

הילכת אטינגר – אנטומיה של פסק-דין שנוי במחלוקת

מאת

דניאל מור*

א. מבוא. ב. תהיות מקדמיות. ג. שאלת זכאות הניזוק החי לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות; 1. בחינת הטעמים להצדקת שלילת הזכאות; 2. סיכום ומסקנות. ד. שאלת זכאות העיזבון לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות; 1. מבוא; 2. בחינת משמעות ההלכה; 3. זהות בין התלויים לבין היורשים; 4. כאשר אין זהות בין התלויים לבין היורשים; 5. מקום שאין כלל תלויים אלא יורשים בלבד; 6. פיצוי הורים על מות ילדם הקטין. ה. הרהורים על הדין המצוי ועל הדין הרצוי. ו. סיכום.

א. מבוא

במוקד רשימה זו תעמוד אחת מההלכות שנפסקו בפסק-הדין בעניין אטינגר¹. בפסק-דין זה ביטל בית-המשפט העליון בהרכב של חמישה שופטים, פה אחד, הלכה קודמת שניתנה אף היא בהרכב של חמישה שופטים בעניין גבריאלי², ושינה פרקטיקה משפטית שנהגה מאז קום המדינה³. לפי ההלכה המרכזית שנפסקה בפסק-דין

* פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב. הכותב מודה לפרופ' ישראל גלעד ולד"ר רונן פרי על הערותיהם המעמיקות והמועילות לטיטוט רשימה זו.

1 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל ואחרים נגד החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (להלן – עניין אטינגר).

2 ע"א 295/81 עיזבון המנוח גבריאלי ז"ל נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533 (להלן – עניין גבריאלי).

3 בהיעדר תקדים מחייב של בית-המשפט העליון בנדון, שלטה בכיפה לפחות עד אמצע שנות השבעים, ההלכה שלפיה אין לא לניזוק החי ולא לעיזבון עילת תביעה בשל אובדן ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות. החל מאמצע שנות השבעים ניתנו בסוגיה זאת פסקי-דין סותרים בבתי-המשפט המחוזיים, לרבות ארבעה פסקי-דין שהכירו בעילת הניזוק החי לפיצויים בשל הפסד השתכרותו בשנים האבודות. פסק-הדין בעניין גבריאלי קבע כי

זה⁴, זכאי אדם, שתוחלת חייו קוצרה כתוצאה ממעשה נזיקין, ובעטיה קוצרה גם תוחלת השתכרותו, לתבוע מן האחראי לנזק גם את הפסד השתכרותו ב"שנים האבודות", דהיינו בשנים שבין מועד מותו המשוער לבין מועד תום תוחלת ההשתכרות שלו. כפועל יוצא מכך, גם עיזבונו של אדם שנפטר כתוצאה ממעשה נזיקין, זכאי לא רק להוצאות הקבורה, לפיצוי בשל הנזק הלא ממוני שנגרם למנוח ולפיצוי בשל הנזק הממוני שנגרם לו עד יום מותו, אלא גם לפיצוי בשל הנזק הממוני שנגרם למנוח באותן שנים אבודות, קרי בשנים שהיה משתכר בהן אלמלא מת.

גם לאחר החלטת השופט טירקל לדחות את הבקשה לקיום דיון נוסף באותו עניין⁵, נשאר על כנו שלוש שאלות מרכזיות שטרם הוכרעו. לא אדון כאן בשאלות הללו: שאלת אופן יישומה של ההלכה, שאלת תחולתה של ההלכה על תביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן – חוק הפיצויים) ושאלת מועד תחילת תוקפה של ההלכה, קרי אם מן הראוי ליתן לה תחולה פרוספקטיבית, כלומר להחילה אך ורק על תאונות שארעו לאחר נתינתה. שתי שאלות אחרונות אלו עומדות במרכזו של עניין שיאון⁶ הממתין להכרעת בית-המשפט העליון⁷.

ב. תהיות מקדמיות

ההלכה חוללה סערה בעולם המשפט הישראלי והכניסה במידה רבה את בתי-המשפט וחברות הביטוח למצב של חוסר ודאות וחיפושי דרך. היא נקבעה בפסק-דין מרשים ביותר, מלומד ויסודי שנכתב על-ידי השופט ריבלין, כששאר השופטים מצטרפים לפסק-דינו ללא תוספת משלהם⁸. עם זאת ההלכה שנויה במחלוקת וברשימה זו אצביע על תהיות ותמיהות שהיא מעוררת.

- 4 אין לו לניזוק החי ולא לעיזבון עילת תביעה בשל אובדן ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, הלכה שבוטלה בעניין אטינגר.
- 5 רק בה נתמקד (להלן – ההלכה). בפסק-הדין נפסקו הלכות נוספות שהבולטת ביניהן היא זו המפרטת את התנאים לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין.
- 6 דנ"א 4011/04 עיריית ירושלים נ' עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל (טרם פורסם, החלטה מיום 7.12.2004).
- 7 ע"א 6313/01 עיזבון המנוח אלעד שיאון ז"ל נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ. ערעור נוסף בנושא התחולה הפרוספקטיבית של ההלכה, הממתין אף הוא להכרעת בית-המשפט העליון הוא ע"א 9988/01 זיו חי נ' קופת חולים כללית.
- 8 למען הגילוי הנאות יצוין כי כותב רשימה זו הצטרף מיוזמתו, ולמעשה כנגד אינטרס כלכלי שלו כמי שמייצג בדרך כלל תובעים, לעורכי-הדין גוט ושטיינר שמייצגים את המבטחים בעניין שיאון, שם, מאותו טעם אידאולוגי, שבגיננו גם ייצג בשעתו עם עורך-דין אריה נוביק ז"ל את המבטחים בעניין גבריאל.
- 9 עובדה זאת מפתיעה משהו, לא רק משום שהרכב השופטים שישבו לדין כלל שופטים שנתנו ונותנים את הטון בתחום דיני הנזיקין בשנים האחרונות (חלקם אף כתבו ספרים

ההלכה מיטיבה עם שתי קבוצות חשובות בחברה: התובעים, קרי קורבנות מעשי הנזיקין ובני משפחותיהם; ועורכי־הדין, הן של התובעים והן של הנתבעים, שמקבלים את שכרם באחוזים מהסכום שנפסק. עם זאת אין היא עולה, לדעתי, בקנה אחד עם הדין הרצוי ונזקה רב מתועלתה.

על פניו מעורר כאמור פסק־הדין כמה תהיות מקדמיות.

ראשית, לא ברור לי מה היו הסיבות לשינוי הדין באמצעות ההלכה דווקא בעת הזאת. לא ידוע לי על ביקורת ציבורית או לחץ של קבוצה כלשהי, שיש בהם כדי להסביר או להצדיק את ביטול הילכת גבריאלי. לא ידוע לי גם על תמימות דעים בין המשפטנים על כך שהילכת גבריאלי היא מוטעית מיסודה וככל שנמהר לשנותה כן ייטב⁹. ממקרא פסק־הדין בעניין אטינגר מתקשה אני לגלות נסיבות חדשות כלשהן, שלא היו ידועות לבית־המשפט העליון בעניין גבריאלי. אמת, טרם ניתן ביטוי חקיקתי להמלצתם של השופטים שם, לעגן בחיקוק את זכות תלויי הנזיק החי לתבוע מהאחראי לנזק פיצויים בגין הפסד התמיכה בהם בשנים האבודות, במקרה שהמנוח מימש את עילת התביעה שלו, קיבל פיצויים על נזקיו ולא פוצה על הפסד השתכרותו בשנים האבודות. אולם עובדה זו לכשעצמה, איננה מצדיקה שינוי ההלכה בפסיקה, אפילו כשבית־המשפט העליון מוסמך לעשות כן. קל וחומר שאין שינוי כזה ראוי, כשהתיקון המבוקש או דומה לו נמצא בהליכי חקיקה¹⁰, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שאין הצדקה לפסיקה שיפוטית כזאת, מקום שההתערבות השיפוטית האמורה משנה גם את הדין הנוהג לעניין זכויות העיזבון. שינוי אחרון זה לא נתבקש על־ידי בית־המשפט בעניין גבריאלי. נהפוך הוא, בית־המשפט העליון שם ראה בו שינוי מוטעה, שיש להימנע ממנו. הצורך בשינוי החקיקתי המבוקש נבע מחוסר האפשרות להשיג בלי חקיקה את שינוי הדין לגבי הנזיק החי או התלויים בו, מחד גיסא, ואת שימור הדין לגבי העיזבון, מאידך גיסא.

בתחום זה, ולימדו קורסים בנזיקין כמוסדות אקדמיים), אלא גם משום שמדובר בהכרעות משפטיות ואידאולוגיות סבוכות בנושאים שנויים במחלוקת ובביטול הלכה שכאמור ניתנה למעלה מעשרים שנה קודם לכן אך שיקפה פרקטיקה של למעלה מחמישים שנה.

9 בהצדקת הצעתו לסטייה מהדין הנוהג בסוגיה אחרת של דיני הפיצויים כתב בשעתו השופט המנוח חיים כהן בע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוחה ויולט צאיג, פ"ד לה(2) 123 (להלן – עניין אליהו), עמ' 135 את הדברים הבאים: "ער אני לעובדה שחברי הנכבד הולך לו בבטחה בתלם הפסיקה האנגלית ופסיקת בית משפט זה מימים ימימה, כשם שער אני עד מאד להיסוסים הרבים החייבים להיות מנת חלקנו בטרם נבוא לסטות מפירוש החוק כפי שנקבע ונשנה ונשתרש בתקדימים. אבל שעה שגוברת בלב השופט המועקה בשל פגיעה בחוש הצדק ובכללי ההגינות עד כדי הרגשת חוסר אפשרות לחיות ולהשלים עוד עם פירוש החוק שדגלו בו כל קודמינו הדגולים – כי אז חובה עליו להתגבר כארי על מסורת הפוסקים ולעשות מעשה משלו כדי להעמיד דברים על מכונם הראוי להם בעידן דידן". איני יודע אם הייתה מועקה לשופטי בית־המשפט העליון בעניין אטינגר. מועקה מטבע ברייתה היא סובייקטיבית. מכל מקום, מבחינה אובייקטיבית דומה שמצב הדין ששונה בעניין אטינגר לא היה כזה שהצדיק ומצדיק קיום מועקה כזאת.

10 בהצעת תזכיר חוק דיני ממונות שיידון להלן.

הנימוקים שנותן בית-המשפט בעניין אטינגר להצדקת ההלכה בעת הזו הם "חלוף הזמן, השתנות העתים, הרוחות החדשות המנשבות בפסיקת הפיצויים במשפטנו והתמורות שחלו בשיטות אחרות"¹¹.

נימוקים אלה אינם משכנעים. נכון שחלוף הזמן והשתנות העתים מאז, אולם אין שום שינוי דרמטי בדיני הפיצויים שמצדיק לכשעצמו לא את הביטול של הילכת גבריאל, לפחות ככל שמדובר בתביעת העיזבון ולא את הטלתה החברתית, הכלכלית והמשפטית המיותרת שהיא תולדה בלתי נמנעת של ההלכה, שעה שכפי שמעיד בית-המשפט העליון עצמו בפסק-הדין, רוב מניינן ובניינן של שיטות המשפט אינן מכירות בעילת העיזבון להפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות.

באשר לעילת הניזוק החי, סוגיה שלא הייתה למעשה במוקד הדיון לא בעניין גבריאל ולא בעניין אטינגר, גם שופטי הרוב בעניין גבריאל שלפניהם כאמור, לא הייתה תביעה של ניזוק חי, לא שללו חד-משמעית את הדעה שיש להכיר בעילה כזאת, אם כי דומה שהם סברו שיש להקנות את הזכאות הזאת לתלויים של אותו ניזוק חי, וביקשו את התערבות המחוקק בנדון. שופטי הרוב בעניין גבריאל סברו כי כל עוד סוגיית פיצוי הניזוק החי על הפסד השתכרותו בשנים האבודות קשורה בטבורה לסוגיית פיצוי העיזבון בגין אובדן ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, עדיף שלא להכיר בזכאות הניזוק החי שכן בהכרה כזאת מקבלים בעסקת חבילה גם את ההכרה בזכאות העיזבון לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות של המוריש המנוח בשנים האבודות. כלומר, שופטי הרוב בעניין גבריאל גרסו שעדיף שהן הניזוק החי והן העיזבון לא יקבלו פיצוי בגין השנים האבודות מאשר ששניהם יקבלו פיצוי בגין הפסד ההשתכרות בשנים אלו.

בית-המשפט העליון בעניין אטינגר, בלי שהוא מציג נימוק חדש בעל משקל מכריע בנדון, פשוט מאמץ את עמדת המיעוט בעניין גבריאל כששינויי העתים והרוחות החדשות המנשבות אינם מעלים ואינם מורידים, והם כשלעצמם אינם אלא אמתלה להצדקת שינוי הדין הנוהג.

לא ברורה לי תכלית שינוי הדין. אם מטרת השינוי הייתה לפתור את בעיית פיצוי הניזוק החי שקוצרה תוחלת חייו, ספק גדול אם עניין אטינגר היה הפלטפורמה המתאימה לכך שכן הוא לא עסק כאמור בתביעת ניזוק חי. אם הכוונה הייתה לתקן עוול שנגרם לתלויים בניזוק החי בכך שנמנעה מהם האפשרות לתבוע את האחראי לנזק משום המנוח מימש את זכאותו הוא, בלי שנפסקו לו או שולמו לו דמי התמיכה בהם באותן שנים אבודות, הרי גם נושא זה לא עמד על הפרק בעניין אטינגר.

יתרה מזאת, כפי שנראה בהמשך, לו זאת הייתה הכוונה, היה מוטב למצער, לבחור דרכים אחרות להשגת התוצאה המבוקשת; כאלה שאינן משנות את הדין הנוהג לעניין פיצוי העיזבון. לעניות דעתי היה ניתן לעשות כן על-ידי מתן פירוש אחר לסעיף 78 לפקודת הנזיקין ובאמצעותו להביא לניתוק הקשר הגורדי, שבין תביעת הניזוק החי לבין

11 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 10 לפסק-הדין.

תביעת התלויים. פירוש כזה, שנדחה על-ידי בית־המשפט העליון בעניין גבריאלי משקף בעיניי כאז כן עתה, לא רק את הדין הרצוי אלא גם את הדין המצוי.

ניתן היה לפתור את בעיית ההגנה על תלויי ה"ניזוק החי", גם ללא כל רפורמה בדין הנוהג, על-ידי קביעת נורמה שלפיה בכל מקרה של תביעה של נפגע, שקוצרה תוחלת חייו, לרבות תוחלת השתכרותו, ייפסקו לו פיצויים בגין הפסד השתכרות בעתיד בתשלומים עתיים. בית־המשפט העליון הכיר זה מכבר בסמכות בתי־המשפט לפסוק פיצויים בתשלומים עתיים גם בתביעות שלא על-פי חוק הפיצויים¹² ובגדר זה היה ניתן לקבוע כי לנפגע שקוצרה תוחלת חייו ייפסקו פיצויים בגין הפסד השתכרות, בתשלומים עתיים ולכשילך לבית עולמו, ישולמו התשלומים העתיים לתלויים עד לתקופה של תום תוחלת ההשתכרות של המנוח¹³. זאת ועוד, אם אכן זו הייתה המטרה האמיתית של פסק־הדין, דהיינו להגן על התלויים, ניתן לתמוה על כך, שכן כאן לא מדובר בתביעה של תובעים ממין זה, אלא בתביעת הורים כיורשי בנם הקטין שנהרג עקב מעשה נזיקי. הבעיה החברתית האמיתית שעמדה בבסיס הדיון בעניין אטינגר היא ההתמודדות של המשפט הישראלי עם תחושת הזלזול והעליבות, שהיא מנת חלקם של הורים שאיבדו את ילדיהם כתוצאה ממעשה נזיקין והשיטה המשפטית מציעה להם פיצוי נמוך מאוד בגינם. אם אדם מאבד את בנו או בתו היפים, המוכשרים והאהובים ובאותה תאונה, גם את מכוניתו המפוארת, מפצה אותו השיטה המשפטית בפיצוי גבוה יותר על המכוננית מאשר על יקירו. אם יש הצדקה להגדיל את הפיצויים במקרים כאלה, וגם לכך אדרש בהמשך, הדרך שבה בחר בית־המשפט העליון לעשות כן במקרה זה, היינו הקניית עילה ליורשי המנוח בשל הפסד השתכרותו בשנים האבודות, היא תמוהה ביותר. בית־המשפט שינה את הדין הנוהג בסוגיה אחרת, שלא עמדה על הפרק, קרי פיצוי הניזוק החי; הוא שינה את הדין הנוהג לגבי תביעת העיזבון בכלל, כשאין נפקא מינה אם היורשים הם גם תלויים במנוח אם לאו, ובסופו של יום, לפי האמור בפסק־הדין גופו, הוא לא פתר את בעייתם של הורים כאמור, לרבות התובעים עצמם, שכן גם לפי פסק־הדין, הפיצוי שקרוב לוודאי ייפסק על הפסד השתכרות בשנים האבודות של ילד, יהיה מסתמא, נמוך ביותר. גם כאן לו רצה בית־המשפט להתמודד עם בעיית פיצוי ההורים בנסיבות ממין אלו, הוא היה יכול לעשות כן בדרכים אחרות, שלא היו מטלטלות טלטלה כה עזה את דיני הנזיקין המקומיים, כמו למשל הגדלת הפיצויים בגין נזקי הגוף הלא ממוניים – צעד שאכן נעשה על-ידי בית־המשפט המחוזי בעניין זה או באמצעות שינוי פירוש הביטוי "הפסד ממון" בסעיף 78 לפקודת הנזיקין.

12 פסק־דין בולט שעשה כן הוא ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718.

13 פסק־דין נחשוני ברוח זאת נפסק כבר לפני כעשרים שנה על-ידי השופט זאבי ז"ל בת"א (י-ם) 219/82 ברין נ' עיזבון המנוח יעקב ברין ז"ל (לא פורסם) שם יישם בית־המשפט תקנה אחרת מתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים), תשל"ח-1978 על תלויה במנוח שנפטר בלי שהיה סיפק בידו לממש את עילת התביעה שלו על-פי החוק.

שנית, שינוי הדין בעניין אטינגר הוא תמוה במיוחד נוכח הצעת תזכיר דיני ממונות, שעליה שקדו שנים רבות אחדים מגדולי מומחי המשפט האזרחי בישראל, בהנהגתו של הנשיא ברק משופטי ההרכב בעניין אטינגר. בית-המשפט היה יכול להמתין קמעה לחקיקת החוק, אפילו אם הדבר לא היה עוזר לתובעים הספציפיים בתיק זה, כפי שלא עזר לתובעים רבים אחרים במצבם במשך כל שנות קיומה של המדינה. בסעיפים הבאים בהצעת התזכיר האמורה יש פתרונות לסוגיות שנדונו בעניין אטינגר:

סעיף 544 :

"קוצרה תוחלת חייו של נפגע עקב הפרה, יהיה הנפגע זכאי לפיצויים בעד אובדן כושר השתכרות למשך התקופה בשלה הנפגע זכאי לפיצוי אלמלא קוצרה תוחלת חייו; מן הפיצויים ינוכו ההוצאות שהנפגע היה צפוי להוציאן בתקופה בה קוצרה תוחלת חייו".

סעיף 545 :

"נפטר אדם, זכאי העיזבון –

(1) לפיצויים שלהם היה זכאי אותו אדם אלמלא נפטר, אולם אין הוא זכאי לפיצויים בשל פגיעה בכושר השתכרות¹⁴ של הנפטר בעד התקופה שלאחר פטירתו (2) לפיצויים בשל הוצאות קבורתו של האדם שנפטרת לרבות הוצאות אבל".

סעיף 546 :

"נפטר אדם בשל הפרה, והיה אותו אדם, אלמלא נפטר, זכאי לפיצויים בשל הפרה, יהיו התלויים בו זכאים לפיצויים בשל נזק ממון שסבלו או שעתידיים הם לסבול בשל מותו, לפי שיעור תלותם בנפטר".

סעיף 548 :

(א) "כל אחד מקרוביו של הנפטר זכאי לפיצויי שכול ששיעורם שליש מתקרת הפיצויים לנזק שאינו נזק ממון על פי סעיף 4(א)(3) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה 1975
(ב) בסעיף זה 'קרוב' – כל אחד מאלה: (1) בן זוג (2) הורה (3) ילדי הנפטר, לרבות מי שנולד לאחר פטירתו.

14 שאלה גדולה שטרם נדונה בפסיקה היא שאלת דינו של אובדן הכנסה בשנים האבודות שאין עמו ולא כלום עם פגיעה בכושר ההשתכרות. למשל אם אלמלא נפטר היה מקבל המנוח ירושה ומשנפטר המוריש שינה את הצוואה ומישהו אחר ירש אותו, האם התלויים זכאים לתבוע על הפסד חלקם בירושה האבודה?

