

חובת הגילוי לאחר קרות מקרה הביטוח וחיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח*

מאת

שחר ולר**

א. מבוא. ב. בעיית המידע של המבטחת לאחר התרחשות מקרה הביטוח;
1. סוגים שונים של מקרי ביטוח וסוגים שונים של מידע; 2. ביצוע בדיקות
ועיצוב החוזה כפתרונות לבעיית המידע; 3. פיקוח מטעם אדם שלישי על תיקון
הנזק וביצוע בדיקות על-ידי אדם שלישי. ג. חובת גילוי לאחר התרחשות מקרה
הביטוח; 1. היקף החובה למסור מידע על מקרה הביטוח; 2. תרופת המבטחת
בגין מצג שווא ואי-גילוי; 3. אמצעים נוספים להתמודדות עם מרמת ביטוח;
4. זכות השותף התמים לתגמולי ביטוח במקרה של מרמת ביטוח. ד. סיכום.

א. מבוא

"רגע האמת" של חוזה הביטוח הוא הרגע שבו מתממש הסיכון המבוטח. כאשר נגרם למבוטח הפסד בר-ביטוח נדרשת המבטחת לקיים את התחייבותה לשיפוי – התחייבות שהיא היסוד של חוזה הביטוח. אולם באופן פרדוקסלי, החלטת המבטחת אם לקיים את התחייבותה ולשלם את תגמולי הביטוח מותנית במאורע שעל-פי רוב אין לה ידיעה בלתי אמצעית לגביו. בדרך-כלל לומדת המבטחת על התרחשות מקרה הביטוח מהמבוטח עצמו. המבוטח יודע על התרחשות מקרה הביטוח מתוקף זיקתו לנושא הביטוח והוא גם יודע, קרוב לוודאי, מהו הנזק המדויק שנגרם לו. אם המבטחת מבקשת לבחון את אמיתות הדיווח שמוסר לה המבוטח עליה להשקיע משאבים מיוחדים לשם

* מאמר זה מבוסס על חלק מעבודת דוקטורט בנושא חובות גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח, בהדרכתו של פרופ' אייל זמיר (הוגש לסנט האוניברסיטה העברית בשנת תש"ס). תודתי העמוקה לפרופ' אייל זמיר על סיועו ועל תמיכתו לכל אורך המחקר.

** ד"ר, מרצה במכללה האקדמית למשפטים.

כך. בניגוד למבוטח, המחזיק במידע בקשר להפסד מעצם הזיקה לנושא הביטוח, המבטחת צריכה להחליט אם ברצונה ללמוד יותר על נסיבות ההפסד באמצעות השקעה בבדיקות שונות. לעתים קיימות ראיות אובייקטיביות, שלמבוטח אין שליטה עליהן, המלמדות על התרחשות מקרה הביטוח; לעתים, ראיות אלו הן מצומצמות ביותר והמבטחת תאלץ לסמוך כמעט לחלוטין על המידע שמוסר המבוטח (למשל, מקרה ביטוח המכוסה על-ידי "ביטוח נסיעות" המשפה את המבוטח בגין אובדן רכוש שנגרם לו במהלך טיול); לעתים ניתן להגיע לחקר האמת תוך השקעת משאבים (למשל, העסקת מומחים לצורך גילוי הסיבה לפריצת שריפה). יתרון המידע של המבוטח על פני המבטחת עשוי להתבטא בעצם הידיעה אם אכן התרחש הפסד, בהכרת נסיבות ההתרחשות שלו, בידיעת שיעור הנזק המדויק שנגרם לו מההפסד, ובעובדה שהוא לומד על התרחשות מקרה הביטוח לפני המבטחת. במקרים מסוימים עלול המבוטח לנסות להסתיר מידע מהמבטחת. הוא יכול לטעון שנגרם לו הפסד מהתרחשות מקרה ביטוח שעה שמקרה ביטוח לא אירע כלל; הוא יכול להפריז בשיעור הנזק שנגרם לו; הוא יכול למסור מידע כוזב בדבר נסיבות התרחשות ההפסד כך שמאורע שאיננו מבוטח יחשב למבוטח והוא יכול לייחס נזקים שאירעו בעבר לאירוע המדובר.

היחסים בין הצדדים לחוזה ביטוח מאפשרים אפוא למבוטח להציג מצג שווא שיזכה אותו בתשלום שאינו מגיע לו לפי החוזה. זוהי בעיית סיכון מוסרי¹. המבוטח מחזיק במידע פרטי בקשר לתאונה (מקרה הביטוח) ותוכן המידע משפיע על שיעור תגמולי הביטוח שיקבל. לכן מבטחות נוהגות לדרוש ממבוטחים מידע לאחר קרות מקרה הביטוח. עיקרו של הגילוי נעשה באמצעות מענה לשאלות המבטחת. מסירת מידע למבטחת נעשית בדרכים אחדות – המבטחת עשויה לדרוש מהמבוטח להמציא לה מסמכים שונים, לעבור בדיקות או להוכיח שתנאים מוקדמים לכיסוי אכן מתקיימים. את החובה לבצע את הפעולות הללו (החורגת מהחובה למסור מידע גרידא) אכנה "חובת שיתוף הפעולה".

חובת שיתוף הפעולה לאחר התרחשות מקרה הביטוח נועדה לסייע למבטחת להתמודד עם נחיתות המידע שממנה היא סובלת בקשר למקרה הביטוח. החובה נועדה להקשות על המבוטח לנהוג באופן אופורטוניסטי² תוך ניצול העובדה שהמבטחת סובלת מנחיתות מידע בקשר להתרחשות מקרה הביטוח. מנגד, גם המבטחת יכולה

1 העובדה שרכישת ביטוח משנה את התמריץ של המבוטח למנוע הפסד מכונה "סיכון מוסרי", ראו S. Shavell, "On Moral Hazard and Insurance" 93 *Q.J. Econ.* (1979) 541.

2 התנהגות אופורטוניסטית של צד לחוזה היא ניצול חולשה רגעית של הצד האחר לצורך השגת יתרון, שהחוזה אינו מעניק לצד החותר לשינוי החוזה. על התנהגות אופורטוניסטית בדיני חוזים,

ראו T.J. Muris, "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts" 65 *Minn. L. Rev.* (1981) 521.

לנהוג באופן אופורטוניסטי תוך הערמת קשיים לא לגיטימיים על מבוטח התובע לשלם לו תגמולי ביטוח. דיני ביטוח ראויים צריכים לאזן בין שתי המגמות הללו. אף שהבעיה של מצג שווא בקשר למקרה הביטוח היא שכיחה, קשה למצוא בספרות ניתוח תאורטי של הבעיה. את עיקר תשומת הלב בכל הקשור לחובות גילוי של מבוטחים תפסה חובת הגילוי הטרומ חוזית³. מאמר זה בא להשלים את החסר הנדון תוך התמקדות בהיקף חובת הגילוי שיש להטיל על מבוטח לאחר קרות מקרה הביטוח, ובסנקציה שיש להטיל על מבוטחים החוטאים במרמת ביטוח. במקרים מסוימים השאלה של היקף חובת הגילוי איננה פשוטה. לעתים, לאחר קרות מקרה הביטוח, מתנהל בין הצדדים משא ומתן בקשר לשיעור תגמולי הביטוח. האם מותר למבוטח להפריז בשיעור הנזק שנגרם לו במסגרת המשא ומתן כחלק מעמדת המיקוח? האם רשאית המבטחת להציג עמדה שאיננה מתיישבת עם המידע המצוי ברשותה על־מנת להפחית את דרישות המבוטח? לא קל להשיב תשובה נחרצת לשאלות אלה. השאלה בדבר התרופה שלה זכאית המבטחת במקרה של הפרת חובת הגילוי מעוררת אף בעיות קשות יותר – כיצד יש לנהוג במבוטח המפר את חובת הגילוי? האם יש חשיבות לשאלה אם ההפרה של החובה נעשתה בזדון או בתום־לב? האם ראוי להטיל על מבוטח המנסה לרמות את המבטחת סנקציה עונשית ואולי אפילו פיצויים עונשיים?

קבוצה נוספת של שאלות נוגעת באמצעים אחרים שבהם משתמשות מבטחות על־מנת להתמודד עם בעיית המידע לאחר קרות מקרה הביטוח. הדוגמה המובהקת ביותר היא דרישה מהמבוטח לעבור בדיקת פוליגרף. דוגמה נוספת, האופיינית לפרקטיקה הנהוגה בכמה מדינות בארצות־הברית, היא לחקור את המבוטח חקירה נגדית באמצעות עורכי־דין כחלק מהליך הטיפול בתביעתו לתשלום תגמולי ביטוח. השאלה שמעוררות פרקטיקות אלה היא עד כמה ראוי לאפשר למבטחת להרחיק לכת בניסיונה לדלות את המידע המדויק על נסיבות התרחשות מקרה הביטוח. חלקו הראשון של המאמר עוסק בבעיית המידע של המבטחת לאחר התרחשות מקרה הביטוח. בעיית מידע זו היא שמאפשרת למבוטחים לנהוג בדרכים אופורטוניסטיות. השאלה היא, אם המבטחות יכולות – **ללא שימוש בסנקציות משפטיות** – להתמודד עם בעיית המידע. הדיון בבעיית המידע של המבטחות מסייע

3 ראו למשל מאמרה של פרופ' ג' שלו "חובת הגילוי בחווי ביטוח" הפרקליט מ (תשנ"א) 20. גם בספרות הזרה לא מצאתי דיון עיוני בנושא חובת הגילוי לאחר קרות מקרה הביטוח. אף כאשר נדונה חובת הגילוי או חובת שיתוף הפעולה לאחר קרות מקרה הביטוח היא נדונה מנקודת־מבט של המשפט הפוזיטיבי ולא מנקודת מבט עיונית. ראו למשל, S. Park, *The Duty of Disclosure in Insurance Contract Law* (Dartmouth, 1996), 226-236.

להמחיש ולהבהיר מדוע ראוי להטיל על מבוטחים חובה כללית של שיתוף פעולה עם המבטחת לאחר קרות מקרה הביטוח. בחלק השני אבחן את ההיקף הראוי של חובת הגילוי שיש להטיל על המבוטח לאחר התרחשות מקרה הביטוח, ומהי התרופה שראוי להעניק למבטחת במקרה של הפרת חובה זו. בעניין זה אתמקד בתרופת המבטחת במקרה המיוחד של מרמת ביטוח. בתוך כך, אדון בבעיות נוספות: כיצד משפיע נטל ההוכחה על בעיית המידע של המבטחת; כיצד צריך להתייחס לדרישת המבטחת ממבוטח לעבור בדיקת פוליגרף וכיצד יש לנהוג במבוטח הוגן שחברו – מבוטח נוסף – פעל במרמה.

ב. בעיית המידע של המבטחת לאחר התרחשות מקרה הביטוח

1. סוגים שונים של מקרי ביטוח וסוגים שונים של מידע

בעיית המידע של המבטחת לאחר התרחשות מקרה ביטוח עשויה ללבוש צורות שונות. המבטחת עלולה שלא לדעת אם בכלל נגרם נזק למבוטח; היא עלולה שלא לדעת מהו שיעור הנזק גם כאשר היא יכולה לוודא שהוא אכן נגרם, ולעתים אין היא יכולה לברר מה הן הנסיבות המדויקות שבהן התרחש הנזק. אי־ידיעת נסיבות הנזק מונעת מהמבטחת אפשרות להבחין בין נזקים מכוסים לנזקים שאין היא צריכה לשלם בגינם תגמולי ביטוח. סוגים שונים של ביטוח מעוררים בעיות מידע שונות. כך, למשל, בביטוח נסיעות, שבו מקרה הביטוח מוגדר כאובדן רכוש במהלך נסיעה, עלולה המבטחת להיתקל בקשיים אפילו בקשר לשאלה אם בכלל אירע מקרה ביטוח⁴. המבטחת גם תתקשה לדעת מה הן הנסיבות המדויקות של התרחשות מקרה הביטוח. בביטוחים של סוגי רכוש מסוימים עלולה המבטחת להתקשות לקבוע אם נגרם מקרה ביטוח, ואם הוא נגרם, מהו גובה הנזק. כך, למשל, בביטוח של פריטים ספציפיים שאין להם שווי שוק מוגדר, כגון תכשיטים, אין למבטחת כלי אובייקטיבי לקביעת שיעור תגמולי הביטוח שהמבוטח זכאי להם (בהנחה שלא נעשתה מראש שומה לתכשיטים).

4 דוגמה יפה הממחישה זאת היטב היא פרשת ורסנו (ע"א 84/82 ורסנו נ' המגן חברה לביטוח, פס"מ תשמ"ג (ב) 441). בפרשה זו טען המבוטח (שרכושו היה מבוטח בפוליסה מסוג "כל הסיכונים"), שמצלמתו נגנבה ממנו במהלך בילוי בחוף ימה של רודוס, כאשר נכנס לרחוץ בים והותיר את המצלמה תחת מיטת שיוזף. המבטחת מיאנה לשלם למבוטח תגמולי ביטוח ודרשה ממנו לעבור בדיקת פוליגרף. המבוטח הסכים לכך ונמצא דובר אמת. למרות זאת לא הסכימה המבטחת לשלם לו את תגמולי הביטוח. בית־המשפט פסק, בין השאר, שעצם הפנייה למבוטח יוצרת מצג, שאם אכן ייבדק ויימצא דובר אמת, יקבל את המגיע לו לפי הפוליסה.

בסוג נוסף של מקרי ביטוח יכול המבוטח להציג מצג שווא בקשר לנזק הממשי שאירע לו בלי שהמבטחת תוכל לחשוף את מצג-השווא. אחת הדוגמאות המובהקות למקרה ביטוח מסוג זה היא צליפת שוט (whiplash) – פגיעה בחוליות הצוואר שאין אפשרות לאבחן אותה באופן אובייקטיבי⁵. הצד השווה לכל מקרי הביטוח הללו הוא שהמידע הרלוונטי לקביעת השיעור של תגמולי הביטוח המגיעים למבוטח הוא מידע "רך": מידע שלא ניתן לאמתו באמצעים אובייקטיביים. במילים אחרות, המידע הרלוונטי למקרה הביטוח אינו מידע בר-אימות מטעמים טכנולוגיים (כמו במקרה של צליפת שוט) או מטעמים כלכליים (כמו במקרה של אובדן תכשיטים) או מטעמים אחרים⁶. התגובה הטיפוסית של מבטחות למקרים אלו היא נקיטת אמצעי נגד לפני כריתת החוזה או הגבלת הכיסוי באופן המפחית את הסיכון. בביטוח נסיעות מוגבל סכום הביטוח בגין אובדן של פריט אחד לסכום ביטוח נמוך יחסית. אמנם ניתן לבטח פריט אחד במחיר גבוה יותר אולם הדבר מחייב בקשה מיוחדת ולעתים שומה של הפריט. כך נוהגות מבטחות גם בביטוח תכשיטים – החוזה הסטנדרטי מגביל את סכום הביטוח אך ניתן לרכוש הרחבה של סכום הביטוח בכפוף לעמידה בדרישות המבטחת. כל אלו אמצעים המקלים על המבטחת להתמודד עם העובדה שהמידע הנוגע בהתרחשות מקרה הביטוח ושיעור ההפסד הוא מידע "רך".

במקרים אחרים, המידע בקשר למקרה הביטוח הוא מידע "קשה". זהו מידע שניתן לאמתו באמצעים אובייקטיביים. כך, למשל, כאשר נגרם נזק לכלי רכב מבוטח ניתן להעריך את עלות התיקון בקלות יחסית. המבטחת אף יכולה להתנות את הכיסוי הביטוחי בתיקון בפועל של הנזק. התניה זו שוללת מהמבוטח את התמריץ לשאת ולתת עם המבטחת בקשר לשיעור הנזק. אולם גם כאשר המידע בקשר למקרה הביטוח הוא מידע "קשה", אין פירוש הדבר, שלמבטחת אין בעיית מידע. בעיית המידע נובעת מכך שמדובר במידע פרטי של המבוטח שהמבטחת צריכה להשקיע משאבים על-מנת לקבלו.

המבטחת סובלת אפוא תמיד מבעיית מידע בקשר למקרה הביטוח (עצם התרחשותו, שיעור הנזק, הנסיבות המדויקות של המקרה). לעתים הבעיה חריפה במיוחד בשל העובדה שהמידע הרלוונטי אינו בר-אימות (מידע "רך"), ולעתים הבעיה חמורה פחות, מכיוון שניתן לאמת את המידע באמצעות בדיקות הכרוכות בעלות (מידע "קשה").

5 E.W. bond, K.J. Crocker, "Hardball and the Soft Touch: The Economics of Optimal Insurance Contracts with Costly State Verification and Endogenous Monitoring Costs", 63 *J. Pub. Econ.* (1997) 239

6 על היחס בין מידע רך לבין מרמה ראו S. Baliga, "Monitoring and Collusion with 'Soft' Information", 15 *J. L. Econ. & Org.* (1999) 434 על הנציג אף שכאשר מדובר במידע רך מאפשר הדבר מרמה ביתר קלות).

כמובן, ההבחנה בין שני סוגי המידע איננה חדה. אעבור עתה לדרכים שניתן לנקוט על-מנת להתמודד עם בעיה זו.

2. ביצוע בדיקות ועיצוב החוזה כפתרונות לבעיית המידע

עם התרחשות מקרה הביטוח מגיש המבוטח למבטחת תביעה לתשלום. כפי שראינו, תביעת התשלום יכולה להיות נגועה בסוגים שונים של מצג שווא. מטעמי נוחות נכנה את כל הסוגים הללו "מרמת ביטוח", אם כי בהמשך נראה שיש מקום להבחנות ביניהם. מרמת ביטוח היא מקור לדאגה למבטחות. בעניין זה קיימים הבדלים בין מדינות שונות, אך דומה שמדובר בתופעה כלל-עולמית, וכי חלק לא מבוטל מהתביעות המוגשות למבטחות נגוע במרמה מסוג זה או אחר⁷.

כפי שראינו, יכולתם של המבוטחים להטעות את המבטחת תלויה בשאלה אם המידע הרלוונטי הוא מידע "רך" או "קשה". גם כאן, כמו לאחר כריתת חוזה ביטוח, מתעוררת בעיה של סיכון מוסרי. כריתת חוזה ביטוח מעוררת בעיית סיכון מוסרי הנובעת מהעובדה שחוזה הביטוח מפחית את התמריץ של המבוטח לנקוט אמצעים להפחתת ההסתברות להפסד או להפחתת שיעור ההפסד. הבעיה שם נוגעת בהתנהגות המבוטח לפני התרחשות מקרה הביטוח. בעיית הסיכון המוסרי המתעוררת כאן עניינה בהתנהגות המבוטח לאחר התרחשות מקרה הביטוח והיא נובעת, בין השאר, מהעובדה שלא עלות המבטחת איננה יכולה לדעת מה היו נסיבות מקרה הביטוח. מרמת ביטוח היא אפוא סוג של בעיית סיכון מוסרי⁸; זוהי בעיית סיכון מוסרי בדיעבד, להבדיל מבעיית סיכון מוסרי מראש⁹. המבוטח עלול להשפיע על שיעור תגמולי הביטוח

- 7 על שוק ביטוח כלי הרכב הספרדי ראו M. Artó, M. Guilló, M. Ayuso, "Modeling different Types of Automobile Insurance Fraud behavior in the Spanish Market", 24 *J. Ins. Math. & Econ.* (1999) 67 (15%-20% תביעות למבטחת נגועות במרמה וחלק מהמבטחות דיווחו אף על שיעורים גבוהים יותר); על השוק הגרמני, ראו: M. Clark, "The Control of Insurance Fraud: A Comparative View", 30 *J. Brit. Crim.* (1990) 1 (11% מהתביעות נגועות במרמה); במחקר שנערך בקשר לתביעות ביטוח בגין פגיעות גוף בתאונות דרכים במדינת מסצ'וסטס נמצא, שבחמישה אחוזים ממקרי התביעה לא נגרם כלל נזק ואילו שיעור התביעות החשודות הוא כעשרה אחוזים: H.I. Weisberg, R.A. Derrig, "Fraud and Automobile Insurance: A Report on the Baseline Study of Bodily Injury Claims in Massachusetts", 9 *J. Ins. Reg.* (1991) 427
- 8 לניתוח בעיית הסיכון המוסרי הנובעת מאי-ידיעתה של המבטחת מהו מצב הטבע שבקיומו מותנה החוזה, ראו M. Spence, R. Zeckhauser, "Insurance, Information, and Individual Action", 61 *Am. Econ. Rev.* (1971) 380
- 9 על ההבחנה בין "Ex-Post Moral Hazard" לבין "Ex-Ante Moral Hazard" ראו G. Dionne, S.E. Harrington, "An Introduction to Insurance Economics" in G. Dionne, S.E. Harrington

הנתבעים מהמבטחת (כאשר המבוטח מגיש תביעה מופרזת) ועל עצם קיומו של מקרה הגורם לנזק שהוא לכאורה מבוטח (כאשר המבוטח מגיש תביעה אף שלא היה מקרה ביטוח). מחקרים אמפיריים מצביעים על כך שבעיית הסיכון המוסרי בדיעבד איננה תאורתית גרידא, וכי בסוגים שונים של ביטוח מגישים מבוטחים למבטחת תביעות תשלום מופרזות¹⁰.

מבטחות יכולות לנקוט שתי דרכי פעולה עיקריות על-מנת להילחם במרמת ביטוח. דרך הפעולה הראשונה היא זיהוי דגלי אזהרה המלמדים, שתביעה מסוימת חשודה כנגועה במרמה. תביעה המזוהה כחשודה במרמה תיבדק לעומק. זוהי בקרה בדיעבד (לאחר התרחשות מקרה הביטוח). דרך הפעולה השנייה היא עיצוב החוזה כך שמרמת הביטוח תמוזער. החוזה מעוצב באופן המעודד את המבוטחים, שלא להתפתות למרמת ביטוח. זהו ניסיון לבקרה מראש (לפני התרחשות מקרה הביטוח) של התביעות המוגשות למבטחת. התמריץ של המבוטח לרמות את המבטחת נובע מהעובדה שסוגים מסוימים של חוזי ביטוח הם חוזי שיפוי¹¹. תכליתם של חוזים אלה היא להשיב את המבוטח למצב שבו היה אלמלא התרחש מקרה הביטוח. מרבית החוזים לביטוח רכוש

(eds.) Foundations of Insurance Economics: Readings in Economics and Finance (Boston, Dordrecht, London, 1992) 1, at pp. 17-18

10 ראיות לבעיית סיכון מוסרי חריפה קיימות בקשר לביטוח עובדים: A. Kruger, "Incentive Effects of Workers' Compensation Insurance" 41 *J. Pub. Econ.* (1990) 73; R.J. Butler, J.D. Worrall, "Claims Reporting and Risk Bearing Moral Hazard in Workers' Compensation", 58 *J. Risk Ins.* (1991) 191; G. Dionne, P. St. Michel, "Workers Compensation and Moral Hazard", 73 *Rev. Econ. Stat.* (1991) 236; B.D. Meyer, W.K. Viscusi, D. Durbin, "Workers' Compensation and Injury Duration: Evidence from a Natural Experiment" 85 *P.M. Danzon*, "The Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims", 27 *J. Law & Econ.* (1984) 115; J.D. Cummins, S. Tennyson, "Moral Hazard in Insurance Claiming: Evidence from Automobile Insurance" 12 *J. Risk Uncertainty* (1996) 29 מצביעים על הנטייה של מבוטחים, בסוגים שונים של ביטוח, להפריז בסכום הנזק שנגרם להם ולעתים לטעון לקיומו של נזק שלא נגרם להם).

