

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 15-01-12459 פלוני נ' שטיינבוים ואח'

ת"א 15-01-15549 המוסד לביטוח לאומי ואח' נ' שטיינבוים ואח'

לפני כבוד השופט משה תדמור-ברנשטיין

התובעים:

1. פלוני

ע"י ב"כ עוה"ד א. פרויליך ו/או נ. פרחי ואח'

2. המוסד לביטוח לאומי

ע"י ב"כ עוה"ד א. האזרחי ואח'

נגד

הנתבעים:

1. אייל שטיינבוים מיכאל

2. "הכשרה" חברה לביטוח בע"מ

שניהם – ע"י ב"כ עוה"ד אבי דויטש ואח'

נגד

הצדדים השלישיים:

1. ויטנס חברה להשקעות במקרקעין בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד א. פרויליך ו/או נ. פרחי ואח'

2. רומנו אינוסטמנט גרופ בע"מ - נמחקה

נגד

הצדדים הרביעיים:

1. אייל שטיינבוים מיכאל

2. "הכשרה" חברה לביטוח בע"מ

שניהם – ע"י ב"כ עוה"ד אבי דויטש ואח'

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הבטיחות בעבודה \[נוסח חדש\], תשל"ל-1970](#)[חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981](#)[חוק הביטוח הלאומי \[נוסח משולב\], תשנ"ה-1995: סע' 328, 328\(א\), 330\(א\)](#)[תקנות הבטיחות בעבודה \(עבודות בניה\), תשמ"ח-1988: סע' 5\(א\), 5\(ג\), 6\(א\), 6\(ג\), 79](#)[תקנות התכנון והבניה \(בקשה להיתר, תנאי ואגרות\), תשל"ל-1970 - גירסא ללא שירותים: סע' 15.2 \(3\)](#)[תקנות התכנון והבניה \(פיקוח עליון על הבניה\), תשנ"ב-1992](#)[תקנות התכנון והבניה \(רישוי בנייה\), תשע"ו-2016: סע' 2](#)[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]: סע' 15, 15\(2\), 15\(3\), 15\(4\), 41](#)[תקנות ארגון הפיקוח על העבודה \(מסירת מידע והדרכת עובדים\), תשנ"ט-1999: סע' 2](#)[פקודת השותפויות \[נוסח חדש\], תשל"ה-1975: סע' 20](#)

ספרות:

[אליעזר ריבלין, תאונת הדרכים - תחולת החוק, סדרי דין וחשוב הפיצויים \(מהדורה 4, 2011\)](#)

מיני-רציו:

* יזם שנפל באתר בניה שלו, זכאי לקבל פיצויים עבור נזקי הגוף שנגרמו לו מהקבלן המבצע.

* נזיקין – אחריות – קבלן

* נזיקין – אשם – אשם תורם

* נזיקין – תאונת עבודה – אחריות

* נזיקין – תאונת עבודה – פיצויים

.

התובע 1 – יזם, שיזם הקמת בניין, נפל באתר בניה מבעד פתח ברצפת (תקרת) הבטון אל רצפת הקומה שמתחתיו, כ-3 מ', ונפצע; זאת – לאחר שהוא נעמד על מכסה שהונח על אותו פתח, על ידי עובדיו של הקבלן המבצע – הנתבע 1. במרכז המחלוקת בין הצדדים עומדת השאלה: האם ובמה שונה דינו של הנתבע שהניח על ידי עובדים מטעמו את המכסה שכשל – מול תביעת התובע בנתוניו הייחודיים כאמור, ביחס לתביעתו של כל אדם אחר – לו היה נופל באותו אופן.

.

בית המשפט קיבל את התביעה בחלקה ופסק כלהלן:

הוכח, כי הנתבע היה קבלן הביצוע של השלד, וכן היה באותה תקופה מי שניהל את העבודה כמנהל העבודה באתר. הפיקוח באתר בנייה מובנה גם בתפקידו של "מנהל העבודה" לפי דין, באשר עליו לנקוט צעדים מתאימים כדי להבטיח שכל עובד ימלא אחר התקנות הנוגעות לעבודתו, אלא אם החובה מוטלת במפורש על מבצע הבניה.

הנתבע הוא המפקח שמפקח בפיקוח צמוד על ביצוע הפרויקט; אך הוא כפוף לפיקוח-על של "המפקח", ולהוראות שיכולים לתת לו "המפקח" או "המנהל".

התובע הוכיח ברמה הנדרשת לפי הדין, כי הדיקט ששימש כמכסה – נשבר בעת שעלה עליו, והמכסה קרס תחתיו. ועל כן, בכל מקרה, הואיל והשיטת הנתבע מדובר בתרחיש שלא אמור לקרות לאחר שהשתמש בלוח עץ מאסיבי מספר שבועות טרם האירוע, הנטל עובר אל הנתבע להוכיח ששבר זה איננו אירוע שיכול היה לצפות אותו ולמונעו. הנתבע לא הרים נטל זה, בהסתפקו בעדות בעל דין יחידה הן לגבי טיב, הן לגבי מבנה המכסה ופיקוחו על הקמתו, והן לגבי היעלמות המכסה לאחר אירוע התאונה.

הוכח, כי מול התובע בכל הקשור למה שהוביל לתאונה הנדונה ואירוע התאונה עצמה – הנתבע הוא "מבצע הבניה". הנתבע היה "מנהל העבודה" במועד הרלוונטי, כך ש"מבצע הבניה" בעניינו הוא הנתבע, כפי שעולה מהוראת סעיף 6 לתקנות הבניה.

יש לייחס ליזמות אשם בשיעור של 10% לקרות אירוע הנזק, בגין חבותן כמנהלות וכמפקחות של אתר בנייה שהוא גם בבעלותן וליצירת משטר ניהול ופיקוח שימנע התרחשות של תקלות חמורות כאלה. מדובר בייחוס אשם שהוא תוצר של מדיניות משפטית, לפיה יש ליצור הרתעה גם ליזם שמטיל את הבניה

על קבלן ראשי – למילוי חובותיו הנלוות של היזם, ויש למלא תוכן את אכיפת המוסדות של "פיקוח-על" ו"פיקוח עליון".

לבד מאשם היזמיות, נמצא שגם לתובע, שהוא מועסק על ידי חברה שבבעלותו, והרוח החיה בה, אחריות מסוימת אישית לקרות התאונה.

פסק דין

במבט על

1. אדם נופל באתר בניה מבעד פתח ברצפת (תקרת) הבטון אל רצפת הקומה שמתחתיו, כ-3 מ', ונפצע; זאת - לאחר שהוא נעמד על מכסה שהונח על אותו פתח ושהיה אמור לחסום את אותו פתח על מנת לאפשר דריכה עליו לצורך המשך ביצוע עבודות הבניה באותו מפלס. לדאבון הלב, כושל המכסה במילוי ייעודו וקורס תחת משקלו של אותו אדם שנעמד עליו, לתוך הפתח, והגרביטציה עושה את שלה. זה אירוע המקרה בענייננו.
2. **ספק** אם מקרה כזה היה מגיע במקומותינו להכרעה בפסק דין מנומק – **אלמלא הנסיבות שברקע הדברים**; **אלמלא** המארג ההסכמי והתפקודי שבין הגורמים המעורבים. מתברר שאותו אדם שנפל בענייננו, **הנתבע 1** (להלן: "**הנתבע**"), אינו אלא היזם שיזם את הקמת הבניין, שרכש באמצעות חברה שהקים (ויטנס), ועוד חברה שותפה (רומנו), את המקרקעין בהם ניצב הבניין, ומי שהתקשר (באמצעות שתי החברות) עם הנתבע 1 (להלן: "**הנתבע**"), קבלן מורשה, בהסכם "חוזה ביצוע" לביצוע של עבודות השלד בתוספת לבניין שנרכש; **אלמלא** עובדיו של הנתבע הם אלו שהניחו או הקימו את המכסה שכשל; ו**אלמלא** אותו אדם שנפל, הנתבע, היה גם על פי ההסכם מול הנתבע, "המנהל" מטעם החברות היזמיות, שכאמור רכשו את הבניין ובנו באמצעות הנתבע, שבוקר אחד "במהלך סיור השגחה ופיקוח באתר הבניה", במילוי תפקידו על פי אותו הסכם כ"מנהל", ולטענת הנתבע – גם כ"מפקח", נעמד על המכסה, והמכסה כשל בייעודו, כאמור.
3. אם כן, **השאלה המרכזית** שברקע בסיס המחלוקת שלפניי היא: **האם ובמה שונה** דינו של הנתבע שהניח על ידי עובדים מטעמו את המכסה שכשל - **מול תביעת הנתבע** בנתוניו **הייחודיים** כאמור, **ביחס לתביעתו של כל אדם אחר** - לו היה נופל באותו אופן, לסוגיו האפשריים: עובד של הנתבע, קבלן משנה באתר, עובד של קבלן משנה, צד שלישי כלשהו שמגיע ברשות לבניין (למשל, מי שמבקש לשקול רכישה), שלא לדבר על מסיג גבול בתום לב?
4. ודוק, השאלה איננה שאלה אך של שכנות או יריבות נזיקית, אלא שאלה של טיב העילה בענייננו ושל טיב ההגנה מולה, בשל המורכבות של נפגע שבפועל כרת הסכם מול הקבלן. לפי הנטען – כל צד עם הדגשים והתובנות שלו – הדיון בעילה הנטענת מערב בענייננו שיקולים של חיובים העולים מההסכם, של עצם העובדה שהנתבע הוא בעלים של מי שהיא בעלת ומחזיקת המקום ומועסק על ידה, ושל אפיון מארג היחסים המשפטיים והמקצועיים - בפועל טרם התאונה - בין מזמינות העבודה (החברות היזמיות), המנהל (הנתבע), שהנתבע טוען שהוא גם המפקח) שהוא שלוחם של מזמינות העבודה ואף מקבל מאחת מהן, חברה

שבבעלותו, שכר חודשי, והנתבע – שהוא קבלן השלד (שלפי טענת התובע – קיבל על עצמו אחריות קבלן ראשי ומבצע הבניה). ועוד, אין לשכוח את רומנו, האיש והחברה היזמית, שהם חוליה במארג שיהיה צריך לבחון אותה מקרוב ובנפרד, הן בשל העובדה שאף שביצע עבודה מטעם שתי היזמיות ובשליחותן, שכרו של התובע שולם רק על ידי ויטנס, החברה שהקים, והן בשל מחיקת ההודעה לצד השלישי מול חברת רומנו במהלך ניהול ההוכחות.

5. כפי שיובהר להלן, **מצאתי, בנסיבות, לקבל את התביעה נגד הנתבע כך שיחויב ב-75% מהאחריות לקרות התאונה; 25% הנותרים הן בגין חובות הבעלים והיזמיות, ויטנס וחברת רומנו, המקימות להן, בנסיבות, אשם, וכן בגין אשמו התורם של התובע;** חלוקת אחריות שמתגבשת, בין היתר, מעצם הוראות ההסכם וחיובי הקבלן, למול ההפקדה החוזית בידי היזמיות של ניהול העל של הפרויקט ושל הזכות לפקח בפיקוח-על (זכות - שכפי שאבהיר מומשה, ומכל מקום - אינה משחררת מחובת "פיקוח עליון" לפי הדין). מדובר בניהול ופיקוח, שאני מוצא כי היו אמורים להיות ממומשים בפועל - באמצעות התובע, לו שולם שכר בגין זה מטעם היזמיות; כל זאת - אף שלא נטען ולא הוכח שבוצע בפועל פיקוח פרטני או צמוד של התובע (מטעם היזמיות) על עצם הנחת או הקמת המכסה עצמו.

כתבי הטענות והעדויות הראשיות

6. אם כן, לפני תביעה לפיצויים בגין נזק גוף שהוגשה מטעם התובע, יליד 10.10.46, קבלן בנין בהכשרתו ובעל ניסיון של עשרות שנים, שהוא בעלים (במחצית) ומנהל של חברה [הצד שלישי 1, לעיל ולהלן: **"ויטנס"**]; חברה שבשותפות יחד עם חברה נוספת [הצד השלישי 2, לעיל ולהלן: **"חברת רומנו"**], יזמו ופעלו לביצוע פרויקט בניה במבנה לשימור שרכשו בתל אביב (לעיל ולהלן: **"הפרויקט"** ו**"אתר הבניה"** - בהתאמה).

7. כאמור, התביעה הוגשה נגד הנתבע, קבלן רשום, שביצע עבודות בניה ושיפוץ באתר הבניה במועדים הרלוונטיים כקבלן ביצוע של עבודות השלד, וזאת על פי הסכם "חוזה ביצוע" מיום 27.6.06 בו התקשר עם ויטנס ועם חברת רומנו (לעיל ולהלן: **"ההסכם"**); בכתב התביעה נטען כי ההסכם הוא "עם התובע"; ולפי הנטען בכתב התביעה היה הנתבע המחזיק האחראי ו/או בעל הפיקוח והשליטה על אתר הבניה, וכל עובדי האתר ומפעיליו היו עובדי השכירים.

8. כתב התביעה טוען לאחריותו של הנתבע לנפילתו של התובע מגובה של כ-3 מטרים באתר הבניה ולפציעה שנגרמה בגינה, שאירעו לפי הנטען ב-ס' 4 לכתב התביעה כך (להלן: **"התאונה"**):

"ביום 20.2.08 בשעה 9:00 לערך, במהלך סיור השגחה ופיקוח באתר בניה, הלך התובע על רצפת הקומה הרביעית בבניין, כשלפתע דרך על דיקט רעוע, אשר הונח במקום על ידי הנתבע (1) ו/או מי מפועליו ו/או מטעמו, לכיסוי חור ברצפת הקומה הרביעית, הדיקט קרס והתובע נפל מגובה של כ-3 מטרים אל הקומה שמתחת ונפגע בכל חלקי גופו (להלן: "התאונה")."

9. עוד טוען התובע בכתב התביעה, בשורה של טענות [ס' 7], **להתרשלותו של הנתבע או מי מטעמו ולהיפר חובות חקוקות**, שהתבטאו, בין היתר, באי-מתן פתרון מתאים ל"בור" שבו נפל התובע, באי-גידור, ביצירת סיכון וחשיפת עובדי האתר לסכנה, באי-הדרכת התובע, באי-התרעה מפני הסיכון הטמון במפגע זה, שהתממש, ובאי-הנהגת אתר עבודה בטוח ואי-מתן

דרך גישה בטוחה לביצוע העבודה. כן טוען התובע נגד הנתבע להפרת **חובות שבחוק ובפקודת הבטיחות בעבודה ובתקנות והצווים שהוצאו מכוחה**.

10. מכוח הוראות **חוק חוזה הביטוח**, התשמ"א-1981, הוגש כתב התביעה גם נגד הנתבעת 2, מבטחת הנתבע בפרויקט זה בביטוח חבות לנזקי צד שלישי.

11. **התאונה הוכרה ע"י המוסד לביטוח לאומי כתאונת עבודה**, ונקבעו לתובע על ידי ועדה רפואית של המל"ל אי-כושר של כשלושה חודשים, נכות זמנית בשיעור 20% משך כחצי שנה (מ-21.5.08 עד 31.12.08), ועל ידי ועדה רפואית לעררים נקבעה לו **נכות רפואית צמיתה בשיעור 10%** (מיום 1.1.09). בגין נזקי התאונה שולמו לתובע על ידי המל"ל דמי פגיעה וקצבת נכות מעבודה. התביעה שהגיש המל"ל נגד אותם נתבעים, בשיבוב בגין הגמלאות שכאמור שולמו לתובע בעקבות התאונה - נדונה בענייננו במאוחד עם תביעת התובע, הוא התובע 1; **כך שהמל"ל הוא התובע 2 בענייננו, שתובע מכוח הוראת ס' 328(א) לחוק הביטוח הלאומי, שיפוי בסך נומינלי של 143,790 ₪**. סך זה הוא סכימה של כל התגמולים ששולמו לתובע בין המועדים 23.6.08 לבין 18.1.09 [41,844 ₪ - בגין דמי פגיעה, ו-101,946 ₪ - בגין קצבת נכות מעבודה ששולמה (בתוכה - מענק חד-פעמי); ר' נספחי התובע ה'26-ה'29, וכן - אישורים על תשלום שצורפו לכתב התביעה מטעם המל"ל].

12. לאחר שהוגשו בנדון מטעם הצדדים כחוות דעת מומחה - **חוות דעת רפואיות נוגדות, הוסכם כי הנכות הרפואית הצמיתה** שהצדדים מבקשים לייחס לתובע בגין התאונה בקביעת הנזק **היא בשיעור של 12.5% בגין הפגיעה בקרסול רגל ימין בתאונה**.

13. **בכתב ההגנה** מטעמם מכחישים הנתבעים את אירוע התאונה הנטען מטעם התובע. אף שלא הודו בכך הנתבעים בכתב ההגנה במפורש, אע"פ, כי מתברר מתצהיר הנתבע, שמדובר, בעצם, בהכחשה שבעיקרה היא - **מהיעדר ידיעה**; וכי בעצם הנתבע איננו מכחיש מידיעה שהתובע נפל לתוך "הבור" ברצפת קומה 4 (להלן: "**הפתח ברצפה**") עת שעמד על מכסה עץ שהנתבע הקים באמצעות עובדיו על מנת לחסמו (להלן: "**המכסה**") ; הוא אמנם כופר בטענה של התובע: "דיקט רעוע", אך **מאשר שאיננו יודע, ומעדותו עולה כי אף איננו יודע לשער הכיצד אירע שהמכסה כשל בייעודו והתובע נפל דרך הפתח ברצפה**.

14. **חזיתות נוספות שנפתחו בענייננו** הן בין הנתבעים לבין היזמיות של הפרויקט, ויטנס וחברת רומנו, הצדדים השלישיים; ומנגד - ויטנס פתחה חזית נגדית נגד הנתבעים, כצדדים רביעיים. **מטעם הנתבעים נטען בהודעה לצד שלישי שהוציאו ליזמיות**, כי הן בעלות הבניין והמחזיקות בו, וגם - מזמינות העבודה בבניין על פי ההסכם, ושימשו כ"מבצעות הבניה" כמשמעות מונח זה **בתקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה)**, התשמ"ח-1988 (להלן: "**תקנות הבניה**"), ועל כן היו הגורם האחראי על ביצוע ואכיפה של כל החובות החוקיות הנוגעות לעבודות ולבטיחות באתר הבניה, לרבות, אך לא רק, מינוי מנהל עבודה וגידור הבור בו נפל כטענתו התובע, במהלך "סיור השגחה ופיקוח באתר הבניה". נטען עוד כי בכל מועד רלוונטי היו היזמיות, ביחד ולחוד, מעסיקותיו של התובע ו/או שולחותיו לביצוע עבודות ו/או פיקוח ו/או ביקור באתר שהוא בבעלותן ובאחזקתן; וככל שיחויבו הנתבעים, יש לחייב את היזמיות לשפותם.

