

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 140/00

ע"א 550/01

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט א' ריבלין

המערערים :
1. עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל
2. חיה אטינגר
3. יוסף אטינגר
4. יעל אטינגר

נ ג ד

המשיבים :
1. החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי
בעיר העתיקה בירושלים בע"מ
2. הקרן לירושלים
3. עיריית ירושלים
4. ראובן שלום
5. יצחק פייטליס
6. מרדכי בורוכוב

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 18.11.1999 בת.א. 4/95 שניתן על
ידי כבוד השופט י' עדיאל

בשם המערערים :
עו"ד יעקב נאמן, עו"ד ברוך כצמן
בשם המשיבים 1-3, 6 :
עו"ד כרמלי ארנון ושות'
בשם המשיבים 4-5 :
עו"ד מ' קפלנסקי

פסק-דין

השופט א' ריבלין:

פתח דבר

1. הסוגיה העיקרית הצריכה הכרעה בפרשה המצערת שלפנינו, נוגעת לזכותו של אדם, שניזוק עקב מעשה עוולה ונתקצרה תוחלת חייו, לפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות שלו "בשנים האבודות", לאמור – באותן שנים שבהן קוצרה תוחלת חיי העבודה שלו כתוצאה ממותו. שאלה זו עצמה נדונה על-ידי בית משפט זה בע"א 295/81 עיזבון המנוח שרון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533. דעת הרוב באותה פרשה (מפי השופטים י' כהן, מ' שמגר ומ' בייסקי) פסקה, כי במשפט הישראלי אין הניזוק זכאי לפיצויים בראש-נזק זה. דעת המיעוט (מפי השופטים א' ברק וש' לויז) סברה, כי ראוי להכיר בזכותו של הניזוק לפיצויים.

חלפו כעשרים שנים מאז ניתן פסק-הדין בפרשת גבריאלי, ושוב עומדת לפתחנו סוגיית "השנים האבודות".

רקע

2. מיכאל אטינגר ז"ל (להלן: המנוח), יליד שנת 1976, שיחק עם חבר בן-גילו באתר משחקים, בסמוך למקום מגוריו, ברובע היהודי שבעיר העתיקה בירושלים. הוא נפל ל"ניאה ארכיאולוגית", בור בלתי-מגודר, שבתחתיתו משטח בטון, אשר היה מצוי בקרבת מקום (להלן: התאונה). המנוח נחבל בראשו, פונה לבית החולים, ונפטר למחרת והוא כבן שנים-עשרה שנים בלבד.

המערערים בע"א 140/00 – עזבונו, הוריו ואחותו של המנוח – הגישו תובענה לבית המשפט המחוזי, ובה טענו כי יש לפסוק לטובת העיזבון פיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות של המנוח. כן ביקשו המערערים לחייב את המשיבים בפיצויים עונשיים, וזאת לאור הרשעתם של המשיבים 1, 4, 5 ו-6, במשפט פלילי שהתנהל כנגדם, באשמת גרימת מותו של המנוח ברשלנות (עבירה לפי סעיפים 304 ו-309(5) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). המערערים ביקשו גם לפסוק להם פיצויים בגין הנזק הלא-ממוני של קיצור תוחלת חיי המנוח.

על-פי הסדר דיוני שהושג בין הצדדים, אשר ניתן לו תוקף של החלטה, התשתית העובדתית שנקבעה בפסק-הדין במשפט הפלילי היא שעמדה בפני בית משפט קמא – ועומדת גם בפנינו. במסגרת אותו הסדר, הוסכם גם כי המשיבים מוותרים על כל טענה בעניין אשם תורם של המנוח או רשלנות מצד הוריו.

3. בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט י' עדיאל) קבע, כי הלכת גבריאלי, השוללת, כאמור, את זכאותו של ניזוק לפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", עומדת בעינה גם כיום – לאחר החקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, דחה בית המשפט המחוזי את התביעה בראש-נזק זה. בית המשפט קבע גם, כי אין מקום לפסוק פיצויים עונשיים במקרה זה. עם זאת, בהתחשב בחמישים-ותשע שנות קיצור תוחלת החיים של המנוח, פסק בית המשפט המחוזי פיצויים לטובת העיזבון בגין נזק לא-ממוני, והעמידם על סכום של 350,000 ₪, בצירוף ריבית מיום פטירתו של המנוח.

4. כנגד פסק-דינו של בית המשפט המחוזי מופנים שני הערעורים שבפנינו. ע"א 140/00 מופנה כנגד פסיקתו של בית המשפט קמא בסוגיית "השנים האבודות" ובעניין הפיצויים העונשיים. המערערים טוענים, כי השינויים שחלו במשפט הישראלי, מאז שנפסקה הלכת גבריאלי – ובכלל זה חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – מצדיקים בחינה מחודשת של אותה הלכה. כושר ההשתכרות, כך טוענים המערערים, בא בגדר הזכות החוקתית לקניין, ופגיעה בזכות זו, בדרך של קיצור תוחלת החיים מחייבת, לדעתם, פסיקת פיצויים. אליבא דהמערערים, הכרה בזכות לפיצוי בגין שנות ההשתכרות האבודות עולה בקנה אחד עם המטרה התרופתית העומדת ביסוד דיני הנזיקין, ומתיישבת עם שיקולים של צדק, באשר יש בה כדי למנוע מצב בו גרימת מותו של אדם בעוולה נושאת עמה תוצאות כספיות פחותות יותר מאשר גרימת נזק לגופו. פיצוי כזה נדרש גם, לדעת המערערים, לאור שיקולי מדיניות של הרתעה יעילה. עוד מצביעים המערערים על כך, שהלכת גבריאלי נסבה על הוראות חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן: חוק הפיצויים), ואילו כאן עוסקים אנו בתביעה על-פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: הפקודה או פקודת הנזיקין). לשיטתם, לא הרי זה כהרי זו, בכל הנוגע להצדקת הפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות".

המערערים משיגים, כאמור, גם על החלטת בית המשפט שלא לחייב את המשיבים בתשלום פיצויים עונשיים. לעניין זה הם טוענים, כי התנהגותם של המשיבים, כפי שהיא משתקפת בפסק-הדין הפלילי בעניינם, מבטאת אדישות, אי-אכפתיות וזלזול מופגן בחיי אדם. התנהגות זו גרמה לתוצאה טראגית. על כן, כך סבורים המערערים, יש לחייב את המשיבים בתשלום פיצויים עונשיים.

המשיבים, מצדם, סבורים, כי אין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי, שלא לפסוק למערערים פיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות של המנוח "בשנים האבודות".

לשיטתם, אין כל הצדקה לסטות מן ההלכה שנקבעה בפרשת גבריאלי, ובעיקרם של דברים סומכים הם על הנימוקים שניתנו שם. עוד טוענים המשיבים, כי אין להתערב בהחלטת בית המשפט שלא לפסוק למערערים פיצויים עונשיים. בהקשר זה גורסים המשיבים, כי ספק אם קיימת לבית המשפט, לפי הוראות הדין הישראלי, סמכות לפסוק פיצויים עונשיים, וכי מכל מקום לא התקיים, בענייננו, יסוד נפשי של כוונה או זדון, שהוא תנאי לפסיקת פיצויים כאלה.

בערעור שכנגד, טוענים המשיבים כי בית המשפט הפריז בסכום שפסק בגין הנזק הלא-ממוני הנובע מקיצור תוחלת חייו של המנוח. לדעתם, הסכום שנפסק, בראש-נזק זה, אינו עולה בקנה אחד עם הפסיקה הרווחת, ובמקרה זה, כך לטענתם, יש להיאחז בתעריף הקבוע בחוק הפיצויים, לעניין נזק לא-ממוני, כאמת מידה לפסיקת הפיצויים.

5. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת נוספת, בגדרי הליכי ההוצאה לפועל של פסק-הדין שניתן בבית המשפט קמא, והיא נוגעת לשאלה מהו המועד אליו שוערך הסכום שנפסק בגין קיצור תוחלת חיים. ראש ההוצאה לפועל פנה, בעניין זה, לבית המשפט המחוזי, בבקשת הבהרה, מתוקף סמכותו לפי סעיף 12 לחוק ההוצאה לפועל. בית המשפט המחוזי הבהיר, כי הסכום שנפסק הוערך ונקבע ליום מתן פסק-הדין. כנגד החלטה זו משיגים המערערים בע"א 550/01, והם טוענים גם כי הסכום שנפסק בגין קיצור תוחלת חיים נמוך יתר-על-המידה, אינו משקף את הנזק שנגרם ואינו עולה בקנה אחד עם ההלכה הנוהגת.

עוד מלינים המערערים, במסגרת ע"א 550/01, על כך שבית המשפט המחוזי לא פסק לטובת העיזבון פיצויים בראש-הנזק של כאב וסבל. כבוד הרשם של בית משפט זה (השופט ב' אוקון) האריך למערערים את המועד להגשת הערעור בעניין אחרון זה.

6. נדון בשאלות נשוא הערעורים שבפנינו, על-פי סדרן. ראשית, נדון בשאלה העקרונית בדבר הזכות לפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", ובשאלה הפרטנית בדבר זכאות עיזבון המנוח לפיצויים בראש-נזק זה. לאחר מכן, נבדוק שמא היה מקום, בנסיבותיו של המקרה הזה, לפסוק למערערים פיצויים עונשיים. לבסוף נכריע ביתר הטענות המועלות בפנינו. בסופו של יום נציע, כי דין ע"א 140/00 להתקבל, ככל שהדבר נוגע לשאלת "השנים האבודות", וכי ביתר הקביעות של בית משפט קמא אין עילה להתערב.

7. פסיקת הפיצויים בדיני הנזיקין שמה לה למטרה, כתכלית ראשונה במעלה, את העמדת הניזוק במצב בו היה אלמלא מעשה העוולה, ככל שניתן לעשות כן באמצעות תשלום כסף (ע"א 22/49 לוי נ' מוסף, פ"ד ד 558, 564; ע"א 557/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772; א' ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט(2) 243 (תשמ"ג)). הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות נועד אף-הוא להגשים מטרה זו. פיצוי זה – השייך למשפחת ראשי הנזק הממוניים – מביא בחשבון את הפגיעה בכושר ההשתכרות של הניזוק כתוצאה מן העוולה שבוצעה כלפיו. על כן, אם נפגע אדם בגופו עקב מעשה נזיקין, ואינו יכול עוד להתמיד בעבודתו שמקדם, יפסוק לו בית המשפט פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות. גובה הפיצוי נקבע על-פי השווי המהוון של הפער שבין הכושר הפוטנציאלי של הניזוק להשתכרו, אלמלא אירוע הנזק, לבין הכושר האקטואלי שלו להשתכרו, כמומו (ראו ד"נ 29/83 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' כהנקה, פ"ד לט(1) 833, 836).

אובדן כושר ההשתכרות נבחן, כמוכּן, גם בהתחשב בתוחלת חיי העבודה של הניזוק. "אכן, ידוע הדבר, שבעת בניית 'משוואת הפיצויים', לענין הפסד כושר ההשתכרות בעתיד, יהיה אורך התקופה שבגינה נערך החישוב אחד האלמנטים העיקריים" (ד' קציר, פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה רביעית, תשנ"ח) 241). אולם שאלה היא – ועל כך נסב עיקר הערעור שבפנינו – האם קיצור תוחלת חיי העבודה של הניזוק, כתוצאה ממעשה העוולה, יש לו השפעה על הפיצוי שייפסק בראש-הנזק של אובדן יכולת השתכרות.

הסוגיה שבפנינו נוגעת, אפוא, לאותם מקרים, אשר בהם מתקצרת תוחלת חיי של הניזוק, כתוצאה ממעשה העוולה, אל מתחת לגיל הפרישה מעבודה, שהיה צפוי לו אלמלא אותו מעשה. יש וקיצור תוחלת החיים הוא חלקי, לאמור – הניזוק אינו נפטר בסמוך לתאונה, אולם הוא צפוי לחיות פרק זמן קצר יותר עקב התאונה. במקרים אחרים, קיצור תוחלת החיים הוא מלא, משמע – הניזוק נפטר במהלך התאונה או בסמוך לאחריה, באופן שנבצר ממנו להגיש תביעה בגין נזקיו. כך או כך, מתעוררת השאלה האם זכאי הניזוק (שתוחלת חייו קוצרה באופן חלקי והוא מגיש תביעה בעודו בחיים) או עזבונו (מקום שהניזוק נפטר בטרם הגיש תביעה) לפיצויים בגין אובדן

יכולת ההשתכרות "בשנים אבודות" – אותן שנים בהן צפוי היה להשתכר מעמלו, אלמלא קוצר פתיל חייו בעוולה. קושיה זו נותרה בצריך עיון בע"א 95/55 סלומון נ' אדלר, פ"ד ט 1905, 1912, והיא הוכרעה בדעת רוב, כאמור, בפסק-דינו של בית המשפט העליון בפרשת גבריאלי. נתמקד תחילה בהלכה שנפסקה בפרשה זו.

הלכת גבריאלי

8. הילדה שרון גבריאלי ז"ל נהרגה בתאונת דרכים, בעת שהיתה כבת שמונה שנים. עיזבונה הגיש תביעה לפי חוק הפיצויים, בין היתר בראש הנזק של אובדן כושר השתכרות.

דעת הרוב באותה פרשה היתה, כי בין אם מדובר בניזוק-חי, אשר תוחלת חייו קוצרה, ובין אם מדובר בעיזבוננו של ניזוק שנפטר, אין להכיר בנזק, ואין לפסוק פיצוי, בגין אובדן כושר ההשתכרות "בשנים האבודות". הנשיא י' כהן, שכתב את פסק-הדין העיקרי בדעת הרוב, ציין כי פסיקת פיצויים בראש-נזק זה משמעותה "מהפכה זוטא" בדיני הנזיקין, והיא בעלת השלכות כלכליות לא מבוטלות. הנשיא כהן הכיר בכך, ששלילת הפיצויים מן הניזוק-החי, בגין "השנים האבודות", עלולה להביא לתוצאה בלתי-צודקת מבחינת התלויים, מקום בו בשעת מותו של הניזוק הוא לא היה זכאי לפיצויים (אם משום שנפסקו לו פיצויים ואם משום שקיבלם בדרך אחרת). זאת, לאור הוראת סעיף 78 לפקודת הנזיקין, המתנה את פסיקת הפיצויים לתלויים בכך שהניזוק היה זכאי, בעת שהלך לעולמו, לפיצויים. אולם, כך סבר הנשיא כהן, אין מקום לפתור עיוות זה באמצעות פסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות", שכן זו, כשלעצמה, גורמת עיוותים אחרים – רציניים אף יותר. יש, לפיכך, להותיר את הסוגיה למחוקק – כך קבע הנשיא כהן.

הנשיא כהן הוסיף וקבע, כי תפיסת כושר ההשתכרות "בשנים האבודות" כנכס, היא "מלאכותית", וכזה הוא גם הנימוק התולה את פסיקת הפיצוי בשלילת האפשרות של הניזוק לצבור הון ולעשות בו שימוש כראות עיניו. לדעת הנשיא כהן, "הרעיון, שלילד שנהרג בתאונה נגרם נזק על-ידי כך שנשללה ממנו האפשרות לעבוד ולהשתכר במשך כל תקופת חיי עבודה רגילים, מוציא את משמעות הביטויים 'נזק ממון' ו-'אבדן נכס' ממוכנס הרגיל ונותן להם משמעות בלתי מציאותית". עוד סבר הנשיא כהן, כי אין מקום להרחיב את מעגל הנתמכים הזכאים לפיצוי אל מעבר לגבול שתחם המחוקק (קרי – התלויים), והזהיר מפני כפל-תשלום לעיזבון ולתלויים ומפני מצב-דברים בו הפיצוי יגיע לידיהם של אנשים, אשר לא נגרם להם כל נזק, בבחינת מתת-שמיים בלתי-

מוצדקת. בסיכום דבריו ציין הנשיא כהן, כי "ייתכן שמן הראוי להגדיל את הפיצוי בעד ראש נזיקין של הפסד תוחלת חיים, ובדרך זו לתת ביטוי לרגש, המתקומם נגד המצב, שכאשר הפגיעה גורמת למותו של הנפגע, לעיתים קרובות הפיצוי אינו משקף כלל את חומרת הפגיעה". ועוד ציין, כי "ייתכן שיש לפסוק בראש נזיקין של כאב וסבל פיצוי לנפגע החי, בעד הסבל שנגרם לו עקב שלילת האפשרות לקבל הכנסות ולעשות בהן שימוש כראות עיניו".

הנשיא (אז המשנה לנשיא) מ' שמגר, והשופט מ' בייסקי, צירפו דעתם – כל אחד במילותיו – לדעתו של הנשיא י' כהן.

9. שונה היתה עמדתו של הנשיא (אז השופט) א' ברק (אליו הצטרף המשנה לנשיא (אז השופט) ש' לוין). הנשיא ברק סבר, כי יש להכיר בזכאות לפיצויים לפי ראש-הנזק של "השנים האבודות" – הן בתביעת הניזוק-החי והן בתביעת העיזבון. כושר ההשתכרות, כך ציין, הוא נכס השייך לבעליו, והפחתת תוחלת חיי העבודה של הניזוק-החי יש בה משום פגיעה בנכס זה – פגיעה שראוי כי תזכה בפיצויים. לעניין זה – כך סבר הנשיא ברק – אין נפקא מינה, ואין זה מעניינו של המזיק, אם יוכל הניזוק ליהנות מכספי הפיצויים אם לאו. אף ניזוק אשר כתוצאה ממעשה נזיקין הפך ל"צמח" – כך הדגיש – אינו יכול ליהנות מכל הבלי העולם הזה, אולם זכאי הוא, על-פי הפסיקה, לפיצוי בגין הפסד השתכרות. גם שיקולים של מדיניות, כך קבע, תומכים במסקנה כי יש להכיר באובדן השתכרותו של הניזוק-החי "בשנים האבודות" כנזק בר-פיצוי. לעניין זה ציין הנשיא ברק את עניינם של התלויים ושל הנתמכים שאינם תלויים, אשר פסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות" תבטיח את התמיכה בהם.

אשר לעיזבון, קבע הנשיא ברק כי הכרה בזכותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין "השנים האבודות" גוררת אחריה, לפי הדין הקיים, גם הכרה בזכותו של העיזבון לפיצויים בראש-נזק זה. ולא זו בלבד, אלא שפסיקת פיצויים לעיזבון בגין "השנים האבודות" משמעותה תמיכה באנשים שונים שאינם "תלויים". את החשש מפני חיוב המזיק בתשלום כפול, כך קבע הנשיא ברק, ניתן להסיר באמצעות הפחתת הסכומים המשולמים לתלויים בגין הפסד התמיכה מן הפיצויים לעיזבון.

10. מני אז, לא נדונה שוב סוגיית "השנים האבודות", לגופה, בבית משפט זה, אם כי בתי המשפט התבססו על הלכת גבריאל במספר פרשות (ראו למשל ע"א 116/81 עיזבון המנוח אהרון קנאפו נ' ארנון תוסיה כהן, פ"ד לו(4) 580; ע"א 248/86 עזבון חנשוילי לילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח, פ"ד מה(2) 529; ע"א 642/89 עזבון המנוח

מאיר שניידר ז"ל נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(1) 470; ע"א 4022/98, 4248/98 הטכניון, מכון טכנולוגי לישראל נ' טויסטר, תק-על 99(2) 255 (בפסק-דין זה לא התעוררה שאלת הפיצוי בגין שנות השתכרות אבודות, אלא בגין ראשי נזק אחרים "בשנים האבודות"); וכך ראו ע"א 110/86 גברעם נ' יורשי המנוח שלום מנג'ם ז"ל ועיזבונו, פ"ד מב(2) 193, 199, שם הזכיר השופט ח' אריאל את הלכת גבריאלי, וציין כי באותו עניין היה נוטה לדעת המיעוט). נראה לי, כי חלוף הזמן, השתנות העיתים, הרוחות החדשות המנשבות בפסיקת הפיצויים במשפטנו והתמורות שחלו בשיטות אחרות, מצדיקים כולם בחינה מחדשת של ההלכה, שנקבעה בפרשת גבריאלי ברוב של שלושה שופטים מול שניים. אכן, "ספרה של ההלכה השיפוטית הוא פתוח, וכל העת נכתבים בו פרקים חדשים. אלה נבנים על העבר, משקפים את ההווה, ומהווים תשתית לעתיד. התנועה היא בלתי פוסקת. השינוי הוא מתמיד" (בג"צ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 796).

נפנה, אם כן, לבחינת הטעמים והטיעונים המובאים – מי לחיוב ומי לשלילה – ביחס לפסיקת פיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות "בשנים האבודות". ונפתח בתביעת הניזוק-החי.

פיצויים בגין "שנות ההשתכרות האבודות": תביעת הניזוק-החי

11. פסק-הדין של הנשיא ברק, בפרשת גבריאלי, ביסס עצמו הן על שיקולים "טכניים" – המשקיפים על הסוגיה מנקודת מבטו של הניזוק – והן על שיקולים של "מדיניות" – הנוגעים בעיקר לנתמכים ולתלויים בניזוק. אף אנו נלך במסלול זה, שהתווה הנשיא.

נקודת המבט של הניזוק

restitutio in integrum

12. אין זה דבר בלתי-רגיל, שתוחלת חייו הצפויה של אדם, אשר נפגע כתוצאה ממעשה נזיקין, פוחתת אל מתחת לגיל הפרישה מעבודה, שהיה צפוי לו אלמלא אירוע הנזק. בעבר, נתקשתה הרפואה לנפק אבחנה, במידת ההוכחה הדרושה במשפט אזרחי, לפיה קוצרה תוחלת חייו של הנפגע בעקבות התאונה. כתוצאה מכך, היו נפסקים פיצויים לפי תוחלת החיים הרגילה של הנזוק. המשמעות היא, כי בפועל היו הפיצויים נפסקים גם בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", אם כי לא מטעמים מהותיים-עקרוניים אלא מטעמים טכניים-הוכחתיים בעיקרם.

הכלים העומדים כיום לרשות אנשי המדע והרפואה, הביאו לשינוי משמעותי בעניין זה, והם מאפשרים, לא אחת, להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי תוחלת חייו של הנזוק – ובתוך כך גם תוחלת חיי העבודה שלו – קוצרה (ראו John G. Fleming, "The Lost Years: A Problem in the Computation and Distribution of Damages" 50 *Cal. L. Rev.* 598, 598-600 (1962)). כך יוצא, באופן פרדוקסאלי-משהו, כי בשיטות משפט שבהן נפסקים פיצויים בגין אובדן השתכרות לפי תוחלת חיי העבודה לאחר התאונה (כלומר אין הכרה "בשנים האבודות"), דווקא ההתפתחות המדעית, ועמה האפשרות להוכיח את קיצור תוחלת החיים, הפחיתה את סכום הפיצויים הנפסק בראש הנזק של אובדן השתכרות. במילים אחרות: באותן שיטות משפט, שאינן מכירות בזכות לפיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות, הוכחת קיצור תוחלת חיים גורעת מן הפיצוי בגין אובדן השתכרות. הרווחים שיכול היה הנזוק להפיק בשנות החיים שאבדו אינם בני-תביעה בשיטות משפט אלה. וכך מצינו בפסיקה מקרים, שבהם התהפכו להן היוצרות, והנזוק – דווקא הוא – טען לתוחלת חיים ארוכה, ואילו המזיק טען לקיצור ניכר של תוחלת החיים (ראו למשל ע"א 2939/92 קופת חולים ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מלכה רחמן, פ"ד מט(2) 369; ע"א 4022/98, 4248/98 הטכניון, מכון טכנולוגי לישראל נ' טויסטר, תק-על 99(2) 255). האם תוצאה מוזרה זו מתיישבת עם כללי פסיקת הפיצויים בדיני הנזיקין? כפי שיובהר, התשובה לכך היא בשלילה.

13. אין צורך להרחיב בדברים באשר לפגיעה האפשרית באינטרסים של הנזוק ובאורח-חייו, כתוצאה מקיצור תוחלת חייו, ועל הצער הכרוך בידיעתו של אדם, כי נגרעו שנים מתקופת החיים שהיה צפוי לה אלמלא ניזוק בעוולה. ענייננו כאן בתוצאה אפשרית נוספת של קיצור תוחלת החיים, והיא – הפגיעה ביכולת ההשתכרות של הנזוק "בשנים האבודות".

המטרה התרופתית, העומדת ביסוד פסיקת הפיצויים בדיני הנזיקין היא, כאמור, הסרת הנזק והטבתו, על-מנת להעמיד, ככל האפשר, את הניזוק במצב בו היה נתון, אלמלא ניזוק בעוולה (ראו ברק, במאמרו הנ"ל, בעמ' 249-251). ניתן לדמות את פסיקת הפיצויים למאזניים – מאזניים חיצוניות ומאזניים פנימיות. על כף אחת של המאזניים החיצוניות מונחת משקולת "אלמלא", הבוחנת את מצבו של הניזוק אלמלא התאונה. על הכף האחרת של המאזניים החיצוניות מונחת משקולת "עקב", הבוחנת את מצבו של הניזוק עקב התאונה. מטרת הפיצויים היא אחת – לעיין את המאזניים. לשם כך יש להביא בחשבון גם את המאזניים הפנימיות, המתפצלות מכף ה"עקב" שבמאזניים החיצוניות. על הכף האחת של המאזניים הפנימיות מונחת משקולת ה"הפסד". יש לבדוק את הפסדיו של הניזוק עקב התאונה. על הכף האחרת מונחת משקולת ה"רווח". יש לבחון את היתרונות ואת הרווחים שצמחו לניזוק – אם צמחו – עקב התאונה. שקילת ההפסד והרווח, שנגרמו לניזוק עקב התאונה, נותנת תמונה שלמה של מצבו הנתר-תאונתי של הניזוק, ומאפשרת שקילתו אל מול מצבו של הניזוק אלמלא התרחשות התאונה. או-אז, ניתן לפסוק לניזוק סכום פיצויים שיתקן את חוסר האיזון שנגרם בעקבות התאונה. ולא בכדי נגזר המונח האנגלי compensation מן השורש הלטיני compensari, לאמור – "שקול זה מול זה".

