

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10064/02

וערעור שכנגד

בפני :  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופט ס' ג'ובראן

1. המערערות (המשיבות שכנגד) : "מגדל" חברה לביטוח בע"מ  
2. "אבנר" איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ

נגד

1. המשיבים (המערערים שכנגד) : רים אבו חנא  
2. נאדיא אבו חנא

ערעור וערעור שכנגד על פסק-דין של בית-המשפט  
המחוזי בחיפה מיום 17.10.02 בת.א. 621/98 שניתן על-  
ידי כבוד השופט ח' פיזם

תאריך הישיבה : כ"א בסיון התשס"ה (28.6.05)

בשם המערערות (המשיבות שכנגד) :  
עו"ד שגיא בצלאל

בשם המשיבים (המערערים שכנגד) :  
עו"ד מטאנס שאער

### פסק-דין

השופט א' ריבלין:

1. המשיבה – היא המערערת שכנגד – נפגעה בתאונת-דרכים בהיותה תינוקת בת חמישה חודשים בלבד. בית-המשפט המחוזי אמד את נזקיה, ובכלל זה את הפסדי ההשתכרות הצפויים לה בעתיד. בגין ראש הנזק הזה האחרון נתגלעה מחלוקת עקרונית בין הצדדים, והיא נוגעת לזכותם של קטינים שניזוקו עקב מעשה עוולה, לקבל פיצוי

בגין הפסד כושר ההשתכרות העתידי שלהם בלא קשר לשייכותם למגזר, משפחה או מגדר מסוימים.

רקע

2. רים אבו חנא, היא המשיבה 1 והמערערת שכנגד (להלן: רים אבו חנא או המשיבה), נפגעה כאמור בתאונת דרכים והיא בת חמישה חודשים. תביעת הפיצויים הוגשה באמצעות המשיבה 2 – אימה של המשיבה והאפוטרופסית הטבעית שלה (להלן: האם), בהסתמך על חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן: חוק הפיצויים). הדיון בפנינו – כמו הדיון בבית המשפט קמא – יוחד לשאלת גובה הנזק.

בית המשפט המחוזי בחיפה (כבוד סגן הנשיא ח' פיוס) העמיד את נכותה הרפואית המשוקללת של המשיבה על 44% לצמיתות. מאחר ולמשיבה נכות של 5% שאינה נובעת מן התאונה, ראה בית המשפט לחשב את נכותה הרפואית על בסיס של 95%, ומצא לפיכך כי הנכות בגין התאונה עולה כדי 43.7%. בית המשפט פסק למשיבה סכום של 91,160 ש"ח בגין כאב וסבל, סכום גלובאלי של 100,000 ש"ח בגין הוצאות רפואיות בעבר ובעתיד וכן פיצוי בסך של 35,000 ש"ח בגין הוצאות הנסיעה לטיפולים הרפואיים. בגין הפגיעה הנורולוגית הקשה שנגרמה למשיבה, שבעקבותיה – להערכת בית המשפט – היא "תיזקק לעזרה בלימודים וברכישת מיומנויות בחיים וכן עזרה כללית בגין נכותה", הוסיף בית המשפט ופסק לה פיצוי גלובלי בסך של 400,000 ש"ח.

3. בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות פסק בית המשפט קמא למשיבה, לאחר ששמע את טענות הצדדים בעיין זה, סכום גלובלי, וכך הסביר זאת:

לדעתי, אין להגזים בהפחתת הפיצוי המגיע לתובעת בגין היותה בת כפר ריינה, או מחמת שרבות מנשות הכפר לא משתכרות מחוץ לעבודות הבית, שכן תנאי החיים עשויים להשתנות, וכן הנטייה המקובלת בעולם היא, להשוות עד כמה שאפשר את תנאי החיים והפרנסה של גברים ונשים (ע"א 685/79 אטרש נ' מעלוף ואח' וערעור שכנגד פ"ד לו (1) 626, 630). בכל זאת, ומאחר ואין כמעט כל נתון, שעל פיו ניתן להעריך את סיכויי ההשתכרות של התובעת, עדיף שאפסוק גם בראש נזק זה פיצוי גלובלי, בהתחשב בכך, שאין עדיין אינדיקציות מה תחום התעניינותה של התובעת, מה תהא השכלתה, דרכה והכשרתה (שס, עמ' 630). אין מנוס מקביעת מפסיקת הפסד שכרה המשוער באופן גלובלי, תוך שאני מביא בחשבון את השכר הממוצע

במשק, את השכר הממוצע בכפר ריינה, את הרקע הסוציאקונומי של התובעת וכן את המתח שבין גיל הפרישה מעבודה, שהוא 65 שנה, לבין האפשרות של שכירים מסוגים שונים להמשיך ולהשתכר עד גיל 70 שנה ובהתחשב בהיוון.

בית המשפט קמא הביא בחשבון האומדן את כל השיקולים הללו והעמיד את הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות של המשיבה על סך של 500,000 ש"ח. כמו כן, פסק לה הפסד פנסיה ותנאים סוציאליים בסכום של 85,000 ש"ח. מסכום הפיצוי הכולל הפחית בית המשפט קצבת ילד נכה ששולמה למשיבה על-ידי המוסד לביטוח לאומי, בסך של 41,721 ש"ח. עם זאת, סבר בית המשפט כי בהתחשב בנכותה הרפואית של המשיבה, נראה כי היא לא תהא זכאית לקצבאות נוספות מטעם המוסד לביטוח לאומי, ולפיכך, מיאן להפחית סכום נוסף או להקפיא חלק מסוים מהפיצוי.

פסק-דין זה הוא העומד ביסוד הערעור והערעור שכנגד.

4. המערערות טוענות כי חלק מנכותה של המשיבה נובע מהזנחה טיפולית, אשר יש בה כדי לנתק את הקשר הסיבתי שבין חלק זה בנכות לבין התאונה. כיוון שכך, ולאור הראיות בנוגע למצבה של המשיבה, סבורות המערערות כי יש להפחית משיעור נכותה הרפואית. המערערות מלינות על גובה הפיצוי שניתן למשיבה בגין הפסד כושר השתכרותה לעתיד. לטענתן, הסכום שנפסק בראש נזק זה משקף, בפועל, אף כי לא במפורש, חישוב אקטוארי על יסוד השכר הממוצע במשק. השימוש בשכר הממוצע במשק כקנה מידה לאומדן השתכרותה האפשרית של המשיבה, כך סבורות המערערות, אינו הולם; לשיטתן, מקום בו ישנן ראיות אובייקטיביות ואינדיקציות ממשיות, אשר על פיהן ניתן לקבוע את פוטנציאל ההשתכרות הממשי של הניזוק, יהיו הן עדיפות, בהיותן משקפות את הנזק האמיתי שנגרם ומגשימות את העקרון של השבת המצב לקדמותו. המערערות גורסות כי בית המשפט קמא שגה בהתעלמו מהנתונים שהוכחו ביחס למשיבה, לאמור: "הרקע האישי-המשפחתי, הרגלי העבודה במיגזר אליו משתייכת המשיבה, והעיקר [מ]נתוני השכר הממוצע בכפר ריינה – מקום מגוריה של המשיבה".

עוד טוענות המערערות, כי יש לבטל את הפיצוי שנפסק למשיבה בגין "אובדן הפסדי פנסיה ותנאים סוציאליים", וזאת בהעדר כל וודאות שהיא הייתה אכן משתלבת בעבודה כשכירה. גם הפיצוי בגין "עזרה בלימודים ועזרה כללית" גבוה יתר על המידה, לדעתן, משאין המשיבה זקוקה לעזרה, בתפקודיה היומיומיים, ברמה החורגת מן הסיוע

לו היא זכאית במסגרת ציבורית, על-פי חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988. בנוסף, גורסות המערערות כי הטיפולים הרפואיים להם נזקקת המשיבה, ככל שהיא נזקקת, יכולים להינתן לה במסגרת הציבורית, מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ועל-כן, לא הייתה כל הצדקה לפסוק לה פיצוי בראש נזק זה. אליבא דמערערות, שגה בית המשפט קמא גם עת דחה את בקשתן לנכות או להקפיא מסכום הפיצויים שנפסק את ערכן המהוון של קצבאות המוסד לביטוח לאומי, להן עשויה המשיבה להיות זכאית בהגיעה לבגרות, בהתחשב בנכויותיה.

5. המשיבה (המערערת שכנגד) סבורה כי סכום הפיצוי שנפסק לה בגין הפסד ההשתכרות נמוך מכפי שהיה נפסק לו היה בית המשפט נסמך על חישוב אקטוארי המבוסס על השכר הממוצע במשק. לדידה, אחד השיקולים שעמד לנגד בית המשפט – ההתחשבות בשכר הממוצע בכפר מגוריה – הנו שיקול זר, הנוגד את עקרון השוויון. עוד טוענת המשיבה, כי שיעור נכותה התפקודית גבוה משיעור נכותה הרפואית, וכי היה על בית המשפט לחשב את הפסד השתכרותה עד הגיעה לגיל 70. המשיבה קובלת על הפיצוי הנמוך, לדעתה, בסך 400,000 ש"ח, שנפסק לה בגין עזרת צד ג'. סכום זה, לדבריה, אינו משקף את העזרה לה נזקקה מאז התאונה ועד היום ואת העלייה בצרכיה בעזרה ובהשגחה. המערערת מוסיפה וטוענת כנגד גובה הפיצוי שנפסק לה בגין הוצאות הניידות המוגברות להן היא נדרשת. אשר לניכויי קצבאות המוסד לביטוח לאומי, סבורה המשיבה כי "רק במידה ובית המשפט היה מחשב את הפסד השתכרותה המלא בעתיד לפי בסיס חישוב של השכר הממוצע במשק, או לכל הפחות 75% מגובה השכר הממוצע במשק, רק אז היה מקום להפחית באופן רעיוני שווי גמלת נכות כללית", וכי "רק באם יתקבלו טענות התובעת לענין החישוב, יתקבלו טענות הנתבעות לענין הניכוי".

6. כאמור, במרכז המחלוקת בין הצדדים עומדת שאלת הפיצוי בגין הפסדי ההשתכרות בעתיד. בעניין זה כרוכה שאלה בעלת חשיבות עקרונית, המצריכה את התייחסותנו. בסוגיה זו סבור אני כי דין הערעור שכנגד להתקבל. כן מצאתי כי יש להורות על הקפאת סכום מתוך הפיצויים, בגין גמלת נכות צפויה, כפי שלמעשה מוסכם על הצדדים בהינתן השינוי בחישוב הפסדי ההשתכרות. ביתר הסוגיות אין לטעמי מקום להתערבותנו. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנות אליהן הגיע לפי החומר שהיה בפניו, העדויות שנשמעו והראיות שהובאו. לא מצאתי כי מסקנותיו, ובפרט אלה שנסמכו על אומדן גלובאלי, מצריכות התערבות.

7. ראש הנזק של הפסד ההשתכרות משמש, תכופות, מרכיב מרכזי בפסיקת הפיצויים בגין נזקי גוף. בבואו לשום את הפיצוי בגין ראש הנזק הזה נדרש בית המשפט להעריך את יכולת ההשתכרות של הנפגע קודם לתאונה, לבדוק את חומרת הפגיעה בנפגע ואת השפעתה על יכולת השתכרותו, ולפסוק סכום המשקף את הפער שנוצר בשל התאונה בין כושר ההשתכרות עובר לתאונה לבין זה שנותר בידי הנפגע לאחר התאונה ומחמת התאונה. קביעת דמי הנזק בראש נזק זה מחייבת את בית המשפט להביא בחשבון נתונים ותחזיות: נתונים בדבר כישוריו, נסיבותיו ועיסוקיו של הניזוק קודם לתאונה וקודם לפסק-הדין, ותחזיות באשר לנזקים הצפויים לו בעתיד. תחזיות אלה מתייחסות, עתים, גם לעבר, לאמור: מה היתה, אלמלא התאונה, רמת השתכרותו של הניזוק בתקופת שמיום התאונה ועד יום פסק-הדין. ובכל הנוגע לעתיד – יש לבחון מה שכר היה צפוי לו לניזוק בתקופה שראשיתה ביום פסק-הדין וסופה בתום תוחלת גיל העבודה של הניזוק. תחזיות אלה, לרבות התחזית בדבר עצם גיל העבודה, הן שהביאו את בית המשפט לומר, כי "בחישוב פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות לימים יבואו, נדמים אנו בעינינו כמו היינו מהלכים בארץ הפלאות של עליסה, ארץ בה ניחוישים והשערות הן עובדות, ותקוות ומישאלות-לב הן מציאות. הוטל עלינו לגלות את צפונות העתיד - עתיד שיהיה ועתיד שלא יהיה - ואנו לא נביאים אנו ולא בני-נביאים" (דברי המשנה לנשיא (אז השופט) מ' חשין בע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802).

שומת הנזק בגין ראש הנזק של אובדן כושר השתכרות אינה פשוטה אפוא. לא אחת היא ספקולטיבית. להון האנושי אין מחיר שוק. בית המשפט נדרש, כאן כמו בראשי נזק אחרים, לשוות לנגד עיניו מאזני צדק כפולים – מאזנים חיצוניים ומאזניים פנימיים. על כף אחת של המאזניים החיצוניים מונחת משקולת "אלמלא", הבוחנת את מצבו של הניזוק אלמלא התאונה. על הכף האחרת של המאזניים החיצוניים מונחת משקולת "עקב", הבוחנת את מצבו של הניזוק עקב התאונה. מטרת הפיצוי היא לעיין את המאזניים. לשם כך יש להביא בחשבון גם את נטייתם של המאזניים הפנימיים, המתפצלים מכף ה"עקב" שבמאזניים החיצוניים. על הכף האחת של המאזניים הפנימיים מונחת משקולת ה"הפסד". יש לבדוק את הפסדיו של הניזוק עקב התאונה. על הכף האחרת מונחת משקולת ה"רווח". יש לבחון את היתרונות ואת ה"הרווחים" שצמחו לניזוק - אם צמחו - עקב התאונה. שקילה זו ערלות לב יש בה שהרי הלב היה מבקש "לא מעוקצך ולא מדובשך" – אך מגבלות הפיצוי, בכסף, את שאינו תמיד שווה כסף, הן המצוות עלינו לשקול את חסרון הכיס ואת היסף. שקילת ההפסד והרווח,

שנגרמו לניזוק עקב התאונה, נותנת תמונה שלמה של מצבו הכתר-תאונתי של הניזוק, ומאפשרת העמדתו אל מול מצבו של הניזוק אלמלא התרחשות התאונה. או-אז, ניתן יהיה לפסוק לניזוק סכום ששייב למקומו את האיזון שנפגע בעקבות התאונה (ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 510-511).

8. דימוי המאזניים אינו בא אלא לשקף את התכלית החשובה של הפיצוי בדיני הנזיקין, לאמור: השבת מצבו של הניזוק לקדמותו. אמנם "השבת המצב לקדמותו" כפשוטה אינה אפשרית, אך יש בהצבת תכלית זו כדי לבטא את השאיפה להעמיד את הניזוק, ככל הניתן באמצעים כספיים, במצב בו היה נתון אלמלא מעשה העוולה (ראו א' ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט (1983) 243, 249-251). עמדה זו מבוססת, בין היתר, על גישת הצדק המתקן (Corrective Justice), לפיה דיני הנזיקין נועדו לפצות על עוולותיו של פרט אחד כלפי אחר, תוך שימת דגש על האחריות האישית של המזיק לפצות את הניזוק בגין ההתנהגות שגרמה לנזק (לדיון בגישת הצדק המתקן ראו Jules L. Coleman, "The Practice of Corrective Justice" *Philosophical Foundations of Tort Law* (David G. Owen, George ; Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995) ; Editor, 1995) 53 P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 *Harv. L. Rev.* 537 (1972)). התפיסה היא כי נזקו של הניזוק – ולא התנהגותו או יכולתו של המזיק – הוא המכריע בקביעת הפיצויים. "הפיצוי נקבע על-פי הנזק, שבגיניו מוטלת אחריות. ביסוד הפיצוי עומד הנזק, אותו יש להעריך ולכמת. צרכיו של הניזוק – ולא יכולתו של המזיק – הם העומדים ביסוד הערכת הנזק בנזיקין" (ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762). הפיצוי הוא סעד "תרופתי" ולא עונשי. הוא נועד להסיר את הנזק ולהיטיבו (ברק, במאמרו הנ"ל, בעמ' 246). תפיסות יסוד אלה מתוות את הדרך גם בפסיקת הפיצויים בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות.

9. ביסוד הפיצוי בדיני הנזיקין ניצבת התפישה האינדיווידואלית. "ביסוד הערכת הנזק ומתן הפיצויים בנזיקין עומדת הגישה האינדיווידואליסטית. דיני הערכת הנזק בנזיקין אינם מבוססים על גבול סטטוטורי עליון או על גבול סטטוטורי תחתון לשיעור הפיצוי... הדין מבוסס על התמקדות בנזק האינדיווידואלי שהתרחש לניזוק, ואשר לגביו אחראי המזיק, ובצורך להשיב את מצבו לקדמותו" (ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762). על-כן, הפסד ההשתכרות של הניזוק נקבע על-פי ההשתכרות האינדיווידואלית שלו. בהסדרים סטטוטוריים מיוחדים, כמו חוק הפיצויים, הונהגה, בד בבד עם הטלת האחריות המוחלטת, שיטה "תעריפית", הקובעת תקרה לבחינה

האינדיווידואלית. ודוק: מתחת לתקרה, ממשיכה לשלוט, ככל שמדובר בפיצוי בגין הפסד השתכרות, הגישה האינדיווידואלית (ראו סעיף 4 לחוק הפיצויים והשוו להסדר הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני, הנקבע כולו לפי מודדים אובייקטיביים-טכניים – ע"א 235/78 הורנשטיין נ' אוהבי, פ"ד לג(1) 346; ע"א 2801/96 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יפרח, פ"ד נה(1) 817).

נקדים ונאמר, כי התפיסה האינדיווידואלית אינה גורעת מן ההיתר לסמוך, במקרים המתאימים, על "הנחות עבודה", שאינן אלא חזקות עובדתיות שנתגבשו מכוח ניסיון החיים, והן מתבססות, בין השאר, על נתונים הסתברותיים-סטטיסטיים, על המציאות המשפטית ועל המציאות הכלכלית. בין החזקות האלה ניתן למנות את חזקת ההמשכיות לגבי טיב העיסוק ומקום התעסוקה של הנפגע, את חזקת התלות של קטינים ובני זוג – אשה וגבר – באחר לצרכי קיום ופרנסה, את חזקת גיל הכניסה לשוק העבודה ואת חזקת גיל הפרישה מעבודה, את החזקות בדבר תוחלת החיים הרגילה ואת החזקות העובדתיות בדבר רמת השכר "הרגילה". חזקה זו האחרונה מקרבת אותנו אל הסוגיה שבפנינו.

אובדן השתכרות של קטין

10. ניזוק שנפגע בתאונה בעודו קטין, או קודם שהחל את דרכו בשוק העבודה, זכאי גם הוא לפיצוי בגין הגריעה הצפויה בעתיד מיכולת ההשתכרות שלו. כמו לגבי הניזוק-הבוגר, כך גם לגבי הניזוק-הקטין, הפיצוי בראש נזק זה נקבע על-פי ההפרש בין מה שהיה משתכר הניזוק אלמלא התאונה, לבין השתכרותו במומו (ע"א 79/65 מפעלי פלדה ישראליים בע"מ נ' מלכה, פ"ד יט(2) 266). אכן, הפיצוי בראש הנזק שבו אנו דוברים ניתן עבור הפסד כושר ההשתכרות ולא עבור הפסד ההשתכרות. מתוך תפיסה זו נובעת המסקנה, כי גם ניזוק שטרם החל לעבוד (ילד) או ניזוק שהפסיק לעבוד (עקרת-בית) זכאי לפיצוי, חרף העובדה שבעת הפגיעה לא הייתה לו השתכרות בפועל. יחד עם זאת, המבחן על-פיו נקבע – בהווה – ערך ההשתכרות שהניזוק עשוי היה להפיק מכושר השתכרותו לולא התאונה, הוא מבחן ההשתכרות המוחשית, שהניזוק עשוי היה להשתכר על-ידי ניצול יכולתו, הלכה למעשה (דברי הנשיא ברק בע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281). לפי גישה זו, הפגיעה בפוטנציאל ההשתכרות היא בבחינת נזק בר-פיצוי, ובלבד שקיים סיכוי, שאינו אפסי או ספקולטיבי לגמרי, כי פוטנציאל זה אמנם היה מתממש. כושר ההשתכרות נתפס כנכס השייך לבעליו, המשקף את "האופק הכלכלי" שלו (ראו פרשת אטינגר הנ"ל, בעמ' 518-519). פגיעה בנכס זה מזכה את הנפגע בפיצוי. כך לגבי המבוגר, ששילח שורשים בעבודתו

ואלה נגדעו בתאונה; כך גם לגבי הקטין, שעצם האפשרות לנעוץ יתד בעולם התעסוקתי נשללה ממנו.

11. דא עקא, שהעמדה העקרונית בדבר זכאותו של הקטין לפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות בעתיד – עמדה שאיננה שנויה במחלוקת – נתקלת בקשיים של שומה. הקושי הרגיל, הנעוץ בעצם הצורך להידרש לתחזיות והשערות, מתעצם, בראש ובראשונה מהטעם שבענייננו של הקטין אין בית המשפט יכול לסמוך על "היסטוריה תעסוקתית" ועל נתונים מוכחים אודות מקומו של הניזוק בשוק העבודה. עמד על כך הלורד Denning בעניין *Taylor v. Bristol Omnibus Co.*, [1975] W.L.R. 1054 :

[a]t his very young age these [calculations] are speculative in the extreme. Who can say what a baby boy will do with his life? He may be in charge of a business and make much money. He may get into a mediocre groove and just pay his way. Or, he may be an utter failure.

הלורד דנינג ראה להוסיף כי :

It is even more speculative with a baby girl. She may marry and bring up a large family, but earn nothing herself. Or, she may be a career woman, earning high wages.

ליחס שבין הפעוט לפעוטה – עוד נשוב.

לא בכדי נפסק, אפוא, כי כאשר מדובר בקטין, "הערכת הנזק הצפוי בעתיד וקביעת הפיצוי ההולם, כרוכות מעצם טבען בחוסר ודאות, שכן, קשה להעריך אם וכיצד יתפתח הנזק ומה תהא השפעתה על חיי הניזוק" (רע"א 4932/97 אסרף נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נג(5) 129, 136-137). "אכן, כאשר בילד עסקינן, עלול להיווצר קושי במדידת שיעורו של אובדן ההשתכרות, שכן פעמים רבות חסרים נתונים לגבי פוטנציאל ההשתכרות של הנפגע, ובית-המשפט מוצא עצמו מגושש באפילה" (פרשת אטינגר הנ"ל, בעמ' 543). קשייו של בית המשפט להעריך את הפסד שכרו העתידי של קטין גדלים ככל שגילו של הקטין רך יותר (דברי השופט י' מלץ בע"א 311/85 אפראימוב נ' גבאי, פ"ד מב(3) 191, 194), שהרי, הקטין טרם בחר לעצמו את עיסוקו, או למצער את מסלול הכשרתו המקצועית, ועתידו המקצועי לוט בערפל (ראו גם ע"א 634/88 עטייה נ' זגורי, פ"ד מה(1) 99, 101).



כללו של דבר, כאשר ניגש בית המשפט לחשב את הפסד כושר השתכרותו של קטין, הוא חותר להגשמת התכלית של השבת המצב לקדמותו, אך עליו להתמודד עם העובדה ש"מצב" זה – עתידו של הקטין – הוא בבחינת השערה; בית המשפט נדרש ליישב את המתח שבין עקרון הצדק המתקן ובין העמימות הראייתית השורה על מצב הדברים הטעון תיקון.

חישוב גלובלי או אקטוארי?

12. הפסיקה הישראלית התמודדה עם העמימות הראייתית הנוגעת לעתיד השתכרותם של קטינים, מחד גיסא, ועם הצורך למלא אחר תכלית השבת המצב לקדמותו, מאידך גיסא, במספר דרכים. בכך לא נתייחד עניינם של הקטינים – הגישות המתחרות אינן שונות מאלה שננקטו כדיני הפיצויים בכלל, לאמור: גישת החישוב הקונבנציונלי (אקטוארי) וגישת האומדן הגלובאלי (לדיון כללי ראו ע"א 571/78 יעקב אבו-קרט נ' וינר את טיקו, פ"ד לד(4) 639; ע"א 722/86 יאסר יונס נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד מג(3) 875, 877-878).

בראשית הדרך, נטה בית המשפט לפתור את בעיית העמימות הראייתית באמצעות פסיקת סכום גלובלי. כך, בע"א 335/59 שאול ריחני נ' יעקב צדקי, פ"ד טו(1) 159, נפסק כי:

מטבע הדברים הוא שההפרש בין כושר השתכרותו של המערער לפני התאונה ובין כושר השתכרותו לאחר התאונה אינו ניתן להוכחה, באשר המערער עוד לא יכול מחמת גילו להשתכר לפני התאונה כל עיקר. נמצא שהדבר היחיד הניתן להוכחה היא עצם העובדה שכתוצאה מן התאונה יופחת כושר השתכרותו של התובע במידה פלונית, לעומת כושר השתכרותו הממוצע של אדם בריא; ולאור הרפואות הבאות להוכיח דבר כללי שכזה שומה על בית-המשפט לאמוד את הנזק על פי מיטב שפיטתו... היה השופט המלומד, לדעתי, רשאי לעשות את אשר עשה ולקבוע את סכום הנזק כפי שקבעו: אין כאן אלא אומדנא בעלמא, ואין אנו יכולים לומר כי אומדנא זו טובה או גרועה מכל אומדנא אפשרית אחרת (שם, בעמ' 166).

על עמדה זו – התומכת בביסוס פסיקת הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות של קטין על הערכה גלובלית – חזר בית המשפט פעמים רבות (ראו למשל ע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח(2) 1412; ע"א 169/77 שוורץ נ' ליברמן, פ"ד לב(3) 561, 571-570; ע"א 685/79 נאדרה חסן אטרש נ' עבלה מעלוף, פ"ד לו(1) 626; ראו גם ע"א

746/81 המועצה המקומית נחלת יהודה נ' זדה, פ"ד לט (1) 19, 24-25; ע"א 326/88 עידו צימרמן, קטין נ' גבריאלוב דוד, פ"ד מו(1) 353; ובאנגליה ראו *Joyce v. Yeomans* מראשית שנות ה-80, כתב בית המשפט:

כאמור, בוסס החישוב של אובדן השתכרות בעתיד על שכר של עובדת במשק בית. אין זאת כי הושפעה הערכאה הראשונה מכך שאחדות מחברותיה של המערערת אכן עובדות במשק בית. יש ממש בטרונייתו של בא-כוח המערערת, שעובדה זו לא בהכרח מלמדת על כך שזה היה גם ייעודה של שולחתו, ועל-כן מציע הוא, כי יבוסס החישוב על השכר הממוצע במשק. אכן, מקובל הוא לפעמים לערוך חישוב כזה, בעיקר בהעדר נתונים מדויקים ספציפיים. אבל גם לכך דרושה תשתית עובדתית מתאימה, ואילו במקרה דנן חסרה תשתית מכול וכול, הן לגבי הרקע הסוציאלי, הנטיות, הכושר וכדומה, וכל ניסיון להתבסס על חישובים, יהא אפילו מעבר לניחוש, ולמעשה יהיה רק בבחינת תרגול אריתמטי ללא שום יסודות. בהעדר כל תשתית, ולאור הקשיים האובייקטיביים לצפות פני העתיד לגבי ילדה למשך עשרות בשנים, בהן עשויה היא גם לצאת ממעגל העבודה בעקבות נישואין, אימהות וכדומה, נראה, כי הנסיבות מצדיקות במקרה זה לפסוק לה בפריט זה סכום גלובאלי (ע"א 849/80 בוקרה, קטינה נ' אברהם בוקרה, פ"ד לו (3) 739, 749).

הנה כי כן, גם ההשתייכות המגדרית הביאה את בית המשפט, בעבר, לפסוק בדרך האומדן הגלובאלי, מחמת שראה בהשתייכות זו יסוד היוצר אי-ודאות בכל הנוגע ליכולת ההשתכרות.

13. ברבות השנים נצפה, בהקשרים שונים, שימוש הולך וגובר בדרך החישוב האקטוארית. החישוב המפורט והמנומק הועדף על-פני דרכו העלומה של החישוב הגלובאלי. באחת הפרשות נאמר, כי אם "ניתן, על-פי הנתונים, המוכחים בעת הדיון, להגיע לכלל חישוב מפורט, אמין ומתקבל על הדעת, עדיף לחשב את הפיצוי בדרך הקונבנציונאלית, שכן כוחו של חישוב כזה בהיותו משכנע, גלוי וברור לעין כול. מאידך גיסא, באין נתונים מספיקים אלה, כל שיחושב יהא מאולץ, משוער ובגדר הימור מסוים, ועל-כן יועדף החישוב הגלובאלי" (ע"א 30/80, המ' 13/81 מדינת ישראל נ' דוד אשר, פ"ד לה (4) 788, 793-792). והנה, כבר במחצית שנות ה-80 זיהה השופט ת' אור כי "בשנים האחרונות מתגבשת, אולי, נטייה להמליץ על דרך החישוב הקונבנציונלית, באותם מקרים בהם יש נתונים מספיקים לצורך חישוב ההפסד בדרך זו" (ע"א 722/86 יאסר יונס נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד מג(3) 875; השוו ע"א 801/89 כהן נ'

שבאם, פ"ד מו(2) 136, 148; ראו גם פסק דינו של השופט מ' חשין בע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802, 822). מאליו יובן, כי דרך החישוב האקטוארית מציעה לצדדים כלים לרדת לסוף השומה. היא גם מתיישבת עם הצורך בקיומה של בקרת ערעור יעילה.

מגמה זו לא פסחה גם על חישוב הפיצוי בגין הפסד השתכרות של ניזוקים-קטינים. לכאורה, העמימות הראייתית והמציאות העלומה, המאפיינות את עתידו התעסוקתי של הקטין, מטות את הכף לטובת שיטת החישוב הגלובלית, שהשימוש בה יוחד בעבר לאותם מצבים של נתונים חסרים. ואכן, שיטה זו לא נזנחה לגמרי. עם זאת, בית המשפט, בשורה של פסקי-דין, ביכר, גם במקרים אלה, להלך בדרך החישוב האקטוארית חרף המסד הראייתי החסר. את הנעלם העובדתי בדבר גובה שכרו העתידי של הקטין שטרם נכנס למעגל העבודה, ואת החסר בנתוני עבר רלבנטיים העשויים ללמד על העתיד, החליפה החזקה העובדתית הסומכת על הנתון בדבר השכר הממוצע במשק (ד' קציר, נזקים בשל נזקי גוף (מהדורה חמישית, תשס"ג) 579). עמד על כך השופט א' גולדברג באחת הפרשות:

העיקרון שנקבע בפסיקה הוא כי בחישוב אובדן כושר השתכרותו של קטין מהווה השכר הממוצע במשק את בסיס החישוב... קביעת בסיס זה מתבססת על אי-הידיעה, באיזה מקצוע היה בוחר הקטין אלמלא התאונה, וכמה היה משתכר אז. קביעת הפסד השתכרותו של קטין היא מאטריה שבה רבים הניחושים וההשערות, ובה מתבקשים אנו למעשה לחזות עתיד שלעולם כבר לא יתממש. לפיכך נבחר קריטריון אחיד, יציב וסולידי, של השכר הממוצע במשק, אשר מפשט את הדיון ומונע ספקולציות... לפיהן מתבקשים אנו לפזר את הערפל ולחזות באופן ספציפי באיזו דרך היה הקטין הולך אלמלא התאונה (ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580, 591).

דברים ברוח דומה נאמרו על-ידי השופט ת' אור:

אכן, קיימים מקרים בהם נזקקים בתי המשפט להנחות או חזקות גם בעניין כושר השתכרותו של תובע בתביעה על נזקי גוף. כך הוא, למשל, במקרה של קטין שנפגע בתאונה, כשאינן לדעת באיזה מקצוע היה בוחר בהגיעו לבגרות, ומה היה כושר השתכרותו במקצוע בו היה בוחר לעצמו. במקרה כזה, 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

הכרז לא יגונה (ע"א 142/89 גמליאל נ' אושיות חברה  
לביטוח בע"מ, תק-על 90 (3) 683)

והשופטת ד' דורנר סיכמה:

אכן, באותם מקרים בהם אין לבית המשפט נתונים לקביעת כושר השתכרותו של קטין, וכשאין נימוקים לסטייה מהכלל, ישמש השכר הממוצע במשק כמודד ראוי לקביעות כושר ההשתכרות (ע"א 5118/90 בשה נ' מדינת ישראל, תק-על 93 (3) 438).

השכר הממוצע במשק – "כפי שהיה ידוע, על-פי פרסומי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ביום פסק הדין" (רע"א 2531/98 גולדשמיט נ' פוגל, תק-על 98 (2) 1317) – הפך, אפוא, לאדן המרכזי בחישוב הפסד השתכרותו של קטין (ראו עוד ע"א 612/84 מרגלית נ' מרגלית, פ"ד מא (3) 514, 519-518; ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר חברה לביטוח, פ"ד נד (4) 450; ע"א 778/83 עיזבון המנוחה שרה סעידי נ' אהרון פור, פ"ד מ (4) 628; ע"א 2978/90 המאגר הישראלי לביטוחי רכב נ' ישראל בן-ידע, תק-על 93 (1) 599; וכן *Croke v. Wiseman*, [1981] 3 All ER 852). פניית בית המשפט לפסיקה הגלובלית נשמרה למקרים חריגים. הלכה זו הוחלה גם לגבי צעירים בראשית דרכם, שנפגעו בטרם גיבשו מסלול מקצועי מוגדר (ע"א 1134/98 אופירה מוגרבי נ' מימון, פ"ד נה (1) 729, 736-737; ע"א 228/91 יוכבד מלכה (הלפרין) נ' ג'מיל אברהם סנואר, תק-על 94 (2) 2055; עוד ראו ע"א 5052/92 גבריאל שיק נ' רונית מטלון, תק-על 94 (3) 2119). זוהי חזקה עובדתית המבוססת, כאמור, על נסיון החיים, אך גם על המציאות הנורמטיבית.

14. נקודת המוצא היא, אפוא, כי הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות של הקטין מבוסס על ההנחה כי הקטין היה משתכר, אלמלא התאונה, בשיעור השכר הממוצע במשק. השאלה העומדת בפנינו היום נוגעת לטיבן של הנסיבות המתירות לבית המשפט לסטות מן ההנחה העובדתית בדבר רף ההשתכרות של השכר הממוצע במשק. ובפרט, השאלה היא האם ניתן לעשות כן באמצעות נתונים סטטיסטיים חלופיים, בעלי אופי קבוצתי-מגזרי, או שמא רק באמצעות נתונים אינדיבידואליים הנוגעים לקטין המסוים שנפגע?

ובכן, אין ספק כי מקום בו קיימים די נתונים לגבי הנפגע, המאפשרים חישוב אקטוארי-אינדיבידואלי, ייטה בית המשפט להעדיף חישוב כזה על-פני התבססות על חזקת השכר הממוצע במשק. יש לציין, כי בבית משפט זה נשמעו גישות שונות באשר

למהותן ולעוצמתן של אותן ראיות המצדיקות סטייה מן החזקה. השופט גולדברג סבר כי נדרשים נתונים שיש בהם כדי להעיד בוודאות קרובה על מקצועו העתידי של הקטין אלמלא התאונה (ע"א 1027/90 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' אליס בתיה, תק-על 93(4) 619). השופט ד' לוין סבר, כי קיומו של "נתון ספציפי נוסף" בדבר "כושר אינטלקטואלי בולט או נטיה בולטת לתחום תעסוקה, או אמנות מחד גיסא....", עשוי להביא לתיקון החישוב על דרך של אומדן גלובלי (ע"א 778/83 עזבון סעידי נ' פור, פ"ד מ(4) 628, 633-634). השופט ת' אור הביע עמדה מרחיבה יותר. לשיטתו, די ב"נתונים מיוחדים הנוגעים לנפגע שבפניו, שיש בהם לסייע, ולו כללית, להעריך את כושר השתכרותו הצפוי בשונה מהשכר הממוצע במשק", על-מנת שראוי יהיה לסטות מן השכר הממוצע במשק (ע"א 92/87 סיגלית דנן נ' חוודה, פ"ד מה(2) 604, 606-607). ובמקום אחר הבהיר, כי "בהערכת הפיצויים בנוזקין לגבי תקופה שבעתיד לוקחים אנו בחשבון גם אירועים אשר יש סיכוי שיתרחשו בעתיד, אפילו אין הסיכויים מגיעים כדי יכולת לקבוע את הדבר כעובדה לפי מידת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי" (ע"א 7358/95 הסנה נ' צוקרמן, תק-על 96(3) 23). את עמדתנו בסוגיה זו נביא בהמשך, אך עתה ניגש לבחון את השאלה האם גם נתונים סטטיסטיים-קבוצתיים – למשל כאלה הנגזרים משיוכו המגזרי, האתני או המגדרי של הקטין הניזוק – או נתונים אחרים הנוגעים לשיוכו החברתי כגון השכלת הוריו והרקע הסוציו-אקונומי ממנו בא, יש בהם כדי להצדיק סטייה מרף השכר הממוצע במשק.

לשאלה זו אנו נדרשים היום. השיטה המשפטית בישראל אינה השיטה היחידה שנדרשה להתמודד עמה. סקירת הדין במשפט המשווה מלמדת כי הפתרון שניתן לה, בשיטות שונות, אינו אחיד.

הדין בארצות-הברית

15. במדינות ארצות הברית מקובל לחשב את הנזק בגין הפסד כושר השתכרות בהתבסס על ראיות סטטיסטיות הנמסרות מפי כלכלנים וסטטיסטיקאים מומחים (ראו Illinois Jurisprudence, Personal Injury and Torts § ;2002 A.L.R.5th 25, 2b L.M. O'Connor & R.E. Miller, "The Economist-Statistician: A Source of ;5:37 Expert Guidance in Determining Damages" 48 Notre Dame L. Rev. 354 (1972)). בחלק מהמדינות אף ישנו הכרח בהבאתן של ראיות סטטיסטיות כאלה (22 Am. Jur. 2d DAMAGES § 765). לפי הגישה הרווחת, מחושב הנזק לפי נתונים סטטיסטיים שמביאים המומחים, המסתמכים על מאפיינים שונים של הנפגע, בהם גיל, מגדר, גזע, מעמד סוציו-אקונומי והשכלה (9 L.M. O'Connor & ;2002 A.L.R.5th 25, 9).

R.E. Miller, "The Economist-Statistician: A Source of Expert Guidance in Determining Damages" 48 *Notre Dame L. Rev.* 354, 356 (1972). כאשר מדובר בהפסד כושר ההשתכרות של ילד, אשר טרם החל לסלול את דרכו המקצועית, נדרשים המומחים לנתונים אלה, כמו גם להשכלתם של הוריו ואחיו של הילד-הניזוק, ביתר שאת (לסקירה עדכנית ראו: M. Chamallas, "Civil Rights In Ordinary Tort Cases: Race, Gender, And The Calculation Of Economic Loss" 38 *Loy. L.A. L. Rev. United States v. Bedonie*, 317 F. Supp. 2d ; (להלן: Chamallas) 1435 (2005) (1285, 1315-1320 (D. Utah, 2004)). כך, למשל, נפסק באחת הפרשות כי:

[A] case such as this, involving a person who had not yet made his choice of livelihood, future lost earnings must be determined on the basis of potential rather than demonstrated earning capacity. That potential must be extrapolated from individual characteristics, such as age, sex, socio-economic status, educational attainment, intelligence and dexterity (*Hughes v. Pender*, 391 A.2d 259, 263 (D.C. 1978)).

ובמקום אחר נאמר:

Plaintiff presented evidence from an economics expert, Robert N. Fenili, Ph.D, as to the demonstrated earning capacity of someone of plaintiff's race, sex, age, and educational level (*Athridge v. Iglesias*, 950 F. Supp. 1187, 1192 (D.D.C. 1996)).

דברים אלה הובאו בהסכמה בפסק הדין בעניין *Croley*, שניתן ב-D.C. בשנת 2000 (*Croley v. Republican Nat'l Comm.*, 759 A.2d 682, 693 (D.C., 2000)).

16. ככל שהניזוק הספיק, בטרם נפגע, להפגין את שאיפותיו, והצליח להוכיח ברמת וודאות מספקת את יכולתו להגשימן, יובא העניין בחשבון הפיצויים. בתי המשפט מדגישים, בהקשר זה, את חשיבותם של השכלת הנפגע והישגיו בתחומים שונים, כגון לימודים, ספורט וכיוצא באלה (לסקירה מפורטת ראו 2002 A.L.R.5th 25). כך, למשל, נפסק באחת הפרשות כי:

In addition, prior to the accident, plaintiff had expressed an interest in becoming a lawyer. In light of all of the evidence, the Court finds that, but for the accident, plaintiff most likely would have obtained at least a college degree and there is a significant probability that he would have

obtained a professional degree (*Athridge v. Iglesias*, 950 F. Supp. 1187, 1193 (D.D.C. 1996)).

השוו: *Clavier v. Roberts*, 783 So. 2d 599, 610 (La. Ct. App. 2001).

גם במקרים האלה, שבהם הובאו ראיות בדבר מסלול החיים בו חפץ היה הניזוק-הילד, הביאו בתי המשפט בחשבון הכרעתם נתונים סטטיסטיים, ובכלל זה נתונים הקשורים במינו, גזעו, משפחתו וסביבתו, על מנת לשקלל את ההסתברות שאכן היה מגשים את שאיפותיו (2002 A.L.R.5th 25, 2a). כך, למשל, בית המשפט לערעורים של D.C. דחה חוות דעת של מומחה לפיה המנוחה, שהייתה בת תשע בעת התאונה, הייתה רוכשת מקצוע אקדמי, זאת מכיוון שהמומחה לא הביא בחשבון את ציוניה ואת דוחות בית-הספר בו למדה, את ההשכלה והמקצוע של הוריה ואחיה ונתונים דמוגרפים אחרים. בית המשפט קיבל את הסטטיסטיקה לפיה אחת מבין כל מאתיים נשים מסיימת לימודים אקדמאיים מקצועיים, וקבע כי המומחה לא הוכיח שדווקא המנוחה "would have been the one among 200 women to graduate from graduate school" (*Washington Metro. Area Transit Authority v. Davis*, 606 F.2d 165, 178 (D.C. 1992); כמו כן ראו *Fontenot v. Laperouse*, 774 So. 2d 278, 285 (La. Ct. App. 2000), בו חושב הפסד ההשתכרות של הניזוקה על-סמך שכון הממוצע של נשים בעלות השכלה כשלה).

יצוין, כי גם כאשר מדובר בניזוק בגיר, עשויים בתי המשפט להתחשב בשאיפותיו להתפתח ולהתקדם בחייו:

[T]he test is not the age, pre-injury occupation, nor the nature of the proposed profession, but rather the sufficiency of the plaintiff's evidence in showing his skill, likelihood of becoming a member of the profession and availability of work in that area (*Hoffman v. Sterling Drug, Inc.*, 374 F. Supp. 850, 861 (D. Pa. 1974)).

לעיתים נפסק, כי אין די בנתונים סטטיסטיים גרידא, שאינם מתייחסים כלל לנסיבות אישיות-פרטניות של הניזוק, כדי להרים את נטל הוכחת הנזק. כך, למשל, נתונים אודות השתייכותו של הניזוק למעמד מסוים – לא בהכרח יספיקו (ראו *Bulala v. Boyd*, 239 Va. 218, 233 (Va. 1990) והדוגמאות לראיות שלא היה בהם די להרמת נטל ההוכחה ב- (2002 A.L.R.5th 25, 10b-23b).

17. לצד הגישה הרווחת בפסיקה האמריקאית, לפיה ניתן – ואף רצוי – להשתמש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על מגדר וגזע בחישוב הנזק בגין אבדן כושר השתכרות, ניתן לאתר בפסיקה האמריקאית גם גישות אחרות. הגישה הראשונה, בה נקט בית המשפט הפדראלי של ה-Sixth Circuit באחד המקרים, אינה חורגת מהמסגרת הכללית המכירה באפשרות להביא נתונים סטטיסטיים המבוססים על מגדר וגזע, אך היא רגישה ממנה. בית המשפט אפשר לנתבע להראות שמבחינה סטטיסטית התובעת – אישה שחורה – לא תהנה מסטנדרט החיים האמריקאי הממוצע, אולם שקלל, יחד עם נתונים אלה, גם את התחזית שמצב זה ישתנה, והפער בין המגזרים יצטמצם:

While we also acknowledge defendant's statistical evidence showing that blacks and females generally do not presently fully enjoy the benefits of the American standard of living, we recognize the likelihood that these disadvantages will have considerably less impact in the future on the ability of a black female such as Terri to obtain gainful employment comparable to that available to white males (*Drayton v. Jiffee Chemical Corp.*, 591 F.2d 352, 368 (6th Cir. 1978)).

18. זאת ועוד, אל מול הזרם הרווח בפסיקה, המאפשר שימוש בנתונים המבוססים על מגדר ומין, ניתן לאתר בפסיקה גם גישה הפוכה, גם אם נפוצה פחות. כך, למשל, ככל שמדובר בשיוך מגדרי, פסק בית המשפט של Rhode Island בפרשת *Reilly v. United States*, 665 F. Supp. 976 (1987), כי אין לקבל את ההנחה לפיה נשים עובדות מספר מועט יותר של שנים בהשוואה לגברים:

I cannot accept... [the] reduction of Heather's estimated working life by 40%. The reduction relies solely on the survey of women's work histories between 1978 and 1980... as a factual matter, I seriously doubt the probative value of such a statistic with respect to twenty first century women's employment patterns, particularly in light of current, ongoing changes in women's labor force participation rates (*Ibid*, at p. 997)

החלטה זו של בית המשפט אושררה על ידי ה-First Circuit (863 F. 2d 149) (*Caron v. United States*, 548 F.2d 366, 371 (1st Cir. 1976)); ראו גם פסק דינו של ה-First Circuit בעניין *Caron v. United States*, 548 F.2d 366, 371 (1st Cir. 1976) "[W]e see no reason to distinguish between the sexes". יתירה מכך, נפסק כי אין לקבל את ההנחה לפיה גם בעתיד יהיה גובה שכרן הממוצע של נשים שני שלישים משכרם הממוצע של גברים:



This Court will not consider it error for a jury to refuse to minimize an award of lost minimum wages for an infant female on the assumption that the average wage for women in the future will still be only two-thirds of the average wage for men (*Vincent v. Johnson*, 833 S.W.2d 859 (Mo. 1992)).

שאלת ההבחנה בין גברים לנשים בהקשר זה התעוררה גם ביחס לנפגעים ממתקפת הטרור הנוראה שנחתה על ארצות הברית ב-11 בספטמבר 2001. תחילה, החליט מנהל הקרן הסטטוטורית שהוקמה לפיצוי הנפגעים מהאסון, להסתמך על נתונים סטטיסטיים מבוססי מגדר לשם חישוב גובה הפיצויים לכל נפגעת ונפגע. אולם, לאחר שהוטחה נגדו ביקורת ציבורית, חזר בו מנהל הקרן והחליט להעניק פיצוי שווה לגברים ולנשים, לפי השכר הממוצע בקרב הגברים (להבדיל מהשכר הממוצע במשק האמריקאי; ראו Chamallas, "The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking The Damages Element In Injury"; 1444-1445, *Chamallas*, "The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking The Damages Element In Injury" 71 *Tenn. L. Rev.* 51, 69-73 (2003)).

19. באופן דומה, נבחנה שאלת הלגיטימיות של ביסוס הפסד ההשתכרות על שיוך גזעי בפסק הדין בעניין *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427, 455 (1991). בפרשה זו התעוררה השאלה כיצד יש לקבוע את פוטנציאל ההשתכרות של ילד, אשר מוצא אביו ממדינת ליבריה ואמו, על-פי צבע עורה, לבנה. בית המשפט דחה באותו עניין את השימוש בסטטיסטיקות המבוססות על שיוך גזעי או מגדרי, ופסק:

[I]t would be inappropriate to incorporate current discrimination resulting in wage differences between the sexes or races or the potential for any future such discrimination into a calculation for damages resulting from lost wages. The parties did not cite any precedent on this question. Accordingly, upon request by the Court, [defendant's expert] submitted a calculation of the average earnings of all college graduates in the United States without regard to sex or race.

בית המשפט העליון של מדינת מיסיסיפי הביע אף הוא את העמדה כי אין להישען על נתוני ההשתכרות של ההורים או על נתוני ההשתכרות הממוצעים בקהילתו של הילד הניזוק (*Greyhound Lines, Inc. v. Sutton*, 765 So. 2d 1269 (2000)). הישענות כזו, כך סבר, היא "both unfair and prejudicial". בית המשפט הקשה:

Who is to say that a child from the most impoverished part of the state or with extremely poor parents has less of a future earnings potential than a child from the wealthiest part of the state or with wealthy parents? Today's society is much more mobile than in the past. Additionally, there are many more educational and job-training opportunities available for children as a whole today. We must not assume that individuals forever remain shackled by the bounds of community or class.

לפיכך, קבע בית המשפט באותה פרשה כי השכר הממוצע במשק האמריקאי הוא נקודת המוצא לחישוב הפסד ההשתכרות בקרב קטינים (ראו גם *Classic Coach, Inc. v. Johnson*, 823 So. 2d 517, 528 (Miss. 2002)).

20. אבן דרך נוספת הראויה לציון הינה פסק-דינו המקיף של בית המשפט הפדראלי במדינת יוטה בעניין *United States v. Bedonie*, 317 F. Supp. 2d 1285 (D. Utah 2004). בית המשפט פסק, כי בפיצוי בגין אבדן כושר השתכרות לפי ה-Mandatory Victims Restitution Act יש לפסוק לפי השכר הממוצע במשק, בהתעלם מגזע, מגדר ואזור-מגורים.

המחלוקת בין שתי הגישות – זו התומכת בהבאת נתונים סטטיסטיים לפי חתך מגדרי וגזעי וזו המתנגדת לכך – באה לידי ביטוי גם בספרות. שם נסב הדיון, בין השאר, סביב שאלת תחולתה של חוקת ארצות-הברית במשפט הפרטי. פן מרכזי של הדיון שם מצוי בתחום דיני הראיות, לאמור: שאלת קבילותן של עדויות מומחים המתבססות על נתונים סטטיסטיים לפי מגדר וגזע (ראו *M. Chamallas "Questioning The Use Of Race-Specific And Gender-Specific Economic Data In Tort A. ; Litigation: A Constitutional Argument" 63 Fordham L. Rev. 73 (1994)* ; McCarthy "The Lost Futures Of Lead-Poisoned Children" 14 *Geo. Mason U. S.R. Lamb "Toward Gender-Neutral Data For ; Civ. Rts. L.J. 75 (2004)* ; Adjudicating Lost Future Earning Damages: An Evidentiary Perspective" 72 *Chi.-Kent L. Rev. 299 (1996)*).

21. מן המקובץ עולה, כי בתי המשפט בארצות-הברית נוטים, בדרך כלל, לפסוק פיצויים בגין אבדן כושר השתכרות לפי נתונים סטטיסטיים המבוססים על מינו, גזעו ומעמדו הסוציו-אקונומי של הילד-הנפגע, וכן על השכלת הוריו. אולם, לצד הגישה הרווחת, מצאה ביטוי, בעיקר בשנים האחרונות, גם גישה אחרת, לפיה יש לפסוק

פיצויים לפי השכר הממוצע במשק, ולהתעלם מסטטיסטיקות קבוצתיות. בית המשפט הפדראלי עמד בעניין *Bedonie* הנ"ל על כך שבתי המשפט נוטים, בדרך-כלל, באופן מפתיע, להתעלם מסוגיה זו בפסיקתם:

Dr. Randle, who has performed thousands of lost income analyses, testified that no one had ever asked him to provide race- and sex-natural calculations in wrongful death cases... (p. 1315).

Chamallas מסבירה נטייה זו בכך שאי-השוויון הגלום בה נחבא מאחורי "מומחיותם" של המומחים:

[W]hen experts rely on race or gender-based statistics to calculate tort damages, we tend not to notice the discrimination and to accept it as natural and unproblematic (Chamallas, at p. 1442).

אלא שסוגיה זו אינה "שקופה" עוד.

הדין בקנדה

22. בתי המשפט הקנדיים עשו, ועושים, שימוש תדיר בנתונים סטטיסטיים על-מנת לקבוע את שיעור הפגיעה בפוטנציאל ההשתכרות. כאשר הנתונים הסטטיסטיים שעמדו בפני בית-המשפט נדרשו לחתך מגדרי או לשייכות למגזר מסוים, התוצאה היתה היווצרות פערים בפסיקת הפיצויים לקטינים המשתייכים לקבוצות שונות. כך, למשל, כתוצאה משימוש ב"סטטיסטיקות מגדריות" זכו ילדות, לא אחת, לפיצוי נמוך יותר מזה שזכו לו ילדים ( Jamie Cassels, *Remedies: The Law of Damages* (2000) ). (138-149). בתי המשפט בקנדה שמו דגש רב על הנתונים החברתיים של הקטין – הרקע הסוציו-אקונומי שלו, השכלת בני משפחתו, כמו גם על כישוריו והישגיו (ראו, למשל, *Walker v. Ritchie*, [2003] O.J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.) שומת הנזק נתבססה גם על הזהות האתנית והמגדרית של התובעים (ראו *Parker v. Richards* [1996] 6 W.W.R. 652 ; [1990] B.C.J. No. 1824), ולא אחת אף הופחת סכום הפיצוי בגין "marriage contingency", כלומר נסיבות צפויות של נישואין, הורות והולדה (ראו *Rewcastle Estate v. Sieben*, (2001) 296 A.R. ; *Crawford (Guardian ad litem of) v. Penny*, [2003] O.J. No. 89; 61 Elizabeth Adjin-Tetty, "Contemporary Approaches to Compensating Female Tort Victims for Incapacity to Work" 38 *Alberta L. Rev.*

(2000) 504). באחת הפרשות (*Arnold v. Teno* [1978] 2 R.C.S. 287) נפגעה קשות בתאונה ילדה בת ארבע וחצי שנים. בית המשפט העמיד את סכום הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות שלה על סכום קרוב לקו העוני. וכל כך למה? "There can be no evidence whatsoever – כך בית המשפט – "which will assist us in determining whether she ever would have become a member of the work force or whether she would have grown up in her own home and then married". נימוק זה מעורר קושי רב, אם לומר את המעט. כפי שציינה המלומדת Adjin-Tettey, במאמרה הנ"ל, בית המשפט אף לא היה נכון ליתן לנפגעת ליהנות מן הספק, שמא היתה הולכת בעקבות אמה – מורה בבית ספר.

23. עם זאת, ועל אף שהשימוש בסטטיסטיקות קבוצתיות עדיין נהוג (ראו D. *Guardian ad litem*) v. F., [1995] B.C.J. No. 2693, מסתמנת שם בשנים האחרונות גישה שוויונית יותר. מגמה זו משתלבת עם כתיבתם של מלומדים שעמדו על הצורך לנהוג יתר שוויון בפסיקת הפיצוי בראש הנזק של הפסד ההשתכרות, ולהימנע מהסתמכות על נתונים המבוססים על שיוך מגדרי, גזעי או מעמדי (ראו למשל Jamie Cassels, "Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last!", *71 Can. Bar Rev.* 447 (1992); Elizabeth Adjin-Tettey, "Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies" 49 *Macgill L. J.* 309 (2004); Christopher J. Bruce, "MacCabe v. Westlock: The Use of Male Earnings Data to Forecast Female Earning Capacity" 37 *Alberta L. Rev.* 748 (1999); Elaine Gibson, "The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages" *Tort Theory* (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson, eds., 1993) 185). ישנה הבנה, כי הסטטיסטיקות המגדריות, האתניות והגזעיות, המשמשות לאומדן הפסד כושר השתכרות, נטועות בהיסטוריה ומשקפות הפליות מושרשות וכללים חברתיים מן העבר, בה בעת שבחיי ההווה הולכים הפערים ומצטמצמים. הישענות על סטטיסטיקות אלה – כך נטען – נותנת תוקף לחוסר צדק חברתי (Cassels, בטרם הנ"ל, בעמ' 142-143) ואף עלולה שלא לעלות בקנה אחד עם הזכות החוקתית לשוויון (ראו Gibson, במאמרה הנ"ל ו-Adjin-Tettey, במאמרה הנ"ל).

24. ניתן, אפוא, לאתר בפסיקה בקנדה נטייה, מאוחרת, להכיר בשיפור הצפוי במעמדן של נשים בשוק העבודה; ואכן, במקרים מסוימים, חרף העובדה שבית-המשפט ביסס את פסיקתו על נתונים סטטיסטיים בדבר השתכרותן של נשים בלבד, הרי שאלה שימשו כנקודת מוצא בלבד, ולפיצוי הוסף סכום המשקף את השיפור הצפוי

בעתיד לעניין גובה שכרן (ראו *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Cherry (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114 ; *Mulholland (Guardian ad Litem) v. Borsman* (1992) 70 B.C.L.R. (2d) 273 ; *Riley Estate*, (1995) 12 B.C.L.R. (3d) 248). ניסיון נוסף לבטא את השיפור הצפוי בהשתכרותן של נשים נעשה על-ידי הפסיקה שם בדרך של שימוש בסטנדרט ההשתכרות של הגברים כנקודת מוצא, תוך הפחתת סכום מסוים בגין השיוך המגדרי, המשקף שעות שיוקדשו לילדים, שעות עבודה פחותות וכיוצא באלה "מגרעות" (ראו *Audet (Guardian ad litem of) v. Gray v. Macklin*, 2000 A.C.W.S.J. 513443 ; *Tucker (Public Trustee) v. Asleson ; Bates*, (1998) B.C.J. No. 678 (S.C.) (QL) ; *Terracciano (Guardian ad litem of) v. Etheridge* ; (1991) 86 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 73 ; *MacCabe v. Westlock Roman Catholic* גם ; (1977) 33 B.C.L.R. (3d) 328 ; *Christopher Separate School District*, (1999) 226 A.R. 1 ; *J. Bruce, "MacCabe v. Westlock: The Use of Male Earnings Data to Forecast Female Earning Capacity"* 37 *Alberta L. Rev.* 748, 760 (1999)). השימוש ב"סטטיסטיקה גברית" כנקודת מוצא להערכת כושר ההשתכרות של ניוזקה-ילדה עורר חוסר-נוחות אצל השופט McEachern, שהשמיע דעת יחיד בבית המשפט לערעורים שדן בפרשת *Tucker* :

This is not to say that female statistics should be used strictly, for they have rightly been found to reflect bias, but it is necessary, so far as may be possible, to use statistics which comport most closely with the essential facts of the case under consideration...

While we may strive for social justice, as it is perceived from time to time, the courts must deal with the parties who are before them, plaintiffs and defendants, on the basis of realistic predictions about the future, and not just in accordance with understandable wishes that society, in some of its aspects, were different from what it really is (*Tucker v. Asleson*, (1993) 24 B.C.A.C. 253).

25. גישה זו, כאמור, לא היתה נחלת הכלל. בפסקי דין מסוימים ננקטה "סטטיסטיקה גברית" לגבי נפגעות, שלגביהן הוצגו ראיות ספציפיות כי הן היו צפויות לפתח נתיבות מקצועיות "גבריות" באופיין (ראו למשל *Chu (Guardian ad litem of) v. Jacobs* [1996] B.C.J. No. 674). בפסקי דין אחרים ראה בית המשפט הקנדי להתבסס על נתונים ניטרליים (ללא שיוך מגדרי), בכדי לקבוע את ממוצע ההשתכרות העתידי, תוך התחשבות ברמת החינוך הצפויה של הניזוק (ראו *Shaw (Guardian ad*

*Cho v. Cho* [2003] 36 R.F.L (5<sup>th</sup>) ; *litem of v. Arnold*, [1998] B.C.J. No. 2834  
*Walker v. Ritchie*, [2003] O.J. No. 18 (Ont. Sup. כן ראו ; 79 (ont. Sup. Ct. J.)  
 (Ct. J.) (QL) (Can.) . באחת הפרשות מתח בית-המשפט בקנדה ביקורת על עצם  
 השימוש בנתוני השתכרות המבוססים על שיוך מגדרי :

Indeed, it may be as inappropriately discriminatory to discount an award solely on statistics framed on gender as it would be to discount an award on considerations of race or ethnic origin. I am doubtful of the propriety, today, of this Court basing an award of damages on a class characteristic such as gender, instead of individual characteristics or considerations related to behaviour... (*Terracciano (Guardian ad Litem) v. Etheridge*, (1997) 33 B.C.L.R. (3d) 328 (B.C.S.C.).

ובפסק-הדין *MacCabe*, שבו דחה השופט Johnstone את האפשרות לבסס את  
 חישוב הפיצויים על מודדים מגדריים, נדרש בית המשפט לשאלה החוקתית הכרוכה  
 בקביעת מדר הפיצוי :

It is entirely inappropriate that any assessment I make continues to reflect historic wage inequities. I cannot agree more with Chief Justice McEachern of the British Columbia Court of Appeal in *Tucker*, that the courts must ensure as much as possible that the appropriate weight be given to societal trends in the labour market in order that the future loss of income properly reflects future circumstances. Where we differ is that I will not sanction the 'reality' of pay inequity. The societal trend is and must embrace pay equity given our fundamental right to equality which is entrenched in the constitution. The courts have judicially recognized in tort law the historical discriminatory wage practices between males and females. The courts have endeavoured to alleviate this discrimination with the use of male or female wage tables modified by either negative or positive contingencies, However, I am of the view that these approaches merely mask the problem: how can the Court embrace pay inequity between males and females? I cannot apply a flawed process which perpetuates a discriminatory practice. The application of the contingencies, although in several cases reduce the wage gap, still sanction the disparity. A growing understanding of the extent of discriminatory wage practice and effect of this societal inequity must lead the Court to retire an

antiquated or limited judicial yardstick and embrace a more realistic, expansive measurement legally grounded in equality... The Court cannot sanction future forecasting if it perpetuates the historic wage disparity between men and woman. Accordingly, if there is a disparity between men and female statistics in the employment category I have determined for the Plaintiff the male statistics shall be used, subject to the relevant contingencies. Once again if the contingencies are gender specific, than the contingencies applicable to males shall be used except in the case of life expectancy, for obvious reasons.

הדין באוסטרליה

26. באוסטרליה, נטיית בתי המשפט היא שלא לפסוק לניזוק-קטין סכומים גבוהים בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות, זאת בעיקר לנוכח מידת השרירותיות הגלומה בהחלטה מה היה העתיד צופן בחובו עבור הילד. פסקי הדין האוסטרלים הדגישו כי ככל שהניזוק מבוגר יותר, גוברת האפשרות להעריך באופן סביר את ההפסד שייגרם לו (F. Trindade & P. Cane, *The Law of Torts in Australia* (2001) 518). בפסיקת הפיצויים לנפגעים-קטינים הביאו בתי המשפט בחשבון את השכר הממוצע וכן נתונים נוספים כגון דפוסי העבודה והשתכרות בקרב בני משפחתו של הנפגע.

אשר לנפגעות-ילדות, התבססו בתי המשפט לעיתים על רמת השתכרותן של נשים באוסטרליה, תוך הנחה סטטיסטית שהניזוקה תלד ילדים ותיעדר מעבודתה עד שאלה יתחילו את לימודיהם בבית הספר (ראו *Rigby v. Shellharbour City Council*, 20724/01, 2005 NSWSC 86, Supreme Court of New South Wales -- Common Law Division, BC200502097). במקרים אחרים ראה בתי משפט באוסטרליה לבסס את הפסד ההשתכרות על נתונים מעורבים של נשים וגברים כאחד, מתוך הנחה שפערי ההשתכרות יצטמצמו בעתיד, כשהילדה שניזוקה תהא מבוגרת דיה ליטול חלק בשוק העבודה (ראו *Grimsey v. Southern Regional Health Board*, 1997 TAS LEXIS 96, Supreme Court of Tasmania). כבר בימינו-אנו – כך כתב בית המשפט בפרשה אחרונה זו – נעשים צעדים משמעותיים לאיון הפליה בין גברים לנשים בתחום העבודה, והגבולות הולכים ומטשטשים: "These days men become cake decorators, and women become underground miners" – ובהפרשה אחרת – פרשת *Diamond* – סבר בית המשפט לערעורים כי נתוניה הגבוהים של ילדה, כמו גם הנתונים אודות הוריה, מעידים על כך שהיא הייתה גדלה להיות "אשת-עסקים", ועל-

כך ביסס את הפסד השתכרותה העתידי על ממוצע ההשתכרות במשק (ראו *Diamond v. Simpson* (No.1) [2003] NSWCA 67 (BC200301494)).

27. השאלה התעוררה גם לגבי נפגעים אבוריג'ינים. באחת הפרשות נדון עניינו של פעוט שנפגע קשות בתאונה (*Rotuman v. New South Wales Insurance Ministerial Corporation*, 1998 NSW Lexis 1714; BC9802306). הנתבעים טענו, בהסתמך על נתונים סטטיסטיים, כי שייכותו של העולל לקהילת האבוריג'ינים נושאת עמה השלכות משמעותיות על תוחלת חייו הצפויה ועל יכולת השתכרותו הצפויה, אלמלא התאונה. בית המשפט העליון של New South Wales דחה את טענתם זו, על אף שבפסק-הדין היחיד שמצא, העוסק בסוגיה זו, אשר ניתן בבית משפט במערב אוסטרליה, אושר שימוש בנתונים סטטיסטיים הנוגעים לקהילה זו, שחברו לנתונים אודות משפחתו של הנפגע (פרשת *Relly v. Fletcher*, unreported, 22 October 1997). בהסבירו את עמדתו כי אין לשום את הפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות על-פי נתונים סטטיסטיים המבוססים על גזע, אמר בית המשפט של New South Wales, בפרשת *Rotuman* (מפי השופט Donovan), את הדברים האלה:

I have some doubt about whether other evidence could include statistics about sub-groups within Australia. The plaintiff's racial group in this case has already been included in the overall statistics of average weekly earnings. This reflects the equality of opportunity in this country and I do not think that the general statistics which may reflect economic opportunity should be rebutted by specific statistics of sub-groups.

...

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. I can understand the practical basis for this submission but I cannot, with due respect to their Honours in the Full Court of Western Australia, accept that statistics applicable to a race can be taken into account in a matter such as this. If there were specific factors associated with the plaintiff's family which could be said to "drag down" his future income I would certainly take that into account but that, in my view, is not the evidence in this case...

מסקנתו של בית המשפט היתה, כאמור, כי אין להסתמך על הנתונים הסטטיסטיים הקבוצתיים, אלא על הנתונים הסטטיסטיים הכלליים.



28. שיטוט במדינות הים מלמד, מחד גיסא, כי פערים סטטיסטיים בשכר של קבוצות אוכלוסייה שונות משפיעים לא אחת על גובה הפיצוי בראש הנזק של אובדן כושר השתכרות. "ההשתייכות" החברתית, המגזרית והמגדרית משמשת שם, עתים, כמודד לגיטימי בהערכת ההשתכרות שהיתה צפויה לו לנפגע הקטין. מאידך גיסא, קיימת גם שם הכרה הולכת וגוברת בצורך לצמצם את השימוש בראיות סטטיסטיות הנסמכות על שיוך גזעי, מגדרי או מעמדי. במובנים רבים צעדה הפסיקה בישראל בראש המחנה. עתה באה העת לצעד אחד נוסף קדימה.

השיקולים הנורמטיביים

כללי

29. כאמור, הפסיקה בארץ מבססת, לרוב, את הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות של קטין, על רמת השכר הממוצע במשק. בחירה זו נשענת על הצורך להשיב את המצב לקדמותו. אמנם, האחדה זו של הפיצוי מתנגשת, לכאורה, עם התפישה האינדיבידואלית העומדת ביסוד עקרון השבת המצב לקדמותו. אלא שבהינתן עמימות ראייתית, כבעניינו של הקטין, כאשר המציאות עצמה עמומה, החישוב על-פי הנתון הסטטיסטי של השכר הממוצע במשק מבקש להגשים בדרך הקרובה ביותר את העיקרון הזה. ההנחה העובדתית העומדת ביסוד הבחירה בנתון זה היא כי בהיעדר ראיה מספקת אחרת, ראוי להניח במידת ההסתברות, כי הניזוק הקטין היה משתכר בגובה השכר הממוצע במשק.

ואולם, אם בהנחה סטטיסטית עסקינן, עולה השאלה מהי, אל נכון, הסטטיסטיקה שיש לעשות בה שימוש: האם יש לנקוט בסטטיסטיקה אחידה, או שמא בסטטיסטיקה קבוצתית? האם על בית המשפט לבדוק, ביחס לכל ניזוק וניזוק (או אולי ביחס לניזוקים מסוימים בלבד), את פילוח האוכלוסייה שאליה הוא שייך – מבחינה מגדרית, אתנית, דתית, ואולי גם מבחינת מקום מגורים, השכלת ההורים, רקע סוציו-אקונומי ועוד כהנה וכהנה – פרמטרים שונים המתיימרים לשייך את הפרט לקבוצה מסוימת ובפועל לקבע אותו בתוכה?

30. יאמר כבר עתה, ועל כך כבר רמזנו, כי על-פי הדין הקיים במשפטנו, שאלה זו היא בעלת היקף מוגבל יחסית. כך, למשל, בדרך-כלל אין אצלנו מחלוקת כי הסטטיסטיקה הרלבנטית להשתכרותם של גברים ונשים – אחת היא. בתי המשפט

עושים תדיר שימוש ברף השכר הממוצע במשק – טבלת נתונים אחת ויחידה ביחס לנשים ולגברים גם יחד (ראו למשל ע"א 5118/90 בשה נ' מדינת ישראל, תק-על 93(3) 438). הנה כי כן, בשאלה ששיטות משפט אחרות התחבטו בה רבות, ומקצתן נתונות עד היום בגדרה של אותה התחבטות – שאלת השימוש בסטטיסטיקה מגדרית – הדין אצלנו חד וברור: מקומה של זו לא יכירנו בפסיקת הפיצויים בגין הפסד כושר השתכרות (ראו גם ד' קציר, פיצויים בשל נזק גוף (תשנ"ח) 412). כך היה וכך יהיה. גם בהקשרים נוספים, שבהם ניתן היה להעלות טענות בדבר הצורך להסתמך על סטטיסטיקה קבוצתית – אלה לא נשמעו, ואם נשמעו, לא קנו להן שביטה. בנסיבות אלה, יש לבחון בזהירות רבה את ההבחנה המוצעת לנו היום, ואחרות הדומות לה; ואם המסקנה בתום הדיון תהא, כפי שביקשו אותנו המערערות, כי אמנם יש לנקוט חישוב נפרד למשיבה שבפנינו, בהיותה ילדה ממגזר מסוים, משמעות הדבר רחבה מן המבוקש, הן בהקשר לשכרם הצפוי של קטינים והן בהקשרים נוספים; התפיסה הנטענת מטעם המערערות עשויה, אם תאומץ כרוחה, להביאנו לסבור כי לכל אדם יש להתאים "מפה סטטיסטית" משלו. אלא שלא זו תהא מסקנתנו.

31. מצאנו צורך, בפתח הדיון, לשוב לאותה מחלוקת פוסקים, שנתגלעה בעבר, בדבר הגישה הראויה לחישוב ערכה של ההשתכרות. אצלנו מקובלת, כאמור, הגישה לפיה הפסד כושר השתכרות (להבדיל מהפסד השתכרות) הוא נזק בר-פיצוי (ראו פרשת אטינגר הנ"ל; ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762; כך גם בשיטות אחרות – ראו, למשל, בקנדה *Andrews v. Grand and Toy Alberta* [1978] 2 S.C.R. 229). מצדדי הגישה המוחשית סברו כי "יש להצביע על קיומו של סיכוי, שאינו היפותטי גרידא, כי הניזוק היה משתכר בעתיד לולא התאונה, וכי התאונה פגעה בהשתכרות זו" (עמדת השופטים ברק ולנדוי בפרשת ברששת הנ"ל, בעמ' 299-302) אחרים סברו, כי יש לנקוט גישה מופשטת יותר, לפיה ערכה של ההשתכרות נקבע על-פי מה שיכול היה הניזוק – באופן תיאורטי – להשתכר בעתיד, אלמלא התאונה (עמדת השופט י' שילה בפרשת ברששת הנ"ל). ואולם, ככל שמדובר בקטין, הדגיש הנשיא א' ברק (אז השופט) כי אינו רואה הבדל בין שתי הגישות:

ברוב רובם של המקרים ניתן להגיע לאותה תוצאה, בין אם נוקטים את הגישה המוחשית ובין אם נוקטים את הגישה המופשטת... טול את עניינו של קטין, שניזוק באופן שנגרם לו נזק תפקודי. הקטין טרם עבד, ואין לדעת כיצד יתפתחו פני הדברים בעתיד. על-פי שתי הגישות כאחד זכאי הוא לפיצויים בגין הפסד השתכרות. על-פי הגישה המוחשית זכאי הקטין לפיצויים, שכן קיים סיכוי, שהפגיעה התפקודית תפגע בכושר ההשתכרות. על-פי הגישה המופשטת זכאי הקטין

לפיצויים, שכן הכושר לעבוד נפגע. גם שיעור הפיצויים  
זהה על-פי שתי הגישות (ס, בעמ' 301).

אכן, ככלל, אין הבדל בין הגישות ככל שמדובר בקטין. כך מבחינת עצם הזכאות לפיצוי, וכך גם מבחינת שומתו. נראה כי דווקא בעניינו של קטין, יש יתרון בהידרשות לפוטנציאל ההשתכרות שלו. בעצם הבחירה בפוטנציאל ההשתכרות מוצע בסיס להנחה כי לכל קטין – יהיו מינו, גזעו, מעמדה הכלכלי של משפחתו אשר יהיו – פוטנציאל להשתכר כדי השכר הממוצע במשק. מיקוד ההתייחסות בפוטנציאל ההשתכרות של הקטין מתיישב עם עקרון השבת המצב לקדמותו ועם התפיסה האינדיבידואלית של דיני הנזיקין. והנה, דווקא התייחסות אינדיבידואלית – המקדמת את מושג האוטונומיה של הפרט – מחייבת שלא לקשור את הניזוק בעבותות הסביבה החברתית שאל תוכה נולד או שבה גדל. היא מחייבת שלא לקבע אותו במציאות היסטורית ושלא לגזור את גורלו על-פי מצב של נחיתות כלכלית או חברתית בה מצויים, על פי מסד הנתונים הסטטיסטיים שאליו מבקשים לקשור אותו שלא בטובתו, מי שמשתייכים לזהותו המגדרית או הגזעית. התפיסה לפיה הפיצוי ניתן בגין אובדן כושר – אובדן של פוטנציאל – אינה מתיישבת, אם כן, עם פיצוי הנסמך על נתונים סטטיסטיים קבוצתיים.

32. ובכל זאת, כפי שראינו בשיטות משפט אחרות, לא אחת הובאה ההשתייכות הקבוצתית בחשבון הפיצוי עבור אובדן כושר השתכרות. גם אצלנו, לצד פסקי-דין שנקטו בגישה שוויונית – אותם נביא בהמשך – ישנם פסקי-דין שבהם הובאה בחשבון הפיצוי סטטיסטיקה המבוססת על השתייכות התובע לקבוצה מסוימת באוכלוסייה. כך, בע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללתעהודאת אלעאמה בע"מ נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 407, אישר בית משפט זה את סכום הפיצויים שפסק בית המשפט המחוזי לניזוק-ילד, וציין:

מסקנת השופטת לפיה צפוי היה התובע לעבוד בעבודת כפיים מתיישבת היטב עם נטיית בני משפחתו, שכולם עובדי כפיים, ועם הצלחתו המוגבלת של התובע בלימודיו. השופטת בחנה את השכר הממוצע שהיה התובע יכול להרוויח כעובד כפיים בישראל ובשטחים, וקבעה כי יכולת ההשתכרות שלו נמצאת בין שני ממוצעים אלה. אף בכך אין פגם. אין יסוד לטענת המערערת כי היה על השופטת לקבוע את יכולת ההשתכרות של הניזוק רק על-פי השכר הממוצע בשטחי יהודה ושומרון, שהרי מדובר באזרח ישראלי, בעל זכות מלאה לעבוד בתחום הקו הירוק.

מהו הטעם העומד מאחורי תוצאה זו? נראה כי הנימוק העיקרי הוא זה: פערי ההכנסה בחברה הם בעיה חברתית-כללית, ואין זה צודק להטיל את מחיר השוויון על נתבע מקרי שפגע, למשל, בנתבעת-ילדה או בנתבע-בן מיעוטים. גם אין זה צודק – כך ממשיך הטיעון – לזכות את אותם נתבעים אקראיים בפיצוי העולה על ההשתכרות שהיתה צפויה להם בשוק העבודה שבו שוררת מציאות של אפליה. מטרתם של דיני הפיצויים בנזיקין, כך היא הטענה, היא להשיב את המצב לקדמותו – קדמותו האמיתית ולא הרצויה – וזאת על בית המשפט לעשות על יסוד קריאה אמיתית של המציאות, גם אם המציאות אינה נושאת חן בעיניו.

הנמקה זו לפיצוי הבלתי-שוויוני אינה יכולה, לדעתי, לעמוד.

סיפור חיים, הזכות לאוטונומיה וצדק מתקן

33. לכל אדם עומדת הזכות לכתוב את סיפור חייו. זוהי האוטונומיה של הפרט, הנגזרת מכבוד האדם שלו ומחירותו. אמר על כך המלומד יוסף רז:

The ruling idea behind the ideal of personal autonomy is that people should make their own lives. The autonomous person is a (part) author of his own life. The ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives... A person whose every decision is extracted from him by coercion is not an autonomous person. Nor is a person autonomous if he is paralysed and therefore cannot take advantage of the options which are offered to him (J. Raz, "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle" *Justifying toleration* (S. Mendus, ed., 1988) 155-156).

על הזכות לאוטונומיה הוסיף ועמד המשנה לנשיא ת' אור בע"א 2781/93

דאקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, תק-על 99(3) 574, בדונו בשאלה נזיקית אחרת:

נקודת המוצא לדיון טמונה בהכרה בכך, שלכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; 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.

אכן, לא אחת עושה האדם וחדל שלא־מרצון חופשי. תהפוכות הגורל מטלטלות חדשות לבקרים את ספינת החיים. אולם, במקום שנשללת מן האדם היכולת לבחור במתווה-חיו כתוצאה ממעשה של עוולה, באים דיני הנזיקין ומבקשים להחזיר את המצב על כנו והשיב 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-חיו 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, כתפיסתו של אריסטו – ובענייננו, באה היא לתקן את צמצום אופק האפשרויות המקצועיות הניבט לעיניו של הניזוק (על תפיסת הצדק המתקן בדיני הנזיקין ראו עוד (E. J. Weinrib, "Understanding Tort Law" 23 Val. U. L. Rev. 485 (1989)). הצדק המתקן, כתכלית חשובה של דיני הנזיקין, הוא אך ענף אחד בעץ רחב, המבטא את תפיסת הצדק האוניברסאלי – צדק המחייב שוויון, צדק המחייב הכרה בזכות לאוטונומיה, צדק המזין את התקווה.

34. כיצד, אפוא, ישיבו דיני הנזיקין לקדמותו את מצבו של אותו אדם, שכושרו לעבוד פחת או התאיין? לשם כך נדרש המשפט, כאמור, לחזות את העתיד ולשער מה היתה הכנסתו אלמלא נפגע בתאונה. למעשה, על בית המשפט לשרטט את מפת החיים-לא-עוולה של הנפגע, ולהעמידה אל מול מפת החיים-לאחר-העוולה שלו. פעמים מגלה הנפגע – בדבריו, במעשיו, בהתנהגותו או באורחות חייו – כיצד ביקש לכוון את דרכו ומה צפוי היה לו בתחום התעסוקתי. כך, למשל, דפוס ההשתכרות עובד לתאונה (הנלמד לא אחת מהדיווחים לשלטונות המס – ראו ע"א 5794/94 ארדט נ' רחל בן שבח, פ"ד נא(3) 489), אופק קידום במקום העבודה, לימודים אקדמיים, שאיפות בנות-הגשמה, כל אלה, ונתונים אחרים, מאפשרים לחזות את הכנסתו האמיתית של הנפגע אילו לא ארעה 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 אותה ביקש (ויכול היה) לממש.

זהו החישוב האקטוארי הנסמך על נתונים אינדיבידואליים אודות הנפגע, והוא משמש בדרך-כלל את בתי המשפט בבואם לפסוק לנפגע-בגיר פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות (ראו למשל ע"א 8216/99 עזבון המנוח סמיון פרידמן ז"ל נ' אלי רפפורט, תק-על 2001 (2) 15). דא עקא, שלפעמים, אין הנפגע מספר לנו דבר. הדרך שבה היה צועד בעתיד טרם החלה. עניינו של הקטין הוא דוגמה מובהקת לכך. לרוב, טרם היה סיפק בידיו של זה לכתוב, ולו את הפרקים הראשונים, בסיפור חייו המקצועי. ואם הדרך טרם החלה – כיצד יינבא המשפט את המשכה?

כאשר בקטין אנו עוסקים, תרים אנו, אפוא, אחר נתון שיאפשר מתן פיצוי חרף מעטה העמימות. בפועל, מבקשים אנו לאתר נתון שישקף את מבחר האפשרויות שהיה פתוח בפני הנפגע-הקטין. נתון זה צריך לבטא את האפשרות שהקטין, בבגרותו, היה מצוי ברף ההשתכרות הנמוך, אך גם את האפשרות האחרת, שבבוא העת היה הקטין מגיע לגדולות בתחום המקצועי. על הנתון הזה לאצור את מבחר הסיפורים הפתוחים בפני ילד בישראל – כל ילד, מכל מין, מוצא, גזע ודת. רף ההשתכרות הממוצע במשק הוא הנתון המיטבי המגשים מטרה זו. בחירה בנתון אחר 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.

35. ואכן, כבר בימי ראשונים באה לידי ביטוי בפסיקה העמדה, השוללת שעתוק מצבו הכלכלי הנמוך של הקטין אך בשל מוצאו, מעמדה הסוציו-אקונומי של משפחתו או מינו. הודגש, כי האפשרות להתקדם בחיים המקצועיים אינה שמורה אך למתי מעט, וההנחה היא שבני עניים לא נדונו לעוני בעצמם. את "אבן הפינה" לתפישה זו הניח השופט ברנזון באחת הפרשות, בדברים המאלפים האלה:

כזכור, התחשב בית המשפט בכך שהמשיב הוא מבית עני ומשום כך לא היה יכול לרכוש לעצמו מקצוע המבטיח הכנסה גבוהה. עם כל הכבוד, סבורני שזו מסקנה מרחיקה לכת. מאז ומתמיד היו בני עניים שהגיעו להישגים רוחניים וחמריים בלתי רגילים, כמאמר התלמוד 'הזהרו בבני עניים, שמהם תצא תורה'.

בזמננו ובמדינתנו פתוחות אפשרויות והזדמנויות למכביר גם בפני בני עניים למלא את שאיפותיהם להתקדמות בחברה ולהעלאת רמת השכלתם והכשרתם המקצועית (ע"א 572/67 פרטר נ' עזרא, קטין פ"ד כ"ב(1) 397, 400).

כך באותם הימים; כך בוודאי היום. בפרשה אחרת, שם נדון עניינה של נפגעת-קטינה מן המגזר הערבי, הביע השופט בייסקי את התנגדותו לשימוש בסטטיסטיקה הנוגעת לשייכות מגזרית או מגדרית בחישוב הפסד ההשתכרות:

בת כ-17 הייתה המערערת בעת מתן פסק הדין, והיא תלמידה עדיין. אין לומר, כי היא לא תמשיך בלימודיה כדי להכשיר עצמה למקצוע עיוני בו תעסוק, וגם אם על-פי הסטטיסטיקה הכללית עדיין נמוך שיעור הנשים ממיגזר זה, היוצאות לעבוד מחוץ לבית, לעומת המגזר היהודי, אין זה נתון סטטי, ובוודאי לא לגבי הדור הצעיר. הסטטיסטיקה המספרית הכוללת אינה אפילו אינדיקאטור, מה הוא ההרכב של אותן הנשים היוצאות לעבודה מבחינת המצב הסוציאלי, אזורי המגורים וכדומה. ומכיוון שגורמים שונים עשויים להשפיע על המשך דרכה של המערערת, אין זה נראה סביר כלל לומר כבר מכעת, שהיא בוודאות לא תצטרף לכוחות העבודה היצרניים או בשירותים (ע"א 685/79 נאדרה חסן אטרש נ' עבלה מעלוף, פ"ד לו(1) 626, 631-630).

בית המשפט באוסטרליה הדגיש כי יש להתייחס בזהירות רבה לנתונים לגבי ההיסטוריה המשפחתית של הנפגע-הילד, בקביעת הפסד יכולת ההשתכרות של זה האחרון. דבריו יפים גם לענייננו:

Many young people break out of their family background and achieve high job statue and income. There are many captains of industry, chiefs of commerce, Parliamentarians, Ministers and indeed even Prime Ministers who illustrate the danger that arises if one automatically imposes family background income as a limitation (*Rotuman v. New South Wales Insurance Ministerial Corporation*, 1998 NSW Lexis 1714; BC9802306).

לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי השתכרות שונים הקיימים בחברה הישראלית. לכולם הזכות לעשות כן. מתן פיצוי פחות, בעבור פגיעות זהות, אך בשל מעמד סוציו-אקונומי או השתייכותם מגדרית או

מגזרית, אינו מתקן, אפוא, את הנזק שנגרם בעוולה. הוא מקבע מציאות היסטורית. הוא עצמו עוצר בעד מימושה של המציאות החדשה. הוא אינו מכיר בהיבט חשוב של ראש הנזק של "הפסד כושר השתכרות", קרי: הגריעה מן האפשרות לחתור להגשמה עצמית, ששכרה בצדה, בתחום המקצועי.

36. ודוק: מצבו של הבגיר שונה, תכופות, מזה של הקטין. דרך החיים בה הספיק לצעוד זימנה לו אפשרויות שונות, והבחירות שעשה לאורכה מאפשרות לא אחת להשקיף גם אל שצפן לו העתיד. משרתו של הבגיר עובר לתאונה והשכר הנלווה לה, הישגיו ואופק התקדמותו, הם כולם תוצר של אותן בחירות, ועל כן מהווים הם נתונים רלבנטיים באשר לפיצוי שישב את מצבו לקדמותו. על-מנת ליתן תוקף לבחירותיו אלה של הבגיר, יבואו אותם נתונים תחת השכר הממוצע במשק. לא כך, כאמור, אצל הקטין, אשר טרם היה סיפק בידו, במרבית המקרים, לבחור לעצמו מסלול מקצועי. העתיד הוא לגביו אך תקווה, אך לא פחות מתקווה העשויה להתממש. השכר הממוצע במשק מבטא את קשת האפשרויות שהיתה פתוחה בפניו.

הבחירה באמת מידה סטטיסטית אחידה, כאשר מדובר בנפגעים ללא דפוס השתכרות מוכח, אין משמעותה סטייה מן התפיסה האינדיבידואלית השולטת בדיני הפיצויים בנזיקין. השימוש בסטטיסטיקה כללית שמור אך לאותם מקרים שבהם לא ניתן לפנות להערכה אינדיבידואלית. בכך מובטח כי הכלל של השבת המצב לקדמותו, ועקרון הצדק המתקן, אינם נפגעים (ראו Martha Chamallas, "Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss" (2005) 38 *Loy. L.A. L. Rev.* 1435, 1460-1461, שם מובעת תמיכה, "לפחות בטווח הקצר", בהבחנה זו שבין הבגיר לקטין). ואולם, גם בכל הנוגע לנפגע-הילד, השכר הממוצע במשק הוא בבחינת חזקה הניתנת לסתירה. מקום בו יש בידו לשמוע מאת הקטין המסוים דבר על דרך החיים שביקש לעצמו או שהיתה צפויה לו – כפרט העומד בפני עצמו – וודאי עשויה אמת המידה האינדיבידואלית לחדד את התוצאה הסטטיסטית. לכך עוד נשוב.

37. זאת ועוד זאת: התקווה אינה תקווה גרידא. ניתן וראוי להניח כי מצבם של נשים, מיעוטים 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 (ראו גם Sherri R. Lamb, "Toward Gender Neutral Data for Adjudicating Lost Future Earning Damages: An Evidentiary Perspective" 72 *Chic.-Kent L. Rev.* 299 (1996); Martha Chamallas,



"Questioning the Use of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data ; in Tort Litigation: A Constitutional Argument" 63 *Fordham L. Rev.* 73 (1994) Martha Chamallas, "Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss" 38 *Loy. L.A. L. Rev.* 1435 (2005). לאדם נקרות היום הזדמנויות רבות יותר מאשר בעבר לרכוש השכלה או הכשרה מקצועית, ואין להניח שאנשים יוותרו נטועים לנצח באותו מעמד שלתוכו נולדו ( *Greyhound Lines, Inc. v. Sutton*, 765 So. 2d 1269 (2000)). 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 (ראו גם, בתחום החקיקה, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988). 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. עמד על כך השופט מילס (Milles) בבית המשפט העליון של מדינת מיסיסיפי:

We must not assume that individuals forever remain shackled by the bounds of community or class. The law loves certainty and economy of effort, but the law also respects individual aptitudes and differences (*Greyhound Lines, Inc. v. Sutton*, 765 So. 2d 1269, 1276-1277 (2000)).

השימוש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על השיוך המגדרי, הגזעי או האתני של הניזוק, נותן תוקף לחלוקת המשאבים הקיימת בחברה. הוא משקלל את העבר אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד. הוא אינו ראוי נורמטיבית. השבת המצב לקדמותו בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות משמעותה הבאת הניזוק למקום שנועד לו בעתיד, ואל לה להשיבו אל המקום בו היו מצויים אבותיו (ואמהותיו) בעבר. מתוך תפיסה זו מתבקשת גם המסקנה כי אין בחיוב המזיק בפיצויים על-פי השכר הממוצע במשק, להבדיל משימוש בסטטיסטיקה קבוצתית, כדי להשית על המזיק חיוב-יתר או להטיל על כתפיו את עוולות העבר. חיוב המזיק בפיצוי לפי השכר הממוצע במשק אך מניח כי כל קטין עומד לעצמו, עתידו לפניו, כי העולם אינו עומד מלכת וכי אין להקפיא את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד. במילים אחרות, ובאספקלריה של גישת הצדק המתקן, לא יהא זה נכון לומר כי בגישתנו אנו הופכים את המזיק כלי להשגת מטרות חברתיות ולתיקון חוסר-צדק המובנה בחברה. המזיק מחויב

בפיצוי המשקף את שנגרע מן הניזוק (השוו Cassels, בספרו הנ"ל, בעמ' 144; ראו עוד א' פורת, "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד(2) 275 (תשס"א)).

שיקולים חלוקתיים

38. הצדק המתקן הוא, כאמור, אך ביטוי אחר לצדק האוניברסלי. יש הסבורים כי לדיני הנזיקין תפקיד רחב יותר. כך, יש המביאים בחשבון ההכרעה בשאלות בתחום דיני הנזיקין את ההשלכות החלוקתיות הנובעות ממנה. יש המאמינים כי על דיני הנזיקין לחתור להגשמת עיקרון השוויון בחברה, ובפרט, כי יש לחתור לאימוץ כללים נזיקיים המעצימים ומחזקים קבוצות חלשות בחברה ומצמצמים פערים בין עשירים לעניים (ראו למשל Richard L. Abel, "A Critique of Torts" 37 *UCLA L. Rev.* 785, 798-803 (1990); 'צ' קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז(2) 541 (תשס"ה), והאסמכתאות שם; השוו ח' דגן, קניין על פרושת דרכים (תשס"ה), במיוחד בעמ' 55-65). עקרון השבת המצב לקדמותו, כך נטען, "חוסם שינוי בחלוקת העושר והכוח בחברה על-ידי דיני הנזיקין" ו"משמש מכשיר אחד מני רבים להצדקת החלוקה הקיימת של משאבים בחברה, לראייתה כמצב טבעי וניטרלי ולהתנגדות לשינויה" ('צ' קרן-פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר?" עיוני משפט כח(1) 299 (תשס"ד)). הצדק החלוקתי גם הוא ענף בעץ הצדק.

ברי, כי הגישה הרואה בדיני הנזיקין כאמצעי לקידום מטרות חלוקתיות ראויות, תתמוך בגישה המוצעת על ידינו (ראו למשל Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness" 16 *Can. J. L. & Juris.* 91, 121-126 (2003)). במאמר זה ובמאמרים נוספים נטען, כי הפיצוי המופחת לנשים לעומת גברים, המתיימר להשיב את הסטטוס-קוו שהופר במעשה העוולה, למעשה נושא עמו תוצאה רגרסיבית. הוא אינו משקף את מלוא התרומה של האישה שאבדה – בבית ובשוק העבודה; הוא אינו מביא בחשבון את האפשרות כי הפערים יצטמצמו וכי חלוקת המשאבים הקיימת תומר באחרת; הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם לפיצוי מופחת לקטינים השייכים לקבוצות אחרות באוכלוסייה (ראו עוד Chamallas, במאמרה הנ"ל, 1456-1459).

39. פיצוי דיפרנציאלי הנסמך על שיוך מגדרי, מגזרי, אתני או גזעי עלול אף לגרום לגלגול של עלויות אירוע הנזק על הניזוקים דלי האמצעים. זוהי תופעה בעייתית הן מן ההיבט החלוקתי והן מן ההיבט הכלכלי. היא מומחשת במשטר הביטוחי. כך, למשל,

מבוטחים בעלי-ממון, הנושאים בפרמיה זהה לזו שבה נושאים העניים, בעבור ביטוח אחריות של צד שלישי ("בכובעם" כמזיקים בכוח), יזכו לפיצוי גבוה יותר אם הם עצמם ייזנקו. "סבסוד צולב רגרסיבי" מעין זה מתרחש, על-פי אותו ניתוח, מקום בו נושאים העניים עבור הביטוח במחיר זהה למחיר בו נושאים בעלי הממון, אך זוכים לפיצוי נמוך מהם. עמד על-כך המלומד פריסט (Priest):

The third-party premium is set with reference to average expected loss. Thus, the high correlation of total awards with income means that premiums reflect the average income of the population of consumers. The implication of charging each consumer a premium related to average income is that consumers with high incomes are charged a premium lower than their expected loss, and consumers with low incomes are charged a premium higher than their expected loss. Third-party insurance thus requires low-income consumers to subsidize high-income consumers (George L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L. J.* (1987) 1521).

ראו גם קרן-פז, לי זה עולה יותר, בעמ' 589-591. פסיקת פיצויים המושתתת על שיוך קבוצתי, מגזרי, מגדרי או אתני, יש בה, על-פי תפיסה זו, כדי ליצור חלוקה רגרסיבית של העושר בין עניים לעשירים. פיצוי המבוסס על אמות מידה ניטרליות, לעומת זאת, ימתן השלכות רגרסיביות אלה.

40. ודוק: לא הכול מסכימים כי דיני הנזיקין, במהותם, נועדו לקדם ערכים של שוויון וצדק חלוקתי (לדיון בצדק חלוקתי בדיני הנזיקין ראו עוד Gregory C. Keating, "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law" 74 *S. Cal. Rev.* (2000) Ken Kooper Stephenson, "Economic Analysis, Substantive Equality and ; 193 Tort Law" *Tort Theory* (Ken Kooper Stephenson and Elaine Gibson Eds., Weinrib ; 1993) 48 במאמרו ובספרו הנ"ל; לטענה לפיה באופן כללי דיני המס יעילים יותר מהמשפט הפרטי בחלוקת העושר בחברה ראו L. Kaplow & S. Shavell, "Why The Legal System Is Less Efficient Than The Income Tax In Redistributing (Income)" 23 *J. Legal Stud.* (1994) 667 עקרון השוויון במשפט הפרטי, והיחס בין מעמדו במשפט הציבורי למעמדו במשפט הפרטי, טרם הוכרעה (ראו למשל בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, תק-על 99(2) 806; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; על השאלה האם הערכת נזק בעיניים מגדריות מתיישבת עם הזכות החוקתית

לשוויון, ראו בין השאר E. Gibson, "The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages" in *Tort Theory* (K.D. Cooper-Stephenson & E. Gibson, eds., August McCarthy, 1993); על המחלוקת בארצות-הברית בשאלה זו, ראו גם "The Lost Futures of Lead-Poisoned Children" 14 *Geo. Mason U. Civ. Rts. L.* (2004) 75 (J.). איננו נדרשים לרדת כאן לעומקו של הדיון בסוגיות קשות אלה, וודאי לא לקבוע מסמרות ביחס להן. אין ספק ששימוש בדיני הנזיקין לצמצום פערים בין הגביר לדל מעורר שאלות לא פשוטות, וקולמוסים רבים נשברו סביב סוגיה זו. כל שאנו מבקשים לומר הוא כי לגישה המוצעת על ידינו כאן יש בסיס גם בתפיסות צדק החורגות מגישת הצדק המתקן ועקרון השבת המצב לקדמותו, וחותרות להגשמת ערכים של שוויון.

ועוד מן הזווית הכלכלית

41. את הקושי הגלום בפסיקת פיצוי על-פי סטטיסטיקות קבוצתיות ניתן להמחיש היטב באמצעות בחינת הסוגיה בראי הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין ותפיסת ההרתעה היעילה (לדיון כללי ראו י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" משפטים כב 421 (תשנ"ד)). הטלת אחריות בנזיקין מביאה לשינוי במחיר הפעילות יוצרת הסיכון. מקובל לזהות את מושג ההרתעה בדיני הנזיקין עם הסנקציה המוטלת על המזיק – סכום הפיצוי המושג עליו – מתוך הנחה כי זו משפיעה על רמת אמצעי הזהירות שינקוט על מנת למנוע את התרחשותו של הנזק. אם יהיה המזיק צפוי לשאת בפיצויים שאינם עולים כדי הנזק שגרם, הרתעתו תהא הרתעת-חסר, ובשל כך הוא עלול להתמיד בפעילותו הבלתי-רצויה, או להימנע מנקיטת אמצעי זהירות שעלותם נמוכה מתוחלת הנזק (ראו פרשת אטינגר הנ"ל, בעמ' 516; א' פורת, "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג 311, 349-350 (תשנ"ד)). הנחת הניתוח הכלכלי היא כי המשפט שואף להרתעה אופטימלית, וכי מזיק רציונאלי ינקוט באמצעי זהירות ככל שעלותם נמוכה מתוחלת הנזק.

פיצוי הנסמך על נתונים של שיוך אתני, מעמדי או מגזרי, עלול להביא לתוצאה אבסורדית, על-פיה תוחלת הנזק של ניזוקים שהכנסתם הצפויה קטנה, נמוכה מזו של ניזוקים שהכנסתם הצפויה גבוהה, ובהתאם, אמצעי הזהירות שינקוט מזיק בכוח יהיו שונים בהתאם לנפגעים הפוטנציאליים מהתנהגותו (איש או אישה; יהודי או ערבי; תושב שכונת יוקרה או תושב עיירת פיתוח). ככל שלמזיק יש שליטה בכך, ולעתים יש בידיו השליטה, הסיכונים יתועלו כלפי המגזרים המוחלשים בחברה (ראו למשל Abel, במאמרו הנ"ל). זוהי, אמנם, בעיה אינהרנטית בהינתן מרכזיותו של ראש הנזק של אבדן

כושר השתכרות (א' פורת, "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" 190 לזכרו של פרופ' מנשה שאוה (דניאל פרידמן, עורך, טרם פורסם)), אך היא מודגשת ומתרחבת בהקשר הנדון כאן. מנקודת המבט הכלכלית, התבססות על סטטיסטיקות קבוצתיות משמעותה היא שעל אף העמימות הראייתית ביחס לעתידם של קטינים, המשפט לכאורה מניח כי אין לצפות מילדים המשתייכים לקבוצות מסוימות שיגיעו בהשתכרותם אפילו לכדי השכר הממוצע במשק, ובהתאם לכך, ישנו תמריץ למזיקים בפועל לנהוג אמצעי זהירות קפדניים פחות כלפיהם. מחיר הפגיעה בילד אחד יהא שונה ממחיר הפגיעה בילד אחר, אף אם נסיבות הפגיעה והנזק שנגרם לגוף זהים לחלוטין, ואף ששני העוללים לא העלו עדיין בדעתם במה יעסקו "כשהיו גדולים". תוצאה זו, כך ברור, איננה מתקבלת על הדעת – בין אם הדעת נוטה לכיוון החלוקת-שוויוני ובין אם היא נוטה לכיוון הכלכלי-הרתעתי.

האחדת הפיצוי, לפי רף השכר הממוצע במשק, לא זו בלבד שהיא מקיימת את עקרון השבת המצב לקדמותו, כאמור, אלא היא גם ממזערת את הקושי המתואר של עיוות התמריצים.

42. אכן, שאלה היא האם התוצאה אליה אנו מגיעים היום היא התוצאה "היעילה" במובן הכלכלי-הצר. ניתן לטעון לכאן ולכאן. מחד גיסא, יטען הטוען כי השכר הממוצע במגזר מסוים משקף את המחיר החברתי הכרוך בפגיעה בנמנים על מגזר זה. ממילא, כך יוסיף ויטען, פסיקת פיצויים שוויונית תביא לתוצאה של הרתעה יתרה או חסרה, קרי לנקיטת אמצעי זהירות שאינם מתאימים לעלות הכרוכה בהתנהגות. מאידך גיסא, כך ניתן לטעון, כפי שהוסבר לעיל, המחיר החברתי הנובע מפגיעה בילד אינו ידוע. זה הקטן – אולי גדול היה, אלמלא מעשה העוולה. יש קושי רב בחישוב תוחלת הנזק בעתיד על-פי נתונים סטטיסטיים קבוצתיים עכשוויים. יתרה מכך, אין להתעלם מהיבטים אחרים המשפיעים על המשוואה, ובהם החיסכון בעלויות מידע הנובע מהכלל הקובע פסיקה אחידה. עלות ההכרעה הקבוצתית היא עצמה יקרה. עמד על כך Calabresi באמרו:

Since subcategorization is expensive, it will be cheaper at some point to have externalization to a broader category than to subcategorize indefinitely... If these costs are substantial, we might not be willing to spend the money to define some actuarially significant subcategories, even though their definition is possible... (G. Calabresi, *The Cost of Accidents* (1970) 146).

אלא שכך או אחרת, תפיסתנו אינה כלכלית-צרה (ראו למשל ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785). היא מאגדת שיקולים שונים ובהם צדק על היבטיו השונים והשגת תוצאה יעילה במובן הרחב. מבחן העלות והתועלת אינו בהכרח מבחן של משוואה פיננסית. בהקשר אחר עמדנו על התפיסה הרחבה הגלומה בנוסחת השופט Learned Hand:

הנוסחה, כך סבור אני, אינה חייבת לצמצם עצמה אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית. אכן, אין זו "נוסחה" במובנו המקובל, המתמטי, של הביטוי. זוהי מסגרת רעיונית, אשר משמשת את בית המשפט ככלי של היגיון. בית המשפט הוא זה שיוצק בה תוכן. הסתברות התרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו - כל אלה אינם ערכים מתמטיים שבית המשפט שם אותם על מנת לקבל, בסופו של חישוב, תוצאה מספרית. אלו ערכים חברתיים, ובית המשפט הוא שנדרש ליתן להם משמעות. בעשותו כן, עשוי בית המשפט להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי - יכול הוא לערוך איזונים שונים בין סיכונים שונים הנגרמים לגורמים שונים - המזיק, הניזוק, אדם שלישי והציבור (A. Porat "The Many Faces of Negligence" 4 Theoretical Inquiries in Law (2003) 105), ויכול הוא גם להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. בית המשפט הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת. פגיעה בצדק - היא עלות, צדק מתקן - הוא תועלת. המושגים עלות ותועלת עשוי שיתייחסו לשיקולים שונים מתחום "הצדק" - כך למשל, לשיקולים של "צדק מחלק" (ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498).

הדברים יפים גם לענייננו. הניתוח הכלכלי אינו משמש כאן להגדרת תוצאה יעילה במובן המתמטי. ספק אם תוצאה יעילה במובן הצר ניתנת להגשמה בסוגיה שבה אנו עוסקים. אך הניתוח הכלכלי ממחיש את חוסר ההיגיון ואת חוסר הצדק הטמון בגישה המפלה. אכן, בפרפראזה על דברי הנשיא ברק בפרשת חמד הנ"ל, לפיהם "האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי", נאמר אנו, כי הפיצוי המלא אינו רק הפיצוי היעיל. זהו גם הפיצוי הצודק, ההוגן והמוסרי. מקובלים עלי דבריו של פרופ' פורת, במאמרו הנ"ל ("שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה"), בהתייחסו לענייניו של ילד בדווי שנפגע בתאונה וכושר ההשתכרות שלו פחת:

... תוצאה זו [פסיקת פיצוי נמוך לילד בדווי, לפי השכר הממוצע של אזרח ישראלי בדווי ולא לפי השכר

הממוצע במשק – א' ר' אינה מתקבלת על הדעת: דבר אחד הוא לפצות בסכום נמוך אדם ששכרו נמוך ועל כן הפסד השתכרותו נמוך, ודבר אחר לחלוטין הוא לקבוע, שמאחר ומדובר בילד בדווי פיצוייו יהיו נמוכים יותר משל ילד יהודי, מכיוון שסטטיסטית, הראשון ישתכר פחות מן השני.

הנה כי כן, כל אלה נקבצו כאן: דרישת הצדק על פניה השונים, הניתוח הכלכלי ורעיון השבת המצב לקדמותו. כולם מביאים לאותה תוצאה, לאמור, שלילת הסטטיסטיקה הקבוצתית והעדפת הסטטיסטיקה "העיוורת" על פניה, ככל שמדובר בפיצוי נפגעים-ילדים.

פסיקת בתי המשפט בסוגיה שבפנינו

43. למסקנתנו, המעוגנת כמפורט לעיל בשיקולים המנחים בדיני הנזיקין, תימוכין גם בפסיקת בתי המשפט – אם כי לא הכל הלכו בדרך זו (ראו, למשל, בבית משפט זה, ע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללתענהודאת נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 407). עמדנו על הביקורת שהשמיע בית משפט זה, עוד בפסקי דין משנות ה-60 וה-70, על התפיסה ממנה משתמע כי "פעם עני תמיד עני" (פרשת פרסר הנ"ל ופרשת אטרש הנ"ל). באותם פסקי-דין נפסק הפיצוי על דרך האומדן הגלובאלי. תפיסה דומה הנחתה אותנו בע"א 1433/98 חמד נ' אחלם, תק-על 99(3) 1754, שם בסיס החישוב היה השכר הממוצע במשק. באותה פרשה נדונה שאלת הפסד השתכרותה של קטינה כבת שנתיים. נטען, כי יש לבסס את הפסד ההשתכרות על הערכה גלובלית או על ממוצע השכר בכפר מגוריה, המגיע לכדי פחות ממחצית השכר הממוצע במשק, זאת כיוון שנסיבותיה המשפחתיות מלמדות על כך ש"היתה נוטשת את מקום עבודתה בשלב מוקדם של חייה". בית משפט זה דחה עמדה זו וקבע, כי יש להותיר על כנה את פסיקת בית המשפט המחוזי, שביססה את הפסד ההשתכרות על השכר הממוצע במשק. וכך נפסק שם:

אכן, התובעת מתגוררת בכפר, מקום בו נתוני השכר הממוצע כפי שנקבעו על-ידי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מגיעים לכדי פחות ממחצית השכר הממוצע במשק. נתונים אלה עשויים להשתנות בעתיד ובית המשפט המחוזי אף הביא בחשבון את האפשרות כי התובעת היתה מוצאת מקום עבודה מחוץ למקום מגוריה.

הוא לא מצא בראיות שבאו לפניו בסיס מספיק להצדקת סטייה מן החזקה בדבר בסיס השכר הצריך לשמש את חישוב הפיצויים. נראה אכן כי בנסיבות המקרה, לא היה די בנתונים שהנתבעים מצביעים עליהם כדי להצדיק חריגה מהנחת העבודה האמורה. בנסיבות המקרה נראה

כי אין מקום להתערב בהערכה אשר שימשה את בית המשפט קמא, בראש נזק זה.

(ראו קביעה דומה, לגבי נפגע בן 30, בע"א 802/03 בשיר נ' "הפניקס הישראלי" חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם)). אמירה זו נצמדה אז לנסיבותיו של אותו מקרה. היום אנו מבטאים אותה ככלל.

44. עמדה דומה כנגד הבחנה מגדרית, מגזרית או משפחתית, נשמעה גם בפסיקת בתי המשפט המחוזיים. כך למשל, שלל השופט י' עדיאל את הטענה לפיה בהיות הקטינה בת למשפחה הנמנית על חסידי סטמר, חזקה עליה שתשתכר שכר הנמוך מן השכר הממוצע במשק:

בהקשר הנוכחי, אני סבור שאין לקבל את הטיעון המבקש לשלול מקטין, שטרם בגר וטרם החליט באופן עצמאי על אורח חייו ועל השימוש שהוא מבקש לעשות בכושר ההשתכרות שלו, מראש, ולמשך כל ימי חייו פיצוי בגין הפגיעה בכושר ההשתכרות שלו, הכל על יסוד מה שמקובל בחברה עליה הוא נמנה. לאור כך אני סבור שיש לחשב את הפגיעה בכושר ההשתכרות של התובעת על בסיס השכר הממוצע במשק. גם העובדה שאמה של התובעת משתכרת שכר נמוך בהרבה, אין בה כדי לפגוע במסקנה זו (ת"א (י-ם) 385/94 בינדר גולדה נ' טאן רות (לא פורסם)).

והשופט ברלינר כתב את הדברים הבאים:

מדובר בקטינה, אשר נפגעה כאשר היתה כבת 11 שנים; נתוניה רגילים. אין ברקעה או בעברה נתון מיוחד בעל משקל אשר יסיט אותנו מן ההערכה כי תוכל להשתכר כמו אדם ממוצע אחר, לאחר כניסתה לשוק העבודה. הכלל הוא, כי יש ללכת בענין זה על פי השכר הממוצע במשק. אין זה משנה, לדעתי, כי מדובר באישה ולא בגבר; אין זה חשוב שהיא נמנית על המגזר הערבי; אין השפעה לכך שהיא מתגוררת ביישוב קטן (יחסית), כפר יאסיף, וכך גם לגבי מקום מגורים מרוחק, או מוכה אבטלה או שלא מפותחים בו המוסדות להשכלה ולהכשרה מקצועית. ההנחה צריכה להיות, כי תושב ישראל, קטין, שנפגע בתאונת דרכים, שנתוניו רגילים, ישתכר בעתיד כדי השכר הממוצע במשק (ת"א (ח.י.) 1844/00 טאלח עלי נ' רים דאוד, קטינה (לא פורסם)).

ראו פסקי-דין נוספים שבהם נדחתה הטענה כי יש להפחית את הפיצוי בהתחשב בנתונים כגון מוצא, דת ועדה: ת"א (י-ם) 1533/98 טורמאן מוחמד נ' המאגר



הישראלי לביטוחי רכב "הפול" (לא פורסם); ת"א (י-ם) 653/90 איילין שמואל נ' כהן יעקב (לא פורסם); ת"א (י-ם) 2074/00 ש. נ' בית הספר כנסת יהודה (לא פורסם)). אלא שזו, כאמור, אינה הגישה היחידה שאפיינה את פסיקת הפיצויים בארץ. נתונים אודות שעורי שכר מיוחדים במקומות ישוב מסוימים ובקבוצות אתניות מוגדרות, ואודות המצב הסוציו-אקונומי של משפחת הניזוק, מובאים לא אחת בפני הערכאות המבררות, ובחלק מן המקרים הם משמשים את ההכרעה השיפוטית (ראו למשל ת"א (י-ם) 3341/01 דומד נ' אביטל (לא פורסם)). כפי שצוין, בהקשרים מסוימים – למשל ההקשר המגדרי – השאלה ברגיל אינה מתעוררת אצלנו, והשכר הממוצע במשק יפה לכולם. אמרנו "ברגיל", שכן בהבאת הנתונים הסוציו-אקונומיים והאתניים בחשבון הפיצויים טמונה, לעיתים באופן מובנה, גם ההבחנה המגדרית. דוגמא לכך היא ההתייחסות לתושבי כפר מסוים ולטענה שרוב נשותיו לא יצאו בעבר לעבוד מחוץ למשק ביתן.

45. לשיטתי, הניסיון לקבוע קבוצות אוכלוסייה מסוימות, שלגבי ילדיהן תקום הנחה א-פריורית של חדלות או דלות – דינו להיכשל. אל לנו לדון את הקטין לגורל מסוים אך בשל הסביבה בה גדל, השכלתם ופרנסתם של הוריו, מינו או המוצא הגזעי או האתני אליו הוא משתייך. אין נפקא מינא אם לפנינו ילדה או ילד, אם הוא בן למשפחה מבוססת או עשירה, אם הוא עולה חדש או יליד הארץ, אם מקום מגוריו מבוסס או נחשל או אם בן מיעוטים הוא. חישוב הפיצויים על-פי שיוך קבוצתי יוצר הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין. הפליה זו הוגדרה במשפטנו "הקשות שבהפליות" (השופט מ' חשין בבג"צ 6845/00 איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 683-684; ראו גם דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 134). עקרון האוטונומיה של הפרט מחייב להניח כי בהיעדר נסיבות אינדיבידואליות-ספציפיות המלמדות אחרת, לכל קטין האפשרות להתקדם, להתפתח ולהשתלב במערך התעסוקתי הישראלי לפחות כדי ההשתכרות הממוצעת במשק. פסיקה המבקשת לקרב את כושר השתכרותו לזה של בני משפחתו בעבר או לזה של מינו או הסביבה החברתית שבה גדל, סותמת את הגולל על האפשרות כי היה פורץ את הגבולות שתוחמת לו הסטטיסטיקה הקבוצתית. היא מביאה לתוצאה רגריסיבית – שעתוק וחיזוק הריבוד החברתי הקיים, ויוצרת עיוות במערך התמריצים של מזיקים.

התפיסה העקרונית והחריגים לה

46. עולה מן המקובץ, כי הנחת עבודה היא לנו, לגבי קטינים שטרם הגיעו במועד התאונה לגיל בגרות, ואשר מסלול עבודתם ודרך השתכרותם טרם התגבשו, כי יש לערוך את חישוב אבדן כושר ההשתכרות שלהם על בסיס ההנחה שאילו לא התאונה היו

משתכרים כשיעור השכר הממוצע במשק. נקודת מוצא זו לחישוב הפסד ההשתכרות של קטיין, היוצרת האחדה של הפיצוי, עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו, עם השאיפה להגשים את הזכות לשוויון ועם הצורך ליצור הרתעה אופטימלית. הנחה זו יאה לכל, לילד ולילדה, לאיש ולאשה, לשחור וללבן, לבני כל הדתות, יהיה מוצאם האתני אשר יהא. זוהי חזקה – אך היא ניתנת לסתירה, והשאלה שעוד נותר לברר נוגעת לטיבו של המסד הראייתי המאפשר סטייה מחזקה זו.

מודד בעל חשיבות מרובה בבחינת אפשרות הסטייה מהחזקה בדבר השכר הממוצע במשק קשור בגילו של הקטיין. "כבר אמרנו לא אחת בשורה של פסקי-דין, כי קביעת הפסד שכרו העתידי של קטיין, שטרם נכנס למעגל העבודה בפועל, הוא תמיד בגדר ניחוש, שהוא רב יותר ככל שהקטיין הוא בגיל רך יותר" (דברי השופט י' מלץ בפרשת אפראימוב הנ"ל, בעמ' 194). ככל שאדם מתבגר נצברים נתונים אודות לימודיו, תחביביו, כישוריו, התמדתו בדרך מסוימת וכיוצא באלה. לאור הנתונים הללו עשוי להתפזר הערפל בדבר פוטנציאל השתכרותו העתידי של הקטיין. ממילא, האפשרות לסטות מן ההנחה העובדתית מסתברת יותר ככל שגילו של הקטיין מתקרב יותר אל עבר תום תקופת הקטינות ותחילת תקופת העבודה, אלא שגם אז, ככלל, אפשרות הסטייה נמוכה היא.

47. גילו של הקטיין הוא, אם כן, מודד חשוב, ולצדו יכול שיימצאו ראיות נוספות, אשר הוכרע לגביהן בעבר, כי הן עשויות, במקרים מיוחדים, לאפשר סטייה מהשכר הממוצע במשק. כך, למשל, נקבע בע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז(4) 449, כי במקום בו היה סיכוי של ממש שהנפגע יעבוד במדינה אחרת, שרמת השכר בה שונה מזו שבישראל, נשקלת עובדה זו בעת חישוב נזקיו (ראו גם ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705, 731-732). עמדה דומה ננקטה גם ביחס לקטינים, אשר הוכח כי מרכז חייהם הוא בשטחי רצועת עזה או יהודה ושומרון (ע"א 718/91 כמאן טולימאן נ' טוויל וופא (קטינה), דינים עליון כז 481; ע"א 9117/03 יהודה זהר נ' נגלאא בדוויל, תק-על 2004(3) 3060; ראו גם ת"א (ב"ש) 351/89 דיפאללה פאטמה נ' אזברגה ג'ומעה, תק-מח 95(2) 500; ת"א (תל-אביב-יפו) 2024/01 מוהנד בטרדאן נ' Tryg-Baltica, תק-מח 2004(3) 2319). ההיגיון העומד בבסיס הלכות אלו הוא שהקטינים, המתגוררים בשטחים או בארצות ניכר אחרות, לא ישתלבו בעתיד במשק הישראלי. על-כן, ומבחינה זו בלבד, אין נפקות של ממש לנתון בדבר השכר הממוצע במשק הישראלי, לצורך חישוב הפסד השתכרותם. שונה הדבר בעניינים של קטינים המצויים בישראל ומתעתדים להמשיך ולחיות בה.

48. לעיתים יש נפקות לנתונים קונקרטיים שונים ביחס לנפגע-הקטין – כישוריו, השכלתו, מאווייו כפי שבאו לידי ביטוי עד מועד אירוע הנזק. אלה, בתורם, עשויים להצדיק סטייה מהשכר הממוצע במשק. במיוחד כך לעניין סטייה כלפי מעלה. כך למשל, נפסק בעבר כי הוכחת כשרון בולט בספורט עובר לתאונה מצדיקה קביעה של פיצוי גבוה מהשכר הממוצע במשק (ע"א 4597/91 קיבוץ אפיקים נ' כהן, פ"ד נ(2) 111, 129-128; ע"א 7358/95 הסנה נ' צוקרמן, תק-על 96(3) 23). עמדה דומה הוצגה ביחס לכישורים אינטלקטואליים, נטיות אקדמיות והישגים בלימודים (ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705; ת"א (חיפה) 1274/98 נוג'ידאת מוחמד נ' עזבון המנוח נוג'ידאת אחמד ז"ל, תק-מח 2005(1) 1805; ת"א (חיפה) 1969/87 יעקובי נ' ממני, תק-מח 2000(2) 8544), אם כי הודגש ש"להשתלבות בעבודה ולהצלחה בה ולהגדלת כושר ההשתכרות, דרושים מרכיבים נוספים כמו חריצות, התמדה, קשר טוב עם בני אדם, כושר ארגון וכיוצא באלה תכונות המסייעות להצלחה" (ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר חברה לביטוח, פ"ד נד(4) 450). כאמור לעיל, בבית משפט זה הובעו גישות שונות באשר לטיבן של אותן ראיות, לעוצמתן ולרמת ההסתברות הנלמדת מהן לגבי עתידו המקצועי של הקטין אלמלא התאונה. כך שמענו על דרישה ל"ודאות קרובה" (ע"א 1027/90 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' אליס בתיה, תק-על 93(4) 619); דרישה לקיומו של "נתון ספציפי נוסף" בדבר "כושר אינטלקטואלי בולט או נטיה בולטת לתחום תעסוקה, או אמנות מחד גיסא...." (ע"א 778/83 עזבון סעידי נ' פור, פ"ד מ(4) 628, 633-634); ומפי השופט אור: דרישה ל"נתונים מיוחדים הנוגעים לנפגע שבפניו, שיש בהם לסייע, ולו כללית, להעריך את כושר השתכרותו הצפוי בשונה מהשכר הממוצע במשק" (ע"א 92/87 סיגלית דנן נ' חודדה, פ"ד מה(2) 604, 607-606), כאשר "בהערכת הפיצויים בנזיקין לגבי תקופה שבעתיד לוקחים אנו בחשבון גם אירועים אשר יש סיכוי שיתרחשו בעתיד, אפילו אין הסיכויים מגיעים כדי יכולת לקבוע את הדבר כעובדה לפי מידת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי" (ע"א 7358/95 הסנה נ' צוקרמן, תק-על 96(3) 23).

49. לדעתי, ראיות ואינדיקציות לגבי הנפגע הקטין יאפשרו לסתור את החזקה בדבר השכר הממוצע במשק – לכאן או לכאן – רק במקום בו יש להן משקל רב והן מלמדות בהסתברות גבוהה כי הקטין אמנם היה משתלב בעתיד במקצוע מסוים (או, לחלופין, כי היה מתקשה למצוא לו מקום בעבודה מכניסה). אכן, בנטיות, כישורים ושאיפות בעלמא לא בהכרח סגי (ראו למשל ע"א 6431/96 אן בר זאב נ' ג'ומעה מוחמד, פ"ד נב(3) 557); המציאות מלמדת כי לרוב יקשה לצפות מה ילד יום והאם ישתכללו הנטייה, השאיפה והכישרון של הקטין לכלל רכישת מקצוע בעתיד; ומנגד, לא אחת קטינים שיודעי-דבר אינם חוזים להם גדולות, פורחים להם ומשגשגים. על כן, נדרשים

נתונים מיוחדים לגבי הקטין הספציפי, המוציאים אותו, בהסתברות גבוהה, מגדרי החזקה. ודוק: אמנם, ברגיל, "בהערכת הסיכוי אין בית המשפט שואף לוודאות, הנדרשת לקביעת עובדה במשפט אזרחי. אין הוא דורש מאזן של הסתברויות. בית המשפט אך מעריך סיכויים. על-כן יתחשב בית המשפט בסיכוי שהוא פחות מחמישים אחוזים, כאשר שיעור הסיכוי מתבטא בשיעור הפיצויים" (ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762). לא באנו לשנות מן הכלל הזה, אך בהקשר שבו אנו עוסקים עתה, בהינתן החזקה מזה, וחוסר הודאות המובנה בצפיית עתידם של קטינים מזה, ראוי כי בית המשפט יפסוק, ככלל, לפי השכר הממוצע במשק. סטייה מרף זה תהא קשה יותר, כאמור, ככל שגילו של הקטין צעיר יותר, שהרי תכופות ישנו קושי רב להוכיח כוונה ויכולת בכל הנוגע למסלולו המקצועי העתידי של ילד רך בשנים.

50. סיכומם של דברים: אין ספק כי שומת הפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות בעתיד היא מלאכה לא פשוטה, במיוחד כאשר מדובר בקטינים. בית המשפט חותר לאומדן המשקף ככל הניתן את המציאות, ובהיעדר נתונים ספציפיים המאפשרים חישוב אקטוארי-אינדיבידואלי, נעזר בית המשפט תכופות בנתון של השכר הממוצע במשק. נתון זה מקפל בתוכו את ממוצע דפוסי ההשתכרות של בני אדם בישראל. מתוך שמדובר בפיצוי אחד על-פי נתון המשקף את הממוצע, בוודאי הוא מיטיב עם חלק ומרע עם אחרים. אלא שמי הם הנהנים ומי הם המפסידים – זאת לא ניתן לדעת. אולם זאת נדע: 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 אינדיבידואליים לסתור, נתון לכל אחד ואחת מהילדים בישראל. כך נכון לקבוע מבחינה עובדתית. כך חובה עלינו לקבוע מבחינה נורמטיבית ומוסרית. וכך אנו קובעים.

תביעתה של רים

51. רים אבו חנא נפגעה בתאונת דרכים כשהיא בת חמישה חודשים בלבד. בית המשפט המחוזי התלבט בפסק דינו האם להביא בחשבון הפסד השתכרותה את העובדה שהיא בת למגזר הערבי. לבסוף, הגם שציין את המגמה לשינוי תנאי החיים ולהשוואת פרנסתם של גברים ונשים, פסק בראש הנזק הזה פיצוי גלובלי:

לדעתי, אין להגזים בהפחתת הפיצוי המגיע לתובעת בגין היותה בת כפר ריינה, או מחמת שרבות מנשות הכפר לא משתכרות מחוץ לעבודות הבית, שכן תנאי החיים עשויים להשתנות, וכך הנטייה המקובלת בעולם היא, להשוות עד כמה שאפשר את תנאי החיים והפרנסה

של גברים ונשים (ע"א 685/79 אטרש נ' מעלוף ואח' ועדעור שכנגד פ"ד לו (1) 626, 630). בכל זאת, ומאחר ואין כמעט כל נתון, שעל פיו ניתן להעריך את סיכויי ההשתכרות של התובעת, עדיף שאפסוק גם בראש נזק זה פיצוי גלובלי, בהתחשב בכך, שאין עדיין אינדיקציות מה תחום התעניינותה של התובעת, מה תהא השכלתה, דרכה והכשרתה (שס, עמ' 630). אין מנוס מקביעת מפסיקת הפסד שכרה המשוער באופן גלובלי, תוך שאני מביא בחשבון את השכר הממוצע במשק, את השכר הממוצע בכפר ריינה, את הרקע הסוציאקונומי של התובעת וכן את המתח שבין גיל הפרישה מעבודה, שהוא 65 שנה, לבין האפשרות של שכירים מסוגים שונים להמשיך ולהשתכר עד גיל 70 שנה ובהתחשב בהיוון.

המערערות טוענות כי בית המשפט ביסס בפועל את הפיצוי הגלובלי בגין הפסד ההשתכרות על השכר הממוצע במשק ובכך, לטעמן, שגה. אמה של המערערת, כך הן גורסות, אינה עובדת, וגם סבתה – מורה על-פי הכשרתה – חדלה לעבוד לאחר נישואיה. עוד טוענות המערערות, כי מרבית הנשים במגזר אליו שייכת המשיבה אינן עובדות או משתכרות למחייתן רק עד למועד נישואיהן. המערערות סומכות גם על נתוני השכר הממוצע בכפר ריינה – איזור מגוריה של המשיבה. לפי נתונים אלו – כך לטענתן – השכר הממוצע של נשים בכפר ריינה אינו עולה על סך של 3,000 ש"ח לחודש. מכלול הנתונים הללו מלמד – לפי עמדת המערערות – כי היה על בית המשפט להימנע מעריכת חישוב אקטוארי על בסיס נתונים ממוצעים "הרחוקים מנתוניה של המשיבה", כלשונו.

המשיבה, לעומת זאת, סבורה כי בית המשפט שגה עת ביסס את חישוביו, בין היתר, על השכר הממוצע במקום מגוריה, כפי שציין בית-המשפט קמא "תוך שאני מביא בחשבון את השכר הממוצע במשק, את השכר הממוצע בכפר ריינה, את הרקע הסוציאקונומי של התובעת...". המשיבה סבורה כי השתייכותה לעדה הנוצרית מלמדת על פוטנציאל השתכרות גבוה ועל סיכויים טובים להשתלב בשוק העבודה. בנוסף לכך, גורסת המשיבה כי "... טענה כי ילדה בת מיעוטים תרוויח בעתיד פחות מהשכר הממוצע במשק היא בלשון המעטה טענה מקוממת וצורמת" וכי היא זכאית "לגדול כמו כל ילדה אחרת בישראל ולזכות בחינוך והשכלה מקצועית הולמים, ומקום עבודה מתאים שלא יפחתו ממה שתזכה להם כל ילדה ישראלית אחרת...". המערערת מדגישה בהקשר זה את דברי בית המשפט קמא אודות מיעוט הראיות העומדות לפניו בבוא לקבוע את פוטנציאל השתכרותה העתידי, וטוענת כי עמימות ראייתית זו הייתה צריכה להביא להסתמכות על השכר הממוצע במשק.

52. רים אבו חנא נפגעה בתאונת דרכים בהיותה תינוקת רכה. במועד התאונה היה כל עתידה מונח בפניה. אין להניח, בשלב כה מוקדם בחייו של אדם, הנחות בדבר עתידו, כיווני התפתחותו או עיסוקיו. בוודאי שאין להניח לרעתו הנחות הסומכות כביכול על "הרקע הסוציאקונומי" שלו. אין לסבור, כי בהיות המשיבה בת לעדה הנוצרית, לא היה באפשרותה, אלמלא התאונה, להגיע לרף השכר הממוצע במשק. הנתונים המובאים על-ידי המערערות כנימוק לסטות מהחזקה בדבר השכר הממוצע במשק – עובדת היותה תינוקת ולא תינוק, שייכותה למגזר הערבי, העובדה שבמשפחתה נוטות הנשים שלא לעבוד לאחר נישואיהן, כמו גם הולדתה באיזור מגורים המאופיין בממוצע השתכרות נמוך – אינם רלוונטיים לצורך חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרותה בעתיד.

אשר-על-כן, יש לתקן את בסיס החישוב ולזכות את רים אבו חנא בפיצוי המבוסס על השכר הממוצע במשק. אין להביא בחשבון במקרה זה את "הרקע הסוציאקונומי שלה" ובכלל זה את נתוני השכר הממוצע היום בכפרה. הדיון מוחזר לבית המשפט המחוזי, על-מנת שיערוך מחדש את החישוב בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות, ויחליט גם באשר לשאלת הקפאת סכום כסף מתוך הפיצויים עד לבירור זכויותיה של המשיבה כלפי המוסד לביטוח לאומי, זאת לאור הסכמתה של המשיבה עצמה, כי אם תתקבל עמדתה-שלה בנוגע לחישוב הפסדי השתכרות, אזי יהא מקום להורות גם על הקפאה. שכר טרחת עורך-הדין יעודכן בהתאם לתוצאה שתתקבל.

הערעור והערעור שכנגד מתקבלים, אפוא, במובנים האמורים. המערערות ישאו בשכר טרחת עורך-דינה של המשיבה בסכום של 20,000 ש"ח.

**ש ו פ ט**

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

**ש ו פ ט**

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ריבלין.

ניתן היום, כ"ג באלול התשס"ה (27.9.05).

שופט

שופט

שופט