



## בבית המשפט העליון

רע"א 4495/20

לפני: כבוד השופטת יי וילנר

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

נגד

המשיבים: 1. פרופ' ספדי רפעת  
2. בית החולים המשפחה הקדושה  
3. ד"ר עבדאלאלסם זידאן  
4. קופת חולים כללית  
5. מדיקל קונסלטנס אינטרנשיונל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה  
בת"א 21843-08-14 מיום 6.6.2020, שניתנה על-ידי כב'  
סגנית הנשיא ד' סלע

בשם המבקשים: עו"ד ח'ורי מנהל  
בשם המשיבים 1-2: עו"ד ירון בן-דן; עו"ד אלונה שולמן-לויין  
בשם המשיבים 3-5: עו"ד אנינה דינר

### החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' סגנית הנשיא  
ד' סלע) בת"א 21843-08-14 מיום 6.6.2020, בגדרה התקבלה התנגדות המשיבים  
לראיות שהגישו המבקשים.

רקע

2. המבקשים הם אלמנתו וילדיו של המנוח ד"ר ח' ז"ל (להלן: המנוח) אשר עבד  
כרופא שיניים והחזיק במרפאה פרטית. ביום 20.8.2014 הגיש המנוח תביעה נזיקית נגד

המשיבים בגין טיפול רפואי רשלני שניתן לו. בתצהיר תשובות לשאלון השיב המנוח כי הכנסתו בארבע השנים שקדמו לאירועים המתוארים בתביעה היא כמפורט באישורי ההכנסה, אשר צורפו על-ידו לרשימת גילוי המסמכים מטעמו (להלן בהתאמה: תצהיר התשובות לשאלון ואישורי ההכנסה).

3. ביום 29.4.2018, ובטרם החל הליך ההוכחות, הלך המנוח לעולמו, וביום 27.2.2019 הגישו המבקשים באישור בית המשפט המחוזי, כתב תביעה מתוקן כיורשיו וכתלוייו. בכתב התביעה המתוקן טענו המבקשים כי למנוח היו הכנסות לא מדווחות, וכי בכוונתם להציג ראיות לכך, וביניהן יומני עבודה בהם תיעד המנוח פרטים לגבי הכנסות שמקורן בטיפולים שונים שהעניק במרפאתו (להלן: היומנים).

4. בישיבת קדם משפט שנערכה ביום 5.11.2019 טענו המבקשים כי בכוונתם להגיש חוות דעת חשבונאית מפורטת לגבי הכנסתו הבלתי-מדווחת של המנוח, וזאת על בסיס היומנים אשר יוגשו באמצעות הסייעת שעבדה במרפאה (להלן: הסייעת) ורואה החשבון של המנוח. עוד נטען כי היומנים התגלו בין חודש לחודשיים לפני מועד ישיבת קדם המשפט, במסגרת חיפוש אקראי שערכה אלמנת המנוח (המבקשת 1; להלן: האלמנה). בהמשך לכך, קבע בית המשפט המחוזי בהחלטתו שניתנה בתום הדיון כי "בנסיבות המיוחדות של תיק זה", יורשו המבקשים להגיש את כל חוות הדעת שברצונם להגיש "בכל התחומים", וכן נקבע כי נוכח שינוי זהות התובעים, הללו יורשו להגיש תצהירי גילוי מסמכים עדכניים, כמו גם תצהירי עדות ראשית, אליהם ניתן יהיה לצרף כל מסמך שברצונם להגיש, "תוך שמירת זכות הצד שכנגד להתנגד לקבילותם". כן נקבע כי "התצהירים לא יכללו עדות שמועה, עדות סברה, או עדות בלתי קבילה אחרת עפ"י דין" (להלן: ההחלטה הראשונה).

5. בהתאם להחלטה האמורה, הגישו המבקשים חוות דעת חשבונאית על אודות הכנסות המנוח, לרבות הכנסות לא מדווחות (להלן: חוות הדעת החשבונאית). כן הגישו המבקשים תצהירי עדות ראשית ותיק מוצגים הכולל את היומנים.

6. ביום 23.4.2020 הגישו המשיבים התנגדות להגשת היומנים וביקשו להוציאם מתיק בית המשפט. עוד התנגדו המשיבים לחוות הדעת החשבונאית ולתצהירי העדות הראשית של האלמנה והסייעת, ולמצער עתרו למחוק את החלקים בחוות הדעת ובתצהירים המתייחסים ליומנים. המשיבים טענו, בין היתר, כי היומנים אינם קבילים מחמת היותם עדות מפי השמועה, וכן מאחר שאלה לא גולו במסגרת תצהיר גילוי המסמכים של המנוח, ותוכנם סותר את הצהרת המנוח בתצהיר התשובות לשאלון ביחס

לגובה הכנסותיו. מנגד, טענו המבקשים כי יש לדחות את התנגדות המשיבים, ובתוך כך, נטען כי ההתנגדות הוגשה כחצי שנה לאחר מתן ההחלטה הראשונה, ומשכך לוקה בשיהוי.

החלטת בית המשפט המחוזי

7. בהחלטה מיום 6.6.2020 קיבל בית המשפט המחוזי, כאמור, את התנגדות המשיבים להגשת היומנים. בהחלטתו, דחה בית המשפט את טענת המבקשים לשיהוי בהגשת ההתנגדות, וציין כי בהחלטה הראשונה נקבע שלמשיבים שמורה הזכות להתנגד לקבילות היומנים, וכי התצהירים לא יכללו ראיות שאינן קבילות.

8. לגופם של דברים, קבע בית המשפט המחוזי כי תצהיר התשובות לשאלון נכנס בגדר חריג לעדות מפי השמועה, בהיותו אמרת נפטר הנוגדת אינטרס רכושי שלו. לעומת זאת, נקבע כי היומנים אינם נכנסים בגדר חריג האמור לעדות מפי השמועה, שכן החריג אינו מתייחס לחשש מפני הפללה עצמית, אלא אך לאמרה הנוגדת אינטרס רכושי של הנפטר.

9. בהמשך לאמור, נקבע כי על פני הדברים, היומנים באים בגדר חריג נוסף לכלל האוסר עדות מפי השמועה, שהוא רישום במהלך העסקים הרגיל, וזאת נוכח עדות האלמנה והסייעת שראו את המנוח כותב ביומנים. ואולם, נקבע כי אין בכך כדי ללמד על אמיתות תוכנם של היומנים. נקבע כי משעה שהמנוח בחר שלא להגיש את היומנים כראיה להיקף הכנסותיו, ואף מסר תצהיר הנוגד את ההכנסות המתוארות לכאורה ביומנים, הרי שייתכן כי ידע שמדובר ברישומים שאינם נכונים במלואם, ובכך יש כדי לסתור את אמיתות תוכנם. נוכח האמור, נקבע כי משקימת בתיק בית המשפט גרסה של המנוח לגבי הכנסותיו, אין מקום להגיש לאחר מותו ראיות חדשות אשר נוצרו לפני הגשת התביעה, אשר סותרות את גרסת המנוח עצמו, ואשר משרתות אינטרס רכושי מובהק של המבקשים.

10. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אף אם היומנים אכן באים בגדר חריג האמור לכלל האוסר עדות מפי השמועה, הרי שאין לאפשר את הגשת היומנים מטעמים של מניעות והשתק. נקבע כי נוכח גרסתו המפורשת של המנוח בתצהיר התשובות לשאלון לגבי הכנסותיו ולאור הימנעותו מלהגיש את היומנים, הרי שהמבקשים, אשר באים בנעליו, מושתקים מלטעון טענות עובדתיות סותרות בנדון.

11. בנוסף, נקבע כי אם היומנים אכן אותנטיים, סביר להניח שהמנוח נמנע במכוון מגילויים במסגרת תצהיר התשובות לשאלון, וכן נקבע כי הגשת היומנים בשלב זה עלולה להסב נזק כבד למשיבים, שכן לא יהא באפשרותם לחקור את המנוח על אודות הפער בין היומנים ובין התצהיר ובדבר הטעמים בגינם נמנע הוא מלהסתמך על היומנים.

12. אשר על כן, בית המשפט המחוזי קבע כי המבקשים אינם רשאים להגיש את היומנים כראיות בתביעה, וכן לא יהיו רשאים להסתמך עליהם במסגרת ראיות אחרות כדוגמת חוות הדעת החשבונאית.

על החלטה זו נסבה בקשת רשות הערעור שלפניי.

הבקשה דנן

13. בבקשתם טוענים המבקשים, בעיקרו של דבר, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי היומנים אינם קבילים, וזאת בשלב מקדמי של ההליך, מבלי לעיין בהם, ובניגוד להלכה לפיה יש להעדיף כללי משקל על פני כללי קבילות. עוד נטען כי ההחלטה מושא הבקשה דנן אינה עולה בקנה אחד עם ההחלטה הראשונה, בגדרה כזכור התיר בית המשפט המחוזי למבקשים להגיש את חוות הדעת החשבונאית ותצהיר גילוי מסמכים.

כמו כן, טוענים המבקשים כי בשאלון שנשלח למנוח הוא נשאל על הכנסתו בארבע השנים שקדמו לאירועים מושא התביעה (אשר החלו לטענתם באוקטובר 2004), בעוד שהיומנים מתייחסים לשנים 2005-2009, היינו, לארבע השנים שלאחר תחילת האירועים. על רקע זה, לטענת המבקשים, נשמטת הקרקע תחת כלל הנימוקים לקבלת התנגדות המשיבים. המבקשים טוענים עוד כי אין לראות במענה לשאלון משום גרסה עובדתית פוזיטיבית מטעם המנוח, שכן הלה לא נחקר בנדון; כי על כל פנים, היה מקום להתיר למבקשים לתקן את תשובת המנוח לשאלון או להבהירה, בייחוד כאשר מדובר בשלב מקדמי בלבד של ההליך המשפטי, וכאשר המשיבים לא שינו מצבם לרעה על יסוד תשובת המנוח; וכי הלכה למעשה, עסקינן בעדויות מקור של האלמנה והסייעת אשר העידו כי ראו את המנוח מתעד את התקבולים שקיבל מידי יום ביומו. בנוסף, נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי הימנעות המנוח מהגשת היומנים מקימה הנחה שהרישומים המופיעים בהם אינם נכונים, שכן הנחה זו רלוונטית למשקל היומנים ולא לקבילותם. כן נטען כי לא היה מקום לקבוע שהיומנים לא הוגשו במכוון, נוכח תצהיר האלמנה לפיו היומנים נתגלו באקראי לאחר מות המנוח; וכי אין הצדקה שידיעת המנוח

על הכנסותיו הבלתי-מדווחות תפגע במבקשים אשר לא ידעו על כך עד לגילוי היומנים.

כמו כן, טוענים המבקשים כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי הם מושקעים מלטעון טענות עובדתיות השונות מגרסת המנוח באשר להכנסותיו. לטענת המבקשים, יש לראות בהם כתובעים בעלי מעמד עצמאי בהליך, ואף עילות תביעתם אינן זהות בהכרח לעילות התביעה שעמדו למנוח, בין היתר, נוכח מעמדם כתלויים.

14. בתשובתם סומכים המשיבים 1-2 ידיהם על החלטת בית המשפט המחוזי, ומוסיפים, בעיקרו של דבר, כי בשאלון שנשלח למנוח הופיעו בשל טעות סופר שתי שאלות זהות המתייחסות להכנסותיו בארבע השנים שלפני האירועים מושא התביעה, בעוד שהכוונה היתה לארבע השנים שקדמו לאירועים אלה ולארבע השנים שאחריהם. נטען כי אף המנוח ציין בהליכי הגילוי כי יש ברשותו אישורי הכנסה עבור השנים 2012-2005, אך לא ציין את קיומם של יומנים המתעדים הכנסות שהתקבלו במהלך שנים אלה. כן נטען כי טענת המבקשים לפיה המנוח כלל לא מסר גרסה עובדתית ביחס לשנים הרלוונטיות ליומנים הועלתה לראשונה במסגרת בקשת רשות הערעור דנן. עוד נטען כי עמדת המנוח ביחס להכנסותיו נמסרה הן בתצהיר התשובות לשאלון והן במסגרת רשימת גילוי מסמכים שהלה ביקש כי יראו בה כתצהיר גילוי מסמכים, ולכן ברי כי מדובר בעמדה המהווה גרסה עובדתית מטעמו. המשיבים 1-2 טוענים, אפוא, כי בדין קיבל בית המשפט המחוזי את ההתנגדות להגשת היומנים, שכן לפי תקנה 114 א לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות), אין לקבל ראייה אשר לא גולתה במסגרת גילוי המסמכים, ואילו היומנים סותרים את גרסת המנוח בהליכי הגילוי. המשיבים 1-2 מוסיפים וטוענים בהקשר זה כי היה על המבקשים להגיש בקשה לצירוף היומנים כראיות בתיק, אשר נתמכת בתצהיר וכוללת הסבר על המחדל לצרפם במועד מוקדם יותר, כאמור בתקנה 114 א לתקנות.

המשיבים 1-2 טוענים עוד כי היה על המבקשים להגיש את היומנים באמצעות עורך היומנים או מקבלם, אשר ניתן יהיה לחקרו בחקירה נגדית; וכי האלמנה, הסייעת ורואה החשבון שערך את חוות הדעת החשבונאית אינם עונים להגדרות אלה. משכך, נטען כי היומנים מהווים עדות מפי השמועה, וכי אין די בהם כדי להרים את נטל ההוכחה הכבד המוטל על המבקש לטעון להכנסה גבוהה מזו המדווחת. כמו כן, נטען כי העובדה שהיומנים הוגשו לקראת הגשת הראיות בתביעה מעוררת אף היא תמיהה וסותרת את אמיתות תוכנם; וכי המעבר מכללי קבילות לכללי משקל אינו רלוונטי לענייננו, שכן

הימנעות המנוח מהגשת היומנים במשך ארבע שנות ניהול התביעה על-ידו מקימה חזקה כי מוצגת בהם גרסה שאינה אמיתית.

15. המשיבים 3-5 ביקשו להצטרף לתשובת המשיבים 1-2.

16. עוד יצוין כי המבקשים הגיש בקשה להגיב לתשובת המשיבים, וכן ביקשו כי יותר להם להמציא את היומנים לעיון בית משפט, ואולם לא ראיתי צורך להיעתר לבקשות.

דיון והכרעה

17. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובתשובות לה, ולאחר שנתתי לצדדים הזדמנות לטעון בעניין החלטה של תקנה 410 לתקנות, ושוכנעתי כי לא תיפגענה זכויותיהם כבעלי דין אם אנהג בהתאם לאמור בתקנה זו, החלטתי לדון בבקשה דנן כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור על-פיה. אקדים ואומר כי דין הערעור להתקבל, כפי שיבואר להלן.

18. אפתח ואציין כי ברקע הדיון שלהלן שומה לשוות לנגד עינינו את המגמה הרווחת והידועה בפסיקה, שעניינה במעבר מכללי קבילות לכללי משקל. על-פי מגמה זו ככלל, ייטה בית המשפט שלא לפסול ראיה מיניה וביה, אלא יעדיף לבחונה לגופה ולקבוע את משקלה בהתאם (ראו: ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון סילוורמן, פ"ד לז(4) 281, 287-288 (1983); ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (10.9.2006)). וכעת אפנה לגופם של דברים.

תביעת המבקשים כתלויים

19. יש להבחין בין תביעת המבקשים כיורשי המנוח, הבאים בנעליו, ובין תביעתם כתלויים. כך, בכובעם כתלויי המנוח אוחזים המבקשים בעילות תביעה עצמאיות ומובחנות מעילות התביעה העומדות להם כיורשיו (אף אם מטבע הדברים יש מתחם חפיפה בין תביעות אלה; וראו: ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון כרכבי, פ"ד סב(3) 527, 536 (2007); עמוס הרמן דיני נזיקין 419-420 (מהדורה שנייה, 2020)), ומשכך אין בהליכי הגילוי והעיון שהתקיימו בתביעת המנוח כדי לכבול את המבקשים במסגרת תביעתם כתלויים. הנה כי כן, גרסת המנוח בתצהירי גילוי המסמכים והתשובות לשאלון אינה מחייבת את תלוייו-המבקשים, והללו רשאים להגיש ראיות שאינן

מתיישבות בהכרח עם גרסה זו, ואף לא ניתן לומר כי הם מושקפים מלהציג גרסה עובדתית שונה בנוגע להכנסות המנוח. סתירה אפשרית בין הגרסאות האמורות תילקח כמובן בחשבון בעת קביעת משקל הראיות, והכל לפי שיקול דעתו של בית המשפט המחוזי.

די באמור כדי לקבל את ערעור המבקשים ביחס לתביעתם כתלויים.

תביעת המבקשים כיררשים

20. בהחלטתו הראשונה התיר בית המשפט המחוזי למבקשים להגיש כל חוות דעת שברצונם להגיש "בכל התחומים", וזאת לנוכח הצהרתו המפורשת של בא-כוח המבקשים בישיבת קדם המשפט כי עקב איתור היומנים, בכוונת המבקשים להגיש חוות דעת חשבונאית המתייחסת להכנסה לא מדווחת של המנוח. הנה כי כן, משהותרה הגשתה של חוות הדעת החשבונאית – המבוססת על היומנים – נדמה כי בכך התיר בית המשפט המחוזי, הלכה למעשה, אף את הגשת היומנים, שאחרת תרוקן מתוכן החלטתו בנדון.

21. יתר על כן, בעקבות פטירת המנוח ותיקון התביעה לתביעת עיזבון ותלויים, הורה בית המשפט המחוזי במסגרת ההחלטה הראשונה על מתן צו נוסף לגילוי מסמכים. ואכן, בעקבות מתן הצו, העבירו המבקשים למשיבים רשימת גילוי מסמכים חדשה, מובחנת מתצהירו של המנוח בנדון, אשר כללה אף את היומנים. במצב דברים זה, כלל לא נדרש מהמבקשים להגיש בקשה לפי תקנה 114א לתקנות לגילוי ראיה חדשה שלא פורטה בתצהיר גילוי המסמכים של המנוח, ויש לדחות את טענת המשיבים בעניין זה.

22. לצד כל האמור, ועל אף המסקנה כי לא היתה מניעה להגיש את היומנים כראיות בתביעה – בין אם כנספחי חוות הדעת החשבונאית שהותרה הגשתה, ובין אם במסגרת תצהיר גילוי המסמכים הנוסף, ברי כי עם מות המנוח נוצר קושי בקבלת היומנים כראיה בשל היותם עדות מפי השמועה. ואולם, בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, כי מתצהירי האלמנה והסייעת עולה שהמנוח ערך את היומנים במהלך עסקיו הרגיל, ומשכך נראה כי היומנים חוסים תחת אחד החריגים אשר נקבעו בפסיקה לכלל האוסר על קבלת עדות מפי השמועה (ראו: ע"א 2576/03 וינברג נ' האפורטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 31 (21.2.2007)). לפיכך, למרות שהיומנים מהווים עדות מפי השמועה, אין בכך כדי למנוע את הגשתם כראיה. אמנם בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי הסתירה בין גרסתו המפורשת של המנוח בהליכי הגילוי מטעמו, ובין הגרסה העולה לכאורה מהיומנים –

מערערת את החזקה בדבר אמיתות תוכנם. ברם, קביעה זו מקומה בהערכת המשקל של היומנים ולא בשאלת עצם קבילותם.

23. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי היומנים גופם כוללים גרסה עובדתית השונה מגרסתו הפוזיטיבית של המנוח בתצהיר תשובותיו לשאלון, ולפיכך המבקשים מושתקים מלהעלותה.

ואולם, ספק בעיני האם ניתן כלל לראות בתצהיר התשובות לשאלון של המנוח משום גרסה פוזיטיבית שלו ביחס להכנסותיו בשנים שלאחר תחילת האירועים מושא התביעה (התקופה לגביה מתייחסים היומנים), שכן בשאלות 44-45 לשאלון נשאל המנוח אך על אודות הכנסותיו בארבע השנים שקדמו לאירועים אלה. טענת המשיבים כי בשאלה 45 נפלה טעות סופר, וכי זו התייחסה למעשה לתקופה שלאחר האירועים, איננה מתחייבת מהכתובים. אומנם המנוח הפנה בתשובתו גם לאישורי הכנסה הנוגעים לשנים מאוחרות יותר, אך ספק רב אם ניתן לראות בכך מסירת גרסה פוזיטיבית המונעת ממנו (באמצעות יורשיו – להבדיל מתלוייו) להעלות טענות נוספות ביחס לגובה הכנסותיו בשנים אלה.

24. זאת ועוד, טענת המבקשים בדבר הכנסות לא מדווחות של המנוח נטענה על-ידם כבר בכתב תביעתם המתוקן אשר הוגש באישור בית המשפט המחוזי (ראו סעיף 36 לכתב התביעה המתוקן, יצוין כי המשיבים לא העלו כל טענת מניעות בנדון בכתב ההגנה המתוקן). ממילא רשאים המבקשים להציג ראיות התומכות בטענתם האמורה. סתירה אפשרית בין גרסאות המנוח והמבקשים עלולה להשליך כמובן על מהימנות הטענות העובדתיות המועלות מטעמם, או על משקל ראיותיהם, אך אין בה כדי להשתיק מלכתחילה את המבקשים מלהגיש את היומנים על מנת לבסס את גרסתם העובדתית ביחס להכנסות המנוח שנטענה כאמור בתביעה המתוקנת.

25. סוף דבר – נוכח כל האמור לעיל, ראיתי לקבל את הערעור דנן, כך שתותר הגשת היומנים, וכן תידחה התנגדות המשיבים לחלקים בתצהירי העדות הראשית של האלמנה והסייעת ובחוות הדעת החשבונאית המתייחסים ליומנים – בין אם בתביעת המבקשים כתלויים, ובין אם בתביעתם כיוורשים. שאלת המשקל שיש לייחס ליומנים, להבדיל מקבילותם, תיבחן, מטבע הדברים, על-ידי בית המשפט המחוזי בהמשך ההליך.



26. לבסוף, אעיר כי יש להצר על האופן הבלתי מכבד בו נוסחו חלק מטענות המבקשים בבקשת רשות הערעור דנן ביחס להחלטת בית המשפט המחוזי. להתנסחות מעין זו, ככלל ובפרט כלפי ערכאה שיפוטית, אין מקום במחוזותינו.

27. לאור המקובץ, הערעור מתקבל.

בנסיבות העניין, יישא כל צד בהוצאותיו.

ניתנה היום, א' בטבת התשפ"א (16.12.2020).

ש ו פ ט ת