

תיקון הפליה בפסיקת פיצויים עבור אובדן כושר השתכרות

מאת

עומר פלד* ותום צור**

תקציר

הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות הוא רכיב מרכזי בפסיקת הפיצויים בגין נזקי גוף. הפיצוי עבור ראש נזק זה נקבע לפי ההפרש בין השתכרותו הצפויה של הניזוק אלמלא התאונה לבין שכרו הצפוי במומו. מאמר זה חושף שמודל הפיצוי הנוהג עבור בגירים, המבוסס בעיקרו על שכרו של הניזוק ערב התאונה, נגוע בשני כשלים הנגזרים מקיומה של הפליה בשכר בשוק העבודה. הכשל הראשון הוא ההתעלמות מהסיכוי שאלמלא התאונה שכרו של הניזוק היה עולה כתוצאה מצמצום ההפליה בעתיד. מודל הפיצוי שמתעלם מאפשרות זו מביא לכך שהפיצוי שנפסק לניזוקים אשר סבלו מהפליה בשוק העבודה הוא נמוך מההפחתה האמיתית בשכרם בעקבות התאונה, ומשכך חותר תחת תפקידם של דיני הנזיקין הן בהכוונת התנהגות והן בהשבת המצב לקדמותו. הכשל השני נוגע לכך שהפליה בשוק העבודה מביאה לעיתים לכך ששכרו של הניזוק נמוך מהערך החברתי של עבודתו. במצב דברים זה, הפיצוי הנפסק לניזוק המופלה, המבוסס על השתכרותו בשוק שבו קיימת הפליה בשכר, נמוך מהנזק החברתי שנגרם כתוצאה מהפגיעה בו, ומשכך חותר תחת תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות. במאמר זה אנו מציעים פתרון לכל אחד משני העיוותים בדין הנוהג, המתאים את משטר הפיצויים בגין אובדן כושר ההשתכרות למציאות שבה קיימת הפליה בשכר. על פי הפתרון הראשון, על הפיצוי הנפסק לניזוק בגין אובדן כושר השתכרות לשקלל את הסיכוי שההפליה בשוק העבודה תפחת בעתיד. על פי הפתרון השני, יש לשפות את הניזוק לפי השכר שהיה משתכר לו היה חבר בקבוצת הרוב. זאת, לא מנימוקים חוקתיים של שוויון, אלא משום

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** עמיתה במרכז ע"ש אוליין (Olin) למשפט וכלכלה ותלמידת תואר שלישי במשפטים (SJD),

אוניברסיטת הרווארד.

תודותינו נתונות לרונון אברהם, אהוד גוטל, מיטל גלבוץ, אלון הראל, תמר קריכלי-כץ, אריאל פורת, חגי פורת ובני שמואלי על הערותיהם שתרמו רבות למאמר בשלבי השונים. אנחנו מודים גם למיכאל גולדבוים על הסיוע המצוין במחקר.

ששכר קבוצת הרוב מהווה אומדן מדויק יותר לערך החברתי האמיתי של תפוקת עבודתו של הניזוק.

290	מבוא
295	א. הפליה בשכר בשוק העבודה – הבסיס העיוני לטיעון
295	1. סוגי ההפליה בשכר
297	2. השפעת ההפליה על שכרם של בני הקבוצה המופלית ובני קבוצת הרוב
300	ב. הכשלים בפיצוי הניזוק הבגיר לפי השכר בפועל
300	1. הכשל הראייתי
304	2. הכשל ההרתעתי
308	3. הפתרונות הקיימים ומגבלותיהם
313	ג. הצעות לפתרון
313	1. חישוב רכיב ההפליה בשכר
315	2. הפתרון הראייתי
319	3. הפתרון ההרתעתי
323	4. הפעלת המודל על נתוני אמת
326	ד. ביקורות אפשריות ותשובות להן
326	1. פגיעה בקבוצות חלשות
328	2. המזיק אינו צריך לשאת בעוולות הזולת
329	3. הפתרון הראייתי בשוקים שבהם פערי השכר צפויים להתרחב
331	4. כיבוד האוטונומיה של הניזוק
332	5. היחס בין הפתרון המוצע ודיני איסור הפליה
334	מסקנות והצעות למחקר המשך
335	נספח: תוצאות רגרסיה ליניארית (OLS) על השכר החודשי (ברוטו) בענף הבניין

מבוא

הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות מהווה רכיב מרכזי בפסיקת הפיצויים בגין נזקי גוף. הפיצוי עבור ראש נזק זה נקבע לפי ההפרש בין השתכרותו הצפויה של הניזוק אלמלא התאונה, לבין שכרו הצפוי במומו.¹ ניתן להצדיק את הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות על בסיס מטרת הליכה של דיני הפיצויים – צדק מתקן והרתעה יעילה. על פי עקרונות הצדק המתקן, כאשר המזיק פוגע בניזוק פגיעה עוללתית, הוא מפר את השוויון האפריורי הקיים בין השניים, ועל כן עליו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. מאחר שהתאונה הביאה לפגיעה בניזוק שבעקבותיה לא יוכל להשתכר למחיתו כפי שהיה משתכר אלמלא הפגיעה, פיצוי בהתאם לאובדן ההשתכרות יאפשר לניזוק להמשיך להיות

1 ע"א 541/63 רכס נ' הרצברג, פ"ד יח(2) 120, 125 (1964).

את חייו בהתאם לרמה שהיה מורגל בה עובר לתאונה.² על פי גישת ההרתעה היעילה, מטרתם של דיני הפיצויים היא מזעור העלויות החברתיות הכרוכות בתאונות ועלויות מניעתן באמצעות הכוונת התנהגותם של מזיקים וניזוקים בכוח. לפי גישה זו, הרתעה אופטימלית של מזיקים תושג כאשר הם יישאו במלוא העלות החברתית של התנהגותם העוולתית.³ כאשר מעשה העוולה פגע ביכולתו של הניזוק להשתכר, הנזק החברתי שנגרם ניתן לחישוב על פי ההפרש בין השתכרותו הצפויה של הניזוק אלמלא התאונה לבין שכרו הצפוי במומו, ועל כן שיפוי הניזוק בהתאם תביא להרתעה אופטימלית של המזיק באופן השלם ביותר.⁴ ראש הנזק של אובדן כושר השתכרות עומד בשנים האחרונות במרכז הדיון על סוגיית ההפליה בדיני הניזוקין. התוצאה המתחייבת משיטת פיצוי המבוססת בעיקרה על הפסד השתכרות היא שאדם ששכרו גבוה יקבל פיצוי גבוה מזה שמקבל המשתכר מעט, גם כאשר נזק הגוף שנגרם לשניים זהה.⁵ לנוכח פערי השכר הקיימים בין קבוצות שונות באוכלוסייה, יוצא אפוא שפגיעה באישה זולה (בממוצע) למזיק מפגיעה בגבר, ופגיעה בכך מיעוטים זולה (בממוצע) למזיק מפגיעה בחבר בקבוצת הרוב. מאמרים אקדמיים רבים, בישראל ובמדינות נוספות, דנו בבעייתיות הגלומה בשימוש בנתונים סטטיסטיים מבוססי מגדר וגזע לאומדן

-
- 2 אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 1, 2 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים תשס"ו-2006). פורת סבור שגישת הצדק המתקן היא מקור התמיכה המרכזי לשיטת פיצוי המבוססת על הפסד השתכרות.
- 3 Jennifer Arlen, *Tort damages*, 2 ENCYCLOPEDIA L. & ECON. 682, 683 (2000); ראו גם Robert Cooter, *Hand Rule Damages for Incompensable Losses*, 40 SAN DIEGO L. REV. 1097, 1115-1116 (2003).
- 4 במסגרת ניתוח מטרת ההרתעה במאמר אנחנו מבחינים בין הנזק האישי שנגרם לניזוק בעקבות התאונה, אשר מגולם בהפחתה בשכרו, ובין הנזק החברתי שנגרם, אשר מגולם באובדן התפוקה מעבודה. בתמצית, השכר המשולם לעובד ממעסיקו מהווה העברת משאבים מכיס לכיס, ומכאן שאין בשינוי בשכר המשולם, כשלעצמו, כדי להביא להגדלה או להקטנה של העוגה המצרפית. אולם, אובדן היכולת של הניזוק ליצור פוגע בעוגה המצרפית. בשוק עבודה שבו קיימת תחרות משוכללת, ההנחה היא ששכרו של הניזוק שווה לשווי האובייקטיבי של התפוקה שהוא מייצר, ולכן, ככל שמתקיימים התנאים של תחרות משוכללת, ההנחה היא שההפרש בין השתכרותו הצפויה של הניזוק אלמלא התאונה לבין שכרו הצפוי במומו מהווה פרוקסי (קירוב) מושלם לירידה בתפוקה.
- 5 ראו פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2-3; לממצאים אמפיריים התומכים במסקנה זו בנוגע לראש הנזק של אובדן כושר השתכרות, ראו Yifat Bitton & Tamar Kricheli-Katz, *Disparities on the Basis of Nationality, Ethnicity and Gender in Road Accident Compensation*. *Compensation in Israel, J. L. & COURTS* (Forthcoming, 2022). המאמר מתמקד בהשפעה של הפליה על השכר, וכתוצאה מכך על הפיצוי; לטענה כי קיימים גם פערים בפיצוי בגין כאב וסבל בין שחורים ולבנים בארצות הברית אשר אינם נשענים על הפליה בכוח ההשתכרות, ראו Maytal Gilboa, *The Color of Pain: Racial Bias in Pain and Suffering Damages*, 56 GEORGIA L. REV. (Forthcoming, 2022).

הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות.⁶ ואולם, הדיון התמקד במצבים שבהם לא השתכר הניזוק כלל עובר לתאונה, כשהשכיח ביניהם הוא המצב שבו הניזוק הוא קטין.⁷ בישראל, סוגיית הפיצויים בגין אובדן כושר השתכרותו של קטין אשר טרם החל את דרכו בשוק העבודה הוכרעה בפסק דינו של בית המשפט העליון בהלכת אבו חנא,⁸ אשר בו נדונה תביעת פיצויים בגין נזקי גוף של תינוקת בת חמישה חודשים מהמגור הברווי. במציאות שקדמה לפסק הדין, דרך המלך לפסיקת פיצויים בישראל עבור אב נזק זה הייתה שיטת החישוב האקטוארי, הנסמכת על הנתונים האינדיבידואליים של הנפגע.⁹ כך למשל, נתונים על שיעורי השכר בקבוצות אתניות מוגדרות, או נתונים על המצב הסוציו-אקונומי של משפחת הניזוק, שימשו את הערכאות השיפוטיות השונות לחישוב הפיצוי עבור אובדן כושר השתכרות.¹⁰ בהלכת אבו חנא, בית המשפט העליון דחה את שיטת החישוב האקטוארי, וקבע את השכר הממוצע במשק כאומדן הראוי לחישוב הפסד ההשתכרות של ניזוק קטין.¹¹

- 6 ראו, לדוגמה, Ronen Avraham & Kim Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO St. L. J. (2017); Elizabeth Adjin-Tetiey, *Contemporary approaches to compensating female tort victims for incapacity to work*, 38 ALTA. L. R. 504 (2000); MARTHA CHAMALLAS & JENNIFER WRIGGINS, *THE MEASURE OF INJURY: RACE, GENDER AND TORT LAW* (2010)
- 7 כושר השתכרות זכתה להתייחסות צרה מאוד בספרות והושארה למחקר עתידי. להרחבה ראו חלק ב.3. להלן. בנוסף לקטגוריה של ניזוקים קטינים, קטגוריה נוספת של מקרים שבהם הניזוק לא השתכר כלל ערב התאונה אשר זכתה לעיסוק נרחב יחסית בפסיקת בתי המשפט היא זו של ניזוקות שהיו עקרות בית לפני התאונה. ראו לדוגמה, ע"א 813/81 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון בוסקילה (נבו 12.2.1985); ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 3082/99 פטרומילו נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (נבו 22.9.2005).
- 8 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005) (להלן: הלכת אבו חנא).
- 9 שיטת הפיצוי האמורה עודנה שיטת הפיצוי הרווחת בעולם. להרחבה, ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 675-677.
- 10 לדוגמה, בת"א (מחוזי חי') 621/98 אבו חנא נ' אבו חנא (נבו 17.10.2002), בית המשפט פסק פיצוי גלובלי תוך התחשבות בשכר הממוצע של נשים בכפר שבו התגוררה התובעת הקטינה. פסק דין זה נהפך בערעור בהלכת אבו חנא, אך במועד מתן פסק הדין הוא שיקף את הדין הנוהג. באופן דומה, בעניין ע"א 5118/92 אלטריפי אלעאמה בע"מ נ' סלאימה, פ"ד נ(5) 407 (1997), בית המשפט העליון אמד את פיצוייו של ניזוק קטין באמצעות השכר הממוצע של עובד כפיים בישראל ובשטחים, באומרו כי "ההנחה לפיה צפיה היה התובע לעבוד בעבודת כפיים מתיישבת היטב עם נטיית בני משפחתו, שכולם עובדי כפיים, ועם הצלחתו המוגבלת של התובע בלימודיו"; בעניין ע"א 849/80 בוקרה נ' בוקרה, פ"ד לז(3) 739, 748 (1983), בית המשפט העליון העדיף להעניק לניזוקה פיצוי גלובלי הנמוך מחישוב אקטוארי לפי השכר הממוצע במשק, בקובעו שקיים קושי אובייקטיבי "לצפות פני העתיד לגבי ילדה למשך עשרות בשנים, בהן עשויה היא גם לצאת ממעגל העבודה בעקבות נישואין, אימהות וכדומה...".
- 11 לצד זאת, בהלכת אבו חנא בית המשפט הכיר באפשרות לסטות מחזקת השכר הממוצע במשק, מעלה או מטה, בהינתן "נתונים מיוחדים הנוגעים לקטין הספציפי, המוציאים אותו בהסתברות גבוהה מגדרי החזקה". ראו הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 63. ואכן, לאורך השנים סטו

בית המשפט נימק את הכרעתו האמורה בשורה של שיקולים נורמטיביים, ובראשם שיקולי צדק מתקן, שיקולי הרתעה, שיקולים חלוקתיים ושיקולי אוטונומיה. להבדיל, שיטת החישוב הנוהגת ביחס לניזוקים בגירים בישראל נותרה שיטת החישוב האקטוארית. כאשר בית המשפט נדרש לשום את נזקיו של אדם שכבר החל את דרכו בשוק העבודה, הוא מבסס את החישוב על סל הנתונים הזמינים ביחס לניזוק המאפשרים לאמור, ולו באופן משוער, את השכר שהיה משתכר אלמלא נפגע בתאונה. נתונים אלה כוללים את הכשרתו המקצועית של הניזוק, השכלתו, משרתו (או משרותיו) עובר לתאונה והשכר הנלווה להן, אפשרויות הקידום בעבודה, עליית השכר הריאלי הצפויה, שאיפותיו ועוד.¹² כל אלה יחד משמשים את בית המשפט לאומדן בסיס השכר לצורך קביעת הפסד ההשתכרות לעתיד. את בסיס השכר בית המשפט מכפיל במספר יחידות הזמן שהניזוק צפוי לשאת באותו הפסד, והיא התקופה שראשיתה ביום פסק הדין, וסופה במועד הפרישה המשוער של הניזוק משוק העבודה.¹³ בהתאם לכללים אלה, שכרו של הניזוק עובר לתאונה הוא נתון בעל משקל גבוה ביותר, ולעיתים קרובות בעל המשקל הבלעדי בחישוב בסיס השכר.¹⁴

- הערכאות הדיוניות מאומדן השכר הממוצע במשק מכוח נתונים סובייקטיביים של הניזוק-הקטין. כך למשל, בת"א (שלום ת"א) 66352/04 אזבארגה נ' עיריית לוד (נבו 12.4.2010) בית המשפט סטה מחזקת השכר הממוצע במשק ופסק לנפגע הקטין פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בסך של 70% מהשכר הממוצע, בקובעו כי "שילוב נתוניו האישיים של התובע [...] מביאים, לטעמי, למסקנה כי בענייננו לא מתקיימת ההנחה העובדתית על פיה פוטנציאל ההשתכרות של התובע הוא כגובה השכר הממוצע במשק". ראו גם ת"א (מחוזי חי') 959/00 אבילפזוב נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית (נבו 8.8.2004); ת"א (מחוזי נצ') 12-06-27699-ע.א. (קטיין) נ' קעדאן (נבו 3.4.2014); ת"א (מחוזי חי') 17-04-50909 פלוני נ' מגורה מבטחים ביטוח בע"מ (נבו 13.3.2019). לביקורת על מדיניות החריגה מחזקת השכר הממוצע במשק בהינתן נתונים אובייקטיביים על הקטין, ראו Avraham & Yuracko לעיל, ה"ש 6, בעמ' 727-728.
- 12 אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הניזוקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 255-256 (1983); אליעזר ריבלין תאונת הדרכים 1082 (מהדורה רביעית 2011); הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 49.
- 13 קיימת חזקה הניתנת לסתירה שהניזוק יפסיק לעבוד בגיל היציאה לפנסיה הקבוע בחוק. בהלכת אטינגר (2004), אשר ביטלה את הלכת גבריאלי שהייתה נהוגה עד אותה עת (הידועה בכינויה "הלכת השנים האבודות"), נקבע כי חזקה זו תחול גם במצבים שבהם קוצרו חייו של הניזוק בעקבות התאונה ("השנים האבודות"), ועל כן בבחינת הניתוח המובא במאמר זה אין נפקות להבחנה בין מצבים שבהם התאונה גרמה למותו של הניזוק למצבים שבהם נסתיימה בפגיעת גוף. ראו ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004). כן יובהר שאת הסכום המתקבל יש להוון, בלי להתחשב במס ההכנסה. הערכת הפיצוי מחושבת ליום התשלום בפועל, תוך התחשבות הן בירידת ערך הכסף בין מועד התאונה למועד התשלום בפועל, והן באינפלציה העתידית באמצעות גורם ההיוון. ראו ברק, לעיל ה"ש 12.
- 14 בחינה של עשרות פסקי דין שבהם נדרשו בתי המשפט לשום את נזקם של תובעים העלתה שהגם שבתי המשפט מציינים מעת לעת את הצורך לגלם את הסיכויים לשיפור שכרו של הניזוק בשכר הנפסק, בפועל בסיס השכר נקבע על בסיס ממוצע שכרו של הניזוק לפני התאונה. ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 5367/03 כרום נ' בלעוס (נבו 30.7.2007). באותו מקרה, על בסיס

הדוגמה הבאה ממחישה את משמעות ההבדל בין משטר הפיצויים הנוהג ביחס לניזוקים קטינים למשטר הפיצויים הנוהג ביחס לניזוקים בגירים, בבחינת השפעתם על ניזוקים המשויכים לקבוצות הסובלות מהפליה בשוק העבודה.

דוגמה 1 – תאונת דרכים: אם וכת ערכיות המתגוררות בפריפריה, נפגעו בתאונת דרכים, כשהן בנות 25 ו-9, בהתאמה. שתי הנפגעות סובלות מנכות תפקודית בשיעור של 100% לצמיתות. ערב התאונה, השכר החודשי של האם עמד על 5,000 ש"ח לחודש. ידוע כי נשים בישראל משתכרות פחות מגברים, כי אנשים החיים בפריפריה משתכרים פחות מאלו החיים במרכז הארץ, וכי בני קבוצת המיעוט משתכרים פחות מבני קבוצת הרוב.¹⁵

בהתאם להלכת אבו חנא, בית המשפט יחשב את הפיצוי לבת בהתאם לשכר הממוצע במשק, 10,000 ש"ח, תוך התעלמות מההשפעה הצפויה של הפליה על השתכרותה העתידית. הפיצוי לאם, לעומת זאת, יתבסס על שכרה בפועל, 5,000 ש"ח, אף על פי שהוא נמוך במידה ניכרת מהשכר הממוצע, ככל הנראה כתוצאה מהפלייתה בשוק העבודה על בסיס לאום, מגדר ומקום מגורים.

העמדה שנקט בית המשפט העליון בהלכת אבו חנא יוצרת אי-התאמה בין מדיניות הפיצוי הנוהגת ביחס לניזוקים קטינים ובגירים. במאמר זה נטען שמודל הפיצוי הנוהג ביחס לראש הנזק של אובדן כושר ההשתכרות של הניזוק-הבגיר, המבוסס בעיקרו על שכרו של הניזוק ערב התאונה, נגוע בשני כשלים מרכזיים, הנגזרים מקיומה של הפליה בשכר בשוק העבודה. הכשל הראשון, אותו נכנה הכשל הראייתי, נוגע להתעלמות מהסיכוי לכך שאלמלא התאונה היה שכרו של הניזוק עולה כתוצאה מצמצום רכיב ההפליה בשכרו. צמצום זה עשוי להתרחש בעקבות צמצום הפליה כללי בשוק העבודה, או בעקבות כישוריו ומאפייניו של הניזוק הספציפי, אשר עשויים לסייע לו להתמודד עם ההפליה ולגבור עליה בעתיד. מודל פיצוי המתעלם מתרחיש זה יביא לכך שהפיצוי הנפסק לניזוק עבור אובדן כושר השתכרות הוא נמוך מההפחתה המשוערת בשכרו של הניזוק בעקבות התאונה, ומשכך חותר תחת תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות ובהשבת המצב לקדמותו. הכשל השני, אותו נכנה הכשל ההרתעתי, נוגע לכך שהפליה בשוק העבודה מביאה לעיתים לכך ששכרו של הניזוק-הבגיר נמוך מהתועלת החברתית מעבודתו. במצב דברים זה, הפיצוי הנפסק לניזוק-המופלה, המבוסס על השתכרותו בשוק שבו קיימת הפליה בשכר, נמוך מהנזק החברתי שנגרם כתוצאה מהפגיעה בו, ומשכך חותר תחת תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות.

השכר שקיבל התובע בשלושת החודשים שקדמו לתאונה, בסכום קבוע של 5,000 ש"ח לחודש, בית המשפט העמיד את בסיס השכר לעתיד על סכום של 5,150 ש"ח לחודש, שהם 5,000 ש"ח המשוערכים ליום מתן פסק הדין; ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 720/93 פיצוטו נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (נבו 7.11.1995); ת"א (מחוזי נצ') 341/90 חלבי נ' אבו חמד (נבו 22.2.1995); ת"א (מחוזי י-ם) 6474/04 חמוי נ' סרסור (נבו 27.11.2008).
15 דוגמה זו מבוססת על ת"א (מחוזי י-ם) 5376/03 עייבון פלונית נ' נפתלי (נבו 29.11.2005), בשינויים מסוימים.

לכל אחד משני העיוותים בדין הנוהג קיים פתרון מובחן, המתאים את משטר הפיצויים בגין אובדן כושר ההשתכרות למציאות שבה קיימת הפליה בשכר. על פי הפתרון הראשון, הצנוע יותר, על הפיצוי הנפסק לניזוק-הבגיר בגין אובדן כושר השתכרות לשקלל את הסיכוי שההפליה בשוק העבודה (או כלפי הניזוק הספציפי) תפחת, באופן שמטפל בכשל הראייתי. על פי הפתרון השני, הרדיקלי יותר, יש לשפות את הניזוק-הבגיר לפי השכר שהיה משתכר לו היה חבר בקבוצת הרוב, באופן שמטפל בכשל ההרתעתי. השוני המעשי בין הפתרונות נוגע בעיקרו למשקל שבית המשפט מקנה לפער בין השכר של הניזוק בפועל ובין השכר שהיה צפוי להשתכר בעולם ללא הפליה, המשליך על הגשמת המטרות של דיני הפיצויים. בהתאם לפתרון הראייתי, התוספת לפיצוי שנפסק לניזוק תעמוד על שיעור מסוים מהפער, בהתאם להערכת הסיכוי לצמצום ההפליה, באופן שיגשים, בקירוב ככל שניתן, את המטרה של השבת המצב לקדמותו. במסגרת הפתרון ההרתעתי, התוספת תעמוד על הפער במלואו. הפתרון ההרתעתי מגשים באופן מלא את מטרת ההרתעה היעילה, אולם גם הוא, בדומה למתווה הנוכחי, מעלה קושי בבחינת המטרה של השבת המצב לקדמותו.

יובהר כי מאמר זה אינו מבקש לתקן הפליה בשכר בשוק העבודה דרך דיני הניזוקין, ואף לא לקדם חלוקה הוגנת יותר של המשאבים בחברה באמצעות פסיקת פיצויים – הגם שאלה מטרות שעשויות להיתרם מיישום הרפורמה המוצעת. המאמר מבקש להראות כי על מנת להגשים את מטרות הליכה של דיני הניזוקין – השבת המצב לקדמותו והכוונת התנהגות – על בתי המשפט להתאים את הפיצוי למציאות שבה קיימת הפליה בשכר. כלומר, קידום השוויון וצמצום פערי השכר בין הקבוצות הם תוצאה חברתית רצויה שמושגת אגב תיקון הכשלים של המשטר הקיים בקידום המטרות של דיני הניזוקין.

המאמר בנוי כך: בפרק א נניח את הבסיס העיוני לטיעון; בפרק ב נציג את שני הכשלים המרכזיים בחישוב הפיצוי לניזוק הבגיר – הכשל הראייתי והכשל ההרתעתי. נוסף על כך, בפרק זה נבחן פתרונות קיימים שהוצעו בספרות ובפסיקה להתמודדות עם כשלים אלה, ונסביר מדוע הם אינם מהווים פתרון מוצלח; בפרק ג נציע שני משטרי פיצוי חלופיים לתיקון הכשלים הללו, ונראה כי ניתן ליישםם באמצעות נתונים שנאספים כבר כיום על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. בפרק ד נעמוד על הקשיים שביישום הפתרונות, ונציע דרכים ליישב אותם. בפרק ה נסכם את המאמר ונציע קווים למחקר עתידי.

א. הפליה בשכר בשוק העבודה – הבסיס העיוני לטיעון

1. סוגי הפליה בשכר

הפליה בשכר מתרחשת כאשר פרטים מקבוצה חברתית מסוימת מקבלים שכר נמוך יותר מקבוצה חברתית אחרת, מטעמים של השתייכות קבוצתית (כגון מין, גזע, מקום מגורים).¹⁶ לצורך הדיון, שלושה סוגים שונים של הפליה בשכר רלוונטיים.

16 DONALD TREIMAN & HEIDI HARTMANN, WOMEN, WORK AND WAGES: EQUAL PAY FOR EQUAL VALUE, 8-9 (1981). כפי שנראה, אומנם שני הכשלים המתוארים עשויים להתעורר (בהתקיים תנאים מסוימים) גם ביחס לסוגי הפליה אשר אינם מעוגנים בחוקי איסור הפליה, אולם במישור הפרקטי קשה יהיה להכיל את אלה מהמתווים המוצעים על ידינו על סוגי הפליה

הפליה מן הסוג הראשון נוגעת למקרים שבהם אדם משתכר פחות מאדם אחר, אף על פי שהשניים מבצעים עבודה שוות ערך (להלן: הפליה כתגמול). על פי התאוריה הכלכלית הקלאסית בנוגע להון אנושי (Human Capital Theory), בשוק עבודה תחרותי, התמורה שאדם מקבל על עבודתו תהיה שווה לשווי האובייקטיבי של התפוקה שהוא מייצר.¹⁷ כאשר קיימת הפליה בשכר, העובד המופלה מקבל שכר נמוך מהשכר של עובדים בעלי אותו הון אנושי אשר מבצעים אותה עבודה, או עבודה שוות ערך (במונחי תפוקה ואיכות). לנוכח השתייכותו הקבוצתית. החובה להימנע מסוג הפליה זה מעוגנת מפורשות בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד ובחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁸

הפליה מן הסוג השני נוגעת לקידום בתוך מקום העבודה, שלו השפעה מיידית על השכר (להלן: הפליה בקידום). בסוג זה של הפליה, שני עובדים בעלי אותו הון אנושי מבצעים עבודה שונה שאיננה שוות ערך, לנוכח חסימת הגישה של הקבוצה שהעובד המופלה משויך אליה לתפקידים בכירים יותר, המאוישים באופן טיפוסי על ידי עובדים המשוויכים לקבוצה שאינה מופלית. בשוק תחרותי, ההון האנושי של עובד, המוגדר כסך כישוריו הטבעיים (כגון אינטליגנציה) והנרכשים (כגון השכלה וניסיון) ינוצל באופן מקסימלי, כך שבהעדר הפליה היו עובדים המשוויכים לקבוצה המופלית מאיישים תפקידים בכירים יותר, וכך מפיקים עבודה בעלת ערך גבוה יותר, עבור שכר גבוה יותר. האיסור על מעסיקים לנקוט סוג הפליה זה כלפי קבוצות מסוימות עוגן גם הוא מפורשות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁹

הפליה מן הסוג השלישי נוגעת לסוג המקצועות ותחומי העיסוק המזוהים עם כל אחת מהקבוצות (להלן: הפרדה תעסוקתית). בסוג זה של הפליה אנו מניחים שתי קבוצות בעלות הון אנושי שונה אשר מבצעות עבודה שונה בערכה. לפי התפיסה המקובלת, אדם ישקיע בפיתוח ההון האנושי שלו בהתאם לתמורה שההשקעה צפויה להניב לו, אשר בשוק תחרותי

אשר אינם אסורים על פי חוק, ועל כן הם יוגבלו אך לעילות המעוגנות בחוקי איסור הפליה. לעניין זה, ראו פרק ג.1.

17 ראו N. GREGORY MANKIWI, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS, 393-394 (1997). סייג מסוים לקביעה זו נוגע למקרים של הפליה סטטיסטית (Statistical Discrimination) שקיימת גם בשוק תחרותי, ואשר תחתיה מעסיקים בוחרים שלא להעסיק (או שלא לקדם) עובדים מסוימים בהתבסס על תפיסות שליליות מבוססות נתונים, כאשר ברור התפוקה של העובד כרוכה בעלות ניכרת. ראו: Shelly Lundberg & Richard Startz, *Private Discrimination and Social Intervention* (1983) 340 AM. ECON. REV. 73 *Competitive Labor Market*, in. סוג הפליה נוסף שקיים גם בשוק תחרותי הוא הפליית טעמים (Taste-based Discrimination), שמתרחשת כאשר מעסיקים או לקוחותיהם מתייחסים בצורה שונה לחברי קבוצה מסוימת עקב רגשות שליליים של דחייה או סלידה כלפיהם. במונחים של מאמר זה, המשמעות של הפליית טעמים היא שאותם רגשות שליליים מגולמים, בצורה כזו או אחרת, בתפוקה שהעובד מייצר. ראו GARY BECKER, THE ECONOMICS OF DISCRIMINATION 16-17 (2nd ed., 1971); David Neumark, *Wage Differentials by Race and Sex: The Roles of Taste Discrimination and Labor Market Information*, 38 IND. RELAT. 417-420 (1999).

18 ס' 2 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230; ס' 2(א)(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 83.

19 ס' 2(א)(3) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

תהיה שווה, כאמור, לערכה האובייקטיבי. לנוכח ההפליה הקיימת בשוק העבודה, בגינה שכרם של עובדים בני קבוצות מופלות נמוך מהערך שהם מייצרים בעבודתם (בעקבות הפליה בתגמול) או מהערך שעשויים היו לייצר (בעקבות הפליה בקידום), לקבוצות מופלות קיים תמריץ פחות להשקיע בהון אנושי. כך למשל, אישה שיודעת כי היא אינה צפויה לזכות לקידום במקום העבודה ושהשכר הצפוי לה יהיה נמוך משכרו של גבר המבצע עבודה זהה, עלולה להחליט להשקיע פחות זמן ברכישת השכלה ולפנות למקצוע רווחי פחות, או להקדיש זמן רב יותר לניהול משק הבית. כמובן זה, המבנה הסרגטיבי של שוק העבודה מביא לכך שהונם האנושי של חברי הקבוצה המופלית יהיה נמוך יותר, ומשכך הם יוגבלו לתחומי עיסוק נחותים יותר, המניבים שכר נמוך יותר. כלומר, בעוד שהפליה בתגמול מבוססת על ההנחה ששני מועמדים זהים בכל הפרמטרים הרלוונטיים לשכר מקבלים יחס שונה בשל הקריטריון המבדיל ביניהם, הפרדה תעסוקתית מתייחסת לריבוד חברתי השולל משני המועמדים את האפשרות להיות דומים מלכתחילה.²⁰

המשותף לשלושת סוגי ההפליה במסגרת הדיון על משטר הפיצויים בגין אובדן כושר השתכרות הוא ששלושתם מתארים מצבים שבהם, קודם לתאונה, התרחש מאורע בלתי תלוי בהתנהגותו של המזיק שפגע בהשתכרותו של הניזוק, כך ששכרו ערב התאונה נמוך מכושר השתכרותו הפוטנציאלי.²¹ בהמשך נראה כי המטרות של דיני הנזיקין ומגבלות הכרוכות בעלויות היישום מצדיקות תיקון של משטר הפיצויים הקיים כיום רק במקרים של הפליה בתגמול והפליה בקידום.

2. השפעת ההפליה על שכרם של בני הקבוצה המופלית ובני קבוצת הרוב

הגם שהקביעה כי הפליה בשוק העבודה מתורגמת לפערי שכר אינה שנויה במחלוקת, הספרות העוסקת בניתוח הפליה בשכר טרם הגיעה למסקנה ברורה ביחס לאופן שבו הפליה

20 גרי בקר הציע שככל שגובה שכרו של חברי הקבוצה המופלית הם בעלי פוטנציאל השתכרות זהה לפוטנציאל ההשתכרות של חברי קבוצת הרוב, פערי השכר בין הקבוצות מהווים תוצאה של השילוב בין השקעת חסר בהון אנושי ובהפליה כלפי הון אנושי. תחת החלוקה המוצעת על ידינו, סוג ההפליה השלישי הוא תוצר של השקעת חסר בהון אנושי, בעוד שסוגי ההפליה הראשון והשני הם תוצר של הפליה כלפי הון אנושי. ראו BECKER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 5.

21 קיימת בפסיקה מחלוקת לגבי הפרשנות שיש לתת לפיצוי שניתן בגין אובדן כושר ההשתכרות. לפי הפרשנות המקובלת, הפיצוי ניתן עבור אובדן הכנסה בפועל, ולכן אין חשיבות מיוחדת ליכולת ההשתכרות הפוטנציאלית של הניזוק. על פי פרשנות שנייה, הפיצוי ניתן עבור כושר ההשתכרות, כנכס פירותי, אשר שוויו נעמד על פי היכולת לייצר הכנסה, ולא על פי ההכנסה בפועל. אף על פי שהפסיקה אימצה ככלל את הפרשנות הראשונה לראש הנזק, בהלכת אבו חנא נראה שהשופט ריבלין מאמץ את הפרשנות שלפיה הפיצוי ניתן בגין אובדן כושר ההשתכרות ולא עבור אובדן הכנסה הצפויה של הניזוק. ראו הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, בפס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין; לדיון בפירושים האפשריים לראש הנזק, ראו עומר פלד "חישוב הנזק בתנאי אי-ודאות – התאמת הנתון הסטטיסטי למטרותיהם של דיני הפיצויים" עיוני משפט לט 147, 165-170 (2016). הדיון במאמר זה מתמקד בהתאמת הפיצוי לאור המטרה של השבת המצב לקדמותו, אשר תואם יותר את הפרשנות הראשונה, או בהתאם למטרת ההרתעה, אשר מתיישבת יותר עם הפרשנות השנייה.

בשוק העבודה משפיעה על שכר.²² בהקשר זה, קיימות שלוש תאוריות מרכזיות בדבר מבנה השכר במציאות שבה לא קיימת הפליה בשכר (the non-discriminatory structure): לפי התאוריה הראשונה, הפליה גורמת אך להפחתת שכרם של בני הקבוצה המופלית. ההנחה היא שבני הקבוצה המופלית "נענשים" על עצם שיוכם הקבוצתי, במובן זה ששכרם נמוך מהשכר שהיו משתכרים בעולם נעדר הפליה, בעוד ששכרם של בני קבוצת הרוב אינו מושפע, כעניין סיבתי, מקיומה של הפליה בשוק העבודה, ומכאן משקף את השכר שכל העובדים היו מרוויחים בשוק נטול הפליה. תופעה זו יכולה לנבוע, למשל, מכך שמעסיקים מחזיקים בסטראוטיפים שליליים כלפי בני הקבוצה המופלית, ולכן מוכנים לשלם שכר נמוך יותר עבור אותה משרה. בנוסף, קיימים פערים בכוח המיקוח של עובדים אשר סובלים מהפליה אשר מגבילה את היכולת שלהם להתמקח על השכר.²³

לפי התאוריה השנייה, הפליה גורמת להעלאת שכרם של בני קבוצת הרוב. ההנחה היא שבעולם שבו קיימת הפליה בשכר, בני קבוצת הרוב מקבלים "הטבה" על עצם שיוכם לקבוצה חזקה, במובן זה ששכרם גבוה מהשכר שהיו משתכרים בעולם נעדר הפליה, בעוד ששכרם של בני הקבוצה המופלית שווה לשכר שהיו משתכרים כלל העובדים בעולם נעדר הפליה. מצבים אלה יכולים להיווצר, לדוגמה, אם מעסיקים חברים בקבוצת הרוב ומעדיפים עובדים הדומים להם או כי הם טועים לחשוב שהתפוקה של חברי קבוצת הרוב גבוה מהתפוקה שלהם בפועל, כתוצאה מסטראוטיפים חיוביים שקיימים כלפיהם.²⁴

22 שאלה זו זכתה להתייחסות בשורה של מאמרים אמפיריים שבמסגרתם מלומדים שונים עמדו על הקושי לנבא את מבנה השוק בעולם ללא הפליה (the non-discriminatory structure). מרבית המלומדים בחרו שלא להכריע בין המבנים האפשריים והתאימו את המודלים שלהם לשתי הנחות חלופיות – שוק שבו כלל העובדים משתכרים כבני הקבוצה שאינה מופלית (current male/white wage structure) ושוק שבו כלל העובדים משתכרים כבני הקבוצה המופלית (current female/black wage structure). ראו, לדוגמה, Debra Barbezat, *Salary Differentials by Sex in the Academic Labor Market*, 22 J. HUMAN RESOURCES 424-425 (1987); Ronald Oaxaca & Michael Ransom, *On discrimination and the Decomposition of Wage Differentials*, 61 J. ECONOMETRICS 8-10 (1994); Barbara Bergmann, *The effect on white incomes of discrimination in employment*, 79 J. POL. ECON. 293-294 (1971).

23 כאשר קיים כוח שוק משמעותי בידי מעסיקים, הם יכולים להציע לעובד שכר בגובה הסכום המינימלי שהעובד ידרוש כדי לעבוד, במקום לפי התפוקה השולית שלו. במצב זה, ככל שהפליה מביאה להפחתת שכרם של בני הקבוצה המופלית (הוא כיוון ההשפעה הראשון), בעולם נעדר הפליה היה שכרם של העובדים המופלים עולה ומשווה לשכר של שאר העובדים. לדיון בכוח שוק בצד המעסיקים, ובהשפעה של כוח השוק על שכר העובדים, ראו ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, *RADICAL MARKETS: UPROOTING CAPITALISM AND DEMOCRACY FOR A JUST SOCIETY* 199-204 (2018).

24 מספר מחקרים מציעים שכאשר נדרש שיפוט סובייקטיבי של תכונות וכישורים, מעסיקים נוטים להעריך ביתר את הכישורים של חברי קבוצת הרוב כתוצאה מ"אפקט ההילה" שלפיו הערכה סובייקטיבית של תכונה אחת מושפעת מהערכה סובייקטיבית של תכונה אחרת. בהקשר של הפליה, נמצא למשל שצבע עור בהיר נתפס בממוצע כ"אטרקטיבי" יותר, וכתוצאה מכך מעסיקים מעריכים כי בעלי עור בהיר הם גם אינטליגנטיים יותר. ראו, לדוגמה, Jordan D. Bello, *Attractiveness as Hiring Criteria: Savvy Business Practice or Racial Discrimination?*,

התאוריה השלישית היא שילובם של שני המופעים השונים שתוארו לעיל – הפליה גורמת הן להפחתת שכרם של בני הקבוצה המופלית, והן להעלאת שכרם של בני קבוצת הרוב. על כן, תחת תאוריה זו, שכרם של בני קבוצת הרוב גבוה מהשכר שהיו משתכרים בעולם ללא הפליה ושכרם של בני הקבוצה המופלית נמוך יותר. השפעה זו יכולה להיות סימטרית – כך שממוצע משוקלל של השכר משקף את השכר בעולם ללא הפליה, או א-סימטרית – כך ששיעור ההפחתה בשכרם של חברי הקבוצה המופלית גדול או קטן משיעור העלייה בשכרם של חברי הקבוצה שאינה מופלית.²⁵

למעשה, אי הבהירות בנוגע לאופן שבו הפליה משפיעה על שכר מצומצמת אך להפליה בתגמול. הפליה בקידום, לעולם פועלת ככיוון ההשפעה השלישי בתצורה הסימטרית שלו – קידומו של עובד פלוני הוא בהגדרה על חשבון קידומו של אלמוני, כך שההטבה שמקבל הראשון מתקזזת באופן מושלם עם ה"קנס" שמושת על השני. בעולם נעדר הפליה, הקידום של מועמדים זהים בשתי הקבוצות היה מתחלק ביניהן בהתאם לשיעורן באוכלוסייה, ולכן שכרם הממוצע של חברי קבוצת המיעוט היה עולה, ושכרם הממוצע של חברי קבוצת הרוב היה פוחת. הפליה מהסוג של הפרדה תעסוקתית מזוהה גם היא עם כיוון ההשפעה השלישי: היא מובילה להפחתת שכרם של בני הקבוצה המופלית, על דרך של הגבלתם לתחומי עיסוק נחותים יותר המניבים שכר נמוך יותר, ולהעלאת שכרם של בני קבוצת הרוב, על דרך של הרחבת מנעד אפשרויות העסקה במקצועות מניבים יותר.

הגם שטרם נערכה בחינה אמפירית מקיפה דיה של כיווני ההשפעה של ההפליה על השכר, ניתן ללמוד מהדרכים שבהן בחרו המחקר הישראלי ובתי המשפט להתמודד עם הפליה בשוק העבודה בהקשרים שונים על ההנחות שלהם בנוגע לאופן ההשפעה של הפליה על השכר. כך, חוק שכר שווה לעובד ולעובדת וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה מחייבים השוואה של שכר העובד שסובל מהפליה לשכרם של עובדים שאינם סובלים מהפליה.²⁶

8. J. GENDER RACE & JUST. 483 (2004). לאפקט ההילה בקרב מורים בתי ספר, ראו Margaret

Hunter, *Colorism in the Classroom: How Skin Tone Stratifies African American and*

Latina/o Students, 55 THEORY & PRACTICE 54, 56-57 (2016). די בכך שמיעוט בקרב

המעסיקים יהיה מוכו להציע לעובדים בני קבוצת הרוב שכר גבוה כדי להשפיע על כוח המיקוח

של אותם עובדים מול מעסיקים אחרים, וכך להעלות את השכר שלהם בקרב כלל המעסיקים.

25 להבדיל משני כיווני ההשפעה הבינאריים, שזכו להתייחסות בשורה של מאמרים אמפיריים,

כיוון ההשפעה השלישי טרם הועלה בספרות ככיוון השפעה אפשרי. ואולם, עצם הבחירה לאמץ

את שני המודלים החלופיים כמקרי קצה במחקרים אמפיריים מניחה באופן מובלע שהמציאות

העובדתית נמצאת ככל הנראה באמצע – באופן התואם את החלופה השלישית. ראו Oaxaca

& Ransom לעיל ה"ש 22, בעמ' 9.

26 הגם ששני החוקים אינם קובעים זאת במפורש, כך בתי הדין לעבודה פירשו את חוק שכר

שווה בפוסקים פיצוי לתובע המופלה בגובה הפרש בין שכרו בפועל לשכרו של העובד שאינו

מופלה, כשהשניים מבצעים עבודה זהה. ראו למשל ע"ע (ארצי) 1156/04 הו"ס-סנטר (עשה

זאת בעצמך) בע"מ – גורן (נבו 20.11.2007); ע"ע (ארצי) 1809-05-17 מדינת ישראל –

אלאשוילי (נבו 15.8.2019). באופן דומה, חוק שוויון הזדמנויות קובע חובה לתקן הפליה בתנאי

העסקה, ובמקביל סעיף 5 לחוק קובע כי אסור להשוות את התנאים על ידי גריעה מזכויותיו

של עובד המופלה לטובה, או שינוי מצבו לרעה.

מכאן, דומה שהסדרים אלה מניחים שהפליה מובילה להפחתה בשכרם של המופלים, בשונה מהעלאת שכרם של אלה שאינם מופלים.²⁷ מנגד, דומה שהלכת אבו חנא מניחה כי הפליה משפיעה על שתי הקבוצות ומביאה לכך ששכרם של העובדים המופלים יורד, בעוד ששכרם של העובדים שאינם מופלים עולה. כך עולה מפסיקת הפיצוי לפי השכר הממוצע במשק. אם נניח שקיימים שני עובדים בשוק – אחד ששכרו נמוך ואחר ששכרו גבוה, ושהפרשי השכר ביניהם הם תוצר של הפליה – פיצוי שניהם לפי הממוצע מניח שהפליה משפיעה לשני הכיוונים, באופן סימטרי, כאשר היא גורמת להפחתה בשכרו של העובד המופלה לטובת עלייה זהה בשכרו של העובד שאיננו סובל מהפליה.²⁸

ג. הכשלים בפיצוי הניזוק הבגיר לפי השכר בפועל

1. הכשל הראייתי

לאורך השנים נומקה הפרקטיקה הנפוצה של שימוש בנתונים סטטיסטיים מבוססי מגדר וגזע לחישוב אובדן כושר ההשתכרות של ניזוקים קטינים באמצעות תפקידם של דיני הפיצויים בהשבת המצב לקדמותו. בהעדר נתונים על עיסוקו הצפוי של הניזוק הקטין, השכלתו, ונתונים אישיים אחרים אשר עשויים ללמד על כושר ההשתכרות שלו, שימוש בנתונים סטטיסטיים על אודות ההשתכרות המזוהה עם בני קבוצתו נתפס כאמצעי אשר יביא לקירוב הטוב ביותר להשתכרותו הצפויה אלמלא המאורע הניזוקי, ומכאן להשבת מצבו של הניזוק לקדמותו. נימוק זה עמד בבסיס התנגדותן של חברות הביטוח בהלכת אבו חנא לפסיקת הפיצוי לפי השכר הממוצע במשק, בטענתם שהרגלי העבודה במגזר הערבי, לצד השכר הממוצע של נשים במקום מגוריה של הנפגעת, מלמדים כי אלמלא התאונה היה שכרה נמוך בהרבה מהשכר הממוצע במשק.²⁹

27 יחד עם זאת, ייתכן כי מדובר במנגנון של פיצוי עונשי אשר נועד להרתיע מעסיקים מהתנהגות מפלה על ידי קביעת פיצוי בסכום העולה על הנזק הכלכלי שנגרם לעובד כתוצאה מהפליה (שגובהו כגובה הפער בין שכרו של העובד בפועל והשכר שהיה מקבל אלמלא ההפליה). ראו Richard Richards, *Compensatory and Punitive Damages in Employment Discrimination Cases*, 27 ARK. L. REV. 603 (1973). לגישה התומכת בפיצוי עונשי ככלי להתמודדות עם בעיה של תת-אכיפה, ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998). גישה זו נקלטה במידה מסוימת במשפט הישראלי בעניין דוביצקי. ראו רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא, פס"ב (נבו) 20.5.2010. בית המשפט העליון נקט עמדה דומה גם ביחס לניזוקים קטינים שטענו כי הברלים סטטיסטיים מראים כי שכרם צפוי היה להיות גבוה מהשכר הממוצע. ראו ע"א 9980/06 עיזבון אטינגר נ' עיריית ירושלים (נבו) 26.1.2009.

28 הלכת אבו חנא, לעיל הש"ש 8, פסקה 4. כאמור בפתח הדברים, סוגיית השימוש בטבלאות שכר מבוססות מגדר וגזע לקביעת שכרם של ניזוקים קטינים (או ניזוקים צעירים נעדרי עבר תעסוקתי) עומדת בלב השיח הספרותי על אודות הפליה בדיני הניזוקין. בפרט, טענה רדיקלית יחסית של מובילי הביקורת על הפרקטיקה האמורה היא כי אינה חוקתית, שכן היא מנציחה פערים חברתיים וכופה על ניזוקים בכוח את המציאות של אבותיהם. ראו Jennifer B. Wriggins, *Constitution Day Lecture: Constitutional Law and Tort Law: Injury, Race, Gender*,

גישה זאת נדחתה על ידי בית המשפט העליון בהלכת אבו חנא. אחד מהנימוקים המרכזיים שעמדו בבסיס פסק הדין היה שמשטר פיצויים הכולל שימוש בנתונים סטטיסטיים מבוסס מגדר וגזע מניח הנחה עובדתית שגויה שהניזוק צפוי לסבול מהפליה בשכר גם בעתיד ובשיעור דומה. תפיסה זו, כך נקבע, מתעלמת מהסיכוי הממשי לצמצום פערי השכר, ואף להיעלמותם. כאשר הסיכוי לשיפור במעמדן ובשכרן של קבוצות חלשות באוכלוסייה נלקח בחשבון, פיצוי המבוסס על השכר הממוצע במשק עשוי לשמש אומדן טוב יותר, מבחינה עובדתית, למצבו של הניזוק אלמלא התאונה.³⁰ עמדה זו מתיישבת עם ממצאים אמפיריים המצביעים על צמצום ניכר בפערי השכר בין קבוצות שונות באוכלוסייה, בישראל ובעולם. כך למשל, בשורת מחקרים אשר בחנו את השינוי בפערי שכר בין קבוצות שונות לאורך זמן, נמצאה מגמת ירידה בפערי השכר בין גברים לנשים,³¹ בין לבנים לשחורים בארצות

and Equal Protection, 63 Me. L. Rev. 263, 272 (2010); JOHN C.P. GOLDBERG ET AL., TORT LAW 486 (2d ed. 2008). איננו מביעים עמדה האם ניתן ליישם טיעון זה, בשינויים המחויבים, לגבי מדיניות הפיצוי הנוהגת ביחס לניזוקים בגירים בישראל, ולו משום שטענה זו חורגת מגבולותיו של מאמר זה. נציין רק כי אם ימצא שהסדר הפיצוי הנוכחי אינו חוקתי, יהיה בכך טעם נוסף לאימוץ אחד מהפתרונות המוצעים על ידיו.

30 הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, פסקה 37 ("אל לנו להניח כי הפליה קיימת ויחסי הכוחות של ההווה לנצח ישררו במחזורינינו. חלוקת המשאבים בין הקבוצות בחברה יכול שתשתנה. ההודמנויות הפתוחות בפני הקבוצות השונות בחברה עשויות להיות שוויוניות יותר, ובעקבות זאת, יש להניח, יצטמצמו או ייעלמו הפערים בשכר"). עמדה זו אף אומצה באופן חלקי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי "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". ראו ת"א 621/98 אבו חנא נ' אבו חנא, פסקה 6 (נבו 17.10.2002). בקר אף הציע הסבר כלכלי לטיעון, ולפיו כוחות השוק יביאו להיעלמות הקצאה בלתי יעילה זו, כיוון שלכל מעסיק שניקוט מדיניות אי-הפליה כלפי עובדיו יהיה יתרון תחרותי על מתחריו המפלים, על כן מעסיקים הנוקטים מדיניות מפלה ייפלטו מהשוק. BECKER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 43-45.

31 לפי נתוני מחקר מקיף שנערך ביחס למדינות ה-OECD, פערי השכר בין גברים ונשים הצטמצמו ביותר מ-50% בין השנים 1963 ל-2017 (מ-41.1% ל-18.2%, בהתאמה). ראו Gender Wage Gap, ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV., <https://data.oecd.org/earnwage/gender-wage-gap.htm>; Francine D. Blau & Lawrence M. Kahn, *The Gender Wage Gap: Extent, Trends, And Explanations*, 2 J. ECON. LIT 228-255 (2017); John Iceland & Ilana Redstone, *The declining earnings gap between young women and men in the United States, 1979-2018*, 92 Soc. Sci. RESEARCH (2020) לנתונים על צמצום פערי השכר בין גברים לנשים בישראל ראו למשל פוקס "פערים מגדריים בשוק העבודה: שכר וקיטוב תעסוקתי" מרכז טאוב דו"ח מצב המדינה: חברה, כלכלה ומדיניות 2016, 57, 60-64 (אבי וייס עורך 2016). אולם, לצד הספרות האמפירית הענפה המצביעה על צמצום פערי השכר, קיימים מאמרים המראים כי בשווקים מסוימים הפערים עשויים להתרחב. ראו למשל Angel-Urdinola & Diego Wodon, *The gender wage gap and poverty in Colombia*, 20 LABOUR 721 (2006).

הברית,³² ובין ערבים ליהודים.³³

תמצית הכשל הראייתי היא שנימוק זה, אשר עמד בבסיס ההחלטה על שינוי מדיניות הפיצוי הנפסק לניזוק-הקטין, תקף וראוי להתייחסות, בשינויים המחויבים, גם כלפי ניזוקים בגירים. בהתאם למדיניות הפיצוי הנוהגת כיום בישראל, שכרו של הניזוק הבגיר ערב התאונה הוא הרכיב המרכזי בתחשיב הפיצוי. ברם, אם שכרו של הניזוק ערב התאונה הושפע מהפליה בשוק העבודה, וקיים סיכוי שבטווח הזמן שבין מועד התאונה למועד שבו צפוי היה הניזוק לצאת לגמלאות תצטמצם השפעה זו, אז תחשיב פיצוי המתעלם מסיכוי זה מביא לכך שניזוקים בני הקבוצה המופלית מפוצים בחסר, וניזוקים בני קבוצת הרוב מפוצים ביתר. על מנת להבהיר נקודה חשובה זו עלינו לשוב לדיון שערכנו בפתח הדברים בנוגע להשפעה של הפליה על השכר.

ככל שהפליה מביאה אך להפחתה בשכרם של חברי הקבוצה המופלית, אזי מבנה השכר בשוק נעדר הפליה (the non-discriminatory structure) הוא כזה ששכרם של אלה היה עולה ושכרם של בני הקבוצה שאינה מופלית היה נותר ללא שינוי. במצב דברים זה יוצא אפוא שככל שמדובר בניזוקים המשוויכים לקבוצה מופלית, ההתעלמות מהסיכוי לצמצום פערי השכר בין הקבוצות בפסיקת הפיצוי עבור הניזוק הבגיר מביאה לפיצוי חסר בכחינת שתי מטרות הליבה של דיני הפיצויים. כך, בבחינת המטרה של השבת המצב לקדמותו, המשמעות של הסיכוי לעלייה בשכרו של הניזוק-המופלה היא שבתוחלת, השתכרותו העתידית אלמלא התאונה גבוהה מהשתכרותו ערב התאונה. כיוון שהפיצוי הנפסק לניזוק עבור ראש הנזק של אובדן כושר השתכרות הוא צופה פני-עתיד, פיצוי המתעלם מהסיכוי הממשי לעלייה בשכרו של הניזוק בעתיד, וכובל אותו במוסרותיו של מצב הדברים המפלה בעת מתן פסק הדין, נמוך, בהגדרה, מהפיצוי הנדרש על מנת להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. באופן דומה, בבחינת מטרתם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, במצבים שבהם קיים סיכוי לעלייה בשכרו של הניזוק-המופלה, הרי שהעלות החברתית של הפגיעה בניזוק גבוהה יותר, ועל כן הפיצוי אשר יביא להרתעה אופטימלית (שגובהו, כאמור, כגובה העלות החברתית של הפגיעה) גבוה יותר, בהתאמה.³⁴

32 ראו MOSHE SEMYONOV & NOAH LEWIN-EPSTEIN, THE DECLINING RACIAL EARNINGS GAP IN UNITED STATES: MULTI-LEVEL ANALYSIS OF MALES' EARNINGS, 38 (2009); Raj Chetty, Nathaniel Hendren, Maggie R. Jones & Sonya R. Porter, *Race and Economic Opportunity in the United States: An Intergenerational Perspective*, 135 Q. J. ECON. (2020).

33 משרד האוצר על פערי השכר בין גברים יהודים וערבים (2021). https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/periodic-review-10112021/he/weekly_economic_review_periodic-review-10112021.pdf

34 לדיון בטענה כי פיצוי המבוסס על שכר בפועל אינו משקף את כושר ההשתכרות של נשים היות שמצבן של נשים בשוק העבודה משתפר עם הזמן, ראו Elaine Gibson, *The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages*, TORT THEORY, 185, 207-209 (Ken Stephenson & Elaine Gibson, eds., 1993). מסקנה זו קשורה בטבורה לקשר הבלתי אמצעי הקיים בין שכרו של עובד פלוני לעלות החברתית של הפגיעה בו, שעליו נעמוד בהרחבה במסגרת ניתוח הכשל ההרתעתי.

ככל שהפליה מביאה אך לעלייה בשכרם של בני קבוצת הרוב, אזי מבנה השכר בשוק נעדר הפליה הוא כזה ששכרם של בני קבוצת הרוב היה יורד ושכרם של בני הקבוצה המופלית היה נותר ללא שינוי. במצב דברים זה, ככל שמדובר בניזוקים המשויכים לקבוצת הרוב, ההתעלמות מהסיכוי לצמצום פערי השכר בין הקבוצות בפסיקת הפיצוי עבור הניזוק הבגיר מביאה לפיצוי יתר בבחינת המטרה של השבת המצב לקדמותו. משמעות הסיכוי לירידה בשכרו של הניזוק בן קבוצת הרוב היא שהשתכרותו העתידית אלמלא התאונה נמוכה מהשתכרותו ערב התאונה, כך שפיצוי המבוסס על שכרו ערב התאונה הוא גבוה, בהגדרה, מהפיצוי הנדרש על מנת להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.

לבסוף, ככל שהפליה מביאה הן לירידה בשכרם של בני הקבוצה המופלית והן לעלייה בשכרם של בני קבוצת הרוב, אזי מבנה השכר בשוק נעדר הפליה הוא כזה ששכרם של בני הקבוצה המופלית היה עולה ושכרם של בני קבוצת הרוב היה יורד. במצב דברים זה, ההתעלמות מהסיכוי לצמצום פערי השכר בין הקבוצות מביאה לכך שתחת מודל הפיצוי הנוכחי ניזוקים המשויכים לקבוצה המופלית מפוצים בחסר וניזוקים המשויכים לקבוצת הרוב מפוצים ביתר.

ודוק, כפי שהובהר לעיל: אי הבהירות הקיימת ביחס להשפעה של הפליה על השכר מתעוררת אך ביחס להפליה בתגמול.³⁵ במקרים של הפליה בקידום והפרדה תעסוקתית, הפליה תמיד מביאה להעלאת שכרם של בני קבוצת הרוב ולהפחתת שכרם של עובדים המשויכים לקבוצות מופלות. מכאן ניתן להסיק שמבנה השכר בשוק ללא הפליה הוא כזה ששכרם של פרטים המשויכים לקבוצות מופלות היה יורד, ושכרם של בני קבוצת הרוב היה עולה. משאלה הם פני הדברים, הרי שאם מטרת הפיצוי היא להשיב את מצב הניזוק למצב שבו היה אלמלא העוולה, בני הקבוצה המופלית מפוצים בחסר וחברי קבוצת הרוב מפוצים ביתר. מובן שההשפעה אינה חייבת להיות סימטרית, שכן חלק מהפערים נובעים מהפליה בתגמול, אשר יכולה להשפיע על אחת מהקבוצות יותר מאשר על האחרת.

הכשל הראייתי ביחס לניזוק הבוגר, שכבר החל לבנות מסלול קריירה, מתעורר בעיקר במקרים של הפליה בתגמול והפליה בקידום. כאמור, הכשל הראייתי מתרחש כאשר בטווח הזמן שבין מועד התאונה למועד שבו הניזוק היה צפוי לצאת לגמלאות יחול שינוי בשכרו כתוצאה מצמצום ההפליה. מקרים של הפליה בקידום והפליה בתגמול מאופיינים בכך ששני מועמדים בעלי הון אנושי זהה מקבלים יחס שונה בשל הקריטריון המבדיל ביניהם. על כן, שינוי כלל שוקי במדיניות ההעסקה הנוהגת עשוי להשפיע על שכרו של הניזוק באופן מיידי, או לכל הפחות בעתיד הנראה לעין. לעומת זאת, הפרדה תעסוקתית מתייחסת למצבים שבהם ההון האנושי של חברי הקבוצה המופלית נמוך יותר, ולכן הם מופנים לתחומי עיסוק נחותים יותר, המניבים שכר נמוך יותר. כיוון שבאופן טיפוסי הניזוק הבגיר כבר רכש מקצוע והשתלב בשוק העבודה, הסיכוי שצמצום כלל שוקי בהפרדה תעסוקתית יתורגם לשינוי בשכרו, על דרך של פיתוח הון אנושי, הוא נמוך במיוחד.

35 ראו לעיל, ה"ש 25-28 וטקסט נלווה.

2. הכשל ההרתעתי

הגישה הכלכלית למשפט מניחה שמזיקים בכוח מגיבים לתמריצים שיוצר הכלל המשפטי. על כן, מנקודת המבט של לפני מעשה (אקס-אנטה), פיצוי נמוך יתורגם, ככלל, להשקעה נמוכה יותר באמצעי זהירות בהשוואה למצב שבו ייקבע פיצוי גבוה.³⁶ על פי היגיון זה, כדי להביא להרתעה אופטימלית על המזיק לשאת במלוא העלות החברתית של פעילותו המזיקה. במצב עניינים זה, שיעור האחזיות המשפטית שהמזיק רואה לנגד עיניו שווה לתוחלת הנזק החברתי שנגרם, ולכן הוא ישקיע באמצעי זהירות רק כאשר השקעה זו כראית מבחינה כלכלית.³⁷ השאלה שבה עלינו להכריע היא, אם כן, האם מודל הפיצוי הנוכחי, המבוסס על הירידה הצפויה בשכרו של הניזוק בעקבות התאונה, מהווה אומדן מדויק לעלות החברתית של הפגיעה, ומכאן האם הוא מגשים את תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת ההתנהגות. להמחשת הכשל ההרתעתי, חשבו על הדוגמה הבאה:

דוגמה 2 – עורכת דין: עורכת דין, בת קבוצת מיעוט, עבדה במשרד עורכי דין גדול. עורכת הדין נפגעה בתאונת דרכים, ונקבעה לה נכות בשיעור של 100%. עובר לתאונה, שכרה החודשי עמד על 8,000 ש"ח. שכרם החודשי של עורכי דין מקבוצת הרוב במשרד, עם ותק זהה, השכלה אקדמית זהה וכישורים זהים, עומד על 10,000 ש"ח לחודש. מהו שיעור הפיצוי אשר יביא להרתעה יעילה?

בהתאם למדיניות הפיצוי הנוהגת, בסיס השכר החודשי שלפיו ייקבע הפיצוי לעורכת הדין הוא 8,000 ש"ח בלבד. כדי לקבוע האם פיצוי זה משקף את העלות החברתית של הפגיעה בעורכת הדין, ומשכך מגשים את תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, עלינו לבחון את היחס בין שכרו של עובד פלוני לעלות החברתית של הפגיעה בו. שכר המשולם לעובד מהמעסיק מהווה העברת משאבים "מכיס לכיס". כלומר, השכר כשלעצמו אינו מגדיל את העוגה המצרפית, אלא רק מחלק מחדש את העושר. על פי היגיון זה, אין בהפחתה הצפויה בשכרו של העובד-הניזוק בעקבות התאונה, כשלעצמה, כדי להביא להקטנה של העוגה המצרפית. העלות החברתית של הפגיעה בניזוק מגולמת בירידה בתפוקת עבודתו. התפיסה שמודל הפיצוי הנוכחי, המבוסס על שכר ולא על תפוקה, מגשים את תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, מבוססת על התאוריה הכלכלית הקלאסית בנוגע להון אנושי. לפי תאוריה זאת, בשוק משוכלל שכרו של עובד שווה לערך שהמעסיק מפיק מתפוקת עבודתו. לכן, אם אנו מצויים בשוק משוכלל, שבו השכר שווה לתפוקה, אזי הירידה בשכר בעקבות הפגיעה בניזוק משקפת את הירידה בתפוקה, ומכאן גם את הנזק החברתי שנגרם כתוצאה מהפגיעה.³⁸

36 פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 146-151.

37 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMICS ANALYSIS, 26-31 (1970).

38 מעסיק מוכן לשלם לעובד לכל היותר לפי התפוקה שלו (התפוקה של העובד היא ה-reserve price של המעסיק). כאשר יש תחרות מלאה בין מעסיקים אין להם כוח מיקוח, ולכן השכר לעובד שווה לתפוקה שלו. ככל ששוק העבודה תחרותי פחות, ומעסיקים מחזיקים ביותר כוח מיקוח, הקשר בין שכר ותפוקה נחלש. בשוק מונופסוני, בו קיים מעסיק אחד בלבד, הקשר שבין התפוקה שעובדים מייצרים לשכר המשולם להם יהיה החלש ביותר.

ואולם, במקרים רבים שוקי עבודה אינם משוכללים. בדוגמת עורכת הדין, ולמעשה בכל תחום עיסוק ששוררת בו הפליה זמן ממושך, ההנחה היא ששוק העבודה אינו משוכלל, וכי השכר של כלל העובדים – אלה שחברים בקבוצה המופלית ואלה שלא – נמוך, ככלל, מהתועלת שהם מייצרים עבור המעסיק. ההסבר לכך הוא פשוט למדי. הפליה אינה יכולה להתקיים לאורך זמן בשוק עבודה שקיימת בו תחרות מלאה.³⁹ העובדה שאנו מצויים במציאות מתמשכת של הפליה בשכר מלמדת שהשוק אינו תחרותי באופן מלא. בשוקי עבודה שאינם תחרותיים באופן מלא, העלות השולית של ההעסקה (היא השכר המשולם לעובד) נמוכה (ולכל היותר שווה) מהתועלת השולית של ההעסקה. לכן, בשוקי עבודה שהתחרות מוגבלת בהם, השכר של בני הקבוצה המופלית נמוך בהכרח מהתועלת שהם מייצרים בעבודתם, ושכרם של חברי הקבוצה שאינה מופלית עשוי להיות נמוך או שווה לתועלת שהם מייצרים, ובכל מקרה לא יהיה גבוה ממנה. מכאן, ככל שמדובר בניזוקים בני הקבוצה המופלית, מודל פיצוי המבוסס על שכר בפועל חותר תחת תפקידם של דיני הנזיקין בהכוונת התנהגות, שכן הוא מוביל בהכרח לפיצוי נמוך מהנזק החברתי שנגרם בעקבות העוולה.

נמחיש את הדברים באמצעות דוגמת עורכת הדין. דוגמה זו מתארת מצב טיפוסי של הפליה בתגמול – שני עובדים בעלי אותו הון אנושי ובעלי תפוקה זהה מקבלים שכר שונה כתוצאה מהפליה. כיוון שהעלות החברתית מהפגיעה בניזוק מגולמת בירידה בתפוקה מעבודתו, נובע בהכרח כי העלות החברתית מהפגיעה בשני העובדים היא זהה, ולכן הפיצוי שייפסק להם חייב להיות זהה גם כן. כיוון שאנו מצויים בשוק שאינו משוכלל לחלוטין, שבו השכר נמוך מתפוקה, ולכל היותר שווה לה, אזי הנזק החברתי מהפגיעה בעורכת הדין עומד לכל הפחות על 10,000 ש"ח בחודש, שכרו של עמיתה עורך הדין. על פי הדין הנוהג, הפיצוי יחושב לפי השכר שלה בפועל, 8,000 ש"ח, והוא נמוך, בהכרח, מהתועלת החברתית שהיא מייצרת.

כפי שנראה להלן, הרתעת החסר של מזיקים בכוח עשויה להיות כללית, ועשויה להיות מכוונת כלפי בני הקבוצה המופלית באופן ספציפי. בהקשר זה, נדרשת הבחנה יסודית בין מצבים שבהם הניזוק איננו ניתן לזיהוי מראש (אקס-אנטה) למצבים שבהם הוא ניתן לזיהוי מראש.

במצבים שבהם הניזוק איננו ניתן לזיהוי מראש, המזיק מעריך את האחריות המשפטית שתוטל עליו לפי הניזוק הממוצע. על כן, רמת השקעתו של המזיק באמצעי זהירות תיקבע לפי הפיצוי המשוער שייפסק לניזוק הממוצע. המשמעות היא שכאשר קיימת הפליה בשכר והניזוק אינו מזוהה מראש, מזיקים סובלים מהרתעת חסר כללית. הרתעת החסר נובעת

39 הסיבה לכך היא שכל מעסיק אשר מציע לעובדיו שכר שאינו שווה לתפוקה שהם מייצרים – בין אם הוא גבוה מהתפוקה ובין אם הוא נמוך מהתפוקה – בסופו של דבר ייפלט מהשוק. כך, אם המעסיק יציע לעובדים המשויכים לקבוצות מופלות שכר הנמוך מהתפוקה שהם מייצרים, אזי הם יפנו למעסיקים אחרים, כך שהלה ימצא את עצמו ללא כוח עבודה זמין וייפלט מהשוק. באופן דומה, אם המעסיק יציע לעובדים המשויכים לקבוצת הרוב שכר הגבוה מהתפוקה שהם מייצרים, העסק שבו מדובר יהפוך הפסדי ולא יוכל להמשיך להתקיים. לדיון בטענה כי הפליה בשכר כרוכה בעלות ולכן אינה יכולה להתקיים לאורך זמן בשוק עבודה תחרותי, ראו THOMAS SOWELL, ECONOMIC FACTS AND FALLACIES, 170-175 (2008); THOMAS SOWELL, BECKER; DISCRIMINATION AND DISPARITIES, 43-46 (2018), לעיל ה"ש 17.

מכך שהתפוקה מהעבודה שווה, לכל הפחות, לשכר של חברי הקבוצה שאיננה מופלית, לכן השכר הממוצע ודאי נמוך מהתפוקה, שכן הוא כולל בתוכו גם את שכרם של חברי הקבוצה המופלית. כך למשל בדוגמת עורכת הדין, השכר הממוצע (המורכב משכרם של עורכי דין המשתכרים 10,000 ש"ח ומשכרן של עורכות דין המשתכרות 8,000 ש"ח) ודאי נמוך מהתפוקה שלהם, שהיא לכל הפחות 10,000 ש"ח.

במצבים שבהם הניזוק ניתן לזיהוי אקס-אנטה, המזיק מעריך את האחריות המשפטית שתוטל עליו לפי הפיצוי המשווער שייפסק לניזוק הקונקרטי. המשמעות היא שמזיקים ייזוהו יותר מלפגוע בעובדים שאינם מופלים מאשר בעובדים שסובלים מהפליה בשוק העבודה. במצב אחרון זה, השלכותיו של הכשל ההרתעתי חמורות יותר, שכן השקעת החסר באמצעי זהירות מכוונת באופן ספציפי כלפי בני קבוצת המיעוט, ובכך מעמיקה את הפערים בין הקבוצות השונות בחברה.

להמחשת הטענות, חשבו על הדוגמה הבאה:

דוגמה 3 – מוצרים פגומים: חברה שמייצרת שתלי סיליקון משווקת שתל מסוג חדש שעלותו לגרום למשתמשות בו לנזקי גוף בהסתברות של 10%. ליצרנית עומדת האפשרות לשנות את שיטת הייצור באופן שיפחית את הסיכון ל-0%, אך הדבר כרוך בעלויות של 1,000 ש"ח לכל שתל. 40% כל לקוחותיה של החברה הן נשים, ושכרן הממוצע, נכון לשנת 2022, הוא 8,500 ש"ח. עקב הפליה בשוק העבודה, שכר זה נמוך (בממוצע) משכרם של גברים, שעומד על 12,500 ש"ח. לצורך הפשטות נניח שאובדן כושר ההשתכרות הוא הרכיב היחיד בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף.

בדוגמה זו, לחברה אין תמריץ לשנות את שיטת הייצור, גם אם רצוי שתעשה זאת מטעמי יעילות. החברה תימנע משינוי שיטת הייצור משום שהעלות הכרוכה בכך (1,000 ש"ח לשתל) גבוהה מסיכון הנשיאה באחריות המשפטית, דהיינו פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות של לקוחותיה (850 ש"ח בתוחלת, שמורכבת מ-10% סיכוי לקרות נזק שהפיצוי בגינו הוא 8,500 ש"ח). אולם ההחלטה לא לשנות את שיטת הייצור איננה יעילה. שכרן של נשים נמוך (בממוצע) משכרם של גברים, בין היתר כתוצאה משלושת סוגי ההפליה שתוארו לעיל – הפליה בתגמול, הפליה בקידום והפרדה תעסוקתית. יצרנית השתלים יודעת שכל לקוחותיה הן נשים, ועל כן היא תימנע משינוי שיטת הייצור. כיוון שהשוק אינו משוכלל לחלוטין, אזי תפוקת עבודתן של הנשים לאורך חיי ההעסקה שלהן גבוהה מהשכר המשולם להן, וקרובה יותר לשכר הממוצע שמשולם לגברים – 12,500 ש"ח בחודש. על כן, התועלת החברתית משינוי שיטת הייצור (1,250 ש"ח בתוחלת, המורכבת מ-10% סיכוי לקרות נזק ששיעורו 12,500 ש"ח) גבוהה מהעלות החברתית של שינוי שיטת הייצור (1,000 ש"ח). מכאן שמדובר בהשקעה כדאית מבחינה חברתית.

דוגמת השתלים מציגה מקרה רעיוני שבו קבוצת הניזוקים הפוטנציאליים ניתנת לזיהוי מראש, כך שמזיקים יוכלו להתאים את השקעתם באמצעי זהירות לאחריות המשפטית שתוטל עליהם בנוגע לניזוק הספציפי. ואכן, גופים עסקיים רבים משקללים את פעילותם

40 כידוע, תביעות בגין נזקי השתלת סיליקון בחזה אינן אירוע נדיר. בהקשר זה ראו, לדוגמה, N. Y. State Silicone Breast Implant Litigation, 631 N.Y. S.2d 491 (1995).

בשים לב לחביונות המשפטיות הפוטנציאליות שהפעילות שלהם יוצרת.⁴¹ שדה אפשרי אחד שבו ייתכן שקיימת השפעה כזו בישראל נוגע לתאונות בענף הבנייה, נושא שעמד במקור השיח התקשורתי בעשור האחרון.

לתאונות בנייה, כקטגוריה של עוולה בת פיצוי, מספר מאפיינים המעוררים את החשד כי פערי ההשתכרות הנובעים מהפליה משפיעים על המוטיבציה של מזיקים (במקרה זה, המעסיקים) להשקיע באמצעי זהירות. בפרט, הסיכוי להתרחשותן של תאונות בנייה בישראל גבוה במיוחד בהשוואה לתחומי עיסוק אחרים, ועומד על 0.1%;⁴² מדובר בתאונות שניתן בדרך כלל למנוע באמצעות השקעת משאבים באמצעי זהירות מוגדרים ובעלי עלות ידועה וקבועה; בנוסף, פערי השכר בין עובדים בענף הבנייה המשוויכים לקבוצות מוחלשות (ערכים ישראלים, ערכים פלסטינים ועובדים זרים) ליהודים חריגים בהשוואה לתחומי עיסוק אחרים.⁴³ בהינתן שלושת המאפיינים הללו, עולה החשש שמא מעסיקים בענף הבנייה, או לפחות חלקם, מעסיקים עובדים מקבוצות הסובלות מהפליה בשוק העבודה בעבודות מסוכנות יותר, ומשקיעים מעט מדי בנקיטת אמצעים המפחיתים את הסיכון לתאונות, כתוצאה ממשטר הפיצויים הקיים ביחס לראש הנזק של אובדן כושר השתכרות. ואכן, הנתונים מלמדים כי עובדים זרים, ערכים ישראלים ופלסטינים תושבי השטחים הם הרוב המכריע של נפגעי תאונות עבודה בענף הבניין,⁴⁴ לנוכח העסקתם של עובדים אלה בעבודות המאופיינות בסיכון גבוה יותר.⁴⁵

41 לנתונים המראים כי מעסיקים אכן שוקלים שיקולים הנוגעים לסיכונים הפגיעה בעובדים בעת העסקתם, ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27-28. במאמר מוצג מסמך הבהרה מודלף של חברת Wal-Mart המדגישה את החשיבות בהעסקת עובדים בריאים והימנעות מהעסקת עובדים הסובלים מהשמנת יתר, בראי העלויות הגבוהות הכרוכות בתשלומי הביטוח הבריאותי של העובדים הללו.

42 נכון לשנת 2022, הסיכוי של עובד להיהרג בתאונת עבודה בענף הבנייה עומד על 1:10,000 (0.01%), וסיכויי להיפצע פציעה בינונית עד קשה עומד על 1:1,000 (0.1%). בפרט, לפי דו"ח מבקר המדינה, בהשוואה בין-לאומית, שיעור ההרוגים בישראל בתאונות עבודה בענף הבנייה לאורך העשור האחרון היה גדול (בחלק מהשנים פי שניים ויותר) מהממוצע ב-28 מדינות האיחוד האירופי, ועמד בשנת 2021 על 32 הרוגים ו-259 פצועים (בינוני עד קשה). משרד הכלכלה והתעשייה דו"ח מבקר המדינה – בטיחות העובדים בענף הבנייה (2022). ארגון העבודה הבין-לאומי הגדיר את ענף הבנייה כאחד הענפים המסוכנים ביותר לעובדים בהם. ראו (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, HAZARDOUS WORK (Dec. 13 2015).

43 ז'נאן בסול "שיעור הערכים שעובדים בבניין זהה לזה של היהודים. כמה הם מרוויחים?" *TheMarker* (31.5.2016). <http://www.themarker.com/career/1.2960235>.

44 כך, למשל, מנתוני "קו לעובד" עולה כי 79% מההרוגים מתאונות בנייה במחצית הראשונה של שנת 2018 הם עובדים פלסטינים תושבי השטחים וערכים אזרחי ישראל, בעוד שחלקם היחסי בענף נכון לשנה זו עומד על 50%. קו לעובד עובדים פלסטיניים – תאונות עבודה – דו"ח חצי שנתי (30.8.2018).

45 לפי דו"ח מרכז המידע של הכנסת, כמעט כל העובדים הזרים, ולמעלה מ-80% מהעובדים הפלסטינים בענף הבנייה, עובדים בעבודות רטובות. עובדים בעבודות אלה חשופים יותר לסיכון לפציעה קשה. ראו מרכז המידע של הכנסת דו"ח שנתי בנושא העסקת עובדים זרים ועובדים פלסטינים בענף הבניין (2015).

על מנת להמחיש נקודה בזו, ניטול למשל שני ניזוקים טיפוסיים, יהודי וערבי בני 35, כך שנותרו כ-32 שנים עד להגיעם לגיל פרישה (67). לפי נתוני השכר העדכניים בענף הבנייה בישראל, השכר החודשי שלהם יעמוד על 12,000 ש"ח ו-6,000 ש"ח, בהתאמה. הסיכון להיפגע בתאונה קשה עומד, כאמור, על 0.1% בשנה. תחת מדיניות הפיצוי הנוהגת, עלות הנשיאה באחריות משפטית אשר המעסיק רואה לנגד עיניו כלפי היהודי עומדת על כ-3,000 ש"ח בשנה, בעוד שהעלות ביחס לעובד זר או עובד ערבי עומדת על כ-1,500 ש"ח בלבד.⁴⁶ משמעות הדבר היא שבנוגע לכל אמצעי הזהירות שעלותם נמוכה מ-3,000 ש"ח אך גבוהה מ-1,500 ש"ח בשנה, המזיק ישקיע באמצעי זהירות להגנת הפועל היהודי ויימנע מהשקעה זהה להגנת הפועל הערבי, אף על פי שהיה מוצדק לעשות זאת מטעמי יעילות.⁴⁷ הכשל ההרתעתי מתעורר במצבים שבהם הפליה הביאה לכך ששכרו של העובד המופלה ערב התאונה נמוך מתפוקת עבודתו, ועל כן הוא ייחודי להפליה בתגמול. הפליה מהסוג של הפרדה תעסוקתית מתייחסת למצבים שבהם ההון האנושי של חברי הקבוצה המופלית נמוך יותר, ולכן הם מופנים לתחומי עיסוק נחותים יותר, המניבים תפוקה נמוכה יותר. הפליה בקידום אומנם מתייחסת למצבים שבהם ההון האנושי של שני המועמדים זהה, כך שתפוקתם הפוטנציאלית היא זהה, אולם תפוקת עבודתו של בן הקבוצה המופלית נמוכה יותר, לנוכח חסימת הגישה של הקבוצה שהעובד המופלה משויך אליה לתפקידים בכירים יותר.⁴⁸ לסיכום, בפרק זה הראינו ששיטת הפיצוי הנוהגת מובילה לעיוות תמריציהם של מזיקים בכוח להשקיע באמצעי זהירות למניעת תאונות. במצבים שבהם הניזוק איננו ניתן לזיהוי מראש, מזיקים בכוח סובלים מהרתעת חסר ביחס לכלל הניזוקים. במצבים שבהם הניזוק ניתן לזיהוי מראש, הרתעת החסר מכוונת באופן ספציפי כלפי ניזוקים בני קבוצת המיעוט. על כן, במצבים אלה, הכשל אף עשוי להעמיק את הפערים בין הקבוצות השונות בחברה.

3. הפתרונות הקיימים ומגבלותיהם

כפי שצוין בפתח הדברים, אומנם סוגיית הפיצוי הנפסק לניזוק הבגיר טרם זכתה להתייחסות בספרות האקדמית, אולם מלומדים רבים דנו בבעייתיות הגלומה בשימוש

46 חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות תלוי במידה רבה בשיעור ההיוון שבית המשפט לוקח בחשבון עבור תקבולים עתידיים. ככלל, בתי המשפט מאמצים מקדם היוון של 3% שנתי. בהתחשב בכך, כאשר ניתן לעובד פיצוי בגין אובדן של 32 שנות עבודה, הפיצוי יחושב לפי השכר החודשי הצפוי לעובד, במכפלת מקדם היוון של 248. על כן, שיעור הפיצוי בגין 32 שנות השתכרות עבור שכר חודשי של 12,000 ש"ח בחודש עומד על כ-3 מיליון ש"ח, ועבור שכר של 6,000 ש"ח בחודש עומד על 1.5 מיליון ש"ח. מכאן שתוחלת החבות (המורכבת ממכפלת גובה הפיצוי, בהסתברות שיירדשו לשלם אותו), תעמוד על כ-3,000 ש"ח ו-1,500 ש"ח, בהתאמה.

47 למעשה, התחשיב המדויק של תוחלת התועלת מהשקעה באמצעי זהירות צריך לכלול את ההפחתה בהסתברות לתאונה שנובעת מהשקעה זו. התחשיב המוצג כאן, לשם הפשטות, מניח אמצעי זהירות אשר מפחיתים את הסיכוי לתאונה לאפס. לעניין זה, ראו לעיל ה"ש 42 וההפניות שם.

48 השאלה מהי העלות החברתית של הפגיעה במצבים שבהם תפוקתו הפוטנציאלית של הניזוק נמוכה מתפוקתו בפועל היא שאלה מורכבת החורגת מגבולותיו של מאמר זה.

בטבלאות שכר מבוססות מגדר וגזע (*non-blended tables*) לצורך אומדן הפיצוי הנפסק לניזוקים קטינים או נעדרי עבר תעסוקתי.⁴⁹

Avraham ו-Yuracko, למשל, טוענים כי שימוש בטבלאות שכר מבוססות מגדר וגזע ביחס לניזוקים קטינים בעייתי מבחינה חלוקתית, שכן הוא מביא להסתת סיכונים כלפי קבוצות מוחלשות, וכן כי לא ניתן להצדיקו מבחינה כלכלית. לטענתם, הגם שעל פני הדברים הגישה הכלכלית תומכת בשימוש בטבלאות שכר מבוססות מגדר וגזע (עמדה שעליה אנחנו חולקים), קיימים מספר טעמים אשר בהצטברותם יחד תומכים במסקנה ההפוכה. הטעם הראשון הוא שהשימוש בטבלאות מסוג זה אינו מדויק, מאחר שהן מבוססות על אומדן אחר (הממוצע), תוך התעלמות משינויים אפשריים בעתיד בשיעור השתתפותן של קבוצות מוחלשות בשוק העבודה, ומשכך גם בשכרן. טיעון זה מזוהה עם הכשל הראייתי המוצג במאמר זה, אך מגביל את הדיון בו לעניינם של ניזוקים קטינים.⁵⁰

הטעם השני הוא כי המצב הנתון שבו קבוצות מסוימות בחברה משתכרות פחות הוא תוצאה של כשלי שוק הדורשים תיקון.⁵¹ לטענתם, גם אם לעובדים בני קבוצת הרוב יש יתרון בהון אנושי על עובדים בני קבוצות מופלות, כך שמעסיק רציונלי יעדיף להעסיק את הראשונים, הדבר מהווה תוצאה של הפליה בלתי רצויה, אשר על מערכת בתי המשפט להתגייס לתיקונה.⁵²

לבסוף, הם טוענים כי הנזק החברתי שנגרם כתוצאה מפעילות עוולתית נגזר במישרין מפונקציית הרווחה החברתית. בחברה אשר מתעדפת ערכים של שוויון, הנזק החברתי שנגרם מפגיעה זהה בשני ניזוקים שונים הוא זהה.⁵³ מהטעמים האמורים, Avraham ו-Yuracko טוענים כי בכל הנוגע לניזוקים קטינים יש להשתמש בטבלאות שכר ניטרליות (*blended tables*). Avraham ו-Yuracko מוסיפים ומציינים כי הפתרון של שימוש בטבלאות שכר ניטרליות אומנם "קל יותר לעיכול" כאשר מדובר בניזוקים קטינים, אולם ייתכן כי ניתן

49 ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6 וההפניות הנלוות לה.

50 ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 702-703; ראו גם Chamallas & Wriggins, לעיל ה"ש 6, בעמ' 166-170.

51 במובחי מאמר זה, כשלי השוק הללו חוסים תחת סוג ההפליה השלישי – הפרדה תעסוקתית.

52 ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 706-708.

53 ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 727-728. ראו גם Martha Chamallas, *Civil*

Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss, 38

LoY. L. A. L. Rev. 1435, 1460-1461 (2005). שם Chamallas טוענת כי הפתרון המוצע על

ידה של שימוש בטבלאות שכר ניטרליות בכל הנוגע לניזוקים נעדרי עבר תעסוקתי (ובראשם

קטינים) מעלה קושי מסוים, משום שהוא אינו מטפל במקרים שבהם מדובר בניזוק בעל עבר

תעסוקתי אשר סבל מהפליה בשוק העבודה, ובפרט מהפליה מהסוג של הפרדה תעסוקתית.

בהמשך לאמור, Chamallas טוענת כי פתרון רדיקלי יותר יהיה להשתמש בטבלאות שכר

ניטרליות או גבריות לטובת חישוב שכרן של נשים על מנת לפצות על הערכת החסר של

מקצועות נשיים מובהקים. ואולם, גם Chamallas מותירה סוגיה זו למחקר עתידי. מאמר זה

מהווה במידה רבה מענה לאתגר שהציבה Chamallas.

על בסיס אותם נימוקים המוצעים על ידם בנוגע לניזוקים קטינים להוביל לתוצאה דומה גם בנוגע לניזוקים בגירים.⁵⁴

Chamallas ו־Wriggins טוענות כי יש מקום להשתמש בטבלאות שכר ניטרליות גם בנוגע לניזוקים בגירים נעדרי עבר תעסוקתי, וזאת בעיקר מטעמים של צדק חלוקתי.⁵⁵ Chamallas ו־Wriggins אומנם הכירו בצורך לתת את הדעת גם לעניין ניזוקים בגירים בעלי עבר תעסוקתי אשר סבלו מהפליה בשוק העבודה, אולם הותירו את ההכרעה בסוגיה זו לעת מצוא.⁵⁶

מלומדים אחרים עמדו על האפקט התמריצי הבעייתי של הדוקטרינה המשפטית הקיימת בארץ ובעולם שתחתיה הפיצוי שנפסק לאדם המשתכר מעט נמוך מהפיצוי שנפסק לזה המשתכר הרבה, אולם זאת מבלי להבחין בין ניזוקים קטינים לבגירים. בפרט, פורת סבור כי מאחר שבמשפט הנוהג חייהם ובריאותם של בני אדם נמדדים בעיקר על פי יכולת השתכרותם, עצם השימוש בהשתכרות כמדד יוצר הערכה מוטת לשווי חיי אדם, לטובת חייהם של עשירים. הפתרון המיטבי לכשל, טוען פורת, יונהג בדרך של הגבלה משמעותית של המשקל הניתן להפסד השתכרות בסך הפיצוי, והגדלה משמעותית של הפיצוי בגין נזק לא ממוני. בבסיס הצעתו עומדת התפיסה שלפיה אובדן חיים ופגיעה בבריאות הם בעיקרם פגיעות לא ממוניות, ולכן אין לאמוד אותם לפי הפסד ההשתכרות.⁵⁷ פתרון דומה שהוצע בספרות מבקש לקבוע פיצוי אחיד עבור שווי חיי אדם, או פיצוי עבור שנת חיים, שאינו תלוי בכושר השתכרות. על פי גישה זו, כאשר נקטעים חייו של אדם או שנגרם לו נזק לצמיתות, הנזק המרכזי שנגרם הוא אובדן החיים עצמם או הפגיעה באיכות החיים.⁵⁸ מאחר שהשווי של החיים עצמם הוא אחיד לכל הפרטים, פיצוי בגין ראש הנזק צריך להיות אחיד, או תלוי במשך החיים שקוצרו.⁵⁹ כלכלנים הציעו אומדנים שונים

54 ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 731.

55 ראו Chamallas & Wriggins, לעיל ה"ש 6, בעמ' 165-169; Chamallas, לעיל ה"ש 53.

56 Chamallas, שם, בעמ' 1460-1461. Chamallas טוענת כי הפתרון המוצע על ידה של שימוש בטבלאות שכר ניטרליות בכל הנוגע לניזוקים נעדרי עבר תעסוקתי (ובראשם קטינים) מעלה קושי מסוים, משום שהוא אינו מכסה מקרים שבהם מדובר בניזוק בעל עבר תעסוקתי אשר סבל מהפליה בשוק בעבודה, ובפרט מהפליה מהסוג של הפרדה תעסוקתית. בהמשך לאמור, Chamallas טוענת כי פתרון רדיקלי יותר יהיה להשתמש בטבלאות שכר ניטרליות או גבריות לטובת חישוב שכרן של נשים, על מנת לפצות על הערכת החסר של מקצועות נשיים מובהקים. ואולם, גם Chamallas מותירה סוגיה זו למחקר עתידי. במאמר אחר, Chamallas תומכת בפתרון שאומץ בפיגוע מגדלי התאומים לאמץ טבלאות גיל פרישה גבריות (להבדיל ממעורבות) לחישוב הפיצוי. להרחבה, ראו להלן ה"ש 95 והטקסט הנלווה לה.

57 פורת, לעיל ה"ש 2.

58 ע"א 4022/08 אגבכה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור, פד"י (סד) (2) 284, 303 (2010).

59 פורת וטבח מספקים הסבר כלכלי לשאלה מדוע המשפט צריך להתעלם מרמת העושר של הפרטים לצורך פסיקת פיצויים. לגישתם, המוכנות של אנשים להשקיע במניעת סיכון עצמי תלויה ברמת העושר שלהם, המשפיעה על היכולת שלהם לצרוך. אולם, מאחר שהמשאבים יכולים לשמש פרטים אחרים, מדובר בהערכה המבוססת על תועלת פרטית ולא חברתית. לכן, כאשר המשפט מבקש להעריך את שווי החיים של הניזוק, עליו להתעלם מהשפעות של עושר.

לשוויים של חיים באמצעות התבוננות על הסכומים שאנשים מוכנים לשלם לשם הפחתת סיכון לפגיעה בחיים,⁶⁰ או סכומים שעובדים דורשים לקבל כדי לקחת על עצמם סיכון לאובדן חיים.⁶¹ בארצות הברית עלו מספר הצעות לאמוד את הנזק בגין פגיעה בגפיים או בחיים בשיטות אלה, במסגרת ראש הנזק של אובדן הנאות החיים, או נזק הדוניסטי (Hedonistic Damage), אך עד כה כל ההצעות האלה נדחו.⁶² פתרון אפשרי נוסף הוא יישום הלכת אבו חנא בנוגע לניזוקים בגירים, קרי העמדת בסיס השכר על השכר הממוצע במשק, בדומה למדיניות הפיצוי הנוהגת בנוגע לניזוקים קטינים. הגם שאפשרות זו טרם נשמעה בספרות האקדמית, במספר רב של פסקי דין ניזוקים בגירים המשוויכים לקבוצות מופלות טענו שיש לפצותם לפי השכר הממוצע במשק.⁶³ במקרים אחדים אף נאותו בתי המשפט לקריאות אלה וקבעו את בסיס השכר לניזוק הקונקרטי לפי השכר הממוצע.⁶⁴

ראו Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AM. L. & ECON. REV. 45, 54-57 (2011).

קיימת כתיבה ענפה המנסה לאמוד את הערך שאנשים מקצים לחיים ולאיברים באמצעות בחינה של סכום הכסף שהם מוכנים להשקיע כדי להפחית סיכון לחיים, וסכום הכסף שהם דורשים כדי ליטול על עצמם סיכון. לדוגמה במאמר של Jones-Lee, Philips & Hammerton, *The Value of Safety: Results of a National Sample Survey*, ECON. J. 49 (1985).

ראו Michael J. Moore & W. Kip Viscusi, *Doubling the Estimated Value of Life: Results Using New Occupational Fatality Data*, 7 J. POL'Y ANALYSIS & MGMT. 476 (1988); Thomas J. Kniesner, W. Kip Viscusi, Christopher Woock & James P. Ziliak, *The Value of Statistical Life: Evidence from Panel Data*, 94 REV. ECON. & STAT. 74 (2012).

ראו Victor Schwartz & Cary Silverman, *Hedonic Damages – The Rapidly Bubbling Cauldron*, 69 BROOK. L. REV. (2004).

ראו למשל ת"א (מחוזי נצ') 850/09 עזבון פאהום נ' אלקאדר (נבו 12.9.2011); ת"א (מחוזי חי') 1034-12-09 שורוש נ' שליאן (נבו 1.10.2014).

ככלל, קיימים שני סוגי תיקים שבהם הכירו בתי המשפט בישראל בצורך להעדיף אומדן המבוסס על שיעור השכר הממוצע במשק בנוגע לניזוקים שאינם קטינים. הסוג הראשון נוגע למקרים של ניזוקים צעירים בעלי עבר תעסוקתי דל. הסוג השני נוגע למקרים שבהם סוג המקצוע שהניזוק עוסק בו, או הנסיבות הספציפיות של המקרה, מייצרים עמימות ביחס לשכר בעתיד אלמלא התאונה. בשני סוגי המקרים, שימוש בשכר הממוצע במשק לאומדן הפיצוי עשוי להביא (בתוחלת) להערכה מדויקת יותר בדבר שכרו העתידי של הניזוק, נוכח נחיתותו היחסית של המודל האריתמטי בסביבה של אי-ודאות. דוגמה למקרה הראשון ניתן למצוא בעניין יחושע, שבו ביסס בית המשפט את הפיצוי של ניזוק בן 23 על השכר הממוצע במשק, בקובעו כי "בהתחשב בעובדה שהתובע נפצע סמוך לאחר שהחל לעבוד לפרנסתו, ובטרם התגבשה עליו דעתו באשר לבחירה בעיסוק, יש ליטול כבסיס לחישוב ההשתכרות את שיעור השכר הממוצע במשק". ת"א (מחוזי ב"ש) 72/93 יחושע נ' כלל" חברה לביטוח בע"מ (נבו 2.10.1995). דוגמה למקרה השני ניתן למצוא בעניין כחיל, שבו נדרש בית המשפט לאמוד את ההשתכרות העתידית של ניזוק בן 51 ערב התאונה, כאשר שנתיים לפני מועד התאונה פתח מאפייה פרטית.

הגם שכלל הפתרונות שהוצגו לעיל שונים זה מזה מבחינה מהותית, במבחן התוצאה הם זהים בעיקרם: ניזוק א' המשתכר הרבה יפוצה בדיוק (או בקירוב) כפי שיפוצה ניזוק ב' שמשכר מעט, במקום שנזק הגוף שנגרם לשניים זהה. כפי שנראה, פיצויי אחד לניזוקים בגירים אשר מתעלם מכושר ההשתכרות שלהם ערב התאונה עשוי, בדומה למודל הפיצוי הנוכחי, לפגוע בשתי מטרות הליכה של דיני הפיצויים – הכוונת התנהגות והשבת המצב לקדמותו.

בכחינת תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, פיצויי אחד אינו תלוי בתפוקה שמייצר העובד בעבודתו או בהון האנושי שלו. כפי שהובהר לעיל, בשוק משוכלל, ההנחה היא ששכרו של עובד שווה לערך החברתי של עבודתו. אומנם הנחה זו מופרת במידה מסוימת בשוק שבו קיימת הפליה, אולם גם בשוקי עבודה שאינם משוכללים לחלוטין קיים קשר הדוק בין שכר לתפוקה.⁶⁵ על כן, אם הירידה בתפוקה מגלמת את הנזק החברתי שנגרם, אזי כאשר נפגע עובד ששכרו גבוה הנזק החברתי שנגרם גבוה, בממוצע, מהנזק החברתי שנגרם מפגיעה בעובד ששכרו נמוך. מודל פיצוי שמתעלם משכר בפועל מניח שוויון בתפוקה של ניזוקים שונים, ולכן מביא גם הוא לעיוות בתמריצים לנקיטת אמצעי זהירות. מעבר לכך, פיצויי אחד מעלה חשש שמא ניזוקים ששכרם נמוך במיוחד ישקיעו מעט מדי באמצעי זהירות למניעת תאונות (ובנסיבות חריגות אף לפעול באופן אקטיבי על מנת שייפגעו בהם במקרים שבהם הסיכוי לתאונה קטלנית נמוך).⁶⁶

בכחינת תפקידם של דיני הפיצויים בהשבת מצבו של הניזוק לקדמותו, פיצויי אחד, המתעלם משכרו של הניזוק ערב התאונה, אינו מעמיד את הניזוק במקום שבו היה, מבחינה כלכלית, אלמלא העוולה. כך לדוגמה, פסיקת פיצויי בגובה השכר הממוצע במשק לניזוק ששכרו היה גבוה במידה ניכרת מהשכר הממוצע אלמלא התאונה, אינו מאפשר לניזוק לשמור על רמת החיים שבה היה מורגל עובר לתאונה.

בהיעדר ראיות בדבר רמת השתכרותו של התובע מעבודתו החדשה, בית המשפט אמד את נזוק בגובה השכר הממוצע במשק. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1062/94 כחיל נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ (נבו 27.11.2000). בית המשפט העליון אישר את פסק הדין בע"א 1224/01 כחיל נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ (נבו 21.3.2002). ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 452/90 מור נ' מלול (נבו 21.12.1998).

