיות למשך 36 חודשים אלא לתקופה קצרה יותר כך שהיה ממש בטענות הנתבעות ולא ניתן לומר בשום פנים ואופן שהסירוב לשלם היה בחוסר תום לב.

אשר על כן הדרישה לחייב את התובעות בריבית מיוחדת נדחית.

### הסעד הכספי

בכותרת כתב התביעה הוגדרה התביעה: כספית, הצהרתית וסכום התביעה הועמד על 27,070 ₪. בסעיפים 16-17 אשר הובאו במלואם לעיל, פורטו הסעדים להם נתבקש ביהמ"ש. בנוסף לאמור בסעיפים אלו, עתר התובע ליתן צו הצהרתי לפיו, חוזה הביטוח שבין התובע לבין הנתבעת מס' 2 תקף וכי החוזה מחייב את הנתבעות או מי מהן והתובע פטור והיה פטור מלשלם לנתבעת מס' 2 את הפרמיות החל מתום תקופת ההמתנה 5.4.01. כך גם ביקש התובע לחייב את הנתבעות ביחד ולחוד לשלם לו את תגמולי הסיעוד מתום תקופת ההמתנה 5.4.01 ועד מועד הגשת התביעה בסך של 25,000 ₪ ו מדי חודש בחודשו את תגמולי הסיעוד כהגדרתם בפוליסה וכן לשחררו מתשלום פרמיות.

בכתב ההגנה הסתפקו הנתבעות בהכחשה סתמית של הסעיפים 16-17 (ר' סעיף 18 לכתב ההגנה), ללא כל הצעה לדרך חישוב אחרת או שונה.

בסיכומיה שינתה ב"כ התובע טעמה והסעד שנתבע הוא עתה: סכום פיצוי חודשי של 2,500 ₪ בצרוף הפרשי הצמדה מיום החתימה על הצעת הביטוח ובסה"כ 2,650 ₪. תשלום לאחר 3 חודשי המתנה לאחר יום מקרה הביטוח שאירע ביום 5.1.03 דהיינו החל מיום 5.4.03 ועד ליום 5.12.04 בגין 20 חודשים: 53,000 ₪ להם זכאי התובע וכן להחזר פרמיות ששילם עבור 20 החודשים הנ"ל לפי 207 ₪ לחודש ובסה"כ 4,140 ₪. הסכומים דלעיל מסתכמים עד ליום 5.12.04 ב – 57,140 ₪. בנוסף לכך, ביקשה ב"כ התובע מבית המשפט ליתן צו הצהרתי לפיו התובע זכאי להמשך הפיצוי החודשי בסך של 2,500 ₪ בצרוף הפרשי הצמדה מיום 16.7.01 ולשחרור מתשלום פרמיות כל עוד הינו במצב סיעודי. למרות השוני המהותי בין כתב התביעה לסיכומים, לא התנגדו הנתבעות בסיכומיהן לשינוי או הרחבת חזית ולא מצאתי כל התייחסות ספציפית לדרך חישוב שונה בסיכומי הנתבעות.

הבסיס לתביעת התובע הוא פוליסת הביטוח שקובעת בסעיף 2 (א) לפרק ג' – כיסוי סיעודי, מהו התגמול במקרה של זכאות: פיצוי חודשי של 2,200 ₪ החל מתום תקופת המתנה כאשר המדד היסודי של הפיצוי החודשי הינו 8,689 נק' שפורסם ביום 15/9/98. סעיף 2 (ב) לנספח הנ"ל קובע כי במשך התקופה שבה ישולמו על ידי החברה פיצויים ישוחרר המבוטח הנמצא במצב סיעודי מתשלום פרמיה.

לפיכך, לאור עובדה שהפוליסה מוגבלת לפיצוי מקסימלי של 36 חודשים ולאור החלטתי כי לתובע אחריות בשיעור של 25%, על הנתבעות לשלם תגמולי ביטוח ולהשיב את הפרמיה לתקופה של 27 חודשים בלבד.

### האם במקרה דנן, יש מקום לחיוב עתידי?

הצדדים לא היו חלוקים כי מקרה הביטוח (האירוע המוחי) ארע ביום 5/1/03 ולכן לאחר תקופת המתנה של 90 יום, יש לשלם לתובע תגמולי ביטוח והחזר פרמיה החל מיום 5/4/03 ולמשך 27 חודשים. דא עקא, שהתביעה הוגשה ביום 1/3/04. נוכח העובדה שמדובר בהסכם ביטוח סיעוד, לפיו בקרות מקרה הביטוח, תשלם המבטחת תגמולי ביטוח חודשיים וכל עוד המבוטח יהיה במצב סיעודי, מדובר בעילה המתחדשת מדי חודש בחודשו. במובן זה, החלטה על תשלום עתידי כמורה כמתן סעד לעילה שטרם באה לעולם. למרות שעניין זה לא נטען כלל על ידי הנתבעות בכתב ההגנה או בסיכומים, במקרה דנן ברור כי לא הובאה בפני בית המשפט כל ראיה שמצבו של התובע איננו סיעודי עד לכתבת פסק דין זה, או עד למועד שמיעת הראיות בתיק - 16/11/04.

בהסתמך על חוות הדעת שצורפו בדבר נכותו הצמיתה של התובע ניתן להתרשם במידה גדולה מאד של וודאות כי הסיכוי לשינוי לטובה במצבו הסיעודי של התובע הוא קטן. כך גם לא יהא זה נכון וצודק להטיל את משא הרמת הנטל פעם נוספת על כתפי התובע. לפיכך, לאור העובדה שהתקופה העתידית בה עסקינן איננה ארוכה – מספר חודשים בלבד, מצאתי לנכון בנסיבותיו המיוחדות של תיק זה להורות לנתבעות להמשיך ולשלם תגמולי ביטוח לעתיד.

ר' לעניין זה פסק דינה של כב' השופטת גרסטל בבר"ע (ת"א) 1718/02 **בן סעדון נגד סהר חברה לביטוח** (לא פורסם); פסק דינו של כב' השופט יעקב וגנר מבית משפט השלום בחיפה בת"א 16819/95 **סהר רן נגד מנורה** והחלטתו של מותב זה בעניין **מגדל נגד ציון דרור** ת"א 47470/04 בש"א 182252).

### הכרעה

הנתבעת 2 תשלם לתובע תגמולי ביטוח חודשיים והחזר פרמיה ובלבד שימשיך להיות במצב סיעודי, וכל זאת מיום 5/4/03 ולמשך 27 חודשים. הנתבעת 2 תהיה רשאית לבדוק את מצבו הסיעודי של התובע במקום בו הוא נמצא והתובע יעמוד לבדיקה כאמור כל אימת שיתבקש לעשות כן.

תגמולי הביטוח בשיעור של 2,200 ₪ יהיו צמודים למדד של 8,689 נק' שפורסם ביום 15/9/98 וישאו ריבית חוקית מהיום שהיה כל תשלום ותשלום אמור להשתלם החל מיום 5/4/03 ועד לתשלומו המלא בפועל.

הנתבעת 2 תחזיר לתובע את פרמיית הביטוח ששילם מיום 5/4/03 ועד להיום ומכאן ואילך ועד ליום 5/7/05 (27 חודשים מיום 5/4/03), יהיה פטור התובע מתשלום פרמיה, בכפוף לכך שימשיך להיות במצב סיעודי. סכומי הפרמיות יוצמדו למדד המחירים לצרכן וישאו ריבית חוקית מהיום שהיה אמורים להשתלם ועד לתשלומם המלא בפועל. לא מצאתי מקום לחייב את הנתבעות יחד ולחוד כפי שביקש התובע. לפיכך תישא רק הנתבעת 2 בחיוב הכספי.

**ניתן היום י"ג ב אדר א, תשס"ה (22 בפברואר 2005) בהעדר הצדדים המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.**

**ד"ר אחיקם סטולר, שופט**

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה