

חישוב הנזק בתנאי אי־ודאות – התאמת הנתון הסטטיסטי למטרותיהם של דיני הפיצויים*

מאת
עומר י' פלד**

תקציר

בתי־המשפט נאלצים פעמים רבות להעריך את הנזק שנגרם לתובע באמצעות פנייה לנתונים סטטיסטיים, המסייעים בהערכת הנזק בקירוב כאשר אין בנמצא נתונים קונקרטיים המאפשרים לשום את הנזק שנגרם לניזוק באופן ישיר. אף שמדובר בפרקטיקה רווחת, בתי־המשפט בישראל אינם בוחנים לרוב אם ההנחות העומדות בבסיס הנתון הסטטיסטי המשמש אותם מתיישבות עם מטרותיהם של דיני הפיצויים. בפועל, פעמים רבות קיים פער בין הנימוק המשמש את בית־המשפט בעת חישוב הפיצויים לבין הנתון הסטטיסטי שנבחר. לתופעה זו יש שני מופעים החוזרים בהקשרים שונים בפסיקה. המופע הראשון קשור לאופן שבו נבנה מסד הנתונים שממנו בית־המשפט גוזר את הנתון הסטטיסטי. שימוש בנתונים סטטיסטיים תוך התעלמות מהנחות־היסוד העומדות בבסיסו של מסד הנתונים מוביל לעיתים לטעויות בעת חישוב הנזק. כך, ביחס לאובדן כושר ההשתכרות, כאשר קיימים נתונים חלקיים ביחס לניזוק, בתי־המשפט מביאים בחשבון את האפשרות שהניזוק יהיה מובטל בעתיד, אולם כאשר הם עושים שימוש בנתונים סטטיסטיים, הם מתעלמים מאפשרות זו. המופע השני של תופעה זו קשור לבחירה בנתון הסטטיסטי מתוך מסד הנתונים. הנתון הסטטיסטי המשמש את בית־המשפט בעת קביעת הפיצויים אינו מתיישב לעיתים עם הנימוק הניתן בפסק־הדין. כך, ההסבר שניתן בפסיקה לחישוב אובדן ההשתכרות וקיצור תוחלת החיים בתנאי אי־ודאות מתיישב עם שימוש בנתון החיצוני, אשר משקף את הנזק הסביר ביותר לניזוק הספציפי, ותואם את השימוש הרווח במשפט הפרטי בכלל מאזן ההסתברויות

* מאמר זוכה פרס צגלה למאמר מצטיין של סטודנטים באוניברסיטת תל־אביב לשנת תשע"ו.

** תלמיד לתואר שלישי במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים באוניברסיטת תל־אביב. ברצוני להודות לעמית ארדינסט־רון, לרוני אברהם ולאבי טבח, אשר קראו את טיוטת המאמר ותרמו להליך הכתיבה. מאמר זה מבוסס על פרק מתוך עבודת התזה שלי לתואר שני. תודה מיוחדת נתונה לאריאל פורת, אשר הנחה את תהליך הכתיבה של עבודת התזה, ובהמשך גם תרם רבות למאמר בשלכיו השונים. תודות גם לאהוד גוטל, למיטל גלבויע, לעמרי רחום־טוויג, לאוהד סומך, לגיל רון, לנדב מיארה, לחגי פורת, לאסף פוזנר, למשתתפי הסדנה למשפט וכלכלה באוניברסיטת תל־אביב וכן לחברי האגודה הישראלית למשפט וכלכלה על הערותיהם המועילות. לבסוף, אני מבקש להודות לחברי מערכת עיוני משפט דניאל קופילוב, נרב יפית וגיא פריבר, וכן לעורך אלעזר וייס, על הערותיהם המצוינות ועל עבודת העריכה הנהדרת.

במסגרת ההתמודדות עם מצבי אי־ודאות. אולם בתי־המשפט עושים בפועל שימוש בנתון הממוצע, אשר מתיישב עם מטרת ההרתעה של דיני הניזקין, אך אינו מתיישב עם המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו. המאמר סוקר כמה טעויות נפוצות, ומציע קווים לפתרון של טעויות אלה וכן של טעויות אחרות שיתגלו בעתיד.

מבוא

- א. כלל מאזן ההסתברויות וכלל הפיצוי ההסתברותי
 - ב. הבחירה במסד הנתונים הרלוונטי
 1. שיקולים נורמטיביים בבניית מסד הנתונים – התחשבות במין, בשיוך האתני ובמקום המגורים
 2. טעות נורמטיבית בבניית מסד הנתונים – האם יש להתחשב באבטלה בעת חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות?
 3. טעות פרקטית בבניית מסד הנתונים – אי-התחשבות בגיל הניזוק בעת חישוב הקיצור בתוחלת החיים
 4. כיצד יש לחשב הפסד השתכרות בתקופת השירות הצבאי?
 - ג. השימוש במוצע ובחציון בחישוב הנזק
 1. אובדן השתכרות
 2. קיצור תוחלת חיים
- סיכום

מבוא

בתי־המשפט בישראל עוסקים רבות בשאלות הנוגעות בחישוב פיצויים, מתוך שאיפה להבטיח פיצוי מלא ומדויק של הניזוק.¹ העיקרון המנחה את בתי־המשפט בחישוב הפיצויים הוא עקרון "השבת המצב לקדמותו".² על־פי עיקרון זה, השופט משווה בין מצבו של הניזוק

1 אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הניזקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 244 (1983). בכמה פסקי־דין שניתנו באנגליה הובעה עמדה שונה, שלפיה הפיצוי צריך להיות הוגן, ולא מלא. ראו שם, בעמ' 251 וההפניות במקור.

2 ראו ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט, פס' 24 לפסק־דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.12.2006), שם נאמר כי "עלינו לשים לנגד עינינו כל העת את העיקרון שצריך להנחותנו בעת פסיקת הפיצויים, הלא הוא השאיפה להשיב את מצבו של התובע לקדמותו". בע"א 9980/06 עזבון אטינגר נ' עיריית ירושלים, פס' 5 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 26.1.2009) (להלן: עניין אטינגר), נקבע כי "עקרון השבת המצב לקדמותו הוא פועל יוצא של רציונל הצדק המתקן העומד תכופות ביסוד הטלת האחריות על המזיק וביסוד חיובו בתשלום פיצויים לניזוק. הוא בא לאיין, ככל שניתן, את תוצאת הפרת השוויון בין המזיק לניזוק". ראו גם ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים

בעקבות אירוע הנזק לבין המצב ההיפותטי שבו היה מצוי אלמלא אותו אירוע. הפיצוי לניזוק מחושב לפי הפער בין שני מצבי־העולם, ומהווה פיצוי מלא לניזוק בגין נזקיו.³ במקרים מסוימים ניתן לחשב את הנזק באופן מדויק. כך, כאשר הנזק נוצר מאובדן ממון ממש – לדוגמה, עקב גזל של נכס מוחשי⁴ – הערכת הנזק בכסף יכולה להיות עניין פשוט יחסית.⁵ זה המצב גם במקרים שבהם הנזק נגרם לרכוש בלבד: אם ניתן להחליפו או לתקנו, אזי סכום השווה לעלות ההחלפה או התיקון יפצה את הניזוק באופן מלא.⁶ אולם כאשר מדובר בנזקי גוף, בית־המשפט אינו יכול להעריך את גובה הנזק במדויק. כדי לכמת את הנזק בכסף, בית־המשפט צריך להכריע במספר רב של שאלות עובדתיות, כגון השכר שהיה הניזוק צפוי להשתכר אלמלא העוולה והשכר שהוא צפוי להשתכר בעתיד במצבו, תוחלת החיים שהייתה צפויה לניזוק אלמלא העוולה ותוחלת החיים במצבו הנוכחי, העלות העתידית של השירותים הרפואיים והסיעודיים שלהם יזדקק הניזוק בעקבות העוולה, ועוד.⁷ במקרים רבים אין ראיות המאפשרות לקבוע ממצאים עובדתיים, ובית־המשפט נאלץ לבסס את מסקנותיו על השערות וניחושים.⁸

-
- בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 700, 680 (1999). ביחס לנזקי גוף הנשיא ברק סבור כי השבת המצב לקדמותו אינה אפשרית, וכי הפיצוי נועד, במידת האפשר ובקירוב, להעמיד את הניזוק באותו מצב שבו היה אלמלא העוול. ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249-251.
- 3 ראו ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 802, 822 (1993) (להלן: עניין מרצלי).
- 4 ס' 52 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266 (להלן: פקודת הניזוקין).
- 5 לכאורה הערכת הנזק אמורה להיות פשוטה בכל מקרה שבו העוולה גרמה נזק כלכלי טהור. אולם הערכת הנזק, כמו־גם קביעת זהותם של הניזוקים, עלולות להיות מורכבות כאשר מדובר באובדן ממון כתוצאה מתרמית בניירות־ערך, לדוגמה. ראו שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות־ערך" עיוני משפט לה 639 (2013). הכותבים טוענים כי קיים קושי בחישוב הנזק בגין הטעיה, עקב הצורך להעריך את שווי הנכס האמיתי במועד הרכישה. הם אינם מצביעים במאמרם על קשיים ראייתיים שעלולים להוביל להכרעות שגויות וליצור אי־ודאות, אולם ברור שבית־המשפט צפוי להיתקל בקשיים כאלה בכל ניסיון להעריך מה היה שוויו של נייר־הערך אלמלא הטעיה ומה היו אפיקי ההשקעה החלופיים של הניזוקים.
- 6 הכוונה לפיצוי בגין הנזק הממוני. אם אדם סובל עוגמת־נפש כתוצאה מהפגיעה ברכוש, נזק זה יהיה קשה מאוד לכימות. לדוגמה, ניתן לכמת באופן מדויק את הנזק הממוני שנגרם מגנבה של טבעת נישואים, אך ייתכן שהבעלים היה מוכן לשלם סכום גבוה יותר משווי הטבעת בשוק כדי לקבל את הטבעת המסוימת שלו בחזרה.
- 7 כך, לצורכי היוון בית־המשפט צריך לקבוע מה תהיה הריבית העתידית בשוק. כמו־כן עליו לקבוע אם מצבו הרפואי של הניזוק צפוי להשתנות, ובאיזה אופן. במאמר זה אני מתמקד רק בחישוב של הפסד כושר ההשתכרות וקיצור תוחלת החיים. להתייחסות קצרה לסוגיות נוספות ראו להלן ה"ש 141-144 והטקסט שלידן.
- 8 בעניין מרצלי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 822, השופט חשין מתייחס לאי־הוודאות בחישוב אובדן כושר השתכרות, ומציין כי "בחישוב פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות לימים יבואו, נדמים אנו בעינינו כמו היינו מהלכים בארץ הפלאות של עליסה, ארץ בה ניחושים והשערות הן עובדות,

מאחר שקיימת אי-ודאות ביחס למשמעות הכלכלית של נזקי גוף, בתי-המשפט נעזרים לעיתים קרובות בנתונים סטטיסטיים כדי לכמת את הנזק בכסף. מאחר שאין דרך אחת לחשב את הנזק, השימוש בנתונים סטטיסטיים כשלעצמו מבורך. אולם נראה כי כאשר בתי-המשפט פונה לנתונים הסטטיסטיים לצורך חישוב הנזק, הוא אינו בוחן את ההנחות שהובילו אל הנתון הספציפי, ואם הן תואמות את מטרותיהם של דיני הפיצויים. כך נוצר פער בין השימוש בנתונים הסטטיסטיים לבין הדוקטרינות המשפטיות העומדות בבסיס חישוב הנזק בהתאם למטרותיהם של דיני הפיצויים.

ככלל, הבחירה בנתון סטטיסטי מורכבת משני שלבים: (1) עריכת מסד הנתונים; (2) מציאת הנתון הרלוונטי על בסיס המסד. בהתאם, כאשר בית-המשפט מבקש לאמוד נזק על בסיס נתונים סטטיסטיים, הוא עלול לטעות בכל אחד מהשלבים.

ביחס לשלב הראשון, כאשר בית-המשפט מעוניין לעשות שימוש בנתונים סטטיסטיים, עליו להכריע אילו נתונים צריכים להיכלל במסד ואילו לא ייכללו בו. בחירה זו, היוצרת את מסד הנתונים, תלויה במטרות שהמשפט שואף להגשים באמצעות הפיצוי. שימוש במסד נתונים מבלי לתת את הדעת להנחות העומדות בבסיסו מוביל לעיתים לטעויות בחישוב הנזק. ניתן לחלק טעויות אלה לשני סוגים: טעות נורמטיבית, הנוצרת כאשר בית-המשפט בונה את מסד הנתונים באופן שאינו מתיישב עם העמדה הנורמטיבית שהציג; וטעות פרקטית, המתרחשת כאשר בניית מסד הנתונים אינה מתיישבת עם עקרונות כלליים של ניתוח סטטיסטי. השלב השני נוגע בדרך הבחירה בנתון הסטטיסטי שישמש לכימות הנזק. לעיתים הטיעון שניתן בפסק-הדין אמור להוביל את בית-המשפט לבחירה בנתון סטטיסטי אחד (למשל, החציון), אולם בפועל הוא מחשב את הפיצוי על בסיס נתון אחר (למשל, הממוצע).⁹

הדוגמה הבאה נועדה להמחיש טעות אפשרית בשלב הראשון:

דוגמה 1 – קיצור תוחלת החיים של ניזוק בוגר: דינה, בת ה-50, נפגעה בתאונה שנגרמה כתוצאה מעוולה. הרופאים מעריכים כי הפגיעות שספגה יובילו למותה בתוך 20 שנה. על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תוחלת החיים הכללית של אישה יהודייה בישראל היא 82.2 שנים. כיצד יש לחשב את קיצור תוחלת החיים של דינה בעקבות התאונה?¹⁰

ותקוות ומשאלות לב הן מציאות. הוטל עלינו לגלות את צפונות העתיד – עתיד שיהיה ועתיד שלא יהיה – ואנו לא נביאים אנו ולא בני נביאים".

- 9 המונח "ממוצע" במאמר מתייחס לממוצע המשוקלל. לשימוש בווריאנטים שונים של ממוצע (לדוגמה, הממוצע ההנדסי או הממוצע ההרמוני) בהקשרים משפטיים ראו: MICHAEL O. FINKELSTEIN, BASIC CONCEPTS OF PROBABILITY AND STATISTICS IN THE LAW 23–27 (2009).
- 10 הדוגמה מבוססת על ת"א (מחוזי י-ם) 5376/03 עיזבון פלונית נ' נפתלי (פורסם בנבו, 29.11.2005) (להלן: עניין נפתלי). הנתון ביחס לתוחלת החיים של נשים יהודיות בישראל נכון לשנת 2005, ולקוח מתוך פסק-הדין שניתן בעניין נפתלי. ראו פס' 13 לפסק-הדין.

קיצור תוחלת החיים¹⁴ מהווה ראש־נזק לא־ממוני נפרד ועצמאי ביחס לראשי־נזק אחרים.¹² בית־המשפט נדרש לחשב בכמה קוצרו חייו של הניזוק, כדי לקבוע את שיעור הפיצוי. מנתוני המקרה נראה לכאורה כי מדובר בחישוב אריתמטי פשוט – אם דינה עתידה לחיות עד גיל 70, ותוחלת החיים של נשים יהודיות בישראל היא 82.2,¹³ אזי חייה קוצרו ב־12.2 שנים. חישוב זה נשמע משכנע, אך הוא שגוי. הטעות אינה בחישוב, אלא בבחירה במסד הנתונים – תוחלת החיים של נשים יהודיות בישראל מחושבת על־פי נשים בכל הגילאים, מגיל אפס ועד מאה ועשרים. אולם דינה כבר בת 50 במועד המשפט, ולכן ברור כי היא תחיה מעבר לגיל 50. כדי לחשב את הקיצור בתוחלת החיים, יש לבחור במסד נתונים הכולל רק את הנשים שכבר הגיעו לגיל 50. בחינה כזאת תגלה כי תוחלת החיים של נשים בנות 50 ארוכה מתוחלת החיים הכללית ביותר משנה. הטענה המרכזית הראשונה במאמר היא אם כן שבית־המשפט צריך לתת את הדעת לדרך שבה נבנה מסד הנתונים. התעלמות משאלה זו עלולה להוביל לטעויות בחישוב הנזק.

הניתוח לעיל של דוגמה 1 הציג טעות פרקטית, שאינה תלויה בעמדה נורמטיבית מסוימת. טעות אפשרית נוספת מתרחשת כאשר בית־המשפט אינו בוחן אם האופן שבו נבנה מסד הנתונים מתיישב עם התיאוריה של דיני הפיצויים. במקרים מסוימים התייחס בית־המשפט לשאלה זו במפורש. כך, לדוגמה, בפסק־הדין שניתן בעניין אבו חנא¹⁴ נקבע כי כאשר בוחנים את אוכרן ההשתכרות של ניזוק קטין, אין להתחשב במין ובגזע של הניזוק. המשמעות היא שמסד הנתונים הרלוונטי לצורך חישוב אוכרן ההשתכרות כולל את כלל העובדים במשק.¹⁵ כאמור, לאחר השלב של בחירה במסד הנתונים, בית־המשפט בוחר בנתון הרלוונטי מתוכו. הדוגמה הבאה נועדה להמחיש טעות של בית־המשפט בשלב שני זה:

דוגמה 2 – אוכרן השתכרות של ניזוק בוגר: ראובן, בן ה־25, ניזוק בתאונה שנגרמה כתוצאה מעוולה. בעקבות התאונה ראובן לוקה בנכות ברמה של 100%, ולא יוכל לעבוד כל חייו. עובר לתאונה היה ראובן סטודנט לכימיה באוניברסיטה, והוא הביע את רצונו לעבוד בתחום. לפני התאונה לא עבד ראובן בעבודה קבועה, והשקיע את זמנו בלימודים. בזמן המשפט עובדים בשוק 100 כימאים: 80 מהכימאים עוסקים בהוראה ומרוויחים 10,000 ש"ח בחודש, ו־20

11 המונח "תוחלת חיים" משמש בשני אופנים שונים במקביל: הוא יכול לציין את הממוצע המשוקלל של אורך החיים של פרטים באזור גיאוגרפי תחום; לחלופין הוא יכול לשמש לציין אורך החיים הצפוי של פרט מסוים. קיים יחס בין שני הפירושים, אולם הם אינם זהים.

12 ראו ע"א 4022/08 אגבכה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור, פ"ד סד (2) 284 (2010) (להלן: עניין אגבכה).

13 לכאורה היה אפשר לבנות מסד נתונים המתחשב במאפיינים נוספים מעבר למין וללאום. אולם נתון כזה אינו זמין בדרך־כלל. בתי־המשפט משתמשים באופן רגיל בנתונים שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, וזו מביאה בחשבון רק מין ולאום. ראו עניין נפתלי, לעיל ה"ש 10.

14 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (פורסם בנבו, 27.9.2005) (להלן: עניין אבו חנא).

15 ראו להלן תת־פרק ג.

כימאים עוסקים במחקר ומרוויחים 60,000 ש"ח בחודש. כיצד יש לחשב את אובדן ההשתכרות של ראובן?¹⁶

ניתן להעריך את אובדן ההשתכרות של ראובן על בסיס השכר הממוצע של כימאים בישראל. מנתוני הדוגמה עולה כי ממוצע ההשתכרות של כימאים הוא 20,000 שקלים. הערכת הפיזי על-פי הממוצע תביא בחשבון גם את הסיכוי שראובן היה מוצא עבודה במחקר וגם את הסיכוי שהוא היה עובד כמורה. שיטת חישוב זו מחייבת את המזיק לשאת בתחלת הנזק שגרם. כאשר המזיק יודע כי הוא צפוי לשלם את תוחלת הנזק במקרה של תאונה, מושגת הרתעה אופטימלית.¹⁷

לעומת זאת, ניתן להעריך את אובדן ההשתכרות הסביר ביותר שנגרם לראובן.¹⁸ לפי הנתונים, האפשרות הסבירה ביותר היא שראובן היה מוצא עבודה כמורה ומשתכר 10,000 שקלים בחודש. גישה זו משקפת בצורה הטובה ביותר את עקרון השבת המצב לקדמותו.¹⁹ בנתוני הדוגמה הסכום שייקבע במקרה זה נמוך מתוחלת הנזק שיצר המזיק, ולכן שיטת חישוב זו אינה מתיישבת עם מטרת ההרתעה. מאידך גיסא, שיטת חישוב זו, השואפת להשיב את מצב הניזוק לקדמותו ברמת הדיוק המרבית, מתיישבת ככל הנראה עם גישת הצדק המתקן.²⁰

16 דוגמה זו מבוססת על ע"א 267/12 דוידנקו נ' הפול – המאגר הישראלי לביטוח רכב בע"מ (פורסם בנבו, 2.7.2012). (להלן עניין דוידנקו). בעניין דוידנקו נקבעו לתובע 40% נכות, ולא 100%. בדוגמה אני מניח כי הנכות היא מלאה לשם הנוחות, אולם הניתוח אינו משתנה במקרה שהנכות המורה פחות.

17 תוחלת הנזק שווה לנזק כפול ההסתברות שהוא יתרחש. תוחלת הנזק מגלמת אם כן את העלות החברתית של הפעילות המסוכנת. כאשר סוכן מפנים את העלות החברתית של פעילותו, הוא פועל באופן יעיל. להסבר מדוע הרתעה אופטימלית מבוססת על הפנמה של הנזק שנגרם בפועל על-ידי ההתנהגות המזיקה ראו אריאל פורת נזיקין א 25–27 (2013).

18 המונח "סביר" נושא בעולם המשפט מטען נורמטיבי מסוים, אשר אינו שייך לניתוח המוצע במאמר זה. כאן, ובהמשך, משמעות המונח "סביר" היא "זה שהסתברותו גבוהה" (likely), ולא "זה שראוי מבחינה נורמטיבית" (reasonable). מכאן שההפסד הסביר ביותר שנגרם הוא ההפסד שהסתברות התרחשותו גבוהה מהסתברויותיהן של כל החלופות העוברתיות האחרות. בנתוני הדוגמה אין סיכוי שראובן היה משתכר 20,000 ש"ח. מכאן שפיצוי לפי סכום זה בוודאות אינו משקף את הנזק שנגרם בפועל.