65 כאשר שכרם של העובדים נקבע במסגרת משא ומתן אינדיבידואלי, הגבול העליון של השכר נקבע לפי התועלת שהעובד מקנה למעסיק, והגבול התחתון נקבע לפי המוכנות של העובד לקבל שכר, בהתחשב באופציות ההעסקה החלופיות העומדות לרשותו. לפי היגיון זה, השכר של כל עובד יושפע מהערך שהעובד מקנה למעסיק. אומנם בשוק משוכלל לא יכולה להתקיים הפליה, אולם גם בשווקים שאינם משוכללים, כל עוד קיימת תחרות חלקית שכרם של עובדים יושפע מהערך של העבודה שלהם. ראו BECKER, לעיל ה"ש 17.

66 לניתוח מקיף של מקרים שבהם אנשים נפגעים בכוונה בתאונות כדי לזכות בכספי הפיצוי, ראו KEN DORNSTEIN, ACCIDENTALLY ON PURPOSE: THE MAKING OF A PERSONAL INJURY UNDERWORLD IN AMERICA (1996). כנגד סיכון זה, קיימת הסכמה בקרב כלכלנים כי ניזוקים עשויים להשקיע השקעת יתר באמצעי זהירות שמפחיתים סיכון לפגיעה עצמית. ראו Porat & Tabback, לעיל ה"ש 59. לגישה שלפיה החשש האמור העולה תחת מודל הפיצויי האחד חלש יותר כאשר עוסקים בפגיעות גוף, ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 726.

*

בפרק זה הראינו כי מודל הפיצוי הנוהג בנוגע לניזוקים בגירים לוקה בשני כשלים – הוא מתעלם מהסיכוי שפערי השכר יצטמצמו בעתיד, ובכך אינו מחזיר את הניזוק למקום שבו היה אלמלא העוולה (הכשל הראייתי). בנוסף, הוא מעוות את תמריצייהם של מזיקים בכוח להשקיע באמצעי זהירות למניעת תאונות, ועל כן פוגע בתפקידם של דיני הניזוקין בהכוונת התנהגות (הכשל ההרתעתי). שיקולים אלה ממש הובילו לפסיקת פיצוי אחד בגובה השכר הממוצע במשק לניזוק הקטין, ללא התחשבות בשיוך אתני, מגדר או נתונים קבוצתיים אחרים. כפי שנראה להלן, על מנת להגשים שיקולים אלה באופן מיטבי כאשר מדובר בניזוק הבגיר, נדרש פתרון מאוזן יותר, המתחשב בהשפעה של הפליה מחד גיסא, אולם שומר על פיצוי דיפרנציאלי בין ניזוקים בעלי כושר השתכרות שונה מאידך גיסא.

ג. הצעות לפתרון

בפרק זה נראה כי לכל אחד משני העיוותים שמודל הפיצוי הנוכחי יוצר ניתן להציע פתרון מובחן המתאים את משטר הפיצויים בגין אובדן כושר ההשתכרות למציאות שבה קיימת הפליה בשכר. לפי הפתרון הראשון, אשר נועד לתקן את הכשל הראייתי, בית המשפט יתחשב בסיכוי שאלמלא התאונה היה שכרו של הניזוק עולה (ככל שמדובר בניזוק המשוך לקבוצה מופלית) או יורד (ככל שמדובר בניזוק המשוך לקבוצת הרוב) כתוצאה מצמצום ההפליה בשוק העבודה. על פי הפתרון השני, אשר נועד לתקן את הכשל ההרתעתי, בית המשפט ישפה את הניזוק לפי השכר (המשוער) שהיה משתלם לו אילו היה חבר בקבוצת הרוב. שני הפתרונות יחייבו לאמוד את הפער בין השכר של הניזוק לשכרו אילו היה חבר בקבוצת הרוב. השוני המעשי בין הפתרונות נוגע בעיקרו למשקל שבית המשפט מקנה לפער זה, בהתאם למטרות שדיני הפיצויים נועדו להגשים. תחילה נשרטט את אמות המידה הכלליות לאיתור שכרו המשוער של הניזוק אילו היה חבר בקבוצת הרוב. לאחר מכן נפנה לרון ככל אחד משני הפתרונות בנפרד, תוך דיון ממוקד ברציונלים העומדים בבסיסו.

1. חישוב רכיב ההפליה בשכר

שיטת החישוב מושתתת על התאוריה הכלכלית הקלאסית בנוגע להון אנושי (Human Capital Theory), המניחה שבשוק תחרותי ללא הפליה המחיר שייקבע לעבודה, ככל מוצר אחר, יעמוד על הערך שלה בשוק עבור מעסיקים.⁶⁷ על מנת לאמוד את שכרו המשוער של הניזוק לו היה חבר בקבוצת הרוב נשתמש בניתוח סטטיסטי שבאמצעותו ניתן יהיה לאמוד את ההשפעה המשוערת של ההפליה על הפערים בשכר של הקבוצות, נתון שאנו מכנים **מקדם ההפליה** (*discrimination coefficient*).

בפרט, אנחנו מציעים לאתר את מקדם ההפליה הרלוונטי לחישוב הפיצוי בנוגע לניזוק הספציפי, באמצעות שימוש בנתוני השכר הכלליים לגבי תחום עיסוקו של הניזוק, אשר נאספים ומתוקפים על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (הלמ"ס) וגופים מקבילים לה. מדובר במאגר נתונים עשיר המכיל מידע על עיקר המאפיינים אשר נהוג לכלול במחקרים

67 ראו MANKIW, לעיל ה"ש 17.

אמפיריים המנסים לנבא כיצד שכר נקבע.⁶⁸ כך, למשל, בנוגע לכל אדם המשתתף בסקרים הרלוונטיים של הלמ"ס נאספים נתונים על מקצוע, ענף כלכלי של תחום העיסוק, מספר שנות לימוד, השכלה אקדמית, האם שכיר או עצמאי, האם נמצא בתפקיד ניהולי, גיל ועוד.⁶⁹ נתונים אלה נגישים וזמינים לציבור הרחב.⁷⁰ שימוש בנתונים הללו יאפשר לאתר את מקדם ההפליה הכללי עבור כל משלח יד לגבי אוכלוסיות שונות הסובלות מהפליה בשוק העבודה. הלמ"ס, אשר ממילא אוספת את כל הנתונים הדרושים לניתוח, תוכל לפרסם את מקדמי ההפליה עבור קבוצות שונות הסובלות מהפליה לגבי כל תחום עיסוק. בתי המשפט יוכלו לבחון פרסום זה, ולשקללו במסגרת חישוב הפיצוי.

מסד הנתונים מאפשר לאמוד את הפער בין השכר של הניזוק בפועל לשכר שהיה משתלם לו בשוק נטול הפליה באמצעות שימוש במודל חיזוי סטטיסטי (רגרסיה), אשר מאפשר להשוות בין שתי קבוצות נתונות של עובדים הנבדלים ביניהם מבחינת שיוכם הקבוצתי, אך זהים מבחינת כלל המאפיינים האחרים אשר צפויים להשפיע על שכר, כגון ותק, רמת השכלה, שעות עבודה (חודשיות), האם שכיר או עצמאי ועוד. תוצאות הניתוח תאפשרנה להעריך את שכרו הממוצע של עובד בעל נתונים זהים לנתוניו של העובד הספציפי, אילו היה חבר בקבוצת הרוב.

לכאורה, השימוש בנתונים הכלליים לגבי תחום עיסוק לצורך חישוב הפיצוי עבור הניזוק הספציפי מעלה קושי, שכן אין בנתונים אלה כדי ללמד על הפליה במקום העבודה של התובע, לא כל שכן כלפיו באופן אישי.⁷¹ אולם, המתווה המוצע על ידינו אינו מתיימר לטעון (ולהוכיח) הפליה במקרה הקונקרטי. טענה מסוג זה מקומה להתברר במסגרת תביעה נגד המעסיק, באחת מהעילות המוכרות בחוקי איסור הפליה.⁷² לצורך החישוב אנחנו מניחים שעובדים בני אותה קבוצה (מופלית) מופלים באופן כללי בשכר, אף אם לא ניתן להוכיח

68 הגם שישנם גורמים המשפיעים על שכר שאינם ניתנים לאמידה (למשל רמת מוטיבציה), אנו סבורים שהנתונים הנאספים כיום מספיקים לקביעת גודלו המשוער של מקדם ההפליה.

69 הלמ"ס משתמשת בכלל הנתונים הללו בפרסומיה השונים, ובעיקר בסקר כוח אדם המפורסם אחת למספר שנים, ובוחרן מדדי תעסוקה מרכזיים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה סקר כוח אדם 2018 21-35 (2020).

70 הנתונים זמינים בכפוף לרישיון שימוש של הלמ"ס, אשר ניתן לכל אדם וללא תשלום. תהליך השגת הנתונים קצר ופשוט למדי. ראו אתר הלמ"ס, בכתובת www.cbs.gov.il/he/publications/Pages/2015-Tovuzri-Public-Use-Files-PUF-Netoni-Prut-Blati-Mzohim-Lmחקר.aspx.

71 שימוש בנתונים ממקום עבודתו של הניזוק הספציפי, אף אם עדיף במונחי דיוק התוצאה, מעלה קושי משלושה טעמים מרכזיים. ראשית, הנתונים על אודות תנאי העסקה במקום עבודתו של הניזוק התובע מצויים, באופן טיפוסי, בידי המעסיק, באופן שעשוי לחסום את הגישה אליהם במסגרת הליך שיפוטי. שנית, גם בהינתן נגישות מלאה לנתונים הקיימים אצל המעסיק, במצבים רבים נתונים על חלק ניכר מהמאפיינים אינם קיימים ברשות המעסיק, או שאיסופם כרוך בעלויות לא מבוטלות. שלישית, אף אם נתקיימו שני התנאים הללו, במצבים רבים כמות המועסקים היא כזו שהמדגם יהיה קטן מדי מכדי לאפשר הסקה סטטיסטית.

72 הדיון בפיצוי הניזוק במקרה של תאונה מובחן מהטענה כי בעבר המעסיק הפלה את הניזוק במקום העבודה. לדיון נרחב בהבחנה בין המודל המוצע על ידינו לדיני איסור הפליה, ראו להלן פרק ד.5.

לגבי המעסיק הספציפי כוונה להפלות. הדבר אף מתיישב עם התפיסה הכללית של דיני הפיצויים, ובנוגע לראש הנזק של אובדן השתכרות באופן ספציפי, אשר מפצה את הניזוק על נזקים שצפויים להיגרם לו לאורך שנות העבודה העתידיות, גם אצל מעסיקים אחרים. בהקשר הזה, השכר המשולם אצל המעסיק הקונקרטי משמש אך ראייה לכושר ההשתכרות של הניזוק, ולא בסיס נורמטיבי לפסיקת הפיצויים.

במישור הנורמטיבי, שני הכשלים שעליהם עמדנו – הכשל הראייתי מזה והכשל ההרתעתי מזה – עשויים להתעורר בכל מקרה של הפליה בשכר באשר הוא, בין אם העילה הנטענת להפליה מהווה הפליה פסולה לפי חוקי איסור ההפליה (כגון גזע, מגדר, נטייה מינית, מקום מגורים) ובין אם לאו. בפרט, בכל הנוגע לכשל הראייתי, הטיעון הנורמטיבי תקף בכל מקרה שבו קיים צפי, במועד מתן פסק הדין, כי התובע עשוי היה ליהנות מצמצום פערי השכר בעתיד. בכל הנוגע לכשל ההרתעתי, הטיעון הנורמטיבי שלפיו יש לשפות ניזוקים המשוויכים לקבוצות מופלות לפי השכר שהיו משתכרים לו היו חברים בקבוצת הרוב תקף בכל מקרה שבו הפליה הובילה לכך ששכרו של אדם נמוך מתפוקת עבודתו בפועל. אולם, במישור המעשי דומה שיהיה קשה להצדיק את המתווה המוצע לתיקון משטר הפיצויים הקיים במצבים שבהם העילה הנטענת להפליה איננה אסורה על פי חוק. לכן אנחנו מציעים לצמצם את התחולה רק לסוגי ההפליה המנויים בחוקי איסור הפליה (כגון גזע, מגדר, נטייה מינית, מקום מגורים ועוד).⁷³

משעמדנו על אמות המידה הכלליות למלאכת אומדן שכרו של הניזוק – הספציפי לו היה חבר בקבוצת הרוב, הנדרש הן במסגרת הפתרון הראייתי והן במסגרת הפתרון ההרתעתי, נפנה עתה לדון בכל אחד משני הפתרונות הללו בנפרד.

2. הפתרון הראייתי

הכשל הראשון שעליו הצבענו נוגע להתעלמות מהסיכוי לכך שאלמלא התאונה שכרו של הניזוק היה עולה (או יורד) כתוצאה מצמצום ההפליה בשוק העבודה. כפי שהראינו, כשל זה במודל הפיצוי מתעורר לא רק לגבי ניזוקים המשוויכים לקבוצות מופלות, אשר צפויים ליהנות מעלייה בשכר בשוק נטול הפליה, אלא גם לגבי ניזוקים המשוויכים לקבוצת הרוב, אשר הננים היום משכר גבוה מזה שהיו מרוויחים בעתיד, בתרחיש ובהיקף שבו פערי השכר אכן יצטמצמו. על כן, תיקון של הכשל הראייתי יחייב התאמה של הפיצוי הן בנוגע לניזוקים המשוויכים לקבוצות מופלות, על דרך של הגדלת הפיצוי הנפסק להם כיום, והן בנוגע לניזוקים בני קבוצת הרוב, על דרך של הפחתת הפיצוי הנפסק להם.

בפרט, תחת המתווה המוצע, לפיצוי שנפסק לניזוק המופלה (בן קבוצת הרוב) כיום יתווסף (יגורע) סכום המגלם את תוחלת השיפור הצפוי (ההפחתה הצפויה) בשכרו כתוצאה מצמצום ההפליה בשוק העבודה. לשם כך יידרש אומדנם של שני רכיבים:

הרכיב הראשון הוא שכרו המשוער של הניזוק בשוק נעדר הפליה. בחלק הקודם הראינו ששימוש במודל רגרסיה יאפשר לאמוד את השכר שהיה משתלם לניזוק אילו היה חבר בקבוצת

73 חוקי איסור ההפליה גם שואפים לצמצם את ההפליה בהעסקה באותם מקרים, ולכן קיימת סבירות גבוהה שפערי השכר בנוגע לאותן קבוצות יצטמצמו מהר יותר מסוגי הפליה אחרים, שאינם אסורים לפי החוק.

הרוב (או המיעוט). כדי להעריך את השכר שהניזוק היה משתכר בעולם ללא הפליה יש להעריך בנוסף כיצד הפליה משפיעה על השכר בפועל. כפי שטענו לעיל, הפליה ביקדום מביאה בהכרח לעלייה בשכרם של עובדים שאינם מופלים, ולירידה סימטרית בשכרם של עובדים מופלים, בהשוואה לשכרם בעולם ללא הפליה.⁷⁴ להבדיל, הפליה בתגמול עשויה להשפיע לכל אחד מהכיוונים הללו (או בשניהם גם יחד), ואין סיבה ברורה, כעניין עובדתי, להעדיף כיוון אחד על אחר. על כן, כאשר בית המשפט נדרש להעריך את השכר הצפוי לניזוק בעולם ללא הפליה, אנחנו סבורים כי יש לאמץ הנחה של השפעה סימטרית. הנחה זאת אף מתיישבת עם מודל הפיצוי הנוהג לגבי קטינים, אשר נקבע לפי השכר הממוצע במשק.⁷⁵ להמחשה, נשוב לדוגמת עורכת הדין. בהתאם לנתוני הדוגמה, נניח כי שכרה של עורכת הדין הוא 8,000 ש"ח, וכי מודל הרגרסיה מנבא כי שכרו החודשי הממוצע של עורך דין בעל נתונים זהים הוא 10,000 ש"ח, ועל כן זה היה שכרה אילו הייתה גבר. תחת ההנחה שהפליה בשכר מביאה להעלאת השכר של עורכי הדין ולהפחתה זהה בשכרן של עורכות הדין, ניתן להסיק שבעולם נטול הפליה היו שניהם משתכרים 9,000 ש"ח בחודש.⁷⁶

הרכיב השני נוגע לסיכוי לשינוי בשכרו של הניזוק כתוצאה מצמצום פערי השכר הנובעים מהפליה בשוק העבודה. בהקשר זה, הערכה כי הפער יצטמצם בוודאות בשיעור של 20% זהה, מבחינה מתמטית, לסיכוי של 20% שהפער יצטמצם במלואו. באופן דומה, בית המשפט יכול להעריך כי הפער יצטמצם במלואו, אולם רק בנקודת זמן מסוימת בעתיד, ולתקן את הפערים הנובעים מהפליה רק החל מאותה נקודת זמן.⁷⁷

לשם אומדן אריתמטי של הסיכוי לשיפור בשכרו של הניזוק המופלה, יש לקחת בחשבון את הסיכוי לצמצום פערי השכר בשוק העבודה, בהתחשב בתחום עיסוקו של הניזוק והקבוצה שאליה הוא משויך, וכן את הסיכוי שהניזוק הבגיר יצליח בזכות כישוריו, שאיפותיו ומאמציו

74 ראו לעיל, חלק א.2.

75 הנחה זו תואמת את מדיניות הפיצוי הנוהגת בנוגע לקטינים. ראו עניין אטינגר, לעיל ה"ש 28, והטקסט הנלווה לה.

76 תוצאה זו נגזרת מההנחה כי קיים מספר זהה של עורכי דין ועורכות דין. חישוב מדויק יותר ייקח בחשבון את שיעור העובדים המשוויכים לכל אחת מהקבוצות בתחום העיסוק הרלוונטי, כך שהממוצע המשוקלל ייוותר זהה לאחר התיקון. חישוב זה תואם את ההנחה של בית המשפט בנוגע לניזוק הקטין. ראו עניין אטינגר, לעיל ה"ש 28, והטקסט הנלווה לה.

77 בתי משפט מורגלים בחישוב בסיס פיצוי שונה עבור תקופות שונות בעתיד של הניזוק. צורך זה עולה פעמים רבות כאשר בתי המשפט מיישמים את שיטת הידות לצורך חישוב הפיצוי לעתיד אשר משתנה בהתאם למצבם של התלויים. אם הניזוק הורה לילדים, תחת שיטת הידות בתי המשפט מחשבים את הפיצוי בנפרד עבור התקופה שהילדים יהיו סמוכים בה לשולחנו של הניזוק, ובגין התקופה העתידית שהילדים יצאו בה לדרך עצמאית ולא יהיו תלויים בהוריהם. ראו לדוגמה ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון כרכבי, פד"י (3) 527, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט ריבלין (2007) ("בהחלט שיטת הידות בתביעת העזבון עומד בעינו הצורך לחלץ את יד הקיום של המנוח תוך התחשבות בקופה המשותפת, ותוך התחשבות בשינויים החלים במשפחה [החישוב ה'דינאמי']", לאמור: יש להביא בחשבון את מועד יציאתם של הילדים ממעגל התמיכה, ובהתאם לכך, יש להוריד את ידתם").

לשבור את תקרת הזכוכית שהשוק המפלה מציב לו. יש לבחון סיכוי זה בהתאם לבסיס הנתונים הקיים בנוגע לניזוק הספציפי.

הגם שמלאכת הערכת הסיכוי איננה קלה וכוללת אי-ודאות רבה, היא אינה שונה מהערכות שונות שבתי המשפט מבצעים כיום בעת חישוב הפיצוי בגין נזקי גוף, ואף בהתייחס למקרים דומים שקיימת בהם אי-ודאות בנוגע לאובדן כושר ההשתכרות העתידית.⁷⁸ אימוץ הגישה של בית המשפט העליון בהלכת אבו חנא שלפיה פערי השכר הנובעים מהפליה ייעלמו בעתיד כליל ייתר במידה רבה את הצורך להעריך את שיעור ההפחתה הצפויה בשכרו של הניזוק ויצריך להעריך רק את הסיכוי לכך שהפחתה זו תתרחש, ובכך יהפוך את מלאכת החישוב לפשוטה יותר.⁷⁹ אפילו אם בית המשפט יעריך במקרה נתון כי קיים סיכוי לא מבוטל שפערים מסוימים ימשיכו להתקיים לאורך כל שנות חיי העבודה של הניזוק, עליו לקחת בחשבון את הסיכוי, גם אם הוא קטן מעודף ההסתברויות, שהפערים יצטמצמו.⁸⁰ ואכן, ישנם כלים אשר מאפשרים לבצע הערכה אובייקטיבית או מדויקת יותר של הסיכוי לצמצום הפערים.⁸¹ אולם, השימוש בכלים מסוג זה דורש מידע רב והשקעת זמן ומשאבים ניכרים, ולכן ספק אם ניתן ליישם בפועל.

אף שאמות המידה לחישוב הפיצוי אינן משתנות בין מקרים, לשם הנוחות נדגים את היישום על כמה מקרים מובחנים. ראשית, במקרה שבו הניזוק נפטר או נפגע באופן המונע ממנו לעבוד למחיתו לאחר התאונה, חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות פשוט

78 כך, למשל, בעניין ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393 (1984), בית המשפט העליון בחן את טענת התובע כי אלמלא התאונה היה ימאי בצי הסוחר, שאז הכנסתו הייתה גבוהה במידה ניכרת מהכנסתו הנוכחית (במשרת פקיד בבנק). בהתבסס על הערכת הסיכוי האובייקטיבי לקבלת המשרה, ובהינתן הרצון והשאיפות שהתובע גילה לעסוק במשרה זו טרם התאונה, העריך בית המשפט את סיכויי התרחשותו של תרחיש זה ב-33%, ופסק לו פיצוי השווה לשליש מהפער בין משכורתו כפקיד לבין המשכורת שעשוי היה להרוויח כימאי בצי הסוחר.

79 למעשה, בהלכת אבו חנא נקבע כי פערי השכר ייעלמו כליל תוך שנים מועטות. יתרה מכך, פסיקה מאוחרת אף יישמה את ההלכה לבוגרים צעירים נעדרים עבר תעסוקתי, ועל כן הניחה במשתמע כי הפערים בשכר עתידים להיעלם תוך זמן קצר. לדוגמה, בעניין ע"א 267/12 דוידנקו נ' הפול – המאגר הישראלי לביטוח רכב בע"מ, פס' 6 לפסק-דינו של השופט עמית (נבו 2.7.2012), נקבע כי יש לפסוק לניזוק פיצוי בהתאם לשכר הממוצע במשק, אף על פי שהיה סטודנט באוניברסיטה, בנימוק שהוא נעדר עבר תעסוקתי ועל כן אין מידע זמין לגבי יכולת ההשתכרות שלו. בית המשפט דחה את הבקשה של הניזוק לפסוק פיצוי בהתאם לנתוני השכר הממוצע של אזרחים ישראלים בלבד (ללא עובדים זרים ועובדי השטחים המועסקים בתחום ישראל). השימוש בממוצע הכללי מניח כי הניזוק, שאיננו עובד זר, לא היה צפוי ליהנות, אלמלא התאונה, מהיתרון שיש לאזרחים בהעסקה.

80 בית המשפט קבע בפסקי דין אחרים כי בעת חישוב הנזק, ובאופן ספציפי בעת חישוב הפיצוי בגין אובדן השתכרות, יש להתחשב גם בסיכויים שאינם עומדים בעודף ההסתברויות. ראו ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281 (1981); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982) (להלן: עניין ברדה).

81 לדוגמה, ניתן יהיה לבחון את מגמות השינוי בפערי השכר בנקודות זמן שונות בעבר, ועל בסיסן לספק אומדן משוער לסיכוי להפחתת הפערים בעתיד. ראו EUGENE P. HOWREY, THE USE OF PRELIMINARY DATA IN ECONOMETRIC FORECASTING, 193-200 (1978).

יחסית. במצב זה, בסיס השכר שעל פיו יחושב הפיצוי צריך להיקבע לפי שכרו של הניזוק ערב התאונה, בתוספת מכפלת הפער בין שכרו ערב התאונה לשכר שהיה משתכר בעולם נטול הפליה, בהסתברות כי הפער ייסגר במהלך חיי העבודה של הניזוק. נראה כיצד ניתן ליישם זאת באמצעות דוגמת עורכת הדין. הנחנו כי ערב התאונה עורכת הדין השתכרה 8,000 ש"ח בחודש, וכי שכרם החודשי של עורכי הדין בעלי נתונים זהים לשלה עמד על 10,000 ש"ח. בהתאם להנחת הביניים שאימצנו במסגרת הפתרון הראיתי, בשוק נעדר הפליה שכרן החודשי הממוצע של שתי הקבוצות הוא 9,000 ש"ח.⁸² אם בית המשפט השתכנע כי קיימת הסתברות של 50% שבמהלך חיי העבודה של עורכת הדין היו פערי השכר הנובעים מהפליה נעלמים לחלוטין, עליו להעמיד את בסיס השכר על 8,500 ש"ח כדי לשקף סיכוי זה $(8,000 + 0.5 \times 1,000)$ באופן דומה, במקום שהניזוק נמנה עם עורכי הדין בני קבוצת הרוב – המשתכרים 10,000 ש"ח לחודש – יעמוד בסיס שכרו על 9,500 ש"ח $(10,000 - 0.5 \times 1,000)$, ובכך ישקף את הסיכוי שהוא יפסיק ליהנות משכר גבוה יותר כתוצאה מהפליה במהלך חיי העבודה שלו.

במקרים שבהם הניזוק מסוגל לעבוד למחייתו לאחר התאונה, גם אם באופן חלקי, על בית המשפט להתחשב בסיכוי לשינוי בשכרו של הניזוק כתוצאה מצמצום ההפליה הן ביחס לשכר שהיה משתכר אלמלא התאונה, והן ביחס לשכר שהוא צפוי להשתכר במומו. להמחשה נשוב לדוגמת עורכת הדין, אולם עתה נניח כי היא סובלת מנכות פונקציונלית של 25% בעקבות התאונה, כך ששכרה לאחר התאונה עומד על 6,000 ש"ח בחודש $(0.75 \times 8,000)$. תחת מודל הפיצוי הנוהג, בית המשפט היה אומד את הפסד ההכנסה על 2,000 ש"ח, הוא גובה הפער בין שכרה ערב התאונה (8,000) לבין שכרה לאחריה (6,000). במקרה זה, ניתן להניח, על בסיס אותו תחשיב, כי אם ההפליה בשוק העבודה תיעלם יכול היה שכרה של עורכת הדין אלמלא התאונה להגיע ל-9,000 ש"ח, בעוד ששכרה במומה צפוי היה לעלות ל-6,750 ש"ח $(0.75 \times 9,000)$.⁸³ על כן, אם בית המשפט מעריך את הסיכוי שבמהלך חיי העבודה ייעלמו פערי השכר מהפליה לחלוטין בכ-50%, יישום הפתרון הראיתי יביא להעמדת בסיס השכר על סכום של 2,125 ש"ח $(2,000 + 0.5 \times [1,000 - 750])$.

קבוצת מקרים אחרונה נוגעת לניזוקים שלא עבדו למחייתם במועד התאונה, כך שאין נתונים זמינים ביחס להשתכרותם בעבר, אולם הם עובדים במועד מתן פסק הדין. במקרים אלה, בתי המשפט משתמשים בשכרו של הניזוק לאחר התאונה כבסיס להערכת הפיצוי, ונסמכים על שיעור הנכות הפונקציונלית לצורך אומדן שכרו ההיפותטי של הניזוק אלמלא

82 אנחנו מניחים כי הקבוצות שוות בגודלן. זו אינה הנחה הכרחית, כמובן, אלא רק לצורך פישוט הדוגמה. את שיעור ההשתתפות בכוח העבודה במגזר מסוים ניתן לברר בנקל באמצעות נתוני הלמ"ס.

83 ייתכן כי נכים סובלים מהפליה נוספת בשכר. העמדת הפרש על 12.5%, אשר זהה להפרש בשכר של עורכות דין שאינן סובלות ממוגבלות פיזית בנתוני הדוגמה, מתעלמת מהאפשרות שבעתיד יצטמצם גם סוג ההפליה הזה. אם בית המשפט נחשף לנתונים בנוגע להפליה נוספת זו אשר מופנית כלפי עובדים הסובלים ממוגבלות, עליו לקחת גם זאת בחשבון, במסגרת חישוב הפער בין השכר שהיה משתלם לניזוקה אלמלא התאונה, והשכר שהיא צפויה להשתכר במצבה.

התאונה.⁸⁴ התחשיב מבוסס על ההנחה כי אלמלא התאונה היה הניזוק עובד כאותו תחום עיסוק, אולם שכרו היה גבוה יותר. למעט עניין זה, תחשיב הפיצוי יהיה זהה לתחשיב המוצע בקטגוריית המקרים השנייה.

הפתרון הראיתי מקדם בראש ובראשונה את העיקרון של השבת המצב לקדמותו, שכן הוא מפצה את הניזוק בעבור הנזק שנגרם לו כתוצאה מהתאונה.⁸⁵ זאת, הן בנוגע לניזוקים המשויכים לקבוצות מופלות – אשר פוצו בחסר תחת מודל הפיצוי הנוכחי, והן בנוגע לניזוקים בני קבוצת הרוב – אשר פוצו ביתר תחת מודל הפיצוי הנוכחי.

אשר לתפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, הפתרון הראיתי עדיף על המודל הנוכחי ככל שמדובר בניזוקים המשויכים לקבוצות הסובלות מהפליה, אולם נחות ממנו ככל שמדובר בניזוקים בני קבוצת הרוב. כאמור, במסגרת הפתרון הראיתי לפיצוי שנפסק לניזוק המופלה יתווסף סכום המגלם את תוחלת השיפור הצפוי בשכרו כתוצאה מצמצום ההפליה, והפיצוי לניזוק שאינו סובל מהפליה יפחת בשיעור זהה. שיעור זה יעמוד על הפער בין השכר המשולם לניזוק החבר בקבוצת הרוב לשכר המשולם לניזוק בן הקבוצה המופלית בעל נתונים זהים, במכפלת הסיכוי שפער זה יצטמצם. על כן, הפיצוי שייפסק לניזוק המופלה יהיה נמוך משכרו של עובד בן קבוצת הרוב שתפוקתו זהה לתפוקתו שלו. כיוון שאנו מצויים בשוק משוכלל, שבו שכרם של כלל העובדים נמוך (ולכל היותר שווה) מהתפוקה שהם מייצרים עבור המעסיק, אזי הגדלת הפיצוי הנפסק לניזוקים המשויכים לקבוצות מופלות תקרב את הפיצוי הנפסק להם לעלות החברתית של הפגיעה בהם, ומכאן תגשים בצורה טובה יותר את תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות.⁸⁶ להבדיל, ככל שמדובר בניזוקים בני קבוצת הרוב, מאחר ששכרם ממילא אינו גבוה מהתפוקה שהם מייצרים (ולכל היותר שווה לה), ההפחתה בפיצוי הנפסק להם תגדיל את הפער בין הפיצוי לעלות החברתית של הפגיעה, ועל כן תפגע בהרתעה מפני פגיעה בניזוקים אלה.

3. הפתרון ההרתעתי

הכשל השני שעליו הצבענו נוגע לתפקידם של דיני הניזוקים בהכוונת התנהגותם של מניזוקים בכוח. כפי שהראינו, התפיסה כי מודל הפיצוי הנוכחי, המבוסס על שכר ולא על תפוקה, מגשים את תפקידם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, מבוססת על התאוריה הכלכלית הקלאסית לגבי הון אנושי אשר לפיה בשוק משוכלל שכרו של עובד שווה לערך

84 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום ירושלים) 35182-06-16 פלוני נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ (נבו) 8.4.2019; ת"א (שלום תל אביב-יפו) 40419-09-15 פלוני נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ (נבו) 13.10.2017). בשני המקרים התובע היה סטודנט במהלך התאונה, ולכן לא היו נתונים לגבי ההשתכרות שלו במועד האירוע. בית המשפט נעזר בנתוני השכר של התובעים בשעת המשפט, וחישב את הפיצוי תוך שימוש באחוזי הנכות לצורך הערכה.

85 בעניין ברדה, לעיל ה"ש 80, בפס' 9 לפסק הדין של השופט ברק. השופט ברק בחן כיצד ניתן להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו בתנאים של חוסר ודאות ביחס להשתכרותו העתידית. הוא קובע כי "תורת הפיצויים הרכשיים היא במידה רבה תורת חוסר הוודאות. אין בה דיוק מדעי. יותר משהיא מבוססת על קביעת עובדות, הרי היא מעוגנת בהערכת סיכויים, והערכה זו קשה היא".

86 פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 146.

שהמעסיק מפיק מתפוקת עבודתו. ואולם, כיוון שהפליה אינה יכולה להתקיים לאורך זמן בשוק משוכלל, ניתן להסיק ששוקי העבודה אינם תחרותיים באופן מלא,⁸⁷ ועל כן שכרם של כלל העובדים נמוך (ולכל היותר שווה) לתועלת שהמעסיק מפיק מעבודתם. במצב דברים זה, פיצוי המבוסס על שכר בפועל מביא לכך שככל שמדובר בניזוקים המשוויכים לקבוצות מופלות, ששכרם בהכרח נמוך מתפוקה, עלות הנשיאה באחריות משפטית שהמזיק רואה נגד עיניו נמוכה מהעלות החברתית של הפגיעה, ומכאן שהוא יורתע בחסר.

על פני הדברים, ניתן להרחיק ולטעון שכיוון שהעלות החברתית של הפגיעה בניזוק מגולמת בירידה בתפוקה ולא בשכר, אזי המסקנה שתפוקת עבודתם של כלל העובדים גבוהה מהשכר שלהם (ולכל היותר שווה לו) מחייבת שינוי רדיקלי בשיטת הפיצוי, כך שתתחקה אחר תפוקה ולא אחר שכר. הסיבה לכך שמשטר כזה איננו רצוי היא ברורה – בעוד שקל לראות מהו שכרו של הניזוק עובר לתאונה, קשה מאוד להעריך מהי התועלת החברתית מעבודתו. אומנם ההנחה ששכר מהווה אומדן מדויק לתפוקה מופרת במידה מסוימת בשוק שבו קיימת הפליה, אולם גם בשוקי עבודה שאינם משוכללים לחלוטין – הנחת המוצא עורנה שקיים קשר הדוק בין שכר לתפוקה. מכאן שעל שכר להמשיך ולהוות רכיב בעל משקל משמעותי בתחשיב הפיצוי עבור אובדן כושר השתכרות.

ואולם, גם תחת הנחת מוצא זו, יש להכיר בכך ששכרם של כלל העובדים נמוך (ולכל היותר שווה) לתפוקה, ולכן הפיצוי לניזוק המופלה חייב להיקבע לפי השכר המשוער שהיה משתכר אילו היה חבר בקבוצת הרוב. הסיבה לכך פשוטה – כיוון שתפוקתם של השניים זהה, ושכרם בהכרח נמוך יותר מתפוקה זו, אזי השכר הגבוה יותר מבין השניים הוא שכרו של העובד בן קבוצת הרוב, וודאי קרוב יותר לתועלת שהמעסיק מפיק מעבודתו של הניזוק המופלה משכרו שלו.⁸⁸ תחת ההנחה ששכר אינו יכול להיות גבוה מתפוקה (אולם הוא עשוי להיות שווה לה), העמדת השכר של כל ניזוק מופלה בהתאם לשכר של אדם במצבו החבר בקבוצת הרוב ממילא לא יביא לפיצוי יתר.

הפתרון ההרתעתי קל יותר ליישום מהפתרון הראייתי ועוקב אחר אותם עקרונות.⁸⁹ בעוד שהפתרון הראייתי מנסה להתחקות אחר השינוי הצפוי במבנה השכר של עובדים מופלים ושל עובדים שאינם מופלים, הפתרון ההרתעתי נצמד לשכר של עובדים שאינם מופלים כבסיס לחישוב הפיצוי, מבלי להתחשב בשאלה העובדתית בדבר השינוי הצפוי בשכרו של הניזוק בתרחיש שההפליה תצטמצם. הדבר נובע מכך שהפתרון הראייתי נועד להתחקות אחר המציאות העובדתית בדבר השתכרותו הצפויה של הניזוק אלמלא התאונה בעולם האמיתי,

87 ראו Becker, לעיל ה"ש 17 והטקסט הנלווה לה.

88 ראו Adjin-Tetey, לעיל ה"ש 6, בעמ' 507.

89 כפי שהבהרנו בפרק 2.2, הכשל ההרתעתי אינו חל גם על מצבים של הפליה בקידום, כמו הפתרון הראייתי, והוא ייחודי למצבים של הפליה בתגמול. על כן, יישום מדויק של הפתרון ההרתעתי יצריך לכלול במודל הרגרסיה נתונים על אודות מעמד או דרג בתוך תחום העיסוק, כך שהשיפוי שייפסק לניזוק המופלה יגלם את השכר המשוער שהיה משתכר במקצועו ובמעמדו לו היה חבר בקבוצת הרוב. נתונים מסוג זה נאספים על ידי הלמ"ס וזמינים לשימוש מידי ללא עלות. כך למשל, לאורך השנים, שאלה קבועה שחזרה על עצמה היא האם הפרט מצוי בתפקיד ניהולי (וככל שענה בחיוב, נשאל בשאלה עוקבת כמה עובדים כפופים לו בסה"כ).

בעוד שהפתרון ההרתעתי נועד לפצות את הניזוק עבור הערך החברתי של עבודתו, והשכר בפועל מהווה אך ראייה (בעלת משקל משמעותי) לערך זה.

ניתן לטעון כי העמדת הפיצוי המשולם לניזוק-המופלה על בסיס השכר שהיה משולם לו אילו היה חבר בקבוצת הרוב יפגע בתמריציהם של ניזוקים בכוח לנקוט אמצעי זהירות. לפי הפתרון ההרתעתי, הפיצוי שישולם לניזוק ככל שייפגע בתאונה גבוה מהשכר שלו בפועל, ואף עולה על השכר שהוא צפוי היה להשתכר בעתיד אלמלא התאונה. על כן, על פני הדברים, הפתרון ההרתעתי מביא לשיפור במצבו של הניזוק אלמלא התאונה. במצב דברים זה, עולה חשש שמא ניזוקים המשויכים לקבוצות מופלות יהיו בעלי תמריצים פחותים להשקיע באמצעי זהירות למניעת תאונות. אולם, להבנתנו, הסיכוי שמשטר הפיצוי המוצע יביא ניזוקים להשקיע מעט מדי במניעת תאונות שבהן הם עלולים לסבול מנזקי גוף משמעותיים הוא אפסי. מנקודת המבט של ניזוקים, בסוג זה של תאונות, תמיד קיים תמריץ להשקיע במניעת תאונות עצמיות, אפילו אם הפיצוי שייפסק להם גבוה מהשכר שהיה משולם להם בשוק נטול הפליה. נזק גוף משמעותי ומוות לא רק פוגעים ביכולת של הניזוק לעבוד ולהשתכר למחייתו, אלא אף מונעים ממנו את היכולת להפיק הנאה מהשכר שהוא מקבל. בעוד שהירידה בהכנסה ניתנת לפיצוי בכסף, לא ניתן לפצות את הניזוק על הפגיעה ביכולת שלו ליהנות מהמשאבים.⁹⁰

בשונה מפתרונות אחרים שהוצעו בספרות,⁹¹ הפתרון ההרתעתי מבחין בין ניזוקים שונים ונמנע ממשטר פיצוי אחיד, כפי שקיים ביחס לניזוקים קטינים. בכך הוא משקף את הנזק החברתי שנגרם כתוצאה מהפגיעה בניזוק הקונקרטי. הפתרון ההרתעתי מקדם את מטרתם של דיני הפיצויים בהכוונת התנהגות, אולם הוא עשוי לעמוד בסתירה למטרות אחרות של דיני הפיצויים, ובראשן למטרה של השבת המצב של הניזוק לקדמותו. זאת, משום שהמתווה המוצע מעמיד את הניזוק המופלה במצב עדיף, מבחינה כלכלית, מהמצב שבו היה נתון אלמלא התאונה. ניתן אף לטעון כי לפי גישת הצדק המתקן לא ניתן להעלות את הפיצוי לניזוק המופלה מעבר למה שנדרש לצורך השבת המצב לקדמותו. כאשר ניזוק מופלה לרעה, ואז נפגע בתאונה אשר שללה את יכולת ההשתכרות שלו, הוא נפגע, הלכה למעשה, משתי עולות שונות – הפליה בשכר במקום העבודה, ותאונה שגרמה לו לנזק גוף.⁹² לפי גישת הצדק המתקן, המזיק אחראי כלפי הניזוק במערכת היחסים ביניהם רק לנזק שהוא גרם, ולא לעולות הזולת. על כן, המזיק האחראי לתוצאות העולה השנייה בזמן (ההפחתה בשכר בעקבות התאונה) אינו אחראי לתקן את תוצאות הפגיעה העוללתית הראשונה בזמן (ההפחתה בשכר כתוצאה מהפליה).

90 להסבר מקיף מדוע ניזוקים צפויים להשקיע השקעת יתר במניעת תאונות קטלניות ראו Porat & Tabbach, לעיל ה"ש 59. ראו גם STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 228-229 (1987); Kip Viscusi, *Valuing Life and Risks to Life*, in NEW PALGRAVE DICTIONARY ECON. & THE L., 660, 661-662 (Peter Newman ed., 2002).

91 ראו לעיל, חלק ב.3.

92 הטיעון אינו גורע מהצורך להתחשב בסיכוי שהפליה תפחת בעתיד גם כלפי הניזוק המופלה, בהתאם לפתרון הראייתי, ובכך לקדם את המטרה של השבת המצב לקדמותו. ראו עניין ברדה, לעיל ה"ש 80, בפס' 9 לפסק הדין של השופט ברק ואת פרשנות דבריו בה"ש 85.

הגם שהפתרון שאנחנו מציעים נראה מרחיק לכת, הוא כבר בוצע, בשינויים מסוימים, במערכות משפט מקבילות. הבולטת ביניהן היא מערכת המשפט הקנדית. כבר בשנת 1994, בהלכת Burnaby, הציג בית המשפט העליון בקנדה עמדה עקרונית שלפיה ניתן לבצע שימוש בטבלאות אקטואריות גבריות לשם אומדן כושר ההשתכרות של נשים, ככל שהוא נתמך בראיות מתאימות.⁹³ הלכה זו יושמה לאורך השנים בשורה של פסקי דין שבהם הצליחו תובעות, באמצעות מידע קונקרטי, לשכנע את בתי המשפט כי אלמלא התאונה היה שכרן משתווה לשכרם של גברים.⁹⁴ הגם שבמישור המעשי, הפרקטיקה של שימוש בנתוני שכר המזוהים עם הקבוצה שאינה מופלית דומה למתווה המוצע על ידינו, ההנחה הנורמטיבית העומדת בבסיס הפרקטיקה הפוכה מזו שלנו – בתי המשפט בקנדה מוכנים להשתמש בנתוני שכר גבריים עבור נשים רק בהתקיים נתונים קונקרטיים על הניזוקה המצביעים על שאיפות ויכולות מיוחדות שלה, המשליכים על הסיכוי ששכרה יהיה קרוב יותר לשכרם של גברים בתחום העיסוק המדובר. פרקטיקה זו מבוססת על ההנחה כי פערי השכר נובעים מפערי מוטיבציה או מפערים ביכולת בין שתי הקבוצות, בשונה מהפליה פסולה. על כן, לשיטתם, אם אישה מוכיחה כי היא בעלת יכולות זהות לאלו של גבר, יש להעריך את ההשתכרות העתידית שלה בהתאם.⁹⁵ יישום דומה בוצע בהסדר הפיצויים לנפגעי פיגוע מגדלי התאומים בנוגע לרכיב המתייחס לתוחלת שנות העבודה של הניזוק. שם, הקרן הסטטוטורית שהוקמה לפיצוי הנפגעים החליטה להשתמש בנתוני פרישה גבריים עבור גברים ונשים גם יחד.⁹⁶

93 ראו [1994] 1 S.C.C. 114 *Toneguzzo-Norvell v. Burnaby Hospital*. הלכת Burnaby הכירה באפשרות העקרונית לשימוש בטבלאות שכר ניטרליות לתחשיב הפיצוי לניזוקות נשים, לאחר שיושמה ברעת רוב בעניין *Tucker*. ראו 173 (C.A.) *Tucker v. Asleson* 78 B.C.L.R. (2.d) [1991].

94 ראו, למשל, *MacCabe v. Board of Education* 110 (1999), 226 A.R. I; *Terracciano v. Etheridge* B.C.J. 1051 [1997].

95 בעוד שהנימוק העומד בבסיס הלכת Burnaby נוגע בבסיסו לכשל הראייתי, הוא מיישם, הלכה למעשה, את הפתרון ההרתעי.

96 ראו *Martha Chamallas, The September 11th Victim Compensation fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51 (2003). כאמור, הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות מחושב לפי מכפלת בסיס השכר החודשי במספר חודשי העבודה של הניזוק, מפסק הדין ועד פרישתו מהעבודה. בעוד שמאמר זה מתמקד בהפליה בשכר, גם הרכיב השני מעורר שאלות מורכבות במסגרת הדיון על הפליה בשוק העבודה. בתמצית, חוק גיל הפרישה, התשס"ד–2004, מבחין בין הגיל שבו העובד רשאי לפרוש ולקבל גמלה בשל פרישתו, לבין גיל פרישת חובה, אשר הוא הגיל המינימלי שבו המעסיק יכול לחייב את העובד לפרוש מבלי שהדבר ייחשב כפיטורין. גיל פרישת חובה אחיד לגברים ולנשים, ועומד על 67. לעומת זאת, גיל הפרישה מרצון שונה בין שתי הקבוצות, ועומד על 67 לגברים, ו-62 לנשים (ראו סעיפים 4 ו-3 לחוק גיל פרישה, התשס"ד–2004 ס"ח 46, בהתאמה). בפסיקה נקבע כי בחישוב תוחלת חיי ההשתכרות ישנה חזקה הניתנת לסתירה שלפיה הניזוק יפרוש בגיל פרישת חובה, הוזה בין גברים ונשים. הנחה עובדתית זו אינה תואמת את המציאות. גיל הפרישה האפקטיבי (שהוא גיל הפרישה בפועל) שונה משמעותית בין גברים ונשים, ועומד נכון להיום על 68 ו-63, בהתאמה (ואולם, הנתונים מעידים על כך כי הפערים בין גברים לנשים בבחינת גיל הפרישה האפקטיבי מצטמצמים עם הזמן). בנסיבות אלו, הרי שעל פניו, יישום הפתרונות המוצעים על ידינו על

*

בשני החלקים האחרונים עמדנו על שני מתווים מוצעים לתיקון משטר הפיצויים הקיים – הפתרון הראייתי והפתרון ההרתעתי – והראינו את היחס בין הפתרונות והמטרות המרכזיות של דיני הפיצויים – השבת המצב לקדמותו והכוונת התנהגות. לצד קידום מטרות אלו, לשני הפתרונות גם השלכות חלוקתיות.

תמצית הכשל הראייתי היא שתחשיב הפיצוי הקיים, אשר מתעלם מהאפשרות שהפליה בשכר תפחת בעתיד, מוביל לכך שקבוצה מסוימת באוכלוסייה מפוצה בחסר באופן עקבי, וקבוצה אחרת מפוצה ביתר. כלומר, מדיניות הפיצוי הנוהגת מונעת מהניזוקים את האפשרות ליהנות, מבחינה כלכלית, מהשיפור בתנאים הצפוי להם בעתיד כתוצאה מהפחתה בהפליה בשוק העבודה. הפתרון הראייתי המוצע על ידינו משקף בשלב הפיצוי את האפשרות הזו, ובכך מצמצם את ההשפעה הרגרסיבית של מודל הפיצוי הקיים.

לפי הכשל ההרתעתי, בקבוצת המקרים שבהם הניזוק ניתן לזיהוי מראש, העיוות בתמריצייהם של מזיקים בכוח מכוון באופן ספציפי כלפי ניזוקים בני קבוצות מופלות, ובכך מביא להעמקת הפערים בין הקבוצות השונות בחברה.⁹⁷ הפתרון ההרתעתי יקטין את תמריצייהם של מזיקים להסיט סיכונים לעבר אוכלוסיות הסובלות מהפליה, ובכך גם הוא מצמצם את ההשפעה הרגרסיבית של מודל הפיצוי הקיים.

4. הפעלת המודל על נתוני אמת

מאמר זה שוטח טיעון תאורטי בדבר הכשלים הקיימים במדיניות פסיקת הפיצוי עבור אובדן כושר ההשתכרות, ומציע אמות מידה כלליות לתיקונם. הגם שאין זה המקום לערוך ניתוח אמפירי מקיף שבוחן את השפעת המתווה המוצע על משטר הפיצויים בישראל, מצאנו לנכון להדגים כיצד הפתרון שאנחנו מציעים ניתן ליישום בפועל על ידי בתי המשפט, באמצעות הפעלת המודל על ניזוק היפותטי, תוך שימוש בנתוני אמת.

לצורך ההדגמה בחנו את המודל על נתוני הלמ"ס עבור ענף הבנייה, בהמשך לדיון שערכנו קודם ביחס לתחום עיסוק זה.⁹⁸ הנתונים כוללים מידע על 940 פרטים מייצגים אשר עבודתם העיקרית בין השנים 2013–2014 היא בענף הבנייה. הנתונים כוללים מידע על

הרכיב המתייחס לגיל הפרישה היה מושך לשני כיוונים מנוגדים: תחת הטיעון ההרתעתי, דומה שמודל הפיצויים הקיים מפצה נשים ביתר וגברים בחסר, ומשכך יש להעלות ולהוריד את הפיצוי, בהתאמה; להבדיל, תחת הטיעון הראייתי, יש "לתקן" את הפיצוי שנפסק תחת הפתרון ההרתעתי במובן זה שההעלאה וההפחתה בפיצוי, לפי העניין, תהיה מדודה יותר. מכל מקום, מאמר זה מתמקד בסוגיית הערכת השכר, שהיא מורכבת דיה, ואנחנו מותירים את בחינת הפערים בתוחלת חיי ההשתכרות בישראל למחקר עתידי. לנתונים בדבר גיל הפרישה האפקטיבי בישראל, ראו בנק ישראל דין וחשבון 2018: חלק ב' גיל הפרישה האפקטיבי כעשור לאחר העלרת גיל הפרישה הרשמי (2019). לדיון מעמיק בהשפעה של הבדלים בגיל הפרישה על פסיקת הפיצויים, ראו Avraham & Yuracko, לעיל ה"ש 6, בעמ' 675–673, 726.

97 ראו (2007) 106 *TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE*.

98 ראו פרק ב.2 לעיל.

שכר העובדים, שיוכם הלאומי (האם הם יהודים או ערבים), וכן מידע רב נוסף כגון גילם, השכלתם, הוותק המקצועי שלהם ועוד.

במונחים פורמליים, השתמשנו בנתונים כדי לאמוד מודל שבו המשתנה התלוי הוא לוג (log) של ההכנסה החודשית של הפרט (ברוטו), והמשתנה הבלתי תלוי הוא השיוך הלאומי – האם האדם הוא יהודי או ערבי. משתני הבקרה שהחלטנו לכלול במודל, כנהוג בספרות האמפירית על הפליה בשוקי עבודה, הם מספר שנות הלימוד של הפרט, גילו,⁹⁹ מספר שעות העבודה השבועיות שלו, והאם יש לו תואר ראשון. אמדנו את המודל באמצעות רגרסיית הריבועים הפחותים (OLS). על מנת להפחית את הקשיחות של המבנה הפונקציונלי שנכפית מעצם השימוש במודל ליניארי, כללנו כמשתני בקרה נוספים גם את ריבוע גיל הפרט, כנהוג בספרות על שוקי עבודה, וכן משתני אינטראקציה בין לאום הפרט לבין כל אחד ממשתני הבקרה.

נדגיש, המאמר תאורטי ביסודו, ואיננו מתיימרים לטעון כי תוצאות ניתוח זה צריכות לשמש לחישוב הפיצוי עבור אובדן כושר השתכרות בענף הבנייה. כדי לאמוד את שכרו המשוער של הניזוק אילו היה חבר בקבוצת הרוכב (או המיעוט) במידת הדיוק הרצויה, רצוי שהנתונים הנאספים על ידי הלמ"ס יכללו משתנים נוספים, בהם למשל ותק במקצוע (ולא רק גיל, המשמש אצלנו כאומדן לוותק), פילוח רחב יותר ומדויק יותר של משלח היד של המשתתפים בסקר, ועוד.¹⁰⁰ כמו כן, ייתכן שישנם מודלים סטטיסטיים אחרים המתאימים יותר לאומדן הפליה מהמודל הפשוט שבו נעשה שימוש כאן לצורך ההדגמה. לכן, הניתוח המוצע כאן נועד רק להמחיש את האפשרות המעשית ליישום הטיועון המוצע, ולא לבסס טענה אמפירית כזו או אחרת בדבר קיומה והיקפה של הפליה בענף הבנייה.

כמפורט בנספח, הניתוח הסטטיסטי הוליד ממצאים מובהקים בדבר הקשר בין שיוך לאומי לבין השתכרות בענף הבנייה, במנותק מגיל העובד והשכלתו. למשל, נמצא שבממוצע עובדים ערבים בני 25 מרוויחים כ-26% פחות מעובדים יהודים בני גילם ובעלי אותה השכלה העובדים באותו היקף משרה.¹⁰¹ ממצא מעניין נוסף העולה מהנתונים, שיש בו ממד מסוים של תקווה, הוא שפערי השכר קטנים יותר (אך עדיין משמעותיים, כאמור) עבור עובדים צעירים יותר, ממצא שעשוי להעיד על פחות מסוים שחל בהפליה בענף הבנייה עם השנים.

99 גיל רלוונטי לניתוח בשני אופנים. ראשית, עובדים מבוגרים יותר סובלים לעיתים מהפליה רבה יותר בשכר, במיוחד בעבודות כפיים. שנית, בהעדר נתונים על הותק המקצועי של המשתתפים בסקר, הגיל משמש אותנו להערכת הוותק בשל המתאם הגבוה בין שני המשתנים.

100 כמו כן, רבים מהנתונים אשר נאספים כיום על ידי הלשכה ואשר רלוונטיים לצורך יישום הפתרון המוצע על ידינו מפוזרים בין סקרים שונים, באופן כזה שלא ניתן יהיה לכלול אותם בניתוח אחד. כך למשל, באחד מסקרי הלשכה שאלה קבועה שחזרה על עצמה היא האם הפרט מצוי בתפקיד ניהולי. משתנה רלוונטי זה אינו נמצא בסקר שבו השתמשנו (שהיה המקיף ביותר במונחי הנתונים המקובלים לאומדן שכר), ומשכך לא ניתן היה לכלול אותו בניתוח ככל שמדובר בכשל ההרתעתי (לעניין זה, ראו לעיל ה"ש 89 לעיל).

101 ראו להלן, בנספח. מדובר בחישוב אריתמטי פשוט שנגזר משני נתונים רלוונטיים – גיל ולאום. לפי הניתוח, הפער נוצר החל מגיל 18, ומתרחב בכל שנה בשיעור של 3.8%. בשנה. כך לדוגמה, בקרב עובדים בני 25 קיים פער בשיעור של $3.8\% \times 7 \approx 3.8\% \times 7 \approx 26.6\%$.

כעת, לשם ההדגמה, נבחן את תוצאות הניתוח על ניזוק ערבי היפותטי שמאפייניו זהים למאפייני העובד החציוני בנתוני הלמ"ס. כלומר, נניח שלפנינו ניזוק ערבי, בן 32, אשר עובד 40 שעות בממוצע בשבוע, והוא בוגר 10 שנות לימוד. לפי הנתונים שעל בסיסם אמרנו את המודל לעיל, שכרם החודשי הממוצע של ניזוקים בעלי מאפיינים אלה עמד, נכון לשנת 2014, על 3,945 ש"ח, ומשכך נניח לצורך ההדגמה שזהו שכרו של הניזוק ההיפותטי. לצורך הפשטות, נניח שהניזוק נפגע בתאונה שגרמה לו ל-100% נכות, כך שהוא אינו משתכר כלל לאחר התאונה

במצב זה, לפי הפתרון ההרעתתי, בסיס השכר שלפיו ייקבע הפיצוי לניזוק יעמוד על השכר שהיה משתכר לו היה חבר בקבוצת הרוב. נאמוד שכר זה לפי שכרו של הניזוק בפועל, 3,945 ש"ח, בתוספת ההפרש בין שכרו בפועל לשכרו המשוער בעולם ללא הפליה, שאת ערכו נקבל מתוצאות אמידת המודל לעיל. חישוב פשוט מראה שהשכר של הניזוק שלפנינו נמוך ב-53% מהשכר הממוצע של חבר קבוצת הרוב, העובד היהודי בן ה-32, בעל 10 שנות השכלה ואשר עובד 40 שעות בשבוע.¹⁰² במילים אחרות, אם תקבל הצעתנו, על מנת שהפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יתאם לנזק הכלכלי האמיתי מהתאונה, יש להעמיד את בסיס הפיצוי על סכום של 6,035 ש"ח לחודש, ולא על 3,945 ש"ח.¹⁰³ על פי הפתרון הראייתי, בסיס השכר שעל פיו ייקבע הפיצוי יעמוד על שכרו של הניזוק ערב התאונה, בתוספת מכפלת הפער בין שכרו ערב התאונה לשכר שהיה משתכר בעולם נטול הפליה, בהסתברות כי הפער ייסגר במהלך חיי העבודה של הניזוק, בהתאם להנחה שאימצנו שלפיה בשוק נעדר הפליה שכרם של עובדים זרים ועובדים ערבים היה עולה, ושכרם של העובדים היהודים היה יורד. על כן, ניתן להעריך כי בעולם ללא הפליה שכרו המשוער של הניזוק היה עומד על 4,990 ש"ח לחודש (פער של 1,045 ש"ח). כך, אם בית המשפט השתכנע כי קיים סיכוי של 50% שבמהלך חיי העבודה של הניזוק פערי השכר הנובעים מהפליה ייעלמו לחלוטין, עליו להעמיד את בסיס השכר על 4,467 ש"ח, כדי לשקף סיכוי זה $(3,945 + 0.5 \times 1,045)$.

102 הנתון מתחשב בכך שהניזוק בן 32 שנים, ולכן הפער שווה בקירוב $3.8 \times 14 \approx 3.8 \times 3.8 \approx 53\%$.

103 ייתכנו מצבים שבהם מודל הרגרסיה יראה שהשכר של הניזוק לא הושפע מהפליה, ועל כן שכרו המשוער בעולם ללא הפליה זהה לשכרו בפועל. במקרים אלה הפיצוי שנפסק לו ייוותר ללא שינוי. במציאות שבה קיימת הפליה בשכר, העובדה ששכרם של שני העובדים זהה אינה מעידה בהכרח על כך שהעובד המשווה לקבוצה המופלית לא הופלה בשכרו, ואין לשלול אפשרות כי הוא עולה על עמיתו בכישורים ובמאפיינים שאינם גלויים (unobservables), כמו מוטיבציה, סדר וארגון וכו', ועל כן אינם נכללים במודל הרגרסיה. בעולם אוטופי, שבו קיים מידע מלא בנוגע להשפעה של הפליה על השכר של כל עובד, היה ניתן ליתן מענה לחשש האמור על דרך של פסיקת פיצוי גבוה יותר לעובד המופלה, בהשוואה לפיצוי הנפסק לעמיתו בן קבוצת הרוב בעל שכר זהה לשלו. ואולם, בהעדר אפשרות מעשית לאמוד את שכרו של הניזוק הספציפי לו היה חבר בקבוצת הרוב, אין מנוס מלשפותו בעבור שכרו הממוצע של ניזוק בעל מאפיינים זהים לשלו אשר שייך לקבוצת הרוב, תוך התחשבות רק במאפיינים גלויים או כאלה שניתן לאומדם באופן משוער (לדוגמה לאומדן משוער של ותק, שהוא unobservable, ראו ה"ש 99 לעיל).

ד. ביקורות אפשריות ותשובות להן

1. פגיעה בקבוצות חלשות

ביקורת אפשרית היא שיישום המתווה המוצע עלול לפגוע בקבוצות אשר סובלות מהפליה בשוק העבודה, וזאת בשני מצבים מובחנים: ראשית, ניתן לטעון שבמקרים שבהם המזיק הפוטנציאלי מספק שירות או מוצר לניזוק, והשירות או המוצר עלולים לגרום לנזק, השינוי המוצע במשטר הפיזיו צפוי להוביל לעלייה במחיר המוצר, ובכך יקשה עליהם מלכתחילה לרכוש שירותים ומוצרים הדרושים להם. חשש זה קיים אף אם השינוי בדוקטרינה יביא להגדלת הפיזיו לקבוצות הסובלות מהפליה בשוק העבודה, כך שהוא ייטיב עימן אקס-פוסט. לצורך מענה לביקורת זו, יש להבחין בין סוגי פעילויות שבהם המזיק יכול להפלות במחיר בין צרכנים שונים, לבין סוגי פעילויות שבהם הפליית מחירים אינה אפשרית.

כאשר הפליית מחירים אפשרית, בשוק מוצרים שבו קיימת תחרות משוכללת, מזיקים יציעו את המוצרים במחיר שונה לכל צרכן, לפי העלות המשוערת של אספקת המוצר לצרכן מסוג זה.¹⁰⁴ לעומת זאת, כאשר המזיק חייב להציע לכלל הצרכנים מחיר אחיד, המחיר ייקבע לפי העלות הממוצעת למזיק, בהתחשב בצרכנים שצפויים לרכוש את המוצר. על פי הפתרון הראייתי, הפיזיו לניזוק החבר בקבוצה מופלית יעלה בהשוואה לגובהו תחת מודל הפיזיו הנוכחי, והפיזיו לניזוק החבר בקבוצה שאינה מופלית יופחת, בהתאם לסיכויים שפערי השכר הנובעים מהפליה יצטמצמו בעתיד. על כן, הפיזיו הממוצע ייוותר זהה. אם המזיק אינו יכול להפלות במחירים (וזה המצב ברוב השווקים התחרותיים), אזי השאלה האם מחיר המוצר יעלה או ירד תוכרע לפי שיעור הצרכנים שרוכשים את המוצר מקרב כל אחת מהקבוצות. כך, ככל שהמוצר נרכש בהיקף זהה על ידי שתי הקבוצות, תוחלת החבות הנזיקית תיוותר ללא שינוי, ומכאן שגם מחיר המוצר ייוותר ללא שינוי. אם המוצר נרכש על ידי צרכנים בני קבוצת הרוב בשיעור גבוה יותר, תוחלת החבות שהמזיק רואה לנגד עיניו תרד, ומחיר המוצר ירד בהתאם. בתרחיש זה, מצבם של בני הקבוצה המופלית ישתפר, שכן הם יוכלו לרכוש את המוצר במחיר נמוך יותר. אם המוצר נרכש על ידי צרכנים המזוהים עם קבוצות מופלות בשיעור גבוה יותר, מחיר המוצר אכן צפוי לעלות. תוצאה זוהי תתקבל תחת יישום הפתרון ההרתעתי, וזאת גם אם שיעור הצרכנים מקרב קבוצת המיעוט נמוך. אולם, אף עלייה זו במחיר אינה מהווה תוצאה שלילית. היא משקפת את העלות האובייקטיבית של המוצר, אשר תומחר בחסר תחת מודל הפיזיו הקיים. לכן, במקרים כאלה, ניזוקים אכן ישלמו יותר וירכשו את המוצר פחות, אולם משטר הפיזיו היום מביא לכך שהמוצר נרכש ביתר.

שנית, כאשר הניזוק מזוהה מראש, והפעילות של המזיק אינה מבוטחת, השינוי בדוקטרינה המשפטית יביא לגלגול ישיר של העלויות הנוספות על חברי הקבוצה.¹⁰⁵ כך למשל, בדוגמה

104 ראו MANKIWI, לעיל ה"ש 17, בעמ' 326-332.

105 אם הפעילות מבוטחת, והמבטח אינו יכול להתאים את הפרמיה לזוהות הניזוקים הפוטנציאליים, שילוב של תחרות מוגבלת ורגולציה מובילים לכך שבמקרים רבים מבטחים קובעים פרמיה אחידה המשקפת תוחלת נזק ממוצעת המושפעת מן הערכים הממוצעים של הניזוקים, עשירים ועניים כאחד. בעולם שבו הפיזיו הנפסק לעניים עבור הפסד השתכרות נמוך משמעותית מזה

של שתלי הסיליקון, יצרנים צפויים לגלגל חלק מהתוספת בעלות אספקת המוצר על ציבור לקוחות המוצר, הנשים, ברמות העלות מחיר השוק של השתלים. באופן דומה, בדוגמה של תאונות הבנייה, ולמעשה בכלל המקרים שבהם המזיק הוא המעסיק, עולה החשש שמא יביא השינוי בדוקטרינה המשפטית להורדה נוספת בשכרם של עובדים המשויכים לקבוצות מופלות, ובמקרים מסוימים אף להימנעות מהעסקתם.

בעוד שהחשש שהעלייה בעלות העסקתם של ניוזקים המשויכים לקבוצות מופלות תוביל להפחתה אפשרית בשכר הוא חשש ממשי, החשש לאי-העסקה מצומצם למקרים ייחודיים. כזכור, הפליה בתגמול והפליה בקידום מביאות לכך שעובדים המשויכים לקבוצות מופלות מקבלים שכר נמוך יותר ומקודמים פחות, אף על פי שהתפוקה שלהם – בפועל (ככל שמדובר בסוג הראשון) או בכוח (ככל שמדובר בסוג השני) – היא זהה. כפי שנראה להלן, תחת שני המתווים המוצעים לפתרון, עלות ההעסקה של עובד מקרב קבוצת המיעוט עודנה נמוכה מעלות ההעסקה של עובד עם תפוקה זהה מקרב קבוצת הרוב, ומכאן שאין חשש שיישמו יביא לאי העסקתו של הראשון.

נחזור לדוגמה המספרית שהצענו בתחום ענף הבנייה. העלות של העסקת עובד מורכבת משני רכיבים: (1) שכר – 6,000 ש"ח לבני הקבוצה המופלית, ו-12,000 ש"ח לבני הקבוצה שאינה מופלית; (2) תוחלת עלות הנשיאה באחריות משפטית שהמעסיק-המזיק רואה לנגד עיניו, שגובהה כמכפלת שיעור הפיצוי שיפסוק בית המשפט בסיכויי התרחשות המאורע הנזיקי. נניח לצורך הדוגמה שגילום עלות הנשיאה באחריות משפטית בשכר (נניח באמצעות ביטוח חבות שהמעסיק רוכש) שווה ל-500 ש"ח נוספים לחודש עבור בני הקבוצה המופלית, ו-1,000 ש"ח לבני הקבוצה שאינה מופלית, כך שסך העלות החודשית שלהם, בתוחלת, שווה ל-6,500 ש"ח ו-13,000 ש"ח, בהתאמה. הפתרון ההרתעתי יביא לכך שהפיצוי של העובד המופלה יהיה שווה לזה של העובד שאינו מופלה, ולכן תוחלת החבות המשפטית תהיה 1,000 ש"ח לשני סוגי הניזוקים. בנסיבות אלה, עלות ההעסקה החודשית של בני הקבוצה המופלית תעלה ל-7,000 ש"ח בחודש (6,000 ש"ח עלויות שכר, בתוספת 1,000 ש"ח תוחלת הפיצוי במקרה של תאונה). סכום זה נמוך מעלות ההעסקה של עובד מקרב קבוצת הרוב, העומד כאמור על 13,000 ש"ח, ועל כן הפתרון ההרתעתי אינו מעלה חשש לאי העסקתו של עמיתו בן קבוצת המיעוט. תחת הפתרון הראיתי, אומנם עלות ההעסקה של העובד שאינו מופלה תרד לנוכח הירידה הצפויה בתוחלת החבות המשפטית, אולם עלות ההעסקה של העובד המופלה עודנה נמוכה מעלות ההעסקה של העובד שאינו מופלה. הפתרון הראיתי משפיע על עלות העסקת העובד המופלה רק לפי ההסתברות שייפגע בתאונה, וגם אז, הפער בפיצוי מצטמצם רק בהתאם לסיכוי שבית המשפט מעריך כי פערי השכר יצטמצמו בעתיד. הניתוח עד כה הניח שאין קשר בין זהות המזיק וזהות הניזוק. אולם, בשדות מסוימים ההנחה עשויה להיות שגויה. בתאונות דרכים, לדוגמה, תאונות רבות מתרחשות בסמיכות למקום מגוריו של הנהג. מאחר שקיימת הפרדה מסוימת בין קבוצות שונות בחברה, מזיק הנמנה עם חברי הקבוצה המופלית צפוי לפגוע בסיכוי גבוה בניזוק השייך לאותה קבוצה. על

הנפסק לעשירים, ופרמיית הביטוח אחידה, פרטים עניים יסכסדו את טובת ההנאה של פרטים עשירים. לכן התאמה של הפיצוי לתיקון ההפליה מתקנת, לפחות במידה חלקית, את התופעה השלילית של סכסוד צולב. ראו Keren-Paz, לעיל ה"ש 97, בעמ' 61.

כן, כדי לבחון את ההשלכה המלאה של המשטר המוצע על קבוצות הסובלות מהפליה, עלינו לשאול כיצד חברי הקבוצה צפויים להיות מושפעים מהמשטר כמזיקים, ולא רק כניזוקים. כאשר בוחנים את ההשפעה של הפתרון המוצע על מזיקים בכוח, יש להבחין שוב בין פעילות מבוטחת לבין פעילות שאיננה מבוטחת. נהגים, לדוגמה, חייבים לרכוש ביטוח אחריות לנזקי גוף של הולכי רגל שנפגעים בתאונה.¹⁰⁶ גם במקרה זה, במרבית המצבים השוק אינו משוכלל, והפרמיה אינה מותאמת לסיכון הספציפי שהמזיק יוצר. לכן, השינוי המוצע במשטר הפיצויים אינו צפוי להשפיע באופן מהותי על הפרמיות. זאת, בייחוד שהדברים נוגעים לפתרון הראייתי, אשר אינו צפוי להשפיע על הפיצוי הממוצע. חשוב מכך, אם הפתרון ישפיע על מערך התמריצים של מזיקים להשקיע באמצעי זהירות, השפעה זו תהיה חיובית במונחי התועלת החברתית, גם אם קיימת השפעה שלילית מבחינה חלוקתית.¹⁰⁷ אם מזיקים בני הקבוצה המופלית מסכנים יותר את בני קבוצתם ומשלמים להם פיצוי שאינו משקף את הנזק החברתי שנגרם בתאונה, הם סובלים מתת-הרתעה שיטתית. הגדלת הפיצוי הכרחית, אם כן, כדי לתקן את העיוות התמריצי הקיים.

לסיכום, בנסיבות מסוימות, השינוי המוצע ייקר מוצרים ושירותים לחברי הקבוצה המופלית וייקר את עלות ההעסקה שלהם עבור מעסיקים פוטנציאליים. אולם, תופעות אלה תתרחשנה במקרים נדירים יחסית, וגם כאשר תתרחשנה, הדבר יגרוור שיפור בתמריצים של מזיקים וניזוקים בכוח.

2. המזיק אינו צריך לשאת בעוולות הזולת

הפער בין השתכרות הניזוק בפועל לכושר השתכרותו קיים ללא קשר למאורע הנזיקי. הגם שחוקי איסור הפליה הגדירו פער זה כנזק ברי-פיצוי, העיקרון של השבת המצב לקדמותו מחייב את המזיק רק בגין הנזק שגרם לניזוק מהתנהגותו העוללתית. המזיק אינו צריך לשלם על עוולות הזולת. לכן, ניתן לטעון כי אם מטרתם המרכזית של דיני הפיצויים היא להשיב את המצב לקדמותו, מן הראוי לרבוך בשיטת הפיצוי המסורתית.

106 ראו סעיף 3 לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970 נ"ח 320. גם כאשר אין חובת ביטוח, קיימים מצבים שבהם כל העוסקים בפעילות רוכשים ביטוח אחריות. לדוגמה, בקרב רופאים ועורכי דין כל העוסקים בתחום רוכשים ביטוח. מוסדות רפואיים שאינם מורדאים כי הרופאים מבוטחים מתרשלים בעצמם כלפי הרופא והמטופל. ראו ע"א 8146/13 ג'ישה נ' בית החולים אלדג'אני, פסקה 19 (נבו 21.7.2016).

107 תחת שני המתווים המוצעים לפתרון – הראייתי מזה וההרתעתי מזה – הפיצוי שבו יחובו מזיקים בכוח יהיה גבוה יותר, באופן שייקר את ההשתתפות בפעילות המזיקה. אם הפעילות מבוטחת הפרמיה תעלה, ואם הפעילות איננה מבוטחת, תחול עליה בתוחלת החבות מהפעילויות. כיוון שמזיקים המשוויכים לקבוצות מופלות הם עניים יותר, בממוצע, הפסד בגובה זהה יגרום להם להפסד רווחה משמעותי יותר, ועשוי להניא אותם מלרכוש ביטוח או מלהשתתף בפעילות חשש העולה ביתר שאת במקרים שבהם היא עלולה להטיל עליהם חבות נזיקית בגובה העולה על סך נכסיהם. לעניין זה, ראו צחי קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים באופן בלתי-עקבי?)" עיוני משפט כח 299, 309 (תשס"ד).

כפי שנראה, כוחה של ביקורת זו מוגבל. תחת הפתרון הראיתי, ודאי שאין לביקורת הזאת מקום. הפיצוי שנפסק לפי הפתרון הראיתי מעמיד את הניזוק במקום שבו היה אלמלא העולה, תוך התחשבות בסיכוי שההפליה תפחת בעתיד. על כן, מנגנון פיצוי זה אינו משית על המזיק אחריות בגין נזקים שהוא לא גרם להם בהתנהגותו העוללתית. אדרבה, הדין הנוהג פוגע במטרה של השבת המצב לקדמותו בכך שהוא אינו מפצה את הניזוק בגין הנזק האמיתי שנגרם לו כתוצאה מהתאונה. למעשה, תפקידם של דיני הניזוקין בהשבת המצב לקדמותו אף עשוי להצדיק הפחתה גבוהה יותר של הפיצוי הניתן לניזוקים בני קבוצת הרוב, בהשוואה להפחתה שמכתיב הפתרון הראיתי. תחת משטר הפיצויים הקיים היום, המזיק משלם לניזוקים בני קבוצת הרוב פיצוי עבור השתכרות בשיעור העולה על השכר שהיו מרוויחים בעולם ללא הפליה. רכיב זה של הפיצוי שמשלם לניזוק עקב קיומה של הפליה בשוק העבודה משית על המזיק חובה לשלם פיצוי לניזוק בגין עוולות הזולת, גם אם לא לניזוק שסבל מעוולות אלו אלא לניזוק שהרוויח מהן.¹⁰⁸

לבסוף, טיעון זה אינו תקף במקרים של תאונה במקום העבודה. במקרים אלה, המזיק (שהוא המעסיק) אחראי גם להפליית הניזוק, כך שאין במודל הפיצוי המוצע כדי לחרוג מעקרון היסוד של הטלת אחריות על המזיק רק עבור הנזקים שלהם גרם, אלא לממשו. מעבר לכך, בקטגוריה ייחודית זו, צמצום האחריות המשפטית של המזיק לשכרו של הניזוק ערב התאונה, כפי שנוהג כיום, מאפשר למעסיק ליהנות מכך שהעובד נמנע מהגשת תביעה נגדו דרך דיני איסור הפליה.

לסיכום, ההתעלמות מהסיכוי להיעלמות (או לצמצום) הפערים הנובעים מהפליה בפסיקת הפיצוי מביאה לכך שניזוקים אשר הופלו עובר לתאונה מפוצים בחסר וניזוקים אשר נהנו מקיומה של הפליה עובר לתאונה מפוצים ביתר, מנקודת המבט של השבת המצב לקדמותו. שיטת פיצוי הכוללת התייחסות לאפשרות שההפליה תפחת בעתיד תשיב את מצבם של בני שתי קבוצות אלה של ניזוקים לקדמותו בדיוק רב יותר משיטת הפיצוי הנהוגה כיום.

3. הפתרון הראיתי בשווקים שבהם פערי השכר צפויים להתרחב

בית המשפט בהלכת אבו חנא הניח כי פערי השכר הנובעים מהפליה צפויים להצטמצם בעתיד.¹⁰⁹ במאמר זה אימצנו הנחה זו, שכן היא מתיישבת עם חלק הארי של המחקרים האמפיריים אשר בחנו שינויים בהפליה לאורך זמן, ומלמדים על צמצום בפערים בשכר.¹¹⁰

108 לפי פרשנות קרובה, גישת הצדק המתקן מחייבת את המזיק לשאת באחריות רק עבור הנזק שגרם לנכסיו של הניזוק המשויכים לו בזכות. כאשר שכרו של הניזוק גבוה כתוצאה מהפליה, הניזוק המשווין לקבוצת הרוב מחזיק בנכס שאינו שייך לו, המגולם בהפרש בין כושר השתכרותו להשתכרותו בפועל. ארתור ריפשטיין הגדיר תפיסה זו כהבחנה בין נזק לנזק עוללתי, כאשר רק סוג הנזק האחרון בר-פיצוי. ריפשטיין המחיש טענה זו באמצעות דוגמת עסק שמשיג לקוחות מעסק אחר במסגרת תחרות לגיטימית. התחרות גורמת לנזק, אולם זה אינו נזק עוללתי שמזכה את הניזוק בפיצוי. ראו Arthur Ripstein, *As If It Had Never Happened*, 48 Wm. & Mary (2007) L. Rev 1957, 1960.

109 הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, פסקה 37.

110 ראו לעיל ה"ש 36-38, וההפניות שם.

עם זאת, מדובר בשאלה אמפירית, שעשויה להשתנות בתקופות שונות ובתחומים שונים. כך, בתקופת משבר הקורונה עלו טענות שונות על כך שהמשבר הכלכלי משפיע יותר על שכרן של נשים מכפי שהוא משפיע על שכרם של גברים, וכך מרחיב את פערי השכר המגדריים, אשר הצטמצמו עד שהמשבר פרץ.¹¹¹ בדומה, ייתכן כי קיימים תחומי עיסוק ספציפיים שבהם הפערים גדלים לאורך זמן.

לצורך הדיון נניח כי בית המשפט, בבואו לפסוק פיצוי עבור אובדן כושר השתכרות של אישה שנפגעה בתאונה, השתכנע כי בעקבות משבר הקורונה (או מסיבות אחרות) שכרן של נשים צפוי לרדת בעתיד כתוצאה מהפליה. האם הנחה זו צריכה להשתקף בפיצוי?

מקרים אלה מהווים מופע אחד מני רבים למתח המתעורר במקרים מסוימים בין שתי מטרות הליכה של דיני הפיצויים – השבת המצב לקדמותו והכוונת התנהגות.¹¹² אם המטרה הבלעדית של הפיצוי היא השבת המצב לקדמותו, והפיצוי לניזוק מחושב על פי אובדן ההכנסה הצפוי לו, יישום עקבי של הפתרון הראייתי מחייב התחשבות גם בסיכוי של התרחבות פערי השכר בעתיד כתוצאה מהפליה, בדמות הפחתת הפיצוי הנפסק לניזוק המופלה והעלאת הפיצוי הנפסק לניזוק בן קבוצת הרוב, בהשוואה לפיצוי הנפסק להם תחת משטר הפיצויים הנוכחי. ואולם, מנקודת המבט של הכוונת התנהגות, הפחתת הפיצוי לניזוק מעמיקה את הרתעת החסר אשר קיימת ממילא כלפי ניזוקים אשר סובלים מהפליה בשוק העבודה. פתרון זה מעלה קושי אף מנקודת מבט חלוקתית. יישום הפתרון מביא להפחתת בפיצוי המשולם לניזוק כתוצאה מהפליה עתידית שממנה הוא צפוי לסבול אלמלא נפגע בתאונה. בכך, הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות לא רק מנציח את ההפליה שקיימת בשוק העבודה, אלא גם תורם להתרחבות שלה.

דומה שניתן ליישב את המתח העולה במקרה זה במישור הראייתי. קיימים מצבים שבהם המשפט אוסר על הצדדים להציג ראיות מסוימות אשר עשויות להשפיע על תוצאות ההליך, משיקולי מדיניות משפטית.¹¹³ על פי היגיון זה בתי המשפט יכולים ליישב את המתח

Lidia Farré, Yarine Fawaz, Libertad González & Jennifer Graves, *How the COVID-19 Lockdown Affected Gender Inequality in Paid and Unpaid Work in Spain*, IZA DISCUSSION PAPER No. 13434. INST. OF LAB. ECON. (2020); Abi Adams-Prassl, Teodora Boneva, Marta Golin & Christopher Rauh, *Inequality in the impact of the coronavirus shock: Evidence from real time surveys*, 189 J. PUBLIC ECON. 1 (2020) המגדריים בישראל לאחר פרוץ המשבר ראו ליאורה בוורס "משבר הקורונה והשפעתו על נשים בשוק העבודה: נזק בלתי הפיך או ירידה לצורך עלייה" מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל (2020). המחקר מעלה, בין השאר, שעד לפרוץ המשבר פערי השכר בין גברים ונשים בישראל הצטמצמו בקצב מהיר בהשוואה למדינות ה-OECD. שם, בעמ' 1-2.

112 המטרות של השבת המצב לקדמותו וההרתעה היעילה עשויות להביא לתוצאות שונות אף בעת השימוש בנתונים סטטיסטיים לחישוב הנזק בתנאים של אי-ודאות. ראו פלד, לעיל ה"ש 21, בעמ' 175-185.

113 לדוגמה, כאשר אישה התאלמנה מבעלה כתוצאה מתאונה, נפסק שאין להתחשב בקביעת שיעור אובדן התמיכה בסיכוייה של האישה להינשא מחדש, ועל כן קיימת חזקה עובדתית חלוטה שהאישה תיוותר אלמנה. ראו ד"ר 14/68 "לפידות" חברת נפט לישראל בע"מ נ' שליטר, פ"ד כג(1) 77 (1969). אחד ההסברים המקובלים לחזקה זו נוגע לקושי המוסרי בהעמדת האלמנה

המסוים שנוצר בין שיקולי הרתעה לבין שיקולי צדק מתקן באמצעות שלילת האפשרות להציג ראיות בדבר הגדלה אפשרית של פערי השכר הנובעים מהפליה.¹¹⁴ במובן זה, בית המשפט מחיל, הלכה למעשה, חזקה עובדתית של צמצום פערי השכר בין הקבוצות, העולה בקנה אחד עם חלקם הארי של המחקרים אשר בחנו את מגמות השינוי בפערי השכר בין קבוצות שונות באוכלוסייה.¹¹⁵

4. כיבוד האוטונומיה של הניזוק

הגנה על זכותו של הניזוק לאוטונומיה מהווה גם היא אחת מהמטרות של דיני הניזיקין. זכותו של הניזוק לאוטונומיה מתבטאת ביכולת לעצב את חייו ואת גורלו כראות עיניו. בבסיס הגדרתה כאחת מהמטרות של דיני הניזיקין עומדת התפיסה כי הפגיעה העוללתית בניזוק שללה ממנו דרך בחירה שהייתה קיימת בפניו עובר לפגיעה, ועל כן מתפקדים של דיני הניזיקין להשיב לניזוק את הזכות שאבדה לו בדרך של פיצוי.¹¹⁶ ככלל, ההגנה על האוטונומיה שימשה כבסיס לפסיקת פיצוי במצבים שבהם העולה פגיעה ישירות בזכות הבחירה, אז הוכר ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כמשקף את הנזק הלא-ממוני שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכותו של הפרט לקבל החלטות מיועדות על חייו.¹¹⁷

במקום שבו עליה לטעון בדבר חוסר הסיכוי שלה להינשא בשנית. ע"א 110/80 גבאי נ' וליס, פ"ד לו(1) 449, 468-470 (1982) ("קשירת מידת זכותה של האלמנה לפיצויים עקב מות בעלה עם עוברת נישואיה מחדש נוגדת היא מדיניות משפטית רצויה שלא לגרום לעיגונה של האשה ושלא לעכב בידה לבנות ביתה מחדש"). ראו גם ע"א 960/02 עזבון סביחי נ' הפניקס הישראלי, חברה לביטוח בע"מ, פד"י נו(2) 30, 42 (2003).

114 מערכת נורמטיבית פלורליסטית נדרשת לשקול ולשלב שיקולים נורמטיביים שונים, ולפעמים סותרים. אפשרות אחת לשילוב של תפיסות נורמטיביות נוגדות היא להכיר בתפיסה אחת כמטילה מגבלות (constrains) על היישום על פי הגישה האחרת. במובן זה, ניתן לחשוב על השבת המצב לקדמותו כמטרה מרכזית של דיני הפיצויים, אולם המשפט צריך להטיל מגבלות על היישום של מטרה זו כאשר היא מביאה לפגיעה משמעותית במטרות אחרות – הרתעה וצדק חלוקתי. לדיון נרחב בסוגיה בהקשר של הפליה, ראו Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality 225-256 (2010). הכותבים מראים שלא ניתן להצדיק את דיני איסור ההפליה על בסיס שיקולי יעילות, וטוענים שההצדקה טמונה במגבלות דאונטולוגיות.

115 הטעם המרכזי ליצירת חזקות עובדתיות הוא הסתברותי – כאשר התרחשותו של מאורע א' הופכת את הסתברות התרחשותו של מאורע ב' לגבוהה דיה על מנת להצדיק, במונחים של יעילות דיונית, הנחה כי מאורע ב' התרחש, ככל שלא הוכח אחרת. ראו Charles T. McCormick, *McCormick on Evidence*, 682-683 (7th ed., 2013).

116 הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, בפס' 34 לפסק הדין של השופט ריבלין.

117 הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נפסק לראשונה בענין ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 527, 590 (1999). במקרה זה המטופלת-התובעת קיבלה טיפול רפואי מבלי שנתנה את הסכמתה לטיפול, אולם בנסיבות שבהן הטיפול עצמו היה סביר, ואף סביר שהייתה מסכימה לו. שם, בית המשפט העליון קבע כי התובעת זכאית לפיצוי בגין עצם שלילת זכות הבחירה. בית המשפט העליון הרחיב לאחר מכן את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה גם להקשרים של הטעיה צרכנית. ראו, ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי (נבו 29.11.2010). למעשה, כל פגיעה עוללתית כוללת בתוכה פגיעה באפשרויות

בהלכת אבו חנא, ההגנה על זכותו של הניזוק לאוטונומיה שימשה כאחד הנימוקים העיקריים להצדקת פיצוי הניזוק הקטין בשיעור השכר הממוצע במשק.¹¹⁸ אומדן המבוסס על השכר הממוצע משקף את מבחר האפשרויות שהיו פתוחות בפני הניזוק עובר לפגיעה – האפשרות שיהיה מצוי בבגרותו ברף ההשתכרות הנמוך, לצד האפשרות שישתכר ברף ההשתכרות הגבוה. על כן, פיצוי כזה מגשים את זכות הניזוק-הקטין לאוטונומיה.

לכאורה ניתן לטעון כי עמדה זו מצדיקה הבחנה בין ניזוקים בגירים לקטינים בכחנת זכותו של הניזוק לאוטונומיה. בשונה מהניזוק הקטין, הניזוק הבגיר החל "לכתוב את סיפור חייו" ובחר קריירה ושכר, ולכן פיצוי המבוסס על שכר בפועל משקף את סיפור החיים שהוא בחר לעצמו. לכן, על פי הטענה, כל חריגה ממודל הפיצוי המבוסס על שכר בפועל תפצה את הניזוק עבור סיפור חיים שאינו שלו, ועל כן אינה חותרת תחת זכותו לאוטונומיה. כפי שנראה להלן, תפיסה זו שגויה, משני טעמים מרכזיים.

ראשית, תפיסה המניחה כי ניזוקים בגירים היו ממשיכים לעבוד באותו מקצוע ועבור שכר זהה, ולא משפרים את מצבם המושפע במידה רבה מהפליה, מהווה, כשלעצמה, פגיעה ברורה בזכותם לאוטונומיה. כשם שבית המשפט מניח לטובת הניזוק הקטין כי הוא יצליח להתעלות בעתיד מעל המכשולים שהסביבה המפלה מציבה לו, ולכן פתוחה בפניו כל קשת אפשרויות התעסוקה והבחירה, כך גם לניזוק הבגיר קיימות אפשרויות בעתיד, כולל אלו המושפעות מהסיכוי לצמצום הפליה כללי בשוק העבודה. במובן זה, ככל שהניזוק הבגיר צעיר יותר, מידת ההגנה שהמתווה המוצע על ידינו מספק לאינטרס האוטונומיה רחבה יותר. טיעון זה קשור בטבורו לכשל הראייתי הקורא תיגר על ההנחה הדטרמיניסטית שלפיה, ביחס לניזוקים בגירים, "מה שהיה הוא שיהיה". בעוד שההנחה כי מה שהיה הוא שיהיה אינה משיבה את מצבו של הניזוק לקדמותו – היא תמצית הכשל הראייתי – היא גם שוללת את זכותו לאוטונומיה.

שנית, הן תחת הפתרון הראייתי והן תחת הפתרון ההרתעתי, הפיצוי הנפסק לניזוק בגין אובדן כושר ההשתכרות מבוסס, כמו מודל הפיצוי הנוכחי, על שכרו של הניזוק הספציפי, במקצוע הספציפי שבו בחר. השינוי במשטר הפיצויים המוצע מצומצם אפוא לנטרול ההשפעה של הפליה על בסיס השכר, בתוך תחום העיסוק שבו בחר, ובהינתן השכלתו, ניסיונו המקצועי ועוד. השפעה זו אינה נובעת מהבחירה האוטונומית של הניזוק אלא מתנאים של סביבה מפלה אשר נפרדים, במישור הנורמטיבי, מהבחירה שלו. על פי תפיסה זו, הרי שהמתווה המוצע על ידינו לכל היותר מתקן את הפגיעה בזכותו של הניזוק לאוטונומיה עובר לתאונה, וודאי שאינו פוגע בה.

5. היחס בין הפתרון המוצע ודיני איסור הפליה

טענה אחרונה שניתן להעלות נגד המתווה המוצע על ידינו נוגעת לקיומן של חלופות אחרות שעומדות בפני הניזוק להתמודד עם הפליה בשכר, בראשן דיני איסור הפליה

שהיו פתוחות בפני הניזוק אלמלא העוולה. לדיון בהבחנה בין פגיעה באוטונומיה הכוללה בהסדרים הקיימים ובין מקרים שבהם פגיעה באוטונומיה מובחנת וראויה להכרה נפרדת, ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Autonomy*, 71 U. Toronto L. Rev. 61 (2020).

118 ראו הלכת אבו חנא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 47-49.

במקום העבודה. כך, למשל, בנוגע להפליה בשכר, חוק שכר שווה קובע כי "עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעסיק באותו מקום עבודה, זכאים לשכר שווה בעד אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך".¹¹⁹ באופן דומה, בנוגע להפליה בקידום, חוק שוויון הזדמנויות אוסר על מעסיק להפלות בין עובדיו בקידום בעבודה מחמת השתייכות קבוצתית.¹²⁰

במצב דברים זה, שבו כל אדם שסבל מהפליה בשכר בשוק העבודה יכול לפנות לאחד מערוצי התביעה שמציעים חוקי איסור הפליה, לכאורה אין צורך בתיקון כלשהו כדיני הפיצויים. להבנתנו, שתי המערכות מטפלות בנסיבות מובחנות, ולכן אין מניעה כי תפעלנה זו לצד זו.

דיני איסור ההפליה פועלים במצבים שבהם התקיימה הפליה בעבר, ומשיתים על המעסיק חובה לפצות את העובד המופלה בגין הפער בין השכר ששולם לו ובין השכר שהיה מקבל אלמלא ההפליה במקום העבודה. היה והעובד נפגע בתאונה שאיננה תאונת עבודה, דהיינו כזו שלא התרחשה בזמן העבודה ובעקבותיה,¹²¹ האפשרות לתבוע את המעסיק על הפער בין שכרו בפועל לשכר שיכול היה להרוויח אלמלא התאונה חסומה בפניו.

אכן, אילו היו דיני איסור ההפליה במקום העבודה פועלים באופן מושלם, לא היו פערים בין עובדים מקבוצות שונות, ועל כן לא היה כל צורך להזדקק לפתרון המוצע על ידינו. אולם, כידוע, כוחם של חוקי איסור ההפליה לבטל את הפערים הקיימים בשכר הוא מוגבל. המתווה המוצע על ידינו "נכנס לפעולה" במצבים שבהם למרות דיני איסור הפליה הושפע שכרו של הניזוק לרעה או לטובה מקיומה של הפליה בשוק העבודה. כפי שהראינו, המציאות העובדתית היא כזו שישנם פערי שכר ניכרים בין גברים לנשים, בין אשכנזים למזרחיים ובין יהודים לערבים. אדרבה, ככל שקיומם של דיני איסור ההפליה במקום העבודה צפויים להביא לצמצום מלא של פערים אלו, יש לתת לכך משקל בעת יישום הפתרון הראייתי, ולהגדיל את סכום הפיצוי בהתאם.

בנוסף, דיני איסור הפליה במקום העבודה והפיצוי הנפסק עבור אובדן השתכרות נועדו לטפל בכשלי שוק שונים. כך, למשל, הפתרון ההרתעתי המוצע על ידינו מבקש לתקן את העיוות בתמריציהם של מזיקים בכוח להשקיע באמצעי זהירות, אשר תחת הדוקטרינה המשפטית הקיימת יהיו נמוכים מהרמה האופטימלית חברתית. לעומת זאת, דיני איסור ההפליה נועדו לתקן את העיוות בתמריציהם של מעסיקים להפלות. אומנם ההפליה בשכר היא הכוח שיוצר מלכתחילה את העיוות בתמריצים להשקיע באמצעי זהירות, אולם מרגע שעיוות כזה נוצר יש לטפל בו במסגרת דיני הנזיקין. המתווה המוצע על ידינו אינו מתיימר, ואף אינו יכול ברמה המעשית, להשפיע על מדיניות השכר של מעסיקים, מטרתם המוצהרת של דיני איסור הפליה, אלא לתקן את העיוות התמריצי של מזיקים שנגרם תחת הדוקטרינה המשפטית הקיימת בעולם שבו קיימים פערי שכר.

119 ס' 2 לחוק שכר שווה.

120 ס' 2(א)(3) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

121 להגדרה המלאה של "תאונת עבודה", ראו ס' 80 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

מסקנות והצעות למחקר המשך

שיטת הפיצוי הנוהגת בנוגע לניזוקים בגירים בישראל עבור ראש הנזק של אוכדן כושר השתכרות, המתעלמת מקיומה של הפליה בשכר בשוק העבודה, נגועה בשני כשלים. על פי הכשל הראייתי, ההימנעות משקלול הסיכוי לצמצום ההפליה בשכר בתחשיב הפיצוי מביאה לכך שהפיצוי הנפסק לניזוק המופלה נמוך מהנזק שנגרם לו בפועל, והפיצוי הנפסק לניזוקים בני קבוצת הרוב גבוה מהנזק שנגרם להם בפועל. על פי הכשל ההרתעתי, מודל הפיצוי הקיים מביא לשיבוש מערך התמריצים של מזיקים בכוח, אשר סובלים מהרתעת חסר. נוסף על כך, המודל הקיים כיום אינו מתיישב עם תפקידם של דיני הנזיקין בהגנת זכותו של הניזוק לאוטונומיה, ואינם מתיישבים עם שיקולי צדק חלוקתי.

הנימוקים שהוצגו לעיל שימשו את בית המשפט העליון כהצדקה לנטרול הפליה בנוגע לניזוקים קטינים. העיוותים שמנגנון הפיצוי הקיים יוצר, לצד הסתירה הברורה בין מנגנון הפיצוי הקיים בנוגע לניזוקים בגירים וקטינים, מובילים למסקנה שבשלה העת להתאמת משטר הפיצויים הקיים, גם בנוגע לניזוקים בגירים, למציאות שבה קיימת הפליה בשכר בשוק העבודה.

במאמר זה הצענו שני מתווים אפשריים המתאימים את משטר הפיצויים בגין אוכדן כושר ההשתכרות למציאות שבה קיימת הפליה בשכר. לפי הפתרון הראשון, אשר נועד לתקן את הכשל הראייתי, בית המשפט יתחשב בסיכוי שאלמלא התאונה היה שכרו של הניזוק עולה או יורד כתוצאה מצמצום ההפליה בשוק העבודה. על פי הפתרון השני, אשר נועד לתקן את הכשל ההרתעתי, בית המשפט יפסוק פיצוי לפי השכר (המשוער) שהיה משתלם לניזוק אילו היה חבר בקבוצת הרוב. השוני המעשי בין הפתרונות נוגע בעיקרו למשקל שבית המשפט מקנה לפער בין שכרו המשוער של הניזוק לשכרו לו היה חבר בקבוצת הרוב (או המיעוט), המשליך על האיוון בין שתי מטרות הליבה של דיני הפיצויים שראש הנזק של אוכדן כושר השתכרות נועד להגשים. הפתרון ההרתעתי מגשים באופן מלא את מטרת ההרתעה היעילה, אולם גם הוא, בדומה למתווה הנוכחי, מעלה קושי בבחינת המטרה של השבת המצב לקדמותו. הפתרון הראייתי, לעומת זאת, מגשים באופן מלא את המטרה של השבת המצב לקדמותו, בעוד שמבחינת הרתעה יעילה הוא נחות לפתרון ההרתעתי.

זהו המאמר הראשון בישראל שדן בסוגיית ההפליה במסגרת הפיצוי הנפסק לניזוקים בגירים עבור אוכדן השתכרות. אף שהצענו במאמר מתווה ליישום הפתרונות בהתאם לנתונים הזמינים היום, ישום מלא של הרעיון המוצע במאמר, ובייחוד של הפתרון הראייתי, מחייב בחינה אמפירית של הפליה בתגמול ובקידום בענפים שונים בישראל, לצד מחקר עתידי בדבר מבנה השכר במציאות שבה לא קיימת הפליה בשכר (the non-discriminatory structure).

נספח: תוצאות הרגסיה ליניארית (OLS) על השכר החודשי (ברוטו) בענף הבניין

האומדן (ורמת המובהקות)	המשתנה
**0.686 (0.405)	לאום (ערבי)
***0.048 (0.11)	מספר שנות לימוד
-0.001 (0.018)	מספר שנות לימוד × לאום (ערבי)
***0.023 (0.003)	מספר שעות עבודה שבועיות
0.000 (0.003)	מספר שעות עבודה שבועיות × לאום (ערבי)
***0.057 (0.010)	גיל
** -0.038 (0.014)	גיל × לאום (ערבי)
*** -0.000 (0.000)	גיל ²
**0.000 (0.000)	גיל ² × לאום (ערבי)
*0.254 (0.164)	תואר ראשון
0.011 (0.191)	תואר ראשון × לאום (ערבי)

*p<0.1; **p<0.05; ***p<0.001 N=940