

**בתי המשפט**

א 006757/07		בבית משפט השלום בירושלים	
תאריך: 09/11/2009		כבוד השופט רם וינוגרד	

בעניין:

עיסא מוסטפא חמידאת

ע"י ב"ב

עו"ד אורי גלבע

התובע

ועו"ד רעות גדי

נגד

פוליפח בית שמש מפעלים בע"מ

ע"י ב"ב

עו"ד אברהם דויטש

הנתבעת

ועו"ד מרק לזרוביץ

**פסק דין**

1. התובע, יליד 8.3.1962, נפגע במהלך עבודתו אצל הנתבעת כאשר רגלו הימנית נלכדה בין גלילים נעים במכונה המייצרת קירות מבודדים מפח וחומר בידוד (להלן: "פנלים"). אין מחלוקת בין הצדדים כי התובע אכן נפגע כתוצאה מהילכדות רגלו במכונה הנעה במהלך העבודה, אולם הנסיבות שהביאו להילכדות הרגל שנויות במידת מה במחלוקת. לפיכך סובבת מחלוקתם של הצדדים את שאלות האחריות והנוק גם יחד.

2. המחלוקת העובדתית שבין הצדדים מצומצמות למדי. נראה כי ככל שהדברים אמורים בסוגיית האחריות סובבת המחלוקת העובדתית אך את הטענה לפיה הונחו העובדים במפעל שלא להפסיק את פעולת המכונה במהלך החלפת גליל הניילון המשמש לכיסוי הפנלים. בסוגיית הנוק התגלעה מחלוקת בעיקר בנוגע לשאלה אם תלושי השכר שהונפקו לתובע משקפים את שכרו בפועל. עניינים אלה ידונו כסדרם.

**העובדות הנוגעות להתרחשות הארוע**

3. התובע, תושב השטחים, עובד במפעל שבבעלות הנתבעת באזור התעשייה בבית שמש מאז שנת 1982 (סעיף 3 לתצהירו). המפעל מייצר מוצרי פח שונים. בין היתר מיוצרים במפעל "פנלים", כאשר במהלך תהליך הייצור מצופה כל פנל בניילון משני צדיו. התובע הבהיר בתצהירו שגליל הניילון המשמש לציפוי הוא כבד משקל, ויש להרימו ולהניחו במקומו במרומי המכונה באמצעות ארבעה פועלים: שניים נמצאים על הקרקע ומרימים את הגליל לשניים אחרים המצויים בחלקה העליון של המכונה, שצילומיה צורפו לתצהיר (סעיף 6 לתצהירו). לדבריו הונחו הפועלים על ידי מר גל אלון, בנו של בעל המפעל, להחליף את הגליל כאשר המכונה עובדת, וזאת כדי למנוע אובדן של חומר פח וקלקר שייצורם המשיך במהלך החלפת הגליל (סעיפים 7 ו-9 לתצהיר התובע, וסעיפים 7 ו-9 לתצהירי אחיו). הפועלים שעמדו בחלקה העליון של המכונה נעמדו על מסגרת הברזל הצרה שהקיפה אותה, נטלו את הגליל מהפועלים שעמדו למטה והרכיבו אותו במקומו (סעיף 6 לתצהיר התובע).

4. מעדותו של העד היחיד שבחרה הנתבעת להעיד, מר איתן אלון (להלן: איתן), עלה חיזוק למרבית דברי התובע. מהעדויות עלה שגליל הניילון המשמש לציפוי הוא אכן כבד משקל (התובע העריך את משקלו בסעיף 10 לתצהירו ב- 70 ק"ג ואילו איתן העריך את משקלו ב- 50 ק"ג – עמ' 27 לפרוטוקול, שורה 7). מאחר ובמשמרת מייצרים כ- 1,500 מטרים של פנלים (עדות איתן בעמ' 21 לפרוטוקול, שורות 6-7) וגליל ניילון אחד מספיק לציפוי 1,000 מטרים (שם, שורות 10-11), יש צורך בהחלפת גליל במהלכה של כל משמרת (שם, שורות 8-9). פעולת החלפת הגליל אורכת כחמש דקות, כאשר במהלך פרק זמן זה מייצרת המכונה 12-13 מטרים (עמ' 22 לפרוטוקול, שורות 12-17).

5. בתצהירו טען איתן שהתובע עבד במפעל "כפועל ייצור והינו עובד ותיק ומיומן. התובע עבר הדרכות בטיחות והונחה להפסיק את פעולת המכונה בזמן הרכבת גליל הניילון" (סעיף 2 לתצהיר איתן). לא הובהר מדוע הוזמן איתן להעיד, על אף שהתובע ואחיו הצביעו כבר בתצהיריהם על גל, אחיו של איתן, כמי שניהל את העבודה בפועל. תמיהה זו התחזקה לאחר חקירתו הנגדית של העד. על אף העובדה שהתובע העלה בתצהירו טענות ספציפיות בנוגע לתלושי השכר ולאופן ביצוע התשלום לפני ואחרי התאונה, בחרה הנתבעת להעיד אדם המעיד על עצמו שאין הוא יודע דבר וחצי דבר בעניינים אלה כי "אני לא מתעסק עם משכורות" (עמ' 19 לפרוטוקול, שורות 5-6). כן השיב

