

כאשר דברים טובים ורעים באים יחדיו: ניכוי טובות-הנאה מן הפיצויים

אריאל פורת*

עוולה נזיקית יוצרת לעיתים לניזוק לא רק נזקים, אלא אף טובות-הנאה. השאלה העולה במקרים אלה היא אם יש לנכות את טובות-ההנאה מן הפיצויים, כך שהניזוק יפוצה רק בגין ההפרש שבין הנזקים לטובות-ההנאה. שאלה זו עלתה פעמים רבות בפסיקה, בארץ ובעולם, אך טרם הובררו אמות-המידה שלפיהן יש לקבוע ניכוי או אי-ניכוי. מאמר זה מבקש להציע תיאוריה לניכוי טובות-הנאה מן הפיצויים. על-פי הנטען במאמר, על-מנת שיתאפשר ניכוי של טובות-הנאה מן הפיצויים, צריכים להתקיים שני תנאי-סף: טובת-ההנאה הינה חברתית, ולא רק פרטית; והפגיעה העוללתית היא כזו שמגדילה את ההסתברות שטובת-ההנאה שנוצרה אכן תיווצר. נוסף על כך המאמר מציע שלושה שיקולים שעשויים לשכנע לא לנכות טובות-הנאה מן הפיצויים אף אם שני תנאי-הסף מתקיימים. שיקולים אלה הם השפעה שלילית של ניכוי טובות-ההנאה על תמריצי ההתנהגות של הניזוק; קשיי מדידה של טובות-ההנאה; וקיומם של נזקים בלתי-מפוצים הקשורים לטובת-ההנאה.

מבוא

- פרק א: מקרים טיפוסיים של טובות-הנאה הנלוות לגרם נזק
פרק ב: תנאי-סף לניכוי טובות-הנאה
1. טובות-הנאה חברתית
2. הגדלת ההסתברות ליצירתה של טובת-ההנאה

* פרופסור מן המניין ומחזיק הקתדרה למשפט פרטי ע"ש אלן פוהר. אני מודה לאהוד גוטל ולאסף יעקב על הערות מצוינות לטיטוה קודמת של מאמר זה, ולדנה צוק על עזרה מצוינת במחקר. כן אני מודה לחברי המערכת של כתב-העת **משפט ועסקים**, רינת כהן, מור גנון וגיא אבידור, על הערותיהם המועילות שסייעו לי בשיפור המאמר.

פרק ג: שיקולים לאי-ניכוי טובות-הנאה

1. תמריצי הניזוק
 2. קשיי אומדן ובעיית טובת-ההנאה שלא התבקשה
 3. נזקים בלתי-מפוצים הקשורים לטובת-ההנאה
- פרק ד: דיני עשיית עושר ודיני ניכוי טובות-הנאה
סיכום ומסקנות

מבוא

מעוול גרם לניזוק נזק של 100, אך עקב הפגיעה בו זכה הניזוק בטובת-הנאה של 20. האם הפיצוי לניזוק צריך להיות 100 או 80? למשל, נניח שעקב הפגיעה נאלץ הניזוק להחליף מקצוע, אלא שעתה הוא מרוויח יותר מכפי שהיה מרוויח אלמלא הפגיעה. האם יש לנכות את הרווחים הנוספים הללו מן הפיצויים שהוא זכאי להם בגין הוצאות רפואיות או כאב וסבל?

נניח עתה שהנזק של 100 נגרם לאדם אחד ואילו טובת-ההנאה של 20 נוצרה אצל אדם אחר: האם יש מקום לטעון כי הפיצוי לניזוק צריך להיות 80 בלבד, שכן זה הנזק החברתי שהמעוול גרם, ובו עליו לשאת? למשל, נניח שאדם נהג ברכבו במהירות רבה ובלתי-סבירה על-מנת להחיש חולה לבית-חולים, ועקב כך פגע בהולך-רגל.¹ האם יש לנכות את טובת-ההנאה שנוצרה לחולה עקב החששו לבית-החולים מן הפיצויים שהולך-הרגל זכאי להם?² תשובה שלילית לשאלה זו אינה כה טריוויאלית כפי שרבים עשויים לחשוב: הרי טובת-ההנאה לחולה הייתה עשויה, על-פי דיני הרשלנות הנוהגים, לשכנע בית-משפט כי בנסיבות המקרה נהג המזיק במהירות סבירה, וכי על-כן אין הוא אחראי כלל לנזקיו של הולך-הרגל. אם כך הדבר, מדוע לא להכיר בכך שגם אם המזיק התרשל, השפעתה החיובית של התנהגותו הרשלנית על החולה צריכה להשפיע על היקף חבותו כלפי הניזוק? איני בא לטעון כי טענה זו משכנעת בסופו של דבר: כל כוונתי היא להצביע על כך שהתשובה לשאלת הניכוי אינה טריוויאלית.

במקרה שלישי המעוול עצמו זכה בטובת-הנאה מעצם האינטראקציה שלו עם הניזוק. האם את טובת-ההנאה שבה זכה – אשר עשויה אף להיות גבוהה מן הנזק שגרם – יש להביא בחשבון בדרך כלשהי כאשר קובעים אם יש להטיל עליו אחריות נזיקית ומה יהא היקפה של אחריות זו? מקרה שלישי זה אינו מתייחס למקרה הנפוץ שבו המזיק נהנה מעצם הפעילות המסוכנת שבה הוא עוסק (למשל, נהיגה) ואגב כך גורם נזק

1 אני מתעלם מחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ומניח כי על המקרה חלה פקודת הניזקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266.

2 הנחת הדוגמה היא שאי-אפשר או לא ראוי לגבות תשלום בגין טובת-הנאה זו מן החולה עצמו, שאלמלא כן שאלת הניכוי הייתה מתייתרת.

לזולת, אלא כאמור למקרה שבו למזיק צומחת טובת-הנאה מעצם האינטראקציה שלו עם הניזוק. מקרה טיפוסי הוא זה שבו מזיק נוטל לא כדין את רכושו של הזולת או משתמש ברכוש זה כדי להועיל לעצמו בדרך אחרת. כך, מזיק אשר קושר את ספינתו לרציף של הניזוק בעת סערה על-מנת להציל את ספינתו, ואגב כך גורם נזק לרציף, נהנה מעצם האינטראקציה שלו עם (רכושו של) הניזוק.³

מקרה רביעי ואחרון הוא זה שבו המעוול גרם לניזוק נזק אך הפחית סיכונים לניזוק עצמו או לאחרים. האם הפחתת הסיכונים – להבדיל מיצירת טובת-הנאה ממשיית לניזוק או לצד שלישי – צריכה להשפיע בדרך כלשהי על חבותו של המעוול כלפי הניזוק? דוגמה לכך היא מקרה שבו רופא מעדיף ברשלנות דרך טיפול מסוכנת לחולה על דרך טיפול אחרת שהינה מסוכנת פחות, ולחולה נגרם נזק עקב כך. אף שהרופא התרשל בכך שבחר בדרך הטיפול המסוכנת יותר, הוא מנע מן החולה את סיכונה של דרך הטיפול האחרת. האם יש להפחית את הפיצויים שבהם יחויב הרופא הרשלן בשל הסיכונים שמנע? שאלה דומה עשויה להתעורר כאשר מניעת (או הפחתת) הסיכונים נעשתה כלפי צדדים שלישיים, ולא כלפי הניזוק עצמו.

מאמר זה עוסק במקרים מן הסוג הראשון, דהיינו, במקרים שבהם הפגיעה יוצרת לניזוק לא רק נזק, אלא אף טובת-הנאה ממשיית. בסוגי המקרים השני, השלישי והרביעי עסקתי במקומות אחרים.⁴ אף בסוג המקרים הראשון עסקתי בעבר, במשותף עם פרופ' אריק פוזנר, תוך התמקדות במשפט האמריקאי.⁵ מאמר זה מתמקד במשפט הישראלי, בוחן את עמדותיו, ומציע תיאוריה לניכוי טובות-ההנאה שבאו לניזוק מן הפיצויים שהוא זכאי להם. התיאוריה שתפותח במאמר זה עשויה להיות רלוונטית, בחלקה לפחות, אף לסוגי המקרים האחרים שבהם נזקים וטובות-הנאה באים יחדיו. חשוב להבהיר כבר בשלב זה כי קשה למצוא תיאוריה אחידה כלשהי בפסיקה הישראלית לניכוי טובות-ההנאה מן הפיצויים. בריסטייטמנט האמריקאי על דיני חוזים ניתן למצוא, לכאורה, תיאוריה כזו: טובת-ההנאה תנוכה מן הפיצויים כאשר טובת-ההנאה והפיצויים מתייחסים לאותו אינטרס. אלא שבתי-המשפט האמריקאיים אינם מיישמים תמיד את התיאוריה שבריסטייטמנט, ועל-כן אף בארצות-הברית ניכרת אי-עקביות רבה בפסיקה בעניין חשוב זה.⁶

מבנה המאמר הוא כדלקמן: הפרק הראשון מציג את המקרים הטיפוסיים שבהם טובות-ההנאה נלוות לגרם נזק, ואת הפתרונות המשפטיים הקיימים. הפרקים השני

3 זה המקרה שניידון בעניין: Vincent v. Lake Erie Transportation Co., 124 N.W. 221 (Minn. 1910).

4 לסוג המקרים השני ראו: Ariel Porat & Eric Posner, *Offsetting Benefits*, 100 VA. L. REV. 1165 (2014). לסוג המקרים השלישי ראו: Oren Bar-Gill & Ariel Porat, *Harm-Benefit Interactions*, 16 AM. L. & ECON. REV. 86 (2014); אריאל פורת נזיקין כרך א 118–122 (2013). לסוג המקרים הרביעי ראו פורת נזיקין, שם, בעמ' 495–509; Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007).

5 Porat & Posner, שם.

6 שם.

והשלישי מציג את הפתרון המוצע אשר מומלץ לבתי-המשפט ללכת לפיו. **הפרק השני** מציג שני תנאי-סף לניכויין של טובות-הנאה מן הפיצויים: טובת-ההנאה הינה חברתית, ולא רק פרטית; והפגיעה העוולתית היא כזו שמגדילה את ההסתברות שטובת-ההנאה שנוצרה אכן תיווצר. אם אחד משני התנאים הללו אינו מתקיים, ניכוי טובת-ההנאה אינו מוצדק. **הפרק השלישי** מנתח שלושה שיקולים שעשויים לשכנע בית-משפט לא לנכות טובות-הנאה מן הפיצויים אף אם שני תנאי-הסף מתקיימים. שיקולים אלה הם השפעה שלילית של ניכוי טובת-ההנאה על תמריצי ההתנהגות של הניזוק; קשיי מדידה של טובת-ההנאה; וקיומם של נזקים בלתי-מפוצים הקשורים לטובת-ההנאה. **הפרק הרביעי** עוסק בקשר שבין ניכוי טובות-הנאה לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט. סיכום ומסקנות חותמים את המאמר.

פרק א: מקרים טיפוסיים של טובות-הנאה הנלוות לגרם נזק

בסוג אחד של מקרים המזיק גורם נזק לניזוק אך עקב כך נמנע ממנו אירוע נזק אחר. הדוגמה הבאה ממחישה סוג זה של מקרים.

