

תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים

המקרה של שימוש בסטטיסטיקה בפסיקת פיצוי לנפגע קטין*

אליעזר ריבלין, ** גיא שני***

עקרון השבת המצב לקדמותו עומד בליבה של תורת הפיצויים הנזיקיים. עיקרון זה מתאפיין בנקודת-מבט הממוקדת בניזוק ובנוק שנגרם לו, ומגדיר בהתאם את שיעור החבות של המזיק. יש המצביעים על חסרונותיו של עקרון השבת המצב לקדמותו, המנציח את הסטטוס-קוו, ומציעים לסטות במקרים מסוימים מעיקרון זה על-מנת לקדם מטרות שונות, כגון שיקולים חלוקתיים. המאמר מראה כי ניתן לפתח את תורת הפיצויים הנזיקיים ולהגיע לתוצאות ראויות באמצעות העשרת העיקרון של השבת המצב לקדמותו. לצורך המחשה המאמר מתייחס לפסיקה שעסקה בחישוב הפיצוי לקטינים בגין הפסד יכולת ההשתכרות בעתיד. בפסיקה זו נקבע כי אין לבסס את החישוב על נתונים הקשורים להשתייכות המגדרית והמגזרית של הנזוק הקטין, למעמד החברתי-הכלכלי של משפחתו ולהישגיו בלימודים. כתוצאה מכך, הפיצוי המשולם לקטינים שואף לאחידות.

המאמר בוחן תוצאה זו לפי שתי תפיסות רעיוניות לגבי מהות הנוק שנגרם לניזוק הקטין ואשר אותו יש "לתקן" בהתאם לעקרון השבת המצב לקדמותו: הפסד של תזרים הכנסות והפסד של אופק אפשרויות. לפי התפיסה הראשונה, הפיצוי צריך אומנם להיקבע לפי תוחלת ההשתכרות, אך אין משמעות הדבר שיש לקבוע לכל ניזוק "פרופיל סטטיסטי" המשקלל את כל הפילוחים הסטטיסטיים האפשריים. לעיתים קרובות בתי-המשפט נזקקים להנחות-עבודה מופשטות ולמודלים כלליים

* מאמר זה בא בעקבות דברים שנשא השופט אליעזר ריבלין במרכז הבינתחומי הרצליה בתאריך 12.5.2008.

** המשנה לנשיאת בית-המשפט העליון.

*** רשם בית המשפט העליון.

המחברים מבקשים להודות למיטל בר-חי וליהלי שרשבסקי על הערות מצוינות, ולחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים - ובמיוחד לשני אורן, לאביב גאון ולסער רוסמן - על עזרתם המסורה.

בשומת נוקי העתיד, וזאת לנוכח אי-הוודאות לגבי הנזק האמיתי-האישי ולנוכח צרכים מעשיים. הבחירה ברמת הפשטה ראויה וישימה לצורך החישוב היא מרכיב בלתי-נמנע ביישום העיקרון של השבת המצב לקדמותו. גם לפי התפיסה השנייה אין לבסס את חישוב הפיצוי לניזוק הקטין על סטטיסטיקה קבוצתית. הפסד הזכות לעצב את מסלול החיים בתחום התעסוקתי אינו מוגדר במונחים של מגדר, מגזר או מצב חברתי-כלכלי. לכן תיקון הפגיעה העוולתית בזכות (השבת המצב לקדמותו) אינו יכול להיות מושפע מסיווגים קבוצתיים כאלה.

מבוא

פרק א: השבת המצב לקדמותו בראש-הנזק של הפסד השתכרות

פרק ב: סטטיסטיקה כללית וסטטיסטיקה קבוצתית – עניין אבן-חנא

1. התפיסה המסורתית: פיצוי לפי תוחלת

2. התפיסה החלופית: פיצוי לפי אופק האפשרויות

פרק ג: חידוד ההבחנה בין האינדיווידואלי לבין הסטטיסטי – עניין אטינגר השני

פרק ד: הערות-סיכום

מבוא

בשנים האחרונות הונחו לפני בית-המשפט העליון תיקים אחדים שהצריכו עיון מחדש בעקרונות-יסוד של תורת הפיצויים הנזיקיים. בית-המשפט נדרש, בין היתר, לבחון את משמעות המונח השגור "השבת המצב לקדמותו" ואת האופן שבו דיני הפיצויים צריכים להתמודד עם מקרים שבהם קיימת אי-וודאות באשר ל"מצב" שאותו מבקשים להשיב או עם מקרים שבהם ה"השבה" כרוכה במחיר כבד מדי. כך, למשל, עסק בית-המשפט בשאלה אם יש לפצות את הניזוק שתוחלת חייו קוצרה בעבור הפסד ההשתכרות "בשנים האבודות"¹; בשאלה אם יש לפצות ניזוק שכושר התפקוד המיני שלו נפגע בעבור ההוצאות הכרוכות בהזמנת שירותי ליווי;² ובשאלה אם יש להתחשב בנתונים סטטיסטיים קבוצתיים (המבוססים על השתייכות מגדרית, מגזרית או חברתית-כלכלית) בשומת הפיצוי שיינתן

1 ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004) (להלן: עניין אטינגר הראשון).

2 ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, תק"על 2006(4) 312 (2006) (להלן: עניין פלוני).

לניזוק קטין בגין הפסד כושר ההשתכרות.³ בפסקי-הדין הובאו בחשבון המטרות השונות של דיני הניזוקין. אולם אבן-הראשה של הניתוח בפסקי-דין אלה, כמו גם בפסקי-דין קודמים, הייתה השאיפה לפצות את הניזוק בגין הניזוקים שנגרמו לו עקב המעשה העוולתי. אחת התכליות הבסיסיות שדיני הניזוקין נועדו לקדם היא צדק מתקן. בגדרי תכלית זו, המתמקדת ביחסים שבין המזיק לניזוק, האחריות הניזוקית נגזרת ממיקומם הקורלטיבי של מי שגרם אי-צדק ושל מי שסבל ממנו.⁴ באספקלריה זו, הפיצוי הניזוקי נועד לאיין, במידת האפשר, את חוסר הצדק שנוצר בשל מעשה העוולה. עקרון השבת המצב לקדמותו, שהוא העיקרון המרכזי בתורת הפיצויים הניזוקיים, חותר בראש ובראשונה להוציא אל הפועל את הצדק המתקן, לאחר שהוטלה אחריות על המזיק בגין מעשהו העוולתי. עקרון השבת המצב לקדמותו שואף לתקן את מצבו של הניזוק, ולהעמידו קרוב ככל האפשר למצב שבו היה נמצא אלמלא המעשה העוולתי.⁵

ביסודו, עקרון השבת המצב לקדמותו מתאפיין בנקודת-מבט ממוקדת יחסית, וחותר לתיקון בתוך מערכת היחסים שבין המזיק לניזוק, להבדיל מ"תיקון עולם". עיקרון זה מתעניין בעיקר בניזוק ובנוזק שנגרם לו.⁶ הוא מתמקד בהחזרת הסטטוס-קוו על כנו. הוא מגדיר את שיעור הזכאות של הניזוק לפי המטרה של חזרה למצב הקדם-עוולתי, ובמקביל מגדיר גם את שיעור החבות של המזיק. בכל אלה מתבלטת הזיקה שבין עקרון השבת המצב לקדמותו לבין התכלית של צדק מתקן, אשר מתמקדת אף היא במזיק ובניזוק הספציפיים

3 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אביר-חנא, פ"ד (ס) 13 (2005) (להלן: עניין אביר-חנא); ע"א 9980/06 עיזבון אטינגר נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 26.1.2009) (להלן: עניין אטינגר השני).

4 ראו: Ernest J. Weinrib, *Restitutory Damages as Corrective Justice*, 1 THEORETICAL INQ. IN L. 1 (2000) (להלן: Weinrib, *Restitutory Damages*). לטענה תיאורית שלפיה שיקולי צדק הנחו את הפסיקה בתחום דיני הניזוקין ראו: Gary T. Schwartz, *The Character of Early American Tort Law*, 36 UCLA L. REV. 641 (1989). לטענה נורמטיבית בדבר חשיבותם ומרכזיותם של שיקולי הצדק בדיני הניזוקין ראו, למשל: Ernest J. Weinrib, *The Gains and Losses of Corrective Justice*, 44 DUKE L.J. 277 (1994); Ernest J. Weinrib, *The Special Morality of Tort Law*, 34 MCGILL L.J. 403 (1989). לתפיסות שונות בנוגע למשמעותו של הצדק המתקן ראו: Ernest J. Weinrib, *Causation and Wrongdoing*, 63 CHL-KENT L. REV. 407 (1987); Jules L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, 37 ARIZ. L. REV. 15 (1995); C.H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. REV. 439 (1990). "הדדיות" (reciprocity) ראו: George Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537 (1972).

5 יצוין כי מימוש העיקרון של השבת המצב לקדמותו עשוי בהחלט לקדם גם מטרות נוספות של דיני הניזוקין, כגון הרתעה יעילה, שכן במקרה הטיפוסי הפיצוי מביא לידי הפנמת נזקי הפעילות על-ידי המזיקים.

6 לניתוח בראי הצדק המתקן של פיצויים המבוססים על רווחי המזיק ראו Weinrib, *Restitutory Damages*, לעיל ה"ש 4.

ובאירוע הנזק המסוים, ושוללת את הרעיון שלפיו המזיק יידרש לשפר את מצבו של הניזוק מעבר למצב שבו היה אלמלא מעשה העוולה.⁷

נקודת-המבט הממוקדת שעקרון השבת המצב לקדמותו מציג עלולה להוביל במקרים מסוימים לתחושה כי התוצאה המושגת מיישום דווקני של עיקרון זה אינה רצויה או מכל מקום אינה שלמה. תחושה זו הובילה, בין היתר, לפיתוח רעיון הצדק המחלק בדיני הניזוקין.⁸ מאמר זה מבקש להצביע על דרכים להעשיר את עקרון השבת המצב לקדמותו באופן שיאפשר הגשמת תכליות ראויות מבלי לפרוץ את גבולות השיטה והשיח המקובלים. המחשתה של אפשרות זו תיעשה באמצעות פסקי-הדין בעניין אברחנא⁹ ובעניין אטינגר השני.¹⁰ שני פסקי-הדין הללו עוסקים בפסיקת פיצוי לנפגע קטין בעבור הפסד כושר ההשתכרות בעתיד. בשני המקרים עלתה טענה כי יישום מתבקש של עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב לסטות בעניינם של הקטינים מן השכר הממוצע במשק כמוודד לחישוב הפיצוי, וזאת בשל ההשתייכות המגדרית-המגזרית (עניין אברחנא) או בשל הישגים בתקופת הלימודים ומעמד חברתי-כלכלי משפחתי (עניין אטינגר השני). בית-המשפט העליון דחה את הטענה בשני המקרים, ובדרך זו הוביל לפסיקת פיצוי בעל אופי אחיד ("תעריפי") ביחס לכל הקטינים והקטינות בישראל (כמעט).

במאמר זה יוצעו שתי תפיסות רעיוניות לניתוח משמעותו של הנזק הנגרם לקטינים בשל הפסד כושר ההשתכרות – תפיסה של פיצוי לפי תוחלת ותפיסה של פיצוי לפי אופק האפשרויות. שתי התפיסות הללו, כפי שיובהר, מובילות לתוצאה של הימנעות משקלול נתונים הכובלים את הניזוק הקטין בהימור סטטיסטי ובתחזית כללית שאין להם בסיס אינדיווידואלי איתן דיו. אומנם, שימוש בנתונים סטטיסטיים, בהערכות ובהשערות הוא חלק בלתי-נפרד מפסיקת הפיצוי הניזוקי, במיוחד באשר לנזקי העתיד.¹¹ הצורך להיזקק לאלה נובע בעיקר מאי-הוודאות המובנית בהקשר זה. אולם דווקא בשל כך יש להישמר מפני היגררות לספקולציות סטטיסטיות מתוחכמות המרוחקות מד' אמותיו של הניזוק המסוים – מסיפורו האישי. המסקנה הרחבה יותר שעולה מן הניתוח היא שעקרון השבת המצב לקדמותו הוא מושג עשיר שתחום התפרשותו ו"כושר התפתחותו" רחבים משניתן לסבור במבט ראשון. יודגש: מאמר זה אינו בא לשלול התחשבות בשיקולים נוספים בדיני הניזוקין ובתורת הפיצויים הניזוקיים, אלא בא לעמוד על הפוטנציאל הטמון בעקרון השבת המצב לקדמותו ועל הדינמיות של עיקרון זה, אשר ללא ספק תופס מקום מרכזי במשפט הניזוקין הישראלי.

