

בעקבות פסק־דין עיזבון אטינגר – לשאלת הפיצוי הראוי

על נזקי "השנים האבודות"

מאת

ישראל גלעד*

א. מבוא; 1. הרקע לפסק־דין עיזבון אטינגר – שאלת הפיצוי בשל השנים האבודות ובעיית התלויים בניזוק החי ודרכי פתרונה האפשריות; 2. עיקריה של הילכת אטינגר והשאלות העקרוניות שהיא מעוררת; 3. עיקרי הטיעונים ברשימה זו; 4. סדר הדברים. ב. הילכת אטינגר – על אופן הערכת הפסד ההכנסה ודרך ההתאמה בין זכויות התלויים והיורשים; 1. מהו הנזק הממוני בשנים האבודות?; 2. הוצאות המחייבה המנוכות ושיטת הערכתן; 3. יורשים ותלויים – התאמת התביעות כאשר התלויים אינם היורשים; 4. יורשים ותלויים – התאמת התביעות כאשר קיימת זהות בין התלויים ליורשים. ג. היש הצדקה לפיצוי הניזוק על אובדן השתכרותו בשנים האבודות מעבר לצורך לסייע לתלוייו?; 1. השאלה; 2. הקושי העקרוני – היעדר משמעות לנזק ולפיצויו בתקופת המוות; 3. האם "נזק לנכס"?; 4. גזירה שווה מראש הנזק של "קיצור תוחלת חיים"? על הצורך בשינוי הילכת פרייליך; 5. השוואת המת לחסר ההכרה; 6. הקושי שבהילכת ניכוי ההוצאות; 7. סיכום. ד. שאלת זכות העיזבון – ההצדקה לפיצוי העיזבון והקשיים הכרוכים בכך; 1. על שני היבטיה של זכות העיזבון – הזכות הנגזרת והזכות כמכשיר לפיצוי עקיף של צדדים שלישיים; 2. הזכות הנגזרת של העיזבון ושאלת הזכאות הכפולה; 3. הכרה בזכות העיזבון לצורך תיקון עקיף של נזק לצדדים שלישיים; 4. הכרה בזכות העיזבון כאמצעי להבטחת הרתעה יעילה; 5. הרתעה – מניעת זילות חיי אדם. ה. לשאלת ההתאמה בין פיצוי התלויים דרך תביעת הניזוק לבין פיצויים בתביעתם העצמאית; 1. השאלה; 2. מרכיב החיסכון; 3. ההוצאה על מי

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (קתדרת בורה לסקין). רשימה זו מבוססת על הרצאות שניתנו בהשתלמויות שופטים ועורכי־דין, במחצית השנייה של שנת 2004, שבהן נדונה סוגיית "השנים האבודות". אני מבקש להודות לפרופ' דניאל מור, שהאיר את עיניי בסוגיה זו, לרם וינוגרד, גליה ריבלין ובוועד שנוור על הערותיהם המועילות לטיוטות מוקדמות. הכתוב ברשימה משקף, כמובן, את עמדותיי בסוגיה.

שאינם תלויים; 4. טובות הנאה הצומחות לתלויים עקב המוות; 5. אשם תורם של התלויים; 6. תקופת אובדן ההכנסה; 7. אובדן שירותים; 8. תלויים בפועל מול תלויים רעיוניים; 9. תמריצים להתנהגות "אסטרטגית". ו. סיכום ביניים – שאלת החלופות להילכת אטינגר. ז. בחינת החלופות לאטינגר; 1. הקניית זכות תביעה עצמאית לתלויים בניזוק החי; 2. "הפתרון הרווח" שבתזכיר החוק – פיצוי הניזוק על הפסד הכנסתו, אך תוך שלילת זכות העיזבון; 3. חלופה נוספת – פיצוי הניזוק בגובה הפסד התמיכה בפועל בתלוייו בשנים האבודות. ח. סיכום – השינויים המוצעים בדין הנוהג.

א. מבוא

1. הרקע לפסק־דין עיזבון אטינגר – שאלת הפיצוי בשל השנים האבודות ובעיית התלויים בניזוק החי ודרכי פתרונה האפשריות

כאשר עוולה גורמת או עתידה לגרום למותו המוקדם של אדם, לאובדן שנות חיים שלו ("השנים האבודות"), מתעוררת השאלה מה הם הנזקים בני הפיצוי הנגרמים עקב כך וכיצד יש להעריכם. שאלה זו נשאלת הן לגבי נזקיו הממוניים והבלתי ממוניים של הניזוק עצמו, מי שתוחלת חייו קוצרה עקב העוולה, והן לגבי צדדים שלישיים העלולים לסבול נזק ממוני או שאינו ממוני עקב מותו המוקדם. צדדים שלישיים אלה, ככל שמדובר בנזק ממוני, הם בעיקר התלויים בניזוק, דהיינו בני משפחה קרובים, שהיו נתמכים על-ידיו בשנים האבודות, אלמלא מותו המוקדם, ויורשיו בעתיד של הניזוק, עד כמה שירושתם נפגעה עקב מותו המוקדם. צדדים שלישיים אחרים העלולים להיפגע הם שותפיו לעסקים, מעסיקיו, עובדיו, לקוחותיו, נושיו וכל אדם אחר החשוף לפגיעה כלכלית עקב מותו. ככל שמדובר בנזק שאינו ממוני, הנפגעים עקב מותו של אדם הם לרוב בני משפחתו הסובלים נזק נפשי בשל מותו המוקדם של יקירם.

עד להחלטה בעניין אטינגר¹, שבה התעוררה שוב שאלת השנים האבודות בכל מורכבותה, הגביל הדין הישראלי את ההכרה בנזקי השנים האבודות. באשר לניזוק עצמו הכירה הפסיקה בזכותו לפיצויים בשל נזקו הבלתי ממוני בראש הנזק של "קיצור תוחלת חיים"². באשר לצדדים שלישיים הוכרה בסעיפים 78-80 לפקודת הניזוקין זכותם של התלויים בניזוק, שנפטר עקב עוולה בטרם מיצה תביעתו, לפיצויים על אובדן התמיכה

1 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (להלן – עניין אטינגר).
2 לדיון בראש נזק זה ראו להלן, סעיף ג.4.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

הכלכלית שהייתה מוענקת להם על-ידי שנים האבודות אלמלא מותו³. לעומת זאת זכותם של היורשים לפיצוי על נזק הממוני עקב מות המוריש נשללה במפורש על-ידי סעיף 19(ב) לפקודת הנזיקין הקובע כי "הפיצויים שניתן להיפרע לטובת העיזבון מחושבים בלי שים לב להפסד או לרווח שנגרם לעיזבון עקב המוות"⁴.

על הסדר זה של נזקי השנים האבודות העיבה לאורך השנים בעייתם של התלויים בניזוק החי, אשר עם מותו יאבדו את התמיכה שהיה מעניק להם בשנים האבודות אלמלא מותו. בעיה זו נוצרה משום שזכותם של התלויים לפיצוי ישיר מהמזיק על אובדן התמיכה בהם בשנים האבודות מותנית כאמור בכך שהניזוק נפטר בטרם מיצה את עלת תביעתו האישית כנגד המזיק. באותם מקרים שבהם הניזוק נותר בחיים אין הדין מכיר בתביעת התלויים על אף נזק אובדן התמיכה הצפוי להם בעתיד בשנים האבודות. הניזוק עצמו לא היה זכאי לפיצוי על נזקו הממוני בשנים האבודות, ולפיכך פיצוי הניזוק לא כלל מרכיב כספי שיכול היה לשמש לתמיכה בתלויים. בהבחנה זו בין תלויים בניזוק שמת קודם זמנו, הזכאים לפיצוי על אובדן תמיכתו בעבר ובעתיד, לבין תלויים בניזוק החי שעתיד למות קודם זמנו, שמהם נשלל פיצוי על נזקם העתידי, היה משום קיפוח בולט של האחרונים⁵.

את בעייתם זו של התלויים בניזוק החי ניתן עיונית לפתור בכמה שיטות. שיטה אחת היא להעניק גם לתלויים זכות אישית וישירה כנגד המזיק בנוסף לזכות שממש הניזוק כלפיו. זכות זו ניתן להעניק להם בעתיד, עם מותו של הניזוק, לאחר שמיצה את תביעתו האישית, או בהווה, על-ידי הכרה בזכותם לתבוע מן המזיק את הפסדם הצפוי בשנים האבודות במסגרת תביעה המוגשת לצד תביעתו האישית של הניזוק החי. שיטה זו, על שתי חלופותיה, מחייבת שינוי חקיקה שכן היא כרוכה במתן זכות תביעה, שאינה קיימת כיום, לתלויים בניזוק החי. שיטה אחרת לפתרון הבעיה היא להעניק לניזוק עצמו כפיצוי סכום כסף שיוכל לשמש בעתיד לתמיכה בתלויים לאחר מותו המוקדם. הפיצוי לניזוק משמש בשיטה זה אמצעי לפתרון עקיף של בעיית התלויים בניזוק החי. פיצוי זה, יכול

3 על הגבלת זכותם של התלויים רק ל"אובדן התמיכה הכספית הנובעת מתלותם המשפחתית במנוח" (עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 28), ושליטת זכותם לפיצויים על נזקים ממוניים אחרים, כאובדן השתכרות, ראו ע"א 64/89 גבאי נ' לוזון, פ"ד מח(4) 673, עמ' 680.

4 "ההיגיון העומד מאחורי הוראה זו, הוא שהתביעה אינה של היורשים כי אם של המנוח" עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 27.

5 "The Lost years: a Problem Manifestly unfair result in the Computation and Distribution of Damages" 50 Cal. L. Rev. (1962) 598, p. 615 Report on Personal Injury Litigation – Assessment of Damages, עמ' 17. לסקירת בעיית התלויים בניזוק החי במשפט הישראלי ראו עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 26-31. ראו גם ניתוח הבעיה והדרכים המוצעות לפתרונה אצל השופט ברק בע"א 295/81 עיזבון המנוחה שרון גבריאלי נ' דניאל גבריאלי, פ"ד לו(4) 533 (להלן – עניין גבריאלי), עמ' 552-556.

שיהיה מלכתחילה בגובה אובדן התמיכה הצפוי בתלויים, או פיצוי כספי אחר שייתן מענה מתאים לצרכי התלויים בעתיד. השאלה עד כמה פתרון עקיף זה מצריך תיקון בחוק תלויה בשאלה עד כמה ניתן לעגן את הפיצוי לניזוק החי, המיועד בפועל לתלוייו, בדין הקיים.

בשנת 1978 נתן בית הלורדים באנגליה מענה שיפוטי לבעיה זו בהחלטתו בעניין *Pickett*⁶. בהחלטה זו, הכיר בית הלורדים בזכות הניזוק החי לפיצויים על הפסד השתכרותו בשנים האבודות. מאחר שהתמיכה בתלויים בשנים האבודות נעשתה בעיקרה מתוך הכנסת הניזוק בשנים אלה, פיצוי הניזוק על הכנסה זו מקנה לו את המקורות הכספיים לתמיכה עקיפה בתלויים לאחר מותו. זאת ועוד, נפסק כי מזכות הניזוק לאובדן ההשתכרות בשנים האבודות יש לנכות את ההוצאות שהיה מוציא על עצמו בשנים אלה. מאחר שהתמיכה בתלויים הייתה נעשית מההפרש שבין הכנסת הניזוק לבין הוצאותיו האישיות, ניכוי ההוצאות האישיות מקרב את גובה הפיצוי לניזוק בשל אובדן ההשתכרות בשנים האבודות לגובה נזקם של התלויים בשנים אלה.

ההחלטה לפצות את הניזוק על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות מעוררת שאלה עקרונית: האם פיצוי זה נועד בעיקרו של דבר לתת מענה לבעיית התלויים בניזוק החי, או שמא בא פיצוי זה גם לפצות את הניזוק עצמו על נזק ממוני שנגרם לו עקב אובדן שנות החיים? שאלה זו, שאלת זכאות הניזוק, מתעוררת משום שלהקניית זכות לניזוק לפיצוי על הפסד הכנסתו בשנים האבודות יש משמעויות והשלכות החורגות במידה ניכרת מבעיית התלויים בניזוק החי. משהוכרה זכות זו, הרי שיש להקנותה לניזוק שתוחלת חייו קוצרה גם בהיעדר בעיית תלויים. כך יקרה במקרה הניזוק החי הזכאי לפיצוי כאמור גם כאשר ברור כי אין ולא יהיו לו תלויים. כך יקרה גם כאשר הניזוק נפטר לפני שמיצה את עילתו, וזכותו להפסד השתכרות בשנים האבודות עוברת לעיזבונו מכוח דיני הירושה. במקרה האחרון לא קיימת בעיית תלויים אם משום שאין תלויים ואם משום שהתלויים זכאים לתבוע את המזיק באורח עצמאי. הקניית זכות הניזוק לעיזבונו כאשר לתלויים עילה עצמאית יוצרת בעיה של זכאות כפולה, שכן הן הירושים והן התלויים זכאים לפיצוי על הנזק שיגרום להם אובדן ההכנסה בשנים האבודות – הירושים על אובדן ההכנסה של הניזוק והתלויים על אובדן התמיכה בהם מתוך הכנסה זו. מבחינת המזיק יוצרת זכאות כפולה זו בעיה של פיצוי כפול על אותו נזק של הפסד השתכרות.

אם התשובה לשאלה העקרונית של זכאות הניזוק היא שההכרה בזכותו לפיצוי על הפסד השתכרות נועדה בעיקרה לפתור את בעיית תלוייו ולא לפצותו על נזקו האיש, הרי שמתבקשות מכך כמה מסקנות חשובות. ראשית, אין הצדקה להכיר בזכות העיזבון לפיצוי זה שהרי תביעת העיזבון קיימת רק בהיעדר בעיית תלויים. הדברים אמורים מקל וחומר לנוכח בעיית הזכאות הכפולה שיוצרת הקניית הזכות לעיזבון. שנית, יש צורך

6 *Pickett v. British Rail Engineering* [1980] A.C. 126 (להלן – עניין *Pickett*).

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

להתאים ככל הניתן את הפיצוי לניזוק על הפסד הכנסתו בשנים האבודות לנזק אובדן התמיכה שייגרם בעתיד לתלוייו, שהרי זוהי מטרת הפיצוי לניזוק. שוני בין השנים ייצור בעיה של אי-התאמה בין מטרת הפיצוי לבין גודלו. על-פי תפיסה זו, ההכרה בזכות הניזוק לפיצויים על הפסד השתכרותו בשנים האבודות היא מכשיר משפטי נדרש, אך בעייתי, לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי⁷. הוא נדרש לצורך פתרון בעיית התלויים, אך בעייתי בשל הצורך להקנות זכות זו לעיזבון ללא הצדקה, בשל הבעייתיות שבזכאות הכפולה, ובשל אי-התאמה אפשרית בין הפיצוי לניזוק לבין נזקי התלויים. על-פי תפיסה זו ראוי שלא להכיר בזכות העיזבון, ובכך להימנע מבעיית הזכאות הכפולה, ולצמצם ככל שניתן את ממדי אי-התאמה בין פיצוי הניזוק לנזקי התלויים.

לעומת זאת אם התשובה לשאלה העקרונית של זכאות הניזוק היא שההכרה בזכותו לפיצוי על הפסד השתכרות נועדה אכן לפצותו על נזקו האישי ולא רק לפתור את בעיית תלוייו, מתקבלת תמונה שונה. הכרה בזכות העיזבון מצטיירת כטבעית ומובנת מאליה, שהרי מכוח דיני הירושה עוברות כל זכויות הניזוק כלפי המזיק לעיזבונו ואין להוציא מכלל זה את הפיצוי על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. גם קיומה של אי-התאמה בין הפיצוי לניזוק לנזקי אובדן התמיכה של תלוייו אינה בעייתית כל עוד הפיצוי משקף את נזקי הניזוק וגם פותר את בעיית התלויים. עם זאת גם על-פי תפיסה זו החשש מהזכאות הכפולה⁸ יוצר בעיה הטעונה פתרון.

מה הייתה אפוא גישתו העקרונית של בית הלורדים בעניין *Pickett* לשאלת זכאות הניזוק? לשאלה זו אין תשובה חד-משמעית. מחד גיסא, ברי כי הצורך בפתרון בעיית התלויים היה מניע מרכזי להכרה בזכות הניזוק שם לפיצוי על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. גם ניכוי הוצאות המחיה של המזיק יכול להעיד כל כך. עם זאת יש בהחלטת שופטי הרוב אמירות שמהן משתמע גם הכרה בכך שהפיצוי נועד לפצות את הניזוק על נזקו האישי מעבר לבעיית התלויים⁹. השאלה שבה והתעוררה בשנת 1981 בעניין *Gammell*¹⁰, שבו נדונה במישרין שאלת זכותו של העיזבון בהיעדר בעיית תלויים. גם מהחלטה זו לא עולה תשובה חד-משמעית לשאלה העקרונית. מחד גיסא, הכיר בית הלורדים בזכות העיזבון, אך מאידך גיסא, עשה זאת באי-רצון בולט כשהוא קורא למחוקק להתערב ולשלול את זכות העיזבון. מדברי השופטים אין זה ברור אם הצורך בשלילת זכות העיזבון נובע רק מבעיית הזכאות הכפולה או גם מכך שבהיעדר בעיית תלויים אין הצדקה מספקת להכיר בזכות הניזוק לפיצוי העוברת ליורשיו. היענות מהירה של המחוקק האנגלי לקריאת בית הלורדים הביאה כבר בשנת 1982 לשלילה בחוק של

7 בלשונו של M.H. McGregor הכרה בזכות זו היא בבחינת "unfortunate but inexorable conclusion" McGregor on Damages (17th ed., 2003) 1385.

8 the notorious fear של בלשונו של Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 610.

9 ראו להלן, סעיף ג.4., והערה 58.

10 *Gammell v. Wilson* [1982] AC 27 (להלן – עניין *Gammell*).

זכאות לפיצויים בשל אובדן הכנסה בשנים האבודות מעיזבונו של מי שנפטר קודם למיצוי עילתו¹¹. כך נוצר "הפתרון האנגלי" לבעיית התלויים בניזוק החי, השולל את זכות העיזבון ופותר את בעיית הזכאות הכפולה, אך מותיר ללא הכרעה ברורה את שאלת זכאות הניזוק ואת שאלת היחס לסוגיית אי-ההתאמה.

בשנת 1982 נדרש בית-המשפט העליון בישראל לסוגיית השנים האבודות בתביעת העיזבון בפרשת גבריאלי¹². כשלנגד עיניו הפסיקה האנגלית, אך לא תיקון החוק שבא בעקבותיה, הציע השופט ברק בדעת המיעוט להכיר בזכאות הניזוק להפסד השתכרות בשנים האבודות מעבר לצורך בפתרון בעיית התלויים, ולהכיר בהתאם בזכות העיזבון לבוא בנעלי הניזוק לעניין זה¹³. את בעיית הזכאות הכפולה הכרוכה בכך הציע השופט ברק לפתור באמצעות ניכוי זכות התלויים מזכות העיזבון¹⁴. את שאלת ההתאמה בין זכות הניזוק לבין הפסדי התלויים הותיר פתוחה בעיקרה, שכן מעבר לקביעה הכללית בדבר הצורך בניכוי הוצאות המחיייה של הניזוק לא נכנס השופט ברק לעובי קורת החישוב, מה גם שהתאמה שכזו אינה הכרחית לפי תפיסה זו¹⁵. עמדת שופטי הרוב בעניין גבריאלי, מפי השופט י' כהן¹⁶, הייתה הפוכה. הכרעתם בשאלה העקרונית של זכאות הניזוק להפסד ההשתכרות בשנים האבודות הייתה שאין הצדקה להכיר בזכאות זו מעבר לצורך בפתרון בעיית התלויים בניזוק החי. אך מאחר שפתרון שכזה חייב הכרה בזכות העיזבון ועורר את שאלת הזכאות הכפולה, העדיפו שלא להכיר כלל בזכות זו של הניזוק גם לא לצורך פתרון בעיית התלויים בניזוק החי, וממילא לא התעוררה מבחינתם שאלת אי-ההתאמה. את בעיית התלויים בניזוק החי הותירו למחוקק. קריאה זו למחוקק נותרה ללא מענה והדין הישראלי נותר ללא פתרון לבעיית התלויים בניזוק החי עד לדיון המחודש בה בעניין אטינגר¹⁷.

- Administration of Justice Act, 1982, sec. 4(2) 11
 לעיל, הערה 5. 12
 שם, עמ' 558-568. 13
 דיון מפורט בהצעה, שאומצה בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), ראו להלן, סעיפים ב.2 ו-ד.2. 14
 לדיון הקצר בסוגיה זו ראו עניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 556-558. 15
 שם, עמ' 569-576. בעמדת השופט י' כהן תמכו השופטים שמגר ובייסקי. בעמדת המיעוט של השופט ברק תמך השופט ש' לוין. 16
 עם זאת כפי שהראה בשעתו פרופ' אריאל פורת בסקירתו על "דיני הניזוקין" בספר השנה של המשפט הישראלי (תשנ"א) 222, עמ' 255-256, הכירה הפסיקה בעקיפין בזכות הניזוק לפיצויים בשל השנים האבודות בסיטואציה ייחודית שנדונה בע"א 248/86 עיזבון לילי חנשוילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529. ראו הדיון בעניין זה בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 64. עם זאת נראה כי בית-המשפט לא היה מודע שם לסתירה בין פסיקתו לבין הילכת גבריאלי (לעיל, הערה 5), ואף איזכר בהסכמה את הילכת גבריאלי (עמ' 551).

עם זאת במהלך העשור האחרון, גובשה במסגרת הכנת חוק דיני הממונות – הקודיפיקציה המוצעת של המשפט הפרטי בישראל – הצעת פתרון חקוק לבעיית השנים האבודות. פתרון זה הולך בתלם "הפתרון האנגלי" – הכרה בזכות הניזוק לפיצוי על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות, לאחר ניכוי הוצאותיו – אך תוך הגבלתה לניזוק החי¹⁸. מתכונת זו של פתרון נפוצה במדינות אחרות של המשפט המקובל: אוסטרליה, קנדה, אירלנד, דרום אפריקה וחלק ממדינות ארצות־הברית¹⁹, ולהלן נתייחס אליה בהתאם כ"פתרון הרווח". יצוין כי בשנת 1999 שבה ה־Law Commission באנגליה ובחנה את הסוגיה והחליטה להשאיר פתרון זה על כנו²⁰. זהו הרקע להידרשותו החוזרת של בית־המשפט העליון לשאלת השנים האבודות בעניין אטינגר.

2. עיקריה של הילכת אטינגר והשאלות העקרוניות שהיא מעוררת

בעניין אטינגר נדונה שאלת הזכאות לפיצויים בשל נזקי השנים האבודות במקרהו של קטין בן 12 שנים אשר נפל לבור ונהרג בשל רשלנות המזיק. במקרה זה לא התעוררה במישרין שאלת התלויים בניזוק החי, הן בשל מותו של המנוח קודם למיצוי תביעתו והן בשל היעדר תלויים ידועים בהינתן גילו הצעיר. עם זאת בהיות התביעה תביעה לפיצוי על נזקי השנים האבודות, ברי כי סוגיית התלויים בניזוק החי מובנית עמוק אל תוך ההחלטה ואל טעמיה ומטרותיה²¹.

בהחלטה בעניין אטינגר, שניתנה מפי השופט ריבלין בהסכמת כל ארבעת שופטי ההרכב האחרים, צועד בית־המשפט בנתיב התוצאות אותו התוותה דעת המיעוט של השופט ברק בעניין גבריאלי, תוך פיתוחה והרחבתה לצורכי יישומה המעשי כהלכה מחייבת. באשר לשאלת זכות הניזוק, בית־המשפט הכיר בזכות הניזוק שתוחלת חייו קוצרה, לפיצויים בשל הפסד השתכרות בשנים האבודות, כשמזכות זו מנוכות הוצאותיו בשנים אלה. לעניין זכות העיזבון, בית־המשפט הכיר בכך שזכות הניזוק להפסד ההשתכרות בשנים האבודות עוברת לעיזבונו עם מותו. לעניין בעיית הזכאות הכפולה,

18 ההכרה בזכות הניזוק לפיצויים על הפסד ההשתכרות מצויה בסעיף 544 לתזכיר הקובע: "קוצרה תוחלת חייו של הנפגע, יהיה הנפגע זכאי לפיצויים בעד אובדן כושר ההשתכרות למשך התקופה שבשלה הנפגע זכאי לפיצוי אלמלא קוצרה תוחלת חייו; מן הפיצויים ינוכו הוצאות שהנפגע היה צפוי להוציאן בתקופה בה קוצרה תוחלת חייו". לעומת זאת שלילת הזכות לפיצוי על נזק זה מן העיזבון מצויה בסעיף 545 הקובע: "נפטר אדם, זכאי העיזבון – (1) לפיצויים שלהם היה זכאי אותו אדם אלמלא נפטר, אולם אין הוא זכאי לפיצויים בשל פגיעה בכושר השתכרותו של הנפטר בעד התקופה שלאחר פטירתו".