20 על-פי גישת הצדק המתקן, מטרת הפיצוי היא לתקן את הפגיעה בזכויותיו של הניזוק שנגרמה על-ידי המזיק. הפיצוי צריך להביא את הניזוק למקום שבו היה נמצא אילו לא נפגעו זכויותיו. שיעור הנזק צריך לשקף מטרה זו בלבד, ולא להביא בחשבון שיקולים חיצוניים, כגון שיקולים חלוקתיים או שיקולי הרתעה. ראו: Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* 70–71 (2012); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice* 87–98 (2012); Ernest J. Weinrib, *Causal Uncertainty*, Oxford J. Legal Stud. (forthcoming 2016) (להלן: *Causal Uncertainty*). גישת הצדק המתקן אינה מציעה פתרון ברור למצבים שבהם הנזק אינו ודאי, ויכול להיות ויכוח לגבי אופן חישוב הפיצוי. אני סבור כי היצמדות לעקרון השבת המצב לקדמותו, תוך התעלמות מכוונת משיקולים חיצוניים, מחייבת פיצוי לפי ההפסד הסביר ביותר. אולם יש חוקרים החולקים על עמדה זו. לדוגמה, אריאל פורת סבור כי במצבים מסוימים ניתן להתאים את הפיצוי לתוחלת הנזק על-ידי המשגה מחדש של הנזק. ראו פורת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 351–352.

הטענה המרכזית השנייה של המאמר היא שבתי־משפט אומרים כי הם שואפים להעניק לניזוק פיצוי במטרה להשיב את המצב לקדמותו,²¹ ולכן עליהם לבחור לכאורה בנתון הסטטיסטי המייצג את הנזק הסביר ביותר שנגרם לניזוק,²² אולם בפועל הם מחשבים את הפיצוי על־פי הנתון הממוצע. לעיתים הנתון הממוצע רחוק מהנזק הסביר ביותר שנגרם לניזוק, ולכן הוא אינו תואם את הנימוק שמשמש את בית־המשפט בחישוב הפיצויים. עם זאת, הנתון הממוצע משקף את תוחלת הנזק מהעוולה, ולכן חישוב על בסיס הממוצע עדיף מבחינת הרתעה.

המאמר דן במטרות אפשריות שונות של הפיצוי בגין נזקי גוף, ובדרך החישוב המתאימה לכל מטרה. הניתוח במאמר אינו מתיימר לקבוע כי תפיסה נורמטיבית אחת ביחס למטרותיהם של דיני הפיצויים ראויה יותר מתפיסה אחרת. שאיפתו של המאמר צנועה יותר – הניתוח מבקש לסייע לבית־המשפט בחישוב הפיצוי, ומותיר לבתי־המשפט את הקביעה איזו תפיסה נורמטיבית ראוי שתעמוד בבסיסם של דיני הפיצויים.

מבנה המאמר הוא כדלהלן: הפרק הראשון מציג שני כללים חלופיים המשמשים להכרעה במצבי אי־ודאות – כלל מאזן ההסתברויות וכלל הפיצוי ההסתברותי. ניווכח כי כלל הפיצוי ההסתברותי מתיישב עם מטרת ההרתעה, אך לא עם המטרה של השבת המצב לקדמותו. הפרק השני דן בבחירה במסד הנתונים הרלוונטי. בפרק זה אראה כיצד שימוש בנתון סטטיסטי תוך התעלמות מההנחות העומדות בבסיסו של מסד הנתונים שנבחר עלול להוביל לחישוב שגוי של הנזק. אדגים את הטעויות שעלולות להתרחש באמצעות כמה מקרים שבהם התיאוריה המשפטית צריכה להשפיע על בניית מסד הנתונים. הפרק השלישי דן בבחירה בנתון הממוצע או בנתון החיצוני בעת חישוב הנזק. בפרק זה אראה כי הנימוק המשמש את בית־המשפט – עקרון השבת המצב לקדמותו – קורא למעשה לשימוש בחציון. השימוש בחציון תואם את כלל מאזן ההסתברויות, העולה בקנה אחד עם גישת הצדק המתקן. אולם השימוש בחציון יוביל במקרים רבים להרתעת־חסר או להרתעת־יתר. לעומת זאת, השימוש בנתון הממוצע, התואם את כלל הפיצוי ההסתברותי, שומר על תמריצים נכונים למזיק, ולכן תואם את מטרת ההרתעה. פרק סיכום קצר יחתום את המאמר בכמה מסקנות כלליות.

21 ראו לעיל ה"ש 2.

22 הנתון הסטטיסטי המייצג את הנזק הסביר ביותר יכול להיות הנתון השכיח, החציון או נתון אחר המבוסס על מסד הנתונים. הנתון השכיח הוא הנתון שחוזר הכי הרבה פעמים, ולכן לכאורה הוא הסביר ביותר. עם זאת, השכיח אינו מתאים למקרים הנבחרים במאמר זה. כאשר מסד הנתונים מתאר משתנה רציף (כהשתכרות), הנתון הסביר ביותר הוא החציון, מאחר שהוא מתאר נקודה שבה ההסתברות שנתון־האמת יהיה גבוה יותר שווה להסתברות שהוא יהיה נמוך יותר. עם זאת, קיימים מצבים שונים של אי־ודאות שבהם היצמדות לעיקרון של הטלת אחריות על הגורם הסביר ביותר מעוררת שימוש בנתון השכיח, ולא בחציון. ראו: David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 7 AM. B. FOUND. RES. J. 487, 507–508 (1982) (במצבים שבהם קיימים כמה מזיקים פוטנציאליים, ולא ברור מי מהם גרם נזק באופן עולתי לניזוק, קיי מציע להטיל את כל האחריות על המזיק שהסתברות שהוא אחראי היא הגבוהה ביותר. בהנחה שהסתברות נקבעת לפי מסד נתונים הקשור להתפלגות של הניזוקים, קיי מציע להטיל את האחריות על המזיק השכיח).

א. כלל מאזן ההסתברויות וכלל הפיזיו ההסתברות

על-פי-רוב, בית-המשפט אינו נדרש לקבוע ממצאים עובדתיים רק על-סמך נתונים סטטיסטיים. כאשר קיימות ראיות המתייחסות למקרה הספציפי, אך למרות זאת קיימת אי-ודאות ביחס למציאות, בית-המשפט יקבע ממצאים עובדתיים בעזרת אחד משני כללי הכרעה. כלל הכרעה אחד קובע כי בית-המשפט יקבל טיעון עובדתי כעובדה מוגמרת אם הראיות שיוצגו יבססו את נכונותו מעבר לסף ההסתברותי מסוים.²³ במשפט האזרחי התובע נדרש להוכיח את טענותיו מעבר למאזן ההסתברויות, כלומר, עליו להוכיח טענה עובדתית בהסתברות גבוהה מ-50%. כלל ההכרעה האחר הוא "כלל האחריות ההסתברותית". תחת כלל של אחריות ההסתברותית בית-המשפט מוותר על הניסיון לקבוע ממצא עובדתי, ויוצר קונסטרוקציה משפטית שלפיה הוא קובע עובדה ברמה ההסתברותית מסוימת, ומחשב את מידת האחריות לפי ההסתברות זו.

בפרק זה אדגים את השימוש בכללי ההכרעה, תוך התייחסות למצבי אי-ודאות שנבחנו רבות בספרות – מצבים שבהם לא ברור אם מתקיים קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. בפרקים הבאים, ובמיוחד בפרק השלישי, אראה כיצד ניתן ליישם את כללי ההכרעה במסגרת חישוב הנזק, כאשר החישוב נערך על-סמך נתונים סטטיסטיים. הדוגמה הבאה ממחישה כיצד ניתן ליישם את שני כללי ההכרעה:

דוגמה 3 – אובדן סיכויי החלמה: לאה פנתה לטיפול רפואי. הרופא התרשל, ולא אבחן גידול סרטני על הריאה של לאה. הגידול אובחן לבסוף כשנה לאחר הבדיקה הראשונה. בעת הבדיקה הרשלנית היה הגידול בשלב השני. הרופאים מעריכים כי באותו שלב היה ללאה סיכוי של כ-33% להחלים מהמחלה. בשלב שבו אובחנה המחלה כבר היה הגידול בשלב הרביעי, ולא היה ללאה סיכוי להחלים מהמחלה. לאה נפטרה כתוצאה מהגידול. האם קיים קשר סיבתי עובדתי בין רשלנות הרופא לבין מותה של לאה?²⁴

בדוגמה 3 הובילה רשלנותו של רופא לאובדן סיכויי החלמה. על-פי הנתונים המובאים בדוגמה, גם אלמלא רשלנותו של הרופא היה סיכוי של שני שלישים (66%) שלאה לא הייתה מחלימה, אך היה סיכוי של שלישי (33%) שהיא הייתה מחלימה. כלומר, קיים סיכוי של שלישי שרשלנות הרופא גרמה למותה של לאה. אם בית-המשפט יאמץ את כלל מאזן ההסתברויות כבואו לבחון את הקשר הסיבתי בין הרשלנות לבין הנזק, יהא עליו לקבוע כי

23 הכוונה היא בדרך-כלל לסף שנקבע מראש לכל תחום משפט. כך, לדוגמה, כלל מאזן ההסתברויות קובע סף ההסתברותי של 50% במשפט הפרטי, והרף הראייתי במשפט הפלילי הוא "מעל לכל ספק סביר", אשר גבוה במידה משמעותית ממאזן ההסתברויות. לואיס קפלו, במאמר מן העת האחרונה, מציע לזנוח את כלל מאזן ההסתברויות פסף ההסתברותי המחייב במשפט הפרטי, ובמקום זאת לקבוע את הסף ההסתברותי הנדרש בכל מקרה בנפרד. לפי קפלו, יישום של עיקרון זה ימזער את העלות מטעויות. ראו: Louis Kaplow, *Burden of Proof*, 121 *YALE L.J.* 738 (2012).

24 דוגמה זו מבוססת על: *Dumas v. Cooney*, 235 Cal. App. 3d 1593 (1991).

לא מתקיים קשר סיבתי, ולכן לאה אינה זכאית לפיצוי.²⁵ לעומת זאת, אם בית-המשפט יאמץ כלל של אחריות הסתברותית, הוא יעניק ללאה פיצוי בגובה שליש מהנזק שנגרם לה.²⁶ שני כללי ההכרעה יכולים להתיישב עם מטרת ההרתעה. כלל מאזן ההסתברויות ימזער את מספר הטעויות שיעשה בית-המשפט לאורך זמן.²⁷ לכן אם מניחים כי עלות הטעות של בית-המשפט לטובת התובע זהה לעלות הכרוכה בטעות לטובת הנתבע, נעדיף את הכלל שמצמצם למינימום את מספר הטעויות.²⁸

אולם במקרים מסוימים כלל מאזן ההסתברויות עלול לפגוע בהרתעה. מדובר במצבים שבהם המזיק יכול להעריך מראש כי לא יהיה ניתן להוכיח שמתקיים קשר סיבתי מעל למאזן ההסתברויות²⁹ או במקרים שבהם בית-המשפט עלול לקבוע כי לא נגרם נזק מסוים

25 בעניין *Dumas v. Cooney*, שם, פסק בית-המשפט לערעורים של מדינת קליפורניה כי הרופא ואומנם התרשל בכך שלא אָבחן את הגידול הסרטני בבדיקה הראשונה, אך לתובעת אין זכות לפיצוי מאחר שהיא לא הוכיחה כי מותה נגרם כתוצאה מרשלנות הרופא מעבר למאזן ההסתברויות. לדיון כללי בסוגיה ראו: Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L.J. 82, 108–112 (2011); El ga Bartsch, *Enforcement of Environmental Liability in the Case of Uncertain Causality and Asymmetric Information* (Keil Working Paper No. 755, 1996).

26 הוגים אחדים מתחום הגישה הכלכלית למשפט סבורים כי יש להחליף את כלל מאזן ההסתברויות ככלל הפיצוי ההסתברותי כאשר בוחנים את הקשר הסיבתי. ראו: Glen O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 14 J. LEGAL STUD. 779 (1985); John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N.C. L. REV. 1063 (1989).

27 כלומר, מספר הטעויות לטובת התובעים בתוספת מספר הטעויות לטובת הנתבעים יהיה הנמוך ביותר. ההוכחה לכך פשוטה: אם רוצים למזער את מספר הטעויות, בית-המשפט צריך להכריע לטובת הצד שההסתברות שהוא צודק גבוהה מההסתברות שהצד האחר צודק. קיימים רק שני מצבי-עולם אפשריים – התובע צודק או הנתבע צודק. לכן, אם הסיכוי שהתובע צודק הוא P , אזי הסיכוי שהנתבע צודק הוא $1-P$. מכאן שהתובע צריך ליזכות אם $P > 1-P$, ואי-שוויון זה מתקיים כאשר $P > 0.5$. ראו: ALEX STEIN, *FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW* 143–144 (2005). כן ראו Kaye, לעיל ה"ש 22.

28 לעומת זאת, אם טעות לטובת צד אחד יוצרת עלויות גבוהות יותר מאשר טעויות לטובת הצד האחר, אזי כברת-מחדל יש לעצב את כלל ההכרעה באופן שיפחית את ההסתברות לטעות "יקרה" ויגדיל את ההסתברות לטעות "זולה". לדוגמה, נהוג לומר כי העלות של הרשעת אדם חף מפשע בפליליים היא יקרה בהרבה מהעלות הכרוכה בזיכוי של אשם. אם נניח כי הרשעת-שווא יקרה פי 20 מזיכוי-שווא, אזי נשאף לכלל הכרעה שיבטיח כי היחס בין הרשעות-השווא לזיכויי-השווא יעמוד על 1:20. כלל הקובע כי הרשעה דורשת רמת ודאות של 95% יוביל, בממוצע, ליחס זה. טיעון זה יכול להסביר מדוע במשפט הפלילי התביעה נדרשת להוכיח את טענותיה "מעבר לספק סביר".

29 ייתכנו מצבים שבהם המזיק יכול לדעת מראש שאם תתרחש תאונה יהיה קשה לבסס את האחריות שלו. לדוגמה, זיהום מוביל לעיתים קרובות להגברת הסיכון לקבוצה גדולה של קורבנות. אף שברור כי החשיפה לזיהום הגבירה את הסיכון לכל אחד, איש מן החולים לא יוכל להוכיח כי מחלתו נגרמה כתוצאה מהחשיפה. ראו, לדוגמה: Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. v.

באופן שיטתי.³⁰ במקרים אלה המזיק יודע מראש כי תוחלת הפיזיון שהוא יצטרך לשלם תהיה קטנה מתוחלת הנזק שהוא יגרום בהתנהגותו העוולתית, ולכן ההרתעה תהיה קטנה מההרתעה האופטימלית. כדי לקדם הרתעה יעילה במצבים אלה, שבהם יש קושי אינהרנטי להוכיח קשר סיבתי או אף את עצם הנזק, מוצדק לעבור לכלל של אחריות הסתברותית.³¹ בניגוד לגישה הכלכלית למשפט, נראה כי תיאוריית הצדק המתקן סובלנית הרבה פחות לכלל של אחריות הסתברותית. על-פי גישה זו, המזיק צריך לשלם לניזוק רק את הנזק שנגרם לו כתוצאה מהעוולה.³² כלל של אחריות הסתברותית מוביל לפיזיון של הניזוק גם במקרים שבהם סביר יותר שלא פעילותו של המזיק היא שגרמה לנזק,³³ או בהקשר של הנזק עצמו – במקרים שבהם סביר יותר כי הנזק שנגרם לניזוק הקונקרטי קטן מתוחלת הנזק או

Havner, 953 S.W.2d 707 (Tex. Sup. Ct. 1997). במקרה זה קבע בית-המשפט העליון של מדינת טקסס כי תינוקות שנולדו עם פגמים חמורים בגפיים לאחר שאמותיהם נטלו את התרופה תלדומיד במהלך ההיריון אינם זכאים לפיזיון, מאחר שהתרופה לא הגדילה את הסיכון לפגם ביותר מפי שניים, ולכן אי-אפשר להוכיח קשר סיבתי מעבר למאזן ההסתברויות ביחס לכל אחד מהניזוקים. קטגוריה נוספת של מקרים שבהם יהיה קשה להוכיח קשר סיבתי הם מקרים שבהם קיים לגבי הניזוק סיכון-רקע, כך שהסיכוי שהמזיק הוא שגרם לנזק תמיד נמוך מ-50%. לדיון נרחב בסוגיה זו ראו אריאל פורת "פיזיון בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 635 (2000).

30 לדוגמה, במשפט האנגלי מוענק פיזיון בגין נזק לא-ממוני טהור במקרה של עוולה מכוונת (כגון תקיפה). הניזוק מרשלנות זכאי לפיזיון בגין נזק לא-ממוני רק אם פגיעתו חמורה. ראו: KAY WHEAT, NAPIER AND WHEAT'S RECOVERING DAMAGES FOR PSYCHIATRIC INJURY 185-186 (2nd ed. 2002). ניתן להסביר את ההחלטה לא להעניק פיזיון בגין נזק לא-ממוני טהור באי-הוודאות לגבי עצם קיומו של נזק ולגבי הערכתו בכסף. ראו: DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS § 308 (2000).

31 לטענה כי המשפט צריך להשתמש בפיזיון הסתברותי במקרה של זיהום ראו Bartsch, לעיל ה"ש 25. לטענה כי המשפט צריך להשתמש בפיזיון הסתברותי במקרים שבהם קיים סיכון-רקע ראו Porat, לעיל ה"ש 25, בעמ' 108-115. ההיגיון העומד בבסיס מקרים אלה מתיישב עם דוקטרינת ההטיה הנשנית שנקבעה בעניין מלול. ראו להלן ה"ש 43 והטקסט שלידה. ראו לעיל ה"ש 20.

33 ראו: Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 CAL. L. REV. 1735, 1814-1828 (1985); Richard W. Wright, *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, 14 J. LEGAL STUD. 435, 439-444 (1985) (להלן: *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage*). רייט סבור כי כלל של פיזיון הסתברותי זונח את התנאי של קשר סיבתי עובדתי, אשר נבחן בדיעבד, לטובת כלל של פיזיון הסתברותי זונח את לגישתו, דרישת הקשר הסיבתי הכרחית לשם הטלת אחריות מנקודת-מבט של צדק מתקן, ולכן הוא מציע לזנוח דוקטרינות המאפשרות פיזיון הסתברותי. ארנסט ויינריב, במאמר מן העת האחרונה, מבקש ליישב את עקרונות הצדק המתקן עם מצבים של אי-ודאות עובדתית ביחס לקשר הסיבתי. ברוב המצבים שווינריב בוחן הוא מציע כפתרון להטיל על המזיק אחריות לכל הנזק, ולא לפי הסתברות. ראו Weinrib – *Causal Uncertainty*, לעיל ה"ש 20. עם זאת, ויינריב מכיר באחריות הסתברותית במקרה של אובדן סיכויי החלמה, אך רק אם הניזוק הסתמך מראש על התנהגותו של המזיק. אם המזיק והניזוק זרים, והמזיק גרם לניזוק סיכון נוסף מעבר

גדול ממנה.³⁴ על־כן השימוש בכלל של אחריות הסתברותית יוצר חוסר התאמה בין הנזק שנגרם לניזוק הקונקרטי כתוצאה מהפעילות העוללתית לבין הפיצוי שהוא מקבל. תוצאה זו נוגדת את עקרונות הצדק המתקן.³⁵

כעניין פוזיטיבי, המשפט המקובל מעדיף באופן מסורתי ליישם את כלל מאזן ההסתברויות במצבי אי־ודאות. עם זאת, בתי־המשפט פיתחו דוקטרינות אחדות המאפשרות לקבוע אחריות הסתברותית במצבים שבהם אי־הוודאות היא ביחס ליסוד הקשר הסיבתי. כאשר מקרה כמו זה המוצג בדוגמה 3 מגיע לפתחו של בית־משפט בישראל, בית־המשפט מעניק פיצוי בגין

לסיכון־רקע קיים, ויניריב סבור כי אם הניזוק אינו יכול להוכיח את אחריותו של המזיק מעבר למאזן ההסתברויות, הוא אינו זכאי לפיצוי. ראו שם, בעמ' 24–30.

34 ראו פורת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 351–353.
35 היה אפשר אולי לחשוב על פתרון לבעיה על־ידי המשגה מחודשת של הנזק. כלומר, אם במקרה של אובדן סיכויי החלמה השופט ממשיג מחדש את הנזק כאובדן הסיכוי עצמו, אזי לכאורה הפיצוי הוא מלא, ורק החישוב שלו הוא הסתברותי. גישה כזו מתיישבת לכאורה עם גישת הצדק המתקן, וזו הדרך שבה פורת מיישב את הפיצוי ההסתברותי עם גישה זו. ראו לעיל ה"ש 20. עם זאת, נראה כי גישה זו אינה מתיישבת עם הדרך שבה הפילוסופיה של קנט תופסת את תפקיד השופט. לשיטתו של קנט – אביה המודרני של גישת הצדק המתקן – תפקידו של השופט הוא להכריז מה היא הזכות שנפגעה. מאחר שזכויות הן מוחלטות, ותפקידו של השופט מוגבל להצהרה בדבר הזכויות הקיימות (בניגוד ליצירה שלהן), חייב להימצא כלל הכרעה אשר מקצה סעד מלא לאחד הצדדים למשפט. קנט מסביר בספרו כי: "For a verdict (a sentence) is an individual act of public justice (*iustitiae distributivae*) performed by an administrator of the state (a judge or court) upon a subject, that is, upon someone belonging to the people; and so this act is invested with no authority to assign (allot) to a subject what is his... [O]nce the facts in a lawsuit have been established, the court has judicial authority to apply the law, and to render each what is his with the help of the executive authority." IMMANUEL KANT, PRACTICAL PHILOSOPHY 460–461 (Mary J. Arthur Ripstein, FORCE AND FREEDOM – KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 210 (2009). כלומר, גישה זו דורשת מבית־המשפט לקבוע ממצא עובדתי אחד, ולא לבצע הערכה הסתברותית. מאחר שבבסיסה של גישת הצדק המתקן עומד השוויון הפורמלי האפריורי של הצדדים, בית־המשפט צריך להפעיל כלל הכרעה המעניק לצד מסוים סעד רק אם הראיות תומכות בו יותר מאשר בצד האחר. על־כן כלל מאזן ההסתברויות הוא הכלל היחיד שמתיישב עם תפיסת הפיצוי של גישת הצדק המתקן, ועם התפיסה הרחבה יותר של קנט ביחס לתפקידה של המדינה ביישוב סכסוכים. רק על־ידי כלל מאזן ההסתברויות יישמר השוויון האפריורי של הצדדים. ראו: John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason*, 58 Nw. U. L. REV. 750, 755–764 (1963) (קונס סבור כי צדק מחייב להעניק סעד למי שהוכיח כי סביר יותר שהעובדות תומכות בעמדה שלו. לשיטתו, במצבים שבהם ההסתברות היא בדיוק 50% – כלומר, כאשר אין עדיפות לשום צד על רעהו – מוצדק להעניק פיצוי הסתברותי). ויניריב בוחן את האפשרות להכיר בסיכויי החלמה כזכות עצמאית, וכך לאפשר הכרה בפגיעה בזכות במסגרת הניתוח של צדק מתקן, אולם הוא דוחה אפשרות זו. ראו Weinrib – *Causal Uncertainty*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 24–26.

אובדן סיכויי החלמה כראש־נזק נפרד.³⁶ הגדרת אובדן סיכויי החלמה כראש־נזק עצמאי מאפשרת לבית־המשפט להטיל אחריות הסתברותית.³⁷ הפיזיו בגין אובדן סיכויי החלמה נותר שנוי במחלוקת במדינות המשפט המקובל. במדינות רבות בארצות־הברית אומץ הכלל,³⁸ אך לא בכולן.³⁹ באנגליה דחה בית־הלורדים את הדוקטרינה בפסק־הדין בעניין *Gregg v. Scott*.⁴⁰ באותו עניין נקבע כי לא יכולה להתקיים סיבתיות חלקית, ולכן בית־המשפט יעניק פיזיו רק אם יוכח כי העוולה גרמה לנזק מעבר למאזן ההסתברויות.⁴¹ קיימות כמה דוקטרינות נוספות במשפט האמריקני המאפשרות להטיל אחריות הסתברותית, כגון דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק.⁴² בית־המשפט העליון הישראלי הרחיב את תחולתו של כלל הפיזיו ההסתברותי במצבים שבהם קיימת אי־ודאות ביחס לקשר הסיבתי מעבר למקובל במשפט האנגלו־אמריקני. בדיון הנוסף שנערך בעניין *מלול*⁴³ נחלקו השופטים בשאלה מתי יש להחיל כלל של אחריות הסתברותית. את דעת הרוב נתן המשנה לנשיאה ריבלין, שקבע כי במקרה הקונקרטי אין

- 36 ראו ע"א 437/73 עאיק (קטינה) נ' רוזמרין, פ"ד כט(2) 225 (1975). בפסק־דין זה קבע השופט לנדוי כי מתקיים קשר סיבתי בין רשלנות הרופא לנזקה של המטופלת בהסתברות של 30%, ולכן יש לפסוק לטובתה פיזיו השווה ל־30% מהנזק. הכרעה זו ניתנה בסוף פסק־הדין, ללא נימוק או התייחסות לכלל מאזן ההסתברויות. בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988), קבע בית־המשפט העליון כי אובדן סיכויי החלמה מהווה נזק בר־פיזיו, ובפועל יישם כלל של פיזיו הסתברותי. להסבר ביחס לחישוב הנזק בגין אובדן סיכויי החלמה ראו ע"א 4975/05 לוי נ' מור, פס' 11 (פורסם בנבו, 20.3.2008).
- 37 ראו פורת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 359-360.
- 38 ראו, לדוגמה: *Murray v. United States*, 73 F.3d 1448 (7th Cir.1996); *Delaney v. Cade*, 255 Kan. 199, 873 P.2d 175 (1994).
- 39 ראו, לדוגמה: *Gooding v. University Hospital Building, Inc.*, 445 So.2d 1015 (Fla. 1984); *Fennell v. Southern Maryland Hosp. Center, Inc.*, 320 Md. 776, 580 A.2d 206 (1990); *Kilpatrick v. Bryant*, 868 S.W.2d 594 (Tenn. 1993).
- 40 *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All ER 909. בוויילס ובאירלנד הראו בתי־המשפט נכונות להכיר בפיזיו הסתברותי במקרים של רשלנות רפואית. ראו: *Rufo v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All ER 909. *Hosking*, [2004] NSWCA 391; *Philip v. Ryan*, [2004] 1 IESC 105.
- 41 ראו עניין *Gregg v. Scott*, לעיל ה"ש 40, פס' 72-84 לפסק־דינו של לורד הופמן (Lord Hoffmann).
- 42 דוקטרינה זו מאפשרת הטלת אחריות במקרים שבהם כמה יצרנים ייצרו מוצר זהה שגרם נזק למספר רב של צרכנים, ואי־אפשר לדעת בדיעבד מי ייצר את המוצר שגרם נזק לכל צרכן ספציפי. הדוקטרינה פותרת בעיה זו על־ידי הטלת אחריות על כל יצרן בהתאם לנתח השוק שלו. באופן זה, אם יפוצו כל הנפגעים, כל יצרן ישלם את הנזק שגרם בפועל. הדוקטרינה הוכרה לראשונה במסגרת הליטיגציה של נפגעי התרופה דיאתילסטילבסטרול (DES). ראו: *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980). באותה דוקטרינה נעשה שימוש גם במקרים של נזק שנגרם ממנות דם פגומות. ראו: *Ray v. Cutter Laboratories, Div. of Miles Inc.*, 754 F. Supp. 193 (Fla. 1991).
- 43 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל־חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010) (להלן: עניין מלול).

מקום לקבוע אחריות הסתברותית.⁴⁴ לשיטתו, כדי להחיל כלל של אחריות הסתברותית, צריכים להתקיים כמה תנאים – יש להוכיח כי קיימת קבוצה של ניזוקים שנפגעו מאתו מזיק, כי מתקיימת אי־ודאות ביחס לקשר הסיבתי בין העוולה לבין הנזק שנגרם לכל אחד מהניזוקים, וכי החלה של כלל מאזן ההסתברויות תוביל את בית־המשפט לאותה תוצאה באופן שיטתי (מבחן ההטיה הנשנית).⁴⁵ אף שלא היה רוב ברור שהסכים עם כל היסודות של מבחן ההטיה הנשנית, רוב השופטים הסכימו כי יש להחיל לעיתים כלל של אחריות הסתברותית,⁴⁶ וכי יש לעשות בו שימוש במקרים שבהם קיימת קבוצה של תובעים הסובלים מהטיה לרעתם.⁴⁷

מבחן ההטיה הנשנית מתיישב עם מטרת ההרתעה.⁴⁸ כאשר קיימת קבוצה של ניזוקים, וביחס לכולם קיים קושי להוכיח קשר סיבתי, סביר כי הדבר ישפיע על המזיק, שידע כי הוא אינו צפוי לשאת באחריות. אותו היגיון חל גם במצבים שבהם אי־הודאות היא ביחס ליסוד הנזק, ולא ביחס לקשר הסיבתי – במקרים שבהם קיים קושי שיטתי להוכיח קיומו של נזק מסוים מעבר למאזן ההסתברויות, קביעת ממצאים עובדתיים על־פי מאזן ההסתברויות תוביל להרתעת־חסר.

לעומת זאת, מבחן ההטיה הנשנית אינו מתיישב עם גישת הצדק המתקן. גישת הצדק המתקן דורשת מבית־המשפט לקבוע כי מתקיים קשר סיבתי בין הפעולה של מזיק ספציפי

44 שם. עם זאת, רוב השופטים הסכימו כי הפיצוי שקיבלו המשיבים בערעור ייוותר בידיהם, ולא יושב לבית־החולים.

45 שם, פס' 22 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. קשה לומר שמבחן ההטיה הנשנית, על כל חלקיו, התקבל כהלכה מחייבת. למרות זאת, בבתי־המשפט המחוזיים מיישמים את המבחן בפועל. לפסק־דין של המחוזי שיישם מבחן זה ראו ת"א (מחוזי מר') 10-04-25733 א' ג' (קטיץ) נ' היינץ רמדיה בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.2012). במקרה זה קבע בית־המשפט כי המבחן לפי עניין מלול הוא מבחן ההטיה הנשנית שקבע המשנה לנשיאה ריבלין, אולם המבחן אינו מתקיים במקרה הקונקרטי, ולכן דחה את התביעה. לפסק־דין מחוזיים נוספים שיישמו את המבחן ראו ת"א (מחוזי חי') 05-422 ואקנין נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 21.9.2010); ת"א (מחוזי מר') 07-08-5070 ניסנבאום נ' זיסמן (פורסם בנבו, 4.11.2010). המבחן יושם גם בהחלטות של בית־המשפט העליון, אך לא נקבע כי מדובר בהלכה מחייבת. ראו ע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ, פס' 38-48 (פורסם בנבו, 24.9.2015).

46 כל השופטים, למעט השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס, הסכימו לכך.

47 עמדה זו מתיישבת עם מבחן ההטיה הנשנית של המשנה לנשיאה ריבלין. השופט לוי והנשיאה ביניש הסכימו עם המשנה לנשיאה ריבלין. השופטת נאור קבעה כי יש להשתמש בכלל של אחריות הסתברותית רק במקרים שבהם יש הטיה נשנית כלפי מטה. נוסף על כך סברה השופטת נאור כי לא צריך לעמוד על הדרישה שתהיה קבוצת ניזוקים שקיימת לגביהם הטיה נשנית, וכי מספיק שקיים קושי אינהרנטי להוכיח כי מתקיים קשר סיבתי. לכן נראה שהעמדה של נאור מתיישבת עם מבחן ההטיה הנשנית (המוגבל יותר) כאשר קיימת הטיה נגד הניזוקים, על־דרך קל וחומר. עם עיקרי הדברים של השופטת נאור הסכימו השופטים ג'ובראן, רובינשטיין וארבל. 48 אם כי מבחן ההטיה הנשנית מגביל מדי. המבחן דורש שתהיה בפועל קבוצה של ניזוקים הסובלים מהטיה נשנית. מבחינת הרתעה, אם המזיק יכול לזהות מראש שלא יהיה אפשר להוכיח קשר סיבתי מעבר למאזן ההסתברויות, די בכך להצדיק מעבר לפיצוי לפי הסתברות. ראו פורת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 365.

לבין הנזק של ניזוק ספציפי. על-כן מבחן אשר מביא בחשבון גורמים נוספים מעבר למזיק ולניזוק הספציפיים אינו יכול להתיישב עם גישה זו.⁴⁹ השימוש בכללי ההכרעה ברור כאשר בית-המשפט נדרש להכרעה דיכוטומית – לדוגמה, אם העוולה גרמה לנזק או לא גרמה לו. אך כאשר בית-המשפט נדרש לקבוע ממצא עובדתי על-גבי רצף של מצבים אפשריים, כמו בסוגיה של הערכת נזקי גוף, השימוש בכללי ההכרעה ברור פחות. במקרים מעין אלה בית-המשפט יכול להיעזר בערכים סטטיסטיים הנגזרים ממסד הנתונים. בחלקים הבאים אראה מה היחס בין כללי ההכרעה לבין השימוש שבית-המשפט עושה באותם ערכים סטטיסטיים. ניווכח כי השימוש בכלל מאזן ההסתברויות צריך להוביל את בית-המשפט לאמץ את החציון, ואילו השימוש בכלל של אחריות הסתברותית צריך להוביל את בית-המשפט לאמץ את הנתון הממוצע. פעמים רבות השיח של בית-המשפט קורא לשימוש בכלל מאזן ההסתברויות, אולם בפועל הוא עושה שימוש בכלל של אחריות הסתברותית, בכך שהוא בוחר בממוצע. זהו מקור לטעויות, אשר ייבחנו בהרחבה בפרק השלישי של המאמר. אולם לפני שנוכל לערוך את הדיון בבחירה בין הערך החציון לבין הממוצע מתוך מסד הנתונים, יש לבחון כיצד בית-המשפט בונה את מסד הנתונים הרלוונטי.

ב. הבחירה במסד הנתונים הרלוונטי

במשפט המקובל נעשה שימוש בנתונים סטטיסטיים כדי להעריך שלושה משתנים הנדרשים לחישוב נזקי גוף: כושר ההשתכרות של הניזוק אלמלא העוולה;⁵⁰ תוחלת החיים

49 ויינריב התייחס במפורש לעניין מלול במאמרו על אי-ודאות ביחס לקשר הסיבתי, לאור עקרונותיה של גישת הצדק המתקן. ויינריב סבור כי פסק-הדין שניתן בעניין מלול מתיישב עם עקרונות של צדק חלוקתי, אך לא עם גישת הצדק המתקן. ראו Weinrib – *Causal Uncertainty*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 4. כן ראו Wright – *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage*, לעיל ה"ש 33. 50 ראו: Lawrence M. Spizman & John Kane, *Loss of Future Income in the Case of Personal Injury of a Child: Parental Influence on a Child's Future Earnings*, 5 J. FORENSIC ECON. (1992) 159 (הכותבים מציינים כי מומחים עושים שימוש בשכר הממוצע כבסיס להערכת כושר ההשתכרות של הניזוק הקטין, ומציעים מודל המבוסס על נתונים דמוגרפיים והכנסה של ההורים כבסיס להערכה מדויקת יותר). לפסקי-דין העוסקים בחישוב הנזק ראו: United States v. Bedonie, 317 F. Supp. 2d 1285, 1318–1320 (D. Utah 2004) (בית-המשפט של יוטה קובע כי יש לעשות שימוש בטבלות סטטיסטיות כדי לחשב את אוכדן כושר ההשתכרות של קטין); Merril v. Albany Med. Ctr. Hosp., 126 A.D.2d 66 (N.Y. App. Div. 3d Dept. (1987) (בית-המשפט לערעורים בניו-יורק הפחית את הפיצוי שנקבע על-ידי המושבעים לסכום המשקף את השכר הממוצע במשך כל תקופת החיים הצפויה לניזוק קטין). אף שכיום טבלות שכר מהוות בסיס מקובל לחישוב הנזק, לא כך היה תמיד. חלק מהמדינות אימצו צורות חישוב שונות. לדוגמה, בית-המשפט העליון באוהיו קבע בעבר כי יש לחשב את אוכדן כושר ההשתכרות של ילדים על בסיס ההשתכרות של ההורים, מתוך הנחה שהילדים חולקים עם ההורים את כל המאפיינים המשפיעים על סיכויי ההשתכרות שלהם בעתיד. ראו, לדוגמה: *Immel v. Richards*, 154 Ohio St. 52 (Ohio 1950).

של הניזוק אלמלא העוולה;⁵¹ ותוחלת "חיי העבודה" של הניזוק אלמלא העוולה, קרי, פרק־זמן שבו היה הניזוק צפוי להשתכר.⁵² בישראל גיל הפרישה קבוע בחוק,⁵³ ולכן קיימת חזקה כי הניזוק היה עובד עד לגיל הפרישה.⁵⁴ על־כן במאמר זה אתמקד בחישוב שבית־המשפט עורך ביחס לאובדן כושר ההשתכרות וביחס לקיצור תוחלת החיים.

חישוב הפיצוי באמצעות נתונים סטטיסטיים דורש ניתוח דו־שלבי: בשלב הראשון יש לבנות מסד נתונים; ובשלב השני, אחרי שמסד הנתונים קיים, יש לדלות ממנו את הנתון הרלוונטי לצורך חישוב הנזק. שני השלבים תלויים בתיאוריה המשפטית העומדת בבסיסם של דיני הפיצויים. העמדות הנורמטיביות של בית־המשפט ביחס למטרות הפיצוי בנוזיקן, וביחס לדרך הנכונה להתמודדות עם מצבי אי־ודאות, צריכות לבוא לידי ביטוי הן בשלב בנייתו של מסד הנתונים והן בשלב שבו בית־המשפט דולה מתוך המסד את הערך הרלוונטי. הניתוח הסטטיסטי מבוסס על מסד נתונים. ההחלטה אילו נתונים לכלול במסד צריכה להתאים לעקרונות של דיני הפיצויים. כאשר בית־המשפט עושה שימוש בנתון סטטיסטי מבלי להתחשב בהנחות העומדות בבסיסו של מסד הנתונים, התוצאה עלולה לסתור את הכוונה של בית־המשפט. פרק זה בוחן כיצד שיקולים של מדיניות משפטית ושיקולים הנוגעים בעלויות משפט יכולים להשפיע על בניית מסד הנתונים, וכיצד התעלמות משאלות אלה מובילה לעיתים לטעות בקביעת סכום הפיצויים.⁵⁵

בית־המשפט עלול לעשות שני סוגים שונים של טעויות. סוג הטעויות הראשון, שאכנה "טעויות נורמטיביות", מתבטא בחוסר התאמה בין המטרה המוצהרת של דיני הפיצויים לבין האופן שבו נבנה מסד הנתונים. בית־המשפט יכול להימנע תמיד מטעויות נורמטיביות

51 Hugh Richards & Jon R. Abele, *Life and Worklife Expectancies* (1999). לפסיקה המיישמת בפועל שימוש בטבלות סטטיסטיות לצורך חישוב תוחלת החיים ראו, לדוגמה: *Joint Eastern & Southern Dist. Asbestos Litigation*, 726 F. Supp. 426 (E.D.N.Y. 1989).

52 שם. ראו גם: James Ciecka et al., *A Markov Process Model of Work-Life Expectancies*. *Based on Labor Market Activity in 1997-98*, 9 J. LEGAL ECON. 33 (1997).

53 ס' 3-4 לחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004. ס' 3 לחוק קובע כי גיל הפרישה לגבר הוא 67 וגיל הפרישה לאישה הוא 62. גיל הפרישה מוגדר כגיל שממנו מותר לפרוש, אך אין חובה לעשות זאת. גיל פרישת־החובה המוגדר בס' 4 לחוק הוא גיל 67 לשני המינים. מגיל זה מותר למעביד לחייב את העובד לפרוש. בפועל ההבחנה קיימת רק לגבי נשים.

54 ראו ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718, 724 (1993) (השופט נתניהו מציינת כי ההנחה שאדם יעבוד עד לגיל הפרישה היא אחת מהנחות־העבודה המקובלות בחישוב פיצויים); ע"א 586/84 מקלף נ' זילברברג, פ"ד מג(1) 137, 155 (1989) (בית־המשפט מצייין כי ככלל יש להעריך את גיל הפרישה של הניזוק לפי גיל הפרישה הכללי, אם כי הוא חורג מכך במקרה הונוקרטטי); ע"א 331/75 "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פלאצי, פ"ד לב(1) 63, 65 (1977) (בית־המשפט מניח כי הנתבע היה צפוי להמשיך לעבוד עד לגיל הפרישה).

55 אני מתעלם בפרק זה מהשאלה איזה כלל הכרעה בית־המשפט מיישם. לצורך הנוחות, אלא אם כן נאמר אחרת, ניתן להניח כי הנתון שבית־המשפט צריך לדלות מתוך מסד הנתונים הוא הממוצע, ולא החציון. בהמשך הפרק יסקרו מקרים שבהם התיאוריה המשפטית משפיעה לא רק על בנייתו של מסד הנתונים, אלא גם על הבחירה בכלל ההכרעה. במקרים אלה יהיה נכון לעיתים לעשות שימוש בחציון, והדבר יצוין במפורש.

אם ישאל את עצמו בעת בנייתו של מסד הנתונים מהי מטרת הפיצוי. סוג הטעויות השני, שאכנה "טעויות פרקטיות", מתבטא במצבים שבהם בית-המשפט מפרש בצורה שגויה את האופן שבו נבנה מסד הנתונים, וכתוצאה מכך קובע סכום פיצוי שגוי. כדי להימנע מטעויות פרקטיות, על בית-המשפט להיות ער לאופן שבו נבנה מסד הנתונים כאשר הוא נערך על-ידי גורם אחר.

1. שיקולים נורמטיביים בבניית מסד הנתונים – התחשבות במין, בשיוך האתני ובמקום המגורים

קיימים מקרים שבהם בית-המשפט מביא בחשבון שיקולים נורמטיביים בעת בנייתו של מסד הנתונים. הדוגמה הבאה נועדה להציג כיצד שיקולים נורמטיביים מובאים בחשבון בעת חישוב של אוכדן כושר השתכרות:

דוגמה 4 – אוכדן השתכרות של ניזוקה קטינה: רינה, בת השנה, ניזוקה בתאונה שנגרמה כתוצאה מעוולה. בעקבות התאונה רינה סובלת מנכות ברמה של 100%, ולא תוכל לעבוד כל חייה. רינה מתגוררת עם הוריה ביישוב בפריפריה, והיא בת לקבוצת מיעוט. ידוע כי נשים בישראל משתכרות פחות מגברים, כי אנשים החיים בפריפריה משתכרים פחות מאלה החיים במרכז הארץ, וכי בני קבוצת המיעוט משתכרים פחות מבני קבוצת הרוב. כן ידוע כי נשים חיות שנים רבות יותר מגברים.⁵⁶

במקרה זה על בית-המשפט להכריע אם יש להתחשב בנתונים שרינה היא אישה, שהיא בת לקבוצת מיעוט ושהיא גרה בפריפריה. אם בית-המשפט יבחר לעשות שימוש בנתונים, מסד הנתונים יכלול רק נשים מקבוצת המיעוט המתגוררות בפריפריה. גישה זו תוביל לפיצוי מקורב לנזק שנגרם במציאות, ולכן מתיישב עם המטרה של השבת המצב לקדמותו. אולם גישה זו עלולה להתנגש בעקרונות אחרים העומדים ביסודה של שיטת המשפט. לדוגמה, אם בית-המשפט סבור כי בשלב קביעת הפיצויים יש להתחשב בשיקולים חלוקתיים, אזי ייתכן שכדאי לבית-המשפט להתעלם ממאפיינים אלה. התחשבות בנתונים הקשורים למין של הניזוק או לקבוצה האתנית שהוא משתייך אליה מנציחים את ההפליה הקיימת בחברה, ולכן הם פסולים מנקודת-מבט של צדק חלוקתי.⁵⁷ השוואת סכום הפיצוי שיינתן לניזוק עני

56 דוגמה זו מבוססת על עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 14.

57 כותבים הדוגלים בגישה זו סבורים כי דיני הניזקין צריכים להתחשב באופן שבו משאבים מחולקים בין פרטים שונים בחברה, ולקדם חלוקה מאוזנת שלהם. להסבר כללי על צדק חלוקתי, ועל יישום עקרונות של צדק חלוקתי בדיני הניזקין, ראו: Tsachi Keren-Paz, Torts, Egalitarianism and Distributive Justice 5-8 (2007). לטענה כי בתי-המשפט צריכים להתחשב בשיקולים של צדק חלוקתי במסגרת ניתוח חובת הזהירות ראו שם, בעמ' 161-180. כן ראו: Peter Cane, *Distributive Justice and Tort Law*, 2001 N.Z. L. Rev. 401. פיצוי אשר מביא בחשבון את רמת ההשתכרות של פרטים בחברה מנציח פערי עושר, ולכן נוגד את העיקרון של צדק חלוקתי. לטענה כי בתי-המשפט צריכים להביא בחשבון שיקולים של צדק חלוקתי בעת חישוב הנזק ראו: Elizabeth Adjin-Tettey, *Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies*, 49 McGill L.J. 309 (2004).

לזה שיינתן לניזוק עשיר מתמרצת את המזיק לנקוט רמה דומה של אמצעי זהירות כלפי ניזוק עשיר וכלפי ניזוק עני, כאשר ניתן לזהותם מראש.⁵⁸ אם אנו מניחים כי מוצדק לנקוט רמה זהה של אמצעי זהירות בין שהפעילות מסכנת את חייהם של עשירים ובין שהיא מסכנת את חייהם של עניים, וזאת מתוך הנחה כי הנזק שנגרם עקב פגיעה בחייו של עשיר שווה לנזק שנגרם עקב פגיעה בחייו של עני, אזי עמדה זו גם מקדמת את ההרתעה היעילה.⁵⁹

ברוב המדינות בארצות-הברית בתי-המשפט מתחשבים בכל המאפיינים של הניזוק בעת חישוב הפיצויים. החישוב נעשה באמצעות מומחים, המעידים לפני מושבעים. המומחים המציגים את אומדן ההשתכרות העתידית מביאים בחשבון גם את מינו של הניזוק ואת השתייכותו לקבוצה אתנית מסוימת.⁶⁰ נתונים אלה מובאים בחשבון גם במסגרת הערכת

58 ההכנסה של הניזוק ידועה מראש כאשר מדובר באדם "קרוב" או כאשר ניתן לשער, לפי מקום ביצוע העוולה (שכונות מגורים, לדוגמה), לאיזה מעמד כלכלי משתייכים אלה המצויים בסיכון. לדיון נרחב בסוגיה זו ראו Porat, לעיל ה"ש 25, בעמ' 97-107; אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ורניאל פרידמן עורכים, 2006; unpublished); Ronen Avraham, *Is Tort Law Constitutional?* (manuscript). רונן אברהם טוען כי לנוכח עקרון השוויון הקבוע בחוקה האמריקנית, אי-אפשר לקבוע פיצוי שונה על בסיס מין וגזע. טיעון זה עמד בבסיס החלטתו של בית-המשפט ביטה להעניק פיצוי תוך שימוש בטבלות אחידות, אם כי הוא קבע כי ההחלטה בכל מקרה נתונה לשיקול-דעתו של השופט המכהן. ראו עניין *United States v. Bedonie*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1318-1320. נוסף על כך, הענקת פיצוי קבוע לכל הניזוקים לפי הממוצע חוסכת עלויות משפט, ואינה משפיעה על ההרתעה אם למזיק אין מידע ביחס לזהות הניזוק. לכן מדובר במדיניות יעילה יותר מחישוב פרטני של סכום הפיצוי. ראו: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, 39 J. L. & Econ. 191 (1996).

59 על-פי הגישה הכלכלית, יש כמה דרכים להעריך את השווי הסובייקטיבי של חייו של אדם. כותבים בתחום נעזרים בנתונים לגבי מוכנותם של פרטים לשלם כדי להסיר מעצמם סיכון, או לחלופין לגבי מוכנותם ליטול על עצמם סיכון תמורת תשלום, כאמצעים המסייעים לחשוף את השווי שאנשים מייחסים לחייהם. הערכה כלכלית זו של השווי של חיי אדם מנותקת מכושר ההשתכרות. אולם הערכות סטטיסטיות אלה מושפעות במידה מסוימת מעושר (כלומר, מכמות הנכסים הזמינים באמתחתו של הפרט, להבדיל מהכושר להשיג נכסים נוספים בעתיד). כותבים תיאורטיים מתחום הגישה הכלכלית למשפט סבורים כי יש לנטרל גם את ההשפעות של העושר, מאחר שהן מובילות לעיוות בהערכת שוויים של חיי אדם. לכן, מבחינת הגישה הכלכלית, השווי של חיי אדם צריך להיות שווה בין פרטים, מנותק מכושר ההשתכרות ומנותק מעושר. למחקרים הבוחנים את השווי הסטטיסטי של חיי אדם בהסתמך על המשכורות במקצועות מסוכנים 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). להסבר מדוע אין להתחשב כלל בעושר בהערכת שוויים של חיי אדם ראו: Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AM. L. & ECON. REV. 45 (2011).

60 ראו Spizman & Kane, לעיל ה"ש 50.

תוחלת החיים ומשך חיי העבודה של הניזוק. ביקורת רבה נמתחה על גישה זו, בטענה שהיא אינה צודקת⁶¹ ואף בלתי-חוקתית.⁶² במדינות אחדות בארצות-הברית אף קבע המחוקק כי יש לעשות שימוש בנתונים כלליים שאינם מבחינים לפי מין וגזע.⁶³

בישראל המצב שונה ביחס לחישוב הפסד ההשתכרות. בעניין אבו חנא קבע השופט ריבלין כי במקרים שבהם הניזוק קטין, ואין נתונים קונקרטיים על יכולת ההשתכרות האישית שלו, על בית-המשפט לפסוק פיצוי בגין אובדן השתכרות לפי ממוצע השכר במשק, תוך התעלמות מכוונת מנתונים סטטיסטיים הקשורים למינו של הניזוק, למקום מגוריו או ללאום שלו.⁶⁴ השופט ריבלין קבע כי יש להוציא ממסד הנתונים כל נתון עובדתי שאינו קשור לניזוק באופן אישי, במטרה למנוע הפליה בין ניזוקים שונים, לפחות במקרים שבהם מדובר בקטינים.⁶⁵ מעניין שבית-המשפט בחר להתחשב במין ובלאום של הניזוק כאשר הוא מחשב את קיצור תוחלת החיים. כך, לדוגמה, בעניין פת קבע בית-המשפט העליון כי יש לחשב את קיצור תוחלת החיים בהתאם לתוחלת החיים של גבר יהודי.⁶⁶ לכאורה, אם בית-המשפט מבקש להתעלם ממאפיינים כגון מין וגזע כאשר הוא עורך את התחשיב, אזי נראה כי עליו לעשות כן הן ביחס לכושר ההשתכרות והן ביחס לתוחלת החיים. אולם קריאה זיהרה של פסק-הדין בעניין אבו חנא יכולה לספק הסבר להבדל בין שני הנתונים. השופט ריבלין מנמק את ההחלטה להתעלם מהמאפיינים של הניזוק הקטין ביחס לכושר ההשתכרות בכך שהניזוק זכאי לכתוב את סיפור חייו, תוך שאיפה להתעלות מעל ההפליה הקיימת בחברה. גישה זו מייחסת חשיבות ליסוד הבחירה של הניזוק, וכן מגלמת שאיפה לתיקון חולי שקיים בחברה. לעומת זאת, הפער בתוחלת החיים נתפס כתופעה אובייקטיבית הנובעת מהבדלים

- 61 לביקורת על השימוש בטבלות שונות על בסיס מין בקנדה ראו: Elaine Gibson, *The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages*, in TORT THEORY 185 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., 1993). לביקורת על ההתחשבות במין ובגזע של הניזוק בארצות-הברית ראו: Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 LOY. L.A. L. REV. 1435 (2005).
- 62 ראו Avraham, לעיל ה"ש 58.
- 63 לדוגמה, ביחס לתוחלת החיים, קולורדו וקרוליינה הצפונית קבעו טבלות תמותה שאינן מתחשבות במין ובגזע, ואילו קרוליינה הדרומית ווירג'יניה קבעו טבלות שאינן מתחשבות בגזע אבל מפרידות בין המינים. ראו: COLO. REV. STAT. ANN. § 13-25-103; N.C. GEN. STAT. ANN. § 8-46; S.C. CODE ANN. § 19-1-150; VA. CODE ANN. § 8.01-419.
- 64 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 35-40. השופט ריבלין מציג בפסק-הדין סקירה של הדין במדינות זרות. נראה כי גם באוסטרליה חל אותו איסור על שימוש בנתונים גזעיים בקביעת בסיס השכר.
- 65 בפסק-הדין שניתן בעניין דוידנקו אף הרחיב בית-המשפט את הכלל שנקבע בעניין אבו חנא, וקבע כי כאשר נעשה שימוש בטבלות שכר, אסור להפריד בין אזרחי ישראל לבין עובדים זרים. ראו עניין דוידנקו, לעיל ה"ש 16, פס' 6 לפסק-דינו של השופט עמית.
- 66 ע"א 3590/08 המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ נ' פת, פס' 10 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 13.5.2010) (להלן: עניין פת). ראו גם עניין נפתלי, לעיל ה"ש 10, פס' 21. באותו מקרה קבע בית-המשפט כי יש לחשב את קיצור תוחלת החיים בהתחשב בכך שהניזוקה היא אישה יהודייה.

פיזיולוגיים, לפחות כאשר מדובר בפערים בין המינים.⁶⁷ כאשר הפער הוא בין קבוצות אתניות שונות, אין הוא נובע ממאפיינים פיזיולוגיים, ולכן ייתכן שיש להתעלם מפערים אלה ככל שהם תוצר של הפליה של קבוצת מיעוט.

בית־המשפט קובע באופן ברור כיצד נתונים הקשורים למין הניזוק ולקבוצה האתנית שהוא משתייך אליה צריכים להשפיע על הבחירה במסד הנתונים בכל הקשור לאובדן כושר השתכרות. בחלק הבא יוצג מצב שבו בית־המשפט לא בחן את ההנחות בבסיסו של מסד הנתונים המשמש אותו, והדבר הוביל לפער בין מצבים שבהם קיימים נתונים קונקרטיים לגבי הניזוק ובית־המשפט קובע את הפיצוי על בסיסם לבין מצבים שבהם אין נתונים קונקרטיים ובית־המשפט קובע את הפיצוי על־סמך נתונים סטטיסטיים בלבד.

2. טעות נורמטיבית בבניית מסד הנתונים – האם יש להתחשב באבטלה בעת חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות?

לא כל האנשים הבוגרים לפני גיל פרישה עובדים. חלק מעוניינים לעבוד אך אינם מוצאים מקום עבודה, וחלק בוחרים לא לעבוד תמורת שכר מסיבות שונות.⁶⁸ כאשר בוחרים את מסד הנתונים הקובע את השכר הממוצע, עולה השאלה אם צריך להתייחס רק לפרטים העובדים בחברה, ואם לא, אם צריך להביא בחשבון רק את מחפשי העבודה או גם את הפרטים שאינם מעוניינים לעבוד.

התשובה לשאלה זו תלויה בהגדרת הנזק. כדי לענות עליה צריך להחליט על מה בדיוק מפצים כאשר מפצים בגין אובדן כושר השתכרות. ניתן לחשוב על שלוש חלופות פרשניות להגדרת הנזק. על־פי פרשנות אחת, הפיצוי נועד לפצות את הניזוק על אובדן ההכנסה ממש. אם מדובר בניזוק קטין שאיבד את כושר ההשתכרות, ניתן להניח כי יש סיכוי גדול שבעתיד הוא היה עובד, משתכר ומקבל תשלום בעבור העבודה. הנזק הוא התשלום שנחסך ממנו כתוצאה מהעוולה. אם זו הגישה העומדת בבסיס ראש־הנזק, אזי נראה כי צריך להביא בחשבון גם את האפשרות שהניזוק לא היה עובד בעתיד.⁶⁹ אחוז לא־מבוטל מהאוכלוסייה

67 לדוגמה, בגלל קצב דעיכה שונה של מערכת החיסון. ראו: Katsuioku Hirokawa et al., *Slower Immune System Aging in Women versus Men in the Japanese Population*, 10 IMMUNITY & AGEING 19 (2013).

68 ניתן לחלק את הפרטים בחברה שבוחרים לא לעבוד לפרטים שעובדים בעבור עצמם, ובכך מניבים חיסכון בהוצאות (לדוגמה, בגידול ילדים ובטיפול במשק־הבית), ולכאלה שאינם עושים פעילות שיכולה לייצר הכנסה. ברוב המדינות בארצות־הברית כושר השתכרות מוגדר באופן הכולל את החיסכון בהוצאות המופק מעבודה בבית כהכנסה רעיונית. המונח "הכנסה רעיונית" מגיע במקור מהכתובה על מס הכנסה. להסבר על ההשפעה של הכנסה רעיונית על חישוב כושר ההשתכרות ראו: RICHARD A. WEHMHOFER, *STATISTICS IN LITIGATION – PRACTICAL APPLICATIONS FOR LAWYERS* 405–432 (1985).

69 עולה השאלה אם על־פי גישה זו יש להתחשב בדמי אבטלה כאשר בוחנים את ההסתברות שהניזוק לא יעבוד. השאלה אינה פשוטה. אם מדובר בפגיעה בכושר ההשתכרות של ניזוק חי, אזי הניזוק יהיה זכאי לדמי אבטלה גם במצבו הנוכחי, ולכן נראה כי אין מדובר ברכיב שנפגע. לעומת זאת, אם אנו מעוניינים לפצות על אובדן הכנסה בפועל, והפיצוי ניתן בעבור אובדן השתכרות בשנים האבודות, אזי הניזוק איבד גם את ההכנסה הכספית הנוצרת מדמי אבטלה.

אינו מוצא עבודה או בוחר לא לעבוד. לכן קיימת הסתברות שגם הניזוק הקטין, אשר אינו לנו נתונים לגביו, לא היה משתכר.⁷⁰

על-פי פרשנות שנייה, יש לראות את כושר ההכנסה כנכס פירותי. שוויו של נכס זה נאמד על-פי יכולתו ליצור הכנסה, ולא על-פי ההכנסה בפועל. אם נשווה את כושר ההשתכרות לדירת מגורים, ברור כי לדירת המגורים יש שווי שוק המושפע מיכולתה של הדירה להניב פירות, גם אם הבעלים של הדירה מותיר אותה נטושה.⁷¹ אולם במסגרת ההערכה של שווי הדירה על בסיס היכולת להשכירה יש להביא בחשבון גם חודשים שבהם לא תהיה הדירה מושכרת. אם נחשב את כושר ההכנסה כנכס פירותי על-פי אותם עקרונות, נוכל להתעלם מההסתברות שהניזוק היה בוחר לא לעבוד בעתיד. עם זאת, נצטרך להביא בחשבון את ההסתברות שהניזוק היה מנסה למצוא עבודה אך מוצא את עצמו מובטל לתקופה מסוימת.⁷² פרשנות שלישית לראש-הנזק תציע כי הפיצוי אינו קשור להשתכרות כלל. הפיצוי בגין "אובדן כושר השתכרות" נועד לסייע למערכת המשפט להעריך את השווי של התפקוד הכללי של אדם, ללא קשר לדרך שבה הוא בוחר לנצל את זמנו. אם אנו סבורים כי השווי של החיים והבריאות נגזר מההנאה שהאדם חווה מיכולתו לנצל משאבים אך גם מפעילויות

הניתוח מציע כי אם מטרת הפיצוי היא לפצות את הניזוק בעבור אובדן ממון, יש להעניק פיצוי שונה בעבור אובדן כושר השתכרות של ניזוק חי מזה שניתן בעבור אובדן ההשתכרות בשנים האבודות.

70 השאלה היא אם יש להכניס את הנתונים בדבר הלא-עובדים למסד הנתונים הבוחן את השכר הממוצע, כפרטים המרוויחים שכר אפס. פרשנות כזו תשפיע הן על הממוצע והן על החציון. אפשרות אחרת היא לבחון את ההסתברות שהניזוק יעבוד, ובהנחה שהוא עובד לבחון מה השכר שהוא צפוי להרוויח. אם בית-המשפט מיישם את גישת הפיצוי ההסתברותי, התוצאה שהוא יקבל תהיה זהה לממוצע ההשתכרות כאשר מסד הנתונים כולל את המובטלים. לעומת זאת, אם בית-המשפט מיישם את כלל מאזן ההסתברויות, אזי הוא יקבע כי הניזוק היה צפוי לעבוד בעתיד, מאחר שיותר מ-50% מהאוכלוסייה מועסקים, ובשלב השני, כאשר יבחן את גובה השכר, יהא עליו לקבוע כי השכר שהניזוק היה צפוי להרוויח שווה לחציון מתוך מסד הנתונים הכולל את הפרטים העובדים בלבד. זו פרשנות אפשרית, אולם היא מחייבת את בית-המשפט לחשב את אובדן ההשתכרות לפי החציון, ולא לפי הממוצע. בפועל בתי-המשפט אינם מתחשבים כלל בסיכוי שהניזוק לא יעבוד, ובוחרים את הנתון הממוצע. תחשיב זה אינו מתיישב אף עם אחת מהאפשרויות שתוארו כאן.

71 ההשוואה מתייחסת למצב שבו אדם אינו מנצל את כושר העבודה שלו כלל. אם אדם עובד בביתו, הוא מייצר הכנסה רעיונית, בדומה לאופן שבו דירה לצורכי מגורים מייצרת הכנסה רעיונית לבעלים, כי היא חוסכת מהם את הצורך להוציא כסף על שכירות. שווייה של הכנסה זו שווה לעלות הכרוכה בשכירת השירותים שהאדם מספק למשק הבית בשוק החופשי.

72 אם נשתמש בהקבלה לדירה כנכס, הסיכון שהנכס יעמוד תקופה מסוימת ללא שוכר משפיע על מחיר השוק. כך גם לגבי הנכס שהוא כושר ההשתכרות. במסגרת חישוב השווי יש להתייחס לתקופות שבהן הנכס לא ניב, כלומר, לסיכון שאדם המעוניין לעבוד לא ימצא עבודה במשך תקופה מסוימת. סקר כוח-אדם של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בנוי בהתאם לגישה זו. הסקר מגדיר "בלתי-מועסקים" כמי שלא היו מועסקים בעת עריכת הסקר אך חיפשו עבודה באופן פעיל בארבעת השבועות שקדמו לסקר. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הגדרות, סיווגים והסברים" סקרי כוח אדם 2012, 18, 20 (2015).

שאינן כרוכות בהוצאת משאבים, אזי יש להעריך את הנזק לפרט גם מאובדן ההכנסה וגם מאובדן היכולת לעשות פעולות מסוימות ללא קשר להכנסה. מאחר שאין מדד שוק לאופן שבו אנשים מעריכים את הזמן שלהם, ניתן להגיע לתוצאה בקירוב על-ידי התייחסות לתשלום שאנשים דורשים לקבל כדי לעבוד. באופן זה השכר הממוצע במשק מציע מדד שוק לשווי של תפקוד מלא של הפרט ללא נכות. מכאן שעל-פי גישה זו, חישוב אובדן כושר ההשתכרות צריך להביא בחשבון רק את הפרטים העובדים בחברה, ולא להתחשב באבטלה כלל.⁷³

כאשר בתי-המשפט בישראל בוחנים את אובדן כושר ההשתכרות במקרים שבהם אין נתונים רלוונטיים לניזוק הספציפי, הם משתמשים בשכר הממוצע שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה או בשכר הממוצע למשרה שמפרסם המוסד לביטוח לאומי. שני הגופים בוחנים רק את הפרטים שעובדים בפועל, ואינם מתחשבים במובטלים או בפרטים שאינם יוצאים לעבוד. כלומר, בית-המשפט מתעלם, במודע או לא במודע, מהסיכוי שגם אלמלא אירוע הנזק לא היה הניזוק מצליח למצוא עבודה בחלקים שונים מהתקופה, וזאת למרות העובדה שיותר מ-6% מהאוכלוסייה בישראל אינם מוצאים עבודה.⁷⁴ יש לבחון אם פרקטיקה זו מתיישבת עם הפרשנות שנתן בית-המשפט לראש-הנזק של אובדן כושר השתכרות. בית-המשפט התייחס להגדרת הפיצוי במקרים שבהם קיימות ראיות ביחס לכושר ההשתכרות שאבד. בעניין ברששת נחלקו דעותיהם של השופט שילה והשופט ברק ביחס לפרשנות הראויה. לגישתו של השופט שילה, כושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו, והוא בוחר לעשות בו כרצונו. לכן השופט שילה מסיק כי אין להתחשב בשאלה אם הניזוק בחר בפועל לא לעבוד לפני שנפגע, אך יש להביא בחשבון את נתוניו האישיים ואת אפשרויות התעסוקה הפתוחות לפניו בשוק, כדי ללמוד מה ההשתכרות הפוטנציאלית שלו.⁷⁵ עמדתו זו של השופט שילה תואמת את הפרשנות השנייה שהצעת. השופט שילה ביקש ליישם פרשנות זו במסגרת פסק-הדין באמצעות ראיות קונקרטיות, ולא באמצעות נתונים סטטיסטיים. נראה כי אם בית-המשפט מעוניין ליישם גישה זו במסגרת חישוב הפיצוי באמצעות נתונים סטטיסטיים, עליו להתחשב בסיכוי שהניזוק יהיה מובטל בזמן שיחפש עבודה, אך אין מקום להתחשב בהסתברות שהניזוק לא יעבוד מבחירה.

השופט ברק מציע שתי גישות אפשריות לאובדן כושר ההשתכרות, שאותן הוא מכנה "הגישה המוחשית" ו"הגישה המופשטת".⁷⁶ הגישה הראשונה, שבה הוא תומך, בוחנת את

73 למעשה, על-פי גישה זו, הפיצוי בעבור אובדן כושר השתכרות מגלם את השווי של חיי אדם. למנגנונים כלכליים שונים להערכת שוויים של חיי אדם ראו לעיל ה"ש 59.

74 נכון לשנת 2013, 6.2% מכוח העבודה הוגדרו "בלתי-מועסקים". ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לעיתונות – נתונים מסקר כוח אדם לחודש דצמבר, לרבע רביעי ולשנת 2013" (להלן: "הודעה לעיתונות") cbs.gov.il/www/hodaot2014n/20_14_026b.pdf (30.1.2014) – נתוני תעסוקה ושכר לסוף שנת 2013).

75 ראו ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281, פס' 10-17 לפסק-דינו של השופט שילה (1981) (להלן: עניין ברששת). השופט שילה אינו מצייין במפורש שצריך לספור את החודשים שבהם הניזוק צפוי לחפש עבודה אך עשוי להיות מובטל. אולם נראה כי תוצאה זו עולה מקביעתו כי יש להתייחס למצב שוק התעסוקה ולכישוריו של הניזוק בעת קביעת שיעור הפיצוי.

76 שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט ברק.

כושר ההשתכרות לפי הירידה בהכנסה הצפויה של הניזוק בפועל. על-פי גישה זו, אם קיימות ראיות המלמדות כי לא היה כל סיכוי שהניזוק יעבוד בעתיד, הוא אינו צריך לקבל פיצוי בראש-נזק זה. גישה זו תואמת את הפרשנות הראשונה שהצעתי לעיל לראש-הנזק. הגישה השנייה, הגישה המופשטת, היא למעשה גישתו של השופט שילה. לפי עמדתו של ברק, בעת חישוב הנזק יש להביא בחשבון את ההסתברות שהניזוק לא היה עובד כלל, בלי קשר לסיבה. במסגרת פסק-הדין הוא מציג את החישוב במפורש, בקובעו כי הפיצוי צריך להיות תואם את ההסתברות שהניזוק יעבוד בפועל בעתיד.⁷⁷

השאלה כיצד הפרשנות הראויה לראש-הנזק עשויה להשפיע על חישוב הסכום נעלמה מעיני השופטים. השופט ברק קובע כי "ברוב רובם של המקרים ניתן להגיע לאותה תוצאה, בין אם נוקטים את הגישה המוחשית ובין אם נוקטים את הגישה המופשטת. זו, כנראה, הסיבה לכך, שהבעיה טרם התעוררה במלוא חריפותה. טול את עניינו של קטין, שניזוק באופן שנגרם לו נזק תפקודי. הקטין טרם עבד, ואין לדעת כיצד יתפתחו פני הדברים בעתיד. על-פי שתי הגישות כאחד זכאי הוא לפיצויים בגין הפסד השתכרות. על-פי הגישה המוחשית זכאי הקטין לפיצויים, שכן קיים סיכוי, שהפגיעה התפקודית תפגע בכושר ההשתכרות. על-פי הגישה המופשטת זכאי הקטין לפיצויים, שכן הכושר לעבוד נפגע. גם שיעור הפיצויים זהה על-פי שתי הגישות".⁷⁸ מהניתוח עד כה עולה כי אמירה זו של השופט ברק אינה מדויקת. אומנם הניזוק יהיה זכאי לפיצוי לפי שתי הגישות, אולם לפי הגישה המוחשית שיעור הפיצויים צריך להיות נמוך באופן משמעותי מהשיעור לפי הגישה המופשטת.

נראה כי בית-המשפט העליון צידד בסופו של דבר ב"גישה המוחשית" שהתווה השופט ברק.⁷⁹ אולם אף-על-פי שגישה זו אמורה להוביל את בית-המשפט להפחתת סכום הפיצוי, עקב ההסתברות שהניזוק לא היה עובד במהלך חייו, בפועל הפיצוי נקבע כיום על בסיס השכר הממוצע במשק בלבד. בית-המשפט אינו מביא בחשבון, בעת בניית מסד הנתונים, את הפרטים שאינם מועסקים. לכן כאשר בית-המשפט עושה שימוש בנתונים סטטיסטיים, השימוש אינו מתיישב עם אף אחת מהגישות שהופיעו בעניין ברששת – לא עם זו של השופט שילה ולא עם זו של השופט ברק. בספרות עלו כמה הצעות לאמץ את הפרשנות השלישית שהצעתי קודם, אך אלה לא נקלטו עד כה במשפט הישראלי.⁸⁰

ההבדל בין החלופות הפרשניות יכול להשפיע גם על הדרך שבה צריך להתייחס לעובדים במשרה חלקית בעת חישוב השכר הממוצע במשק לצורכי פיצוי. ניתן לחשוב על עובדים במשרה חלקית כעל "מובטלים חלקית". לפי הגישה המוחשית של השופט ברק, התואמת את הפרשנות הראשונה לראש-הנזק, כשם שיש להתחשב בסיכוי שהניזוק לא היה עובד כלל, יש להתחשב גם בסיכוי שהוא היה עובד במשרה חלקית בלבד מכל סיבה שהיא. לפי גישה זו,

77 שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט ברק.

78 שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ברק.

79 ראו ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 517-519 (2004). מעניין שבהמשך פסק-הדין השופט ריבלין מתייחס לבעיית אי-הוודאות בחישוב הפסד ההשתכרות של ניזוק קטין, ומציין כי ניתן לבסס את הפסד ההשתכרות על השכר הממוצע במשק. ראו שם, בעמ' 543-544.

80 ראו, לדוגמה, אריה ל' מילר "אבדן כושר ההשתכרות כמבחן להערכת נזקי גוף" הפרקליט לב 251 (1978); פורת, לעיל ה"ש 58.

אם אחד מבני-הזוג במשק-בית משותף בוחר לעבוד במשרה חלקית, הוא יהיה זכאי לפיצוי פחות על פגיעה בו בהשוואה לבן-הזוג שעובד במשרה מלאה. לעומת זאת, על-פי הגישה של השופט שילה, התואמת את הפרשנות השנייה, אשר רואה את כושר ההשתכרות כנכס, יש לחשב את ההפסד על-פי משרה מלאה, בהתאם לניצול מלא של כושר ההשתכרות.⁸¹ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מפרסמת את השכר הממוצע והשכר החציוני במשק, וכן את השכר לפי שעה. השכר הממוצע נקבע על-פי ההכנסה שנוצרה לאדם מעבודה, ללא קשר להיקף השעות.⁸² המשמעות היא שהלשכה בוחנת את השכר הממוצע לפי ההכנסות בפועל של העובדים במאגר הנתונים, גם אם חלקם עבדו רק משרה חלקית. זו הסיבה שהיקף המשרה הממוצע הוא 40.8 שעות לשבוע – פחות ממשרה מלאה. לכן התחשיב שהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה עורכת תואם את הפרשנות הרואה את הנזק כאובדן הכנסה בפועל, ולא את הפרשנות הרואה את כושר ההשתכרות כנכס. כדי להתאים את סכום הפיצוי לפרשנות הרואה אובדן כושר השתכרות כפגיעה בנכס, היה עלינו לבחון את השכר הממוצע בהינתן עבודה במשרה מלאה. ניתן להגיע לתוצאה על-ידי הכפלת השכר הממוצע לשעה, בהיקף השעות של משרה מלאה. לפי הסקר שנערך בשנת 2012, חישוב זה יעמיד את השכר הממוצע לצורכי פיצוי על 9,560 ש"ח.⁸³ סכום זה גבוה במידה משמעותית מהשכר הממוצע לשנת 2012, שעמד על 8,775 ש"ח.⁸⁴

הנתון שהמוסד לביטוח לאומי מפרסם שונה משני הנתונים הקודמים. המוסד לביטוח לאומי מתייחס ל"שכר ממוצע למשרה",⁸⁵ כלומר, לממוצע שנקבע על-ידי חלוקת סכום ההכנסה הכולל במספר המשרות.⁸⁶ נתון זה מציג למעשה את ההכנסה הממוצעת ממשרה,

-
- 81 ההגדרה של "משרה מלאה" היא בעייתית. בפועל יש עובדים רבים שהיקף המשרה שלהם חורג ממשרה מלאה. אם אנו מעוניינים למצוא מדד לכושר השתכרות מלא, ייתכן שצריך לבחון את ההיקף של משרה מלאה לצורכי פיצוי בהתאם להיקף העבודה של כל העובדים שאינם עובדים במשרה חלקית. ממוצע זה יביא בחשבון גם עובדים שהמשרה המלאה שלהם מוגדרת בהיקף נמוך מעט מזה הקבוע בחוק, וכן עובדים שהיקף שעות העבודה שלהם גבוה ממשרה מלאה.
- 82 ראו למ"ס – נתוני תעסוקה ושכר לסוף שנת 2013, לעיל ה"ש 74.
- 83 היקף משרה מלאה בישראל הוא 186 שעות בחודש. לכן שכר המינימום לשעה נקבע לפי החלק ה-186 משכר המינימום החודשי. ראו ס' 1 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987. השכר הממוצע לשעה בשנת 2012 לפי סקר משקי-בית היה 51.4 ש"ח לשעה. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לתקשורת – הכנסות של שכירים מסקר הוצאות משק הבית 2012 כולל חיילים בשירות סדיר" 1 (5.11.2013). המכפלה של השכר לשעה במספר השעות נותנת 9,560 ש"ח.
- 84 מובן שיש להפחית מסכום זה את ההסתברות שהניזוק יהיה מובטל כאשר יחפש עבודה. מאחר שההסתברות לכך עומדת על 6.2%, השכר הממוצע לצורכי פיצוי צריך לעמוד על 8,967 ש"ח (לפי נתוני 2012). כאמור, סכום זה, המחושב לפי הפרשנות השנייה שהצעת, גבוה מהפיצוי שניתן בפועל.
- 85 ראו את ההגדרה של "השכר הממוצע" בס' 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ואת ההגדרה של "שכר מדוד" בס' 2.
- 86 ההגדרה מופיעה בשנתון הסטטיסטי שהלשכה מפרסמת. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 64, 553-554 (2013).

ללא התחשבות בהיקף המשרה. כלומר, אדם העובד בארבע משרות נחשב לצורך החישוב הזה כארבעה אנשים שונים העובדים כל אחד במשרה אחת. חישוב זה אינו מתיישב אף עם אחת מהחלופות הפרשניות האפשריות לכושר ההשתכרות, ולכן אין סיבה להתחשב בו בעת חישוב הפיצוי בעבור אובדן כושר השתכרות.

בעניין דוידנקו התייחס בית-המשפט לשאלה באיזה נתון עדיף לעשות שימוש – בשכר הממוצע לפי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה או בשכר הממוצע למשרה לפי המוסד לביטוח לאומי. בית-המשפט קבע כי "ברגיל, ברירת המחלף תהא נתוני השכר הממוצע על פי הלמ"ס, שנתוניו משמשים בדיני הנזיקין גם לצרכים אחרים כמו קביעת תוחלת חיים".⁸⁷ טענתי היא כי נימוק זה אינו מספיק. ההחלטה להשתמש בנתון סטטיסטי מסוים צריכה להתבסס על מידת ההתאמה של אותו נתון סטטיסטי למטרות שהמשפט שואף לקדם. אם הנתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה אינם מחושבים בהתאם לתיאוריה העומדת בבסיסם של דיני הפיצויים, אין סיבה להיצמד אליהם, ויש לעבור לתחשיב אחר. במקרה זה נראה כי הנתון של הלשכה אינו מתיישב אף עם אחת מהחלופות הפרשניות לראש-הנזק: הנתון הממוצע לפי נתוני הלשכה אינו מביא בחשבון פרטים שאינם מועסקים, ולכן אינו מתיישב עם הפרשנויות הראשונה או השנייה; מאידך גיסא, מסד הנתונים כולל פרטים המועסקים במשרה חלקית ונותן להם משקל שווה, ולכן הנתון אינו מתיישב גם עם הפרשנות השלישית. ניתן להתגבר על קשיים אלה ולמצוא את הנתון הנכון על-סמך דיווחיה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, אך לשם כך בית-המשפט צריך לשים לב היטב להנחות העומדות בבסיסו של מסד הנתונים.⁸⁸

3. טעות פרקטית בבניית מסד הנתונים – אי-התחשבות בגיל הנזוק בעת חישוב הקיצור בתוחלת החיים

עד כה נבחנו בפרק זה מצבים שבהם שיקולי מדיניות משפטית הנחו את בית-המשפט (או היו צריכים להנחותו) בעת בניית מסד הנתונים הרלוונטי. אולם בתי-המשפט עלולים לעשות שימוש שגוי במסד הנתונים ללא קשר לשיקולים נורמטיביים. כך, לדוגמה, בתי-המשפט עלולים לטעות בבניית מסד הנתונים המשמש להערכת תוחלת החיים בחברה לצורך חישוב הקיצור בתוחלת החיים. נחזור שוב לדוגמה 1, שהוצגה במבוא. הדוגמה ממחישה כיצד בתי-המשפט בוחנים מסד נתונים לא-רלוונטי ולכן טועים בהערכת הנזק.

דוגמה 1 – קיצור תוחלת החיים של ניזוק בוגר: דינה, בת ה-50, נפגעה בתאונה שנגרמה כתוצאה מעוולה. הרופאים מעריכים כי הפגיעות שספגה יובילו למותה בתוך 20 שנה. על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תוחלת החיים הכללית של אישה יהודייה בישראל היא 82.2 שנים. כיצד יש לחשב את קיצור תוחלת החיים של דינה בעקבות התאונה?⁸⁹

87 עניין דוידנקו, לעיל ה"ש 16, פס' 7 לפסק-דינו של השופט עמית.

88 הנתון שפרסם המוסד לביטוח לאומי אינו טוב יותר, אולם לא זו הסיבה שבעטייה בית-המשפט בעניין דוידנקו דוחה אותו.

89 הדוגמה מבוססת על עניין נפתלי, לעיל ה"ש 10.

דינה צפויה למות בגיל 70. כאשר בית-המשפט נדרש למידע זה, עליו להכריע לאיזה גיל הייתה דינה מגיעה אלמלא העוולה. אם תוחלת החיים הכללית מהווה נתון קבוע שבית-המשפט צריך להתייחס אליו, הוא יקבע כי הקיצור בתוחלת החיים שווה להפרש בין תוחלת החיים הכללית לבין הגיל שהתובעת צפויה להגיע אליו. במקרה זה ההפרש עומד על 12.2 שנים.

אולם חישוב הקיצור בחיי הניזוקה על-סמך תוחלת החיים הכללית שגוי. מסד הנתונים המשמש לקביעת תוחלת החיים הכללית הוא לוח התמותה, הכולל את כל האנשים שנפטרו בישראל לפי גיל. הממוצע המשוקלל של כולם יחדיו נותן את תוחלת החיים הכללית. אולם במקרה שבו הניזוק מבוגר לא כל הנתונים רלוונטיים לגביו. במקרה של דינה ברור, מעצם גילה, כי היא לא תוכל למות לפני גיל 50. לכן יש לבחון מה תוחלת החיים בישראל של כל האנשים (או הנשים) שכבר הגיעו לגיל 50. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מפרסמת את שני הנתונים ב"לוח התמותה השלם".⁹⁰ עיון בלוח מלמד כי לאישה בגיל 50 בישראל יש תוחלת חיים של 34.6 שנים נוספות. כלומר, אם דינה צפויה להגיע רק לגיל 70, חיייה קוצרו ב-14.6 שנים, ולא ב-12.2 שנים.⁹¹

ניתן להקשות ולומר כי הפגיעה בדינה אינה חמורה במיוחד, מאחר שההפרש קטן. התשובה לביקורת זו פשוטה. ראשית, גם אם מדובר בטעות קטנה, אין סיבה להסכים לה בהינתן שתיקונה אינו כרוך בהוצאות משפט גבוהות.⁹² שנית, ההפרש בין תוחלת החיים הכללית לבין תוחלת החיים של הניזוק בהינתן גילו גדל ככל שהניזוק מבוגר יותר. לכן לעיתים השימוש בתוחלת החיים הכללית מוביל לתוצאות חמורות ואף אבסורדיות. הדוגמה הבאה ממחישה מקרה כזה:

דוגמה 5 – קיצור תוחלת החיים של ניזוק קשיש: מרים, בת ה-85, ניזוקה בתאונה שנגרמה כתוצאה מהתנהגות עוולתית. מרים נפטרה כתוצאה מהתאונה.

90 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לוחות תמותה של ישראל 2008–2012 לוח 2 – לוח תמותה של ישראל: כל האוכלוסייה – נקבות (2014) www.cbs.gov.il/publications14/1576/pdf/h_print.pdf

91 הערכה על-סמך תוחלת החיים הכללית תוביל בהכרח להערכה נמוכה מדי של תוחלת החיים במקרה הפרטי. זאת, מאחר שהתחשבות בגיל הניזוק מובילה לגריעה של הפרטים עם משך החיים הקצר ביותר, ולכן מובילה בהכרח להגדלה של הממוצע והחציון. מכאן שחישוב שאינו מביא בחשבון את גיל הניזוק מוביל בכל המקרים להערכה נמוכה מדי של הנזק.

92 למעשה, אם בית-המשפט מעוניין, הוא יכול לשפר את הדיוק בהערכת תוחלת החיים של הניזוק גם על-ידי התייחסות לגורמים שונים שעשויים להאריכה או לקצרה (כגון עישון, היסטוריה רפואית וכו'). אולם הנתונים ביחס להשפעתם של גורמים כאלה על תוחלת החיים אינם זמינים בקלות, ולכן עלות ארמיניסטרטיבית עשויה להסביר מדוע בית-המשפט אינו מביא נתונים אלה בחשבון, ואינו צריך להביאם בחשבון. זאת ועוד, התחשבות בנתונים אלה אומנם תואמת את המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו בדיוק רב ככל האפשר, אולם מבחינת הרתעה אין סיבה להתחשב בגורמים אחרים חוץ מגיל. להבדיל מגיל הניזוק, לגורמים אחרים יש השפעה סימטרית על גובה הפיצוי – חלקם יובילו להגדלה של תוחלת החיים, וחלקם יובילו לקיצורה, כך שהם צפויים לבטל זה את זה. על-כן, מבחינת ההרתעה, התחשבות בנתונים אלה לא תשנה את תוחלת הנזק שהמזיק רואה אקס-אנטה, ולכן אין צורך להביאם בחשבון.

על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תוחלת החיים הכללית של אישה בישראל היא 83.4 שנים. כיצד יש לחשב את הקיצור בתוחלת החיים של מרים בעקבות התאונה?

אם נחשב את קיצור תוחלת החיים של מרים לפי תוחלת החיים הכללית של נשים בישראל, ניווכח כי חייה של מרים לא קוצרו כתוצאה מהתאונה, ולכן היא אינה זכאית לשום פיצוי בגין קיצור תוחלת החיים. יתרה מזו, אם מתעקשים על התחשיב האריתמטי הנסמך על תוחלת החיים הכללית, התוצאה המתקבלת היא מינוס 1.6 שנים, כלומר, התאונה האריכה לכאורה את תוחלת חייה של מרים.

תוצאה זו נפתרת אם בוחנים את תוחלת החיים של מרים בהינתן גילה. תוחלת החיים של נשים בגיל 85 עומדת על 91.8 שנים, ולכן נראה כי חייה של מרים קוצרו בממוצע ב-6.8 שנים. אם בית-המשפט מעוניין לפצות את מרים על קיצור תוחלת החיים שלה, עליו להטיל על המזיק פיצוי התואם פרק-זמן זה.

בתי-המשפט משתמשים בתוחלת החיים הכללית לצורך חישוב הקיצור בתוחלת החיים.⁹³ כך, השופט שפירא, בפסק-הדין שנתן בעניין נפתלי,⁹⁴ בוחן את תוחלת החיים הצפויה של הניזוקה תוך התייחסות לתוחלת החיים הממוצעת של נשים יהודיות בישראל.⁹⁵ השופט מתייחס לתוחלת החיים הכללית כאל קבוע שיש להשוות אליו את משך החיים שקוצר.⁹⁶ בעניין פת, שנדון בבית-המשפט העליון, התייחס השופט עמית לדרך החישוב של קיצור תוחלת החיים.⁹⁷ באותו מקרה קבעה המומחית השיקומית כי תוחלת החיים של התובע, בן ה-50, התקצרה ב-10%. בית-המשפט המחוזי קבע כי מאחר שתוחלת החיים בישראל היא 80 שנים, חייו של הניזוק קוצרו ב-8 שנים. השופט עמית קבע כי בבחינת הקיצור יש להביא בחשבון רק את השנים שנותרו לניזוק לחיות. בהתאם לכך הוא קבע כי נותרו לניזוק 30 שנים לחיות, בהסתמכו גם הוא על הנתון שתוחלת החיים של גברים בישראל היא 80

93 ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי חי') 15400-12-08 ארמה נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב "הפול" (פורסם בנבו, 30.3.2015); ת"א (מחוזי י-ם) 1662/97 עזבון גרונסקי נ' פומרניץ (פורסם בנבו, 7.8.2002); ת"א (מחוזי י-ם) 1751/96 גרוס נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2002); ת"א (מחוזי ב"ש) 3231/98 עזבון טולדו נ' מדינת ישראל, משרד החינוך התרבות והספורט (פורסם בנבו, 9.7.2001).

94 ראו עניין נפתלי, לעיל ה"ש 10.

95 שם, פס' 13 לפסק-הדין. בסוף הפסקה קובע השופט שפירא כך: "על-פי השנתון הסטטיסטי לשנת 2005, כפי שפורסם באתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תוחלת החיים של אישה יהודיה היא 82.2 שנים. במועד התאונה הייתה התובעת 2 כבת 47 וכיום בת 49. תוחלת החיים הצפויה לתובעת 2 אלמלא התאונה היא 33.2 שנים נוספות. בשים לב לכלל גורמי הסיכון שהוצגו בפני, לאדם במצבה של התובעת 2, קוצרה תוחלת חייה בחמש שנים, דהיינו עד גיל 77.2 שנים" (ההדגשה הוספה). ניתן לראות כי השופט שפירא מתייחס לתוחלת החיים הכללית של נשים יהודיות בישראל, אולם הדבר לא שינה לצורך חישוב הקיצור, היות שהוא הכריע מראש, וללא קשר לתוחלת החיים, כי חייה של התובעת התקצרו בחמש שנים.

96 על פסק-הדין הוגש ערעור, אך הדיון בערעור עסק בעניינים אחרים, ובית-המשפט העליון לא התייחס לסוגיה זו בפסק-הדין.

97 עניין פת, לעיל ה"ש 66.

שנים, וכי חייו של הניזוק קוצרו על-כן ב-3 שנים בלבד (10% מ-30).⁹⁸ כלומר, גם במקרה זה התעלם בית-המשפט מכך שהניזוק כבר הגיע לגיל 50.

במחקר שפרסם פרופ' רונן פרי בשנת 2005⁹⁹ הוא סוקר את הפיצוי שמקבלים ניזוקים בעבור כל שנה של קיצור תוחלת החיים. במחקר עלתה תוצאה מעניינת שלפיה כאשר מדובר בקיצור תוחלת החיים של ניזוק חי, בית-המשפט מעניק פיצוי גבוה בהרבה בעבור כל שנה של קיצור תוחלת החיים מזה שהוא מעניק לעיזבון כאשר מדובר בקיצור תוחלת החיים של ניזוק שנפטר. במסגרת המחקר פרי בוחן את פסקי-הדין שהתקבלו בשנים שלפני צאת המאמר, וביחס לכל אחד מהם הוא בוחן לאיזה גיל הגיע הניזוק או לאיזה גיל נאמר שהוא עתיד להגיע, ולפי גיל זה הוא מחשב את הקיצור בתוחלת החיים. אלא שבמסגרת החישוב פרי נסמך על תוחלת החיים הכללית כנקודת השוואה לשם חישוב הקיצור בתוחלת החיים של כל הניזוקים, תוך שהוא מתעלם מהשפעת גילם של הניזוקים על תוחלת החיים שלהם.¹⁰⁰ כלומר, אם תוחלת החיים הממוצעת לגברים בישראל היא 80 שנים, קבע פרי כי הקיצור בתוחלת החיים של ניזוק בן 60 שנפטר היה כ-20 שנים, ושל ניזוק בן 30 שנפטר – כ-50 שנים. ברור מדוע תחשיב זה שגוי.

חישוב הקיצור בתוחלת החיים ללא התחשבות בגיל הניזוק יוביל תמיד לטעות לכיוון מטה. כלומר, בלא קשר לעמדה הנורמטיבית העומדת בבסיס הפיצוי בגין קיצור בתוחלת החיים, נראה כי בכל מקרה הפיצוי צריך להיות גבוה מזה שכתתי-המשפט נותנים כיום. התאמת תוחלת החיים הצפויה לגיל הניזוק החי במועד המשפט תתקן טעות זו.¹⁰¹

4. כיצד יש לחשב הפסד השתכרות בתקופת השירות הצבאי?

טעות פרקטית נוספת שבית-המשפט עושה קשורה לשאלה כיצד יש להתחשב בשכר המשרתים בסדיר במסגרת חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות. שאלה זו רלוונטית בראש ובראשונה לחישוב הפיצוי לקטינים שהיו צפויים לשרת בצבא אלמלא העוולה, אולם ההתייחסות לשכר המשרתים בסדיר תשפיע על הפיצוי גם כאשר הוא ניתן לבוגרים שכבר עברו את גיל השירות הצבאי.

במקרה של פגיעה בניזוק קטין, אשר ממילא לא היה צפוי לעבוד בשכר בשנים הקרובות, עולה השאלה מאיזה גיל יש להתחיל לחשב את אובדן כושר ההשתכרות. מאחר שבישראל מונהג גיוס-חובה לצבא, ובמהלך השירות הצבאי השכר לחיילים נמוך מאוד, אפשר לחשוב

98 שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט עמית.

99 רונן פרי "על חוסר העקביות בפסיקת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים" עלי משפט ד 151 (2005).

100 ראו שם, בעמ' 165 ה"ש 57.

101 תחת ההנחה שאירוע הנזק אינו יכול להביא לידי הארכת משך חייו של התובע, ברור כי התובע היה מגיע לפחות לגילו בזמן המשפט אלמלא אירוע הנזק. לעומת זאת, אם התובע נפטר במועד התאונה, אי-אפשר עוד להניח כי הוא היה חי עד למועד המשפט אלמלא אירוע הנזק. על-כן, אם התביעה מוגשת על-ידי הניזוק החי, יש לחשב את תוחלת החיים בהינתן גילו בזמן המשפט, ואם היא מוגשת על-ידי העיזבון של התובע שנפטר, יש לחשב את תוחלת החיים בהינתן גילו במועד אירוע הנזק.

על שתי שיטות לחישוב אובדן ההשתכרות.¹⁰² לפי השיטה האחת, נחשב בנפרד את הנזק שנגרם מכך שהניזוק לא ישרת בצבא, ועל נזק זה נוסף את הפסד ההשתכרות מגיל 21¹⁰³ לפי השכר הממוצע במשק. במקרה זה השכר הממוצע יכלול את שכרם של כל האנשים העובדים אחרי שירות-חובה. לפי השיטה האחרת, נחשב את השכר הממוצע במשק כולל שכר החיילים, ונקבע את הפיצוי לפי השכר הממוצע מגיל 18. אומנם ידוע שבמהלך השירות הצבאי השכר היה אמור להיות נמוך יותר מהשכר הממוצע, אולם התוספת המוענקת לניזוק במסגרת הפיצוי המחושב לו לגבי תקופת השירות הצבאי (התיאורטי) שווה בדיוק להפחתה בשכר המחושב לו בעבור השנים שאחרי השירות הצבאי. כלומר, שתי השיטות מובילות לאותה תוצאה.

בתי-המשפט בישראל סבורים כי הם בחרו בשיטה הראשונה. בעניין שרון¹⁰⁴ קבע השופט ריבלין כי יש להעניק לניזוקה (הקטינה) פיצוי בגין תקופת השירות הצבאי בגובה של 70% מהשכר הממוצע במשק, וזאת בעבור השירותים שהצבא מספק לחיילים במהלך השירות, כאוכל וביגוד,¹⁰⁵ וכי נוסף על כך יש לפצות את הניזוקה בגין אובדן כושר השתכרות החל בגיל 20. במועד שבו התקבלה ההחלטה בעניין שרון לא כללה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה את שכר החיילים בחובה במסגרת חישוב השכר הממוצע, ולכן ההחלטה האמורה של בית-המשפט התיישבה עם הנתון הסטטיסטי.¹⁰⁶ אולם בשנת 2012 שינתה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה את ההגדרה, וכללה את החיילים בשירות סדיר בהגדרת "מועסקים". על-כן השכר שלהם מגולם בשכר הממוצע במשק.¹⁰⁷ לכן, מאז פורסם השנתון הסטטיסטי לישראל של שנת 2012, שימוש בשכר הממוצע שהלשכה מפרסמת מחייב את בית-המשפט להעניק פיצוי בגין אובדן השתכרות החל בגיל 18, ולא בגיל 20 או 21. צורת החישוב הנוכחית מביאה בחשבון את השכר הנמוך המשולם לחיילים פעמיים – פעם אחת במסגרת החישוב הנפרד של הנזק בתקופת השירות הצבאי, ופעם נוספת כאשר נעשה שימוש בנתון בדבר

102 בחירה בין "שיטות חישוב", להבדיל מבחירה בין גישות או בין פרשנויות, אינה אמורה להשפיע על התוצאה הסופית.

103 או מגיל 20 במקרה של בנות, שכן שירות-החובה שלהן קצר יותר.

104 ע"א 1972/03 שרון נ' רקובה (פורסם בנבו, 11.10.2005). ראו גם ע"א 5231/10 פלונית נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פס' טו (פורסם בנבו, 2.8.2012); ע"א 6738/06 סהר ציון חברה לביטוח בע"מ נ' אבו עאבד, פס' 5 (פורסם בנבו, 15.3.2009); ת"א (מחוזי י-ם) 4059/02 טל נ' אייכנבלט, פס' 135 (פורסם בנבו, 26.1.2010).

105 נראה כי ההטבות שבי-המשפט מתייחס אליהן נפרדות מהשכר. לכן, אילו בחר בית-המשפט להעניק לניזוקה פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות החל בגיל 18, היה עליו עדיין להעניק לה פיצוי בגין אובדן השירותים שהצבא מעניק, בגובה המשקף את ערכם הכלכלי של שירותים אלה. כאמור, בית-המשפט קבע כי שוויים המוערך של השירותים שהצבא מספק לחיילים הוא 70% מהשכר הממוצע במשק. אם סכום זה כולל את שכר החיילים בחובה (והטבות כספיות אחרות שחיילים זכאים להן), אזי ערכם של השירותים שחיילים מקבלים מהצבא בניכוי ההטבות הכספיות צריך להיות נמוך יותר.

106 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 56, 413 (2005).

107 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 63, 547 (2012).

השכר הממוצע אשר מתחשב בשכר החיילים בשירות סדיר. ברור שלא זו התוצאה שאליה התכוון בית-המשפט.

בפועל לא שמו בתי-המשפט לב לשינוי שחל בהגדרה, והם ממשיכים ליישם את ההלכה הישנה ומעניקים פיצוי נמוך מדי בעבור תקופת השירות הצבאי.¹⁰⁸ לא איתרתי שום פסק-דין שבו ניתן פיצוי מלא בעבור תקופה זו לאחר השינוי האמור. יתרה מזו, השינוי בהגדרות השפיע על הפיצוי של ניזוקים שגילם מעל 21. עד לשנת 2012 חושב השכר הממוצע ללא התחשבות בשכר החיילים, ולכן תאם את השכר הממוצע שאותו היו אותם ניזוקים צפויים לקבל בשוק. השינוי שחל בהגדרות הוביל להפחתה יחסית בשכר הממוצע, אולם התחשיב של בית-המשפט לא השתנה בהתאם.¹⁰⁹ נראה כי לנוכח השינוי שחל בהגדרות של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה יש להתאים את התחשיב לפיצוי הן לגבי ניזוקים קטינים והן לגבי ניזוקים בוגרים.

ג. השימוש בממוצע ובחציון בחישוב הנזק

לאחר שבית-המשפט בנה את מסד הנתונים, עליו להגיע לנתון סופי שימשמש בסיס לפיצוי. פרק זה עוסק בשאלה איזה נתון צריך לשמש את בית-המשפט. בהנחה שבית-המשפט בחר במסד נתונים התואם את התיאוריה המשפטית הרלוונטית, עליו לבחור באחד משני כללי ההכרעה שהוצגו קודם – כלל מאזן הסתברויות או כלל של אחריות הסתברותית. הבחירה תלויה במטרה שבית-המשפט רוצה להגשים. כלל מאזן ההסתברויות יוביל לפיצוי המשקף את הנזק הסביר ביותר שנגרם לניזוק הספציפי, ובכך הוא תואם את המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו.¹¹⁰ כלל של אחריות הסתברותית, לעומת זאת, עלול לפצות את הניזוק הספציפי בסכום גבוה או נמוך מהנזק שנגרם לו באפשרות הסבירה ביותר, אולם

108 ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי מר') 9109-05-11 ע.ג. נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פס' 5 (פורסם בנבו, 24.6.2014) (בית-המשפט העניק פיצוי בסך 70% מהשכר הממוצע במשך בעבור תקופת השירות הצבאי); ת"א (מחוזי חי') 966-06 פנינקלשטיין נ' הפול – המאגר הישראלי לביטוח רכב בע"מ, פס' 20 (פורסם בנבו, 3.12.2013) (בית-המשפט מתייחס לחזקות שנקבעו לעניין הפיצוי באופן כללי, ומציין כי בתקופת השירות הצבאי ניזוקים זכאים לפיצוי השווה ל-70% מהשכר הממוצע במשק); ת"א (שלום ת"א) 44822-06-14 לנקרי נ' התאגיד המנהל של המאגר לביטוח רכב חובה ("הפול") בע"מ (פורסם בנבו, 13.9.2015) (בית-המשפט מציין כי הפיצוי בעבור תקופת השירות הצבאי ניתן בהתאם "להלכות המקובלות", ולכן מעניק פיצוי מופחת).

109 ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי חי') 19489-10-10 מלכה נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול"), פס' 23 (פורסם בנבו, 3.3.2015) (בית-המשפט העניק לתובע שעבר את גיל השירות הצבאי פיצוי לעתיד לפי השכר הממוצע במשק, וזאת בשל גילו הצעיר וחוסר הניסיון התעסוקתי. מכיוון שהנתון בדבר השכר הממוצע מביא בחשבון את שכר החיילים בסדיר, ייתכן שגלום בכך פיצוי-חסר).

110 הפיצוי על-פי כלל מאזן ההסתברויות סביר יותר מהפיצוי על-פי הממוצע מאחר שההתפלגות מוטיית, ולכן רק מיעוט מקרב האוכלוסייה מגיע לנתון הממוצע או עובר אותו. לעומת זאת, בהגדרה, מחצית האוכלוסייה נמצאת מתחת לחציון, ומחציתה נמצאת מעליו.

במקרים אלה הכלל משקף את הנזק החברתי שהמזיק יצר, ולכן הוא ייצור תמריצים טובים יותר ויהיה עדיף מבחינת ההרתעה.

1. אובדן השתכרות

כדי להבין באיזה אופן כללי ההכרעה משפיעים על ניתוח אובדן ההשתכרות, נשוב לדוגמה 2 שהוצגה בתחילת המאמר:

דוגמה 2 – אובדן השתכרות של ניזוק בוגר: ראובן, בן ה-25, ניזוק בתאונה שנגרמה כתוצאה מעוולה. בעקבות התאונה ראובן לוקה בנכות ברמה של 100%, ולא יוכל לעבוד כל חייו. עובר לתאונה היה ראובן סטודנט לכימיה באוניברסיטה, והוא הביע את רצונו לעבוד בתחום. לפני התאונה לא עבד ראובן בעבודה קבועה, והשקיע את זמנו בלימודים. בזמן המשפט עובדים בשוק 100 כימאים: 80 מהכימאים עוסקים בהוראה ומרוויחים 10,000 ש"ח בחודש, ו-20 כימאים עוסקים במחקר ומרוויחים 60,000 ש"ח בחודש. כיצד יש לחשב את אובדן ההשתכרות של ראובן?

לאחר התאונה אין עוד שום יכולת לדעת כיצד היה ראובן משתכר אלמלא העוולה. בדוגמה קיימים נתונים המלמדים על יכולת ההשתכרות העתידית של הניזוק אילו לא נפגע בתאונה, אך קיימת אי-ודאות ביחס לשכר שהוא היה מרוויח בפועל אילו עבד במקצוע שלמד. דוגמה זו מציגה בחירה בין שני מקצועות בלבד, ולכן ניתן לנתח באמצעות כללי ההכרעה שהוצגו בפרק הראשון. על-פי כלל מאזן ההסתברויות, הסיכוי שראובן יעסוק בהוראה גבוה מ-50%, ולכן על בית-המשפט למצוא כי ראובן יעסוק בהוראה ולפצות אותו על אובדן השתכרות של 10,000 ש"ח בחודש. לעומת זאת, על-פי כלל של אחריות הסתברותית, בית-המשפט צריך להתחשב בהסתברות התרחשותו של כל אחד ממצבי-העולם. לפי גישה זו, בית-המשפט יקבע כי ראובן איבד 20% סיכוי להיות מדען ו-80% סיכוי להיות מורה. הפיצוי ייקבע לפי 80% כפול 10,000, ועוד 20% כפול 60,000. כלומר, בית-המשפט צריך לפצות את ראובן בגין הפסד השתכרות של 20,000 ש"ח בחודש.¹¹¹

111 לכאורה קיימת אפשרות שלישית, והיא לקבוע כי השכר הצפוי לניזוק אלמלא העוולה היה 60,000 ש"ח. ניתן להגיע לאפשרות זו באופן הבא: הפגיעה העוולתית הובילה לפגיעה בכושר ההשתכרות של הניזוק, אך גם גרמה לכך שהניזוק לא יהיה מסוגל להוכיח כי אלמלא העוולה הוא היה משתכר 60,000 ש"ח בחודש. לכן, על-פי דוקטרינת "הנזק הראייתי המובנה", יש להעביר אל המזיק את נטל ההוכחה כי הניזוק לא היה משתכר ברמה זו. מאחר שהמזיק לא יהיה מסוגל לעמוד בנטל, יש להעמיד את הפיצוי על הסכום הגבוה. נראה כי טענה זו מובילה לפיצוי העולה על תוחלת הנזק, ולכן היא אינה מתיישבת עם מטרות ההרתעה. הטענה אף אינה מתיישבת עם המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו. לכן, מבחינה נורמטיבית, זו תוצאה לא-רצויה. אולם יישום דוקטרינת "הנזק הראייתי המובנה" הייתה עשויה להוביל את בית-המשפט לפסיקה כזו. ככל שבת-המשפט סבורים כי תוצאה זו שגויה, עליהם לבחון את יישומה של הדוקטרינה גם בנסיבות אחרות. להסבר על הדוקטרינה ולביקורת עליה ראו גיא שני "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315 (2011).

ניתוח הדוגמה באמצעות התייחסות לשכר הממוצע ולשכר החציוני של כימאים בישראל יוביל לאותן תוצאות שהתקבלו בניתוח לעיל. אם מסד הנתונים כולל את כל הכימאים העובדים בישראל, אזי השכר הממוצע של כימאי, בהתאם להנחות, הוא 20,000 ש"ח. לעומת זאת, השכר החציוני של כימאי, המשקף את הנקודה שבה מחצית הכימאים מרוויחים אותו סכום או יותר, ומחציתם מרוויחים אותו סכום או פחות, הוא 10,000 ש"ח. נתונים אלה זהים לנתונים שהתקבלו מיישומם של כללי ההכרעה, ולא בכדי – הממוצע המשוקלל (או תוחלת ההשתכרות) הוא סכום המכפלות של כל אחת מהמשכורות האפשריות בהסתברות שלה, ואילו החציון מציג את השכר הסביר ביותר בנתוני המקרה.¹¹²

הדוגמה ממחישה מדוע חישוב הנזק לפי מאזן ההסתברויות מוביל לפיצוי־חסר: הנזק החברתי שהמזיק יצר שווה לנזק הממוצע; הערכת הנזק לפי מאזן ההסתברויות יוצרת טעות שיטתית כלפי מטה ביחס לשכר, ולכן תוביל לפיצוי־חסר ולפגיעה בהרתעה. אם נניח כי נוסף על ראובן נפגעו עוד ארבעה סטודנטים לכימיה בתאונה דומה, אזי מבחינה סטטיסטית ארבעה נפגעים היו עוסקים בהוראה ומרוויחים 10,000 ש"ח בחודש, ואחד מהם היה עוסק במחקר ומרוויח 60,000 ש"ח בחודש. אילו היה אפשר לזהותם, היה על המזיק לשלם פיצוי המוערך לפי השתכרות חודשית של 100,000 ש"ח. אולם מאחר שאי־אפשר לזהות מי מבין הנפגעים היה עוסק במחקר אלמלא התאונה, ובהנחה שבית־המשפט יחיל את כלל מאזן ההסתברויות, יפסוק בית־המשפט לכל אחד מהניזוקים פיצוי בסך 10,000 ש"ח. המזיק יראה מולו נזק בסך 50,000 ש"ח, המהווה רק מחצית מהנזק החברתי שהוא גרם.

אם מטרת המשפט היא להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, נראה שההתחשבות בנזק החברתי שגויה. גישה השואפת לבחון את מערכת היחסים בין המזיק לניזוק בלבד, בהתעלם מקידום מטרת חברתיות, אינה צריכה להביא בחשבון את הנזק החברתי, אלא את הנזק הסביר ביותר שנגרם לניזוק הקונקרטי, באופן המתיישב עם כלל מאזן ההסתברויות.¹¹³ על־כן, כדי להגשים את המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, יש לחשב את הפיצוי על־פי החציון.

ביקורת אפשרית על הטיעון לעיל תגרוס כי הנתונים שהונחו בדוגמה הם שהובילו למסקנה כי מתן פיצוי לפי כלל מאזן ההסתברויות מוביל לפיצוי־חסר. אילו הנחנו כי כל העובדים משתכרים באותה רמת שכר, או כי התפלגות השכר סימטרית כך שעל כל עובד המשתכר

112 לא תמיד החציון מציג את הערך שההסתברות להתרחשותו היא הגבוהה ביותר. התוצאה כאן היא תוצר של הנתונים שנבחרו לצורך הדוגמה. כאשר יש יותר משתי תוצאות אפשריות, התוצאה שסבירותה היא הגבוהה ביותר מכונה "השכיח", והיא יכולה להיות שונה מהחציון. בכל־זאת, החציון משקף בצורה הטובה ביותר את ההיגיון העומד בבסיסו של כלל מאזן ההסתברויות, ולכן הוא משקף את השכר הסביר מנקודת־מבט משפטית גם כאשר קיימות תוצאות אפשריות רבות או כאשר התפלגות השכר בחברה רציפה. במצבים שבהם ההתפלגות רציפה הערך השכיח מציג אומנם מקרים שבהם ההסתברות גבוהה מהסתברותם של ערכים אחרים, אך הסתברות זו עורנה נמוכה מאוד, ולמעשה שואפת לאפס. לכן הערך השכיח כשלעצמו אינו תורם להערכת הנזק. להסבר מדוע חישוב לפי החציון מתיישב עם כלל מאזן ההסתברויות במקרה של התפלגות רציפה (או התפלגות בדידה שקיימים בה תרחישים אפשריים רבים) ראו להלן ליד ה"ש 117.

להתייחסות למצבים שבהם ראוי לעשות שימוש בנתון השכיח ראו לעיל ה"ש 22.

113 הטענה כי הפיצוי בניזוקין רלוונטי רק למערכת היחסים בין המזיק לניזוק, ולכן אינו צריך לערב בתוכו שיקולי מדיניות שונים, עומדת בבסיסה של גישת הצדק המתקן. ראו לעיל ה"ש 20.

מעל הממוצע קיים עובד המשתכר מתחת לממוצע, אזי לא הייתה טעות שיטתית, ופיצוי לפי מאזן ההסתברויות לא היה מוביל להרתעת-חסר של המזיק.¹¹⁴ יתרה מזו, אם בדוגמה של הניזוק הבוגר היו מוצגים נתונים שונים, שלפיהם 80 כימאים מצאו עבודה במחקר לאחר הלימודים ורק 20 כימאים עוסקים בהוראה, היה מתקבל מצב הפוך שבו חישוב הפיצוי לפי מאזן ההסתברויות היה מוביל להרתעת-יתר.

ביקורת זו נכונה כטענה כללית, אך אינה מתיישבת עם המציאות. בעולם המציאות התפלגות השכר אינה סימטרית: מירב העובדים משתכרים סכום נמוך כל חודש, ומיעוטם משתכרים סכום גבוה. אומנם החלוקה לשתי קבוצות היא פשטנית, אך העיקרון נותר זהה – בפועל השכר החציוני לעולם נמוך מזה הממוצע.¹¹⁵

השימוש בכלל מאזן ההסתברויות מוביל להרתעת-חסר גם במקרים שבהם אין נתונים על יכולת ההשתכרות של הניזוק ומסד הנתונים כולל את כלל העובדים במשק.¹¹⁶ הדוגמה הבאה ממחישה זאת:

דוגמה 6 – אובדן השתכרות של ניזוק קטין: שמעון, בן השנה, ניזוק בתאונה שנגרמה כתוצאה מעוולה. בעקבות התאונה שמעון סובל מנכות ברמה של 100%, ולא יוכל לעבוד כל חייו.

בנתוני דוגמה 6 הניזוק קטין, ולכן אין בנמצא כל נתון עובדתי ביחס ליכולת ההשתכרות העתידית שלו שנפגעה. כיצד היה בית-המשפט מכריע במקרה זה אילו החיל את כלל מאזן ההסתברויות? אנו עלולים להתקשות במציאת מענה לשאלה זו, מאחר שההסתברות שהניזוק ירוויח סכום ספציפי כלשהו בעתיד, אלמלא התאונה, הוא נמוך מאוד, ובוודאי נמוך מ-50%. ניתן להתגבר על קושי זה אם נבחן את ההסתברות המצטברת שהניזוק היה מרוויח מעל לסכום מסוים או מתחתיו. מנקודת-המבט של שמעון, הוא יכול להוכיח כי בהסתברות של 90% הוא היה עתיד להרוויח יותר מרף העשירון התחתון, כי בהסתברות של 80% הוא היה עתיד להרוויח יותר מרף העשירון השני, כי בהסתברות של 70% הוא היה עתיד להרוויח יותר מרף העשירון השלישי, וכך הלאה עד לנקודת ה-50%. כלומר, הניזוק יכול להראות כי קיימת הסתברות של 50% שהוא היה משתכר מעל רף ההשתכרות של העשירון החמישי (שהוא החציון).¹¹⁷ מנקודת-המבט של המזיק, הוא יכול להוכיח כי קיימת הסתברות של 90%

114 במקרים שבהם התפלגות סימטרית הממוצע שווה לחציון. הדבר נכון כמובן גם למצב שבו כל העובדים משתכרים באותה רמה. למעשה, התפלגות אחידה, שבה כולם זוכים באותו שכר, מהווה מקרה פרטי של התפלגות סימטרית.

115 כך עולה גם מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ביחס לשכר במקצועות השונים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה סקר הכנסות 2011 לוח 27 – "עשירונים של שכירים, לפי הכנסה חודשית ברוטו, מין, מספר שנות לימוד ומשלה יד (סיווג 1994)" (2013). www.cbs.gov.il/publications13/1524/pdf/h_print.pdf (להלן: "למ"ס – נתוני הכנסה לשנת 2011).

116 השאלה אילו נתונים יש לכלול במסד היא שאלה ערכית, שנבחנה בפרק השני של המאמר. אני מניח כאן שבית-המשפט קבע כי יש לכלול את כלל העובדים במשק במסד הנתונים, בהתאם להכרעות הנורמטיביות בשלב בנייתו של מסד הנתונים.

117 לכאורה הניזוק נדרש להוכיח את הפסד ההשתכרות מעבר למאזן ההסתברויות, ולכן אם יוכיח כי היה יכול להרוויח יותר מהחציון בהסתברות של 50% בלבד (ולא מעבר לכך), הוא לא יחצה

שהניזוק היה מרוויח פחות מסף העשירון העליון, כי קיימת הסתברות של 80% שהוא היה מרוויח פחות מסף העשירון התשיעי, וכך הלאה עד לסף העשירון השישי (שוב, החציון). כלומר, המזיק יכול להראות כי יש הסתברות של יותר מ-50% שהניזוק היה מרוויח פחות מסף העשירון השישי. מכאן ששימוש בכלל מאזן ההסתברויות היה מוביל את בית-המשפט להערכת הפסד ההשתכרות לפי השכר החציוני. השכר החציוני מגלם את הנקודה שבה, בהעדר נתונים קונקרטיים, קיים סיכוי של 50% שהניזוק היה מרוויח פחות מסכום זה וסיכוי של 50% שהוא היה מרוויח יותר ממנו.¹¹⁸

גם במקרה זה הפיצוי לפי השכר החציוני פוגע בהרתעה: בשנת 2012 עמד השכר החציוני על 6,273 ש"ח לחודש, בעוד השכר הממוצע עמד על 8,775 ש"ח לחודש.¹¹⁹ אילו פגע המזיק בניזוקים רבים, הנזק שהוא היה גורם היה שווה, בקירוב, לשכר הממוצע כפול מספר הניזוקים שבהם פגע. ברור, אם כן, כי פיצוי לפי השכר החציוני מוביל להרתעת-חסר. אם בית-המשפט יחשב את נזקיו של שמעון לפי השכר הממוצע במשק, ולא לפי החציון, הוא ישמור על הרתעה אופטימלית. השכר הממוצע גבוה אומנם מהחציון, אך הוא מגלם את תוחלת הנזק שיצר המזיק, ולא את הנזק הסביר ביותר שהוא גרם. מאידך גיסא, האפשרות הסבירה ביותר היא שהניזוק היה משתכר פחות מהשכר הממוצע, ולכן אם מטרת המשפט היא להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, נראה כי פיצוי לפי הממוצע גבוה מדי.

את הרף. אולם, מאחר שמדובר בהתפלגות רציפה, הניזוק יכול להראות כי הוא חוצה את מאזן ההסתברויות לגבי כל סכום שקטן מהחציון. כלומר, מנקודת-המבט של הניזוק, השכר שהוא יכול להוכיח מעבר למאזן ההסתברויות הוא אגורה מתחת לשכר החציוני. מאחר שההבדל כה קטן, אני סבור כי ניתן להתעלם ממנו ולפנות פשוט לחציון.

118 אריאל פורת ואריק פונזר מציעים לערוך שקלול בין עילות תביעה נזיקיות של תובע מול נתבע ספציפי. לפי הטעון, אם קיימת הסתברות של 40% שהמזיק גרם לנזק בגובה של 500, וקיים סיכוי של 40% שהוא גרם נזק נפרד ובלתי-תלוי בגובה של 100, אזי הסיכוי שהמזיק גרם לפחות לאחד הנזקים גדול מ-50%, ולכן יש לתת פיצוי של 100 לכל-הפחות, גם אם בית-המשפט אינו סוטה מכלל מאזן ההסתברויות. הכותבים מציעים באותו מקום גם תחשיב מדויק לפיצויים באותם מקרים, תוך שימוש בהסתברויות של הנזקים השונים, אשר מוביל לפיצוי גבוה מ-100. ראו: Ariel Porat & Eric A. Posner, *Aggregation and Law*, 122 YALE L.J. 2, 65 n. 173 (2012). אלון כהן, במאמר-תגובה, מציין כי יישום דווקני של כלל מאזן ההסתברויות מאפשר במקרים אלה פיצוי של 100 בלבד (או פיצוי לפי החציון). זאת, מאחר שהנזק הקטן (100) כלול בנזק הגבוה יותר (500), ולכן ההסתברות שנגרם לפחות נזק של 100 גדול מ-50%, אך אי-אפשר להוכיח כל נזק אחר מעבר למאזן ההסתברויות. למעשה, הטענה של כהן, בדומה לטיעון המוצג כאן, היא שפורת ופונזר מיישמים בפועל כלל של פיצוי הסתברותי במקום את כלל מאזן ההסתברויות. ראו: Alon Cohen, *Implementing Aggregation in Law: The Median Outcome Rule*, 122 YALE L.J. ONLINE 359 (2013), <http://yalelawjournal.org/forum/implementing-aggregation-in-law-the-median-outcome-rule>

119 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לתקשורת – הכנסות של שכירים מסקר הוצאות משק הבית 2012 כולל חיילים בשירות סדיר" 1 (5.11.2013). המוסד לביטוח לאומי מציג טבלות שכר שונות מעט, שלפיהן השכר הממוצע והשכר החציוני נמוכים מאלה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. לדיון בשאלה לפי איזה נתון ראוי לפסוק את הפיצוי בגין הפסד השתכרות ראו לעיל ה"ש 85-88 והטקסט שלידן.

בתי-המשפט אינם עקביים ביחס לשאלה איזה כלל הכרעה צריך ליישם במצבים שונים של אי-ודאות. במקרים שבהם יש לבית-המשפט ראיות קונקרטיות ביחס לניזוק, ובית-המשפט סבור כי הניזוק היה עתיד לעסוק באחד משני מקצועות, בית-המשפט מיישם את כלל הפיצוי ההסתברותי. במקרים אלה בית-המשפט אינו צריך להיעזר בנתונים סטטיסטיים ביחס לאובדן כושר ההשתכרות.¹²⁰ בעניין ברששת עלתה השאלה כיצד יש לחשב את הפיצוי לניזוקה כאשר ברור כי ההסתברות שהיא הייתה בוחרת לצאת לעבוד אלמלא העוולה נמוכה במידה משמעותית מ-50%. בית-המשפט קבע כי "מכיוון שהעתיד אינו ידוע, ההערכה נעשית על-פי הסיכוי, שההסתברות תתרחש בעתיד. הערכתו של סיכוי זה מטילה על הרשות השופטת משימה קשה ביותר. בעניין זה יש להדגיש, כי מידת הוודאות הנחוצה אינה זו הנדרשת לקביעת עובדה, שהתרחשה במשפט אזרחי, דהיינו, נטייה של מאזן ההסתברות. עניין לנו בהערכת סיכוי ולא בקביעת עובדה. על-כך, יש להתחשב גם בסיכוי שהוא פחות מחמישים אחוזים תוך ששיעור הסיכוי יתבטא בשיעור הפיצויים".¹²¹ כלומר, במצבי אי-ודאות, כאשר קיימים נתונים ביחס לכושר ההשתכרות של הניזוק הספציפי ואין כל צורך לעשות שימוש בנתונים סטטיסטיים, בית-המשפט מציע נימוק המתיישב עם אחריות ההסתברותית, ומיישם אותו בפועל.

במקרים שבהם לבית-המשפט אין די נתונים להכרעה, ולכן הוא נדרש לעשות שימוש בנתונים סטטיסטיים, הנתון שמשמש את בית-המשפט בפועל מתיישב עם כלל של אחריות ההסתברותית, אך נראה שהוא אינו מתיישב עם הנימוק המשמש את בית-המשפט. השופט ריבלין, בפסק-הדין שנתן בעניין אבו חנא, מתייחס למטרות הפיצוי בניזוקין, וקובע כי "דימוי המאזניים אינו בא אלא לשקף את התכלית החשובה של הפיצוי בדיני הניזוקין, לאמור: השבת מצבו של הניזוק לקדמותו. אמנם 'השבת המצב לקדמותו' כפשוטה אינה אפשרית, אך יש בהצבת תכלית זו כדי לבטא את השאיפה להעמיד את הניזוק, ככל הניתן באמצעים כספיים, במצב בו היה נתון אלמלא מעשה העוולה... עמדה זו מבוססת, בין היתר, על גישת הצדק המתקן (Corrective Justice), לפיה דיני הניזוקין נועדו לפצות על עוולותיו של פרט אחד כלפי אחר, תוך שימת דגש על האחריות האישית של המזיק לפצות את הניזוק בגין

120 לכאורה גם במקרה שבו יש מידע לגבי הניזוק בית-המשפט יכול להיעזר בנתונים סטטיסטיים. לדוגמה, כאשר ברור כי הניזוק היה עוסק במקצוע מסוים, נתוני השכר לפי מקצוע מהווים ראייה סטטיסטית. אולם הכוונה כאן היא למצבים שבהם בית-המשפט נחשף לראיות הקשורות לבחירת המקצוע של הניזוק הספציפי. במקרים אלה הערכת בית-המשפט אינה נשענת על נתונים סטטיסטיים כלל, אלא על הערכה של הראיות. ראו, לדוגמה, ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393 (1984).

121 עניין ברששת, לעיל ה"ש 75, בעמ' 299. לפסקי-דין נוספים שבהם השתמש בית-המשפט בעקרון הפיצוי ההסתברותי לשם הערכת הפגיעה בהשתכרות עתידית ראו ע"א 4597/91 קיבוץ אפיקים נ' כהן, פ"ד נ(2) 111 (1996); ע"א 707/89 "קרנית" – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' ברכיהו, פ"ד מו(1) 388 (1992). בית-המשפט יישם את כלל הפיצוי ההסתברותי גם כאשר אי-הוודאות הייתה ביחס למידת ההסתמכות העתידית של התלויים במי שנפטר עקב העוולה. לעניין זה ראו ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413, 420 (1984). זה הדין גם במשפט האנגלי. ראו עניין *Gregg v. Scott*, לעיל ה"ש 40, פס' 67-71 לפסק-דינו של לורד הופמן.

ההתנהגות שגרמה לנזק".¹²² נראה כי דבריו אלה של השופט ריבלין מתיישבים יותר עם פיצוי לפי החציון. קביעת סכום הפיצוי על בסיס החציון מגשימה את השאיפה להעמיד את הניזוק – ככל שניתן לעשות זאת באמצעים כספיים – במצב שבו היה נתון אלמלא מעשה העוולה. אפילו דימוי המאזניים מתיישב עם גישה זו, מאחר שכפות המאזניים מעוינות בחציון. אולם בהמשך פסק־הדין השופט ריבלין מציין כי "נקודת המוצא היא, אפוא, כי הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות של הקטין מבוסס על ההנחה כי הקטין היה משתכר, אלמלא התאונה, בשיעור השכר הממוצע במשק".¹²³

נראה כי הנימוק שניתן בעניין אבו חנא אינו מתיישב עם ההחלטה לעשות שימוש בשכר הממוצע. אולם השימוש בנתון הממוצע מתיישב עם ההחלה של כלל אחריות הסתברותית במצבים של אי־ודאות ביחס להשתכרות העתידית של הניזוק, כפי שנקבע בעניין ברששת. עמדה זו מתיישבת גם עם מטרת ההרתעה. התפלגות השכר במשק אינה סימטרית – רוב האנשים משתכרים שכר נמוך, ומיעוטם משתכרים שכר גבוה. לכן קיימת הטיה נשנית כלפי מטה כאשר עושים שימוש בכלל מאזן ההסתברויות. במצבים אלה, כדי ליצור הרתעה אופטימלית, יש להעדיף את כלל הפיצוי ההסתברותי.

ייתכן שניתן ליישב את הנימוק שניתן בעניין אבו חנא, הקורא לפצות את הניזוק בהתאם לעקרונות הצדק המתקן, עם פיצוי לפי השכר הממוצע במשק. פסק־הדין קורא להתעלם מנתוני־הרקע של הניזוק, מתוך גישה המקדמת את האוטונומיה של הפרט.¹²⁴ על־פי גישה זו, הזכות שנפגעה היא הזכות של הניזוק לבחור בין חלופות שונות במסגרת חיפושו אחר קריירה. ראש־הנזק רואה את יכולת הבחירה הזו כזכות שנפגעה, והפיצוי נועד לשקף את שווי הפגיעה בזכות. שווייה של זכות זו מוערך לפי השכר הממוצע, מאחר שבהעדר נתונים קונקרטיים הזכות שווה ליכולת להשתכר מכל עבודה כפול ההסתברות שהניזוק יעבוד דווקא בעבודה זו. כך, הנזק שווה למעשה לשכר הממוצע במשק.¹²⁵ פרשנות זו לראש־הנזק יכולה להסביר מדוע בית־המשפט משתמש בנתון הממוצע, ולא בחציון. אם זה הנימוק המצדיק

122 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 7.

123 שם, בעמ' 14. השופט ריבלין מתייחס בפסק־דינו למטרת ההרתעה, אולם דינו מוגבל לאמירה כי על־פי עקרון ההרתעה היעילה, סכום הפיצוי צריך להיות אחיד לילדים, ללא קשר למין ולגזע, כדי להבטיח הרתעה זהה כלפי ילדים. בהמשך השופט ריבלין אף מסייג את חשיבותה של מטרת ההרתעה אל מול מטרות אחרות של דיני הנזיקין. ראו שם, פס' 41-42 ו־46 לפסק־הדין. ראו גם עניין אטינגר, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. השימוש בנתון בדבר השכר הממוצע במשק כבררת־מחדל לא הומצא בעניין אבו חנא, והחל הרבה לפני פסק־דין זה. ראו ע"א 335/59 ריחני נ' צדקי, פ"ד טו 159, 166 (1961); ע"א 849/80 בוקרה, קטינה נ' בוקרה, פ"ד לז(3) 739, 746 (1983).

124 ראו עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46-47.

125 לטיעון דומה, המצדיק את השימוש בפיצוי הסתברותי על בסיס עקרונות של צדק מתקן, כאשר בית־המשפט בוחר בין שני תרחישים אפשריים ואינו עושה שימוש בנתון סטטיסטי, ראו פורת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 352-353. לביקורת על פרשנות זו של הזכות ראו לעיל ה"ש 35. נראה כי ויינריב עשה מהלך דומה כאשר ביקש להצדיק פיצוי הסתברותי במצבים של אובדן סיכויי החלמה לפי עקרונות הצדק המתקן. ראו Weinrib – Causal Uncertainty, לעיל ה"ש 20, בעמ' 24-30.

את השימוש בממוצע במסגרת חישוב הפיצויים לעניין אובדן כושר ההשתכרות, אזי כאשר בית-המשפט עושה שימוש בנתונים סטטיסטיים שאינם קשורים לבחירה של הניזוק, הטיעון אינו חל. באותם מצבים, כמו ביחס לקיצור תוחלת החיים, בית-המשפט צריך לבחור בחציון אם הוא מעוניין להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, ובממוצע אם הוא מעוניין לקדם את ההרתעה האופטימלית.¹²⁶

במצבים שתוארו עד כה ההכרעות הפרקטיות של בית-המשפט (קרי, השימוש בכלל של אחריות הסתברותית כאשר קיימים נתונים ביחס לניזוק, והשימוש בממוצע כאשר חסרים נתונים קונקרטיים) מתיישבות זו עם זו ומתיישבות עם מטרת ההרתעה. אולם הפער בין הנימוק של בית-המשפט לבין השימוש בנתון הממוצע עלול להוביל לטעויות בקבוצה רחבה של מצבים. מדובר במקרים שבהם אין אומנם לבית-המשפט די ראיות לקבוע כי קיימות כמה משרות ספציפיות שבהן היה הניזוק עשוי לעבוד, אולם יש בידיו מספיק ראיות רלוונטיות המצדיקות שימוש בנתון השונה מהשכר הממוצע במשק. לדוגמה, בפרשת דוידנקו טען התובע כי הוא נפגע כאשר היה סטודנט לכימיה באוניברסיטה, ולכן יש לחשב את הפסד ההשתכרות שלו לפי השכר הממוצע המשתלם בתחום שאותו למד. השופט עמית בוחן את הטענה, וקובע כי הוא אינו מתערב בהחלטתו של בית-המשפט המחוזי, שקבע כי במקרה הקונקרטי, לנוכח נתוניו של הסטודנט והיסטוריית התעסוקה הדלה שלו, האפשרות הסבירה ביותר היא שהוא היה משתכר שכר נמוך מהשכר הממוצע של הסטודנטים הלומדים כימיה, ולכן יש להעניק לו פיצוי לפי השכר הממוצע במשק.¹²⁷

ניתן לנסח את ההכרעה של בית-המשפט באופן הבא: בית-המשפט מסכים כי השכר הממוצע של כימאים גבוה באופן משמעותי מהשכר הממוצע במשק, אולם סבור כי האפשרות הסבירה ביותר היא שהניזוק הספציפי היה מרוויח שכר נמוך מהשכר הממוצע של כימאים, ולכן בוחר לפצותו לפי השכר הממוצע בכלל המשק. אולם, כפי שנוכחנו קודם, הטענה כי האפשרות הסבירה ביותר היא שפרט ירוויח פחות מהשכר הממוצע נכונה תמיד, מאחר שהשכר הממוצע גבוה מהשכר החציוני. לכן גם אם מבחינה עובדתית ההכרעה נכונה, ותוחלת ההשתכרות העתידית של הניזוק הייתה נמוכה מזו של הסטודנט הרגיל לכימיה, הבחינה של יכולת ההשתכרות העתידית של הניזוק לפי מידב הסיכויים תואמת את כלל מאזן ההסתברויות, ולא את כלל הפיצוי ההסתברותי. אם בית-המשפט שאף ליישם את כלל

126 תפיסה זו של אובדן כושר ההשתכרות מתיישבת עם הפרשנות הרואה כושר השתכרות כנכס. גישה זו נדחתה בפסיקה לטובת הגישה הרואה אובדן כושר השתכרות כפגיעה בהכנסה בפועל. ראו דיון לעיל ליד ה"ש 73-68.

127 עניין דוידנקו, לעיל ה"ש 16, פס' 4 לפסק-דינו של השופט עמית. למעשה, בית-המשפט המחוזי קבע כי נתוני התעסוקה הקודמים של התובע, כמו-גם ראיות ביחס להפסקת הלימודים, אינם נובעים מיכולתו האישית, אלא מקשיים כלכליים שאינם רלוונטיים לצורך חישוב פוטנציאל ההשתכרות. על-פי פסק-הדין, בית-המשפט המחוזי פסק את הפיצוי לפי השכר הממוצע במשק מאחר שלא היו לו נתונים קונקרטיים ביחס ליכולת ההשתכרות של כימאים בישראל וביחס למידת הצלחתו של התובע במקצוע, כגון גליון ציונים. ראו ת"א (מחוזי ב"ש) - 24740-11 דוידנקו נ' הפול - המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ, פס' 11-14 (פורסם בנבו, 18.12.2011).

הפיצוי ההסתברותי, היה עליו להביא בחשבון בעת חישוב הפיצוי את ההסתברות שהתובע היה צפוי לקבל שכר גבוה מהשכר הממוצע במשק.

הפער בין הנימוק של בית־המשפט העליון לבין השימוש בממוצע עלול לגרום לטעויות ביישום ההלכות בערכאות נמוכות. לדוגמה, בעניין עובדיה¹²⁸ טען התובע כי עובר לתאונה הוצע לו לעבוד בחברת ריצוף, והובטחה לו משכורת של 20,000 ש"ח. בית־המשפט פסק כי העדויות של התובע ושל המעסיק המיועד היו אמינות, אך התובע לא הצליח להוכיח כי אכן היה מועסק באותה עבודה מעבר למאזן ההסתברויות.¹²⁹ בסופו של דבר, ותוך התחשבות בראיות אחרות, הועמד שכרו של התובע על 6,500 ש"ח לחודש.¹³⁰ מפסק־הדין עולה כי בית־המשפט סבר שקיימת אומנם הסתברות לא־מבוטלת שהתובע אכן היה מועסק בשכר גבוה פי שלושה, אך הסתברות זו הייתה נמוכה מ־50%. אילו יישם בית־המשפט את כלל הפיצוי ההסתברותי, הוא היה מגיע ככל הנראה לפיצוי בסכום גבוה במידה משמעותית מזה שנקבע בפועל.¹³¹

2. קיצור תוחלת חיים

במסגרת חישוב הפיצויים על בית־המשפט להעריך את תוחלת חייו של הניזוק לאחר העוולה. בארצות־הברית תוחלת החיים של הניזוק משמשת את בית־המשפט לחישוב הפיצוי בגין הכאב והסבל וההוצאות רפואיות הנגרמים לניזוק בעודו בחיים.¹³² במשפט הישראלי נקבע כי קיצור תוחלת החיים כשלעצמו, ואובדן הנאות החיים הנלווה לקיצור החיים, מהווים נזקים בני־פיצוי.¹³³ מדובר בראש־נזק לא־ממוני, ולכן קיים קושי משמעותי בשומת הנזק בכסף.¹³⁴ חלק זה נוגע בדרך שבה בית־המשפט קובע את משך החיים שקוצר מתוך תוחלת חייו של הניזוק, ולא בדרך שבה הוא קובע את גובה הפיצוי בגין כל שנת חיים שקוצרה. הדוגמה הבאה ממחישה כיצד בית־המשפט יכול להעריך את תוחלת החיים באמצעות הערך הממוצע ובאמצעות החציון במצבי אי־ודאות:

128 ת"א (שלום ראשל"צ) 12-03-19194 עובדיה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2.11.2014).

129 שם, פס' 24 לפסק־הדין.

130 הראיות התייחסו לשכר שהניזוק הרוויח בפועל לפני התאונה. הניזוק טען כי חלק מההכנסה שלו לא דווחה למס הכנסה. נראה כי פסיקת הפיצוי כללה רכיב מסוים של "ענישה" בגין הכנסה לא־מדווחת. ראו שם, פס' 27-35 לפסק־הדין.

131 הטענה כי ההכרעה במקרה זה שגויה נסמכת על ההלכות שקבע בית־המשפט העליון בנוגע לשימוש בכלל של פיצוי הסתברותי במצבי אי־ודאות ביחס לכושר ההסתברות. אולם, כפי שהצעתי בחלק זה, קיימים טעמים נורמטיביים להעדיף את כלל מאזן ההסתברויות על כלל של פיצוי הסתברותי. אילו קבע בית־המשפט העליון כי יש ליישם את כלל מאזן ההסתברויות, נראה כי חישוב הפיצוי בעניין עובדיה היה נכון.

132 ראו: Richard B. Singer, *How to Prepare a Life Expectancy Report for an Attorney in a Tort Case*, 37 J. INS. MED. 42, 43 (2005).

133 ראו עניין אגבכה, לעיל ה"ש 12.

134 ראו פרי, לעיל ה"ש 99.

דוגמה 7 – קיצור תוחלת החיים של ניזוק צעיר: במהלך הלידה של גר התרשלו הרופאים שטיפלו בו. גר נפטר דקות ספורות לאחר שנולד. כיצד יש לחשב את הקיצור בתוחלת החיים של גר?

בדומה לניתוח שהוצע ביחס לאובדן כושר השתכרות, גם את הפגיעה במשך החיים הצפוי של הניזוק ניתן לבחון לפי מאזן ההסתברויות או לפי אחריות הסתברותית. בהעדר נתונים קונקרטיים ביחס לניזוק, אורך החיים הצפוי שלו נבחן באמצעות ניתוח סטטיסטי של נתוני התמותה של האוכלוסייה הכללית.¹³⁵

תוחלת החיים של גבר בישראל עומדת על 79.4 שנים.¹³⁶ התוחלת – שהיא הממוצע – מגלמת בתוכה מקרים מעטים יחסית שבהם הנפטר הלך לעולמו בגיל צעיר מאוד, רחוק מאוד מהממוצע, ומקרים רבים שבהם הנפטר הלך לעולמו בסמיכות לממוצע. כתוצאה מכך השפעתם של הנפטרים השונים על הממוצע אינה שוויונית, והממוצע נמוך מהגיל שאליו יגיעו רוב הגברים בישראל במהלך חייהם. אכן, גיל המוות הצפוי לגבר בישראל הוא 82.4 – כשלוש שנים מעל הממוצע.

במקרה של גר, אם בית המשפט יקבע את הפיצוי על בסיס כלל מאזן ההסתברויות, עליו לקבוע כי גר איבד 82.4 שנים. אולם אם מטרת הפיצוי היא ליצור הרתעה יעילה, קביעה זו מהווה פיצוי יתר, שכן תחשיב זה מתעלם מהאפשרות שגר היה נפטר בגיל צעיר אף אילולא התרשלו הרופאים בלידתו. הפיצוי הנכון מבחינת הרתעה, המשקף את תוחלת הנזק, מחושב לפי הממוצע. לכן על-פי גישה זו יש לקבוע כי אורך חייו של גר התקצר ב-79.4 שנים, בהתאם לתוחלת. פיצוי זה ישקף בצורה הטובה ביותר את הנזק החברתי שיצר המזיק, ולכן מרתיע את המזיק באופן מיטבי. חישוב הקיצור בתוחלת החיים הוא מקרה נוסף שבו יישום של כלל מאזן ההסתברויות יוביל לטעות שיטתית, מפני שההתפלגות של תוחלת החיים מוטית. אולם במקרה זה ההטיה היא לטובת הניזוק, להבדיל מההטיה במקרה של אובדן השתכרות.

כאשר בתי המשפט מעניקים פיצוי בגין אובדן תוחלת חיים, הם מסתמכים על הממוצע, ולא על החציון.¹³⁷ מכאן שהאחריות המוטלת על המזיק משקפת את הנזק החברתי. אולם מנקודת המבט של הניזוק הפיצוי נמוך מדי, שכן קיימת הסתברות גבוהה מ-50% שהוא היה חי שנים רבות יותר מהממוצע. לכן אם בית המשפט שואף להגשים את המטרה של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, עליו להגדיל את סכום הפיצוי, ולחשב את הקיצור בתוחלת החיים לפי החציון, ולא על-פי הממוצע.

135 כדי להגיע לנתון מדויק יותר, יש לאמוד גם את השינוי בתוחלת החיים בשנים הקודמות, ולחזות את השינוי הצפוי בתוחלת החיים במהלך חייו של הניזוק. תוחלת החיים אינה נותרת קבועה, אלא משתנה לאורך השנים עקב פיתוחים רפואיים, שינויים בהרגלי הצריכה ועוד. קביעת תוחלת החיים הצפויה לפי גיל התמותה הממוצע במועד הבחינה מהווה אם כן הערכת-חסר.

136 נכון לשנת 2011, לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. הנתונים מתייחסים לגברים מכל הדורות. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לוחות תמותה של ישראל 2007–2011 לוח 1 – לוח תמותה של ישראל: כל האוכלוסייה – זכרים (2013) www.cbs.gov.il/publications/13/1521/pdf/h_print.pdf.

137 ראו לעיל ה"ש 93.

בפרק הקודם הוצגה טעות בחישוב הקיצור בתוחלת החיים של ניזוק בוגר (דוגמת 1 ו-5).¹³⁸ יש לציין כי קיים הבדל בין החציון בדוגמה של הניזוק הצעיר, אשר נדונה בחלק זה, לבין החציון בדוגמת הנוגעות בניזוק בוגר. כאמור, החציון של אורך החיים הכללי גבוה מהמוצע, מאחר שרוב האנשים נפטרים בגיל מאוחר מאוד, ומיעוטם בגיל צעיר. אולם ככל שגיל הניזוק מבוגר יותר, היחס בין החציון למוצע משתנה – תחילה הנתונים מתקרבים זה לזה, ולבסוף היחס מתהפך. במקרה המתואר בדוגמה 5 (הניזוק הקשיש), ממוצע אורך החיים של נשים בנות 85 עומד כאמור על 91.8, בעוד החציון עומד על 90.9. לכן אילו קבע בית־המשפט את הפיצוי על־סמך כלל מאזן ההסתברויות, באופן המתיישב עם המטרה של השבת המצב לקדמותו, הוא היה מפצה את הניזוקה בחסר מנקודת־מבט הרתענית.

סיכום

במאמר זה טענתי כי בתי־משפט עלולים ליפול לטעות בעת השימוש בנתונים סטטיסטיים – הן בשלב בנייתו של מסד הנתונים והן בעת הבחירה בנתון הרלוונטי מתוך המסד שנבנה. הכוונה בטעות היא למצב שבו הדוקטרינות המנחות את בית־המשפט קוראות לשימוש שונה בנתונים סטטיסטיים מזה שנעשה בפועל, או למצב שבו הנימוק המשמש את בית־המשפט בעת חישוב הנזק אמור להוביל אותו לשימוש בנתון סטטיסטי שונה מזה שהוא משתמש בו בפועל.

כך, בעת בנייתו של מסד הנתונים בית־המשפט מתעלם מגילו של הניזוק בעת חישוב תקופת הקיצור בתוחלת החיים שלו, וכן מנתונים לגבי אבטלה, חלקיות משרה ותקופת השירות הצבאי בעת חישוב אובדן השתכרות, וזאת אף שנתונים אלה מובאים בחשבון כאשר בית־המשפט אינו עושה שימוש בנתונים סטטיסטיים. כדי להימנע מטעויות ממין זה, על בית־המשפט לתת דעתו להנחות העומדות בבסיסו של מסד הנתונים שבו הוא עושה שימוש. תשומת־לב לנתונים אלה תוביל לפסיקת פיצויים התואמת את מטרות הדין, בדומה לפיצוי שניתן במקרים שבהם לא נעשה שימוש בנתונים סטטיסטיים.

ביחס לנימוק המשמש את בית־המשפט בעת חישוב הנזק, במאמר זה טענתי כי מבחינת הרתעה יש להעריך את גודל הנזק תוך שימוש בכלל הפיצוי ההסתברותי. הראיתי כי במקומות שבהם יש אי־ודאות, ובפרט כאשר יש סכנה להטיה שיטתית, בתי־המשפט משתמשים באחריות הסתברותית, בהתאם למטרת ההרתעה. אולם פיצוי זה אינו משיב את מצב הניזוק לקדמותו. אם בית־המשפט שואף להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, על־פי עקרונות של צדק מתקן, עליו להעדיף ככלל את החציון על הממוצע. במקרים מסוימים המעבר לשימוש בחציון יפגע בניזוק, כבדוגמה של הפסד ההשתכרות, ובמקרים אחרים הוא יפגע במזיק, כבדוגמה של קיצור תוחלת החיים של ניזוק צעיר.

טבלה 1 מסכמת את הטענות שנסקרו במאמר בנוגע לחישובים הנהוגים בבתי־המשפט ביחס לקיצור תוחלת חיים וביחס לאובדן כושר השתכרות.

138 ראו לעיל ליד ה"ש 90-100.

טבלה 1: הטעויות הנורמטיביות והפרקטיות של בית־המשפט בעת חישוב של קיצור תוחלת חיים ושל אובדן כושר השתכרות

קיצור תוחלת חיים	אובדן כושר השתכרות	
בית־המשפט מתייחס למין ולגזע בעת חישוב הקיצור בתוחלת החיים, אך מתעלם מהם בעת חישוב אובדן כושר ההשתכרות. ¹³⁹	בית־המשפט מתעלם מנתוני אבטלה, אך מביא אותם בחשבון כאשר יש נתונים קונקרטיים ביחס לניזוק.	טעות נורמטיבית בכניית מסד הנתונים
בית־המשפט בוחן את תוחלת החיים לפי הערך הכללי, ולא לפי הנתון המותאם לגיל הניזוק, ובכך גורם לפיזוי בחסר. הבעיה נכונה במיוחד לניזוקים בוגרים.	בית־המשפט מפצה בחסר קטינים בעבור תקופת השירות הצבאי, מאחר ששכר החיילים הנמוך בסדיר מובא בחשבון פעמיים. בית־המשפט מפצה בחסר ניזוקים בוגרים, מאחר שהוא מביא בחשבון את שכר החיילים בשירות סדיר.	טעות פרקטית בכניית מסד הנתונים
בית־המשפט מעריך את הפיזוי לפי הנתון הממוצע, אף שהנימוק מתיישב עם החציון. אם המטרה היא השבת המצב לקדמותו, הפיזוי בדרך־כלל קטן מדי.	בית־המשפט מעריך את הפיזוי לפי הנתון הממוצע, אף שהנימוק יכול להתיישב עם החציון. אם המטרה היא השבת המצב לקדמותו, נראה כי הפיזוי גדול מדי. במצבים שבהם יש נתונים חלקיים בית־המשפט מעריך לעיתים את הנזק לפי כלל מאזן ההסתברויות. מנקודת־מבט הרתעתית הדבר מוביל לפיזוי־חסר.	טעות בבחירת הנתון הסטטיסטי

בפסק־הדין שניתן בעניין דוידנקו השופט עמית מתייחס במפורש להבחנה בין הממוצע לחציון, ומציין כי הפיזוי בגין אובדן ההשתכרות נקבע לפי הממוצע, אף שזה גבוה מהחציון, ואף שברור כי סביר יותר שהניזוק היה מרוויח, אלמלא התאונה, שכר נמוך מהממוצע.¹⁴⁰ מדברים אלה עולה כי בית־המשפט מודע לכך שחישוב הפיזוי לפי הממוצע מהווה יישום של כלל אחריות הסתברותית. הטיעון שהוצג במאמר מציע נימוק אפשרי לעמדה זו, התואם את מטרת ההרתעה של דיני הפיזויים. אולם ככל שעמדה זו אינה מתיישבת עם המטרה שבית־המשפט רוצה לקדם, ייתכן שיהיה נכון להעדיף את החציון על הממוצע. קיימים ראשי־נזק נוספים שקיימת לגביהם אי־ודאות לעיתים, ואשר לא נבחנו במאמר זה בהרחבה. כך, לדוגמה, בית־המשפט נדרש לבחון את העלויות הצפויות של שירותי סיעוד

139 ניתן לכאורה להסביר את ההתייחסות למין הניזוק בעת חישוב הקיצור בתוחלת החיים, אך ניתן לתהות על ההתייחסות לגזע בהקשר זה. ראו ריון לעיל ליד ה"ש 66-67.

140 עניין דוידנקו, לעיל ה"ש 16, פס' 6 לפסק־דינו של השופט עמית.

או טיפולים רפואיים בעתיד תוך התחשבות בשינויים אפשריים בתנאי השוק ובמצבו של הניזוק.¹⁴¹ נוסף על כך, כל פיצוי בעבור תשלום עתידי מחייב את בית-המשפט להעריך מה תהיה הריבית חסרת הסיכון העתידית לצורכי הוון.¹⁴² לבסוף, בית-המשפט נתקל בקושי משמעותי בעת הערכת הפיצוי בגין כאב וסבל.¹⁴³ בכל אחד מהמקרים הללו בית-המשפט נמנע מחישוב קונקרטי, ונעזר בנתון מקורב.¹⁴⁴ אם הנתון המקורב נסמך על נתונים סטטיסטיים,

141 ראו ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר, חברה לביטוח מע"מ, פ"ד (נר) 450 (2000) (להלן): עניין אקסלרד). בפסק-דין זה הועלה החשש כי אשרות העבודה של עובדים זרים יופסקו, מה שיוביל לעלייה משמעותית במחיר של שירות הסיעוד בישראל. ראו שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט אור.

142 ראו ע"א 130/76 סעדה נ' חמדי, פ"ד לג(1) 589, 598-600 (1979) (להלן: עניין סעדה).
143 פיצוי בגין כאב וסבל קשה הרבה יותר לכימות מראשי-נזק אחרים, מאחר שאין מדד אויביקטיבי שיכול לסייע בכימות הנזק במונחים של כסף. הדבר יכול לגרום לאי-ודאות רבה. לכאורה, ביטוח היה מקטין את הבעיה, אולם אם השונות בסכום הפיצוי גדולה במיוחד, ביטוח לא יבטל את הבעיה, וחברת הביטוח תאלץ להעלות את הפרמיה בצורה משמעותית בגלל הסיכון. בכמה מדינות בארצות-הברית התמודדו המחוקקים עם בעיה זו על-ידי קביעת תקרה לפיצוי בגין כאב וסבל. לסקירת המדינות שהנהיגו תקרה לפיצויים בגין כאב וסבל ראו: Carly N. Kelly & Michelle M. Mello, *Are Medical Malpractice Damages Caps Constitutional? An Overview of State Litigation*, 33 J. LAW, MED. & ETHICS 515, 516-518 (2005). למחקר אמפירי המראה כיצד קביעת התקרה לפיצוי בגין כאב וסבל השפיעה על הפרמיות של ביטוח אחריות מקצועית לרופאים ראו: W. Kip Viscusi & Patricia H. Born, *Damages Caps, Insurability, and the Performance of Medical Malpractice Insurance*, 72 J. RISK & INSUR. 23 (2005).

144 ביחס לשירותי סיעוד נקבע בעניין אקסלרד, לעיל ה"ש 141, כי הפיצוי לנכה ברמה של 100% הנזק לשירותי סיעוד מסביב לשעון יעמוד על 15,000 ש"ח בחודש. במקרים מאוחרים ביקשו המערערים מבית-המשפט העליון לשנות את הסכום שנקבע בעניין אקסלרד, אולם בית-המשפט נצמד לסכום ברוב המקרים. ראו, לדוגמה, ע"א 1164/02 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלוני – קטיין (פורסם בנבו, 4.8.2005); ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כץ (פורסם בנבו, 14.1.2009). אולם ראו עניין פת, לעיל ה"ש 66, שם אישר בית-המשפט העליון פיצוי גבוה יותר שנפסק על-ידי בית-המשפט המחוזי משום שמשקלו של הניזוק גדול במיוחד ולכן עלויות הסיעוד צפויות להיות גבוהות מאלה שנקבעו בעניין אקסלרד. בעניין סעדה, לעיל ה"ש 142, קבע בית-המשפט כי ריבית הוון היא 3%. לאחר שניתן פסק-הדין ניסו מערערים שונים לשנות את ריבית הוון, אך ללא הועיל. ראו ע"א 8488/08 עזבון סושרד נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פס' 21 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 5.6.2012); ע"א 467/77 הורוביץ נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לג(2) 256, 268 (1979); רע"א 8047/99 אליגולשווילי נ' יסקוביץ (פורסם בנבו, 1.5.2000). (השופט ריבלין מציין בפסק-דין זה כי קיימות הנחות עובדתיות רבות שקנו לעצמן אחיזה בפסיקה, ושיעור ריבית הוון שנקבע בעניין סעדה מהווה רק דוגמה אחת).

ביחס לפיצוי בגין כאב וסבל במסגרת הסדר פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים קבע המחוקק תחשיב המחייב את בית-המשפט. במקרים שבהם הפיצוי נמוך במיוחד, או כאשר לפי התקנה הנפגע אינו זכאי לפיצוי, בית-המשפט רשאי להעניק פיצוי עד לסכום של 10% מהסכום המרבי. נכון למועד כתיבת המאמר, הסכום המרבי עומד על 178,720 ש"ח. כלומר, הסכום

יש להחיל את אותם עקרונות שהוצגו במאמר: ראשית, יש לבחון מהם הנתונים הרלוונטיים שיש לכלול במסד הנתונים, בהתאם לתיאוריה המשפטית; ולאחר-מכן יש לבחור נתון סטטיסטי התואם את כלל ההכרעה שבחר בית-המשפט.

מבחינת הגישה הכלכלית למשפט, יש יתרון לשימוש בנתונים סטטיסטיים. השימוש בממוצע מוביל לפיצוי התואם את תוחלת הנזק, ולכן מקדם את מטרת ההרתעה. מעבר לכך, אם נזנח את הניסיון להשיב את מצב הניזוק הקונקרטי לקדמותו, וניתן לכל הניזוקים פיצוי לפי הממוצע בלי להתחשב בנתוניהם האישיים, נחסוך בהוצאות משפט.¹⁴⁵ לבסוף, גישה זו תשווה באופן מלא בין ניזוקים עשירים לניזוקים עניים. השוואה זו מוצדקת מנקודת-המבט של צדק חלוקתי, מאחר שהיא מובילה לצמצום פערים בין קבוצות אוכלוסייה שונות בחברה. נוסף על כך, ההשוואה מוצדקת לצורכי הרתעה אם מניחים ששווי חייו של אדם עשיר זהה לשווי חייו של אדם עני.¹⁴⁶ ההלכה שנקבעה בעניין אבו חנא אומנם מצמצמת את הפערים בין קבוצות הסובלות מהפליה, אך רק ביחס לניזוקים קטינים. אם נרצה לקדם פיצוי שוויוני, כדאי לעשות שימוש בנתון הממוצע ביחס לכל הניזוקים. בכל מקרה, כאשר עושים שימוש בנתונים סטטיסטיים, צריך לוודא שמסד הנתונים והנתון שנבחר משקפים את המטרה שהמשפט שואף להגשים.

הנתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט נמוך למדי. ראו תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), התשל"ו-1976.

145 ראו Kaplow & Shavell, לעיל ה"ש 58.

146 ראו לעיל ה"ש 58.