

## הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנויקין המצוי והרצוי

מאת

אהרן ברק\*

- א. הקדמה
- ב. הבסיס הנורמאטיבי למתן פיצויים
- ג. המטרה החקיקתית
  1. כללי
  2. מטרת הפיצויים: "השבת המצב לקדמותו"
  3. פיצוי מלא או פיצוי הוגן?
- ד. רמת הפיצויים: הגישה ה"אינדיווידואלית" או הגישה ה"תעריפית"
- ה. פיצויים בגין הנוק הרכושי: אבדן השתכרות
  1. כללי
  2. אבדן השתכרות או אבדן כושר השתכרות?
  3. גיזוק שאינו נהנה מדמי הפיצויים בגין אבדן ההשתכרות: הניזוק ה"צמת"
  4. אבדן ההשתכרות בשנות "אי החיים": בעיית ה"שנים האבודות"
- ו. הנוק הלא־רכושי: מהי מטרת הפיצוי?
  1. כללי
  2. הנוק הלא־רכושי: הגישה הפונקציונאלית
  3. הנוק הלא־רכושי: הגישה האישית
  4. הנוק הלא־רכושי: הגישה הקניינית
  5. הנוק הלא־רכושי: היש גישה "נכונה"?
- ז. הטבות לניזוק מצד שלישי
- ח. עילה נזיקית ועילה סטאטוטורית
- ט. צורת הפיצויים: סכום חד־פעמי או תשלום עתי
  1. מות הניזוק
  2. זכות היורשים
  3. זכויות התלויים
  4. הצעה לעתיד

\* שופט בית המשפט העליון.

## א. הקדמה

בתי המשפט בישראל עוסקים בשאלות של הערכת הנזק והפיצוי בנוזיקין מתחילתם של דיני הנוזיקין המודרניים בישראל, דהיינו, מתחילת תקפה של פקודת הנוזיקין.<sup>1</sup> הפעילות ההלכתית, אשר אפיינה את האחריות הנוזיקית, אפיינה גם את הדיון בהערכת הנזק והפיצוי.<sup>2</sup> הרתיעה שנתגלתה לא פעם בעבר אצל שופטים אנגליים מטיפול בשאלות הנזק והפיצוי,<sup>3</sup> לא היתה מעולם מנת חלקם של השופטים בישראל, אשר העניקו מקום נכבד בפסיקתם לדיני הפיצויים. גישה זו טבעית היא. עם התגברות הסיכונים לגוף, בעיקר עם ריבוי השימוש ברכב מנועי, יש ליתן מקום של כבוד לשאלות של הערכת הפיצויים, אשר מעוררות לא רק בעיות תיאורטיות, בעלות ענין רב, אלא גם שאלות פראקטיות חשובות הדורשות פיתרון. יתכן כי כיום שאלות של הערכת הפיצויים אף עולות בחשיבותן על שאלות של היקף האחריות עצמה. על רקע זה יש להצטער על כך כי המעורבות החקיקתית בשאלות של הערכת הפיצויים היא מעטה ביותר.<sup>4</sup> מעורבות זו הוגבלה, לרוב, לאותם מקרים בהם חל שינוי בבסיס האחריות עצמה.<sup>5</sup> מששונתה האחריות, שונו לעתים גם דיני הפיצויים, ונקבעו הוראות בדבר היחס בין האחריות הנוזיקית לבין האחריות הסטאטוטורית החדשה.<sup>6</sup> מעבר לכך, ובמקום שלא חל שינוי בבסיס האחריות עצמה, הושארו דיני הפיצויים לפיתוחה של ההלכה השיפוטית. מטרותנו, במאמרו זה, היא לבחון את דין הפיצויים בנוזקי גוף – כפי שהתפתח בישראל, תוך הצעות לשינוי,<sup>7</sup> אם בדרך

- 1 הפקודה פורסמה ב־1944, ונכנסה לתקפה כיום 15.7.47.
- 2 ראה: 'א' אנגלרד, 'א' ברק ומ' חשין, דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (מאגנס, מהדורה 2, ג' טדסקי עורך, תשל"ז) 566–663; 674–678; 693–707 (להלן: ג' טדסקי).
- 3 *The Owners of No. 7 Steam Sand Pump Dredger v. The Owners of SS. "Greta Holme" (The "Greta Holme")* [1897] A.C. 596; *"The Susquehanna"* [1925] P. 196 (C.A.); *Commissioners for Executing Office v. Owners of Steamship Checking* [1926] A.C. 637, 642. בגישה אנגלית זו חל שינוי לאחר מלחמת העולם השנייה, ואנו עדים לפיתוח הלכתי ניכר בשנים האחרונות.
- 4 כיוצאים מן הכלל ניתן להצביע על חוק לתיקון דיני הנוזיקין האורחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד–1964, ס"ח 77 ועל חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ס"ח 259, אשר תיקן את פקודת הנוזיקין בהוסיפו את סעיף 48א, לפיו במקום שנגרם נזק ממון עקב שימוש במקרקעין לטובת הציבור, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים אם בתשלום חדרפעמי ואם כתשלומים חוזרים.
- 5 כגון חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח–1968, ס"ח 108, לענין תאונות עבודה; חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975, ס"ח 234 (להלן: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), לענין תאונות דרכים; חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם–1980, ס"ח 86 (להלן: חוק האחריות למוצרים פגומים), לענין אחריות היצרן.
- 6 ראה להלן פרק ח.
- 7 הצעות חשובות לשינוי הדין הקיים מצויות בדין וחשבון הוועדה לפישוט הענינים ולשיפור ההליכים בתביעות נזיקין ("ועדת ברנזון"). לדין וחשבון הוועדה – אשר פורסם ב־1972 על-ידי משרד המשפטים (להלן: דו"ח ועדת ברנזון) – היתה השפעה על הרפורמה בתחום הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, אך המלצותיה לא יושמו בתחום דיני הנוזיקין הכלליים.

ההלכה השיפוטית ואם בדרך ההתערבות החקיקתית. בבחינת הדין הרצוי נוכח, כמובן, להעזר בהתפתחות הענפה בתחום דיני הפיצויים מחוץ לישראל,<sup>8</sup> ובהמלצותיהן של ועדות מיוחדות שנתמנו להערכת הדין הקיים – אשר החשובות שבהן הן הוועדה המלכותית האנגלית לענין התביעות האזרחיות והפיצויים לנוקי גוף ("ועדת פירסון"),<sup>9</sup> ו"ועדת ברנון" בישראל.<sup>10</sup>

## ב. הבסיס הנורמטיבי למתן פיצויים

פקודת הנזיקין כוללת בתוכה מספר הוראות, שענינן הפיצויים בגין נזקי גוף. ההוראה הכללית היא זו הקבועה בפרק ה' לפקודת הנזיקין ("תרופות לעוולות"), לפיה פיצויים (compensation) הם תרופה בגין עוולה,<sup>11</sup> וכי "פיצויים אפשר שיינתנו להם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם – (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעולת הנתבע".<sup>12</sup> בצד הוראה כללית זו מצויות מספר הוראות מיוחדות, שענינן זכויות העובד<sup>13</sup> והתלויים<sup>14</sup> לפיצויים, היחס בין הפיצויים לבין סכומים המתקבלים לפי חוזה ביטוח<sup>15</sup> ומגמלאות הביטוח הלאומי,<sup>16</sup> פרעון פיצויים על פי מספר עילות<sup>17</sup> ושיפוי בין מזיקים.<sup>18</sup> ברור ממצב דברים זה, כי פקודת הנזיקין אינה כוללת הסדר מפורט של דיני הפיצויים בגין

- 8 הן בפסיקה, ראה: H. McGregor, *On Damages* (London, 14th ed., 1980), והן בספרות העיונית, ראה: P.S. Atiyah, *Principles of the Law of Damages* (London, 1962); *Accidents, Compensation and the Law* (London, 2nd ed., 1975).
- 9 ה"ר Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (1978) Vol. III Cmnd 7054 (להלן: "דו"ח ועדת פירסון"). קדמה לה ה"ר Law Commission, אשר פרסמה דין וחשבון על הערכת הנזק בנוקי גוף (1973): *Law Com. No. 56*.
- 10 ראה לעיל הערה 7.
- 11 סעיף 71 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין).
- 12 סעיף 76 לפקודת הנזיקין, שכותרתו היא "פיצויים".
- 13 סעיף 19 לפקודת הנזיקין.
- 14 סעיפים 78, 79, 80 ו-81 לפקודת הנזיקין.
- 15 סעיף 86 לפקודת הנזיקין.
- 16 סעיף 82 לפקודת הנזיקין.
- 17 סעיף 77 לפקודת הנזיקין.
- 18 סעיפים 83 ו-84 לפקודת הנזיקין.

נזקי גוף.<sup>19</sup> הפקודה קובעת כי הניזוק זכאי לפיצויים, בלא לקבוע את דיני הפיצויים.<sup>20</sup> האם לפנינו לאקונה בדין הישראלי? במספר פסקי-דין פנו בתי המשפט בישראל למשפט האנגלי וייבאו מתוכם את עקרונות היסוד של הפיצויים, תוך שהם מתבססים על הצורך לפרש את הביטוי "נזק" כמשמעותו במשפט האנגלי.<sup>21</sup> לדעתו, ביטוי המפתח אינו "נזק", אלא "פיצויים".<sup>22</sup> בעצם השימוש בביטוי "פיצויים" (compensation) קבע המחוקק נורמה משפטית, אשר משמעותה היא כי הסעד אינו הצהרתי או עונשי, אלא הוא סעד "תרופתי" (remedial).<sup>23</sup> ממהות הביטוי "פיצויים" נובע, כי סעד זה נועד להסיר את הנזק ולהטיבו.<sup>24</sup> כיצד מוסר הנזק, ואיך ניתן להטיבו, אלה הם עניינים הנקבעים בפרטי הדינים,<sup>25</sup> אך הנחיה חקיקתית מצויה גם מצויה. אמת הדבר, ההנחיה החקיקתית היא כללית וסתומה, אך היא קיימת. ממצב דברים זה מתבקשות שלוש מסקנות חשובות:

- 19 מצב דברים דומה קיים, כמובן, גם בנזקי רכוש, אשר הדיון בהם חורג ממסגרתה של רשימה זו.
- 20 מצב דברים דומה קיים גם בדיני החוזים. סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16, קובע כי הנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצויים, ואין החוק קובע כיצד יחושבו הפיצויים. ראה א' ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, מהדורה 2, ג' טדסקי עורך, תשל"ט) 103. ראה גם ע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800, 807-808 (להלן: ענין אניסימוב): "כעוד שחוק התרופות קובע בסעיף 10 שבו, מבחן לאיתורו של הנזק, אין הוא קובע כל מבחן לקביעת שיעורו של הפיצוי, פרט לקביעה, כי הנפגע זכאי לפיצוי בעד הנזק."
- 21 ראה ע"א 22/49 לוי נ' מוסף, פ"ד ד 558.
- 22 על ההבחנה בין שני אלה, ראה ענין אניסימוב, לעיל הערה 20.
- 23 "ועדת פירסון" עסקה בשאלה, מה משמעות יש ליתן לביטוי "פיצויים", ולצרכיה היא קבעה את ההגדרה הבאה, התואמת את גישתנו שלנו: "We define compensation for personal injury as the provision of something to the injured person (or to his dependants if he has been killed) in consequence of the injury and for the purpose of removing or alleviating its ill effects." *supra* note 9, at Vol. I Cmnd 7054, at p. 8.
- 24 ראה א' ידן, לעיל הערה 20, בע' 103, בהתייחסו לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970: "הרעיון היחיד העולה מנוסח החוק וממטרותיו הוא שסכום הפיצויים חייב ככל האפשר 'לפצות' את הנפגע, זאת אומרת להעמידו מבחינה כספית במצב שהיה עומד בו אילו קיים החוזה כראוי ולא אירעה ההפרה. בזאת לא ניתן אלא מבחן כללי סתמי, אשר תרגומו לשפת המציאות ולשפת המספרים עלול במקרים רבים לגרום לקשיים ולהיות שנוי במחלוקת."
- 25 ראה למשל את דבריו של Atiyah, העומד על המשמעות השונות של הביטוי פיצויים: "What indeed is compensation? It seems that the notion of compensation embraces at least three distinct ideas: sometimes, it is granted as a substitute or solace for what has been lost; and sometimes, compensation is granted as an equivalent for what has been lost; and sometimes it is granted not because of what has been lost, but because of what the victim has never had in comparison with others in a similar situation." P.S. Atiyah, *supra* note 8, at p. 480. זאת מבחין אותו מלומד בין "equivalence compensation" לבין "substitute compensation" ולבין "equalization compensation".

ראשית, בשאלת הפיצויים בנוקי גוף אשר בנוזיקין אינה קיימת לאקונה, ואין לנו להיזקק להשלמת הדין למקורות הקבועים בחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980. הדין קובע נורמה, ועל הרשות השופטת, בדרך הפרשנות השיפוטית, למלא נורמה זו תוכן;<sup>26</sup> שנית, בפירוש הביטוי "פיצויים", כמו גם בפירוש הוראות אחרות בפקודת הנוזיקין, על בתי המשפט לפרש את הדין על פי מטרתו החקיקתית,<sup>27</sup> ולא לראות עצמם כפופים להלכות המשפט המקובל האנגלי.<sup>28</sup> הלכות אלה, כמו גם פסיקה של בתי-משפט אחרים, עשויות להרחיב את האופק הפרשני, ולהעמיד בפני השופט אופציות פרשניות נוספות, אך ההכרעה הסופית צריכה להעשות על פי המטרה החקיקתית, כפי שבית המשפט מפרשה מעת לעת;<sup>29</sup>

שלישית, לאור ההכוונה החקיקתית הסתומה והכללית, רב שיקול הדעת הנתון לרשות השופטת בקביעת דיני הפיצויים. אכן, דיני הפיצויים אינם דינים שהפיתרון על פיהם הוא חד וחלק. לרוב ניצבים בפני הרשות השופטת מספר פתרונות אפשריים, כאשר ההכרעה ביניהם נקבעת על פי המדיניות המשפטית, אשר בה רואה בית המשפט משום הגשמת מטרת החקיקה.<sup>29</sup>

## ג. המטרה החקיקתית

### 1. כללי

פקודת הנוזיקין קובעת כי הניזוק זכאי ל"פיצויים". ראינו, כי משמעות הדבר היא, כי הוא זכאי להסרת הנזק ולהטבתו. כיצד נעשה הדבר? על פי אלו עקרונות? על שאלות אלה אין להשיב בלי לקבוע את מטרתם של הפיצויים, ומטרה זו אין לקבוע בלא לבחון את מטרתם של דיני הנוזיקין עצמם. אכן, פירושה של ההוראה בדבר "פיצויים" חייב להעשות במסגרת המטרה החקיקתית שביסוד דיני הנוזיקין עצמם. כך, למשל, אם מטרתם של דיני הנוזיקין היא להעניש את המזיק, תיקבע בכך רמת פיצויים השונה מזו שתיקבע אם מטרת הנוזיקין היא להרתיע מזיקים פוטנציאליים. בדומה, אם נקבע כי מטרתם של דיני הנוזיקין אינה בענישה, אלא היא בהרתעתם של מזיקים פוטנציאליים, הרי בכך תיקבע רמת פיצויים שהיא גבוהה מזו אשר תחול אם מטרת הפיצויים היא הסרת הנזק בלבד. והנה, מטרתם של דיני הנוזיקין אינה ברורה כלל ועיקר. מבחינה היסטורית מלאו דיני הנוזיקין פונקציות שונות, החל בהענשה, עבור למתן סעד על נזק שהתרחש, וכלה בסיפוק ההסדר

26 ראה ד"נ 23/58 מנהל רכבת ישראל נ' רובין, פ"ד יג 237.

27 ראה להלן, פסקה ג.1.

28 ראה סעיף 15(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1, לפיו "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה - לא תהיה עוד הוראה מחייבת". ראה ע"א 357/80 פ"ד לו(3) 762.

29 ראה א' ברק, "על השופט כפרשן" משמטים יב (תשמ"ב) 248.

החברתי, והרתעה כנגד התנהגות אנטי-סוציאלית.<sup>30</sup> כיום אין הסכמה על מטרות דיני הנזיקין, וכמספר חכמי המשפט העוסקים בשאלה זו – כן מספר הדעות שהובעו עליה.<sup>31</sup>

בחינתה של שאלה זו תחרוג ממסגרת רשימתנו. אין לנו, אפוא, אלא להניח הנחות מספר, אשר לאורן תעשה בחינתנו. הנחתנו הראשונה היא – והנחה זו עוברת כחוט השני בפסיקה – כי מטרתם של דיני הנזיקין היא מתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל, ומטרת דיני הפיצויים היא, על כן, שלילת התוצאה של מעשה הנזיקין, בדרך של העמדת הניזוק, עד כמה שהדבר ניתן להעשות, באותו מצב בו היה נתון בעת מעשה הנזיקין, ללא מעשה הנזיקין.<sup>32</sup> הפיצויים באים, אפוא, להגשים מטרה תרופתית (remedial). הנחתנו השנייה היא, כי מטרה תרופתית זו אינה בהכרח המטרה היחידה וכי עשויות להתקיים מטרות נוספות, אשר במקרים מתאימים יש בהן כדי להעניק פיצויים גם במקום שלא מתגשמת כל מטרה תרופתית, כגון פיצויים עונשיים.<sup>33</sup> עם זאת – וזו הנחתנו השלישית – אין במטרות הנוספות הללו, אפילו הן קיימות ומופרות, כדי להפחית מהפיצוי המגיע על פי הגישה התרופתית, אם כי הן עשויות להעניק פיצוי במקום שלא תושג כל מטרה תרופתית.<sup>34</sup>

מטרה חקיקתית זו – העמדת הניזוק במצב בו היה נתון לולא מעשה הנזיקין – אינה מובנת מאליה. ניתן היה לגרוס, למשל, כי משנגרם הנזק, אין צידוק לגרימתו של נזק נוסף הכרוך בהעברת כספים מהמוזיק לניזוק, וכי די, למשל, במניעת התעשרותו של המוזיק. כן ניתן היה לגרוס, כי אפילו משתלמים כספים לניזוק, הרי רמתם של אלה צריכה להיקבע על פי המקובל בישראל, במקום שנגרמו נזקים אחרים, כגון נזקי תאונות עבודה, או תאונות דרכים, או תאונות עקב ותוך כדי שירות צבאי. ניתן היה אף להצדיק גישה זו בכך, כי בסופו של דבר, הנושא בנטל תשלום הפיצויים – אם במישרין ואם בעקיפין – הוא הציבור הרחב, ואם נקבעה רמת פיצויים מסוימת לתאונות השונות, הרי רמה זו צריך שתחול גם בדיני הנזיקין. מה צידוק יש כי הניזוק בגין עוולה יקבל פיצוי שונה וגדול יותר מהניזוק בתאונת דרכים או בשירותו הצבאי, כאשר הקופה המשלמת היא, בסופו של דבר, אותה קופה? זאת ועוד: דווקא המציאות, לפיה הציבור הרחב הוא הנושא, בסופו של דבר, בנטל התשלום, עשויה להוביל לגישה, כי יכולתו של הציבור לשאת במעמסה הכספית, מן הדין שתילקח בחשבון בקביעת רמת הפיצויים.<sup>35</sup>

- 30 ראה H. Stoll, "Consequences of Liability: Remedies" *Encyclopedia of Comparative Law* Vol. XI, Ch. 8, at p. 3.
- 31 לשאלה זו, ראה H. Tunc, "Introduction, Torts" *Encyclopedia of Comparative Law* Vol. XI, Ch. 1, at p. 87.
- 32 I. England, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 *Journal of Legal Studies* (1980) 27.
- 33 ראה להלן פסקה ג.2.
- 34 ראה ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כו(2) 225.
- 35 ראה להלן פרק ד.
- 35 לסוגיות אלה, ראה P.S. Atiyah, *supra* note 8, at p. 486.

גישות אלה ואחרות אינן מקובלות בישראל.<sup>36</sup> דומה כי התפישה שלנו בדבר הפיצויים מעוגנת בתפישתנו שלגנו בדבר האחריות הנזיקית עצמה. אחריות זו היא אינדיווידואלית, ומבוססת על "אשם" אישי של המזיק. בצדה של זו עומד הפיצוי, שאף הוא אינדיווידואלי, ומבוסס על "הנזק" האישי של הנזוק. המבקש לשנות את תפישת היסוד בענין הפיצויים, מן הראוי לו שישנה אף את תפישת היסוד באשר לאחריות הנזיקית עצמה. אכן, בין שאלת האחריות לבין שאלת הפיצויים קיים קשר ישיר.<sup>37</sup> לעתים קרובות קושרים את הרחבת בסיס האחריות בצמצום בסיס הפיצוי, וזאת בעיקר כדי למנוע מעמסה כבדה מדי על הנושאים בנטל הממוני של ההסדר הסטטוטורי.<sup>38</sup> כך, למשל, נקט המחוקק הישראלי לענין האחריות והפיצויים בגין תאונות דרכים. יתכן כי יש מקום להרחיב גישה זו. יתכן כי אין צידוק להשאיר את האחריות הנזיקית הקיימת על מכונה. יתכן שסופם של דיני הנזיקין הקלאסיים נראה באופק. יתכן שדבר זה רצוי הוא, כפי שהניסיון המוצלח בנירזילאנד מוכיח.<sup>39</sup> יתכן שאין זה רצוי כלל ועיקר, מבחינתה של החברה הישראלית, כי דין אחד ייקבע למי שנפגע במעשה נזיקין, ודין אחר ייקבע למי שנפגע מלידה או ממחלה או מתאונה (בעבודה, בצבא, בדרכים).<sup>40</sup> יתכן מאוד שזווקא משום שהציבור הרחב הוא הנושא בנטל הכספי, הרי מוצדק הוא שיהא בסיס אחד ומבחן אחד לפיצויים בכל סוגי הפגיעות. יהא ענין זה כאשר יהא, כל עוד לא חל שינוי בדין הקיים, וכל עוד בסיס האחריות בנזיקין הוא "אשם" של המזיק, נראה לי כי ראוי הוא שנמשך בגישה התרופתית המקובלת, על פיה הפיצוי בא להעמיד את הנזוק במצב בו היה נתון, לולא מעשה הנזק, לאור מעשה הנזיקין.

## 2. מטרת הפיצויים: "השבת המצב לקדמותו"

כחוט השני עוברת בפסיקת בתי המשפט הקביעה כי מטרת הפיצויים בדיני הנזיקין היא להעמיד את הנזוק, ככל האפשר כמונחים כספיים, במצב בו היה נתון לאחר מעשה

36 בע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, נתן השופט שמגר ביטוי להשקפות אלה, אך הוא עשה כן לא כדי לקבוע מטרה חדשה לפקודת הנזיקין, מעבר למטרה של העמדת הנזוק במקום בו היה נתון לולא מעשה הנזיקין. דבריו של השופט שמגר כווננו לקביעת רמת פיצויים במסגרת המבחן המקובל.

37 ראה ע"א 295/81 פ"ד לו(4) 561.

38 ראה J.G. Fleming, "Damages in Accident Cases" 41 *Cor. L. Q.* (1955-56) 582.

39 ראה ה"א 1972 Accident Compensation Act, לתיאור השיטה הנהוגה בנירזילאנד, ראה: A.A.P. Willy, "The Accident Compensation Act and Recovery for Losses Arising from Personal Injury and Death by Accident" 6 *N. Z. U. L. Rev.* (1975) 250; J. Holyoak, "Accident Compensation in New Zealand Today" *Accident compensation After Pearson* (London, 1979) 180.

40 ראה א' מילר, א' פרוקצ'יה וד' קרצ'מר, זכויות הנכים בישראל: הצעות לקראת רפורמה (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, תשל"ז) 48.

העוולה, לולא מעשה העוולה.<sup>41</sup> זו היא הגישה האנגלית העקרונית,<sup>42</sup> אשר אומצה ברשימה ארוכה של פסקי-דין בישראל.<sup>43</sup> לעתים קרובות השגתה של מטרה זו כלל אינה אפשרית, כמובן, אם משום שהנזק הוא "רחוק" מדי,<sup>44</sup> אם שהניזוק "אשם" בנזקו,<sup>45</sup> ואם משום שהניזוק לא הרים את הנטל המוטל עליו להקטין את נזקו.<sup>46</sup> בכל המקרים הללו, עשוי הניזוק לקבל פיצוי שלא יהיה בו כדי להעמידו באותו מצב בו היה נתון, לולא מעשה הנזק שכוצע בו. אך כפוף למצבים מיוחדים אלה, מטרת הפיצויים היא להיטיב את כל הנזק שנגרם.

לעתים קרובות מנוסח עיקרון זה באמירה, כי מטרת הפיצויים היא "השבת המצב לקדמותו": *Restitutio in integrum*.<sup>47</sup> ביטוי זה אינו מוצלח, ומכמה טעמים: ראשית, במרכזה של אמירה זו עומדת ההשבה (*restitution*), ואילו אנו ענייננו בפיצויים. פיצויים והשבה אינם היינורה. הפיצוי בא לכסות על הנזק שנגרם לניזוק. ההשבה באה למנוע התעשרות של המזיק;<sup>48</sup> שנית, השבת המצב לקדמותו אינה אפשרית כלל בנזקי גוף.<sup>49</sup> אין משיבים יד שנגדעה או רגל שנכרתה. אין משיבים פגיעה בכושר ההשתכרות, ואין מוחקים כאב וסבל; שלישית, אפילו בערכים כספיים אין השבת המצב לקדמותו אפשרית, שכן הערכת הפיצוי הכספי מבוססת על ניבוי העתיד לולא מעשה הנזיקין ובעקבות מעשה הנזיקין – והערכה זו היא מטבעה בלתי-מדויקת ומבוססת על חוסר-ודאות.<sup>50</sup>

- 41 עיקרון דומה קיים גם בדיני החוזים. מטרת הפיצויים בדיני החוזים היא להעמיד את הניזוק, ככל האפשר, במונחים כספיים, באותו מצב בו היה נתון לאחר הפרת החוזה לולא הופר החוזה: ע"א 1/62 כרמי נ' שעשוע, פ"ד טו 1190; ענין אניסימוב, לעיל הערה 20. נדייק: מעמידים את הניזוק במצב בו היה נתון לולא הופר החוזה, ולא במצב בו היה נתון לולא נכרת החוזה. ראה H. Street, *supra* note 8, at p. 240; H. McGregor, *supra* note 8, at p. 8.
- 42 אשר מצאה ביטוי ידוע בדברי השופט בלקבורן בפרשת *Livingstone v. The Rawyards Coal Co.* (1880) 5 A.C. 25, 39, ולאחר מכן ברשימה ארוכה של פסקי-דין באנגליה: ראה H. McGregor, *supra* note 8, at p. 7.
- 43 לרשימת פסקי הדין, ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 2, בע' 571.
- 44 סעיף 76 לפקודת הנזיקין.
- 45 סעיף 68 לפקודת הנזיקין.
- 46 ע"א 592/66 "הקודחים" נתניה בע"מ נ' ביטון, פ"ד כא(1) 281.
- 47 ע"א 237/80 בר ששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281, 296; ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762.
- 48 ראה D.B. Dobbs, *Handbook on the Law of Remedies, Damages-Equity-Restitution* (St. Paul, 1973) 1.
- 49 יש הגורסים, כי הביטוי "השבת המצב לקדמותו" עניינו אך הפרת חוזה: *Admiralty Commissioners v. S.S. Valeria* [1922] 2 A.C. 242, 248. גם בחוזים אין השימוש בביטוי זה מדויק כלל ועיקר.
- 50 ראה ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, וכן *British Transport Commission v. Gourley* [1956] A.C. 185, 197.



אכן, "השבת המצב לקדמותו" אינה אפשרית, ועל כן אין זה רצוי להציג מטרה זו כעומדת ביסוד דיני הפיצויים בנוזיקין. עם זאת, אין שלילתה של מטרה זו שוללת את אופיים התרופתי של דיני הפיצויים בנוזיקין. דינים אלה אינם שואפים להשבת המצב לקדמותו כפשוטו, אך שואפים הם ליתן לניזוק אותו סכום כספי, אשר במידת האפשר, בקירוב ובערך, יעמיד אותו באותו מצב בו היה נתון ללא מעשה הנוזיקין. בגבולות מצומצמים אלה ניתן, על כן, להעמיד את "השבת המצב לקדמותו" כמטרתם של דיני הפיצויים בנוזיקין גוף.

### 3. פיצוי מלא או פיצוי הוגן?

חוסר האפשרות להשיב באופן מלא את המצב לקדמותו, הביא מספר שופטים אנגליים למסקנה, כי מטרת הפיצויים בנוזיקין גוף אינה פיצוי מלא (full), אלא אך פיצוי הוגן (fair). תחילתו של קו מחשבה זה עוד בסוף המאה ה-19,<sup>51</sup> ויש שופטים אנגליים הדוגלים בו גם בימינו-אנו.<sup>52</sup> גישה אחרונה זו נתקבלה גם על דעת בית המשפט העליון בישראל, וזאת לא רק לענין הנזק הלא-רכושי, אלא גם לענין הנזק הרכושי עצמו.<sup>53</sup> לדעתי, אין להבחנה זו בין פיצוי מלא לבין פיצוי הוגן בסיס ראציונאלי מספיק.<sup>54</sup> מהו אותו פיצוי "מלא" שאינו הוגן? וכיצד ניתן לראות פיצוי כ"הוגן" אם מניחים שאין הוא "מלא"? ככל שנתרחק מביטויים אלה של "מלא", "הוגן", "הולם", "מתון", כן ייטב. מטרת הפיצויים ליתן אותו סעד, אשר ככל האפשר, ובמידת הוודאות הנדרשת, יעמיד את הניזוק במצב בו היה נתון לולא מעשה הנוזיקין. רק פיצוי זה הוא הוגן, הולם ומלא.

יחד עם זאת, בשל תחולתם של כללים שונים שמחוץ לדין הערכת הפיצויים, יש שהפיצוי, אותו מקבל הניזוק, לא יהא בו לכסות על כל הנזק שנגרם. ראשית, מקובל הוא בדיני הנוזיקין, כי הפיצוי לו זכאי הניזוק מופחת בשל אשמו התורם שלו.<sup>55</sup> נמצא, כי הסכום שעומד לרשותו של הניזוק, אין בו פיצוי על הנזק. אכן, בשיטות פיצויים שאינן מבוססות על אשם, אין מתחשבים לרוב באשם התורם כגורם המפחית את הפיצוי.<sup>56</sup> לעתים מגבילים את ההתחשבות באשם התורם רק לאותם מקרים בהם נהג הניזוק בהתרשלות עצמית תמורה דווקא.<sup>57</sup> יתכן כי לגישה זו יש צידוק במסגרתן של שיטות

51 ראה *Rowley v. London & North Western Ry Co.* (1873) 8 L.R. 221; *Phillips v. The South Western Railway Co.* (1879) 4 Q.B.D. 406.

52 ראה *Fletcher v. Autocar and Transporters Ltd.* [1968] 1 All E. R. 726, 733; *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority* [1978] 3 W. L. R. 895, 907.

53 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד (לו) 3, 762, לענין הוצאות רפואיות.

54 ראה *Pickett v. British Rail Engineering Ltd.* [1978] 3 W. L. R. 955, 979; *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority* [1979] 3 W. L. R. 44, 52. ראה גם H. McGregor, *supra* note 8, at p. 795, וכן דעת המיעוט בע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד (לו) 3, 762.

55 סעיף 68 לפקודת הנוזיקין.

56 ראה, למשל, סעיף 2(ג) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

57 ראה, למשל, סעיף 4(ב) לחוק אחריות למוצרים פגומים.

אלה. אשר לדיני הנזיקין, כל עוד אלה מבוססים על אשמו של המזיק, אך סביר הוא כי תהא הפחתה בפיצויים בגין אשמו של הנזוק;<sup>58</sup> שנית, על פי מבחני הסיביות, יש שהמזיק לא יהא אחראי לנזק שלא "נגרם" על-ידו. נמצא, כי נזק זה אינו מפורצה. אף זו תוצאה שאין מנוס ממנה. דיני הפיצויים חלים רק לאחר שנתגבש "נזק" בר-פיצוי. אין המזיק חייב לפצות נזק שבגינו אין הוא אחראי; שלישית, על פי ההלכה הפסיקתית מוטל על הנזוק הנטל להקטין את נזקו, ואין הנזוק זכאי לפיצויים על נזק שיכול היה למנוע.<sup>59</sup> בגין נזק זה לא יזכה הנזוק לפיצויים, ונמצא שהפיצוי אינו מכסה את הנזק. יש הגורסים כי אין להכיר בנטל זה בנזיקין, אלא רק עד כמה שהוא נופל במסגרת האשם התורם.<sup>60</sup> יהא ענין זה אשר יהא, בשיטת משפט המבוססת על אשם ועל אשם תורם, הקטנת הנזק מוטלת על הנזוק, ויש בה כדי להפחית את הפיצוי הסופי אותו יקבל.

#### ד. דמת הפיצויים:

#### הגישה ה"אינדיווידואלית" או הגישה ה"תערדיפית"

דיני הפיצויים הם אותם הדינים אשר על פיהם מתרגמים את הנזק שהתרחש, ואשר בגינו אחראי המזיק לסכומי כסף שעל הנזוק לשלם, ואשר יש בהם כדי לפצות את הנזוק. שיעורו של הפיצוי נקבע על פי שיעורו של הנזק. מצבו הנפשי של המזיק – אם פעל מתוך כוונה או פזיזות אם לא – כמו גם מידת הסטייה מרמת הזהירות הנדרשת, עשויים להיות רלוואנטיים לגיבושה של האחריות עצמה, ולקיומה של ההגנה בדבר אשם תורם. אך משהשתכללה האחריות ואותר הנזק, שוב אין הפיצוי קשור כלל לא למידת זדוניותו של המזיק ולא למידת סטייתו מהסטאנדארט המקובל, אלא קשור הוא אך לשיעורו של הנזק שנגרם.<sup>61</sup> גישה זו אינה מובנת מאליה. יש שיטות משפט אשר בהן מזיק הגורם נזק במתכוון או מתוך פזיזות, משלם פיצוי גבוה יותר ממזיק הפועל בלא כוונה אסורה.<sup>62</sup> בדומה, יש שיטות משפט הקובעות כי פיצוי בגין נזקים מסוימים – בעיקר נזקים לא-רכושיים, כגון כאב וסבל – לא משתלמים, אלא-אם-כך המזיק פעל בתוך כוונה פלילית<sup>63</sup> או זדונית.<sup>64</sup>

- 58 לעתים קרובות ההתנהגות נשוא האשם התורם היא התנהגות היוצרת אחריות של הנזוק כלפי המזיק: ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 2, בע' 239.
- 59 ראה ע"א 592/66 "הקודחים" נתניה בע"מ נ' ביטון, לעיל הערה 46.
- 60 ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 2, בע' 255.
- 61 האשם התורם מפחית את סכום הפיצויים, לאחר שאלה נקבעו על-פי אמות המידה הרגילות. נמצא, כי האשם התורם אין ענינו הערכת הפיצויים, אלא הגנה בפני האחריות המלאה בנזיקין. ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 2, בע' 252.
- 62 ראה H. McGregor, "Personal Injury and Death, Tort's", *International Encyclopedia of Comparative Law* Vol. XI, Ch. 9, at p. 6.
- 63 ראה, למשל, סעיף 2059 לקודקס האזרחי האיטלקי.
- 64 ראה H. McGregor, *supra* note 62, at p. 6.

שיטתנו שלנו שונה. נזקו של הניזוק – ולא התנהגותו של המזיק – הוא המכריע בקביעת הפיצויים. זאת ועוד: כשם שמצבו הנפשי של המזיק אינו רלוואנטי בקביעת הפיצויים התרופתיים, כך מצבו הכספי של המזיק אינו רלוואנטי להיקף הפיצויים שעליו לשלם. על כן מוזק חסר-אמצעים חייב בפיצויים על פי אותם מבחנים כמו מוזיק בעל אמצעים. מאן, שדיני הפיצויים החלים על המדינה, אשר בכוחה ל"פור את הנזק", זהים לדיני הפיצויים החלים על כל מוזיק אחר, בין מוזיק שאף ביכולתו ל"פור את הנזק" ובין מוזיק ה"סופג" את הנזק בלא "כוח פיזור".

תפישת היסוד של דיני הנזיקין היא התפישה האינדיווידואלית. כשם שהאחריות היא אינדיווידואלית וקשורה באשם של המזיק, כך גם הפיצוי הוא אינדיווידואלי וקשור בנזקו של הניזוק. אין גדרות "חיצוניים" לפיצוי. "דיני הערכת הנזק בנוזיקין אינם מבוססים על גבול סטטוטורי עליון או על גבול סטטוטורי תחתון לשיעור הפיצויים. אין הם מבוססים על ממוצעים של שכר או על תעריפים של כאב וסבל".<sup>65</sup> על כן נקבע הפסד ההשתכרות של הניזוק, על פי השתכרותו האינדיווידואלית שלו, ועל פיה בלבד. אין תקרה לפיצוי כגין זה. הוא הדין בכאב ובסבל. כאשר הכאב והסבל הם ניכרים, גם הפיצוי הוא ניכר, ואין כל תקרה או מפתח סטאנדארטי להערכת נזק זה.

גישה אינדיווידואלית זו שונה מהגישה הנקוטה בהערכת הפיצויים על פי חוקים מיוחדים הקובעים הסדרים מיוחדים לאחריות, כגין תאונות עבודה,<sup>66</sup> תאונות דרכים,<sup>67</sup> או אחריות יצרנים.<sup>68</sup> על פי הסדרים אלה, במקביל להרחבת בסיס האחריות, נערך צמצום בבסיס הפיצויים, בעיקר מטעמים כלכליים הקשורים במימון האחריות החדשה. עם זאת, הביא הדבר גם לפישוט ההליכים, ולהאחדה בשיעור הפיצויים המשתלמים בענינים מסוימים, כגון כאב וסבל.

שאלה היא, האם רצוי הוא להנהיג גישה "תעריפית" – בצורה זו או אחרת – בדיני הפיצויים כגין נזקי גוף בנוזיקין? הרצוי הוא לקבוע גג עליון לסכומי הפיצויים המשתלמים על אבדן השתכרות? הרצוי הוא לקבוע סטאנדארטים, כמו ימי אישפוז ואחוזי נכות – לקביעת הפיצוי כגין כאב וסבל?<sup>69</sup> האם מוצדק הוא לקיים באותה מדינה עצמה, רמת פיצויים "אינדיווידואלית" בתחום אחד (דיני הנזיקין) ורמת פיצויים "קולקטיבית" בתחומים אחרים (תאונות עבודה, דרכים, צבא)? שאלה זו אינה מכוונת אל הרשות השופטת. זו בוודאי אינה יכולה, בדרך החקיקה השיפוטית, לקבוע כי מעתה ואילך יתוחמו דיני הפיצויים על פי אמות מידה סטאנדארטיות אלו או אחרות. אך היש מקום להתערבות חקיקתית?

65 ע"א 375/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762.  
 66 על-פי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968.  
 67 סעיף 4 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.  
 68 סעיף 5 לחוק האחריות למוצרים פגומים.  
 69 השווה א' פרוקצ'יה, "ביטוח תאונות דרכים ללא אשם: סוגיות הכאב והסבל" משפטים ה (תשל"ג) 189; ד' מור, "פיצויי נפגעי תאונות דרכים בנוק גוף לא ממוניים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 397; א' מילר, "הביטוח הסוציאלי ושאלת הפיצויים על כאב וסבל" ביטוח סוציאלי (תשמ"ם) 129.

לדעתי התשובה צריכה להיות בשלילה. כל עוד דיני הנזיקין עומדים על תילם בצורתם הנוכחית, אין כל צידוק לצקת בהם יסודות פורמאליים, המגבילים או מכוונים את הערכת הנזק. בוודאי שזו צריכה להיות הגישה לענין הנזק הרכושי. אין כל צידוק לכך שניזוק, אשר הפסדו עולה על שילוש השכר הממוצע במשק, יוגבל בפיצוי כדי שילוש השכר הממוצע בלבד. גישה דומה צריכה לחול גם בנוקמים הלא-רכושיים, כגון כאב וסבל. אמת הדבר, ההערכה באב-נזק זה קשה היא, אך אין בקושי זה כדי להצדיק סטייה מהגישה האינדיווידואלית. על כן לא נראית לי המלצתה של ועדת ברנזון,<sup>70</sup> אשר גרסה כי יש לקבוע מבחנים אובייקטיביים להערכת הפיצויים בגין כאב וסבל. יצוין כי גישה זו – השוללת תעריפים בנוק הלא-רכושי – היא הגישה שאומצה הן על-ידי ה־Law Commission האנגלית,<sup>71</sup> והן על-ידי "ועדת פירסון".<sup>72</sup> אין אני רואה כל צידוק לפסוק פיצויים במסגרת דיני הנזיקין, בגין כאב וסבל, על יסוד הנחות כלליות בדבר הקשר בין כאב וסבל לבין ימי אישפוז ואחוזי נכות, כאשר ניתן לפסוק פיצויים על יסוד הערכות שהן אינדיווידואליות לניזוק.<sup>73</sup> כן לא נראית לי הגישה – אשר אומצה על-ידי "ועדת פירסון"<sup>74</sup> – לפיה אין לפסוק פיצויים בגין נזק רכושי שנסבל בשלושת החודשים הראשונים שלאחר מעשה הנזק. להגבלה זו אין כל צידוק.

מגישה אינדיווידואלית זו מתבקשת המסקנה כי בקביעת רמת הפיצויים בנוזיקין אין חשיבות מכרעת לרמת הפיצויים אשר המדינה קובעת בשיטות פיצויים אחרות, ואין ברמת פיצויים אחרונה זו כדי לכוון את רמת הפיצויים הניתנים על פי דיני הנזיקין. כך, למשל, קובעים חוקי השיקום את רמת ההוצאות הרפואיות הניתנות לנכי צבא ההגנה לישראל.<sup>75</sup> לדעתי, אין רמת הפיצויים האמורה רלוואנטית בדיני הנזיקין.<sup>76</sup> יתכן שעל פי חקיקה זו ביקשה המדינה להעניק פיצוי שמעבר להשבת המצב לקדמותו, ויתכן שעל פי חקיקה זו – בשל המגבלות התקציביות של המדינה – ניתן פיצוי שאין בו כדי להשיב המצב לקדמותו. אין לחקיקה זו ולדיני הנזיקין ולא כלום. החקיקה האמורה משקפת את עמדת המדינה באשר לראוי ולנכון בפיצוי הנפגעים הנדונים באותה חקיקה. אין חקיקה זו משקפת את הראוי והנכון בדרך-כלל, וממילא אין חקיקה זו משקפת את הראוי והנכון על פי דיני הנזיקין. חקיקה מיוחדת זו יש בה איזונים משלה. בסיס האחריות הורחב, אשם תורם בוטל, ובמקביל לכך נקבע בסיס מיוחד לפיצוי. איוונם של דיני הנזיקין הוא שונה. בסיס האחריות הוא צר יותר, אשם תורם הוא הגנה, ובמקביל לכך נקבע בסיס אינדיווידואלי לפיצוי. אין להוציא רכיב אחד משיטה פלונית ולהעבירו לשיטה אלמונית. הקרקע החקיקתית הכללית אינה מוכנה לקליטתה של השתלה שכזו. אכן, האופי השונה של המערכות הסטטוטוריות השונות מתבטא לעתים בכך, שהמחוקק מעניק אופציה

70 דו"ח ועדת ברנזון, לעיל הערה 7, בע' 22.

71 ראה דו"ח ה־Law Commission, לעיל הערה 9, בע' 10.

72 דו"ח ועדת פירסון, כרך ראשון, לעיל הערה 9, בע' 88.

73 ראה ע"א 235/78 הודגשטיין נ' אוהבי, פ"ד לג(1) 346, 349.

74 דו"ח ועדת פירסון, כרך ראשון, לעיל הערה 9, בע' 89.

75 ראה חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959, ס"ח 276.

76 אך ראה ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762.

לניזוק, לבחור באחת או בשניה. אין אופציה זו כוללת את האפשרות לבחור ברמת פיצויים כפרטי נזק שונים מהאחת, ובפרטי נזק אחרים מהאחרת. יחד עם זאת, לעתים קרובות יש יותר מדרך אחת להעמיד את הניזוק, בערכים כספיים, באותו מצב בו היה נתון ללא מעשה הניזוקין. בבחירה בין הדרכים השונות יש לנקוט אמת מידה סבירה ומאוזנת. האופי האינדיווידואלי של הפיצויים, אין משמעותו שהרצון הסובייקטיבי של הניזוק הוא המכריע. דבר זה מוצא ביטוי ממשי בהערכת הפיצויים בגין הוצאות, כגון הוצאות רפואיות, הוצאות נסיעה והוצאות דיור. אך טבעי הוא כי הניזוק יבקש לבחור באותה אלטרנטיבה שהיא הטובה ביותר מבחינתו. לא גישתו-שלו היא המכרעת, אלא הערכתו של בית המשפט כאשר לסביר ולראוי.<sup>77</sup> כך, למשל, עשוי בית המשפט לשאול עצמו, אם הניזוק היה בוחר באלטרנטיבה פלונית אילו הוא היה נושא בהוצאות מכיסו-שלו? תשובה חיובית על שאלה זו, עשויה להצביע על סבירותה של ההוצאה. על סבירות ההוצאה ניתן לעמוד לעתים, תוך בחינת היחס שבין גודל ההוצאה מזה, לבין התועלת המופקת ממנה מזה. אין המזיק חייב לשאת בסכומי עתק שאין בהם כדי להיטיב את מצבו של הניזוק אלא בצורה שולית וספקולאטיבית.<sup>78</sup> המקובל בשיטות פיצויים אחרות עשוי להיות אינדיקאטור – אך לא מעבר לזאת – לסביר ולראוי, ובלבד שגם שיטות אלו מיועדות להחזיר את המצב לקדמותו על פי הנזק האינדיווידואלי שהתרחש לניזוק.<sup>79</sup>

## ה. פיצויים בגין הנזק הרכושי: אבדן השתכרות

### 1. כללי

מקובל להבחין בין נזקים רכושיים לבין נזקים לא-רכושיים הבאים בעקבות נזקי גוף. הבחנה זו באה לשם הנוחות בלבד, שכן כל נזק שבגיניו אחראי המזיק הוא בר-פיצוי.<sup>80</sup> אבות-הנזק אינם מהווים רשימה סגורה. במסגרת הנזק הרכושי, אבי-הנזק החשוב ביותר הוא זה של אבדן השתכרות. הפיצוי בגין אבי-נזק זה נקבע על פי "ההפרש בין מה שהניזוק היה משתכר אחר התאונה אלמלא המום [לבין] כמה שהוא משתכר או עשוי להשתכר במומו".<sup>81</sup> לשם קביעת הפרש זה יש לחשב את הסכום שהניזוק היה משתכר לאחר העולה אלמלא העולה, ומסכום זה יש להפחית את הסכום שהניזוק עשוי להשתכר לאחר העולה.<sup>82</sup> בקביעת הפרש זה יש לקחת בחשבון, בין השאר, אפשרויות של התקדמות

77 ש.ם.

78 ראה *Sherman v. Evans* (1977) 38 C. L. R. 563, 573. השווה ע"א 209/53 ויצמן, ואח' נ' צוקה, ואח', פ"ד ח 1412.

79 ע"א 357/80 נעים נ' בודה, פ"ד לו(3) 762.

80 המונח "נזק", המופיע במספר עוולות, כגון רשלנות, מוגדר בפקודת הניזוקין באופן רחב למדי: סעיף 2 לפקודת הניזוקין.

81 ע"א 79/65 מפעלי מלדה ישראלים בע"מ נ' מלכה, פ"ד יט(2) 266, 270.

82 ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 2, בע' 603.

בעבודה. אם הדבר ניתן להוכחה, יש להתחשב בעליית השכר הריאלי.<sup>83</sup> הפרש האמור מהווה אבדן השתכרות של הניזוק ביחידת זמן (חודש, שנה). הפרש זה יש להכפיל במספר יחידות הזמן שהניזוק ישא באותו הפסד. דבר זה יחושב על פי תחזית שנות העבודה של הניזוק.<sup>84</sup> את הסכום המתקבל יש להוון<sup>85</sup> בלא להתחשב בגורם מס ההכנסה.<sup>86</sup> הערכת הפיצויים מחושבת ליום התשלום בפועל.<sup>87</sup> נמצא כי מתחשבים בירידת ערך הכסף בין יום התרחשות הנזק לבין יום התשלום בפועל. כמו־כן, מתחשבים באינפלציה העתידה באמצעות גורם ההיוון.<sup>88</sup> שיטת חישוב זו פועלת, בעיקרו של דבר, בצורה מניחה את

83 ראה ע"א 357/71 מרקוביץ נ' החברה לבנין, פ"ד (1) 824. נראה לי כי שאלת הסיכוי של עליית השכר הריאלי היא שאלה שבעובדה, אשר עם כל חוסר הוודאות שבה צריכה להיקבע על פי נתונים עובדתיים, ולא על פי תחושה שיפוטית. בהעדר הוכחה, תעמוד בעינה ההנחה וההלכה כי אין מתחשבים באפשרות של עליה בשכרו הריאלי של העובד: ע"א 675/75 צינוודות המזרח התיכון בע"מ נ' שינבי ואח', פ"ד (3) 225, 232. אך עם הצגתה של תשתית עובדתית המוכיחה עליה בשכר הריאלי, על בית המשפט להתחשב באפשרות זו (ראה ע"א 709/80 פרלמן נ' לוזון, פ"ד (4) 273).

84 בענין זה מבחינים בין שכירים הפורשים לפנסיה בגיל 65 לבין עצמאיים. גם בענין זה יש לבחון ההערכה על פי הנתונים בפועל. לעתים קרובות ממשיך שכיר לעבוד לאחר פרישתו לגמלאות. בוודאי שהסכמי הפנסיה לענין שכירים אינם תופשים לענין עצמאיים.

85 ההיוון מחושב על פי אפשרויות ההשקעה הבטוחה: ע"א 467/77 הורוביץ נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד (2) 256. שיעורי ההיוון צריכים להשתנות עם השינויים בשוק ההון כאשר לאפשרויות ההשקעה הבטוחה.

86 ע"א 8/55 כוכבי נ' בקר, ואח', פ"ד יא 225; ע"א 650/78 כליף, ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 242. גישה זו עדיפה על פני הגישה האנגלית, המתחשבת במס ההכנסה: *British Transport Commission v. Gourley* [1956] A.C. 185, שכן מס הכנסה הוא ענין שבין הניזוק לבין שלטונות המס, ולא בין הניזוק למוזיק. שאלה אחרת היא, האם יש להטיל מס על הפיצויים עצמם. ראה: Kahane and Yoran, "Compensation for Loss of Income and its Taxation: A Policy Analysis" 32 *National Tax Journal* (1980) 177. ראה גם א' לפידות, "הטלת מס על פיצויים והשפעת החבות כמס על קביעת פיצויי נזיקין" רבעון לענייני מסים א (תשכ"ו) 273; י' הזרי, "ניכוי מס הכנסה בתביעת פיצויים: הלכת גורלי במבחן הפסיקה שלאחריה וחוקי פיצויים ללא אשם" עיוני משפט ו (תשל"ח) 373, 377. הגישה הסבירה נראית לנו זו, המתעלמת מהמס ביחסים שבין הניזוק למוזיק, והמטילה מס ביחסים בין הניזוק לשלטונות המס.

87 וזאת הן על פי הלכות הפיצויים עצמן, הרואות בנזקי האינפלציה, נזק צפוי בר־פיצוי, והן על פי הלכות חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, ס"ח 192. ע"א 467/77 הורוביץ נ' רשות הנמלים בישראל, לעיל הערה 85.

88 ההנחה היא, שהניזוק יכול לבטח עצמו על יסוד רכישת ניירות ערך בטוחים השומרים אותו בפני אינפלציה עתידה. אם הנחה זו משתנה, מטעם זה או אחר, יש להתחשב גם באינפלציה העתידה. ראה: *Feldman v. Allegheny Airlines, Inc.* 382 F. supp. 1271 (1974). ראה גם: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* (1978) 83 D. L. R. (3d) 452. במקום שאין אפשרות להבטיח הפיצויים בפני פגעי האינפלציה העתידה, יש שבתי המשפט נמנעים מלעשות היוון: *Beaulieu v. Elliott* 434 P. 2d 665 (1967).

הדעת, ופרט לענינים מספר, <sup>89</sup> לא מתבקשת כל רפורמה. ברשימה זו ברצוני לעמוד על שלוש בעיות בעלות אופי עקרוני, ואלה הן: האחת – האם הפיצוי ניתן בגין אבדן השתכרות או בגין אבדן כושר השתכרות? השניה – האם זכאי ניוזק, שלא יוכל לעשות כל שימוש בדמי ההשתכרות, לפיצוי בגין אבדן ההשתכרות? השלישית – הזכאי ניוזק, שתוחלת חיי העבודה שלו קוצרה, לקבל פיצויים בגין אבדן ההשתכרות בשנות קיצור תוחלת החיים?

## 2. אבדן השתכרות או אבדן כושר השתכרות?

האם הפיצוי ניתן על אבדן ההשתכרות או על אבדן כושר ההשתכרות? <sup>90</sup> נקודת המוצא היא, כי כושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו. <sup>91</sup> פגיעה בנכס זה מזכה את הניזוק בפיצוי. <sup>92</sup> מה ערכו של כושר ההשתכרות? נראה לי, כי את ערכו של כושר ההשתכרות יש לקבוע על פי ערך התפוקה, שהוא עשוי להניב במשך זמן קיומו, דהיינו, על פי ערך ההשתכרות המתקבלת מניצולו של הכושר. <sup>93</sup> כיצד נקבע ערכה של אותה השתכרות? זוהי הנקודה הגיאומטרית שבה נחלקות הדעות. על פי גישה אחת – שניתן לכנותה כגישה המוחשית – נקבע ערכה של ההשתכרות, שהניזוק עשוי היה להפיק בעתיד לולא התאונה, על פי נתוניו האישיים של הניזוק, תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו. המבחן אינו לפי ההשתכרות התיאורטית שהוא עשוי היה להשתכר לו ביקש לנצל את מלוא יכולתו. המבחן הוא על פי ההשתכרות המוחשית, שהוא עשוי להשתכר על-ידי ניצול יכולתו, הלכה למעשה. מכאן, שאם מטעם זה או אחר הניזוק אינו מנצל את יכולתו בהווה ולא ינצל אותה בעתיד, אין כל פגיעה בכושרו, שכן כושר זה אינו מנוצל, הלכה למעשה. <sup>94</sup> על פי גישה "מוחשית" זו, השאלה אינה מה עשוי היה הניזוק להשתכר, באופן עקרוני, לולא מעשה הנזק, אלא השאלה היא, מה היה משתכר, הלכה למעשה, לולא מעשה הנזק. כמובן, הערכה זו אינה נעשית על פי ודאות גמורה, אלא אך על פי הערכת הסיכוי. <sup>95</sup> על פי הגישה השניה – שניתן לכנותה כגישה המופשטת – נקבע ערכה של ההשתכרות, שהניזוק עשוי היה להפיק בעתיד לולא התאונה, על פי מבחנים תיאורטיים כאשר ליכולת העקרונית של הניזוק, השאלה אינה מה ההשתכרות שהניזוק היה מפיק, הלכה למעשה, אלא מהי

89 ראה לעיל הערות 83-86.

90 לשאלה זו ראה: R. Parsons, "Mitigation of Tort Damages for Loss of Wages" 28 *Aus. L. J.* (1955) 563; P.S. Atiyah, "Loss of Earning or Earning Capacity" 45 *Aus. L. J.* (1971) 228; H. Street, *supra* note 8; א' מילר, "אבדן כושר השתכרות כמבחן להערכת נוקי גוף" הפרקליט לב (תשל"ח) 251.

91 ראה ע"א 237/80 בר ששת ג' האשמש, לעיל הערה 47.

92 ראה *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* (1978) 83 D. L. R. (3d) 452.

93 ראה: *The Queen v. Jennings* (1966) 57 D. L. R. (2d) 644; *Tzouvelis v. Victoria Railways Commissioners* (1968) V. R. 112.

94 ראה דברי השופט לורד דיפלוק בפרשת *Browning v. The War Office* [1963] 1 Q. B. 750.

95 ראה דברי השופט לורד דיפלוק בפרשת *Mallett v. McMongale* [1970] A.C. 166, וכן ענין אוניסימוב, לעיל הערה 20.

ההשתכרות שהוא יכול היה להפיק.<sup>96</sup> מכין שתי גישות אלה, דגל השופט שילה בפרשת **בר ששת**<sup>97</sup> בגישה המופשטת. אני דגלתי בגישה המוחשית. לדעה זו הצטרף גם הנשיא לנדוי. הטעם לגישה מוחשית זו נעוץ בעובדה, כי הגישה המופשטת "מפצה ניוזק על נזק שלא התרחש ולא יתרחש בעתיד ועל כן אין היא עולה בקנה אחד עם מטרת הפיצויים, שהיא החזרת המצב לקדמותו. מתן פיצוי כספי לניזוק, שלפני התאונה לא עבד כלל, ולולא התאונה לא היה עובד כלל, תעמיד אותו לאחר התאונה במצב טוב יותר מאשר המצב בו הוא היה נתון לולא התאונה, שכן הוא מקבל פיצוי על נזק שכלל לא התרחש ולא יתרחש".<sup>98</sup> כושר ההשתכרות אינו ערך כלכלי בפני עצמו, אלא סך כל ההשתכרות הצפויה ממנו בעתיד, ובאין צפיות שכזו, אין לפוטנציאל כל ערך כלכלי. טול את ראובן שיצא לגמלאות. קצבתו טובה, ואין הוא מתעתד לשוב לעבודה. על פי הראיות הסיכוי כי יעבוד הוא אפסי. התרחשה תאונה, אשר שללה מראובן את יכולת עבודתו בעתיד. לדעתי, אין כל צידוק לפצות את ראובן על אבדן יכולתו לעבוד בעתיד.<sup>99</sup> ראובן לא התכוון לעבוד בעתיד ועל כן לא גרמה לו התאונה כל הפסד השתכרות. שונה הדבר, אם על פי הראיות קיים סיכוי שראובן היה מבקש לעבוד בעתיד להשלמת הגמלה, ורצון זה נמנע ממנו בשל התאונה.<sup>100</sup> הוא הדין בעובד שבהווה ובעתיד לא היה מבקש לעבוד שעות נוספות, ובשל תאונה נמנע ממנו לעבוד שעות נוספות. הפיצוי לו זכאי העובד הוא על אבדן סיכוי לעבוד שעות נוספות בעתיד, אך לא על יסוד עצם העובדה שיש לו פוטנציאל, אותו לא היה מנצל לעבודת שעות נוספות.<sup>101</sup> אכן, ה"gentleman of leisure", שאינו עובד בשל אמצעיו, ושאינו מתכוון לעבוד – אינו זכאי לפיצוי על שנשללה ממנו היכולת לעשות דבר שלא נתכוון לעשותו כלל, ושאינו סיכוי כי הוא מבקש לעשותו.<sup>102</sup> עולה מהאמור, כי לדעתי הפיצוי ניתן על אבדן כושר ההשתכרות ולא על אבדן ההשתכרות.<sup>103</sup> על כן גם ניוזק שטרם החל לעבוד (ילד), או הפסיק לעבוד (עקרת בית), זכאי לפיצוי, חרף העובדה שבעת הפגיעה לא היתה לו השתכרות בפועל. יחד עם זאת, ערכו של כושר זה נקבע על פי אבדן ההשתכרות הצפויה, דהיינו, על פי אבדן ההשתכרות הנובע ואשר ינבע, הלכה למעשה, כאשר הקביעה העתידית תעשה על פי הסיכוי של התרחשויות העתיד.

- 96 ראה דברי השופט ברויק בפרשת *O'Brien v. McKean* (1968) 118 C. L. R. 540. ראה גם: *Prince v. Lott* 120 N. W. 2d 780 (1963).
- 97 ע"א 237/80 **בר ששת נ' האשמש**, לעיל הערה 47.
- 98 **שם**, בע' 303.
- 99 ראה *Browning v. The War Office*, *supra* note 94, at p. 766.
- 100 ראה *Kemp and Kemp, The Quantum of Damages* (London, 4th ed., 1975).
- 101 ראה P.S. Atiyah, "The Loss of Earning Capacity", *supra* note 90, at p. 232.
- 102 ראה *A.I. Oguis, The Law of Damages* (London, 1973) 184; *Tzouvelis v. Victoria Railways Commissioners*, *supra* note 93, at p. 136.
- 103 אשר לפיצוי בגין הנזק הלא-רכושי, ראה להלן פרק ו.



### 3. ניזוק שאינו נהנה מדמי הפיצויים בגין אבדן ההשתכרות: הניזוק ה"צמח"

יש שכושר ההשתכרות של ניזוק נפגע כה קשה, עד כי לא רק שאין הוא יכול עוד להשתכר, אלא אף אינו יכול ליהנות מהפיצויים בגין אבדן ההשתכרות. היזכה ניזוק זה לפיצויים בגין אבדן כושר ההשתכרות? טול את ענינו של ניזוק, אשר כתוצאה מהתאונה הפך "צמח". כושר ההשתכרות שלו נפגע לחלוטין. הינתן לו פיצוי "מלא", או שמא די לפצותו על ההוצאות שיוציא בעתיד, שכן הפרש בין הכנסותיו לבין הוצאותיו אינו אלא מתנה לקרוביו, שאל כיסם יזרמו כספי הפיצויים? דעתו של השופט דנינג הינה, כי בנסיבות אלה אין הניזוק זכאי לפיצוי בגין אבדן כושר ההשתכרות, ודי לו שיקבל פיצוי על הוצאותיו.<sup>104</sup> גישה זו נדחתה על-ידי בית הלורדים.<sup>105</sup> גם בישראל נדחתה גישה זו של השופט דנינג.<sup>106</sup> כושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו. פגיעה בנכס זה מזכה את בעל הכושר שנפגע בפיצוי בגין הנזק לנכס, כאשר ערכו של הנכס נקבע על פי ערכה של התמורה אשר הוא עשוי להגיב במשך זמן קיומו, דהיינו, ערכה של ההשתכרות המתקבלת מניצולו של אותו כושר. אין זה מענינו של המזיק, מה יעשה הניזוק בדמי הפיצויים בגין אובדן כושר ההשתכרות, אם ישמש בהם או יחסוך אותם.<sup>107</sup> על כן אין מקום להפחית את סכום הפיצויים בגין אבדן כושר ההשתכרות אך בשל העובדה שהניזוק לא יכול עוד ליהנות מהנאות העבר וכתוצאה מכך לא יוציא עוד כספים בגין הנאות אלה.<sup>108</sup> יחד עם זאת, יש למנוע פיצוי כפול בגין אותו נזק. על כן אם בנוסף לפיצוי בגין אבדן ההשתכרות זוכה הניזוק לפיצוי בגין הוצאות המחיה שלו במוסד, הרי בכך הוא מקבל פיצוי כפול, שכן הן הפיצוי עבור הוצאות המחיה והן הפיצוי עבור ההשתכרות באים לפצות אותו נזק. על כן מוצדק הוא להפחית, מסכום הפיצויים שלו זוכה הניזוק בגין אבדן ההשתכרות, סכום מסוים, המייצג אותן הוצאות שהפיצוי בגינן ניתן במסגרת הפיצוי בשל ההוצאות.<sup>109</sup>

### 4. אבדן ההשתכרות בשנות "אי החיים": בעיית ה"שנים האבודות"

לעתים גורם מעשה נזיקין, לו אחראי המזיק, לקיצור תוחלת חיי העבודה של הניזוק. לולא התאונה היה הניזוק צפוי לזרם הכנסות הנובע מניצול כושר השתכרותו. כתוצאה מהתאונה, זרם זה "פסק", שכן הניזוק שוב לא יוכל לנצל את כושר השתכרותו בשנות אי החיים. היזכה לפיצויים בגין אבדן ההשתכרות כ"שנים האבודות"? שאלה זו קשה

104 ראה *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority*, supra note 52, at p. 910.

105 ראה *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority*, supra note 54. ראה גם *Croke v. Wiseman*, [1982] 1 W. L. R. 852.

106 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762.

107 ראה *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, supra note 92, at p. 465.

108 ראה דברי השופט לורד סלמן בפרשת *Fletcher v. Autocar and Transporters Ltd.* [1968] 1 All E. R. 726, 748.

109 ראה *Shearman v. Folland* [1950] 2 K. B. 43; *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority*, supra note 54, at p. 56.

ומענינת.<sup>110</sup> היא התעוררה בישראל בדרך-אגב לפני כשלושים שנה, והושארה בצריך עיון.<sup>111</sup> לאחרונה חזרה והתעוררה השאלה בפני בתי המשפט המחוזיים, ונתגלו בה חילוקי דעות.<sup>112</sup> אותה שאלה עצמה התעוררה גם באנגליה,<sup>113</sup> באוסטרליה,<sup>114</sup> בקנדה,<sup>115</sup> בדרום-אפריקה,<sup>116</sup> בדנמרק, בשווייץ, בגרמניה ובארצות אחרות.<sup>117</sup> היא נתעוררה מחדש גם בפני בית המשפט העליון בישראל.<sup>118</sup>

נימוקים חשובים ניתן להביא בתמיכה לפרופוזיציה כי הניזוק, שתוחלת חיי העבודה שלו קוצרה, אינו זכאי לפיצויים בגין אבדן ההשתכרות בשנים שבהן לא יחיה כשל קיצור תוחלת חייו. נקודת המוצא היא העיקרון, כי מטרת הפיצויים היא להשיב את הניזוק, ככל האפשר, למצב בו היה נתון, לאחר מעשה הניזוקין לולא מעשה הניזוקין. כאשר תוחלת החיים קוצרה, השבת המצב לקדמותו בשנות קיצור החיים אינה אפשרית כלל. את החיים שאבדו לניזוק אין להשיב לו, ויהיה זה מלאכותי, ואף ספקולאטיבי, ליתן פיצוי בגין אבדן השתכרות עבור שנים שבהם לא תהא ולא יכולה להיות, לא השתכרות, לא הכנסה, ולא הוצאה. היינתנו לניזוק פיצויים בגין הוצאות רפואיות בשנים אלה? מתן פיצויים בגין ה"שנים האבודות" הוא בבחינת "שכר בשמיים". לשון אחרת: לא את כושר ההשתכרות הפסיד הניזוק, אלא את עצם חייו הוא הפסיד, ובאין חיים אין הפסד כושר. ובאשר לפיצוי בגין הפסד החיים, לזאת זכאי הניזוק באבדן הנזק הלא-רכושי של אבדן תוחלת החיים. מתן פיצויים לניזוק בגין תקופה בה לא יחיה והעמדת כספים לרשותו בהם לא יוכל להשתמש, אינה משרתת כל מטרה תרופתית. אין היא אלא מתנה ליורשים. מתנה זו באה במישרין על חשבון המזיק, ובעקיפין על חשבון הציבור כולו, או חלק ניכר ממנו, אשר עליו "יתפור" הנזק. מתן פיצוי לניזוק אינו אלא ביטוי לתחושה כי לא יתכן שיהיה זה זול יותר להרוג (דהיינו, לקצר תוחלת חיים) מאשר לפצוע (דהיינו, לפגוע בכושר ההשתכרות בלא לקצר את תוחלת החיים). גישה זו פסולה היא, בהיותה גישה עונשית ולא תרופתית.

- 110 ראה H. McGregor, *supra* note 62, Ch. 9, at p. 50, 80; H. McGregor, *supra* note 8, at p. 804; Kemp and Kemp, *The Quantum of Damages*, *supra* note 100, Vol. I, at p. 408; J.G. Fleming, "The Lost Years: A Problem in the Computation and Distribution of Damages" 50 *Cal. L. Rev.* [1962] 598; Mesher and Todd, "Damages of 'Lost Years'" 28 *Int. and Comp. L. Q.* 718.
- 111 ע"א 95/55 סלומון נ' אדלר, פ"ד ט 1905, 1912-1913.
- 112 ראה ת"א (ב"ש) 408/69 אדטו נ' זקצר, פ"מ עו 70; ת"א (י-ם) 345/74 שלום נ' אברהם, פ"מ תשל"ז(1) 222; ת"א (י-ם) 232/75 מימון נ' אורטל, ואח', פ"מ תשל"ט(1) 148; ת"א (כ"ש) 363/77 סלמן נ' אינגלינסקי, פ"מ תש"ם(1) 370; ת"א (י-ם) 472/79 עזבון מרכוס נ' מז, פ"מ תשמ"א(1) 191.
- 113 ראה *Oliver v. Ashman* [1961] 3 W. L. R. 669; *Picket v. British Rail Engineering Ltd.*, *supra* note 54; *Gammell v. Wilson* [1981] 1 All E. R. 578.
- 114 ראה *Skeleton v. Collins* (1966) 115 C. L. R. 94.
- 115 *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra* note 92.
- 116 *Goldie v. City of Johannesburg*, (1948) 2 S. A. L. R. 913 (w); *Lockeb Estate v. North British & Mercantile Ins. Co. Ltd.* (1959) 3 S. A. L. R. 285.
- 117 לארצות המשפט האזרחי ראה H. McGregor, *supra* note 110.
- 118 ע"א 295/81, לעיל הערה 37.

נימוקים חשובים ניתן להביא בתמיכה להשקפה הנוגדת, לפיה זכאי הניזוק לפיצויים בגין אבדן ההשתכרות בשנות "אי החיים". אף גישה זו יוצאת מנקודת המוצא העקרונית כי מטרתם של הפיצויים בדיני הניזוקין היא תרופתית ולא עונשית, וכי הם נועדו להשיב, עד כמה שהדבר אפשרי, במונחים כספיים, את המצב לקדמותו. על פי גישה זו, לולא מעשה הניזוקין היה לו לניזוק נכס המבטא את כושר עבודתו. נכס זה צפוי היה כי יניב פירות שערכם נמדד בהכנסה המשתרעת על תקופת חיי העבודה. בנכס זה פגע המזיק, שכן הוא קיצר את שנות העבודה. על פגיעה בנכס זה זכאי הניזוק לפיצויים. אמת הדבר, הניזוק לא יחיה בשנים האבודות, ולא יוכל להשתמש בהכנסה שקיבל, אך אין בכך ולא כלום, שכן השאלה אינה מה שימוש יעשה הניזוק בכספו בעתיד, אלא איזה שימוש נמנע ממנו מלעשות. גם ה"ניזוק הצמח" זוכה בפיצויים בגין אבדן השתכרות, חרף העובדה שאינו יכול לעשות שימוש בכספיו. כתוצאה ממעשה הניזוקין נפגעה יכולתו של הניזוק לעשות בהכנסתו כרצונו ובעיקר להקדישה למטרות הקרובות ללב, כגון תמיכה באנשים ובמוסדות, וכן לעתים לתשלום חובות לנושיו, אשר סמכו על כושר עבודתו. הפיצוי הכספי לא יוכל להחזיר לניזוק את החיים עצמם, אך יהיה בו כדי להחזיר לו את הערך הכספי של יכולת השתכרותו שנפגעה. אם הניזוק זכאי לפיצוי בגין הנזק הלא-רכושי שבקיצור תוחלת החיים, כיצד זה לא יזכה לפיצוי עקב הנזק הרכושי בגין אותם שנים עצמן? אמת הדבר, היורשים יזכו במתנה, שכן תוחלת חייהם שלהם לא נפגעה. אך הנכס לכטל את דיני הירושה, והנחזור לתקופה שבה עם מות הניזוק מתה זכותו לפיצויים עימו? האם טענתו של המזיק: "איני חייב לפצותך על אבדן ההשתכרות, שכן לא רק פגעתי בכך שלא כדין אלא גם קיצרתי את חיך", עולה בקנה אחד עם החובה להפעיל זכות בתום-לב ובדרך מקובלת? לבסוף, כספי הפיצויים בגין השנים האבודות, קרן קיימת הם לתמיכה בתלויים בניזוק לאחר מותו, שכן לרשותם של אלה אינה עומדת כל הכנסה אחרת. הניזוק עצמו, לאחר מותו, לא יספק להם כל הכנסה, שכן בחייו לא קיבל כל פיצוי עבור התקופה שלאחר מותו. המזיק עצמו אינו חייב בתשלום פיצויים לתלויים, שכן חובתו שלו מותנית בכך כי בשעת המוות ("אותה שעה") זכאי הניזוק לתביעת פיצויים כנגד המזיק. מכיוון שהניזוק מיצה את זכויותיו בחייו, שוב אין להם לתלויים כל זכות כלפי המזיק, ונמצא כי אינה עומדת להם כל תמיכה שהיא.

השיקולים השונים כבדי משקל הם. לפנינו אחת מאותן סוגיות שבהן ניתן שיקול דעת לבחור בפיתרון אחד מבין מספר אפשרויות. בנסיבות אלו נראה לי כי הפיתרון הראוי הוא להכיר בזכותו של הניזוק לפיצויים בשל הפסד ההשתכרות ב"שנים האבודות". זהו הדין באנגליה,<sup>119</sup> אוסטרליה<sup>120</sup> וקנדה.<sup>121</sup> זהו הדין שנמצא ראוי עליידי "ועדת פירסון"<sup>122</sup>

119 ראה לעיל הערה 113.

120 ראה לעיל הערה 114.

121 ראה לעיל הערה 115.

122 ד"ח ועדת פירסון, לעיל הערה 9, בע' 80 ואילך.

וה־Law Commission האנגלית.<sup>123</sup> רוב המחברים שעסקו בסוגיה זו תומכים בגישה זו.<sup>124</sup> הטעמים העיקריים התומכים בגישה זו הם אלה: ראשית, כושר ההשתכרות של הניזוק הוא נכס, ופגיעה בו מזכה בפיצויים על פי זרם ההכנסות הצפוי שנמנע.<sup>125</sup> זרם הכנסות זה משתרע גם על תקופת "אי החיים"; שנית, שלילת זכותו של הניזוק לפיצויים בגין אבדן ההשתכרות "בשנים האבודות" תפגע בתלויים וכיורשים אחרים שאינם תלויים. ניתן, כמוכח, לפתור את בעיית התלויים במספר דרכים אחרות, אך ענין זה מחייב חקיקה מיוחדת. על פי הדין הקיים, נראה הפיתרון המכיר בזכות הניזוק החי לפיצויים כפיתרון הרצוי ביותר. ספק בעיני אם החקיקה המוצעת – כריכת תביעת תלויים יחד עם תביעת הניזוק, או הכרה בזכות התלויים במות הניזוק – טובה מההסדר המוצע על־ידי. ההצעה הראשונה (כריכה) אינה נראית לי מעשית, ולו מהטעם שאין לדעת מי יהיו תלויים בניזוק במותו. ההצעה השניה (דחיה) תכביד ביותר על המזיק, אשר אחריותו נשאת פתוחה עד למות הניזוק. גם על התלויים תכביד הצעה זו, שכן עם מותו של הניזוק עשויים הם להתקשות בהוכחת העובדות המהוות את עילת תביעתם. נראה לי אפוא, כי גישתי־שלי, לא רק שהיא אפשרית במסגרת הדין הקיים, אלא שהיא גם רצויה. יצוין, עם זאת, כי בהערכת נזקו של הניזוק החי, יש להפחית מסכום הפיצויים אותן הוצאות שהניזוק מוציא על עצמו בחייו, ואשר נמנעות בשל מותו.<sup>126</sup>

שאלת ה"שנים האבודות" התעוררה בבית המשפט העליון, ונפסק בה ברוב דעות כי אין לפצות בגין אובדן ההשתכרות בשנות "אי החיים".<sup>127</sup> ההלכה האמורה חלה במישרין על תביעת העובד אך בעקיפין, ובדרך־אגב, נדחתה גם זכותו של הניזוק החי לפיצויים. לדעת הרוב, אין לכרוך את זכות התלויים, הדורשת הגנה, עם זכות הניזוק עצמו לפיצויים. על פי גישה זו, מלאכותי הוא לראות בכושר ההשתכרות נכס בעל ערך כלכלי, המחייב פיצוי בגין השנים האבודות. נכון יותר הוא לראות בכך פיצוי בגין עוגמת הנפש והצער הנגרמים בשל הידיעה על קיצור החיים. פיצוי בגין ה"שנים האבודות" צריך לבוא לתלויים, במסגרת תביעתם, ולא לענין תביעתו של הניזוק עצמו. במסגרת תביעת הניזוק עצמו יש בפיצוי זה משום הגברת הממד הקוניונקטוראלי בדיני הנזיקין, דבר העלול להביא סיבוכים להתדיינות הנזיקית.

בית המשפט העליון אמר דברו בסוגיה זו. אליבא דכולי עלמא המצב שנוצר אינו מניח את הדעת, בעיקר בשל הפגיעה בתלויים. נדרשת, אפוא, התערבות חקיקתית. כפי שראינו, מבין האפשרויות השונות, רצויה בעיני זו המכירה בפיצוי האמור לניזוק החי. זהו הפיתרון הסטאטוטורי שאומץ בסקוטלנד.<sup>128</sup> אני מציע כי הוא יאומץ גם בישראל.

123 ראה ד"ח ה־Law Commission, לעיל הערה 9, בע' 23.

124 ראה H. Street, *Principles of of the Law of Damages*, supra note 8, at p. 52; J.G. Fleming

"The Lost Years: A Problem in the Computation and Distribution of Damages", supra note

.110; J.A. Jolowitz, "Prospective Loss of Earnings" C. L. J. (1960) 160

125 ראה לעיל פסקה ה.1.

126 ראה *Sherman v. Evans* (1977) 138 C. L. R. 563, 579; *Connoly v. Camden Area Health*

.Authority [1981] 3 All E. R. 250

127 ע"א 295/81, לעיל הערה 37.

128 ראה ה־Damages (Scotland) Act 1976, sec. 9(2)(c).

## 1. הנזק הלא־רכושי: מהי מטרת הפיצוי?

### 1. כללי

קביעת פיצויים בגין הנזק הלא־רכושי, כגון כאב וסבל ואבדן תוחלת חיים, היא מהמשימות הקשות ביותר. הסיבה לכך כפולה: ראשית, משום שקיימת אי־בהירות וחוסר־הסכמה, אשר לבסיס האינטלקטואלי של פסיקת פיצויים במקום שהנזק הוא לא־רכושי. משחסרה לנו תשתית אינטלקטואלית כללית, מטבע הדברים שקיים קושי במתן פיתרון לשאלות ספציפיות; שנית, משום שקיים קושי טבעי בכימות הנזק ובקביעת הפיצוי. כיצד מעריכים כאב וסבל או אבדן תוחלת חיים? היש מחיר שוק להנאות החיים? כחוט השני עוברת בפסיקה הגישה, כי "שום כסף שבעולם אינו מפצה על יסורי גוף ונפש, על הפחתת הסיכויים להקים קן משפחתי או על אבדן הנאות חיים נורמאליים"<sup>129</sup> וכי "לא ניתן [...] לפצות על־ידי פיצוי כספי אדם שאבד אבר ונשאר בעל מום לכל ימי חייו, ואף אם נמלא מלוא ביתו כסף וזהב לא נתקן את הנזק שנגרם"<sup>130</sup> וכי "כיצד זה אפשר להעריך במדויק או אפילו בקירוב בכסף או בשווה כסף את הכאב והסבל או הצער והבושה של אדם שנקטעה ידו או רגלו, או שמהלך על רגליו והדאגה מכרסמת את לכו כי ימיו ספורים עלי אדמות"<sup>131</sup> עם זאת, הגישה המקובלת היא, כי חרף קשיים אלה, יש להעריך את הנזק ולקבוע את הפיצוי, שכן "יהא בזה מן הפאראדוקסאליות אילו סרב החוק להעניק פיצוי כלשהו מפני ששום פיצוי לא ישווה לנזק"<sup>132</sup> מבחינת המודל התיאורטי לפסיקת פיצויים בגין הנזק הלא־רכושי, ניתן להצביע על שלוש גישות מקובלות,<sup>133</sup> אותן ניתן לכנות הגישה הפונקציונאלית, הגישה האישית והגישה הקניינית.<sup>134</sup>

### 2. הנזק הלא־רכושי: הגישה הפונקציונאלית

מטרת הפיצויים היא להעמיד את הניזוק, לאחור התאונה, ככל האפשר, במצב בו היה נתון לולא התאונה. מטרה זו קיימת גם בנוק הלא־רכושי. אמת הדבר, השבת המצב לקדמותו אינה אפשרית, שכן את האבר שנפגע אין להשיב. עם זאת, יש לחפש תחליפים, ויש ליתן

129 ראה ע"א 541/63 רכס, ואח' נ' הרצבוג, פ"ד יח(2) 120, 126, מפי השופט ברנזון.  
 130 ראה ת"א (חי') 140/50 יוני נ' פינק, פ"מ יא 35, 37, מפי השופט עציוני.  
 131 ראה ע"א 70/52 גרוסמן, ואח' נ' רוט, פ"ד ו 1242, 1254, מפי השופט חשין.  
 132 השופט לורד רייט בפרשת *Rose v. Ford* [1937] A.C. 826, 848, בתרגומו של השופט חשין בע"א 70/52 גרוסמן, ואח' נ' רוט, לעיל הערה 131, בע' 1256.  
 133 ראה A.I. Ogus, *supra* note 102, at p. 195.  
 134 ראה ד' מור, "פיצוי נפגעי תאונות דרכים בגין נזקי גוף לא ממוניים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 397, המבחין בין שתי גישות בלבד, והן – הגישה האישית, הכוללת בחובה את הגישה הפונקציונאלית, והגישה הקניינית.

פיצויי המהווה תחליף.<sup>135</sup> על בית המשפט להעמיד לרשות הניזוק אותו סכום, אשר יש בו כדי לאפשר לו לרכוש הנאות אשר יבואו במקום אלה שאבדו. על כן, כאשר הנזק הוא כאב וסבל ומודעות לאבדן הנאות החיים, יינתן לניזוק פיצוי שיאפשר לו לרכוש הנאות אחרות, אשר במידת האפשר יאזנו את הנזק שנגרם. מי שיודע שתוחלת חייו קוצרה יקבל פיצוי שיאפשר לו ליהנות משנות החיים שנותרו לו.<sup>136</sup> על פי גישה פונקציונאלית זו, זכאי הניזוק לפיצוי בגין "אבדן הנאות החיים" במקום שניתן לרכוש בכספי הפיצויים הנאות חילופיות. על כן, אין מקום להכיר באבדן הנאות חיים כאב-נזק נפרד, העומד בפני עצמו, אלא יש לראות בו כחלק מהמכלול הרחב יותר של כאב וסבל. מכאן שניזוק אשר איבד הכרתו דרך קבע, וזו לא תחזור אליו עד מותו, והוא אינו חש בסובב אותו, לא יזכה לפיצוי בגין הנזק הלא-רכושי, שכן אין כל אפשרות להעניק לו הנאות חילופיות.<sup>137</sup>

### 3. הנזק הלא-רכושי: הגישה האישית

הגישה האישית – הקרובה במהותה לגישה הפונקציונאלית – מתמקדת בניזוק ובאושרו. על פי גישה זו, בא הפיצוי בגין הנזק הלא-רכושי לפצות על הפסד האושר וההנאה לניזוק בעקבות העוולה. אם, למשל, איבד הניזוק רגל, אין להעריך את הנזק בשל אבדן הרגל כדבר בפני עצמו, אלא יש לבחון את מידת ההשפעה שיש לאבדן הרגל על אושרו והנאותו של הניזוק מחייו. על כן, שחקן כדורגל צריך לקבל עבור אבדן רגל פיצוי גדול יותר מאשר שחמטאי שאבד את רגלו. הפיצוי בגין כאב וסבל ואבדן הנאות החיים מבוסס, על כן, על פגיעה בתחושה הסובייקטיבית של אושר החיים: אפילו הפיצוי בגין אבדן תוחלת החיים מבוסס על אבדן "הסיכוי לחיים שהיתרון בהם לאושר".<sup>138</sup> מכאן, שאין להכיר כאב-נזק עצמאי ונפרד של "אבדן הנאות החיים". זאת ועוד: אם בעקבות התאונה השתנה אופיו של הניזוק, והוא אינו מדע לנזקו, ומבחינתו הסובייקטיבית הוטבו חייו ("ילדי גן-עדן"), אין הניזוק זכאי לכל פיצוי בגין הפגיעה בו.<sup>139</sup>

135 מה שמכונה בפי פרופסור עטיה "Substitute Compensation": ראה P.S. Atiyah, *supra* note 8, at p. 524.

136 ראה J.G. Fleming, *The Law of Torts* (Sydney, 5th ed., 1977) 271; H. McGregor, *supra* note 62, at p. 20. גישה זו אומצה במספר פסקי-דין בקנדה, אוסטרליה ואנגליה: ראה *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra* note 92; *Arnold v. Teno* (1978) 83 D. L. R. (3d) 609; *Skeleton v. Collins*, *supra* note 114; *Croke v. Wiseman*, *supra* note 105.

137 ראה A.I. Teubner v. Humble (1962) 108 C. L. R. 491, 506; *Skeleton v. Collins*, *supra* note 136; A.I. Ogus, "Damages for Lost Amenities: For a foot, a feeling or a function" 35 *M. L. R.* (1972) 1.

138 כדברי השופט לורד סימון בפרשת *Benham v. Gambling* [1941] A.C. 157.

139 ראה דברי השופט לורד דיפלוק בפרשת *Wise v. Kaye* [1962] 1 Q. B. 638 ודברי השופטים לורדים דבלין וריד בפרשת *West v. Shephard* [1963] 2 W. L. R. 1359; [1964] A.C. 326.

## 4. הנזק הלא־דרכושי: הגישה הקניינית

על פי הגישה הקניינית, או האובייקטיבית, "חיי הנפגע, שלמות גופו מבחינה אנטומית ופיסיולוגית, יכלתו ליהנות מחייו, חרותו מכאב וסבל, כל אלה הינם 'נכסים' אישיים, בעלי 'ערך', כמו ביתו ומטלטליו. לשלול ממנו 'נכס' מעין זה משמע, לשלול ממנו משהו שיש לו בו 'זכות קניינית'. לכל 'נכס' כזה יש 'ערך' אובייקטיבי, שניתן לפצות בגינו במקרה של אבדן או היוק".<sup>140</sup> פגיעה ב"נכס" זה מעניקה פיצויים במישור הרכושי, כגון פיצויים בגין הפסד כושר ההשתכרות. פגיעה ב"נכס" זה אף מעניקה פיצוי במישור הלא־רכושי. על כן, משנפגע "נכס" זה – זכאי הניזוק לפיצויים גם אם מבחינה סובייקטיבית הוא אינו חש בכאב ובסבל, והוא נתון במצב של אבדן הכרה. מכאן, שאבדן הנאות החיים הינו אב־נזק העומד בפני עצמו ו"ילדי גן־עדן" זכאים לפיצויים בגין הפגיעה בהם.

## 5. הנזק הלא־דרכושי: היש גישה "נכונה"?

שלוש הגישות – הפונקציונאלית, האישית והקניינית – ידועות הן בספרות<sup>141</sup> והן בפסיקה.<sup>142</sup> לכל אחת משלוש גישות אלה מעלות וחסרונות. כך, למשל, נטען כנגד הגישה האישית – המבוססת על אושרו של הניזוק – כי אין לדעת אושר זה מהו, ואין להעריכו. "אינני מתאר לי כיצד אפשר לקחת דבר כה בלתי־ידוע ובלתי־יציב כמו אושר האדם כקנה מידה לפסיקת פיצויים. למעשה נדרש בית המשפט לעשות את הבלתי־אפשרי. האיש עצמו אולי מסוגל לחוש את ערך האושר שאבד לו. אבל כיצד ידע זר להעריך את גודל אבידתו של אדם אחר על בסיס של אבדן אושר, מה גם שהמדובר הוא לא במה שהיה בעבר אלא במה שעשוי להתרחש בעתיד? איך יחדור זר לנבכי נפשו של אדם אחר ויקבע את יתרון אושרו על רוע מזלו?"<sup>143</sup> גם הגישה הקניינית סבוכה היא. אם החיים הם "נכס", מהו מחיר השוק של "נכס" זה? כיצד נעריך פגיעה בו? מה ערכו של כבוד ושל תרסריון? כיצד נעשית "השבת המצב לקדמותו"; על פי גישה זו? היש מבחן כלשהו, לפיו נאמר כי פגיעה פלונית ב"נכס" זה "שווה" אלף שקל, או אף מיליון שקל? ולמה לא כפל־כפליים?<sup>144</sup>

אכן, ההכרעה בין המודלים המשפטיים השונים קשה היא, שכן אין בידינו אמות־מידה משפטיות לכך. זו, בעיקרה, שאלה ערכית, המבוססת על הפילוסופיה של החיים עצמם.

140 ראה ד' מור, לעיל הערה 134, בע' 401.

141 ראה A.I. Ogus, *supra* note 102.

142 ראה ע"א 773/81 פ"ד לו(4) 816.

143 דברי השופט ברנזון בע"א 15/66 שנוער נ' חסן, פ"ד כ(2) 455, 460; ראה גם דברי השופט

לורד סלרס בפרשת *Wise v. Kaye*, *supra* note 139, at p. 656.

144 לגישה כלכלית אפשרית ראה R. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston, 2nd ed., 1977).

.149

וכי יש לך בעיה סכוכה מזו?<sup>145</sup> לפנינו אפוא – אם ניתן לומר כך – שאלה אֶהגיונית. שאלה שאין לה פיתרון "נכון".<sup>146</sup> לא נתפלא, אפוא, שבת־משפט במדינות שונות הגיעו לפתרונות שונים.<sup>147</sup> זאת ועוד: באותה שיטת משפט עצמה ניתן לעתים למצוא חוסר־עקביות. טול את המשפט האנגלי. מופר בו אב־נוק של "כאב וסבל" המבוסס על הגישה האישיית־פונקציונאלית. לצדו של אב־נוק זה מופר אב־נוק לא־רכושי נוסף והוא אבדן הנאות החיים. אב־נוק זה מבוסס על הגישה הקניינית. אב־הנוק הלא־רכושי השלישי – אבדן או קיצור "תוחלת החיים" – הוא אב־נוק היברידי,<sup>148</sup> המבוסס בחלקו על הגישה הקניינית, שכן המשפט האנגלי מכיר בכך שיש לו לאדם זכות על חייו, וזכות זו נשללה ממנו. על נטילה זכות זו בא הפיצוי, בין אם הניזוק מודע למצבו, ובין אם לא. בהערכת הפיצוי, לעומת זאת, יש להתחשב במבחנים אישיים־סובייקטיביים בדבר "חיים שהיתרון בהם לאושר". חוסר־עקביות קיים גם אצלנו. כמו באנגליה, כך גם אצלנו, כאב וסבל הוא אב־נוק המבוסס על גישה אישית. לעומת זאת – ובניגוד לאנגליה – אב־הנוק של אבדן או קיצור תוחלת החיים, אינו מבוסס על גישה מעורבת, אלא על הגישה הקניינית. על כן נפסק כי הפיצוי באב־נוק זה צריך להיות ממש, <sup>149</sup> וללא כל קשר לתחושה הסובייקטיבית ולמידעות בדבר הנוק. גישה אובייקטיבית זו, החלה על קיצור או אבדן תוחלת החיים הורחבה גם על אבדן הכרה תמידי, המביא למותו של הניזוק.<sup>150</sup> אשר לאבדן הנאות החיים, נפסק כי הפיצוי בגין אלה יינתן במסגרת הכאב והסבל, בלא שיופך אב־נוק עצמאי.<sup>151</sup> נמצא, כי הגישה לאבדן הנאות החיים היא על פי הגישה האישיית־פונקציונאלית דווקא. עניין אחרון זה טרם נתבהר סופית.<sup>152</sup>

על רקע זה קמה ועומדת השאלה, מהי הדרך הרצויה? זוהי שאלה של מדיניות משפטית. לדעתי, הדרך הרצויה מבוססת על ההגחות הבאות: ראשית, כי הנוק הלא־רכושי הוא נוק אשר מזיק צריך לפצות בגינו, בדומה לנוק הרכושי עצמו. גישה זו אינה מובנת מאליה. יש שיטות משפט, אשר בהן לא ניתן כלל פיצוי בגין הנוק הלא־רכושי.<sup>153</sup> שיטות משפט אחרות רואות פיצוי זה חריג, ומאפשרות זאת רק במקרים מיוחדים, כגון בנזקים מכוונים;<sup>154</sup> שנית, אין לקבוע "נומרוס קלאוזוס" של נזקים לא־רכושיים. הפיצוי צריך להשתרע על כל נזק לא־רכושי הנובע באופן טבעי ובמהלך

145 ראה דברי השופט מואר בפרשת *Prather v. Hamel* (1976) 66 D. L. R. (3d) 109, 127, וכן דברי השופט זילברג בע"א 15/66 שוער נ' חסן, לעיל הערה 143, בע' 463.

146 ראה דברי השופט לורד סקרמן בפרשת *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority*, *supra*, note 52, at p. 919, וכן דו"ח ועדת פירסון, כרך ראשון, לעיל הערה 9, בע' 92.

147 ראה H. McGregor, *supra* note 62.

148 ראה *Gerke v. Parity Ins. Co. Ltd.* (1966) 3 S. A. L. R. 484, 494; A.I. Ogun, *supra* note 102, at p. 202.

149 ראה ע"א 384/74 עובון אוולאי נ' מפעלי יציקה וולקן בע"מ, פ"ד (1) 374, 376.

150 ראה ע"א 773/81 פ"ד לו(4) 816.

151 ראה ע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח 1412.

152 ראה ע"א 372/65 דהאן נ' פונסיס, פ"ד יט(4) 192; ע"א 773/81, לעיל הערה 142.

153 ראה H. McGregor, *supra* note 62.

154 שם.



הדברים הרגיל ממעשה העוולה. על כן, אינה מקובלת עלי הגישה של "ועדת פירסון", לפיה ניוזק לא יזכה לפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים.<sup>155</sup> זאת ועוד: אבדן הנאות החיים הוא נזק של הנזוק, גם אם באופן סובייקטיבי אין הוא מודע לכך. על כן יש לפצות בגין נזק זה. אמת הדבר, פיצוי זה, אינו יכול להעשות במסגרת אבדן הנזק של "כאב וסבל", שכן מי שאינו מודע לסבלו ולכאבו, אינו זכאי לפיצוי במסגרת אבדן הנזק זה.<sup>156</sup> על כן יש להכיר באבדן נזק עצמאי ונפרד של אבדן הנאות החיים;<sup>157</sup> שלישית, במסגרת אבדן הנזק הלא-רכושי המופרים אין מקום לגישה התעריפית.<sup>158</sup> הפיצוי חייב להיות אינדוידואלי, על פי נזקו של כל נזוק וניזוק. על כן, מקום שניתן לנקוט על פי הגישה הפונקציונאלית, יש לנהוג על פיה.<sup>159</sup> במקום שגישה זו אינה אפשרית, מטעם זה או אחר, יש ליתן אותו סכום כסף אשר על פי השגתו של בית המשפט, וכהתחשב במקובל בחברה, הוא סביר בנסיבות המקרה.

## ז. הטבות לניזוק מצד שלישי

לעתים יזכה הניזוק להכנסה כספית מצד שלישי בעקבות מעשה הנזיקין. כך הוא הדבר, אם הוא מקבל דמי ביטוח מפוליסה שביטח עצמו, או משכורת ופנסיה ממעבידו, או תשלומי ביטוח לאומי, או עזרה מקרוב ומכיר, וכיוצא בהן הטבות – בין מכוח החוק, בין מכוח חוזה ובין מכוח התנדבות. כיצד משפיעות הטבות אלה על חישוב הפיצויים להם זכאי הניזוק מאת המזיק?<sup>160</sup> האם יש בהן כדי להיטיב עם הניזוק, באופן שהוא יקבל הטבות אלה, וכן את הפיצויים מהמזיק גם יחד? או שמא הן יטיבו עם המזיק, באופן שהפיצויים שהיו משתלמים יופחתו בשיעור ההטבה? או שמא דין ההטבה לחזור למיטיב, אם בדרך של קבלתה חזרה מהמזיק (אם הטבה עימו), ואם בדרך של קבלתה מהניזוק (אם הטבה

155 ראה דו"ח ועדת פירסון, לעיל הערה 9, בע' 87.

156 על כן לא נראית לנו גישתו של השופט ח' כהן בע"א 372/65 דהאן נ' מדניסיס, לעיל הערה 152.

157 זו הגישה המקובלת באנגליה: *West v. Shephard*, supra note 139; *Wise v. Kaye*, supra note 139; גם שופטי המיעוט בפרשת *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority* [1974] 2 All E. R. 910. *Wise v. West* הנ"ל לא גרסו שאין להכיר כלל כאבדן הנזק של אבדן הנאות החיים, והמחלוקת היתה באשר לפיצוי, אם הוא צריך להיות ממשי אם לאו. גם באוסטרליה ובקנדה מופר אבדן הנזק עצמאי, אך הפיצוי בו ניתן על פי הגישה הפונקציונאלית: ראה *Skeleton v. Collins*, הערה 142, פסקה השופטת נתניהו באמרת-אגב, כי לדעתה אין להכיר באבדן הנאות החיים ככאבדן נזק עצמאי. שני השופטים האחרים השאירו ענין זה בצריך עיון.

158 ראה לעיל פרק ד.

159 ראה *J.G. Fleming*, supra note 136, at p. 221; *H. McGregor*, supra note 62, at p. 20.

160 לריכוז הספרות בנושא זה, ראה *J.G. Fleming*, "Collateral Benefits" *Encyclopedia of Comparative Law* Vol. XI Ch. 2, p. 5.

עימו)? דומה, שהמקרים הקיצוניים אינם מעוררים קושי מיוחד. פשיטא, שאם המזיק ביטח עצמו כנגד אחריותו כלפי הניזוק, ועם קרות העוולה שולמו דמי הביטוח לניזוק, אין עוד לניזוק תביעת פיצויים כלפי המזיק. ההטבה פועלת לטובת המזיק. זאת מטרתה. לשם כך היא הוצאה. המזיק שילם עבור זאת. הוא הדין במיטיב אשר פיצה את הניזוק, תוך כוונה מודעת ליתן מתנה למזיק. בדומה, פשיטא, שאם הניזוק ביטח עצמו כנגד מעשה הנוזיקין, ועם קרות העוולה שולמו לו דמי הביטוח, אין בכך כדי להפחית את תביעת הפיצויים שלו כלפי המזיק. ההטבה פועלת לטובת הניזוק. זאת מטרתה. לשם כך הוצאה. הניזוק שילם בגינה. הוא הדין במיטיב אשר שילם לניזוק מתוך כוונה מודעת ליתן לו מתנה. אך מה הדין במצבי הביניים (כגון פנסיה, סיוע משפחתי, חשלום משכורת על-ידי מעביד), שהם רוב-רובם של המקרים? עיון בפסיקה מלמד, שאין למצוא בה קו אחיד ועיקרון ברור.<sup>161</sup> על פי הדין הקיים, יש לבחון כל הטבה והטבה בנפרד, תוך עיון באסמכתות הקיימות באותה סוגיה. מצב זה אינו מניח את הדעת. נראה לי כי הסיבה העיקרית למצב הבלתי-רצוי של הדין כיום הוא, כי בתי המשפט פסקו את הדין, תוך שהם מתחשבים ביחסי מזיק-ניזוק בלבד, ואינם נותנים את מלוא המשקל לעובדה שענין לנו לא ביחס דו-צדדי בלבד, אלא ביחס תלת-צדדי: מזיק – ניזוק – מיטיב.<sup>162</sup> אכן, לעתים מוצדק הוא, כי ביחסים שבין הניזוק לבין המזיק, ההטבה מיטיב עם אחד מהם, אך משמתחשבים גם עם המיטיב עצמו, משתנה התמונה, והפיתרון הרצוי הוא דווקא לאפשר לו לקבל את הטבתו חזרה, אם מהמזיק ואם מהניזוק.<sup>163</sup>

נראה לי, אפוא, כי הגישה העקרונית צריכה להיות זו: אל לה להטבה להפחית את סכום הפיצויים אותו ישלם המזיק; ואל לה להטבה להגדיל את סכום הפיצויים אותו יקבל הניזוק. על המיטיב לקבל את הטבתו חזרה, אם בדרך של קבלתה מהמזיק (תוך הפחתת הסכום אותו ישלם המזיק לניזוק), ואם בדרך של קבלתה מהניזוק (תוך תשלום פיצויים מלא על-ידי המזיק לניזוק). גישה עקרונית זו לא תחול במקום שההטבה נועדה להיות מתנה למזיק או לניזוק, או במקום שהמזיק או הניזוק קנו את ההטבה מראש בצפותם לנזק, או במצבים מיוחדים וחריגים.<sup>164</sup>

יתרונה של גישה זו הוא משולש: ראשית, המזיק לא ישלם אלא את הפיצוי המוטל עליו לולא ההטבה. אין מענישים אותו; שנית, הניזוק לא יקבל פיצוי כפול. אין מעשירים אותו; שלישית, המיטיב מקבל הטבתו חזרה, אלא-אם-כן בנסיבות הענין אין זה מוצדק להשיבה לו. המיטיב מגשים את ציפיותיו. נראה לי כי קו מחשבה זה, הוא שצריך להדריכנו בעתיד, בבחינת ההסדר הרצוי. דומה כי בענין זה דרושה התערבות חקיקתית. המחוקק קבע הסדר חלקי בחוק לתיקון דיני הנוזקים האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964, ואילו אנו מציעים הסדר כללי.

161 השווה ע"א 619/78 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לה (4) 281.

162 ראה ע"א 370/79 פרבלוצ'יק נ' מוטס, פ"ד לה (3) 551.

163 ע"א 619/78 חונוביץ נ' כהן, לעיל הערה 161, בע' 293 (השופט ש' לויין).

164 דומה שמתלוקת בין הרוב לבין המיעוט בע"א 619/78 חונוביץ נ' כהן, שם, נעוצה בשאלה אם זהו מקרה מיוחד אם לאו.

### ה. עילה נזיקית ועילה סטאטוטורית

אירוע מזיק, מקים לעתים קרובות, הן עילה על פי דיני הנזיקין, והן עילה על פי חוקק מיוחד, כגון על פי דיני הביטוח הלאומי או חקיקת שיקום אחרת. כנסיבות אלה קמה ועומדת השאלה בדבר היחס בין שתי העילות הללו:<sup>165</sup> העומדות לו לניזוק שתי עילות? או שמא עומדת לו רק עילה אחת? שאלה זו היא בעלת חשיבות רבה.<sup>166</sup> למרבה הצער רב בה הפרוץ על העומד. הפתרונות שנתנו בחקיקה הם רבים ומגוונים. יש שהמחוקק מייחד את העילה, וקובע כי רק העילה הסטאטוטורית עומדת. כך נהג בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.<sup>167</sup> יש שהמחוקק ייחד את התרופה, כלומר, העמיד ברירה בפני הנזוק, ומשניתן פיצוי, אפילו חלקי, על פי עילה אחת, בא הקץ על העילה השנייה. כך נהג המחוקק בחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959.<sup>168</sup> יש שהמחוקק אינו מייחד, לא את העילה ולא את התרופה, ונותן ברירה חופשית לניזוק. כך נהג המחוקק בחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980.<sup>169</sup> מהו ההסדר הרצוי? אף שאלה זו היא שאלה סבוכה של מדיניות משפטית אשר ההכרעה בה היא, כמובן, בידי המחוקק. עליו לקבוע, אם רצוי הוא ליתן ברירה לניזוק. לכאורה, אם המחוקק קבע הסדר סטאטוטורי, יש להניח כי הוא מניח את הדעת. אם כך, מה הצידוק ליתן לניזוק עילה בנוזיקין? כמובן, יתכן שההסדר הסטאטוטורי צודק, על רקע ההנחה כי ההסדר הנזיקי עומד בעינו, ועל כן ההסדר הסטאטוטורי מראש אינו מלא. בנסיבות אלה, יש מקום לבחון מחדש את ההסדר הסטאטוטורי, תוך ניסיון לעשותו נכון וצודק לגופו. במצב דברים זה, יתכן שהעילה הנזיקית שוב לא תהא נחוצה. זאת ועוד, אפילו תיחד העילה הסטאטוטורית מבחינתו של הנזוק, יש מקום לבחון אם אין להעניק למממן של ההסדר הסטאטוטורי – לרוב: המדינה, או גופים שלטוניים אחרים – מעין זכות סברוגאציה כלפי המזיק. בדרך זו, יקבל הנזוק את הפיצוי שהמחוקק קבע אותו כסביר וכצודק. המזיק אינו נהנה ואינו סובל מקיומו של הסדר מיוחד זה, ואילו ה"מיטיב הסטאטוטורי" יוכל לממן את הסדרו בדרך הקבועה בחוק, תוך שיוכל לקבל שיפוי מהגורם המזיק. כמובן, במקום שהן המיטיב הסטאטוטורי והן המזיק, הם גופים ציבוריים, עשויים הם לקבוע ביניהם הסדרים מינהליים משלהם. נראה לי אפוא, כי רצוי הוא לבחון מחדש את העילות הסטאטוטוריות השונות בישראל ויחסן לעילת הנזיקין. עד כמה שבחינה זו תעלה, כי הסדר סטאטוטורי פלוני הוא שלם, צודק וראוי, כי אז יש לייחד את העילה על פיו. אם יתברר כי הסדר סטאטוטורי אלמוני הוא חלקי וקטוע, יש לבחון אם אין מקום לשנותו, באופן שהסדרי הפיצויים והשיקום על פיו יהיו שלמים ומלאים. לאחר תיקונם של אלה יש לייחד את העילה על פיו. במקרים אחרים, בהם יש צידוק ענייני-פנימי להסדר חלקי בלבד, יהא מקום להשאיר ברירה בידי

165 ראה P.S. Atiyah, *supra* note 8. ראה גם J.G. Fleming, "Collateral Benefits", *supra* note 160, at p. 3.

166 כפי שעולה למשל, מע"א 507/79 (טרם פורסם).

167 ראה סעיף 8(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

168 ראה סעיף 36(א) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959, ס"ח 276.

169 סעיף 10 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

הניזוק, תוך הגבלתה אך בכך, כי הניזוק לא יזכה לפיצוי כפול. שאלה קשה היא, אם רצוי הוא להשאיר בידי המיטיב הסטאטוטורי זכות כלפי המזיק? ענין זה מחייב לעשות בחינה מעשית אשר לזהותם של מיטיבים אלה. אם יסתבר, בסופו של דבר, כי הן המממן את המיטיב הפוטנציאלי והן המממן את הניזוק הפוטנציאלי, קרובים לקופה אחת, יתכן שיהא צידוק לשלול מתן זכות למיטיב לקבל פיצוי מהמזיק. אכן, סוגיה זו סבוכה היא, והיא מחייבת בחינה חקיקתית מחודשת, המתחשבת מחד-גיסא באינטרס של הניזוק, ומאידך-גיסא באינטרסים השונים שהחקיקה הספציפית מבקשת להגן עליהם, תוך מציאת איזון ראוי בין השניים.

### ט. צורת הפיצויים: סכום חד-פעמי או תשלום עתי?

הערכת הנזק וקביעת הפיצוי, בכל הנוגע לנזק העתידי, משימה קשה היא, שכן אין לדעת כיצד יתפתח הנזק בעתיד, כמה שנים יחיה הניזוק והאם יחול שינוי במצבו הרפואי. עקרונית, ניתן להתמודד עם חוסר-ודאות זה בשתי דרכים שונות: האחת, היא שיטת הערכת הסיכוי וקביעת הנזק על יסוד סיכוי זה, ותשלום פיצויים על יסוד הנחה זו. הפיצויים ישלמו כתשלום חד-פעמי ובלתי-משתנה; השניה, היא שיטת התשלום העתי המשתנה עם שינוי הנחות היסוד המשמשות אותה.<sup>170</sup> על פי השיטה הראשונה, בית המשפט מעריך את הסיכוי של התרחשות אירוע עתידי, ועל יסוד הערכה זו פוסק סכום חד-פעמי (lump-sum) ובלתי-משתנה. על פי השיטה השנייה, בית המשפט פוסק תשלום עתי ("רנטה"), העשויה להשתנות עם הנסיבות. אין בית המשפט מעריך סיכוי, אלא פוסק על פי המציאות כפי שהיא קיימת מעת לעת. על כן, אם הניזוק נפטר קודם הצפוי על פי הבחינה הסטאטיסטית של תוחלת החיים, ייפסקו התשלומים העתיים. לעומת זאת, אם הוא חי מעבר לתוחלת החיים האקטוארית, יימשך התשלום – כל עוד הוא חי.

יתרונה של שיטת הסכום החד-פעמי והבלתי-משתנה הוא בסופיותה, בפשטותה ובבטחונה. סופיות כיצד? שהמאזן האזרחי בין הצדדים מסתיים עם ביצוע התשלום, ושוב אין לפתוח אותו מחדש. כל צד יוכל לכלכל את צעדיו על יסוד עובדה מוצקת. הניזוק עשוי להשקיע את כספו ולפתוח לעצמו דף חדש. פשטות כיצד? שאין צורך במערך ארגוני שיעסוק בביצוע תשלומים עתיים, ואין צורך בפניות שונות לבית המשפט עם שינוי הנסיבות. ביטחון כיצד? שאין הפיצוי לניזוק קשור במעמדו הכלכלי של המזיק, ואין חשש ששינוי במצבו הכלכלי של זה יפגע בפיצויים להם זכאי הניזוק.

יתרונה של שיטת התשלום העתי המשתנה היא בכך שהיא מגשימה בצורה ראויה יותר את עיקרון היסוד של דיני הפיצויים, דהיינו, העמדת הניזוק, ככל האפשר, במונחים כספיים, במצב בו היה נתון לאחר מעשה העוולה לולא מעשה העוולה. "אין הניזוק מקבל פיצוי בגין נזק שהיה סיכוי כי יתרחש אך הלכה למעשה לא התרחש, ואין נמנע מהניזוק פיצוי בגין סיכוי שאירוע לא יתרחש, אך אותו אירוע התרחש הלכה למעשה. בית המשפט

170 ראה ד' מור, "תשלומים עתיים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט ו (תשל"ט) 645. ראה גם J.G. Fleming, "Damages: Capital or Rent" 19 U. Toronto L. J. (1969) 295

אינו עוסק בהשערת השערות, ואינו מתעמק בתורת הסיכויים, אלא הוא פוסק את הפיצויים על יסוד העובדות כפי שהתרחשו הלכה למעשה. זאת ועוד: התשלום העתי משקף בצורה נאמנה יותר את ההכנסות שנמנעו מהניזוק בשל תאונה, שכן הן היו ברוב המקרים הכנסות עתיות (כגון משכורת). כתוצאה מכך נמנע מצב דברים לפיו הניזוק, שלא הורגל לכך, מקבל לידו סכום כסף ניכר, שלעתים קרובות אין הניזוק משקיע כראוי והוא יורד לטמיון בתוך מספר קטן של שנים בלא שלניזוק נותרת קרן קיימת.<sup>171</sup>

גישתו הקלאסית של המשפט האנגלי ובעקבותיו גישת שאר המדינות בהן נוהגת שיטת המשפט המקובל, היא כי הפיצוי נעשה בדרך של תשלום חד-פעמי ובלתי-משתנה. הפסיקה קבעה כי בית המשפט אינו מוסמך, בהעדר הסכם בין הצדדים, לפסוק תשלום עתי.<sup>172</sup> לעומת זאת, ברוב ארצות המשפט האזרחי, כגון גרמניה ואיטליה, נוהגת שיטת התשלום העתי, וזאת אם מכוח הוראה סטאטוטורית מיוחדת, ואם מכוח ההלכה השיפוטית.<sup>173</sup> במספר מדינות, נוהגת שיטת ביניים, לפיה פוסקים סכום חד-פעמי הניתן לשינוי עם הנסיבות (נורבגיה, דנמרק), או פוסקים סכום עתי, שניתן לשינוי רק בנסיבות יוצאות דופן (צרפת, בלגיה).<sup>173</sup>

תחילה נפסק בישראל, כמו באנגליה, כי אין לו לבית המשפט סמכות לפסוק פיצוי עתי, אלא-אם-כן הצדדים הסכימו לכך.<sup>174</sup> לאחר מכן שונתה הגישה,<sup>175</sup> וכיום הדין הוא כי הסמכות לפסוק פיצויים עתיים נתונה לבית המשפט,<sup>176</sup> והשאלה היא אך שאלת השימוש באותו שיקול דעת. בענין זה נפסק כי רצוי הוא לקבוע מראש אמות-מידה ברורות, הקובעות תחומים וקווים מגחים ברורים ומתונים. כשלעצמי, נראה לי כי אחד מאותם תחומים "ברורים ומתונים" הוא במקום שהמזיק הוא מדינת ישראל, עיריה או גוף סטאטוטורי אחר, שאין חשש כי יפשוט את הרגל, אשר גרם נזק גוף כבד אשר קביעתו מבוססת בעיקרה על סיכוי עתידי שהערכתו קשה.<sup>177</sup> עם זאת, נראה לי, כי הסוגיה כולה רצוי לה שתוסדר בדרך של חקיקה.<sup>178</sup> במסגרת זו ניתן יהא להבטיח את בטחונו של הניזוק, וכן לקבוע "תחומים ברורים ומסייגים לדרך ההפעלה של סמכות זו על-ידי בית המשפט". המחוקק נקט דרך זו לענין תשלום הפיצויים על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות

171 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762.

172 ראה *Fournier v. Canadian National Railway Co.* [1927] A.C. 167; *Slater v. Mexican National Railroad Co.* 194 U.S. 120 (1903).

173 ראה H. McGregor, *supra* note 62, at p. 20.

174 ראה ד"ר 14/68 "למידות" חברת נפט לישראל בע"מ, ואח' נ' שליטר, פ"ד כג(1) 771; ע"א 235/78 הורנשטיין נ' אוהבי, פ"ד לג(1) 346, 351; ת"א (ת"א) 1974/72 גרשוני נ' בן שחר, פ"מ תשל"ה(2) 472.

175 ראה ע"א 370/79 פרפלוצ'יק נ' מוטס, לעיל הערה 162, בע' 555.

176 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762.

177 שם.

178 ראה *Lim Poh Choo v. Camden Health Authority*, *supra* note 54, at p. 48.

דרכים.<sup>179</sup> בעקבות זאת הצטבר בוודאי ניסיון, העשוי לשרת חקיקה עתידה בכל תחומי הנזיקין.<sup>180</sup>

## י. מות הנזוק

### 1. זכות היורשים

ניזוק אשר מימש את זכויותיו כלפי המזיק בחייו – אם בדרך של משא-ומתן ואם בדרך של פסק-דין סופי – ונפטר לאחר מכן, עוברות זכויותיו ליורשיו, ואלה יזכו בסכומי הפיצויים המגיעים לניזוק. אך מה הדין אם הנזוק לא הספיק לממש את זכויותיו בטרם נפטר? מצב דברים זה עשוי לקרות מקום שהניזוק נפטר במהלך משפט הנזיקין. לעתים מעשה הנזיקין הוא כה חטוף, עד שעובר פרק זמן קצר ביותר בין הפגיעה לבין המוות. במצבים אלה, קמה ועומדת השאלה, אם עומדת להם ליורשים זכות כלפי המזיק. תשובתה של פקודת הנזיקין, כפי שפורשה על-ידי הפסיקה, היא בחיוב.<sup>181</sup> עם פטירת הנזוק, עוברות זכויותיו לעזובו. "העזובון משול לראי מלוטש אשר אין לו משלו, ומה שיש בו, אינו אלא השתקפות זכויותיו של המנוח בטרם מותו".<sup>182</sup> גישה זו ברורה היא אם עבר פרק זמן בין מעשה הנזיקין (וגיבוש הזכות) לבין המוות. גישה זו מעוררת קושי מקום שמעשה הנזיקין גרם מיידית למוות. על קושי זה התגברה הפסיקה בקבעה "כי בכל פצעי-מוות, ואפילו המהירה והיעילה ביותר, עובר תמיד שיעור זמן מסוים, ולו יהא רק החלק האינפיניטיסימאלי של דקה אחת בלבד, בין המעשה לבין התוצאה שלו, ובאותו חלקיק זמן פעוט שבפעוטים נתונה זכות התביעה לנפגע עצמו, המוריש אותה לאחר מכן ליורשיו בתוקף ההוראה החוקית הנ"ל".<sup>183</sup> על כן נפסק כי היורשים זכאים לפיצויים בגין אבדן תוחלת החיים של ניזוק שנפטר מיידית בעקבות המוות.<sup>184</sup>

העיקרון, כי זכות שנתגבשה בידי הנזוק בחייו, אם בדרך של פשרה ואם בדרך של פסק-דין, עוברת ליורשיו, הוא עיקרון רצוי, ואין אני מציע לשנותו. אך האם רצוי הוא

179 סעיף 6 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, וכן תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), תשל"ח-1978, ק"ת 706. השווה גם סעיף 48 לפקודת הנזיקין.

180 בעיית התשלום העתי אינה מוגבלת לדיני הנזיקין. עקרונית ניתן לנקוט דרך זו גם במקרים מתאימים של אחריות אזרחית אחרת, כגון אחריות בגין הפרת חוזה.

181 סעיף 19 לפקודת הנזיקין. בכך סתה הפקידה מגישתו הקלאסית של המשפט המקובל לפיה *actio personalis moritur cum persona*.

182 דברי השופט זאבי בת"א (י-ם) 472/79 עזובון המנוח מרוכס נ' מז, לעיל הערה 112, כע' 204. ראה גם ע"א 227/54 חמאוי נ' "סולל בונה" בע"מ, פ"ד ט 339, 343.

183 דברי השופט זילברג בע"א 148/53 פנץ, ואח' נ' פלדמן, ואח', פ"ד ט 1711, 1721.

184 ראה 826 A. C. [1973] *Rose v. Ford*; 786 K. B. [1938] *Morgan v. Scoulding*.

להעניק ליורשים את זכויותיו של הניזוק, מקום שהמוות בא על הניזוק בטרם מימש את זכותו? המוצדק הוא לפצות את היורשים בגין כאב וסבל של המנוח עד ליום פטירתו?<sup>185</sup> האם רצוי להעניק ליורשים זכות בגין אבדן תוחלת חיים של המנוח? היש לפצות את היורשים בגין אבדן ההשתכרות ב"שנים האבודות"?<sup>186</sup> אלה הן שאלות של מדיניות משפטית. בעוד שבמסגרתה של הפסיקה יש לשמור על סימטריה בין הניזוק החי לבין הניזוק המת,<sup>187</sup> שכן הוראת הפקודה היא שכל זכות שנתגבשה אצל החי עוברת למת, הרי במסגרתה של חקיקה חדשה ניתן לחשוב על שבירתה של סימטריה זו. כך למשל, ניתן לחשוב כי היורשים לא יקבלו פיצוי בגין הנזק הלא-רכושי שהוא אישי לניזוק, כגון כאב וסבל ואבדן תוחלת חיים.<sup>188</sup> בדומה, ניתן להצדיק הבחנה בין הניזוק החי לבין הניזוק המת לענין תשלום פיצויים בגין אבדן השתכרות, ב"שנים האבודות".<sup>189</sup> נראה לי, כי לשאלות אלה אין ליתן פיתרון תיאורטי א-פריורי. אם לא תעשה כל רפורמה כדיני הפיצויים בנוקדי גוף, לא הייתי מציע לשנות את הדין הקיים, לענין זכות היורשים. לעומת זאת, אם תיעשה רפורמה כללית בתחום זה, כי אז יהא מקום לאיזונים שונים במסגרתה של אותה רפורמה. במסגרת איזונים אלה ניתן לחשוב על השינויים שצייגתי.

## 2. זכויות התלויים

גישתו המסורתית של המשפט המקובל האנגלי היתה, כי מותו של פלוני אינו מעניק, כשלעצמו, זכות בנוזיקין לאלמוני. זהו הכלל הידוע בפרשת *Baker v. Bolton*,<sup>190</sup> והוא המקור לאמרה הידועה כי במשפט המקובל זול יותר לגרום למותו של אדם מאשר לפציעתו.<sup>191</sup> פקודת הנוזיקין סטתה מגישה עקרונית זו, כאשר קבעה הוראה מפורשת לפיה "בן-זוג, הורה וילדיו" של הניזוק זכאים לפיצויים מאת המזיק בגין הפסד הממון אותו

Harper and James, *The Law of Torts* (Boston, 1956) Vol. II 1334; H. Street, *supra* note 8, at 185 p. 143; J.G. Fleming, *supra* note 110

186 לשאלה זו ראה J.A. Street, *supra* note 8, at p. 147; H. McGregor, *supra* note 62, at p. 81; J.A. Jolowitz, *supra* note 124

187 ראה ע"א 295/81, לעיל הערה 37.

188 פיתרון זה מקובל במספר מדינות: ראה J.G. Fleming, *The Law of Torts* (London, 5th ed., 1977) 662; W.F. Bowker, "The Uniform Survival of Actions Act" 3 *Alberta L. R.* (1962-1964), 197; H. McGregor, *supra* note 62

189 זהו הדין בסקוטלנד: ראה Damages (Scotland) Act 1976, ועל תוצאה זו המליצה ועדת פירסון, לעיל הערה 9, בע' 129, וה-Law Commission, לעיל הערה 9, בע' 29.

190 ראה 1033 E. R. 493; 1 Camp. [1808] *Baker v. Bolton*

191 להיסטוריה של הכלל, ראה F. Pollock, 611; P. H. Winfield, *On Tort* (London, 8th ed., 1967) 611; F. Pollock, 53 *Pollock's Law of Torts* (London, 15th ed., 1956)

"סבלו" או "יסבלו", ובלבד שהניזוק עצמו "זכאי אותה שעה לפיצויים".<sup>192</sup> בכך נוצרה זכות סטאטוטורית עצמאית לתלויים במנוח לקבלת פיצויים בגין נזק הממון שנגרם להם. התפתחות היסטורית זו חשובה היא, שכן היא מנעה הכרה בזכות התלויים במנוח כזכות עצמאית במסגרת העוולות המוכרות בפקודת הניזוקין. כך, למשל, ניתן היה לסבור כי מזיק צריך לקחת בחשבון, במסגרת עוולת הרשלנות, כעלול להיפגע, לא רק את הניזוק עצמו (בגין הנזק הפיזי שנגרם לו) אלא גם את התלויים בו (בגין הנזק הכספי שנגרם להם).<sup>193</sup> דרך זו שוב אינה פתוחה כיום, שכן את זכות התלויים במנוח יש לקיים אך במסגרת ההסדר הסטאטוטורי המיוחד שנקבע בענינם. השאלה היא, אם הסדר זה מניח את הדעת? שאלה זו סבוכה היא, שכן זכות התלויים מעוררת בעיות בהיקף נרחב, הדומות לעתים לבעיות המתעוררות לענין זכותו של הניזוק החי.<sup>194</sup> במסגרת רשימה זו ברצוני לעמוד על שלוש סוגיות אלה:

- א. התלויים זכאים לפיצוי אך בגין "הפסד ממון" שנגרם להם. אין התלויים זכאים לפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני שנגרם להם, כגון כאב וסבל על מות יקירם. אינני רואה כל צידוק להגבלה זו.<sup>195</sup> יש מקום, לדעתי, לפצות את התלויים גם בגין נזק זה.<sup>196</sup> לשם כך דרושה, כמובן, התערבות חקיקתית.
- ב. התלויים במנוח הזכאים לפיצויים הם: בן הזוג, הורה וילד. אלה ותו לא. באנגליה הורחבה במקצת רשימה זו, באופן שהיא כוללת גם את, אחות, זוד, זודה וצאצאיהם.<sup>197</sup> הרחבה מקבילה, ואולי אף רחבה ממנה, יש לבצע גם אצלנו.
- ג. עמדנו על בעיית הפיצויים בגין ה"שנים האבודות". על פי ההלכה המקובלת אצלנו לא יזכה הניזוק החי בפיצויים בגין אבדן ההשתכרות בשנות "אי החיים", וממילא גם עובונו אחריו לא יזכה לכל פיצוי. התוצאה המעשית היא, פגיעה קשה בתלויים. מצב דברים זה מחייב חקיקה דחופה. כפי שראינו, קיימת הצעה להעניק זכות לפיצויים לניזוק החי (אך לא לעובדו), תוך קביעת הסדרים המבטיחים כי כספי הפיצויים יעמדו לרשות התלויים עם מותו, באופן שהניזוק לא יכול לעשות בהם שימוש בחייו ובכך לפגוע בקרן הקיימת לטובת התלויים. ישנם, כמובן, פתרונות נוספים,<sup>198</sup> אשר אף הם מחייבים מעשה חקיקה. חקיקה זו רצוי לה שתבוא בהקדם, וזאת בעיקר לשם הגנה על זכויות התלויים. אלה האחרונים אינם מהווים קבוצת לחץ, וללא התערבות חקיקתית יזומה אין להניח כי יבוא לחץ חיצוני כלשהו להגנתם של אלה.

192 סעיפים 78-80 לפקודת הניזוקין.

193 סעיף 36 לפקודת הניזוקין. כן נמנעה במשפט האנגלי התפתחות העוולה בדבר אבדן שירותים.

194 כגון, הערכת ערך התלות, התחשבות בהטבות, שנות התלות של האלמנה וכיוצא בהם.

195 זו גם דעתה של ועדת פירסון, לעיל הערה 9, בע' 97.

196 יתכן שיש לצמצם אב-נזק חדש זה, באופן שהפיצוי יינתן רק לתלויים קרובים, כגון בן-זוג,

ילדים והורים. זהו הדין בסקוטלנד: ראה (4) sec. 1 Damages (Scotland) Act 1976.

197 ראה ה" (3) sec. 1 Fatal Accidents Act 1976.

198 ראה ה" Law Commission, לעיל הערה 9, בע' 18 ואילך.



## יא. הצעה לעתיד

דומה ששוב אין צורך בהוכחה, כי הערכת הנזק בנוקי גוף וקביעת הפיצוי – מדע הוא. אין זה מדע מדויק. זהו מדע המבוסס על חוסר-ודאות. אך גם מדע זה – מדע הוא. בתי המשפט קבעו עקרונות וכללים, על פיהם נעשית ההערכה. חלקם של אלה מובנים הם וטבעיים. חלקם של אלה אינם אלא בחירה מודעת בין דרכי פעולה שונות. שיקולים של מדיניות משפטית נוטלים חלק נכבד בהכרעה הסופית. זו אינה נובעת מאליה. רבות הן השאלות הדורשות עיון ובחינה: היש מקום לשנות את בסיס האחריות עצמה, ועימה את שיטת החישוב של הפיצויים? היש מקום להמשיך בהפחתת הפיצויים בגין אשם תורם? האם מטרת הפיצויים היא השבת המצב לקדמותו בלבד? האין לפיצויים מטרות אחרות? האם יש להעניק פיצוי "מלא" או שמא רק פיצוי "הוגן"? הרצוי הוא שקריטריון לתשלום הפיצויים יהא זהה לכל המזיקים, בלי קשר למניעיהם וליכולתם לפזר את הנזק? האם הגישה האינדיווידואלית הטהורה השלטת בדיני הפיצויים בנוקי גוף רצויה היא? האין לנקוט שיטת התעריפים והגבולות הסטאטוטוריים העליונים? האין זה רצוי לקבוע תעריף לענין הכאב והסבל? האם המבחנים לפיצויים במערכות אחרות אינם צריכים להשפיע על המבחנים המקובלים בדיני הנזיקין? המוצדק הוא פיצוי שונה לנפגע בתאונות שונות? הרצוי הוא כי הסבירות בלבד תהא מבחן פנימי להגבלת ההוצאות? האם רצוי הוא כי רשימת אבות-הנזק לא תהא מוגבלת? המוצדק הוא כי ישולם פיצוי בגין הפסד השתכרות, מקום שהניזוק הוא "צמח" ועל כן לא יוכל להנות ממלוא הכנסתו? היש לפצות בגין ה"שנים האבודות"? מהי מטרת הפיצוי בנוק הלא-רכושי? היש לפצות אדם שאיבד הכרתו וזו לא חזרה אליו? היש להכיר באב-נזק עצמאי ונפרד של אבדן הנאות החיים? מה דינם של "ילדי גן-עדן"? הרצוי לפצות היורשים בגין אבדן תוחלת החיים של המנוח? מה דין מס ההכנסה והפיצויים? כיצד יש להתחשב בטובות הנאה שהניזוק מקבל מצד שלישי? כיצד יש לקבוע את היחס בין המערכת הנזיקית לבין מערכות אחרות אחרות? הרצוי הוא לקבוע הסדר סטאטוטורי מקיף לענין תשלום פיצויים עתיים? האין מקום לצמצם את זכות היורשים, מקום שהמוריש נפטר בטרם מימש את זכותו? הרצוי הוא לפצות היורשים בגין כאב וסבל של המוריש? היזכו לפיצויים בגין אבדן ההשתכרות של המורישים בשנות "אי החיים"? האין להכיר בעצמאותה הגמורה של זכות התלויים, באופן שלכל תלוי ינתן פיצוי בגין כל נזק שנגרם לו?

בכל השאלות הללו נקטתי עמדה ברשימתי זו. בטוח אני כי בכל אחת מהבעיות הללו עשויות להיות להיות גישות שונות. כפי שאמרת, השאלה היא שאלה של מדיניות משפטית, ומטבע הדברים שבענינים אלה יש לאנשים שונים, גישות שונות. הסוגיה עצמה חשובה היא ומהותית. לא אטעה אם אומר כי במרכז דיני הנזיקין היום שוב לא עומדת שאלת האחריות, אלא שאלת הפיצוי. רבים מהפתרונות, אשר על פיהם אנו נוהגים כיום, מבוססים על השקפות ודעות שנתגבשו במאה התשע-עשרה. זמן רב מדי עבר, בלא שיהא בהם עיון מחדש, התייחסות מחודשת ומחשבה חדשה. ודאי שבתי המשפט, בפסיקתם היומיומית, חייבים לעשות בחינה זו. אך להליך השיפוטי מגבלות ברורות. הראיה הכוללת היא בידי הרשות המחוקקת. במספר מקרים אין כל אפשרות לשינוי בלא שיבוא

שינוי חקיקתי. בנסיבות אלה בא אני להציע כי הערכת הפיצויים בנזקי גוף תיבחן מחדש במגמה להכין דין פיצויים חדש, אשר יקבל לבוש סטאטוטורי. יהא זה חוק פיצויים חדש אשר יוגש לכנסת בעקבות פעולתה של ועדת מומחים. במסגרת זו, ותוך ראייה כוללת, ניתן יהא לבצע איזונים ושיכלולים, אשר בעקבותם יבוא דין פיצויים מודרני וראוי לישראל. דומה שאנו זקוקים לכך, ויפה שעה אחת קודם.