

שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה

אריאל פורת*

מבוא

זולת ההריגה ובעיית הפיצוי בגין הפסד השתכרות
הצגת הבעיה
הפסד השתכרות והכוונת התנהגויות
הפסד השתכרות ופיצוי לאחר מעשה
ביטוח ושנים אבודות
ניכוי הצריכה מהפסד ההשתכרות
מסקנות והצעות לפתרון

מבוא

במרס 2004 ביטל בית-המשפט העליון את הלכת גבריאלי,¹ הידועה בכינויה "הלכת השנים האבודות". על-פי הלכה זו, עיזבון של ניזוק שנהרג וכן ניזוק חי אינם זכאים לפיצוי על הפסד השתכרות בגין השנים האבודות, דהיינו בגין השנים שבהן לא יהיו הניזוק שנהרג או הניזוק החי עקב הפגיעה הנזיקית בהם, וממילא לא ישתכרו למחייתם. הלכה זו נומקה בעיקר בכך שכאשר אדם נהרג או כאשר חייו מקוצרים, נזקו אינו נזק ממוני של הפסד השתכרות, אלא נזק לא-ממוני של אובדן חיים או קיצורם. עקב כך יש

* דיקאן ופרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי לאהוד ברק על עזרתו המצוינת במחקר, וכן לישי בלנק, אהוד גוטל, אלון הראל וצחי קרן-פז על הערותיהם החשובות לטייטה קודמת של המאמר. תודה מיוחדת אני חב למשנה לנשיא (בדימוס) תאודור אור על הערותיו הביקורתיות, מאירות-העיניים.

1 ע"א 295/81 עיזבון המנוחה שרון גבריאלי נ' גבריאלי ואח', פ"ד לו(4) 533 (להלן: הלכת גבריאלי). לאחר מסירת מאמר זה לדפוס ראו אור שתי רשימות העוסקות באופן מקיף בביטול הלכת השנים האבודות: י' גלעד, "בעקבות פסק-דין עיזבון אטינגר – לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי 'השנים האבודות'" עלי משפט ד (תשס"ה) 47; ד' מור, "הילכת אטינגר – אנטומיה של פסק-דין שנוי במחלוקת" עלי משפט ד (תשס"ה) 101. לרשימה נוספת שראתה אור, והנוגעת בנושאים קרובים, ראו ר' פרי, "על חוסר העקביות בפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים" עלי משפט ד (תשס"ה) 151.

לפסוק לו פיצויים בגין השנים האבודות, אך זאת רק בגין נזקים לא־ממוניים. תוצאתה העיקרית של הלכת גבריאל היתה שעזובן של ניזוק שנהרג וכן ניזוק חי שקוצרו חייו היו זכאים בדרך־כלל לפיצויים נמוכים למדי בגין השנים האבודות, עד כדי כך שהיה זול בהרבה להרוג או לקצר חיים מאשר לפצוע מבלי לקצר חיים.²

ההלכה שביטלה את הלכת גבריאל כעשרים שנה לאחר שזו נפסקה היא הלכת אטינגר.³ על־פי הלכה חדשה זו, הן העזובן והן הניזוק החי זכאים לפיצויים על הפסד השתכרות בגין השנים האבודות. עם זאת הותיר בית־המשפט העליון שאלה מרכזית להכרעה עתידית: מהו גודלו המדויק של הניכוי הראוי מהפסד ההשתכרות בגין השנים האבודות. הנחת בית־המשפט היתה שבשנים האבודות אכן ייגרם הפסד השתכרות, אך בה־בעת ייחסו כספים שהיו משמשים את המנוח לצריכה אילו נותר בחיים. יש איפוא לנכות כספי היסכון אלה, כך קבע בית־המשפט, מהפסד ההשתכרות, ולפסוק לטובת העזובן או לטובת הניזוק החי, לפי העניין, רק את ההפרש. ממילא, שאלת גודלו של הניכוי המותר חשובה ביותר, שהרי התשובה לה תקבע את היקפה ומשמעותה של הלכת אטינגר. כך, למשל, אם יקבע בית־המשפט העליון בעתיד כי יש להניח שאדם צורך בדרך־כלל את כל שנותר לו מהשתכרותו לאחר שתמך בתלוייו, וכי יש לנכות מן הפיצויים את מלוא עלות הצריכה, לא תביא הלכת אטינגר לידי שינוי משמעותי של המצב המשפטי ששרר לפני שניתנה. לעומת זאת, אם ייקבע בעתיד שאין להתיר, או כמעט שאין להתיר, ניכוי כלשהו מהפסד ההשתכרות בשנים האבודות, תהווה הלכת אטינגר מהפכה רבתי בתחום דיני הפיצויים.

במאמר זה אני מבקש לדון בשלושה נושאים שהלכת אטינגר מעלה אל פני השטח. בחלקו הראשון של המאמר אדון בשאלת זולתת ההריגה ואצביע על פגם בסיסי בדיני הפיצויים הנוהגים שלפיהם זול יותר להרוג מאשר לפצוע, זול יותר לפגוע באשה מאשר באיש, זול יותר לפגוע בעני מאשר בעשיר. בחלק השני של המאמר אבחן את שאלת הפיצוי בגין השנים האבודות מנקודת־מבט ביטוחית, ואציע להבחין בין שאלת הפיצוי למי שמממן את הפיצויים בתשלום פרמיות הביטוח לבין מי שאינו מממן את הפיצויים. בחלק השלישי והאחרון של המאמר אבחן את שאלת הניכוי מהפסד ההשתכרות, ואציע לא להתיר ניכוי כלשהו מהפסד ההשתכרות שנגרם בשנים האבודות.

2 הבעיה היתה חריפה במיוחד כאשר לא היו תלויים לניזוק שנהרג. הבעיה אף היתה חריפה כאשר חייו של הניזוק קוצרו, והוא מימש את זכותו לפיצויים לפני מותו. במקרה אחרון זה היו פיצוייו של הניזוק בגין הפסד השתכרות נמוכים, מחד גיסא, ותלוייו לא היו זכאים לתבוע בגין נזיקהם שלהם לאחר שהניזוק מת, מאידך גיסא. הלכת גבריאל, שם.

3 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי ואח', פ"ד נח(4) 486 (להלן: הלכת אטינגר). פסק־הדין ניתן על־ידי השופט ריבלין, והסכימו איתו כל שופטי ההרכב: הנשיא ברק, המשנה לנשיא אור, השופט מצא והשופטת דורנר. הנשיא ברק היה אחד משופטי המיעוט בהרכב שפסק את הלכת גבריאל.

זולת ההריגה ובעיית הפיצוי בגין הפסד השתכרות

הצגת הבעיה

מרכיב מרכזי בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף הוא אב-הנזק של הפסד השתכרות. פועל יוצא מכך הוא שחיייהם של בני-אדם, כמו גם בריאותם, נמדדים בראש ובראשונה על-פי ההפחתה שנגרמה ביכולת השתכרותם. נדמה שכך צריך להיות: הן מטרת הפיצויים היא להחזיר את הניזוק למצב שבו היה נמצא אלמלא הפגיעה הנוזיקית, ומאחר שזו הפחיתה את יכולת ההשתכרות, אך טבעי שהפיצוי ישקף הפחתה זו. התוצאה של שיטת פיצוי המבוססת על הפסד השתכרות חדה וברורה: המשתכר הרבה (להלן: העשיר) יקבל פיצוי גבוה מזה שיקבל המשתכר מעט (להלן: העני) גם אם נזק הגוף שנגרם לשניהם זהה. איש לא יאמר בגלוי שבריאותו או חייו של העשיר שווים יותר מאלה של העני, אך אמירת המשפט הינה, למרות זאת, חד-משמעית ונחרצת.

היותו של הפסד ההשתכרות גורם מרכזי בפסיקת פיצויים מביא אף לידי כך שפגיעה באשה זולה בממוצע מפגיעה בגבר, פגיעה בזקן זולה מפגיעה בצעיר ופגיעה בערבי זולה מפגיעה ביהודי. לכאורה, המשפט ניטרלי, שהרי הוא מתקן נזק שנגרם בכך שהוא מעמיד את הניזוק במצב שבו היה נמצא אלמלא הפגיעה הנוזיקית. אך ניטרליות זו אינה כה ברורה כאשר חוזרים לשאלת-היסוד: האם נזקי גוף הם בעיקר פגיעה ביכולת השתכרותו של אדם? האם פיצוי בגין הפחתה ביכולת השתכרות היא שמשיבה את מצבו של הניזוק לקדמותו?

מרכזיותו של הפסד ההשתכרות בפסיקת פיצויים היא שגרמה לכך שעל-פי המצב המשפטי ששרר בארץ עד שנפסקה הלכת אטינגר היה זול יותר להרוג מאשר לפצוע. הטעם לכך הוא שאם נזק הגוף נמדד בעיקר על-פי הפסד השתכרות, ואם במקרה של מוות או קיצור חיים אין פיצוי על הפסד השתכרות בגין השנים האבודות, ממילא נזקי המוות נמוכים בהרבה מנזקי הפגיעה. זאת ועוד, בשנים האבודות לא נגרמות הוצאות רפואיות כלשהן, שלא כמו בשנים שבהן אדם סובל מפגיעה. פיצוי בגין הוצאות רפואיות אף הוא מרכיב מרכזי בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף, וקיומו הגדיל עוד יותר את הפער שבין מחיר הפגיעה לבין מחיר ההריגה או קיצור החיים.⁴

להלן אבחן את משמעות היותו של הפסד ההשתכרות מרכיב מרכזי בפסיקת פיצויים מנקודת-המבט שלפני מעשה (*ex ante*), כלומר נקודת-המבט של הכוונת התנהגויות והרתעה אופטימלית. לאחר-מכן אתייחס לנקודת-המבט שלאחר מעשה (*ex post*), קרי נקודת-המבט של הצדק המתקן, המדגישה את הצורך לפצות את הניזוק ולהחזירו למצב שבו היה נמצא אלמלא הפגיעה הנוזיקית. מסקנתי תהיה שמשתי נקודות-המבט, אין כל הצדקה שפיצוי בגין נזקי גוף יתבסס בעיקר על הפסד השתכרות. הפיצוי בגין נזקי גוף צריך להינתן על הנזק לגוף, ולא על הפגיעה ביכולת ההשתכרות של הניזוק. מסקנתי

4 הפיצוי בגין הוצאות רפואיות לעשיר עשוי להיות גבוה יותר מהפיצוי לעני, שכן הראשון נזקק בדרך-כלל לשירותים רפואיים יקרים יותר מאלה שהאחרון נזקק להם.

אף תהיה שהלכת אטינגר, אשר הגדילה במידה ניכרת את הפיצוי בגין אובדן חיים או קיצורם, היא צעידה בכיוון הנכון: מחיר הריגתו של אדם או קיצור חייו חייב להיות גבוה ממחיר פציעתו.⁵

הפסד השתכרות והכוונת התנהגויות

אחת המטרות החשובות של דיני הנזיקין היא הכוונת התנהגויות. בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט נטען כי על דיני הנזיקין לשאוף להשגת הרתעה אופטימלית (או יעילות כלכלית), וכך יהיה אם יספקו דיני הנזיקין למזיקים ולניזוקים תמריצי התנהגות יעילים. הרתעה אופטימלית של מזיקים מושגת באופן השלם ביותר כאשר המזיקים נושאים במלוא המחיר החברתי של פעילותם. הרתעתו של מזיק רציונלי שיש לו מידע על הסיכונים ועל התועלות שבפעילותו והמפנים את הסיכונים והתועלות גם יחד תהיה אופטימלית. היותו של המזיק מבוטח אין בו בהכרח כדי לפגום ביכולתם של דיני הנזיקין להשיג הרתעה אופטימלית; אדרבה, קיומו של ביטוח משפר לעיתים את הרתעתו של המזיק.⁶ אילו היתה הרתעת המזיק מטרתם היחידה של דיני הנזיקין, יש להניח שכל מזיק היה נושא בנוזק פעילותו ללא תלות באשמו, והאחריות הנוזקית היתה מוגברת תמיד.⁷ בפועל, לצד קיומם של משטרים משפטיים של אחריות מוגברת בתחומים מוגדרים, נפוץ מאוד משטר משפטי של רשלנות. על-פי משטר זה, המזיק אחראי רק אם התרשל. התרשלות בתחום הניתוח הכלכלי מוגדרת על-ידי נוסחת Learned Hand. על-פייה ייחשב המזיק לרשלן אם היה יכול להשקיע משאבים במניעת נזקים שעלותם נמוכה מן ההפחתה שהיתה נגרמת עקב כך לתוחלת הנוזק של פעילותו, והוא לא השקיעם. מובן שצריך אף שיתקיים קשר סיבתי בין אי-השקעת המשאבים במניעת הנוזקים לבין הנוזק שאירע בפועל, שהרי ברגיל,⁸ בהיעדר קשר סיבתי עובדתי, אין מוטלת אחריות נזיקית. אחריות בשל רשלנות משיגה הרתעה טובה של מזיקים, אף כאן בעיקר כאשר הם רציונליים ונהנים ממידע על סיכונים ותועלות הנובעים מהתנהגותם. סיכון האחריות המשפטית מניע מזיקים אלה להשקיע במניעת נזקים כאשר עלות אמצעי המניעה נמוכה מתוחלת הנוזק שתופחת

5 עם זאת ניתן לחשוב על מקרים מיוחדים שבהם חיים גרוועים ממוות. במקרים מיוחדים אלה מוצדק שהפיצוי בגין פציעה יהיה גבוה אף מן הפיצוי בגין הריגה. השוו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85.

6 כאשר המזיק מבוטח, ופרמיות הביטוח שהוא משלם משתנות בהתאם לאמצעי הזהירות שהוא נוקט, הרתעתו עשויה להיות טובה מזו שהיתה מושגת אלמלא היה מבוטח, שכן שינוי פרמיות הביטוח מעביר לו מידע על מידת הסיכון הכרוך בפעילותו.

7 א' פורת, "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג (תשנ"ד) 311, 344-349; "גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 421.

8 קיימים מקרים של הטלת אחריות נזיקית אף מבלי שמוכח קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות העוללת לבין הנוזק. A. Porat and A. Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* (Oxford, 2001) 57-83. עניין זה חורג מתחום דיוננו.

עקב נקיטתם.⁹ עם זאת, הרתעת המזיקים אינה מושלמת, שכן דיני הרשלנות, אף שהם מספקים להם תמריצים טובים להשקיע באמצעי זהירות, אינם מספקים להם תמריצים להפחית רמת פעילות בצורה אופטימלית. מהיבט זה, משטר משפטי של אחריות מוגברת טוב יותר.¹⁰ משטר משפטי של רשלנות, לעומת זאת, עדיף על משטר משפטי של אחריות מוגברת ככל שמדובר בתמריצי ההתנהגות של הניזוקים. במשטר משפטי של רשלנות, להבדיל ממשטר משפטי של אחריות מוגברת (ללא הגנת אשם תורם), לא מובטח לניזוקים פיצוי בכל מקרה של פגיעה נזיקית, ועל-כן יש להם תמריצים לנקוט באמצעי זהירות על-מנת להקדים פני נזק אפשרי שהם לא יפוצו בגינו.¹¹ גם תורות מוסריות מעדיפות לא-אחת משטר של רשלנות על משטר של אחריות מוגברת.¹²

הן במשטר משפטי של אחריות מוגברת והן במשטר משפטי של רשלנות, המזיק-בכוח מאוים באחריות משפטית בגין הנזקים שיגרם בהתנהגותו. בשני המשטרים עליו לשאת בנזק החברתי שגרם, בין עקב אשמו (משטר של רשלנות) ובין עקב התנהגות כלשהי שלו (אחריות מוגברת), על-מנת שהרתעתו תהיה אופטימלית. מידת האחריות של המזיק היא זו שתשפיע על רמת אמצעי הזהירות שינקוט כדי למנוע נזקים. אם יישא באחריות על פחות מן הנזק החברתי שגרם תהיה הרתעתו הרתעת-חסר, ואם יישא באחריות על יותר מן הנזק החברתי שגרם תהיה הרתעתו הרתעת-יתר. הדוגמה הבאה תמחיש כיצד שיטת הפיצוי הנוהגת בגין הפסד השתכרות משבשת את ההרתעה היעילה שדיני הנזיקין שואפים להשיגה.

דוגמה 1: רמת-אביב ג ושכונת-התקוה - ראובן נוהג במכוניתו במהירות של 50 קמ"ש בשכונת-התקוה. הוא פוגע בשמעון. הוא ממשיך בנסיעתו באותה מהירות ומגיע לרמת-אביב ג, שם הוא פוגע בלוי. הפגיעות בשמעון ובלוי הן באותה עוצמה, ונזק הגוף שנגרם לשניהם הוא אותו נזק גוף. צפיפות התנועה, תנאי הכביש וכל יתר הגורמים הסביבתיים זהים אף הם בשני המקומות. נניח שהמשטר המשפטי היה מבוסס על רשלנות. בתי-המשפט מפעילים את נוסחת Learned Hand על-מנת לקבוע אם המזיק התרשל. הפיצויים הנפסקים כוללים מרכיב מרכזי של הפסד השתכרות ומרכיב קטן יחסית של פיצוי בגין נזק לא-ממוני. האם תוטל על ראובן אחריות כלפי שמעון ו/או לוי? היש מקום להניח שנהגים ייזהרו ברמת-אביב ג יותר מאשר בשכונת-התקוה?

יישום פשוט, פשטני אולי, של נוסחת Learned Hand עלול להניב תוצאה מוזרה שעל-פיה ראובן עשוי להימצא אחראי לנזקיו של לוי ובה-בעת להימצא פטור מאחריות לנזקיו של שמעון. כך עלול לקרות אם יגדיר בית-משפט המיישם את נוסחת Learned

9 א' פורת, "עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו-1997) 373, 381-384.

10 R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics* (Boston, 4th ed., 2004) 323-332

11 *Ibid.*, at pp. 326-328

12 E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Harvard, 1995)

Hand את תוחלת הנזק שראובן יוצר בנהיגתו, וממילא את תוחלת הנזק שתופחת אם יינקטו אמצעי זהירות, על-פי הפיצוי שישולם לניזוק הממוצע. הניזוק הממוצע ברמת-אביב ג יזכה במקרה של פגיעה בפיצוי בגין הפסד השתכרות שיהיה גבוה בהרבה מן הפיצוי שיזכה בו הניזוק הממוצע בשכונת-התקוה. מכאן שראובן מחויב לכאורה, על-פי דיני הרשלנות, לנקוט אמצעי זהירות קפדניים יותר ברמת-אביב ג מאשר בשכונת-התקוה. הימנעותו מעשות כן עלולה לגרום שתוטל עליו אחריות נזיקית. בניסוח שונה במקצת, ראובן יידרש לכאורה, על-פי דיני הרשלנות, להיזהר ברמת-אביב ג יותר מאשר בשכונת-התקוה מן הטעם שהנזק שעלול להיגרם ברמת-אביב ג גדול מן הנזק שעלול להיגרם בשכונת-התקוה: חיי בני-אדם ובריאותם שווים ברמת-אביב ג יותר מאשר בשכונת-התקוה.

אולם ברור שאף בית-משפט לא יעז לומר דברים כאלה, ואני מניח שאף בית-משפט לא יחיל סטנדרט התנהגות שונה בכל אחד משני המקומות רק מפני שבאחד מתגוררים בני-אדם המשתכרים הרבה בעוד שבאחר בני-אדם המשתכרים מעט. ברור לכל שחיי בני-אדם שווים בשני המקומות בדיוק באותה מידה, בלא כל תלות בהפסד ההשתכרות שייגרם להם, וכי יש לנהוג כלפיהם בדיוק באותה מידה של זהירות.

אך מסתבר שדיני הניזוקין מדברים בשני קולות. בפועל, אם ימצא ראובן רשלן ותוטל עליו אחריות הן כלפי שמעון והן כלפי לוי, יהיה היקף האחריות שבה יישא כלפי כל אחד מהם שונה לחלוטין. ראובן צפוי לשלם פיצוי גבוה מאוד ללוי ופיצוי נמוך לשמעון אף-על-פי ששניהם סבלו אותו נזק גוף בדיוק. ראובן יידע זאת מראש, ועל-כן, גם במשטר משפטי שבו יקפידו בתי-המשפט על דרישת סטנדרטים זהים של התנהגות בשני המקרים, הוא ינהג בזהירות רבה יותר ברמת-אביב ג מאשר בשכונת-התקוה. הוא יהיה נכון להשקיע משאבים רבים יותר או לוותר על טובים רבים יותר (כגון חיסכון בזמן נהיגה) כאשר ינהג ברמת-אביב ג מאשר בשכונת-התקוה.

את דוגמת רמת-אביב ג ושכונת-התקוה ניתן להסב על נקלה לדוגמת נהיגה ביישוב ערבי, לדוגמת נהיגה באיזורים שרבים מתושביהם זקנים, לדוגמת נהיגה במקום שהנשים בו רבות יותר וכדומה. מאחר שערבים, זקנים ונשים צפויים להפסד השתכרות נמוך מזה שיהודים, צעירים וגברים צפויים לו, בהתאמה, "כדאי" פחות להיזהר מפגיעה בהם, שכן מחיר פגיעה כזו הינו זול יחסית. דברים אלה נכונים בין שהמשטר המשפטי הוא של אחריות מוגברת ובין שהוא משטר משפטי של רשלנות.¹³

13 קיימת כתיבה אקדמית חשובה המצביעה על הבעייתיות המתוארת בטקסט מזווית של צדק חלוקתי. ראו, למשל: R.L. Abel, "A Critique of Torts" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 785; T. Keren-Paz, "Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?" 4 *Theoretical Inquiries in Law* (2003) 275; T. Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness" 16 *Can. J. L. & Juris.* (2003) 91. כן ראו לאחרונה צ' קרן-פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את

הקורא שורות אלה עלול לחשוב בטעות שמדובר בטיעון תיאורטי שאין לו השלכות מעשיות: ראשית, בני-אדם אינם נוהגים ברכבם תוך שהם מחשבים את המידה המדויקת של האחריות המשפטית שתוטל עליהם אם יגרמו נזק, שנית, אפילו אם הם מביאים זאת בחשבון במקרים מסוימים, הם לא יעשו זאת כאשר הם מבוטחים. שתי הדוגמות הבאות ימחישו כי הבעיה שדוגמת רמת-אביב ג' ושכונת-התקוה מעוררת אינה תיאורטית גרידא.

דוגמה 2: מפעל הטקסטיל ומפעל ההייטק - בבעלותה של אסתר מפעל טקסטיל ומפעל הייטק, מספר העובדים בכל אחד מהמפעלים זהה. הסיכונים שהעובדים חשופים להם בשני המפעלים זהים. עובד במפעל ההייטק משתכר בממוצע פי חמישה משמשכר עובד במפעל הטקסטיל. אסתר מתלבטת אם להשקיע בכל אחד מן המפעלים מיליון שקלים באמצעי מניעה (בחשוב שנתי) שיפחיתו במידה ניכרת את הסיכונים שהעובדים יהיו חשופים להם. האם תחליט להשקיע באמצעי מניעה, ואם כן, האם תעשה זאת בשני המפעלים או רק באחד מהם?

יש אפשרות שאסתר לא תשקיע כלל באמצעי מניעה, ויש אפשרות שתשקיע באמצעי מניעה בשני המפעלים; אך האפשרות המעניינת יותר בהקשר שלנו היא שאסתר תשקיע באופן רציונלי, באמצעי מניעה במפעל ההייטק אך לא במפעל הטקסטיל. אף כאן יש להניח שבית-משפט יימנע מלקבוע כי על-פי דיני הרשלנות, אסתר מחויבת להשקיע יותר באמצעי מניעה במפעל ההייטק מאשר במפעל הטקסטיל. עם זאת, בין אם המשטר המשפטי הוא של רשלנות ובין אם הוא של אחריות מוגברת, יהיו לאסתר תמריצים חזקים יותר להשקיע במניעת נזקים במפעל ההייטק מאשר במפעל הטקסטיל. חי העובדים במפעל ההייטק ובריאותם, כך מלמדים אותנו דיני הנזיקין הנוהגים, שווים יותר מאלה של העובדים במפעל הטקסטיל.¹⁴

באמצעות דוגמה 2 ניתן אף להמחיש מדוע הבעייתיות המוצגת בפסקה הקודמת לא תיפתר אף אם אסתר ביטחה את אחריותה. בהנחה שיש תחרות בין חברות הביטוח, תהיה פרמיית הביטוח שתידרש אסתר לשלם בגין ביטוח האחריות רגישה להסתברות שתוטל עליה אחריות ולהיקפה של אחריות זו. לפיכך ייתכן מאוד שתחרות הביטוח המבטחת את אסתר תיאזל להפחית את פרמיות הביטוח ביותר ממיליון שקל אם תשקיע אסתר מיליון שקלים באמצעי זהירות במפעל ההייטק, אך לא תהיה מוכנה להפחית את הפרמיות באופן דומה אם תשקיע אסתר באמצעי זהירות שעלותם דומה במפעל הטקסטיל. החלטתה

חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקיב?)” עיוני משפט כח (תשס"ד) 299. מאמרי, לעומת זאת, בוחן בעייתיות זו בעיקר מהיבטים של הרתעה אופטימלית ושל צדק מתקן.

14 התמריצים של אסתר להשקיע במפעל הטקסטיל עשויים להשתפר אם יהיו העובדים מודעים לגודל הסיכון שהם חשופים אליו בעת העבודה ואם הם יעמדו על כך שמשכורתם תשקף סיכון זה. עם זאת, גם במקרה זה העובדים במפעל הטקסטיל עלולים להסתפק בפרמיית סיכון נמוכה שתוסף למשכורתם בעוד שהעובדים במפעל ההייטק ידרשו פרמיה גבוהה מזו בהרבה. דיון בעניין זה חורג ממסגרת המאמר.

של אסתר אם להשקיע באמצעי הזהירות עשויה להיות תלויה, במידה רבה, במידה שבה יופחתו פרמיות הביטוח שתידרש לשלם. הדוגמה הבאה ממחישה את בעיית זולת ההריגה.

דוגמה 3: זיהום סביבתי - יצחק הוא בעל מפעל הגורם לזיהום סביבתי. הזיהום עלול לגרום מחלות אצל תושבי הסביבה החשופים לזיהום. יצחק יכול להגביר את הזיהום באופן שירבו מקרי המוות. בהתעלם מהשפעתו האפשרית של המשפט הפלילי, האם ייתכן שיהיה ליצחק תמריץ כלכלי להגביר את הזיהום אפילו אם רווחיו הכלכליים אינם גדלים עקב כך?

במצב המשפטי ששרר בארץ לפני שנפסקה הלכת אטינגר היה ליצחק תמריץ כלכלי לגרום למקרי מוות רבים יותר על-חשבון מקרי הפגיעות שאינן נגמרות במוות. הדברים הוסברו כבר: על-פי הלכת גבריאלי היה זול יותר לעיתים קרובות להרוג מאשר לפצוע. במצב המשפטי הנוכחי, לאור הלכת אטינגר, ספק אם יהיה ליצחק כדאי להגביר את הזיהום. בהנחה שהפסד ההשתכרות בשנים האבודות ייפסק ברובו לטובת העיזבון, יהיה מחיר ההריגה כבד יותר במקרים רבים ממחירה של פגיעה שאינה נגמרת במוות. אומנם, במקרי מוות אין פיצוי בגין הוצאות רפואיות, אך למרות זאת עלה מחיר ההריגה בלי ספק בעקבות ההלכה החדשה.¹⁵

באופן פרדוקסלי, הלכת גבריאלי צמצמה במידה מסוימת את אי-השוויון בין עניים לעשירים, שהרי אם אין נפסקים פיצויים בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות, אלה גם אלה מקבלים פיצוי קטן באותה מידה. הלכת אטינגר, לעומת זאת, אף שהעלתה את מחיר ההריגה, לא העלתה אותו באופן שוויוני: עתה ברור שלא רק יקר יותר לפצוע עשיר מאשר לפצוע עני, אלא אף יקר יותר להרוג עשיר מאשר להרוג עני. בדוגמת הזיהום הסביבתי אס-כן, בהנחה שהמצב המשפטי נקבע על-פי הלכת אטינגר, לא כדאי עוד ליצחק להרוג יותר מאשר לפצוע, אך כדאי גם כדאי לו להקים את המפעל במקום שמתגוררים בו תושבים קשיי-יום המשתכרים בדוחק. עדיף להרוג או לפצוע עניים, ולא עשירים.¹⁶ הבעייתיות העולה מן הדוגמות שנידונו לעיל מקורה בכך שעל-פי המשפט הנוהג, בריאות וחיים נמדדים בעיקר על-פי יכולת ההשתכרות של הניזוק. לעומת זאת, הנזק החברתי שנגרם במקרה של פגיעת גוף אינו קשור ליכולת ההשתכרות של הניזוק. הנזק שנגרם לעני ולעשיר בשל אובדן יד, רגל או חיים מסב בדיוק אותו נזק חברתי. כל עוד

15 לפחות כאשר מדובר במזיקים המוניים, כגון ביצרן של מוצר הגורם נזק למשתמשים בו, אירועים של גרם מוות עשויים להביא לידי הטלת סנקציות לא-משפטיות על המזיק (כגון החרמתו על-ידי צרכנים) שעוצמתן גבוהה בהרבה מעוצמת הסנקציות הלא-משפטיות שיוטלו עליו בגין אירועים שאינם מסתיימים במוות. יש בכך כדי לאזן ולו במעט את התוצאה כי למרות הלכת אטינגר, זול יותר לעיתים להרוג מאשר לפצוע.

16 R.L. Abel, "Torts" *The Politics of Law: A Progressive Critique* (New York, ראו: 1990) 326; R.L. Abel, "A Socialist Approach to Risk" 41 *Md. L. Rev.* (1982) 695.

לא ייקבע "מחיר" אחיד לפגיעות גוף דומות, ולמוות בכלל זה, לא יתוקנו העיוותים בתמריצי ההתנהגות של המזיקים, וממילא לא תושג הרתעה אופטימלית.¹⁷ בדומה לכך, לא תושג הרתעה אופטימלית אם הפיצוי בגין פגיעות קשות יהיה נמוך מהפיצוי בגין פגיעות קלות. הלכת אטינגר תרמה לכך שהפיצוי בגין מוות יהיה גבוה מהפיצוי בגין פגיעות קלות בהרבה, וצמצמה עיוות אחד מבין עיוותים רבים הקיימים בשיטה משפטית שבה בריאות וחיים נמדדים על-פי יכולת השתכרות.¹⁸

הפסד השתכרות ופיצוי לאחר מעשה

לצד המטרה של הכוונת התנהגויות והרתעה אופטימלית, יש לדיני הנזיקין מטרה חשובה נוספת, והיא לפצות את הנזוק בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הפגיעה העוללתית. גישה זו מוצדקת בטיעונים של "צדק מתקן", שעל-פיהם דיני הנזיקין צריכים להתמקד במזיק ובניזוק ובתיקון מצבו של הנזוק על-חשבון המזיק כאשר הפגיעה בראשון היתה עוללתית. להבדיל מן הגישה הרואה בדיני הנזיקין כלי להכוונת התנהגויות, גישת הצדק המתקן רואה בדיני הנזיקין מנגנון המיועד להסדיר את היחסים בין המעוול והניזוק שהשתבשו באשמתו של המעוול. על-פי גישה זו הפר המעוול את השוויון ששרר בינו לבין הנזוק, ועליו לתקן הפרה זו בדרך של פיצוי.¹⁹

דנו לעיל בשאלת הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות בכלל, ובמשמעותה בהקשר של פיצוי בגין השנים האבודות בפרט, מנקודת-מבט שלפני מעשה, קרי מנקודת-מבט של הכוונת התנהגויות והרתעה אופטימלית. עתה ייבחנו אותן שאלות מנקודת-מבט שלאחר מעשה, קרי מנקודת-מבט של צדק מתקן ופיצוי של הנזוק.

גישת הצדק המתקן והמטרה לפצות את הנזוק בגין הנזקים שסבל הן שמספקות את התמיכה העיקרית לשיטת פיצוי המבוססת על הפסד השתכרות. על-פי גישה זו אין זה חשוב כלל ועיקר אם יכוון הפיצוי התנהגויות כראוי אם לאו. די בכך שהפיצוי בגין הפסד

R. Cooter, "Hand Rule Damages for Incompensable Losses" 40 *San Diego L. Rev.* 17 (2003) 1097.

18 ניתן לטעון שפיצוי מעבר להפסד הממוני של הנזוק עלול להפחית את תמריצו לנקוט אמצעי זהירות, ובמקרים קיצוניים אף להניע אותו לגרום לעצמו נזקים כדי לזכות בפיצוי כספי גבוה. טיעון זה בוודאי אינו משכנע באותם מקרים שבהם אין הנזוק משפיע מלכתחילה, או כמעט אינו משפיע, על תוחלת נזקיו. זאת ועוד, ככל שמדובר בנזקי גוף, בדרך-כלל פיצוי גבוה יותר מן ההפסד הממוני לא ייצור אצל הנזוק אדישות כלפי נזקי גופו, ובוודאי לא יניע אותו להסב נזק כזה לעצמו (עניין זה אינו נקי מספקות, אך לא זה המקום להרחיב עליו את הדיבור). לבסוף, הגנת רשלנות תורמת ואף הגנות אחרות מחזקות במקרים רבים את תמריצו של הנזוק לנקוט באמצעי זהירות למניעת נזקים לעצמו.

19 Weinrib, *supra* note 12, at pp. 3–21. ראו, כללית, פורת, לעיל הערה 7, בע' 330–333.

השתכרות יתקן את מצבו של הניזוק ויביא אותו קרוב ככל האפשר למצב שבו היה נמצא אלמלא הפגיעה הנוזיקית. מהנמקה זו אף נגזר הנימוק המובא נגד פיצוי בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות: כאשר אדם אינו בין החיים, לא נגרם לו הפסד השתכרות, אלא אובדן חיים, ומכל מקום לא ניתן לתקן את מצבו בדרך של פסיקת פיצויים לטובתו. הזוכים בפיצויים הם היורשים, וכל עוד אינם בגדר תלויים, לא נגרם להם כל נזק שיש לפצותם בגינו (ואם הם תלויים, ממילא יפוצו ככאלה).²⁰ נימוק זה חזק במיוחד במקרה של מוות מיידי, ופחות חזק במקרה של קיצור תוחלת חיים, שכן במקרה אחרון זה הניזוק הוא שמקבל את הפיצוי, ולא היורשים.

החלת טיעונים אלה על שלוש הדוגמות שנידונו בחלקו הקודם של המאמר תביא לכאורה לידי הצדקת פיצוי המבוסס על הפסד השתכרות, אך זאת בגין שנות החיים בלבד. כך, אפילו אם הנזק לשמעון וללוי בדוגמת שכונת־התקוה ורמת־אביב ג (דוגמה 1) הוא אותו נזק מנקודת־מבט חברתית, נזקיהם הפרטיים הם שונים. שניהם סבלו הפסדי השתכרות שונים, ולפיכך שניהם זקוקים לפיצוי בשיעורים שונים על־מנת לתקן את מצבם. בדומה לכך, אסתר חייבת לפצות את הניזוק במפעל ההייטק ואת הניזוק במפעל הטקסטיל (דוגמה 2) במידה שונה, מכיוון שנדרש פיצוי בשיעור שונה לשם תיקון הנזק של הפסד ההשתכרות שסבל כל אחד מן הניזוקים, ואחת היא אם הנזק החברתי שנגרם לשניהם הוא אותו נזק ואם עקב השיעור השונה של הפיצוי יעוותו תמריצי ההתנהגות של אסתר. לבסוף, בדוגמת הזיהום הסביבתי (דוגמה 3), לא סבל הניזוק שמת עקב הזיהום הסביבתי נזק מן הסוג שפיצוי כספי עשוי לתקנו, ועל־כן, אפילו יעוותו תמריצי ההתנהגות של יצחק ויהיה לו כדאי יותר להרוג מאשר לפצוע, קצרה ידם של דיני הניזוקין מלהושיע, שכן דינים אלה, על־פי גישת הצדק המתקן, מיועדים לאפשר תיקון נזקים, ולא לכוון התנהגויות.

האומנם פיצוי בגין הפסד השתכרות הוא שמפצה את הניזוק ומתקן את מצבו? לו היה פיצוי זה נספח לפיצוי נוסף, גבוה, המיוחד לפגיעה בגוף, בבריאות או בחיים באשר הם, היה ניתן להבין טיעון שעל־פיו, לצד הפיצוי בגין הפגיעה בגוף, יש להוסיף פיצוי בגין הפסד השתכרות. אולם בין זה לבין השתתת הפיצוי בגין פגיעות גוף כמעט רק על נזק ממוני של הפסד השתכרות (והוצאות רפואיות) המרחק רב. הדוגמה הבאה תמחיש את הדברים.

דוגמה 4: עקרת־הבית - רות, בת חמישים, הינה עקרת־בית. היא מבצעת את עבודות הבית השונות ואף מגדלת את ילדיה. בעלה דן, אף הוא בן חמישים, עובד מחוץ לבית, ודמי השתכרותו - הגבוהים בהרבה מן השכר הממוצע - משמשים לכלכלת הבית. רות ודן נפגעים קשות בתאונה, ולשניהם נקבעת נכות צמיתה של 50%. השתכרותו של דן פוחתת ב־50%. רות, לעומתו, ממשיכה לבצע את עבודות הבית כבעבר ואף לגדל את הילדים בלא כל עזרה חיצונית. שניהם תובעים פיצויים בגין נזקי הגוף שנגרמו להם.

20 אך אם מיצה הניזוק את עילת־תביעתו לפני שמת, לא יזכו תלוייו בפיצויים. ראו הלכת אטינגר, לעיל הערה 3, פסקות 26-31.

שיטת הפיצוי הנוהגת תביא לידי כך שדן יזכה בפיצוי גבוה למדי עקב הפסד השתכרותו, בעוד הפיצוי שרות תזכה בו יהיה נמוך מאוד. אילו נזקקה רות לעזרה חיצונית, היא היתה זכאית לתבוע פיצוי בגין הוצאות מיוחדות אלה, אך מאחר שבחירה שלא לעשות כן, היא לא תזכה בפיצוי משמעותי. אם ישתכנע בית-המשפט שאלמלא הפגיעה הנזיקית היה סיכוי שרות היתה יוצאת לעבוד מחוץ לבית, ייתכן שיפסוק לה פיצוי כלשהו בגין אובדן סיכויי השתכרות, אך גם פיצוי זה לא יהיה גבוה.²¹ האם הפער בין הפיצוי שתקבל רות לבין הפיצוי שיקבל דן נובע מכך שלדן נגרמו נזקים כבדים יותר? ספק רב. השתתת הפיצוי בגין נזק גוף על הפסד השתכרות נראית סבירה כאשר היא מניבה פיצוי גבוה, אך נראית בלתי-סבירה לחלוטין כאשר היא מניבה פיצוי נמוך עקב כך שהניזוק השתכר מעט או לא השתכר כלל. בעייתיות זו, הנובעת ממרכזיותו של הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות ומהיותו המדד העיקרי להערכת נזקי גוף בולטת במיוחד כאשר נפגעים ניזוקים בשלב שבו טרם רכשו מקצוע או בשלב שבו לא ניתן לדעת מסיבה אחרת כלשהי מה היתה השתכרותם אלמלא הפגיעה הנזיקית ומה תהיה השתכרותם לאחר פגיעה זו. הדוגמה הבאה, המבוססת על פסק-דין שנפסק לפני זמן לא רב בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, תמחיש את הדברים.²²

דוגמה 5: הילד הבדווי - עאבד, ילד בדווי, נפגע בתאונת-דרכים ונגרמה לו נכות. יש להניח שלא יוכל להשתכר למחיתו כפי שהיה משתכר אלמלא הפגיעה. אם ייפסק לו פיצוי בגין הפסד השתכרות בעתיד על בסיס השכר הממוצע במשק, יעמדו פיצוייו על מיליון שקלים. לעומת זאת, אם ייפסק לו הפסד השתכרות לפי השכר הממוצע של אזרח ישראלי בדווי, יעמדו פיצוייו על חצי מיליון שקלים. כיצד על בית-המשפט לנהוג?²³ בית-המשפט המקפיד על הכלל שיש לפצות כל ניזוק על הפסד ההשתכרות שנגרם לו, לא פחות, אך גם לא יותר, עלול לפסוק לעאבד פיצוי בשיעור של חצי מיליון שקלים, שכן קיימת הסתברות גבוהה יותר שפיצוי זה, ולא פיצוי בשיעור של מיליון שקלים, ישיב את מצבו של עאבד לקדמותו. אך תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת: דבר אחד הוא לפצות בסכום נמוך אדם ששכרו נמוך ועל-כן הפסד השתכרותו נמוך, ודבר אחר לחלוטין הוא לקבוע כי מאחר שמדובר בילד בדווי יהיו פיצוייו נמוכים משל ילד יהודי, מכיוון שסטטיסטית, הראשון ישתכר פחות מן השני. טוב עשה בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע כאשר דחה את טענתה של חברת הביטוח הנתבעת כי הפיצוי צריך להיגזר משכר ממוצע של בדווי, ולא מן השכר הממוצע במשק.²⁴

21 ראו, למשל, ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281.

22 ע"א 1017/00 אלענאמי נ' עיזבון המנוח אלענאמי אצל סהר חב' לביטוח (לא פורסם). אני מודה לדליה אסטרייכר שהסבה את תשומת-ליבי לפסק-דין זה.

23 הנתונים המספריים בדוגמה זו אינם זהים לאלה שבפסק-הדין.

24 השוו לע"א 3375/99 אקסלרד נ' צורי-שמיר, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450, 460, שם קבע בית-המשפט, בהתייחסו לניזוק שהיה בן שמונה-עשרה שנה בעת התאונה, כי "כישוריו האינטלקטואליים של אדם הינם בלי ספק נתון אשר יש להביאו בחשבון כשבאים לאמוד את כושר השתכרותו".

את דוגמת הילד הבדווי ניתן להסב על נקלה לפגיעה בילדה (לעומת ילד), או לפגיעה בילד למשפחה משכבה חברתית-כלכלית נמוכה (לעומת ילד למשפחה משכבה חברתית-כלכלית גבוהה). אני מניח שרבים יתקוממו נגד שיטת פיצוי המכירה בתעריף פיצוי שונה לפגיעה בילדים בהתאם למוצאם, ללאום שלהם או למינם. אך גם אם קיימת במקרה של פיצוי לילדים, או לצעירים שטרם רכשו מקצוע, רגיעה טבעית מלפסוק פיצוי התלוי בגורמים אלה, האין זה מה שנעשה במקרים של ניזוקים מבוגרים שרכשו מקצוע? האם הפיצוי שייפסק לעורך-דין שנפגע בתאונה לא יהיה גבוה בדרך-כלל מהפיצוי שייפסק לעורכת-דין שנפגעה פגיעה דומה, כאשר בית-המשפט, אף מבלי משים, מפנים את העובדה שסטטיסטית, עורכי-דין משתכרים יותר מעורכות-דין? עיוותים אלה כולם סיבתם אחת: נזקים לגוף, לבריאות ולחיים מוערכים בעיקר על-פי יכולת השתכרות, ולעיתים על-פי יכולת השתכרות היפותטית הנבחנת לא-אחת, גם אם מבלי משים, על-פי נתונים סטטיסטיים הנוגעים במוצא, בלאום או במין.²⁵

נעבור עתה לשאלת הפיצויים בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות. הטיעון כי במקרה של מוות אין עוד מה לתקן נראה משכנע ממבט ראשון ותומך לכאורה בהלכת גבריאלי. אך עיון מדוקדק יותר מראה שאין הדבר כך. אובדן חיים ואף קיצורם הם נזק כבד מעין כמוהו, ועל-כן הפיצוי בגינו צריך להיות גבוה מאוד. הניזוק שקוצרו חייו יוכל אולי לעשות שימוש בכספים שיקבל על-מנת לתקן, ולו במעט, את נזקיו.²⁶ לא כן העיזבון והיורשים, אשר תביעתו/תביעתם מוגשת לאחר מות הניזוק. אולם גישת המשפט, ודיני נזיקין בכלל זה, היא שהעיזבון הוא ממשיכו המשפטי של המנוח. מכאן אף נובע הכלל שניזקי המנוח מיוחסים לעיזבון. אכן, אין כל מניעה שעזיבון יתבע פיצויים בגין נזקי רכוש שנגרמו למנוח על-ידי מעשה עוולה. הטעם לכך הוא שאף-על-פי שהמנוח ניזוק, ולא העיזבון, כל זכויותיו, ועילות-התביעה שלו בכללן, עוברות לעיזבון כממשיכו המשפטי. מטעם זה בדיוק מוצדק לאפשר לעיזבון לתבוע בגין הנזק הגדול מכל, הוא הנזק של אובדן חיים. מי אשר סבור שפיצוי כזה מקנה ליורשים מתת-שמים (windfall) בלתי-מוצדקת חייב להטיל ספק בצדקתם של דיני הירושה. אך כל עוד דיני הירושה עומדים בעינם וכל עוד היורשים זוכים בכל נכסי המנוח, אין כל סיבה וטעם ליצור חריג דווקא באותו מקרה שבו הפיצוי שהעיזבון תובע הוא בגין הנזק של אובדן חיים.

מסתבר אם-כן שגם מנקודת-מבט שלאחר מעשה, המתמקדת בפיצוי של הניזוק ובתיקון מצבו, קשה להצדיק שיטת פיצוי בגין נזקי גוף שהפסד ההשתכרות של הניזוק במרכזה. הפיצוי חייב להיות בגין הנזק לגוף, והפסד ההשתכרות אינו צריך להיות יותר

25 על פסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות בשיעור שונה לנשים ולגברים ועל ההפליה הנוצרת עקב כך, ראו: E. Gibson, "The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages" *Tort Theory* (K. Cooper-Stephenson & E. Gibson eds., 1993) 185. כן ראו אצל: Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", *supra* note 13, at p. 122 and n. 90.

26 הלכת אטינגר, לעיל הערה 3, בע' 521 (פסקה 23); הלכת גבריאלי, לעיל הערה 1, בע' 550.

מאשר שיקול אחד העשוי, במקרים מסוימים, להביא לידי הגדלת הפיצוי. אובדן יד הוא אובדן יד לעני כלעשיר, לערבי כליהודי, לאיש כלאשה, גם אם יש שוני ניכר ביכולת ההשתכרות שלהם. קשה אף להצדיק מנקודת־מבט שלאחר מעשה את הלכת גבריאֵל, אשר על־פיה נזקים של אובדן חיים וקיצורם מניבים פיצוי נמוך מפציעה, אפילו מפציעה קלה. הלכת אטינגר תיקנה במידת־מה עיוות אחרון זה. היא לא נדרשה, וממילא לא עסקה, בעיוות הראשון.

ביטוח ושנים אבודות

האם ניזוקים־בכוח מעוניינים לקבל פיצוי בגין השנים האבודות? האם הלכת אטינגר היטיבה עמם? שאלה זו נראית תמוהה ממבט ראשון: הן כל ניזוק חפץ לכאורה בפיצוי גבוה ככל האפשר, והלכת אטינגר הגדילה את סך הפיצויים בגין קיצור החיים או אובדנם. היתרון שפיצוי בגין השנים האבודות מקנה לניזוקים אינו רק יתרון שלאחר מעשה, אלא אף יתרון שלפני מעשה: כפי שהוסבר בפרק הקודם, פיצוי גבוה מגדיל את תמריצייהם של מזיקים־בכוח לנקוט באמצעי זהירות רבים יותר כלפי ניזוקים־בכוח.

ובכל־זאת אין זה ברור כלל ועיקר שניזוקים יחפצו מלכתחילה בפיצוי בגין השנים האבודות באותם מקרים שבהם הם אלה המממנים את הפיצוי באמצעות פרמיות הביטוח שהם נדרשים לשאת בעלותן.

טול, למשל, את הנוהגים ברכב ואת הולכי־הרגל, שתי קבוצות של ניזוקים־בכוח מתאונות־דרכים. האם יחפצו ניזוקים אלה בפיצוי בגין השנים האבודות? באשר להולכי־הרגל התשובה חיובית: פיצוי גבוה ייטיב עמם לאחר מעשה, ואולי אף יגדיל את תמריצי הזירות שיינקטו כלפיהם לפני מעשה. לא כן הנוהגים ברכב. מאחר שאלה האחרונים מממנים את הפיצוי שייפסק להם, להולכי־הרגל ולנוסעים ברכב אם ייפגעו, קיומו של פיצוי גבוה בגין השנים האבודות יגדיל במידה ניכרת את פרמיות הביטוח שהם ידרשו לשלם מלכתחילה. למעשה, הם ייאצו לרכוש ביטוח בגין השנים האבודות להם ולאחרים, ולכאורה יש להניח שרובם יעדיפו את המשטר המשפטי של הלכת גבריאֵל על המשטר המשפטי של הלכת אטינגר.²⁷ עמדתם של הנוהגים ברכב היתה שונה אולי לו היה ניתן ליצור משטר משפטי שבו הם, הנוהגים ברכב ובני משפחותיהם הנוסעים עמם ברכב, יקבלו במקרה של פגיעה פיצוי בגין השנים האבודות, ואילו הולכי־הרגל או הנוסעים הזרים להם לא יקבלו פיצוי כזה. אך מסיבות מובנות, משטר משפטי מעין זה אינו אופציה ממשית.²⁸

27 עם זאת ייתכן שחלקם יעדיפו בכל־זאת את המשטר המשפטי של הלכת אטינגר, שכן הרתעת הנוהגים תהיה חשובה בעיניהם עד כדי כך שיהיה כדאי להם לשלם את הפרמיות הגבוהות אפילו ייהנו מהן גם אחרים.

28 יש לציין שמשטר הפיצויים לנפגעי תאונות־דרכים הנוהג בישראל אינו משטר אופטימלי מנקודת־מבט הרתעית, שכן פרמיות הביטוח אינן מגיבות כראוי על רמת הסיכון שכל נהג יוצר ברכבו. למרות זאת, גם במשטר הנוהג בישראל, ככל שיהיו

שאלת רצונם של הניזוקים בכוח בפיצוי בגין השנים האבודות קשה יותר – אך גם משמעותית יותר – באותם מקרים שבהם קיימת זהות מוחלטת בין קבוצת הניזוקים בכוח לבין אלה המממנים את פרמיות הביטוח. נניח, למשל, שעובד במפעל יישאל אם הוא חפץ בפיצוי בגין השנים האבודות במקרה שייפגע בידעו שעיקר נטל הפיצוי יוטל עליו באמצעות מנגנון השכר. האם יחפוץ בפיצוי כזה? האם ניזוק בכוח ממוצר פגום יחפוץ לשלם פרמיית ביטוח באמצעות מחיר המוצר כדי שאם ייפגע, הוא יפוצה בגין השנים האבודות? במילים אחרות: האם אדם יחפוץ בדרך כלל לבטח את עצמו בגין הפסדי ההשתכרות שייגרמו לו בשנים האבודות?

ביטוח נועד כידוע להפחתת סיכונים. בני אדם הינם שונאי סיכון בדרך כלל, ועל כן יעדיפו לשלם פרמיית ביטוח המשקפת פחות או יותר את תוחלת נזיקהם (ואף מעבר לה) כדי להימנע מהסיכון שהם יינזקו בעתיד במידה ניכרת ולא יימצא להם מי שישפה אותם על נזיקהם. ניתן להסביר את הדברים אף על בסיס עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף (שאינו אלא ניסוח אחר של תכונת שנאת הסיכון): אדם יאות ביתר קלות לוותר על השקל הראשון שלו מאשר על זה האחרון. לפיכך הוא יחפוץ להפריש מדי זמן סכומי כסף קטנים יחסית, הלוא אלה "שקליו הראשונים", כדי שביום פקודה, עת ייאלץ לוותר על "שקליו האחרונים", יימצא מי שישפה אותו בגינם.²⁹

האם על פי רציונל הביטוח יחפוץ אדם לבטח את עצמו מפני הפסד ההשתכרות בשנים האבודות? לכאורה, נזקי השנים האבודות אינם נזקי של הניזוק, אלא של יורשיו. לפיכך הוא לא ירצה לבטח מפניהם. אולם היורשים הם לעיתים אף אלה התלויים בניזוק לפרנסתם. את נזיקהם הוא ירצה כנראה לבטח, ממש כפי שירצה לבטח את נזקיו שלו. רצון זה יוגבל עם זאת ליורשים שהינם תלויים ולנזקים שייגרמו להם עקב מותו. ממש כשם שלא ירצה לשאת בפרמיות ביטוח שיבטיחו לו פיצויים שיכסו יותר מאשר את נזקיו הממוניים, כך גם לא ירצה לשאת בפרמיות ביטוח שיבטיחו לבני משפחתו פיצויים שיכסו יותר מאשר את נזיקהם הממוניים. כך עולה מרציונל הביטוח.

ובכל זאת יהיו מקרים שבהם יהיה ניזוק בכוח מוכן לשאת בפרמיית ביטוח שתניב פיצוי נדיב בגין השנים האבודות אפילו יזכו בפיצוי זה יורשיו שאינם תלויים בו לפרנסתם. כך ייתכן שיהיה כאשר המבטח הוא המזיק בכוח. נכונותו של הניזוק לשאת

הפיצויים בגין תאונות דרכים גבוהים יותר, כן יינקטו אמצעי זהירות רבים יותר וייגרמו תאונות מעטות יותר. הטעם הראשון לכך הוא שמותר לחברות הביטוח – אף במסגרת ביטוח החובה – לשנות במידה מסוימת את גובהן של פרמיות הביטוח על פי רמת הסיכון שהמבוטח יוצר. נוסף על כך יש לצפות להשקעה רבה יותר בתשתית ובגורמים אחרים המשפיעים על נזקי תאונות הדרכים אם יהיו הפיצויים בגין נזקי גוף גבוהים יותר; זאת מכיוון ששיעור מסוים מן הפרמיות שהנהגים משלמים לחברות הביטוח מועבר לרשות למניעת תאונות דרכים הפועלת במישורים שונים למניעת תאונות, וככל שזו תפעל יותר, כך ייגרמו – כך כולנו מקווים – תאונות מעטות יותר.

29. Cooter & Ulen, *supra* note 10, at pp. 49–55.

בפרמיה גבוהה יחסית במקרה כזה תנבע לא מרצונו לבטח את עצמו או את יורשיו, אלא מרצונו להרתיע כראוי את המזיק מפני פגיעה בו.³⁰ הדוגמה הבאה תמחיש את הדברים.

דוגמה 6: העובד החדד לבטחונו - יהודה עובד במפעל שקיימת בו רמת סיכון גבוהה יחסית של היפגעות בתאונות עבודה. יהודה ויתר העובדים במפעל נשאלים אם הם מעדיפים שיחול על המפעל שהם עובדים בו משטר משפטי שבו ניתן פיצוי גבוה בגין השנים האבודות, מעבר לפיצוי הניתן לתלויים. מובהר לעובדים שאם יבחרו במשטר משפטי כזה, תגולגל עלותו עליהם באמצעות מנגנון השכר.

יהודה ויתר העובדים במפעל לא היו מעלים על דעתם לְבַטַח בנסיבות אלה את נזקי השנים האבודות בחברת ביטוח. היה די להם שבמקרה של מוות, יפוצו בני משפחותיהם בגין נזקיהם כתלויים. ברם, יהודה וחבריו יודעים שכל שיהיה סיכון האחריות של המעביד גדול יותר, כן ינקוט המעביד באמצעי זהירות רבים יותר לשם הגנתם. מטעם זה יחפוץ יהודה ויחפצו חבריו שבעל המפעל יעמוד לפני סיכון אחריות כבד.³¹ כך יהיה אם יחול על המפעל משטר משפטי שבו ניתן פיצוי גבוה בגין השנים האבודות.³²

יהודה וחבריו יעמדו אם כן לפני הדילמה הבאה: האם לשלם פרמיות גבוהות על-מנת לבטח מפני נזקים שבאופן רגיל הם לא היו מעוניינים לבטח מפניהם רק לשם השגת הרתעה טובה יותר של המזיק? במקרים מסוימים יגבר השיקול נגד ביטוח, ויהודה וחבריו יעדיפו שלא יהיה פיצוי בגין השנים האבודות, ובמקרים אחרים יגבר שיקול ההרתעה, ויהודה וחבריו יעדיפו שיהיה פיצוי בגין השנים האבודות. נראה שההכרעה בין שני השיקולים תהיה תלויה בעיקר בשאלה אם יש מקום לסברה שאף בלעדי פיצוי בגין השנים האבודות תהיה הרתעתו של המזיק חזקה דיה.³³

30 השוו א' פורת, "שיקולי צדק בין הצדדים לחווה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תש"ס) 647, 677-683.

31 אומנם בעל המפעל יכול לכאורה לגלגל את סיכון האחריות הכבד על עובדיו (באמצעות משכורותיהם), או על הצרכנים הרוכשים את המוצרים שהוא מייצר (באמצעות מחיר המוצר). אך אפילו כך, הוא יעדיף למנוע נזק גדול בהוצאות נמוכות ולגלגל הוצאות אלה על העובדים או הצרכנים. יש לזכור שגלגול עלויות אינו נטול מחיר מבחינתו של בעל המפעל: ככל שיגלגל יותר על העובדים, כן ייאלץ לשכור עובדים טובים פחות (או פחות עובדים), וככל שיגלגל יותר על הצרכנים, כן מעטים יותר מהם ירכשו את מוצריו.

32 האינטרס של העובדים בביטוח נובע מכך שהם נדרשים לבחור בין משטר של ביטוח החל על כולם לבין משטר של היעדר ביטוח. לו נשאל העובד הבודד אם הוא רוצה להיות מבוטח, והיו מבהירים לו כי החלטתו תתייחס אליו בלבד, ולא אל יתר העובדים, ייתכן שהיה בוחר לא להיות מבוטח בתקווה להיות "טפיל" (כלומר free rider) על אמצעי הוהירות המוגברים שינקוט המעביד כדי להגן על יתר העובדים.

33 ההרתעה יכולה להיות חזקה דיה אם, למשל, המעביד חשוף לסיכון שיהיה עליו לשלם פיצוי גבוה בגין נזקים אף בלעדי פיצוי בגין השנים האבודות. ייתכן אף שהמעביד

האם נוהגים ברכב, במשטר המשפטי הנוהג בישראל, יהיו מעוניינים במשטר משפטי של פיצוי בגין השנים האבודות בשל שיקול ההרתעה? כפי שהוסבר לעיל, נטייתם הראשונית תהיה להעדיף משטר משפטי שאין בו פיצוי בגין שנים אבודות מכיוון שבמשטר משפטי שבו יש פיצוי כזה יוטל עליהם נטל פרמיות כבד שינבע מאחריותם כלפי הנוסעים ברכב וכלפי הולכי-הרגל. ברם ייתכן שלמרות זאת יעדיפו רבים מהנוהגים ברכב משטר משפטי של פיצוי בגין השנים האבודות מכיוון שבמשטר כזה תגדל באופן כללי ההרתעה של הנוהגים ברכב, וכך אף תגדל ההגנה על הנוהגים, איש מפני חברו. מכל מקום ברור שאם העדפתם של הנוהגים נתונה למשטר משפטי שאין בו פיצוי בגין השנים האבודות מכיוון שאין הם חפצים לשאת בעלות הפיצוי הגבוה לנוסעים ולהולכי-הרגל, אין העדפה זו ראויה להתחשבות כלשהי, ממש כשם שלא ראוי להתחשב בהעדפתו של כל מזיק אחר לשלם פיצוי נמוך על-מנת להזויל את מחיר הפגיעה בוולת.

שיקול הביטוח מלמד שהלכת אטינגר, המוצדקת בדרך-כלל, עלולה להיות בלתי-מוצדקת בחלק מן המקרים שבהם הניזוקים-בכוח הם שמממנים את הפיצויים שיקבלו באמצעות פרמיות הביטוח. כל עוד לא ניתן להפריד בבירור בין המקרים שבהם הניזוקים המממנים את הפיצויים היו חפצים בפיצוי בגין השנים האבודות לבין המקרים שבהם לא היו חפצים בפיצוי כזה, עדיף כנראה משטר משפטי של פיצוי בגין השנים האבודות.³⁴

ניכוי הצריכה מהפסד ההשתכרות

שאלה מרכזית שהותירה הלכת אטינגר להכרעה עתידית היא מידת הניכוי שיש לנכות מהפסד ההשתכרות בשנים האבודות. מפסק-הדין עולה בבירור שבית-המשפט העליון הניח כי אכן יש לנכות ניכוי כלשהו. בכך הלך בית-המשפט בעקבות ההלכות שנפסקו באנגליה, באוסטרליה ובקנדה. בשורות הבאות אטען שפתרון רצוי הוא לא לנכות ניכוי כלשהו מהפסד ההשתכרות, או לפחות שהניכוי צריך להיות קטן ביותר. לפני-כן ברצוני להדגיש כי באחדות ממדינות ארצות-הברית, ובכללן קליפורניה, נוהגת שיטה של אי-ניכוי, היא השיטה שאני ממליץ לאמץ אף בישראל.³⁵

חשוף לסיכון של סנקציה פלילית משמעותית במקרה של פגיעה בעובדיו, או שקיימת אכיפה מרכזית חזקה המחייבת אותו לנקוט אמצעי זהירות מוגברים. במקרים אלה לא יהיה פיצוי בגין השנים האבודות חיוני לעובדים.

34 מן הטעם - אשר יש אולי שיחלקו עליו - כי עדיפה הרתעה יקרה לכיסם של הניזוקים על הרתעה יקרה לחייהם ולבריאותם. דרך-ביניים אפשרית במקרים מסוימים היא שניזוק-בכוח המעדיף לא לקבל פיצוי בגין השנים האבודות יוכל "לצאת" מן ההסדר (opt out), במובן זה שאם ייפגע, לא יזכה בפיצוי בגין השנים האבודות, ופרמיית הביטוח שלו תזול בהתאם. אפשרות-ביניים זו מוצדקת רק כאשר אין חשש ל-free riding, כלומר רק באותם מקרים שבהם הניזוק היוצא מן ההסדר אינו יכול ליהנות מאמצעי הזהירות שיינקטו להגנת ניזוקים אחרים. ראו לעיל הערה 32.

35 ההנמקות שהועלו בקליפורניה בעד שיטת אי-הניכוי הן שצריכתו של הניזוק אינה

דוגמה 7: עזבונו של ילד - משה, ילד בן עשר, נהרג בתאונה. השתכרות ממוצעת של אדם בישראל במשך תקופת חייו (לאחר היוון) היא שני מיליון שקלים. עלות צריכתו הממוצעת של אדם בישראל (לאחר היוון) היא שני מיליון שקלים. האם משה זכאי לפיצויים בגין השנים האבודות, ואם כן, כמה?³⁶

הקפדה על ניכוי מלא של החיסכון שנגרם עקב המוות תניב תוצאה שעזבונו של משה לא יקבל כל פיצוי כמעט.³⁷ תוצאה זו מוזרה, שכן משמעותה היא שלא נגרם כמעט כל נזק ממותו של משה, מכיוון שהיה מוציא בחייו את כל שהיה משתכר! אם כך יהיה, הלכת אטינגר לא שינתה בהרבה את המצב המשפטי ששרר בארץ בטרם נפסקה: אף לפי הלכה חדשה זו תהיה הריגה זולה מאוד במקרים רבים, עם כל הבעייתיות שבכך. הריגת ילד תניב פיצוי נמוך למדי, אשר יסתכם לא־אחת, במקרים של תאונות־דרכים, בפחות מ־40,000 ש"ח!³⁸ יהיו אומנם מקרים אחרים שבהם יותיר הניכוי פיצוי משמעותי לעזובו, אך זאת באותם מקרים שבהם היתה השתכרותו הצפויה של המנוח גבוהה בהרבה מצריכתו האישית ומצריכתם של התלויים בו לפרנסתם.

התחושה הראשונית שיש לנכות מהפסד ההשתכרות בשנים האבודות את החיסכון בגין הוצאות הצריכה נובעת מן התפיסה שנוק של אובדן חיים הוא נזק ממוני של הפסד השתכרות ותו לא. אם כך הדבר, אכן נכון שהפסד ההשתכרות אינו הפסד ההשתכרות ברוטו, אלא הפסד ההשתכרות נטו, דהיינו הפסד ההשתכרות לאחר שהוצאות הצריכה שנחסכו עקב המוות מנוכות ממנו. אך למעשה לא זו הדרך הנכונה להשקיף על פיצוי בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. עמדתי בחלקים הקודמים של המאמר על אי־ההיגיון בכך שאמת־המידה העיקרית להערכת נזקי גוף, בריאות וחיים היא יכולת ההשתכרות של הניזוק. אי־ההיגיון זה מקבל עתה משנה תוקף ומזווית חדשה. אכן, אם הנזק הממוני הנובע מהפסד השתכרות הוא למעשה הנזק שנגרם לאדם שאיבד את חייו, ניכוי החיסכון בהוצאות הצריכה מובן מאליו. מכאן אף שאין פלא כי עזבונו של מי שהיה מוציא בחייו את כל דמי השתכרותו לא יקבל פיצוי, שכן המנוח לא סבל לכאורה נזק אף שנהרג!

תוצאה זו הינה פרדוקסלית, והפרדוקס ייוותר בעינו כל עוד לא נבין שהפיצוי בגין אובדן חיים או קיצורם הוא לעולם פיצוי בגין נזק לא־ממוני, גם אם המדד להערכתו הוא,

עניינו של המזיק, ששיטת הניכוי מביאה לידי פיצוי ספקולטיבי, ושעדיף לפסוק פיצוי גבוה מדי מאשר פיצוי נמוך מדי: 87 Cal. Rptr 2d *Overly v. Ingalls Shipbuilding inc* (1999) 626. לפסק־דין פדרלי שנפסק לפי הדין בניו־יורק, והמאמץ שיטת אי־ניכוי, ראו: *In Re Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation* 726 F. Supp. (1989) 426 (E.D.N.Y.). כן ראו במונטנה: *Payne v. The Eighth Judicial District* (2002) 510 *Williams v. Worsley*, *Court, Cascade County* 60 P. 3d 469 (1998) S.E. 2d 46.

36 הנתונים באשר להשתכרות ממוצעת ולצריכה ממוצעת הם פרי דמיונו של הכותב ואין להם כל קשר למציאות.

37 למעט הוצאות קבורה ונזק לא־ממוני של אובדן תוחלת החיים.

38 נכון למועד כתיבת מאמר זה: יולי 2004.

מסיבות מעשיות, יכולת ההשתכרות של המנוח. אם כך, החיסכון הנובע מהעובדה שהמנוח לא יצרוך את שהיה צורך אלמלא מת אינו מקטין במאום את הנזק הלא-ממוני שנגרם לו והמתבטא באובדן חייו. הנזק של אובדן חיים אינו קטן עקב כך שהמנוח היה צורך הרבה ואינו גדל עקב כך שהמנוח היה צורך מעט. אדרבה, אם יש נפקות כלשהי למידת הצריכה של המנוח, היא פועלת בכיוון ההפוך: אדם שהיה צורך הרבה ונהרג הפסיד אולי יותר מהנאות החיים ממי שהיה צורך מעט!

הטיעון שאין לנכות מתביעת העיזבון, ואף לא מתביעת הניזוק החי שקוצרו חייו, את הוצאות הצריכה שנחסכו אינו סותר כלל ועיקר את ההלכה רבת-השנים שעל-פיה מקוים מתביעת התלויים את החיסכון שנגרם עקב מות המנוח תוך שימוש בשיטת הידוות.³⁹ מבלי להיכנס להצדקות להלכה זו ולביקורות עליה, די לומר כי הפיצוי לתלויים הוא בבסיסו פיצוי בגין נזק ממוני שנגרם להם עקב מות המנוח. התלויים אינם מפוצים בגין נזקים לא-ממוניים של אובדן חיים או קיצורם ואף לא בגין נזקים אחרים שנגרמו להם.⁴⁰ לפיכך ניתן להבין את הרציונל של ההלכה שעל-פיה נוקיהם של התלויים אינם כוללים את כל הפסד ההשתכרות שנגרם עקב המוות, אלא רק אותו חלק שהיה מוקצה להם אלמלא נהרג המנוח. כדי לחשב חלק זה, יש לקזז מן הסך הכולל של הפסד ההשתכרות שהיה משמש את המשפחה כולה אלמלא נהרג המנוח אותו חלק שהיה מוקצה למנוח.⁴¹ לא כך כאשר מדובר בתביעת העיזבון או הניזוק החי בגין השנים האבודות. במקרים אחרונים אלה הפיצוי הוא בגין נזק לא-ממוני של אובדן החיים או קיצורם, ולא בגין נזק ממוני. משכך, גודלו של נזק לא-ממוני זה אינו מושפע כהוא זה מן השאלה אם היה המנוח או התובע החי שחיו קוצרו צורך הרבה או מעט בשנותיו האבודות.

האם ניתן לטעון כי אף-על-פי שהפיצוי המחושב לפי הפסד ההשתכרות הוא למעשה פיצוי בגין נזק לא-ממוני של אובדן חיים או קיצורם, יש לנכות מהם את הוצאות הצריכה שנחסכו עקב המוות, שכן כך או אחרת חיסכון זה הוא טובת-הנאה שהתקבלה עקב המוות? התשובה לשאלה זו שלילית. ככל שההוצאות שנחסכו גדלות, כן גדלה לכאורה ההנאה שהיתה מופקת מהן ושנמנעה עקב המוות. מכיוון שאין מגדילים את הפיצוי בגין אובדן החיים או קיצורם בשל כך שנמנעה מן המנוח ההנאה הרבה יותר מן הצריכה הרבה יותר, אין זה מוצדק להקטין את הפיצוי בשל כך שנחסכו הוצאות צריכה רבות יותר. הנזק שבמניעת ההנאה מצריכה רבה שהופסקה עקב המוות מקוזת באופן גס את טובת-ההנאה שנוצרה עקב הפסקת הצריכה.

טיעון אנלוגי לטיעון הקיזוז של נזקים וטובות-הנאה שנוצרו עקב המוות התקבל על-ידי בית-המשפט העליון בהקשר של האצת הירושה. בעבר היה נהוג לקזז מתביעת התלויים את טובת-ההנאה המתבטאת בכך שירשו את המנוח או שירשו אותו בטרם עת.

39 להסבר על שיטת הידות ראו הלכת אטינגר, לעיל הערה 3, בע' 538-539 (פסקות 45-46).

40 במקרים מסוימים הם יהיו זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם עקב המוות: רע"א 452,444/87 אלטוזה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397.

41 חלק זה כולל צריכה וחיסכון. במקרה של תביעת העיזבון, אם אכן יתבצע ניכוי, הוא יכלול צריכה בלבד. ראו הלכת אטינגר, לעיל הערה 3, בע' 540-541 (פסקה 47).

במקרה אחרון זה היה השווי של האצת הירושה מקוון מתביעת התלויים. כך, אם אדם נהרג בתאונה וילדו היה תלוי בו לפרנסתו, היו מקוונים מתביעת הילד סכום כסף ששיקף את השווי הכלכלי של "זכיותו" בירושה שנים רבות לפני המועד שבו היה "זוכה" בה בדרך הטבע.⁴² בעניין יחזקאל קבע בית-המשפט העליון שאין הצדקה לנכות את האצת הירושה,⁴³ ונימק הלכה זו בכך שה"זכיה" בירושה בטרם עת הינה אומנם טובת-הנאה שבאה לתלויים, אך כנגד טובת-הנאה זו עומד הנזק המתבטא בכך שאלמלא מותו של המנוח היה עזבונו עשוי לגדול במהלך השנים, והתלויים היו יורשים עיזבון גדול יותר. היות שהתלויים אינם זכאים לפיצוי בגין הנזק המתבטא במניעת גדילתו האפשרית של העיזבון, אין לנכות מתביעתם את טובת-ההנאה הנובעת מהאצת הירושה. הנזק וטובת-ההנאה מתקוונים באופן גס זה כנגד זה.

אני מציע להשקיף על הפיצוי בגין השנים האבודות כפיצוי על נזק לא-ממוני. טענתו היא שפיצוי זה, בעיקרו, אינו צריך להיות תלוי בגובה הפסד ההשתכרות. אך גם אם אמת-המידה לקביעת שיעורו של הפיצוי היא הפסד ההשתכרות, אסור שיהיה להפסד זה קשר כלשהו לצריכת המנוח. מכאן שאין לאפשר את ניכוי הוצאות הצריכה של המנוח שנחסכו עקב המוות מן הפיצויים בגין השנים האבודות. חיסכון זה אינו מקטין את הנזק הלא-ממוני של אובדן החיים או קיצורם, ובכל מקרה הוא מתקוו כנגד ההנאה שהצריכה היתה מניבה למנוח ושנמנעה ממנו עקב המוות.

מסקנות והצעות לפתרון

שיטת הפיצוי הנוהגת בארץ, שלפיה מרכיב מרכזי בפיצויים בגין נזקי גוף הוא הפסד השתכרות, מביאה לידי כך שגוף, בריאות ואף חיים מוערכים לפי יכולת ההשתכרות של הניזוק. קשה להצדיק שיטה כזו, ויתרונה היחיד הוא בנוחות היחסית שיש בהפעלתה. מצב זה הינו בלתי-נסבל, ויש לשנותו.

דרך השינוי המומלצת היא הגדלה משמעותית ביותר בגובה הפיצוי הנפסק במקרים של מוות או פגיעות גוף אחרות בגין הנזק הלא-ממוני. סכום הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני במקרה של מוות צריך להיות גבוה במיוחד. גם במקרים של פגיעות גופניות קשות חייב הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני להיות גבוה פי כמה מן הנהוג כיום, ואף גבוה, במקרים רבים, מן הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות. שינוי זה יכול שיעשה על-ידי המחוקק, אך הוא יכול להיעשות בעיקרו גם בדרך של פסיקה. בתחום תאונות הדרכים, שבו שיעור הפיצויים בגין הנזק הלא-ממוני נקבע בחקיקה, השינוי חייב לבוא מן המחוקק.

אם המחוקק יכניס את השינוי הנדרש, הוא יוכל לעשות זאת על-ידי קביעת תעריפים לנזקי גוף, לאובדן חיים ולקיצורם שישקפו כראוי את הנזק שנגרם. במיוחד יש להקפיד שלא יקרה עוד שעני יפוצה בדוחק ועשיר יפוצה בנדיבות אף שלשניהם נגרם אותו נזק

42 ראו, למשל, ע"א 524/80 אבידן נ' הלפרין, פ"ד (1) 29.

43 ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374.

גוף. אפילו אם קיימת הצדקה כלשהי לכך שלהפסד ההשתכרות תהא השפעה מסוימת על גובה הפיצוי, אסור שהפיצוי בגין הפסד זה יהיה העיקר. שיטת הפיצוי שנהגה בארץ לפני שנפסקה הלכת אטינגר לקתה אף בכך שעל־פיה היה זול יותר להרוג מאשר לפצוע. הלכת אטינגר תיקנה ליקוי זה, אך זאת במסגרת שיטת הפיצוי הנוהגת. היא לא תיקנה, ואף לא ביקשה לתקן, את הליקוי הבסיסי יותר, והוא שהפיצוי נקבע בעיקר לפי הפסד ההשתכרות. כל עוד אין המחוקק או בית־המשפט העליון מתקנים את שיטת הפיצוי הנוהגת מיסודה, ימשיכו בת־המשפט להשתמש בהפסד ההשתכרות כמדד עיקרי לפיצוי בגין נזקי גוף, ולפיצוי בגין אובדן חיים או קיצורם בכלל זה. מומלץ להם עם זאת לא להפחית את הפיצוי בגין אובדן חיים או קיצורם על־ידי ניכוי הוצאות הצריכה של הניזוק שנחסכו או שייחסכו עקב המוות, וללכת בעקבות אותן מדינות בארצות־הברית שאימצו את שיטת אי־הניכוי. אין כל קשר בין הנזק של אובדן חיים או קיצורם לבין מידת הצריכה שנמנעה עקב המוות. התרת ניכוי של הוצאות הצריכה תביא לידי כך שבמקרים רבים יהיה זול להרוג, ויהיה זול במיוחד להרוג אדם שאין לו תלויים ושהיה מוציא למחייתו ולמחיית בני משפחתו העתידיים את כל שהיה משתכר.

שיטת הפיצוי שאני מציע, שעל־פיה יהיה הפיצוי לעני ולעשיר אותו שיעור בעיקרו, תביא בסך־הכל לידי הגדלת שיעור הפיצויים שייפסקו בגין תאונות. הגדלת שיעור הפיצויים משמעה ייקור פעילויות והעלאת שיעורן של פרמיות הביטוח. אך בכך לבד אין כל רע. אדרבה, ראוי שפעילויות יישאו במלוא הוצאותיהן ושפרמיות הביטוח ישקפו הוצאות אלה. נזקים לגוף, לבריאות ולחיים הם אכן נזקים כבדים. יש חיסרון בשיטה שבה מחיר הפגיעה נמוך בהרבה מן הנזק החברתי שהיא גורמת.