14. מתוך תפיסה "תרופתית" זו בדיני הפיצויים, נובע הכלל לפיו מקום בו נגרם לאדם, בעוולה, נזק, המתבטא בגריעה מכושר השתכרות שלו בהשוואה לכושר שהיה לו אילו לא העוולה – קמה לניזוק זכות לפיצויים. שומת הפיצוי נעשית לפי ההפרש שבין כושר ההשתכרות של הניזוק בלא מעשה הנזיקין (אלמלא העוולה) לבין יכולת ההשתכרות שלו עקב אותו מעשה (ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו' 1242, 1251; ע"א 79/65 מפעלי פלדה ישראליים בע"מ נ' מלכה, פ"ד יט (2) 266, 270). יש, אפוא, לבחון את הפער שנפער בין יכולת ההשתכרות שהיתה לניזוק עובר לתאונה אל מול יכולת ההשתכרות שנותרה לו לאחר התאונה, בהתחשב בנכותו (ראו ע"א 5794/94 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' רחל בן שבח, פ"ד נא (3) 489). ונשאלת השאלה – מה לי ניזוק, שנגרם לו מום, השולל באופן מלא את כושר השתכרותו, מה לי ניזוק, שתוחלת חייו קוצרה ויכולת ההשתכרות שלו "בשנים האבודות" אבדה ואיננה עוד? זה וגם זה נשללה מהם יכולת השתכרותם, ותובעים הם, לפיכך, פיצוי כספי אשר יעמיד אותם – בקירוב ובמידת האפשר – במצב בו היו נתונים ללא מעשה העוולה. זה וגם זה, היו יכולים, אלמלא התאונה, להשתכר סכום מסוים שישמש אותם ואת בני משפחתם, ואילו עקב התאונה אין עומדת להם עוד האפשרות הזו.

דומה, אם כן, כי ככל שמדובר ב"השבת המצב לקדמותו" – בעיון המאזניים החיצוניות – קשה להצביע על טעם ממשי המצדיק ראייה שונה של ניזוק, שנשללה יכולת ההשתכרות שלו אך תוחלת חייו נותרה כשהיתה, בהשוואה לניזוק אשר תוחלת חייו קוצרה. גם לגבי זה האחרון, יש לבחון את הסכום שיכול היה להשתכר אלמלא התאונה – דהיינו את יכולת ההשתכרות שהיתה לו אלמלא התאונה, בהתחשב בתוחלת החיים שהיתה צפויה לו בסמוך לפני התרחשותה – ולהעמיד סכום זה אל מול הסכום שיוכל להשתכר לאחר התאונה, בהתחשב בכושר ההשתכרות ובתוחלת החיים שנותרו לו. ההפרש מבטא את הפחתת פוטנציאל ההשתכרות של הניזוק עקב התאונה. שהרי, לא ניתן לדבר על יכולת השתכרות בהתעלם מאורך תקופת ההשתכרות. עמד על כך ד' קציר:

"פסיקת פיצוי, בגדר 'נזק ממון' בשל הפסד כושר השתכרות, מן הדין שתשקף את מלוא ההפרש בגין כושר ההשתכרות של הנפגע, כפי שהיה לפני הפגיעה, לעומת זה שאחריה; כושר השתכרות זה הוא, לדעת השופט (כתוארו אז) ברק, בגדר 'נכס השייך לבעליו' (...). המזכה אותו לפיצוי במקרה של פגיעה בו. וכושר זה הוא, כידוע, פונקציה של אורך התקופה שבה הוא יבוא לידי ביטוי..."

אין לראות הבדל מהותי בין אובדן כושר השתכרות מלא שנגרם בגין הפגיעה, לבין אובדן מלא של שנים מסוימות, שבהן לא יבוא כושר זה לידי ביטוי. וכשם שבמקרה הראשון זכאי הנפגע למלוא הפיצוי, כן זכאי הוא, עקרונית, לפיצוי מלא במקרה השני" (קציר, בספרו הנ"ל, בעמ' 269-270).

ודוק: הסיכונים בפניהם ניצב הניזוק, ובהם הסיכון של קיצור תוחלת החיים, מובאים בחשבון הפיצויים – לשלילה – רק ככל שאלה סיכונים שהיו עומדים בפניו גם לפני התאונה. מקום בו סיכונים אלה הם פועל יוצא של התאונה, אין מקום להפחיתם מן הפיצויים המגיעים לו. זהו "כלל הברזל", העומד ביסוד הרעיון של השבת המצב לקדמותו. התוצאה היא, כי בפסיקת הפיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות, יש להביא בחשבון את תוחלת החיים שהיתה לניזוק עובר לתאונה.

15. תפיסה דומה הובעה גם בפסיקת בתי משפט במדינות נוספות. כך, למשל, בפרשת *Skelton v. Collins*, 115 C.L.R. 94 (1966) קבע בית המשפט באוסטרליה, כי:

"... What is to be compensated for is the destruction or diminution of something having a monetary equivalent... I cannot see that damages

that flow from the destruction or diminution of his capacity [to earn money] are any the less when the period during which the capacity might have been exercised is curtailed because the tort cut short his expected span of life" (at p. 129).

באחת הפרשות בארצות-הברית, נדון מקרה מצער של נער, אשר בהיותו בן חמש שנים נדבק בנגיף האיידס בעקבות עירוי דם נגוע. תביעתו לפי ה- Federal Tort Claims Act התקבלה, ובית המשפט הפדראלי פסק לו פיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות בשנות החיים שהיו צפויות לו, אלמלא התאונה, תוך שבית המשפט מפחית מסכום זה את ההוצאות שהיו דרושות לו למחייתו "בשנים האבודות". וכך כתב בית המשפט, שם, בנוגע לפסיקת הפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות בשנות החיים האבודות:

"Using a postinjury rather than a preinjury work life expectancy to calculate lost earning capacity would violate fundamental principles of the law governing damages and would produce an absurd and unjust result... the measure of damages for lost earning capacity is the amount by which the plaintiff's ability to generate earnings has been diminished as a result of the defendant's negligence. It should make no difference whether that diminution takes the form of a reduction in the salary the plaintiff is able to command or a decrease in the number of years the plaintiff is able to work. In either case the net result is that the ability to generate earnings is lessened because of the defendant's negligence. Depriving a plaintiff of the right to recover for that portion of his loss attributable to a shortened work life expectancy would frustrate the objective of making the plaintiff whole. Moreover, it would permit the tortfeasor to benefit from the consequences of his own wrongful act at the expense of the innocent victim. Such a result would be inconsistent with both law and logic. Indeed, the weight of authority is that loss of earning capacity should be measured over the course of the work life expectancy the plaintiff would have had if no injury had been sustained" (*Doe v. United States*, 737 F. Supp. 155, 163-164 (1990)).

באופן דומה ביקר גם השופט האנגלי Streatfeild את התפיסה לפיה, הנתבע רשאי לטעון כלפי הניזוק, שתוחלת חייו קוצרה, כי בידי האחרון עומדת זכות לפיצויים, בגין אובדן השתכרות, אך ורק עבור השנים שהנתבע הותיר לו. וכך אמר:

"If that indeed is the law, then I respectfully suggest that it would be very unjust, because, after all, the object of damages, as I understand them, is to do the best they can to compensate a man who has been injured, for what he has lost. What he has lost... is not only the ability to earn X Pounds a year, but the ability to earn it over that period of time that he might reasonably expect it" (*Pope v. D. Murphy & Son Ltd.*, [1961] 1 Q.B. 222).

16. הנה כי כן, עקרון היסוד של דיני הנזיקין, לפיו על הפיצוי הנפסק להסיר את הנזק ולהעמיד את הניזוק, במידת האפשר, במצב בו היה אלמלא מעשה הנזיקין, תומך במתן פיצוי לניזוק-חיי בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות". זאת, לאור העובדה שאובדן ההשתכרות מתפרש על-פני יחידות זמן שאורכן כאורך תוחלת חיי העבודה שהיתה צפויה לניזוק עובר לתאונה. הפיצוי בגין "השנים האבודות" יש בו, לפיכך, כדי לתקן את מצב העניינים הלא שוויוני, שנוצר עקב המעשה העוולתי. הוא מציע מענה לאי-הצדק, הכרוך בשלילת הזכות לפיצויים, ממי שאינו יכול לממש את כושר השתכרותו, בשל קיצור תוחלת חייו בעוולה, בה-בעת שנפסקים פיצויים למי שאי-יכולתו לממש את כושר השתכרותו נובעת מפציעתו בעוולה – בבחינת "זול יותר להרוג מאשר לפצוע". ודוק: לא בענישת המזיק אנו עוסקים כאן, כי אם בעיון המאזניים ובהימנעות מהפחתה בלתי-מוצדקת של הפיצוי אך בשל העובדה, שבנוסף לפגיעה ביכולת ההשתכרות של הניזוק גרם המזיק גם לקיצור תוחלת חייו.

ברוח זו נפסק, בארצות-הברית, כבר לפני שנים, כי יש להעריך את הפסד יכולת ההשתכרות של הניזוק לפי תוחלת החיים שהיתה צפויה לו עובר לפגיעה, וזאת מתוך תפיסה כי אין מקום להקל באחריותו הכספית של המזיק רק משום החומרה היתרה של תוצאות מעשיו (ראו *Prairie Creek Coal Mining Co. v. Kittrell*, 153 S.W. 89, 94 (1912); *Littman v. Bell Telephone Co. of Pennsylvania*, 172 A. 687 (1934); Note, "The Measure of Damages For a Shortened Life" 22 *U. Chi.* ; 687 (1934); Weinstein (1955) 505, 506 (L. Rev.). במיוחד יפים לעניין זה דבריו של השופט Weinstein בפסק-הדין *In re Joint Eastern & Southern District Asbestos Lit.*, 726 F. Supp. 426, 428 (1989):

"Calculating damages for lost earning capacity based on the victim's pre-injury life expectancy has been criticized as overcompensating the plaintiff, because no deductions are made for his or her living expenses between the time of projected actual death and the time death

probably would have occurred had there been no injury. It has been viewed, however, as the 'lesser of two evils'. The alternative method of awarding damages based on the victim's shortened life expectancy would, in effect, reward the defendant for having successfully injured the plaintiff so severely as to curtail his or her life span, and would under-compensate plaintiff's dependents for the loss of support during those lost years" (at p. 428).

כבר עתה נקדים ונציין, ועוד נרחיב בכך להלן, כי הקושי הטמון בפיצוי-יתר, המועלה ברישא לדבריו של השופט Weinstein, בא על פתרונו במרבית שיטות המשפט, בדרך של הפחתת הוצאות המחייבה שהיו דרושות לו לניזוק "בשנים האבודות" מסכום הפיצויים.

17. מקובל לומר, כי לדיני הנזיקין מטרה נוספת, השוכנת לצד תכלית הצדק – והיא ההרתעה היעילה (ראו ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785; ראו גם דנ"א 7794/98 רביד משה נ' דניס קליפורד (טרם פורסם)). דיני הנזיקין נתפסים על-ידי רבים כמכשיר לקידום התכלית של השאת התועלת החברתית המצרפית (לדיון כללי, ראו י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" משפטים כב 437 (תשנ"ג)). זאת, בין היתר, באמצעות יצירת משטר משפטי המביא לכך, שהמזיק בכוח יכלכל את צעדיו תוך הפנמת ההשפעות הנודעות למעשיו. לשם כך, ראוי שהמזיק אכן יישא בכל הנזקים אותם הוא גורם בעוולה. על המזיק לשאת, לכל הפחות, בסכום ה-L (Loss) שבנוסחת Hand (ראו 4th R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* Ed., 1992) 176; לגיבוש נוסחת Hand, ראו *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (1947). אכן, הטלת פיצויים בסכום העולה על הנזק או בסכום הנמוך מן הנזק, עלולה להביא עמה תוצאות בלתי-רצויות. עמדו על כך Polinsky ו-Shavell, בציינם כי במשטר של אחריות-בגין-רשלנות, הנשען על נוסחת Hand, חשוב כי הפיצויים ישתוו לנזק:

"Under the negligence rule, if damages equal harm, potential injurers will be led to comply with the negligence standard... and thus to take appropriate precautions. If a precaution costing 50,000\$ would prevent a harm of 100,000\$, the threat of having to pay damages of 100,000\$ for not taking the precaution would induce a party to spend 50,000\$ on the precaution. However, if damages are less than harm, the negligence standard might not be met and underdeterrence would result. In the example, if damages are only 40,000\$ (even though harm is 100,000\$), the

party would not be led to take the precaution costing 50,000\$" (A.M. Polinsky & S. Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis" 111 *Harv. L. Rev.* 869, 882).

עולה מן האמור, כי אם יהיה המזיק צפוי לשאת בפיצויים שאינם עולים כדי הנזק שגרם, הרתעתו תהא הרתעת-חסר, ובשל כך הוא עלול להתמיד בפעילותו הבלתי-רצויה, או להימנע מנקיטת אמצעי זהירות שעלותם נמוכה מתוחלת הנזק (ראו א' פורת, "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג 311, 349-350 (תשנ"ד)). בכך יש כדי לחתור תחת המטרה של הרתעה יעילה. ולענייננו: שלילת הפיצוי בגין "השנים האבודות" עלולה ליצור מצב, שבו על אף הנזק הכבד שנגרם עקב מעשהו של המזיק, הוא יהא פטור מן החובה לשלם פיצויים בגין חלק ניכר מן הנזק. אין ספק, כי מקום שבו קוצרה תוחלת חיי העבודה של הניזוק, מתפרש הנזק של אובדן יכולת ההשתכרות גם על-פני "השנים האבודות". הותרת נזק זה בלא פיצוי משמעותה פגיעה בהרתעה הכללית.

טלו, לשם דוגמה, שני תרחישים עוולתיים: בתרחיש הראשון, גרם המזיק לניזוק, בעוולה, מוגבלות פיזית קשה, המונעת מן האחרון כל יכולת לעבוד ולהשתכר, אף כי תוחלת חייו לא קוצרה. בתרחיש השני, הביא המזיק, במעשה העוולה, בנוסף למוגבלות הפיזית הקשה, גם לקיצור תוחלת החיים של הניזוק, וממילא – לכך שהניזוק אינו מסוגל לעבוד ולהשתכר. ככל שמדובר באובדן יכולת ההשתכרות – אין שוני מהותי בין הנזק שגרם המזיק בתרחיש הראשון לבין הנזק שגרם המזיק בתרחיש השני (בהנחה שהניזוק הוא אותו ניזוק). בשני המקרים, שיעור הנזק הוא כגובה הסכום שהיה הניזוק צפוי להשתכר לאורך שנות העבודה, אשר היו צפויות לו אלמלא התאונה (על השיטות לחישוב סכום זה, ראו למשל ע"א 30/80 מדינת ישראל נ' אשר, פ"ד לה(4) 788; ע"א 722/86 יונס נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד מג(3) 875). דא עקא, שלפי הגישה השוללת את הזכות לפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", עלול להיות הבדל ניכר, בין שני התרחישים, מבחינת גובה הפיצוי בגין נזק זה; המזיק בתרחיש השני לא יישא במלוא הנזק שגרם בעוולה, ולפיכך אין לצפות כי יראה לנגד עיניו, בטרם מעשה, את תוחלת נזקיו. האפקט ההרתעתי יצא, אפוא, כחסר. לעומת זאת, פסיקת פיצויים לניזוק בגין אובדן יכולת השתכרותו "בשנים האבודות" (תוך שנלקחות בחשבון ההוצאות ש"נחסכו" מן הניזוק באותן שנים) תביא להפנמה מלאה של העלויות הנובעות ממעשיו של המזיק.

ודוק: אין בשיקול הכלכלי עליו עמדנו כדי להכריע בשאלה הניצבת בפנינו. יש בו אך כדי להוסיף נדבך נוסף לטענה, כי שלילת הפיצוי בגין "השנים האבודות" היא מוקשית, לאור העקרונות המנחים בתורת הפיצויים ולאור המטרות המקובלות אותן נועדו דיני הנזיקין להגשים.

"באין חיים אין הפסד כושר" - האמנם?

18. יש הסוברים, כי לאור העובדה שהניזוק לא יחיה "בשנים אבודות", אין צורך, ואין הצדקה, לפצותו בגין אובדן יכולת השתכרותו בשנים אלה. על-פי תפיסה זו, "לא את כושר ההשתכרות הפסיד הניזוק, אלא את עצם חייו הוא הפסיד, ובאין חיים אין הפסד כושר" (ראו *Oliver v. Ashman* [1962] 2 Q.B. 210; לדיון בטענה זו ראו פרשת גבריאל הנ"ל, בעמ' 548). טענה זו אין לקבל. בד-בבד עם אובדן השנים, הפסיד הניזוק גם את היכולת להפיק הכנסות באותן "שנים אבודות". נזכור: דיני הנזיקין אינם מתיימרים – משאין אצור בהם הכוח הדרוש לשם כך – להשיב את מצב הדברים לקדמותו בעין. "שום כסף שבעולם אינו מפצה על יסורי גוף ונפש, על הפחתת הסיכויים להקים קן משפחתי, או על אבדן הנאות חיים נורמליים. ברם, כיון שמה שנלקח – נלקח, ומה שאבד – אבד, ואין להחזיר את המצב לקדמותו, והפיצוי צריך להתבטא בכסף, הרי שהכסף צריך איך שהוא לענות על השאלה" (ע"א 541/63 דכס נ' הרצברג, פ"ד יח(2) 120, 126). "השבת המצב לקדמות" – כך נכתב – "אינה אפשרית במובן זה שהסבל שנסבל אין למחקו, ותוחלת החיים שקוצרה אין להאריכה. אך דבר זה אינו שולל השבת המצב לקדמותו במובן מסוים" (א' ברק, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (בעריכת ג' טדסקי, מהדורה שניה, 1976) 574). אכן, מעצם טיבו של הפיצוי הנזיקי – במיוחד כאשר אמורים הדברים בפיצוי בגין נזקי גוף, ועוד יותר מכך כשמדובר בפיצוי בגין נזקי העתיד – יש בו, בפיצוי, משהו מן הפיקטיביות, הספקולטיביות והמלאכותיות. כסף אינו יכול לבוא תחת אבר-גוף שניזוק, תחת הצער הכרוך באובדן מקום עבודה, וכוודאי שלא תחת שנות-חיים שאינן עוד. אולם, בכך לבד אין כדי לרפות את ידיהם של בתי המשפט מלפסוק פיצויים, ככל שהדבר דרוש כדי לקרב את הניזוק למצב בו היה אלמלא קרות הנזק. "הפיצוי לא ישיב את החיים, אך הוא ייתן הערכה ממונית של הערך הכספי של האבדן" (פרשת גבריאל הנ"ל, בעמ' 551). הפיצוי לא ימנע את הסבל, אך יכול ויהפוך את הסבל לנסבל.

19. ניזוק, אשר בשל מעשה עוולה איבד את חייו או שתוחלת חייו קוצרה, זכאי – ואין על כך מחלוקת במשפטנו – לפיצויים בגין הנזק הלא-ממוני הטמון באובדן או בקיצור תוחלת החיים (ראו ע"א 773/81 עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל נ' מדינת

ישראל, פ"ד לו(4) 816). גריעת שנות חיים מן הניזוק – הן "השנים האבודות" – נתפסת, אפוא, כנזק לא-ממוני בר-פיצוי. אלא שגריעה זו נושאת עמה גריעה נוספת – של הכנסות שהיו צומחות לניזוק מעבודתו באותן "שנים אבודות". מן הניזוק נשלל, לפי תפיסה זו, "נכס", קרי – כושר עבודתו, שצפוי היה להניב לו הכנסות. עמד על כך שופט בית המשפט העליון הקנדי Dickson, בציינו:

"It is not loss of earnings but, rather, loss of earning capacity for which compensation must be made... A capital asset has been lost: what was its value?" (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* [1978] 2 S.C.R. 229, 251)

והדברים נשנו וחזרו בפסק-הדין המנחה של בית הלורדים בפרשת *Pickett v. British Rail Engineering Ltd.* [1980] A.C. 136, שם ביקר הלורד Wilberforce את התפיסה השוללת זכאות לפיצויים בגין "השנים האבודות" בזו הלשון:

"Does it not ignore the fact that a particular man, in good health, and sound earning, has in these two things an asset of present value quite separate and distinct from the expectation of life which every man possessed?" (at p. 149).

אכן, כאשר בנזק של אובדן יכולת השתכרות עסקינן, אין המדובר בסדרה של הפסדים עתידיים, כי אם בהפסד מיידי – כאן ועכשיו (ראו *Waddams, Law of Damages* (Looseleaf Ed., 2003) 3.710). כך נפסק באנגליה (ראו למשל *Pickett v. British Rail Engineering* [1980] A.C. 136). כך בקנדה (ראו *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* [1978] 2 S.C.R. 229; *The Queen in right of Ontario v. Jennings* [1966] 57 D.L.R. 2d 644). כך באוסטרליה (ראו *Skelton v. Collins*, 115 (C.L.R. 94) (1966) וכך בארצות-הברית (לגישה המקובלת שם, ראו *Mclaughlin v. Chicago, Milwaukee, St. Paul & Pacific Ry. Co.*, 143 N. W. 2d 32 (1966)).

20. בהקשר זה, ראוי לשוב ולעמוד על ההבחנה העיונית והמעשית בין פיצוי עבור אבדן השתכרות לבין פיצוי עבור אובדן יכולת (פוטנציאל, כושר) ההשתכרות. אם מדובר בפיצוי עבור אבדן השתכרות, אזי השאלה היחידה היא מה היה הניזוק מרוויח בפועל, אלמלא התאונה. כך, למשל, אדם בעל הכשרה של מהנדס, שאינו עובד אלא מטפל בילדיו, אינו זכאי, לפי תפיסה זו, לפיצוי בראש-הנזק של אבדן השתכרות. לא כך לפי התפיסה הרואה ביכולת ההשתכרות נכס בעל-ערך, אשר שלילתו מבעליו היא נזק בר-פיצוי. לפי גישה זו, הפיצוי ניתן בהתחשב במה שהניזוק יכול היה להשתכר, אלמלא הפגיעה. כך, למשל, אשה בעלת הכשרה של עורכת-דין, זכאית לפיצויים

בהתאם להכשרתה זו, גם אם בשעת התאונה לא עבדה כעורכת-דין וגם לא התכוונה לעסוק בכך (J. Cassels, *Remedies: The Law of Damages* 125 (2000)).

יש לציין, כי במשפט הישראלי (כמו גם בשיטות משפט אחרות), לא תמיד נשמרה ההבחנה בין אובדן השתכרות לבין אובדן יכולת השתכרות, ונראה כי הפסיקה נעה בשני המסלולים גם יחד, ואולי נכון יותר לומר – במסלול ביניים (ראו גם קציר, בספרו הנ"ל, בעמ' 38-42; ברק, במאמרו הנ"ל, בעמ' 257-258). כך, למשל, הנכונות לפסוק פיצויים בגין אובדן השתכרות לקטין, משקפת תפיסה המכירה באובדן כושר ההשתכרות כנזק בר-פיצוי. יתר על כן, באחת הפרשות הביע השופט י' שילה את הדעה, כי:

"על המזיק לפצות [אפוא] אדם על ירידת כושר עבודתו כתוצאה מחבלה, אשר לה הוא אחראי, ואין נפקא מינה, אם הירידה בכושר העבודה תגרור אחריה בעתיד ירידה בהכנסות או לא. הנזק, הטעון הטבה ופיצוי, הוא הנזק לכושרו של אדם לעבוד בתמורה לשכר, כפי שנקבע היקפו בשעת מתן פסק הדין, ואין שומעין לטענות המזיק, שהניזק ממילא אינו מנצל את כושרו זה ולא יעשה כן לעתיד לבוא" (ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281, 296).

הנשיא (אז השופט) ברק, לעומת זאת, ביכר את הגישה "המוחשית", לפיה:

"נקבע ערכה של ההשתכרות, שהניזק עשוי היה להפיק בעתיד לולא התאונה, על-פי נתוניו האישיים של הניזק, תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו. המבחן אינו לפי ההשתכרות התיאורטית, שהוא עשוי היה להשתכר אילו ביקש לנצל את מלוא יכולתו. המבחן הוא על-פי ההשתכרות המוחשית, שהוא עשוי להשתכר על-ידי ניצול יכולתו, הלכה למעשה. מכאן, שאם מטעם זה או אחר הניזק אינו מנצל את יכולתו בהווה ובעתיד, אין כל פגיעה בכושרו, שכן כושר זה אינו מנוצל, הלכה למעשה" (שם, בעמ' 300).

לפיכך, קבע הנשיא ברק כי "לשם פיצוי על אובדן כושר השתכרות יש להצביע על קיומו של סיכוי, שאינו היפותטי גרידא, כי הניזוק היה משתכר בעתיד לולא התאונה, וכי התאונה פגעה בהשתכרות זו" (שם, בעמ' 307).

נראה, כי הגישה הראויה היא זו שהתווה הנשיא ברק. לפי גישה זו, הפגיעה בפוטנציאל ההשתכרות היא, אכן, נזק בר-פיצוי, ובלבד שקיים סיכוי, שאינו אפסי או ספקולטיבי לגמרי, כי פוטנציאל זה היה מתממש. אך מכל מקום, אין מחלוקת על כך

שכושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו. פוטנציאל ההשתכרות, לפי מובנו זה, משקף את "האופק הכלכלי" של הניזוק, והפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות "בשנים האבודות" נועד לפצות את הניזוק על קיצור אופק זה (ראו *In re Joint Eastern & Southern Dist. Asbestos Lit.*, 726 F. Supp. 426, 427 (1989)). אומדן ההפסד – הוא שאלה אחרת.

21. והערה נוספת: אמירתו של השופט Pearce בפסק-הדין *Oliver v. Ashman* [1962] 2 Q.B. 210, לפיה "What is lost is an expectation, not the thing itself" – מוקשית בעיני. בכל עת שמדברים אנו באובדן יכולת השתכרות, מדובר באובדן של ציפייה. אובדן היכולת משמעותו אובדן הציפייה או האפשרות לממש את היכולת, וזהו, אל נכון, "הדבר עצמו". בדומה, נראית לי בעייתית התפיסה שמציג השופט Pearce, שם, לפיה אין לדבר על אובדן השתכרות כאשר אדם נפטר בטרם זמנו, שכן "He is no longer there to earn them, since he has died before they could be earned". גם אדם ששותק בארבע גפיו ונותר בחיים, אינו "נמצא שם" כדי להרוויח הכנסות, שכן הוא נפגע בטרם ניתן היה להרוויח. וכך לגבי כל אדם שנפגם כושר השתכרותו. אכן, לא החיים או המוות הם הנותנים, כי אם היכולת להפיק הכנסות. בהקשר זה מתעוררת שאלה אחרת והיא, האם יש בעובדה שהניזוק לא יוכל ליהנות מן הפיצויים בתקופה האבודה, כדי לשלול את זכותו לקבלם. שאלה זו תידון עתה.

באין הנאה מן הפיצוי אין פיצוי – האמנם?

22. גריעת שנות-חיים מן הניזוק, הפוגעת ביכולת ההשתכרות שלו, היא, אם כן, פגיעה בכושר ההשתכרות, שהוא נכס השייך לבעליו. האם יש להותיר פגיעה זו בלא פיצוי, אך משום שהניזוק לא יוכל, מחמת מותו הצפוי, ליהנות מן הפיצויים? התשובה לכך היא שלילית.