19 ראו להלן, סעיף 2.ז.

20 דוח מס' 263 של ה־Law Commission משנת 1999 (Claims for Wrongful Death), סעיפים 3.1-3.4.

21 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 26-34.

בית המשפט קבע כי מתביעת העיזבון יש לנכות את תביעת התלויים כדי למנוע פיצוי כפול. באשר לשאלת ההתאמה בין פיצוי הניזוק על הפסד השתכרותו לבין נזקי אובדן התמיכה בתלויים, זו נדונה גם בהזדמנות זו באופן חלקי. יצוין כי בית המשפט לא התייחס בהחלטתו לכך שבתזכיר חוק דיני הממונות מופיע הסדר במתכונת "הפתרון הרווח", הסדר השולל כאמור את זכות העיזבון על כל המשתמע מכך. הילכת אטינגר מעוררת, בהמשך לדיון שלעיל, שורה של שאלות שבהן תעסוק רשימה זו. בהיבט זכות הניזוק השאלה היא אם ההכרה בזכותו להפסד השתכרות בשנים האבודות, בניכוי הוצאותיו, נתפסה על-ידי בית המשפט כאמצעי עקיף לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי, כמכשיר משפטי נדרש אך בעייתי, או שבית המשפט אכן סבר כי קיימת הצדקה עניינית לפצות ניזוקים על נזק זה, גם בהיעדר בעיית תלויים. בהיבט זכות העיזבון מתעוררת השאלה אם בית המשפט הקנה גם לעיזבון את זכות התביעה של הניזוק רק משום שתוצאה זו מוכתבת על-ידי דיני הירושה, בשל ה"קשר הגורדי" שבין זכות הניזוק שבאה לסייע לתלוייו לבין עיזבונו²², או שמא סבר בית המשפט כי תוצאה זו ראויה לגופה שכן מדובר בהורשת זכות העומדת לניזוק ללא קשר לבעיית התלויים. שאלה נוספת היא אם בעיית הזכאות הכפולה נפתרה באורח מניח את הדעת. כמו כן מתעוררת השאלה אם הקניית הזכות לעיזבון נעשתה גם מטעם אחר והוא שבדרך זו ניתן מענה עקיף לבעיית נזק שסובלים צדדים שלישיים, שאינם התלויים, ובראשם היוורשים עצמם, כתוצאה ממותו המוקדם של המנוח. בהיבט ההתאמה השאלה היא עד כמה נתן בית המשפט את דעתו לשאלת ההתאמה בין הפיצוי הנפסק לניזוק בשל אובדן השתכרותו בשנים האבודות לבין נזקם של התלויים בו בעתיד, התאמה הנדרשת על-פי התפיסה שלפיה הענקת הזכות לניזוק באה לפתור את בעיית התלויים.

3. עיקרי הטענות ברשימה זו

על רקע כל האמור לעיל מועלית ברשימה זו שורת טענות המובילים אל הטענה המסכמת והיא שההסדר השיפוטי של סוגיית השנים האבודות, כפי שעוצב בעניין אטינגר, בעקבות דעת המיעוט בעניין גבריאלי, הוא הסדר בעייתי שראוי לשנותו בחקיקה. בעייתיות זו קיימת הן במישור הרעיוני והן במישור המעשי. כתחליפים מועדפים יוצעו ההסדר החקוק המופיע כיום בתזכיר חוק דיני ממונות, והאמץ כאמור את "הפתרון הרווח", והסדר מועדף אחר שעל-פיו יקנה החוק לניזוק שתוחלת חייו קוצרה זכות לפיצויים בגובה אובדן התמיכה שהיה מעניק לתלוייו בעתיד אלמלא מותו. הדרך מביקורת ההסדר שבעניין אטינגר אל החלופות המוצעות עוברת, בין השאר, דרך שורת הטענות הבאים.

22 על ה"קשר הגורדי" שבין ההכרה בזכות הניזוק החי לבין ההכרה בזכות עזבונו ראו עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 62-63; השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 560-562.

ראשית, בהיבט זכאות הניזוק, קיים קושי רעיוני בפיצוי של הניזוק על הפסד השתכרותו בשנים האבודות. עקרונית הניזוק זכאי כמובן לפיצויים על נזק הנגרם לו עקב קיצור תוחלת חייו, אך זכאות זו היא לנזק שייגרם לו בחייו. לעומת זאת הפסד ההשתכרות בשנים האבודות הוא ככלל "נזק" הנגרם לאדם לאחר מותו ומכאן הקושי בפיצוי בגינו. על אף קושי רעיוני זה ניתן אמנם להכיר בנזק זה כמכשיר משפטי הנדרש לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי, אך הכרה שכזו ראוי שתוגבל ככל שניתן אך ורק לצורך פתרון הבעיה, ועדיף שלא להיזקק לה אם קיים פתרון ראוי יותר לבעיה זו.

שנית, בשל הקושי בהכרה בזכותו של הניזוק לפיצוי על אובדן הכנסתו בשנים האבודות מעבר לצורך בפתרון בעיית התלויים, נשמט הבסיס להכרה בזכות העיזבון לפיצויים אלה, שכן תביעת העיזבון נוצרת מעצם טבעה במצב שבו בעיית התלויים אינה קיימת. הכרה בזכות העיזבון בעייתית במיוחד בהיעדר פתרון מניח את הדעת לבעיית הזכאות הכפולה. כמו כן לא ניתן להצדיק הכרה בתביעת העיזבון בטענה שזו נותנת מענה עקיף לנזקם של צדדים שלישיים שהדין הקיים אינו מכיר בזכותם, או בכך שהכרה שכזו נחוצה משיקולי הרתעה.

שלישית, מאחר שלקושי הרעיוני שבראיית הפסד ההכנסה בשנים האבודות כנזק ממוני של הניזוק מצטרפים גם קשיים שמקורם באי־התאמה מובנית בין הפסד זה לבין נזקי התלויים, ראוי לשקול את אפשרות אימוצה של דרך אחרת לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי. במקום לבסס פתרון זה על אובדן ההכנסה של הניזוק בשנים האבודות, על-פי המתווה של "הפתרון הרווח" שאומץ גם בתזכיר חוק דיני הממונות, ניתן לעגן בחקיקה פתרון אחר שמכווחו יהיה ניתן להעריך במישורין את נזקי אובדן התמיכה של המנוח בתלוייו בעתיד ולהקנות את הזכות לפיצויים בשל נזקים אלה לניזוק. זאת בהסדר מיוחד אשר יאפשר הגנה טובה יותר על אינטרס התלויים.

רביעית, יש לאמץ את ההצעה שבתזכיר חוק דיני הממונות לפצות את קרובי מי שנפטר בעוולה על הנזק הנפשי שנגרם להם על אובדן יקירם ואף לשקול את הגדלתם של סכומים אלה.

מהדיון בסוגיות שלעיל ייגזרו שני טיעונים נוספים ובעקבותיהם המלצות נוספות לבחינת שינויים בדין הקיים. טיעון אחד הוא שיש ל"הפוך" את גישת הדין הישראלי לראשי הנזק הבלתי ממוני של "אובדן הנאות חיים", מחד גיסא, ושל "קיצור תוחלת חיים", מאידך גיסא. על-פי הדין הנוהג "אובדן הנאות חיים" הוא ראש נזק סובייקטיבי הנעדר ממד אובייקטיבי והמחייב מודעות לנזק. לעומת זאת "קיצור תוחלת חיים" נתפס כראש נזק אובייקטיבי המפצה גם על נזק שאין לגביו מודעות. מוצע להפוך את היוצרות ולהכיר בפן האובייקטיבי של אובדן הנאות חיים ומנגד לשלול את הפן האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים". המשמעות המעשית של שינויים אלה, כפי שיוסבר, היא הפיכת

הלכה חשובה אחרת בתחום דיני הפיצויים, הילכת פרייליך²³. זו קובעת כי פיצויו של הניזוק חסר הכרה על נזקו הבלתי ממוני קודם לפטירתו ייעשה בראש הנזק האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים" ולא בראש הנזק של "אובדן הנאות חיים". השינוי המוצע יביא לתוצאה הפוכה²⁴, והוא נסמך, בין השאר, על שינויים שנעשו בדין האנגלי ועל הדין הנוהג במדינות באירופה. הטיעון האחר עניינו ב"כלל הניכוי" הקובע שיש לנכות מתביעת התלויים, שהם גם יורשים, את זכותם כיוורשים. על-פי טיעון זה, אין להחיל את כלל הניכוי על זכותם של היורשים לפיצוי על נזק שנגרם לניזוק בחייו. נזק זה ראוי שיפסק לזכות התלויים/יורשים. ההמלצה תהא בהתאם לבטל בחקיקה היבט זה של "כלל הניכוי".

יצוין כי לדיון בשינויים המוצעים כאן בדין הפיצויים דווקא בעת הזו יש חשיבות מיוחדת שהרי על סדר היום הציבורי מונח כאמור תזכיר חוק דיני ממונות ובו הצעות להסדרת סוגיות אלה. זוהי אפוא הזדמנות לבחון את הדין הקיים ואת אפשרויות שינוי²⁵.

רשימה זו לא תעסוק בשאלות חשובות אחרות העולות מהילכת אטינגר כשאלת תחולתה על הסדר פיצויים של נפגעי תאונת דרכים (הנחתנו היא שההלכה חלה גם על נפגעי תאונות דרכים כל עוד לא נפסק אחרת²⁶), כשאלת החלתה שלא באורח רטרוספקטיבי וכשאלת השפעתה על שוקי הביטוח.

4. סדר הדברים

התמודדות עם הסוגיות המורכבות שמעוררת הילכת אטינגר מחייבת היכרות טובה עם פרטי ההלכה והיבטיה המעשיים בכל הנוגע לפיצוי הניזוק וזכויות התלויים והעזיבון, כמו גם עם השאלות ה"פתוחות" שהותירה בהקשרים אלה. לכך יוקדש החלק השני. בחלק השלישי תיבחן שאלת זכאות הניזוק, דהיינו השאלה עד כמה אובדן השתכרות בשנים האבודות הוא אכן נזק ממשי שנגרם לניזוק ושעליו יש לפצותו, ועמדת בית-המשפט בעניין אטינגר בסוגיה זו. מדיון זה ייגזר השינוי המוצע בראשי הנזק של "אובדן הנאות חיים" ו"קיצור תוחלת חיים". בחלק הרביעי ייבחן היבט זכות העזיבון – ההצדקה והבעייתיות שבפיצוי העזיבון בשל אובדן ההשתכרות של הניזוק בשנים

23 ע"א 773/81 עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 816 (להלן – עניין פרייליך).

24 לגישות השונות הננקטות במדינות שונות באשר למהותם של ראשי הנזק השונים ולקושי בבחירת הדרך "הנכונה" ראו א' ברק "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הניזוקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 243, עמ' 265-267.

25 זאת ברוח הצעת השופט ברק לבחון מחדש את הערכת הפיצויים בנוזקי גוף כדי לגבש דין פיצויים מודרני וראוי לישראל; שם, עמ' 276, ובעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 568-569.

26 כך עולה מדברי השופט ברק שם, עמ' 540-542.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

האבודות והקושי שבפתרון בעיית הזכאות הכפולה. בחלק החמישי ייבחן היבט אי-ההתאמה – יפורטו המרכיבים השונים שבהם אין התאמה בין נזקי התלויים בשנים האבודות לבין הפיצוי לניזוק על הפסד השתכרותו בשנים האבודות. בחלק השביעי, לאחר סיכום ביניים קצר בחלק השישי, יוצגו וינתחו החלופות להילכת אטינגר, לרבות הפתרון שבתזכיר חוק דיני הממונות, ויוצע הסדר חקוק חלופי.

ב. הילכת אטינגר – על אופן הערכת הפסד ההכנסה ודרך ההתאמה בין זכויות התלויים והיורשים

על עיקריה של הילכת אטינגר עמדנו לעיל: הכרה בזכותו של הניזוק לפיצוי על הפסד השתכרות בשנים האבודות בניכוי הוצאותיו בשנים אלה; הכרה בזכות העיזבון לבוא בנעליו של הניזוק לעניין נזק זה; התאמה בין תביעת העיזבון לתביעת התלויים. מהי אותה השתכרות בשנים האבודות שעליה זכאי הניזוק לפיצוי? אלו הוצאות יש לנכות כנגד השתכרות זו? כיצד תתבצע התאמת תביעות כאשר היורשים והתלויים אינם זהים? כיצד תתבצע התאמה כאמור כאשר קיימת זהות שכזו? נפנה עתה לבחון את פרטי התשובות שניתנו בהילכת אטינגר לשאלות אלה, ואת הסוגיות שנתרו ללא מענה ברור.

1. מהו הנזק הממוני בשנים האבודות?

הילכת אטינגר, בהמשך לעמדת השופט ברק בעניין גבריאלי, מכירה בזכאותו של הניזוק לאובדן השתכרותו בשנים האבודות. בעניין גבריאלי ציין השופט ברק: "עוסקים אנו בקיצור תוחלת חיים, אשר קיצרה את שנות העבודה הצפויות של הניזוק. אין לנו עניין בקיצור תוחלת חיים לאחר גמר שנות העבודה"²⁷. גם בעניין אטינגר התייחסות היא לאובדן ההשתכרות בשנות העבודה²⁸. האם עולה מדברים אלה כי זכות הניזוק לפיצוי על נזקיו הממוניים בשנים האבודות מוגבלת אך ורק להפסד ההשתכרות בתקופת ההשתכרות? מה לגבי נזקים ממוניים אחרים שאינם הפסד השתכרות? מה לגבי נזקים ממוניים לאחר תקופת ההשתכרות? נניח כי אלמלא מותו היה הניזוק זכאי במהלך חייו לפנסיה, לגמלאות או לקצבאות מסוגים שונים מכוח חוק או חוזה, או שהיה נהנה מתמיכה של בני משפחה וידידים, או שהיה זוכה בירושה יפה. סכומים אלה, שלא

27 שם, עמ' 547.

28 בהצגת הסוגיה הנדונה בסעיף 1 לפסק-הדין נאמר כי עניינה הוא "באובדן יכולת ההשתכרות של הניזוק בשנים האבודות", לאמור – באותן שנים שבהם קוצרה תוחלת חיי העבודה שלו [של הניזוק – ג'] כתוצאה ממותו". בסעיף 7 מוצגת הסוגיה ככזו של "אובדן יכולת השתכרות", וקיצור תוחלת החיים הנבחן הוא "אל מתחת לגיל הפרישה מהעבודה".

יתקבלו עקב המוות, מגלמים רווחה שאבדה. האם קיימת זכאות לפיצוי בגינם? ומה לגבי הכנסה שמקורה בנכסי הון של הניזוק? לשאלות אלה אין תשובה מפורשת בעניין אטינגר. המשפט האנגלי, להשוואה, מכיר בזכאות להפסד פנסיה בשנים האבודות²⁹, ואף אובדן ירושה הוזכר בהקשר זה³⁰.

ניתוח ההנמקה בעניין אטינגר לפיצוי הניזוק על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות מראה כי הגיונה מחייב לפצות את הניזוק גם על נזקיו הממוניים האחרים, ולכל אורך השנים האבודות. מאחר שהפיצוי על-פי הילכת אטינגר מבוסס על השוואת מצבו של הניזוק לאחר התאונה למצבו אלמלא התאונה במהלך השנים האבודות³¹, הרי שעל-פי "מאזניים חיצוניות" אלה כל אובדן ממוני בשנים האבודות הוא נזק בר פיצוי. גם על-פי הטענה שלפיה מקור הזכאות לפיצוי הוא פגיעה "בנכס", פגיעה בגופו ונפשו של הניזוק³², הרי שגם הנזקים הממוניים האחרים, בדומה לאובדן כושר ההשתכרות, נגרמים בשל הנזק לגופו ולנפשו של הניזוק המונע את קבלתם של כספים אלה ואת ניצולם. כמו כן, עד כמה שהפיצוי לניזוק החי הוא דרך עקיפה לפיצוי בעתיד של התלויים בו, הרי שאם תלוייו היו נהנים מתקבולים כספיים אלה מתבקש בהתאם גם פיצויו של הניזוק על אובדנם. המסקנה שגם נזקיו הממוניים של הניזוק שאינם הפסד השתכרות בשנותיו האבודות הם בני פיצוי על-פי הילכת אטינגר נתמכת על-ידי הסתמכות בית-המשפט על ראש הנזק המקביל של "קיצור תוחלת חיים". ראש נזק זה מפצה על מכלול הנזק הבלתי ממוני שנגרם בשנים האבודות לכל אורכן.

אלא שהרחבה שכזו של בסיס הפיצוי מעוררת קושי. אם אכן מתבקשת מהילכת אטינגר הכרה בזכות הניזוק לפיצוי על כל התקבולים הכספיים שהיה מקבל לכל אורך השנים האבודות, ולא רק על הפסד השתכרות בשנות העבודה³³, יהיה בכך לא רק כדי להביא להגדלה משמעותית של סכום הפיצויים לניזוק ולעוזבונו, אלא אף כדי להביא הלכה זו לכלל אבסורד. לא זו בלבד שהניזוק יהיה זכאי לפיצוי על אובדן שורה נוספת של תקבולים בשנים האבודות כמו שכר דירה, ריבית על השקעה, כל הכנסה הונית אחרת, תשלומי ביטוח לאומי, ירושה שהיה אמור לרשת, הקצבה שנתית וכיוצא בזה,

29 *Phipps v. Brooks Dry Cleaning Service Ltd*, The Times (18 July, 1996), 140 SJ LB 173 (להלן – עניין Phipps).

30 לסברה שגם ירושה צפויה שלא תתקבל תיכלל במניין הפסדי ההכנסה בשנים האבודות ראו דבריו של השופט Comyn בעניין 3 *Connoly v. Camden Area Health Authority* [1981] All E.R. 250 המובאים אצל W.V. Rogers *Winfield & Jolowicz on Tort* (16th ed., 2002) 778.

31 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 14-16.

32 לדיון בטענת הפגיעה ב"נכס" כבסיס לפסיקת פיצויים לניזוק על הפסד השתכרותו בשנים האבודות ראו להלן, סעיף ג.3.

33 ה-Law Commission האנגלית המליצה אכן בשעתו כי התובע יהיה זכאי בעיקרון גם לפיצוי "for others kinds of economic loss referable to the lost period"; דוח מס' 56 מ-1973, עמ' 24.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

אלא שלפי הילכת אטינגר זכותו זו תעבור לעיזבונו ואפשר שיורשיו, בתביעת העיזבון, יפוצו על־ידי המזיק על אובדן חלק מתקבולים אלה גם אם יהיו זכאים להם מכוח עצמם. כך, לדוגמה, יורשי הניזוק שאיבדו שכר דירה בשנים האבודות יהיו זכאים לפיצוי על אובדן שכר הדירה מכוח כניסתם לנעליו, אך בה בעת ייהנו משכר דירה זה כבעלי הדירה. ניתן להימנע מתוצאות שכאלה רק אם בסיס הפיצוי יצומצם בעיקר לאובדן השתכרות בשנים האבודות, אך אין מענה ברור לשאלה מהו הבסיס הרעיוני לצמצום שכזה וכיצד ייעשה³⁴. הכיוון הראוי, כך נראה, הוא להוציא מתחומי הפיצוי הכנסות הוניות ותקבולי העברה, ולהגבילו בעיקרון ל"ערך המוסף" שהיה הניזוק מייצר בשנים האבודות. זאת ניתן לנמק בכך, כפי שנראה³⁵, שרק אובדן "ערך מוסף" זה הוא נזק "חברתי", בעוד שאובדן הכנסות הוניות ותקבולי העברה הוא נזק "פרטי" של הניזוק, שכן ממקורות אלה ייהנו לאחר מותו אחרים, ובהם יורשיו. בין כך ובין כך, השאלה אלו תקבולים כספיים מובאים בחשבון הערכת הנזק בשנים האבודות היא שאלה פתוחה הטעונה הבהרה.

2. הוצאות המחייבה המנוכות ושיטת הערכתן

באשר לניכוי ההוצאות שהיה הניזוק מוציא על עצמו, בית־המשפט התלבט בין שיטות ניכוי שונות (שיטת ה"צרכים הבסיסיים", שיטת "רמת החיים" ושיטת ה"חסכוניות")³⁶, אך בסופו של דבר, במצבים שבהם יש לניזוק תלויים, העדיף את שיטת הניכוי הנוהגת בתביעות בני המשפחה התלויים³⁷. בשיטה זו מנכים מתרומת המנוח להכנסת המשפחה את הסכום שהיה מוציא למחייתו מתוך ההכנסה הכוללת של המשפחה. לצורך זה מייחסים לכל אחד מבני המשפחה צריכת חלק שווה מן ההכנסה הכוללת, כשחלק שווה (המכונה ידה) מיוחס גם להוצאה הקבועה על משק הבית. לאחר חישוב ידת המנוח/ה מתוך ההכנסה הכוללת, מנכים את ידה זו מתוך תרומת/ה להכנסת המשפחה, כך שהפרש המתקבל הוא הסכום מתוך הכנסתו/ה שהיה מועבר לתמיכה בתלויים.

בהתבססו על שיטת החישוב הזו הנוהגת בתביעת התלויים החליט כאמור בית־המשפט בעניין אטינגר כי גם כשמדובר בזכות הניזוק תנוכה ידתו מהכנסתו לצורך

34 ה-Law Commission אכן הכירה בקושי הכרוך בכך ולכן המליצה להעניק לבית־המשפט שיקול־דעת להתעלם מהכנסות, בעיקר מהכנסות מהון, כדי למנוע פיצוי יתר בנסיבות העניין; שם, עמ' 100. יצוין כי בהחלטת בית הלורדים בעניין *Pickett* (לעיל, הערה 6) לא ניתנה תשובה ברורה לשאלה זו, ראו – J. Mesher, S. Todd "Damages for Lost Years – Recent Developments in the United Kingdom" 29 *Int. & Com. L.Q.* (1980) 719, p. 739.

35 ראו להלן, סעיף ד.4.

36 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 41-44.

37 שם, סעיפים 45-47.

חישוב הפסד הכנסתו בשנים האבודות. עם זאת הוכנס שינוי בדרך חישוב ידת הניזוק לצורך חישוב נזקו לעומת דרך חישובה בתביעת התלויים. השינוי הוא באימוץ ההנחה כי אלמלא מותו היה הניזוק גם חוסך מתוך הכנסתו³⁸. הוספת מרכיב החיסכון פועלת להגדלת הפיצוי לו זכאי הניזוק בהשוואה לפיצוי בשיטת תביעת התלויים. ההנחה כי הניזוק היה חוסך מתוך הכנסתו מקטינה את סכום ההוצאה שהיה מוציא על עצמו, ומקטינה בהתאם את הסכום המנוכה מהכנסתו לצורך חישוב הפיצוי, ובכך מגדילה את הפיצוי. בית-המשפט הציע שתי דרכים שונות להערכת מרכיב החיסכון. האחת היא להוסיף ידת חיסכון כידה הנוספת על מספר הידות בתביעת התלויים. הוספת ידה שכזו, המבוססת על ההנחה כי החיסכון היה בא על חשבון כל אחד מבני המשפחה, מקטינה את הידות כולן באופן פרופורציונלי, לרבות ידת הניזוק המנוכה מהכנסתו. הדרך השנייה שהוצעה היא לנכות את החיסכון כולו מתוך ידת המנוח, בהנחה שזה מהווה מחצית ידה, בלי להקטין את ידות בני המשפחה האחרים. דרך זו מגדילה יותר מקודמתה את הפער שבין הפיצוי הנפסק לניזוק לבין הפיצוי הנפסק לתלויים, שכן היא מקטינה עוד יותר את מרכיב ההוצאה של המנוח על עצמו, מרכיב המנוכה מהכנסתו.

נראה כי עד כמה שתוספת ידת החיסכון אמורה לשקף מציאות עובדתית, ההנחה התואמת יותר את המציאות היא שהחיסכון המשפחתי בא על חשבון כל אחד מבני המשפחה ולכן מהווה ידה נוספת, ולא שהחיסכון בא אך ורק על חשבוננו של הניזוק תוך הקטנה דרסטית של צריכתו בהשוואה לצריכת בני המשפחה האחרים.

