



בבית המשפט העליון

רע"א 7002/17

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר

המבקשים: 1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני
4. פלוני

נגד

המשיבים: 1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה בתיק ע"א 019951-03-17 שניתן ביום 07.07.2017 על ידי כבוד השופטים ח' שרעבי, ב' זיו וע' חן-ברק

בשם המבקשים: עו"ד ע' מחאמיד
בשם המשיבים 1-2: עו"ד י' שפרבר
בשם המשיב 3: עו"ד ג' מרצקי

פסק-דין

השופט י' עמית:

אדם נופל מן הגובה אל מותו בתאונת עבודה, בשטח הנמצא בשליטתו של אחר, מבלי שניתן להתחקות אחר נסיבות נפילתו. יורשיו, המביאים את התביעה לפתחו של בית המשפט, טוענים כי מדובר בנסיבות בהן חל כלל "הדבר מעיד על עצמו", כך שנטל הבאת הראיות צריך לעבור לכתפי הנתבעים. המנוח יכול היה לדעת, מן הסתם, את נסיבות נפילתו. האם ניתן לראות ביורשים כמי שמתקיים בהם התנאי הראשון הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) ולפיו "לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק". זו השאלה העולה מן הבקשה שלפניי.

רקע

1. עסקינן בבקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 7.7.2017 (כב' השופטים ב' בר-זיו, ח' שרעבי ו-ע' חן-ברק) במסגרת שני ערעורים

(ע"א 19951-03-17 ו-ע"א 37154-03-17) וערעור שכנגד (ע"א 19951-03-17) על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (השופטת מ' צור) מיום 31.1.2017 (ת"א 46460-12-13).

האירוע מושא ההליכים התרחש ביום 4.7.2007, שאז מצא מר גאזי נעראני ז"ל (להלן: המנוח) את מותו עקב נפילה מן הגובה, בעת שעבד כפועל באתר בנייה. המשיב 1 שימש כקבלן המשנה של עבודות הבנייה וכמעבידו של המנוח (להלן: קבלן המשנה); המשיב 2 שימש כקבלן עבודות הגמר (להלן: הקבלן); והמשיב 3 שימש כיוזם ומזמין עבודות הבנייה (להלן: היזם). המבקשים הם עזבונו ויורשיו של המנוח.

2. הצדדים נחלקו בשאלת נסיבות נפילתו של המנוח, להן עשויה להיות השפעה על אחריות המשיבים לתאונה ועל היקפה. המבקשים טענו כי המנוח נפל מפיגום לא-תקני שהוצב במקום לצורך ביצוע העבודות, ואילו המשיבים טענו כי המנוח נפל מקיר תומך בגובה שבעה מטרים, שנמצא במרחק מספר מטרים מהפיגום, בעת שהלך עליו כדי להטיל את מימיו בחצר סמוכה.

בית משפט קמא אימץ את קביעותיו של בית משפט השלום ב"גלגולה הראשון" של התביעה, וקבע כי לא ניתן להסתמך על עדותם של איש משני עדי הראיה עליהם ביקשו הצדדים לבסס את גרסתם העובדתית באשר לנסיבות הנפילה (מטעם המבקשים העיד בן דודו של המנוח, שאף הוא עבד באתר הבנייה ביום התאונה, ומטעם המשיבים העיד קבלן המשנה). עוד אימץ בית המשפט את הקביעה לפיה הסקת מסקנה בדבר המקום ממנו נפל המנוח אל מותו, על בסיס מקום מציאת הגופה על הקרקע, היא שאלה שבמומחיות, ואולם חוות דעת בנדון לא הוגשה על-ידי הצדדים.

3. נוכח קביעות אלה, נקבע כי לא עלה בידי אף אחד מהצדדים לבסס גרסתו במידה מספקת בנוגע לאופן התרחשות התאונה. בפסק דינו של בית משפט השלום נאמר כי "במצב כזה של 'ספק שקול' או 'תיקו ראייתי' מכריע נטל ההוכחה, דהיינו ידו של בעל הדין שנטל ההוכחה אינו מוטל עליו הינה על העליונה" (פס' 24). בהתאם לכך, קבע גם בית משפט קמא כי מאחר שהמבקשים לא הוכיחו שהמנוח נפל מהפיגום, יש להעדיף את גרסת המשיבים ולקבוע כי לצורך ההכרעה המנוח נפל מהקיר התומך.

4. בית משפט קמא דחה את טענת המבקשים כי בנסיבות העניין, בהן חלה עמימות עובדתית בנוגע לנפילת המנוח, חל כלל "הדבר מעיד על עצמו" (להלן: הכלל)

המעוגן בסעיף 41 לפקודת הנזיקין (להלן: סעיף 41). נקבע כי במבקשים לא התקיים התנאי הראשון לתחולת הכלל – תנאי "אי-הידיעה" בנוגע לנסיבות קרות הנזק – שכן על אף שהם עצמם אינם יודעים מהן נסיבות הנפילה, הרי שהתנאי מתייחס לידיעתו של המנוח, אשר ודאי ידע את נסיבות נפילתו.

למרות זאת, האחריות לתאונה הוטלה בעיקרה על המשיבים. בית המשפט קבע כי קבלן-המשנה, מעבידו של המנוח, אחראי לנזק בשיעור 50%; היזם, מזמין העבודה, שלא דאג לאמצעי בטיחות נאותים עבור כלל העובדים באתר הבניה ולא פיקח על הנעשה בו, אחראי לנזק בשיעור של 20%; והקבלן, שהעסיק קבלן משנה לא-רשום שאסור היה לו לבצע את העבודה, אחראי לנזק בשיעור של 30%.

הקביעה העובדתית בנוגע למקום ממנו נפל המנוח אל מותו, הובילה את בית משפט השלום לייחס למנוח אשם תורם בשיעור של 25%. בית המשפט המחוזי אימץ קביעה זו, משום שאדם בר-דעת אמור לדעת כי בהליכה על קיר צר וגבוה קיימת סכנת נפילה שתוצאותיה קשות, ומשום שלמנוח היו אלטרנטיבות להגעה למחוז חפצו שהן נטולות סכנה. יצויין כי השופטת חן-ברק סברה, בדעת מיעוט, כי יש להפחית את שיעור האשם התורם ולהעמידו על 10%.