11 באורח טיפוסי חוזים לביטוח נזקים רכושיים הם חוזי שיפוי בעוד שבחוזי ביטוח חיים ובריאות נקבע שיעור תגמולי הביטוח ללא תלות בשיעור הנזק שנגרם. חוק חוזה הביטוח, תשמ"א 1981 - מבחין (לעניין ביטוח נכסים) בין חוזי ביטוח שבהם הסכימו הצדדים מראש על שיעור השיפוי (סעיף 56(ד) לחוק) לבין חוזים שבהם חובת השיפוי של המבטחת שווה לשיעור הנזק שנגרם ואינה עולה על הסכום שנקבע בחוזה, ואשר מכונה "סכום הביטוח" (סעיף 56(א) לחוק). התמריץ להציג מצג שווא בקשר לשיעור הנזק שנגרם קיים רק בחוזים מהסוג השני.

הם חוזי שיפוי. הסיבה לכך היא שאין זה רצוי לאפשר למבוטח לשפר את מצבו בעקבות התרחשות מקרה הביטוח, משום שיהיה בכך עידוד למבוטח לגרום במכוון להתרחשות מקרה הביטוח. אולם באורח פרדוקסלי, דווקא העובדה שמדובר בחוזה שיפוי היא שממריצה את המבוטח להציג מצג שווא בקשר לשיעור הנזק שנגרם לו, שכן שיעור תגמולי הביטוח תלוי בשיעור הנזק שנגרם. בחוזי שיפוי קיים אפוא מתח מובנה בין העובדה ששיעור תגמולי הביטוח נקבע לפי הנזק שנגרם למבוטח בפועל, לבין העובדה שהדבר ממריץ את המבוטח להציג מצג שווא בקשר לשיעור הנזק שנגרם¹². בחוזה ביטוח שבו תגמולי הביטוח אינם תלויים בשיעור הנזק (כמו בביטוח בריאות למשל) פוחת התמריץ של המבוטח לעסוק במרמת ביטוח¹³.

לכאורה, ניתן היה להתמודד עם מרמת ביטוח באמצעות מכירת חוזי ביטוח שאינם חוזי שיפוי – חוזים המזכים את המבוטח בשיעור תגמולי ביטוח שנקבע מראש ואיננו תלוי בשיעור הנזק שנגרם בפועל. חוזים כאלה שכיחים יחסית בביטוחי בריאות ומזכים מבוטח שסבל נזק גוף בתגמולי ביטוח קבועים מראש בגין כל סוג של נזק. אולם נראה שהרעיון להציע למבוטחים חוזים לביטוח נכסים המזכים בתשלום תגמולי ביטוח שאיננו תלוי בשיעור הנזק שנגרם הוא לא ריאלי, שלא לדבר על כך שהוא עשוי לעורר בעיות קשות של סיכון מוסרי. בניגוד למצב בביטוח בריאות, שבו המידע בקשר לקרות מקרה הביטוח הוא על-פי רוב מידע קשה, בביטוח נכסים קל יותר למבוטח להציג מצג שווא בקשר למקרה הביטוח. ואכן, מבטחות אינן מוכרות בדרך-כלל ביטוח נכסים שאיננו תלוי בשיעור הנזק שנגרם והן מעדיפות לנקוט אמצעים אחרים על-מנת להתמודד עם הבעיה של מרמת ביטוח. כך, למשל, הן מסכימות לבטח תכשיטים רק לאחר עריכת שומה ובכפוף להסכמה על שמירת התכשיטים בכספת או במקום דומה אחר. אחת הסיבות לדרישות אלו של המבטחות הן הקלות היחסית שבה ניתן להציג מצג שווא בקשר לגניבת תכשיטים והקושי הטיפוסי לוודא לאחר מעשה את נסיבות המקרה ואת שווי התכשיטים. דומה אפוא, שהתמודדות עם מרמת ביטוח באמצעות חוזים לביטוח נכסים

12 K.J. Crocker, J. Morgan, "Is Honesty the Best Policy? Curtailing Insurance Fraud through Optimal Incentive Contracts", 106 *J. Pub. Econ.* (1998) 355, at p. 357

13 זהו למעשה הרעיון שעליו מבוסס העיקרון המכונה "עקרון הגילוי" ("The Revelation Principle"). העיקרון קובע, שנגד כל חוזה המעודד את הנציג לרמות קיים חוזה אחר המניב אותה תוצאה בלי לעודד את הנציג לרמות ("Incentive Compatibility and the Bargaining Problem" (R. Myerson, *Econometrica* (1979) 61) 47). חוזה ביטוח שבו תגמולי הביטוח אינם תלויים בשיעור הנזק שנגרם מדגים את עקרון הגילוי, משום שהוא מניב תוצאה זהה לחוזה ביטוח המעודד את המבוטח לרמות על-מנת לקבל את אותם תגמולי ביטוח, שלהם הוא זכאי ממילא מכוח החוזה שאיננו מעודד לרמות.

עלי משפט א תשס"א

חובת הגילוי לאחר קרות מקרה הביטוח וחייב מבוטחים
בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח

המבטיחים תגמולי ביטוח קבועים, המפחיתים את התמריץ לרמות את המבטחת, היא
בחזקת תרגיל תאורטי.

3. פיקוח מטעם אדם שלישי על תיקון הנזק וביצוע בדיקות על-ידי אדם שלישי

כאמור, משתנים אחדים משפיעים על יעילות הבדיקות שהמבטחת מבצעת. אולם עד עתה לא דנו בשאלה מי מבצע את הבדיקות בעבור המבטחת וכיצד בא על תיקונו הנזק שנגרם למבוטח. המבטחת עשויה לבקש לתקן בעצמה את הנזק תוך שימוש בשירותיו של אדם שלישי כלשהו. דוגמאות לאנשים שלישיים הם רופא בביטוח בריאות, בעל מוסך בביטוח כלי רכב ועורכי־דין בביטוח אחריות. השימוש בשירותיו של אדם שלישי עלול להוליד בעיות, שכן קיימת אפשרות לקנוניה בינו לבין המבוטח¹⁴.

מבטחות גם משתמשות באנשים שלישיים לצורך ביצוע בדיקות בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח. שמאים ומומחים שונים הם דוגמה לכך. יש מצבים שבהם עשויה המבטחת להתגבר כליל על יתרון המידע של המבוטח. למשל, כאשר מדובר בפגיעה רפואית שאין קושי לאבחן אותה באמצעים אובייקטיביים. במקרים אחרים, האדם השלישי אינו מצליח להתגבר על יתרון המידע של המבוטח¹⁵. מכל מקום, גם כאן צפויה המבטחת לקשיים, מאחר שההזקקות לחוות־דעתו או לסיועו של אדם שלישי עלולה לעורר בעיית נציג. לעתים מנסות מבטחות למתן בעיה זו, בין השאר באמצעות יצירת יחסי עובד־מעביד בינו לבין בעלי המקצוע שמבצעים את הבדיקות.

14 העובדה שהמבטחת מעסיקה אדם שלישי לצורך קביעת שיעור הנזק והשאלה אם הוא מכוסה מעוררת קשיים גם מנקודת מבטם של המבוטחים. כך, למשל, עלול המבוטח לסמוך על שמאי שהוא עובד המבטחת הקובע שהנזק שנגרם לו אינו מכוסה בשל נסיבותיו המיוחדות. בעיות אלה חורגות מתחומו של מאמר זה.

15 דוגמה הממחישה זאת היא הנסיבות העובדתיות בע"א 5468/91 **כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' פול שקית בע"מ**, פ"ד מח(1) עמ' 470. בפרשה זו נשרפו מכונות הדפסה יקרות של המבוטח שיוצרו באיטליה. סכום הביטוח היה שמונה מאות אלף דולר. הערכת הנזק של שמאי מטעם חברת הביטוח הייתה כחמש מאות שמונים ושבעה אלף דולר, והיא התייחסה להוצאות תיקון שתי מכונות הדפוס באיטליה לרבות עלויות בהובלה. במהלך הדיון התברר, שהמכונות תוקנו בישראל בתמורה לסך של שמונים ושישה אלף דולר בלבד (!) ולמרות זאת תבעה המבוטחת תגמולי ביטוח לפי פסיקת השמאי מטעם חברת הביטוח (חמש מאות שמונים ושבעה אלף דולר). המבוטחת לא גילתה בעת הגשת התובענה את דבר קיום ההסכם בינה לבין מי שתיקן את המכונות. בפסק הדין אין התייחסות לנושא של מרמת ביטוח אלא בסעיף תת־ביטוח בחוזה. הפער העצום בין שומת השמאי לבין העלות הממשית של התיקון מדגים את המשמעות הכלכלית של נחיתות במידע, או לחלופין, את הסכנות הרובצות לפתחה של המבטחת משיתוף פעולה בין אנשים שלישיים לבין המבוטח (שיעור הפיצוי שאושר על-ידי השמאי היה שלוש מאות שישים וארבעה אלף דולר בשל סעיף תת־ביטוח בחוזה וגם סכום זה גדול פי ארבעה מהעלות הממשית של התיקון).

הנקודה החשובה לענייננו היא, שהמבטחות אינן יכולות להתגבר כליל על בעיית המידע באמצעות שימוש באנשים שלישיים. הסיבה לכך היא, ששימוש באנשים שלישיים יוצר בעיות חדשות כמו בעיית נציג ובעיית מידע בקשר לתפקוד של האנשים השלישיים.

אעבור עתה לדון בכלי המשפטי העיקרי להתמודדות עם התופעה של מרמת ביטוח: חובת גילוי המוטלת על מבוטחים בעקבות התרחשות מקרה הביטוח. חובה זו היא בעיקר חובת גילוי במענה לשאלות. תחילה אדון בהיקף הרצוי של חובת הגילוי. לאחר מכן תידון התרופה שיש להעניק למבטחת במקרה של הפרת החובה.

ג. חובת גילוי לאחר התרחשות מקרה הביטוח

1. היקף החובה למסור מידע על מקרה הביטוח

מבוטח המבקש לקבל תגמולי הביטוח חייב להודיע למבטחת על התרחשות מקרה הביטוח. בעקבות מתן הודעה זו יכולה המבטחת להחליט אם לבקש מהמבוטח מידע נוסף. בנסיבות אלה, אין כמעט חשיבות מעשית לחובת הגילוי היזום (החובה של המבוטח למסור למבטחת מידע אף שלא הוצגו לו שאלות). אמנם תהליך הבירור מתחיל ביוזמת המבוטח אך מסירת המידע בהמשך נעשית במענה לדרישות המבטחת. דומה, שאין כל סיבה שלא לחייב מבוטח המתבקש למסור מידע על מקרה הביטוח לעשות כן בתום לב תוך מסירת כל המידע הדרוש למבטחת. נוכח בעיית המידע של המבטחת מתבקשת הטלת חובת גילוי. בעניין זה ראוי לציין, שאין הצדקה להטיל על המבוטח אחריות בגין מסירת מידע מטעה בתום לב. במילים אחרות, אם המבוטח השיב תשובה לא נכונה למבטחת, ועשה כן בתום לב, אין לשלול ממנו את הזכות לקבל תגמולי ביטוח. הסיבה לכך היא, שמסירת מידע בתום לב דומה לסיכונים אחרים שהם בני-ביטוח. לאור זאת, סביר להניח שציבור מבוטחים שונאי סיכון יהיה מעוניין בביטוח מפני מסירת מידע מטעה למבטחת. אפילו כרוך הדבר בייקורו של הביטוח יאותו מבוטחים שונאי סיכון לשאת בעלות זו. זהו גם המצב המשפטי לפי חוק חוזה הביטוח, תשמ"א 1981-. מצד אחד, החוק מטיל חובה כללית של שיתוף פעולה המוטלת על המבוטח לאחר קרות מקרה הביטוח¹⁶. מן הצד האחר, החוק מתיר למבטחת שלא לשלם

16 לפי סעיף 22 לחוק חוזה הביטוח, על המבוטח להודיע למבטח על התרחשות מקרה הביטוח "מיד לאחר שנודע לו" על כך. לפי סעיף 23(ב), "על המבוטח או על המוטב, לפי העניין, למסור למבטח, תוך זמן סביר לאחר שנדרש לכך, את המידע והמסמכים הדרושים לבירור החבות, ואם אינם ברשותו,

את תגמולי הביטוח או חלקם רק במקרה שבו הכשיל המבוטח את בירור החבות ואף השיג את מטרתו במובן זה שהמבטחת התקשתה לברר אם היא אכן חייבת בתשלום תגמולי ביטוח ובאיזה שיעור¹⁷.

הטיעון המצדד בהטלת חובת גילוי מלאה על המבוטח אינו נקי מקשיים ביחס לסוג מסוים של מידע הקשור למקרה הביטוח שהוא הערכת גובה הנזק על-ידי המבוטח. כזכור, דוגמה שכיחה למרמת ביטוח היא הפרזה בסכום תגמולי הביטוח הנתבעים. השאלה המתעוררת היא אם הדין צריך לאסור קטגורית על מבוטח להגיש למבטחת תביעה לתשלום תגמולי ביטוח בסכום גבוה מהנזק שנגרם לו.

ההבחנה בין הפרזה לגיטימית מצד המבוטח בתביעה המוגשת למבטחת לבין הפרזה לא לגיטימית עלולה להיות קשה. מצד אחד, ניתן להסתכל על סכום התביעה המוגש למבטחת כעל הצעת פתיחה במשא ומתן: למבוטח אין ציפייה ממשית שהמבטחת אכן תיענה לתביעתו במלואה. הוא צופה שהמבטחת תנסה להפחית את שיעור תגמולי הביטוח במסגרת המשא ומתן. בנסיבות אלה, הגשת תביעה מופרזת למבטחת דומה לכל הצעה מצד קונה (או מוכר) היודע, שהצד האחר לא ייענה להצעתו הראשונית אך מצפה לקבל הצעה נגדית¹⁸. אכן, הדין מתיר לצד למשא ומתן שלא להיות כן עם הצד האחר בקשר להערכתו את שווי הממכר. זהו חריג לאיסור הכללי של אמירת שקר במשא

עליו לעזור למבטח, ככל שיוכל, להשיגם". ברור אפוא שהחובה חורגת מחובת גילוי גרידא, ולמעשה מדובר בחובה כללית לסייע למבטחת לקבל מידע בקשר לנסיבות ההתרחשות של מקרה הביטוח. 17 סעיף 24 לחוק חוזה הביטוח, שכותרתו היא "הכשלה של בירור החבות", קובע לאמור: "(א) לא קויימה חובה לפי סעיף 22 או לפי סעיף 23 (ב) במועדה, וקיומה היה מאפשר למבטח להקטין חבותו, אין הוא חייב בתגמולי הביטוח אלא במידה שהיה חייב בהם אילו קויימה החובה; הוראה זו לא תחול בכל אחת מאלה: (1) החובה לא קויימה או קויימה באיחור מסיבות מוצדקות; (2) אי קיומה או איחורה לא מגע מן המבטח את בירור חבותו ולא הכביד על הבירור. (ב) עשה המבוטח או המוטב במתכוון דבר שהיה בו כדי למנוע מן המבטח את בירור חבותו או להכביד עליו, אין המבטח חייב בתגמולי ביטוח אלא במידה שהיה חייב בהם אילו נעשה אותו דבר". סעיף 25 לחוק, שכותרתו היא "מרמה בתביעת תגמולים", קובע: "הופרה חובה לפי סעיף 22 או לפי סעיף 23 (ב), או שנעשה דבר כאמור בסעיף 24 (ב), או שהמבוטח או המוטב מסר למבטח עובדות כוזבות, או העלימו ממנו עובדות בנוגע למקרה הביטוח או בנוגע לחבות המבטח, והדבר נעשה בכוונת מרמה – פטור המבטח מחבותו".

18 אפילו קיימים ספרי הדרכה למבוטחים כיצד לזכות בתגמולי ביטוח. ראו V.P. Chernik, *The Claims Game: Inside Secrets and Techniques of Collecting Insurance Claims and Winning Personal Injury Suits* (L.A. 1969).

ומתן¹⁹. עצם המוסכמה החברתית, שלפיה יש דברים שלגביהם מותר לשקר במסגרת משא ומתן, שוללת מהשקר את אופיו הלא מוסרי. החשש של המבוטח שלא יזכה לשיפוי מלא אינו נעדר ביסוס בשים לב לעובדה, שהתרחשות מקרה הביטוח מזמנת למבטחת אפשרות לנהוג באופן אפורטוניסטי; היא יכולה להקשות מאוד על המבוטח, בין השאר מתוך כוונה לגרום לו להסכים לקבל סכום נמוך מסכום הנזק ביודעה שהוצאות האכיפה הן משמעותיות לו. בנסיבות אלה קשה לבוא בטרוניה אל מבוטח המבקש לשפר את עמדת הפתיחה במשא ומתן הצפוי עם המבטחת. נוסף על כך, קיימת אפשרות, שהמבטחת תנסה להפחית את סכום תגמולי הביטוח מטעמים לא אפורטוניסטיים: המבטחת צופה שהמבוטח יגיש תביעה מופרזת. האפשרות להגיש תביעה מופרזת מבוססת על יתרון המידע שיש לו על פני המבטחת. אחד המכשירים של המבטחת ללמוד מהו שיעור הנזק האמיתי של המבוטח הוא להציע לשלם תגמולי ביטוח נמוכים מתביעת המבוטח בניסיון לגלות מהו שיעור הנזק ה"נכון". במילים אחרות, אי-נכונות המבטחת לשלם את מלוא תגמולי הביטוח הנתבעים ממנה עשויה להוות מכשיר לגילוי מידע פרטי המצוי בידי המבוטח בקשר לשיעור הנזק ה"נכון" שנגרם לו.

מן הצד האחר, ניתן לטעון שאין שום הפרזה שהיא לגיטימית, וודאי שאין מקום לתת גושפנקה משפטית לכך. כלל משפטי השולל תגמולי ביטוח ממבוטח המגיש תביעה "מנופחת" ישרש את הפרקטיקה של התייחסות להגשת תביעה למבטחת כאל נקודת מוצא במשא ומתן²⁰. הוא יעודד מבוטחים להגיש למבטחת תביעות מדויקות ויגרום למבטחות להתייחס ברצינות לשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים מהן.

אין מבחן המאפשר להבחין באופן חד בין הפרזה לגיטימית לבין הפרזות אחרות. מכל מקום, ההבחנה איננה יכולה להיעשות על בסיס כמותי בלבד, אף שהיחס בין הנזק הממשי לסכום התביעה הוא אינדיקטור חשוב. כך, למשל, כאשר המבוטח כולל בתביעת התגמולים פריטים שכלל לא היו ברשותו אפשר לייחס לו כוונת מרמה אף אם שיעור ההפרזה הוא קטן. לעומת זאת, קשה הרבה יותר לייחס כוונת מרמה למי שמגיש תביעה בגין אובדן נכס ששוויו יכול להיות שנוי במחלוקת. מקרי ההפרזה אינם עשויים מעור אחד. אמת-המידה המתאימה לקביעת אופי ההפרזה היא היסוד הנפשי הנלווה

19 צדדים למשא ומתן אינם מצפים בדרך-כלל לתשובה כנה מהצד האחר בקשר לשאלות הקשורות להערכה סובייקטיבית של שווי המשאב נושא החוזה. ראו באופן כללי: G.M Peters, "The Use of Lies in Negotiation", 48 *Ohio St. L. J.* (1987) 1; A. Strudler, "Incommensurable Goods, Rightful Lies, and the Wrongness of Fraud", 146 *U. Pen. L. Rev.* (1998) 1529.

20 בעניין *Orakpo v. Barclays Insurance Services* [1995] LRLR 443 העיר אחד השופטים, כי: "I would not condone falsehood of any kind in an insurance claim"

להגשת התביעה למבטחת. השאלה החשובה היא, אם ניתן לייחס למבוטח כוונת מרמה. היקף הפרזה וסוג הפרזה מהווים רק כלי עזר לבחינת היסוד הנפשי. לסיכום, החובה להשיב לשאלות לאחר התרחשות מקרה הביטוח צריכה להיות רחבה, אם כי אין להטיל על המבוטח אחריות בגין מסירת מידע מטעה בתום-לב. על המבוטח להשיב באופן מלא וכן לשאלות המבטחת. עם זאת, ככל שהדברים אמורים בהערכת המבוטח את הנזק שנגרם לו, ייתכן שיש מקרים שבהם הפרזה בסכום הנתבע היא לגיטימית. אעבור עתה למרכז הכובד של דיני הגילוי לאחר התרחשות מקרה הביטוח – תרופת המבטחת במקרה של מצג שווא.

2. תרופת המבטחת בגין מצג שווא ואי-גילוי

(א) כללי

הבעיה הקשה ביותר שמעוררים דיני הגילוי לאחר התרחשות מקרה הביטוח נוגעת באופי הסנקציה שיש להטיל על מבוטח המנסה לרמות את המבטחת. לעניין זה זיקה הדוקה לנושא של ביצוע בדיקות בידי המבטחת. ככל שהענישה בגין ניסיון לרמות תהיה חריפה יותר כך יקטן התמריץ לרמות ויתאפשר, אולי, חיסכון בעלויות המושקעות בביצוע הבדיקות. חובת גילוי אמנם איננה יכולה לפתור את בעיית המידע (מפני שעצם אפשרות המרמה מחייבת ביצוע בדיקות) אולם היא יכולה להקטין את אי-היעילות הנובעת מההכרח להשקיע משאבים באיתור תביעות הנגועות במרמה. המשמעות המעשית של ביטול החוזה לאחר מקרה הביטוח היא שלילת תגמולי ביטוח. תרופת המבטחת בגין אי-גילוי חוזי דומה אפוא לתרופת הביטול הרגילה. גם כאשר המבוטח מציג מצג שווא בזדון לאחר התרחשות מקרה הביטוח, התרופה הטיפוסית היא שלילת תגמולי ביטוח. תוצאה זו איננה מותנית בסוג מרמת הביטוח שבה מדובר. כזכור, קיימים סוגים שונים של מרמת ביטוח. החמורה שבהן היא טענת שווא בדבר התרחשות מקרה הביטוח. במקרה קיצוני זה המבוטח לא היה זכאי ממילא לתגמולי ביטוח, ואין בשלילתם מרכיב עונשי כלשהו. אולם יש סוגים של מרמת ביטוח שבהם נשללים תגמולי ביטוח מהמבוטח אף שאירע מקרה ביטוח ואף שהמבוטח היה זכאי, אלמלא המרמה, לשיפוי (נמוך יותר) מהמבטחת. הדוגמה הבולטת לכך היא מרמת ביטוח המתבטאת בהפרזה בשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים מהמבטחת. במקרה זה המבוטח זכאי לשיפוי, אך השיפוי נשלל ממנו בשל מצג-השווא²¹. שלילה מלאה של

21 חוק חוזה הביטוח שולל מהמבוטח לחלוטין את הזכות לקבל תגמולי ביטוח רק במקרה שבו תביעתו נגועה בכוונת מרמה (סעיף 25 לחוק). גם הדין האנגלי מתיר למבטחת לדחות את תביעת המבוטח

תגמולי ביטוח ממי שזכאי לחלקם היא סוג של ענישה. המבוטח הרמאי נענש בגין הניסיון לרמות את המבטחת.

לפי התפיסה המסורתית במשפט האנגלו-אמריקני תרופות בעלות אופי עונשי נפקדות מדיני החוזים. עמדה זו מבוססת על כך שהקביעה בדבר הפרת החוזה אינה מותנית בהתקיימות יסוד נפשי כלשהו, וממילא אין לו חשיבות לצורך קביעת שיעור זכאות הנפגע לפיצויים²². שיעור הפיצויים נקבע לפי האינטרסים המוגנים של הנפגע, ללא תלות במידת האשם של המפר. במילים אחרות, האחריות החוזית היא מוחלטת²³. לכן פסק בית-המשפט שהיסוד הנפשי הנלווה להפרה רלוונטי אך ורק אם הוא משפיע באופן ישיר על שיעור הנזק²⁴. דומה שכמעט מיותר לציין שיש פער בין הרטוריקה למעשה בעניין זה, וכי כיום, אפילו הרטוריקה של בתי-המשפט השתנתה²⁵. דיני הגילוי

כאשר תביעתו נגועה במרמה. בעניין **אורקפו** (לעיל, הערה 20), הדגיש שופט המיעוט דווקא את הדעה ההפוכה: "I do not know of any other corner of the law where the plaintiff who has made a fraudulent claim is deprived even of that which he is lawfully entitled to, be it a large or small amount" (p. 451).

22 למעשה, אין קשר הכרחי בין השאלה אם האחריות מבוססת על אשם לבין השאלה אם פסיקת פיצויים עונשיים היא מוצדקת. ניתן להתנגד לפסיקת פיצויים עונשיים משורה של טעמים אחרים. אולם בשיטה שבה פסיקת הפיצויים מבוססת על כלל של אחריות מוחלטת אין כלל מקום לפיצויים עונשיים.

23 רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' א' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70, 73: "האחריות החוזית, ככלל, מבוססת על אחריות מוחלטת. נקטנו לשון 'ככלל', שהרי עקרון תום הלב וקליטת האשם התורם החוזי מכרסמים באחריות המוחלטת"; R.D. Cooter, "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution", 73 Cal. L. Rev. (1985) 1, at p. 12: "...the narrow and broad constructions of excuses for breach of contract affect behavior in ways that parallel no liability and strict liability in tort"; E.A. Fransworth, "Legal Remedies for Breach of Contract", 70 Colum. L. Rev. (1970) 1145, at p. 1147: "in its essential design, ...our system of remedies for breach of contract is one of strict liability and not of liability based on fault".

24 ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, לה(4) 31, 40: "בפסיקת הפיצויים על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את העקרון, כי מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו ואין מטרתו הענשת המפר. בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות, על בית המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להענשת המפר. סעיף 13 לחוק התרופות לא נועד להיות מנוף לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים. מכאן, שזונו של המפר עשוי להיות רלבנטי רק במידה שהוא משפיע על חומרת הפגיעה של הנפגע".

25 כך עולה גם מדברי בית-המשפט בעניין **מוריאנו** (לעיל, הערה 23). א' פורת, "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתי?" **עיוני משפט** יז (תשנ"א), 103. במאה העשרים חלה שחיקה בתפיסה שלפיה אין

מהווים דוגמה לחשיבות שעשויה להיות ליסוד הנפשי הנלווה להפרה. במשפט הקונטיננטלי מבוססת קביעת הפיצויים באופן מוצהר על מידת האשם של המפר²⁶. במשפט הצרפתי אף פותחה הבחנה בין חיוב מוחלט להשגת תוצאה כלשהי לבין חיוב השתדלות לנקוט אמצעים להשגת היעד שעליו הוסכם²⁷. יש אפוא לבדוק – ללא דעה קדומה – אם ראוי להקנות למבטחת תרופות עונשיות במקרה של מרמת ביטוח. כאמור, המידע הנחוץ למבטחת בקשר למקרה הביטוח הוא על-פי רוב מידע פרטי של המבוטח. הבעיה חריפה יותר כאשר נסיבות מקרה הביטוח ושיעור הנזק אינם ניתנים להוכחה בבית-המשפט. אמנם, המבטחת יכולה להשתמש באסטרטגיות בדיקה מתוחכמות, שתכליתן למזער את עלות הבדיקות, אך היא זקוקה לכלי עזר משפטיים שירתיעו מבוטחים מלהתפתות למרמת ביטוח. ענישה יכולה להוות כלי עזר כזה; תכליתה להקטין את תדירות הבדיקות בהנחה שמתקיים יחס הפוך בינה לבין התדירות

T. Sullivan, "Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change", 61 *Minn. L. R.* (1977) 207; G.M. Cohen, "The Fault Lines In Contract Damages", 80 *Va. L. Rev.* (1994) 1225: "The fundamental premise of most theories of contract damages has been that contract damage law is a 'strict liability' system; that is, the reason the breach occurs does not matter in determining the measure of damages. That premise is wrong. In fact, the reason the breach occurs has always influenced courts determination of the proper measure of damages"

26 כך, למשל, במשפט הגרמני מותנית האחריות להפרת חוזה ביסוד נפשי של אשם, ראו N. Horn, H.G. Leser *German Private and Commercial Law: An Introduction* (Oxford, H. Ktz, 1982), 112

27 ראו א' זמיר **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** (ירושלים, תש"ן), 103; א' זמיר **חוק חוזה קבלנות תשל"ד** (ירושלים, תשנ"ה), 36-34. E.A. Fransworth, "On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law" 46 *U. Pitt. L. Rev.* (1984) 1 אף אומצה בידי בית-המשפט בישראל. ראו: ע"א 444/94 **אורות ייצוג אומנים והפקות ואח' נ' עטרי**, פ"ד נא(5) 241, 253-252 (בית-המשפט עמד על הקושי הראיתי להוכיח את אי-קיומו של חיוב השתדלות); ע"א 2887/91 **ב' גול ואח' נ' א' אוריאל ואח'** (פורסם בתקליטור "דינים") – "חיוב השתדלות הוא חיוב לנקוט באמצעים המתאימים למען השגת המטרה בלי להתחייב להשגתה. חיוב תוצאה, לעומתו, הוא חיוב שעניינו השגת תוצאה מסוימת המקובל בשיטת המשפט הקונטיננטלית במיוחד בצרפת ולא מצא ביטוי מפורש בחקיקה בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית" – פסקה 7 לפסק-הדין.

האופטימלית של ביצוע הבדיקות²⁸. תוחלת התועלת של המבוטח הרמאי ממחשה עניין זה, מכיוון שהיא סכום של שתי מכפלות: ההסתברות שהמרמה תצליח כפול הרווח הנובע מכך וההסתברות שהמרמה תיכשל כפול העלות שישא בה הרמאי במקרה כזה²⁹. ענישת המבוטח משפיעה רק על הנזק הצפוי למבוטח מהענישה, והיא מהווה מרכיב אחד בפונקציית התועלת של המבוטח. תדירות הבדיקות של התביעות לתגמולי ביטוח ורמת הדיוק של כל בדיקה משפיעות על ההסתברות שהמבוטח יענש, המהווה את המרכיב השני בפונקציית התועלת של המבוטח. ככל שעולות תדירות הבדיקות ורמת דיוקן כך קטנה ההסתברות שהמבוטח יזכה ליהנות מהמרמה. על-מנת להפחית את סיכויי הרמאי להצליח ניתן להשתמש בכלי עזר נוספים זולת ענישה. הטלת נטל הוכחה על המבוטח היא דוגמה לכלי עזר מעין זה. אפשרות נוספת היא לנקוט אמצעים לשיפור רמת הדיוק של בדיקות המבטחת. חקירת המבוטח בידי עורכי-דין מטעם המבטחת עוד לפני הליך משפטי כלשהו או חיובו לעבור בבדיקת פוליוגרף צפויים להקשות על המבוטח הרמאי לקבל תגמולי ביטוח שאינו זכאי להם (בהנחה שמכשיר הפוליוגרף הוא אכן כלי בדיקה יעיל). אפשרות השימוש במכשירים אלו מחייבת לבחון את תרופת המבטחת בגין מרמת ביטוח בהקשר רחב. דיני גילוי ראויים חייבים לאזן בין מזעור הנזק שגורמת מרמת ביטוח לבין זכות המבוטח ההוגן לקבלת תגמולי ביטוח, בלי שיעורמו בדרכו מכשולים לא נחוצים.

בחלק זה אני מבקש להראות, שחיוב מבוטחים בתשלום פיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח עשוי לסייע בהתמודדות עם מרמת ביטוח. ראוי להבהיר, שאינני מציע להחליף את הסנקציה הפלילית בסנקציה אזרחית של תשלום פיצויים עונשיים. המטרה היא לספק אמצעי משלים בלבד לסנקציה הפלילית. זוהי הנחת המוצא שלי, מאחר שמרמת ביטוח היא מקרה פרטי של קבלת דבר במרמה. אין סיבה לפטור מבוטחים, להבדיל מרמאים אחרים, מסנקציה פלילית. לפיכך השאלה שבה אדון היא, אם דיני הגילוי צריכים לספק למבטחת סנקציה אזרחית-עונשית בנוסף לסנקציה הפלילית.

28 B. Nalebuff, D. Scharfstein, "Testing in Models of Asymmetric Information", 54 *Rev. Econ. Stud.* (1987) 265. מרכיב נוסף שהוא בעל חשיבות הוא רמת הדיוק של כל בדיקה. סביר

להניח, שניתן לשפר את רמת הדיוק של הבדיקות עד לגבול מסוים תוך השקעת עלויות נוספות. 29 תוחלת התועלת של המבוטח הרמאי היא $E[U(F)] = (1-p)U(f) + pU(P)$ כאשר $E[U(F)]$ היא התועלת הצפויה מהמרמה; f הוא התקבול המופק מהמרמה; $U(f)$ היא התועלת הצפויה מהמרמה; $U(P)$ הוא הנזק (disutility) הנגרם למבוטח מהענישה; P היא ההסתברות לזכות בתקבול הנובע מהמרמה ו- $1-p$ היא הסתברות הענישה. ברור אפוא, שכלל שהנזק הצפוי למבוטח בגין מרמת ביטוח גדל כך קטנה תוחלת התועלת (ראו – R.E. Hoyt, "The Effect of Insurance fraud on the Economic System", 8 *J. Ins. Reg.* (1990) 304).

פיצויים עונשיים הם סוג של ענישה; ענישה היא גרימת נזק מכוון למוענש, וככזו היא טעונה הצדקה. ענישת צד לחוזה המעשירה את הצד האחר מעוררת שאלות נוספות. ראשית, נחוצה אמת-מידה לקביעת שיעור הפיצויים. שנית, יש לבדוק את היחס בין הסנקציה הפלילית לבין חיוב בפיצויים עונשיים בהליך אזרחי. שלישית, אפשר שאין זה רצוי לאפשר ענישה במסגרת הליך אזרחי. התשובה לשאלות אלה תלויה בין השאר, בתאוריית הענישה העומדת בבסיס החיוב בפיצויים עונשיים. אפתח אפוא בהצגה תמציתית של תאוריות אפשריות להצדקת ענישה. בהמשך אבחן את השאלה הצריכה לענייננו – האם ראוי לחייב מבוטח המנסה להונות את המבטחת בתשלום פיצויים עונשיים. החיוב בפיצויים עונשיים מעורר שורה של בעיות – מהו שיעור הפיצויים הראוי; האם פיצויים עונשיים מהווים דרך יעילה לאכוף את האיסור על מרמת ביטוח; האם סנקציה עונשית בהליך אזרחי היא חיובית. לבסוף, אדון בשימוש באמצעים אחרים העשויים לסייע למבטחת להתגבר על פתרון בעיית המידע ובגורל תביעתו של מבוטח תמים כאשר חברו לביטוח ביצע מרמת ביטוח.

(ב) תורות ענישה והצדקות לענישה

הענישה טעונה הצדקה משום שהיא מעוררת בעיה מוסרית; היא כרוכה בפעולות שאלמלא היו מוכתרות בתואר "ענישה" היו נחשבות ללא מוסריות. אין זה מוסרי לכלוא אדם, ליטול ממנו את כספו או לחייבו לבצע עבודות שירות. העובדה שפעולות אלו נעשות במסגרת תכנית כללית של ענישה איננה מספקת להן הצדקה אוטומטית³⁰. באופן גס ניתן להבחין בין שתי הצדקות לענישה: ההצדקה הראשונה מבוססת על תורות ענישה תוצאתיות. ההצדקה השנייה מבוססת על תורות ענישה דאונטולוגיות³¹.

30 A. Duff, D. Garland "Introduction: Thinking about Punishment" in A. Duff, D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment* (Oxford, 1994) 2.

31 לפי תורות מוסר תוצאתיות, המשתנה היחיד להערכת משמעותה המוסרית של פעולה הוא תוצאת הפעולה בהשוואה לתוצאות הנובעות מפעולות אלטרנטיביות. תורות דאונטולוגיות רואות בהערכת טיב התוצאה של פעולה רק משתנה אחד (ולא היחיד) לצורך קביעת משמעותה המוסרית של הפעולה. על-כן גם מקום שבו תוצאה מסוימת מניבה את התוצאה הטובה ביותר יכולה עמדה דאונטולוגית לשלול את תוקפה המוסרי של הפעולה אם קיים משתנה אחר (שאיננו קשור לתוצאת הפעולה), אשר חשיבותו המוסרית "גדולה" יותר. על ההבחנה בין תורת מוסר תוצאתית לבין תורות דאונטולוגיות ראו: T. Nagel *The View from Nowhere* (New York, 1985) 175-180; A. Strudler, "Moral Complexity in the Law of Nondisclosure", 45 *UCLA L. Rev.* (1997) 337, at p. 353 (61); H.M. Hurd, "Justifiably Punishing the Justified", 90 *Mich. L. Rev.* (1992) 2203, at p. 2209-10. ההבחנה בין תורות ענישה תוצאתיות לדאונטולוגיות היא "גסה", מכיוון שיש תורות המצדיקות ענישה על

שתי ההצדקות מכונות בהתאמה תורת ההרתעה (deterrence) ותורת הגמול (retribution)³². לפי תורת ההרתעה יש להעניש עבריינים על-מנת למזער פעילות עבריינית. ההרתעה מהווה מכשיר להשגת יעדים אחרים; תכליתה איננה ענישה כשלעצמה אלא הפחתת העבריינות, והיא צופה פני עתיד. לפי תורת הגמול ראוי להעניש מי שביצע עבירה. כאן עצם הענישה היא ה"טוב" שאותו מבקשים להשיג על-מנת שהעבריין יקבל את המגיע לו³³. הגמול צופה פני עבר – תכליתו להעניש את העבריין על ביצוע פעולה שנעשתה לפני הענישה. לפי עמדה זו, אין הכרח שלענישה תהיינה תוצאות כלשהן; הגמול הוא הצדקה הכרחית ומספיקה לענישה. הציר המרכזי של תורת הגמול הוא יצירת התאמה בין חומרת העבירה לבין העונש³⁴.

בסיס תורה מעורבת (אמת-מידה תועלתנית מספקת את הבסיס להצדקת מוסד הענישה בעוד שאמת-מידה רטריבוטיבית מספקת הצדקה לפעולות ספציפיות שנעשות מכוחו של מוסד הענישה). שתי הדוגמאות הקלאסיות לתורות מעורבות הן J. Rawls, "Two Concepts of Rules", 64 *Phil. Rev.* 1-13 (1955); H.L.A. Hart *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968) 3. תורת-ענישה נוספת מבוססת על התפקיד החינוכי של הענישה. בעוד שההרתעה מכוננת כלפי חברי הקהילה כולה, ההיבט החינוכי רואה במוקד הענישה את העבריין. ההרתעה גורמת לאנשים להימנע מפשיעה בשל החשש להיענש. היומרה של תורת ענישה חינוכית היא לגרום לאנשים – באמצעות ענישה – להימנע מפעילות עבריינית, מכיוון שמדובר בפעילות לא מוסרית. לסקירת ההבחנות הללו, ראו C.W.K. Mundle, "Punishment and Desert", 4 *Phil. Q.* (1954) 216. התאוריה החינוכית של ענישה היא תאוריה תועלתנית, מאחר שבבסיסה עומדת ההנחה, שהענישה הניב **תוצאה** טובה יותר מהיעדר ענישה (מודל, 220). לסקירה כללית של תורות ענישה, ראו גם ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש", **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39, 42-80.

32 למעשה, המושג retribution אינו חד משמעי, ראו J. Cottingham, "Varieties of Retribution", 29 *Phil. Q.* (1979) 238: "The fact is that the term 'retributive' as used in philosophy has become so imprecise and multi-vocal that it is doubtful whether it any longer serves a useful purpose"

33 לתמיכה מודרנית ב"תורת הגמול" ראו H. Morris, "Persons and Punishment", 52 *The Monist* (1968) 475.

34 M. Davis, "How to Make Punishment Fit the Crime" 73 *Ethics* (1983) 726. דיוויס משיב לביקורת התועלתנית על תורת ענישה דאונטולוגית שלפיה האחרונה איננה יכולה לספק מענה לשאלה מהו העונש הראוי בגין ביצועה של עבירה מסוימת. הוא מציע לבנות סולם עבירות וסולם ענישה וליצור התאמה בין השניים. על הקושי הכרוך בבניית סולמות מעין אלו, ראו E.L. Pincoffs, "Are Questions of Desert Decidable?" In J.B. Cederblom, W.L. Bilzek (eds.) *Justice and Punishment* (Mass. 1977) (הקושי נובע מהעובדה שסולם החומרה של עבירות הוא אורדינלי ואילו סולם החומרה של עונשים הוא קרדינלי). **פון-הירש** מציע לקבוע את חומרת העבירה לפי מרכיב האשם של העבריין (שבו נכללת המחשבה הפלילית של העבריין) ולפי מידת הנוק שהעבירה

מנקודת מבט תועלתנית, הענישה מחייבת הצדקה, מפני שהיא כרוכה בגרימת נזק מכוון. התועלתן צריך להראות שתוצאת הענישה – במונחים של מקסום האושר – עדיפה מהמצב ללא ענישה³⁵. הטענה התועלתנית היא, שהפשיעה גורמת לנזק ולפיכך מוצדק לגרום נזק (להעניש) על-מנת למנוע נזק גדול יותר³⁶. הצדקות לענישה מטעמי יעילות כלכלית הן תת-קבוצה של הצדקות תוצאתיות³⁷. לפי הצדקה זו, ראוי לקבוע מבנה ענישה אופטימלי בשים לב לעלות הכרוכה בפשיעה, באיתור העבריינים, באכיפת החוק ובענישה³⁸. ההשגה המרכזית על כל תורה תוצאתית נעוצה באפשרות שענישה לא צודקת בעליל (כמו, למשל, שימוש באדם חף מפשע כשעיר לעזאזל) תקדם את השגת התוצאה הרצויה³⁹. התשובה הטיפוסית להשגה זו היא שמתפיסה רחבה של

- A. Von Hirsch, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals* (Rutgers, 1985).
- 35 ספרו של Cesare Beccaria משנת 1764 *On Crime and Punishment* היה הניתוח הראשון של ענישה במונחים תועלתניים, אם כי במועד שבו פורסם הספר טרם הבשילה התועלתנות לכלל תורה מפותחת. עבודתו של **בנת'הם** על ענישה פורסמה בשנת 1781, והיא מהווה הצגה של העמדה התועלתנית הקלאסית בקשר לענישה *J. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (J. H. Burns, H. L. A. Hart eds) (London, 1970) ch. 13.2
- 36 התפיסה המאחדת את כל התורות התוצאתיות היא, שההצדקה לכל פעולה נבדקת אך ורק לפי תוצאת הפעולה. אולם תורות תוצאתיות שונות חלוקות ביניהן בקשר לשאלה מהי אמת-המידה שלפיה יש לקבוע אם תוצאה מסוימת היא רצויה. כך, למשל, התועלתן הקלאסי סובר, שהקריטריון להערכת תוצאות הוא מקסום האושר של מקסימום אנשים. קריטריון אחר הוא החירות המובטחת של ציבור אנשים חיים תחת שלטון החוק. *(J. Braithwaite, P. Pettit, Not Just Deserts* (Oxford, 1990) ch. 5), או החירות והרווחה של האזרחים *(N. Lacey, State Punishment* (London, 1988) ch. 5).
- 37 לסקירת ההצדקות הכלכליות ולהערכתן לענישה ראו D.J. Pyle, "The Economic Approach to Crime and Punishment", 6 *J. Interdis. Econ.* (1995) 1; I. Ehrlich, "Crime, Punishment, and the Market for Offenses", 10 *J. Econ. Persp.* (1996) 43. בקך הניח את הבסיס המודרני לגישה הכלכלית לענישה במאמרו – G.S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169. עולה על התועלת הצפויה מפעילות לגיטימית; הוא יירתע מלעבור עבירה ככל שגדלות הסתברות הענישה וחומריתה).
- 38 זו הסיבה לחיבה שרוחשים כלכלנים להטלת קנסות המהווה ענישה זולה יחסית (בהשוואה לכליאה). בקר (לעיל, הערה 37) טען, שאם מבקשים למזער את העלות המשולבת של פשיעה, של איתור העבריינים ושל ענישה, יש להעלות את שיעור הקנס עד לרמת העושר של הפרט תוך הפחתת העלות של חשיפת הפשיעה, כך שהסתברות הענישה יורדת אך תוחלת הענישה נותרת קבועה (תוחלת הענישה היא מכפלה של חומרת העונש בהסתברות הטלתו).
- 39 דף וגרלנד (לעיל, הערה 30), 7.

מטרות הענישה (הכוללת למשל את אמון הציבור בשלטון החוק) נובע – על בסיס התוצאה בלבד – שאין להעניש את החפים מפשע⁴⁰. נוסף על כך, יש הטוענים שהעמדה התועלתנית איננה מכבדת את זכויות הנענשים אלא משתמשת בהם כאמצעי לקידום מטרות אחרות⁴¹, ומטילים ספק בעצם האפקטיביות של ההרתעה⁴². הצירים המרכזיים של מודל הרתעתי הם הוודאות והפרופורציונליות. בהיעדר ודאות הן ביחס לעבירה הן ביחס לענישה, ההרתעה איננה יכולה להיות אפקטיבית. הפרופורציונליות מחויבת המציאות, מפני שבלעדיה מערכת הענישה לא תספק הרתעה המתאימה לחומרת העבירה⁴³.

היסוד המשותף של תורות ענישה רטריבוטיביות הוא, שמטרת הענישה היא להבטיח שהעבריינים יקבלו את "המגיע להם": עליהם לסבול עונשים ההולמים באופן יחסי את חומרת העבירה. אולם, ססמה זו ("על העבריינים לקבל את המגיע להם") איננה מספקת הצדקה לענישה – מדוע מגיע למי שביצע עבירה להיענש? לשאלה זו ניתנו תשובות שונות שחלקן מתיישבות אף עם תאוריות תוצאתיות של ענישה – בעצם ביצוע העבירה העברייני רוכש יתרון על פני מי שבחר לקיים את החוק, והעונש פועל לביטול היתרון⁴⁴;

40 לביסוס תשובה זו ראו: ברייטוויט ופטיט (לעיל, הערה 36), 76-72; רולס (לעיל, הערה 31); R.M. Hare *Moral Thinking: Its Levels, Methods and Point* (Oxford, 1981) ch. 3.

41 J.G. Murphy, "Marxism and Retribution" 2 *Phil. Pub. Aff.* 217 (1973) 222. לביקורת תמציתית של תורת הרתעה המבוססת על עמדה תוצאתית ראו גם R. Nozick *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, Cambridge, Mass, 1974) 59-63 (לפי העמדה התועלתנית יש להגביל את רמת-הענישה כך שלא תפגע יתר על המידה בעברייני אפילו אם ניתן היה להשיג באמצעות החמרת הענישה הרתעה יעילה יותר. הדבר נובע מכך, שלכאורה, אין להעדיף את רווחת הקורבן מרווחת העברייני. אם בכל זאת מבקש התועלתן לבכר את רווחת הקורבן הוא יהיה חייב לעשות זאת באמצעות מושג הגמול שממנו ביקש להימנע).

42 קנאי (לעיל, הערה 31), 71 הערת שוליים 191.

43 להצדקת רעיון זה מנקודת מבט כלכלית השתמש סטיגלר במושג של "הרתעה שולית" ("marginal deterrence"), ראו G. Stigler, "The Optimum Enforcement of Laws", 78 *J. Pol. Econ.* (1970) 526.

44 זהו הנימוק המוקדם של מרפי (לעיל, הערה 41) להצדקת הענישה. אולם מרפי עצמו הסתייג לאחר מכן מנימוק זה – J.G. Murphy, "Retribution, Moral Education and the Liberal State" 4 *Crim. Justice Ethics* (1985) 3. להתקפה חריפה על ההצדקה המוקדמת של מרפי בטענה שהיא מעוותת את אופי הפשע, וכי במקרים רבים אין בביצוע הפשע משום נטילת יתרון כלשהו של העברייני, ראו D. Dolinko, "Some Thoughts about Retributivism", 101 *Ethics* (1991) 537.

הענישה היא הבעת הסלידה החברתית מביצוע המעשה האסור⁴⁵; הענישה מהווה חינוך מוסרי של העבריין⁴⁶; הענישה מוצדקת מטעמים פטרנליסטיים⁴⁷ ועוד. המסקנה לענייננו היא, שנטל ההוכחה מוטל על מי שמבקש לחייב מבוטחים בתשלום פיצויים עונשיים. הטיעונים הרגילים, המצדיקים תשלום פיצויי ציפיה, אינם יכולים להוות תשתית תאורטית לפסיקת פיצויים עונשיים. לקח נוסף הוא, שהבסיס התאורטי לחיוב בפיצויים עונשיים עשוי להשפיע על אופן קביעת הפיצויים. אם ההצדקה לחיוב בפיצויים עונשיים היא הרצון להרתיע מפני ביצוע מרמת ביטוח, אין בהכרח חשיבות ליסוד הנפשי הנלווה לה. לעומת זאת, אם המטרה היא הענשת המבוטח שביצע מרמת ביטוח, יש חשיבות גדולה לסוג המרמה וליסוד הנפשי. אעבור עתה לדון בסוגיה אם ראוי לחייב מבוטח בתשלום פיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח. הדבר מעורר שורה של שאלות. ראשית – מתעוררת שאלה בדבר מהות הפיצויים שבהם מדובר. כאמור, כאשר ההצדקה לתשלום הפיצויים היא הרתעתית אין בהכרח חשיבות ליסוד הנפשי הנלווה להפרה. שנית, ראוי לבחון אם הפרת החוזה כאן, להבדיל מהפרות חוזים אחרות, מצדיקה תשלום פיצויים עונשיים. שלישית, האם ניתן לבסס את פסיקת הפיצויים על שתי תורות הענישה המרכזיות (הרתעה ותגמול), ומה ניתן להסיק מכך לגבי שיעור הפיצויים. רביעית, אם יש יתרון כלשהו לענישה פרטית בין הצדדים לחוזה ביטוח בשים לב לעובדה שמרמת ביטוח מהווה גם עבירה פלילית. כזכור, מרמת ביטוח היא מקרה פרטי של קבלת דבר במרמה. אינני מציע להחליף את הסנקציה הפלילית בחיוב מבוטחים בתשלום פיצויים עונשיים בהליך אזרחי. חמישית, אם יש מקום להבחין בין סוגים שונים של מרמת ביטוח לעניין חיוב בפיצויים עונשיים. שישי, כיצד ניתן ליישב ענישה באמצעות הטלת פיצויים עם העובדה שהדבר נעשה בהליך אזרחי על כל המשתמע מכך. בשלושת הפרקים הבאים אדון בשאלות אלה.

(ג) חיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח

J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment" in Duff & Garland, *supra* note 30, 45
 73. הטיעון שלפיו הענישה היא מוצדקת, מכיוון שהיא מהווה ביטוי לסלידה החברתית מהמעשה האסור, מעורר קשיים. ראשית, אם המטרה היא גינוי והבעת סלידה ניתן לכאורה להסתפק בעונש סמלי. שנית, גם אם ראוי לבטא את הגינוי באמצעות ענישה חמורה, נותרת השאלה מדוע יש לגנות את העבריין בדרך זו ולא בדרך אחרת. התשובה המרכזית להשגות אלה היא, שענישה סמלית איננה אפקטיבית לצורך העברת המסר החברתי. ראו M.M. Falls, "Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons" 6 *L. & Phil.* (1987) 25.

J. Hampton, "The Moral Education Theory of Punishment", 13 *Phil. Pub. Aff.* (1984) 208 46
 47 H. Morris, "A Paternalistic Theory of Punishment", 18 *Am. Phil. Q.* (1981) 263 (אם כי מוריס גורס שלא ניתן למצוא הצדקה מלאה אחת לכל מערכת הענישה).

(1) כללי: פיצויים עונשיים ופיצויים מוגדלים

פיצויים עונשיים הם פיצויים הנפקים לזכות התובע בהליך אזרחי במטרה להעניש את הנתבע. הענישה מתבטאת בהעמדה מכוונת של הנפגע במצב טוב יותר בהשוואה למצבו טרם הפגיעה בתגובה להתנהגותו השלילית במיוחד של הפוגע. ה"מקום הגאומטרי" הטבעי לדיון בנחיצותם של פיצויים עונשיים הוא דיני הנזיקין⁴⁸. חיוב בפיצויים עונשיים מותנה בקיומו של יסוד נפשי המלמד שהמזיק פעל בזדון או שהיה אדיש לחלוטין לאפשרות שפעילותו תגרום נזק⁴⁹. כזכור, בשיטות משפט אנגל-אמריקניות האחריות החוזית היא להלכה מוחלטת⁵⁰. מכיוון שלמרכיב האשם אין לכאורה תפקיד בדיני החוזים, נפקדים מהם גם פיצויים עונשיים. זו הסיבה לכך שבת-משפט בארצות-הברית אשר חייבו צד לחוזה בתשלום פיצויים עונשיים קבעו שתנאי לחיוב בפיצויים אלה הוא שהפרת החוזה הוא עוולה נזיקית בפני עצמה⁵¹. אולם דווקא

48 הספרות על פיצויים עונשיים היא רחבה. ראו, למשל: 56 S. Cal. L. Rev. (1982) 1; Symposium, Punitive Damages, 40 Ala. L. Rev. (1989) 687; Symposium, Punitive Damages, 87 Geo. L. J. (1998) 285; A.M. Polinsky, S. Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", 111 Harv. L. Rev. (1998) 869; C.R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, "Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)", 107 Yale L. J. (1998) 2071; R.D. Cooter, "Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis", 60 L. & Cont. Prob. (1997) 73; T. Eisenberg, "The Predictability of Punitive Damages", 26 J. Legal Stud. (1997) 623; J.S. Johnston, "Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law", 87 Colum. L. Rev. (1987) 1385. ההקשר שבו נדונה הטלת פיצויים עונשיים בספרות זו הוא היקף האחריות הנזיקית. המחלוקת נסבת על עצם הצורך בפיצויים עונשיים, על האפקטיביות שלהם, על הדרך לחשבם, על שיקול-הדעת הניתן למושבעים לפסוק פיצויים עונשיים, על היעדר היכולת לצפות אם יוטל פיצוי עונשי ובאיזה שיעור ועוד. כפי שאראה בהמשך, ניתן להתגבר על מרבית הבעיות הללו באמצעות הגבלה מראש של שיעור הפיצויים העונשיים. גם האקראיות הכרוכה בהטלת פיצויים עונשיים על-ידי מושבעים איננה רלוונטית למצב שבו קיימת הוראת חוק המסמיכה את בית-המשפט לפסוק פיצוי עונשי.

49 לניסוחים שונים בפסיקה ובחקיקה של היסוד הנפשי המחייב הטלת פיצויים עונשיים, ראו קוטר (לעיל, הערה 48), 74.

50 ראו הטקסט הסמוך להערת שוליים 25.

51 דיני הביטוח מספקים דוגמה של פסיקת פיצויים עונשיים במסגרת יחסים חוזיים. בשני מקרים טיפוסיים פסקו בתי-משפט אמריקניים (בעיקר במדינת קליפורניה) פיצויים עונשיים כנגד מבטחות: כאשר המבטחת מיאנה, שלא כדין, לשלם תגמולי ביטוח למבוטח, וכאשר המבטחת סירבה להתפשר עם צד שלישי, אשר הגיש תובענה נגד המבוטח, בניגוד לאינטרס של המבוטח. הבסיס הרעיוני שניתן לפסיקת פיצויים עונשיים נגד המבטחת היה שהפרת החוזה על-ידיה הייתה מעשה עוולה. באופן זה

חיוב בפיצויים עונשיים במסגרת יחסים חוזיים מהווה דוגמה לשחיקה שחלה בתפיסת האחריות המוחלטת בדיני החוזים⁵². אין אפוא הצדקה לשלילה אפרורית של פסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים, אף אם שיקולי המדיניות המנחים הם שונים בהשוואה לפסיקת פיצויים עונשיים כנגד תאגיד שייצר מוצר פגום למשל.

יתרה מזו, יש הסוברים שכאשר המטרה היחידה של פסיקת הפיצויים המוגדלים היא להרתיע מפני הפרה שיש קשיים לגלותה אין לומר שמדובר ב"פיצויים עונשיים"⁵³. ממילא אין מתעורר הקושי של חיוב צד לחוזה בפיצויים מעין אלה. לשאלה זו זיקה הדוקה לתשתית התאורטית המצדיקה פסיקת פיצויים בשיעור העולה על פיצויי הציפיה. בשאלה זו אדון ביתר פירוט בהמשך. עם זאת נראה לי שהבחנה זו היא בעייתית. **התוצאה** של פסיקת פיצויים בעניין הנדון היא, למעשה, הענשת המפר. כפי שראינו, הרתעה היא אחת ההצדקות המרכזיות לענישה. לפיכך גם אם הבסיס התאורטי לפסיקת הפיצויים המוגדלים הינו הרצון להרתיע אין לומר שפיצויים שתוצאתם היא ענישה אינם "עונשיים". מסיבה זו אמשך להשתמש במושג "פיצויים עונשיים" ללא תלות בשאלה אם הבסיס התאורטי לפסיקתם נעוץ בטעמי הרתעה או בטעמי ענישה. אעבור עתה לדון בייחוד של מרמת ביטוח; ייחוד המצדיק את חיובו של המבוטח בתשלום פיצויים עונשיים.

E.M. Holmes, "Is There Life After Gilmore's Death of Contract? – Induction from a Study of Commercial Good Faith in First Party Insurance Contracts" 65 *Cornell L. Rev.* (1979) 330; L. Curtis, "Note: Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis", 39 *Stan. L. Rev.* (1986) 161.

52 M. Pennington, "Punitive Damages for Breach of Contract: A Core Sample from the Decisions of the Last Ten Years", 42 *Ark. L. Rev.* (1989) 31, at pp. 46-60; J.A. Seibert, "Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based Upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation", 33 *UCLA L. Rev.* (1986) 1565, at pp. 1600-47 (שני המאמרים מצביעים על חוסר הרתיעה של בתי-המשפט בארצות-הברית לפסוק פיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה). ראו גם המקורות הנזכרים בהערה 72 להלן.

53 T.C. Galligan, "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages", 51 *La. L. Rev.* (1990) 3, at p. 12: "...the augmented award is related to, but different from, punitive damages as we know them. The sole purpose of the augmented award is deterrence. Augmented awards would not be designed to punish the defendant for otherwise evil behavior; they would be designed to encourage actors to consider the costs of their action, costs for which our current legal rules do not account"

(2) הייחוד של מרמת ביטוח בהשוואה להפרת חוזה "רגילה"

מרמת ביטוח מהווה הפרה של חוזה הביטוח. בין שהדבר נקבע במפורש בחוזה הביטוח ובין שלא, ברור שהמבוטח זכאי לתבוע תגמולי ביטוח רק בגין נזק שאירע ובישעור השווה לשיעור הנזק שנגרם לו. מה מיוחד בהפרה זו של החוזה המצדיק תשלום פיצויים עונשיים?

כפי שראינו, המבטחות סובלות מבעיית מידע בקשר להתרחשות מקרה הביטוח. לעתים הבעיה היא חריפה ולא ניתן כלל לקבל מידע אובייקטיבי בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח; לעתים הבעיה מתבטאת אך בצורך להשקיע משאבים באיסוף מידע בקשר למקרה הביטוח. כך או כך, אפשרות ההונאה מחייבת את המבטחת להשקיע משאבים במניעת מרמה. למעשה, עצם קיומם של מבוטחים אופורטוניסטים, העלולים לנצל את המנגנון הביטוחי לקבלת תגמולי ביטוח שאינם זכאים להם, מהווה השפעה חיצונית שלילית על ציבור המבוטחים ההוגן. הביטוח אפשרי, משום שמרבית המבוטחים אינם עוסקים במרמת ביטוח. אילו חלק ניכר מהמבוטחים היה מגיש תביעות שווא, לא הייתה למבטחת אפשרות לספק ביטוח במחיר סביר. ציבור המבוטחים מעוניין בהשקעת משאבים אופטימלית בהליך בדיקת התביעות לתשלום תגמולי ביטוח המוגשות למבטחת. אם עלות הבדיקות נמוכה מהתועלת המופקת מהן הדבר מאפשר הפחתה במחיר הביטוח. על-כן, בשוק תחרותי, מבטחת שתפעל באופן אופטימלי למזער את התופעה של מרמת ביטוח תוכל להוזיל את מחיר הביטוח. בדיקות יעילות מפחיתות את שיעור תגמולי ביטוח המשולמים בטעות בגין הונאת ביטוח. מרמת ביטוח שונה אפוא מהפרת חוזה "רגילה" בהשפיעה לרעה על צדדים שלישיים (מאגר המבוטחים בכללותו⁵⁴). רמאי הביטוח מנצלים את העובדה, שמרבית המבוטחים אינם מגישים תביעות מרמה למבטחת. במילים אחרות, למרמת ביטוח נודעות השפעות חלוקתיות, שכן היא גורמת להעברת עושר מציבור המבוטחים שלא הגיש תביעות מרמה לרמאי הביטוח. מרמת ביטוח מהווה גם ניצול לרעה של תכונה מיוחדת של חוזה הביטוח – ביצוע החוזה תלוי במאורע (מקרה הביטוח), שביחס אליו שורר אי־שוויון במידע בין הצדדים. במצב של שוויון מידע ביחס לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח וביחס לשיעור הנזק שנגרם לא יכול היה המבוטח להגיש תביעת מרמה למבטחת⁵⁵. משמעות הדבר היא, שניתן להפר את חוזה הביטוח בלי שהמבטחת תדע על כך, וזאת בניגוד למצב

54 מרמת ביטוח איננה הפרת החוזה היחידה העלולה להשפיע לרעה על צדדים שלישיים, אך היא סוג של הפרת חוזה, שתמיד משפיע לרעה על צדדים שלישיים.

55 שמאי ביטוח שהשתתפו במחקר שנערך בקשר לתביעות בגין נזקי גוף בכיטוח רכב הגיעו למסקנה שרק 2.6% מתביעות **חשודות** המוגשות למבטחת מכילות מספיק ראיות למרמה באופן שניתן לדחותן. ראו וויסברג ודריג (לעיל, הערה 7).

הטיפוסי שבו הנפגע מהפרת החוזה מודע לכך שהחוזה הופר. האפשרות שהמבטחת לא תגלה את ההפרה מקטינה את ההסתברות שרמאי הביטוח ייאלץ לשאת בתוצאות ההפרה.

תכונה ייחודית נוספת של מרמת ביטוח היא, שהנורמה החברתית ביחס אליה שונה מהנורמה ביחס למרמה בכלל. אינדיקציה לכך מהווה שיעור התביעות הנגועות במרמה מתוך כלל התביעות המוגשות למבטחת⁵⁶. גם אנשים שלא היו מעלים בדעתם לעסוק בפעילות עבריינית כלשהי אינם עומדים לעתים בפיתוי לנסות להונות את המבטחת⁵⁷. מעבר לקלות היחסית של הונאת המבטחת ייתכן שהסיבה לשיעור הגבוה של תביעות נגועות במרמה נעוצה בכך שרק לעתים נדירות מוגשים כתבי-אישום כנגד עברייני ביטוח, ושהמבטחות משלמות תגמולי ביטוח גם במקרים שבהם התביעה נראית חשודה או מוגזמת⁵⁸. לכאורה, הנכונות של מבטחות לשלם תגמולי ביטוח גם במקרים אלה מעוררת תמיהה. אולם מדיניות התשלום של המבטחת חשופה לאילוצים רבים, שיש בהם כדי להסביר את הטיפול הסלחני, כביכול, בתביעות מבוטחים בעייתיות⁵⁹. ראשית, הוכחת מרמה היא משימה מורכבת. היא מחייבת השקעת משאבים נכבדים בבירור של תביעה אחת, ואפילו אז אין ביטחון שתושגנה ראיות. הדבר נובע הן מבעיית המידע של המבטחת בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח והן מהעובדה שחלק נכבד ממקרי המרמה הם מתונים יחסית ומאופיינים בכך שהמבוטח מפריז (ביודעין) בסכום התביעה המוגש למבטחת. ההפרזה קשה יותר לגילוי ולאבחון. שנית, שיפוי המבוטח בסמוך

56 ראו הנתונים ביחס לשיעורים של מרמת ביטוח במדינות שונות המובאים לעיל, בהערה 7. אמנם נתונים אלה אינם מלמדים שמבוטחים מרמים יותר מצדדים לחוזים בכלל אך חוזה הביטוח מזמן כמעט תמיד אפשרות למבוטח לנסות לרמות את המבטחת.

57 S. Tennyson, "Economic Institutions and Individual Ethics: A Study of Consumer Attitudes Toward Insurance Fraud", 32 *J. Econ. Behv. Org.* (1997) 247, at p. 248: "Consumer surveys reveal a wide acceptance of practices that would normally be termed fraudulent, and a general perception that such practices are commonplace... a recent survey of consumers found that 42 percent of respondents thought that the incidence of false claims is 'very common' in automobile insurance"

58 שם, שם. ככל הנראה המצב בישראל דומה. מחקר שערכתי בקשר לפרקטיקה של המבטחות מלמד, שלא תמיד המבטחות נוהגות לדווח למשטרה על מרמת ביטוח גם כאשר מדובר במרמה בוטה, ושם הן עושות זאת, לא תמיד מוגשים כתבי-אישום. כאשר מדובר בתביעות מופרזות לתשלום תגמולי ביטוח אין המבטחות נוהגות להודיע על כך למשטרה. ראו ש' ולר "חובות גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח" (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, הוגש לסנט האוניברסיטה העברית בתש"ס), נספח, עמ' 12-13.

59 לסקירה כללית ראו 4-7 pp. M. Clarke, "Insurance Fraud", 29 *Brit. J. Crim.* (1989) 1, at pp.

לאחר התרחשות מקרה הביטוח הוא עמוד השדרה של הביטוח. ההכרח להגיב במהירות יחסית לתביעת המבוטח מקשה על ניהול מדיניות שלום קשוחה⁶⁰. מדיניות המבוססת על אמון בהצהרת המבוטח מאפשרת שלום מהיר. מדיניות חשדנית מחייבת בירור שעשוי להימשך זמן רב. שלישית, מדיניות שלום זהירה כרוכה בדרך-כלל בהחשדת המבוטח אף אם מתברר בדיעבד שאין כל פסול בתביעה. רביעית, אין כל ודאות שהתועלת שתצמח ממדיניות שלום זהירה תעלה על עלותה; הזהירות כרוכה בעלות מיידית ודאית למבטחת (ביצוע הבדיקות) לעומת מדיניות מקלה שמאפשרת חיסכון בהוצאות המושקעות בבדיקות. לשון אחר, המבטחת איננה יכולה להיות בטוחה שמדיניות שלום קפדנית תוכתר בהצלחה אף-על-פי שמרמת ביטוח גורמת לה לנזק ממשי. חמישית, מדיניות קפדנית עלולה לפגוע במוניטין של המבטחת. בשוק שהתחרות בו קשה עלול הדבר לגרום לסוכני ביטוח להמליץ למבוטחים לפנות למבטחות אחרות. כל אלה מקשים על ניהול מדיניות שלום זהירה ומקלים על מבוטחים המבקשים לנצל לרעה את המנגנון הביטוחי להשגת רווחים קלים ולא מוצדקים. עם זאת יש סוגי ביטוח, שבהם מבטחות בודקות כל תביעה המוגשת להן באמצעות שמאי מומחה. הדבר אמנם כרוך בהוצאות אך הוא אינו צפוי לעורר קשיים מהסוג האמור. כך, למשל, בשוק הביטוח בישראל נוהגות מבטחות לבדוק כל תביעה בביטוח כלי רכב באמצעות שמאי. אחת הסיבות המרכזיות למדיניות זו היא בעיית המידע של המבוטח עצמו ביחס לעלות התיקון, שכן המוסך המתקן את הרכב עלול לדרוש סכום גבוה מהמבוטח בידעו שהתיקון ממומן על-ידי מבטחת. סיבה נוספת היא שבשל בעיית הסיכון המוסרי אין לצפות מהמבוטח לנהל משא ומתן נוקשה עם המוסך.

