|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בצפת** | | |
|  | | |
| בן צבי ואח' נ' קיבוץ כפר הנשיא | | 6 פבר 2018 10177-02-15 |
|  | | |
| **השופט** | דניאל קירס | |
|  | | |
| **התובע** | שמואל בן צבי באמצעות מר עמיאל בן צבי | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנתבעת** | קיבוץ כפר הנשיא ע"י עו"ד תהילה ללום עו"ד קופרשמיט עו"ד גולדשטיין | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

1.התביעה שבכותרת נסובה (כיום) על טענת התובע, חבר קיבוץ בן למעלה מ-90 שנים, לפיה הקיבוץ בו הוא חבר ניכה ומנכה, שלא כדין, רנטה המוענקת לו בידי שלטונות גרמניה בגין היותו ניצול שואה, מהזכויות המגיעות לו מהקיבוץ כמי שהגיע לגיל פרישה.

2.הקיבוץ הוא קיבוץ מתחדש, על-פי תקנות האגודות השיתופיות (סוגי אגודות), התשנ"ו-1995. ככזה, על הקיבוץ לספק את צורכי החברים בגיל הפרישה לפי תקנה 3 לתקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש), התשס"ו – 2005 (להלן גם: תקנות הערבות ההדדית). על-פי תקנה 3(ד) סיפא לתקנות הערבות ההדדית, הקיבוץ רשאי לנכות מהסכומים המגיעים לחבר בגיל הפרישה "כל סכום שנצבר על שם החבר או שהוא זכאי לו או שהוא מקבל כגמלה או כתשלום אחר בעל אופי פנסיוני ולמעט קצבאות הביטוח הלאומי".

3.הקיבוץ טען כי הרנטה שמקבל התובע מגרמניה היא פנסיה לכל דבר וענין, אותה רכש הקיבוץ עבור חבריו, וביניהם התובע. נטען, כי מדובר בקצבאות פנסיה, אותן רכש הקיבוץ בתחילת שנות השמונים של המאה שעברה מן הביטוח הלאומי הגרמני, לחברים רבים (שאינם בהכרח ניצולי שואה). נטען, כי רכישת הפנסיות מגרמניה (ולא מחברת ביטוח ישראלית) נבעה מכך, שהביטוח הלאומי הגרמני הקנה לקיבוץ תנאי רכישה טובים. נטען כי מדובר בפנסיה לכל דבר ועניין, רק שהיא משולמת מקרן גרמנית ולא מקרן ישראלית.

4.התובע טען כי הוא מקבל את הרנטה "על אובדן משפחתו [בשואה] והנזקים שנגרמו לתובע בהיותו ילד" (פס' 15 לכתב התביעה המתוקן מיום 2.11.2015).

5.בפסק דין מיום 20.6.2016 (להלן: פסק הדין הראשון), דחיתי את התביעה. עמדתי על כך שהתובע הודה בכתב התביעה כי משולמת לו פנסיה מגרמניה, אלא שהוא טען כי מדובר בהגדלה של רנטה שהיה מקבל עוד לפני רכישת הפנסיה. מצאתי כי טענת הקיבוץ לפיה מלוא הרנטה נובע מרכישת הפנסיה בוססה במסמך בענין "ביטוח סוציאלי מגרמניה – החבר שמואל בן צבי" שצירף התובע לתצהיר העדות הראשית שלו בהליך המקורי (כנספח ח'), בו מולאה חלופה בענין קבלת פנסיה, ולא חלופה בענין הגדלת פנסיה. כן עמדתי על מכתב נוסף בו אמנם רשום בכותרת "תשלום רטרואקטיבי לשם הגדלת הרנטה הסוציאלית מגרמניה", אולם גם בו החלופה שמולאה היא החלופה בענין קבלת גמלה חודשית ולא החלופה בענין הגדלת רנטה. כן הפניתי, בענין היותה של הרנטה כולה הפנסיה שנרכשה ולא הגדלת רנטה קיימת, למכתב ממחלקת הפיצויים בתנועה הקיבוצית בשנת 1988 (נספח ט' לתצהירו בהליך המקורי) ובו נכתב "אנו שמחים להודיעך שקיבלנו אישור של מוסד הביטוח הגרמני על תשלום רנטה חודשית []גובה של 887.80 מ"ג שתשתלם באופן שוטף מחודש אוקטובר 1988".

עוד קבעתי בפסק הדין הראשון, כי ההודעה על תשלום מצטבר על סך 5,249.10 מ"ג באותו מכתב, עניינה סכום שהצטבר בביטוח הסוציאלי הגרמני בגין רכישת הפנסיה עקב חלוף זמן בין תחילת הזכאות לבין התשלום הרטרואקטיבי עבור התובע, בהעדר ראיה שתצביע על כך שמקורו אחר. כן קבעתי כי שיעורו של הסכום המצטבר אינו מתיישב עם טענת התובע לפיה הוא היה מקבל סכום חודשי במשך עשרות שנים לפני רכישת הפנסיה. עמדתי על העתק "הסכם לביצוע האמנה מיום 17 בדצמבר 1973 על בטחון סוציאלי בין הרפובליקה הפדרלית גרמניה לבין מדינת ישראל", המפנה ל"אמנה על בטחון סוציאלי בין הרפובליקה הפדראלית גרמניה לבין מדינת ישראל מיום 17 בדצמבר 1973", אשר עיגנה זכותו של כל ישראלי לרכוש פנסיה מהביטוח הלאומי הגרמני בתשלום בדיעבד. קבעתי, כי אף אם היה מקום לקבוע כי בתשלום בדיעבד הוגדלה רנטה קיימת, אזי גם הרנטה המקורית היתה רנטת ביטוח גרמני סוציאלי רגילה, ולא רנטה שמהותה פיצוי לניצול שואה, מאחר והמכתבים הנזכרים לעיל עניינם הביטוח הגרמני הסוציאלי. כן דחיתי בפסק הדין הראשון טענה שהעלה התובע לראשונה בסיכומים, לפיה הרנטה שהוא מקבל מגרמניה מהווה, לענין תקנה 3 לתקנות הערבות הדדית, "קצבאות הביטוח הלאומי" המוחרגות מהסכומים שרשאי קיבוץ לנכות מסכום הצרכים המובטחים לחבר בגיל פרישה; זאת, הן כהרחבת חזית אסורה, הן לגוף הטענה. התובע טען כי הוא מקבל את הרנטה מגרמניה לפי מספר הזיהוי שהוענק לו כניצול שואה; טענה זו התקבלה בפסק הדין הראשון, אולם קבעתי כי אין בכך כדי לגרוע מהמסקנה שאופי הרנטה מושא המחלוקת הוא כתשלום בטחון סוציאלי רגיל, בגינו שולם עבור התובע. מצאתי חיזוק למסקנה אליה הגעתי בניסיון התובע לסגת מהודאתו הברורה בכתב התביעה המתוקן לפיה חלק מהרנטה מושא ענייננו מהווה פנסיה שנרכשה עבורו. התובע טען כי מדובר ברנטת BEG בגין פגיעה בבריאותו בשואה, אולם הטענה נדחתה בפסק הדין הראשון, מאחר והמסמכים עליהם הסתמך עניינם "ביטוח" ולא פיצוי על פגיעה בבריאות. התובע הפנה למסמכים בענין פיצוי בגין הפסקת לימודים, אולם על-פניו מדובר היה בסכום קצוב ולא ברנטה חודשית.

6.התובע הגיש ערעור על פסק הדין הראשון. בפסק הדין בערעור, קבע בית המשפט המחוזי:

"לאחר ששקלנו בטענותיהם של בעלי הדין מצאנו להשיב את העניין לבית משפט השלום, על מנת שילשים את מלאכתו.

בית משפט השלום קבע, על יסוד החומר שהונח לפניו, כי בעבר לא קיבל המערער [התובע] רנטה. לקביעה זו לא מצאנו בסיס הולם, ונראה כי השאלה לא נתבררה כל צורכה. על כן, משישוב העניין לפיתחו, יהא על בית משפט השלום לברר ולקבוע, האם עובר לרכישת הביטוח מאת המל"ל הגרמני, קיבל המערער רנטה, אם לאו; ואם קיבל, האם התשלום שהוא מקבל היום מן המל"ל הגרמני עולה על הרנטה שקיבל קודם לרכישה, ובכמה עולה.

לשם בירורה של שאלה זו מן הבחינה העובדתית, יינתן בידי בעלי הדין להביא את ראיותיהם. בכלל זה יש בידי המערער לפנות לממשלת גרמניה בבקשה כי תיתן בידו אישור על תשלום הרנטה בעבר, ומה היה שיעורה.

לאחר שיתן תשובה לשאלות אלו, על בית משפט השלום יהא לקבוע, האם הקיבוץ זכאי לנכות את מלוא הסכום המשולם היום על ידי המל"ל הגרמני, או שמא רק את התוספת שהוספה לרנטה בעקבות רכישת הביטוח כאמור מעלה, לפי מאפייניו של כל אחד מן הסכומים (קרי האם מדובר בתשלום בעל אופי פנסיוני, או שמא רנטה).

למען הסר ספק, בפסק דין זה לא הבענו את דעתנו שלנו ביחס לשאלות פרשניות שבהן פסק בית המשפט קמא, כגון בשאלה האם תשלום שנעשה על ידי המל"ל הגרמני הוא בבחינת קצבה מאת "הביטוח הלאומי" כמשמעו בתקנה 3 הנ"ל. בשאלות אלו ניתן את דעתנו, ככל שיהא צורך בכך, בערעור שיוגש על פסק הדין של בית משפט השלום, ככל שיוגש".

7.בו ביום מתן פסק הדין בערעור, הוריתי על הגשת תצהירי עדות ראשית להליך המשלים שיתנהל בפני. קבעתי, כי "מבלי לקבוע מסמרות כעת בשאלת הנטל, מופנית תשומת הלב לכך שצד הנושא בנטל אינו רשאי ליהנות מאי-הבאת ראיה הנמצאת בידי היריב או בשליטתו, ועל הצד שכנגד הנושא בנטל להפעיל את זכויותיו הדיוניות כדי להציגה בעצמו".

8.בעקבות בקשת הקיבוץ בין היתר ליתן צו המופנה לכל גורם רלוונטי אשר יאפשר לב"כ הקיבוץ לפעול לאיסוף ולהשגת כל מידע הנוגע לזכויות התובע, הוריתי לתובע, בהחלטה מיום 9.6.2017, להעביר לידי הקיבוץ ייפוי כוח המייפה את כוחו לבקש ולקבל בשמו כל מסמך וכל מידע מרשויות גרמניה בקשר לרנטה שקיבל, אם קיבל, לפני רכישת הביטוח מהמל"ל הגרמני.

9.הצדדים הגישו תצהירי עדות ראשית משלימים, התקיים דיון הוכחות והוגשו סיכומים בהליך המשלים. אקדים מסקנה לניתוח: אילו היה רובץ על כתפי התובע הנטל להוכיח העדרו של סכום הניתן לניכוי בידי הקיבוץ לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות הדדית מסכום צרכי החבר שהגיע לגיל פרישה, ספק אם היה מקום לקבוע כי הרימו. אולם הגעתי למסקנה כי הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי בידי הקיבוץ רובץ על כתפי הקיבוץ. נוכח קביעת בית המשפט המחוזי בענין העדר בסיס הולם למסקנה בפסק הדין הראשון לפיה הוכח שמלוא הרנטה היא הפנסיה שנקנתה עבור התובע, ונוכח העדויות והראיות אשר התווספו בהליך המשלים, הגעתי למסקנה שהקיבוץ לא הרים את הנטל להוכיח כי סכום כלשהו מתוך הרנטה מהווה כספי ביטוח פנסיה (להבדיל מרנטה בגין השואה).