(ג) סכום הפיצוי לכלל הזכאים על פי סעיף זה לא יעלה על פי שניים מתקרת הפיצויים לנזק שאינו נזק ממון כאמור בסעיף קטן (א)."

הפתרונות שמוצעים כאן שונים מההלכה ולעניות דעתי עדיפים לאין ערוך ממנה, אם כי ספק בעיניי אם הם מציעים בהכרח את הפתרונות הטובים ביותר. לפי סעיף 544 להצעה זו, הניזוק החי יהיה זכאי לפיצויים בגין אובדן ההשתכרות בשנים האבודות, בניכוי ההוצאות שהיה צפוי להוציא בתקופה שבה קוצרה תוחלת חייו. הצעה זו עולה בקנה אחד עם ההלכה ומעדיפה אותה על עמדת שופטי הרוב בעניין גבריאל שכאמור ביקשו בראש ובראשונה להגן על התלויים מפני אובדן התמיכה בשנים האבודות ולא על זכותו של הניזוק החי עצמו, לפיצוי בשל אובדן ההשתכרות בשנים האבודות. לפי סעיף 545 להצעה זו, אין היורשים זכאים לפיצויים בשל אובדן ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות. התזכיר מאמץ כאן את עמדת בית־המשפט העליון בעניין גבריאל ומציע דין המנוגד להלכה.

שלישית, בהיעדר סיבה נראית לעין לשינוי כה דרמטי בדיני הפיצויים בגין מוות בדין הישראלי, חייב היה גם בית־המשפט להביא בחשבון את המשמעויות הכלכליות והחברתיות של פסק־דינו הן לטווח הקצר הן לטווח הארוך. המשמעויות הללו מתעצמות נוכח העובדה שבית־המשפט העליון לא מצא לנכון להשלים את מלאכתו על־ידי קביעת הלכה ברורה וחד־משמעית לגבי אופן יישומה של הילכתו בחיי המעשה. בית־המשפט הסתפק בביטול הילכת גבריאל, בציון כמה חלופות אפשריות לאופן חישוב הפיצויים בגין השנים האבודות, חלופות שלעיתים אינן עולות בקנה אחד זו עם זו והוא מעביר את הכדור למגרשן של הערכאות הנמוכות יותר. על־ידי כך, עולם המשפט הישראלי ימצא בחוסר ודאות בנושאים אלה ובמשטר משפטי שבו יינתנו, מן הסתם, פסק־דין סותרים בערכאות שונות עד שבסופו של יום יצטרך בית־המשפט העליון להשלים את מלאכתו ולקבוע הלכה חד־משמעית. בתקופת הביניים הזאת, שכבר החלה, חוסר הוודאות המשפטי מקשה על השגת פשרות ועל פעולת עורכי־הדין ובתי־המשפט בתחום זה. יש להניח כי בטווח הארוך יותר, ההעלאה המעשית של הפיצוי בגין מוות לאוכלוסית התובעים, תביא להעלאת פרמיות. כתוצאה מחוסר אפשרות כלכלית של מקצת מהמבוטחים לשאת בעלות של עלייה זאת, עלולים פרטים וקבוצות בחברה, שהיו מבוטחים אלמלא העלאה זאת, למצוא עצמם ללא ביטוח וזאת שלא לטובתם הם ושלא לטובת הציבור. הגדלת סכומי הפיצויים יכבידו על היחסים בין המבטחים לבין מבטחי המשנה ויערמו קשיים על התקשרויות בעתיד עם מבטחי משנה. העלאה כזאת תוליד מן הסתם דרישות להגדלת התגמולים והגמלאות למשפחות שכולות, למשל לפי חוקי השיקום או חוק הביטוח הלאומי. נוסף על כך – ההלכה היא וגרסיבת¹⁵. עלויות הגדלת סכומי הפיצוי שישאו בהם בסופו של יום חברות ביטוח, רשויות ציבוריות ותאגידים

15 כפי שהצביע על כך עורך־דין ש' פרידלנדר מפרקליטות המדינה בסיכומיו היפים בהליך העתירה לדין נוסף בעניין אטינגר.

עסקיים עתידיים להיות מגולגלים אל הציבור הרחב ומגולמים בדמי הביטוח, המסים ומחירי הסחורות והשירותים. מאחר שההלכה קובעת פיצוי בהתאם לחסכון שהיה המנוח חוסך, ממילא ככל שמדובר בנפגעים עשירים יותר, יקבלו יורשיהם פיצויים גבוהים יותר ולכך במקרים רבים אין כל הצדקה חברתית שכן הדבר ייעשה על חשבון כל שכבות הציבור, לרבות החלשות שבהן.

היה ניתן לצפות אפוא מבית-המשפט העליון שיצפה תמורות אלו, ויבחן לאורן אם ה"רווח" שבהלכה מצדיק את הנזקים הגדולים שנגרמים בעטייה.

הגדלת סכומי הפיצויים דווקא בעת הזאת אינה ברורה לי. בסמוך לאותה העת שבה פורסם פסק-הדין פעלה ועדה משותפת של משרד המשפטים ומשרד האוצר בחיפוש דרכים לצמצם את הפיצוי לנפגעי תאונות רפואיות נוכח הנטל שפיצוי כזה מטיל על מערכת הבריאות. האם יש הצדקה חברתית לפסוק כיום פיצוי ליורשים למשל, שאינם אפילו תלויים במנוח, על הפסד השתכרותו בשנים שבהם לא יעבוד כדי להשתכר ולא יחיה, שעה שרוצים לקצץ בזכויותיהם הבסיסיות של נפגעים ונכים?

מפליאה גם העובדה שבית-המשפט העליון לא מצא לנכון בתיק זה, כפי שמצא לנכון בתיקים אחרים¹⁶, לצרף להליך גופים אחרים, שמן הראוי כי עמדתם הייתה נשמעת באותו עניין. למשל, גופים כגון "אבנר", "קרנית" וכמובן מדינת ישראל, גופים שביכולתם לבחון את ההשלכות הכלכליות של החלטה מהפכנית מסוג זה. אמנם בית-המשפט איננו נתון לפיקוח פרלמנטרי כמו רשויות אחרות, גם כשמדובר בהחלטות בעלות משמעות כלכלית גדולה, אבל יפה הוא עושה כשהוא שומע גופים אחרים ומשתמש במידע זה במסגרת מערכת שיקוליו. יצוין כי בעת העתירה לדיון נוסף בעניין אטינגר נשמעה עמדתה של המדינה, שלא הייתה צד להליך בערכאות הקודמות. המדינה צידדה בהסדר המוצע בהצעת חוק דיני הממונות ולא בהילכת אטינגר. כמובן שהדברים הללו נאמרו מאוחר מדי, ואין להוציא מכלל אפשרות שאילו הם היו נאמרים בפני ההרכב שדן בעניין אטינגר, התוצאות היו אחרות.

רביעית, כאמור, משבחר בית-המשפט לקבוע הלכה הוא היה צריך לסיים את המלאכה ולקבוע את העקרונות ליישומה ולא להניח לפתח בתי-המשפט בערכאות נמוכות יותר כל מיני חלופות. בכך הוא מזמין אי-ודאות משפטית, מחלוקות חדשות לגבי אופן יישום ההלכה וחוסר יכולת עקב כך לסיים תיקים בפשרות¹⁷. בפסק-הדין¹⁸ מוצעת שיטת הידות כשיטה המתאימה לחישוב ניכוי ההוצאות מהפיצוי, בהיעדר ראיות לסתור, עם התאמה לעניין רכיב החיסכון. מוצעות שתי אפשרויות לחישוב רכיב זה:

16 למשל בבר"ע 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז(3) 49 (להלן – עניין אבנר).

17 עם זאת ראוי לציין ואולי זו "נסיבה מקילה" כי גם בפסקי-הדין המנחים בדין האנגלי באותן סוגיות, לא ניתן תדריך כלשהו לגבי אופן חישוב הפיצויים ואופן ניכוי הוצאות המנוח והעניין הושאר לערכאות הנמוכות.

18 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקאות 45-47 לפסק-הדין.

האחת, על-פי חלוקת ידת הניזוק לשניים, והשנייה, על-ידי הוספת ידה "רעיונית" וניכוייה מהשכר. בפסק־הדין אין הכרעה איזו אפשרות עדיפה ואין הנחיות מתי להעדיף אפשרות אחת על חברתה. הפער בין יישום אפשרות אחת לשנייה הוא משמעותי ביותר כך שצפוי שכל צד להתדיינות יבחר באפשרות הנוחה לו והדבר יקשה על השגת פשרות. חמישית, דומה שבית-המשפט העליון לא התמקד בכלל בבעיה המרכזית שהונחה לפתחו. בפתח דבריו כותב בית-המשפט: "הסוגיה העיקרית המצריכה הכרעה בפרשה המצערת שלפנינו נוגעת לזכותו של אדם, שניזוק עקב מעשה עוולה ונתקצרה תוחלת חייו, לפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות שלו בשנים האבודות, לאמור באותן שנים שבהן קוצרה תוחלת חיי העבודה שלו כתוצאה ממותו. שאלה זו עצמה נדונה על-ידי בית-משפט זה בע"א 295/81 עיזבון המנוח שרון גבריאל נגד גבריאל, פ"ד לו(4) 533". הצגת השאלה בדרך זו, לא רק שהיא מוטעית, אלא שהיא ממקדת את פסק־הדין בסוגיות שספק אם היה צורך להרחיב בהן ומרחיקה אותו מדיון בסוגיות האמיתיות שאיתן הוא צריך היה להתמודד וממילא הוא גם לא התמודד עמן כלל או לא דן בהן במינוח הראוי. הסוגיה האמיתית שעמדה לדיון הן בעניין גבריאל והן בעניין אטינגר היא סוגיית פיצוי העיזבון בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות ובאופן יותר ספציפי, סוגיית פיצוי הורים בגין מות ילדם הצעיר כתוצאה ממעשה נזיקין. ההבדל היחיד בין שני פסקי-דין אלו הוא בכך שבעניין גבריאל מעשה הנזיקין נפל בגדר חוק הפיצויים ואילו בעניין אטינגר מדובר בעילת תביעה מכוח עוולת הרשלנות, שבפקודת הנזיקין. נפקות הבדל זה, כאמור, עומדת על מדוכת בית-המשפט העליון.

ההתלבטות בעניין גבריאל לא הייתה בשאלה אם ראוי או לא ראוי להכיר בראש הנזק של הפסד השתכרות בשנים האבודות במקרה של ה"ניזוק החי". כבוד השופט ברק מציג אותה שם כהאי לישנא: "השאלה העומדת להכרעתנו היא, אם העיזבון זכאי לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות, שנגרם לניזוק-המנוח באותן שנים, שבהן קוצרה תוחלת חיי העבודה שלו, ואם כן, מה שיעורו של פיצוי זה, וכיצד הוא נקבע. סוגיה זו ידועה בספרות המשפטית האנגלית כבעיית ה-"lost years", או – בתרגומו של השופט א' לרון בת"א (ב"ש) 408/69, אשר נזקק לראשונה לשאלה זו – פרשת 'השנים האבודות'¹⁹. אילו היה ניתן לבודד את שאלת פיצוי ה"ניזוק החי" על הפסד השתכרותו בשנים האבודות מהשאלה האמיתית שעמדה לדיון בעניין גבריאל, קרי שאלת פיצוי העיזבון בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, ייתכן מאוד שכל השופטים בפרשה זו היו מסכימים לפתור לפחות חלקית את בעיית פיצוי הניזוק החי על-ידי מציאת פתרון לבעיית מצבם של התלויים בניזוק החי. הם אפילו הזמינו את המחוקק לחפש פתרון כזה. באי-כוח המבטחים בתיק ההוא לא מיקדו את טענותיהם כנגד מתן פיצוי ל"ניזוק החי". אולם משבית-המשפט העליון סבר שאי אפשר להפריד בין שתי העילות ומכוח דיני הירושה, הכרה בתביעת הניזוק החי בהכרח גוררת עמה הכרה בעילת

19 עניין גבריאל (לעיל, הערה 2), עמ' 539.

העיצוב, הגיעו שופטי הרוב בעניין גבריאל למסקנה, שמבין שתי הרעות – מתן פיצוי בשתי הקטגוריות הללו או אי מתן פיצוי בשתיהן, הרעה השנייה קטנה יותר. בעניין אטינגר הוכיח בית-המשפט בכשרון רב את מה שמבחינות רבות היה כמעט בגדר נתון. הוא הסביר לנו מדוע צריך לתת פיצוי לניזוק החי, או, וזה יותר משכנע וראוי בעיניי, מדוע צריך להגן על התלויים באותו ניזוק חי שלא יקופחו, כתוצאה מכלל משפטי שאינו פוסק לו פיצויים בגין השנים האבודות. גם כאן מקצת מנימוקי אינם משכנעים וגם לכך אדרש בהמשך. מכל מקום, בית-המשפט לא התמודד עם הקושי שבגינו נפסקה הילכת גבריאל, דהיינו כיצד להטיב את מצבו של הניזוק החי או להגן על התלויים בו בלי לשנות את הדין הנוהג לעניין העיצוב. פסק-הדין בעניין אטינגר אינו מסביר לנו מדוע ראוי ורצוי לשנות את הדין הנוהג לעניין העיצוב.

לסיכום, דומה שדווקא ההלכה שניתנה בפסק-דין חדש זה, היא יותר שמרנית ומיושנת מזו שנפסקה בפסק-הדין שאותו היא באה להחליף. כידוע בית-המשפט העליון כאן העדיף את פסק-הדין האנגלי בעניין *Pickett*²⁰, שקבע את זכותו של הניזוק החי לפיצוי בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות, על פני ההלכה שנפסקה בעניין *Oliver*²¹ שכפרה בקיום זכאות שכזאת. הוא עשה כן בהיותו מודע לכך ששינוי ההלכה לגבי הניזוק החי במשפט הנוהג בישראל מחייב גם שינוי ההלכה לגבי זכאות העיצוב לפיצוי בשל הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות. הוא עשה כן במתכוון, שעה שבית-המשפט בעניין גבריאל נמנע מכך במתכוון והוא עשה כן למרות שהיה לו יתרון גדול על פני קודמו בכך שיכול היה ללמוד את הלקח מעשרים השנה שחלפו מאז, שבהן כמעט כל שיטות המשפט ביטלו או לא אימצו את ההלכה שנתקבלה ביחס לעיצוב ובכך שגה לדעת. היטיב לבטא זאת פרופ' מקרגור מענקי המומחים בדיני פיצויים בהתייחסו לעניין *Pickett* לאמור²²:

“This decision, rather than *Oliver v. Ashman*, is the one that has not been far-sighted and it has created serious difficulties in the assessment of damages there. While it was no doubt come to with the interests of the claimant's dependants in mind, it was inevitable that it would have similar application where the claimant had none. Worse still, its equally inevitable application to fatal accidents where it was not needed, as the dependants of deceased victims have for a century and a

20 *Pickett v. British Rail Engineering Ltd.* (1979) 1 All ER 774 (להלן – עניין *Pickett*).
 21 *Oliver v. Ashman* (1961) 3 All ER 323 (להלן – עניין *Oliver*).
 22 H. McGregor on Damages (17th ed., London, 2003).

half been amply provided for, created a chaotic situation to which legislation mercifully put an eventual end"²³.

משנדחתה העתירה לדיון נוסף דומה שגם המשפט הישראלי מצפה להתערבות חקיקתית מהירה שתשנה את ההלכה.

ג. שאלת זכאות הניזוק החי לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות

1. בחינת הטעמים להצדקת שלילת הזכאות

בית-המשפט העליון מצביע בפתח פסק-הדין על תופעה, שאותה הוא מגדיר כפרדוקס, שלפיה ההתפתחות המדעית שמאפשרת להוכיח את קיצור תוחלת החיים הביאה לכך שבשיטה שאיננה מפצה בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות, יקבל הנפגע פיצוי הנמוך מזה שהיה מקבל לפני ההתפתחות המדעית, שכן אז לא ניתן היה להוכיח את קיצור תוחלת חייו ולכן גם לא הפחיתו את הפיצוי עקב כך. כפועל יוצא מכך, נוצר מצב שבו דווקא הניזוק טוען לתוחלת חיים ארוכה והמזיק טוען לקיצור ניכר של תוחלת החיים. לדעת בית-המשפט זו תוצאה מוזרה, שאיננה מתיישבת עם כללי פסיקת הפיצויים²⁴.

קשה להסכים עם דברים אלה. לצערנו, לא ניתן גם היום להוכיח את קיצור תוחלת החיים – בתי-המשפט מגששים באפלה בתחום זה וגם המומחים הרפואיים המופיעים בפניהם מודעים לכך, שאין מדובר כאן במדע מדויק²⁵. שנית, אין כל פסול בכך שההתפתחות המדעית מביאה לפיצוי שמשקף באופן נאמן יותר את הנזק שנגרם. אם גורסים שיש הצדקה עניינית לאי-פיצוי הניזוק בגין השנים האבודות הרי יש לברך על ההתפתחות המדעית, בהנחה שהיא קיימת בכלל, שעוזרת למנוע תשלום פיצויים בלתי מוצדקים. לעומת זאת אם גורסים שיש לפצות גם על השנים האבודות, הרי שההתפתחות המדעית הזאת רק מאפשרת ניבוי טוב יותר של טווח השנים האבודות. מכל מקום, כפי שנראה להלן, שימוש בשיטה של תשלומים עתיים במקרים של קיצור תוחלת חיים פותר את הבעיה ופותר את בתי-המשפט ממלאכת הניחושים שהיא מנת חלקם גם היום, שעה

23 שם, סעיף 35/086, עמ' 1210-1220.

24 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 12 לפסק-הדין.

25 בת"א (ח"י) 367/96 רובין נ' הדר חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, פסק-דין מיום 13.10.2004) אמר בית-המשפט המחוזי בין היתר: "אכן שאלת הקיצור לגבי איש פלוני, להבדיל מסיכוי סטטיסטי, היא שאלה שלא ניתן להשיב עליה. גם לגבי הסיכוי הסטטיסטי, הדברים אינם מוגדרים דיים, במיוחד שאין כל המצבים הרפואיים זהים או דומים".

שהם בוחרים לפצות נפגעים כאלה דווקא בתשלום חד-פעמי. ברוח זו גם ניתן להבין את טענות המזיק והניזוק בדבר קיצור ואי-קיצור תוחלת חיים, שאינן חדשות, והן מותאמות לדין הנוהג ואין בכך בעיני תוצאה מוזרה כלל ועיקר.

הנימוק הראשון המצדיק הכרה בזכאות הניזוק החי לפיצויים בגין השנים האבודות הוא הרצון להגשים את המטרה התרופתית של דיני הניזוקין, קרי החתירה להשבת המצב לקדמותו. בית-המשפט מצביע על כך שאין הברדל לדעתו מבחינת הזכאות לפיצוי בין ניזוק, שנגרם לו מום השולל באופן מלא את כושר השתכרותו, לבין ניזוק, שתוחלת חייו קוצרה ויכולת השתכרותו בשנים האבודות אבדה. משניהם נשלל סכום כספי שהיו יכולים להרוויח באותן שנים אבודות וכשם שפוסקים סכום זה לניזוק, שאיבד את מלוא כושר השתכרותו, כך יש לפסוק סכום זה גם לניזוק, שקוצרה תוחלת חייו.

בית-המשפט קורא תגר על התזה העולה מדברי השופט פירס בעניין *Oliver*²⁶:

"What is lost is an expectation, not the thing itself...He is no longer there to earn them, since he has died before they could be earned"²⁷.

לפי תזה זאת, אין לאדם זכות קניינית לחיות מספר מוגדר של שנים. אי אפשר לומר כי משנגרעו ממנו כמה שנים, נגרם לו נזק ממשי, שכן הוא לא יחיה אז כדי לחוש בנזק זה. הדין חייב לפצות ניזוקים בגין נזק שסבלו או שיסבלו הלכה למעשה ולא בשל נזק שיסבלו במישור המטפיזי.

על דברי השופט פירס לעיל מתח לורד וילברפורס ביקורת בעניין *Pickett*²⁸ בזו הלשון:

"...to the argument that they are of no value because you will not be there to enjoy them, can he not reply yes they are: what is of value to me is not only my opportunity to spend them enjoyably, but to use such part of them as I do not need for my dependants, or for other persons or causes which I wish to support. If I cannot do this, I have been deprived of something on which a value, a present value, can be placed. I do not think that the problem can be solved by describing what has been lost as an 'opportunity' or a 'prospect' or an 'expectation'²⁹."

26 לעיל, הערה 21.

27 שם, עמ' 330.

28 לעיל, הערה 20.

29 שם, עמ' 780.

בית־המשפט בעניין אטינגר מדגים מדוע לשיטתו מניעת פיצוי הניזוק החי בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות היא מופרכת והיא מפלה אותו בהשוואה לנפגעים אחרים הנמצאים במצב די דומה. ובלשונו:

”גם אדם ששותק בארבע גפיו ונותר בחיים, אינו נמצא שם כדי להרוויח הכנסות, שכן הוא נפגע בטרם ניתן היה להרוויחן וכך לגבי כל אדם שנפגם כושר השתכרותו. אכן לא החיים או המוות הם הנותנים, כי אם היכולת להפיק הכנסות”³⁰.

ההשוואה בין אדם המשותק בארבע גפיו לאדם שקוצרה תוחלת חייו לגבי הפסד ההשתכרות בשנות הנכות והמוות היא בעייתית. המשותף לשני הנפגעים הוא ששניהם לא יעבדו כדי להשתכר באותן שנים, לשניהם זמן להרהר על מצבם העגום ועל ניפוץ חלומותיהם ושניהם אינם יכולים ליהנות ממנעמי העולם, האחד בגלל נכותו הקשה והאחר בגלל מותו, אולם ההבדל ביניהם הוא שהמשותק בארבעת גפיו ימשיך לחיות והפיצוי ישמש אותו ואת מאווייו ואילו הניזוק החי ילך לבית עולמו והפיצוי האמור כבר לא יוכל לשמש אותו. המשותק הוא עמנו, הוא זקוק לפיצוי לא רק כדי להמשיך לקבל טיפול רפואי וסיעודי, לאכול וכיו”ב; הוא זקוק לפיצוי גם כדי שכל שניתן יהיה ככלל בני האדם – אם אינו יכול למשל לשחק יותר כדורגל, אולי יוכל לתמוך בקבוצת כדורגל אותה הוא אוהד ובה היה תומך בעבר וברצונו להמשיך לתמוך בה גם בעתיד. לפיצוי יש משמעות, אין הוא פיקציה והוא ניתן למי שנפגע וזכאי לו ויכול כאמור גם ליהנות ממנו. ניתן לטעון שהבדל זה אינו משמעותי כי נקודת הזמן להשוואה איננה מועד השנים האבודות אלא הזמן שקדם להם. בזמן זה גם הניזוק החי שקוצרה תוחלת חייו, רוצה לעשות שימוש כזה או אחר באותו סכום שאבד. אולם ניתן להשיב לכך כי אלמלא הוא נפגע בתאונה, הוא לא היה מקבל מראש את משכורותיו העתידיות. אין שום מחויבות משפטית לפסוק לו פיצויים מראש ובסכום חד־פעמי. אם כך הדבר, יש הבדל של ממש בין נכה קשה שממשיך לחיות ושחושיו פועלים לבין אדם שבאותה תקופה הוא אינו בין החיים והפיצוי עובר לתלויים בו או ליורשיו. מבחינה זאת, גם אם הקונסטרוקציות המשפטיות מצביעות לכאורה על כך שאין הבדל בין שתי הקטגוריות הללו, דומני שיש הבדל גדול ביניהן הן משיקולי השכל הישר והן משיקולים חברתיים וכלכליים (וההנחה כאמור, שהחתימה היא לכך שהכסף האבוד יגיע לתלויים של אותו ניזוק חי).

שאלה אחרת היא אם לגבי דידו של הניזוק החי שקוצרה תוחלת חייו, הפיצוי על סיכול רצונו זה ליהנות מכספי השנים האבודות או להגשים בעזרתם חלומות, צריך להיות פיצוי על נזק ממון או שמא יש לסווגו כפיצוי על נזק לא ממוני. ציון כי ההשוואה המקובלת יותר בפסיקה ובספרות המשפטית היא בין הניזוק החי שקוצרה תוחלת חייו לבין אדם המצוי בתרדמת במצב של “צמח”. לפי הדין הנוהג

30 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 21 לפסק־הדין.

לנפגע האחרון פוסקים פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות לכל תקופת תוחלת ההשתכרות המקורית שלו, מלפני מעשה הנזיקין, אלא אם גם לתרדמת מתווסף קיצור תוחלת חיים, שאז דינו כדין "הניזוק החי".

בין השניים הללו יש שני הבדלים משמעותיים. הראשון הוא בכך ששעה שהניזוק החי, אם הוא בהכרה, יכול להחליט מה יעשה בכסף ובדרך זאת תהא לו שליטה בנדון וגם אולי יסופקו בכך מאויים חלופיים שלו, הרי שנפגע המצוי בתרדמת משול למת בכך שלא זו בלבד שלא יוכל ליהנות מהפיצויים אלא שאפילו לא יוכל לעשות בהם שימוש תחליפי כשהוא מחליט מי ייהנה מהם וכיצד. מבחינה זאת לכאורה מוצדק יותר לפסוק פיצויים לניזוק החי מאשר ל"צמח", אולם מאידך גיסא, ההצדקה היחידה בעיניי לפיצוי של "צמח" ולא לפיצוי "המת החי" על נזקיו הממוניים בשנים האבודות, וזהו ההבדל השני בין השניים, טמונה באפשרות שלא קיימת עד בוא המשיח במקרה של מוות, שאדם המצוי בתרדמת יקיץ ממנה, והיו דברים מעולם. במקרה כזה, אין להפלות בינו לבין פצוע קשה אחר והוא זכאי לפיצוי מלא על אובדן ההשתכרות.

סוגיה זאת נדונה בפסיקה. לורד דנינג אינו מבחין כאן בין אדם במצב של "צמח" לבין אדם שקוצרה תוחלת חייו וקובע בעניין *Lim Poh Choo v. Camden and Islington* :³¹ *Area Health Authority*

"In my opinion when a plaintiff is rendered unconscious or insensible, fair compensation should not include an item for loss of earnings as such, but instead it should include an item for pecuniary loss suffered by the dependants of the injured man, by reason of his accident. After all, if that is the compensation regarded as fair by the legislature in case of his natural death, it may justly be regarded as fair in case of his living death provided also that full compensation is also given for every expense that may be incurred on his behalf and any service that may be rendered to him by relatives and friends. The cost of keeping the plaintiff for the rest of his days will exceed by far the salary or wages that he would have earned if he never had been injured. It is not fair to the defendant to make them pay both. Similarly, if *Oliver v. Ashman* is overruled by the House of Lords and a man is given compensation for his loss of earnings during those 'lost years', there again these should be calculated not for loss of earnings as such, but

.(1979) 1 All ER 333 31

for the pecuniary loss suffered by his dependants during those 'lost years'³².

כאמור, למעט אפשרות היקיצה של האדם המצוי בתרדמת, ספק אם יש הצדקה, למתן פיצוי לצמח על הפסד השתכרות, שכן בעצם זה פיצוי שיינתן לבני משפחתו או לאחרים.

ההבדל שבין העמדות של בית־המשפט העליון בעניין אטינגר ואלה של לורד דנינג נעוץ בגישות שונות ליישום עקרון השבת המצב לקדמותו. אין ספק שעמדת בית־המשפט בעניין אטינגר מושתתת על הגישה האידאולוגית לפיצויים, החותרת "להעניק פיצוי מלא" לניזוק, ואילו גישתו של לורד דנינג משקפת את הגישה הפונקציונלית³³ להגשמת מטרת הפיצויים ולהשבת המצב לקדמותו³⁴.

כל אחד ממצדדי השיטות הללו משוכנע ששיטתו מגשימה טוב יותר את עקרון השבת המצב לקדמותו. בשיטת הפיצוי המלא, שבה דוגל למשל הלורד סקרמן בעניין *Pickett*³⁵, הכוונה היא שכל שאבד לנפגע יוחזר אליו. לעומת זאת בשיטת הפיצוי הפונקציונלי, שאומצה למשל באוסטרליה, ודוגל בה כאמור הלורד דנינג בפסק־דינו, יש לפסוק לנפגע סכום כזה שניתן להשתמש בו על־מנת להשיבו ככל האפשר למצב שבו היה היום אלמלא התאונה, אפילו אם באופן מופשט וערטילאי "איבד יותר מכך". הוויכוח בין שתי הגישות הוא אידאולוגי. בלי להיכנס לדיון מדוקדק להשוואה בין הגישות, נציין כי יתרונותיה של הגישה הפונקציונלית הן בכך שהיא מספקת בסיס עיוני אחיד לכל היבטי הנזק, לאו דווקא לממוניים, שהיא מבטיחה את צורכי התובע והיא הוגנת בעת ובעונה אחת גם כלפי הנתבעים. היא מגינה על אינטרס הציבור כולו בכך שהיא מבטיחה שלא יפוזרו כספי הפיצויים ללא מטרה ולשם הגנה על אינטרסים "תאורטיים" גרידא. בנוסף היא גמישה ותתחשב במקרים המתאימים בזכותו של התובע לחיות באותה רמת חיים שבה חי עובר לתאונה ולתת לבני משפחתו תמיכה בהתאם³⁶. לעומת זאת גישת הפיצוי המלא במקרים לא מעטים בנושא השנים האבודות עלולה לגרום לפיצוי יתר.

האם הבחירה בשיטת הפיצוי תלויה בזהות המשלם? מחד גיסא אם מדובר באדם פרטי שצריך למשל, בשל אי תשומת־לב רגעית שמהווה רשלנות, לממן מכיסו את

32 שם, עמ' 343.

33 ראה *P. Cane Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (6th ed., 1999), p. 123.
 34 במשפט הישראלי, עומתו שתי גישות דומות: שיטת הפיצוי המלא ושיטת הפיצוי ההוגן וזאת בנושא ההוצאות. בפסק־הדין המנחה בסוגיה זו, ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 769, הייתה ידם של אלה הדוגלים בגישה האחרונה על העליונה (השופטים שמגר ואלון בדעת רוב והשופט ברק בדעת מיעוט).

35 לעיל, הערה 20, עמ' 796.

36 ראו למשל מאמר המצדד בגישה הפונקציונלית B.M. McLachlin "What Price Disability
 A Perspective on the Law of Damages for Personal Injury" 59 *Can. B. Rev.* (1981) 1

הפיצוי לנפגע שנגרם לו נזק אדיר, אולי נסבור שעדיפה שיטת הפיצוי המלא שכן מבין שניהם מי שראוי שישא בנזק הוא הרשלן ולא הצד החף. עם זאת ייתכן שנסבור דווקא, שמכיוון שמשמעות הפיצוי עלולה להיות הרס כלכלי של המזיק, יש להסתפק בפיצוי פונקציונלי. התלבטות דומה, המאפיינת את רוב רובם של המקרים, היא לגבי נתבע מוסדי (חברת ביטוח או מעביד וכיו"ב) כאשר בעקיפין ברור שבנזק נושא ציבור משלמי המסים. האם החברה צריכה לשלם פיצוי מלא, גם כשאינו פונקציונלי וכדי לעשות כן לא יספקו צרכים אחרים, או שמא יש להסתפק בפיצוי פונקציונלי?

האם נקיטה בגישה הפונקציונלית משמעה בהכרח דחיית הטענה שלניזוק החי נגרם נזק ממוני ממשי בחוסר יכולתו להשתכר בשנים האבודות? נראה לי שהטיעון החזק ביותר שניתן להצדיק באמצעותו פיצוי כזה גם לפי הגישה הפונקציונלית, מושתת לא על לוגיקה משפטית ולא על קונסטרוקציות משפטיות אלא על התמקדות בנזק ממשי בר פיצוי. נזק לזכותו של אדם, גם אם קוצרו חייו, לתכנן את חייו בהתבסס על אופק כלכלי מסוים³⁷, על זכותו לצפות לשטף מסוים של הכנסות במהלך חייו. הדוגמה הבאה בוודאי תקשה על אלה החולקים על ההצדקה על פיצוי הניזוק החי עצמו בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות.

נניח שאותו נפגע החל במפעל חיים – כתיבת ספר על המסעדות הטובות ביותר בעולם. לצורך כך היה נוסע כל שנה בכספים שהיה חוסך באותה שנה לכמה מדינות. עכשיו קוצרה תוחלת חייו והוא לא יוכל יותר לנסוע כי לא יוכל לממן נסיעות אלה ולא יחיה כדי להספיק לנסוע לאותם מקומות. האם מגיע לו פיצוי על אובדן ההשתכרות כדי שיעשה בו כבר עכשיו שימוש חלופי, או אם הוא עדיין מסוגל לנסוע, כלום אין זה מן הראוי שייפסק לו סכום כסף כזה שיוכל לנסוע כל שנה ליותר מדינות כדי להשלים את מפעל חייו לפני שימות? ייתכנו כל מיני פתרונות וההחלטה אינה משפטית אלא אידאולוגית. ניתן אולי לתת ביטוי הולם לנזק זה דווקא בראש נזק לא ממוני ובדרך זאת להימנע מניגוד האינטרסים שבין הניזוק החי לבין התלויים בו³⁸.

בכל מקרה, גם אם הניתוח דלעיל מציב כמה סימני שאלה על ההצדקה החברתית לפיצוי הניזוק החי בשל הפסד השתכרותו בשנים האבודות, נותר לבחון אם לא צריך בכל מקרה ליתן פיצוי בגין ראש נזק זה כדי להגן על התלויים באותו אדם, שכן לפי הדין הנוהג אם יממש את עילת תביעתו לא תקום להם עילת תביעה כלל ואם הוא לא יפוצה על הפסד השתכרותו בשנים האבודות תאבד להם גם אותה התמיכה שצפוי היה שהיה תומך באמצעותה בהם, מכספי הפיצויים הללו.

S.M. Speiser, C.F. Krause, A.W. Gans *The American Law of Torts* (vol. 2, New York, 1985), p. 628, Sec. 8:27

מאידך גיסא, אפשר להקשות עוד יותר על אלה שגורסים שמן הראוי להעדיף את התלויים על פני הניזוק החי ולהוסיף באותה דוגמה כי מובטח לכותב הספר כי ברגע שיגמור לכתבו, יקבל מיליון דולר. כאן הנזק שנגרם לו הוא גם נזק ממוני ופיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם לו לא יפתור את הבעיה.

הרציונל שלפיו יש לפסוק לניזוק החי פיצויים בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות לא עבור עצמו אלא עבור התלויים בו מוצג בדרך כלל כנימוק נוסף להצדקת פסיקת הפיצויים הללו ובדרך זאת נקט גם בית־המשפט בעניין אטינגר³⁹, אולם ברור שיכול להיות ניגוד אינטרסים בין השניים. להלכה, יכול אותו ניזוק לעשות שימוש באותם כספים למען עצמו בלבד או למען אנשים או מטרות אחרים ובני משפחתו התלויים בו יימצאו אל מול שוקת שבורה. ברור שלא הרי הענקת פיצוי לניזוק החי עבור עצמו כהרי הענקת פיצוי לו כנאמן של התלויים בו. האם בן חורין אותו נפגע לנהוג מנהג בעלים בכסף שיקבל, לחלקו, לוותר עליו ולבזבזו ובכך לרוקן למעשה מתוכן את עילת התלויים שטרם נולדה? האם מותר יהיה לו להגיע לפשרה על סכום זה שהוא מותר על סכום שהוא לא עבד כדי להשיגו, שהוא לא יחיה ולא ייהנה ממנו במועד שבו היה אלמלא מעשה הניזוקין, עובד כדי להרוויחו וסכום זה משמש היה את התלויים בו? אלו הן שאלות קשות ולא ראיתי דיון מעמיק בהן בפסיקה ובספרות המשפטית. מחד גיסא, אם נשווה את מצבו של נפגע כזה למצבו של כל נפגע נזק גוף הרי הפיצוי נפסק לו והשאלה מה ייעשה בו היא לא עניין לדיני הניזוקין לענות בו. בכפוף לדיני המעמד האישי הנפגע יכול לעשות בפיצוי כרצונו ובמקרה כזה ברור שלבני המשפחה אין עילה לא כנגדו ולא כנגד המזיק.

מאידך גיסא, ניתן לטעון שזהו מקרה מיוחד וזה פיצוי מיוחד שראוי לייחדו לתלויים באותו נפגע ולפצות את הנפגע עצמו רק על הנזק הלא ממוני שנגרם לו עקב אותו קיצור תוחלת חייו ותוצאותיו. היטיב לבטא זאת הנשיא המנוח ' כהן בעניין גבריאל:

"כשמדובר בתביעת הניזוק עצמו ניתן לראות, בעוגמת הנפש והצער הנגרמים לו עקב ידיעה, שלא יוכל לדאוג בעתיד למטרות היקרות ללבו, ושלא יוכל ליהנות מפרי עבודתו, חלק מהנזק שיש לפצות עבורו בראש נזיקין של כאב וסבל, אך בין אם קורבן העוולה חי ובין אם נפטר, אין לראות בהפסד רווחים בשנים אבודות נזק של הנפגע"⁴⁰.

פרופ' פלמינג טוען כי יש להבחין בין שני אינטרסים משפטיים נפרדים: האינטרס הכלכלי בהשתכרות העתידית עצמה והאינטרס הפסיכולוגי בציפיות ליהנות מההשתכרות, אך דומה שלגבי האינטרס הראשון הוא בעיקר משייכו לתלויים⁴¹. כך סבור גם הנשיא ' כהן בעניין גבריאל בקבעו: "אכן, אובדן הרווחים וההכנסות בשנים האבודות עלול לגרום נזק אולם לא לנפגע אלא לאלה, שלהם התכוון הנפגע לעזור בעתיד או להשאיר להם את נכסיו. נזק זה אינו שונה במהותו מנזק שנגרם

39 לעיל, הערה 1, פסקאות 26, 29, 31 לפסק־הדין.

40 עניין גבריאל (לעיל, הערה 2), עמ' 572.

41 J.G. Fleming "The Lost Years: A problem in the Computation and Distribution of Damages" 50 Cal. L. Rev. (1962) 598.

לתלויים, התובעים פיצוי לפי סעיף 78 של הפקודה... פסיקת פיצוי לנפגע או לעיזבון עבור 'השנים האבודות' נועדה למעשה לפצות את הנתמכים, שאינם כלולים בין התלויים. בכך מרחיבים בדרך של פסיקה את מעגל הנתמכים הזכאים לפיצוי, בניגוד להוראות המחוקק, שהגביל את חוג הנתמכים הזכאים לפיצוי⁴².
 לורד וילברפורס בעניין *Pickett* מעדיף את פסיקת הפיצוי לניזוק החי עצמו. הוא מודע לאפשרות שאותו ניזוק לא יעשה בו שימוש לטובת התלויים, אולם הוא פוטר חשש זה בנימוק שיש להניח שזה לא יהיה המקרה הרגיל⁴³. נימוק כזה הוא כמובן בלתי משכנע שכן צריך לקבל החלטה ערכית בנדון. על עמדתו של לורד וילברפורס שדומה שבית-המשפט בעניין אטינגר סומך את ידיו עליה, נמתחה ביקורת נוקבת על-ידי שני משפטנים אנגליים⁴⁴ שכתבו את הדברים המשכנעים האלה:

"Whereas the victim was seriously under-compensated by the denial of a claim for the 'lost years' upholding that claim may now cause significant over-compensated... If that victim... saved or spent money on persons and causes other than dependants, all such saving and spending would be recoverable. This would confer a windfall on the beneficiaries under his will or on an intestacy who in many cases might not otherwise have been the recipients of the victim's bounty, simply to satisfy the victim's supposed interest in having earnings to give away to others with no legally recognizable interest in his continued well-being. That it is somewhat artificial to regard this as a 'loss' suffered by the plaintiffs becomes even more apparent if the action is brought by an estate rather than by a living plaintiff. There is something of a paradox in the result that the victim's lost capacity to spend money enjoyably on himself may not be compensated but that a lost capacity to save or give money to non-dependants may be. A solution to this problem of over-compensation would be to base the plaintiff's compensation squarely on his interest in making provision for dependants... After all, the justification behind a lost years claim is to allow the victim to make provisions for his dependants"⁴⁵.

עניין גבריאל (לעיל, הערה 2), עמ' 572. 42

עניין *Pickett* (לעיל, הערה 20), עמ' 781. 43

J. Mesher, S. Todd "Damages for 'Lost Years' – Recent Developments in the United 44

Kingdom" 29 *Int. & Comp. L.Q.* (1980) 719

שם, עמ' 737. 45

קיים ועטיה סבורים שהפונקציה העיקרית של הפיצוי היא ליתן תמיכה בתלויים בתובע לאחר מותו. מטעם זה לא פוסקים לעיזבון פיצוי בשל הפסד השתכרות המנוח בשנים האבודות⁴⁶. אין זה ראוי לפי גישה זאת לאפשר לניזוק החי לנהוג מנהג בעלים בסכום הפיצויים לתקופה שלאחר מותו שנועד בעצם להגן על התלויים בו. עילת התלויים נולדת רק ברגע המוות ואין זה ראוי שתושפע על-ידי פעולות המנוח לרבות ניסיון לסלק עילת תביעה שטרם נולדה לגבי נזק שרק נולד ואינו נזק⁴⁷.

הנימוק השני שבו נעזר בית-המשפט בעניין אטינגר כדי להצדיק את זכותו של הניזוק החי לפיצויים בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות, הוא בתפיסה שבה דגל למשל, כבוד השופט ברק בעניין גבריאלי, שלפיה כושר ההשתכרות הוא בגדר נכס השייך לבעליו. זהו נכס הון מניב פירות, שהפגיעה בו מצדיקה פיצוי מלא על אובדן הפירות שניתן היה להפיק ממנו. הפגיעה בכושר ההשתכרות יוצרת נזק כאן ועכשיו⁴⁸; נזק שהתגבש לפני המוות.

תפיסה זאת הוגדרה כמלאכותית על-ידי הנשיא י' כהן בעניין גבריאלי: "הרעיון, שיליד שנהרג בתאונה נגרם נזק על-ידי כך שנשללה ממנו האפשרות לעבוד ולהשתכר במשך כל תקופת חיי עבודה רגילים, מוציא את משמעות הביטויים 'נזק ממון' ו-'אובדן נכס' ממובנם הרגיל ונותן להם משמעות בלתי מציאותית"⁴⁹.

מדובר כאן על קונסטרוקציה משפטית – כושר ההשתכרות איננו זכות קניינית⁵⁰. צריך להיזהר מקונסטרוקציות כגון דא, שכן הקונסטרוקציות צריכות לשרת את הדין ולא להפך.

ביטא זאת בהקשר אחר פרופ' עטיה בכותבו:

"If there is a serious disparity between the theory and the practice of the law, it is surely necessary to examine the basis of the theory with some care, it may be found that the right solution is to adjust the theory to make it fit the practice, rather than vice-versa"⁵¹.

- 46 לעיל, הערה 33, עמ' 123.
- 47 השוו הלורד אברשד ב-, *Richard v. Highway Iron Founders Ltd.* (1955) 3 All ER 205; 217; *Sea Land. Services Inc. v. Gaudet* (1974) 414 U.S. 573.
- 48 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקאות 19-20 לפסק-הדין. ראו גם ע"א 237/80 ברששת נ' האשמש, פ"ד לו(1) 281; 94, 95; 281 C.L.R. 94, 95 (1965-1966) *Skelton v. Collins* (להלן – עניין *Skelton*).
- 49 עניין גבריאלי (לעיל, הערה 2), עמ' 571.
- 50 א' יורן היבטי מס בפיוני נזיקין: מיסוי פיוני נזיקין וההתחשבות במס בפסיקת פיוניים (תשמ"ח), עמ' 45.
- 51 לעיל, הערה 33, עמ' 169.

על כגון דא דיבר השופט Russell of Killowen בהביעו צער הן על הילכת *Pickett* שהכירה בזכאות הניזוק החי לפיצוי בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות ובעיקר על התוצאה הדומה שהוא עצמו נאלץ להגיע אליה כתביעת העיזבון בעניין *Gammell*⁵²:

“My Lords. I regret these decisions. I think that the law has gone astray by excessive refinement of theory. I would welcome legislation which overruled in the future the results of the decision in *Pickett* and its extension in cases such as the present which since *Pickett* has led to almost grotesque embodiment of estimates, or rather guesses”⁵³.

ומשפטן אנגלי אחר⁵⁴ העיר:

“The trouble comes from clever advocates and well-meaning judges. When an earner is killed, the loss of time and money is manifestly due to the death, whether the death is quick or slow, whether it has happened or is yet to occur. Clever advocates, however, have dressed up these post-mortem losses as losses prior to death: time to be lost is treated as an expectation only to be frustrated, and earning to be lost are treated as an invasion of the present interest in providing for others, the loss now of the power to spend later. Both these fictitious constructions have been accepted by the House of Lords”⁵⁵.

בית-המשפט דן בעניין אטינגר גם בהבחנה בין המושגים “אובדן השתכרות” ואובדן כושר השתכרות”. דיון בהבחנה זו חורג מהדיון כאן. בפסיקה ובחקיקה הישראלית מושגים אלה משמשים בערבוביה. עם זאת ברי שהפסיקה בארץ לא אימצה את הכלל של פיצוי בגין פגיעה ב”כושר השתכרות” כפגיעה בנכס הוני. הבחנה זאת לא אומצה למשל לעניין ההתחשבות בגורם מס ההכנסה בפסיקת פיצויים בגין נזק ממוני שנגרם לנפגע. אילו היה ניתן לומר שהנזק בשנים האבודות התגבש ברגע הפגיעה, הרי אדם שנפגע קשה בתאונה ומת זמן קצר לאחר מכן שלא עקב התאונה, היה רשאי עזבונו לכאורה לטעון כי זכותו להיפרע פיצויים בגין הפסד ההכנסה הצפויה למנוח גם בכל השנים האבודות ולא היא⁵⁶. למעשה, דין הטענה האמורה להיכשל גם מטעם אחר, קרי

52 *Gammell v. Wilson* (1981) 1 All E.R. 578 (להלן – עניין *Gammell*).

53 שם, עמ' 590.

54 T. Weir “The Wages of the Dead” 40 *Camb. L.J.* (1981) 20

55 שם, עמ' 21.

56 הוא הדין אם המוות אף הוא תולדה של מעשה נזיקין. כך למשל בע”א 248/86 עיזבון לילי חננשוילי ז”ל נ’ רותם חברה לביטוח בע”מ, פ”ד מה(2) 529, נפגע אדם על-ידי מעשה נזיקין ונגרמה לו נכות בשיעור של 28% ולאחר מכן נפגע על-ידי מעשה נזיקין שני שלא

משום שהמוות הלא נזיקי ממילא שולל את הקשר הסיבתי שבין הנזק הנטען לבין מעשה הנזיקין ואת ההצדקה למתן פיצוי בגין אותן שנים אבודות. הרי בכל מקרה, לו נגזר על אותו ניזוק למות ממילא באותו מועד שבו נפטר, הוא לא היה חי ומשתכר באותן שנים אבודות.

נימוק שלישי להצדקת פיצוי הניזוק החי על הפסד השתכרותו בשנים האבודות, נימוק שנשמע בחצי פה, אך חוזר על עצמו בכמה מקומות בפסק־הדין, הושתת על האמירה שלפיה אי־מתן פיצוי בגין הפסד בשנים האבודות יביא לכך שיהיה "זול יותר להרוג מאשר לפצוע".

ביטוי ציורי לאמירה זו נתן בשעתו כבוד השופט זילברג בעניין שנער⁵⁷: "לא יתכן כי מי שפוצע וחובל וממית, ייצא נקי ופטור ושמח, רק מפני שמכתו הייתה 'כה מוצלחת' עד שלא זו בלבד שהיא קיפחה את חיי הזולת, אלא אף 'אכלה' את התובע שבהם, או מפני שהחיים הם ערך כל כך יקר ונשגב, עד שאין למצוא לו תמורה שקולה, אדיקוויטית, במקרה השמדת חיים... על כל פנים לא מפי המזיק מוכנים אנו לשמוע מענה שכזה"⁵⁸. השופט נתן כותב בת"א (י-ם) 345/74 שלום נ' אברהם⁵⁹: "אם בית המשפט לא יפסוק פיצוי לנפגע אשר תוחלת חייו קוצרה בגין אובדן ההשתכרות, יצא המזיק

היה קשור כלל למעשה הנזיקין הראשון ו/או לתוצאותיו ומת בעטיו. במקרה כזה, לו היו רואים כושר השתכרות כנכס ופגיעה בו כפגיעה כאן ועכשיו, היה מקום לחייב את המזיק הראשון לפצות את הנפגע לא רק עד יום מותו אלא גם בגין השנים האבודות על נכות של 28%, אולם הוא חויב בפיצויים על נזקיו הממוניים של המנוח רק עד מותו. בית־המשפט שם החליט במפורש לאמץ הלכה הדומה להילכת גבריאלי. ייתכן שהיה מקום לנסות ולטעון כי המזיק הראשון אחראי במקרה המיוחד הזה גם לנזק הממוני בשנים האבודות, לא בגלל התפיסה של כושר השתכרות כ"נכס", אלא משום שהיה עליו לצפות שכתוצאה מגרם 28% נכות, נוצר סיכון משפטי לנפגע בכך שאם ייפגע בתביעה נזיקית שתגרום למותו, המזיק השני יחויב לפצותו רק על 72% מהנזק ואם לא נחייב את המזיק הראשון לשאת בפיצוי בגין 28% נכות גם בשנים האבודות, ייגרם נזק כספי משמעותי לאותו נפגע. הפסיקה שם העדיפה לפתור את הבעיה בצורה משכנעת יותר, בכך שחייבה את הנהג השני לשאת לא רק בנזק של 72% לו גרם אלא גם בנזק של 28% בשנים האבודות שכן על־ידי מעשה הנזיקין, מנע המזיק השני מהנפגע להיפרע פיצויים מהמזיק הראשון גם בשנים האבודות. בית־המשפט בעניין אטינגר רואה בכך סימן לנכונות מסוימת להכיר באחריות המזיק השני גם בשנים האבודות, אולם כאמור, ברי כי תקדים זה אינו יכול לתמוך בזכאות לפיצויים בגין השנים האבודות שכן בית־המשפט שב ואישר שם את הילכת גבריאלי. בית־המשפט היה מוכן להכיר כאן בנזק עילתי, דהיינו נזק שנגרם לעילת התביעה של הנפגע כנגד המזיק הראשון, על־ידי המזיק השני, נזק שדומה במשהו לנזק ראייתי במוכן זה שהמזיק השני הוא זה שגרם בהתערבותו העוללית לנזק ממון לנפגע ואין נפקא מינה מה היה מקורו של אותו נזק ממון.

57 ע"א 15/66 שנער נ' חסן, פ"ד כ(2) 455.

58 שם, עמ' 463.

59 פ"מ תשל"ז(1) 222.

נשכר...⁶⁰, ואילו השופט ברק בעניין גבריאל גורס כי טענה מפיו של מזיק שלפיה אינו צריך לפצות את הניזוק על אובדן הכנסה בשנים האבודות, משום שלא רק פגע בכושר השתכרותו אלא גם קיצר את תוחלת חייו, איננה עולה בקנה אחד עם החובה להפעיל זכות בתום לב ובדרך מקובלת⁶¹.

בד בבד עם עמדה זאת, השופט ברק בעניין פרייליך⁶² והשופט ריבלין בעניין אטינגר מדגישים בצדק רב שאין לאמץ גישה עונשית בדיני הפיצויים⁶³.

בעניין אטינגר נזקק בית המשפט העליון לאמירה האמורה כדי להראות עד כמה תוצאת עניין גבריאל לא הייתה צודקת. בעיניי האמירה האמורה היא מוקשית.

היא לא הייתה מדויקת גם בתקופה שלפני עניין אטינגר הואיל ובחלק ניכר מהמקרים הנדונים בתביעות נזיקין עדיין היה יותר זול לפצוע מאשר להרוג. ספק אם מצב דברים זה ישתנה גם לאחר הילכת אטינגר, שכן בכל המקרים של הנפגעים הקשים עדיין יהיה זול יותר להרוג מאשר לפצוע. אין באמירה זו יותר מאשר תיאור, מדויק יותר או מדויק פחות, של מצב דברים סטטיסטי כללי וגורף בדומה לאמירות נוספות אפשריות, למשל "זול יותר להרוג זקנים מאשר צעירים" או "זול יותר בישראל, להרוג בני מיעוטים מאשר יהודים", או אם נחבר את השתיים "זול יותר להרוג בני מיעוטים זקנים מאשר יהודים צעירים" או "זול יותר לפצוע קשה מאוד מאשר לפצוע קשה"⁶⁴. דוגמא נוספת "זול יותר להביא למותו של אדם במוות מידי מאשר במוות איטי" וכיוצא באלה.

בנוסף לכך, לגבי דידו של ההורג, האמירה אינה נכונה, הרי הוא צפוי לעמוד למשפט פלילי ויכול שיוטל עליו עונש מאסר, יישלל רישיונו לשנים רבות וייגרמו לו מן הסתם גם ייסורי מצפון ואולי אף הכתמה חברתית מסוימת.

כמו כן, לגבי דידו של אותו מזיק השאלה מה זול יותר, להרוג או לפצוע, ברוב המכריע של המקרים איננה מעלה או מורידה, שכן הוא איננו משלם מכיסו את הפיצויים

60 שם, עמ' 230 וראו ביקורת שמתח על כך כבוד השופט זילר בת"א (י-ם) 232/75 מימון נ' אורטל, פ"מ תשל"ט(1) 148 (להלן – עניין מימון).

61 עניין גבריאל (לעיל, הערה 2), עמ' 548.

62 ע"א 773/81 עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 816, עמ' 831-830.

63 שם, פסקה 16. אם כי בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1) מביא כבוד השופט ריבלין שני ציטוטים להצדקת עמדותיו כשבשניהם מדובר על מניעת רווח מהמעוול: "Moreover, it would permit the tortfeasor to benefit from the consequences of his own wrongful act at the expense of the innocent victim. Such a result would be inconsistent with both law and logic" (*Doe v. United States*, 737 F. Supp. 155, pp. 163-164 (1990)); "The alternative method of awarding damages based on the victim's shortened life expectancy would, in effect reward the defendant for having successfully injured the plaintiff so severely as to curtail his or her life span" *In re Weinstein*, Joint Eastern & Southern District Asbestos Ltd. 726 F. Supp. 426, p. 428 (1989).

64 שכן פצועים קשה מאוד לא ניתן לשקם ולכן לעתים הם גם נמצאים במוסד וגם הוצאות הטיפול בהם הן בעיקר סיעודיות.

לא במקרה של גרם פגיעה ולא במקרה של גרם מוות. ברוב המקרים של המקרים נושאים בפיצויים במישורין חברות ביטוח ו/או מעבידים ובעקיפין, הציבור כולו. יצוין כי כשבתאונות דרכים קא עסקינן, בחלק לא מבוטל מהתאונות אין בכלל מזיק שהורג או פוצע, שכן מדובר בתאונות עצמיות ובכל מקרה אין מתאם בין מידת אשמו של הנוהג לבין עובדת היותו נתבע לדין, שכן בתאונות מעורבות רבות הנהג הנתבע הוא נתבע נומינלי בלבד, שכן ברור שהאשמה רובצת לפתחו של הנהג האחר, ודווקא אותו נהג אחר שהרג ופצע איננו אחראי כלל על-פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. הוא הדין לגבי נהג, שדרס הולכי רגל או רוכב אופניים, ולא ניתן למצוא בו כל אשמה, ובכל זאת הוא ייתבע ויחויב לפחות באופן נומינלי בפיצויים. האמור לעיל מלמד שההצדקה שהזכרה להלכה בוודאי איננה מתאימה לתחום תאונות הדרכים ולכן מן הראוי שלא להחיל את ההלכה על תביעות לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

הנימוק הרביעי שמביא בית־המשפט בעניין אטינגר לתמיכה בעמדתו שלפיה יש לפצות את הניזוק החי על הפגיעה בכושר השתכרותו בשנים האבודות, הוא נימוק ההרתעה היעילה⁶⁵. כללי האחריות בדיני נזיקין צריכים לעלות בקנה אחד עם חתירה להשגת הרתעה יעילה מבחינה כלכלית והשגת תועלת חברתית מצרפית. אי-הכרה בפיצויים בגין השנים האבודות יביא להרתעת חסר. כתוצאה מכך מעוולים בכוח לא ישאו בהוצאות המלאות האמיתיות של פעילויות בלתי רצויות או יימנעו מלנקוט אמצעי זהירות שעלותם נמוכה מתוחלת הנזק. בית־המשפט מדגים את הדברים האלה בדוגמה הזו: בתרחיש הראשון המזיק גרם לניזוק נכות פיזית קשה המונעת ממנו יכולת להשתכר, אך לא קוצרה תוחלת חייו של הניזוק. במקרה כזה זכאי הניזוק למלוא הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות עד תום תוחלת השתכרותו. בתרחיש השני המזיק גרם לניזוק נזק גופני שקיצר את תוחלת חייו. במקרה זה, לפי הדין שנהג לפני ההלכה, לא היה הניזוק זכאי להיפרע את הפסד השתכרותו בשנים האבודות. בתרחיש הראשון יחויב המזיק בפיצוי על מלוא הנזק שגרם בעוולה. ואילו "המזיק בתרחיש השני לא ישא במלוא הנזק שגרם בעוולה, ולפיכך אין לצפות כי יראה לנגד עיניו, בטרם מעשה, את תוחלת נזקו. לעומת זאת, פסיקת פיצויים לניזוק בגין אובדן יכולת השתכרותו 'בשנים האבודות'... תביא להפנמה מלאה של העלויות הנובעות ממעשיו של המזיק"⁶⁶.

יפה עושה בית־המשפט, ולא בפעם הראשונה, כשהוא נדרש בפסק־דינו לניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין, לפחות כאמצעי חשוב נוסף בחתירה לגיבוש הלכה מושכלת ולבחינה רציונלית של ההלכה הראויה. עם זאת השימוש בדוגמה דנא במקרה זה רחוק מאוד מלשכנע. כשבתאונה עסקינן ואכן רוב בניין ומניין של האירועים הנזיקיים הם תולדה של תאונות, לא ישקול המזיק ברגיל כלל אם כדאי לו לפצוע תוך גרם קיצור תוחלת חיים או לפצוע בלי לקצר תוחלת חיים. אין שום דרך לצפות תוצאה כזאת של

65 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 17 לפסק־הדין.

66 שם.

תאונה. התוצאה המדויקת של מעשה עוולה היא במקרים רבים מקרית. המזיק במקרים אלה לא בחר בתוצאה ולעתים אף לא בחר במודע בהתנהגות שגרמה לה. מה יכול אדם לעשות כדי לעבור מקטגוריה של פגיעה קשה המקצרת חיים לפגיעה קשה שאינה מקצרת חיים? אמת, כל שינוי בכללי האחריות או בהיקפה יכול באופן עיוני להשפיע על מידת ההרתעה של התנהגות שבעטייה תוטל האחריות. עם זאת הפנמה מלאה של הוצאות התאונה אינה הכרחית להשגת הרתעה יעילה. מכל מקום הפנמה מלאה כזאת לא תושג באמצעות הטלת אחריות בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. בלי להקל ראש חלילה בחשיבות גורם ההרתעה הכללית בנוזיקין בכלל ובתחום תאונות הדרכים בפרט⁶⁷, ברור שבדין ובפרקטיקה הנוהגים, שיקולי ההרתעה בתרחישים האמורים אינם בעלי כוח משכנע גם בלי שנצביע על כך שהנטייה הטבעית של אנשים היא להניח שלהם זה לא יקרה ולהאמין שהם לא יהיו מעורבים בתאונה כלל.

נוסף על כך, כפי שכבר נאמר, בשיטת משפט שבה הנוהג ממילא לא משלם, לא במקרה של פגיעה קשה שיש עמה קיצור תוחלת חיים ולא במקרה של פגיעה קשה שאין עמה קיצור תוחלת חיים, ההרתעה בנושא זה היא לצערי זניחה. יתרה מזאת, אם ההשוואה היא בין גרם מוות לבין פגיעה, קשה ככל שתהיה, הרי שלפי שיטתו של בית-המשפט כאן יהיה למזיק תמריץ להרוג ולא לפצוע כדי לחסוך בכסף, בשעה שלמעשה יש לו תמריץ לפצוע ולא להרוג כדי להימנע מעונש מאסר ושלילת רישיון לשנים ארוכות ונקיפות מצפון.

השימוש בנימוק ההרתעה היעילה בעייתי במיוחד במקרי תאונות דרכים ויש בכך בעיני עוד טעם לכך שלא רק שאין הצדקה להלכה בדיני נזיקין בכלל, אין לה הצדקה בתביעות על-פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים על אחת כמה וכמה.

בחוק הפיצויים בוטל כל נושא האשם ויחד עמו מותנה מאוד מדיניות ההרתעה. התכלית שעמדה בבסיסו הייתה הרצון לתרגם חובה מוסרית של החברה לדאוג לנפגעים בתאונות הדרכים ללשון המעשה והדבר נעשה על-ידי הסטת הדגש מהאחריות האישית הרובצת על המעוול אל האחריות המוטלת על החברה בכללותה לדאוג לנפגעים.

כאמור, בתביעות הנדונות על-פי חוק הפיצויים לא עולה כלל שאלת האשם. במספר רב של מקרים לא קיים כלל מזיק; כך למשל הוא המצב בתאונות עצמיות של נוהגים, או בתאונות מעורבות שבהן במקרים רבים הנהג החף נושא לפחות באופן נומינלי באחריות לתאונה שבה הנהג שהלכה למעשה פצע והרג אינו אחראי על-פי החוק. כך גם מקרהו של הולך רגל שברשלנות רבתי פרץ לכביש ונפגע. הנשיא י' כהן בפסק-דין הרוב בעניין גבריאל נדרש לסוגיה זאת באומרו:

"מצב החקיקה אצלנו שונה מזה, שבו דנו אותם הסופרים, מכיוון שקיימת אצלנו אחריות מוחלטת לגבי הרוב המכריע של העניינים, שבהם

67 ראה ד' מור "גורם ההרתעה במלחמה בתאונות דרכים" ספר לובנברג (1987) 257-293.

נפסקים פיצויים לפי דיני נזיקין, ועל-כן הדיבורים על 'מזיק', שצריך לפצות את ה'ניזוק', הם במקרים לא מעטים אנאכרוניסטיים, כי גם אם האשם היחיד בנוק שנגרם הוא הניזוק, הוא זוכה לפיצויים".

שיקול ההרתעה היעילה אינו מעלה ואינו מוריד לשיטה של אחריות מוחלטת ולחוק סוציאלי שאינו פועל לפי כללי יעילות כלכלית. כך למשל, אין מתאם בחוק זה בין אשמה שאינה רלוונטית לבין גרם נזק. אין מתאם בין עלות ביטוח החובה לבין העבר הביטוחי של הנוהג. החוק אינו מכיר באשם תורם אפילו בנסיבות שלא רק היה אשם תורם גבוה של הנפגע אלא שנפגע כזה הוא מונע הנזק או השוקל הטוב ביותר. מדובר בחוק שבו הגדרת רכב מנועי השתנתה מעת לעת, התפרשה גם על פעילויות שכל קשר בינן לבין שימוש תחבורתי היה מקרי בלבד, וכתוצאה מכך נגרמה חלוקת משאבים מעוותת. מדובר בחוק שעד עצם היום הזה מסבסד בכללי האחריות שלו בגלל עקרון ייחוד העילה שורה של פעילויות ששיקולי הרתעה יעילה היו חייבים לכלול אותן במעגל האחריות כמו פעילויות מוסכים, רשויות דרכים, קבלנים המשאירים מכשולים בדרך ועוד.

הוראות נוספות בחוק הן סוציאליות טהורות ומנוגדות ליעילות כלכלית למשל פיצוי תלויים לפי סעיף 7 ב או פיצוי מלא של תלויים בלי לנכות את ידת המנוח במצבים מסוימים של תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים) ועוד.

המזיק בתאונות דרכים בכל מקרה אינו "מפנים" את הנזק לו גרם, שכן הפיצוי אינו יוצא מכיסו. עקרון הפיזור הנלווה לביטוח החובה (פיזור על פני כלל ציבור המבוטח בביטוח חובה) מאיין את עקרון ההפנמה⁶⁸.

נימוק נוסף לכך שההרתעה שהיוותה אחד הנימוקים להחלת הפיצוי בגין השנים האבודות על תביעות לפי פקודת הנזיקין אינה חלה בתביעות לפי חוק הפיצויים, הוא ההסדר הקבוע בסעיף 7 בחוק הפיצויים:

68 ראו מאמרו של י' גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב (תשנ"ג-תשנ"ד) 421, עמ' 494-495; "על ההתאמה בין ההיבט הנזקי להיבט החוזי של הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות דרכים" משפטים כג (תשנ"ד), עמ' 389-436. בסעיף 4 למאמר האחרון, מנתח המחבר את נושא ההרתעה בחוק, וקובע שמחוקק חוק זה ויתר על נושא ההרתעה. ובלשון המאמר: "העדפת הפיזור והפיצוי על הרתעה. תכונתו המרכזית של הסדר-הפיצויים היא העמדת שיקול הפיזור והפיצוי במרכזו של ההסדר המשולב תוך ויתור על ההרתעה... ברור כי המחוקק ביקש לשמור על מידה מסוימת של הרתעה על בסיס קזואיסטי לגבי התנהגויות שלכאורה הן מקטינות רווחה. שלילת הזכאות ממי שגרם לתאונה במתכוון, ממי שהרכב סייע לו בכיצוע פשע, ממי שנהג או שנסע ביודעין ברכב ללא היתר מבעליו או ללא רישיון והטלת נטל הנזק על גורמים אלה באמצעות תביעות חזרה – כל אלה הם ביטוי להרתעה קזואיסטית. מעניינת העובדה כי בחוק זה הופעלו אמצעי ההרתעה גם נגד מי שמכשיל את מגמת הפיזור על-ידי מחדל לבטח. הכוח המרתיע של דיני-הנזיקין נקרא כאן לשרת את המטרה ה'מתחרה' של הפיזור".

"תלויים בנפגע יהיו זכאים לתבוע פיצויים לפי חוק זה גם אם הנפגע עצמו לא היה זכאי לכך לפי סעיף 7, ואם היו תלויים במי שנפגע כשנהג ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח אינו מכסה את החבות הנדונה, יהיו זכאים לתבוע כאמור מן הקרן".

גם כאן ברור השינוי המהותי מהוראות וממטרות פקודת הנזיקין. המדיניות הסוציאלית שבחוק הפיצויים אינה עולה בקנה אחד עם תכלית ההרתעה.

2. סיכום ומסקנות

שעה שאין הסכמה על זכאות הנזיקן החי לפיצוי בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות, דומה שמקובל על הכול שאין לקפח את התלויים בניזוק חי שכזה וצריך למצוא דרך כדי לאפשר להם ליהנות מתמיכה שתיתן להם מאותם סכומי כסף שהיה צובר באותן שנים אבודות.

יש דרכים אחדות כדי להגיע לתכלית ראויה זאת, כשהקניית עילת תביעה לניזוק החי כאמור היא רק אחת מהן. בהמשך אדרש לדרכים אלה. בפסק-דינו בעניין אטינגר, בחר בית-המשפט העליון כאמור להכיר בעילת התביעה של הנזיקן החי להפסד שכרו בשנים האבודות ובאותו פסק-דין וכפועל יוצא מההלכה האמורה, הכיר בית-המשפט גם בזכות העיזבון ליהנות מהפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות. האם יש הצדקה להלכה זאת? מה הם יחסי הגומלין בין תביעת העיזבון לאחר אימוץ הלכה זאת לבין תביעת התלויים?

אלו הן השאלות האמיתיות שהיו צריכות להיחקר לעומקן בעניין אטינגר. למרבית הצער הן נדחקו לקרן זווית ובעמודים הבאים אשתדל למלא לפחות חלק מהחסר.

ד. שאלת זכאות העיזבון לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות

1. מבוא

קשה למצוא משפטנים בעולם הרחב שתומכים בפה מלא או אפילו בחצי פה בהלכה שלפיה העיזבון זכאי לפיצויים בגין השנים האבודות. נהפוך הוא, קיימת תמימות דעים כמעט מוחלטת כי אין זה מן הראוי לזכות את העיזבון בפיצוי בגין נזק הממון של המנוח בשנים האבודות. דומה שכל אלה שתמכו במתן זכות לעיזבון לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות של המוריש המנוח בשנים האבודות, עשו זאת כמי שכפאם שד. כך למשל

כותב השופט גריפית, שהיה הראשון בדיון האנגלי שהחליט על פיצוי העיזבון בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות בעניין *Kandalla v. British Airways Board*⁶⁹:

“I have no enthusiasm for these results that seem to flow inevitably from deciding that a claim for the lost years survives for the benefit of the estate. It does the deceased no good for, unlike the living plaintiff who recovers for the lost years, the deceased can derive no comfort from the thought that he can make proper provision for his dependants, or any other objects of his bounty. In fact, in most cases it will merely provide a windfall for the dependants, who will recover not only fair compensation for their pecuniary loss but an additional sum over and above such loss. The damages will, of course. Almost always be paid by insurance companies, but the ability to pay such damages will have to be passed on to the general public through increased premiums, so it is the public who will be paying these extra damages which appear to me to breach the underlying basis on which damages are assessed, namely that they should be fair compensation for the loss sustained. In these circumstances I confess that I have striven to find a legitimate judicial basis on which to reject the plaintiff's submissions”⁷⁰.

בבית הלורדים בעניין *Gammell*⁷¹ כתב לורד דיפלוק דברים דומים:

“My Lords, I understand your Lordships to be at one in holding that both of these appeals must be dismissed. I am of the same opinion, reluctantly because I do not think that his outcome is either sensible or just ...the law of damages for death has, in my view reached a state for which I can see no social, moral or logical justification. ...The first judicial step down the slippery slope that led into a morass from which I think that only Parliament can now extricate us”⁷².

אכן דברים כדרכנות וזה המדרון שבו אנו מצויים בעקבות הילכת אטינגר וזוהי הביצה שבה נדשדש.

69 341 All E.R. 1 (1980).

70 שם, עמ' 349.

71 לעיל, הערה 52.

72 שם, עמ' 581.

אימצנו אל חיקנו הלכה בלתי רצויה, בלתי הגיונית ובלתי צודקת תוך שינוי סדרי בראשית וסטייה רבתי מכל הנהוג והשגור עד כה ותוך כדי קשיי יישום אדירים, כאלה שהוגדרו על-ידי שופט בית הלורדים כגרוטסקיים.

באותו עניין מדגיש Lord Fraser of Tullybelton את חוסר ההיגיון והצדק בהלכה זאת בעיקר כשמדובר במצב שבו הורים תובעים כיורשים פיצויים בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות של בנם הצעיר שהלך לבית עולמו⁷³.

גם בספרות המשפטית נשמעו קולות דומים. כך כתב למשל Weir:

"[T]he claim in Picket transmitted to the victim's estate, though such transmission is not only useless but pernicious as well"⁷⁴.

וברשימה שבה נדון פסק-הדין בעניין *Gammel* נאמר בין היתר:

"It must be a serious blot on the working of our system of precedent if the members of the highest tribunal find themselves driven ineluctably to an unjust result in an important area of the law and not in an out of the way corner. And it has all come about with the best of intentions"⁷⁵.

2. בחינת משמעות ההלכה

מן הראוי לבחון את משמעות ההלכה בשלושה מצבים:

- א. כאשר יש זהות בין התלויים לבין היורשים;
 - ב. כאשר אין זהות בין התלויים לבין היורשים;
 - ג. כאשר יש יורשים אך אין תלויים.
- למעשה קיימת אפשרות רביעית והיא כשיש זהות חלקית בין התלויים לבין היורשים. למרות שאפשרות זאת איננה בהכרח נדירה, וחרף העובדה שהיא טומנת בחובה קשיים יישומיים, אין בה משהו ייחודי שמצדיק דיון נפרד בסוגיה העומדת כאן על הפרק. באופן עיוני אפשר להבחין גם בווריאנטים שונים של המצבים האלה, שניתן להציגם כמצבים עצמאיים למשל:

1. יש זהות בין התלויים לבין היורשים, אולם רק התלויים יכולים לתבוע או;
2. יש זהות בין התלויים לבין היורשים, אולם רק היורשים יכולים לתבוע או;
3. אין זהות בין התלויים לבין היורשים, אך רק התלויים יכולים לתבוע או;
4. אין זהות בין התלויים לבין היורשים, אולם רק היורשים יכולים לתבוע.

73 שם, עמ' 588.

74 Weir (לעיל, הערה 54), עמ' 22.

75 "Note 'Damages For Lost Years' 97 *L.Q.R.* (1981) 353, p. 353.

יש בעייתיות מסוימת גם במצבים האלה ולעתים נמצא בספרות המשפטית הידרשות אליה. כך למשל במקרה שיש זהות בין היורשים לבין התלויים ותביעת התלויים מטעם זה או אחר, למשל טעם דיוני, חסומה. אם לא יוכל העיזבון לזכות בפיוצויים בשל הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות ייוותרו התלויים בלא תמיכה ובלא פיוצוי. מדובר למשל במצב שבו כושר ההשתכרות של הניזוק הופחת בעוולה, אך הניזוק נפטר בטרם המשפט מסיבה שאינה קשורה במעשה הנזיקין.

התלויים נותרים בסיטואציה כזו בלא תמיכה ובלא פיוצוי, שכן אין להם עילת תביעה כנגד המזיק מאחר שהמנוח לא מת כתוצאה ממעשה הנזיקין. אשר לעיזבון ממילא לא הייתה לו עילה בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, שהרי אם נגזר על המנוח למות, ללא קשר לעילה הנזיקית, הרי ממילא לא היה משתכר בשנים האבודות. במקרים אחרים, ייהנו התלויים שהם גם יורשים מקיום עילת העיזבון, למשל מקום שבו שכרו של המנוח זניח היה בהשוואה לשכר אשתו ובחישוב הקופה המשותפת לא נגרם במותו הפסד ממון לתלויים. במקרה כזה, לאור ההלכה יוכלו אותם תלויים לקבל כיורשים פיוצוי בגין הפסדי ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות. להלן אבחן את הנפקות המשפטית של ההלכה על כל אחד מהמצבים העיקריים שפורטו לעיל.

3. זהות בין התלויים לבין היורשים

דומה שפסק־הדין כמעט ומרוקן מכל תוכן מעשי את עילת התלויים כאשר יש זהות בין התלויים לבין היורשים. ברי כי לבן משפחה שהוא גם יורש וגם תלוי יהיה כמעט תמיד עדיף לתבוע כיוורש. מבחינה עיונית ייתכנו מצבים שבהם אולי תביעת התלויים תהיה אטרקטיבית יותר, למשל כשעל העיזבון רובצים חובות כבדים ונושים אחרים ינסו לנגוס בו. אמנם מובטח לתלויים בתנאים מסוימים ליהנות ממזונות מהעיזבון, אך דומה שבמקרה כזה תביעת תלויים עצמאית תהיה אולי אטרקטיבית יותר. הוא הדין אולי במקרים שבהם בנוסף לתמיכה הכספית סיפק המנוח שירותים מופלגים ובעלי ערך כלכלי רב לבני משפחתו, למשל כשמדובר במות עקרת בית שהשתכרה שכר זעום בעבודה חלקית ביותר אך טיפלה בכל צורכי בני הבית ושווי השירותים שהעניקה גדול יותר מהכנסתה. במקרה כזה עילת התלויים תהיה מן הסתם גבוהה מעילת היורשים, אם כי שאלה יפה היא אם בתביעת היורשים אי אפשר לטעון שיש לכמת גם את שווי השירותים שהעניקה המנוחה שכן היא הייתה בת חורין בעתיד להפסיק ליתן שירותים ולנצל את פוטנציאל ההשתכרות שלה להשגת שכר גבוה בהרבה ובחישוב הפגיעה בכושר ההשתכרות שלה יש ליתן לזה משקל.

אולם בכפוף למקרים אלה וברוב המכריע של המקרים יעדיפו בני המשפחה להגיש תביעת יורשים על פני תביעת תלויים מהטעמים הבאים:

- א. במקרים רבים הסך של הפסד ההשתכרויות בשנים האבודות בניכוי הוצאות המחיה של המנוח יהיה גבוה יותר מהתמיכה שאבדה לתלוי שהוא גם יורש. למשל כשהתלויים יורשים הם הורים מבוגרים או ילדים בגירים או כשמדובר באלמנה שהשתכרה בעצמה סכום גבוה יותר מהמנוח, או אפילו במקרים קיצוניים יותר, למשל אלמנה שכבר נישאה בשנית לאדם שמצבו הכלכלי טוב יותר מזה שהיה למנוח.
- ב. גם במקרים האחרים, למשל כשמדובר במנוח שהותיר אחריו אלמנה עם מספר ילדים, דרך חישוב הסכום נטו שייוותר בידי התובעים מיטיבה יותר עם היורשים מאשר עם התלויים (למשל עקב ניכוי חצי ידה בלבד בתביעת היורשים) וכבר מבחינה זאת נוצר תמריץ כלכלי משמעותי לבני המשפחה לתבוע כיוורשים ולא כתלויים.
- ג. בתביעת תלויים יש חשיבות רבה לגילם של התובעים, לאורך תקופת התלות ולא-ודאיות נוספות לגבי עתידם של התובעים. לעומת זאת בתביעת העיזבון ההתחשבות בפרמטרים אלה היא רק לעניין הניכוי ודומה שבמקרים רבים יהיה להבדל זה משמעות כספית שתמריץ העדפה של בחירה בתביעת העיזבון.
- ד. מתביעת תלויים מנכים את הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני וקיצור תוחלת החיים של המנוח, כיוון שרואים אותם כטובת הנאה שצמחה לתלויים כיוורשים כתוצאה מהמוות. ניסיונות להימנע מניכוי כזה נדחו על-ידי בית-המשפט העליון⁷⁶. בתביעת יורשים אין ניכוי דומה, כך שדמי הפיצויים בגין הנזק הלא ממוני שיכולים להיות משמעותיים (בעניין אטינגר הגיעו ל-350 אלף ש"ח + ריבית מיום המוות) מתווספים לנזקים הממוניים לרבות הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות.
- ה. שעה שמתביעת תלויים מנכים את טובות הנאה שצמחו להם כתוצאה מהמוות, אין עושים כן בתביעת יורשים.
- בתביעת הורים למשל שהם יורשי בנם הבוגר שנהרג עקב מעשה נזיקין, לא זו בלבד שבתביעת יורשים הם ייהנו מפיצוי בין היתר בשל הפסד ההשתכרות של בנם בשנים האבודות, אפילו עבור תקופה שיש להניח שכבר לא יהיו בה בין החיים, אלא שבתביעת תלויים, לא זו בלבד שגילם המתקדם יובא בחשבון לעניין אורך התלות, אלא שיפחיתו מסכום התמיכה האבודה את שווי הירושה שהוריש להם בנם המנוח, גם במקרים שאין מפחיתים בתביעות של סוגי תלויים אחרים, לא את הירושה ואפילו לא את ערך ההאצה שלה⁷⁷.
- שאלה גדולה היא מה דינן של גמלאות הביטוח הלאומי ששולמו למנוח לפני מותו ולבני משפחתו לאחר מכן ועתידים להיות משולמים לבני המשפחה שהם גם תלויים וגם

76 למשל בע"א 2376/93 עיזבון המנוחה מיכל קידר ז"ל נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(1) 594.

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

יורשים. לית מאן דפליג שיש לנכות מתביעת התלויים את הגמלאות ששולמו ו/או ששולמו להם לאחר המוות, אולם מה דין הניכוי כשמדובר בתביעת יורשים? ברי שככל שמדובר בגמלאות ששולמו למנוח עצמו לפני מותו, יש לכאורה לנכותן שכן לו היה המנוח עצמו נשאר בחיים ותובע פיצויים, היו מנכים אותן מהפיצויים כדי שלא ייהנה מפיצוי יתר, והמזיק, החייב גם לשפות את המוסד לביטוח לאומי, לא יילקה בכפל פיצוי. אולם מה דינן של גמלאות ששולמו ליורשים עצמם, האם יש לנכותן? דיון מפורט בסוגיה זאת חורג מגדר מאמר זה. אעיר רק כי יש פסיקה של בית־המשפט העליון שמנכה סכומים אלה⁷⁸. פסיקה זאת לא ניתנה לאחר שקלא וטריה משפטית, היא לא מנומקת והשופטים אינם נראים בה כערים בכלל לבעייתיות הסוגיה. פרופ' ברק מתח ביקורת נוקבת על הפסיקה שהתירה את הניכוי⁷⁹ ומעניין שכל אלה לא נדרשו כלל ללשונו המפורשת של סעיף 19(ב) לפקודה שלפיו מקום שבו המעשה או המחדל שיצר את העילה, הוא גם זה שהביא למות הניזוק, "יהיו הפיצויים שניתן להיפרע לטובת העיזבון מחושבים בלי שים לב להפסד או לריווח שנגרם לעיזבון עקב המוות...". מן הראוי לשוב ולבחון את פירוש סעיף זה אם ההלכה החדשה תישאר עוד ימים ארוכים על מכונה ולא תתוקן בחקיקה.

שאלה נוספת שיכולה להתעורר ולא נידרש לה כאן, היא שאלת אופן חישוב הניכוי מקום שמדובר בפיצוי בגין הפסד השתכרות המוגבל בתקרה סטטוטורית, כגון פיצוי לפי חוק האחריות למוצרים פגומים.

מתן פיצוי להורים כיוורשים בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, שעה שאין הם זכאים להיפרע פיצויים באותו מקרה כתלויים הוא בעייתי. הדין מדבר כאן בשני קולות ושולח מסרים כפולים וסותרים. הורים ברגיל אינם זכאים להיפרע פיצויים כתלויים בבנם הצעיר שנהרג כתוצאה ממעשה נזיקין. הרציונל לכך הוא שאין זה סביר שהיו נתמכים על-ידי. מדרכו של עולם שהורים תומכים בילדים והילדים הולכים להם לדרכם, מקימים משפחה ותומכים בה. ידועה המימרה שלפיה אב אחד יכול לתמוך בעשרה ילדים אך לעתים עשרה ילדים אינם יכולים לתמוך באב אחד. האפשרות שאולי אי פעם בעתיד יזדקקו ההורים לעזרת ילדיהם נראית תאורטית וספקולטיבית ואינה מספקת כדי לשנות את העמדה העקבית שמציג הדין בנדון והנה באמצעות ההלכה החדשה, יקבלו ההורים כיוורשים את אותו פיצוי ספקולטיבי שהדין מנע מהם כתלויים ונדרש לדוגמה זאת גם כשנדון במצב השלישי לעיל.

עולה מכל האמור לעיל כי תביעת העיזבון לפיצוי בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, הפכה להיות מתכון בדוק לפיצוי יתר מיותר ומשמעותה המעשית היא

78 ראו למשל ע"א 512/64 עזבון המנוחה רחל בן משה ז"ל נ' בן נון, פ"ד יט(1) 388.

79 בספר דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי – עורך, תשל"ז) והוא כותב בסעיף 415: "אם במותו של אדם מגיעים לעיזבון דמי ביטוח לאומי, אין להתחשב בכך בהערכת נזק העיזבון".

במקרים רבים, שבהם יש זהות בין תלויים ליורשים, ייתור למעשה של תביעת התלויים. פתיחת שער בפני תביעות ממוניות כאמור, על-ידי יורשים מסכלת במקרים אלה את כוונת המחוקק כפי שבוטאה בסעיפים 78-81 לפקודת הנזיקין, וכל זאת בדרך של חקיקה שיפוטית שאיננה מעוגנת אפילו בעקיפין בחוק חרות ולא ניתן להציגה כפרשנות של הוראה חקוקה. מן הראוי היה ליתן את הדעת לפלישה זאת של הרשות השופטת למגרשו של המחוקק ולריקון לפחות חלקי של הסדר חקוק ולהימנע מכך.

קושי גדול נוסף שמתעורר במקום שיש זהות בין תלויים ליורשים נובע מניגוד אינטרסים אפשרי בין התלויים השונים. טול למשל מקרה רגיל של אלמנה ויתומים. מאחר ששנות התלות של היתומים מעטות מאלו של האלמנה, עדיפה מבחינתם, אך לא בהכרח מבחינתה, תביעת יורשים. או טול מקרה של שני יתומים. האחד מתקרב לגיל 21 והשני צעיר בהרבה. לראשון בוודאי כדאי יותר לתבוע כיוורש. במקרים כאלה, יכול שתוגשנה תביעות משולבות, של תלויים ושל יורשים, ויהיה מסובך למדי לדון בהן.

4. כאשר אין זהות בין התלויים לבין היורשים

כשאין זהות בין התלויים לבין היורשים, חשוף המזיק (או מעבידו או מבטחו) לסיכון ממשי של פיצוי כפול וזאת בניגוד לעיקרון יסוד של דיני הפיצויים שלפיו אין להטיל על האחראי לנזק לשלם פיצוי גבוה יותר מהנזק לו הוא אחראי⁸⁰. מטעם זה למשל, מנכים מדמי הפיצויים שנפסקים לנפגע בנסיבות שמקנות לו גם זכאות לגמלאות מהמוסד לביטוח לאומי, את אותן הגמלאות כדי שהנתבע לא יאלץ לשלם לניזוק ולמוסד לביטוח לאומי גם יחד, סכום העולה על גובה הנזק לו הוא אחראי. כותב השופט לרון בעניין סלמן⁸¹:

“כשאין זהות בין התלויים ליורשים הרי התוצאה הנובעת מהוראת סעיף 19 (ד) תהיה שהמזיק יצטרך לשלם את הפסד ההשתכרות בשנים האבודות שתי פעמים: פעם אחת כהפסד השתכרות לעיזבון ופעם שנייה כהפסד תמיכה לתלויים ותוצאה כזו מנוגדת לעקרון היסוד של Restitutio החזרת המצב לקדמותו ושל תשלום הנזק כפי שאירע בפועל ולא יותר מכך. מכאן שהפירוש לפיו אין לעיזבון עילת תביעה בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות משתלב גם עם מבנה הפקודה ומונע תוצאה בלתי רצויה”⁸².

80 ראו גם עניין אבנר (לעיל, הערה 16).

81 ת"א (ב"ש) 363/77 סלמן נ' איגלינסקי, פ"מ תש"ס(1) 370 (להלן – עניין סלמן).

82 שם, עמ' 375.

השופט זילר בעניין מימון⁸³ נוקט לשון חריפה יותר: "קשה לייחס למחוקק כוונה זדונית לחייב מזיק לשלם פעמיים עבור אותו פריט נזק, פעם לתלויים ופעם לעיזבון. מכל מקום אילו לזאת התכוון המחוקק כי אז צריך היה לגלות דעתו בבירור שבניגוד לכל הגיון אנושי ומשפטי, הוא יצר מצב מכוחו יכול שמזיק יחויב לשאת כפל הנזק הממשי שגרם". השופט גלעד בת"א (ב"ש) 250/80 מגדיר את תוצאת כפל התשלום כ"תוצאה לא צודקת (כלפי המזיק), לא רצויה והמחוקק גם לא התכוון אליה"⁸⁴.

גם שופטי בית הלורדים שנדרשו לעניין הודו בכך שפיצוי העיזבון בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות יכול שיצמיח תוצאה בלתי רצויה של כפל תשלום שכזה. כותב למשל לורד וילברפורס:

"In cases, probably the normal, where a man's actual dependents coincide with those for whom he provides out of the damages he receives, whatever they obtain by inheritance will simply be set off against their own claim. If on the other hand this coincidence is lacking, there might be duplication of recovery. To that extent injustice may be caused to the wrongdoer"⁸⁵.

לדבריו שם, אם הבחירה היא בין דין שמקטין אי-צדק ברור ומוכר במקרים של אירוע רגיל במחיר של אפשרות היווצרות מספר קטן יותר של מקרים של פיצוי יתר, לבין השארת המצב הקיים, הוא מעדיף לשנות מצב זה ולסמוך על המחוקק לתקן הטעון תיקון.

נוסף לחוסר הצדק הכולט שבחייב הכפול של הנתבעים – לתלויים ולירושים, פותח הדבר שער בפני תכסיסים משפטיים שעלולים להגדיל את העיוות שידבק בסעד הפיצוי ויסכלו את מטרת המחוקק לגביו. כך למשל כותב השופט זילר בעניין מימון⁸⁶: "נקל לשער את הקומבינציות שתומצאנה אם יתאפשר מצב שכזה. תלויים שהם גם יורשים, יוותרו על הירושה לטובת מי שאינו תלוי, ואם לא יהיה כזה ירכזו את הירושה בידי הנתמך הזכאי לסכום המזערי ונמצא המזיק משלם פעמיים, פעם מכוח סעיף 78 לתלויים שאינם יורשים... ופעם ליורשים שאינם תלויים"⁸⁷.

הפתרון לחשש זה שמצביעים עליו השופט ברק בעניין גבריאל ובית-המשפט בעניין אטינגר טמון בהילכת הניכוי ובמקרה זה – ניכוי תביעת התלויים מתביעת היורשים ובדרך זאת, מניעת פיצוי כפול. קדם להם בהצעה זאת השופט האוסטרלי טיילור⁸⁸.

83 עניין מימון (לעיל, הערה 60).

84 שם, עמ' 160.

85 עניין Pickett (לעיל, הערה 20), עמ' 781.

86 לעיל, הערה 83.

87 שם, עמ' 158.

88 בעניין Skelton (לעיל, הערה 48). ראו גם: Mesher & Todd (לעיל, הערה 44).

אם יחליטו בתי-המשפט לדבוק בעיקרון שאין להטיל על המזיק חובת פיצוי כפולה, תתעורר שאלת חלוקת הפיצויים בין היורשים לבין התלויים שכן העוגה היא אחת ואין בלתה. אם למשל יחולק הפיצוי ביניהם הרי שלמעשה לא תקוים מצוות המחוקק לא לגבי עילת התלויים לפי סעיפים 78-80 לפקודת הנזיקין ולא לגבי עילת העיזבון מכוח סעיף 19 לפקודה האמורה. מכל מקום במקרה כזה יהיה צורך לפנות לדיני הירושה וליישם במקרים המתאימים את הפרק "מזונות מתוך העיזבון" בחוק הירושה.

במקרה שאין זהות בין התלויים לבין היורשים, יפחיתו לפי הצעה זאת מהפיצוי ליורשים את התמיכה בתלויים. בצדק העיר על כך הנשיא י' כהן כי הפחתה כזאת אינה מעוגנת בחיקוק⁸⁹. שעה שמפחיתים במקרה של זהות בין יורשים לבין תלויים את הפיצויים שנפסקו לתלויים כיוורשים מהפיצויים שנפסקו להם כתלויים, נעשה הדבר במצוות מחוקק פקודת הנזיקין שמורה על הצורך בניכוי טובת הנאה שצמחה לתלויים בגין מות המנוח מדמי הפיצויים. אין הלכה דומה במקרה ההפוך, לאמור שיש להפחית מדמי הפיצויים המשתלמים לעיזבון את הפיצוי שקיבלו היורשים כתלויים, לא כשיש זהות בין היורשים לבין התלויים וקל וחומר כשאין זהות כזאת. אלה גם אלה מקבלים את הפיצויים המגיעים להם על-פי הדין הנוהג.

הדרך היחידה שבאמצעותה ניתן להצדיק את ניכוי הפיצויים לתלויים מהפיצויים ליורשים כשמדובר במקרה הספציפי של פיצויים בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות היא באמצעות הילכת הניכוי שנוכללת בפורמולה שלפיה מחשבים את סכום הפיצויים שמגיעים ליורשים. במקרה כזה מפחיתים מהסכום שהמנוח היה משתכר לא רק את ההוצאות שהיה מוציא על עצמו אלא גם את ההוצאות שהיה מוציא לתמיכה בתלויים.

פתרון זה אינו נקי מספיקות. ראשית, אין זה מובן מאליו שכך צריך להיעשות הניכוי ועובדה היא שיש קולות שונים בנדון בדינים השונים. כך, למשל, הניכוי בדין האנגלי במקרה של הניזוק החי מחושב לפי ההוצאות שהמנוח היה מוציא על עצמו ולא על התלויים בו⁹⁰. במקרה של תביעת העיזבון באותה תקופה קצרה בדין האנגלי שתביעה זאת הוכרה, יש פסקי-דין שבהם מנוכות רק הוצאות המחיה של המנוח⁹¹ ויש כאלה שבהם מנוכות גם הוצאות המחיה של התלויים⁹². שנית, אפילו אם מכוח הדין המצוי יש

89 עניין גבריאל (לעיל, הערה 2), עמ' 575.

90 M.A. Jones *Textbook on Torts* (8th ed., Oxford University Press, 2002), p. 682 ולכן אין ערובה שהניזוק יחסוך את הכסף וישמרו עבור התלויים והפיצוי ייפסק גם אם אין לו בכלל תלויים.

91 *Benson v. Biggs Wall & Co.* (1983) 1 W.L.R. 72; *Harris v. Empress Motors* [1983] 1 W.L.R. 65; *Clay v. Pooler* (1982) 3 All E.R. 570 ופסק-דינו של לורד דיפלוק בעניין *Gammell* (לעיל, הערה 52).

92 *White v. London Transport Executive* (1982) Q.B. 489; *Sullivan v. West Yorkshire Passenger Transport Executive* (Dec. 17, 1980, unpublished).

לנכות את הסכום שהיה מוצא על התלויים, מתביעת העיזבון, קיימים קשיים בתרגום הלכה זאת לשפת המעשה, למשל כאשר תביעת העיזבון הוגשה לפני תביעת התלויים. האם יהיה זה לגיטימי ליורש לטעון למשל שהמנוח לא היה תומך כלל בתלויים, והאם איננו מזמינים חדירות גסות לפרטיות בעיסוק בשאלות אישיות שבתביעות רגילות של תלויים בדרך כלל אין מרחיבים בהן. נניח למשל שהיורשת היא פילגשו של המנוח. האם ידון בית־המשפט בשאלות, כגון את מי הוא אהב יותר, אם היה חוזר לאשתו וכיו"ב. כל המטלות המיותרות הללו הן תולדה של אותה הלכה אומללה שמקנה לעיזבון עילת תביעה בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות.

יתרה מזאת, נניח שנוכו כדת וכדין מתביעת העיזבון לא רק הוצאות המחיה של המנוח אלא גם התמיכה שהיה נותן לתלויים, מה היה נשאר בצקלונם? האם אין פירושו של דבר שבמקרה כזה, ברוב המקרים של תביעות עיזבון במצב שבו יש גם תלויים לא יקבל העיזבון דבר? נניח למשל שהמנוח הותיר אחריו אישה ושני ילדים. בתקופה הראשונה יקבלו התלויים ארבע חמישיות מהכנסתו. החמישית הנוותרת נועדה לידה למנוח. מה נשאר ליורשים?

עיון בנתוני השנתון הסטטיסטי לישראל מלמד כי נוכח הוצאות המחיה הממוצעות הגבוהות בארץ, אדם יחיד אינו מצליח לחסוך כלל.

חרף זאת, המציאות טופחת על פני הסטטיסטיקות וקיים פער בין הסטטיסטיקות למיניהן לבין המציאות. אנשים בכל זאת חוסכים ומורשים נכסי בר קיימא ליקיריהם. אולם אם במקרים רבים אין זה כך, הרי ההתבטאויות בפסיקה בדבר החשיבות במתן הפיצוי לניזוק החי על־מנת שיהנו מהם לאו דווקא התלויים, אלא גם יורשים שאינם תלויים או אפילו נושים של המנוח, הופכות להיות במקרים רבים חסרות משמעות. מה בכלל הועילו חכמים בתקנתם בהקניית עילת תביעה ליורשים בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות אם ממילא בסיטואציה הזאת הם לא יקבלו דבר.

ואם חפצה השיטה המשפטית ביקרם של התלויים ובהגנה עליהם והיא קובעת נורמה שיש לנכות בכל מקרה את מלוא התמיכה בהם מתביעת העיזבון, הרי יש הגיון לעשות כן גם בתביעת הניזוק החי וליתן לתלויים בו למשל בקרן שמורה את התמיכה המשוערת בהם או להגן על התלויים באמצעות פסיקת הפיצויים בתשלומים עתיים.

5. מקום שאין כלל תלויים אלא יורשים בלבד

כלום מן הראוי הוא שהשיטה המשפטית תקצה סכומים שעלולים להיות סכומי עתק לפיצוי יורשים שמושתת על קונסטרוקציות משפטיות ללא קשר לצורכי הנהנים. נניח למשל שהתובע הוא אדם עשיר בן 80 והוא תובע כיורשו היחיד של אחיינו שעשה חייל בעסקים ונהרג בתאונה בהיותו בן 30. אין ספק שאלמלא המוות לא היה התובע זוכה ולו באגורה אחת מרכוש אחיינו. נהפוך הוא, אין זה מן הנמנע שאחיינו היה מבקש ממנו

תמיכה כספית. קרוב לוודאי שאותו אחיין היה מקים משפחה ומפרנסה. תחת זאת לא זו בלבד שהתובע ירש את ביתו, מכוניתו וכספיו הרבים של האחיין אלא שהדין מאפשר לו להגיש תביעת יורשים ולקבל לא רק פיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם לאחיינו אלא גם את הפסד ההשתכרות של אותו אחיין בעתיד שבחלק הארי שלו הוא היה נצבר בתקופה שבה סביר להניח שהתובע לא יהיה בחיים⁹³. אני מסכים שהשאלה היא לא מה יעשה בכסף ולא אם הוא זקוק לו אלא אם הוא מגיע לו. כשמדובר בפיצוי פיקטיבי עבור עבודה שמעולם לא בוצעה ולא תתבצע שבתקופה שבה הייתה מתבצעת זה שהיום מקבל מראש את שוויה בכלל לא יהיה בחיים, אין זה בלתי סביר לטעון שהחברה הנושאת בסופו של דבר בנטל הפיצויים לא צריכה לשלם פיצוי בשל הפסד ההשתכרות בשנים האבודות לאותו אדם. בדין זה אין נפקא מינה אם הכסף משולם לניזוק עצמו או ליורשיו⁹⁴ אילו המחוקק היה דורש בטובתם של תובעים ממין זה, הוא היה כולל אותם בגדר סעיף 78 לפקודת הנזיקין. קשה להשלים עם תוצאה שלפיה בגין פרשנות בלתי הכרחית של סעיף 19 לפקודה, יפוצו קטגוריות של תובעים שהמחוקק לא רצה ביקרם. היטיב לבטא תחושה זאת השופט זילר בעניין מימון⁹⁵:

”מתן זכות תביעה לעיזבון על אובדן השתכרות בשנות 'האי חיים', יכול שתביא לתוצאות בלתי רצויות. המדובר הוא בסכומי עתק והנה בסכומים האלה יכול שיהנו אנשים שאין כל צדק שסכומי עתק כאלו יפלו לידיהם. מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו ואולם פרט להגיון השדוף, כלום נכון יהיה לומר שהענקת סכומי פיצויים בשיעורים כאלו לידי מי שאינם ולא היו נתמכים, יש בו משום החזרת המצב לקדמותו... שום פיצוי לא יחזיר לנפגע את חייו שנלקחו ממנו, הוא עצמו אינו נזקק ואינו יכול לנצל את כושר ההשתכרות שלו במוותו, הנתמכים בו מקבלים את מלוא הפיצוי מכוח סעיף 78 לפקודה, ומדוע תוטל מעמסה, בדרך כלל על החברה כולה (דרך ביטוחים) בהעשרתו של עיזבון שרק מהבחינה התיאורטית נהנה מהכלל של החזרת המצב לקדמותו”⁹⁶.

93 לכאורה ניתן לטעון כך בכל מקרה של פגיעה באדם עשיר, שכן לכאורה הפיצוי לא יעלה ולא יוריד מבחינתו ונכון שאין בכך כדי לשלול את זכותו לקבלם כפי שטוען בית-המשפט בסעיף 23 לפסק-הדין. למעשה הדבר נכון גם לגבי חיובים אחרים, למשל חוזיים שמכוחם זכאי אותו עשיר לפיצויים.

94 הגישה המבוטאת בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 24 לפסק-הדין לאמור כי זה עניין לדיני הירושה ולא לדיני הנזיקין לענות בו איננה משכנעת. השאלה היא עניין של הדין הרצוי והמצוי ולא של ענף דין זה או אחר.

95 לעיל, הערה 60.

96 שם, עמ' 158.

יודגש כי הנהנים יכול שיהיו אנשים או גופים שאפילו לא היה להם כל קשר למנוח למשל קרובים רחוקים, תושבי חוץ או תאגידים, או אנשים זרים היורשים אותו מכוח צוואה. כותב השופט לרון בעניין סלמן⁹⁷: "קיימת מגמה סוציאלית ברורה מאחורי כוונת המחוקק. המחוקק לא התעלם משאלת הפסד ההשתכרות שלאחר המוות אלא הבחין בין שתי אפשרויות, דהיינו בין האפשרות שנותרים תלויים לאחר מות המנוח ובין האפשרות שלא נותרים תלויים כאלה. בהתאם לכך נקבע שאין העיזבון זכאי לפיצוי עבור הפסד שכר סכוי של המנוח, אולם מאידך הוכרה זכות תביעה לתלויים עבור הפסד התמיכה שלהם. העיקרון הוא של פיצוי כאשר יש בו צורך וייעשה בו שימוש ולא באופן ערטילאי וכאשר נעדרת תכלית של נזקק לאותו פיצוי". צריך לזכור שכספי הפיצויים אינם בלתי מוגבלים ולכן מן הראוי לעשות בהם שימוש לפיצוי בגין נזקים ממשיים ולא בגין נזקים ערטילאיים.

6. פיצוי הורים על מות ילדם הקטין

מן הראוי לייחד דיון בקטגוריה של הורים כיורשים ולו רק משום שהתובעים הן בעניין גבריאל והן בעניין אטינגר היו הורים שאיבדו את ילדיהם עקב מעשה נזיקין. מן הראוי להתמודד עם הבעייתיות המיוחדת של קטגוריה ספציפית זו. להלכה, הורים יכולים להיחשב כתלויים לעניין סעיף 78 לפקודת הנזיקין, שכן הם נמנים עם קטגוריות התובעים בכוח המפורטים שם, אולם במרבית פסקי־הדין שבהם דובר בתביעה של הורים בגין מות ילדם, קל וחומר במקרה של ילד רך בשנים, נדחתה התביעה. הטעמים: עלות גידול הילד תעלה על כל טובות ההנאה הכספיות שאפילו באופן אופטימי ניתן לצפות להם ממנו והמאזן יהיה תמיד שלילי. השופט זילר כותב בעניין מימון⁹⁸: "אין חזקה שילדים יתמכו בהוריהם... דרכו של עולם היא שילדים גדלים, עוזבים את קן הוריהם ומקימים להם משפחה משלהם ואין צפיה שהם יעזרו להורים מבחינה כלכלית, אלא אם מוכח שיש סבירות גבוהה שיתעורר צורך כזה בעתיד. עול ההוכחה לקיום צורך כזה על שכם התובעים הוא מונח"⁹⁹. כאמור, גם בתביעת יורשים לא ייפסקו להורים פיצויים גבוהים. פיצוי גבוה כזה לא יחזיר את המצב לקדמותו משום בחינה שהיא. כך גם בפסיקה האנגלית שגורסת ששעה שלמבוגר יש לפסוק בתביעת יורשים ביחס לשנים האבודות סכומים מתונים הרי כשמדובר בקטין יכול שיהיה אפס פיצוי¹⁰⁰.

97 לעיל, הערה 81.

98 לעיל, הערה 60.

99 שם, עמ' 152.

100 הלורדים וילברפורס וסלמן בעניין Pickett (לעיל, הערה 20) ולורד סקרמן בעניין Gamell (לעיל, הערה 52), עמ' 78.

כך, לא נפסק כל פיצוי להורים בעניין *Connolly v. Camden and Islington Area Health Authority*¹⁰¹, שם אמר השופט קומיר:

"It is all very artificial, all very hypothetical, all very difficult"¹⁰².

מבהיר זאת השופט גריפית בעניין *Croke v. Wiseman*¹⁰³:

"In the case of a child, however, there are no dependants and... if the injuries are catastrophic... there will never be any dependants... In such circumstances' it seems to me entirely right that the court should refuse to speculate as to whether in the future there might have been dependants for the purpose of providing a fund of money for persons who will in fact never exist"¹⁰⁴.

למעשה לא הוגשה באנגליה תביעה של ילד בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות בעשרים השנים האחרונות¹⁰⁵. מנגד, ניתן לתאר מצבים שבהם הפיצוי להורים של ילד שנפטר עקב מעשה נזיקין, יהיה פיצוי ממשי, למשל כשהילד כבר השתכר היטב כילד¹⁰⁶ או שצפוי היה לקבל ירושה¹⁰⁷.

דומה שאין בחידוש שבהלכה לעניין זכאות הניזוק החי לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות כדי לספק תשובה למצוקה של הורי קטין שתובעים כיוורשו את האחראי למותו. כאמור, גם בית-המשפט העליון אינו צופה כי הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות של הילד המנוח יהיה גבוה, ואכן פיצוי כזה הוא ספקולטיבי לחלוטין¹⁰⁸. מי יודע מה היו עלילות ילד זה אלמלא קופדו חייו? מי יודע איזה משפחה היה מקים וכיצד היה מפרנסה? האם יודקו בתי-המשפט לסטטיסטיקות על מספר הילדים הממוצע במגזרים מסוימים (למשל במגזר החרדי או הערבי), לאחוזי הגירושין, למצב האבטלה באזורים אחרים, להוצאות שמשקיעים הורים ממגזרים שונים לחינוך ילדיהם – הוצאות שלמרבח הצער ייחסכו מהם ויש לנכותם מדמי הפיצויים? האם העובדה שפלוני נולד למשל בבית אמיד להורים משכילים מבטיחה לו סיכויי

101 (להלן – עניין *Connolly*). 3 All E.R. 250 (Q.B.) (1981).

102 שם, עמ' 255.

103 (1982) 1 W.L.R. 71 (C.A.).

104 שם, עמ' 82.

105 McGregor (לעיל, הערה 22), סעיף 35-090. לעיובו של צעיר בן 18 שנהרג בתאונת דרכים נפסק בשל הפסד ההשתכרות בשנים האבודות 6000 ליש"ט בעניין *Viner v. Chalmers* 136 NLJ 682 (7th February, 1986).

106 In *Gammell v. Wilson* (1982) A.C. 27, 78 per Lord Scarman.

107 ראו עניין *Connolly* (לעיל, הערה 101).

108 ראו B.S. Markesinis, S.F. Deakin *Tort Law* (4th ed., 1999), pp. 766-777.

השתכרות גבוהים יותר ממי שהוריו חסרי אמצעים? וכבר שנו חכמינו: "הזהרו בבני עניים שמהם תצא תורה"¹⁰⁹ ומנגד יכול שאותו בן טובים היה יוצא לתרבות רעה. אלה שאלות קשות המצריכות התמודדות עם הלא נודע ועם חלקן צריך להתמודד גם בתביעות פיצויים רגילות. נניח שמת ילד בהיותו בן שעות אחדות, כלום נאפשר להוריו לתבוע על הפסד השתכרותו בשנים האבודות? עד כמה שמפליא הדבר, בארצות-הברית לא זו בלבד שניתנה במקרה אחד תשובה חיובית לשאלה זאת אלא אפילו פסקו בתביעה כזאת פיצוי ללא תקדים של 1.75 מיליון דולר¹¹⁰.

כיורשים, זכאים ההורים לקבל פיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם ליקרם המנוח, קרי כאב וסבל, אם היו כאלה, ואובדן תוחלת חיים. הפיצויים שנפסקו בגין שני ראשי נזק אלה היו צנועים. בשנים האחרונות החלו בתי-המשפט כעניין שבמדיניות משפטית, להגדיל משמעותית את הפיצוי בגין נזקי הגוף הלא ממוניים¹¹¹. הפיצוי שניתן להם בראש נזק זה איננו על הכאב הצער והייסורים שהם מנת חלקם של ההורים השכולים, יום-יום ושעה-שעה אלא על הנזק הלא ממוני שנגרם למנוח שבנעליו הם עומדים¹¹². פיצוי הורים על הנזק הלא ממוני שנגרם להם כתוצאה ממות ילדם הוא פיצוי על נזק אמיתי שנגרם להם והוא מוצדק יותר מאשר פיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם למנוח במותו.

ואכן שיטות משפט שונות המירו את הפיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם למנוח בפיצויי ניחומים או שכול לבני המשפחה הקרובים ובכללם ההורים. בדין האנגלי נפסקים להורים פיצויי ניחומים בשיעור כולל של עשרת אלפים ליש"ט המתחלקים ביניהם¹¹³. פיצויי השכול באנגליה להורים משתלמים משום מה, רק כשהילד שנהרג עקב מעשה הנזיקין כשהיה מתחת לגיל 18. הפיצוי של עשרת אלפים ליש"ט הוא אמנם

109 תלמוד בבלי, מסכת נדרים פא, א.

110 *Andrews v. Reynolds Memorial Hospital Inc.* 499 S.E. 2d 846 (W.Va. 1997)

111 ראה המשנה לנשיא אור בע"א 6978/96 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נה(1) 920; ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב ניסים זאב, פ"ד נה(5) 241; ע"א 298/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין (לא פורסם); ע"א 4022/98 הטכניון מכון טכנולוגי נ' טוסטר (לא פורסם); ע"א 2517/93 בויס נ' קטהין (לא פורסם); ת"א (י-ם) 1289/98 עיזבון המנוחה טלי וייס נ' חמל, דינים מחוזי לג(5) 148; קרעאן נ' ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ, תק-מח 2003(1) 57; ת"א (חי) 1581/94 ויסאל (קטינה) נ' מדינת ישראל, תק-מח 2000(3) 478; ת"א (חי) 1124/92 סלמן נגד קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, פסק-הדין מיום 1.10.1998); וראו גם מאמרו של השופט ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר (חלק ג, תשס"ג) 51-62. מגמה דומה קיימת גם בדין האנגלי. דוח של ה-Law Commission שפורסם ב-20.4.1999 וכן *Heil v. Rankin* [2000] 3 All E.R. 138

112 על הלכה זאת מתח בשעתו ביקורת ד' גוטפריד "לעניין פיצויים על נזקי גוף לא ממוניים" משפטים א (תשכ"ח) 161.

113 McGregor (לעיל, הערה 22), סעיף 020-36.

טוב מלא כלום אולם הוא עדיין נמוך וקיימת הצעה להגדילו לשלושים אלף ליש"ט¹¹⁴. פיצויי ניוחמים מוכרים גם במשפט הצרפתי¹¹⁵, בקנדה¹¹⁶ ובאוסטרליה¹¹⁷. למעט מקרה אחד נפסקים פיצויים נמוכים מאוד בראש נזק זה¹¹⁸. בארצות-הברית הוכר ראש נזק מיוחד שנקרא אובדן חברה (loss of society)¹¹⁹. הרציונל לו: להורים נגרם נזק ממשי כבד במות ילדם. הם איבדו את אהבתו, את החברותה עמו, את התמיכה שהיה תומך בהם ומן הראוי לפצותם על כך¹²⁰. לא תמיד ראו בנזק ממין זה נזק לא ממוני דווקא. במקרים לא מעטים סיווגו אותו כסוג של נזק ממוני וזוהי דרך טובה לפסוק פיצויים להורים ללא הידרשות להפסד ההשתכרות של ילדם המנוח בשנים האבודות וללא התבססות על ראש נזק עצמאי¹²¹. ניסיון נועז לילך כברת דרך מסוימת בכיוון זה גם במשפט הישראלי ניתן למצוא בעניין אליהו¹²². במקרה זה נדרש השופט ח' כהן לשאלת פירוש הדיבור "הפסד ממון" בסעיף 80 לפקודת הנזיקין והוא השיב על כך כדלהלן:

"מסורת הפוסקים היא, כי הפסד הממון האמור בסעיף 80 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) הוא 'עניין של שילינגים ולירות'... או בלשונו החדשה, של שקלים ואגורות – לאמור, הפסד ממון אינו אלא הפסד

- The Law Commission in its Report on Claims for Wrongful Death (Law Com. No. 114 .263 (1999))
- F.J. Holding, P. Kaye *Damages For Personal Injuries A European Perspective* (1993), p. 52 115
- M. Yelton *Fatal Accidents: practical Guide to Compensation* (London, 1998), pp. 116 .264-271
- במדינת אלברטה נפסקו עד שנת 1994 שלושת אלפי דולר כפיצוי כזה ובשנה זאת הועלה הפיצוי לארבעים אלף דולר. 117
- Yelton (לעיל, הערה 116), עמ' 274-276. 118
- Kan. St. Ann. Section 60-1904 (1993) הוא זה נזק זה הוא 119
- Damages may be recovered for, but are not limited to (1) mental anguish, suffering or bereavement (2) loss of society companionship comfort or (3) loss of marital care, attention, advice or counsel (4) loss of filial care or attention (5) loss of parental care, training, guidance or education and (6) reasonable funeral expenses for the deceased 120
- D.B. Dobbs *Law of Remedies* (2nd ed., 1993), p. 673; N.C. Osborne "Loss כללית of Consortium: Paradise Lost, Paradise Regained" 15 *Cumb. L. Rev.* (1984) 179; L.P. Tama "Recovery For Loss of Consortium in a Wrongful Death Action" 49 *Brook. L. Rev.* (1983) 605; J. Parker "Parental Consortium: Assessing The Contours of the New Tort in Town" 64 *Miss. L.J.* (1994) 37
- Green v. Bittner* 424 A 2d. 210 (N.J. 1980). See also *Clymer v. Webster* 596 A. 2d 905, p. 914 (Vt. 1991); Lehrbaum-Weiss "Note: Bullard v. Barnes – Parental Recovery for Lost Society and Companionship of a Minor Child Under the Illinois Wrongful Death act" 34 *DePaul L. Rev.* (1984) 121
- עניין אליהו (לעיל, הערה 9). 122

מעות... זאת היא הגישה הרכושנית המובהקת... איש לא שאל את עצמו, שמא אינה הולמת גישה רכושנית וחומרית ומטריאליסטית גרידא את קיפוח חיי האדם המשמש עילה לתביעת הפיצויים, או שמא שעה שעומד שופט מול פני המוות שלקח מן התובעים את שאר־בשרם, שומה עליו להתייחס לאבידתם כמות שהיא, והיא אינה עניין של לירות ושילינגים בלבד"¹²³.

השופט כהן מדגיש כי המחוקק נקט בסעיף 80 לשון "הפסד ממון" ולא "נזק ממון" ומכאן שכיוון דעתו לפירוש שונה מזה של "נזק ממון". הוא מציע לפרש את הדיבור "הפסד ממון" כחובק גם הפסדים גשמיים שלא ניתן לבטא אותם במעות ולכן אינם בגדר "נזקי ממון". עם זאת השימוש בדיבור "ממון" גם בסעיף 80 הנ"ל מלמד כי "גזירת המחוקק היא, שאין התלויים זכאים לפיצויים על כאבם וסבלם בהילקח מהם לפתע ושלא בדרך הטבע אביהם או אמם, בנם או בתם, או בן זוג – גזירה שאין בה לא טעם ולא צדק, אבל היא מתחייבת מלשון החוק"¹²⁴.

גזירה זאת תבוטל לכשתזכיר חוק דיני ממונות יתורגם לחוק מחייב. לפי תזכיר זה, העיזובן זכאי רק לפיצויים על הוצאות קבורה כולל הוצאות אבל לקרובי הנפטר, קרי בן זוג, הורה, ילדים בין שהם יורשי הנפטר ובין שלא ובין שיש להם עילה כתלויים ובין שלא, יש לפי סעיף 548, זכאות לפיצוי שכול (או ניהומים) ששיעורם שליש מתקרת הפיצויים לנזק שאינו נזק ממון לפי סעיף 4(א)(3) לחוק הפיצויים – לכל אחד מהקרובים. סכום הפיצויים הכולל לא יעלה על־פי 2 מתקרת הפיצויים לנזק שאינו נזק ממון, כאמור.

תכלית התיקון היא להכיר באופן רשמי בסבלם של ההורים ולקבוע ראש נזק מיוחד כדי לפצותם בגינו וגם להגדיל את הפיצוי הלא ממוני שהיו פוסקים בעבר להורים השכולים כשהתחשיב נעשה לפי הנזק הלא ממוני שנגרם למנוח ולא לזה שנגרם להם, למרות שהפיצוי עדיין יהיה צנוע למדי. כיום, כשיש מגמה להגדיל משמעותית את הפיצוי בגין נזק גוף לא ממוני, לרבות נזקים בתביעות עיזובן, התיקון אולי מרע את מצבם של הוריו של ילד שנהרג כתוצאה ממעשה נזיקין לעומת מצבם כיום. בעניין אטינגר פסק בית־המשפט המחוזי להורים פיצוי בגין הנזק הלא ממוני של המנוח בשיעור של 350 אלף ש"ח בתוספת ריבית מיום המוות¹²⁵.

123 שם, עמ' 135-136.

124 שם, עמ' 137.

125 היו תביעות שנפסק בהן גם סכום גבוה יותר, אולם היו גם תביעות שבהן נפסק סכום נמוך יותר ובכל מקרה הפיצוי בעניין אטינגר נמנה עם הפיצויים הגבוהים בראש נזק זה. לעיל, הערה 110.

יש להניח שהפיצוי בגין הנזק הלא ממוני בעניין אטינגר נפסק בבית-המשפט המחוזי על הצד הגבוה יותר, משום שבית-המשפט המחוזי שם דחה את תביעת העיזבון להפסד השתכרות הילד בשנים האבודות.

בית-המשפט העליון באותה פרשה מצא לנכון שלא להפחית את דמי הפיצויים הללו למרות שקיבל את הערעור בשאלת הפיצוי בשנים האבודות. מבחינה פורמלית הפחתה כזאת הייתה בעייתית שהרי כל ראש נזק עומד בזכות עצמו. בהשאירו את הסכום שנפסק על כנו בצוותא חדא עם הסכום שייפסק בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, פתח בית-המשפט פתח להגדלה של ממש בסכום הכולל של הפיצויים וזאת כמובן גם במקרים דומים. ייתכן כי העובדה שמדובר בתביעה של הורי ילד צעיר שלהערכת בית-המשפט לא תזכה אותם בפיצוי גבוה, אף היא השפיעה על בית-המשפט שלא להתערב בפסיקת הפיצויים הגבוהים יחסית בגין הנזק הלא ממוני של המנוח. לפי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות היו נפסקים להורים בעניין אטינגר ביחד שני שלישים מהתקרה של סכום הנזק הלא ממוני שנפסק לפי חוק הפיצויים ומדובר בסכום הנמוך מ-100,000 ש"ח.

ייתכן אפוא שגובה הסכום שמוצע בתזכיר מצריך עיון מחדש.

האם יש הצדקה חברתית לפיצוי גבוה להורים שכולים בתביעת נזיקין בגין מות ילדם?

לא קל לדון בנושא כאוב וטעון זה. אם תפסוק להורים סכום נמוך מדי תיצור בכך תחושה של זילות המת והוריו. מנגד, אם הפיצוי יהיה גבוה, אולי הוא ייצור אצל ההורים רגשי אשמה על כך שמקבלים הם כסף עבור ילדם. בכל מקרה שום פיצוי לא יוכל לפצות על אשר אבד. אפילו תמלא בית ההורים בכסף וזהב, לא יהיה בכך כדי להפחית מעוצמת הכאב ומתחושת האובדן. פיצוי גבוה להורים הוא בעייתי למדי מקום שילדים רבים נהרגים או מתים שלא עקב מעשה נזיקין והחברה לא משלמת להורים אפילו פיצוי סמלי עקב כך. לתחושת האובדן של ההורים האחרים מתלווית תחושת הפליה. כלום ילדם פחות בחשיבותו? תחושה זאת מתעצמת כשלהורה השכול שאין עילת תביעה בנוזיקין.

מתברר כי לא המזיק נושא בפיצוי אלא החברה בכללותה, במישרין או בעקיפין.

אין שום תכלית ראויה לפיצוי גבוה. כל נשכח שפיצוי כזה מגדיל את דמי הפיצויים המשתלמים לנפגעי מעשי נזיקין ומישהו צריך לשלם את עלות הפיצוי הגבוה. פיצוי גבוה מוצדק במצבים מסוימים, למשל כאשר מצב ההורים מתדרדר נפשית ופיסית ויש לכך גם השלכות כלכליות. במקרים של נזק נפשי של ממש, מכיר כבר הדין בעילת תביעה עצמאית להורים¹²⁶.

הכסף לא יענה כאן על הכול. הורים מעולם לא יהיו מוכנים לחשוב על ילדיהם במובן כספי. הם יזדעזעו אם תציע להם לבטח עצמם מפני תוצאות אובדן ילד¹²⁷.

126 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן, פ"ד מד(3) 247.

127 ראו P.S. Atiyah *The Damages Lottery* (Oxford, 1997), p. 20.

דומה שההורים שמגישים תביעה במקרה של מות ילדם לא מחפשים כסף. חשוב להם להמשיך ולהתעסק בענייני הילד וכך בצורה כלשהי לא להתנתק מדמותו; חשוב להם להעניש את מי שתרום למותו; אולם תביעת נזיקין איננה הערוץ המתאים לכך, האחראי הישיר למוות ממילא לא ישלם מכיסו כמעט אף פעם את דמי הפיצויים. ציבור משלמי המסים יצטרך בסופו של יום לשאת בתשלומים אלה.

ה. הרהורים על הדין המצוי ועל הדין הרצוי

מה הם הפתרונות האפשריים, בין בדין המצוי ובין בדין הרצוי לבעיית הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות? להלן אבחן בקצרה את שלל הפתרונות שהוצעו. פתרון א: הילכת גבריאל – השיטה המשפטית אינה מפצה בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות לא בתביעת הניזוק החי ולא בתביעת העיזבון. ברשימה זה נדונה כבר בהרחבה הבעייתיות בהלכה זאת, היינו קיפוח זכויותיהם של התלויים בניזוק. קיפוח זה בא לידי ביטוי מקום שהניזוק עצמו מממש את עילת התביעה שלו ואינו מפוצה על הפסד ההשתכרות שלו בשנים האבודות. בית-המשפט העליון שם הפנה את תשומת לב המחוקק לקיפוח זה והמליץ על חקיקה שתתקנו. פתרון ב: הילכת אטינגר – השיטה המשפטית מכירה בזכאות לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות הן בתביעת הניזוק החי הן בתביעת העיזבון. סקרנו בהרחבה את הבעייתיות בהלכה ובעיקר בהכרה בעילת התביעה של העיזבון בגין הפסד ההשתכרות של המוריש המנוח. פתרון ג: ביטול תביעת התלויים על אובדן התמיכה בשנים האבודות וקיום העילה בידי העיזבון בלבד. פתרון זה מוצע על-ידי בית-המשפט העליון בעניין אטינגר¹²⁸ כפתרון עתידי רצוי. פתרון זה יחסוך הוצאות מינהליות בכך שיאפשר רק תביעה אחת בגין מוות ויבטיח את תחולת אותם עקרונות בתביעות בגין נזקי גוף כשאינן נפקא מינה אם מדובר בנכות או במוות ואם יש או אין תלויים. מקום שהיורשים אינם זהים לתלויים, יוכלו התלויים לתבוע מהעיזבון מזונות. הפתרון האמור הוא בעייתי לא רק כאשר העיזבון אינו בר פירעון ונושים מתדפקים על הפתח, אלא גם משום שהוא נותן עדיפות ליורשים על פני התלויים בניגוד למגמה הקיימת בחוק הפיצויים למשל, ובניגוד לפתרון החברתי הרצוי. פתרון ד: ההסדר בתזכיר חוק דיני ממונות – השיטה המשפטית מכירה בזכאות הניזוק החי לקבל פיצויים בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות, אך אינה מכירה

128 עניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 69 לפסק הדין.

בזכאות העיזבון לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות של המוריש המנוח בשנים האבודות¹²⁹.

הבעיה המרכזית בפתרון זה היא בכך שאין הוא מעניק הגנה מספקת לתלויים בניזוק החי. קיימת אפשרות שהוא יעשה שימוש בדמי הפיצויים עבור אותם שנים שבהן לא יעבוד כדי להשתכר ולא יחיה כדי להשתמש באותם פיצויים, שלא לטובת התלויים בו. למשל יבזבזם או יתן אותם לאנשים שאינם נמנים עם התלויים בו.

פתרון ה: השיטה המשפטית לא תכיר בזכאות העיזבון ובזכאות הניזוק החי לקבל פיצויים בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות, אולם לתלויים תישמר עילת תביעה כנגד המזיק בגין הפסד התמיכה בהם בשנים אלה, גם אם הניזוק עצמו מיצה את זכות התביעה שלו בעודו בחיים¹³⁰. זה פתרון שאומץ במשפט הגרמני¹³¹ בדרום אפריקה¹³² ובקליפורניה¹³³. דומה שגם מקרגור מצדד בפתרון זה¹³⁴ וכמוהו גם קיין והאריס¹³⁵ וג'ונס¹³⁶. בדין האנגלי המצוי, ובעקבותיו גם בדין הישראלי, ההנחה היא שפתרון זה אינו אפשרי שכן ברגע שהניזוק מממש בפסק-דין או בפשרה את עילת תביעתו, לא קמה לתלויים בכלל עילת תביעה כנגד המזיק¹³⁷. הנחה זאת לא נבדקה לעומקה בעניין *Pickett*¹³⁸ משום שלא דובר שם על עילת תלויים¹³⁹. כיום בדין האנגלי, מקום שנפסקו

- 129 זה הפתרון המועדף על הוועדות האנגליות שנדרשו לעניין למשל *Report on Personal Injury Litigation – Assessment of Damages 1973* (Law Com. no. 56) פסקאות 62-64 והסכימה לכך גם *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (1978)* (Cmnd. 7054-1). זהו גם המצב במדינת ניו יורק; ראה *Rummo v. Celotex Corp.* 726 F. Supp 426 (E.D.N.Y. 1989). זהו גם הפתרון המועדף על-ידי ד' קציר, מאדריכלי ההצעה שבתזכיר האמור, במאמרו "השנים האבודות" ותביעת נזקי ממון" הפרקליט לד (תשמ"ב) 375.
- 130 *Report on Personal Injury Litigation – Assessment of Damages 1973* (Law Com. no. 56) פסקאות 65-83. ראו
- 131 H. McGregor "Personal Injury and Death, Tort's" *International Encyclopedia of Comparative Law* (vol. 11), Ch. 9, pp.36-37, 50-51, 80-87; B.S. Markesinis *A Comparative Introduction of the German Law of Torts* (2nd ed., New York, 1990), pp. 32-35, 669-687.
- 132 *Ex P. Oliphant* (1940) C.P.D. 537.
- 133 *Vander Lind v. Super Ct of Orange County* 194 Cal Rptr 209 (Cal. App. 4 Dist. 1983).
- 134 McGregor (לעיל, הערה 22), סעיף 36.011.
- 135 P. Cane, D. Harris "Administration of Justice Act 1982, Section 4(2): A Lesson In How Not to Reform the Law" 46 *MLR* (1983) 478, pp. 480-1.
- 136 Jones (לעיל, הערה 90), עמ' 682.
- 137 *Read v. The Great Eastern Railway Co.* (1868) 3 Q.B 555, pp. 557-558; *Littwood v. Mayo* 89 N.Y. 24 (1882); *Fonthrin v. Third Ave. Ry.Co.* 12 N.Y.S. 2d 90 A.D. 1 (Dept. 1939).
- 138 לעיל, הערה 20.

למנוח פיצויים זמניים לפי סעיף 32 לחוק בתי-המשפט משנת 1981, הרי אם הוא נפטר כתוצאה מהידרדרות במצבו, יכולים התלויים בו לתבוע את אותם נזקים שלא פוצה בגינם בתשלום הראשוני¹⁴⁰.

לפני עניין גבריאלי ניתן פסק-דין בבית-המשפט המחוזי¹⁴¹ שגרס שניתן לפרש את סעיף 78 לפקודת הנזיקין בצורה שלא תחסום את תביעת התלויים, גם אם המנוח הספיק לממש את עילת תביעתו ובלבד כמובן שהוא לא תבע ולא קיבל פיצויים בגין אובדן השתכרותו בשנים האבודות. במקרה כזה, ממילא אין כל חשש לפיצוי כפול¹⁴² והפיצוי מתפצל כדלהלן (כשהמדובר בנזקי ממון עקב אובדן הכנסה גרידא): פיצוי בגין הנזק מיום התאונה עד יום המוות – לניזוק; פיצוי בגין הנזק מיום המוות – לתלויים. לפי גישה זאת, הניזוק עצמו אינו בעלים של הזכות לפיצויים בגין השנים האבודות לכל היותר היו לו ציפיות לעשות שימוש בכספים אלה והוא זכאי לפיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם לו עקב סיכול ציפיות אלה, אולם אין זה מן הראוי שיתבע פיצויים אלה או שיתפשר עליהם, על חשבון התלויים שעילת התביעה שלהם טרם נולדה ושתיולד רק עם מותו.

מבחינה פורמלית צדק הנשיא י' כהן בעניין גבריאלי בגרסו כי לשון סעיף 78 לכאורה מונעת תביעה מהתלויים מקום שהמנוח מימש את עילת תביעתו, שכן תנאי בלתו אין לתביעת התלויים הוא כי "היה אותו אדם אילולא מת, זכאי אותה שעה לפיצויים לפי פקודה זו בעד חבלת גוף שגרמה לו העוולה"¹⁴³. המועד הרלוונטי לזכאות הוא מועד המוות. מקום שהמנוח זכה בפיצויים מכוח פסק-דין או הסכם פשרה, הוא מיצה את עילת התביעה ולכן אינו זכאי בשעת מותו לפיצויים בשל החבלה שבגינה קיבל פיצויים. ההנחה היא שהתביעה לפיצוי בגין נזק הממון בשנים האבודות הוא חלק מנזקיו של הניזוק, תולדת מעשה הנזיקין ואין הוא בן חורין לפצל סעד אחד, קרי הסעד הכספי ולתבעו בשתי תביעות נפרדות¹⁴⁴. קבלת פיצוי כלשהו בשל עילת התביעה שנולדה לו עקב מעשה הנזיקין סותמת את הגולל על אפשרות הגשת תביעה נוספת בשל אותה עילה

139 ראו דברי לורד וילברפורס שם, עמ' 582 ודברי לורד סימון שם, עמ' 583 וכן *Street on Torts* (11th ed., 2003), p. 608.

140 *Damages Act 1996*, sec. 3.

141 עניין סלמן (לעיל, הערה 81).

142 בעניין אטינגר (לעיל, הערה 1), פסקה 31 לפסק-הדין, קובע בית-המשפט כי כאשר הניזוק החי לא מימש את עילת תביעתו או מימש אותה רק לתקופה שעד ליום מותו, אין חשש לכפל פיצוי אם נכיר בעילת התלויים, וזה מקובל עליי לחלוטין. פחות ברור לי הניסוח הננקט בסעיף 31: "המסקנה היא, כי הוראותיו של סעיף 78 לפקודה בדיני הנזיקין שלנו, אינן מתיישבות אלא עם פסיקת פיצויים לניזוק-החי בגין "השנים האבודות". נהפוך הוא, במצב הנוהג, רק אם לא נפסקו פיצויים לניזוק החי בגין "השנים האבודות" יחול סעיף 78.

143 עניין גבריאלי (לעיל, הערה 2), עמ' 581.

144 ראו למשל מ' קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה ומעשה (2002), עמ' 532-533.

ולכן אינו זכאי עוד לפיצויים בעת מותו. מנגד, ניתן לטעון שלמנוח מעולם לא הייתה זכאות לפיצויים בגין הפסד השתכרותו בשנים האבודות. מעשה הנזיקין שפגע לו הקנה לו זכאות להיפרע בין היתר על נזקיו הממוניים עד ליום מותו, אך לא על אלה שייגרמו לאחר מכן. נזקים אחרונים אלה מוקנים לתלויים בו, ובלבד שקמה לניזוק זכות תביעה ראשונית כנגד המזיק שגרם למותו.

בל נשכח שלהבדיל מזכאות העיזבון מכוח סעיף 19 לפקודת הנזיקין, עילת התביעה של התלויים איננה עילה מסורית אלא עילה עצמאית עם אלמנטים מסוריים. קיום עילת תביעה ראשונית למנוח היא תנאי לקיום עילת התלויים. בית-משפט יכול היה לפרש את התנאי האמור כך שהוא מקיים את עילת התלויים, חרף העובדה שהמנוח מיצה את עילת תביעתו ותבע בגדרה את נזקיו, אך לא את הפסד ההשתכרות שהיה מנת חלקו לו חי ועבד בשנים האבודות. למעשה אין חפיפה בין ראשי הנזק שיכול לתבוע המנוח לפני מותו לבין אלה שתובעים התלויים. מאחר שעילת התלויים נולדת רק ברגע המוות, הרי כל נזק שנגרם למנוח קודם לכן, אינו בר פיצוי בגדרה. היא מתייחדת לנזקי הממון שנגרמו להם לאחר המוות וכתוצאה ממנו. ממילא אם הניזוק מימש את עילת תביעתו הוא מימש רק ראשי נזק שאינם מעלים ואינם מורידים לתביעת התלויים וקשה לראות איזו הצדקה יש במקרה כזה למנוע מהתלויים להגיש תביעתם. המזיק אינו חשוף לכפל פיצוי. גם אם לפי הפירוש המילולי של סעיף 78, לא ניתן לכאורה לאפשר לתלויים לתבוע, הרי בית-המשפט כבמקרים רבים דומים אחרים בעבר, יכול היה בעזרת פרשנות תכליתית, להתגבר על הקשיים המילוליים שבלשון החוק, ולקבוע הלכה ראויה ובמקרה שלנו, לפרש את סעיף כמתיר לתלויים לתבוע גם במקרה שבו המנוח קיבל פיצויים ובלבד שאכן מותו של המנוח הוא תולדה של אותו מעשה נזיקין שבגיניו קיבל פיצויים והוא לא קיבל פיצויים בגין אובדן השתכרותו בשנים האבודות.

אם מטעם זה או אחר בית-המשפט לא יהיה מוכן לפרש את סעיף 78 בדרך זאת, ראוי לו למחוקק לתקן את הסעיף האמור כדי לאפשר לתלויים לתבוע כאמור. יש וריאנטים שונים גם לפתרון זה. כך למשל, לפי המשפט הגרמני יפוצו אלה שהיו תלויים במנוח ברגע הפגיעה בו, שעה שבמשפט בקליפורניה יפוצו אלה שיהיו תלויים במנוח ביום מותו. הדין הגרמני הוא בעייתי למדי וברי שלא ניתן ליישמו במשפט הישראלי. אצלנו, תלוי, מכוח הגדרתו, הוא מי שיהיה כזה ביום מותו של המנוח. ממילא מתן זכאות למי שקרוב לוודאי ביום המוות כבר לא יהיה בגדר תלוי איננה עולה בקנה אחד עם הרציונל לתביעת התלויים ובישראל. היא ודאי אינה עולה בקנה אחד גם עם לשון סעיף 78 לפקודה כפי פירושה בפסיקה.

פתרון זה מכביד על מזיקים שכן הם יהיו חשופים לעתים במשך זמן רב לתביעה עתידית של התלויים שתקום בתאריך בלתי ידוע בעתיד – יום מותו של הניזוק¹⁴⁵. קיים חשש שניזוק שקוצרה תוחלת חייו ואינו נשוי, יינשא לפני מותו אולי אפילו תמורת

145 ע"א 506/82 זונטג נ' עיזבון המנוח מנדלסון ז"ל, פ"ד מ(3) 113.

תמורה ואולי גם עם אישה עם ילדים אותם יאמץ, רק כדי שיוכלו אלה להגיש עם מותר תביעת תלויים. ברי כי בהסדר האמור לא יוכל הניזוק לצרף לתביעתו את התלויים¹⁴⁶ שכן עילתם טרם נולדה וגם לא ברור אם אי פעם תיוולד שכן יכול שכשימות הם כבר לא יהיו זכאים לתבוע כתלויים, למשל עד אז יתגרש מאשתו וילדיו יהיו כבר בוגרים. בכל מקרה ממצאים שייקבעו בתביעה שיגיש הניזוק ייצרו השתק פלוגתא כלפי המזיק בתביעת התלויים כשתוגש בעתיד, שכן היה לו למזיק, לגביהם, יומו בבית־משפט¹⁴⁷. חרף כל אלה דומה שפתרון זה ראוי ורצוי ומכל מקום הוא עדיף בהרבה על פני ההלכה.

אפשר לחשוב גם על תביעה שתוגש על־ידי הניזוק ובגדרה יתבע, נוסף על פיצויים בגין נזקיו הוא, גם כנאמן התלויים שיהיו לו בעת מותו, את הפיצוי בגין דמי התמיכה שיאבדו התלויים עם מותו או לפחות סעד הצהרתי בדבר זכותם לקבל פיצוי כזה. במקרה של תביעה לסעד כספי עבור התלויים, יישמרו הפיצויים הללו בנאמנות עד מות המנוח וישאו ריבית. אם התחזית לגבי המנוח לא תתמש ישנה בית־המשפט את אופן הקצאת התשלומים לתלויים ואולי גם את זהות הנהנים, למשל אם בינתיים יתגרש וישא אישה אחרת.

פתרון ו: במקרה של ניזוק חי שקוצרה תוחלת חייו – פסיקת פיצויים בתשלומים עתיים על מלוא הפסדיו, לרבות הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. מיום שימות, תעבור זכותו, אם עדיין תתקיים, לתלויים בו, ללא צורך בהגשת תביעה נוספת. במקרה של ניזוק שנפטר לפני שהספיק לממש את עילת תביעתו, תוקנה העילה, ככל שמדובר בהפסד התמיכה בשנים האבודות, לתלויים.

פתרון זה הוא הפתרון שאומץ למעשה בתביעות לפי חוק הפיצויים שהוא חוק שמעדיף בצורה בולטת את התלויים על פני היורשים¹⁴⁸.

דיון מעמיק בפתרון שבחוק זה חורג מתכלית רשימה זאת, אולם על קצה המזלג ייאמר שהטיעון מושתת על סעיף 6 לחוק הפיצויים ותקנה 3(א) לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), תשל"ח-1978 שקובעת לאמור: "נפטר נפגע לאחר שנפסקו לו תשלומים עיתיים, תשולם לתלויים שפרנסתם כולה או מקצתה הייתה עליו ערב פטירתו, קצבה באחוזים שלהלן מהסכום שנפסק ובלבד שסך כל הקצבאות לא יעלה על הסכום שנפסק". מכלל ההן למדים על הלאו, דהיינו רק התלויים יפוצו בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות. סכום זה אינו של הניזוק החי ואינו של

146 הוא יוכל לצרף תלויים רק לפי המודל הגרמני שבו מדובר בתלויים בעת הפגיעה ולא בתלויים בעת המוות; וראו בנדון גם את – Report on Personal Injury Litigation – Assessment of Damages 1973 (Law Com. no. 56), פסקאות 84-85. צירוף כזה חוסך הוצאות מינהליות.

147 ראו למשל ע"א 258/88 פיקטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576; ע"א 450/52 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו בע"מ, פ"ד מ(1) 658.

148 ראו פסק־דינו של השופט בייסקי בעניין גבריאל (לעיל, הערה 2).

העזיבון. הקרן היא אחת – "הסכום שנפסק" ואין בלתי ולא נותר ממה לשלם לעזיבון. ההוראה מתווה את המסלול שבתי-המשפט צריכים ללכת בו – לפסוק בכל מקרי קיצור תוחלת חיים, פיצויים בתשלומים עתיים וכך להגן על התלויים. בדרך של היקש ניתן ללמוד כי גם כשנפסק סכום אחד יש לתלויים ולתלויים בלבד זכאות להפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות, שהרי לא ייתכן שהחלטה לגבי אופן הפיצוי תשפיע על זכויות מהותיות, לאמור שבמקרה אחד ייהנו התלויים ובאחר העזיבון.

לכאורה מדובר רק על מקרה שבו מלכתחילה שולמו פיצויים לנפגע בתשלומים עתיים, אך ברי כי צורת התשלום אינה יכולה להכתיב את טיב הזכאות. אם ידוע לאדם שהופחתה משמעותית תוחלת חייו והדבר עולה גם מחוות הדעת הרפואיות, יש לו תמריץ לקבלת פיצויים בתשלומים עתיים על-מנת שייפסק פיצוי גם בגין אובדן השכר בשנים האבודות. מן הראוי שבתי-המשפט יעמוד על המשמר בנדון ויפסוק במקרים כאלה, לפחות בראש הנזק של הפסד השתכרות, פיצויים בתשלומים עתיים, כדי להגן על האינטרסים של התלויים.

הפסיקה בארץ אכן השתמשה בהסדר האמור ופסקה תשלומים עתיים בתביעות של נזיוקים שקוצרה תוחלת חייהם¹⁴⁹. זאת הייתה גם המלצתם של המלומדים שנדרשו לסוגיה זאת¹⁵⁰.

יתירה מזאת, מאחר שהפסיקה מכירה בסמכות ובחיוניות של שימוש בתשלומים עתיים גם בתביעות נזיקין שאינן מושגות על חוק הפיצויים¹⁵¹, מן הראוי לאמץ פרקטיקה דומה גם בתביעות ממין זה.

שני הפתרונות האחרונים היו זמינים בפני בית-המשפט בעניין אטינגר ואימוץ כל אחד מהם היה, לדעתי, עדיף על פני ההלכה.

149 ראו למשל את ע"א 960/02 עזיבון המנוח טלאל סביחי ז"ל נ' הפניקס הישראלי, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(2) 30; ת"א (י-ם) 1423/97 חמידה נגד עזיבון המנוח שריט ז"ל (לא פורסם, פסק-דין מיום 5.1.1999); ת"א (י-ם) 1318/98 ורנבסקי נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, פסק-דין מיום 12.6.2003); ת"א (י-ם) 415/93 אזולאי נ' המגן (לא פורסם); ע"א 1532/97 חיוגאייב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, פסק-דין מיום 25.8.1998).

150 א' ריבלין תאונת הדרכים – סדרי דין וחישוב הפיצויים (מהדורה שלישית, תש"ס), עמ' 657, ובהמשך עמ' 667; ד' קציר פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה רביעית, תשנ"ח), סעיף 60, עמ' 271; י' אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מהדורה שנייה, תש"ן), עמ' 194.

151 ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718; ע"א 778/83 עזיבון המנוחה שרה סעידי נ' פור, פ"ד מ(4) 628; ע"א 5651/94 רן כהן, קטין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נ(1) 422; רע"א 4932/97 אסרף נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(5) 129, עמ' 137.

1. סיכום

פסק־הדין בעניין אטינגר הוא ללא ספק מפסקי־הדין החשובים שניתנו בדיני נזיקין בשנים האחרונות. בצד תרומתו הגדולה לתורת דיני הפיצויים בישראל, הוא קובע הלכה שנויה במחלוקת. לעניות דעתי, מבטאת היא במידה מסוימת, ברוח דברי פרופ' עטיה בעניין דומה, ניצחון של הלוגיקה המשפטית על השכל הישר. ההלכה, ובעיקר בגלל החלק שבה שמקנה לעיזבון זכאות לקבלת פיצוי בגין אובדן ההשתכרות של המנוח, לא תאריך ימים ומוטב שכך. בא־כוח פרקליטות המדינה כבר הודיע בתגובתו לעתירה לדיון הנוסף בעניין אטינגר כי בדעת המדינה ליזום הצעת חוק שתוגש עוד בטרם יחוקק החוק לדיני ממונות, ותושתת על ההסדר המוצע בתזכיר חוק דיני ממונות. משסירב בית־המשפט העליון להתיר דיון נוסף בהלכה, ניתן רק לקוות כי לאור מגרעותיה, היא תבוטל במהרה על ידי המחוקק. ההצעה בנדון בתזכיר החוק לדיני ממונות היא טובה, אולם מן הראוי לבחון גם חלופות אחרות לה, לרבות אלו שנדונו ברשימה זאת. אולם גם בתי המשפט אינם פטורים בלא כלום. מן הראוי עתה לפחות לחתור לצמצום תחולתה באמצעות קביעה חד־משמעית שאין להרחיבה מעבר לד' אמות דיני הנזיקין המסורתיים וכפועל יוצא מכך, אין להחילה על תביעות לפי חוק הפיצויים, שכאמור יש בו הסדר מיוחד ומספק בנדון, ובכך יוקטן משמעותית היקף פרישתה. מן הראוי גם לשקול בכובד ראש קביעה שיפוטית שלפיה יש ליתן תחולה פרוספקטיבית להלכה ולהחילה רק על מעשי נזיקין שבוצעו לאחר נתינתה, ואולי יש מקום לנקוט בשתי הדרכים שנמנו לעיל גם יחד.