לסיכום, בעיית המידע המיוחדת של המבטחת בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח, ההשפעה השלילית של מרמת הביטוח על המבוטחים ההוגנים, הנורמה החברתית הסלחנית יחסית בקשר למרמת ביטוח, הקושי להפעיל מדיניות שלום קפדנית מצד המבטחת – כל אלו מלמדים שמרמת ביטוח היא סוג מיוחד של הפרת חוזה הצופן סכנות מיוחדות ומחייב, אולי, תרופות מיוחדות. בעיקר חשובה לענייננו העובדה, שמרמת ביטוח היא הפרת חוזה שהנפגעת (המבטחת) עלולה שלא להיות מודעת לה. כפי שאראה בפרק הבא, ייחודה של מרמת הביטוח בהשוואה להפרות חוזה לא זדוניות, ואשר ניתן לזהותן בקלות יחסית, מצדיק הטלת פיצויים עונשיים על מבוטחים המנסים לרמות את המבטחת.

(3) חיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים: שיקולי הרתעה ויעילות כלכלית

60 קלרק (לעיל, הערה 59), עמ' 4 מצטט סימט פרסומת של מבטחת בריטית המדגימה עניין זה: "We don't make a drama out of a crisis".

כאמור, חלק לא מבוטל של המבוטחים נכון לבצע מרמת ביטוח, אף שהיא מהווה עבירה פלילית של קבלת דבר במרמה (או ניסיון לקבלת דבר במרמה). עובדה זו מצביעה על כך, שהסנקציות המוטלות על מבוטחים בגין מרמת ביטוח אינן מספקות הרתעה הולמת. אפשר שמדובר בבעיית אכיפה – רשויות האכיפה השונות אינן פועלות למיצוי הדין עם עברייני הביטוח⁶¹. כך או אחרת, השאלה המתעוררת היא, האם ניתן למתן את היקף הבעיה של מרמת ביטוח באמצעות ענישה אזרחית **בנוסף לענישה פלילית**. הגשת תביעה כוזבת למבטחת היא ניסיון לקבלת דבר במרמה, וככזו היא מהווה עבירה פלילית. כזכור, אינני מציע לבטל את הענישה הפלילית של עברייני ביטוח. השאלה הנדונה כאן היא, אם ניתן לצמצם את מרמת הביטוח באמצעות סנקציה אזרחית לצדה של הסנקציה הפלילית. ייתכן שענישה מעין זו תגרור הרתעה יעילה יותר, מפני שהגורם היוזם יהיה המבטחת, ולא רשויות האכיפה הציבוריות⁶².

על-פי רוב, הטענה בדבר מרמת ביטוח עולה בעניין של ניסיון לרמות את המבטחת. השתלשלות העניינים הטיפוסית היא, שהמבוטח מגיש למבטחת את התביעה, המבטחת עורכת בדיקה, מגלה שהתביעה נגועה במרמה, ומסרבת לשלם את תגמולי הביטוח. האם יש משמעות, מנקודת מבטה של תורת ההרתעה היעילה, לעובדה שמדובר בניסיון לביצוע מרמת ביטוח? התשובה לשאלה זו היא שלילית. יש להבחין בין סוגים שונים של ניסיונות לבצע עבירה. בעניין הנדון מדובר בניסיון מושלם שלא צלח. המבוטח

61 בעיית האכיפה בקשר למרמת ביטוח היא מקרה פרטי של בעיית האכיפה של עבירות "צווארון לבן". אפילו כאשר עברייני צווארון לבן מובאים לדין, קשה יותר להרשיעם בהשוואה לעבריינים אחרים. ראו 3-18, 231-40 (New Haven, 1985) K. Mann, *Defending White-Collar Crime*.

62 אין לבלבל בין טיעון זה לבין הוויכוח בקשר ליעילותה של אכיפה פרטית בהשוואה לאכיפה ציבורית. הבעיה שעומדת במרכז ויכוח זה היא אם רצוי להעביר את אכיפת החוק **בכללותה** לידיים פרטיות. בעניין הנדון כאן השאלה היא אם אכיפה פרטית **לצדה** של אכיפה ציבורית-פלילית תוליד תוצאה יעילה יותר מאכיפה ציבורית לבדה. על המחלוקת, ראו – G.S. Becker, G.J. Stigler, "Law Enforcement, Malfeasance, and the Compensation of Enforcers", 3 *J. Legal Stud.* (1974) 1 (אכיפה פרטית של תשלום קנסות שבמסגרתה זוכה האוכף בקבלת הקנס יכולה להכפיל את שיעור הקנסות הנגבים); W.M. Landes, R.A. Posner, "The private Enforcement of Law", 4 *J. Legal Stud.* (1975) 1 (אכיפה פרטית בתנאי תחרות תגרום לאכיפת-יתר, מפני שכל שיועלה שיעור הקנס תגדל רמת האכיפה במקום לקטון, שכן עם העלאת שיעור הקנס ניתן לחסוך בהוצאות האכיפה). בשני המאמרים הללו ההנחה היא, שהוצאות האכיפה הפרטית שוות להוצאות האכיפה הציבורית. כאשר מביאים בחשבון את עלות האכיפה מוליכה מערכת אכיפה פרטית במרבית המקרים לרמה נמוכה יותר של אכיפה. ראו A.M. Polinsky, "Private Versus Public Enforcement of Fines", 10 *J. Legal Stud.* (1980) 105 D. Friedman, "Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law", 13 *J. Legal Stud.* (1984) 379.

ביצע את הפעולה הלא לגיטימית אך נתפס לפני שהצליח להשלים את הפעולה (קבלת תגמולי הביטוח). אין אפוא הצדקה להבחין בין מקרה זה לבין מקרה שבו המבוטח נתפס במרמת ביטוח רק לאחר ששולמו לו תגמולי ביטוח⁶³.

התמריץ של המבטחת לתבוע מבוטח לשלם לה פיצוי עונשי איננו טמון רק באפשרות לזכות בפיצוי העונשי מהמבוטח הספציפי אלא גם, ואולי בעיקר, בהשגת הרתעה כללית. ההרתעה אפשרית אף אם מספר התביעות שיוגשו כנגד מבוטחים יהיה קטן. אפילו אם מבוטח המגיש תביעה כוזבת לא יהיה מודע לאפשרות חיובו בפיצויים עונשיים, המבטחת תודיע לו על כך אם תחשוד שהתביעה נגועה במרמה. במקרה כזה אמנם לא תושג הרתעה מלכתחילה אך תיחסך העלות הכרוכה בניהול הליך מיותר. אם הענישה האזרחית אכן תרתיע באופן יעיל מפני מרמת ביטוח, היא תאפשר חיסכון בהוצאות המבטחת ובעקיפין בהוצאות המבוטחים.

תכלית ההרתעה היא לקדם את היעד של הפחתת מרמת הביטוח, ולפיכך היא אינסטרומנטלית. על-כן מבחנה הוא אמפירי. דרושה ראיה לכך שלענישה בכלל יש אפקט מרתיע, ושפיצויים עונשיים בפרט יקטינו את היקף מרמת הביטוח. שתי השאלות הללו שנויות במחלוקת. יש הסבורים שהאפקט המרתיע של הענישה הוא זעום, וכי העברייני הטיפוסי מגיב לתמריצים תגובה שונה ממי שאינו עברייני⁶⁴. אולם אפילו אם יש ממש בטענה זו, דומה שעל-פי רוב היא חלשה בעניין של מרמת ביטוח, שאינה מבוצעת בידי העברייני הטיפוסי⁶⁵. לעתים, האפשרות לרמות את המבטחת היא פרצה הקוראת לגנב. כך, למשל, כאשר סכום הביטוח עולה על שווי של רכב מבוטח שיש קושי למוכרו בשוק החופשי, צפויה תדירות המרמה לעלות. בנסיבות אלה עלול מבוטח

63 להבחנה בין סוגים שונים של ניסיונות לעבור עבירות על בסיס תאוריה של הרתעה, ראו S. Shavell, "Deterrence and the Punishment of Attempts", 21 *J. Legal Stud.* (1992) 435.

64 לסקירה של מחקרים פסיכולוגיים על ענישה, ראו B.J. Singer, "Psychological Studies Of Punishment", 58 *Cal. L. Rev.* (1970) 405. לממצאים אמפיריים המלמדים על כך שלענישה יש

אפקט הרתעתי, ראו I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", 9 *J. Legal Stud.* (1980) 259. J.Q. Wilson, "Thinking about Crime", in Duff & Garland, *supra* note 30, 174, 181: "To Assert that 'deterrence doesn't work' is tantamount to either denying the plainest facts of everyday life .or claiming that would-be criminals are utterly different from the rest of us"

65 מהגישה הסלחנית למרמת ביטוח בהשוואה לעבירות פליליות אחרות (טניסון, לעיל, הערה 57) עולה, שגם מי שאינו נכון לעבור עבירות בדרך-כלל עלול להתפתות לבצע מרמת ביטוח. ייתכן גם שדווקא ההתפתות למרמת ביטוח גורמת למבוטח הרמאי להצדיק את מעשהו באמצעות עמדה סלחנית כלפי מרמת ביטוח.

להתפתות למרמת ביטוח אף שכלל לא עלה בדעתו לעשות כן במועד שבו רכש את הביטוח. סביר אפוא להניח, שלענישה מוגברת של עברייני ביטוח יהיה אפקט מרתיע. השאלה השנייה הנתונה במחלוקת היא, אם ענישה באמצעות פיצויים עונשיים אכן מרתיעה באופן הולם⁶⁶. באופן טיפוסי, פיצויים עונשיים מוטלים על מי שביצע עוולה, להבדיל ממי שהפר חוזה. המזיק בכוח יכול לנקוט אמצעי זהירות על-מנת להפחית את סכנת הנזק. השקעה באמצעי זהירות כרוכה בעלות. אם הסיכון של תשלום פיצויים רגילים אינו גדול בשל בעיות אכיפה או הוכחה, התמריץ של המזיק בכוח לנקיטת אמצעי זהירות הוא ת-אופטימלי. הפיצוי העונשי נועד לפצות על ההסתברות הנמוכה מאחד של תשלום פיצויים רגילים⁶⁷. זהו הבסיס לתורת ההרתעה היעילה⁶⁸. בעניין החוזי הנדון כאן, השאלה היא אם ראוי לחייב את המפר בפיצויים בשיעור גבוה מפיצויי הציפייה. בדרך-כלל אין לכך הצדקה. הנפגע בכוח לא יהיה מעוניין באפשרות לזכות בפיצויים מוגדלים, מאחר שהדבר יגרום להעלאת המחיר החוזי⁶⁹. הפיצויים הרגילים בגין הפרת חוזה מספקים "ביטוח" מלא מפני הפרה, מאחר שהם אמורים להעמיד את הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא ההפרה. פיצויים עונשיים מהווים אפוא "ביטוח-יתר". מתקשר טיפוסי שונא-סיכון לא יהיה מעוניין לרכוש

- 66 ראו, למשל: W.K. Viscusi, "The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts", 87 *Geo. L. J.* (1998) 285. לטענתו – המבוססת על מחקר השוואתי בקשר לשיעורי התמותה בתאונות בין מדינות שבהן נפסקים פיצויים עונשיים לבין מדינות אחרות – אין הצדקה להטלת פיצויים עונשיים על תאגידים גדולים. העלות הכרוכה בפיצויים עונשיים נמוכה מהתועלת המופקת מהם; T. Eisenberg, "Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages", 87 *Geo. L. J.* (1998) 347. אמפירי הולם לשלילת האפקט ההרתעתי של פיצויים עונשיים. על האפשרות שפיצויים עונשיים יגרמו להפחתת ההרתעה, ראו J. Boyd, D.E. Ingberman, "Do Punitive Damages Promote Deterrence?", 19 *Int. Rev. L. & Econ.* (1999) 47. הבסיס המתאים לחיוב בפיצויים עונשיים. ראו M. Galanter, D. Luban, "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism", 42 *Am. U. L. Rev.* (1993) 1393.
- 67 טיעון זה מעורר לכאורה קושי, מפני שהוא מצדיק הטלת פיצוי עונשי כמעט בכל מקרה. להסבר עניין זה בנימוק שיש "קפיצה" בהוצאות המזיק בכוח בתחום הגבול שבין מעשים מותרים לאסורים, ראו R.D. Cooter, "Punitive Damages for Deterrence: When and How Much", 40 *Ala. L. Rev.* (1989) 1143.
- 68 ראו, להלן הערה 75, וכן J.H. Arlen, "Compensation Systems and Efficient Deterrence" 52 *Md. L. Rev.* (1993) 1093.
- 69 A. Schwartz, "The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures", 100 *Yale L.J.* (1990) 369, at p. 390.

ביטוח-יתר מעין זה⁷⁰. חיוב בפיצויים עונשיים אף סותר את "תורת ההפרה היעילה", מפני שגם חוזים לא יעילים יבוצעו בשל החשש מתשלום פיצויים עונשיים. למעשה, זהו הטיעון הרווח ביותר כנגד הטלת פיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה⁷¹. הטיעון מבוסס על הנחות אחדות – שהנפגע יזהה את ההפרה, שקל להוכיח את ההפרה בבית-המשפט, ושסכום התביעה עולה על ההוצאות הכרוכות בניהול תביעה. כאשר הנפגע בכוח חשוף לסיכון של אי-זיהוי ההפרה או שסיכויי להוכיח את ההפרה אינם גבוהים, ההסתברות לזכות בפיצויים קטנה מאוד, והפיצויים הרגילים אינם מספקים "ביטוח" מלא מפני הפרה. במקרה כזה יש הצדקה לחייב את המפר בפיצויים גבוהים מפיצויי הציפייה⁷².

70 שוורץ (לעיל, הערה 69), 390 מציין, כי "Promisors charge extra if they have to perform in loss states. These higher prices reduce the promisees' expected gains from trade below the gains they would make under the expectation measure"

71 ראו, למשל, קרטיס (לעיל, הערה 51), 165; E.A. Farnsworth, *Contracts* (2nd ed., Aspen, 1998), 157: "Punitive damages should not be awarded for breach of contract because they will encourage performance when breach would be socially more desirable". זהו טיעון בעיית, משום שתאוריית ההפרה היעילה מתעלמת מההוצאות הכרוכות בניהול הליך משפטי בעקבות ההפרה. חיוב בפיצויים עונשיים לא יגרום לכך שחוזים לא יעילים יבוצעו, אלא לניהול משא-ומתן בין מי שמבקש להשתחרר מהחוזה לצד האחר. על-פי רוב משא ומתן כרוך בעלות נמוכה מניהול הליך משפטי ולכן חיוב בפיצויים עונשיים כל אימת שמדובר בהפרה מכוונת של החוזה הוא יעיל, קל וחומר במקרים שבהם ההפרה היא אופורטוניסטית ראו W.S. Dodge, "The Case for Punitive Damages in Contracts", 48 *Duke L. J.* (1999) 629.

72 לנסיבות שבהן חיוב המפר בתשלום פיצויים עונשיים הוא מוצדק, ראו: פולינסקי ושוול (לעיל, הערה 48), 938: "...the role of the penalty for breach...resembles the role of punitive damages in tort situations – to make up for the chance of escaping liability... Parties may want punitive damages to be paid for breach...when the breached-against party does not automatically observe whether performance has occurred..." (המחברת עומדת על כך, שההצדקה הכלכלית לחיוב מבטחות בתשלום פיצויים עונשיים בשל אי-תשלום תגמולי ביטוח נובעת, בין היתר, מהעובדה שהמבוטחים אינם מודעים תמיד לזכויותיהם); דודג' (לעיל, הערה 71) (פיצויים עונשיים רצויים בכל מקרה של הפרה מכוונת של החוזה אפילו איננה הפרה אופורטוניסטית); D.A. Farber, "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract," 66 *Va. L. Rev.* (1980) 1443 עונשיים כאשר אין ודאות שהנפגע יזהה את ההפרה, כאשר עלות התביעה גבוהה, כאשר יש קושי לקבוע את סכום פיצויי הקיום או כאשר המפר התנהג התנהגות לא סבירה); B. Perlstein, "Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract", 58 *Brook. L. Rev.* (1992) 877 (החיוב בפיצויים עונשיים מוצדק כאשר ההפרה היא אופורטוניסטית); סיברט (לעיל,

מרמת ביטוח היא דוגמה להפרת חוזה שקשה להוכיחה ושקיימת אפשרות כי הנפגעת-המבטחת לא תהיה מודעת לה. כתוצאה מכך, אי-תשלום תגמולי ביטוח במקרה שדבר המרמה יתגלה, אינו מספק הרתעה יעילה מפני מרמת ביטוח. בהינתן בעיית המידע של המבטחת יש הצדקה להרתיע מבוטחים מפני מרמת ביטוח באמצעות פיצויים עונשיים. יתרה מזו, מדובר בהפרת חוזה אופורטוניסטי⁷³ שנועדה להעשיר את המבוטח על חשבון המבטחת ללא הצדקה.

זאת ועוד אחרת, קיימת הצדקה נוספת לכלל משפטי המחייב מבוטחים שמבצעים מרמת ביטוח בפיצויים עונשיים. עמדנו על כך שעצם קיומם של המבוטחים האופורטוניסטים (הנכונים לבצע מרמת ביטוח כאשר נקרית להם ההזדמנות המתאימה) יוצר השפעה חיזונית שלילית המשפיעה לרעה על המבוטחים ההוגנים, מפני שהוא גורר העלאה במחיר הביטוח בהשוואה לעולם שבו כל המבוטחים הגונים. על-כן הרתעה יעילה מפני מרמת ביטוח משפרת את מצבם של המבוטחים ההוגנים. נוסף על כך, עלות המרמה למבטחת גבוהה מהרווח הצפוי למבוטח מהמרמה. הנזק שנגרם למבטחת עקב מרמת הביטוח שווה לרווח שהמבוטח צפוי להפיק ממנה בתוספת העלויות הקבועות שהמבטחת משקיעה באיתור מרמת ביטוח, והעלות המשתנה הכרוכה בתפיסת המבוטח הספציפי (למשל – שימוש במומחים או חוקרים).

מרמת ביטוח אינה יעילה. אין להביא בחשבון את הרווחה שצומחת למבוטח עקב מרמת הביטוח בפונקציית הרווחה החברתית⁷⁴. בכך שונה מרמת הביטוח מפעולות

הערה 52) (יש הצדקה לחיוב בפיצויים עונשיים כאשר ההפרה מכוונת והמפר ידע שאין הצדקה חוקית להפרה); P.H. Marshall, "A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract", 24 *Ariz. L. Rev.* (1982) 733 (לטענתה, יש לחייב מפר בפיצויים עונשיים אם הוא מודע לנזק הצפוי לנפגע ולמרות זאת בוחר להפר את החוזה).

73 הפרת חוזה היא אופורטוניסטית כאשר המפר מנסה לקבל יותר ממה שהחוזה מעניק לו על חשבון הצד האחר – "The opportunistic actor creates more value for himself, but only by taking an equivalent amount or more from others", פרלסטין (לעיל, הערה 72), 880.

74 התועלת הצומחת למבוטח ממרמת הביטוח היא לא חוקית מנקודת מבט חברתית, ולכן אין להביאה בחשבון בעת עיצוב הכלל המשפטי הרלוונטי. אחד ההסברים שניתנו על-ידי בקר להגבלת חומרת ענישה שאיננה כרוכה בעלות גבוהה נעוץ בערך החברתי המופק מהרווח של העבריינים מביצוע העבירות. בקר (לעיל, הערה 37). אולם, כפי שמציין סטיגלר (לעיל, הערה 43), 527, זהו נימוק בעייתי, שכן אין בסיס לטענה שהחברה מייחסת ערך חיובי כלשהו לתועלת שרוצח או אנס מפיקים מפעילותם "...what evidence is there that society sets a positive value upon the utility derived from a murder, rape, or arson? In fact the society has branded the utility derived from such activities as illicit. It may be that in a few offenses some gain to the offender is viewed as a gain to society, but such social gains seem too infrequent, small, and

מסוכנות אחרות שעלולות לגרום לנזק. כך, למשל, כאשר מפעל מזהם את הסביבה במהלך פעילות הייצור יש להתחשב בתועלת שצומחת למפעל מהליך הייצור. כאשר נהג אמבולנס נוהג במהירות גבוהה בשטח בנוי יש להתחשב בתועלת הצומחת מהגעה מהירה לבית החולים. לעומת זאת אין מקום להביא בחשבון את התועלת שצומחת למבוטח ממרמת הביטוח בפונקציית הרווחה החברתית. על-כן ההרתעה כנגד מרמת ביטוח צריכה להיות מלאה⁷⁵ ולהתבטא במזעור התועלת הצפויה למבוטח מביצוע מרמת ביטוח. התועלת הצפויה של המבוטח מביצוע מרמת הביטוח היא שיעור תגמולי הביטוח המושגים במרמה כפול ההסתברות לקבלת תגמולים אלה. הרתעה מלאה תושג אפוא אם שיעור הפיצוי העונשי ייקבע לפי הרווח שהמבוטח האפורטוניסט היה צפוי להפיק מהמרמה.

מכאן עולה, שלמידת האשם של המבוטח אין חשיבות בכל הקשור לקביעת שיעור הפיצויים העונשיים. הסיבה לחיוב המבוטח בתשלום פיצויים עונשיים, לפי עמדה זו, איננה להעניש את המבוטח אלא למזער את התופעה של מרמת ביטוח. חיוב המפר בתשלום פיצויים עונשיים מוצדק כל אימת שהסיכויים לזכות בפיצויי ציפיה קטנים מאחד, וזאת ללא תלות במידת האשם של המפר. כפי שצינו קודם לכן, אנו רואים גם בפיצויים אלה פיצויים עונשיים, מכיוון שתוצאתם היא הענשת המפר, ומפני שאין סתירה בין העובדה שמטרת הפיצויים להרתיע לבין כינויים כ"פיצויים עונשיים"⁷⁶. אולם כעת מתעוררת שאלה אחרת – לכאורה, על-מנת להגשים את המטרה ההרתעתית, ראוי להעמיד את שיעור הפיצוי העונשי על הסכום המקסימלי האפשרי

"capricious to put an effective limitation upon the size of punishments" אין להשוות אומנם בין מרמת ביטוח לעבירת הרצח אולם גם כאן אין הצדקה לייחס ערך חיובי כלשהו לתועלת המופקת על-ידי הרמאי.