בפסק-הדין *Oliver v. Ashman* [1962] 2 Q.B. 210 כתב השופט Willmer את

הדברים האלה:

"For what has been lost by the person assumed to be dead is the opportunity to enjoy what he would have earned, whether by spending it or saving it. Earnings themselves strike me as being of no significance without reference to the way in which they are used" (at p. 240).

גישה אחרת בעניין זה השמיע הנשיא ברק בפרשת גבריאלי, בציינו:

"אמת הדבר, הניזוק-החי עצמו לא יחיה בשנים האבודות ולא יוכל להשתמש בהכנסה שיקבל, אך אין בכך ולא כלום, שכן השאלה אינה מה שימוש יעשה הניזוק בכספו בעתיד, אלא איזה שימוש נמנע ממנו מלעשות. כתוצאה ממעשה הנזיקין נפגעה יכולתו של הניזוק לעשות בהכנסתו כרצונו... הפיצוי הכספי לא יוכל להחזיר לניזוק את החיים עצמם, אך יהיה בו כדי להחזיר לו את הערך הכספי של יכולת השתכרותו שנפגעה" (פרשת גבריאל הנ"ל, בעמ' 548).

23. אמנם, ההנחה היא כי הניזוק לא יזכה לחיות ב"שנים האבודות", ועל כן לא יוכל ליהנות מכספי הפיצויים בגין אובדן הכנסה בשנים האלה. אלא שאין לכך נפקות. כפי שמפצים אנו את הניזוק או את עיזבונו בגין הנזק הלא-ממוני הכרוך בקיצור או אובדן תוחלת חיים, וכפי שמפצים אנו את הניזוק שהפך "צמח" או שניטלה ממנו בדרך אחרת היכולת להפיק הנאה מכספי הפיצויים (ראו ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 783-784; ברק, במאמרו הנ"ל, בעמ' 259; עוד ראו ע"א 141/89 מרואן עלי פארט מחמוד נ' שמיר, חברה לביטוח בע"מ, תק-על 91(3) 1329; *Lim Poh Choo v. Camden & Islington A.H.A.* [1980] A.C. 174) – כך אין להירתע מתשלום פיצויים לניזוק-החי בגין שנות ההשתכרות האבודות:

"לעניין קביעת 'הנזק בר הפיצוי' – להבדיל מקביעת שיעור הפיצויים – אין זה חשוב, ואין זה מעניינו של המזיק, אם הניזוק יוכל ליהנות מהכספים שקיבל אם לא... כמו הניזוק-הצמח כך גם הניזוק-החי לא יוכל לממש בשנים האבודות את הכנסתו, וכמו הניזוק-הצמח הוא זכאי, חרף זאת, לפיצוי בגין אובדן השתכרות 'בשנים אבודות' אלה. זאת ועוד: גם אם הניזוק-החי לא יוכל להשתמש 'בשנים האבודות' בהכנסתו, הוא יוכל להשתמש בהכנסתו בגין 'השנים האבודות', וזאת כדי לדאוג, כי לאחר מותו המטרות החשובות לו יימשכו כפי שהיו נמשכות, אילו היה ממשיך לחיות ולעבוד" (שם, בעמ' 550).

טלו אדם בן 50, המשתכר למחייתו וצפוי להמשיך ולעשות כן עד לגיל 65. אותו אדם הופך לצמח בשל מעשה נזיקין, ורופאיו מנבאים לו תוחלת חיים של שנתיים, אשר במהלכן יותר צמח ולא יפקח את עיניו. לפי הדין הקיים, יהא אותו אדם זכאי לפיצויים בגין השנתיים שבהן ישהה, מחוסר-הכרה, בבית החולים, אך לא תקום לו עילה לפיצויים בגין שלוש-עשרה שנות ההשתכרות שהיו ואינן עוד. תוצאה זו אין בה צדק ואין בה היגיון.

יפים לכאן גם דבריו של S.M. Waddams, בספרו *The Law of Damages* :

"Many would say instinctively that a person cannot be said to suffer a financial loss during a period when the person will not be alive to enjoy the use of any compensation that might be awarded for lost earnings. However, this view would lead also to the denial of recovery in the case of a plaintiff rendered permanently unconscious for of such a person it can also be said that the person will not be able to enjoy the use of compensation" (§6.800).

בפסק-הדין *Croke v. Wiseman* [1981] 3 All E.R. 852, הביא השופט Shaw דוגמה, אשר אף כי איננה זהה לענייננו, יש בה משום המחשה לטענה כי שאלת יכולתו של הניזוק ליהנות מכספי הפיצויים איננה רלבנטית לעניין עצם הזכאות לפיצוי: אילו הון שרגלו נקטעה בתאונה לא יפיק מכספי הפיצויים כל רווח והצלה, שמשאביו הקיימים אינם מספקים לו. אלא שהעובדה כי כספי הפיצויים אינם תורמים לו דבר, אין בה כדי לשלול את עצם זכותו לקבלם (שם, בעמ' 863).

24. יתירה מזאת: אף אם ייהנו מן הפיצויים היורשים ולא הניזוק – אין זה עניין לדיני הניזוק לענות בו, כי אם פועל יוצא של הוראות דיני הירושה. על כל פנים, אין שוני, בהקשר זה, בין הפיצוי בגין אובדן השתכרות ב"שנים האבודות", לבין כל פיצוי אחר שהניזוק זכאי לו, והעובר ליורשיו בעת הליכתו של הניזוק לבית עולמו (פרשת גבריאל הנ"ל, בעמ' 552). כך, לדוגמא, מקום שבו כאב הניזוק וסבל כתוצאה ממעשה הנזק, זכאי הוא לפיצוי בגין כאבו וסבלו, ובמותו עוברת זכות זו לעיזבון (ראו למשל ע"א 384/74 עיזבון המנוח דוד אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן בע"מ, פ"ד ל(1) 374, שם נכווה הניזוק קשות בתאונת עבודה והתענה בייסורים קשים במשך ארבעה ימים, עד שהלך לעולמו, ובית המשפט פסק לעיזבונו פיצויים בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים; וראו גם ע"א 2376/93 עיזבון המנוחה מיכל קידר נ' הסנה חברה לביטוח, פ"ד מט(1) 594; והשוו לסעיף 4 לחוק הפיצויים ולתקנה 4 לתקנות פיצויים לנפגע תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו-1976). הנה, אפוא, אין כאן "רווח מגונה" לעיזבון. עמד על כך Waddams, בספרו הנ"ל:

"... it can be said that this kind of windfall is an inevitable consequence of the survival of actions legislation. Once the old rule is abandoned and it is accepted that a personal action survives, it inevitably follows that a deceased's estate will receive what some might describe as a windfall. Indeed the real cause of the enrichment is not

even the legislation but the very concept of inheritance of wealth" (at 6.860).

25. אשר על כן, מסקנתנו היא כי ההנחה לפיה הניזוק לא יהיה בחיים על-מנת ליהנות מכספי הפיצויים בגין "השנים האבודות", אין בה כדי לחתור תחת עצם הזכות לפיצויים. הפיצוי משקף את אובדן יכולתו של הניזוק להשתכר ולעשות בהכנסתו כאוות נפשו, והעובדה הטרגית של מות הניזוק בטרם-עת אינה מאיינת אובדן זה.

ראוי לסיים פרק זה דווקא בציטוט מדבריו של הלורד Wilberforce, אשר ניסח את הגישה האחרת, לפיה חוסר האפשרות ליהנות מן הרווחים האבודים שולל את הזכות לפיצוי, בלשון המחדדת את קשיותה של גישה זו:

"Nothing is of value except to a man who is there to spend or save it. The plaintiff will not be there when these earnings hypothetically accrue: so they have no value to him" (*Pickett v. British Rail Engineering* [1980] A.C. 136).

הקביעה נחרצת – אך מוקשית.

נקודת המבט של התלויים

26. שאלה אחרת, בעלת חשיבות רבה, שכבר רמזנו עליה לעיל, נוגעת לתלויים בניזוק שתוחלת חייו קוצרה. אכן, עד כה עסקנו בשאלת פיצוי הניזוק-החי בגין אובדן יכולת ההשתכרות שלו "בשנים האבודות", בעיקר באספקלריה של המטרה התרופתית של דיני הנזיקין. השיקולים עליהם עמדנו נטועים ברצון להיטיב את מצבו של הניזוק ולהסיר את נזקו – ככל האפשר באמצעות סעד כספי. שיקולים אלה פניהם להשבת מצבו של הניזוק לקדמותו. הם מושתתים על תפיסה המכירה בזכותו לפיצוי עבור אותו אבדן, חרף המימד המסוים של אובייקטיביות הגלום בנזק זה, לאמור – הפיצוי ניתן לניזוק בגין הנזק שבאובדן היכולת להפיק הכנסות "בשנים האבודות", הגם שהוא עצמו אינו צפוי לחיות באותן שנים וליהנות מן הפיצוי. אלא ששיקולים אלה – השיקולים ה"טכניים", כלשונו של הנשיא ברק בפסק-דינו בפרשת גבריאל – אינם עומדים לבדם. לצדם ניצבים שיקולים נוספים – סוציאליים במהותם (שיקולים של "מדיניות"). אלה מצאו ביטוי, בפרשת גבריאל, הן בפסק-דין המיעוט והן בפסק-דין הרוב, והם הדריכו את הפסיקה גם במדינות נוספות. עניין לנו כאן בצורך ליתן פתרון הולם לתלויים בניזוק-המנוח, המוצאים עצמם, במקרים מסוימים, כשידיהם על ראשם – בלא תמיכה ובלא פיצוי.

27. עד שניכנס לעובי הקורה בשאלה זו, ראוי להתוות תחילה, ובקצרה, את המסגרת הסטטוטורית בעניין השפעת מות הניזוק על האחריות בניזיקין. כאשר נפטר אדם, שניזוק בעוולה, עשויה לקום זכות תביעה הן לעיזבונו והן לתלוייו. אשר לתביעת העיזבון, מורה אותנו פקודת הניזיקין כי לעת פטירתו של אדם, מוסיפות כל עילות התביעה בשל עוולה, שהיו עומדות לנפטר, לעמוד לטובת עזבונו (סעיף 19(א) לפקודה). לשון אחרת: זכויות התביעה, של ניזוק שנפטר, כנגד המזיק – הן בגין נזקים ממוניים והן בגין נזקים בלתי-ממוניים – "שורדות", אם לא מוצו, ועוברות ליורשיו (ראו ע"א 148/53 פנ"ו ו"אגד" קבוצה אופרטיבית בע"מ נ' פלדמן, פ"ד ט(3) 1711, 1717-1716). יצוין, כי באנגליה היתה מקובלת בשעתו גישה אחרת, ולפיה תביעות אישיות בגין עוולה לא היו שורדות את מותו של הניזוק או של המזיק – וזאת אפילו אם מותו של הניזוק נגרם בשל מעשה העוולה (*actis personalis moritur cum persona*). גישה זו ספגה ביקורת מכל עבר, עד אשר בשנת 1934 שונה הדין עם חקיקת ה- *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934*, שקבע "ירושה" של זכויות וחובות כאמור – לעיזבון (התפתחות דומה אירעה בקנדה, בשנת 1886, במסגרת *An Act respecting Trustees and Executors and the Administration of Estates*).

סעיף 19 לפקודה מוסיף וקובע, כי מקום בו המעשה או המחדל שיצר את העילה, הוא גם זה שהביא למות הניזוק, "יהיו הפיצויים שניתן להיפרע לטובת העיזבון מחושבים בלי שים לב להפסד או לריווח שנגרם לעיזבון עקב המוות..." (סעיף 19(ב)). ההיגיון העומד מאחורי הוראה זו, הוא שהתביעה אינה של היורשים, כי אם של המנוח. חריג לכך הן הוצאות הקבורה, אשר ניתן להיפרע בגינן (סעיף 19(ב) סיפא). ועוד נקבע בסעיף 19 לפקודה, כי הזכויות הנתונות לעיזבון אינן באות להוסיף על הזכויות הנתונות לתלויים בנפטר ואף לא לגרוע מהן (סעיף 19(ד)).

28. תביעה נוספת – עצמאית – עומדת לתלוייו של הניזוק, מקום שמעשה העוולה הביא למותו של האחרון (ראו סעיפים 78-81 לפקודה, הקובעים הסדר הדומה לדין האנגלי – *Fatal Accident Act, 1846* ואחריו *Fatal Accident Act, 1976*). התלויים – שהם בן-זוגו של המנוח, הוריו וילדיו – זכאים לפיצוי בגין נזקי ממון שסבלו עקב מות המנוח, לאמור – בגין אובדן תמיכתו הכספית של המנוח בהם עקב מותו (סעיפים 79 ו-80 לפקודה; ע"א 482/89 עיזבון המנוחה שרה אביר ז"ל נ' יהושע פרבר, פ"ד מז(3) 107, 109; ע"א 506/82 זונטג נ' עיזבון המנוח מנדלסון דוד ז"ל, פ"ד מ(3) 113). על המזיק לפצות את התלויים במנוח בגין הפסד התמיכה הכלכלית לה היו צפויים, לו היה נותר המנוח בחיים (ע"א 64/89 חיים גבאי נ' מלכה לוחון, פ"ד מח(4) 673). ודוק: לא כל נזק

שנגרם לתלויים הוא בר-פיצוי, כי אם רק הנזק הממוני הכרוך באבדן התמיכה הכספית הנובעת מתלותם המשפחתית במנוח (ע"א 206/87 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל נ' עיזבון המנוח ד"ר מאיר אדיסון, פ"ד מה(3) 72, 79-80; ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413, 420). שיעורו של נזק זה נקבע, בדרך-כלל, באמצעות שיטת הידות, המבטאת חזקה עובדתית מקובלת (ע"א 32/60 פלקסברג נ' המנהל הכללי של הרכבת, פ"ד יד 1629). על העקרונות המנחים בעניין תביעתם של התלויים עמד בית משפט זה בפרשת אדרט הנ"ל:

"בתביעתם של תלויים, הפסד התמיכה שייפסק להם אף הוא נגזר מכושר ההשתכרות של הנפגע (המנוח). אלה זכאים להפסד שנגרם להם עקב מות המנוח, מפרנסם, דהיינו לחלקם ב'עוגה' המשפחתית שממנה היו נהנים, לולא נפטר המנוח. כדי לקבוע הפסד זה, יש לקבוע מה היה כושר השתכרותו של המנוח לולא נפטר עקב התאונה. כמו שבמקרה של נפגע התובע נזקיו עקב פגיעתו בתאונה יש לפסוק לו את נזק הממון שנגרם לו עקב התאונה, ובכלל זה את הפסד כושר ההשתכרות (סעיף 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), כך גם תלויים זכאים ל'הפסד הממון שסבלו למעשה, או עתידים לסבול אותו למעשה', כאמור בסעיף 80 לפקודה" (שם, בעמ' 494).

29. סעיף 78 לפקודה מסייג וקובע, כי זכותם של התלויים לפיצויים קמה רק במקום בו גרמה העוולה את מותו של האדם אשר על שולחנו הם סמוכים, ואותו אדם היה זכאי, באותה שעה, לפיצויים. המשמעות היא, כי על אף שזכות התלויים לקבלת פיצויים מן המזיק היא זכות עצמאית, הנבדלת מזכותו של המנוח, עדיין תלויה היא בכך שאלמלא מת, היה בידי המנוח עצמו לזכות, בגדר תביעה נגד המזיק, בפיצויים על נזקיו (פרשת גבאי הנ"ל). רק כאשר נפטר הניזוק וטרם מימש את זכותו לקבלת פיצוי עבוד נזקיו, נפתחת הדלת לתביעת התלויים (הדין באנגליה ובמדינות רבות נוספות דומה. ראו למשל [1980] A.C. 136 *Pickett v. British Rail Engineering*).

וכאן שורש הבעיה, כפי שתיארה הנשיא ברק, בפרשת גבריאלי:

"... הגישה המקובלת היא, כי זכותם של התלויים מותנית בכך, כי במותו של הניזוק ('אותה שעה') זכאי הוא עצמו לפיצויים בגין העוולה שבוצעה בו. על-כן, אם הניזוק מימש את זכותו שלו בחייו, אם בדרך של פסק-דין ואם בדרך של ויתור ואם בדרך אחרת, שוב אינה עומדת לו בשעת מותו כל זכות לפיצויים, וממילא אינה משתכללת זכותם של התלויים... נמצא, כי אם הניזוק-החי לא יקבל פיצוי, במסגרת תביעתו שלו, בגין

אבדן השתכרותו ב'שנים האבודות', יפגע הדבר קשות בתלויים בו. אכן, על-פי גישה זו, תקוותם היחידה של התלויים היא – ומה מאקאברית היא תקווה זו – כי הניזוק-החי לא יגיש תביעה בחייו; ואם הגיש תביעה, כי 'יצליח' למות בטרם תתברר תביעתו" (שם, בעמ' 553).

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. טלו אדם, אשר היו צפויות לו עשרות שנות-עבודה, ובשל מעשה נזיקין קוצרה תוחלת חייו לשנתיים בלבד. רוב רובן של שנות ההשתכרות הפוטנציאליות, שלא יבואו לכלל מימוש בשל עוולת המזיק, לא יקבלו כל ביטוי בפסיקת הפיצויים, והתלויים, אפילו יירשו את שזכה בתביעתו, יוותרו מול שוקת שבורה, זולת אם יבחר הניזוק – בחירה שהעמדתה בפניו אינה מתיישבת עם אמות-מידה של צדק והיגיון – שלא להגיש תביעה בגין נזקיו.

נזכור: תכופות זקוק הניזוק לכספי הפיצויים מוקדם ככל האפשר, על-מנת להקל על מכאוביו ולספק את הצרכים שלו ושל משפחתו, הנובעים מנזקי התאונה. בחירתו של הניזוק, להגיש תביעה בגין נזקיו, אל לה שתפגע, בפרספקטיבה כוללת, באינטרסים שלו ושל תלוייו.

30. דומה, כי ההיגיון המרכזי העומד ביסוד שלילת אפשרות הפיצוי מן התלויים, במקרים בהם מימש הניזוק את זכותו לפיצוי, הוא החשש מפני פיצוי-כפל. אלא שחשש זה מתעורר רק מקום שבו הניזוק עצמו פוצה בעבור אובדן השתכרותו "בשנים האבודות", שהרי זהו "מתחם ההתנגשות" בין זכויות התלויים לבין זכויות הניזוק. ואם כך הדבר, מקורו והגיונו של סעיף 78 לפקודה במציאות משפטית, שבה נפסקים פיצויים לניזוק-החי לפי מלוא תוחלת חיי העבודה שהיתה לו עובר לתאונה. על כך בדיוק עומד Fleming:

"With few exceptions... this conflict has generally been resolved by subjecting the interests of the [dependants] to the risk of extinction by a prior recovery of the deceased, in the assumed prospect of double liability. This fear would be warranted, however, only if the award to the decedent included compensation for his loss of earnings during the period by which his life has been curtailed, for this segment alone corresponds with the expectancy of support to which his dependants may lay claim in a wrongful death action" (Fleming, *supra*, at p. 598-599).

ראו גם *In re Joint Eastern & Southern Dist. Asbestos Lit.*, 726 F. Supp. (1989), 426, 429.

31. המסקנה היא, כי הוראותיו של סעיף 78 לפקודה בדיני הנזיקין שלנו, אינן מתיישבות אלא עם פסיקת פיצויים לניזוק-חכי בגין "השנים האבודות". וכאן ראוי להדגיש, במאמר מוסגר, כי אין זה המקום היחיד בו ניתן לגלות, במשפט הנזיקין הישראלי, "עקבות" של פסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות". עוד נתייחס לעקבות נוספים בהמשך הדברים, כאשר נדון בפרשת ע"א 248/86 עזבון חננשוילי לילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529. אבקש עתה ליתן את הדעת לסימן נוסף, המצוי בהסדר התשלומים העיתיים הקבוע בחוק הפיצויים, ביחס לתביעות הנדונות במסגרת אותו חוק. סעיף 6 לחוק הפיצויים מסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות את "סמכות בית המשפט לפסוק, שהפיצויים בשל הפסד כושר השתכרות והוצאות מתמשכות, כולם או מקצתם, ישולמו בתשלומים עתיים..." וכן את "זכותם של תלויים בנפגע שנפטר לאחר שנפסקו לו תשלומים עתיים". ואכן, סמכות בית המשפט לפסוק תשלומים עתיים בראשי הנזק של הפסד כושר השתכרות והוצאות מתמשכות הוסדרה בתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים), תשל"ח-1978. תקנה 3 כותרתה "זכותם של תלויים", והיא קובעת:

(א) נפטר נפגע לאחר שנפסקו לו תשלומים עתיים,
תשולם לתלויים שפרנסתם כולה או מקצתה היתה עליו
ערב פטירתו, קיצבה באחוזים שלהלן מהסכום שנפסק,
ובלבד שסך כל הקצבאות לא יעלה על הסכום שנפסק:

...

הנה כי כן, נפגע בתאונת דרכים, שתוחלת חייו קוצרה, רשאי בית המשפט לפסוק לו פיצויים בדרך של תשלום עיתי, ובמקרה כזה מבטיחה תקנה 3 הנ"ל, כי לאחר מות הנפגע, ישולמו סכומי-קצבה גם לתלוייו. חובה זו לשלם לתלויים של נפגע שנפטר אינה נתונה לשיקול-דעת, והיא קמה בין אם נפטר הנפגע כתוצאה מן התאונה ובין אם לאו. הדרישה האחת הקבועה בתקנה היא, כי הנפגע הלך לעולמו לאחר שנפסקו לו פיצויים עתיים. תקנה זו מתווה, בהקשר שבו היא עוסקת, פתרון חלקי לבעיית "השנים האבודות", וניתן לומר כי "משתמעת ממנה המגמה החקיקתית, כי תלויים בניזוק-חכי יזכו בפיצויים עם מותו חרף העובדה, כי בטרם נפטר זכה הניזוק בפיצויים משלו" (דברי הנשיא ברק בפרשת גבריאלי הנ"ל, בעמ' 556). ואכן, יש הסבורים כי הדרך הטובה ביותר להבטיח, מצד אחד, את החופש של הניזוק לעשות בכספו כראות עיניו, ומצד שני, את התמיכה בתלויים, היא לקבוע מנגנון כזה או אחר

של תשלומים עיתיים, לפיו החל ממועד פטירתו של הניזוק, יועברו התשלומים לתלויים (ראו למשל Cane & Harris, *supra*, at p. 481).

יצוין, כי עניינם של תלויים בנפגע תאונת דרכים, שנפטר בטרם מימש את עילת תביעתו, אינו נתון להוראת סעיף 6 לחוק הפיצויים, ומוסדר במסגרת סעיף 78 לפקודה (לעניין הסמכות לפסוק תשלומים עיתיים לתלויים בנפטר שטרם נפסקה לו קצבה, ראו ע"א 778/83, 514/84 עיזבון המנוחה שרה סעידי נ' פור, פ"ד מ(4) 628; לדיון כללי ראו גם ד' מור, "תשלומים עיתיים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט ו 645 (תשל"ח)).

32. נשוב, אם כן, להוראת סעיף 78 לפקודה. האנומליה הנוצרת עקב הוראת סעיף זה, כפי שתוארה לעיל, אינה נחלתנו בלבד, והיא עמדה ביסוד התלבטותם של בתי המשפט באנגליה בסוגיית הפיצוי בגין "השנים האבודות". בשנים עברו נקטו בתי המשפט שם בגישה לפיה שיעור הפיצויים נקבע בהתאם לאורך החיים שהיה צפוי לניזוק בטרם פגיעתו בתאונה (ראו *Phillips v. London & S.W. Ry.* (1879) 5 Q.B.D. ; 78 K.B. 256 [1938] *Roach v. Yates*, [1938] 1 K.B. 256; 78 K.B. 256 [1938] *Pope v. D. Murphy & Son Ltd.*, [1961] 1 Q.B. 222; לפיו יש לפסוק פיצויים בגין אובדן כושר השתכרות לפי תוחלת החיים עובר לתאונה, ולעומתו פסק-הדין *Harris v. Brights Asphalt Contractors, Ltd.* [1953] 1 Q.B. 617; שבו הובעה העמדה כי אין לפסוק פיצויים בגין "השנים האבודות"). בשנת 1962 התבססה באנגליה התפיסה, השוללת את הזכאות לפיצויים בגין "שנות ההשתכרות האבודות"; היא מצאה ביטוי בפסק-הדין של בית הלורדים בפרשת *Oliver v. Ashman* [1962] 2 Q.B. 210. כדבריו של השופט Willmer:

"For what has been lost by the person assumed to be dead is the opportunity to enjoy what he would have earned, whether by spending it or saving it. Earnings themselves strike me as being of no significance without reference to the way in which they are used. To inquire what would have been the value to a person in the position of this plaintiff of any earnings which he might have made after the date when ex hypothesi he will be dead strikes me as a hopeless task" (at p. 240).

הלכת *Oliver* אומצה גם בפרשות נוספות (ראו *Wise v. Kaye* [1962] 1 Q.B. 638), אולם זכתה לביקורת נוקבת, במיוחד נוכח השלכותיה החמורות מבחינת התלויים, שזכות התביעה שלהם, בגין אובדן תמיכה, קמה רק מקום בו בשעת מותו של

הניזוק, היתה לו זכות תביעה כנגד המזיק (ראו D. Howarth, *Textbook on Tort* 613 (1995)). התוצאה הקשה, הנובעת מהלכת *Oliver* היא, כי הניזוק-החי, המגיש תביעה בנזיקין, אינו יכול להיפרע בגין אובדן השתכרותו בעתיד, אף שאלמלא נפל קורבן למעשה עוולה, היה הוא, כך יש להניח, משתכר סכום כסף בו היה עושה שימוש למטרות שונות, ובכללן תמיכה במשפחתו. בה-בעת, הגשת התביעה על-ידי הניזוק-החי מקימה מחסום בלתי-עביר בפני בני המשפחה מלתבוע, באופן עצמאי, את הנזק שהוסב להם, קרי – אובדן התמיכה. במובן זה, טוב הניזוק-המת מן הניזוק-החי. תוצאה זו נושאת עמה השלכות חמורות מבחינה סוציאלית. דוגמה מוחשית לכך נצפתה בפסק-הדין *McCann v. Sheppard* [1973] 1 Lloyd's Rep. 561, שם נפגע בחור בן 24 בתאונת דרכים, והגיש בשל כך תביעה לפיצויים. בעת שהיתה התביעה תלויה ועומדת התחתן הניזוק והפך לאב. בפסק-הדין נפסקו לו פיצויים בסך 15,000 ליש"ט בגין אובדן השתכרות בעתיד. הנתבע הגיש ערעור על גובה הפיצויים, אלא שאז נפטר הניזוק כתוצאה מנטילת מנת-יתר של סמים משככי כאבים. בהתחשב בעובדת מותו של הניזוק, הורה בית המשפט לערעורים על הפחתת הפיצויים, בראש-הנזק של אובדן השתכרות, לסכום של 400 ליש"ט בלבד. כך נותרו האלמנה והבן מחוסרי תמיכה.