10.אבהיר כבר כאן: אם הבינותי נכונה את פסק הדין של בית המשפט המחוזי בערעור, לא התערב בית המשפט המחוזי בעצם הקביעה בפסק הדין הראשון לפיה נרכש עבור התובע ביטוח מאת המל"ל הגרמני (ראו פס' 3 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי). בית המשפט המחוזי קבע כי על בית משפט זה לברר ולקבוע בהליך משלים זה, האם התובע קיבל רנטה טרם רכישת הביטוח, ואם קיבל, האם התשלום שהוא מקבל היום מן המל"ל הגרמני עולה על הרנטה שקיבל קודם לרכישה, ובכמה עולה (שם). דא עקא, גם בהליך המשלים, וכפי שיפורט בהמשך, לא הובאו ראיות של ממש שיש בהן כדי להוכיח שהתובע קיבל רנטה לפני רכישת הביטוח, או כאלה שיש בהן כדי להוכיח שהוא לא קיבל רנטה לפני רכישת הביטוח. ממילא לא הובאו ראיות לענין החלקים היחסים מתוך הרנטה שמקבל התובע כיום, השייכים לרנטה קודמת מזה, ולביטוח שנקנה מזה. אלו הנסיבות אשר הופכות את שאלת הנטל בענין הוכחת קיומו או העדרו של סכום הניתן לניכוי בידי הקיבוץ לשאלה מכרעת בתיק זה, בשלב זה. לאור האמור לעיל, עצם רכישת ביטוח מהמל"ל הגרמני עבור התובע הוא אמנם בגדר נתון. אולם, שיעורו של התשלום הביטוחי השוטף אינו בגדר נתון. אם הקיבוץ הוא זה אשר נושא בנטל להוכיח כל סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות ההדדית מהסכום המובטח לחבר לגיל פרישה – וכך אני אמנם קובע להלן – הרי יש לו שתי דרכים להוכיח זאת. הדרך הראשונה, היא דרך של אינדוקציה. אילו היו מובאות ראיות של ממש לקיומה של רנטה הקודמת לביטוח שנרכש – ואף לסכומה אם היתה כזו – ניתן היה, על דרך האינדוקציה, להסיק כי היתרה היא בגדר כספי ביטוח שאותם רשאי הקיבוץ לטענתו לנכות מהסכום המגיע לתובע. באופן דומה, אם היו מובאות ראיות של ממש בהליך המשלים להעדרה של רנטה קודמת, ניתן היה, על דרך האינדוקציה, לקבוע כי מלוא הרנטה שמקבל התובע הוא בגדר כספי ביטוח הניתנים, לטענת הקיבוץ, לניכוי. אולם בהעדר ראיות של ממש בענין קיומה או העדרה של רנטה קודמת, אם הנטל להוכחת סכום הניתן לניכוי רובץ על כתפי הקיבוץ – וכך אני קובע להלן – הדרך הפתוחה בפני הקיבוץ להוכיח סכום הניתן לניכוי, אינה באינדוקציה מרנטה קודמת מוכחת או מופרכת, אלא בדרך השניה וההפוכה: בדרך של הוכחה שסכום זה או אחר – ואיזה סכום – מתוך הרנטה המשולמת לתובע, מהווה דווקא כספי ביטוח הניתנים לניכוי. כפי שיבואר, זאת, הקיבוץ לא עשה.

**נטל ההוכחה**

11.הקיבוץ טוען כי בית המשפט המחוזי קבע, בכך שקבע כי "...יש בידי המערער [התובע] לפנות לממשלת גרמניה בבקשה כי תיתן בידו אישור על תשלום הרנטה בעבר, ומה היה שיעורה", כי נטל ההוכחה בענין רנטה קודמת רובץ על כתפי התובע. למיטב הבנתי, בכך לא קבע בית המשפט המחוזי מסמרות בענין נטל ההוכחה. שכן, לו בית המשפט המחוזי היה מחליט בערעור בנושא הנטל להוכחת קיומה או העדרה של רנטה קודמת, לכאורה ההליך המשלים לא היה נדרש (שכן, בין אם הנטל להוכיח רנטה קודמת הוא על התובע בין אם הנטל להוכיח העדרה הוא על הקיבוץ, ניתן היה להכריע בערעור על-פי הראיות שכבר הובאו על רקע הנטל). שנית, דבריו של בית המשפט המחוזי בפסק הדין שבערעור בענין יכולתו של התובע לפנות לממשלת גרמניה, יפים בין אם הנטל על התובע, בין אם הנטל על הקיבוץ. שכן, כפי שהוזכר בהחלטתי הנזכרת לעיל, כאשר ראיה הדרושה לצד הנושא בנטל נמצא בידי היריב, הצד הנושא בנטל אינו רשאי ליהנות מכך, אלא עליו להפעיל את האמצעים הדיוניים העומדים לרשותו על מנת להשיג את הראיה מהיריב:

המערערת טענה... שאי הצגת 'הצעת הביטוח'... על-ידי המשיבה... פועלת לרעתה... אין לקבל את הטענה. ראשית, עמדו למערערת דרכים דיוניות לגרום להצגת הצעת הביטוח... שנית, אין לשכוח שהמערערת היא המבקשת לשכנע..." ([ע"א 793/89 **בניני מ. י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מ](http://www.nevo.co.il/case/17938837)ו(3) 324, 331 (1992)).

ראו גם דבריו של קדמי:

"יש והדרך שבה מנהל בעל דין את עניינו בבית-המשפט הינה בעלת משמעות ראייתית, כאילו היתה זו ראיה נסיבתית. כך ניתן להעניק משמעות ראייתית: לאי הבאת ראיה, לאי השמעת עד...") יעקב קדמי **על הראיות** חלק רביעי 1890 (2009); להלן: קדמי) .

ובהמשך:

"מקום שצד נמנע מהצגת ראיה התומכת ביריבו – על היריב לדאוג להצגתה; והוא לא יכול להינות מאי הצגתה על-ידי בעל הדין המחזיק בה אלא אם הלה מונע זאת ממנו" (שם, בע' 1901).

נוכח חובה זו, אפשרות פנייתו של התובע לממשלת גרמניה רלוונטית בין אם הנטל רובץ על כתפי התובע והתובע פונה מיוזמתו לממשלת גרמניה כדי לקבל מסמכים, בין אם הנטל רובץ על הנתבעת (הקיבוץ) וזו פונה לבית המשפט על מנת לקבל צווים שיחייבו פניית התובע לממשל גרמניה לקבלת מסמכים. בסופו של דבר, הנתבעת (הקיבוץ) אכן ביקשה וקיבלה החלטה שתאפשר לה לקבל את מסמכי התובע ממשלת גרמניה, והיא אכן פנתה והגישה מסמכים כאלה. אפנה כעת לביאור דעתי לפיה הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות ההדדית, מהסכום המגיע לתובע כחבר בגיל פרישה – והנטל להוכיח את שיעורו של הסכום הניתן לניכוי – רובץ על כתפי הקיבוץ.

12.תקנה 3 לתקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש), התשס"ו-1995 קובע:

|  |  |
| --- | --- |
| **הספקת צורכי החברים בגיל הפרישה** | 3. (א) הקיבוץ יבטיח את הספקת צורכי חבריו שבגיל פרישה באופן שערכם הכולל לא יפחת מגובה סכום הגמלה הפנסיונית.  (ב) לצורך הבטחת הספקת הצרכים כאמור בתקנת משנה (א), יהא הקיבוץ חייב להפריש או לייחד מקורות לענין זה בעדיפות על פני שיוך נכסי הקיבוץ לחברים, או במסגרת שיוך כזה.  (ג) לערך הכולל הקבוע בתקנת משנה (א) ייווסף, בעד כל ילד קטין הנמצא בחזקתו של החבר סכום כמפורט להלן:  (1) בעד ילד שטרם מלאו לו 4 שנים – שליש משכר המינימום, ובעד ילד מגיל 4 שנים ומעלה – רבע משכר המינימום, ובלבד שבעד כל ילד יעביר הקיבוץ סכום זה לחבר אחד בלבד;  (2) בעד ילדיו של הורה יחיד יוגדלו השיעורים שבפסקה (1) ב-50%;  (3) בעד ילד שרק אחד מהוריו חבר, זכאי ההורה החבר רק למחצית מהשיעורים הקבועים בפסקה (1).  (ד) הקיבוץ רשאי לנכות מהסכומים הקבועים בתקנות משנה (א) ו-(ג) כל סכום שנצבר על שם החבר או שהוא זכאי לו או שהוא מקבל כגמלה או כתשלום אחר בעל אופי פנסיוני ולמעט קצבאות הביטוח הלאומי.  (ה) הבטחת הספקת המחיה של חבר בגיל הפרישה יכול שתותנה בגילוי נאות של הסכומים האמורים בתקנת משנה (ד).  (ו) בלי לגרוע מחובת הקיבוץ לשלם את הסכומים האמורים בתקנת משנה (ג), רשאי הקיבוץ לשלם לחבריו שבגין הפרישה גמלה בסכום גבוה יותר מסכום הגמלה הפנסיונית, ובלבד שכל סכום המשולם מעבר לסכום הגמלה הפנסיונית יהיה לפי הוותק הפנסיוני, כהגדרתו בתוספת הראשונה לתקנות האגודות השיתופיות (חברות), התשל"ג-1973; הוראות תקנת משנה זו לא תגרע מכל סכום שחבר כאמור היה זכאי לו, מעבר לסכום הגמלה הפנסיונית, מכוח החלטה או התחייבות של הקיבוץ שהיו בתוקף לפני תחילתן של תקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש)(תיקון), התשע"ה-2015. |

13.אין מחלוקת בין הצדדים בענין זכאותו של התובע להספקת צרכיו בגיל פרישה כאמור בתקנה 3 המצוטטת לעיל. הצדדים חלוקים בשאלה האם התובע מקבל סכומי "גמלה או בתשלום אחר בעל אופי פנסיוני", שאינם בגדר "קצבאות הביטוח הלאומי", ואשר ניתנים לניכוי מהספקת הצרכים (להלן: סכום הניתן לניכוי), אם לאו. ובמסגרת זו, הם חלוקים אף בשאלה על כתפיו של איזה צד רובץ הנטל להוכיח שהרנטה שמקבל התובע משלטונות גרמניה (או חלקה) מהווה סכום הניתן לניכוי.

14.על מי הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי (או העדרו) לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות ההדדית? מדובר בענייננו בעילה לקבלת כספים (או שווה כסף) מכוח סעיף חקיקה. האם התובע הוא בגדר "המוציא מחברו" שעליו הנטל להוכיח את כל היסודות (החיוביים והשליליים) של עילתו, לרבות העדר סכום הניתן לניכוי? או שמא הנטל שעל התובע להרים הוא זכאותו להספקת הצרכים לפי תקנה 3(א) לתקנה, המהווה הכלל, ואילו תקנה 3(ד) בענין סכום הניתן לניכוי מהווה חריג, שהנטל להוכיחו על הנתבעת? (לחלוקת הנטלים בענין הכלל והחריג בעילה מכוח סעיף חקיקה ראו ע"א 210/88 החברה להפצץ פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 643 (1992) (בענין סעיפים 197 -200 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 352 ליד האות ד' (2000); קדמי בע' 1725. קדמי כותב כי "יסודותיה של 'עילת התביעה'... הם התנאים הקבועים בדין לקבלת הסעד מכוחה; ואילו 'טענת הגנה', משמעה – טענה הפוטרת את הנתבע מן החיוב נושא התביעה" (שם, ע' 1730). האם העדרו של סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) הוא תנאי בדין לזכותו של התובע לקבל אותו חלק של הספקת הצרכים, שאותו הוא תובע מהנתבעת; או, שמא, קיומו של סכום הניתן לניכוי מהווה טענת הגנה של הנתבעת לשם קבלת פטור מן החיוב מושא התביעה (או מחלקו)?

15.דוקו: אף כאשר מדובר בחקיקה סוציאלית שעניינה הבטחת רף בסיסי של הכנסה באמצעות תשלום רווחה, חקיקה עשויה להטיל נטלי הוכחה על הגוף המשלם את תשלום הרווחה, אך היא עשויה להטיל נטלי הוכחה גם על האזרח המקבל את תשלום הרווחה. טולו את הדיון בסעיף 9א לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1981, ב-בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (28.2.2012). סעיף 9א לחוק הבטחת הכנסה כנוסחו דאז, יחד עם סעיף 5(ב) לאותו חוק, הביאו לכך שאדם שבבעלותו או בשימושו רכב, נשללה ממנו גמלת הבטחת הכנסה. הוראת החוק הרלוונטית בוטלה בידי בית המשפט העליון בפסק דינו, כבלתי חוקתית. במסגרת פסק הדין הועלתה, כאמצעי שפגיעתו פחותה, "...קביעה של חזקה לא חלוטה, המעבירה את נטל ההוכחה לתובע הגמלה, להוכיח את אופיו המדויק של השימוש שהוא עושה ברכב" (פס' 67 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ד' ביניש; ראו גם הערתה של כבוד השופטת מ' נאור לפיה "יתכן והפתרון הוא בהפיכת הנטל...").

16. עסקינן בפרשנות חקיקה (חקיקת משנה). הפרשנות בשיטתנו המשפטית היא, פרשנות תכליתית. על מנת להשיב על השאלה על מי חל הנטל בענין סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות ההדדית מסכום צרכי חבר בגיל פרישה, עלינו לעמוד על תכליתה של אותה תקנה. וכבר כאן תירשם 'הערת אזהרה': הגדרת תכליתה של הוראת חקיקה ברמות הפשטה שונות, עשויה להניב תוצאות שונות. דברים אלה, אשר אמנם נכתבו בהקשר של תחום משפטי שונה מזה שבו עסקינן באופן ישיר בענייננו (דיני המידתיות בדיני חוקה), מחדדים כיצד הגדרת תכלית החוק ברמות הפשטה שונות עשויה להניב תוצאה שונה:

"דוגמה לכך עשויה לשמש פרשת Manamela [ההפניה כאן ל- Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations,* *in* Constitutional Law of South Africa, Chapter 34, 87 (Stuart Woolman et al. eds., 2006)]. באותה פרשה דן בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בחוקתיותו של חוק שקבע כי מי שרכש רכוש גנוב, עליו הנטל להוכיח שהיה לו יסוד סביר להניח שהרכוש אינו גנוב. בית המשפט נחלק בדעתו: הרוב סבר שהחוק אינו חוקתי משום שאין הוא מקיים את מבחן הצורך. המיעוט סבר שמבחן הצורך מתקיים. וולמן (Woolman) ובוטה (Botha) הסבירו שוני זה על בסיס תפיסה שונה של תכלית החוק. על פי גישתם, דעת הרוב הגדירה את מטרת החוק ברמת הפשטה גבוהה, שלפיה החוק ביקש לקבוע אמצעים שיפגעו בשוק הסחורות הגנובות. על בסיס מטרה זו נקבע כי ניתן להגשימה על ידי אמצעי הפוגע בזכות במידה פחותה – ואז תחול החזקה רק לעניין חפצים גנובים יקרי ערך. דעת המיעוט ראתה את מטרת החוק כהזהרה של הציבור שלא להשתתף בשוק החפצים הגנובים. לשם הגשמתה של מטרה זו היה צורך באמצעי שקבע המחוקק. אמצעי פוגעני פחות לא יגשים מטרה זו" אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 410 (2010)).

אכן, הגדרת תכליתה של הוראת חקיקה ברמות הפשטה שונות עשויה להניב תוצאה שונה. ניישם זאת בענייננו: האם תכליתה של תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית היא הספקת צרכי החבר בגיל פרישה, תכלית המצביעה לכיוון הטלת הסיכון (הטלת נטל ההוכחה) בענין קיומו של סכום הניתן לניכוי על הקיבוץ הנתבע? האם תכליתה של התקנה היא תכלית ברמת הפשטה אחרת – תכלית בדבר הספקה רק של אותם צרכים של החבר בגיל פרישה אשר אינן מכוסים בידי סכום הניתן לניכוי, תכלית המצביעה לכיוון הטלת נטל ההוכחה בענין העדרו של סכום הניתן לניכוי על חבר הקיבוץ התובע? ואולי מדובר בתכלית ברמת הפשטה שלישית, בענין הספקת מלוא צרכיו של החבר בגיל פרישה תוך מניעת כפל-הספקה בכל הנוגע לסכום הניתן לניכוי, המצביעה אולי שוב לכיוון הטלת נטל ההוכחה בענין סכום הניתן לניכוי על הקיבוץ הנתבע?

**לשון**

17.בשיטתנו הפרשנית, נקודת המוצא בחשיפת תכליתה של הוראת חקיקה היא לשונה. אציין תחילה, כי לשונה של תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית סובלת פרשנות המטילה את הנטל בענין סכום הניתן לניכוי על כתפי התובע, וגם פרשנות המטילה אותו על כתפי הקיבוץ. עם זאת, וכפי שאבאר, דומני כי לשונה של תקנה 3 מצביעה יותר לכיוון הטלת נטל ההוכחה בענין סכום הניתן לניכוי על כתפי הנתבעת:

א.המבנה הלשוני של התקנה אינו מבנה המגדיר, מלכתחילה, את הזכות של החבר בגיל פרישה כזכות לסכום אשר אינו כולל סכום גמלה או תשלום אחר בעל אופי פנסיוני. המבנה הלשוני של התקנה הוא כזה, שבתקנה 3(א) נקבע כי הקיבוץ יבטיח את הספקת צורכי חבריו שבגיל פרישה בסכום המלא הנקבע שם, ורק בתקנת-משנה נפרדת, תקנה 3(ד), מוסדרת אפשרות לנכות מסכום זה.

ב.הספקת הצרכים בתקנה 3(א) מוגדרת כך שערכם הכולל "לא יפחת" מגובה הסכום הנקבע בה. אף נתון זה מצביע על כך שהנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) רובץ על כתפי הקיבוץ.

ג.בתקנה 3(ד) עצמה, הלשון אינה לשון שאולי ניתן לראות אותה כלשון ניטרלית בענין נטל הוכחה כגון "על-אף האמור בתקנה 3(א), ערך הספקת הצרכים לחבר לא יכלול" סכום גמלה או תשלום אחר בעל אופי פנסיוני. הלשון הננקטת היא לשון של ניכוי. קרי, הספקת הצרכים דווקא כוללת את מלוא הערך המוגדר בתקנה 3(א), ואילו הקיבוץ רשאי "לנכות" ממנו סכום הניתן לניכוי.

ד.בתקנה 3(ד) לא נקבע כי סכום הניתן לניכוי "ינוכה", אלא – שהקיבוץ "רשאי" לנכות. זהו נתון פרשני המחזק את המסקנה לפיה הכלל הוא הספקת מלוא ערך הצרכים כאמור בתקנה 3(א), ואילו ניכוי – אם הקיבוץ בכלל יבחר להפעיל אותו – מהווה חריג.

ה.תקנה אחרת בתקנות הערבות ההדדית – תקנה 2 להן -- מסדירה "הספקת צורכי החברים בגיל העבודה". באותה תקנה נקבע כי הקיבוץ "ישלים" את הספקת צורכי חבריו בגיל העבודה. זהו נוסח המגדיר, מלכתחילה, את זכות החבר בגיל העבודה לא כזכות להספקת כל צרכיו אלא, זכות להשלמת צרכיו, המותנית בין היתר במיצוי יכולת ההשתכרות (תקנה 2(ד)(4)). בענין החבר בגיל פרישה לעומת זאת, תקנה 3(א) בענייננו קובעת כי הקיבוץ "יבטיח" את הספקת צורכיו. אף הבדל זה בין "הבטחה" ו"השלמה" מצביע על הטלת הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי מהסכום המגיע לחבר בגיל פרישה על הקיבוץ (ראו גם תקנה 4 לתקנות בענין בעלי צרכים מיוחדים, לגביהם נקבע, בשונה מלשון "ישלים" בנוגע לחברים בגיל העבודה, כי הקיבוץ "יספק" את הצרכים המיוחדים של אותם חברים והתלויים בהם).

ו.הקיבוץ אינו רשאי לפי תקנה 3(ד) לנכות מסכום הספקת הצרכים כל כסף או נכס של החבר או אשר מגיע לחבר, אלא, אך "סכום שנצבר על שם החבר או שהוא זכאי לו או שהוא מקבל כגמלה או כתשלום אחר בעל אופי פנסיוני ולמעט קצבאות הביטוח הלאומי". ודוק: החלופות בענין "סכום שנצבר", סכום שהחבר "זכאי לו" וסכום "שהוא מקבל כגמלה או כתשלום אחר", שייכות כולן לכסף שהוא "בעל אופי פנסיוני". שכן, אם הכוונה היתה לרשות לנכות כל סכום של החבר או המגיע לחבר, גם שאינו בעל אופי פנסיוני, לא היה כל צורך לפרט סכום "שהוא מקבל כגמלה או כתשלום אחר בעל אופי פנסיוני". שכן, כזה נבלע ממילא בתוך הגדרה של "כל סכום שנצבר על שם החבר או שהוא זכאי לו", ואילו חזקה שהמחוקק (ומחוקק המשנה) אינו משחית מילותיו לריק. הגבלת הניכוי לסכומים בעלי אופי פנסיוני מצביעה על כך, שתכלית תקנה 3 אינה הגבלת הסכומים שבאמצעותם מתקיים החבר בגיל פרישה לסכום הספקת הצרכים הקבועה בתקנות בכל מקרה. שכן, אם לחבר בגיל פרישה כספים רבים אחרים שאינם ניתנים לניכוי, הוא יהנה גם מהם. אי-הגבלת הסכומים שמהם יתקיים החבר בגיל פרישה לסכום שבתקנות, אף היא נתון פרשני המצביע על כך שניכוי סכומים בעלי אופי פנסיוני – לצד אי-ניכוי כספים אחרים העומדים לרשות החבר בגיל פרישה אם עומדים – הוא בגדר חריג.

ז.תקנה 3(ה), לפיה "הבטחת הספקת המחיה של חבר בגיל הפרישה יכול שתותנה בגילוי נאות של הסכומים האמורים בתקנת משנה (ד)", מצביעה אף היא לכיוון הטלת נטל ההוכחה בענין קיומו של סכום הניתן לניכוי על הקיבוץ. שכן, לא נקבע בתקנה 3 כי הבטחת הספקת המחיה של חבר בגיל פרישה "מותנית" בגילוי נאות, אלא רק ש"יכול ותותנה". בבררת המחדל העולה מן האמור היא, אי-התניית הספקת המחיה בגילוי הנאות. בררת-מחדל זו, מצביעה אף היא על כך שהספקת הצרכים היא הכלל, ואילו ניכוי הוא החריג. בררת-מחדל זו אף מחזקת את המסקנה לפיה ההגדרה הבסיסית של זכותו של החבר בגיל פרישה לפי התקנות (להבדיל מהגדרת האפשרות לנכות מהזכות) אינה "השלמת" צורכי מחייה; ואינה סכום הצרכים הקבוע בתקנה 3(א) למעט סכומים בעלי אופי פנסיוני ממקור אחר, אלא – מלוא סכום הצרכים הקבוע שם.

ח.תקנה 3(ו) לתקנות, בענין רשות לקיבוץ לשלם לחבריו שבגיל הפרישה גמלה בסכום גבוה יותר מסכום הגמלה הפנסיונית, לא היתה בתוקף במועדים מושא התביעה. אציין אגב, כי אף תקנת-משנה זו תומכת בהטלת הנטל להוכחת סכום הניתן לניכוי על כתפי הקיבוץ. העובדה שבנוגע לזכות הנקבעת בתקנה עצמה – הספקת צורכי החבר בגיל פרישה (להבדיל מניכוי ממנה) – הקיבוץ רשאי להגדילה אך לא להפחיתה, מצביעה אף היא על תכלית דומיננטית בדבר הבטחת הספקת הצרכים בשיעור הקבוע בתקנה, להבדיל מתכלית דומיננטית בדבר וידוא שלא יבוצע תשלום ביתר לחבר בגיל פרישה. כן תומכת תקנת-משנה זו, בענין זכות הקיבוץ להגדיל את הסכום הבסיסי המסופק לחבר בגיל פרישה (אך לא להקטינו), בפרשנות הקובעת נטל המעדיף טעויות שבתשלום-יתר לחבר בגיל פרישה על פני טעויות שבתשלום-חסר לחבר בגיל פרישה.

18.עינינו הרואות כי לשונה של תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית נוטה לפרשנות לפיה הנטל להוכחת קיומו של סכום הניתן לניכוי מערך הספקת צורכי החיים של חבר בגיל הפנסיה בקיבוץ המתחדש, רובץ על כתפי הקיבוץ. "ראש וראשון למקורות [תכלית החקיקה] הוא לשון החקיקה" ((אהרן ברק פרשנות במשפט - כרך שני פרשנות החקיקה 296 (1993) (להלן: ברק). "...פרשן תכליתי רשאי להניח – על בסיס חזקה משפטית – כי התכלית העולה מלשון החקיקה היא תכליתו של החוק" (שם, בע' 299). "'החזקה (הפרזומציה) הינה כי תכליתה של הנורמה מבוטאת בלשונה הטבעית והרגילה' (אהרן וברק פרשנות תכליתית במשפט 150 (התשס"ג-2003)" (רע"ב 328/15 זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 5 לפסק דינו של כבוד השופט נ' הנדל (3.12.2015).

