

צדק עיוור – מתי על בתי-המשפט להתעלם ממה שרואות עיניהם בחישוב הפיצוי בגין נזק גוף?

מאת

עומר פלד* ורון אברהם**

צדק עיוור מבטא את התפישה שלעיתים הגשמת הצדק מחייבת יישום של הדין במנותק ממציאות עובדתית מסוימת. בתביעות נזיקין, רעיון זה מתבטא בהתעלמות בעת הערכת הנזק ממאפיינים מסוימים של התובע כגון דת, גזע ומין. במאמר זה אנו בוחנים באופן שיטתי מתי ראוי להתעלם ממידע אחר אשר נחשב באופן מסורתי כרלבנטי להערכת הנזק שנגרם לתובע, כגון מידע ביחס למצבו של הניזוק לפני התאונה, וכן באיזה מועד יש "להקפיא את התמונה" ביחס למצב הניזוק ולהתעלם ממידע שהגיע לאחר מכן. מועד זה יכול להיות בסמוך לאחר התאונה, במועד פסק הדין, או אף לאחר שפסק הדין הפך לחלוט.

אנו מראים כי בתי המשפט אינם עקביים באופן שבו הם מתחשבים בנתונים אלו, דבר שפוגע במטרות דיני הנזיקין (הרתעה יעילה, צדק מתקן ושוויון). כדי לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית יש להתייחס לנתונים באופן אחיד – בין אם להתעלם מהנתונים ובין אם להתחשב בהם. בסופו של דבר אנו מגיעים למסקנה כי עדיף שבתי-המשפט ישאפו במקרים רבים לצדק עיוור, דהיינו שיימנעו מלהתחשב בנתונים מסוימים, אפילו אם אלו זמינים. במילים אחרות, על בתי המשפט להקפיא את התמונה במועד התאונה, ולהתעלם ממידע שהגיע אחריו. יתר על כן, כנגד מסורת אוניברסלית ארוכת שנים, אנו טוענים שעל בתי המשפט גם להתעלם בעת פסיקת פיצויים ממידע על מצבו של התובע טרם התאונה, כגון מוגבלויות פיזיות או נפשיות.

מבוא. א. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק לאחר התאונה. 1. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה בדין הנוהג. 2. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית. 3. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה לאור עקרונות של צדק מתקן. 4. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה לאור מטרת ההרתעה. 5. המקרים המיוחדים של אוכדן סיכויי החלמה והגברת סיכון. **ב. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה.** 1. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה בדין הנוהג. 2. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית. 3. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה לאור עקרונות של צדק מתקן. 4. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה לאור מטרת ההרתעה. **ג. שיקולי שוויון וקוהרנטיות סטטיסטית בפסיקת פיצויים.** 1. פסיקת הפיצוי לקטינים לפי פסק הדין אבו חנא. 2. התיקון החלקי של הטעות בפסק הדין אבו חנא. 3. התעלמות ממגבלות גופניות

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב ומרצה אורח באוניברסיטת טקסס. אנו מודים לאהוד גוטל, אריאל פורת, יובל פרוקצ'יה, אליעזר ריבלין, רמי שלום, בני שמואלי, משתתפי הסדנא למשפט וכלכלה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ומשתתפי הסדנא למשפט, כלכלה ועסקים באוניברסיטת בר אילן על הערותיהם המועילות. אנחנו מודים גם למיכאל גולדבוים על הסיוע במחקר.

של הניזוק מטעמי שוויון. סיכום.

מבוא

חישוב הפיצויים בגין נזקי גוף דורש מבית-המשפט להעריך את הנזק שנגרם בעקבות התאונה ואת ההשלכות העתידיות של נזק זה על הניזוק. תחשיב זה דורש מידע רב – כדי להעריך את הנזק הממוני על בית-המשפט לקבוע את היקף נזקי הגוף ביחס למצב הניזוק עובר לתאונה,¹ כיצד הפגיעה עשויה להתפתח ולהחמיר בעתיד,² כיצד הפגיעה תשפיע על היכולת של הניזוק להשתכר,³ מהו פרק הזמן שהניזוק צפוי להשתכר במצבו לעומת תוחלת חיי ההשתכרות שלו אלמלא הפגיעה,⁴ מהן ההוצאות הרפואיות שצפויות לניזוק לאורך חייו כתוצאה מהפגיעה,⁵ ועוד.⁶ כדי להעריך את הנזק הלא ממוני על בית-המשפט לאמוד בנוסף גם את הכאב והסבל של הניזוק לאורך חייו,⁷ וכן להעריך אם ובכמה שנים קוצרו חייו של הניזוק כתוצאה

¹ נכות קודמת של הניזוק משפיעה על חישוב הנכות התפקודית שנגרמה בעקבות התאונה, על תקופת ההשתכרות אשר בגינה ניתן פיצוי וכן על שיעור הפיצוי שנפסק בגין הוצאות רפואיות ועזרת הזולת. ראו אליעזר ריבלין **תאונות דרכים 845-846** (מהדורה חמישית 2020).

² לדוגמה, אם קיים סיכון שפגיעת הראש תחמיר בעתיד ותוביל להתפתחות של התקפי אפילפסיה, בית-המשפט צריך להתחשב בסיכון זה במסגרת חישוב הפיצויים. ראו ע"א 357/80 **נעים נ' ברדה**, פ"ד לו(3) 762, פס' 39-38 לחוות דעתו של השופט ברק (1982) (להלן: ענין **ברדה**).

³ הפסד ההשתכרות נבחן על פי הפער בין ההשתכרות הצפויה אלמלא התאונה, וההשתכרות הצפויה לניזוק במומו. בהעדר נתונים קונקרטיים לגבי ההשתכרות של הניזוק לאחר התאונה, זאת מוערכת על בסיס מכפלת שיעור הנכות בשכר. אם אין נתונים ביחס ליכולת ההשתכרות של הניזוק גם לפני התאונה, הפגיעה בכושר ההשתכרות מוערכת לפי מכפלת אחוז הנכות בשכר הממוצע במשק. ראו ע"א 778/83 **עובון סעידי נ' פור**, פ"ד מ(4) 633, 628 (1986); ריבלין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 844.

⁴ הערכת הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות מחייבת את בית-המשפט להעריך כמה שנים הניזוק צפוי להשתכר במומו, וכמה שנים הוא היה צפוי להשתכר אלמלא הפגיעה. קיימת חזקה כי גיל הפרישה של עובדים שכירים הוא בגיל הפרישה חובה הקבוע בחוק, קרי גיל 67 לגברים ולנשים כאחד. עם זאת, ביחס לעובדים עצמאיים התגבשה חזקה עובדתית לפיה גיל הפרישה של הניזוק הוא 70 שנה. ראו ע"א 16/85 **עזרא נ' ועקנין**, פ"ד מא(1) 658, 649 (1987); ריבלין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 846-847.

⁵ הניזוק זכאי להחזר עבור הוצאות רפואיות והוצאות סיעוד בעתיד. בענין ע"א 3375/99 **אקסלרד נ' צור-שמיר, חברה לביטוח מע"מ**, פ"ד נד(4) 450 (2000) (להלן ענין **אקסלרד**) בית-המשפט העליון קבע חזקה, הניתנת לסתירה, לענין הוצאות הסיעוד לאדם הסובל מנכות מלאה וקבועה. את סכום ההוצאות הכולל יש להעריך בהתאם לתוחלת חייו של הניזוק.

⁶ לדוגמה, על בית המשפט גם להביא בחשבון את ריבית ההיוון חסרת הסיכון במשק. בענין ע"א 130/76 **סודה נ' חמדי**, פ"ד לג(1) 589, 598-600 (1979) (להלן ענין **סודה**) נקבעה חזקה עובדתית לפיה ריבית ההיוון תעמוד על שלושה אחוזים.

⁷ הפיצוי בגין כאב וסבל מוערך לפי תחושתו הסובייקטיבית של התובע, ולפי הערכה ביחס לכאב שהוא צפוי לסבול בעתיד. על כן, בית-המשפט נדרש להעריך כמה שנים התובע צפוי לחיות ולסבול. ביחס לתקופה בה התובע מחוסר הכרה נקבע כי בנסיבות אלה, בהעדר ראיות המורות אחרת, בית-המשפט מניח כי התובע לא מסוגל לחוש בכאב ולסבול, ולכן הוא לא זכאי לפיצוי בגין ראש הנזק בתקופה זו. ראו ע"א 773/81 **פרייליך נ' מדינת ישראל** (נבו, 22.10.1982); ע"א 4022/08 **אגבבה נ' המועצה המקומית פרס חנה כרכור**, פ"ד סד(2) 284, פס' 11 לחוות דעתו של השופט ריבלין (2010) (להלן: ענין **אגבבה**).

מהתאונה.⁸

מאחר שחישוב מדויק של הפיצויים מחייב בירור מעמיק של עובדות רבות, קיים במשפט מתח בין רמת הדיוק בהערכת הנזק ובין הצורך לפשט ולקצר הליכים משפטיים. מתח זה מסביר למשל את השימוש הנרחב שנעשה על ידי בתי-המשפט בחזקות עובדתיות להערכת הנזק ביחס להוצאות סיעוד, ביחס להוצאות הקיום שהתובע היה מוציא אילו היה נותר בחיים אלמלא העוולה,⁹ או ביחס לריבית העתידית במשק לצורך היוון פיצויים.¹⁰ שיקולים אלו מסבירים גם את השימוש הנרחב שנעשה בנתונים סטטיסטיים כלליים לשם חישוב הנזק לפי ערכים ממוצעים בחברה, כתחליף לנתונים קונקרטיים ביחס לניזוק.¹¹ אילו אלו היו שני השיקולים היחידים – דיוק מול עלויות ניהול ההליך – היה על בית-המשפט להתחשב, למצער, בכל ראייה שהצדדים מציגים אשר מגבירה את הדיוק בהערכת הנזק ללא יצירת עלויות נוספות למערכת. כך, למשל, בהערכת אובדן כושר ההשתכרות של קטין היה על בית-המשפט להעריך את הנזק באמצעות כלל הנתונים הזמינים והרלבנטיים מבחינה סטטיסטית אשר יש בהם כדי להעיד על השתכרותו הצפויה של הקטין. אולם, בפרשת **אבו חנא** בית-המשפט העליון קבע כי בעת הערכת הפיצוי בגין אובדן הכנסה עתידית יש להתעלם מנתונים סטטיסטיים המעידים על הכנסת הניזוקה כגון מקום המגורים, לאום ומגדר אפילו שהם רלבנטיים וזמינים ללא עלות. נקבע כי למרות שנתונים אלו מגבירים את

⁸ הקיצור בתוחלת החיים הוא ראש נזק לא ממוני נפרד מראשי נזק אחרים, אשר אמור להיות מחושב לפי משך החיים שקורו. ראו עניין **אגבכה**, לעיל ה"ש 7. לביקורת על העדר עקביות באופן חישוב הפיצוי ראו רונן פרי "על חוסר העקביות בפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים" **עלי משפט** ד 151 (2005). לדיון בטעות סטטיסטית ביחס לאופן חישוב הקיצור בתוחלת החיים ראו עומר פלד "חישוב הנזק בתנאי אי-ודאות – התאמת הנתון הסטטיסטי למטרותיהם של דיני הניזוקין" **עיוני משפט** לט 147, 170-173 (2016).

⁹ ראו לעיל, ה"ש 5.
¹⁰ למשל בענין **סודה**, לעיל ה"ש 6 בעמ' 598-600 בית-המשפט קבע כי ריבית ההיוון היא 3%. בערעורים מאוחרים שהגיעו לפתחו של בית-המשפט העליון המערערים טענו שיש לשנות את ריבית ההיוון, אולם בית-המשפט סרב לסטות מהחזקה.

¹¹ הנתונים הסטטיסטיים משמשים בעיקר לחישוב הפגיעה בהשתכרות של קטין, תוחלת החיים ותוחלת חיי ההשתכרות. בדרך כלל בתי-המשפט עושים שימוש בנתון הממוצע (המשוקלל) באוכלוסייה. קיימות הצעות למנגנונים שונים לחישוב כושר ההשתכרות של קטנים. ראו למשל, Lawrence M. Spizman & John Kane, *Loss of Future Income in the Case of Personal Injury of a Child: Parental Influence on a Child's Future Earnings*, 5 J. FORENSIC ECON. 159 (1992). בפועל בתי-המשפט עושים שימוש בטבלאות שכר כדי לחשב את אובדן ההשתכרות של קטנים. ראו *United States v. Merrill v. Albany Med. Ctr. ; Bedonie*, 317 F. Supp. 2d 1285, 1318-1320 (D. Utah 2004). *Hosp.*, 126 A.D.2d 66 (N.Y. App. Div. 3d Dept. 1987). לדיון במידת ההתאמה של הממוצע המשוקלל כמדד לחישוב הנזק במצבים של אי-ודאות, ראו פלד, לעיל ה"ש 8, עמ' 175-185; Omer Y. Pelled, *All-or-Nothing, or Something – Proportional Liability in Private Law*, 22 Theor. Inq. L. 159, 169-171, 173-178 (2020). ביחס לחישוב הקיצור בתוחלת החיים יש להביא בחשבון גם את ההשפעה של שינויים טכנולוגיים על תוחלת החיים הממוצעת בחברה. בתי המשפט ככלל נעזרים בנתונים הרשמיים של המדינה אשר קובעים את תוחלת החיים בלידה לפי התפלגות גילאי התמותה בהינתן רמת הטכנולוגיה הנוכחית, ולא לוקחת בחשבון את הצפי להתארכות בתוחלת החיים. לדוגמה, אם בית המשפט היה בוחן את תוחלת החיים של ניזוק ב-1970, הוא היה קובע כי הניזוק צפוי להגיע לגיל 72 בממוצע, למרות שבפועל בשנת 2020 ידוע כי אנשים שנולדו בשנות ה-70 בישראל צפויים לעבור בממוצע את גיל 80.

הדיוק בהערכת הנזק ועלות הערכתם אפסית, אין להתחשב בהם מאחר שהם מנציחים פערים חברתיים אשר נובעים מהפליה. לא פחות חמורה מכך היא העובדה שהתחשבות בנתונים אלו אף יוצרת עיוות בהרתעה, באופן שעלול לתמרץ מזיקים בכח במיוחד לסכן אנשים מקבוצות אשר סובלות מהפליה בשכר.¹²

הלכת אבו חנא הינה מהפכנית ומזמינה אותנו לחשוב מחדש על אופן חישוב הפיצויים בדיני הנזיקין. במאמר זה אנו נענים להזמנה וטוענים שבית המשפט העליון לא הלך רחוק מספיק. אנו בוחנים באופן שיטתי מאילו נתונים נוספים של הניזוק כדאי אולי שביית-המשפט יתעלם, למרות שהם רלבנטיים וזמינים בעלות נמוכה.¹³ כך למשל, בפרשת אבו חנא בית-המשפט הפחית מהפיצויים שפסק לתובעת בשל העובדה שלתובעת היתה מוגבלות קודמת בעיניה, וזאת על אף העובדה שממש כמו בהקשר של לאום, מגדר ומקום מגוריו של קטין, מדובר במאפיין מולד, ושהפחתת פיצויים בגינו, כפי שנראה, מנציחה פערים חברתיים ומעוותת את ההרתעה.¹⁴ האם מדובר בשגגה של בית-המשפט העליון? ואם כן, האם המשמעות היא שעל בתי-המשפט לחדול מלהפחית את הפיצויים בשל מוגבלות קודמת, דבר שהם עשו, אולי, במשך אלפי שנים?

אך שאלת היחס הנכון למידע שקדם לתאונה מהווה רק חלק מן התמונה. כידוע, חלק גדול מהמידע שדרוש לשם פיצוי מלא ומדויק של הניזוק לא זמין סמוך לאחר התאונה, אלא צפוי להתגלות מאוחר יותר לאורך חייו של הניזוק. מאחר שניהול המשפט יכול לארוך זמן רב, במקרים לא מעטים מתגלה במהלך המשפט מידע חדש אשר עשוי להשפיע על חישוב הנזק שנגרם בעקבות התאונה. כך למשל, הניזוק עשוי לגלות שנים לאחר התאונה (אך טרם מתן פסק הדין) כי כתוצאה מהחמרה במצבו הרפואי הפציעה ממנה סבל מגבילה את כושר ההשתכרות שלו או דורשת טיפול רפואי, במידה העולה על מה שניתן היה להעריך בסמוך לאחר התאונה.¹⁵ במקרים אלו הפיצויים להם יהיה זכאי הניזוק (הוצאות רפואיות, הוצאות סיעוד ואובדן כושר השתכרות, וכדומה) עשויים להיות גבוהים יותר ממה שהיה נפסק אילו המשפט היה מסתיים סמוך יותר למועד התאונה.¹⁶

¹² ראו Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 Yale L. J. 82, 97-108 (2011). פורת סבור שמאחר שבשלב קביעת הסטנדרט בתי-המשפט מעריכים את הנזק לעניים באופן זהה לנזק שנגרם לעשירים, קיימת בעיה של חוסר-הלימה בין אופן קביעת סטנדרט ההתנהגות ודרך חישוב הפיצויים. בעיה זו גורמת לכך שעל אף שהסטנדרט זהה, ההרתעה שונה, ולכן מזיקים משקיעים פחות במניעת תאונות גוף לאנשים ששכרם נמוך. זהו אחד השיקולים אשר הביאו את בית-המשפט בע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005) (להלן: ענין אבו חנא) לקבוע כי יש להעניק פיצוי אחיד לכלל הקטינים, אשר מבוסס על השכר הממוצע במשק.

¹³ המאמר עוסק בהתעלמות מנתונים כאמצעי לקידום המטרות של דיני הנזיקין, ובעיקר צדק מתקן, הרתעה ושוויון. קיימים שיקולי מדיניות אשר קוראים להתעלם מנתונים מסוימים ככלי לקידום מטרות חיצוניות לדיני הנזיקין. לדוגמה, בפסיקה קיים דיון ביחס לשאלה אם יש להתחשב במסגרת חישוב הפיצוי בהכנסה שלא דווחה למס. ראו לדוגמה ע"א 2320-09 פלוני נ' פלוני, פס"י (נבו 14.4.2011). מדובר בשיקול חיצוני למטרות של דיני הנזיקין, ולכן אנחנו לא עוסקים בסוגיה כאן.

¹⁴ ראו אביחי דורפמן "של מי האובדן הזה לעזאזל? צדק ומוגבלות בדיני הנזיקין" ספר ריבלין.

¹⁵ ראו ענין ברדה, לעיל ה"ש 2. כן ראו להלן ה"ש 33 וטקסט נלווה.

¹⁶ לכאורה, ניתן היה לדמיין עולם שבו בתי-המשפט היו מעריכים בסוף חייו של הניזוק את הפיצוי המלא והמדויק

במקרים אחרים, הניזוק עלול (שוב, לאחר התאונה אך לפני מתן פסק הדין) לחלות במחלה ממארת או להיפגע בתאונה קשה נוספת, אשר אינן קשורות לתאונה המקורית, ואשר עלולות לגרום לנכות קשה, להוביל למותו או "לבלוע" בדרך אחרת את נזקי התאונה העולתית המקורית.¹⁷ במקרה זה, הפיצויים להם יהיה זכאי הניזוק בשל התאונה העולתית הראשונה עשויים להיות דווקא נמוכים יותר מהפיצויים שהיו נפסקים אילו המשפט היה מסתיים סמוך יותר למועד התאונה משום שהם יהיו מוגבלים רק לפרק הזמן שבין התאונה ובין האירוע המאוחר ש"בלע" את הנזק.

מעבר לשאלה בדבר מהות הנתונים אותם על בית המשפט להביא בחשבון (נתונים בדבר מוגבלות קודמת, נתונים בדבר מוגבלות מאוחרת וכדומה) קיימת גם שאלה מרכזית נוספת הקשורה לשאלות אלו והיא - מהו המועד הנכון אשר ביחס אליו על בית-המשפט להעריך את נזקו של התובע. במילים אחרות, באיזה מועד על בית המשפט "להקפיא את התמונה" באשר למצבו של הניזוק ולפסוק לפיו פיצויים? האם בעת קרות התאונה? ואולי בכל מועד אחר מקרות התאונה ועד לפני מתן פסק הדין? ואולי בכלל אין להקפיא את התמונה אלא יש להעריך את הנזק באופן מתמשך לאורך חייו של הניזוק, אף לאחר שניתן פסק הדין?

במאמר זה נחשוף את הקשר בין שתי השאלות הנ"ל ונדרון למעשה במהות הנתונים בהם על בתי-המשפט להשתמש בבואם לחשב את הנזק וזאת בהינתן המועד בו הוקפאה התמונה. האם עליהם להביא בחשבון נכות הקודמת של הקורבן ולהפחית בגינה פיצויים (כפי שבית-המשפט העליון עשה מאז ומעולם כולל בפרשת אבו חנא)? האם עליהם לברר אם זו נגרמה כתוצאה מתאונה עולתית או שמא בדרך הטבע? באילו נתונים סטטיסטיים בדיוק על בתי-המשפט להשתמש כדי להגשים את מטרות דיני הניזוקין? למשל, האם בבואם לפסוק פיצויים לאנשים ללא נכות מוקדמת עליהם להשתמש בטבלאות נתונים (שכר, תוחלת חיי עבודה או תוחלת חיים) המביאות בחשבון את כלל האוכלוסייה (כפי שהם עושים כיום, ולעיתים תוך הבחנה בין גברים ונשים) או שמא עליהם להשתמש בטבלאות נתונים המביאות בחשבון רק את נתוניהם של האנשים ללא נכות קודמת (טבלאות אשר למיטב ידיעתנו אינן בשימוש על ידי בתי-המשפט וספק אם בכלל הן קיימות).¹⁸

כפי שנראה בהמשך, בתי-המשפט לא ערכו דיון אנליטי ומסודר בשאלות אלו, והתוצאה היא שפעמים רבות פסיקת בתי-המשפט ביחס לסוגיות אלה מסתמכת בצורה לא קוהרנטית

בגין הנזקים שנשא ממועד התאונה. אולם בפועל אפילו אם בתי-המשפט היו ממתנים לסוף חייו של הניזוק ופוסקים את הפיצוי לעבר בלבד, עדין היתה קיימת אי-ודאות לגבי הנזק. חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות ובגין הקיצור בתוחלת החיים, לדוגמה, מחייבים את בית-המשפט לקבוע מה היה שכרו של הניזוק, ומה היתה תוחלת החיים הצפויה שלו אלמלא התאונה. מאחר שמדובר במצב עולם שלא התממש, נתונים אלו תמיד יתבססו על ראיות חלקיות. ראו ע"א 2061/90 מרצ'לי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 822, 802 (1993); פלד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149.

ראו להלן, ה"ש 42 וטקסט גלווה.

נראה כי יש שופטים שערים לקושי. ראו, לדוגמה, ת"א (שלום תל-אביב) 36190-05-13 פלוני נ' עדי אבו קוידר, פס' 57 (נבו 05.08.2018), שם השופט מתייחס לכך שחישוב הקיצור בתוחלת החיים מחייבת את בית המשפט למעשה לשתי חוות דעת – חוות דעת רפואית אשר תעריך את משך חייו הצפוי לניזוק, וכן חוות דעת סטטיסטית אשר תעריך את תוחלת החיים הכללית באוכלוסייה, בניכוי ההשפעה של אנשים אשר סובלים מפגיעה דומה לזו של התובע.

17

18

על נתונים סטטיסטיים. היעדרה של *קוהרנטיות סטטיסטית* בפסיקת בתי-המשפט עומדת בסתירה למטרות הספציפיות של דיני הנזיקין כמו גם למטרות הכלליות של כל מערכת משפט וצדק.¹⁹

לשם המחשת חשיבות מועד הקפאת התמונה חישבו על הדוגמה הבאה –

דוגמה 1 – מוות מאוחר לאירוע הרשלני – דינה הרופאה התרשלה באבחון מחלה ממנה סבל שמעון וכתוצאה מכך ניתן לשמעון טיפול לא מתאים שגרם לו לנזק. שנתיים לאחר התאונה שמעון טבע בים. אירוע הטביעה של שמעון אינו קשור סיבתית לטיפול הרשלני שניתן לו. כיצד על בית-המשפט לחשב את הפיצוי בגין הרשלנות הרפואית?²⁰

לכאורה, אופן חישוב הנזק שדינה גרמה לשמעון בדין הישראלי ברור. דינה אחראית בגין הפגיעה בהשתכרות, ובגין ההוצאות הרפואיות והכאב והסבל שנגרמו לשמעון ממועד התאונה ורק עד מותו, שנתיים לאחר מכן, כתוצאה מהטביעה בים.²¹ אולם, למרות שאופן חישוב הנזק ברור לכאורה, הפיצוי שדינה תשלם תידרש לשלם לשמעון עשוי להשתנות כתוצאה מנתונים שרירותיים, או גרוע מכך כתוצאה מהתנהגות אסטרטגית של הצדדים למשפט, אשר אינם קשורים להתנהגות העוולתית המקורית של דינה או לנזק שנגרם לשמעון.²²

כך למשל, משעה שניתן פסק דין חלוט הצדדים לא יוכלו לפתוח את ההליך מחדש, וככל שבית המשפט נתן פסק דין טרם חלפו שנים, לא תהיה לו הזדמנות להתחשב באירוע המוות המאוחר.²³ על כן, מכיוון שמועד "הקפאת התמונה" הינו סיום ההליך המשפטי וזה הסתיים תוך פחות משנתיים הפיצוי שיוטל על דינה יהיה גבוה ביחס למצב שבו ההליך המשפטי התארך, שאז סכום הפיצוי היה מופחת משמעותית כתוצאה ממות התובע. כלומר, הימשכות ההליך המשפטי עלולה להשפיע על גובה הפיצוי שיפסק.

הבעייתיות באופן פסיקת הפיצוי אף בולטת יותר במקרה של הגשת ערעור. בענין **טויטו נ' כמאל** נקבע כי אם הניזוק נפטר לאחר מתן פסק הדין ותוך שנשמעים הליכי הערעור, על בית-המשפט של ערכאת הערעור להפחית את הפיצוי שנפסק בגין נזק עתידי.²⁴ על פניה

¹⁹ בית-המשפט העליון עמד על כך שהסיבה שתחשיב פיצוי על בסיס חשבונות מפורטים של ראשי נזק עדיף על פני פיצוי גלובלי היא הימנעות מקביעה שרירותית של פיצוי. ראו ע"א 629-70 סקירה נ' **אוניקו רויטמן, חברה קבלנית בע"מ**, פ"ד כה(2) 299, 303 (1971)

²⁰ המקרה מבוסס על התביעה של אמיר פרישר גוטמן נגד המרכז הרפואי תל אביב. ראו ת"א (מחוזי תל-אביב) 10467-07-17 **עירובן פרישר גוטמן נ' המרכז הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי** (נבו 02.08.2018).

²¹ ראו להלן, ה"ש 51-38, וטקסט נלווה.

²² אופן חישוב הנזק יכול לגרום לעיוותים שונים בהתנהגות של הצדדים עובר לתאונה ועד להשלמת המשפט. לדוגמה, דינה יכולה לבקש לדחות את סיום המשפט, בתקווה שאירוע נוסף בחייו של שמעון יגרום להפחתה בנזקיו. שמעון, מנגד, עלול להשקיע מעט בשיקום נזקיו מאחר שפעולת שיקום מוצלחת תפגע בסכום הפיצוי שהוא עתיד לקבל. לדיון ראו להלן טקסט נלווה להערות שוליים 72-76.

²³ לאחר שניתן פסק דין חלוט, ככלל לא ניתן לפתוח מחדש את ההליך בהתאם לכלל מעשה בית-דין. ראו ע"א 5610/93 **זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון**, פ"ד נא(1) 68, 97 (1997) (להלן: ענין זלסקי).

²⁴ ע"א 597/89 **טויטו נ' כמאל**, פ"ד מז(2) 874, 879-880 (1993) (להלן: ענין טויטו). פסק הדין עוסק בפרשנות

התוצאה משונה – אם הנתבע או התובע החליטו לערער על קביעה מסוימת של הערכאה הדינונית, ושנה לאחר הגשת הערעור הניזוק נפטר, אף אם מסיבה שאינה קשורה לתאונה, בית-המשפט של ערכאת הערעור יעדכן, לרוב יפחית, את הפיצוי. אולם, אם לא הוגש ערעור, אך באותו מועד בדיוק הניזוק נפטר מאותה סיבה – הפיצוי יותר זהה.²⁵ יתר על כן, קיים עיוות גם במצב ההפוך שבו הוגש ערעור ובעת מתן ההכרעה בערעור, לעיתים שנים לאחר הגשתו, הקורבן נותר בחיים. במצב זה בית-המשפט לא יגדיל את הפיצויים לקורבן, על אף שתוחלת החיים המעודכנת שלו, מעצם הישארותו בחיים, גבוהה יותר מזו שחושבה בעת פסיקת הפיצויים על ידי הערכאה הדינונית. ולבסוף, אם הקורבן לא רק נותר בחיים אלא שמצבו הוחמר כך שהטיפול בו יקר יותר ממה שהוערך בזמן המשפט, בית-המשפט של ערכאת הערעור לא יתיר לצדדים לתמוך זאת בראיות ולתובע לא יתאפשר להגדיל את הפיצוי.²⁶

נשאלת אם כן השאלה, מהם המועדים בהם (ומהם הנתונים אשר כלפיהם) על בית-המשפט לעצום את עיניו ולהתעלם ממידע חדש שמגיע. האמנם עליו בשלב הערעור להתעלם ממידע מגדיל פיצוי על הקורבן (כגון שנותר בחיים), ולהביא בחשבון רק מידע שמוכיל להפחתה בפיצוי (כגון שהקורבן נפטר)?

חוסר העקביות של בתי המשפט בחישוב הפיצויים (הן בהיבט מהות הנתונים אותם יש להביא בחשבון והן בהיבט המועד בו על בית-המשפט להביא אותם בחשבון) אינו רק מביא לשרירותיות, אלא אף להטיה שיטתית נגד תובעים ועל כן פוגע פגיעה נוספת במטרות

לתקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, אשר קבעה כי אין להביא ראייה נוספת בשלב הערעור אלא באישור בית המשפט. בית המשפט קבע כי ניתן להביא ראייה נוספת רק אם היא שומטת את הקרקע מתחת להערכת הנזק של הערכאה הדינונית, וכי מוות מאוחר למתן פסק הדין הוא מקרה כזה. השופט אור קבע כי ראיות אחרות לא מקיימות את החריג, ולכן הן אסורות להצגה בערעור אפילו אם הן שוללות הנחות שעמדו בבסיס החישוב.

²⁵ במרבית פסקי-הדין נפסק פיצוי חד פעמי, בהתאם לאומדן של נזקי העבר והנזקים לעתיד. לעיתים בית-המשפט עשוי לפסוק לניזוק פיצוי עיתי, הניתן לתקופה קצובה, ומחייב את הניזוק לשוב לבית-המשפט להערכת הנזק לאחר תקופה מסוימת. במקרים בהם נפסק פיצוי עיתי, מות הניזוק יביא להפסקת התשלומים בגין הנזקים הרלוונטיים כגון הוצאות רפואיות, עזרת הזולת והוצאות סיעוד. הסמכות לפסוק פיצוי עיתי בתביעות מכוח פקודת הניזוקין היא יציר פסיקה ונעשה בה שימוש רק במקרים נדירים. ראו ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ', פ"ד מז(2) 718 (1993) (להלן: ענין מוסקוביץ'). במקרים של תאונות דרכים, סעיף 6 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 הסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות את המקרים בהם לבית-המשפט מוקנית הסמכות לפסוק פיצוי עיתי. בתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), תשל"ח-1978 נקבע כי בית-המשפט רשאי לפסוק פיצוי עיתי אם הנכות בעקבות התאונה עולה על 40%, אם הפיצוי משמש כמקור הכנסתו המרכזי של התובע או אם התובע נפטר והפיצוי ניתן לתלויים. נראה ששתי החלופות הראשונות מתמקדות בחומרת הפגיעה ולא במידת אי-הודאות הכרוכה בפסיקת פיצוי חד פעמי. לעומת זאת, ביחס לפיצוי לתלויים הפיצוי העתי מוענק לאלמן/ה עד שיינשא מחדש, ולכן פיצוי עתי מאפשר לפתור את הקושי להעריך אם ומתי זה בן הזוג של הקורבן יינשא מחדש. כמובן שפסיקת פיצוי עתי במצבים אלו מעוותת את התמריצים של האלמן או האלמנה להינשא מחדש לאחר התאונה. ככלל, פיצוי לפי המידע שהתגבש בפועל, ונמצא בשליטתו של התובע משפיע באופן שלילי על התמריצים שלו. ראו להלן פרק 1.4.

²⁶ ראו ע"א 1197/20 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול) (נבו) 16.11.2021.

המוצהרות שדיני הנזיקין נועדו לשרת.²⁷

כך למשל, מטרת השבת המצב של הנזוק לקדמותו תוביל את בתי-המשפט לשימוש נרחב ככל הניתן בראיות אישיות (ולא סטטיסטיות) ולקבלתן עד למועד כמה שיותר מאוחר, באופן שיקרב את הפיצוי שנפסק לנזק הקונקרטי שנגרם לניזוק בפועל.²⁸ כדי להגשים מטרה זו ניתן לחשוב על משטר משפטי שבו בתי-המשפט פוסקים פיצוי מדויק עד כמה שניתן, דהיינו כזה הצופה פני עבר בלבד, לדוגמה באמצעות מנגנון של פיצוי עיתי.²⁹ מטרת ההרתעה היעילה, מנגד, לא מחייבת תמיד פיצוי מדויק לכל ניזוק, אלא רק פיצוי השווה לנזק של הנזוק הממוצע. גם כאשר בית-המשפט מתעלם מהנסיבות האינדיבידואליות של הנזוק ומעדכונים מאוחרים באשר למצבו הרפואי, ומעניק פיצוי על בסיס הנזק הממוצע שהיה צפוי להתגבש בהתאם למידע שהיה זמין סמוך לקרות התאונה, הפיצוי ייצור הרתעה אופטימאלית. היתרון בגישה זו הוא לא רק בכך שלא נוצרת הטיה שיטתית בהרתעה אלא גם, שבניגוד לפסיקת פיצוי מדויק, פיצוי ממוצע מפחית עלויות אדמיניסטרטיביות, מאחר שהוא דורש איסוף מצומצם יותר של ראיות על פני תקופה קצרה יותר באופן יחסי. נוסף על כך, פסיקת פיצוי לפי הנזק שניתן היה להעריך סמוך לאחר מועד התאונה ובהתעלם מנסיבות מאוחרות, מעודדת את הנזוק להשתקם מהר ובכך להפחית את נזקיו באופן אופטימאלי. לעומת זאת, פסיקה אשר מתבססת על מידע שיתגלה לאחר התאונה עשויה להוביל את הנזוק להתמהמה בצמצום נזקיו כדי לא "לפגוע" בגובה הפיצוי שהוא צפוי לקבל, התמהמהות שאינה רצויה מבחינה חברתית.³⁰

²⁷ לדיון ביחס בין המטרות של דיני הנזיקין והבחירה של הנתון הסטטיסטי בבסיס תחשיב הפיצוי ראו פלד, לעיל ה"ש 8.

²⁸ מטרת השבת המצב לקדמותו, על-פי גישת הצדק המתקן, מתמקדת בתיקון הפגיעה בזכויות של הנזוק שנגרמה על-ידי המזיק. הפיצוי צריך להביא את הנזוק הקונקרטי למקום שבו היה נמצא אילו לא נפגעו זכויותיו. שיעור הנזק צריך לשקף מטרה זו בלבד, ולא להביא בחשבון שיקולים חיצוניים, כגון שיקולים חלוקתיים או שיקולי הרתעה. ראו ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 70–71 (2012) (להלן: WEINRIB); ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE 87–98 (2012); (- THE IDEA OF PRIVATE LAW (להלן: WEINRIB – CORRECTIVE JUSTICE, 36 (WEINRIB – CORRECTIVE JUSTICE); Ernest J. Weinrib, *Causal Uncertainty*, 135 (2016) OXFORD J. LEGAL STUD. (להלן: WEINRIB – *Causal Uncertainty*). היצמדות לעקרון השבת המצב לקדמותו, תוך התעלמות מכוונת משיקולים חיצוניים, מחייבת פיצוי לפי ההפסד הסביר ביותר, בהתבסס על כלל הנתונים הזמינים ביחס לניזוק.

²⁹ לדיון על פיצוי עיתי, ראו לעיל ה"ש 25; ריבלין, לעיל ה"ש 01, בעמ' 779-806. אפשרות אחרת היא להמתין לסוף חייו של הנזוק, ורק אז לאמוד את הנזק. זה לכאורה המנגנון שמדייק את הפיצוי בצורה הטובה ביותר, אולם מונע מהניזוק את האפשרות לעשות שימוש בפיצוי כדי להיטיב את נזקיו.

³⁰ העיוות שיוצרים הפיצויים כפול – ראשית, הפיצוי מפחית את התמריצים של הנזוק להפחית את נזקיו, שכן כל מאמץ כזה פועל להקטנת הפיצוי שיקבל, ולכן לא משרת את הנזוק. כך פיצוי עבור פגיעה בכושר ההכנסה של הנזוק פוגע בתמריצים של הנזוק למצוא עבודה בשכר גבוה יותר. לכך מצטרף עיוות ראיתי - הותרת הנזקים כמו שהם מגדילה את הראיות שניתן להציג ביחס לנזק בבית-המשפט. לדיון על העיוות שנוצר עקב הצורך להמציא ראיות בהליך משפטי, ראו Alex Stein & Gideon Parchomovsky, *The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior*, 124 Harv. L. Rev. 518 (2011) מתמודדים, באופן חלקי, עם הפגיעה בתמריצים של הנזוק באמצעות נטל הקטנת הנזק. ראו ע"א 544/10 פלונית נ' עיריית כפר קאסם (נבו 12.03.2013) (בית-המשפט העליון קבע כי יש להפחית את הפיצוי לנפגעת

לבסוף, בעבור אלו הסוברים כי על דיני הנזיקין להביא בחשבון שיקולים של שוויון בפסיקת הפיצוי, הגשמת מטרה זו מחייבת לעיתים גם היא כי בתי-המשפט יתעלמו ממאפיינים של הנזיק מושם שהבאתם בחשבון בפיצוי הנזיקי צפויה להנציח פערים חברתיים, ואף לעודד הסטה של סיכונים כלפי אוכלוסיות מוחלשות.³¹ כפי שראינו, בפרשת אבו חנא נטען כי קידום השוויון מצדיק התעלמות מנתונים הנוגעים למין, לאום הנזוקה הקטינה כמו גם ממקום מגוריה בעת הערכת הנזק, על אף שנתונים אלו עשויים לנבא, למרכה הצער, על השתכרותה הפוטנציאלית של הנזוקה בצורה יותר מדויקת עובדתית.³² כל שלוש המטרות – השבת המצב לקדמותו, הרתעה יעילה ושוויון (אשר בנסיבות מסוימות מכונה בפסיקה הישראלית צדק חלוקתי) – משפיעות על אופן חישוב הפיצויים. אולם, בין המטרות קיים מתח פנימי – מטרת השבת המצב לקדמותו, ככלי אפשרי להגשמת צדק מתקן, מבקשת לעשות שימוש בכלל הנתונים המעודכנים כדי לקרב את הפיצוי לנזק שנגרם לניזוק הקונקרטי,³³ בעוד שהמטרות האחרות מחייבות לעיתים דווקא להתעלם מנתונים מסוימים, אפילו אם הם רלבנטיים וזמינים בעלות נמוכה, וקל וחומר אם הם זמינים בעלות גבוהה.

בפועל, בתי-המשפט בישראל מתחשבים בנתונים מסוימים בחלק מהמקרים, ומתעלמים מהם במקרים אחרים באופן הנעדר קוהרנטיות סטטיסטית ואשר פוגע בהגשמת המטרות של דיני הפיצויים. הפיצוי של שמעון בדוגמה 1 ממחיש זאת היטב. נניח כי בעקבות הטיפול הרשלני שמעון נזקק לסיעוד והוצאות רפואיות בעלות של 100,000 שקלים בשנה.³⁴ אירוע הטביעה שנתיים לאחר התאונה בלע את הנזק שנגרם לשמעון כתוצאה מהטיפול הרשלני,

הסובלת מהפרעת דחק פוסט טראומטית ודיכאון עם תסמינים פסיכויים עקב הסירוב של הנזוקה והאפורופוס שמונה לה, להתאשפז במוסד טיפול מתאים). נטל הקטנת הנזק לא יכול ליצור תמריצים לניזוק להפחית את נזקיו אם האמצעים להפחתת הנזק אינם ניתנים להערכה על ידי בית-המשפט, ולכן חובה זו מביאה להפחתת הפיצוי רק במקרים חריגים.

³¹ הטענה היא שמזיקים אשר מודעים להבדל בגובה הפיצוי יסיטו תאונות מניזוקים שהפיצוי שניתן להם גבוה אל עבר ניזוקים בכוח שהפיצוי שייפסק להם נמוך. ראו Ronen Avraham & Kim Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661, 687-8 (2017). במאמר הכותבים מציגים מסמך הבהרה מודלף של חברת Wal-Mart המדגישה את החשיבות בהעסקת עובדים בריאים והימנעות מהעסקת עובדים הסובלים מהשמנת יתר, בראי העלויות הגבוהות הכרוכות בתשלומי הביטוח הבריאותי של העובדים הללו. ראו עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 12.

³² למרות שיש יותר מגישת צדק מתקן אחת, המשותף לכולן היא שאיפה להשיב לניזוק את הגריעה העוללתית מהזכות שלו במועד התאונה, במנותק מהשפעות חיצוניות למערכת היחסים בין המזיק והניזוק. ניתן לחשוב על שתי גישות לחישוב הנזק ביחס לכך. לפי גישה אחת, הגריעה של הנכות נוגעת לחסרון הכיס של הנזוק בפועל לאורך חייו. על פי הגישה החלופית, יש לבחון את הגריעה מהזכות במועד התאונה בלבד, שכן כל תוצאה שהתרחשה לאחר מכן מערכת בהכרח נתונים שחורגים ממערכת היחסים של המזיק והניזוק. ראו דיון להלן בסמוך לה"ש 64-67.

³³ הפיצוי בגין הוצאות רפואיות מוגבל במידה רבה, מאחר ששיעור ניכר מהטיפולים הרפואיים מכוסה בסל הבריאות, ולכן ההוצאה מסובסדת ברובה על ידי קופות החולים. מאחר שתביעות רבות לפיצוי בגין נזקי גוף מוגשות לאחר תאונת דרכים, חברות הביטוח נדרשות להעביר שיעור מסוים מפרמיית הביטוח שהן גובות בגין ביטוח החובה לקופות החולים. ראו רע"א 1001/11 אילון חברה לביטוח בע"מ נ' שירותי בריאות כללית (נבו), 18.7.2011). הוצאות הסיעוד, לעומת זאת, משולמות ככלל מכיסו של המטופל. בית-המשפט העליון קבע חזקה עובדתית ביחס לעלות של שירותי סיעוד לניזוק אשר סובל מנכות מלאה. ראו לעיל, ה"ש 5.

31

32

33

34

ולכן סך כל ההוצאות שהוא נדרש להוציא עבור סיעוד וטיפול רפואי כתוצאה מהטיפול הרשלני בו עומדות על 200,000 שקלים בלבד. אולם, אם ההליך המשפטי יסתיים לפני אירוע הטביעה, שמעון יקבל פיצוי גבוה משמעותית מנזקו בפועל. כלומר, העיקרון לפיו תוחלת החיים של הניזוק מחושבת במועד המשפט (מועד "הקפאת התמונה") עשויה להוביל לפיצוי גבוה מהנזק שהתממש בפועל.³⁵ מנגד, כפי שנראה בהמשך בפירוט, בהיבט מטרות ההרתעה היעילה התחשבות במותו של הניזוק במהלך המשפט עלולה דווקא להוביל לפסיקת פיצוי נמוך מדי.

יתר על כן, כפי שנראה, לא רק המועד אשר לגביו מחושבים הפיצויים אלא גם אופן חישובם (דהיינו מהות הנתונים העומדים בפניו בתי-המשפט) בעייתי מאוד. כך למשל, במרבית המקרים של חישוב תוחלת החיים הניזוק יפוצה בחסר. מדוע? משום שבתי-המשפט משתמשים במועד מתן פסק הדין בטבלאות תוחלת החיים בצורה שאינה קוהרנטית – הם נותנים משקל מלא למידע שלילי אשר מלמד על תוחלת חיים קצרה מהממוצע, אולם לא נותנים משקל מלא למידע המלמד על כך שלניזוק תוחלת חיים ארוכה מהממוצע, וכתוצאה מכך מעניקים למרבית הניזוקים (אלו ללא נכות או מחלה מוקדמים) פיצויים נמוכים מהנזק הממוצע שנגרם להם. מכאן שהפיצויים שבתי-המשפט מעניקים בפועל אף אינם מתיישבים עם מטרת השבת המצב לקדמותו. וחשוב לא פחות, מובילים להרתעת חסר.

נסכם. במאמר זה נראה כי לא קיימת במשפט הישראלי אחידות מושגית באופן פסיקת הפיצויים. הבעיה הראשונה היא כי מועד "הקפאת התמונה" אינו אחיד. לעיתים הנזק מחושב ביחס למה שהיה ידוע סמוך למועד התאונה, לעיתים על פי הידוע במועד המשפט ובמקרים נוספים אף לפי מועד מאוחר למשפט. הבעיה השנייה היא שאין אחידות בפסיקה לגבי מהות הנתונים שיש לקחת בחשבון בעת חישוב הנזק. קיימים מקרים בהם בתי-המשפט עושים שימוש בנתונים אישיים, לצד מקרים אחרים בהם אותם נתונים לא נלקחים בחשבון. אנו נראה כי במצבים אלו הפיצוי אינו צודק מאחר שהוא מושפע מגורמים שאינם קשורים למזיק, לניזוק או לנזק עצמו. בנוסף, השימוש בנתונים אישיים לצד נתונים סטטיסטיים שונים מוביל לטעויות נשנות ביישומם של הנתונים הסטטיסטיים באופן שפוגם במטרת השבת המצב לקדמותו ובמטרת ההרתעה. עוד נראה כי ההצדקות להתעלמות מנתונים מסוימים בחלק מהמקרים, מחייבות כי בתי-המשפט יתעלמו מאותם נתונים גם ביתר המקרים. כך, בדוגמה של דינה ושמעון אנו נטען, וזו טענה מהפכנית, כי היה עדיף שבית-המשפט יתעלם בעת חישוב הנזק עובר לתום הערעור ממידע שלילי שמוביל להקטנת הנזק (אירוע הטביעה שהתרחש במהלך שמיעת הערעור) כשם שהוא מתעלם ממידע חיובי אשר מוביל להגדלת הנזק (עצם העובדה שהקורבן עדין בחיים).³⁶

זאת ועוד, כשם שלדעתנו על בתי-המשפט להתעלם מנזקים מאוחרים שבלעו את התאונה המקורית, כך עליהם להתעלם גם מנזקים מאוחרים שנבלעו בתאונה המקורית. חישובו למשל

³⁵ כמובן שבאותה מידה (בדיוק) הפיצוי לפי תוחלת החיים הממוצעת במועד המשפט מביאה לפיצוי חסר של הניזוק. אם הממוצע מדויק, המקרים בהם בפועל תוחלת החיים היתה קצרה יותר, ועל כן ניתן פיצוי יתר, זהים במשקלם למקרים בהם בפועל תוחלת החיים של הניזוק היתה ארוכה יותר ממה שהוערך, ועל כן ניתן פיצוי חסר.

³⁶ ראו להלן, פרק 1.

על אדם שנפגע בתאונה והפך למשותק בארבע גפיו, ובתאונה מאוחרת יותר (ואשר אינה קשורה לתאונה הראשונה) נפגע ברגלו, וכף רגלו נכרתה. לשם הפשטות נניח כי במקרה זה, הפגיעה המאוחרת – הכריתה של כף הרגל, נבלעה (לפחות מן הבחינה התפקודית) באופן מלא בתאונה הקודמת – השיתוק בארבעת הגפיים. הדין הנוהג במקרים מסוג זה מביא בחשבון את מצבו של הניזוק במועד התאונה, ועל כן מגיע למסקנה שלניזוק לא נגרם כמעט נזק והוא לא זכאי לפיצוי משמעותי. בעינינו זו תוצאה שאינה ראויה.

לבסוף, ואולי החשוב מכל, הגיונו של הניתוח שלנו מוביל למסקנה כי כשם שעל בתי-המשפט להתעלם ממאפיינים דמוגרפיים של הניזוק כגון גזע, מין וכדומה, כך עליהם להתעלם גם ממוגבלות מוקדמת שלו. אם אנחנו צודקים בטענתנו הרי שמדובר במהפכה של ממש בדיני הנזיקין ויש מקום להרחיב את הלכת **אבו חנא** גם לאנשים עם מוגבלות.

מהלך המאמר יהיה כדלהלן: בפרק 1 נשאל מה המועד הנכון לחישוב הנזק. נראה כי הדין הנוהג אינו עקבי - כאשר מתגלה לאחר התאונה מידע שלילי אודות הנזק באופן שמפחית את הפיצוי, בתי-המשפט נוהגים לבחון את הנזק לפי המידע הזמין במועד מתן פסק הדין. לעומת זאת, כאשר מתגלה מידע חיובי לאחר התאונה שמוביל להגדלת הפיצוי, למשל שמשך חייו הצפוי של הניזוק ארוך יותר ממה שחושב, בתי-המשפט ממעטים להתחשב בו, ומעריכים את הנזק לפי מידע שהיה זמין סמוך לאחר התאונה. התוצאה היא שהפיצוי שרירותי, נוגד עקרונות של צדק, ופוגע בהרתעה היעילה. בעיה זו חמורה אף יותר במקרים בהם המידע התגלה רק בשלב הערעור.

בפרק 2 נבחן את סוג המידע שצריך להילקח בחשבון בשעת חישוב הנזק. נתמקד במקרים בהם הניזוק סבל מנכות קודמת לתאונה העוולתית. נראה כי בתי-המשפט מתחשבים לעיתים במידע אודות נכות קודמת, אולם כאשר הניזוק לא סובל מנכות קודמת בתי-המשפט מתעלמים ממידע זה ואינם מביאים בחשבון את השכר הממוצע של חסרי הנכות אלא של כלל האוכלוסייה (כולל הנכים). כתוצאה מכך הפיצוי שנפסק בהקשרים אלו הוא פיצוי חסר אשר לא משיב במלואו את מצבו של הניזוק לקדמותו ולא פחות חמור מכך מוביל להרתעת חסר.

בפרק 3 נבחן שיקולים נוספים להתעלמות ממידע ביחס לניזוק בשעת התאונה, ובעיקרם שיקולים של שוויון שהוצגו כבסיס לפסק הדין **אבו חנא**. נראה כי פסיקת הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות לפני פסק דין **אבו-חנא** נעדרה קוהרנטיות סטטיסטית, וכי פסק הדין פתר בעיה זו אם כי רק באופן חלקי. אולם, כפי שנראה גם במקרים אלו בתי-המשפט ממשיכים לפעול בחוסר עקביות. לדוגמה, ביחס לניזוק הקטין בתי-המשפט מביאים בחשבון את היכולת האישית של הקטין אם הוא ניחן בכישרון מיוחד, אולם במקרים אחרים, כאשר הקטין לא ניחן בכישרון מיוחד הם מתעלמים מכך בעת פסיקת הפיצוי. גם פרקטיקה זו הינה שרירותית ופוגעת במטרות דיני הנזיקין. בנוסף נראה כי אותה תפיסה אשר קוראת להתעלמות מנתונים דמוגרפיים של ניזוק קטין בעת חישוב הנזק מחייבת כי בית-המשפט יתעלם גם מנכות קודמת של הניזוק. הנימוקים להתעלמות מנתונים דמוגרפיים מתבססים על החשש מהנצחת האפליה כלפי אוכלוסיות מוחלשות, ויצירת תמריצים לנקוט כלפי אוכלוסיות אלה באמצעי זהירות שאינם מספקים. אותה תפיסה מחייבת יחס זהה לניזוקים אשר סובלים מנכות קודמת. במילים אחרות, יש להחיל את פסק דין **אבו חנא** גם על ניזוקים בעלי מוגבלויות, דוגמת התובעת בפרשת **אבו חנא**, אשר בעצמה סבלה ממוגבלות מוקדמת בשתי עיניה ואשר

ממוגבלות זו, למרבה האירוניה, בית-המשפט דווקא לא התעלם והפחית בשלה את הפיצויים.

37

בפרק 4 נסכם את הדיון ונטען כי קיימות הצדקות חזקות להקפאת התמונה דווקא עובר למועד התאונה. עוד נראה כי התעלמות מנתונים קונקרטיים תזיל את עלויות ניהול ההליך, תשפר את ההרתעה, ואף במקרים רבים תקדם את השוויון בין ניזוקים ובין מזיקים. תחת תנאים מסוימים, ההצעה שלנו עשויה לקדם גם צדק מתקן בדיני הניזוקין בצורה טובה יותר מהדין הקיים. כלומר, קיימות הצדקות חזקות לכך שבתי-המשפט ישאפו לצדק עיוור ויתעלמו מחלקים נכבדים ממה שרואות עיניהם בחישוב הפיצויים בגין נזקי גוף.

א. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק לאחר התאונה

בחינת הנזק בשל אירוע עולתי מחייבת את בית-המשפט לאמוד את הפער בין מצבו של הניזוק ממועד התאונה ועד סוף חייו, לעומת מצבו המשוער אלמלא האירוע העולתי. מטבע הדברים, חלוף הזמן עשוי לשפוך אור על יכולת ההשתכרות של הניזוק, ההוצאות הרפואיות להן הוא נזקק בפועל ואף על תוחלת חייו לאחר התאונה. על כן, פיצוי הניזוק אם בצורה עיתית ואם בסוף חייו עבור כל נזקי העבר יתן את התמונה המדויקת ביותר באשר להשלכות התאונה בפועל על חייו של הניזוק. אולם, לבחינת הנזק בדיעבד גם חסרונות, שכן היא מחייבת להמשיך את הקשר בין המזיק והניזוק לתקופה ארוכה ומעמיסה עלויות כבדות על הצדדים. על כן, בתי-המשפט נוהגים "להקפיא" את תמונת הנזק במועד מסוים, ואומדים את הנזק לפי המידע שזמין להם באותו המועד. בחלק זה נראה כי האופן שבו בית-המשפט מקפיא את תמונת הנזק מוביל לפיצוי שרירותי ואף מוטא באופן שאיננו מתיישב עם מטרות דיני הניזוקין.

1. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה בדין הנוהג

ניזוק נפגע בתאונה ונגרם לו נזק גוף. אולם, ההשלכה של נזק הגוף על עתידו של הניזוק תלויה בגורמים רבים, שאינם ידועים במועד התאונה. מהי הדרך הנכונה להתמודדות עם אי הוודאות באשר לגובה הנזק? האם על בית המשפט להתעלם מכל מידע חדש שהגיע לאחר התאונה? האם לחלופין על בית-המשפט לחכות להתגבשות כל הנזקים לפני שהוא פוסק פיצויים? או שאולי מוטב למצוא דרך אמצע?

בענין **ברדה** נדון מקרה של ילד בן 15 אשר נפגע בתאונת דרכים וסבל מפגיעה קשה במוחו.³⁸ הרופאים שטיפלו בו העריכו כי קיים סיכוי של 15% שהניזוק יסבול בעתיד מהתקפי אפילפסיה כתוצאה מהפגיעה, אף כי סמוך לאחר התאונה, ואף בשלב המשפט, הוא לא סבל מהתקפים. ניתן היה להתמודד עם הקושי בהערכת הנזק בשתי דרכים. אפשרות אחת היתה לאמוד את הנזק שצפוי להיגרם לניזוק בעקבות מחלת האפילפסיה, ולהעמיד את הפיצוי על

³⁷ ראו אביחי דורפמן "של מי האובדן הזה לעזאזל? צדק ומוגבלות בדיני הניזוקין" ספר ריבלין.

³⁸ ראו ענין **ברדה**, לעיל ה"ש 2.

15% מסכום זה.³⁹ אפשרות שניה, אותה העדיף השופט ברק בדעת מיעוט בענין **ברדה**,⁴⁰ היתה להמתין לראות אם הניזוק מפתח את ההתקפים אשר ניתן לקשרם לתאונה, ואז להעניק פיצוי נוסף על סכום הפיצוי המקורי במסגרת פיצוי עתי, שינתן במסגרת הליך שיפוטי נוסף.⁴¹ לעיתים, אירועים מאוחרים לתאונה עשויים להביא דווקא להפחתה של סכום הפיצוי המקורי ולא להגדלתו. כך למשל, במקרים של פציעה קשה, כמו אצל נפגעי מוח וקוורדופלגים, חלק משמעותי מהפיצוי משתלם בגין הוצאות סיעוד והוצאות רפואיות. אם הניזוק נפטר לאחר תקופה קצרה, הצורך שלו בהוצאות סיעוד והוצאות רפואיות פוסק, ולכן מות הניזוק בתקופה שלאחר התאונה צפוי להפחית באופן משמעותי את סכום הפיצוי שהמזיק נדרש לשלם.⁴²

³⁹ ברירת המחדל בחישוב הפיצוי היא להסתמך על הערכה הסתברותית של גובה הנזק, ולפסוק את הפיצוי בהתאם לתוחלת. ראו ע"א 591/80 **חיו נ' ונטורה**, פ"ד לח(4) 393 (1984); ע"א 4597/91 **קיבוץ אפיקים נ' כהן**, פ"ד נ(2) 111 (1996); ע"א 707/89 **"קרנית"** – **קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' ברכיהו**, פ"ד מו(1) 388 (1992). בית-המשפט יישם את אותו עקרון גם כאשר אי-הוודאות נגעה למידת ההסתמכות העתידית של התלויים במי שנפטר עקב העוולה. לעניין זה ראו ד"ג 24/81 **חונביץ נ' כהן**, פ"ד לח(1) 413, 420 (1984). זה הדין גם במשפט האנגלי. ראו 2 UKHL [2005] **Gregg v. Scott**, פס' 67–71 לפסק-דינו של לורד הופמן.

⁴⁰ ראו ענין **ברדה**, לעיל ה"ש2, בפס' 38–39 לחוות דעתו של השופט ברק. עיקר המחלוקת בין השופטים נגעה לסטנדרט הטיפול אותו יש להעניק לניזוק הסיעודי – האם יש לאמוד את הנזק לפי עלות הסיעוד של הניזוק בביתו עד סוף חייו, או לפי העלות הנמוכה של אשפוז במוסד. השופט ברק קבע כי כדי להשיב את המצב של הניזוק לקדמותו, פיצוי מלא של הנזק מחייב לאפשר להוריו לסעוד אותו בביתו, ומאחר שהעלות לא צפויה ועשויה להשתנות, קבע כי יש להעניק פיצוי עיתי בגין רכיב זה וכן בגין הסיכוי להתפתחות אפילפסיה בעתיד. השופט שמגר חלק על העמדה של השופט ברק, וקבע כי יש להעמיד את הפיצוי לניזוק משהגיעו לגיל 18 לפי עלות שהיה במוסד. מאחר שעלות זאת ידועה, הוא קבע כי אין מקום במקרה זה להעניק פיצוי עיתי. מעניין כי השופט שמגר התעלם בפסק דינו מהסיכוי שהניזוק יפתח בעתיד התקפי אפילפסיה.

⁴¹ השופט ברק הבחין בין ראשי נזק שניתן בגינם פיצוי גלובאלי, ובין ראשי נזק שיש לפסוק מדי שנה. ביחס לאלו, השופט ברק קבע סכומים בגין הפסד ההשתכרות, עלויות טיפול תראפי ופסיכולוגי, וכן הוצאות בגין מעקב רפואי, סיעוד, עזרה במשק הבית, נעלים, ביגוד, חינוך ורכב. ביחס לטיפולים דנטאליים והוצאות בגין אפילפסיה קבע כי הם ייפסקו כפיצוי מיוחד במידת הצורך. ראו שם, בפס' 71 לחוות דעתו של השופט ברק.

⁴² בע"א 2300/92 **רחמים נ' ר גנדלר** (נבו 23.05.1995) (להלן: **ענין רחמים**), נדונה תביעה של ילד אשר סבל מנכות קשה בעקבות טיפול רשלני במהלך ההיריון נגד הרופא שטיפל באימו. בבית-המשפט התגלעה מחלוקת ביחס לתוחלת החיים הצפויה לתובע, לאור הנכות הקשה ממנה סבל. נקבע כי בנסיבות אלה יינתן פיצוי עבור ההוצאות עד לגיל 18, והחל ממועד זה ינתן פיצוי עיתי כל עוד התובע חי. ההורים ערערו על ההחלטה של בית-המשפט שלא להעניק פיצוי חד-פעמי. בבית-המשפט העליון השופט אור דחה את הערעור וקבע כי תשלום הפיצויים העתיים לתובע מקדם נאמנה יותר את מטרת השבת המצב לקדמותו, במיוחד לאור אי-הוודאות הקשה ביחס לתוחלת החיים של הניזוק. על כן, למרות שברירת-המחדל היא פסיקת פיצוי חד-פעמי, נקבע כי היה נכון לסטות ממנה לטובת פיצוי עתי בנסיבות אלה. בעבר גם הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות היה משולם לניזוק רק בגין התקופה בה הוא היה צפוי לחיות, בהתאם להלכת "השנים האבודות". ראו 295/81 **גבריאל נ' גבריאל**, פ"ד לו(4) 533 (1982). הלכה זו נהפכה בע"א 140/00 **עוזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ**, פ"ד נח(4) 486 (2004). בית-המשפט העליון קבע כי הניזוק (או העוזבון) זכאי לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות גם בשנים האבודות, בניכוי הצריכה שנחסכה. במקרים של מוות, או לחילופין במקרים של פציעה קלה יחסית, אובדן כושר ההשתכרות הוא מרכיב מרכזי בפסיקת הפיצוי. לעומת זאת, במקרים של פציעה קשה, הוצאות הסיעוד והוצאות רפואיות עשויים לעלות באופן משמעותי על הפיצוי

בענין ברדה היה ניתן להעריך עוד במהלך המשפט כי קיים סיכוי משמעותי שיתרחשו בעתיד אירועים (הסיכוי להתפתחות מחלת האפילפסיה ומוות מוקדם של הניזוק), אשר צפויים להשפיע מהותית על גובה הנזק. אולם, הסיכון שיתרחש אירוע בעתיד אשר ישפיע על גובה הנזק קיים בכל מאורע נזיקי. האם על בתי-המשפט להביא בחשבון אירועים מאוחרים לתאונה המקורית? חשבו שוב על המקרה של מוות מאוחר לאירוע הרשלני, אשר הוצג לעיל בדוגמה 1.⁴³ במקרים בהם עוד לפני שניתן פסק דין התרחש אירוע נפרד מהתאונה העולתית, כגו מחלה קשה, אשר בלע את הנזק שנגרם מהתאונה, הפסיקה קבעה כי המזיק יידרש לפצות את הניזוק רק בגין התקופה שבין מועד התאונה ובין מועד האירוע המאוחר שבלע את הנזק.⁴⁴ במקרים אלה הפיצוי שהיה מגיע לניזוק אלמלא האירוע המאוחר ביחס לכל ראשי הנזק הממוניים, לרבות הוצאות רפואיות, סיעוד ואובדן כושר השתכרות מופחת באופן משמעותי. האירוע המאוחר אף יפחית את הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני, כגון קיצור תוחלת חיים.⁴⁵

בתי-המשפט הפחיתו את הפיצוי בין אם האירוע המאוחר גרם לפגיעה שבלעה את הנכות מהתאונה,⁴⁶ ובין אם האירוע המאוחר הוביל למוות הניזוק.⁴⁷ בדומה, בתי-המשפט אף לא הבחינו בין מקרים בהם האירוע המאוחר היה תוצאה של מאורע טבעי, כגון מחלה, או תוצאה של תאונה עולתית נוספת – בכל מקרה, המזיק שגרם לתאונה המוקדמת נדרש לשלם פיצוי רק בגין התקופה שבין התאונה והמאורע המאוחר.⁴⁸ מבחינה עקרונית, ניתן היה לטעון כי עמדת הפסיקה אמורה להיות זהה גם במקרים בהם המאורע המאוחר התרחש אף לאחר שניתן פסק דין חלוט. אמנם, לאחר שניתן פסק דין חלוט סכום הפיצוי על פי הפסיקה הנוהגת לא

בגין אובדן כושר השתכרות, בעיקר אם לניזוק צפויים חיים ארוכים במצבו. לענין שיעור הפיצוי בגין הוצאות סיעוד לניזוק הסובל מנכות מלאה, ראו ענין **אקסלרד**, לעיל ה"ש 5.

⁴³ ראו לעיל, טקסט נלווה לה"ש 20.

⁴⁴ ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי חיפה) 456/82 **עזבון מנג'ס נ' גברעם**, פ"ד תשמ"ז (1) 441, 447-453 (1986), שם נקבע כי מוות מאוחר כתוצאה ממחלה אשר אינה קשורה סיבתית לתאונה מביא עמו הפסקה מוחלטת של כושר ההשתכרות. לעיתים מחלה מאוחרת שוללת את כושר ההשתכרות אך לא מובילה למוות. גם במקרים אלו נקבע כי יש להפחית את שיעור הפיצוי. ראו להלן, ה"ש 46.

⁴⁵ הפיצוי בגין ראש הנזק הלא-ממוני של קיצור בתוחלת החיים צריך להיות מחושב בהתאם לכמות שנים שקוצרו כתוצאה מהאירוע העולתי. לפי היגיון זה, כאשר הניזוק נפטר בטרם עת כתוצאה מאירוע נפרד, התחשבות באירוע המאוחר מחייבת שלילה של הפיצוי. יחד עם זאת, קיימת טענה כי אין אחידות בפסיקת הפיצוי בבתי-המשפט. ראו פרי, לעיל ה"ש 8.

⁴⁶ ע"א 617/80 **גבאי נ' תע"ל, תעשית עץ לבוד קבוצת משמרות בע"מ**, פ"ד לו(3) 337 (1982) (להלן: פרשת **גבאי**). השופטת נתניהו קבעה כי המזיק לא חייב לפצות את הניזוק בגין נזקים שנבלעו באירוע המאוחר כי "א" הנזק, שנגרם בפגיעה השנייה, אינו תוצאה הפגיעה הראשונה, ואין המזיק חייב לשאת בו. (ב) הנזק, הנפסק כנגד המזיק בפגיעה הראשונה, בא לפצות את הניזוק על נזקיו, שהם תוצאה הפגיעה הראשונה, ותו לא. (ג) בהערכת הנזקים לעתיד מביא בית-המשפט בשיקולו את הבלתי נודע, את תהפוכות החיים, שקשה לשער מראש..."

⁴⁷ ראו, לדוגמה, ע"א 110/86 **גברעם נ' עזבון מנג'ס**, פ"ד מב(2) 193, 200 (1988). באותו מקרה התובע נפטר לאחר התאונה כתוצאה מאירוע שאיננו קשור לתאונה העולתית. בית-המשפט המחוזי פסק פיצוי רק עד למוות של התובע. השופט אריאל דחה את הערעור על פסק-הדין וקבע כי "עובדת פטירת המנוח הייתה עובדה קיימת ומוכחת מעצם פטירתו; על-כן בדין נפסקו לתובעים פיצויים בגין הנזק שנגרם למנוח עד שנפטר".

⁴⁸ ע"א 248/86 **עזבון חנשוילי נ' רותם חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מה(2) 529 (1991) (להלן: הלכת **חנשוילי**)

משתנה, אולם הדבר נובע רק ממחסום דיוני מפני ניהול הליך נוסף, ולא כתוצאה מהבחנה מהותית ביחס לנזק. הערכה מדויקת של סכום הנזק היתה אפשרית לו היינו מתגברים על מחסום דיוני זה, לדוגמה באמצעות מנגנון פיצוי עתי. מנגנון זה קובע כי תובע יקבל פיצוי פעם בשנה, כל עוד הוא חי, ולבקשת (אחד או שני) הצדדים אף ניתן יהיה להעריך מחדש את סכום הפיצוי העתי, כך שישקף את הנזק שנגרם לניזוק בפועל.⁴⁹

לסיכום נקודה זו, ניתן לחשוב על מועד "הקפאת התמונה" כמצוי על רצף, כאשר המגבלה החמורה ביותר על המידע מתירה לעשות שימוש רק במידע שהתגלה סמוך לאחר התאונה. מידע זה הוא מן הסתם חלקי ועל כן על בית-המשפט להשתמש באומדנים סטטיסטיים כלליים כדי להשלים את אומדן הפיצויים. שיטה זו הינה יחסית זולה ומהירה שכן בית-המשפט לא מקבל ראיות ספציפיות לגבי הנזק לתובע אלא מסתפק באומדנים. בקצה השני של הרצף בית-המשפט מתחשב בכל המידע שמתגלה עד לסוף חייו של הניזוק דרך המנגנון של פיצוי עתי. כאן המידע הוא אישי ולא סטטיסטי, וההליך הינו יקר וממושך. בתי-המשפט בישראל לא בחרו באף אחת מאפשרויות הקצה, למעט בנסיבות חריגות. ההלכה בישראל היא כי בתי-המשפט מתחשבים במידע שזמין עד למועד מתן פסק הדין (שמן הסתם הוא תמיד מאוחר למועד התאונה), אך מתעלמים בדרך כלל ממידע שמתגלה אחרי מועד זה. בתי-המשפט מצדיקים שיטה זו בכך שמחד, התחשבות במידע שהתגלה לאחר התאונה ועד למועד מתן פסק הדין מתחייבת מעקרון השבת המצב לקדמותו,⁵⁰ ומאידך ששיקולי עלויות אדמיניסטרטיביות מגבילים את בית-המשפט ומחייבים אותו לאמור את הנזק העתידי בקירוב לפי המידע שזמין בעת המשפט, ולא להמתין למידע שיתגלה במדויק בשלב מאוחר יותר.⁵¹ למרות שלכאורה מדובר בפשרה הגיונית בין שתי עמדות הקצה, אנחנו נראה כי שיטת הפיצוי הנוהגת נחותה מכל אחת מהאפשרויות האחרות – היא פחות צודקת מכל אחת מהשיטות האחרות, ויוצרת עיוות ייחודי בתמריצים לשיקום, דבר שצפוי אף להעלות את העלויות האדמיניסטרטיביות בתביעות פיצויים.

2. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית

כאשר בתי-המשפט נדרשים להערכת סכום הפיצוי על בסיס סיכויים להתרחשויות עתידיות, הם עושים זאת תוך שימוש בנתונים סטטיסטיים וחזקות עובדתיות.⁵² שימוש בנתונים

⁴⁹ כאשר נפסק פיצוי עתי לאחר תאונת דרכים, תקנה 2 לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים) קובעת כי הנפגע זכאי לבקש הגדלה של התשלום העיתי עקב החמרה במצבו, אולם אין זכות לנתבע לבקש הפחתה של הפיצוי. עם מותו של הנפגע, התלויים זכאים לשיעור מסוים מתוך התשלום העיתי, לתקופת תלותם.

⁵⁰ תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים) לא קובעות פרק זמן קבוע. ראו לדוגמה ענין **רחמים**, לעיל ה"ש 42. ביחס לתיקי נזיקים רגילים, הוצע בעבר כי יש לבחון את הפיצוי מדי שנתיים. ראו ענין **מוסקוביץ**, לעיל ה"ש 25.

⁵² ייתכנו מצבים בהם הנזק לא ניתן להערכה באמצעים סטטיסטיים וגם אין די מידע קונקרטי ביחס לנזק במועד המשפט. לדוגמה, אם אדם נחשף לרעלן חדש שהשלכותיו העתידיות אינן ברורות, אין אמצעים להערכת תוחלת הנזק בדיוק. מצבים ייחודיים אלו של אי-ודאות, המכונים מצבי עמימות, לא מאפשרים לעשות שימוש בנתונים סטטיסטיים להערכת הנזק. במצבים אלו, כל הערכה של הנזק במועד המשפט לא תהיה יותר מניחוש, ולכן יש לתרום במקרים אלו לאפשר פיצוי עתי, כדי לאסוף מידע ביחס לנזק בפועל. לתיאור של עמימות כמידה של

סטטיסטיים בפסיקת הפיצוי מחייב שהנתונים יישמו באופן אחיד בין תיקים, כלומר באופן קוהרנטי. אף שטענה זו נראית ברורה מאליה, חשוב להסביר את הטעמים הנורמטיביים העומדים בבסיסה. קוהרנטיות היא תכונה של קבוצות או מערכות של טענות, אמונות או הצדקות. ככלל, נאמר על מערכת שהיא קוהרנטית אם קיים יחס של התאמה בין הטענות בקבוצה.⁵³ יחס זה של התאמה, עשוי להיות מוגדר באופנים שונים, לרבות כיחס המבוסס על מונחים הסתברותיים, הצדקות נורמטיביות או במונחים של שימור אמת.⁵⁴ בכל מקרה, קוהרנטיות מוחזקת כתכונה מינימלית, משום שהיא רק אינדיקטיבית ליחסים חזקים יותר. למשל, במונחים הסתברותיים, ככל שדרגת הקוהרנטיות של מערכת אחת גבוהה ממערכת שנייה, כך קיימת הצדקה חזקה לאמר שמידת המהימנות של הראשונה גבוהה יותר מזו השנייה.⁵⁵ במונחים לוגיים היעדר קוהרנטיות גוררת מצבים פתולוגיים, כגון חוסר עקביות, שרירותיות או טריוויאליות.⁵⁶ אם כך, מבחינה נורמטיבית, הדרישה למנוע מצבים של היעדר קוהרנטיות במערך האמנות וההצדקות שלנו היא פועל יוצא של מחויבות לשיקול דעת המבוסס על חתירה לאמת, עקביות וחוסר שרירותיות.⁵⁷ הטעמים לשמירה על קוהרנטיות בפסיקה יפים גם במקרה של שימוש בכלים סטטיסטיים לצורך פסיקת פיצויים. זאת מאחר שבמהותם דיני הפיצויים, ככלל הדינים, הם מערכת של טענות והצדקות.

כדי לאפיין בצורה חדה יותר את הדרישה לקוהרנטיות סטטיסטית בפסיקת פיצויים, נבחן עתה מספר מופעים שונים של היעדר קוהרנטיות סטטיסטית ונעמוד על השלכותיהם. כך למשל, ניתן לפסוק פיצויים לקטינים בגין אובדן כושר השתכרות על בסיס השכר הממוצע במשק לגברים ולנשים, ולחילופין ניתן להעריך את הפיצויים לילדים על בסיס השכר הממוצע לגברים, ואת הפיצויים לילדות על בסיס השכר הממוצע לנשים. אמנם קיימים הבדלים חלוקתיים וערכיים משמעותיים בין שתי השיטות, אך עם זאת שתיהן מקיימות קוהרנטיות סטטיסטית, שכן בכל אחת מהן מתחשבים בנתון – מין הניזוק – באותו אופן: בשיטה הראשונה מתעלמים ממין הניזוק הן עבור ילדים והן עבור ילדות, ובשיטה השנייה מתחשבים בו. לעומת זאת, אילו היה מדובר במשטר "מעורב" שבו הפיצוי לנשים היה מבוסס על השכר

ביטחון בהערכה, וההשלכה של מדד העמימות על קבלת החלטות, ראו Selwyn W. Becker & Fred O. Brownson, *What Price Ambiguity? Or the Role of Ambiguity in Decision-Making*, 72 J. POL. ECON. 62 (1964). מאמר זה עוסק בחישוב הנזק, אולם עמימות משפיעה גם על הערכה של הקשר הסיבתי ועל הגדרת סטנדרט ההתנהגות. לדין בהשלכות הכלליות של עמימות על מודל האחריות בניזקין, ראו Joshua C. Teitelbaum, *A Unilateral Model under Ambiguity*, 36 J. LEGAL STUD. 431 (2007).

⁵³ John W. Bender, *Coherence, Justification, and Knowledge: The Current Debate*, in *The Current State of the Coherence Theory: Critical Essays on the Epistemic Theories of Keith Lehrer and Laurence Bonjour, with Replies 1*, 1 (John W. Bender eds., 1989)
⁵⁴ ERIK OLSSON, *AGAINST COHERENCE: TRUTH, PROBABILITY, AND JUSTIFICATION*, 13-16 (2005)

⁵⁵ Erik J. Olsson & Stefan Schubert, *Reliability Conducive Measures of Coherence*, 157 SYNTHESIS 297 (2007)

⁵⁶ ראו Olsson, לעיל ה"ש 50, עמ' 13-14.

⁵⁷ David Enoch, *Rationality, Coherence, Convergence: A Critical Comment on Michael Smith's Ethics and the A Priori*, 48 PHIL. BOOKS 99, 103 (2007)

הממוצע לנשים והפיצוי לגברים היה מבוסס על השכר הממוצע בכלל המשק (גברים ונשים) פסיקת הפיצוי היתה נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית, מאחר שבת-המשפט היו מתחשבים באופן לא אחיד במין הניזוק. קשה יותר להצדיק משטר "מעורב" שכזה משום שהוא נראה לא עקבי, מוטה, ועל כן אינו מביא לפסיקת פיצויים אופטימלית.

מופע נוסף ודומה של חוסר קוהרנטיות סטטיסטית מתעורר בהקשר של מועד חישוב הנזק, לדוגמה במקרים בהם בית-המשפט נדרש להעריך את תוחלת חייו של הניזוק לצורך אומדן הוצאות עתידיות בגין טיפול רפואי. כאשר מתגלה שהתובע סובל ממחלה אשר צפויה לקצר את תוחלת חייו לשנים ספורות בלבד, בית-המשפט יכול לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית באחד משני אופנים. האחד, להתעלם מהמידע שהתגלה, ולפסוק פיצוי לפי תוחלת החיים הממוצעת באוכלוסייה בהתחשב בגילו של הניזוק. תוחלת זו מחושבת באופן שמביא בחשבון הן את האנשים שיאריכו חיים והן את אלו שלא. האופן השני הוא לפסוק פיצויים לניזוק אשר משקף את תוחלת החיים הצפויה לו בהתחשב במחלה שלו, אלא שאז על בית-המשפט לפסוק לכל שאר התובעים (שלא סובלים ממחלה) פיצוי גבוה יותר, אשר משקף את תוחלת החיים הצפויה להם בהתחשב בכך שהם לא סובלים ממחלה מקצרת חיים. בפועל בת-המשפט לא מאמצים אף אחת מאפשרויות אלו, ולכן לא שומרים על קוהרנטיות סטטיסטית בין המקרים. בחלק מהאירועים - אלו שגורמים לקיצור תוחלת החיים ואשר שכיחותם פחותה - בת-המשפט נוטים להתחשב בנתונים שהתגלו לאחר התאונה ומפחיתים את הפיצוי. אולם בשאר המקרים, אלה השכיחים יותר אשר בהם התובע נותר בחיים, אשר יש בהם כדי להביא דווקא להגדלה של הפיצוי, בת-המשפט מתעלמים מאותם נתונים.⁵⁸

חוסר הקוהרנטיות הסטטיסטית בהקשר של מועד חישוב הנזק בולט במיוחד במקרה שבית-המשפט מתערב בסכום הפיצוי בערעור. בית-המשפט העליון קבע בענין **טויטו** כי מאחר שפסק דין אינו חלוט כל עוד ניתן לערער עליו, ניתן להביא בפני ערכאת הערעור ראיות בדבר שינוי מהותי במצבו הבריאותי של הנתבע.⁵⁹ התוצאה היא שבכל פעם שמוגש ערעור על פסק הדין, התרחשות של מאורע שלילי, כגון מות הניזוק בשלב הערעור, מובילה להפחתה של הפיצוי. אולם, בכל ערעור שבו לא חל שינוי מהותי שלילי במצבו של הניזוק, מתגלה במשתמע מידע חיובי והוא העובדה שהתובע נותר חי עד לסוף ההליך, דבר שהוא בעל השלכות חיוביות על תוחלת חייו של הניזוק. אלא שמידע זה לעולם לא נלקח בחשבון.⁶⁰

⁵⁸ ודוק, פסיקת הפיצוי כיום משקפת חלק מהמידע החיובי שהתגלה לאורך המשפט, אך לא את כולו. כך, לדוגמה, חישוב תוחלת החיים של הניזוק בסוף המשפט נעשית על בסיס גילו בסוף ההליך. כלומר, אם ההליך המשפטי מתארך, הפיצוי שניתן לניזוק שחי בסוף ההליך יהיה גבוה יותר, שכן תוחלת החיים המוערכת שלו תהיה ארוכה יותר. תוספת זו מתקזזת אל מול הסיכון שהניזוק ימות במהלך ניהול המשפט. אולם, עדיין מדובר בפיצוי חסר משום שתוחלת החיים בסוף המשפט מחושבת גם על בסיס ניזוקים חולים, שתוחלת החיים שלהם קצרה מאוד. ראו ע"א 7130/01 **סולל בונה בנין וחשתית בע"מ נ' תנעמי**, נח(1) 1, 23-24 (2003), שם השופט טירקל דחה את הטענה בערעור כי יש להעריך את הקיצור בתוחלת החיים בעת מועד התאונה, ולא בעת מועד המשפט.

⁵⁹ ראו לעיל, ה"ש 24.

⁶⁰ מעניין לציין כי דומה שבת-המשפט לא מתירים להביא מידע חיובי גם אם הוא מוביל להפחתה בסכום הפיצוי. ראו לדוגמה ע"א 30/80 **מדינת ישראל נ' אשר**, פ"ד לה(4) 788 (1981) (בערעור ביקשו להציג ראיות לכך

ברור שההתחשבות רק במידע השלילי, ללא תיקון עבור המידע החיובי, מובילה להיעדר קוהרנטיות סטטיסטית בין פסקי הדין. כך למשל, אדם בן 60, אשר נפגע בתאונה אך תוחלת חייו לא קוצרה צפוי לחיות עד גיל 85 בעת מתן פסק הדין של הערכאה הדיונית. בעת מתן פסק הדין של ערכאת הערעור, נניח שנתיים וחצי לאחר מכן, תוחלת החיים של אותו אדם התארכה בארבעה חודשים בערך.⁶¹ בהנחה שאינו עובד וכי מדובר בפיצויים עבור הוצאות רפואיות והוצאות סיעוד בסך 16,000 שקלים בחודש, הרי שמדובר בהפסד לתובע של 64,000 שקלים חדשים (לפני היוון).⁶² חמורה מכך הינה העובדה שנתבעים סדרתיים מקבלים מתנה של 64,000 שקלים חדשים עבור כל אדם במצבו של התובע בדוגמא, ובהפחתה כוללת של סכומים אדירים, דבר שהינו גם לא הוגן וגם פוגע בהרתעה. יתר על כן, לעיתים יכולים להיווצר מצבים בהם בית-המשפט קובע במועד פסק הדין כי התובע צפוי לחיות שנתיים נוספות בלבד. באותם מקרים העובדה שהתובע חי בסוף הליך הערעור, שנתיים וחצי לאחר מכן, ודאי מראה כי במועד פסק הדין הפיצוי חושב בחסר בצורה משמעותית במיוחד. כאמור לעיל, אנו סבורים שיש חשיבות עצמאית לשמירה על ההיגיון הפנימי בפסיקת פיצויים בדיני הנזיקין. אולם, היעדר קוהרנטיות סטטיסטית בצורה שמוטית באופן שיטתי נגד הניזוקים מובילה לפגיעה משמעותית עוד יותר בכלל התכליות של דיני הפיצויים, כפי שנראה עתה.

3. ההתחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה לאור עקרונות של צדק מתקן

שיקולי צדק מתקן בפיצוי של ניזוק בתאונה עוולתית נוגעים לגריעה הנורמטיבית של המזיק מזכויותיו של הניזוק במועד התאונה. מכאן נובעים שני היבטים הרלוונטיים לענייננו. האחד, מידע מוקדם או מאוחר הוא רלוונטי לשיקולי צדק רק במידה והוא פנימי (קשור סיבתית)

הניזוק מצא עבודה בשכר גבוה יותר ממה שהשתכר עבור תאונה. השופט לויין קבע כי אין מקום להפחית את הפיצוי בדיעבד בעקבות גילוי המידע החיובי על יכולת ההשתכרות); ע"א שבשופכי נ' תורג'מן, פ"ד נד(3) 757 (2000) (השופט ריבלין קבע כי אין להתיר הצגה של ראיות ביחס לשינוי במדיניות התגמולים שמשולמים לניזוק לאחר התאונה. הוא מצייין כי החריג לכך הוא מידע שלילי ולא צפוי אשר מוביל להפחתה בסכום הפיצוי). תוחלת החיים של גברים בני 60 בישראל היא עד לגיל 83.6 בעוד שתוחלת החיים של נשים בנות 60 עומדת על 86.4. המשקל של נשים בנות 60 באוכלוסייה גבוה מעט מזה של גברים בני 60, שכן על כל 100,000 נשים 95,779 יגיעו לגיל 60, בעוד שעל כל 100,000 גברים רק 92,552 יגיעו לגיל זה. לכן תוחלת החיים הממוצעת באוכלוסייה הכללית בגיל 60 (ללא הפרדה למין וללאום) עומדת על 84.99. חישוב דומה לתוחלת החיים הכללית של בני 65 עומדת על 85.74. אם נניח, לשם הנוחות, שתוחלת החיים מתארכת באופן ליניארי בין גיל 60 ל-65, נקבל כי בתקופה זו תוחלת החיים התארכה בארבעה חודשים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **לוחות תמותה שלמים של ישראל 2015-2019**, 18-21 (2021); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתון סטטיסטי לישראל 2021**, 72, לוח 3.6 תוחלת חיים בגילים נבחרים, לפי מין וקבוצת אוכלוסייה (2021).

⁶² בענין **אקסלרד** נקבע כי הפיצוי בגין הוצאות סיעוד לניזוק הסובל מנכות מלאה וזקוק ל-4 שעות של סיוע ביום והשגחה בשאר היום עומד על 12,000 שקלים בחודש. ראו לעיל, ה"ש 5. בערכים של היום הסכום עומד על כ-16,000 שקלים בחודש. למרות שניתן במקרים חריגים לחרוג למעלה או למטה מהסכומים שנקבעו בהלכת **אקסלרד**, בתי-המשפט ממעטים לעשות כן. ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי חיפה) 34693-03-16 **פלונני נ' מרכו אלגור אלטבי**, פס' 44-45 (נבו 02.02.2022).

למערכת היחסים הקונקרטית בין המזיק לניזוק, אשר מתבטאת במאורע הנזיקי.⁶³ השני, הפגיעה שהמזיק צריך לתקן, לפי תפיסה זו, נוגעת לגריעה מזכויותיו של הניזוק בעקבות התאונה, בהיבט הנורמטיבי.⁶⁴ מהיבטים אלה נובע, כי שיקולי צדק ביחס למזיק ולניזוק יכולים גם הם להצדיק את חישוב הפיצוי בשני אופנים. האחד, בהתאם למידע שהיה זמין בסמוך לאחר התאונה. האופן השני – בהתאם למידע שהתגלה לאורך כל חייו של הניזוק. ניתן להצדיק פיצוי המחושב באופן הראשון (לפי הנזק המוערך במועד התאונה), מאחר שזה המועד בו המזיק גרע מזכויותיו של הניזוק. מאורעות מאוחרים לתאונה (בין אם הם מוקדמים ובין אם מאוחרים למועד מתן פסק הדין) ואשר אינם קשורים בה, הם תוצאה של מזל (טוב או רע). מאחר שמאורעות אלה אינם קשורים סיבתית לעוולה, אין בסיס לקשור בינם ובין החבות של המזיק.⁶⁵

לחלופין, ניתן להצדיק פיצוי המחושב באופן השני – פיצוי מלא של הניזוק במהלך כל חייו בדרך של פיצוי עיתי, מאחר שפיצוי כזה משקף בקירוב ככל הניתן את הנזק כפי

⁶³ היבט זה של פנימיות המידע לרוב מוסבר על בסיס עקרונות של שליטה ואחריות מוסרית, ראו Stephen R. Perry, *Responsibility for Outcomes, Risk, and the Law of Torts*, in PHILOSOPHY AND THE LAW OF TORTS 72 (Gerald J. Postema ed., 2001). להסבר מתחרה, המבוסס על ניתוח נורמטיבי של צפיות סבירה, ראו Arthur Ripstein, EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW, 104-107 (1998); לריון על הקשר בין פנימיות המידע, צפיות ומזל מוסרי במסגרת גישת הצדק המתקן, ראו Ronen Avraham & Issa Kohler-Housman, *Accident Law for Egalitarians*, 12 LEGAL THEORY 181, 195-97 (2006).

⁶⁴ ראו, למשל, WEINRIB – THE IDEA OF PRIVATE LAW, לעיל ה"ש 26, בעמ' 157 ("corrective justice requires not factual but normative loss consisting in wrongful infringement of the plaintiff's right").

⁶⁵ הטענה שייכת למשפחת הטענות נגד מזל מוסרי. לפי טענות אלה, מאפיינים שונים של דיני הנזיקין, ובראשם דרישת הקשר הסיבתי, מנתקים את הקשר בין חומרת המעשה של המזיק והפיצוי שהוא נדרש לשלם. למעשה, מרבית מקרי ההתרשלות לא מובילים לתאונה ולכן לא מחייבים בפיצוי. מה שמבחין בין מקרים אלה ובין מקרים בהם המזיק נדרש לשלם הם רק מזלו הרע. בדומה, הטיעון שלנו כאן מבחין בין מזיקים שונים שהיו מעורבים בתאונה וגרמו לאותו נזק. ההבדל בפיצוי שהם נדרשים לשלם מגלם תוצאה של מזל, ולכן סותר את האינטואיציה המוסרית. לריון נרחב בטענות מזל מוסרי ראו John C. P. Goldberg & Benjamin Zipursky, *Tort Law and Moral Luck*, 92 CORNELL L. REV. 1123 (2007). פרדוקס תאונת המטוס, שהוצג לראשונה במאמר של ארנסט ווינריב, ממחיש בצורה טובה את האינטואיציה נגד התחשבות באירוע אקראי לאחר התאונה. בדוגמה של ווינריב, נוסעת נפגעת בדרך לשדה התעופה בתאונה, וכתוצאה מכך מפספסת את הטיסה שלה. למזלה, אותה טיסה שהיא היתה אמורה לעלות עליה התרסקה, וכל הנוסעים נספו. אירוע זה, לדעת ווינריב, לא צריך להוביל לשלילת הפיצוי מהנוסעת בגין הנזקים שנגרמו לה בתאונה. ראו Ernest J. Weinrib, *Right and Advantage in Private Law*, 10 Cardozo L. Rev. 1283 (1989). מאוחרים הגיעו למסקנה זהה לזו של ווינריב. ראו Ariel Porat & Eric Posner, *Offsetting Benefits*, 100 VA. L. REV. 1165, 1168-1169 (2014); Leo Katz, *What to Compensate? Some Surprisingly Unappreciated Reasons Why the Problem Is So Hard*, 40 San Diego L. Rev. 1345, 1347 (2003); John C.P. Goldberg, *Rethinking Injury and Proximate Cause*, 40 San Diego L. Rev. 1315, 1333 (2003). אולם, כשם שאין זה צודק כי ההתחמקות מהתרסקות המטוס תפחית את הפיצוי, מאחר שזו טבת הנאה שצמחה לניזוק אשר איננה קשורה סיבתית להתנהגות המזיק, אנחנו סבורים שגם מוות מאוחר של הניזוק או פגיעה שלו מאירוע בלתי תלוי בתאונה, לא צריכים להביא להפחתה של הפיצוי.

שהתממש שהמזיק הספציפי גרם לניזוק הספציפי.

כעת, אף לו סברנו כי אין לתת משקל לקשיים הנובעים מחוסר קוהרנטיות סטטיסטית (עליהם עמדנו בפרק הקודם), ניתן להבחין כי גישת הביניים, המביאה בחשבון מידע שהתגלה עד מועד המשפט, אינה מגשימה את תכליות הצדק המתקן שכן גישת הביניים מובילה לכך שגורמים חיצוניים לאירוע הנזיקי משפיעים באופן שרירותי על גובה הפיצוי. חישובו שוב על הדוגמה של המוות המאוחר שבלע את הנזק המוקדם (דוגמה 1) – אם הניזוק טבע בים שנתיים לאחר התאונה, אזי לפי הגישה הקיימת, הנזק בו יחוב המזיק מוגבל לשנתיים. אולם, הפיצוי שיפסק לניזוק עשוי להשתנות בהתאם למהירות פסיקת בית-המשפט: אם בית-המשפט יכריע בתיק תוך פחות משנתיים, הניזוק יקבל פיצוי גבוה אשר אינו מביא בחשבון את המוות המאוחר לתאונה. אם לעומת זאת, בית-המשפט התעכב בניהול התיק, אזי הפיצוי שיפסק יהיה נמוך וישקף את המידע הזה. מאחר שמועד סיום המשפט קשור בגורמים נוספים שאינם תמיד רלבנטים לאירוע הנזיקי, הגבלת המידע שניתן להציג במועד זה הופכת את התוצאה לא רק לשרירותית אלא גם לכזו שקשה להצדיקה על פי עקרונות של צדק מתקן.

שאלה דומה היא אם יש להתחשב במידע הנוגע להתממשות סיכון להרעה במצבו של ניזוק במהלך ההליך המשפטי. נניח לדוגמה מקרה בו בסמוך לאחר מועד התאונה נקבע כי לניזוק קיים סיכוי לפתח התקפי אפילפסיה בהסתברות של 15% ובמהלך המשפט הניזוק אכן מפתח התקפי אפילפסיה. האם רצוי שבית-המשפט ינהג על פי גישת הביניים ויביא בחשבון מידע על ההתקפים בחישוב הפיצוי? מכיוון שההתפתחות במצבו של הניזוק קשורה ישירות למאורע הנזיקי דומה שגישת הביניים דווקא מוצדקת בהיבט של צדק מתקן. אלא שלא פשוט לראות במה שונה ניזוק זה מהניזוק בענין ברדה, אשר במועד המשפט טרם פיתח התקפים, שהרי העובדה שהניזוק החל לסבול מהתקפים עוד במהלך המשפט הינה, כך אנו מניחים, עניין של מזל ואינה תלויה בהתנהגות המזיק. מצדדי גישת הביניים מניחים למעשה כי ההתפתחות בפועל של התקפי האפילפסיה מממשת את הגריעה מהזכות שנגרמה לניזוק ואשר אותה מבקשים שיקולי הצדק לתקן. אולם, מערכת היחסים בין הניזוק והמזיק בדוגמא זו אינה שונה מהותית ממערכת היחסים בין הניזוק בענין ברדה והמזיק שפגע בו. על כן, ההבחנה ביניהם כרוכה בשינוי שאינו מובן מאליו בהבנת טיב הפגיעה הנורמטיבית. במועד התאונה הגריעה מהזכות (הנזק) היתה בפועל אותו סיכוי של 15% שהניזוק יסבול בעתיד מהתקפי אפילפסיה. השאלה אם הניזוק פיתח התקפי אפילפסיה עד לסופו של ההליך המשפטי או לאו היא מקרית לסוגיית הגריעה מזכויותיו של הניזוק. לפיכך, דומה שגם מידע בדבר התממשות הסיכוי המקורי להרעה במצבו של הניזוק תוך כדי ההליך המשפטי עלול להיות חיצוני למאורע העוולתי, ולכן התחשבות בו אינה מביאה בהכרח להגשמה של מטרת הצדק המתקן.

אם גישת הביניים הינה בעייתית שמא ראוי לנקוט בגישת הפיצוי המדויק כדיעבד? ניתן להגדיר את הגריעה מהזכות כפגיעה בחיים או בתפקוד כפי שהתממשו בפועל.⁶⁶ אולם, אם

⁶⁶ תפישה זאת מתיישבת עם ההגדרה של נזק בפקודת הנזיקין, שלא רואה בסיכון נזק אלא תופשת נזק כ- "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". ראו ס' 1 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

כך מוגדרת הפגיעה בזכות, אזי מתחייב כי פסיקת פיצוי תיעשה רק במקרים בהם מתגבש הנזק בפועל. על כן, דומה שמטרת השבת המצב של הניזוק לקדמותו, תתגשם במידת הקירוב הטובה ביותר אם הפיצוי יינתן תמיד רק עבור נזקים שכבר התממשו ולא עבור הערכות של נזקים עתידיים, וזאת באמצעות פיצוי עיתי. גישה זו תביא למידת הקירוב הגבוהה ביותר בין הנזק שגרם המזיק ובין הפיצוי ועל כן תגשים ככל שניתן את עקרון השבת המצב לקדמותו. אולם, שימוש נרחב בפיצוי עיתי להערכת הנזק כרוך בקשיים רבים. ראשית, פיצוי עיתי כרוך בעלויות אדמיניסטרטיביות אדירות, ולכן מעלה קשיים פרקטיים ליישום. בשונה מפיצוי חד-פעמי, הפיצוי העתי מצריך דיונים משפטיים חוזרים מידי תקופה אשר בהם יצטרכו הצדדים להציג ראיות באשר לנזק. מדובר בעלות משמעותית לצדדים וכן בזמן השיפוטי שנדרש כדי לבחון את הראיות בכל דיון כזה. מאחר שזמן שיפוטי הוא משאב מוגבל יש להעריך את הצדק שנעשה לצדדים לתאונה מכך שהפיצוי משיב בצורה יחסית מדויקת את המצב של הניזוק לקדמותו, אל מול חוסר הצדק שייגרם לצדדים אחרים כתוצאה מכך ששופטים יהיו פחות זמינים לדון בעניינם.⁶⁷ בנוסף, גם מבחינת הצדדים שיטת הפיצוי העיתי לא בהכרח רצויה. כאשר ניתן פיצוי מראש, דרכי הצדדים נפרדות לאחר המשפט, ואין עוד תלות ביניהם. לעומת זאת, פיצוי עיתי קושר בין הצדדים לתקופה ארוכה, בת שנים רבות. המזיק נושא לאורך זמן זה את החשש כי מצבו של הניזוק יחמיר, וסכומי הפיצוי שהוא נדרש לשלם יאמירו, בעוד שהניזוק חושש כי המזיק יקלע לחדלות פירעון בנקודה כלשהי בעתיד, וכבר לא יהיו לו ממי להיפגע.⁶⁸

לסיכום, לפי גישת הצדק המתקן ניתן להצדיק את חישוב הפיצוי על פי המידע שזמין סמוך למועד התאונה או על פי המידע שמתגלה לאורך חייו של הניזוק בשיטה של פיצוי עיתי, כל עוד בתי-המשפט מאמצים גישה אחת באופן עקבי. הדין הנוהג, הנוקט בגישת ביניים הינו, על כן, בעייתית גם בהיבט של צדק מתקן. לבסוף, בהיבט של רצון הצדדים, יש עדיפות מסוימת לבחינת הנזק דווקא סמוך למועד התאונה וזאת משום ששני הצדדים מעדיפים להימנע מהעלויות והסיכון הכרוכים בהליך פיצוי שנמשך שנים רבות.

⁶⁷ בשלב זה, ניתן להעלות את התהייה הבאה. אם פיצוי עיתי עשוי להגשים בצורה הטובה ביותר את שיקולי הצדק המתקן, אך פיצוי זה אינו כדאי מבחינת עלויות אדמיניסטרטיביות וקשיים יישומיים, דומה שגישת הביניים הנוהגת עשויה להיות עדיפה על פני גישת הקפאת התמונה בסמוך למאורע. זאת, משום שגישת הביניים דומה יותר באופייה לפיצוי עתי מאשר גישת הקפאת התמונה בסמוך למאורע. אולם, ראשית, נזכר שהדמיון בין גישת הביניים לפיצוי עתי הוא מקרי בהחלט, וזאת בפרט מבחינת שיקולי הצדק המתקן. זאת משום שגישת הביניים עלולה להוביל הן להכרעות שרירותיות במקרים של חוסר וודאות סיבתית והן להתחשבות במידע אקסוגני לטיב הפגיעה הנורמטיבית (ראו לעיל, ה"ש 65 וטקסט נלווה). לעומת זאת, ראינו הן שחישוב הפיצוי על פי המידע שזמין סמוך למועד התאונה והן על פי המידע שמתגלה לאורך חייו של הניזוק מוצדקים מכוח שיקולי הצדק המתקן. לפיכך, לפי הטיעון המרכזי בפרק זה, זיהוי קשיים ביישום שיטת הפיצוי העתי, אינו מצדיק העדפה של גישת הביניים על פני גישת הקפאת התמונה בסמוך למאורע.

⁶⁸ בעבר בתי-המשפט פסקו פיצוי עתי רק בהסכמה של שני הצדדים, אולם בענין **ברדה** נקבע כי במקרה של תאונות דרכים סעיף 6 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים מתיר לבית-המשפט לפסוק פיצוי עתי גם ללא הסכמת הצדדים. בהמשך בית-המשפט העליון קבע כי לבית-המשפט מותר לפסוק פיצוי עתי גם בתביעות לפי פקודת הניזוקין, ואף בהעדר סעיף מסמך בחוק. ראו ענין **מוסקוביץ'**, לעיל ה"ש 25. ניתן להבין את ההלכה הישנה, בדבר הצורך בהסכמת הצדדים בפסיקת פיצוי עתי, בכך שלשני הצדדים קיים חשש מוצדק מפתרון זה.

4. התחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה לאור מטרת ההרתעה

מבחינת הגישה הכלכלית למשפט ומטרת ההרתעה שביסודה, הפיצוי הנכון יכול שיהיה פיצוי חד-פעמי הניתן על בסיס מידע שקיים במועד התאונה. הסיבה לכך היא שכדי להשיג הרתעה אופטימאלית של מזיקים בכח תוחלת הפיצוי שהמזיק בכח רואה אל נגד עניו לפני ביצוע הפעולה העוולתית צריכה להיות שווה לתוחלת הנזק שהוא יוצר בהתנהגותו העוולתית.⁶⁹ על כן, הרתעה אופטימלית לא דורשת שהפיצוי בכל מקרה ומקרה יהיה זהה לנזק שנגרם בפועל -- כל עוד הפיצוי מדויק במוצע, אין חשיבות גבוהה לדיוק בהערכת הנזק הספציפי.⁷⁰ מאחר שפיצוי לפי מידע שזמין במועד התאונה לא דורש מהצדדים לאסוף ראיות ביחס למידע שהתגבש במועד מאוחר יותר, ההליך יהיה מהיר יותר, ועלות ניהולו נמוכה הרבה יותר. בנוסף, כפי שהזכרנו בקצרה קודם, פיצוי חד-פעמי יוצר לניזוק תמריצים אופטימליים לבחון את מצבו הבריאותי, ולהשקיע בצורה אופטימלית בשיקום מצבו הבריאותי וביכולת ההשתכרות שלו.

לעומת זאת, שיטת הפיצוי הנוהגת פוגעת בהרתעה. לכאורה, התחשבות במידע שהתגלה עד למועד סיום המשפט לא אמורה לפגוע בהרתעה, שכן במהלך ניהול ההליך קיים סיכוי זהה שיתגלה מידע אשר עשוי להביא להגדלה או להפחתה של הפיצוי.⁷¹ אולם, מאחר שכפי שהראינו לעיל הפסיקה נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית, בתי-המשפט נותנים משקל יתר לאירועים אשר מובילים להפחתה בפיצוי, ונוטים להתעלם מאירועים אשר יש בהם להביא דווקא להגדלה של הפיצוי.⁷² כאשר הפיצוי מחושב על בסיס הערכות ממוצעות של תוחלת חיים או כושר השתכרות עתידית והעובדה שהניזוק לא סובל ממחלה בסוף ההליך לא נלקחת

⁶⁹ ראו Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, 39 J.L. & ECON. 191 (1996).

⁷⁰ שם. כפי שקפלאו ושאבל מראים, קיימת חשיבות מסוימת לדיוק בהערכת הנזק אם המזיק יכול להעריך את גובה הנזק מהתאונה מראש. אולם, אנחנו בוחנים כעת אם צריך להתחשב במידע שזמין במועד התאונה, או במידע שמתגלה לאחר התאונה. ביחס למידע כזה, ברור כי המזיק לא יכול לחזות לפני התאונה מה יתרחש בעתיד, ולכן מבחינת הרתעה של המזיק והניזוק אין חשיבות לשאלה אם הפיצוי מדויק או נפסק לפי תוחלת הסיכון לנזק בעתיד, כפי שניתן להעריך אותו במועד התאונה. מעבר לכך, יש חשיבות להערכה מדויקת של הנזק ככל שהניזוק שונא סיכון יותר מהמזיק. פיצוי לפי הנזק בפועל מפחית מרכיב הסיכון של הניזוק, שכן הוא מפחית את השונות בנזק שנותר על כתפיו לאחר התאונה, אולם מגדיל את הסיכון למזיק. לכאורה היה ניתן לפצות את הניזוק על תוחלת הנזק בתוספת פיצוי בגין רכיב הנשיאה בסיכון, אולם מדובר בנזק שקשה לכמת ולא מפצים בגינו בפועל. אולם, ככל שלניזוקים יש אפשרות לרכוש ביטוח שיכסה את הנזק שיתגבש בפועל, פיצוי בגין הפרמיה שמשולמת לחברת הביטוח תגלם הן את תוחלת הנזק והן את רכיב הסיכון. ראו אריאל פורת **נויקין** א 369-368 (2013).

⁷¹ התוחלת של המידע שמתגלה במהלך המשפט חייבת להיות אפס, בהנחה שההערכות של בית-המשפט מדויקות. קיימת אפשרות תיאורטית, לפיה המידע שיתגלה בדיעבד עשוי להיות כל כך חיובי, עד שיוביל למסקנה שהתאונה דווקא היטיבה עם הניזוק יותר מאשר הזיקה לו. במקרים אלה, מאחר שלא פוסקים פיצוי שלילי (כלומר חיוב של הניזוק לשלם למזיק בגין ההטבה שנוצרה לו מהתאונה), הערכת הנזק אקס פוסט מובילה דווקא לתוחלת פיצוי גבוהה מתוחלת הנזק. במצבים אלו הערכת הנזק לפי המידע שזמין בסמוך לאחר התאונה עדיפה בכך שהיא מונעת דווקא הרתעה יתר, ולא הרתעה חסר.

⁷² ראו לעיל, פרק 1.2.

בחשבון, הפיצוי שניתן לניזוקים אלו הוא פיצוי חסר.⁷³ כפועל יוצא מכך, תוחלת הנזק שהמזיק צופה שיגרום עובר לביצוע העוולה נמוכה מתוחלת הפיצוי שהוא אמור היה לשלם בשל התנהגותו העוולתית והתוצאה היא הרתעת חסר.

מעבר לפגיעה בהרתעה, שיטת הפיצוי הקיימת מעוותת את תמריצי הצדדים בכל הנוגע לאופן ניהול ההליך ובין היתר עלולה לתמרץ את הנתבע להאריך את ההתדיינות המשפטית ככל הניתן בתקווה שהתובע ימות או שמצבו יוחמר, ואת התובע להתפשר בסכומים נמוכים מתוך חשש שמא ימות או שמצבו יוחמר טרם מתן פסק הדין. בשני המקרים תיווצר הרתעת חסר. אין צורך להכביר במילים על בעיית העומס במערכת המשפט הישראלית. במקרה הרגיל חולפות שנים מיום קרות העוולה ועד ליום בו התובע זוכה לפיצוי המיוחל. במהלך תקופה לא-קצרה זאת, קיימת אפשרות שהתובע ילקה בדום-לב פתאומי או יחלה בסרטן, והנתבע יזכה, בעקבות זאת, להנחה משמעותית בתשלום הפיצוי. הואיל וכך, למה לו לנתבע למהר ולסיים את הדיון? ככל שהתקופה בין הגשת התביעה למתן פסק-הדין ארוכה יותר, כך הסיכוי להפחתת החבות גדול יותר בין אם כי התובע ימות ובין אם כי יאות להתפשר בסכום נמוך מחשש שימות. על כן, לנתבע קיים תמריץ לבזבז את משאב הזמן השיפוטי המוגבל באמצעות מגוון הכלים הדיוניים העומדים לרשותו.⁷⁴ ההתחשבות הא-סימטרית באירועים שליליים

⁷³ פסיקת הפיצוי היום משקפת חלק מהמידע החיובי שהתגלה לאורך המשפט, אך לא את כולו. כך, לדוגמה, חישוב תוחלת החיים של הניזוק בסוף המשפט נעשית על בסיס גילו בסוף ההליך. כלומר, אם ההליך המשפטי מתארך, הפיצוי שניתן לניזוק שחי בסוף ההליך יהיה גבוה יותר, שכן תוחלת החיים המוערכת שלו תהיה ארוכה יותר. תוספת זו מתקזזת אל מול הסיכון שהניזוק ימות במהלך ניהול המשפט, אולם עדיין מדובר בפיצוי חסר – תוחלת החיים בסוף המשפט מחושבת גם על בסיס ניזוקים חולים, שתוחלת החיים שלהם קצרה מאוד. לעומת זאת, אם הניזוק חולה אבל חי בסוף ההליך, הפיצוי שנפסק לו מופחת בשל מצבו הרפואי. ניתן לטעון כנגדו כי בשל העובדה שמות או מחלה מאוחרים לתאונה הם נדירים, ההשפעה שלהם על גובה הפיצוי הממוצע עשויה להיות זניחה. לפי טענה זו התחשבות במוות מוקדם של ניזוקים מסוימים תחייב את בתי-המשפט להאריך את תקופת החיים המוערכת של ניזוקים אחרים במספר חודשים בלבד. יתר על כן, תקופת הפיצוי הנוספת לניזוקים האחרים היא בתקופה הכי מאוחרת, בה לא מספקים בדרך כלל פיצויים בגין אובדן כושר ההשתכרות וההיוון מוביל להפחתה נוספת בפיצויים שנפסקים בגין ראשי הנזק האחרים. תשובה אפשרית אחת היא שכשמדובר בהוצאות רפואיות או דווקא בסוף החיים מדובר בהוצאות אדירות ועל כן יש חשיבות להביאן בחשבון. תשובה אפשרית נוספת היא שאמנם מדובר בתוספת יחסית קטנה אך למספר גדול של תובעים ועל כן בפיצויים מצרפיים גדולים. בנוסף, במקרים בהם לתובע נגרם נזק גוף משמעותי, העובדה שהוא חי בסוף ההליך דווקא יכולה להצדיק הגדלה משמעותית בפיצוי. לבסוף, גם אם נניח שההשפעה של הטעות בחישוב אינה משמעותית, עדיין אין סיבה להעדיף מנגנון חישוב פחות מדויק.

⁷⁴ העיוות הזה מצטרף לעיוות אחר שגורם להימשכות ההליכים כאשר הניזוק הוא אדם פרטי והמזיק הוא תאגיד או אדם בעל ממון. במקרים אלה קיים תמריץ למזיק להפוך את ההליך המשפטי ליקר יותר, בין היתר באמצעות שימוש בכלים דיוניים לצורך גרירת ההליך, כדי ליצור לחץ על התובע להתפשר על סכום נמוך. אלכס שטיין וגדעון פרחומובסקי מציעים להתמודד עם בעיה זאת באמצעות תרופה של פיצוי מוקדם, שנועד לגשר על פערי הכוחות בין הניזוק למזיק. ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Preliminary Damages*, VANDER. L. REV. (Forthcoming, 2022).⁷⁵ המשפט הישראלי מכיר בתרופה הייחודית שהכותבים מציעים בתחום דיני ביטוח. במקרה של אירוע אשר מכוסה בפוליסת ביטוח, החוק מחייב את המבטח להעביר תגמולי ביטוח שאינם שנויים במחלוקת תוך 30 ימים ממועד מסירת הדרישה על ידי המבוטח. כך החוק מאפשר למבוטח לנהל הליך על הסכום השנוי במחלוקת ומפחית את הלחץ להתפשר על סכום נמוך. ראו סעיף 27 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981.

בלבד במהלך הערעור מחריפה את הבעיה שכן היא יוצרת תמריץ עודף אצל הנתבע להגיש ערעור על פסק הדין, וכך ליהנות מהסיכוי שמצבו של הניזוק יוחמר במהלך הערעור. לא זו בלבד שתמריצים אלו פועלים לרעתו של התובע, אשר נדרש להתמודד עם הליכים ארוכים וערעורים מיותרים, אלא שהם אף מביאים להחצנת עלויות על יתר המתדיינים, שנהנים מזמן שיפוטי מופחת.

זאת ועוד, כפי שכבר ציינו, הערכת הנזק בגין נזקים שהתגבשו בפועל מעוותת את התמריצים של הניזוק לשפר את מצבו. כאשר הניזוק מקבל פיצוי חד-פעמי, אשר אינו תלוי בהוצאות שלו בפועל, הוא מפנים באופן מלא את העלות והתועלת של כל פעולה אשר מיטיבה את נזקו. לכן, אם הניזוק יכול להשקיע זמן וכסף באיתור עבודה שתשלם לו שכר גבוה יותר, או בטיפול שיפחית את הנכות שלו, הוא יבחר לעשות זאת ככל שהתועלת מכך עולה על העלות. לעומת זאת, פיצוי עיתי עלול להוביל בו זמנית במקרים מסוימים להשקעת חסר ובמקרים אחרים להשקעת יתר. כך, אם הניזוק זכאי להחזר עבור טיפולים רפואיים והוצאות סיעוד שהוציא בפועל, אין לו תמריץ להפחית עלויות אלו ולכן הוא ישקיע השקעת יתר בהטבת נזקיו.⁷⁵ מנגד, ביחס ליכולת ההשתכרות של הניזוק, אם כל מאמץ של הניזוק לשפר את יכולת ההשתכרות שלו לאחר התאונה יתבטא בהפחתה של הפיצוי בגין אובדן הכנסה, התמריץ של הניזוק לשפר את שכרו נפגע. כתוצאה מכך הניזוק צפוי להשקיע בחסר בשיפור כושר ההשתכרות שלו לאחר התאונה.⁷⁶

לסיכום נקודה זו, הדין הנוהג נוקט בגישה ביניים ביחס למועד חישוב הנזק ואשר קשה להצדיקה מן הבחינה התאורטית. לדעתנו, קל יותר להצדיק מן הבחינה התאורטית שתי עמדות קצה אשר שתייהן מגשימות בצורה זו או אחרת את מטרת השבת המצב לקדמותו ומטרת ההרתעה היעילה. לפי עמדה אחת, הפיצוי ייפסק עבור נזקי העבר בלבד. שיטת פיצוי זאת, אשר יכולה להיות מיושמת במסגרת של פיצוי עיתי או על ידי ניהול התביעה רק לאחר

⁷⁵ הפיצוי בגין הוצאות רפואיות מוביל לכך שהניזוק יפנים את מלוא התועלת מהטיפולים הרפואיים, אבל יפנים רק חלק מהעלות. כתוצאה מכך לניזוק נוצר תמריץ לרכוש יותר טיפולים רפואיים ממה שהיה רוכש אם היה נושא במלוא העלות של הטיפול. אף אם הפיצוי היה מוגבל להוצאות הסבירות בלבד, עדיין היה מתקיים מתחם רחב שיכול היה להיחשב כסביר ואשר בו הניזוק לא מפנים את העלות של השירותים שהוא קונה, ולכן הוא צפוי להוציא יותר מהרצוי. כלומר, בעיה של השקעת יתר מתרחשת במקרים בהם הפיצוי מחושב עבור החזר על הוצאות, ומוביל להפנמה מלאה של התועלת והפנמה חלקית בלבד של העלויות. לעומת זאת, בעיה של השקעת חסר מתרחשת כאשר הפיצוי מחושב לפי תועלת. הפיצוי בגין הפסד השתכרות, לדוגמה, מפצה את הניזוק בגין פערי השכר. במקרה זה, אם הניזוק רוצה להשקיע באיתור עבודה בשכר גבוה יותר, או בפיתוח ההון האנושי שלו, הוא נושא במלוא העלות של ההשקעה אולם מפנים רק חלק מהתועלת. על כן, הניזוק ישקיע מעט מדי בשיפור ההשתכרות.

⁷⁶ אותה בעיה עולה גם ביחס לקצבאות שמשולמות לאנשים עם מוגבלות או להורים יחידניים בהתאם לשכר שלהם בפועל – אם הקצבה פוחתת ככל שהשכר עולה התמריץ לעבוד נפגע. בדומה, התקופה בה משולמים דמי אבטלה משפיעה על משך האבטלה, מאותה הסיבה. ראו, לדוגמה, Rafael Lalive, *Unemployment Benefits, Unemployment Duration, and Post-Unemployment Jobs: A Regression Discontinuity Approach*, 97 AM. ECON. REV. 108 (2007)

שהתגבש מלוא הנזק,⁷⁷ תגשים בצורה מלאה את מטרת השבת מצב הניזוק לקדמותו. אולם שיטה זו הינה יקרה ויוצרת תמריצים בעיתיים לצדדים. אל מול גישה זאת עומדת האפשרות להעניק את הפיצוי בהתאם למידע שזמין ביחס לנזק סמוך למועד התאונה. עמדה זו לא מפצה את הניזוק בגין הנזק הקונקרטי שנגרם לו אלא בגין הנזק שהיה צפוי לו במועד זה, אולם היא מעריכה בצורה מדויקת יותר את האופן שבו המזיק גרע מזכותו של הניזוק בהתעלם מאירועים מאוחרים לעולה, ובנוסף היא זולה ליישום ומתמדת את הניזוק להקטין את נזקיו בצורה יעילה ואת הנחבע להימנע מסחבת מיותרת. על כן, אנו סבורים שמכלול השיקולים, הן שיקולי צדק מתקן והן שיקולי יעילות כלכלית, מוביל למסקנה כי במקרים הרגילים, בהם כבר התגבש הנזק במועד התאונה אולם שיעורו לא ברור, הפיצוי צריך לשקף את המידע הסטטיסטי כפי שהיה זמין סמוך לאחר מועד התאונה.⁷⁸

5. המקרים המיוחדים של אובדן סיכויי החלמה והגברת סיכון

בחלקים הקודמים של פרק זה הראינו כי הערכת הנזק על סמך המידע הזמין בסמוך למועד התאונה, והתעלמות ממידע שמתגלה לאחר מכן, רצויים מבחינת שיקולי צדק מתקן והרתעה יעילה, והיא אף משפרת את התמריצים של הצדדים ביחס להתנהלות בזמן ההליך. אולם, קיימים מקרים מיוחדים בהם המתנה להתפתחות של מידע לאחר התאונה דווקא מפחיתה את עלויות ניהול המשפט, אינה מעוותת את התמריצים של הניזוק או של המזיק, ולא דורשת מעקב של בית-המשפט אחר מצבו של הניזוק לאורך שנים. מדובר במקרים בהם האירוע העולתי לא גרם לנזק קונקרטי בשעת התאונה, אלא יצר סיכון מוגבר שנוזק כזה יתגבש בעתיד. קיימות לפחות שתי קטגוריות של תביעות נזיקין אשר מקיימות דפוס זה. הקטגוריה הראשונה עוסקת במקרים בהם התנהגות עוולתית יצרה סיכון מוגבר להתפתחות של מחלה בעתיד, אולם סמוך לאחר ההתנהגות העוולתית מחלה כזו טרם פרצה, ואף לא ידוע אם ומתי תפרוץ בעתיד. מצבים אלו של הגברת סיכון נדונו בעבר בעיקר בקשר לחשיפה לאסבסט, אשר מגבירה את הסכנה להתפתחות של מחלות שונות, ובעיקר להתפתחות של סרטן מסוג

⁷⁷ מאחר שאירוע המוות של הניזוק משפיע על חישוב הנזק, ניתן ליישם גישה זאת במלואה רק לאחר מות הניזוק. פיצוי כזה צריך לשקף גם את הריבית על הפיצוי מיום התגבשות הנזק ועד ליום הפיצוי. אם הריבית על הפיצוי מחושבת נכון, ואם היה ניתן להמחות זכויות תביעה בנוזיקין, שיטה זאת לא היתה פוגעת בהכרח בניזוקים – הניזוק היה לווה את כל כספי הפיצוי וממחה את הזכות כערוכה לתשלום החוב למלווה.

⁷⁸ עשויה לעלות טענה כי המידע שהתגלה עד למועד המשפט, שנים לאחר התאונה, קל יותר להוכחה מאשר המידע שהיה זמין במועד התאונה. הדבר נראה נכון במיוחד בתביעות של מי שהיו קטינים בעת התאונה, אשר עשויות להתנהל תקופה ארוכה לאחר מכן. אולם, אנחנו לא סבורים כי יש בחשש זה כדי לשנות את המסקנה. לצורך ההכרעה בית-המשפט חייב ממילא לברר את כלל העובדות אשר היו ידועות במועד התאונה. הדבר הכרחי כדי לברר את הנזק, אולם גם כדי לבחון את הקשר הסיבתי, האשם של המזיק ואשמו התורם של הניזוק. על כן, הבחירה איננה בין המידע שזמין בסמוך לאחר התאונה אל מול המידע שזמין במועד המשפט, אלא הגבלת המידע רק למידע שזמין סמוך לאחר התאונה או הכללה של כל המידע ממועד התאונה ועד למועד המשפט. בהתחשב בכך, אפילו אם זול יחסית לאתר מידע שהתגלה לאחר התאונה, התעלמות מהמידע מפחיתה את עלויות ההתדיינות.

מזותליאומה. בין 80% ל-90% מכלל החולים במחלה נחשפו בעבר לאסבסט,⁷⁹ אולם תקופת ההתפתחות של המחלה ארוכה ביותר, ולעיתים עוברים 40 שנים בין מועד החשיפה והאבחון.⁸⁰ במקרים מסוג זה ניתן להעניק את הפיצוי בהתאם למידע שהיה ידוע במועד בו גילה הניזוק כי נחשף לאסבסט במידה מסוכנת.⁸¹ לחילופין, ניתן להעניק את הפיצוי רק במועד בו מתפרצת המחלה בפועל. בתי-המשפט בארה"ב ואנגליה אשר דנו בסוגיה הגיעו לתוצאות שונות. באנגליה, בית הלורדים נקט בגישה השנייה בקובעו בענין *Johnston v. NEI International Combustion Ltd*⁸² כי ניזוקים אשר נחשפו לאסבסט אולם טרם פיתחו את המחלה אינם זכאים לפיצוי כלל, אולם שמורה להם הזכות לתבוע בעתיד, אם וכאשר ילקו במחלה.⁸³ בארה"ב, לעומת זאת, בית-המשפט העליון נקט בגישה הראשונה בקובעו כי עובדים שנחשפו לאסבסט אולם טרם התגלה אצלם המחלה יכולים לתבוע את המזיק בגין החיים בצל הפחד, או הסיכון לחלות במחלה בעתיד, כנוק בר פיצוי.⁸⁴ בישראל הסוגיה הגיעה לפתחו של בית-המשפט העליון בענין *פלונת*,⁸⁵ שם נדונה תביעת פיצויים של קטינה נגד נתבע שביצע בה מעשים מגונים, בטענה כי האירוע עשוי לגרום בעתיד לנזק נפשי, על אף שבשעת המשפט היא לא אובחנה כסובלת מנזקים נפשיים. בית-המשפט העליון לא הכריע בסוגיה העקרונית, אם ניתן לתבוע פיצוי בגין הסיכון להתגבשות של נזק עתידי, והתיר את הסוגיה בצריך עיון.⁸⁶

⁷⁹ סקירה כללית על הקשר בין אסבסט ומזותליאומה, ראו Claudio Bianchi & Tommaso Bianchi, *Malignant Mesothelioma: Global Incidence and Relationship with Asbestos*, 45 INDUSTRIAL HEALTH 379, 382-384 (2007).

⁸⁰ שם.

⁸¹ מרבית החשיפה לאסבסט ההתרחשה במקומות העבודה (חשיפה תעסוקתית). לאחר שהתגלה כי אסבסט מסוכן, החל איסוף של מידע לגבי מקומות חשיפה ונחשפים. ראו שם.

⁸² ראו *Johnston v. NEI International Combustion Ltd*, [2007] UKHL 39.

⁸³ שם, פס' 33 לחוות דעתו של הלורד Hoffmann.

⁸⁴ ראו *Norfolk & Western Ry. Co. v. Ayres*, 538 U.S. 135 (2003). התביעה בארצות הברית שונה מהתביעה המקבילה באנגליה – בתביעת העובדים בארצות הברית נכללו רק עובדים אשר סבלו מאובסטוזיס – מחלת ריאה שנגרמת כתוצאה מנוכחות של סיבי אסבסט בתוך חלל הריאה. העובדה שהתובעים חלו באובסטוזיס, ולא רק עבדו בסביבת אסבסט, הגדילה את הסיכון להתפתחות של מזותליאומה לסיכוי של כ-10%. המחלה גם לימדה את בית-המשפט כי התובעים שאפו סיבי אסבסט בפועל, דבר שלא ניתן לדעת ביחס לכלל העובדים שנחשפו לחומר.

⁸⁵ רע"א 9670/07 *פלונת נ' פלונת* (פורסם בנבו, 6.7.2009).

⁸⁶ כל השופטים סברו שיכולה להיות נפקות מעשית לסיכון עתידי לנזק, אולם אין צורך לדון בכך במקרה הזה. השופטים נחלקו בנימוקים. השופט רובינשטיין סבר כי ניתן לדחות את הערעור ממספר נימוקים, ובעיקר מאחר שהתובעת קטינה ולכן התיישנות לא היתה מונעת ממנה להמתין עד שיתגבש הנזק, ולהגיש את תביעתה רק אז וכן מאחר שהפיצוי הגלובאלי שנפסק, בדרך של הערכה, כולל בתוכו פיצוי בגין סיכון. השופט ריבלין חלק על השופט רובינשטיין לענין טענת ההתיישנות, וסבר כי אין מקום לחייב את התובע להמתין עד להתגבשות הנזק. עם זאת, במקרה הקונקרטי, הוא סבר כי ניתן לדחות את הדיון בדוקטרינה מהטעם שהפיצוי בגין הנזק הלא ממוני כולל רכיב של פיצוי בגין הסיכון (אף סבר, בדעת מיעוט, כי יש להגדיל בכל זאת את סכום הפיצוי). השופט דנציגר, קבע כי במקרה הקונקרטי לא הונחה תשתית ראיתית בפני הערכאה הדיונית לשם קביעת שיעור הפיצוי, ומטעם זה ממילא לא ניתן לקבל את הערעור ביחס לסיכון לנזק עתידי. ראו שם, פס' ט"ו-כ"א לחוות הדעת של השופט רובינשטיין, חוות הדעת של השופט ריבלין וחוות הדעת של השופט דנציגר.

קבוצת מקרים שניה אשר מעלה מתח דומה נוגעת למצבים של אובדן סיכויי החלמה. במקרים אלו, הרשלנות של רופאה באבחון מחלה או בטיפול הובילו לכך שהסיכויים של החולה להחלים מהמחלה פחתו. לדוגמה, רופאה עשויה להתרשל בקריאת צילום רנטגן, וכתוצאה מכך להפחית את הסיכוי של המטופל להחלים מגידול סרטני מ-80% ל-60%.⁸⁷ כידוע, על פי "הגישה המסורתית" לצורך הוכחת רשלנות על התובע מוטל הנטל להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוולתית של הנתבע לבין הנזק לתובע לפי כלל "מאזן ההסתברויות", הקרויה גם "גישת הכל או לא כלום". בהתאם לכך, הרף הנדרש להוכחת הקשר הסיבתי גבוה מ-50% ופירושו שבמידה והתובע עמד בנטל ההוכחה הוא יפוצה בגין 100% מהנזק, אך במידה והוא לא צלח רף זה, הוא לא יזכה בפיצוי כלל.⁸⁸ בשנים האחרונות הגישה המסורתית של הוכחת הקשר הסיבתי התחלפה בגישה אחרת במקרים של אובדן סיכויי החלמה.⁸⁹ חסרונותיה המשמעותיים של הגישה המסורתית, כגון החשש מיצירת הרתעה שאינה אופטימלית, בשל חיוב המעוול בנשיאה בפיצוי מלא עבור 100% מהנזק, גם כשקיים סיכוי גבוה (עד 50%) שהוא כלל לא גרם לזה, או לחילופין החשש מהתחמקות המעוול מתשלום פיצוי כל שהוא, אף כשקיים סיכוי גבוה (עד 50%) שהוא גרם לאיזה שהוא נזק, הביאו להחלפתה.⁹⁰

בפסק דין פאתח, אשר הינו פסק הדין המנחה בסוגיה, בית-המשפט העליון הכיר לראשונה בראש נזק חדש של פגיעה בסיכויי החלמה ובפסיקת פיצוי הסתברותי לתובע.⁹¹

ראו, לדוגמה, *Dumas v. Cooney*, 235 Cal. App. 3d 1593 (1991).⁸⁷
 בענין *Dumas*, בית-המשפט לערעורים של מדינת קליפורניה מצא כי הרופא התרשל אך קבע כי אין לו חובה לפצות את העיזבון מאחר שלא הוכח כי מות המטופלת נגרם כתוצאה מההתרשלות מעבר למאזן ההסתברויות. המקרה השני בו נקבע כי ניתן להטיל אחריות על בסיס ההסתברות שמתקיים קשר סיבתי הוא כאשר מתקיימים מבחני הטייה הנשנית. ראו ע"א 676-10 **עוזבון אליהו נ' קופת חולים לאומית**, פס' 4 לחוות דעתו של השופט ריבלין (נבו, 13.7.2011); דנ"א 4693/05 **בית החולים כרמל-חיפה נ' מלול** (נבו, 29.8.2010).⁸⁸
 התמיכה בפיצוי חלקי במצבים אלו איננה חדשה. בע"א 6643-95 **כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל**, פ"ד נג"ד (2) 680, פס' 16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן (1999) השופטת ביקרה את הגישה המסורתית - "כשלעצמי, סבורה אני כי אין לנקוט גישה של 'הכול או לא כלום'. הגישה השוללת מתן פיצוי לתובע במקרה שבו הוכחה התרשלנות אך לא ניתן לבסס קשר סיבתי עובדתי לנוכח חוסר הידע ואי-הבהירות באשר לגורמים למחלה ולתהליך התהוותה, גורמת עוול לתובע ואיננה משרתת מדיניות ראויה של הרתעה מפני התרשלנות. עם זאת, הטלת חובת פיצוי מלא על אחד מגורמי הנזק האפשריים שאין ביטחון שהשתתף בגרימת הנזק, איננה צודקת ואיננה עולה בקנה אחד עם יסודות דיני הנזיקין, שכן היא מביאה לפיצוי התובע על מלוא נזקו גם ממי שלא ברור כי השתתף בגרימת הנזק, שיכול שלא נגרם בעוולה כלל."⁸⁹
 ע"א 231/84 **קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח**, פ"ד מב(3) 312 (1988). במקרה זה עבר התובע ניתוח באוזנו שנעשה ללא רשלנות אך הוביל לשיתוק עצב הפנים הימני שלו. רק כעבור יממה אובחנה הפגיעה ורק כעבור עשרה ימים נוספים בוצע ניתוח נוסף לתיקון הנזק. לו היה התובע מנותח מיד לאחר הניתוח הראשון היו עומדים סיכויי החלמתו על 30% אשר אלו אבדו בשל ההתרשלות והתובע נותר ללא יכולת לרפא את נזקו. ביהמ"ש בפסיקה ראשונה מסוגה קבע פיצוי הסתברותי ע"י מכפלת שיעור הפגיעה בסיכויי החלמה בסכום הנזק הכולל ותשלום הסכום היחסי לתובע. בפסק הדין נקבע פיצוי בשיעור של 30% אשר משקף את סיכויי החלמה שאבד לתובע בגלל רשלנותו של הנתבע. בפרשת **מלול** ובפסיקה שבאה אחריי הובהר כי לא בראש נזק מדובר אלא בהטלת אחריות יחסית, והשימוש במונח "ראש נזק" שימש "תחפושת" לדוקטרינה המאפשרת פיצוי יחסי-הסתברותי במקרים של עמימות סיבתית. ע"א 3900/14 ל.ד. נ' **המרכז הרפואי הלל יפה**, פס' 21 (נבו, 2.12.2015) (להלן: ענין ל.ד.).⁹⁰
⁹¹

פסק הדין בעניין פאתח התמודד באופן ראוי עם חסרונות הגישה המסורתית אשר הובילה ליצירת עיוות הרתעתי במיוחד במקרים בהם מתקיימת הטיה נשנית.⁹² הטלת אחריות הסתברותית במקרה של פגיעה בסיכויי החלמה זכתה גם לתמיכתם של מלומדים.⁹³ אולם, ההכרה העקרונית בעד דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה מחייבת מענה לשתי שאלות הכרוכות זו בזו: מי זכאי לתבוע,⁹⁴ ומה גובה הפיצוי. קיימות שתי גישות אפשריות: האחת, שכל מטופל שסיכויי החלמתו קטנו כתוצאה מרשלנות הרופא יהיה זכאי לתבוע בשל אובדן זה, בין אם בסופו של דבר החלים ובין אם לא. במצב זה, על הפיצוי להיות בגובה מכפלת הנזק בהפרש שבין סיכויי החלמתו לפני העוולה וסיכויו לאחריה. כך למשל, במידה וסיכויי הישרדותו של הניזוק ירדו מ-80% ל-60%, על כל ניזוק, בין אם החלים ובין אם לאו, להיות מפוצה בעבור ה-20% שפחתו. הגישה השנייה היא לאפשר רק למי שלא החלים לתבוע, אולם אז, כפי שנראה מיד, יש להגדיל את הפיצוי בכדי שישקף את הנזק שהתממש בפועל. גם כאן בתי-המשפט אימצו בעבר גישה היברידית אשר לעניות דעתנו היתה שגויה. מחד, הם פסקו פיצויים לפי הגישה השנייה, היינו רק במקרים בהם הסיכון המוגדל התממש בפועל - כלומר במקרים בהם החולה מת בשל המחלה או לחילופין במקרים בהם נזקים בלתי הפיכים אחרים התממשו, כגון אובדן ראייה.⁹⁵ מאידך, הם פסקו פיצויים השווים לגובה הנזק כפול ההפרש בין סיכויי החלמתו לפני העוולה וסיכויו לאחריה. התוצאה היא שניזוק חי לא זכה לפיצוי כלשהו אף על פי שגם סיכויי החלמתו פחתו (וזאת ללא שום קשר לנזק הנפשי שיתכן ונגרם) ואילו ניזוק שמת פוצה בחסר.⁹⁶

מבחינה הרתעתי, פסיקת הפיצויים בדרך זו שגויה. אם מאמצים את הדרך הראשונה אזי כאשר סיכויי החלמה פוחתים מ-80% ל-60%, הנזק הנכון לכל המטופלים – אלה שהחלימו ואלה שלא – הוא של אובדן 20% סיכויי החלמה. לעומת זאת, אם מאמצים את הדרך השנייה

⁹² אריאל פורת היטיב להסביר את הבעיה - "במקרה של הטיה נשנית כלפי מטה יהיה הבדל ברור בין שיטת הכול או לא כלום לבין השיטה הסתברותית. במצב הקיצוני, שבו בכל המקרים הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50%, לא יישא המזיק באחריות כלל, והוא לא יורתע כלל (בהנחה שאין מנגנונים אחרים המרתיעים אותו, כגון העונש הפלילי). לעומת זאת אחריות הסתברותית תביא להרתעה יעילה, שכן היא תגרום שהמזיק יאיים מלכתחילה באחריות משפטית שתוחלתה כתוחלת הנזק של התנהגותו העוללתית." אריאל פורת נזיקין כרך א 356 (2013). השופט ריבלין סבר בעניין מלול כי לאחר שהתקבל מבחן ההטיה הנשנית אין עוד מקום להעניק פיצוי הסתברותי במצבים של אובדן סיכויי החלמה שלא מקיימים את התנאים של המבחן. ראו ענין מלול, לעיל ה"ש 90, פס' 39 לחוות דעתו של השופט ריבלין.

⁹³ ראו ישראל גלעד דיני הנזיקין – גבולות האחריות (2012) 1477 Marc Stauch, *Causation, Risk and Loss of Chance in Medical Negligence*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 205 (1997); David A. Fischer, *Tort Recovery for Loss of A Chance*, 36 WAKE FOREST L. REV. 605 (2001); John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N.C. L. REV. 1063 (1989); Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L.J. 82, 108–112 (2011).

⁹⁴ הדין מתמקד בשאלה אם התממשות הנזק היא תנאי לתביעה בגין אובדן סיכוי או לא. בפסיקה נקבע בנוסף כי הדוקטרינה חלה רק כאשר הסיכון שנגרע מהניזוק כתוצאה מהעוולה הוא לא זניח, כלומר שההתנהגות העוללתית תרמה באופן משמעותי להסתברות לתוצאה. ראו ענין ל.ד., לעיל ה"ש 91, פס' 36-38.

⁹⁵ ע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר (פורסם בנבו, 19.5.2009). (להלן: ענין קסלר).

⁹⁶ הניזוק יכול היה לקבל פיצוי בשל נזק נפשי אם זה הוכח. ראו ענין ל.ד., לעיל ה"ש 91, פס' 23.

אזי יש לפסוק פיצויים רק למטופלים שלא החלימו, אלא שעל הפיצויים גבוהים יותר. ואכן, בפרשת לוי נ' מור,⁹⁷ בית-המשפט העליון תיקן את שיטת החישוב שהיתה נהוגה עד אז. באותה פרשה נפטרה התובעת בגיל 29 מסרטן צוואר הרחם. בית המשפט קבע כי התרשלות באבחון של המחלה הפחיתה את סיכויי ההחלמה שלה מ-80% ל-60%. בית-המשפט העליון עמד על כך שמכיוון שהפיצוי ניתן רק לאותם מטופלים שלא החלימו, יש לתקן את העיוות שהיה נהוג בקביעת הפיצוי ולפצות את התובעת ביותר מ-20%. בית-המשפט הבחין שהסיכון למוות לאחר ההתרשלות היה 40% כאשר 20% מתוכו נגרמו בשל התרשלות הרופא. היות והסיכון התממש בפועל, אנו יודעים שהתובעת השתייכה לאותם 40% שלא החלימו. על כן נפסק פיצוי של 50% לאור הסיכוי הסטטיסטי (20/40) שמות המנוחה אירע בשל ההתרשלות. מבחינה הרתעתית מתן פיצוי של 50% לאותם 40% שלא שרדו, זהה בדיוק למצב של מתן פיצוי בסך 20% לכל 100% מהקורבנות (כולל אלו ששרדו). משעה שהוחלט שהפיצוי ניתן רק למי שלא החלימו, הרי שעל ידי "ניפוח" הפיצויים לקבוצת התובעים המתים בית-המשפט השיג הרתעה אופטימלית.⁹⁸

בשני סוגי המצבים שנסקרו לעיל – סיכון מוגבר לנזק עתידי ואובדן סיכויי החלמה – ניתן להצדיק דווקא את גישת הביניים, קרי המתנה עד למועד התגבשות הנזק בפועל (היווצרות המחלה או אי-ההחלמה, בהתאמה).⁹⁹ ראשית, מבחינת שיקולי צדק, פיצוי של מי

ע"א 4759/05 לוי נ' מור, פס' 11 (נבו 30.3.2008).

ראו ענין קסלר, לעיל ה"ש 95. כן ראו ע"א 10399/08 ד"ר אנטה פרוטס נ' אדוארד צ'ירגייב (נבו, 4.4.2011); ענין ל.ד., לעיל ה"ש 91, בפס' 38 לפסק דינו של השופט עמית. ארנסט ויינריב סבור כי ניתן להצדיק את הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה לניזוק שלא החלים בפועל על בסיס גישת הצדק המתקן. ראו Weinrib – Causal Uncertainty, לעיל ה"ש 28, בעמ' 163-160. התחשבות בנתון התממשות הסיכון בפועל וביצוע חישוב בהתאם לכך לצורך קביעת הפיצויים, טרם נקלטו בפסיקות בתי-המשפט בארצות הברית. בחלק ממדינות ארצות הברית כלל לא נקלטה דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה. ראו, לדוגמה, Parkes v. Hermann, 376 N.C. (2020) 320 (בית-המשפט של צפון קרוליינה קבע כי הדוקטרינה לא נקלטה במדינה). במדינות בהן הדוקטרינה נקלטה, הפיצוי נפסק ככלל לפי ההפחתה בסיכוי ולא לפי ההסתברות שהנזק נגרם כתוצאה מההתרשלות. ראו DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS, 434-8 (2000); Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound, 664 P. 2d 474 (Wash. 1983); Smith v. Washington, 734 N.E.2d 548, 551 (Ind. 2000). אף על פי כן, בריסטייטמנט אכן הוצעה דרך חישוב דומה. ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 26 cmt. n (2010) "Thus, if the plaintiff's chance of cure is reduced from 50 percent to 25 percent, the value of the lost opportunity is 25 percent of the value of the harm. But the probability that such an individual who suffers the harm was harmed by the defendant's negligence is 33 percent. That is because we know that a harmed individual is not among the lucky 25 percent who, despite delayed treatment, are cured. The probability that the delay in treatment caused the plaintiff's harm is found by taking the 25 percent who are harmed due to the delay as a numerator and the 75 percent who are harmed as the denominator".

קיים בסיס הבחנה נוסף בין תיקים, אשר נוגע ליחס בין פיצוי לפי הסתברות ובין התוצאה תחת כלל מאזן ההסתברויות. כלל מאזן ההסתברות הוא קוהרנטי במובן זה שבכל מקרה הפיצוי נקבע באופן זהה – שלילת הפיצוי אם ההסתברות נמוכה מ-50%, ופיצוי מלא כאשר ההסתברות חוצה את הסף. מבחינה סטטיסטית,

97

98

99

שלא סבל משום נזק בפועל, ובמקביל פיצוי חסר של ניזוקים שסבלו בפועל לא מגשימים את מטרת השבת המצב לקדמותו.¹⁰⁰ שנית, המתנה עד התגבשות הנזק עשויה להוביל לחסכון בהוצאות אדמיניסטרטיביות. נניח כי בדוגמה שהוצגה בפרשת לוי נ' מור היו חמש מטופלות, אשר סיכויי ההחלמה של כולם פחתו מ-80% ל-60%. סטטיסטית, שלוש מהמטופלות יברואו, הרביעית לא תחלים ואף לא היתה מחלימה אלמלא הרשלנות של הרופאים, ואילו החמישית לא תחלים אך היתה מחלימה אלמלא התרשלנות הרופאים. משטר משפטי המעניק פיצוי לפי אובדן סיכויי ההחלמה בסמוך לאירוע העולתי יאפשר לכולן לנהל תביעה, ולקבל פיצוי של 20% מהנזק הצפוי מן ההתרשלנות. אם, לעומת זאת, רק מי שלא החלימה תוכל להגיש תביעה, יתנהלו רק שני הליכים, וכל אחת משתי התובעות (הרביעית והחמישית) תזכה בפיצוי של 50%. מבחינת הרתעה, תוחלת הפיצוי בשני המקרים זהה (ושווה לנזק מלא של מטופלת אחת). אולם במקרה השני בו מתנהלים רק שני הליכים, העלות האדמיניסטרטיבית נמוכה יותר.

שלישית, ראינו קודם כי במקרה הרגיל, כאשר הניזוק סבל מנזק שהתגבש בסמוך לאחר מועד התאונה, פיצוי מאוחר לפי הנזק בפועל מעוות את התמריצים של הניזוק להיטיב את נזקיו. עיוות זה בתמריצים היה שיקול נוסף להעדפת הפיצוי לפי המידע הזמין במועד התאונה. אולם, במקרים של הגברת סיכון או פגיעה בסיכויי ההחלמה החשש שפיצוי לפי הנזק בפועל יעוות את התמריצים של הניזוק נמוך יותר, מאחר שבמרבית המקרים הניזוק לא מסוגל להשפיע על הסיכוי שיחלה או יחלים. אך גם כאן קיים חריג והוא באותם מקרים שבהם ניזוק שנחשף לסיכון יוכל לנקוט באמצעים שונים להפחתת הנזק שלו, כגון הימנעות מעישון או מעקב רפואי סדיר. במקרים חריגים אלו פיצוי מאוחר עלול לפגוע בתמריצים שלו לעשות כן.¹⁰¹ בעיה זו אף מחמירה כשלניזוק יש קושי כלכלי לבצע את הניטור הנדרש. במקרים אלו

השימוש במאזן ההסתברות שקול לפסיקה לפי החציון. אחריות הסתברותית יכולה לקיים מבנה דומה אם בכל מקרה נפסק פיצוי לפי ההסתברות בפועל. מבחינה סטטיסטית, הדבר שקול לפסיקת פיצוי בהתאם לממוצע המשוקלל. בענין ל.ד., לעיל ה"ש 91, נפסק כי במקרים של אובדן סיכויי החלמה יש לפסוק פיצוי לפי הסתברות אם הסיכוי לקיומו של קשר סיבתי נמוך מ-50%, אולם אם הסיכוי חוצה את סף ה-50% יש לפסוק פיצוי מלא, בהתאם לכלל מאזן ההסתברויות. הכרעה זאת נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית שכן היא מקנה יחס שונה להערכה ההסתברותית בין מקרים. כתוצאה מכך תוחלת הפיצוי שהמוזיק רואה גבוהה מתוחלת הנזק שהוא יוצר בהתנהגותו העולתית. לדיון ביחס בין הערכה סטטיסטית ובין כללי ההכרעה במצבים של אי-ודאות, ראו Pelled, לעיל ה"ש 12, בעמ' 169-171.

¹⁰⁰ למעשה, בכל מקרה חלק מהניזוקים מקבלים פיצוי חסר וחלק מקבלים פיצוי יתר, מאחר שלא ברור מי סובל מהנזק כתוצאה מהעוולה ומי סובל מהנזק עקב מזל רע, וללא קשר להתנהגות העולתית. אולם, הבעיה מחמירה אם הפיצוי ניתן לפי הסיכון אקס-אנטה, גם כאשר לא התגבש נזק כלל. במקרה זה, חלק מהניזוקים מקבלים פיצוי למרות שלא נגרם להם כל נזק, קבוצה אחרת זוכה לפיצוי למרות שהנזק שנגרם לחבריה היה נגרם ממילא, והקבוצה האחרונה, של ניזוקים שנגרם להם נזק כתוצאה מהעוולה, מקבלת פיצוי נמוך מהנזק שנגרם להם. ארנסט ווינריב טוען שהדוקטרינה מתיישבת עם צדק מתקן בתנאי שמבינים את הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה כפיצוי בגין הפגיעה בזכות לטיפול סביר, שמשמר את סיכויי ההחלמה ולא כפיצוי בגין הפגיעה בזכות לשלמות הגוף. על פי פרשנות זאת אין לתת פיצוי למי שהחלים, שכן סיכויי ההחלמה שלו לא נפגעו בפועל. ביחס לשאר, יש לתת להם פיצוי הסתברותי שכן זה משקף את היקף הפגיעה בזכות לטיפול הרפואי הסביר. ראו Weinrib – *Causal Uncertainty*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 160-163.

¹⁰¹ נטל הקטנת הנזק פותר במידה רבה את החשש הזה. ראו לעיל, ה"ש 30.

בתי-המשפט בארצות הברית הכירו בזכות פיצוי מוגבלת רק בגין עלויות הניטור כנזק שהתגבש כבר עם מועד העוולה.¹⁰²

לסיכום, בבחירה בין המועדים האפשריים לחישוב הפיצוי אנחנו סבורים כי מן הבחינה העיונית ניתן להצדיק פיצוי אשר מביא בחשבון מידע הזמין במועד העוולה, או פיצוי עיתי לפי המידע שמתגלה מעת לעת ביחס למצבו של הניזוק. אולם, קשה להצדיק את הגישה הנוהגת, גישת הביניים, לפיה נעשה שימוש במידע שהתגלה בין מועד העוולה ועד למועד מתן פסק הדין. מכלול השיקולים הוביל אותנו למסקנה כי במרבית המקרים הערכת הפיצוי לפי המידע שהיה זמין באשר לנזק שהתגבש סמוך למועד העוולה עדיפה, הן מבחינת עלויות ניהול ההליכים והן מבחינת התמריצים שהיא יוצרת למוזיק ולניזוק עד למועד מתן פסק הדין. מנגד, ביחס לקבוצות המקרים הייחודיים של הגברת סיכון ואובדן סיכוי החלמה, אנחנו סבורים כי ניתן להצדיק את גישת הביניים, לפיה על בית-המשפט להמתין עד להתגבשות הנזק, הן מבחינת שיקולי צדק והן על בסיס שיקולי יעילות כלכלית.

עד עתה דנו במקרים בהם נזק מאוחר הופיע לאחר, ואולי אף בלע, נזק מוקדם. אך ניתן לחשוב גם על המקרים ההפוכים, נזקי התאונה המאוחרת נבלעים באירוע מוקדם (מחלה או תאונה), כגון במקרה של ניזוק שסבל משיתוק בארבע גפיים, ובאירוע מאוחר יותר נגרם לו נזק גוף נוסף פחות חמור, אך אשר היה גורם לשיתוק בשתי גפים, אילולא היו אלו כבר משותקות.¹⁰³ במקרים אלה התאונה המאוחרת לא הוסיפה לנכות הכללית של הניזוק, ולכן נבלעה בתאונה הראשונה. בפרק הבא נדון במקרים מעין אלו.

ב. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה

אם בחלק הקודם עסקנו בשאלת התחשבות במצבו של הניזוק לאחר התאונה, שאלה אותה המשגנו כשאלה באשר למועד "הקפאת התמונה", בחלק זה נוסיף ונשאל – ביחס לכל מועד "הקפאת תמונה" שנבחר, האם נכון שבית-המשפט יביא בחשבון בנתונים קודמים אודות

¹⁰² לעיתים בעקבות התאונה התובע נדרש לניטור שוטף של מצבו הבריאותי, למרות שהוא יקר, כדי להקטין את פוטנציאל הנזק בעקבות התאונה. במצבים אלה לתובע נגרם נזק כלכלי עוד לפני שהתגבש נזק הגוף, ולכן אין מניעה להעניק לתובעים סעד בגין עלויות הניטור מראש. בארצות הברית חלק מהמדינות אישרו להגיש תובענות ייצוגיות בגין הוצאות ניטור רפואיות עקב חשיפה המונית למזהמים. ראו, לדוגמה, Perrine v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 694 S.E.2d 815 (W. Va. 2010). בית-המשפט לערעורים דחה ערעור על החלטה לאשר הגשה של תובענה ייצוגית בשם כלל התושבים שנחשפו בגין הוצאות רפואיות חריגות שהם ידרשו להם בעתיד לניטור מצבם). לסקירה, ראו D. Scott Aberson, Note: *A Fifty-State Survey of Medical Monitoring and the Approach the Minnesota Supreme Court Should Take When Confronted with the Issue*, 32 WM. MITCHELL L. REV. 1095 (2006).

¹⁰³ לדוגמה, בענין ע"א 3222/10 **ביטוח ישיר חברה לביטוח בע"מ נ' פלוני** (נבו 28.06.2012) נדון מקרה של אדם אשר סבל משיתוק מוחין, אשר הוביל לשיתוק מסוים ברגליו, אשר נפגע בתאונת דרכים אשר הובילה אף היא לשיתוק ברגליו, בנוסף לנזקים אחרים. במקרה זה, שיתוק המוחין שקדם לתאונה "בלע" חלק מהנזקים אשר היו נגרמים בעקבות התאונה ממילא.

מצבו של הניזוק טרם התאונה? אנחנו נראה כי גם ביחס לסוגיה זו בתי-המשפט לא נקטו בגישה אחידה. בחלק מהמקרים נכות קודמת של הניזוק גוררת הפחתה של הפיצוי באופן שהוא ישקף רק את ההחמרה שנגרמה לניזוק באירוע העולתי, ובחלק מהמקרים בתי-המשפט התעלמו מהנכות הקודמת, וייחסו את מלוא הנזק לאירוע העולתי. כלומר, הדין הנוהג לוקה בהיעדר קוהרנטיות סטטיסטית, וכתוצאה מכך הוא לא צודק ויוצר הרתעה לא יעילה. המסקנה (המהפכנית ביחס לדין הנוהג) מהניתוח שלהלן תהיה גם כאן כי מומלץ שבתי-המשפט יתעלם ממצבו הקונקרטי של הניזוק טרם התאונה.

1. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה בדין הנוהג

נוכחנו לראות כי יש מקום "לצדק עיוור" דהיינו להתעלמות ממידע שהתגלה לאחר התאונה, למרות שהוא עשוי להיות רלוונטי להערכת גובה הנזק. בפרק זה נבחן מה המקום שיש לתת למצבו של הניזוק טרם התאונה במסגרת הערכת הפיצוי. במקרים בהם הניזוק סבל בעת התאונה מנכות מוקדמת, בין בשל מחלה ובין בשל תאונה קודמת, בתי-המשפט מביאים בחשבון כדבר שבשגרה מידע אודות מצבו הקודם של הניזוק, ומעניקים לו פיצוי שמשקף רק את ההחמרה שנגרמה עקב התאונה המאוחרת. במקרים בהם התאונה המאוחרת לא הוסיפה למוגבלות של הניזוק עקב מצבו הקודם, בתי-המשפט אף שללו פיצויים מהניזוק.¹⁰⁴ אולם, ניתן לדמיין עולם שבו בתי-המשפט מתעלמים ממידע זה, ומעניקים לניזוק פיצוי אשר מתחשב רק במצבו לאחר התאונה ביחס למצבו של אדם ללא כל נכות מוקדמת. נמחיש את הדילמה באמצעות דוגמה.

דוגמה 2 – ניזוק פצוע – נפתלי נפגע בתאונת דרכים. טרם התאונה נפתלי סבל

כבר ממחלה שהותירה אותו עם נכות אורטופדית ברגלו בשיעור של 33%. בעקבות התאונה הוא סובל מנכות מלאה לצמיתות. כיצד על בית-המשפט לפסוק את הפיצוי בגין תאונת הדרכים?

לכאורה, הדין הגיוני וברור – יש לחייב את המזיק רק בגין ההחמרה בנכות של הניזוק.¹⁰⁵ כלומר, במקרה שמתואר בדוגמה 2, נפתלי צריך לקבל פיצוי שמשקף את ההוצאות הרפואיות ואובדן ההכנסות העודפות שנגרמו לו, אשר ניתן להעריך, בהיעדר נתונים נוספים, בהתבסס על 67% הנכות הנוספים שהתווספו ל-33% הנכות מהם סבל לפני תאונת הדרכים. אולם בפועל נראה כי הפסיקה ביחס להתחשבות בנכות קיימת איננה עקבית.

בית-המשפט העליון התייחס לאופן חישוב הנזק במקרים בהם קיימת נכות קודמת במספר פסקי דין. בענין **קרנית נ' פלונית** בית-המשפט העליון דן בערעור על תביעת נזק גוף של קטינה אשר סבלה מפגיעה נוירולוגית קודמת לתאונה.¹⁰⁶ בית-המשפט המחוזי התבסס על

¹⁰⁴ ראו לדוגמה ע"א 6553/96 צור-שמיר חברה לביטוח נ' מלצר, פ"ד נג(1) 611 (1999) (להלן: ענין מלצר). מבחינת הדפוס העובדתי, מדובר במצבים בהם נזקי התאונה או המחלה המוקדמים בלעו את נזקי התאונה המאוחרת, כשם שנוקים מתאונה מאוחרת יכולים לבלוע את נזקי התאונה המוקדמת.

¹⁰⁵ שם, בפס' 26-20 לפסק הדין; ע"א 589/89 רוקביצקי נ' יעקובוב, פ"ד מז(1) 726 (1993) (השופט מצא ציין כי "הלוא מצב בריאותו וכושר השתכרותו של מי שלקה בנכות קודמת אינם כמצב בריאותו וכושר השתכרותו של אדם בריא; ודרגת הנכות הנקבעת לו מיועדת לבטא את השינוי שחוללה הפגיעה במצבו הרפואי או בכושר השתכרותו ביחס למצבו הרפואי ולכושר השתכרותו הקודמים").

¹⁰⁶ ע"א 2812/20 קרנית הקרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלונית (נבו 13.6.2021).

חוות דעת המומחים, והבחין בין הנכות הנורולוגית שנגרמה עקב התאונה ובין הנכות הנורולוגית הקודמת. בית-המשפט העליון אישר את החלטה וקבע כי בהערכת הפיצוי אסור לבית-המשפט להתעלם "מקיומה של נכות קודמת שהוכרה על ידי המומחים הרפואיים".¹⁰⁷ ואכן, בתי-משפט מפחיתים כדבר שבשגרה את סכום הפיצוי המוענק לניזוק אשר סבל מנכות קודמת עקב מחלה או פציעה.¹⁰⁸ החלטה דומה התקבלה בענין **מלצר**, בו נדון מקרה של מרצה לחקלאות אשר נפגע בשתי תאונות דרכים. בית-המשפט המחוזי קבע אחרי התאונה השניה כי יש ליחס חלק גדול מהנזקים שנקבעו אחרי התאונה השניה לתאונה הראשונה, וכי הנכות הנוספת שהיא תוצאה של התאונה השניה לא גררה שום נכות תפקודית. על כן, בית-המשפט שלל מהניזוק פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בעתיד אשר נפסקו לו בשל התאונה השניה.

אולם, קיימים גם מקרים בהם בתי-המשפט לא מפחיתים את הפיצוי לניזוק עקב נכות קודמת. לדוגמה, בפרשת **נגר נ' וילנסקי** נדון מקרה בו רשלנות מאוחרת החמירה מחלה מוקדמת ממנה סבל הניזוק.¹⁰⁹ רופא החדיר בצורה רשלנית מתקן לעירוי נוזלים לזרועו של מטופל כחלק מהכנה לניתוח תוספתן. במהלך ההחדרה ניתק חלק מצינורית הפלסטיק ונסחף אל תוך וריד המטופל, דבר שהצריך ניתוח נוסף. שני הניתוחים הוכתרו כמוצלחים אך למטופל נגרמה נכות נפשית אותה ייחס לתאונה שבהחדרת המתקן. בית-המשפט המחוזי השתכנע כי התובע סבל ממחלת נפש כרונית עוד לפני האירוע העוולתי,¹¹⁰ וקבע כי לתובע היה "סיכוי קלוש להמשיך לתפקד בצורה סבירה במשך שנים רבות".¹¹¹ על כן, בית-המשפט

¹⁰⁷ שם, בעמ' 15. בארצות הברית קיימת אותה הלכה, לפיה מחלה מוקדמת מביאה להפחתה בשיעור הפיצוי. בריסטייטמנט השלישי של דיני נזיקין מצוין כי "if the hiker had terminal cancer at the time – the first hunter's bullet killed the hiker, the hunter's negligence is a factual cause of the hiker's death, while the cancer is not. However, the hiker's cancer is relevant to the measure of damages for which the hunter is liable" Restat 3d of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 26. אולם, השוו לענין **רקוביצקי**, לעיל 105. באותו ענין נפגעת בתאונת דרכים סבלה מנכות עקב תאונה קודמת, וכן ממחלת נפש כרונית אשר הצריכה טיפול רפואי. התאונה נושא הדיון הובילה להחמרה של מצבה הגופני והנפשי, אשר הצריכו אשפוזים ארוכים. הדיון נסוב על הנזק הלא ממוני שנפסק לתובעת לפי תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני), תשל"ו-1976, אשר קובעות תחשיב לפיצוי על בסיס אחוזי נכות ותקופת האשפוז. חברת הביטוח טענה כי במסגרת הפיצוי יש לתת ביטוי רק לאחוזי הנכות שהוחמרו בעקבות התאונה, ולא להתחשב במצבה הקודם. בית-המשפט העליון, מפי השופט מצא, קבע כי הפיצוי בגין הכאב וסבל מחושב לפי הסבל שנגרם בעקבות התאונה. מאחר שאדם סבל מנכות קיימת סובל יותר כתוצאה מהתאונה, הפיצוי לא צריך לקחת בחשבון את הנכות הקיימת. לענין הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות בית-המשפט קבע כי "לא הרי חישוב אחוזי נכות לצמיתות של הנפגע... כהרי קביעת נכותו התפקודית. הווי אומר: מקום שנכותו של הנפגע אמורה לשקף את מידת הגריעה מכושר השתכרותו, תובא בחשבון כל נכות קודמת שלקה בה לפני התאונה."

¹⁰⁸ ע"א 682/82 **בן אריה נ' "סהר" חברה לביטוח בע"מ**, לז(3) 589, 1607-608 (1983); רע"א 3953/01 **עמר נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ**, נז(4) 350, פס' 11-12 לחוות דעתו של השופט ריבלין (2003); רע"א 1459/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, סה(1) 1 (2011); רע"א 9388/12 **מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' ליונוב**, פס' 9-11 לחוות דעתו של השופט זילברטל (נבו 28.05.2013).

¹⁰⁹ ע"א 285/86 **נגר נ' ד"ר אריה וילנסקי**, מג(3) 284 (1989) (להלן: ענין **וילנסקי**).

¹¹⁰ שם, בפס' 6.

¹¹¹ שם, בפס' 8.

המחוזי הפחית באופן ניכר את הפיצוי לתובע בגין הפסד כושר ההשתכרות – ופסק לזכותו פיצוי גלובלי בסך 100,000 שקלים בלבד.

בערעור לבית-המשפט העליון, השופט גולדברג קבע כי ההתרשלות אמנם החמירה את הנזק הנפשי של התובע אך בכל זאת על הנתבע לפצות את התובע ללא הפחתה בשל נכותו הנפשית הקודמת. השופט גולדברג נימק זאת בכך שלא ניתן לקבוע בוודאות לאיזה חלק מהנזק אחראי הרופא ועל כן, היות והתרשלות הרופא גרמה לתובע נזק ראייתי המונע ממנו את היכולת להוכיח את הנזק היחסי שנגרם לו, עובר הנטל למזיק להוכיח את חלקו בנזק הסופי.¹¹² מכיוון שלא הצליח המזיק להרים את נטל ההוכחה, הושת עליו מלוא הפיצוי.¹¹³ העובדות בענין קרנית נ' פלונית, בענין מלצר ובענין נגר דומות. שלושת המקרים עוסקים בנכות קודמת של התובע (נוירולוגי או נפשי) אשר נבלעה, באופן חלקי או מלא, בנזק ממנו סבל התובע בשל האירוע העולתי. בענין נגר מתווספת לכאורה מורכבות נוספת, ראייתית – אין מחלוקת כי הבעיות הנפשיות מהן סבל המטופל הוחמרו בעקבות הטיפול הרפואי שקיבל, אך לא קיימת אפשרות לאמוד את שיעור הנזק שנגרם עקב התרשלות הרופא.¹¹⁴ לכאורה, המורכבות הנוספת הזו מצדיקה את התוצאה ההפוכה. אולם, סוגיית בליעת המחלה המוקדמת על ידי רשלנות מאוחרת מעוררת פעמים רבות קושי ראייתי אינהרנטי, שכן לא אחת (כפי שהיה גם בקרנית וגם במלצר, ולא רק בנגר) קשה לבודד את הנזק המוקדם מן ההחמרה שנגרמה בשל המעשה העולתי.¹¹⁵ כך נוצר חוסר עקביות בפסיקת הפיצויים במקרים שונים בהם קיימת מחלה מוקדמת, על בסיס התפיסה הסובייקטיבית של השופט

¹¹² ראו ע"א 705/78 מימון נ' מאוטר פ"ד לד (1) 550 (1979). בעניין זה הייתה זקוקה התובעת לניתוח בשל פגם במבנה הלסת ונמצא כי היא חייבת לבצע טיפול שיניים יסודי קודם לכן. במהלך הטיפול לקתה בדום לב ונותרה ללא הכרה. בעמ' 553 לפסק הדין של השופט בכור נקבע כי "חל הכלל של 'הדבר מדבר בעד עצמו' על-פי מצוות סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; לכן חייבים המערערים בנזיקין כל עוד לא הרימו את נטל השכנוע שעבר אליהם"; תא (ס-י) 28423-04-11 עזבון המנוח אדרי משה נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו 31.10.13) בעניין זה, אובחן המנוח כאחת עשרה שנים לפני האירוע כסובל ממחלת ריאות כרונית. המנוח הגיע לחדר המיון לאחר שחש ברע. עם תום הבדיקות והטיפול הרפואי שוחרר המנוח לביתו, הוא נסע עם בנו ברכב פרטי ללא חמצן, וזאת לאחר התייעצות עם רופא המיון וקבלת אישורו. במהלך הנסיעה חש המנוח מחנק ומצא את מותו כעשר דקות לאחר ששוחרר לביתו. במקרה דנן, בהתבסס על עניין וילנסקי, קבעה השופטת כי הנטל לסתור את קיומו של קשר סיבתי מוטל על הנתבעת.

¹¹³ בע"א 361/00 ד'אהר נ' יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005) בית המשפט הסביר את דוקטרינת הנזק הראייתי כך - "מקום שבו נתבע גורם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע – כלומר, פוגע ביכולתו של התובע להשתמש בראיה שלכאורה בעלת פוטנציאל לביסוס איזו מן הטענות העובדתיות שעליהן מבוססת תביעתו – עשוי בית-המשפט להטיל על הנתבע את נטל השכנוע להיותה של אותה טענה עובדתית בלתי נכונה".

¹¹⁴ גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודת המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" ספר שלמה לויץ (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). ראו גם פורת נזיקין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 400-401. בשל רצונם של בתי-המשפט להתחשב בניזוק, לעיתים מחויב המזיק בנזק גדול יותר מהנזק לו גרם בפועל. ראו: 15/88 מלך נ' קורנהויז, פ"ד מד(2) 89 (1990); בנימין שמואלי, "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים, משפטים לט תש"ע, עמ' 284.

¹¹⁵ בענין קרנית המומחים הרפואיים הציעו בתחשיב הנכות הרפואית ליחס מחצית מהפגיעה בתחום הנוירולוגי, שהוערכה כ-40% נכות, למצבה של הנפגעת לפני התאונה ומחצית לנזק התאונתי. בית המשפט העליון לא מצא להתערב בקביעות אלה על אף המחלוקת בנושא. ראו ענין קרנית, לעיל ה"ש 106, פס" 2, 16-17.

ביחס לאפשרות להבחין בין ההחמרה ובין הנזק המוקדם או ביחס לתוצאה הרצויה באותו המקרה. במילים אחרות, היישום של הטענה בדבר הנזק הראייתי בנסיבות אלו משנה מהותית את האופן בו בית-המשפט מביא בחשבון מידע ביחס למחלה מוקדמת.

סוג מקרים נוסף בהם בתי-המשפט בישראל מתעלמים מנכות קודמת הינו במקרים בהם הניזוק סבל מנזק קודם כתוצאה מתאונה עוולתית, ולא ממחלה, אך טרם התקבל פיצוי בגין התאונה הראשונה. סוגייה זו הגיעה לפתחו של בית-המשפט העליון בעניין **עזבון חנשוילי**.¹¹⁶ שם הניזוק, נהג מונית עצמאי, נהרג בתאונת דרכים, לאחר שכבר נפגע בתאונת דרכים קודמת, אך בטרם הספיק להגיש את תביעתו בגין התאונה הראשונה.¹¹⁷ בתביעה השניה הוערכה נכותו מן התאונה הראשונה בשיעור של 28%. במילים אחרות – התאונה המאוחרת "בלעה" נזק מוקדם בר חבות, בשיעור של 28%. בית-המשפט נדרש לשאלה – מי אחראי לפצות את תלויי הניזוק על הנזק בשיעור 28% בגין הנכות הראשונה במהלך התקופה שבין מועד התאונה השנייה לבין תום חיי העבודה של המנוח אלמלא היה נהרג בתאונה השנייה?¹¹⁸

בית-המשפט המחוזי יישם את הדין הנוהג ביחס למצבו של הניזוק במועד התאונה, וקבע כי המבטחת של המזיק בתאונה השניה אחראית רק בגין הנזק הנוסף שנגרם על הנכות הקיימת (72%) – מאחר שבמועד זה הניזוק היה כבר בעל כושר השתכרות מופחת עקב התאונה הקודמת. ביחס לתאונה הראשונה, בית-המשפט קבע כי המזיק בתאונה הראשונה חייב בגין הנזקים שגרם רק עד קרות התאונה השנייה, קרי 28% עד מועד המוות. התוצאה מפסק הדין של בית-המשפט המחוזי היתה כי התובעים מפוצים בחסר שכן החל ממועד המוות תלויי הניזוק אינם מקבלים פיצויים בגין הנכות הראשונה (28%), לא מהמעוול הראשון ולא מהמעוול השני. בערעור בפני בית-המשפט העליון השופטת נתניהו קבעה שעל המזיק השני מוטלת החובה לפצות את תלויי הניזוק גם בגין נזק זה. האופן שבו השופטת נתניהו הצדיקה את קביעתה הוא שהמזיק השני מצא ניזוק בעל זכות תביעה נגד המזיק הראשון בגין הפסד כושר השתכרות עתידי בשיעור 28% לכל חייו. התאונה הובילה לכך שזכות התביעה נשללה ממנו, ולפיכך אובדן זכות זו הינו משום נזק כלכלי, בר חבות, שהמזיק השני גרם לה. על כן קבע בית-המשפט שעל המזיק השני לפצות את הניזוק גם עבור הפסד כושר ההשתכרות (בשיעור של 28%) שנבע מן התאונה הראשונה עבור התקופה שלאחר מותו. בפועל, וזו הנקודה החשובה לעניינינו, יוצא כי בחשבו את הפיצויים בתאונה השניה, בית-המשפט התעלם למעשה מן הנכות הקודמת של הניזוק ופסק לו פיצויים בגובה 100%

¹¹⁶ ראו עניין **חנשוילי**, לעיל ה"ש 48.

¹¹⁷ השופט בתאונה בתביעה השניה הוא זה שהעריך את נכותו של הניזוק בתאונה הראשונה ב-28%. פסק-הדין ניתן לפני שנקבע כי ניתן לתת פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות בשנים האבודות. לפיכך, הפיצוי ניתן בשל הפסד התמיכה של התלויים במנוח ולא בשל אובדן הכנסה בשנים האבודות של המנוח. כמו כן, יש להדגיש כי הפסיקה סירבה להכיר בזכותם של תלויים לפיצוי עבור הנזק הלא ממוני בדמות פגיעה ברגשות, אבל, צער, סבל נפשי, אבדן הנאה מבין המשפחה, אבדן אהבתו וכו', הנחה אשר סוטה מהעיקרון המקובל של השבת המצב לקדמותו. עם זאת, הפסיקה פיתחה כללים שאפשרו לפסוק, בעקיפין, פיצוי לתלויים על הנזק הנפשי-הייחודי שסבלו עם מות יקירם. ראו נילי קרקו אייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסודי שאבד עליו הכלח?" **דין ודברים** ט 175, בפרט בעמ' 226-230 (2015). לדיון בעניין **אטינגר** והלכת השנים האבודות, ראו לעיל, ה"ש 42.

116

117

118

למרות שהיה בעל נכות מוקדמת. הלכת **חנשוילי**, המתעלמת מהנכות המוקדמת שנגרמה בעוולה, יושמה בפסיקה מאוחרת של בית-המשפט העליון ובערכאות נמוכות על אף היותה, כפי שראינו לעיל, סותרת את הפסיקה, כגון בענין **קרנית נ' פלונית** שנדון לעיל, בענין נכות קודמת "טבעית", או כזאת שזכתה לפיצוי בהליך נפרד.¹¹⁹

מעניין לציין כי בארצות המשפט המקובל הפסיקה ביחס להתחשבות בנזק קודם אחידה יותר מאשר זו בישראל. במקרים בהם הניזוק סבל מנזק קודם, בין אם כתוצאה ממחלה ובין אם מתאונה עולתית, המזיק נדרש לשלם רק בגין תוספת הנזק שגרם, גם אם קיימים קשיים ראייתיים בהערכת הנזק הנוסף. כך פסק בית הלורדים האנגלי בפרשת **Baker v. Willoughby** בה נדונו שני אירועים בני חבות.¹²⁰ באותה פרשה הניזוק נפגע ברגלו כתוצאה מתאונת דרכים וטרם הדיון בתאונה הניזוק נורה במהלך שוד מזוין והתעורר צורך מידי לקטוע את אותה רגל. בית הלורדים קבע כי המזיק הראשון פגע בכושרו של הניזוק, והמזיק המאוחר מצא ניזוק אשר סובל מנכות קיימת, ולכן הוא חב רק בגין התוספת לנזק שנגרמה על ידו.¹²¹ במונחים של פרשת **חנשוילי**, בית הלורדים לא התעלם מהעובדה שבתאונה השניה הקורבן כבר סבל מאובדן כושר השתכרות והטיל על המעוול השני חבות של 72% בלבד ממועד התאונה השניה ואילך (תוך שהוא מטיל על המעוול הראשון חבות בגובה 28% למשך כל חיי העבודה של הקורבן). בתי-המשפט בקנדה וארה"ב פסקו באופן דומה.¹²² לסיכום הדין הנוהג, כאשר ניתן להבחין בין מוגבלות "טבעית" הקודמת לתאונה, ובין זו שנוספה בעקבות התאונה הדין הנוהג בישראל מורה לבית-המשפט **להתחשב** בנכות קודמת של הניזוק ולהפחית את הפיצויים שהמזיק השני צריך לשלם. כאשר בית-המשפט סבור כי אין ביכולתו להבחין בין הנכות שהיתה קיימת קודם לתאונה ובין זו שנגרמה בעקבותיה,

¹¹⁹ ראו ע"א 1643/01 לוי נ' גברי, פס" 9 (פורסם בנוב, 12.9.2004). בפרשת לוי, בית-המשפט העליון שוב נדרש לדון בעניינו של ניזוק אשר נפגע בשתי תאונות דרכים שונות. השופט גרוניס קבע כי לא הוכח שלניזוק נגרמה נכות צמיתה בתאונה הראשונה, אלא שאפילו היה מוכח שהתאונה הראשונה גרמה לחלק כלשהו מן הנכות – היה מקום לקבוע שהנכות מהתאונה השנייה "בולעת" את הנכות מהתאונה הראשונה לפי הלכת **חנשוילי**.

¹²⁰ Baker v. Willoughby, [1969] 3 All E.R. 1528 [hereinafter **Baker**].
¹²¹ שם, בעמ' 1535-1536 ("The original accident caused what may be called a 'devaluation' of" the plaintiff... For that devaluation the original tortfeasor should be and remain responsible to the full extent, unless before the assessment of the damages something has happened which either diminishes the devaluation or by shortening the expectation of life diminishes the period over which the plaintiff will suffer from the devaluation. If the supervening event is a tort, the second tortfeasor should be responsible for the additional devaluation caused by him").
 Jobling v. Associated Diaries Ltd., 155 W.L.R. 3 [1981], שם נקבע כי במקרה שהאירוע המאוחר היה תוצאה של אירוע טבעי בלתי צפוי שלא קשור סיבתית לתאונה הראשונה, יש להפחית את הפיצוי בהתאם, ואין להתעלם מהאירוע המאוחר. כלומר, למרות שקיימת אחידות ביחס לאירוע מוקדם, בית הלורדים יצר חוסר אחידות ביחס לאירוע המאוחר – אם האירוע עולתי מתעלמים מקיומו, ואם הוא טבעי אז מתחשבים בו.

¹²² לדין בקנדה ראו Stene v. Evans, [1958] 14 D.L.R.2d 73 (Alb. Sup. Ct. App. Div.) (באותו ענין הניזוק סבל מנכות בשיעור של 20% כתוצאה מהתאונה הראשונה, ואילו המזיק המאוחר גרם לו נזק של 100%. בית-המשפט קבע כי יש לחלק את הנזק בין המזיקים, מאחר שהמזיק המאוחר לא גרם נזק ל"בן-אדם בריא, אלא לבן-אדם שהיה 80% בריא". לעומת זאת, במקרה של נזק שני תמים, פוקעת חבותו של המזיק מרגע התגלעות המחלה הבולעת). לדין בארה"ב ראו Spouse v. Ragu Foods, Inc., 537 N.Y.S.2d 739 (1989).

ההלכה היא שעל בית-המשפט להתעלם מהנכות הקודמת בעת פסיקת פיצוי והנתבע ישלם בגין הנכות כולה, גם זו שלא הוא גרמה. לבסוף, במקרים בהם הנכות הקודמת היא תוצאה של עוולה, אשר התובע לא פוצה בגינה, הדין הוא שעל בית-המשפט להתעלם מקיומה של נכות קודמת בפסיקת הפיצויים והמעוול השני ישלם על כל הנזק של התובע.

2. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית

מקרים של היעדר קוהרנטיות סטטיסטית בפסיקת פיצויים אינם מוגבלים, כפי שנראה, רק להתחשבות במידע שמתגלה לאחר התאונה.¹²³ למעשה, המשפט הנוהג נעדר קוהרנטיות סטטיסטית גם כאשר להתחשבות במצבו של הניזוק טרם התאונה בשל העובדה שבת-המשפט מביאים בחשבון נכות קודמת כאשר זאת קיימת, אולם לא מתחשבים בהעדר נכות עובר לתאונה, ובמיוחד כאשר מדובר בניזוקים קטינים. הבעיה חוזרת על עצמה בכל מקרה בו התאונה המאוחרת בלעה את הנכות הקודמת.

הפיצוי של נפתלי בדוגמה 2 אשר סבל מנכות ערב התאונה ממחיש זאת היטב. כפי שראינו הדיו הנוהג הוא שבמצבים בהם הנזק לא נגרם מעוולה קודמת, בתי-המשפט יפחיתו את הפיצוי שיינתן לו, כך שישקף רק את הנזק הנוסף שנגרם בעקבות התאונה. אם למשל נפתלי היה קטין בזמן התאונה, וטרם נכנס לשוק העבודה, מאחר שאין בנמצא נתונים בדבר השתכרותו בפועל, כושר ההשתכרות שלו ערב התאונה יחושב בקירוב באמצעות הכפלת אחוזי הנכות התפקודית שלו בשכר הממוצע במשק.¹²⁴ אם הנכות הקודמת של נפתלי גרמה לנכות תפקודית בשיעור של 33%, והפגיעה המאוחרת גרמה לנכות תפקודית בשיעור של 100%, הוא יקבל בדרך כלל פיצוי המשקף את הנזק העודף – 67% מהשכר הממוצע במשק. אולם, הנתונים בדבר השכר הממוצע במשק מורכבים מהנתונים על השתכרות כלל העובדים, כולל – וזאת הנקודה החשובה – העובדים אשר כבר סובלים מנכות מסוימת. על כן, כדי לפצות את נפתלי בצורה מדויקת היה ראוי לחשב את אובדן ההכנסה בהתאם לאובדן השכר הממוצע של מי אשר להם נכות של 33%. חישוב אובדן ההשתכרות של נפתלי לפי 67% מהממוצע הכללי, אשר כולל את כלל העובדים ובתוכם אלו שבעלי נכות ואלו שחסרי הנכות, מפצה על כן את נפתלי בחסר.

כדי להמחיש זאת, הבה נניח כי בנוסף לנפתלי נפגע בתאונה אחיו התאום, מנשה, אשר לא סבל מנכות קודמת ולשניהם נגרם נזק זהה של 100% נכות. במצב זה ניתן לחשב את הפיצוי בשתי דרכים חלופיות אשר מקיימות קוהרנטיות סטטיסטית. דרך אחת, שיש בה סטייה גדולה מהדין הנוהג, היא לתת לשני הניזוקים פיצוי זהה בהתאם לשכר הכללי הממוצע במשק (אשר משקף את השכר של כולם, כולל אלו אשר סובלים מנכות) מבלי להביא בחשבון שלאחד מהם נכות קודמת. הדרך השנייה היא ליתן פיצוי מופחת לנפתלי אשר סבל מנכות קודמת, כך שישקף את השכר הממוצע (הנמוך יותר מן הממוצע הכללי) של אלו אשר כבר סבלו מנכות מוקדמת, ואילו למנשה, שלא סבל מנכות מוקדמת, ליתן פיצוי אשר משקף את השכר הממוצע, אך רק של אלו שלא סבלו מנכות מוקדמת. שכר זה, גבוה יותר מהשכר

¹²³ ראו לעיל, פרק 0.

¹²⁴ ראו עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 12, בפס' 10-13 לחוות דעתו של השופט ריבלין.

הממוצע הכללי.

נניח, לצורך המשך ההמחשה, כי קיים מספר דומה של עובדים אשר סובלים מנכות בשיעור של 33% ושל עובדים אשר אינם סובלים מנכות. עוד נניח כי השכר הממוצע של עובדים אשר אינם סובלים מנכות עומד על 12,000 שקלים בחודש. השכר הממוצע של העובדים אשר סובלים מנכות בשיעור של 33% נמוך בשיעור זהה מהשכר הממוצע של העובדים אשר אינם סובלים מנכות, ועומד על 8,000 שקלים בחודש. במקרה זה, השכר הממוצע הכללי של העובדים במשק עומד על 10,000 שקלים בחודש, וזהו גם הפיצוי ההולם לפי החלופה הראשונה הן לנפתלי והן למשה. לפי החלופה השנייה, ניתן לפצות ניזוקים אשר סובלים מנכות קודמת לפי שכר של 8,000 שקלים בחודש, בעוד שניזוקים אשר אינם סובלים מנכות יש לפצות לפי שכר של 12,000 שקלים בחודש.

אלא שלמרבח הצער בתי-המשפט היום לא מיישמים אף אחת משתי האפשרויות הללו. בנתוני הדוגמא, מנשה (האח שלא סבל מנכות מוקדמת) יפוצה לפי שכר של 10,000 שקלים בחודש (במקום 12,000 שח), ואילו נפתלי (הניזוק אשר סבל מנכות מוקדמת), בהנחה שבתי-המשפט מעריכים נכונה את ההשפעה של הנכות על כושר ההשתכרות, צפוי לקבל שכר המופחת בשליש, דהיינו, בתי-המשפט יקבעו כי אלמלא התאונה הניזוק צפוי היה להשתכר שליש פחות מהשכר הממוצע במשק, דהיינו 6,667 שקלים בחודש, וזאת במקום שליש פחות מהשכר של אלו ללא נכות קודמת, דהיינו 8,000 שח.¹²⁵ כתוצאה מכך הפיצוי שניתן מפצה בחסר את שני הניזוקים – את אלו שסובלים ממוגבלות קודמת, ואת אלו שלא.

3. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה לאור עקרונות של צדק מתקן

עד כאן באשר לדין הנוהג. אך מה באשר לדין הרצוי? בחינה של הדין הנוהג מעלה תמונה שסותרת עקרונות של צדק מתקן. מנקודת המבט של המזיק, החבות בפיצוי תלויה בגורמים שאינם קשורים להתנהגות העוללתית או לנזק שיצר בפועל. ניתן לראות זאת בקלות באמצעות דוגמה 2 – אם הנזק הקודם ממנו סבל נפתלי הוא תוצאה ממחלה, ושיעורי הנכות בעקבות המחלה ידועים, אז הפיצוי שישולם לנפתלי ישקף את מצבו במועד התאונה ויהיה על כן מופחת.¹²⁶ אולם, אם נפתלי סבל מנזק ממחלה ושיעורי הנכות שלו לא הוערכו, בית-המשפט עשוי להתעלם מהנכות הקודמת ולזכות את נפתלי בפיצוי מלא.¹²⁷ קושי דומה עולה ביחס לפגיעה קודמת מפגיעה עוללתית. אם הניזוק קיבל כבר פיצוי בגין הנכות הקיימת, המזיק יידרש לשלם רק בגין התוספת, אולם אם בית-המשפט שדן בנזקי התאונה הראשונה התעכב כמתן פסק הדין, והתאונה השנייה אשר בלעה את נזקי התאונה הראשונה נגרמה לפני שהושלם ההליך, הפיצוי בגין התאונה השנייה יהיה מלא, ויתעלם מכך שהניזוק סבל מפגיעה קודמת. המשמעות של תוצאה זאת היא שגורם חיצוני למערכת היחסים בין המזיק והניזוק – קצב

¹²⁵ ראו לעיל, פרק 0.

¹²⁶ ראו לעיל, ה"ש 101-97 וטקסט נלווה.

¹²⁷ כאשר הנזק הקודם לא הוערך בית המשפט יכול להעביר את הנטל לנבטע להראות מה היתה ההשפעה של הנזק הקודם, ובהעדר ראיות להעניק פיצוי מלא. ראו לעיל, ה"ש 102-106 וטקסט נלווה.

ניהול ההליך הקודם – משפיע על הפיצוי שהמזיק נדרש לשלם.¹²⁸ חוסר אחידות זה בפסיקה גם לא מתיישב עם מטרת השבת המצב לקדמותו. כדי לקדם מטרה זאת, המזיק חייב לשלם את הניזוק במצב בו מצא אותו לפני התאונה.¹²⁹ לדוגמה, אם הניזוק רגיש במיוחד ולכן היקף הנזק מהעוולה חורג מהנזק שהיה נגרם לניזוק פחות רגיש, חובת הפיצוי מתפרשת על פני כל הנזק שנגרם בפועל.¹³⁰ על כן, כדי לקדם את עקרון השבת המצב לקדמותו יש לבכר משטר משפטי שבו תמיד מביאים בחשבון נכות קודמת של הניזוק, ככל הניתן בהתחשב בראיות הזמינות, בין אם נגרמה בעוולה ובין אם בדרך הטבע.¹³¹ אם המזיק פגש ניזוק שסבל מנזק קודם, פיצוי שמתעלם מהנזק הקודם מטיל על המזיק חובה לפצות בגין נזקים שהוא לא יצר, ולכן לא מתיישבים עם גישה זאת.¹³² בנוסף, וחשוב מכך, הראינו כי, לפחות ביחס לקטינים, היעדר קוהרנטיות סטטיסטית ביחס למצב הקודם של הניזוק מביא לפיצוי חסר של ניזוקים אשר אינם סובלים מנכות

ראו לעיל, ה"ש 107-110 וטקסט נלווה.

אולם, ראו *Weinrib – Causal Uncertainty*, לעיל ה"ש 28. במאמר ווינריב מסביר כיצד תפישת הצדק המתקן מצדיקה את דוקטרינת האחריות האלטרנטיבית שנקבעה בענין *Summers v. Tice*, 199 P.2d 1 (Cal. 1948), לפיה כאשר שני מזיקים סיכנו באופן עולתי ניזוק אחד, אחד מהם גרם לנזק, ולא ניתן לדעת מי מהשניים גרם לנזק בהתנהגותו העולתית, שניהם צריכים לשאת באחריות ביחד ולחוד. לפי ווינריב, למרות שידוע כי אחד המעוולים לא גרם לנזק הגוף בפועל, ניתן להצדיק את הטלת האחריות לפי גישת הצדק המתקן באופן הבא – האחריות של שני המזיקים נובעת מהפגיעה בזכות לשלמות הגוף. אחד המזיקים פגע בקורבן בפועל, וכדי להשיב את הזכות לקדמותה, לקורבן מגיע פיצוי עקב הפגיעה. המעוול השני, לפי ווינריב, פגע באותה זכות, דרך שלילת האפשרות לתבוע פיצוי עקב הנזק. החשוב לענין הניתוח של ווינריב הוא שהסיכון ששני המזיקין יצרו היה לגוף של הניזוק. אין, לשיטת ווינריב, זכות לפיצוי בגין שלילת זכות תביעה מצד שלישי. ייתכן כי ניתן ליישם טיעון זה גם ביחס לשלילת זכות הפיצוי בגין נזק לעתיד לפי הלכת **הנשווילי**. באותו מקרה שני המזיקים יצרו סיכון לנזק הגוף שהתממש, והמזיק השני פגע גם בגלגול של הזכות בדמות הפיצוי מהפגיעה הראשונה. עם זאת, אנחנו סבורים כי יש לאבחן בין המקרים. בעוד שבענין *Summers*, ברור כי הניזוק זכאי לפיצוי והמחלוקת נוגעת רק לזהות הגורם שגורם לשלם. במקרה של אדם שנפגע בתאונה נוספת המצב מורכב יותר. הערכת הנזק תלויה תמיד באפשרות שיתממשו אפשרויות בעתיד כמו תאונה נוספת, מחלה או אירוע אחר. על כן, התרחשות התאונה הנוספת משקפת מצב בו הנזק מהתאונה הראשונה היה נמוך יותר, עקב התרחשות התאונה השנייה, ועל כן הניזוק מעולם לא היה זכאי לפיצוי נוסף בגין התאונה הראשונה, והמזיק בתאונה השנייה לא שלל ממנו זכות שעמדה לו.

העקרון לפיו המזיק אחראי גם בגין נזקים לא צפויים של הניזוק, אשר נגרמו כתוצאה מהתנהגותו העולתית מכונה בפסיקה "עקרון הגולגולת הדקה". לדיון בעקרון זה ראו ד"ר **ליאון נ' רינגר**, פ"ד יח(4) 726 (1964).

במצבים בהם הנזק הקודם לא הוערך קיים קושי פרקטי באמידת הנזק. יחד עם זאת, אם בית-המשפט השתכנע כי היתה נכות קודמת, ודאי שהנזק שנוסף על הנכות הקודמת לא יכול להיות נזק מלא. בית משפט אשר מעוניין לקדם מטרה של צדק מתקן בפסיקת הפיצויים יאלץ במקרים אלו להעריך את שיעור הנזק הנוסף בדרך של אומדנה, כפי שנעשה פעמים רבות בבתי-משפט שנאלצים לפסוק פיצויים למרות שקיים קושי ראייתי. ראו, לדוגמה, ענין **סודה**, עמ' 599 שם נקבע כי כאשר בית המשפט לא יכול להסתמך על ההערכה של הצדדים לענין כושר ההשתכרות, עליו לפסוק סכום כולל בדרך של אומדנה.

בענין ע"א 8279/02 **גולן נ' עזובן אלברט**, פד"י סב(1) 330, 350-351 (2006) השופט גרוניס מבחין בין עקרון הגולגולת הדקה והחמרה של מצב קיים, ומסביר מדוע לפי עקרונות דיני הניזוקין המזיק אחראי למלוא הנזק במקרים של גולגולת דקה, אולם אחראי רק בגין ההחמרה במקרים שבהם קיים נזק קודם.

128

129

130

131

132

קודמת.¹³³ בעיה זאת נוצרת מאחר שבתי המשפט מתייחסים לשכר הממוצע הכללי במשק להערכת יכולת ההשתכרות של הקטין שלא סבל מנכות קודמת, למרות שנתון זה מביא בחשבון את שכרם של אלו אשר סובלים מנכות. על כן, תחשיב הנזק הקיים לא מביא את הניזוק למצב בו היה אלמלא העוולה. בדומה, הראינו ששיטת הפיצוי הנוהגת מעריכה בחסר גם את שכרם של ניזוקים אשר סבלו מנכות לפני התאונה, שכן בתי המשפט מפחיתים את שיעור הנכות מהשכר הממוצע בכלל המשק (אשר כולל את שכרם של אלו שלא סבלו מנכות קודמת). כתוצאה מכך, גם הפיצוי שניתן לניזוקים אלו לא משיב אותם למצב בו היו אלמלא העוולה.

לסיכום חלק זה, עקרונות של צדק מתקן מצריכים מבית המשפט להתייחס במידת האפשר לקיומה של נכות קודמת, ואף להיעדרה של נכות קודמת, בעת חישוב הפיצוי. הדבר נכון גם לאותם מצבים בהם הנכות הקודמת נגרמה מעוולה, ולא ניתן בגינה פיצוי קודם לכן.

4. התחשבות במידע אודות מצבו של הניזוק טרם התאונה לאור מטרת ההרתעה

נוכחנו לראות שהעדר הקוהרנטיות הסטטיסטית בפסיקת הפיצויים מובילה לפיצוי חסר של כלל הניזוקים. כתוצאה מכך, תוחלת הפיצוי שהמזיק רואה לנגד עיניו טרם ביצוע העוולה נמוכה מתוחלת הסיכון שהוא יוצר. בדוגמה שהצגנו קודם, הפיצוי הכולל שניתן לנפגעי ומנשה (16,667 שח) מהוה פיצוי חסר, הנמוך מתוחלת הנזק שלהם (20,000 שח).

לכאורה, יישום נכון של כל אחד משני הפתרונות – פיצוי דיפרנציאלי ופיצוי אחיד – היה מביא לתוצאה היעילה. אולם, מבחינה מעשית, חישוב דיפרנציאלי של הפיצוי לא ניתן ליישום. כדי לדעת מהו השכר הממוצע של עובדים אשר אינם סובלים מנכות, לצד השכר הממוצע של עובדים אשר סובלים מרמות נכות שונות, צריך לבחון מספר עצום של עובדים במשק. מעבר לכך, פרסום הנתונים היה הופך להרבה יותר מורכב. בהיעדר נתונים סטטיסטיים פומביים, ביסוס נזקם של נפגעי ומנשה היה כרוך בהבאת חוות דעת יקרות. לעומת זאת, ניתן להגיע לתוצאה הנכונה מבחינת מטרת ההרתעה בקלות רבה – על ידי פיצוי אחיד לפי השכר הממוצע במשק, תוך התעלמות מהעובדה שהניזוק סובל מנכות קודמת. פיצוי אחיד זה יהיה מהיר יותר ויפחית את העלויות של ההליך המשפטי.

לכאורה ניתן לחשוב כי הבעיה נוגעת רק לקטינים ורק לגבי אובדן הכנסה עתידית, אולם זו בעיה שחוזרת בכל מקרה של פסיקת פיצוי בגין נזק גוף, וגם בהקשרים שאינם רק אובדן הכנסה. ואכן, בתי-המשפט נעזרים בנתונים סטטיסטיים וחזקות עובדתיות לא רק לצורך הערכת השכר עתידי אלא גם לצורך הערכת תוחלת החיים הצפויה לניזוק הבגיר אלמלא העוולה, כמו גם לצורך חישוב תוחלת חיי ההשתכרות שלו. כאשר בית-המשפט בוחן את הפיצוי בגין קיצור בתוחלת החיים של ניזוק אשר לא סבל מנכות קודמת,¹³⁴ הוא נסמך על תוחלת החיים של כלל האזרחים באוכלוסייה, מבלי להחריג את אלו שסבלו מנכות

¹³³ ראו לעיל פרק 2.2.

¹³⁴ ע"א 15/66 פסח שנער ו-"חן" חברה לביטוח בע"מ נ' פריד חסן, כ(2) 455, 460 (1966); ראו עניין אטינגר, לעיל ה"ש 42, בפס' 81-84 לחוות דעתו של השופט ריבלין.

מוקדמת.¹³⁵ לעומת זאת, אם הניזוק סבל מנכות קודמת אשר היתה צפויה לקצר את תוחלת החיים, בתי-המשפט לוקחים זאת בחשבון, ומפחיתים את הפיצוי בגין ראש הנזק הלא ממוני.¹³⁶

כדי להמחיש זאת הבה נניח כי הנכות ממנה סבל נפתלי ערב התאונה הפחיתה אף את תוחלת החיים הצפויה שלו, כך שהוא היה צפוי לחיות, אלמלא התאונה עד גיל 70 בלבד (תוחלת החיים הכללית עומדת נניח על 80, ותוחלת החיים של מי שאינם סובלים מנכויות עומדת על 90 שנים). בעקבות התאונה נפתלי ומנשה צפויים לחיות לכל היותר עד גיל 60. במקרה זה, בית-המשפט צפוי לפסוק לנפתלי פיצויים שמשקפים אובדן של 10 שנות חיים (60-70), ולמנשה פיצוי המשקף אובדן של 20 שנים (60-80).¹³⁷ ביחס לנפתלי הפיצוי משקף את המידע ביחס לתוחלת החיים שלו לפני העוולה. אולם, ביחס למנשה, החישוב שגוי – הוא מתעלם מכך שבשעת התאונה ידוע כי מנשה לא סבל מנכות, ולכן תוחלת החיים הצפויה שלו, אלמלא העוולה, ארוכה מתוחלת החיים הממוצעת ועומדת על שלושים שנים (60-90). כלומר, אותה הבעיה עליה הצבענו ביחס לאובדן כושר ההשתכרות של הניזוק הנעדר עבר תעסוקתי חוזרת ביחס לקיצור בתוחלת החיים – תוחלת החיים הכללית המפורסמת על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה כוללת את כלל הנסקרים, לרבות אלו שסבלו מנכות קודמת, ועל כן הינה קצרה יותר מתוחלת החיים של קבוצת האנשים שלא סבלו מנכות מוקדמת.¹³⁸ גם בדוגמה זו בתי-המשפט היו יכולים לנקוט בגישה לפיה יש לפסוק הן לנפתלי והן למנשה פיצוי לפי תוחלת חיים של 20 שנים (60-80), ובכך להתעלם מהשפעת הנכות המוקדמת של נפתלי על תוחלת חייו.

בריוק אותן טענות עולות גם ביחס לחישוב תוחלת חיי ההשתכרות. בתי-המשפט מחשבים את פרק הזמן שהניזוק היה צפוי להשתכר אלמלא התאונה בהסתמך על גיל הפרישה הקבוע בחוק. אלא שלפי הנתונים של בנק ישראל, גיל הפרישה האפקטיבי – הגיל בו עובדים בוחרים לפרוש מהעבודה לגמלאות – גבוה בממוצע במספר שנים מגיל הפרישה בחוק.¹³⁹

¹³⁵ לעומת זאת, בתי-המשפט מבחינים בין גברים ונשים בחישוב תוחלת החיים. ראו פלד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 165-164, 170-173.

¹³⁶ ראו למשל עניין **תנעמי**, לעיל ה"ש 58.

¹³⁷ השוו לעניין **רקוביצקי**, לעיל 105; וכן לע"א 3590/08 **המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ נ' פת**, פס' 13 לחוות דעתו של השופט עמית (נבו, 13.5.2010).

¹³⁸ תקנות הביטוח הלאומי (היוון), תשל"ח-1978 קובעות כיצד יש להוון את התגמולים המשתלמים מהביטוח הלאומי לצרכים שונים. לצורך כך דרושה הערכה של תוחלת החיים של המבוטח. התקנות מבחינות בין נכים ומבוטחים שאינם סובלים מנכות, וקובעות בטבלאות שיעור היוון שונה בהתאם. גם ההיוון לפי הטבלאות מהווה ממוצע גם – הטבלאות מתייחסות לנכים בכלל, ולא מבחינות בין נכויות. כתוצאה מכך הערכה אינדיבידואלית של תוחלת החיים לפי הנכות של ניזוק ספציפי עשויה להניב תוצאות רחוקות מאוד מההערכה שמתקבלת לפי הטבלאות שקבועות בתקנות. סוגיה זו נדונה במספר פסקי דין, שכן המוסד לביטוח לאומי רשאי לתבוע תביעת השתתפות מהמזיק בגין התגמולים שהוא צפוי לשלם רק בהתאם לתקנות, אולם התקבולים ישולמו בהתאם למשך חייו של הניזוק בפועל. ראו ע"א 2278/16 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פס' 10-12 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 12.03.2018).

¹³⁹ לנתונים בדבר גיל הפרישה האפקטיבי בישראל, ראו בנק ישראל **דין וחשבון 2018: חלק ב' גיל הפרישה האפקטיבי כעשור לאחר העלאת גיל הפרישה הרשמי** (2019). לדיון בהשפעה של הברלים בגיל הפרישה על פסיקת הפיצויים, ראו Avraham & Yuracko לעיל, ה"ש 31, בעמ' 673-675, 726.

על כן ניתן היה לסבור שעל בתי-המשפט לתקן כלפי מעלה את תוחלת חיי ההשתכרות של התובע לצורך החישוב הנזיקי. אולם, תוחלת חיי ההשתכרות הרלבנטית לחישוב הנזיקי נמוכה בפועל מגיל הפרישה האפקטיבי וזאת משום שנתוני בנק ישראל לוקחים בחשבון רק פרישה מרצון, בעוד שחלק מהעובדים נפטרים לפני שפרשו מן העבודה.¹⁴⁰ מכיוון שלענין הפיצוי הנזיקי אין חשיבות לסיבה בגינה העובד הפסיק לעבוד, היה נכון להתחשב גם בסיכון של מוות במהלך תקופת העבודה בעת הערכת תקופת ההשתכרות הצפויה של הניזוק, ולקבוע גיל פרישה שנמוך מגיל הפרישה האפקטיבי. ניתן לכאורה להצדיק על בסיס זה את השימוש שבת-המשפט עושים בגיל הפרישה הקבוע בחוק, כאילו שהוא מהווה, שלא במתכוון, מעין ממוצע, גם אם לא מדויק, בין מצד אחד -- העובדה שהעובדים פורשים מרצון מספר שנים לאחר שניתנת להם האפשרות בחוק, ומצד שני -- כי חלקם לא זוכים לחיות עד לפרישה או פורשים מוקדם משחפצו, נניח בעקבות מחלה. אולם, אם זהו הבסיס לשימוש בגיל הפרישה הסטטוטורי כבסיס לחישוב תוחלת חיי ההשתכרות, אזי אין מקום להפחית את הפיצוי למי שסבל מנכות קודמת ולכן היה פורש בגיל צעיר, אלא אם במקביל מעלים את הפיצוי למי שלא סובל מנכות כזאת, ולכן צפוי לעבוד עד לגיל מבוגר יותר.¹⁴¹ זאת מאחר שלפי ההצדקה שהבאנו זה עתה הנתון בו נעשה שימוש – גיל הפרישה הקבוע בחוק – מתחשב ממילא בסיכון שאלמלא העולה הניזוק לא היה זוכה להגיע לגיל פרישה.

עולה השאלה האם אין בעייתיות בכך שניזוק שנפגע בתאונה שגרמה לו ל-90% נכות, שבלעו נכות קודמת בשיעור של 80%, יקבל פיצוי זהה לפיצוי של ניזוק בריא (0% נכות) שנפגע בתאונה שגרמה לנכות זהה של 90%. ניתן אף לחשוב על דוגמה היפותטית של ניזוק שנפגע בסדרה של תאונות, כאשר כל תאונה בלעה את נזקי התאונה הקודמת והוסיפה עליהן. במקרה זה, ההצעה שלנו תוביל לכך שהמעוול האחרון, ורק הוא, ישלם פיצוי גבוה במיוחד. למרות שמנקודת המבט של הניזוק בעל הנכות הקודמת הוא זוכה לפיצוי העולה על הנזק שנגרם לו, התחשיב המוצע הכרחי בהיבט ההרתעה המחייב שבממוצע הפיצוי ישקף את הנזק. ודוק, מנקודת המבט של המזיק, הפיצוי שמתעלם ממצבו הקודם של הנכות מביא לפיצוי בשיעור של הנזק הממוצע, אם כי במצב זה בו הפיצוי ניתן לפי הממוצע ממילא חלק מהניזוקים יפוצו בחסר וחלקם ביתר. כאמור, ניתן לפתור את הקושי ההרתעתי ולשמור על קוהרנטיות סטטיסטית אם בתי המשפט יביאו בחשבון לא רק את עובדת קיומה של נכות קודמת אלא גם את היעדרותה.. אולם, מאחר שהדבר כרוך בעלות גבוהה, פתרון זה אינו מעשי.

¹⁴⁰ לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה כ-11% מהגברים וכ-6% מהנשים נפטרים לפני גיל הפרישה. ראו בהתאמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **לוחות תמותה של ישראל 2015-2019** לוח 1 – לוח תמותה שלם של ישראל: כל האוכלוסייה – זכרים (2021) https://www.cbs.gov.il/he/publications/doclib/2021/1833_life_tables_2015_2019/t01.p df וכן הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **לוחות תמותה של ישראל 2015-2019** לוח 2 – לוח תמותה שלם של ישראל: כל האוכלוסייה – נקבות (2021) https://www.cbs.gov.il/he/publications/doclib/2021/1833_life_tables_2015_2019/t02.p df. (לפי נתוני הלשכה, על כל 100,000 גברים, 88,819 יגיעו לגיל 65. ביחס לנשים, 93,639 מכל 100,000 יגיעו לגיל 65).

¹⁴¹ ראו לעיל, ה"ש 118 ו-135 וטקסט גלווה.

לסיכום, במקרים בהם הניזוק סבל מנכות קודמת, הדין הנוהג לא מתיישב עם המטרות המרכזיות של דיני הנזיקין. בהיבט של השבת המצב לקדמותו לאור גישת הצדק המתקן, הבעיה היא שחישוב הפיצוי מושפע מגורמים חיצוניים למערכת היחסים בין המזיק והניזוק. בנוסף, וחשוב מכך, שיטת הפיצוי אשר לוקחת בחשבון נתונים סטטיסטיים כלליים מפצה בחסר הן את הניזוקים שסבלו מנכות קודמת, והן את הניזוקים שלא סבלו מנכות קודמת, ולכן לא באמת משיבה את מצבם לקדמותו. זאת ועוד, התחשבות בנתונים שנוגעים למצב הניזוק טרם התאונה אף מייקרים את ההליך המשפטי. על כן, אנחנו סבורים כי רצוי שבת-המשפט יתעלמו מנכות קודמת (או מהעדרה של נכות קודמת) בכל מקרה בו הם נעזרים בנתונים סטטיסטיים לשם חישוב תוחלת החיים, תוחלת חיי ההשתכרות והערכה של כושר ההשתכרות.

ג. שיקולי שוויון וקוהרנטיות סטטיסטית בפסיקת הפיצויים

בחלקים הקודמים בחנו כיצד יש לבחון את המידע ביחס לנזק לאור עקרונות של צדק מתקן ומטרת ההרתעה היעילה שבדיני הנזיקין. בחלק זה נרחיב את המבט גם לסוגיות אשר נוגעות לשוויון בפסיקת הפיצויים. בענין **אבו חנא** השופט ריבלין קבע כי בעת חישוב הפיצוי לקטינים על בית-המשפט להתעלם מנתונים דמוגרפיים, בעיקר כדי לשמור על שוויון.¹⁴² אנחנו נראה כי הפסיקה שקדמה לענין **אבו חנא** נשענה באופן לא קוהרנטי על השכר הממוצע במשק, באופן אשר פגע בהרתעה כלפי ניזוקים קטינים. במובן זה, פסק הדין בענין **אבו חנא**, תיקן בעייתיות אשר הייתה קיימת לפני כן, אולם למרבה הצער הוא לא עשה זאת באופן מלא. בפועל, פסק הדין מתיר לבתי-המשפט לסטות במקרים פרטניים מהשכר הממוצע, ועל כן הפסיקה גם לאחר פסק הדין נעדרת קוהרנטיות. על כן, אנחנו ממליצים לבטל את החריג שנקבע בהלכה, ולפסוק לכל הקטינים פיצוי אחיד על פי השכר הממוצע במשק המאפשר לעדכן את הפיצויים בהתאם לנתונים אישיים של התובע. לאחר מכן נראה כי השיקולים אשר עמדו בבסיס ההלכה מחייבים את בתי-המשפט להתעלם ממגבלות גופניות קודמות של הניזוקים, כדי לשמר את ההרתעה וכדי לקדם את השוויון גם לאנשים עם מוגבלויות. הדיון בשוויון בפסיקת הפיצוי מתמקד בקטינים מאחר שבתי-המשפט משתמשים בנתונים סטטיסטיים בדבר כושר ההשתכרות של הניזוק בעיקר כאשר מדובר בניזוק קטין או בוגר צעיר ללא עבר תעסוקתי. עם זאת, שימוש בנתונים סטטיסטיים ביחס למשתנים אחרים שמשמשים להערכת הנזק, כגון תקופת ההשתכרות הצפויה של הניזוק ותוחלת חייו נעשה בכל המקרים כולל כמובן במקרים של בגירים.¹⁴³ על כן, הטיעון שלנו, ובזה אנו סוטים מן הדין הנוהג, תקף גם כאשר מדובר בניזוק בוגר.¹⁴⁴

¹⁴² ראו ענין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12.

¹⁴³ ראו לעיל, ה"ש 134-139, וטקסט נלווה.

¹⁴⁴ בעולם בו קיימת הפליה בשכר, השכר של ניזוק בוגר אשר חבר בקבוצה מופלית נמוך יותר כתוצאה מהפליה, ולכן פיצוי של הניזוק לפי ההשתכרות שלו בפועל מובילה לאותן השפעות כמו ההבחנה בין ניזוקים קטינים. הדיון בתיקון ההפליה בקרב ניזוקים שהחלו את דרכם התעסוקתית, כאשר הפיצוי מחושב לפי השתכרותם

1. פסיקת הפיצוי לקטינים לפני פסק דין אבו חנא

עד כה הראינו כי הפסיקה הקיימת נעדרת קוהרנטיות סטטיסטית, לוקה בשרירותיות ואף סובלת מהטייה שיטתית של הפיצויים, ולכן פוגעת בשתי מטרות חשובות של דיני הנזיקין – צדק מתקן והרתעה יעילה. בחלק זה אנחנו נראה כי התעלמות מנתונים, לצד קידומן של מטרות אלו, יכולה גם לקדם מטרה נוספת של דיני הנזיקין – שוויון בפיצוי של נזוקים שונים, ושוויון בהרתעה מפני פגיעה בהם.

כפי שצינו לעיל, במקרים רבים, בהם אין מידע קונקרטי על הנזוק, בתי-המשפט נעזרים בנתונים סטטיסטיים כדי להעריך את הנזק.¹⁴⁵ השימוש בנתונים סטטיסטיים כפתרון לבעיית אי-הוודאות מצריך מבית-המשפט לקבוע איזה נתונים נלקחים בחשבון ומאיזה נתונים להתעלם באומדן הסטטיסטי.¹⁴⁶ למשל, כאשר בית-המשפט נדרש לאמוד את תוחלת חיי ההשתכרות, הוא יכול להתחשב בנתונים אודות גיל הפרישה בקרב העובדים באותו מקצוע כשל הנזוק או לחילופין בקרב כלל העובדים המשק.¹⁴⁷ בדומה, בית-המשפט יכול להתחשב בנתונים בדבר גיל הפרישה של גברים ונשים בנפרד, או בממוצע הכללי, בלי להתחשב במין הנזוק.¹⁴⁸ התחשבות במין הנזוק מובילה לכך שכאשר הפליה מגדרית בשוק העבודה מובילה להפרשים בשכר, בגיל הפרישה או בתוחלת החיים, הפרשים אלו ישתקפו בשיעור הפיצוי שיפסק לניזוקות, ובמיוחד לניזוקות קטינות, אשר הפיצוי שניתן להן מחושב במידה רבה במיוחד על סמך נתונים סטטיסטיים, בשל העדר נתונים קונקרטיים אשר יכולים לשמש בסיס להערכת הנזק.¹⁴⁹ במציאות שקדמה לפסק דין אבו חנא, נתונים על שיעורי השכר בקבוצות אתניות, או נתונים על המצב הסוציו-אקונומי של משפחת הנזוק, שימשו את הערכאות השיפוטיות השונות לחישוב הפיצוי עבור אובדן כושר השתכרות.¹⁵⁰

בפועל, חורגת מגבולות מאמר זה. לדין נרחב באפשרות לתקן את בסיס השכר לניזוק הבוגר כדי להתמודד עם פערי הפליה ראו עומר פלד ותום צור "תיקון ההפליה בפסיקת פיצויים עבור אובדן כושר השתכרות" **עיוני משפט** מו (צפוי להתפרסם ב-2023); Ronen Avraham & Kim Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J 661, 731 (2017).

¹⁴⁵ ראו עניין **אקסלרד**, לעיל ה"ש 5; ראו עניין **ברדה**, לעיל ה"ש 2; ע"א 267/12 **דוידנקו נ' הפול** – **המאגר הישראלי לביטוח רכב בע"מ** (פורסם בנבו, 2.7.2012); ת"א (מחוזי חי') 15400-12-08 **ארמה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב הפול** (פורסם בנבו, 30.3.2015); ת"א (מחוזי י-ם) 1662/97 **עזבון גרונסקי נ' פומרניץ** (פורסם בנבו, 7.8.2002); ת"א (מחוזי י-ם) 1751/96 **גרוס נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ** (פורסם בנבו, 26.5.2002); ת"א (מחוזי ב"ש) 3231/98 **עזבון טולדו נ' מדינת ישראל, משרד החינוך התרבות והספורט** (פורסם בנבו, 9.7.2001).

¹⁴⁶ ראו פלד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 13-14.

¹⁴⁷ ראו לעיל, ה"ש 39 וטקסט נלווה.

¹⁴⁸ להתחשבות בדבר גיל הפרישה של גברים ונשים בנפרד, ראו, למשל, ע"א 237/80 **ברששת נ' האשאש**, לו(1) 281 (1981); עניין **פת**, לעיל ה"ש 137; ת"א (מחוזי י-ם) 5376/03 **עזבון פלונית נ' נפתלי**, פס' 13 לפסק הדין (בנבו, 29.11.2005). להתחשבות בדבר גיל הפרישה של גברים ונשים בממוצע הכללי, ראו, למשל, ע"א 5118/90 **בשה נ' מדינת ישראל** (נבו 04.08.1993).

¹⁴⁹ ראו עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בפס' 32 לפסק דינו של השופט ריבלין; כן ראו להלן, ה"ש 163 וטקסט נלווה.

¹⁵⁰ לדוגמה, בת"א (מחוזי חי') 621/98 **אבו חנא נ' אבו חנא יוסף** (נבו 17.10.2002), בית-המשפט פסק פיצוי

אולם, בחינה של פסיקת הפיצוי בפועל מעלה היעדר קוהרנטיות באופן חישוב הנזק. כאשר בתי-המשפט פנו לפסוק פיצוי לקטינים הם נסמכו בדרך כלל על השכר הממוצע בכלל המשק.¹⁵¹ לא איתרנו מקרים בהם בתי-המשפט פסקו פיצוי העולה על השכר הממוצע במשק בשל המאפיינים הדמוגרפיים של הניזוק. אולם, כאשר הניזוק היה בן מיעוטים, ובמיוחד אם התגורר בישוב בפריפריה של הארץ, בתי-המשפט לעיתים הפחיתו את סכום הפיצוי.¹⁵² ברור כי פסיקה כזו מובילה להיעדר קוהרנטיות סטטיסטית – השכר הכללי כולל את כלל העובדים – גברים ונשים, יהודים ובני מיעוטים, עובדים שחיים במרכז הארץ או בפריפריה שלה. כאשר בתי-המשפט התחשבו בנתונים הדמוגרפיים בחלק מהמקרים והתעלמו ממנו באחרים, חישוב הפיצוי נעדר קוהרנטיות סטטיסטית, ובמקרה זה פיצה בחסר את הניזוקים מהקבוצות החזקות.

המשמעות של טעות זו בפסיקת הפיצוי ברורה. תוחלת הנזק שהמזיק צופה מראש נמוכה מתוחלת הפיצוי המושג עליו, ולכן נוצרת הרתעת חסר, שכן מזיקים יצרו יותר סיכונים ממה שהיה יעיל שיעשו, וישלמו פיצוי נמוך מדי. בנוסף, ההרתעה שנוצרת איננה אחידה – עלות הפגיעה בילד בן מיעוטים שניזוק בפריפריה נמוכה מעלות של פגיעה זהה בילד בן אותו גיל במרכז הארץ.

2. התיקון החלקי של הטעות בפסק דין אבו חנא

שיטת החישוב הסטטיסטי הנסמכת על מכלול המאפיינים האינדיבידואליים של הניזוק נבחנה מחדש בישראל ביחס לפיצויים בגין אובדן כושר השתכרותו של קטין אשר טרם החל את דרכו בשוק העבודה, בפסק דינו של בית-המשפט העליון בפרשת **אבו חנא**.¹⁵³ בפרשת זו ניזוקה קטינה בתאונת דרכים וסבלה מנכות קשה לצמיתות. חברת הביטוח טענה כי אין לפסוק לתובעת פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות, שכן נשים המתגוררות בכפר בו היא חיה לא יוצאות לעבוד. השופט ריבלין דחה טענה זו, וקבע כי האומדן הראוי לחישוב הפסד ההשתכרות של ניזוק קטין הוא השכר הממוצע בכלל המשק, בהתעלם ממאפיינים דמוגרפיים. פסק הדין נשען על שורה של שיקולים נורמטיביים, אשר מצדיקים שוויון

גלובאלי תוך התחשבות בשכר הממוצע של נשים בכפר בו התגוררה התובעת הקטינה. פסק דין זה נהפך בערעור בהלכת **אבו חנא**, אך במועד בו פסק הדין ניתן הוא שיקף את הדין הנוהג. באופן דומה, בעניין ע"א 5118/92 **חברת אלטריפי אלעאמה בע"מ נ' סלאימה**, פ"ד נ(5) 407 (1997), בית-המשפט העליון אמד את פיצוייו של ניזוק קטין באמצעות השכר הממוצע של עובד כפיים בישראל ובשטחים, באומרו כי "ההנחה לפיה צפוי היה התובע לעבוד בעבודת כפיים מתיישבת היטב עם נטיית בני משפחתו, שכולם עובדי כפיים, ועם הצלחתו המוגבלת של התובע בלימודיו"; בעניין ע"א 849/80 **בוקרה נ' בוקרה**, פ"ד לז(3) 739, 748 (1983), בית-המשפט העליון העדיף להעניק לניזוקה פיצוי בסכום גלובאלי, שהיה נמוך מחישוב אקטוארי לפי השכר הממוצע במשק, מאחר שקיים קושי אובייקטיבי "לצפות פני העתיד לגבי ילדה למשך עשרות בשנים, בהן עשויה היא גם לצאת ממעגל העבודה בעקבות נישואין, אימהות וכדומה...".

ראו עניין **בשה**, לעיל ה"ש 148, בפס' 6 לחוות דעתה של השופטת דורנר; ע"א 61/89 **מדינת ישראל נ' שלום אייגר (קטין)**, פד"י פ"ד מה(1) 580, בעמ' 590-591 (1990); ע"א 1027/90 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' בתיה** (נבו 1993.12.16); ע"א 778/83 עיזבון המנוחה שרה סעידי נ' אהרון פור, מ(4) 628, 633 (1986); ע"א 142/89 **גמליאל נ' אושיות חברה לביטוח בע"מ**, 2-3 (נבו 1990.10.16).

ראו לעיל, ה"ש 150; ע"א 92/87 **דנן נ' חודדה**, פד"י פ"ד מה(2) 604, 607 (1991).

ראו עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12.

151

152

153

בפסיקת הפיצוי בין קטינים.¹⁵⁴ שיקול אחד, הרתעתי במהותו, נוגע להשלכה של פסיקת פיצוי דיפרנציאלי על תמריצי המזיקים. לפי עמדה זו, פיצוי דיפרנציאלי לקטינים על בסיס מאפיינים דמוגרפיים עשוי להשפיע על מזיקים, אשר יצפו מראש תוחלת נזקים שונה.¹⁵⁵ כתוצאה מכך, מזיקים בפועל עשויים לנקוט באמצעי זהירות פחותים כאשר הניזוק שנמצא בסכון שייך לקבוצה אשר סובלת מהפליה.¹⁵⁶ בנוסף, גם אם מזיקים לא ישנו את מידת ההשקעה שלהם באמצעי זהירות, הם עשויים להסיט את הפעילות המסוכנת שלהם לעבר אוכלוסיות שסובלות מהפליה כדי להבטיח תשלום פיצוי מופחת.¹⁵⁷ בנוסף לשיקול ההרתעתי, השופט ריבלין התייחס לשיקול דקלרטיבי, שנוגע להצהרה של בית-המשפט ביחס להשלכות העתידיות של ילד אשר שייך לקבוצה מופלית. לפי הטענה, אפילו אם שוררת הפליה נכון למועד פסק הדין, אסור לבית-המשפט להניח כי הפליה כזו תמשך לשרור בעתיד, מאחר שהנחה כזו טומנת בחובה אמירה נורמטיבית פסולה ביחס לילד הניזוק כאדם אוטונומי, אשר יכול לגבור על המכשולים שהחברה מציבה בפניו.¹⁵⁸

לצד הקביעה כי יש להתעלם מנתונים דמוגרפיים אשר נוגעים לניזוק הקטין, השופט ריבלין הכיר בחריג-האפשרות לסטות מחזקת השכר הממוצע במשק, מעלה או מטה, בהינתן "נתונים מיוחדים הנוגעים לקטין הספציפי, המוציאים אותו בהסתברות גבוהה מגדרי החזקה".¹⁵⁹ ואכן, לאורך השנים, ערכאות דיוניות סטו מאומדן השכר הממוצע במשק מכוח נתונים סובייקטיביים של הניזוק-הקטין, הגם שהם מציינים כי מדובר במקרים חריגים.¹⁶⁰ גם כאן ניתן לאפיין את גישת בית המשפט כ"גישת ביניים" – אין פוסקים פיצוי אינדיבידואלי המביא בחשבון את כל המאפיינים של הניזוק, אולם גם אין פוסקים לפי בסיס שכר אחיד

¹⁵⁴ חלק מהנימוקים להתעלמות ממאפיינים דמוגרפיים נשענו על שיקולים שונים, כגון הזכות לאוטונומיה וצדק מתקן. ראו עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בפס' 35 ו-37 לחוות דעתו של השופט ריבלין; לשיקולים חלוקתיים בפסק הדין, ראו להלן, ה"ש 157; לשיקולי הרתעה, ראו להלן, ה"ש 155.

¹⁵⁵ ראו עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בפס' 41-42 לחוות דעתו של השופט ריבלין; אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

¹⁵⁶ ראו עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בפס' 41 לחוות דעתו של השופט ריבלין.

¹⁵⁷ שם, בפס' 39 לחוות דעתו של השופט ריבלין. לטענה כי בתי-המשפט צריכים להתחשב בשיקולים של צדק חלוקתי במסגרת ניתוח חובת הזהירות ראו TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE 161-180 (2007). כן ראו: Peter Cane, *Distributive Justice and Tort*, *Law*, 2001 N.Z. L. REV. 401. פיצוי אשר מביא בחשבון את רמת ההשתכרות של פרטים בחברה מנציח פערי עושר, ולכן נוגד את העיקרון של צדק חלוקתי. לטענה כי בתי-המשפט צריכים להביא בחשבון שיקולים של צדק חלוקתי בעת חישוב הנזק ראו: Elizabeth Adjin-Tettey, *Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies*, 49 MCGILL L.J. 309 (2004).

¹⁵⁸ ראו עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בפס' 43-45 לחוות דעתו של השופט ריבלין.

¹⁵⁹ ראו הלכת **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 63. לביקורת על מדיניות החריגה מחזקת השכר הממוצע במשק בהינתן נתונים אובייקטיביים על הקטין, ראו Avraham & Yuracko לעיל, ה"ש 31, בעמ' 727-728.

¹⁶⁰ ראו לדוגמה ת"א (מחוזי חי') 959/00 **אבילפוזב נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית** (נבו 8.8.2004); ת"א (מחוזי נצ') 27699-06-12 **ע.א. (קטיין) נ' קעראן** (נבו 3.4.2014); ת"א (מחוזי חי') 50909-04-17 **פלוגי נ' מנורה מבטחים ביטוח בע"מ** (נבו 13.3.2019).

לכלל הניזוקים הקטינים.¹⁶¹

החריג המאפשר לסטות מחזקת השכר הממוצע במשק על בסיס מאפיינים קונקרטיים מעלה מספר בעיות נורמטיביות, ולכן אנחנו סבורים כי יש לבטלו. ראשית, קיים חשש שהחריג מחזיר במידה מסוימת את הגלגל לאחור, ביחס להבחנה בין ניזוקים. חלק מהפערים בשכר של עובדים הנמנים עם קבוצות חשודות נובעת מיחס מפלה שניתן להם עוד בהיותם קטינים, דבר אשר פגע ביכולת שלהם להשתכר.¹⁶² פערים בחינוך בגיל צעיר, לדוגמה, פוגעים ביכולת לרכוש השכלה גבוהה, אשר משפיעה באופן ישיר על יכולת ההשתכרות בדומה, עוני מוביל פעמים רבות לפשיעה, וזאת משפיעה לאחר מכן על יכולת ההשתכרות בשוק העבודה. אפילו הגישה לטיפול רפואי, אשר עשוי לשפר את היכולת התפקודית של הקטין, עשויה להיות שונה בין קבוצות שונות בחברה. בפסק דין של בית-המשפט שלום בתל אביב, בענין **חוסייין אזבארגה נ' עיריית לוד**,¹⁶³ בית-המשפט סטה מחזקת השכר הממוצע במשק ופסק לנפגע הקטין פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בסך של 70% בלבד מהשכר הממוצע, בקבעו כי "שילוב נתוניו האישיים של התובע: יכולת אינטלקטואלית נמוכה, בעיה תפקודית ברגליו ועבר פלילי, יחד עם העדר הנתונים בדבר ניסיונות התעסוקה שלו לאחר הגיעו לבגרות וספקות רבים בדבר המוטיבציה שלו להשתלב בשוק העבודה עד היום, מביאים, לטעמי, למסקנה כי בעניינו לא מתקיימת ההנחה העובדתית על פיה פוטנציאל ההשתכרות של התובע הוא כגובה השכר הממוצע במשק". אם אכן קיים קשר בין השתייכות של התובע-הניזוק לקבוצת מיעוט לאומי ובין היכולת האינטלקטואלית הנמוכה שלו, בעיית התפקוד ברגליו ועברו הפלילי, אז התחשבות בנתונים אלו מובילה שוב להפליה בפיצויים הנפסקים לקטינים השייכים לקבוצות מופלות, כתוצאה מהשתייכותם לקבוצה זו.¹⁶⁴ בנוסף, נראה כי בתי המשפט לא נאותים באותה מידה לסטות מחזקת השכר הממוצע במשק לטובת הניזוק. בענין **פלונית נ' מדינת ישראל**,¹⁶⁵ התובעת ביקשה שיפסק פיצוי בהתאם לשכר הממוצע של עורכי דין, שכן סמוך למועד מתן פסק הדין עברה בהצלחה את מבחני לשכת עורכי הדין. בית המשפט פסק כי מאחר שהתובעת היתה קטינה במועד האירוע יש לחשב את בסיס השכר לפי השכר הממוצע במשק, על אף שהתובעת סיימה בהצלחה תואר ראשון ושני במשפטים, ולמרות שלפני התאונה היתה תלמידה מצטיינת גם בתחום הריאלי.

¹⁶¹ ראו לדוגמה ת"א (מחוזי חי') 959/00 **אבילפוזב נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית** (נבו 8.8.2004); ת"א (מחוזי נצ') 27699-06-12 **ע.א. (קטיין) נ' קעדאן** (נבו 3.4.2014); ת"א (מחוזי חי') 50909-04-17 **פלוני נ' מנורה מבטחים ביטוח בע"מ** (נבו 13.3.2019).

¹⁶² טענה זו הוכרה גם בעניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 12, בפס' 45 לחוות דעתו של השופט ריבלין.
¹⁶³ ת"א (שלום ת"א) 66352-04 **אזבארגה נ' עיריית לוד** (נבו 12.4.2010). על פסק הדין הוגש ערעור ביחס לסוגיות אחרות בו. הערעור נדחה. ראו ע"א (מחוזי תל-אביב) 34855-04-10 **עיריית לוד נ' אזבארגה** (נבו 05.03.2012).
¹⁶⁴ בעיה דומה יכולה להיווצר ביחס לזיהוי של ניזוק קטין כמחונן. בענין ע"א 3375/99 **אקסלרד נ' צור-שמיר חברה לביטוח בע"מ**, פד"י נד(4) 450, 461 (2000) בית המשפט העליון קבע כי ניזוק בן 18 זכאי לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות לפי בסיס שכר העולה על השכר הממוצע במשק, שכן הניזוק היה מחונן. על כן הועמד הפיצוי על כפל השכר הממוצע במשק, כסכום שמשקף את ממוצע ההכנסה הצפוי לניזוק לאחר שחרורו מהצבא. אם מבחני המחוננות מוטי תרבות, ולכן חברים בקבוצות חזקות (בנים, תושבי מרכז, ילדים להורים ממעמד סוציו-אקונומי גבוה, וכדומה) מצליחים במבחנים אלה בממוצע יותר מאחרים, אז הפיצוי הגדול יותר למחוננים משקף חזרה לפיצוי שונה לפי נתונים דמוגרפיים.

¹⁶⁵ ת"א (מחוזי מרכז) 37784-01-16 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פס' 142-145 (נבו 2.6.2022).

שנית, האפשרות לסטות מהשכר הממוצע יוצרת עיוות ביחס לאותם המקרים בהם לא מוצדק לסטות מחזקת השכר הממוצע במשק.¹⁶⁶ כפי שהראינו קודם, הרתעה יעילה מחייבת שיתקיים שוויון בין תוחלת הנזק שהמזיק יוצר בפעילותו העוולתית, ותוחלת הפיצוי שהוא נדרש לשלם במקרה של תאונה.¹⁶⁷ הן פיצוי לפי הממוצע לכלל הניזוקים מוביל לתוצאה זו, והן פיצוי דיפרנציאלי לכל ניזוק לפי מאפייניו האישיים. אולם, אם לחלק מהניזוקים ניתן פיצוי לפי הממוצע ולחלק ניתן פיצוי לפי מאפייניהם האישיים נוצרת בעיה. כפי שכבר טענו, הממוצע הכללי כבר משקף את הסיכוי להיות עם שכר גבוה במיוחד או נמוך במיוחד, וכל אפשרות באמצע. אם רק לחלק מהניזוקים ניתן פיצוי דיפרנציאלי, לא ניתן לטעון עוד שהפיצוי הממוצע שנפסק לקורבנות משקף את הנזק הממוצע של כלל הניזוקים הפוטנציאליים.

לדוגמה, בענין **אגבכה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור**,¹⁶⁸ בית המשפט העליון בחר לא להתערב בערעור בשיעור הפיצוי לקטין בגין אובדן כושר השתכרות, אשר הועמד על 80% מהשכר הממוצע במשק על סמך ראיות בדבר האינטליגנציה ה"בינונית-נמוכה" של הניזוק, לצד הפרעות קשב וריכוז ומצוקה רגשית. בית-המשפט הצדיק את הסטייה מהשכר הממוצע במשק בכך שהיא מבוססת על ראיות אישיות, ולא על ראיות סטטיסטיות. הצדקה זאת מעוררת מספר קשיים. ראשית, ראיות סטטיסטיות מקנות לבית-המשפט בסיס אובייקטיבי להערכת ההשתכרות. לעומת זאת, כאשר הערכה מבוססת על "ראיות אישיות" אין לבית-המשפט מידע אמין ביחס להשפעה של אותן ראיות על כושר ההשתכרות בפועל. שנית, אפילו אם ההערכה של בית המשפט מדויקת, היא מעוררת קושי ביחס לניזוקים עם אינטליגנציה ממוצעת אשר אינם סובלים מהפרעות קשב וריכוז. ביחס לניזוקים אלו, נקבע שאין מקום לסטות מחזקת השכר הממוצע במשק. אולם, נתון זה משקף את השכר של כלל העובדים – אלה עם רמת האינטליגנציה הנמוכה כמו אלו עם רמת האינטליגנציה הגבוהה. מאחר שלתובעת בענין **אגבכה** נפסק שכר נמוך, יש להוציא אותה (ועובדים דומים לה) מהממוצע, ולכן שאר הניזוקים צריכים לקבל פיצוי בשיעור גבוה יותר.

כדי להמחיש זאת, נניח שקיימים ארבעה עובדים במשק – שני עובדים "ממוצעים" שמרוויחים 100, עובד מחונן שמרוויח 120, ועובד עם יכולת אינטלקטואלית נמוכה, שמרוויח 40. השכר הממוצע במקרה זה הוא 90. אם הפיצוי שיפסק בבית המשפט ייקבע לפי סכום זה ביחס לכלל העובדים, תוחלת הפיצוי תשקף את תוחלת הנזק ותישמר ההרתעה היעילה. אולם, אם בית-המשפט יכול לזהות את העובד המחונן והעובד עם היכולת האינטלקטואלית הנמוכה, ולהעניק להם פיצוי שמשקף את הנתונים המיוחדים שלהם, נוצרת בעיה ביחס לשני העובדים האחרים. עבורם, השכר הממוצע במשק – 90 – לא משקף עוד את השכר שהם צפויים להרוויח שהוא 100. בדוגמא זו התחשבות בנתונים הייחודיים של העובד המחונן והעובד בעל היכולות הנמוכות מוביל להרתעת חסר כלפי אלו שאין להם נתונים ייחודיים, אולם התוצאה מקרית. אם בתי המשפט מחריגים ניזוקים עם יכולות גבוהות

¹⁶⁶ ראו לעיל, פרק 0.

¹⁶⁷ ראו לעיל, פרק 0.

¹⁶⁸ ראו ע"א 4022/08 **אגבכה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור**, פד"י סד(2) 284, 296 (2010) (להלן: ענין **אגבכה**).

או נמוכות בפועל עשויה להיווצר הרתעת יתר או התרעת חסר, בתלות בכמות המקרים בהם בתי-המשפט סוטים בפסיקת הפיצוי כלפי מעלה או כלפי מטה ובמידת הסטייה. ניתן לסבור כי גם אם קיימת בעיה עקרונית עם צורת חישוב זו, אין לה השלכה מעשית שכן, אם בתי-המשפט לא יכולים לדעת אם הסטייה מהסכום הממוצע מובילה להרתעת יתר או חסר, גם מזיקים פוטנציאליים לא יכולים לדעת, ולכן הם (כנראה) ינקטו באמצעי זהירות כאילו לכל הניזוקים ינתן פיצוי ממוצע. אולם, מזיקים פוטנציאליים, ובעיקר חברות הביטוח שלהם, עשויים לדעת מה ההשפעה של פסיקת הפיצויים, אפילו אם בתי-המשפט לא מודעים לכך. בניגוד לבתי-המשפט, אשר מתבוננים רק על המקרה הקונקרטי, ולכל היותר משווים אותו למספר מצומצם של מקרים דומים שהתקבלו בעבר, חברות ביטוח אוספות נתונים על כל פיצוי ששולם, בין אם הוא ניתן בפסק דין או בפשרה.¹⁶⁹ על כן, האפשרות לארגן ולנתח את המידע באופן שיטתי מקנה לחברות ביטוח אפשרות להעריך מהו סכום הפיצוי הממוצע שנפסק בפועל, ואיך הוא חורג מהנזק הממוצע שנגרם בתאונה. לסיכום, לחריג שנקבע בפרשת **אבו חנא** שתי בעיות. ראשית, הוא חותר תחת החידוש ההלכתי של **אבו חנא** בכך שהוא מחזיר בדלת האחורית פיצוי שונה לקטינים מקבוצות המיעוט וקבוצות הרוב תוך שהוא מסתמך על פערים לכאורה אובייקטיביים בין קטינים שונים, אך שלמעשה נוצרו, לפחות בחלקם, בשל נסיבות שאינן תלויות בקטינים. שנית, החריג פוגם בקוהרנטיות הסטטיסטית בכך שהוא מאפשר לבית המשפט להביא בחשבון יכולות מיוחדות של ניזוקים, ובמיוחד חוסר מסוגלות מיוחדת שלהם, כהצדקה לסטות מהשכר הממוצע במשק, אך לא מתאים את הממוצע ביחס לשאר הניזוקים, על כן החריג פוגע במטרות הצדק המתקן וההרתעה היעילה. טעמים אלו מצדיקים, לדעתנו, את ביטול החריג, ופסיקת פיצוי לפי הממוצע לכלל הקטינים ללא התאמה כלשהי מטה או מעלה. להורים לילד מחונן או מוכשר במיוחד קנויה האפשרות לרכוש ביטוח תאונות בשוק הפרטי באופן שילדם יפוצה על מלוא אובדן ההכנסה האישי שלו, מעל ומעבר לשכר הממוצע שבית-המשפט יפסק.

3. התעלמות ממגבלות גופניות של הניזוק מטעמי שוויון

בפרק 2 נוכחנו לראות כי כאשר תאונה מאוחרת בלעה נכות מוקדמת, התחשבות במצבו הקודם של הניזוק יוצרת עיוות בחישוב הפיצוי הן לניזוק אשר סובל מנכות, והן ביחס לניזוקים אשר אינם סובלים מנכות.¹⁷⁰ הקושי עליו הצבענו בחישוב הנזק היה בעיקרו קושי פרקטי, שנובע מהעלויות הדרושות כדי לאמוד את הנזק עבור הקבוצות הנפרד. אם ניתן היה להבחין בין סוגי הניזוקים ולאמוד את הנזק העתידי הממוצע לבעלי מוגבלות ובנפרד את הנזק העתידי הממוצע לאלו אשר אינם סובלים ממוגבלות, פיצוי דיפרנציאלי לכל קבוצה היה מתיישב עם מטרת השבת המצב לקדמותו וכן עם מטרת ההרתעה היעילה. אלא שברוב המקרים כפי שראינו לא ניתן לעשות זאת, ולכן מתבקש שהפיצוי לא יביא בחשבון מוגבלות

¹⁶⁹ Tsachi Keren-Paz, An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejected the Claim of Randomness, 16 Can. J. L. & Juris 91, 98-100 (2003).

¹⁷⁰ ראו לעיל, פרק 0.

מוקדמת. בחלק זה נציע כי גם שיקולים המבוססים על שוויון, אשר עמדו בבסיס פסק דין אבו-חנא, מובילים למסקנה שיש להתעלם ממוגבלות קודמת של הניזוק בעת חישוב הנזק, וזאת אפילו אם היה ניתן להבחין בעלות נמוכה בין סוגי הניזוקים.

העמדה של בית-המשפט בפסק דין אבו-חנא התבססה על התפישה שהחיים של ערבים אינם שווים פחות מאלו של יהודים, החיים של נשים אינם שווים פחות מאלו של גברים, והחיים של אנשים המתגוררים בפרפריה של ישראל אינם שווים פחות מהחיים של אלו שמתגוררים במרכז הארץ. פיצוי לפי טבלאות שכר, טבלאות תוחלת חיי השתכרות וטבלאות תוחלת חיים אשר מבחינות בין ניזוקים על בסיס מין, גזע ולאום עומד בניגוד לתפישה בסיסית זאת, שכן הפיצוי שניתן לכל ניזוק ייקבע על בסיס השייכות שלו לקבוצה מסוימת.¹⁷¹ התוצאה חמורה במיוחד בהקשר של פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות, שכן הפליה בשוק העבודה משפיעה באופן מידי וישיר על השכר של החברים בקבוצה מופלית. כפי שראינו קודם, פיצוי שונה על בסיס שייכות קבוצתית גם יוצר תמריצים למזיקים בכוח להסיט סיכונים לאותן אוכלוסיות ולכן מחמיר את הפערים בין הקבוצות בחברה.¹⁷²

עקרון השוויון אומץ במשפט הישראלי גם ביחס לאנשים עם מוגבלות. סעיף 1 לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות קובע כעקרון יסודי כי המדינה מחויבת לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות על בסיס הכרה בעקרון השוויון ובערך האדם.¹⁷³ עמדה זו של המחוקק הביאה לשינויי דרמטי בדיני הניזוקין. בפסק הדין שניתן בענין המר נ' עמית, השופט ריבלין דחה את זכות התביעה של הילוד במקרים בהם נולד כתוצאה מעוולה. עילה זו, המכונה "עילת החיים בעולה", מתבססת על הטענה של ילד אשר נולד עם מום חמור, כי אלמלא התרשלות הרופא הוריו היו מזהים את המום ומפסיקים את ההיריון – והוא כלל לא היה בא אל העולם. מאחר שאלמלא התביעה הניזוק לא היה בחיים, כדי שבית-המשפט יפסוק פיצוי עליו לקבל את העמדה כי מותו של הילד עדיף על חייו במומו.¹⁷⁴ בפסק דין המר השופט ריבלין מסביר כי עמדה זו לא יכולה לעמוד, בין השאר לאור תפישת המחוקק ביחס לערך חיי האדם – אם החיים של אדם עם מוגבלות שווים לחייו של אדם שלא סובל מכל מוגבלות, הם ודאי עדיפים על המוות. על כן, לא יכולה לעמוד לילד הנכה זכות תביעה על כך שנולד, גם אם החיים שלו מלווים במום.¹⁷⁵

¹⁷¹ אכן, תחת פרשנות סבירה, יש לשים לב ששיקולי השוויון שמונה פסק דין אבו חנא אינם רלוונטיים רק לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות של קטינים שסיפור חייהם טרם נכתב. ראו, למשל, עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 12, בפס' 45 לחוות דעתו של השופט ריבלין ("חישוב הפיצויים על פי שיוך קבוצתי יוצר הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין. הפליה זו הוגדרה במשפטנו 'הקשות שבהפליות'"). זאת ועוד, כפי שידון בהמשך פרק זה, קריאה דוקנית ומוציאה של שיקולי צדק אלה עלולה להוביל לתוצאות שרירותיות ובלתי רצויות מבחינת דיני הניזוקין באשר לניזוקים בעלי נכות קודמת.

¹⁷² ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 31, בעמ' 688-90.

¹⁷³ סעיף 1 לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 קובע כי "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות".

¹⁷⁴ ע"א 1326/07 ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית (נבו 28.05.2012).

¹⁷⁵ השופט ריבלין קובע כך – "הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנוק, והקביעה כי מוטב היה

אותה עמדה מחייבת מסקנה דומה גם ביחס לבעלי מוגבלויות. אם בית-המשפט יביא בחשבון נכות קודמת של הניזוק, התוצאה המתחייבת מכך היא שחיייו של הניזוק אשר סובל מנכות קודמת שווים פחות מהחיים של אדם בעל תפקוד מלא. קביעה כזו לא מתיישבת עם תפישות יסוד בדיני הניזוקין. כך, נראה כי בתי-משפט, בצדק, לא יקבלו טענה של מזיק כי הוא נקט באמצעי זהירות הולמים ולא התרשל מאחר שהוא סיכן רק נכים ששווי חייהם נמוך יותר, ועל כן צריך להחיל עליו סטנדרט זהירות נמוך יותר. אם בית-המשפט לא מוכן להבחין בין ניזוקים בעלי מוגבלות וכאלו שאינם בעלי מוגבלות בעת קביעת סטנדרט ההתנהגות, מדוע שיבחין ביניהם בעת הערכת הנזק?¹⁷⁶

יתר על כן, אף אם סטנדרט הזהירות המוחל על ידי בתי-המשפט יהיה זהה לכלל הניזוקים, הנכים ושאינם נכים כאחד, הפער בפיצוי הנפסק על פי הדין הנוהג לתובעים השונים יעוות את התמריצים של מזיקים בכוח ויתמרץ אותם לנקוט ברמה נמוכה יותר של אמצעי זהירות כלפי אנשים עם מוגבלות. בכל אותם מקרים בהם הניזוק מזוהה כבעל מוגבלות, קיומה של מוגבלות קודמת יוביל לפגיעה בהרתעה ולעיוות התמריצים של מזיקים בכוח. ראשית, מזיק שיודע כי הוא עשוי לפגוע באדם אשר סובל ממוגבלות לא ינקוט בהכרח באמצעי זהירות אשר תואמים את הסטנדרט הכללי באוכלוסייה וזאת משום שסכום הפיצוי שהוא צפוי לשלם נמוך יותר מהעלות של אמצעי הזהירות. בנוסף, פער בפיצוי עשוי להוביל מזיקים להסיט סיכונים מניזוקים שהפיצוי שלהם גבוה לעבר אנשים הסובלים ממוגבלות, אשר הפיצוי שיפסק להם נמוך.

הסטת סיכונים לעבר תתי-קבוצות מופלות באוכלוסייה, שאינן מובחנות על בסיס אתני-גיאוגרפי יכול שתעשה באופנים שונים. למשל, מזיק פוטנציאלי עשוי להסיט סיכונים מאוכלוסיות שבהן שיעור האנשים שסובלים ממוגבלות נמוך אל עבר אוכלוסיות שבהן השכיחות גבוהה יותר. כך, נהג עשוי להיזהר פחות כאשר הוא נוסע ליד בית ספר לילדים עם צרכים מיוחדים לעומת בית ספר אחר. בעיה זו מחמירה אף יותר כאשר הניזוק מזוהה בעצמו כבעל מוגבלות בעת ביצוע הפעילות העוולתית, כגון במקרים של מתן טיפול רפואי, שאז המזיק-בכח (הרופאה או האח) יודע מראש כי מדובר בניזוק שלגביו שיעור הפיצוי הצפוי לו במקרה של תאונה נמוך יותר.¹⁷⁷

ניתן לטעון כי קיים הבדל בין התחשבות במידע בדבר מוצא אתני-גיאוגרפי לצורך חישוב הפיצוי בגין כושר השתכרותו של ניזוק, לבין נכות קודמת של ניזוק משום שהיצע העבודות הפתוחות בפני ניזוק בעל נכות קודמת מצומצם יותר ביחס לשאר האוכלוסייה בשל מוגבלותו ועל כן אובדן השתכרותו באופן "אובייקטיבי" נמוך יותר. ברם, בפועל, הפליה מגדרית, אתנית או כזאת שנוגעת לאנשים בעלי מוגבלות בשוק העבודה משתקפת במידה דומה בהערכה סטטיסטית ביחס להשתכרותו העתידית של פרט מסוים, בהתאם להערכה

לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה ... תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון". ראו שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט עמית.

ראו Porat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108-97.

ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 31, בעמ' 697-700.

176

177

סובייקטיבית של היכולות שלו ומגבלות שנוגעות להעסקתו. לפחות חלק מהפער בשכר בין עובדים שסובלים ממוגבלות ועובדים ללא מוגבלות נובע מאותה הסיבה שבני קבוצות מיעוטים מרוויחים פחות מחברים בקבוצת הרוב – היחס המפלה כלפיהם. בחברה שבה מתייחסים לאנשים בעלי מוגבלות בצורה שוויונית פערי השכר יהיו קטנים יותר. אומנם, יתכנו מקרים שבהם חלק מהפער בשכר נובע מפערים אובייקטיביים בפרודוקטיביות של אנשים עם מוגבלות, אולם הדרישה לשוויון פעמים רבות מתגברת גם על פערים אלו. לדוגמה, למעסיק אסור להתחשב בהיריון ולידה בעת קביעת השכר, למרות שצרכים אובייקטיביים בתקופת ההיריון ולאחריו משפיעים על הפרודוקטיביות של עובדות ועובדים.¹⁷⁸ על כן, הקושי שעלול להתעורר מהתחשבות במוגבלות קודמת בקביעת פיצויים אינו נוגע רק למידת המהימנות של הנתונים הרלוונטיים, אלא מדובר בקושי נורמטיבי – הנצחה של הפליה. וזהו הרי היה בדיוק הרציונל שעמד בבסיס הכרעותיו של השופט ריבלין בעניין אבו חנא.¹⁷⁹

יתר על כן, הדרישה שמזיקים ישלמו פיצוי בהתעלם מנכות קודמת של הניזוק אף מקדמת את השוויון בין המזיקים. נניח מצב בו שני מזיקים פעלו באופן זהה וגרמו לפגיעה זהה לשני ניזוקים – כריתה של הרגל. גם שני הניזוקים זהים מכל בחינה, למעט הבדל אחד – הניזוק הראשון לא סבל ממוגבלות קודמת, והניזוק השני סבל ממוגבלות בכף רגלו. חיוב מזיק ב' בפיצוי מופחת הוא תוצאה של מזל, שלא מתחקה אחרי האחריות שלו – הפעולות והנזק שהוא גרם זהים לאלו של מזיק א'.¹⁸⁰ על כן, פיצויי אחיד במקרים אלו נדרש כדי לקיים שוויון גם בין המזיקים.¹⁸¹

¹⁷⁸ כך, סעיפים 3 ו-4 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 קובעים כי זכויות שמוענות להורים, כגון היעדרות מעבודה בשל מחלת ילד אינם נחשבים להפליה. הסדרים אלו נועדו להבטיח כי פגיעה בשכרם של הורים, ובמיוחד בשכרן של אימהות, בשל זכויות אלה תחשב להפליה פסולה, על אף שהן יוצרות פערים בפרודוקטיביות של עובדים שהם הורים לילדים.

¹⁷⁹ ראו, למשל, עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 12, בפס' 28-30 לחוות דעתו של השופט ריבלין. לפיכך, כשכל התנאים האחרים שווים, הסוגייה שלפנינו אינה נוגעת למידת הספקולטיביות של הערכות סטטיסטיות, אלא להכרעה נורמטיבית בשאלה אם יש להתעלם מנכות קודמת של הניזוק בהערכת כושר ההשתכרות. בנוסף, יש לזכור את גבולות הדיון בפרק הנוכחי – ענייננו הוא בפיצוי לניזוקים בגין נזק מאוחר שנבלע בנכות מוקדמת, להבדיל מפיצוי בגין נזק המצטבר מעל נכות קודמת. אם ניזוק סבל מנכות סובל מנכות נוספת שאינה נוגעת בנכות הראשונה, אין מקום להתערב בשיטת הפיצוי.

¹⁸⁰ לניסיון לנטרול היבטים של מזל דיני הניזוקין דרך שיקולי צדק, ובפרט שיקולי גמול, ראו Avraham & Kohler-Housman, לעיל ה"ש 63. לדיון בשיקולי גמול ביחס לאחריות נזיקית בגין יצירת סיכון, ראו פורת נויקין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 334-335, 342. לדיון ביסודות הגמוליים של דיני הניזוקין, ראו Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, Peter Cane, *Retribution, Proportionality, and Moral Luck*; 73 TENN. L. REV. 177 (2006) *.in Tort Law*, in THE LAW OF OBLIGATIONS 141 (Peter Cane & Jane Stepleton eds., 1998)

¹⁸¹ ראו As " Harvey McGregor, *Variations on an Enigma*, 33 MOD. L. REV. 378, 381 (1970) for the tortfeasors, it is surely more consistent with equity to hold each liable for the loss which he himself has inflicted – the first for the initial loss and the second for the Arthur ("additional loss – than to place the total liability upon the second tortfeasor. If "); Ripstein, *As If It Had Never Happened*, 48 WM. & MARY L. REV. 1957, 1990 (2007)

ההצעה לפצות את הניזוק בהתעלם מנכות קודמת שלו עשויה לעורר קושי כאשר הניזוק כבר קיבל פיצוי בגין הנכות שנגרמה לו בתאונה קודמת. בענין **חננשווילי**, למשל, יישום ההצעה היה מביא לתוצאה משונה – המזיק הראשון היה מחויב בפיצוי לפי נכות בשיעור של 28% לכל תקופת חייו של התובע, בעוד שהמזיק השני היה מחויב בפיצוי בשיעור של 100%, תוך התעלמות מהתאונה הקודמת. המשמעות היא שבגין התקופה שאחרי התאונה השניה, הניזוק יקבל פיצוי בשיעור העולה על נזקיו. פיצוי הגבוה מסך הנזק מתנגש עם עקרון השבת המצב לקדמותו, שכן הוא מביא את הניזוק למקום טוב יותר, מבחינה כלכלית, מהמצב בו היה אלמלא העוולה והוא גם היה פוגע בתמריצים של הניזוק לנקוט באמצעי זהירות יעילים ולהימנע ממצב של אשם תורם. למרות זאת, נראה שהפתרון הכרחי בשביל ליצור תמריצים יעילים לשני המזיקים ובשביל לקדם שוויון בין המזיקים.

למעשה מדובר בבעיה מוכרת – כאשר מספר מזיקים גורמים לנזק אחד, כדי שתיווצר הרתעה אופטימאלית כל אחד מהם צריך לשאת באחריות בגין מלוא הנזק. כלל שמחלק את האחריות בין המזיקים, מביא בדרך כלל לדילול התמריצים לנקוט באמצעי זהירות.¹⁸² זה גם

plaintiff's car is vandalized after defendant wrongfully damages it, and the vandalism – is unconnected to the accident, defendant cannot appeal to it... **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1350; פורת נזיקין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 327-328. אפשר לחשוב על פיצוי שתואם שוויון רדיקאלי – פיצוי אחיד לכל ניזוק, אשר מתעלם מכלל המאפיינים של הניזוק. למעשה גישות כאלה נמצאות בשימוש בפועל במסגרת ניתוח עלות-תועלת של רגולציה מצילת חיים. לצורך הערכת התועלת מהצלת חיים נעשה פעמים רבות חישוב בתחשיב הערך של חיים סטטיסטיים, שהם החיים של אדם ממוצע במנותק מכלל המאפיינים, כגון מין, גזע, לאום, מגדר, גיל או דת. ראו, לדוגמה Kniesner, W. Kip Viscusi, Christopher Woock & James P. Ziliak, *The Value of Statistical Life: Evidence from Panel Data*, 94 REV. ECON. & STAT. 74 (2012). ניתן כמובן להעריך את השווי של חיים סטטיסטיים תוך התחשבות בחלק מהמאפיינים. לדוגמה, קיימים תחשיבים לערך של שנת חיים. חישוב לפי שנת חיים תעדיף להציל אדם צעיר (וכך להקנות שנים רבות) על פני אדם מבוגר. ראו לדוגמה Linda Ryen & Mikael Svensson, *The Willingness to Pay for a Quality Adjusted Life Year: A Review of the Empirical Literature*, 24 HEALTH ECON. 1289 (2014) (המאמר מציע סקירת ספרות של תחשיבי שווי שנת חיים מתוקנת איכות. תקנון לאיכות יביא להערכה נמוכה יותר של חיים עם נכות לעומת חיים ללא נכות). באופן דומה, ניתן לחשב את הערך של חיים סטטיסטיים תוך הבחנה בין גברים ונשים או על בסיס מאפיינים אחרים. פיצוי שמבוסס על תחשיבים אלו הוא שוויוני ביחס לכל אותם פרמטרים שאינם נלקחים בחשבון בהערכת הנזק. עם זאת, למרות השימוש הרווח בכלים אלו לצרכים רגולטוריים, בתי משפט לא עושים בהם שימוש בהערכת הנזק.

ראו GUIDO CALABRESI THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 26-31 (1970); כתיבה רבה בנייתו הכלכלי הוקדשה להצעת מנגנונים לפתרון בעיית התמריצים של מספר שחקנים אשר ההשקעה של כל אחד מהם משפיעה על תוצאה משותפת (במקרה הנזיקי – ההסתברות לתאונה). חלק מהמנגנונים מבקשים לגרום לכל אחד מהשחקנים להפנים את מלוא התועלת מההשקעה שלו באמצעים חוזיים, ראו Robert Cooter & Ariel Porat, *Anti-Insurance*, 31 J. LEGAL STUD. 203 (2002). אפשרות אחרת היא להטיל מס כחלופה לפיצוי. לדוגמה, במקרה של תאונת דרכים ניתן לחייב את הגורם המעוול לשלם את הפיצוי למדינה ולא לניזוק, וכך לגרום לשני הצדדים להפנים את עלויות התאונה. ראו Aaron S. Edlin & Pinar Maraca-Mandic, *The Accident Externality from Driving*, 114 J. POL. ECON. 931 (2006). מאמרים אחרים מבקשים לגרום לכל אחד מהגורמים להפנים את כל התועלת השולית מההשקעה, גם אם אין הפנמה מלאה של כל התועלת. לדוגמה, אריאל פורת ורוברט קוטר הציעו כי

המצב במקרה של חנשוילי – הנהג הראשון גרם לנכות בשיעור של 28%, והשני גרם לנכות של 100%, כאשר מתוכם 28% נמצאים בתחום החפיפה עם התאונה הראשונה. כל כלל שמחלק את האחריות בין המזיקים פוגע בהרתעה שלהם.

כאמור לעיל, פתרון אפשרי הוא לפצות את הניזוק בסכום מצטבר שעולה על גובה הנזק ובכך לשפר את ההרתעה. קיימים מספר מנגנונים בדין הישראלי שמאפשרים פיצוי גבוה מהנזק במטרה לשפר את ההרתעה, כגון פיצויים לדוגמא,¹⁸³ ריבית מיוחדת עבור תקבולי ביטוח,¹⁸⁴ פיצוי הלנת שכר¹⁸⁵ ופיצוי עונשי.¹⁸⁶ פיצוי כזה ייצור הרתעה יעילה למזיקים, אולם הוא מעלה את החשש שניזוקים יחשפו את עצמם יותר מדי לסיכון לתאונות, מאחר שהפיצוי שניתן להם גבוה.¹⁸⁷ אולם, ככל שמדובר בנזקי גוף החשש שניזוקים יחשפו את עצמם במכוון לסיכון הוא מוגבל.¹⁸⁸

פתרון נוסף הוא להעביר את סכום הפיצוי העודף לצד ג', כגון המדינה. בפועל, תאונות

כאשר מספר מפעלים מזהמים זה לצד זה, כל מפעל יהיה אחראי למלוא הנזק (מעל רף מסוים), ובכך כל מפעל יפנים את כל התועלת והעלות השוליים מהשקעתו באמצעי הזהירות. ראו Robert Cooter & Ariel Sheu, *Total Liability for Excessive Harm*, 36 J. LEGAL STUD. 63 (2007). פתרון אפשרי נוסף שהוזכר בספרות הוא לחלק בין המזיקים (או בין המזיק והניזוק) את העלות והתועלת מההשקעות שלהם. חלוקה כזו גורמת לכל שחקן להפנים שיעור דומה מהתועלת והעלות של ההשקעה שלו, באופן שמעודד השקעה יעילה. ראו Omer Y. Pelled, *The Proportional Internalization Principle in Private Law*, 11 J. LEGAL ANALYSIS 160 (2019).

¹⁸³ פיצויים לדוגמא הוכרו בדין הישראלי כמנגנון פיצוי סטוטורי. ראו בג"ץ 2651/09 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים**, פס' 38 לחוות דעתו של השופט דנציגר (נבו 15.06.2011); רת"ק (מחוזי י-ם) 3635-10-13 **פאלקוב נ' חברת אריאל בונוס בע"מ**, פס' 6-8 (נבו 11.11.2013).

¹⁸⁴ למשל, ראו סעיף 28 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 ("מבטח בביטוחים אישיים, שלא שילם את תגמולי הביטוח שלא היו שנויים במחלוקת בתום לב, במועדים שבהם היה עליו לשלםם... יחייבו בית-המשפט, ולעניין מבטח כאמור בביטוחים שאינם ביטוחים אישיים – רשאי בית-המשפט לחייבו, בתשלום ריבית מיוחדת בשיעור שלא יעלה על פי עשרים מן הריבית הקבועה בהגדרת הפרשי הצמדה וריבית שבחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961..."). על טיבו העונשי של הסדר זה, עמד בית-המשפט העליון ברע"א 2244/04 **ר.ד. משקאות גורמה בע"מ נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ**, פס' 6 לפסק הדין (נבו 01.12.2004).

¹⁸⁵ ראו סעיף 17 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; ע"ע (עבודה ארצי) 300274/96 **צדקא - מדינת ישראל - גלי צה"ל**, לו 625, 661 (2001); ע"ע (ארצי) 33680-08-10 **דיזינגוף קלאב בע"מ - יעקב זואילי**, פס' 33 לפסק הדין (נבו 16.11.2011).

¹⁸⁶ ראו עניין **אטינגר**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 567-562; עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 85; רע"א 1700/10 **דוביצקי נ' שפירא**, פס' י"ב-י"ג (נבו 20.05.2010); ע"א 4576/08 **בן-צבי נ' פרופ' היס**, פס' 35-42 לחוות דעתו של השופט ריבלין (נבו 07.07.2011). לרציונליזם לפסיקת פיצויים עונשיים מתחום הגישה הכלכלית למשפט, ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998). לרציונליזם לפסיקת פיצויים עונשיים כפיצוי על נזק לצדדים שלישיים ולאינטרס החברתי, ראו Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE L.J. 347 (2003).

¹⁸⁷ השוו לעיל, ה"ש 30 וטקסט נלווה.

¹⁸⁸ אריאל פורת ואברהם טבת, לדוגמה, הראו כי אנשים נוקטים יותר מידי אמצעי זהירות כדי להפחית את הסיכון לחיים שלהם לעומת ההשקעה שמצופה מהם כאשר הפעילות יוצרת סיכון לאחרים. כלומר, הבעיה המרכזית עם סיכון לחיים היא הרתעת יתר, ולא חסר של ניזוקים. ראו Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AM. L. & ECON. REV. 45 (2011).

רבות מערבות בנוסף למזיק ולניזוק גם את המוסד לביטוח לאומי, אשר זכאי להחזר עבור תשלומים שהעביר לניזוק או למשפחתו בגין נכות שנגרמה כתוצאה מאירוע העולתי.¹⁸⁹ מאחר שבת-המשפט מורגלים בהתמודדות עם מערכת היחסים המשולשת במקרים בהם המוסד לביטוח לאומי מעורב, פתרון זה יחסית פשוט ליישום.

אפשרות אחרונה היא להתיר פיצוי מלא לאדם הסובל ממוגבלות קודמת רק באותם מקרים בהם לא קיבל תשלום בגין הנכות ממנה סבל לפני התאונה. מרבית האנשים עם מוגבלויות לא זוכים לפיצוי בגין המוגבלות שלהם, מאחר שהנכות הקודמת לא נגרמה כתוצאה מתאונה עולתית. במקרים אלה, לכל הפחות, החשש שהניזוק יקבל פיצוי העולה על נזקיו פוחת. מכל מקום, אם בתי-המשפט מעוניינים לתת יחס שווה לאנשים עם מוגבלויות, הרי שחייבים לקבוע מנגנון פיצוי אחיד, בדומה למנגנון שנקבע בענין **אבו-חנא**. ואכן, אחת העובדות המעניינות בפרשת **אבו חנא** היא שהילדה התובעת היתה בעלת מוגבלות בעיניה.¹⁹⁰ יש משהו משונה בכך שאותו פסק דין שקבע כי אין להביא בחשבון את המין, לאום ומקום מגורים של התובעת, דווקא הביא בחשבון את היותה בעלת מוגבלות מוקדמת והפחית לה פיצויים בהתאם.

לסיכום, אנחנו סבורים שתפישה לפיה החיים של אנשים עם מוגבלות שווים בערכם לחייהם של אחרים מחייבת את בית-המשפט להתעלם ממוגבלות קודמת לתאונה בעת הערכת הנזק. קיימות מספר אפשרויות שונות ליישום עקרון זה, וכולן עדיפות על המצב הקיים, בו הדין בפועל קובע כי הפגיעה באדם הסובל ממוגבלות זולה מפגיעה באחרים.

סיכום

בתי-המשפט עושים שימוש נרחב בנתונים סטטיסטיים בעת פסיקת פיצויים, בייחוד בשעה שהם מחשבים את הפיצוי בגין נזק גוף. במאמר זה הראינו כי השימוש בנתונים סטטיסטיים מחייב התבוננות רחבה יותר באשר למועד "הקפאת התמונה" אשר לגביו מחושבים הפיצויים. התבוננות זו נדרשת כדי לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית בפסיקת הפיצויים. קוהרנטיות סטטיסטית הכרחית גם לאור שיקולי צדק, הרתעה ושוויון בין ניזוקים ובין מזיקים.

אולם הטעוץ שלנו רחב מכך. כדי לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית יש להתייחס גם לנתונים באופן אחיד – בין אם להתעלם מהנתונים (מאוחרים או מוקדמים למועד התאונה) ובין אם להתחשב בהם, ובלבד שהדבר נעשה בצורה אחידה. אנו סבורים כי לאור העלויות הגבוהות הכרוכות בהתחשבות בנתונים מאוחרים, עדיף שבת-המשפט ישאפו במקרים רבים לצדק עיוור דהיינו שיימנעו מלהתחשב בנתונים מסוימים, אפילו אם אלו זמינים. הימנעות מלהתחשב בנתונים אף הופכת את מלאכת חישוב הנזק לפשוטה יותר. חישובו

¹⁸⁹ הצעה דומה הוצעה על ידי Sharkey, לעיל ה"ש 186. במאמרה, מציעה Sharkey להשתמש בפיצויים עונשיים כמנגנון פיצוי בעוללות המוניות. בקביעת הפיצוי, הכותבת מציעה, להפריד בין הפיצוי הנזיקי לניזוק-תובע לבין הפיצוי העונשי, המושת על המזיק בגין החצנת הנזקים על החברה. הפיצוי העונשי, דרך מנגנונים שונים, ישמש למימון שיקומם של הנזקים החברתיים.

¹⁹⁰ ראו אביחי דורפמן "של מי האובדן הזה? צדק ומוגבלות בדיני הנזיקין" ספר **אליעזר** ריבלין (אהרן ברק עורך, צפוי להתפרסם ב-2023)

לדוגמה על ניזוק קטין שנפגע בתאונה. מאחר שאין נתונים ביחס לשכר של הקטין בפועל, בית-המשפט נדרש להעריך כמה הניזוק היה משתכר אלמלא העוולה. גישה אשר מבקשת להעריך את הנזק בדיוק הרב ביותר תחייב את בית-המשפט לבחון את השכר במשק בהתחשב במגדר, מקום מגורים, לאום, ארץ מוצא, ההשתכרות בפועל של הוריו של הקטין, מידת ההשכלה של ההורים, ועוד נתונים שונים. לעומת זאת, תחשיב המתעלם מנתונים אלו ביחס לכלל הניזוקים יוביל לפסיקת פיצוי לפי השכר הממוצע במשק.

בדומה, אם בית-המשפט מבקש לקחת בחשבון יכולות מיוחדות של הניזוק הקטין, עליו לבחון אם הניזוק מחזיק בכישורים מיוחדים, וכן להעריך מה ההשפעה של כישורים אלו על כושר ההשתכרות. אולם, כדי לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית, בית-המשפט יהיה חייב לבחון גם מהו השכר הממוצע של שאר העובדים אשר לא מחזיקים בכישורים מיוחדים, ולפסוק פיצוי בהתאם לניזוקים הרלוונטיים. שוב, פיצוי המתעלם מנתונים אלו קל יותר להערכה ועל כן לגשתנו עדיף שכל הניזוקים יקבלו פיצוי לפי השכר הממוצע במשק.

הדברים נכונים אפילו יותר אם הניזוק סבל מנכות שקודמת לתאונה העוללתית. חישוב אשר מביא בחשבון נכות קודמת מחייב את בית-המשפט לבחון מה היה שיעור הנכות הקודמת, ולהבחין בין הנזקים מהם סבל הניזוק לפני התאונה ובין אלו מהם הוא סבל בעקבות האירוע העוללתי. מעבר לכך, כדי לאמוד את הקיצור בתוחלת החיים ואת אובדן ההשתכרות, בית-המשפט יידרש להעריך מה היה השכר הממוצע של הניזוק היה מרוויח על בסיס נתונים אשר לוקחים בחשבון רק את אותם עובדים אשר סובלים מנכות קודמת בשיעור דומה. חשוב מכך, כדי לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית בתי-המשפט ידרשו לבחון את הנתונים באופן דומה ביחס לניזוקים אשר לא סובלים משום נכות קודמת. במקרים אלו בתי-המשפט ידרשו לערוך חישוב נפרד לשכר הממוצע ולתוחלת החיים אשר לוקחת בחשבון רק את העובדים אשר לא סובלים מנכות. ושוב, חישוב אשר מתעלם מנכות קודמת (או מהעדרה של נכות כזו) ביחס לכלל הניזוקים מקל על החישוב, שכן מדובר בפיצוי המחושב על פי השכר הממוצע במשק לכלל הניזוקים, בין אם הם בעלי נכות מוקדמת ובין אם לאו.

לבסוף, אי-התחשבות בנתונים מאוחרים לתאונה זולה יותר מאשר חישוב אשר לוקח בחשבון כל מאורע שהתרחש לאחר התאונה, כולל מקרים בהם לא התרחש אף מאורע כזה. תחת הצעתנו, מומחים רפואיים ידרשו להעריך את הנכות של הניזוק בעקבות התאונה ואת ההשפעה של הנכות על התפקוד. לאחר שיקבע גובה הנזק, בית-המשפט יפסוק פיצוי חד פעמי על בסיס קביעה זו, ויתעלם מנתונים נוספים אשר יתגלו בשלב מאוחר להערכת הניזוק, כמו אירוע תאונה נוסף או גילוי של מחלה מקצרת חיים. מאחר שתוחלת החיים של הניזוק מוערכת לפי הממוצע באוכלוסייה, אם בכל זאת בית-המשפט יבקש להתחשב באירוע שהתגלה לאחר התאונה ואשר מוביל להפחתה בפיצוי, אזי יש גם לחייבו להגדיל את הפיצוי במקרים בהם לא התגלה מידע כזה. הצורך להעריך מחדש את הנזק בסוף כל הליך, לרבות בערעור, ודאי קשה יותר ליישום מאשר חישוב חד פעמי, שמשקף את הערכת הנזק סמוך לאחר התאונה.¹⁹¹

קיימת קבוצה נוספת של מקרים, בהם לא דנו במאמר זה, בהם היעדר הקוהרנטיות הסטטיסטית מתקיים בין נתונים סטטיסטיים שונים אשר משמשים לחישוב הפיצוי בגין אותו נזק. לדוגמה - בעת חישוב הנזק לקטין

הטבלה הבאה מסכמת את הטענות שנסקרו במאמר ביחס למועד חישוב הנזק וביחס למידע שיש להביא בחשבון.

בתי-המשפט מעריכים את הפסד ההשתכרות כאחוז מהשכר הממוצע, כאשר הגריעה נקבעת לפי אחוזי הנכות. ראו רע"א 6572/21 **המאגר הישראלי לביטוחי רכב (הפול) נ' פלוני**, פס' 5 (נבו, 20.10.2021). אחוזי הנכות במקרים רגילים לא משקפים את ההפחתה בכושר ההשתכרות, שכן אצל מי שעובד בעבודה משרדית ההשפעה של נכות על השכר נמוכה יותר ואצל מי שעובד בעבודת כפיים ההשלכה יכולה להיות משמעותית יותר. לכן מדובר בממוצע. לכאורה אין סתירה בין השימוש בשכר הממוצע במשק וקביעה כי הנכות הרפואית של הניזוק תשמש בסיס לקביעת הנכות התפקודית – בשני המקרים מדובר בנתון שמשקף את הממוצע. אולם, הנתונים תלויים זה בזה - ניזוק שעובד בעבודה משרדית משתכר בממוצע יותר מניזוק שעובד בעבודת כפיים, והוא מושפע פחות מנכות פיזית. על כן, השימוש בשני הממוצעים בהתעלם מהקשר ביניהם מוביל להערכת יתר של הנזק. ניתן להבין את הטענה בקלות באמצעות דוגמה פשוטה – נניח כי קיימים שני מקצועות בעולם, וכל אדם עובד באחד משני המקצועות בהסתברות שווה. במקצוע הראשון השכר הוא 10, ובשני השכר הוא 190 (ולכן השכר הממוצע הוא 100). נניח כי קטין נפגע בתאונה שמובילה לנכות רפואית של 50%, אולם היא משפיעה באופן שונה על עובדים במשק. אם עובד במקצוע הראשון נפגע בתאונה הוא מאבד את כל השכר שלו. לעומת זאת, אם עובד במקצוע השני נפגע בתאונה ההשתכרות שלו לא נפגעת בכלל. כלומר, הגריעה מכוסרת ההשתכרות של העובד הראשון היא 100% ושל השני היא 0%, ובממוצע התאונה מובילה לפגיעה בהכנסה של 50%. בית-המשפט שיתחשב בממוצעים יקבע כי הפיצוי צריך לעמוד על 50, למרות שבנתוני הדוגמה תוחלת הנזק לקטין היא 5 בלבד – ההסתברות שיעסוק במקצוע הראשון (50%), כפול אוברן ההשתכרות שהיה נגרם לו אם היה עוסק במקצוע הראשון (10).

| נתונים באשר לכושר ההשתכרות של קטינים | מצב הניזוק טרם התאונה | מידע מאוחר לתאונה | |
|---|--|---|---------------------------|
| בתי המשפט מתעלמים מנתונים דמוגרפיים, אולם הם מגדילים או מקטינים את הפיצוי על סמך נתונים חריגים של הניזוק, כגון מחוננות או מוגבלות. | אין עקביות – לעיתים בתי המשפט מפחיתים מהפיצוי בשל נזק קודם ולעיתים לא. בחישוב הפיצוי למי שלא סובלים מנכות מביאים בחשבון נתונים על כלל הציבור במקום רק על אלו שלא סובלים מנכות קודמת. | בתי המשפט מקפידים את התמונה במועד מתן פסק הדין ומתעלמים ממידע שהתגלה לאחר מכן. בתי המשפט מביאים בחשבון בעיקר במידע שלילי שהתגלה בין מועד התאונה ומועד מתן פסק הדין. | הדין הנוהג |
| אין לאפשר סטיה מעלה או מטה מהשכר הממוצע. ככל שממשיכים להביא בחשבון נתונים חריגים של הניזוק יש להביא בחשבון בחישוב השכר של ניזוקים "רגילים" שהם אינם מחוננים או בעלי כושר השתכרות מוגבל. חישוב זה מסובך מאוד. | יש להביא בחשבון או להתעלם באופן עקבי מנכות קודמת. אם מביאים בחשבון נכות קודמת, יש להגדיל את הפיצוי למי שלא סובלים מנכות קודמת. | יש להתעלם ממידע שהתגלה לאחר התאונה, או לחלופין להתחשב במידע שמגיע במשך כל חיי הניזוק. ככל שממשיכים להקפיד את התמונה במועד מתן פסק הדין, יש להביא בחשבון גם מידע חיובי (לדוגמה שהניזוק בריא), ולא רק מידע שלילי (לדוגמה, שהוא חולה). | שיקולי קוהרנטיות סטטיסטית |
| הדין הנוהג נכון, אולם יש לתקן את חישוב השכר של ניזוקים "רגילים" שהם אינם מחוננים או בעלי כושר השתכרות מוגבל. | יש להתחשב בנכות קודמת, וגם בהיעדרה של נכות קודמת, בעת חישוב הפיצוי | יש לפסוק פיצוי עיתי עד לסוף חייו של הניזוק באופן שמשיב את המצב לקדמותו. לחלופין, יש להתחשב רק במידע שזמין במועד התאונה. | שיקולי צדק מתקן |
| יש לפסוק פיצוי אחיד לפי הממוצע באוכלוסייה ולהתעלם מנתונים אישיים. | יש להתעלם מקיומה או מהעדרה של נכות ולהשתמש בנתונים סטטיסטיים כלליים. | יש להקפיד את התמונה במועד התאונה ולפסוק פיצוי ממוצע לפי המידע שזמין אז. | שיקולי יעילות כלכלית |
| יש לפסוק פיצוי אחיד לפי הממוצע באוכלוסייה ולהתעלם מנתונים אישיים. | יש להתעלם מנכות קודמת. | | שיקולי שוויון |

ניתן להרחיב את הדיון לתחומי משפט אחרים. למרות שהדיון במאמר הוגבל לנזקי גוף, הטיעון ביחס לקוהרנטיות סטטיסטית תקף באותה מידה לכל שימוש שבתי-משפט עושים בנתונים סטטיסטיים. לדוגמה, כאשר בוחנים את הנזקים שנגרמו עקב מצג שווא רשלני או

תרמית, אשר הובילו לרכישת נכס אשר לא היה נרכש אלמלא מצג השווא, ניתן לבחון את הנזק (דהיינו "להקפיא את התמונה") באמצעות השוואה של הסכום ששולם אל מול שווי הנכס שנרכש בסמוך למועד הרכישה, או לחלופין במועד מאוחר יותר, כגון מועד הגילוי על דבר ההטעיה. בשני המקרים שווי הנכס אלמלא ההטעיה יחושב על ידי השוואה לנכסים דומים. לשתי הגישות יש יתרונות במצבים מסוימים, בתלות בסוג הנכס ובמבנה השוק הרלוונטי.¹⁹² בעוד שאיננו טוענים כרגע באשר לנקודת הזמן הנכונה, ברור שחשוב שבת-המשפט יתחשבו בנתונים באופן עקבי. וכך גם לגבי מקרים רבים נוספים, לאו דווקא בתחום דיני הנזיקין, בהם בתי-המשפט נעזרים בנתונים סטטיסטיים, וגם בהם חשוב לשמור על קוהרנטיות סטטיסטית בין תיקים.¹⁹³

¹⁹² בפסיקה נדונו שני מקרים טיפוסיים ביחס לחישוב הנזק בגין מצג שווא רשלני והטעיה – מקרים של מצג כוזב ביחס לנכס מקרקעין ומקרים של הטעיה בניירות ערך. ביחס להטעיה ביחס לתכונות של נכס מקרקעין, בית-המשפט העליון יישם בעניין **זלסקי** גישה הבוחנת את הנזק סמוך למועד העוולה, בהתעלם מנתונים שהתגלו מאוחר יותר. באותו מקרה רוכשים שילמו תמורת קרקע 900,000 לירות בהסתמך על מצג שווא רשלני שניתן להם על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ביחס להיקף הבניה המאושר למקרקעין. הרוכשים מכרו את הנכס לאחר מכן ברווח. בית-המשפט המחוזי קבע כי לא נגרם כל נזק עקב מצג השווא. השופט אור הפך את ההחלטה, וקבע כי הנזק התגבש בעת רכישת הנכס במחיר עודף, ולכן פעולות מאוחרות בנכס לא צריכות להשפיע על החבות של מוסר מצג השווא. ראו לעיל, ה"ש 23. הריסטיטמנט האמריקאי השני של נזיקין אימץ גישה דומה. ראו (1979) 920, illustration (SECOND) OF TORTS. בהטעיה בניירות ערך, לעומת זאת, שרון חנס ואלון קלמנט טוענים כי יש לבכר אומדן של הנזק במועד מאוחר לרכישה, בהתאם לירידה בשווי ניירות הערך בשוק במועד הגילוי. ראו שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות-ערך" **עיוני משפט** לה 639 (2013). לטענת הכותבים חישוב הפיצוי לפי הפער במחיר במועד הרכישה מתעלמת מרצונו של המשפיע לשאת בסיכון הכרוך בהשקעה בנייר הערך הספציפי, ומחסנת אותו מתנודות השוק, אליהם רצה להיות חשוף.

¹⁹³ בארצות הברית נדונו לדוגמה מקרים של פטור מס לחברות רכבות. הסדר הפטור נקבע לפי המחיר שבו נמכרו הנכסים ביחס למחיר השוק, והדבר הצריך חישוב סטטיסטי של שווי השוק של הנכסים. מקרים אלו מדגימים חוסר קוהרנטיות בכך שבחלק מהמקרים השווי השוקי חושב באמצעות הערך החציוני במדגם, ובאחרים לפי הממוצע המשוקלל. ראו לדוגמה (10th Cir. 1984) 732 F.2d 1495 (Atchison, T. & S. F. Ry. Co. v. Lennen, 84 Cir. 1984) (בית-המשפט הפדראלי לערעורים הפך את החלטת הערעור שיישמה את החציון, וקבע כי יש לבכר את הממוצע המשוקלל); (4th Cir. 1983) 700 F.2d 126 (Clinchfield R. Co. v. Lynch) (בית-המשפט הפדראלי לערעורים קיבל את עמדת החברה שטענה שהמס שהוטל עליה מפלה, וקבע כי יש להעדיף חישוב על פי החציון, אשר פחות רגיש לתנודות כתוצאה מערכים קיצוניים). לדיון מלא בדוגמאות אלה, ובפסקי דין נוספים, ראו 11-13 MICHAEL O. FINKELSTEIN & BRUCE LEVIN, STATISTICS FOR LAWYERS, (2d. ed. 2001)