

השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?

מאת

נילי קרקו אייל*

עקרון השבת המצב לקדמותו הוא העיקרון שלפיו יש לפסוק לניזוק פיצוי שיעמידו במצב שבו היה נתון אלמלא העוולה. לעיקרון זה מעמד של עקרון יסוד בדיני הפיצויים בישראל, והוא מנחה את בתי המשפט בבואם לקבוע את הפיצוי עבור נזקי גוף.

כמה פסקי דין שניתנו בעשור האחרון בבית המשפט העליון – פסק הדין בעניין המר, פסק הדין בעניין אבו חנא ופסק הדין בעניין פלוני – מעלים את השאלה אם מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי נחלש. שאלה זו היא העומדת במרכז המאמר.

בניסיון לענות על שאלה זו יעסוק המאמר בשתי שאלות: הראשונה, אם ההחלטות שלעיל אכן סוטות מעקרון השבת המצב לקדמותו; השנייה, מהן התמורות הכלליות שחלו במעמדו של העיקרון במשפט הישראלי, טרם ההחלטות האמורות ולאחריהן.

אטען כי עיון מעמיק בהחלטות אלה מלמד שאף בתי המשפט לא התעלמו מהביקורת שהוטחה בעקרון השבת המצב לקדמותו, מעמדו של העיקרון כעקרון יסוד נשמר אף במסגרתן. סקירת התמורות הכלליות שחלו ביישומו של עקרון השבת המצב לקדמותו תחזק את טענתי כי מעמדו של העיקרון לא התערער בשנים האחרונות. כך, אראה כי סטיות מודעות ומכוונות מהעיקרון אינן תופעה חדשה למשפט הישראלי או כזאת המוגבלת לעת האחרונה. אוסיף ואטען כי היקפן של הסטיות מעקרון השבת המצב לקדמותו לא גדל בשנים האחרונות, וכי בשני העשורים האחרונים אלה דווקא צומצמו או שהרחבתן נמנעה. הטענה בדבר מעמדו האיתן של העקרון תתמך, נוסף על כך, במגמה העקיבה להרחבת זכאותם של תובעים לפיצוי בגין נזקי גוף, אשר יסודה בשאיפה לפצות את הניזוק על מלוא נזקו. הרחבה זו נעשתה, כך אטען,

* ד"ר למשפטים, מרצה בכירה, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למנהל.

ברצוני להודות לפרופ' תמר גדרון על הערותיה המעמיקות לגרסה מוקדמת של מאמר זה, וכן למשתתפי הכנס הציבורי של האגודה למשפט פרטי, "פיצויים בדיני הנזיקין: ממון ומוסר", שתובנותיהם תרמו רבות למאמר. עוד אבקש להודות לעו"ד תמיר שאנן, שסייע לי בהבנת רזי דיני המסים, הבנה שנוקתית לה לשם כתיבת אחד מחלקי המאמר.

באמצעות הכרה בראשי נזק חדשים; בביטולן או צמצומן של הלכות יסוד בדיני הפיצויים; בפסיקת פיצויים גבוהים יותר עבור נזקים לא ממוניים. דברים אלה יובילו למסקנה שאף שבתי המשפט והמחוקק היו נכונים לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו, אם נמצאה ההצדקה לכך, עיקרון זה היה ונתור עקרון יסוד בדיני הפיצויים במשפט הישראלי.

1. מבוא. 2. עקרון השבת המצב לקדמותו – מבט כללי; א. מהות העיקרון וגבולותיו; ב. עקרון השבת המצב לקדמותו – מבט תאורטי. 3. עקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה במשפט הישראלי. 4. עקרון השבת המצב לקדמותו בפסיקה החדשה: עניין המר, עניין פלוני ועניין אבו חנא; א. פסק הדין בעניין המר; (1) הכרעת בית המשפט ונימוקיה; (2) הכרעת בית המשפט ועקרון השבת המצב לקדמותו; ב. פסק הדין בעניין אבו חנא; (1) הכרעת בית המשפט ונימוקיה; (2) השתקפות עקרון השבת המצב לקדמותו בהכרעת בית המשפט – ניתוח דסקריפטיבי; (3) הכרעת בית המשפט: יישום עקרון השבת המצב לקדמותו או סטייה מהעיקרון – ניתוח ביקורתי; (4) סיכום ביניים; (5) הלכת אבו חנא בפסיקה מאוחרת; ג. פסק הדין בעניין פלוני; (1) הכרעת בית המשפט ונימוקיה; (2) השתקפות עקרון השבת המצב לקדמותו בהכרעת בית המשפט – ניתוח דסקריפטיבי; (3) הכרעת בית המשפט: יישום עקרון השבת המצב לקדמותו או סטייה מהעיקרון – ניתוח ביקורתי; ד. סיכום. 5. תמורות כלליות במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי; א. כללי; ב. סטיות מודעות ומכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו; (1) פיצויים עונשיים; (2) הגבלת זכותם של תלויים לפיצוי על נזק ממוני; (3) התעלמות מהשלכות מס ההכנסה; (4) הגבלת הפיצוי באמצעות הסדרים סטוטוריים; (5) סיכום; ג. עקרון השבת המצב לקדמותו והמגמה של הרחבת זכותם של ניזוקים לפיצוי. 6. סיכום – עקרון השבת המצב לקדמותו: עקרון יסוד או עיקרון שאבד עליו כלה?

1. מבוא

עקרון השבת המצב לקדמותו הוא העיקרון שלפיו יש לפסוק לניזוק פיצוי שיעמידו, ככל הניתן באמצעים כספיים, במצב שבו היה נתון אלמלא מעשה העוולה.¹ עיקרון זה חולש על דיני הפיצויים בנזיקין, וככלל מתווה את אופן חישובו של הפיצוי התרופתי.²

1 ראו: Bruce Chapman, "Wrongdoing, Welfare and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice", *Philosophical Foundation of Tort Law* (David G. Owen ed., 1995) 409, p. 409 (להלן – Chapman); Ellen S. Pryor, "Rehabilitating Tort Compensation", 91 *Geo. L.J.* (2003) 659, pp. 663–664 (להלן – Pryor, Rehabilitating Tort Compensation); אהרן ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", *עיוני משפט ט* (תשמ"ג) 243, בעמ' 249–251 (להלן – ברק, הערכת הפיצויים); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, בעמ' 772 (1982) (להלן –

לעקרון השבת המצב לקדמותו מעמד של עקרון יסוד גם בדיני הפיצויים במשפט הישראלי.³ עם זאת כמה פסקי דין שניתנו בעשור האחרון בבית המשפט העליון – פסק הדין בעניין המר,⁴ פסק הדין בעניין אבו חנא ופסק הדין בעניין פלוני – מעלים את השאלה אם מעמדו של העיקרון נחלש. שאלה זו היא העומדת במרכזה של רשימה זו. לדיון בשאלה אם מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו נחלש בשנים האחרונות⁵ חשיבות, בראש ובראשונה, מאחר שהוא צפוי לספק נקודת מבט דוקטרינרית-עדכנית באשר להתפתחותם של דיני הפיצויים במשפט הישראלי. החשיבות שיש לדיון בשאלה זו מתעצמת על רקע ספרות תאורטית המבקרת את התפיסה שלפיה בהערכת הפיצוי הנזיקי-תרופתי ינחה את בתי המשפט עקרון השבת המצב לקדמותו.⁶ על רקע ביקורת זו עולה השאלה באיזו מידה וכיצד השפיעה ביקורת זו על התמורות שחלו בעקרון השבת

- עניין נעים); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, בעמ' 26 (להלן – עניין אבו חנא); ע"א 1952/11 אבו אלהוא נ' עיריית ירושלים, פסקה 7 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין אבו אלהוא).
- 2 לקשר בין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין דיני הפיצויים בנוזיקין בכלל ולפיצוי התרופתי בפרט, ראו: John C. P. Goldberg, "Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full", 55 *DePaul L. Rev.* (2006) 435 p. 435; Chapman; Compensation", 55 *DePaul L. Rev.* (2006) 435 p. 435; Pryor, Rehabilitating Tort Compensation; 9 לעיל הערה 1, בעמ' 660–661. אף שעקרון השבת המצב לקדמותו נקשר בדרך כלל לדיני הנזיקין, זהו עיקרון מנחה של כלל דיני התרופות. ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ט) בעמ' 22–23. הפיצוי התרופתי הוא אחד ממיני הפיצויים הנפסקים בדיני הנזיקין. בצדו עומדים "הפיצוי הנומינלי", "הפיצוי העונשי" ו"הפיצוי המוגבר". הפיצוי הנומינלי הוא פיצוי הנפסק לתובע בהיעדר נזק ממשי, בעוולות שבהן נזק אינו תנאי להטלת אחריות, והוא מבטא את הפרת זכותו המשפטית של הנזוק. ראו: Simon Deakins, Angus Johnson and Basil Markesinis, *Tort Law* (6th ed. 2008) p. 943 של הפיצוי העונשי והפיצוי המוגבר יוקדש דיון נפרד בהמשך.
- 3 ראו: ברק, הערכת הפיצויים, לעיל הערה 1, בעמ' 249–250; עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, בעמ' 26; ע"א 8673/02 פורמן נ' גיל, פ"ד נח(2) 375 (2004); ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, בעמ' 80 (1997); ע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבו, פ"ד נ(1) 675, בעמ' 687 (1996) (להלן – עניין סורוקה) ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310, פסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2006) (להלן: עניין פלוני 11152/04); ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, בעמ' 618 (2001).
- 4 ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין המר).
- 5 כמונח הכללי "השנים האחרונות", שישמש אותי לאורך הרשימה כולה, אני מתייחסת לתקופה שמשנת 2000 ואילך. לעומת זאת המונח "השנים המוקדמות" מתייחס לתקופה שלפני שנת 2000.
- 6 לספרות התאורטית הענפה שעוסקת בביקורת עקרון השבת המצב לקדמותו, ראו להלן, פרק ראשון.

המצב לקדמותו במשפט הישראלי. דיון זה יתרום להבנת היחס שבין הדין הישראלי לספרות התאורטית הביקורתית העוסקת בנושא.

על אף החשיבות הרבה שיש לדיון בהצדקות לעקרון השבת המצב לקדמותו ובביקורות שהוטחו בו, דיון תאורטי מסוג זה אינו אחת ממטרות המאמר. אף הדיון במידה שבה דיני הנזיקין מהווים מנגנון יעיל לפיצוי ניזוקים חורג ממטרת הרשימה. עם זאת מקומו של דיון תאורטי בהצדקות לעיקרון ובביקורות שהוטחו בו לא יפקד לחלוטין מהרשימה. אם סטתה הפסיקה מעקרון השבת המצב לקדמותו, יבקש הדיון לעמוד על ההצדקות התאורטיות שהוצגו לכך.

מתן מענה לשאלה העומדת במרכזה של רשימה זו דורש התייחסות לשתי שאלות משנה: הראשונה, אם ההחלטות שניתנו בעניין המר, פלוני ואבו חנא אכן סוטות מעקרון השבת המצב לקדמותו; השנייה, מהן התמורות הכלליות שחלו במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי טרם ניתנו ההחלטות האמורות ולאחר שניתנו. בחינת ממצאי הדיון בכל אחת מסוגיות אלה, יחד ובנפרד, תאפשר התייחסות לשאלה הכללית שעליה מבקש המאמר לענות.

הדיון ברשימה זו, ראוי להקדים ולציין, מוגבל לתביעות לפיצוי על נזקי גוף. הבחירה להתמקד בסוג אחד של תביעות, במקרה זה תביעות לפיצוי על נזקי גוף, נובעת משני טעמים: האחד, ניתן להניח שלאופי הנזק שבגיננו נתבע פיצוי – נזק גוף, נזק לרכוש, נזק כלכלי טהור, עגמת נפש, נזק לשמו הטוב של אדם, פגיעה בזכותו של אדם לאוטונומיה – ובהמשך לכך לאופי האינטרס המוגן אפשר שתהיה השפעה על השיקולים המובאים בחשבון בהערכת הפיצוי, ומכאן על מעמדו והיקפו של עקרון השבת המצב לקדמותו. ממילא עולה מדברים אלה שתמורות שחלו בעקרון השבת המצב לקדמותו בהקשר של סוג אחד של נזקים אינן מעידות בהכרח על תמורות במעמדו של העיקרון בהקשרים אחרים.⁷ יש אפוא הצדקה להתמקדות הדיון בסוג אחד של נזקים. השני, תביעות לפיצוי על נזקי גוף הן נתח ניכר מסך התביעות המוגשות בדיני הנזיקין. מכאן שלבחינת מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו בתביעות מסוג זה חשיבות מיוחדת.

חמישה פרקים למאמר מלבד המבוא. הפרק השני יציג מבט כללי על עקרון השבת המצב לקדמותו ויעסוק במהות העיקרון, בגבולותיו האינהרנטיים, בהצדקות התאורטיות

7 הוכחת טיעון זה דורשת השוואה בין מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו בתביעות לנזקי גוף למעמדו של העיקרון בתביעות נזיקיות אחרות. השוואה זו דורשת מחקר רחב מזה שבוצע לצורך מאמר זה והיא חורגת ממטרותיו. לפיכך אסתפק בדוגמה אחת על מנת להמחיש טיעון זה והיא מקרים שבהם נדרש פיצוי עבור פגיעה בשמו הטוב של אדם או בזכותו לאוטונומיה. במקרים מסוג זה לאופיו הערטילאי של האינטרס שנפגע השפעה, בלתי נמנעת, על מעמדו ועל אופן יישומו של עקרון השבת המצב לקדמותו, משום שקביעת ערכו של האינטרס שנפגע, הערכת מידת הפגיעה בו וכימותה לכדי מונחים כספיים קשה. על כך, ראו: תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר, "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית", משפטים מג (תשע"ג) 453, בעמ' 462–463.

לעקרון ובביקורות שהוטחו בו. חשיבותו של פרק זה בהצגת מושגי יסוד רלוונטיים, בתחימת גבולות הדיון ובהצבת המסגרת התאורטית שתשמש אותי בהמשך. הפרק השלישי יעסוק במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה בדיני הפיצויים בפסיקה הישראלית. הפרק הרביעי יבחן את מעמדו של העיקרון בפסיקה החדשה, ועניינו שלושה פסקי דין העומדים במרכזה של רשימה זו – פסק הדין בעניין המר, פסק הדין בעניין אבו חנא ופסק הדין בעניין פלוני. בפרק זה אבקש לבחון אם איזה מפסקי דין אלה סוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו אם לאו, ואיזה מעמד ניתן לעיקרון בכל אחד מפסקי דין אלה. בפרק החמישי אציג את התמורות הכלליות שחלו בעקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי בששת העשורים האחרונים. שתי תופעות תוצגנה בחלק זה: סטיות מכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו והרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי בהתבסס על עקרון השבת המצב לקדמותו. בד בבד עם הצגת גישת הפסיקה הישראלית בפרק השלישי, הרביעי והחמישי ייבחן הבסיס התאורטי ששימש את המחוקק או את בתי המשפט בהכרעותיהם. כך אבקש לקשור בין הדיון התאורטי שייערך בפרק השני של המאמר לבין הדיון הדוקטרינרי שייערך בחלקיו האחרים ולבחון איזה מקום היה להצדקות לעיקרון ולביקורות שהוטחו בו בספרות על מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו בפסיקה הישראלית. את הרשימה יחתום הפרק השישי, שיסכם את ממצאי המחקר ויצג את מסקנותיי.

2. עקרון השבת המצב לקדמותו – מבט כללי

דיון במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי אינו יכול להיעשות מבלי שתקדם לו התייחסות למהות העיקרון וליסודותיו התאורטיים. לפיכך יוקדש פרק זה לדיון בתוכנו של העיקרון, בגבולותיו ובקשיים ביישומו, בבסיסו התאורטי ובביקורות שהוטחו בו.

א. מהות העיקרון וגבולותיו

כאמור, לפי עקרון השבת המצב לקדמותו יש לפסוק לניזוק פיצוי שיעמידו במצב שבו היה נתון אלמלא מעשה העוולה. בהתאמה, על פי עקרון זה לשם זיהוי האבדן שסבל הניזוק והערכת הפיצוי שלו הוא זכאי, יש להשוות את מצבו אלמלא העוולה למצבו בעקבות העוולה.⁸

8 ראו: עניין פלוני 11152/04, לעיל הערה 3, פסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 3222/10 ביטוח ישיר חברה לביטוח בע"מ נ' פלוני, פסקה 24 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין פלוני 3222/10).

הבנת מהותו של העיקרון דורשת, בראש ובראשונה, הבהרה כי אין לפרשו כפשוטו. על אף השימוש במונח "השבה", אין בפיצוי הנפסק כדי להשיב בפועל את מצבו של הניזוק למצב שבו היה נתון אלמלא העוולה. השבה מסוג זה אינה אפשרית. הפיצוי אינו יכול למחוק את האירוע הנזיקי או לבטל את מלוא השלכותיו השליליות. הוא אינו יכול להשיב לניזוק את הכושר להשתכר או את שנות החיים שאבדו לו, ואף לא להעלים לחלוטין את תחושת הכאב והסבל שהוא חווה. לכן פורש העיקרון כמי שמכוון להעמיד את הניזוק, בקירוב ובערך, וככל שניתן במונחים כספיים, במצב שבו היה נתון אלמלא העוולה.⁹

בהמשך להבהרה זו ראוי לבחון את מהותו של עקרון השבת המצב לקדמותו בקשר לשני סוגים של פיצוי תרופתי: "פיצוי שווה ערך" (Equivalent Compensation) ו"פיצוי תחליפי" (Substitute Compensation). מקור הבחנה זו באופיו של הפיצוי מחד גיסא, ובאופיים של הנזקים שעבורם נדרש הפיצוי, מאידך גיסא. כאשר הפיצוי ניתן על השלכותיו הכלכליות השליליות של הנזק, הפיצוי שווה ערך למה שאבד לניזוק או לפחות שואף להיות כזה. בהתאמה, במקרים מסוג זה יישומו של עקרון השבת המצב לקדמותו מתיימר להביא לתוצאה שתואמת במידה רבה את מהות העיקרון כפשוטו – השבת מצבו של הניזוק לקדמותו מבחינה כספית.¹⁰ פיצוי מסוג זה נקרא "פיצוי שווה ערך", והוא נפסק עבור נזקים ממוניים, בעבר ובעתיד, למשל: אבדן כושר השתכרות; הוצאות רפואיות, הוצאות סיעוד, הוצאות התאמת דיור; אובדן תמיכה של התלויים. לעומת זאת כאשר השלכותיו של הנזק אינן כלכליות, הפיצוי הנפסק לניזוק אינו שווה ערך למה שאבד, בין משום שאי אפשר להשיב את מה שאבד ובין משום שמה שאבד אינו בעל ערך כספי ישיר (למשל, חיים ארוכים ונטולי כאב). לכן הפיצוי הוא תחליף בלבד לאשר אבד לניזוק. במקרים מסוג זה החלת עקרון השבת המצב לקדמותו אינה צפויה להביא בפועל לחיקון נזקיו של הניזוק כי אם לגילום רעיוני של נזקו בדמות תשלום כספי. פיצוי מסוג זה נקרא "פיצוי תחליפי", ובגדרו באים פיצויים עבור נזקים שאינם ממוניים, למשל: כאב וסבל; צער; עגמת נפש; קיצור תוחלת חיים; פגיעה בזכות לאוטונומיה.¹¹

9 ראו: ברק, הערכת הפיצויים, לעיל הערה 1, בעמ' 250–251; Richard Abel, "General Damages Are Incoherent, Incalculable, Incommensurable, and Egalitarian (But Otherwise A Great Idea)", 55 *DePaul L. Rev.* (2006) 253, pp. 258–259 (להלן – Abel, General Damages); Goldberg, לעיל הערה 2, בעמ' 435. פרשנות זו למונח אומצה גם בפסיקה, ראו למשל: עניין סורוקה, לעיל הערה 3, בעמ' 687–688.

10 לא בכדי השתמשתי במונח "מתיימר". כפי שנראה בהמשך, יישומו של עקרון השבת המצב לקדמותו נתקל בקשיים גם כאשר עסקינן בנזקים ממוניים.

11 להבחנה זו ראו: Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (7th ed., 2006) pp. 412–413. להבחנה דומה, ראו: עניין פלוני 11152/04, לעיל הערה 3, פסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

אף שעקרון השבת המצב לקדמותו הוא עיקרון מנחה בדיני הפיצויים, מאפיינים של ההליך המשפטי בכלל ושל ההליך הנזיקי בפרט יוצרים מגבלות אינהרנטיות שאינן מאפשרות להגשים את מטרתו במלואה. מגבלות אלה אינן פרי החלטה מכוונת של הרשות השופטת או המחוקקת לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו. הן תולדה משנית של נסיבות הכרחיות או של עקרונות משפטיים שאינם נזיקיים. חלקן הכרחיות ובלתי נמנעות, ולאחרות תימוכין בשיקולים של יעילות, ודאות וחופש הפרט. ככאלה הן שכיחות גם במשפט הישראלי ואינן ייחודיות לו. מאחר שסטיות מסוג זה אינן תולדה של החלטה מכוונת לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו, תרומתן לדיון מוגבלת. עם זאת שלמות הדיון דורשת התייחסות קצרה לגורמים לסטיות מסוג זה.¹²

על המגבלות האינהרנטיות לעקרון השבת המצב לקדמותו שאינן מאפשרות להגשים את מטרתו ניתן להזכיר למשל את חוסר היכולת לגבות פיצוי מהמזיק, משום שזה חסר משאבים כלכליים, חסר ביטוח אחריות או אינו ניתן לאיתור, דבר הצפוי להותיר את הנזק על כתפי הניזוק.¹³ בזבוז כספי הפיצוי על ידי הניזוק ומשפחתו או השקעה לא נבונה של כספי הפיצוי עלולים אף הם להותיר בידי הניזוק סכום נמוך מכפי הדרוש לו ואף לכלות את כספי הפיצוי לחלוטין.¹⁴ זאת ועוד, במסגרת הליכי פשרה עשוי הניזוק להסכים לקבל פיצוי בסכום נמוך מכפי הנזק שנגרם לו.¹⁵ בכל אחד ממקרים אלה מצב הדברים לאחר

12 כשמאפיינים אלה של ההליך המשפטי נגזרים מכלליה של שיטת משפט נתונה, יתמקד הדיון בשיטת המשפט הישראלית.

13 ראו: John G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts* (1985) p. 180.

14 על חששות אלה לגורל כספי הפיצוי עמד למשל בית המשפט בעניין המר. ראו: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 75 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין. ראו גם: Cane, לעיל הערה 11, בעמ' 161; Markesinis; לעיל הערה 2, בעמ' 967. ככלל, כאשר עסקינן בניזוק בגיר וכשיר כספי הפיצוי מופקדים בידי, ובית המשפט אינו מפקח על שימוש בכספים אלה. כאשר עסקינן בקטין או בפסול דין, מופקדים כספי הפיצוי בידי אפוטרופוסיו. חירותם להשתמש בכספי הפיצוי עשויה להיות מוגבלת מכוח הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962. קריאות למחוקק להסמיך את בתי המשפט לכלול בפסק דינם הוראות לעניין השימוש בכספי הפיצויים, במקרים של ניזוק קטין, נשמעו בוועדת מצא ובפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין המר (ראו – דוח הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה" (2012), בעמ' 62 (להלן – דוח ועדת מצא); עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 75 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין. בעניין המר אף הביע בית המשפט תקווה כי עד אשר יאומצו כללים מסוג זה, יפתחו בתי המשפט את המנגנונים המתאימים להגנה על כספי הפיצוי הנפסקים לניזוק-קטין בכלים העומדים לרשותם (ראו עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 75 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין).

15 ראו: Cane, לעיל הערה 11, בעמ' 414. ניזוקים עשויים להסכים לסכומי פיצוי נמוכים מכפי נזקם במסגרת הליכי פשרה, מטעמים מגוונים. למשל, חוסר ודאות כאשר להכרעת בית המשפט בשאלת האחריות או כאשר לשיעור הנזק, וכן החשש מפני התדיינות משפטית ארוכה ויקרה מחד גיסא והיזקקות לכספי הפיצוי מאידך גיסא. על כך, ראו, למשל: Richard L. Abel, "L's of Cure, Ounces of Prevention", 73 *Cal. L. Rev.* (1985) 1003, pp. 1017–1018 (להלן – Abel-L's of Cure). לטיעון זה בהקשר של נפגעי תאונות דרכים, ראו:

סופו של ההליך המשפטי עלול שלא לעלות בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו אף שלניזוק נפסק פיצוי ועל אף היזקקות הצדדים ובית המשפט לעקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה בהערכת הפיצוי.

למגבלות אלה על עקרון השבת המצב לקדמותו, שמקורן במאפיינים של הצדדים או בהתנהלותם, מתווספות מגבלות שמקורן באופי הנזק שבגינו נתבע פיצוי ובאופיו של תהליך הערכת הפיצוי. כאשר הנזק שבגינו נתבע פיצוי הוא נזק לא ממוני, דוגמת כאב וסבל או קיצור תוחלת חיים, על בית המשפט לתת ערך ל"נכסים" הערטילאיים שאבדו לניזוק. בהיעדר שוק ל"נכסים" מסוג זה, שבערכיו (כלומר "מחיר השוק") ניתן להשתמש כקריטריון להערכת שוויו של הנכס שאבד, ובהיעדר ממד חומרי ל"נכסים" אלה, שניתן להערכה חשבונאית או כספית, חסרה אמת מידה להערכת הנזק וכך גם לחישוב הפיצוי שלו זכאי הניזוק.¹⁶ על כן אם מטרת הפיצוי היא לתת ביטוי כספי לפגיעה ב"נכסים" הערטילאיים שספג הניזוק, סכום הפיצוי שייפסק עלול שלא לשקף פגיעה זו (מנקודת מבטו של הניזוק או של החברה).¹⁷ כך, אפילו במובן המוגבל שיש לעקרון השבת המצב לקדמותו בהקשר של נזקים שאינם ממוניים ניתן לצפות לסטיות מהעיקרון.

רוני פרי, "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים", עיוני משפט כח (תשס"ד) 147, בעמ' 163–164 (להלן – פרי, מהפך או מפח?). בהקשר זה חשוב לציין כי נכונותן של ערכאות הערעור להתערב בפסק דין שניתן על דרך פשרה, מעטה. הכלל הוא כי התערבות ראויה רק במקרים בולטים וחריגים שבהם הוכחה חריגה קיצונית ביותר מהסבירות. ראו: רע"א 4044/04 יצחק ועמוס בוקרה קבלנים בע"מ נ' סגל, פ"ד נח(6) 894, פסקאות ז ו-ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2004); ע"א 364/89 עותמן נ' בויארסקי, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא שמגר (פורסם בנבו, 1993). לכן, ברגיל אף אם התברר לניזוק כי סכום הפיצוי שהועבר לו מכוח פשרה אינו מספיק לצרכיו, לא יהיה בכך כדי להצדיק את התערבות ערכאת הערעור. זאת ועוד, אף ביטול הסכם פשרה מהטעם שהניזוק טעה בהערכת נזקו יעשה במקרים חריגים בלבד. ראו: ע"א 2495/95 בן לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577, בעמ' 592, 593, 604 (1997) (להלן – עניין בן לולו).

16 לקושי זה, ראו: גד טדסקי, אהרן ברק, מישאל חשין ויצחק אנגלרד, דיני הניזוקין – תורת הניזוקין הכללית (תשל"ז) בעמ' 574; ע"א 773/81 עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 816, בעמ' 826–827 (1982) (להלן – עניין עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל).

17 Stanley Ingber, "Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy", 73 *Cal. L. Rev.* 778, p. 778 (1985). לקושי בהערכת הפיצוי עבור נזקים לא ממוניים, לשיטות האפשריות לחישוב ולבעייתיות ששיטות אלה מעוררות, ראו: David W. Leebron, "Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death", 64 *N.Y.U. L. Rev.* (1989) 256, pp. 316–319, Cane; לעיל הערה 11, בעמ' 162, 167.

לא רק סוג הנזק עלול להקשות על החלת עקרון השבת המצב לקדמותו. אי-הוודאות האופפת את פסיקת הפיצוי בתביעות בגין נזקי גוף,¹⁸ בשילוב עם שיטת הפיצוי הרווחת של פסיקת פיצוי חד-פעמי,¹⁹ עלולים לגרום לסטיות מהעיקרון אף כאשר הנזק שבגיננו נתבע פיצוי הוא נזק ממוני. בבוא בית המשפט לחשב את הפיצוי שלו זכאי הניזוק עבור נזקי הגוף שסבל, עליו לבצע הערכה באשר לשתי מערכות עובדתיות עתידיות.²⁰ עניינה של הראשונה הוא מסלול חייו של הניזוק אלמלא העוולה. הערכה זו היא היפותטית, ונעשית, לעתים קרובות, בהתבסס על נתונים סטטיסטיים ועל חזקות עובדתיות.²¹ אלא שאלה אינם מבטאים, מטבע הדברים, את נתוני האינדיווידואליים של הניזוק, וככאלה עשויים שלא לשקף את העתיד שלמעשה היה צפוי לו אלמלא העוולה. עניינה של ההערכה השנייה שלה נדרש בית המשפט הוא מסלול חייו של הניזוק לאחר קרות התאונה ובעקבותיה. ההערכה זו היא ספקולטיבית, מאחר שהיא נעשית לאור הידוע במהלך הדיון המשפטי אך עניינה התרחשויות עתידיות. מטבע הדברים, התסריט הנגזר מהנתונים המובאים בפני בית המשפט במהלך הדיון עלול להתברר, במהלך הזמן, כשונה מזה שנחזה במועד זה. למרות זאת למעט מקרים חריגים שבהם הפיצוי נפסק על דרך תשלום עתי, הפיצוי הנפסק לניזוק בעקבות הערכה זו הוא חד-פעמי, סופי ואינו ניתן לשינוי אלא במקרים חריגים ביותר, אף אם בדיעבד התברר כי בית המשפט שגה בהערכתו.²² על רקע דברים אלה נראית האפשרות לסטייה מעקרון השבת המצב

18 על חוסר ודאות זו עמד בית המשפט במספר רב של הזדמנויות, ראו למשל: ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281, בעמ' 296 (1981) (להלן – עניין ברששת); עניין נעים, לעיל הערה 1; ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 802, בעמ' 822 (1993) (להלן – עניין מרצלי); רע"א 4577/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 2012). כמו כן, ראו: Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 965.

19 שיטה אפשרית אחרת לפסיקת פיצוי היא השיטה העתית. על פי שיטה זו, הפיצוי משתלם לניזוק על דרך סכומים קצובים מעת לעת, ואלה ניתנים לשינוי לפי השינוי בנסיבות שעליהן התבסס החישוב המקורי. אמנם הפסיקה והחקיקה בישראל הכירו בסמכות בתי המשפט לפסוק פיצויים עתיים, אולם סמכות זו מוגבלת למקרים חריגים, והכלל הוא פסיקת פיצוי בסכום חד-פעמי. ראו: רע"א 6680/08 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' סעיד, פסקאות 23–25 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין מדינת ישראל – משרד הבריאות); סעיף 6 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234; תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), התשל"ח–1978, ק"ת 706.

20 על כך, ראו: עניין מרצלי, לעיל הערה 18, בעמ' 822; עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקה 7 לפסק דינו של השופט ריבלין; Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 965.

21 ראו, למשל: ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת נתניהו (1993); ע"א 8488/08 עזבון המנוחה רוננה סושרד ז"ל נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פסקה 17 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין עזבון המנוחה רוננה סושרד ז"ל).

22 ראו: ע"א 597/89 טויטו נ' כמאל, פ"ד מז(2) 874, בעמ' 877 (1993) (להלן – עניין טויטו). כאמור, הכלל בדבר סופיות הדיון בסוגיית הפיצוי כפוף לחריג. זה יחול במקרים שבהם

לקדמותו, גם בהערכת הפיצוי עבור נזקים ממוניים, כמאפיין אינהרנטי לדיני הפיצויים בתביעות לנזקי גוף.²³

ב. עקרון השבת המצב לקדמותו – מבט תאורטי

דיון תאורטי בעקרון השבת המצב לקדמותו דורש התייחסות מקדימה ליחס שבין העיקרון לבין מטרת דיני הנזיקין. עיון בספרות הנזיקית מגלה כי עקרון השבת המצב לקדמותו הוצג, לא אחת, לא רק כעיקרון יסוד של דיני הפיצויים אלא גם כמטרה מרכזית של דיני הנזיקין.²⁴ גישה זו זכתה לביקורת, שעמה אני מסכימה, משני טעמים עיקריים: ראשית, כגישה תיאורית (Descriptive Approach) היא לוקה בחסר. ניזוקים רבים נותרים

לאחר תום הדיון בערכאה הראשונה וקודם שמיעת הערעור מתברר כי הבסיס שעל יסודו הוערך הפיצוי בערכאה הראשונה התערער. כלומר, מקרה שבו חל שינוי נסיבות קיצוני, לא צפוי, אשר משמיט את הקרקע מתחת להערכת הפיצוי כפי שנעשתה בערכאה הראשונה. למשל, מותו של הנזוק. ראו: עניין טויטו, לעיל הערה 22, בעמ' 879.

23 לחיסרון זה של שיטת הפיצוי החד-פעמי, ראו: Fleming, לעיל הערה 13, בעמ' 123; Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 965. היצמדות לנתונים האינדיווידואליים של הנזוק ומעבר לשיטה של פיצוי עתי היו יכולים לקרב את סכומי הפיצוי הנפסקים לעקרון השבת המצב לקדמותו. על כך, ראו: דניאל מור, "תשלומים עיתיים לנפגעי תאונות דרכים", עיוני משפט ו (תשל"ח-תשל"ט) 645, בעמ' 647-648. עם זאת אין להתעלם מיתרונותיה של השיטה הרווחת, המשתמשת כאמור בנתונים סטטיסטיים ובחזקות עובדתיות שימוש לא מבוטל, ושסופה בפסיקת פיצוי בסכום חד-פעמי ושאינו ניתן לשינוי לניזוק: יצירת אחידות וודאות; הפחתה בעלויות מנהליות; שוויון בין ניזוקים. ראו: ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580, בעמ' 590-591 (1990); ע"א 3175/11 דביר נ' ציון, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2011) (להלן – עניין דביר); ע"א 5368/06 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח תאבת חוסאם ז"ל, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2007) (להלן – עניין עזבון המנוח חוסאם ז"ל); עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקה 42 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין מדינת ישראל – משרד הבריאות, לעיל הערה 19, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ארבל; Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 965; מור, לעיל הערה 23, בעמ' 649-650. עיון בפסיקה מגלה שאף שהסטייה המתוארת מעקרון השבת המצב לקדמותו אינה מכוונת, היא מודעת. בתי המשפט ביטאו, פעמים רבות, מודעות לאפשרות שהערכתם את הפיצוי מוטעית והשלימו עמה כרע הכרחי. ראו: עניין טויטו, לעיל הערה 22, בעמ' 877; עניין ברששת, לעיל הערה 18, בעמ' 296; עניין מדינת ישראל – משרד הבריאות, לעיל הערה 19, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"א 1492/05 דואני נ' מלחי, פסקה ט(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2006); ע"א 7157/07 אי.איי.גי. ביטוח זהב בע"מ נ' עזבון המנוח מ.א. ז"ל, פסקה ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2008).

24 ראו, למשל: Fleming, לעיל הערה 13, בעמ' 179; Ingber, לעיל הערה 17, בעמ' 775; ברק, הערכת הפיצויים, לעיל הערה 1, בעמ' 248; Jeffrey O'connell and Christopher J. Robinette, "The Role of Compensation in Personal Injury Tort Law: A Response to the Opposite Concerns of Gary Schwartz and Patrick Atiyah", 32 *Conn. L. Rev.* (2000) 137, pp. 153-154.

ללא פיצוי, בין משום שכשלו להצביע על גורם אחראי לנזקם ובין משום שכשלו להוכיח כי יסודות האחריות הנזיקית התקיימו. מגבלות פרוצדורליות, כמו גם מאפיינים אחרים של ההליך המשפטי בכלל והנזיקי בפרט, שעליהם עמדתי מקודם, מקשים אף הם על ניזוקים לקבל פיצוי על מלוא נזקיהם באמצעות דיני הנזיקין. ככאלה דיני הנזיקין הם בבחינת מנגנון חלקי ביותר לפיצוי ניזוקים.²⁵ שנית, כגישה נורמטיבית (Normative Approach) היא מעוררת קושי. תפיסה שלפיה עקרון השבת המצב לקדמותו אינו רק עיקרון החולש על הערכת הפיצוי אלא גם מטרה של דיני הנזיקין, עלולה לפגוע במטרות ראויות אחרות של דיני הנזיקין ולהטות את דיני הנזיקין בכיוון של אחריות חמורה.²⁶ על רקע ביקורת זו יתבסס הדיון על הגישה כי השבת המצב לקדמותו אינה מטרה עצמאית של דיני הנזיקין כי אם עיקרון מנחה בהערכת הפיצוי הנפסק לניזוק, שהוא אמצעי להשגת מטרות של דיני הנזיקין, למשל יעילות, צדק מחלק והגינות.²⁷ מסקנה חשובה העולה מדברים אלה היא שהמטרה של השבת המצב לקדמותו אינה ממין השיקולים הרלוונטיים לדיון בשאלת האחריות. במילים אחרות, השיקול שעניינו השאיפה להעמיד את הניזוק במצב שבו היה אלמלא העוולה אינו צריך להישקל בבית

25 לטיעון זה, ראו למשל: Richard L. Abel, "A Critique of Torts", 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 785, pp. 796–797; Ellen S. Pryor, "Part of the : ; (Abel, A Critique of Torts – (להלן) 785, pp. 796–797 Whole: Tort Law's Compensatory Failures through a Wider Lens", 27 *Rev. Litig.* 307, p. 307; Ingber; (2008) 307, p. 307. לעיל הערה 17, בעמ' 775–776.