הביקורת על הלכת *Oliver* לא פסחה על ה- Law Commission, אשר התכנסה על-מנת להציע דרכים אפשריות להעמדת הדברים על תיקונם. בתמצית, הציע הוועדה שלוש חלופות אלה: האחת – שינוי הלכת *Oliver* בדרך של חקיקה, ופסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות", תוך ניכוי ההוצאות שהיה הניזוק מוציא למחייתו באותן שנים. השנייה – הכרה בזכותם של התלויים לפיצויי-תמיכה אף אם הניזוק קיבל פיצויים במהלך חייו. והשלישית – הגשת תביעת התלויים ותביעת הניזוק יחד, ותשלום סכום מסוים לקופת בית המשפט, שישולם לתלויים לאחר מות הניזוק. הוועדה המליצה על הפתרון הראשון, בציינה כי על אף קיומה של אפשרות, שהניזוק יעשה שימוש בכל כספי הפיצויים ולא יותיר דבר לתלויים, הרי שאין להניח כי ניזוקים רבים אכן יעשו כן, ומכל מקום, כך לדעת הוועדה, מאזן היתרונות והחסרונות מטה את הכף לטובת פתרון זה, שהוא הפשוט ביותר למימוש והקרוב ביותר, מבחינה עקרונית, לאופן בו נפסקים פיצויים נזיקיים, לאמור – תשלום לניזוק עצמו (לניתוח השיקולים בעד ונגד כל אחד מן הפתרונות, ראו Report on Personal Injury Litigation – Assessment of Damages, *Law Com.* 56, at p. 17-24; וכן ראו דברי הנשיא ברק בפרשת גבריאלי הנ"ל, בעמ' 553, ודברי הנשיא כהן שם, בעמ' 571).

המלצת הוועדה אמנם לא מצאה ביטוי בחקיקה, אך בשנת 1980 אומץ הפתרון הראשון על-ידי בית הלורדים, בפסק-הדין *Pickett v. British Rail Engineering*

136 A.C. [1980]. באותה פרשה נדון עניינו של אדם, שחלה במחלת סרטן כתוצאה מחשיפתו לאסבסט, ותוחלת חייו קוצרה לכדי שנה אחת בלבד. הוא נפטר לאחר שניתן פסק-דינה של הערכאה הדיונית בתביעה שהגיש, אולם בטרם נדון ערעורו. אלמנתו המשיכה בהליך, שהגיע עד לבית הלורדים. בית הלורדים הפך את הלכת *Oliver*, בהכירו בראש הנזק של אובדן יכולת השתכרות "בשנים האבודות". זאת הן מטעם משפטי, לפיו התובע, שתוחלת חייו קוצרה, סבל נזק עכשווי של אובדן יכולת השתכרות; והן מטעם סוציאלי, לפיו אין להותיר את התלויים בלא פיצוי. מאז ועד עתה, לא נשתנתה ההלכה בעניין זה, ובתי המשפט באנגליה פוסקים לניזוק-החי פיצויים בגין השנים, שבהן יכול היה לעבוד ולהשתכר אלמלא קוצרה בעוולה תוחלת חייו (יצוין, כי בית המשפט העליון של קנדה פסק כבר ב- 1978, כי אינו מוכן לאמץ את הלכת *Oliver*. ראו *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* [1978] 2 S.C.R. 229; כך פסק גם בית המשפט העליון של אוסטרליה, בשנת 1966. ראו *Skelton v. Collins*, 115 C.L.R. 94 (1966)).

33. גם בארצות-הברית זוהה הקושי, הטמון בשני צדדיו של המטבע: מחד גיסא, משטר משפטי שאינו מכיר בראש-הנזק של "השנים האבודות", ובה-בעת שולל את זכות התלויים להגיש תביעה בגין נזקם, מביא לתוצאה לפיה המזיק יוצא נשכר מכך שקיצר את תוחלת-חייו של הניזוק. מאידך גיסא, משטר משפטי שבו נפסקים פיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות, והתביעה האישית של הניזוק איננה מקימה מחסום לתביעת התלויים, משמעו כי המזיק יישא בתשלום-כפל. והפתרון? במרבית המדינות בארצות-הברית מקובלת הגישה, כי בתביעתו האישית של הניזוק בגין אובדן יכולת השתכרות, מובאת בחשבון תוחלת חיי העבודה שהיתה צפויה לו עובר לתאונה (ראו למשל *In re Joint Eastern & Southern Dist. Asbestos Lit.*, 726 F. Supp. 426, 429 (1989); *Borcharding v. Eklund*, ; *Morrison v. State*, 516 P. 2d 402, 406 (1973); (1952) *Creelius v. Gamble-Skogmo, Inc.*, 13 N.W. 2d ; 55 N.W.2d 643, 650 (1952) *Fein v. ;Burke v. United states*, 605 F. Supp. 981 (1985); 627 [1944] *Doe v. United States*, 737 ; *Permanente Medical Group*, 695 P.2d 665 (1985) (F. Supp. 155 (1990)). על ההלכה הרווחת בעניין זה, בארצות-הברית, עמד בית המשפט העליון באחת הפרשות, כהאי לישנא:

"under the prevailing American rule a tort victim suing for damages for permanent injuries is permitted to base his recovery 'on his prospective earnings for the balance of his life expectancy at the time of his injury undiminished by any shortening of that expectancy as a result of the

injury" (*Sea-Land Services, Inc. v. Gaudet Administratrix*, 414 U.S. 573, 594 (1974)).

על-מנת להימנע מפיצויי-כפל, נשללת באותן מדינות תביעת ה- wrongful death במקרים בהם מימש הניזוק את תביעתו האישית, או שבתביעת ה- wrongful death מקזזים את הסכום ששולם בתביעה האישית (ראו *In re Joint Eastern*, 726 F. Supp. 426, 430 (Fleming, *supra*, at p. 614 ; Supp. 426, 430)).

עם זאת, במספר פסקי-דין קבעו בתי משפט בארצות-הברית, כי בתביעתו האישית של הניזוק יש לקבוע את שיעור הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות לפי תוחלת החיים הצפויה לו לאחר התאונה (ראו *Ehlinger v. State*, 237 N.W.2d 784, (1976); *Hughes v. Chicago, R.I. & P. Ry. Co.*, 129 N.W. 956 (1911); 792 (1976)). אלא שעמדה זו אינה עומדת לבדה, שכן במקומות בהם כך נפסק התגבשה, כך נראה, הדעה, כי אין בתביעתו האישית של הניזוק כדי לחסום את האפשרות להגיש תביעת wrongful death לאחר מות הניזוק (ראו *Doe v. ; In re Joint Eastern*, 726 F. Supp. 426, 430 (United States, 737 F. Supp. 155, (1990)).

מן המקובץ עולה, כי גם בארצות-הברית, הן לפי עמדת הרוב, והן לפי עמדת המיעוט – לא נותרים התלויים, ככלל, לעמוד מול שוקת שבורה. הפגיעה בהכנסת הניזוק "בשנים האבודות" מקבלת ביטוי בפסיקת הפיצויים, בין שהדבר נעשה בתביעה האישית של הניזוק-החי, ובין שהדבר נעשה בתביעה במסגרת חוקי ה- wrongful death.

34. בפרשת גבריאלי, היה הנשיא י' כהן, שכתב את פסק-הדין העיקרי בדעת הרוב, ער לקושי, עליו עמדנו, מבחינת התלויים, וציין כי "מצב עניינים כזה יכול לגרום אי-צדק". דברים דומים באו גם מפי יתר שופטי הרוב, השופטים בייסקי (שם, בעמ' 579-578) ושמגר (שם, בעמ' 576-577). אולם תקלה זו, כך סברו שופטי הרוב, מן הראוי שתבוא על תיקונה בדרך של שינוי החוק, ולא בדרך של פסיקת פיצויים עבור "השנים האבודות", שכן זו האחרונה נושאת עמה עיוותים משל עצמה.

אלא שהמחוקק מתמהמה. על אף שחלפו למעלה מעשרים שנים מאז ניתן פסק-הדין בפרשת גבריאלי, נותר אי-הצדק עומד בעינו. ראוי לציין, כי קיימות אמנם שיטות משפט, שבהן פסיקת הפיצויים לניזוק-החי, בגין אובדן יכולת השתכרותו "בשנים האבודות", נעשית מכוח הוראת חוק מפורשת. כך, למשל, בסקוטלנד. חוק הניזיקין שם קובע, בסעיף 9 שבו, כי באומדן נזקיו של הניזוק-החי יש להניח כי תוחלת חייו הינה

כפי שהיתה טרם אירוע הנזק (ראו 9 s. (Damages (Scotland) Act 1976). אלא שקביעה סטטוטורית מפורשת כזו אינה הכרחית. במדינות רבות הכירה הפסיקה בנזק הנובע מאובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות" כנזק בר-תביעה. כך, כפי שראינו, התפתח הדין באנגליה (ראו 136 AC [1980] *Pickett v. British Rail Engineering* M. ; (A. Jones, *Torts* (8th. Ed., 2002) 682-683). כך גם במרבית המדינות בארצות-הברית (ראו 573, 594 U.S. *Sea-Land Services, Inc. v. Gaudet Administratrix*, 414 U.S. 573, 594 (1974) (והדיון לעיל), וכך בקנדה, שם הכירו בתי המשפט בזכאותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין "השנים האבודות" (ראו *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* [1966] 57 S.C.R. 229 ; [1978] 2 S.C.R. 229 ; *The Queen in right of Ontario v. Jennings* [1966] 57 S.C.R. 229 ; *Sigouin (Guardian in litem of) v. Wong* (1992) 10 C.C.L.T. 2d ; D.L.R. 2d 644 ; *Dube v. Penlon Ltd.*, (1994) 21 C.C.L.T. 2d 268 ; 236 F. Trindade, ; *Skelton v. Collins*, 115 C.L.R. 94 (1966) (ראו (1966) 94 C.L.R. 94) ; *P. Cane, The Law of Torts in Australia* (3rd. Ed., 2001) 519). וכך עשתה גם הפסיקה בניו-זילנד (ראו *Todd, Burrows, Chambers, Mulgan, Vennell, The Law of Torts in New Zealand* (1991) 881 ; *Doherty v. Bowaters Irish* (of Torts in New Zealand) ; *Wallboard* [1968] I.R. 277 ; *John Michael Conley v. John Anthony Strain* ; [1988] I.R. 628).

במדינות אחרות הלכה הפסיקה בדרך שונה. כך למשל, בדרום-אפריקה, הוכרה תחילה הזכות לפיצויים בראש-הנזק של "השנים האבודות" (ראו *Goldie v. City of Johannesburg*, 1948 (2) S.A. 913 (W.L.D.)), אולם לאחר-מכן נפסק, כי לצורך הפיצוי בגין אובדן יכולת השתכרות, יש לבחון דווקא את תוחלת החיים שנותרה לניזוק לאחר התאונה (ראו *Lockhat's Estate v. North British and Mercantile Insurance* (1959) 3 S.A. 295).

35. יוצא, כי אף שאין אחדות דעים בסוגיית "השנים האבודות", ניתן לומר כי במדינות רבות הכירה הפסיקה בזכאותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין "שנות ההשתכרות האבודות". שינוי חקיקתי אינו, אפוא, מן ההכרח. פסיקת פיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות "בשנים האבודות" תמצא לה עוגן מוצק בעקרונות הפיצוי המקובלים אצלנו, כמו בשיטות אחרות, מימים-ימימה. הצורך בהגשמת התכלית של השבת המצב לקדמותו, והצורך לפתור את הקשיים, הנובעים מן המצב המשפטי דהיום, מצדיק את שינוי ההלכה הנוהגת בסוגיה זו. ובאשר לעיוותים ולקשיים, הכרוכים, על-פי החשש, בפסיקת הפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", אלה ניתנים, כאמור וכפי שעוד יבואר, לפתרון.

36. אחת ההשגות, המועלות כנגד פסיקת פיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", היא כי לצד ההכנסות שנמנעו מן התובע באותן שנים, "נחסכו" ממנו גם ההוצאות שהיה מוציא באותן שנים. אמנם נכון – כך הטענה – כי היו צומחות לתובע הכנסות כתוצאה מעבודתו באותן שנים, אולם בד-בבד היו לו גם הוצאות. אלה וגם אלה אינן עוד מנת חלקו, בשל מעשה העוולה (לדיון בטענה זו ראו, ביו היתר, Fleming, במאמרו הנ"ל, בעמ' 603 ; 426, 428 F. Supp. 426, 428; *In re Joint Eastern*).

השגה זו נוגעת למאזניים הפנימיות בהן ישומו הפיצויים. מאזניים אלה שוקלות את ההפסד ואת הרווח עקב התאונה. ואכן, פיצוי הניזוק בסכום המשקף את מלוא הכנסותיו "בשנים האבודות", משמעותו פיצוי-יתר, שכן יש בו משום התעלמות מן העובדה, שעל-מנת להפיק הכנסות אלה היה על המנוח להקדיש סכומים למחייתו. סכומים אלה לא יוצאו עוד לאחר המוות – בשונה, למשל, ממקרה שבו התאונה גורמת נכות אך לא מוות, שאז על הניזוק להמשיך להתקיים בתקופת נכותו (ראו R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (3rd Ed., 1986) 182). עמד על כך בית המשפט העליון בקנדה:

"There can be no capacity to earn without a life. The maintenance of that life requires expenditure for personal living expenses. Hence the earnings which the award represents are conditional on personal living expenses having been incurred. It follows that such expenses may appropriately be deducted from the award. Against this, it is argued that if [the plaintiff] had been born a millionaire, her personal living expenses during the 'lost years' would have been met from other sources. But this does not negate the fact that in order to earn income one must live and incur the attendant expenses" (*Toneguzzo-Norvell v. Burnaby Hospital* (1994) 1 S.C.R. 114).

37. לא ניתן, אפוא, להתעלם משאלת הוצאות המחייה. אלא שנתון זה אין בו כדי להשפיע על השאלה המהותית בדבר הזכאות לפיצויים, וכל נפקותו היא לעניין שיעורם. במילים אחרות, הפתרון לקושי האמור טמון במישור החישוב – על בית המשפט, בבואו לקבוע את שיעור הפיצויים, להפחית מסך ההכנסות שהיו צומחות לניזוק אילו עבד "בשנים העבודות", את ההוצאות שהיה מוציא למחייתו. אלה הן המאזניים הפנימיות. אין הן משפיעות על עצם הזכאות לפיצוי כי אם על דרך חישובו. החישוב

הזה אינו אלא פועל יוצא רגיל מן הכללים המקובלים עלינו מקדמת דנא, וכך למשל, לעניין תביעת התלויים. הכלל הוא, כי בחישוב נזקם של התלויים עקב מות המנוח, יש להביא בחשבון גם את ההטבה הכספית שנגרמה להם, אם זו באה לידיהם, בעקבות פטירתו. זוהי "הלכת הניכוי", המורה כי יש לזקוף לחובת התלויים את היתרונות החומריים הנובעים ממות המנוח לעומת הנזק שנגרם להם (ע"א 2376/93 עזבון המנוחה מיכל קידר ז"ל נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(1) 594). הלכה זו אכן זכתה לביקורת. ביטא אותה השופט ח' ה' כהן, בלשון צינית:

"סוף סוף זוכים הם [האבלים] עתה בחיסכון ניכר על-ידי שהמנוחה אינה אוכלת עוד לא ארוחת בוקר ולא ארוחת צהריים ולא ארוחת ערב ואינה שותה עוד לא יין ולא ליקר, לא תה ולא קפה. ולא זו בלבד אלא היא אינה זקוקה עוד לא למלבושים ולא לנעליים, לא לתמרוקים ולא לתכשיטים. רווחים של ממש הם, ומי יודע אם בחשבון של חיי אשה מטופחת ומפונקת אינם עולים בהרבה על הפסד הממון שנגרם במותה..." (ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה ויולט צאיג, פ"ד לה(2) 123, 139-140).

השופט צ' א' טל, בדעת מיעוט, שב בפרשת קידר הנ"ל אל הביקורת על הלכת הניכוי, ככל שהיא נוגעת לניכוי הפיצוי המגיע ליורשו של המנוח (בתביעת העיזבון) מן הפיצוי המגיע לו בהיותו תלוי בפרנסת המנוח. הביקורת שם הופנתה כלפי עצם הלכת הניכוי. לשיטתי, היה ראוי להפנותה כנגד הדרך המוטעית בה יושמה הלכת הניכוי, באופן הפוטר, במקרים מסוימים, את המזיק מחבותו לשאת בכלל הנזק ומצמצמת את חבותו לראש הנזק "הגדול יותר".

מכל מקום, חרף תחושת אי-הנוחות לנוכח חישוב החיסכון הכספי הצומח ממות הנפגע, עומדת הלכת הניכוי, המעוגנת בסעיף 80 לפקודת הנזיקין ובעקרון בדבר השבת המצב לקדמותו, על מכונה (ראו עוד ע"א 5/84 רחל יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374; ע"א 471/93 עזבון המנוח דוד חיימס ז"ל נ' חיימס, תק-על 97(2) 969; ע"א 1503/94 הפניקס הישראלי, חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח ברוך ברמן ז"ל, תק-על 96(2) 796). הוראות חוק שתחמו את גבולות הניכוי – כגון סעיף 81(1) לפקודה, הקובע כי לא ינוכו סכומים שהתלויים קיבלו או זכאים לקבל עם מות המת לפי חוזה ביטוח – פורשו לא פעם על-ידי הפסיקה בצמצום (ראו ע"א 154/70 בידה נ' רובין, פ"ד כה(2) 43; ע"א 682/69 חמודוט נ' אלכסנדר ואסתר שפירא, פ"ד כד(1) 686). למותר לציין, כי "החיסכון" ו"ההטבה" בהם מדובר, כאשר בהלכת הניכוי

עסקינן, הם כל כולם במישור הכספי, שהרי במישור הרגשי מות הנפגע אינו מסב לקרוביו אלא צער.

מתוך תפיסה זו, קבעה הפסיקה, בין היתר, כי יש להפחית מן הפיצוי הניתן לתלויים את סכום הנזק הלא-ממוני שהגיע לידיהם מתוקף היותם יורשי המנוח, וכי ניכוי זה אינו עומד בסתירה להוראת סעיף 19(ד) לפקודת הנזיקין (ע"א 206/87 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' עיזבון המנוח דר' מאיר אדיסון, פ"ד מה(3) 72). מתוך תפיסה זו, נובעת גם העמדה כי יש להפחית מפיצויי-התלויים את צריכת המנוח מן הקופה המשפחתית – צריכה אשר "נחסכה" במותו. כדברי הנשיא (אז השופט) ברק, במסגרת "מאזן הריווח וההפסד" שנגרם לניזוק במות התומך "יש לקחת בחשבון, מחד גיסא, את הנזק שנגרם לתלויים בגין אבדן יגיעת כפיה של האם והרעיה... ומאידך גיסא, את ההימנעות מהוצאה שהוצאה בעבר על כלכלתה וצרכיה. הימנעות זו היא חיסכון, שנגרם לתלויים כתוצאה ישירה מהמוות, ויש לקחתו בחשבון..." (ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה ויולט צאיג ז"ל, פ"ד לה(2) 123). לפיכך, שומה על בית המשפט, הבא לפסוק לתלויים פיצויים בגין אובדן תמיכה, לאמוד, בשלב ראשון, את שיעור ההכנסה שהמנוח היה מפריש לצורך תמיכה בתלוייו, תוך התחשבות, במידת הצורך, בהוצאות מיוחדות שהיה צורך מתוך הכנסתו; ובשלב שני על בית המשפט לחשב – באמצעות שיטת הידות – את גודל הפרוסה של המנוח בעוגת ההכנסה המשפחתית (ראו קציר, בספרו הנ"ל, החל מעמ' 782).

38. הנה כי כן, הרעיון לפיו בחישוב אובדן ההכנסה לאחר מות הניזוק יש לנכות את החיסכון הכספי שנצמח עקב הליכתו לעולמו – אינו חדש עימנו, ויש להחילו גם ביחס לפסיקת הפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות". כך אכן קבעה הפסיקה בשיטות המשפט השונות. באנגליה, קבע בית הלורדים, בפרשת *Pickett v. British Rail Engineering [1980] A.C. 136*, כי אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות" הוא, אמנם, נזק בר-תביעה על-ידי הניזוק-החי, אך על בית המשפט להפחית מן הפיצויים את אותו סכום, המבטא את ההוצאות המשוערות שהיה התובע מוציא למחייתו, לו חי "בשנים האבודות" (ראו גם *Harris v. Empress Motors Ltd. [1984] 1 W.L.R. 212*). ברגיל, מפחיתים בתי המשפט באנגליה 50%, אלא אם מוכחות נסיבות מיוחדות המצדיקות חישוב אחר, למשל – כי התובע יכול היה לחסוך סכום משמעותי (ראו למשל *Phipps v. Brooks Dry Cleaning Services Ltd. [1996] 140 SJ LB*).

יתירה מזאת, בתי המשפט באנגליה פסקו לא פעם, שבמקרים בהם אין לתובע תלויים, ואף אין צפי כי יהיו לו כאלה – למשל מחמת גילו הצעיר בעת התאונה – סכום הפיצוי בגין השנים האבודות עשוי לעמוד על אפס. מתן פיצוי במקרים אלה, כך נאמר, יהיה ספקולטיבי יתר על המידה (ראו גישות לכאן ולכאן, בפרשות *Croke v. Wiseman* *Connolly v. Camden & Islington Area Health Authority* ; [1981] 3 All E.R. 852 *Gammell v. Adsett v. West* [1983] 2 All E.R. 985 ; [1981] 3 All E.R. 250 *Wilson* [1982] A.C. 27). לעניין זה – אחרור.

39. גם באירלנד הוכרה, כאמור, זכותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין השנים האבודות, תוך שבית המשפט מביא בחשבון הפיצוי את שיעור הוצאותיו הצפויות של הניזוק למחייתו (ראו *Doherty v. Bowaters Irish Wallboard* [1968] I.R. 277). הלכה דומה נהגת באוסטרליה ((*Skelton v. Collins*, 115 C.L.R. 94 (1966)), בקנדה (*Toneguzzo-Norvell v. Burnaby* ; *Semenoff v. Kokan* (1992) 84 D.L.R. (4th) 76) ובמדינות נוספות. (*Hospital* (1994) 1 S.C.R. 114)

קריאה שונה, לפיה אין מקום להפחית מן ההכנסות את אותו סכום המשקף את ההוצאות שנחסכו בשנות אי-החיים, נשמעה לעיתים בפסיקה האמריקאית (ראו *Olivier In re Joint Eastern, v. Houghton County St. Ry.*, 101 N. W. 530, 531 (1904) 726 F. Supp. 426, 428). הנימוק מאחורי תפיסה זו הוא, כי אין זה מעניינו של הנתבע כיצד היה התובע משתמש בהכנסותיו. אלא שנימוק זה אינו עומד בפני הביקורת, שכן מטרת הפיצויים היא לשקף את נזקיו של הנפגע – לא יותר ולא פחות – וברי כי בהקשר בו אנו עוסקים, הנזק הכלכלי האמיתי, שנגרם לניזוק, משתקף בפער שבין הכנסותיו הצפויות "בשנים האבודות" לבין ההוצאות שהיו דרושות לו למחייתו באותן שנים (ראו *Fleming*, במאמרו הנ"ל, בעמ' 603).

40. ומה אצלנו? בפסק-דינו בפרשת גבריאלי אימץ הנשיא ברק את הגישה, המקובלת כאמור במרבית המדינות שנדרשו לסוגית "השנים האבודות", כי בהערכת נזקו של התובע בראש-נזק זה, יש להביא בחשבון את העובדה, שבשנים אלה "תיחסכנה" ממנו גם ההוצאות שהיה נושא בהן אילו חי. הפיצוי בראש נזק זה יועמד, כך הציע, על ההפרש שבין ההכנסה שאבדה לבין ההוצאות שנחסכו. אולם – כך הדגיש הנשיא ברק – אין בכך כדי לשלול את זכותו של הניזוק לעצם קבלת הפיצוי (פרשת גבריאלי הנ"ל, בעמ' 551). אף אני סבור, כי על-פי העקרונות המקובלים עלינו, אין מנוס מלהביא בחשבון הפיצוי את ההוצאות, שהיה הניזוק נושא בהן אילו נותר בחיים "בשנים האבודות". עקרון זה מביא אותנו לשאלה, מהי השיטה שבה ראוי לנקוט,

בחישוב ההוצאות אותן יש להפחית, לצורך קביעת שיעור הפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות".

שיטת חישוב ההוצאות

שיטות אפשריות

41. באנגליה, בקנדה, ובמדינות אחרות בהן מוענק פיצוי בגין "השנים האבודות", ננקטו שיטות שונות לחישוב ההוצאות, אותן יש להפחית לצורך קביעת סכום הפיצוי (ראו C.L. Brown, "Duncan v. Baddeley: Reconciling the 'Lost Years' Deduction with Fatal Accident Cases" 35 *Alberta L. Rev.* 1108 (1997) ; וכן *Duncan Harris v. Empress Motors Ltd. ; (Estate of) v. Baddeley*, (2000) ABCA 227 C. Bruce, "The 'Lost Years' Deduction" *Economica Ltd.* ; [1984] 1 W.L.R. 212 (1999, Vol. 2, No. 1)). אחוזי הניכוי נעים, בדרך-כלל, בטווח הרחב שבין 30% לערך ואף פחות מכך (ראו למשל *Brown v. University of Alberta Hospital* (1997) 63 (145 D.L.R. 4th) לבין 70% לערך (ראו למשל *Granger v. Ottawa General Hospital* (1996) 7 O.T.C. 81)).

42. שיטת חישוב אחת, שהוצעה (ונדחתה) בקנדה, היא "שיטת הצרכים הבסיסיים" (Basic Necessities Approach). שיטה זו מבוססת על קנה-מידה של צרכים בסיסיים, אשר אינו תלוי ברמת ההכנסה של הניזוק. על-פי שיטה זו, בכל מקרה בו ייפסק פיצוי בגין "השנים האבודות", ייגרע מן הפיצוי שיעור המבטא את ההוצאות שמוציא בן-אנוש בגין צרכיו הבסיסיים, וזאת בהתחשב בנתונים כגון השאלה האם הוא נשוי אם לאו, שאלת גודל המשפחה וכיוצא באלה. גישה זו זכתה לביקורת, בין היתר בטענה כי אין בה כדי ליתן אומדן אמיתי של ההוצאות שאדם מסוים, ברמת הכנסה מסוימת, היה מוציא (ראו Brown, במאמרו הנ"ל; ; C. Bruce, "The 'Lost Years' Deduction" *Economica Ltd.* (1997) Vol. 2 No. 1 (ABCA 277)).