**תכלית סובייקטיבית**

19.תקנות הערבות הדדית הותקנו בעקבות מסקנות דו"ח ציבורי – דין וחשבון בעניין הקיבוצים (בענין דינים וחשבונות של ועדות ציבוריות כמקור לתכלית הסובייקטיבית של החקיקה ראו ברק, בע' 367). עיון במסקנות הוועדה בנוגע לנושא הערבות ההדדית מעלה, כי המטרה העיקרית שעמדה בראש מעייניה לא היתה מניעת כפל-תשלום, אלא – הבטחת מעין "פנסיה" מינימאלית לחבר בגיל פרישה:

"סיכום המלצות 6: הערבות ההדדית

...

(ב) יש לקבוע סכום מינימום בכסף או בשירותים, כגון: שכר מינימום לפחות לאנשים בגיל העבודה אשר ממצים את יכולת העבודה שלהם, פנסיה בגובה שלא תפחת מהקצבה לפי כללי העזיבה (אליה תתווסף קיצבת הזקנה של הביטוח הלאומי), ביטוח בריאות (ודאגה לצרכים בריאותיים) וכיוצ"ב..."

תקנות הערבות ההדדית הותקנו בעקבות המלצות הוועדה (ראו אורי פנסירר "גמלת פנסיה בקיבוץ המתחדש" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 17.5.2012), אשר אומצו בידי הממשלה (החלטת ממשלה 1736 (28.3.2004)). ראו צפריר בן אור "הקיבוץ המתחדש כארגון רווחה – היום שאחרי שינוי אורחות החיים" מקרקעין ט/2 64, 66 (מרץ 2010) . עיון בהחלטת הממשלה מעלה כי אכן, המלצות הדו"ח אומצו כפי שהן:

"מחליטים...

...

2. להטיל על שר התעשיה , המסחר והתעסוקה לפעול במסגרת סמכותו ליישום של המלצות הועדה, לרבות בדרך של תיקון תקנות האגודות השיתופיות ותיקון הגדרת ה'קיבוץ', כך שתכלול במקום הסיווג 'קיבוץ', שני סיווגים נפרדים: 'קיבוץ שיתופי' ו-'קיבוץ מתחדש', וזאת בהתאם לנוסח המוצע על-ידי הועדה ופורטו בדו"ח הועדה, ובשים-לב לעקרונות היסוד שהציעה בנוגע להתייחסות לשינויים בקיבוצים...".

עינינו הרואות, שגם בהחלטת הממשלה אומץ הדו"ח הציבורי כפי שהוא, לרבות קביעת פנסיה שלא תפחת מסכום נתון. החלטת הממשלה לא ערכה שינוי בתכלית הדומיננטית העולה מהדו"ח הציבורי בכל הנוגע לפנסיה, או שינתה את התכלית לתכלית דומיננטית בדבר שמירה על קופת הכלל בקיבוץ להבדיל מתכלית דומיננטית בדבר הבטחת "פנסיה" "שלא תפחת" מסכום מסוים.

20.יפים לענייננו דבריו של ברק בענין משקלו של דו"ח ציבורי בהיסטוריה החקיקתית במסגרת פרשנות תכליתית:

"אכן, לא פעם נזקקו בתי המשפט בישראל, שעה שביקשו לעמוד על תכליתה של החקיקה, לעיון בדינים וחשבונות של ועדות ציבוריות ובחומר אחר שעמד לנגד עיני המחוקק. חומר זה הוא עזר רב לשופט המבקש לגבש את תכליתה של החקיקה. מתוך עיון בניתוחה של הוועדה הציבורית עומד המחוקק על הבעיות והקשיים – החברתיים והמשפטיים – שגרם הדין הישן ועל הצורך בשינויו. עד כמה שניתוחה של הוועדה הציבורית עמד לנגד עיני המחוקק, יש בו לסייע באיתור התקלה שבדין הישן ובגיבוש תכליתה של החקיקה החדשה...." (ברק, ע' 368).

21.ראינו, כי בנוסף ללשון תקנות הערבות ההדדית, גם התכלית הסובייקטיבית מצביעה לכיוון הטלת הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי, מסכום הבטחת צרכיו של החבר בגיל פרישה, על הקיבוץ.

**תכלית אובייקטיבית**

22.אחת מחזקות-התכלית בדבר התכלית האובייטקיבית של החקיקה היא חזקת-התכלית לפיה תכלית החקיקה עולה מלשונה (ברק, בע' 584). איש מהצדדים לא טען בפני כי חקיקת משנה המבקשת להטיל את הנטל בדבר קיומו של סכום הניתן לניכוי מהבטחת צורכי חבר קיבוץ מתחדש בגיל פרישה עומדת בניגוד לחזקות-תכלית אובייקטיבית אחרות. אציין, בענין חזקות-התכלית בדבר הגינות ותום לב (ברק, בע' 549), כי לא מצאתי כי הטלת נטל הוכחת סכום הניתן לניכוי על כתפי הקיבוץ עומדת בסתירה לחזקות-תכלית אלו. שכן, בהטלת הנטל להוכחת סכום הניתן לניכוי על הקיבוץ, אין כדי לפטור את החבר בגיל פרישה מלפעול ביחסיו מולו בהגינות ובתום לב. אדרבה: ראינו שתקנה 3 מושא ענייננו עצמה קובעת, בתקנה 3(ה), כי הבטחת הספקת המחיה של חבר בגיל הפרישה יכול שתותנה בגילוי נאות של סכומים הניתנים לניכוי. הטלת הנטל להוכחת סכום הניתן לניכוי על הקיבוץ אינה פוטרת את החבר בגיל פרישה מלנהוג בתום לב ובהגינות כלפי הקיבוץ. הטלת הנטל בענין סכום הניתן לניכוי על כתפי הקיבוץ אינה אלא כלל לשם הכרעה, כאשר איש מהצדדים לא הביא לבית המשפט ראיות של ממש שיש בהן כדי להוכיח את גרסתו בשאלת קיומו או אי-קיומו של סכום הניתן לניכוי או בענין שיעורו.

**סיכום בענין פרשנות תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית**

23.ראינו לעיל, כי לשון, תכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית מצביעות כאחת על פרשנות של תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית, על-פיה הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי מהבטחת צורכי החבר בגיל פרישה, רובץ על כתפי הקיבוץ.

**מודל התחדשות [רשת ביטחון] קיבוץ כפר הנשיא אפריל 2004**

24.הנתבעת הסתמכה, בענין הלקיחה בחשבון של הרנטה של התובע מרגמניה במסגרת חישוב סכום הצרכים המגיע לתובע, על "מודל התחדשות [רשת בטחון] קיבוץ כפר הנשיא אפריל 2004", אשר נתקבלה בידי האסיפה הכללית של הקיבוץ (ראו סעיף 5 לתצהירו של מר אלי בן עמי, במסגרת תצהירי העדות הראשית שהגישה הנתבעת בשלב הראשון של בירור תביעה זו, ביום 27.3.2016, ונספח א' שאליו מפנה מר בן עמי באותו סעיף). הפרק במודל בדבר "רשת ביטחון לפנסיונרים" קובע כי הקהילה תשלם לפנסיונרים "חלף פנסיה" בסכום מסוים, כאשר –

"חלף פנסיה מורכב מהכנסות חבר-פנסיונר המחושבות כחלק ממנה ומהשלמה שהקיבוץ יעביר לסכום הנ"ל.

אם סך כל הכנסות של החבר הפנסיונר (רנטות, קצבאות זקנה, קצבאות שארים, פנסיות מעבודת חוץ וגמלאות שונות הקשורות בעבודה) יהיה נמוך מחלף פנסיה הנ"ל, הקהילה תשלים עד לגובה סכום חלף פנסיה.

...

רנטות – הגדרה: 'הכספים המגיעים מחו"ל שמקורם בתכניות הפנסיה, אשר הקבוץ קנה לפני שנים רבות עבור חברים יוצאי גרמניה['].

הרנטות יהוו חלק מחלף פנסיה. הן נחשבות כמרכיב בשכר לצורך חלף פנסיה אך מקבלות הנחה בהיטל הפרוגרסיבי, בשיעור של 10% מהרנטה" (הדגשה הוסרה).

בכתב ההגנה טען הקיבוץ כי המודל התקבל בשנת 2004 (פס' 13); תקנות הערבות ההדדית הותקנו לאחר מכן, בשנת 2005. הצדדים לא חידדו האם סכום "חלף הפנסיה" במודל היה, או הינו, זהה לערך צרכי החבר בגיל פרישה שהיה על הקיבוץ לספק לפי תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית שהותקנו לאחר מכן (בין כפי נוסחה המקורי של תקנה 3 בין כפי נוסחה בתיקון משנת תשס"ט). כך או כך אבהיר, כי מבנה המודל שונה ממבנה הוראת תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית. ראינו לעיל, למשל, כי בשונה מצרכיו של חבר בקיבוץ מתחדש בגיל העבודה, אותם "משלים" הקיבוץ, מנגנון תקנה 3 לתקנות בענין חבר בגיל פרישה הוא מנגנון לפיו הקיבוץ "מבטיח" את צרכיו של החבר (לצד זכות הקיבוץ לנכות סכום הניתן לניכוי). ראינו לעיל, כי בשונה מהמצוטט לעיל מתוך המודל שאימץ לעצמו הקיבוץ, נקודת המוצא בתקנה 3 המחייבת את הקיבוץ, בענין חבר בגיל פרישה, אינה מניית מקורות הכנסתו והשלמתה במידת הצורך. נקודת המוצא לפי תקנה 3 היא שהקיבוץ "יבטיח" את צרכי החבר בגיל הפנסיה במלוא הסכום הקבוע שם, והקיבוץ רשאי לנכות ממנו סכום הניתן לניכוי. ובהתאם למסקנה אליה הגעתי לעיל, הנטל להוכיח קיומו של סכום הניתן לניכוי רובץ על כתפי הקיבוץ. ברי כי ככל שהחלטת האסיפה של האגודה מביאה לתוצאה הסותרת את תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית, החקיקה גוברת (ראו ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 612 (2002); סמדר אוטולנגי אגודות שיתופיות דין ונוהל כרך א 330 (1995): "מבחינת הפן המהותי יש לבדוק, אם ההחלטה התקבלה בהתאם לפקודה, לתקנותיה ולתקנון האגודה. ברור הדבר, שאסיפה כללית אינה יכולה לקבל ההחלטה המנוגדת למקורות משפטיים אלה"; עיינו גם ב-ת"א (מחוזי נצ') 7960-07-15 יסעור נ' קיבוץ מרחביה, פס' 10 (20.10.2015)).

**תצהירי הצדדים להליך המשלים ומכתבו של עו"ד פפה**

25.כאמור, עם מתן פסק הדין בערעור בענייננו, בו הורה בית המשפט המחוזי על החזרת התיק להמשך דיון בבית משפט זה, קבעתי, כי "מבלי לקבוע מסמרות כעת בשאלת הנטל, מופנית תשומת הלב לכך שצד הנושא בנטל אינו רשאי ליהנות מאי-הבאת ראיה הנמצאת בידי היריב או בשליטתו, ועל הצד שכנגד הנושא בנטל להפעיל את זכויותיו הדיוניות כדי להציגה בעצמו". ואכן, כפי שכבר צוין, הקיבוץ ביקש מבית המשפט, בין היתר, ליתן צו המופנה לכל גורם רלוונטי אשר יאפשר לבאת כוחו לפעול לאיסוף ולהשגת כל מידע הנוגע לזכויות התובע. כפי שצוין לעיל, הוריתי לתובע, בהחלטה מיום 9.6.2017, להעביר לידי הנתבעת ייפוי כוח המייפה את כוחה לבקש ולקבל בשמו מסמכים מרשויות בגרמניה.

26.התובע הגיש תצהירו שלהליך המשלים ביום 2.7.2017. לא מצאתי בו ראיות חדשות ביחס להליך המקורי, שיש בהן כדי להראות שהתובע קיבל רנטה בגין השואה, טרם רכישת הביטוח עבורו מהביטוח הלאומי הגרמני (להבדיל מתשלומי סכומי פיציים חד פעמיים, אשר כבר נזכרו בפסק הדין הראשון).

27.הקיבוץ הגיש את תצהירו להליך המשלים ביום 25.10.2017. המדובר בתצהירה של מי שהיתה עד לאותו שלב באת כוח הקיבוץ, היא עוה"ד ניצן טבנקין (עו"ד טבנקין חדלה החל מאותו שלב מלייצג את הקיבוץ, לאור כלל 36 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986). בתצהירה הצהירה עו"ד טבנקין כי בנסיבות שנוצרו, בהן היא נדרשה לברר על אודות טענות התובע בעצמה, לאיש מנציגי הקיבוץ אין ידיעה טובה משלה באשר לבירורים שביצעה, ועל כן היא זו שנתנה את התצהיר (פס' 3). עו"ד טבנקין מתארת בתצהירה את פניותיה לגורמים שונים בארץ ובגרמניה, לאחר קבלת ייפוי כוח מאת התובע.

28.עו"ד טבנקין הצהירה, כי האגף לקשרי חוץ במוסד לביטוח הלאומי הישראלי מסר כי אין לו כל מידע או אפשרות לסייע לה, והוא הפנה אותה לפקידות נוספות, וכל מי ששוחחה עמה הציעה לפנות במישרין למוסד לביטוח הלאומי הגרמני (פס' 7).

29.עוד הצהירה עו"ד טבנקין, כי פנתה לרשות לזכויות ניצולי שואה, ונציגתה, עו"ד רוית ליברמן מנהלת מחלקת תביעות רשות לזכויות ניצולי שואה, השיבה כי אין כל קשר בין תגמולים חודשיים המשולמים באמצעות מוסדות הפיצויים הגרמניים לבין אלו שמשולמים בגין נזקי בריאות המשולמים ממשרד האוצר של מדינת ישראל ; כן הציעה לפנות ללשכה לפיצויים האישיים או למוסדות הפיצויים בגרמניה (פס'9).

30.בנוסף הצהירה עו"ד טבנקין כי היא פנתה לשגרירות גרמניה, והשיבה לפנייתה גב' אנה אושר. הסתבר לעו"ד טבנקין כי גב' אושר מצויה בפרטי העניין, והיא העבירה לידיה תכתובת הדוא"ל בינה לבין מר עמיאל בן צבי, אשר מייצג את אביו התובע בהליך זה. לדבריה של עו"ד טבנקין, אף גב' אושר הבהירה כי הדרך היחידה לברר את זכויותיו של התובע היא באמצעות פניה למוסד לביטוח הלאומי הגרמני (פס' 12).

31.עו"ד טבנקין הצהירה כי היא פנתה למוסד לביטוח לאומי הגרמני, וביום 18.9.2017 שלחה אליה גב' פיליפן מסמכים מתיקו של התובע במוסד לביטוח לאומי הגרמני. עו"ד טבנקין צירפה מסמכים אלה לתצהירה. מדובר במסמכים בשפה הגרמנית, והקיבוץ לא הגיש תרגומים למסמכים אלה (פס' 13-14, נספח ח' לתצהיר).

32.עו"ד טבנקין עוד הצהירה כי פנתה ללשכה לענייני פיצויים אישיים מחו"ל במשרד האוצר, וגב' עליזה אדלר השיבה לה כי אין באפשרותה לדעת מהם רכיבי הרנטה שמקבל התובע (פס' 16).

33.אחרון, הצהירה עו"ד טבנקין כי פנתה לעו"ד מיכאל פפה בשגרירות גרמניה. לפי הצהרתה של עו"ד טבנקין, עו"ד פפה השיב כי הוא יכול לברר עבור הקיבוץ את זכויות התובע, אך זאת לא בכובעו כקונסול גרמניה, אלא כעורך דין המתמחה בדין הגרמני. הוצהר כי הנתבעת שילמה שכר טרחה לעו"ד פפה, וכי "ביום 16.10.2017 העביר לידי עו"ד פפה חוות דעת מטעמו". מתוארים בתצהיר שלבי תיקון "חוות הדעת" עד לגרסתה הסופית. עו"ד טבנקין הבהירה בתצהירה כי היא מעולם לא שוחחה, לרבות באמצעות אחר, עם עו"ד פפה בכל אמצעי שהו מלבד בדוא"ל, כאשר מלוא התכתובת צורפה לתצהירה.

34.בגרסה הסופית של המסמך שאותו כינתה עו"ד טבנקין "חוות דעת", נכתב כי קיימים מספר סוגים של רנטות: רנטות וכן תשלומים חד פעמיים בגין השואה לפי החוק הגרמני BEG ; "רנטות זקנה/רנטות סוציאליות"; וכן רנטות שואה ממשרד האוצר הישראלי בשל "חוק הנר"ן (נרדפי נאצים)".

35.מובהר במסמך זה, שישנן שתי קבוצות של אנשים שקיבלו "רנטות זקנה/רנטות סוציאליות": ה"ייקים", אשר קיבלו "אינסוף רנטות ותשלומים סוציאליים, כתיקון העוול הנאצי"; וכן ישראלים מכל רקע ומוצא אפשרי אשר נרשמו לתכנית הפנסיה הגרמנית, אליה ניתן היה להירשם לתקופה קצובה וקצרה בתחילת שנות ה-80".

36.בעניינו של התובע במסמך זה צוין "למדנו היטב את כל המסמכים אשר העברת לנו." נקבע במסמך כי התובע זכה לתשלום חד פעמי מתוקף ה-BEG; תשלום רנטת זקנה בזכות העובדה שהוא 'קנה' הזכות לפנסיה גרמנית באמצעות תשלום רטרואקטיבי בסך 23,130 DM. נכתב, כי "כתוצאה מכך בן צבי [התובע] קיבל רנטה חודשית מהרשויות הגרמניות בסך 887.80 DM, נכון לשנת 1988". נכתב "חשוב להדגיש, בן צבי, בדומה לעשרות אלפי ישראלים אחרים, רכש זכויות לפנסיה הגרמנית.... ההליך התאפשר על סמך הסכמים בין ישראל לגרמניה. קניית הזכויות התאפשרה לכל ישראלי החפץ בכך, ללא קשר למוצאו, עברו בשואה וכו'" (הדגשה במקור). עוד צוין במסמך כי "גובה התשלום החודשי אותו מקבל בן צבי במסגרת הפנסיה הגרמנית מלמד אותי כי מדובר ברנטת זקנה. כלומר, זהו תשלום פנסיוני/גרמני שלא גלום בו תשלום אחר כלשהו". עוד צוין כי התובע מקבל קצבת נכות ממשרד האוצר הישראלי לפי חוק נר"ן (נספח יח לתצהיר הנתבעת להליך המשלים).

37.המסמך של עו"ד פפה לא הוכתר "חוות דעת", והוא לא עמד בדרישת הדין לחוות דעת מומחה. שכן, הוא אף לא כלל את ההצהרה לפי סעיף 25(ג) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 לפיה הוראות סעיף 25, על-פיהן חוות דעת דינה כדין עדות בשבועה, ידועות לו.

38.נקבע מועד לשמיעת עדות בהליך המשלים, וביום 8.11.2017 ביקש התובע לזמן את עו"ד פפה לעדות. אילו המסמך של עו"ד פפה היה חוות דעת כדין, ברור היה כי מדובר בעד מטעם הקיבוץ וכי זימון בידי התובע הוא לצורך חקירה נגדית על חוות הדעת. אולם מאחר ולא מדובר היה בחוות דעת כדין, לא היה ברור האם יש לראות בע"ד פפה כעד מטעם הקיבוץ, או שמא התובע יעיד את עו"ד פפה כעד מטעמו. בהחלטה מאותו יום קבעתי:

"מכתבו של עו"ד פפה אינו ערוך כחוות דעת כדין (ראו סעיף 25 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). מכאן ההתייחסות אל עו"ד פפה היא כ[א]ל עד 'רגיל'.

2. מאחר וטרם חלף המועד להגשת בקשה לזימון עדים..., מאחר והנתבעת ולא התובע היא הצד שצירף לתצהירו את מכתבו של עו"ד פפה, וכדי למנוע תקלות הנובעות מאי-הבנה (שכן שני הצדדים התייחסו למכתב כאל 'חוות דעת'), הנני מורה, טרם מתן החלטה בבקשת התובע להעיד את עו"ד פפה, כי הנתבעת תודיע עד מחר 9.11.2017 האם בכוונתה להעיד את עו"ד פפה מטעמה...."

39.בתשובת הקיבוץ למחרת, יום 9.11.2017, טען הקיבוץ כי "אכן, כפי שנקבע בהחלטה – כלל לא מדובר בחוות דעת, כי אם מכתב אשר נשלח לידי עוה"ד ניצן טבנקין, וצורף לתצהירה". נטען, כי "מבחינת הנתבע[ת], מכתבו של עוה"ד פפה מדבר בעד עצמו ואין כל טעם בעדותו לצורך הבהרת הדברים, וככל משמעוניין התובע לזמן לעדות את עוה"ד פפה, מן הראוי כי יישא הוא עצמו בהוצאות עדותו".

40.לאור הבהרה זו מטעם הקיבוץ, נעתרתי לבקשת התובע להעיד את עו"ד פפה כעד מטעמו.

**דיון ההוכחות להליך המשלים**

41.בתצהיר התובע להליך המשלים, הצהיר התובע כי הוא "בן 92 בדעה צלולה וביכולתי לזכור בבירור את מהלך חיי בעבר כולל פרטים לגבי התביעה בתיק זה אותם אני יודע מידיעה אישית". כן הצהיר התובע "...הוכרתי כניצול שואה בשנות ה-50, קיבלתי פיצויים וגם קצבה חודשים [כך] מהביטוח הלאומי הגרמני, כספים שהועברו לקיבוץ בעת שהיה קיבוץ שיתופי ובמשך כ-44 שנים". כן הצהיר התובע כי "... הקצבה החודשית שאני מקבל מגרמניה הינה פיצויים על אובדן משפחתי בשואה".

42.בפתח דיון ההוכחות המשלים, ויתרה הנתבעת על חקירת התובע על תצהירו (פרוטוקול ע' 36 ש' 16).

43.התובע העיד את עו"ד פפה. תחילה חזר עו"ד פפה על העמדה שהביע במכתבו שצורף לתצהירה של עו"ד טבנקין מטעם הקיבוץ, תוך שהוא מציין כי נוכח התשלום הרטרואקטיבי לביטוח הלאומי הגרמני, "זה יכול להיות אך ורק הרנטה הסוציאלית הגרמנית" (ע' 41 ש' 20), שאין לה קשר לשואה (ע' 40 ש' 19-20). כן העיד תחילה מר פפה כי ממסמכים שהוצגו לו עולה כי מדובר "בסיפור קלאסי שאדם קונה זכות רטרואקטיבית" (ע' 41 ש' 26-27).

44. עם זאת, לשאלת בית המשפט – על רקע ההשלמה הנדרשת על-פי פסק הדין של בית המשפט המחוזי – האם ייתכן שלפני רכישת רנטה סוציאלית בתשלום רטרואקטיבי קיבל התובע רנטה בגין השואה, השיב עו"ד פפה "אם מר בן צבי קיבל לפניכן זכות רנטה זו או אחרת, ייתכן" (ע' 41 ש' 31). עו"ד פפה הבהיר תחילה "אני לא רואה דרך[:] עובדה שמדובר בנספח ט' על סכום מסויים כתוצאה ממנו בן צבי יהיה זכאי לקצבה חודשית" (שם, ש' 31-32). אולם לאחר מכן נשאל עו"ד פפה האם ייתכן והגדלת רנטה יכולה להיות על דרך הוספת רנטה סוציאלית לרנטה בגין השואה שהיתה מתקבלת קודם לכן, והוא השיב: "ראיתי אלפי מקרים ולא נתקלתי במקרה כזה, אמנם זה אפשרי אבל שיצביע על מסמך שמראה זאת" (ע' 42 ש' 5-6). בהמשך העיד עו"ד פפה "..אני אומר ביושר אינטלקטונלי שיכול להיות שהיה אצל התובע שילוב בין הדברים, אני לא יכול לשלול זאת, אבל חייב לראות מסמכים" (ע' 43 ש' 1-2).

45.אחת מטענות התובע היא, שגיל הפנסיה לעניין ביטוח פנסיה גרמני הוא 65, ואילו הוא קיבל תשלומי רנטה מגרמניה לפני גיל זה ומכאן, שהוא אכן קיבל רנטה מגרמניה לפני שהחל לקבל כספים מהביטוח שנרכש. התובע הוא יליד 1925. עו"ד פפה אישר בעדותו כי לא ניתן לקבל פנסיה לפני גיל 65 וכי עולה מהמסכמים שהתובע קיבל כספים בשנת 1988 (ע' 43 ש' 20-32), כלומר, לפני שהתובע היה בן 65.

46.בהמשך עדותו של עו"ד פפה, ב"כ התובע הצביע על כך שמספר הזהות המשמש במסמכים בענין הרנטה של התובע הוא מספר הזהות שקיבל התובע כניצול שואה, ועו"ד פפה השיב "אם נכונה העובדה שהמספר שמתסיים ב- בי 043 הוא מספר משנ[ו]ת ה 50 כנראה שלמר בן צבי היתה רנטה והרנטה שנקנתה התווספה לאותה רנטה, אני לא יכול לדעת איזה סוג של רנטה, נבעה מהיותו ייקה. כשמדובר [ב]פיצויים מגרמניה יש להבדלים עצומים בין קבוצת הייקים – יהודי גרמניה, שהיו אזרחיה טרם עליית היטלר לשלטון לבין שאר ניצולי השואה, (שאינם ייקים). שוב, אני לא קיבלתי את התיקים, ייתכן מאוד שמר בן צבי בתור אחד ששיך לקבוצת הייקים, ייתכן שהיתה לו רנטה חודשית לניצול שואה, אני לא יכול לדעת, היה צריך להזמין תיקים מגרמניה כדי להגיש חוו"ד אמיתי[ת]" (ע' 45 ש' 5-10).

47.בהמשך העיד עו"ד פפה, "ייכתן שזה רנטה []סוציאלית []קודמת וייתכן שזה רנטה לניצול שואה שקדמה" (שם, ש' 22-23).

48.בפסק הדין הראשון נדון בין היתר מסמך בו רשום:

"הנידון: רנטה מהביטוח הסוציאלי הגרמני.

שלום רב,

אנו שמחים להודיעך שקבלנו אישור של מוסד הביטוח הגמרני על תשלום רנטה חודשית בגובה של 887.80 מ"ג שתשתלם באופן שוטף מחודש אוקטובר 1988.

כ"כ ישולם תשלום מצטבר של 5,249.10 מ"ג

הוצאות הטיפול שלנו הם ע"ס 7,990.20 מ"ג

..." (ראו נ/6).

בפסק הדין הראשון סברתי, כפי שכבר נזכר, כי "התשלום המצטבר" הוא סכום שהצטבר בביטוח הסוציאלי הגרמני בגין רכישת הפנסיה (לראשונה), עקב חלוף זמן בין תחילת הזכאות בגין התשלום הרטרואקטיבי עבור התובע לבין תחילת התשלום השוטף (ראו פס' 11 לפסק הדין הראשון). בדיון ההוכחות המשלים, כאשר נשאל עו"ד פפה האם ייתכן שהתשלום המצטבר הנזכר היה יתרת רנטה ששולמה על ידי הביטוח הלאומי הגרמני לתובע טרם הגדלת הקצבה החודשית, השיב "ייתכן, אבל אני חייב לראות את התיק" (ע' 46 ש' 27).

49.כאשר סיים ב"כ התובע לחקור את עו"ד פפה, נדחתה בקשתה של עו"ד טבנקין לחזור ולייצג את הקיבוץ לצורך חקירתו הנגדית. ולאחר שניתנה לקיבוץ הזדמנות להפסקה כדי להכין את החקירה הנגדית, ב"כ הנתבעת עו"ד תהילה ללום חקרה את עו"ד פפה בחקירה נגדית.

50.כאשר שאלה ב"כ הקיבוץ את עו"ד פפה מדוע נרשם בתכתובת עם עו"ד טבנקין כי המסמך המועבר על ידי משרדו הוא "חוו"ד", השיב עו"ד פפה "אין לי מושג" (ע' 50 ש' 1). כאשר נשאל אם הבין שהיה צריך לפנות לשלטונות גרמניה הוא השיב כי הוא לא היה יכול לעשות זאת בסד הזמנים שהוקצב לו. כאשר נשאל אם הודיע לעו"ד טבנקין כי הוא לא יכול לעשות זאת, השיב "זה לא מתפקידי, המדהים שהיום ראיתי מסמכים שמעולם לא ראיתי" (ע' 50 ש' 6-7). עו"ד פפה טען כי הוא פנה, בטלפון בבדיקה ראשונית, לרשויות המקומיות אולם הדבר היה לוקח חצי שנה; כן העיד כי עו"ד טבנקין לחצה עליו בגין גילו המופלג של התובע (ע' 50 ש' 8-21). עו"ד פפה העיד כי הוא ראה רק ארבעה מסמכים (נ/6) ולא ראה כלל את קובץ המסמכים מגרמניה שצירפה עו"ד טבנקין לתכתובת הדוא"ל עמו (ע' 50 ש' 32).

51.עם סיום חקירתו של עו"ד פפה, ביקשה ב"כ הקיבוץ עו"ד ללום למחוק את מכתבו של עו"ד פפה, אותו כאמור הגיש הקיבוץ תחילה כנספח לתצהיר העדות הראשית מטעם הקיבוץ (בהליך המשלים), טרם זומן עו"ד פפה כעד מטעם התובע. ב"כ הקיבוץ טענה כי היא סברה שמכתבו של עו"ד פפה "אמור להיות חוו"ד לא חוו"ד ולא ניתן להסתמך עליו מאחר והוא לא ב[]דק את כלל המסמכים שהצלחנו לאתר" (ע' 51 ש' 11-12). בשלב זה פנה בית המשפט לצדדים בדברים אלה:

"זה הליך [בסדר דין מהיר משנת] 2015 וזכותו של התובע לצדק מהיר ככל האפשר גם בגין [גילו ה]מופלג עד מאד. יש שאלה של נטל בתיק הזה. אני מעוניין לשמוע מהצדדים [ה]אם [הם] מעוניינים, ביהמ"ש לא לוחץ בשום כיוון... להזמין את חוות הדעת המעמיקה הזו ולשלם עליה, גם אם יקח יותר מחצי שנה כדי לקבל תמונה מלאה" (ע' 51 ש' 14-17).

הצעה זו לא פגשה בהסכמה הדדית של הצדדים (התובע התנגד לה). העדה בהליך המשלים מטעם הנתבעת, עוה"ד טבנקין, העידה בין היתר כי "היום התח[וו]ר לי שלא רק שעו"ד פפה לא ביצע שום בדיקה עצמאית, לא עדכן אותי לגבי כך, והוא אפילו לא ביקש ממני להוסיף מסמכים הוא פשוט כתב חוו"ד וכיום הוא מתנער ממנה וקורא לה מכתב מבלי לעדכן אותי שמדובר במסמך הערוך על בסיס 3-4 מסמכים בלבד, בלי שהוא מעדכין שהוא חורץ עמדה שאין לו בסיס לקבוע אותה..." (ע' 54 ש' 13-17).

52.לאחר עדותה, עו"ד טבנקין, אשר כאמור חדלה לייצג את הקיבוץ על רקע כלל 36 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), ביקשה לשוב ולייצג את הקיבוץ. בקשתה נדחתה (ע' 55). בשלב זה ב"כ הקיבוץ עו"ד ללום ביקשה "שימונה מומחה נוכח הכשלון המוחץ של עו"ד פפה, מבקשים שימונה מומחה מטעם בית המשפט [כ]שעלויות ישא בהם התובע, שיעשה בדיקה נוכח כל המסמכים" (ע' 56). התובע התנגד להצעה זו. התובע טען כי נטל ההוכחה על הנתבעת, וכי

"היא אמורה להציג את המסמכים שהיא קנתה פנסיה לתובע, ועל כך אין ויכוח וכן לא הציגו את המסמכים [נ]יתנו להם ארכות רבות להגיש מסמכים, לא יכולים להגיש תצהיר של חבר אחד שיכול לבוא ולהעיד שקנו לו פנסיה, התיק אמור להיות מוחלט ואי אפשר למשוך את התובע שהוא בן 93 הוא כבר סיעודי, רמת היכולת שלו ירודה, והוא באמת במצב שזמנו קצוב. ואנ[ו] צריכים לסיים".

ב"כ הנתבעת טענה:

"יש החלטה מבימ"ש מחוזי אשר הטילה לבצע את הבדיקה על התובע, בכל תיק אזרחי יש נטל הוכחה על התובע, בימ"ש ממנה מומחים כדי להכריע בשאלה, הבדיקה לא נעשתה כאן בצורה ברורה, ומכאן באה הבקשה שלנו".

בקשת הנתבעת למנות מומחה מטעם בית המשפט נדחתה, בהחלטה כדלקמן:

"1.בפסק דין מיום 14.3.2017 בע"א 55890-09-16 הורה בית המשפט המחוזי לבית משפט זה להשלים את מלאכתו, בכך שלעניין השאלה אם התובע קיבל רנטה טרם הרנטה שנרכשה מהביטוח הלאומי הגרמני, יאפשר לבעלי הדין להביא את ראיותיהם.

2.במסגרת תצהירי העדות הראשית שהגישה הנתבעת בבית משפט זה בעקבות אותו פסק דין, היא צירפה מסמך של עו"ד פפה שהיא כינתה 'חוות דעת'. בהחלטה מיום 8.11.2017 עמדתי על כך שמכתבו של עו"ד פפה אינו ערוך כחוות דעת כדין תוך שהפניתי לסעיף 25 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א – 1971. ועל כן, ההתייחסות אל עו"ד פפה כעד 'רגיל'.

3.היום, לאחר שהושלמו חקירות העדים מושא התצהירים המשלימים של הצדדים, מבקשת הנתבעת מבית המשפט למנות מומחה מטעם בית המשפט.

4.אני דוחה את הבקשה.

5.הצד המיוצג בידי עו"ד בתיק זה, הוא הנתבעת, אשר חזקה עליה שהיא מכירה את הדין על פיו, צד המעוניין בהגשת חוות דעת מטעם בית המשפט חייב ראשית כל, להגיש חוות דעת כדין מטעמו. בנסיבות כאלה, אם הצד שכנגד מגיש חוות דעת משלו, שוקל בית המשפט מינוי מומחה מטעם בית המשפט.

6.כפי שכבר ראו עינינו לעיל, המסמך של עו"ד פפה לא היה חוות דעת כדין. וממילא לא הוגשה חוות דעת נגדית. לכן, אין מקום למינוי מומחה מטעם בית המשפט.

7.אוסיף, כי בעניין זה אין לנתבעת להלין אלא על עצמה. שכן, לא זו בלבד שהיא מיוצגת על ידי משרד עורכי דין המוחזק כמכיר את הדין בעניין זה; כאמור בית המשפט העמיד אותה מפורשות על כך שהמסמך שהגישה עם תצהיר העדות הראשית שלה אינו חוות דעת, וזאת לפני כחודש וחצי. הנתבעת לא הגישה כל בקשה להגיש חוות דעת מתוקנת אשר עומדת בדרישות הדין, המתוק[נת] באופן אשר יהפוך אותה לחוות דעת כדין.

8.הנתבעת טוענת כי בית המשפט המחוזי קבע קביעות בעניין הנטל. בין אם קבע כך ובין אם לאו (ולא אביע את עמדתי בשאלה זו כאן), ככל שהנתבעת הייתה מעוניינת בחוו"ד כלשהי, לא כל שכן חוו"ד מטעם בית המשפט, היה עליה להגיש תחילה חוו"ד מטעמה הערוכה כדין.

..."

**הכרעה**

53.בפסק הדין הראשון בהליך זה, קבעתי כי התובע לא קיבל רנטה לפני שהנתבעת רכשה את הביטוח הפנסיוני עבורו. בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בערעור, נקבע כי לא היה לקביעה זו בסיס הולם. קבעתי לעיל, כי הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות ההדדית, מסכום צרכי החבר בגיל פרישה, רובץ על כתפי הקיבוץ. אפרט להלן את מסקנתי לפיה, בהליך משלים זה, לא הטה הקיבוץ את מאזן ההסתברויות בניסיונו להראות כי הרנטה כולה היא כספי הביטוח שנרכש. הקיבוץ אף לא הוכיח סכום מסוים כלשהו, מתוך הרנטה שמקבל התובע מגרמניה, השייך דווקא לביטוח שנרכש.

54.הקיבוץ טען בסיכומיו לראיה מכרעת המוכיחה כי במעמד רכישת הביטוח הפנסיוני לא הוגדלה לתובע רנטה קיימת, אלא נרכשה עבור התובע, לראשונה, רנטה. מדובר במכתב של עוה"ד רוית ליברמן, מנהלת מחלקת תביעות ברשות לזכויות ניצולי שואה במשרד האוצר, בו נקבע כי אין כל אפשרות מעשית לכך שהרנטה כוללת גם רכיב שאיננו פניסוני (נספח ג' לתצהירה של עו"ד טבנקין). הטענה נדחית.

