

של מי האובדן הזה? צדק ומוגבלות בדיני הנזיקין*

אביחי דורפמן**

פסק הדין בפרשת **אבו חנא** בעניין חישוב אובדן כושר ההשתכרות נחשב, ובצדק, לפורץ דרך. מטרת רשימה זו היא להצביע על שלוש נקודות עיוורון מהותיות שבפסק הדין. ראשית, כימות אובדן כושר ההשתכרות של ניזוקים בעלי מוגבלות צריך להיעשות באופן שמכבד אותם כיצורים אוטונומיים ושווים, בדיוק כפי שאבו חנא מחייבנו לכבד את אלה שמגדרם ומגזרם משפיעים לרעה על השתכרותם הפוטנציאלית בשוק העבודה הישראלי; שנית, כימות אובדן כושר השתכרותם של ניזוקים בגירים ששכרם נמוך בשל מוגבלותם, מגדרם או מגזרם צריך להיות כפוף לאותה הצדקה – צדק ביחסים – המצויה בבסיס הלכת **אבו חנא** ביחס לניזוקים קטינים; שלישית, הישענות על טיעוני יעילות וצדק מתקן בהקשר של הסדר אחריות מוחלטת כמו חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, להבדיל ממקרים הנשלטים על ידי פקודת הנזיקין, תמוהה ואולי אף שגויה. התיקון המוצע לכל אחת מהן נעשה על ידי פנייה לתאוריית הצדק ביחסים כמסגרת הנורמטיבית להבנה, להצדקה ולתיקון של דיני הנזיקין.

א. מבוא. ב. צדקתו של פסק הדין אבו חנא. ג. נקודת העיוורון הראשונה של פסק הדין אבו חנא: מוגבלות הנזיקין. ג.1. מדוע השפעתה של מוגבלות על כושר השתכרות אינה טבעית או אובייקטיבית יותר מהשפעתן של הטייות ודעות קדומות. ג.2. מדוע יעילות כלכלית, צדק מתקן וצדק חלוקתי אינם עומדים באתגר. ג.3. צדק ביחסים ואובדן כושר השתכרות של ניזוק עם מוגבלות. ד. נקודת העיוורון השנייה: כושר השתכרות של בגירים וצדק ביחסים. ד.1. השאלה המוסרית: צדק ביחסים וכושר ההשתכרות של הנזיקין הבגיר. ד.2. השאלה המוסדית: סטנדרטיזציה של כימות אובדן כושר ההשתכרות של הנזיקין הבגיר. ה. צדק ביחסים והשבת מצב לקדמותו. ו. סיכום.

א. מבוא

פסק דינו של השופט ריבלין בעניינה של רים אבו חנא¹ נחשב, ובצדק, לפורץ דרך בדיני הנזיקין בפרט ובמשפט הפרטי הישראלי בכלל. נקבע בו כי חישוב אובדן כושר השתכרותה העתידי של ניזוקה בת חמישה חודשים ייעשה בהתאם לשכר הממוצע במשק. תחשיב זה בא במקום תחשיב מתחרה שלפיו יש להביא בחשבון נתונים אשר, ככל הנראה, מנבאים לניזוקה השתכרות נמוכה באופן משמעותי מן הממוצע. בפרט,

*המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).

**אוניברסיטת תל אביב הפקולטה למשפטים. תודותיי לקוראת האנונימית ולמערכת המשפט על ההערות המצוינות.

¹ ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005).

הניבוי הסטטיסטי בעניינה של אבו חנא מעמיד את כושר השתכרותה מתחת למומצע מפאת מגזרה, מגדרה ומקום מגוריה. זהו ללא ספק תחשיב קר ואכזר, אך גם בעל כוח ניבוי סטטיסטי (זאת ועוד בהמשך).

במאמר קודם טענתי כי הדרך המשכנעת ביותר להצדיק את קביעתו של השופט ריבלין – שלפיה אובדן כושר הכנסתה של הניזוקה יחושב בהתאם למומצע השכר במשק – היא באמצעות תאוריית הצדק ביחסים, הנשענת על מחויבות המשפט הפרטי לערכי האוטונומיה והשוויון המהותי.² מטרת המאמר הנוכחי אינה למחזר או לעבות טיעון זה, אלא לחזור אליו בכדי לבקר את פסק הדין על שלוש נקודות עיוורון משמעותיות שבהן הוא – ואיתו דיני הניזיקין בישראל – לוקה: הראשונה, חישוב אובדן כושר ההשתכרות של ניזוק הסובל ממוגבלות הקודמת למעשה הניזיקין שבגיניו מוגשת תביעת הניזיקין; השנייה, חישוב אובדן כושר ההשתכרות של ניזוק בגיר, במיוחד במצב שבו מגדרו ומגזרו (וכו') משפיעים לרעה על שכרו. המשותף לשתייהן הוא השאלה מה נובע מכך שאובדן כושר ההשתכרות של הניזוקה מוגדר כאובדנה **שלה**. כפי שאטען בהמשך, מילת השייך (שלה) אינה עניין סמנטי, כי אם ביטוי לקשר הנורמטיבי החשוב בין הפיצוי לבין ערך האוטונומיה של הפרט. חידוש נוסף של המאמר הוא ביזהוי נקודת עיוורון שלישית, שעניינה הקשר בין משפט לתאוריה. **אבו חנא** עוסק בתביעה מכוח חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ולא מכוח פקודת הניזיקין. הניסיון ליישם תובנות מתוך עולם הניתוח הכלכלי ומתוך תאוריית הצדק המתקן במסגרת הראשונה אינו אך תמוה, אלא ייתכן שאף שגוי. אטען כי בעוד שניתן להתווכח על מידת התאמתן ונכונותן של תאוריות הצדק המתקן והניתוח הכלכלי של המשפט כהצדקות לדיני הניזיקין הנשלטים על ידי פקודת הניזיקין (וחקיקות נזיקיות אחרות, כגון חוק איסור לשון הרע), דינו של הניסיון "לגזור ולהעתיק" דיון כזה להקשר של חוק הפלג"ד להיכשל.

הסוגיה שאותה אכנה נקודת העיוורון הראשונה התעוררה בפסק הדין בעניין **אבו חנא**, אך כמו בכל פסקי הדין הקודמים לו, היא זכתה להתייחסות דלה ביותר משל הייתה עניין טכני בלבד. מעובדות פסק הדין עולה כי הניזוקה סבלה מנכות רפואית מוקדמת בעיניה. בית המשפט המחוזי שדן בתביעתה קבע – וקביעה זו אושרה כמובן מאליה בפסק הדין של בית המשפט העליון – כי יש לנכות מ"כל פיצוי שהוא"³ את המוגבלות המיוחסת לעיניה של הניזוקה. טענתי הבסיסית היא כי ההצדקה המשכנעת ביותר לפסיקה פורצת הדרך בעניין **אבו חנא** עומדת בסתירה לניכוי נכות קודמת מחישוב אובדן כושר ההשתכרות. ובמילים אחרות, לא ראוי להבחין בין מוגבלות לבין מגדר ומגזר לעניין כימות הסעד הראוי למי שנפגע ממעשה עוולה של הזולת. ניצחונה החשוב של אבו חנא לא צריך להיות מוגבל לזכותה, כאישה וכערבייה, לכתוב את סיפור חייה, כי אם צריך לכלול את זכותה ככל אדם חופשי ושווה מעמד לכתוב סיפור כאמור. נקודת העיוורון השנייה עוסקת בכך שבית המשפט מזניח – אינו מייחס משקל – להשפעה השלילית של מגדר ומגזר (וכו') על חישוב כושר ההשתכרות של הניזוק הבגיר.

הטיעון יתקדם כלהלן: פרק א עוסק בעובדות פסק הדין, באתגר המשפטי העקרוני שבפניו עומד בית המשפט במקרה זה ובניתוח הנורמטיבי המוצע על ידי בית המשפט כמענה לאתגר זה. הניתוח המוצע בפרק זה מראה שגישת הצדק ביחסים – שביסודה עומדים ערכי האוטונומיה של הפרט והשוויון המהותי – היא זו שמסבירה מדוע תוצאת פסק הדין ראויה, לפחות בחלקה. הדיון בפרק זה יחשוף את נקודת העיוורון השלישית, זו העוסקת במידת ההתאמה של צדק מתקן וניתוח כלכלי למסגרת החוקית שיוצר חוק הפלג"ד. פרק ב מסביר מדוע תוצאת פסק הדין ראויה רק באופן חלקי על ידי זיהוי נקודת העיוורון הראשונה של פסק הדין: כיצד

² חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307, 381–379 (2019). עוד ראו, Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, (2020) 513, 555–58 *NOTRE DAME L. REV.* *Substantive Remedies*, 96.
³ ת"א (חי') 621/98 אבו חנא נ' אבו חנא, פס" 3 (נבו) 17.10.2002: "ולפיכך, אני קובע כי התובעת לא זכאית בכל פיצוי שהוא, בגין הפגיעה בעיניה".

יש להתייחס לכושר ההשתכרות של הניזוק (הקטין) בעל מוגבלות קודמת. פרק ג עוסק בנקודת העיוורון השנייה של פסק הדין – כימות כושר ההשתכרות של הניזוק הבגיר באותם מצבים שבהם מגדרו, מגורו או מוגבלותו משפיעים לרעה על השתכרותו בפועל. השאלה שניצבת בבסיס הניתוח שיוצע להלן היא "של מי כושר ההשתכרות שאותו בית המשפט נדרש לכמת?", והטיעון שיובא להלן, המתבסס על גישת צדק ביחסים, הוא כי בגלל שמדובר בכושר ההשתכרות של הניזוק, ראוי להרחיב את הלכת **אבו חנא** לניזוקים בעלי מוגבלות ולניזוקים בגירים שכושר השתכרותם מושפע לרעה מעיצובו המדיר של שוק העבודה. פרק ד דן במתח הקיים בין הגישה המוצעת לבין עקרון השבת המצב לקדמותו.

עוד אציין, לפני שאתחיל, כי רבות נכתב על פסק הדין ועל השאלות הגדולות והחשובות שהוא מעלה.⁴ המאמר הנוכחי מתיימר לחדש הן ביחס למסגרת הנורמטיבית – צדק ביחסים – שהוא פורס כמצע תאורטי להבנת סוגיית אובדן כושר ההשתכרות בדיני הניזוקין והן ביחס לחלק מהסוגיות שהוא מעלה: ההתייחסות הראויה למוגבלות בפסיקת פיצוי על אובדן כושר השתכרות, ביקורת על ההבחנה בין הפליה מגדרית וגזעית לבין הפליה תפקודית בדיני הפיצויים, סוגיית היחס בין חוק הפלתי לבין התאוריה של דיני הניזוקין ולבסוף ביקורת על ההבחנה המוכרת בדיני הפיצויים בין קטין לבין בגיר.⁵ זאת ועוד, הדיון שיוצע כאן טרם מוצה, ונראה שכלל אינו קרוב לכדי מיצוי, בפסיקה הישראלית בעידן שלאחר **אבו חנא**.⁶

ב. צדקתו של פסק הדין אבו חנא

עניין **אבו חנא** עוסק במציאת הדרך הראויה להתמודד עם היעדר האפשרות לדעת מה יכול היה להיות כושר ההשתכרות העתידי של מי שנפגעה בתאונה בגיל חמישה חודשים. הצורך לדעת מהו כושר השתכרותה נובע מכך שחלק מרכזי מן הפיצוי לו זכאית הניזוקה נועד לפצותה על אובדן כושר ההשתכרות. אולם, בהיעדר מידע קונקרטי על המשתנים המספקים קירוב (proxy) אמין לכושר השתכרותו של אדם, כגון תעסוקה נוכחית או רמת השכלה, נדרש בית המשפט לאמץ קירוב אחר.

בית המשפט בעניין **אבו חנא** בחן שתי תשובות אפשריות. הראשונה היא לנבא את כושר השתכרותה העתידי של הניזוקה באמצעות פנייה לנתוני הקירוב הטובים ביותר העומדים לרשותו. כך, למשל, מגדרה ומגורה של הניזוקה יכולים להעלות בצורה משמעותית את ההסתברות כי השתכרותה העתידית (לולא התאונה) תהיה נמוכה מהשכר הממוצע בישראל. גם סביבת מגוריה וההיסטוריה המשפחתית של הניזוקה עשויות לחזק את הקשר הסטטיסטי האמור. אכן, "גישה זו תוביל לפיצוי מקורב לנוק שנגרם במציאות, ולכן

⁴ ראו למשל, צחי קרפז "סיפור חייו או סיפורו של חיב? על בעיית ההסללה הנובעת מאימוץ כללים אישיים: תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת" **עיוני משפט** מב 421, 443 (2020); עומר י' פלד "חישוב הנזק בתנאי איודאות – התאמת הנתון הסטטיסטי למטרותיהם של דיני הפיצויים" **עיוני משפט** לט 147 (2016); נילי קרקוריאיל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" **דין ודברים** ט 175 (2015); אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הניזוקים: המקרה של שימוש בסטטיסטיקה בפסיקת פיצוי לנפגע קטין" **משפט ועסקים** י 499, 516 (2009). שם, הצעתם של ריבלין ושני לחשוב על ראש הנזק של אובדן כושר ההשתכרות כאובדן זכות הבחירה (או צמצום אופק האפשרויות התעסוקתיות הפתוחות עבור הניזוק) מעניינת מאוד, אך לא ברור לי האם ההמשגה החדשה משנה, או יכולה לשנות, את השאלה שבסופו של דבר תקבע כיצד יש לכמת את הפיצוי בגין אובדן זה. כפי שאטען ברשימה זו, השאלה היא מהי תפיסת הצדק הראויה לשמש כמסגרת הנורמטיבית לפתרון הסוגיה, בין שנסווגה כאובדן כושר (או נכס) או כפגיעה בזכות. התשובה שאציע היא צדק ביחסים.

⁵ נקודה אחרונה זו הועלתה ונותחה (אך לא מנקודת המבט של צדק ביחסים) על ידי יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הניזוקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים** לח 145, 196 (2008).

⁶ פסק דין חשוב שבו קיימת התייחסות נקודתית, ללא דיון מעמיק, לאחת הסוגיות שיונתחו במאמר זה הוא ע"א 8380/03 **קרנית נ' עבדאלולי**, פסי' 9 לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 5.12.2005). פסק הדין קובע כי אין ליחס למקום מגוריו של הניזוק הבגיר (מגידל שמס) משקל שלילי בחישוב אובדן כושר ההשתכרות בתנאים של איודאות ביחס להכנסותיו השוטפות של הניזוק. הדיון שאציע בהמשך "מתערב" בגישה המקובלת בפסיקה, וגם על השופט ריבלין בעניין **אבו חנא**, לפיה קיומה של ודאות ביחס להכנסותיו השוטפות של הניזוק הבגיר סותם את הגולל על האפשרות "לפתוח" לדיון את חישוב כושר ההשתכרות. הדוגמה שבה אתמקד תהיה מצב שבו הניזוק הבגיר סובל לא רק מנזקי התאונה, אלא גם מנזקי של שוק עבודה מפלה כך שכושר השתכרותו אינו מגולם בצורה צודקת בהשתכרותו בפועל.

מתיישבת עם המטרה של השבת המצב לקדמותו.⁷ זה למעשה היה הטיעון שהועלה על ידי חברת הביטוח של הנהג. חשוב לשים לב שהטיעון הוא אמפירי, ולא נורמטיבי. מטרתו היא לעשות שימוש במאפיינים מסוימים כמשתנים המסייעים בחישוב המדויק ביותר האפשרי של יכולת ההשתכרות של הניזוקה. האפשרות השנייה היא להתעלם מכל אותם נתונים התומכים בהפחתת הפיצוי ובמקום זאת להעמיד את כושר השתכרותה העתידי (לולא התאונה) בהתאם לשכר הממוצע במשק הישראלי, כלומר להחליט כי מגדרה ומגזרה (ועוד) של הניזוקה אינם צריכים להביא להפחתת הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות של הניזוקה.

בית המשפט העליון העדיף את האפשרות השנייה על פני הראשונה. הוא עשה זאת בהסתמך על טיעונים משני מישורים שונים: אמפירי ונורמטיבי. המישור האמפירי מתיימר להראות כי אין סיבה טובה להניח כי מגדרה ומגזרה של הניזוקה יהיו בעלי השפעה שלילית על יכולות התעסוקה ואפשרויות התעסוקה שלה בעתיד. בנקודה זאת השופט ריבלין סובר כי ההפליה המגדרית והמגזרית בשוק העבודה הישראלי העתידי תמוגר כך שהניזוקה (לולא התאונה) תקבל הזדמנות ויחס דומים לאלה שמקבל חבר קהילת הרוב בישראל (קרי, ציבור היהודים).

זוהי תחזית שובת לב, ללא ספק. ייתכן (כך יש לקוות) שהיא תתממש בימינו או. אולם לא ברור על מה היא נשענת. בפרט, לא ברור כיצד ביכולתה להביס את הטענה שלפיה הניבוי הסטטיסטי המדויק ביותר האפשרי של כושר השתכרותה של הניזוקה מחייב התחשבות במגדרה ובמגזרה. כלומר, המציאות (העגומה) היא שבשוק העבודה בישראל קיים מתאם בעייתי שאינו זניח בין השתייכות מגדרית ומגזרית מסוגים מסוימים לבין כושר השתכרות; שוק העבודה הישראלי אינו יוצא דופן במובן זה משווקים מפותחים אחרים בעולם.⁸ ייתכן שמה שעומד מאחורי עמדתו של בית המשפט הוא החשד כי מתאם שכזה משקף תמונת מצב עכשווית בלבד. ככזו, אין בכוחה "לעלות" על מגמות ושינויי עומק שכבר מתרחשים בחברה הישראלית ובוודאי שאין ביכולתה לנבא כיצד ייראה שוק העבודה בעתיד שאינו קרוב. ברם, הבחנות נכונות אלה אינן יכולות לבסס את מסקנתו של בית המשפט שלפיה מגדר ומגזר אינם צריכים להשפיע על כימות אובדן כושר ההשתכרות של הניזוקה. זאת משום שמצב איהוודאות (להבדיל מסיכון גרידא) ביחס לעתיד כולל גם אפשרויות פחות אופטימיות.⁹ אכן, מנעד האפשרויות רחב דיו כדי לכלול מצב דברים שלפיו המתאם בין מגדר ומגזר לבין השתכרות לא ישתנה; וכמובן שאפשר גם שהמתאם יחריף. כעניין אמפירי, אין זה ברור מדוע השופט ריבלין צופה שיש ודאות גמורה (100%) שהעתיד צופן לנו שוק עבודה שוויוני ומכיל עד כדי איון ההשפעות השליליות שיש למגדרה ולמגזרה של שכרה.¹⁰ ראוי לציין כי איני טוען שהישענות על העדפות ועל טיעונים אמפיריים אינה ראויה בכלל לצורך חישוב פיצויים בדיני נזיקין. טענתי מוגבלת לשוק העבודה, ובפרט למצבים שבהם יש סיבות טובות להאמין שהוא מושפע מהפליה שיטתית או מבנית, כזו שאין בידינו את האפשרות לחזות האם, ומתי, היא תמוגר, או שמא אף תחריף.¹¹

⁷ פלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 162. למסקנה דומה ראו, קרקוראייל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 204–209.
⁸ ביחס למצב בישראל ראו, למשל, נוגה דגרבזוגלו ויעל חסון **פערי שכר מגדריים בישראל: תמונת מצב 2020** (2020). על פערי שכר בין (גברים) יהודים לערבים ראו משרד האוצר **על פערי השכר בין גברים יהודים וערבים** (2021). ביחס לפערים מגדריים בארצות הברית ראו, למשל, Alan Benson et al., "Potential" and the Gender Promotion Gap (Oct. 15, 2021), <https://danielle-li.github.io/assets/docs/PotentialAndTheGenderPromotionGap.pdf> (unpublished manuscript).

⁹ הטקסט הקנוני על ההבחנה בין אידאות לבין סיכון הוא (1921) FRANK H. KNIGHT, RISK, UNCERTAINTY AND PROFIT. לפרט די בקיומו של סיכוי שאינו "אפסי או ספקולאטיבי או היפותטי גרידא" שהשתכרותו הפוטנציאלית של הניזוק תעלה על הניבוי הסטטיסטי היבש. דומה שבית המשפט בעניין **אבו חנא** בחר שלא לחמוק מהשאלה העקרונית, ולכן הכרעה נוסח **ברששת** אינה מספקת אותו.

¹¹ בכתבתו האקדמית (לאחר מתן פסיקתו בעניין **אבו חנא**), ריבלין מכיר בקושי הטמון בהנחת האופטימיות הצרופה. ראו ריבלין ושני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 513–514. אולם מעבר להכרה באיהוודאות ביחס לעתיד שוק העבודה, ריבלין ושני אינם מגינים על הנחה זו מלבד הטענה שלפיה "הפתרון שניתן [באבו חנא] אינו "שובר את הכלים" הנהוגים, ובעיקר את עקרון השבת המצב לקדמותו".

הקושי המתעורר במישור הטיעון האמפירי מעלה תהייה עמוקה יותר בדבר חשיבותו להנמקת בית המשפט: האם התוצאה הנכונה צריכה להיות תלויה בהעדפות משתתפי שוק העבודה הישראלי ביחס למחיר העסקתן של נשים חברות קהילת המיעוט בישראל? אחרי הכול, מטרת המרוץ אחרי הניבוי המדויק ביותר האפשרי של כושר השתכרותה העתידי של הניזוקה היא הניסיון לשקף בצורה המהימנה ביותר את רמות השכר בשוק העבודה, אשר נגזרות מן ההיצע והביקוש לעבודה. הישענות על העדפות של משתתפי שוק העבודה ביחס למגדר ולמגזר נותנת תוקף משפטי לעמדות ותפיסות מוטות, שאינן צודקות ושגויות. מסקנה זו יכולה להסביר מדוע צדק בית המשפט כאשר ביקש להצדיק את הבחירה באפשרות השנייה על פני הראשונה באמצעות פנייה למישור הטיעון הנורמטיבי. לשם אפנה.

מישור הטיעון הנורמטיבי אינו נשען אפוא על העדפות מעסיקים ומשתתפים אחרים בשוק העבודה, אלא מבקש להחליט האם ראוי לתת משקל למגדרה ולמגזרה של הניזוקה לצורך כימות הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרותה. כלומר, השאלה האמפירית בדבר קיומו או היעדרו של מתאם בעייתי בין השתייכות לקבוצה מוחלשת לבין הכנסה אינה מהווה שיקול בהחלטה. כפי שטענתי בעבר (בעבודה משותפת עם חנוך דגן), בית המשפט אינו מצליח להראות כי טיעונים המבוססים על יעילות כלכלית, צדק מתקן וצדק חלוקתי מובילים למסקנה כי יש להזניח את מגדרה ומגזרה של הניזוקה.¹²

איני רואה מקום לחזור על טענה זו מלבד תוספת זו – שאלת הסעד הראוי במקרה **אבו חנא** מתעוררת אגב חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, להבדיל מפקודת הנזיקין. חוק זה יצר משטר אחריות ופיצוי שאינו מתיישב עם מושכלות יסוד של גישות היעילות הכלכלית והצדק המתקן. על כן, אבקש לטעון כי הניסיון של בית המשפט להסביר את החלטתו תוך כדי פנייה לשתי גישות אלה מעלה קושי מקדמי: האם ניתן להצדיק תוצאה משפטית במונחי יעילות וצדק מתקן כאשר ההקשר המשפטי הנדון מצוי במתח מבני עם קידום היעילות הכלכלית ועם עשיית צדק מתקן? תשובתי היא בשלילה (עם סייגים מסוימים).

המתח הבסיסי בין חוק הפלתי"ד לבין היעילות הכלכלית נובע משני אלה: ראשית, ייחוד העילה שבסעיף 8 לחוק שולל באופן **שיטתי** את האפשרות לייחס אחריות נזיקית למונע הנזק הזול ביותר – ליקויים בטיחותיים בתשתית התחבורתית שלהם אחראית המדינה (כגון מהמורות בכביש, תאורה חלקית, היעדר הפרדה בין נתיבים וכו') לעולם אינם יכולים להיחשב בבחינה המשפטית כגורמי התאונה. שנית, האחריות המוטלת מכוח חוק הפלתי"ד אדישה לחלוטין לטיב ההתנהגות של המזיק ושל הניזוק, כך שהקביעה המשפטית שלפיה הנהג הפוגע הוא "המזיק" ואילו נפגע התאונה הוא "הניזוק" אינה מתיימרת לבטא היגיון כלכליתמריצי בדבר ייחוס אחריות לעלויות החברתיות שגרמה אותה תאונה. חוק הפלתי"ד מיטיב לתאר זאת בכנותו את המזיק "הנוהג" ואת הניזוק "הנפגע".¹³ על רקע זה, פנייתו של בית המשפט העליון דווקא לשיקולי יעילות כלכלית לצורך הכרעה בשאלת ההתחשבות במגזרה ובמגדרה של הניזוקה נראית מוקשית. איני טוען כי אין מקום לשיקולי יעילות במסגרת משטר משפטי הסוטה בבסיסו מן ההיגיון הכלכלי של הרתעה יעילה – שיקולי יעילות עשויים לעזור לשופט לקבוע **איך** להגשים את תכלית חוק הפלתי"ד אף שאינם מתיימרים לקבוע **מה** תכליתו. ובהקשר של עניין **אבו חנא**, שיקולי יעילות יכולים לסייע לבית המשפט לקבוע מהו תחשיב כושר השתכרות המשרת בצורה האפקטיבית ביותר את השגת תכלית החוק

שם, בעמ' 515. כפי שאני טוען ברשימה זו, "הפתרון" בוודאי סוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו. השאלה הנכונה היא לא האם הוא עושה זאת, אלא האם ראוי לעשות זאת, והתשובה, המעוגנת בצדק ביחסים, היא "כן".

¹² ראו דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 380–381; חנוך דגן ואביחי דורפמן "תשובה למגיבים: צדק ביחסים – על תיאוריה משפטית, תיאוריה פוליטית וגישה ביקורתית" **עיוני משפט** מא 439, 445–446 (2019).

¹³ ראו ס' 1(א) ר' לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, בס' 1 ("נפגע") ובס' 2(א) ("הנוהג").

(שאינה, כזכור, יצירת הרתעה יעילה). אולם, לא זה האופן שבו בית המשפט "משתמש" בשיקולי יעילות במקרה **אבו חנא**.

ראוי עוד להוסיף כי ניתן היה לסבור כי אפשר להצדיק את חוק הפלתי"ד במונחי יעילות מן הסדר השלישי, קרי, הוזלת עלויות האדמיניסטרציה הכרוכות בחלופה המוכרת של דיני הרשלנות.¹⁴ כך, במקום הגשת תביעות וביורר שאלת האשם (הפרת חובת הזהירות), חוק הפלתי"ד ולצידו ההסדר הביטוחי שמכוחה של פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש] מציעים ניהול פשוט ולכן זול יותר של בעיית תאונות הדרכים. הסבר זה עשוי היה לשכנע בתנאים מסוימים, אך קשה לראות כיצד ניתן להצדיק את חוק הפלתי"ד הישראלי במונחים של פשטות ופישוט הליכים. ראשית, ההבניה הקואליטית שלו (כמו למשל בהגדרת תאונת דרכים) מצויה במתח עם הוזלת עלויות אדמיניסטרציה. שנית, גם אם קיימת הוזלה מהותית בעלויות אלה, יש לקחת ברצינות את העלויות שהוזלה זו בעצמה מייצרת – הכוח המשמעותי שהסדר הפלתי"ד נותן לחברות הביטוח בניהול היום יומי של פיצוי נפגעי תאונות דרכים.¹⁵ כלל לא ברור, על כן, האם חוק הפלתי"ד עולה בקנה אחד עם הוזלת עלויות אפילו במישור האדמיניסטרטיבי (הכולל, כאמור, גם את הצבת חברות הביטוח כשחקניות מרכזיות בתחום הפיצוי לנפגעי תאונות דרכים).

גם גישת הצדק המתקן, כפי שהיא מוצגת כיום על ידי מה שניתן לכנות אסכולת טורונטו (אך גם על ידי דוברים אחרים שלה¹⁶), אינה יכולה להצדיק את ההסדר המשפטי שיוצר חוק הפלתי"ד.¹⁷ הסתירה בינה לבין הפלתי"ד מתבטאת בהטלת אחריות מוחלטת, אשר בהגדרה אדישה לשיקולי אשם של המעורבים בתאונה. סיבה נוספת לסתירה קשורה לביטול, הלכה למעשה, של הדרך המסורתית שבה המשפט המקובל מאפשר לניזוק לתבוע את המעוול כדי לקבל פיצוי על נזקו. במדויק, ההסדר הפלתי"די אינו מתיישב עם שתי מסקנות מרכזיות הנובעות מגישת הצדק המתקן: תפקידו ההכרחי של השופט בדיני הנזיקין¹⁸ וזכותו הבסיסית של הניזוק לתבוע את נזקו מן המזיק על ידי פנייה לאותו שופט.¹⁹ על כן, יש לתהות כיצד ניתן לעגן את תוצאת פסק הדין בעניין **אבו חנא** בתאוריית הצדק המתקן אם המסגרת המשפטית – חוק הפלתי"ד – שוללת את עשיית הצדק המתקן באופן הנדרש, קרי באמצעות ההליך המשפטי המזוהה עם דיני הנזיקין של המשפט המקובל. ראוי לציין, כי הסתירה המוצגת בין צדק מתקן לבין ההסדר הפלתי"די אינה משום היעדר התאמה חלקית (אחרי הכול, אף תאוריה, להוציא אולי את הגישה הכלכלית, אינה מתיימרת למצוא התאמה מושלמת בין מסקנותיה לבין המשפט הנוהג). זוהי סתירה מבנית במובן זה שהיא יורדת לשורשה של תפיסת הצדק המתקן, ועל כן ראוי לראות את היחסים בין צדק מתקן לבין ההסדר הפלתי"די כיחסי **דחייה**, להבדיל מיחסי חפיפה חלקית.

¹⁴ הטרימינולוגיה (עלויות מן הסדר השלישי) היא של קלברזי, GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 28 (1970).
¹⁵ ראו רונן פרי "מהפך או מפח: סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" **עיוני משפט** כח 147 (2004).
¹⁶ גם לשיטתו של גולס קולמן קיים פער מבני בין צדק מתקן לבין הסדר מקביל לפלתי"ד (הדוגמה שבה הוא משתמש היא החלפת דיני הנזיקין המסורתיים של ניו זילנד במעין ביטוח לאומי מקיף). ראו Jules L. Coleman, *Doing Away with Tort Law*, 41 LOY. L.A. L. REV. 1149, 1155 (2008).
¹⁷ לכתובה מרכזית של אסכולת טורונטו ראו Ernest J. WEINRIB, ; ARTHUR RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS 37 (2016) CORRECTIVE JUSTICE (2012). לא רק שאסכולה זו הצליחה לפתח את רעיון הצדק המתקן בצורה המעמיקה והמלאה ביותר, אלא שנראה שגם גישות "שכנות" לגישת הצדק המתקן עשויות לגנות את ההסדר הפלתי"די. ALAN BRUDNER & JENNIFER M. NADLER, THE UNITY OF THE COMMON LAW 315 (2nd ed. 2013); JOHN C. P. GOLDBERG & BENJAMIN C. ZIPURSKY, TORTS 267, 394-95 (2010). גם גישתו של קולמן (שגם אותה מאזכר בית המשפט בעניין **אבו חנא**), שאינה משתייכת לאסכולת טורונטו, סוברת שהסדר פלתי"די אינו עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן. ראו Coleman, לעיל ה"ש 16. חריג חשוב (פנימי לגישת הצדק המתקן) אשר ייתכן שניתן למצוא בו תמיכה בהסדר מעין פלתי"די מצוי בכתיבתו של ג'ון גרדנר. ראו בעיקר JOHN GARDNER, FROM PERSONAL LIFE TO PRIVATE LAW 209-10 (2018).
¹⁸ Ernest J. Weinrib, *Civil Recourse and Corrective Justice*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 273, 274 (2011) תיאורו של אריסטו הרואה בשופט את ההתגלמות האנושית של הצדק (המתקן): "for the judge means to be justice ensouled"; ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 65, 84 (1995).
¹⁹ RIPSTEIN, לעיל ה"ש 17, בעמ' 43-51.

על רקע זה, מערך השיקולים שביכולתם להצדיק את ההתעלמות ממגדרה ומגזרה של הניזוקה לצורך חישוב כושר השתכרותה נדרש לצלוח שני אתגרים: האחד הוא מבני וענייני היעדר סתירה בין המסגרת המשפטית של חוק הפלתי"ד לבין אותם שיקולים; השני הוא תוכני וענייני הכרה בזכותו של הפרט לאוטונומיה או הגדרה עצמית (self-determination), ולא רק לתפיסת החירות המועדפת על אנשי צדק מתקן, עצמאות.

גישת הצדק ביחסים יכולה (כך אני סבור) לעמוד בשני אלה. לפני כן, אבקש להסביר בקצרה את עיקריה של גישה זו.²⁰ גישת צדק ביחסים מייחסת חשיבות **עצמאית** לצדקת היחסים בין יוצר סיכון לבין נקלע סיכון. כלומר, החשיבות שיש לייחס לאופן שבו כל צד לאינטראקציה נזיקית (בהקשר של רשלנות, לשון הרע, הסגת גבול וכו') מכבד את האינטרסים של האחר אינה נובעת מתרומת האינטראקציה לחברה בכללותה, בין שתרומה זו נמדדת במונחי צדק חלוקתי, דמוקרטיה או רווחה מצרפית. במקום זאת, החשיבות היא עצמאית במובן זה שהיא מתמקדת אך ורק ביצירת תנאי אינטראקציה המשקפים את היותם של נקלע סיכון ויוצר הסיכון חופשיים ושווים **זה לזה**. השוויון הרלוונטי לצדק ביחסים הוא לא בין כל חברי וחברות החברה, אלא בין המזיק לבין הניזוק כאנשים פרטיים, ולא, או לא בהכרח, כאזרחי מדינת ישראל. התפיסה הרעיונית העומדת בבסיס תפיסה "צרה" זו היא כי קיים ממד משמעותי בחיינו שבו האינטראקציות הדיאדיות בין אנשים פרטיים יוצרות סיכונים משמעותיים לפגיעה באוטונומיה ובשוויון של משתתפיהן, אך בד בבד גם מייצרות ערך חשוב עבור אותם משתתפים (חשבו למשל על הפגיעות ולצידה גם החשיבות שיש ליחסי עובד-מעסיקה, שוכר-משכירה ובהקשרים מסוימים גם ניזוק-מזיקה). ממד זה של חיינו מצוי במרכז העניינים של המשפט הפרטי. ככזה, הוא אינו ניתן להכפפה לממד חשוב נוסף בחיינו, אשר מצוי במרכז העניינים של המשפט הציבורי, זה שבו אנחנו רואים עצמנו חלק מחברי הקהילה הפוליטית או אומה המבקשת לנהל את החיים המשותפים של אזרחיה. השוויון והאוטונומיה שבצדק ביחסים עוסקים בממד הראשון ולכן אין הם מתיימרים, או מבקשים, ליצור שוויון בקרב כל חברי וחברות החברה, אלא רק בין המשתתפים הרלוונטיים באינטראקציות הנשלטות על ידי המשפט הפרטי.

זאת ועוד, צדק ביחסים מושתת על תפיסה עבה של החירות והשוויון הרלוונטיים לקביעת תנאי האינטראקציה בין המשתתפים. החירות הרלוונטית היא אוטונומיה או הגדרה עצמית, ועניינה היכולת של הפרט לכתוב את סיפור חייו. השוויון הרלוונטי הוא מהותי, ועניינו, בניגוד גמור לתפיסת השוויון הפורמלי, קביעת תנאי אינטראקציה הלוקחת ברצינות את ההבדלים הרלוונטיים בין נקלע הסיכון לבין יוצר הסיכון (למשל, ההבדל בין חיי אדם לבין חופש פעולה; בין שלמות גופנית לבין רכוש; ובין חופש הביטוי לבין פגיעה ברגשות). גישה זו, כך טענתי בעבר, מצליחה להאיר חלקים חשובים בדיני הנזיקין שאינם מתיישבים עם הצדקות מקובלות אחרות כגון צדק מתקן, צדק חלוקתי ויעילות (למשל קיומה של אסימטריה בין סטנדרט הזהירות של יוצר הסיכון לשל נקלע הסיכון²¹) ולצד זאת גם לבקר הסדרים קיימים כטעונים תיקון (כגון היעדר התחשבות בעוני כבסיס חשוב ליצירת חובות אקומודציה בין-אישיות במשפט הפרטי²² או קוצר היריעה של עולת ההפליה כפי שהיא נקבעת כיום באמצעות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000²³).

²⁰ סיכום מעמיק יותר של היבטים מרכזיים של גישת צדק ביחסים מצוי ב-Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Postscript to Just Relationships: Reply to Gardner, West, and Zipursky*, 117 COLUM. L. REV ONLINE 261, 261-62, 266-72 (2017)

עוד ראו Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *The Domain of Private Law*, 71 U. TORONTO L. J. 207 (2021).

²¹ ראו Avihay Dorfman, *Negligence and Accommodation*, 22 LEGAL THEORY 77 (2016).

²² Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice* (Nov. 20, 2021).

²³ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3637034.

²³ ראו דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 374-379.

על רקע הצגה תמציתית זו, אבקש להסביר מדוע גישת צדק ביחסים עומדת באתגר שבו הגישות האחרות שהזכרתי כושלות. ראשית, גישת הצדק ביחסים מכירה בהייררכייה ערכית ברורה בין החובות והזכויות המהותיות שלנו (למשל, לשלמות הגוף) לבין החובות והזכויות ההליכיות שלנו (למשל, זכות להגיש תביעה נזיקית). בעוד שלראשונות אין תחליף, הזכויות והחובות האחרונות הן באופן טיפוסי בעלות ערך מכשירני בלבד. כלומר, ניתן לחשוב על מסגרות משפטיות שונות שבעזרתן ניתן להבטיח שחובות וזכויות מהותיות יכובדו. ההליך הנזיקי המסורתי מהווה מסגרת אחת בלבד, טובה יותר או פחות, בשירות מטרה זו. אף ההסדר שמנהיג חוק הפלתי עשוי לשמש מסגרת, טובה יותר או פחות, בשירות מטרה זו. כפי שהראיתי במקום אחר, בניגוד לסברה המקובלת בקרב תאורטיקנים והיסטוריונים של דיני הנזיקין, משטר הפיצוי לנפגעי תאונות עבודה הנוהג בארצות הברית אינו מבטא את ביטולם של דיני הנזיקין, אלא את החלפת מנגנוני האכיפה והפיצוי הכושלים של דיני הנזיקין במנגנונים טובים יותר.²⁴ יתרונם אינו בהשאת היעילות המצרפית או בקידום הצדק החלוקתי, אלא בהבטחה טובה יותר של דבר כיבודן של הזכויות המהותיות של העובדים, בעיקר הזכות לשלמות הגוף, כנגד הסיכונים הנשקפים לעובד במקום העבודה. כלומר, הסדר זה – בעל קווי דמיון מסוימים להסדר הפלתי הישראלי – אינו מעלים את חובות הזהירות הבסיסיות שחייב המעסיק כלפי העובד, אלא מבקש להעצימן. איני טוען שגם הסדר הפלתי מתיישב עם תפיסה כזו של הקשר בין מערך האכיפה והפיצוי לבין החובות והזכויות המהותיות של נהגים והולכי רגל. תפיסה זו של היחס בין הפלתי לדיני הנזיקין טרם נבחנה לעומקה, ולכן לא ניתן לגבש בשלב זה מסקנות ברורות. יחד עם זאת, אפשר לקבוע כי גישת הצדק ביחסים – להבדיל מגישות היעילות הכלכלית והצדק המתקן – אינה שוללת את האפשרות לראות בהסדר הפלתי כוח מסייע בהשגת מטרת העל של דיני הנזיקין (והמשפט הפרטי), לשם אפנה כעת.

שנית, גישת הצדק ביחסים מדגישה את כיבוד האוטונומיה של הניזוק (והמזיק) כחלק אינטגרלי מקביעת חובות וזכויות המשקפות את דבר היותם של המשתתפים שווים מהותית, ולא רק פורמלית, זה לזה. מסיבה זו ניתן להבין מדוע בית המשפט העליון צדק בכך שהתעלם ממגדרה וממגזרה של הניזוקה לצורך בחינת כושר השתכרותה הפוטנציאלי (לולא התאונה). שכן, יכולתה לכתוב את סיפור חייה אינה צריכה להיות נתונה לשליטתן של ההטיות וההעדפות המצויות בבסיס המתאם השלילי שבין מגדר ומגזר לבין כושר השתכרות. אם בכלל, חשיבותה של הזכות להגדרה עצמית היא במניעת השפעות שליליות מסוג זה. על כן, השופט ריבלין צודק כשהוא קובע כי:

...התייחסות אינדיבידואלית – המקדמת את מושג האוטונומיה של הפרט – מחייבת שלא לקשור את הניזוק בעבותות הסביבה החברתית שאל תוכה נולד או שבה גדל. היא מחייבת שלא לקבע אותו במציאות היסטורית ושלא לגזור את גורלו על-פי מצב של נחיתות כלכלית או חברתית בה מצויים, על פי מסד הנתונים הסטטיסטיים שאליו מבקשים לקשור אותו שלא בטובתו, מי שמשתייכים לזהותו המגדרית או הגזעית.²⁵

על רקע זה, ניתן לומר שתוצאת פסק הדין נכונה כיוון שהיא מבטאת את תפיסת הצדק ביחסים. נכונותה אינה מעוגנת בכך שהזנחת מגדרה ומגזרה של הניזוקה מבטיחה ניבוי מהימן יותר של כושר השתכרותה, אלא בכך שזוהי הדרך הראויה היחידה להתייחס אליה כאל כיצור אוטונומי, להבדיל ממי שהחברה כתבה עבורה את סיפור חייה (או פרק מרכזי בסיפור זה, קרי, עבודה וקריירה). פסק דין **אבו חנא** מיישם קביעה

²⁴ Avihay Dorfman, *Relational Justice and Torts*, in RESEARCH HANDBOOK ON PRIVATE LAW THEORY 321, 326-28 (Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *The Value of Rights* eds., 2021); עוד ראו Hanoch Dagan & Benjamin Zipursky eds., 2021) *of Action: From Civil Recourse to Class Actions*, JERUSALEM REV. LEG. STUD. (forthcoming 2022).
²⁵ עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 1, בפס" 31.

בנלית אך חשובה מאין כמותה – כושר ההשתכרות של הניזוקה הוא לא פחות ולא יותר מאשר כושר ההשתכרות שלה. תנאי אינטראקציה המבטאים התייחסות למזיק ולניזוקה כאל יצורים אוטונומיים ושווים אינם יכולים להעלים קביעה זו. זו הסיבה שמילת השייכות (שלה) משחקת תפקיד כל כך חשוב עבור גישת הצדק ביחסים, שכן היא המסמן הלשוני של המסומן הנורמטיבי – אוטונומיה. מכיוון שכושר ההשתכרות הוא ממד מהותי ביכולת של הפרט לכתוב את סיפור חייו, גישת צדק ביחסים מדגישה את החשיבות של חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר זה בניכוי "רעשים חיצוניים" (כגון הפליה). גישה זו גם אינה סוברת כי הבעיה המתגלה במקרה **אבו חנא** מחייבת אותנו לנטוש לחלוטין את ההישענות על שוק עבודה תחרותי לצורך בחינת אובדן כושר ההשתכרות בכלל.²⁶ שוק העבודה ככזה אינו מקור הבעיה. נהפוך הוא, שוק העבודה מציע לנו – כאנשים פרטיים – אפשרות מרכזית למימוש האוטונומיה שלנו במובן של כתיבת סיפור חייו. הבעיה נוצרת כאשר שוק העבודה נשלט על ידי העדפות מפלות, יחסי כוחות שאינם מוצדקים, היעדר הזדמנות שווה והיעדרה של רשת ביטחון ראויה. חשיבותו של **אבו חנא** – והטענה המועלית כאן שלפיה יש להרחיב את תחולתו לניזוקים מוגבלים ולבגירים, בתנאים מסוימים – היא בסימון הגישה הראויה לשאלת הקשר בין דיני הפיצויים הניזוקיים לבין שוק העבודה. חשיבותו היא בהבנה שהקשר הוא ביקורתי, ולא מכני, ושבבסיסו מונחת עמדה נורמטיבית, ולא אמפירית, ביחס לשאלה מהו אובדן כושר ההשתכרות.

ג. נקודת העיוורון הראשונה של פסק הדין אבו חנא: מוגבלות הניזוק

למקרא פסק הדין עולה כי בית המשפט סובר שיש הכרח להבחין בין מגדר ומגזר לבין מוגבלות כגורמים שונים העלולים לפגום בהשתכרותם העתידית של ניזוקים. בתי המשפט העליון והמחוזי אכן הקדישו תשומת לב רבה לגורמים מן הקבוצה הראשונה תוך שהם ממעטים להתייחס למוגבלותה של הניזוקה. בשתי הערכאות מובהר כי הניזוקה סבלה ממוגבלות קודמת, ומכאן גם מובאת המסקנה, ללא דיון, כעניין המובן מאליו, כי אין לכלול בפיצוי על נזקה את ירידת כושר השתכרותה המיוחסת למוגבלות זו. תוצאה זו הפוכה לקביעה העקרונית שבה עוסקת מרבית פסק הדין שלפיה ירידת כושר ההשתכרות המיוחסת למגדרה ומגזרה של הניזוקה לא תיזקף לחובתה של הניזוקה.

בפרק זה אטען כי התייחסות למוגבלות קודמת באופן שונה ממגדר ומגזר אינה ראויה וכי יש להחיל על כולם דין שווה – כימות כושר השתכרותה של הניזוקה אינו צריך להיות מושפע מעובדת היותה אישה ערבייה כמו גם מעובדת מוגבלותה. ביסוס הטענה ייעשה בשלושה שלבים עיקריים. השלב הראשון יסביר את המובן שבו מוגבלות אינה צריכה להיחשב כשונה ממגדר וממגזר. השלב השני יחזור אל גישת הצדק ביחסים ויטען כי אותם הטעמים המובילים להתעלמות ממגדרה ומגזרה של הניזוקה לצורך כימות כושר השתכרותה של הניזוקה תקפים ביחס למוגבלותה. השלב השלישי יבהיר מדוע גישות מתחרות לצדק ביחסים אינן יכולות להצדיק את ההתעלמות הנדרשת ממוגבלותה של הניזוקה.

חשוב לציין כי נקודת העיוורון שתיבחן להלן אינה ייחודית לפסק הדין. כלומר, היא אינה נקודתית, אלא מעידה על בעיה רחבה יותר בפרקטיקה ובתאוריה של דיני הניזוקין בישראל.²⁷

²⁶ השוו יפעת ביטון "קפיטליזם בדיני הניזוקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" **דין ודברים** יא 77, 108 (2017).
²⁷ כך, למשל, בעוד שהפוטנציאל בדבר העצמת האוטונומיה של הפרט בעניין **אבו חנא** זוהה על ידי חוקרי מוגבלות במשפט, הקישור בין פוטנציאל זה לבין הדין שיש להחיל בעניין חישוב כושר ההשתכרות של ניזוק עם מוגבלות קודמת למעשה העולה או התאונה טרם נעשה. ראו, למשל, אצל שגית מור, מעין סודאי ואור שי "דין זה שאינו אחד: על א/נשים אינטרסקס והמשפט הישראלי" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 797, 824 (עניב מורגנשטרן ואח' עורכים 2016). ניסיוני בהוראת דיני הניזוקין באוניברסיטת תל אביב מזה כמה שנים רק מחזק את טענתי בדבר נקודת העיוורון. זוהי אומנם לא התרשמות מדעית (ובוודאי שאינה חפה מהטיות), אך קשה שלא להיתקל בהתנגדות האינסטינקטיבית של תלמידים להשוואה

ג.1. מדוע השפעתה של מוגבלות על כושר השתכרות אינה טבעית או אובייקטיבית יותר מהשפעתן של הטיות ודעות קדומות

ניתן לסבור כי יש ממש בהבחנה בין הפגיעה הכרוכה בכושר ההשתכרות עקב מוגבלות לבין פגיעה בכושר זה המיוחסת למוצאו, גזעו או מינו של הניזוק. ההבחנה אינה נוגעת למידת הפגיעה, שכן הפגיעה הנובעת מן הסוג הראשון יכולה להביא לאובדן גבוה, נמוך או שווה לירידה בכושר ההשתכרות הנובעת מן הגורמים האחרונים. עניינה בתפיסה (השגויה, כך אטען) כי יש מקום להבדיל בין ירידת כושר השתכרות הנובעת ממוגבלות לבין ירידה במידה דומה הנובעת מהיחס השלילי של בני אדם – ובפרט, מעסיקים ולקוחות של בית העסק המעסיק – לאנשים מגזע וממין מסוימים. המקרה הראשון, כך ניתן לסבור, הוא בעל ממשות אובייקטיבית בעולם המעשה: למשל, לקות ראייה מונעת פעילויות ייצור הדורשות שימוש בחוש הראייה. לעומתו, המקרה השני הוא תולדה של הטיות, דעות קדומות ופרקטיקות אנושיות פסולות שאינן מחויבות המציאות או ההגיון. דרך אחת לחשוב על ההבדל הזה היא במונחים של צדק. ניתן לומר ששוק עבודה המעניש חלק ממשותפיו משום היותן נשים ערביות מפר מחויבות בסיסית לשוויון ולצדק. לא כך הם פני הדברים, ניתן היה לטעון, ביחס לשוק עבודה שאינו מאפשר לבעלי מוגבלות הזדמנות שווה לעבוד ולהשתכר **בדיוק כמו** עובדים שאינם לוקים באותה מוגבלות. אחרי הכול, ממשך הטיעון, לא המעסיקים ולא המדינה אחראים להיווצרות אותה מגבלה – היא בגדר נתון קיים בעולם שמעיד, לכל היותר, על חוסר צדק קוסמי.²⁸

קו מחשבה זה אינו משכנע. נתונים קיימים בעולם, ובכלל זה עובדות אמפיריות בלתי ניתנות לערעור, אינם קובעים כיצד ראוי לנהוג ביחס אליהם. מעשה הקביעה הוא עניין נורמטיבי.²⁹ אחרי הכול, ההשפעה שיש ללקות פיזיולוגית מסוימת על תפקוד הלוקה בה תלויה גם באופן שבו אנחנו מעצבים את הסביבה, ובמקרה של שוק העבודה הדבר תלוי באופן שבו מעצבים את סביבת העבודה (וכל השלבים הקודמים לרגע הכניסה לשוק העבודה, כגון חינוך והכשרה תעסוקתית). ברמת העיקרון, מוגבלות אינה תנאי הכרחי ומספיק לכושר השתכרות ירוד של מי שסובל ממוגבלות כלשהי. זאת משום שעיצוב סביבת העבודה מהווה תנאי הכרחי לקיומו של קשר חיובי בין מוגבלות לבין כושר השתכרות ירוד.

על רקע זה, המסקנה הנכונה היא שאפשרות קיומה של השפעה שלילית של מוגבלות על כושר ההשתכרות אינה דבר טבעי או אובייקטיבי יותר, או שונה באופן איכותי, מקיומה של השפעה דומה הנובעת מהטיות, מדעות קדומות ומפרקטיקות חברתיות מפלות. גם זו וגם זו אינן מקיימות את המחויבות הליברלית הבסיסית לכיבוד זכותו של היחיד להגדרה עצמית ולהתייחסות שוויוניות. לפיכך, ההבחנה החמורה שביית המשפט מציע בין מוגבלות קודמת של הניזוקה לבין מגדרה ומגזרה (שגם הם "קודמים" לקרות הנזק) אינה במקום.

מכאן ממשיך הטיעון לפיתוח הטענה כי אין לנכות את מוגבלותה הקודמת של הניזוקה מתחשיב אובדן כושר ההשתכרות כשם שאין להכיר בהשפעה השלילית של מגדרה ומגזרה על כושר השתכרותה. תחילה אראה כי הגישות שאליהן מפנה בית המשפט העליון – יעילות כלכלית, צדק מתקן וצדק חלוקתי – אינן

בין מוגבלות, מצד אחד, לבין גזע ומגדר, מצד שני, לצורך חישוב אובדן כושר ההשתכרות של הניזוק. התנגדות זו חולפת, עם זאת, מיד לאחר ניהולו של דיון שעניינו זיהוי הקשר בין אוטונומיה, מוגבלות וחישוב אובדן כושר ההשתכרות של הניזוק.

²⁸ השימוש בביטוי המגחך חוסר צדק קוסמי מגיע מביקורתה של אליזבת' אנדרסון את תומכי גישת luck egalitarians הטוענים שהמזל הרע שפקד אותנו (למשל, ביחס למקום שבו נולדנו, למוגבלויות שלנו וכיו"ב) מקנה לנו טענה לפיצוי המעוגנת בצדק חלוקתי.

ראו Elizabeth S. Anderson, *What is the Point of Equality?*, 109 ETHICS 287, 288 (1999).

²⁹ נהוג לזהות תפיסה זו עם התנועה הביקורתית החשובה של לימודי מוגבלות (ראו שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עיוני משפט** לה 97, 103–105 (2012)). זיהוי זה נכון, אך חשוב לא פחות לציין שההבחנה בין המצב הקיים לבין שאלת הצדק – קרי, מה לעשות עם הקיים ועל מי חלה האחריות לעשות זאת – אינה תוצר של לימודי מוגבלות. האחרונים הם יישום, הכרחי וחשוב ביותר, של העיסוק בשאלת הצדק האמורה. להרחבה על הבחנה זו ראו Avihay Dorfman, *Reasonable Care: Equality as Objectivity*, 31 L. & PHIL. 369, 401-06 (2012).

מצדיקות את ההתעלמות ממוגבלותה של הניזוקה לצורך חישוב כושר השתכרותה. משם אחזור לצדק ביחסים כבסיס לטענה כי מוגבלות אינה צריכה להשפיע על כימות כושר השתכרותה של הניזוקה באבו חנא (ובכלל).

ג.2. מדוע יעילות כלכלית, צדק מתקן וצדק חלוקתי אינם עומדים באתגר

אפתח בניתוח הכלכלי ואניח בצד, לצורך הדיון, את הקושי המבני העולה מנקודת העיוורון השלישית שנדונה לעיל. מכיוון שמטרת דיני הניזיקין (לפי ניסוח קנוני של הניתוח הכלכלי, אך לא היחיד האפשרי) היא מזעור העלויות החברתיות של תאונות, הרי שגם סטנדרט ההתנהגות הנדרש מיוצרי סיכון וגם הפיצוי שייפסק על נזק שנגרם על ידי הפרתו "מכויילים" להפסד החברתי הנובע מנזק זה. הנחת העבודה היא כי נזקה האישי של הניזוקה הוא, ברגיל, גם נזקה של החברה.³⁰ אשר על כן, כימות אובדן כושר השתכרותה של הניזוקה מהווה, למעשה, ניסיון התחקות אחר אובדן התוצר שנגרם לחברה עקב פגיעתה. אובדן זה אינו עוסק בסביבת עבודה אידיאלית שבה בעלי מוגבלות יכולים להשתלב בשוק העבודה כשווים, אלא בסביבת העבודה בעולם המציאות שלנו. ההפסד לחברה במונחי אובדן תוצר עבודתה של הניזוקה מגלם את מוגבלותה, ואינו מתעלם ממנה. משכך הם פני הדברים, מוגבלות קודמת של הניזוקה מיתרגמת לכושר השתכרות נמוך (באופן טיפוסי או בממוצע) מאשר כושר השתכרותה של ניזוקה בעלת יכולות דומות, אך ללא מוגבלות. גישה זו תומכת, אם כן, בקביעת בית המשפט שלפיה יש לנכות מחישוב אובדן כושר השתכרותה של הניזוקה את אובדן הכושר המשקף את מוגבלותה.

גישת הצדק המתקן מזוהה אולי יותר מכל גישה אחרת עם עקרון השבת המצב לקדמותו כאמת המידה לסעד הראוי. אולם השאלה הנבחנת כאן היא מהו "המצב הקודם" שאליו יש להשיב את הניזוקה באמצעות פיצוי על אובדן כושר השתכרות. בפרט, האם על הפיצוי להביאה למצב שבו מוגבלותה אינה פוגמת בפוטנציאל ההשתכרות שלה או למצב שבו נזקי התאונה שלה אחראי המזיק אינם פוגמים בפוטנציאל השתכרותה? דומני שהאפשרות השנייה היא הנכונה, שכן רק היא עוסקת בהשבה, כלומר בהחזרת דבר מה שהמזיק "לקח ממנה", קרי, את יכולת ההשתכרות הגלומה בה עובר לתאונה. יכולת זאת אינה מעלימה את המוגבלות של הניזוקה ואת ההשפעה השלילית שעלולה להיות לה על פוטנציאל השתכרותה בשוק העבודה. במובן זה, חיובו של המזיק לפצותה על אובדן כושר מלא, מבלי לנכות ממנו את מוגבלותה, אינו משיב את מצבה לקדמותו, אלא משפר אותו. חיזוק לפרשנות זו ניתן לראות בהתייחסות (המצומצמת מאוד) של אנשי צדק מתקן להשלכותיה של מוגבלות על שאלת האחריות הניזיקית.³¹ למעשה, ההתייחסות התאורטית של אנשי הצדק המתקן לסוגיה זו דלה ביותר ומסתכמת בהערת שוליים אחת, ובמרכזה האמירה של ויינריב כי: "physical characteristics are part of the context within which, under the conditions of human existence, agency occurs".³² מכאן ויינריב גוזר את המסקנה כי לא ניתן להתעלם ממוגבלותו הפיזית של המזיק, ולכן יש מקום להקל עם המזיק המוגבל בבחינת אשמו (קרי, סטנדרט זהירות סובייקטיבי).³³ קשה

³⁰ ברגיל, אך לא תמיד, וגם לא בהכרח, מכיוון שקיימים מצבים (למשל, מקרים מסוימים של נזק כלכלי טהור) שבהם הפסד אישי אינו גורם גם להפסד חברתי.

³¹ דוברים בולטים של גישת הצדק המתקן מתייחסים לשאלת מוגבלות (פיזית וקוגניטיבית) כאשר הם דנים בחשיבות של סטנדרט זהירות אובייקטיבי. למעשה, כפי שאסביר למעלה, המקום היחיד שבו קיימת התייחסות ישירה לסוגיה הוא WEINRIB, לעיל ה"ש 18, בעמ' 183. התייחסות עקיפה לסוגיה מצויה בכתבתו של ריפשטיין: Arthur Ripstein, *Civil Recourse and Separation of Wrongs and Remedies*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 163, 181 (2011). ריפשטיין התייחס לנקודה זו גם בכתבתו המוקדמת (טרם "הצטרפתו" לאסכולת טורונטו של הצדק המתקן): ARTHUR RIPSTEIN, EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW 111-13 (1999).

³² WEINRIB, לעיל ה"ש 18, בעמ' 183.

³³ שם. ראוי להעיר, במאמר מוסגר, כי מסקנתו של ויינריב אינה מתיישבת עם גישת המשפט המקובל, ולטעמי היא גם אינה נכונה כעניין של משפט רצוי. ראו Dorfman, לעיל ה"ש 21.

מאוד להבין מה נובע מכך. למשל, ניתן לחשוב כי הגיונו של הטיעון יוביל גם למסקנה כי לא ניתן להתעלם מהפגיעה בפעולות של הניזוק המוגבל בבואנו לחשב את כושר השתכרותו לצורך כימות ראש הנזק של אובדן כושר השתכרות, אך אין לכך כל ביטוי בכתבתם של ויינריב או של דוברים אחרים של גישת הצדק המתקן. זאת ועוד, לטיעון זה אופק תאורטי מוגבל ומאכזב למדי. הוא נעשה על רקע ניסיונו של ויינריב להסביר מדוע ראוי להקל עם מזיק בעל מוגבלות פיזית, אך לא עם מזיק בעל מוגבלות נפשית או קוגניטיבית. ניסיון זה (שלא ברור לי כיצד ניתן להצדיקו) מונע בעיקר מכך שהמשפט המקובל מחיל סטנדרט התנהגות אובייקטיבי, ולא מתחשב, על מזיק עם מוגבלות נפשית.³⁴ (ויינריב חושב, ובכך הוא טועה, שהמשפט המקובל מחיל סטנדרט התנהגות סובייקטיבי או מרוכך על מזיק בעל מוגבלות פיזית, ולא על זה בעל מוגבלות נפשית; האמת היא כי בשני המצבים חל דין זהה, והסטנדרט הנדרש הוא אובייקטיבי, ולא מתפשר.³⁵)

גישה של קידום צדק חלוקתי באמצעות דיני הנזיקין עשויה להיראות מבטיחה לעניין הנדון מפני שהרעיון של חלוקה צודקת של משאבים בחברה חייב לכלול מתן הזדמנות שווה לבעלי מוגבלויות. ההזדמנות השווה המדוברת נכונה גם, ואולי במיוחד, בשוק העבודה בשל מרכזיותו לקיום האנושי. אולם, וכאן נכנס הקושי העקרוני של קידום צדק חלוקתי באמצעות דיני נזיקין, אין זה ברור מדוע מוצדק להטיל על המזיק את חובת קידום הצדק החלוקתי. היעדרה של ההצדקה נובע מטעם מוסרי ומטעם מוסדי.³⁶ בעוד שהקושי המוסרי שואל מדוע דווקא **אדם פרטי** נדרש לקדם את הצדק החברתי, הקושי המוסדי שואל מדוע דווקא **המזיק** נדרש לעשות כן. מוסרית, המזיק הטיפוסי בדיני הנזיקין הוא אדם פרטי הפועל למימוש מטרותיו שלו. כפייתו לפעול בשירות הצדק החלוקתי מצריכה הצדקה, במיוחד כאשר עסקינן במחויבות של המשפט הפרטי לערכי הליברליזם, כאלה המונעים את השטחת ההבדל בין הפרט לבין המדינה או הקהילה. בהקשר זה, קשה לראות מדוע ראוי להפוך את המזיק, בעל כורחו, לסוכן של צדק חלוקתי (או של שינוי חברתי רחב יותר). מוסדית, הכפפתו של המזיק לחובת קידום צדק חלוקתי מעלה קושי של שרירותיות שאינה מוצדקת הנובעת מהאופן שבו דיני הנזיקין יכולים לתרום למטרה צודקת זו. בפרט, המפגש ההרסני בין המזיק לניזוק הוא בבסיסו מקרי לחלוטין: באותה מידה המפגש יכול היה שלא להתרחש כלל (למשל, די שהמזיק היה יוצא מביתו דקה אחת מאוחר או מוקדם יותר מזמן היציאה בפועל); אך גם כאשר המפגש האמור קרה ביחס לניזוקה המסוימת, הרי שבכך הוא נמנע משורה של בני אדם אחרים ובכלל זה בעלי מוגבלויות דומות לאלה של הניזוקה. במילים אחרות, המבנה הדיאדי של האינטראקציה הנזיקית ומקריות התרחשותה מעוררים קושי מוסדי מהותי באפשרות לרתום את דיני הנזיקין לקידום (המטרה החשובה) של חלוקה מחדש של הזדמנויות ומשאבים בקרב כל בני ובנות החברה. בפשטות, דיני הנזיקין, להבדיל מדיני המס והרווחה, אינם מנגנון **שיטתי** לחלוקה של הזדמנויות ומשאבים. כפי שהסברתי לעיל, היעדר השיטתיות האמור אינו מהווה איום על גישת הצדק ביחסים, שכן האחרונה אינה מבקשת לרתום את דיני הנזיקין לשיפור השוויון בהזדמנויות בחברה כולה, אלא מתמקדת ביצירת תנאי אינטראקציה צודקים בין יוצר סיכון לנקלע סיכון לפני ואחרי קרות התאונה. הבטחת צדק ביחסים היא חשובה בפני עצמה, כלומר ללא קשר להשפעתה על הרווחה המצרפית, הצדק החלוקתי ותכליות מצרפיות חשובות אחרות.

³⁴ ראו Vaughan v. Menlove, 132 Eng. Rep. 490 (CtCP 1837). גישה זו מקובלת, ככל הנראה, גם על המשפט הישראלי. ראו את אמרת האגב של השופט רובינשטיין בעניין רע"א 1272/05 **כרמי נ' סג**, פ"ד סב(3) 396, פס" כ"ד לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2007).

³⁵ Dorfman, לעיל ה"ש 21.

³⁶ להרחבה בנושא, ראו Avihay Dorfman, *Private Law Exceptionalism? Part II: A Basic Difficulty with the Argument from Formal Equality*, 31 CAN. J. L. & JURIS. 5 (2018).

ג.3. צדק ביחסים ואובדן כושר השתכרות של ניזוק עם מוגבלות

עד כה טענתי שלצורך כימות אובדן כושר השתכרותה של הניזוקה הקטינה אין סיבה להבחין בין מגדר ומגזר, מצד אחד, לבין מוגבלות, מצד שני. אך לצד זאת גם טענתי שגישות של יעילות כלכלית, צדק מתקן וצדק חלוקתי מתקשות להסביר מדוע אין לזקוף לחובת כושר ההשתכרות של הניזוקה את דבר מוגבלותה. הדבר המתבקש כעת הוא לחזור אל צדק ביחסים על מנת לבסס את טענתי כי מוגבלות אינה צריכה להפחית מהפיצוי על אובדן כושר השתכרותה של הניזוקה. חזרה שכזו גם מתבקשת לאור הדיון בפרק א: מכיוון שצדק ביחסים היא הגישה המצויה בבסיס סירובו של בית המשפט לזקוף לחובת הניזוקה את דבר מגדרה ומגזרה, ומכיוון שמוגבלות אינה שונה (לצורכי הדיון שלנו) ממגדר וממגזר, הרי שהפתרון לשאלת כימות אובדן כושר ההשתכרות של ניזוקה עם מוגבלות מצוי באימוץ (חוזר) של גישה זו.

ואכן, קביעת תנאי אינטראקציה בין המזיק לבין הניזוקה אשר מבטאים התייחסות אליה כאל יצור אוטונומי ושווה מחייבת "התייחסות אינדיבידואלית". אפתח באוטונומיה (או הגדרה עצמית). התייחסות אינדיבידואלית – כלומר כזו שמכירה בזכותה להגדרה עצמית – מחייבת הפרדה עקרונית בין הניזוקה לבין נסיבות חיצוניות הגוזרות עליה "נחיתות כלכלית" או נחיתות תעסוקתית: נסיבות אלה יכולות להיות פרקטיקות חברתיות מוטות לרעת נשים וערבים, אך הן גם יכולות ללבוש את הצורה של עיצוב מוטה של סביבת העבודה כך שבעלי מוגבלות ימצאו את עצמם מודרים מעיסוקים מסוימים. שלילת זכותה לכתוב את סיפור חייה (בהקשרו התעסוקתי) בשל היחס השלילי המתבטא בעיצוב סביבת העבודה אינו שונה משלילת זכות זו בשל היחס השלילי הניתן למגדרה ולגזעה. במובן זה, צדק ביחסים מתעקש על הנקודה הכל כך פשוטה שלפיה כושר ההשתכרות של הניזוקה הוא בראש ובראשונה כושר ההשתכרות שלה, ומשום כך אין זה נכון לקשור את כושרה זה "בעבותות הסביבה החברתית [או התעסוקתית] שאל תוכה נולד[ה] או שבה גדל[ה]".³⁷

גם שוויון מהותי ביחסים שבין הניזוקה למזיק מחייב מסקנה דומה. שוויון מהותי אין פירושו העדפת הניזוק על פני המזיק. עניינו מציאת שיווי משקל הנותן משקל יחסי הולם להשלכות של פסיקת פיצוי על חייו של המזיק ועל חייה של הניזוקה.³⁸ בפרט, תנאי אינטראקציה שוויוניים בשלב פסיקת הסעדים נקבעים על ידי סוג הפיצוי וכימותו. עליהם לשקף התייחסות (של המשפט) אל המזיק ואל הניזוק כשווים – כבעלי אינטרסים לממש חיים בעלי משמעות ובעלי יכולת בחירה חופשית.³⁹ לדוגמה, חיוב המזיק לשרת את הניזוקה (למשל, להסיע אותה לטיפולים רפואיים, לנקות את ביתה, לארח לה חברה וכו') יעמוד בסתירה להתייחסות אל שניהם כשווים, שכן הוא פוגע אנושות באינטרס החירות של המזיק וכן שולל ממנו את יכולת הבחירה החופשית. מן הצד השני, מתן פיצוי שאינו מכסה על שיקומה הרפואי של הניזוקה יעמוד אף הוא בסתירה לעיקרון של התייחסות אליהם כאל שווים, שכן הוא מונע ממנה את השיקום המיטבי האפשרי עבורה ובכך גם פוגע בקשת האפשרויות למימוש עצמי העומדות בפניה.

אם כן, מה צריך להיות הדין ביחס לפיצוי על אובדן כושר השתכרות? בפרט, האם התייחסות אליהם כשווים מאפשרת פיצוי המשקף יכולת השתכרות נמוכה בשל מוגבלות של הניזוקה? המפתח לתשובה מתחיל עם ההשוואה למגזר ולמגדר – האם המשפט מתייחס למזיק ולניזוקה כשווים כאשר הוא מתיר למזיק לפצות

³⁷ עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 1, בפס' 31.

³⁸ לדיון מפורט בנקודה זו ויישומה על מגוון רחב של דוקטרינות בדיני הסעדים של דיני הניזיקין ראו, Dagan & Dorfman, *Substantive Remedies*, לעיל ה"ש 2.

³⁹ עוד על איזון בין מרכיביו השונים של אינטרס החירות (freedom interest) של כל אחד מן הצדדים, ראו H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 834-35 (1979). וכן ראו את המסגור, במונחי שוויון יחסי, שמציע למהלך קרוב לזה רסמוסן: KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, *RELATIONAL EGALITARIANISM: LIVING AS EQUALS* ch. 3 (2018).

את הניזוקה בסכום המשקף את אובדן השכר הנעוץ בדבר מגדרה ומגזרה: התשובה החד־משמעית לכך צריכה להיות בשלילה. וכפי שטענתי לעיל, מוגבלות אינה שונה ממגדר ומגזר במובן זה שהשפעתה השלילית על השתכרות הניזוקה אינה מנותקת מנסיבות חיצוניות מסוימות, קרי, עיצוב מדין של סביבת העבודה. התייחסות אל המזיק ואל הניזוקה כשווים אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם תנאי אינטראקציה שמצד אחד מכירים (במובן של: לא פוגעים) באינטרסיו של המזיק למימוש עצמי בשוק העבודה, אך שמצד שני אינם מכירים בחשיבות אינטרס הניזוקה לממש את עצמה בהקשר התעסוקתי.

לסיכום הטיעון בחלק זה, צדק ביחסים הוא העוגן הנורמטיבי המצדיק את הפן החיובי של פסק הדין – הזנחת ההשפעה השלילית של מגדרה ומגזרה של הניזוקה על כושר השתכרותה הפוטנציאלי – אך מבקר את הפן הבעייתי שבו – הכרת בית המשפט בהשפעה השלילית של מוגבלותה של הניזוקה על כושר השתכרותה הפוטנציאלי. התוצאה הראויה היא, אפוא, תחשיב של אובדן כושר השתכרות המתבסס על זכות הניזוקה להגדרה עצמית ולהתייחסות שוויונית. התביעה הצודקת במונחי צדק ביחסים היא לכך שכושר ההשתכרות האמור הוא שלה, לא יותר, אך גם לא פחות. בנסיבות שבהן הניזוקה קטינה, גישת הצדק ביחסים תומכת בכימות הפיצוי בגין הפגיעה בכושר השתכרותה בהתאם לממוצע השכר הכללי במשק (או, לצורך העניין, בכל אמת מידה אחרת אשר אינה לוקה בשלילת ההכרה בניזוקה כייצור אוטונומי ושווה).

ד. נקודת העיוורון השנייה: כושר השתכרות של בגירים וצדק ביחסים

הדין שהוצע עד כה בפסק הדין בעניין אבו חנא נותר נאמן לגבולות הגזרה שהוצבו בפסק הדין לצורך בחינת סוגיית אובדן כושר ההשתכרות בשוק עבודה הסובל מהפליה פסולה: קבוצת הניזוקים הקטינים, מגיל לידה ועד לאלה שיכולת הבחירה ורכישת הכישורים התעסוקתיים שלהם טרם הגיעה לכלל הבשלה. בנקודה זו עולה שאלת המשך – מה צריך להיות הדין ביחס לאובדן כושר השתכרות של בגירים? האם ההכרעה הנכונה לגבי עניינה של אבו חנא (הן ביחס למגזרה ומגדרה והן ביחס למוגבלותה) צריכה להשליך על אופן כימות הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרותו של ניזוק בגיר, זה שכבר מצוי בעיצומו של כתיבת הפרק התעסוקתי של סיפור חייו? התשובה שאציג מבוססת כמובן על גישת הצדק ביחסים. היא נחלקת לשני רבדים: המוסרי והמוסדי. ברובד המוסרי אטען כי גם כימות כושר ההשתכרות של הניזוק הבגיר אינו צריך להיות מושפע לרעה ממגדר, מגזר ומוגבלות (או מנתונים חיצוניים אחרים המבטאים הפליה פסולה בשוק העבודה). ברובד המוסדי אטען ששיקולי שלטון החוק מחייבים סטנדרטיזציה מסוימת של כימות אובדן כושר השתכרות. בהקשר זה אציע אפשרויות שונות ליישום גישה זו בדיני הניזוקין בישראל. מטרת הצעות אלה היא להתחיל את הדין ולזהות כיוונים אפשריים לפיתוחו, אך לא מעבר לכך.

ד.1. השאלה המוסרית: צדק ביחסים וכושר ההשתכרות של הניזוק הבגיר

בפסק דינו השופט ריבלין מציע הבחנה בין הניזוק הקטין לבין הניזוק הבגיר באופן הבא (ולשם הבהירות אביא את דבריו במלואם). הוא קובע כי "השימוש בסטטיסטיקה כללית שמור אך לאותם מקרים שבהם לא ניתן לפנות להערכה אינדיבידואלית [של כושר ההשתכרות של הניזוק]". ומכאן הוא גם מבהיר כי השימוש "בסטטיסטיקה כללית", שהיא, במקרה שלנו, ממוצע השכר במשק, אינו מהווה "סטייה מן התפיסה האינדיבידואלית השולטת בדיני הפיצויים בנזיקין", שכן הוא מיועד אך ורק "לאותם מקרים שבהם לא ניתן לפנות להערכה אינדיבידואלית". כלומר הוא משמש כקירוב הטוב ביותר האפשרי להערכה אינדיבידואלית מקום בו האחרונה אינה מעשית. לעומתו, עומד הניזוק הבגיר: "דרך החיים בה הספיק

לצעוד זימנה לו אפשרויות שונות, והבחירות שעשה לאורכה מאפשרות לא אחת להשקיף גם אל שצפן לו העתיד. משרתו של הבגיר עובר לתאונה והשכר הנלווה לה, הישגיו ואופק התקדמותו, הם כולם תוצר של אותן בחירות, ועל כן מהווים הם נתונים רלבנטיים באשר לפיצוי שישב את מצבו לקדמותו. על-מנת ליתן תוקף לבחירותיו אלה של הבגיר, יבואו אותם נתונים תחת השכר הממוצע במשק."

אמרת האגב של השופט ריבלין מדגישה, ובצדק, את ההבדל בין מצבו של הקטין לבין זה של הבגיר במונחים השאובים מתוך עולם הצדק ביחסים – הבחירות שעשה הבגיר, מימוש ההגדרה העצמית שלו, קובעות את כושר השתכרותו. במקרים מסוימים בחירותיו ושכר העבודה הנלווה להן משקפות באופן ממצה ומהימן את כושר ההשתכרות של הניזוק כייצור אוטונומי ושווה. יחד עם זאת, וזאת הנקודה החשובה המצויה בבסיס נקודת העיוורון הנוכחית, לא ברור כיצד נעלמו מתיאור העולם של השופט ריבלין אותן תפיסות לא צודקות בשוק העבודה שעמדו במרכז הבימה של פסק הדין – ביחס למגדרה ולמגזרה של הניזוק – או גם התפיסה הלא צודקת שלא קיבלה ביטוי מספק – ביחס למוגבלותה. שהרי בין שמדובר בניזוקה קטינה ובין שמדובר בבגירה, שוק העבודה, ובפרט התגמול שהוא מעניק למשתתפיו, חד הוא. כלומר, התגמול המפלה הניתן לעובדים על בסיס מגדרם, מגזרם וכשירותם הפיזית אינו נעלם מקום בו אנו נדרשים לכמת את כושר ההשתכרות של הבגיר. ולמרות זאת, השופט ריבלין סבור כי "משרתו של הבגיר עובר לתאונה והשכר הנלווה לה, הישגיו ואופק התקדמותו, הם כולם תוצר של אותן בחירות."

לטעמי, הגם שהשתכרות הניזוק הבגיר בפועל עובר לתאונה חייבת, ברגיל, להיות מובאת בחשבון לצורך כימות כושר השתכרותו, לא ניתן להתעלם מן האפשרות כי משרתו והשכר הנלווה לה אינם משקפים במלואם את בחירותיו, אלא גם, במידה כזו או אחרת, נסיבות חיצוניות להן. 40 במיוחד מדאיגה האפשרות כי חלק מאותן נסיבות חיצוניות עשוי להיות קשור לפרקטיקות תעסוקתיות מפלות ולתנאים בלתי צודקים אחרים המאפיינים את שוק העבודה כפי שאנחנו מכירים אותו; כך הם למשל סביבת תעסוקה שאינה תומכת בשילוב בעלי מוגבלויות מסוימות או שוק עבודה המייחס פרמיה שלילית לנשים ולערבים. במילים אחרות, אין חולק שהניזוק הבגיר כבר מצוי עמוק בתהליך כתיבת סיפור חייו, ובכך מצבו שונה מן הניזוק העולל. ברם, לא קיים הבדל איכותי בין שאלת יחסם של דיני הניזוק לנסיבות חיצוניות כגון מגדר, מגזר ומוגבלות המשפיעות לרעה על כושר ההשתכרות העתידי של הניזוק הקטין לבין שאלת יחסם של אותם דינים לנסיבות דומות שהשפעתן הרעה פוקדת את הניזוק כשהוא בגיר – ההבחנה בין הניזוק טרם כניסתו לשוק העבודה לבין הניזוק לאחר כניסתו אליו נוגעת לציר הזמן, אך היא אינה משנה את הבעיה העקרונית שבה נתקל הניזוק. למעשה, זוהי אותה בעיה נורמטיבית המופנית פעם אחת לקטין ופעם שנייה לבגיר. ולכן, במישור המוסרי דומה שהתשובה הראויה ביחס לכימות אובדן כושר השתכרותו של הניזוק הקטין צריכה לחול גם על כימות אובדן כושר ההשתכרות של הניזוק הבגיר. אשוב ואדגיש, העובדה שהניזוק הבגיר מצוי עמוק בתהליך כתיבת סיפור חייו אינה יכולה לכסות על אותם פרקים בסיפור חייו שנכתבו ושייכתבו בצילה של אותה הפליה בדיוק ממנה תסבול הניזוקה הקטינה לכשתצטרף לשוק העבודה.

המורכבות האמיתית במעבר מעמדת בית המשפט ביחס לניזוק הקטין לניזוק הבגיר אינה ברמת הניתוח העקרוני-מוסרי, אלא ברמת היישום. כלומר, הקושי אינו בשאלה "מה ראוי לעשות?", אלא בשאלה "איך לעשות זאת?" לשם אפנה כעת.

⁴⁰ ראו והשוו ביטון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 196. אף על פי שאני תמים דעים עם ביטון כי ההבחנה "החזקה" המונחת בעניין **אבו חנא** בין הניזוק הקטין לבגיר אינה יכולה לעמוד, איני מסכים כי הבסיס לביקורת הוא צדק בחלוקת משאבים והזדמנויות בחברה (ומושג השוויון המצוי בבסיסו, אשר אליבא דביטון פועלו החשוב בדיני הניזוקין הוא במניעת ניצולם של יחסי כוח שהם פרי "יחסים יקוח חברתיים לא-שוויוניים". שם, בעמ' 152).

2.4. השאלה המוסדית: סטנדרטיזציה של כימות אובדן כושר ההשתכרות של הניזוק הבגיר

מצב עובדתי שבו הניזוק קטין מקל על יישום גישת צדק ביחסים לכימות אובדן כושר השתכרותו. השכר הממוצע הכללי במשק הוא כנראה אמת מידה טובה – לא היחידה ולא המושלמת – למימוש זכאותו של הניזוק לקבל פיצוי המשקף את הפגיעה בזכותו לכתוב את סיפור חייו בהקשר התעסוקתי. לעומתו, מצב עובדתי שבו הניזוק כבר השתלב בשוק העבודה יוצר קושי ייחודי. הקושי אינו ראייתי – האם עלה בידי של הניזוק הבגיר להוכיח כי מגדרו, מגזרו או מוגבלותו אכן משפיעים לרעה על האפשרויות התעסוקתיות העומדות בפניו ומכאן גם על שכרו? הנחתי היא שקושי זה אינו ייחודי או מעניין במיוחד לענייננו. במקום זה, הקושי שאליו יש להידרש במקרה הנדון טמון במציאת אמת המידה הראויה לכימות אובדן כושר ההשתכרות האמיתי של הניזוק ששכרו הושפע לרעה מקיומן את תפיסות ופרקטיקות מפלות בשוק העבודה. "השפעה רעה" יכולה ללבוש שתי צורות שונות שאותן אמחיש בשתי הדוגמאות הבאות.

א. שערו מקרה שבו הניזוקה הועסקה, עובר לאירוע הניזוקי שבו נפצעה קשות, כעורכת דין שכירה במשרד עורכי דין בגודל בינוני. הניזוקה היא חלק מקהילת המיעוט הערבי (לשם פשטות ההצגה בלבד לא אוסיף גם מוגבלות). נניח שניתן לראות ששכרה של הניזוקה נמוך באופן טיפוסי משכרן של עורכות דין בנות קהילת הרוב בישראל שעברו מסלול הכשרה דומה ושתחום עיסוקן דומה – למשל, למדו בפקולטה למשפטים בעלת רמה דומה לזו שבה למדה הניזוקה, זכו לליווי וחניכה מקצועיים בתחילת דרכם וכיום מתמחות בתחומים דומים. זאת ועוד, ניתן גם למצוא ששכרה נמוך באופן טיפוסי משכרם של עורכי דין גברים, והיא תוכל להוכיח כי שכרה עובר למקרה הנזק הושפע לרעה מעובדת מגדרה ומגזרה.

ב. הצורה השנייה שהשפעה רעה לובשת היא על עצם הכניסה לעיסוק מסוים. דוגמה אחת היא כאשר לעורכת הדין הניזוקה מוגבלות המונעת ממנה (כמי שעוסקת ביעוץ משפטי בתחום של עסקאות בין לאומיות) את האפשרות לצאת לנסיעות עבודה מחוץ לישראל ועל כן מביאה לשכר חודשי נמוך ממה שהייתה יכולה לקבל לולא מוגבלותה. דוגמה יותר רדיקלית היא כאשר הניזוקה אינה מצליחה למצוא עבודה בשוק עריכת הדין ולכן נאלצת לעסוק בעבודה ששכרה נמוך באופן טיפוסי משכר עורכי דין. (אני מדגיש את העובדה שהיא נאלצת לעשות כן לא במובן שאין זו בסופו של יום הבחירה שלה, אלא במובן שהיא בחרה לעסוק בתחום אחר למרות הכשרתה כעורכת דין, ולא בגלל שהיא אינה מעוניינת לעסוק בעריכת דין).⁴¹

ביחס לשני המקרים, ובמידה שהעובדות מוכחות כנדרש, עולה שאלת אמת המידה שממנה יש לגזור את אובדן כושר ההשתכרות. מה שברור מהניתוח שהוצע עד כה הוא שאין לקבל את שכרה בפועל כשיקוף ממצה של סך הבחירות של הניזוקה, שכן הוא משקף גם נסיבות שלא ניתן לייחסן לניזוק כייצור אוטונומי ושווה. אך מה כן ניתן לקבל כאמת המידה? הפנייה לשכר הממוצע הארצי בשוק העבודה – הפתרון שאומץ באבו חנא ביחס לניזוקה הקטינה – לא תסייע אם, ורק אם, רמות השכר של עורכי דין גבוהות ממנו.⁴² פתרון אחר הוא יצירת מדדים של שכר ממוצע סקטוריאלי, כגון השכר הממוצע לעורך דין בישראל. אולם אין זה ברור שלכל עיסוק בשוק העבודה ניתן לייחס שכר ממוצע סקטוריאלי. כלומר, יצירת הקטגוריות התעסוקתיות שמהן ניתן לפלח שכר ממוצע עלולה ליצור קשיים במקרים רבים. לעיתים הקטגוריה הרלוונטית "רחבה" מדי – למשל, ניתן לשער שקטגוריית המהנדסים כוללת תחומי דעת וידע מעשי שקשה לכנס תחת הגדרה של סקטור אחד. במקרים אחרים הקושי הוא הפוך במובן זה שהקטגוריה צרה מדי ולכן אינה משקפת את

⁴¹ עוד על ההבחנה בין "למרות הסיכון" לבין "בגללו" ועל נפקותה לדיני הניזוקין (בהקשר של הסתכנות מרצון), ראו Avihay, *Dorfman, Assumption of Risk, After All*, 15 THEO. INQ. L. 293 (2014).

⁴² מכאן ניתן להניח שפנייה לשכר הממוצע הכללי במשק עשויה להועיל כאשר מדובר בניזוק שרמות השכר המשקפות את כושר השתכרותו כייצור אוטונומי ושווה אין מגיעות לשכר הממוצע הכללי (נניח ששכרו בפועל נמוך משל חבריו לאותה עבודה משום היותו חבר קהילת המיעוט הערבי).

תחום הדעת והידע המעשי של הניזוק – חשבו למשל על יועץ השקעות. לעיתים הקושי הוא בכך שאין קטגוריה סקטוריאלית בכלל, למשל משום שהעיסוק המדובר טרם התקבע בשוק התעסוקה – חשבו על תחום האימון האישי (coaching) כעיסוק בשלבי התהוות ראשוניים כמה שעשוי לענות על תיאור זה.

ניתן כמובן להתגבר על חלקם של אתגרים אלה באמצעות יצירת חישובי שכר ממוצע סקטוריאלית מתאימים (ואילו הפתרון לאתגרים אחרים מצוי מעבר לדיני הניזיקין ולמשפט הפרטי בכלל (למשל, יצירת מערכת חינוך טובה ושוויונית יותר)). המשימה הזו אינה חייבת להיות מוטלת על כתפי הניזוק המסוים, אלא צריכה להיעשות בצורה שיטתית ומקיפה (למשל, בסיוע הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, באמצעות פנייה למומחים או בהיווצרות שוק למתן שירותי חישוב מעין אלה). זהו מצב דברים (מוכר בהקשרים אחרים) שבו שינוי בדוקטרינה המשפטית עשוי ליצור ביקוש לעיבוד ולאיסוף מידע באופנים שלא נעשו עד כה. על כל פנים, הקושי החישובי המדובר מבטא קושי מוסדי, ולא מוסרי – עניינו קשיי "תרגום" של מסקנות מוסריות לעולם המעשה המשפטי (from morality to legality). הרחבת הלכת **אבו חנא** למצבו של הניזוק הבגיר, ובכלל זה גם של ניזוק בעל מוגבלות, תהיה הצעד הראשון שנותן את הדחיפה ליצירת התשתית המוסדית הנחוצה ליישום גישת צדק ביחסים על דוקטרינת הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בדיני הניזיקין בישראל.

ה. צדק ביחסים והשבת מצב לקדמותו

האם הגישה המוצעת סוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו? התשובה היא כן, אך כך גם פסק הדין בעניין **אבו חנא** (כפי שטענתי לעיל). באופן רחב יותר, דיני הניזיקין הישראליים מעולם לא שמרו אמונים לעיקרון זה בצורה אדוקה ובלתי מתפשרת.⁴³ פסיקתם של פיצויים עונשיים היא דוגמה נוספת לכך,⁴⁴ כמו גם סירובו של השופט ריבלין לפסוק פיצוי לצורך מימון שירותי ליווי לניזוק שיכולתו לקיים יחסי מין נפגעה, בין היתר, מן הטעם "[ש]לא כל "מצב" ראוי להשבה".⁴⁵ כך גם ריבוי של דוקטרינות אחרות מדיני הסעדים. למשל, פיצוי על נזק שהוא תולדה של גולגולתו הדקה של הניזוק (שכן זהו נזק אשר אינו "עובר" את מבחן הקשר הסיבתי המשפטי שכן אינו צפוי). גם פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק עשויה, לפחות לעיתים, להתפרש כסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו.⁴⁶ וכך גם בדיני הניזיקין בארצות הברית התפתחה שורה של דוקטרינות בדיני הסעדים הניזיקיים שאינן עולות בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו.⁴⁷

יוצא מזה שהשאלה הנכונה היא באילו תנאים ראוי להיצמד, ככל האפשר, לעקרון השבת המצב לקדמותו ובאילו מקרים יש לדחותו. כדי לענות על שאלה זו לא ניתן להתייחס לעיקרון זה משל היה אקסיומה בדרך להוכחה מתמטית. נהפוך הוא, ההישג החשוב של פסק דין **אבו חנא** (ולעניות דעתי, ההצעות שהעליתי בעמודים אלה כדי להתגבר על נקודות העיוורון של פסק הדין) הוא בהבנה שהדרך הראויה לעצב את דיני הסעדים מחייבת את בית המשפט "להפנים" את הקשר החשוב בין הדין קיים לבין זה הצודק. הניסיון להציג

⁴³ הדיון בשאלה מה נחשב לסטייה מעיקרון זה עלול להיות כר פורה לדיון עקר משום שהוא לא פעם מוצג באמצעות הגדרות משתנות של מהו "המצב" הדורש השבה ומהי, בכלל, "השבה". זהו אינו המקום לבחון לעומק את מידת הנאמנות של בתי המשפט בישראל לאורך השנים לעיקרון זה ולדרך הנכונה להגדיר את משתני העיקרון ("מצב" ו"השבה"). לדיון בסוגיית אלה ראו קרקור אייל, לעיל ה"ש 4.

⁴⁴ ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 562–567 (2004).

⁴⁵ ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310, 332 (2006). בפסק דינו ריבלין מבהיר כי ניתן להגיע לתוצאה זו גם ללא סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו. הגם שכך, האמירה שהבאתי מפיו של ריבלין מדגימה בצורה נחרצת ומדויקת את טענתי כי יש להימנע מלהקנות לעיקרון זה מעמד מיוחס לו הוא אינו זכאי.

⁴⁶ פיצויים ללא הוכחת נזק מצויים בכמה חוקים נזיקיים כמו למשל ס' 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965. איני טוען שפיצוי ללא הוכחת נזק בהכרח סוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו, אלא שהוא מאפשר לבית המשפט לפסוק פיצוי הסוטה מעקרון השבת המצב לקדמותו, אם יש לכך טעמים טובים.

⁴⁷ ראו Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 2, בעמ' 547–560.

את עקרון השבת המצב לקדמותו כמעין חייץ קשיח בין השניים הוא הבעיה, לא התרופה. גישת הצדק ביחסים מזהה קטגוריות של מקרים שבהם עקרון השבת מצב לקדמותו צריך לחלוש על דיני הסעדים ולצידן קטגוריות של מקרים שבהם אין לעשות כן.⁴⁸ כלומר, לא העיקרון מכתוב את היקף השתרעותו, אלא ההצדקה לדיני הניזקין והפיצויים היא שצריכה לעשות זאת עבורו.

ו. סיכום

פסק הדין בעניין **אבו חנא** הוא מן החשובים שניתנו במקומותינו – חשיבותו מאירה באור של צדק את דיני הסעדים, דיני הניזקין, המשפט הפרטי והמשפט הישראלי בכלל.⁴⁹ מטרת רשימה הזו הייתה להראות כי אם לוקחים ברצינות את השאלה "כושר ההשתכרות של מי?" ואם התשובה היא "כושר ההשתכרות של הניזוק", הרי שפסק הדין טעון שיפור. הוא מהווה יריית פתיחה להשלטת רעיון הצדק ביחסים על דוקטרינת הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות בכללותה. בפרט, ראוי לראות ב**אבו חנא** כזה שפותח את השער לשתי התפתחויות דוקטרינריות חשובות: ראשית, כימות אובדן כושר ההשתכרות של ניזוקים בעלי מוגבלות צריך להיעשות באופן שמכבד אותם כיצורים אוטונומיים ושווים, בדיוק כפי שא**בו חנא** מחייבנו לכבד את אלה שמגדרם ומגזרם משפיע לרעה על השתכרותם הפוטנציאלית בשוק העבודה הישראלי; שנית, כימות אובדן כושר השתכרותם של ניזוקים בגירים ששכרם נמוך בשל מוגבלותם, מגדרם או מגזרם צריך להיות כפוף לאותה הצדקה – צדק ביחסים – המצויה בבסיס הלכת **אבו חנא** ביחס לניזוקים קטינים.

⁴⁸ על כך ראו שם, בעמ' 528–545.

⁴⁹ פסק הדין הוא גם פורץ דרך ביחס למערכות משפט אחרות בעלות דמיון מסוים לדיני הניזקין בישראל. ראו למשל Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661 (2017).