מעניין עוד לציין כי בית-המשפט לערעורים באנגליה, בדונו בשאלת היחס שבין ניכוי ההוצאות בתביעת הניזוק לבין ניכוי ההוצאות בתביעת התלויים העצמאית, הלך בדרך ההפוכה בקובעו למעשה כי בחישוב המקביל שם מספר "יחידות הצריכה" בתביעת הניזוק החי יהיה קטן יותר ממספרן בתביעת התלויים, ובכך הגדיל את מרכיב ההוצאה העצמית בתביעת הניזוק החי והקטין את הפיצוי העקיף לתלוייו בהשוואה לתביעת התלויים העצמאית³⁹.

וכיצד תחושב ההוצאה המנוכה של ניזוק שאין לו תלויים בעת קביעת זכאותו לפיצוי? בית-המשפט העלה כאן את האפשרות של התבססות על נתונים סטטיסטיים שמהם ניתן לבנות "משפחה משוערת" על תלוייה, ומנגד את האפשרות להניח כי לניזוק חסר התלויים לא יהיו תלויים. בית-המשפט נטה יותר להנחה האחרונה, ה"פחות ספקולטיבית" כלשונו, שלפיה ככל שמדובר בניזוק שמת או הצפוי למות בגיל צעיר ההנחה תהיה של היעדר תלויים. במצב משוער זה יש לנכות מחלקו של הניזוק "הוצאות מוגברות" שהיה מוציא על עצמו, תוך גידול מקביל של חלק החיסכון. לא נקבע מה יהיה שיעורן של "הוצאות מוגברות" אלה⁴⁰.

38 שם, סעיף 47.

39 עניין Phipps (לעיל, הערה 29).

40 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 47, 49.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

שיטה זו של הערכת ההוצאה העצמית המשוערת של ניזוק שאין לו תלויים ידועים מעוררת בעיות לא פשוטות. מאחר שבמציאות הישראלית קיימת הסתברות גבוהה כי אדם יקים משפחה במהלך חייו⁴¹, ההנחה הרגילה צריכה להיות כי כך אכן יקרה, דהיינו כי ניזוק שאין לו תלויים ושהוא לרוב ניזוק צעיר יחסית, היה מקים משפחה אלמלא נפגע. זו אינה הנחה "ספקולטיבית", אלא הנחה שאותה ניתן לבסס על נתונים סטטיסטיים בדוקים באשר לגודל המשפחה בישראל, גיל הנישואים וכיוצא בזה. אם כך, הרי שחישוב ההוצאה המנוכית של הניזוק מחייב את בית-המשפט ליצור "משפחה רעיונית" שאותה היה הניזוק מקים אלמלא נפגע ושבה היה תומך בשנים האבודות. רק על בסיס "רעיונית" זה יוכל בית-המשפט לקבוע מהו סכום ההוצאה שהיה ניזוק מוציא על עצמו בשנים האבודות. הקמת משפחה רעיונית זו וחישוב מתאים של הוצאות הניזוק על עצמו במשפחה זו הם עניין מורכב. הם מחייבים קביעות עובדתיות באשר לגיל הנישואים, מספר הילדים, שנות הולדתם, הכנסתו (אם בכלל) של בן או בת הזוג, תקופת התלות ועוד. חלק משאלות אלה יכול שיבואו על פתרונן בסיוע נתונים סטטיסטיים או הנחות הלקוחות מדין התלויים הכללי, אך עדיין תישארנה שאלות שההכרעה בהן תישא אופי ספקולטיבי. זאת ועוד, חישוב המבוסס על הקמתה של משפחה רעיונית מוביל למעשה במקרים רבים לחישוב משוער של נזק (הכנסת הניזוק בניכוי הוצאותיו) המבטא לא הפסד תמיכה של מי שבפועל יינזק עקב מותו של הניזוק, אלא הפסד תמיכה "רעיונית" בתלויים "רעיוניים" שלא יבואו כלל לעולם. נניח לצורך המחשה כי הניזוק הוא קטין בן 12 הצפוי למות בגיל 19. סביר להניח כי לקטין זה לא יהיו כלל תלויים, אך על-פי הילכת אטינגר ייפסק לו סכום פיצוי (הכנסה פחות הוצאה אישית) המשקף למעשה תמיכה בבני משפחה "רעיוניים" שכל קיומם הוא בפסק-הדין⁴².

שאלה אחרת שאין עליה מענה בפסק-הדין היא משך התקופה שבה תנוכיה הוצאות המחייבה של הניזוק. אם תקופת השנים האבודות לצורך חישוב הנזק היא השנים האבודות כולן, וראינו כי כך מחייב הגיונם של דברים, או אז על ניכוי ההוצאות להיעשות לכל אורך השנים האבודות. אך אם התקופה לצורך חישוב הנזק מוגבלת לשנות ההשתכרות, האם תחושבנה ההוצאות רק לאורך שנות ההשתכרות? או שמא תחושבנה גם בשנים האבודות שמעבר לשנות ההשתכרות?

41 לפי השנתון הסטטיסטי לישראל, מס' 54 לשנת 2003, גודלו הממוצע של משק בית במגזר היהודי היה ועודנו מעל 3 נפשות (תרשים 5.1).

42 בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1) בית-המשפט אמנם נטה דווקא להנחה של היעדר תלויים, כשמדובר בניזוק שמת או שצפוי למות בגיל צעיר, אולם כפי שהוסבר בטקסט שלעיל, הנחה זו אינה תואמת את המציאות הישראלית. ההנחה הסבירה היא, כאמור, שקטין שכזה היה מקים "משפחה רעיונית", אלמלא ניזוק בעוולה, דבר שהיה מביא להקטנת מרכיב ההוצאה העצמית שלו ולהגדלת הפיצוי.

משעמדנו על אופן חישוב זכות הניזוק להפסד השתכרותו בשנים האבודות, נעבור עתה לבחון, בהנחה שזכות זו עברה לעיזבונו בטרם הספיק לממשה, את שאלת היחס בין תביעת העיזבון לתביעת התלויים הזכאים גם הם לפיצוי עצמאי בשל אובדן תמיכה בעתיד. נבחן להלן כיצד התמודד בית-המשפט בעניין אטינגר עם זכויות מקבילות אלה, תחילה כאשר אין קיימת זהות בין היורשים והתלויים ולאחר מכן כאשר זהות שכזו קיימת.

3. יורשים ותלויים – התאמת התביעות כאשר התלויים אינם היורשים

כאשר התלויים והיורשים הם בני אדם שונים מתעוררת כאמור בעיית הזכאות הכפולה/ הפיצוי הכפול. הן יורשי הניזוק הבאים בנעליו, והן תלוייו הבאים מכוח עצמם, תובעים פיצוי על אובדן הכנסה בשנים האבודות. היורשים תובעים את נזקו של הניזוק והתלויים את נזקי עצמם – את אובדן התמיכה בהם מתוך הכנסה זו. פתרון לבעיה זו שהוצע על-ידי השופט ברק בעניין גבריאלי⁴³, ואומץ בעניין אטינגר⁴⁴, הוא שמתביעת יורשיו של מי שנפטר לפני שמימש את זכותו יש לנכות את תביעת התלויים בו. מהו הבסיס הרעיוני לניכוי זה? הניכוי, כך הוסבר, אינו מתבצע מזכויות העיזבון שגובשו בעת פטירת הניזוק אלא בשלב מוקדם יותר, דהיינו, מזכויות הניזוק החי עובר למותו. טעם הניכוי הוא זה: כאשר הניזוק נפטר לפני מיצוי עילתו מתגבשות זכויות התלויים כנגד המזיק. זכויות אלה "פוטרות" את הניזוק מן הצורך לתמוך בתלוייו בשנים האבודות, שכן נטל זה מוטל על המזיק, ולפיכך זוהי "טובת הנאה" הצומחת ממעשה העולה שיש לנכותה מזכויות הניזוק ועיזבונו אחריו.

הנמקה זו יוצרת מבנה משפטי מורכב ויוצא דופן. בעת הפגיעה בניזוק צומחת לו הזכות לתבוע את המזיק על אובדן ההכנסה שהייתה משמשת בעתיד לתמיכה בתלוייו. עם זאת כל עוד לא מוצתה עילתו זכותו זו כלפי המזיק היא "אישית" בלבד ואינה חלק מעיזבונו בכוח, שכן זכות זו לא תעבור ליורשיו אם ילך לעולמו קודם למיצוי עילתו. רק עם מיצוי העילה נגד המזיק הופכת זכות זו לחלק מהעיזבון בכוח. זכות הניזוק כלפי המזיק בשל מרכיב התמיכה בתלויים היא אפוא, מבחינת העיזבון בכוח, "זכות על תנאי", והתנאי הוא שהניזוק ימצה את עילתו קודם למותו. אם לא יעשה כן תישלל זכות זאת ממנו ומעיזבונו. התוצאה היא אפוא שזכות העיזבון לבוא בנעלי הניזוק לעניין הפיצוי על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות היא לעולם עקיפה. העיזבון יוכל ליהנות ממנה רק לאחר שזו הוקנתה בפועל לניזוק והניזוק נפטר. העיזבון לא יוכל ליהנות במישרין מזכות זו בתביעה עצמאית שכן אם נפטר הניזוק קודם למימושה אין היא מהווה עוד חלק מהעיזבון.

43 עניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 563-564, 565-566.

44 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 67-68.

4. יורשים ותלויים – התאמת התביעות כאשר קיימת זהות בין התלויים ליורשים

גם כאשר היורשים והתלויים הם אותם בני אדם מתעוררת לכאורה בעיית הפיצוי הכפול. היורשים שהם גם תלויים תובעים, "בכובעים שונים", הן את נזקם כיורשים והן את נזקם כתלויים. לדברי השופט ברק בעניין גבריא⁴⁵, שאומצו בעניין אטינגר⁴⁶, בעיית הפיצוי הכפול במקרה זה אינה מתעוררת, שכן דין מבוסס הוא שמתביעת התלויים יש לנכות את טובות ההנאה שצמחו להם כיורשים עקב המוות. זכותם של התלויים לקבל פיצוי כיורשים על אובדן ההכנסה בשנים האבודות היא טובת הנאה ממין זה שיש לנכותה מזכות התלויים.

אך מהו הדין כאשר בני משפחת הניזוק זכאים לפיצוי גבוה יותר כיורשים מאשר כתלויים. מצב שכזה אפשרי לכאורה הן בשל כך שהערכת אובדן התמיכה בתלויים בתביעת הניזוק יכולה להיות גבוהה יותר מאשר ההערכה המקבילה בתביעת התלויים, זאת בשל גורמים רבים שעליהם נעמוד בהמשך⁴⁷, והן בשל כך שזכות היורשים כוללת גם את זכויות המנוח עובר למותו. על כך ניתן לכאורה להשיב כי כאשר תביעת התלויים נבלעת בתביעת העיזבון הגדולה ממנה יחול הכלל שלפיו זכאים התלויים/יורשים לתביעה הגבוהה מבין השניים, כלומר לתביעת היורשים במקרה הנדון⁴⁸. אם זוהי אמנם התשובה, הרי שכל אימת שתביעת התלויים כיורשים גדולה מתביעתם כתלויים עדיף מבחינתם לוותר על תביעת התלויים ולתבוע כיורשים בלבד. פרשנות זו להילכת אטינגר יוצרת לכאורה תמריץ לביטול תביעות תלויים עומדות ולהמרתן בתביעות יורשים כשהאחרונות גבוהות יותר. תוצאה זו מעצימה את הקשיים שיוצרת ממילא התחולה הרטרופקטיבית של הילכת אטינגר על עילות תביעה שצמחו לפני קביעתה, על כל הכרוך בכך מבחינת חוזי ביטוח שנקשרו קודם לה⁴⁹.

לתוצאה בעייתית זאת יוכל הנתבע להתנגד בטענה שאין היא מתיישבת עם כלל הניכוי המקביל שנדון לעיל, ושלפיו יש לנכות מן העיזבון את תביעת התלויים כאשר הניזוק נפטר לפני מימוש זכותו. על אף שכלל ניכוי תביעת התלויים מתביעת היורשים הוחל בעניין אטינגר במצב שבו היורשים והתלויים הם בני אדם שונים, הגיונו של כלל יפה גם למצב שבו היורשים והתלויים חד הם. על-פי היגיון זה, כאשר הניזוק נפטר לפני מיצוי עילתו, קטן עיזבונו בגובה התמיכה בתלוייו בשנים האבודות מכיוון שנטל זה

45 עניין גבריא (לעיל, הערה 5), עמ' 563.

46 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 66.

47 להלן, בחלק ה.

48 ראו ע"א 1503/94 הפניקס הישראלי חברה לביטוח נ' עיזבון ברמן ז"ל, פ"ד נא(3) 502, עמ' 507 ("הם [היורשים/תלויים – י' ג'] זכאים לתשלום סכום הפיצויים הגדול מבין הפיצויים שלהם הם זכאים כתלויים או כיורשים, אך לא לשניהם").

49 כפי שצוין, ברשימה זו לא נעסוק בהשלכות הלכה זו על גובה דמי הביטוח או ההשפעה הכלכלית על מבטחים ומבטחי משנה.

הועבר למזיק ונחסך מן הניזוק. הקטנה זו של העיזבון, המתרחשת לפי קביעת בית המשפט עוד בחייו של הניזוק וקודם שצמחה זכות עיזבון, נעשית בין שירשי הניזוק אינם תלוייו ובין שירשיו הם תלוייו, שהרי בשני המקרים קמה חבות המזיק לפצות את תלוייו. נמצא אפוא שבכל מקרה שבו נפטר הניזוק לפני מימוש זכותו ולו יורשים ותלויים, תביעת העיזבון אינה כוללת מלכתחילה את אובדן התמיכה בתלויים בשנים האבודות, ולכן תלויים שהם גם יורשים יוכלו לתבוע את הפסד התמיכה בשנים האבודות רק כתלויים. לא תעמוד להם האפשרות לוותר על תביעת התלויים ולהמירה בתביעת יורשים משום שהאחרונה אינה מכילה את מרכיב התמיכה בתלויים שנוכה כבר מזכות הניזוק עם מותו, וממילא תביעת היורשים המוקטנת לא תהיה לרוב גדולה מתביעת התלויים.

משעמדנו הן על עיקריה ופרטיה של הילכת אטינגר, והן על שאלות התלויות ועומדות, נפנה עתה לבחינה ביקורתית שלה בכל היבטיה: שאלת זכותו הראויה של הניזוק לפיצוי על אובדן ההכנסה בשנים האבודות; שאלת העברתה של זכות זו לעיזבון על כל הכרוך בכך; ושאלת ההתאמה בין זכות הניזוק לפיצויים על הפסד השתכרות להפסד התמיכה של תלוייו בעתיד.

ג. היש הצדקה לפיצוי הניזוק על אובדן השתכרותו בשנים האבודות מעבר לצורך לסייע לתלוייו?

1. השאלה

יסודה של הילכת אטינגר הוא בהכרה בזכותו של הניזוק לפיצוי על הפסד הכנסתו בשנים האבודות. כבר עמדנו על כך כי הכרה זו יכול שתיעשה משני טעמים. טעם אחד הוא שימוש בנזק זה כאמצעי עקיף, כמכשיר משפטי נדרש אך בעייתי לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי. זו הייתה במובהק עמדת שופטי הרוב בעניין גבריאל אשר ראו בבעיית התלויים בניזוק החי את ההצדקה הראויה היחידה לפסיקת פיצויים לניזוק בשל השנים האבודות⁵⁰. טעם אחר ושונה להכרה הוא תפיסה הרואה באובדן ההכנסה בשנים האבודות נזק "אמיתי" של הניזוק שראוי לפצותו בגינו. גישה זו מנתקת את הזכות

⁵⁰ "הנימוק העיקרי היחיד, הנראה לי מבוסס, לטובת פסיקת פיצוי עבור 'השנים האבודות' במקרה שבו הוגשה תביעה על-ידי הנפגע עצמו, הוא – שאם הנפגע זכה בפיצוי ונפטר לאחר מכן... לא תהיה לתלויים כל עילת תביעה... מצב עניינים כזה יכול לגרום אי צדק לתלויים... נראה שתוצאה בלתי צודקת זו היא שהשפיעה על גיבוש ההלכה באנגליה... הנימוקים הנוספים בעד פיצוי עבור 'השנים האבודות'... אינם נראים לי מכריעים" השופט "כהן בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 570-571. ראו גם דברי השופט בייסקי שם, עמ' 578.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזק "השנים האבודות"

לפיצוי הניזוק מהצורך בפתרון בעיית התלויים או מעצם קיומם, ולא תשלול זכות זו מן העיזבון, שהרי זכות זו באה להיטיב עם הניזוק כך שהעברתה ליורשים מתבקשת מאליה. עמדנו על כך שמ"הפתרון הרווח", במתווה האנגלי, לא עולה תשובה ברורה לשאלה זו, אך שמשלילת הזכות מעיזבוננו של הניזוק, ואף מניכוי הוצאותיו, ניתן ללמוד על תפיסה שאינה רואה בהפסד ההשתכרות בשנים האבודות זכות של הניזוק הראויה להורשה.

מהי עמדתו של בית־המשפט העליון בעניין אטינגר בסוגיה זו? נראה כי התשובה לכך ברורה. בית־המשפט רואה בפגיעה הגופנית שקיצרה את תוחלת חייו של הניזוק או המיתה אותו פגיעה הגורמת לניזוק נכס ממוני, פגיעה המקטינה את מצבת נכסיו הכספיים. לתוצאה זו מגיע בית־המשפט על־ידי שימוש ב"מאזניים חיצוניים" שבאמצעותם נמדד על הכף האחת מצבו של הניזוק בשנים האבודות אלמלא התאונה, ועל הכף האחרת מצבו בשנים אלה לאחר התאונה⁵¹. כמו כן מגיע בית־המשפט להכרה בנזק ממוני לניזוק בגובה הפסד ההשתכרות בשנים האבודות על־ידי ראיית הפגיעה הפיזית בניזוק שקיצרה את תוחלת חייו כפגיעה "בנכס" הגורמת לניזוק נזק ממוני מיידי של ירידת ערכו של נכס זה⁵². אובדן ההכנסה בשנים האבודות נתפס אפוא על־ידי בית־המשפט כנזק הראוי לפיצוי בלא קשר לבעיית התלויים או לעצם קיומם. מטעם זה הכיר גם בזכות העיזבון לפיצוי על נזק זה מכוח זכותו הכללית של העיזבון לבוא בנעלי הניזוק לעניין נזקיו.

האם גישה זו עומדת במבחן הביקורת? להלן נטען כי גישה זו מוקשית.

2. הקושי העקרוני – היעדר משמעות לנזק ולפיצוי בתקופת המוות

כנגד ההכרה באובדן ההכנסה בשנים האבודות כנזק ממשי לניזוק הראוי לפיצוי עולה מאליה הטענה הבאה. נזק של אובדן הרווחה בשנים האבודות הוא "נזק" לאדם שאינו בחיים. זהו "נזק" עתידי שלא יתרחש שכן לא יהיה מי שישא בו. כמו כן, במועד שבו "נזק" זה אמור להתרחש לא יהיה "זכאי" שלו ניתן להקנות זכות לפיצויים. כיצד זה ניתן אפוא לפצות אדם מת על נזק שנגרם לו בתקופת המוות? על "שכר בשמיים"⁵³? אמנם ניתן להקדים ולפצות בהווה על נזק שייגרם בעתיד – הקדמת פיצוי מצויה הרי בליבה של שיטת הפיצוי החד (lump sum) – אלא שהקדמת התשלום מותנית בהתרחשותו של נזק בעתיד. בהיעדר נזק עתידי, כמו במקרה של אובדן רווחה בשנים האבודות, אין מה להקדים ולשלם.

קושי זה ניתן להמחשה בעזרת שיטת התשלומים העתיים. נניח כי לזכותו של ניזוק שנפצע יפסק פיצוי עתי אופטימלי, כלומר פיצוי מדויק המכוון למנוע את גרימת הנזק במועד שבו הוא צפוי להיגרם. כך, לדוגמה, נניח כי המזיק יחויב לשלם לניזוק את

51 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 14-17.

52 ראו להלן, סעיף ג.3.

53 כלשון השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 548.

המשכורת שהיה מקבל אלמלא הנזק, ובמועד שבו הייתה משולמת. פיצוי עתי שכזה הוא הדרך הטובה ביותר להשיב את מצב הניזוק לקדמותו שכן הוא מפצה אותו בגובה נזקו בפועל ובזמן אמת, בלי להקדים את התשלום או לאחור. והנה, תחת שיטת פיצוי אופטימלית זו לא יהיה הניזוק שתוחלת חייו קוצרה זכאי לפיצוי עתי מרגע מותו, שכן מרגע זה ואילך חדל נזקו ואין הוא עוד אישיות משפטית. מטעם זה תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים), תשל"ח-1978, קובעות כי התשלומים העתיים לניזוק יופסקו עם מותו ויועברו במלואם או בחלקם לתלויים בו⁵⁴.

סיכומו של דבר, פיצוי על אובדן השתכרות בשנים האבודות כנזק ממוני הוא בעייתי מעצם מהותו הן בשל היעדר נזק והן בשל היעדר זכאי לפיצויים. בעייתיות זו אינה חדשה וזה מכבר שימשה כטיעון מרכזי נגד ההכרה בזכות הניזוק לפיצויים על הפסד השתכרות⁵⁵. האם יש בהילכת אטינגר תשובה הולמת לבעיה זו?

3. האם "נזק לנכס"?

התשובה העיקרית המובאת בעניין אטינגר לקושי של היעדר נזק בהיעדר ניזוק, תשובה הנסמכת על דברי השופט ברק בעניין גבריאלי, היא שמבחינה רעיונית הפיצוי לא ניתן על הנזק שייגרם בעתיד, בשנים האבודות, אלא על נזק מידי שאותו סובל הניזוק בעת הפגיעה. ומהו נזק מידי זה? התשובה: פגיעה בנכס של כושר השתכרות הגורמת לניזוק נזק ממוני בעודו בחיים⁵⁶. "על-פי גישה זו, לולא מעשה הניזוק, היה לו לניזוק נכס, המבטא את כושר עבודתו. נכס זה צפוי היה, כי יניב פירות, שערכם נמדד בהכנסה, המשתרעת על תקופת חיי העבודה. בנכס זה פגע המזיק, שכן הוא קיצר את שנות חיי העבודה. על פגיעה בנכס זה זכאי הניזוק לפיצויים"⁵⁷. "משהופחתה תוחלת חיי העבודה של הניזוק החי, נפגע ערכו של נכס זה, הקרוי כושר השתכרות, שכן שוב אין הוא יכול להניב את הפרי שהיה צפוי ממנו"⁵⁸.

54 תקנה 6. להצעה להנהיג במצבי השנים האבודות פיצויים עתיים שישולמו תחילה לניזוק ואחר כך לתלוייו ראו Mesher & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 739.

55 ראו האסמכתאות המוקדמות אצל Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 613. ראו גם ההחלטה בעניין *Oliver v. Ashman* [1962] 2 QB שבה החליט בשעתו בית-המשפט לערעורים באנגליה שלא להכיר בזכות הניזוק לפיצוי על נזקיו בשנים האבודות.

56 ראו עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 19-20. "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"; שם, סעיף 20.

57 השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 548.

58 שם, עמ' 549, והאסמכתאות המובאות על-ידי השופט ברק, עמ' 549-551 מההחלטה בעניין *Pickett* (לעיל, הערה 6). לנימוק הפגיעה ב-capital asset ראו גם Mesher & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 729.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

ספק אם בהנמקה זו יש אכן מענה לקושי העקרוני של היעדר נזק בהיעדר ניזוק⁵⁹. אכן, כשם שערכו של נכס בהווה לבעל אינטרס מוכר בו נקבע לפי מידת הרווחה שהוא מקנה, יקנה או יכול להקנות לבעל האינטרס, כך גם ערך הפגיעה בנכס מבחינתו של הנפגע בעל האינטרס הוא כמידת הרווחה הניתנת להפקה אשר תאבד עקב הפגיעה בנכס. אלא שבשני ההקשרים, הן לעניין הערכת הנכס והן לעניין הערכת הנזק לנכס, הערכה זו נעשית על-פי הרווחה שהניזוק יכול להפיק מן הנכס בחייו. רווחה ש"תינתן" לניזוק או "שתילקח" ממנו לאחר מותו אינה יכולה לשמש כמדד להערכת ערכו של הנכס מבחינתו של בעל אינטרס בו או להערכת הפגיעה בו. לעניין זה יש להבחין בין נכסים שיש להם ערך שוק לבין נכסים שאין להם ערך שוק. כאשר מדובר בנכסים שיש להם ערך שוק, דהיינו נכסים הניתנים להעברה כנגד כסף, או נכסים שניתן לשוב ולייצרם בעלות כספית, פגיעה בנכסים שכאלה יוצרת אכן נזק מידי מבחינתו של בעל האינטרס שכן מדובר בנזק ממוני. נזק ממוני שכזה הוא הפגיעה ביכולתו של בעל האינטרס לקבל תמורה מיידית עבור הנכס בדרך מכירתו, או לחלופין, העלות של השקעה כספית הנדרשת כדי לתקן את הנכס על מנת להשיב את מצבו לקדמותו או לצורך רכישת נכס חליפי⁶⁰. לא כך כאשר מדובר בפגיעה בנכסים שאין להם ערך שוק, כמו הפגיעה הגופנית הגורמת לקיצור החיים ולאובדן ההכנסה בשנים האבודות. פגיעה שכזו אינה פוגעת בנכס בר העברה כנגד כסף, שכן גוף האדם וכושר עבודתו אינם נכס המועבר כרגיל בתמורה, ואין להם מחיר שוק. כמו כן לא ניתן לומר כי קיימת עלות כספית של תיקון נזק זה שהרי הנזק הגופני הגורם לקיצור תוחלת החיים עקב הפגיעה הוא נתון פיזי שאינו ניתן לשינוי⁶¹. אילו ניתן היה לשנותו היה הניזוק זכאי להוצאות רפואיות הכרוכות בכך. ככלל לא ניתן אפוא לומר כי הפגיעה הגופנית שגרמה לקיצור תוחלת החיים יוצרת נזק ממוני שממנו סובל הניזוק בחייו. אמנם קיימים מצבים שבהם אובדן כושר ההשתכרות בשנים האבודות יגרום נזק ממוני לניזוק בעודו בחיים, אך אלה אינם שכיחים, ובכל מקרה הנזק יהיה לרוב קטן משמעותית מאובדן ההשתכרות בשנים האבודות⁶².

59 השופט י' כהן בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5) סבר כי זו הנמקה "מלאכותית", וכי רעיון הפגיעה בנכס "מוציא את משמעות הביטויים 'נזק ממוני' ו'אובדן נכס' ממובנם הרגיל ונותן להם משמעות בלתי מציאותית"; שם, עמ' 571-572.

60 ראו לעניין זה את ההבחנה בין produced goods, נכסים שניתן לרכשם בשוק, שנזק להם הוא נזק ממוני, לבין irreplaceable goods, נכסים שלא ניתן לרכשם בשוק, שנזק להם הוא נזק שאינו ממוני; S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (Harvard UP, 1987), p. 133.

61 ואכן, Shavell מאפיין את הנזק ל-health ו-physical integrity כנזק שאינו ממוני, כלומר כנזק ל-irreplaceable good; שם, שם.

62 נזק בחיים בשל אובדן השתכרות בשנים האבודות אכן ייגרם כאשר יוכח כי הניזוק יכול היה לקבל בהווה או בשנים שבהם יחיה תמורה עבור יכולת עבודה או שירותי עבודה בשנים האבודות. נניח כי אלמלא הפגיעה היה מעסיק מוכן לשלם לניזוק כעובד שכר מראש עבור עבודתו בשנים מסוימות או לתת לו מראש מענק משמעותי עבורן, כדוגמת

בניתוח זה מצויה התשובה לתמיהה המועלית בעניין אטינגר כיצד זה מי שנפגע בתאונה יהיה זכאי לפיצוי על שעונו שניזוק, אך לא על כושר השתכרותו בשנים האבודות⁶³. הנזק לשעון הוא נזק ממוני הנגרם לניזוק החי הן משום שהשעון הוא נכס בר העברה שמחיר השוק של העברתו פחת עקב הפגיעה והן משום שניתן לרכוש אחר תחתיו או לתקנו במחיר השוק. לא כן פגיעה בגוף הפוגעת בכושר השתכרות שאינו ניתן להעברה ושאינה ניתנת לתיקון.

גם הטענה כי מותו של הניזוק מונע ממנו להגשים את מטרותיו לתמיכה כספית באנשים שונים⁶⁴, ושעל כך יש לפצותו, עוסקת בנזק בעתיד ולא בנזק בהווה. נזק בהווה עקב אובדן יכולת זו בעתיד ייגרם לניזוק רק כאשר הוא סובל בחייו סבל נפשי עקב כך, אך נזק זה משתייך למשבצת הנזק הבלתי ממוני של "כאב וסבל", שבו נבלע למעשה ראש הנזק הסובייקטיבי של נזקי "קיצור תוחלת החיים". על כך עוד נעמוד בהרחבה בהמשך⁶⁵.

את התפיסה שלפיה פיצוי בהווה על הפסד השתכרות בעתיד מותנה בכך שהפסד ההשתכרות בעתיד אכן ייגרם הלכה למעשה, ניתן למצוא דווקא בדברי השופט ברק בפסק-דין ברששת נ' האששא⁶⁶. במקרה זה נדונה השאלה העקרונית אם מי שנפגע כושר השתכרותו זכאי לפיצוי על פגיעה בכושר זה גם כאשר ידוע כי לא היה מנצל כושר השתכרות זה אלמלא הפגיעה. לדברי השופט ברק "אובדן כושר ההשתכרות נמדד על-פי אובדן ההשתכרות הצפויה בעתיד", ואין לפצות ניזוק "על נזק שלא התרחש ולא יתרחש בעתיד"⁶⁷. אמנם דברים אלה התייחסו לנזק שלא ייגרם בעתיד משום שהניזוק מרצונו לא היה יוצא לעבודה גם אלמלא הפגיעה, בעוד שבעניינו הנזק לא ייגרם משום שהניזוק לא יחיה לאחר הפגיעה, אך הדגש שהושם בדברים אלה על כך שהענקת פיצוי בהווה על

המענק הניתן בצה"ל למי שמתגייס לשירות קבע לטווח ארוך. כאשר שנים אלה הפכו ל"אבודות" עקב הפגיעה אובדת לניזוק האפשרות לקבל מראש את השכר או את המענק. במקרה זה נגרם לניזוק נזק עכשווי וממוני עקב הפגיעה בכושר ההשתכרות שלו בשנים האבודות והוא זכאי לפיצוי על כך. מצב דומה הוא כאשר נשללת מן הניזוק הזכות לקבלת הלוואה עקב מותו הצפוי או שתנאיה מורעים עקב מותו הצפוי. מצבים שכאלה, עד כמה שהם קיימים, אינם שכיחים כאמור, וכפי שמלמדות הדוגמאות שלעיל, הנזק שנגרם בהם קטן משמעותית מאובדן ההשתכרות הכולל בשנים האבודות. יתרה מזאת, במצבים שכאלה נראה כי הניזוק היה זכאי לפיצוי גם לפי הדין שקדם להילכת אטינגר (לעיל, הערה 1), שהרי הנזק אינו נגרם לו בשנים האבודות אלא בחייו. החידוש בהילכת אטינגר הוא בהענקת זכות לפיצויים עבור תקבולים שהניזוק היה מקבל לאחר מותו, ואז אכן מתעורר הקושי שבניסיון להוון נזק זה לנזק עכשווי.

63 שם, סעיף 56.

64 השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 559.

65 ראו להלן, סעיף 3.1.

66 ע"א 237/80 ברששת נ' האששא, פ"ד לו(1) 281 (להלן – עניין ברששת נ' האששא), עמ' 307.

67 שם, עמ' 303. ראו גם ברק (לעיל, הערה 24), עמ' 257-258.

נזק בעתיד מותנית בהתרחשות בפועל של הנזק בעתיד – ה"גישה המוחשית" להבדיל מה"גישה המופשטת" – תומך בקו הטיעון שלעיל.

תימוכין נוספים להשקפה השוללת את ראיית הפגיעה בכושר ההשתכרות בשנים האבודות כנזק ממוני מיידי ניתן למצוא בגישת בתי-המשפט לשאלה אם הפסד השתכרות בעתיד הוא נכס בר חלוקה בהווה במסגרת חזקת השיתוף בין בני זוג. בתי-המשפט בארץ ובעולם נוטים להשיב בשלילה על שאלה זו, וזאת, בין השאר, מהטעם שכושר השתכרות אינו ניתן להעברה או להורשה⁶⁸. אם כושר השתכרות בשנות חייו של אדם אינו נחשב כנכס בהווה, מקל וחומר שהדברים אמורים בכושר השתכרות שלאחר המוות.

4. גזירה שווה מראש הנזק של "קיצור תוחלת חיים"? על הצורך בשינוי הילכת פרייליך

טיעון נוסף בפי בתי-המשפט לתמיכה בהכרה בזכות הניזוק לפיצוי על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות הוא שפיצוי הניזוק על אובדן רווחה בשנים אלה כבר קיים ונוהג בראש הנזק של "קיצור תוחלת חיים". בטיעון זה יש ממש. עם זאת המסקנה המתבקשת מכך אינה תמיכה בהילכת אטינגר אלא מסקנה הפוכה – ביטול ההכרה ב"קיצור תוחלת חיים" עד כמה שראש נזק זה מפצה על אובדן רווחה בשנים האבודות. נבחן תחילה ראש נזק זה ואחר כך נעמוד על זיקתו לסוגיה הנדונה והמסקנות המתבקשות.

קיצור תוחלת חיים הוא ראש נזק מוכר המסווג כנזק בלתי ממוני⁶⁹. כך קובע גם תזכיר חוק דיני הממונות⁷⁰. אך על מה בדיוק מפוצה הניזוק בראש נזק זה? בשעתו נקבע כאמור כי הפיצוי בראש נזק זה ניתן הן בשל הסבל שנגרם לניזוק בשל הידיעה כי תוחלת חייו קוצרה והן בשל אובדן החיים עצמם, כלומר הן בשל "רווחה שלילית" המצריכה מודעות סובייקטיבית והן בשל אובדן אובייקטיבי של רווחה עקב אובדן החיים עצמם⁷¹. בעניין פרייליך הודגש אופיו של קיצור תוחלת החיים כנזק אובייקטיבי, ככזה "שאינו מותנה בתודעתו של הניזוק"⁷², אך לא נשלל שם במפורש הפן הסובייקטיבי של ראש

68 האמור לעיל מסתמך על מאמרו של ש' ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" האמור להתפרסם בקרוב במשפטים.

69 לפי השופט ברק בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 547, מטרת ראש נזק זה היא "לפצות על הנזק הלא כלכלי שבעצם שלילת החיים".

70 בסעיף 542(3)(ב).

71 ע"א 15/66 שנער נ' חסן, פ"ד כ(2) 455 (להלן – עניין שנער נ' חסן).

72 עניין פרייליך (לעיל, הערה 23), עמ' 824. הדגשת הפן האובייקטיבי של ראש נזק זה התבקשה על רקע הרצון למקם את נזקי הפסד ההכרה של הניזוק החי בראש נזק זה. השופט ברק חזר על התפיסה האובייקטיבית של קיצור תוחלת חיים בדעת המיעוט שלו בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 560.

נזק זה. בין כך ובין כך, ברי כי הניזוק זכאי לפיצוי עקב הסבל הנפשי הכרוך בידיעה על קיצור תוחלת חייו, ולעניין זה אין נפקא מינה אם פיצוי זה ייעשה תחת הכותרת הכללית של "כאב וסבל" או תחת הפן הסובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים".

מהי המשמעות האובייקטיבית של "אובדן החיים"? התשובה המתבקשת לשאלה זו היא שהנזק של "אובדן חיים" במשמעותו האובייקטיבית הוא נזק טוטלי הכרוך בתוכו את כל אבדני הרווחה למיניהם בשנים האבודות – נזק ממוני ושאינו ממוני גם יחד. משאבדו חייו של אדם אובדת עמם גם יכולתו ליהנות מכל נכסיו, הן הבלתי ממוניים – גופניים/נפשיים – והן הממוניים. במצב זה הנזק הממוני כרוך בנזק שאינו ממוני – בהיעדר קיום פיזי ונפשי אין כל משמעות להכנסה ולנכסים חומריים. קיים אפוא שוני עקרוני בין ראש הנזק של "אובדן הנאות חיים" של הניזוק החי לבין ראש הנזק האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים". הראשון עניינו בניזוק חי המפיק רווחה מחייו ומהכנסתו, וייעודו הוא לפצות על נזק מסוים ומוגדר – אובדן רווחה מאותן פעילויות מפיקות רווחה שהניזוק לא יוכל עוד לעסוק בהן עקב פגיעתו. לעומת זאת קיצור תוחלת חיים עניינו בניזוק המת שנפגעה יכולתו להפיק רווחה כלשהי ולכן הוא מפצה על האובדן הכולל של רווחת חיים על כל היבטיו הממוניים והלא ממוניים⁷³. אין זה מדויק אפוא לומר כי קיצור תוחלת חיים, בהיבטו האובייקטיבי הוא ראש נזק בלתי ממוני. זהו נזק ממוני ובלתי ממוני כאחד. אם כך, הרי שהפסד השתכרות בשנים האבודות אינו אלא היבט אחד של ראש הנזק המקיף של קיצור תוחלת חיים. ואכן, בעניין גבריאל השופט ברק מציין כי אילו הפיצוי בראש נזק זה היה משמעותי יותר וכולל גם אובדן הכנסה לא היה צורך בראש נזק נוסף של אובדן השתכרות בשנים האבודות⁷⁴. על אופיו הכולל של "קיצור תוחלת חיים" מעיד גם תזכיר החוק המשייך את נזק הפסד ההשתכרות בשנים האבודות לראש הנזק של קיצור תוחלת חיים, על אף סיווגו של האחרון כנזק שאינו ממוני⁷⁵.

מניתוח זה עולה שהילכת אטינגר אכן מתיישבת, כפי שנטען בה, עם הכרת הדין הנוהג בקיומו של ראש נזק אובייקטיבי של קיצור תוחלת חיים⁷⁶. זאת גם על-פי תפיסה המגבילה ראש נזק זה לנזקים בלתי ממוניים. אם ניזוק מפוצה על אובדן רווחה שאינה ממונית בשנים האבודות תחת ראש נזק זה, מדוע שלא יפוצה על אובדן ההכנסה בשנים אלה?

73 לדעה האחרת, שעל-פיה גם במקרה של מוות יש להבחין בין אינטרס כספי לאינטרס פסיכולוגי ראו Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 601.

74 עניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 551.

75 סעיף 544.

76 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 19. ראו גם השופט ברק בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 559: "העיון מקבל פיצויים בגין אבדן תוחלת החיים של הניזוק המוריש. הייתכן כי לא יקבל פיצוי בגין אבדן השתכרות באותה תקופה עצמה?".

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

אלא שתוצאה זו אינה מובילה כאמור להצדקת הילכת אטינגר. נהפוך הוא. מהניתוח שלעיל מתבקשת מסקנה הפוכה והיא שאותו הטעם העקרוני השולל את הילכת אטינגר לעניין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות שולל גם את נכונות ההכרה בראש הנזק האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים". הקושי שבפיצוי המת על נזקי המת קיים גם לגבי ראש הנזק האובייקטיבי של קיצור תוחלת חיים כשם שהוא קיים לגבי הפסד השתכרות. אובדן הרווחה שעליה מפצה ראש נזק זה הוא אובדן הרווחה בתקופת המוות, והפיצוי נפסק לאדם שבעת שייגרם נזקו לא יהיה בחיים. הנזק של אובדן חיים הוא אפוא נזק לניזוק החי רק במשמעות של סבל נפשי הנגרם עקב המודעות לכך.

מניתוח זה נגזרת ההצעה המועלת כאן לבטל את ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים כראש נזק אובייקטיבי ועצמאי. הסבל הסובייקטיבי לניזוק החי, הנגרם עקב המודעות בחייו לאובדן השנים, ראוי לפיצוי הולם ונדיב בהתאם למבחן אחיד לכל המבוסס על מספר השנים שאבדו⁷⁷. זאת תחת ראש הנזק של "כאב וסבל", בין זה הכללי ובין בהיבט הסובייקטיבי של קיצור תוחלת חיים. לעומת זאת אין מקום להכיר בנזק אובייקטיבי בראש נזק זה, שכן זהו נזק לאדם שאינו בחיים וכך גם הפיצוי בגינו. הצעה זו "מיישרת קו" עם הדין באנגליה בה בוטל ראש הנזק האובייקטיבי כבר בשנת 1982⁷⁸. זהו גם הדין במדינות רבות באירופה שאינן מכירות בזכות לפיצויים בשל נזק בלתי ממוני (להבדיל מממוני) כאשר הניזוק אינו מודע לקיצור תוחלת חייו⁷⁹. ובאשר לטענה שראש נזק זה משמש בפועל כאמצעי עקיף לפסיקת פיצויים לתלויים בניזוק החי, הרי שעם פתרון בעייתם בדרך אחרת אין עוד צורך בפיצוי עקיף זה.

הצעה זו, יודגש, אינה מבקשת להקל על מי שגרם לאובדן חיים, או להקטין את זכות הניזוק לפיצויים על נזקיו. קיים ודאי צורך מוסרי חברתי להטיל אחריות על מי שגרם בעוולה למוות ולחייבו בפיצויים על כך. הדבר מתבקש גם משיקולי הרתעה. אלא שהדרך הנאותה לעשות כן אינה באמצעות קביעת חובת פיצוי על נזק אם נזק שכזה לא נגרם. המענה הראוי לצורך זה הוא קודם כל פסיקת פיצויים גבוהים לניזוק הסובל נזק

77 זאת להבדיל מפיצוי המבוסס על נטייה אישית לסבול או עוצמה אישית של סבל. לעניין זה ראו עניין שנער נ' חסן (לעיל, הערה 71), עמ' 460, שבו נקבע כי בפן האובייקטיבי יינתן הפיצוי לפי אורך החיים שאבדו ולא לפי מידת האושר הצפויה.

78 Administration of Justice Act, section 1(1)(a). כבר בשנת 1973 כתבה ה-Law Commission ברוח מס' 56 (לעיל, הערה 5), עמ' 26, כי "We accordingly recommend that claims for damages for loss of expectation of life as a separate head of non-pecuniary loss be abolished, but that the court should be required to take into account, in assessing damages for pain and suffering, any suffering caused or likely to be caused by awareness of lost expectancy"

79 כך עולה מהסקירות המובאות אצל H. Rogers (ed.) *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (2001) (עמ' 10); בלגיה (עמ' 38); צרפת (עמ' 96); גרמניה (עמ' 114); יוון (עמ' 131); איטליה (עמ' 143); הולנד (עמ' 160).

נפשי עקב קיצור תוחלת חייו, ובנוסף לכך מתן פיצוי על-פי חוק לקרוביו של האדם שנפטר בעוולה – בן זוגו, ילדיו והוריו – ולא ליורשיו ככאלה. פיצויים לקרובים, שהם פיצויים על נזק שנגרם, ישמשו גם לצורך גינוי ההתנהגות גורמת המוות וגם להרתעה מפני התנהגויות שכאלה⁸⁰. הדין האנגלי הלך בדרך זו⁸¹, וכך מוצע גם בתזכיר חוק דיני הממונות⁸². אמנם סכומי הפיצויים לקרובי הנפטר אינם גבוהים, לא בתזכיר החוק⁸³ ולא באנגליה⁸⁴, אך דווקא ביטולו של ראש הנזק האובייקטיבי של קיצור תוחלת חיים יאפשר להגדיל את הפיצוי לקרובי הנפגע, הסובלים נזק נפשי עקב מותו, על חשבון הפיצוי ממנו נהנים בעיקר יורשיו גם אם אלה אינם ניזוקים כלל⁸⁵.

קבלת הצעה זו אינה מתיישבת, כאמור, עם ההלכה בעניין פרייליך⁸⁶. בפרשה זו נקבע כי הניזוק, שהיה חסר הכרה עד למותו עקב פגיעה בעוולה, זכאי לפיצויים בשל נזקו הבלתי ממוני בתקופת חוסר ההכרה בראש הנזק האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים". לצורך זה הומשל הניזוק חסר ההכרה לניזוק מת. הביטול המוצע של ההכרה בפן האובייקטיבי של ראש נזק זה לא יאפשר עוד לפצות חסרי הכרה במקרים דומים תחת ראש נזק זה ויחייב את ביטולה של הילכת פרייליך בהקשר זה. אין להירתע מכך שכן זוהי תוצאה ראויה. קיימת בעייתיות רבה ומובנת מאליה במושג "החי המת" שיצר בית-המשפט בעניין פרייליך, וזאת גם על רקע אי-הידיעה אם חסר ההכרה סובל או שאינו סובל⁸⁷. ואכן, פתרון הילכת פרייליך לבעיית הניזוק חסר ההכרה אינו מקובל כיום במדינות אחרות⁸⁸.

מהו אם כך הפתרון הראוי לבעיית הניזוק חסר ההכרה אם זה אינו זכאי לפיצויים בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים? תשובה לכך מצויה בראש הנזק של "אובדן הנאות

80 בכך יהיה, יש לציין, משום סיוג של הילכת אלסוחה המתנה את הפיצוי לקרובי הניזוק בשורת תנאים מצטברים כדרישת נזק נפשי קשה ודרישות נוספות; רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397.

81 Fatal Accidents Act 1976, section 1A. הזכות מוקנית לבן הזוג, וכן להורי קטין.

82 בסעיף 548.

83 כל קרוב זכאי לפיצוי ששיעורו שליש מתקרת הפיצויים לנזק שאינו נזק ממון בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, סעיף 4(א)(3), אך סכום הפיצויים הכולל לא יעלה על כפל התקרה.

84 10,000 פאונד בריטי להורים או לבן הזוג.

85 עד כמה שהפיצוי בראש הנזק האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים" משמש כאמצעי עקיף לפיצוי על נזקם הנפשי של הקרובים, פיצוי ישיר לקרובים ייתר את הצורך להשתמש בראש נזק זה למטרה זו.

86 לעיל, הערה 23.

87 לקושי זה ראו הדיון ב-consultation paper מס' 140 של ה-Law Commission, להלן, הערה 91, סעיף 4.16.

88 מהסקירה אצל Rogers (לעיל, הערה 79), עולה כי במדינות אחרות באירופה לא נוהג פתרון מקביל לפתרון הישראלי.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

חיים". אמנם הניזוק חסר ההכרה, ככל שידוע, אינו מודע סובייקטיבית לאובדן הנאות חיו, אך חוסר מודעות זה אינו שולל את העובדה שהוא אכן מאבד הנאות חיים בעודו בחיים. קיומה של תחושה סובייקטיבית הוא אכן תנאי הכרחי להכרה בנזק כשמדובר בנזק מסוג של "רווחה שלילית", ככאב וסבל או צער, אך לא כך כאשר מדובר באובדן "רווחה חיובית", כאשר פוחתת מידת הרווחה עקב העוולה בהשוואה למידתה אלמלא העוולה. אובדן הרווחה החיובית הוא נזק "אובייקטיבי" גם אם הניזוק אינו מודע לכך סובייקטיבית⁸⁹. הדברים יפים ודאי לגבי נזק ממוני שהניזוק אינו ער לו, כאובדן השתכרות והוצאות, ואף לגבי נזק שאינו ממוני, כ"אובדן הנאות חיים". גישה השוללת זכות לפיצוי על אובדן רווחה בשל חוסר מודעות לכך פוגעת בזכות ראויה ומובילה לתוצאות בלתי ראויות כמו מניעת פיצוי מניזוק בעל הכרה שאינו מודע סובייקטיבית להפסד הרווחה הנגרם לו עקב נזק למוחו, או ממי שבשל פגיעה במוחו הופך ל"שוטה מאושר" שהכול נדים לו. מטעם זה הגישה הרווחת באנגליה ובאירופה מכירה בזכותו של חסר ההכרה לפיצוי על אובדן הנאות חיים⁹⁰. ניסיון באנגליה לקרוא תגר על גישה אובייקטיבית זו לא עלה יפה⁹¹. מוצע אפוא לאמץ פתרון חלופי ומתבקש זה לבעיית חסר ההכרה.

89 כנגד פיצוי של הניזוק חסר ההכרה ניתן לטעון כי אין הצדקה לפצותו, גם אם הוא סובל נזק, שכן לא יוכל לעשות שימוש בפיצוי לצורך הפקת רווחה חלופית. הטענה היא כי אין טעם בפיצוי שכן זה לא יגשים את מטרתו. שאלה זו התעוררה בעניין פרייליך (לעיל), הערה 23 תחת הכותרת של גישה "פונקציונלית" (ראו גם ברק (לעיל), הערה 24), עמ' 263-264). פיצוי למי שלא יוכל לנצלו אינו עומד לכאורה במבחן של "פונקציונליות" שכן לא ישיג את מטרתו (לגישה הפונקציונלית ראו גם Rogers (לעיל), הערה 79), עמ' 253). בטענת הגישה הפונקציונלית כי קיימת בעייתיות בפיצוי שלא ישמש לתיקון נזק יש ממש. עם זאת נראה כי התשובה הראויה לשאלה העקרונית היא שחוסר יכולתו של הניזוק להפיק רווחה מן הפיצוי אינו מצדיק את שלילתו הגורפת, הגם שהוא יכול לשמש ומשמש כשיקול רלוונטי בקביעת גובה הפיצויים. משקל הנגד לגישה הפונקציונלית מצוי בגישה הרווחת, והאינטואיטיבית, שלפיה אין זה מעניינו של המזיק מה יעשה הניזוק בכספי הפיצויים. כך, לדוגמה, זכותו של הניזוק להחליט כי כספי הפיצויים ישמשו את בני משפחתו או ידידיו בעודו בחיים ואת יורשיו לאחר מותו. פיצוי הניזוק חסר ההכרה, המביא אף הוא לתוצאה שאחרים נהנים בחייו מכספי הפיצוי, הוא אפוא לגיטימי וראוי; ראו השופט ברק בעניין גבריאל (לעיל), הערה 5, עמ' 548, 550-551; עניין אטינגר (לעיל), הערה 1, סעיפים 25-22.

90 ראו Rogers (לעיל), הערה 30, עמ' 764-767; Rogers (לעיל), הערה 79, עמ' 253-255, 257.

91 ראו המלצת ה-Law Commission ברוח מס' 257 משנת 1999 Damages for Personal Injury: Non-Pecuniary Loss, סעיפים 2.19 ו-2.24. הוועדה המליצה תחילה לבטל את ההכרה בראש נזק אובייקטיבי זה (ב-consultation paper מס' 140, 1995, סעיפים 4.11-4.22), אך חזרה בה לאחר ש-69% מהנשאלים התנגדו להמלצה זו ותמכו בהמשך

אימוץ פתרון חלופי וראוי זה מחייב הכנסת שינוי נוסף בדין הישראלי – הכרה באובדן אובייקטיבי של הנאות חיים. הדין הישראלי כיום, כפי שממחישה פרשת פרייליך, מגביל את הפיצוי בראש הנזק הבלתי ממוני בנוזקי גוף, "כאב וסבל ואובדן הנאות חיים", לנזקים סובייקטיביים בלבד. הניזוק חסר ההכרה, כך נקבע, אינו זכאי לפיצוי על אובדן אובייקטיבי של הנאות חיים בשל היעדר מודעות להפסד זה של רווחה חיובית⁹². תוצאה זו, כפי שראינו, אינה מוצדקת ואינה מקובלת. קשה להבין את הגיונה של ההלכה הקיימת המכירה באובדן אובייקטיבי של רווחה כנזק אם זה מתרחש לאחר המוות או במצב דמוי מוות, אך שוללת הכרה זו כאשר אובדן הרווחה האובייקטיבי מתרחש בחייו של אדם. האם לא הגיוני יותר לאמץ את הגישה ההפוכה, כמוצע כאן? בהיבט הטכני אין כל קושי לקבוע כי ראש הנזק הבלתי הממוני של "כאב וסבל ואובדן הנאות חיים" משקף את כל היבטיו המורכבים של הנזק הבלתי ממוני – האובייקטיבי והסובייקטיבי גם יחד⁹³.

סיכומו של דבר – הדיון בשאלה אם ראש הנזק האובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים" תומך בהכרה בזכותו של הניזוק לפיצוי על הפסד הכנסה בשנים האבודות הוביל לשרשרת של מסקנות השלובות זו בזו. ראשית, ראש נזק זה, בדומה לאובדן כושר ההשתכרות בשנים האבודות, לוקה בקושי הרעיוני של פיצוי על נזק שייגרם לאחר המוות. שנית, ראוי לבטל עקב כך את ראש נזק זה, כפי שאכן נעשה באנגליה, ולהכיר בפיצוי גבוה לניזוק החי בשל הסבל הנגרם לו עקב המודעות לקיצור חייו. שלישי, שינוי זה מחייב את ביטולה של הילכת פרייליך המפצה את הניזוק חסר ההכרה בראש הנזק האובייקטיבי שביטולו מוצע. רביעית, כדי לפתור את בעיית הניזוק חסר ההכרה, ולגופו של עניין, הגיעה העת לשנות את הדין הקיים, כביטויו בעניין פרייליך, ולהכיר בפן האובייקטיבי של ראש הנזק "אובדן הנאות חיים" כשזה נגרם במהלך חייו של

92 ההכרה בפן האובייקטיבי של הנזק; שם, בסעיפים 2.8-2.15. בארצות-הברית הגישות בעניין חלוקות: D.B. Dobbs *The Law of Torts* (2000), p. 1052. בית-המשפט בעניין פרייליך (לעיל, הערה 23), עמ' 833, החליט, מפי השופט ברק, כי "תעמוד בעינה ההלכה, השוללת אב נזק עצמאי של 'אובדן הנאות חיים'". מקורה של הלכה זו הוא בע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח 1412, עמ' 1425. יצוין כי בדבריו בהחלטה בע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, שקדמה לזו בעניין פרייליך, הציג השופט ברק את שאלת הבחירה בין הגישה הסובייקטיבית לאובדן הנאות חיים לבין הגישה האובייקטיבית כשאלה פתוחה והעדיף להשאירה בצריך עיון; שם, עמ' 796-797. בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 81, נאמר לעניין זה כי "ראש הנזק של אובדן הנאות חיים... אינו מוכר במשפט הישראלי, כראש נזק עצמאי".

93 ברוח זו נפסק הרי בשעתו לגבי ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים כי זה מורכב הן מאלמנט סובייקטיבי של כאב וסבל והן מאלמנט אובייקטיבי של אובדן החיים; עניין שנער נ' חסן (לעיל, הערה 71).

הניזוק. את הניזוק חסר ההכרה, בהיפוך למה שנקבע בעניין פרייליך, יש לפצות בשל אובדן הנאות חיים ולא בשל קיצור תוחלת חיים, כמקובל באנגליה ובארצות אחרות⁹⁴. זאת, תחת המסגרת הרחבה של "כאב וסבל ואובדן הנאות חיים". היעדרו של נזק סובייקטיבי יכול לשמש עילה להקטנת הפיצוי, אך ודאי לא לשלילתו הגורפת⁹⁵. על רקע דיון זה נוכל עתה לשוב לשאלת ההכרה בזכות לפיצוי בשל אובדן ההכנסה בשנים האבודות ולבחון הצדקה אחרת המובאת לכך – האנלוגיה לניזוק חסר ההכרה.

5. השוואת המת לחסר ההכרה

טעם אחר שנותן בית-המשפט להכרה בנזק ממוני הנגרם לניזוק בשנים האבודות הוא שיש להקיש מדין הניזוק חסר ההכרה לדיון הניזוק המת. כשם שהראשון זכאי לפיצויים על נזק ממוני שאינו מודע לו, ועל אף שלא יוכל לעשות שימוש בפיצויים, כך גם האחרון⁹⁶. אלא שהשוואה זו אינה ממיין העניין, ולא נראה כי המשל דומה לנמשל. אמנם צודק בית-המשפט בכך שהפיצוי בשל נזק אינו מותנה במודעות לנזק, וכי הזכאות לפיצוי אינה מותנית ביכולת להפיק רווחה מן הפיצוי⁹⁷. הניזוק חסר ההכרה אכן זכאי לפיצויים על תקופת חוסר ההכרה עד למותו⁹⁸, אך בין הניזוק חסר ההכרה לניזוק המת קיים הבדל מהותי שלא ניתן להתעלם ממנו. הניזוק החי, מעצם היותו חי, הוא נושא לזכויות משפטיות. מצב של חוסר ההכרה אינו שולל את קיומו של אדם בעולם המשפט. זכויותיו ממשיכות להתקיים ופגיעה בהן מקנה לו זכות לסעדים. לא כן הניזוק המת. מרגע מותו הניזוק אינו יכול עוד להיפגע אישית ולא ניתן להעניק לו זכויות. הוראת החוק שלפיה "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו"⁹⁹ היא המקור להכרה בזכויות הניזוק חסר ההכרה ולשלילתן מן הניזוק המת. טשטוש התחומים שבין החי למת הוא אפוא בעייתי ואינו עומד במבחן הביקורת. דברים אלה יפים לא רק לגבי "המת החי" של הילכת אטינגר, המשווה את המת לחסר ההכרה, אלא גם לגבי "החי

94 שינוי זה תואם את עמדתו של השופט ח' כהן בע"א 372/65 דהאן נ' פרנסיס, פ"ד יט(4) 192, עמ' 195, וכן את העמדה שהציג ברק במאמרו (לעיל, הערה 24), עמ' 267.

95 בסקירתו מציין רוג'רס כי בצרפת, אוסטריה ואנגליה הפיצוי לניזוק חסר ההכרה (comatose) זהה או קרוב לפיצויו של הניזוק בעל ההכרה (sentient), וכי בגרמניה, איטליה וספרד הפיצוי יהיה משמעותי אך נמוך יותר; Rogers (לעיל, הערה 79), עמ' 257.

96 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 58; השופט ברק בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 550.

97 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 22-25; השופט ברק בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 548, 550-551.

98 ראו הדיון לעיל בגישה "הפונקציונאלית" לעיל, בהערה 89.

99 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

המת" של הילכת פרייליך, המשווה את החי חסר הכרה למת¹⁰⁰. בשני המקרים נועד טשטוש זה להגשים תכלית ראויה, אך נוכח הבעייתיות שבו ראוי היה לחפש דרכים אחרות להגשמת תכליות אלה.

6. הקושי שבהילכת ניכוי הוצאות

קושי אחר המעיב על תפיסת בית-המשפט שלפיה הפסד השתכרות בשנים האבודות הוא נזק "אמיתי" של הניזוק הוא הקביעה כי מן ההשתכרות האבודה יש לנכות את הוצאות הניזוק על מחייתו.

לכלל הניכוי היגיון והצדקה בתפיסה הרואה בהכרה בהפסד ההשתכרות בשנים האבודות דרך עקיפה לפתרון בעייתם בעתיד של התלויים שיאבדו את תמיכת הניזוק בשנים האבודות. ראינו כי ניכוי הוצאות הניזוק מההכנסה יוצר קירוב טוב יותר לאובדן התמיכה של התלויים מאשר אובדן ההכנסה ללא ניכוי כאמור.

פני הדברים שונים תחת הנחת בית-המשפט שלפיה קיימת הצדקה עיונית ועניינית לפיצוי הניזוק החי ועיזבונו על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות גם בהתעלם מתביעת התלויים. תחת הנחה זו אין היגיון בניכוי הוצאה שהניזוק היה מוציא על עצמו. הפיצוי על אובדן ההכנסה ניתן בשל אובדן הרווחה שניתן היה להפיק מהכנסה זו. ההוצאה שהיה הניזוק מוציא על עצמו היא הרי הביטוי המובהק של רווחה זו. מהי אפוא ההצדקה לניכוי¹⁰¹? קיימת סתירה פנימית בגישה הבאה לפצות את הניזוק על אובדן רווחה בשנים האבודות עקב אובדן השתכרות, אך בו בעת שוללת ממנו את הפיצוי על מקור הרווחה העיקרי שאבד, הכסף שהיה מוציא על עצמו, בטענה כי מדובר מבחינתו בהוצאה שנחסכת¹⁰². התפיסה כי אדם מאבד רווחה כאשר הוא קונה וצורך למען עצמו, ומגדיל רווחה כאשר הוצאות עצמיות אלה נחסכות¹⁰³, היא ללא ספק בעייתית¹⁰⁴.

100 יצוין כי בית-המשפט עצמו מסייג בעניין פרייליך (לעיל, הערה 23) השוואה זו באומרו כי השוואת חסר ההכרה לניזוק המת היא רק לצורך ההכרה שם בזכותו לפיצוי בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. מה דינו של חסר הכרה שהתעורר? בעניין פרייליך הושארה שאלה זו בצריך עיון; שם, עמ' 836.

101 לסוגיית ההתאמה של כלל הניכוי להצדקות השונות לפסיקת אובדן הכנסה לניזוק – אובדן היכול לתמוך בתלויים מול אובדן נכס הון – ראו Mesher & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 724-723. בעמודים אלו מופיע ניתוח של עמדות השופטים בפרשת Pickett (לעיל, הערה 6). המחברים מציינים כי למעשה לא ניתנה שם תשובה לשאלה מדוע מוצדק לנכות הוצאה שהייתה מבחינת הניזוק מקור להנאה; שם, עמ' 728-729.

102 לטענה זו ראו גם ברק בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 557.

103 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 36.

104 בלשונם של משר וטוד יש בכך something of a paradox; ראו Mesher & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 737.

לבעייתיות זו לא זו בלבד שאין מענה הולם בפרשת אטינגר אלא שבית־המשפט אף מבקר את הגישה בפסיקה האמריקנית שאינה מתירה ניכוי זה¹⁰⁵.

מתח זה בין הילכת הניכוי לבין הטענה כי הניזוק זכאי לפיצוי על הפסד השתכרותו בשנים האבודות בולט במיוחד לגבי ניזוק שלגביו מניחים היעדר תלויים. בית־המשפט קבע כאמור כי במקרה זה מדובר בהוצאה עצמית "מוגברת" שאותה יש לנכות, כך שהניזוק זכאי למעשה רק לחיסכון שהיה חוסך בחייו¹⁰⁶. התוצאה המתקבלת מעוררת קושי – מפצים את הניזוק על אובדן השתכרותו אך זאת רק על אותו חלק קטן יחסית של השתכרותו שלא היה מוציא על עצמו¹⁰⁷. ניזוק שהיה מוציא את כל השתכרותו על עצמו לא יהיה זכאי לפיצוי על אובדן השתכרות בשנים האבודות על אף הפגיעה ב"נכס ההון". ניתן לנסות ולתרץ קושי זה בכך שההוצאות שמוציא הניזוק על מחייתו הן בבחינת עלות הנדרשת לייצור ההכנסה, עלות המשקפת את מחיר "גורמי הייצור". מן ההכנסה שאבדה יש לנכות את עלות הייצור שנחסכה¹⁰⁸. הפיצוי הוא על ההכנסה בניכוי הוצאות ייצורה¹⁰⁹. הקושי בהסבר זה הוא שעלויות ייצור ההכנסה הן בעיקר עלויות הזמן, המשאבים הגופניים והנפשיים והאנרגיה המושקעים ביצירת ההכנסה, ולא ההוצאות הכספיות שאדם מוציא על עצמו כדי להתקיים וליהנות מחייו. מחירה האמיתי של ההשתכרות הם המאמץ הכרוך בכך והוויתור על פנאי¹¹⁰. עלות זו אינה מקוזזת מאובדן ההשתכרות של הניזוק החי בחייו, ומדוע שתקוצץ מאובדן ההשתכרות בשנים האבודות?

7. סיכום

הבסיס עליו ניצבת הילכת אטינגר, זכותו של הניזוק לפיצויים בשל אובדן השתכרותו בשנים האבודות, אינו מוצק דיו. ניתן להצדיק פיצוי כאמור ככלי משפטי הנדרש לסייע לתלויי הניזוק החי בהיעדר חלופה טובה יותר. קשה להצדיק פיצוי כאמור על בסיס ראיית הפסד ההשתכרות כנזק ממוני של הניזוק שאינו קשור כלל לבעיית התלויים או לקיומם. ככלל אובדן ההשתכרות בשנים האבודות אינו נזק ממוני המקטין את מצבת

105 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 39. השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 557, שולל גישה זו משום שיש בה, לדבריו, פיצוי יתר לניזוק והענשת המזיק.

106 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 47, 49.

107 לקושי דומה בהלכה המקבילה באנגליה ראו Meshner & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 730-732.

108 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 36.

109 ראו Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 603.

110 "ערכו של כושר העבודה כערכו של הזמן הפנוי" השופט ברק בעניין ברששת נ' האשאש (לעיל, הערה 66), עמ' 303.

נכסיו הכספיים של הניזוק בעודו בחיים בגובה ההכנסות שאבדו. כמו כן הכרה בהפסד ההכנסה כנזק אינה מתיישבת עם ניכוי הוצאותיו של הניזוק מהפסד זה.

ד. שאלת זכות העיזבון – ההצדקה לפיצוי העיזבון והקשיים הכרוכים בכך

1. על שני היבטיה של זכות העיזבון – הזכות הנגזרת והזכות כמכשיר לפיצוי עקיף של צדדים שלישיים

לזכות העיזבון לפיצויים בשל שנותיו האבודות של הניזוק המוריש שני היבטים. ההיבט האחד הוא אופייה של זכות העיזבון כזכות נגזרת. הזכות הנגזרת היא זכותו של העיזבון, מכוח דיני הירושה, להיכנס לנעלי הניזוק לעניין זכאותו של האחרון לפיצוי על נזק המוכר בשנים אלה. ההיבט האחר של זכות העיזבון הוא היותה אמצעי לפיצוי עקיף של צדדים שלישיים הניזוקים עקב קיצור תוחלת חייו של הניזוק, ושנזקם, להבדיל מנזק התלויים, אינו בר פיצוי בדין הקיים. צדדים שלישיים אלה הם קודם כל הירשיים עצמם שזכאותם האישית לפיצוי בשל נזק שנגרם להם עקב מות הניזוק נשללת על-ידי סעיף 19 (ב) לפקודת הנזיקין. צדדים שלישיים אחרים, שנזקם יכול שיתוקן בעקיפין אם תוכר תביעת העיזבון, הם נושי הניזוק שהיו נפרעים מהפסד השתכרותו בעתיד ושיוכלו להיפרע מן העיזבון המוגדל, וכל יורש שהיה נתמך על-ידי הניזוק בשנים אלה, אף שאינו נכנס להגדרה המשפטית של התלויים¹¹¹.

נבחן תחילה את שאלת ההכרה בזכות העיזבון כזכות נגזרת ולאחר מכן את שאלת הצדקתה של הכרה זו בצורך בפיצויים העקיף של צדדים שלישיים כאמור.

2. הזכות הנגזרת של העיזבון ושאלת הזכאות הכפולה

שאלת ההכרה בזכות הנגזרת של העיזבון קשורה בטבורה, כפי שראינו, לשאלת עצם ההכרה ואופי ההכרה בזכותו של הניזוק לפיצוי בשל הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. תפיסה שלפיה זכות הניזוק אינה מוכרת לגופה אלא רק כאמצעי עקיף לפתרון בעיית התלויים, תיטה שלא להכיר בזכות נגזרת זו של הירשיים, שכן אין בכך כדי לקדם את המטרה של סיוע לתלויים שעילתם העצמאית קמה עם מותו של הניזוק. לעומת זאת תפיסה שלפיה הפסד ההשתכרות של הניזוק בשנים האבודות הוא נזק ממשי הנגרם לו והטעון פיצוי, תכיר בזכות הנגזרת של העיזבון כתוצאה טבעית ומתבקשת של תחולת דיני הירושה. על-פי תפיסה זו זכותו של העיזבון להיכנס בנעליו של הניזוק לעניין הפסד

¹¹¹ לפיצויים העקיף של נושים ונתמכים כאמור ראו השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל), הערה (5), עמ' 548, 552, 562-563.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

ההשתכרות בשנים האבודות אינה שונה מזכותו של העיזבון להיכנס לנעלי הניזוק לעניין זכותו לפיצויים על אובדן תוחלת חיים, כאב וסבל, הוצאות רפואיות והפסד השתכרות בשנות החיים.

מהי גישת בית-המשפט בעניין אטינגר לזכותו הנגזרת של העיזבון? נראה בעליל כי בית-המשפט, בעקבות השופט ברק בעניין גבריא¹¹², אכן רואה בזכות הנגזרת זכות ראויה משום שלפי תפיסתו זכות הניזוק עצמו לפיצוי על הפסד השתכרות בשנים האבודות היא זכות ראויה ולא רק אמצעי עקיף לפתרון בעיית התלויים¹¹³. בית-המשפט מבקר ברוח זו את ההסדרים החקיקתיים באנגליה ובחבל אלברטה בקנדה שבהם בוטלה זכות העיזבון¹¹⁴, ותומך רעיונית בפתרון חקיקתי, המוכר בחלק ממדינות ארצות-הברית¹¹⁵, שלפיו תוכר תביעת העיזבון כתביעה ייחודית ותביעת התלויים תבוטל¹¹⁶.

נוכח המסקנה העולה מהדיון לעיל, שלפיה אין הצדקה להכיר בזכות הניזוק לפיצוי על הנזק הממוני של הפסד השתכרותו בשנים האבודות מעבר לצורך בפתרון בעיית תלוייו, קיימת בעייתיות בהכרה של בית-המשפט בעניין אטינגר בזכות העיזבון כנגזרת של זכות זו של הניזוק. אם לא מתקיים הטעם להכרה בזכות הניזוק, מדוע להעניקה לעיזבון¹¹⁷? בהיעדר מטרה תרופתית, הענקת הזכות הנגזרת לניזוק הופכת למתת שמיים (windfall) הנופלת בחלקו של מי שיוורש את הניזוק, בעיקר כשאותו אדם לא היה יורש את הניזוק אלמלא העוולה¹¹⁸. לרוב מדובר בהורים, אחים, או בני משפחה רחוקים יותר שלא היו יורשים את הניזוק אלמלא נפטר בעוולה, או אף ביוורש רחוק, לרבות המדינה כיוורשת שירית. אין כמובן להתעלם מהנזק הנפשי הנגרם ליורשי של המנוח עקב מותו, אך זהו נזק בלתי ממוני שראוי לפצות במישרין בגינו על-ידי הענקת פיצויים לקרוביו של

112 עניין גבריא (לעיל, הערה 5), עמ' 552, 558-565.

113 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 54-58.

114 שם, שם.

115 ראו D.B. Dobbs *The Law of Torts* (vol. 2, 2001), pp. 809-811; עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 61.

116 בסעיף 69 לפסק-הדין. הצעה זו הועלתה על-ידי פרופ' S.M. Waddams, במאמרו: "Damages for Wrongful Death: Has Lord Campbell's Act Outlived its Usefulness?" 47 *Mod. L. Rev.* (1984) 437, הנדון בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), ועל-ידי ה-Ontario Law Commission ב-Report on Compensation for Personal Injuries and Death (1987), pp. 14-36. יודגש כי המלצה זו נדחתה על-ידי ה-Law Commission באנגליה בשנת 1999 ברוח 263 (לעיל, הערה 20), סעיף 3.4. כפי שמציין פלמינג, הצעה זו עלולה לפגוע בתלויים ומהנה את נושי העיזבון; G.J. Fleming *The Law of Torts* (9th ed., 1998), p. 743, note 248.

117 ה-Law Commission באנגליה ציינה כי: "(It was not clear what precise loss the estate's 'lost years' claim was intended to compensate" 148 *consultation paper*; Claims for Wrongful Death), משנת 1997, סעיף 3.11.

118 ראו דברי הנשיא "כהן בעניין גבריא (לעיל, הערה 5), עמ' 576.

הניזוק, כמוצע בתזכיר חוק דיני הממונות, ולא בדרך עקיפה של פיצוי ממוני הנפסק ליורשים הנהנים כלכלית ממותו של הניזוק. מעניין לציין כי קושי זה של "מתת שמיים" מטריד כנראה את בית-המשפט בעניין אטינגר, אף שמנקודת מבטו אין כאן לכאורה קושי שהרי מדובר בזכות הראויה להורשה של הניזוק. על תחושה זו של אי-נוחות ניתן להסיק מכמה אמירות בעניין אטינגר שמהן עולה מגמה לצמצם את תביעת העיזבון כאשר מדובר בניזוק קטין שנפטר או הצפוי למות בגיל צעיר עקב העוולה¹¹⁹, שאז, מחד גיסא, הפסד ההשתכרות מחושב על פני תקופה ארוכה, ומאידך גיסא, ייהנו ממנו יורשים שלא היו יורשים את הניזוק אלמלא מותו המוקדם. אלא שבית-המשפט, הכבול על-ידי הנמקותיו להכרה בזכות העיזבון, אינו מצליח להסביר כיצד זה תוגבל תביעת העיזבון במצבים אלה¹²⁰.