שהוא אחד הבעלים במפעל, ולא רואה בפועל את תהליך החלפת הגליל במכונה, שהוא הוא השנוי במחלוקת בתובענה זו, כי "אני לא נמצא ליד המכונה, זו רק מחלקה קטנה במפעל" (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 4-5). בעבר ראה שמפסיקים את המכונה בעת החלפת הגליל (עמ' 22 לפרוטוקול, שורות 24-25). לא הוא שהנחה את הפועלים להפסיק את פעולת המכונה לפני החלפת הגליל, ומשנשאל מי מסר הנחיה זו, שאלה ששבה ועלתה פעמים מספר, השיב תשובות מגוונות: מדובר בהוראה של משרד העבודה (עמ' 21 לפרוטוקול, שורות 16-17); מדובר בהוראה הכתובה בהוראות ההפעלה של המכונה (שם, שורות 18-19; למותר לציין שהוראות אלה לא הוצגו בפני בית המשפט – ר.ו.); הפועלים יודעים בעצמם את העבודה ולכן לא הסבירו להם כיצד לעבוד (שם, שורות 22-25). משנשאל, בפעם הרביעית, אם ההוראה היא להפסיק את פעולת המכונה בעת החלפת הגליל השיב "היום אתה שואל! היום ההוראה היא לכבות את המכונה שמחליפים גליל" (עמ' 22 לפרוטוקול, שורה 1). משנאמר לו שגם כיום לא מופסקת פעולת המכונה השיב "אין לי מושג, אני לא חושב ככה" (שם, שורות 2-3).

6. לדברי העד איתן לא הפסיקו הפועלים את פעולת המכונה עובר להחלפת גליל הניילון כי הם מתעצלים לכבות ולהדליק אותה ומבקשים לחסוך בזמן, ולא משום שהם חסים על החומר המיוצר (שם, שורות 10-11 ו-18-20). הוא אישר שלאחר התאונה הותקן משטח לעמידה במרומי המכונה, כדי להקל על מלאכת החלפת הגליל (עמ' 25 לפרוטוקול, שורה 24 – עמ' 26, שורה 2), והותקן במכונה מקום לגליל ניילון נוסף כך שלא יהיה כלל צורך להפסיק את המכונה במהלך יום העבודה וניתן יהיה בפשטות לעבור מגליל לגליל (עמ' 26 לפרוטוקול, שורות 3-10).

7. תשובותיו של העד איתן לא היו עקביות, לא היו מלאות, וניכר בהן שהן מבקשות לכסות על מצב הדברים האמיתי במסגרתו מבצעים הפועלים את העבודה כתבנתם, ללא כל הנחייה מסודרת. גם ההנחה לפיה "התעצלו" הפועלים לכבות את המכונה ולהפעילה, והעדיפו לבצע תהליך החלפה של הגליל תוך סיכון נפשות אגב ביצוע הליך הדורש מיומנות לוליינית במרומי קונסטרוקציה הברזל של המכונה, אינה סבירה כלל ועיקר. לפיכך יש להעדיף את עדויות התובע ועדיו (אף שמדובר בשני אחיו) לפיהן בוצעה בשיגרה פעולת החלפת הגליל בעת שהמכונה פועלת, וזאת כדי לחסוך בחומר המיוצר ללא הפסקה. יש גם לקבוע, ולעניין זה אין כלל מחלוקת, שהפעולה בוצעה על ידי שני פועלים שנעמדו במרומי המכונה על מסגרת המתכת, במקום שאין בו כלל משטח לעמידה.

### אחריותה של הנתבעת

8. מעיון בתמונות המכונה (הן אלה שצורפו לתצהיר והן התמונות הצבעוניות שצורפו לתחשיב) עולה שמדובר במכונה גדולת מימדים, שגובהה עולה על קומת אדם. כל הגלילים הנעים במכונה חשופים לחלוטין, ובכלל זה גליל הניילון. למעשה, אף לא חלק אחד במכונה מגודר באופן כלשהו. משכך הם פני הדברים אין אלא לתהות על טענות הנתבעת לפיהן לא הוטלה חובה לגדר את חלקי המכונה. חלקים חשופים אלה טמנו בחובם סכנות לכל עובד החולף בצד המכונה ועלול למעוד ולמצוא עצמו נגרר את בין גלילי המכונה, וממילא ברי כי הוטלה על הנתבעת חובה לדאוג לגידורם לבטח.

9. היפגעותו של עובד ממנגנון המותקן במכונה שלא גודרה לבטח מטילה אחריות שבינה ובין "אחריות מוחלטת" אין אלא כחוט השערה. קביעה זו עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון זה למעלה מיובל שנים. כך נקבע בע"א 176/53 עטייה נ' רוזנבאום, פ"ד ח 1135, 1139 (1954) כי החובה לגידור מכונות לבטח "היא חובה אבסולוטית, במובן זה שהבטחון שהגידור צריך לתת הוא מוחלט, היינו, שהוא צריך לתת בטחון מלא לפועלים הבאים במגע עם המכונה שלא ייפגעו על-ידה. אין מחזיק בבית-חרושת יוצא ידי חובה זו גם כשהוא גודר את המכונה המסוכנת לפי השיטה החדשה והטובה ביותר הידועה באותו זמן, אם למעשה אין היא מוגנת על-ידי-כך כהלכה" (ראו גם ע"א 227/67 ע"א 227/67 המ' 113/68 אמסלם נ' כץ, פ"ד כב 7 (1956)). כך נקבע גם בע"א 3719/01 אגבריה נ' פקר פלדה בע"מ, מיום 31.10.02, כי "סעיף 37 לפקודת הבטיחות בעבודה מטיל על המעביד חובה מוחלטת להתקין אמצעי גידור לבטח, במובן זה שעל אמצעי ההגנה לתת ביטחון מלא לעובד הבא במגע עם המכונה המסוכנת". באותו מקרה הותקנה במכונה עין אלקטרו-אופטית שאמורה היתה למנוע את ירידת הסכין על יד המוכנסת לחלל המכונה, ועל אף זאת (וגם בשל כשל מסויים ב"עין") נקבע שהחובה לא מולאה, וזאת מתמלאת רק כאשר המכונה מפסיקה פעולתה באופן אוטומטי מיד כאשר מוכנס אבר גוף בשוגג לאזור המאפשר מגע עם החלקים המסוכנים (ראו גם ע"א 240/87 קריכלי נ' א.פ.ל. בע"מ, פ"ד מג(3) 507 (1989)).

10. ההלכה המטילה אחריות בגין העדר גידור לבטח חלה על כל העובדים כולם, שכן "החוק בא להגן על עובדים מכל הסוגים ובכל המצבים - זהירים ובלתי זהירים, ערים

ועייפיים, מנוסים וטירוניים, זקנים, צעירים ונשים, בריאים וחולניים ואף נרפים, מרושלים ופוחזים בכלל. כל עוד שניתן לחזות באופן סביר מראש כי עובד (ולאו דווקא עובד 'סביר') עלול להיפגע על-ידי מגע עם חלק מכונה הנמצא בתנועה או בשימוש, הרי חלק זה הוא 'מסוכן' וטעון 'גידור בטוח', והוא גידור המונע כל מגע גופני" (ע"א 211/63 כתון נ' קלפר, פ"ד י"ח(1) 563, 585-1964); וראו והשוו ע"א 448/87 צבי המרמן קבלן לבניין בע"מ נ' עיד איברהים חסן, פ"ד מג(3) 810 (1989)).

11. מאחר שאין מחלוקת כי רגלו של התובע נתפסה בין גלילי המכונה, וחלף פרק זמן לא קצר עד שחולצה ממנה, הרי שפגיעתו נבעה מהעדר גידור לבטח. לפיכך נושאת הנתבעת באחריות לפיצוי התובע בגין נזקיו.

12. מעבר לנדרש אעיר כי התנהלותה של הנתבעת נגועה גם בהתרשלות שגרמה לנזק, תוך הפרת החובה כלפי העובד, וממילא יש בה כדי לקיים את כל יסודות עוולת הרשלנות. שיטת העבודה שהונהגה במפעל אינה סבירה כלל ועיקר. החלפת גליל הניילון עת פועלת המכונה היא פעולה מסוכנת ורשלנית. יתירה מזו: אף אם לא היה עולה בידי התובע להוכיח שהנתבעת הורתה לעובדיה לפעול בדרך המתוארת לעיל, ולמצער העלימה עין עת פעלו כך, הרי שהיה מקום להטיל אחריות על הנתבעת בשל הנהגת שיטת עבודה לפיה מטפסים שני עובדים לגובה, נעמדים על מסגרת מתכת צרה ומנסים להחליף גליל ניילון שמשקלו למעלה מ-50 ק"ג. שיטת עבודה זו היא מסוכנת ביותר, ומזמינה תאונות ותקלות שונות. אף אם הנזק שהתמש שונה מזה שצפתה הנתבעת (כאמור – רק אם היתה מתקבלת טענתה לפיה הונחו העובדים שלא להחליף את הגליל בזמן שהמכונה פועלת, ולפיכך לא צפתה הנתבעת הינזקות מפעולת הגלילים המסתובבים), עדיין מצוי הוא בתחום הצפיות הכללי שלה (השוו ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס ואח', פ"ד לג(2) 785, 803 (1979); ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1, 9 (1984); ע"א 2757/93, 3058 שרון נ' או. אר. אס כוח אדם בע"מ, פ"ד מט(2) 781, 791 (1995)). גם מטעם זה יש לקבוע שהנתבעת אחראית לפיצוי התובע בגין הנזקים שנגרמו לו בעקבות התאונה.