75 הרתעה מלאה נועדה למגר לחלוטין את הפעילות הלא רצויה. זוהי ה"הרתעה הקלאסית" שעליה דיבר בנת'הם, ואשר תכליתה לשלול מהעברייני את התועלת הצפויה לו מהפעילות העבריינית. לעומת זאת הרתעה אופטימלית משמעה הרתעה מביצוע הפעולה המסוכנת עד לנקודה שבה מתחילה החברה בכללותה להפסיד מההרתעה יותר מאשר ההפסד שגורמת ההתנהגות המסוכנת. הרתעה אופטימלית היא בת-השגה באמצעות חיוב הפועל לשאת בנזק שנגרם מהתנהגותו (הפנמת הנזק), ראו K. Hylton, "Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties", 87 *Ga. L. J.* 421 (1998). הדוגמה של מפעל שמוזהם אוויר תוך כדי תהליך הייצור ממחישה זאת – על-מנת לגרום למפעל שלא לזהם את האוויר יש לחייבו לשאת בעלות הזיהום. המושג של הרתעה אופטימלית מובלע למעשה בתאוריה של השפעות חיצוניות שליליות, אך מי שהשתמש בו לראשונה בצורה ברורה היה בקר (לעיל, הערה 43). ראו גם G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven, 1970) 26-31.

76 ראו עמ' 299 לעיל.

(למשל – כל הונו של המבוטח) תוך הפחתה בהוצאות האכיפה. העלות של הטלת קנסות או תשלומים עונשיים היא זניחה בהשוואה לכליאה, למשל, ולפיכך העלאת רמת הענישה מובילה להפחתת הפעילות המזיקה ללא השקעת עלות⁷⁷. בהקשר הנזיקי הרגיל קביעת שיעור פיצויים גבוה מדי יוצרת הרתעת-יתר המובילה להשקעה מוגזמת באמצעי זהירות. בעיה זו איננה מתעוררת במקרה של מרמת ביטוח, מפני שתשלום עונשי גבוה אינו גורר השקעה מיותרת מצד המבוטחים ב"הימנעות" ממרמת ביטוח. מדוע בכל זאת ראוי להגביל את שיעור התשלום העונשי? אחד התנאים להרתעה יעילה הוא מיתאם בין העבירה לבין העונש⁷⁸. מטרת ההרתעה לא תושג אם יוטלו עונשים זהים בגין עבירות שונות בחומרתן. כך, למשל, אם העונש בגין חטיפה והעונש בגין רצח יהיו זהים לא יהסס החוטף לרצוח את הנחטף. אשר למרמת ביטוח, אם הרמאי ידע שהוא צפוי לעונש זהה בגין כל סוג של מרמת ביטוח, לא יהיה הבדל מבחינתו בין עשיית מצג שווא בקשר לשיעור הנזק שנגרם ממקרה ביטוח שאכן אירע, לבין גרימה מכוונת של מקרה הביטוח. נוסף על כך, הטיעון של בקר⁷⁹ בדבר קביעת קנסות מקסימום והפחתת הוצאות האכיפה מבוסס על ההנחה הלא ריאלית, שלפיה אין הבדל במידת העושר בין אנשים שונים. בהיעדר הנחה זו ניתן להראות ששיעור הקנס האופטימלי נמוך משיעור העושר של האדם העשיר ביותר, ואף עשוי להיות נמוך מרמת העושר של מרבית האנשים. הסיבה לכך היא שככל שמתקרב שיעור הקנס לרמת עושרו של האדם העשיר ביותר ומפחיתים את רמת האכיפה, אמנם אין שינוי בהרתעה ביחס לאדם העשיר ביותר, אך ההרתעה מופחתת ביחס לעניים יותר, שכן העלאת רמת הקנס אינה מרתיעה אותם (הם ממילא לא יוכלו לשאת בתשלום הקנס) בעוד שרמת האכיפה יורדת⁸⁰.

כאמור, הפיצויים העונשיים נועדו לשלול את היתרון שציפה המבוטח להפיק ממרמת הביטוח. על-מנת להשיג מטרה זו סכום הפיצויים צריך להיות שווה לסכום

77 זהו הטיעון של בקר (לעיל, הערה 37) העלאת הקנס עד לשיעור עושרו של הפרט מאפשרת הפחתה של הוצאות אכיפה – ראו לעיל, הערה 38.

78 סטיגלר (לעיל, הערה 43). הצורך בקיום מיתאם בין חומרת העבירה לבין העונש מסיבה זו כבר הודגש על-ידי בנת'הם ובקריה (לעיל, הערה 35). ראו S. Shavell, "A Note on Marginal Deterrence", 12 *Inter. Rev. L. & Econ.* (1992) 345.

79 לעיל, הערה 38.

80 A.M. Polinsky, S. Shavell, "A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals", 81 *Am. Econ. Rev.* (1991) 618. ההנחה שלהם היא, שלציבור יש מידע מושלם על ההסתברות ועל החומרה של הענישה. על אכיפה אופטימלית, כאשר יש הבדלים ברמות העושר בין אנשים ואין מידע מושלם בקשר לאפשרות האכיפה, ראו N. Garoupa, "Optimal Law Enforcement and Imperfect Information When Wealth Varies among Individuals", 65 *Econ.* (1998) 479.

תגמולי הביטוח שנתבע שלא כדין כפול ההפכי של ההסתברות שהמרמה תתגלה⁸¹. בעניין זה יש לציין, שפסיקת פיצויים עונשיים חייבת להביא בחשבון את האפשרות שהמבוטח הרמאי יענש מכוח הוראות החוק הפלילי. אם הניסיון לזכות בתגמולי ביטוח בתואנות שווא מצליח, המבוטח אשם בעבירה של קבלת דבר במרמה. הטלת קנס על המבוטח בגין מרמת הביטוח מחייבת לקבוע את שיעור הפיצויים העונשיים תוך התחשבות בקנס זה. במקרה כזה השיעור הכולל של פיצויים וקנס שישלם המבוטח צריך להיות שווה לסכום תגמולי הביטוח שנתבע במרמה כפול ההפכי של ההסתברות להיתפס.

אולם קביעת הסתברות זו עלולה לעורר קשיים מעשיים. לעניין זה ייתכנו הבדלים בין סוגים שונים של מרמת ביטוח. כך, למשל, נראה שקל לחשוף מרמת ביטוח שבה בודה המבוטח את התרחשות מקרה ביטוח או שהוא גורם להתרחשותו במכוון, יותר מאשר לחשוף הפרזה בשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים מהמבטחת. אפשרות אחת היא שביטח המשפט יקבע את ההסתברות תוך התבססות על עדויות מומחים. אף אם בית המשפט יטעה בקביעת ההסתברות, כל עוד הטעויות תהיינה אקראיות, ידע המבוטח, שבממוצע, קביעת בית המשפט תהיה נכונה. אפשרות אחרת היא לערוך מחקר אמפירי לצורך קביעת ההסתברות לגילוי המרמה⁸². לפי ממצאי המחקר ייקבע סכום הפיצויים המרבי כמכפלה של סכום תביעת המרמה.

טיעון ההרתעה היעילה מניח, שהמבוטח מסוגל לבצע הערכה הסתברותית מדויקת של הסיכויים שייתפס וישלם פיצויים עונשיים. זוהי הנחה בעייתית. ראשית, סביר להניח, שמבוטחים השוקלים לבצע מרמת ביטוח אינם יודעים ואולי אף אינם שוקלים, מהי ההסתברות שייתפסו ויענשו. גם אם הטעויות אינן שיטתיות עלול הדבר לעורר

81 קוטר מכנה עיקרון זה "the rule of the reciprocal", קוטר (לעיל, הערה 48), 1148; פולינסקי ושוול (לעיל, הערה 48), 874: "When an injurer has a chance of escaping liability, the proper level of total damages to impose on him, if he is found liable, is the harm cause multiplied by the reciprocal of the probability of being found liable". להמחשת כלל זה התבוננו בדוגמה המספרית הזו: אם שיעור תגמולי הביטוח שנתבע במרמה הוא 100,000 ש"ח, וההסתברות לגילוי המרמה היא $\frac{1}{2}$, יש להעמיד את השיעור הכולל של הפיצויים על 200,000 ש"ח (100,000 כפול 2 – ההפכי של $\frac{1}{2}$).

82 אשר למרמת ביטוח עלולים להתעורר קשיים לא מבוטלים לקבוע מהי ההסתברות שהמרמה תצליח. הדבר תלוי בסוג המרמה, בזהות המבטחת, בזהות המבוטח ובמשתנים נוספים. מחקרים אמפיריים בקשר למרמת ביטוח הצביעו על הקושי לגלות מהו שיעור התביעות הנגועות במרמה. ראו וויסברג ודריג (לעיל, הערה 7).

קושי מנקודת מבטה של תורת ההרתעה היעילה⁸³. שנית, יש ראיות אמפיריות לכך שאנשים טועים באופן שיטתי בהערכות הסתברותיות. אפשר שהמבוטחים האופורטוניסטים חשים אופטימיות יתר ("לי זה לא יקרה"⁸⁴), ואינם מעריכים כיאות את הסכנה להיתפס. טעויות מסוג זה פוגעות ביעילות ההרתעה; הן מלמדות שתורת ההרתעה היעילה אינה מתאימה לאופן שבו אנשים חושבים ומתנהגים בפועל וכי קשה לדבר על סנקציה המספקת הרתעה אופטימלית במונחים אריתמטיים.

אולם אף אם טעויות הסתברותיות הן בלתי נמנעות, אין בהן כדי לשלול את יעילותם של פיצויים עונשיים כמכשיר הרתעה. מרמת ביטוח היא פעולה הנעשית ביוזמת המבוטח. אף אם הוא לא יהיה מודע לסנקציית הפיצויים העונשיים, כאשר יגיש את התביעה למבטחת, הוא צפוי לדעת עליה בשלב כלשהו אם תביעתו תעורר את חשדה של המבטחת. הדבר עשוי לחסוך את העלות הכרוכה בהליך משפטי. לפיכך גם אם קשה לדבר על הרתעה יעילה במונחים אריתמטיים, אין הדבר שולל לחלוטין את עצם ההצדקה להטלת פיצויים עונשיים.

טענה נוספת כנגד חיוב מבוטחים בתשלום פיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח היא הסכנה שעידוד למבטחות להגיש תביעות לקבלת פיצויים עונשיים עלול לגרום להוצאת הוצאות מיותרות לניהול ההליך המשפטי⁸⁵. אפשר שעלויות אלה גבוהות מהתועלת

83 למעשה, ניתן להראות, שבהינתן טעויות בהערכת ההסתברות להיתפס יעילה חייבת להיות מתכונתית לעבירה. ראו L.A. Bechuk, L. Kaplow, "Optimal Sanctions When Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension", 21 *J. Legal Stud.* (1992) 365.

84 למחקרים המצביעים על אופטימיות יתר בקשר להערכת סיכונים, ראו: P. Slovic, B. Fischhoff, S. Lichtenstein, "Regulation of Risk: A Psychological Perspective" in R.G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the social Sciences*, (1985) 241, at pp. 247-248; C.F. Camerer, H. Kunreuther, "Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications", 8 *J. Policy Anal. & Management* (1989) 565; H. Kunreuther, "Limited Knowledge and Insurance Protection", 24 *Public Policy* (1976) 227; N.D. Weinstein, "Unrealistic Optimism about future Life Events", 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* (1980) 806.

85 השאלה כיצד משפיעה העובדה שניהול ההליך המשפטי כרוך בהוצאות על התמריץ של צדדים פרטיים לזוים הליכים משפטיים היא מורכבת ושנויה במחלוקת. ראו למשל: S. Shavell, "The Social Versus the Private Incentive To Bring Suit in a Costly Legal System", 11 *J. Leg. Stud.* (1982) 333, at p. 334; P.S. Menell, "A Note on Private Versus Social Incentives To Sue in a Costly Legal System", 12 *J. Legal Stud.* (1983) 41, at pp. 41-42 (יש קשר בין תמריצים פרטיים לזוים הליך משפטי לבין האינטרס הציבורי שתוגש תביעה).

המופקת מצמצום היקף מרמת הביטוח באמצעות הפיצויים העונשיים. אולם דומה שאין לחשוש מניהול תביעות מיותרות מצד מבטחות. הסיכויים של המבטחת לזכות בפיצויים עונשיים מותנים בחומרת המרמה, בראיות העומדות לרשותה ובעושרו של המבוטח הקונקרטי. כאשר מדובר במקרה גבולי (בין מבחינת מהות המעשה של המבוטח בין מבחינת יכולת ההוכחה של המבטחת) סביר להניח שהמבטחת לא תיזום הליך משפטי. יש לשער שבית-המשפט לא יפסוק פיצוי עונשי לטובת המבטחת אלא אם כן תובאנה ראיות ברורות ומשכנעות, שהמבוטח אכן אשם במרמת ביטוח⁸⁶. מגבלות נוספות על יכולתה של המבטחת הן קשיי אכיפה העשויים לנבוע הן מרמת העושר של הנתבע והן מפרק הזמן הארוך של מיצוי ההליך המשפטי. נוסף על כך, עיקר עיסוקה של המבטחת הוא מכירת ביטוח. סביר להניח, שהמבטחת לא תראה באפשרות לגבות פיצויים עונשיים משום אפיק הכנסה נוסף. אחרי ככלות הכול, ניהול ההליך המשפטי כרוך בעלויות לא מבוטלות, והמבטחת לא תיזום הליכים משפטיים כאשר אין לדבר הצדקה כלכלית.

לסיכום, חיוב מבוטחים בתשלום פיצויים עונשיים במקרה של מרמת ביטוח הוא מוצדק משיקולים הרתעתיים, מכיוון שמרמת ביטוח היא הפרת חוזה שקשה לחשוף אותה, ועל-פי רוב אף קשה להוכיחה בבית-המשפט. הפיצוי העונשי צריך להיות שווה לרווח שהיה המבוטח צפוי להפיק מהמרמה כפול ההפכי של ההסתברות שמרמת הביטוח תתגלה. הפיצויים העונשיים מוטלים על המבוטח בשל הקושי לחשוף את מרמת הביטוח, ולא כדרך להענישו על כך שביצע עוולה. בחלק הבא אדון בשאלה אם ניתן להצדיק ענישת מבוטחים שחטאו במרמת ביטוח על בסיס תורת ענישה דאונטולוגית.

(4) חיוב מבוטחים בתשלום פיצויים עונשיים מטעמים רטריבוטיביים

הרעיון היסודי של תורות ענישה דאונטולוגיות הוא, שהעבריינין ראוי להיענש בגין ביצוע העבירה. הגמול הוא חלק מהעיקרון הרחב של הוגנות. עובדה זו מטילה על הענישה אילוצים הנובעים מהיבטים נוספים של מושג ההוגנות, כגון שאין עונשין אלא אם כן מזהירים, שהענישה צריכה להיות מתכונתית למעשה, ושיש להעניש באופן דומה

86 בע"א 678/86 חניפס נ' סהר חברה לביטוח, פ"ד מג(4), עמ' 177 טענה המבטחת שהמבוטח גרם למקרה הביטוח במכוון. בית-המשפט העליון, אשר דחה את הטענה, ציין, כי "במקרה הנדון לא הביאה המשיבה ראיות כלשהן להוכחת טענותיה, והדברים הם בבחינת קל וחומר. התרשמות השופט מסבירות התנהגותו של המערער בליל המעשה או תחושתו בדבר קיומם האפשרי של מניעים פסולים בלב המערער בעת שהצהיר על שווי המכונית לצורכי ביטוח לא יכלו להוות תחליף לראיות ממשיות, שהמשיבה הייתה מצופה להביא – ולא הביאה – להוכחת טענותיה החמורות כנגד המערער" (עמ' 184). ראו גם הערת שוליים 97 להלן והטקסט הסמוך לה.

בגין מעשים דומים⁸⁷. נוסף על כך, יש להתחשב בשאלה אם נגרם נזק (או כמה חמור היה הסיכון) ומהו הנזק שנגרם, מיהות הקורבן, דרך ביצוע העבירה ותפקיד העבריין בביצוע העבירה⁸⁸. עצם העובדה, שמרמת ביטוח היא מעשה הראוי לענישה, איננה יכולה להיות שנויה במחלוקת. גרימת נזק מכוונת במטרה להונות את המבטחת ולקבל תגמולי ביטוח היא ניסיון לקבלת דבר במרמה. השאלה היא אם ניתן לחייב את המבוטח בתשלום פיצויים עונשיים תוך עמידה באילוצי ההוגנות. הסמכה חקוקה לפסוק פיצויים עונשיים, תוך קביעת הסכום המרבי של הפיצויים שניתן לפסוק, מתיישבת עם מרבית האילוצים שצינו. יתרה מזו, העובדה שהעונש מוטל בדרך-כלל על פרטים, ולא על תאגידים, מייטרת את הצורך לדון בקשיים הנלווים לענישת תאגידים⁸⁹.

הנימוק התאורטי העומד ביסוד פסיקת הפיצוי העונשי עשוי להשליך על קביעת סכום הפיצויים. כפי שראינו, כאשר תכלית הפיצוי העונשי היא הרתעה יש לקבוע את שיעור הפיצויים לפי התועלת הצפויה של העבריין מביצוע העבירה. כאשר הענישה מהווה תכלית לעצמה ניתן לפנות לאמת-מידה אחרת המבוססת, למשל, על הנזק שנגרם למבטחת ממרמת הביטוח.

עמדנו על כך שבעניין של מרמת ביטוח מדובר על-פי רוב בניסיון לא מוצלח להונות את המבטחת. מבטחות משקיעות את מרב מאמצי החקירה שלהן לפני התשלום למבוטח ולא לאחר מכן. רק במקרים נדירים תדרוש מבטחת השבה של תגמולי ביטוח ששולמו עקב מרמה. על-כן, אמת-המידה איננה יכולה להתבסס על הנזק בפועל שנגרם למבטחת אלא על נזק בכוח. הנזק בכוח שנגרם למבטחת עקב מרמת ביטוח שווה לשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים במרמה בצירוף הוצאות החקירה (הוצאות משתנות בהתאם למקרה) וההוצאות הקבועות שמוציאה המבטחת (ללא קשר למרמה הספציפית) למלחמה במרמה. אולם אין לומר שדרישה ממבוטח לשאת בהוצאות החקירה מהווה פיצוי עונשי; זוהי תביעה לשיפוי בגין נשיאה בהוצאות. לכן אמת-מידה **אפשרית** לפסיקת הפיצוי העונשי היא שיעור תגמולי הביטוח שתבע המבוטח במרמה מהמבטחת.

D.D. Ellis, "Efficiency and Fairness in the Law of Punitive Damages", 56 *S. Cal. L. Rev.* 87 (1982) 1, at pp. 4-5.

קנאי (לעיל, הערה 31), 45.

89 ראו למשל, פולינסקי ושוול (לעיל, הערה 48), 948-954. מצד אחר, יש הסוברים שאחד היתרונות של פיצויים עונשיים כסוג של ענישה הוא, שבניגוד לענישה ה"רגילה" המענישה על-פי רוב אנשים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך, הפיצויים העונשיים מענישים את התאגידים העשירים הגדולים. טיעון זה מתייחס לפסיקת פיצויים עונשיים בסכומים עצומים כנגד תאגידים גדולים ולטובת ה"איש הקטן". ראו גלנטר ולובן (לעיל, הערה 66), 1428: "Civil punishments thus reinforce the realm of moral achievement rather than technical adjustment. They broadcast that even powerful actors cannot 'get away with' dreadful behavior"

מנגד, החומרה של מרמת ביטוח תלויה במשתנים נוספים זולת שיעור תגמולי הביטוח שנתבעים במרמה. אין קשר הכרחי בין החומרה המוסרית של מרמת הביטוח לבין שיעור תגמולי הביטוח הנתבעים. קביעת שיעור הפיצויים העונשיים על בסיס תורת הגמול איננה יכולה להיעשות לפי נוסחה אריתמטית כלשהי. הדבר מדגים את הקושי שעמו נאלצת כל עמדה רטריבוטיבית להתמודד, שהוא קביעת סולם ענישה המתאים לחומרת העבירה⁹⁰.

גישת הגמול מחייבת יחס מתון יותר כלפי מצג שווא המתבטא בהפרזה בסכום תגמולי הביטוח בהשוואה למצג שווא המתבטא בגרימה מכוונת של מקרה הביטוח. אם תכלית הפיצוי העונשי היא להשיג הרתעה יעילה, יש הצדקה לחיוב המבוטח בתשלום הפיצוי גם במקרה של הפרזה בסכום התביעה שלא נעשית ככוונת מרמה⁹¹. זוהי הפרה של חוזה הביטוח, מפני שלמבוטח אין זכות חוזית להגיש למבטחת תביעה מופרזת. אם ההסתברות שהמבטחת תגלה את ההפרה קטנה מאחד, תורת ההרתעה היעילה מצדדת בחיוב המבוטח בתשלום פיצויים עונשיים. שיעור הפיצויים הללו שווה לסכום שנתבע שלא כדין חלקי ההסתברות שדבר ההפרה יתגלה. ההרתעה מפני הפרזה בשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים נועדה לחסוך את עלויות החקירה של המבטחת ולפיכך אין חשיבות למידת החומרה המוסרית של הפרת החוזה אלא רק להסתברות אי-הגילוי. לעומת זאת גישת הגמול לא תצדיק חיוב פיצויים עונשיים, בלי שנעשה מעשה שראוי להעניש בגינו את המבצע. הבסיס התאורטי לחיוב המבוטח בפיצוי מוגדל עשוי להשפיע אפוא לא רק על השאלה מהו סכום הפיצוי שיש לפסוק במקרה נתון אלא גם על השאלה אם בכלל ראוי לחייב את המבוטח בתשלום פיצויים מוגדלים.

שאלה נוספת המתעוררת ביתר שאת מנקודת מבטה של גישת הגמול היא, אם ראוי לאפשר ענישה במסגרת הליך אזרחי⁹². ההצדקה לענישה מבוססת, בין השאר, על קיומם של כללים מסדר שני הקובעים את המוסדות (בתי-המשפט) ואת האנשים (שופטים) היכולים להטיל עונשים, וכיצד קובעים שהנאשם אכן ביצע את המיוחס לו⁹³. בהיעדר כללים כאלו מצטמצם ההבדל בין מעשה לינין לבין ענישת אדם באמצעות

90 ראו לעיל, הערת שוליים 34 והטקסט הנלווה לה.

91 הכינוי "פיצויים מוגדלים" מתאים לפיצויים אלה יותר מהמושג "פיצויים עונשיים". ראו לעיל, הערה 76.

92 השאלה יכולה להתעורר גם בעניין של תורת ההרתעה היעילה מפני שענישה ואכיפה פרוטיות במסגרת הליך אזרחי עלולות לפגוע ביעילות ההרתעה. בעניינו הנוכחי השאלה היא אם ראוי להעניש במסגרת הליך אזרחי ללא ההגנות המסופקות לנאשם בהליך פלילי תוך סיכון גדול יותר לטעויות.

93 אלו הם ה-"secondary rules", ראו H.L.A. Hart, *The concept of Law* (Oxford, 1961) 92-96.

בית-המשפט⁹⁴. כללי הוכחה וזכויות שונות הניתנות לנאשם במשפט פלילי הם כללים מסדר שני, שנועדו להבטיח אי-הטלת עונש על מי שלא מגיע לו להיענש. חיוב מבוטח בפיצויים עונשיים הוא בעייתי, מפני שהענישה מתבצעת בלי שהמבוטח זוכה להגנות הרגילות שלהן זכאי נאשם במשפט פלילי. בהיעדר הגנות אלה קיימת, לכאורה, סכנה משמעותית שבית-המשפט ייחס למבוטח בטעות אחריות בגין מרמת ביטוח. עם זאת סכנת הטעות (חיוב מבוטח הוגן בתשלום פיצויים עונשיים) איננה נראית ממשית. ראשית, כאשר נפסקים פיצויים עונשיים כנגד מבוטח אין לצפות להטיה של בית-המשפט לטובת התובעת-המבטחת⁹⁵. שנית, סביר להניח שבית-המשפט לא ימהר לפסוק שמבוטח ביצע מרמת ביטוח בלי שתהיה הוכחה משכנעת לכך⁹⁶. ניתן אף לקבוע בחקיקה, שחיוב מבוטח בתשלום פיצויים עונשיים מותנה בהבאת ראיות משכנעות וברורות המלמדות שנעשתה מרמת ביטוח⁹⁷. שלישית, חלק מההגנות שנאשם במשפט

94 R.J. Spjut, "Criminal Law, Punishment, and Penalties", 5 *Oxford J. Legal Stud.* (1986) 33, at p. 35.

95 אחת ההצדקות שניתנו לפסיקת פיצויים עונשיים בהקשר זה היא, שהם מהווים את הדרך היחידה לכוון את התנהגותם של תאגידים גדולים, גלנטר ולובן (לעיל, הערה 66), 1447-1440. טיעון זה אינו רלוונטי לענייננו.

96 בע"א 475/81 **זיקרי נ' כלל חברה לביטוח**, פ"ד מ(1) 589 קבע בית-משפט קמא, שהמבוטח ביים את אירוע הביטוח. המבוטח טען בערעור, שכדי לשלול ממנו את תגמולי הביטוח תוך הסתמכות על טענות המייחסות לו עבירה פלילית היה על המבטחת לעמוד ב"מידת הוכחה" בדרגת ביניים: יותר מ"עודף הסתברות" אך פחות מאשר "מעבר לכל ספק סביר" תוך הסתמכות על ההלכה האמריקאית בדבר מידת הוכחה שלישית: "הוכחה ברורה ומשכנעת". בית-המשפט לא קיבל אומנם את הטענות, בנימוק שרמת-ההוכחה שלישית תסבך שלא לצורך את דיני הראיות, אך ציין שכדי לקבוע ממצא של מרמה יש צורך ב"ראיות בעלות משקל רב וכבד יותר ממה שדרוש במשפטים אזרחיים רגילים", עמ' 596. המשמעות הפרקטית של קביעה זו, היא שבית-משפט לא ימהר לקבוע, שמבוטח ביצע מרמת ביטוח.

97 בשבע-עשרה מדינות בארה"ב נקבע בחקיקה שאין לפסוק פיצויים עונשיים, בלי שהובאו ראיות ברורות ומשכנעות לכך, ובמדינה אחת נקבע, שיש צורך בהוכחת אשמת הנתבע מעבר לכל ספק סביר. במדינות אלה מפוצל הדיון, כך שבחלק הראשון, שבו נדונה שאלת האחריות, צריך התובע להוכיח באופן משכנע וברור שהנתבע אכן ביצע את המיוחס לו' גלנטר ולובן (לעיל, הערה 66), 1455 הערת-שוליים 300. מחברים שונים הציעו, לאמץ פרוצדורות של המשפט הפלילי בהליכים שבהם נתבעים פיצויים עונשיים, ראו, למשל M.E. Wheeler, "The Constitutional Case for Reforming Punitive Damage Procedures", 69 *Va. L. Rev.* (1983) 269 עונשיים רק בכפוף למתן ההגנות של הדין הפלילי; סיברט (לעיל, הערה 52), 1676-1667 (סוקר) פסיקת פיצויים עונשיים במסגרת יחסים חוזיים המלמדת שנטל ההוכחה על התובע פיצויים עונשיים הוא ברמה של "הוכחה ברורה ומשכנעת" – (clear and convincing evidence); M.M. Cheh,

פלילי זכאי להן נובעות מהעובדה שהמדינה יוזמת את ההליך. החשש מניצול לרעה של הכוח לפתוח בהליך פלילי מאוזן באמצעות ההגנות הללו, אף שיש בהן לעתים כדי לפגוע בבירור האמת⁹⁸. בעניין זה ראוי לזכור, שהמבטחת איננה נהנית מסמכויות חקירה העומדות לרשות מערכת האכיפה המדינתית. נוסף על כך, חיוב בפיצויים עונשיים הוא בסופו של דבר חיוב כספי. ההבדל בין סנקציה כספית גרידא לבין שלילת חירות הוא מובן מאליו. כמו כן קשה לטעון שחיוב מבוטח בפיצויים עונשיים יטיל עליו סטיגמה דומה לזו הנובעת מהרשעה במשפט פלילי.

לסיכום, ניתן להצדיק פסיקת פיצויים עונשיים כנגד מבוטחים שביצעו מרמת ביטוח על בסיס תורת הגמול. לא ניתן לגזור אוטומטית, לפי הצדקה זו, את שיעור הפיצויים שבו יש לחייב את המבוטח. קיומו של יסוד נפשי של זדון הנלווה למצג-השווא כלפי המבטחת הוא תנאי לפסיקת הפיצוי העונשי לפי עמדה זו⁹⁹. לעתים, אף שנעשה מצג שווה כלפי המבטחת לאחר התרחשות מקרה הביטוח, אין לחייב את המבוטח בפיצוי עונשי. כך, למשל, הפרזה בסכום הנתבע מהמבטחת בגין התרחשות מקרה הביטוח שלא נלווה לה יסוד של מרמה איננה מזכה את המבטחת בזכות לתבוע פיצויים עונשיים.

3. אמצעים נוספים להתמודדות עם מרמת ביטוח

ראינו שהתועלת הצפויה לרמאי מביצוע המרמה תלויה בחומרת הענישה הצפויה במקרה שייתפס ובסיכויי להיתפס. עד עתה דנו במרכיב הראשון של פונקציית התועלת של המבוטח ממרמת הביטוח – חומרת הענישה. הדיון כאן עוסק במרכיב השני של פונקציית התועלת – הסיכויים שהמבוטח ייתפס ויענש. תרופת המבטחת במקרה של מצג שווה (אי-תשלום תגמולי ביטוח או פיצויים עונשיים) משפיעה על המרכיב הראשון בתוחלת הענישה. אמצעים משפטיים אחרים משפיעים על סיכויי ההיתפסות. דיון מקיף באמצעים משפטיים אלו חורג מנושא מאמר זה. עם זאת לצורך השלמת התמונה אתייחס בקצרה למכשיר משפטי נוסף שיכול לסייע למבטחת ללחום במרמת הביטוח: נטל ההוכחה.

"Constitutional Limits on Using Civil Remedies To Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction", 42 *Hastings L.J.* 1325 (1991) (המחברת מצביעה על כך שמערכת התרופות הפלילית והאזרחית הן משלימות, וכי האפשרות לקבלת סעדים הכרוכים בענישה במסגרת הליך אזרחי איננה נדירה).

98 גלנטר ולובן (לעיל, הערה 66), 1459.

99 אין פירוש הדבר שלא ניתן להצדיק עבירות רשלנות גם על בסיס תורת הגמול. השאלה אינה מתעוררת בנושא של מרמת ביטוח. עמדנו על כך שאין הצדקה להטיל על מבוטח אחריות בגין מצג שווה רשלני שנעשה בתום-לב.

במקרה של מחלוקת בין המבטחת למבוטח בקשר לזכאות המבוטח לתשלום תגמולי ביטוח, נטל ההוכחה מוטל על המבוטח. כדי לבסס את עילת התביעה שלו על המבוטח להוכיח שהנזק נגרם עקב סיכון המכוסה על-ידי חוזה הביטוח¹⁰⁰ ואת שיעור הנזק שנגרם לו¹⁰¹. בפסיקה התגלעה מחלוקת בשאלה אם המבוטח צריך להוכיח שלא גרם במכוון להתרחשות מקרה הביטוח. בעניין וייסנר¹⁰² נדונה תביעת מבוטחים לתגמולי ביטוח בגין שריפה של בית עסק. השופטת נתניהו קבעה, שסוג הביטוח משפיע על תוכנו של נטל ההוכחה המוטל על המבוטח. כאשר מדובר בביטוח אש, כל שנדרש המבוטח להוכיח הוא שהנזק נגרם מאש, ואין הוא נדרש להוכיח שלא הוא הצית את הנכס. לעומת זאת, כאשר מדובר בביטוח מפני פריצה (או כל נזק שיכול להיגרם רק על-ידי אדם) צריך המבוטח להוכיח שלא הוא גרם לנזק¹⁰³. לעומת זאת קבע השופט גולדברג שאין מקום להבחנה בין סוגי ביטוח שונים, וכי בכל מקרה על המבוטח להוכיח שלא הוא גרם למקרה הביטוח. השופט ביסס את קביעתו על סעיף 26 לחוק חוזה הביטוח, שלפיו פטורה המבטחת מתשלום תגמולי ביטוח כאשר המבוטח גורם במכוון להתרחשות מקרה הביטוח. מאחר שלפי סעיף 26 גרימה מכוונת של מקרה הביטוח איננה מהווה מקרה ביטוח, מובלעת בתביעת המבוטח הטענה שהוא לא גרם למקרה הביטוח¹⁰⁴. עם זאת ציין, השופט ש"אין להפריז בהערכת הקשיים, בפניהם יעמוד מבוטח תמים, אם תוצב לו דרישה להראות כי אין לו יד וזונית בגרימת הנזק, ולא ייקשה על מבוטח נקי כפיים לזכות באמון בית-המשפט, כדי להוכיח עובדה זו"¹⁰⁵.

בעניין סיני¹⁰⁶ הביע הנשיא שמגר את העמדה ההפוכה – המבוטח אינו צריך להוכיח בשום מקרה שלא הוא גרם להתרחשות מקרה הביטוח. הנימוק הוא, שלפי סעיף 25 לחוק חוזה הביטוח, המבוטח אינו זכאי לתגמולי ביטוח אם הציג במרמה מצג שווא ביחס למקרה הביטוח¹⁰⁷. מאחר שגרימת מקרה הביטוח במכוון היא "מרמה בתביעת תגמולים" כמשמעות המושג בסעיף 25, מהווה גרימת מקרה ביטוח במכוון חריג סטטוטורי לכל כיסוי ביטוחי. המבוטח צריך להוכיח שהוא זכאי, לכאורה, לכיסוי ביטוחי בגין האירוע שגרם לנזק. אם המבטחת טוענת שאין היא חייבת בתשלום תגמולי ביטוח מכוחו של חריג לכיסוי – עליה נטל ההוכחה שהחריג אכן מתקיים. אין הבדל בין

100 ע"א 497/85 **אשל ואח' נ' פיליפ גאבל ריט חתם לוידיס ואח'**, פ"ד מב(1) 89.

101 ע"א 631/83 **המגן חברה לביטוח ואח' נ' מדינת הילדים**, פ"ד לט(4) 561.

102 ע"א 391/89 **וייסנר ואח' נ' אריה חברה לביטוח**, פ"ד מז(1) 837.

103 **שם**, פסקאות 15-5 לפסק-דינה של השופטת נתניהו.

104 **שם**, פסקה 1 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

105 **שם**, פסקה 3 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

106 ע"א 1845/90 **סיני נ' מגדל חברה לביטוח**, פ"ד מז(5) 661.

107 **שם**, 668.

החריג הסטטוטורי (גרימת מקרה הביטוח במכוון) לבין חריגים אחרים – ככולם מוטל נטל ההוכחה על המבטחת. בית-המשפט נימק את קביעתו בכך שמבוטח הרוכש ביטוח אינו מצפה שהכיסוי הביטוחי יישלל ממנו, מכיוון שלא הצליח להוכיח את היסוד השלילי, היינו שלא הוא גרם למקרה הביטוח¹⁰⁸. טיעון זה מעורר קושי, מאחר שלאמיתו של דבר בית-המשפט קובע מהו ההסדר ההוגן בין הצדדים ורק לאחר מכן מייחס לצדדים ציפיות לפיו.

לפחות ככל שהדברים אמורים בנטל הבאת הראיות, להבדיל מנטל השכנוע, דומה שאין לחייב מבוטח להביא ראיות לכך שלא גרם בכוונה לקרות מקרה הביטוח¹⁰⁹. תובע אינו נדרש בדרך-כלל להביא ראיות מראש בקשר להגנות האפשריות שהנתבע יכול להעלות כנגד תביעתו. אין הצדקה להטיל על התובע להביא ראיות בקשר לעניינים, שאולי לא יהיו שנויים במחלוקת במשפט¹¹⁰. העמדה המחייבת מבוטח המגיש תובענה לקבלת תגמולי ביטוח להוכיח, שלא הוא גרם לנזק, איננה מתיישבת, לכאורה, עם כלל זה¹¹¹. היא אף איננה יעילה כלכלית משום שמבוטחים משאבים על הוכחת עניינים שאולי אינם שנויים במחלוקת¹¹². ייתכן שניתן היה להצדיק את הכלל המחייב מבוטחים להוכיח שלא גרמו למקרה הביטוח במכוון, אם במרבית התביעות המוגשות

108 שם, 670: "אין להניח שאדם סביר היה מסכים לשלם את פרמיית הביטוח תוך נטילת הסיכון, כי אם הוא לא יצליח להוכיח את האלמנט השלילי, כלומר, את העובדה שלא הוא זה שפרץ, למשל, לבית העסק של עצמו, לרבות מקרה בו מאזן ההסתברות הוא מאוזן, לא יזכה בדמי הביטוח (כל זאת, על אף שהוכיח קיומו לכאורה של ארוע בו רואה המשטרה פריצה); או לחלופין שיצטרך לפנות לבית-המשפט כדי לתבוע את הפיצויים, לא בשל כך שחטא, אלא כדי להניח דעת חברת הביטוח, על-ידי מעין 'שבועה מכרעת' ממורשת המג'לה שלא הוא פרץ".

109 להבחנה בין נטל הבאת הראיות לנטל השכנוע ראו א' הרנון **דיני ראיות – חלק ראשון** (ירושלים, תשמ"ה), 189-193 (שני המובנים הללו מתייחסים למושג הכללי של "נטל הוכחה").

110 דוגמה לכך היא הסיטואציה שבה הנתבע טוען להתיישנות התביעה, והתובע מבקש להסתמך על הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, שלפיה נעצר מירוץ ההתיישנות כאשר "נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן...". במקרה כזה, לאחר הגשת כתב-ההגנה שבו נטענת טענת התיישנות נדרש תובע המבקש להסתמך על סעיף 8 להגיש ראיות לבית-המשפט בדבר התקיימות הנסיבות העובדתיות העומדות ביסוד הסעיף. ראו ע"א 97/77 **זונבנד נ' קלוגמן**, פ"ד לא(3) 466.

111 המצדדים בחיוב המבוטח להוכיח שלא הוא גרם למקרה הביטוח גורסים שאין מדובר בטענת הגנה, אלא בחלק מעילת התביעה של המבוטח. עמדת השופט נתניהו היא, שהדבר תלוי בסוג הביטוח שבו מדובר.

112 R.A. Posner, "An Economic Approach to the Law of Evidence", 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 1477, at p. 1503.

כנגד מבטחות נטענת טענת ההגנה בדבר גרימת מקרה הביטוח במוון. אולם אין ראייה לכך שזהו אכן המצב, ויתרה מזו, אפשר שהדבר יעודד מבטחות להעלות טענות בעלמא בדבר גרימה מכוונת של מקרה הביטוח. על-מנת למנוע אפשרות זו ראוי להטיל על המבטחת את הנטל להבאת ראיות בקשר לגרימה מכוונת של מקרה הביטוח. כאשר המבטחת תצליח להביא ראיות לכאורה שאכן כך הדבר, ייאלץ המבוטח להביא ראיות לסתור. אמנם אין קשר הכרחי בין הנטל להביא ראיות לבין נטל השכנוע, אולם על-פי רוב, מי שצריך להביא ראיות ראשון נושא בנטל השכנוע. נראה אפוא שיש להטיל את נטל השכנוע על המבטחת, אם כי נטל הבאת הראיות בדבר אי-גרימה מכוונת של מקרה הביטוח עשוי לעבור אל המבוטח במהלך הדיון אם יובאו ראיות לכאורה שהוא אשם בדבר.

טענה נוספת בעד הכלל המחייב מבוטחים להביא ראיות שלא הם גרמו למקרה הביטוח יכולה להיות, שעם פתיחת ההליך המשפטי המבוטחים יודעים על-פי רוב מה הם נימוקי המבטחת לדחיית תביעתם.

חרף העובדה שהמחלוקות בין השופטים נראות ממשיות, משמעותן המעשית מוגבלת. גם השופטים הסבורים שעל המבוטח להוכיח שלא הוא גרם למקרה הביטוח במוון, גורסים שנטל ההוכחה המוטל עליו אינו "כבד", וכי לא יקשה על מבוטח "תמים" לשכנע את בית-המשפט שידו לא הייתה במעל. אכן, בשני פסקי-הדין המרכזיים שניתנו בעניין זה לא היו מחלוקות בין השופטים בקשר למסקנות שיש להסיק מחומר הראיות.

חיוב המבוטח להוכיח שלא הוא גרם למקרה הביטוח הוא למעשה מכשיר משפטי שתכליתו להתגבר על בעיית המידע של המבטחת בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח. אולם זהו מכשיר מוגבל. אם הנטל המוטל על המבוטח יהיה כבד מדי תסוכל תכליתו של חוזה הביטוח. זו הסיבה לכך שגם מי שסובר שהנטל על המבוטח להוכיח, כי לא גרם במוון להתרחשות מקרה הביטוח, מסכים שמדובר בנטל קל יחסית.

אמצעי נוסף להתמודדות עם התופעה של מרמת ביטוח הוא חיוב המבוטח להיבדק בפוליגרף לצורך אימות גרסתו בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח. על-פי רוב, פוליסות ביטוח אינן כוללות הוראה המאפשרת למבטחת לחייב את המבוטח לבצע בדיקת פוליגרף כתנאי לקבלת תגמולי הביטוח¹¹³. סביר להניח, שחלק גדול מציבור המבוטחים לא היה נכון לרכוש ביטוח ממבטחת המתנה מראש את תשלום תגמולי הביטוח בביצוע בדיקת פוליגרף. לעתים, כאשר המבטחת חושדת בכשרות תביעת

113 כך עולה מבדיקה שערכתי של פוליסות שונות בתקליטור "ביטוח ועוד 4". בשום פוליסה לא נמצאה הוראה המחייבת את המבוטח לעבור בדיקת פוליגרף כתנאי לקבלת תביעתו.

המבוטח, היא דורשת ממנו לבצע את הבדיקה¹¹⁴. אף אם אין למבטחת זכות חוזית להתנות את תשלום תגמולי הביטוח בבדיקה כזו, ההתנאה עלולה להפעיל לחץ כבד על המבוטח, מפני שהחלופה העומדת בפניו היא הגשת תביעה נגד המבטחת. בתי-המשפט ניסו להגביל בדרכים שונות את יכולתן של מבטחות להשתמש בבדיקות פוליוגרף כתירוץ לאי-תשלום תגמולי הביטוח, תוך שהם קובעים, כי על המבטחת חלה חובה להסביר למבוטח את משמעות הבדיקה ולקבל את הסכמתו המפורשת להגשת תוצאות הבדיקה כראיה לבית-המשפט¹¹⁵. ההלכות המגבילות את יכולתה של המבטחת להתנות את תשלום תגמולי הביטוח בביצוע בהצלחה של בדיקת פוליוגרף הן ראויות בשים לב לאי-הוודאות בקשר לאמינות בדיקת הפוליוגרף, ליכולת של המבטחת לנצל באופן אופורטוניסטי את החולשה הרגעית שבה מצוי המבוטח לאחר קרות מקרה הביטוח, לכך שמבוטח סביר לא היה מסכים מראש להתנות את גורל תביעתו בעמידה בהצלחה בביצוע הבדיקה, ולכך שהבדיקה נערכת בידי בודק המבצע באופן תדיר בדיקות שעבור המבטחת. אין תמה אפוא שבית-המשפט קבע כי כאשר המבוטח עבר בדיקת פוליוגרף ונמצא דובר אמת, יש לשלם לו את תגמולי הביטוח¹¹⁶. במקרה אחד אמנם קבע בית-המשפט, שסירוב המבוטח להיבדק בפוליוגרף עלול להשפיע על הערכת מהימנות¹¹⁷,

114 הפסיקה העוסקת בהסכם לביצוע בדיקת פוליוגרף לאחר התרחשות מקרה הביטוח מלמדת על כך. ראו למשל: ע"א 1742/90 **בית חרושת לנרות "שער ציון" נ' ארט חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בתקליטור "ביטוח ועוד"); ע"א 551/89 **מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' סדובניק**, פ"ד מו(3) 158.

115 ע"א 551/89 **מנורה חברה לביטוח נ' סדובניק**, פ"ד מו(3) 158, 164: "ברומה ללקוח, החותם על מסמכים שהכין עבורו בנק מסחרי, גם מבוטח, המגיע לשלב בו הוא מבקש שיפוי מהמבטחת, איננו מצוי בעמדת מיקוח שווה, ויחסי הכוחות בין גוף כזה לבין האזרח 'הקטן', בעל התביעה אינם שווים. חברת הביטוח חייבת לסביר למבוטח, הסבר היטב, על מה הוא חותם, וזאת מכוחן של שתי הוראות חוק לפחות, האחת-חובת הגילוי הקבוע בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. הסיטואציה שבה מוחתם מבוטח, לאחר קרות האירוע הביטוחי, על טופס שכזה, היא בדבר 'נסיבות' (כאמור בסעיף), בהן קמה חובת גילוי מיוחדת. ההוראה השנייה הינה חובת תום הלב, המוטלת על המערערת לפי סעיף 39 לחוק הנ"ל, בביצוע חוזה הביטוח, עת הגיעה השעה שחברת הביטוח תפרע את חובה, שבגינה זכתה בדמי ביטוח". בארצות-הברית מרבית בתי-המשפט אינם מאפשרים למבטחת שלא לשלם את תגמולי הביטוח רק על סמך תוצאות בדיקות הפוליוגרף.

116 ורסנו (לעיל, הערה 4).

117 **שס**, 162: "לעתים תהיינה לסירובו של מבוטח להיבדק בפוליוגרף 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".

אולם במקרה אחר הוא מיאן להסיק מסקנה כלשהי מסירוב המבוטח¹¹⁸. נראה לי שיש לבכר את הגישה האחרונה. גם מבוטחים הגונים שאין להם מה להסתיר עלולים לחשוש מבדיקת פולִיגרף. מבוטח הגון עלול להסס, ובצדק, להכפיף את גורל תביעתו לבדיקה שמבחינתו היא הימור. היתרון של משטר משפטי המאפשר לפסוק פיצויים עונשיים כנגד מבוטחים הוא שלמבוטחים הוגנים אין סיבה לחשש מהטלת פיצויים עונשיים עליהם (ראינו שסיכויי הטעות של חיוב מבוטח הוגן בפיצויים עונשיים הם קלושים). לעומת זאת למבוטחים המנסים לרמות את המבטחת יש סיבה לחשש מחיובם בפיצויים עונשיים. לכן האפשרות של המבטחת לתבוע פיצויים עונשיים עשויה להפחית את הצורך להשתמש במכשיר של בדיקות פולִיגרף, וזוהי תוצאה רצויה.

לסיכום, הטלת נטל ההוכחה על המבוטח להוכיח את נסיבות התרחשות מקרה הביטוח, ובמקרים מסוימים את העובדה שלא הוא גרם למקרה הביטוח, היא מכשיר נוסף המסייע למבטחת להתגבר על בעיית המידע בקשר לאירוע הביטוח. כלי נוסף שלעתים מבטחות משתמשות בו הוא דרישה מהמבוטח לעבור בבדיקת פולִיגרף. שני המכשירים הללו מוגבלים, מכיוון ששימוש לא זהיר בהם עלול לסכל את תכליתו של חוזה הביטוח.

4. זכות השותף התמים לתגמולי ביטוח במקרה של מרמת ביטוח

לעתים מתקשרים כמה מבוטחים בחוזה ביטוח עם מבטחת או שיש מבוטחים ובצדק מוטבים שאינם מבוטחים. בעקבות בירורים שנערכים לאחר התרחשות חוזה הביטוח מתברר, שחלקם גרמו במכוון להתרחשות מקרה הביטוח, או שהם מסרו מידע חלקי ומטעה למבטחת (לפני כריתת החוזה או לאחריה). בעקבות זאת אין המבוטחים הללו זכאים לתגמולי ביטוח. בנסיבות אלה מתעוררת שאלה בדבר זכאות השותף התמים לתגמולי ביטוח¹¹⁹.

118 ע"א 713/89 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' תשובה, פ"ד מו(1) 63, 67. השופט ש' לויין התייחס לכך ששופט בית־משפט קמא "...לא היה מוכן להסיק מאומה מסירובם של המשיבים לעמוד בבדיקה של פולִיגרף" וציין, ש"מסכים אני למסקנתו של בית־המשפט המחוזי ככל שהדבר נוגע לבדיקת הפולִיגרף". השופטים האחרים לא התייחסו לנושא זה.

119 שאלת זכותו של מבוטח תמים לקבלת תגמולי ביטוח יכולה להתעורר גם כאשר שלוחו של המבוטח מציג מצג שווא כלפי המבטחת. השאלה אם ניתן לייחס לשולח (המבוטח) את מעשי השלוח (למשל – שמאי) נדונה על־ידי דיני השליחות. דומה שאין זה סביר לפטור מבוטח מאחריות למרמת השלוח, מכיוון שפירוש הדבר הוא שהמרמה איננה כרוכה בסיכון – תמיד ניתן יהיה להשתמש באדם שלישי שינסה לרמות את המבטחת. כלל משפטי מעין זה נועד להתגבר על הקושי לחשוף קנוניה בין המבוטח לשמאי. אולם המבוטח יכול לטעון, כי השלוח (השמאי) פעל בחריגה מהרשאתו; כי אדם

ההלכה בעניין זה מבחינה בין שני מצבים¹²⁰. במצב הראשון לכל המבוטחים אינטרס משותף באובייקט נושא הביטוח. במקרה כזה המבוטח התמים איננו זכאי לתגמולי ביטוח. במצב השני, יש הבדל בין האינטרסים של כל אחד מהמבוטחים בנכס נושא הביטוח. במקרה זה, המבוטח התמים זכאי לתגמולי ביטוח. דוגמה אופיינית למצב הראשון היא בני-זוג המבטחים את דירתם המשותפת¹²¹. אם הבעל מצית את בית המגורים ללא ידיעת האישה, אין היא זכאית לתגמולי ביטוח. דוגמה אופיינית למצב השני היא מבוטח שהוא בעל הנכס ומבוטח שיש לו משכון על הנכס.

סביר הפונה לשמאי אינו צופה שהלה ירמה את המבטחת, ולכן אין לראות בו אחראי למרמת השלוח-שמאי (ראו סעיף 6 וסעיף 18 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965). סיכויי טענות אלה להתקבל תלויים בשאלה אם יש לראות בפעולתו האסורה של השלוח-שמאי (שהיא מצג השווא) פעולה הנעשה במסגרת הרשאתו. בע"א 318/82 **יעבץ נ' סוכנות מכוניות הים התיכון**, פ"ד לח(4), 85 (פיסקה 10 לפסק-הדין) אמר בית-המשפט (השופט ברק), כי "...היקף ההרשאה [ייקבע] על פי חזוניה החיצונית כפי שהיא נתפסת אצל הצד השלישי, וחזונית זו יכל שתהא רחבה דיה כדי לכלול בחובה את פעולתו המשפטית של השלוח חרף נסיבותיה האסורות. טול שלוח המתקשר עם צד שלישי בשם שולחו, אך העושה כן בתרמית אך לשם קידום ענייניו הפרטיים שלו ואינו מגלה זאת לצד השלישי. אם פעולת השלוח נופלת למסגרת חזוניה החיצונית של הרשאתו, כפי שהוצגה בפני הצד השלישי על-ידי התנהגות השולח, יש בה כדי לחייב ולזכות את השולח, חרף אופיה הפרטי והאסור". (ראו גם: ע"א 636/89 **כחולי נ' בנק ברקליס דיסקונט**, פ"ד מה(3) 265; דנ"א 1740/91 **בנק ברקליס דיסקונט נ' פרוסט**, פ"ד מז(5) 31). נראה לי שכאשר שמאי מגיש למבטחת תביעה לתשלום תגמולי ביטוח בשם המבוטח נופלת פעולתו "למסגרת חזוניה החיצונית של הרשאתו", כלשונו של בית-המשפט, ויש בה כדי לחייב את המבוטח. תוצאה זו היא כאמור רצויה, מכיוון שכלל הפוך יאפשר ביצוע מרמת ביטוח באמצעות אדם שלישי כמעט ללא סיכון. בתי-משפט בארצות הברית קבעו בדרך-כלל, שהמבוטח אינו יכול להתנער מאחריות למרמת השמאי שפעל מטעמו, ראו R.K. O'Donnell, "Imputation of Fraud and Bad Faith: The Role of the Public Adjuster, Co-Insured and Independent Adjuster", 22 *Tort & Ins. L. J.* (1986-87) 662.

120 ראו פסק-דין **וייסנר** (לעיל, הערה 102). בפסק הדין נדונה תביעתם של כמה מבוטחים-שותפים לקבלת תגמולי ביטוח בגין שריפה שאירעה במועדון שהופעל על-ידיהם. בית-המשפט קבע, שהמבוטחים הציתו את המועדון. אשתו של אחד המבוטחים טענה, שאף אם הייתה הצתה, לה אין חלק בכך, ויש לזכותה בתגמולי ביטוח. בית-המשפט קבע, שאין מקום להבחנה בין המבוטחת למבוטחים האחרים בכל הקשור לאחריות להצתה, אך דן בכל זאת בסוגיה של זכות המבוטח התמים לתגמולי ביטוח. קביעת בית-המשפט מבוססת למעשה על ההבחנה שנעשתה בפסק-הדין האנגלי – *Samuel & Co Ltd. v. Dumas* [1923] 1 K. B. 592 (במקרה זה הוטבעה במכוון אנייה בידי הבעלים. תביעת הנושה-המבוטח שלטובתו מושכנה האנייה נתקבלה).

121 השו, למשל B. Butler, B.G. Freeman, "The Innocent Coinsured: He Burns it, She Claims Windfall or Technical Injustice?", 17 *Forum* (1981) 187.

בית-המשפט נימק את שלילת תגמולי הביטוח מהמבוטח התמים בכך שהפרת החיוב שלא להגיש תביעת מרמה למבטחת מצד חלק מהמבוטחים מקנה לה זכות לבטל את החוזה כלפי כל המבוטחים¹²². בית-המשפט ביסס את קביעתו גם על "שיקולי מדיניות של תקנת הציבור, שלא לעודד קנוניות בין מבוטחים, שמטבען קשות הן לגילוי ולהוכחה"¹²³. משמעותה של הלכה זו היא שכאשר למבוטחים "אינטרס משותף" באובייקט הביטוח יש לראות בחיוב המבטחת כלפיהם חיוב אחד. בחוזה ביטוח המצמיח חיוב אחד טענת הגנה מהותית שיש למבטחת כנגד אחד המבוטחים (הנושים) יפה כנגד כלל המבוטחים. הרעיון העומד ביסוד הכלל הוא, שכאשר זכותם של הנושים המשותפים נולדה בעיסקה אחת, כוונת הצדדים הייתה שטענת הגנה מהותית הנתונה לחייב כנגד אחד הנושים תעמוד כנגד יתר הנושים¹²⁴.

לכאורה, שלילת תגמולי ביטוח ממבוטח תמים היא תוצאה קשה ובלתי מוצדקת; משמעותה היא הטלת אחריות על צד לחוזה שלא הפר את החוזה. זו הסיבה לביקורת הקשה שנמתחה על החלטות בתי-משפט ששללו את זכותו של המבוטח התמים לתגמולי ביטוח במקרה של גרימת מקרה הביטוח במכוון על-ידי מבוטחים אחרים¹²⁵. עם זאת ניתן להסביר את פסיקת בתי-המשפט גם כמתן מענה לבעיית המידע של המבטחת בקשר לנסיבות התרחשות מקרה הביטוח. הפסיקה מדגימה את האופן שבו ניתן למתן בעיות מידע באמצעות כללים משפטיים. כאשר לכל המבוטחים אינטרס דומה בנכס נושא הביטוח, המידע בדבר שיתוף פעולה ביניהם אינו ניתן לאימות (אינו ניתן להוכחה בבית-המשפט¹²⁶). אם הכלל המשפטי יאפשר למבוטח התמים לזכות בתגמולי ביטוח, עלול הדבר לעודד גרימת מכוונת של מקרי ביטוח ללא שיתוף פעולה

122 פסקה 17 לפסק הדין. בית-המשפט הסתמך בעניין זה על הוראת סעיף 55(א) לחוק החוזים (חלק כללי) שלפיה "שניים שחייבים יחד ולחוד, רשאי הנושה לדרוש את קיום החיוב, כולו או מקצתו, משניהם כאחד, או מכל אחד מהם בנפרד, ובלבד שלא ייפרע יותר מן המגיע לו".

123 שם, שם.

124 מ' דויטש, "ריבוי נושים", בתוך דיני חיובים – חלק כללי (ד' פרידמן עורך, תל-אביב, תשנ"ד), 386.
125 K. Nicholson, "Conundrums of Co-Insureds", 3 *Ins. L. J.* (1990) 218, at p. 248: "The old rule produced harsh and inequitable results. It punished vicariously one party for the misdemeanor of a partner of co-owners. Such is repugnant to the fundamental notions of justice..."; C. J. Rodd, "Fraudulent Claims and the Rights of the Innocent Co-Insured", 9 *Ins. L. J.* (1997) 38 (המחבר סוקר את עמדות המשפט האוסטרלי, הניו-זילנדי, הקנדי והאמריקני בעניין זה ומגיע למסקנה ששלילת תגמולי ביטוח ממבוטח תמים איננה רצויה).

126 ראוי לציין, שהמגמה בעניין זה בארצות-הברית שונה. החל משנות השמונים מרבית המדינות מאפשרות למבוטח תמים לזכות בתגמולי ביטוח גם כאשר מבוטח אחר הצית את הנכס המבוטח אודונל (לעיל, הערה 119), 679.

בין המבוטחים. כך, למשל, כלל משפטי המזכה מבוטח תמים בתגמולי ביטוח יאפשר לבן־הזוג להצית את בית המגורים המשותף, בלי שישתף מראש את בת־זוגו בתכניתו. לעומת זאת חיוב המבטחת בתשלום תגמולי ביטוח לבעל משכון איננה יוצרת בעיה דומה ואיננה מאפשרת למבוטח ליהנות מהעובדה שהמידע בקשר לשיתוף פעולה בין מבוטחים הוא לא בר־אימות.

ד. סיכום

ביצועו של חוזה ביטוח (תשלום תגמולי הביטוח) תלוי בהתרחשות מאורע שהמידע לגביו הוא באורח טיפוסי מידע פרטי של המבוטח. זוהי, בתמצית, בעיית המידע של המבטחת בקשר למקרה הביטוח. יתרון המידע של המבוטח על פני המבטחת מזמן למבוטח הזדמנות לנהוג באופן אפורטוניסטי. הוא יכול לגרום במכוון להתרחשות מקרה הביטוח ולתבוע תגמולי ביטוח; להפריז בשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים מהמבטחת ולהציג מצג שווא בקשר לנסיבות הנזק כך שאירוע בלתי־מכוסה יוצג כמקרה ביטוח. חומרת בעיית המידע הנדונה תלויה בסוג המידע הפרטי שבידי המבוטח. בעיית המידע חריפה במיוחד כאשר מדובר במידע שלא ניתן לאוששו אובייקטיבית או שקשה מאוד לאוששו ("מידע רך"). במקרה כזה, חובת גילוי לא תפתור את הבעיה משום שלא ניתן לבדוק את אמיתות הדיווח של המבוטח. כאשר המידע הרלוונטי להתרחשות מקרה הביטוח הוא בר־אימות (או "מידע קשה"), קרי המבטחת יכולה לערוך בדיקות וחקירות שונות לצורך קבלת תמונה אמינה של נסיבות מקרה הביטוח, חיוב המבוטח למסור למבטחת מידע מלא ומדויק על נסיבות ההתרחשות של מקרה הביטוח מסייע בהפחתת הוצאות הבדיקה והחקירה של המבטחת.

על־פי רוב, קיום חובת הגילוי לאחר התרחשות מקרה הביטוח מתבטא במתן מענה לשאלות המבטחת. לאחר שהמבוטח מוסר למבטחת הודעה על קרות מקרה הביטוח יכולה המבטחת, אם רצונה בכך, להציג למבוטח שאלות ולדרוש שימציא מסמכים או כל סיוע אחר בעריכת הבירור. על־כן חובת הגילוי לאחר התרחשות מקרה הביטוח איננה מעוררת בעיה של אי־ידיעת המבוטח על קיום החובה. ככל שהדברים אמורים בהיקף החובה, אין סיבה להבחנה בין גילוי במענה לשאלות לפני כריתת החוזה לבין גילוי במענה לשאלות לאחר קרות מקרה הביטוח. כמו שם אף כאן, אין הצדקה להטיל אחריות על מבוטח המטעה את המבטחת בתום־לב. כמו שם אף בענייננו, מסירת מידע מטעה בתום־לב היא סיכון מפוזר (בין כל המבוטחים שאירע להם מקרה ביטוח) ובר־ביטוח. מבוטחים שונאי סיכון יחפצו מן הסתם בביטוח מפני סוג כזה של סיכון, והסיכון הוא בר־ביטוח בשל היותו מפוזר ואקראי. כאשר מתגלית מרמת ביטוח קיצונית אין קושי לקבוע שהמבוטח הפר את החוזה. קושי מיוחד מתעורר במקרה של הפרזה

בשיעור תגמולי הביטוח הנתבעים. ככל הנראה חלק לא מבוטל מתביעות התשלום המוגשות למבטחות מאופייין בהפרזה בסכום הנזק שנגרם. לעתים, ההפרזה איננה אלא יריית פתיחה לגיטימית במסגרת המשא ומתן הצפוי על שיעור תגמולי הביטוח. לעתים, ההפרזה היא חמורה במידה כזו שיש לומר עליה שהיא נגועה במרמה. ההבחנה בין שני המקרים איננה כמותית. כך, למשל, כאשר המבוטח כולל בתביעת התגמולים פריטים שבכלל לא היו ברשותו, אפשר לייחס לו כוונת מרמה אף אם שיעור ההפרזה הוא קטן יחסית. לעומת זאת קשה הרבה יותר לייחס כוונת מרמה למי שמגיש תביעה בגין אובדן נכס ששווי יכול להיות שנוי במחלוקת כנה. מקרי ההפרזה אינם עשויים אפוא מעור אחד, ומקצתם אף יכולים להיתפס כלגיטימיים.

אף-על-פי שמרמת ביטוח מהווה עבירה פלילית של קבלת דבר במרמה, ואף שבדרך-כלל שוללת המרמה את הזכות לגמולי הביטוח, מדובר בתופעה שכיחה הגורמת נזקים משמעותיים לתעשיית הביטוח. האפשרות לקיים מנגנון ביטוח מותנית בכך שמרבית המבוטחים ינהגו בהגינות ולא יגישו תביעות-שווא למבטחת. מספר גדול מאוד של תביעות שווא עלול לגרום לקריסת המנגנון הביטוחי, מאחר שמחיר הביטוח יעלה והמבוטחים ההוגנים (שאינם מתכוונים להגיש תביעת שווא למבטחת) יימנעו מרכישת ביטוח. חיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח הוא כלי מתאים למלחמה בתופעה. מרמת ביטוח היא הפרת חוזה מיוחדת. ההפרה היא מכוונת, נלוות לה כוונת מרמה ומודעות לנזק הצפוי להיגרם למבטחת. נוסף על כך, יש סיכוי לא מבוטל שהמבטחת לא תגלה שהחווה הופר. האפשרות שהפרת החוזה לא תתגלה מצדיקה את החיוב בפיצויים עונשיים המפחיתים את התועלת הצפויה לרמאי מהמרמה. השאלה מהו הבסיס התאורטי לפסיקת הפיצויים המוגדלים משפיעה הן על עצם החיוב בפיצויים עונשיים הן על שיעור הפיצויים. אם תכלית הפיצויים העונשיים היא שהמבוטח "יקבל את המגיע לו" בגין הניסיון לרמות את המבטחת, מוצדק לחייבו רק כאשר מדובר במצג שווא שנלווה לו יסוד נפשי של מרמה. כאמור, אין הצדקה להטיל אחריות על המבוטח בגין מצג שווא שנעשה בתום-לב. לעומת זאת אם הרעיון העומד ביסוד הפיצוי העונשי הוא הרתעת המבוטחים, הרלוונטיות של מידת האשם של המבוטח פוחתת. באספקלריה זו, די בכך שקיימת אפשרות כי המבוטח יפר את החוזה בלי שהמבטחת תהיה מודעת להפרה. גם קביעת שיעור הפיצויים מושפעת מהבסיס התאורטי שלהם. כאשר תכלית הפיצוי היא הענשה כלשעצמה, אין קשר הכרחי בין סכום תגמולי הביטוח הנתבע במרמה לבין שיעור הפיצוי העונשי. לעומת זאת, כאשר המטרה היא הרתעתית, צריך הפיצוי העונשי להיות שווה לסכום תגמולי הביטוח שנתבעו במרמה כפול ההפכי של ההסתברות שהמבוטח ייתפס. כך תושג הרתעה יעילה.

הצדקה נוספת לכלל משפטי המחייב מבוטחים המבצעים מרמת ביטוח בפיצויים עונשיים היא שעצם קיומם של המבוטחים האופורטוניסטים יוצר השפעה חיצונית שלילית. בעולם שבו כל המבוטחים הוגנים לא הייתה המבטחת צריכה להשקיע

משאבים באיתור רמאי ביטוח, ומחיר הביטוח היה יורד. קיומם של המבוטחים האופורטוניסטים מייקר אפוא את הביטוח למבוטחים ההוגנים. הרתעה יעילה מפני מרמת ביטוח משפרת את מצבם של המבוטחים ההוגנים. מנקודת מבטם של אלו החיסרון היחיד של פיצויים עונשיים הוא הסיכון לחיוב מוטעה. אולם החשש לטעות מעין זו נראה קלוש, משום שבית-המשפט אינו ממחר לפסוק שמבוטח אשם במרמת ביטוח.

כלי עזר נוסף המסייע למבטחות להתמודד עם בעיית המידע בקשר למקרה הביטוח הוא הטלתם של נטל ההוכחה ושל נטל הבאת הראיות בקשר להתרחשות מקרה הביטוח על המבוטח. הנטל הוא כפול – להביא ראיות בקשר להתרחשות מקרה הביטוח ולשכנע את בית-המשפט בקרות מקרה הביטוח. זהו כלי חשוב אך הוא מוגבל למקרים שבהם המבוטח פונה לבית-המשפט בבקשה לקבל את תגמולי הביטוח. כלי נוסף שבו נעשה שימוש פרקטי הוא בדיקות בפוליקרף. בדיקות אלו מעוררות קושי, כיוון שהמבוטח אינו ער בדרך-כלל למשמעות של בדיקה זו, וסביר להניח כי לא היה מסכים מראש, לפני כריתת החוזה, להתנות את גורל תביעתו בעמידה בהצלחה בבדיקת הפוליקרף. מאחר שגם למבוטחים הוגנים יש סיבה לחשוש מבדיקת פוליקרף עדיף להשתמש במכשיר המשפטי של פיצויים עונשיים ולא בבדיקת פוליקרף לצורך הרתעה ממרמת ביטוח.

הוראות הגילוי לאחר התרחשות מקרה הביטוח הן חלק מהאמצעים המיועדים להתמודד עם התופעה של מצגי שווא בקשר למקרה הביטוח. כל מנגנון למלחמה בתביעות מרמה חייב לאזן בין החשיבות של הפחתת תופעת המרמה לבין תכלית חוזה הביטוח – שעם קרות מקרה הביטוח יקבל המבוטח שיפוי שיעמידו במצב שהיה בו לפני התרחשות הנזק. חיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים במקרים מתאימים אינו פוגע באיזון בין שני אינטרסים אלו.