15. למול ההודעה לצד השלישי שהוציאו הנתבעים נגד היזמיות בטענות האמורות, הוציאה ויטנס הודעה לצד רביעי נגד הנתבעים. בהודעה זו הפנתה ויטנס להסכם ולהתחייבויות והחבויות העולות ממנו, לטענתה, לנתבע, שמונעות ממנו, לשיטת היזמיות - לטעון מולם

לאי-מילוי חובות שבדין **שהוא** עצמו התחייב למלא עבור היזמיות. לטענת ויטנס, הנתבע קיבל על עצמו לקיים את תפקידיו וחובותיו של הקבלן הראשי **כמשמעותו בתקנות ו/או בדין ו/או כנהוג**. נטען עוד, כי לפי ההסכם, הוטל על הנתבע התפקיד של **"קבלן ראשי"** כמשמעו בתקנות הבניה; לטענת ויטנס, הנתבע שימש גם כקבלן שלד והוא שבחר את בעלי המקצוע בתחומים השונים והתקשר עימם כאמור בהסכם ביצוע. לסיכום, לטענת ויטנס, לפי ההסכם, **הנתבע הוא "מבצע הבניה"**, וככזה הוא אחראי לביצוע ואכיפה של כל החובות החוקיות הנוגעות לעבודות ולבטיחות במהלך ביצוע, והיה גם המחזיק האחראי ו/או בעל הפיקוח והשליטה על הבניין במהלך ביצוע העבודות, וכל עובדי האתר ומפעיליו היו עובדיו השכירים ו/או פעלו מטעמו ו/או לפי הסכם עמו. נטען עוד בסיכומים מטעם ויטנס לכך, שהנתבע נטל על עצמו אחריות חוזית לתוצאות תאונה של נזק גוף שמתרחשת באתר, ואת החובה לבטח על חשבונו הוא, לטובתו ולטובת הבעלים, היזמיות (כמוטבות נוספות בפוליסה) "כל נזק ו/או אובדן העלולים להגרם במישרין או בעקיפין תוך כדי ביצוע העבודות לגופו ו/או לרכושו של כל אדם, לרבות עובדי הקבלן, קבלני משנה ועובדיהם, עובדי הבעלים וכל אדם אחר הנמצא בשרותו של הקבלן או בשרות הבעלים" [ס' 17.2.2 להסכם]; פוליסה שבסופו של דבר לא הוצאה לטובת הבעלים/היזמיות. עובדתית נטען עוד, כי המזמינה, ויטנס, לא הטילה ביצוע פעולות בניה או חלק כלשהו מהעבודות בבניין על גורם אחר זולת הנתבע.

16. **אם כן, הצדדים חלוקים באשר לחלק מהעובדות הרלוונטיות ובאשר לשאלת האחריות, כאמור; הם גם חלוקים בשאלת גובה הנזק.**

17. **ואלו הראיות שהוגשו בנדון:** עדויות ראשיות נמסרו בענייננו בתצהירים; **הוגשו, מטעם התובע** – תצהיר שהוא נתן, תצהיר שנתן מנהל חברת רומנו (להלן: **"רומנו"**), תצהיר שנתנה אשתו של התובע, ותצהיר שנתן עובד באתר שהועסק במועד הרלוונטי על ידי הנתבע – מוחמד ג'בארין; **מטעם הנתבעים** – תצהיר שנתן הנתבע; **מטעם הצד השלישי 1, ויטנס** – תצהיר שנתן התובע; **ומטעם הצד השלישי 2** – תצהיר שנתן רומנו. לחלק מהתצהירים צורפו נספחים. כל נותני התצהירים נחקרו (התובע לא נחקר בנפרד על התצהיר שהוגש מטעם ויטנס; אך נראה כי הנושאים שעולים בו, עלו ממילא בחקירתו). כאמור, היה תצהיר שנתן רומנו, שהתובע הגיש, אך התובע ויתר עליו, בכפוף לכך שיוגש תצהיר רומנו מטעם הצד שלישי 2, חברת רומנו; תצהיר שלגבי האמור בו רומנו נחקר.

18. כאן המקום להעיר, כי לאחר שנשמעה עדותו של רומנו, שהינו מנהל, בעלים ומורשה חתימה של חברת רומנו, הצד השלישי 2, **נמחקה בהסכמה, וללא צו להוצאות, ההודעה שהוציאו הנתבעים לחברת רומנו, הצד השלישי 2**. הצדדים חלוקים לגבי המשמעות המשפטית שניתן ושיש לייחס, בנסיבות, למחיקה זו, מעבר לעצם קיומה של מחיקה גרידא.

הממצאים העובדתיים

היזמות וההסכם עם הנתבע

19. **ביום 20.2.08 ארעה תאונה באתר הבניה; התובע נפגע. תחילה נלך לאחור ונבחן את לוח הזמנים בפרויקט עד לתאונה, את ההתקשרויות בין הצדדים ואת חלוקת התפקידים באתר הבניה כפי שניתן למפות אותן - ערב התאונה.**
20. בשנת 2004 פונה רומנו, שהוא יזם ולא קבלן, אל התובע, שהוא מכיר אותו כבר שנים מעברו, ולעדותו - "הוא קבלן וותיק והוא מכיר את העבודה", ו"מביא לו את העסקה" של רכישת המקרקעין באתר הבניה, שהוא בנין לשימור; הרכישה - לצורך שיפוץ הבניין והוספת שתי קומות מעליו [ש' 5-12 בעמ' 16, ש' 26-31 בעמ' 32 ו-ש' 1-11 בעמ' 33 לפרו']. לצורך קיום העסקה מייסד התובע בשנת 2006 חברה, ויטנס (הצד השלישי 1), שבשותפות עם החברה של רומנו, חברת רומנו (הצד השלישי 2), רוכשת את הנכס ועוסקת ביזמות של הפרויקט. לתובע ואשתו בעלות בחמישים אחוז במניות חברת ויטנס, ולאחיותו, שמתגוררת ברומא - חמישים אחוז [ש' 24-29 בעמ' 10 לפרו']. אין מחלוקת כי התובע הוא בפועל מנהל ויטנס והרווח החיה בחברה, כשבעצם הוא פועל באמצעותה לרכישה זו, ליזמות הבנייה ולביצוע עסקאות מכר והשכרה של חלקים מהנכס והשכרה.
21. רומנו והתובע רוכשים ב-2006, באמצעות החברות, את הנכס שבו ארעה ב-2008 התאונה. מדובר בבניין לשימור, "בניין מאוד קשה לביצוע", שהתחילו לבנות אותו רק לאחר ההתקשרות עם הנתבע [ש' 2-3 בעמ' 33 לפרו']. מי שהמליץ על התקשרות עם הנתבע כקבלן הוא רומנו, שהכיר את הנתבע דרך החתן שלו [ש' 30-31 בעמ' 32 לפרו'], וביום 27.6.06 נכרת **הסכם** ("ההסכם" כהגדרתו לעיל) בין ויטנס וחברת רומנו (שהן "הבעלים" או "המזמין") - מצד אחד, לבין הנתבע (שהוא "הקבלן") - מצד שני [נספח א' לתצהיר התובע]. מדובר בהסכם שכותרתו "חוזה ביצוע", לביצוע עבודות בניה ושיפוץ באתר הבניה, לפיו הנתבע הוא קבלן ביצוע של "העבודות" כהגדרתן בהסכם, עם אופציה להתקשרות בעניין "עבודות הפיתוח" בפרויקט (שבסופו של דבר לא מומשה); "העבודות", על פי ההסכם, פירושן כל עבודות השלד לשיפוץ המבנה והקמת יחידות דיור - בשלמות או בחלקים בבניין. באופן תמציתי, לפי תיאור הנתבע, בניית השלד כוללת: "קידוח יסודות באגף האחורי של הבניין וביצוע שתי קומות נוספות למבנה בשלד בלבד", "כל מה שמופיע בתוכניות הקונסטרוקציה זה אני" [ש' 8-12 בעמ' 25 לפרו'].
22. מתחילים לעבוד בפרויקט, עוד לפני קבלת היתר, מספר חודשים אחרי שנקנה המקום - עבודה פנימית בלבד [ש' 20-24 בעמ' 16 לפרו']. גם לאחר שמתקבל היתר, נתקלים בהפסקות באמצע הבניה בגלל התנגדויות שוכרים [ש' 4-6 בעמ' 11 ו-ש' לפרו']. מכל מקום, בניית השלד, שאמורה היתה לארוך כ-4 חודשים, התארכה. יציקת הרצפה שבתוכה הפתח המדובר (רצפה של קומה 4) ויציקת החגורה סביב הפתח למחרת, התבצעו "הרבה זמן", "שבועות", לפני מועד התאונה [עדות הנתבע ב-ש' 11-16 בעמ' 26 לפרו'; ו-ר' גם עדות מוחמד ג'בארין ב-ש' 23-24 בעמ' 7 וב-ש' 25-31 בעמ' 8 לפרו'].

הפתח ברצפה והמכסה

23. **אין מחלוקת כי הפתח שברצפה נבנה על פי התוכניות של הבניין.** גודל הפתח הוא בין 80 על 80 ס"מ [עדות התובע ב-ס' 9 לתצהירו] לבין "מטר על מטר לפחות, לא זוכר בדיוק" [עדות הנתבע ב-ש' 19-21 בעמ' 25 לפרו']. הפתח מוגבה מרצפת הקומה הרביעית ב-10-15

- ס"מ [עדויות הנתבע והעד מוחמד ג'בארין – ש' 20-22 לפרו']; כך גם ניכר בתמונה שהפתח הוצג ונראה בה נראה הפתח מלמטה. כך שהמכסה שמכסה את הפתח, "בזמן אמת", מוגבה מעל פני רצפת הבטון של הקומה הרביעית בגובה של כמדרגה (10-15 ס"מ).
24. לא הובהר, אך מהעדויות משתמע כי המכסה הותקן על הפתח בסמוך לסיום יציקת החגורה סביב הפתח (ש' 14-16 בעמ' 27 לפרוטוקול), **שבועות טרם אירוע התאונה**. המכסה נועד לדריכה ולעבודה עליו, והונח או הותקן בשל הצורך להקים בסמיכות לפתח ברצפת הקומה הרביעית – קירות; הנתבע הבהיר בעדותו כי קיימות שתי תופסות לקירות (תפסנות) שהן קרובות לפתח ברצפה, ו"כדי לעבוד הונח על הפתח משטח עבודה מסיבי, אחרת אי אפשר לעבוד על הקירות שליד הפתח" [עדות הנתבע ב-ש' 17-20 בעמ' 26].
25. לפי עדות הנתבע, מדובר במכסה עבודה זמני, עד שמתקנים מכסה ברזל קבוע שעוטר את ההגבהה, על מנת שישמש למניעת כניסת מי גשמים דרך הפתח לחדר המדרגות; והתקנה של מכסה ברזל כזה היא, לגרסתו (שלא נסתרה), באחריות הצדדים השלישיים, היזמים, ובכל מקרה - אינה באחריות קבלן השלד [ס' 14 לתצהיר הנתבע].

חלוקת התפקידים באתר הבנייה – המצב ערב התאונה

26. **הנתבע מאשר בעדותו כי באותה תקופה בה ארעה התאונה היה מנהל עבודה באתר מטעמו:** "כן. אני חתום על האתר אני חושב. שאלו אותי בזמנו ולא זכרתי אבל ניתן לבדוק את זה באתר של התמ"ת. הם היו מסודרים מאוד בנושא של הניירת. אני חתום שם כמנהל עבודה בשלבים שלי כמובן ולא כמנהל העבודה של הפרויקט"; וכשמחזדים מולו: "בזמן התאונה שלנו זה היה נכון?" הוא משיב: "זה היה נכון, כן" [ש' 16-21 בעמ' 29 לפרו']. התובע מפנה בעדותו לכך שהנתבע קיבל על עצמו במסגרת ההסכם להיות הקבלן הראשי ומבצע הבניה באתר הבניה [ס' 6 לתצהירו]; אעיר כי לא ראיתי בהסכם סעיף **שבמפורש** קובע הסכמה כזאת, להבדיל מהתחייבות כללית "לעמוד בכל הדרישות המוטלות על הבעלים על פיו" (על פי ההסכם) [ס' 2.2. להסכם] או "לבצע את העבודות בהתאם להוראות כל דין... ובהתאם לדרישות כל הרשויות הנוגעות לענין ותנאיהן" [ס' 5.4 להסכם]. אך, משאשר הנתבע כי הוא חתם כמנהל עבודה במשרד התמ"ת, ובנסיבות, כפי שאפרט בהמשך, די לי בכך כדי לקבוע שהנתבע היה קבלן ראשי במועד הרלוונטי לעניינו.
27. אם כן, אין מחלוקת שבאותה תקופה שקדמה לתאונה עד לתאונה עצמה (וגם לאחריה) - הנתבע בנה על פי ההיתר, בהזמנת המזמינות כאמור בהסכם. **בעניין המחלוקת בשאלה: מי היה המפקח באתר הבניה בשבועות שקדמו לתאונה ובעת התאונה עצמה? אני מוצא לקבוע כי גם הקבלן וגם התובע היו מפקחים; כל אחד במסגרת וברמה אחרת, כמפורט להלן.**
28. **הנתבע היה קבלן הביצוע של השלד, וכן היה באותה תקופה מי שניהל את העבודה כמנהל העבודה באתר.** אזכיר, כי הפיקוח באתר בנייה מובנה גם בתפקידו של "מנהל העבודה" לפי דין, באשר עליו "לנקוט צעדים מתאימים כדי להבטיח שכל עובד ימלא אחר התקנות הנוגעות לעבודתו, אלא אם החובה מוטלת במפורש על מבצע הבניה" [ס' 5א) לתקנות הבניה]. גם בהסכם מתחייב הקבלן, הנתבע, כדלקמן [ס' 13 להסכם "פיקוח הקבלן"]:

"הקבלן, מנהל הקבלן ו/או בא-כחם יהיה מצוי במקרקעין וישגיח על ביצוע הפרויקט ברציפות בכל עת הבניה ויתר ביצועי העבודות עד להשלמתן. הקבלן מתחייב כי במקרקעין ובבנין יהיה נוכח ברציפות ובמשך כל זמן בצוע העבודות מנהל עבודה מוסמך מטעמו ומהנדס ביצוע מוסמך מטעמו, ובכל מקרה בזמנים ותדירות לפי דרישת המפקח".

29. אעיר כי "מנהל עבודה", בשל המצופה ממנו, מקבל את הכשרתו ותדורכו בכל הקשור לבטיחות, לפי דין, ברמה אחרת: "באמצעות המוסד לבטיחות ולגיהות או מוסד או אדם אחר שאישר לכך מפקח עבודה ראשי" [תקנות הבניה].

30. אם כן, **הנתבע הוא המפקח שמפקח בפיקוח צמוד על ביצוע הפרויקט**; אך כפי שעולה בסיפא לסעיף 13 להסכם (המצוטט לעיל), ומסעיף 3 להסכם על תתי-הסעיפים בו, **הוא כפוף לפיקוח-על של "המפקח", ולהוראות שיכולים לתת לו "המפקח" או "המנהל"**. בסיכומים מטעם ויטנס נעשה מאמץ להפנות לכך שהזכות לפיקוח איננה חובת פיקוח מצד ויטנס, וכי לפי ס' 3.7 להסכם אין במימושה כדי לשחרר את הקבלן מהתחייבויותיו כלפי הבעלים למילוי תנאי ההסכם או לגרוע מהם. בשלב זה אעיר רק, מאידך - שבמשקפיים "הנזיקיות", ככל שמוכח שנגרם נזק גוף לאדם באתר בשל פיקוח או ניהול לקוי מצד הבעלים/היזמיות, אין בכך כדי לפטור אותן, או מי שפעל בעניין מטעמן, מאחריות כלפי הניזוק.

31. ומה מצב "חלוקת התפקידים" בפועל באתר הבניה ערב התאונה? כפי שאפרט, ממכלול העדויות אני מוצא כי בפועל התובע היה גם מנהל וגם מפקח כהגדרתם בהסכם, וניצל בהתלהבות את מלוא זכויות המזמינות כפי שהן עולות בהקשר זה בסעיף 3 בהסכם – שכותרתו "הפיקוח". בעדות הנתבע בתצהירו, שלא נסתרה על ידי התובע, מתאר הנתבע מקרה בו על פי הוראת התובע ביצע מטריית הגנה לעוברים והשבים למרגלות הבנין [ס' 8 לתצהירו]. הנתבע מעיד שהתובע נכח בכל שלבי ביצוע השלד; כשיצקו את התקרה תוך כדי הותרת הפתח, כשבוצעה ההגבה סביב הפתח, "ובעוד אלפי הזדמנויות, שכן [התובע] היה באתר כל יום, מעורב בכל שלב של הביצוע ומכיוון שמדובר באתר קטן – סך הכל שתי קומות – כל פינה ופינה היתה מוכרת לו" [ס' 10 לתצהירו].

32. גרסתו הראשית של התובע היא כי אירוע התאונה אירע "במהלך סיור השגחה ופיקוח באתר הבניה"; ובחקירתו מבהיר כי עלה בבנין למעלה באותו יום "כדי לבדוק את הפועלים, אם הפועלים עובדים לא טוב, אני אומר לאייל (הקבלן – מ.ת.ב.)" [ש' 11 בעמ' 20 לפרו']. בחקירתו הנגדית מאשר התובע הן את תפיסתו לגבי היקף הפיקוח והמעורבות שהוא כמנהל ומפקח זכאי להם, והן את העובדה שבפועל ניהל פיקוח פרטני למדי. אמנם התובע מתעקש בחקירתו על גרסתו בתצהירו [ס' 6, 7 ו-13] כי הנתבע הוא המפקח של אתר הבניה, "גם מפקח וגם קבלן" [ש' 27-28 בעמ' 16 ו-ש' 1-4 בעמ' 17 לפרו'], אך מאידך גם מבהיר: "הוא (הנתבע – מ.ת.ב.) בודק את עצמו לפי ההסכם, אני רשאי לבדוק עליו"; כך שהתובע נמצא "הרבה פעמים" בשבוע באתר הבניה, כמעט כל יום, ולמעלה הוא עולה "כשצריכים אותי... כשיש יציקה, אני בודק לפני היציקה ומזמין החשמלאי, אני בודק שהכל בסדר. אם יש לי מה להעיר, אני מעיר"; הוא יכול לעלות למעלה פעמיים ביום, ויכול לא לעלות בכלל; הוא הגיע לאתר כמעט כל יום "כי אהבתי את הבנין, זה החיים שלי. זה היה אכפת לי" [ש' 5-25 בעמ' 17 לפרו']. אעיר, כי גם רומנו איננו מכחיש שמה שעשה התובע היה "פיקוח". רומנו עלה לגג מתוך סקרנות, ולשאלה האם "התובע נתן כל הזמן

- הוראות? השיב: "כן, היה מסביר מה צריך לעשות, אני לא יודע אם קוראים לזה מפקח. הוא קבלן וותיק ומכיר את העבודה" [ש' 11-6 בעמ' 33 לפרו']
33. האם, בעצם, היה האדריכל דקל גודוביץ "המפקח" (לפי ההסכם) ערב התאונה? **לא הוכח שכן**. התובע שולל זאת בחקירתו ומבהיר: "לא, הוא היה האדריכל" [ש' 30-29 בעמ' 16 לפרו']; רומנו **איננו** זוכר **ממתי** שימש דקל כמפקח, אם זה לפני התאונה או אחרי [ש' 17-12 בעמ' 33 לפרו']. מכל מקום, בנסיבות שתוארו לעיל, מהן עולה כי בפועל שימש התובע כ"מפקח" כאמור בהסכם, על התובע הנטל להוכיח שהמפקח שמונה מטעם היזמיות היה האדריכל, וכי – לא הוא אישית שימש כמפקח; נטל זה לא הורם. יתר על כן, טענת התובע כי בשל היעדר יכולת לשוב לעבודתו "האדריכל גודוביץ ביצע עבורי את הפיקוח שהייתי עושה לפני התאונה" [ס' 25 לתצהירו] מאשרת – הן שהתובע היה ה"מפקח" טרם התאונה, והן – שהאדריכל **לא היה** "המפקח" טרם התאונה. **בשורה תחתונה, אני מוצא כי עד לתאונה - התובע היה המנהל והמפקח מטעם היזמיות, כשהפיקוח שיישם בפועל היה באופיו פרטני למדי.**
34. מאידך, אדגיש שוב, כי הנתבע לא טוען שהתובע ראה או אישר באופן פרטני את הנחת המכסה בעת או בתום הקמתו (להבדיל, למשל, מנוכחותו של התובע בעת יציקת החגורה סביב הפתח). גם התובע בחקירתו משיב לשאלה האם העיר לנתבע כי המכסה לא בטיחותי: "בד"כ שמים תמיכה מתחת לדיקט ולא ראיתי" [ש' 7-6 בעמ' 20 לפרו']. אך כל זאת, לאחר שמחקירת התובע מתברר, **לראשונה**, כי בעניין הפתח הזה ברצפה בעצם **נתן הנחיות לנתבע**: "אמרתי לו שיעמיד סולם במקום הדיקט הזה. אמרתי לו שיעמיד בחור הזה סולם קבוע והוא לא העמיד"; "אמרתי לו כמה פעמים ודיברתי לקירות" [ש' 17-15 בעמ' 19 לפרו']. התובע לא ידע להסביר מדוע לא כתב בעניין הנחייה זו בתצהירו, אבל בשורה תחתונה, לא עולה מהחקירה שאישר פרטנית את עצם טיבו או חוזקו של המכסה: "אמרתי לו לשים סולם שירדו ויעלו לגג אבל הוא שם סולם בצד השני" [ש' 5 בעמ' 20 לפרו']. לעניין משמעות מעורבות זו אתייחס בהמשך.
35. עוד ראוי להרחיב כבר עתה, **ברמה הנורמטיבית**, כי המחוקק תופס את אירוע בניית השלד כתקופה הרת סיכונים. על כן, מונחה מקבל היתר בנייה לפי הדין, בין היתר, למנות אנשי מקצוע **נוספים** שנוטלים חלק בפיקוח בעת ביצוע השלד. על פי הוראת **תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות)**, תש"ל-1970, ממונה "אחראי לביקורת על הביצוע של עבודות הבניה" **בטרם תחילת הבנייה** - מי שיכול להיות עורך הבקשה [ס' 16.2 לתקנות ההיתר]; יכול שבפועל בענייננו זה נוכחות של "מהנדס ביצוע מוסמך מטעמו" שבסעיף 13 להסכם, שהוא חיוב שמוטל על הנתבע למלאו. מכל מקום, **עוד** מחויב על פי תקנות ההיתר, מתכנן שלד הבנין שבהיתר - **לביצוע "פיקוח עליון" על הקמתו** [ס' 15.2 (3) לתקנות ההיתר]. ומהו היקפו של "פיקוח עליון" זה? **בתקנות התכנון והבניה (פיקוח עליון על הבניה)**, תשנ"ב-1992, שחלו במועד הרלוונטי לענייננו, ולאחרונה בוטלו ונכללו בגרסה מחודשת **בתקנות התכנון והבניה (רישוי בנייה), תשע"ו-2016** (להלן: "תקנות הפיקוח"), מוטלת על מתכנן שלד הבנין חובת פיקוח עליון (ס' 2 לתקנות).
36. מהעדויות שהוצגו בענייננו, **לא ברור** אם בתקופה **טרם התאונה** פעל האדריכל מתכנן השלד, בפועל, לביצוע פיקוח עליון; מהעדויות עולה, כי לפני כל יציקה, **התובע** היה זה שאישר התאמה לתוכניות; וגם באמירה של התובע ב-ס' 25 לתצהירו, ש"האדריכל גודוביץ ביצע

עבורי את הפיקוח שהייתי עושה לפני התאונה" בשילוב עם היעדר יכולתו של רומנו להיזכר ממתי האדריכל "הפך להיות מפקח באתר" – לפני או אחרי התאונה (אף שאולי יש ליזמיות חוזה איתו) [ש' 12-17 בעמ' 33 לפרו'], עולה כי כלל לא ברור שהאדריכל ביצע בפועל "פיקוח עליון" באתר הבניה. כאן המקום להרחיב את היריעה, ולהצביע על כך שמכוח מדיניות משפטית – מצאה הפסיקה את האדריכל שממונה לביצוע "פיקוח עליון" כאמור, כמי שיכול וצריך לצפות התרחשותו של נזק גוף לאדם אשר עובד באתר הבניה [ע"א 878/06 דב טרויהפט נ' דוד עטיה ואח' (פורסם, [פורסם בנבו]; 4.2.2009) (להלן: "עניין טרויהפט")], וזאת - במקרה של התמוטטות פיגום (!), שאין מחלוקת שאיננו חלק אינהרנטי מתוכניות הבניה שתכנן האדריכל, ונועד אך לשמש "מנוח" לכך רגלם בביצוע הבניה; שהוא גם המקרה בענייננו.

37. בענייננו, החובה למנות אדריכל לפיקוח עליון, כאמור בתקנות הפיקוח, היא על היזמיות, מבקשות ההיתר. לא ראיתי בהסכם מול הקבלן, הנתבע, "העברת אחריות" בעניין זה; לפחות, לא מפורשות. מכל מקום, מפרשת הראיות, כאמור, לא ברור שפעלה פונקציה כזאת באתר הבניה (לבד מהתובע עצמו) "בזמן אמת", היינו – בתקופה שבין מועד הקמת המכסה ועד למועד תאונה; וכאמור, נחזה מהראיות והעדויות, שבפועל מי שאישר יציקות והתאמה לתוכנית היה התובע. מכל מקום, את החובה לדאוג שיקויים הפיקוח הזה, "הפיקוח העליון", כבעלות הבניין ומבקשות היתר הבניה, אין היזמיות יכולים "להשיל" ממסת חיוביהן, ולהתנער ממנו, בהישענות כללית על ההסכם, בטענה שבנושא "פיקוח" (זה שאיננו ישירות של הקבלן), מדובר רק על פיקוח שהיזמיות (הסכמית) לא מתחייבות להפעיל.

38. מחלוקת נוספת עולה בשאלה: האם ערב התאונה, במקביל לנתבע, עבדו באתר הבניה קבלנים אחרים, ומי "הביא" אותם? ובכן, אפתח ואומר כי מהעדויות עולה שחלק משיפוץ הבניין היה בפנים, וביצעו החל אף טרם קבלת היתר, ובוודאי – טרם יציקת היסודות ורצפת הקומה הרביעית; נסיבות אלה תומכים בגרסת הנתבע בחקירתו, שהיו קבלנים נוספים: "כמו חשמלאי, טיח, קבלן פיגומים" [ש' 8 בעמ' 28 לפרו']. גם העד מוחמד ג'בארין מאשר שהיו כשישה קבלנים נוספים לנתבע, אך מעיד כי הנתבע היה זה ש"הביא" את הקבלנים [ש' 31-33 בעמ' 7 לפרו']. התובע אף אישר, שכבר במהלך הקמת השלד נדרשים בעלי מקצוע, כגון חשמלאי ושרברב, להגיע לאתר לפעולות מסוימות, והם מוזמנים על ידי הנתבע: "אנשים שלי הוא מזמין אותם" (ההדגשה הוספה) [ש' 12-15 בעמ' 17 לפרו']. דומני, שעדותו של רומנו מיישרת את ההדורים: "נכון, היו לנו קבלנים כמו חשמלאים ושרברבים, אנחנו הבאנו את הקבלנים" [ש' 4-5 בעמ' 34 לפרו']. מהאמור לעיל, ומעצם העובדה שההסכם היה לבניית השלד (בלבד), אני מוצא כי ערב התאונה עבדו באתר, ולו חלקית, קבלנים נוספים, שהתקשרות עימם היתה של היזמיות או חברת רומנו לבדה, וכי לוחות הזמנים להגעתם והזמנתם לאתר בפועל יושמו במקרים רבים באמצעות הנתבע, בעיקר מקום בו מדובר בשירותים או בעבודות שקשורות ישירות להכנות לקראת היציקה או לשלד. מאידך, אבהיר כי לנוכח התחייבויות הנתבע בהסכם ורישומי כמנהל עבודה בתמ"ת, אינני מוצא כי קיומם של קבלנים נוספים באתר מאפשר לנתבע, בהקשר לאירוע בענייננו - לטעון לכך שאיננו "מבצע הבניה"; הנתבע פעל למינוי מנהל עבודה (אותו עצמו, כך נראה), ובתקופה הרלוונטית אישר שהוא היה מנהל העבודה באתר. לא היו עוד קבלנים ראשיים

באתר, וככל שהיו קבלנים לנושאים מקצועיים מסוימים, בנקודות שנדרשו להתערב בעת הקמת השלד, אין בכך כדי להפקיע את הקביעה שהיה "מבצע הבנייה", כאמור.

שתי הערות לגבי ההסכם

39. אין מחלוקת כי ההסכם בין ויטנס וחברת רומנו לבין הנתבע קיים ותקף נכון למועד התאונה. אני מוצא גם כי ההסכם מחייב את הצדדים לו בתקופת ובנסיבות התאונה. הגם שלצורך דיוננו קיימת משמעות מסוימת לשאלה כיצד יושם **בפועל** ההסכם טרם התאונה, הרי שבנסיבות ענייננו אין מקום להרחיק לכת בטענות גורפות המבקשות להתכחש למחויבות החוזית הכתובה ולהיצמד למחויבות חוזית שנטען כי נוצרה בהתנהגות.

40. **כך**, אמנם הנתבע העלה בסיכומיו כצד הרביעי 1 בהודעה שהוציאה לו ויטנס, כי הוא טוען לכך שבפועל הצדדים לא פעלו על פי ההסכם, וכי היו שינויים בהתנהגות – בהסכמת הצדדים. עם זאת, כפי שמפנה ויטנס בסיכומים מטעמה, זו טענה שלא נטענה – לא בכתב ההגנה להודעה לצד הרביעי ולא בכתב ההגנה לתביעה, ועל כן יש בה משום הרחבת חזית אסורה. אעיר כי גם בעדויות שהובאו לפניי, לבד ממה שהוביל לקרות התאונה או לא מנע אותה, לא בוסס פער משמעותי בין ההתחייבויות החוזיות לבין מילואן; וככל שהיה קיים פער כזה, ומי מהצדדים הציג ויתור לגביו ואף, לפי הנטען, יצר מצג של הסכמה, הרי שב-ס' 31.2 להסכם מצויה הסכמה של הצדדים – "מראש" – לכך שאין לראות באי-שימוש בזכויות כוויתור מצד הצד שנמנע מהשימוש; ואפנה גם לאמור ב-ס' 43 להסכם לעניין אי-חיוב בכל המקופל במצגים.

41. **כך**, העלה הנתבע בסיכומיו כצד הרביעי 1 טענה נוספת, לפיה מדובר בהסכם "דרקוני" על כל המשתמע מכך; אני מקבל את עמדת ויטנס, כי טענה זו לא נטענה – לא בכתב ההגנה להודעה לצד הרביעי ולא בכתב ההגנה לתביעה, ועל כן יש בה משום הרחבת חזית אסורה. גם בעדויות שנכתבו ושנשמעו בנדון לא נטען לכך שמדובר ב"חוזה אחיד", ולא נטען ל"עושה" או ל"כפיה" בצורת או תוכן ההתקשרות בהסכם.

42. **אני מוצא להחריג את נושא הטענות בעניין היעדר הביטוח, כמפורט להלן.** בכתב ההודעה לצד הרביעי לא נטען כי לא הוצאה פוליסה מתאימה על ידי הנתבע המכסה את חבויותיהם של המזמין והתובע, אלא להיפך – שהוצאה פוליסה כזאת [ס' 10 לכתב ההודעה לצד רביעי]; נטען, עם זאת, כי המודיעה, ויטנס, טרם קיבלה העתק מהפוליסה והרשימה המדוברת, אף שפנתה לקבלן, וכי היא שומרת את זכותה לבקש לתקן את ההודעה לצד הרביעי [ס' 11 להודעה]. בראיות שהוגשו בנדון, התובע לא טען בתצהיר עדותו הראשית להיעדרה של פוליסת ביטוח מתאימה; הנתבעים הציגו במצורף לתצהיר הנתבע "פוליסה לביטוח עבודות קבלניות" שהוציאה לנתבע (1) "הכשרה" חברה לביטוח בע"מ, הנתבעת 2. בתצהיר שנתן רומנו מטעם חברת רומנו (שנמחקה), עליו נחקר, לא נטען להיעדר פוליסת ביטוח מתאימה. גם בתצהיר נוסף שנתן התובע, שהוגש כתצהיר עדות ראשית מטעם ויטנס, לא נטען להיעדר פוליסת ביטוח מתאימה.

43. בחקירות בבית המשפט נשאל התובע לגבי ביטוח, והוא השיב: "אנחנו עשינו ביטוח ולא ילל היה", ולשאלה: "מדוע לא הפעלתם את הביטוח?", השיב: "כי הביטוח לא תופס את הבעלים" [ש' 20-25 בעמ' 20 לפרו']. הנתבע נחקר על הביטוח שעשה על פי ההסכם, והשיב

שהביטוח נעשה על פי מה שהוסכם: "אני עשיתי ביטוח כנדרש, היה שוכר בבנין, לקחו כל מה שצריך, הגשתי למזמין העבודה, אושר והתחלתי לעבוד. בלי ביטוח לא היינו מתחילים לעבוד", ואישר שמה שצורף לתצהירו הוא הביטוח שבוצע [ש' 1-5 בעמ' 30 לפרו']. ובכן, בנסיבות אלה, ותוך בחינת הדגש שניתן בהסכם להצגת פוליסה בתוך 14 יום ממועד חתימת ההסכם, ולזכות המזמינות לבחון את הפוליסה מעת לעת [ס' 17.8 ו-17.9], ולכך שהמזמינות עצמן הסכימו להתחלת הבנייה אף שהפוליסה של הקבלן איננה כוללת אותן כמוטבות או את עובדיהן כמבוטחים, כשהן עצמן מודעות לכך שהן הוציאו לעצמן פוליסה שאיננה "תופסת" את הבעלים – אינני מוצא לקבוע כי התובע או וינטס הוכיחו הפרת ההסכם בנקודה זו; העדויות מלמדות על כך שבעצם המזמינות הסכימו לפעולת הבניה באתר ללא פוליסה. גם אם קיים סעיף של היעדר וויתור במצג, הרי שאיננו מתאים לחיוב שמוגדר בזמן כפי שהוא בעניין הפוליסה. בנסיבות, אני מוצא צדק בעולה מדברי הנתבע, שאין לבוא אליו אחרי 10 שנים בחקירה נגדית לגבי מסמכים ששיבו לשאלה האם הפוליסה הוצגה ואושרה בזמנו; במיוחד, כשאין טענה ברורה לכך בכתב ההודעה לצד הרביעי, כאמור, ולא נמסרת מטעם התובע או וינטס גרסה לגבי מה אירע בעניין אישור הפוליסה בזמנו. **שורה תחתונה,** **אינני מקבל שהוכח כי ההסכם הופר בגין אי הוצאת פוליסה מתאימה, כנטען.**

44. לעניין פרשנות ההסכם ותחולתו בענייננו – בפרק הדיון וההכרעה להלן.

התאונה

45. **אני מוצא שאירוע התאונה ביום 20.2.08 היה נפילת התובע דרך הפתח ברצפה שהיה סגור במכסה שעובדי הנתבע הניחו או התקינו או בנו, עת שעלה ועמד על המכסה "במהלך סיור השגחה ופיקוח באתר הבניה".** התובע מעיד על כך, ועדותו לא נסתרה. אבהיר, כי עדותו של התובע בכללה **אמינה בעיניי**, בין היתר, באשר השיב לשאלות בחקירתו באופן ישיר ובאורח מלא, אף מקום בו תוכן העדות נחזה לפעול שלא לטובתו. שני עדים נוספים תמכו בממצא שקבעתי, כאמור, כשהעידו שמצאו את התובע על רצפת הקומה השלישית פצוע; **כשאחד מהם אף ראה מקומה רביעית (המפלס ממנו נפל התובע) ממחק של "מספר מטרים", את התובע נופל "על דיקט שנשבר", ושמע אותו צועק וראה את "הדיקט השבור שדרכו נפל [התובע]"** [עדות מוחמד ג'בארין ב-ס' 9-6 לתצהירו, שלגביה לא מצא הנתבע לחקור אותו מטעמו, אף לאחר שבחקירתו אמר העד: "אני זוכר שכאשר עבדתי בבנין, ראיתי את הבן אדם נופל" – ב-ש' 11 בעמ' 8 לפרו']; **והשני**, רומנו - היה לחוץ מדי מלהבחין מה קורה מסביב "באטרף שהוא נפל" [עדות רומנו ב-ש' 24-26 בעמ' 33 לפרו']. ועוד, לנוכח מקבץ העדויות הנ"ל, הנתבע בחר להגיש מטעמו את תצהירו בלבד, שהוא עדות בעל דין יחידה, כשלעדותו **לא נכח במקום בעת התאונה**; הוא **בחר** שלא להביא עדות עובד מעובדיו (עליהם מעיד התובע כי צפה באותו בוקר טרם התאונה, וביניהם מוחמד ג'בארין); עדות שאולי יש בה כדי לסתור את גרסת התובע לעיל. כל זאת, לאחר שהנתבע איננו מכחיש שיכול שהיו עדים מאנשיו לתאונה [לשאלה 9 לשאלון שהוצג לו הוא גם משיב: "בידיעת התובע"].

46. בעניין זה אין אלא להזכיר, כי קיימת חזקה שבעובדה, הנעוצה בהיגיון ובניסיון החיים, לפיה **דין הימנעות צד מלהציג ראיות שהיו בהישג ידו ללא הסבר סביר לאותה הימנעות,**

- כדין הודאה בכך שאילו הובאו אותן ראיות הן היו פועלות לרעתו** [ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד ס"א (3) 18, 61 (2006); ע"מ 2468/11 פלוני נ' פלונית, [פורסם בבנו] פסקה 7 (26.5.2011)].
48. **כולם היו מודעים לכך שהמכסה מכסה על פתח ברצפה**; **הן התובע** [ש' 3-1 בעמ' 19 לפרו']; **הן הנתבע**, שעובדיו הניחו את המכסה הזה, והוא מעיד (בחקירתו לראשונה) כי אף בדק את המכסה; **והן העובד מוחמד ג'בארין**, שאף מבהיר שהוא חושב שיכול להיות שחלק מהאנשים הלכו על הדיקט (המכסה) [ש' 8-4 בעמ' 9 לפרו']. התובע מאשר בחקירתו: "כשיש צורך אני עולה לגג", וכי טרם התאונה היה במקום בו ארעה התאונה וראה אותו: "אחד הימים הייתי" [ש' 31-30 לפרו'].
49. הנתבע עומד על כך שלא הניח בפתח שברצפה "דיקט", כי אם "לוח עץ - כפי שמקובל. מדובר בלוח עץ מאסיבי ביותר שניתן גם לעבוד עליו" [ס' 16 לתצהירו]. הנתבע העיד שלא התובע, לא רומנו ולא דקל (האדריכל) מעולם לא העירו לו על הפתח או על סגירתו באמצעות לוח העץ המאסיבי "למרות שמדובר היה על מצב שנמשך מרגע היציקה ועד הגעתו של קבלן המסגרות - משך זמן ניכר" [ס' 19 לתצהירו]. מחקירתו בבית המשפט עולה, לראשונה, כי הנתבע מכנה את הלוח לעתים "דיקט" (דיקט שחור שנקרא "טגוי" ושעוביו 2.5 ס"מ), כי עברו מספר שבועות בין הנחתו של המכסה ועד לתאונה, וכי, לדעתו, הגשם שירד אותו יום איננו גורם לנזק לדיקט מסוג זה [ש' 9-5 בעמ' 32 לפרו'].
50. התאונה ארעה בחורף, ביום 20.2.08, שלפי עדות הנתבע היה יום גשום, והמכסה הותקן שבועות טרם התאונה. התובע עלה אותו בוקר לגג "כדי לבדוק את הפועלים. אם הפועלים עובדים לא טוב, אני אומר לאייל" [ש' 12-11 בעמ' 20 לפרו']. ואז, כדי שלא להיות בדרכם של העובדים שפרשו רשתות ברזל רחבות, "דרכתי על הדיקט כדי שלא יפגעו בי, רציתי לראות את העבודה. אני דרכתי על הדיקט ונפלתי" [ש' 8-5 בעמ' 19 לפרו'].
51. **אם כן, אני מוצא כממצא חד וברור שהתובע דרך על המכסה והמכסה כשל, קרס תחת משקלו, וכך ארע שהתובע נפל לקומה שמתחתיו; ועתה, הדרא קושיא לדוכתא - מה בעצם קרה שהמכסה כשל במילוי ייעודו?! למשמע "שאלת מיליון הדולר" מגלגל כל צד מהצדדים בענייננו עיניים ומצביע על הצד שכנגד. לא יכולה להיות מחלוקת שהמכסה כשל במילוי ייעודו; איך ומדוע כשל?! התובע טוען בכתב התביעה כי מדובר ב"דיקט רעוע" ש"קרס"; ב-ס' 8 לתצהיר עדותו הוא מעיד ש"הדיקט נשבר": "הלכתי על רצפת הקומה הרביעית בבניין, כשלפתע דרכתי על דיקט רעוע, הדיקט נשבר, ואני נפלתי לתוך החור שהדיקט כיסה"; ובחקירתו השיב לשאלה: "למה נפלת, מה קרה לדיקט?" כך: "לא ידעתי, אבל התברר שהדיקט היה רקוב, כך אמרו לי העובדים" [ש' 10-9 בעמ' 19 לפרו']. אם כן, למרות שהעיד בעדות ראשית שהדיקט נשבר, הוא לא חוזר על גרסה זאת במפורש בחקירתו הנגדית, בה מתברר כי התובע לא יודע "מה קרה לדיקט", ורק שמע מהעובדים ש"הדיקט היה רקוב"; עדות שהנתבע טוען שהיא עדות שמיעה שאיננה קבילה, ואף - איננו יוכל להתגונן מולה.**
52. **מאידך**, בתשובה לשאלה: "האם נכון, כי לוח העץ/הדיקט נשבר בתאונה?" [שאלה 16 בשאלון שהוצג לנתבע], הנתבע משיב: "בידיעת התובע". הנתבע מעיד ב-ס' 21 לתצהירו: "אני לא ראיתי את לוח העץ השבור. למעשה, לאחר האירוע נעלם לו העץ כלא היה. מישו העלים אותו" [ר' גם ב-ש' 11-10 בעמ' 32 לפרו']. מאידך, ניתנה עדות העד מוחמד ג'בארין

- שבתצהירו מעיד, כאמור, שהתובע "נפל על דיקט שנשבר" ושראה "את הדיקט השבור שדרכו נפל" התובע [ס' 8 ו-9 לתצהירו]. הנתבע **בחר** שלא לחקור מטעמו את העובד הזה על עדות זו, אף, שכאמור, בחקירתו הנגדית הבהיר העובד: "אני זוכר שכאשר עבדתי בבנין, ראיתי את הבן אדם נופל" [ב-ש' 11 בעמ' 8 לפרו'].
53. ועוד, הנתבע לא הבהיר בתצהירו עד כמה היה קרוב אישית לביצוע – בעת הנחת והקמת המכסה, והאם בכלל פיקח על הנחתו והקמתו. רק בחקירתו הנגדית בבית המשפט העיד **לראשונה**: "אני כן זוכר שבדקתי פיזית אם זה תקין, אחרת לא הייתי מאפשר להם לעבוד שם. בדקתי שהמשטח ראוי לביצוע עבודה, שאין סיכון" [ש' 28-31 בעמ' 26 לפרו']. לאחר שמטעם התובע מתעקשים עמו **בחקירתו** – האם בדק מי הניח את הלוח, והוא מתעקש שזה לא רלוונטי כי הוא בדק "בשורה תחתונה שזה תקין", כשהוא נשאל: "איזה בדיקות עשית?", הוא משיב: "קודם כל רואים ויזואלית שזה תקין ורואים אם יש תמיכות" [ש' 7-10 בעמ' 27 לפרו']. לשון אחר, ב"עדות כבושה", עולה לראשונה שהנתבע בדק את המכסה, והבדיקה היא ויזואלית, כי "רואים אם יש תמיכות". ודוק, "תמיכות", מתברר רק אחר כך, הן תמיכות של עצים (קרשים) בחתך של 5 על 10 שמונחות מתחת ללוח העץ/הדיקט, שמיועדות לייצב את המכסה במקומו ומחזקות אותו. היכן ומתי רואים את התמיכות? עניין זה לא הובהר; האם הנתבע הסתפק בכך שראה אותן מלמטה – מהקומה השלישית, בתחתית המכסה שמעליו?! מכל מקום, הנתבע מודיע, בעדות כבושה, כאמור: "גם אני עצמי עמדתי על הדיקט הזה אחרי שוידאתי שהוא פיקס. אני קודם כל בודק בעצמי שהכל בסדר גמור. לא אמורה להיות בעיה כשעומדים עליו ועד היום עומדים על זה" [ש' 25-27 בעמ' 27 לפרו'].
54. כבר בעת הדיון, ולאחר שהסתיימה חקירתו של הנתבע, הבחנתי שהשאלה "מה בעצם הוביל לכשל?" איננה מקבלת מענה בעדות הנתבע, למעט אם נקבל את גרסת התובע שמדובר בדיקט שהיה רקוב; ועל כן – יזמתי לבחון עם הנתבע, ושאלתי: "מה עשית כדי לבדוק?" שהמכסה לסגירת הפתח בוצע כראוי. מעדות הנתבע עולה כי בחר להשיב לשאלה אחרת, והיא: כיצד בונים מכסה כזה? ולא לשאלה: כיצד בדק את הביצוע? שהיא, כאמור, השאלה שנשאל. רק לאחר מספר פעמים בהן חזרתי על השאלה, השיב התובע שבדק: "שזה מקובע לפתח קודם כל ולא אז, שאין מצב שהוא יזוז". וגם כאשר שאלתי, ברביעית: מה בדקת? לא ניתן להבין פוזיטיבית מעדותו של הנתבע בתשובתו האם בוצעה הרמת המכסה על ידו [ש' 29-8 בעמ' 31 לפרו'], או שהסתפק בבדיקה אחרת, כפי שהשיב קודם לכן בחקירתו הנגדית: "קודם כל רואים ויזואלית שזה תקין ורואים אם יש תמיכות" [ש' 7-10 בעמ' 27 לפרו'], או שאך נעמד על המכסה, בבחינת ניסוי וטעייה (או תהייה), שכאמור, אף היא עדות שלא הופיעה בתצהירו, שכלל לא מדבר על תמיכות או על אופן בניית או הקמת המכסה או על אופן בדיקתו או על אופן הפיקוח על בנייתו.
55. בנוסף לאמור לעיל, יש לזכור, כי בעדות הנתבע מדובר בעדות בעל דין יחידה, שלא מוצא להעיד בתצהירו שבדק את המכסה טרם אישור לדרוך עליו, ומכאן – בכל הקשור לחקירה הנגדית, מדובר בעדות כבושה, שמבקשת להרחיב את העדות המצומצמת ביותר שניתנה בתצהיר: "בינתיים ועד שיגיע הכיסוי, שמו עליו עובדים שלי לוח עץ – כמקובל", לוח עץ חדש [ס' 16 לתצהיר]; גרסה שראוי להעיר שנחזית כמרחיקה את הנתבע אישית מהקמת ובדיקת המכסה: "שמו עליו עובדים שלי". לשון אחר, בתצהירו – מדובר בעדות בעל דין

יחידה, שלכאורה עולה ממנה שלנתבע **לא היתה** מעורבות אישית בבניית המכסה או בבדיקתו. שורה תחתונה, לאחר שהוסיף על עדותו הראשית בעדות כבושה בחקירתו הנגדית, לא שוכנעתי מתשובותיו לשאלות בית המשפט בהן ניסיתי לברר עמו מה בדק, כי אכן פעל לבדיקה, אישור ופיקוח בכל הקשור להקמת המכסה, בדקדקנות ובאיכות שמתחייבים מהסיכון הברור שהמכסה הזה מבקש "לכסות", למנוע. מכל מקום, בכל הקשור לטיב המכסה שהונח או הוקם על ידי פועליו, התובע איננו תומך את גרסתו בעדות מי מהעובדים שבנה אותו. ויש להעמיד נגדו את הימנעותו מהבאת עדות בעניין זה.

דיון והכרעה בסוגיית האחריות

הנתבע לא הרים את הנטל – שבנסיבות, עובר אליו - להוכיח כי איננו אחראי לקרות התאונה

56. המכסה עצמו לא הובא לאולמי בבחינת "הביאס קורפוס"; גם חוות דעת בנושא בטיחות לא הוצגו מטעם מי מהצדדים. **ועתה עומדת לפתחי השאלה המרכזית: למי, בנסיבות ענייננו, יש לייחס אשם נזיקי לאירוע התאונה? ומהי האחריות הכוללת (הנזיקית והאחרת) הנגזרת בנסיבות ענייננו?**

57. **אין מדובר בענייננו בכוח עליון, מדובר במעשה ידי אדם**; עסקינן במכסה שהונח או הוקם על גבי חגורה סביב פתח ברצפה (תקרת בטון) שנוצקה מספר שבועות קודם לכן, אף היא מעשי ידי אדם. מדובר במכסה, שהתובע טוען שהוא "דיקט רעוע" (ושהנתבע משיב שהוא "לוח עץ מאסיבי"), שנשבר או שקרס תחת רגלי התובע, מה שגרם לנפילתו ופציעתו.

58. אחת הסיבות שלכאורה מקשות על הקביעה מה אירע בקריסת המכסה וממה נגרמה, היא העובדה, שכאמור, המכסה (השבור או הלא שבור) לא הוצג כראיה. הנתבע מעיד בחקירתו, כי לאחר התאונה שאל אנשים מה אירע: "ההסברים שקבלתי לא תאמו את השטח. הדיקט פתאום נעלם משם, לקחו אותו. הוא נעלם באורח פלא מהמקום" [ש' 6-3 בעמ' 27 לפרו']; ובתצהירו אף היה נחרץ יותר, בלשון: "מישהו העלים אותו" [ס' 21 לתצהיר]. לנוכח עדותו, נשאלת השאלה, מה משמעות: "ההסברים שקבלתי לא תאמו את השטח"? האם מדובר בהסבר שקיבל מאת מי מעובדיו ש"הדיקט נשבר"? ובעיקר נשאלת השאלה: למי היה אינטרס להעלים את המכסה, שהיה - לגרסת הנתבע (טרם אירוע התאונה) תקין וראוי?! האם עצם היעלמותו או העלמתו "לאחר האירוע", ככל שהיתה, איננה יכולה ללמד דווקא על כשל ברור במכסה, שאותו מאן דהוא ביקש לטשטש?! האם העלמתו לא יכולה להתאים לאינטרס של מי מהפועלים שהקימו את המכסה, שהתרשל בחומר שבור המכסה, או באופן בו הקים את המכסה?! ובמקביל - הנתבע איננו מוצא כרלוונטי לברר לאחר האירוע מי הם הפועלים האלה [ש' 7-8 בעמ' 27 לפרו']?!

59. אבהיר, כי ככל שנרמזת מטעם הנתבע טענה שהתובע הוא שהעלים את המכסה, מדובר בטענה שהיה על הנתבע להעלות בכתב ההגנה ובמפורט מטעמו, והיה עליו נטל מוגבר בהוכחתה, בהיותה טענה לשיבוש ראיות, שהיא פלילית באופייה. מכל מקום, בנסיבות בהן גרסת הנתבע היא שהמכסה נעלם לאחר האירוע, ומשהנתבע בחר שלא לחקור מטעמו את התובע בעניין היעלמות המכסה או הקשר הלכאורי של התובע להיעלמות זו, אני מוצא כי אין הנתבע יכול לבוא בטענה אל התובע, שלא הציג את המכסה כחלק מראיותיו. לפי

- העדויות מצאתי, כי מיד לאחר התאונה התובע פונה לבית החולים, כך שלא סביר כלל שהוא אישית פעל בעניין. הנסיבות, לרבות - גרסתו המעורפלת של הנתבע שבדק עם אנשיו לאחר האירוע ו"ההסברים שקיבל לא תאמו את השטח", מותירות לפתחו של הנתבע את תוצאות אי-הצגת המכסה שכשל לבית המשפט. די בראיות הנסיבות שמציג התובע בענייננו כדי לקבוע רשלנות לכאורה מצד הנתבע [ע"א 101/81 דג.נ. מ"י, פ"ד לח (1) 32].
60. בשל האמור, ולאחר שבחנתי את הראיות והעדויות ומצאתי את הממצאים לעיל (לרבות עדותו של העד מוחמד ג'בארין), אני מוצא לקבוע שהתובע הוכיח ברמה הנדרשת לפי הדין, כי הדיקט ששימש כמכסה האמור - נשבר בעת שעלה עליו, והמכסה קרס תחתיו. ועל כן, בכל מקרה, הואיל ולשיטת הנתבע מדובר בתרחיש שלא אמור לקרות לאחר שהשתמש בלוח עץ מאסיבי מספר שבועות טרם האירוע, הנטל עובר אל הנתבע להוכיח ששבר זה איננו אירוע שיכול היה לצפות אותו ולמונעו. לא מצאתי כי הנתבע הרים נטל זה, בהסתפקו בעדות בעל דין יחידה הן לגבי טיב, הן לגבי מבנה המכסה ופיקוחו על הקמתו ("שהתגלו" רק ב"עדות כבושה"), והן לגבי היעלמות המכסה לאחר אירוע התאונה.
61. אבקש להבהיר, כי ככל שאין מקבלים את גרסת התובע שהמכסה קרס בשל כך שבפועל נשבר, היינו, שלא היתה לו השהות להבחין במדויק כיצד ומדוע נפל ל"בור"; וגם לא מקבלים "כלשונה" את עדות העד מוחמד ג'בארין (שמעיד על שבירת הדיקט); הרי שבכל מקרה, התובע, שאיננו יודע את הסיבה לקריסה בפועל של המכסה, טוען בענייננו להתקיימות החזקה של "הדבר מדבר בעדו" שב-ס' 41 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש] לטובתו, בנסיבות [הן בכתב התביעה והן בסיכומים מטעמו]. כפי שאפרט להלן, אני מוצא כי בנסיבות האמורות - החזקה מתקיימת, והנטל עובר אל הנתבע להוכיח היעדר ההתרשלות מצידו או כי הנזק לא נגרם בגינו.
62. וזו לשונו של ס' 41 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש], שכותרתו: "חובת הראיה 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 הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה."**
63. לאחר שהארכנו בממצאים בפרק הקודם, אוכל לקצר עתה. הנתבע טוען כי הוקם מכסה למהדרין, שלא מזעיק לסביבותיו בלשון "לקוי אני"; מכסה שנועד להחזיק עליו עובדים בעבודתם. התובע לא נכח בהקמת המכסה, ומשנעמד על המכסה ונפל בגין קריסת המכסה ו"המכסה נעלם באורח פלא מהמקום" - גם אין לתובע היכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק. בנסיבות כאלה, אני מוצא כי הוכח כי מתקיים התנאי הראשון להחלת חזקת "הדבר מדבר בעדו".
64. מהוראות סעיף 41 עולה, כי לצורך החלת החזקה יש להוכיח התקיימותם של שני תנאים נוספים: הראשון שבהם, הוא התנאי ש"הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה

מליאה עליו". תנאי זה זכה בפסיקה לפרשנות מקילה [כב' השופט מצא ב-[ע"א 241/89 ישראליפט \(שרותים\) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי, פ"ד מט](#) (1), 45, 80]:

"המבחן הראוי לקיומה של שליטה איננו אפוא מבחן טכני-פורמאלי המבוסס על חזקה מלאה, רצופה ובלעדית בנכס המזיק, אלא מבחן ענייני-מעשי, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה. אם התשובה לשאלה זו – על-פי מאזן ההסתברויות – היא בחיוב, כי אז ייראה הנתבע כבעל שליטה בנכס המזיק".

65. בנסיבות ענייננו, אני מוצא כי התנאי השני הזה, של שליטה מליאה של הנתבע בנכס - מתקיים. אמנם, כטענת הנתבע, טכנית - המכסה היה מונח באתר הבניה שהוא בבעלות היזמיות, שאף שלחו את התובע כמנהל וכמפקח. אך הנכס שגרם לנזק הוא מעשי ידי הנתבע או מי מטעמו, ונוצר והונח כחלק מתפעולו את האתר כקבלן השלד על פי הסכם; ואף שהוא פועל באתר, עקרונית, בהרשאה של היזמיות ועל פי הסכם עמן, הרי שכל עוד ההסכם בתוקף - הנכס נותר עדיין בשליטתו, שליטתו המליאה. כך, למשל, כדי לשנות שליטה זאת, ככל שאיננו מפנה את האתר בהסכמה - על היזמיות לדרוש מהקבלן "סילוק יד" מכוח הסכמה מראש בהסכם [ס' 37.1. להסכם], שהוא סעד שבו משתמשים כלפי מחזיק. הנתבע, שבנה את הרצפה שבה החור, שהקים את המכסה באמצעות פועליו, היה בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה, ככל שארעה מתוצאה מליקוי שניתן לצפותו. הנתבע הוא מנהל העבודה והמחזיק בקומה שבנה וממשיך לבנות עליה, ומי שהקים את המכסה, כאמור; בנסיבות ענייננו, אין בזכות הבעלות של היזמיות כדי להפקיע את התקיימות המבחן של שליטתו המליאה של הנתבע בנכס.

66. לפני שאדון בתנאי השלישי, אני מוצא להזכיר את הוראת [ס' 79 לתקנות הבניה](#):

"מסביב לפתח ברצפה, במשטח עבודה, במדרכת מעבר, ברצפת פיגוס, בגג, במסלול מדרגות או בפיר מעלית יותקן אחד מאלה:

(1) און יד ואון תיכון מתאימים ובחזק נאות למניעת נפילתו של אדם, וכן לוחות רגליים למניעת נפילתם של חמרים או ציוד, כאמור בתקנות 9, 10 ו-11;

(2) מכסה בעל חוזק מתאים למניעת נפילת אדם, חמרים או ציוד, שיובטח נגד הזזתו המקרית מהמקום ולא יהווה מכשול". (ההדגשה הוספה)

67. אמנם, ההלכה היא כי לא כל הפרה של חובה חקוקה מהווה בהכרח, כשלעצמה, גם התרשלות. עם זאת, "סטנדרט ההתנהגות אשר נקבע על-ידי המחוקק בחיקוק עשוי לשמש אינדיקציה לרמת התנהגות הנדרשת על-ידי האדם הסביר" [ר' [ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש פ"ד לו](#) (1) 113 (9.11.82), בעמ' 137; וכן - כב' הנשיא הש' מ' שמגר ב-[ע"א 4114/90 בן שושן נ' ריכיה קואופרטיבית בע"מ פ"ד מח](#) (1) 415, 429 (30.11.93)]. ההוראות שבדין, המובאות לעיל לעניין "מכסה", מהוות אינדיקציה ברורה לסטנדרט הזהירות שהיה מצופה מהנתבע במקרה זה.

68. מונחה על פי העולה מהלכת [ע"א 8151/98 ביאטריס שטרנברג נ' ד"ר אהרון צ'ציק ואח' פ"ד נו](#) (1) 539, את הדיון בהתקיימותו של התנאי השלישי, המקופל בסיפא ל-[ס' 41 לפקודת](#)

הנזיקין, אני עושה לאחר שפרשתי ובחנתי את הראיות הכלליות שהובאו בענייננו גם מטעם הנתבע. הנתבע הסתפק בבדיקה ויזואלית. הנתבע סיפק מספר אפשרויות לגבי עוביו האפשרי של המכסה. הנתבע לא הציג יומני עבודה המאשרים את בחירת סוג הדיקט ואת ביצוע המכסה תחת פיקוחו. הנתבע לא הביא ראיות לנקיטה בפעולות סבירות למניעת קריסת המכסה, להוציא עדותו הוא, שבחלקה הגדול היתה "עדות כבושה" – כולה עדות בעל דין יחידה [ר' **ת"א (חי') 26688-02-14 נ.ח. נ. קוואטרו בנייה ואחזקה בע"מ** (פורסם [פורסם בנבו]; 21.2.18).

69. תמיד יכולה להיות אפשרות שבענייננו "נבחר" לצורך השימוש במכסה חומר, "דיקט", שהגם שנחזה ל"פועל הסביר" להיות "לוח עץ מאסיבי" היה **בעצם** בפנימיותו סדוק ומועד להישבר (פגם נסתר); יכולה להיות גם אפשרות, שבניגוד לדעת הנתבע, הגשם כן פעל את פעולתו והחליש בחודשי החורף שקדמו לתאונה - את עמידות המכסה מבלי שהנתבע אמור היה להיות מודע לכך; אך, בנסיבות ענייננו, משהנתבע לא הרים נטל להוכיח ברמה הנדרשת **שרק** אלו האפשרויות שונותיו כסבירות – לגרימת או אי-מניעת התאונה (שלטעמי הן אפשרויות שסבירותן נמוכה), ושבעצם אין לקבל האפשרות, שבעצם הדיקט שבו השתמשו היה רעוע (ולא מאסיבי – כנטען) ונשבר, או שהתמיכות שטען שנוספו לו לא היו מסיביות מספיק על מנת למנוע את היותו של הדיקט רעוע, ולנוכח חובה חקוקה, כאמור, המצביעה על סטנדרט זהירות גבוה שיש לייחס לפעולה לסגירת "בור" ברצפה באמצעות מכסה, **אני מוצא כי אירוע המקרה שגרם לנזק בענייננו מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה, מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.**

70. שורה תחתונה, הקים התובע או מי מטעמו על פתח מסוכן ברצפה - מכסה שכשל בייעודו, הנטל עליו להוכיח כי לא התרשל בהקמת מכסה זה; **נטל זה לא הורם.**

חובות היזמיות, כמעסיקות – כלפי התובע עובד ויטנס, מנהלה ובעליה

71. מי שהעסיק את התובע היו במהות שתי היזמיות, חברת רומנו וויטנס. אך הואיל וחברת רומנו נמחקה, ואחריות ויטנס בעניין זה יותר מובהקת, אתייחס ביתר פירוט לאחריותה שלה על פי הדין, כשהדברים יפים עקרונית גם כלפי חברת רומנו, שהיא שותפה של ויטנס במיזם, בפרויקט, והתובע 1 נתן גם לה שירות. בעצם, **ויטנס מצויה בענייננו תחת שני כובעים**, כובע של **מעסיק** וכובע של **מזמין/ יזם**. ועל כן, לנוכח קיומו של הסכם ושל הזמנה בענייננו, ראוי להזכיר עוד, שלפי הדין - חובה זו של המזמין **אינה פוטרת** את המעסיק ה"פורמאלי" מכל אחריות. הוא, המעסיק (בענייננו ויטנס בכובעה כמעסיקה/ מעבידה), **חייב לוודא שהמזמין, שאצלו מוצב העובד, מקיים סביבת עבודה בטוחה, וכי ישנה אצלו הקפדה על נוהלי וכללי בטיחות נאותים**. מעסיק שאינו מוודא זאת, מפר את חובת הזהירות כלפי עובדו [ראו **ע"א (י-ם) 4272/03 פ.ס. הנדסה ותכנון נ' שרחה**, [פורסם בנבו] דינים מחוזי, לד (3) 255; **ע"א 686/77 מרגי נ' מקורות חברת מים לישראל בע"מ, פ"ד לד (4) 365 (1980)**; **ע"א 477/85 בוארון נ' עיריית נתניה, פ"ד מב (1) 421,372 (1998)**].

72. לפי הדין, למעסיק חובת זהירות מושגית כלפי מי שמועסק על ידיו, העובד. לפי הדין, היו היזמיות, ובראשן – ויטנס, חייבות לספק לתובע סביבת עבודה בטוחה, לנקוט בשיטות עבודה בטוחות, לספק לו כלי עבודה מתאימים ובטוחים, להדריך אותו ולפקח על עבודתו

באופן שהוא מביא בחשבון את הסכנות האורבות לו מעצם אופייה של עבודתו, ולהזהירו מפניהם. עניין זה נדון בהרחבה בפסיקה, כך למשל: [ע"א 655/80 מפעלי קירור בצפון בע"מ נ' מרציאנו, פ"ד לו \(2\)](#), 595 בעמ' 604; [ע"א 3463/95 מדינת ישראל נ' יצחק דרעי, פ"ד נ \(3\)](#), 433 עמ' 436-437, בעמ' 439 ובעמ' 436; [ע"א 707/79 וינר את טיקו נ' אמסלם, פ"ד לה \(2\)](#) בעמ' 211; [ע"א 59/77 חיים למפרט נ' מדינת ישראל, פ"ד לג \(3\)](#), 649 בעמ' 652; [ע"א 663/88 שירזיאן נ' לבידי אשקלון, פ"ד מז \(3\)](#), 225 בעמ' 229; ר' גם [ע"א 477/85 בוארון נ' עיריית נתניה ואח', פ"ד מב \(1\)](#), 415 בעמ' 420. ההלכה חודדה וחוזקה גם בפסיקה מאוחרת יותר [ע"א 9073/09 אסותא – מרכזים רפואיים בע"מ נ' מיכאל שרף (פורסם [פורסם בנבו]; 2011); [ע"א 7895/08 קלינה אליעזר ובניו הנדסה תכנון וביצוע עבודות חשמל בע"מ נ' יאסין ואח' \(פורסם \[פורסם בנבו\]; 2011\)\]\].](#)

73. אמנם הדין מבחין בין סיכון סביר לבין סיכון בלתי סביר: "רק בגין סיכון בלתי סביר מוטלת חובת הזהירות הקונקרטית" [דבריו של כב' הש' ברק (כתוארו אז) בע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו (1) 113, ס' 8]. אך, כאמור, בנסיבות ענייננו היתה יצירת סיכון שהוא בלתי סביר, ועל כן חלה על מי שהעסיקה את התובע באתר הבניה גם חובת הזהירות הקונקרטית כלפי התובע.

74. וכמובן, קיימת גם חובת ההדרכה, האזהרה והפיקוח של המעסיק כלפי העובד לפי הוראות התקנות: הוראות [תקנות ארגון הפיקוח על העבודה \(מסירת מידע והדרכת עובדים\)](#), התשנ"ט-1999 מחייבות את המעסיק לקיים, לכל הפחות, פעם אחת בשנה הדרכות ביחס למניעת סיכונים בעבודה, להעביר לידי העובד תמצית בכתב של סיכונים העבודה וכן לנהל פנקס המסכם את פרטי ההדרכה אותה עבר העובד.

75. אוסיף עוד, שהוראות [תקנות ארגון הפיקוח על העבודה \(מסירת מידע והדרכת עובדים\)](#), התשנ"ט-1999 קובעות [בסעיף 2](#): "מחזיק במקום עבודה ימסור לעובד במקום העבודה מידע עדכני בדבר הסיכונים במקום, ובפרט בדבר הסיכונים הקיימים בתחנת העבודה שבה מועסק העובד, וכן ימסור לו הוראות עדכניות לשימוש, להפעלה ולתחזוקה בטוחים של ציוד, של חומר ושל תהליכי עבודה במקום". הגדרתו של מחזיק במקום עבודה היא בראש ובראשונה - המעביד (המעסיק). על כן, ככל שהעבודה נשוא הפרויקט בענייננו הוא "מקום עבודה", גם תקנה זו מחייבת את ויטנס.

76. האם הפרו מעסיקותיו של התובע את החובות המנויות לעיל, לרבות חובת הזהירות הקונקרטית – כלפי התובע? מודע אני לכך שהתובע הוא אחד משני היזמים, מנהל ויטנס וגם עובד שלה, ומבחינה מקצועית - כנראה "הסמכות העליונה" בתוך ויטנס; אך יובהר כבר עתה, כי מבחינה משפטית, אין בכך לפטור את מעסיקותיו, ובראשן ויטנס, מחובת הזהירות כלפיו. זאת - אף שקונקרטית חובת הזהירות בפועל יכול שמוטלת בעיקר על כתפי התובע, ולפי הפסיקה – הפרתה על ידי המעסיק (הפורמלי בענייננו) נחשבת ביחסים מול מזיק אחר (שאינו מעסיק של התובע) שגרם נזק לתובע - כאשם תורם מצד התובע, באותן נסיבות – אף מוגבר, בשל היותו מעסיק את עצמו [ר' שיעור האשם התורם שהושת בעניין ת"א (מרכז) 35017-03-10 שמעון אמור נ' אבן קיסר שדות ים בע"מ (פורסם [פורסם בנבו]; 22.12.13) (להלן: עניין "אמור")].

חובות יזמיות הפרויקט ו"מבצע הבניה" - הדין

77. בהתאם להוראות **תקנות הבניה**, בסיטואציה מעין זו, שבה קיים מזמין עבודה, חלה **תקנה 6(ג) לתקנות**, הקובעת כי עקרונית המזמין הינו בגדר "מבצע הבניה" לפי התקנות [ראו: ענין **טרויהפט** (פורסם; 2009)]. משכך, חלות עליו החובות המוטלות על "מבצע הבניה" לפי **תקנות הבניה**. אלה כוללות את **החובה למנות מנהל עבודה באתר**. הוראת **תקנה 5(ג) לתקנות הבניה** קובעת, כי ככל שלא מונה מנהל עבודה, "רואים את כל החובות המוטלות על מנהל העבודה כמוטלות על מבצע הבניה", ובכלל זה - החובה למלא אחר הוראות התקנות ולנקוט צעדים מתאימים כדי להבטיח שכל עובד ימלא אחר התקנות הנוגעות לעבודתו. במקרה כזה, על המזמין וכמבצע העבודה, מוטלת חובה שבדין להבטיח תנאי עבודה בטוחים ולספק אמצעי בטיחות נאותים לכל העובדים במקום, בין אם הינם עובדים ישירים שלו ובין אם הינם עובדי קבלני משנה.
78. אם כן, לפי הדין, כל עוד לא הוטלה ביצוע הבניה על קבלן ראשי, הרי שהיזמיות, חברת רומנו וויטנס, הן גם "מבצעת הבניה". דא עקא, לפי הוראת **ס' 6(א) לתקנות הבניה** "הטיל המזמין את ביצוע הבניה על קבלן ראשי, יראוהו כמבצע הבניה לענין תקנות אלה והחובות המוטלות בתקנות אלה על מבצע הבניה מוטלות עליו".
79. בענייננו, כאמור, אין חולק כי הנתבע היה "מנהל העבודה" במועד הרלוונטי, **כך ש"מבצע הבניה" בענייננו הוא הנתבע**, כפי שעולה מהוראת **ס' 6 לתקנות הבניה** :

(א) הטיל המזמין את ביצוע הבניה על קבלן ראשי, יראוהו כמבצע הבניה לענין תקנות אלה והחובות המוטלות בתקנות אלה על מבצע הבניה מוטלות עליו.

(ב) מעסיק קבלן ראשי בביצוע פעולת בניה קבלני משנה, יראו את הקבלן הראשי כמבצע הבניה, כאמור בתקנות משנה (א).

(ג) הטיל המזמין את ביצוע פעולת הבניה על יותר מקבלן ראשי אחד, יראו את המזמין כמבצע הבניה לענין תקנות אלה והחובות המוטלות על מבצע הבניה מוטלות עליו.

(ד) הוראת תקנות משנה (ג) לא תחול אם קיבל אחד הקבלנים הראשיים על עצמו את האחריות הכוללת לביצוע הוראות תקנות אלה, אישר זאת בכתב ושלח הודעה על המינוי, כאמור בתקנה 2, למפקח העבודה האזורי שבאזורי מתבצעת העבודה.

80. כאמור, גם אם היו בענייננו מעט קבלנים שבצעו עבודות אינסטלציה וטיח במקביל לבניית השלד, הרי שלפי העדויות, הנתבע היה "מנהל העבודה" שמונה לאתר הבניה נכון למועדים הרלוונטיים; הוא תזמן את הגעתם לאתר כשנדרש שילובם בהכנות בתוך עבודות השלד. כך שאינני מוצא כי בענייננו ניתן לקבוע כי ביצוע פעולות הבניה הוטל על יותר מקבלן ראשי אחד, הנתבע; ומכל מקום, כפי שמצאתי בממצאים, הנתבע נטל על עצמו את האחריות הכוללת לביצוע הוראות תקנות אלה – נכון למועד הרלוונטי, לרבות במשלוח הודעה כאמור בדין [הוראת ס' 6ד]. על כן, **ובוודאי מול התובע בכל הקשור למה שהוביל לתאונה הנדונה ואירוע התאונה עצמה – הנתבע הוא "מבצע הבניה"**.

81. באופן עקרוני, קיימת חובת זהירות של קבלן כלפי משתמש פוטנציאלי במבנה שבנה [ע"א 3573/15 פלוני נ. יפים פרידמן ובניו בע"מ ואח' (פורסם [פורסם בנבו]; 4.6.17; ע"א 7130/01 סולל בונה בע"מ נ. תנעמי, פ"ד נח (1) 18]. בענייננו, הנתבע, קבלן השלד שפועל על פי הסכם מול המזמין, הוא "תופס המקרקעין", מי שבנה את הקומה המדוברת, ויצר את "הבור", ומי שהיה בעל היכולת הטובה ביותר לחזות את הסיכונים הטמונים באתר הבניה – בוודאי בחלקים שהוא עצמו בנה - ולפעול למונעם; זאת - לרבות הסיכון שהתממש בענייננו [ע"א 1068/05, 2232/05 עירית ירושלים ואח' נ. מימוני (פורסם [פורסם בנבו]; 14.12.06].
82. נזכיר את ההלכה הפסוקה, לפיה, אין הכרח בצפיות מצד המזיק של מלוא פרטי תהליך הגרימה הספציפי שאירע, ודי בצפיות של הקווים המרכזיים של ההתרחשות מבחינת מאפייניהם העיקריים [ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה ואח', פ"ד לח (3) 1; ע"א 2061/90 מרצלי נ' משרד החינוך ואח', פ"ד מז (1) 802].
83. יש לזכור, כי בכל הקשור לפתח שברצפת הקומה, מדובר בסיכון ברור, בולט ומשמעותי, שהקמת המכסה נועדה ליתן לו מענה; מדובר באמצעים פשוטים ובמתן תשומת לב לפרטים שהיו מונעים את היתכנות האירוע שאירע. הקמת מכסה שבעצם אין בו כדי למנוע את הנפילה לפתח ברצפה, כפי שהתברר, יוצרת מצג של בטיחות מדומה, כך שהמכסה הוא למעשה מפגע נסתר, שהסיכון בו רב על מכשול גלוי. כפי שעולה מכל המפורט עד כה, מצאתי כי בנסיבות ענייננו, הפר הנתבע את חובת הזהירות הקונקרטית כלפי התובע והפר חובה חקוקה כאמור, ובגין אלה גרם לתובע נזק. הנתבע הוא יוצר הסיכון [ר' ע"א 3124/90 סבג נ. אמסלם ואח', פ"ד מט (1) 102], ומי שהיו בידיו אמצעים פשוטים וזולים למנוע, ולא הוכח ברמה הנדרשת כי נקט בהם.
84. מאידך, מצאתי אשם מסוים גם מצד המזמינות, חברת רומנו וויטנס, בגין ניהול ופיקוח-על (לרבות - פיקוח-עליון), אף שלא היה בהם למנוע את התרחשות פעולתו הרשלנית של הנתבע בהקמת מכסה שכשל מעל לבור מסוכן, כאמור; וכן - אשם נוסף מצד ויטנס כמעבדה של התובע, אשם שאתייחס אליו ואכלול אותו במסגרת דיוני באשם התורם מצד התובע, כפי שיפורט להלן.
85. בנסיבות, בהן למזמינות היה חלק בניהול אתר הבניה (ניהול על), שהתבטא, בין היתר, העסקת קבלנים נוספים במקביל, "פיקוח-על" (לפי ההסכם) ו"פיקוח עליון" מטעמן (לפי הדין, כאמור), ולאחר שהתובע העיד כי נתן לקבלן הנחיות שלא להשתמש במכסה לאותו פתח (אלא בסולם) - לא מצאתי שעומדת להן ההגנה בעניין "חבותו של בעל חוזה" לפי הוראת ס' 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] בגין התקשרותם בהסכם עם הנתבע לביצוע הפרויקט; זאת - לאור הוראת סעיפים 15(2), 15(3) ו-15(4) - בנסיבות ענייננו.
86. כאמור, התובע העיד בחקירתו שנתן לנתבע (מטעמן של המזמינות) הוראה שלא לסגור את הפתח ברצפה, אלא לקבוע בו סולם למעבר בין הקומות; הוא חזר עליה מספר פעמים, אך הנתבע התעלם ולא מילא אחר ההוראה [ש' 15-17 בעמ' 19 לפרו'], ובחר למקם סולם במקום אחר [ש' 5 בעמ' 20 לפרו']; וחלף סולם (שמן הסתם היה מותר את הפתח ברצפה גלוי, והיה נבנה סביבו גידור) הוקם המכסה שכשל בענייננו. מדובר, אם כן, במקרה של התערבות המזמין בעבודה של בעל החוזה; כאשר, ב"ויתורו" של התובע לעניין אי-מילוי ההוראה שנתן לקבלן, תרם בעצם בפועל ליצירת מצב של סיכון סמוי באתר, שלרוע המזל -

התממש תחת רגליו; ומכל מקום - בשתיקתו של התובע מול התעלמות הנתבע, הקבלן, כאמור, הרשה או אישר את הקמת המכסה שגרם לנזק. ודוק. אחזור ואדגיש, מאידך, שקבעתי כי לא הוכח שהתובע היה נוכח בעת הקמת המכסה או בדק את המכסה לאחר הקמתו בדיעבד וטרם התאונה, או אישר פרטנית את עצם טיבו או חוזקו של המכסה טרם התאונה.

87. אעיר עוד, כי חובת הזהירות של היזמיות כבעלות מקרקעין מעצימה את חובת הפיקוח שלהן על פעולות ומחדלי הקבלן. אכן, מדובר בתקרה שהנתבע יצק, ופתח ברצפה שהוא יצר, ומכסה שהוא הציב. אמנם, הנתבע עשה זאת במסגרת התחייבות חוזית כלפי בעלי המקרקעין, ולכאורה בשמשו כקבלן שלד, אולם בנסיבות - היה בעצם המחזיק מטעם היזמיות במקום, תופס המקרקעין. אך גם להן נוכחות באתר הבניה, באמצעות נציגן באתר, שהוא מנהל ומפקח. התובע נפל בפתח גדול ברצפה, שמעשית נוצר והוחזק על ידי הנתבע במקום, אך עקרונית היה בבעלות היזמיות ובידיעתן המליאה. להמחשה אשאל, האם אורח שהיה מוזמן על ידי היזמיות לבחון את המקום לצורך רכישת דירה או חלק אחר בבניין, וח"ח היה נופל בפתח שברצפה דרך המכסה שכשל - לא היתה לו טענה נגד היזמיות, בעלות המקרקעין?!

88. כאמור, לא מצאתי בנסיבות, שהיזמיות היו "מבצעות הבניה", אך מצאתי להן חובת פיקוח, פיקוח על ופיקוח עליון מטעמן, שנגזרות מההסכם ומהדין - ביישומי המעשי. בענין חובת הפיקוח העולה מסמכות הפיקוח על עבודה, מפנה בית משפט העליון בעניין טרויהפס לכך, שלפי פסיקה מכוונת קודמת: "סמכות הפיקוח על עבודה נושאת בחובה אחריות בקשר לביצוע העבודה. האחריות איננה נובעת רק מכך, שאלה שנפגעו סמכו למעשה על המהנדס, אלא נובעת בעיקרה מכך שהלה ידע או צריך היה לדעת, כי אנשים אלה ייפגעו אם הוא לא ימלא את תפקידו כנאות" [דברי הנשיא כב' הש' שמגר ב-ע"א 684/76 אייל נ. פוקסמן, פ"ד לא(3) 349, 360 (1997)].

89. לשון אחר, פתח ברצפה מניב סיכון שמעגלי הפיקוח השונים - החל בקבלן, הנתבע, דרך המנהל והמפקח מטעם היזמיות, התובע, וכלה בפיקוח העליון שיישומי באחריות היזמיות - היו צריכים לתת לו תשומות של זמן עבודה והקפדה מיוחדות. מדובר בסיכון ליפול מגובה של כ-3 מ', ובמפתיע, שהוא סיכון שמתקין תקנות הבטיחות בבניה מצא לייחד לו פרק שנקרא "עבודה בגובה". כדי לנטרל את הסיכון המיוחד הזה, היתה חובה לפקח שמוקם מכסה שמבטל את הסיכון לחלוטין. "פיקוח" איננה מילה ריקה, מדובר בשיטה שהדין מוצא להכתיב לנקוט בה, שבה מעגלי הפיקוח השונים יוצרים מסננת, שנועדה להיטיב את ההגנה על חיי אנשים ושלמותם הפיזית והרוחנית, בעיקר - העובדים, ברמות השונות, באתרי הבניה. כאמור, בכל הקשור לפיקוח שהיה על היזמיות להפעיל באתר הבניה, ניתן ללמוד מהנסיבות על התרשלות מסוימת בהפעלתו; נסיבות, בהן אף שהתובע, כשלוחן של היזמיות, היה מעורב בהתלבטות "מה יעשה בפתח הזה?", הרי שלא היה מעורב דיו בצוואר הבקבוק הבטיחותי המיוחד הזה, ובמחדל זה לא מנע את תוצאות התרשלות הנתבע. לעומת אשמו של הנתבע, כאמור, האשם של היזמיות הוא אמנם אשם מישני בעוצמתו, אך במכלול יש לראותו כחלק מהתמונה.