טענות הצדדים

5. טענתם המרכזית של המבקשים עוסקת בסוגיית העברת נטל ההוכחה מכוח סעיף 41. לטענתם, שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי התנאי הראשון להחלת סעיף 41 לא התקיים משום שהמנוח עצמו ידע את נסיבות נפילתו, וכי יש לראות בידיעה זו של המנוח כאילו עברה אל המבקשים הנכנסים בנעליו לצורך התביעה.

המבקשים התייחסו בהקשר זה להלכה שנקבעה בע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן פ"ד ז 674 (1953) (להלן: עניין פריצקר), ולפיה תנאי "אי הידיעה" בסעיף 41 לפקודת הנזיקין, מתייחס לקרבן התאונה עצמו ולא למי שתובע בגין הנזק. לטענתם, אבד הכלח על הלכת פריצקר, אשר אינה מתיישבת עם רוח הפסיקה בעניין סעיף 41 ועם עקרונות כלליים של דיני הנזיקין, ומשכך יש להיעתר לבקשת הרשות לערער ולהעמיד את ההלכה לבחינה מחודשת.

6. לחלופין, טענו המבקשים כי האשם התורם שיוחס למנוח הוא גבוה באופן שאינו ראוי, שכן המנוח פעל כפי שפעלו מרבית העובדים באתר, שנהגו ללכת על הקיר

התומך על מנת להטיל מימיהם; יוצרי הסיכון ממילא היו המשיבים שלא דאגו להציב שירותים במקום נגיש עבור העובדים; וניכרת חריגה מהמדיניות הנוהגת בפסיקה בדבר שיעור האשם התורם המוטל בדרך כלל על עובדים מול מעסיקיהם.

7. המשיבים התנגדו למתן רשות ערעור, לאור העובדה שקביעת בית משפט קמא בנושא של תחולת סעיף 41 התבססה על הלכה פסוקה ומבוססת. לגופו של עניין, נטען כי קבלת עמדת המשיבים לעניין תנאי אי-הידיעה בסעיף 41 משמעה כרסום בעקרון היסוד המשפטי "המוציא מחברו עליו הראיה", שלטענתם יביא לחוסר איזון מובהק בין תובעים לנתבעים כתביעות מסוג זה, כל אימת שתובעים ייכנסו בנעליו של ניזוק שאינו יכול להעיד בעצמו.

עוד טענו המשיבים כי גם אם תתקבל טענתם העקרונית של המבקשים בנוגע לתנאי אי-הידיעה, הרי שהמבקשים עצמם אינם יכולים להיבנות ממנה. זאת, מאחר שהמבקשים יכלו לבסס את טענתם כי המנוח נפל מהפיגום, על-ידי המצאת חוות דעת מומחה שהייתה יכולה להבהיר את המקום ממנו נפל המנוח בהתאם למיקום המנוח על הקרקע. משהיה למבקשים נתיב ראייתי בו הם בחרו שלא להשתמש, לא ניתן לומר כי מדובר במצב בו לא ניתן לדעת מה היו נסיבות גרימת הנזק.

דיון והכרעה

8. תחילה יש לדחות את בקשת רשות הערעור ביחס לשיעור האשם התורם במקרה דנן. טענה זו אינה מעוררת שאלה החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים, שכן מדובר אך ביישום הלכות קיימות ומושרשות בנושא, ומשכך הטענה אינה עומדת באמות המידה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". זאת, בנוסף להלכה לפיה אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בשיעור האשם התורם שנקבע, שהוא עניין להערכתה של הערכאה הדיונית (ראו, לדוגמה, ע"א 2813/06 קופת חולים לאומית נ' זליג (10.7.2011)). משכך, איני נדרש לבקשת המשיבים 1-2 כי אם וככל שיימצא לנכון לתת רשות ערעור למבקשים, יתאפשר גם להם להגיש ערעור שכנגד לעניין שיעור האשם התורם.

9. עם זאת, הבקשה שלפנינו מעוררת סוגיה משפטית הנוגעת לפרשנות התנאי הראשון של הכלל הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין. השאלה הממוקדת העולה מהמקרה דנן היא את אי-ידיעתו של מי יש לבחון לשם גיבוש כלל "הדבר מעיד על

עצמו", האם את אי-ידיעתו של הניזוק או של התובע שבא מכוחו של הניזוק, ומביא את התביעה לפתחו של בית המשפט?

טרם אמשיך בדרכנו, אזכיר כי בסופו של יום בית המשפט הטיל אחריות נזיקית על המשיבים בשיעור של 75% מהנזק. מכאן, שהנפקות האופרטיבית של הסוגיה שבפנינו, חוזרת למעשה לעצם האשם התורם שייחסו הערכאות קמא למנוח (להבדיל משיעור האשם התורם), לאחר שהמבקשים-התובעים לא עמדו בנטל להראות שהמנוח נפל מהפיגום.

10. כפי שאראה להלן, במהלך השנים נזנחה הלכת פריצקר, הגם שהדברים לא הוצהרו במפורש, והתשובה לשאלה שהוצגה לעיל, אינה דיכוטומית. אין לקבל את שיטת המבקשים לפיה בכל מקרה של מוות שנסיבותיו אינן ידועות לתובעים מתקיים התנאי לפיו "לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק". מנגד, אין לקבל גם את גישת המשיבים לפיה התנאי הראשון אינו מתקיים בכל מקרה של מוות לגביו יש להניח כי הניזוק ידע בזמן אמת את הנסיבות שהביאו למותו.

מכיוון שמדובר בשאלה שעשויה להתעורר בכל מקרה בו הניזוק עצמו אינו יכול להעיד על אירוע הנזק, החלטתי לדון בשאלה זו כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על-פיה. לפיכך, ייקראו מעתה המבקשים "המערערים", ואעבור לדון בטענותיהם לגופן.

תנאי אי-הידיעה במסגרת כלל "הדבר מעיד על עצמו"

11. כלל "הדבר מעיד על עצמו" עמד לדיון מעמיק אך לאחרונה בפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל בע"א 6332/15 צלאח נ' עדוי (23.11.2017) (להלן: עניין צלאח), שם סקר בית המשפט את הפרשנות המקובלת של הכלל והרציונלים שבבסיסו (שם, בפסקאות 6-8). על כן, אסתפק בשרטוט המסגרת הנורמטיבית הספציפית העוטפת את השאלה המשפטית העומדת לפתחנו בערעור זה.

12. מלכתחילה, הכלל אומץ במשפט הישראלי בסעיף 54 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944 (להלן: פקודת הנזיקים האזרחיים), והיווה תרגום מנדטורי לכלל הידוע בכינויו Res Ipsa Loquitur:

חובת הוכחת רשלנות במקרים מסויימים
 54. בכל תביעה משפטית על נזק כל-שהוא, שבה יוכח –
 (א) כי הנטען לא ידע, או לא היתה לו אפשרות
 לדעת, את המסיבות הממשיות אשר גרמו למקרה
 שהביא לידי הנזק, וכך
 (ב) כי הנזק נגרם על-ידי איזה רכוש, שעליו היתה
 לנטען שליטה גמורה, ויתלבן לבית-המשפט כי
 אירוע המקרה, שגרם את הנזק, מתיישב אם אי-
 שמירתו של הנטען על זהירות מסתברת, יותר
 מאשר עם שמירתו על זהירות כזאת, תהייה על
 הנטען חובת-ההוכחה, שלא היתה רשלנות, אשר
 הוא אחראי לה, בקשר אל המקרה אשר הביא לידי
 הנזק.

לאחר מכן נותר הכלל, תוך שינויי ניסוח קלים, בסעיף 41 לפקודת הנזיקין על

פי נוסחו משנת 1968 :

חובת הראייה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו
 41. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא
 היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה
 הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק
 נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו,
 ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק
 מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות
 סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה –
 על הנתבע הראייה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי
 הנזק התרשלות שיחוב עליה.

13. לפנינו כלל של העברת נטל במצב של אי-ודאות עובדתית, כך שבהתקיים
 תנאים מסויימים – הכלל יוצר מעין חזקת התרשלות הניתנת לסתירה. יודגש כי החזקה
 נוגעת לאופן הוכחת ההתרחשות העובדתית ולא לשיפוט הנורמטיבי של התנהגות
 מסויימת כהתרשלות. לכאורה מדובר בכלל ראייתי אשר אינו אמור להכריע את גורל
 התביעה, מאחר שהצד שנטל השכנוע עובר אליו יכול להביא ראיות ולהרים את הנטל.
 ברם, במישור המעשי, לעיתים העברת הנטל מכריעה את גורלה של התביעה, ומכאן
 החשיבות הרבה ביישומו של הכלל. על עצם קיומו של הכלל נמתחה ביקורת והוא זכה
 ל"מצעד גינויים" בפסקי דין רבים ובמאמרי מלומדים בכל רחבי העולם. כך, יש
 הגורסים כי הכלל אינו מוסיף על הכללים הרגילים של ראיות נסיבתיות, וטוב היה אילו
 הוצא לגמלאות (גיא שני "כלל" הדבר מעיד על עצמו' בדיני הנזיקין – בחינה
 מחודשת" משפטים לה 81, 90 (התשס"ה) (להלן: שני – בחינה מחודשת)). אחרים טענו
 בציניות כי אלמלא היה מדובר בביטוי לטיני איש לא היה רואה בו עיקרון (גיא שני

חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 90 (2011) (להלן: שני – חזקות רשלנות)).

סעיף 41 קובע שלושה תנאים מצטברים לשם החלת הכלל. בעניין צלאח נאמר "כל תנאי בוחן את המקרה מנקודת מבט אחרת: הראשון עוסק בנקודת מבטו של התובע, השני מתמקד בנקודת המבט של הנתבע, והשלישי מפנה לנקודת מבטו של בית המשפט" (שם, בפס' 6). התנאי הראשון דורש את חוסר ידיעתו ואת חוסר יכולתו של התובע לדעת את נסיבות גרימת הנזק (להלן: התנאי הראשון); התנאי השני דורש כי לנתבע תהיה שליטה מלאה על הנכס שגרם לנזק (להלן: התנאי השני); והתנאי השלישי דורש כי האירוע הנזיקי יתיישב עם המסקנה שהנתבע התרשל יותר מאשר עם המסקנה שנקט זהירות סבירה, כלומר שמסקנת ההתרשלות היא המסקנה המתבקשת לאור העובדות הידועות (להלן: התנאי השלישי). בפסיקה בישראל ובמדינות הים, הכלל של "הדבר מעיד על עצמו" הוחל בסיטואציות כמו התמוטטות מבנים וקריסת מתקנים, נפילת מעליות, התרסקויות מטוסים, ובעידן המודרני – מקרים מסוימים של רשלנות רפואית (שני – חזקות רשלנות, בעמ' 78).

בהתקיים שלושת התנאים המצטברים, נטל השכנוע עובר לכתפי הנתבע ועליו להוכיח כי מקור הנזק אינו טמון בהתרשלותו. בפסיקה נקבע כי הכלל מעביר את נטל השכנוע, בנוסף לנטל המשני של הבאת הראיות (ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד (2) 229, 257 (1969) (להלן: עניין נוימן); לביקורת על התפיסה המסורתית לפיה הכלל מעביר את נטל השכנוע, ראו שני – בחינה מחודשת; לגישה התומכת בהעברת נטל השכנוע ראו יצחק אנגלרד "הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' – כלל שדברו שלו אינו ברור" 399 שטרסברג-כהן 353 (2017)).

14. באופן מסורתי נהוג היה לראות את התנאי הראשון כבסיס הרעיוני לכלל כולו, במובן זה שזכות קיומו של הכלל נובעת מחוסר האונים הראייתי בו מצוי התובע במצבים מסוימים (ראו: יצחק אנגלרד הכלל 'הדבר מדבר בעדו' בדיני הנזיקין 23 (1967) (להלן: אנגלרד – הדבר מדבר בעדו)). יש הגורסים כי במהלך השנים השתנה "מאזן הכוחות" בין שלושת התנאים, כך שמעמד הבכורה ניתן דווקא לתנאי השני. עדות לשינוי המדובר במשפט הישראלי ניתן לראות גם בדברי ההסבר לכלל במתכונתו החדשה בסעיף 208 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 595 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות), אותו נזכיר בהמשך. בדברי ההסבר צוין (בעמ' 869) כי "ההוראה המוצעת חוזרת על הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין, בכמה שינויים. שינוי

אחד הוא שינוי נוסח, בסדר התנאים: התנאי השני בהוראה הקיימת, תנאי השליטה בנכס, עבר להיות התנאי הראשון, ואילו התנאי הראשון, העדר הידיעה, עבר להיות התנאי השני. שינוי זה נועד להבהיר כי הדגש בסעיף הוא על שליטת הנתבע בנכס.

15. כזכור, ענייננו בתנאי הראשון ובשאלה שהציגו הצדדים: לידיעתו של מי התנאי מתייחס – האם לידיעתו האישית של הניזוק או לידיעתו של התובע, בין אם הוא הניזוק ובין אם לא.

בית המשפט המחוזי ובית משפט השלום סמכו את פסק דינם על פסק הדין בעניין פריצקר, שניתן לפני למעלה משישים שנה. שם היו אלה אלמנתו וילדיו הקטנים של המנוח אשר ביקשו להחיל את כלל "הדבר מעיד על עצמו", בטענה שהם עצמם לא ידעו ולא היו להם האמצעים לדעת את נסיבות התאונה אשר גרמה למוות.

השופט מ' זילברג דחה טענה זו מכל וכל:

"ברור ונעלה מכל ספק, כי המלה 'תובע' כאן פירושה: קרבן התאונה גופו, ולא האדם התובע את תשלום הניזקין, כבן זוגו או ילדיו של הנפגע. שאם לא תאמר כן – תגיע אל המסקנה האבסורדית, כי קרובי הנפגע המת, אשר תביעתם היא למעשה 'משנית', מסתעפת מתוך היותם תלויים במנוח, יהיו במצב פרוציסואלי לאין ערוך יותר טוב מן המצב בו היה נתון הנפגע החי גופו. ומה טעם יש לזכות את הקרובים בפריבילגיה שכזאת? אסמכתא לדבר – אם יש צורך בכך – מוצאים אנו בסעיף 55(2)(ב) של הפקודה, בו מדובר על משגה משותף של התובע והנתבע, ואין צורך להרבות מלים על כך, כי הכוונה היא כאן לא לצדדים המתדיינים, אלא לפגוע ולנפגע – כלומר: לא לבעלי הדין, אלא לבעלי הדבר – שהרי המדובר הוא במשגה שנעשה עם קרות המקרה.

בזה תתיישב לנו, אגב, פליאה תמיהה אחת, אשר כל קורא ודאי נתקבל בה. בקראו את לשון סעיף 54(א) של הפקודה. נאמר שם: 'כי לתובע לא היתה ידיעה, או אמצעי ידיעה, על המסיבות וכו'". מה פירוש 'או' זה, והיכן מצינו אלטרנטיבה משונה שכזאת? האין זה מועט המחזיק את המרובה? ממה נפשך: אם די בכך, שהתובע יוכיח כי לא ידע, בפועל ממש לא ידע, את המסיבות. אימתי יצטרך להוכיח כי לא היו בידו אמצעי ידיעה, וכי לא יכול היה לדעתן? התשובה היא בתכלית הפשטות זו: תלוי בכך, מי הוא התובע במשפט את תשלום הניזקין: קרבן התאונה החי גופו, או קרובו (התלוי בו) של הקרבן המת. במקרה הראשון, יוכל הנפגע עצמו לעלות על דוכן העדים ולהעיד, כי הוא לא ידע ואינו יודע את המסיבות

הללו, ואם בית המשפט יאמין לו, הוא יצא בזה ידי חובתו; במקרה השני – כאשר אין כמעט כל אפשרות להוכיח את אי ידיעתו הממשית של הנפגע המת – לא תהיה ברורה לו, לתובע הנזיקין, בלתי אם להוכיח כי 'התובע' במובן סעיף 54(א) היינו: הקרבן המת, לא היו בידיו האמצעים לדעת, וממילא לא ידע, את מסיבות התאונה. זה הוא, לדעתי, ההסבר ההגיוני היחיד, המעלה ארוכה לאלטרנטיבה התמוהה ההיא, והוא אף הוא מצביע על כך כי 'התובע' אשר בסעיף 54(א) הוא הקרבן הנפגע, ולא האדם התובע את תשלום הנזיקין" (ההדגשות במקור למעט ההדגשה הראשונה שנוספה – י"ע).

16. פרשנותו של השופט זילברג נגעה אמנם לכלל בנוסחו הקודם בפקודת הנזיקים האזרחיים. הנוסח בפקודת הנזיקין שונה מעט, אך מדובר בהוראות זהות במהותן (שני – חזקות ושלנות, בעמ' 79-80. בהקשר זה אציין כי הנוסח בעניין פריצקר מהווה ככל הנראה תרגום מילולי לחוק הנזיקין הקפריסאי, ששימש מקור לפקודה המקומית בישראל, וראו: אנגלרד – הדבר מדבר בעדו, בעמ' 5-7; גר טדסקי ואברהם רוזנטל פקודת הנזיקין לאור תולדות התהוותה ותיקוניה 109 (1963)).

17. מפסק הדין בעניין פריצקר עולה אפוא כי התנאי הראשון הבוחן את אי-ידיעת נסיבות קרות הנזק מתייחס לידיעותיו של הניזוק ולא של התובע שנכנס בנעליו. כלומר, כאשר התובע אינו הניזוק עצמו, עליו להוכיח כי הניזוק לא ידע או לא יכול היה לדעת את נסיבות גרימת הנזק (אנגלרד – הדבר מדבר בעדו, בעמ' 30-34). כך, למשל, כאשר הנסיבות הכלליות של התרחשות הנזק ידועות לתובע, אך מהנסיבות עולה שהניזוק עצמו לא ידע כיצד נפגע; לדוגמה, כאשר הניזוק נפגע כאשר הפנה את גבו לפוגע.

18. דומה כי יש ממש בטענת המערערים כי הלכת פריצקר אינה מתיישבת עם התפתחות ההלכה לגבי סעיף 41 לפקודת הנזיקין. סקירת הפסיקה לגבי כלל "הדבר מעיד על עצמו" מלמדת כי עיקר עניינה היה בתנאי השני והשלישי להחלת הכלל. למעשה, עניין פריצקר היה אחד המקרים הבודדים בהם התקיים דיון בשאלת תנאי אי-הידיעה, ואם יש לייחס תנאי זה לניזוק עצמו. מדבריו של השופט זילברג בעניין פריצקר ניתן להצביע על שתי סיבות מרכזיות להכרעתו כי הניזוק הוא מושא התנאי הראשון: ראשית, חשש מצמיחת יתרון דיוני לתובעים כתוצאה מהיעדרו של הניזוק; ושנית, פרשנות לשונית של פקודת הנזיקים האזרחיים בנוגע לצירוף המונחים "ידיעה" ו"אמצעי ידיעה" על אודות נסיבות התרחשות הנזק. לכך אוסיף נימוק נוסף, ולפיו, רואים את יורשי המנוח כמי שנכנסים בנעליו, ובמצב הדברים הרגיל, אין למי שנכנס

בנעלי הניזוק יותר ממה שהיה לניזוק עצמו. כך, לדוגמה, האשם התורם המיוחד לניזוק מיוחס ליורשים התובעים מכוחו, וכך גם לגבי תקופת ההתיישנות (הגם שהמחוקק העניק תקופת חסד של שנה נוספת מיום תסיבת הזכות ליורש – סעיף 18 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958; ע"א 2919/07 מדינת ישראל – הועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 130-136 (2010)).

19. בבואנו לבחון את הלכת פריצקר, נחזור לנקודת המוצא, והיא לשונו של הסעיף. הפרשנות המילולית והפשוטה לסעיף 41 לפקודה, אינה תומכת בפרשנותו של השופט זילברג. הדיבור "תובע" במשמעותו הרגילה הוא הגורם הדיוני שהגיש ומנהל את התביעה, ולא בהכרח הניזוק עצמו. בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (ובנוסחיה הקודמים), מוגדר "תובע" – לרבות תובע בתביעה-שכנגד או בתובענה-שכנגד. משמע, כאשר נקב המחוקק בדיבור "לתובע לא היתה ידיעה..." כוונתו הייתה לתובע הדיוני, ונדרש טעם משכנע, מדוע יש לחרוג מפרשנות פשוטה ובהירה זו, המתישבת עם לשון הסעיף.

עד כאן הלשון, ומכאן לפסיקה ולהתפתחות ההלכה.

20. תשובה לשאלה מושא דיונונו – אם יש לייחס את אי-הידיעה לתובע או לניזוק – אנו יכולים למצוא על דרך ההיקש מעניין צלאח. גם שם היה מדובר בפועל בניין שנפל מן הגובה, אלא שהנפילה גרמה לפגיעה בזיכרונו, כך שלא יכול היה להעיד על נסיבות גרימת הנזק. סיטואציה זו דומה לענייננו, במובן זה שבעת האירוע, לניזוק עצמו הייתה ידיעה אודות הנסיבות שגרמו למקרה שהביא לידי הנזק, אך לא לאחר מכן, במהלך המשפט עצמו. לכאורה, עניין צלאח מהווה אסמכתא ישירה לענייננו, מאחר שבית המשפט החיל את סעיף 41 על המקרה, למרות שלניזוק עצמו הייתה ידיעה בעת המקרה על אודות נסיבות התאונה. ניתן להקיש מכך על ענייננו – המנוח שנפל מגובה ידע בעת האירוע אם נפל מהפיגום או מהקיר התומך, אך בשל מותו המבקשים אינם יודעים או מסוגלים לדעת מהן נסיבות גרימת הנזק בעת ניהול המשפט.

אלא שבעניין צלאח, שאלת קיומו של תנאי אי-הידיעה לא נדונה כלל, מאחר ששני הצדדים קיבלו כמובן מאליו כי התנאי הראשון נתקיים, ומשכך, בית המשפט לא נדרש להרחיב בנושא. מטעם זה, איני רואה לראות בפסק הדין בעניין צלאח, כאסמכתא ישירה לענייננו, ועל כן נמשיך בדרכנו.

21. ההלכה בעניין פריצקר זכתה לביקורת. בין היתר, נטען כי לא ניתן ליישב אותה עם ההלכה לפיה מותר לתובע להסתמך על הכלל, למרות שהראה על ידי מעשיו שיש לו ידיעה אישית על גורמי התאונה, כפי שיכול לבוא לידי ביטוי, למשל, בעצם הצגת גרסה עובדתית בדבר נסיבות המקרה והעלאת טענה למעשה רשלני מסוים של הנתבע (אנגלרד – הדבר מדבר בעדו, בעמ' 34; ע"א 101/81 דג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 32, 37-36 (1984); ע"א 8425/02 בדד נ' פארוק, פ"ד נח(2) 673, 675-676 (2003) (להלן: עניין בדד)). מכאן הדעה, כי אי-הידיעה היא אובייקטיבית, במובן זה שסיבת התאונה תיחשב כבלתי ידועה כל עוד נסיבותיה לא הוכחו, ו"ידוע הוא מה שידוע לבית המשפט!" (אנגלרד – הדבר מדבר בעדו, בעמ' 23).

22. התפתחות נוספת אשר יכולה להעיד על זניחת הלכת פריצקר, נוגעת למועד בו יש לבחון את אי-הידיעה. בתחילה, פורש הכלל כך שמועד בחינת אי-ידיעתו של הניזוק הוא מועד קרות אירוע הנזק ולא מועד הכנת המשפט או ניהול המשפט (ראו: עניין נוימן; ע"א 375/62 גיספן נ' אליצור, פ"ד י"ח(3) 165 (1964); ע"א 169/77 שוורץ נ' ליברמן, פ"ד לב(3) 561, 565 (1978); ע"א 377/85 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מב(1) 153, 157 (1988); ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712, 717 (1992); ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805, 816 (1993)). לפי פרשנות זו, גם אם עד המשפט או במהלכו התלבנו והתבררו נסיבות המקרה, עדיין ניתן להחיל את הכלל ולהעביר את נטל הבאת הראיות לכתפי הנתבעים.

אלא שפסיקה מאוחרת העמידה את ההלכה על מכונה. נקבע כי המועד הראוי לבחינת התנאי הראשון הוא המועד בו התובע נדרש להוכיח את יסודות תביעתו, והכלל יופעל "מקום בו נותרו פרטי ההתרחשות המזיקה עלומים גם במהלך המשפט" (ע"א 8151/98 שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 558 (2001) (להלן: עניין שטרנברג)). כדברי השופט א' ריבלין בע"א 1071/96 עזבון נאצר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 337, 367 (2006):

"תנאי זה – תנאי אי-הידיעה – גם הוא פשוט ולבש צורה במרוצת השנים. הדגש החשוב ביותר, שאף קיבל ביטוי מפורש בהצעת הקודיפיקציה, הוא כי המוקד של תנאי זה אינו גלום בשאלת ידיעתו של התובע (בפועל או בכוח) בעת התרחשות התאונה, אלא בשאלה אם נתבררו נסיבות המקרה לאשורן עד תום המשפט (ראו פרשת שטרנברג והשוו למשל לדברי הנשיא אגרונט בפרשת נוימן, בעמ' 257). אכן, אם בשעת האירוע לא ידע

התובע – אף לא היה יכול לדעת – מניין באה לו הרעה, אולם עד המשפט או אף במהלכו הוסר מעטה העמימות באופן שבית המשפט יודע את שאירע – אין כל טעם לפנות לראיות סטטיסטיות. כשאין מסתורין – אין תחולה לכלל" (ראו גם: ע"א 8701/02 אלשיך נ' המפקדת הצבאי באזור רצועת עזה, בפסקה 7 (22.2.2006); ע"א 10566/05 שלג נ' אמיר חברה להנדסה וסחר בע"מ בפסקה 7 (26.2.2009)).

23. התנאי הראשון של אי-ידיעה מתפרש אפוא בפסיקה כדרישה לקיומה של עמימות עובדתית, ללא תלות בשאלה שהצבנו בתחילת דיוננו – אם אי-הידיעה היא של התובע או של הניזוק. בהתקיים עמימות עובדתית לגבי נסיבות אירוע התאונה, על התובע להוכיח במצטבר את שני התנאים הנוספים אשר בהתקיימם נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות עוברים אל הנתבע (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1258 (2012)). אכן, במקרה דנן, מבחינת הניזוק המת, לא הייתה עמימות עובדתית לגבי האופן בו ארעה התאונה. אך בהתקיים עמימות עובדתית בתום ההתדיינות המשפטית לגבי האירוע הניזקי, אין נפקא מינה אם הגורם המביא את התביעה לפתחו של בית המשפט הוא הניזוק עצמו או התובע שבא מכוחו. כמו כן, את התנאי הראשון יש לקרוא בהקשר של התנאים המצטברים הבאים אחריו. תנאי אי-הידיעה של התובע מצביע על חולשתו היחסית בקשר לאפשרות להביא ראיות, והתנאי השני הנוגע לשליטתו המלאה של הנתבע בנכס, מצביע על כך שסביר כי יש לו יתרון בהתחקות אחר נסיבות התגבשות הנזק (שני – חזקות רשלנות, בעמ' 84-85). מבחינה מהותית, הכלל נועד לסייע לתובע במצבים בהם הוא נקלע לחיסרון ראייתי מובהק ואילו לנתבע יש יתרון ראייתי אפריורי. מצבים כאלה, בצירוף התנאי השלישי העוסק בהסתברות לקיומה של רשלנות לפי ראיות סטטיסטיות או לפי השכל הישר וניסיון החיים – יכולים להתקיים גם כאשר התובע אינו הניזוק הישיר.

24. ניתן לחשוב על מצבים בהם תנאי אי-הידיעה יתקיים נוכח עמימות עובדתית, למרות שהניזוק עצמו יודע מן הסתם את העובדות. כדוגמה קיצונית לכך הצביעו המבקשים על המקרה שנדון בת.א. 5074-03 (מחוזי י-ם) ע.ג. נ' הרשות הפלסטינית (24.4.2017). בתיק זה נדונו עשרות תביעות של תובעים שטענו כי נעצרו ועונו על ידי הרשות הפלסטינית. אחת מהתביעות נסבה על עניינה של אישה שנעצרה על ידי אנשי הרש"פ וארבעה ימים לאחר מכן נתבקשו הוריה לבוא ולקבל את גופתה. יש להניח כי המנוחה ידעה את הנסיבות שהביאו למותה, אך נוכח העמימות העובדתית מנקודת מבטם של התובעים, נקבע כי תנאי אי-הידיעה מתקיים (פסקה 5774).

קיצורו של דבר, מקום בו בעת ניהול המשפט הניזוק עצמו נעדר ואינו מסוגל להעיד (ניזוק שנפטר, נמצא במצב וגטטיבי וכדומה), וקיימת עמידת עובדתית לגבי נסיבות היווצרות הנזק, איני סבור כי יש לשלול את תחולתו של הכלל אך ורק מן הטעם שהניזוק עצמו ידע או יכול היה לדעת את נסיבות האירוע.

25. קריאה זו של תנאי אי-הידיעה מתיישבת עם ההלכה העדכנית לגבי מועד אי-הידיעה. כאמור לעיל, בעניין שטרנברג ובפסיקה שלאחריה, נקבע כי תנאי אי-הידיעה מתקיים מקום בו נותרו פרטי ההתרחשות המזיקה עלומים גם במהלך המשפט. קביעה זו מלמדת שידיעתו של הניזוק, שנכח בעת קרות הנזק, אינה עומדת במוקד הכלל, אלא מכלול הראיות המובאות בפני בית המשפט על ידי "הצד התובע", שעליו מוטל נטל איסוף והבאת הראיות בשלב ניהול המשפט לשם עמידה בנטל ההוכחה. משכך, יהיה זה אך הגיוני לכלול במסגרת התנאי את אי-ידיעתו של התובע, אף אם אינו הניזוק עצמו, שכן אלה משתקפות בכלל הראיות שברשות התובע או שיכולות להיות ברשותו על אודות נסיבות המקרה.

ודוק: לא נעלם מעיני כי התפתחות ההלכה לגבי מועד אי-הידיעה, נסבה על מקרים בהם לניזוק עצמו לא הייתה ידיעה בעת האירוע הנזיקי על הנסיבות שגרמו לאירוע הנזיקי. בנקודה זו התפתחה כאמור ההלכה ומיקדה את המבט לא בשאלת ידיעתו של הניזוק בעת התרחשות המקרה, אלא בשאלה אם נתבררו נסיבות המקרה לאשורן עד תום המשפט. ענייננו-שלנו במצב הפוך, שבו לניזוק עצמו הייתה ככל הנראה ידיעה בעת האירוע הנזיקי על הנסיבות שגרמו לאירוע, אך בהמשך, ומאחר שנבצר ממנו להעיד על כך (בשל מותו או בשל מצבו), נוצרה עמידת עובדתית. אלא שהבדל עובדתי זה, אינו גורע מהמשמעות של התפתחות ההלכה, ולפיה השאלה העיקרית על פי נקודת המבט כיום היא אם נתבררו נסיבות המקרה. בהיבט זה, אין נפקא מינה לנקודת מבטו הסובייקטיבית של הניזוק, אם ידע או יכול היה לדעת בעת האירוע הנזיקי, את נסיבות המקרה.

26. הצעת חוק דיני ממונות, שנזכרה לעיל, והידועה במקומותינו כ"קודקס האזרחי", מאמצת את התפתחות הפסיקה לגבי תנאי אי-הידיעה. כלל "הדבר מעיד על עצמו" מופיע בסעיף 408 להצעת החוק, ומנוסח באופן הבא:

"נגרם נזק על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ולא התבררו דיין נסיבות המקרה, ואולם נראה כי הנסיבות הכלליות של המקרה מתיישבות יותר עם

המסקנה כי הנזק נגרם על ידי הנכס בשל סיכון שיצר
הנתבע בהתרשלותו, מאשר עם המסקנה כי לא התרשל,
על הנתבע הראיה כי לא גרם לנזק בהתרשלותו; [...]”.

התנאי הראשון מקבל בהצעת החוק ביטוי מעט שונה, שאינו מתמקד עוד
בידיעותיו של מי מהצדדים. בנוסח זה, שלטעמי משקף את הפסיקה הקיימת כיום, כבר
לא מתעוררת השאלה שהצבנו בפתח דיוננו לגבי זהותו של “התובע”, ואף לא היחס בין
”ידיעתו” לבין “קיומם של אמצעים בידי לדעת”. הוראת הסעיף מופנית אל בית
המשפט, מקום בו בתום הבאת הראיות נותרת עמימות עובדתית. כפי שציינתי לעיל,
שינוי זה קשור בטבורו להלכה הנוגעת למועד בחינת התנאי הראשון, והדברים
מבוארים בדברי ההסבר להצעת החוק:

”התנאי הראשון [...] שונה בכך שהביטוי ‘לתובע לא
היתה ידיעה’ הוחלף בביטוי ‘ולא התבררו נסיבות
המקרה’, ובכך מובהר כי תנאי זה לתחולת הכלל נבחן
לפי הראיות שהובאו לפני בית המשפט במועד הדיון
המשפטי ולא לפי ידיעת התובע במועד האירוע, וכי
המועד שבו עדיין לא ברורות הנסיבות, המצדיק את
הפעלת הסייג, הוא מועד הדיון המשפטי, ולא מועד
האירוע.”.

27. המשיבים העלו במסגרת טענותיהם את החשש כי שינוי פרשנות התנאי
הראשון, תוך סטייה מהלכת פריצק, תביא לריבוי תביעות נוכח האפשרות “לדלג” מעל
לתנאי אי-הידיעה בכל פעם שהאירוע הנוזקי יסתיים במוות או בחוסר יכולת של הניזוק
להעיד.

אכן, החשש מ”פריצת הסכר” בכל הנוגע לשימוש בכלל “הדבר מעיד על
עצמו” הוא מובן ויש לתת עליו את הדעת, שכן במקרים רבים יישומו של הכלל עשוי
להכריע את הכף נוכח העברת נטל השכנוע אל הנתבע. אף לא אחד כי במובן מסוים,
יוצא כי ליורש, שתובע מכוחו של הניזוק, יש יותר ממה שהיה לניזוק עצמו. אלא
שבאותה מידה ניתן לטעון כי אילולא מותו של הניזוק, לא היה צורך בסעיף 41
לפקודה, מאחר שהניזוק יכול היה לפזר את העמימות העובדתית, כך שהטענה שיש
בכך כדי להקנות יתרון דיוני ליורש אינה מדויקת. אף איני סבור כי החשש מפריצת
סכרים מצדיק פרשנות של תנאי אי-הידיעה באופן שאינו מתיישב עם משמעותה
הטבעית של לשון הסעיף או עם המטרה שאותה ביקש המחוקק להשיג ביצירת כלל

שיסייע לתובע במצבים של נחיתות ראייתית מובנית מול הנתבע (ראו והשוו: עניין שטרנברג, בעמ' 557; שני – חזקות רשלנות, בעמ' 74).

ועיקרו של דבר. לא בכל פעם שתובע, שאינו הניזוק, מביא תביעה נזיקית לפתחו של בית המשפט הוא יוכל לעמוד בתנאי הראשון, שכן מלבד ידיעותיו האישיות של הניזוק, קיימות דרכים נוספות להתחקות אחר נסיבות האירוע הנזיקי. היעדרו של הניזוק עצמו מהדיון המשפטי, אם בשל מותו או בשל סיבות אחרות בגינן נבצר ממנו להעיד (כמו מצב וגטיבי או אובדן הזיכרון כפי שהיה בעניין צלאח), אינה פוטרת את התובע מהנטל הראשוני להביא את מרב הראיות שברשותו או שיכולות להיות ברשותו, הנוגעות לאופן התרחשות האירוע הנזיקי. תובע אינו יכול להעביר את הנטל אל הנתבע במחדלו להביא את כל הראיות האפשריות, עליו להראות כי אין ביכולתו לדעת את הנסיבות העובדתיות של התרחשות התאונה, ואין לראות בכלל "הדבר מעיד על עצמו" כתחליף למאמץ ראוי להשגת ראיות לגבי נסיבות המקרה. בבוא בית המשפט להחליט אם נתקיים התנאי הראשון של אי-ידיעה, עליו לקחת בחשבון גם את הראיות שהתובע יכול היה להביא על מנת לפזר את העמימות העובדתית לגבי האירוע הנזיקי. ובקיצור, הכלל של "הדבר מעיד על עצמו" אינו מפלט לתובע שאינו ממצה את יכולתו להביא ראיות הנוגעות לנסיבות האירוע (שני – חזקות רשלנות, בעמ' 82-84).

כמו כן, יש לזכור כי תנאי אי-הידיעה מהווה אך משוכה ראשונה אותה על התובע לצלוח על מנת ליהנות מן הפירות הדיוניים של כלל "הדבר מעיד על עצמו". שתי המשוכות הנוספות – התנאי השני והשלישי – מצמצמות משמעותית את המקרים בהם יעבור נטל הראיה כתוצאה מהחלת הכלל, ואינן מאפשרות לטעמי את הרחבת יריעת הכלל באופן שאינו סביר בכל מקרה בו נבצר מהניזוק להעיד (בשל פטירתו או בשל מצבו).

זאת ועוד. מגמת הפסיקה הישראלית הייתה לתת לשני התנאים הראשונים, בהם תנאי אי-הידיעה, פרשנות מקלה הפועלת לטובת התובע (ראו: עניין שטרנברג בעמ' 558-559; עניין צלאח, בפס' 6; שני – חזקות רשלנות, בעמ' 81-86). ניתן, אפוא, לראות כי בתי המשפט לא ראו את החשש אותו הביעו המשיבים, כשיקול המחייב פרשנות המערימה קשיים על התובעים.

28. סיכום ביניים: סעיף 41 לפקודת הנזיקין קובע שלושה תנאים הכרחיים ומצטברים לצורך תחולתו של כלל "הדבר מעיד על עצמו". התנאי הראשון עוסק באי-

ידיעה וחוסר יכולת של התובע לדעת את הנסיבות העובדתיות של התרחשות התאונה, והדיון הנוכחי מתמקד בשאלה אם אי-הידיעה הרלוונטית היא של הניזוק או של התובע. בית המשפט העליון נדרש לכך בשנת 1953, אז נקבע בעניין פריצקד כי אי-הידיעה נבחנת ביחס לניזוק עצמו, ואם הוא ידע או יכול לדעת את נסיבות התאונה – לא ניתן לעשות שימוש בכלל הקבוע בסעיף 41. בעשרות השנים שחלפו, קביעה משפטית זו לא זכתה לחיזוק, לרענון או לדיון מעמיק בבית משפט זה. מנגד, ניתן להצביע על שינויים לא מבוטלים באופן שבו פורש והופעל הכלל המשפטי. בפרט הדגשנו את ההלכה שלפיה המועד הרלוונטי לבחינת אי-הידיעה הוא מועד הדיון המשפטי ולא מועד התרחשות התאונה. הלכה זו מלמדת כי מבחינה מהותית, הכלל הקבוע בסעיף 41 נועד להפעלה במקרים של עמימות ראייתית אובייקטיבית שלא תלויה בהכרח בידיעותיו של הניזוק במועד התאונה. זאת ועוד, ראינו כי הפסיקה החילה את הכלל גם במקרים שבהם הניזוקים עצמם יכלו לדעת את ההתרחשות, אך אינם יכולים למסור את גרסתם בבית המשפט משום שנפגעו בתאונה. גם מתוך לשון החוק ניתן למצוא תימוכין לעמדה שלפיה אי הידיעה אינה מיוחסת באופן אישי לניזוק. עיון בהצעת חוק דיני ממונות, מחזק את המסקנה כי התנאי הראשון להחלת הכלל מתמקד בעמימות האובייקטיבית ולא בשאלה אם הניזוק ידע "בזמן אמת" מה פגע בו. עם זאת, הדגשנו כי כאשר התובע יכול להביא ראיות והוא אינו עושה כן, לא יחול התנאי הראשון, וממילא לא יחול הכלל "הדבר מעיד על עצמו".

האם הדבר מעיד על עצמו במקרה דנן?

29. לאחר שהרחבנו על אודות הפרשנות הראויה של תנאי אי-הידיעה במסגרת הכלל "הדבר מעיד על עצמו", עלינו לחזור למקרה הקונקרטי העומד לפנינו ולבחון האם לאור פרשנות זו, משתנה התוצאה המשפטית בענייננו.

לטעמי התשובה לכך היא שלילית.

30. כפי שציינו המשיבים בתגובותיהם, במקרה דנן לא צלחו המערערים את משוכת התנאי הראשון, שכן היו בידיהם האמצעים לברר מה היו נסיבות נפילתו של המנוח ולהוכיח את גרסתם העובדתית. לא בכדי ציינו שתי הערכאות דלמטה כי נוכח המחלוקת שנתגלעה בין הצדדים לגבי המקום ממנו נפל המנוח (הפיגום או הקיר התומך), היה על המבקשים להמציא חוות דעת של מומחה שתתייחס לאפשרות לקבוע את המקום ממנו נפל המנוח לפי מקום מציאת גופתו על הקרקע (חוות דעת מומחה בטיחות הוגשה מטעם המערערים, אך נקבע כי זו אינה עוסקת באופן התרחשות

התאונה אלא באחריותם של המשיבים לפי כל אחת מהחלופות העובדתיות שהוצעו). המבקשים לא מיצו את אמצעי הידיעה העומדים לרשותם, ומשכך לא עמדו בתנאי הראשון של אי-הידיעה, ולא ניתן להחיל בעניינם את סעיף 41 ולהעביר אל המשיבים את נטל השכנוע.

לאור האמור לעיל, הערעור נדחה. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

31. לסיום אבקש להוסיף הערה בפרספקטיבה רחבה יותר. המקרה שבפנינו הוא דוגמה אחת מיני רבות לעובד בניין שנפגע במסגרת עבודתו (פסקי הדין בעניין צלאח ובעניין בדר הם דוגמאות נוספות מהמקרים שנדונו בפסיקה). התופעה הכואבת של מוות או פציעה חמורה של עובד בניין איננה גזירת גורל, אך היא הפכה זה מכבר לחלק משגרת הידיעות החדשותיות שמגיעות לאזנינו באופן תדיר. לעיתים, היקף הסיקור התקשורתי אף מושפע מכך שהנפגעים משתייכים לקבוצות שנתפסות כשולי החברה הישראלית. אך לאחרונה פורסם דו"ח מבקר המדינה המתריע על עלייה במספר ההרוגים בתאונות עבודה בענף הבנייה, ועל כך ש"גופים ממשלתיים שהופקדו על אסדרת העיסוק בענף לא מימשו את אחריותם" (דו"ח מבקר המדינה 68ג, עמ' 461-455). גם מערכת המשפט נדרשת לתת דעתה לבעיה חברתית זו, והדרך לצמצם את נזקיה הכואבים עשויה לעבור בנתיבי המשפט הפלילי, המשפט המינהלי והמשפט האזרחי, אך לא כאן המקום להרחיב.

ש ו פ ט

השופט ד' מינק:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ז' בסיון התשע"ח (21.5.2018).

שופטת

שופט

שופט