ראשית, מקובלת עלי טענת התובע בסיכומי התשובה לפיה לא נכתב דבר כזה. המכתב הנזכר עוסק ב"תגמולים לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957", ונכתב בו כי לתגמולים חודשיים לפי אותו חוק אין קשר לקצבאות המשולמות באמצעות מוסדות הפיצויים הגרמניים, "בין אם בגין רנטה סוציאלית או כל רטנה חודשית אחרת". לא נכתב במכתב זה שביטוח פנסיוני ורנטה בגין השואה אינם יכולים להיות משולמים יחד.

שנית, הנתבעת לא הביאה לעדות את עו"ד ליברמן, הנחזית ככותבת המכתב.

שלישית, התובע כן הביא לעדות את עו"ד פפה, אשר העיד, כאמור לעיל, כי דווקא ייתכן שעולה מהמסמכים בענין רכישת הביטוח הפנסיוני כי מדובר בהגדלה של רנטה בגין השואה שהיתה משולמת לתובע קודם לכן.

55.הקיבוץ טוען כי העובדה שהתובע מקבל קצבאות לפי חוק נכי רדיפות הנאצים הוסתרה בידי התובע, כי "עצם קיומה שולל לחלוטין את כלל טענות התובע באשר לשאלה שבמחלוקת" (פס' 16 לסיכומי הנתבעת). אודה כי לא ירדתי לסוף דעתו של הקיבוץ בטענה זו. השאלה שבפני אינה האם התובע מקבל, בנוסף לכספים שהוא מקבל ממוסדות בגרמניה, קצבה מישראל לפי חוק נכי רדיפות הנאצים. השאלה שבפני היא האם מלוא הרנטה שהוא מקבל מגרמניה נובע מהביטוח שנרכש או שמא התובע קיבל, לפני שהחל לקבל רנטת ביטוח פנסיוני מגרמניה, רנטה מגרמניה בגין השואה.

56.כאן המקום לציין, כי גם התובע טען כי הוא הגיש מסמך המהווה "אקדח מעשן" המוכיח כי הוא קיבל רנטה מגרמניה לפני רכישת הביטוח הפנסיוני. מדובר במסמך נ/5 (ראו פס' 35 לסיכומי התובע מיום 3.1.2018, המפנה לנספח ט"ו שהוא – נ/5). גם לסוף דעתו של התובע בנוגע למסמך זה, לא ירדתי. שכן, לפי התרגום שצירף התובע עצמו למסמך זה, מדובר באישור על גובה השכר, בעין או במזומן, שקיבל התובע בגין משרה חלקית שהוא ממלא בקיבוץ, בחודשים מרס עד יוני 1988. אף לפי תרגום המכתב לשיטת התובע אין מדובר במסמך המפרט העברת תשלומים מגרמניה עבור התובע, אלא בשווי שכרו של התובע בעבודתו בקיבוץ.

57.ראינו לעיל כי עו"ד פפה אישר בעדותו כי גיל הפרישה הוא 65, כי לא ניתן לקבל פנסיה מגרמניה לפני גיל זה, וכי התובע קיבל תשלומים מגרמניה בשנת 1988 – במועד לפני הגיעו לגיל 65. הקיבוץ הפנה בסיכומיו להודעת דוא"ל הנחזית להיות של גב' אנה אושר משגרירות גרמניה, אשר נשלחה לב"כ התובע, בה כותבת גב' אושר כי גיל הפנסיה לאדם שנולד לפני 1947 הוא 65, אולם ניתן גם לקבל פנסיה סוציאלית קודם לכן (פס' ה' לתצהירה של עו"ד טבנקין; פס' 17 לסיכומי הנתבעת מיום 14.1.2018). הקיבוץ טוען כי התובע הסתיר מסמך זה. בסיכומי התשובה טען התובע כי התקיימה שיחת טלפון עם גב' אושר לאחר משלוח הודעה זו, בה הבהירה גב' אושר כי היא התכוונה לתשלום רנטה בגין השואה לפני גיל 65. עוד הפנה הקיבוץ לכך שגב' אושר כותבת במכתבה כי a social pension הינו insurance [that] doesn't make compensation payments (פנסיה סוציאלית היא ביטוח אשר אינו משלם תשלומי פיצויים; פס' 28 לסיכומי הנתבעת). דא עקא, הקיבוץ – לא הביא את גב' אושר לעדות. ואף אם אניח (ולא פורטו טענות בענין זה) כי בהיותה של גב' אושר עובדת שגרירות זרה לא ניתן היה להעידה, יכל הקיבוץ להגיש חוות דעת הערוכה כדין בענין הדין הגרמני הזר. אולם כבר ראינו כי בהגשת מכתבו של עו"ד פפה (אותו ביקש הקיבוץ לאחר מכן למחוק, ולגביו טען כי לא היה לו כל בסיס), לא הגיש הקיבוץ חוות דעת כדין בענין הדין הזר. ראינו כי בסופו של דבר עו"ד פפה העיד מטעם התובע, והוא העיד, כפי שכבר אוזכר לעיל, כי דווקא ייתכן שהרנטה שמקבל התובע היא רנטה בגין השואה אשר הוגדלה עקב רכישת ביטוח פנסיוני. כפי שכבר צוין, עו"ד פפה העיד דווקא כי לא ניתן לקבל את כספי הפנסיה הנקנית מגמרניה לפני גיל 65, וכי התובע קיבל תשלומי רנטה בשנת 1988 (כלומר, לפני שהגיע לגיל זה).

58.הקיבוץ טוען כי התובע גרם לו נזק ראייתי ונמנע מלהביא ראיות. אולם, כפי שכבר אוזכר לעיל, הקיבוץ קיבל לידיו במסגרת ההליך המשלים ייפוי כוח מהתובע לפנות לכל גוף רלוונטי. ראינו, כי הקיבוץ פנה וקיבל מסמכים רבים ממוסדות בגרמניה לגבי התובע. הנתבעת ראתה להגיש מסמכים אלה, שבשפה הגרמני, ללא תרגום. ראינו עוד, כי עו"ד פפה טען שכלל לא ראה רוב המסמכים שהעביר לו הקיבוץ. המצב, אם כן, אינו שלא ניתן לקבל מסמכים מגרמניה להוכחת אופי הרנטה (או הרנטות) שמקבל התובע, אלא, שנפלו כשלים אצל הקיבוץ בקשר למסמכים אלה, ביחסים בין הקיבוץ לבין עו"ד פפה, נסיבות אשר אינן באחריות התובע. הקיבוץ מלין על כך שהתובע לא הגיש את המסמכים ששולח לו, באופן שוטף, הגוף המשלם את הרנטה מגרמניה. אולם הקיבוץ, המצויד בייפוי כוח של התובע, לא טען כי הוא פנה כדי לקבל את העתקים של מסמכים שוטפים אלה מהביטוח הלאומי הגרמני (להבדיל מהמסמכים הישנים שהגישה) וכי נמנע ממנו לקבלם.

59.התובע הצהיר בתצהירו בהליך המשלים "...הוכרתי כניצול שואה בשנות ה-50, קיבלתי פיצויים וגם קצבה חודשים [כך] מהביטוח הלאומי הגרמני, כספים שהועברו לקיבוץ בעת שהיה קיבוץ שיתופי ובמשך כ-44 שנים" וכי הוא מקבל את הקצבה החודשית בגין אובדן משפחתו בשואה. זו עדות יחידה של בעל דין. אולם, כאמור, הנתבעת בחרה לוותר על זכותה לחקור את התובע על תצהירו בחקירה נגדית.

60.הקיבוץ, אשר כאמור ביקש למחוק את מכתבו של עו"ד פפה בדיון ההוכחות המשלים, ואשר אף טען כי "אי אפשר להסתמך עליו מאחר והוא לא בודק את כלל המסמכים שהצלחנו לאתר" (ע' 51 ש' 11) וכי הוא "חרץ עמדה שאין לו בסיס לקבוע אותה" (ע' 54 ש' 16-17), ניסה משום מה לחזור ולהסתמך על מכתב זה בסיכומיו.

61.לאור כל האמור, לא מצאתי כי הקיבוץ, שעל כתפיו רובץ כאמור הנטל להוכיח קיומו של סכום הניתן לניכוי מצרכיי החבר בגיל פרישה לפי תקנה 3(ד) תקנות הערבות ההדדית, הוכיח, לגבי חלק מסוים כלשהו של הרנטה שמקבל התובע, כי מדובר בכספי ביטוח פנסיוני דווקא. הוא לא הוכיח כי הרנטה כולה מורכבת מכספי הביטוח שנקנה, ולא טענה או הוכיחה, ולו כטענה חלופית, איזה חלק מהרנטה מהווה כספי הביטוח שנרכש. הקיבוץ, אשר טען שנטל ההוכחה רובץ על כתפי התובע (טענה שנדחתה לעיל), בעצמו טען בסיכומיו כי "מובן שאף אין בידי ביהמ"ש הנכבד לקבוע מהו... שיעורו של רכיב הרנטה, אשר איננו ניתן לניכוי מרשת הבטחון" (פס' 6 לסיכומי הנתבעת; ההדגשה במקור). משלא הוכיח הקיבוץ כי מלוא הרנטה מושא ענייננו הוא בגין ביטוח הפנסיה, ובהעדר נתונים בענין השיעור של הרכיב שאינו ניתן לניכוי, גם אין בפני בית המשפט נתונים בענין השיעור של הרכיב שניתן לניכוי, לטענת הקיבוץ, מערך צרכיו של התובע כחבר בגיל פרישה על פי תקנה 3(ד).

ראו והשוו החובה החלה על צד הנושא בנטל להוכיח נזק, להוכיח לא רק שנגרם נזק (כלשהו), אלא גם להוכיח את שיעור הנזק: בדיני החוזים (ע"א 355/80 נתן אניסמוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800 (1981)), ובדיני הנזיקין ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 206 (2005)). כן ראו את החובה על הצד הנושא בנטל להוכיח את שיעורה של התעשרות בדיני עשיית עושר ולא במשפט (ע"א (ת"א) 3004/07 ניסקו עיצובים 2001 בע"מ נ' א.ט. לסרי תעשיות 1992 בע"מ, פס' 38 (10.8.2011); ת"א (חי') 466/96 אנגל חברה לקבלנות כללית בע"מ נ' שבי-ציון – מושב שיתופי אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פס' י"א סיפא (5.9.1999)).

אף אין בידי בית המשפט בענייננו נתונים שיש בהם כדי לקבוע, ולו על דרך אמדנה, מהו החלק מהרנטה שמקבל התובע אשר משתייך לביטוח שנקנה (ראו והשוו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 348-349 (2009); ע"א 769/86 רובינשטיין ושות' חבר קבלנית בע"מ נ' זמרן, פ"ד מב(3) 581, 589-590 (1988)). בנסיבות אלה, המסקנה – לאחר שני סבבי הוכחות – היא שהקיבוץ לא הרים את הנטל להוכיח סכום הניתן לניכוי מערך צרכי התובע כחבר בגיל פרישה, ודין תביעת התובע, לכספים שנוכו בטענה שמדובר בכספי ביטוח פנסיה, להתקבל.

62.התשובה לשאלות שהציב בית המשפט המחוזי בפסק הדין בערעור היא כדלקמן: הקיבוץ, שהנטל רבץ על כתפיו להוכיח סכום הניתן לניכוי לפי תקנה 3(ד) לתקנות הערבות ההדדית, לא הוכיח כי מלוא הרנטה שמקבל התובע הוא מהביטוח שנקנה; הקיבוץ לא הוכיח (בין בדרך של הוכחה שמלוא הרנטה היא מהביטוח שנרכש, בין בדרך אחרת) שהתובע לא קיבל רנטה עובר לרכישת הביטוח מהמל"ל הגרמני; ועל כן הקיבוץ לא הוכיח שהרנטה שמקבל התובע כיום עולה על רנטה שקיבל התובע לפני רכישת הביטוח. כאמור, הקיבוץ לא הוכיח סכום מסוים כלשהו, במסגרת הרנטה, שניתן לשייך דווקא לביטוח שנרכש. בהעדר הוכחת סכום הניתן לניכוי, נותרנו עם הכלל המעוגן בתקנה 3(א) לתקנות הערבות ההדדית, בדבר הבטחת מלוא הסכום המעוגן בה לחבר שהגיע לגיל פרישה.

**הסעד**

63.קיבוץ כפר הנשיא הוכרז כקיבוץ מתחדש בחודש מאי 2008 (פס' 1 לכתב התביעה המתוקן שהוגש ביום 2.11.2015; "הודעה על שינוי סיווג אגודות" מיום 18.5.2008, י"פ התשס"ח 3352-3353). התובע טען כי מאז הפיכתו של הקיבוץ לקיבוץ מתחדש, הקיבוץ נמנע מלשלם לו את הגמלה לפי תקנות הערבות ההדדית החלות על קיבוץ מתחדש על סמך טענת הקיבוץ לפיה הרנטה מגרמניה מהווה סכום הניתן לניכוי (פס' 54 לכתב התביעה המתוקן הנזכר). הקיבוץ – אינו חולק על טענה זו ("...רואה הקיבוץ באותה רנטה המשולמת מגרמניה... כפנסיה לכל דבר ועניין, ולפיכך, אין כל צורך להוסיף לתובע... תשלומים נוספים, על מנת שיגיע לסכום ההכנסה שנקבע במודל ההתחדשות כ'רשת בטחון'" – פס' 52 לכתב ההגנה). עיון בתלושים לשנת 2013 עבור התובע אשר צורפו כנספח י"ב לתצהירו של מר אלי בן עמי מטעם הקיבוץ, מעלה כי אכן אין בהם סכומים אלא עבור ביטוח לאומי ו"רנטה".

64.להלן הסכומים לפי תקנות הערבות ההדדית שנמנע הקיבוץ לשלם לתובע, לטענת התובע בכתב התביעה המתוקן הנזכר:

א.תשלום גמלת פנסיה ממאי 2008 עד דצמבר 2015 בסה"כ 79 חודשים כפול 2950 ₪ גמלת פנסיה לחודש וסה"כ 233,050 ₪;

ב.תשלום גמלת פנסיה מינואר 2015 עד יולי 2015 סה"כ 7 חודשים כפול 3193 ₪ גמלת פנסיה לחודש וסה"כ 22,351 ₪.

ג.תשלום גמלת פנסיה מאוגוסט עד אוקטובר 2015 סה"כ 2 חודשים כפול 3649 ₪ גמלת פנסיה לחודש וסה"כ 7298 ₪ (שם, פס' 6).

כן ביקש התובע לחייב את הקיבוץ לשלם לו את גמלת הפנסיה מיום הגשת כתב התביעה המתוקן ועד למתן פסק הדין (פס' 64 לכתב התביעה המתוקן הנזכר).

65.הקיבוץ לא הגיש כתב הגנה מתוקן לאחר הגשת אותו כתב תביעה מתוקן. אולם לכתב התביעה המתוקן שהגיש התובע ביום 9.7.2015, אשר הוגש לפני כתב ההגנה, התובע צירף מסמך הנחזה כמכתב מאת התנועה הקיבוצית בענין עדכון "סכום הגמלה הפנסיונית" בתקנות הערבות ההדדית לסך 3193 ₪ לשנת 2015 (פס' 44, נספח ז'). הקיבוץ הכחיש את הסכומים וגם את המכתב מאת התנועה הקיבוצית (פס' 54 ו-76 לכתב ההגנה).

66.מאז התיקון תשס"ט לתקנות הערבות ההדדית, תקנה 3 קובעת כי הקיבוץ יבטיח את הספקת צרכי חבריו שבגיל פרישה באופן "שערכם הכולל לא יפחת מגובה סכום הגמלה הפנסיונית". "סכום הגמלה הפנסיונית" היתה מוגדרת בתקנה 1, עד תיקון תשע"ה לתקנות הערבות ההדדית, כ"35% מהשכר הממוצע בהגדרתו בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995". "השכר הממוצע" מוגדר בסעיף 1 לאותו חוק כצירוף של הממוצע החודשי של השכר הממוצע למשרת שכיר בשלושת החודשים האחרונים שלגביהם היו נתונים בידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ביום שקדם ליום העדכון וכן תוספת בשיעור הפיצוי שניתן בתקופה שמתום שלושת החודשים ששימשו בסיס לחישוב ממוצע השכר ועד ליום העדכון. להלן סכומי השכר הממוצע לפי חוק הביטוח הלאומי על-פי הנתונים באתר של המוסד לביטוח לאומי ([https://www.btl.gov.il/Mediniyut/GeneralData/Pages/%D7%A9%D7%9B%D7%A8%20%D7%9E%D7%9E%D7%95%D7%A6%D7%A2.aspx](https://www.btl.gov.il/Mediniyut/GeneralData/Pages/שכר ממוצע.aspx) ), ולצד כל אחד מהם סך של 35% ממנו אשר היווה (ועד לתחילת תוקף תיקון תשע"ה עליה אעמוד בהמשך), "סכום הגימלה הפנסיונית" לפי תקנות הערבות ההדדית:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | "השכר הממוצע" לפי חוק הביטוח הלאומי | "סכום הגמלה הפנסיונית" לפי תקנות הערבות ההדדית (35% מ"השכר הממוצע") |
| 2009 | 7836 | 2742.6 |
| 2010 | 7884 | 2759.40 |
| 2011 | 8190 | 2866.50 |
| 2012 | 8503 | 2976.05 |
| 2013 | 8724 | 3053.40 |
| 2014 | 8995 | 3148.25 |
| 2015 | 9123 | 3193.05 |

67.תיקון תשס"ט לתקנות הערבות ההדדית נכנס לתוקפו ביום 9.5.2009 (ראו תקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש)(תיקון), התשס"ט-2009, ק"ת 430, 431, סעיף 3 לתיקון הקובע תוקף החל משלושה חודשים מהפרסום, כאשר חוברת 6749 בה מופיע התיקון נושא תאריך 8.2.2009).

68.להלן הסכומים המגיעים לתובע מהנתבעת בגין התקופה החל מתחילת תוקף תיקון תשס"ט (9.5.2009) ועד סוף שנת 2011:

א.שנת 2009: 6 חודשים \* 2742.60 = 16,455.60 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 19,926.38 ₪;

ב.שנת 2010: 12 חודשים \* 2759.40 = 33,112.80 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 38,946.66 ₪;

ג.שנת 2011: 12 חודשים \* 2866.50 = 34,398 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 38,359.14 ₪.

69.בקשר לשנים 2012 עד 2014, "סכום הגמלה הפנסיונית" גבוה מהסכום שתבע התובע (2950 ₪). מכאן יש מקום לחייב את הנתבעת בסכום הנתבע בידי התובע בקשר לאותן שנים: 36 חודשים \* 2950 = 106,200 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 111,800.41 ₪.

70.תיקון תשע"ה לתקנות הערבות ההדדית, אשר נכנס לתוקף ביום 17.10.2015 (ראו תקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש)(תיקון), התשע"ה-2015, ק"ת 1381,1382; סעיף 3 לתיקון הקובע תחילת תוקף 3 חודשים לאחר הפרסום, וחוברת 7533 נושא מועד 16.7.2015), העלה את "סכום הגמלה הפנסיונית" בתקנות הערבות ההדדית לשיעור של 40% מ"השכר הממוצע".

להלן נתוני "סכום הגמלה הפנסיונית" לפי שיעור 40% מ"השכר הממוצע", החל מתוקף תיקון תשע"ה לתקנון הערבות הדדית:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | "השכר הממוצע" לפי חוק הביטוח הלאומי | "סכום הגמלה הפנסיונית" לפי תקנות הערבות ההדדית (40% מ"השכר הממוצע") |
| 2015 | 9123 | 3649.20 (החל מיום 17.10.2015) |
| 2016 | 9334 | 3733.60 |
| 2017 | 9543 | 3817.20 |
| 2018 | 9802 | 3920.80 |

71.על כן בקשר לשנת 2015 ועד היום, זכאי התובע לסכומים כדלקמן מהנתבעת:

א.בגין חודשים 1-9.2015:9 חודשים \* 3193.05 (לפי שיעור 35% מ"השכר הממוצע" לפני תחילת תוקף תיקון תשע"ה)= 28,737 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 29,684.75 ₪;

ב.בגין חודשים 10-12.2015: 2 חודשים \* 3649 ₪ (שהוא 40% מ"השכר הממוצע" עקב תיקון תשע"ה) = 7298 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 7541.07 ₪.

ג.בגין שנת 2016: 12 חודשים \* 3733.60 ₪ = 44,803.20 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 45,928.65 ₪.

ד.בגין שנת 2017: 12 חודשים \* 3817.20 = 45,804 ₪; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 46,163.49 ₪.

ה.בגין שנת 2018: 2 חודשים \* 3920.80 ₪ = 7841.60 ש"ח; בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – 7845.25 ₪.

72.יובהר, כי חיבור הסכומים המגיעים לתובע כמפורט לעיל, אינו חורג מהסכום הנתבע בכתב התביעה המתוקן מיום 2.11.2015.

73.בכל הנוגע לתקופה שקדמה לתוקף תיקון תשס"ט לתקנות הערבות ההדדית (התקופה לפני 9.5.2009), תקנה 3 כנוסחה אז קבעה כי הקיבוץ יבטיח את הספקת צורכי חבריו שבגיל פרישה באופן שערכם הכולל לא יפחת "מגובה הקצבה המלאה הקבועה בדין החל לענין זכויות חבר יוצא או מוצא מקיבוץ". פרק ג' לתוספת הראשונה לתקנות האגודות השיתופיות (חברוּת), התשל"ג-1973 קובעת גמלה לעוזב קיבוץ שהיא נגזרת של "שנות הוותק הפנסיוני", אולם התובע לא טען לענין זה, וממילא לא טען בענין שורת הנתונים העובדתיים לקביעת "ותק פנסיוני" לפי סעיף 4 לאותה תוספת.

74.התובע טען בסיכומיו להליך המשלים כי על הקיבוץ לשלם לו, בנוסף לסכומים המגיעים לו לפי תקנה 3 לתקנות הערבות ההדדית בתוספת הפרשי הצמדה וריבית, גם סכומים בגין הלנת פנסיה, לפי חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958. שכן, התובע טען בסיכומיו להליך המשלים כי "הנתבעת הנה קופת הגמל של התובע" (פס' 15). אף אם אניח, לטובת הדיון בלבד, כי יש טעם בטענת התובע לגופה, בית משפט זה אינו מוסמך, בסמכות עניינית, לדון בתביעה של חבר נגד קופת גמל כמשמעותם בחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958. הסמכות הייחודית לדון בתובענה כזו היא לבית הדין לעבודה (סעיף 24(א)(3) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969. על העדר המנוס מפיצול תביעות כאשר חלקה בסמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה וחלקה בסמכות בית המשפט, ראו ע"א 2618/03 פי. או.אס. (רסטורנט סוליושנס) בע"מ נ' ליפקונסקי, פ"ד נט(3) 497, 508, 516-527 (2004); רע"א 2407/14 רוחם נ' אג'נס פרנס פרס בע"מ, פס' 65, 70, 81 (14.10.2015). כאן המקום לציין, כי הטענות לסכומי הלנת פנסיה לא נכללו בכתב התביעה, והם נטענו בסיכומים. כתב התביעה המקורי של התובע בהליך זה – אשר לא כלל את הטענות לפיהן הקיבוץ הוא "קופת הגמל" שלו ואת עתירתו להלנת קצבת פנסיה – הוגש לבית הדין האזורי לעבודה, אשר מצא, בקשר למה שכן נטען בכתב התביעה המקורי, כי הוא אינו מוסמך לדון בתביעה, והעביר אותה לבית משפט זה. סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע:

|  |  |
| --- | --- |
| **סעד בשל חוסר סמכות** | 79. (א) מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בענין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או הענינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר, והלה ידון בו כאילו הובא לפניו מלכתחילה, ורשאי הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם.  (ב) בית המשפט או בית הדין שאליו הועבר ענין כאמור, לא יעבירנו עוד. |

דא עקא, מאחר והתובע לא טען להלנת קצבת קופת גמל לפי חוק הגנת השכר בכתב התביעה שעמד בפני בית הדין האזורי לעבודה, אין בפנינו מצב שבו בית המשפט הראשון (בית הדין) מצא שאין לו סמכות לדון בו והעביר אותו.

**סוף דבר**

75.סוף דבר, הנתבעת תשלם לתובע את הסכומים המפורטים בסעיפים 68, 69 ו-71 לעיל.

76.חיוב שכר טרחת עורכת הדין של הנתבעת שנפסק בפסק הדין מיום 20.6.2016 מבוטל.

77. התובע עתר להוצאות משפט. בא כוחו הוא בנו, ולא עורך דין שאת שירותיו שכר. עם זאת, ניכר שהושקע זמן רב על ידי בנו בהכנת מסמכים ובניהול התיק. הנתבעת תשלם לתובע הוצאות בגין ההליך כולו בסך של 8000 ₪.

ניתן היום, כ"א שבט תשע"ח, 06 פברואר 2018, בהעדר הצדדים.

|  |
| --- |
| תמונה 4 |
| **דניאל קֵירֹס, שופט** |