43. שיטה אחרת לחישוב ההוצאות, אותן יש להפחית על-מנת לאמוד את הפיצוי בגין "השנים האבודות", היא "שיטת רמת החיים" (Standard of Living Approach). שיטה זו, כך נראה, היא המקובלת ביותר באנגליה ובקנדה. על-פי שיטה זו, יש להביא בחשבון את רמת החיים הפוטנציאלית של הניזוק, בהתייחס ליכולת ההשתכרות שלו.

גישה זו קיבלה ביטוי בפסיקת בית הלורדים בפרשת *Gammell v. Wilson* [1982] A.C.

:27

"the loss to the estate is what the deceased would have been likely to have available to save, spend or distribute after meeting the cost of his living at a standard which his job and career prospects at time of death would suggest he was reasonably likely to achieve".

דברים דומים באו מפיו של בית המשפט לערעורים באנגליה, בפסק-הדין *Harris v. Empress Motors Ltd.* [1984] 1 W.L.R. 212, בהתווה את העקרונות העומדים ביסוד "שיטת רמת החיים":

"(1) the ingredients that go to make up 'living expenses' are the same whether the victim be young or old, single or married, with or without dependants. (2) The sum to be deducted as living expenses is the proportion of the victim's net earnings that he spends to maintain himself at the standard of life appropriate to his case. (3) Any sums expended to maintain or benefit others do not form part of the victim's living expenses and are not to be deducted from the net earnings" (at p. 228)).

וראו גם *White v. London Transport Executive* [1982] Q.B. 489, שם ציין

בית המשפט כי:

"in the cost of maintaining himself I include the cost of his housing, heating, food, clothing, necessary traveling and insurances and things of that kind..." (at p. 499).

בפסק-הדין 76 (4th) 84 D.L.R. (1992) *Semenoff v. Kokan* אימץ בית המשפט הקנדי, במחוז British-Columbia, את שיטת החישוב שננקטה בפסק-הדין בפרשת *Harris*. כך עשה גם בית המשפט לערעורים במחוז Alberta, בגלגוליה השונים של פרשת *Duncan (Estate of) v. Baddeley* (1997) 196 A.R. 161; *Duncan (Estate of) v. Baddeley* (2000) ABCA 277. ראו גם פסק-דינו של בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *Toneguzzo-Norvell v. Burnaby Hospital* (1994) 1 S.C.R. 114.

44. שיטה אפשרית נוספת, שלישית במספר, לחישוב הוצאות-מחייטו של הניזוק היא "שיטת החסכוניות" (Savings Approach). שיטה זו מניחה, כי הסכום, מתוך ההכנסות, שנותר לו לאדם, לאחר שהוא מוציא את ההוצאות לצורך שמירת רמת חייו, הוא הסכום שהיה נחסך על-ידו (ראו *Brown*, במאמרו הנזכר לעיל; *Granger v. Marchand v. ; Ottawa General Hospital* (1996) Doc. 18473/90, Ont. Gen., Div. *The Public General Hospital* (1993) O.J. No. 561; ראו גם פסיקת בית המשפט באוסטרליה בפרשת *Sharman v. Evans* (1977) 138 CLR 563, 579-583; ועוד ראו *Sullivan v. West Yorkshire Passenger Transport Executive*, המוזכר בפסק-דין *Harris* הנ"ל, בעמ' 217). גישה זו זכתה לביקורת, בטענה שאינה מתיישבת עם התכלית, העומדת ביסוד פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות", קרי – מתן אפשרות לתובע להבטיח את עתידם של התלויים (*Trindade & Cane, supra*, 519); עוד נטען, כי גישה זו מביאה בחשבון נתונים בלתי רלבנטיים (כיצד היה הניזוק בוחר להשתמש בכספו), והיא אינה בוחנת את שאלת ניכוי ההוצאות מנקודת המבט הנכונה – זו של הניזוק – אלא מזווית הראייה של היורשים – מה יכולים היו אלה לצפות כי יעבור אליהם בירושה (ראו *Duncan (Estate of) v. Baddeley* (2000) ABCA 277).

השיטה המוצעת

45. מהי שיטת חישוב ההוצאות אותה ראוי להנהיג במשפטנו? "שיטת הצרכים הבסיסיים" ו"שיטת החסכוניות" נדחו, כאמור, על-ידי מרבית הפוסקים והמלומדים, ולא בכדי. שיטות אלה סובלות, כפי שפורט לעיל, מכשלים מהותיים. "שיטת רמת החיים" היא, מבחינה עיונית, שיטה מתאימה יותר, אך גם היא טומנת בחובה ליקוי מרכזי, הנעוץ בעמימותה הרבה. נראה, אפוא, כי למצער באותם מקרים, שבהם ניתן לדעת או לשער את מצבו המשפחתי של הניזוק "בשנים האבודות", מן הראוי לנקוט בשיטת החישוב המושרשת אצלנו, ביחס לפסיקת פיצויים לתלויים – היא שיטת "הידות" – וזאת, בהיעדר נסיבות מסוימות, המצדיקות הליכה בדרך אחרת. לדעת – מקום בו מצבו המשפחתי של הניזוק כבר נתגבש ביום פסק-הדין; לשער – מקום בו טרם נתגבש אך הוא ניתן לתחזית. שיטת הידות מיישמת, באין ראיות אחרות, הנחת עבודה – חזקה עובדתית המושתתת על ניסיון החיים, בדבר אורח החיים של המשפחה הממוצעת. משמעות יישום השיטה הזו היא, כי לאחר אומדן הכנסתו הפוטנציאלית של הניזוק, יש לצרפה להכנסה המשפחתית ("הקופה המשותפת") ואז, מתוך ההכנסה הכוללת, להקציב יד אחת כהוצאת קבע כללית של המשפחה, ואת היתרה לחלק שווה בשווה בין בני המשפחה, באופן שלכל אחד מיוחסת יד אחת. את היד של הנפגע

ממעשה הנזיקין יש להפחית מהכנסתו, וכך מתקבל סכום הפיצויים (ראו פרשת פלקסברג הנ"ל, בעמ' 1638).

46. לגישה זו מספר יתרונות: ראשית, היא משיגה את מטרת הניכוי. כאשר משמשת שיטת הידות בחישוב נזקם של התלויים, היא מפיקה נתון בדבר הסכום שהניזוק-המנוח היה מוציא לכלכלת עצמו. סכום זה מבטא את "החיסכון" – הרכושי כמובן – שהוא פועל יוצא של מות הניזוק (ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה ויולט צאיג ז"ל, פ"ד לה (2) 123; ע"א 501/84 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' מירון, פ"ד מב (2) 89). אחר סכום זה – סכום "החיסכון" הרכושי שנצמח ממות המנוח – תרים אנו גם כאשר עוסקים אנו בסוגיית "השנים האבודות". זהו אפוא טעם טוב לשימוש בשיטת הידות אף לחישוב הפיצויים בענייננו. שנית, שיטת הידות היא שיטת-חישוב נוחה, יעילה ושוויונית:

"בוודאי שאף שיטת הידות אינה מדויקת ואינה מבחינה בין ההוצאות המוצאות למחיית בני המשפחה השונים שרק תיאורטית הן שוות; גם אין לומר שה"ידה" הנוספת שווה בשיעורה בכל המשפחות ובכל המצבים; יתרונה העיקרי של השיטה הוא שהיא מפשטת את דרך האמדן ונותנת בידי בית-המשפט ובעלי-הדין מכשיר-של-חישוב המקל עליהם לקבוע את ההפסד הממוני שנגרם לתלויים; ואל יהי דבר זה קל בעינינו, שהרי חישוב בעזרת נוסחה מקל על בית-המשפט את מלאכתו ומסייע לציבור המתדיינים להגיע, במקרה מתאים, לידי פשרה; אכן נקבע ב-ע"א 32/60, כי במקום בו אין הנסיבות המיוחדות של המקרה מחייבות נקיטת שיטה אחרת, מוטב שבית-המשפט ינקוט 'שיטת הידות' כדי שלא יהיה תובע אחד זוכה בהרבה ותובע שני זוכה במעט רק בגלל גישות של שופטים שונים" (ע"א 610/75 רותם נ' נוף, פ"ד לב (1) 799).

כאשר משווים שיטה זו, על יתרונותיה אלה, לאחרות, ומתחשבים בכך שבתו המשפט בישראל מורגלים בהחלטה במשפטי נזיקין, ניכרת עדיפותה על-פני שיטות החישוב העמומות, שנסקרו לעיל (ראו עוד ע"א 1299/92 עזבון עליזה מור ז"ל נ' ד"ר לני רום, פ"ד נ (1) 697, 702). שלישית, שיטה זו משלבת בתוכה הן את ההתחשבות במספר הנפשות במשפחה והן את ההתחשבות במעמדה הכלכלי לאור רמת ההכנסה הכוללת (ראו ע"א 482/89 עזבון המנוחה אביר שרה ז"ל נ' פרבר יהושע, פ"ד מז (3) 107; ע"א 64/89 גבאי נ' לוזון, פ"ד מח (4) 673; ע"א 541/88 החברה להגנת הטבע נ' עזבון המנוחה אורה פורמן ז"ל, פ"ד מו (1) 133, 142). נתונים אלה הם בעלי חשיבות, בכל הנוגע לחישוב "החיסכון" שנגרם עקב מות הניזוק. רביעית, פסיעה בנתיב הידות גם

בהקשר של "השנים האבודות" מביאה לקוהרנטיות ולהרמוניה בשיטת חישוב הפיצויים במשפט הישראלי, והיא מביאה בחשבון את אחד הטעמים המרכזיים – אולי המרכזי ביניהם – למתן הפיצוי בגין "השנים האבודות", לאמור – הבטחת התמיכה לתלויים. נקיטה בשיטה זו מקרבת את סכום הפיצויים בגין "השנים האבודות" לסכום שהיו התלויים מקבלים בתביעה עצמאית בגין אובדן תמיכה, ובכך משיגה תוצאה ראויה (ראו Waddams, בספרו הנ"ל, 3.920). וחמישית, שיטה זו, על-פי ההלכה המקובלת, אינה סוף-פסוק, והיא חלה כברירת מחדל, מקום שבעלי הדין אינם מצביעים על נסיבות המצדיקות חישוב אחר (פרשת פלקסברג הנ"ל, בעמ' 1637; פרשת רותם הנ"ל; ע"א 204/85 מדינת ישראל נ' רוני מזרחי, פ"ד מב(2) 113; ע"א 587/87 מלכה נ' אטקין, פ"ד מד(4) 168). זהו אפוא מסלול נוח לחישוב הפיצויים, אשר ניתן לסטות ממנו במידת הצורך ולפעול על-פי שיטת חישוב אחרת, העולה בקנה אחד עם הנסיבות שהוצגו והראיות שהובאו במשפט.

47. עד כאן הצענו את "שיטת הידות" כאמצעי לאומדן השיעור שיש להפחית מסכום הפיצויים בגין "השנים האבודות". עם זאת, השימוש בשיטה זו מצריך שתי התאמות: ראשית, ישנו הבדל בין פסיקת פיצויים לתלויים, בגין אובדן תמיכה, לבין פסיקת פיצויים לניזוק-החי, בגין "השנים האבודות". בעוד שבמקרה הראשון – פסיקת פיצויים לתלויים – הסכום שהיה הניזוק חוסך אינו צריך להיכלל בפיצויי התמיכה, שכן התלויים לא היו נהנים ממנו כתלויים, הרי שבמקרה השני סכום זה אמור להיות חלק מן הפיצוי, ואין הצדקה להפחיתו. אכן, כאשר מדובר בפיצוי הניזוק-החי עבור "השנים האבודות", יש להפחית מסכום הפיצויים את "ידת הקיום" של המנוח (הסכום שהיה דרוש לו למחייתו), אך יש להותיר בגדר הפיצוי הן את סכום התמיכה והן את סכום החיסכון. אשר על כן, נראה כי מן הראוי להתאים את "שיטת הידות", כך שבהיעדר נסיבות המצביעות אחרת, יופחת מתוך סכום הניכוי סך מסוים, המייצג את אותו חלק מתוך ידתו של הניזוק, אשר היה מוקדש לחיסכון. במילים אחרות, מתוך סכום ההשתכרות יש להפחית לא את ידתו כולה, אלא חלק ממנה, המשקף את הוצאות המחייב אך לא את החיסכון. חלק זה עשוי להיקבע בשתי דרכים: האחת, חלוקת ידתו של הנפגע לשתיים, כשמחציתה תבטא את שיעור החיסכון (מחצית – כשיעור ממוצע מתאים), והאחרת – הוספת ידה "רעיונית" נוספת על מספר הידות המקובל, וניכוייה. דרך אחרונה זו, המגדילה ביחידה אחת את מספר הידות, לצורך איתור "ידת הקיום" אשר תופחת מסכום הפיצויים, יתרונה בכך, שכמו שיטת הידות "הרגילה", היא מהווה שיטה פרופורציונאלית, המבוססת על ניסיון החיים. והכל – בהיעדר ראיות לסתור.

שנית, כבר רמזנו לעיל כי "שיטת הידות" מתאימה בעיקר באותם מקרים, שבהם ניתן לדעת או לשער מה היה מצבו המשפחתי של הניזוק, אלמלא התאונה, "בשנים האבודות". ידיעה זו, או השערה זו, מאפשרות לבצע את החישוב על-פי מספר הנפשות במשפחה. אולם, כאשר נתון זה אינו בנמצא – למשל מקום בו ברור כי לתובע לא יהיו תלויים מחמת תוחלת חיים קצרה במיוחד או חוסר-הכרה מתמיד – עלול להתעורר קושי בהפעלת דרך החישוב הזאת. או אז, ניתן לפנות למספר נתיבים: ניתן, למשל, להעריך את מצבו המשפחתי "הרעיוני" של הניזוק, "בשנים האבודות", על יסוד נתונים סטטיסטיים, ולבצע את החישוב על-פי "שיטת הידות" המתוארת לעיל (ראו והשוו 76 (4th) 84 D.L.R. (1992) *Semenoff v. Kokan*, שם הניח בית המשפט כי לניזוק-הרווק היו יכולים להיות שני ילדים). דרך אחרת היא, להניח כי מדובר בניזוק חסר-תלויים, ולנכות מן הפיצוי הוצאות מוגברות. במקרה כזה, החלק שיוקדש להוצאות מחייה אישיות, ולחיסכון, יגדל (ראו *Waddams*, בספרו הנ"ל, 3.930). נוסף על כך בדיוננו אודות הפיצוי בדין "השנים האבודות" של ילד.

הפיצוי בגין "השנים האבודות" של ילד

48. אף-על-פי שפסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" נועדה, בין השאר, להגשים את התכלית הסוציאלית של הגנה על התלויים, עדיין אין ערובה לכך שהניזוק אכן יעשה בכספי הפיצויים שימוש למענם. קיים חשש כי הניזוק ייהנה בעצמו מכספי הפיצויים, כולם, במהלך תוחלת החיים שנותרה לו, או שיקדיש אותם למטרות אחרות עד שלא יותר דבר לתלויים (חשש זה נתפס על-ידי ה- Law Commission, בצדק כפי הנראה, כחשש רחוק למדי). זאת ועוד, זכותו של הניזוק לפיצויים אינה נשללת מקום בו כלל אין לו תלויים, או שתלוייו בהווה אינם מי שהיו עשויים להיות תלוייו בעת הליכתו לעולמו, אלמלא הנזק שהוסב לו (M.A. Jones, *Torts* (8th Ed., 2002) 682).

דוגמה בולטת למצב דברים מסוג זה ניתן למצוא בתאונות, אשר בהן הניזוק הוא ילד רך בשנים. כאשר אלה הם פני הדברים, פוחת משקלו של אחד הטעמים המרכזיים לפסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות", הלא הוא השיקול בדבר מניעת אי-צדק לתלויים. הלורד Denning כתב באחת הפרשות, בדעת מיעוט, כי מקום שבו תוחלת חייו של תינוק קוצרה עקב תאונה, יהא בפסיקת פיצויים בגין אובדן השתכרות משום אבסורד, שכן הפיצויים יגיעו לידי הוריו, או, אם אלה אינם בחיים, לידי קרוב אחר (Croke v. Wiseman [1981] 3 All E.R. 852, 857). יצוין, כי לגישתו של הלורד Denning אין לפסוק פיצויים בגין אובדן השתכרות, הן בשנות החיים והן "בשנים האבודות", גם לילד הסובל, עקב התאונה, מנזק מוחי קשה (שם, שם). הפסיקה

האנגלית הוסיפה ועמדה, בפרשות נוספות, על הקושי הרב, שעלול להתגלות בעת שמבקשים לקבוע את דפוס ההשתכרות העתידי הפוטנציאלי של ילד, או לאמוד את הסכום שהיה מוציא למחייתו אלמלא התאונה.

49. חרף הקשיים האלה, לא שללה הפסיקה באנגליה את עצם הזכות לפיצויים, במקרים כאלה, בראש הנזק של "השנים האבודות". גם בפרשת *Croke* הנ"ל, הסתייגה דעת הרוב מעמדתו העקרונית של הלורד Denning, לפיה כאשר מדובר בילד קטן, אין מקום לפיצוי בראש הנזק של אובדן השתכרות. יחד עם זאת, פסקו לא פעם בתי המשפט באנגליה, כי סכום הפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות של ילד "בשנים האבודות" יכול ויהיה צנוע ביותר, עד כדי אפס, וזאת בשל הספקולטיביות הרבה שבפסיקתם. בפרשת *Gammell v. Wilson* [1982] A.C. 27, 78, פסק בית המשפט לאמור:

"in the case of a young child, the lost years of earning capacity will ordinarily be so distant that assessment is mere speculation. No estimate being possible, no award, not even a "conventional" award, should ordinarily be made".

על אף זאת, הכיר בית המשפט, בפרשת *Gammell*, בחריגים לכלל זה, למשל במקרה שבו נקטעה באיבה הקריירה של כוכב טלוויזיה צעיר. ובפרשת *Connolly v. Camden & Islington Area Health Authority* [1981] 3 All ER 250 נקבע, כי פסיקת הפיצויים, כאשר בילד עסקינן, קמה ונופלת על אפשרות ההוכחה:

"It is difficult enough in the case of a teenager or middle aged person to prove something for the lost years. It is more difficult for a child but I can envisage, with respect, far more examples than the Shirley Temple case or that of a television star. I can envisage the only son of a father who owns a prosperous business. I can envisage the son who is born to a father who is able to leave the estate to the son. I can envisage a number of situation where the court can look at something and find there are lost years to be compensated for... but what I hold and hold clearly is that Pickett and Gammell... give this little boy a head of claim for lost years, but on the material before me I am going to state... not that there is no claim but that there is a claim which I assess at nil".

ראו עוד *Harris v. Empress* ; *Adsett v. West* [1983] 2 All E.R. 985
Motors Ltd. [1984] 1 W.L.R. 212. הספקולציה, אכן, עשויה למצוא ביטוי בשאלת

גובה "החיסכון" שהיה אוצר בידו הקטין, כמו גם בשאלת זהות התלויים בו במועדים הרלבנטיים. אלא שהספקולציה היא אילוץ, שתביעת הנזיקין חייבת להתמודד עמו – ולא בדרך של זניחת העיקרון, כי אם בבחירה מתאימה של דרכי יישומו. כך, למשל, ניתן להציע, בתביעת הקטין, לנכות מן הפיצוי הוצאות מוגברות בהיעדר תלויים, ולהעדיף שיטה זו על ההנחה הספקולטיבית יותר בדבר קיומם (העתידי) של התלויים ובדבר מספרם, תוך ניכוי ידת הנפגע.

50. בפועל, הקושי להעריך את הנזק בגין אובדן השתכרות, במקרה של נפגע שהוא ילד, לא נתייחד אך לסוגיית "השנים האבודות". פעמים רבות, כאשר נפגע ילד עקב מעשה רשלני, יש בכך כדי לפגוע ביכולת ההשתכרות העתידית שלו או באפשרותו להשתלב בשוק העבודה. בית המשפט נדרש לפסוק לו פיצויים על יסוד השערות והערכות, שמידת עיגונן במציאות עשויה להשתנות ממקרה למקרה. אכן, כאשר בילד עסקינן, עלול להיווצר קושי במדידת שיעורו של אובדן ההשתכרות, שכן פעמים רבות חסרים נתונים לגבי פוטנציאל ההשתכרות של הנפגע, ובית המשפט מוצא עצמו מגשש באפילה. "... קביעת הפסד שכרו העתידי של קטין, שטרם נכנס למעגל העבודה בפועל, היא תמיד בגדר ניחוש, שהוא רב יותר ככל שהקטין הוא בגיל רך יותר" (דברי השופט "מלץ בע"א 311/85 אפראימוב נ' גבאי, פ"ד מב(3) 191, 194). תכופות, בעת הפגיעה, ואף במועד המשפט, הנפגע הקטין טרם בחר לעצמו את עיסוקו, טרם החל במסלול הכשרתו המקצועית, והקושי להעריך מה צופן לו העתיד – ניכר (ראו דברי המשנה לנשיא ת' אור בע"א 634/88 עטיה נ' זגורי, פ"ד מה(1) 99, 101). עם זאת, קושי זה אין בו, בדרך-כלל, כדי למנוע את עצם פסיקת הפיצויים בגין הפגיעה בפוטנציאל ההשתכרות, שהוא נכס השמור לבעליו. "הקושי המיוחד שבהערכת הפיצוי לגבי ילד בגיל זה אינו צריך למנוע כליל קביעת סכום כלשהו" (ע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח 1428; פרשת ברדה הנ"ל, בעמ' 786; וכן ראו *Croke v. Wiseman* [1981] 3 All E.R. 852). בית המשפט אינו נרתע מלנסות ולקצוב סכומים אשר ישקפו, במידה זו או אחרת, את הנזק שנגרם לנפגע, ולא פעם נעשה הדבר באמצעות קביעת סכום גלובאלי (ע"א 685/79 אטרש נ' מעלוף, פ"ד לו(1) 626, 630; ע"א 335/59 ריחני נ' צידקי, פ"ד טו 159; ע"א 326/88 צימרמן נ' גבריאילוב, פ"ד מו(1) 353, 360) או בהסתמך על גובה השכר הממוצע במשק (ע"א 142/89 יוסף גמליאל נ' אושיות חברה לביטוח בע"מ, תק-על 90(3) 683).

נראה, כי שיקולים דומים צריכים להדריך את פסיקת הפיצויים גם במקרים בהם מדובר באובדן השתכרות "בשנים האבודות" של ילד. בפרשת גבריאיל סבר הנשיא ברק, כי:

"אין לקבוע עיקרון משפטי, לפיו הפיצוי, לו יזכה ילד רך בשנים, הוא תמיד מזערי או אפילו אפסי. אין לקבוע בעניין זה מסמרות. הכול תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, דהיינו, בתשתית העובדתית, אשר תונח לפני הערכאה הדנה בעניין, ועשויים להיות מקרים, בהם הפיצוי יהיה משמעותי (ראה: *Rose v. Motor Vehicle* (1974) 48 A.L.J.R. 352) (שם, בעמ' 557-558).

עצם העובדה שהנפגע הוא קטין, אין בה אפוא כדי להשליך, מבחינה עקרונית, על שאלת הזכאות לפיצוי, אם כי תיתכן לכך נפקות בקביעת שיעור הפיצוי. התובע הקטין יהא זכאי לתבוע פיצויים וזכות זו בעינה עומדת אף מקום בו שומת הפיצויים תהא צנועה ביותר.

סיכום ביניים: תביעת הניזוק-החי

51. סוגיית "השנים האבודות" העסיקה את שיטות המשפט השונות. גישות שונות ננקטו בשיטות שונות, אולם ניתן בהחלט לומר, כי במדינות רבות – מהן בעלות קווים משותפים לשיטת המשפט הישראלית בהקשר הרלוונטי – מוכר ראש-הנזק של "השנים האבודות" כנזק בר-תביעה על-ידי הניזוק-החי. כך באנגליה, בקנדה, באוסטרליה, באירלנד, בסקוטלנד, בניו-זילנד ובארצות-הברית. גישה דומה ראוי לאמץ גם אצלנו, ככל שהדברים אמורים בתביעת הניזוק-החי. בכך יינתן ביטוי הן לעקרונות היסוד של דיני הפיצויים, הן למטרות שלהגשמתן חותר משפט הנזיקין, והן לתכלית הסוציאלית הנוגעת להבטחת מעמדם של התלויים.

האם יש להחיל דין דומה גם לגבי תביעת העיזבון?

פיצויים בגין "השנים האבודות": תביעת העיזבון

52. בחנו עד עתה את זכאותו של הניזוק-החי, אשר תוחלת חייו קוצרה, לפיצויים בגין אובדן יכולתו להשתכר "בשנים האבודות". נבחן עתה את השאלה האחרת, והיא נוגעת לזכותו של העיזבון לתבוע בראש-נזק זה, מקום בו תוחלת חייו של הניזוק קוצרה במידה כזו, שלא היה סיפק בידי לתבוע את נזקו. עמדנו על כך, שזכויות התביעה של ניזוק שנפטר כנגד המזיק – הן בגין נזקים ממוניים והן בגין נזקים בלתי-ממוניים – "שורדות" את מותו ועוברות לעיזבונו. לכאורה, לא מתעוררת, אפוא, שאלה לעניין קיומה של זכות תביעה בגין הנזק של אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים

האבודות", בידי העיזבון. עם זאת, חלק מן המדינות, שהכירו בזכאותו של הניזוק-החי לפיצויים בראש-נזק זה, לא הכירו בזכות דומה של העיזבון.

53. באנגליה, מצא בית המשפט בשעתו, כי הוראות החוק אינן מאפשרות הבחנה בין תביעת הניזוק-החי לבין תביעת עיזבון. על כן, משנקבע בפרשת *Pickett* כי לניזוק-החי, שתוחלת חייו קוצרה בעוולה, עומדת זכות לפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", החילה הפסיקה את ההלכה גם ביחס לתביעות עיזבון (ראו *Kandalla v. British European Airways Co.* ; *Gammell v. Wilson* [1982] A.C. 27 Q.B. 158 [1981]). דעת בתי המשפט שם לא היתה נוחה מכך, והם הדגישו כי הקושי שנוצר לאור הלכת *Oliver*, ואשר כנגדו יצאה הלכת *Pickett*, אינו קיים כאשר הנתבע עצמו לא הגיש תביעה בחייו. זאת, הואיל ובמקרה כזה תביעת העיזבון ותביעת התלויים אינן מוציאות זו את זו, דהיינו – לתלויים עומדת תביעה עצמאית בגין אובדן התמיכה. כדברי השופט Griffiths בפרשת *Kandalla* :

"The same dilemma does not arise in a case such as the present where the wage earner has been killed in the accident and claims are brought both under the Law Reform Act for damages on behalf of the estate and under the Fatal Accidents Acts for both actions can run concurrently. Justice can be done to the parents by an award under the Fatal Accidents Acts and any sums for the 'lost years' awarded under the Law Reform Act which exceed the value of the Fatal Accidents Act damages will be a pure windfall for the parents" (at p. 168-169).

שינוי בחקיקה באנגליה סתם את הגולל על אפשרות התביעה, מצד עיזבונם של נפטרים, בגין "השנים האבודות" (ראו *Administration of Justice Act* (1982) s. 4), וזאת בעקבות המלצות ה- Law Commission וה- Pearson Royal Commission). הטעם העיקרי לשינוי חקיקתי זה היה הרצון למנוע מצב של רווח יש מאין לתלויים, כפי שנוצר, לפי הטענה, בפרשת *Gammell*.

54. גישה זו של המחוקק האנגלי אינה נקייה מביקורת, וזאת, בין היתר, לאור העובדה, שאין זה המקרה היחיד בו זוכים קרוביו של הניזוק ל"רווח יש מאין" מסוג זה, ושליטת הפיצוי מטעם זה, דווקא בראש-הנזק של "השנים האבודות", היא שרירותית במידת-מה. טלו, לדוגמה, את הפיצויים הנפסקים לעיזבון בגין כאבו וסבלו של המנוח טרם מותו, או את טובת ההנאה הכספית של קרובי הניזוק-הצמח, שזכאי בחייו לפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות.

ביקורת אחרת, שהושמעה באנגליה לגבי הוראת סעיף 4 ל- *Administration of Justice Act* (1982), היא כי זכות תביעה של העיזבון בגין "השנים האבודות" נשללת, לפי הוראה זו, גם במקרים שבהם אין לתלויים זכות תביעה בגין אובדן תמיכה. כך, למשל, במקום בו כושר ההשתכרות של הניזוק הופחת בעוולה, אך הניזוק נפטר בטרם המשפט מסיבה שאינה קשורה במעשה הנזיקין. התלויים נותרים, בסיטואציה כזו, בלא תמיכה ובלא פיצוי (ראו *The P. Cane & D. Harris, "Legislation" 46 (1983) Modern L. Rev. 478*).

תהליך דומה לזה שנתרחש באנגליה, נצפה גם באוסטרליה. בית המשפט שם פסק תחילה, כי בהיעדר דבר-חקיקה הקובע אחרת, זכותו של הניזוק לתבוע בגין אובדן יכולת השתכרות "בשנים האבודות" עוברת לעיזבון (ראו *Fitch v. Hyde-Cates, 150 (1982) C.L.R. 482*). אולם, פסיקה זו נהפכה על-ידי המחוקקים במרבית המחוזות (ראו *Trindade & Cane, supra*, וכן *Fleming, The Law of Torts (7th Ed., 1987) 640 (1987) 548-549*). גם בסקוטלנד שלל המחוקק את זכות התביעה של העיזבון בגין אובדן השתכרותו של המנוח לאחר מותו (ראו *Damages (Scotland) Act, 1976, s. 2*).

55. בקנדה, אין מענה אחיד לשאלת "שרידותה" של תביעה בגין אובדן השתכרות. ככלל, כאשר נגרם מותו של אדם בעוולה, קמה לעיזבון תביעה בגין אובדן השתכרות בתקופה שקדמה למוות. אולם, לא בהכרח כך לגבי אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות". במחוז Saskatchewan קבע המחוקק, במפורש, כי הנזק של אובדן הכנסה לאחר מות הניזוק אינו בר-תביעה לפי ה- *Survival of Actions Act* (ראו הוראת סעיף *Estate British Columbia (1987) 6(2)(b)* לחוק). כך קבע גם המחוקק של מחוז *Administration Act, R.S.B.C. 1996, s. 59(3)(c)*. הטעם העומד מאחורי הוראות חוק אלה, הוא הרצון להימנע מפיצוי בשני מסלולים מקבילים – תביעת עיזבון ותביעת תלויים, שמשמעותו רווח יש מאין לעיזבון (*Cassels*, בספרו הנ"ל, בעמ' 192).

גישה דומה נקטה הפסיקה במחוזות נוספים, ובהם מחוז *New Brunswick* (ראו *Saint John Regional Hospital v. Comeau, (2001) 113 M.B.C.A.*), מחוז *Ontario* (ראו *Balkos v. Cook (1991) 75 O.R. 593*), ומחוז *Prince Edward Island* (ראו *Rayner v. Knickle (1991) 88 Nfld. & P.E.I.R. 214*). במחוז *Manitoba*, לעומת זאת, הכיר בית המשפט בעניין אחד בתביעת עיזבון בגין אובדן יכולת השתכרות "בשנים האבודות" (ראו *Woollard v. Coles, 85 A.C.W.S. (3d) 564 (1998)*).

56. התפתחות מעניינת בסוגיה זו אירעה במחוז Alberta שבקנדה, שם הכירה הפסיקה בתביעת עיזבון לפיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות. בפסק-הדין *Duncan (Estate of) v. Baddeley* (1997) 196 A.R. 161, אשר עורר הדים רבים, נדונה תביעת עיזבון של נער בן שש-עשרה, שנהרג בתאונת דרכים, בלא שהותיר אחריו תלויים. בית המשפט פסק כי:

"... in Alberta a claim for loss of future earnings does survive the death of the victim. And, with two important qualifications, that claim should be assessed as would any claim for loss of future earnings".

בית המשפט של Alberta קבע, אם כן, כי התביעה לפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות "שורדת" את מותו של הניזוק. בנמקו מסקנה זו אמר בית המשפט, בין היתר, כי כפי שהעיזבון זכאי לפיצוי בגין נכס שנהרס בתאונה בה קיפד המנוח את חייו (למשל, שעון שענד המנוח על ידו), כך ראוי שייפסקו פיצויים לעיזבון בגין הנכס המגולם באובדן יכולת ההשתכרות. בית המשפט סבר גם, כי אין כל הצדקה להבחין בין ניזוק ש"הצליח" להיות בחיים עד יום לאחר מתן פסק-הדין, לבין ניזוק שנפטר יום לפני מתן פסק-הדין, כאשר במקרה הראשון קמה זכאות לפיצויים בגין "השנים האבודות", והקרובים זכאים לרשת את כספי הפיצויים לאחר מות הניזוק, ואילו במקרה השני, המזיק שגרם להחשת המוות, או שעלה בידו להשהות את הדיון, אינו נדרש לשלם פיצויים. שתי ההסתייגויות אליהן מתייחס בית המשפט, בציטוט המובא לעיל, עניינן בניכוי הוצאות המחיייה ומס ההכנסה – בתקופת קיצור תוחלת החיים – מסכום הפיצויים (עוד על פסק-הדין, ראו למשל C.L. Brown, "Duncan v. Baffeley: Reconciling the 'Lost Years' Deduction with Fatal Accident Cases" 35 *Alberta Galand Estate* L. Rev. 1108 (1997); לפסיקה דומה, אף היא במחוז Alberta, ראו *Brooks (Estate of) v. Stefura* (1998) 2000 ; *v. Stewart* (1992) 135 A.R. 129 (ABCA 276).

57. אלא שגם ב-Alberta השתנה הדין בעניין זה, כאשר בשנת 2000 אימץ המחוקק את המלצותיה של ה-Alberta Law Reform Institute (להלן: ועדת Alberta), שפורסמו בשנת 1998 (Report No. 76), ותיקן את ה-Survival of Actions Act באופן שהעיזבון לא יוכל להיפרע בגין:

"damages in relation to future earnings, including damages for loss of earning capacity, ability to earn or chance of future earnings" (c. S-30)

ראוי לציין, כי ועדת Alberta הגיע למסקנתה על-יסוד הליך מחשבתי בעל ששה נדבכים: הראשון – הבסיס לתשלום פיצויים בגין אובדן הסיכוי להכנסות עתידיות (loss of a chance of future earnings), הוא פיצוי עבור האדם הנפגע; השני – תשלום כסף אינו יכול לפצות אדם שנפטר, ואובדן הסיכוי להכנסה עתידית של המנוח אינו גורם כל הפסד לעזבונו. על כן, תשלום פיצויים בגין אובדן הסיכוי להכנסה עתידית, למעשה אינו מפצה איש; השלישי – הצדק אינו דורש תשלום כסף בגין אובדן הסיכוי להכנסה עתידית למטרה כלשהי מלבד פיצויים; הרביעי – עשיית צדק עם בני המשפחה, שהמנוח הותיר אחריו, נעשית באופן ישיר ואפקטיבי באמצעות תביעת התלויים, והצדק אינו מחייב לעשות כן בדרך של תביעת עיזבון בגין אובדן הסיכוי להכנסה עתידית; החמישי – הסיכוי להכנסה עתידית אינו נכס בר-הורשה; והשישי – הערכת הנזק בגין אובדן הסיכוי להכנסה עתידית היא קשה ומחייבת "התבוננות בכדור בדולח".

58. הקו שמתווה ועדת Alberta אינו חף מקשיים. לא נרחיב בעניין זה, אולם גם לא נבקש לצאת פטורים בלא כלום, וזאת במיוחד לאור כך שטיעוני הועדה משקפים את עמדת שוללי הפיצוי, וראוי להצביע על מספר טיעוני נגד לעמדה זו. הפיצוי בגין אובדן יכולת השתכרות הוא, אכן, פיצוי בגין נזק שנגרם, מטבע הדברים, לנפגע. כבר עמדנו על כך, שפוטנציאל ההשתכרות הינו "נכס" השייך לאדם, אשר ערכו הכספי נאמד על-פי "ערך התפוקה, שהוא עשוי להניב במשך זמן קיומו, דהיינו, על פי ערך ההשתכרות המתקבלת מניצולו של הכושר" (ברק, במאמרו הנ"ל, בעמ' 257). הפגיעה בפוטנציאל זה מקימה זכאות לפיצוי, וכאמור, העובדה כי הניזוק לא יחיה "בשנים האבודות" אינה מאיינת זכאות זו. אשר לעיזבון: יש לזכור כי לו היה הניזוק מגשים את פוטנציאל ההשתכרות שלו, יכול בהחלט שעזבונו היה גדול יותר. במובן זה, ניתן לומר כי מות הניזוק גרם הפסד לעיזבון (ראו *In re Joint Eastern & Southern Dist. Asbestos Lit.*, 726 F. Supp. 426, 428 (1989)).

ואף זאת יש לומר: מרבית טיעוני הועדה אינם מתיישבים, לדעתי, עם ההכרה, הרווחת במשפט הקנדי מזה שנים רבות, בזכותו של הניזוק-החי לפיצויים עבור "השנים האבודות". כך, למשל, סבורה הועדה כי אין מקום לפסיקת פיצוי, שהניזוק עצמו אינו יכול ליהנות ממנו. אלא שראינו, כי גם לגבי הניזוק-החי, ההנחה היא כי הוא לא יזכה לחיות באותן שנים, וממילא גם לא יוכל ליהנות מן הפיצויים המיוחסים לתקופה

האבודה. אמנם, מבחינה מעשית יכול והניזוק-החי יעשה שימוש בכל סכום הפיצויים במהלך שנות-החיים שנותרו לו – שהרי בדרך-כלל (אף כי לא תמיד) ניתן הפיצוי בדרך של תשלום חד-פעמי מהוון. אך בכך אין כדי להשפיע על מהות הפיצוי, קרי – פיצוי הניתן בגין שנות אי-החיים, ועל כן מבחינה עיונית, הטיעון האמור, בדבר חוסר היכולת של הניזוק ליהנות מן הפיצוי בגין "השנים האבודות", תקף במידה רבה גם לגבי הניזוק-החי. אלא שכפי שבואר לעיל, טיעון זה אין בו כדי לשלול את הפיצוי מן הניזוק-החי – כך אף נקבע בקנדה – ואין בדברי הועדה נימוק משכנע מדוע יביא הוא לשלילת הפיצוי מן העיזבון. ואם בהשוואה לעניינו של הניזוק-החי עסקינן, ראוי להביא כאן מדברי בית המשפט של Alberta בפרשת *Duncan*:

"When the injured person survives until judgment, he is given substantial damages. The fact that he dies the day after judgment does not reduce the damages, nor remove his beneficiaries' right to inherit them. Indeed the very reason for the damages is the accurate foresight that he would die young...

Why should the tortfeasor escape scot-free if the plaintiff dies the day before judgment is pronounced? Worse still, why should the tortfeasor who has made death imminent escape scot free if he manages to drag out the litigation long enough that he produces the very death in question, before judgment?

In my view, the issues here transcend questions of social utility or inheritance. They involve justice".

אשר לתלויים: אמנם, מקום בו מדובר בתביעת עיזבון, והניזוק עצמו לא הגיש תביעה בעודו בחיים, עומדת לתלויים תביעה עצמאית בגין אובדן תמיכה, כך שפסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" אינה משרתת את התכלית של הגנה על עניינם. אך יחד עם זאת, ראוי לזכור כי, העיזבון בא בנעלי הניזוק עצמו, וזכותו נגזרת מזכות הניזוק; לכן, הכרה בזכותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין "השנים האבודות" גוררת עמה, בהיעדר הוראה סטטוטורית הקובעת אחרת, גם הכרה בזכות זו בתביעת העיזבון. מה גם שכאמור, קשה למצוא הבדל מהותי – ככל שמדובר ב"רווח יש מאין" לעיזבון – בין זכות תביעה בגין אובדן יכולת השתכרות "בשנים האבודות", לבין זכות תביעה בגין נזק אחר שנגרם לניזוק, למשל הנזק הלא-ממוני של כאב וסבל ואובדן תוחלת חיים, אשר לגביו מקובל במשפטנו כי עומדת לעיזבון זכות תביעה (ראו פרשת עיזבון אזולאי הנ"ל וכן פרשת גבריאלי הנ"ל, בעמ' 560). "שרידותה" של זו וגם של זו אין מטרתה לפצות את התלויים – לשם כך עומדת להם זכות תביעה נפרדת – אלא להביא לכך שהעיזבון יכלול את העושר, שהשתקף בזכויות התביעה של הניזוק, כמצוות סעיף

19 לפקודה. נראה, כי דווקא הפיצוי בגין אובדן יכולת השתכרות – שהוא כאמור נכס השייך לבעליו – מתאים יותר להורשה מאשר הפיצוי בגין כאב וסבל, שהוא בעל אופי "אישי" מיוחד. מכל מקום ברי, כי לו היה הניזוק חי, מגיש תביעה וזוכה בפסק-דין, ואז נפטר בעטיו של גורם חיצוני, עוולתי או תמים, היו הפיצויים בהם זכה מהווים חלק מעיזבונו, ואיש לא היה רואה בכך משום "רווח יש מאין" יותר מאשר כל נכס אחר של המנוח העובר ליורשיו. התעשרותם של היורשים נובעת משניים: ראשית, הכלל המשפטי המורה כי תביעת הניזוק שורדת לאחר מותו, אם לא מיצה אותה; ושנית, עצם התפיסה בדבר הורשת העושר, המקובלת מאז ומעולם בחברה האנושית. ראש-הניזוק שעניינו אובדן יכולת השתכרות אינו מתייחד בדבר, מבחינה זו. ואם תאמרו כי הקושי הוא כפל הפיצוי, הרי להלן יבואר, כי יש לקזז מן הסכום שמתקבל על-ידי העיזבון את הסכום לו זכאים התלויים בתביעתם הנפרדת.

ולבסוף, גם הטיעון שמעלה ועדת Alberta בדבר קשיי ההערכה של הנזק אינו מוביל בהכרח למסקנה כי יש לשלול, מניה וביה ובכל מקרה, את זכות העיזבון לפיצוי. טיעון זה הרי נכון במקרים רבים של פסיקת פיצויים בגין נזקים עתידיים – "תורת הפיצויים היא תורת חוסר הוודאות" (ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281). במיוחד נכונים הדברים כשמדובר בהפסד כושר השתכרות בעתיד. "בתי המשפט ציינו פעמים רבות את הקושי לקבוע ולחשב את הפסד כושר ההשתכרות בעתיד של ניזוק. המדובר הוא בנסיון להעריך ולקבוע עובדות, אשר הודאות מהן והלאה, כשעובדות, נחוישים ואומדנות משמשים בערכוביה. והעיקר: כל שנחשב כצפוי היום, יכול להתברר, עם השתנות העתים והנסיבות, כמשענת קנה רצוף להערכת הפסד כושר ההשתכרות" (דברי המשנה לנשיא ת' אור בפרשת יונס הנ"ל, בעמ' 878-877). אכן, בין אם מדובר באובדן כושר השתכרות "סתם", ובין אם מדובר באובדן כושר השתכרות "בשנים האבודות" – מלאכת חישוב הפיצויים קשה היא, ומשולה להתבוננות בכדור בדולח. אין בכך כדי לשלול את עצם הזכות לפיצוי, אף כי, כפי שכבר ראינו, במשפט האנגלי, במקרים מסוימים שבהם נמצא כי הפיצוי ספקולטיבי מדי, נקבע סכום פיצוי נמוך עד כדי אפס. הנה כי כן, זכות לפיצוי לחוד, והערכת הפיצוי לחוד.

59. כך בקנדה. באירלנד, עוברות זכויות התביעה של המנוח לעיזבון, בכפוף למספר חריגים. בין החריגים למעבר הזכות לא נכללת זכות התביעה בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות" (ראו The Law ; Civil Liability Act, 1961, s. 7 Reform Commission, Report on Personal Injuries: Periodic Payments and Structured Settlements (1996)). בדרום אפריקה, לעומת זאת, נשללה האפשרות

להגיש תביעת עיזבון בגין אובדן כושר השתכרות "בשנים האבודות" בפסק-הדין *Lockhat's Estate v. North British and Mercantile Insurance* (1959) 3 S.A. 295.

60. בארצות-הברית, המצב המשפטי בסוגיה זו מורכב, והוא נטוע עמוק בשיטה הנוהגת שם. ישנן מדינות, המכירות הן בתביעה עצמאית של בני משפחה מסוימים, בגין הנזק שנגרם להם עקב מות המנוח (wrongful death action), והן בתביעה של העיזבון (או של נציג חוקי אחר) בגין עילות התביעה של המנוח, ש"שרדו" את מותו (survival statute). בקרב מדינות אלה, יש המכירות באפשרות להכליל בתביעה השורדת את ראש הנזק של אובדן ההכנסות העתידיות של המנוח. המשמעות של הכרה זו היא היווצרות חשש לפיצוי כפול: הן פיצוי לתובעים לפי ה-wrongful death action, בגין אותו חלק מן ההכנסות העתידיות של המנוח שהיה מוקדש לתמיכה בהם, והן פיצוי בגין אובדן ההכנסות העתידיות של המנוח במסגרת תביעת ה-survival (ראו *Hindmarsh v. Sulpho Saline Bath Co.*, 187 N.W. 806, 808 (1922)). אך בה-בעת יש בהכרה זו, לגישתן של אותם מדינות, כדי למנוע מתת-שמיים למזיק, שכתוצאה ממעשהו מת הניזוק (ראו James O. Pearson, Jr., "Recovery, In Action for Benefit of Decedent's Estate in Jurisdiction Which Has Both Wrongful Death and Survival Statutes, of Value of Earnings Decedent Would Have Made (After Death)" 76 A.L.R. 3d 125 (1977)). הואיל והניזוק-החי זכאי לתבוע פיצויים בגין אובדן הכנסותיו במהלך תוחלת החיים הרגילה (הבלתי-מקוצרת) שלו, והואיל וחוקי ה-survival תכליתם לשמר את עילת התביעה של הניזוק-המנוח, מתבקש לומר, כך על-פי פסיקת חלק מבתי-המשפט בארצות-הברית, כי יש להכיר בתביעת ה-survival בגין אובדן ההכנסות שהיו למנוח אם היה חי את תוחלת חייו הרגילה (ראו *Balmar v. Dilley*, 502 P.2d 456, 458 (1972)).

כך, למשל, ב-District of Columbia, נדונה פרשת מותו בטביעה של אדם, שרכבו נפל מגשר כתוצאה מתאונת דרכים. בית המשפט קבע, באותו מקרה, כי אין מניעה להיפרע על-פי שני החוקים, שכן:

"loss to the estate is represented by that part of the deceased's net probable future earnings that probably would have been utilized by the deceased to enlarge his estate, whereas loss to the spouse and next of kin is represented by the loss of a source of maintenance for such things as food, clothing, shelter, educational expenses, and the like" (*Runyon v. District of Columbia*, 463 F. 2d 1319, 1323 (1972)).

במדינת Pennsylvania נפסק, בעניינה של ילדה בת חמש, שנהרגה בתאונת

דרכים, כי עיזבונה:

"is entitled to the present value of the decedent's prospective earnings for the period of her work-life expectancy after reaching the age of twenty-one, less her anticipated maintenance expenses, plus recovery for her pain and suffering" (*Weaver v. Ford Motor Co.*, 382 F. Supp. 1068, 1077 (1974)).

והוא הדין במדינת Texas,) 651 F. Supp. 976, *Hope v. Seahorse, Inc.*, (1986) 990 (1986) ובמדינת Washington) 502 P. 2d 456, 458-459 *Balmer v. Dilley*, (1972); ; לסקירה ולאסמכתאות נוספות, ראו *Pearson*, במאמרו הנזכר לעיל).

בתי המשפט, שפסקו פיצויים לעיזבון בגין אובדן השתכרות "בשנים האבודות", סברו, בדרך-כלל, כי יש להפחית מסכום ההכנסות שהיו צומחות לניזוק באותן שנים, את הוצאות המחיייה שהיה הניזוק נזקק להן אילו חי, וכן את ההוצאות שהיה מוציא לצורך תמיכה באחרים. זאת, כך נפסק שם, על-מנת למנוע רווח יש מאין לעיזבון או תשלום פיצויי-כפל לנתמכים (ראו *Pearson*, במאמרו הנזכר לעיל, וכן *Ferne v. ; Murray v. Philadelphia Transp. Co.*, 58 A. 2d 323, 325 (1948) *Chadderton*, 69 A. 2d 104, 107-108 (1949)).

61. לעומת זאת, ישנן מדינות בארצות-הברית בהן שני מסלולי התביעה אמנם קיימים, אולם בתביעה לפי ה-Survival Statute לא ניתן לתבוע פיצויים בגין אובדן הכנסתו העתידית של המנוח. זהו, למשל, הדין במדינות Hawaii, Kansas, Massachusetts, Missouri, Maryland, Wisconsin ובמדינות נוספות (ראו, בין היתר, *Prunty v. Schwantes*, ; *Greene v. Texeira*, 505 P. 2d 1169, 1172-1173 (1973) Eric W. Gunderson, "Personal Injury ; 162 N. W. 2d 34, 37-38 (1968) Damages Under the Maryland Survival Statute: Advocating Damage Recovery for a Decedent's Future Lost Earning" 29 *U. Balt. L. Rev.* 97 ((1999)).

ישנן גם מדינות בארצות-הברית בהן קיימים אך ורק חוקים בעלי אופי של Survival Statute. כך, למשל, במדינות Georgia, Connecticut, Florida, Mississippi, Tennessee. גם במדינות אלה נקבע לא פעם, כי בתביעה ניתן לכלול את ראש-הנזק

של אובדן יכולת הכנסה (ראו למשל *Sanderson v. Steve Snyder Enterprises, Inc.*, 491 A. 2d 389, 397 (1985)).

62. ומשם – לכאן. סעיף 19(א) לפקודת הנזיקין קובע, כפי שכבר ראינו, כי עילות תביעה בנזיקין, שהיו עומדות לאדם שנפטר או נגדו, יוסיפו לעמוד בעינין לטובת עיזבוננו של אותו אדם או נגד עיזבוננו. נראה, אפוא, כי במשפט הישראלי הדין הקיים הוא ברור, לאמור – אין להבחין בין תביעתו האישית של הניזוק-החי לבין תביעת העיזבון של הניזוק-המת. על כן, משקבענו כי יש להכיר בזכות התביעה של הניזוק-החי בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות", יש להכיר, מניה וביה ובהיעדר הוראה סטטוטורית אחרת, גם בזכות התביעה של העיזבון, באותה עילה. אכן, "אם מכירים בזכותו של הניזוק-החי, אשר תוחלת חייו קוצרה, לקבל פיצויים בחייו עבור 'השנים האבודות', קשה ביותר, במישור 'הטכני', שלא להכיר בזכותו של העיזבון" (פרשת גבריאלי הנ"ל, בעמ' 560). כך הוא לגבי הנזק הלא-רכושי, הכרוך באבדן שנות החיים (במסגרת ראש הנזק של אבדן תוחלת חיים), וכך מן הדין שיהיה גם לגבי הנזק הרכושי, הכרוך באותו אובדן עצמו. "בשני המקרים עניין לנו בפיצוי בגין שנות 'אי-החיים'; בשני המקרים עניין לנו בפיצויים בגין נזק, אשר יתרחש לאחר מותו של הניזוק, ובשני המקרים עניין לנו בנזק אובייקטיבי ולא בפיצויים בגין תחושתו הסובייקטיבית של הניזוק בחייו על דבר מותו" (שם, שם). גישה זו, לפיה דין העיזבון כדין הניזוק-החי, מקובלת, למעשה, על הכל, ובאנגליה היא הביאה, כאמור, להכרה בפסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות" גם בתביעת העיזבון (עד ששונה החוק בעניין זה; ראו בעיקר פרשת *Gammell* הנ"ל).

63. מסקנתנו היא, אם כן, כי משקבענו שיש להכיר בזכותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות שלו "בשנים האבודות", יש להכיר גם בזכות דומה של עזבוננו. זהו "הקשר הגורדי" בין דין העיזבון לדין הניזוק-החי, עליו עמד גם הנשיא ברק בפרשת גבריאלי הנ"ל, ואת הקשר הזה – בין אם משפט רצוי הוא ובין אם לאו – לא ניתן להתיר אלא באמצעות שינוי בחוק.

נבקש עתה ליתן את הדעת לשני עניינים נוספים, הקשורים בשאלת זכאותו של העיזבון לפיצויים בגין אובדן השתכרותו של המנוח "בשנים האבודות". הראשון נוגע להלכה שנפסקה בע"א 248/86 עיזבון לילי חנשוילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529, והאחר – לשאלת החשש כי המזיק יישא בתשלום כפול.

64. בפרשת חננשוילי הנ"ל, נפגע אדם בתאונת דרכים. בעקבות התאונה, נגרמה לו נכות צמיתה בשיעור של 28%, ונפגמה יכולת השתכרותו. עוד בטרם הגיש תביעה בגין נזקיו, איתרע מזלו והוא נפגע בתאונת דרכים נוספת, בה קיפד את חייו. אלמנתו וילדיו הגישו תביעה, כיורשים וכתלויים, כנגד המבטחות האחראיות לנזקי התאונות, והתעוררה השאלה, על מי מוטלת האחריות לאובדן 28% מכושר ההשתכרות של הניזוק בתקופה שראשיתה ביום התאונה השנייה וסופה בתום תוחלת חיי העבודה של הניזוק. בית המשפט העליון פסק, כי התאונה השנייה מנעה מן הניזוק את האפשרות לתבוע מהמזיק הראשון פיצויים, בגין אובדן יכולת ההשתכרות בתקופה האמורה. לפיכך, נפסק כי המזיק השני אחראי לפצות את העיזבון על נזק זה. וכלשונה של השופטת ש' נתניהו:

"המזיק השני מוצא את הניזוק כמות שהוא, לטוב ולרע. הוא מצא ניזוק שנפגע בתאונה הראשונה וכושר עבודתו פחת (במקרה שלנו ב-28%). הוא הביא את הניזוק למצב של הפסד כושר השתכרות של 100%. הוא אינו אחראי לפצות את התלויים בגין הפסד התמיכה במידה שהוא נגרם על ידי התאונה הראשונה. לכן חיובו לא יהיה בשיעור של 100% אלא רק בשיעור של 72%. אבל הוא גם מצא ניזוק בעל זכות תביעה נגד המזיק הראשון בגין הפסד כושר השתכרות עתידי של 28%, המתרחש ומצטבר גם בתקופת הביניים. זכות התביעה הזו המשלימה את הפיצוי עד כדי 100% אבדה לעיזבון כתוצאה מהפטירה של המנוח. על אבדן זה הוא חייב לפצות את העיזבון" (שס, בעמ' 551).

הצבענו כבר על "עקבות" של פסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות" במשפטנו. והרי לכם עקבות נוספים. אמנם, בית המשפט ציין, כי לאור הלכת גבריאלי אין מוטלת על המזיק הראשון החובה לפצות את העיזבון בגין אושר ההשתכרות של הניזוק לאחר מותו (שס, שס). אך יחד עם זאת, ראה בית המשפט לחייב את המזיק השני, שגרם למות הניזוק, בפיצויים עבור אושר השתכרות, וזאת על אף העובדה המצערת, שהניזוק לא יהיה בין החיים באותה תקופת השתכרות אבודה. בית המשפט עשה כן על-יסוד "הנזק העילתי", הגלום באובדן האפשרות להגיש תביעה כנגד המזיק הראשון, אולם אין בכך כדי לשנות מן העובדה, כי בפועל נפסקו כאן פיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות בשנות אי-החיים (בשיעור של 28% מתוך הכנסתו הצפויה של המנוח באותן שנים; סכום זה הצטרף לפיצויים שנפסקו לתלויים, בגין אובדן התמיכה). על הזיקה – והסתירה האפשרית – בין פסק-הדין בפרשת גבריאלי לבין פסק-הדין בפרשת חננשוילי, עמד גם פרופ' א' פורת, בזו הלשון:

"אי-יכולתו של אדם לתבוע פיצוי בגין 'השנים האבודות', לא מהמזיק הראשון ולא מהמזיק השני, נובע מהלכתו של בית המשפט העליון [בפרשת גבריאלי] אשר בבסיסה התפיסה, שב'שנים האבודות' לא נגרם לניזוק כל נזק של פגיעה בכושר השתכרותו! ובהיעדר נזק – אין פיצוי. אכן בעניין חנשוילי נזקק בית המשפט העליון לתפיסה זו ממש, כדי לנמק את חוסר האפשרות החד-משמעי של העיזבון לתבוע פיצויים כלשהם מהמזיק הראשון, בגין פגיעה בכושר השתכרות המתייחסת לתקופת הביניים, שאינה אלא תקופת 'השנים האבודות'. אם כך הדבר, אזי הניזוק בעניין חנשוילי איבד את עילת תביעתו כנגד המזיק הראשון בראש ובראשונה מהטעם, שלאחר המוות אין עוד נזק עקב פגיעה בכושר ההשתכרות. הענקת פיצוי כלשהו לניזוק בעבור פגיעה בכושר ההשתכרות המתייחסת ל'שנים האבודות' תקנה לו פיצוי-יתר, מעבר לנזקיו... [הלכת חנשוילי] עשויה, אולי, להציב סימן שאלה נוסף לאלו שהוצבו כבר, על צדקתה של הלכת 'השנים האבודות' (א' פורת, "דיני הנזיקין" בתוך 99 השנה של המשפט בישראל 222, 255-256 (תשנ"א)).

ודוק: בפרשת חנשוילי פסק בית המשפט לעיזבון פיצויים כאמור, על אף שלא היה בכך כדי להיטיב עם הניזוק – שלא היה עוד בין החיים – אלא עם תלוייו ויורשיו בלבד.

החשש מפני תשלום כפול

65. אחת הטענות העיקריות, המועלות כנגד פסיקת פיצויים לעיזבון, בגין "השנים האבודות", היא כי יש בכך כדי לגרום חוסר-צדק לנתבע, אשר יידרש לשלם פעמיים – פעם אחת בתביעת התלויים בגין הנזק של אובדן תמיכה, ופעם שנייה בתביעת העיזבון בגין הפסד ההשתכרות "בשנים האבודות". סכנה כזו אינה קיימת בתביעת הניזוק-החי, שהרי במקרה אחרון זה, לא קיימת כלל תביעת תלויים. אולם, מקום בו לא מיצה המנוח את תביעתו בחייו, לא נחסמת תביעת התלויים, והיא עשויה לעמוד בצד תביעת העיזבון. מכאן החשש מפני הטלת חובת תשלום כפולה על המזיק.

למעשה, תיתכן שורה של מצבי דברים, לעניין היחס בין תביעת התלויים לבין תביעת העיזבון, וכפועל יוצא מכך – לעניין הדרך בה ראוי לחשב את שיעור הפיצויים המשתלמים לעיזבון, בגין "השנים האבודות". אנו נבקש להראות, כי בכל המצבים, אין מתעוררת סכנה ממשית של הטלת חובת פיצוי יתר על המזיק.

66. המקרה הראשון, הנפוץ ביותר, הוא זה שבו היורשים הם גם מי שהיו תלויים במנוח לפרנסתם. במקרה זה, שהוא כאמור המקרה הרגיל, אין חשש לכפל-פיצוי. זאת בשל הלכת הניכוי, המורה לנו לנכות מתביעת התלויים את טובת ההנאה שבאה לידיהם מן העיזבון, הכולל את הפיצויים בגין "השנים האבודות".

עם זאת, יש לציין כי, לעיתים, מקום בו היורשים הם גם התלויים, נפתר החשש מפני פיצוי-כפל בדרך אחרת, כלומר לא באמצעות הלכת הניכוי. קבוצה זו של מקרים כוללת מספר אפשרויות: ראשית, תתכן האפשרות כי לתלויים-היורשים לא תקום כלל תביעת תלויים. כך יהא מקום בו מצא המנוח את מותו בידי מזיק אחר, וכך יהא מקום בו נפטר שלא כתוצאה ממעשה נזיקין. בשני המקרים האלה לא נגרם המוות בעוולה שבוצעה על-ידי אותו מזיק שפגע בכושר השתכרותו של המנוח, לאמור – במקור פרנסתם של התלויים; ממילא, תביעת תלויים אינה בנמצא וממילא, אין חשש לכפל-פיצוי. בהיעדר תביעת תלויים אין מקום להפחתת ערכה מתביעת העיזבון – אף לא הפחתה רעיונית. אפשרות נוספת, השייכת לקבוצת מקרים זו, היא כאשר קמה תביעת תלויים, והתלויים הם היורשים, אלא שאין הם יכולים להיפרע מן העיזבון, בשל שאינו בר-פירעון. או אז, אין יישום בפועל של הלכת הניכוי, שכן למעשה לא באה לידי התלויים, בכובעם כיוורשים, טובת הנאה בשל מות המנוח. לכאורה, זהו מצב שבו מתעורר חשש לכפל-תשלום מצד המזיק. בפועל, חשש זה יתממש רק לעיתים רחוקות, שהרי עיזבון המצוי בפשיטת רגל הינו, ברגיל, עזבונו של מי שלא היה מסוגל עוד בחייו לתמוך, בכוחו הוא, בתלויים, והדבר מובא מן הסתם בחשבון תביעתם.

67. מקרה אחר הצריך בחינה, הוא המקרה בו היורשים אינם מי שהיו תלויים במנוח לפרנסתם. מקרה זה, כאמור, אינו המקרה הרגיל, וגם בו ניתן לפתור את בעיית הפיצוי הכפול. נראה כי הדרך הראויה לעשות כן, במסגרת השיטה הקיימת, היא לנכות מתביעת העיזבון את הסכום שהיה הניזוק מוציא על התלויים בו. ההיגיון לכך נעוץ בהנחה, שהניזוק היה מקדיש סכום זה לתמיכה בתלוייו, ואילו יורשיו שוב אינם נדרשים לכך, שכן תביעת התלויים תופנה כנגד המזיק. היטיב לתאר מצב-דברים זה הנשיא א' ברק בפרשת גבריאלי:

"פתרון זה מבוסס על ההבחנה... בין הזכות לפיצויים לבין הערכת הפיצויים. על-פי גישה זו, זכותו של העיזבון לפיצויים היא כזכותו של הניזוק-החי לפיצויים, שכן 'העזבון משול לראי מלוטש', המשקף את זכותו של הניזוק עצמו, אך זהות זו בזכות עצמה אינה שקולה לזהות בשיעור הפיצויים. כשם שבהערכת נזקו של הניזוק-החי יש להתחשב בהוצאות, שהוציא הניזוק-החי

על עצמו, ואשר נחסכות בשנות 'אי-החיים'... כך גם בהערכת נזקו של העיזבון יש להתחשב בהוצאות אלה, וכן בהוצאות, שהניזוק היה מוציא על התלויים בו, ואשר שוב לא יישא בהן, שכן החובה לפצות בגינן הוטלה על המזיק... על-פי גישה זו, שוב לא יישא המזיק בתשלום כפול, שכן סכום הפיצויים, שייפסק לטובת העיזבון, לא יכלול את הסכום, שייפסק לטובת התלויים" (שם, בעמ' 564, וראו האסמכתאות המנויות שם, בעמ' 565-568).

פתרון דומה אומץ במספר פסקי-דין אוסטרליים. כך למשל קבע השופט

Taylor, בפסק-הדין המנחה 94 C.L.R. 115 (1966) *Skelton v. Collins* :

"As to the possibility of the duplication of damages I observe that if an injured person has, himself, recovered damages no further action will lie for the benefit of his dependants in the event of his subsequent death whilst in the case where an action is brought, not by the injured person himself but, upon his death, by his legal personal representative for the benefit of his estate, the damages would be assessed having regard to the gain, if any, which would have accrued to the deceased from his future probable earnings after taking into account the expenditure which he would have incurred, if he had survived, in maintaining himself and his dependant's, if any" (at p. 114).

פתרון זה, לבעיית התשלום הכפול, אינו עומד בסתירה להוראות הדין. כפי שקבע הנשיא ברק, בפרשת גבריאלי, הגישה לפיה יש להפחית מתביעת העיזבון את סכומי התמיכה המוקדשים לתלויים ניתנת ליישוב גם עם ההוראה – הסתומה כשלעצמה – שבסעיף 19(ב) לפקודת הנזיקין, הקובעת כי "היתה עילת תובענה מוסיפה לעמוד כאמור לטובת עזבונו של נפטר, והמעשה או המחדל היוצר את העילה גרם למותו, יהיו הפיצויים שניתן להיפרע לטובת העזבון מחושבים בלי שים לב להפסד או לריווח שנגרם לעזבון עקב המוות...". הוראה זו, כך הבהיר הנשיא ברק, עניינה בהפסד או ברווח של העיזבון, ואילו כאן עסקינן בהפסד או ברווח של הניזוק עובר למותו. משעומדת לתלויים עילת תביעה עצמאית, כנגד המזיק, בגין אובדן התמיכה, שוב אין המנוח, עובר למותו, נדרש לשאת בהוצאה זו (שם, בעמ' 566).

זאת ועוד: סעיף 19(ד) לפקודה, הקובע כי "הזכויות הנתונות לפי פקודה זו לעזבון של נפטר באות להוסיף על הזכויות הנתונות לתלויים בנפטר לפי פקודה זו או כל חיקוק אחר ולא לגרוע מהן", עניינו, על-פי ההלכה המושרשת, בעצם הזכות

לפיצויים, ולא בסכום הפיצויים (שס, שם; וכן פרשת עיזבון אדיסון הנ"ל, בעמ' 80; פרשת עיזבון קידר הנ"ל, בעמ' 606-607). לפיכך, גם הוראת סעיף זה אינה שוללת את האפשרות לאמץ במשפטנו את הפתרון שהוצג לעיל.

68. יש לציין, כי הגישה לפיה יש לפתור את בעיית הפיצוי הכפול בדרך של הפחתת תביעת התלויים מתביעת העיזבון, זכתה לביקורת. עיקר הביקורת נובע מכך, שבתביעת הניזוק-החי אין מפחיתים את תביעת התלויים – נזכיר שוב כי טעם מרכזי העומד ביסוד פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" הוא להבטיח את עניינם של אלה – ואין כל בסיס, כך לפי אותה ביקורת, לקביעת עקרונות פיצוי שונים ביחס לתביעת העיזבון (ראו Waddams, בפרסום הנ"ל, 12.220). התשובה לטענה זו היא, כי עקרונות הפיצוי אכן אינם שונים. חישוב הנזק הנובע משנות ההשתכרות האבודות נעשה באותה דרך – הן בתביעת הניזוק-החי והן בתביעת העיזבון. יחד עם זאת, בעת שנפסקים הפיצויים, על בית המשפט – כאן כמו במקרים אחרים – להביא בחשבון את שאלת הפיצוי-הכפול ואת החיסכון הצומח לעיזבון מעצם קיומה של תביעת תלויים המופנית אל המזיק. המשמעות היא, כי מקום שבו ניתן כבר פיצוי בגין אותו נזק, לא יפסוק בית המשפט פיצוי נוסף. אין בכך אלא כדי להגשים את כלל השבת המצב לקדמותו.

מן המקובץ עולה, כי גם הטיעון בדבר החשש מפני תשלום כפול על-ידי המזיק, אין בו כדי לשנות מן המסקנה אליה הגענו, לפיה, על-פי הדין הקיים, יש להכיר בזכות התביעה של העיזבון בגין אובדן יכולת ההשתכרות של המנוח "בשנים האבודות".

בחישוב הפיצויים לעיזבון יש להפחית סכום המשקף את ההוצאות שהיה המנוח מוציא למחייתו, "בשנים האבודות" (וראו, לעניין אחרון זה, דברים שאמרנו לעיל, בנוגע לחישוב הפיצויים לניזוק-החי), וכן – במקרים המתאימים – סכום המבטא את ההוצאות שהיה מוציא על התלויים בו. תוצאה נוספת של משטר-פיצויים זה היא, כי, בסופו של יום, התוספת שיידרש המזיק לשלם – מעבר לסכום שהיה חב בו ממילא גם אלמלא הוכר ראש-הנזק של "השנים האבודות" – היא מתונה למדי. המדובר בסכום המשקף את החיסכון שהיה לניזוק "בשנים האבודות".

69. יש להדגיש, כי הפתרון המוצע בשיטתנו, לקושי הטמון בפיצוי הכפול, אינו הפתרון היחיד האפשרי. כאמור, קושי זה היווה אבן-נגף מרכזית מפני חיוב המזיק לשלם, בתביעת העיזבון, פיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות. מדינות שונות אכן

שללו מן העיזבון את האפשרות לתבוע בגין ראש-נזק זה. בכך הוסר, באותן מדינות, החשש מפני תשלום כפול. עמדנו לעיל על הקשיים העיוניים והמעשיים שטומן בחובו פתרון זה. מכל מקום, אין הוא בר-יישום אצלנו, אלא בדרך של שינוי חקיקה. כשלעצמי אני סבור, כי אילו נדרש המחוקק לשינוי מהותי בשיטת הפיצוי – לא זה השינוי שהיה ראוי לבחור בו. נראה כי היה יתרון לשינוי הפוך דווקא, לאמור – ביטול תביעת התלויים והעשרת תביעת העיזבון. פתרון זה הציע המלומד Waddams. לדעתו, ראוי לבטל את תביעתם העצמאית של התלויים, הנגזרת מאובדן כושר ההשתכרות של המנוח, ולהותיר – ולהתיר – תביעה אחת בלבד גם לעניין ההפסדים האלה – היא תביעת העיזבון. לפי גישה זו, הפיצויים שישתלמו בגין אובדן יכולת ההשתכרות יהיו זהים, בין אם הניזוק נותר נכה ובין אם מצא את מותו במעשה הנזיקין, בין אם יש לו תלויים ובין אם לאו. כפי שמציין Waddams עצמו, הפתרון אינו חדש, והוא נשמע באנגליה כבר במאה ה-19. פתרון זה מושך את העין, בין היתר משום שהוא מסיר את הכתם הנלווה לתוצאה לפיה דיני הנזיקין מקלים עם המזיק-הממית בהשוואה למזיק-הפוצע, ומשום שהוא מאיין את החשש מפני כפל-פיצוי הנובע מכפל-תביעות (ראו Waddams, בספרו הנ"ל, 6.760). עם זאת, גם פתרון זה יש בו קושי, ומכל מקום הוא אינו ניתן ליישום בשיטה המקובלת אצלנו. הקושי כרוך, בעיקר, בצורך להפנות את תביעת התלויים בגין נזקיהם שלהם, כלפי העיזבון, ובצורך להבטיח כי הם יוכלו להיפרע מן העיזבון, אפילו יהיה חסר-פירעון ואפילו נישל אותם המנוח מן הירושה בצוואתו. יוצא, כי אימוץ ההסדר כולו מצריך חקיקה. שבים אנו, אם כן, להסדר הפיצוי שהותווה לעיל, המביא את תביעת העיזבון, בגבולות השיטה הקיימת, לתוצאות אופטימאליות.

השנים האבודות: סיכום

70. חלפו כעשרים שנים מאז ניתן פסק-הדין בפרשת גבריאלי. השינוי החקיקתי המיוחל בושש מלהגיע, אולם שינוי באקלים המשפטי – קיים גם קיים. נראה, כי הגיעה השעה להכיר במשפטנו בראש-הנזק של אבדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות".

סקירת הטענות המועלים כנגד פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" מלמדת, כי בפועל באים טיעונים אלה תחת שתי טענות-גג: האחת, כי מות הניזוק משמיט את הקרקע מתחת לפסיקת הפיצויים – "באין חיים אין הפסד כושר" או "באין הנאה מן הפיצוי אין פיצוי". השנייה, כי קיים קושי באומדן הנזק ובהבטחת אינטרס הניזוק שלא לשלם פיצויי-כפל. טענת-הגג הראשונה מעוררת את שאלת המאזניים החיצוניות – אלמלא התאונה היה הניזוק משתכר סכום מסוים, ועתה, עקב התאונה, לא

יוכל להשתכר סכום זה. האם פסיקת הפיצויים מעיינת את המאזניים? טענת-הגג השנייה עניינה במאזניים הפנימיות. עקב התאונה נגרמים – במישור החומרי – רווחים והפסדים. האם ניתן להביא את אלה ואת אלה בחשבון הפיצויים?

תשובתי לשתי השאלות היא בחיוב. אשר לטענת-הגג הראשונה, סבור אני כי פסיקת הפיצויים בגין אובדן ההשתכרות "בשנים האבודות" מתקנת – אמנם לא במלוא מובן המילה אך במובנים חשובים – את הסטייה החדה במאזניים החיצוניות, שנגרמה עקב עוולתו של המזיק. מן הניזוק נשללה, בעוולה, היכולת להפיק הכנסות ולעשות בהן שימוש לצרכיו ולצרכי משפחתו. מתן הפיצוי עונה על הצורך ליתן לכך ביטוי, ומבטיח כי חוסר האיזון שנגרם בעוולה לא יותר בעינו דווקא במקרים בהם נתאפיינה תוצאת המעשה העוולתי בחומרה יתירה. פסיקת הפיצויים מבטאת את התפיסה, כי עקב מעשה העוולה נשלל מן הניזוק נכס, פוטנציאל השתכרות, שהיה מצוי בידיו אלמלא מעשה העוולה. ודוק: אין מחלוקת באשר לפגיעה שנגרמה לניזוק עקב התאונה – הפחתת כושר השתכרותו – בכל יחידה ויחידה של זמן. המחלוקת נסבה, למעשה, אך ורק על שאלת מספר יחידות הזמן שלגביהן יש להכיר בנזק זה. אלא שגם רכיב הזמן הוא חלק משמעותי ממשקולת ה"עקב" שבמאזניים החיצוניות, שהרי אלמלא העוולה, היתה יכולת ההשתכרות צפויה להימשך לכל אורך תוחלת חיי העבודה של הניזוק. במילים אחרות, לא יכולה להיות מחלוקת גם בשאלה מהן יחידות הזמן בהן היה ממשיך הניזוק להשתכר, אלמלא מעשה הנזק, ומהן יחידות הזמן שבהן יוכל בפועל להשתכר, בעקבות מעשה זה.

זאת וגם זאת: פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" מונעת את התוצאה השרירותית, לפיה אין נפסקים פיצויים בגין אובדן השתכרות לניזוק שתוחלת חייו קוצרה, ובה בעת נפסקים פיצויים בראש-נזק זה לניזוק-הצמח, או פיצויים לעיזבון בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים, הכל – בלא הצדקה מהותית מספקת להבחנה. נדגיש: גם לגבי הניזוק-הצמח, אובדן יכולת ההשתכרות מתפרש על-פני יחידות זמן בהן נגרעה רווחתו הפיזית והממונית והוא אינו יכול ליהנות מכספי הפיצויים. כך בוודאי גם לגבי הניזוק-המת, ככל שמדובר בנזקים הלא-ממוניים המוכרים במשפטנו. אף על פי כן, קבעה הפסיקה כי עיון המאזניים מחייב פסיקת פיצויים במקרים אלה, וגישה קוהרנטית מחייבת פסיקת פיצויים גם כאן, בגין אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות". ואולי חשוב מכל, פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" (לניזוק-החי) מבטיחה, כי לא ייווצר מצב שבו, על אף שנשללה מן התלויים תמיכת הניזוק עקב מעשה העוולה – תמיכה שהיתה קנויה להם אלמלא אותו מעשה – יעמוד נזק זה בלא כל תרופה.

טענת-הגג השנייה נוגעת, כאמור, למאזניים הפנימיות ולצורך למנוע תשלום כפול. בתי המשפט מורגלים בהתמודדות עם טענות מעין אלה, שמשמעותן היא, כי פסיקת הפיצויים צריכה להיעשות בהתחשב ברווח ובהפסד הכספי, הנובעים ממעשה העוולה, ותוך קביעת אמות-מידה שימנעו פיצויי-כפל. עמדנו לעיל על הכללים שראוי ליישם בהקשר זה. זו כל נפקותה של טענת-הגג השנייה, ואין לה השלכה על השאלה המהותית בדבר הזכות לפיצוי.

71. העולה מכל אלה מוליך אותנו אל המסקנה האחת המתבקשת, לאמור, כי יש להכיר בזכאותו של הניזוק לפיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות. זאת, הן בתביעת הניזוק-החיי והן בתביעת העיזבון. אין לכחד, פתרון סוגיית "השנים האבודות" יכול להיעשות בדרכים נוספות. אין גם ספק, כי אחד הנימוקים החזקים לפסיקת פיצויים לניזוק-החיי בגין "השנים האבודות", לאמור – הנימוק שעניינו בצורך להבטיח את עתידם של התלויים, אינו חל לגבי תביעת העיזבון, זאת לאור העובדה שסעיף 78 לפקודה אינו מונע מהם את האפשרות להגיש תביעת תלויים בגין אובדן התמיכה. בתביעת עיזבון כגון זו שבפנינו, אשר בה הניזוק שנפטר היה ילד רך בשנים, קיימים כפי שפירטנו לעיל, קשיים מיוחדים. אין מניעה, כמובן, שהמחוקק יביא לשינוי במצב המשפטי – בין בסוגיית "השנים האבודות" בכלל, ובין בסוגיית זכות העיזבון לפיצוי בראש-נזק זה. אולם סבורני כי עד שיבוא שינוי כזה – אם יבוא – ראוי לאמץ את התפיסה, אשר נתקבלה, כאמור, בשיטות משפט רבות אחרות, לפיה זכאי הניזוק-החיי, או עזבונו, לפיצויים בגין הנזק של אובדן יכולת ההשתכרות "בשנים האבודות". שומה ראוייה של הפיצויים תאיין את התוצאות הבלתי-רצויות של הקביעה העקרונית.

72. התוצאה היא, כי דינו של ע"א 140/00, ככל שהוא נוגע לשאלת זכאותו של עיזבון המנוח לפיצויים בגין אובדן יכולת השתכרותו של המנוח "בשנים האבודות" – להתקבל. לפיכך, יוחזר הדיון בסוגיה זו לבית המשפט המחוזי, על-מנת שיקבע את שיעור הפיצוי בראש-נזק זה.

ומכאן, לשאלות הנוספות שהתעוררו בערעורים שבפנינו.

פיצויים עונשיים

73. סעיף 76 לפקודת הנזיקין קובע, לעניין הפיצויים בגין ביצוע עוולה נזיקית, לאמור:

פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם –
 (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע.

על התיבה "פיצויים" (compensation), המופיעה בפקודת הנזיקין, כבר נאמר, כי היא משמיעה לנו שהסעד הנזיקי אינו הצהרתי או עונשי, אלא סעד תרופתי (remedial), שנועד להסיר את הנזק ולהטיבו (ע"א 1977/97 יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית, פ"ד נה(4) 584; ברק, במאמרו הנ"ל). אכן, כפי שציינו לעיל, תכלית הפיצויים היא להעמיד את הניזוק, עד כמה שאפשר באמצעות תשלום כסף, באותו מצב בו היה נתון בעת מעשה הנזיקין, ללא מעשה הנזיקין. תכלית זו שזורה ושלובה בעקרון לפיו אין אדם חב בפיצויים אלא בגין הנזק שגרם. עקרון זה מקבל ביטוי בהתניית האחריות בנזיקין בקיומם של נזק שהוסב לניזוק ושל קשר סיבתי בין המעשה העוולתי לבין אותו נזק.

74. עם זאת, קיימות שיטות משפט, המכירות בסעד של פיצויים עונשיים (vindictive damages, punitive damages, exemplary damages), קרי – "פיצויים שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה" (א' ברק, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (בעריכת ג' טדסקי, מהדורה שניה, 1976) 579). הפיצויים העונשיים נבדלים מן הפיצויים המוגברים (aggravated damages), אשר גם הם מביאים בחשבון את חומרת התנהגותו של המזיק, אך מבטאים "הערכה כנה של הנזק שנגרם [לניזוק], כאשר נזק זה הוגבר על ידי התנהגותו הבלתי ראויה של המזיק" (שם, בעמ' 579; ראו גם *Khodaparast v. Shad* [2000] 1 W.L.R. 618; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* (1989) 1 S.C.R. 1085; 618 *Beever*, "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages" 33 *Oxford J. L. Stud.* 87 (2003)). וכך תיאר שופט קנדי את ההבחנה בין הפיצויים העונשיים לבין הפיצויים המוגברים:

"aggravated damage for conduct that shocks the plaintiff; exemplary (or punitive) damages for conduct which shocks the jury" (*Muir v. Alberta* (1996) 132 D.L.R. (4th) 695, 714).

הפיצויים העונשיים, אם כן, אינם נשענים על בסיס "מרפא" או "מתקן". הרציונל מאחוריהם הוא עונשי והרתעתי (ראו *Hill v. Church of Scientology of*

ועל *Toronto* (1995) 2 S.C.R. 1130, 1208. על מהותם של הפיצויים העונשיים, ועל התכלית שביסודם, אמר בית הלורדים דברים אלה:

"Exemplary damages or punitive damages, the terms are synonymous, stand apart from awards of compensatory damages. They are additional to an award which is intended to compensate a plaintiff fully for the loss he has suffered, both pecuniary and non-pecuniary. They are intended to punish and deter" (*Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] 3 All E.R. 193).

75. האופי הלא-תרופתי של הפיצויים העונשיים מהווה אתגר להבחנה המסורתית, החדה, בין המשפט האזרחי – המתמקד בפיצוי – לבין המשפט הפלילי – המתמקד בענישה. מקדמת דנא נתפס המשפט האזרחי כמבקש, בעיקרו, להסדיר יחסים בין פרטים, ובאספקלריה זו מסווגים הפיצויים העונשיים כאנומליה. ברוח זו, הובע לא אחת החשש, כי הכרה בסמכות לפסוק פיצויים עונשיים מחדירה לדין האזרחי פונקציה השמורה לדין הפלילי, תוך "התפשרות" על כללי הראיות, נטלי ההוכחה וסדרי הדין הנוהגים בהליכים מן הסוג האחרון. יתרה מכך, נטען כי פסיקת הפיצויים העונשיים מעמידה את המזיק בסיכון של "סנקציה כפולה", מקום בו הם באים בנוסף לענישה פלילית. ואף זאת נאמר, כי הפיצויים העונשיים מהווים "מתת-שמיים" לניזוק, שכן הם באים להוסיף על הפיצוי התרופתי שניתן לו בגין נזקיו. ובהמשך לקו טיעון זה ניתן לגרוס, כי גם אם מוצדק לקנוס את המזיק, עדיין אין עולה מכך שראוי כי הניזוק – ולא המדינה – ישלשל לכיסו את הסכום (ראו *J. Cassels, Remedies: The Law of Cassell & Co. Ltd v. Broome* [1972] ; *Beever, supra* ; *Damages* (2000) 258 (A.C. 1027).

אלא שאל מול כל אלה עומדים נימוקים בעלי-משקל לטובת הכרה בסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, וזאת באותם מקרים אשר בהם התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד או שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות. במישור העיוני נטען, כי ההבחנה בין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי אינה כה חדה, וכי שני ענפים אלה שולחים "זרועות" זה לזה ונוגסים זה בזה, ואף ניתן להבחין ב"שטח מפורז" של "משפט אזרחי-עונשי" (ראו, למשל, רע"פ 2976/01 בתיה אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418; ק' מן, "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243 (תשנ"א)). במישור המעשי, הודגש הערך המוסף הטמון בפסיקת הפיצויים העונשיים, בעיקר באפקט ההרתעה והחינוך כנגד מעשים הראויים לגינוי, ובחיזוק ההגנה לזכויות הראויות לכך (ראו *Conway v INTO* [1991] 2 I.R. 305). זאת, לא פעם, בהקשרים או בנסיבות, אשר ידו

של המשפט הפלילי אינה מגעת אליהם. גם הטיעון בדבר windfall לניזוק זכה לתשובה מסוימת, לפיה "He can only profit from the windfall if the wind is blowing his way"; ובלשון אחרת: הניזוק, שטרח וקידם את האינטרס הציבורי הטמון בפסיקת הפיצויים העונשיים, הוא המתאים ביותר לקבלתם (ראו 1 [1972] *Broome v. Cassell* (All E.R. 801)). עוד ראוי לציין, כי מקום בו התקיים גם הליך פלילי ביחס למעשה העוולה, ניתן להביא את תוצאותיו בחשבון הפיצויים העונשיים (לשיקולים אלה ואחרים, ראו גם הדו"ח המפורט של ה- Law Reform Commission באירלנד, שפורסם בשנת 2000 תחת הכותרת "*Report on Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages* (May 1998) (Report August 2000)").

76. הניתוח הכלכלי של משפט הנזיקין ייחד לפיצויים העונשיים תפקיד חשוב בקידום התכלית של הרתעה יעילה. כפי שציינו במסגרת הדיון אודות סוגית "השנים האבודות", מקובל לומר כי יש לשאוף לפיצוי המשקף את הנזק שנגרם. אלא שפרמטר נוסף עשוי להשפיע על החשבון, והוא – הסיכוי כי כלל לא תוטל אחריות בגין מעשה הנזיקין. אכן, לא כל מעשה עוולה גורר אחריו תביעה בנזיקין. סיבות שונות יכולות לגרום לכך, ובכלל זה עלויות התביעה או חוסר וודאות אצל הניזוק בשאלה האם ניזוקו נגרם בשל מעשה נזיקין או בשאלה מיהו המעוול. יש, אפוא, הסבורים, כי מן הראוי לפסוק פיצויים עונשיים, במקרים בהם אם הדבר לא יעשה, תהא ההרתעה חסרה, בגלל האפשרות שמזיקים יחמקו מאחריות. סכום הפיצויים העונשיים צריך, לפי שיטה זו, לשקף את הסיכוי שהמזיק לא יחוב בגין עוולתו. כך, למשל, אם קיים סיכוי של אחד-לארבעה כי המזיק אכן יישא באחריות לנזק שגרם, והנזק הוא בסך 100,000 ₪, אזי סכום הפיצויים הכולל צריך להיות בשיעור 400,000 ₪, כאשר 100,000 ₪ מתוכם הם פיצויים "תרופתיים", ואילו היתרה – 300,000 ₪ – הם פיצויים "עונשיים" (ראו A.M. Polinsky & S. Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis" 111 *Harv. L. Rev.* 869, 882).

77. לשאלת הפיצויים העונשיים יש, אם כן, פנים לכאן ולכאן. על כל פנים, לאור ייחודם של הפיצויים העונשיים, נהגה בהם הפסיקה, בדרך-כלל, יחס של הסתייגות או למצער זהירות, אף כי ניתן למצוא, בשיטות השונות, גוונים שונים ביחסן לסוגיה. הפסיקה באנגליה קבעה, בעבר, כי בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים עונשיים בכל מקרה נזיקין (202 QB 2 [1953] *Loudon v. Ryder*), אולם בשנת 1964 ביקש בית הלורדים, מפי הלורד Devlin, לתחום את הפיצויים העונשיים למקרים מסוימים בלבד, וזאת מתוך תפיסה כי פיצויים אלה יש בהם כדי לערב בין התפקידים של המשפט האזרחי והפלילי. על כן, סבר הלורד Devlin כי אין לפסוק פיצויים עונשיים אלא מקום

בו יש לכך הסמכה מפורשת בחוק, וכן בשתי קטגוריות נוספות של מקרים: האחת, מקרים בהם פעלו עובדי-מדינה בצורה פוגענית, שרירותית או בלתי-חוקתית (oppressive, arbitrary or unconstitutional); והאחרת, מקרים בהם מעשה העוולה של המזיק היה מחושב על-ידו במטרה להביא לו, למזיק, טובת הנאה בשיעור העולה על סכום הפיצוי הצפוי. מטרת הקטגוריה האחרונה היא לשלול מן הנתבע את פירות עוולתו, ולהבהיר לו – ולאחרים – כי "העוולה אינה משתלמת" (ראו *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129; על גישה זו חזר בית הלורדים בפסק-הדין *Cassell & Co. Ltd v. Broome* [1972] A.C. 1027). באחת הפרשות נקבע כי יש לצמצם עוד את פסיקת הפיצויים העונשיים, כך שאלה יינתנו אך ורק בעילה שהוכרה, לעניין זה, בטרם ניתן פסק-דין *Rookes* הנ"ל (ראו *A.B. v. South West Water Services Ltd.* [1993] Q.B. 507) אולם הגבלה זו נדחתה לאחרונה בפסק-הדין *Kuddus v. C.C. Leicestershire* [2001] 3 All E.R. 193. בפסק-דין אחרון זה – כמו בפסקי-דין רבים לפניו – נחלקו דעות השופטים בשאלה האם הפיצויים העונשיים הם כלי חשוב להתמודדות עם התנהגות קלוקלת של מזיקים ופגיעה בזכויותיהם של ניזוקים (הלורד Nicholls והלורד Hotton), או שמא מדובר באנומליה – הסדר שמקומו לא יכירנו בדיני הנזיקין (הלורד Scott). ה- Law Commission הציעה להמשיך ולהכיר בפיצויים עונשיים, תוך עיצוב מחדש של גודריהם, כך שניתן יהיה לפסקם בכל מקרה עוולתי, שבו הנתבע התעלם מזכויותיו של התובע באופן מכוון ושערורייתי (deliberately and outrageously) (ראו *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Commission* (1997) Com. No. 247). הנושא עדיין לא טופל במישור החקיקתי (ראו *Winfield & Jolowicz, Tort* (16th Ed., 2002) 757).

78. ההגבלות שהותוו בפסק-דין *Rookes* לא אומצו כלשונן במדינות כמו קנדה, אוסטרליה וניו-זילנד (ראו 1 *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* (1989) 117 C.L.R. 118; S.C.R. 1085 - *Uren v. John Fairfax & Sons Pty Ltd.* (1966) 117 C.L.R. 118; *Australian Consolidated Press v. Uren* [1969] 1 A.C. 590; *Press v. Uren* [1969] 1 A.C. 590; *Taylor v. Beere* [1982] 1 N.Z.L.R. 81; וראו גם באירלנד, *Conway v. INTO* [1991] 2 I.R. 305). עם זאת, צמצמו בתי המשפט שם את פסיקת הפיצויים העונשיים לנסיבות יוצאות מגדר הרגיל, ובמיוחד כאלה שבהן התנהגות הנתבע היא שערורייתית או זדונית, במידה המצדיקה את ענישתו, בדרך של חיובו לשלם לתובע מעין "קנס אזרחי". זאת, על-מנת ליתן ביטוי לשאט-הנפש של בית המשפט, ולמען יראו – המזיק ואחרים – ויראו (ראו *Hill v. Church of Scientology of Toronto* (1995) 2 S.C.R. 1130, 1208). גישה מרחיבה, כלפי הפיצויים העונשיים, מיוחסת לפסיקה האמריקאית, זאת הן מבחינת העילות לפסיקתם, הן מבחינת הנכונות

לעשות בהם שימוש מרתיע, והן מבחינת גובה הסכומים הנפסקים (ראו והשוו B.M.W. (of North America Inc., v. Gore, 116 S. Ct. 1589 (1996)).

ראוי לציין, כי פסיקת הפיצויים העונשיים מתמקדת, בדרך-כלל, בעוולות-כוונה, כאשר התנהגות המזיק ראויה לגינוי. שיטות משפט שונות הכירו באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים גם בתביעות המתבססות על עוולת הרשלנות, אולם בתי המשפט עושים זאת, על-פי-רוב, במשורה ובמקרים חריגים (ראו P. H. Osborne, *The Law of Torts in Australia*; F. Trindade, P. Cane, *The Law of Torts in Australia*; (2000) 104 *Coughlin v. Kuntz*; *Lamb v. Cotogno* (1987) 74 ALR 188; (3rd Ed., 2001) 530 *Privy Council* (1989) 42 B.C.L.R. (2d) 108). ה- Privy Council קבעה לאחרונה, בערעור על בית המשפט לערעורים של ניו-זילנד, ברוב של שלושה שופטים מול שניים, כי, בעיקרון, ניתן לפסוק פיצויים עונשיים גם במקרים של התרשלות שאין עמה כוונה או מודעות, ובלבד שהתנאי היסודי של התנהגות שערורייתית (outrageous conduct) מתקיים. דעת המיעוט ראתה חשיבות רבה במצבו הנפשי של המעוול, מתוך תפיסה כי מטרת הפיצויים מסוג זה היא להעניש, ולא לבטא את מורת רוחו של בית המשפט מן ההתנהגות (Andrew Phang & Pey-Woan; *A. v. Bottrill* [2002] 3 W.L.R. 1406). (Lee, "Exemplary Damages – Two Commonwealth Cases" [2003] *C.L.J.* 32).

79. בתי המשפט בישראל הכירו באפשרות לחייב מזיק בפיצויים עונשיים. כבר בע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט 1331, נקבע כי:

"התקפת המערער על המשיבה היתה זדונית, ללא התגרות מיידית שקדמה לה, והיא בוצעה בפראות שהייתה מכוונת להשפיל את כבוד המשיבה קבל עם ועדה. בית המשפט רשאי להביא בחשבון גורמים מיוחדים אלה, כגון כוונתו הרעה של התוקף ובושת שסבל הנתקף, בקבעו פיצויים עונשיים... בהתחשב עם כל הגורמים האלה אנו מוצאים שהמסיבות הצדיקו הטלת סכום ניכר כפיצוי כללי..." (שם, בעמ' 1335).

והפסיקה חזרה וקבעה כי לבתי המשפט בישראל סמכות לפסוק פיצויים עונשיים (ראו ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225, 234; ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע, פ"ד יב 1261; ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225, 237; ע"א 670/79 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, 205), אף כי גישה זו זכתה לביקורת (אנגלרד, ברק, חשין בספרם הנ"ל, בעמ' 583-584 וראו גם דברי השופט קיסטר בע"א 71/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד כח(1) 393). יש הסבורים, כי יש לבחון את השפעת חוקי היסוד על הסוגייה (ת"א (י-ם) 1549/96

לוי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תק-מח 1922). בפועל, בתי המשפט בישראל אינם נוהגים – בוודאי אינם מרבים – לפסוק פיצויים עונשיים (ע"א 3654/97 קרטין נ' עתרת ניירות ערך בע"מ, פ"ד נג(3) 385, 406). יצוין, כי קיימות בדין הישראלי הוראות חוק הקובעות, בהקשרים מסוימים, סמכות מפורשת לפסוק פיצויים עונשיים (ראו למשל סעיף 183 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967). הצעת חוק של חברת הכנסת נחמה רונן, משנת תשס"ב, לפיה תוסף לפקודת הנזיקין הוראה בדבר פיצויים עונשיים, לא התגבשה לכלל חקיקה (הצעת חוק פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (תיקון – פיצויים עונשיים), התשס"ב-2001). על-פי ההצעה, יהא בית המשפט רשאי להשית על הנתבע פיצויים, נוסף על הפיצויים הניתנים לפי סעיף 76 לפקודה, וזאת "אם נקבע כי הנתבע נהג באורח הראוי לגינוי, ובאחד מאלה: (1) מתוך מטרה לגרום נזק לאחר; (2) מתוך התעלמות מכוונת ומודעת מזכויות האחר או מביטחונן; (3) תוך רשלנות חמורה". עוד נקבע בהצעה, כי בקביעת גובהם הראוי של הפיצויים העונשיים יהא בית המשפט רשאי לשקול, בין היתר, את צפיותו – בכוח ובפועל – של הנזק שנגרם כתוצאה ממעשיו או מחדליו של הנתבע, ואת משך הזמן שבו ביצע הנתבע את המעשים או המחדלים שגרמו לתובע את נזקיו.

80. בענייננו, סבר בית המשפט המחוזי, כי "המחדלים הרובצים לפתחם של הנתבעים שהורשעו בפסק הדין הינם מחדלים חמורים ביותר", אך יחד עם זאת, הדגיש כי יש המטילים ספק בדבר עצם הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, וציין כי, ככלל, "אין בתי המשפט פוסקים פיצויים עונשיים אלא בגין עוולות המצריכות כוונה או זדון". נראה לי, כי אין להתערב במסקנתו של בית משפט קמא בעניין זה. התרשלותם של המשיבים, כפי שהיא משתקפת בפסק-הדין המרשיע, היא אכן צורמת והביאה לתוצאה טרגית. יחד עם זאת, נראה כי אף אם נתונה לבתי המשפט בשיטתנו סמכות לפסוק פיצויים עונשיים – ואין אנו נדרשים להכריע בסוגיה זו היום – הרי שלא נתקיים, במקרה זה, טעם מספיק להתערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי, שלא לפסוק לטובת המערערים פיצויים עונשיים.

קיצור תוחלת חיים

81. בקבוצת נזקי הגוף הלא-ממוניים (non-pecuniary loss) באים שני ראשי נזק עיקריים, והם הכאב והסבל (pain and suffering) וקיצור תוחלת החיים (reduction of life expectancy) או אובדן תוחלת החיים (loss of life expectancy). ראש הנזק של אובדן הנאות החיים (loss of life amenities) אינו מוכר, במשפט הישראלי, כראש-נזק עצמאי (ראו ע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח(2) 1412; ע"א 372/65 דהאן נ' פרנטיס,

פ"ד יט(4) 192; ע"א 773/81 עיזבון המנוח פרייליך ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 816; יצוין כי באנגליה, נשלל ראש-הנזק של קיצור תוחלת חיים כראש-נזק נפרד, על-ידי ה- Administration and Justice Act, 1982, ועתה הוא בא בגדרו של הכאב והסבל).

יש הנרתעים מפני הענקת פיצוי בגין נזקים לא-ממוניים, בשל הקושי להעריך את שיעורם. כבר נאמר, כי בכגון דא "הפרוץ מרובה על העומד והניחוש על המוחש", שהרי "כיצד זה אפשר להעריך, במדויק או אפילו בקירוב, בכסף או בשווה-כסף את הכאב והסבל או את הצער והבושה של אדם שנקטעה ידו או רגלו, או שמהלך על רגליו והדאגה מכרסמת את לבו כי ימיו ספורים עלי אדמות" (ע"א 70/52 גרוסמן נ' דוט, פ"ד ו 1242, 1254). ועוד נכתב, כי ראש-נזק זה "לא במידות ומשקלות של הגיון יבחן מקורו לא בתבונה אלא במוסר וברגש", שכן "שום כסף לא ישווה לאבדן חיים ולא יפצה על שלילת טוב החיים" (ע"א 15/66 שנער נ' חסון, פ"ד כ(2) 463, 460, 465; ראו גם ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718, 732).

82. עם זאת, מושרש הפיצוי בגין ראש הנזק של קיצור או אבדן תוחלת חיים במשפטנו; אף הגישה, הפרדוקסאלית-משהו, לפיה יש להמעט בפיצוי בגין ראש-נזק זה דווקא משום הקושי באומדן שיעורו – אבדה מכוחה. הצורך בפיצוי מדוד אינו בהכרח גם צורך בפיצוי מתון. אכן, בדברי חקיקה מסוימים, שומת הנזק הלא-ממוני נעשית על-פי שיטה תעריפית, ולא אינדיבידואלית (ראו חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975; תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו-1976; חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980; ע"א 235/78 הורנשטיין נ' אוהבי, פ"ד לג(1) 349, 346; ע"א 184/80 אייגלר נ' המגן, פ"ד לה(3) 815; ע"א 2801/96 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יפרח, פ"ד נה(1) 817). זהו השובר, הבא בצד השטר של הסדר האחריות המחמיר, אותו מציעים דברי החקיקה האלה (ראו גם ע"א 675/82 אסדי נ' כהן, פ"ד לח(4) 449). אולם, התעריף המקסימאלי, הקבוע בחוק הפיצויים או בחוקי האחריות המחמירה, אין בו כדי לכבול את ידי בית המשפט בכואו לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני לתובע שניזוק בעוולה לפי פקודת הנזיקין (ע"א 180/88 יצחק עוזרי נ' ראובן שרופי, תק-על 90(3) 606; ע"א 3843/90 אוחיון אלברט נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, תק-על 93(3) 428). אכן, כאשר בדין הנזיקין הכללי עסקינן, "הדין מבוסס על התמקדות בנזק האינדיבידואלי שהתרחש לניזוק, ואשר לגביו אחראי המזיק, ובצורך להשיב את מצבו לקדמותו" (ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 775). בכל הנוגע לראש הנזק של קיצור או אובדן תוחלת-חיים, מודד חשוב הוא אורך תקופת "השנים האבודות", אף כי מובן הוא שאין

לנקוט בדרך של חישוב "מתמטי", הקובע "תעריף" לכל שנת-חיים (ראו והשוו פרשת שנער הנ"ל; ע"א 286/55 וולפוביץ נ' פישר, פ"ד יא(1) 379; ע"א 402/75 עיזבון ישראל משיח נ' רזנבלום, פ"ד ל(3) 101; ע"א 384/74 עיזבון המנוח דוד אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן בע"מ, פ"ד ל(1) 374).

83. זניחת המידה המתונה והמרתה במידה הראויה באה לכלל ביטוי, מטבע הדברים, במשפט הישראלי, כמו-גם בשיטות משפט אחרות, במגמה של הגדלת סכום הפיצוי בגין ראשי-הנזק הלא-ממוניים. מגמה זו קיבלה ביטוי בפסיקה (ראו למשל ע"א 2517/93 בויס נ' קטהין, תק-על 94(2) 335; ע"א 6978/96 עמר נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות, פ"ד נה(1) 920; ע"א 2055/99 פלוני נ' הרבנות הראשית לישראל, תק-על 2001(2) 240; א' ריבלין, פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר – חלק ג 51-62 (תשס"ג)). מגמה זו קיבלה ביטוי באנגליה, שם נערכה בחינה מקיפה של הסוגיה הזו על-ידי ה- Law Commission, ובדו"ח שפורסם בשנת 1999 המליצה הועדה כי הפיצוי בגין כאב וסבל ואבדן הנאות החיים יוגדל, מקום שבו נגרם "נזק גוף רציני". לא חלף זמן רב, ובשנת 2000 נדרש בית המשפט לערעורים באנגליה לסוגיה זו, בפרשת *Heil v. Rankin* [2000] 2 W.L.R. 1173. בית המשפט אימץ, באותה פרשה, את מרבית המלצות הועדה, וציין כי העיקרון בדבר פיצוי מלא, קרי – הוגן, סביר וצודק, חל הן על נזק של ממון והן על נזק שאינו נזק ממון. יחד עם זאת הדגיש בית המשפט, כי אין הוא בא לשנות מן העקרונות המקובלים, העומדים ביסוד שומת הנזק, כי אם להציע כללים מדריכים מעודכנים, אשר יקנו תוקף מודרני לעקרונות המסורתיים בדבר תכלית פסיקת הפיצויים. בפועל, קבע בית המשפט באנגליה את מתחם הפיצוי, בגין נזק הגוף הלא ממוני, במקרים חמורים, בסכומים הנעים בין 150,000 ל- 200,000 ליש"ט.

המגמה עליה עמדנו לא פסחה על פסיקת הפיצויים בגין קיצור או אבדן תוחלת החיים. זה מכבר קבעה הפסיקה, כי הפיצוי בראש-נזק זה צריך שיהיה ממשי, שהרי מדובר באובדן דבר שהוא יקר מכל (ע"א 384/74 עזבון המנוח דוד אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן בע"מ, פ"ד ל(1) 374; ע"א 402/75 משיח נ' רזנבלום, פ"ד ל(3) 97). ואכן, במספר פסקי-דין שניתנו בעת האחרונה נפסקו, בגין קיצור תוחלת החיים, פיצויים בסכומים גבוהים מאלה שהיו נהוגים בעבר (ראו ע"א 4022/98, 4248/98 הטכניון, מכון טכנולוגי לישראל נ' טויסטר, תק-על 99(2) 255; וכן ראו ע"א 163/99 עיזבון המנוח דיאב מזאווי ז"ל נ' א' דורי, חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, תק-על 2000(4) 413; ע"א 5938/97 פלג נ' טרדימן, תק-על 2000(1) 187; ת"א (חיפה) 1581/94 ויטאל נ' מדינת ישראל, דינים-מחוזי לב(7) 163).

פסק-הדין של בית המשפט המחוזי, בענייננו, משתלב במגמה זו, וסכום הפיצויים שנפסק, בראש הנזק של אבדן תוחלת חיי המנוח – שהלך לעולמו בגיל 12 ותוחלת חייו קוצרה ב- 59 שנים – אינו מצדיק התערבות, לכאן או לכאן. בקביעתי זו הבאתי בחשבון את העובדה, כי לשיטתנו יש לפסוק לעיזבון פיצויים בגין אובדן יכולת ההשתכרות של המנוח "בשנים האבודות".

לפיכך, יש לדחות את הערעור שכנגד, וכן את הטענות שהועלו, בעניין זה, בע"א 550/01.

84. גם יתר הטענות שהועלו בע"א 550/01 אינן מצדיקות, לדעתי, התערבות בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי. אבקש לייחד מספר מילים לטענת המערערים כי יש לפסוק לעיזבון פיצוי בגין כאב וסבל. בעיקרון, הפיצוי בראש-נזק זה נעשה, בשיטתנו, לפי השיטה הסובייקטיבית-פונקציונלית. ההלכה שנפסקה, ברוב דעות, בע"א 372/65 דהאן נ' פרנסיס, פ"ד יט(4) 192, היא כי אין לפסוק פיצויים בגין כאב וסבל, מקום שהכרתו של הניזוק ניטלה ממנו מרגע הפגיעה ועד לרגע המוות. בפרשת פרייליך פסק הנשיא (אז השופט) ברק, כי "אבדן ההכרה נזק בר-פיצוי הוא, שכן אבדן ההכרה שקול כנגד צמצום תוחלת החיים, ודבר אחרון זה הוא נזק בר-פיצוי. הפיצוי אינו על הכאב והסבל שבמודעות לנזק אלא על אבדן החיים כולם, פרט לרוח החיים, בתקופת אבדן ההכרה". בענייננו, לא הוכח כי למנוח הוסבו כאב וסבל בגין התאונה, ואף אם נראה בזמן שחלף בין התאונה לבין המוות – שבו כפי הנראה היה המנוח מחוסר-הכרה – כבא בגדר "קיצור תוחלת החיים" – הרי שתוספת זו היא מזערית ואין בה כדי לשנות את שיעור הפיצוי בראש-נזק זה.

טוף דבר

85. לאור כל האמור לעיל, סבורני כי ע"א 140/00 דינו להתקבל, במובן זה שהדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך קביעת סכום הפיצוי המגיע לעיזבון בגין אובדן יכולת ההשתכרות של המנוח "בשנים האבודות". הערעור בסוגיית הפיצויים העונשיים, הערעור שכנגד בעניין גובה הפיצוי בגין קיצור תוחלת החיים, וע"א 550/01 – נדחים.

המשיבים יישאו בהוצאות המשפט ובשכר-טרחת עורך-הדין של המערערים בסכום של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ת' אור:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' ריבלין.

ניתן היום, כ"ב באדר תשס"ד (15.3.2004).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת