

על חוסר העקביות בפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים

מאת

רון פרי*

א. מבוא. ב. הרציונל לפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים. ג. הפרקטיקה של פסיקת הפיצויים בגין קיצור תוחלת חיים. ד. ביקורת על המצב הקיים והצעות לתיקון. ה. סיכום.

א. מבוא

אחת ההבחנות המושגיות הבסיסיות ביותר בתורת הפיצויים היא זו שבין נזקים ממוניים (pecuniary losses; dommages matériels; Vermögensschaden) לנזקים שאינם ממוניים (non-pecuniary losses; dommages immatériels; Nichtvermögensschaden)¹. "נזק ממון" הוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין כ"הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים". לשון אחר: נזק ממוני הוא נזק כספי (חסרון כס או מניעת רווח) או נזק שניתן לתרגמו באופן ישיר למונחים כספיים, בין משום שיש לו שווי שוק ובין משום שניתן לתמחרו באמצעות כלים אחרים שאינם מבוססים על פיקציות או על הערכות שרירותיות. אמנם המונח "נזק לא ממוני" לא זכה להגדרה מפורשת בפקודה, אולם מכלל הן ניתן ללמוד גם על הלאו: נזקים לא ממוניים

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה ליהודה אדר, ללימור זר-גוטמן, לדניאל מור, לדב רביד ולבועז שנוור על הערותיהם לטיוטה מוקדמת של המאמר.
1 עיינו גם: Law Reform Commission of British Columbia *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*, LRC 76 (1984), Ch. I(A). מובן כי הבחנה זו אינה מיוחדת לדיני הנזיקין דווקא.

הם נזקים שאינם כספיים ושאינם ניתנים למדידה אמיתית במונחים כספיים². הקושי העיקרי שעמו צריכים בתי-המשפט להתמודד בבואם לפסוק פיצוי על נזק לא ממוני, נעוץ אפוא בכך שפסיקת פיצויים כאמור מחייבת "תרגום" של אובייקטים שאינם ניתנים למדידה בכסף (מכוח הגדרה) לערכים כספיים³. לכן הפיצוי על נזק לא ממוני מבוסס במידה רבה על הערכות אינטואיטיביות-שרירותיות⁴.

במסגרת הפיצוי בגין פגיעה גופנית מוכרים בישראל שני ראשי נזק "לא ממוניים"⁵: "כאב וסבל" (pain and suffering; douleurs et souffrances; Schmerzensgeld), מחד גיסא, ו"קיצור תוחלת חיים", מאידך גיסא⁶. מבחינה עיונית מתייחס ראש הנזק הראשון

2 להגדרות אחרות עיינו והשוו: ד' קציר פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה רביעית, תשנ"ח), עמ' 21; I. Gilead "Tort" (18th ed., 2000), p. 1565, §29-16; Clerk & Lindsell on Torts (18th ed., 2000), p. 1565, §29-16; I. Gilead "Tort" in *The Law of Israel: General Surveys* (Y. Zamir, S. Colombo – eds., 1996), p. 481, n. 910; D. Benedek "Non-Pecuniary Damages: Defined, Assessed and Capped" 32 *Revue Juridique Themis* (1998) 607, p. 612.

3 ובלשונו של השופט Moir (ביחס לקיצור תוחלת חיים) בפרשת *Prather v. Hamel* (1976) 66 D.L.R. 3d 109, p. 127 (Alta.): "In this case we are trying to value the invaluable. We must put a price on the priceless".

4 ניתן אמנם להבטיח קונסיסטנטיות בפסיקת הפיצויים על נזקים לא ממוניים (למשל, על-ידי היצמדות לסכומים שנפסקו במקרים קודמים או על-ידי קביעת אמות מידה ברורות לקביעת גובה הפיצוי כפי שנעשה בהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים) אבל הסכומים שנפסקים בגין כל אחד ממרכיבי הנזק מבוססים ביסודם על הערכה אינטואיטיבית-שרירותית.

5 ראו גם ד' מור "פיצוי נפגעי תאונות דרכים בגין נזקי גוף לא ממוניים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 397, עמ' 398; א' ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר (א' ברק – עורך, חלק ג, תשס"ג) 21, עמ' 47; ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (להלן – עניין אטינגר), פסקה 81 לפסק-הדין; I. Gilead "Non-Pecuniary Loss – The Israeli Report" in *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (W.V.H. Rogers – ed., Vienna, 2001) 297.

6 הבחנה זו אינה אוניברסלית. ישנן שיטות שבהן מוכר אך ורק ראש הנזק של כאב וסבל. ישנן שיטות המכירות בראשי נזק לא ממוניים שאינם מוכרים בישראל (כמו אובדן הנאות החיים). בחלקן מוכר גם ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים (לדוגמה: Civil Law (Australian Capital Territory) Wrongs Act 2002, §99), ואילו באחרות (כמו אנגליה) לא מוכר ראש נזק כזה. בשיטות אחרות נפסק בגין נזקים לא ממוניים סכום אחד ששיעורו שווה למכפלה של ערכים המבטאים את החומרה היחסית של הנזק הלא ממוני בסכומים סטטוטוריים, כאשר החומרה היחסית נקבעת, בין היתר, לאור הכאב והסבל, אובדן הנאות החיים וקיצור תוחלת החיים (לדוגמה: Civil Liability Act 2002, §§3, 16 (New South Wales); Civil Liability Act 2003, §§ 51, 61-62 (Queensland); Civil Liability Act 1936 as amended, §§ 3, 52 (South Australia)). באחרות נפסק סכום אחד ששיעורו שווה למכפלת ערכים המבטאים את החומרה היחסית של הנזק בסכומים סטטוטוריים, כאשר החומרה נקבעת אך ורק על יסוד הגדרות רפואיות אובייקטיביות (לדוגמה: Personal

לשני מישורים של פגיעה⁷: ה"כאב" (pain) מבטא את השפעת הפגיעה ותוצאותיה על מערכת העצבים; וה"סבל" (suffering) מבטא את ההשלכות הנפשיות של הפגיעה ותוצאותיה, לרבות תגובות של צער, דכדוך, מועקה, לחץ, תסכול, עצבנות, חרדה, פחד ובושה⁸. אמנם בתי-המשפט אינם מבחינים בין שני הרכיבים ברמה המושגית, אולם בקביעת גובה הפיצוי ניתן תמיד משקל ראוי לשניהם⁹. לענייננו חשובה יותר העובדה ששני הרכיבים מתייחסים לתחושותיו הסובייקטיביות של הנפגע¹⁰.

ראש הנזק הלא ממוני השני שבגינו זכאי הנפגע לפיצוי על-פי הדין הישראלי הוא ראש הנזק של קיצור או אובדן תוחלת חיים, שבו עוסקת רשימה זו. הטענה שאותה אנסה להוכיח להלן היא שקיימת סתירה בין הרציונל העיוני המקובל בישראל לפסיקת הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים, לבין האופן שבו קובעים בתי-המשפט בפועל את גובה הפיצוי בראש נזק זה. לפי התפיסה הרווחת מדובר בראש נזק אובייקטיבי, דהיינו: ראש נזק המתייחס לעצם הפגיעה ב"נכס" בעל ערך אובייקטיבי ולא לתחושה הסובייקטיבית של הניזוק בעקבות הפגיעה¹¹. לעומת זאת הפרקטיקה המקובלת בפסיקת הפיצויים מעידה על כך שהוא נתפס כראש נזק מעורב (המשלב רכיב אובייקטיבי עם רכיב סובייקטיבי). ראוי להדגיש כי הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים כראש נזק נפרד אינו אפשרי אצלנו בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים¹². לאור זאת יהא דיוננו מוגבל מבחינת היקפו לתביעות נזיקין שאינן מבוססות על חוק זה.

- 7 כן (Injuries (Liabilities and Damages) Act, 2003, §§24-27 (Northern Territory) נעשה, כידוע, גם בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.
D.B. Dobbs *Law of Remedies* (vol. II, 2nd ed., St. Paul, 1993), pp. 381, 383-385; C. von Bar *The Common European Law of Torts* (vol. II, Oxford, 2000), p. 174 (לעיל, הערה 5), עמ' 398, ליד הערות 7-8; קציר (לעיל, הערה 2), עמ' 613-614.
8 ראו: *Sabich v. Outboard Marine Corp.*, 60 Cal. App. 3d 519, 131 Cal. Rptr. 703 (1976).
9 השוו: *Judd v. Rowley's Cherry Hill Orchards Inc.*, 611 P.2d 1216 (Utah 1980); *Wallen v. Allen*, 231 Va. 289 (1986).
10 F. Trindade, P. Cane *The Law of Torts in Australia* (Melbourne, 3rd ed., 1999), p. 526 (לעיל, הערה 7), עמ' 381. ראו גם ריבלין (לעיל הערה 5), עמ' 47.
11 להבחנה בין תפיסה אובייקטיבית (קניינית) לתפיסה סובייקטיבית ראו גם מור (לעיל הערה 5), עמ' 401-402.
12 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים והתקנות שהותקנו מכוחו קובעים מנגנון פשוט לחישוב הפיצוי בגין נזק לא ממוני לנפגעי תאונות דרכים. ראשית, סכום הפיצוי כפוף לתקרה הקבועה בסעיף 4(א)(3) לחוק. גובה התקרה הוא 100,000 לירות וסכום זה הוצמד למדד מיום כניסתו לתוקף של החוק (25.9.1976) ואילך. כיום מדובר בסך של 150,000-145,000 שקלים חדשים לערך. שנית, תקנות 2(א) ו-3 לתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו-1976, קובעות מה הם הפרמטרים שעל-פיהם יש לחשב את הפיצוי על נזק לא ממוני בכפוף לאותה התקרה ומה משקלו של כל אחד מן הפרמטרים הללו. הפיצוי מבוסס על שקלול של שלושה רכיבים: (1) שיעור הנכות הרפואית הצמיתה של הנפגע, ובלבד שזו נובעת מן התאונה (עבור כל

ב. הרציונל לפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים

רציונל אפשרי אחד לפסיקת פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים הוא שהידיעה על קיצור החיים מסכה לנפגע צער, חרדה ותסכול. הנזק שבגינו נפסק הפיצוי לפי תפיסה זו הוא סובייקטיבי. אמנם כבר ציינתי לעיל כי הגישה הסובייקטיבית אינה רווחת בישראל כיום, אך ניתן למצוא לה הדים קלושים בפסקי בראשית. בפרשת שנער¹³, למשל, כתב השופט זילברג כי:

“אבדן תוחלת החיים מתרכז באותו רגע מר ונמהר, בו רואה הקרבן לנגד עיניו את קצו הקרוב, ומתיימש סופית מן האחרית ותקוה שייחל לה לפני

אחוז של נכות זכאי הניזוק לפיצוי בשיעור של אחוז מהסכום המקסימלי. לעניין הקשר הסיבתי בין התאונה לבין הנכות, ראו: ע"א 8288/00 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' סיכסך, תק-על (2) 01 (655); (2) גיל הנפגע בשעת התאונה (אם עבר את גיל 30 מפחיתים מהסכום שחושב לפי דרגת הנכות אחוז ששיעורו כמספר השנים השלמות שבהן הניזוק היה מבוגר מגיל 30 ביום התאונה. ראו ע"א 252/88 אבו לטיפה נ' עמית, תק-על (4) 90, 160, פסקה 7 לפסק-הדין; (3) מספר הימים שבהם אושפו בעקבות התאונה. עבור כל יום אשפוז מצרפים לסכום שחושב לפי אחוזי הנכות והגיל 0.2% מהסכום המקסימלי. אם כן, סך הפיצוי בגין נזק לא ממוני לפי החוק והתקנות יכול לכלול שני מרכיבים מצטברים: הרכיב התלוי בנכות הרפואית (בניכוי גורם הגיל) והרכיב התלוי במספר ימי האשפוז. עם זאת גם אם הסכום של שני הרכיבים גבוה מן התקרה הסטטוטורית, לא ניתן לפסוק לנפגע פיצוי העולה על תקרה זו בגין נזקים לא ממוניים (ראו למשל: ת"א (ת"א) 826/90 בן מוחה נ' חליבה, תק-מח (2) 92, 1381, פסקה 39 לפסק-הדין). הפרמטרים העומדים ביסודו של החישוב אינם אלא תת-קבוצה של מערכת השיקולים שהנחו את בתי-המשפט בפסיקת פיצויים על כאב וסבל מאז ומעולם. לכן ניתן, לכאורה, לטעון שהחישוב שנעשה על-פי התקנות נועד לקבוע את שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל בלבד, ואין בו כדי לשלול פיצוי נוסף בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. טענה זו נתקבלה על-ידי בית-המשפט המחוזי בחיפה בשני מקרים. ראו: ת"א (חי') 160/92 יפרח נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, תק-מח (1) 96, 448 (התובע נפגע בתאונת דרכים ונקבעו לו 100% נכות. נפסק לו הסכום המקסימלי בגין נזק לא ממוני לפי החוק וכן 175,000 ש"ח בגין קיצור תוחלת חיים); ת"א (חי') 417/89 גנאים נ' חמד, תק-מח (1) 98, 11865 (התובעת נפגעה בתאונת דרכים ונקבעה לה נכות 100%. בית-המשפט המחוזי פסק פיצוי על כאב וסבל לפי אמות המידה שבתקנות ועוד 700,000 ש"ח בגין קיצור תוחלת חיים). ואולם בערעורים שהוגשו על אותן ההחלטות הפך בית-המשפט העליון את הקערה על-פיה וקבע כי המונח "נזק שאינו נזק ממוני" שבסעיף 4 לחוק כולל את כל הנזקים הבלתי ממוניים, ובכלל זה – קיצור תוחלת חיים. הפיצוי שנקבע על-פי התקנות ממצה את הזכות לפיצוי בגין נזק לא ממוני. ראו: ע"א 2801/96 אל-על נ' יפרח, פ"ד (1) 817 (להלן – עניין יפרח), עמ' 833-839; ע"א 1433/98 חמד נ' גנאים, תק-על (3) 99, 1754. פרופ' מור הגיע לאותה המסקנה שני עשורים קודם לכן (לעיל, הערה 5), עמ' 399-400.

13 ע"א 15/66 שנער נ' חסן, פ"ד כ(2) 455 (להלן – עניין שנער), עמ' 462-463.

הפגיעה... היאוש המדכדך של ההולך למות הוא הוא המייצג, כראש נזיקין, את התוחלת שאבדה לו בעטיו של המזיק".

צידוק כזה מעורר שני קשיים לפחות: האחד עיוני והאחר מעשי. מן הבחינה העיונית – הגדרתו של ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים כראש נזק "סובייקטיבי" מעמידה בספק את הצורך ואת ההיגיון שבהבחנה בינו לבין ראש הנזק של כאב וסבל. סבלו של אדם שנפגע בתאונה כולל הרי, מן הסתם, גם את הצער, החרדה והתסכול שמקורם בידיעה על התקצרות החיים. ניתן וראוי היה להתחשב באותן התחושות אגב הערכת הפיזוי בגין כאב וסבל (כפי שנעשה לגבי תחושות סובייקטיביות אחרות), ולא לייחד להן ראש נזק נפרד. ואמנם, במרבית השיטות בארצות-הברית לא קיים אב נזק של קיצור תוחלת חיים¹⁴, אך ניתן להתחשב במודעות הסובייקטיבית לקיצור תוחלת החיים בפסיקת הפיזוי בגין כאב וסבל¹⁵. באופן דומה קבע המחוקק האנגלי, אשר ביטל את הזכות

C. Domingue-Hendrickson "New Mexico Adopts Hedonic Damages in the Context of Wrongful Death Actions: *Sears v. Nissan*" 25 *N.M.L. Rev.* (1995) 385, pp. 386-387; E.A. O'Hara "Hedonic Damages for Wrongful Death: Are Tortfeasors Getting Away With Murder?" 78 *Geo. L.J.* (1990) 1687, p. 1692; *Sterner v. Wesley College, Inc.*, 747 F. Supp. 263, pp. 272-274 (D. Del. 1990) (applying Delaware law); *Nichols v. Estabrook*, 741 F. Supp. 325, pp. 328-329 (D.N.H. 1989) (applying New Hampshire law); *O'Leary v. United States Lines*, 111 F. Supp. 745, p. 747 (D. Mass. 1953) (applying Massachusetts law); *Phillips v. Eastern Me. Med. Center*, 565 A. 2d 306, p. 309 (Me. 1989); *Smallwood v. Bradford*, 352 Md. 8, pp. 25-26 (1998); *Smith v. Whitaker*, 160 N.J. 221, p. 236 (1999); *Willinger v. Mercy Catholic Medical Center of Southeastern Pa.*, 482 Pa. 441, pp. 445-448 (1978); *Spencer v. A-1 Crane Serv., Inc.*, 880 S.W. 2d 938, pp. 943-944 (Tenn. 1994); *Otani v. Broudi*, 151 Wash. 2d 750, p. 763 (2004); *Prunty v. Schwantes*, 40 Wis. 2d 418, pp. 424-425 (1968) כיום ישנן שיטות אחדות המאפשרות פיצוי בגין קיצור החיים או אובדן הנאות החיים בשנים האבודות (כראש נזק אובייקטיבי): *Durham v. Marberry*, 2004 Ark. LEXIS 179, *17-18; *Mather v. Griffin Hosp.*, 540 A. 2d 666, p. 678 (Conn. 1988); *Ozaki v. Association of Apartment Owners of Discovery Bay*, 87 Haw. 273, pp. 288-289 (1998); *Choctaw Maid Farms, Inc. v. Hailey*, 822 So. 2d 911, pp. 922-923 (Miss. 1994); *Romero v. Byers*, 117 N.M. 422, p. 428 (1994); *Romero v. Byers*, 117 N.M. 422, p. 428 (1994). אולם זוהי, כאמור, עמדת המיעוט בארצות-הברית.

Pitman v. Thorndike, 762 F. Supp. 870, pp. 872-873 (D. Nev. 1991); *Doe v. U.S.*, 737 F. Supp. 155, pp. 167-168 (D.R.I. 1990); *Poyzer v. McGraw*, 360 N.W.2d 748, p. 753 (Iowa 1985); *Leiker v. Gafford*, 245 Kan. 325, p. 340 (1989); *Anderson v. Neb. Dep't of Social Servs.*, 248 Neb. 651, p. 663 (1995); *Nussbaum v. Gibstein*, 73 N.Y. 2d 912, p. 914 (1989); *First Trust Co. v. Scheels Hardware and Sports Shop*, 429 N.W. 2d 5, pp. 13-14 (N.D. 1988); *Mo. Pac. R.R. v. Lane*, 720 S.W. 2d 830, p. 834 (Tex. App. 1986); *Bulala v. Boyd*, 239 Va. 218, pp. 232, 234 (1990) (לעיל, הערה 7), עמ' 390-391.

לפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים¹⁶, כי ניתן לתת משקל לידיעה על קיצור תוחלת החיים בפסיקת פיצוי על כאב וסבל¹⁷; וניתן למצוא התבטאויות ברוח זו גם בפסיקה ישראלית ותיקה¹⁸.

מן הבחינה המעשית מעוררת התפיסה הסובייקטיבית של המושג "קיצור תוחלת חיים" בעיה, שאינה ניתנת לפתרון על-ידי הפיכת ראש הנזק העצמאי לאחד מן הפרמטרים המשפיעים על גובה הפיצוי בגין כאב וסבל. במשפט הישראלי זכאי גם עיזבונו של אדם שנפגע בתאונה קטלנית לפיצוי בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים¹⁹. בעבר, כאשר לא נפסקו פיצויים בגין נזקים ממוניים בשנים האבודות (lost years)²⁰

16 Administration of Justice Act, 1982, §1(1)(a) והשוו בסקוטלנד: Damages (Scotland) Act, 1976, Ch. 13 (as amended by the Damages (Scotland) Act 1993, Ch. 5), §9A(2) בניו זילנד בוטלה הזכות לפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים במקרים של תאונה קטלנית בשנת 1937 (לדיון בסוגיה זו ראו *Re Chase* [1989] 1 N.Z.L.R. 325, pp. 339-340. נזכיר כי מאוחר יותר הוחלף שם משטר האחריות על בסיס אשמה בהסדר פיצוי סוציאלי.

17 Administration of Justice Act, 1982, §1(1)(b): "if the injured person's expectation of life has been reduced by the injuries, the court in assessing damages in respect of pain and suffering caused by the injuries, shall take account of any suffering caused or likely to be caused to him by awareness that his expectation of life has been so reduced." והשוו בסקוטלנד: Damages (Scotland) Act, 1976, Ch. 13 (as amended by the Damages (Scotland) Act 1993, Ch. 5), §9A(1): "In assessing, in an action for damages in respect of personal injuries, the amount of damages by way of solatium, the court shall, if – (a) the injured person's expectation of life has been reduced by the injuries; and (b) the injured person is, was at any time or is likely to become, aware of that reduction, have regard to the extent that, in consequence of that awareness, he has suffered or is likely to suffer" ידוע וותיק של המשפט המקובל. ראו, למשל: *Wise v. Kaye* [1962] 1 Q.B. 638, p. 649. [1962] 1 All E.R. 257 (C.A.)

18 ראו, למשל: ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו 1242, עמ' 1254 (בית-המשפט רומז כי הסבל בגין קיצור תוחלת החיים נשקל במסגרת הערכת הפיצוי בגין כאב וסבל); ע"א 295/81 עיזבון המנוחה שרון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533 (להלן – עניין גבריאל), עמ' 572, מפי הנשיא י' כהן ("כשמדובר בתביעת הניזוק עצמו ניתן לראות בעגמת הנפש ובצער, הנגרמים לו עקב ידיעה, שלא יוכל לדאוג בעתיד למטרות היקרות ללבו ושלא יוכל ליהנות מפירות עבודתו, חלק מהנזק שיש לפצות עבורו בראש נזיקין של כאב וסבל"). עיינו והשוו (באוסטריה): E. Karner, H. Koziol "Non-Pecuniary Loss under Austrian Law" in *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (W.V.H. Rogers – ed., Vienna, 2001) 1, pp. 10-11.

19 ראו ע"א 148/53 פנץ נ' פלדמן, פ"ד ט 1711. והשוו, באנגליה, לפני ביטולו של ראש הנזק הנדון בחוק: *Benham v. Gambling* [1941] 3 All E.R. 359 (H.L.); *Rose v. Ford* [1937] 1 All E.R. 7 (H.L.) (להלן – עניין *Benham*).

20 לגבי אובדן כושר השתכרות, ראו עניין גבריאל (לעיל, הערה 18) ובאוצות-הברית: *Dobbs* (לעיל, הערה 7), עמ' 425. לגבי הוצאות פוזיטיביות (עבור טיפול, עזרת צד ג, ניידות, עזרים רפואיים וכו') ראו: ע"א 830/76 סעדה נ' חמדי, פ"ד לג(1) 589, עמ' 611-612

היווה ראש נזק זה את המרכיב העיקרי של הפיצוי בתביעת העיזבון. עתה, לאחר שבית-המשפט העליון קבע כי גם עיזבוננו של אדם שהומת על-ידי מעשה עוולה זכאי לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בשנים האבודות²¹ פחתה במעט חשיבותם של ראשי הנזק הלא ממוניים בתביעה כזו. אולם גם כיום עשוי הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים להוסיף לקופת העיזבון סכום לא מבוטל. דא עקא, אם ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים נועד לפצות את הנפגע על תחושות סובייקטיביות הנובעות מן הפגיעה, לא ניתן לפסוק פיצוי בראש נזק זה לטובת עיזבוננו של אדם שלא הספיק לחוות צער ותסכול בגין התקצרות חייו משום שמתו היה מידי, או משום שאיבד את הכרתו מיד עם קרות התאונה. מובן שהפיכת המושג של "קיצור תוחלת חיים" מראש נזק נפרד לאחד מרכיביו של ראש הנזק של כאב וסבל לא הייתה פותרת את הבעיה. התנאי היסודי לפסיקת הפיצוי, קרי מודעות לקיצור החיים, לא היה מתקיים גם כן.

כדי לשמר את ראש הנזק הנפרד של קיצור תוחלת חיים (לנוכח חשיבותו הרבה בתביעת העיזבון במקרים של תאונה קטלנית) נדרשה אפוא הכרה בכך שמדובר באב נזק אובייקטיבי או, למצער, מעורב. על אף שניתן למצוא בפסיקה אימרות שלפיהן ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים הוא מעורב²², הגישה שנתקבלה בסופו של דבר על-ידי בית-המשפט העליון היא ש"עניין לנו בנזק אובייקטיבי ולא בפיצויים בגין תחושתו הסובייקטיבית של הניזוק בחייו על דבר מותו"²³. תוחלת חייו של אדם היא "נכס" כמו

(הערכת תוחלת החיים נעשית שם, עמ' 597); ע"א 8109/95 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' גינת, פ"ד נב(5) 637, עמ' 646.

21 עניין אטינגר (לעיל, הערה 5).

22 לדוגמה: השופט ברנזון בפרשת שנער (לעיל, הערה 13), עמ' 460-461 מתייחס לראש הנזק האמור במילים הבאות: "כשהתאונה מביאה למוות מהיר או מידי, מקופל הסבל העיקרי באותו רגע איום שבו רואה הנפגע את מר המוות סר אליו או שהוא חש את קצו ההולך וקר. במקרה האחר, כאשר הנפגע נשאר בחיים אך תוחלת חייו קוצרה, סבלו קשה שבעתים. כל ימיו מתענה הוא בהרגשה שלא ככל האדם הוא, כי חלק מסיכויי חייו הנורמליים נקלח ממנו ללא שוב. קשים עינויי הנפש מייסורי הגוף ובקביעת סכום הפיצויים בראש נזיקין זה יש להתחשב גם בזה... בכל מקרה יש, אפוא, לפצות הן על אובדן החיים או על קיצור תוחלת החיים והן על הסבל הקשור בכך. אלא שמידת הסבל שונה כמובן ממקרה למקרה ויש הבדל חד בין מקרה של מוות מהיר או מידי ונכות המתמשכת והולכת בצל הקודר של קיצור החיים". לטענה שלפיה ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים כולל שני מרכיבים ראו גם: Benedek (לעיל, הערה 2), עמ' 613.

23 עניין גבריאלי (לעיל, הערה 18), עמ' 560 מפי השופט ברק (אגב אורחא). ראו גם ע"א 773/81 עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 816 (להלן – עניין פרייליך), פסקה 11 לפסק-דינו של השופט ברק (כתוארו אז): "נראה, על כן, כי הקריטריון במסגרת אב-נזק זה הוא קריטריון אובייקטיבי, שאינו מותנה בתודעתו של הניזוק"; שם, פסקה 27 לפסק-דינו של השופט ברק: "כמו באנגליה, גם בישראל אב הנזק של 'כאב וסבל' הוא אב נזק המבוסס על גישה אישית-פונקציונלית. לעומת זאת – ובניגוד לאנגליה – אב הנזק של 'אבדן או קיצור תוחלת חיים' מבוסס על הגישה הקניינית-אובייקטיבית"; עניין אטינגר (לעיל, הערה 5), פסקה 62 לפסק-דינו של השופט ריבלין (מצטט בהסכמה

כל נכס אחר (כגון בית או כלי רכב) שפגיעה בו מזכה את ה"בעלים" בפיצוי ששיעורו נקבע לפי חומרת הפגיעה (בנכס). לשון אחר: הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים לא נפסק בגין הצער והתסכול הנובעים מן המודעות לקיצור החיים (הפן הסובייקטיבי) אלא בגין אובדן נכס בעל ערך חברתי (הפן האובייקטיבי)²⁴. נראה כי גם בין אנשי הספר שוררת תמימות דעים כי הדין הנוהג רואה בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים ראש נזק אובייקטיבי²⁵.

משאמרנו כי ראש הנזק שבו עסקינן הוא אובייקטיבי עלינו לקבוע את שיעור הפיצויים על-פי אמות מידה התואמות את התפיסה האובייקטיבית. כאשר מדובר בפגיעה קטלנית ניתן, לכאורה, לחשוב על שלוש שיטות הערכה. בשיטה האחת מניחים כי ה"נכס" שאבד הוא החיים עצמם, ושחיהם של כל בני האדם (צעירים ומבוגרים, בריאים וחולים) שווים בערכם. על-כן כאשר החיים מסתיימים מחמת מעשה עוולה, הפיצוי בגין הרכיב הלא ממוני שבאובדן תוחלת החיים צריך להיות אחיד. בשיטה השנייה מניחים כי ה"נכס" הוא תוחלת החיים ולא החיים עצמם, ושחיים במשך זמן נתון הם בעלי ערך אחיד עבור כל הבריות. חומרת הפגיעה ב"נכס", שעל-פיה יש לקבוע את גובה הפיצויים, עומדת ביחס לישר למידת הגריעה מתוחלת החיים, דהיינו – מספר

את דברי השופט ברק בעניין גבריאלי). על אימוץ הגישה האובייקטיבית ניתן ללמוד גם מכך שגובה הפיצוי נקבע על-פי אמות מידה המתיישבות עם גישה זו ולא עם אחרות. יצירת קורלציה בין מספר השנים שאבדו לבין גובה הפיצוי (ראו להלן, הערות 28-42 והטקסט הנלווה) מבטאת בעליל תפיסה אובייקטיבית-קניינית. בית-המשפט מנסה לתת ביטוי אובייקטיבי לערכו של ה"נכס" שאבד: ככל שאבדה לנפגע תקופת חיים ארוכה יותר – נזק גדול יותר. מידת הסבל הסובייקטיבי של הנפגע אינה תלויה אך ורק במספר השנים האבודות כפי שאסביר להלן בפרק ד. המסקנה שלפיה בית-המשפט העליון רואה ב"קיצור תוחלת חיים" ראש נזק אובייקטיבי נתמכת גם על-ידי העובדה שבפסיקה שבה נקבעו אמות המידה לפסיקת הפיצויים בראש נזק זה (להלן, הערה 32) לא נעשתה הבחנה בין פיצוי לנפגע-החי ופיצוי לעיזבון. אילו דובר בראש נזק סובייקטיבי או מעורב הבחנה כזו הייתה הכרחית.

24 השוו: *Sherrod v. Berry*, 629 F. Supp. 159, p. 160 (N.D.Ill. 1985) (יש לפצות את עיזבוננו של הקורבן בגין אובדן ה"hedonic value of life"). ודוק, פסק-הדין (שניתן על-ידי ערכאה פדרלית ומבוסס על הוראת חוק פדרלית) אינו מייצג קונצנזוס בפסיקה האמריקנית. להיפך: מרבית השיטות בארצות-הברית עדיין אינן מכירות בזכות לפיצוי על קיצור תוחלת חיים, או שהן מכירות בזכות כזו רק כחלק מן הפיצוי בגין כאב וסבל במקרים שבהם יש מודעות לקיצור תוחלת החיים. ראו לעיל, הערות 14-15.

25 מור (לעיל, הערה 5), עמ' 401-402, הערה 24 ("לפי התפיסה האובייקטיבית-הקניינית) זכאי אדם לחיות כפי תוחלת החיים הטבעית שלו. קיצור או אובדן מזכים אותו בפיצוי לפי מספר השנים שנשללו... זו הגישה הנוהגת כיום בדין הישראלי לגבי אב נזק זה"; שם, עמ' 402, הערה 27; א' ברק "הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנוקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 243, עמ' 266 ("אב הנזק של אבדן או קיצור תוחלת החיים, אינו מבוסס על גישה מעורבת, אלא על הגישה הקניינית"); ריבלין (לעיל, הערה 5), עמ' 47; Gilead (לעיל, הערה 5), עמ' 299.

השנים שאבדו לקורבן בעקבות הפגיעה. בשיטה השלישית מניחים כי ה"נכס" הוא תוחלת ההנאה מן החיים. גובה הפיצוי נקבע בהתאם למידת ההנאה שהקורבן היה צפוי להפיק מן השנים האבודות לאור נתוניו האישיים. מספר השנים האבודות הוא, כמובן, שיקול בהערכת הפסד ההנאה, אך לא שיקול בלעדיו²⁶. יש לשים לב לכך שלמרות שבשיטה השלישית הערכת הנזק נעשית תוך התחשבות בנתונים אישיים, ראש הנזק אינו הופך ל"סובייקטיבי" במובן שבו אנו משתמשים כאן. המודעות של הקורבן לקיצור תוחלת החיים ומידת הצער הנובע ממנה אינן רלוונטיות גם בשיטת הערכה זו²⁷.

כבר בפרשת שנער²⁸, ועוד בטרם הוכרעה סופית שאלת הצידוק העיוני לפסיקת הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים, דחה בית-המשפט העליון את שיטת החישוב השלישית (שהייתה מקובלת באותה העת באנגליה²⁹). השופט ברנזון גרס שקנה המידה האפשרי היחידי להערכת הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים הוא אורך החיים שאבד, דהיינו מספר השנים שאיבד הנפגע על-פי ממוצעים סטטיסטיים ונתונים רפואיים או בייקטיביים (השיטה השנייה)³⁰. לעומת זאת השופט זילברג סבר כי יש לחייב את המזיק בתשלום

26 ראו עניין *Benham* (לעיל, הערה 19), עמ' 12-13: "In any case, the thing to be valued is not the prospect of length of days, but the prospect of a predominantly happy life. The age of the individual may, in some cases, be a relevant factor... but, as it seems to me, arithmetical calculations are to be avoided, if only for the reason that it is of no assistance to know how many years may have been lost unless one knows how to put a value on the years. It would be fallacious to assume, for this purpose, that all human life is continuously an enjoyable thing, so that the shortening of it calls for compensation, to be paid to the deceased's estate, on a quantitative basis. The ups and downs of life, its pains and sorrows as well as its joys and pleasures – all that makes up 'life's fitful fever' – have to be allowed for in the estimate. In assessing damages for shortening of life, therefore, such damages should not be calculated solely, or even mainly, on the basis of the length of life which is lost... The question thus resolves itself into that of fixing a reasonable figure to be paid by way of damages for the loss of a measure of prospective happiness"

27 השו"ר: עניין *Benham* (לעיל, הערה 19), עמ' 13: "in assessing damages... the question is not whether the deceased had the capacity or ability to appreciate that his further life on earth would bring him happiness. The test is not subjective, and the right sum to award depends on an objective estimate of what kind of future on earth the victim might have enjoyed, whether he had justly estimated that future or not"

28 לעיל, הערה 13.

29 ראו לעיל, הערות 26-27.

30 עניין שנער (לעיל, הערה 13), עמ' 460. נימוקיו להעדפתה של אמת מידה זו על אמת המידה שהייתה מקובלת באנגליה מבוארים שם. נראה כי אף שהשופט ברנזון סבר שראש הנזק של קיצור תוחלת חיים הוא מעורב (ראו לעיל, הערה 22), הוא התייחס למספר השנים האבודות כאמת-מידה להערכת הרכיב האובייקטיבי של הנזק בלבד. כפי שאראה בפרק ג, מידת הסבל והצער שמקורם במודעות לקיצור תוחלת החיים אינה נמצאת ביחס ישר למספר השנים האבודות, והשופט ברנזון הבין זאת היטב (שם, עמ' 460-461).

אחיד בעד הפגיעה בחיים, בלי להתחשב בגילו או במצבו של הנפגע (השיטה הראשונה)³¹. ברם, שיטת החישוב שבה צידד השופט זילברג אינה ישימה במקרים שבהם הפגיעה אינה קטלנית, שהרי בניגוד למקרים שבהם הפגיעה קטלנית לא ניתן לומר על כל הקורבנות במקרים מהסוג הראשון שהאובדן שנגרם להם שווה. מכיוון שלא ניתן להפעיל אמות מידה שונות לשם הערכת הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים במקרים שונים, אין לקבל שיטת הערכה כזו. ואמנם, בסופו של דבר נתקבלה עמדתו של השופט ברנזון. הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים מחושב על-פי מספר השנים האבודות הן בתביעת הנפגע החי והן בתביעת העיזבון³², כאשר בקביעת מספר זה מתחשבים בתי-המשפט בגורמים שהיו עשויים לצמצם את תוחלת חייו של הנפגע מלכתחילה, כגון מחלה קשה³³ או נטייה להתאבדות³⁴.

השאלה המתעוררת בעקבות הצמדת גובה הפיצוי בגין קיצור תוחלת החיים למספר השנים האבודות היא מהו ערכה של כל שנה "אבודה". בתי-המשפט באנגליה סברו מאז ומעולם כי הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים צריך להיות צנוע וסמלי³⁵. בפועל לא נפסקו בראש נזק זה פיצויים בשיעור העולה על £1,750³⁶. בתי-המשפט במדינות שבהן חל המשפט המקובל נהגו אף הם באותה הדרך³⁷, וכך עשו גם שופטי ישראל משך שנים

31 שם, עמ' 464 ("התשלום צריך להיות 'הכל כאשר לכל', כי 'מקרה אחד' הוא... לכל יחיד החברה, כצעיר כזקן, כחזק כחלש, כחשוב וכנקלה הימנו"). אמנם בפסק-דינו של השופט זילברג יש, כפי שציינתי, ביטוי מסוים לתפיסה הסובייקטיבית של קיצור תוחלת החיים (ראו לעיל, הערה 13 והטקסט הנלווה), אולם מהמשך דבריו משתמע אימוץ של תפיסה אובייקטיבית דווקא.

32 ע"א 384/74 עיזבון המנוח דוד אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן בע"מ, פ"ד ל(1) 374 (להלן – עניין אזולאי), עמ' 376 מפי השופט ברנזון; ע"א 402/75 עיזבון ישראל משיח נ' רוזנבלום, פ"ד ל(3) 97 (להלן – עניין משיח), עמ' 101 מפי השופט שמגר; עניין אטינגר (לעיל, הערה 5), פסקה 82 לפסק-דינו של השופט ריבלין: "בכל הנוגע לראש הנזק של קיצור או אובדן תוחלת-חיים, מודד חשוב הוא אורך תקופת 'השנים האבודות', אף כי מובן הוא שאין לנקוט בדרך של חישוב 'מתמטי', הקובע 'תעריף' לכל שנת-חיים".

33 ת"א (י-ם) 1549/96 לוי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תק-מח 198 (1) 1922, פסקה 12 לפסק-הדין.

34 ע"א (חי) 807/95 עיזבון המנוח יעקב זינו ז"ל נ' מ"י, תק-מח 197 (1) 867, פסקה ג(3) לפסק-דינו של השופט ביין.

35 עניין *Benham* (לעיל, הערה 19).

36 *Kralj v. McGrath* [1986] 1 All E.R. 54 (Q.B.).

37 ראו, למשל: *Vian Guatal v. The Independent State of Papua New Guinea* [1981] Papua New Guinea L. Rep. 230; *Cheung v. Tanda* [1983] Solomon Islands L. Rep. 193; *William v. Obed* [1980-1994] Vanuatu L. Rep. 11; *Boe v. Thomas* [1980-1994] Vanuatu L. Rep. 293; *Ramsawak v. Carnarvon* (1960) 2 West Indies Rep. 426.

רבות³⁸. נקודת המפנה באה במחצית השנייה של שנות השישים. בפרשת שנער³⁹ נקבע כי הפיצוי בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים "צריך להיות פיצוי ממשי על אבדן דבר שהוא יקר מכל יקר"; זמן לא רב לאחר מכן – בעניין אררט נ' אבר-סאלח⁴⁰ – נפסק כי "הגיע הזמן שגם אנחנו נקבע 'מחיר' יותר ממשי עבור חיי אדם, ונראה עצמנו חפשיים בעניין זה מכבלי הפסיקה האנגלית"; ובעניין אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן⁴¹ פסק בית-המשפט העליון לטובת עיזבוננו של הנפגע סכום גדול מאוד בהשוואה לסכומים שנפסקו עד אז בגין קיצור תוחלת חיים. בכך הותוותה הדרך לבתי-המשפט דלמטה. סיכומו של דבר: היקף הפיצוי תלוי במניין השנים האבודות, ועבור כל שנה אבודה יש לפסוק סכום משמעותי (אם כי לא מופרז). מהו אותו סכום משמעותי ננסה לברר בהמשך⁴².

הדיכוטומיה הברורה בין ראש הנזק הלא ממוני הסובייקטיבי (כאב וסבל) לבין ראש הנזק הלא ממוני האובייקטיבי (קיצור תוחלת חיים) הכתיבה לא רק את אמות המידה לקביעת הפיצוי בגין קיצור החיים אלא גם את אופיו של הפתרון לאחת מן השאלות הקשות ביותר בתורת הפיצויים: שאלת הפיצוי על נזק לא ממוני לנפגע שאיבד את הכרתו. ישנן שיטות משפט שבהן הנפגע בשל מעשה עוולה זכאי לפיצוי בראש נזק אובייקטיבי או מעורב של אובדן הנאות החיים (loss of amenities of life), המתייחס להפסד היכולת להפיק הנאה מפעילויות שגרתיות כתוצאה מן הפגיעה⁴³. בישראל (כמו בחלק מן השיטות בארצות-הברית) לא קיים ראש נזק נפרד של אובדן הנאות החיים,

38 ע"א 316/54 "דן" שירות ציבורי עירוני, ת"א, אגודה שיתופית בע"מ נ' בן שלום, פ"ד ח 1585, עמ' 1588; ע"א 407/61 ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר נתניה נ' וייס, פ"ד טז(2) 853, עמ' 865; ע"א 146/64 ברשטלינגר נ' רובינשטיין, פ"ד יח(3) 215, עמ' 219.

39 עניין שנער (לעיל, הערה 13), עמ' 460, מפי השופט ברנזון.

40 ע"א 596/71 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' סאלח (לא פורסם).

41 עניין אזולאי (לעיל, הערה 32), עמ' 376, מפי השופט ברנזון; עניין משיח (לעיל, הערה 32), עמ' 101, מפי השופט שמגר.

42 T.M. Tabacchi, למשל: "Hedonic Damages: A New Trend in Compensation?" 52 *Ohio State L.J.* (1991) 331, S.D. Smith "The Critics and the Crisis": A Reassessment of Current Conceptions of Tort Law" 72 *Cornell L. Rev.* (1987) 765, pp. 773-775; *Mercado v. Ahmed*, 974 F. 2d 863, p. 871 (7th Cir. 1992).

43 ראו, באנגליה: *Lim Poh Choo v. Camden Area Health Authority* [1979] 2 All E.R. 910, p. 919 (H.L.) per Scarman L.J. מעורב. פירוש הדבר הוא שגם בהיעדר מודעות להפסד הנאות החיים ניתן לפסוק פיצוי בגינו, אלא שבנסיבות אלה הסכום הנפסק קטן יותר מאשר במקרים שבהם המודעות קיימת. ראו: *Wipfli v. Britten* [1984] 5 W.W.R. 315 (B.C.C.A.); *Knutson v. Farr* [1984] 5 W.W.R. 315 (B.C.C.A.); *Wipfli v. Britten* [1984] 5 W.W.R. 385 (B.C.C.A.); *affirmed* [1984] 5 W.W.R. 385 (B.C.C.A.); *affirmed* [1984] 5 W.W.R. 385 (B.C.C.A.).

אולם שלילת היכולת ליהנות עשויה לבוא לידי ביטוי בפסיקת הפיצוי על כאב וסבל⁴⁴. ההבדל העיקרי בין שיטת המשפט הישראלית לבין השיטות שבהן מוכר ראש נזק של אוברדן החיים הנאות הוא שתחת ראש הנזק של כאב וסבל לא ניתן לפסוק פיצוי על שלילת הנאה כאשר הנפגע אינו מודע לכך שזו נשללה ממנו, משום שמדובר בראש נזק המתייחס לתחושותיו הסובייקטיביות של הנפגע⁴⁵, בעוד שתחת ראש הנזק העצמאי של אוברדן הנאות החיים ניתן לפסוק פיצוי בגין שלילת ההנאות גם בליט מודעות, שכן מדובר בראש נזק שנבחן על-פי אמת מידה אובייקטיבית (או מעורבת).

הקושי שמתעורר אצלנו בשל היעדרו של ראש הנזק הנוסף נוגע בעיקר למקרים שבהם הנפגע איבד את הכרתו. באנגליה אדם כזה אמנם אינו יכול לתבוע פיצוי על כאב וסבל (בשל אופיו הסובייקטיבי של ראש נזק זה), אך עומדת לו הזכות לפיצוי בגין אוברדן הנאות החיים⁴⁶. בישראל לא רק שאדם שאיבד את הכרתו אינו יכול לתבוע – באמצעות נציגו – פיצוי על כאב וסבל⁴⁷, אלא שגם המסלול של אוברדן הנאות החיים חסום בפניו (שהרי אב הנזק אינו קיים במשפט הישראלי). בפרשת פרייליך⁴⁸ הציע השופט ברק פתרון יצירתי לבעיה זו. על-פי הפתרון המוצע יש להתייחס לאוברדן הכרה כמצב השקול לקיצור תוחלת חיים ולהגדיל את הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים על-פי תקופת אוברדן ההכרה. הפיצוי – לפי גישה זו – אינו מבוסס על הכאב והסבל שבמודעות

44 ע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח 1412, עמ' 1425 מפי השופט לנדוי. ראו גם עניין פרייליך (לעיל, הערה 23), פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ברק; עניין אטינגר (לעיל, הערה 5), פסקה 81 לפסק-דינו של השופט ריבלין. לשיטות בארצות-הברית שבהן המצב המשפטי דומה, ראו: Dobbs (לעיל, הערה 7), עמ' 385-386 (והאסמכתאות המובאות שם). וכן, למשל: 5th 473 F. 2d 821 (1973); *Loth v. Truck-A-Way Corp.*, 60 Cal. App. 4th 757, pp. 763-764 (1998); *Poyzer v. McGraw*, 360 N.W. 2d 748, p. 753 (Iowa 1985); *Leiker v. Gafford*, 245 Kan. 325, pp. 339-340 (1989); *Anderson v. Nebraska Dep't of Social Servs.*, 248 Neb. 651, p. 663 (1995); *Lombardo v. Hoag*, 269 N.J. Super. 36, p. 58 (1993); *McDougald v. Garber*, 73 N.Y. 2d 246, pp. 253-257 (1989); *First Trust Co. v. Scheels Hardware & Sports Shop*, 429 N.W. 2d 5, pp. 13-14 (N.D. 1988); *Willinger v. Mercy Catholic Med. Ctr.*, 393 A. 2d 1188, pp. 1190-1191 (Pa. 1978); *Judd v. Rowley's Cherry Hill Orchards Inc.*, 611 P. 2d 1216, p. 1221 (Utah 1980).

45 עינינו Dobbs (לעיל, הערה 7), עמ' 388 (והאסמכתאות המובאות שם).

46 *H. West & Son Ltd. v. Shephard* [1964] A.C. 326, ; *Wise v. Kaye* (לעיל, הערה 17), ; *Clerk & Lindsell* (לעיל, הערה 2), עמ' 1586; מור (לעיל, הערה 5), עמ' 399, ליד הערה 9.

47 ע"א 372/65 דהאן נ' פרנסיס, פ"ד יט(4) 192, עמ' 194 מפי השופט לנדוי. וכך גם בארצות-הברית: *Leiker v. Gafford*, 245 Kan. 325, 778 P. 2d 823 (1989).

48 עניין פרייליך (לעיל, הערה 23), פסקה 29 לפסק-דינו של השופט ברק.

לנזק אלא על אובדן החיים (פרט לרוח החיים) בזמן אובדן ההכרה⁴⁹. מובן שפתרון כזה לא היה מתאפשר אילו הוגדר ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים כראש נזק סובייקטיבי. אמנם ניתן היה להגיע לתוצאה דומה גם על יסוד הקביעה שמדובר בראש נזק מעורב (הכולל רכיב אובייקטיבי וסובייקטיבי), אולם בית-המשפט העליון בחר לבסס את פסיקתו על ההנחה שמדובר בראש נזק אובייקטיבי⁵⁰. זהו, כאמור, הבסיס העיוני המקובל בישראל לפסיקת פיצויים בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים.

ג. הפרקטיקה של פסיקת הפיצויים בגין קיצור תוחלת חיים

ראינו כי בתורת הפיצויים הישראלית יש הבחנה חדה וברורה בין שני ראשי נזק לא ממוניים: ראש נזק סובייקטיבי (כאב וסבל), וראש נזק אובייקטיבי (קיצור תוחלת חיים). אלא שבפרקטיקה ההבחנה הזו אינה נשמרת. הפסיקה, לרבות פסיקתו של בית-המשפט העליון, גורמת לטשטוש ההבחנה היסודית בשני אופנים לפחות. ראשית, בתי-המשפט כורכים לעתים קרובות את הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים בפיצוי על כאב וסבל, ומתייחסים לשניהם כאל ראש נזק אחד ויחיד⁵¹. בית-המשפט העליון נתקל לא אחת

49 פתרון זה לא הוחל על מצב של אובדן הכרה זמני אלא על אובדן הכרה קבוע המסתיים במוות בלבד. ראו את הערת השופט ברק בפסקה 31 לפסק-הדין בהקשר זה. להחלת הילכת פרייליך על אובדן הכרה שהסתיים במוות, ראו גם לאחרונה: ת"א (י-ם) 1751/96 גרוס נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ, תק"מח 2002 (2) 2897 (להלן – עניין גרוס). אני מניח שניתן להגדיל את הפיצוי בגין כאב וסבל כאשר אובדן ההכרה זמני, ולאחריו הנפגע מודע להפסד ההנאה שנגרם לו מחמת אובדן ההכרה.

50 ראו לעיל, הערה 23.

51 בבתי-המשפט המחוזיים: ע"א (ת"א) 2890/00 קופת חולים נ' גרין, דינים מחוזי לג(6) 487; ע"א (י-ם) 6181/99 עיריית נתניה נ' היטיבשוילי, דינים מחוזי לב(7) 388; ת"א (חי) 1581/94 חטיב נ' מ"י, דינים מחוזי לב(7) 163; ת"א (י-ם) 202/93 אבו דאחי נ' מדינת ישראל, תק"מח 199 (1) 4088; ת"א (חי) 195/91 עיזבון המנוח אבישי וייזמן ז"ל נ' מדינת ישראל, תק"מח 199 (1) 1011; ת"א (חי) 981/94 אבו חג'יר נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, תק"מח 198 (2) 3264; ת"א (חי) 115/91 וינראוב נ' אטד, תק"מח 198 (1) 1023. בבתי-משפט השלום: ת"א (י-ם) 15275/01 אלפר נ' נוסרטי, דינים שלום כז 96; ת"א (ת"א) 85900/97 עיזבון המנוח מישה זכרייב ז"ל נ' חברת מגן, דינים שלום כג 572; ת"א (ת"א) 61403/00 עיזבון המנוח ליאור קבילו ז"ל נ' מדינת ישראל, דינים שלום כד 690; ת"א (חי) 7849/97 עיזבון המנוח חדיד כמאל נ' מדינת ישראל, דינים שלום כז 811; ת"א (פ"ח) 3284/93 גוירץ נ' אמישראגז – חב' אמריקאית ישראלית לגז בע"מ, דינים שלום יג 373. ראו גם ד' קציר פיצויים בשל נזק גוף (כרך ב, מהדורה חמישית, תשס"ג), עמ' 1060 ("כמו ביחס לפיצוי בגין קיצור תוחלת החיים לנפגע שנותר בחיים כך גם ביחס לפיצוי האמור הנפסק לעזבונו של הנפגע שנפטר, נהגו בתי-המשפט לפוסקם בסכום אחד יחד עם הפיצוי בגין 'כאב וסבל'"). המגמה המתוארת הגיעה לשיאה בת"א (י-ם) 1289/98 עיזבון המנוחה טלי וייס נ' חמל, דינים מחוזי לג(5) 148, בפסקה 10.ב.

בפסקי-דין של ערכאות נמוכות שבהם נעשה שימוש בשיטה זו ואישר אותם בלי להוסיף מאום⁵². לעתים נקט גם הוא עצמו באותה השיטה⁵³. הבליל המוזר של שני ראשי נזק בעלי טבע שונה מעורר תהייה. אם ניתן לקבוע את הפיצוי המגיע בגין שני ראשי הנזק ביחד, כאילו היו גוף אחד ונשמה אחת, האם באמת ניתן לומר, שהם נבדלים זה מזה מבחינת הבסיס העיוני לפסיקתם?

שנית, וחשוב יותר, ככל שמדובר במקרים שבהם מתבצעת הפרדה בין שני ראשי הנזק הלא ממוניים, הפיצוי הממוצע שנפסק עבור שנה אבודה במקרים של פגיעה שאינה קטלנית (שבהם מוגשת התביעה, על-פירוב, על-ידי הנפגע עצמו) גבוה באופן ניכר מן הפיצוי הממוצע שנפסק עבור שנה אבודה במקרים של פגיעה קטלנית (שבהם התביעה מוגשת על-ידי העיזבון). מטבלה 1 ניתן ללמוד כי הסכום הממוצע שנפסק לעיזבוננו של אדם שנהרג על-ידי מעשה עוולה בגין כל שנה שאבדה הוא כ-6,000 ש"ח עם סטיית תקן של כ-3,150 ש"ח⁵⁴. בטבלה השתדלתי להביא את כל פסקי-הדין שפורסמו בקבצי פסיקה רשמיים או במאגרי פסיקה ממוחשבים⁵⁵ בעשור האחרון, ואשר כוללים את

לפסק-דינו של השופט חבש, שם נאמר כי ראשי הנזק של כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים אינם ראשי נזק נפרדים כלל.

52 ראו, למשל, ע"א 163/99 עיזבון המנוח דיאב מזאווי ז"ל נ' א' דורי, חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, פ"ד נד(5) 854, עמ' 856-857 (בית-המשפט המחוזי פסק 200,000 ש"ח בגין כאבים, צער וסבל וקיצור תוחלת חיים, ובית-המשפט העליון החליט "שלא להתערב בסכום זה"); ע"א 6978/96 עמר נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות, פ"ד נה(1) 920, עמ' 929-930 (בית-המשפט המחוזי פסק 400,000 ש"ח בגין נזקים לא ממוניים. בית-המשפט העליון הוסיף על הסכום ריבית ותו לאו); ע"א 7836/95 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' עיזבון המנוחה תמי קרן ז"ל, פ"ד נב(3) 199, עמ' 202 (בית-המשפט המחוזי פסק סכום של 200,000 ש"ח בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים. בית-המשפט העליון נמנע מלהתערב בסכום זה); ע"א 206/87 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' עיזבון המנוח ד"ר מאיר אדיסון, פ"ד מה(3) 72, עמ' 74 (בית-המשפט המחוזי פסק סכום של 20,000 ש"ח בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים, ובית-המשפט העליון נמנע מלהתערב בהערכה זו).

53 ראו, למשל, ע"א 830/76 סעדה נ' חמדי, פ"ד לג(1) 589, עמ' 612 (בית-המשפט העליון פסק 250,000 ל"י בגין נזקים לא ממוניים, לרבות קיצור תוחלת חיים); ע"א 5938/97 פלג נ' טרדימן, תק-על(1) 187 (בית-המשפט העליון הגדיל את הפיצוי ל-500,000 ש"ח בגין נזקים לא ממוניים).

54 החציון הוא 5,171 ש"ח לשנה אבודה. ודוק, אינני טוען כי בכל מקרה ומקרה בית-המשפט אכן קבע את גובה הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים על-ידי הכפלת המספר המדויק של השנים האבודות בסכום בסיס מסוים. עם זאת אני מבקש להראות כי ישנם סדרי גודל מסוימים שבת-המשפט נוהגים על-פיהם. סכום הפיצויים הכולל הנפסק בגין קיצור תוחלת חיים צריך – על-פי ההלכה הפסוקה – להיקבע בהתאם למספר השנים האבודות. על-ידי חלוקת סכום זה במספר השנים שבגינן הוא נפסק ניתן לקבל מדד סביר ל"ערך" שמייחס בית-המשפט לשנת חיים אחת.

55 החיפוש התבצע בנבו, תקדין, פדאור, פדאור נזיקין וביטוח, דינים, ו-lawdata.

המידע הדרוש לחישוב הפיצוי בגין כל שנה ולהתאמתו לערכים של היום (הסכום הכולל, מספר השנים שאבדו, מועד פסיקת הסכום)⁵⁶. עם זאת ברור כי לא מדובר ברשימה ממצה.

טבלה 1: פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים במקרים של פגיעה קטלנית

המקרה	תאריך	הסכום (בש"ח)	שנים אבודות ⁵⁷	פיצוי לשנה	פיצוי לשנה מתואם ⁵⁸
ת"א (י-ם) 2555/00 רביב נ' מ"י (לא פורסם)	20.9.04	500,000	*62	8,065	8,065
ת"א (שלום, חי') 14437/98 עיזבון יסיאס אסתר ז"ל נ' מלכה (לא פורסם)	7.6.04	300,000	75	3,992	4,000
ת"א (י-ם) 510/94 עיזבון המנוח סעיד ותד ז"ל נ' ותד (לא פורסם)	1.4.04	200,000	*48	4,175	4,167
ת"א (שלום, ת"א) 35172/99 מינצר נ' המרכז הרפואי ת"א ע"ש סוראסקי (לא פורסם)	20.10.03	⁵⁹ 400,000	*81	4,978	4,938
ת"א (ת"א) 1056/00 יורשי עיזבון המנוחה נילי דבוש ז"ל נ' עיריית תל אביב – המחלקה לכיבוי אש, (לא פורסם)(שתי תביעות)	12.10.03	400,000 650,000	*30 *55	13,440 11,913	13,333 11,818
ת"א (שלום, י-ם) 21615/94 תורג'מן נ' מ"י (לא פורסם)	5.9.02	350,000	*49	7,060	7,143
ת"א (שלום, י-ם) 1662/97 עיזבון המנוחה אסתר נרונסקי ז"ל נ' פומרנץ (לא פורסם)	9.8.02	100,000	12	8,267	8,333
ת"א (פ"ת) 1687/00 לוריא נ' קיבוץ חפץ חיים אגודה שיתופית (לא פורסם)	17.7.02	360,000	*67	5,311	5,373

56 מדובר אך ורק בפסקי-דין שבהם יש הפרדה ברורה בין ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים לראש הנזק של כאב וסבל.

57 במקומות המסומנים ב-* בטור זה מספר השנים האבודות נקבע באופן מקורב על-ידי הפחתת גילו של הנפגע מתוחלת חייו. לצורך החישוב הנחתי, על בסיס הנתונים המובאים בשנתון סטטיסטי לישראל 55 (2004), לוח 3.20, שתוחלת חייו של גבר יהודי הייתה בתקופה הנבדקת 77 שנים בממוצע, זו של גבר לא יהודי – 75 שנים, של אישה יהודיה – 81 שנים, ושל אישה לא יהודיה – 78 שנים.

58 התיאום נעשה על-ידי הכפלת הפיצוי-לשנה במדד ספטמבר 2004 וחלוקתו במדד המתאים למועד פסיקת הפיצויים.

59 סכום זה הופחת על-ידי בית-המשפט מטעמים שאינם רלוונטיים כאן.

9,283	9,211	76	700,000	26.5.02	ת"א (י-ם) 1751/96 גרוס נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ, תק-מח 02(2) 2897 ⁶⁰
3,487	3,333	*36	120,000	17.1.02	ת"א (ת"א) 113802/97 עשור נ' פריץ (לא פורסם)
4,702	4,464	*56	250,000	24.8.01	ת"א (עכו) 3526/97 עיזבון המנוחה אליא סלמאן נ' זינו (לא פורסם)
6,019	5,714	35	200,000	20.8.01	דבע (ת"א) 1642/88 עיזבון המנוחה בתיה בר יוסף ז"ל נ' טבע (לא פורסם)
5,031	4,762	63	300,000	9.7.01	ת"א (ב"ש) 3231/98 עיזבון המנוחה שלומי טולדו נ' מ"י, תק-מח 01(2) 41605
7,343	6,923	65	450,000	7.6.01	ת"א (פ"ת) 1123/00 עיזבון המנוחה תקוה בן נעים ז"ל נ' טל, תק-של 01(2) 299
3,069	2,885	*52	150,000	2.5.01	ת"א (י-ם) 189/94 אלפתח נ' מדינת ישראל (לא פורסם)
7,697 8,980	7,143 8,333	70 36	500,000 300,000	26.3.01	ת"א (י-ם) 580/93 בסון נ' בסון, תק-מח 01(1) 12242 (שתי תביעות)
4,685	4,348	*46	200,000	26.3.01	ת"א (עפ"י) 2778/98 עיזבון המנוחה האלדי חמדה נ' גבאריץ (לא פורסם)
12,511	11,667	6	70,000	10.12.00	ת"א (שלום, י-ם) 8849/99 עיזבון המנוחה קרל ראובן ז"ל נ' המרכז הרפואי שערי צדק (לא פורסם)
6,362	5,932	59	350,000	18.11.99	ת"א (י-ם) 4/95 עיזבון המנוחה מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, תק-מח 99(3) 29789 ⁶¹

60 ערעור על החלטה זו נדחה. ראו ע"א 5145/02 גרוס נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ (לא פורסם).

61 בערעור על ההחלטה לא שונה סכום הפיצוי בראש הנזק הנדון. ראו עניין אטינגר (לעיל, הערה 5), פסקה 81 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

2,155	2,000	*40	6280,000	30.9.99	ע"א 8216/99 עיזבון המנוח סמיון פרידמן ז"ל נ' רפפורט, תק-על 01(2)15
5,933	5,455	*55	300,000	15.7.99	ת"א (י-ם) 1212/96 נציגות יורשי המנוח יריב רותם נ' ורצברגר, תק-מח 99(2)3970
2,748	2,500	72	180,000	25.4.99	ת"א (פ"ת) 2637/96 עיזבון המנוחה מרים אשכנזי ז"ל נ' מרכז קנדה מטולה בע"מ, תק-של 99(2)249
2,205	2,000	50	100,000	7.3.99	ת"א (שלום, י-ם) 005196/96 עיזבון טלאל ג'בר ז"ל נ' סגולי אבי עבודת בענין בע"מ (לא פורסם)
2,942	2,500	32	80,000	13.11.97	ת"א (י-ם) 1813/96 עיזבון המנוח נחמיה וינטר ז"ל נ' המועצה האזורית חוף עזה, תק-מח 97(3)3061
3,666	3,000	50	150,000	7.4.97	ת"א (נצ') 491/93 עיזבון המנוח חאמד עבד אלמהדי חמאד נ' מדינת ישראל, תק-מח 97(2)37
1,863	1,454	*57	6382,888	29.10.96	ת"א (י-ם) 90/95 צ'רנה נ' פלוני, תק-מח 96(3)2441

בטבלה 642 ניתן לראות כי הפיצוי הממוצע עבור שנה אבודה במקרים שבהם הפגיעה אינה קטלנית הוא קצת יותר מ-33,600 ש"ח עם סטיית תקן של כ-15,670

62 בית-המשפט המחוזי פסק 20,000 ש"ח בגין כאב וסבל ו-80,000 ש"ח בגין קיצור תוחלת חיים. אמנם בית-המשפט העליון ציין כי הסכום שנפסק על-ידי (200,000 ש"ח) הוא עבור שני ראשי הנזק הלא ממוניים, אולם לאור העובדה שהציג נימוקים להגדלת הפיצוי אך ורק בגין כאב וסבל נראה כי הסכום שנפסק בגין קיצור תוחלת חיים לא שונה.

63 בית-המשפט פסק לעיזבון את מכפלת הסכום שהיה ניתן לפסוק לו על-פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (25,000 ל"י עם הצמדה מיום כניסתו לתוקף של החוק) ב-3, כלומר: 75,000 ל"י עם הצמדה.

64 טבלה 2 מצומצמת בהשוואה לטבלה 1. הדבר משקף את המציאות, שבה "הפיצוי בגין קיצור, או אבדן תוחלת החיים, נפסק לעזבונו של נפגע שנפטר עקב הפגיעה, וכאלו הן מרבית התובעות שבמסגרתן נפסק הפיצוי בראש נזק זה" (קציר (לעיל הערה 51), עמ' 1058). נראה לי כי ההסבר למציאות זו נעוץ בכך, שעד לאחורונה לא היה לניזוקים תמריץ

ש"ח⁶⁵. במילים אחרות: הפיצוי לניזוק החי בגין קיצור תוחלת חיים גבוה באופן משמעותי מן הפיצוי לעזובן.

טבלה 2: פיצוי בגין קיצור תוחלת במקרים של פגיעה לא קטלנית

המקרה	תאריך	הסכום (בש"ח)	שנים אבודות	פיצוי לשנה	פיצוי לשנה מתואם
ת"א (י-ם) 3099/01 קפלן נ' אגורסקי (לא פורסם)	23.2.04	200,000	9	22,222	22,490
ת"א (י-ם) 3532/01 חזון נ' שירות בריאות כללית (לא פורסם)	14.9.03	150,000	5	30,000	30,240
ת"א (י-ם) 1686/96 אברהם נ' בית רפואה מעייני הישועה, תק-מח (1)03 545	9.1.03	275,000	10	27,500	27,256
ע"א 4022/98 הטכניון נ' טויסטר, תק-על 255 (2)99	4.7.99	350,000	14	25,000	27,192
ת"א (חי') 417/89 גנאים נ' חמד, תק-מח (1)98 11865	4.2.98	⁶⁶ 700,000	33	21,212	24,976
ת"א (חי') 1124/92 סלמן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם)	⁶⁷ 1.1.98	195,000	6.5	30,000	35,300
ת"א (חי') 160/92 יפרח נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, תק-מח (1)96 448	5.3.96	⁶⁸ 175,000	3.5	50,000	67,946

מדוע אדם שתוחלת חייו התקצרה בעשר שנים על-ידי מעשה עוולה, אך ממשיך לחיות עם פגיעתו זכאי לפיצוי גדול יותר בגין קיצור תוחלת חיים מאדם שמעשה העוולה גרם למותו עשר שנים לפני תום תוחלת החיים שהייתה צפויה לו? דומני כי

65 לתבוע פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים, שכן קיצור תוחלת החיים היה פוגע בפיצוי שהגיע להם בגין הפסד כושר השתכרות. ראו לעיל, הערות 20-21 והטקסט הנלווה.
 66 החציון הוא 27,256 ש"ח לשנה אבודה.
 67 בית-המשפט העליון ביטל את הפיצוי בראש נזק זה מטעם שאינו קשור לשיטת החישוב (ע"א 1433/98 חמד נ' גנאים, תק-על 99 (3)1754).
 68 תאריך משוער. פסק-דין חלקי בנושא האחריות ניתן ביום 6.2.1997 (ת"א (חי') 1124/92 סלמן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, דינים מחוזי כו(6) 692). בקשת רשות ערעור על פסק-הדין נדחתה ביום 9.4.1997 (רע"א 1695/97 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' סלמן (לא פורסם)). הנתונים אודות הסכום שנפסק בגין קיצור תוחלת חיים באותו מקרה לקוחים מאיזכוריו בפסיקה מאוחרת.
 69 בית-המשפט העליון ביטל את הפיצוי בראש נזק זה מטעם שאינו קשור לשיטת החישוב (עניין יפרח (לעיל, הערה 12)).

ההבדל הרלוונטי היחיד בין שני הקורבנות נעוץ בכך שהראשון מודע לקיצור תוחלת החיים, בעוד שהאחרון אינו יכול – משום פטירתו – להיות מודע לדבר. ואם הפיצוי לנפגע החי גבוה מן הפיצוי לעיזבון, וההבדל הרלוונטי היחיד בין השניים נוגע למודעות לקיצור תוחלת החיים, פירוש הדבר הוא שבת-המשפט נותנים ביטוי כלכלי לאותה המודעות; והמודעות רלוונטית אך ורק מכיוון שהיא הופכת את קיצור תוחלת החיים לחוויה מייסרת. אם טיעון זה נכון, הפער בין הפיצוי לנפגע החי לבין הפיצוי לעיזבון מבטא סובייקטיביזציה של ראש נזק שאמור היה להיות אובייקטיבי. ישנה לפחות ראייה פוזיטיבית אחת לכך שהחשד התאורטי אינו נטול בסיס. בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין גרוס⁶⁹ הבהיר השופט קמא, בדונו בגובה הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים, כי:

”אין דומה ענינו לענין סלמן הנ”ל^[70], שדן בו השופט אריאל. מקובל עלי שיש להבחין בפסיקת פיצויים בין אבדן החיים וקיצור תוחלתם, בין מי שהמוות הכריעו על אתר בפגיעה, או שאבדה הכרתו ומת בלא שתשוב אליו הכרתו, לבין הנפגע החי שקוצרה תוחלת חייו. הנפגע החי – יחיה כל ימי חייו שנותרו לו בתחושה שהמוות הנה קרב ובא. החרדה תלווהו, תשבית את שמחת החיים וחדוותם, ותקצר עוד יותר את שנות חייו. חייו אינם חיים, ואם הוא סובל וכואב מפגיעתו ומנכותו – יהיה כסבור כי טוב מותו מחייו. נפגע כזה פגיעתו קשה וקיצור תוחלת חייו צריכה [צ”ל צריך – ר’ פ’] להתבטא בפיצוי הולם.”

זהו, לדעתי, היסוד להבחנה – לעניין הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים – בין מקרים של פגיעה קטלנית למקרים של פגיעה שאינה קטלנית. נכון הוא שבת-המשפט, פרט לבית-המשפט המחוזי בעניין גרוס (ועוד שני שופטים בערכאות אחרות⁷¹), לא ניסו להציע הסבר עיוני להבחנה זו, אולם אינני סבור שניתן לתת לה הסבר טוב יותר⁷².

69 עניין גרוס (לעיל, הערה 49).

70 ראו לעיל, טבלה 2.

71 ראו ע”א (ת”א) 1099/01 עיזבון המנוח אלמוגרכי ז”ל נ’ “בר אל” חב’ קבלנית בע”מ (לא פורסם), פסקה 4 לפסק-הדין (אגב אורחא); ת”א (ב”ש) 3231/98 עיזבון המנוח שלומי טולדו נ’ מדינת ישראל, תק-מח (2)01, 41605, פסקה 21 לפסק-הדין (לעניין הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים אין דינו של הנפגע החי, המודע לקיצור תוחלת החיים, כדין עיזבון).

72 יטען הטוען כי הפער בין הסכומים שנפסקים במקרים של פגיעה לא קטלנית לבין הסכומים שנפסקים במקרים של פגיעה קטלנית נועד לפתור בעיה שנוצרה דווקא בשדה הנזקים הממוניים, ולא מבטא סובייקטיביזציה של ראש הנזק האובייקטיבי. כאשר עולה גורמת למותו של אדם, זכאים התלויים בו לפיצוי על נזקים ממוניים שנגרמו להם בעקבות המוות (סעיפים 78-80 לפקודת הנזיקין). עיקר הפיצוי ניתן בגין אובדן תמיכה והפסד שירותים (ראו ר’ פרי ריקושטים כלכליים (תשס”ב), עמ’ 378-385). אם הנפגע על-ידי מעשה עולה

משמעות הדברים היא, שהפסיקה מחדירה אל תוך ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים יסודות סובייקטיביים בניגוד להלכה הרואה בו ראש נזק אובייקטיבי.

ד. ביקורת על המצב הקיים והצעות לתיקון

בפרק הקודם הראתי כי בתי-המשפט כורכים לא אחת את הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים בפיצוי על כאב וסבל, ומתייחסים לשניהם כאל ראש נזק אחד. הקושי שמעוררת פרקטיקה זו ברור: מבחינה עקרונית הערכת הפיצוי בכל אחד מראשי הנזק הייתה צריכה להתבצע בנפרד, לא רק מפני שהם מוכרים כראשי נזק נפרדים (כעניין פורמלי)⁷³, אלא

נותר בחיים, אך תוחלת חייו התקצרה אין לתלויים בו זכות תביעה עצמאית כנגד המזיק בגין הפסד התמיכה והשירותים בשנים שאבדו. עד לאחרונה התלויים לא היו יכולים להיפרע את נזקיהם אף מתוך הפיצוי שנפסק לקורבן הישיר, שכן לאחרון לא עמדה זכות לפיצוי בגין אובדן ההשתכרות בשנים האבודות (ראו לעיל, הערות 20-21 והטקסט הנלווה). משמעות הדבר היא שבמקרים של תאונה לא קטלנית שגרמה לקיצור תוחלת חיים לא עמד לרשות התלויים מקור כלשהו לכיסוי הפסד התמיכה והשירותים עם תום תוחלת החיים המקוצרת של הקורבן הישיר. ניתן אפוא לטעון כי פסיקת סכומים גדולים יותר לנפגע שנותר בחיים בגין הנזק הלא ממוני הנובע מקיצור תוחלת החיים נועדה להקל ולו במעט את מצוקתם של התלויים בתחום הממוני. אולם טענה זו אינה נראית לי. לדעתי, לא ניתן לייחס לבתי-המשפט ניסיון לטפל בבעיה של פיצוי-חסר לנזקי התלויים בדרך עקיפה המבוססת על פיקציה ומוסתרת מעיני הציבור. ראשית, ניתן להניח שכאשר בתי-המשפט נתקלים בבעיה של פיצוי-חסר בגין נזקים מסוימים הם משתדלים לפתור באופן ישיר ולא בדרך עקלתון. אם לתלויים נגרם נזק כלכלי בעקבות קיצור תוחלת חייו של הקורבן הישיר ובית-המשפט סבור שהם ראויים לפיצוי ישנן דרכים ישירות יותר לפתרון הבעיה. לדוגמה: ניתן להכיר בזכות תביעה ישירה של התלויים בנסיבות אלה (ראו והשוו פרי, שם, עמ' 354-367). לחלופין, ניתן להכיר, או לפחות לקרוא להכרה, בזכותו של הקורבן הישיר לפיצוי עבור אובדן ההשתכרות ו/או הפסד היכולת לתת שירותים בשנים האבודות (כפי שנעשה לבסוף בעניין אטינגר (לעיל, הערה 5)) על יסוד ההנחה שהסכום שיתקבל יספק את צורכי התלויים לאחר מותו. שנית, גם אם נניח שבתי-המשפט היו מעוניינים לפתור את בעיית פיצוי החסר בגין הנזקים הממוניים בעקיפין, על-ידי הגדלת הפיצוי על נזקים לא ממוניים, הם היו יכולים לעשות כן על-ידי הגדלת הפיצוי בגין כאב וסבל, שהרי העובדה שהנפגע אינו יכול להבטיח את עתידם הממוני של תלוייו מסבה לו ודאי צער רב. דרך זו מבוססת על תשתית עובדתית. לעומת זאת יצירת פער בין הערך ה"אובייקטיבי" של שנה אבודה במקרה של פגיעה קטלנית לערכה במקרה של פגיעה לא קטלנית היא חסרת כל בסיס עובדתי. שלישית, בניגוד לניסיון להסביר את הפער בין הסכום הנפסק במקרים של פגיעה קטלנית לבין הסכום הנפסק במקרים של פגיעה לא קטלנית כסובייקטיביות של ראש הנזק האובייקטיבי, להסבר המבוסס על השאיפה לתקן את העוול שנעשה לתלויים לפני שניתן פסק-הדין בעניין אטינגר אין שום אינדיקציה ברטוריקה השיפוטית.

⁷³ "רצוי הדבר, וייתכן שזו היא גם חובה, שבית-המשפט יפרש בפסק דינו כל ראש נזקים לחוד והסכום שנקבע לצדו": ע"א 524/60 ולנסי נ' בכר, פ"ד טו(3) 2017, עמ' 2019.

גם ובעיקר מכיוון שהם נבדלים זה מזה מבחינת הטעם העיוני לפסיקת הפיצוי בגינם. ציינתי, כי על אף שבית-המשפט העליון נתקל לא אחת בשיטת פיצוי זו הוא נמנע מלהסב את תשומת לבן של הערכאות דלמטה לקושי שהיא מעוררת. אדרבה: לעתים הוא נקט בה בעצמו⁷⁴. מצב דברים זה הוא בלתי ראוי. לא ניתן לפסוק סכום אחד בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים שכן גם אם נקבע שהאחרון הוא ראש נזק מעורב (ולא כל שכן אם נתעקש על ההגדרה האובייקטיבית) – שומת הפיצוי בכל אחד מהם צריכה להיעשות על-פי אמות מידה שונות ועל יסוד ראיות שונות ההולמות את טבעם. ראש הנזק האחד מתייחס הרי אך ורק לתחושותיו הסובייקטיביות של הנפגע, ואילו השני כולל רכיב אובייקטיבי שאינו תלוי בקיומן של תחושות כאלה ובעוצמתן. ההבחנה העיונית חייבת למצוא ביטוי בפרקטיקה השיפוטית.

עוד הראתי בפרק הקודם שקיים פער בין הסכומים הנפסקים בגין קיצור תוחלת חיים במקרים של פגיעה לא קטלנית לסכומים הנפסקים במקרים של פגיעה קטלנית. קיומו של פער כזה אינו מתיישב עם ההלכה הקובעת את טבעו של ראש הנזק שבו עסקינן, שהרי הוא מבטא – לפחות על-פי תפיסתי – סובייקטיביזציה של ראש נזק שהוגדר על-ידי בית-המשפט העליון במפורש כראש נזק אובייקטיבי. במילים אחרות: פסיקת הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים אינה קוהרנטית. בתי-המשפט צריכים להכיר בכך שהפער הנוכחי בין הפיצוי במקרה של פגיעה קטלנית לבין הפיצוי במקרה של פגיעה שאינה קטלנית אינו מתיישב עם טבעו האובייקטיבי של ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. לאחר ההכרה תידרש הכרעה. האפשרות האחת היא שבית-המשפט העליון (הוא ולא אחר) יתאים את ההלכה לפרקטיקה ויקבע כי ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים הוא, למעשה, ראש נזק מעורב, הכולל מרכיב אובייקטיבי ומרכיב סובייקטיבי. האפשרות השנייה היא שבת-המשפט יתאימו באחת את הפרקטיקה להלכה, על-ידי השוואת הפיצוי שנפסק בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים במקרים של פגיעה לא קטלנית לפיצוי שנפסק במקרים של פגיעה קטלנית. במקרים של פגיעה שאינה קטלנית יוכלו בתי-המשפט להתחשב בצער שנגרם לקורבן עקב קיצור תוחלת החיים בקביעת הפיצוי בגין כאב וסבל⁷⁵.

זאת ועוד, נדמה כי בתי-המשפט נותנים תוקף לקיומו של הפער בין הסכומים הנפסקים בגין קיצור תוחלת חיים במקרים של פגיעה לא קטלנית לסכומים הנפסקים במקרים של פגיעה קטלנית בלי מודעות מלאה לכך שהוא אינו מתיישב עם טבעו של ראש הנזק הנדון. במובן זה הצהרתו של השופט קמא בעניין גרוס היא בגדר יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. חוששני כי הנוהג המקובל בבתי-המשפט מקדמת דנא, ולפיו

74 ראו לעיל, הערות 52-53.

75 עיינו והשוו: *Sherman v. Evans*, 138 C.L.R. 563, p. 587 (1977): "In addition there is her mental suffering, including the anguish which knowledge that her life expectancy has been substantially reduced must entail" (על אף שגם הדין האוסטרלי מכיר בראש נזק של קיצור תוחלת חיים כראש נזק אובייקטיבי).

בקביעת סכום הפיצוי בגין נזקים לא ממוניים מודרך השופט היושב בדין על-ידי הסכומים שנפסקו במקרים דומים בעבר⁷⁶, עלול להביא לידי הנצחה של הפער תוך אובדן המודעות לרציונל העומד ביסודו.

הסכנה שבהיעדר מודעות לטרנספורמציה הרעיונית של ראש הנזק בדבר קיצור תוחלת חיים ברורה. בראש ובראשונה, אב הנזק של כאב וסבל אמור למצות את התחושות הסובייקטיביות השליליות של הניזוק. השופט קציר כתב בספרו, ובצדק, כי "שעה שנתקצרו חייהם של נפגעים מבוגרים יותר, אשר לגביהם לא יכול להיות ספק באשר לדיעתם על כך, הרי מן הדין שידיעה זו תובא בכלל חשבון בפסיקת הפיצוי בשל כאב וסבל"⁷⁷. יוצא אפוא כי הוספה לא מודעת של רכיב סובייקטיבי לפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים עלולה להביא לידי כפל פיצוי. איני מתכוון לכך שגובה הפיצוי יעלה על שיעור הנזק. הוספת רכיב סובייקטיבי לפיצוי בעד קיצור תוחלת חיים לצד הפיצוי בגין כאב וסבל לא תביא בהכרח לידי כך שהניזוק יפיק רווח מן הפגיעה. הואיל ובנזקים שאינם נזקי ממון עסקינן – לעולם איננו יכולים לדעת אם גובה הפיצוי בגין כאב וסבל אכן שקול לגובה הנזק הבלתי מוחשי שנגרם בפועל. על-כן גם איננו יכולים לדעת אם הגדלת הפיצוי על קיצור תוחלת חיים גורמת לפיצוי יתר אם לאו. עם זאת חדירת רכיב סובייקטיבי, שאמור להיות מובא בחשבון בשומת הפיצוי בגין כאב וסבל, אל תוך הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים, תגרום לכך שהניזוק יפוצה פעמיים בגין אותו הנזק (קרי הסבל שמקורו בקיצור תוחלת החיים).

יתר-על-כן, חוסר ההכרה בכך שהפער בין הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים במקרים של פגיעה קטלנית לפיצוי במקרים של פגיעה לא קטלנית נובע, למעשה, מן השאיפה

76 ראו, למשל, ע"א 164/54 הי"מ נ' לבני, פ"ד ט 1107, עמ' 1114: "יכולים וצריכים המקרים שבאו בפני בתי-המשפט בארץ בשנים האחרונות והסכומים שנפסקו בהם לשמש מדריך לבתי-המשפט בבואם לקבוע סכומי הפיצויים במקרים שלפניהם, כל זמן שלא חלו שינויים ניכרים בערך הכסף או בתנאי החיים או במושג החברה בעניין כגון דא". אם כן, גובה הפיצוי בגין כאב וסבל נקבע מתוך עיון בפסקי-דין שבהם נקבע פיצוי על כאב וסבל. ההצדקה לשימוש בטכניקה זו היא משולשת. ראשית, היא מקלה מאוד על בית-המשפט לפסוק פיצוי על נזקים שאינם ניתנים לשומה כספית. שנית, היא תורמת לוודאות המשפטית, שהרי כל אחד מן הצדדים יודע מראש מה יהא שיעור הפיצוי בגין כל פגיעה. שלישית, היא עולה בקנה אחד עם תפיסת הצדק במובן החלוקתי: אנשים שסבלו נזק דומה יקבלו פיצוי דומה. מובן כי בקביעת גובה הפיצוי במקרה נתון יש להביא בחשבון גם את שיעור עליית המדד ואת עליית רמת החיים. עיינו והשוו: Civil Law (Wrongs) Act, 2002, §99(1) (Australian Capital Territory): "In deciding damages for non-economic loss, a court may refer to earlier decisions of that or other courts for the purpose of establishing the appropriate award in the proceeding".

77 קציר (לעיל, הערה 51), כרך א, עמ' 936; מור (לעיל, הערה 5), עמ' 398, ליד הערה 6 (סבל סובל אדם עקב הידיעה כי קוצרו חייו צריך להיות מפוצה בגדר אב הנזק כאב וסבל דווקא). ראו גם לעיל, הערה 18.

לפצות את הנפגע החי בגין הסבל שמקורו בקיצור תוחלת חיים, מביא כבר עתה לידי כך שגובה הפיצוי במקרים מן הסוג השני נקבע על-פי אמות מידה בלתי מתאימות. השיטה המקובלת לפסיקת פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים מתיימרת לקיים יחס פחות או יותר ליניארי בין מספר השנים האבודות לבין היקף הפיצוי, ואינה מבחינה בין נפגע אחד לזולתו על בסיס נתונים שאינם קשורים למספר השנים האבודות. שיטה זו מופעלת גם במקרים של פגיעה לא קטלנית למרות שהיא אינה מתאימה להערכת הסבל שמקורו בקיצור תוחלת החיים, אשר לפי תפיסתי מגולם בפיצוי הנפסק במקרים כאלה. שלושה טעמים לדבר.

ראשית, ככל שמספר השנים האבודות גדול יותר – הצער שהנפגע חש בשל כך בכל רגע נתון הוא בממוצע גדול יותר; אבל הוא חווה את הצער הזה במשך תקופה קצרה יותר. באופן דומה, ככל שמספר השנים האבודות קצר יותר – מידת הצער שהנפגע חש בכל שעה היא בממוצע נמוכה יותר⁷⁸; אבל המצוקה הרגשית נמשכת תקופה ארוכה יותר. עבור אדם בעל תוחלת חיים של y שנים, שנפגע בהיותו בן x שנים ניתן לומר שאם חייו לא התקצרו כלל – הסבל שנגרם לו בגין קיצור תוחלת החיים הוא 0, וגם אם חייו התקצרו ב- $y-x$ שנים הסבל בגין קיצור תוחלת חיים הוא 0 (היות שלא הספיק לחוש סבל). בה בעת ברי כי עבור קיצור תוחלת החיים בשיעור שבין 0 ל- $y-x$ קיים סבל כלשהו. מכאן שהקו המתאר את שיעור הסבל כפונקציה של מספר השנים האבודות הוא עקומה (שיש לה, כמוכּוּן, נקודת מכסימום) ולא קו ליניארי. נבהיר את הטענה באמצעות דוגמה מספרית. נניח, למשל, כי אדם בן 50, שתוחלת חייו על-פי נתונים סטטיסטיים היא 75 נפגע בתאונה. אם חייו קוצרו ב-24 שנים, יש להניח שמצוקתו תהא רבה. אלא שמצוקה זו תימשך שנה אחת בלבד. לעומת זאת אם חייו קוצרו ב-12 שנים, המודעות לכך אמנם תסב לו בממוצע פחות סבל בכל שנה, אולם הסבל יימשך 13 שנים. לכן הפיצוי בגין הרכיב הסובייקטיבי של קיצור תוחלת החיים במקרה הראשון אינו יכול להיות כפול מן הפיצוי בגין רכיב זה במקרה השני.

שנית, אם הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים תלוי בתחושותיו הסובייקטיביות של הנפגע, הרי ששיעורו צריך להיקבע לאור מידת ההנאה שהיה הקורבן הספציפי יכול להפיק מן השנים שאבדו⁷⁹. לדוגמה: אם בזמן התאונה היה הנפגע אדם מדוכדך, חולני,

78 ככל שתוחלת החיים של הנפגע לאחר הפגיעה ארוכה יותר, המוות ייראה לו רחוק יותר והמצוקה הרגשית שתיגרם בשל קיצור החיים תהא קלה יותר. אפשר כי בהתקרב מועד הפטירה המשוער תגבר המצוקה הנפשית, אולם ניתן להניח כי גם בשלב זה לא יעלה סבלו של הנפגע על סבלה של נפגעת שבעקבות מעשה עוולה נותרה לה תוחלת חיים השווה לזו שנותרה לנפגע באותו שלב (כלומר, כמה שנים לאחר הפגיעה בו). זאת ועוד, בחלוף השנים עשוי הנפגע להשלים בהדרגה עם מצבו.

79 השוּו עניין *Benham* (לעיל, הערה 19), עמ' 12-13. עם זאת באנגליה השאלה לא הייתה אם לנפגע הייתה יכולת להבין שחייו עתידים להיות מאושרים. הסכום נקבע על יסוד הערכה אובייקטיבית של העתיד שהיה צפוי לו. הבחינה לא הייתה סובייקטיבית, אלא אובייקטיבית (שם, בעמ' 13).

ערירי ורש, וחייו היו ממילא קשים ומייסרים, הצער שייגרם לו בגין הפסד של מספר מסוים של שנים יהא, כנראה, מועט יותר מן הצער שהיה נגרם לו אילו היה בעל חדות חיים, בריא, מעורב בין הבריות ועתיר נכסים. אם הפיצוי הוא בגין תחושות סובייקטיביות לא ניתן להתעלם מפוטנציאל ההנאה של כל נפגע מחייו.

שלישית, אם הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים תלוי במודעות לאובדן, יש להתחשב ברמת המודעות של הקורבן לחומרת המצב. כך, למשל, רמת המודעות של ילדים ואנשים בעלי מגבלות שכליות או נפשיות למשמעות של קיצור תוחלת החיים שונה מזו של אנשים בוגרים ובריאים⁸⁰. באופן דומה, הפיצוי שייפסק לאדם שאיבד את הכרתו לא יוכל לכלול רכיב סובייקטיבי, שהרי אדם כזה לא חווה סבל.

ה. סיכום

בפרק ב הראתי כי על-פי התפיסה המקובלת בפסיקתו של בית-המשפט העליון קיימת הבחנה עיונית ברורה בין ראש נזק לא ממוני סובייקטיבי (כאב וסבל) לראש נזק לא ממוני אובייקטיבי (קיצור תוחלת חיים). בפרק ג טענתי כי ההבחנה אינה נשמרת הן מכיוון שבתי-המשפט (לרבות בית-המשפט העליון) מתעלמים ממנה בפסיקת הפיצויים בגין נזקים לא ממוניים, והן משום שגם כאשר ההפרדה ה"טכנית" נשמרת ישנה סובייקטיביזציה של ראש הנזק שנחשב לאובייקטיבי. בפרק ד הסברתי כי הפרקטיקה צריכה להשתנות. פסיקת סכום אחד בגין שני ראשי הנזק הבלתי ממוניים אינה אפשרית כלל כל עוד קיים בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים יסוד אובייקטיבי. חשוב מכך, בתי-המשפט נדרשים להבין כי הפער הנוכחי בין הפיצוי במקרה של פגיעה קטלנית לבין הפיצוי במקרה של פגיעה שאינה קטלנית אינו מתיישב עם טבעו האובייקטיבי של ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. לאחר ההכרה תידרש, כאמור, הכרעה. או שבתי-המשפט העליון יקבע כי ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים הוא ראש נזק מעורב (בניגוד לעמדתו הנוכחית), או שבתי-המשפט ישוו את הפיצוי שנפסק בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים במקרים של פגיעה לא קטלנית לפיצוי שנפסק במקרים של פגיעה קטלנית. אם תועדף החלופה השנייה, הרי שבמקרים של פגיעה לא קטלנית ניתן יהיה להתחשב בצער שנגרם לקורבן עקב קיצור תוחלת החיים בקביעת הפיצוי בגין כאב וסבל. כך או כך, הערכת הפיצוי בגין הסבל שמקורו בקיצור תוחלת החיים חייבת להיעשות על-פי אמות מידה המתאימות להערכת נזק סובייקטיבי (כמוסבר לעיל), ולא על-פי אמות המידה המשמשות כיום לקביעת הפיצוי בגין קיצור תוחלת החיים.

80 לגבי מי שנפגע בילדותו ייתכן שצריכה להיות הבחנה בין רמת המודעות בשנות הילדות לרמת המודעות בשנות הבגרות.