דוגמה 1: התרסקות המטוס – המזיק פוגע ברכבו בניזוק הנמצא בדרכו לשדה-התעופה ושובר את רגלו. עקב כך הניזוק מחמיץ את המטוס שעליו התכוון לעלות. המטוס מתרסק. האם על המזיק לפצות את הניזוק בגין רגלו השבורה?

מלומדים שהתייחסו לדוגמה זו סברו כי התרסקות המטוס אינה קשורה לגרם הנזק לרגל, ועל-כן אינה צריכה להשפיע על גובה הפיצוי שיקבל הניזוק.⁷ מקרה טיפוסי הנמנה עם סוג מקרים זה הוא אי-קבלת הסכמה מדעת לטיפול רפואי אשר הציל את חייו של החולה או שיפר את מצבו הבריאותי. האם במקרה זה ראוי לפסוק לחולה פיצוי מלא בגין פגיעה באוטונומיה או שמא יש לנכות מן הפיצוי את טובת-ההנאה שצמחה לחולה מן הטיפול? אף שמקרה זה לא הוכרע בפסיקה, הובעה דעה שניכוי זה אינו ראוי.⁸

⁷ Leo Katz, *What to Compensate? Some Surprisingly Unappreciated Reasons Why the Problem Is So Hard*, 40 SAN DIEGO L. REV. 1345, 1347 (2003); John C.P. Goldberg, *Rethinking Injury and Proximate Cause*, 40 SAN DIEGO L. REV. 1315, 1333 (2003).

⁸ קרן-פז מציג מקרה היפותטי שבו רגלו של מטופל נכרתה ללא הסכמתו כדי להצילו ממוות. בהנחה שמדובר בטיפול עוולתי, קרן-פז טוען כי ניתן אומנם לקזז את טובת-ההנאה של הצלת חיי המטופל מגובה הפיצויים בגין אובדן הרגל, אולם אי-אפשר, לשיטתו, לקזז את טובת-ההנאה האמורה משיעור הפיצוי הנפסק בגין הפגיעה באוטונומיה שלו, שכן מדובר בפגיעה באינטרסים שונים (הצלת החיים נוגעת באינטרס של שלמות הגוף, ואילו הפגיעה באוטונומיה קשורה לראש-נזק אחר – שמירה על האוטונומיה של הפרט). ראו צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" **המשפט** יא 187, 226 (2007). למקרה שבו לא

בסוג שני של מקרים הנזק וטובת-ההנאה מתייחסים לאותו אינטרס של הניזוק, כפי שממחישה הדוגמה הבאה.

דוגמה 2: נישואים מחדש – המזיק גורם למותו של אדם, ועקב כך נגרם נזק של אובדן תמיכה לבן-זוגו (להלן: התלוי). התלוי נישא בשנית, ובן-הזוג החדש מרוויח כפי שהיה מרוויח בן-זוגו הראשון של התלוי אילולא נהרג. האם התלוי זכאי לפיצוי בגין אובדן תמיכה?

בעוד בארצות-הברית הפסיקה אינה אחידה בעמדתה בנושא זה,⁹ בתי-משפט בארץ מנכים את טובת-ההנאה מן הפיצויים.¹⁰ שאלה אחרת היא אם יש לנכות מן הפיצויים שייפסקו לתלוי שלא נישא מחדש טובת-הנאה עתידית, הסתברותית, עקב סיכויי

הותר ניכוי של טובת-ההנאה שצמחה מהטיפול הרפואי, שלא ניתן בהסכמה, מהפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה ראו ע"א 558/84 **כרמלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 757, 773 (1987). באותו מקרה אושרה המערכת בכפייה בבית-חולים לחולי נפש בניגוד לחוק, ועלתה השאלה אם יש לקזז מהפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה את טובת-ההנאה שצמחה למערערת מהטיפול המיטיב. השופט נתניהו קבעה בדעת מיעוט כי אין לערוך קיזוז. דעת הרוב הייתה שלמשיבים קמה הגנה מכוח פקודת הנזיקין, ומשכך אין להטיל עליהם אחריות נזיקית, וממילא שאלת הניכוי אינה מתעוררת. במקרים אחרים של העדר הסכמה מדעת לא דן בית-המשפט בשאלת קיזוז של טובת-ההנאה שצמחה למטופל מהפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלו. ראו, למשל, ע"א 8126/07 **עובון צבי נ' בית החולים ביקור חולים** (פורסם בנבו, 3.1.2010).

⁹ למקרה שבו הותר ניכוי ראו: Jensen v. Heritage Mut. Ins. Co., 127 N.W.2d 228, 234 (Wis. 1964). למקרה שבו לא הותר ניכוי ראו: Coleman v. Moore, 108 F. Supp. 425, 425, 427 (D.D.C. 1952).

¹⁰ ראו ע"א 7244/97 **חכמי נ' רותם, חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נד(2) 30 (2000). במקרה זה דובר במערערת שבעלה נהרג בתאונת-דרכים. בית-המשפט קבע כי יש לנכות מסכום הפיצויים שיינתנו למערערת כתלויה את טובת-ההנאה הכלכלית כתוצאה מנישואיה החדשים, כתלות בכוח השתכרותו של בן-הזוג החדש לעומת בן-הזוג שנפטר. נפסק כי "אלמנה שנישאה מחדש אינה זכאית לפיצויים בגין אובדן מקור התמיכה הכספית היות שבנישואיה החדשים היא זוכה למקור תמיכה כספית חדש" (שם, בעמ' 33). ראו גם אהרן ברק "אלמנה התלויה בשני בעלים" **הפרקליט** כה 289, 290 (1969). כנגד עמדה זו נשמעו דעות חולקות. ראו ד"ר 14/68 **"לפידות" חברה נפט לישראל בע"מ נ' שליטר**, פ"ד כג(1) 771, 780 (1969). השופט ח' כהן העיר בהערת-אגב כי לשיטתו גם נישואים בפועל של האלמנה אינם רלוונטיים לצורך קביעת שיעור הפיצויים. השופט א' לון תמך בעמדתו זו של השופט ח' כהן בפסק-דין מאוחר יותר. ראו ע"א 110/80 **גבאי נ' וליס**, פ"ד לו(1) 469, 449 (1982). לתמיכה בעמדתו של השופט ח' כהן ראו גם ע"א 4579/07 **עובון בחירי נ' קופת חולים הכללית**, פס' כ-כא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 24.6.2009). ראו גם רע"א 3535/09 **שוקרון נ' הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ**, פס' 9-14 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 6.9.2011). באותו מקרה סירב בית-המשפט לנכות את תמיכת בן-הזוג החדש מתביעת העיזבון, וקבע כי יש לנכות אותו רק מתביעת התלויים.

להינשא בעתיד. כאן קבע בית-המשפט העליון כי ניכוי כזה אינו אפשרי.¹¹ בית-המשפט נימק את החלטתו בכך שטובת-ההנאה הנובעת מסיכוי להינשא בעתיד היא ספקולטיבית,¹² וכי כלל של ניכוי יחייב לנהל חקירות משפילות שתכליתן לאמוד את סיכוייה של האלמנה (או את סיכוייו של האלמן) להינשא מחדש.¹³

בסוג מקרים שלישי הנוק וטובת-ההנאה אינם מתייחסים לאותו אינטרס. ככלל, על-פי המשפט האמריקאי, בסוג זה של מקרים ניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים אינו אפשרי.¹⁴

דוגמה 3: הולדה בעוולה – רופא מתרשל ואינו מאבחן פגם בעובר. הילד שנולד סובל מנכות חמורה. אילו ידעו ההורים על הפגם, הם היו מחליטים לבצע הפלה. ההורים תובעים מן הרופא פיצויים בגין נזקיהם הממוניים, המתבטאים בהוצאות רפואיות ובהוצאות מוגדלות שיש להם בגידול הילד. האם יש לנכות מן הפיצויים שההורים זכאים להם את ההנאה הלא-ממונית שיש להם מן הילד על-אף נכותו?

על-אף הכלל השולל ניכוי כאשר מדובר באינטרסים שונים, הפסיקה האמריקאית אינה עקבית במתן תשובה לשאלת הניכוי בדוגמה 3: יש בתי-משפט המאפשרים ניכוי, ואילו אחרים אינם מאפשרים אותו.¹⁵ במשפט הישראלי טרם הוכרעה שאלת הניכוי במקרה זה, אם כי הובעו דעות שונות לגביה הן בפסיקה והן בספרות המשפטית.¹⁶

11 עניין לפידות, לעיל ה"ש 10. בית-המשפט אישש הלכה זו בכמה פסקי-דין מאוחרים יותר. ראו, למשל, ע"א 6/08 ג'נח נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 29.3.2009).

12 עניין לפידות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 775–776.

13 ע"א 111/68 "לפידות" חברת מחפשי נפט לישראל בע"מ נ' שליטר, פ"ד כב(2) 388, 379 (1968).

14 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 920 cmt. b. illus. 4 (1979) (להלן: הריסטייטמנט האמריקאי השני).

15 למקרה שבו הרשו ניכוי ראו: Univ. of Ariz. Health Sci. Ctr. v. Superior Ct., 667 P.2d 1294, 1299 (Ariz. 1983) (en banc); Custodio v. Bauer, 59 Cal. Rptr. 463, 476–478 (Ct. App. 1967).

16 המשנה לנשיאה ריבלין התייחס לשאלה זו בפסק-הדין בעניין ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012). נפסק כי יש לפצות את ההורים בגין ההוצאות המיוחדות של גידול ילד בעל מום. קביעה זו מעלה קושי, שכן הנחת-המוצא היא שללא העוולה היו ההורים בוחרים לא להוליד את הילד, ומשכך היו נחסכות מהם כל הוצאות הגידול, ולא רק ההוצאות העודפות הנובעות מגידול ילד בעל מום. כדי להתגבר על קושי זה, מציין המשנה לנשיאה ריבלין כי מהוצאות הגידול הרגילות של ילד ללא מום יש לקזז את טובת-ההנאה שנוקפת להורים כתוצאה מגידול הילד, אשר שווה ברגיל להוצאות הגידול. ראו עניין המר, שם, פס' 57–59 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. על קביעה זו מתח רונן פרי ביקורת. לשיטתו, עמדתו זו של המשנה לנשיאה ריבלין יוצרת קיוויו בין נזק לטובת-הנאה באינטרסים שונים, ודבר זה עלול לגרום לבלבול בפסיקה בית-המשפט. נוסף על כך מציין פרי

לכלל האמריקאי, שעל-פיו ניכוי ייעשה רק כאשר הנזק וטובת-ההנאה מתייחסים לאותו אינטרס, יש חריג שעל-פיו ניכוי יתאפשר אף כאשר אין מדובר באותו אינטרס, ובלבד שהן הנזק והן טובת-ההנאה הם כלכליים.¹⁷ היקפו של חריג זה אינו ברור לגמרי. הדוגמה הבאה עוסקת בסוג רביעי זה של מקרים.

דוגמה 4: שיפור השתכרות – לניזוק נגרם נזק גוף, שבעטיו הוא מוציא הוצאות רפואיות, ואף נגרמים לו כאב וסבל. אלא שבעקבות נזק הגוף הוא נאלץ לשנות את עיסוקו, ובעיסוק החדש הוא מרוויח יותר מכפי שהיה מרוויח בעיסוק הקודם, אילולא נפגע. האם את ההפרש שבין ההשתכרות מן העיסוק החדש לבין ההשתכרות מן העיסוק הקודם יש לנכות מן הפיצויים בגין ההוצאות הרפואיות או מן הפיצויים בגין הכאב והסבל?

לכאורה, השיפור הכלכלי בהשתכרותו של הניזוק הוא טובת-הנאה כלכלית, וההוצאות הרפואיות הן נזק כלכלי.¹⁸ התשובה לשאלה אם ניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים – לפחות מאלה הנפסקים בגין הנזק הכלכלי – אפשרי במקרה זה אינה ברורה, לא במשפט האמריקאי ואף לא במשפט הישראלי.¹⁹ בסוג חמישי של מקרים טובת-ההנאה נובעת מעצם תיקונו של הנזק, כפי שמומחש בדוגמה 5.

דוגמה 5: החלפת ישן בחדש – המזיק פגע במכוניתו של הניזוק וגרם לה נזק. בעת תיקון המכונית מורכבים בה חלפים חדשים, שכן חלפים משומשים אינם בנמצא. שוויים של החלפים החדשים רב משוויים של החלקים שניזוקו. היש

כי הנחת השוויון בין הוצאות גידול ילד ללא מום לבין מידת ההנאה מגידולו הינה בעייתית. ראו רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" מחקרי משפט כט 61, 90–91 (2013).

17 ראו ס' 5 לריסטייטמנט האמריקאי השני, לעיל ה"ש 14.

18 הביטוי "נזק כלכלי" עלול להטעות, שכן בדיני הנזיקין הוא משמש בדרך-כלל לתיאור נזק כספי שאינו תוצאה של נזק פיזי. הנזק הכלכלי המתואר בטקסט מכונה בדרך-כלל "נזק ממוני", כדי להבחין בינו לבין נזק לא-ממוני (כגון כאב וסבל).

19 במשפט האמריקאי ברור שאין לנכות רווחים כלכליים מן הפיצויים בגין הנזק הלא-ממוני. ראו ס' 6 לריסטייטמנט האמריקאי השני, לעיל ה"ש 14. הדוגמה של הריסטייטמנט מבהירה כי אם הנזוק נכלא לשווא, הפיצוי שהוא יקבל לא יופחת בשיעור הרווחים שעשה מפרסום סיפור מאסר-השווא שלו בעיתונות. במשפט הישראלי לא עלתה שאלה מעין זו לפני בית-המשפט העליון. לקביעה כי אין להפחית את הפיצויים של הניזוק, המגיעים לו בגין הפסד ההשתכרות שנגרם לו כתוצאה מהפגיעה, עקב נסיונות מיוחדים שעשה כדי לשפר את השתכרותו, ראו ת"א (מחוזי י"ם) 9131/07 קנ' נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ, פס' 8 לפסק-דינו של השופט שפירא (פורסם בנבו, 22.6.2011). לקביעה מפורשת כי אין לנכות את ההפרש בין השכר הגבוה יותר לאחר התאונה לבין השכר לפני התאונה, ראו ת"א (שלום ת"א) 14448-07-11 הלוי נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב-הפול" (פורסם בנבו, 23.4.2013).

לנכות מן הפיצוי בגין הוצאות תיקון המכונת את עליית ערכה עקב הרכבתם של החלפים החדשים?

שאלה זו מכונה לא אחת בפסיקה "שאלת ניכוי הבלאי": בתי-משפט בישראל מאפשרים ניכוי בדוגמה 5, 20 אם כי לעיתים הם אינם מאפשרים זאת, כאשר ברור שלא הייתה לניזוק כל בררה אלא להשתמש בחלפים חדשים.²¹ בסוג השישי של מקרים צד שלישי מתקן בלא תמורה את נזקו של הניזוק:

דוגמה 6: תרומות – המזיק גרם ברשלנות לשרפת בית-כנסת. רבים מקרב הציבור תרמו כסף לשיקום בית-הכנסת, ובעזרת התרומות הוא שוקם לחלוטין. האם הבעלים של בית-הכנסת זכאי לפיצוי מן המזיק?

המקרים הנפוצים שבהם הניזוק מקבל פיצוי מצד שלישי הם המקרים שבהם הצד השלישי הוא מבטח. במקרים אלה לא נעסוק כאן.²² במקרים נוספים שבהם הניזוק זוכה בפיצויים מצד שלישי, גוף ציבורי מפצה אותו, ולגוף זה יש זכות לתבוע שיפוי מן המזיק בגין מה ששילם, בגבול חבותו של המזיק כלפי הניזוק. דוגמות לכך הן תביעות של המוסד לביטוח לאומי,²³ תביעות של קופת-חולים²⁴ ותביעות של המדינה לאחר שפיצתה חיילים שנפצעו או נהרגו תוך כדי השירות הצבאי שלהם ועקב השירות.²⁵

20 ראו ע"א 2904/92 עיריית תל-אביב-יפו נ' עיזבון לטרהויז, פ"ד נ(1) 754, 768–770 (1996). באותו מקרה הרסה העירייה בית בבעלות המשיב. בית-המשפט קבע כי אין לפסוק פיצויים בשווי בית חדש, אלא בשווי בית ישן באותו מצב. בית-המשפט הבחין בין מצב שבו נפגע הנכס כולו, שאז יותר ניכוי, לבין מצב שבו נפגע רק חלק מסוים בנכס.

21 ראו ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29, 44–45 (1983). באותו מקרה ביצע המערער עבודות שיפוץ שבעטיין התמוטט קיר בביתם של המשיבים ונגרם נזק לשני חדרים בבית. בית-המשפט דחה את טענת המערער כי יש להפחית את גובה הפיצוי למשיבים בשל השבחת ערך נכסם כתוצאה משיפוץ החדרים. נקבע כי "אם צריך משהו לסבול כתוצאה מן הנזק שאירע, סביר יותר שהנזק ייפול על שכם הנתבע, האחראי למעשה העוולה, מאשר על התובע, קרבן העוולה" (שם, בעמ' 49).

22 ככלל, כאשר הניזוק מקבל תגמולי ביטוח, יכול שלמבטח תהיה זכות תחלוף (subrogation) כלפי המזיק, והוא יוכל לתבוע ממנו שיפוי בגין התשלומים ששילם לניזוק (בגבולות חבותו של המזיק כלפי הניזוק). כך במקרים של ביטוח מפני נזקי רכוש (ס' 62 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981), וכך במקרים מסוימים של ביטוח מפני נזקי גוף (ס' 54(ב) לחוק חוזה הביטוח). במקרים אלה לא יוכל הניזוק לתבוע את המזיק בגין מה שקיבל מן המבטח, שכן אם תותר לו תביעה כזו, יחויב המזיק לשאת ביותר מכפי הנזק שגרם. אולם במקרים אחרים, שבהם לא תהיה למבטח זכות תחלוף, יוכל הניזוק לתבוע את המזיק בגין כל נזקיו, ובית-המשפט לא יתחשב בכך שהניזוק קיבל תגמולי ביטוח. כך עולה מצירופם של ס' 81 ו-86 לפקודת הנזיקין עם ס' 54 לחוק חוזה הביטוח.

23 ס' 328–333 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

24 ס' 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

25 כאשר הפגיעה היא על-ידי גורם צבאי, לא תהא עילת תביעה לחייל שנפגע אלא על-פי חוקי התגמולים. לא כן כאשר הפגיעה היא על-ידי גורם אזרחי שאינו המדינה. ראו ס' 6, 7 ו-7ב לחוק

מקרים קרובים לדוגמה 6 נידונו בארץ, אך זאת כאשר הניזוק נפגע בגופו, להבדיל מרכושו, וצד שלישי היטיב את נזקיו. חוק לתיקון דיני הניזוקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964, קובע בסעיף 2 כי "גרם אדם לזולתו נזק גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להיפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אילולא הוטב הנזק על ידי המיטיב". הפסיקה דנה פעמים אחדות בשאלה אם תביעתו של הניזוק כלפי המזיק נחסמת כאשר המיטיב זכאי לתבוע את הוצאותיו מן המזיק אך לא עשה זאת משום-מה. בתי-המשפט מצאו תמיד את הדרך לא לפטור את המזיק מאחריות. נימוק שחזר פעמים אחדות בפסיקה הוא שהמיטיב התכוון להיטיב עם הניזוק, ולא עם המזיק, ומכאן שלא ייתכן שעזרתו של המיטיב לניזוק תפעל בסופו של דבר לטובת המזיק על-דרך הפחתת חבותו.²⁶ במקרים אחדים השתמשו בתי-המשפט בטכניקה המשפטית של המחאת חיובים מכללא כדי להגיע לאותה תוצאה: אם המיטיב היטיב את נזקיו של הניזוק ואין בכוונתו לתבוע את הוצאות ההטבה מן המזיק, אות וסימן הוא שהתכוון להמחות לניזוק את עילת תביעתו נגד המזיק. מאחר שכך, עקב המחאה מכללא זו, הניזוק רשאי להיפרע מן המזיק את מלוא נזקיו, כאילו לא הוטבו.²⁷

מה דינה של ההטבה בדוגמה 6? דוגמה זו מבוססת על מקרה אמיתי שאירע בארצות-הברית, ואשר הסתיים בסופו של דבר בפשרה.²⁸ השאלה אם חבותו של המזיק צריך שתופחת במקרה זה בגובה התרומות (אפילו לאפס) לא הוכרעה. על פניו היה ברור באותו מקרה כי התורמים אינם מתכוונים לתבוע מן המזיק שיפוי בגין הוצאותיהם (וספק רב אם הם היו זכאים לכך). כמו-כן היה ברור שהם התכוונו להיטיב עם הניזוק, ולא עם המזיק.

הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952; ס' 36 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959; וס' 21 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950.

26 ראו ע"א 370/79 **פרפלוצ'יק נ' מוטס**, פ"ד לד(3) 551, 552 (1980). התובעת במקרה זה נפגעה בתאונת-דרכים, שהאחריות לה הוטלה על המשיבות. בית-המשפט קבע כי אין להפחית את סכום הפיצויים בשל טובת-ההנאה שקיבלה התובעת מאחותה, אשר סעדה אותה. בית-המשפט הגיע לתוצאה דומה במקרה שבו נקבע כי אין להפחית את הפיצויים ליתומים בשל נישואיו החדשים של האב. עניין **עובון בחירי**, לעיל ה"ש 10, פס' כב-כח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

27 ראו ע"א 92/83 **שמש נ' ברידור**, פ"ד מ(1) 225, 227-228 (1986). באותו מקרה נפגע המערער בתאונת-דרכים שנגרמה באשמת המשיבות. נקבע כי אין להפחית מהפיצוי שהוא זכאי לו את המשכורות שקיבל בעבור החודשים שבהם נותר בביתו ולא עבד. ראו גם ד"נ 24/81 **חונוביץ נ' כהן**, פ"ד לח(1) 413, 430 (1984), שבו הגיע בית-המשפט לתוצאה דומה במקרה שבו שתי אלמנות חברות קיבוץ קיבלו תמיכות כספיות מהקיבוץ בשל מות בעליהן בתאונת-דרכים.

28 ראו: Diana B. Henriques & Leslie Eaton, *Once and Future Issue: Subtracting Donations from Damage Awards*, N.Y. TIMES (Nov. 18, 2001), www.nytimes.com/2001/11/18/nyregion/once-and-future-issue-subtracting-donations-from-damage-awards.html.

הדוגמה האחרונה מייצגת את המקרים שבהם טובות-הנאה באות לתלויים מן המנוח בעקבות המוות, שאז עולה השאלה אם יש לנכות טובות-הנאה אלה מן הפיצויים שהתלויים זכאים להם.

דוגמה 7: ירושת תלויים – אדם נהרג בתאונה. הוריו, התלויים בו, הם יורשי היחידים. בעזבון המנוח יש דירה. האם יש להפחית את הפיצויים שהתלויים זכאים להם בשווי הדירה שירשו?

בעבר נתן בית-המשפט העליון תשובה חיובית לשאלה זו.²⁹ בית-המשפט הבחין בין המקרה שבדוגמה 7 לבין מקרה אחר שבו התלויים היורשים את המנוח הם אלה שהיו יורשים אותו גם אלמלא התאונה, כגון ילדיו. במקרה אחרון זה אין לנכות דבר מתביעת התלויים.³⁰ לא כן במקרה הראשון, שאז ניכוי כאמור הוא הכרחי.³¹ פסיקה מאוחרת יותר מעלה ספקות אם חלקה השני של הלכה זו עדיין שריר וקיים: ניתן לפרש פסיקה מאוחרת זו כשוללת ניכוי טובת-הנאה במקרים המיוצגים על-ידי דוגמה 7, אם כי הדבר אינו נקי מספקות.³²

29 ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374, 382 (1991).

30 שם, בעמ' 384. הלכת יחזקאל ביטלה את הלכת אבידן (ע"א 524/80 אבידן נ' הלפרין, פ"ד לו(1) 29 (1982)), שקבעה כי במקרה שבו יורשים את הוריהם בשל המעשה העולתי, יש לנכות מתביעתם כתלויים את השווי של האצת הירושה. ההנמקה לביטול הלכת אבידן הייתה שהאצת הירושה עקב מות המנוח אינה רק יתרון, אלא גם חיסרון: אלמלא המוות הייתה הירושה מגיעה לתלויים-היורשים מאוחר יותר, אך ייתכן ששווייה היה גדול יותר. מאחר שלא ניתן פיצוי לתלויים-היורשים על כך שבשל המוות הם מקבלים לכאורה ירושה קטנה יותר, אף אין לנכות מפיצוייהם את טובת-ההנאה המתבטאת בהאצת הירושה. הנזק והתועלת בכך שהירושה מגיעה ליורשים מוקדם יותר מתקדזים באופן גס זה כנגד זה. ספק אם הנמקה זו תקפה כיום, לנוכח פסק-הדין בפרשת אטינגר (ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004)), אשר הכיר בזכאות של העיזבון (ואף של הניזוק החי) לפיצוי בגין אובדן ההשתכרות בשנים האבודות. (הלכת אטינגר ביטלה את הלכת השנים האבודות הקודמת, שנקבעה בפרשת גבריאלי (ע"א 295/81 עיזבון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533 (1982)), ולפיה העיזבון והניזוק החי אינם זכאים לפיצוי בגין השנים האבודות). הפיצוי בגין השנים האבודות הנפסק לעיזבון בא לפצות על הפסד השכר שהיה המנוח משתכר אילו לא נהרג. מכאן שבמקרה של האצת הירושה לאחר הלכת אטינגר, יוצא לכאורה שהתלויים-היורשים מיטיבים את מצבם: הם מקבלים את טובת-ההנאה של האצת הירושה, מבלי לקזז אותה בהפסד בגין קבלת ירושה קטנה, שכן הפסד זה מגולם בתוספת הניתנת לעיזבון מכוח הלכת אטינגר. אך שאלה זו חורגת מתחום דיוננו.

31 עניין יחזקאל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 382.

32 ראו, למשל, ע"א 2739/06 עזבון דוביצקי נ' רזקאללה, פ"ד סב(3) 864, 878 (2008), שם קבע בית-המשפט כי ניתן לערוך קיזוז בין תביעת העיזבון לבין תביעת התלויים רק בראשי-הנזק החופפים: "מן הראוי להחיל דין אחד, קוהרנטי, שלפיו ראשי נזק המצויים מחוץ לתחום החפיפה לא 'נוכו' ולא 'יקוזזו', אלא ייפסקו לתלויים ולעיזבון, לפי העניין ומבלי קשר לשאלה (המקריית) איזו תביעה גבוהה יותר [של התלויים או של העיזבון – א' פ']. לפי היגיון זה, יש לערוך קיזוז רק בין הפיצוי

פרק ב: תנאי-סף לניכוי טובות-הנאה

פרק זה והפרק הבא אחריו מבקשים להציע את אמות-המידה שלפיהן ראוי לקבוע אם יש לנכות טובות-הנאה מן הפיצויים. פרק זה עוסק בשני תנאי-סף שצריכים להתקיים על-מנת שניכוייה של טובת-ההנאה מן הנזק יכול שיהיה מוצדק:³³ ראשית, טובת-ההנאה צריכה להיות חברתית, ולא רק פרטית; שנית, צריך שהפגיעה העוללתית תגדיל את ההסתברות שטובת-ההנאה שנוצרה אכן תיווצר. הפרק הבא יבחן שלושה שיקולים שעשויים לשכנע כי אין לנכות את טובות-ההנאה מן הפיצויים אף אם תנאי-הסף התקיימו. חשוב להדגיש כי נקודת המוצא בקביעת שני תנאים אלה היא המטרה לא להפחית את חבותו של המזיק באופן שיפגע בהרתעתו היעילה.

1. טובת-הנאה חברתית

לעיתים נוצרת לניזוק טובת-הנאה, אלא שהיא אינה חברתית, אלא פרטית. טובת-הנאה היא פרטית, ולא חברתית, אם כפועל יוצא מהיווצרותה בידי הניזוק, צד שלישי סובל נזק החופף את טובת-ההנאה. נפתח בדוגמה 1 (התרסקות המטוס). בדוגמה זו ניצלו חייו של הניזוק עקב הפגיעה העוללתית בו. אלא שייתכן שחייו של אדם אחר אבדו עקב כך: אם הטיסה שאותה החמיץ הניזוק הייתה מלאה, ייתכן שאדם אחר עלה עליה במקומו ועקב כך קיפד את חייו. במצב עניינים זה אי-אפשר לומר שהפגיעה העוללתית בניזוק יצרה טובת-הנאה חברתית של חיסכון בחיי אדם, שהרי במקום שייהרג הניזוק עקב התרסקות המטוס, נהרג אדם אחר.

גם בדוגמה 2 (נישואים מחדש) אין זה ברור כלל שתמיכתו של בן-הזוג החדש בתלוי יצרה טובת-הנאה חברתית, שהרי בסופו של דבר כסף עבר מכיס לכיס: התמיכה שקיבל התלוי עברה מכיסו של בן-הזוג החדש לכיסו של התלוי. אלמלא הפגיעה העוללתית היה בן-הזוג החדש תומך אולי בבן-זוג אחר או עושה בכסף שימושים אחרים ורוכש טובות-הנאה אחרות.

אף בדוגמה 6 (תרומות) לא נוצרה טובת-הנאה חברתית, שכן כסף עבר מכיס לכיס. טובת-ההנאה לבעליו של בית-הכנסת היא שוות-ערך להוצאה שנגרמה לתורמים. אמת,

הניתן לעיזבון בגין הפסד ההשתכרות של המנוח בשנים האבודות לבין פיצויי התלויים בגין אובדן החלק היחסי מתוך הכנסת המנוח בתקופה זו (משום שחלק זה מגולם בפיצוי הכללי לעיזבון בעבור אובדן הכנסות המנוח). מכאן ניתן להסיק כי במקרה המיוצג בדוגמה 7 לעיל אין לנכות מתביעת ההורים התלויים את שווי הדירה שקיבלו כתוצאה ממות בנם, שכן הדירה אינה נמצאת בתחום החפיפה בין זכאותם בגין אובדן התמיכה כתלויים לבין זכאותם כיורשים. כפי שאראה בהמשך, קביעה זו עולה בקנה אחד עם הרעיון שלפיו אין לערוך קיזוז במקרה דוגמת מקרה 7, שבו טובת-ההנאה היא פרטית (ראו תת-פרק ב1).

³³ כפי שיובהר להלן, ההחלטה הסופית אם לנכות את טובת-ההנאה מן הפיצויים צריכה להביא בחשבון אף את שלושת השיקולים הנידונים בפרק הבא.

דוגמה זו יכולה לבלבל. לכאורה, התועלת של התורמים ממתן התרומה לשיקום בית-הכנסת היא לפחות שוות-ערך לעלותה לגביהם, שהרי אם לא כן הם לא היו תורמים. לכן בהינתן הפגיעה בבית-הכנסת, התרומה עשויה ליצור תועלת חברתית בגובה ההפרש שבין התועלת לתורם ממתן התרומה לבין עלותה לגביו. כך, נניח שהנזק לבית-הכנסת ואף התרומה שיעורם 100, אלא שהתורם מפיק תועלת של 101 ממנה, כך שהתועלת נטו שלו ממתן התרומה היא 1. האם ניתן לומר שהפגיעה העוולתית יצרה טובת-הנאה חברתית בשיעור של 1? התשובה לשאלה זו היא שלילית: אלמלא הפגיעה העוולתית היו התורמים עושים שימושים חלופיים בכסף – בין תורמים אותו לאחרים ובין משתמשים בו למטרות אחרות, כגון צריכה – ושימושים אלה נמנעו מהם עקב שרפת בית-הכנסת. לפיכך אי-אפשר לומר שנוצרה טובת-הנאה חברתית עקב מעשה העוולה.³⁴ לבסוף, גם בדוגמה 7 (ירושת התלויים), הדירה שירשו התלויים, ואשר אותה לא היו יורשים אלמלא מעשה העוולה, אינה טובת-הנאה חברתית, שכן אילו לא גרם המזיק למותו של המנוח, הייתה הדירה בבעלותו של המנוח, והוא שהיה נהנה ממנה. אי-אפשר על-כן לומר כי העברת הדירה מן המנוח לתלויים (מכוח דיני הירושה) הקטינה במשהו את הנזק החברתי שנגרם עם מותו של המנוח: כנגד הנאתם של התלויים מן הדירה (ככל שאפשר להשתמש במילה "הנאה" בהקשר זה) עומדת אי-יכולתו של המנוח ליהנות ממנה עקב מותו.

2. הגדלת ההסתברות ליצירתה של טובת-הנאה

על-מנת שיימצא קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק, צריך שההתנהגות העוולתית תגדיל את הסיכון שיארע אירוע הנזק שאירע בפועל. תנאי זה לקיומם של קשר סיבתי ושל אחריות נזיקית הוא תנאי הנטייה הסיבתית.³⁵ כך, אם אדם נוסע ברכבו במהירות גבוהה ובלתי-סבירה, ובנקודת זמן מסוימת עובר ליד עץ אשר נופל על רכבו וגורם נזק רכוש לנוסע היושב לצידו, הוא לא יהיה אחראי לנזקי הנוסע, שכן הנסיעה המהירה אינה מקיימת את מבחן הנטייה הסיבתית: נסיעה מהירה אינה מגדילה את הסיכון שעץ ייפול על מכונית נוסעת. את תנאי הנטייה הסיבתית אפשר להצדיק בשיקולי יעילות. בלעדיו תוטל אחריות כבדה מדי על מזיקים, ותיגרם הרעת-יתר: מזיק ידע שאם יימצא רשלן, הוא יישא גם בנזקים שהסתברות התרחשותם לא הוגדלה כלל על-ידי

34 ייתכן מצב נדיר שבו תורמים מפיקים הנאה חריגה מתרומה לטובת בית-הכנסת שנשרף, עד כדי כך שמצבם טוב יותר באופן ניכר ממצבם אילו לא נשרף בית-הכנסת מלכתחילה. אולם איני עוסק במצב נדיר ומוזר כזה.

35 פורת נזיקין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 329–330. ראו גם: RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 260–262 § 10.7 (1999); Guido Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry RESTATEMENT (THIRD)* (1975) 69, 71 U. CHI. L. REV. 69, 71. עיקרון זה מעוגן אף ב-OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 30 (2010). מבחן הנטייה הסיבתית מכונה לעיתים בפסיקה בארץ "מבחן השכל הישר". ראו ע"א 8500/06 **חוות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל**, פסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (פורסם בנבו, 27.8.2012).

רשלנותו; מאחר שגם מזיקים לא-רשלניים אינם יודעים בוודאות שהם לא יימצאו רשלניים במקרה שיגרמו נזק, האחריות הכבדה מדי עלולה ליצור הרתעת-יתר.³⁶ תנאי אנלוגי לתנאי הנטייה הסיבתית צריך להתקיים אף בנוגע ליצירתה של טובת-הנאה: הפחתת היקף אחריותו של המזיק כאשר נוצרה טובת-הנאה אשר אינה עונה על תנאי הנטייה הסיבתית תביא לידי הרתעת-חסר. לכן, אם ההתנהגות העוללתית לא הגדילה את ההסתברות ליצירתה של טובת-ההנאה שנוצרה בפועל, אין לנכות אותה מן הפיצויים שהניזוק זכאי להם.

דוגמה 1 (התרסקות המטוס) תסייע בהמחשת הטיעון. נניח שהמטוס שהתרסק לא היה מלא, כלומר, שעקב הפגיעה העוללתית נחסכו חייו של הניזוק מבלי שאיש שילם על כך בחייו. אף שהפעם טובת-ההנאה היא חברתית, ולא רק פרטית, אין היא צריכה להוביל להעדר אחריות של המזיק: פגיעה באדם בדרך לשדה-התעופה, או בכלל, אינה מגדילה את ההסתברות שחייו של אותו אדם יינצלו עקב החמצת טיסה (או בדרך אחרת). אכן, בדיוק כשם שבמקרה אחד תביא פגיעה כזו לידי כך שהניזוק יחמיץ טיסה שתתרסק, במקרה אחר תביא פגיעה דומה לידי כך שהוא יחמיץ טיסה שלא תתרסק ויעלה במקום זאת על טיסה אחרת שתתרסק. מסקנה זו אינה תלויה בשאלה אם תאונות מטוס הן נפוצות או צפופות: כך או אחרת, תנאי הנטייה הסיבתית (או התנאי האנלוגי לו) אינו מתקיים במקרה של טובת-ההנאה שנוצרה עקב הפגיעה העוללתית שבדוגמה 1, ומטעם זה אין לתת למזיק ליהנות ממנה על-ידי הפחתת אחריותו הניזוקית.³⁷

דוגמה 4 (שיפור השתכרות) מעלה אף היא את השאלה אם טובת-ההנאה עונה על תנאי הנטייה הסיבתית. כזכור, באותו מקרה, עקב הפגיעה העוללתית, החליף הניזוק את עיסוקו, ועתה הוא מרוויח יותר מכפי שהרוויח קודם. האם טובת-ההנאה זו צריכה להביא לידי הפחתת חבותו הניזוקית של המזיק? ניתן לטעון כי התשובה לשאלה זו היא שלילית: פגיעה באדם אינה מגדילה את ההסתברות שהוא יחווה "שינוי דעת" ועקב כך יעבור לעיסוק שבו הוא ירוויח יותר מאשר קודם, שהרי הניזוק היה יכול להחליט על החלפת עיסוקו אף בלעדי הפגיעה העוללתית. אמת, יש מקרים שבהם הפגיעה העוללתית תגרום לניזוק "שינוי דעת" אשר יניעהו לעבור לעיסוק שישפר את שכרו, אך לפחות באותה מידה היא יכולה לגרום לו "שינוי דעת" שבעטיו הוא יעבור לעיסוק שבו הוא ירוויח פחות. כל עוד המזיק אינו נושא בהפסדים שנגרמו לניזוק עקב "שינוי הדעת" במקרה השני (בהנחה ששינוי העיסוק אינו נובע ממגבלותיו הפיזיות), אין הוא זכאי ליהנות מן הרווחים שהפיק הניזוק עקב "שינוי הדעת" במקרה הראשון.³⁸

36 להסבר מפורט יותר ראו פורת נזיקין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 330.

37 אם המזיק יורשה ליהנות מטובת-הנאה זו, אזי אך מתבקש הוא שתוטל עליו אחריות בגין גרם מוות אם עקב הפגיעה העוללתית החמיץ הניזוק טיסה שלא התרסקה ועלה על טיסה שהתרסקה.

38 טעון זה אף עשוי להצדיק פיצוי בגין הפסד השתכרות המבוסס על ההפרש שבין השכר שהיה הניזוק מרוויח **בעיסוק הקודם** אלמלא הפגיעה לבין השכר שהוא היה מרוויח **בעיסוק הקודם** (אילו התמיד בו) בהינתן הפגיעה.

פרק ג: שיקולים לא-ניכוי טובות-הנאה

לכאורה, אם שני תנאי-הסף לניכוי טובות-הנאה מתקיימים, מן הראוי לאפשר ניכוי, שאם לא כן הרתעתו של המזיק תהיה הרתעת-יתר, והניזוק יזכה בפיצוי-יתר. אולם כפי שנראה להלן, שיקולים שונים עשויים לשכנע כי ניכוי אינו רצוי אף שהתמלאו שני תנאי-הסף. פרק זה ידון בשלושה שיקולים: השפעה על תמריצי הניזוק; קשיי מדידה של טובת-ההנאה; וקיומם של נזקים בלתי-מפוצים הקשורים לטובת-ההנאה. ההחלטה בסופו של דבר אם לנכות את טובת-ההנאה מן הפיצויים תלויה במשקלם המצטבר של שלושת השיקולים האמורים.

1. תמריצי הניזוק

ניכוי טובת-ההנאה צמצמה לניזוק עקב הפגיעה העוולתית עלול לעוות את תמריצי ההתנהגות שלו. כך, בדוגמה 2 (נישואים מחדש), אם ההכנסות שבאו לתלוי מבין-הזוג החדש ינוכו מן הפיצויים שהוא זכאי להם, הוא עלול להימנע מלהינשא עד אחרי המשפט. בעיה זו תהיה חריפה פחות, לכאורה, אם נוסף על ניכוי זה ייעשה גם ניכוי של טובת-ההנאה ההסתברותית המתבטאת בסיכוי להינשא: אם ינוכו מפיצוייו של התלוי סכומי כסף המשקפים את הסיכוי שהוא יינשא, אזי החלטתו להינשא לפני המשפט תשפיע פחות על גובה הפיצויים שייפסקו לו מאשר אם הניכוי ייעשה רק במקרה של נישואים, ולא במקרה שבו קיים רק סיכוי להינשא. עם זאת, הפחתת הפיצויים בגין הסיכוי להינשא עלולה לגרום לכך שהתלוי יימנע מליצור קשר עם בני-זוג עד אחרי המשפט, או לפחות יסתיר קשר זה מעין הציבור, מחשש שהדבר עלול להשפיע על שיעור הפיצויים שייפסקו לו.

לכאורה, המסקנה המתבקשת מן הדיון בפסקה הקודמת היא שאין זה רצוי לנכות את טובת-ההנאה של נישואים מחדש או של הסיכוי להינשא מחדש מסך הפיצויים. אולם מסקנה זו אינה הכרחית. על-מנת לפתור את הבעיה של תמריצי התלוי, די בכך שהפחתת הפיצויים תיעשה באחוז קבוע שאינו משתנה על-פי הסיכוי בפועל להינשא, ובלא תלות בשאלה אם התלוי נישא מחדש. אם כך ייעשה, אזי החלטתו של התלוי להינשא או להתרועע עם בן-זוג חדש לא תשפיע על סך הפיצויים שייפסקו לו. אחוז בלתי-משתנה זה עשוי להיקבע על-פי נתונים סטטיסטיים המתייחסים לסיכויים של אדם בגילו של התובע להינשא מחדש לאחר אובדן בן-זוג.

שאלת תמריצי של הניזוק עולה אף בדוגמה 4 (שיפור השתכרות). אם במקרה זה יותר ניכוי של ההפרש שבין ההשתכרות מן העיסוק החדש לבין ההשתכרות מן העיסוק הקודם אלמלא הפגיעה, יפגע הדבר בתמריצי של הניזוק לשנות את עיסוקו ולשפר את הכנסתו.³⁹ לכאורה, אם הניזוק יכול לשנות את עיסוקו ולהרוויח יותר אך אינו עושה כן,

39 אילו המטרה היחידה הייתה שיפור תמריצי של הניזוק להשתכר, אזי הניזוק בדוגמה 4 היה צריך

יטען המזיק בבית-המשפט כי הניזוק לא קיים את נטל הקטנת הנזק ועל-כן יש להפחית את הפיצויים שייפסקו לו. אלא שטענה זו לא תצלח כנראה, שכן נטל הקטנת הנזק אינו דורש בדרך-כלל מן הניזוק לשנות עיסוק,⁴⁰ ובכל מקרה קשה לדמיין מצב שבו יפחית בית-המשפט את פיצוייו של הניזוק בעקבות טענה של המזיק – שקשה מאוד להוכיחה – כי הניזוק היה יכול לשנות עיסוק אך נמנע מלעשות זאת באופן בלתי-סביר.

לבסוף, גם בדוגמה 6 (תרומות) לניכוי התרומות מן הנזק עלולה להיות השפעה שלילית על התמריצים, שכן הוא עלול לגרום לכך שהניזוק לא ינסה להשיג תרומות ושהתורמים לא ימהרו לתרום אם הם ידעו כי הנהנה העיקרי מהתרומות יהיה המזיק. בהנחה שבהינתן גרם הנזק מתן תרומות הוא דבר יעיל – הן מנקודת-מבטו של הניזוק, הזקוק לעיתים לכספים מידיים, והן מנקודת-מבטו של התורם, אשר מפיק תועלת ממתן התרומה לניזוק – הפחתת הפיצויים בשל מתן התרומות אינה רצויה.

כנגד החשש שניכוי טובות-הנאה מן הפיצויים יעוות את תמריצי הניזוק עשוי להתקיים לעיתים חשש הפוך שדווקא אי-ניכוי יגרום לעיוות כזה. כך, אם בדוגמת התרומות לא יותר ניכוי, אזי התרומות שייגייס הניזוק, יחד עם הפיצוי שיקבל מן המזיק, יעמידו אותו במצב טוב בהרבה מזה שבו היה עומד אילו לא נגרם לו נזק. עקב כך עלולים להשתבש תמריצי ההתנהגות שלו מלכתחילה: במקרים מסוימים (של נזקי רכוש, למשל) יהיה כדאי לניזוק שייגרם לו נזק, ובכל מקרה לא יהיה כדאי לו לנקוט אמצעי זהירות למניעתו אף כאשר יעיל שכך יעשה.

אין להקל ראש בחשש זה, וכאשר הוא ממשי, הוא עשוי לפעול בעד ניכוי טובות-ההנאה מן הפיצויים. אלא שאין להפריז בו. ראשית, ככל שמדובר בתרומות, כאשר התורם יודע כי הניזוק זכאי לפיצוי נזיקי, וכן שהתרומות לא ינוכו מן הפיצוי, מתן התרומה נובע כנראה מן החשש שהפיצוי הנזיקי שיתקבל לא יפצה על מלוא הנזק. בין אם כך הדבר ובין אם לאו, הניזוק גם הוא מניח כנראה מלכתחילה כי אם יינזק, הוא לא יזכה בתרומות שיעמידו אותו בסופו של דבר – אף בהינתן כלל של אי-ניכוי – במצב טוב יותר מן המצב שבו היה עומד אילו לא ניזוק. שנית, אם יתברר כי הניזוק לא נקט אמצעי זהירות ראויים למניעת הנזק, יופחתו פיצוייו עקב אשמו התורם או משום שהוא לא השכיל להקטין את הנזק (ואם הוא ממש הביא על עצמו את הנזק, יש להניח שהוא לא יפוצה כלל). שלישית, החשש מפני עיוות התמריצים עקב אי-ניכוי אינו ממשי בסוגים רבים של מקרים. כך, למשל, במקרה הנישואים מחדש (דוגמה 2) ובמקרה של שיפור ההשתכרות (דוגמה 4) קשה להשתכנע שיש חשש ממשי שהניזוק ינסה להביא על

לזכות בפיצוי גם על הפסד ההשתכרות שהיה נגרם לו אילו התמיד בעיסוקו הקודם. ראו לעיל ה"ש

38.

40 שאלת החלפת העיסוק לא עלתה במפורש בפסיקה, אולם בית-המשפט נדרש לשאלה איזו התנהגות של הניזוק תיחשב סבירה לצורך עמידה בנטל הקטנת הנזק. ראו ע"א 320/87 גנז' נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(1) 743, 746 (1991), שם נקבע כי "ניזוק אשר מסוגל לחזור לעבודה קודמת בה עבד, ומקום העבודה שמור לו, או ניזוק אשר יכול למצוא עבודה אחרת בה יעשה לפרנסתו, אך 'מחליט' שלא לעשות כן, ללא כל סיבה סבירה, אין לומר, שאותו נזק שנגרם לו בשל הימנעותו לעבוד לפרנסתו כאמור הינו נזק הנובע מהתאונה" (ההדגשה הוספה).

עצמו נזקים על-מנת לשפר את מצבו הכלכלי לאחר הפגיעה בבן-זוגו או בו עצמו, בהתאמה.

2. קשיי אומדן ובעיית טובת-ההנאה שלא התבקשה

באופן רגיל, אדם היוצר טובת-הנאה לאדם אחר בלא בקשתו אינו זכאי לתשלום בעבור טובת-ההנאה שיצר. יש לכך סיבות שונות.⁴¹ אחת החשובות שביניהן עניינה בקשיי אומדן: לא תמיד טובת-הנאה על-פי אמות-מידה אובייקטיביות הינה טובת-הנאה מנקודת-מבטו של מקבלה. יתרה מזו, גם אם מדובר בטובת-הנאה מנקודת-מבטו של מקבלה, לעיתים הוא מעריך אותה פחות מכפי ערכה האובייקטיבי. לפיכך חיובו של מקבל טובת-ההנאה בערכה האובייקטיבי עלול להביא לידי כך שהוא יאלץ לשלם בעבור טובת-ההנאה שהוא לא חפץ בה כלל או לשלם בעבורה יותר מכפי הערך שהוא מייחס לה. הדבר לא רק יפגע באוטונומיה שלו – בחופש להחליט אילו טובות-ההנאה לרכוש ואילו לא לרכוש – אלא עלול אף ליצור אי-יעילות: יוצרי טובות-ההנאה ייצרו טובות-ההנאה שעלויות ייצורן יעלו על התועלת שהן יביאו למקבליהן. את הבעיה השנייה, של הבדלי הערך, אפשר לכאורה לפתור על-ידי קביעה כי מקבל טובת-ההנאה ישלם בדיוק כפי הערך שהוא מייחס לה; אלא שערך זה קשה מאוד למדידה בגלל אופיו הסובייקטיבי, ולמקבל טובת-ההנאה יש באופן טבעי אינטרס ברור להמעיט בערכה לאחר שקיבל אותה.

לפיכך רק במקרים חריגים יוכל אדם ליצור טובת-הנאה לאחר לא על-פי בקשתו ובכל-זאת לזכות בתשלום בעבורה. בכל המקרים האחרים יידרש יוצר טובת-ההנאה להציע למקבלה עסקת שוק, וכך יובטח שייצור טובת-ההנאה רצוי למקבלה ויעיל מבחינה חברתית. המקרים החריגים הם אלה שבהם הפניית הצדדים לעסקת שוק אינה מעשית, שכן הוצאות העסקה בין יוצר טובת-ההנאה לבין מקבלה הן גבוהות. כך יהיה, למשל, במקרי חירום שבהם דרושה עזרה מיידית של המציל להצלת גופו או רכושו של הניצול, ואין למציל אפשרות מעשית להשיג מראש את הסכמתו של הניצול.⁴² אך החריגים מלמדים על הכלל: יצירת טובת-ההנאה שלא התבקשה אינה מזכה את יוצרה בתשלום.

לנוכח כלל זה עולה השאלה מדוע המזיק זכאי לגבות בעקיפין תשלום מן הניזוק בגין טובת-ההנאה שזה האחרון לא ביקש? הרי ניכוי טובת-ההנאה מן הנזק אינו אלא תשלום של הניזוק למזיק בעבור טובת-ההנאה שזה כפה עליו. תשובה אפשרית לשאלה זו היא שבמקרים של גרם נזק הוצאות העסקה גבוהות בדרך-כלל, ואין זה מעשי לצפות

41 Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189 (2009) (להלן: Porat, *Unrequested Benefits*); אריאל פורת "בעד הרחבתה של חובת ההשבה" (2009) 521 (להלן: פורת "בעד הרחבתה של חובת ההשבה").

42 ראו, למשל, ס' 2 (ב) לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998; Porat, *Unrequested Benefits*; לעיל ה"ש 41, בעמ' 195–198; חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" **משפטים** כד 463 (1995).

למשא-ומתן מראש בין המזיק לבין הניזוק באשר לרצונו של האחרון לזכות בטובת-הנאה שעליה יצטרך לשלם לראשון. במילים אחרות, במקרים כאלה עסקת שוק אינה אפשרית. לפיכך במקרה של אירוע נזיקי אין מנוס מחיובו של הניזוק – לפחות במקרים מסוימים – לשלם בעבור טובת-הנאה שהוא לא ביקש, וזאת על-מנת למנוע פיצוי-יתר לניזוק והרתעת-יתר למזיק.

עם זאת, בהנחה שהפגיעה באוטונומיה של הניזוק היא שיקול מרכזי נגד כפיית טובת-הנאה עליו וגביית תשלום בגינה, יש לנקוט כללי זהירות מיוחדים על-מנת להבטיח שהניזוק לא ישלם בעבור טובת-ההנאה שקיבל יותר מכפי ערכה האמיתי לגביו. על-כן, כך ניתן לטעון, יש להעדיף טעויות הפועלות לטובת הניזוק על טעויות הפועלות לרעתו. פועל יוצא מכך הוא שכאשר קיים ספק אם מנקודת-המבט של הניזוק הוא אכן זכה בטובת-הנאה, אין לנכות אותה מן הפיצויים, אף אם קיים חשש שבשל כך יפוצה הניזוק מעבר לנזקיו: פיצוי-יתר עדיף בהקשר זה על פיצוי-חסר.

לאור זאת נבחן עתה כמה מן הדוגמות שבהן עולה שאלת ניכוי של טובת-הנאה שאומדן אינו קל. בדוגמה 3 (הולדה בעולה) עולה השאלה אם ראוי לנכות מן הפיצויים להורים שנולד להם ילד שהם לא חפצו בו את טובת-ההנאה הלא-ממונית שהם מפיקים מעצם קיומו של הילד. החשש לנכות טובת-הנאה זו נובע מן הקושי לאמוד אותה, ואולי אף מן הקושי לדעת אם היא אכן קיימת למעשה. קושי זה מתעצם לנוכח הרתיעה המובנת של ההורים – הנובעת גם מן החשש לפגוע בילד – מלטעון בבית-המשפט כי אין להם כל הנאה מן הילד ועל-כן אין לנכות מן הפיצויים שלהם טובת-הנאה כלשהי. אף דוגמה 2 (נישואים מחדש) מעלה קשיי אומדן. הן גם אם התלוי נישא מחדש, אין לדעת אם הנישואים החדשים יאריכו ימים. קשיי האומדן בולטים עוד יותר כאשר מדובר אך בסיכוי להינשא, אשר הערכתו תלויה במשתנים רבים ומגוונים. קשיי אומדן יכולים אם כן להסביר את רתיעתם של בתי-משפט שונים בארץ ובעולם מלנכות מן הפיצויים את טובת-ההנאה הן בדוגמה 3 והן בדוגמה 2.⁴³

בעיית האומדן בולטת אף בדוגמה 5 (החלפת ישן בחדש). בדוגמה זו תיקן הניזוק את רכבו על-ידי החלפת החלקים הישנים שנפגעו בתאונה בחלפים חדשים. עקב כך עלה ערכו של הרכב, והשאלה הנשאלת היא אם יש לנכות מן הפיצויים בגין הוצאות התיקון של הרכב את השווי של עליית ערכו. הקושי בהתרת ניכוי במקרה זה הוא קושי של אומדן: גם אם מחיר השוק של המכונית עלה, אין זו בהכרח טובת-הנאה מנקודת-מבטו של הניזוק. ייתכן שהניזוק אינו מתכוון למכור את רכבו בשנים הקרובות, וייתכן אף שהוא אינו מפיק הנאה כלשהי מכך שחלפים מסוימים ברכב הם חלפים חדשים. אדרבה, ייתכן שהניזוק מעולם לא היה מעלה בדעתו, אלמלא הפגיעה, להחליף את החלקים הישנים בחלפים חדשים, ועל-כן ספק אם ראוי לאפשר למזיק לכפות עליו טובת-הנאה כזו ולגבות ממנו מחיר בגינה.

43 אם כי בישראל, כאשר מדובר בנישואים מחדש בפועל, להבדיל מסיכויים להינשא, בתי-משפט מנכים את טובת-ההנאה מן הפיצויים. ראו לעיל ה"ש 10 והטקסט שלידה.

בעיה זו מחריפה ככל שערכה האובייקטיבי של טובת-ההנאה גבוה יותר, וככל שקיים ספק אם הניזוק מייחס לה את הערך הגבוה שלה. נניח שבמקום הפגיעה במכונת מדובר בהרס של בית ששווי עשרה מיליון שקל, ואשר לא היה מנוס מלבנותו מחדש. נניח עוד כי שווי השוק של הבית החדש הוא אחד-עשר מיליון שקל: מבחינה פונקציונלית מדובר בבית זהה לבית שנהרס, אלא שעקב היותו חדש שווי השוק שלו גבוה יותר. האם יש מקום לנכות מן הפיצויים בגין הוצאות הבנייה סך של מיליון שקל? מתן תשובה חיובית לשאלה זו משמעו שהניזוק צריך לגייס מיליון שקל (ממשאבים עצמיים או אף על-ידי נטילת הלוואה) על-מנת שיהיה לו בית הדומה עד כמה שאפשר לבית שהיה לו עובר לביצוע העוולה. אמת, מבחינה כלכלית מצבו של הניזוק יהיה בדיוק כפי שהיה עובר לביצוע העוולה: הוא יהיה בעליו של בית ששווי גבוה במיליון שקל משווי של הבית הקודם, והוא ישלם בשל כך מיליון שקל. עם זאת, במובנים אחרים מצבו יהיה רע יותר: יש להניח שאילולא נהרס הבית, לא היה הניזוק מעלה בדעתו להשקיע מיליון שקל בהעלאת ערכו של הבית במיליון שקל, גם אילו היה בידיו סכום כזה של כסף. במילים אחרות, אין זה ברור כלל ועיקר שהניזוק באמת קיבל טובת-הנאה ששווייה בעבורו הוא מיליון שקל. בהנחה שהוא לא התכוון למכור את הבית לפני שהוא נהרס, עליית השווי האובייקטיבית (במחיר השוק) אינה משקפת בהכרח את טובת-ההנאה הסובייקטיבית שבה "זכה". אכן, הזהירות מפני מתן פיצוי-חסר לניזוק מחייבת שגם אם יופחת מן הפיצויים סכום כסף כלשהו עקב עליית ערך הבית, רצוי שהוא יהיה נמוך מן ההפרש שבין שווי השוק של הבית החדש לבין שווי השוק של הבית הישן.

3. נזקים בלתי-מפוצים הקשורים לטובת-ההנאה

לעיתים טובת-ההנאה שבאה לניזוק עקב מעשה עוולה קשורה בטבורה לנזק שנגרם לניזוק ואשר אינו מפוצה. כאשר כך הם פני הדברים, לעיתים הפתרון הראוי הוא לא לנכות מן הפיצויים את טובת-ההנאה. דוגמה שעשויה להמחיש שיקול זה היא המקרה של פיצוי בגין הפסד השתכרות. אדם שנגרם לו הפסד השתכרות עקב כך שהוא עובד פחות שעות ביום, נהנה משעות פנאי רבות יותר בהשוואה לעבר. עם זאת, בתי-משפט אינם מנכים מן הפיצויים את טובת-ההנאה הזו של שעות פנאי רבות יותר. טעם אפשרי לכך הוא שבצד שעות הפנאי הרבות יותר יכול שהניזוק סובל תסכול וצער על כך שהוא אינו יכול לעבוד כפי שעבד בעבר, ומאחר שבגין נזק זה הוא אינו מפוצה, אין להפחית את פיצוייו בגין טובת-ההנאה הכרוכה בו.⁴⁴

גם אי-ניכוי של טובת-ההנאה שקיבלו ההורים מעצם קיומו של ילדם הבלתי-רצוי (דוגמה 3 – הולדה בעוולה) יכול להיות מוסבר בקיומם של נזקים בלתי-מפוצים. אכן,

44 בנימוק זה – של אי-ניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים מכיוון שהיא נלווית לנזק בלתי-מפוצה – עשה בית-המשפט העליון שימוש בעבר כאשר קבע כי אין לנכות מן הפיצויים שהתלויים-היורשים זכאים להם את טובת-ההנאה הנובעת מהאצת הירושה. ראו לעיל ה"ש 30.

גם אם ההורים זוכים בטובת-הנאה מקיומו של הילד, ייתכן שבצד טובת-הנאה זו הם חווים צער ועוגמת-נפש. נזקים אלה אינם מפוצים, ואולי בשל כך אין זה ראוי לנכות מן הפיצויים את טובת-ההנאה שבה זכו.

גם את אי-ניכוייה של טובת-ההנאה בדוגמה 4 (שיפור השתכרות) ניתן להסביר על בסיס השיקול של נזקים בלתי-מפוצים. באותו מקרה עלתה השאלה אם יש לנכות מן הפיצויים בגין ההוצאות הרפואיות או בגין הכאב והסבל את ההפרש שבין השתכרותו הנוכחית של הניזוק לבין ההשתכרות שהייתה לו אלמלא העוולה. כזכור, שיפור ההשתכרות של הניזוק נבע בדוגמה 4 מהחלפת עיסוק. החלפת העיסוק, כך אפשר להניח, מהווה ויתור כלשהו מצידו של הניזוק, שאם לא כן הוא היה בוחר בעיסוק החדש מלכתחילה עוד בטרם נפגע. ויתור זה מהווה נזק בלתי-מפוצה, ועל-כן אף טובת-ההנאה הנובעת ממנו אינה צריכה להיות מנוכה מן הפיצויים.⁴⁵

פרק ד: דיני עשיית עושר ודיני ניכוי טובות-הנאה

כפי שהוסבר לעיל, דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם מאפשרים בדרך-כלל לאדם ליצור טובת-הנאה לאדם אחר שלא ביקש אותה ולגבות ממנו תשלום בגינה. עם זאת, כאשר טובת-ההנאה נלווית לנזק, המצב שונה: המזיק שהביא לידי יצירתה של טובת-ההנאה עשוי להיות זכאי לניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים, וכך לזכות למעשה בתשלום בגינה.⁴⁶ אף שניתן להצדיק את מה שנראה במבט ראשון כאנומליה, אי-התאמה זו בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני הנזיקין עלולה לגרום לעיוותים בתמריצי ההתנהגות של המזיק. הדוגמה הבאה תמחיש עיוות תמריצים כזה.

דוגמה 8: בניית הפארק – אדם בונה על מקרקעיו פארק אשר גורם נזק של 100 לשכנו. הפארק יוצר לשכן גם תועלת (כלומר, טובת-הנאה) של 90. הבעלים היה יכול לבנות את הפארק כך שייצור תועלת של 100 לשכן ולא יגרום לו כל נזק.

⁴⁵ המצב שונה אם הפגיעה בניזוק הביאה אותו לידי הבנה כי העיסוק החדש טוב לו יותר מזה הקודם, באופן שלא היה יכול להתרחש אלמלא התאונה. ראו ע"א 2543/04 **עובון אליהו נ' עוואללה**, 5-6 (פורסם בנבו, 2.1.2007). באותו מקרה דובר בתביעת תלויים ויורשים שהוגשה לאחר מותו של אב המשפחה, אשר עיקר הכנסתו הייתה מהשכרת בניין שהיה בבעלותו. לאחר המוות עברה אשתו לנהל את העסק, וההכנסות מהבניין עלו (כנראה מכיוון שהיא מנהלת מוכשרת יותר). ניתן לטעון כי לפני התאונה לא הייתה העדפה ברורה של אם המשפחה לא לנהל את העסק, ושהתאונה היא שפתחה לפניו אפשרות זו. אולם ניתן לחלוק על דרך ניתוח זו ולטעון כי אף במקרה זה המעבר של אם המשפחה לניהול העסק היווה ויתור שהיא נאלצה לעשות עקב מות בעלה. מכל מקום, בית-המשפט לא התיר באותו עניין לנכות מתביעת התלויים את גידול ההכנסות. שם, פס' 6-7. תודה לאהוד גוטל על חידודה של נקודה זו.

⁴⁶ ראו לעיל תת-פרק 23.

אולם העלות של בניית הפארק בדרך הראשונה נמוכה ב-20 מאשר בדרך השנייה.

ברור על פניו שמנקודת-מבט חברתית טוב יותר שבניית הפארק תיעשה בדרך השנייה. אולם בהנחה שטובת-ההנאה מנוכה מן הפיצויים, ובהנחה נוספת שאדם אינו זכאי לתשלום בגין טובת-ההנאה שלא התבקשה, יש חשש שהבעלים של המקרקעין יבחר לבנות את הפארק בדרך הראשונה. אם יבחר בדרך הראשונה, הוא יישא בפיצוי של 10. אם יבחר בדרך השנייה, הוא לא יישא בפיצוי כלשהו, אך גם לא יקבל תשלום כלשהו בגין טובת-ההנאה שיצר. מאחר שעלות הבנייה בדרך הראשונה נמוכה ב-20 מעלות הבנייה בדרך השנייה, הבעלים של המקרקעין יבחר בדרך הראשונה, שהינה זולה יותר בעבורו.⁴⁷

כדי שהבחירה של הבעלים בין שתי הדרכים תהיה יעילה, צריך שהוא יפנים הן את הנזקים והן את טובת-ההנאה שהוא יוצר לאחרים, בין שבחר בדרך הראשונה ובין שבחר בדרך השנייה. החצנה של נזקים או טובת-ההנאה עלולה לגרום לבחירה לא-יעילה בין שתי דרכי הפעולה. בדוגמה שלנו, בחירה בדרך הראשונה תביא לידי כך שהבעלים יפנים את הנזק וטובת-ההנאה, ואילו בחירה בדרך השנייה תביא לידי כך שהבעלים יחצין את טובת-ההנאה. באופן ספציפי יותר, בעוד שבחירה בדרך הראשונה תביא לידי כך שהבעלים יקבל "תשלום" על טובת-ההנאה שיצר, הוא לא יקבל תשלום דומה אם יבחר בדרך השנייה. לכן, אף שהדרך השנייה היא היעילה יותר מבחינה חברתית, הבעלים לא יבחר בה.

אי-היעילות עשויה להיפתר אם הבעלים יצליח להגיע להסכמה חוזית עם השכן שעל-פיה ישולם לו סכום כסף גבוה מספיק אם הוא יבחר בדרך השנייה. אך הנחת הדוגמה היא שהסכמה כזו עלולה להיות קשה להשגה בשל קיומן של הוצאות עסקה גבוהות. אומנם, אם מדובר בשכן אחד, ייתכן שתושג הסכמה כזו, אך אם קיימים שכנים רבים, השגת הסכמה עלולה להיות קשה מאוד, שכן כל אחד מן השכנים יסרב לשלם לבעלים על הבחירה בדרך השנייה, מתוך מחשבה שהוא יוכל להיות טפיל על השכנים האחרים: הרי אם השכנים האחרים ישלמו לבעלים ובעקבות זאת הוא יבחר בדרך השנייה, אף השכן שסירב לשלם יוכל ליהנות מבחירה זו.⁴⁸

אין מטרתו של פרק קצר זה לטעון כי יש להימנע מלנכות טובת-ההנאה מן הפיצויים מכיוון שבמקרים מסוימים יביא הניכוי לידי כך שמזיקים יעדיפו באופן לא-יעיל דרכי פעולה הכרוכות ביצירת טובת-ההנאה עם נזקים בצידן על דרכי פעולה הכרוכות ביצירת

47 הנחת הדוגמה היא שאי-אפשר להטיל אחריות כלשהי על הבעלים בגין עצם הבחירה בדרך הראשונה, ולא בדרך השנייה. הנחה זו היא מציאותית, שכן הבחירה בין שתי דרכי הפעולה עניינה ברמת פעילות, ולא באמצעי זהירות. אי-בחירה ברמת פעילות יעילה אינה מזכה בפיצוי על-פי דיני הרשלנות הנוהגים. ראו פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 36–39.

48 ראו ביתר פירוט Porat, *Unrequested Benefits*, לעיל ה"ש 41; פורת "בעד הרחבתה של חובת ההשבה", לעיל ה"ש 41.

טובות-הנאה בלא נזקים בצידן. אדרבה, אם במקרה מסוים מוצדק לנכות טובות-הנאה מן הפיצויים על-פי אמות-המידה המוצגות בפרקיו הקודמים של מאמר זה, אזי אי-ניכוי עלול לעוות את תמריצי המזיק וליצור הרתעת-יתר. אומנם, כפי שראינו זה עתה בדוגמה 8, ניכוי שהינו מוצדק לכאורה עלול ליצור עיוות ברמת פעילותו של המזיק. אך הימנעות מניכוי תיצור עיוות אחר. לכן כל מטרתו של פרק זה היא אך לומר כי בעת עיצובו של הדין – הן באשר לניכוי טובות-הנאה מן הפיצויים והן באשר לזכאותו של יוצר טובת-הנאה שלא התבקשה לתשלום בגינה אף בהעדר נזק – יש להיות מודע לתוצאות האפשריות של אי-התאמה בין דיני הנזיקין לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט.

סיכום ומסקנות

הטבלה דלהלן מסכמת את הדיון בדוגמות שנידונו במאמר לפי שני תנאי-הסף לניכוי טובות-הנאה ושלושת השיקולים לאי-ניכוי טובות-הנאה.⁴⁹ דוגמות אלה מייצגות סוגי מקרים מרכזיים שבהם עולה שאלת ניכוי של טובות-ההנאה.

	טובת-הנאה חברתית?	הגדלת ההסתברות?	פגיעה בתמריצי הניזוק?	קשיי אומדן?	נזק לא- מפוצה?
1. התרסקות המטוס	לעיתים	לא	לא	לא	לא
2. נישואים מחדש	ייתכן שלא	כן	כן	כן	לא
3. הולדה בעוולה	כן	כן	לא	כן	כן
4. שיפור השתכרות	כן	לא	כן	לא	כן
5. החלפת ישן בחדש	כן	כן	לא	כן	לא
6. תרומות	לא	כן	לעיתים	לא	לא
7. ירושת תלויים	לא	כן	לא	לא	לא

התשובה לשאלה הכללית אם ראוי לנכות טובות-הנאה מן הפיצויים שהניזוק זכאי להם נראית במבט ראשון טריוויאלית כמעט: אם מטרתם של דיני הנזיקין היא להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, מצד אחד, ולקדם הרתעה יעילה, מצד אחר, אזי ניכוי טובות-הנאה מן הפיצויים הוא הכרחי.

הדיון במאמר בא ללמד כי ההפך הוא הנכון: במקרים רבים ניכוי טובות-ההנאה אינו מוצדק. ככל שמדובר במטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין, אין לנכות טובות-הנאה אם היא פרטית, ולא חברתית, או אם ההתנהגות העוולתית לא הגדילה את ההסתברות

49 דוגמה 8 (בניית הפארק) אינה נכללת בטבלה שכן היא לא נותחה לפי שני תנאי-הסף לניכוי טובות-הנאה ושלושת השיקולים לאי-ניכוי טובות-הנאה שבמרכזו של מאמר זה.

שטובת-ההנאה שנוצרה אכן תיווצר. זאת ועוד, גם אם טובת-ההנאה עונה על שני תנאי-הסף, קיימים שיקולים שונים שעשויים לשכנע כי התועלת בניכוי טובת-ההנאה קטנה מנזקיו: לעיתים הניכוי ישפיע לרעה על תמריצי הניזוק; לעיתים יהיה ספק אם הניזוק קיבל טובת-הנאה על-פי אמות-המידה הסובייקטיביות שלו או יהיה קשה לאמוד את גודלה של טובת-ההנאה לגביו; ולעיתים יתעורר חשש שלצד טובת-ההנאה יש נזק בלתי-מפוצה. בשל שיקולים אלה יכול שיהיה מקום לא לנכות את טובת-ההנאה מן הפיצויים. לעיתים המסקנה שניכוי אינו רצוי תהא ברורה מאליה: למשל, אם קיימים נזקים בלתי-מפוצים משמעותיים, אזי ברור למדי שאי-ניכוי יוצדק בשיקולי הרתעה, ואף יעלה בקנה אחד עם המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו. במקרים אחרים עשוי להתעורר רק ספק באשר לתועלתו של הניכוי, עם שיקולים לכאן ולכאן: למשל, אם ניכוי טובת-הנאה ישפיע לרעה על תמריצי הניזוק, אזי אי-ניכוי ישפר את תמריצי הניזוק; מאידך גיסא, אי-ניכוי עלול לפגוע בתמריצי המזיק, אשר יישא ביותר מן הנזקים שגרם, ואף להביא לידי פיצוי-יתר של הניזוק. באופן דומה, אם טובת-ההנאה קשה למדידה או כאשר אין זה ברור אם הניזוק הפיק טובת-הנאה בכלל, ניכוי טובת-ההנאה עלול להביא לידי פיצוי-חסר והרתעת-חסר; מאידך גיסא, אי-ניכוי עלול להוביל לפיצוי-יתר ולהרתעת-יתר. לפיכך, אף שבכל המקרים שנידונו במאמר זה, ואשר מסוכמים בטבלה לעיל, קיים שיקול אחד לפחות נגד ניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים, אין כל הכרח שהמסקנה הסופית תהא אי-ניכוי. כך, למשל, במקרה של החלפת נכס ישן שניזוק בנכס חדש, על-אף קשיי האומדן, אין הכרח שמסקנת בית-המשפט תהיה לא לנכות את טובת-ההנאה מן הפיצויים. באופן דומה, במקרה של הולדה בעוולה, על-אף קשיי האומדן והחשש לנזקים בלתי-מפוצים, אין זה בלתי-אפשרי שהמסקנה הסופית תהא שניכוי אינו מוצדק.

מכאן שההכרעה בשאלה אם בסוג מקרים נתון אשר עבר את שני תנאי-הסף ניכוי טובת-ההנאה רצוי או בלתי-רצוי צריכה להיעשות תוך מתן משקל הולם לכל השיקולים שנידונו במאמר. הכרעה זו צריכה להיעשות ביחס לסוגי מקרים, ולא ביחס לכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו המיוחדות, שאם לא כן תגבר אי-בהירותו של הדין (בצד הגדלת הוצאות ההתדיינות) ותקטן יכולתו לכוון התנהגויות. כך, למשל, השאלה אם יש לנכות את טובת-ההנאה שבאה לתלוי עקב נישואיו (או סיכויי נישואיו) מחדש (דוגמה 2) אינה צריכה להיבחן כל פעם מחדש על-פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה, אלא באופן כללי, קרי, ביחס למקרה הטיפוסי שבו עולה שאלת ניכוי של טובת-ההנאה שבאה לתלוי עקב נישואים (או סיכוי להינשא) מחדש.

טובת-ההנאה ונזקים – או דברים טובים ודברים רעים – באים יחדיו לא רק בתחום דיני הנזיקין, אלא גם בתחומי משפט אחרים. בתחום המשפט הפלילי, למשל, אדם יכול לגנוב מאדם ואגב כך למנוע פיגוע טרור. האם ראוי להרשיע אותו על הגנבה תוך התעלמות מטובת-ההנאה שיצר?⁵⁰ בתחום המשפט החוקתי המדינה עשויה להפקיע

50 מקרה כזה אירע בישראל בשנת 1997. מוטי אשכנזי גנב תיק בחוף הים בתל-אביב. כאשר פתח את התיק הבחין במטען חבלה. הוא רץ למלון סמוך ושם ביקש מפקידת הקבלה לקרוא לכוחות משטרה

חלק מרכושו של אדם כדי לפתח את הסביבה, ואגב פיתוח הסביבה להעלות את שוויו של אותו חלק רכוש שלא הופקע. האם יש להביא בחשבון את טובת-ההנאה הזו בעת מתן הפיצוי לאותו אדם בגין החלק שהופקע?⁵¹ לבסוף, בתחום דיני החוזים, האם הפיצויים לנפגע מהפרת חוזה אשר זכה בטובת-הנאה מן ההפרה יופחתו בהכרח בגובה טובת-ההנאה? מתן מענה לשאלות אלה יידחה להזדמנות אחרת.

שינטרלו את מטען החבלה. מאוחר יותר נמנעה המשטרה מהעמדתו של אשכנזי לדין בגין גנבת התיק, ואף סגרה לו תיקים אחרים בגין עברות סמים. מבוסס על יוסי יהושוע "הגנב שהשתקם ילכוד גנבים בחוף" *ynet* 26.6.2002 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-1964798,00.html. להרחבה על תיאוריות שונות במשפט הפלילי להתמודדות עם מצבים כאלה ודומים להם, ראו פול ה' רובינסון "גניבת הפצצה – למהותן של הגנות ההצדק" *עיוני משפט* כב 65 (1999).

51 לדין על היחס בין גריעת מקרקעין לבין השבתתם ראו חנוך דגן *קניין על פרשת דרכים* 176–185 (2005). על-פי טענתו של דגן, כאשר יש כמה תוכניות משביחות אך ביניהן גם תוכנית פוגעת, יש לבחון כל מהלך תכנוני באופן נפרד. שם, בעמ' 181–182.