7 "המייחד את שיקולי הצדק המתקן הוא שהם נובעים מהאירוע המסוים שבגינו נוצר הסכסוך, ומיועדים לאיתורו של פתרון צודק מתוכו. אין להם כל יומרה להביא לקביעתו של כלל משפטי שיכוון התנהגויות כראוי או שיביא לידי הקצאה 'צודקת' של העושר בחברה" – אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב(3) 647, 649 (1999).

8 ראו, למשל: TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007), ובמיוחד את הביקורת על עקרון השבת המצב לקדמותו בעמ' 67-69.

9 לעיל ה"ש 3.

10 שם.

11 על שימוש בראיות סטטיסטיות גרידא בדיני הניזוקין ראו גיא שני "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני הניזוקין – בחינה מחודשת" משפטים לה 81 (2005) והאסמכתות שם.

פרק א: השבת המצב לקדמותו בראש-הנוק של הפסד השתכרות

דיני הפיצויים הנוזיקיים הם ברגיל דינים "תרופתיים"¹². מטרתם היא להיטיב את הנוק על-מנת להעמיד את הניזוק, ככל האפשר, במצב שבו היה נתון אילו לא ניזוק בעוולה.¹³ ברגיל, זיהוי הנוק ושומתו נעשים באמצעות השוואת מצבו של הניזוק אלמלא מעשה העוולה למצבו לאחר מעשה זה ובעקבותיו. יש להדגיש בהקשר זה כי ההשוואה של המצב עקב התאונה נעשית אל מול המצב אלמלא התאונה, ולא אל מול המצב עובר לתאונה (אם כי המצב ערב התאונה עשוי ללמד על המצב אלמלא התאונה). הפער בין ה"אלמלא" לבין ה"עקב" משקף את החסר שנגרם לניזוק בשל מעשה העוולה, ואת החסר הזה בא הפיצוי "להשלים", ככל האפשר באמצעות כסף.¹⁴ זהו עקרון "השבת המצב לקדמותו" העומד בבסיס דיני הפיצויים. כאמור, עקרון השבת המצב לקדמותו הוא אמצעי למימוש התכלית של צדק מתקן. הצדק המתקן מוביל לפיצוי הניזוק בגין נזקיו העולתיים על-מנת לתקן את העיוות שנוצר עקב מעשה העוולה (כאשר תורות שונות של צדק מתקן מגדירות מהו אל-נכון מעשה עוולה). ודוק: אין מדובר בתיקון עיוותים חברתיים שונים, בבחינת "תיקון עולם", אלא בתיקון עיוותים במערכת היחסים הדו-קוטבית שבין המזיק לניזוק.

עקרון השבת המצב לקדמותו הוא הבסיס המקובל לכלל שלפיו כאשר נגרם לניזוק נזק המתבטא בגריעה מכושר ההשתכרות שלו בהשוואה לכושר שהיה לו אלמלא העוולה, קמה לו זכות לפיצויים בגובה הפרש שבין ה"אלמלא" לבין ה"עקב".¹⁵ בפועל ראש-הנוק של הפסד השתכרות תופס מקום חשוב ומשמעותי בפסיקת הפיצוי בגין נזקי גוף, עד כדי כך שלעיתים קרובות חלק-הארי של הפיצוי נעוץ בראש-נוק זה.¹⁶ מרכזיותו של ראש-הנוק של הפסד

12 ראו אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנוזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט(2) 243 (1984).

13 ראו עניין אטינגר הראשון, לעיל ה"ש 1. ראו גם ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 618 (2001): "השימוש בביטוי פיצויים (compensation) בפקודת הנוזיקין משמיע לנו כי הסעד אינו הצהרתי או עונשי, אלא סעד תרופתי (remedial). ממהות הביטוי 'פיצויים' נובע, כי סעד זה נועד להסיר את הנוק ולהיטיבו... מטרתם של הפיצויים הינה להעמיד את הניזוק, עד כמה שאפשר, באותו מצב שבו היה נתון בעת מעשה הנוזיקין, ללא מעשה הנוזיקין."

14 "...לקביעת הנוק יש להשוות את מצב [התובע] לפני האירוע בגינו הוא תובע... עם מצבו כתוצאה מרשלנות המשיבים..." - ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986). הפיצוי הנוזיקי נושא בדרך-כלל אופי של תחליף - הוא מעניק לניזוק כסף כדי לאיין הפסד שאינו כספי (אך שניתן על-פירוב להערכה בכסף). ראו: DAN B. DOBBS, LAW OF REMEDIES 279 (2nd ed. 1993).

15 ראו ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו 1242, 1251 (1952); ע"א 79/65 מפעלי פלדה ישראלים בע"מ נ' מלכה, פ"ד יט(2) 266, 270 (1965).

16 ראו: JOHN MUNKMAN, DAMAGES FOR PERSONAL INJURIES AND DEATH 53 (10th. ed. 1996).

השתכרות אינה מובנת מאליה. תרגומו של נזק הגוף למונחים של גריעה מרמת ההשתכרות עשוי ליצור תחושה לא-נוחה כאילו בריאותו של אדם ושלמותו הגופנית נועדו בראש ובראשונה, ובעיקר, לאפשר לו להפיק הכנסות; כאילו נועד הגוף לרווח, ולא לרווחתו. תוצאה נגזרת של ההתמקדות בכושר ההשתכרות היא יצירת שוני בפיצוי בין בני-אדם שונים שנגרם להם נזק גוף דומה, וזאת על בסיס יכולת ההשתכרות שלהם. שוני זה, לדעת אריאל פורת, אינו מוצדק הן באספקלריה של הרתעה יעילה והן באספקלריה של צדק מתקן.¹⁷ על רקע זה הוא מציע לשנות את שיטת הפיצוי הנוהגת שבה הפסד ההשתכרות מהווה מרכיב מרכזי בפיצויים בגין נזקי גוף. השינוי שהוא מציע הוא הגדלה משמעותית ביותר בגובה הפיצוי שנפסק במקרים של מוות או פגיעות גוף אחרות בגין הנזק הלא-ממוני, עד כדי כך שהפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני יהא גבוה במקרים רבים מהפיצוי בגין הפסד ההשתכרות.¹⁸ פורת מוסיף כי השינוי יכול להיעשות בדרך של פסיקה או בדרך של חקיקה.¹⁹ "אם המחוקק יכניס את השינוי הנדרש", כותב פורת, "הוא יוכל לעשות זאת על-ידי קביעת תעריפים לנזקי גוף, לאובדן חיים ולקיצורם שישקפו כראוי את הנזק שנגרם".²⁰ פורת סבור כי גם אם קיימת "הצדקה כלשהי לכך שלהפסד ההשתכרות תהא השפעה מסוימת על גובה הפיצוי", הפיצוי בראש-נזק זה אינו יכול להיות העיקר. לדבריו, "במיוחד יש להקפיד שלא יקרה עוד שעני יפוצה בדוחק ועשיר יפוצה בנדיבות אף שלשניהם נגרם אותו נזק גוף".²¹

התפיסה שלפיה ראוי לפתח - במישור החשיבתי ובמישור המעשי - את ראשי-הנזק הלא-ממוניים נשענת על שיקולים בעלי משקל, ויש לה בהחלט מקום.²² ניתן להזדהות עם הרעיון שלפיו מרכזיותו של ראש-הנזק של הפסד ההשתכרות עלולה ליצור פער בין גובה הפיצוי בפועל לבין הפגיעה האמתית שהוסבה לניזוק בעל ההכנסה הדלה. עם זאת, יש להבהיר כי גם תפיסות חלופיות ברוח הצעתו של פורת מעוררות קשיים משל עצמן. כך, למשל, אם משמעות ההצעה היא שהפיצוי בגין הפסד ההשתכרות יוותר בעינו אולם הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני יעלה בצורה ניכרת ביותר, ברור שהדבר יוביל לעלייה עצומה בשיעורי הפיצוי, עד כדי סכומים שנראים אסטרונומיים בהשוואה לנהוג כיום.²³

17 אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה - מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

18 שם, בעמ' 161.

19 בתחום תאונות-הדרכים השינוי חייב להיות סטטוטורי, מכיוון שהפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני תחום בתקרה.

20 פורת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 161.

21 שם, בעמ' 161-162.

22 ראו גם אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני - מגמות הרחבה" ספר שמגר ג 21 (2003).

23 כך, למשל, במקרה של ניזוק צעיר יחסית שנגרם לו נזק חמור והפגיעה התפקודית שלו היא 100%, הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות עשוי להגיע למיליוני ש"ח. הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני עשוי לעמוד, לפי הנהוג כיום, על מאות אלפי ש"ח. על-מנת שהפיצוי בראש-נזק אחרון זה יעלה על הפיצוי בראש-הנזק של הפסד ההשתכרות, יש להגדילו אם כן במאות אחוזים, ומובן

מובן שיש לכך השלכות "מתגלגלות" נוספות – למשל, בהקשר של פרמיות הביטוח. זאת ועוד, כל עוד הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות ימשיך להיקבע לפי השיטה הנוהגת, ברור שהגדלת הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני לא תשנה את העובדה שיוותר הבדל ניכר בסכום הפיצוי הכולל, שיהיה רחוק מלקיים את מגבלת "ההשפעה המסוימת על גובה הפיצוי" שפורת מציב.

אפשרות אחרת היא ששיטת החישוב החלופית תבוא לידי ביטוי בפסיקה תעריפית שתתייחס לא רק לנזק הלא-ממוני, אלא גם לראש-הנזק של הפסד השתכרות. אפשרות זו, שדוגמה קרובה לה ניתן למצוא בתחום של תאונות-דרכים, מקיימת את הרצון לצמצם את השפעת העושר או הדלות הכלכלית של הניזוק על הפיצוי, אולם היא מעוררת בעיות חדשות. בעיקר, גישה כזו אינה נותנת בהכרח את מלוא המשקל לעובדה שככל שיש לניזוק מסוים סיפור חיים אישי, הוא עשוי להיות מושפע באופן שונה מן הפגיעה העוללתית. בעולם האמיתי הנזק שנגרם לניזוקים שונים אינו זהה. האחדת הפיצוי באופן גורף מתעלמת מן המורכבות הזו. עוד ראוי להדגיש כי קיימת הפרזה מסוימת בראיית הפיצוי האינדיווידואלי בראש-הנזק של הפסד השתכרות כמבטא מסר ערכי באשר לערכם של החיים, הבריאות ושלמות הגוף של הניזוק. כל שיש בו הוא ניסיון לאמוד באופן אקטוארי את נזק המוחשי של הניזוק המסוים בכלים הטובים ביותר שבנמצא (גם אם הם רחוקים משלמות).

אם כן, נראה כי לנוכח ההבנה הרווחת של עקרון השבת המצב לקדמותו אין לצפות לירידת קרנו של ראש-הנזק של גריעה מיכולת ההשתכרות. ראש-נזק זה, כמו ראש-נזק אחרים, נבחן על-פי נזקו האינדיווידואלי של הניזוק. אכן, "ביסוד הערכת הנזק ומתן הפיצויים בנוזיקין עומדת הגישה האינדיווידואליסטית. דיני הערכת הנזק בנוזיקין אינם מבוססים על גבול סטטוטורי עליון או על גבול סטטוטורי תחתון לשיעור הפיצויים. אין הם מבוססים על ממוצעים של שכר או על תעריפים של כאב וסבל... אין בהם פשרה מודעת בין הגברת האחריות לבין הקטנת הפיצוי. הדין מבוסס על התמקדות בנזק האינדיווידואלי שהתרחש לניזוק, ואשר לגביו אחראי המזיק, ובצורך להשיב את מצבו לקדמותו".²⁴ בהקשר זה ראוי לציין כי יש ראשי-נזק שנוטים יותר לאחידות ויש ראשי-נזק שנוטים יותר לשונות על-פי מדדים אינדיווידואליים. ככלל, ראשי-הנזק הנוטים לאחידות הם הנזק הלא-ממוני וכן ראשי-הנזק המשקפים הוצאות אשר אינן תלויות – או תלויות בצורה פחותה יחסית – במסלול החיים שבחר הניזוק עובר לתאונה (כגון הוצאות רפואיות והוצאות סיעוד).²⁵ לעומת זאת, ראשי-נזק שמושפעים באופן ניכר מאורח חייו של הניזוק, כגון הפסד השתכרות או הוצאות דיור, עשויים ליצור שונות גדולה בסכומי הפיצוי.

השגת המטרה של פיצוי בגין נזק אינדיווידואלי אינה פשוטה תמיד, ויותר מכך, לא תמיד ניתן להגשימה באופן מלא. בתחום נזקי הגוף אי-אפשר כמעט לדבר על השבה

24 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 775 (1982) (להלן: עניין ברדה). חריגים לתפיסה זו מצויים בס' 4 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ובס' 5 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980.

25 ראו ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צורי-שמיר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450 (2000).

מושלמת של מצב הניזוק לקדמותו, בראש ובראשונה מן הטעם שפיצוי כספי אינו יכול להחליף בריאות שנפגמה. הקושי מתעצם כאשר מדובר בשומה של נזקים עתידיים, שכן בית-המשפט נזקק אז להשערות ולהנחות אשר מבוססות אומנם על הנתונים שיש לפניו לגבי הניזוק המסוים אך בוודאי אינן משקפות בהכרח את מסלול חייו של הניזוק אלמלא התאונה. על קשיי השומה בכלל, ובהקשר של הערכת נזק עתידי בפרט, עמד השופט ברק באחת הפרשות:

“עיקרו של הקושי מתבלט בצורך ליתן הערכה כספית לנזק שאינו כספי, ובצורך לבסס את השומה על התרחשויות עתידיות, הצפונות בחיק העתיד, אשר חוסר הוודאות לגביהן הוא ממהות העניין. אכן, תורת הפיצויים היא תורת חוסר הוודאות. המבקש דיוק מדעי יתאכזב במהרה. דיוק כזה אינו אפשרי ואף אינו נחוץ. עניין לנו בהערכה, המבוססת על סיכוי והנמדדת במבחנים של שכל ישר וניסיון חיים. מכאן, שאין לחפש ואין למצוא בתחום זה נוסחאות פלא, אלא יש לבחון כל מקרה על-פי עובדותיו, תוך גיבוש ואיזון בין צרכי הניזוק לבין צרכי המזיק, על-פי עקרונות השבת המצב לקדמותו.”²⁶

אכן, בחייו אדם נתקל בהתרחשויות אין-ספור וחוצה צמתים שאי-אפשר לצפותם מראש, ואשר ממילא אי-אפשר לשקללם בחשבון הפיצוי. אי-הוודאות המובנית בתחום פסיקת הפיצויים, והצורך להיוקק לא פעם להנחות ולהשערות המבוססות על מידע חלקי, הופכים את העיקרון של השבת מצבו של הניזוק המסוים לקדמותו למטרה שלעיתים רחוקות בלבד, אם בכלל, ניתן להשיגה באופן מלא. מעבר לבעיית אי-הוודאות קיימים גם שיקולים מעשיים שאי-אפשר להתעלם מהם. לאורך השנים עוצבו בדיני הפיצויים נוסחות של חישוב והערכה המבוססות על מודלים כלליים של נזקים צפויים.²⁷ בהתאם לנוסחות אלה, הניזוק יכול להיות מפוצה בסכום שאינו משקף באופן מדויק לגמרי את נזקו האישי. נוסחות אלה מקילות בראש ובראשונה על בעלי-הדין, ויש להן חשיבות גם מבחינתו של בית-המשפט. במקרים מסוימים, בהעדר נתונים אחרים, בית-המשפט נזקק לא רק להשערות המבוססות על מידע אינדיווידואלי לא-שלם, אלא גם לחוקות (או “הנחות-עבודה”) שאינן

26 ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281, 296 (1981) (להלן: עניין ברששת).

27 שיטת הַיְדוּת, המשמשת בפסיקת פיצויים לתלויים וכן בחישוב הפסד ההשתכרות בשנים האבודות, היא דוגמה מובהקת למודל כללי כזה. שיטה זו מורה לאתר את “הקופה המשותפת” של המשפחה – אשר מורכבת בדרך-כלל מהכנסותיהם של שני בני-הזוג – ולחלקה במספר “יְדוּת” לפי מספר בני המשפחה בתוספת ידה אחת למשק-הבית. בחישוב הפיצויים מנכים את ידת המנוח (או המנוחה) – קרי, את חלקו בהוצאות המחיה – מהכנסתו. ראו ע"א 32/60 פלקסברג נ' המנהל הכללי של רכבת ישראל, פ"ד יד 1629 (1960). בית-המשפט הבהיר כי “שיטת הידות מיישמת, באין ראיות אחרות, הנחת עבודה – חוקה עובדתית המושתתת על ניסיון החיים, בדבר אורח החיים של המשפחה הממוצעת”, וכי אחד השיקולים התומכים בהחלטה הוא היותה “שיטת חישוב נוחה, יעילה ושוויונית”. ראו עניין אטינגר הראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 539.

מבוססות על מידע אינדיווידואלי, אלא על נסיון-חיים ועל נתונים סטטיסטיים. או-אז ניתן לומר שפסיקת הפיצוי מאבדת מהבסיס האינדיווידואלי שלה ונהפכת, במידה רבה, לבעלת מאפיינים אחידים. עם זאת, יש להדגיש כי שיעור הפיצוי אינו נקבע באורח שרירותי, אלא בהתבסס על הנחות הגיוניות. הערה חשובה נוספת היא שפסיקת פיצוי על בסיס נתונים סטטיסטיים היא לעיתים הדרך הטובה ביותר להגיע לתוצאות הנכונות ביותר – ולו על-פני שורה של מקרים – ולמזער את עלויות הטעות השיפוטית, אך יש להישמר מפני יצירת תמריץ שלילי לבעלי-הדין שיניא אותם מלהציג את הראיות הטובות ביותר שיש ברשותם או שעשויות להיות ברשותם. חשוב להקפיד על כך שהפנייה לראיות בעלות אופי סטטיסטי, חלף נתונים אינדיווידואליים, תיוחד למקרים שבהם אין ראיות מהסוג האחרון ואי-אפשר להשיגן באופן סביר.²⁸

כל אלה באים לידי ביטוי מובהק בראש-הנוק של הפסד השתכרות. העובדה שפסיקת הפיצויים בגין הפסד ההשתכרות מתייחסת לעיתים קרובות, בחלק משמעותי שלה, לנזקים הצפויים בעתיד מעצימה את קשיי השומה. בפסק-הדין ברששת התייחס השופט ברק להבחנה המקובלת בשיטות זרות בין "הפסד השתכרות" לבין "הפסד כושר השתכרות". כושר ההשתכרות, כך ציין, הוא נכס השייך לבעליו, אשר ערכו נקבע "על-פי ערכה של התפוקה, שהוא עשוי להניב במשך זמן קיומו".²⁹ כאן הבחין השופט ברק בין הגישה המוחשית לבין הגישה המופשטת. את הגישה המוחשית הסביר כך:

"על-פי הגישה המוחשית נקבע ערכה של ההשתכרות, שהניזק עשוי היה להפיק בעתיד לולא התאונה, על-פי נתוניו האישיים של הניזק, תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו. המבחן אינו לפי ההשתכרות התיאורטית, שהוא עשוי היה להשתכר אילו ביקש לנצל את מלוא יכולתו. המבחן הוא על-פי ההשתכרות המוחשית, שהוא עשוי להשתכר על-ידי ניצול יכולתו, הלכה למעשה. מכאן, שאם מטעם זה או אחר

28 ראו באופן כללי: David Kaye, *Paradox, Gedanken Experiments and the Burden of Proof: A Response to Dr. Cohen's Reply*, 1981 ARIZ. ST. L.J. 635, 636-637 (1981); David Kaye, *The Law of Probability and the Law of the Land*, 47 U. CHI. L. REV. 34, 40 (1979); David Kaye, *The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories*, 1979 ARIZ. ST. L.J. 101 (1979); Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329, 1349 (1971). ראו גם ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה' (2) 800, 809 (1981): "באותם המקרים, בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדוייקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת, באותם מקרים אשר בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדיוקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לשופט לעריכת אומדן להשלמת החסר."

29 עניין ברששת, לעיל ה"ש 26, פס' 7 לפסק-דינו של השופט ברק.

הניזק אינו מנצל את יכולתו בהווה ובעתיד, אין כל פגיעה בכושרו, שכן כושר זה אינו מנוצל, הלכה למעשה.³⁰

ואת הגישה המופשטת תיאר כך:

"על-פי הגישה המופשטת נקבע ערכה של ההשתכרות, שהניזק עשוי היה להפיק בעתיד לולא התאונה, על-פי מבחנים תיאורטיים באשר ליכולת העקרונית של הניזק. השאלה אינה, מהי ההשתכרות שהניזוק היה מפיך, הלכה למעשה, אלא מהי ההשתכרות שהוא יכול היה להפיק."³¹

השופט ברק הטעים כי ברוב המקרים, לרבות בעניינו של הקטין, שתי הגישות יובילו לאותה תוצאה, אולם קיימת נפקות להכרעה בין הגישות במקרים שבהם הנזק נגרם לאדם שלא ניצל את יכולת ההשתכרות שלו ולא היה מנצל אותה גם בעתיד. בניגוד לשופט שילה, שאימץ באותו פסק-דין את הגישה המופשטת,³² ביכר השופט ברק את הגישה המוחשית. רק גישה אחרונה זו, כך פסק, מקיימת את העיקרון של השבת המצב לקדמותו, ואילו הגישה המופשטת "...מפצה ניזק על נזק, שלא התרחש ולא יתרחש בעתיד, ועל-כן אין היא עולה בקנה אחד עם מטרת הפיצויים, שהיא החזרת המצב לקדמותו. מתן פיצוי כספי לניזק, שלפני התאונה לא עבד כלל, ולולא התאונה לא היה עובד בעתיד כלל, תעמיד אותו לאחר התאונה במצב טוב יותר מאשר המצב, בו הוא היה נתון לולא התאונה, שכן הוא מקבל פיצוי על נזק, שכלל לא התרחש ולא יתרחש."³³ השופט ברק הוסיף כי "משבחר הניזק לא לעבוד כלל, הרי בכך הוא שלל כל ערך כספי לכושר עבודתו ועשהו לערטילאי בלבד. אם תרצה, ניתן לומר, כי ערכו של כושר זה כערכו של הזמן הפנוי, אותו ביקש הניזק לנצל. על פגיעה בזמן פנוי זה – אם אכן התרחשה פגיעה שכזו – יזכה הניזק לפיצוי באב הנזק של אבדן הנאות החיים, אך לא באב הנזק של אבדן השתכרות"³⁴.

הפיצוי בעבור הפסד השתכרות (או הפסד כושר השתכרות) הוגדר, מאז ומתמיד, פיצוי

30 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ברק.

31 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ברק.

32 שם, פס' 18 לפסק-דינו של השופט שילה: "אליבא דכולי עלמא, על המזיק לפצות איפוא אדם על ירידת כושר עבודתו כתוצאה מחבלה, אשר לה הוא אחראי, ואין נפקא מינה, אם הירידה בכושר העבודה תגרור אחריה בעתיד גם ירידה בהכנסות או לא. הנזק, הטעון הטבה ופיצוי, הוא הנזק לכושרו של אדם לעבוד בתמורה לשכר, כפי שנקבע היקפו בשעת מתן פסק הדין, ואין שומעין לטענות המזיק, שהניזק ממילא אינו מנצל את כושרו זה ולא יעשה כן לעתיד לבוא. זכותו של כל אדם לנצל כל נכס שברשותו – כולל נכס כושר העבודה – בדרך, שהוא רואה לנכון, או להימנע מניצולו, וכל עוד אין הוא חורג מגדר החוק, אין איש (כולל המזיק, שגרם להפחתה בכושר עבודתו) יכול להיבנות מכך, שבוחר הוא בחלופה השנייה."

33 שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט ברק.

34 שם.

בגין נזק ממוני – פיצוי בגין הכנסות שאבדו. בהקשר זה הגישה הראויה היא זו ה"מוחשית", כלומר, זו שמעמידה את הפיצוי על-פי תזרים ההכנסות שהיה צפוי לצמוח לניזוק כתוצאה מניצול כושר ההשתכרות שלו, להבדיל מגישה המעניקה פיצוי "ממוני" חרף העדרה של פגיעה כספית. גישה זו נוקטת פיצוי אינדיווידואלי המשתנה מניזוק לניזוק. לכן, בדרך-כלל, אין משמעות מהותית – להבדיל ממשמעות "סמנטית-פרקטית"³⁵ – להבחנה בין "הפסד השתכרות" לבין "הפסד כושר השתכרות". יש לציין כי לצד הפגיעה הממונית הזו מתקיימת לעיתים קרובות גם פגיעה לא-ממונית. חוסר היכולת לעבוד או ההפחתה ביכולת לעבוד עלולים להסב לנפגע נזקים החורגים מעצם הפגיעה בתזרים ההכנסות, ובכלל זה נזקים לא-ממוניים של גריעה מיכולת המימוש העצמי, חוסר סיפוק ועוגמת-נפש.³⁶ את אלה בית-המשפט עשוי להביא בחשבון בעת פסיקת הפיצוי בראש-הנזק הלא-ממוני. ומה בעניינו של הניזוק הקטין? פסיקת הפיצוי לקטין בעבור הפסד השתכרות בעתיד מתקשה לסמוך את עצמה על נתונים אינדיווידואליים. בהעדר "היסטוריה תעסוקתית" של הקטין ובהעדר נתונים מוכחים לגבי הבחירות המקצועיות שהיה עושה ולגבי השתלבותו בשוק העבודה, נוצר תכופות "מתח בין עקרון הצדק המתקן ובין העמימות הראייתית השורה על מצב הדברים הטעון תיקון".³⁷ במצב דברים זה בית-המשפט נזקק להנחות-עבודה הנשענות על נתונים קבועים – השכר הממוצע במשק (הנקבע לפי סטטיסטיקה) וגיל הפרישה (הנקבע לפי הדין).³⁸ התוצאה המתקבלת למעשה היא קביעת פיצוי אחיד כמעט לכל הקטינים והקטינות – פיצוי בעל אופי "תעריפי".³⁹ אך מה עוצמתן של הנחות-העבודה בעניינם של קטינים? האם ניתן לסתור אותן, ואם כן – על יסוד אילו נתונים? שאלה זו עלתה בעניין אבירחנא, שיובא כאן לצורך ההדגמה.

פרק ב: סטטיסטיקה כללית וסטטיסטיקה קבוצתית – עניין אבירחנא

השאלה שהתעוררה בפסק-הדין בעניין אבירחנא היא אם בחישוב של אובדן כושר ההשתכרות של קטין בעתיד יש להביא בחשבון נתונים הנוגעים בהשתייכותו למגזר, למשפחה או למגדר מסוימים. באותו מקרה נפגעה תינוקת בת חמישה חודשים בתאונת-דרכים. ברגיל, נערכת שומת הפיצויים בגין אובדן כושר ההשתכרות של קטין בהתבסס על רמת השכר

35 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ברק.

36 קיימת גם אפשרות שהגריעה מכושר ההשתכרות תגרור נזקים ממוניים נוספים, כגון הוצאות הכרוכות בהסבת מקצוע או הוצאות על טיפולים נפשיים וכדומה.

37 עניין אבירחנא, לעיל ה"ש 3, פס' 11 לפסק-הדין.

38 ראו גם ע"א 10990/05 פינץ נ' הראל חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2006(2) 199 (2006).

39 השינויים נובעים בעיקר מנתוני ההיוון, המשתנים על-פי גילו של הנפגע במועד התאונה.

הממוצע במשק, וזאת בשל העדר "היסטוריה תעסוקתית" ונתונים אחרים המאפשרים הערכה אקטוארית-אינדיווידואלית של השכר שהיה הנפגע הקטין מרוויח בבגרותו. אלא שבמקרה הנדון דובר בנפגעת תינוקת בת הכפר ריינה, ובכפר זה – כך טענה חברת הביטוח – השכר הממוצע נמוך, ונשים רבות אינן יוצאות לעבוד כלל. מסטטיסטיקה זו ביקשה חברת הביטוח לגזור גזרה שווה לעניינה של הנפגעת-התובעת, ולהסיק כי אלמלא התאונה הייתה גם היא, בבגרותה, משתכרת פחות מן השכר הממוצע במשק.

גישה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון. בית-המשפט פסק: "אל לו למשפט לקבוע מראש נקודות מוצא שונות לקטינים שונים בישראל אך משום השתייכותם לקבוצות אוכלוסייה שונות. הפיצוי, כך שנינו, הוא עבור פוטנציאל – וזה, בהיעדר נתונים אינדיווידואליים לסתור, נתון לכל אחד ואחת מהילדים בישראל. כך נכון לקבוע מבחינה עובדתית. כך חובה עלינו לקבוע מבחינה נורמטיבית ומוסרית. וכך אנו קובעים."⁴⁰ בפסק-הדין הובהר כי הנחת-העבודה שלפיה חישוב הפיצויים לקטין ייעשה לפי שיעור השכר הממוצע במשק "יאה לכול – לילד ולילדה, לאיש ולאשה, לשחור וללבן, לבני כל הדתות, יהיה מוצאם האתני אשר יהא."⁴¹

גישתו זו של בית-המשפט העליון בישראל היא צעד נוסף במסלול שהחלו לצעוד בו בתי-משפט בשיטות אחרות.⁴² סקירת ההשקפות שהוצעו מעבר לים בשאלות דומות מלמדת כי לצד הגישה המסורתית שלפיה פוטנציאל ההשתכרות של הקטין מושפע מנתונים כגון מגדר, השתייכות מגזרית ומעמד חברתי-כלכלי,⁴³ נשמעו גם גישות אחרות. כך, למשל, בתי-משפט אחדים בארצות-הברית ובאוסטרליה פסקו כי יש לשקלל בתוך החישוב את ההנחה שפערים הקיימים בחברה כיום יצטמצמו בעתיד.⁴⁴ שקלול זה יכול להיעשות, למשל, על-ידי כך שמוסיפים סכום מסוים לשכר הממוצע הנמוך (למשל, שכר ממוצע במשק לנשים "פלוס") או על-ידי כך שמפחיתים סכום מסוים מהשכר הממוצע הגבוה (למשל, שכר ממוצע במשק לגברים "מינוס").⁴⁵ גישה נוספת שוללת מכל וכל את האפשרות

40 עניין אבריחנא, לעיל ה"ש 3, פס' 50 לפסק-הדין.

41 שם, פס' 46 לפסק-הדין.

42 על פיתוח הצדק המתקן במשפט הישראלי תוך הסתייעות במשפט משווה ראו: Eliezer Rivlin, *Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chain-novel, and Novelty*, 21 *FL. J. INT'L L.* 1, 21–27 (2009).

43 ראו, למשל, את פסקי-הדין האמריקאיים המובאים בעניין אבריחנא, לעיל ה"ש 3, תחת הפרק "הדין בארצות הברית", כגון: *Chamallas. Hughes v. Pender*, 391 A.2d 259 (1978); מטעמה כי בארצות-הברית מקובל שעדים-מומחים בתביעות נזיקין מסתמכים על סטטיסטיקות קבוצתיות הן כדי לקבוע את מספר השנים שהתובע היה צפוי לעבוד הן כדי להעריך את ההשתכרות שהוא היה צפוי להרוויח. ראו: Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 *Lox. L.A. L. Rev.* 1435, 1438 (2005).

44 יש לזכור כי הפיצוי בעבור הפסד השתכרות ניתן בעבור העתיד, ובמקרה של קטין תקופת הפיצוי עשויה להתחיל – ובוודאי להימשך – עשרות שנים לאחר מועד התאונה.

45 ראו, למשל: *MacCabe v. Westlock Roman Catholic Separate Sch. Dist. No. 110*.

להכליל בחישוב הבחנות המבוססות על השתייכות מגדרית או מגזרית.⁴⁶ גישה אחרונה זו היא שאומצה בבית-המשפט העליון בישראל בעניין אבר-חנא.

אולם זאת לדעת: פסק-הדין בעניין אבר-חנא סימן שלב נוסף בדרך שהייתה מקובלת במשפט הנזיקין הישראלי מקדמת דנא. כאמור, השכר הממוצע במשק משמש אמת-מידה רווחת בפסיקת הפיצוי בעבור נזיקים וניזוקות ממגוון שכבות האוכלוסייה (שאינן להם "היסטוריה תעסוקתית"). מה נשתנה אפוא בעניין אבר-חנא? שבאותו מקרה דובר בבת מיעוטים מן הכפר, והשתייכות זו שימשה לנתבעות נימוק מתאים להעלאת טענה בדבר הצורך להידרש לנתונים סטטיסטיים קבוצתיים. אולם ברור שהיענות להיגיון זה אינה יכולה להיעצר בעניינה של תובעת זו; ההיגיון שיפה לרים אבר-חנא יפה לכל אחת אחרת ולכל אחד אחר. לאמור: אם החישוב צריך להביא בחשבון נתונים סטטיסטיים קבוצתיים, אזי יש לפעול על-פי היגיון זה לכל אורכה ורוחבה של "קשת הקבוצות". כך, יש נתונים לגבי בנים ובנות, לגבי בני הרוב ובני מיעוטים, לגבי חילונים ודתיים, וכמובן, בתוך כל אחת מן הקבוצות הללו יש קבוצות-משנה ברמת רזולוציה שאין לה גבול ברור (תושבי הדרום מול תושבי הצפון, תושבי העיר מול תושבי הכפר, וכיוצא באלה הבחנות "קבוצתיות").⁴⁷ נדמה אפוא כי מי שטוען כי יש לשום את הפיצויים המגיעים לרים אבר-חנא בגין הפסד השתכרות לפי סטטיסטיקה מגדרית-מגזרית צריך לדבוק בדרכו-זו גם ביחס לכל אחת מן הקבוצות האחרות אשר עד כה לא נטען כי יש לייחד להן סטטיסטיקה משלהן; ואם אינו דבק בכך, עליו לבחון את ההיגיון הבסיסי של הטעון.

האם פסק-הדין בעניין אבר-חנא מקיים את עקרון השבת המצב לקדמותו, במובן של תיקון הנזק שנגרם לניזוק עקב מעשהו העוולתי של המזיק (תיקון פנימי במערכת היחסים בין המזיק לניזוק), או שמא עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב פסיקת פיצוי לפי סטטיסטיקה קבוצתית, בעוד פסיקת פיצוי לפי סטטיסטיקה אחידה נגזרת מעקרונות אחרים, כגון צדק מחלק? שאלה זו ניתן לבחון לפי שתי תפיסות רעיוניות אפשריות לגבי ראש-הנזק של הפסד השתכרות ככל שהוא מתייחס לקטיגום.

Christopher J. Bruce, *MacCabe v. Westlock: The Use of* [1998] 226 A.R. 1
Male Earnings Data to Forecast Female Earning Capacity, 37 ALBERTA L. REV. 748
 (1999).

46 *Vincent v. Johnson*, (להלן: עניין *Reilly v. U.S.*, 665 F. Supp. 976 (1987)
 833 S.W.2d 859 (1992); *Wheeler Tarpeh. Doe v. U.S.*, 771 F. Supp. 427 (1991)

47 *Rotuman v. New South Wales Insurance Ministerial Corporation*, 1998 NSW
 Lexis 1714 BC9802306: "If I took into account the general statistics of the Aboriginal
 race it seem to me that I would then have to take into account the general statistics
 of, for example, the Chinese race, the Italian race, the Irish race, the Anglo-Saxon
 .race"

1. התפיסה המסורתית: פיצוי לפי תוחלת

התפיסה המסורתית אינה מבחינה, כעיקרון, בין פסיקת פיצוי לניזוק קטין לבין פסיקת פיצוי לניזוק בוגר בגין הפסד כושר השתכרות. בשני המקרים המטרה היא לפצות את הניזוק בעבור הפסד תזרים ההכנסות שהיה צפוי לצמוח לו כתוצאה מניזול כושר ההשתכרות שלו. בעניינו של הניזוק הבוגר בית המשפט מסתמך על חומר הראיות המונח לפניו, שאמור להצביע – בהתאם לגישה המוחשית – על סכום הכסף שהיה הניזוק משתכר אלמלא התאונה, ואשר אותו לא יוכל להשתכר עקב התאונה.⁴⁸ מדובר אפוא בשומה הנסמכת על נתונים אישיים של הנפגע, ובכלל זה ההיסטוריה התעסוקתית שלו. בעניינו של הניזוק הקטין השכר הממוצע במשק משמש הנחת עבודה בדבר הסכום שהיה הניזוק משתכר אלמלא התאונה. "במקרה כזה" – מקרהו של הניזוק הקטין – "אין, למעשה, אפשרות להוכיח את כושר השתכרותו של הקטין לולא התאונה, ובאין אינדיקציות ברורות ומשכנעות לכושר השתכרות שונה, הדרך של הסתמכות על גובה השכר הממוצע במשק כקנה מידה לכושר השתכרותו של הקטין הינו הכרח לא יגונה".⁴⁹ השכר הממוצע במשק מבטא את התוחלת של סך כל ההכנסות הפוטנציאליות שהיו עשויות להיות לו לניזוק. ההנחה היא שההסתברות שפרט מסוים ייפול בכל אחת מההכנסות שווה להסתברות שכל פרט אחר ייפול בה, או בניסוח אחר, שלכל פרט יש אותו סיכוי להגיע לכל אחת מההכנסות.⁵⁰ זוהי התחזית התעסוקתית האינדיווידואלית של הקטין.

כיצד יש להתייחס לנתונים בדבר השתייכותו המגדרית, המגורית או החברתית הכלכלית של הניזוק הקטין לפי הגישה המסורתית? היש מקום לטענה כי ההשתייכות הקבוצתית של הניזוק הקטין משנה את ההסתברות שהוא היה משתלב ברמות שכר מסוימות (נמוכות או גבוהות, בהתאם לנתונים)? על-פי טענה זו, שינוי התוחלת צריך להשפיע על הפיצוי, ועל-כן הבחירה לפסוק בכל-זאת פיצוי לפי השכר הממוצע במשק לכל ילד וילדה בישראל, תוך התעלמות מסטטיסטיקות קבוצתיות, אינה מקיימת את העיקרון בדבר השבה "מדויקת" של המצב לקדמותו. היא אינה משיבה את מצבו של הקטין המסוים לקדמותו, והיא נשענת בפועל על שיקולים אחרים – למשל, שיקולים של צדק חלוקתי.

לא כך הדבר. כמה טעמים מוצבים בבסיס העמדה כי הנתונים הסטטיסטיים הקבוצתיים,

48 ראו עניין אברחנא, לעיל ה"ש 3, פס' 34: "כך למשל דפוס ההשתכרות עובר לתאונה... אופק קידום במקום העבודה, לימודים אקדמיים, שאיפות בנות הגשמה – כל אלה, ונתונים אחרים, מאפשרים לחזות את הכנסתו האמיתית של הנפגע אילו לא אירעה התאונה. או אז יש בידי בית המשפט לאמוד את הפיצוי על פי הכנסה זו (לעומת ההכנסה במום), ובכך לבטא, באמצעות הפיצוי, את הצורך להשיב את המצב לקדמותו אלמלא נחסמה בפני הניזוק הדרך המקצועית שאותה ביקש (והיה יכול) לממש. זהו החישוב האקטוארי הנסמך על נתונים אינדיווידואליים על הנפגע, והוא משמש בדרך כלל את בתי המשפט בבואם לפסוק לנפגע בגיר פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות..."

49 ע"א 142/89 גמליאל נ' אושיות חברה לביטוח בע"מ, תק-על (3) 90 (1990).

50 ודוק: אין הכוונה שלכל אחת ואחת מרמות ההכנסה האפשריות יש הסתברות שווה שישתלבו בה, אלא שלכל פרט יש סיכוי שווה לזה של הפרטים האחרים להשתלב בכל רמת הכנסה.

כגון אלה המתייחסים למגדר או למגזר מסוימים, אינם ראויים לבוא בחשבון הפיצוי בעבור הפסד כושר ההשתכרות של הקטין, וזאת גם בראי העיקרון של השבת המצב לקדמותו. טעם אחד צופה פני עתיד, והוא נזכר בפסק־הדין אב־רחנא:

"ניתן וראוי להניח כי מצבם של נשים, מייעוטים או מגזרים מוחלשים ישתפר בעתיד ויידע ימים טובים יותר. העולם אינו סב לאחור. המחר טוב מן העבר. סטריאוטיפים מתפוגגים והנחות מפלות מתנפצות אל קרקע המציאות... לאדם נקרות היום הזדמנויות רבות יותר מאשר בעבר לרכוש השכלה או הכשרה מקצועית, ואין להניח שאנשים ייוותרו נטועים לנצח באותו מעמד שלתוכו נולדו... מכל מקום, אל לנו להניח כי הפליה קיימת, ויחסי הכוחות של ההווה, לנצח ישררו במחוזותינו. חלוקת המשאבים בין הקבוצות בחברה יכול שתשתנה. ההזדמנויות הפתוחות בפני הקבוצות השונות בחברה עשויות להיות שוויוניות יותר, ובעקבות זאת, יש להניח, יצטמצמו או ייעלמו הפערים בשכר... אלה הן הנחות מציאותיות, במיוחד כשמדובר בעתיד הרחוק של מי שהיום הם ילדים. הממוצע טומן בחובו את ההכרה באפשרות זו של שינוי. על־כן, יהא זה אך נכון מבחינה עובדתית, שלא לכבול את הניזוק־הילד במוסרותיו של מצב הדברים המפלה השורר בעת מתן פסק־הדין."⁵¹

הנה כי כן, כפי שאנו מהווים את סכום הפיצויים כדי לבטא את הקדמת הפיצוי, כך יש מקום "להוון" את ההנחות העובדתיות לגבי המציאות שתשרור בעת הרלוונטית. את נוקי העתיד אנו שמים, ולעניין זה אין לקבל כמוכנים מאליהם נתונים מן העבר ומן ההווה. העבר אינו מהווה אינדיקציה מכרעת לגבי העתיד, ואין להניח שאלמלא העולה היה הניזוק שרוי בעתיד באותה מציאות חברתית מפלה הקיימת כיום.⁵² אלא שכנגד שומה זו ניתן לטעון כי "היוון" כזה אינו מביא אותנו בהכרח לשכר הממוצע במשק דווקא, אלא למודד משוערך אחר, כגון שכר ממוצע קבוצתי "פלוס" או שכר ממוצע קבוצתי "מינוס".⁵³ זאת, משום שגם אם בעתיד יחול צמצום בפערים בין הקבוצות בחברה, ניתן עדיין להניח (סטטיסטית) כי הפערים לא ייעלמו לחלוטין. מול הטענה הזו מתייצב הטעם השני למסקנה בדבר אי־התאמתם של הנתונים הסטטיסטיים הקבוצתיים לחישוב הפיצוי. מקום שבית־המשפט עוסק בפיצוי בגין נזקי העתיד – נזקים אשר קיימת לגביהם עמימות רבה, כאמור – אין לו מנוס מלבחור רמת הפשטה מסוימת לצורך החישוב. ההנחות העובדתיות שבית־המשפט נסמך עליהן חייבות להימצא ברמת הפשטה שנקבעת, בין

51 עניין אב־רחנא, לעיל ה"ש 3, פס' 37 לפסק־הדין.

52 התבטאויות דומות נשמעו גם בפסיקה זרה. ראו, למשל, עניין Reilly, לעיל ה"ש 46. ראו גם Chamallas, לעיל ה"ש 43; Sherri R. Lamb, *Toward Gender-Neutral Data for Adjudicating Lost Future Earnings Damages: An Evidentiary Perspective*, 72 CHI.-KENT L. REV. 299 (1996).

53 היה אפשר לחשוב על ניסיון לחוות את ההתפתחויות במצבן של קבוצות שונות באוכלוסייה באמצעות חישובים המבוססים על בחינת השינויים שאירעו במשך שנים מספר בעבר, כלומר, להניח שהמגמה שנצפתה בעבר תימשך באותו קו גם בעתיד.

היתר, לפי שיקולים של אמינות הנתונים, של יעילות מערכתית, ובמקרים מתאימים – גם שיקולים ערכיים. דוגמה לכך מצויה במקום שבו בית-המשפט נדרש להביא בחשבון הפיזיו נתון דוגמת תוחלת החיים. הוא מתבסס לצורך כך על טבלות סטטיסטיות. ברור שהנתון הסטטיסטי הכללי שבית-המשפט נדרש לו ברגיל לצורך חישוב נזקי העתיד מתעלם מן השינוי התמידי בגיל התמותה הממוצע, ובדרך-כלל בית-המשפט מתעלם גם מנתונים שעשויים ליצור "סטטיסטיקה קבוצתית", כגון עישון, פעילות ספורטיבית, הרגלי תזונה ומחלות במשפחה.

בחירה זו ברמת הפשטה מסוימת, תוך התעלמות מכוונת מנתונים מסוימים, היא חלק משיטת החישוב הרגילה המשמשת את בית-המשפט, והיא מאפיינת היבטים רבים נוספים של החישוב, כגון גיל הפרישה מעבודה או שיעור השכר הממוצע במשק. כאשר בית-המשפט נסמך על נתון "תעריפי" מסוים – למשל, כזה הנשען על סטטיסטיקה או אף על הוראת חוק – מחמת אי-הוודאות הרבה לגבי הנזק האמיתי שייגרם וכן לנוכח שיקולים מעשיים, הוא יירתע מלאפשר סתירה של הנחת-העבודה בעזרת נתונים שאין להם אופי אינדיווידואלי משכנע. בדרך-כלל לא ייטה בית-המשפט לאפשר את סתירת החזקה באמצעות חזקה אחרת. ככלל, בית-המשפט אינו מאמץ כל השערה או ניחוש כנתון שדי בו לסתור את הנחת-העבודה המשמשת בתנאי אי-הוודאות. בית-המשפט יסטה מהנחת-העבודה רק אם יוצגו לו נתונים ברורים בעניין זה; בכל מקרה אחר הוא ידבק בהנחת-העבודה שנועדה ליתן מענה לבעיית אי-הוודאות.⁵⁴ בהקשר זה ראוי להבהיר כי אם בית-המשפט בוחר במקרה מסוים לחרוג מהנחת-העבודה הרגילה על בסיס נתון סטטיסטי של תת-קבוצה, אזי באותה נשימה עליו להביא בחשבון נתונים נוספים המצויים באותו סדר-גודל של רמת הפשטה. לכן הבחירה להתחשב בנתון מסוים היא גם הבחירה להתחשב בכל הנתונים המצויים באותו סדר-גודל של רמת הפשטה. יש להניח כי ככל שהנתונים המאפשרים לסטות מן הכלל הם אישיים פחות וקבוצתיים יותר, כן נחזה בגידול מעריכי (אקספוננציאלי) במספר הנתונים הנמצאים בסדר-גודל דומה, על כל המורכבות והעלויות הנובעות מן הצורך לשקללם.

מן המקובץ עולה כי אין לקרוא מתוך עקרון השבת המצב לקדמותו הנחיה לרדת עוד ועוד ברמת הרזולוציה של הסטטיסטיקה המשמשת בשומת נזקי העתיד של הקטין. ודוק: עצם ההיזקקות לסטטיסטיקה היא בבחינת "הרע במיעוטו" כאשר מבקשים להשיב מצב לקדמותו. טוב יותר להסתמך על נתונים אינדיווידואליים המאפשרים תרגום אקטוארי של הנזק לכסף. אך כאשר המצב ה"קודם" שאותו מבקשים להשיב הוא מציאות שתתקיים בעתיד הרחוק, וכאשר אין נתונים חזקים מספיק המאפשרים תחזית מהימנה של מציאות זו, הסטטיסטיקה ממלאת את החלל האינדיווידואלי. אמת, כאשר בסטטיסטיקה עסקינה, הפרט מאבד את ייחודו. "For statistics there are no individuals, and for individuals no"

54 לפי הגישה המסורתית (ראו עניין ברששת, לעיל ה"ש 26), הפיזיו לקטין הוא פיזיו "מוחשי", במובן זה שההנחה היא שהניזוק היה מנצל את כושר ההשתכרות שלו אילו לא נפגע עקב מעשה העוולה. עם זאת, אין ספק שמדובר בפיזיו "מופשט" מבחינת דרך החישוב, וזאת מן הטעם הפשוט של העדר נתונים אישיים ביחס לניזוק, לרצונו ולכוונותיו כפי שהיו מתגבשים בזמן שהיה מבקש להשתלב בשוק העבודה.

"statistics"⁵⁵ ממילא עקרון השבת המצב לקדמותו, שהוא במהותו עיקרון אינדיווידואלי, אינו בא לידי הגשמה מיטבית. האם יצירת "פרופיל סטטיסטי" לכל ניזוק, המשקלל את מגוון ההשתייכויות הקבוצתיות שלו, מקדמת את עקרון השבת המצב לקדמותו בדרך טובה יותר? ספק רב. ראשית, קשה לבנות "פרופיל סטטיסטי" המתייחס לעתיד באמצעות נתונים סטטיסטיים עכשוויים; שנית, אין סוף למידת הפירוט הסטטיסטי שניתן באופן תיאורטי לדרוש, ואין אדם הדומה לזולתו בכל המדדים הסטטיסטיים; ושלישית, אי-אפשר "לרבע את המעגל" ולהפוך את הסטטיסטיקה לאמת-מידה אינדיווידואלית – הסטטיסטיקה לעולם תישאר סטטיסטיקה. מכל הסיבות האלה בתי-המשפט בוחרים תמיד הנחת-עבודה מסוימת המבטאת בחירה ברמת הפשטה שנראית ישימה וראויה. כך באשר לשכר הממוצע במשק, אשר שימש תמיד לשומת הפיצוי לקטינים מכל קצוות הארץ וקבוצותיה; וכך בהקשרים נוספים, כגון תוחלת חיים. בפסק-הדין בעניין אבירחנא הדילמה של רמת ההפשטה אומנם באה לידי ביטוי חד ומאתגר יותר, אך הפתרון שניתן אינו "שובר את הכלים" הנהוגים, ובעיקר את עקרון השבת המצב לקדמותו.

2. התפיסה החלופית: פיצוי לפי אופק האפשרויות

תפיסה אפשרית שנייה אומדת את הפיצוי לקטין בגין נזק העתיד בכלים אחרים מאלה הנהוגים ביחס לניזוק שמאחוריו "היסטוריה תעסוקתית". ניתן לומר שהיא יוצרת ראש-נזק חדש שעניינו "הפסד אופק אפשרויות תעסוקה", או בלשון ציורית יותר – "הפסד הזכות לכתוב את סיפור החיים". תפיסה זו יוצאת מנקודת המוצא שהפיצוי לקטין בעבור הפסד ההשתכרות (כנכס שאבד לו) הוא ספקולטיבי והיפותטי לחלוטין, בבחינת פיצוי לפי סיפור שאינו קיים. לפיכך תפיסה זו שמה את הדגש בגריעה מיכולתו של הקטין, לכשיגדל, לממש את זכותו לאוטונומיה ולעצב את חייו במישור התעסוקתי. פגיעה זו תוארה בפסק-הדין בעניין אבירחנא:

"במקום שנשללת מן האדם היכולת לבחור במתווה-חיי כתוצאה ממעשה של עוולה, באים דיני הנזיקין ומבקשים להחזיר את המצב על כנו ולהשיב לו, כמיטב היכולת, את הזכות שאבדה, לאמור: את הזכות להתוות את סיפור חייו, סיפור של תקווה, סיפור של שאיפה להגשמתה של התקווה. כך הוא גם מקום בו נגרעת מן האדם, בשל מעשה עוולתי, יכולת ההשתכרות. גריעה זו מפחיתה ממבחר דרכי החיים העומד בפני כל אדם לבחירתו-שלו. היא מצמצמת את אופק האפשרויות הפתוח בפניו. היא כובלת אותו במוסרות של נכות. היא מגבילה את יכולתו לכוון את נתיבות-חיייו כרצונו בתחום המרכזי כל כך בחייו של אדם – ההשתלבות בשוק העבודה – ולממש את הזכות לחופש עיסוק, שהוכרה כזכות יסוד גם במשפטנו. השבת המצב לקדמותו באה לתקן את מצב העניינים שנוצר עקב הפגיעה העוולתית בניזוק. היא באה לאיין, ככל שניתן, את תוצאת הפרת השוויון בין המזיק לניזוק,

55. ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 87 (2001)

כתפיסתו של אריסטו – ובענייננו, באה היא לתקן את צמצום אופק האפשרויות המקצועיות הניבט לעיניו של הניזוק...⁵⁶

ניתן לומר כי השוני בין הגישה המסורתית לבין הגישה החלופית טמון בכך שזו האחרונה אינה רואה חשיבות בתוחלת – בשיעור הסיכוי שהניזוק הקטין היה משתלב בעבודה כזו או בעבודה אחרת – אלא רואה את שורש ההפסד כנעוץ בעצם קיומו של סיכוי שאבד, בעצם צמצומו של אופק האפשרויות. למעשה, אל מול חוסר המוחשיות וההיפותטיות של הנוק לפי הגישה המסורתית, הגישה האחרת מעמידה חלופה של נזק מוחשי מיידי ואמיתי אחר – הנוק של הפסד זכות הבחירה. ניתן לומר כי בעזרת ראש-נוק זה, הנוק המופשט הנאמד במסגרת הגישה המסורתית נהפך למוחשי ולאקטואלי. התפיסה החלופית מבטאת גם באופן העמוק ביותר את הרעיון של פיצוי בעבור פוטנציאל שאבד, להבדיל מהכנסות שאבדו בפועל. במילים אחרות, תפיסה זו מפצה את הניזוק על הפסד של זכות, להבדיל מהפסד של נכס הנאמד לפי תוחלת.

יתר על כן, תפיסה זו של מהות ההפסד מדגישה ביתר שאת את הצורך להימנע מהבחנות קבוצתיות כובלות באספקלריה של השבת המצב לקדמותו. אכן, ההפסד של עצם הזכות לעצב את מסלול החיים (בתחום התעסוקתי) אינו מוגדר במונחים של מגדר או מגזר, ואינו משתנה בין שמדובר בילד או בילדה, בעני או בעשיר, במי שמשתייך לרוב או למיעוט. הזכות שבה מדובר כאן, כמו זכויות אחרות, היא גם אינדיווידואלית וגם אחידה לכל, כלומר, כל אדם באשר הוא זכאי לה במידה שווה. לכן השבת המצב לקדמותו – תיקון הפגיעה העוללתית בזכות – אינו יכול להיות מושפע מסיווגים קבוצתיים. כך נכתב לעניין זה בעניין אבר-חנא:

"בחירה בנתון אחר [שאינו השכר הממוצע במשק] עבור נפגע-קטין השייך לקבוצת אוכלוסייה מסוימת, אך משום השתייכותו זו, משמעותה דבקות בהנחה כי אפשרויות תעסוקתיות הקיימות בישראל, כלל אינן פתוחות – אף לא יהיו פתוחות בעתיד – בפני ילדי אותה קבוצה. לשלילה זו אין בסיס עובדתי או נורמטיבי. היא עצמה עלולה ליצור מציאות מפלה. היא עלולה להיות בבחינת נבואה המגשימה את עצמה. את 'תקרת הזכוכית' ניתן לנפץ – רבים ורבות מוכיחים זאת – וגם אם עבור אחדים מבני החברה, בחירות מסוימות עלולות להיות קשות יותר מאשר לאחרים, ומצריכות מהם חריצות, מסירות, רצון עז והשקעה רבה במיוחד – הזכות לבחור בדרך נותרת בעינה, דבר לא נגרע ממנה."⁵⁷

אכן, תפיסה חלופית זו לגבי נזקו של הניזוק הקטין אינה נקיה מקשיים. הקושי הראשון נוגע בשיעור הפיצוי. ניתן לשאול אם הפיצוי לפי תפיסה זו של הנוק צריך לעמוד דווקא על השכר הממוצע במשק, או במילים אחרות, אם השכר הממוצע במשק אכן משקף נכונה

56 עניין אבר-חנא, לעיל ה"ש 3, פס' 33.

57 שם, פס' 34 לפסק-הדין.

את מהותו של ההפסד. התשובה לכך היא שבמסגרת השיטה הקיימת אין לסטות מן השכר הממוצע במשק. בסיס שכר זה, המשקף את מבחר הסיפורים הפתוחים לפני כל ילד וילדה בישראל, הוא הנתון המתאים ביותר לכימות ההפסד הגלום באובדן הזכות לעצב את סיפור החיים המקצועי. אין נתון טוב ממנו לצורך אומדן הפגיעה באופק האפשרויות. יתר על כן, חשוב להדגיש כי הפיצוי לפי התפיסה החלופית (תפיסת הזכות) נכנס בנעליו של הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות במובן של נכס. מדובר בשתי דרכים להסתכל על נזק אחד. לכן חשוב לשמור על הלימה בין התוצאה המתקבלת משתי התפיסות החלופיות.

עניין זה נקשר לשאלה נוספת שהתפיסה החלופית מעוררת, והיא אם ראוי לייחד את ההפסד של זכות הבחירה למישור התעסוקתי דווקא, ולהבחינו מהפסד זכות הבחירה במישורים אחרים. אכן, כפי שנפסק במקום אחר לעניין הזכות לאוטונומיה, "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יהיה; במה יעסוק; עם מי יהיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט".⁵⁸

התשובה לכך כפולה. ראשית, ניתן לומר כי ההתמקדות במישור התעסוקתי בגדר התפיסה החלופית היא המשך ישיר של התפיסה הכללית המייחסת משקל רב לפן התעסוקתי בגדר הפיצוי בעבור נזקי גוף. כלומר, היא מציעה זווית הסתכלות חדשה המצויה בתוך המסגרת הקיימת של דיני הפיצויים הנוהגים בשיטתנו. אימוץ רחב יותר של התפיסה החלופית היה עשוי להוביל לשינויים מרחיקי-לכת בדיני הפיצויים אצלנו, אשר תיאור יתרונותיהם וחסרונותיהם חורג מגדריה של רשימה זו. שנית, גישה זו אינה מונעת, כעיקרון, מתן פיצוי נוסף בגין היבטים אחרים של הפגיעה בזכות הבחירה. אין בה כדי למנוע (בהעדר מניעה סטטוטורית) פיצוי בגין נזק לא-ממוני המתבטא בפגיעה בחדוות העיסוק המועדף (להבדיל מרווח), בפגיעה בסיפוק הפנימי, בגריעה ממרחב האופק החברתי או אפילו בצמצום אפשרויות הבחירה בנוגע למיקומו הגיאוגרפי של הניזוק.

הערה נוספת בהקשר זה: ניתן לומר, לפחות במקרים מסוימים, שגם אצל מי שניזוק לאחר שכבר השתלב בשוק העבודה קיימת פגיעה בזכותו לעצב את חייו כרצונו, לרבות בחירה באפיק השתכרות אחר. אולם גם אם מקבלים טענה זו, אין בה כדי להשפיע על הפיצוי הממוני הנפסק למי שמאחוריו "היסטוריה תעסוקתית". הסיבה העיקרית לכך היא שאי-אפשר, כאמור, לפצות את הניזוק בשני מסלולים – מסלול אחד המבוסס על בחירתו באפיק תעסוקתי מסוים (שעשוי לכלול בחובו התקדמות והתפתחות המוכחת בראיות מספקות), ומסלול אחר המבוסס על אופק אפשרויות פתוח. לכן, בהתאם לגישה האינדיבידואלית, יש לפצות את הניזוק בעל ההיסטוריה התעסוקתית על-פי מסלול החיים שנבחר, וזאת לנוכח העדיפות של ראיות על חזקות, של היסטוריה ידועה על תחזית עמומה. בכך אין כדי לשלול את האפשרות להביא בחשבון הפיצוי טענה של הניזוק כי

58 דברי המשנה לנשיא אור בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4)

הפסיד אפשרויות תעסוקתיות מציאותיות שהיו פתוחות לפניו עובר לתאונה, אולם זאת רק אם יש בסיס בחומר הראיות לסברה שהוא היה עשוי לבחור באחת האפשרויות הללו. בהעדר ראיות כאלה, הנחת-העבודה היא כאמור שהניזוק היה מתמיד במסלולו, ובהתאם לכך ייקבע הפיצוי.

לסיכום הדברים ניתן לומר כי הנחת-העבודה בדבר השכר הממוצע במשק, המשמשת בפסיקת הפיצוי לקטין בגין הגריעה מיכולתו להשתכר, היא הנחת-עבודה קשיחה, אשר לא תיסתר בדרך-כלל על-ידי נתונים בעלי אופי סטטיסטי גרידא. גישה זו אינה עומדת בניגוד לעקרון השבת המצב לקדמותו, אלא מבטאת עיקרון זה. מסקנה זו יפה לפי שתי הגישות שהוזכרו – הגישה המסורתית והגישה החלופית. עם זאת, בשיטתנו המשפטית הנחת-העבודה בדבר השכר הממוצע במשק אינה חלוטה, אלא עשויה להיסתר על-ידי נתונים אינדיווידואליים. קביעה זו מצריכה התייחסות לשאלה מה בין הסטטיסטי לבין האינדיווידואלי בהקשר הנידון.

פרק ג: חידוד ההבחנה בין האינדיווידואלי לבין הסטטיסטי – עניין אבריחנא השני

בעניין אבריחנא דחה אפוא בית-המשפט העליון מזירת הפיצויים את הסטטיסטיקה הקבוצתית המשתנה על-פי ההשתייכות המגדרית והמגזרית. לגבי הסטטיסטיקה המגדרית חשוב לחזור ולהדגיש כי הצורך להימנע מן הסיווג הקבוצתי הוכר במשפט הישראלי עוד קודם להלכת אבריחנא. בתי-המשפט לא נדרשו להבחין בין רמת ההשתכרות של גברים לעומת זו של נשים, לפחות במקרים שבהם דובר בנשים ובגברים המשתייכים לקבוצה אתנית משותפת. במקרים אלה עשו בתי-המשפט שימוש תדיר ברף השכר הממוצע במשק כפי שהוא מופיע בטבלות שכר משותפות לגברים ולנשים.⁵⁹ בעניין אבריחנא נשללה הלגיטימיות של סיווגים קבוצתיים נוספים החורגים מן ההבחנה המגדרית. שלילה זו מוצאת לה תמיכה בנימוקים שאובים מן הגישה המסורתית ובנימוקים שאובים מן הגישה החלופית. בית-המשפט ראה בביטול האילוין הקבוצתי משום מתן ביטוי לגישה האינדיווידואלית המקובלת של דיני הנזיקין: "דווקא התייחסות אינדיווידואלית – המקדמת את מושג האוטונומיה של הפרט – מחייבת שלא לקשור את הניזוק בעבותות הסביבה החברתית שאל תוכה נולד או שבה גדל."⁶⁰

עם זאת, גם בהתעלם מנתונים דוגמת מגדר או מגזר, הקטין הוא לעולם אדם בפני עצמו,

59 ראו, למשל, ע"א 5118/90 בשה נ' מדינת ישראל, תק"ע על 3(3) 450 (1993); ע"א 572/67 פרסר נ' עזרא, קטין, פ"ד כה(1) 397, 400 (1968); ע"א 685/79 אטרש נ' מעלוף, פ"ד לו(1) 626 (1982).

60 עניין אבריחנא, לעיל ה"ש 3, פס' 31 לפסק-הדין.

בעל מאפיינים, כישורים, הישגים ומאווים אישיים. האם לנוכח הגישה האינדיווידואלית אין מקום להביא נתונים אלה, ככל שהם מוצגים לבית המשפט, בחשבון הפיצוי? הפסיקה בישראל לא שללה זאת במקרים מסוימים, ועל רקע השיטה המקובלת הושאר בפסק-הדין

אבר-חנא פתח יציאה מן הפיצוי האחד, וזאת בהתקיים נתונים אינדיווידואליים ראויים. טיבם של נתונים אלה לא נדרש לביאור מלא בנסיבותיו של עניין אבר-חנא. המהלך הושלם בפסק-דין מאוחר יותר, שם נידון עניינו של הילד מיכאל אטינגר ז"ל, אשר במהלך משחק נפל אל מותו לבור בלתי-מגודר בעיר העתיקה בירושלים.⁶¹ פסק-דין זה של בית-המשפט העליון בא לאחר שבפסק-דין קודם באותה פרשה נקבעה לראשונה זכאותו של ניווק שתוחלת חייו קוצרה לפיצוי בגין השנים האבודות.⁶² בעניין אטינגר השני עודנה ההבחנה בין נתונים אינדיווידואליים שניתן וראוי להסתמך עליהם לבין שיקולים אשר נחזים על פניהם כנתונים אינדיווידואליים בני-סמך אך למעשה אינם אלא הנחות הנקשרות למעמד חברתי וכלכלי קבוצתי. על הנחות אלה, כך נפסק בעניין אטינגר השני, אין להסתמך לצורך קביעת הפסדי ההשתכרות בעתיד בעניינו של קטין שטרם רכש לו "היסטוריה תעסוקתית".

בעניין אטינגר השני טענו התובעים כי בעניינו של המנוח בן השנים עשרה ראוי לחרוג מן ההנחה כי אלמלא התאונה היה משתכר לפי השכר הממוצע במשק. הנתונים שעליהם ביקשו התובעים לסמוך את טענתם כללו את העובדה שהמנוח הצטיין בלימודיו והיה ידוע ככישוריו הרבים ובאינטליגנציה הגבוהה שבה ניחן. עוד הדגישו התובעים את התבלטותו של המנוח בהקשר החברתי. התובעים ראו חשיבות גם בעובדה שהורי המנוח זכו בהשכלה גבוהה ומילאו משרות רמות בעבודתם. גם אחיו ואחותו זכו בהשכלה גבוהה ונשאו במשרות נכבדות. רמת החיים הכללית של המשפחה, כך ציינו, הייתה גבוהה בהרבה מן הממוצע.⁶³

בית-המשפט העליון אישר את קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי לא קמה הצדקה לסטות בעניינו של הקטין הספציפי מן השכר הממוצע במשק. בית-המשפט מצא כי אין די ברקע החינוכי של הקטין עצמו, ועוד פחות מכך ברקע החינוכי ובמעמד החברתי והכלכלי של בני משפחתו, להוביל למסקנה שיש לנקוט ביחס לקטין אמת-מידה שונה מן השכר הממוצע במשק, המבטא את שקלול מסלולי התעסוקה שעשויים להיפתח לפני קטינים בישראל. נקבע כי כשם שאין להחריג קטין שמשפחתו נמנית עם הקבוצות המוחלשות (המשתכרות פחות מן השכר הממוצע), כך אין להחריג ממסגרת זו קטין שבא ממשפחה חזקה (מבחינת רמת ההשתכרות). בפסק-הדין באה לידי ביטוי התפיסה החלופית שלפיה האובדן של הקטין אינו נקבע על-פי שיעורו של הסיכוי שהיה בוחר במסלול חיים מסוים, אלא על-פי עצם קיומו של הסיכוי להשתלב במגוון של דרכי תעסוקה:

61 עניין אטינגר השני, לעיל ה"ש 3.

62 עניין אטינגר הראשון, לעיל ה"ש 1.

63 עניין אטינגר השני, לעיל ה"ש 3, פס' 5 לפסק-הדין.

"אכן, כאשר בקטין אנו עוסקים – הפיצוי עבור הפסד השתכרות לא בא להשיב לו, בשווה כסף, את אובדן המסלול המקצועי שבחר בו – שהרי הקטין טרם בחר מסלול כזה. הפיצוי בא להשיב לו את אופק האפשרויות שהיה פתוח בפניו אלמלא התאונה, את היכולת להתוות את סיפור חייו המקצועי. הגדרה זו של הפיצוי, בשילוב עם הקושי העובדתי להניח כי המציאות של-היום היא גם המציאות של-מחר, מבססים את הצורך לאתוז באמת המידה של השכר הממוצע במשק על-מנת להגשים באופן הקרוב ביותר את עקרון השבת המצב לקדמותו. השכר הממוצע במשק בעניינו של הקטין אינו מהווה בהכרח שקלול של סיכויי ההשתכרות העתידיים של הקטין אלא שיקוף של מרחב האפשרויות שהיו פתוחות בפניו."⁶⁴

ניתן לסבור כי בעוד פסיקת פיצוי לפי השכר הממוצע במשק לקטין מן הקבוצה ה"מוחלשת" מוצדקת לנוכח השיקולים שצוינו לעיל, פסיקת פיצוי זהה לקטין מן הקבוצה ה"חזקה" עלולה לקפח אותו, במיוחד כאשר מתברר שהקטין היה תלמיד מוצלח ובעל כישורים. לכן עשויה לעלות טענה כי ראוי לפסוק לזה האחרון פיצוי לפי שכר ממוצע במשק "פלוס". אולם נראה כי טענה זו מחזירה אותנו אל הניסיון לאמוד, תחת מעטה כבד של אי-ודאות, את התוחלת לגבי הפסד ההשתכרות של הקטין. ניסיון זה מעורר קושי, שהרי הישגיהם של ילד וילדה בשנות בית-הספר – הישגים טובים והישגים טובים פחות – מצביעים לכל-היותר על תחזית עמומה לגבי סוג הבחירות שהקטין עשוי לאמץ בעתיד. תחזית זו עמומה עד כדי כך שקשה לבסס עליה, כשהיא לעצמה, סטייה מהנחת-העבודה של השכר הממוצע במשק.⁶⁵ יתר על כן, ערכו של מסלול תעסוקתי מסוים אינו נמדד אך ורק במשקפי השכר הצומח ממנו. השכר אינו המדד היחיד לבחירה באפיק תעסוקה. גם אדם שנסיבות חייו מקנות לו יתרון יחסי יכול לממש את כישוריו – ולממש את עצמו – בעבודה שאין בצידה שכר גבוה מאוד אך יש בה מעלות אחרות מבחינתו. הגישה החלופית, המתמקדת באופק האפשרויות, מדגישה ביתר שאת את העובדה שזכות הבחירה

64 שם, פס' 9 לפסק-הדין.

65 כפי שנפסק שם, בפס' 6: "המשפחה והסביבה שבהם גדל אדם בהחלט משפיעים על בחירותיו, ואף על יכולתו להגשים את מאווייו, אולם בשום אופן לא מדובר בסיפור כתוב מראש. גם הפוטנציאל של האדם עצמו, הכולל, בין השאר, את כושרו האינטלקטואלי, וכן נטיות כאלה ואחרות שהוא מגלה בילדותו, הם נתון שקשה להישען עליו בתור אינדיקציה חזקה למסלול שבו יבחר בחייו הבוגרים. כך למשל, אין לומר כי מי שמצטיין בלימודי המתמטיקה יבחר בהכרח במסלול העיסוק במדעים הריאליים, או כי אדם המצליח בלימודי ההיסטוריה בבית-הספר יבחר להשתכר בבגרותו מחקר העבר. נתון המצדיק סטייה מן החזקה האמורה צריך לפיכך שיהיה נתון מוכח, המלמד על בחירה אישית של הנפגע המחריגה אותו מגדר מגוון האפשרויות העומדות בפני כל ילד וילדה בישראל, מגוון המוצא ביטוי משוקלל ברמת השכר הממוצע במשק – זו המביאה כבר בחשבון את רמות ההשתכרות הגבוהות מן הממוצע, כמו גם את אלה הנמוכות הימנו. הבחירה, למותר לציין, אינה בהכרח פועל יוצא של שכר בלבד ואדם בעל כישורים מיוחדים עשוי לנתב אותם למסלול שאין בצידו הכנסה גבוהה אלא הגשמת שאיפות אחרות." (ההדגשה במקור.)

אינה מתמצה באפשרויות המכניסות ביותר, אלא היא רחבה ומגוונת יותר. האפשרות לבחור במסלול תעסוקתי שבצידו הכנסה מתונה – אף היא זכות. הנה כי כן, הכלל הוא שהסביבה החברתית שלתוכה נולדו והילדה והילד אינה יכולה לשנות, לטוב או לרע, מן האופן שבו מעריכים את ההפסד שנגרם להם עקב הפגיעה ביכולת ההשתכרות – בין שפגיעה זו מנותחת לפי הגישה המסורתית בין שהיא מנותחת לפי הגישה החלופית. "המשפחה והסביבה שבהם גדל אדם בהחלט משפיעים על בחירותיו, ואף על יכולתו להגשים את מאווייו, אולם בשום אופן לא מדובר בסיפור כתוב מראש."⁶⁶ במילים אחרות, שומת השכר בעתיד על-פי נתוני הרקע החברתי-המשפחתי של הקטין אינם אלא סיווג קבוצתי פסול נוסף, בדומה לסיווג המגדרי או המגזרי. אין בנתונים אלה די על-פי התפיסה המסורתית ועל-פי התפיסה החלופית. נתונים אלה, המעידים על מעמד חברתי, אינם מביאים בחשבון את הזכות שהייתה לנפגע לטוות את סיפור חייו על-פי בחירתו. זכות בחירה זו שווה היא לכל ילד וילדה. מן הבחינה הזו, הענקת פיצוי נמוך לילדים שמשפחתם נמנית עם הקבוצות המוחלשות בישראל חסרת בסיס בדומה להגדלת הפיצוי על-פי נתונים סטטיסטיים קבוצתיים "מיטיבים". בשל כך אין לחרוג מן השכר הממוצע במשק אלא בהתקיים נתונים ברורים על "היסטוריה תעסוקתית"⁶⁷, וכל חריגה אחרת – למטה או למעלה מן השכר הממוצע במשק – אינה יכולה לבטא גישה קוהרנטית.

פרק ד: הערות-סיכום

דיני הפיצויים הנויקיים הם דינים תרופתיים. הם נועדו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. מטרה זו מתמקדת בעיקרה בניזוק ובנוק האינדיווידואלי שנגרם לו. בשנים האחרונות נדרש בית-המשפט העליון להכריע בכמה מקרים שבהם השבת המצב לקדמותו

66 ש.ם.

67 ש.ם, פס' 7 לפסק-הדין: "הסטייה מן הנתון הזה צריכה להישען על אינדיקציות כבדות-משקל המלמדות כי הקטין בחר בדרך מסוימת והתכוון גם להתמיד בה. ודוק: מדובר על בחירה אישית פוזיטיבית של הקטין, שיש לה ביטוי במציאות, בניגוד לייחוס תיאורטי של בחירה בדרך חיים פוטנציאלית. הצלחה בלימודים בבית-הספר, דרך למשל, אינה מגדירה סיפור חיים מסוים, ואינה משקפת בחירה אינדיבידואלית של הקטין בדרך מסוימת. בהקשר זה, לא הרי ילד רך בשנים שהצטיין בלימודי החשבון כהרי נער המתקרב לגיל הבגרות ומשתלב, דרך קבע, בקבוצת ספורט מקצוענית. ובדומה, לא הרי נערה המגלה כשרון רב בחוגי ההעשרה כהרי ידידתה שהשתלבה בפועל בתחום ההי"טק ובית המשפט משתכנע כי לכך כיוונה את מסלול חייה. המדובר בנתונים אשר, ככלל, מלמדים כי הנפגע, חרף היותו קטין, רכש לו, בפועל, 'היסטוריה תעסוקתית', לאמור פיתח כישורים מיוחדים שאינם מאפיינים, ברגיל, ילד או ילדה בישראל, או שעסק בפועל בעיסוק שעתידי להמשך גם בחייו הבוגרים." (ההדגשה במקור).

הציבה קושי ואתגר. בית-המשפט אף היה נכון לשקול שיקולים נוספים מעבר להשבת המצב לקדמותו. באחת הפרשות נפסק כי "התמקדות זו בניזוק, המאפיינת את עקרון השבת המצב לקדמותו, אינה מתחשבת בכל הערכים והאינטרסים שיש להתחשב בהם. יש בה חד-צדדיות, המאפיינת את נקודת המבט של הניזוק ונזקו בלבד. אך קיימות נקודות מבט נוספות שיש להתחשב בהן... האחת, היא נקודת המבט של המזיק. השניה, היא נקודת המבט של הציבור בכלל".⁶⁸ באותו מקרה הכפיה בית-המשפט העליון את עקרון השבת המצב לקדמותו לעקרון תום-הלב, וקבע כי כאשר הניזוק מפעיל את זכות הבחירה שלו בין חלופות שונות להשבת המצב לקדמותו, עליו להתחשב באינטרסים של המזיק, ולהימנע מבחירה בחלופה שמעמיסה על המזיק את הנטל הכספי הכבד ביותר.⁶⁹ בפרשה אחרת הכפיה בית-המשפט העליון את עקרון השבת המצב לקדמותו לעקרון-על אחר – תקנת הציבור. הכפפה זו הייתה אחד הנימוקים למסקנתו של בית-המשפט כי אין לפסוק לניזוק שכושר התפקוד המיני שלו נפגע פיצוי בגין היוקקות לשירותי ליווי.⁷⁰ סוגיית הפיצויים העונשיים מבטאת אף היא את האפשרות להביא בחשבון הפיצוי הניזקי שיקולים החורגים מהשבת המצב לקדמותו.⁷¹

הנה כי כן, עקרון השבת המצב לקדמותו הוא עיקרון מרכזי אך לא דווקא עיקרון בלעדי בכל הנסיבות. כך הדבר בוודאי אליבא דתומכי הצדק המחלק וקידום השוויון באמצעות דיני הניזוקין. אלה מצביעים על כך שעקרון השבת המצב לקדמותו, מעצם טיבו, מנציח את הסטטוס-קוו, מונע ניצול יתרונות של דיני הניזוקין לקידום ערכים חברתיים ראויים, ואף טומן בחובו השפעות גרסיביות.⁷² כך, למשל, עקרון השבת המצב לקדמותו עלול לעודד ריכוז סיכונים בסביבתם של בעלי הכנסות נמוכות,⁷³ והוא עלול גם ליצור סכסוד צולב גרסיבי, עקב כך שפרמיות הביטוח זהות לעניים ולעשירים אך התשלום לנפגע הדל נמוך

68 ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את, תק-על 1811 (4)2006, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (ההדגשות במקור).

69 שם, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

70 עניין פלוני, לעיל ה"ש 2. בית-המשפט כתב שם, בפס' 19: "השבת המצב לקדמותו אינה יכולה להיעשות – ולא ראוי לה שתיעשה – במנותק מן החברה שבה שורר אותו 'מצב' ומן העקרונות הכלליים המקובלים בה. לא כל 'מצב' ניתן להשבה ולא כל 'מצב' ראוי להשבה. גישה זו נגזרת לא רק מן ההבנה כי לפסיקה בדיני הניזוקין עשויות להיות השלכות רחב – כלכליות, חברתיות ואחרות – שלעיתים לא ניתן להתעלם מהן... היא נובעת לא רק מן העובדה שלעיתים, פיצוי המניח מציאות בלתי-ראויה קיימת, למעשה מנציח מציאות זו... גישה זו שואבת את כוחה גם מראייה של דיני הפיצויים כחלק מן המשפט הישראלי – כ'יצור החי בסביבתו'..."

71 ראו: A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998) (ניתוח הפיצויים העונשיים לאור הניתוח הכלכלי של דיני הניזוקין); Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE L.J. 347 (2003) (ניתוח הפיצויים העונשיים כאמצעי להגשמת התכלית התרופתית של דיני הניזוקין מקום שמדובר בנוזקים מפוזרים ורחבי-היקף). ראו גם את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 89/04 ד"ר יולי נודלמן נ' נתן שרנסקי (טרם פורסם, 4.8.2008).

72 ראו: Richard L. Abel, *A Critique of Torts*, 37 UCLA L. REV. 785 (1990).

73 פורת, לעיל ה"ש 17.

מהפיצוי לנפגע בעל הממוץ.⁷⁴ מטעמים אלה ואחרים אין תמה שאלה הגורסים כי הפיצוי הנוזקי צריך להתחשב גם בשיקולים חלוקתיים מסתייגים עמוקות מהכללת סטטיסטיקות

קבוצתיות מפלות בחישוב הפיצוי, ויש מהם הקוראים לתוצאה נוסח אבר-חנא לא רק בעניינם של קטינים, אלא גם בעניינם של מבוגרים.⁷⁵

השיקול החלוקתי נזכר בפסק-הדין אבר-חנא,⁷⁶ אך לא עמד בלב ההנמקה, ולא בכדי. אין בכוננתנו להרחיב במסגרת זו על הקשיים הכרוכים באימוץ משמעותי של עקרונות חלוקתיים בדיני הנוזקין. הניתוח החלוקתי, מעניין וחשוב ככל שיהיה, מעורר שורה של שאלות שהפלטפורמה הנוזקית אינה מתאימה להן תמיד. לעומת זאת, תפיסה עשירה לגבי מהותו של עקרון השבת המצב לקדמותו מאפשרת לפתח את דיני הפיצויים הנוזקיים – עקב בצד אגודל – מבלי לפרוץ את גבולות השיח המקובל ומבלי לחרוג מהעקרונות המוכרים במשפט הישראלי.

אכן, קיימת ביקורת על עקרון השבת המצב לקדמותו המבוסס על התפיסה של "מה שהיה הוא שיהיה". אולם חשוב להבהיר כי תפיסה זו, בהקשר של פיצוי, משמעותה היא שיש להחזיר על כנו את המצב אלמלא העוולה, ואין משמעותו בהכרח שהמצב אלמלא העוולה הוא עצמו בבחינת "מה שהיה הוא שיהיה". במילים אחרות, נהוג לומר כי עקרון השבת המצב לקדמותו אמור להשיב ולקיים את הסטטוס-קוו, אלא שמונח זה עלול להטעות. מקורו של המונח "סטטוס-קוו" הוא בניב הלטיני *status quo ante bellum*, קרי, "המצב כפי שהיה קודם המלחמה". הצורה המקוצרת של הניב הלטיני היא *status quo ante* (המצב כפי שהיה קודם) או פשוט *status quo* (המצב כפי), ומשמעותה – מצב שחפצים להשאירו כפי שהיה ברגע מסוים (ולו כהוראת-שעה עד לבירור מקיף).⁷⁷ עקרון השבת המצב לקדמותו אין משמעותו *status quo ante*, קרי "המצב כפי שהיה קודם", כי אם משמעות אחרת שניתן לתרגמה ל-*status quo sine*, קרי: המצב כפי שהיה אלמלא. אין זה הבדל סמנטי, אלא הבדל של מהות: ה"סטטוס-קוו אלמלא" אינו חייב להיות המצב כפי שהיה בעבר, כלומר לפני העוולה, גם אם במקרים רבים העבר יכול לשמש אינדיקציה לעניין זה. לכן, מבלי לקבוע מסמרות באשר לטיעונים הנוגעים בהוספת שיקולים נוספים מעבר לשיקול של השבת המצב לקדמותו, ביקשנו במאמר זה להצביע על פוטנציאל ההתפתחות הטמון בתוך שיקול אחרון זה, ולהציע שגם אם עקרון השבת המצב לקדמותו הוא במהותו עיקרון מקבע, אין לחשוב עליו בצורה מקובעת. אכן, פסקי-הדין בעניין אבר-חנא ובעניין אטינגר השני הגיעו לתוצאה של פסיקת פיצוי אחיד ושוויוני לקטינים, תוך שלילת השימוש בסטטיסטיקות קבוצתיות, וזאת מבלי לנטוש את העיקרון הבסיסי של פסיקת הפיצויים, אלא באמצעות העשרת תוכנו.

74 ראו, למשל, Keren-Paz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69; George L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 YALE L.J. (1987) 1521.

75 ראו Chamallas, לעיל ה"ש 43. ראו גם: Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. & JURIS. 91, 122 (2003); יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנוזקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח(1) 145, 195-196 (2008).

76 עניין אבר-חנא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 53-55.

77 ראו גדליה אלקושי אוצר פתגמים וניבים לאטיניים 427 (תשמ"ב).

באופן מעשי, ההלכה שנפסקה בעניין אבו־חנא ובעניין אטינגר השני מובילה לפיצוי "תעריפי" בראש־הנזק של הפסד כושר ההשתכרות, וזאת ביחס לכל הניזוקים הקטינים, זולת אלה אשר חרף גילם רכשו להם "היסטוריה תעסוקתית". אלא שהאחידות ה"תעריפית" היא האינדיווידואליות; היא המשחררת את הפרט מן הכבלים הקבוצתיים. תעריף הפיצוי לניזוקים קטינים אינו משתנה לפי מינם, מוצאם או סביבתם החברתית־הכלכלית. הוא גם אינו משתנה, בדרך־כלל, לפי נתונים לגבי הישגים בלימודים או השתתפות בחוגים, שכן אלה אינם מהווים אינדיקציה מספקת לבחירה במסלול תעסוקתי מסוים. השקפה זו מצמצמת את מספר הניזוקים שיחרגו מן הפיצוי האחיד בהשוואה לדין שהיה נהוג קודם לכן. אכן, בכל מקרה שמגיע לפני בית־המשפט ואשר מתעוררת בו שאלה דומה, עליו לבחור באחת משתי דרכי פיצוי אפשריות: דרך המבוססת על מסלול חיים שנבחר או דרך המבוססת על אופק האפשרויות הפתוח. לגבי רוב הניזוקים הבוגרים הדרך הראשונה היא המתאימה יותר לנוכח עקרון השבת המצב לקדמותו בלבד. האינדיווידואלי, ואילו לגבי רוב הניזוקים הקטינים הדרך השנייה היא המתאימה לנוכח עיקרון זה ממש. עם זאת, אין לשלול את האפשרות לחרוג מן ההכללות האלה מקום שחומר הראיות מצביע על הצדקה לכך.