## אשם תורם

13. התובע היה עובד ותיק ומנוסה במקום העבודה. מהעדויות עלה כי הוא שהיה אחראי על צוות העובדים שהפעיל את המכונה (עדות התובע בעמ' 8 לפרוטוקול, שורות 13-16

ושורות 19-21; עדות אחיו אחמד בעמ' 13 לפרוטוקול, שורות 18-19; עדות אחיו חמדי בעמ' 16 לפרוטוקול, שורות 21-25; עדות איתן בעמ' 24 לפרוטוקול, שורות 19-20). מכאן שיש לכאורה מקום לזקיפת אשם תורם לחובתו, בשל יכולתו להפעיל שיקול דעת עצמאי (השוו ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פ"ד לח(1) 72, 81 (1984)) ותוך בחינת שיעור האוטונומיה שבהתרשלותו (ע"א 119/58 מזרחי נ' פרידמן, פ"ד יג 529, 530 (1959)). על אף זאת הגעתי לכלל מסקנה כי אין לזקוף לחובת התובע אשם תורם במקרה דנא. שעה שנמצא כי המעביד הפר חובה חקוקה, יוטל על הטוען לאשם תורם של העובד לעבור רף גבוה אף יותר מזה הקבוע דרך כלל ביחסי עובד-מעביד. זה יזקף לחובת העובד רק אם יוכח שהעובד הפעיל שיקול דעת עצמאי באופן שהוא יצר את הסיכון מכוח החלטתו החופשית, ולא פעל בתוך תחום הסיכון שיצר מעבידו על ידי הפרת החובה החקוקה (יצחק אנגלרד, אהרון ברק, מישאל חשין, **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (מהדורה שנייה, תשל"ז, בעריכת גד טדסקי) 119, 267; ע"א 435/85 מחמור נ' אטדגי, פ"ד מא(4) 524, 527-528 (1987); הילכת **מזרחי**, שם). שעה שפעל העובד בתוך תחום הסיכון שיצר המעביד יחול הכלל שטבע כבוד מ"מ הנשיא זוסמן [כנתארו אז] ולפיו "לא בנקל ימצא בית-המשפט עובד הסומך תביעתו על הפרת חובה חקוקה של מעביד לקיום הבטיחות במפעל, אשם ברשלנות תורמת. הטלת חובות אלה על המעביד מיועדת להבטיח את העובד גם בפני רשלנותו הוא ולכן יקבע בית-המשפט רק במקרים נדירים שגם העובד אשם לתוצאה המזיקה" (ע"א 453/72 גרבי נ' רשות הגנים הלאומיים, פ"ד כח(1) 198, 199 (1973); ע"א 240/87 קריכלי נ' א.פ.ל. בע"מ, פ"ד מג(3) 507, 512 (1989)).

14. לו נגרם הנזק בשל פעולה חד פעמית של התובע, שהחליט תוך הפעלת שיקול דעתו כאחראי על העובדים לפעול בדרך פלונית חלף דרך אלמונית הנהוגה והבטוחה, או לו החליט לסטות מהוראות המעביד באופן בוטה, היה מקום לזקוף לחובתו אשם תורם על אף קיומם של יחסי עובד-מעביד ועל אף הפרת החובה החקוקה. שונים הם פני הדברים שעה שנקבע כי שיטת העבודה בה פעל התובע ביום הארוע היא השיטה שהנהיג המעביד. במקרה זה לא ניתנה לתובע האפשרות לסטות מהשיטה שנקבעה, ואין מקום לזקוף לחובתו אשם תורם אך בשל העובדה שנשמע להוראות מעבידתו. לפיכך אין מקום לזקוף לחובת התובע אשם תורם בנסיבות העניין.

**הנזק****הנכות**

15. כתוצאה מהילכדות רגלו של התובע במכונה נגרם לו פצע גדול מימדים. התובע אושפז בבית החולים בחברון, ואושפז פעמיים נוספות לצורך הטיפול בפצע הנקרוטי שנוצר במקום. מהאשפוז האחרון שוחרר ביום 5.9.01, כחודש לאחר התאונה. התייעוד האחרון הנוגע לפנייה של התובע לטיפול רפואי כלשהו (להבדיל ממסמכי ד"ר שלאידה שאינם אלא חוות-דעת בנוגע למצב הצלקת) נערך ביום 17.8.02, אף שעיון במסמך מעורר אפשרות לפיה יתכן שגם מסמך זה הוא למעשה משנת 2001.

16. המומחה מטעם התובע, האורטופד ד"ר מנחם יצחקי, לא מצא מגבלת תנועה בבדיקה. בדיקות ההדמיה לא מצאו ממצאים גרמיים חריגים. נמצאה "צלקת גדולה ורגישה מאוד באספקט חיצוני של הקרסול הימני". המומחה התרשם שהצלקת "רגישה ומכאיבה" וגורמת לתובע להפרעה בהליכה ולכאבים. לפיכך סבר שיש להעניק לו נכות לצמיתות בשיעור 10% לפי סעיף 175(ב) לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), התשט"ז-1956, כשלשיטתו מדובר בנכות תפקודית. לעניין הנכויות הזמניות העריך המומחה שהתובע שהה באי כושר מלא למשך חצי שנה, ולאחר מכן עמדה נכותו הזמנית על 50% למשך חודשיים, ובשיעור 25% למשך חודשיים נוספים.

17. המומחה מטעם הנתבעת, האורטופד ד"ר מיכאל לבני, מצא אף הוא תנועות מלאה בבדיקת התובע. על פי בדיקתו הצלקת "לא דבוקה לרקמות מתחתיה. לא היפרטרופית". הוא הסכים שיש לקבוע לתובע נכות בשיעור 10% בגין הצלקת, אולם סבר שמאחר וזו אינה דבוקה לרקמות שמתחתיה אין היא אלא "נכות קוסמטית ואין כל מניעה שהוא יעסוק בכל מטלות היום יום כולל עבודה".

18. תצלום הצלקת שבקרסול רגל ימין של התובע, שצורף הן לחוות-דעתו של ד"ר לבני והן לתצהירו של התובע, מעלה כי מדובר בצלקת גדולת מימדים המשתרעת על צדו החיצוני של פרק הקרסול, באזור המצוי בדרך כלל בחיכוך מתמיד עם הנעל. בנסיבות אלה, אף אם הצלקת אינה דבוקה לרקמות (עניין שלא נדון כלל בחוות-דעתו של ד"ר יצחקי ונקבע במפורש בחוות-דעתו של ד"ר לבני) אין זה מן הנמנע כי התובע עלול

לחוות כאבים או רגישות בהליכה. לפיכך לא יהא זה נכון לקבוע שהצלקת היא נטולת משמעות תפקודית, ונראה שיש לייחס לה משמעות תפקודית בשיעור מחצית מהנכות, קרי: 5%. אף שנראה שטענות התובע, לפיהן הוא מנוע מעמידה ומנשיאת משאות(?) בגין הצלקת, אינן עולות בקנה אחד עם הממצאים, עדיין נראה שצלקת מעין זו עלולה לגרום פגיעה בפעילות גופנית ממושכת המצריכה הליכה מרובה. אומנם אופי העבודה אצל הנתבעת, בסמוך ובצמוד למכונה זו או אחרת, אינו מצריך פעילות מעין זו, אולם אם חלילה יפלט התובע לשוק העבודה עלולה המגבלה לבוא לידי ביטוי ויש להעניק לה משקל מתאים.

19. אשר לנכויות הזמנית: מאחר והמומחה מטעם הנתבעת בחר שלא להתייחס לקביעות ד"ר יצחקי בעניין זה, יש לאמץ את קביעותיו של המומחה מטעם התובע בהקשר זה. לפיכך יש לקבוע שהתובע שהה באי כושר מלא למשך מחצית השנה, ולאחר מכן יש לקבוע לו נכות זמנית בשיעור 50% למשך חודשיים ונכות זמנית בשיעור 25% לחודשיים נוספים.

### בסיס השכר

20. מתלושי השכר שהונפקו לתובע ערב התאונה עולה כי שכרו הנמוצע בחודשים ינואר עד אוגוסט 2000 עמד על 6,631 ₪ (הנתונים המצטברים של "ברוטו למס שנתי" ושל זקיפות הטבה שנתי"), אולם שכרו הממוצע בשנת 2000 כולה עמד על 5,236 ₪ בלבד (על בסיס אותם נתונים מצטברים). הירידה בשכר בחודשים האחרונים של שנת 2000 מוסברת בסגר שהוטל באותה עת על השטחים (ת/7). מהנתונים שבתלושים עולה לכאורה שהתובע עבד כ- 25 ימים בחודש בממוצע בחודשים ינואר עד ספטמבר 2000, אולם בחודש אוקטובר, לאחר פרוץ המהומות בהר הבית, עבד שלושה ימים בלבד; לא עבד כלל בחודש נובמבר, ועבד 12 ימים בחודש דצמבר (על אף הסגר). בחודש ינואר 2001 השתכר 7,058 ₪, כולל הטבות ובחודש מאי 2001 השתכר 5,728 ₪ כולל הטבות. שכרו הממוצע בחמשת החודשים הראשונים של שנת 2001 עמד על 4,060 ₪ בלבד, אף זאת בשל עבודה חלקית ביותר בחודשים שהתובע בחר שלא להציג את תלושיהם (בחודש פברואר עבד 17 ימים, בחודש מרץ 7 ימים ובחודש אפריל יום אחד).

21. התובע טען שבפועל שולם רק חלק ממשכורתו באמצעות התלוש, ועל סכום זה נוסף סכום מזומן. טענה זו לא נתמכה בתצהיריהם של אחיו, ששניהם גם יחד עבדו במפעל

הנתבעת בתקופות הרלוונטיות. הראייה היחידה לתמיכה בטענה זו היא המסמך שסומן ת/2 – "דו"ח נוכחות מרכז [כך במקור – ר.ו.] לעובד" מחודש דצמבר 2000. על מסמך זה רשמה מנהלת החשבונות והאחראית על המשכורות בנתבעת (עדות איתן בעמ' 17 לפרוטוקול, שורות 26-27), בכתב ידה (עמ' 18 לפרוטוקול, שורות 3-4) "מזומן 7/ תלוש 12". מאחר ובתלוש נרשם כי הסכום משולם עבור 12 ימי עבודה, מסיק התובע כי בכך יש משום ראייה לתשלום מזומן שנוסף מדי חודש בחודשו.

22. ראייה זו אינה משום ראייה מספקת, ולא רק משום שהתובע ויתר על העדת מנהלת החשבונות אף שניתנה לו האפשרות לעשות כן. התובע הציג ארבעה דו"חות נוכחות, אך רק לגבי אחד מהם (דצמבר 2000) בחר להציג גם את תלוש השכר. בשלושה הדו"חות האחרים אין כל רישום לפיו שולם סכום במזומן. דו"חות אלה משקפים שכר הנופל משמעותית מהשכר הממוצע לו זכה התובע לפי הנתונים המצטברים בתלושים שכן הוצגו. ניתן אולי להציג הסברים נקודתיים בנוגע לחודש דצמבר 2000, שיתכן שהם נעוצים בבעייתיות האופפת העסקת פועל שטחים בתקופת הסגר, אלא שהדבר לא נעשה. מכאן שמדובר ברישום בודד המשקף תשלום במזומן עבור ימי עבודה נוספים שלא נכללו משום מה בתשלום הבסיסי (ויתכן ש"הועברו" לתלוש אחר). עיון ביתר התלושים מעלה כי במשך חלק הארי של תקופת העסקת התובע, עד למועד שמיעת הראיות, הוא זכה לעבוד חודשים שלמים. ממילא לא ניתן היה להוסיף בחודשים אלה ימי עבודה במזומן, כאשר התלוש כלל כבר תשלום עבור כל ימי העבודה שבמהלך החודש (להבדיל מחודש דצמבר 2000 בו כלל התלוש 12 ימי עבודה בלבד). אע"פ כי דווקא יתר הרישומים בכתב יד במסמכים ת/1-ת/4 מעלים שמפעל הנתבעת הקפיד בתשלום ההוצאות לעובדיו ובכלל זה הוצאות נסיעה, הפרשות, פרמיה ואי העדרות (סכומים שמצאו דרכם, ככל שהדברים אמורים בחודש דצמבר 2000, אל תלוש השכר). הרושם שנוצר הוא של ניהול חשבונות ראוי, ולא של העלמת תשלומים תוך ביצוע תשלום במזומן. כאמור, התובע נמנע מלהעיד את מנהלת החשבונות בעניין זה, אף שניתנה לו האפשרות לעשות כן, ואף לדרך פעולה זו נודעת משמעות. לנוכח מכלול דברים אלה הגעתי לכלל מסקנה לפיה יש לקבוע שהרישום בתלושים שיקף אל נכון את מלוא השכר לו זכה התובע.

23. מהתלושים החלקיים שבחר התובע להגיש לשנים לאחר חזרתו לעבודה עולה שעד לחודש אוגוסט 2005 השתכר סכום של 5,767 ₪ בממוצע (הנתונים המצטברים בתלוש חודש אוגוסט 2005), כאשר ממוצע ימי העבודה בחודשים אלה היה כ- 21.5 ימים

לחודש. בשלושת החודשים שלאחר מכן השתכר כ- 3,800 ₪ בממוצע לחודש (הנתונים המצטברים בתלוש חודש נובמבר 2005), כאשר ממוצע ימי העבודה בתקופה זו ירד לכדי 15 ימים בחודש. בשנת 2006 השתכר בממוצע 5,600 ₪ לחודש עד לחודש אוגוסט 2006, כאשר ממוצע ימי העבודה החודשי ירד מעט מ- 20 ימים לחודש (הנתונים המצטברים בתלוש חודש אוגוסט 2006). שכרו הממוצע בשנת 2007 עמד על 5,358 ₪ לחודש, כאשר במחצית הראשונה של השנה עבד התובע כ- 19 ימי עבודה בחודש, ובמחצית השנייה של השנה עלה בידו להתייצב על כ- 21.5 ימי עבודה בחודש (הנתונים המצטברים בתלוש חודש דצמבר 2007). בשנת 2008 עמד שכרו של התובע, נכון לחודש אוקטובר, על 5,070 ₪ בממוצע לחודש תמורת 19.4 ימי עבודה בממוצע לחודש. יוער שבשנים 2005 ואילך לא נכללים ה"הטבות" בנתונים המצטברים בתלושי השכר, כך שנראה כי הנתונים ההשוואתיים למצב לפני התאונה הם למעשה מעט גבוהים יותר.

24. השוואה של הנתונים במרוצת השנים כולם מעלה שלא חל שינוי ממשי בשכרו של התובע. למעשה, עולה מתלושי השכר שערך יום עבודה עלה בהדרגה. המשתנה בעל המשמעות המרכזית הנוגע לשכרו של התובע הוא מספר ימי העבודה שנוקפים לזכותו בכל חודש, ואלה, על פני הדברים, אינם אלא פועל יוצא של קשיים בהגעה לעבודה מהשטחים, העומדים גם בדרכו של אדם הנושא רשיון עבודה בישראל. לפיכך יש לקבוע שלא עלה בידי התובע להוכיח שנגרמו לו הפסדי שכר בפועל לאחר תקופת אי הכושר. את בסיס השכר לצורך חישובי הפסדי השכר בעבר והגריעה מכושר ההשתכרות יש לאמוד תוך התחשבות לא רק בערך יום עבודה ובכריב ההוצאות, אלא גם מתוך מתן משקל לעובדה כי בכל שנה נתונה נעדר התובע מעבודתו מספר לא מועט של ימים בשל הקושי בהגעה לעבודה מהשטחים. מיקומם של ימים אלה במרוצת השנה השוטפת הוא עניין לא קבוע, המשתנה על פי נסיבות החיים המשתנות בישראל. בנסיבות אלה יש לקבוע את בסיס השכר לצורך החישוב, לעבר ולעתיד, בסכום של 5,500 ₪ לחודש, סכום העולה מעט על הסכום שהשתכר התובע בשנת 2007. סכום זה מביא בחשבון את המשכורת הגבוהה לה זכה התובע לפרקים, אך גם את הנתונים הממוצעים לאורך השנים כולם שהיו נמוכים יותר מנתוני השיא של חודשים בודדים כאלה ואחרים.

25. עניין אחרון בו יש לענות בהקשר זה נוגע לתקופת העדרותו של התובע מהעבודה. התובע לא שב לעבודתו אצל הנתבעת עד לחודש ינואר 2004, וזאת על אף העובדה שגם

לשיטת המומחה מטעמו התייצב מצבו באופן סופי כבר בתחילת חודש יוני 2002. מאחר והימנעותו של התובע מלעבוד בתקופה זו לא היתה מוצדקת מבחינה רפואית, לא מוטל על הנתבעת לפצותו על הפסדי השכר שנגרמו לו בתקופה בה לא היתה מניעה אובייקטיבית מהשתלבות (מלאה או חלקית) בעבודה.

## הפיצוי

### נזק לא ממוני

26. בפסיקת הנזק הלא ממוני יש להתחשב לא רק בשיעור הנכות אלא גם בגודל הצלקת ובהפרעה שהיא גורמת בהליכה, כמו גם באפשרות כי היא מעוררת לפרקים כאבים. יש להביא בחשבון גם את שלושת האשפוזים בתקופה הסמוכה לתאונה, ואת פרק הזמן הארוך למדי שחלף מאז (המשפיע על שערך הסכום). על יסוד כל אלה הגעתי לכלל מסקנה כי יש לפסוק לתובע סכום של 75,000 ₪ בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לו עקב הארוע.

27. בגין הפסדי השכר בעבר, על בסיס הנכויות הזמניות שקבע ד"ר יצחקי ובסיס השכר שנקבע לעיל (הכולל הצמדה להיום), יש לפצות את התובע בסכום של 56,000 ₪ במעוגל (הסכום כולל ריבית מאמצע התקופה).

28. במסגרת הישוב הגריעה מכושר ההשתכרות יש להביא בחשבון לא רק את שיעור הנכות התפקודית הנמוכה למדי שנקבעה לתובע (5%), אלא גם את העובדה שהתובע שב לעבודה סדירה ומלאה והוא מתמיד בה זה למעלה משבע שנים ומחצה. בנסיבות אלה הגעתי לכלל מסקנה לפיה יש לפסוק לתובע פיצוי בסכום של 20,000 ₪ בגין הגריעה האפשרית מכושר ההשתכרות, כאשר סכום זה מבוסס על השיקולים דלעיל כמו גם על גיל הפרישה המתאים לעובדים משטחי הרשות (65).

29. ככל שהדברים נוגעים לעזרה בשכר, נראה שאין מקום לפיצוי עבור עזרה בעתיד. יש מקום לפיצוי בסכום של 3,000 ₪ עבור עזרת קרובי התובע, מעבר לחובתם המוסרית, בתודשים הראשונים שלאחר התאונה. התובע זכאי להשבת הוצאותיו הרפואיות מהמל"ל, ולפיכך אין מקום לפיצוי נפרד בגין הוצאות אלה, ככל שהוכחו.

## ניכויים

30. אין מחלוקת שיש לנכות מהפיצוי את המענק ששולם לתובע בפועל ביום 28.3.06, בסכום של 18,471 ₪. לטענת הנתבעת (בסעיפים 113-119 לסיכומיה) יש לנכות מהפיצוי גם את דמי הפגיעה הרעיוניים שהיו משולמים לתובע אילו פנה מבעוד מועד למל"ל בתביעה מתאימה.

31. מתעודת עובד הציבור של המל"ל עולה שהתובע חתם על הטפסים המתאימים להגשת התביעה למל"ל ביום 22.6.04. טופס ההודעה על פגיעה בעבודה הוגש למל"ל ביום 6.7.04, כשלוש שנים לאחר הארוע. בנסיבות אלה לא זכה התובע לדמי פגיעה, אף שתביעתו הוכרה כתאוונת עבודה ונקבעה לו נכות לצמיתות שבגינה שולם לו מענק.

32. לטענת התובע אין מקום לניכוי דמי הפגיעה מאחר והעיכוב בהגשת התביעה למל"ל נבע מחוסר שיתוף הפעולה של הנתבעת. גם כאשר הוגשה התביעה בסופו של דבר, נרשם בה שהמעביד "סרב לשתף פעולה על אף פניות בטלפון ובכתב" ולפיכך לא מולאו הסעיפים הרלוונטיים בעמ' 5 לטופס. חוקר מטעם המל"ל שהגיע למפעל הנתבעת ביום 22.3.05 ופגש את בעלי המפעל נתקל אף הוא בסירוב של המעביד לחתום על טופס התביעה. המעביד אישר אומנם את העובדה שהתובע עבד במפעל ונפגע כאשר רגלו נלכדה בין הגלילים, אולם סירב לחתום על טופס כלשהו. הוא ציין בהודעתו כי סירב לחתום לתובע והוא מסרב לחתום גם עתה מאחר ו"אני לא חותם על כלום רטרואקטיבי" (עמ' 2 להודעה, שורות 4-11).

33. למעביד עומדת הזכות לנכות את הגימלאות להם זכאי היה עובדו לו היה פונה מבעוד מועד בתביעה מתאימה למל"ל, באופן שלא היה מביא להקטנת הגימלה. ניכוי זה הוא פועל יוצא של תשלומי ה"פרמיות" על ידי המעביד למל"ל (ע"א 4084/04 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' סגרון, מיום 5.11.06). לעניין זה נקבע כי "על הניזוק מוטלת החובה לפנות למל"ל בתביעה למימוש זכותו לקבלת הגמלאות. אם הוא לא עושה כן, יש לנכות מהפיצוי המגיע את הגימלה לה הוא זכאי, כאילו מקבל הוא אותה" (ע"א 1617/06 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' אור ציון סעדה, מיום 28.5.08, בפסקה 11 לפסק-הדין). לפיכך לא נודעת חשיבות לשאלה אם קיבל התובע את הגימלה בפועל אם לאו (ראו גם ע"א 8673/02 פורמן נ' רפאל גיל, פ"ד נח(2) 375, 381-382 (2004)).

34. על אף זאת, גם טענה מעין זו יש להעלות בתום-לב. במקרה דנא, שעה שהוכח שהתובע לא זכה לשיתוף פעולה מטעם מעבידו, יש יותר משמץ של היתממות בטענה כי יכול היה לפנות למל"ל מבעוד מועד בכוחות עצמו, על אף היותו תושב שטחים שאינו רשאי להיכנס לישראל שלא למטרת העבודה. לא הוצגה כל ראיה ברורה בנוגע למועד בו החל התובע להיות מיוצג על ידי בא-כוחו הקודם (בעדותו טען כי הדבר אירע "מספר חודשים" לאחר התאונה, אך לא הוצגה כל ראיה בעניין זה – עמ' 6 לפרוטוקול, שורה 5). עם זאת, אף אם היה מוכח שהתובע היה מיוצג כבר בסמוך לאחר התאונה, נראה שהיה מקום לדרות את טענת הנתבעת. הנתבעת בחרה שלא לקיים את חובתה על פי דין, ולא לשתף פעולה עם עובדה שנפגע במהלך העבודה. פעולה מעין זו יש בה כדי להכשיל, ולמצער להקשות עד מאד, בפנייה למל"ל, והדברים קל וחומר שעה שמדובר בעובד שטחים. ממילא מושתקת הנתבעת מהלעלות טענה בנוגע למועד הפנייה, ולו מכוח חובת תום-הלב החלה גם על ניהול ההליכים ומביאה לכדי מניעות מהעלאת טענה במקרים המתאימים (השוו רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49, 52 (2004); רע"א 2413/02 לוקרנו חברה להשקעות בע"מ נ' קבוצת כנרת, מיום 11.2.04, בפיסקה 3 לפסק-דינו של כבוד השופט טירקל; רע"א 10704/03 גאוני נ' כהן, מיום 24.2.04; רע"א 5288/07 נפטי נ' באר טוביה מושב עובדים להתיישבות שיתופית חקלאית בע"מ, מיום 25.6.07, בפיסקה 10; והשוו ע"א 10362/03 א. ברזני נ' אחים בן רחמים, מיום 20.10.09, בפיסקה 17 לפסק-הדין; וראו דוד שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני-משפט כא (תשנ"ח) 328; שלמה לויך תורת הפרוצדורה האזרחית (תשנ"ט) 47).

35. לפיכך הגעתי לכלל מסקנה כי מהפיצוי לו זכאי התובע יש להפחית רק את המענק שזכה לו בפועל, שסכומו המשווער (כולל הפרשי הצמדה וריבית עד ליום מתן פסק-הדין) הוא 23,150 ₪.

### סוף דבר

36. לנוכח האמור לעיל תשלם הנתבעת לתובע את הסכומים דלהלן:

א. נזק לא ממוני	₪ 75,000
ב. הפסדי שכר בעבר	₪ 56,000
ג. גריעה מכושר ההשתכרות	₪ 20,000

ד. עזרה	<u>₪ 3,000</u>
ה. סה"כ	₪ 154,000
ו. ניכוי מל"ל	<u>₪ 23,150</u>
ז. סה"כ	₪ 130,850

39. הסכומים דלעיל, ככל שהם נוגעים להפסדי והוצאות העבר, כוללים כולם הפרשי הצמדה וריבית עד ליום מתן פסק-הדין. לסכום שהתקבל יש להוסיף שכ"ט עו"ד בשיעור 20% ומע"מ והוצאות משפט בסכום של 6,000 ₪ (כולל ההוצאות בגין חוות-הדעת). הסכום ישולם עד ליום 13.12.09 שאם לא כן הוא ישא הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד ליום התשלום בפועל.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"ב בחשוון תש"ע (9 בנובמבר 2009), בהעדר הצדדים.

רם וינוגרד 54678313-6757/07

רם וינוגרד, שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן