|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בהרצליה** | | |
|  | | |
| פלוני נ' הצלע | | 22 מאי 2019 47571-12-14 |
|  | | |
| **השופט** | יוסי ברכיה | |
|  | | |
| **התובע** | פלוני | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנתבעת** | מסעדת פינת הצלע | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

1. עניינה של התביעה הינה תאונה שעבר התובע, יליד 2.3.77 ביום 30.11.11 (להלן- יום התאונה), עת עבד אצל מעבידתו היא הנתבעת.
2. השאלות בהן יש להכריע בפסק דין זה הן שאלת האחריות, שאלת גובה הנזק (ככל שתוכח האחריות) ושאלת גובה ניכויי המל"ל אם בכלל.
3. נפתח בשאלת האחריות.**האחריות לתאונה טענות הצדדים**
4. לטענת התובע במקום עבודתו אצל הנתבעת, היה מחסן בקומה מעל למפלס הרגיל (גלריה), הדרך להגיע למחסן הייתה באמצעות מעלית פתוחה מכל הצדדים. לטענת התובע בתצהירו, למעלית לא היה מעקה ו/או כל מיגון אחר, ולפעולת המעלית לא היה כל רישיון מטעם העיריה.
5. לטענת התובע, המעלית שימשה את כל עובדי הנתבעת, והיא הייתה האפשרות היחידה להגיע למחסן.
6. ביום התאונה, בסביבות 4 או 5 אחר הצהריים (עמוד 11 ש' 18 ), התובע השתמש במעלית, בהתאם להוראות שהוא קיבל ממיכאל איברגימוב (עמוד 14 ש' 17. להלן- מיכאל). לטענתו, מיכאל הורה לו להשתמש במעלית, מהיום שהתחילו לעבוד אצל הנתבעת עם הקמח שבמחסן (שם, ש' 19 ). המעלית הייתה מעלית פתוחה (עמוד 15 ש' 29 ) התובע העיד כי הוא ביקש להוריד קמח, ואין גישה למדרגות (שם, ש' 29-32 ), וגם לא של סולם (עמוד 14 ש' 21), התובע גם לא הכיר "עובד כללי" שהיה במקום והיה אחראי להורדת סחורה מהמחסן (עמוד 14 ש' 23 ) לפתע וכאשר התובע השתמש במעלית "כבל שמחזיק את המעלית נקרע ו/או השתחרר מסיבה לא ידועה לי, נפלה המעלית על הרצפה, וכתוצאה מכך נפגעתי בברך שמאלית" (סעיף 4 לתצהיר).
7. התובע העיד כי היו שני עדים לתאונה: יעקב וזיקי. התובע טען כי הוא ביקש מהם לבוא ולהעיד, אך הם סירבו. יעקב סירב, "כי הוא חבר שלהם", כך התובע (עמוד 13 ש' 24-31 ).
8. מטעם הנתבעת העיד מיכאל. מיכאל היה המנהל הישיר של התובע והוא זה שנתן לו הוראות והנחיות (סעיף 3 לתצהירו). מיכאל לא היה עד לתאונה. לטענתו, לא היו מטעם הנתבעת כל עדים לתאונה (סעיף 5 לתצהיר).
9. מיכאל הכחיש את קרות האירוע נשוא התובענה, בשל הגרסאות הסותרות שמסר התובע, אם כי העיד, שכאשר הוא הגיע לעבודה ביום האירוע, נאמר לו ע"י העובדים כי התובע נפל, אך לא הוא ולא העובדים ידעו איך הוא נפל (עמוד 18 ש' 34-35). מיכאל אישר כי כנראה העובד יעקב, היה במקום ביום האירוע (עמוד 19 ש' 6 ).
10. מיכאל הצהיר כי התובע החל לעבוד אצל הנתבעת החל מ- 9/11 (כשלושה חודשים בטרם האירוע נשוא התובענה). לטענתו, הוא אסר על התובע להשתמש במעלית, ואם היה צורך להביא משהוא מהמחסן שבקומה העליונה, הוקצה לשם כך עובד כללי, שזה תפקידו, "לשום עובד לא היה אישור להוריד סחורה לבד ולעלות לגלריה לבד" (ס' 4 לתצהיר וכן עמוד 17 ש' 7-9 ). העובד הכללי היה עובד זר מאריתריאה ולא ניתן היה להביאו לעדות (שם, ש' 15 ).
11. לטענת מיכאל, מעולם לא נפגע איש כתוצאה משימוש במעלית, הסיבה לכך היא כי המעלית המדוברת היא מעלית משא, והיא נועדה להעלאת משאות לא עובדים (ס' 8 לתצהיר), לטענת מיכאל, היה פועל שהשתמש במעלית להרמת משא למחסן, (שם, ש' 36 וכן עמוד 18 ש' 3 ). מיכאל לא זכר אם בדק את תקינות המעלית, אך היא הייתה תקינה לצורך הרמת סחורה (עמוד 20 ש' 10 ).
12. מיכאל הודה כי כל הבנין בו שוכנת מסעדת הנתבעת, לרבות המעלית נבנה ללא היתר (עמוד 16 ש' 24 ). מיכאל העיד, כי לא ניתן היה לנעול את המעלית (עמוד 20 ש' 2 ).
13. מיכאל העיד, כי ניתן היה להגיע לקומת המחסן גם עם סולם, שהיה בפרוזדור, אבל היה צריך להעמידו, והוא לא היה קבוע (עמוד 16, ש' 30-32 ).
14. מיכאל הודה בתחילה כי את ה"טופס למתן טיפול רפואי לנפגע עבודה" של המל"ל (נספח ג' לתצהיר התובע), בו מתואר האירוע נשוא התובענה, הוא כתב לבקשת התובע, "מטוב ליבו" כדבריו וחתם (עמוד 19 ש' 12-14 ), אך אחר כך, ותוך כדי עדותו, הוא חזר בו וטען כי הוא רק חתם על המסמך, אבל את המלל לא הוא כתב אלא התובע (שם, ש' 32-36). **האם הוכח שהתובע נפל מהמעלית במהלך עבודתו**
15. ראשית יש להכריע בשאלה, האם התובע אכן נפל מאותה מעלית שממנה הוא טוען שהוא נפל.
16. הנתבעת בסיכומיה מעלה מספר אפשרויות שהצטברותן לטענתה, תביא לדחיית התביעה. ראשית נטען כי התובע סובל מאפילפסיה, וזו הסיבה לנפילתו, לא רשלנות הנתבעת. עוד נטען, כי התובע לא הביא כל עדים לנפילתו, על אף שהיו אנשים שיכלו לתמוך בעדותו כגון יעקב וזיקי, לבסוף נטען כי התובע בחלק מהרישומים הרפואיים, בייחוד אלו הסמוכים לתאונה, לא ציין כי הוא נחבל כתוצאה ממעלית שקרסה.
17. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה, כי מקובלת עלי גרסתו של התובע כי הוא נפגע כתוצאה ממעלית שקרסה. עתה אפרט את הסיבות שהביאו אותי למסקנה זו.
18. אכן בתעודת חדר המיון לא צויין מפורשות כי התובע נחבל כתוצאה ממעלית שקרסה, אך צויין כי "היום בשעת עבודתו נפל משתי מטר (כך במקור), כאבים בברך שמאל בצד שמאלי. הגבלה בתנועות...". נזכור כי אנמנזה שנכתבת מפי המטופל, לא נכתבת על ידו, אלא ע"י הגורם המטפל, שמתקצר את הנאמר לו לשם הבנת האירוע שלפניו, לצורך מתן הטיפול המיטבי.
19. בוודאי, בעת ההגעה הראשונית לחדר מיון לאחר אירוע טראומטי, אין לצפות כי תימסר גרסה סדורה על כל פרטיה ודקדוקיה. תיאור המקרה כפי שבא לידי ביטוי בתעודת חדר המיון, בוודאי תואם את מה שקרה בפועל- נפילה שגרמה לפציעה, ויש בכך בכדי לתמוך בגרסת התובע.
20. התובע טען בעדותו כי הוא נפל בסביבות שעה 4 או 5 אחר הצהריים (עמוד 11 ש' 18 ). התובע נקלט במיון בשעה 18:03, עובדה שכמובן משתלבת עם שעת הפציעה.
21. גם בדיווחים מאוחרים יותר צויין על נפילה מגובה כגון:רישום במסמך רפואי מיום 9.1.12- "נפילה מגובה לפני כחודש וחצי".במסמך מיום 29.2.12 צויין- "נפילה מגובה 30.11.11"אך לעומת זאת בדיווח ממועד הסמוך לתאונה, 8.12.11 נמסרו פרטים נוספים:**"כאבי ברך שמאל, לאחר חבלה מנפילה מגלריה בעבודתו"**.
22. הנה כי כן, גרסת התובע בדבר נפילה מגובה, נמסרה לכל אורך הדרך, החל מההזדמנות הראשונה בטיפול הראשוני במיון, ובהמשך בעת המשך המעקב הרפואי.
23. גרסת התובע לקרות האירוע אף נחתמה ע"י הנתבע (בחתימה ובחותמת) - המעביד, בטופס של המל"ל "טופס למתן טיפול רפואי לנפגע בעבודה" (טופס המכונה בל/ 250 (ללא תאריך). נספח ג' לתצהיר התובע ), וזו הגרסה שנמסרה מפי התובע במסמך בל/250:**"עלה להוריד סחורה מהמחסן שנמצא בגלריה, עלה במעלית שרות והכבל שלה נקרע, כשהיה עליה מגובה 3 מטר ונפצע ברך".**
24. בקשר עם מסמך זה מיכאל שינה את טעמו. בתחילה טען, כי הוא כתב את גרסת התובע בכתב יד שלו, כיוון שהתובע הבטיח שלא יתבע אותו "מטוב ליבי רשמתי לו את כל מה שהוא רוצה" (עמוד 19 ש' 12-14 ), בהמשך טען כי כתב היד אינו שלו, וכי התובע כתב את הגרסה, לאחר שהוא חתם על המסמך (שם ש' 19-36 ). כלומר מיכאל חתם על מסמך ריק, ורק לאחר מכן התובע מילא את פרטי האירוע.
25. הדעת נוטה לכך שאדם חותם רק לאחר שהוא רואה על מה הוא חותם. גם אם אקבל את גרסת מיכאל, כי כתב היד אינו שלו (ואיני קובע זאת), בכל מקרה הוא חתם על גרסת התובע שהייתה מוכרת לו. ניתן להעריך כי הוא לא היה חותם על גרסה הנראית לו מופרכת ולא מוכרת. אין לקבל את גרסת מיכאל שהוא חתם על מסמך מבלי לראות מה התובע רושם בו (שם, ש' 36 ), שכן לא סביר שאדם אחראי יסכים לנהוג כך, ובכך להביא עליו חיובים שונים שאינו רוצה וחפץ בהם.
26. מכאן יש לקבוע, כי גרסת התובע הייתה ידועה למיכאל והוא הסכים לגרסה זו. יצויין כי מיכאל עצמו העיד כי כשהוא הגיע לאזור נאמר לו ע"י עובדיו כי התובע נפל, אך טען שהוא לא יודע כיצד נפל (עמוד 18 ש' 34 ), כך שגרסת התובע כי נפל הייתה ידועה לו.
27. כשאני בא להעריך את גרסת התובע, הרי שלפניי גרסה שחוזרת על עצמה ברישומים הרפואיים הסמוכים לתאונה, על נפילה מגלריה, אכן ללא ציון מפורש של נפילה ממעלית. כמו כן, בפניי גרסה על נפילה ממעלית המופיעה במסמך למל"ל החתום ע"י הנתבעת (מיכאל), וכפי שקבעתי עתה, לא ניתן לומר כי מיכאל לא ידע על מה הוא חותם (מיכאל ידע כי התובע נפל בזמן אמת), התובע חזר על גרסתו זו בתצהיר ובעדותו בפניי, ועדותו שנשמעה אמינה, לא נסתרה. מאידך, הנתבעת מצידה לא הביאה כל ראיה הסותרת את גרסת התובע. לשיטת מיכאל העובד יעקב עבד, כך נראה, ביום האירוע (עמוד 19 ש' 6 ), אך הוא לא הובא להעיד, עדות שיכולה הייתה, אולי, לסתור את גרסת התובע.
28. טענת הנתבעת בסיכומיה, כי ייתכן ונפילת התובע קשורה למחלת האפילפסיה- לא הוכחה.
29. כך שאני קובע, במאזן הסתברויות המספיק במשפט אזרחי, כי יש לקבל את עדותו של התובע כי הוא נפל מהמעלית של הנתבעת במהלך עבודתו.
30. סעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א- 1971 קובע את חובת ההנמקה, כאשר ישנה עדות יחידה של בעל דין. שלל האינדיקציות שהובאו לעיל: מסירת גרסה סדורה לכל אורך הדרך, חתימת מיכאל על גרסת התובע למל"ל ואי הצגת גרסה סותרת לגרסת התובע מטעם הנתבעת, מהווים את ההנמקה לקבלת גרסת התובע.
31. סוף דבר, אני מקבל את גרסת התובע, וקובע כי התובע נפל במהלך עבודתו, בעת שעלה במעלית לקומת המחסן, כבל המעלית נקרע, התובע נפל וכך נפצע. **האם התובע השתמש במעלית בהיתרוהאם הוכחה רשלנות הנתבעת?**
32. הדברים ידועים: מעביד אחראי לשלום העובדים שלו.
33. ניזכר בעקרונות הידועים בקשר עם אחריות מעביד לביטחונו ולבטיחותו של העובד שלו:**"הלכה קבועה ונטועה היא, שמעביד חב חובת זהירות לעובדיו - שמא ייפגעו במהלך עבודתם - וחובה כוללת זו נחלקת לחובות משנה, ובהן החובה להנהיג "שיטת עבודה אשר תשמור עליהם... מפני סיכונים ותקלות אשר אדם סביר עשוי וחייב לצפותם מראש..."... כך אף באשר למניעת סכנות מן העובד, ולהעמדתו של עובד על קיומן של סכנות קיימות. וכלשון השופט שמגר בע"א 235/80 כמצוטט בידי השופט ד' לוין בפרשת מלון רמדה שלום:נ"המעביד חייב לנקוט צעדים סבירים כדי למנוע מן העובד סכנות מיותרות ולהזהירו מפני סכנות קיימות. במיוחד חייב המעביד לנקוט צעדים סבירים כדי להרחיק אותן סכנות להן ניתן לצפות מראש בשל אופי העבודה ואופי המקום בו מתבצעת העבודה. מאידך גיסא, יש ונותרות סכנות שאין אפשרות לסלקן, הנובעות מאופי העבודה כשלעצמה" ...חובת המעביד לעובדו "קיימת בכל סוגי העבודה, אחת מסוכנת מטבעה ואחת לא מסוכנת".** ע"א 371/90 סובחי נ' רכבת ישראל, פ"ד מ"ז (3), 345.וכן:**"חובת הזהירות של מעביד כלפי עובדיו, הוכרה בפסיקה באופן גורף, במסגרתה נקבע בין היתר, כי על המעביד לנקוט את כל האמצעים הסבירים כדי לוודא שעובדיו יוכלו לבצע את עבודתם בתנאי בטיחות אופטימאליים. בתוך כך, על המעביד לספק סביבת עבודה בטוחה, להגן על עובדיו מפני סיכונים המצויים במקום העבודה ובתהליך העבודה, להנהיג שיטות עבודה נאותות ולפקח על ביצוען (ראו:** [**ע"א 741/83 גוריון נ' גבריאל פ"ד לט**](http://www.nevo.co.il/case/17946940)**(4) 266, 271 (1985);** [**ע"א 447/85 בוארון נ' עיריית נתניה פ"ד מב**](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא 447/85&amp;Pvol=מב)**(1) 415 (1988);** [**ע"א 663/88 שירויאן נ' לבידי אשקלון בע"מ פ"ד מז**](http://www.nevo.co.il/case/17929795)**(3) 225, 229 (1993);** [**ע"א 14/08**](http://www.nevo.co.il/case/5670554) **אלרחים נ' פלסטינר מפעל אריזות פלסטיות בקיבוץ ניר אליהו, פס' 10 לפסק הדין (לא פורסם, 2.12.2009))."** (ע"א 1815/09 סופריור נ' אלבז, נבו 27.12.10. להלן- עניין סופריור).
34. אלו הם כללי היסוד. ברור איפה, כי אם התובע ניזוק כאשר הוא מבצע את עבודתו, בהתאם להוראות המעסיק, תוטל אחריות על המעסיק (בכפוף לסוגיית האשם התורם).
35. בנדון שבפנינו, התובע טען כי העליה למחסן הייתה בהתאם להוראת מיכאל (עמוד 14 ש' 17 ), לא הייתה במקום גישה נוספת למחסן באמצעות סולם או מדרגות, וכי גם לא היה במקום "עובד כללי" מטעם הנתבעת שריכז את הורדת סחורה מהמחסן. הנתבעת טענה בסעיף 4 לכתב הגנתה, כי התובע השתמש במעלית על דעת עצמו ללא הוראה מאת הנתבעת, עוד טענה הנתבעת כי התובע ידע שהמעלית אינה תקינה ואין להשתמש בה, לכן היא הציבה במקום סולם, לצורך ביצוע העבודות הקשורות להורדת סחורה מהמחסן.
36. השאלה שתשאל עתה היא, על מי הנטל להוכיח את הטענה לגבי השימוש במעלית. האם על התובע להוכיח כי הוא לא קיבל כל הוראות האוסרות עליו להשתמש במעלית, או שהותר לו במפורש להשתמש במעלית, או שמא על הנתבעת הנטל להוכיח את טענתה כי אסור היה לתובע לעלות במעלית, והיא יועדה רק לסחורות.
37. יצויין כי התובע ומיכאל הם העדים היחידים שהעידו בתיק זה, למרות ששניהם הזכירו עדים נוספים, יעקב וזיקי, שיכולים היו לשפוך אור על תנאי העבודה, על האסור ועל המותר.
38. אדגיש, כי גם אם יוכח שנאסר על התובע לעלות עם המעלית, אך יוכח שהמעלית, שכשלה וממנה נפל התובע, לא הייתה תיקנית, הדבר ישפיע על חבותה של הנתבעת, במקרה זה, יחול הכלל של הדבר מדבר בעדו (ס' 41 לפקנ"ז), ונטל השכנוע להעדר רשלנות ירבץ על כתפיה (תוך כדי הטלת אשם תורם על התובע). אך כפי שנראה להלן, לא זו מסקנתי.
39. לטעמי, הנטל להוכיח את האיסור לטפס על המעלית הוא על הנתבעת. התובע הוא עובד המבצע את עבודתו, כפי שהוטלה עליו. התובע טען בעדותו כי הוא ביצע את המוטל עליו בהתאם להוראות מיכאל (שם, ש' 17-19 ), לו הנתבעת סבורה שהתובע ביצע עבודה שלא בהתאם להוראותיה, עליה להוכיח זאת.
40. ככלל, התובע נושא בנטל השכנוע לגבי היסודות העובדתיים של עילת תביעתו. התובע העיד מפורשות כי פעל בהתאם להוראות. הנתבעת טוענת שלא כך פני הדברים והתובע חרג מההוראות, תתכבד ותוכיח זאת. נעיין בפסיקה תומכת לעיקרון זה:**"הכלל הוא שנטל השכנוע להוכחת טענה מסויימת מוטל על הצד שהטענה מקדמת את עניינו במשפט"** (ע"א 1845/90 סיני נ' מגדל, פד"י מ"ד (1) , 667,661).**"...שעל המעביד, הטוען לחריג, להוכיח את החריג לפחות על-פי מידת ההוכחה הנדרשת כרגיל בעניינים אזרחיים, כלומר, נטייה של מאזן ההסתברות לטובת המעביד"** (דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי, פד"י נ"ד (5) 330, 352 )**"דיני הראיות קובעים את נטל השכנוע במשפט אזרחי בדרך כלל על יסוד העקרון, כי על בעל-הדין לשכנע את בית-המשפט בקיום אותן העובדות בהן מותנית התוצאה המשפטית הנובעת מן ההלכה שהוא מסתמך עליה...הכל תלוי במשפט המהותי, כי דיני הראיות הולכים אחריו."** (ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ נ' הוועדה המקומית לתו"ב כפ"ס, פד"י מ"ו (4) 627, 643. יעויין במובאות נוספות לכלל זה אצל י. קדמי, על הראיות, עמודים 1724-1726).
41. ואולם, הנתבעת באמצעות העד מטעמה, מיכאל, לא הוכיחה את טענתה באמצעות עדים שיכלו לבסס את הטענה כי אסור היה לאף אדם לעלות עם המעלית לקומת המחסן. והרי מיכאל עצמו העיד שהיו במקום מספר עדים שראו את התובע על הרצפה:"הולדי, משה אבא של התובע, הייתה שם טבחית זואיה, היה עזרא, היה יעקב, והיה מלצר בשם זיקי, אני לא זוכר אם הוא היה באותו יום." (עמוד 19 ש' 1-2 ). מיכאל העיד שהוא חושב שיעקב אף היה במקום בעת התאונה (שם, ש' 6 ).
42. הנתבעת לא הוכיחה את טענתה, באמצעות צילומים וכיו"ב, כי היה קיים במקום סולם שמהווה תחליף למעלית.
43. מיכאל הודה כי לא היה בסביבות המעלית, שום שילוט שאוסר להתקרב למעלית (עמוד 17 ש' 17 ).
44. הנה כי כן, מישהוא מעדים אלו יכול היה לבוא ולהעיד על נהלי העבודה במקום. מעת שנטל זה מוטל על הנתבעת, עליה היה להביא עדים אלו שיסתרו את עדות התובע שהעיד שפעל בהתאם להוראות מיכאל. אי הבאת מי מעדים אלו, פועל לרעת הנתבעת, כפי שנקבע לא אחת:**"אי הבאתו של עד רלוונטי מעוררת, מדרך הטבע, את החשד שיש דברים בגו וכי בעל הדין שנמנע מהבאתו, חושש מעדותו ומחשיפתו לחקירה שכנגד"** ([ע"א 2275/90 **לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ נ. רוזנברג** פד"י מז](http://www.nevo.co.il/case/17915320) (2) 605, 614 (1993) ובמקומות רבים ונוספים).ודוק: פרטי עדים אלו הם בשליטת הנתבעת מעסיקתם, והיא הגורם היעיל שיכול וצריך היה להביא לעדות עדים אלו.כך שלא עלה בידה של הנתבעת, לסתור את טענת התובע כי הוא עלה על המעלית שכשלה, בהתאם להוראות מיכאל.
45. וגם זאת, הנתבעת כאמור בכתב הגנתה, טענה (ס' 4 ) כי התובע ידע שהמעלית אינה תקינה, ואין להשתמש בה, והוא עשה זאת על דעת עצמו. הנתבעת טוענת בין היתר, כי התובע הסתכן מרצון והשתמש במעלית שאינה תקינה, ובכך חשף עצמו לנזק. על פי סעיף 5(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שכותרתו "הסתכנות מרצון", טענת "הסתכנות מרצון" הינה טענת הגנה, שעל הנתבע נטל הוכחתה. כאמור, היא לא עמדה בה.
46. המשמעות של האמור עד עתה מחד הינה, כי טענת התובע שפעל בהתאם להוראות שקיבל מהנתבעת, לא נסתרה, ומאידך לא עלה בידי הנתבעת להוכיח כי התובע הפר הוראות שקיבל, וסיכן עצמו במודע בסיכון שהתממש והביא לניזקו.
47. ובאשר לרשלנות הנתבעת. האם הוכחה רשלנות הנתבעת בנפילת המעלית?
48. התשובה לכך- חיובית. ואפרט.
49. **אין כל ספק כי מעלית להובלת משא, לא צריכה ליפול.**
50. בנסיבות אלו, ודאי הוא שמתקיימים בענייננו נסיבות סעיף 41 לפקנ"ז והכלל "הדבר מדבר בעדו" חל. התובע לא אמור לדעת מה הסיבה לכך שהמעלית נפלה, המעלית היא נכס שבשליטת הנתבעת, וסביר יותר כי הנתבעת מחזיקת המעלית והמתפעלת שלה התרשלה, מאשר התובע התרשל. לאור זאת, על הנתבעת להוכיח "העדר התרשלות שתחוב בגינה", בכשל שאירע במעלית וגרם לנפילתה ולפציעת התובע.
51. האם עלה בידיה להוכיח זאת? התשובה לכך שלילית.
52. ראשית, כאמור, הנתבעת הודתה בסעיף 4 לכתב הגנתה כי המעלית לא הייתה תקינה. הנתבעת הטיחה בתובע כי על אף שהוא ידע שהמעלית אינה תקינה, הוא לא נמנע מלהשתמש בה. בטיעון זה ישנה הודאת בעל דין על כך שהמעלית לא הייתה תקינה (כמו כן יעויין בסעיף 7 לתצהיר מיכאל).
53. שנית, מיכאל הודה כי לבניין בו שכן העסק שלו, לא היה היתר בניה (עמוד 16 ש' 24 ).
54. שלישית, הנתבעת לא הביאה כל ראיה שמוכיחה כי לאורך השנים היא בדקה את המעלית, או תחזקה אותה. מיכאל עצמו טען, כי לא היה לו איש אחזקה שתחזק את המקום, הכלים והציוד (עמוד 18 ש' 30). לא הובאה כל ראיה באשר למצבה של המעלית בזמן מן הזמנים, כך שלא עלה בידי הנתבעת להראות כי לא היה כל פגם במעלית.
55. רביעית, כאמור, מיכאל הודה כי לא היה כל שילוט או מדבקה באזור המעלית האוסר להשתמש בה. לו כטענת מיכאל, היה איסור לעליה של בני אדם במעלית, אלא רק של סחורות, מדוע לא הייתה התרעה לכך באופן בולט בסמוך למעלית? חסר זה הינו רשלנות של הנתבעת.
56. חמישית, ניתן לבסס עילה כנגד הנתבעת גם מכח עוולת הפרת חובה חקוקה. בעניין ת"א (ירושלים) 10427-02 עמאד מחמד רזק נ' סופר אדומים בע"מ ואח', נבו 22.2.12, דן בית המשפט בנסיבות הדומות לענייננו, והתייחס להפרת חובות חקוקות של המעביד שם. נצטט את האמור שם, הרלבנטי גם לענייננו:**"לבד מעוולת הרשלנות יש במחדליו של המעביד בנסיבות העניין גם משום הפרת חובה חקוקה כמשמעה** [**בסעיף 63**](http://www.nevo.co.il/law/73015/63) **ל**[**פקודת הנזיקין**](http://www.nevo.co.il/law/73015) **[נוסח חדש].** [**פקודת הבטיחות בעבודה**](http://www.nevo.co.il/law/74793) [נוסח חדש] תש"ל-1970 קובעת [**בפרק ג' סימנים ה'**](http://www.nevo.co.il/law/74793/cCeS58) **ו-**[**ו'**](http://www.nevo.co.il/law/74793/cCfS71) **את הכללים החלים על מעליות ואביזרי הרמה, ובכללם בדיקות בטיחות על ידי בודק מוסך בטרם ההפעלה הראשונה ומדי חצי שנה. במקרה דנא לא הוכח כי הנתבעת 1 עשתה מי מבין הוראות הפקודה. ממילא אין אלא לקבוע כי הפרת הפקודה, שנועדה להגן על בטחון העובד ושלומו, מקימה את תנאי עוולת הפרת הוראה חקוקה. כאשר מפר אדם את סטנדרט הזהירות שמטיל עליו המחוקק, ניתן לראות לעתים במעשיו ככאלה המצביעים על קיומו של רכיב ההתרשלות לצורך עוולת הרשלנות (ע"א 315/83 עגור נ. איזנברד פד"י לט(1) 198, 202 (1985))."**
57. מכל האמור מצאתי לקבוע, כי הוכחה רשלנות הנתבעת לניזקו של התובע כפי שיוכח.**אשם תורם**
58. האם יש להטיל אשם תורם על התובע? התשובה לכך שלילית.
59. ללא כל ספק, עיקר האחריות למניעת תאונות עבודה היא על המעביד, שלו היכולת והמשאבים לפקח וליצור סביבת עבודה בטוחה, וכן לדאוג להדרכת העובדים לביצוע עבודה בטוחה ונכונה. התנהלות אחראית של המעביד, תוכל למזער סיכונים, ובעקבותיהם נזקים לעובדים. מכאן, שבעת נזק לעובד, עיקר האחריות (המוכחת), אם לא כולה, תופנה כנגד המעביד ולא כנגד העובד.
60. למרות האמור, אין כוונת הדברים, כי למעביד ישנה אחריות מוחלטת, ובוודאי שיש לבדוק את אחריותו של העובד, שמא יש מקום להטיל עליו אשם תורם כלשהוא (ע"א 8133/03 עודד יצחק נ' לוטם, פד"י נ"ט (3) 66 .
61. וכבר נקבע, כי לא בנקל יוטל אשם תורם על עובד:**"מגמה, שהשתרשה בהלכות שנקבעו בפסיקת בית המשפט הזה, היא, כי במקרה שמדובר בתאונת עבודה, אשר בה נפגע עובד, יש לדקדק דווקא עם המעביד בכל הנוגע להטלת האחריות לתאונה ולהקל במידה רבה עם העובד בייחוס רשלנותו, שגרמה או שתרמה לתאונה. היסוד הרעיוני לקביעת הלכה זו הוא בכך, שהמעביד הינו זה המופקד על המפעל או על העבודה, שבמסגרתה מבצע העובד את המוטל עליו, ומתפקידו לדאוג, שתנאי העבודה ושיטות העבודה יהיו בטוחים, והעובד יודרך כראוי כיצד לבצע מלאכתו" (**[**ע"א 655/80 מפעלי קירור בצפון בע"מ נ' מרציאנו פ"ד לו**](http://www.nevo.co.il/case/17929644)**(2) 592, 603-604 (1982). ראו גם:** [**ע"א 663/80 שריזאן נ' לבידי אשקלון בע"מ, פ"ד מז**](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא 663/80&amp;Pvol=מז)**(3) 225, 232 (1993);** [**ע"א יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ פ"ד נט**](http://www.nevo.co.il/case/5915114)**(3) 66, 81 (2004);** [**ע"א 5435/07**](http://www.nevo.co.il/case/6011609) **אבו ליל נ' א.ע. מהנדסים בע"מ, פס' י' לפסק הדין ([פורסם בנבו], 10.3.2009))**צוטט בעניין סופריור לעיל.
62. בנדון שבפנינו, מיכאל כלל לא ראה כיצד התובע נפצע. אין עד מטעמו שראה כיצד אירעה הפגיעה. נטען כלפי התובע ע"י מיכאל כי הוא השתמש במעלית שאינה תקינה, למרות שידע על כך, וגם כי השתמש במעלית למרות ההוראה שלא להשתמש בה. כן נטען ע"י מיכאל, כי התובע השתמש במעלית בחוסר זהירות, ברשלנות ובפזיזות (ס' 10 לתצהיר מיכאל), ואולם טענות אלו של מיכאל, נותרו ללא הוכחה.
63. קבעתי כי יש לקבל את גרסת התובע כי הוא פעל בהתאם להוראות מיכאל ועשה שימוש במעלית. לא הוכח ע"י הנתבעת כי התובע ידע שהמעלית אינה תקינה ובכל זאת השתמש בה. לא הוכח כי התובע נחבל כתוצאה מפעולה רשלנית שלו, מכאן שלא הוכחה כל טענת אשם תורם כנגד התובע.
64. המקרה שבפנינו אינו מהמקרים המצומצמים שבהם ניתן להטיל אשם על העובד.
65. **סוף דבר, אני קובע את אחריותה המלאה של הנתבעת לניזקו של התובע.**  **נזק התובע**
66. נתוני רקע:הארוע נשוא התובענה אירע ביום 30.11.11התובע יליד 2.3.77. בן 34 בעת האירוע בן 42 כיום.נכויות (ברך שמאלית):מומחה התובע: פרופ' דניאל רייס: 20% לפי סעיף תקנה 48 (2) (ו) (III ).מומחה הנתבעת:פרופ' יעקב נרובאי: 5% לפי סעיף 48 (2) (ז) בין (III ) לבין (IV).מומחה בית המשפט: דר' מריו אייכנבלט (להלן- דר' אייכנבלט): 10% לפי סעיף 48 (2) (ז) (IV ).אי כושר זמני מלא: 30.11.11-29.3.12.מל"ל: 20% לפי סעיף 48 (2) (ז) (II)+ הפעלת תקנה 15.
67. הצדדים לא חקרו את המומחים, כך שאתייחס כבסיס לחישוב נזק התובעת, לחוות הדעת של מומחה בית המשפט דר' אייכנבלט.
68. התובע צירף לתצהירו אישורי אי כושר מיום התאונה, 30.11.11 עד ליום 21.2.12, ביום 29.2.12 עבר התובע ניתוח ארטרוסקופיה של ברך שמאל. כאמור, דר' אייכנבלט אישר לתובע נכות זמנית מלאה עד ליום 29.3.12. **השתכרות התובעתקופת אי הכושר סמוך לתאונה**
69. ההשתכרות התובע, עובר לתאונה, כעולה מתלושי המשכורת שלו הינם:9/11- 6,500 ₪10/11 – 6,400 ₪.11/11- 8,8,42 ₪.ממוצע: 7,247 ₪ ובשיערוך להיום: 7,500 ₪. (יצויין כי על פי מסמכי המל"ל עולה כי שכרו הרבע שנתי של התובע הוא: 21,742 ₪, היינו 7,247 ₪. אותו סכום בדיוק).התובע היה בתקופת אי כושר של 4 חודשים, מכאן שבתקופה זו סבל מנזק של:7,500 ₪X 4 = 30,000 ₪ובתוספת ריבית מאמצע התקופה: 37,000 ₪ במעוגל.**הפסד השתכרות מתום תקופת אי הכושר**
70. התובע טען בתצהירו כי עובר לתאונה היה בריא, נמרץ ומלא שמחת חיים ועבד למחייתו ולמחיית בני ביתו כפועל, עם סיכוי להשביח את שכרו( סעיף 26 לתצהיר), התובע לא פירט היכן עבד בעברו, ממילא, גם לא צירף אסמכתאות להשתכרות בעבר (מלבד תלושי משכורת על עבודתו אצל הנתבעת).
71. מלאחר התאונה, טען התובע בתצהירו כי ניסה לחזור לעבודה, ואף בעבודה קלה יותר מזו שעבד אצל הנתבעת, אך ללא הועיל. התובע טען כי הפך להיות נכה מוגבל, הסובל מכאבים ומגבלות.
72. עיון במסמך ח' לתצהיר התובע, מסמך של המל"ל על מקומות עבודתו של התובע, מורה כי התובע עבד בין התאריכים 5/14-7/14 במסעדת "אש בש בע"מ", בין התאריכים 8/14-10/14 במסעדת בורגרים בקרית שמונה ובין התאריכים 11/14-1/15 במסעדת "מאמא חלסה". לאחר תקופה זו אין דיווח על מקומות עבודה של התובע.
73. על פי מסמך זה, החל מיום 1.2.15 הוא מוגדר כ"לא עובד וללא הכנסות", ואכן הוא לא הציג בתצהירו כל אינדיקציות להכנסה כלשהיא החל מיום התאונה ועד היום.
74. מעדותו של התובע בבית המשפט, לגבי עברו התעסוקתי עולים הנתונים הבאים.
75. התובע שירת שנה וחצי, ושוחרר בשנת 1996 כי לא רצה לעשות צבא. התובע נכנס פעמיים לכלא צבאי (עמוד 11 ש' 26 ).
76. התובע חלה באפילסיה לפני שנת 2000. התובע העיד כי עבד מאז שחרורו מהצבא ועד לאירוע נשוא התובענה, ב- 15-20 מסעדות (עיון במסמך ח' לעיל מורה כי התובע עבד ב- 12 עבודות בתחום המסעדנות, כך שיש תימוכין לעדותו). התובע היה עצמאי בתחום המסעדנות בין השנים 2003-2007 (עמוד 12 ש' 25 ). בחלק ממקומות העבודה, עבד כשנה וברוב מקומות העבודה עבד בכסף שחור. כאשר נשאל מדוע כל זאת לא פורט בתצהירו, ענה כי לדעתו, ההיסטוריה התעסוקתית שלו אינה רלבנטית (שם, ש' 11 ).
77. התובע לא זכר, מקומות עבודה ספציפיים מעברו, אשר הוא נשאל לגביהם.
78. בין השנים 2006-2007 היה התובע בארה"ב.
79. בעקבות גירושיו של התובע (לתובע יש 2 ילדים) , הוא היה לטענתו בדיכאון, ולא עבד שנתיים (שם, ש' 34 ).
80. התובע לא ידע לפרט השתכרות שלו מהעבר, אם כי העיד כי הוא הרוויח טוב (עמוד 13 ש' 2 ).
81. התובע בעברו, למד שנתיים הנדסת תוכנה, אך הפסיק (עמוד 14 ש' 4-10, עמוד 15 ש' 22 ).
82. לטענת התובע, כאמור ללא גיבוי, כיום הוא משתכר כ- 4,000 ₪, אך בכל המקומות שהוא עובד מפטרים אותו כעבור 3 חודשים (שם, ש' 21-22 ).
83. ניתוח עדותו של התובע בכל הקשור להשתכרותו מורה כי רב הנסתר על הגלוי בעניין השתכרותו בעבר, ובטעם לכך שהוא לא עובד בצורה מסודרת, החל מהתאונה.
84. התובע לא התמיד בעבודותיו השונים, והוא החליף אותם חדשות לבקרים. אין לנו כל מידע על השתכרותו של התובע בעברו, לפני התאונה (למעט ב- 3 חודשים עובר לתאונה אצל הנתבעת). אנו יודעים כי עבד בתחום המסעדנות, ואף היה עצמאי. כמה השתכר? לא הוכח.
85. אין לנו גם כל נתונים על השתכרותו לאחר התאונה. ידוע כי עבד במקומות שונים מהמחצית השניה של שנת 2014 עד תחילת 2015. לא ברור כמה השתכר. התובע עצמו לא סיפק מידע על השתכרותו בתקופה זו.
86. בשנים 2016-2017 ניתן לשאוב מידע מנתוני המל"ל. בתקופה זו, קיבל התובע גמלה חודשית בסך 1,729 ₪, וזאת על נכות של 30%. חישוב השכר, על פי חוק המל"ל, מורה כי התובע השתכר כ- 7,600 ₪ ובהתאם לכך חושבה הגמלה. ואולם, אין בידינו כל תלושי שכר של התובע מתקופות אלו.
87. במסמכי המל"ל (נספחים ב-ג לאסמכתאות הנוספות שצירף התובע מיום 2.5.18 ), מצויין כי שכרו הרבע שנתי של התובע חושב לפי 21,742 ₪, היינו סך של 7,247 ₪, שזהו סך ההשתכרות הממוצע של התובע לפי תלושי המשכורת עובר לתאונה. האם זה היה בדיוק גם סך ההשתכרות בשנים 2016-2017? לא ברור.
88. כאמור לעיל, עולה כי משנת 2015 התובע כלל לא עובד, ואילו כאשר נשאל בעדותו כמה הוא מרוויח כיום, הוא ענה כ- 4,000 ₪, כי בכל מקומות עבודתו מפטרים אותו.ממתי התובע עובד בעבודה זו? היכן הוא עובד? לתובע הפתרונים. מידע זה אינו מצוי בפנינו.
89. האם ניתן להסביר את אי עבודתו של התובע בנכותו הרפואית? האם התובע הוכיח מה הם הפסדי השתכרותו בעבר, הקשורים לתאונה נשוא התובענה?**נכותו של התובע**
90. נדרש עתה לשאלת מצבו הרפואי של התובע, בכדי להתחקות על מגבלותיו.
91. דר' אייכנבלט קבע כי לתובע נותרו 10% נכות. המומחה קבע קבע כי:**"בבדיקה האורטופדית מצאתי הגבלה קלה של יישור וכיפוף סופיים בברך שמאל, ללא הפרעות או נעילות, במהלך טווח התנועות ודלדול קל של שרירי ירך שמאל, ללא ממצא פתלוגי אוביקטיבי אחר. הבדיקה הנוירולוגית הפריפרית שערכתי הייתה תקינה"**.דר' אייכנבלט קבע כי אין לצפות לשיפור, ותתכן החמרה במידה ויתפתחו שינויים ניווניים בברך שמאל בעתיד, ואולם הטיפולים שידרשו במקרה זה, כלולים בסל הבריאות. עוד העיר המומחה כי התובע מוגבל בביצוע מאמצים עם עומס יתר על ברך שמאל.
92. בתשובות לשאלות ההבהרה טען המומחה, כי אין ודאות שיתפתחו שינויים קשים בעתיד, אך אם כן, הנכות יכולה לצמוח ל- 30%.
93. לאור נכות זו, אין כל הסבר מדוע התובע הפסיק לעבוד תקופה ארוכה, או מדוע הוא עובד בצורה כל כך בלתי סדירה. בכל מקרה אין בידינו כל אינדיקציה באשר להשתכרותו הנוכחית של התובע, שעומדת, לגרסת התובע, על הסך של כ- 4,000 ₪.
94. סקירת עברו התעסוקתי של התובע, החלפת מקומות עבודתו בעבר, הפסקת עבודתו בעבר עקב דיכאון בעקבות גירושיו, העדר נתונים על השתכרות לאחר התאונה מחד, ומאידך נכותו הנמוכה יחסית, מביאים למסקנה כי הנכות הרפואית, "תרמה תרומה" נמוכה לאי עבודתו של של התובע. נזק מיוחד בעבר יש להוכיח, ולא עלה בידי התובע להוכיח כדבעי את הפסדיו בעבר.
95. ואולם בשל הנכות הקיימת, מצאתי בכל זאת, לפסוק פיצוי גלובאלי על הצד הנמוך בשיעור של 15,000 ₪, שיבטא את הפסד ההשתכרות מסוף תקופת אי הכושר ועד היום, הקשור לתאונה.**הפסד כושר השתכרות בעתיד**
96. לא מצאתי לקבוע כי קיימת נכות תפקודית, ובמילא פגיעה בכושר ההשתכרות, הגבוהה מזו הרפואית, אצל התובע. בעניין הסיכוי להחמרה עתידית במצבו של התובע, ענה המומחה בתשובות ההבהרה שלו כי "אין ודאות שיתפתחו שינויים קשים בעתיד", כך שאפשרות ההחמרה אומנם קיימת אך נמוכה.
97. הנתונים שמסר התובע לגבי השתכרותו, הן לתקופה שלפני התאונה והן לזו שלאחריה, הם כה דלים, שלא ניתן לגזור מהם נתונים שיאפשרו לחרוג מהכלל המקובל כי נכות תפקודית תהיה זהה לזו הרפואית ([ע"א 3049/93 **גירוגיסאן נ' רמזי**, פד"י נ"ב](http://www.nevo.co.il/case/17918323) (3), 792). התובע כלל לא הוכיח מה השתכרותו היום, וכפי שנאמר לעיל, אין בידי נתונים לקבוע כי ההורדה בנפח עבודת התובע קשורה באופן מובהק לנכות הרפואית, לאור עברו התעסוקתי כפי שהוברר לעיל.
98. לגבי בסיס השכר לעתיד. התובע הרוויח עובר לתאונה כ- 7,500 ₪ (משוערך). יש לתובע השכלה מסויימת של הנדסת מכונות (לא נסתר ע"י הנתבעת, אם כי התובע לא סיים את לימודיו), מאידך התובע לא התמיד בעבודותיו בעבר, וגם מעת התאונה ועד היום, הוא לא הוכיח כי עבד ומה גובה השתכרותו. התובע טען כאמור ללא גיבוי כי הוא משתכר כיום 4,000 ₪. הנתבעת בסיכומיה הציע להעמיד לעתיד את בסיס השכר על שכר מינימום ובשיעור של 4,500 ₪ (שכר המינימום כיום (נכון ל- 1.1.19 לפי נתוני המל"ל ) הוא 5,300 ₪).
99. אני סבור כי לאור כל הנתונים הנ"ל, סיכויי השתלבותו של התובע בעבודה, המוטיבציה שלו לעבוד והתמדתו בעבודות השונות, ובהתחשב בנכותו בשיעור 10%, יש לקחת כבסיס השכר לעתיד, את הסך של 6,000 ₪ בחודש. מצאתי להעריך את נכותו של התובע בדרך גלובלית, ובהתחשב בכלל הנסיבות, לפסוק לתובע סך של 100,000 ₪ בגין הפסד כושר השתכרות בעתיד.
100. הפסד הפנסיה לכל התקופות במעוגל: 19,000 ₪. **עזרת הזולת לעבר ולעתיד**
101. התובע בסעיף 27 לתצהירו הצהיר, על הצורך שלו בהיזקקות לעזרת הזולת, ללא כל פירוט נוסף לכך.
102. התובע לא צירף כל אסמכתא על קבלת עזרה בעבר. בעדותו בפניי לא הוסיף התובע נתונים על עזרה לה נזקק בעבר.
103. בנסיבות אלו, מצאתי להעריך את העזרה לה נזקק התובע ויזקק בעתיד, בסך כולל של 15,000 ₪.**הוצאות רפואיות לעבר ולעתיד**
104. לבד מהוצאות למומחים הרפואיים (מומחה פרטי ומומחה בית המשפט) בשיעור של כ- 5,200 ₪, התובע לא צירף כל אסמכתא על הוצאות רפואיות.
105. לאור נתונים אלו והנכות שנקבעה, אני סבור כי בגין פריט ההוצאות הרפואיות לעבר ולעתיד יש לפסוק סך גלובאלי של 10,000 ₪.**נזק שאינו ממוני**
106. נכות רפואית של 10%. סך פיצוי של 50,000 ₪.
107. סך נזק התובע:הפסד השתכרות בתקופת אי הכושר37,000 ₪הפסד השתכרות מתום אי הכושר ועד היום15,000 ₪הפסד כושר השתכרות לעתיד100,000 ₪פנסיה19,000 ₪עזרת הזולת לעבר ולעתיד15,000 ₪הוצאות רפואיות לעבר ולעתיד10,000 ₪נזק שאינו ממוני50,000 ₪ סך הכל:**246,000 ₪** **ניכויים**
108. קיימת מחלוקת בין הצדדים באשר לשיעור ניכויי תגמולי המל"ל אם בכלל.
109. לאחר סיום ישיבת ההוכחות וסיכומי הצדדים, הגיש התובע בקשה להוספת ראיות הקשורות לגמלאות שהוא מקבל מהמל"ל.
110. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים התרתי לתובע לצרף חומר נוסף, וקבעתי את התיק להשלמת עדותו של התובע.
111. להלן מחלוקת הצדדים.
112. התובע קיבל נכות כללית ממל"ל בגין מחלת האפילפסיה שלו, עוד לפני התאונה נשוא תובענה זו. התובע המשיך לקבל קצבאות ממל"ל בגין נכות כללית, גם לאחר התאונה.
113. בשלב כלשהוא, הוא עבר מסלול במל"ל והחל לקבל גמלאות מהמל"ל במסגרת נכות מעבודה. בהמשך שב לקבל גמלאות מהמל"ל במסלול נכות כללית.
114. הקצבה שהתקבלה בגין הנכות הכללית, הייתה תמיד גבוהה יותר מזו של הנכות מהעבודה. קצבת הנכות מעבודה לא הוסיפה על מה שקיבל ממילא מהמל"ל, ללא קשר לתאונה ועובר לתאונה נשוא תובענה זו.
115. השאלות בהן נצטרך להכריע הן:האם העובדה כי בכל מקרה קיבל התובע גמלאות ממל"ל ללא קשר לתאונה, וגמלאות אלו עולות על גמלאות נכות מעבודה, כך שאין כל תוספת בגין התאונה, גורמות לכך, שאין הנתבעת זכאית לקיזוז כלשהוא של גמלאות המל"ל מסך הפיצוי בו הוא מחוייבת, או שמא יש לחייב את התובע לעבור למסלול גמלאות נכות מעבודה, מה שיאפשר לנתבעת להקטין את נזקיה, וזאת לאור העובדה שהיא מבוטחת של המל"ל ושילמה בגין ביטוח זה עבור התובע?האם העובדה שהתובע עבר לתקופה מסויימת, למסלול נכות מעבודה וקיבל גמלאות במסלול זה, משנה את התמונה וגורמת לכך שניתן עתה לקזז את תגמולי המל"ל בגין נכות מעבודה, לעבר ולעתיד?
116. לחלופין, האם יש לקזז, למצער, את גמלאות נכות מעבודה, מהתקופה שהתובע קיבל גמלאות אלו, כאשר היה במסלול נכות מעבודה?
117. אין כל ספק, כי את דמי הפגיעה שקיבל התובע בגין התאונה, יש לקזז בכל מקרה (סך זה הינו: 16,487 ₪). **הנתונים העולים ממסמכי המל"ל שצורפו ע"י הצדדים**
118. בין החודשים 1/11-4/11 קיבל התובע הבטחת הכנסה ונכות כללית- טרם התאונה.בין החודשים 5/11-11/11 קיבל התובע נכות כללית- טרם התאונה.בחודש 12/11 קיבל התובע דמי פגיעה (בגין התאונה) ונכות כללית.מ- 1/12-2/12 קיבל התובע דמי פגיעה ונכות כללית.מ- 3/12-12/12 קיבל התובע נכות מעבודה.מ- 1/14-9/14 קיבל התובע נכות כלליתמ- 10/14-12/14 קיבל התובע נכות מעבודה.מ- 1/15-12/15 קיבל התובע שיקום ונכות מעבודה.מ- 1/16-6/17 קיבל התובע גמלת נכות מעבודה בשיעור 1,729 ₪ (ברוטו).מ- 6/16 חזר התובע לקבל נכות כללית.מ- 1/18-2/18 קיבל קצבת נכות כללית בסך 3,217 ₪ בגין יחיד+ 2 ילדים.מ- 2/18-12/18 קיבל קצבת נכות כללית בסך 3,876 ₪ בגין יחיד+ 2 ילדים.
119. התובע העיד כי הסיבה שעבר למסלול נכות מעבודה היא, כי נאמר לו שיוכל לקבל במסלול זה הטבה בדמות לימודים. בהמשך חזר לנכות כללית, כי נאמר לו שהקצבה תגדל ל- 3,500 ₪, כאשר במסלול נכות מעבודה, הוא יקבל 1,580 ₪ בלבד ( פרוטוקול מיום 13.9.18 עמוד 17 ש' 13 וש'- 27-28).**חוות דעת אקטואריות שהגישו הצדדיםחוות דעת האקטואר דר' תמיר לוי (להלן- דר' לוי)**
120. התובעת הגיש חוות דעת אקטוארית של האקטואר דר' לוי מתאריך 7/17.
121. על פי חוות הדעת, גובה קצבת הנכות הכללית (שאינה קשורה לתאונה) לשנת 2013 הייתה: 2,092 ₪.
122. קצבת נכות מעבודה הייתה: 1,729 ₪.
123. דר' לוי חישב את השווי הרעיוני של קצבת הנכות הכללית שיכול היה התובע לקבל, לו לא תתקבל הטענה שאין לבצע כלל ניכוי (שווי הגמלה- 2,092 ₪). להלן החישוב:
124. שווי קצבאות נכות מעבודה ששולמו עד ליום 1.7.17 – 58,043 ₪. שווי קצבאות נכות מעבודה עד גיל 67 בתוספת מענק בגובה 36 קצבאות: 398,290 ₪. סך כל הסכום של קצבאות מעבודה לעבר ולעתיד: 456,333 ₪.
125. מסך זה יש לקזז את שווי קצבאות נכות כללית מיום 1.10.14 ועד ליום החישוב (7/17 ), סך של 71,563 ₪ ואת שווי קצבאות נכות כללית שיכול היה התובע לקבל מיום החישוב והלאה – 272,774 ₪.סך הכל: 344,377 ₪ , ההפרש הוא: 111,996 ₪.
126. תשומת הלב, כי אם היינו מקבלים את העיקרון שאין לקזז את תגמולי הנכות הכללית (טענת התובע), שכן אלו השתלמו ממילא ללא קשר לתאונה, אך "מחייבים" את התובע לעבור למסלול נכות מעבודה, היה הדבר מיטיב עם התובע,שכן אז היה בידי התובע סכום כולל גבוה יותר של גמלאות שהוא קיבל, ואת ההפרש בין הגמלאות היה מקום לנכות, שכן ההפרש נובע מהסך הגבוה יותר של גמלאות נכות מעבודה, וזו הטבה שקיבל התובע כתוצאה מהתאונה.
127. נזכור כי מכיוון שהאירוע נשוא התובענה הוא תביעה כנגד המעביד, הרי שהמל"ל לא צפוי לחזור בתביעת השבה כנגד המעבידה היא הנתבעת, בהתאם לסעיף 82 (ג) לפקנ"ז (הנתבעת צירפה לתיק בית המשפט טיוטת תביעה שבה התובע הוא המל"ל (אין מספר הליך), והנתבעת היא הבעלים ובעלת השליטה במקרקעין בהם היה עיסקה של הנתבעת. הסך הנתבע, היינו הסך ששולם ע"י המל"ל במסגרת נכות מעבודה (לרבות דמי פגיעה) הוא: כ- 146,000 ₪). **חוות דעת אקטואר הנתבעת שי ספיר**
128. האקטואר שי ספיר (להלן- ספיר) הוציא חוות דעת מיום 5.1.17. בהתאם לחות הדעת, הסכום הכולל של כל התשלומים הקשורים לנכות מעבודה הם: 516,145 ₪ נכון ל 1/17. **דיון והכרעה**
129. הבה נסקור סקירה קצרה של הלכות הניכוי הרלבנטיות לסוגיה שבפנינו.
130. המקור החוקי לניכוי תגמולי המל"ל מסך הפיצוי שנפסק ע"י בית המשפט, הוא סעיף 82 לפקודת הנזיקין. וכך קובע הסעיף:**"(א) המבוטח לפי חלק ב' לחוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953 (להלן בפרק זה – החוק), לרבות התלוי בו כאמור בסעיף 22(ב) לחוק, שהיו זכאים לפי פקודה זו עקב מאורע אחד גם לפיצויים מן המעביד, וגם לגימלה לפי חלק ב' לחוק – תנוכה הגימלה מסכום הפיצויים שהיו מגיעים להם ממעבידם אילולא סעיף זה.(ב)לענין סעיף זה –"גימלה" – השווי הכספי של הגימלאות, להוציא גימלה בעין, שניתנו או שעתידות להינתן לפי חלק ב' לחוק, לרבות תמורת דמי פגיעה המשתלמת לפי סעיף 38 לחוק, וגימלה שהופחתה או שנשללה עקב מעשה או מחדל של העובד, או שלא ניתנה בגלל בחירה בגימלה אחרת לפי החוק, רואים אותה כאילו ניתנה או שעתידה להינתן בשלמותה; הוראות שר העבודה לפי סעיף 49(ב) לחוק בדבר היוון קיצבאות ובדבר חישוב ערכן הכספי של גימלאות בעין, כוחן יפה גם לקביעת השווי הכספי של גימלאות לענין סעיף קטן זה;"מעביד" – החייב לפי החוק בתשלום דמי הביטוח בעד המבוטח, לרבות מי שהמעביד אחראי למעשהו לפי סעיף 13 לפקודה זו.(ג)בנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) לא יראו, לענין סעיף 70 לחוק, את המעביד כצד שלישי שזכויות כלפיו מועברות למוסד לביטוח לאומי."**
131. יודגש כי סעיף 82 (א) מדבר על שתי גמלאות כתוצאה מאירוע אחד.
132. ההצדקה של הניכוי לטובת המעביד- המזיק, הינה מטעמים כלכליים:**"המעביד הוא המשלם למל"ל דמי ביטוח עבור עובדו והוא זכאי ליהנות מהביטוח שהוא דאג לעריכתו. בשלמו את הפרמיה נושא המעביד בעקיפין בעול הגמלה המשתלמת לעובד שנפגע"** ([רע"א 686/97](http://www.nevo.co.il/case/5719172) מנורה נ' עזבון המנוח משה תמר ז"ל, תק-על 99(3) 1674). בדרך זו, המזיק משלם רק פעם אחת, והתובע מקבל רק פעם אחת, ולא זוכה בפיצוי כפול ([**ע"א 545/85 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אלגריסי**, פ"ד מד](http://www.nevo.co.il/case/17947190)(2) 8) ).
133. היה ולא יפנה התובע למל"ל לקבלת תגמולים, יהיה זכאי המעביד לנכות ניכוי רעיוני של התגמולים שיכול היה הנפגע לקבל מהמל"ל ([ע"א 86/73 **תושיה נ' ציון חברה לביטוח**, פ"ד כח](http://www.nevo.co.il/case/17939322)(2) 497).
134. במשולש שנוצר: מעביד- מזיק- נתבע, עובד- תובע- ניזוק, ומל"ל, המל"ל והמזיק הם המפצים את התובע בגין נזקיו כתוצאה מהתאונה, בגובה הנזק שפוסק בית המשפט.כאשר למל"ל זכות חזרה כנגד המזיק (כאשר אינו המעביד, כאמור להלן), כך המזיק משלם בסופו של דבר את מלוא הנזק.
135. ואולם, המל"ל אינו זכאי לחזור למעביד- המזיק בסכומים ששילם לניזוק, שכן המעביד הוא מבוטחו של המל"ל (כשם שמבטחת "רגילה" לא רשאית לחזור למבוטחה, לו הוא גורם הנזק, בתביעת שיבוב להשבת הסכומים ששילמה לו. יעויין בסעיף 82 (ג) לפקודה ).
136. היה והתובע לא יתבע את המל"ל בהתאם לזכאותו, אין הדבר יגרום לכך שהמזיק ישלם את כל הנזק, אלא, המזיק ישלם את חלקו בפיצוי שקבע בית המשפט, בניכוי החלק שהיה משתלם ע"י המל"ל, לו התובע היה מגיש תביעה למל"ל. זהו הניכוי הרעיוני.
137. הטעם לכך הינו, מכיוון שהמל"ל לא חוזר למזיק המעביד בתביעת חזרה על תשלומיו, הרי שלו התובע היה מגיש תביעה כנגד המל"ל, המזיק היה משלם פחות ללא חשיפה לתביעת השבה, כך שאין ל"העניש" את המזיק בכך שהתובע לא תבע את המל"ל על אף זכאותו, לפיכך, התובע הוא זה ש"יענש", וינכו לו מהסך שנפסק לו "ניכוי רעיוני" של הסכום שיכול היה לקבל מהמל"ל.
138. נתקדם. סעיף 320 (ד) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה- 1995, מאפשר למי שזכאי ליותר מגמלה אחת, לבחור לקבל את אחת הגמלאות.
139. ומה קורה כאשר התובע לא בוחר בגמלת נכות מעבודה, אלא לדוגמא בגמלת נכות כללית, האם הדבר ישפיע על הניכוי מהפיצוי הסופי?
140. התשובה לכך ניתנה בעניין ע"א 4084/04 איילון נ' סגרון, פורסם בנבו, 5.11.06:**"הנה כי כן, הבחירה לבד והניכוי לבד – זו אינה שוללת את זה וזה אינו שולל את זו. זכות הבחירה של הניזוק בגמלאות כאלה או אחרות עומדת בעינה, אך כך גם זכותו של המעביד כי שווי גמלאות העבודה ינוכה מסכום הפיצויים וכי המוסד לביטוח לאומי לא יחזור עליו בתביעת שיבוב לעניין גמלאות אלה."** זו פרשנות בית המשפט לסעיף 82 (ב) לפקנ"ז שקובע:**"וגימלה שהופחתה או שנשללה עקב מעשה או מחדל של העובד, או שלא ניתנה בגלל בחירה בגימלה אחרת לפי החוק, רואים אותה כאילו ניתנה או שעתידה להינתן בשלמותה".** כאמור סעיף 82 (א) דן במאורע אחד.
141. הדברים יהיו נכונים גם כאשר התובע בוחר בגמלת נכות כללית, הנמוכה מגמלת נכות מעבודה. במקרה זה, התובע יקבל גמלה נמוכה, וינוכה מסך הפיצוי שווי הגמלה הגבוהה של הנכות מהעבודה. והנה, בכגון דא התובע יצא מופסד (הוא מקבל סכום נמוך של נכות כללית, ומנכים ממנו את הסכום הגבוה של נכות מעבודה, שאותה הוא לא קיבל), ואולם האינטרס שיש לשמור עליו הוא אינטרס המעביד לניכוי מלא. אין זה מענייננו של המעביד בחירת התובע. בחירת התובע היא בחירה חופשית וזו זכותו, אך זכותו של המעביד היא לניכוי מלא (הלכת סגרון לעיל, כן יעויין בספרו של השופט אליעזר ריבלין, תאונת הדרכים, מהדורה רביעית, עמוד 1032 )
142. הנתבעת מבקשת לאמץ לענייננו את הלכת סגרון ולנכות את כל קצבת הנכות מעבודה במלואה, היינו מעל חצי מליון ₪, ואולם הנדון בעניין הלכת סגרון, שונה מהמקרה שלפנינו, שכן הבחירה של התובע בעניין סגרון בין 2 המסלולים בוצעה לאחר התאונה, בנדון שבפנינו, קבלת גמלת נכות כללית החלה להתבצע בטרם התאונה. בנדון שבפנינו ישנם 2 מאורעות, אחד נזיקי ואחד לא, בעניין סגרון ישנו מאורע אחד, כך שהלכת סגרון והחלתה בנדון שבפנינו מעוררת קשיים.
143. נלמד עקרונות נוספים בסוגיית הניכוי.**פס"ד רע"א 6563/15 פלוני נ' מיטרני, פורסם בנבו, 27.6.17 (להלן- עניין מיטרני)**
144. בעניין מיטרני, מדובר היה בתאונת עבודה, התובע נפצע בתחום הנפשי והאורטופדי והוכר ע"י המל"ל במסגרת נכות מעבודה. התובע סבר כי מחלת הסוכרת בה לקה קשורה אף היא בתאונה, והגיש בגין כך תביעה להכרה למל"ל. המל"ל דחה את הקשר הסיבתי שבין הסוכרת לבין התאונה. גם ערר בעניין זה נדחה.
145. נמצא כי התובע קיבל גמלאות ממל"ל רק בגין אורטופדיה ונפש, ולא בגין סוכרת.
146. והנה בתביעת הנזיקין, בית המשפט השלום קבע כי קיים קשר סיבתי בין מחלת הסוכרת ובין התאונה. לא זו אף זו, הוא קבע כי התובע גם לקה בנכות נוירולוגית הקשורה לסוכרת.
147. נמצא, כי התובע מקבל פיצוי נזיקי בגין מספר נכויות רב יותר מאשר הנכויות שהוכרו ע"י המל"ל, שאת סכום הגמלה הניתנת בעדם במל"ל, מבקשת הנתבעת לקזז. בנסיבות אלו, ביקשה הנתבעת "להכריח" את התובע להגיש תביעת נכות כללית שתכלול גם את הסוכרת והנוירולוגיה, על מנת שניתן יהיה לקזז את הסכומים שיתקבלו במסגרת תגמולי המל"ל, ואם לא יעשה זאת התובע, יש לבצע ניכוי רעיוני.
148. בית משפט השלום דחה את דרישת הנתבעת לנכות ניכוי רעיוני של תגמולי המל"ל בגין סוכרת ונוירולוגיה, בית המשפט העיר, כי אין לאפשר לנתבעת לטעון להעדר קשר סיבתי בין הסוכרת והתאונה, ומאידך לבקש לקזז את התגמולים שאמורים להתקבל בגין פגימה זו.
149. בערעור בפני בית המשפט המחוזי נקבע, כי דרישת הנתבעת לקיזוז נכות כללית בדין היא, וזה מכיוון שהסיכוי שהתובע שנעדר ממעגל העבודה כ- 15 שנה יקבל נכות כללית הוא סיכוי גבוה. בדרך זו, יווצר איזון לטובת המעביד בכך שהוא יוכל לנכות גם את תגמולי הסוכרת המוכרים בתביעה הנזיקית ואשר מחושבים בסך הפיצוי (בנדון שם בית המשפט המחוזי אפשר פרק זמן לתובע להגיש תביעה לנכות כללית במל"ל. יצויין כי בית המשפט לא ביקר את התובע באי פנייתו למל"ל ולא ראה בכך חוסר תום לב).
150. בית המשפט העליון הפך את פסק הדין של המחוזי. בית המשפט העליון ביטל את הצורך של התובע לפנות למחלקת נכות כללית, שאם לא כן, ינוכה ניכוי רעיוני.
151. נקבע בין היתר, כי שתי המערכות, מערכת התביעה הנזיקית ומערכת גמלאות המל"ל, הינן מערכות שונות זו מזו עם דרכי בירור עובדות שונה ועם מטרות שונות. אין כל הכרח לבצע ניכוי של כל פריטי הגימלה ששולמה או שעשויה להשתלם ע"י המל"ל מתביעת הנזיקין. עוד נקבע, כי הטלת חובה לפתוח בהליך של הגשת תביעה לנכות כללית, זוהי חובה מוגברת. די בכך שהתובע יפנה להליך הראוי בנסיבות, שהינו הליך להכרה בסוכרת כחלק מניזקי התאונה במסגרת נכות מעבודה, בכך עמד התובע בחובתו.
152. בית המשפט היה מודע לכך כי ייתכן מאוד והתובע ירוויח והמעביד ישלם יותר, מכיוון שרבים הסיכויים כי התובע בעתיד יפנה לנכות כללית בגין הסוכרת ויקבל קצבאות במסלול זה, אך אלו לא יקוזזו מהפיצוי, שעה שהמעביד- המזיק משלם בפיצוי גם בגין הסוכרת שהוכרה כקשורה לתאונה (במחוזי קבעו כי רק שני שליש מהנכות בגין הסוכרת תיוחס לתאונה ולא הכל, כפי שקבע השלום). זה היה כזכור החשש של המחוזי ולכן קבע את שקבע. אך בעליון סברו, כי בשל העובדה שממילא המל"ל לא יחזור למעסיק בתביעת השבה, הן כי המל"ל מנוע מלחזור למעביד, והן כי המל"ל עצמו שלל קשר סיבתי בין הסוכרת לארוע, הרי שבכך יוקהה ניזקו של המעביד. בית המשפט קבע כי: "יש להכיר בכך שלעיתים סימטריה כגון דא, מטבע הדברים, אינה בת השגה".
153. הערה חשובה, ברוח הציטוט האחרון, העיר גם כב' הש' עמית בסוף פסק הדין:**"ניתן להבין את השאיפה לסימטריה מושלמת במשולש היחסים: ניזוק-מזיק-המוסד לביטוח לאומי, אך נוכח המטרות והתכליות השונות ודרכי הבירור הייחודים לערכאות השיפוטיות ולמוסד לביטוח הלאומי, לא "תמיד ניתן יהיה להגיע לצדק מדוייק בין כל קודקודי המשולש" (דברי המשנה לנשיאה (כתוארה אז) השופטת נאור ב**[**ע"א 7453/12**](http://www.nevo.co.il/case/5601348) **אלחבאנין נ' אברהם [פורסם בנבו] (9.9.2014)). לכן, גם אם בתוצאה הסופית במקרה הייחודי דנן הניזוק עשוי בסופו של יום "להתעשר" מעבר לנזקו הכולל, הרי ששיקולי הנגד עליהם עמד חברי, מטים את הכף לטובת הניזוק."**
154. נלמד מכאן, כי על אף הרצון ל"אפס" את כל קודקודי המשולש, לעיתים אחד הקודקודים, כגון המעביד- המזיק, משלם יותר, בשל השוני בין המערכות השונות (הנזיקית אל מול הביטוחית- מל"ל ) המכוונות לעיתים לתכליות שונות. כמו כן נלמד, כי במקרים מסויימים, אין לחייב את הניזוק לפתוח בהליכים, בהם אין הוא חפץ. יש לדרוש ממנו שימצה זכויותיו במל"ל בתום לב, ובכך נדאג למעביד המשלם ביטוח למל"ל כי זכויותיו יישמרו והוא יוכל לנכות סכומים שונים שהתובע מקבל מהמל"ל, אך אין פירוש הדבר שניתן לחייב את התובע לנקוט בהליכים שיהיו בניגוד לאינטרס שלו, על אף שהם יכולים להיטיב עם המעביד.
155. בטרם אגש להכרעה, יש לתת את הדעת לעניין "ניכוי מן הניכוי".
156. תקנה 10 (א) לתקנות הביטוח הלאומי (היוון), תשל"ח-1978 (להלן- תקנות ההיוון) קובעת כך:**"משתלמת קצבה לפי פרק י"א, פרק ה'** (נפגעי עבודה- י"ב), פרק ט' (נכות כללית- י"ב), או פרק י' לחוק, ינוכה, בהיוון הקצבה לעניין הסעיפים 113 (א), 333 ו- 369 לחוק, הערך המהוון של כל קצבה שהייתה משתלמת אילולא האמור בסעיף 320 לחוק (הביטוח הלאומי- י"ב), אך לא ינוכה ערך מהוון של קצבה לפי פרק י"א או פרק ה', או פרק ט' לחוק שהייתה משתלמת עקב אותו מאורע".
157. סעיף זה פורש ב[ע"א 6246/92 **קופת חולים נ' נזירה לוי,**  פד"י מ"ט (1) 742, 744-745,](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא 6246/92) נעיין בציטוט הבא:**"לשונה של התקנה** (10 (א) לתקנות ההיוון - י"ב) מסורבלת. **אם נציב במקום מספרי הסעיפים הנזכרים בה את האמור בהם, נעמוד על משמעותה הברורה שעל פיה תנוכה מסכום קיצבת הנכות המהוונת כל קיצבה שהייתה משתלמת לנפגע אלמלא היה עליו לבחור בין שתי קיצבאות כמצוות סעיף 143 לחוק. זהו "ניכוי מניכוי", הפועל היוצא הוא כי אין לנכות מהפיצויים המגיעים לנפגע את מלוא גימלת הנכות שהוא מקבל או היה זכאי לקבל מהמוסד לביטוח לאומי עקב התאונה, אלא מהגימלה העומדת לניכוי מנכים תחילה את אשר היה זכאי הנפגע לקבל אלמלא התאונה ולא בגלל התאונה, בענייננו, קיצבת השאירים. באופן כזה גדל סכום הפיצויים שאותו מקבל הנפגע... אין סעיף 82 ל**[**פקודת הנזיקין**](http://www.nevo.co.il/law/73015) **מקנה למעביד "זכות מוקנית" לניכוי כל גימלה שהמוסד לביטוח לאומי מעניק לנפגע. הסעיף מקנה לו זכות לניכוי "גימלה" כפי שהוגדרה באותו סעיף עצמו. הסעיף קובע בהגדרת "גימלה" העומדת לניכוי הוראות שר העבודה... לענייננו תקנה 10, יקבעו מה הוא הניכוי הנאות מן הפיצויים. תקנה זו, שהחליפה את ניכוי "קיצבת זיקנה" בניכוי "כל קיצבה", לא זו בלבד שאינה פוגעת בעיקרון שמונח ביסודו של סעיף 82, אלא היא עולה עמו בקנה אחד, ולא רק עמו אלא עם תפיסת דיני הנזיקין שלפיה אין לנכות מהפיצויים המגיעים לנפגע הטבות שאין ביניהן לבין הנזק שנגרם בתאונה קשר סיבתי. זאת ועוד, המעביד איננו מממן על-ידי דמי הביטוח את תשלום קיצבת השאירים שהנפגעת הייתה זכאית לקבל במקר דנן. הזכות לקיצבת השאירים נבעה ממקור אחר, מעילה אחרת וממימון ביטוח אחר. לפיכך, אין המעביד זכאי ליהנות מתשלום פיצויים מופחתים עקב אי-ניכוי אותה קיצבה שאין לו יד ורגל בתשלומה ושאין לה דבר עם התאונה שהוא גרם לה".**
158. לאמור, האפשרות הגלומה בתקנה 10 (א) לתקנות ההיוון, קובעת כי מהגמלה המתקבלת עקב התאונה (נכות מעבודה), המנוכה מסך הפיצוי, יש לנכות לפני כן את הגמלה שהייתה מתקבלת במילא, ללא קשר לתאונה (נכות כללית), ואותה אין להפחית מהפיצוי לניזוק, כי היא אינה קשורה לתאונה ואין לנתבע כל שייכות אליה (ע"א 9209/03 **עיזבון המנוח יניב ניסן ז"ל נ' הכשרת הישוב,** פורסם בנבו, 16.11.08 ).
159. משמעות הדבר היא כי הניכוי שהוא לטובת המעביד- יקטן (הניכוי הוא לטובת המזיק, הניכוי מן הניכוי הוא לטובת הניזוק), ואולם אין הדבר מהווה בעיה, שכן המעביד לא זכאי להנות מקצבאות שאינן קשורות אליו, והוא לא שילם בגינן (המעביד זכאי להנות מניכוי קצבאות של נכות מעבודה, שכן בגינן הוא שילם ביטוח, אך הוא לא זכאי להנות מניכוי נכות כללית, שכלל אינו קשור אליו).
160. מכאן, שאם התובע מקבל גמלה ללא קשר למעביד, אין המעביד יכול לבקש את ניכויה, שכן הוא לא "השתתף" במימונה.
161. לתוצאה זו הגיע בית המשפט בעניין ת"א( מחוזי נצרת) קיס נ' גאנם, נבו, 1.5.17, שם הוא קבע:**"לא היה בניזקי התאונה כדי להעלות ולהוריד באשר לזכאותו של התובע לקבל קצבת נכות כללית, שכן הוא נמצא זכאי לקצבה בשיעור מלא מלפני התאונה. משכך, אין בידי לקבל את טענת ב"כ הנתבעים"** (כן יעויין בעניין ת"א (ש' רמלה) 2616/04 אוקסן נ' עלית, נבו, 15.2.14). **מהכלל אל הפרט**
162. התובע קיבל קצבת נכות כללית בלי כל קשר לתאונה נשוא התובענה. גמלה זו החלה להשתלם, עוד לפני התאונה.
163. אם התובע היה ממשיך לקבל את גמלת הנכות הכללית, גם לאחר התאונה ללא כל שינוי, לא היה כל מקום לנכות גמלאות אלו, כי הן משולמות ללא קשר עם התאונה, ולנתבעת אין כל קשר אליהן, אין לה שייכות ב"מימון" גמלאות אלו, לכן אין כל מקום שהיא תהנה מניכוי גמלאות אלו.
164. כמו כן, לא ניתן לחייב את התובע לעבור למסלול נכות מעבודה, שכן הוא בחר במסלול בו הוא פועל (נכות כללית) בתום לב, ועוד לפני האירוע נשוא התובענה (עניין מיטרני לעיל). נכות כללית מניבה סכום גבוה יותר מגמלת נכות מעבודה (2,092 ₪ מול 1,729 בגמלת נכות מעבודה).
165. ואולם בנדון שבפנינו, ישנה תפנית בעלילה.
166. התובע עזב את מסלול נכות כללית, לטובת מסלול נכות מעבודה, על מנת להשיג הטבות שונות (שיקום מקצועי, לימודים וכיו"ב), ואחר כך הוא שב למסלול נכות כללית.
167. בתקופה שהוא היה במסלול נכות מעבודה והוא מקבל סכומים מסויימים, ישנו היגיון והצדקה להפחית את התגמולים שהתקבלו על חשבון התאונה: כגון דמי פגיעה בסך 16,487 ₪. מעת שהתובע בחר בתקופה מסויימת בגמלת נכות מעבודה, הרי שסעיף 82 (ב) לפקנ"ז, מצריך להתחשב באינטרס של המעביד בניכוי, שכן לגמלת נכות מעבודה, המעביד כמבוטח של המל"ל "שותף" והוא זכאי לקזזה (הלכת סגרון).
168. יתר על כן, התברר על פי חוות דעת אקטואר התובע עצמו דר' לוי, כי לו היה התובע בוחר לכל אורך התקופה בגמלת נכות מעבודה, הרי שהסך שהיה בידיו היה 456,333 ₪ , לעומת זאת בנתיב של נכות כללית, הסך הכולל שהיה בידיו הוא: 344,337 ₪, על פי הלכת הניכוי מן הניכוי (ניכוי מהגמלה הקשורה לתאונה את זו שהייתה משתלמת ממילא), ההפרש שיש לנכות, על פי דר' לוי הוא : 111,996 ₪.
169. יצויין כי דר' לוי התייחס רק לשווי קצבאות מנכות מעבודה (לעבר ולעתיד), והוא התעלם מדמי הפגיעה בשיעור 16,487 שקיבל התובע, מכאן שהסך על פי דר' לוי, שקיבל התובע בגין נכות מעבודה היה צריך להיות: 472,820 ₪ (התובע בסיכומיו, לא חלק על טענת הנתבעת כי דר' לוי לא כלל את הסך של דמי הפגיעה בחישובו. תשומת הלב שספיר, דאג להבדיל ולציין במפורש (בגוף חוות הדעת ובהערות) קצבאות נכות מעבודה ודמי פגיעה).
170. לדעתו של ספיר, סך גמלאות נכות מעבודה מסתכמות בשיעור של 516,145 ₪ נכון ל- 5.1.17. המומחים לא נחקרו על חוות דעתם, לפיכך אמצע את הסכומים השונים בעניין ניכויי גמלת נכות מהעבודה. ממוצע ניכויי נכות מעבודה של 2 חוות הדעת נותן את הסכום של: 494,482 ₪. סך הקצבאות שלא קשורות לתאונה, על פי דר' לוי הינן: 344,337 ₪.
171. על פי האמור עד עתה, הניכוי הנצרך מפיצוי התובע הוא:150,145 ₪ = 344,337 ש"ח - 494,482 ₪.יצויין כי סך זה, קרוב לסך של 146,000 ₪, הוא סך גמלאות הנכות מהעבודה ששילם המל"ל, ועל סכום זה הוא חוזר למזיק.
172. ואולם התובע טוען בסיכומיו כי החל מתחילת 2018, הוא מקבל גמלת נכות כללית בשיעור של כ- 3,500 ₪ בממוצע, כך שאם דר' לוי חישב את הניכוי מהניכוי (קצבת נכות כללית) לפי גמלת נכות של 2,092 ₪ והגיע לסך של 344,337 ₪, הרי שחישוב כולל לעתיד לפי גמלה של כ- 3,500 ₪ תביא את סכום הגמלה הלא נזיקית (נכות כללית), לכדי כחצי מליון ₪, מה שימנע כל ניכוי.
173. איני מקבל טענה זו של התובע. על התובע היה להוכיח את טענתו באמצעות חוות דעת מקצועית, כשם שכך נהג מלכתחילה. אין בידי כל אינדיקציה לטיבה של הנכות הכללית ה"חדשה", ממה היא מורכבת, שמא היא כוללת גם את הנכות מהעבודה, ואז יש להתחשב גם בכך ולבצע הפרדה. בהעדר נתונים לרבות תחשיב מקצועי, לא ניתן לבצע את החישוב שלא בהתאם לכללי האקטואריה, והרי בדיוק לשם כך אנו נצרכים לחוות דעת.
174. התובע מבקש בסיכומיו, כי לו תנוכה גמלת הנכות מהעבודה, יש לבצע את הניכוי בהתאם לנכות שנקבעה ע"י מומחה בית המשפט, ולא בהתאם לנכות המל"ל הגבוהה יותר (30% כולל תקנה 15 ). יש לדחות טענה זו. כבר נפסק:**"ניכוי תגמולי הביטוח הלאומי נעשה מתוך סך הפיצוי הנפסק לחובת המזיק, והוא אינו מוגבל לפרטי הנזק שבגינם מקבל הניזוק את הפיצוי... קודם שבית-המשפט נדרש לשאלת הניכוי שומה עליו לקבוע את סכום הפיצויים המגיעים לניזוק על-פי הדין בלא להתחשב בעצם מתן ההטבה על-ידי המוסד או בערכה. על-כן מקום שקיימת רשלנות תורמת מצד הניזוק (ועילת התביעה אינה נסמכת על** [**חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים**](http://www.nevo.co.il/law/4554)**, תשל"ה-1975), יש לנכות מסכום הפיצויים הכולל, קודם להפחתת הגימלאות, את שיעור הנזק שנגרם באשם התורם. מן היתרה המתקבלת יש להפחית את מלוא הגימלאות שמשלם המוסד ושעתיד הוא לשלם לניזוק בשל מעשה הנזיקין."** (הדגשה במקור).(ע"א 3097/02 **שביט נ' קופ"ח**. פס"ד מיום 2.6.04)
175. לסיכום: מסך הנזק שנפסק לתובע בשיעור 246,000 ₪, יש לנכות את הסך של 150,145 ₪ כאשר יש לשערך את סכום הניכוי מאפריל 2017 (אמצע התקופה של שתי חוות דעת האקטואריה) ועד למועד התשלום בפועל, זהו סך הפיצוי המגיע לתובע. לסך הפיצוי יש להוסיף שכ"ט עו"ד בשיעור 20% +מע"מ בתוספת שכר המומחים והוצאות משפט בהתאם לאסמכתאות. במידת הצורך, התובע יגיש בקשה לשומת הוצאות.
176. התובע ישלם לנתבעת הוצאות משפט, בגין הצורך בקיום ישיבה נוספת ביום 13.9.18, בסך של 4,000 ₪ (יעויין בהחלטתי מיום 23.5.18 ), אשר יקוזזו מסך הפיצוי לתובע. זכות ערעור כחוק ניתן היום, י"ז אייר תשע"ט, 22 מאי 2019, בהעדר הצדדים. 