קושי אחר שמעוררת ההכרה בזכות הנגזרת של העיזבון ושלא נמצא לו פתרון מניח את הדעת הוא בעיית הזכאות הכפולה של יורשים ותלויים. הן בית הלורדים בעניין *Gammell*¹²¹ והן דעת הרוב בעניין גבריא¹²², סברו כי לבעיה זו אין פתרון שיפוטי. הפתרון ה"אלגנטי והפשוט", כלשונו של ברק בעניין גבריא¹²³, המובא בעניין אטינגר לבעיה זו, הוא כאמור שיש לנכות מזכות הניזוק החי קודם שעזבונו עובר ליורשיו את טובת ההנאה הצומחת לו מכך שעקב מותו קמה לתלויים זכות עצמאית נגד המזיק לפיצוי על הפסד התמיכה, זכות הפוטרת אותו מהצורך לדאוג להם¹²⁴. כבר עמדנו על

119 לגבי ניזוק קטין נטה בית-המשפט בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1) להנחה שלא היו לו תלויים אלמלא נפטר על פני ההנחה שהיה מקים משפחה. בדרך זו הגדיל מאוד את מרכיב ההוצאה העצמית המנוכה מהכנסת הקטין בשנים האבודות (הוצאה "מוגברת"), והקטין מאוד את הפיצוי שיגיע לעיזבון עם מות הקטין; שם, סעיף 49. ראו גם האמירה לגבי "שומת פיצויים... צנועה ביותר" במקרה של קטין; שם, סעיף 50. מגמה מקטינת פיצוי שכזו ניתן למצוא גם אצל ברק בעניין גבריא (לעיל, הערה 5), עמ' 557-558.

120 כפי שצוין לעיל, בהערה 42, הנחת בית-המשפט כי לניזוק שנפטר או הצפוי למות בגיל צעיר לא היו תלויים אלמלא ניזוק אינה תואמת את המציאות הישראלית. ההנחה הסבירה היא, כאמור, שקטין שכזה היה מקים "משפחה רעיונית" שהייתה מקטינה את מרכיב ההוצאה העצמית שלו ומגדילה את הפיצוי. גם אם נניח כי לקטין שכזה לא היו תלויים אלמלא נפגע הרי שגם בהנחה כי מרכיב החיסכון בתביעת קטין הוא 20% מדובר עדיין בסכומים משמעותיים שיוקנו לעיזבון. אמנם גם באנגליה הנטייה היא לפסוק פיצוי לא גדול או "nil" כשמדובר בקטין הצפוי למות צעיר, אך נראה שהטעם לכך אינו היעדר תלות בו בעתיד אלא הספקולציה הכרוכה בהערכת הכנסתו; ראו: Rogers (לעיל, הערה 30), עמ' 778; החלטת ה-Queens Bench בעניין *Neale v. Queen Mary's Hospital NHS Trust* [2003] All ER (D) 184 (Jun).

121 לעיל, הערה 10.

122 עניין גבריא (לעיל, הערה 5), עמ' 575.

123 שם, עמ' 563.

124 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 67. פתרון ברוח זו, המנכה מזכות הניזוק לפיצוי על אובדן ההכנסה בשנים האבודות את זכויות התלויים, הוצע על-ידי בית-משפט בהוואי

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

כך שפתרון זה יוצר מבנה משפטי מורכב ויוצא דופן: זכות הניזוק כלפי המזיק בשל מרכיב התמיכה בתלויים היא זכות "אישית" שאינה חלק מעיזבונו בכוח, אלא זכות העומדת לעיזבון "על תנאי" שהניזוק ימצה עילתו ויוריש זכות זאת לעיזבונו. מעבר לכך קיים בפתרון זה אותו קושי עקרוני הניצב על דרך ההכרה בנזק שסובל הניזוק בעת מותו. בסופו של דבר, טובת ההנאה שבה מדובר, החיסכון עקב אי-הצורך לתמוך בתלויים, תבוא לידי ביטוי רק במהלך השנים האבודות שבהם הניזוק לא יחיה ולא יהיה נושא לזכויות. כיצד זה ניתן לייחס משפטית לאדם החי טובת הנאה שבהם "יזכה" רק לאחר מותו ובשל מותו? לקושי עקרוני זה קיים גם היבט "טכני". פורמלית ניתן לנכות מן הניזוק טובת הנאה שצמחו לו עקב העוולה רק כל עוד הוא בחיים. דא עקא ש"טובת הנאה" זו של צמיחת זכות התלויים כלפי המזיק מתגבשת לניזוק לא בחייו אלא במותו, שאז כבר עברו זכויותיו כניזוק לעיזבונו. "טובת הנאה" זו אינה ניתנת לניכוי מתביעת העיזבון, על אף שגם זה נפטר מהצורך לדאוג לתלויים, משום שמכוח הוראת סעיף 19 (ב) לפקודת הניזוקין אין מנכים מהעיזבון רווח שצמח לו עקב מות המוריש. פתרון זה של ניכוי תביעת התלויים מזכות הניזוק יוצר אפוא מעין מעגל שוטה – מנכים מן הניזוק החי טובת הנאה הצומחת לו עקב מותו¹²⁵. והערה נוספת – לפי היגיון זה, מדוע תנוכה מזכות העיזבון רק זכות התלויים ולא כל טובת הנאה עתידית אחרת שתקטין את נזקם ותפטור את הניזוק מדאגה להם? מדוע שלא יתבצע ניכוי כאמור גם לגבי הניזוק החי? לשאלה האחרונה עוד נשוב¹²⁶.

האם על אף כל האמור לעיל ניתן בכל זאת להצדיק את ההכרה בזכותו הנגזרת של העיזבון מהטעם שזהו אמצעי עקיף למתן פיצוי ראוי לצדדים שלישיים?

3. הכרה בזכות העיזבון לצורך תיקון עקיף של נזק לצדדים שלישיים

נראה כי תמיכתו של בית-המשפט בעניין אטינגר בהכרה בזכותו הנגזרת של העיזבון נובעת גם ממגמה לפצות בדרך זו בעקיפין צדדים שלישיים, והיורשים בראשם, על הנזק הנגרם להם עקב מותו המוקדם של המנוח. זאת אף שזכות היורשים לפיצוי ישיר על נזק זה נשללה כאמור בסעיף 19 (ב) לפקודת הניזוקין. גם השופט ברק בעניין גבריאלי רואה

ב-105, 369 P. 96, *Rohling v Moses Akiona* המאוזכר אצל Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 613. פתרון זה נדון גם אצל Mesh & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 732-736.

125 קושי זה עולה מהדברים הבאים של השופט ברק בעניין גבריאלי (לעיל, הערה 5), עמ' 566 המצוטטים בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 67: "משעומדת לתלויים עילת תביעה עצמאית, כנגד המזיק, בגין אובדן תמיכה, שוב אין המנוח, עובר למותו, נדרש לשאת בהוצאה זו". תביעת התלויים נוצרת הרי עם מות הניזוק וכיצד זה ניתן לומר כי הצמיחה לניזוק החי טובת הנאה "עובר למותו"?

126 ראו להלן, הערה 142.

הכרה זו כאמצעי לתיקון נזקם של צדדים שלישיים כנושים, או כנתמכים שאינם זכאים לתבוע כתלויים¹²⁷.

ביטוי מובהק למגמה זו הוא הכנסת מרכיב החיסכון בחישוב ההוצאה העצמית של הניזוק בשנים האבודות, הוצאה המנוכה מהכנסתו בשנים אלה לצורך חישוב נזקו. כאמור נבחרה לצורך חישוב הוצאה עצמית זו שיטת הידות הנוהגת בחישוב נזקי התלויים בתביעתם העצמאית, אך בעוד שבשיטת הידות בתביעת התלויים אין מתחשבים בחיסכון לצורך חישוב ההוצאה העצמית של המנוח ונזק התלויים, הוחלט בעניין אטינגר להוסיף מרכיב זה לצורך חישוב ההוצאה העצמית והנזק של הניזוק שתוחלת חייו קוצרה¹²⁸. כפי שראינו, הוספת מרכיב החיסכון פועלת להגדלת הסכום הנפסק לניזוק בהשוואה לסכום הנפסק לתלויים. מדוע הוכנס מרכיב החיסכון בחישוב נזקי הניזוק תוך הגדלת הפיצוי לניזוק ביחס לפיצוי לתלויים? ההסבר המתבקש לכך הוא שמרכיב החיסכון, ההפרש בין הכנסת הניזוק לבין הוצאותיו על עצמו ועל תלוייו, משקף למעשה את נזקם של יורשי המנוח אשר כתוצאה ממותו המוקדם לא יזכו ליהנות מחיסכון זה. מרכיב זה יגיע לידי היורשים אם באמצעות הניזוק המפוצה עליו, ואם כאשר ירושתו תיפול לידיהם לאחר הפחתת דמי התמיכה בתלויים¹²⁹.

נראה שגם הצדקה עקיפה זו לתביעת העיזבון אינה עומדת במבחן הביקורת בשל הנדירות היחסית של המקרים שבהם עיזבונו של הניזוק אכן סובל נזק ממוני עקב מותו. ראשית, במקרים רבים היורשים שלהם מוקנית תביעת העיזבון אינם מי שהיו יורשים את המנוח אלמלא קוצרו חייו. ראינו שכאשר יורשיו של אדם, בשל מותו בגיל צעיר, אינם בן זוגו או ילדיו אלא הוריו או אחיו, יורשים אלה לא רק שאינם בהכרח ניזוקים כלכלית

127 לעיל, הערה 111.

128 ההתחשבות במרכיב החיסכון בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1) כתביעת הניזוק והעיזבון מעלה את השאלה מדוע אין מתחשבים במרכיב זה בתביעת תלויים "רגילה". אם ההנחה העובדתית היא שאדם חוסך מתוך הכנסתו הרי שהנחה זו נכונה ורלוונטית באותה מידה גם בתביעת התלויים העצמאית. החשיבות המעשית של מרכיב החיסכון בתביעת התלויים תלויה בהנחה שנבחר לגבי מקור החיסכון. בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1) הוצגו כאמור שתי אפשרויות לעניין זה. אפשרות אחת היא שהחיסכון נצבר מתוך ידת המנוח בלבד ולא מחלקם של התלויים האחרים. בהנחה זו אין מרכיב החיסכון פוגע בפיצוי לתלויים ואינו משפיע על תביעתם. אפשרות אחרת היא שהחיסכון מהווה ידה נפרדת הנוצרת גם מחלקם של התלויים ומקטינה את גודל ידתם. בהנחה זו התחשבות במרכיב החיסכון תביא להקטנת הפיצוי לתלויים. בהנחה שהחיסכון מהווה ידה עצמאית השאלה עומדת אפוא בעינה: האם לאחר עניין אטינגר (לעיל, הערה 1) יש להקטין את תביעת התלויים בהתחשב בידת החיסכון? ואם לא, מדוע להבחין לעניין זה בין תביעת התלויים לבין תביעת הניזוק החי?

129 בסעיף 58 מציין בית-המשפט ברוח זו כי "לו היה הניזוק מגשים את פוטנציאל ההשתכרות שלו, יכול בהחלט שעזבונו היה גדול יותר. במובן זה ניתן לומר כי מות הניזוק גרם נזק לעיזבונו".

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

עקב מות הניזוק אלא אפשר שאף ייהנו מכך כלכלית. שנית, גם כאשר יורשי הניזוק הם מי שהיו יורשים אותו אלמלא מותו, שאז ניתן לכאורה לטעון לנזק של אי־צמיחתה של הירושה במהלך השנים האבודות, גרימתו של נזק שכזה אינה מובנת מאליה. השנים האבודות יכול שיהיו דווקא אותן שנים שלקראתן אותו אדם חסך ושהן התכוון ליהנות מפירות חסכונו. יתרה מכך, גם כאשר העיזבון ניזוק בשל אובדן החיסכון, נזק זה יכול שיתקזז אל מול טובת ההנאה הצומחת לעיזבון כתוצאה מהקדמת הירושה, מ"האצת הירושה". לעניין זה קיימת הרי הלכה מפורשת, הילכת יחזקאל, שבה נפסק כי גידול צפוי בעיזבון והאצת ירושה מקוזים זה את זה¹³⁰. נמצא אפוא שמותו המוקדם של הניזוק אינו גורם בהכרח ליורשיו בהווה ובעתיד נזק ממוני. ניתן אמנם להניח כי קיימים מקרים שבהם יורשיו של המנוח ניזוקים בכל זאת עקב מותו המוקדם, או שבאמצעות פיצוי העיזבון ניתן לתקן נזק שגרם מוות זה לצדדים שלישיים, כנושים או כנתמכים שאינם תלויים, אלא שאלה הם מצבים לא שכיחים שבוודאי אינם מצדיקים הכרה גורפת בזכות העיזבון¹³¹.

4. הכרה בזכות העיזבון כאמצעי להבטחת הרתעה יעילה

טענה נוספת המועלית בעניין אטינגר¹³², התומכת לכאורה בהכרה בזכות העיזבון, היא טענת ההרתעה היעילה. על-פי טענה זו שיקולי יעילות מחייבים כי המזיק המעוול ישא בעלות החברתית המלאה של תוצאות התנהגותו. הדבר נדרש כיוון שהוא גורם למעוולים בכוח להביא בחשבון את מחירה החברתי המלא של התנהגותם המזיקה, ובכך מרתיע אותם מלעסוק בה כאשר מחיר חברתי זה גבוה מתועלתה. ללא "הפנמה" מרתיעה שכזו "יחצינו" המעוולים בכוח נזק חברתי שהם גורמים, "החצנה" שתוזיל מבחינתם את מחירה של ההתנהגות המזיקה אל מתחת לעלותה החברתית המלאה, ובכך

130 ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374 (להלן – עניין יחזקאל), עמ' 380-384.

131 גם הטענה כי נושי המנוח ייפגעו כתוצאה ממותו המוקדם ויש לסייע להם בגביית חובם על-ידי הגדלת העיזבון טענה ביסוס עובדתי ובכל מקרה אינה מצדיקה הכרה גורפת בתביעת העיזבון. לטענה ראו השופט ברק בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 548, 554. לביקורת הטענה ראו השופט י" כהן, שם, עמ' 572, המציין כי פיצויים העקיף של צדדים שלישיים שאינם זכאים לפיצוי באמצעות העיזבון הוא "נימוק נגד פיצוי בעד 'השנים האבודות' מכיון שפסיקה כזו מנוגדת להוראות החוק ולכוונת המחוקק"; שם, עמ' 572. עוד יצוין כי בתזכיר חוק דיני הממונות מוצע להגדיל את קבוצת הנתמכים המוכרים כתלויים. סעיף 520 מוסיף לרשימת התלויים בניזוק גם את "אחיו ואחותיו וכן כל אדם אחר שהוא בן ביתו".

132 סעיף 17 לפסק-הדין.

תעודת התנהגות זו באורח בלתי יעיל¹³³. מאחר שהפסד ההשתכרות בשנים האבודות, על-פי טיעון זה, הוא נזק חברתי הטעון הפנמה, אי-הפנמתו למזיק המעוול "תחצין" נזק זה ותזויל עלויות של פעילויות מסוכנות תוך פגיעה ביעילות ההרתעה הנזיקית. אין ספק כי פיצוי כספי המשקף את אובדן התמיכה בתלויים בשנים האבודות הוא בבחינת הפנמה ראויה של נזק חברתי זה. אך האם טיעון ההרתעה היעילה מצדיק גם את ההכרה בזכות הנגזרת של העיזבון בהיעדר בעיית תלויים? בכך ניתן להטיל ספק. בהיעדר בעיית תלויים, ועל-פי התפיסה כי אובדן ההכנסה בשנים האבודות אינו נזק ממוני של הניזוק, אין צורך להפנים את אובדן ההשתכרות בשנים האבודות אלא עד כמה שזה משקף נזק חברתי לצדדים שלישיים. בהיעדר נזק שכזה הפנמה כאמור היא לא רק הפנמה מיותרת אלא הפנמת יתר. כך, לדוגמה, ראינו כי הפסד ההשתכרות של הניזוק מחושב בין השאר בהנחה של צורך לתמוך בתלויים "רעיוניים", לרבות כאלה שלא יבואו כלל לעולם (כילדים שלא יולדו והיו נולדים אלמלא המוות המוקדם). הפסד זה מחושב גם לפי החיסכון שהיה המנוח מוריש ליורשיו אלמלא נפגע, וגם יורשים אלה הם לעתים "יורשים רעיוניים" שלא יבואו כלל לעולם. פיצוי של "ניזוקים רעיוניים" יכול להוביל להרתעת יתר. דוגמה אחרת היא פיצוי הניזוק ועיזבונו על אובדן תקבולים בשנים האבודות שאינם הכנסות מעבודה אלא הכנסות הוניות או תשלומי העברה¹³⁴. אובדן זה אינו יוצר כלל נזק "חברתי" הטעון הפנמה אלא נזק "פרטי" של הניזוק, נזק שהפנמתו תגרום להרתעת יתר, ולכן אין הצדקה לפיצוי בגינו¹³⁵. ניתן אמנם לטעון כי כל אובדן חיים הוא נזק חברתי גם אם אין לנזק זה "כתובת" בדמותם של צדדים שלישיים, אך זהו טיעון מרחיק לכת המוביל לתוצאה הבעייתית שלפיה בכל מקרה שבו נמנעה בעוולה לידתו של אדם יש להפנים אל המזיק את מלוא הפסד ההכנסה "בשנים האבודות" של מי שלא בא לעולם. שנית, כאשר הנזק נגרם שלא באשמה, תופעה נפוצה תחת משטר האחריות המוחלטת המוטלת בתאונות דרכים, אין נדרשת במקרים רבים הרתעה שכן התנהגות המזיק היא סבירה. שלישית, גם ללא הטלת אחריות על הניזוק בשל נזקי השנים האבודות, האחריות המוטלת עליו בשל הנזקים האחרים יוצרת במקרים רבים הרתעה אפקטיבית ומספקת, בעיקר אם זה יחויב, כמוצע, בפיצוי קרובי המנוח על

133 ראו י' גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב(2) 421, עמ' 457-454.

134 ראו לעיל, סעיף ב.1.

135 גלעד (לעיל, הערה 133), עמ' 462-460.

נזקם הנפשי, מה גם שלצד ההרתעה הנזיקית פועלת גם הרתעה מוסרית, חברתית ופוליטית מפני גרימת מותו של אדם¹³⁶.

5. הרתעה – מניעת זילות חיי אדם

שיקול ההרתעה מובא בעניין אטינגר לא רק בהקשר היעילות הכלכלית אלא גם בהקשרו המוסרי. ההכרה בזכות העיזבון נועדה גם לייקר את מחיר הפגיעה בחיי אדם ובכך להגשים מדיניות ראויה שלפיה אין להשלים עם כך שגרימת מותו של אדם תהא זולה יותר מבחינת המזיק מאשר פציעתו¹³⁷. אכן, על שיטת המשפט לגנות גרימת מוות בעוולה ולהרתיע מפניה, אך השאלה היא אם פסיקת פיצויים בנזיקין מעבר לנזק היא הדרך הנאותה לעשות כן. תפקידם של דיני הנזיקין הוא לפצות ולא להעניש¹³⁸. ענישה נזיקית בדמות "פיצויים עונשיים" קיימת, אך היא מוגבלת למצבים של גרימת נזק בכוונה או בזדון, ובעניין אטינגר גופו בית-המשפט נמנע מלפסוק פיצויים עונשיים¹³⁹. יתרה מזאת, כפי שכבר צוין, חלק ניכר מהמצבים שבהם גורמת תאונה למוות או לקיצור תוחלת חיים הם אלה הנשלטים על-ידי הסדרי אחריות חמורה – תאונות דרכים ותאונות עבודה. בהסדרי אחריות אלה השיקול ה"עונשי" וההרתעי מאבד הרבה מכוחו או אף הופך לבלתי רלוונטי. כך, לדוגמה, כאשר נהג צעיר נהרג בתאונת דרכים עצמית שנגרמה באשמתו, מהו ההיגיון ההרתעי והעונשי המצדיק כי מבטחו האישי ישלם פיצוי כספי ניכר להוריו מקופתם של בעלי הרכב? ובאשר לטיעון של "השוואת עלויות", שלפיו אין זה ראוי שהפיצוי בשל גרימת מוות יהיה זול יותר מהפיצוי על פגיעה, הגיונו של טיעון זה מחייב הענקת פיצויי יתר גם במקרים של פגיעה באדם עני¹⁴⁰, חולה או זקן מהטעם שאין זה הוגן שפגיעה באלה תהיה זולה יותר מהפגיעה בעשיר, בכריא ובצעיר. נראה

136 יצוין עוד כי על-פי הניתוח הכלכלי "הקר" בחברה שבה קיימת אבטלה בתחום עיסוקו של הניזוק הפסד השתכרותו אינו בהכרח נזק חברתי אלא לעתים נזק "פרטי", שכן את מקומו בשוק העבודה אפשר שיתפוס אדם אחר.

137 "הכתם הנלווה לתוצאה שלפיה דיני הנזיקין מקילים עם המזיק-הממית בהשוואה למזיק-הפוצע"; עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיף 70.

138 ברק עצמו, בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 548, מציין כי "מתן פיצוי לניזוק-החי אינו אלא ביטוי לתחושה, כי לא יתכן שיהיה זה זול יותר להרוג... מאשר לפצוע... אך גישה זו פסולה היא בהיותה גישה עונשית ולא תרופתית". עם זאת הוא מציין כי סירובו של המזיק לפצות את הניזוק על אובדן ההשתכרות בשנים האבודות אינה עולה בקנה אחד עם החובה להפעיל זכות בתום לב; ברק (לעיל, הערה 24), עמ' 261.

139 ראו הדיון בפיצויים העונשים, סעיפים 73-80 לפסק-הדין.

140 לטענה בדבר הצורך, משיקולי צדק חלוקתי, בהגדלת הפיצוי בשל אובדן השתכרות לניזוק המופלה לרעה בשכרו ראו T. Keren-Paz "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness" 16 *Canadian J. L. & Jurisprudence* (2003) 91.

שהדרך הראויה להעלות את מחיר הפגיעה בחיי אדם ולהרתיע מפניה היא לחייב את הפוגע לפצות את קרובי הנפטר בשל נזקם הלא ממוני שאינו מפוצה כיום, הסדר ראוי המוצע כאמור בתזכיר חוק דיני הממונות¹⁴¹, כמו גם לפסוק לניזוק החי פיצוי ניכר בהיבט הסובייקטיבי של "קיצור תוחלת חיים". כל זאת בנוסף לחיובו של המזיק בפיצויים על נזקי התלויים בניזוק החי, וכמובן, ההרתעה הפלילית.

ה. לשאלת ההתאמה בין פיצוי התלויים דרך תביעת הניזוק לבין פיצויים בתביעתם העצמאית

1. השאלה

נתמקד עתה בהנחה שאליה הוביל הדיון לעיל, ולפיה הטעם הראוי להכרה בזכות הניזוק להפסד השתכרות בשנים האבודות הוא הצורך בפתרון בעיית התלויים בניזוק החי. הזכות מוענקת לניזוק לא בשל נזקו אלא כאמצעי לפצות באמצעותו באורח עקיף את בני משפחתו שיאבדו את תמיכתו לאחר מותו המוקדם.

בהינתן הנחה זו יש לשאוף לכך שהפיצוי לניזוק, המיועד למעשה לתלוייו בשנים האבודות, יהיה בגובה הפסד התמיכה בהם בשנים אלה. במילים אחרות, פיצוי זה ראוי שישתווה בגודלו ככל שניתן לפיצוי שהיה נפסק לתלויים בתביעתם העצמאית אילו היה הניזוק הולך לעולמו. הפסד התמיכה של התלויים בשנים האבודות הוא הרי בלתי תלוי בשאלה אם הפיצוי נפסק לניזוק יום לפני מותו (תביעת הניזוק) או נפסק לתלויים זמן קצר לאחר מותו (תביעת התלויים).

האם לאור שיטת חישוב הפיצוי בשל הפסד ההשתכרות, כפי שנקבעה בעניין אטינגר, קיימת אכן התאמה טובה בין פיצוי הניזוק על הפסד הכנסתו בשנים האבודות לבין אומדן התמיכה הצפוי של התלויים בשנים אלה? נראה שהתשובה על כך שלילית בשל שורת גורמים היוצרים פער ואי-התאמה בין תביעת הניזוק לבין תביעת התלויים. נבחן להלן את גורמיו של פער זה.

2. מרכיב החיסכון

הכנסת מרכיב החיסכון לצורך חישוב הוצאות הניזוק בשנים האבודות מגדילה, כפי שראינו, את תביעת הניזוק ביחס לתביעת התלויים. מרכיב זה מקטין את הוצאות הניזוק על מחייתו, וכיוון שלצורך חישוב הפיצוי מנכים הוצאות אלה מאובדן הכנסתו בשנים

141 בסעיף 548.

האבודות, הרי שניכוי זה יהיה קטן יותר בתביעת הניזוק מאשר בתביעת התלויים. השוני בניכוי הנגרם עקב מרכיב החיסכון הולך וגדל ככל שקטן מספר הידות, כך שהפער שיווצר בגינו בין התביעות יהיה משמעותי במיוחד בתקופה הארוכה יחסית שבה בן הזוג הוא התלוי היחיד. לאורך תקופה זו, לצורך המחשה, הוצאות המחיה של הניזוק שתנוכיה מהכנסתו תעמודנה בתביעת התלויים על שליש (לפי שלוש ידות – שני בני הזוג והידה הקבועה). לעומת זאת בתביעת הניזוק הוצאות המחיה שתנוכיה תעמודנה על רבע (בשיטה של תוספת יד חסכון) או על שישית בלבד (בשיטה שלפיה יד החיסכון היא מחצית ידת הניזוק).

3. הוצאה על מי שאינם תלויים

גורם נוסף שיש בו כדי להגדיל את תביעת הניזוק בהשוואה לתביעת התלויים הוא הוצאות שהיה הניזוק מוציא על מי שאינם תלויים. כאשר מוכחות הוצאות שכאלה הן תנוכיה מהכנסת הניזוק בשנים האבודות בתביעת התלויים, שכן התלויים לא היו נהנים מחלק זה של ההכנסה. לעומת זאת הוצאות אלה לא תנוכיה מתביעת הניזוק לפי הילכת אטינגר, שכל הנראה מתירה רק ניכוי ההוצאות שהיה הניזוק מוציא על עצמו.

4. טובות הנאה הצומחות לתלויים עקב המוות

גורם שלישי הפועל להגדלת תביעת הניזוק ביחס לתביעת התלויים הוא טובות הנאה שתוענקה לתלויים בשנים האבודות עקב מותו של המנוח. טובות הנאה אלו מנוכות ככלל מתביעת התלויים אך ספק רב אם ניתן לנכותן מתביעת הניזוק לפי הילכת אטינגר. טובות הנאה אלה הן משני סוגים. סוג אחד של טובות הנאה הן הטבות נזק הניתנות על-ידי מיטיבים כמוסד לביטוח לאומי וגופים אחרים של חיסכון או ביטוח סוציאלי. הסוג האחר של טובות הנאה קיים באותם מקרים שבהם היורשים והתלויים חד הם, שאז מנכים מזכות התלויים את זכותם כיוורשים לפיצוי על הנזקים שסבל הניזוק לפני מותו, ממוניים ושאינם ממוניים¹⁴². כאמור שני סוגי ההטבה מנוכים כיום מתביעת התלויים, אך לא נראה שהם בני ניכוי מתביעת הניזוק.

נשווה לצורך המחשה מצב שבו תביעת היורשים/תלויים מוגשת יום לאחר מות הניזוק, לבין מצב שבו תביעת הניזוק מתקבלת יום לפני מותו. נניח כי הפסד התמיכה הוא 100, כי נזק זה יוטב ב־50 על-ידי המוסד לביטוח לאומי, וכי נזקי הניזוק לפני מותו

142 ראו עניין יחזקאל (לעיל, הערה 130), וע"א 2376/93 עזבון המנוחה מיכל קידר ז"ל נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(1) 594. ניכוי זה אינו חל על אותו סכום של נזק ממוני שאלמלא נגרם היה מועבר על-ידי הניזוק החי לתלויים בו; עניין יחזקאל, עמ' 384-385.

הם 14340. בתביעת התלויים יהיו אלה זכאים לפיצוי על 50 בלבד. מתלותם בת ה-100 יש לנכות את ההטבה בת ה-50 שתינתן על-ידי המוסד לביטוח לאומי, ואילו ה-40 להם הם זכאים כירורשים ינוכו מזכותם כתלויים כיוון שגם זו טובת הנאה שצמחה להם עקב המוות. לעומת זאת בתביעת הניזוק יהיה זה זכאי לפיצוי על 140, וזכות זו תעבור ליורשיו/תלוייו ללא ניכוי ה-50 וה-40, שכן אלה זכאים לפיצויים כירורשים ולא כתלויים. הפרש זה בפיצוי יבוא על חשבון המוסד המאבד את זכותו להשבה (50) ועל חשבון המזיק (40).

א- ניכוי טובות הנאה הצומחות לתלויים עקב המוות בתביעת הניזוק יוצר אכן קושי ממשי כאשר מדובר בסוג הראשון שלהן, דהיינו הטבות נזק ממיטיבים חיצוניים (פיצוי ה-50 בדוגמה שלעיל). הטבות אלה יקטינו בפועל את נזקם של התלויים בשנים האבודות, ולכן בפיצוי התלויים בניזוק החי תוך התעלמות מהן יש משום פיצוי יתר. זאת ועוד, פיצוי יתר זה כרוך גם באובדן הזכות של נותני ההטבה להשבתה מן המזיק. זכויות השבה אלה, הנוצרות מכוח הסדרי ההשבה הסטטוטוריים (סעיף 328 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, חוק לתיקון דיני הניזוקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964 והוראות מקבילות) עומדות להם כיום רק בתביעת התלויים. תוצאות אלה הן בעייתיות בעליל. ניתן אמנם להציע דרך "יצירתית" אשר תאפשר אולי ניכוי של הטבות צפויות לתלויים גם מתביעת הניזוק החי, אך זאת רק בדוחק¹⁴⁴.

143 נזק זה אינו כולל, כאמור בהערה הקודמת, את הסכום שהיה מועבר לתלויים אלמלא נגרם הנזק הממוני.

144 פתרון "יצירתי" זה מצוי בהרחבת התחולה של כלל הניכוי שנקבע בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), ושלפיו מנכים מתביעת העיזבון את תביעת התלויים. כלל זה נועד כאמור להתמודד עם בעיית הפיצוי הכפול המתעוררת לאחר מותו של המנוח כאשר יורשיו ותלוייו תובעים בנפרד פיצוי על הפסד ההכנסה בשנים האבודות. עם זאת הגיונו של כלל זה יפה גם לגבי הניזוק החי. על-פי קונסטרוקציה זו, נזכיר, כאשר צומחת חבות חיצונית להיטיב את נזקי התלויים, מקטינה חבות זו את זכות הניזוק לפיצוי עבור אובדן ההכנסה בשנים האבודות שכן נטל התמיכה בתלויים הועתק לאחר. כוחה של הנמקה זו, שהתמקדה בחבות המזיק לתמוך בתלויים, יפה גם לגבי צדדים שלישיים אשר יתמכו בתלויים. ניתן לומר לדוגמה כי מאחר שהמוסד לביטוח לאומי עתיד לתמוך בתלויים, הניזוק החי נפטר מחבות עתידית זו והדבר מהווה טובת הנאה המקטינה את זכותו לפיצויים עבור השנים האבודות. עם זאת ראינו כי קונסטרוקציה זו מוקשית בבסיסה שכן זכות התלויים לתיקון נזקם או להטבתו צומחת רק עם מותו של הניזוק שאז לא ניתן כבר להקטין את זכותו לפיצויים. זאת ועוד, גם אם הרחבת כלל הניכוי תאפשר ניכוי של הטבות עתידיות לתלויים מתביעת הניזוק החי הרי שאין בה כדי ליצור זכות השבה למיטיבים אל המזיק. זכות ההשבה של מיטיבים קמה להם כאשר הם מיטיבים את נזקו של הניזוק/מוטב הזכאי לפיצויים מן המזיק. בתביעת הניזוק החי הזכאי כלפי המזיק הוא הניזוק ולא תלוייו המוטבים ולכן ולא מתקיימת הזהות הנדרשת בין הניזוק לבין המוטב.

שונים הם פני הדברים לגבי הסוג השני של טובות ההנאה, אלה המגיעות לתלויים כיורשי הניזוק (40 בדוגמה שלעיל). כאמור גם טובות הנאה אלה מנוכות כיום מתביעת התלויים כאשר הם גם היורשים, אך לא מתביעת הניזוק. לגבי סוג זה של "הטבות" נשאלת השאלה אם מלכתחילה קיימת הצדקה לניכויין מתביעת התלויים כמצוות ההלכה הפסוקה¹⁴⁵. להבדיל מטובות ההנאה מהסוג הראשון, המיטיבות את נזקם של התלויים במהלך שנים האבודות ומקטינות אותן, זכותם של התלויים כיורשים לפיצוי על נזקי הניזוק קודם לשנים האבודות אינה קשורה לנזקם כתלויים ואינה מקטינה אותן. ראוי היה אפוא לבטל פן זה של ניכוי גם בתביעת התלויים. עם זאת כל עוד ניכוי זה נהוג בתביעת התלויים, אי-החלתו בתביעת הניזוק יוצרת כאמור פער בעייתי לטובת האחרונה.

5. אשם תורם של התלויים

גורם רביעי, אמנם נדיר, המגדיל את "תביעת הניזוק" ביחס לתביעת התלויים הוא אשם עצמי של התלויים אשר תרמו לפגיעת הניזוק. אשם תורם שכזה ינוכה מתביעתם כתלויים עצמאיים, אך לא מתביעת הניזוק החי, שכן אשם אינו אשמו¹⁴⁶.

6. תקופת אובדן ההכנסה

בהשוואת תביעת הניזוק לתביעת התלויים אין להתעלם גם מכך שתקופת אובדן ההכנסה יכולה להיות ארוכה מתקופת התלות. במצבים אלה הפיצויים בתביעת הניזוק בהיבט זה יהיו גבוהים יותר מהפיצויים בתביעת התלויים.

7. אובדן שירותים

אל מול חמשת הגורמים שמנינו, הפועלים להגדלת תביעת הניזוק בהשוואה לתביעת התלויים, עומד גורם רב חשיבות שפעולתו הפוכה – הגדלה יחסית של תביעת התלויים. גורם זה הוא השירותים שהיה הניזוק מספק לבני המשפחה. ערכם הכלכלי של שירותים אלה הוא מרכיב מרכזי בתביעת התלויים כאשר המנוח/ה הקדישו את עיקר זמנם לבית ולמשפחה. אולם גם כשמדובר במנוח/ה שעבדו מחוץ לבית, אובדן השירותים שהיו מספקים לבני המשפחה יכול שיהווה גורם משמעותי בהערכת נזקי אובדן התמיכה. אובדן השירותים הוא אפוא מרכיב חשוב הפועל ליצירת תביעת התלויים או להגדלתה. מרכיב זה של אובדן שירותים אינו יכול להיות מובא בחשבון בתביעת הניזוק, שכן זו

145 לעיל, הערה 142.

146 לעומת זאת אשמו התורם של הניזוק הוא אשם התורם של התלויים; ראו סעיף 69 לפקודת הניזוקין.

מקנה זכאות לניזוק על נזקיו שלו ולא זכאות לתלויים על נזקהם. בהיבט זה תביעת הניזוק יכולה אפוא להיות קטנה משמעותית בהשוואה לתביעת התלויים. קיומו של פער שכזה בין התביעות הוכר גם במשפט האנגלי¹⁴⁷.

8. תלויים בפועל מול תלויים רעיוניים

בין תביעת הניזוק לתביעת התלויים קיימת גם אי-התאמה בסיסית הנובעת מהשוני המהותי שבין הערכה ישירה של נזקי התלויים לבין פיצויים העקיף באמצעות הכרה בנזקי הניזוק. מקורה של אי-התאמה זו, שעליה כבר עמדנו לעיל, הוא בכך שבתביעת התלויים מוערך נזקם של מי שיסבלו בפועל נזק של אובדן תמיכה עקב מוות הניזוק, בעוד שבתביעת הניזוק מוערך גם נזקם של בני ה"משפחה הרעיונית" – לרבות "תלויים" שלא יבואו כלל לעולם (ילדים שלא יולדו) או מי שלא יסבול כל נזק (בן זוג משוער שהיה משתדך לניזוק אלמלא נפגע). נשוב, להמחשה, אל דוגמת הקטין בן ה-12 שתוחלת חייו קוצרה עד לגיל 18. ראינו כי בתביעת הניזוק ייפסק לו למעשה סכום המשקף את התמיכה במשפחה הרעיונית שהיה מקים אלמלא נפגע, דהיינו, הכנסתו פחות הוצאותיו האישיות במסגרת משפחה רעיונית זו. לעומת זאת אין בסיס במקרה זה לפיצוי על נזקי תלויים, שכן ברור כי לא יהיו כאלה בפועל בשל מותו המוקדם¹⁴⁸. במקרה אחר, שבו לניזוק בת זוג אך ידוע כי לא יביא ילדים לעולם בשל קיצור תוחלת חייו, תצטמצם תביעת התלויים לתביעת בת הזוג, אך בתביעת הניזוק יפוצה זה בעקיפין גם על נזקם של הילדים שהיו נולדים לו אלמלא מותו המוקדם. שוני מובנה זה בין נזקם של מי שיסבלו בפועל נזק עקב אובדן תמיכה (תביעת התלויים), לבין "תלויים רעיוניים" שחלקם יסבול רק "נזק רעיוני" (תביעת הניזוק), יוצר פער משמעותי בין שני סוגי התביעות, לרוב בכיוון של הגדלת "תביעת הניזוק".

9. תמריצים להתנהגות "אסטרטגית"

הניתוח לעיל המחיש כיצד הדרך העקיפה לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי שאומצה בעניין אטינגר, הכרה בתביעתו להפסד השתכרות בשנים האבודות בניכוי הוצאותיו, יוצרת פערים פוטנציאליים ממשיים בהערכת נזק נתון בין התלויים שיפוצו על הפסד התמיכה בעתיד באמצעות תביעת הניזוק לבין אלה המפוצים בתביעתם העצמאית. הפיצוי בתביעת הניזוק יהיה לעתים גדול יותר, ולעתים קטן יותר, מהפיצוי

147 עניין *Phipps* (לעיל, הערה 29).

148 אלא אם הוריו היו נתמכים על-ידי אלמלא נפטר שאז יינתן הפיצוי על אובדן התמיכה בהורים.

בתביעת התלויים. בהנחה כי הבעיה הטעונה פתרון היא בעיית התלויים בניזוק החי אין כל הצדקה לפערים אלה שהרי מדובר באותו נזק ממש – אובדן התמיכה בתלויים בשנים האבודות. יתרה מזאת, הבדלים אלה יכולים לגרום ל"התנהגות אסטרטגית" של משפחת הניזוק החי שתוחלת חייו קוצרה. אלה עלולים להגיע למצב שבו ישקלו אם הפיצוי יהיה גדול יותר בתביעת הניזוק, שאז יש להזדרז בהגשתה, או בתביעות התלויים והיורשים, שאז "משתלם" להמתין למותו¹⁴⁹.

מה הן אפוא המסקנות המתבקשות מהניתוח שלעיל? כיצד ניתן לצמצם את ממדיה של בעיית אי-התאמה? לפני הדיון בשאלות אלה ראוי לסכם את עיקרי המסקנות הנובעות מן הדיון עד כה במכלול ההיבטים של הילכת אטינגר שבהם עסקנו.

1. סיכום ביניים – שאלת החלופות להילכת אטינגר

הדיון לעיל בארבע הסוגיות הכרוכות בשאלת השנים האבודות – זכאות הניזוק, זכות העיזבון, הזכאות הכפולה של תלויים ויורשים ושאלת ההתאמה בין זכות ניזוק לנזקי תלוייו – הוביל עד כה אל המסקנות הבאות. ראשית, הנזקים הממוניים של השנים האבודות הראויים לפיצוי הם בעיקרו של דבר לא נזקי הניזוק ויורשיו אלא נזקי תלוייו. זאת גם בשל הקושי הרעיוני הקיים בראיית אובדן ההשתכרות בשנים האבודות כפוגע במצבת נכסיו הכספיים של הניזוק בחייו, ובעיקר בשל הקשיים הכרוכים בהענקת זכות זו לעיזבון. מכאן שהבעיה הטעונה פתרון היא בעייתם של התלויים בניזוק החי. שנית, ההסדר שנקבע בעניין אטינגר, ככל שמדובר בפתרון בעיית התלויים בניזוק החי, לוקה בבעיית אי-התאמה בין הפיצוי הנפסק לניזוק בשל הפסד השתכרותו בשנים האבודות לבין נזק אובדן התמיכה בעתיד במי שהיו תלוייו בשנים האבודות. אי-התאמה זו נובעת משורה ארוכה של גורמים כמרכיב החיסכון, אי נכוי טובות הנאה, הפער בין תלויים בפועל לתלויים רעיוניים ועוד. אי-התאמה זו, הקיימת בשני הכיוונים, יוצרת שוני בעייתי בין פיצוי תלויי הניזוק באמצעות תביעת הניזוק לבין פיצוי התלויים באמצעות תביעתם העצמאית.

על רקע זה מתעוררת שאלת החלופות האפשריות לפתרון עניין אטינגר. האם קיימת דרך טובה יותר לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי? לאור מסקנות הניתוח שלעיל, התכונות שתקננה עדיפות לפתרון חלופי הן אלה. ראשית, הפיצוי שייקבע במסגרת הפתרון החלופי ישקף במידה טובה ככל שניתן את נזקי התלויים בניזוק החי, דהיינו, שיישווה ככל שניתן לפיצוי המקביל שהיה נפסק בתביעת תלויים עצמאית אילו הניזוק

149 על בעיית ההתנהגות "האסטרטגית" בהינתן השוני בין תביעת הניזוק החי לתביעת התלויים ראו עניין Phipps (לעיל, הערה 29).

היה נפטר לפני מיצוי עילתו. שנית, פתרון זה לא יהיה כרוך בתוצאות לוואי בעייתיות כמו התוצאה בפתרון אטינגר של הקניית הזכות לעיזבון. תכונה נוספת שתקנה עדיפות לפתרון חלופי היא יכולת טובה יותר להבטיח באמצעותו כי כספי הפיצוי אכן יגיעו לידי התלויים בבוא העת. בפתרון אטינגר קיים החשש כי הניזוק יבזבז את הכספים שנפסקו לזכותו עבור תלוייו בעתיד או שיורשיו יעשו כן¹⁵⁰. כמו כן פתרון חלופי צריך שיהיה ישים בפועל ושעלות הפעלתו מבחינת המערכת השיפוטית תהיה סבירה.

האם קיימת אפוא חלופה שכזו? בפתח רשימה זו עמדנו על הדרכים השונות לפתרון בעיית התלויים בניזוק החי. ראינו כי שיטה אחת לפתרון הבעיה היא להעניק לתלויים עילת תביעה עצמאית נגד המזיק בשל נזקיהם בשנים האבודות לצד ובנוסף לעילת התביעה המוקנית לניזוק. זאת אם על-ידי הכרה בזכותם לתבוע לאחר מותו, על אף שכבר מיצה עילתו, ואם בהכרה בזכותם לתבוע עמו. שיטה זו, על שתי חלופותיה, קובעת את הפיצוי לתלויים לפי גובה נזקם ומעניקה להם במישרין את הזכות ללא תוצאת לוואי של יצירת זכות העיזבון. לכאורה מתקיימות בה התכונות המאפיינות את הפתרון הרצוי. אך האם היא ישימה, בעלות סבירה וללא תוצאות לוואי בעייתיות אחרות? השיטה האחרת לפתרון הבעיה היא פיצוי עקיף של התלויים באמצעות פיצוי הניזוק. גם בשיטה זו קיימות מספר חלופות. חלופה אחת היא זו שאומצה בעניין אטינגר. חלופה אחרת היא "הפתרון הרווח", במתכונת האנגלית, שאומץ גם בתזכיר הצעת החוק. גם חלופה אחרונה זו מטפלת בבעיית התלויים על-ידי פיצוי הניזוק על הפסד הכנסתו בשנים האבודות בניכוי הוצאותיו, אך אין היא מקנה זכויות לעיזבון. חלופה שלישית עליה עמדנו היא פיצוי הניזוק בגובה נזקי הפסד התמיכה בפועל של תלוייו בשנים האבודות.

נבחן להלן אחת לאחת, על-פי הקריטריונים שלעיל, את החלופות האפשריות לעניין אטינגר בפתרון בעיית התלויים בניזוק החי.

ז. בחינת החלופות לאטינגר

1. הקניית זכות תביעה עצמאית לתלויים בניזוק החי

האם הקניית זכות תביעה ישירה לתלויים בניזוק החי נותנת לבעייתם מענה טוב יותר מאשר פיצוי הניזוק על הפסד השתכרותו בשנים האבודות? יתרונותיו של הסדר שכזה הם כאמור שהפיצוי המוענק במסגרתו משקף אכן את נזקי התלויים, וכן שהסכום נפסק

150 ה-Law Commission באנגליה העלתה קושי זה אך ציינה כי יהיה זה ציני מדי להניח שמספר גדול של ניזוקים מקבלי פיצוי לא יקדישו סכום ראוי לתמיכה בקרוביהם בעתיד; ראו דוח מס' 56 משנת 1973 (לעיל, הערה 5), עמ' 19.

לתלויים עצמם ובכך מובטחת התמיכה בהם. על אף יתרונות אלה לא נראה כי הענקת זכות עצמאית לתלויים היא פתרון רצוי וישים לבעיית התלויים בניזוק החי.

ה־Law Commission באנגליה בחנה בשעתו הן את האפשרות של תביעת תלויים לאחר מות המנוח והן את האפשרות של צירוף התלויים לתביעת הניזוק החי¹⁵¹. בסופו של דבר העדיפה את הפתרון השלישי של תביעת הניזוק החי על אובדן הכנסתו בשנים האבודות. טעם מרכזי לדחיית ההסדרים של תביעות התלויים היה ניגוד האינטרסים העלול להיווצר בין הניזוק לבין תלוייו בעתיד כאשר השניים "מתחרים" על חלוקת הפיצוי ביניהם. ניגוד אינטרסים זה עלול להכביד על הגעה להסכמי פשרה או לחייב אישור בית-משפט להסכמים אלה¹⁵². בעניין גבריאל סברו הן שופטי הרוב והן שופטי המיעוט כי ההסדר של תביעת תלויים לאחר מות המנוח אינו רצוי בשל הקשיים שבכפל ההתדיינות ובשל ההכבדה הכרוכה בו, הן מבחינת המזיק והן מבחינת התלויים, בנייהול התדיינות שנים רבות לאחר העוולה¹⁵³. באשר להסדר של צירוף התלויים לתביעת הניזוק, כאן נחלקו הדעות. השופט י' כהן צידד בפתרון זה בציינו "לי נראה שמוטב אולי לבחור בפתרון אחר, שנדחה על-ידי הוועדה האנגלית, והוא – לאפשר צירוף תביעת התלויים לתביעת הנפגע החי. הנימוקים נגד פתרון זה שבדין וחשבון הוועדה האנגלית אינם נראים לי משכנעים"¹⁵⁴. גם השופט שמגר התבטא בכיוון זה באומרו כי "יש לחפש דרך דיונית להצמדתן יחד של התביעות של הנפגע ושל התלויים בו"¹⁵⁵. השופט ברק לעומת זאת סבר כי "גישה זו אינה מעשית כלל, ולו מהטעם שאין לדעת מי יהיו התלויים בניזוק במותו"¹⁵⁶.

מהטעמים שלעיל נראה אכן כי הפתרון של הענקת זכות לתלויים לאחר מות הניזוק אינו פתרון ראוי – נראה שבכך קיימת תמימות דעים¹⁵⁷. באשר לפתרון של הענקת זכות לתלויים במקביל לזכות הניזוק, נראה כי יש ממש בהסתייגותו של השופט ברק מפתרון זה המגביל את הפיצוי בשל אובדן התמיכה בתלויים רק לתלויים הניתנים לזיהוי ולצירוף לתביעת הניזוק¹⁵⁸. זאת ועוד, בהכרה בתביעת התלויים לצד תביעת הניזוק החי

151 שם, עמ' 24-15. יצוין כי פתרון זה הוצע עשור קודם לכן על-ידי Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 618-616.

152 דוח מס' 56 (לעיל, הערה 5), עמ' 23-22. על ניגודי האינטרסים במשולש מזיק, ניזוק תובעים והצורך בהגנה שיפוטית על הצד החלש ראו גם Fleming (לעיל, הערה 5).

153 להסתייגות מפתרון זה בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), ראו השופט ברק, עמ' 553; השופט שמגר, עמ' 577; השופט בייסקי, עמ' 579.

154 שם, עמ' 571.

155 שם, עמ' 577.

156 שם, עמ' 553.

157 גם ה־Law Commission באנגליה שהעלתה פתרון זה הסתייגה ממנו; ראו דוח מס' 56 משנת 1973 (לעיל, הערה 5), עמ' 18.

158 ה־Law Commission העריכה כי "it is a too complex a solution to be satisfactory"; ראו שם, שם.

יש משום ראשית ערעור של העיקרון השליט כיום שלפיו בהתנגשות בין אינטרס התלויים לאינטרס הניזוק החי ידו של האחרון היא על העליונה ולאחרונים אין מוקנית זכות בנכסיו של הניזוק. התניית זכות תביעה של התלויים במותו של הניזוק אינה עניין טכני גרידא אלא נועדה למנוע מהם להתחרות עם הניזוק על השימוש בהכנסתו¹⁵⁹. מכאן המסקנה כי הענקת זכות תביעה עצמאית לתלויים בניזוק לצד זכותו שלו אינה הדרך המועדפת לפתרון בעייתם.

2. "הפתרון הרווח" שבתזכיר החוק – פיצוי הניזוק על הפסד הכנסתו, אך תוך שלילת זכות העיזבון

עם דחיית החלופות של הכרה ישירה בזכות התלויים בניזוק החי אנו שבים אל שיטת הטיפול העקיף בבעייתם באמצעות פיצוי הניזוק. הדרך המקובלת לעשות כן, כפי שנוכחנו, היא באמצעות פיצוי הניזוק על הפסד הכנסתו בשנים האבודות בניכוי הוצאותיו. כך נקבע בהילכת אטינגר וזהו גם "הפתרון הרווח", במתכונת המשפט האנגלי, שאומץ בתזכיר חוק דיני הממונות. האם מקירבה מהותית זו בין "הפתרון הרווח" לבין הילכת אטינגר ניתן להסיק כי גם "הפתרון הרווח" לוקה באותם קשיים כפתרון עניין אטינגר?

התשובה לשאלה זו היא שעל אף שחלק מקשיי הילכת אטינגר מתקיימים גם ב"פתרון הרווח", אין ספק כי זה עדיף על הילכת אטינגר. במילים אחרות, אילו הברירה היא השארת הילכת אטינגר על כנה או אימוץ ההצעה שבתזכיר החוק, אין ספק כי החלופה השנייה עדיפה. אמנם גם החלופה שבתזכיר החוק לוקה לכאורה בשניים מקשיי הילכת אטינגר – אי-התאמה בין נזק התלויים לבין נזק הניזוק, והיעדר דרך להבטיח את זכות התלויים בעתיד כאשר הפיצוי משולם לניזוק החי. אולם לחלופה שבתזכיר יש כמה יתרונות משמעותיים.

ראשית, החלופה שבתזכיר, בהתאם ל"פתרון הרווח", שוללת את זכות העיזבון ומכירה אך ורק בזכות הניזוק החי. היתרון הנובע מכך הוא שבדרך זו לא יתעוררו הקשיים העיוניים והמעשיים הכרוכים בתביעת העיזבון, ויצומצם מאוד מספר המצבים שבהם יינתן פיצוי ממוני בשל השנים האבודות בהיעדר בעיית תלויים. תחת הילכת אטינגר פיצוי שכזה יינתן כעניין שבשגרה בכל המקרים, השכיחים יחסית, שבהם נפטר הניזוק לפני מימוש תביעתו, על אף היעדרה של בעיית תלויים, וכן במקרים, שיש להניח כי אינם שכיחים, שבהם הניזוק החי, שאיו לו תלויים, מממש את תביעתו לאחר שהוכיח קיצור תוחלת חיים. תחת החלופה שבתזכיר פיצוי שכזה יינתן רק במקרים השכיחים פחות של ניזוק חי שאין לו תלויים. שנית, ניתן להעריך כי אם הפתרון שבתזכיר יתקבל

159 לדיון נרחב בסוגיית ה"תחרות" בין הניזוק לתלוייו ראו Fleming (לעיל, הערה 5), עמ' 607-611.

לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי "השנים האבודות"

כפתרון מחייב במקום הילכת אטינגר, אפשר כי בתי-המשפט, כאשר יידרשו בעתיד ליישם פתרון זה הלכה למעשה, ישנו את השיטה שנקבעה בעניין אטינגר להערכת נזקי הניזוק על אובדן הכנסתו בשנים האבודות באופן שיקטין את מידת אי-ההתאמה שבין פיצוי הניזוק על הפסד זה לבין נזקי התלויים בשנים אלה. כך, לדוגמה, כיוון שהפתרון בתזכיר שולל למעשה את זכויות העיזבון יוכל בית-המשפט לקבוע, בשונה מעניין אטינגר, כי בחישוב הוצאות המנוח בתקופת השנים האבודות לא יובא בחשבון מרכיב החיסכון, ובכך יוסר גורם חשוב היוצר פער בין זכות הניזוק לזכות התלויים. כמו כן יקל על בית-המשפט לפרש את לשון תזכיר החוק ככזו שאינה מאפשרת פיצוי על אובדן הכנסות הוניות או תקבולים שמקורם אינו בעבודה¹⁶⁰.

על עדיפותו של הפתרון שבתזכיר על הסדר אטינגר תעיד גם היותו של הראשון ה"פתרון הרווח" במדינות המשפט המקובל. שלילת הזכות הנגזרת של העיזבון, המרכיב העיקרי שבו שונה פתרון זה מהסדר אטינגר, התרחשה, כפי שמעיד בית-המשפט עצמו בעניין אטינגר¹⁶¹, באנגליה, באוסטרליה, בקנדה, באירלנד, בדרום אפריקה ובחלק ממדינות ארצות-הברית. יצוין שוב כי ה"Law Reform Commission באנגליה בחנה שוב את הסוגיה בשנת 1999 והמליצה כי '(I)t should remain the law that the 'lost years' claim should not survive for the benefit of the deceased's estate"¹⁶². זאת ועוד, מסקירה השוואתית של הדין באוסטרליה, בלגיה, צרפת, גרמניה, איטליה, הולנד, ספרד ושבדיה עולה כי גם במדינות אירופאיות אלה אין מוכרת תביעת העיזבון בשל אובדן ההשתכרות בשנים האבודות¹⁶³.

מעניין לציין כי אפילו השופט ברק מצדד במאמר שפרסם בפתרון חקוק המכיר בתביעת הניזוק החי, אך לא בתביעת העיזבון¹⁶⁴.

העדפתו של הפתרון שבתזכיר על הסדר אטינגר אינה סוף פסוק. עדיין נשאלת השאלה אם ניתן לעצב הסדר אחר של פיצוי עקיף של התלויים באמצעות הניזוק, הסדר שיוכל לשמש חלופה ראויה גם ל"פתרון הרווח" שבתזכיר. תשובה חיובית לשאלה זו תוצע להלן.

160 ראו לעיל, סעיף ב.1.

161 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), סעיפים 53-58.

162 דוח מס' 263 (לעיל, הערה 20), סעיף 3.4.

163 B.A. Koch, H. Koziol (eds.) *Compensation for Personal Injury in a Comparative* 163
Comparative Analysis – Perspective (2002), p. 428. שנכתב על-ידי העורכים.

164 ברק (לעיל, הערה 24), עמ' 261-262, 273. על העדפה זו ניתן ללמוד גם מדבריו בסוף פסק-דינו בעניין גבריאל (לעיל, הערה 5), שבו הציע במסגרת רפורמה "לבחון גם את שאלת 'השנים האבודות' תוך יצירת אבחנה בין הניזוק החי לבין העיזבון"; שם, עמ' 569.

3. חלופה נוספת – פיצוי הניזוק בגובה הפסד התמיכה בפועל בתלויי בשנים האבודות

אם חולשותיו של "הפתרון הרווח" שאומץ בתזכיר הצעת החוק הן אי-התאמה בין זכות הניזוק לפיצוי על הפסד ההכנסה בשנים האבודות לבין נזקי התלויים בשנים אלה, והחשש שמא הפיצוי לא יגיע לידי התלויים לאחר מות הניזוק, נראה כי ראוי לשקול הסדר חלופי שיש בו לתת מענה טוב יותר לשתי בעיות אלה.

עיקרו של הסדר זה הוא בפתרון בעיית התלויים בניזוק החי בעקיפין באמצעות פיצוי הניזוק, אך זאת לא בדרך של פיצוי על הפסד הכנסתו בשנים האבודות, אלא על-ידי הכרה בזכותו, מכוח הוראה מיוחדת, לקבל פיצוי על נזקי אובדן התמיכה שיסבלו בעתיד בפועל מי שהיו תלויי בשנים האבודות אלמלא מותו. חישוב נזקי אובדן התמיכה ייעשה לצורך זה על-ידי בית-המשפט על-פי השיטה הרגילה שבה מחושבים הפסדי התלויים. משיקבע סכום הפסד התמיכה יפסוק אותו בית-המשפט לזכות הניזוק. עם זאת בית-המשפט יוכל, ככל שימצא לנכון ועל-פי שיקול-דעתו, להתנות או להגביל את שימוש הניזוק או יורשיו בחלק זה של סכום הפיצוי בתנאים והגבלות שמטרתם היא להגן על אינטרס התלויים לקבל סכום זה בעתיד. בקביעת תנאים והגבלות שכאלה, אם בכלל, יתחשב כמובן בית-המשפט בעלותם, במעשיות יישומם, בקשיים הנוצרים על-ידי דיני הירושה, ובמידה שיש בהם כדי להכביד על בית-המשפט בעתיד, ויאזן כל זאת אל מול הצורך להבטיח את אינטרס התלויים ומידת החשש כי אינטרס זה עלול להיפגע בנסיבות המקרה המסוים. דוגמה להגבלה ממין זה, הקלה לביצוע וליישום ושעלותה נמוכה, היא להורות לניזוק להפקיד את סכום הפיצוי בתוכנית חיסכון ארוכת טווח. דוגמה להגבלה ולהתנאה אפקטיביות יותר, מחד גיסא, אך קשות יותר ויקרות יותר ליישום, מאידך גיסא, היא קביעה כי סכום הפיצוי "יוקפא" ו"יופשר" עם מותו של הניזוק או לאחר תום תוחלת חייו המשוערת. הופשר הסכום לאחר מות הניזוק יחולק אז על-פי התלות באותה עת. הופשר הסכום לפי בקשת הניזוק יקבע בית-המשפט בעתיד את חלוקתו בין הניזוק שהאריך ימים מעבר לצפוי לבין תלוייו בכוח באותה עת¹⁶⁵. הסדר "הקפאה" ו"הפשרה" שכאלה, מעבר למורכבותם ולעלותם, מעוררים גם את שאלת ההתאמה בינם לבין דיני הירושה ונראה כי בתי-המשפט לא ירבו להיזקק להם, אך אפשר שיהיה בהם צורך לעתים. בכל מקרה, ההגבלות והתנאים השונים, אם ייקבעו,

165 השוו להסדר "ההקפאה" ששקלה בשעתו ה-Law Commission באנגליה במסגרת בחינת ההצעה לאפשר לתלויי הניזוק לתבוע יחד עמו; ראו דוח 56 משנת 1973 (לעיל, הערה 5), עמ' 23. קושי עלול להתעורר כאשר הסכום שיוקפא ימצא בעת הפשרתו גדול מדי או קטן מדי ביחס לסכום ה"מעורכן" שהיה נפסק באותה עת אילו התבררה אז תביעת התלויים, אך לפחות חלוקת הסכום שהוקפא תעשה לפי המציאות העדכנית. במצב של היעדר תלות או תלות חלקית ביחס לזו שנצפתה יוכל בית-המשפט לצוות כי חלק מהסכום או אף כולו יועבר לעיזבון.

לא יכבירו על המזיק אשר יצא מן התמונה לאחר מימוש פסק־הדין לזכות הניזוק ולא יהיה מעורב בהליכים עתידיים באשר לשימוש בפיצוי.

את בעיית אי-ההתאמה פותר הסדר פיצוי הניזוק על נזקי אובדן התמיכה בכך שהפיצוי במסגרתו יחושב במישרין על-פי נזקם בפועל של מי שהיו תלויים בניזוק בשנים האבודות אלמלא מותו, ועל-פי השיטה שבה מחושבים נזקי התלויים בתביעתם העצמאית. כל אותם גורמים היוצרים פער בין זכות הניזוק להפסד הכנסתו בשנים האבודות לבין נזקי התלויים בשנים אלה לא יהיו עוד רלוונטיים. כך, לדוגמה, לא יהיה עוד צורך להתחשב במרכיב החיסכון, ניתן יהיה לנכות מן הפיצוי טובות הנאה שתצמחנה לתלויים עקב המוות כשם שהדבר נעשה בתביעת התלויים העצמאית¹⁶⁶, וסכום הפיצוי יכלול גם את המרכיב החשוב של אובדן שירותים. כמו כן יימנע במקרים רבים הצורך בהקמת "משפחה רעיונית" לצורך חישוב הפיצוי, שכן זה יחושב על בסיס אובדן תמיכה הצפוי למי שבפועל יסבול נזק זה ולא על בסיס תמיכה רעיונית בתלויים שחלקם לא יבוא כלל לעולם. כך, לדוגמה, במקרהו של ניזוק שלו בת זוג, כאשר ברור כי עקב הפגיעה לא יביא ילדים לעולם, נזקי אובדן התמיכה שיחושבו יהיו אלה של בת הזוג שתסבול בפועל נזק זה, ולא תוך התחשבות בתמיכה רעיונית בילדים שלא יבואו כלל לעולם, תוצאה בעייתית המתחייבת מ"הפתרון הרווח" כמו גם מהילכת אטינגר.

ומהו בסיסו הרעיוני של הסדר פיצוי הניזוק על נזקי התלויים בעתיד? הצדקה לפיצוי שכזה מצויה בראש הנזק של "כאב וסבל" שבמסגרתו מפוצה הניזוק על הנזקים הסובייקטיביים של קיצור תוחלת החיים. ניזוק שתביעתו על נזקיו מוצתה, והיודע כי תלוייו לא יזכו לתמיכה ממנו בתקופת השנים האבודות, סובל בהווה או יסבול בעתיד במהלך חייו נזק נפשי עקב ידיעה זו¹⁶⁷. הדרך להתמודד עם נזק זה היא להעמיד לרשותו סכום כסף אשר יוכל לשמש כמקור תמיכה חלופי לתלוייו בשנים האבודות. ידיעת הניזוק כי תלוייו ייתמכו ממקור זה בשנים האבודות תמנע ממנו מלכתחילה סבל נפשי זה. גובה הפיצוי הנדרש כדי למנוע מלכתחילה את הסבל הנפשי הוא כגובה אובדן התמיכה בשנים האבודות. להצדקה רעיונית זו ניתן למצוא תמיכה הן בספרות¹⁶⁸ והן בדעת הרוב ובדעת המיעוט בעניין גבריאל. השופט י' כהן ציין כי "כשמדובר בתביעת הניזוק עצמו ניתן לראות בעגמת הנפש ובצער, הנגרמים לו עקב כך שלא יוכל לדאוג בעתיד למטרות היקרות לליבו... חלק מהנזק שיש לפצות בגינו בראש הניזוקין של כאב

166 אך זאת בכפוף לקושי שבהיעדר זכויות השבה למיטיבים, ראו הדין בהמשך.

167 הניזוק מודע לכך שאם ימות קודם למיצוי עילתו יהיו תלוייו זכאים לפיצויי אובדן תמיכה מן המזיק.

168 גם Meshner & Todd (לעיל, הערה 34), עמ' 737-739 סבורים כי את הפיצוי יש לבסס על האינטרס שיש לניזוק בכך שתלוייו לא ינזקו, ולפסוק בהתאם את הפיצוי לניזוק. הם מסתמכים לעניין זה על עמדת השופט Denning בעניין *Lim Pho Choo v. Camden* [1979] Q.B. 196, pp. 218-219.

וסבל¹⁶⁹, במקום אחר הוסיף 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"¹⁷⁰. גם השופט ברק סבר שם כי "אילו היה הפיצוי בגין אב הנזק הלא רכושי פיצוי משמעותי, באופן שהוא היה נותן הערכה כספית לא רק לנזק הלא כלכלי אלא גם לנזק הכלכלי, כי אז ניתן היה להסתפק בו"¹⁷¹. על-פי הצדקה זו, יש למקם הסדר זה תחת הכותרת של "כאב וסבל הכרוכים בקיצור תוחלת חיים"¹⁷². כמו כן ניתן להצדיק הסדר סטטוטורי שכזה על-ידי "קריאה לילד בשמו". כיוון שיש למצוא פתרון הולם לבעיית התלויים בניזוק החי, ובהינתן קשיים הכרוכים בחלופות האחרות, מצדיק הדבר הסדר חקיקתי מיוחד גם אם זה כרוך בכך שלניזוק תוקנה זכות המייצגת נזק של אחרים.

יתרון נוסף שיש בפיצוי הניזוק על נזקי תלוייו ולא בפיצוי על הפסד הכנסתו הוא בכך שהבעיה של קביעת גבולות הנזק הממוני לניזוק בשנים האבודות חמורה פחות כאשר מדובר בפיצוי על נזקי התלויים. ראינו כי בקביעת הפסד ההכנסה בשנים האבודות מתעוררות שאלה של התחשבות בהפסדי הון ובאובדן תקבולים ממקורות חיצוניים¹⁷³. ככל שמדובר בנזקי התלויים שאלה זו מתעוררת רק עד כמה שמקורות אלה היו משמשים לתמיכה בהם ונשללו מהם עקב המוות המוקדם. כך, לדוגמה, כאשר ניתן להעריך כי ירושה שהיה הניזוק מקבל בשנים האבודות לא הייתה משמשת את צורכי התלויים, ירושה זו לא תובא בחשבון בעת הערכת הנזק בשל אובדן התמיכה בתלויים, בעוד שבהערכת הנזק בשל הפסד ההכנסה המצב אינו ברור. כמו כן תיפתר גם בעיית אורך התקופה שבה יש לנכות את הוצאות הניזוק בשנים האבודות¹⁷⁴, שכן ניכוי זה ייעשה רק לאורך תקופת התלות.

הסדר פיצוי הניזוק על נזקי מניעת התמיכה אינו נקי מקשיים. עם זאת קשיים אלה מצטיירים כבעייתיים פחות מאלה הכרוכים בחלופות האחרות. קושי אחד ממין זה הוא שהערכת נזקם של מי שהיו נתמכים בפועל על-ידי הניזוק בשנים האבודות אלמלא מותו אינה פשוטה, בעיקר כאשר זהות התלויים בעתיד אינה ידועה בהווה. עם זאת הערכה זו

169 עניין גבריאל (לעיל, הערה 5), עמ' 572.

170 שם, עמ' 576.

171 שם, עמ' 551. גם השופט ברנזון התייחס בשעתו ל"תביעה לפיצויים בעד איבוד היכולת לדאוג לפרנסת משפחתו של הנפגע בשנים בהם קוצרו חייו (עקב העוולה)"; ראו ע"א 95/55 סלומון נ' אדלר, פ"ד ט 1905, עמ' 1912. השופט ברנזון ציין שם כי תביעה כזו נדחתה בשעתו במשפט האנגלי.

172 יצוין כי גם בתזכיר המפצה את הניזוק על הנזק הממוני של הפסד ההשתכרות בשנים האבודות מופיע ראש נזק זה תחת הכותרת "חישוב הפיצויים בשל קיצור תוחלת החיים של הנפגע"; סעיף 544.

173 לעיל, סעיף ב.1.

174 ראו לעיל, סעיף ב.2.

של אובדן תמיכה שייגרם בפועל פשוטה יותר מאשר ההערכה הנדרשת בחלופה של הפיצוי על הפסד ההשתכרות. האחרונה דורשת, כזכור, אומדן של התלות "במשפחה רעיונית" של תלויים רעיוניים שחלקם לא יבואו כלל לעולם. קושי אחר בהסדר המוצע כרוך בשאלת ניכויין של טובות הנאה שיקטינו בעתיד את נזקם של התלויים. מחד גיסא, הסדר פיצוי הניזוק על מניעת התמיכה מאפשר ניכוי כאמור, בעוד שניכוי שכזה הוא בעייתי ביותר בהסדר הפיצוי על הפסד ההכנסה בשנים האבודות. מאידך גיסא, נראה כי ניכוי טובות הנאה מן התלויים לא יוכל להיות מלווה ביצירתה של זכות השבה למיטיבים נגד המזיק. זאת משום שכל עוד הניזוק חי טרם קמה חבות המיטיבים להיטיב את נזקי התלויים בעתיד, חבות המצמיחה את זכות ההשבה שלהם. התוצאה תהא אפוא שבהסדר פיצוי הניזוק על אובדן התמיכה, המזיקים הם שייחננו מן הניכוי, שכן תיחסך מהם תביעת השבה. תוצאה זו אינה רצויה. ניתן למנוע אותה על-ידי קביעה כי הטבות שלגביהן אין קיימת זכות השבה לא ינוכו, אך הדבר ייצור אי-התאמה בין פיצוי הניזוק על נזקי תלוייו לבין פיצויים של התלויים בתביעתם העצמאית. עם זאת זוהי אי-התאמה חלקית ופחותה בהיקפה ובחומרתה מזו הקיימת בהסדר של פיצוי הניזוק על הפסד הכנסתו בשנים האבודות שלה גורמים רבים¹⁷⁵.

בראייה כוללת מוצע אפוא כי הסדר פיצוי הניזוק על נזקי אובדן התמיכה בפועל בתלוייו בעתיד יישקל כחלופה חקוקה להסדר הפיצוי על אובדן ההכנסה בשנים האבודות המצוי כיום בתזכיר חוק דיני הממונות.

ח. סיכום – השינויים המוצעים בדין הנוהג

להלן ריכוז ההצעות שהובאו ברשימה זו לשינויים בדין הנוהג בהקשר של "השנים האבודות".

175 טענה אפשרית אחרת נגד ההסדר המוצע היא הסכנה של פגיעה בתלויים עקב הסכמי פשרה. החשש הוא שניזוק שאינו מעוניין כי כספי הפיצויים שייפסקו לו עבור אובדן התמיכה ישוריינו עבור תלוייו באמצעות "הקפאה" או תנאים אחרים שיקבע בית-המשפט, יעדיף אולי להתפשר בסכום נמוך יותר ולקבל את הכסף לשימושם ללא סייגים, כך שהסכום שיעמוד לרשות הניזוק ותלוייו בכוח יהיה קטן יותר. התשובה לטעון זה היא שניזוק המעדיף את טובתו האישית על טובת תלוייו ממילא ימצא דרכים למנוע מתלוייו את כספי הפיצויים גם אם ייפסק לזכותו סכום גדול יותר בהסכמי פשרה. ניתן אמנם לטעון כי אפשר להימנע מתוצאה זו באמצעות אימוץ של הסדר המקנה לתלויים זכות תביעה עצמאית, אולם כפי שראינו, אימוץ של הסדר כזה יהיה כרוך בקשיים אחרים (ראו הטקסט מעל הערות 151-159). נראה כי חסרונותיו של הסדר כזה יעלו על יתרונותיו.

- א. הסדר חקוק יחליף את הילכת אטינגר לעניין "השנים האבודות". חלופה אפשרית אחת היא חקיקתו של ההסדר המוצע כיום בתזכיר חוק דיני ממונות, הסדר המכיר בתביעת הניזוק לפיצוי על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות, אך אינו מכיר בזכות העיזבון לבוא בנעלי הניזוק לעניין זה. חלופה אחרת שראוי לשקול היא הסדר חקוק שיאפשר לניזוק לתבוע מן המזיק פיצוי בגובה אובדן התמיכה שייגרם בפועל לתלוייו בשנים האבודות, תוך הסמכת בית-המשפט לקבוע תנאים והגבלות על שימוש הניזוק בכספים אלה.
- ב. במקרה של מוות שנגרם בעוולה תוכר בחקיקה זכותם של קרובי הניזוק שנפטר לפיצויים בשל הנזק הבלתי ממוני שנגרם להם עקב המוות. הצעה זו תואמת את המוצע כיום בסעיף 548 לתזכיר חוק דיני הממונות, אך יש לשקול את הגדלת הסכומים הנקובים שם.
- ג. יבוטל ראש הנזק של "קיצור תוחלת חיים" כראש נזק אובייקטיבי, והפיצוי על נזק זה, שראוי כי יהיה ניכר, ישולב בהיבט הסובייקטיבי שלו בראש הנזק של "כאב וסבל". במקביל לכך "אובדן הנאות חיים" יוכר גם כראש נזק אובייקטיבי שבמסגרתו יפוצו חסרי ההכרה.
- ד. יבוטל בחקיקה או בפסיקה הדין הנוהג כיום שלפיו מנכים מתביעת התלויים את זכאותם כירשי המנוח לפיצוי מן המזיק על הנזקים שנגרמו לו לפני מותו.