26 ראו: ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות (תשע"ב) בעמ' 29, 313–314. לטיעון ברוח דומה, ראו: Peter Cane, *Tort Law and Economic Interests* (2nd ed. 1996) p. 466. (להלן – Cane, Tort Law – (להלן) Abel, A Critique of Torts; (Cane, Tort Law – (להלן) 785, pp. 796–797; Abel, A Critique of Torts; (Cane, Tort Law – (להלן) 785, pp. 796–797. טענה זו ראויה להסבר נוסף. בדיני הנזיקין שני משטרי אחריות: אחריות המבוססת על אשמה, שעל פיה אשם, בין בדמות כוונה ובין בדמות התרשלות, היא תנאי להטלת אחריות; אחריות מוחלטת או חמורה שאינה מבוססת על אשם, ובמסגרתה אשם אינו תנאי להטלת אחריות. גישה שלפיה השבת המצב לקדמותו היא מטרה של דיני הנזיקין ולא רק עקרון החולש על הערכת הפיצוי רואה בשאיפה לפצות את הניזוק שיקול שיש להכרעה בשאלת האחריות. מאחר שהדרישה להוכחת אשם כתנאי להטלת אחריות מצמצמת את זכאותם של ניזוקים לפיצוי, עלולה גישה זו לתמוך בפרשנות הדין פירוש המצמצם את היקפה של דרישת האשם. עם צמצום היקפה של הדרישה להוכחת אשם ייטו דיני הנזיקין לכיוון של אחריות חמורה, ובו בזמן מטרות אחרות של דיני הנזיקין, דוגמת הרתעה יעילה, עלולות להיפגע. דוגמה למקרה שבו הובילה גישה זו למתן פרשנות מצמצמת לדרישת האשם ובכך קירבה את אחריות הנתבע לאחריות חמורה, ניתן למצוא ברע"א 1272/05 כרמי נ' סבג, פ"ד סבג (3) 396, פסקה מ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007) (להלן – עניין כרמי).

27 לגישה זו ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 78–79. דוגמאות ליישומה של גישה זו ניתן למצוא למשל במאמרים האלה: Stephen D. Sugarman, "Tort Reform through Damages: Law Reform: An American Perspective", 27 *Sydney L. Rev.* (2005) 507; Joseph H. King, "Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law", 57 *SMU L. Rev.* (2004) 163; Brandon Van Grack, "The Medical Malpractice Liability Limitation Bill", 42 *Harv. J. on Legis.* (2005) 299, pp. 300–301.

המשפט שעה שהוא בא להכריע בשאלה אם יש להטיל אחריות נזיקית על הנתבע.²⁸ ולהפך, הדיון בהיקפה של האחריות הנזיקית אינו רלוונטי להכרעה במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו. עיקרון זה הוא שיקול שמיקומו הראוי הוא בשאלת הערכת הפיצוי.²⁹ למסקנה זו, אקדים ואציין, השלכה על המשך הדיון. הדיון יתמקד בפסקי דין העוסקים בהערכת הפיצוי שלו זכאי הניזוק וביחס שבין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין אופן הערכת הפיצוי. לעומת זאת פסקי דין שבהם הורחבה או הוצרה זכאותם של ניזוקים לפיצוי, בעקבות הרחבת היקפה של האחריות הנזיקית או הגבלתה, לא יבואו בכלל הדיון.³⁰

ברוח זו אפתח את הדיון בבחינת הקשר שבין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין שתי מטרות מרכזיות של דיני הנזיקין – צדק מתקן והרתעה יעילה. על פי תאוריות של צדק מתקן, אם אלמוני ביצע עוול כלפי פלוני וגרם לו לנזק, ועל כן השוויון בין הצדדים הופר, יש לתקן את העוול ולהשיב את השוויון על כנו באמצעות פסיקת פיצוי לניזוק שיאייץ את תוצאות העוול שסבל. מטרה זו תושג אם לניזוק ייפסק פיצוי על מלוא הנזקים שנגרמו לו בתאונה, ממוניים ושאינם ממוניים.³¹ קיים אפוא קשר הדוק בין עקרון השבת המצב לקדמותו לעיקרון של צדק מתקן. הראשון הוא אמצעי לתיקון ולהשגת השוויון שאליו שואף השני.³² על כך עמד המלומד ויינריב (Weinrib) בתאוריית הצדק המתקן שהוא פיתח. לגישתו, את העיקרון כי יש לפסוק לניזוק פיצוי ששייב את מצבו לקדמותו יש להבין כחלק ממנגנון קורלטיבי שההצדקה לו נעוצה בעוול שביצע המזיק כלפי הניזוק ובנזק שסבל הניזוק מידי המזיק, שאותם מבקש הפיצוי לתקן.³³ יחס דומה קיים בין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין המטרה של הרתעה יעילה. ככל שנוקו הפרטיים

28 כאמור, דוגמה לשקילת עקרון השבת המצב לקדמותו בשלב ההכרעה בשאלת האחריות ניתן למצוא בפסק הדין בעניין כרמי, לעיל הערה 26.

29 על כך, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 78–79.

30 עם סוג זה של מקרים נמנה למשל פסק הדין בעניין אלסוחה. אף שפסיקת בית המשפט במקרה זה הרחיבה את זכאותם של ניזוקים משניים שסבלו נזק נפשי לפיצוי בהתקיים תנאים מסוימים, הרי שעניינו של פסק הדין הוא שאלת האחריות כלפי ניזוקים נפשיים משניים ולא שאלת הערכת הפיצוי שלו הם זכאים. ראו: רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990) (להלן – עניין אלסוחה).

31 ראו: Benjamin C. Zipursky, "Civil Recourse, Not Corrective Justice", 91 *Geo. L.J.* (2003) 695, p. 695; Benjamin C. Zipursky, "Coming Down To Earth: Why Rights-Based Theories of Tort Can and Must Address Cost-Based Proposals for ,17 Leebron ; Damages Reform", 55 *DePaul L. Rev.* (2006) 469, p. 471. לעיל הערה 17, בעמ' 271.

32 ראו: Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs* (1992) ; 411 בעמ' 1, לעיל הערה 1, בעמ' 426, 428 ; גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 313.

33 Ernest J. Weinrib, "Understanding Tort Law", 23 *Val. U. L. Rev.* (1989) 485, pp. 511–512.

של הניזוק מבטאים את העלות החברתית של פעילות המזיק,³⁴ יש בחיוב הנתבע בפיצוי כדי להפנים את עלות הפעילות למבצעה ולהניעו לקבל החלטה אם להשקיע באמצעי זהירות אם לאו. כך, פסיקת פיצוי המבטאת את הנזק שנגרם לניזוק עולה בקנה אחד עם השאיפה להשיג הרתעה יעילה.³⁵ זאת ועוד, פסיקת פיצוי לניזוקים על מלוא הנזקים שסבלו צפויה לתמרץ אותם להגיש תביעות ובכך להניע את מנגנון ההפנמה הנזיקי החיוני להשגת הרתעה יעילה.³⁶

הצדקה נוספת לעקרון השבת המצב לקדמותו טמונה בקשר שבין העיקרון לבין המטרה של הפחתת עלויות תאונה משניות, שהיא, לגישת חסידי הגישה הכלכלית, אחת ממטרות דיני הנזיקין.³⁷ חישוב הפיצוי שלו זכאי הניזוק עבור הפגיעה בכושרו להשתכר, על פי העיקרון כי על פיצוי זה להעמידו במצב שבו היה אלמלא העוולה, צפוי לאפשר לניזוק לשמור על רמת החיים שאליה הורגל טרם התאונה ולעמוד בהתחייבויות שקיבל עליו. כך יימנע או לפחות יופחת אבדן הרווחה הכרוך בירידה חדה ברמת החיים שלה הורגל הניזוק ובחוסר יכולתו לעמוד במחויבויותיו.³⁸ הערכת הפיצוי עבור הוצאות שנגרמו לניזוק מן התאונה (למשל הוצאות רפואיות, הוצאות סיעוד והוצאות עזרת צד ג) על פי עקרון השבת המצב לקדמותו מקנה לניזוק את המשאבים הנחוצים לו לשם שיקומו, שימור מצבו או מיצוי יכולתו התפקודית. זאת ועוד, פסיקת פיצוי לניזוק עבור הוצאות אלה צפויה למנוע את הפסד הרווחה הכרוך בגיוס המשאבים הנחוצים לתיקון

34 לעתים קרובות דיני הנזיקין מבצעים הפנמה של נזק הפרטי של הניזוק, השונה מהעלות החברתית של פעילות המזיק. במקרים אלה יקבעו מזיקים בכוח את אופן פעילותם ואת היקפה בהתחשב בעלות נמוכה או גבוהה מהעלות החברתית של פעילותם. מאחר שהרתעה יעילה מותנית בהפנמת העלויות החברתיות שלהן גורמת הפעילות המזיקה, יש במצב דברים זה להביא להרתעה שאינה יעילה. להרחבה על נושא זה, ראו: ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין", משפטים כב (תשנ"ג) 421, בעמ' 460–461 (להלן – גלעד, על גבולות ההרתעה היעילה). עקרון השבת המצב לקדמותו מתמקד, מעצם טבעו, בנזק הפרטי שסבל הניזוק. לפיכך במקרים שבהם נזק הפרטי של הניזוק שונה מהעלות החברתית של פעילותו, החלת עקרון השבת המצב לקדמותו עלולה לגרום דווקא להרתעה שאינה יעילה.

35 ואכן, הטלת העלויות החברתיות הכרוכות בפעילות המזיקה על המזיק, באמצעות חיובו בתשלום פיצוי לניזוק, היא רכיב חיוני בהשגת הרתעה יעילה. ראו: גלעד, על גבולות ההרתעה היעילה, לעיל הערה 34, 429–431, 454–456, Leeborn; לעיל הערה 17, בעמ' 272; Louis Kaplow and Steven Shavell, "Accuracy in the Assessment of Damages", 39 J.L. & Econ. (1996) 191, p. 191.

36 ראו: Gary T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", 75 Tex. L. Rev. (1996) 1801, pp. 1817–1818.

37 על כך, ראו למשל: גלעד, על גבולות ההרתעה היעילה, לעיל הערה 34, בעמ' 432–433.

38 ליתרון זה של עקרון השבת המצב לקדמותו, ראו: Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 952; Cane, לעיל הערה 11, בעמ' 153.

נזקים שסבל הניזוק או למניעת היווצרותם של נזקים נוספים. בדרך זו תורם עקרון השבת המצב לקדמותו למניעת עלויות משניות שניתן ושיעיל למנוע אותם.³⁹ כמי שמספק נוסחה אחידה לחישוב הפיצוי, עקרון השבת המצב לקדמותו הוא אמצעי להשגת מטרות נוספות של דיני הנזיקין.⁴⁰ לאימוצה של נוסחה אחידה לחישוב הפיצוי יתרון, משום שבהציבה קריטריון זהה לחישוב הפיצוי לכלל הניזוקים, היא צפויה לקדם את השוויון בין ניזוקים, לפחות בשלב הערכת הפיצוי.⁴¹ מכאן ניתן גם לגזור את הגינותו של עקרון זה. לשימוש בנוסחה אחידה לחישוב הפיצוי יתרון נוסף. אף שאת מרכיביה של הנוסחה ואת אופן יישומה אופן חוסר ודאות רב, יש באימוצה של נוסחת חישוב אחת, הידועה לכלל המעורבים, לשפר את הוודאות באשר לסכומי הפיצוי שיפסקו לניזוקים.⁴² אלה בתורם צפויים לשפר את תמריצי הצדדים להתפשר ולהקל את הערכת הסיכון בידי חברות הביטוח, על ההפחתה הכרוכה בכך בעלויות המנהליות ובפרמיות הביטוח.⁴³

על אף היותו עקרון יסוד בדיני הפיצויים ועל אף ההצדקות שהוצגו לאימוצו זכה עקרון השבת המצב לקדמותו לביקורת נוקבת. מקורה של ביקורת זו, שהגיעה מכל קצוות "קשת הכתיבה התאורטית" בדיני הנזיקין, בתפיסה כי השבת מצבו של הניזוק

39 למהותן של עלויות תאונה משניות ולגורמים להן, ראו: גלעד, על גבולות ההרתעה היעילה, לעיל הערה 34, בעמ' 432.

40 על הנוסחה האחידה שמספק עקרון השבת המצב לקדמותו לחישוב הפיצוי, עמד בית המשפט העליון בע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, בעמ' 510–511 (2004) (להלן – עניין אטינגר (1)).

41 ודוק, עניינה של טענה זו הוא רק בהיבט אחד של השוויון – החלה שווה של הנוסחה לחישוב הפיצוי על כלל הניזוקים. בהיבטים אחרים חשוף עקרון השבת המצב לקדמותו לטענה שהוא תורם במישרין להיווצרות אי-שוויון או משמרו. על כך, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 190–191, וכן ראו את הדיון בפסקאות הבאות.

42 ליתרון זה של עקרון השבת המצב לקדמותו, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 79.

43 אבסס טיעון זה באמצעות דוגמה. אקדים ואומר כי דוגמה זו פשטנית במידה רבה. כך, אתעלם ממחלוקות אפשריות בין הצדדים באשר לשאלת האחריות ואתעלם גם מחוסר הוודאות הכרוכה בעקרון השבת המצב לקדמותו. נניח שלפנינו ניזוקה שבעת התאונה הייתה בת 58. הניזוקה מועסקת זה עשרים שנים כרואת חשבון במשרד רואי חשבון. נניח עוד כי בשל התאונה היא איבדה לחלוטין את כושרה להשתכר. נניח גם כי אין מחלוקת בין הצדדים שהניזוקה הייתה מפסיקה את עבודתה לחלוטין עם הגיעה לגיל פרישה. במצב דברים זה מורה עקרון השבת המצב לקדמותו כי יש לפצות את הניזוקה בפיצוי מלא עבור אבדן כושרה להשתכר, וכי הערכת הפיצוי תיעשה בהתבסס על שכרה טרם התאונה ועל תוחלת חיי העבודה שהייתה צפויה לה טרם התאונה. במקרה זה סכום הפיצוי שלו זכאית הניזוקה עבור אבדן כושרה להשתכר אינו מעורר מחלוקת של ממש, והוא צפוי במידה רבה. לפיכך בהתחשב בעלויות הישירות והעקיפות הכרוכות בניהולת תביעה משפטית ובהתגוננות מפניה, לשני הצדדים האינטרס להימנע מהתדיינות משפטית ולהתפשר. מאחר שקיום הליכים משפטיים כרוך בעלויות מנהליות, צפויה נוסחת החישוב שמספק עקרון השבת המצב לקדמותו למנוע עלויות אלה.

לקדמותו אינה מטרה ראויה, מבחינה נורמטיבית, של דיני פיצויים או אינה המטרה היחידה של דיני הפיצויים.⁴⁴ כך למשל זכה עקרון השבת המצב לקדמותו לביקורתם של מלומדים האוחזים בתאוריות של צדק מחלק. מלומדים אלה, שסברו כי דיני הפיצויים יכולים וצריכים לשמש אמצעי להשגת חלוקה צודקת של הרווחה החברתית המצרפית,⁴⁵ טענו שעקרון השבת המצב לקדמותו מנציח את חוסר הצדק בחלוקה הקיימת.⁴⁶ ברוח זו נטען למשל כי דיני הפיצויים צריכים לשאוף לצמצום הפערים החברתיים בין קבוצות "חזקות" (למשל גברים, עשירים ולבנים) לבין קבוצות חלשות בחברה (נשים, עניים ושחורים). בהמשך לכך נטען שמאחר ששכר נמוך יותר מאפיין קבוצות חלשות, יש בעקרון השבת המצב לקדמותו כדי לשמר ולהעתיק את הנחיתות החברתית של קבוצות אלה.⁴⁷ עוד נטען שהערכת הפיצוי עבור פגיעה בכושר להשתכר בהסתמך על עקרון השבת המצב לקדמותו עלולה להוביל מזיקים פוטנציאליים לתעל את פעילותם המסכנת, אם יש להם שליטה על כך, כלפי קבוצות אוכלוסייה חלשות, בהתבסס על תוחלת הפיצוי הנמוכה יותר באזורים אלה.⁴⁸ ביקורת אחרת התבססה על הנימוק שהפיצוי במקרה אינדיווידואלי נקבע כפונקצייה של שכרו של הניזוק, ואילו מחירם של מוצרים, שירותים וביטוחי אחריות נקבע כפונקצייה של השכר הממוצע במשק ושל הסיכון הטמון

44 ראו: Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 940; Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law* (1997) p. 116; גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 78–79.

45 ראו: Chapman, לעיל הערה 1, בעמ' 409.
46 ראו: Abel, L's of Cure, לעיל הערה 15, בעמ' 1005–1012; Abel, A Critique of Torts, לעיל הערה 25, בעמ' 798–803; צחי קרן-פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקיף?) בשולי פסק הדין ע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבו", עיוני משפט כח (תשס"ד) 299, בעמ' 306–308; Elizabeth Adjin-Tettey, "Replication and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies", 49 McGill L.J. (2004) 309, p. 337.

47 ראו, למשל: Elaine Gibson, "The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages", *Tort Theory* (Ken Cooper, Stephenson & Elaine eds., 1993) 185; Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", 16 *Can. J.L. & Juris.* (2003) 91, pp. 121–126; Martha Chamallas, "Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss", 38 *Loy. L.A. L. Rev.* (2005) 1435, pp. 1439, 1450, 1453, 1464–1467; Jennifer B. Wiggins, "Damages in Tort Litigation: Thoughts on Race and Remedies", 1865–2007, 27 *Rev. Litig.* (2007) 37, pp. 60–61; Jamie Cassels, "Inequality and the Law of Torts: Gender, Race and the Assessment of Damages", 17 *Advocates' Quarterly* 339, 334, 314, 313, בעמ' 46, Tettey; (1995) 158, pp. 167, 176, 197; Abel, A Critique of Torts, לעיל הערה 25, בעמ' 800–801, 803; Abel, L's of Cure, לעיל הערה 15, בעמ' 1011.

48 ראו: Abel, General Damages: לעיל הערה 9, בעמ' 625–725; Abel, לעיל הערה 25, בעמ' 809–810; קרן-פז, לעיל הערה 46, בעמ' 310; גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 191; Chamallas, לעיל הערה 47, בעמ' 1440–1441.

בפעילות המזיקה. מכאן שמבוטחים בעלי שכר גבוה נושאים בתשלום נמוך מכפי הפיצוי העתידי שישולם להם במקרה שיינזקו, ולהפך.⁴⁹ ביקורות אלה הובילו לטענה כי עקרון השבת המצב לקדמותו משמר את חוסר השוויון בחברה והוא בעל תוצאות חלוקתיות רגרסיביות. בהמשך לכך הוצע למשל לנטוש את עקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה בהערכת הפיצוי עבור אבדן הכושר להשתכר ולאמץ קריטריון חלופי, דוגמת השכר הממוצע במשק.⁵⁰

ביקורת על עקרון השבת המצב לקדמותו נשמעה גם מצדה של הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין. מלומדים האוחזים בגישה הכלכלית לדיני הנזיקין תקפו את החלת עקרון השבת המצב לקדמותו בהקשר של ראשי נזק לא ממוניים. ביקורת זו התבססה על הטענה שפרטים רציונלים אינם נכונים לשלם מראש (ex ante) עבור ביטוח לפיצוי על נזקים מסוג זה. בהמשך לכך נטען שבהיעדר נכונות מצד ניזוקים פוטנציאליים לרכוש ביטוח עבור נזקים לא ממוניים, פסיקת פיצוי באמצעות דיני הנזיקין עבור נזקים אלה היא משום "ביטוח יתר" של ניזוקים.⁵¹ הכלל של היעדר גבול תחתון לפיצוי המאפשר הגשת תביעות בסכומים נמוכים, הנגזר מעקרון השבת המצב לקדמותו, זכה אף הוא לביקורת פרי תאוריות כלכליות. ביקורת זו התבססה על הטענה שהדבר תורם לגידול בעלויות המנהליות ובמעמסה הכלכלית המוטלת על מזיקים, על ההשלכות השליליות שיש לכך.⁵²

בצד תאוריות תוצאתיות אלה שימשו תאוריות של צדק מתקן מקור נוסף לביקורת על עקרון השבת המצב לקדמותו. אלה ביקרו למשל את החלת העיקרון בהקשר של נזקים לא ממוניים. צדק מתקן, כך נטען, אינו יכול לספק הצדקה לפסיקת פיצוי מלא עבור נזקים שאינם ממוניים, כפי שמתחייב מעקרון השבת המצב לקדמותו. הטעם לכך הוא

49 ראו: Cane, לעיל הערה 11, בעמ' 154–155; Sugarman, לעיל הערה 27, בעמ' 517–518; George L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", 96 *Yale L.J.* 1559, 1585–1586 (1987); Abel, A Critique of Torts, לעיל הערה 25, בעמ' 799–800; קרן-פז, לעיל הערה 46, בעמ' 308–309.

50 ראו, למשל: שם, בעמ' 122 והאסמכתאות בהערה 49; Chamallas, לעיל הערה 47, בעמ' 1145.

51 ראו, למשל: 2 "What is 'Fair Compensation' for Death or Injury?" David Friedman, *Int'l Rev. L. & Econ.* (1982) 81; Heidi Li Feldman, "Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation", 75 *Tex. L. Rev.* (1997) 1567, pp. 1567, 1572–1576; Leebron, לעיל הערה 17, בעמ' 273–274; Randall R. Bovbjerg, Frank A. Sloan and James F. Blumstein, "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling 'Pain and Suffering'", 83 *Nw. U. L. Rev.* (1989) 908, pp. 931–932. טענה זו ראויה להסבר נוסף. הזכאות העתידית לפיצוי עבור נזקים לא ממוניים, שיסודה בעקרון השבת המצב לקדמותו, מספקת למעשה חלופה למנגנון ביטוחי המזכה את המבוטחים בתשלום עבור נזקים אלה בהתקיים תנאים מסוימים. לפיכך פסיקת פיצוי מסוג זה לניזוקים, אף שאלה לא היו נכונים לרכוש ביטוח עבור סוג זה של נזקים, היא משום "ביטוח יתר".

52 ראו: Cane, לעיל הערה 11, בעמ' 156.

שכסף אינו יכול להשיב מצב לקדמותו או לתקן את אבדן הרווחה הכרוך בנזקים שאינם ממוניים. לפיכך אף שפסיקת פיצוי לניזוק עבור נזקים אלה צפויה להגדיל את רווחתו בהיבט מסוים, היבט זה אינו רלוונטי לעולת הנתבע. מכאן הסיקו המבקרים כי פסיקת פיצוי מלא עבור נזקים לא ממוניים עומדת בניגוד לתאוריות של צדק מתקן, מאחר שעניינן הוא תיקון הפגיעה בזכויות, להבדיל מהגדלת רווחתו של הניזוק באופן שאינו קשור לעוול שסבל מידי המזיק. בהמשך לכך טענו המבקרים כי אין להחיל את עקרון השבת המצב לקדמותו בהקשר של נזקים לא ממוניים, כי אם לפסוק לניזוקים פיצויים נומינליים בלבד עבור נזקים אלו.⁵³

החלת עקרון השבת המצב לקדמותו בהקשר של תביעות לפיצוי על נזקי גוף משכה גם את תשומת לבם של מלומדים מתחום הביקורת של דיני מוגבלויות (Critical Disability Studies). מלומדים אלה טענו כי עקרון השבת המצב לקדמותו, המתמקד בנזק שנגרם לניזוק ושואף להשיב את מצבו לקדמותו, כלומר לעשותו "שלם", ראוי לביקורת כמי שמאמץ מודל רפואי, המתמקד בגוף הנכה ורואה בו דרוש "תיקון". ככזה, כך נטען, תורם עקרון השבת המצב לקדמותו להיווצרות נרטיב משפטי פוגעני נגד אנשים עם נכויות.⁵⁴ בהמשך לכך הציעו מלומדים המשתייכים לאסכולה זו לנטוש את הנרטיב המשפטי של השבת המצב לקדמותו ולאמץ במקומו נרטיב מבוסס-זכויות, המדגיש את זכותו של הניזוק להיות חופשי מהתערבויות שלהן לא הסכים, בגופו ובחיו.⁵⁵

מבקרים אחרים טענו שדיני הנזיקין צריכים להתמקד במטרה של שיקום הניזוק ולא בהשבת מצבו לקדמותו. על פי ביקורת זו, גישה המתמקדת במצבו של הניזוק טרם העולה והשואפת להשיבו למצב זה מתעלמת מהעובדה שמצבו של הניזוק לעולם לא יחזור לקדמותו, ושזהותו של הניזוק לאחר התאונה שונה – מבחינה פסיכולוגית, קוגניטיבית, רוחנית, רגשית ורציונלית – מהותית מזהותו טרם התאונה.⁵⁶ בהמשך לדברים אלה הצביעו המבקרים על יתרונה של גישה המתמקדת בשיקום הניזוק. גישה זו, המתמקדת בפוטנציאל העתידי של הניזוק, בהתחשב בזהותו העכשווית, להבדיל מזהותו טרם התאונה, מתמודדת טוב יותר עם השינוי שחל בו בעקבות האירוע המזיק.⁵⁷

עיון בביקורת התאורטית המגוונת שהוטחה בעקרון השבת המצב לקדמותו מלמד כי לפחות במישור התאורטי קראו מלומדים תיגר על הגישה שלפיה עסקינן בעקרון יסוד שאין לסטות ממנו. מלומדים, מכל קצוות קשת הכתיבה התאורטית, הציגו את העמדה כי מטרת אחרות של דיני הנזיקין, כגון שוויון, יעילות וצדק, יש בהן, לא אחת, כדי להצדיק אימוץ קריטריון או גישה שונים להערכת הפיצוי.

53 ראו: Chapman, לעיל הערה 1, בעמ' 411, 425.

54 ראו: Anne Bloom & Paul S. Miller, "Blindsight: How We See Disabilities in Tort Litigation", 86 *Wash. L. Rev.* (2011) 709, pp. 727–731.

55 ראו: שם, בעמ' 743–744.

56 ראו: Pryor, *Rehabilitating Tort Compensation: לעיל הערה 1*, בעמ' 670.

57 שם, שם.

על רקע דברים אלה מתחדדת השאלה בדבר מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי, התמורות שחלו בו וההצדקות שהובאו בפסיקה כתמיכה בעיקרון או כטעם לסטייה ממנו. בסוגיה זו יעסקו הפרקים הבאים. אפתח בהצגת עקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה בתביעות נזקי גוף במשפט הישראלי ובהצדקות התאורטיות שהונחו לעיקרון בבתי המשפט.

3. עקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה במשפט הישראלי

עקרון השבת המצב לקדמותו אומץ בפסיקה הישראלית כעיקרון המנחה את אופן חישוב הפיצוי בתביעות עבור נזקי גוף עוד בשנות החמישים, בהשראת המשפט האנגלי.⁵⁸ בהיעדר אמת מידה מנחה לחישוב הפיצוי בפקודת הנזיקין קמה הצדקה לפנייה למשפט האנגלי, ובכלל זה לעיקרון שאומץ בו כי מטרת הפיצוי היא העמדת הניזוק במצב שבו היה אלמלא העוולה.⁵⁹ העיקרון המשיך לשמש עיקרון מנחה בהערכת הפיצוי בעשורים שבאו לאחר מכן, ובכלל זה בשנים האחרונות.⁶⁰

58 ראו: ע"א 22/49 לוי נ' מוסף, פ"ד ד (1) 558, בעמ' 564 (1950) (להלן – עניין לוי). עם זאת מעניין כי עקרון השבת המצב לקדמותו הוזכר בפסק דין זה במסגרת הדיון בשאלת ריחוק הנזק ולא במסגרת הדיון בשאלת הערכת הפיצוי. אלא שלא חלף זמן רב והעיקרון הוצג כעיקרון מנחה בפסיקה, במסגרת הדיון בשאלת הפיצוי. ראו, למשל: ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו 1242, בעמ' 1248 (1952) (להלן – עניין גרוסמן); ע"א 125/57 רובין נ' מנהל רכבת ישראל, פ"ד יב 1836, בעמ' 1841 (1958); ד"נ 23/58 מנהל רכבת ישראל נ' רובין, פ"ד יג 237, בעמ' 240–243 (1959) (להלן – עניין מנהל רכבת ישראל).

59 ראו: טדסקי, לעיל הערה 16, בעמ' 572; עניין לוי, לעיל הערה 58, בעמ' 564; עניין גרוסמן, לעיל הערה 58, בעמ' 1248; עניין מנהל רכבת ישראל, לעיל הערה 58, בעמ' 240–243.

60 ע"א 359/63 אלסעיד נ' כהן, פ"ד יח (2) 309, בעמ' 313 (1964); ע"א 235/78 הורנשטיין נ' אוהבי, פ"ד לג (1) 346, בעמ' 351 (1979); ע"א 467/77 הורוביץ נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לג (2) 256, בעמ' 262 (1979); עניין נעים, לעיל הערה 1, בעמ' 772; ע"א 709/80 פרלמן נ' לוזון, פ"ד לו (4) 273, בעמ' 277 (1982); עניין עיזבון המנוח פריילך ז"ל, לעיל הערה 16, בעמ' 830; ע"א 398/79 מנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 432, בעמ' 434 (1982); ע"א 295/81 עיזבון המנוחה שרון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו (4) 533, בעמ' 541–542 (1982) (להלן – עניין גבריאל); ע"א 5794/94 ארט חברה לביטוח בע"מ נ' בן שבה, פ"ד נא (3) 489, בעמ' 494 (1995) (להלן – עניין ארט חברה לביטוח בע"מ); ד"נ 24/81 חנוביץ נ' כהן, פ"ד לח (1) 413, בעמ' 421 (1984); ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז (4) 449, בעמ' 468 (1983); עניין סורוקה, לעיל הערה 3, בעמ' 687; עניין אבו אלהוא, לעיל הערה 1, פסקה 7 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 8673/02 פורמן נ' גיל, פ"ד נח (2) 375, בעמ' 381 (2004); עניין פלוני 3222/10, לעיל הערה 8, פסקה 24 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 9703/10 סאמר נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 9 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2011); ע"א 5148/05 קוגלמס נ' לוי, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2008) (להלן – עניין קוגלמס); עניין

הצבת עקרון השבת המצב לקדמותו כעיקרון מנחה בהערכת הפיצוי הניכה את אימוצם של שני עקרונות נוספים ששולבו בו: האחד, ביסוד הערכת הנזק וקביעת שיעור הפיצוי עומדת הגישה האינדיווידואליסטית, להבדיל מסטנדרטיזציה של הפיצוי. לפיכך יש לשקול את מצבו של הניזוק המסוים העומד בפני בית המשפט ועל פי זה לפסוק לו פיצויים;⁶¹ השני, למעט במקרים חריגים, הניזוק זכאי לפיצוי עבור מלוא הנזק שסבל, ופיצוי זה אינו מוגבל בגבול עליון או בגבול תחתון.⁶²

עקרונות אלה עמדו ביסוד פיתוחן של הלכות בדיני פיצויים, שהגיונן נמצא בשאיפה להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. כך למשל, נקבע כי ניזוק סיעודי ששהות בביתו היא המשיבה את מצבו לקדמותו בצורה הטובה ביותר, זכאי לפיצוי שיאפשר לו לשהות בביתו ולא במוסד, אף אם חלופה זו כרוכה בהוצאה כספית משמעותית נוספת לנחבע, ובלבד שאין בשהות בבית משום שיפור שולי או ספקולטיבי בלבד במצבו של הניזוק.⁶³ עוד נקבע כי לצורך הערכת הפיצוי עבור פגיעה בכושר להשתכר יש לבחון את הכנסתו האמיתית של הניזוק עובר לתאונה ולא את הכנסתו המדומה כפי שהיא משתקפת בדוחותיו הכוזבים למס הכנסה.⁶⁴ הפסיקה אף הוסיפה והבהירה כי יש לפצות את הניזוק עבור ההוצאות שנוספו לו בגין האירוע הנזיקי ותו לא, ולהימנע מלפצותו על הוצאות שבהן היה נושא אף אלמלא האירוע המזיק.⁶⁵ עוד נפסק כי מסכום הפיצוי המלא של נזקי העתיד יש להפחית את רווחי ההשקעה האפשריים של סכום זה, על דרך ההיוון, זאת על

פלוני 11152/04, לעיל הערה 3, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 514.

61 ראו: עניין נעים, לעיל הערה 1, בעמ' 775; עניין סורוקה, לעיל הערה 3, בעמ' 693; ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450, בעמ' 455 (2000) (להלן: עניין אקסלרד); עניין קוגלמס, לעיל הערה 60, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

62 ראו: עניין נעים, לעיל הערה 1, בעמ' 775–776.

63 ראו: עניין סורוקה, לעיל הערה 3, בעמ' 691–692; עניין אקסלרד, לעיל הערה 61, בעמ' 455; עניין אבו אלהווא, לעיל הערה 1, פסקה 7 לפסק דינו של השופט עמית.

64 ראו: ע"א 4351/13 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' דבורה, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין דבורה); ע"א 9813/07 נעים נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2009); עניין ארט חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 60, בעמ' 495–498. הלכה זו נותרה על כנה למרות קולות שקראו לסטות ממנה. ראו, למשל: עניין דבורה, לעיל הערה 64, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 2648/11 אסיג נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול), פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2011).

65 ע"א 9499/07 פלאס נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2009); ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' שבודי, פ"ד נב(3) 817, בעמ' 831 (1998); ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580, בעמ' 595 (1990).

מנת שלא יהיה בפסיקת הפיזיו כדי לשפר את מצבו של הניזוק.⁶⁶ לבסוף, נקבע כי יש לזקוף לחובתם של התלויים את טובות ההנאה והיתרונות החומריים הנובעים ממותו של המנוח, וזאת כנגד הנזק שנגרם להם.⁶⁷ עיון בפסיקה בה מוזכר עקרון השבת המצב לקדמותו, מוביל לשתי מסקנות מעניינות.

ראשית, עקרון השבת המצב לקדמותו הוצג, לא אחת, ובכלל זה גם בשנים האחרונות, הן בפסיקת בית המשפט העליון והן בפסיקת הערכאות הנמוכות, לא רק כעיקרון יסוד של דיני הפיזיו, אלא גם כמטרה מרכזית – ולעתים כמטרת העל – של דיני הנזיקין.⁶⁸ ממצאים אלה מעידים כי בתי המשפט לא השכילו לזהות את עקרון השבת המצב לקדמותו כעקרון של דיני הפיזיו, המשמש אמצעי להשגת מטרות של דיני הנזיקין, להבדיל ממטרה עצמאית של דיני הנזיקין.

66 ראו: ע"א 830/76 סעדה נ' חמדי, פ"ד לג' (1) 589, בעמ' 598 (1979); ע"א 531/91 עזבון המנוח משה חיון ז"ל נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד נא' (2) 51, בעמ' 57 (1997).

67 הלכה זו ידועה כ"הלכת הניכוי", וראו: ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מה' (3) 374 (1991) (להלן – עניין יחזקאל); ע"א 2739/06 עזבון המנוח דוביצקי ולדימיר ז"ל נ' רוקאללה, פ"ד סב' (3) 864, פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2008) (להלן – עניין דוביצקי).

68 ראו, למשל: עניין אבו אלהוא, לעיל הערה 1, פסקה 7 לפסק דינו של השופט עמית; עניין פלוני 3222/10, לעיל הערה 8, פסקה 24 לפסק דינו של השופט עמית; עניין כרמי, לעיל הערה 26, פסקה מ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007); ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד' (2) 89, בעמ' 114 (1990); רע"א 1271/12 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' פלוני, פסקה 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2012); ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פסקה 74 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2011); ת"א (מחוזי י-ם) 5412/03 פלוני נ' שרותי בריאות כללית, פסקאות 406, 486, 592, 601 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 2011); ת"א (מחוזי י-ם) 9131/07 אליעזר נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ, פסקה 40 לפסק דינו של השופט שפירא (פורסם בנבו, 2011); ע"א (מחוזי נצ') 10-10-19393 עז' ויורשי המנוח פלוני ז"ל נ' מדינת ישראל / משטרת ישראל, פסקה 34 לפסק דינו של השופט ארבל (פורסם בנבו, 2011); ת"א (מחוזי חי') 22776-12-09 מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ ("הפול"), פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה גילאור (פורסם בנבו, 2011); ת"א (מחוזי י-ם) 7336-05 קרייזמן נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 277, 375 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 2011); ע"א (מחוזי ב"ש) 1201/07 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח ויינזילבר קרול ז"ל, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת דברת (פורסם בנבו, 2009); ת"א (שלום הרצ') 439/04 אלמונית נ' פלח, פסקה 38 לפסק דינו של השופט דותן (פורסם בנבו, 2006); ע"א (מחוזי חי') 771/08 רוקח נ' אהרוני, פסקה 10 לפסק דינה של סגנית הנשיאה וסרקרוג (פורסם בנבו, 2010); ת"א (מחוזי ת"א) 2392/02 עזבון המנוח איתן מימון ז"ל נ' סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ, פסקה 85 לפסק דינו של השופט אורנשטיין (פורסם בנבו, 2008); ת"א (שלום ת"א) 42976-06 לובוצקי נ' הרפז, פסקה 55 לפסק דינה של השופטת הניג (פורסם בנבו, 2012).

שנית, ככלל, הדיון בעקרון השבת המצב לקדמותו היה בעל אופי פורמליסטי – כך, ברוב המקרים של המקרים הסתפקו בתי המשפט בהצגת העיקרון כעיקרון מנחה בהערכת הפיצוי ובבחינת השלכותיו על הערכת הפיצוי במקרה שהובא בפניהם. השאלה מהן ההצדקות לעיקרון או מהו בסיסו התאורטי זכתה לתשומת לב מעטה. ניתן להניח כי לגישה זו תרמה לא רק הגישה הפורמליסטית שאפיינה את הפסיקה הישראלית עד לשנות השמונים,⁶⁹ אלא בעיקר העובדה שעקרון השבת המצב לקדמותו אומץ ככלל מוגמר מהמשפט האנגלי. דיון בהצדקות לעקרון השבת המצב לקדמותו ובבסיסו התאורטי ניתן למצוא במספר קטן ביותר של פסקי דין, שעמם נמנה פסק הדין בעניין אבו חנא הנדון ברשימה זו. כולם ניתנו בשנים האחרונות, ורובם, למעט אחד, לאחר מתן ההחלטה בעניין אבו חנא.⁷⁰ עיון בפסיקה המעטה שדנה בסוגיה מגלה שעקרון השבת המצב לקדמותו נקשר בעיקר לתאוריה של צדק מתקן אך גם לתאוריות של צדק מחלק ושל הרתעה יעילה.⁷¹

69 מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) בעמ' 40.
70 לשם כך נבחנו כ-280 פסקי דין מהמאגר המשפטי נבו. עם אלה נמנו החלטות שעסקו בתביעות לנזקי גוף, שניתנו מאז קום המדינה ועד למועד כתיבתם של דברים אלה, בשלוש ערכאות הדיון (עליון, מחוזי ושלום). ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ריבלין; דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פסקאות 47, 50 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2010) (להלן – עניין מלול); עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 514–516; ע"א 9980/06 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' עיריית ירושלים, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2009) (להלן – עניין אטינגר (2)); ת"א (מחוזי חי') 1125-05 אמג'ד נ' בית החולים "המשפחה הקדושה", פסקה ע"ה לפסק דינו של סגן הנשיא גריל (פורסם בנבו, 2009) (להלן – עניין אמג'ד); ת"א (שלום ת"א) 1574-11-09 שקרא נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ, בעמ' 11 (פורסם בנבו, 2013) (להלן: עניין שקרא); ת"א (מחוזי ים-ים) 4059/02 טל נ' אייכנבלט, פסקה 133 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 2010) (להלן: עניין אייכנבלט); ת"א (שלום ב"ש) 2259/03 ויסמן נ' בימבד, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת שחף (פורסם בנבו, 2007) (להלן – עניין ויסמן); ת"א (שלום ת"א) 66352-04 אזבארגה נ' עיריית לוד, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת לוי (פורסם בנבו, 2010) (להלן – עניין אזבארגה).
71 במרבית פסקי דין הוצגה גישת הצדק המתקן כבסיס התאורטי לעקרון השבת המצב לקדמותו. ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין מלול, לעיל הערה 70, פסקאות 47, 50 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין אטינגר (2), לעיל הערה 70, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 514; עניין אמג'ד, לעיל הערה 70, פסקה ע"ה לפסק דינו של השופט גריל; עניין שקרא, לעיל הערה 70, בעמ' 11; עניין ויסמן, לעיל הערה 70, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת שחף; עניין אזבארגה, לעיל הערה 70, פסקה 15 לפסק דינו של השופטת לוי. בפסק דין אחד נקשר עקרון השבת המצב לקדמותו לשיקולים של צדק חלוקתי, ראו: עניין אייכנבלט, לעיל הערה 70, פסקה 133 לפסק דינו של השופט דרורי. לבסוף, מפסק הדין בעניין אטינגר (1) ניתן ללמוד על הקשר שבין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין המטרה הנזיקית של הרתעה יעילה. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 515–516.

ניתן אפוא לסכם ולומר שעקרון השבת המצב לקדמותו אומץ בפסיקה הישראלית כעיקרון המנחה את אופן חישוב הפיצוי בתביעות עבור נזקי גוף עוד מראשית התפתחותם של דיני הפיצויים. למעשה, העיקרון הוצג לא רק כעקרון מנחה של דיני הפיצויים אלא (באופן מוטעה) כעקרון-על של דיני הנזיקין. בו בזמן, עד לשנים האחרונות התאפיין הדיון בעיקרון בשיח פורמליסטי שמיעט לעסוק בהצדקות תאורטיות העומדות ביסודו. שינוי מסוים באופי הדיון ניכר בפסקי דין בודדים מן השנים האחרונות, שקשרו את עקרון השבת המצב לקדמותו לתאוריות של צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה יעילה. בצד השינוי המתואר באופי הדיון בעקרון השבת המצב לקדמותו יצאו תחת ידם של בתי המשפט בשנים האחרונות כמה פסקי דין המעוררים תהייה שמא מעמדו של העיקרון כעיקרון מנחה במשפט הישראלי נסדק. הפרק הבא יעסוק בפסקי דין אלה ויבקש לענות על השאלה אם אכן יש לראות בהם משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו.

4. עקרון השבת המצב לקדמותו בפסיקה החדשה: עניין המר, עניין פלוני ועניין אבו חנא

בפרק יידונו שלושה פסקי דין, על פי סדר הצגתם להלן – פס"ד בעניין המר, פס"ד בעניין אבו חנא ופס"ד בעניין פלוני. הבחירה בפסקי דין אלה אינה אקראית. שלושת פסקי הדין נבחרו משום שלפחות על פני הדברים הם מעלים תהיות שמא מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי התערער. בהתאמה אבקש לבחון אם איזה מפסקי הדין האמורים אכן סטה מעקרון השבת המצב לקדמותו, כפי שהדבר נחזה להיות על פני הדברים, ומה ביטויה של סטייה זו אם אכן התרחשה.

א. פסק הדין בעניין המר

(1) הכרעת בית המשפט ונימוקה

בעניין המר הונחו בפני בית המשפט העליון כמה ערעורים שנדונו במאוחד לשם הכרעה בשאלה אם במקרים שבהם נולד יילוד בעל לקות מולדת, ונמצא כי אלמלא התרשלות הגורמים הרפואיים שטיפלו באם לא היה בא לעולם, יש להכיר בעילות של "חיים בעולה" ושל "הולדה בעולה". במיוחד ביקשה הכרעת בית המשפט לשים סוף למחלוקת שהתגלעה באשר לקיומה של העילה של "חיים בעולה" בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין זייצוב, עשרים וחמש שנים לפני כן.⁷²

72 ראו: ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן – עניין זייצוב). בין חברי ההרכב בעניין זייצוב שררה הסכמה כי אין מניעה להכיר בעילה של "הולדה בעולה",

ככל שהדבר נוגע לעילה של "חיים בעוולה" החליט בית המשפט, ברוב דעות, כי יש לבטל את הלכת זייצוב ולא להכיר עוד בקיומה של עילה זו. החלטת בית המשפט התבססה על קיומם של קשיים לוגיים ומשפטיים בגישות שאימצו שופטי הרוב בעניין זייצוב,⁷³ וכן על קשיים עקרוניים וערכיים הטמונים בהכרה בעילה זו.⁷⁴ בד בבד הכיר בית המשפט בקיומה של עילה להורים – היא העילה של "הולדה בעוולה" – ופסק כי אלה זכאים לפיצוי על הנזק הממוני והלא ממוני תוצאת הולדתו של ילד עם לקות.⁷⁵

(2) הכרעת בית המשפט ועקרון השבת המצב לקדמותו

משנשללה העילה של "חיים בעוולה" בפסק הדין בעניין המר, דומה כי חלה סטייה רבתי מעקרון השבת המצב לקדמותו. ילודים החוסים בנסיבות העובדתיות שאליהן מתייחס פסק דין המר, למשל מי שנולדו בשל ייעוץ גנטי רשלני או ביצוע רשלני של בדיקות אבחון בהריון, לא יוכלו לזכות עוד בפיצוי על תוצאותיה הממוניות והלא-ממוניות של לקותם.

אלא שעיון נוסף בפסק הדין מגלה כי מה שעשוי להיראות כסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, ממבט ראשון, אינו כזה למעשה. כפי שהבהרתי בפרק הקודם עקרון השבת המצב לקדמותו הינו עקרון החולש על שאלת הערכת הפיצוי ולא על שאלת האחריות. בהתאמה שלילת פיצוי מהניזוק מהטעם שזה לא הוכיח את יסודותיה של

שעיקרה הנזק שנגרם להורים עקב הולדתו של ילד עם נכות. גישה זו נתמכה בשני נימוקים עיקריים: האחד, היעדר קושי מיוחד באשר לשאלת קיומו של נזק בתביעת ההורים; השני, זכות ההורים לתכנן את משפחתם. ראו: שם, בעמ' 106, 112, 122, 127, 130. נוסף על כך הכירו ארבעה מבין חמשת שופטי ההרכב בעילה של "חיים בעוולה", שעיקרה הנזק שנגרם לילד בשל היוולדו עם נכות. על אף הסכמה עקרונית זו הציגו שופטי הרוב טעמים שונים להכרה בעילת תביעה זו ועמדות שונות באשר להיקפה. המשנה לנשיא בן-פורת, שלגישתה הצטרף השופט ד' לוי, סברה שיש להכיר בעילה של "חיים בעוולה" רק באותם מקרים נדירים שבהם ההנחה החברתית המוסכמת היא שהיה מוטב לילד שלא להיוולד כלל מלחיות עם מוגבלותו החמורה. במקרים אלה עצם קיומו של היילוד היא הנזק שנגרם לו, ויש לפסוק לו פיצוי שבאמצעותו תוקטן, במידת האפשר, תוצאת מוגבלותו. לעומת זאת השופט ברק, שלגישתו הצטרף השופט ש' לוי, סבר כי הנזק שלו אחראי הרופא אינו בעצם גרימת החיים אלא בגרימת חיים פגומים שאותם יש להשוות לחיים ללא פגם. לגישה זו היו שתי השלכות חשובות: האחת, עילת התביעה של היילוד לא הוגבלה למקרים נדירים שבהם נכותו חמורה במיוחד אלא הוחלה על כלל המקרים, תהא חומרתה של הנכות אשר תהא. השנייה, הפיצוי נקבע לפי הפער שבין חיים עם מוגבלות לחיים ללא מוגבלות, ומטרתו היא העמדת הילד באותו מצב שבו היה נתון אלמלא נולד עם מום. ראו: שם, בעמ' 96, 99, 101, 116–118, 123, 126.

73 ראו: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקאות 13, 14–19, 22–24 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

74 ראו: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקאות 25–27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופסק דינה של השופטת ארבל.

75 עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

האחריות הנזיקית, אינה מהווה סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. עיון בעניין המר מגלה כי ההחלטה במקרה זה נופלת לגדר מקרים אלה, ולכן אין לראות בהכרעה שהתקבלה בו משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. ההחלטה בעניין המר עוסקת אמנם בשאלה אם חיים במום מהווים 'נזק', ותוצאתה בפועל היא שלילת הזכות לפיצוי מילודים שלידתם עם מום נגרמה בעוולה. אף על פי כן, ככל שהדבר נוגע לעילה של 'חיים בעוולה' עניינה של החלטה זו הוא שאלת קיומה של עילת תביעה לילוד וכנגדה שאלה אחריות המזיק עבור נזק מסוג זה. אם כך, ההכרעה בעניין המר אינה שונה מכל מקרה אחר שבו סבר בית המשפט שלא הוכחו יסודות האחריות הנזיקית ונמנע מפסיקת פיצוי לניזוק. ואכן, כפי שציין בית המשפט עצמו בעניין המר הקושי המתעורר בתביעות שעילתן היא 'חיים בעוולה' אינו קושי שעניינו כימות הנזק, אלא קושי שעיקרו השאלה המקדמית אם התגבש יסוד הנזק, שהוא אחד התנאים להטלת אחריות בעוולת הרשלנות.⁷⁶

סיווגה של ההכרעה בעניין המר כסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו אינה ראויה, מטעם נוסף: במקרים שבהם הניזוק תובע פיצוי בהתבסס על העילה של "חיים בעוולה", החלת עקרון השבת המצב לקדמותו ממילא אינה אפשרית. כפי שראינו, על פי הנוסחה הנגזרת מעקרון השבת המצב לקדמותו, חישוב הפיצוי ייעשה באמצעות השוואת המצב שבו היה מצוי הניזוק אלמלא העוולה למצב שבו הוא מצוי בעקבות העוולה, ומטרת הפיצוי היא להעמיד את הניזוק באותו מצב שבו היה אלמלא העוולה. אלא שבמקרים הבאים בגדרי העילה של "חיים בעוולה", העמדת הניזוק במצב שבו היה נתון אלמלא העוולה אינה אפשרית. הטעם לכך הוא שאלמלא העוולה לא היה הניזוק בא לאוויר העולם כלל, והיה מצוי במצב של אי-קיום. בהיעדר ידע אנושי או משפטי על מהותו של מצב זה – חיובי או שלילי, טוב יותר או רע יותר ממצב של קיום – ממילא אי אפשר להניח קיומו של נזק או להצדיק את פסיקת הפיצוי לניזוק בשאיפה להעמידו במצב שבו היה אלמלא העוולה.⁷⁷

בסיום דברים אלה כדאי ליתן את הדעת לנקודה נוספת. פסק הדין בעניין המר אמנם קבע כי אין עומדת ליילוד עילה בטענה של "חיים בעוולה", ובכך שלל ממנו את האפשרות לגבות מהנתבע פיצוי על נזקיו, אלא שבפועל זכו צרכיו הכלכליים המיוחדים וכך גם הנזק שסבל מן הפגיעה בכושרו להשתכר, למענה במסגרת עילת התביעה של ההורים. כאמור, עילת התביעה של היילוד בטענה של "חיים בעוולה" נשללה, אולם בית

⁷⁶ עניין המר, לעיל הערה 4, פסקאות 13, 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
⁷⁷ לטיעון ברוח דומה, ראו: רונן פרי, "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה", מחקרי משפט כט (תשע"ג) 61, בעמ' 67 (להלן: פרי, להיות או לא להיות). האפשרות האחרת שהיא השוואת החיים עם לקות לחיים ללא לקות (שאימץ השופט ברק בפסק דין זייצוב), נדחתה, ובצדק, בבית המשפט בעניין המר כמי שמתעלמת מהעובדה שהיילוד לא היה יכול להיוולד אלא במומו. גישה זו, כך סבר בית המשפט, סוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו, המחייב את השוואת מצבו של הניזוק אלמלא העוולה למצבו בעקבות ביצוע העוולה. ראו: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 23 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

המשפט הכיר בקיומה של עילה להורים, היא העילה של "הולדה בעוולה". בדונו בשאלת חישוב הפיצוי שלו זכאים ההורים קבע בית המשפט כי אלה זכאים לפיצוי בגין ההוצאות העודפות הכרוכות בגידול ילד בעל מום, דהיינו ההוצאות הנובעות מלקותו והמשקפות את צרכיו המיוחדים, עד לתום תוחלת חייו. פיצוי זה יכול את כל אותן הוצאות עודפות, הנדרשות במקרה המסוים, ובהן הוצאות רפואיות, עזרת צד שלישי, הוצאות שיקום, הוצאות חינוך, הוצאות דיור והוצאות נידות. עוד נפסק כי בתקופת בגרותו של הילד ולמשך כל תקופת תוחלת חייו, יהיו ההורים זכאים לפיצוי, נוסף על כך, גם בגין הוצאות הקיום הרגילות שלו, המוטלות עליהם, ככל שנגרעה ממנו יכולת ההשתכרות. אלה ישתוו, בהעדר ראייה אחרת, כך קבע בית המשפט, לשכר הממוצע במשק.⁷⁸ מכאן, שהסכום שיקבלו לידם ההורים יהיה זהה לסכום שהיה משתלם לילוד עבור אבדן כושר ההשתכרות, מבגרותו ועד לתום תוחלת החיים הצפויה לו במומו, אילו הייתה בידי עילת תביעה.⁷⁹ בדרך עקיפה זו זוכה למעשה היילוד לפיצוי על אבדן כושרו להשתכר עד לתום תוחלת החיים הצפויה לו במומו.

נמצא כי ככל שהדבר נוגע לסוגיית הפיצוי, ההכרעה שלפיה אין עומדת ליילוד עילה בטענה של "חיים בעוולה", הובילה בפועל לשינוי במצבו בשני היבטים בלבד: ראשית, יילוד שנולד עם מום בשל רשלנות הצוות הרפואי אינו זכאי עוד לפיצוי עבור אבדן כושר ההשתכרות ב"השנים האבודות" או לפיצוי עבור נזקים לא-ממוניים. משבוטלה העילה של "חיים בעוולה" אין היילוד זכאי (ובמותו העיזבון) לכל פיצוי המתייחס לתקופה שבה קוצרה תוחלת חייו, ובכלל זה לפיצוי על אבדן השתכרות בשנים האבודות. אמנם להורים נתונה העילה של "הולדה בעוולה", אלא שהם אינם זכאים לפיצוי על הוצאות הקיום בתקופה שבה קוצרה תוחלת חייו של היילוד, שהרי בתקופה זו לא יהיה צורך בהוצאת הוצאות לקיומו. ממילא לא יפוצה היילוד, אפילו בעקיפין, על אבדן הכושר להשתכר בשנים אלה, הן השנים האבודות.⁸⁰ היילוד גם אינו זכאי לפיצוי

78 על השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק כדי לאמוד את הוצאות הקיום של הילד בתקופת בגרותו ולמשך כל תוחלת חייו נמתחה ביקורת, שלטעמי, היא מוצדקת. עיקרה של ביקורת זו הוא התעלמות בית המשפט מההנחה הראלית שאין זהות בין שכרו של אדם לבין הוצאות הקיום שלו, ראו: פרי, להיות או לא להיות, לעיל הערה 77, בעמ' 91–92. בין שעסקינן בהחלטה מודעת ובין בטעות, יש בכך ללמד כי ביסוד ההכרה בזכותם של ההורים לפיצוי על נזק זה עמדה למעשה השאיפה לפצות את הקטין על נזקיו הממוניים על אף שלילת עילת תביעתו. ניסיון לשנות כלל זה ולקבוע כלל אחר תחתיו, שעל פיו הוצאות הקיום של קטין בבגרותו יחושבו על בסיס שני שלישים בלבד מן השכר הממוצע במשק, נדחה בבית המשפט העליון, מטעמים של מדיניות שיפוטית. ראו: ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' נ' ס', פסקה 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין מכבי שירותי בריאות).

79 ואכן, בית המשפט עמד על כך מפורשות. ראו: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקאות 61, 62, 74 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. לפסיקה מאוחרת שעמדה על כך, ראו: עניין מכבי שירותי בריאות, לעיל הערה 78, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות.

80 על כך שהפיצוי הנפסק להורים עבור הוצאות קיום מתייחס לתקופה שבין הגיע הילד לבגרות לבין תום תוחלת החיים הצפויה לו במומו, ניתן ללמוד הן מטבעו של הפיצוי –

על הנזקים הלא ממוניים שסבל ושהוא עתיד לסבול בשל מומו. כלומר, על הכאב והסבל ועל קיצור תוחלת החיים שנגרמו לו מן המום.

שנית, הפיצוי עבור הנזקים הממוניים שייגרמו ליילוד בחייו אינו נפסק לו ישירות אלא להורים באמצעות עילת התביעה של הולדה בעוולה. שינוי זה אינו עניין סמנטי בלבד. כך למשל קיים חשש שכספי הפיצוי שייפסקו להורים ישמשו למטרה אחרת מזו שלה נפסק הפיצוי, ולא ישמשו, בסופו של דבר, לצורכי הניזוק. עוד חשופים כספי הפיצוי, בהיותם חלק מנכסי ההורים, לסיכונים כלכליים, כגון פשיטת רגל או עיקול. על חששות אלה עמד בית המשפט בעניין המר עצמו.⁸¹ אלא שלפחות חלק מהקשיים הכרוכים בפיצוי הניזוק באמצעות עילת התביעה הנתונה להורים ניתנים לפתרון באמצעות תיקון החקיקה או באמצעות כלים משפטיים הפתוחים בפני ההורים ובפני בתי המשפט כבר עתה.⁸² עוד כדאי לזכור כי החשש לבזבוז כספי הפיצוי על ידי משפחת הניזוק קיים גם במקרים שבהם עסקינן בניזוק בגיר שהוא בעל עילת תביעה עצמאית. מכאן שפיצוי היילוד, בעקיפין, באמצעות עילת התביעה של ההורים, אינה כרוכה בהכרח בהרעה ניכרת במצבו, בהשוואה למצב שבו היה נתון טרם נשללה עילת התביעה העצמאית.

עולה מדברים אלה שאף שבית המשפט בעניין המר ביטל את עילת היילוד, הרי שבפועל נמצאה הדרך לפצותו, בעקיפין, על הנזקים הממוניים שעתידיים להיגרם לו במהלך חייו. כך, אף לאחר פסק הדין יקבל היילוד, באמצעות הוריו, פיצוי חלקי על תוצאות נכותו, ולפחות אחת ממטרות עקרון השבת המצב לקדמותו – היא המטרה של הפחתת עלויות תאונה משניות – הושגה.

ב. פסק הדין בעניין אבו חנא

(1) הכרעת בית המשפט ונימוקיה

פסק הדין השני המעורר תהיות בדבר מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אבו חנא. במקרה זה נדון עניינה של ניזוקה, בת לעדה הנוצרית ולמגזר הערבי, שנפגעה בהיותה בת חמישה חודשים בתאונת דרכים.

הוצאות שבהן צפויים ההורים לשאת בפועל – והן מאופייני ניסוחו של הכלל בבית המשפט. ראו: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
81 שם, פסקה 75 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. לקשיים נוספים הכרוכים בפיצוי היילוד בעקיפין, באמצעות עילת התביעה של ההורים, ובכלל אלה קיצור תקופת ההתיישנות, ראו: אסף פוזנר, "על הדילמה שבין תוצאה להנמקה וריבוע המעגל: על תביעתו הישירה-הנגזרת של היילוד בגין הולדה בעוולה", SSRN: <http://ssrn.com/> (abstract=2390691 4.2.2014) בעמ' 18–8.
82 לטענה זו, ראו גם: עניין המר, לעיל הערה 4, פסקה 75 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

במסגרת הדיון בסוגיית הפיצוי נדרש בית המשפט לשאלה כיצד יש להעריך את כושרה העתידי של התובעת להשתכר אלמלא התאונה. מאחר שבשל גילה הצעיר טרם התגבשו מסלול ודרך ההשתכרות שהיו צפויים לניזוקה, הוצגו בפני בית המשפט שתי חלופות לקביעת כושרה להשתכר: אחת, להניח כי אלמלא התאונה הייתה הניזוקה משתכרת כשיעור השכר הממוצע במשק, הנחה המשמשת ברגיל את בתי המשפט במקרה של קטינים, על אף קיומם של נתונים המעידים כי שכרן הממוצע של נשים בעלות מאפיינים חברתיים-כלכליים דומים לאלה של הניזוקה נמוך מרף ההשתכרות הממוצע במשק. השנייה, לסטות מן ההנחה העובדתית המוחלטת במקרה של קטינים, שלפיה כושרם להשתכר אלמלא התאונה הוא כשיעור השכר הממוצע במשק, על דרך סטייה כלפי מטה, בשל שיוכה המגזרי, האתני והמגדרי של הניזוקה.⁸³

מבין שתי החלופות האפשריות לחישוב כושרה של הניזוקה להשתכר אלמלא התאונה סבר בית המשפט כי יש לבכר את החלופה הראשונה. הנחת העבודה באשר לקטינים שטרם הגיעו במועד התאונה לגיל בגרות, ואשר מסלול עבודתם ודרך השתכרותם טרם התגבשו, היא שאלה היו משתכרים כשיעור השכר הממוצע במשק. הנחה זו יאה, כך קבע בית המשפט, לכל קטין, יהא מגזרו, מגדרו ושיוכו החברתי או המשפחתי אשר יהיה.⁸⁴ אף שהנחה זו ניתנת לסתירה, הרי שניתן לסתור אותה רק בהתקיים ראיות ואינדיקציות בעלות משקל רב המלמדות בהסתברות גבוהה כי הקטין אמנם היה משתלב בעתיד במקצוע מסוים.⁸⁵ בהחילו כללים אלה על המקרה שבפניו קבע בית המשפט כי יש לחשב את הפיצוי שלו זכאית הניזוקה בהתבסס על הנתון של השכר הממוצע במשק, ובהתעלם מהנתונים הסטטיסטיים הקבוצתיים המעידים על צפי לרף השתכרות נמוך מהשכר הממוצע במשק.⁸⁶

החלטת בית המשפט לדבוק בנתון של השכר הממוצע במשק, אף במקרים שבהם שיוכו המגדרי והחברתי של הניזוק מלמד, מבחינה סטטיסטית, על צפי להשתכרות נמוכה יותר, נסמכה על ארבעה נימוקים:

ראשית, עקרון האוטונומיה של הפרט מחייב להניח כי בהיעדר נסיבות אינדיווידואליות-ספציפיות המלמדות אחרת, לכל קטין האפשרות להתקדם, להתפתח ולהשתלב במערך התעסוקתי בישראל לפחות כדי ההשתכרות הממוצעת במשק, תהא אשר תהא השתייכותו המגדרית והמגזרית.⁸⁷ לכל אדם הזכות לאוטונומיה, ומזו, כך הבהיר בית המשפט, נגזרת זכותו לכתוב את סיפור חייו, ובכלל זה את דרכו המקצועית. מקום שבו נגרעה מן האדם יכולת ההשתכרות בשל מעשה עוולה צומצם אופק

83 ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ריבלין.

84 שם, פסקה 46 לפסק דינו של השופט ריבלין.

85 שם, פסקה 49 לפסק דינו של השופט ריבלין.

86 שם, פסקאות 51–52 לפסק דינו של השופט ריבלין.

87 שם, פסקה 45 לפסק דינו של השופט ריבלין.

האפשרויות המקצועיות העומד בפניו, וכך גם יכולתו לכוון את נתיב חייו בתחום של השתלבות בשוק העבודה. על כך יש לפצותו. כאשר הניזוק הוא קטין שטרם החל לסלול את דרכו המקצועית, כך המשיך ונימק בית המשפט, יש לתור אחר נתון שישקף את מבחר האפשרויות שהיה פתוח בפניו אלמלא התאונה. השכר הממוצע במשק הוא הנתון המיטבי המגשים מטרה זו.⁸⁸

שנית, ניתן וראוי להניח כי מצבם של נשים, מיעוטים או מגזרים חלשים ישתפר בעתיד. השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק מבטא את האפשרות המתוארת לשינוי. לכן אין בשימוש בנתון זה כדי לחייב את המזיק בפיצוי יתר אלא להשית עליו פיצוי המבטא את נזקו של הניזוק ולהגשים את מטרות הצדק המתקן.⁸⁹

שלישית, חישוב הפיצוי בהתבסס על הנתון של שכר ממוצע במשק עולה בקנה אחד עם תפיסות של צדק מחלק. פסיקת פיצוי המושגת על שיוך קבוצתי (מגזרי, מגדרי או אתני) תורמת להיווצרות חלוקה רגרסיבית של עושר בין עניים לעשירים ולהפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין. לעומת זאת פיצוי המבוסס על אמות מידה ניטרליות, דוגמת השכר הממוצע במשק, ימתן השלכות שליליות אלה.⁹⁰

רביעית, יעילות כלכלית. בית המשפט הצביע על הקושי הרב הכרוך בחישוב אבדן כושר השתכרותו העתידי של קטין על פי נתונים סטטיסטיים קבוצתיים עכשוויים. כלל המשתמש בנתון של שכר ממוצע במשק צפוי להוביל לחיסכון בעלויות מידע ועל כן הוא יעיל יותר.⁹¹

(2) השתקפות עקרון השבת המצב לקדמותו בהכרעת בית המשפט – ניתוח דסקריפטיבי

עיון בנימוקים שהביא בית המשפט כביסוס להכרעתו מלמד כי אלה שונים זה מזה כשהדבר נוגע ליחסם לעקרון השבת המצב לקדמותו.

עיקרם של שני הנימוקים הראשונים הוא שחישוב הפיצוי בהתבסס על הנתון של השכר הממוצע במשק עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו. כך, על פי הנימוק הראשון השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק מוצדק מאחר שהוא מבטא את מתחם אפשרויות התעסוקה שהיו פתוחות בפני הניזוקה טרם ואלמלא העוולה, בין כאלה ששכר גבוה בצדן ובין כאלה ששכר נמוך בצדן. לפיכך חישוב אבדן כושר ההשתכרות שסבלה הניזוקה בהתבסס על הנתון הגבוה יותר של השכר הממוצע במשק, להבדיל מהשכר הממוצע (הנמוך יותר) של חברי הקבוצה שאליה היא משתייכת, משקף שיקוף מיטבי את האבדן שסבלה הניזוקה עם הפגיעה ביכולתה להשתכר. מכאן עולה

88 שם, פסקאות 34–35 לפסק דינו של השופט ריבלין.

89 שם, פסקה 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

90 שם, פסקאות 38–39, 45 לפסק דינו של השופט ריבלין.

91 שם, פסקה 42 לפסק דינו של השופט ריבלין.

שעל פי הנימוק הראשון שהציג בית המשפט, הבחירה בנתון הגבוה יותר של השכר הממוצע במשק נטועה למעשה בשאיפה להעמיד את הניזוקה באותו מצב שבו הייתה אלמלא העוולה.

בדומה לנימוק הראשון, אף הנימוק השני שהציג בית המשפט מבסס את הבחירה בנתון של השכר הממוצע במשק על קיומו של נזק שהניזוקה סבלה בפועל. מעיון בפסק הדין עולה כי מקורו של נזק זה בהנחה העובדתית כי בעתיד ישתפר מצבן של קבוצות ממעמד חברתי-כלכלי נמוך, וכך שכרם ישווה לשכר הממוצע במשק. לכן משנפגע כושרה של הניזוקה להשתכר, לא תוכל להפיק בעתיד הכנסה בשיעור זה, ועל נזק זה יש לפצותה. עולה מכאן שאף הנימוק השני שהציג בית המשפט משקף את השאיפה להעמיד את הניזוקה באותו מצב שבו הייתה אלמלא העוולה.

לעומת זאת שני הנימוקים האחרים שהציג בית המשפט מספקים הצדקה לשימוש בנתון של השכר הממוצע במשק, אף אם יש בכך משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. הנימוק השלישי מבסס הצדקה זו על שיקולים של צדק מחלק, שעיקרם הרצון למנוע שימור והחמרה בנחיתות החברתית המאפיינת קבוצות מסוימות בחברה. הנימוק הרביעי מבסס את ההצדקה לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו על שיקולים של יעילות כלכלית, ובעיקרם השאיפה להפחית את העלויות המנהליות הכרוכות בהערכת כושרו העתידי של קטין להשתכר על פי נתונים סטטיסטיים קבוצתיים עכשוויים.

ניתן אפוא לסכם ולומר שעל פי שני הנימוקים הראשונים שהציג בית המשפט, הבחירה בנתון של השכר הממוצע במשק מוצדקת מאחר שיש בה לבטא את אבדנה הממשי של הניזוקה. מכאן עולה שנימוקים אלה משקפים את עקרון השבת המצב לקדמותו.⁹² לעומת זאת שני הנימוקים האחרים שעליהם התבסס בית המשפט ביססו את הבחירה בנתון של השכר הממוצע במשק על הצדקות אחרות וביטאו נכונות לסטות מהעיקרון מטעמים של צדק מחלק ויעילות כלכלית.

בסיומם של דברים אלה ברצוני להוסיף הערה בדבר מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו, כפי שהצטייר בהנמקת בית המשפט. אכן, עניינם של שניים מארבעת הנימוקים שהציג בית המשפט הוא קיומן של הצדקות לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. אף על פי כן עיון בפסק הדין מגלה כי עקרון השבת המצב לקדמותו לא ננטש על ידי בית המשפט אלא שמר על מעמדו בפסק הדין כעקרון יסוד של דיני הפיצויים. ראשית, משום שהדיון נפתח בהצגת עקרון השבת המצב לקדמותו כעקרון יסוד של דיני הפיצויים, רעיון ששב והוזכר פעמים נוספות בהחלטה.⁹³ שנית, משום שאת ההחלטה לדבוק בנתון של השכר הממוצע במשק נימק בית המשפט, בראש ובראשונה, בנימוקים שעיקרם הטענה כי השימוש בנתון זה אינו סותר את עקרון השבת המצב לקדמותו אלא

92 על הקשר בין נימוקים אלה לבין עקרון השבת המצב לקדמותו עמד בית המשפט מפורשות, ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקאות 34–35, 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

93 שם, פסקאות 7–9, 34–35, 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

מתחייב מהחלתו. לבסוף, אף שבית המשפט דן בשיקולי צדק מחלק, שיקולים שעיקרם הטענה כי קיימת הצדקה לשימוש בנתון של השכר הממוצע במשק אף אם יש בכך משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, הוא נמנע מפורשות מלבסס את החלטתו בלעדית על שיקול זה באמרו: "כל שאנו מבקשים לומר הוא כי לגישה המוצעת על דינו כאן יש בסיס גם בתפיסות של צדק החורגות מגישת הצדק המתקן ועקרון השבת המצב לקדמותו, וחותרות להגשמת ערכים של שוויון".⁹⁴

חוסר האחידות העולה מפסק הדין באשר לעקרון השבת המצב לקדמותו מחדד את הצורך לדון בשאלה אם הכלל שאומץ בעניין אבו חנא מהווה למעשה משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו אם לאו.⁹⁵ בשאלה זו אפנה לדון עתה.

(3) הכרעת בית המשפט: יישום עקרון השבת המצב לקדמותו או סטייה מהעיקרון – ניתוח ביקורתי

מתן מענה לשאלה אם הכרעת בית המשפט בעניין אבו חנא יישמה את עקרון השבת המצב לקדמותו או סתתה ממנו מחייבת התייחסות נוספת – הפעם ביקורתית – לנימוקי בית המשפט. אתמקד בשני הנימוקים הראשונים שהביא בית המשפט בתמיכה בטענה כי אין בשימוש בנתון של השכר הממוצע במשק כדי לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו.

כאמור, על פי הנימוק הראשון, את אבדן הכושר להשתכר יש לחשב בהתבסס על הנתון של השכר הממוצע במשק, מאחר שזה מבטא את מלוא אפשרויות התעסוקה שהיו פתוחות בפני הניזוקה טרם העוולה. נימוק זה מבוסס על ההנחה המקדמית כי "לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי ההשתכרות השונים הקיימים בחברה הישראלית", כי "את 'תקרת הזכוכית' ניתן לנפץ – רבים ורבות מוכיחים זאת..." וכי "לכל קטין האפשרות להתקדם, להתפתח ולהשתלב במערך התעסוקתי הישראלי לפחות כדי ההשתכרות הממוצעת במשק".⁹⁶

ככל שמדובר בהנחה עובדתית עקרונית, נדמה שאי אפשר להתווכח על נכונותה. לכל קטין נתונה האפשרות "לנפץ את תקרת הזכוכית", כדברי בית המשפט, גם אם הוא משתייך לקבוצה חברתית-כלכלית חלשה, וגם אם סיכוייו לעשות כן אינם גבוהים. אך האם מכאן עולה שלפי עקרון השבת המצב לקדמותו הערכת כושרו של קטין להשתכר צריכה להיעשות על פי השכר הממוצע במשק, אף אם זה משתייך לקבוצה

94 שם, פסקה 40 לפסק דינו של השופט ריבלין. וראו גם: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 359.

95 לטענה כי הלכת אבו חנא אינה עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו, אלא היא תולדה של החלת שיקולי צדק מחלק בדמות עקרון השוויון, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 358–361.

96 ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקאות 34, 35, 45 לפסק דינו של השופט ריבלין.

חברתית-כלכלית חלשה שהשכר הממוצע שמפיקים חברה נמוך מהשכר הממוצע במשק?⁹⁷ אני סבורה שהתשובה לשאלה זו שלילית. אם לניזוק המשתייך לקבוצה חברתית-כלכלית חלשה הסיכוי "לנפץ את תקרת הזכוכית" ולהשתכר שכר גבוה מהשכר שמפיקים מרבית חברי קבוצתו, הרי שסיכוי זה כבר מגולם בנתון של שכרם הממוצע של חברי הקבוצה הרלוונטית. מעצם טבעו הנתון של השכר הממוצע שמפיקה הקבוצה הרלוונטית משקף את כלל דרכי התעסוקה שבהן בחרו חבריה, ובכללן אלה השונות מדרכי התעסוקה שבהן צעדו מרבית חברי הקבוצה, אשר בצדן שכר גבוה יותר.⁹⁸ נראה אפוא כי אין בנימוק זה כדי לספק בסיס לטיעון שלפיו השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק מוצדק מכוח עקרון השבת המצב לקדמותו.

מסקנה דומה עולה מבחינת הנימוק השני שהציג בית המשפט. כאמור, על פי נימוק זה הערכת כושרה של הניזוקה להשתכר על פי השכר הממוצע במשק מבטא את הצמצום הצפוי בפערי השכר בין קבוצות מוחלשות לבין קבוצות אחרות באוכלוסייה, וכך גם את השיפור הצפוי בשכרם. נימוק זה מבוסס על ההנחה העובדתית כי בעתיד צפויים פערי השכר בין קבוצות מוחלשות באוכלוסייה לבין קבוצות אחרות באוכלוסייה להצטמצם. אלא שבחינתם של נתונים סטטיסטיים על פערי השכר באוכלוסייה בעשורים האחרונים מעידים שהנחה זו אינה מבוססת.⁹⁹ כך, מעידים הנתונים כי אף שפערי השכר החודשיים בין גברים לנשים הצטמצמו במידת מה, הם עדיין נותרו גדולים.¹⁰⁰ פערי השכר בין

97 כפי שנראה בהמשך, זה אכן המצב באשר לקבוצה שאליה השתייכה הניזוקה בעניין אבו חנא. כלומר, הקבוצה של נשים, ערביות, המתגוררות ביישוב ערבי.

98 חשוב להעיר שנכונותה של טענה זו מותנית בכך שהשכר הממוצע של הקבוצה הרלוונטית ייקבע על פי שכרם של מי שעם הולדתם היו שייכים לקבוצה ולא רק על פי שכרם של מי שבגרותם משתייכים לקבוצה. כך למשל במקרה של אבו חנא, בקביעת השכר הממוצע של נשות הכפר יש להתחשב גם בשכרן של מי שנולדו בכפר אך שעזבו אותו בבגרותן. קביעת השכר הממוצע בדרך זו מבטיחה כי נתון זה ישקף את מכלול דרכי התעסוקה שבחרו חברי הקבוצה, ובכללם אף אלה שבחרו לנטוש את דרך החיים האופיינית לכלל חברי הקבוצה. למשל, במקרה של אבו חנא, אף את דרכי התעסוקה של נשים שבחרו לעזוב בבגרותן את הכפר.

99 לביקורת זו, ראו גם: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 360–361.

100 לטענה זו, ראו למשל: משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 20 עובדות על פערים תעסוקתיים בין נשים לגברים – לקראת יום האישה הבינלאומי, 2010, בעמ' 1 ([http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/20D0C081-4410-471D-A79F-E9A478E742B\(1/0/X9846.pdf](http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/20D0C081-4410-471D-A79F-E9A478E742B(1/0/X9846.pdf)) (להלן: משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – 20 עובדות על פערים תעסוקתיים בין נשים לגברים). מנתונים שפרסמה הלמ"ס עולה שבשנת 1990 הייתה הכנסתה של אישה 56.6% מהכנסתו של גבר, ואילו בשנת 2011 הייתה הכנסתה של אישה 66% מהכנסתו של גבר. ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נשים וגברים, 1990–2011, סטטיסטיקל 132 (2013), בעמ' 14 (http://www.cbs.gov.il/www/statistical/mw2013_h.pdf) (להלן – הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – נשים וגברים). לנתונים דומים, ראו: מרכז אדווה – מידע על שוויון וצדק חברתי בישראל, תמונת מצב חברתית – 2013, בעמ' 14–15 (http://www.adva.org/uploaded/social%20report%2027%201%202013%20final_1.pdf) (להלן – מרכז אדווה – תמונת מצב חברתית). עולה מכאן שבמהלך 21 שנים הצטמצם

יהודים לערבים ממשיכים להיות נרחבים ביותר, והמגמה העולה מהנתונים היא של הרחבת הפער ולא של צמצומו.¹⁰¹ עוד מעידים הנתונים על קיומו של קשר בין השכר

הפער בין שכרם של גברים ונשים ב-10% בקירוב. אף אם נניח שהפער בין שכרם של גברים לבין שכרן של נשים ימשיך להצטמצם באותו קצב, הנחה שאינה בהכרח מבוססת, צפוי הפער להיסגר לחלוטין רק בעוד שישים שנה. במקרה של הניזוקה, רק לקראת תום תוחלת חיי עבודתה. נתונים פחות מבטיחים עולים מבחינת שכרן של נשים לשעה. בדיקה של רמות השכר של נשים וגברים לשעה, בשנת 2010, העלתה כי שכרם של גברים לשעה נותר גבוה ב-17% מזה של נשים. מכאן הסיקו עורכי הדוח כי לא הייתה מגמה של צמצום הפערים. ראו: המוסד לביטוח לאומי – מנהל המחקר והתכנון, מעמדן הכלכלי-חברתי של נשים בישראל – מחקרים לדיון 113, 1997–2011 (ירושלים, 2013), בעמ' 6 (http://www.btl.gov.il/Publications/research/Documents/mechkar_113.pdf). עוד כדאי לציין כי פערי ההכנסה בין נשים לגברים עומדים בעינם בכל רמות ההשכלה. ראו: משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – 20 עובדות על פערים תעסוקתיים בין נשים לגברים, לעיל הערה 100, בעמ' 4–5. כאשר עסקינן בנשים ערביות, הרי שהנתונים מעידים שמצבן פחות טוב מזה של חברותיהן היהודיות. כך למשל נתונים משנת 2009 מעידים כי שיעור ההשתתפות של נשים וגברים יהודיים בשוק העבודה דומה, והוא 76.9% לנשים ו-79.7% לגברים, ולעומת זאת במגזר הערבי קיימים פערים ניכרים בשיעורי ההשתתפות של נשים לעומת אלה של גברים בשוק העבודה, והם 25.3% ו-73.3% בהתאמה. ראו: משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – מנהל מחקר וכלכלה, נשים בהשוואה לגברים בעולם העבודה – מדדים מרכזיים לקראת יום האישה הבין-לאומי, 2011, בעמ' 10 (<http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/50BE9306-3AEC-4836-BBB9-47E40A1DA976/0/10748.pdf>). (להלן – משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – נשים בהשוואה לגברים בעולם העבודה).

¹⁰¹ כך למשל ב-2011 הייתה ההכנסה החודשית של שכירים, עירוניים, אשכנזים 42% מעל ההכנסה החודשית הממוצעת של כלל השכירים העירוניים; ההכנסה החודשית של מקבליהם המזרחיים הייתה 9% מעל הממוצע במשק, והמגמה במהלך העשור היא של עליית שכרם ביחס לשכר הממוצע במשק. לעומת זאת הכנסתם של שכירים, עירוניים, ערבים הייתה 34% מתחת לשכר הממוצע במשק, ובמהלך העשור ניכרת מגמה של ירידה בשכרם ביחס לשכר הממוצע במשק. ראו: מרכז אדווה – תמונת מצב חברתית, לעיל הערה 100, בעמ' 18. על הגידול בפער בין שכרם של ערבים לשכרם של יהודים ניתן ללמוד גם מהנתונים האלה: בשנת 2003 היה השכר הממוצע לשעה של כלל השכירים הערבים 69% מזה של שכירים יהודים. בשנת 2008 היה נתון זה 61%. בקרב גברים היחס היה 63% נכון ל-2003 ו-58% נכון ל-2008, ובקרב נשים 82% ב-2003 ו-72% נכון ל-2008. ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, האוכלוסייה הערבית – 2008, סטטיסטיקל 101, בעמ' 7 (http://www.cbs.gov.il/www/statistical/arab_pop08.pdf) (להלן – הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – האוכלוסייה הערבית – 2008). האבטלה מעידה אף היא על נחיתות המגזר הערבי. בחינת הנתונים מעידה ששיעורי האבטלה ביישובים ערביים גבוהים הרבה יותר מאלה שביישובים יהודיים. כך למשל בכמה מן היישובים הערביים הגדולים ביותר שיעור האבטלה גבוה פי 4 או 5 מן הממוצע הארצי. ראו: מרכז אדווה – תמונת מצב חברתית, לעיל הערה 100, בעמ' 29. לנתונים אלה מצטרפים נתונים המעידים כי שיעור ההשתתפות של נשים ערביות בשוק העבודה האזרחי נמוך במידה רבה מזה שבקרב נשים יהודיות (22% לעומת 59%, בהתאמה, נכון ל-2011). פערים אלה עומדים בעינם על אף העלייה הניכרת בשיעור השתתפות הנשים הערביות בשוק העבודה, והם בולטים על רקע הצמצום שחל, במהלך שלושת העשורים האחרונים, בפערי ההשתתפות המגדריים בקרב האוכלוסייה היהודית. ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – האוכלוסייה הערבית – 2008, לעיל הערה

לבין מקום המגורים, כאשר יישובים ערביים קטנים מתאפיינים בשכר ממוצע נמוך בהרבה מהשכר הממוצע במשק.¹⁰² ככלל ניתן לומר שהפערים בין השכר הממוצע של עשירונים שונים באוכלוסייה גדל מאז שנות השבעים, כשהסובלים העיקריים מחוסר השוויון הם אלו הממוקמים בעשירונים התחתונים, שם יש לנשים ולערכים ייצוג יתר יחסית לשיעורם באוכלוסיית השכירים.¹⁰³ ממילא עולה מדברים אלה שהטענה שלפיה שכרה של הניזוקה צפוי לעלות בעתיד ולהשתוות לפחות לשכר הממוצע במשק, אינה מבוססת עובדתית.

משדחיתי את הנימוקים שהוצגו בבית המשפט בתמיכה בטענה כי השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו, עולה השאלה אם ניתן להצדיק טענה זו מטעמים אחרים שלא הוזכרו בהכרעת בית המשפט. טענה אפשרית אחת היא כי השימוש בנתון הגבוה יותר של השכר הממוצע במשק מוצדק מכוח עקרון השבת המצב לקדמותו, מאחר שהניזוק סבל לא רק פגיעה בכושרו להשתכר אלא גם פגיעה בזכותו לאוטונומיה. על פי טיעון זה, הפער שבין השכר הממוצע של הקבוצה שאליה משתייך הניזוק לבין הנתון הגבוה יותר של השכר הממוצע במשק מבטא את הנזק הנוסף שסבל הניזוק בדמות הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. פגיעה זו, המתווספת לפגיעה בכושרו של הניזוק להשתכר (המוערך על פי השכר הממוצע של חברי הקבוצה הרלוונטית), מתבטאת בגריעה מיכולתו לבחור בדרך עיסוק שבצדה שכר גבוה יותר. על פגיעה נוספת זו, כך ניתן לטעון, מחייב עקרון השבת המצב לקדמותו כי הניזוק יפוצה.¹⁰⁴

101, בעמ' 6; הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – נשים וגברים, לעיל הערה 100, בעמ' 12; משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – נשים בהשוואה לגברים בעולם העבודה, לעיל הערה 100, בעמ' 9; בנק ישראל – חטיבת המחקר, נשים ערביות בשוק העבודה בישראל: מאפיינים וצעדי מדיניות (2012), בעמ' 6 (<http://www.boi.org.il/deptdata/>) 6 (<http://www.boi.org.il/deptdata/>); חיה שטייר ואפרת הרצברג, נשים בשוק העבודה: השפעת התעסוקה על דפוסי התעסוקה ועל השכר (מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2013), בעמ' 4 (<http://taubcenter.org.il/tauborgilwp/wp-content/uploads/>) 4 (<http://taubcenter.org.il/tauborgilwp/wp-content/uploads/>) (להלן – שטייר והרצברג).

102 תופעה זו היא עקיבה. ראו: המוסד לביטוח לאומי – מנהל המחקר והתכנון, ממוצעי שכר והכנסה לפי יישוב ולפי משתנים כלכליים שונים, 2011 (ירושלים, 2013), בעמ' 15 (https://www.btl.gov.il/Publications/survey/Documents/seker_249.pdf). מנתוני המוסד לביטוח לאומי עולה שמבין הערים הגדולות השכר הממוצע הגבוה ביותר נמצא בתל-אביב. לעומת זאת במסעדה, למשל, השכר השנתי הממוצע הגיע ב-2011 ל-55% בלבד מהשכר הממוצע במשק. ראו: שם, שם.

103 ראו: ינון כהן, "פערי שכר לאומיים, מגדריים ואתניים", אי/שוויון (אורי רם וניצה ברקוביץ - עורכים, תשס"ו).

104 יסודו של טיעון זה בהלכת עלי דעקה, שהכירה בפגיעה בזכות לאוטונומיה כראש נזק בר פיצוי. ראו: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד (נג) 526 (1999)

אלא שאף בטיעון זה טמון קושי. גריעה מהיכולת לבחור בדרך העיסוק מתרחשת כל אימת שאדם סובל פגיעה בכושרו להשתכר, בין שהוא משתייך לקבוצה מוחלשת ובין שלא.¹⁰⁵ בדומה לניזוק המשתיך לקבוצה חברתית מוחלשת, גם לניזוק שמאפייניו האישיים והחברתיים ממוצעים עומדת הטענה כי בעקבות העוולה נשללה ממנו הזכות לבחור בעיסוק שהשכר בצדו גבוה מהשכר הממוצע במשק, וכי על כך יש לפצותו. מכאן עולה שטיעון זה צפוי אולי להביא לגידול בסכומי הפיצוי שייפסקו לניזוקים המשתייכים לקבוצות חברתיות מוחלשות, אך בו בזמן הוא צפוי לשמר את הפער בסכומי הפיצוי שייפסקו לקבוצות חברתיות שונות. כך, לניזוק המשתיך לקבוצה חברתית מוחלשת ייפסק פיצוי בהתבסס על השכר הממוצע במשק, ואילו לניזוק המשתיך לקבוצה חברתית ממוצעת ייפסק פיצוי בהתבסס על שכר גבוה מהשכר הממוצע במשק, על מנת לבטא, בשני המקרים, את הפגיעה הנוספת בזכותו של הניזוק לאוטונומיה. ממילא עולה מדברים אלה שנימוק זה אינו יכול לתמוך בטענה כי השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק בחישוב נזקם של כלל הניזוקים-הקטינים יהא שיוכם החברתי-כלכלי אשר יהיה מוצדק מכוח עקרון השבת המצב לקדמותו.

לקושי זה מצטרף קושי שני שעניינו אפיונו של הנזק הנוסף שנגרם לניזוק. אם אכן סבל הניזוק פגיעה בזכותו לאוטונומיה, שעליה יש לפצותו, הרי שמיקומו הראוי של פיצוי זה אינו תחת ראש הנזק של אבדן הכושר להשתכר כי אם בקטגוריה של נזקים לא ממוניים. כפי שהבהירה הפסיקה, פגיעה בזכות לאוטונומיה היא נזק לא ממוני – שבגדרו יש לפצות את הניזוק על הפגיעה ברגשותיו ובתחושותיו.¹⁰⁶ ממילא עולה מדברים אלה שאי אפשר להצדיק את השימוש בנתון הגבוה יותר של השכר הממוצע במשק, המשמש

(להלן – עניין דעקה). טיעון זה דומה לטיעון הראשון שהוצג בבית המשפט בעניין אבו חנא, שהרי שניהם מבוססים על הרעיון כי העוולה גרעה מאפשרויות הבחירה שהיו נתונות לניזוק אלמלא כן. עם זאת בין השנים יש הבדל. על פי הטיעון הראשון שהוצג בבית המשפט בעניין אבו חנא, הנתון של השכר הממוצע במשק משקף את כושרו של הקטין להשתכר והפגיעה בזכות הבחירה של הניזוק היא היבט אחד של הפגיעה בכושרו להשתכר. לעומת זאת על פי טיעון זה, את כושרו של הקטין להשתכר יש להעריך על פי השכר הממוצע של הקבוצה שאליה הוא משתייך, אך נוסף על כך, יש לפצותו על הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. אף שבעניין אבו חנא נסמכה החלטת בית המשפט בעיקר על הטיעון הראשון, ניתן למצוא בפסק הדין סימוכין לכך שלגישתו של בית המשפט הפיצוי שנפסק לניזוקה מבטא גם את הפגיעה בזכותה לאוטונומיה, או כלשונו של בית המשפט, את "הגריעה מן האפשרות לחתור להגשמה עצמית, ששכרה בצידה, בתחום המקצועי". ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקה 35 לפסק דינו של השופט ריבלין. לגישה כי בעניין אבו חנא נסמך בית המשפט על הנימוק של פגיעה בזכות לאוטונומיה כתמיכה לשימוש בנתון של שכר ממוצע במשק, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 332.

105 לביקורת זו, ראו גם: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 332–334.

106 ראו: עניין דעקה, לעיל הערה 104, בעמ' 581.

לשם חישוב הפיצוי עבור הפגיעה בכושר להשתכר, באמצעות הטענה כי יש לפצות את הניזוק על הפגיעה בזכותו באוטונומיה.

על רקע דברים אלה עולה השאלה אם אי אפשר להסביר את הבחירה בנתון של השכר הממוצע במשק כפיצוי עקיף על הנזק הלא-ממוני שסבל הניזוק, בדמות הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, המתחייב מכוח עקרון השבת המצב לקדמותו. על פי גישה זו, השימוש בנתון הגבוה יותר של השכר הממוצע במשק הוא לא יותר מאשר סיווג מוטעה של אופי הנזק הנוסף שנגרם לניזוק. כפי שעולה מהדיון שנערך קודם לכן, אף שהסבר זה אפשרי, הוא אינו מוביל למסקנה כי הבחירה להשתמש בנתון של השכר הממוצע במשק באשר לכלל הקטינים, מבוססת על עקרון השבת המצב לקדמותו. כאמור, פגיעה בזכות לאוטונומיה שביטויה גריעה מאפשרויות התעסוקה הנתונות לניזוק מתרחשת כל אימת שזה סבל פגיעה בכושרו לעבוד. מכאן עולה שכל ניזוק זכאי לפיצוי נוסף עבור הנזק הלא-ממוני הכרוך בפגיעה בזכותו לאוטונומיה, בין כזה המשתייך לקבוצה חברתית מוחלטת ובין כזה המשתייך לקבוצה חברתית ממוצעת. ממילא, יש בכך להשמיט את הקרקע מתחת לטענה כי השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק באשר לכלל הקטינים, עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו.

(4) סיכום ביניים

המסקנה העולה מהניתוח הדסקריפטיבי והביקורתי של החלטת בית המשפט בעניין אבו חנא מעניינת. אף שההנמקה שהוצגה על ידי בית המשפט נותרה נאמנה לעקרון השבת המצב לקדמותו, הרי שבפועל לא ניתן ליישב את תוצאת פסק הדין עם עקרון השבת המצב לקדמותו. בהתאמה, אפיון פסק הדין על פי ההנמקה שנכללה בו מוביל למסקנה כי אין בו משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. לעומת זאת, אפיון פסק הדין על פי ההכרעה שהתקבלה בו מוביל למסקנה כי יש בו משום סטייה מהעיקרון. על רקע מסקנה זו יש חשיבות לאופן שבו הוצגה, פורשה והוחלה הלכת אבו חנא בפסיקה מאוחרת.

(5) הלכת אבו חנא בפסיקה מאוחרת

השאלה מהו הנתון שבו יש להתחשב בקביעת כושרו של קטין להשתכר עלתה בשנית שנים ספורות לאחר פסק הדין בעניין אבו חנא, בעניין אטינגר (2). במקרה זה נדונה תביעת עיזבונו של קטין שהיה בן 12 במוותו. המערערים הצביעו על כמה נסיבות שלמדו לטענתם שלמנוח היה סיכוי גדול ביותר להשתכר בעתיד, אלמלא התאונה, סכומים גבוהים מכפי השכר הממוצע במשק. בין השאר הצביעו המערערים על כך שכל בני משפחתו של המנוח המשיכו את לימודיהם והשתכרו סכומים העולים על השכר הממוצע במשק.

בית המשפט חזר על הכלל שנקבע בעניין אבו חנא, שלפיו בהערכת הפיצוי עבור הפגיעה בכושרו של קטין להשתכר אין מתחשבים בנתונים מגדריים, מגזריים או חברתיים-כלכליים. דברים אלה יפים, כך סבר בית המשפט, בין שעסקינן בדרישה לסטייה כלפי מטה ובין שמדובר בדרישה לסטייה כלפי מעלה. סטייה מרמת השכר הממוצע במשק מותרת, הוסיף וקבע בית המשפט, רק באותם מקרים שבהם הוכחו נתונים עובדתיים חריגים המתייחסים לנפגע עצמו. לפיכך אין די בשיוכו החברתי והמשפחתי המבוסס של הניזוק כדי להצדיק את חישוב הפיצוי שלו הוא זכאי בהתבסס על נתון גבוה מכפי הנתון של השכר הממוצע במשק.¹⁰⁷

עיון בפסק הדין מגלה כי הנימוקים ששימשו את בית המשפט בעניין אטינגר (2) דומים במידה רבה לאלה ששימשו את בית המשפט בעניין אבו חנא, ואף נסמכו עליהם מפורשות: ראשית, הנתון של השכר הממוצע במשק משקף את מכלול אפשרויות הבחירה שעמדו בפני הניזוק-הקטין אלמלא העוולה, בין כאלה ששכר גבוה בצדן ובין כאלה ששכר נמוך בצדן. נימוק זה נסמך בטענה שאף שלרקע האישי והחברתי השפעה מסוימת על בחירותיו של אדם, הרי שאין עסקינן באינדיקציה חזקה דייה למסלול המקצועי שבו היה בוחר הקטין בבגרותו. לפיכך עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב כי בקביעת כושרו של הניזוק להשתכר יש לתת ביטוי גם לאפשרות שהניזוק היה בוחר במסלול מקצועי שהשכר שבצדו נמוך.¹⁰⁸ שנית, על המזיק לפצות את הנפגע על עצם הפגיעה באוטונומיה השמורה לו להתוות את סיפור חייו ועל הגריעה ממגוון האפשרויות שהיו פתוחות בפניו. נימוק זה, שעלה במרומז מהחלטת בית המשפט בעניין אבו חנא, הפך למפורש בעניין אטינגר (2).¹⁰⁹ שלישית, התחשבות בנתון של השכר הממוצע במשק נותנת ביטוי להנחה כי הקדמה תביא עמה שוויון בשכר בין מגזרים שונים באוכלוסייה.¹¹⁰ רביעית, חישוב שכרו של קטין על פי נתון גבוה מהנתון של השכר הממוצע במשק, בשל שיוכו האישי והחברתי, מפלה בינו לבין קטין שלא נולד לרקע חברתי דומה ומציב את האחרון בנקודת מוצא נמוכה.¹¹¹ אף שבית המשפט לא אמר את הדבר מפורשות, עיקרו של נימוק זה הוא קיומה של הצדקה שמקורה בתפיסה של צדק מחלק, לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו.

עיון בפסק הדין מגלה כי עקרון השבת המצב לקדמותו תפס מקום מרכזי בהנמקת בית המשפט. שלושת הנימוקים הראשונים שהציג בית המשפט נקשרו על ידיו מפורשות לעקרון השבת המצב לקדמותו. זה האחרון, בצירוף כל אחד מנימוקים אלה, הצדיקו את

107 ראו: עניין אטינגר (2), לעיל הערה 70, פסקאות 5-6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

108 שם, פסקאות 5-7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

109 שם, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

110 שם, שם.

111 שם, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק.¹¹² זאת ועוד, בית המשפט פתח וסגר את הדיון בסוגיה שעמדה בפניו בעקרון השבת המצב לקדמותו בהדגישו כי השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק חיוני "על-מנת להגשים באופן הקרוב ביותר את עקרון השבת המצב לקדמותו", וכי "אך בדין המצוי אנו עוסקים ובגדרו יש להשיב את המצב לקדמותו".¹¹³ לעומת זאת הנימוק הרביעי, העוסק בהצדקה חלוקתית לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, תפס מקום חלקי ביותר בהנמקת בית המשפט. זאת ועוד, הנימוק שלפיו שימוש בנתון של השכר הממוצע במשק מוצדק בשיקול של הפחתת עלויות מנהליות, שהציע בית המשפט בעניין אבו חנא כמי שמספק הצדקה נוספת לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, לא הוזכר כלל על ידי בית המשפט בעניין אטינגר (2). עולה מדברים אלה שעקרון השבת המצב לקדמותו שמר על מעמדו גם בעניין אטינגר (2), ואולי אף ביתר שאת, כעקרון יסוד של דיני הפיצויים.

עתה יש לבחון אם ההכרעה שהתקבלה בעניין אטינגר (2) עולה בפועל בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו. אני סבורה שהתשובה לשאלה זו שלילית.¹¹⁴ באשר לנימוק הראשון, הרי שזה נסמך, כפי שראינו, על הטענה שהרקע האישי והחברתי של קטין אינו יכול לספק אינדיקציה חזקה דייה לקביעת המסלול המקצועי שבו היה בוחר הניזוק בבגרותו. לפיכך עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב כי בקביעת כושרו של הניזוק להשתכר יש לתת ביטוי גם לאפשרות שהניזוק היה בוחר במסלול מקצועי שהשכר שבצדו נמוך. אלא שבטיעון זה טמון קושי כפול: ראשית, ממחקרים הבוחנים את הקשר בין השכלתם והכנסתם של הורים לבין השכלת ילדיהם בבגרותם מחד גיסא, ואת הקשר בין השכלתו של אדם בבגרותו לבין שיעור השתכרותו, עולה שקיים קשר ישיר בין הכנסת ההורים והשכלתם לבין הכנסת ילדיהם.¹¹⁵ מכאן שהרקע המשפחתי

112 שם, פסקאות 5, 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

113 שם, פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

114 לגישה זו, ראו גם: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 362.

115 לא מצאתי מחקרים הבודקים ישירות את הקשר בין השכלת ההורים והכנסתם לבין הכנסת ילדיהם בבגרותם. לפיכך בחנתי מחקרים הבודקים את הקשר בין הכנסת ההורים והשכלתם לבין השכלת ילדיהם בבגרותם ואת הקשר בין השכלתו של אדם בבגרותו להכנסתו. ואכן, מחקרים מעידים על קשר חיובי בין הרקע החברתי-כלכלי של קטנים, כפי שהוא מתבטא בהשכלת האם, ביוקרת משלח יד האב וברמה החברתית-כלכלית של יישוב המגורים, לבין הסיכוי לזכאות לתעודת בגרות. בהמשך לכך נמצא כי ככל שמספר שנות הלימוד של האם עולה, כך עולה שיעור הזכאים לתעודת בגרות ושל אלה מביניהם שעומדים בדרישות הסף של האוניברסיטאות. ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, פני החברה בישראל, דוח מס' 4, חשוון תשע"ב, אוקטובר 2011, בעמ' 151, 159–165 (<http://www.cbs.gov.il/webpub/>) (pub/text_page.html). עוד נמצא כי ככל שיוקרת משלח יד האב גבוהה יותר, כך גדלה גם ההסתברות לקבלת תעודת בגרות, ההסתברות לרכוש תואר ראשון וההסתברות לרכוש תואר שני ומעלה. ראו: אייל בר חיים, כרמל בלנק, יוסי שביט, שינויים בשוויון הזדמנויות בהשכלה, בתעסוקה ובכלכלה, 1995–2008 (מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2013), בעמ' 9–10 (<http://taubcenter.org.il/tauborgilwp/wp-content/uploads/>)

והחברתי של קטין אכן מספק אינדיקציה טובה לקביעת כושרו העתידי להשכר. שנית, אף שקיימת אפשרות שבבגרותו היה הניזוק בוחר במסלול מקצועי שונה מזה של בני משפחתו האחרים, שהשכר שבצדו נמוך, הרי שאפשרות זו כבר מגולמת בנתון של השכר הממוצע של חברי הקבוצה שאליה הוא משתייך.

הנימוק השני קושר אף הוא בין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק באמצעות הטענה כי המזיק פגע בזכותו של הקטין לאוטונומיה, וכי עליו לפצותו על כך. אקדים ואציין כי לא ברור מפסק הדין אם בהציגו נימוק זה ביקש בית המשפט רק לחזור על הנימוקים שהוצגו בעניין אבו חנא, או שמא לגישתו נימוק זה מספק הצדקה לדבקות בנתון של השכר הממוצע במשק, אף במקרה שבו לניזוק שיוך משפחתי וחברתי גבוה. כך או כך, איני רואה כיצד ניתן לטעון כי חישוב הפיצוי שלו זכאי הניזוק במקרה זה, בהתבסס על השכר הממוצע במשק, צפוי לפצותו על הפגיעה בזכותו לבחור את מסלול חייו המקצועי. הרי לניזוק מסוג זה, שמאפייניו האישיים והחברתיים הם לכל הפחות ממוצעים, עומדת הטענה כי בעקבות האירוע הניזקי נשללה ממנו הזכות לבחור בעיסוק שהשכר שבצדו גבוה מהשכר הממוצע במשק, וכי על כך יש לפצותו. מכאן עולה שבמקרים מסוג זה צפויה הטענה של פגיעה בזכות לאוטונומיה דווקא לתמוך בשימוש בנתון גבוה מהשכר הממוצע במשק.¹¹⁶

קיים פער שיטתי בהסתברות להמשיך ללימודים על-תיכוניים ולסיים תואר ראשון בין מי שהוריו בעלי אמצעים ויכולת לעזור לו כלכלית לשם מימון ישיר ועקיף של לימודיו, לבין מי שבא משכבות אוכלוסייה חלשות יותר, שבהן תמיכת ההורים קטנה, אינה קיימת, ואולי אף נדרשת תמיכה בכיוון ההפוך. ראו: בנק ישראל – מחלקת המחקר, מגבלת הניזילות בלימודי ההשכלה הגבוהה בישראל, 2007, בעמ' 4, 34–35 (<http://www.boi.org.il/>); באשר לקשר שבין השכלתו של אדם לבין שיעור השתכרותו, הרי שהנתונים מלמדים על קשר ישיר בין מספר שנות הלימוד של אדם לבין שיעור הכנסתו באופן שכלל שהראשון עולה, כך גם שיעורו של האחרון. ראו: בנק ישראל – מחלקת המחקר, התשואה להשכלה – הקשר הסיבתי בין ההשכלה לשכר, 2007, בעמ' 21–22 (<http://www.boi.org.il/deptdata/mehkar/papers/dp0703h.pdf>); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, פרסום סקר הכנסות 2011, לוח 22 – הכנסה ברוטו לשכיר, לפי מספר שנות לימוד ומין (= &CYear=11&publ=11&CYear=) (http://www.cbs.gov.il/webpub/pub/text_page.html?publ=11&CYear=11&CMonth=1); אייל קמחי, מגמות בשוק העבודה: פערים בשיעורי התעסוקה ובשכר (מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2012), בעמ' 19 (<http://taubcenter.org.il/tauborgilwp/wp-content/uploads/H-2012.07-Kimhi.pdf>); שטייר והרצברג, לעיל הערה 101, בעמ' 23.

116 דברים אלה נכונים גם אם הפגיעה בזכותו של הניזוק לאוטונומיה תסווג, כפי שעליה להיות מסווגת, כנזק לא ממוני שסבל הניזוק. לדחיית הטענה כי השימוש בשכר הממוצע במשק מוצדק באמצעות הנזק של פגיעה באוטונומיה, אך מנימוקים שונים, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 333.

לבסוף, אף הנימוק השלישי, שלפיו הבחירה בנתון של השכר הממוצע במשק צפויה להגשים את עקרון השבת המצב לקדמותו, וזאת בהתחשב בהנחה כי בעתיד יצטמצמו פערי השכר בין קבוצות האוכלוסייה השונות, אינו עומד במבחן הביקורת. כפי שעולה מהדיון שערכנו בעניין אבו חנא, הנחה עובדתית זו בדבר שוויון וצמצום פערי השכר בין קבוצות שונות באוכלוסייה אינה מבוססת.

מדברים אלה מתבקשת המסקנה כי הנימוקים שהציע בית המשפט בעניין אטינגר (2) אינם יכולים ליישב בין השימוש בנתון של השכר הממוצע במשק במקרה הנדון לבין עקרון השבת המצב לקדמותו. מכאן שאף שההנמקה שליוותה את פסק הדין התבססה בעיקרה על עקרון השבת המצב לקדמותו, בפועל סוטה תוצאת פסק הדין מהעיקרון. בחינתה של פסיקה נוספת שניתנה לאחר פסק הדין בעניין אבו חנא מגלה כי בתי המשפט צעדו באדיקות אחר הכלל שנקבע בו. כך, המשיכו בתי המשפט לדבוק בנתון של השכר הממוצע במשק אף במקרים שבהם הובאו בפני בית המשפט נתונים מגזריים או אישיים המעידים על סיכוי שאינו מבוטל שהקטין עתיד להשתכר שכר שונה מהשכר הממוצע במשק.¹¹⁷ בה בעת היו בתי המשפט נכונים לסטות מהנתון של השכר הממוצע במשק ולקבוע את כושרו של הניזוק להשתכר על פי נתוניו האישיים, אם השתכנעו שזה כבר בחר באפיק תעסוקתי מסוים ואף התכוון להמשיך במסלול תעסוקתי זה.¹¹⁸ בפסקי

117 ראו, למשל: רע"א 7179/12 קבועה נ' קרנית הקרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פסקה 10 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 2013) (קטין בן למיעוט הברואי); ע"א 7113/10 עלושי נ' מסרי, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2011) (קטין שמרבית בני משפחתו אקדמאים ומשכילים); ע"א 6/08 ג'נח נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2009) (קטינים בני משפחה חרדית); ע"א 8629/07 בן ארי נ' פלוני, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2009) (הניזוק שנפגע בהיותו בן 20 הפסיק את לימודיו בבית הספר בכיתה י"א, לא שירת שירות צבאי לאחר ששחרר מחמת חוסר התאמה ועסק בתקופות מסוימות בעבודות מזדמנות שהצמיחו לו השתכרות נמוכה ביותר).

118 ראו, למשל: ע"א 8619/10 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' ג'אבר, פסקה 13 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2012) (הניזוק נפגע בהיותו בן 17, לאחר שהתחיל בגיבוש קריירה בספורט ככדורגלן); רע"א 7490/11 פחרי נ' האג', פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2011) (הניזוק נפגע בהיותו כמעט בן 19 שנים. נמצא כי הוא בחר באפיק תעסוקתי מסוים ואף התכוון להמשיך במסלול תעסוקתי זה); ע"א 1100/09 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' עיובון המנוח איתן מימון ז"ל, פסקה 28 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2011) (ניזוק שבמותו היה בן 23, שרכש השכלה כהנדסאי אלקטרוניקה ואף הספיק להשתלב בשוק העבודה) (להלן: עניין סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ); ע"א 8575/12 אדאף נ' חברת אסם בע"מ, פסקה 11 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2013) (ניזוקה שבעת התאונה הייתה כבת 22 הפסיקה ללמוד בכיתה י', ומאז נפלטה לשוק העבודה לא הצביעה על עבר תעסוקתי ועל השתכרות של ממש. אף שכושרה של הניזוקה נקבע בסופו של דבר על פי השכר הממוצע במשק, סבר בית המשפט העליון שבית המשפט קמא היטיב עם הניזוקה, משום שבנסיבות המקרה היה ניתן לטעון שהניזוקה כבר החלה לכתוב את סיפור חייה במישור התעסוקתי).

דין אלה צעדו בתי המשפט אחר הכלל שנקבע בעניין אבו חנא, שלפיו במקרים חריגים ניתן לסתור את החזקה בדבר השכר הממוצע במשק.¹¹⁹ עם זאת התנאים שנוסחו בפסיקה זו לסתירת החזקה בדבר השכר הממוצע במשק היו מחמירים מאלה שנקבעו בעניין אבו חנא. בעניין אבו חנא נאמר כי "...ראיות ואינדיקציות לגבי הנפגע הקטין יאפשרו לסתור את החזקה בדבר השכר הממוצע במשק – לכאן או לכאן – רק במקום בו יש להן משקל רב והן מלמדות בהסתברות גבוהה כי הקטין אמנם היה משתלב בעתיד במקצוע מסוים..."¹²⁰ לעומת זאת הפסיקה המאוחרת דרשה הצגת נתונים "...אשר, ככלל, מלמדים כי הנפגע, חרף היותו קטין, רכש לו, בפועל, 'היסטוריה תעסוקתית'...", והוכחה "...בחירה אישית פוזיטיבית של הקטין, שיש לה ביטוי במציאות..."¹²¹ כך, לעומת עניין אבו חנא, שבו הסתפק בית המשפט בהוכחה בדרגה של הסתברות גבוהה שהניזוק היה משתלב בעתיד במסלול מקצועי מסוים, בפסיקה המאוחרת דרש בית המשפט הוכחה כי לכוונתו של הניזוק כבר ניתן ביטוי במציאות, וכי זה רכש לו בפועל "היסטוריה תעסוקתית".

ניתן אפוא לסכם ולומר שהפסיקה שניתנה לאחר פסק הדין בעניין אבו חנא צעדה בעקבותיו ככל שהדבר נוגע לסטייה בפועל מעקרון השבת המצב לקדמותו ואף חיזקה מגמה זו.

ג. פסק הדין בעניין פלוני

(1) הכרעת בית המשפט ונימוקה

פסק הדין השלישי והאחרון שיידון בחלק זה הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פלוני. במקרה זה נפגע התובע בתאונת דרכים שגרמה לו כמה נכויות רפואיות, ובכללן הפרעה בתפקוד המיני על רקע נפשי. על ראשי הנזק שבגינם תבע הניזוק פיצוי נכלל פיצוי עבור היזקקות לשירותי ליווי. הדרישה לפיצוי עבור נזק זה התבססה על הטענה כי בשל התאונה אין ביכולתו לקיים יחסי מין אלא עם נערות ליווי. בבית המשפט המחוזי התקבלה טענתו, והוא זכה לפיצוי בשיעור של 150,000 ש"ח עבור תרופות לשיפור התפקוד המיני וכן עבור היזקקות – פעם בשבוע – לשירותי ליווי. פסיקה זו, חשוב לציין, לא הייתה ראשונה מסוגה. כפי שציין בית המשפט העליון בפסק דינו, על אף קיומה של מחלוקת בסוגיה קדמו לה מקרים נוספים שבהם פסקו בתי משפט מחוזיים לניזוקים פיצוי עבור היזקקות לשירותי ליווי.¹²²

119 ראו: עניין אבו חנא, לעיל הערה 1, פסקאות 46–50 לפסק דינו של השופט ריבלין.

120 שם, פסקה 49 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

121 ראו: עניין אטינגר (2), לעיל הערה 70, פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. על גישה זו חזר בית המשפט בע"א 9873/06 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פפו, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2009).

122 עניין פלוני 11152/04, לעיל הערה 3, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

המשנה לנשיאה ריבלין, שכתב את פסק הדין העיקרי, סבר שיש לפסוק לתובע פיצוי בסך של 100,000 ש"ח עבור הוצאות הטיפול הרפואי והפסיכולוגי הנדרש לטיפול בבטיית אינ-האונות שממנה סבל, אך דחה את דרישת התובע לפיצוי עבור היזקקותו לשירותי מין.¹²³ החלטה זו התבססה על שלושה נימוקים:

ראשית, טענת התובע שלפיה עולה בידו לקיים יחסי מין רק עם נערות ליווי לא הוכחה כנדרש באמצעות חוות דעת רפואיות או ראיות אחרות.¹²⁴ טעם זה לדחיית דרישתו של הניזוק לפיצוי עבור היזקקות לשירותי מין מיוחד לנסיבות המקרה המסוים, ועיקרו הכלל כי בהיעדר נזק נשמטת ההצדקה לפסיקת פיצוי תרופתי שמטרתו השבת מצבו של הניזוק לקדמותו.

שנית, כללי הפיצוי המקובלים, ובכללם עקרון השבת המצב לקדמותו, אינם תומכים בפסיקת פיצוי המתייחד לתכלית של מימון שירותי ליווי. הטעם לכך הוא ששימוש בשירותי מין בתשלום אינו תחליף ליכולת לקיים יחסי מין במערכת יחסים זוגית, לאבדן מערכת יחסים זוגית על מכלול רבדיה ולאבדן מגוון אפשרויות הבחירה שהיו לניזוק בתחום זה. משאין בפיצוי הניזוק עבור ההוצאות הכרוכות ברכישת שירותי מין כדי לאפשר לו לרכוש תחליף שווה ערך לאשר אבד לו, ממילא אי אפשר לפסוק לו פיצוי עבור הוצאות אלה כמקובל בקטגוריה של נזקים ממוניים. במילים אחרות, מאחר שהפיצוי עבור נזקים ממוניים הוא מטבעו פיצוי "שווה ערך", ומאחר שרכישת שירותי מין אינה תחליף שווה ערך לאשר אבד לניזוק, אין לסווג את נזקו כנזק ממוני ולפצותו לפי קטגוריה זו.¹²⁵ בהמשך לכך נקבע כי בסוג זה של מקרים הנזק שנגרם לניזוק הוא לא ממוני, ולכן יש לפצות בגינו לפי הקטגוריה של ראשי נזק לא ממוניים.¹²⁶

שלישית, פסיקת פיצוי שתכליתו מימון שירותי ליווי מנוגדת לתקנת הציבור, לעקרונות הכלליים של שיטת המשפט הישראלית ולמדיניות שהיא אימצה באשר לתעשיית הזנות. הטעם לכך הוא שבפסיקת פיצוי מסוג זה יש כדי לעודד ולממן בעקיפין את תעשיית הזנות, על התופעות הכרוכות בה, כגון ניצול נשים המועסקות כנערות ליווי וגרימת נזק להן. בהשלכות אלה, כך סבר המשנה לנשיאה ריבלין, יש להתחשב שעה שבאים להכריע אם לפסוק לניזוק פיצוי עבור היזקקות לשירותי מין. עוד נאמר כי על אף היות עקרון השבת המצב לקדמותו עקרון יסוד בדיני הפיצויים, אין להחילו באופן המתעלם מעקרונות ומערכי היסוד של החברה והמשפט בישראל. לפיכך על עיקרון זה

123 שם, פסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

124 ראו: שם, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

125 לעומת זאת, כך הבהיר המשנה לנשיאה ריבלין, אין מניעה לפצות את הניזוק עבור הוצאות רפואיות שנגרמו לו בשל הצורך לרכוש טיפולים ותרופות לשיפור תופעת אינ-האונות שבה הוא לוקה. ראו: שם, פסקאות 15, 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

126 ראו: שם, שם.

לסגת שעה שמתבקש פיצוי עבור שימוש בשירותיה של נערת ליווי, פיצוי שניתן להניח בסבירות גבוהה שימצא את דרכו למימון תעשיית הזנות.¹²⁷ שני שופטי ההרכב האחרים, הנשיא (בדימ') ברק והנשיאה ביניש, הצטרפו לעמדתו של המשנה לנשיאה ריבלין כי יש לבטל את הפיצוי שנפסק לניזוק עבור היזקקות לשירותי ליווי. שניהם היו שותפים לדעתו כי לא עלה בידי התובע להוכיח כנדרש את ההכרח בהיזקקות לשירותי ליווי, וכי די בטעם זה כדי להביא לביטול הפיצוי שנפסק לו לפי ראש נזק זה. אשר לטעמיו העקרוניים האחרים של המשנה לנשיאה ריבלין, הרי שהנשיא (בדימ') ברק סבר כי יש להותיר את הסוגיה העקרונית בצריך עיון בהתחשב במורכבותה, ולא הכריע בה. הנשיאה ביניש נטתה להצטרף לשני הטעמים העקרוניים שהציג המשנה לנשיאה ריבלין, אך הותירה בצריך עיון את השאלה אם יש מקום להכיר בחריגים לכלל שלפיו אין לפסוק פיצוי עבור היזקקות לשירותי ליווי.¹²⁸

(2) השתקפות עקרון השבת המצב לקדמותו בהכרעת בית המשפט – ניתוח דסקריפטיבי

על מורכבות הקשר שבין הכרעת בית המשפט בעניין פלוני לבין עקרון השבת המצב לקדמותו ניתן ללמוד מהנימוקים העקרוניים שהוצגו בפסק הדין לגישה שלפיה ככלל אין לפסוק לניזוקים פיצוי עבור ההוצאות הכרוכות בהיזקקות לשירותי מין. לגישה זו היו שותפים המשנה לנשיאה ריבלין והנשיאה ביניש.

כפי שראינו, הטעם העקרוני הראשון שהוצג בפסק הדין הוא שפסיקת פיצוי עבור רכישת שירותי ליווי אינה עולה בקנה אחד עם כללי הפיצוי כפי שהם נגזרים מעקרון השבת המצב לקדמותו (להלן: הטעם העקרוני הראשון). נימוק זה מעמיד את הלכת פלוני כהלכה הנגזרת מדיני הפיצויים ומעקרון השבת המצב לקדמותו ולא כמי שסותרת אותם או סוטה מהם. לעומת זאת הטעם העקרוני השני שהוצג בפסק הדין מבטא גישה שונה. על פי טעם זה, גם אם פסיקת פיצוי עבור היזקקות לשירותי ליווי עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו, הרי שהעקרונות הכלליים של שיטת המשפט הישראלית וערכי היסוד של השיטה מחייבים סטייה מעיקרון זה (להלן: הטעם העקרוני השני). על פי טעם זה, יש בהלכת פלוני כדי להוות סטייה מודעת ומכוונת מעקרון השבת המצב לקדמותו.¹²⁹

על רקע דברים אלה ברצוני להעיר כמה הערות באשר ליחס שבין הלכת פלוני לבין עקרון השבת המצב לקדמותו.

ההערה הראשונה תתייחס לתפיסה שהוצגה בפסק הדין באשר למעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו. עיון בהנמקה שליוותה את הטעם העקרוני השני לשלילת הזכות

127 ראו: שם, פסקאות 16–24 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
128 ראו: שם, פסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק ופסק דינה של הנשיאה ביניש.
129 ראו: שם, פסקה 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

לפיצוי עבור שירותי ליווי מגלה כי המשנה לנשיאה ריבלין אימץ את הגישה כי מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו הוא יחסי ולא מוחלט. עיקרה של גישה זו היא התפיסה כי אין עסקינן בעיקרון יחיד הפועל בחלל ריק כי אם בעיקרון שמעמדו מושפע ממארג העקרונית הנורמטיבי החולש על המשפט הישראלי. גישה זו, שהובילה את המשנה לנשיאה ריבלין למסקנה כי ניתן לסטות במקרה שהובא לפניו מעקרון השבת המצב לקדמותו, יצרה בסיס לסטייה מהעיקרון גם במקרים אחרים, ומכאן חשיבותה.

עם זאת אי אפשר להתעלם מכך שחלקיו האחרים של פסק הדין מחלישים, במידת מה, את עצמתה של גישה זו בדבר מעמדו היחסי של עקרון השבת המצב לקדמותו, ובו בזמן מחזקים את מעמדו כעיקרון מנחה בדיני פיצויים. אפרט את הטעמים לטענה זו: ראשית, המשנה לנשיאה ריבלין עצמו לא הסתפק בהצגת התפיסה בדבר מעמדו היחסי של עקרון השבת המצב לקדמותו כנימוק היחיד לשלילת זכאותו של הניזוק לפיצוי, אלא תמך את החלטתו בשני טעמים נוספים, האחד לגופו של עניין (חוסר יכולתו של הניזוק להוכיח קיומו של נזק) והאחר עקרוני (היותם של שירותי מין בתשלום תחליף לא ראוי למערכת יחסית זוגית). שניהם, כפי שראינו, עולים בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו.

שנית, את הדיון בשאלת הזכאות לפיצוי על שימוש בשירותי ליווי חתם המשנה לנשיאה ריבלין בדברים האלה: "ושוב: עמדנו היא כי דיני הפיצויים עצמם אינם מכירים בפסיקת פיצוי בגין ראש נזק ממוני של שירותי-ליווי; אין זה פיצוי המתחייב לפי עקרון 'השבת המצב לקדמותו'".¹³⁰ דברים אלה, שנאמרו לאחר הצגת הטעם העקרוני השני, הם משום חזרה לטעם העקרוני הראשון, שעיקרו כי פסיקת פיצוי מסוג זה אינה מתיישבת עם עקרון השבת המצב לקדמותו. באופן זה שב והדגיש בית המשפט את דבקתו בעקרון השבת המצב לקדמותו ואת מעמדו של זה כעקרון יסוד.

שלישית, שני השופטים האחרים נמנעו מדיון עקרוני ומקיף בסוגיה של פסיקת פיצוי עבור היוזקות לשירותי ליווי. כאמור, הנשיא (בדימו) ברק סבר שאין צורך להיזקק לסוגיה זו, מאחר שהתובע לא הוכיח כנדרש את ההכרח בשירותים מסוג זה, ואילו הנשיאה ביניש הותירה בצריך עיון את השאלה אם יש חריג לכלל ומה היקפו. מכאן שטעמו העקרוני השני של המשנה לנשיאה ריבלין, שעיקרו קיומה של הצדקה לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, זכה לתמיכה חלקית בלבד מצד חברי ההרכב האחרים. עיון בפסק הדין במלואו מגלה אפוא כי על אף נכונותו של המשנה לנשיאה ריבלין לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו במקרים מסוימים, מעמדו של זה בפסק הדין נותר, במידה רבה, איתן.

ההערה השנייה עוסקת בהיקפה של הגישה העקרונית שהציע המשנה לנשיאה ריבלין בעניין פלוני. אף שהמשנה לנשיאה ריבלין סבר כי במקרים מתאימים ניתן לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו מטעמים של תקנת הציבור, הוא הקפיד להדגיש את תחולתו המוגבלת של כלל זה. כך, אף שלגישתו "תקנת הציבור" עשויה להשפיע על

130 ראו: שם, שם.

יישום עקרון 'השבת המצב לקדמותו', מקום בו המצב הקודם או המצב אליו חותר הפיצוי כרוך באי-חוקיות או בפגיעה בערכי-יסוד של החברה והשיטה"¹³¹, "יש להיזהר מפני החלת כללים משפטיים שיפגעו, בסופו של יום, בקורבן – ישללו ממנו זכויות והטבות ויוסיפו על סבלו"¹³³. זה למשל המקרה, כך הבהיר המשנה לנשיאה ריבלין, כאשר עסקינן בניזוקה שהשתכרה בעברה מזנות ואיבדה את כושרה להשתכר.¹³⁴ בהמשך לכך הגביל המשנה לנשיאה ריבלין את המקרים שבהם ניתן לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו למקרים הכרוכים במניעת השבה הנוגעת בפלילים, בניזול או בפגיעה בזכויות יסוד של אדם אחר, או במתן אמצעים לניזוק להתמיד בפעילות אסורה על פי חוק (למשל רכישת סמים אסורים).¹³⁵ ממילא עולה מדברים אלה כי אף לגישתו של המשנה לנשיאה ריבלין לא כל מקרה הנגוע בפלילים או בחוסר מוסריות מצדיק סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. עוד כדאי לשים לב שהמשנה לנשיאה ריבלין אימץ גישה מתונה יותר באשר לרכישת שירותי סרוגייט (מטפלת מינית המשמשת כבת זוג חילופית). כך, לעומת בית המשפט, שסבר שאין לפסוק לניזוק פיצוי עבור היזקקות לשירותי ליווי, הוא הותיר בצריך עיון את האפשרות לפצות את הניזוק על ההוצאות הכרוכות בשימוש בשירותיה של סרוגייט.¹³⁶ עולה מדברים אלה שאם סבר המשנה לנשיאה ריבלין כי במקרים מסוימים יש הצדקה לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, שיסודה ב"תקנת הציבור", הרי שאף הוא הקפיד להדגיש את תחולתה המוגבלת של הצדקה זו.

ניתן אפוא לסכם ולומר שפסק הדין בעניין פלוני דיבר בכמה קולות: האחד משמיענו כי עקרון השבת המצב לקדמותו הוא עקרון יחסי העשוי לסגת מפני עקרונות ושיקולים אחרים, ואילו האחרים שבים ומדגישים את חשיבותו ומרכזיותו של העיקרון. איזה מן הקולות גבר בפועל שעה שבה נדרש בית המשפט להכריע במחלוקת שהונחה בפניו? בשאלה זו אדון בסעיף הבא.

(3) הכרעת בית המשפט: יישום עקרון השבת המצב לקדמותו או סטייה מהעיקרון – ניתוח ביקורתי

משעמדתי על האופן שבו עקרון השבת המצב לקדמותו השתקף בהנמקת בית המשפט בעניין פלוני, אפנה לבחון אם ההכרעה שהתקבלה בו היא בפועל משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. אני סבורה שהתשובה לשאלה זו אינה בהכרח חיובית.

131 ראו: שם, פסקה 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

132 ראו: שם, שם.

133 ראו: שם, פסקה 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

134 ראו: שם, שם.

135 ראו: שם, פסקאות 21, 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

136 ראו: שם, פסקה 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ואכן, בת"א (מחוזי חי')

1256/01 י.ס. נ' דהן, פסקאות 31–32 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2007)

נפסק לתובע פיצוי בסך של 120,000 ש"ח עבור ייעוץ מיני, סרוגייט וגלולות ויאגרה.

טרם אנמק את טעמי לגישה זו, ברצוני להבהיר כי גישתי מבוססת על נימוקים שונים מאלה שהציג המשנה לנשיאה ריבלין במסגרת הטעם העקרוני הראשון. כפי שראינו, במסגרת הטעם העקרוני הראשון הסביר המשנה לנשיאה ריבלין שאי־פסיקת פיצוי כאמור עולה בקנה אחד עם דיני הפיצויים, ובכללם עם עקרון השבת המצב לקדמותו, מהטעם שהיזקקות לשירותי מין בתשלום אינה יכולה להיות תחליף ליכולת לקיים יחסי מין במערכת יחסים זוגית. לפיכך אין לפסוק בגינה פיצוי לפי הקטגוריה של נזקים ממוניים, כי אם פיצוי לא ממוני בלבד. אף שאני מסכימה לטענה כי שימוש בשירותי מין בתשלום אינו תחליף שווה ערך למערכת יחסית זוגית, איני מסכימה עם מסקנתו של המשנה לנשיאה ריבלין שלפיה פסיקת פיצוי עבור הנזק הממוני הכרוך בהיזקקות לשירותי ליווי אינה מתחייבת לפי עקרון השבת המצב לקדמותו. אסביר את טענתי.

אם אכן נפגעה יכולתו של ניזוק לקיים יחסי מין במסגרת זוגית, וביכולתו לקיים יחסי מין עם נערות ליווי בלבד, הרי שנזקו כפול: ראשית, הוא סבל הפסד ממון בדמות ההוצאות הכרוכות בשימוש בשירותי המין; שנית, הוא סבל נזק שאינו ממוני בדמות אבדן תחושות ההנאה, הסיפוק, הערך העצמי והאושר הייחודיים הכרוכים בקיום יחסי מין במסגרת זוגית או שלא תמורת תשלום. עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב כי עבור האבדן הממוני יפוצה הניזוק לפי הקטגוריה של ראשי נזק ממוניים, ואילו עבור האבדן שאינו ממוני יפוצה הניזוק לפי הקטגוריה של נזקים שאינם ממוניים. במובן זה אין הבדל לטעמי בין ניזוק שאיבד את יכולתו לראות ובכך את יכולתו לקרוא ספרים, לבין ניזוק שאיבד את יכולתו לקיים יחסי מין במסגרת זוגית. שניהם ספגו אבדן ממוני: הראשון, עלות שכרו של מטפל שיספק לו שירותי קריאה; השני, עלות שכרן של נערות ליווי שיספקו לו שירותי מין. נוסף על כך ספגו שניהם נזק שאינו ממוני. הראשון, אבדן ההנאה שבחויית הקריאה הבלתי אמצעית; השני, אבדן מכלול התחושות החיוביות הכרוכות בקיום יחסי מין במסגרת זוגית או שלא תמורת תשלום. עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב כי שניהם יזכו לפיצוי על מלוא נזקיהם, הממוניים ואלה שאינם ממוניים. לכאורה עולה מדברים אלה כי הלכת פלוני, שלפיה אין לפסוק לניזוק פיצוי עבור הנזקים הממוניים הכרוכים בהיזקקות לשירותי ליווי, היא משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. לגישתי, עיון נוסף בפסק הדין מלמד כי ניתן ליישב את ההלכה שנקבעה בו עם עקרון השבת המצב לקדמותו.

כפי שהסביר המשנה לנשיאה ריבלין עצמו בפסק הדין, אף שאין לפצות את הניזוק על הפסד הממוני שנגרם לו בשל הצורך להיזקק לשירותי מין בתשלום, יש לבטא את הפגיעה בכושרו המיני באפיק של נזק לא ממוני. ודוק, את הנזק הלא ממוני שבגיניו יש לפסוק לניזוק פיצוי הגדיר בית המשפט הגדרה רחבה. כלומר, כמי שמתייחס לאבדן כושר התפקוד המיני או לאבדן היכולת לקיים יחסי אישות. זאת, להבדיל מפגיעה

ביכולת לקיים יחסי מין במסגרת מערכת יחסים זוגית.¹³⁷ זו האחרונה מצומצמת מן הראשונה ומבוססת על ההנחה שהניזוק ישתמש בשירותי ליווי. אלא שההנחה שלפיה הניזוק ישתמש בכספי הפיצוי שייפסקו לו עבור נזקו הלא ממוני, לשם רכישת שירותי ליווי למשך כל ימי חייו, אינה מבוססת. ראשית, מאחר שלאחר קבלת הפיצוי עשוי הניזוק לשנות את טעמו ולרכוש הנאות אחרות בכספי הפיצוי. שנית, מאחר שאף אם הניזוק יבחר לרכוש שירותי ליווי בפיצוי שיפסק לו, הרי שבהיעדר קשר הכרחי בין עלותם של שירותים אלה לפיצוי שייפסק לו עבור נזקו הלא ממוני, הוא עשוי להיוותר לאחר תקופה כשאין בידו הממון הנדרש לשם רכישת שירותים אלה. במקרה כזה תימנע מהניזוק לחלוטין היכולת לקיים יחסי מין, למן נקודת זמן זו ואילך. על רקע דברים אלה ניתן לקרוא את הלכת פלוני כמי שמאפשרת פסיקת פיצוי לניזוק על מלוא הפגיעה בכושרו המיני או על השלילה המוחלטת של היכולת לקיים יחסי אישות, ולא רק על אבדן היכולת לקיים יחסי מין במסגרת זוגית. גישה זו לא רק שמאפשרת פסיקת פיצוי בסכום ניכר לניזוק במסגרת הקטגוריה של נזק לא ממוני (פיצוי שעשוי להיות שקול בשיעורו לשיעור הפיצוי שנמנע מן הניזוק לפי ראש הנזק של היזקקות לשירותי ליווי). היא מאזנת מבחינה רעיונית בין שלילת זכותו של הניזוק לפיצוי עבור הנזק הממוני הכרוך בהיזקקות לשירותי ליווי, לבין מהות האבדן שסבל הניזוק במישור הלא ממוני. כלומר, אבדן מלא של כושר התפקוד המיני. כך או כך, יש בגישה זו כדי לתת ביטוי מלא לעקרונות השבת המצב לקדמותו.

אמת, במקרה המסוים שבא בפני בית המשפט בעניין פלוני הובילה הגישה שאומצה בו להפחתת הפיצוי שנפסק לניזוק עבור ראש הנזק הממוני (מ-150,000 ש"ח ל-100,000 ש"ח) מבלי שהפיצוי שנפסק לו עבור ראש הנזק הלא ממוני הוגדל, וכך בסופו של דבר הופחת כלל הפיצוי שנפסק לניזוק. אלא שבנסיבות המקרה הוגבלה יכולתו של בית המשפט להגדיל את סכום הפיצוי שנפסק לניזוק עבור הנזק הלא ממוני באמצעות התקרה החלה בתביעות שעילתן בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. במקרים שבהם הפיצוי עבור הנזק הלא ממוני אינו מוגבל בתקרה, יכולה להיות להלכת פלוני השפעה כפולה: הפחתת סכום הפיצוי שלו זכאי הניזוק לפי הקטגוריה של נזקים ממוניים או אי-פסיקתו של סכום זה, וכנגד זאת פסיקת פיצוי בסכום ניכר עבור הפגיעה בכושרו המיני לפי הקטגוריה של נזק לא ממוני.¹³⁸

137 ראו: פלוני 11152/04, לעיל הערה 3, פסקאות 14, 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

138 ודוק, אם יוכח כי טיפול תרופתי או טיפול רפואי אחר יאפשר לניזוק לקיים יחסי מין במערכת זוגית, יהיה הניתוח המשפטי שונה. במקרה כזה יהיה הניזוק זכאי לפיצוי על ההוצאות הרפואיות שבהן הוא עתיד לשאת לשם הטיפול בלקותו בתחום המיני. בו בזמן יש להתחשב בכך שהטיפול הרפואי צפוי לאפשר לניזוק לקיים יחסי מין במערכת זוגית. לפיכך שיעור הפיצוי שייפסק לניזוק במקרה כזה עבור הנזק הלא ממוני הכרוך בפגיעה בכושרו המיני צריך להיות נמוך משיעור הפיצוי הנפסק לניזוק שאיבד לחלוטין את יכולתו לקיים

ניתן אפוא לסכם ולומר שהלכת פלוני אינה בהכרח סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. השאלה אם היא צפויה להביא בפועל לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו תלויה במידה לא מבוטלת באופן החלטה על ידי בתי המשפט. בעיקר היא תלויה בשאלה אם כנגד שלילת הזכות לפיצוי עבור הנזק הממוני הכרוך בהיזקקות לשירותי ליווי, יפסקו בתי המשפט לניזוקים פיצוי משמעותי עבור הנזק הלא-ממוני הכרוך באבדן היכולת לקיים יחסי מין.¹³⁹

יחסי מין. ואכן, בעניין פלוני 11152/04 סבר בית המשפט כי יש לפסוק לתובע סך של 100,000 ש"ח עבור טיפולים רפואיים ותרופות. השפעת פסיקתו של פיצוי זה על הנזק הלא ממוני לא נדונה, מאחר שהפיצוי שלו היה זכאי הניזוק עבור נזקו הלא ממוני הוגבל ממילא בתקרה. בת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 פלוני נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 2008) נפסק לתובע סך של 110,000 ש"ח עבור הטיפולים והתרופות שלהם ייזקק בשל הפגיעה בכושרו המיני (ראו: שם, פסקה 541 לפסק דינו של השופט דרורי). נוסף על כך נפסק לניזוק פיצוי בסך של 900,000 ש"ח על כלל הנזק הלא ממוני שסבל. עם זאת בהיעדר דיון מפורש בחלקה של הפגיעה בכושרו המיני בפיצוי שנפסק לו עבור ראש נזק זה, קיים קושי להעריך את היחס בין הפיצוי שנפסק לו עבור נזקיו הממוניים לזה שנפסק לו עבור נזקיו הלא ממוניים. ראו: שם, פסקאות 617–624 לפסק דינו של השופט דרורי.

139 עיון בפסיקה מאוחרת לפסק דין פלוני מגלה כי אף שבכולם צעד בית המשפט העליון אחר הלכת פלוני ככל שהדבר נוגע לשלילת הזכות לפיצוי עבור תשלום לשירותי מין, ולכן לא נפסק לתובע כל פיצוי עבור נזק זה, ברוב המקרים של המקררים לא הוגדל הפיצוי שלו זכאי הניזוק לפי ראש הנזק הלא ממוני עבור הפגיעה בכושרו המיני. ראו, למשל: ע"א 1249/04 אדהם נ' רביע, פסקה ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2006); ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (פורסם בנבו, 2006) (הפיצוי על נזק ממוני בוטל, ולא נפסק פיצוי נוסף על נזק לא ממוני); ע"א 8536/06 כוכבי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2009); ע"א 6058/06 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אייקין, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2008); ע"א 8877/04 כהן נ' רונן, פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2007); ת"א (מחוזי חי') 10622/97 פלוני נ' בן ארי, פסקאות נ"ח-נ"ט לפסק דינו של סגן הנשיא גריל (פורסם בנבו, 2007); ת"א (מחוזי ת"א) 2495/01 כהן נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת משל (פורסם בנבו, 2007). ראוי לציין שכל פסקי הדין המוזכרים לעיל, למעט אחד, ראשיתם בתביעות שהוגשו לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הקובע כאמור תקרה לפיצוי עבור נזק לא ממוני. עובדה זו מספקת הסבר לאי-הגדלת הפיצוי שנפסק לניזוק עבור נזקיו הלא ממוניים. רמז לגישה שלפיה אף שאין לפסוק לניזוק פיצוי עבור היזקקות לשירותי ליווי יש לתת ביטוי לפגיעה בכושרו המיני בהערכת הפיצוי הנפסק לו עבור הנזק הלא ממוני, ניתן למצוא בפסקי הדין האלה: ת"א (מחוזי י-ם) 6164/04 מטוס נ' פיסקרוב, פסקאות 20, 24 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ (פורסם בנבו, 2009); ת"א (מחוזי חי') 787/99 כץ נ' עיריית הרצליה, פסקה צ"ד לפסק דינו של סגן הנשיא גריל (פורסם בנבו, 2007).

ד. סיכום

מהדיון בחלק זה עולות כמה מסקנות:

ראשית, בעקבות המשפט האנגלי אומץ והוצג עקרון השבת המצב לקדמותו כעקרון יסודי, מראשית התפתחותם של דיני הפיצויים במשפט הישראלי ועד לכתיבתם של דברים אלה. הפסיקה המשיכה להציג את העיקרון כעיקרון מנחה בהערכת הפיצוי גם בעשור האחרון.

שנית, הדיון בפסיקה בעקרון השבת המצב לקדמותו היה בעיקרו פורמלי. עם זאת בעשור האחרון ניתן להבחין בתחילתו של דיון תאורטי בהצדקות לעיקרון.

שלישית, לא כל החלטה הנחזית להיות על פני הדברים משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, היא אכן כזאת בפועל. כך, ראינו שאף שפסק הדין בעניין המר שלל מיילודים את העילה של חיים בעוולה וכך את זכותם לפיצוי כפי שהוכרה בעניין זייצוב, אין לסווגו כמי שסוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו. הטעם לכך הוא שפסק הדין עוסק בשאלת קיומה של עילה ליילוד וכנגדה אחריות המזיקים, ולא בשאלת הערכת הפיצוי. עוד ראינו כי יש קושי לסווג את פסק הדין בעניין המר כמקרה של סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, מהטעם שהחלת העיקרון בנסיבות המיוחדות של העילה של "חיים בעוולה" אינה אפשרית. משלא ניתן להחיל את עקרון השבת המצב לקדמותו בשל קשיים לוגיים, ממילא אין מקום לנתח את הכרעת בית המשפט בעניין המר כמונחים של דבקות או סטייה מהעיקרון. ניתוח ההחלטה שניתנה בעניין פלוני הוביל למסקנה שאף שפסק הדין עוסק בסוגיה של הערכת הפיצוי, ואף שתוצאתו היא שלילת הזכות לפיצוי עבור הנזק הממוני הכרוך בשימוש בשירותי ליווי, אין בכלל שנקבע בו כדי להביא בהכרח לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. סיווג והגדרה שונים של הנזק שנגרם לניזוק צפוי, כך ראינו, להביא ליישום מלא של עקרון השבת המצב לקדמותו.

רביעית, בשניים מפסקי הדין שבהם דנו – פסק הדין בעניין אבו חנא ופסק הדין בעניין פלוני – נשמר מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו באמצעות ההנמקה שליוותה את פסק הדין. כך, בפסק הדין בעניין אבו חנא וכן בפסק הדין בעניין פלוני הקפידו בתי המשפט לפתוח את החלטתם בנימוקים שעיקרם הטענה כי הכלל המוצע עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו. עוד תרמה לשימור מעמדו של העיקרון העובדה שבשני פסקי הדין שב והדגיש בית המשפט כי עקרון השבת המצב לקדמותו הוא עקרון יסודי המנחה בהערכת הפיצויים.

לבסוף ראינו כי בעניין אבו חנא ובעניין פלוני הותיר בית המשפט פתח שאפשר את יישומו של עקרון השבת המצב לקדמותו. כך, בעניין אבו חנא קבע בית המשפט כי בהתקיים נסיבות מיוחדות ניתן לחשב את הפגיעה בכושרו של הניזוק להשתכר על פי נתון שונה מהנתון של השכר הממוצע במשק. בעניין פלוני הסביר בית המשפט שאף שאין לפצות את הניזוק על הנזק הממוני הכרוך בשימוש בשירותי מין, יש לפצותו על הפגיעה בכושרו המיני לפי ראש הנזק הלא ממוני. ראינו גם כי דברים אלה ניתנים לפירוש כמי שמאפשרים פסיקת פיצוי ניכר לניזוק לפי ראש נזק זה עבור אבדן מלא של

הכושר לקיים יחסי מין. זאת ועוד, עיון בפסק הדין גילה כי השופט ריבלין הקפיד לתחום היטב את גבולותיה של הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו ואפשר בדרך זו פסיקת פיצוי במקרים אחרים הכרוכים באי-מוסריות, ברוח עקרון השבת המצב לקדמותו. לבסוף, אפילו בעניין המר, שבו עקרון השבת המצב לקדמותו לא היה ניתן כלל ליישום, יצר בית המשפט מנגנון עקיף לפיצוי היילוד על נזקיו הממונים באמצעות עילת התביעה של ההורים ושימר בדרך זו את אחת ממטרות עקרון השבת המצב לקדמותו – היא המטרה של הפחתת עלויות תאונה משניות.

5. תמורות כלליות במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי

א. כללי

מתן מענה לשאלה אם במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו, כפי שאומץ במשפט הישראלי, חל כרסום בשנים האחרונות, מחייב התייחסות לתמורות הכלליות שחלו במעמדו של העיקרון. בניגוד לחלק הקודם שהתמקד בניתוח ההחלטות בעניין המר, פלוני ואבו חנא, ושביקש לבחון אם החלטות אלה סטו מעקרון השבת המצב לקדמותו ואיזה משקל קיבל העיקרון בהכרעות אלה, יציע הדיון בחלק זה מבט רחב יותר על מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי.

במסגרת זו אבחן שתי סוגיות: ראשית אבחן אם לפסקי הדין האמורים קדמו סטיות מודעות ומכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו, מה היו הטעמים לסטיות אלה, אם התרחשו, ומה היקפן. במסגרת זו תיבחן גם עמדת הפסיקה בשנים האחרונות כלפי סטיות מוקדמות אלה מעקרון השבת המצב לקדמותו. שנית אבחן ואציג את המגמה של הרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי, שתחילתה בשנות השמונים והמשכה בעשורים שבאו לאחר מכן ועד לכתבתם של דברים אלה. עוד אבדוק את הקשר שבין מגמה זו לבין עקרון השבת המצב לקדמותו. במיוחד אבחן אם הרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי היא תוצר של החלת עקרון השבת המצב לקדמותו או של סטייה ממנו.

מתן מענה על שאלות אלה יספק תובנות נוספות באשר להשפעה שהייתה להחלטות בכל אחד מפסקי הדין האמורים על מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו.

ב. סטיות מודעות ומכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו¹⁴⁰**(1) פיצויים עונשים**

עיון בחקיקה ובהלכות הפיצויים בתביעות לפיצוי על נזקי גוף, כפי שהתפתחו משנות החמישים ועד שניתנו פסקי הדין בעניין המר, אבו חנא ופלוני, מלמד כי במקרים שבהם נמצאה הצדקה לכך, סטה הדין הישראלי במודע ובמתכוון מעקרון השבת המצב לקדמותו עוד טרם שניתנו שלושת פסקי הדין האמורים. כך למשל כבר בשנות החמישים הכירו בתי המשפט בישראל בסמכותם לפסוק פיצויים עונשיים בתביעות לנזקי גוף. על עמדה זו שבו וחזרו בתי המשפט בשנים שבאו לאחר מכן.¹⁴¹ בהכירם בסמכות לפסוק פיצויים עונשיים ובפסיקתם במקרים המתאימים

140 השימוש בביטוי "סטיות מודעות ומכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו" נועד להבהיר כי סעיף זה אינו מתייחס למקרים שבהם הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו היא תולדה לא מכוונת ולא מודעת של טעות שיפוטית. כמו כן יוצאים מכלל סעיף זה מקרים שבהם חוסר ודאות באשר למסלול חייו של הניזוק אלמלא העוולה ולאחר שאירעה מחייבים שימוש בהנחות, בחזקות או בנתונים סטטיסטיים. אלה עשויים שלא לשקף את העתיד שהיה צפוי לניזוק אלמלא העוולה או זה הצפוי לו בפועל לאחר התרחשות העוולה, ובכך להביא לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. במקרים אלה סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו היא תולדה בלתי נמנעת של האירוע הנזיקי ושל מאפייני ההליך המשפטי, להבדיל מבחירה מודעת לסטות מהעיקרון על אף האפשרות ליישמו. עם זאת מעניין שגם במקרים מהסוג האחרון, כלומר שהחישוב בהם נעשה על בסיס הנחות, חזקות ונתונים סטטיסטיים, ניתן להבחין בסטיות מודעות מעקרון השבת המצב לקדמותו, כשזה ניתן להשגה באמצעות שימוש בנתונים חלופיים אלה. כך למשל בעניין דביר ציין בית המשפט בעניין כי בתביעות של קטין לפיצוי על אבדן כושר השתכרות נעשה החישוב על פי הנתון של השכר הממוצע במשק, המשמש למן יום היציאה לעבודה אף שידוע שפחות מ-50% מהמועסקים במשק מגיעים לשכר הממוצע במשק, ואף שברור כי מעטים המקרים שבהם ישתכר אדם שכר בשיעור זה מיד עם יציאתו לשוק העבודה. את השימוש בנתון של השכר הממוצע כמתואר לעיל הסביר בית המשפט בטעמים של אחידות. ראו: עניין דביר, להעיל הערה 23, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית.

141 ראו: טדסקי, לעיל הערה 16, בעמ' 583; ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט(2) 1331, בעמ' 1335 (1954) (להלן – עניין שניידר); ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225, בעמ' 234 (1957) (להלן – עניין כוכבי); ע"א 256/62 רחמני נ' משיח, פ"ד יז 552, בעמ' 559 (1963) (להלן – עניין רחמני); רע"א 918/91 נחשון נ' יוסף (פורסם בנבו, 1991) (להלן – עניין נחשון). הלכה זו עומדת על כנה גם בשנים האחרונות. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 563; ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל נ' יהורם, פסקה לד(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2005) (להלן – עניין עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל); ע"א 8382/04 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מזרחי, פסקה 32 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2006) (להלן – עניין הסתדרות מדיצינית הדסה); רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פסקה כ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2009) (להלן – עניין פלונית 9670/07); ע"א 1080/07 עזבון המנוחה פלוני ז"ל נ' משטרת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2009) (להלן – עניין

סטו בתי המשפט במודע ובמכוון מעקרון השבת המצב לקדמותו. פיצויים עונשיים אינם נאמדים על פי הנזק שסבל הניזוק. הם נפסקים נוסף על הפיצוי התרופתי ומעניקים לניזוק פיצוי העולה על נזקו. ככאלה הם אינם משקפים את הנזק שנגרם לניזוק, ומטרתם אינה השבת מצבו לקדמותו כי אם הענשת המזיק על התנהגותו המזיקה והבעת סלידה ממנה.¹⁴² ואכן, כבר בעניין שניידר ציין בית המשפט את היות התנהגות הנתבע זדונית, ללא התגרות מידית שקדמה לה ומכוונת להשפיל את כבודה של התובעת, כהצדקה לפסיקת הפיצוי העונשי.¹⁴³

אלא שחרף ההכרה בסמכות לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו על דרך של פסיקת פיצויים עונשיים הקפידו בתי המשפט לנסחה בזוהרות ולתחום היטב את גבולותיה. כך, כבר בפסיקה המוקדמת הביע בית המשפט ספק אם ניתן לפסוק פיצויים עונשיים במקרה של רשלנות, אפילו אם היא חמורה, וזאת בשל היעדר זדון,¹⁴⁴ ואילו במקרים האחרים שבהם נפסק פיצוי עונשי היה מעשהו של הנתבע מעשה תקיפה

עזבון המנוח פלוני ז"ל); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס, פסקה 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2011) (להלן – עניין בן-צבי). לעומת זאת לטענה כי אין נתונה לבתי משפט בישראל הסמכות לפסוק פיצוי עונשי, ראו: טדסקי, לעיל הערה 16, בעמ' 583–584.

142 ראו: טדסקי, לעיל הערה 16, בעמ' 343; Cane, לעיל הערה 11, בעמ' 118; עניין פלונית 9670/07, לעיל הערה 141, פסקה כ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין; רע"א 1497/06 פלוני נ' פלוני, פסקה ד(4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2006) (להלן – עניין פלוני 1497/06); עניין בן-צבי, לעיל הערה 141, פסקה 35 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

143 ראו: עניין שניידר, לעיל הערה 141, בעמ' 1335. ההצדקות לפסיקת פיצוי עונשי זכו להתייחסות מקיפה יותר בפסיקה מן העת האחרונה. זו מנתה כמה טעמים לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו: הערך המוסף הטמון בפסיקת פיצוי מסוג זה בדמות הרתעה יעילה; חינוך נגד מעשים הראויים לגינוי; תגמול וחיזוק ההגנה הניתנת לזכויות חוקתיות. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 564; עניין בן-צבי, לעיל הערה 141, פסקה 54 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין פלוני 1497/06, לעיל הערה 142, פסקה ד(4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין פלונית 9670/07, לעיל הערה 141, פסקה כ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל, לעיל הערה 141, פסקה ל"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 39 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 2011). ההצדקות לפסיקת פיצוי עונשי והטיעונים נגד פסיקת פיצוי עונשי בידי הנזיקין זכו לדיון מעמיק בספרות ובפסיקה. ראו, למשל: Ronen Perry, "Economic Loss, Punitive Damages, and the Exxon Valdez Litigation", 45 *Ga. L. Rev.* (2011) 409, pp. 443–454; Amir Nezar, "Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework", 121 *Yale L.J.* (2011) 678. דיון בסוגיה זו חורג ממטרת הרשימה.

144 ראו: עניין כוכבי, לעיל הערה 141, בעמ' 234.

מכוון.¹⁴⁵ מעניין לשים לב כי גישה זו, ואולי אף מחמירה ממנה, חזרה והופיעה בפסיקה מן העת האחרונה. זו הדגישה כי ככלל אין לפסוק פיצויים עונשיים אלא במקרים חריגים בלבד, חמורים במיוחד. כלומר מקרים שבהם מעשיו של הנתבע מקוממים ונפשעים ביותר ובוצעו מתוך כוונה או מעין כוונה, זדון או התנהגות הגובלת בזדון, או מקרים שיש בהם משום פגיעה קשה בזכויות חוקתיות. עוד נקבע כי במקרים שבהם כבר התקיים הליך פלילי ובמסגרתו נגזרה על הנאשם-נתבע סנקצייה פלילית, פסיקתו של פיצוי עונשי תהיה חריג שבחריגים.¹⁴⁶ גישה מחמירה זו נומקה בטענה שהרציונל לפסיקת פיצוי עונשי, דהיינו ענישה, הרתעה וגמול, ואפיו הלא תרופתי של הפיצוי העונשי עושים אותו לאנומליה בדיני הנזיקין.¹⁴⁷ דברים אלה מעידים על מודעות הפסיקה לסטייה הכרוכה בפסיקת פיצוי עונשי מעקרון השבת המצב לקדמותו, ובהמשך לכך על ההשפעה שהייתה לעיקרון על הגישה המחמירה שאומצה בפסיקה בשנים האחרונות בנושא.

(2) הגבלת זכותם של תלויים לפיצוי על נזק ממוני

דוגמה מוקדמת נוספת לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו נמצאת בשלילת זכותם של תלויים לפיצוי עבור נזקים שאינם ממוניים. סעיף 80 לפקודת הנזיקין, המנחה את אופן חישוב הפיצוי לתלויים, מורה כי "...והפיצויים יינתנו בעד הפסד הממוני

145 ראו: עניין נחשון, לעיל הערה 141; עניין רחמני, לעיל הערה 141, בעמ' 559; עניין שניידר, לעיל הערה 141, בעמ' 1335.

146 להלכה זו, ראו למשל: עניין פלונית 9670/07, לעיל הערה 141, פסקאות כ"ב-כ"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פסק דינו של השופט דנציגר; עניין בן-צבי, לעיל הערה 141, פסקה 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין פלוני 1497/06, לעיל הערה 142, פסקה ד(4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 563; עניין הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מזרחי, לעיל הערה 141, פסקה 32 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; עניין עזבון המנוחה מרציאנו ז"ל, לעיל הערה 141, פסקה לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"א 9225/01 זיימן נ' קומרון, פ"ד סב(1) 260, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006); ע"א 2570/07 לם נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2009); עניין עזבון המנוח פלוני, לעיל הערה 141, פסקאות 9-10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; רע"א 7644/09 תרכובות ברום בע"מ נ' לדני, פסקה 6 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 2010); עניין סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ, לעיל הערה 118, פסקה 30 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. גישה מצרה באשר לסמכות לפסוק פיצויים עונשיים אומצה גם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 712, הקובעת בסעיף 461 כי בית המשפט רשאי לפסוק לניזוק פיצויים עונשיים אם מצא שההפרה נעשתה בזדון.

147 ראו: ע"א 5850/10 חברת דפרון בע"מ נ' עזבון המנוח יבגני גולובין, פסקה מ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2012); עניין פלונית 9670/07, לעיל הערה 141, פסקאות כ"ב, כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין בן-צבי, לעיל הערה 141, פסקה 36 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

שסבלו למעשה, או עתידים לסבול אותו למעשה...¹⁴⁸ מכאן גזרה הפסיקה, כבר בראשיתה, את הכלל שאין התלויים זכאים לפיצוי אלא על הפסד הממוון שנגרם להם בשל מותו של הניזוק ותו לא. בהמשך לכך נקבע כי התלויים אינם זכאים לפיצוי על הנזק הלא ממוני, הממשי ביותר, שנגרם להם בשל מות יקירם – בדמות פגיעה ברגשות, אבל, צער, סבל נפשי, אבדן הנאה מבין המשפחה, אבדן אהבתו או חברותו ושליטת הטיפול המסור מידי אם אוהבת או רעיה מסורה – על אף הסטייה הכרוכה בכך מעקרון השבת המצב לקדמותו.¹⁴⁹ גישה זו אומצה על ידי המחוקק והפסיקה בישראל בהשראת המשפט האנגלי, אשר הגביל אף הוא את זכותם של תלויים לפיצוי להפסד הממוון שנגרם להם.¹⁵⁰

ניסיונות מאוחרים להרחיב את זכותם של תלויים לפיצוי גם לנזקים לא ממוניים, דוגמת צער, סבל נפשי ואבדן קרבה, כשלו.¹⁵¹ זאת ועוד, אף שנשמעו דעות כי שלילת פיצוי מהתלויים על נזקם הלא ממוני אינה ראויה, חשו בתי המשפט כבולים לכלל זה והותירו את שינויו למחוקק, וזאת בשל לשון החוק והפסיקה רבת השנים שפירשה אותו.¹⁵² בצד המחויבות ללשון החוק ולגישת הפסיקה הוצגו שתי הצדקות נוספות לסטייה זו מעקרון השבת המצב לקדמותו: האחת, פגיעה נפשית קלה בשל אבדן בן

148 פקודת הניזוקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266.

149 ראו את האסמכתאות המוזכרות אצל דוד קציר, פיצויים בשל נזקי גוף (תשס"ג) בעמ' 1099; וכך: ע"א 610/75 רותם נ' נוף, פ"ד לב(1) 799, בעמ' 803 (1978); ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזובון המנוחה ויולט צאיג ז"ל, פ"ד לה(2) 123, בעמ' 132, 137 (1980) (להלן – עניין צאיג); ע"א 2572/90 קרחש נ' בן עזרא, פ"ד מט(5) 150, בעמ' 152 (1996) (להלן – עניין קרחש); ע"א 64/89 גבאי נ' לוזון, פ"ד מח(4) 673, בעמ' 682, 687 (1994) (להלן – עניין גבאי). על כלל זה שבה וחזרה הפסיקה בשנים האחרונות. ראו, למשל: ע"א 9788/07 עזובון המנוחה הדיל מרמש נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2010) (להלן – עניין עזובון המנוחה הדיל מרמש); ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' עזובון המנוחה חנא כרכבי ז"ל, פ"ד סב(3) 527, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2007) (להלן – עניין מנורה חברה לביטוח בע"מ); עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 524–525; כלל זה חל גם במקרים שבהם הנפגע לא מצא את מותו עקב העוולה אלא נותר בחיים במומו. ברגיל, לא יהיו זכאים בני משפחתו לפיצוי עבור הצער, הכאב והסבל שהם חווים בשל הצורך לסעוד את הניזוק ובשל השיפתם המתמשכת לסבלו.

150 ראו: טדסקי, לעיל הערה 16, בעמ' 684. ודוק, גישה זו, השוללת מהתלויים פיצוי עבור נזק לא ממוני שסבלו בשל מותו של הניזוק לא השתנתה גם לאחר שינוי הדין האנגלי בשנת 1982, המאפשר פסיקת פיצוי שכול לבני משפחה בסכום קבוע ראו: Administration of Justice Act, 1982, Ch. 53, Part I, Section 3(1), 1A(3).

151 ראו למשל: עניין קרחש, לעיל הערה 149, בעמ' 152; רע"א 5803/95 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267 (1997) (להלן – עניין ציון).

152 ראו: עניין קרחש, לעיל הערה 149, בעמ' 153; עניין צאיג, לעיל הערה 149, בעמ' 137. ואכן, סעיף 472 להצעת חוק דיני ממונות מבקש לשנות את הדין הקיים באמצעות קביעת פיצוי שכול מוגבל בתקרה.

משפחה, מסוג צער, יגון, אבל וכאב היא חלק מסיכוני הרקע של מסכת החיים הטבעיים של כל אדם, שעמה על כל אדם להתמודד בכוחות עצמו. השנייה, מעגל הנפגעים נפשית מפגיעת יקיריהם עשוי להיות רחב ורב־היקף, והחברה אינה ערוכה לשלם פיצוי בגין פגיעה קלה לכל מעגלי הנפגעים הלא ישירים.¹⁵³ כפי שעולה מדברים אלה, השאיפה להימנע מהטלת נטל כלכלי כבד על מזיקים, על ההשלכות הכרוכות בכך, נוסף על התפיסה כי נזקים מסוג זה הם חלק ממרקם החיים האנושי־טבעי, היו ביסוד סירוב הפסיקה להרחיב את זכאותם של תלויים לפיצוי לנזקים לא ממוניים.

חרף סירובה של הפסיקה להכיר בזכותם של תלויים לפיצוי עבור נזקם הלא ממוני פיתחה הפסיקה כללים שאפשרו לפסוק, בעקיפין, פיצוי לתלויים על הנזק הנפשי־הייחודי שסבלו עם מות יקירם. כך, למן ראשית שנות התשעים הוכרו בני משפחה קרובים של הניזוק שסבלו נזק נפשי ושעמדו בארבעת התנאים שנקבעו בעניין אלסוחה, כזכאים לפיצוי עבור הנזק הממוני והלא ממוני שסבלו בשל פגיעתם הנפשית.¹⁵⁴ אכן, ככל שהדבר נוגע לזהות התובעים, אין חפיפה הכרחית בין מי שבאים בגדר תלויים לבין הזכאים לפיצוי מכוח הלכת אלסוחה.¹⁵⁵ כמו כן ניזוקים הזכאים לפיצוי מכוח הלכת אלסוחה הם בעלי עילת תביעה כניזוקים משניים ולא כתלויים.¹⁵⁶ לבסוף רק ניזוקים שסבלו פגיעה נפשית חמורה, שתוצאתה פגיעה תפקודית של ממש בניזוק, הוכרו כבעלי עילת תביעה.¹⁵⁷ אף על פי כן הלכת אלסוחה אפשרה לפסוק לבני משפחה קרובים, שהם גם תלויים, פיצוי עבור פגיעה חמורה ברווחתם הנפשית. זאת ועוד, בחינת הפסיקה מן העת האחרונה מלמדת כי זו הרחיבה את הפתח שפתח פסק הדין בעניין אלסוחה, המאפשר פסיקת פיצוי לתלויים על הנזק הנפשי שסבלו עם מות יקירם. כך, בעניין לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק¹⁵⁸ הוגמשה הדרישה להוכחת פגיעה נפשית חמורה כתנאי לקבלת פיצוי, ונפסק לתובעים פיצוי עבור צער וסבל נפשי שסבלו בשל מות בתם, נוכח נסיבותיו החריגות של המקרה – הולדתו של עובר מת בשל רשלנות הצוות המטפל, לאחר שלוש שנים של טיפולי פוריות, והיעדר עילת תביעה ליילוד שנולד

153 ראו: עניין ציון, לעיל הערה 151, בעמ' 278.

154 ראו: עניין אלסוחה, לעיל הערה 30, בעמ' 432–436.

155 על פי לשונו של סעיף 78 לפקודת הניזוקין, בכלל התלויים באים בן זוג, הורה וילדו של אדם. לעומת זאת על פי הלכת אלסוחה בכלל התובעים באים כל קרובי המשפחה המצויים בדרגה ראשונה לניזוק העיקרי, ובכלל אלה אחים. זאת ועוד, בית המשפט בעניין אלסוחה לא שלל את האפשרות להכיר, במקרה מתאים, בקיומה של עילת תביעה גם למי שאינו מצוי בקרבה בדרגה ראשונה לניזוק. ראו: עניין אלסוחה, לעיל הערה 30, בעמ' 432.

156 ראו: ע"א 7836/95 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' עיזבון המנוחה תמי קרן (און) ז"ל, פ"ד נב(3) 199, פסקה 19 לפסק דינו של השופט אנגלרד (1998) (להלן – עניין קופת חולים של ההסתדרות הכללית).

157 ראו, למשל: עניין אלסוחה, לעיל הערה 30, בעמ' 436; עניין קופת חולים של ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 156, בעמ' 204–205.

158 ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007) (להלן – עניין לוי).

ללא רוח חיים.¹⁵⁹ אף שריכוך הדרישה לפגיעה נפשית חמורה נעשה על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה,¹⁶⁰ הרי שפסק הדין מצמצם את הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, הכרוכה בכלל כי תלויים זכאים לפיצוי על הפסדם הממוני ותו לא, לפחות בנסיבות מיוחדות אלה.

מתן ביטוי לנזק הלא ממוני הייחודי שסבלו תלויים במות יקירם ופסיקת פיצוי עבורו בעקיפין ניתן למצוא גם בהלכה שאומצה בשנות התשעים באשר להיקף זכותם של התלויים לפיצוי עבור ראש הנזק של אבדן שירותים. בעניין גבאי נ' לוזון קבע בית המשפט כי במקרים שבהם הפסד הממון שסבל בן הזוג התלוי בא לידי ביטוי בצמצום משרתו שמקורה בהעדפה סבירה לבצע בעצמו חלק מהשירותים שהעניק המנוח טרם מותו, על פני שכירת עזרה חיצונית, ישמש הפסד השכר אמת מידה לחישוב הפסד הממון שנגרם לתלויים בשל אבדן השירותים.¹⁶¹ עיון בפסק הדין מלמד שהפיצוי שנפסק במקרים אלה לתלוי שנותר בחיים מבטא, בעקיפין, את הנזק הלא ממוני שסבלו התלויים הקטינים עם מות ההורה, בדמות אבדן הטיפול האישי והמסור מידיו. כך, נקבע כי בבחינת סבירות החלטת בן הזוג הנותר לצמצם את היקף משרתו על מנת שיוכל לבצע בעצמו חלק מהשירותים שאבדו הובא בחשבון ערכו של הטיפול האישי שאבד לילדים, ומכאן גם ההכרח בהשלמתו בידי ההורה הנותר, להבדיל משכירת עזרה מקצועית.¹⁶² בחינת הפסיקה מהשנים האחרונות מגלה כי זו לא רק שצדדה בעקבות הלכה זו,¹⁶³ אלא אף גילתה נכונות להרחיבה. בעניין עיזבון המנוחה בחירי נוואלה עלתה השאלה אם במקרה שבו בן הזוג שנותר בחיים נישא בשנית, יש לפסוק לתלויים פיצוי עבור אבדן שירותים.¹⁶⁴ מקרה זה עסק בתביעתם של התלויים לפיצוי על אבדן שירותים בעקבות מותה של אם המשפחה ברשלנות. זמן קצר לאחר מות המנוחה נישא האב בשנית. משכך נדרש בית המשפט לשאלה אם יש בנישואים אלה כדי להפחית את הפיצוי שלו זכאים הילדים-היתומים עבור אבדן שירותי אם. בית המשפט העליון סבר כי אין בנישואיו השניים של ההורה שנותר בחיים להפחית את הפיצוי הנפסק לתלויים הקטינים עבור

159 שם, פסקאות 28–35; על כך ראו, גם: ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(3) 806, פסקאות 26–28 לפסק דינה של השופטת ברלינר (2008) (להלן – עניין שוויקי). פסיקה זו התאפשרה לאחר שבעניין אלסוחה עצמו הבהיר בית המשפט כי התנאים שהוא קבע לפסיקת פיצוי לניזוקים נפשיים עקיפים אינם רשימה סגורה, ובהמשך לכך כי במקרים ברורים וקשים יוכל בית המשפט לשקול למתן את הדרישה להוכחת פגיעה נפשית חמורה. ראו: עניין אלסוחה, לעיל הערה 30, בעמ' 432, 436.

160 על כך עמד בית המשפט מפורשות בפסק דין שוויקי. ראו: עניין שוויקי, לעיל הערה 159, פסקה 28 לפסק דינה של השופטת ברלינר.

161 עניין גבאי, לעיל הערה 149, בעמ' 682–683.

162 שם, בעמ' 688.

163 ראו, למשל: ע"א 3907/02 עיזבון המנוחה איריס וייס ז"ל נ' סלע הברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(2) 721, בעמ' 723–724 (2003).

164 ע"א 4579/07 עיזבון המנוחה בחירי נוואל נ' קופת חולים הכללית (פורסם בנבו, 2009).

ראש הנזק של אבדן שירותים אף שעם נישואים אלה מקבלים התלויים שירותים מידי ההורה החורג. את החלטתו סיכם בית המשפט בדברים האלה: "סבורני, כי בכל הנוגע ליתומים יש לקבוע שנישואין בפועל של ההורה הנותר אינם מספקים תחליף להורה המנוח, ואין הם מפחיתים את שיעור הפיצוי. זאת, כיון שהורה חורג – מעשית ומשפטית – אינו מהווה ככלל תחליף להורה המנוח, גם אם לא אחת יש מסירות אין קץ של הורה חורג לילדו החורג".¹⁶⁵ אמנם עמדה זו נדחתה בפסק הדין בעניין עיזבון המנוחה הדיל מרמש ז"ל על ידי שופטי הרוב, אך זכתה לתמיכתה של השופטת פרוקצ'יה. השופטת פרוקצ'יה סברה שתלויים קטינים זכאים לפיצוי עבור אבדן שירותים אף במקרה שבו בן הזוג הנותר בחיים נישא מחדש, בנתנה בפסק דינה ביטוי מפורש לנזקם הלא ממוני של תלויים קטינים שאיבדו הורה: "גם כאשר ניתנים שירותים פסיכיים לילדים על ידי האישה השנייה, המפחיתים מן הפגיעה בהם במישור הפסיכופקודי, גם אז אין בכך פיצוי מלא על החסך העמוק בדאגת אם טבעית, על מלוא היבטיה, שאין לה תחליף בשום דרך וצורה. לא ניתן, אפוא, להניח, כי נישואין שניים של אב, ומציאותה של אישה חדשה בבית, מהווים תחליף מלא לאובדן שירותי-אם, גם אם עשוי להיות בכך משום מענה חלקי לשירותים הפסיכיים שהילדים זקוקים להם [...] ראוי, אפוא, להעניק לילדי המנוחה פיצוי אשר יבטא נכונה את החסר הממשי שנגרם להם עקב פטירת האם, ששוב אינה יכולה לדאוג לצרכיהם בכל המישורים וללוות את גידולם והתפתחותם, תוך סיפוק צרכיהם הפסיכיים, הנפשיים והרוחניים במשולב. עם זאת, בחישוב שיעור הפיצוי, יש לקחת בחשבון את העובדה כי שירותים פסיכיים ניתנו בבית על ידי האישה החדשה".¹⁶⁶ ניתן אפוא לסכם ולומר שהפסיקה מן העת האחרונה ממשיכה לצעוד בעקבות הגישה המרחיבה שאומצה בפסיקה המוקדמת באשר לזכותם של תלויים לפיצוי על אבדן שירותים. מכאן עולה גם שהמגמה לצמצם, בעקיפין, את הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, הכרוכה בשלילת זכותם של תלויים לפיצוי עבור נזקם הלא ממוני, נמשכה בפסיקה גם בשנים האחרונות.

(3) התעלמות מהשלכות מס ההכנסה

דוגמה שלישית לסטייה מוקדמת מעקרון השבת המצב לקדמותו מצויה בהלכה כי בתביעות לפי פקודת הנזיקין אין מתחשבים בקביעת כושרו של הנזוק להשתכר במס ההכנסה שאפשר שהיה מוטל על ההכנסה המופקת מכושר זה.¹⁶⁷ במקרה של נזוק שנותר בחיים חלה הלכה זו אף שבפועל, ואלמלא העולה, היה עתיד הנזוק לקבל לידי

165 שם, פסקה נ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

166 ראו: עניין עיזבון המנוחה הדיל מרמש, לעיל הערה 149, פסקאות 17–18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

167 כלל זה חל הן על הפיצוי הנפסק עבור אבדן כושר השתכרות בגדר "הנזק המיוחד" והן על הפיצוי הנפסק בגדר "נזק כללי". ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 170.

שכר שהופחת ממנו מס הכנסה,¹⁶⁸ ובמקרה של תלויים אף שאלה היו זוכים לקבל מהמנוח רק את הכנסתו הפנויה. כלומר, הכנסתו לאחר ששולם בגינה מס הכנסה.¹⁶⁹ ראשיתה של הלכה זו בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין גרוסמן, שניתן בראשית שנות החמישים.¹⁷⁰ עיון בפסק הדין מלמד כי שלושה נימוקים עקרוניים עמדו ביסוד אימוצה של ההלכה, על ידי השופט חשין, שמפיו ניתנה דעת הרוב:¹⁷¹ הראשון, עמדת המשפט האנגלי שאימץ כלל זה; השני, קיומו של חוסר ודאות באשר לשיעורי המס העתידיים שבהם יחויב הניזוק והיעדר קנה מידה מתאים להערכת שיעור עתידי זה; השלישי, היות סוגיית תשלום מס ההכנסה עניין בין הניזוק לבין רשות המסים ולא בינו לבין המזיק.¹⁷² לעומת זאת החשש שמא יחויב הניזוק פעמיים במס הכנסה, פעם אחת במסגרת חישוב הפיצויים ופעם שנייה על הרווחים שיפיק מהשקעת פיצויים אלה, וכך ייצא כמי שפוצה בסופו של דבר בחסר, נדחה בבית המשפט, שסבר כי אין עסקינן בכפל מס אלא במיסוי שני מקורות הכנסה שונים.¹⁷³

ההלכה כי אין להתחשב בגורם המס בחישוב הפיצויים נותרה על כנה אף לאחר שינויה במשפט האנגלי. השאלה אם המשפט הישראלי מחויב לצעוד בעניין זה אחר המשפט האנגלי נענתה בשלילה בבית המשפט בעניין כוכבי, שהותיר את הלכת גרוסמן על כנה.¹⁷⁴ בצד הדיון בתוקפו המחייב של התקדים האנגלי הציג השופט ויתקין נימוקים מהותיים לצדקת ההלכה שנקבעה בעניין גרוסמן. בדומה לשופט חשין, סבר אף הוא כי התחשבות בגורם מס ההכנסה אינה רצויה בשל חוסר הוודאות הכרוך בהערכת שיעורו העתידיים.¹⁷⁵ לעומת זאת, שלא כמו השופט חשין, השופט ויתקין עמד על החשש מפני מיסוי כפול של הניזוק שיותירו מפוצה בחסר. התחשבות בגורם המס, כך הסביר השופט

168 לטיעון זה, ראו: חנה אבנור, "מס הכנסה כגורם בחישוב הפיצויים לפי פקודת הניזוקין", הפרקליט כח (תשל"ב–תשל"ג) 544, בעמ' 544; אליעזר ריבלין, תאונת הדרכים – תחולת החוק, סדרי דין וחישוב הפיצויים (תשע"ב) בעמ' 963. טיעון זה מתחדד כאשר עסקינן בפיצויים הנפסקים בגדר הנזק המיוחד. כלומר, עבור אבדן ההשתכרות שסבל הניזוק ממועד קרות התאונה ועד למועד מתן פסק הדין. במקרה זה הפסדו של התובע בפועל – שהוא השכר נטו שאותו הפסיד במהלך תקופה זו – נמוך מהפיצוי שייפסק לו המחושב על פי השכר ברוטו. לטענה זו, ראו: שם, בעמ' 544–545.

169 לטענה זו במקרה של תלויים, ראו: ע"א 650/78 כליף נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 242, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ברק (1981) (להלן – עניין כליף); קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 171.

170 עניין גרוסמן, לעיל הערה 58, בעמ' 1242, 1252–1263.

171 בצדם של נימוקים עקרוניים אלה עמד נימוק ספציפי המתייחס לנסיבות המקרה, והוא חוסר ודאות אם הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט באשר לשכרו של הניזוק משקפים את שכרו ברוטו או נטו. ראו: שם, בעמ' 1253.

172 שם, בעמ' 1252–1253.

173 שם, בעמ' 1251–1252.

174 עניין כוכבי, לעיל הערה 141, בעמ' 236, 245, 246.

175 שם, בעמ' 237.

ויתקון, עלולה להוביל לחיובו של הניזוק בכפל מס, פעם אחת בעת ניכוי המס מהשכר המשמש בסיס לחישוב הפיצוי, ופעם שנייה בעת מיסוי הרווחים שיפיק מהשקעת סכום הפיצויים המהוון. זאת ועוד, בשל המגמה להקטין את המס החל על הכנסה ולהגדיל את המס החל על צריכה עלול הניזוק שיזכה לפיצוי מופחת, מחד גיסא, ויישא בחיוב במס עקיף מוגדל, מאידך גיסא, לצאת חסר.¹⁷⁶

החשש מפני חיובו של הניזוק בכפל מס שב והוצג על ידי בית המשפט העליון בעניין רובין כנימוק לכלל כי בחישוב הפיצויים יש להתעלם מגורם מס ההכנסה.¹⁷⁷ הפעם עמד בית המשפט מפורשות על הקשר בין כלל זה לבין עקרון השבת המצב לקדמותו ונימק את החלטתו בחשש שמא התחשבות בגורם מס ההכנסה תותיר את הניזוק כשבידיו פיצוי חסר, הנמוך מכפי נזקו.¹⁷⁸

בפסק דין מאוחר יותר, שניתן בשנות השמונים – עניין כליף – שבו נדונה השאלה אם יש מקום לסטות מכלל זה שעה שעסקינן בחישוב נזקם של התלויים, הדגיש השופט ברק בעיקר את הקשיים המעשיים הכרוכים בהתחשבות בגורם מס ההכנסה. כלומר, את הסרבול הכרוך בהתחשבות במס ההכנסה שהיה מוטל על שכרו של הניזוק ואת הקושי לחזות את השינויים הכלליים והספציפיים בשיעורי המס.¹⁷⁹ אכן, החשש מפני מיסוי כפל וכך מפני פיצוי חסר לא נפקד לחלוטין מפסק הדין. עם זאת את עיקר המשקל נתן לשיקולים שאותם הוא מכנה שיקולים מעשיים. יתרה מכך, דברים שאמר השופט ברק בפתח הדיון בסוגיה זו ובסיומו מלמדים כי החשש שמא התעלמות מגורם המס תוביל דווקא להתעשרות הניזוק, הטרידו לא פחות.¹⁸⁰

ניסיונות נוספים להפוך את ההלכה לא צלחו,¹⁸¹ וזו נותרה על כנה על אף הביקורת שהוטחה בה בפסיקה ובספרות, שעיקרה כי היא עלולה לזכות את הניזוק בסכומים גבוהים מכפי נזקו, על הסטייה הכרוכה בכך מעקרון השבת המצב לקדמותו.¹⁸² לבסוף,

176 שם, שם.

177 עניין מנהל רכבת ישראל, לעיל הערה 58, בעמ' 1841.

178 שם, שם.

179 עניין כליף, לעיל הערה 169, פסקאות 7–9 לפסק דינו של השופט ברק.

180 שם, פסקאות 6, 9 לפסק דינו של השופט ברק. זאת ועוד, בפסיקה מאוחרת יותר ציין השופט ברק כלל זה כאחד מכללי חישוב הפיצויים הראויים לבחינה מחודשת. ראו: עניין גבריאל, לעיל הערה 60, בעמ' 569.

181 על כך, ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 171–174. עיון בהצעת חוק דיני ממונות מגלה כי עיקרון זה נשמר גם במסגרתה. ראו: הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 464. יוצאות מכלל זה תביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ולפי חוק האחריות למוצרים פגומים. ראו: סעיף 4(א)(2) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234; סעיף 5(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם–1980, ס"ח 86.

182 ראו: ע"א 469/74 זדה נ' בכר, פ"ד ל(1) 169, בעמ' 172 (1975) (להלן – עניין זדה); עניין גבריאל, לעיל הערה 60, בעמ' 575; ע"א 154/70 בידה נ' רובין, פ"ד כה(2) 43, בעמ' 53 (1971); קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 177–178; אבנור, לעיל הערה 168, בעמ' 546.

משנהפכה להלכה פסוקה הנוטעה עמוקות בדיני הפיצויים, סירבו בתי המשפט לסטות ממנה, ולו מטעם זה,¹⁸³ וזו נותרה על כנה.¹⁸⁴

את התפתחות ההלכה בעניין זה ניתן אפוא לסכם כך: ההחלטה להתעלם מגורם המס בעת חישוב הפיצויים, על הסטייה הכרוכה בכך מעקרון השבת המצב לקדמותו, התקבלה במקורה בהשראת המשפט האנגלי ונתמכה בשיקולים דיוניים (זהות הצדדים לדיון) ובשיקולים מעשיים (הקושי לקבוע את שיעורי המס העתידיים שיחולו על הניזוק). פסקי דין מאוחרים חזרו על טעמים אלה, וחלקם אף סברו שאין לסטות מכלל זה מכוח עקרון התקדים המחייב ושיקולים של יציבות ההלכה. לאלה הצטרפו פסקי דין שבהם הוצגה העמדה כי התעלמות מגורם מס ההכנסה בעת חישוב הפיצויים חיונית לשם מניעת פיצוי בחסר של הניזוק והשבת מצבו לקדמותו.

מדברים אלה עולה כי הכלל שלפיו אין להתחשב בגורם מס ההכנסה בעת חישוב הפיצויים נתפס לפחות אצל חלק מהשופטים כביטוי לעקרון-העל של השבת המצב לקדמותו. על פי גישה זו, אם יש בכלל זה משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו בטווח המידי, הרי שיעודו הסופי הוא הגשמת עקרון השבת המצב לקדמותו, ומכאן גם ההצדקה לו. למעשה, נראה כי על פי גישה זו התעלמות מגורם מס ההכנסה אינה משום סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו כי אם יישום של העיקרון.¹⁸⁵

אלא שכפי שכבר ציינתי, טיעון זה זכה לביקורת. דיון מעמיק בכלל ההקשרים שבין דיני פיצויים לדיני מסים חורג ממסגרתה של רשימה זו. לפיכך אסתפק בהצגת חולשתו של טיעון זה בקצרה. על פי ההסדר שנקבע בסעיף 9(7) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"ח–1968, פיצויים הנפסקים לניזוק בתביעות נזקי גוף פטורים ממס הכנסה. יוצא מכאן שהתעלמות מגורם מס ההכנסה בעת חישוב הפיצוי הנפסק לניזוק עבור הפגיעה בכושרו להשתכר מיטיבה עמו מעבר להשבת מצבו לקדמותו, וזאת בהתחשב בעובדה שאלמלא העוולה היה שכרו חב במס.¹⁸⁶ זאת ועוד, אף אם ישקיע הניזוק את סכום הפיצוי שנפסק לו בהשקעה נושאת רווחים החייבת במס, הוא עשוי להיות פטור (כולו או חלקו) מתשלום מס על פירות ההשקעה מכוח מקור חוקי אחר. למשל, אם בשל הפגיעה הפך הניזוק לנכה 100% על פי סעיף 9(5) לפקודת מס הכנסה.¹⁸⁷ ממילא אין מתעורר במקרים אלה החשש למיסוי כפול ולפיצוי בחסר. לחלופין, גם אם הניזוק יבחר להשקיע

183 ראו: ע"א 619/78 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לה(4) 281, בעמ' 301 (1981); עניין כליף, לעיל הערה 169, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ברק; ע"א 262/60 כוז'הינוף נ' מירום, פ"ד טו 144, בעמ' 148 (1961).

184 ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 171–173.

185 לגישה זו, ראו, למשל: טדסקי, לעיל הערה 16, בעמ' 573.

186 לטיעון זה, ראו: ע"א 4635/94 לב נ' פקיד השומה חיפה, נה(1) 344, בעמ' 349 (1999); אהרן יורן, היבטי מס בפיצויי נזיקין (תשמ"ח) בעמ' 91.

187 סעיף 9(5) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א–1961 פוטר הכנסה שאינה מיגיעה אישית (דוגמת ריבית, רווח הון, שכירות וכדומה) עד לסכום שנתי של 73,680 ש"ח.

את סכום הפיצוי בהשקעה נושאת רווחים, ואלה לא יהיו פטורים ממס, הרי שאין בהתחשבות בגורם המס בעת חישוב הפיצויים כדי להיות כפל מס. במקרה כזה יחויב הניזוק במס המוטל על שני מקורות הכנסה שונים, בדומה למס המוטל על הכנסותיהם של נישומים רבים על פרות השקעותיהם, השקעות שמוסו בעת שהופקה ההכנסה.¹⁸⁸ לבסוף, אף שנכון לכתובת דברים אלה מוטל מיסוי על הרווחים המופקים מהשקעת סכום הפיצוי בתכניות חיסכון,¹⁸⁹ הפחתת השיעור שבו מהוון סכום הפיצוי, באופן המתחשב במיסוי זה, ימנע פיצוי בחסר של הניזוק.¹⁹⁰

המסקנה העולה מדברים אלה כפולה: התעלמות מגורם מס ההכנסה בחישוב הפיצוי עבור אבדן הכושר להשתכר הביאה בפועל לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, בין בטווח הקרוב ובין בטווח הרחוק. אף על פי כן לפחות חלק מהשופטים תמכו כלל זה בטענה שהוא עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו.

(4) הגבלת הפיצוי באמצעות הסדרים סטטוטוריים

לסטיות המוקדמות מעקרון השבת המצב לקדמותו פרי הפסיקה הצטרפו במחצית השנייה של שנות השבעים הסדרים חקיקתיים שסטו במתכוון וביודעין מעיקרון זה: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה – 1975¹⁹¹ וחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם – 1980.¹⁹²

סעיף 4(א)(1) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים הגביל את הפיצוי שניתן לפסוק לניזוק עבור אבדן כושר השתכרות, באמצעות תקרה שגובהה שילוש השכר הממוצע במשק. הפיצוי עבור נזק לא ממוני הוגבל אף הוא באמצעות סכום מרבי, ונקבע כי חישובו יעשה באמצעות נוסחאות, שלפיהן מחושב הפיצוי כפונקצייה של מספר ימי

188 לטיעון זה, ראו, למשל: עניין גרוסמן, לעיל הערה 58, בעמ' 1251–1252; קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 177.

189 בעקבות המלצותיהן של ועדת בן בסט (1999) וועדת רבינוביץ' (2002) לשינוי מערכת המיסוי הישיר בישראל נחקק החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132), התשס"ב–2002, ס"ח 530. במסגרת התיקון בוטל סעיף 5 לחוק עידוד החסכון, הנחות ממס הכנסה וערבות למילווה, התשט"ז–1956, ס"ח 52, שהסמיך את שר האוצר לפטור ממס ריבית המשתלמת על תכנית חיסכון. מועד תחילתו של התיקון נקבע ליום 1.1.2003.

190 על פי ההלכה שנקבעה בעניין זדה, שיעור ההיוון הוא 3% ריבית לשנה. ניסיונות שנעשו לשנות את שיעור ההיוון מאז ועד היום לא צלחו. ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 438–442. לאחרונה נעשה ניסיון נוסף לשנות את שיעור ההיוון, אך הוא לא צלח מטעמים דיוניים. ראו: עניין עזבון המנוחה רוננה סושרד ז"ל, לעיל הערה 21, פסקאות 20–22 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. עם זאת השינויים שחלו בשיעורי הריבית במשק כמו גם הטלת מיסוי על ריבית זו עשויים להוביל לשינוי ההלכה בעניין זה.

191 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234.

192 חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם–1980, ס"ח 86.

האשפוז שהיו לנפגע, אחוזי הנכות לצמיתות שנותרו לו וגילו בעת התאונה.¹⁹³ השיטה של הגבלת הפיצוי באמצעות תקרה סטטוטורית אומצה גם בחוק האחריות למוצרים פגומים. הוראות סעיף 5 לחוק מגבילות בתקרה את שיעור הפיצוי שלו זכאי הניזוק עבור הפגיעה ככושרו להשתכר ועבור הנזק הלא ממוני שסבל, בדומה לאופן שעושה זאת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.¹⁹⁴

עם אימוצה של תקרה לפיצוי אותו ניתן לפסוק לניזוק וקביעתה של נוסחה סטנדרטית לחישוב הפיצוי, סטו הסדרים חקיקתיים אלה מעקרון השבת המצב לקדמותו ומעקרונות הכרוכים בו. כלומר, הגישה האינדוידואליסטית לפיצוי ועקרון "הפיצוי המלא".

עיון בהצעות חוק, בספרות ובפסיקה מלמד כי יסודה של ההחלטה לסטוט מעקרון השבת המצב לקדמותו במקרים אלה, בשאיפה לאזן בין הגדלת מספר הזכאים לפיצוי הכרוכה במעבר להסדר של אחריות ללא אשם לבין עלות הפיצוי. במקרה של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים – להפחית את נטל הפיצוי המוטל על חברות הביטוח וכך את שיעור הפרמיות שבהם יחויבו המשתמשים ברכב המנועי.¹⁹⁵ במקרה של חוק האחריות למוצרים פגומים – להפחית את הנטל הכלכלי שיוטל על יצרנים, על ההשלכות הכרוכות בכך.¹⁹⁶

אף ששני החוקים אימצו הסדרים הסוטים מעקרון השבת המצב לקדמותו, הם לא נטשו לחלוטין את העיקרון. כפי שהבהירה הפסיקה כבר בשנות השמונים, ההסדר שנקבע בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים אינו מוציא מגדרו את עקרונות היסוד של

193 ראו: סעיף 4(א)3 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ותקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), התשל"ו-1976, ק"ת 2706. ריבלין, לעיל הערה 168, בעמ' 894-896. לכללים אלה מצטרף כלל ייחוד העילה הקבוע בסעיף 8 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, השולל מניזוק בעל עילת תביעה את האפשרות לתבוע בניזוק את יתרת הפיצוי שלו היה זכאי אלמלא התקרה האמורה.

194 על אף הדמיון הקיים בין ההסדרים שנקבעו בשני החוקים הסדרים אלה אינם זהים והם נבדלים בשניים: ראשית, את התקרה לפיצוי עבור נזק לא ממוני, הקבועה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, מלווה נוסחה לחישוב הפיצוי. אין קיימת נוסחה דומה בחוק האחריות למוצרים פגומים. שנית, בחוק האחריות למוצרים פגומים לא אומץ כלל ייחוד העילה. לכן ניזוק המעוניין לקבל פיצוי על מלוא נזקו יכול לבסס את תביעתו על עילות נזיקיות נוספות. ראו: סעיף 10 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

195 לשיקול זה, ראו: עניין גבריאל, לעיל הערה 60, בעמ' 541-542; עניין נעים, לעיל הערה 1, בעמ' 775; יצחק אנגלרד, "הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג-1973", משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 431, בעמ' 434-435; גבריאל קלינג, "חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975", הפרקליט ל (תשל"ו) 146, בעמ' 147; פרי, מהפך או מפח?, לעיל הערה 15, בעמ' 191.

196 ראו: דניאל מור, "הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים תשל"ט-1978", עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ם) 114, בעמ' 158-159 (להלן – מור, הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים); הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, התשל"ט-1978, ה"ח 30.

דיני הנזיקין, ובהם עקרון השבת המצב לקדמותו. לפיכך במסגרת תקרת הפיצוי שנקבעה עבור ראש הנזק של אבדן הכושר להשתכר יש לשאוף להשיב את מצבו של הנזוק לקדמותו.¹⁹⁷ על עמדה זו שבה וחזרה הפסיקה מן העת האחרונה.¹⁹⁸ עוד יש לזכור שאף שחישוב הפיצוי עבור נזק שאינו ממוני נעשה בגדרי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים על פי קריטריונים סטנדרטיים, אין אלה קריטריונים שרירותיים. כך ההנחה הכללית היא שככל שימי האשפוז ואחוזי הנכות רבים יותר, כן גדל כאבו וסבלו של הנזוק.¹⁹⁹ במובן זה משמר ההסדר שנקבע בחוק את רוחו של עקרון השבת המצב לקדמותו.²⁰⁰ לבסוף הכרום שחל בעקרון השבת המצב לקדמותו עם אימוצה של תקרה סטטוטורית בחוק האחריות למוצרים פגומים הוא חלקי. חוק האחריות למוצרים פגומים אינו קובע כלל של ייחוד עילה. מכאן שניזוק המבקש לתבוע פיצוי על מלוא נזקיו וליהנות מעקרון השבת המצב לקדמותו יוכל לעשות כן אם יבסס את תביעתו על עילות אחרות.²⁰¹

יזמה להקטנת נטל הפיצוי המוטל על מזיקים באמצעות קביעת תקרה סטטוטורית עלתה גם בקשר לתביעות ברשלנות רפואית שגרמה לנזקי גוף. בשנת 1999 דנה בסוגיה הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי.²⁰² הוועדה שמונתה לשם בחינת כלל השאלות הכרוכות ברשלנות רפואית הייתה בדעה כי אין הצדקה להגבלת סכומי הפיצוי הנפסקים לניזוקים בתביעות רשלנות רפואית, משני טעמים: האחד, סכומי הפיצוי המשתלמים לניזוקים אינם מטילים נטל כבד על מערכת הבריאות; השני, את העלויות המוטלות על המערכת הרפואית ניתן להפחית באמצעים אחרים שאין עמם פגיעה בזכות הניזוקים לפיצוי.²⁰³ הנושא עמד שוב לדיון בפני הוועדה הממשלתית הבין-משרדית שמונתה לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית ושפרסמה את מסקנותיה בשנת 2005.²⁰⁴ הוועדה הוקמה בעקבות ממצאים שהעידו על עלייה ניכרת בהוצאה הציבורית השנתית בגין רשלנות רפואית, שהביאה עמה לגידול

197 ראו: עניין גבריאל, לעיל הערה 60, בעמ' 541–542.

198 ראו: רע"א 5585/05 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' מן, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2006); רע"א 207/11 קפלינסקי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2012).

199 ראו: ע"א 235/78 הורנשטיין נ' אוהבי, פ"ד לג(1) 346, בעמ' 348 (1979).

200 לביקורת על שימור עקרון השבת המצב לקדמותו בגדרי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים בטענה שהחלתו עומדת בניגוד למטרה הסוציאלית של החוק, ראו: קרן-פז, לעיל הערה 46, בעמ' 319.

201 מדברים אלה עולה כי היקפה של הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו בחוק האחריות למוצרים פגומים כרוך, במידה רבה, בסיכויי הצלחה של תביעות המבוססות על עילות נזיקיות אחרות או על עילות חוזיות. לטיעון ברוח דומה, ראו: מור, הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל הערה 196, בעמ' 159.

202 ראו: דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (1999).

203 ראו: שם, בעמ' 85.

204 ראו: דין וחשבון הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית (2005), בעמ' 120–137.

בעלויות הביטוח ובסכומי הפיצוי המוטלים על מוסדות רפואיים. בין השאר הציע משרד האוצר, בתמיכת משרד הבריאות, כי הפיצויים בגין נזק לא ממוני לתובעים בתביעות רשלנות רפואית יוגבלו בהסדר זהה לזה שאומץ בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. כלומר, קביעת הפיצוי על פי נוסחה המתחשבת בשיעור הנכות, במספר ימי האשפוז ובגיל התובע; קביעת תקרה סטטוטורית לפיצוי. ביסוד הצעה זו עמדה הטענה בדבר גידול במספר התביעות המוגשות בעילה של רשלנות רפואית ובהיקף הפיצויים הנפסקים, שתוצאתו צמצום המשאבים העומדים לרשות מערכת הבריאות. בהמשך לכך נטען שקיים אינטרס ציבורי בהגבלת הפיצוי הנפסק לניזוקים בתביעות מסוג זה.²⁰⁵ ההצעה נדחתה על ידי משרד המשפטים, שסבר שאין מקום להגבלת הפיצויים. בין הנימוקים שהציג משרד המשפטים בלטו הנימוקים האלה: היעדר תשתית ראייתית מספקת לטענה שהעלייה בהוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית קשורה למספר התביעות או לסכומים הנפסקים בבתי המשפט; החשש שמא הגבלת הפיצוי תפגע באיכות השירות הרפואי; קיומו של ספק בדבר חוקתיות הגבלת הזכות לפיצוי.²⁰⁶ בשל המחלוקת שהתגלתה בסוגיה בין משרדי הממשלה השונים נמנעה הוועדה מלהכריע בסוגיה, וההסדר הקיים אשר בגדרו הפיצוי בתביעות רשלנות רפואית לנזקי גוף אינו מוגבל בתקרה, נותר על כנו.²⁰⁷ כך נשמר עקרון השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף רשלנות רפואית.²⁰⁸

205 שם, בעמ' 120–125.

206 לנימוקים אלה ואחרים, ראו: שם, בעמ' 125–137.

207 הצעה נוספת להגבלת הפיצוי אשר היה בה כדי להשפיע על היקף הזכאות לפיצוי של ניזוקים שנפגעו מטיפול רפואי רשלני, היא הצעת החוק שהגיש ח"כ שטרית: הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע–2010. ההצעה הוגשה לקריאה טרומית, אך הליכי חקיקתה לא נמשכו. לדיון בהצעה ובעקרונותיה, ראו: אסף פוזנר, "הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע–2010: פיצויים ללא אשם במבחן המציאות", רפואה ומשפט 43 (תשע"א) 110.

208 לשם השוואה, בארצות הברית אימצו קצת יותר ממחצית מהמדינות חקיקה המגבילה את הפיצוי עבור נזקים לא ממוניים בתקרה. החקיקה מגוונת באשר לסוג התביעות שעליהן היא חלה, לגובה התקרה ולאופן חישובה. ראו: Pryor, Rehabilitating Tort Compensation, לעיל הערה 1, בעמ' 665; Joseph Sanders, "Reforming General Damages: A Good Tort Reform", 13 *Roger Williams U. L. Rev.* (2008) 115, p. 132; Stephen D. Sugarman, "A Comparative Law Look at Pain and Suffering Awards", 55 *DePaul L. Rev.* (2006) 399, p. 400 (להלן – Sugarman, A Comparative Law – Other). הפיצוי הנפסק עבור נזק לא ממוני מוגבל בתקרה גם במשפט הקנדי והאוסטרלי. ראו: Stephen D. Sugarman, "Compensation for Accidental Personal Injury: What Nations Might Learn From Each Other", 38 *Pepp. L. Rev.* (2011) 597, pp. 606–607; לעיל הערה 208, בעמ' 423–426. עוד מעניין לשים לב לחקיקה שאומצה בניו סאות' ויילס (New South Wales) שבאוסטרליה, הקובעת לא רק תקרה לפיצוי על נזק לא ממוני אלא גם סף תחתון של אחוזי נכות – ששיעורו 15% – כתנאי לקבלת פיצוי עבור נזק לא

(5) סיכום

מספר מסקנות עולות מהדיון שנערך בסעיף זה:

ראשית, סטיות מודעות ומכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו אינן תופעה חדשה במשפט הישראלי או כזאת המוגבלת לעת האחרונה. מראשית התפתחותם של דיני הפיצויים ובעשורים שבאו לאחר מכן היו בתי המשפט והמחוקק נכונים לסטות מהעיקרון במקרים שבהם נמצאה הצדקה מספקת לכך.

שנית, היקפן של סטיות מוקדמות אלה מעקרון השבת המצב לקדמותו לא גדל בשנים האחרונות. למעשה, בחלק מהמקרים קטן דווקא, בשני העשורים האחרונים, היקפן של סטיות אלה או שהרחבתן נמנעה. כך, במקרה של פיצויים עונשיים הפסיקה מהעת האחרונה היא שניסחה ניסוח מחמיר את התנאים לפסיקתם והדגישה את חריגותם במשפט הישראלי, מתוך מודעות לאופיים האנומלי בדיני הנזיקין בכלל ובדיני הפיצויים בפרט. הכלל שלפיו אין לפסוק לתלויים פיצוי על נזקם הלא ממוני, אשר רוכך במידת מה בפסיקה המוקדמת, זכה לריכוך נוסף בפסיקה החדשה. זו הכירה בזכותם של ניזוקים נפשיים עקיפים לפיצוי אף במקרה שבו לא הוכיחו נזק נפשי חמור, ונתנה ביטוי לנזק הלא ממוני שסבלו קטינים עם מות הורה באמצעות הענקת פרשנות מרחיבה למונח "נזק ממוני". לבסוף, ההסדר של הגבלת הפיצוי שלו זכאים ניזוקים באמצעות תקרה סטטוטורית לא הוחל על עילות תביעה נוספות. יזמות להחלת הגבלה דומה על תביעות ברשלנות רפואית לנזקי גוף לא צלחו, משלא נמצאה הסכמה באשר לקיומה של הצדקה לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו.

שלישית, עיון בהצדקות לסטיות מוקדמות מעקרון השבת המצב לקדמותו מגלה דמיון רב להצדקות שהוצגו לסטייה מהעיקרון בפסיקה החדשה, גם אם אלה זכו לעתים לניסוח שונה שמקורו בכתיבה התאורטית בדיני הנזיקין משנות התשעים ואילך. על אלה ניתן למנות את השאיפה למנוע ולהפחית עלויות משניות ועלויות מנהליות, שיקולים של הרתעה יעילה והשאיפה לקדם ערכים חברתיים. כך, בין אם עסקינן בסטיות מוקדמות מעקרון השבת המצב לקדמותו ובין שהן מהעת האחרונה, אלה הוצדקו באמצעות השאיפה לקדם מטרות אחרות של דיני הנזיקין.

רביעית, בדומה לפסיקה החדשה, אף הפסיקה והחקיקה המוקדמות לא נטשו לחלוטין את עקרון השבת המצב לקדמותו גם כשבחרו לסטות מהעיקרון. כך אירע כאשר לתלויים שזכותם לפיצוי על נזק לא ממוני נשללה מכוח החקיקה. במקרה זה צמצמה הפסיקה את הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו באמצעות ריכוך התנאים לפיצוי ניזוקים נפשיים עקיפים ובאמצעות מתן ביטוי לנזקם הלא ממוני במסגרת ראש הנזק של אבדן שירותים. ההלכה שלפיה אין להתחשב בגורם מס ההכנסה בחישוב

ממוני בכל התביעות הנזיקיות. ראו: Sugarman, A Comparative Law, לעיל הערה 208, בעמ' 423.

הפיצויים הוצדקה לפחות על ידי חלק מבתי המשפט באמצעות עקרון השבת המצב לקדמותו עצמו. לבסוף, עקרון השבת המצב לקדמותו נשמר, במידת האפשר, אף במסגרת חקיקה שאימצה הסדרים הסוטים מהעיקרון, אם על ידי החלתו ככלל מנחה בניסוח ההסדר ואם על ידי החלתו ככלל מנחה בחישוב הפיצוי בגדרי ההסדר. כך, הן במקרים של סטיות מוקדמות מעקרון השבת המצב לקדמותו והן במקרים של סטיות מאוחרת מהעיקרון, לא איבד העיקרון את מעמדו כעקרון יסוד.

ג. עקרון השבת המצב לקדמותו והמגמה של הרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי

דיון במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב, נוסף על כך, התייחסות למגמה של הרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי ובחינת הקשר שבין מגמה זו לעיקרון. עיון בפסיקה משנות השמונים ועד לכתבתם של דברים אלה מעיד על מגמה עקיבה שעיקרה הרחבת הזכאות לפיצוי של ניזוקים שסבלו נזקי גוף ושהוכיחו קיומה של אחריות מצד הנתבע. הכרה בראשי נזק חדשים, שינוי של הלכות קיימות בדיני הפיצויים וגידול בסכומי הפיצוי שנפסקו לניזוקים תרמו כולם להתגבשותה של מגמה זו.²⁰⁹ מגמה זו, כפי שנראה מיד, כרוכה בהחלת עקרון השבת המצב לקדמותו ולא בסטייה ממנו. כך למשל הכירה הפסיקה בשנות השמונים, בעניין פאתח, בראש הנזק של "אבדן סיכוי החלמה" כראש נזק עצמאי המזכה את הניזוק בפיצוי.²¹⁰ הלכה זו, שעומדת מאז על כנה,²¹¹ מאפשרת פסיקת פיצוי חלקי לניזוקים שסבלו נזק פיזי, אף אם לא עלה בידם להוכיח במאזן ההסתברויות קיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לנזק הפיזי שסבלו.²¹² עיון בפסק הדין מגלה כי את ההחלטה להכיר בראש הנזק של אבדן סיכוי

209 כאן המקום לשוב ולהזכיר כי הדיון עוסק בהרחבת הזכאות לפיצוי בשלב הערכת הפיצויים, להבדיל מהרחבת הזכאות לפיצוי פועל יוצא מהרחבת האחריות הנוזיקית.

210 ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, בעמ' 319–320 (1988) (להלן – עניין קופת חולים של ההסתדרות).

211 ראו: ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר – משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, בעמ' 714 (1997); רע"א 2146/08 עז' המנוח בושויק מיכאל ז"ל נ' מרכז רפואי "בני ציון", פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2011); ע"א 1411/11 שירותי בריאות כללית נ' אברמוביץ, פסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2013); עניין מלול, לעיל הערה 70, פסקה 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פסקאות 99–101 לפסק דינה של השופטת נאור, פסקה א לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 1422–1423; אריאל פורת, נזיקין (כרך א, תשע"ג) בעמ' 364.

212 ראו: עניין קופת חולים של ההסתדרות, לעיל הערה 210, בעמ' 319. לדיון מקיף בדוקטרינת אבדן סיכוי החלמה, ראו: גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 1421–1430. הגישה שלפיה אבדן סיכוי החלמה הוא ראש נזק עצמאי זכתה לביקורת בספרות ובפסיקה. המבקרים טענו כי למעשה מדובר בהלכה המכירה באפשרות להטיל אחריות יחסית על הנתבע, אשר כזאת

החלמה, ביסס בית המשפט בין השאר על העיקרון שלפיו מטרת הפיצוי היא להשיב את מצבו של הניזוק למצב שבו היה אלמלא העוולה. כלומר, על עקרון השבת המצב לקדמותו.²¹³

בשנות התשעים הכיר בית המשפט העליון בעניין חנשוילי בראש הנזק של "אבדן עילת תביעה". ראש נזק זה הוכר במקרים שבהם אדם נפגע בתאונה, אך בטרם הספיק לממש את זכותו לפיצוי כנגד האחראי לתאונה זו, מצא את מותו בתאונה שנייה. במקרה כזה, כך קבע בית המשפט, זכאי עיזבונו לתבוע את האחראי לתאונה השנייה על הפסד הממון שנגרם למנוח בכך שנשללה ממנו, בשל מותו, האפשרות להיפרע מהאחראי לתאונה הראשונה פיצוי עבור הנזק שהיה עתיד לסבול בתקופה שבין התאונה השנייה ועד לתום תוחלת חייו.²¹⁴ הכרה בראש נזק זה אפשרה לפסוק לניזוק פיצוי עבור אבדן כושר ההשתכרות שנגרם לו בתאונה הראשונה ושהיה עתיד לסבול לאחר התאונה השנייה, זאת על אף הכלל שעם מותו של ניזוק שנפגע בתאונה שנייה נקטעת התביעה נגד האחראי לתאונה הראשונה, ועל אף הכלל שהמזיק השני מוצא את הניזוק כמות שהוא, ובמקרה זה בעל כושר ההשתכרות מופחת.²¹⁵ בדומה למקרה הקודם, גם במקרה זה הייתה השאיפה לפצות את הניזוק על מלוא הנזק שנגרם לו ולמנוע את פיצויו בחסר אחד השיקולים המרכזיים שתמכו בהכרה בראש הנזק החדש.²¹⁶

שנות התשעים המאוחרות הניבו הכרה בראש נזק נוסף, הוא ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה. הפגיעה בזכות לאוטונומיה הוכרה כנזק בר פיצוי בתביעות שעילתן היעדר הסכמה מדעת בפסק הדין בעניין דעקה.²¹⁷ גם הפעם היה לעקרון השבת המצב

משתייכת לשאלת הקשר הסיבתי ולא לשאלת הנזק שסבל הניזוק. ראו: ע"א 10399/08 פרוטס נ' צ'ירגייב, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2011); גלעד, לעיל הערה 26, בעמ' 1426. על פי גישת המבקרים, מקומה של דוקטרינה זו בשלב האחריות ולא בשלב הערכת הפיצויים, וממילא אין מקומה ברשימה זו. כאמור, זו אינה הגישה המקובלת בפסיקה הרואה באבדן סיכוי החלמה משום ראש נזק עצמאי.

213 ראו: עניין קופת חולים של ההסתדרות, לעיל הערה 210, בעמ' 319.
214 ע"א 248/86 עיזבון לילי חנשוילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529, בעמ' 551, 556 (1991) (להלן – עניין עיזבון לילי חנשוילי); עניין טויטו, לעיל הערה 22, בעמ' 876. השאלה אם כלל זה חל גם במקרה הכללי, דהיינו גם במקרה של תאונה שנייה שלא גרמה למותו של התובע אך שתוצאותיה בלעו את תוצאות התאונה הראשונה, נענתה בחיוב בעניין עיזבון לילי חנשוילי. עם זאת הדיון בה היה למעלה מן הנדרש, והנאמר שם בעניין זה נאמר אגב אורחא. ראו: עניין עיזבון לילי חנשוילי, לעיל הערה 214, בעמ' 556–558.

215 לדיון בכללים אלה ובמשמעותם, ראו: שם, בעמ' 551.

216 שם, בעמ' 538, 558.

217 ראו: עניין דעקה, לעיל הערה 104, בעמ' 581, 607–618. במקרה זה נפסק לתובעת פיצוי בסכום של 15,000 ש"ח עבור הפגיעה בזכותה לאוטונומיה. מאז שניתן פסק הדין בעניין דעקה נפסקו פיצויים בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה בתביעות רשלנות רפואית

לקדמותו מקום בהכרה בפגיעה זו כראש נזק בר פיצוי, וכדבריו של בית המשפט: "הוא בא להשלים את הפיצוי האמור, ולהשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, במידה הטובה ביותר שאותה ניתן להשיג באמצעות פיצוי כספי".²¹⁸ ראש נזק זה הרחיב את הזכאות לפיצוי של ניזוקים שסבלו נזק פיזי בשל טיפול רפואי. ניזוקים אלה ביססו בדרך כלל את תביעתם על שתי טענות: רשלנות בטיפול הרפואי והיעדר הסכמה מדעת. עם ההכרה בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה התרחבה זכאותם של ניזוקים שתביעתם התבססה על הטענה של היעדר הסכמה מדעת, בשניים: ראשית, ניזוקים שהוכיחו כי זכותם לאוטונומיה הופרה, אך לא עלה בידם להוכיח סיבתיות עובדתית בין התרשלות הנתבע לבין הנזק הפיזי שאותו סבלו (למשל משום שלא עלה בידם להוכיח "סיבתיות החלטה", כפי שאירע בעניין דעקה),²¹⁹ היו זכאים עתה לפיצוי על הפגיעה הלא ממונית שסבלו בזכותם לאוטונומיה.²²⁰ ניזוקים אלה, שטרם פסק הדין בעניין דעקה לא היו זכאים לכל פיצוי, זכו עתה לקבל פיצוי מסוים לפי ראש הנזק של פגיעה בזכות

המבוססות על העילה של היעדר הסכמה מדעת במספר רב של מקרים. לפסקי דין שנדונו בעליון, ראו למשל: עניין מכבי שירותי בריאות, לעיל הערה 78, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות; ע"א 1615/11 מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין (אלבלך) (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים); ע"א 9636/10 ניסנבאום נ' זיסמן (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין ניסנבאום); ע"א 980/09 פלונית נ' משיה (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין פלונית 980/09); ע"א 1997/10 צורף נ' רוזנבאום (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין צורף); ע"א 6989/09 פרוך נ' בית החולים מוקאסד (פורסם בנבו, 2011) (להלן – עניין פרוך); ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 2010) (להלן – עניין עזבון המנוחה ברוריה צבי); ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (פורסם בנבו, 2005) (להלן – עניין וינשטיין); ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 2011) (להלן – עניין ענטבי); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין קדוש); ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002).

218 ראו: עניין דעקה, לעיל הערה 104, בעמ' 582.

219 שם, בעמ' 564–570. לימים הוכרה האפשרות לפסוק פיצוי עבור ראש נזק זה גם בתביעות שאינן תביעות רשלנות רפואית. ראו: ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 (2003); עניין בן-צבי, לעיל הערה 141. דיון בפסקי דין אלה חורג מרשימה זו העוסקת בתביעות נזקי גוף בלבד.

220 ואכן, בחלק לא מבוטל מפסקי הדין שבהם נפסק לניזוק פיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה לא עלה בידו להוכיח סיבתיות עובדתית בין התרשלות הנתבע לבין נזק הגוף שסבל בשל הטיפול הרפואי. ראו: עניין ניסנבאום, לעיל הערה 217, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין פלונית 980/09, לעיל הערה 217, פסקה 24 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין צורף, לעיל הערה 217, פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין פרוך, לעיל הערה 217, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין עזבון המנוחה ברוריה צבי, לעיל הערה 217, פסקה י"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין ענטבי, לעיל הערה 217, פסקאות 9–10 לפסק דינו של השופט הנדל.

לאוטונומיה.²²¹ שנית, ניזוקים שהוכיחו כי זכותם לאוטונומיה הופרה ושעלה בידם להוכיח, נוסף על כך, קשר סיבתי בין התרשלות הנתבע לבין הנזק הפיזי שאותו סבלו, זכאים עתה לפיצוי הן על התוצאות הממוניות והלא ממוניות של נזק הגוף שסבלו והן על הפגיעה הלא ממונית בזכותם לאוטונומיה.²²² אמנם ניזוקים אלה היו זכאים לפיצוי עוד טרם פסק הדין בעניין דעקה בשל תוצאות נזק הגוף שסבלו, אלא שעם ההכרה בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה גדל סך הפיצוי שנפסק להם. הרחבה זו של הזכות לפיצוי – על שני פניה – הייתה בעלת חשיבות מיוחדת לניזוקים שלא עלה בידם לקבל פיצוי עבור נזק הגוף שסבלו בעילה של רשלנות בטיפול הרפואי (למשל מאחר שלא עלה בידם להוכיח כי הטיפול הרפואי עצמו היה רשלני).²²³ ההכרה בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה, על ההשלכות שהיו לכך על הרחבת זכותם של ניזוקים לפיצוי, קיבלה משנה תוקף משנקבע בפסיקה שאין לפסוק עוד לניזוק שסבל פגיעה בזכותו

221 על הרחבה זו, הגלומה בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה, עמדו למשל השופט עמית והמשנה לנשיא ריבלין בפסק דין קדוש. ראו: עניין קדוש, לעיל הערה 217, פסקה 75 לפסק דינו של השופט עמית ופסקה 28 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

222 ראו: עניין דעקה, לעיל הערה 104, בעמ' 581–582, 618–619. בסוגיה זו, חשוב לציין, התגלתה מחלוקת בין השופט עמית למשנה לנשיא ריבלין. גישתו של השופט עמית, כאשר התובע זכאי לפיצוי בגין הנזק הממוני והלא ממוני שנגרם לו בשל רשלנות בטיפול או בשל הפרה של החובה לקבל הסכמה מדעת, אין לפסוק לו, בנוסף, פיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. ראו: עניין קדוש, לעיל הערה 217, פסקה 74 לפסק דינו של השופט עמית; עניין מכבי שירותי בריאות, לעיל הערה 78, פסקה 13 לפסק דינו של השופט עמית; עניין מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים, לעיל הערה 217, פסקה 17 לפסק דינו של השופט עמית. לעומתו, סבר המשנה לנשיא ריבלין כי יש להמשיך ולאמץ את הכלל שנקבע בעניין דעקה שלפיו ניתן לפסוק לניזוק פיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, נוסף על הפיצוי שנפסק לו עבור תוצאותיו הממוניות או הלא ממוניות של נזק הגוף שאותו סבל, בין בשל רשלנות בטיפול הרפואי ובין בשל הפרת החובה לקבל הסכמה מדעת. ראו: עניין קדוש, לעיל הערה 217, פסקה 45 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין. גישתו של השופט עמית טרם אומצה על ידי שופטיו האחרים של בית המשפט העליון שהמשיכו לצעוד בעקבות גישתו של המשנה לנשיא ריבלין. ראו: עניין מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים, לעיל הערה 217, פסק דינם של השופט מלצר ושל השופטת ברק-ארז.

223 למקרים המדגימים זאת, ראו למשל: עניין קדוש, לעיל הערה 217, פסקאות 7–8 לפסק דינו של השופט עמית, פסקה 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין פלונית 980/09, לעיל הערה 217, פסקה 22 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין צורף, לעיל הערה 217, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין פרוך, לעיל הערה 217, פסקאות 8, 10 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין עזובון המנוחה ברוריה צבי, לעיל הערה 217, פסקאות 30–35 לפסק דינו של השופט דנציגר. על הרחבה זו הגלומה בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה ראו, למשל: עניין קדוש, לעיל הערה 217, פסקה 75 לפסק דינו של השופט עמית; עניין עזובון המנוחה ברוריה צבי, לעיל הערה 217, פסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

לאוטונומיה פיצוי סמלי כי אם פיצוי המבטא את חשיבותה הנורמטיבית של הזכות שנפגעה, ומשחל גידול בסכומי הפיצוי שנפסקו עבור ראש נזק זה.²²⁴ להרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי תרם גם ביטולן של שלוש הלכות שנהגו בדיני הפיצויים במשפט הישראלי מאז ראשיתם. ראשונה לביטול הייתה ההלכה שלפיה אין לפסוק לניזוק החי או לעיזבונו פיצוי עבור אבדן השתכרות ב"שנים האבודות", הלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בעניין גבריאל בשנות השמונים.²²⁵ הלכה זו בוטלה בבית המשפט העליון, בשנת 2004, בפסק הדין בעניין אטינגר. מונחה על ידי עקרון השבת המצב לקדמותו ועל ידי מטרות דיני הנזיקין קבע בית המשפט כי ניזוק אשר בשל מעשה עוולה קוצרה תוחלת חייו או שחייו אבדו יהיה זכאי, הוא או עיזבונו, בהתאמה, לפיצוי על אבדן היכולת להשתכר ב"שנים האבודות". כלומר, בשנים שבין מועד מותו הצפוי או מותו בפועל לבין תוחלת חיי ההשתכרות שהייתה צפויה לו אלמלא העוולה.²²⁶ עיון בהלכה ובחינת נפקותה מלמדים כי ככלל הביאה הלכה זו לגידול בסכומי הפיצוי שלהם זכאים תובעים במקרים שבהם גרמה העוולה לקיצור תוחלת חייו של הניזוק או למותו.²²⁷ כך, לפי הלכת גבריאל וטרם ביטולה היה זכאי ניזוק חי שתוחלת חייו קוצרה בשל עוולה לפיצוי עבור אבדן כושרו להשתכר עד לתום תוחלת חייו המקוצרת ותו לא. משבוטלה הלכה זו, זכאי עתה הניזוק החי לפיצוי עד לתום תוחלת חיי ההשתכרות שהייתה צפויה לו אלמלא העוולה, פיצוי ששיעורו כשיעור הסכום המבטא את כושרו העתידי להשתכר, בניכוי ידת הקיום שאותה היה צורך בחייו

224 ראו: עניין ענטבי, לעיל הערה 217, פסקה 11 לפסק דינו של השופט הנדל (במקרה זה פסק בית המשפט 250,000 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה); עניין פלונית 980/09, לעיל הערה 217, פסקה 25 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (במקרה זה פסק בית המשפט לשני התובעים את הסך של 300,000 ש"ח עבור פגיעה בזכותם לאוטונומיה); עניין קדוש, לעיל הערה 217, פסקה 48 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין פרוך, לעיל הערה 217, פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל (באותו מקרה פסק בית המשפט קמא לתובעים פיצוי בסך של 150,000 ש"ח עבור הפגיעה בזכותם לאוטונומיה); עניין וינשטיין, לעיל הערה 217, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת נאור (לתובע נפסק במקרה זה פיצוי בסך של 150,000 ש"ח עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה).

225 עוד טרם ניתן פסק הדין בעניין גבריאל נהגו בתי המשפט עד לאמצע שנות השבעים על פי כלל זה. ראו: דניאל מור, "הילכת אטינגר – אנטומיה של פסק דין שנוי במחלוקת", עלי משפט ד (תשס"ה) 101, בעמ' 102 – 101 ה"ש 3 (להלן – מור, הלכת אטינגר).

226 ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 511, 514, 515, 544, 553; פסיקה מאוחרת קבעה כי הלכה זו חלה גם בתביעות שעילתן בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. ראו: ע"א 8022/00 רו' נ' צור (פורסם בנבו, 2006); ע"א 10990/05 פינץ' נ' הראל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(1) 325, פסקה 1 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006) (להלן – עניין פינץ'). הכלל כי במקרה של מוות זכאי העיזבון לפיצוי על השנים האבודות נדחה בהצעת חוק דיני ממונות, ולפיה רק הניזוק החי זכאי לפיצוי על אבדן היכולת להשתכר בשנים האבודות. ראו: סעיפים 544 ו-545 להצעת חוק דיני ממונות.

227 לטענה זו ולביקורת על כך, ראו: מור, הלכת אטינגר, לעיל הערה 225, בעמ' 107–108.

(להלן: ידת הצריכה).²²⁸ היו לניזוק החי תלויים, והוא מיצה את עילת תביעתו לפיצויים, היה בשינוי ההלכה כדי לפצותם בעקיפין על אבדן התמיכה שיסבלו עם מותו, אבדן עליו

228 ראו: עניין אטינגר (2), לעיל הערה 70, פסקאות 45, 47 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. חישוב הפיצוי שלו זכאי הניזוק מבוסס על "שיטת הידות", המשמשת במקרה של תביעת תלויים בגין אבדן תמיכה. עם זאת בית המשפט מצא ששיטת הידות המשמשת בתביעות תלויים אינה יכולה לשמש כפי שהיא לצורך חישוב הפיצוי עבור השנים האבודות, וכי עליה לעבור התאמה למקרה זה. בהמשך לכך נקבע כי בחישוב הפיצוי עבור אבדן כושר ההשתכרות בשנים האבודות, יש לתת ביטוי להנחה שהניזוק היה חוסך חלק משכרו. לפיכך מסכום הפיצוי הנפסק לניזוק אין להפחית את הסכום שהיה חוסך בחייו, וסכום זה אמור להיות חלק מן הפיצוי הנפסק לו. פועל יוצא של התאמה זו הוא שידת הצריכה המובאת בחשבון במקרה של חישוב הפיצוי עבור אבדן כושר השתכרות בשנים האבודות נמוכה מידת הצריכה המובאת בחשבון בתביעת התלויים. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 539–541. שאלה אחרת היא מה השיטה לקביעת ידת הצריכה של הניזוק, אשר כאמור אינה כוללת את הסכום שהיה הניזוק מפריש לחיסכון. בעניין אטינגר (1) הציע בית המשפט שתי שיטות לחישוב הסכום שהיה הניזוק חוסך: האחת, חלוקת ידת הניזוק לשניים; השנייה, הוספת ידה לידות המובאות בחשבון על פי שיטת הידות. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 541. בפסיקה מאוחרת קבע בית המשפט העליון כי מבין שתי שיטות אפשריות אלה לחישוב חלק החיסכון בשכר יש לבכר את השיטה השנייה של הוספת ידה לידות המובאות בחשבון על פי שיטת הידות. ראו: עניין פינץ, לעיל הערה 226, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין עזובון המנוח חוסאם ז"ל, לעיל הערה 23, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 4431/05 "המגן" – חברה לביטוח בע"מ נ' צרור, פ"ד סא(2) 771, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006) (להלן – עניין "המגן" – חברה לביטוח בע"מ). שיטת החישוב המתוארת לעיל הוצעה על ידי בית המשפט, בראש ובראשונה, בהתייחס לניזוקים שמצבם המשפחתי התגבש כבר במועד פסק הדין או שניתן לחזות אותו ושללהם תלויים. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 541, 543. לעומת זאת בהיעדר מידע באשר למצבו המשפחתי העתידי של הניזוק, למשל כאשר עסקינן בקטין, הציע בית המשפט בעניין אטינגר (1) שתי חלופות חישוב: האחת, הערכה של מצבו המשפחתי הרעיוני של הניזוק, בשנים האבודות, על יסוד נתונים סטטיסטיים וביצוע החישוב על פי שיטת הידות המתוארת לעיל. השנייה, אימוץ הנחה שמדובר בניזוק חסר תלויים וניכוי הוצאות מוגברות מהפיצויים תוך הגדלה של מרכיב החיסכון. מעיון בפסק דין אטינגר (2) ניתן ללמוד על העדפה מסוימת של החלופה השנייה על פני הראשונה, המבוססת כדברי בית המשפט על "ההנחה הספקולטיבית יותר". ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 541, 543. פסיקה מאוחרת הכריעה בסוגיה זו בקבעה את הכללים האלה: חישוב הפיצוי ייעשה על פי מצבו המשפחתי הקיים והידוע של הניזוק במועד מתן פסק הדין; כאשר עסקינן בניזוק שאין לו תלויים, יש לפסוק לו פיצוי כניזוק חסר תלויים ולהעמיד את שיעור הפיצוי על הסך הגלובלי של 30% מכושר השתכרותו בשנים האבודות – כל זאת בהיעדר נסיבות מיוחדות; היו לניזוק תלויים, ייקבע הפיצוי על פי מספר התלויים שיש לו במועד מתן פסק הדין ועל פי שיטת הידות כפי שהותאמה לתביעות אבדן כושר השתכרות בשנים האבודות. ראו: עניין פינץ, לעיל הערה 226, פסקאות 9–12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין עזובון המנוח חוסאם ז"ל, לעיל הערה 23, פסקאות 6–8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. מבין שתי החלופות לחישוב הפיצוי במקרה של ניזוק שמצבו המשפחתי העתידי אינו ידוע, שהוצעו בעניין אטינגר (1), צפויה הבחירה בכלל כי בחישוב הפיצוי יש להתעלם מתלויים עתידיים נוספים, להביא לפסיקת סכומי

אינם זכאים לפיצוי בשל הוראת סעיף 78 לפקודת הנזיקין.²²⁹ הוגשה התביעה על ידי העיזבון, כאשר למנוח אין כלל תלויים אלא יורשים בלבד, יש בהלכת אטינגר כדי לזכות את העיזבון, ובהמשך לכך את היורשים, בפיצוי מוגדל, הכולל עתה גם פיצוי עבור אבדן כושר השתכרותו של המנוח ב"שנים האבודות".²³⁰ ודוק, עסקינן בפיצוי שלא היה מגיע לידי היורשים אלמלא הלכת אטינגר, שהרי אלה אינם באים בגדר "תלויים" שלהם עילת תביעה בשל אבדן התמיכה שסבלו עם מותו של המנוח. הלכת אטינגר הובילה לפסיקת פיצוי מוגדל ליורשים גם במקרים שבהם יש לניזוק תלויים שאינם יורשיו. במקרה כזה, כך סבר בית המשפט בעניין אטינגר, יש לפסוק לתלויים פיצוי בשל אבדן תמיכת המנוח,

פיצוי נמוכים יותר לתובעים. הטעם לכך הוא שכלל שמספר התלויים בניזוק קטן יותר, כך גדלה ידת הצריכה שלו, שאותה יש לנכות מסכום הפיצוי שנפסק לו. לפיכך יפחת סכום הפיצוי הנפסק לו. על כך, ראו: עניין פינץ, לעיל הערה 226, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ריבלין. להבהרות נוספות באשר ליישום הלכת השנים האבודות ראו: עניין "המגן" – חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 228, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין עזבון המנוחה סושרד ז"ל, לעיל הערה 21.

²²⁹ לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט בעניין אטינגר (1): "ואכן, בלא פסיקת פיצויים בגין השנים האבודות, התוצאה המתקבלת מהוראת סעיף 78 לפקודה, במקרים בהם לא עומדת לניזוק, שעה שמת, תביעת פיצויים – היא, מבחינת התלויים, קשה ובלתי צודקת". ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 526. על השלכה זו של פסק הדין, ראו: ישראל גלעד, "בעקבות פסק דין עיזבון אטינגר – לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי 'השנים האבודות'", עלי משפט ד (תשס"ה) 47, בעמ' 86 (להלן – גלעד, בעקבות פסק דין עיזבון אטינגר). ואכן, התכלית הסוציאלית של הבטחת מעמדם של התלויים בניזוק החי שמיצה את עילתו לפיצויים, הייתה אחד השיקולים שעמדו לנגד עיני בית המשפט בעניין אטינגר (1) שעה שביטל את הלכת גבריאלי. ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 526, 544. כדאי להדגיש כי הדברים האמורים מבוססים על ההנחה הכללית שהניזוק לא ישתמש במלוא כספי הפיצוי שייפסקו לו עבור השנים האבודות לצורכי עצמו בחייו ולא יבחר להורישם למי שאינם תלויים בו, כי אם יבקש להבטיח את עתידם של התלויים בו. במקרים שבהם הנחה זו אינה מתקיימת (למשל משום שהניזוק בחר לבזבז את מלוא סכום הפיצוי שנפסק לו בעודו בחייו או להורישו למי שאינם תלויים בו) לא יהיה בביטול הלכת גבריאלי כדי להיטיב את מצבם של התלויים. שאלה אחרת היא אם יש התאמה בין הפיצוי הנפסק לניזוק החי עבור אבדן הכושר להשתכר בשנים האבודות לבין אבדן התמיכה שעתידים התלויים בו לסבול עם מותו. במילים אחרות, בין הפיצוי הנפסק לניזוק החי לבין הפיצוי שהיה נפסק לתלויים אילו היו בעלי עילת תביעה עצמאית. לדיון בשאלה זו, ראו: גלעד, בעקבות פסק דין עיזבון אטינגר, לעיל הערה 229, בעמ' 86–91. דיון בשאלה זו חורג מרשימה זו. כך או כך, עשויים התלויים לקבל בעקיפין מכוח הלכת אטינגר פיצוי שהם אינם זכאים לו על פי הדין הקיים.

²³⁰ פיצוי זה יתווסף לפיצוי על הנזק המיוחד והנזק הלא ממוני שנפסק לעיזבון. להשלכה זו של פסק הדין ולתוצאותיה האבסורדיות, ראו: מור, הלכת אטינגר, לעיל הערה 225, בעמ' 135–136.

ואילו לעיזבון – את ידת החיסכון שהיה חוסך הניזוק בחייו.²³¹ סכום זה אמנם נמוך בשיעור ניכר מסכום הפיצוי שייפסק ליורשים במקרה של היעדר תלויים, אך עדיין יש בו לזכות את היורשים בסכום שאלמלא כן לא היה מגיע לידיהם.²³² ביטולה של הלכת השנים האבודות אינו עומד לברו. לכך מצטרף הצמצום שחל בהיקפה של הלכת הניכוי, שהביא אף הוא לגידול בסכומי הפיצוי הנפסקים לתובעים. על פי הלכת הניכוי כנגד הפסד התמיכה שנגרם לתלויים יש להביא בחשבון את טובות ההנאה שצמחו להם עקב מות המנוח. שני פסקי דין, האחד שניתן בתחילת שנות התשעים והאחר לפני שנים ספורות, צמצמו את הלכת הניכוי. פסק הדין הראשון הוא

231 למסקנה זו בדבר סכום הפיצוי שיש לפסוק לעיזבון במקרה שהניזוק הותיר אחריו יורשים שאינם תלויים בו הגיע בית המשפט כך: מחישוב הפיצויים לעיזבון, כך קבע, יש להפחית סכום המשקף את ההוצאות שהיה המנוח מוציא למחייתו בשנים האבודות וכן את הסכום המבטא את ההוצאות שהיה מוציא לתמיכה בתלויים בו. מכאן שעל המזיק לשלם לעיזבון פיצוי בשיעור החיסכון שהיה חוסך הניזוק בשנים האבודות. על כך, ראו: עניין אטינגר (1), לעיל הערה 40, בעמ' 558; על הצורך להפחית מהפיצוי הנפסק לעיזבון סכום המשקף את התמיכה בתלויים, ראו גם: עניין מנורה חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 149, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

232 הפיצוי שנפסק לעיזבון עשוי לגדול במקרים שבהם קם לתלויים מקור תמיכה חלופי (למשל, אלמנה שנישאה מחדש או ילדים שעברו למשמורת האב לאחר מות האם). במקרים אלה, כך נקבע, יש לנכות את תמיכת המקור החדש מתביעת התלויים אך לא מתביעת העיזבון. בהתאמה יגדל הפיצוי שייפסק לעיזבון לפי ראש הנוק של אבדן כושר להשתכר. ראו: רע"א 3535/09 שוקרון נ' הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2011), ובמיוחד פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; רע"א 6738/10 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה בשן שירי ז"ל, פסקאות 5–6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2012). לעומת זאת, לטענה כי במקרים רבים לא ייפסק בסיטואציה זו כל פיצוי לעיזבון, ראו: מור, הלכת אטינגר, לעיל הערה 225, בעמ' 135. לטענה ברוח דומה, ראו: אריאל פורת, "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה", ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו (אהרן ברק ודניאל פרידמן – עורכים, תשס"ו) 143, בעמ' 159. אני חולקת על טענה זו. ראשית, על פי אופן החישוב שהוצע בעניין אטינגר (1) אין לנכות מהפיצוי שנפסק לעיזבון את מלוא ידת הקיום של המנוח אלא רק את חלקה, בהתבסס על ההנחה כי המנוח היה מפנה חלק משכרו לחיסכון. על פי נוסחה זו, תמיד ייפסק סכום מסוים לעיזבון עבור אבדן כושר השתכרותו של הניזוק בשנים האבודות גם אם יהיה זה סכום זעום, סכום ששיעורו כשיעור השתכרותו שהיה המנוח מפנה לחיסכון בשנים האבודות. שנית, במקרים שבהם שכרו הפוטנציאלי של הניזוק היה גבוה, עשוי העיזבון לשכנע את בית המשפט שחלק גדול יותר משכרו היה מופנה לחיסכון על אף קיומם של תלויים. ממילא במקרים אלה יגדל שיעור הפיצוי שייפסק לעיזבון עבור אבדן ההשתכרות בשנים האבודות. לטענה זו תימוכין בהלכה החלה באשר לתביעת תלויים, ולפיה מקום שבו הייתה הכנסת המשפחה גבוהה יחסית, רשאי בית המשפט לסטות משיטת הידות, על דרך הקצאת שיעור גבוה יותר מההכנסה למנוח, וזאת בהתבסס על ההנחה שבמשפחה שרמת ההכנסה בה גבוהה מוקצה חלק גדול יותר מההכנסה לצורכיהם של ההורים. ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 1147–1148. על אותו משקל ניתן לטעון שרמת הכנסה גבוהה מאפשרת הקצאת סכומים גדולים יותר לחיסכון.

פסק הדין בעניין יחזקאל.²³³ עד שניתן פסק הדין בעניין יחזקאל הייתה ההלכה במשפט הישראלי כי מתביעת התלויים יש לנכות את הערך הכספי של האצת הירושה שלה הם זוכים בשל מותו המוקדם מהצפוי של הניזוק. לעניין זה לא נעשתה הבחנה בין סוגי נכסים שונים או בין סוגי מקרים שונים.²³⁴ הלכה זו בוטלה בפסק הדין בעניין יחזקאל, שקבע כי ככלל אין להתחשב בערך ההאצה על דרך ניכוי מכספי הפיצוי הנפסקים לתלויים. הלכה זו נומקה בשני טעמים: האחד, בהיעדר נתונים מיוחדים ההנחה צריכה להיות שההפסד הנגרם לתלויים בגין אבדן הגידול העתידי האפשרי בנכסיו של התומך מקזז את טובת ההנאה הנובעת מההאצה. השני, ניתן להניח שנכסי העיזבון היו משמשים בין כה וכה את המשפחה כולה, ובנסיבות אלה אין להתחשב בהאצה כלל.²³⁵ מנימוקיו של בית המשפט ומהנחות היסוד ששימשו אותו בדיון עולה כי עקרון השבת המצב לקדמותו הוא שעמד לנגד עיניו שעה שפסק בדין.²³⁶ משבוטל הכלל כי מהפיצוי שלו זכאים התלויים יש לנכות את ערך ההאצה בקבלת הירושה, גדלו ממילא סכומי הפיצוי שלהם היו אלה זכאים.

פסק הדין השני שצמצם את הלכת הניכוי הוא פסק הדין בעניין דוביצקי. עד שניתן פסק הדין בעניין דוביצקי הובילה הלכת הניכוי לפרקטיקה שלפיה במקרה שבו הוגשו שתי תביעות, אחת בשם העיזבון והשנייה על ידי התלויים, ובין היורשים לתלויים יש זהות, ייפסק פיצוי עבור העילה שסכום הפיצוי בה הוא הגבוה מבין השניים. תוצאת הדברים הייתה שבמקרה של זהות כאמור היו זוכים התובעים לפיצוי רק עבור ראשי הנזק הנכללים בעילה שסכומה גבוה יותר, ואילו עבור ראשי הנזק הנכללים בעילה האחרת לא היו זכאים לכל פיצוי. כלל זה חל אף במקרים שבהם לא התקיימה חפיפה בין הנזקים שעבורם נפסק פיצוי בכל אחת מהעילות, למשל כשעסקינן בפיצוי עבור נזק לא ממוני לעיזבון או עבור אבדן שירותים לתלויים.²³⁷ כלל זה בוטל בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין דוביצקי, אשר צמצם את היקפה של הלכת הניכוי. זו, כך נקבע, תחול מעתה רק באשר לראשי הנזק המצויים במתחם החפיפה שבין עילת התלויים לעילת העיזבון, תחום חפיפה שעיקרו רכיב התמיכה בבני המשפחה ובמשק הבית מהכנסת המנוח. לעומת זאת ראשי נזק המצויים מחוץ לתחום החפיפה האמור, למשל נזק לא ממוני או אובדן שירותים, לא ינוכו ולא יקוזזו אלא ייפסקו לפי העניין לעיזבון או לתלויים.²³⁸ בדומה לפסקי הדין הקודמים, הייתה אף פסיקה זו נטועה בעקרון השבת

233 עניין יחזקאל, לעיל הערה 67.

234 שם, בעמ' 381.

235 שם, בעמ' 384.

236 שם, בעמ' 382.

237 לתיאור הלכה זו והשלכותיה, ראו: עניין דוביצקי, לעיל הערה 67, פסקאות 7–11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

238 שם, פסקאות 15–16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. צעדים ראשונים לצמצום הלכת הניכוי נעשו על ידי בית המשפט בעניין "המגן" – חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 228,

המצב לקדמותו, ובעיקר בשאיפה למנוע פיצוי חסר.²³⁹ יוצא שעתה זכאים תובעים שהם תלויים במנוח, אך גם יורשיו, לא רק למלוא הפיצוי מכוח העילה העומדת להם כתלויים. כלומר, לפיצוי עבור אבדן תמיכה מהכנסת המנוח ועבור אבדן שירותים בשל מותו. הם יהיו זכאים, נוסף על כך, גם לפיצוי כיורשים עבור ראשי הנזק שאינם מצויים במתחם החפיפה בין העילות. כלומר, עבור הפיצויים האלה שייפסקו לעיזבון: פיצוי עבור הוצאות רפואיות ואחרות שבהן נשא הנזוק בשל הפגיעה טרם מותו, פיצוי עבור אבדן כושר ההשתכרות שנגרם לנזוק טרם מותו בניכוי ידת הקיום שלו,²⁴⁰ פיצוי עבור ידת החיסכון שהיה הנזוק חוסך בחייו מיום מותו ואילך ופיצוי עבור הנזק הלא ממוני שנגרם לנזוק.²⁴¹

בנוסף באה הרחבת זכאותם של נזוקים לפיצוי לידי ביטוי בגידול בסכומי הפיצוי שפסקו בתי המשפט עבור ראשי הנזק הלא ממוניים: כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים. סקירת הפסיקה החל משנות התשעים ועד לכתיבתם של דברים אלה מעידה כי בתי המשפט אינם נרתעים מפסיקת פיצוי ניכר לנזוקים עבור נזקים לא ממוניים.²⁴² כך הוא הדבר באשר לפסיקת פיצוי לנזוק עבור כאב וסבל בשל העוולה,²⁴³ וכך הוא

פסקאות 8–10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ליישום הלכה זו, ראו: ע"א 8181/06 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח אטיאס דוד ז"ל, פסקה 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2010).

- 239 ראו: עניין דוביצקי, לעיל הערה 67, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 240 לגישתי, משניתן פסק הדין בעניין אטינגר (1), שבו הבהיר בית המשפט כיצד לחשב את ידת הקיום של הנזוק החי בשנים האבודות, יש לצעוד בעקבותיה אף לשם חישוב ידת הנזוק החי בתקופה שקדמה למותו. לפיכך גם באשר לתקופה זו יש לתת ביטוי להנחה שהנזוק היה חוסך חלק משכרו, ולהפחית את ידת הצריכה שלו בהתאם.
 241 על כך, ראו גם: עניין "המגן" – חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 228, פסקה 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין יחזקאל, לעיל הערה 67, בעמ' 385.
 242 על מגמה זו, ראו: אליעזר ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא-ממוני – מגמות הרחבה", ספר שמגר – מאמרים (כרך ג, תשס"ג) 21, בעמ' 61–62. נתונים שונים במקצת עולים מדוח הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, לעיל הערה 204. מהנתונים שהובאו בדוח עולה כי עד שנת 2001 הייתה עלייה בסכומי הפיצוי שנפסקו לנזוקים עבור כאב וסבל, ואילו משנת 2001 ועד לשנת 2003 מסתמנת ירידה מסוימת בסכומים אלה. ראו: שם, בעמ' 117–120.
 243 ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 909. עיון בפסקי דין מן השנים האחרונות מגלה פסיקת סכומי פיצוי נכבדים עבור כאב וסבל. ראו, למשל: ע"א 2597/09 דאהר נ' מדינת ישראל, פסקאות 4, 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2010) (בבית המשפט המחוזי נפסקו לתובע סבל פגיעה נירולוגית קשה, פיצוי בסך 350,000 ש"ח עבור כאב וסבל. בערעור הוסיף בית המשפט העליון לתובע סכום גלובלי של 500,000 ש"ח עבור פגיעה בכושרו השתכר ונזקו הלא ממוני); ע"א 8591/06 פלונית נ' מדאינוסט אינטרנשיונל (1985) בע"מ, פסקה 17 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 2010) (במקרה זה נפסק לתובעת שרחמה נכרת בשל רשלנות, פיצוי בסך של 600,000 ש"ח עבור כאב וסבל); ע"א 5884/08 כפר ויתקין מושב עובדים להתיישבות הקלאית שיתופית נ'

באשר לפסיקת פיצוי לניזוק עבור קיצור תוחלת חייו.²⁴⁴ הגידול המעשי בסכומי הפיצוי שנפסקו לניזוקים לווה באמירות מפורשות של בית המשפט העליון כי הגיעה העת לפסוק פיצוי ממשי עבור נזקים אלה.²⁴⁵

המוסד לביטוח לאומי, פסקה ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2010) (במקרה זה פסק בית המשפט המחוזי לתובע שידו נכרתה פיצוי בסך 700,000 ש"ח עבור כאב וסבל); עניין אבו אלהוא, לעיל הערה 1, פסקאות 3, 4 לפסק דינו של השופט עמית (במקרה זה נפסקו לתובע סבל נכות של 100% ושתוחלת החיים שנתרה לו הייתה 12–15 שנים, פיצוי בסך של 1,000,000 ש"ח עבור כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים); ע"א 8730/11 אלמור פיברגלאס בע"מ נ' בהאא, פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2012) (במקרה זה נפסקו לתובע שנפגע בידו ממסור וסבל 15% נכות 200,000 ש"ח עבור כאב וסבל); ע"א 785/08 זולפה מחסני מזון בע"מ נ' אופנהיימר, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2011) (במקרה זה פוצתה התובעת שלקתה בפירומואלגיה, תסמונת הגורמת לכאבים בגוף, בסכום של 250,000 ש"ח); ע"א 3293/08 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' שוכר, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2011) (במקרה זה נפסק לתובעת שסבלה 89% נכות רפואית, פיצוי בסך 500,000 ש"ח עבור כאב וסבל); ע"א 741/10 כהן נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פסקה 5(ד) לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2010) (במקרה זה נפסק לתובע שנותר משותק בשתי רגליו לאחר תאונה, פיצוי בסך של 600,000 ש"ח עבור ראש הנזק של כאב וסבל); ע"א 9721/07 איסכור שירותי גילון בע"מ נ' גוזלן, פסקאות 6, 17 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2010) (במקרה זה נפסק לתובע שאיבד את ראייתו בעין אחת פיצוי בסך של 300,000 ש"ח עבור כאב וסבל); ע"א 7419/12 עזריה נ' סולל בונה, פסקה 4 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2013) (במקרה זה נפסק לתובע סבל מ-57% נכות רפואית משוקלת פיצוי בסך של 450,000 ש"ח); ע"א 7696/09 עמיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2011) (במקרה זה נפסק לתובע שמת כמה ימים לאחר שנכווה קשות בכל חלקי גופו פיצוי בסך של 600,000 ש"ח עבור כאב וסבל) (להלן – עניין עמיר).

244 ראו: קציר, לעיל הערה 149, בעמ' 1070–1072; רונן פרי, "על חוסר העקביות בפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים", עלי משפט ד (תשס"ה) 151, בעמ' 165–167. על אף חוסר העקיבות בסכומי הפיצוי הנפסקים עבור ראש נזק זה, שעולה מהנתונים שמציג פרופ' רונן פרי, ככלל ניתן להבחין במגמה של עלייה בסכומי הפיצויים הנפסקים לניזוקים עבור ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. עיון בפסקי דין מן השנים האחרונות מגלה פסיקת פיצוי בסכומים נכבדים עבור ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. ראו למשל: ע"א 4022/08 אגבבה נ' ד.י.ש. חברה בע"מ, פסקאות 5, 24 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2010) (במקרה זה נפסק לתובע שנפטר בהיותו בן 10 שנים, פיצוי בסך של 700,000 ש"ח עבור ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים); עניין עזבון המנוחה שושרד ז"ל, לעיל הערה 21, פסקה 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (במקרה זה נפסק לתובעת שנרצחה בהיותה בת 40, פיצוי בסך של 450,000 ש"ח עבור ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים); עניין אבו אלהוא, לעיל הערה 1, פסקאות 3, 4 לפסק דינו של השופט עמית (במקרה זה נפסקו לתובע סבל נכות של 100% ושתוחלת החיים שנתרה לו הייתה 12–15 שנים, פיצוי בסך של 1,000,000 ש"ח עבור כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים); עניין עמיר, לעיל הערה 243, פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית (במקרה זה נפסק לתובע שמת בהיותו בן 56, פיצוי בסך של 400,000 ש"ח עבור קיצור תוחלת חיים); ע"א 1330/08 אשקר נ' עזבון המנוחה מרים

ניתן אפוא לסכם ולומר שלמן שנות השמונים ועד לכתיבתם של דברים אלה מסתמנת בפסיקה מגמה עקיבה להרחבת זכאותם של תובעים בתביעות לנזקי גוף לפיצוי. הרחבת הזכאות לפיצוי נעשתה באמצעות הכרה בראשי נזק חדשים: אבדן סיכוי החלמה, אבדן עילת תביעה ופגיעה בזכות לאוטונומיה, ביטולן או צמצומן של הלכות יסוד בדיני הפיצויים: הלכת השנים האבודות והלכת הניכוי, ולבסוף, פסיקת פיצוי בסכומים ממשיים עבור ראשי נזק לא ממוניים. מגמה זו אינה תולדה של סטיות כלפי מעלה מעקרון השבת המצב לקדמותו. היא כרוכה בשאיפה לפצות את הניזוק על מלוא נזקו, למנוע מצבים של פיצוי חסר וככלל להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, נימוק העובר כחוט השני בפסיקה זו.

6. סיכום – עקרון השבת המצב לקדמותו: עקרון יסוד או עיקרון שאבד עליו כלח?

האם מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף נחלש בשנים האחרונות? אני סבורה שהתשובה לשאלה זו, שעמדה במרכזה של הרשימה, שלילית.

עקרון השבת המצב לקדמותו אומץ כעיקרון מנחה בהערכת הפיצויים במשפט הישראלי עוד בשנות החמישים, בהשראת המשפט האנגלי. בחינת הפסיקה בעשורים שבאו לאחר מכן, ובכלל זה בשנים האחרונות, מגלה שזו המשיכה להציגו בעקבות כעקרון יסוד של דיני הפיצויים. למעשה, זו אף הגדילה לעשות והציגה את העיקרון, הצגה מוטעית, כמטרה מרכזית של דיני הנזיקין. אם חל שינוי בשיח המשפטי בשנים האחרונות, הרי שעיקרו מעבר מדיון פורמליסטי בעקרון השבת המצב לקדמותו לדיון שעניינו ההצדקות לעיקרון ובסיסו התאורטי.

מסקנה זו בדבר מרכזיותו של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט הישראלי, בין בשנים המוקדמות ובין בשנים האחרונות, לא השתנתה גם לאחר בחינת ההחלטות שניתנו בעניין המר, בעניין אבו חנא ובעניין פלוני.

שלוש ההחלטות אימצו כללים המעוררים חשד לערעור מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו. אלא ששתיים מהחלטות אלה – פסק הדין בעניין המר ופסק הדין בעניין פלוני – התבררו לאחר בחינה מעמיקה כמי שאינן סוטות בהכרח מהעיקרון. כך ראינו

עאסי ז"ל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנוב, 2009) (במקרה זה נפסק לתובעת שהייתה בת 33 במוחה, פיצוי בסך של 300,000 ש"ח עבור קיצור תוחלת חיים בבית המשפט המחוזי. בערעור הוגדל הסכום והועמד על 600,000 ש"ח).

245 ראו, למשל: ע"א 6978/96 עמר נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות, פ"ד נה(1) 920, בעמ' 929–930 (1999); עניין עיזבון המנוח פרייליך ז"ל, לעיל הערה 16, בעמ' 832.

שאף שפסק הדין בעניין המר שלל מיילודים את העילה של "חיים בעולה" וכך את זכותם לפיצוי כפי שהוכרה בעניין זייצוב, אין לסווגו כמי שסוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו. הטעם לכך הוא שפסק הדין עוסק בשאלת קיומה של עילה לילוד וכנגדה אחריות המזיקים ולא בשאלת הערכת הפיצוי. עוד ראינו כי יש קושי לסווג את פסק הדין בעניין המר כמקרה של סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו, מהטעם שקשיים לוגיים אינם מאפשרים את החלת העיקרון בנסיבות המיוחדות של העילה של "חיים בעולה". ניתוח ההחלטה שניתנה בעניין פלוני הוביל למסקנה שאף שפסק הדין עוסק בסוגיה של הערכת הפיצוי, ואף שתוצאתו היא שלילת הזכות לפיצוי עבור הנזק הממוני הכרוך בשימוש בשירותי ליווי, אין בכלל שנקבע בו כדי להביא בהכרח לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. הגדרת הפגיעה שסבל הניזוק כאבדן מלא של היכולת לקיים יחסי מין, סיווג הנזק שבגיניו יש לפצותו כנזק הלא ממוני הכרוך בכך, ומכאן פסיקת פיצוי ניכר לניזוק עבור ראש נזק זה, צפויים, כך ראינו, להביא ליישום מלא של עקרון השבת המצב לקדמותו. פסק הדין בעניין אבו חנא (ובהמשך לו מורשתו, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין אטינגר ובפסקי דין נוספים) הוא היחיד שנמצא כמי שסוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו, מאחר שנקבע בו כי בקביעת כושרם של קטינים להשתכר אין להתחשב בנתונים מגדריים ומגזריים.

ניתוח ההחלטות אף העלה כי בשניים מפסקי הדין – פסק הדין בעניין אבו חנא ופסק הדין בעניין פלוני – נשמר מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו באמצעות ההנמקה שליוותה את פסקי הדין. כך, בפסק הדין בעניין אבו חנא כמו גם בפסק הדין בעניין פלוני הקפידו בתי המשפט לפתוח את החלטתם בנימוקים שעיקרם הטענה כי הכלל המוצע עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו. עוד תרמה לשימור מעמדו של העיקרון העובדה שבשני פסקי הדין שבו והדגישו בתי המשפט כי עקרון השבת המצב לקדמותו הוא עקרון יסוד המנחה בהערכת הפיצויים.

לבסוף ראינו כי בעניין אבו חנא ובעניין פלוני הותיר בית המשפט פתח שאפשר את יישומו של עקרון השבת המצב לקדמותו. כך, בעניין אבו חנא קבע בית המשפט כי בהתקיים ראיות ואינדיקציות בעלות משקל רב המלמדות בהסתברות גבוהה כי הקטין אמנם היה משתלב בעתיד במקצוע מסוים, ניתן לחשב את הפגיעה בכושרו להשתכר על פי נתונים אינדיווידואליים אלה ולא על פי הנתון של השכר הממוצע במשק. בעניין פלוני הסביר בית המשפט שאין לפצות את הניזוק על הנזק הממוני הכרוך בשימוש בשירותי מין, יש לפצותו על הפגיעה בכושרו המיני לפי ראש הנזק הלא ממוני. ראינו גם כי דברים אלה ניתנים לפירוש כמי שמאפשרים פסיקת פיצוי ניכר לניזוק לפי ראש נזק זה, עבור אבדן מלא של הכושר לקיים יחסי מין. זאת ועוד, עיון בפסק הדין גילה כי המשנה לנשיאה ריבלין הקפיד לתחום היטב את גבולותיה של הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו למקרים הכרוכים במניעת השבה הנוגעת בפלילים, בניצול או בפגיעה בזכויות יסוד של אדם אחר, או במתן אמצעים לניזוק להתמיד בפעילות אסורה על פי חוק. לעומת זאת במקרים אחרים הכרוכים באימוסריות לא נשללה זכותם של הניזוקים לפיצוי, ברוח עקרון השבת המצב לקדמותו. אפילו בעניין המר, שבו עקרון השבת המצב

לקדמותו לא היה ניתן כלל ליישום, יצר בית המשפט מנגנון עקיף לפיצוי היילוד על נזקיו הממוניים באמצעות עילת התביעה של ההורים ושימר בדרך זו את אחת ממטרות עקרון השבת המצב לקדמותו – היא המטרה של הפחתת עלויות תאונה משניות.

בחינת התמורות הכלליות שחלו בעקרון השבת המצב לקדמותו חיזקה את המסקנה כי במעמדו של זה לא חל כרסום מיוחד בשנים האחרונות. כך ראינו כי סטיות מודעות ומכוונות מעקרון השבת המצב לקדמותו אינן תופעה חדשה במשפט הישראלי או כזאת המוגבלת לעת האחרונה. מראשית התפתחותם של דיני הפיצויים ובעשורים שבאו לאחר מכן היו בתי המשפט והמחוקק נכונים לסטות מהעיקרון במקרים שבהם נמצאה הצדקה מספקת לכך. כך היו בתי המשפט נכונים לפסוק לניזוקים פיצויים עונשיים, במקרים מתאימים, לשם הענשת המזיק על התנהגותו המזיקה ולהבעת סלידה ממנה. זכותם של תלויים לפיצוי על הנזק הלא ממוני שסבלו עם מותו של קרובם נשללה עוד בפקודת הנזיקין, בעקבות המשפט האנגלי באותה עת. בקביעת כושרו של הניזוק להשתכר התעלמו בתי המשפט ממס ההכנסה שהיה מוטל על שכרו אלמלא העוולה, תוך שהם צועדים אחר גישת המשפט האנגלי בעת ההיא ומוסיפים ותומכים אותה בטיעונים שעניינם זהות הצדדים לדיון, השאיפה למנוע פיצוי חסר מהניזוק והקושי להעריך את שיעורי המס העתידיים. לבסוף הפיצוי שלו היו ניזוקים זכאים עבור אבדן הכושר להשתכר ועבור נזקם הלא ממוני הוגבל בתקרה בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים וחוק האחריות למוצרים פגומים, כדי להגביל את העלויות הכרוכות ביישום הסדרים אלה שהיו מבוססים על כלל של אחריות מוחלטת. עיון בטעמים שהיו ביסוד סטיות אלה מגלה כי לא רק שסטיות מעקרון השבת המצב לקדמותו אינן נחלת העת האחרונה, אלא שכלל לכולן, המוקדמות כמו המאחרות, מכנה משותף אחד: הן הוצדקו באמצעות השאיפה לקדם מטרות אחרות של דיני הנזיקין. זאת ועוד, היקפן של סטיות מוקדמות אלה מעקרון השבת המצב לקדמותו לא גדל בשנים האחרונות. למעשה, בחלק מהמקרים צומצם דווקא, בשני העשורים האחרונים, היקפן של סטיות אלה או שהרחבתן נמנעה. כך, במקרה של פיצויים עונשיים הייתה זו הפסיקה מהעת האחרונה שניסחה ניסוח מחמיר את התנאים לפסיקתם והדגישה את חריגותם במשפט הישראלי, מתוך מודעות לאופיים האנומלי בדיני הנזיקין בכלל ובדיני הפיצויים בפרט. הכלל שלפיו אין לפסוק לתלויים פיצוי על נזקם הלא ממוני, אשר רוכך במידת מה בפסיקה המוקדמת, זכה לריכוך נוסף בפסיקה החדשה. זו הכירה בזכותם של ניזוקים נפשיים עקיפים לפיצוי אף במקרה שבו לא הוכיחו נזק נפשי חמור ונתנה ביטוי לנזק הלא ממוני שסבלו קטינים עם מות הורה באמצעות הענקת פרשנות מרחיבה למונח "נזק ממוני". לבסוף, ההסדר של הגבלת הפיצוי באמצעות תקרה סטטוטורית שאומץ בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ובחוק האחריות למוצרים פגומים לא הוחל על עילות תביעה נוספות. יזמות להחלת הגבלה דומה על תביעות בגין רשלנות רפואית לפיצוי על נזקי גוף לא צלחו, משלא נמצאה הסכמה באשר לקיומה של הצדקה לסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו.

על מעמדו האיתן של עקרון השבת המצב לקדמותו למדנו גם מהמגמה העקיבה להרחבת זכאותם של תובעים לפיצוי בתביעות לנזקי גוף, מגמה שראשיתה משנות השמונים והמשכה עד לכתבתם של דברים אלה. הרחבת הזכאות לפיצוי נעשתה באמצעות הכרה בראשי נזק חדשים: אבדן סיכוי החלמה, אבדן עילת תביעה ופגיעה בזכות לאוטונומיה. ביטולן או צמצומן של הלכות יסוד בדיני הפיצויים: הלכת השנים האבודות והלכת הניכוי. ולבסוף, פסיקת פיצוי בסכומים ממשיים עבור ראשי נזק לא ממוניים. עיון בפסיקה העלה כי הרחבת זכאותם של ניזוקים לפיצוי אינה תולדה של סטיות כלפי מעלה מעקרון השבת המצב לקדמותו. זו נבעה מהשאיפה לפצות את הניזוק על מלוא נזקו, למנוע פיצוי חסר וככלל להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. ניתן אפוא לסכם ולומר כי מעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו לא נחלש במיוחד בשנים האחרונות. עיקרון זה היה ונותר עקרון יסוד בדיני הפיצויים במשפט הישראלי, המנחה את אופן חישוב הפיצוי בתביעות לנזקי גוף. כללים הסוטים מעקרון השבת המצב לקדמותו מאומצים בפסיקה או בחקיקה מעת לעת במקרים שבהם נמצאה הצדקה לכך. כלומר, במקרים שבהם באיזון בין העקרון, על ההצדקות לו והתועלת שביישומו, לבין השאיפה להשיג מטרות אחרות של דיני הניזיקין, גוברת האחרונה. אף על פי כן אין ללמוד מדברים אלה כי לפסיקה מהעת האחרונה שעסקה בעקרון השבת המצב לקדמותו אין כל חשיבות או ייחוד. חשיבותה וייחודה, בראש ובראשונה, בהחלטות גופן, בטעמים שעמדו ביסודן ובמשמעותן הערכית. כך, בעניין המר נושאת עמה ההחלטה שלא להכיר בעילת התביעה של "חיים בעולה" מסר ערכי חשוב שלפיו אין לראות בלידתו של ילד עם מום משום "נזק".²⁴⁶ בהחלטה בעניין אבו חנא ביטא סירובו של בית המשפט להתחשב ברקע המגזרי והמגדרי של קטינים רעיונות בדבר צדק חלוקתי, ובעיקר את הרעיון כי יש להניח קיומו של שוויון בין חלקיה השונים של האוכלוסייה ולשאוף להשגתו. לבסוף ההחלטה בעניין פלוני ביטאה את סלידתה של החברה ממעשים שיש בהם משום פגיעה בזכויות היסוד של פרטים וניצולם ואת חוסר נכונותה להסכים עמם ולו בעקיפין. כך, ביססו החלטות אלה את התפיסה כי השבת מצבו של הניזוק לקדמותו הוא רק אחת ממטרות דיני הניזיקין, העשויה לסגת מפני מטרות אחרות. עוד נראה כי בהחלטות אלה, כמו גם בהחלטות אחרות מהעת האחרונה, ניתן מקום נרחב יותר לדיון תאורטי בהצדקות לעקרון השבת המצב לקדמותו ולביקורת המופנית כלפיו. מבחינה זו נראה כי הדיון בעקרון השבת המצב לקדמותו ובגבולותיו השתכלל בפסיקה בשנים האחרונות. אלא שבכל אלה אין לגרוע מהמסקנה כי עקרון השבת המצב לקדמותו היה ונותר עקרון יסוד של דיני הפיצויים במשפט הישראלי.

246 לדיון במשמעות הערכית של פסק הדין בעניין המר בהקשר זה, ראו: Nili Karako-Eyal, "A Critical Disability Theory Analysis of Wrongful Life/Birth Actions in Israel", 6 *International Journal of Private Law* (2013) 289, pp. 296–297.