90. אשר על כן, אני מוצא כי יש לייחס ליזמיות - חברת רומנו וויטנס - אשם בשיעור של 10% לקרות אירוע הנזק, בגין חבותן כמנהלות וכמפקחות של אתר בנייה שהוא גם בבעלותן

וליצירת משטר ניהול ופיקוח שימנע התרחשות של תקלות חמורות כאלה. מדובר בייחוס אשם שהוא תוצר של מדיניות משפטית, לפיה יש ליצור הרתעה גם ליזם שמטיל את הבניה על קבלן ראשי – למילוי חובותיו הנלוות של היזם, ויש למלא תוכן את אכיפת המוסדות של "פיקוח-על" ו"פיקוח עליון".

91. **ודוק.** ראיתי את ההתחייבויות החוזיות של הקבלן בסעיף 16 להסכם, שכותרתו: "אחריות בנזיקין ופיצוי בגינם", על תתי סעיפיו. ובכן, במקרה בו הבעלים (למעשה) עצמו, שמשמש מנהל ומפקח מטעם היזמיות, נופל בפתח גדול שמהווה חלק מתוכניות הבנין - לא ניתן להשתמש בסעיפים אלה על מנת לבטל את האחריות שמצאתי ליזמיות, כאמור לעיל. אחריותן כאמור, מקפלת בתוכה אחריות נזיקית במערכת "השכנות" המיוחדת שנוצרה בענייננו, וכן אשם חוזי מסוים באספקת שירותי ניהול, אם לא פיקוח (שנטען שהוא וולונטרי) – שלא עומדים בסטנדרט שנדרש כעולה מההסכם; עם הסמכות, באה החובה, והחובה לא מולאה בשלימותה.

92. **ודוק,** אשמך וחבותך של היזמיות נובעים מהאופן בו הפעילו את המנהל והמפקח (מפקח העל והמפקח העליון) מטעמן, כך שמחדליהן בנדון התבטאו בפועל במחדלים של פעולות התובע כשלוחן. כאן יש לחדד ולהזכיר, כי גם התובע חובש בענייננו שני כובעים, **האחד** - כבעלים וכמנהל של ויטנס שהיא יזמית הפרויקט, וכשלוח של היזמיות בניהול ופיקוח באתר הבניה, **והשני** – כעובד של חברת ויטנס שנשכר על ידה לביצוע הניהול והפיקוח, כאמור; כך, בכל מעשה ומחדל של התובע יש בעצם פן של אשמו של מי ששלח אותו, וגם פן של אשמו האישי, כמי שמבצע עבודה כעובד עבור מעסיקה, שהיא בעצם – הוא עצמו. כך, שלבד מאשמן של היזמיות, כאמור, ובנוסף אליו - יש לייחס לתובע, בנסיבות, אשם תורם משלו, כמי שמועסק על ידי חברה בבעלותו; כמפורט להלן.

מחיקת חברת רומנו – האם משנה מקביעותי לעיל או מחלוקת הנטל העולה מחלוקת האחריות

93. אזכיר, כי במקור הוציאו הנתבעים הודעה לצד שלישי נגד **שתי** היזמיות; כפי שפורט לעיל, מצאתי כי יש **לקבל חלקית** את ההודעה, כך **שחלקן של היזמיות בחבות כלפי התובע מגעת ביחד ל-15%**. דא עקא, חברת רומנו, הצד השלישי 2 – בפועל – **כבר לא בתמונה**. במהלך ההוכחות ביקשו הנתבעים מיוזמתם למחוק את ההודעה לצד השלישי 2, חברת רומנו, ללא צו להוצאות.

94. כאן נשאלת השאלה, בנסיבות כאמור, האם לנתבעים זכות לשיפוי מאת הצד השלישי 1, ויטנס, גם בגין חלקה של חברת רומנו, הצד השלישי 2, שנמחקה, בגין האשם שקבעתי ליזמיות. **מה משמעות מחיקת חברת רומנו "באמצע ההוכחות", כשויטנס לא התנגדה למחיקת רומנו, תוך שמירת טענותיה להשלכות המחיקה? ויטנס טוענת בסיכומים מטעמה כי במחיקת רומנו במהלך ההוכחות לאחר שמיעת עדות רומנו - מקופלת הצהרה מחייבת מטעם הנתבעים כי אין להם עילה מול היזמיות – שתיקה, גם – מול ויטנס.** הנתבעים טוענים מאידך: מחיקה היא מחיקה בגבולותיה, הקטנת עלויות, לא יותר.

95. נפנה תחילה לדין. בעצם, ההסכם בענייננו הוא בין הנתבע לבין שתי חברות שהן שותפות במקרקעין ושותפות למיזם, פרויקט שבו לקח על עצמו "חוזה ביצוע" מולן. ואם מדובר

בשותפים שהתחייבו בהסכם מול ספק, לעניין אחריות השותפים קובע [סעיף 20 לפקודת השותפויות](#):

"כל שותף חב, יחד עם שאר השותפים ולחוד, בכל החיובים שהשותפות חבה בהם בהיותו שותף, לרבות בכל דבר שהשותפות חבה בו לפי סעיפים 18 ו-19 בהיותו שותף, ואם נפטר השותף יהא עזבונו חב כאמור באותם חיובים במידה שעדיין לא סולקו".

96. לשון אחר, ויטנס והתובע ידעו עוד טרם הגשת התביעה, ובוודאי בעת הגשת הודעה לצד הרביעי, שככל שחל חיוב על השותפים להסכם בגין הפרויקט הנדון, זכאי הנתבע להיפרע **מכל אחד מהם**, ואחריותם החוזית כלפיו היא **ביחד ולחוד**; זה מבחינה חוזית. מבחינה נזיקית, מעשי ומחדלי השותפות שגרמו נזק לאחר ונקבע כי יש לשותפות אשם בכך, מהווים מעשים ומחדלים של **מזיקים במשותף**. לשון אחר, ויטנס ידעה לאורך כל הדרך, שהודעה לצד שלישי לחברת רומנו "לצידה" אינה מבטיחה לה שפירעון הנזק לא יגרע מכיסה **תחילה**.

97. משיקוליה שלה, ויטנס לא התנגדה למחיקה ולא ביקשה הוצאת הודעה לצד רביעי לאלתר נגד חברת רומנו, שלפי העדויות עדיין שותפה בבעלות עם ויטנס בחלקים בבניין שבעניינו [ש' 15-17 בעמ' 16 לפרו'].

98. ודוק. אינני מקבל את עמדת ויטנס כי יש במחיקת חברת רומנו באופן בו בוצעה, הצהרה של הנתבעים על משיכת טענותיהם נגד **שני** הצדדים השלישיים; זאת - באשר מדובר **במחיקה**, ולא - דחייה. **התוצאה היא, שאשמן של המזמינות יחד ייוחס בעניינו באופן מעשי לויטנס בלבד**.

אשם תורם

99. אם כן, לבד מאשם היזמיות, כאמור, מצאתי שגם לתובע, שהוא מועסק על ידי חברה שבבעלותו, ויטנס, והרוח החיה בה, אחריות מסוימת **אישית** לקרות התאונה. כפי שיפורט להלן, **בנסיבות, ובהתחשב בכך שהטלתי אשם על היזמיות, כאמור, אינני מוצא כי מדובר באשם תורם בשיעור משמעותי**.

100. **שני המבחינים המקובלים על פי הפסיקה לבחינת אשמו התורם של נפגע הם: מבחן האדם הסביר, לאמור, האם האדם הסביר היה נזהר יותר מהתובע, ומבחן מידת האשמה, כלומר, בחינת האשמה המוסרית ומשקל המעשים והמחדלים של כל צד** [ראו: [ע"א 145/80 ועקנן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז\(1\) 113](#)].

101. מהותו של מבחן **מידת האשמה** היא הצבת מעשי הרשלנות של המזיק והניזוק זה מול זה, כדי להשוות ולהעריך את מידתם ומשקלם של מעשיו ומחדליו של כל אחד מהם [ע"א [14/08 עבד אלרחים נ' פלסטניר מפעל אריזות פלסטיות בקיבוץ ניר אליהו](#) (פורסם בנבו) (2/12/09); בעניין **תנעמי** (2003)].

102. ככלל, בידי המעסיק מצויים אמצעי השליטה והייצור, וביכולתו לנקוט צעדים מפני רשלנותו של העובד. נוכח אי-השוויון ביחסי הכוחות בין העובד והמעסיק, מקובל **בתאונות עבודה לאמץ את המבחן השני** [ע"א [662/89 מדינת ישראל נ' קרבון, פ"ד מה\(2\) 593](#)]. מטעם

- זה, מקובל להקל עם העובד בנוגע לייחוס רשלנות למעשיו, והפסיקה אימצה גישה מקלה ביחס להתנהגותו של עובד אשר נפגע [ע"א 662/89 מדינת ישראל נ' קרבנו, פ"ד מה (2) 593, 598 (1991); ע"א 5435/07 אבו ליל נ' נ.א.ע מהנדסים בע"מ [פורסם בנבו] (2009), פסקה [י]; ע"א 4446/06 וולטון נ' המרכז הבהאי העולמי-חיפה [פורסם בנבו] (2009) פסקה 7].
103. מאידך, בענייננו העובד הוא גם המעסיק של עצמו, והמזיק מולו נבחנת תרומתו לאשם לקרות המקרה הנזיקי הוא מי שהמעביד התקשר עמו בהסכם "חוזה ביצוע", כשהעובד הזה - ממונה על פיקוח על הקבלן, כבעל סמכויות של מנהל ומפקח מעליו. נזכיר, כי במקרה של עובד המועסק על ידי חברה שבבעלותו, בענין אמור, נקבע האשם התורם - מול יצרני חומר הגלם, השיש, ומול אגף הפיקוח של משרד המסחר התעשייה והתעסוקה - על רף גבוה של 40%, באשר כעובד שהוא גם מעביד, לא שמר על כללי הבטיחות בעסק שהוא הפעיל. לא זה המקרה בענייננו. בענייננו, הטענה נגד התובע היא תוצאתית; היינו, שעולה מאירוע התאונה שסביר שלא הקפיד דיו על מנת למנוע מחדל חמור זה של הקבלן, שחייב מולו חוזית לספק עבודה בטוחה ומפוקחת באתר הבנייה.
104. בענייננו, אין מדובר בהפרה ברורה של חובות המוטלות על המעביד או העובד בנושא הבטיחות. מדובר בהפרת חובת זהירות בכל הקשור ברמת או טיב הפיקוח שהופעלה בפועל בפיקוח העל שהפעיל התובע כמנהל שגם פיקח בפועל באתר הבנייה.
105. על כן, בהתחשב בכך שיוצר הסיכון ומי שהיו בידיו אמצעים פשוטים וזולים למנוע היה בענייננו - הנתבע, בהתחשב בדין כעולה מהפסיקה בחיתוכו על הנסיבות והשיקולים, בענייננו כאמור, ובכך שנראה כי בעצם לא ניתן להפריד את אשמה של ויטנס כמעסיקה/ מעבידה של התובע, מאשמו של התובע - מי שהקים אותה ופעל באמצעותה, כעובד שהוא מנהל ומפקח, ובהתחשב בכך שייחסתי אשם למזמינות, כאמור, אני מוצא לייחס לתובע אשם תורם לקרות התאונה בענייננו ולגרימת הנזק שנגרם בה - בשיעור 15%.

הנכות הרפואית והתפקודית

הפגיעה והנכות הרפואית

106. לאחר שנפל ונחבל התובע ביום 20.2.08, כאמור, פונה ממקום התאונה על ידי העובד מוחמד ג'בארין, שסייע לו לרדת לקומת הקרקע, ומשם - על ידי שותפו, רומנו, לבית החולים [ס' 14 לתצהירו]. הוא נבדק קלינית ורנטגנית ואובחן אצלו שבר מרוסק בעקב ימין עם תזוזה, עם נפיחות, כאבים ורגישות ברגל ימין. נרשמו גם חבלות בגב. הוא שוחרר מבית החולים עם הוראות מנוחה ברגל מורמת.
107. ביום 4.3.08 אושפז התובע בבית חולים ועבר ניתוח לקיבוע של השבר עם פלטה וברגים וקיבוע במגף גבס. ביום 8.3.08 שוחרר התובע מבית החולים עם המלצות להמשך מנוחה עם רגל מורמת, טיפול במשככי כאבים וביצוע טיפולי פיזיותרפיה. בהמשך ביצע התובע טיפולי פיזיותרפיה בקופת חולים.
108. התובע מעיד, כי כתוצאה מהתאונה הוא סובל מכאבים והגבלה בקרסול ובכף רגל ימין וכן מצלקת מכערת ומכאיבה ברגל. לדבריו, הוא מתקשה בעמידה, בהליכה ממושכת, בעלייה וירידה במדרגות, בהרמה ונשיאה של חפצים, ובביצוע כל פעולה שכרוכה במאמץ פיזי של

- רגל ימין; הוא נאלץ לנעול רק נעלי ספורט ונעליים אורתופדיות, אחרת הכאבים בלתי נסבלים ברגל; לעתים גם בשינה הוא סובל מכאבים ברגל ותחושה של זרמים [ס' 17 לתצהירו].
109. **התאונה הוכרה ע"י המוסד לביטוח לאומי כתאונת עבודה**, ונקבעה לתובע על ידי ועדה רפואית של המל"ל **נכות רפואית יציבה בשיעור 10% (מיום 1.1.09)**.
110. הוגשו בנדון מטעם הצדדים **חוות דעת רפואיות נוגדות** (שבהן קביעות של נכות אורתופדית בשיעור 25%, לעומת – 10%). לאחר מכן, לנוכח הפער ועל מנת לייעל, הסכימו הצדדים (בהודעה לבית המשפט מיום 25.2.16) על **העמדת הנכות הרפואית הצמיתה בגין התאונה על שיעור של 12.5%**. שני המומחים מטעם הצדדים הסכימו **שיש לייחס לתובע נכויות זמניות בגין התאונה**. המומחה מטעם התובע מייחס נכות זמנית בשיעור 100% - משך 3 חודשים מהתאונה, ובשיעור 50% - משך 3 חודשים נוספים. המומחה מטעם הנתבעים מייחס נכות זמנית בשיעור 100% - משך חודשיים, בשיעור 50% - משך חודשיים נוספים, ובשיעור 25% - משך חודשיים נוספים לאחר מכן.
111. **בנסיבות, לא מצאתי לסטות מהסכמת הצדדים לעיל, ואני קובע כי נכותו הרפואית הצמיתה של התובע בגין התאונה עומדת על 12.5% - אורתופדית, בגין הפגיעה בקרסול ימין. באשר לנכויות הזמניות, אני קובע כי נכויותיו הזמניות של התובע בגין התאונה הן: בשיעור של 100% למשך חודשיים וחצי ממועד התאונה, 50% - למשך חודשיים נוספים, ו-25% - למשך חודש וחצי נוספים לאחר מכן.**

הנכות התפקודית

112. התובע הינו קבלן בניין ויזם בנייה. הוא יליד 10.10.1946 ובעת התאונה (20.2.08) היה בן 61 ו-4 חודשים, נשוי ואב לשלושה. התובע עבד בתחום הבניין עשרות שנים, החל משנת 1963, ולפי עדותו, הוא קבלן בניין מאז 1967, עצמאי בתחום הזה משך 41 שנה עד מועד התאונה.
113. לעדותו, בכל השנים בעבודתו כקבלן בניין, עבד עבודה פיזית קשה, שמצריכה הרמה ונשיאת משאות כבדים ועבודה בתנאי שטח, לרבות טיפוס במדרגות, סולמות וכו'. גם כיום, כמו בפרויקט המדובר, היה בא לשטח לראות מה קורה וכיצד מתבצעות העבודות. לדבריו, מאז התאונה קשה לו לעסוק בפיקוח על עבודות באתרי בנייה, עבודה המחייבת עמידה והליכה ממושכות, עלייה וירידה במדרגות והליכה על משטחים לא ישרים. לעדותו, התאונה הורידה מביטחונו להמשיך לעבוד בתחום שלו [ר' ס' 26 לתצהירו ו-ס' 10 לתצהיר אשתו].
114. התובע מעיד בתצהירו, שעקב התאונה היה באי-כושר עבודה ונעדר מעבודתו משך כ-8 חודשים. בחקירתו מתברר כי לעתים היה מבקר באזור אתר הבנייה, בעזרת אשתו שהסיעה אותו (לראשונה - כחודש לאחר התאונה), אבל לדבריו לא יכול היה לעלות לראות את העבודות והיה נשאר למטה [ראה סעיף 24 לתצהירו; וכן – ב-ש' 31-30 ב-עמ' 17 וב-ש' 6-7 ב-עמ' 18 בפרו']. לפי עדות רומנו, לא חזר התובע לאתר אלא לאחר כ-3 חודשים, בסיועה של אשתו [שורות 26-28 בעמ' 33 לפרו']. לפי עדות אשתו, חזר התובע לנסוע בכוחות עצמו לבניין לאחר כחצי שנה [ש' 5-1 בעמ' 24 לפרו']. מכל מקום, התובע מעיד, כי מאז התאונה ובעקבותיה, הוא לא מסוגל לשוב לעבודתו כפי שהייתה לפני התאונה, ובפועל נאלץ לקחת עובדים אחרים למלא את מקומו בפרויקט [ס' 25 לתצהירו]. התובע מצרף לתצהירו

- תעודות מחלה ואישורי רופא תעסוקתי למשך כעשרה חודשים - התקופה שעד ליום 20.12.08 [מסמכים ג'7, ג'10, ג'12, ג'14, ג'19, ג'20 ו-ג'22].
115. כאמור, התובע מעיד שבתקופה שלאחר התאונה נאלץ לקחת עובדים אחרים שיבצעו את העבודה במקומו; אשתו, שהחלה לעבוד ב-1.3.08, עשתה הנהלת חשבונות וסידורים [שכרה ניכר בתקציר שומה ל-2008 – נספח ז'3], והאדריכל גודוביץ ביצע עבורו את הפיקוח שהתובע היה עושה לפני התאונה [ס' 25 לתצהירו]; רומנו "התמודד לבדו עם האתר" [שורות 27-28 בעמ' 33 לפרו']. התובע מציג פירוט שכר של עובד נוסף, שלטענתו נאלץ להעסיק החל מ-10/08, בשם מחמיד ואיל [פירוט שכר – נספחים ז'14 – ז'15].
116. אמנם התובע המשיך לקבל שכר מאת ויטנס בתקופה שלאחר התאונה ב-2008 וב-2010 (לא ראיתי משיכת שכר ב-2009), אך לטענתו השכר הזה איננו אלא החזר הוצאות, ואין לקבוע שעצם אי-הירידה המידית בשכרו משקף היעדר נכות תפקודית או שולל את גרסתו לגבי אובדן כושר השתכרות. התובע טוען, כי התאונה גרמה לפגיעה קשה ביכולתו להמשיך לבצע את עבודתו ואף לקבל על עצמו פרויקטים נוספים בתחום הבנייה. התובע טוען, כי אלמלא התאונה, יכול היה להמשיך לעבוד בתחום הבניין בעבודות שמתאימות לו, למשל, כמנהל עבודה [ש' 2-1 בעמ' 16 לפרו']; תחום הבנייה הוא תחום שהוא אוהב, והיה ממשיך בו לולא התאונה, לפחות עד הגיעו לגיל 75. הנתבעים טוענים, מאידך, כי לתובע לא נגרמו הפסדים בפועל בגין פגיעתו; שהרי הוא זה שמחליט להקציב משכורת ומה שיעורה, וכי, בהתחשב בגילו, ככל שלא המשיך לתפקד בהמשך כיום או כקבלן בניין, הרי זו בחירתו; זאת - כאשר מפת הרווחים שלו בתחומים של דמי שכירות, וממכירות נכסים בעבר, מעלה כי ממילא התובע הגיע לשלב בחיים שאין לו צורך חיוני לעבוד למחייתו, בלא קשר להשפעה של התאונה.
117. התובע טוען בסיכומים מטעמו כי יש להעמיד את שיעור הפגיעה שנגרם בתאונה בכושר השתכרותו ככזה העולה על שיעור נכותו הרפואית, ועומד לכל הפחות בשיעור 30%. לעומתו, הנתבעים טוענים - למול נכות רפואית שהיא 12.5%, **שבפועל – בנסיבות**, הנכות שנגרמה לתובע נעדרת השפעה תפקודית, וכי לא נגרמו לתובע כל הפסדי שכר לעבר ולעתיד.
118. אזכיר, כי על פי הדין כפי שהוא מקבל ביטוי בפסיקה, ככלל, אין בהכרח זהות בין הנכות הרפואית לבין הפגיעה התפקודית, ובין אלה לבין הגריעה מההשתכרות או מכושר ההשתכרות של הנפגע, וייתכנו פערם ביניהן. המלאכה להבחין בין אלה מסורה לערכאה הדיונית השומעת את הראיות, וקביעתה נסמכת על מכלול הנתונים שיש בהם כדי להשליך על תפקודו ועל השתכרותו וכושר השתכרותו של הנפגע בנסיבותיו הפרטניות, כגון: גילו, השכלתו, כישוריו, משלח ידו, עיסוקו לפני התאונה ולאחריה, האפשרויות שעומדות בפניו לנתב בעתיד את עיסוקו במומו, הגריעה בפועל בהשתכרות בעקבות התאונה ויכולתו לשוב ולעסוק באותו המקצוע ובאותו מקום העבודה בו עבד קודם לתאונה, והימצאותו של מקום עבודה שבו מובטח כי הנפגע יוכל להמשיך ולעבוד [ר' פסיקת כב' השופט יצחק עמית, **בע"א 2577/14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ** (פורסם בנבו); 11.1.15]; וכן - אליעזר **ריבלין, תאונת הדרכים, תחולת החוק, סדרי דין וחשוב הפיצויים**, 636-633 (מהדורה רביעית, 2011)].
119. אמנם, לפי הדין, במקרים בהם עתידו המקצועי של התובע, בנכותו, אינו ברור ואין בנמצא נתונים שיהיה בהם לסייע בקביעת הגריעה מכושר ההשתכרות עקב התאונה, יכול שיעור

הנכות הרפואית אף לשמש מודד למידת הפגיעה בכושר ההשתכרות. במקרים אלה, נזק בית המשפט לחזקה שכושר זה נפגע בשיעור אחוזי הנכות הרפואית [ע"א 3049/93 גירוגיסיאן נ' רמזי, פ"ד נב(3) 729, 798 (1995)].

120. עיון בפרשת התביעה מעלה, שלאחר התאונה – מאז סיום פרויקט הבנייה – התובע חדל לעבוד בעבודות בניה, מקצוע שעסק בו למעלה מארבעים שנה. התרשמתי מעדות התובע שפגיעתו מקשה עליו פעילות מאומצת ברגלו, לרבות טיפוס מדרגות ומעלים משופעים. מדובר בקבלן או יזם בניה, שנדרש לניידות בביצוע פעולות בסוג עבודתו, וכן לסוירים ועמידה על הרגליים, לרבות באתרי בניה בהם תנאי המעבר והניידות קשים יותר. מאידך, לא הוכח לי שהנכות שנגרמה לתובע היא מסוג הנכויות שמונעות מהתובע למצוא כל עבודה, ואפילו – בתחומו. בתצהירו דיבר התובע על פגיעה בביטחון, אך לא על ניסיונות לחפש ולמצוא פרויקטים או עבודה כשכיר; ועדותו בחקירתו בעניין הזדמנויות שהוצעו לו, שדחה לדבריו [ב-עמ' 15 ו-16 לתצהיר] ניתנה רק ב"עדות כבושה".
121. בענייננו, אני מוצא כי ניידותו ויכולתו של התובע להסתובב באתרי הבנייה ולעמוד שעות על רגליו היא **כלי חיוני בעבודתו**, ועל כן, בשל אופי הפגיעה והמגבלה שהיא יוצרת, יש לייחס לפגיעתו בתאונה נכות תפקודית בשיעור גבוה מהרפואית.
122. בהתאם, לאחר ששקלתי את טענות הצדדים ואת מכלול הראיות שהובאו, ולאור שיעור הנכות הרפואית שקבעתי לתובע, גילו, נסיבות חייו ועיסוקו לפני ואחרי התאונה, כאמור, **אני קובע כי יש לייחס לתובע בגין הפגיעה בקרסולו בתאונה נכות תפקודית בשיעור 17%.**

שיעור הנזק והפיצוי

123. משקבעתי את הנכות הרפואית ואת הנכות התפקודית, אפנה לכימות ראשי הנזק. למען הנוחות, אחזור על הנתונים הרלוונטיים המרכזיים הנדרשים לדיוננו:

התובע יליד: 10.10.1946.

מועד התאונה: 20.2.2008.

גיל התובע בעת התאונה: 61 ו-4 חודשים.

גיל התובע כיום: 72 ו-4 חודשים (עברו 11 שנים ממועד התאונה).

שיעור הנכות הרפואית: 12.5%.

שיעור הנכות התפקודית: 17%.

השתכרות התובע ובסיס השכר לצורך קביעת הפסד השתכרות

124. מפת השתכרותו של התובע טרם התאונה צוירה בראיות בקווים גסים בלבד. ניתן להתרשם משמשך שנים שימש כקבלן, אך לא הובאו הראיות לגבי היקף שכרו מעבר לכך שמכר ברוח נכס בשנת 2008 (רווח של כחצי מיליון ₪), וכי יש לו הכנסות שנתיות מהשכרת נכסים, שאינן נחשבות שכר. התובע העיד כי מרגע שהקים את חברת ויטנס (היינו מיולי 2005 – שורה 21 בעמ' 11 לפרו') הפיק ממנה רק משכורת "מינימלית להחזרת הדלק והטלפון", וכי הרווח שלו למעשה היה מהבניין [בשורה 14-13 בעמ' 11 לפרו'], וכי אותה משכורת עמדה על 3,000 ₪ [שם, בשורה 26].

125. כעולה מדוחות השומה שצורפו, עובר לתאונה, בשנים 2006-2007 [נספחים ז'1-2], היו הכנסותיו של התובע כדלקמן: בשנת 2006: עסק – 243,499 ₪, משכורת – 38,880 ₪. בשנת 2007: עסק – 233,893 ₪, משכורת – 43,380 ₪ [ראה הפירוט בסעיף 2 לדוחות השומה]. התובע הסביר בעדותו כי הכנסתו המפורטת בדוחות השומה הנ"ל מקורה הן בדמי שכירות עבור נכסים שבבעלותו (הכנסות מ-"עסק") [ש' 9-15 בעמ' 14 לפרו'], והן ממשכורת מינימלית שמשך מהחברה עבור הוצאותיו בגין עבודתו בפרויקט, כגון: "דלק וטלפון" (הכנסות מ-"משכורת").
126. על פי תלושי השכר שצורפו כנספח ו' לתצהיר התובע, משכורתו ערב התאונה הייתה בסך 3,000 ₪ ברוטו, ובנוסף שווי רכב צמוד בסך 1,740 ₪ לחודש (ובחודש 1/08 – 2,160 ₪) [ראה עדות התובע בשורות 17-18 בעמ' 15 לפרו']. לשון אחר, השתכרותו שוות ערך ל-4,740 ₪.
127. התובע טוען כי לבד מהכנסותיו ה"פירותיות", שהן כאמור מעסק וממשכורת, קיימות גם הכנסות "הוניות" בגין מכירת נכסי נדל"ן; הכנסות אלה האחרונות הן עיקר הכנסותיו. כך למשל, בדו"ח שומה לשנת 2008 [נספח ז'3] מופיעה הכנסה הונית ("סך מכירות רו"ח") בסך 550,000 ₪ (בצד הימני העליון של הדו"ח), בדו"ח שומה לשנת 2010 [נספח ז'5] מופיעה הכנסה ממכירת נכס ("סך מכירות רו"ח") בסך 4,610,000 ₪, ובדו"ח שומה לשנת 2011 [נספח ז'6] מופיעה הכנסה ממכירת נכס בסך 746,000 ₪. התובע אישר בעדותו כי הכספים האלה הם ממכירת נכסים [שורות 16-21 בעמ' 14 לפרו'].
128. מעדות התובע עולה שההכנסה העיקרית מיגיע כפיו בנויה על מכירת הנכסים שהוא יוזם ומקים, כרווח הוני, כאמור, רווח שלפי עדותו נוצר לו בגין מקצועו כיום נדל"ן וקבלן שמנצל את מקצועיותו למיזמים ופרויקטים, כפי זה שנפל בו [ראה עדותו בשורות 1-4 בעמ' 12 לפרו'].
129. **בשאלה מהו בסיס השכר לצורך חישוב הפסדיו של התובע, חלוקים הצדדים.** הנתבע טוען כי שכרו של התובע הוא 3,000 ₪, כפי שהיה לפני ואחרי התאונה על פי תלושי השכר שקיבל מחברת ויטנס, מעבידתו. התובע טוען שהתשובה לשאלה זו מורכבת יותר, באשר משכורת זו, שהיא בעצם החזר הוצאות גרידא, איננה משקפת את כושר השתכרותו. התובע מסכים שההכנסות בגין שכירויות, ההכנסות הפסיביות, אינן חלק מההכנסות שיש לקחת בחשבון כמשקפות כושר עבודה; עם זאת, התובע טוען שיש לראות במכלול פעילותו טרם התאונה בכל הקשור לפרויקט המדובר כמשקפת את כושר השתכרותו [ע"א 237/80 ברששת נגד חאשאש ואח', פ"ד לו (1) 281].
130. התובע טוען כי לפי ההלכה ניתן להשתמש בשכרו של העובד המועסק לאחר הפגיעה כמדד להערכת שווי הפסד השכר לעצמאי, וזאת במקרה שלא ניתן להסיק נתונים על ההפסדים מדוחות השומה. התובע מפנה להלכת ע"א 206/78 אשכנזי נגד אררט חברה לביטוח ואח', פ"ד לג' (2) 729, שבו מצביע בית המשפט על משכורת של עובדת, שהמערער נאלץ להעסיק בנייהול בית העסק בגין פגיעתו בתאונה, כמשקפת בסיס לחישוב שכר שנגרע ממנו בגין התאונה. כך נטען מטעם התובע שניתן לראות גם בענייננו - בהוצאותיו בהעסקת אנשים נוספים במקומו אחרי התאונה (אשתו) – בהנהלת חשבונות ובסידורים, והאדריכל גודוביץ' – כמפקח, וכן - העובד מחמיד ואיל, כאמור).

131. אף שלא חלה ירידה בשכר החודשי שהתובע המשיך לקבל מחברת ויטנס, מציע התובע כי בכל הנוגע לתקופה שלאחר תום אי-הכושר, ולעתיד, ובהעדר נתונים מדויקים, יועמד בסיס השכר לצורך חישוב הפסדיו על שכר המינימום במשק, העומד נכון להיום על סך של 5,300 ₪ ברוטו. התובע מפנה לכך, שנוכח הרווחים האדירים בגין מכירת הנכסים כאמור, מדובר בהצעה לבסיס שכר צנוע ביותר, וטוען כי כל קביעה נמוכה מכך תקפח בעליל את התובע. התובע מפנה לכך שבית המשפט נקרא להתמודד עם הקושי בהערכת נתוני ההשתכרות והפיצוי אצל יזמים ומשקיעים בתחום הנדל"ן כפי שעולה מעניין [ת.א. 1167/09 א.א. נ. קופת חולים מאוחדת](#) (פורסם [פורסם בנבו] 11.10.12).
132. הנתבעים, כאמור, מצביעים על כך שהתובע מאשר, שגם בתקופת אי-הכושר התובע המשיך לקבל שכר של 3,000 ₪ בכל חודש [בשורות 18-20 בעמ' 13 בפרו'; וכן בדו"ח השומה לאותה שנה]. הנתבעים מפנים עוד לכך שנכסיו הפרטיים של התובע הניבו רווחים לאחר התאונה, העולים באופן ניכר על הרווחים שהניבו קודם לתאונה. הנתבעים טוענים שאם התמורה האמיתית לעבודתו של התובע היא רווחים ממכירת הנכסים שבנה או יזם, ולא שכרו מחב' ויטנס כאמור, הרי שהתובע לא הוכיח, לא את שיעור ההשתכרות ולא את שיעור ההפסד בהשתכרות. בעניין זה אפנה לכך שתלושי השכר שהציג התובע מצביעים על כך שמדובר ב-40% משרה. לפי העדויות אני מוצא שהוכח שהתובע "ישב על הווריד" של הנתבע, ובעצם עבד בבניין משרה מלאה מהסוג שנתמך ברגש: "אהבתי את הבניין, זה החיים שלי". ולכן, על רקע כל הכנסותיו האחרות, אני מוצא לקבל את גרסת התובע שאין לייחס לבחירתו לקבל שכר "נמוך" אלא דרך לרישום החזר הוצאות אישיות שהיו לו בגין מעורבותו כמנהל ומפקח בבניין.
133. טרם אכריע בשאלת בסיס השכר, אזכיר, כי שיעור שכר המינימום לחודש בישראל טיפס כך: ב-1.4.2007 עמד על 3,710 ₪, ב-1.7.2008 עמד על 3,850 ₪, ב-1.4.2011 עלה ל-3,890 ₪, ב-1.7.2011 עלה ל-4,100 ₪, ב-1.10.12 עלה ל-4,300 ₪, ב-1.4.15 – עלה ל-4,650 ₪, ב-1.7.16 עלה ל-4,825 ₪, ב-1.1.17 עלה ל-5,000 ₪, וב-1.12.2017 עלה ל-5,300 ₪. אשר על כן, ניתן לראות ששכרו של התובע מאת חברת ויטנס, בהתחשב בכך שגם קיבל שוויו של רכב, היה קרוב לשכר מינימום **באותה עת**; ועל כן, בהתחשב בכך שכושר השתכרותו של התובע היה מן הסתם גבוה מסכום זה על פי הנתונים, יהיה סביר ונכון להעמיד את בסיס שכרו לצורך בחינת הפסד השכר בפועל על סך של 5,300 ₪, כפי שמציע התובע.
134. אשר על כן, **כבסיס לבחינת הפסד השכר של התובע אני קובע סך של 5,300 ₪.**

הפסדי שכר לעבר

135. התאונה ארעה ביום 20.2.08, כך שחלפו עברו מאז 11 שנים. בשנים שחלפו עד שנסגרה החברה (ב-2010), ב-2008 וב-2010 שולם לתובע שכר ששיקף בזמנו את שכרו טרם התאונה (ב-2009 – לא משך שכר מהחברה). עם זאת, אני מוצא שאכן אשתו נכנסה לעבוד מעט לאחר שנפצע בתאונה, ולא נסתרה עדותו לגבי העסקת האדריכל והעובד ואיל. ועל כן, ככלי להערכת אובדן שכר בשנים אלה (כשבשנה הראשונה יוחסו לו נכויות זמניות או אי כושר לגבי מרביתה), אני מוצא לייחס גם לשנים אלה אובדן שכר, על בסיס השכר כאמור.
136. בשנים 2011, 2012, 2013, 2014 ו-2015 – הוצגו דוחות שומה, לפיהם לא היתה לתובע הכנסה ממשכורת [נספחים ז'6 עד ז'13]. לפי עדותו של התובע, את הפרויקט המדובר

- בענייננו סיימו בשנת 2010 [ש' 4-3 בעמ' 18 לפרו'], ויטנס לא יזמה או הקימה בניין אחר, ומאז סגירת הפרויקט החברה איננה בונה יותר, אלא מקבלת כספי שכירויות [ב-ש' 16-17 בעמ' 16 לפרו']. לפי עדותו, מאז התאונה לא החל לעבוד בעבודה אחרת, בין היתר באשר איבד את הביטחון ביכולתו לעבוד בסוג עבודה זה. לאור כל האמור לעיל, ובהיות התובע עצמאי שנים רבות, וגם יזם שנראה שעשה חיל בפעילותו, ולפי התרשמותי מאופיו בעת מתן עדותו, אני מוצא להניח שסיפור חייו היה כזה שהיה עובד **עד היום**, גיל 72 ו-4 חודשים.
137. ודוק. אינני מוצא לקבוע כי התובע לא מצא עבודה בגין הנכות שנרמה לו בתאונה, ואינני מקבל את טענת התובע בסיכומיו כי הוא זכאי לנכות תפקודית המשקפת 30% מכושר תעסוקתו. אין לייחס לנכות שנגרמה לו בתאונה אלא את השפעתה התפקודית לפי הנכות שקבעתי. מאידך, אינני מקבל את טענת הנתבעת כי התובע לא המשיך לעבוד אחרי הפרויקט של ויטנס, כי אינו צריך לעבוד, כי הוא מרוויח סכומי כסף נאים ביותר מנכנסיו המרובים, ולראיה לא חיפש ולא קיבל כל הצעה לביצוע פרויקט בנייה [ש' 26-28 העמ' 17 לפרו']. בחירתו של התובע לא לעבוד בנכות בשיעור כזה, אין בה כדי לפגוע בטענתו כי כושרו להשתכר ירד בגין הנכות התפקודית שקבעתי לו.
138. אפנה לכך שאמנם, כפי שנפסק לא פעם, ככל שמדובר בהפסדי עבר מדובר ב'נזק מיוחד' שיש להוכיח במסמכים ובראיות [ע"א 810/81 לוי נ. מזרחי, פ"ד לט(1)477], שכן לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן בדרך כלל להביא נתונים מדויקים ועל התובע חלה החובה להביא נתונים אלה. מאידך, כפי שנפסק לא פעם, המציאות מורכבת, וכאשר לא ניתן לחשב את הפסדי ההשתכרות בעבר מטעמים אובייקטיביים של העדר נתונים מדויקים וחד-משמעיים, אין מניעה לפסוק בגין ראש נזק זה פיצוי בהתאם לאומדן המתיישב עם הנתונים שהוכחו. השווה בהתאמה ל-**ת"א (ת"א) 1714/04 עזבון המנוח תומר נעים ז"ל נ' קיינר יזהר** (פורסם [פורסם בנבו] 18.11.2009), שם נאמרו הדברים הבאים:
- "גם בעניין זה קבעה הפסיקה כי ניתן לחייב בסכום גלובלי בגין הפסדי השתכרות בעבר שנקבע על דרך האומדן המתבסס על מכלול הראיות בהיעדרם של נתונים מדויקים וחד-משמעיים (ראו: קציר, כרך א, עמ' 17-18, לרבות האסמכתאות המפורטות שם)."**
- [ראה גם: **ע"א (ת"א) 37453-01-13 ע.ג. בית נוי בע"מ נ' אהרון אבולוף** (פורסם [פורסם בנבו] 5.3.84)].
139. כאמור, **כבסיס לאומדן** מצאתי לעשות שימוש בשכר בסיס של 5,300 ₪. אשר על כן, הפסד שכרו הנומינלי של התובע בגין התאונה **לעבר** החל מ-1.1.2011 ועד היום – משך 11 שנים, שהם 132 חודשים, מסתכם ב 5,300 ₪ $17\% \times 132 = 118,932$ ₪. לסכום זה אין להוסיף פנסיה, באשר מדובר בעצמאי, אך יש להוסיף ריבית מאמצע התקופה (20.8.12), **כך שהסכום המלא לפיצוי בגין הפסד לעבר הוא 127,069 ₪** [118,932 ₪ בתוספת ריבית כדין מיום 20.8.12].
140. **אשר על כן, אני קובע כי בגין הפסד שכר לעבר (כולל הפסדי פנסיה) זכאי התובע לפיצוי בסך 127,000 ₪.**
141. בנסיבות, יובהר, כי אין לקבוע הפסד כושר השתכרות לעתיד. כאמור, מצאתי לקבוע כי סיפור חייו של התובע אלמלא התאונה היה לעבוד עד ימים אלו, ולא עד לגיל 75 כפי שביקש לייחס לו.

עזרת צד ג' בעבר ובעתיד

142. אני מוצא כי התובע נזקק לעזרת בני משפחתו, בעיקר אשתו, בביצוע הפעולות היומיומיות בתקופה הסמוכה לפגיעה בתאונה, באשר היה מוגבל ולא יכול היה לטפל בעצמו אף בפעולות היום-יום. התובע תמך את טענתו זו בעדותו [ס' 28 לתצהירו] ובעדות אשתו. אשתו העידה כי אמנם לא היה שינוי בעזרה בעבודות הבית שהם נוהגים לקחת פעם בשבועיים בשכר, אך גם כי בשל מוגבלות התובע, מוטלות העבודות בבית בשגרה על כתפיה [ס' 8 לתצהירה].

143. על אף היעדר נתונים אובייקטיבים מדויקים באשר לשיעורה ושוויה של העזרה שהתובע קיבל ותידרש לו בעתיד, ובשים לב למצבו של התובע ומגבלותיו, במועד הסמוך לאחר התאונה ובחודשים שלאחר מכן, יש להתחשב בהלכה הנוהגת, כי עזרה משפחתית לנפגע היא בת פיצוי, וכי שעה שהנפגע נעזר בקרוביו ובמכריו "...על בית המשפט לעשות אומדן של הסכום המגיע כפיצוי נאות בעד העזרה שניתנת על-ידי בן-הזוג או בני משפחה אחרים של הניזק ולפסוק סכום זה לטובת הניזוק" [ע"א 93/73 שושני נ' קראו, פ"ד כח(1) 277, 280 (1973); ע"א 142/89 גמליאל נ' אושיות חברה לביטוח בע"מ (פורסם [פורסם בנבו]; 31.12.1989); ע"א 5774/95 שכטר נ' כץ (פורסם [פורסם בנבו]; 19.11.1997)]. את הפיצוי בגין ראש נזק יש לשלם לבני המשפחה כאשר ברור שהעזרה חורגת בהרבה מזו שמעניקים בני משפחה זה לזה (רע"א 6680/08 מדינת ישראל נ' סעיד (פורסם [פורסם בנבו]; 6.2.2012), פסקה 33 לפסק-הדין; ע"א 1952/11 אבו אלהווא נ' עירית ירושלים, (פורסם [פורסם בנבו]; 6.11.2012), פסקה 6 לפסק-דין של כבוד השופט עמית). בהקשר זה נקבע כי מן הראוי לפצות את בני המשפחה על ההוצאות שהוציאו, בעין או במעשה, בגין הטיפול בנפגע, שהרי "...אין המזיק יכול 'להרוויח' מכך שבני המשפחה יסייעו לנכה ללא תמורה" (ע"א 5774/95 שכטר נ' כץ (פורסם [פורסם בנבו]; 19.11.97)).

144. אני מאמין לתובע שנוזק לעזרה וטיפול בו משך תקופה מסוימת. הטיפול והסיעוד להם נזקק חרג, במידה מסוימת, מעבר למקובל אף ביחסים הקרובים שבינו לבין אשתו, שלפי העדות היתה זו שטיפלה בו [ע"א 810/81 לוי נ' מזרחי, פ"ד לט(1) 477, 493 (1985); ע"א 327/81 ברמלי נ' חפוז, פ"ד לח(3) 580, 588 (1984)], על כן, בשים לב לתקופת ההחלמה הארוכה יחסית (תקופת אי-כושר ונכויות זמניות, כאמור), ולטיב פגיעתו שלעבודות ומטלות מסוימות ידרוש עזרה גם בעתיד, הנני פוסק לתובע פיצוי **בגין עזרה לעבר, לתקופה שחלפה ממועד התאונה ועד היום, וגם לעתיד, ככל שתידרש - על דרך האומדן ובסכום גלובלי - סך של 22,000 ₪, נכון למועד מתן פסק הדין.**

הוצאות רפואיות ונסיעות לעבר ולעתיד:

145. מדובר בתאונת עבודה, בה ההוצאות הרפואיות מוחזרות בפנייה למל"ל. עם זאת, בסיכומי מפנה התובע לעדותו בעניין הוצאות רפואיות (קבלות על סך 588 ₪) לצורך קניית תרופות לשיכוך כאבים, אביזרי עזר (קביים), טיפולי פיזיותרפיה והוצאות נלוות. כן מפנה התובע לכך שהוצאו ויוצאו הוצאות נוספות בגין נסיעות וניידות בשל תוצאות התאונה. בנסיבות,

הנני פוסק לתובע **פיצוי בגין הוצאות רפואיות ונסיעות, לעבר ולעתיד**, על דרך האומדן ובסכום גלובלי – **סך של 7,000 ₪**, נכון למועד פסק דין זה.

כאב וסבל:

146. **פקודת הנזיקין** מחייבת פסיקת פיצויים בגין כאב וסבל, על-יסוד הכאב והסבל של הנזוק [ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח (2), 705, 727 (1994)]. את שיעור הפיצוי יש לקבוע בהתחשב בכל נסיבות העניין, כאשר בית-המשפט נדרש להעריך את הכאב והסבל של הנפגע בהתחשב במהות הפגיעה וכלל הנסיבות הרלוונטיות, ועל-פי אמות המידה שנקבעו לעניין זה בהלכה הפסוקה. בענייננו, לאחר ששקלתי את השיקולים הרלוונטיים, ובכלל זה את נסיבות התרחשות התאונה שהובילו לשבר, לניתוח ולארבעה ימי אשפוז, לגיבוס ולתקופה של אי כושר ונכות זמנית משמעותית, ולטיפול הפיזיותרפיה, כעולה מהמסמכים הרפואיים וחוות דעת המומחה, וכן - את מיקום הפגיעה, שיעור הנכות הקבועה, משך זמן החלמתו והטיפולים להם נזקק התובע, הנני סבור כי יש לפסוק לתובע, בשים לב לפרק הזמן הממושך שחלף ממועד התאונה (11 שנים לערך), **פיצוי בגין כאב וסבל בסך של 60,000 ₪**, נכון למועד מתן פסק הדין.

ריכוז הפיצויים:

147. **סכום הפיצוי הכולל לתובע 1 בגין ראשי הנזק השונים הנו 216,000 ש"ח, כמפורט להלן:**

א.	כאב וסבל -	60,000 ₪.
ב.	הפסד שכר לעבר -	127,000 ₪.
ג.	הפסד השתכרות לעתיד -	_____
ד.	עזרה וסיעוד בעבר ובעתיד -	22,000 ₪.
ה.	הוצאות ונסיעות, בעבר ובעתיד -	7,000 ₪.
	סה"כ:	216,000 ₪.

148. מסכום הפיצוי הכולל יש להפחית תחילה אשם תורם של התובע, בשיעור 15%. **היינו, סכום הפיצוי לו זכאי התובע בגין התאונה הוא סך של 183,600 ₪ [85% X 216,000]**. כפי שנראה להלן, התובע כבר קיבל מאת המל"ל בגין דמי פגיעה וקצבת נכות מעבודה סך כולל, נכון להיום, של 185,118 ₪. כפי שיובהר להלן, בנסיבות כאלה בהם תביעתו נבלעת, זכאי התובע ל-25% מסך הפיצוי שנקבע כאמור.

תגמולי המל"ל וחלוקת הפיצוי:

תביעת המל"ל, התובע 2

149. כאמור, התאונה הוכרה ע"י המוסד לביטוח לאומי כתאונת עבודה. נומינאלית קיבל התובע מהמל"ל בעקבות התאונה בגין דמי פגיעה סך של 41,844 ₪ (שולמו בתשלומים בין

- 23.6.2008 ל-1.7.2008), וקצבת נכות מעבודה בסך של 101,946 ₪ (ששולמה בתשלומים בין 28.9.2008 לבין 18.1.09) - סך כולל נומינלית של 143,790 ₪. היינו, בשערוך, נכון להיום, הוא קיבל מהמל"ל בגין התאונה דמי פגיעה בסך של 55,155 ₪ [הצמדה וריבית מיום 1.7.2008], וקצבת נכות מעבודה בסך של 129,963 ₪ [הצמדה וריבית מיום 18.1.09]. **לסיכום, תביעת המל"ל, התובע 2, עומדת היום על סך כולל של 185,118 ₪ [55,152 + 129,956].**
150. הוראת **סעיף 330(א) לחוק הביטוח הלאומי** [נוסח חדש], תשנ"ה-1995 היא :

"הגיש הזכאי לגמלה תביעה לפיצויים נגד צד שלישי ותביעה זו התבררה יחד עם תביעת המוסד לפי סעיף 328(א), לא יהיה המוסד זכאי לסכום העולה על 75% מסך כל הפיצויים המגיעים מהצד השלישי למוסד ולזכאי לגמלה כאחד (בסעיף זה - סך כל הפיצויים), והזכאי לגמלה יהיה זכאי ליתרה".

151. המל"ל, התובע 2, שתביעתו נדונה בענייננו באיחוד עם תביעתו של התובע 1, זכאי, אם כן, ל-75% בלבד מסך הפיצויים המגיע מהצד השלישי "למוסד ולזכאי לגמלה כאחד"; מאידך - המל"ל לא זכאי לקבל בהחזר את החלק שמגלם אשמו של המעסיק (טרופהויט).
152. בענייננו, אני מוצא שיש לייחס לאשם שקבעתי ליזמיות - היינו 10% מסך האחריות לקרות התאונה **אשם של מעסיק/ מעביד**, באשר אמנם את שכרו קיבל התובע רק מוויטנס, הרי שבכל מקרה נתן שירותים כעובד - עבור השותפות, עבור שתי היזמיות.
153. כאמור, זכאות התובע לפיצוי בגין התאונה, לאחר הפחתה של האשם התורם ושל אשמו של המעסיק/ המעביד, עומדת על סך כולל של 183,600 ₪, לאחר שקיבל מהמל"ל סך כולל של 185,118 ₪. זה מצב שנהוג לתייג אותו כ"תביעה נבלעת", ועל כן בנסיבות של התבררות התביעות של המל"ל והנפגע יחדיו **[ס' 330(א) לחוק המל"ל]** "סך כל הפיצויים" יהיה הסכום הנמוך בין השניים - הסכום לו זכאי התובע כפיצוי בגין התאונה; זאת משום שלפי הדין, כפי שפורש **ס' 328 לחוק בפסיקה**, "המוסד לביטוח לאומי אינו יכול להיפרע מן המזיק מעבר לחבותו של המזיק כלפי הניזוק" [ר' **רע"א 3953/01 עמר נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, נז(4) 350 (2003)** (להלן: "עניין עמר")].
154. בענייננו שני מזיקים: הנתבע - שחב ב-75% מסך האחריות, והיזמיות - שחבות ב-10% מסך האחריות. יחס חלוקת נטל התשלום ביניהם הוא 1:7.5. **סך כל הפיצויים, הוא 183,600 ₪ כאמור; על כן:**
- א. **התובע 1 זכאי לסך של 25% ממנו:** היינו סך כולל של 45,900 ₪, כשבנטל התשלום נושאים: הנתבעים - בסך 40,500 ₪, וויטנס (חוב היזמיות יחד) - סך 5,400 ₪.
- ב. **המל"ל, התובע 2, זכאי (לכאורה) לסך של 75%:** היינו סך כולל של 137,700 ₪. אך הוא איננו זכאי לקבל את חלקו של המעביד באשם. לשון אחר, **התובע 2 זכאי לקבל החזר רק בגין חלקם של הנתבעים:** סך 121,500 ₪. הוא איננו מקבל סך נוסף של 16,200 ₪ (חלקו של המעסיק).

בנסיבות, אין לקבל את טענת הנתבעים כי המל"ל שילם "בהתנדבות"

155. **כאן המקום להבהיר, כי אינני מקבל** את טענת הנתבעים כי המל"ל שילם את דמי הפגיעה לתובע **כמתנדב**, ועל כן הוא לא זכאי לתבוע את החזר ממזיק שאיננו המעביד. הוכח כי היתה לתובע, בפועל, תקופת אי-כושר של לפחות 91 יום (כפי שמצא המל"ל), באשר: עבר ניתוח וגיבוס, רומנו מאשר שרק לאחר כשלושה חודשים החל להגיע לאתר בסיועה של אשתו, ורק לאחר יותר מחצי שנה החל לנסוע לאתר בכוחות עצמו. בפועל, אכן – המשיך התובע באותה תקופה למשוך שכר מאת ויטנס (שלטענתו הוא החזר הוצאות בלבד), את אותו שכר שקיבל טרם התאונה (3,000 ₪ בתוספת 1,740 ₪ שווי רכב צמוד).
156. המל"ל שילם לתובע בגין 90 ימי אי-כושר דמי פגיעה בסך נומינלי של 41,844 ₪, כאשר הוא מסתמך על שכר רבע שנתי שקבע לתובע בסך **68,714 ₪**. שני דגשים: **ראשית**, עצם המשך משיכת הוצאות על ידי התובע מחברה שבבעלותו בעת אי-כושרו לעבוד, איננה מצביעה בנסיבות ענייניו על יכולתו של התובע להשתכר באותם שלושה חודשים - להשתכר. כפי שכבר קבעתי, מדובר במקרה יותר מורכב מאשר מי שמשתכר בקושי שכר מינימום; **שנית**, המל"ל, שנהנה מחזקת תקינות המעשה המנהלי, עיין במשכורות שהציג לו התובע, כשהוא מפנה את המל"ל לכך שחלקיות המשרה על פיהם היא 40% בלבד, ומכאן גזר לתובע יכולת השתכרות גבוהה יותר אף ממה שלצורך האומדן גזר בית המשפט, וכך שילם כדמי פגיעה מה ששילם.
157. לא על המל"ל הנטל להוכיח את סבירות גובה דמי הפגיעה ששילם. ככל שהנתבעים סברו שבפועל התובע לא היה באי-כושר ב-90 הימים, וכי מדובר בסכומים גבוהים ששולמו בהתנדבות, היה עליהם לחקור את הצדדים בעניין ולהוכיח זאת, וזאת לא עשו. חובה זו עולה הן מעצם החובה למיצוי הדין, והן מזכות המל"ל, היה וטענה זו מוכחת, לתבוע **מהתובע** השבת התשלום ששולם כנטען "בהתנדבות".
158. בכל מקרה, וזה חשוב, מדובר בטענה שאיננה מקדמת את הנתבעים לשום מקום; באשר - ככל שמחלוקת זו שמעלים עתה הנתבעים היתה עולה ומוכחת, והיה נדרש מהתובע להשיב למל"ל סכום מסוים (כי שילמה לו "כמתנדבת"), הרי שלאור סך הפיצויים שקבעתי שזכאי לו התובע בנדון לאחר הפחתת אשם תורם ואשם מעסיק וטרם דיון בניכויים, **ממילא** היו הנתבעים נדרשים לשלם בקירוב אותו סכום שבו היה, לשיטתם, מזוכה המל"ל בהחזר מהתובע, **לתובע**. המל"ל איננו דורש מהנתבעים דבר שממילא לא היו חבים אותו לתובע אלמלא המל"ל היתה בתמונה [ר' עניין **עמר**].

חלוקת הנטל בפיצוי

159. אם כן, בנסיבות ענייניו, **הוכחה תביעת התובעים מול הנתבעים, כשחבותם כלפי התובע 1** (וכלפי התובע 2 התובע החזר בנעליו של התובע 1) **נקבעה בשיעור של 75%**. זאת מאחר והנתבעים הוציאו הודעה לצד שלישי, נגד היזמיות (שלא נתבעו בתביעה הראשית); על כן - מצאתי כי יש **לקבל חלקית** את ההודעה לצד השלישי נגד ויטנס, כך **שחלקן של היזמיות בחבות כלפי התובע מגעת ביחד ל-10%, כאמור** (חברת רומנו, הצד השלישי 2 – **כבר לא בתמונה**).
160. התוצאה של קבלת התביעה וקבלה חלקית של ההודעה לצד השלישי, כאמור, היא גם תוצאת קיומה של ההודעה לצד הרביעי; מדובר בעצם בהליך, שבנסיבות, משלים את קבלת

- התביעה, באשר הרוח החיה מאחורי ויטנס הוא התובע. ועל כן, ניתן לאמר שההודעה לצד הרביעי מתקבלת חלקית בלבד, באופן שהיא מוסיפה טענות חוזיות לארסנל טענות התובע, כפי שניתחתי בפרק האחריות לעיל.
161. בנסיבות, בהן התובע 1 הוא בעלים, מנהל ופועל מטעם ויטנס, אני מוצא להורות על קפנדריה (קיצור הדרך), ולאפשר לויטנס לשלם לתובע 1 ישירות את חיובה (אף שהיא צד שלישי של הנתבעים), היינו סך של 5,400 ש"ח.
162. לסיכום, לאור כל האמור לעיל, התביעה הנדונה מתקבלת בחלקה, וההודעות לצדדים שלישיים ולצדדים רביעיים מתקבלות חלקית בלבד; כך שבסופו של דבר, הנתבעים חייבים ביחד ולחוד בפיצוי לתובע 1 סך 40,500 ₪, ובשיבוב התובע 2, בהחזר של 121,500 ₪. בנסיבות, באופן הדדי – אין בכוונתי לחייב בהוצאת ההודעות לצדדים השלישי והרביעי, שכאמור התקבלו באורח חלקי ומשלים למחלוקת העיקרית, שהיא בפועל – בין אותם צדדים.

סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, אני פוסק כי –

1. התביעה נגד הנתבעים מתקבלת בחלקה, כך שהנתבעים ישלמו, ביחד ולחוד:
 - א. לתובע 1 סך 40,500 ₪.
 - ב. לתובע 2 – סך של 121,500 ₪.
 2. כמו כן, ישלמו הנתבעים לתובע 1, ביחד ולחוד – החזר הוצאותיו בגין האגרה ששילם בתיק זה, והחזר הוצאותיו בגין שכר המומחה הרפואי בו נשא, לפי קבלות, הוצאות עדים ככל שנפסקו ושולמו; הכל, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין ממועד תשלומן.
 3. בנוסף, ישלמו הנתבעים לתובע 1, ביחד ולחוד – שכר טרחת עו"ד בשיעור 23.4% מהסכום הנקוב ב-ס' 1א' לעיל, היינו – 9,477 ₪.
 4. כמו כן, ישלמו הנתבעים לתובע 2, ביחד ולחוד – החזר הוצאותיו בגין האגרה ששילם בתיק זה, והוצאות עדים ככל שנפסקו ושולמו; הכל, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין ממועד תשלומן.
 5. בנוסף, ישלמו הנתבעים לתובע 2, ביחד ולחוד – שכר טרחת עו"ד בשיעור 23.4% מהסכום הנקוב ב-ס' 1ב' לעיל, היינו – 28,431 ₪.
 6. ההודעה לצד השלישי נגד הצד השלישי 1 מתקבלת בחלקה, כך שהצד השלישי 1 ישלם לתובע 1 סך של 5,400 ₪. בנסיבות, כאמור, אין צו להוצאות.
 7. ההודעה לצד הרביעי נגד הצדדים הרביעיים, שהם גם הנתבעים בנדון, מתקבלת בחלקה, כך שכל שהוריתי לעיל לגבי החיובים בין הצדדים מתקיים. בנסיבות, כאמור, אין צו להוצאות.
- הסכומים המוזכרים בסעיפים 1א', 1ב', 3, 5 ו-6 לעיל, ישולמו בתוך 30 יום, שאם לא כן, יישאו ריבית והצמדה כדין, מיום מתן פסק הדין ועד למועד התשלום בפועל.

זכות ערעור – כדין.המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים בדואר רשום עם אישור מסירה.

ניתן היום, כ"ז אדר א' תשע"ט, 04 מרץ 2019, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

משה תדמור ברנשטיין 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה