

## **"פגיעה" מינוס "הפליה" שווה "הטיה": על הטיה והפליה בפיצוי נפגעי תאונות**

### **דרכים בישראל\***

#### **יפעת ביטון\*\***

**"לכל אדם עומדת הזכות לכתוב את סיפור חייו."<sup>1</sup>**

מאמר זה מבקש לדון בתוצאות המטרידות של מחקר אמפירי ייחודי שנערך לאחרונה, שהמחברת הייתה שותפה לו, אשר הראה כי ישנה קורלציה בין שוני אתני, לאומי ומגדרי לבין גובה פסיקות בית משפט הנוגעות לאובדן הכנסות עתידיות בתיקים של תאונות דרכים בישראל (להלן: "המחקר האמפירי"). המחקר השתמש לראשונה בכלים אמפיריים כדי לבחון את תוצאות הפעלתו של מנגנון הפיצויים הנזיקי בתיקי תאונות דרכים ובתוך כך חשף את איהשוויון בפיצויים לרעת אוכלוסיות מופלות. תוצאות המחקר האמפירי מראות כי קיים אישוויון בגובה הפיצוי הנפסק לתובעים מקבוצות שונות עבור ראש הנזק של אובדן הכנסה עתידי שנגרם בשל תאונת דרכים: גברים מפוצים יותר מנשים; יהודים יותר מערבים; ואשכנזים יותר ממזרחים. במאמר הנוכחי טוענת המחברת שתוצאות המובהקות של המחקר האמפירי מהוות הוכחה לקיומה האפשרי של הטיה שיפוטית-נזיקית בפסיקות אלה. משמע, שהפיצוי בראש נזק זה אינו רק משקף את איהשוויון שמתקיים ממילא מחוץ לדיני הנזיקין, בשוק העבודה הישראלי, אלא נשען עליו ומעמיק אותו במהלך נזיקי-שיפוטית-פנימי נוסף. בכך מועלית סוגיה שאינה נחקרת דיה בדבר קיומה האפשרי של הטיה בלתי חוקתית – גם אם לא מודעת – בפסיקותיהם של שופטים בישראל בכלל, ובדיני הנזיקין בפרט. המאמר גם מציע דרכים למיגור הטיה זו.

**א. מבוא. ב. על תאוריות נזיקיות והטיות זהותיות. ג. תיאור המחקר האמפירי. ג.1. בחירת הקבוצות המופלות בישראל. ג.2. בחירת ראש הנזק: פיצוי בגין אובדן הכנסה עתידית. ג.3. מיקוד חקר גובה הפיצוי בדיני הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים בישראל. ג.4. המתודולוגיה המחקרית-אמפירית. ג.5. תוצאות המחקר האמפירי. ד. דיון. ד.1. פנים רבות להפליה. ד.2. שלושה דורות להפליה, הטיה והפליה שיפוטית. ה. האלטרנטיבות. ה.1. מישור דיני הנזיקין. מישור המערכת המשפטית. ה.3. מישור מערך הביטוח. ו. סיכום.**

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

\*\* נשיאת המכללה האקדמית אחוה וחוקרת אישוויון במשפט. את המחקר האמפירי המוזכר במאמר זה ערכתי יחד עם פרופ' קריכליכץ מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב. אני מבקשת להודות בשם שתינו לקרן המחקרים שליד איגוד חברות הביטוח בישראל על תמיכתה במחקר האמפירי, אשר אל ממצאיו מתייחס מאמר ביקורתי זה. עוד שלוחה תודתי לשיר בוקרה ולד"ר רויטל עמירן על עבודתן המחקרית על המאמר הנוכחי. את מערך הקידוד שעליו נשען המחקר האמפירי ביצעו תלמידותיי ותלמידיי המסורים: שיר בוקרה, עדי גרופי, גיניפר סילס, דניאל יוגב ומעין ברקת. על איכות עבודת הקידוד פיקחו בגאון מאי זבדה ותום צור.

<sup>1</sup> ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 33 לפסק הדין של השופט ריבלין (2005) (להלן: פרשת אבו חנא).

אף שבשנים האחרונות הפכו בהדרגה דיני הנזיקין לשחקן מרכזי בשיח הביקורתית-חברתי, הגישה הרווחת עדיין תופסת את דיני הנזיקין כבעלי אופי ניטרלי.<sup>2</sup> תאוריות ביקורתיות שונות הציגו את השימוש בדיני הנזיקין למטרות ציבוריות ואת השפעתם על יחסי הכוחות בחברה, מה שפתח את הצוהר לחשיבה מחודשת על תפקידם והשימוש בהם. על יסוד מקורות ביקורתיים אלה, הרואים את הניתוח הביקורתי, הפמיניסטי או הגזעי של דיני הנזיקין כניתוח משמעותי ורלוונטי להם, בחרתי לבסס מאמר זה. מקור השראה נוסף למחקר היווה באופן מובהק גוף עבודתו השיפוטית של המשנה לנשיאה בדימוס, כבוד השופט ריבלין (להלן: "השופט ריבלין") בדיני הנזיקין, אשר העלה סוגיה זו גם בנוגע לדיני הפיצויים – ובאופן המובהק ביותר – בפרשת **אבו חנא**.<sup>3</sup>

בפרשה מוכרת זו נדונה שאלת גובה הפיצוי בגין הפסד השתכרות עתידי שיש לתת לילדה ממוצא בדואי, רים אבו חנא, שהתגוררה בכפר הערבי ריינה שבצפון ונפגעה בתאונת דרכים באופן שפגע גם בכושר ההשתכרות שלה. בכפרים מעין אלה ידועה הייתה בתקופת מתן פסק הדין רמת השתכרות נמוכה ביותר של נשים שהתגוררו בהם. השופט ריבלין קבע שם כי יש לשאוף ככל האפשר להפעיל דוקטרינות פיצוי באופן שיימנע מהפנמה והעצמה של אי-השוויון המתבטא בדיפרנציאציה השיטתית של השכר במשק. לפיכך, הוא הורה על פיצויה של רים על פי צפי השכר הממוצע במשק הישראלי, ולא על פי צפי השכר הממוצע לבנות הקבוצה שאליה היא משתייכת – הקבוצה המוחלשת של נשים ממוצא בדואי – צפי נמוך יותר שיוביל בהכרח לפיצוי נמוך יותר.

נוכח סימון דיני הנזיקין כמרחב בעל משמעות חברתית נרחבת, בכלל, וסימון מערך הפיצויים כמרחב שכזה בפרט, גובש מחקר אמפירי של גובה הפיצוי, שבו קודדו מאות פסקי דין שהעניקו פיצויים לנפגעי ונפגעות תאונות דרכים, תוך סיווג של מאפייני הזהות של התובעים והתובעות לפי מגדרם, מוצאם הלאומי ומוצאם האתני. תוצאות המחקר העלו שבכל הנוגע לפסיקת פיצוי עבור ראש נזק של אובדן הכנסה עתידי, גברים מפוצים יותר מנשים, יהודים יותר מערבים ואשכנזים יותר ממזרחים.<sup>4</sup>

המאמר הנוכחי מנתח את המחקר האמפירי ומבקש להבין את משמעות תוצאותיו, כמו גם להציע פתרונות ראשוניים למיגור ההטיות הזהותיות בפיצויים לנפגעי תאונות דרכים שנחשפו בו. חשיבותו טמונה בטענה המבוססת לאורכו, שלפיה סביר שהטיות אלה מקורן גם בהטיות שיפוטיות, כלומר כאלה המבוצעות בידי השופטים והשופטות תוך שימוש בכלי נזיקי הנדמה ניטרלי. עוד פותח המאמר צוהר למרחב נוסף ולא צפוי של הפליה חמורה במיוחד ואנטי-חוקתית על רקע מאפייני זהות<sup>5</sup> במשפט הישראלי.

מאמר זה יהיה ערוך כך שלאחר פרק המבוא, בפרק השני שלו הוא יציב על הרקע הנורמטיבי לביצועו, שעניינו בעיקר בפניהם המשתנות של דיני הנזיקין בישראל, בין היתר על רקע עבודתו הייחודית של השופט ריבלין. בפרק השלישי שלו יוצגו בקצרה המחקר האמפירי ותוצאותיו. בפרק הרביעי במאמר תבוסס הטענה החדשנית של המאמר שלפיה אחת הדרכים להסביר את תוצאות

<sup>2</sup> לניתוח המהלך המראה כיצד אירע שינוי זה הן בפסיקה והן במחקר של דיני הנזיקין ולמקורות שנטלו חלק בעיצובו ראו יפעת ביטון ולירון קנטי "בין הפרטה לפרט: תמורות נזיקיות ותמורות פוליטיות" **עיוני משפט** מ 493 (2017).

<sup>3</sup> פרשת **אבו חנא**, לעיל ה"ש 1.

<sup>4</sup> ראו Yifat Bitton & Tami Kricheli-Katz, *Disparities on the Basis of Nationality, Ethnicity and Gender in Road Accident Compensation in Israel*, J.OF L. AND CT. (forthcoming 2022).

<sup>5</sup> לחומר המיוחדת של הפליה זו ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595, 606–611 (2017).

המחקר האמפירי היא בקיומן של הטיות שיפוטיות בפסיקת פיצויים דיני נזיקין. בפרק החמישי והאחרון למאמר יוצע מתווה ראשוני לתיקון ההטיות האמורות, מתוך רצון לקדם דיני נזיקין שוויוניים יותר ונגישות שוויונית יותר לזכויות נזיקיות לציבור הישראלי.

## ב. על תאוריות נזיקיות והטיות זהותיות

בפרק זה אציג את המהלך שבו ביססו התאוריות הביקורתיות של דיני הנזיקין, לצד פסיקתו של השופט ריבלין בפרשת **אבו חנא**, את חקר ההטיות שביצענו במחקר האמפירי. כפי שנראה, אף שהיוו מקור השראה לו, הלך המחקר האמפירי "צעד נוסף" מטקסטים ביקורתיים אלה והוא מציע מבט ביקורתי על מרחבים חדשים בדיני הפיצוי הנזיקי בישראל.

התאוריות הביקורתיות של דיני הנזיקין, אשר הפכו עם השנים למקובלות בהרבה מבעבר, הוכיחו כי בדומה לתחומי משפט רבים אחרים, גם דיני הנזיקין משמשים כר פורה לביטוי הטיות סוציו-פוליטיות שונות בחברה ואף להעמקתן.<sup>6</sup> האפיון האפולטי והניטרלי של דיני הנזיקין התפתח לקראת סוף המאה ה-19, עם הופעתם של דיני הנזיקין המודרניים.<sup>7</sup> מבחינה רעיונית, דיני הנזיקין שויכו באופן מסורתי למרחב ההשתרעות של המשפט הפרטי, בהתאם לחלוקה הדיכוטומית בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי בפילוסופיה המשפטית הליברלית,<sup>8</sup> ונתפסו כדינים שאינם רלוונטיים לסוגיות הנובעות משיקולי צדק חלוקתי. אף על פי כן, תפיסה זו זכתה במהלך השנים לביקורת, שהגיעה לשיאה במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת בזכות פיתוח הביקורת הפמיניסטית של דיני נזיקין, אשר ביקשה לחשוף את ההטיות המגדריות המצויות בהם.<sup>9</sup> אימוץ העמדה הריאליסטית על אודות אופיים הפוליטי של דיני הנזיקין היווה כר פורה לצמיחת הטענה הפמיניסטית שמנגנוני האחריות והפיצוי בדיני הנזיקין מבטאים אינטרסים גבריים. מאמרים המציגים ניתוח פמיניסטי של דוקטרינות בדיני הנזיקין ויישומן בבית המשפט החלו להופיע בכתבי עת מכובדים ולכרסם לאט ובשקידה בתפיסה המקובלת של דיני הנזיקין המודרניים כמנגנון ניטרלי האדיש לרכיב זהותי כמו מגדר.<sup>10</sup> הביקורת הפמיניסטית התמקדה בעיקר בדוקטרינות הנוגעות

<sup>6</sup> כבר בשלהי המאה ה-19 כעס המיליה הנזיקי על המלומד ניקולס גרין על שהעז לבקר את איהמדיעיות של דוקטרינת הקשר הסיבתי. ראו MORTON J. HORWITZ, THE RISE AND EARLY PROGRESSIVE CRITIQUE OF OBJECTIVE CAUSATION, THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 471, 482–83 (1990). תפיסה פורמליסטית זו של המשפט שלטה עד לסוף שנות ה-90. למעשה, רק במאה ה-21 החלה מתעוררת כתיבה ביקורתית ענפה על התחום, שהפכה מקובלת ונפוצה יותר ויותר. לתיאור מהלך זה ראו Michael L. Rustad, *Twenty-First-Century Tort Theories: The Internalist/Externalist Debate*, 88 IND. L.J. 419 (2013).

<sup>7</sup> להיסטוריה האינטלקטואלית של דיני הנזיקין מזווית זו ראו EDWARD G. WHITE, TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY (2003). מקיפה ומאירת עיניים במיוחד בביקורתיותה היא גם הסקירה ההיסטורית-סוציולוגית של התפתחות דינים אלה; ראו Horwitz, לעיל ה"ש 6.

<sup>8</sup> לכתובה סמינלית בהקשר זה ראו WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 116–17 (1830); ERNEST WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 3–6, 8–11, 18–21, 36–38 (1995); JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS (1992); Richard A. Epstein, *The Social Consequences of Common Law Rules*, 95 HARV. L. REV. 1717 (1982).

<sup>9</sup> אכן, הגישה הפמיניסטית למשפט היא זרם שהתפתח כחלק מהגישה הביקורתית למשפט (CLS). ראו Owen M. Fiss, *What is feminism*, 26 ARIZ. ST. LJ 413 (1994).

<sup>10</sup> ראו כתיבתן הסמינלית של החוקרות המייסדות בתחום: Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 41 (1989); Martha Chamallas & Linda K. Kerber, *Women, Mothers, and the Law of Fright: A History*, 88 MICH. L. REV. 814 (1990); Elizabeth Handsley, *Mental Injury Occasioned by Harm to Another: A Feminist Critique*, 14 L. & INEQ. 391 (1996); Nancy Levit, *Ethereal Torts*, 61 GEO. WASH. L. REV. 136 (1992); Leslie Bender, *An Overview of Feminist Tort Scholarship*, 78 CORNELL L. REV. 575 (1993); Anita Bernstein, *Better Living Through Crime and Tort*, 76 B.U. L. REV. 169 (1996); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998).

לעצם הטלת האחריות בנוזיקין. לעומתן, מיעוט החוקרות שעסקו בביקורת על מנגנון הפיצוי הערכת שווי הפיצויים התמקדו במידה שבה מנגנון הפיצוי מגן בצורה טובה יותר על אינטרסים הנתפסים כגבריים, זונח את אלה הנשיים ולמעשה מעניק הגנה משפטית פחותה לנשים ביחס לגברים.<sup>11</sup> כך בוקרו בסיסי ראשי הנזק השונים, כגון יכולת השתכרות, נזק בלתי ממוני וכדומה, ככאלה שמיועדים לשרת אינטרסים הגמוניים גבריים בעיקרם.<sup>12</sup> ככלל, טענת הכותבות השונות הייתה כי בתחום האחריות הנוזיקית, נשים סבלו מהטיה ולכן נעדרו הגנה מספקת לעומת עמיתיהן הגברים, וכי אימוץ סטראוטיפים מגדריים מחוץ לגבולות דיני הנוזיקין יצר בהם הטיה ששימשה לשעתוק עמדה מקפחת כלפי נשים ולהעמקתה.<sup>13</sup> בהמשך דרכן, חלק מהכותבות הפמיניסטיות הרחיבו את מחקריהן בתחום והראו כיצד ההטיות המגדריות בדיני הנוזיקין מופעלות גם כלפי אוכלוסיות מיעוטים אחרות. בולט בהקשר זה בעיקר ספרן המקיף של צ'מאלאס וריגינס, אשר בחנו את ההטיות המוטבעות בדיני הנוזיקין הן על בסיס מגדרי והן על בסיס גזעני. השתיים הצביעו על דוקטרינות שבעבר בוקרו רק בהקשר המגדרי כבעלות משמעות גזעית. כך, למשל, הן הראו כי ההגנה המקיפה שמעניקים דיני הנוזיקין לאינטרסים כלכליים של הפרט, לצד הזנחתם את האינטרסים האישיותיים שלו, מונעים פיצוי הולם מאנשים שאינם לבנים בגין חוויות חיים טיפוסיות להם, כמו: אירועי הפליה ונזקיה הבלתי מוחשיים.<sup>14</sup>

פרק שלם בניתוחן הקדישו השתיים לביקורת על מנגנון הפיצוי הנוזיקי מזווית גזעית, שם ביקרו בעיקר את הסתמכות בתי המשפט על טבלאות השכר הממוצע במשק שהן מיוחסות מגדר או מיוחסות גזע בלבד לצורך חישוב סכומי הפיצוי לתובעים עבור השתכרותם העתידית, תוך שעתוק בוטה של מנגנוני ההפליה בשוק העבודה נגד נשים ולא לבנים אל תוך הפסיקה הנוזיקית.<sup>15</sup> השתיים טוענות כי ההשתכרות הממוצעת לגברים שחורים נמוכה מזו האמיתית, שכן היא מביאה בחשבון את הזמן שגברים שחורים אינם משתכרים בשל שהות בכלא, שהות שהוכח כי היא מושתת על פלח אוכלוסייה זה באופן בלתי פרופורציונלי ומפלה.<sup>16</sup> עוד הן הראו כיצד הפיצוי המוגבל עבור נזקים בלתי מוחשיים פגע בעיקר בנשים ובשחורים ובכך האירו בזרקור חשוב את תחום הפיצוי ככזה הדורש בחינה ביקורתית ייחודית לו מזווית אלה.<sup>17</sup> טענה חדשה ודומה גורסת כי הנזקים הבלתי מוחשיים הכרוכים בכאב וסבל פיזיים אף הם מוטי גזע, בשל הנטייה להעריך את חווקם הפיזי של אנשים שחורים כגדול מזה של אנשים לבנים.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> לביקורת דוקטרינית זו ראו Lisa M. Ruda, *Caps on Noneconomic Damages and the Female Plaintiff: Heeding the Warning Signs*, 44 CASE W. RES. L. REV. 197 (1993); Barbara Y. Welke, *Unreasonable Women: Gender and the Law of Accidental Injury, 1870–1920*, 19 L. & SOC. INQUIRY 369 (1994); Leslie Bender & Perette Lawrence, *Is Tort Law Male?: Foreseeability Analysis and Property Managers' Liability for Third Party Rapes of Residents*, 69 CHI-KENT L. REV. 313 (1993).

<sup>12</sup> לכתובה בולטת ראו למשל Chamallas, *The Architecture of Bias*, לעיל ה"ש 10, וכן יפעת ביטון "מחרין של דמעות – אינטרסים מיוחסי-מגדר בעולת הרשלנות" **עיונים במשפט פמיניזם ומגדר** 233 (דפנה ברק-ארז, יפעת ביטון, שלומית יניסקירביד ודנה פוגץ' עורכות 2007).

<sup>13</sup> ראו Anita Bernstein, *Restatement (Third) of Torts: General Principles and the Prescription of Masculine Order*, 54 VAND. L. REV. 1367 (2001).

<sup>14</sup> MARTHA CHAMALLAS & JENNIFER B. WRIGGINS, *THE MEASURE OF INJURY: RACE GENDER AND TORT LAW* (2010).

<sup>15</sup> ביקורת ברוח דומה מהזווית החוקתית גורסת ששימוש בטבלאות שכר מיוחסות-מגדר ומיוחסות-גזע מנוגד לתיקון ה-14 לחוקה האמריקאית. ראו Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661 (2017).

<sup>16</sup> CHAMALLAS & WRIGGINS, לעיל ה"ש 14, בעמ' 159.

<sup>17</sup> שם, בעמ' 175–178.

<sup>18</sup> ראו ניתוח טענה זו אצל Maytal Gilboa, *The Color of Pain: Racial Bias in Pain and Suffering Damages*, 56 GA. L. REV. (Forthcoming 2021).

במסגרת ביקורתן הענפה, רק מעט חוקרות לקחו על עצמן לבסס את טיעוניהן בכלים אמפיריים, בעיקר מכיוון שמתודה מחקרית זו ננקטה כמעט באופן בלעדי בידי חוקרים מהשדה של משפט וכלכלה ונתפסה כרלוונטית להם בלבד.<sup>19</sup> המאמרים המעטים שבהם הוצג ניתוח אמפירי של סכומי הפיצויים איששו את קיומן של ההטיות שמפניהן התריעה הביקורת התאורטית כדלקמן: (1) הסיכוי של גברים לזכות בפיצוי גדול גבוה יותר מזה של נשים. (2) הסיכוי של גברים לזכות בפיצוי גדול גבוה יותר מזה של נשים שחוו את אותן פציעות. (3) גברים שחורים מקבלים בממוצע פיצוי בגובה 74% מגובה הפיצוי הממוצע של גברים. (4) גברים לבנים הם בעלי סיכוי גבוה יותר באופן משמעותי לזכות בפיצוי גדול יותר ביחס לגברים שאינם לבנים ביחס לאותן פציעות. (5) נשים שאינן לבנות, הסובלות מעמדת נחיתות כפולה, סובלות מההטיה הגבוהה ביותר במנגנון הפיצוי.<sup>20</sup> עבודה פמיניסטית זו, אשר פרחת בעיקר בארצות הברית, הניעה החל מתחילת שנות האלפיים מהלך דומה של ביקורת דיני הניזקין גם אצל חוקרות פמיניסטיות בישראל,<sup>21</sup> ואולם זו לא התקדמה עדיין אל מעבר להקשר המגדרי המובהק.<sup>22</sup> בכך אין תמה, נוכח החוסר הבולט ככלל בביקורת דיני הניזקין מהזווית הגזעית,<sup>23</sup> שלצידו חוסר בולט בחקר הטיות גזעיות ומגדריות במשפט הפרטי, ולא רק הפלילי.<sup>24</sup>

עיקריה של עבודה ביקורתית זו הם שהובילו אותי לחקור את השפעת אותן הטיות על רכיב הפיצוי באחריות הניזקית – אשר למרות חשיבותו המעשית, נזנח למדי בכתיבה המחקרית בישראל<sup>25</sup> – ובאופן ספציפי, על גובה סכומי הפיצויים הניזקיים הנפסקים בבתי משפט.<sup>26</sup> מחקרנו האמפירי נשען על הזיהוי הפמיניסטי של מנגנון הפיצויים ככלי מעצים פרווילגיות, ותוצאותיו איששו את השערתנו, לפיה בהיותו מופעל בתוך סביבה של הטיות והפליה, מנגנון הפיצוי הניזקי צפוי לשקף זאת בפערים שיתגלו בסכומי הפיצוי הנפסקים לתובעים שונים, בהתאם להשתייכותם לקבוצת כוח או חולשה במערך יחסי הכוח החברתיים. מעבר לכך שמחקר הטיות שכזה בדיני הניזקין נדיר כשלעצמו,<sup>27</sup> תוצאות המחקר האמפירי הנוכחי לוקחות אותנו צעד נוסף מעבר לעצם אישושה של טענה פמיניסטית מוכרת זו, ובו טמונים ייחודו והחידוש שבו: בעוד הטענה הפמיניסטית התייחסה להטיות המעצבות את המבנה של ראשי הנזק, ובהתאמה, לסכומים

<sup>19</sup> ראו, למשל, Ronen Avraham, *An Empirical Study of the Impact of Tort Reforms on Medical Malpractice Settlement Payments*, 36 JLS 183 (2007); MICHAEL HEISE ET AL., RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF TORTS (Jennifer Arlen ed. 2013).

<sup>20</sup> ראו ההקדמה לספרן של Chamallas & Wriggins, לעיל ה"ש 14, וכן המחקרים האמפיריים המתוארים אצל Jonathan Card et al., *Do Black Injuries Matter?: Implicit Bias And Jury Decision Making In Tort Cases*, 93 S. CAL. L. REV. 507, 507–11 (2020).

<sup>21</sup> לסקירת מהלך הפמיניזציה של דיני הניזקין בישראל ותרומתו ראו יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הניזקין: חשיפתם, שינוים, הרחבתם" **המשפט** טו 53 (2011) (להלן: ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הניזקין").

<sup>22</sup> בהקשר זה בולטת כתיבתה של מיטל גלבוץ על הטיה גזעית בתשלום פיצויים בגין כאב וסבל, אלא שכתבתה עוסקת במצב בארצות הברית, ולא בישראל. Gilboa, לעיל ה"ש 18.

<sup>23</sup> ראו הסקירה אצל Card et al., לעיל ה"ש 20, בעמ' 509.

<sup>24</sup> לחוסר זה ראו קרן יליך-מור "הטיות על רקע גזעני בהחלטות שיפוטיות ובמערכות תומכות החלטה לשופטים" **המשפט** כד 273, 281 (2018).

<sup>25</sup> למאמר המכונן והמעמיק הבודד על תורת הפיצוי ראו אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוקדי גוף: דין הניזקין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** ט 243 (התשמ"ד). מאמר נוסף ומצומצם יותר בהתייחסותו כתב צחי קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקבי?)" **עיוני משפט** כח 299 (2004).

<sup>26</sup> אחד המחקרים הבודדים המוכרים שבו בוצע ניתוח סטטיסטי מקיף בתחום הפיצוי הוא בן כרבעה עשורים: משה בורנובסקי וצבי ליבר "הפיצוי לנפגעי תאונות דרכים – מספר היבטים כלכליים" **עיוני משפט** ו 132 (התשל"ט).

<sup>27</sup> יתרה מזו, מקום שבו נעשה מחקר כזה הוא אקספרימנטלי, ולא אורגני. ראו Card et al., לעיל ה"ש 20, בעמ' 526.

הנפסקים תחתם, מחקרנו חלש על מרחב ייחודי, שמאפייניו אמורים היו לנטרל את השפעתן של הטיות נזיקיות מוכחות במנגנון הפיצוי. חקר סכומי הפיצויים הנפסקים בגין נזקי גוף בתאונות דרכים אמור היה להניב תוצאות נטולות הטיה, בשל המבנה הייחודי שלו. תחום זה מאופיין ברכיב משמעותי המכוון לייצר בו סטנדרטיזציה משולשת ונדירה – בסוג האחריות, בגובה הפיצוי ובראש הנזק לפיצוי – אשר אמורה להוות חסם משמעותי מפני חלחולן של הטיות להכרעה משפטית, אשר הופכת קלה יותר ככל שמדובר בתחומים שהגדרתם עמומה.<sup>28</sup>

1) סטנדרטיזציה בסוג האחריות – פיצוי בגין נזקי גוף עקב תאונות דרכים מושתת על משטר של אחריות מוחלטת, ולדבר חשיבות מיוחדת. לאחר עשרות שנים שבהן האחריות הנזיקית בישראל לפציעות בתאונות דרכים הושתתה על משטר של אחריות ברשלנות המחייבת ניהול הליכים מרובים וממושכים והוכחה של רשלנות הנתבע, החליט הפרלמנט הישראלי להשתחרר מכבלי המשפט המקובל ולהשתית את האחריות בתחום על עיקרון חדשני ומודרני של היעדר אשמה.<sup>29</sup> חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים שנחקק בשנת 1975<sup>30</sup> קבע כי אדם שנפגע בתאונת דרכים זכאי לקבל פיצוי על נזקיו הגופניים במנותק משאלת מידת האשם שלו או של הפוגע/מזיק בגרימת הנזק. חריג זה שאימצה שיטת המשפט הישראלית הפך את החלטות בית המשפט הישראלי הנוגעות לנזקי גוף כתוצאה מתאונות דרכים לעקביות ולשיטתיות, שכן גובה הפיצוי מגלם בצורה נקייה את עוצמת הפגיעה בתובעת, ואינו מושפע משאלות של אשם הצדדים.

2) סטנדרטיזציה בגובה הפיצוי – הסדר האחריות המוחלטת שאומץ בחוק הפיצויים שיקף לא רק תפיסה שונה של מתווה התביעה לפיצויים, אלא בעיקר תפיסת ניהול סיכונים סוציאליסטית וייחודית, שעיקרה מתן תשלום נמוך לכמה שיותר נפגעים.<sup>31</sup> בעקבות הסתייגות ממצב הדברים שבו נותרו ניזוקים רבים ללא פיצוי או עם פיצוי חלקי בלבד על נזקיהם הקשים, אומצה בחוק החדש הגישה שעדיף להגביל את גובה הפיצוי שייפסק לניזוקים מכוח החוק, ובמקביל, להרחיב את מעגל הזכאים לו. בהתאם לכך יצר החוק מנגנון פיצוי חריג לדיני הנזיקין שעבר סטנדרטיזציה, ובו הוגבל סכום הפיצוי בתקרות שונות.<sup>32</sup> ברי כי גם מאפיין זה מאפשר לראות את הפיצויים מכוח חוק הפיצויים כמובנים וכשיטתיים בהרבה ממסגרות הפיצוי נטולות הגבולות הפורמליים, אשר מאפיינות תביעות נזיקין בתחומים אחרים, ובהתאמה, את סכומי הפיצוי הנפסקים בהן.

3) סטנדרטיזציה בראש הנזק – המחקר האמפירי מציג נתוני פיצויים בגין ראש הנזק של הפסד השתכרות עתידי של ניזוקים בגירים, אשר השתכרותם כבר קיימת והוכחה ראייתית לפני בית המשפט. עיסוק ביקורתי בגובה פיצוי על הפסד עתידי ובהטיות המפלות שהוא משקף נערך בפסיקתו המכוננת של השופט ריבלין בפרשת **אבו חנא**, אשר היוותה גם היא מקור השראה חשוב למחקר האמפירי. בפרשה זו, כזכור, קבע השופט ריבלין כי יש לפצות תינוקת בדואית – שכושר ההשתכרות שלה נפגע בתאונת דרכים – לפי ההשתכרות הממוצעת במשק, ולא לפי סטטיסטיקת ההשתכרות הממוצעת של נשים בדואיות מהכפר שבו חיה, שהייתה מניבה סכום פיצוי כמעט אפסי. השופט ריבלין הסביר את הסתייגותו מהשימוש בסטטיסטיקת ההשתכרות של נשים ערביות

<sup>28</sup> לתובנה זו ראו Gilboa, לעיל ה"ש 18, בעמ' 7.

<sup>29</sup> ראו רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" **עיוני משפט** כט 147 (2004). במאמר מוצגים סקירה של התהליכים החברתיים-פוליטיים שהובילו לחקיקת החוק הזה והפער שבין החזון של מכונני החוק, שביטא עמדה סוציאליסטית, לבין המציאות הקפיטליסטית שהוא משרת בפועל.

<sup>30</sup> חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

<sup>31</sup> פרי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 150-154.

<sup>32</sup> שם, בעמ' 151, 163.

בהיותה מבטאת אישוויון כלפי נשים אלה וככזו מגבילה את זכותה של התובעת לכתוב את סיפור חייה.<sup>33</sup>

המחקר האמפירי נשק לסוגיית הפיצוי העתידי כמו פרשת **אבו חנא**, אולם גם כאן הוא עשה צעד מעבר לה אל מרחב ניטרלי בהרבה. אף שפסיקת השופט ריבלין קיעקעה את המוסכמה הבלתי הוגנת שלפיה כבר בהיותה קטינה ניתן לקבוע שנגזר על רים אבו חנא להשתכר בדוחק כאישה בוגרת, הוגבלה הכרעתו החשובה למתחם הילדות והקטינות.<sup>34</sup> המחקר האמפירי, לעומת זאת, התקיים דווקא באותו מרחב של תובעים בוגרים שניסה השופט ריבלין לדמיין עבור רים הקטנה. בעוד השופט ריבלין יצא להגנה על זכותה של רים לכתוב את סיפור חייה ותהה שמא במהלך של קפיצה בזמן הייתה היא עשויה להפוך לבת עניינים שממנה "תצא תורה" ולהשתכר היטב, המחקר האמפירי ביצע, הלכה למעשה, את אותה "קפיצה בזמן". סקירת התיקים הוגבלה לבגירים בלבד, משמע אלה שלפחות חלק מסיפור חייהם כבר נכתב בעת שאירעה תאונת הדרכים שהותירה אותם עם כושר השתכרות חלקי.

הבחירה להתמקד בראש נזק זה אצל בגירים יועדה אף היא לנטרל הטיות בפיצוי. נחזור לרגע אל פסיקתו של ריבלין ב**אבו חנא**. קשה שלא לתהות אם כאשר הפעיל את דיני הנזיקין באומץ ובנחישות להגן על רים הילדה מפני הטיות בפיצוי בשל זהותה, העלה על דעתו שגם תובעים בגירים בדיני הנזיקין חשופים להטיות אלה. ניתן להעריך בסבירות כי הסכנה לפגיעה בזכותם לשוויון של ניזוקים גדולה יותר בילדותם מבגרותם, מכיוון שבקביעת גובה פיצויים לטובתם בגין אובדן השתכרות ניתן משקל אדיר להשערה ולהערכה, בהיעדר מדדים קיימים ומוכחים לקביעת גובה השתכרותם הצפוי, בשל היותם מחוץ למעגל העבודה. לא בכדי השתית ריבלין את פסיקתו על הזכות לאוטונומיה של הניזוקה בכתיבת סיפור חייה העתידי, העלולה להילקח ממנה כילדה אם תפוצה בהתאם לשיוכה לאוכלוסייה מופלית בשוק העבודה. תשתית רעיונית זו של ריבלין, הגם שיופיה ניכר לעין, בוקרה לפיכך כזו שמוותירה ניזוקים בגירים לרודנותו המפלה של שוק העבודה הישראלי.<sup>35</sup> כדי לבסס מרחב ניטרלי מהשפעות אלה, המחקר האמפירי עקף משוכה זאת וצעד אל מחוזות התקווה הישראלית, שם מצויים אלה שרודנות ההפליה לא השיגה אותם והם הצליחו בבגרותם להידמות, בהשתכרותם, לקבוצה ההגמונית. משמע, הושוו מי שהשתכרותם בעת הפגיעה בתאונת הדרכים הייתה דומה. באופן שלא ניתן בהכרח לתארו כמפתיע, הסתבר שגם כאן ממשיך סיפור חייהם של פרטים מקבוצות מופלות להיות מוכתב בידי אחרים ולהיות מוגבל בידי מנגנון הפליה נזיקי, המצטרף למנגנוני הפליה אחרים המופעלים עליהם לכל אורך חייהם.

<sup>33</sup> הדבר עולה מצירוף דבריו של השופט ריבלין במקומות שונים בדבריו. ראו פרשת **אבו חנא**, לעיל ה"ש 1, בפס' 32, 44 ו-50 לפסק הדין של השופט ריבלין. השופט הבהיר שקבלה כמובן מאליו את אישוויון התעסוקתי אל דיני הנזיקין תהיה בגדר יצירה של מציאות מפלה דרך דינים אלה. שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופט ריבלין.

<sup>34</sup> שם, כקביעת השופט במילותיו: "אולם זאת נדע: אל לו למשפט לקבוע, מראש, נקודות מוצא שונות לקטינים שונים בישראל, אך משום השתייכותם לקבוצות אוכלוסייה שונות".

<sup>35</sup> ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים** לח 145, 160-161 (2008).

ג.1. בחירת הקבוצות המופלות בישראל

המחקר התמקד רק בקיומו של אישוויון בגובה הפיצויים הנוגע למאפייני זהות מובהקים של התובעת/ת: לאום, מין, אתניות – הנחשבים לבסיסי הפליה בלתי חוקתיים.<sup>37</sup> הבחירה בשלושה מדדים אלה התיישה היטב גם עם דפוסי ההפליה שלהם בחברה הישראלית, ובעיקר בשוק העבודה שלה.

1) ערבים – החברה הערבית בישראל מתמודדת עם היסטוריה של הפליה בהקצאת משאבים לצד קיומו של סכסוך לאומי נמשך, המשפיעה על זריעת חסמים שונים בדרכם לשוויון במרחב הציבורי בישראל ככלל, ובשוק העבודה בפרט. אחד מהחסמים האלה מקורו בכך שאזרחים ערבים גרים ועובדים באזורים המוגבלים מבחינה תכנונית ותעסוקתית, באופן היוצר פער בהכנסות בין יהודים לערבים בשל מאפיינים גאוגרפיים-מרחביים של שוק העבודה המקומי.<sup>38</sup> אולם גם בפריסה ארצית, הפער הממוצע בין עובדים ערבים ליהודים מבחינת השתכרות עומד על 34%.<sup>39</sup> בנוסף, יש לציין כי הפליה כלפי החברה הערבית בישראל כוללת כמה מאפיינים ייחודיים מעבר למאפיין הגזעי, שהמרכזי שבהם הוא תפיסתם כמי שמהווים סיכון ביטחוני במקום העבודה לנוכח הסכסוך הישראלי-פלסטיני המתמשך.<sup>40</sup>

2) מזרחים – הערכת אישוויון העדתי בישראל היא אתגר של ממש, נוכח החלטתה המקוממת של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לאסוף נתונים על רקע ומוצא רק על בסיס ארץ לידת האב, מה שמנטרל את יכולת הזיהוי העדתי של בנימות הדור השני ואילך – משל הימנעות מאיסוף הנתונים תוביל למניעת המציאות של פערים.<sup>41</sup> צורות רבות של אישוויון בין יהודים אשכנזים למזרחים התקיימו ביתר שאת בשנות העלייה הגדולות של העשור הראשון להקמת המדינה, וחלקן קיימות גם היום ומשתקפות בפערים אתניים בשוק העבודה הישראלי.<sup>42</sup> תנאי ההעסקה ושכרם של אשכנזים טובים וגבוהים יותר משל עמיתיהם המזרחים, והבדלים אלה ניכרים עד לימינו אנו, גם בדור השני והשלישי.<sup>43</sup> פערי השכר ניכרים במיוחד בשלב שמעל גיל 40

<sup>36</sup> בנוסף לפירוט במאמר הנוכחי על אופן ביצוע המחקר האמפירי, ניתן למצוא פירוט מתודולוגי נוסף במאמר שבו הוצג המחקר עצמו. ראו ביטון וקנטי, לעיל ה"ש 2.

<sup>37</sup> ראו הסיווג המצביע על חומרתה של הפליה על רקע זהות שעשתה השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 94 (1995). סיווג חשוב ודומה עשתה השופטת חיות בע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).

<sup>38</sup> ראו Noah L. Epstein & Moshe Semyonov, *Local Labor Markets, Ethnic Segregation and Income Inequality*, 70 SOC. FORCES 1101 (1992).

<sup>39</sup> ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הכנסות ברוטו של שכירים מסקר הוצאות משק הבית 2018" (הודעת דוברות 9.12.2019) <https://katzr.net/98416e>. פער זה זהה כמעט לזה הקיים בין אנשים בעלי עור כהה לבין אנשים בעלי עור בהיר בארצות הברית. ראו Bernadette D. Proctor et al., *Income and Poverty in the United States: 2015*, U.S. CENSUS BUREAU: CURRENT POPULATION REPORTS (2016).

<sup>40</sup> Revital Bar & Asaf Zussman, *Customer Discrimination: Evidence from Israel*, 35 J. LAB. Econ. 1031 (2017). לתקציר המאמר בעברית ראו [https://www.falk.huji.ac.il/sites/default/files/falkheh/files/digest\\_19.pdf](https://www.falk.huji.ac.il/sites/default/files/falkheh/files/digest_19.pdf).

<sup>41</sup> לביקורת על החלטה זו מהזווית של שיבוש היכולת לזהות פערים על רקע מוצא עדתי בישראל ולפעול לתיקונם, ראו סיגל רון "סטטיסטיקה לאומית, קטגוריזציה אתנית ומדידת אישוויון בישראל" סוציולוגיה ישראלית כב 6 (2021).

<sup>42</sup> ראו הנתונים והניתוח המופיעים אצל יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'איך' כיש"י" משפטים מא 455 (2011) (להלן: ביטון "מזרחים במשפט").

<sup>43</sup> ראו המחקר העדכני והמקיף אצל Yinon Cohen et al., *Ethnic Gaps in Higher Education and Earnings Among Second and Third Generation Jews in Israel* (Working Paper No. 135, 2021). המחקר נעשה בהתבסס על נתוני המוסד לביטוח לאומי ובשיתוף פעולה עם מחלקת המחקר בו.



וצפויים להמשיך ולהתפתח לנוכח פערי ההשכלה הגבוהה הנמשכים על רקע עדתי.<sup>44</sup> מבין שלל הנתונים בדבר הפליית מזרחים בישראל, חשוב במיוחד למחקרנו הנתון הנוגע להשפעת שם המשפחה של יהודים בישראל על זיהוים העדתי. מחקרים העוסקים בשליחת קורות חיים בעלי תוכן מקצועי זהה לצורך קבלת עבודה מצאו הבדל ברור בין ההיענות ממעסיקים שלה זכו קורות חיים שנשאו שם מזרחי מובהק לבין כאלה שנשאו שם אשכנזי מובהק.<sup>45</sup> הפליה זו באה לידי ביטוי גם בשלב ההעסקה. כך, הוכח כי סטודנטים למשפטים ממוצא מזרחי מרוויחים פחות מעמיתיהם ממוצא אשכנזי, אף שהם בוגרי אותן פקולטות למשפטים.<sup>46</sup> זווית חשובה נוספת על התופעה סופקה על ידי בחינת שכרם של אנשים שנולדו לזוגות מעורבים בין-עדתיים (מזרחים ואשכנזים). חוקרים מצאו כי אנשים בעל רקע דומה הנושאים שם משפחה מזרחי סטראוטיפי מקבלים שכר נמוך משמעותית מאלה הנושאים שם משפחה אשכנזי.<sup>47</sup> משמע, למוצא האתני בישראל ישנו ערך – חיובי לאשכנזי ושלילי למזרחי – וערך זה מוצמד לאדם בהתאם למובהקות העדתית של שם משפחתו. תובנה זו עמדה אף בבסיס פסיקת בית הדין לעבודה שלפיה אדם אשר קורות חייו נדחו רק על בסיס שם משפחתו הופלה בשל מוצאו העדתי.<sup>48</sup>

**3) נשים** – שוק העבודה הישראלי מרובד כמובן גם מבחינה מגדרית. אומנם, חלקן של נשים בשוק העבודה הישראלי מצוי במגמת עלייה מתמדת, כולל בתפקידים בכירים אשר בעבר אוישו בעיקר על ידי גברים. עם זאת, תרומה משמעותית לפערי השכר המגדריים נוצרת מקיומם של תחומי תעסוקה המאוישים על ידי נשים בלבד, המתויגים כבעלי מעמד נמוך ומתאפיינים בתנאי העסקה ושכר נמוכים מתחומי תעסוקה של גברים בעיקר – מה שמוכר כ"הפרדה מגדרית מקצועית".<sup>49</sup> בנוסף, גם בתחומי תעסוקה שבהם נשים מועסקות לצד גברים, הן עדיין סובלות מפערים בתנאי העסקה, גובה שכרן ואפשרויות הקידום הפתוחות בפניהן.<sup>50</sup> בשוק התעסוקה ככלל, נשים חוות פערי שכר מגדריים של כ-20% לעומת מקביליהן הגברים.<sup>51</sup> הפליה זו מתקיימת במרחבי השוק הציבורי והפרטי כאחד. סקירה של עובדי ועובדות שירות המדינה בשנת 2019 הדגימה כיצד שיעור הנשים בקרב עובדי שירות המדינה קטן והולך ככל שעולה דרגת ההעסקה. בעוד נשים מהוות את רוב עובדי המדינה בשלושת הדרגים הראשונים, בדרג הבכיר רוב העובדים הם גברים.<sup>52</sup> השוק הפרטי אינו מבטיח יותר לנשים, כמובן: בשנת 2017 נמצא כי 82% מהמנכ"לים במגזר העסקי בישראל היו גברים.<sup>53</sup>

<sup>44</sup> שם, בעמ' 21–23.

<sup>45</sup> Yona Rubinstein & Dror Brenner, *Pride and Prejudice: Using Ethnic-Sounding Names and Inter-Ethnic* *Marriages to Identify Labour Market Discrimination*, 81 REV. OF ECON. STUD. 389 (2014); דורית ששון **האם סיכויי התעסוקה של גרינברג וברנשטיין גבוהים משל בוזגלו ואבוקסיס? ניסוי על אפליה בשוק העבודה בישראל על רקע מוצא אתני ומגדר** (סדרת עבודות מצטיינות, המכון למחקר כלכלי בישראל על שם מוריס פאלק – האוניברסיטה העברית 2006).

<sup>46</sup> נטע זיו, איסי רוזן-צבי ותמר קריכליכץ "החלום ושברו – דפוסי אישויון וריבוד בקרב בוגרי משפטים בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" **מעשי משפט** ט 99 (2018).

<sup>47</sup> Rubinstein & Brenner, לעיל ה"ש 45, בה"ש 30.

<sup>48</sup> תע"א (אזורי ת"א) 3816/09 מלכה – התעשייה האווירית לישראל בע"מ (נבו 2.8.2013).

<sup>49</sup> הגר צמרת-קרצמר ואחי מדד המגדר – אישויון מגדרי בישראל 2019, 6, 9 (2020).

<sup>50</sup> Hadas Mandel & Debora P. Birgier, *The Gender Revolution in Israel: Progress and Stagnation*, in *SOCIOECONOMIC INEQUALITY IN ISRAEL* 153 (Nabil Khatatib et al. eds., 2016).

<sup>51</sup> שלמה סבירסקי, אתי קונוראטיאס ורתם זלינגר **תמונת מצב חברתית 2015: ישראל עדיין מחכה לשינוי חברתי** (2015).

<sup>52</sup> אורלי אלמגור-לוטן **ייצוג נשים במגזר הציבורי** 6 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2019).

<sup>53</sup> צמרת-קרצמר, לעיל ה"ש 49.

## 2.ג. בחירת ראש הנזק: פיצוי בגין אובדן הכנסה עתידית

מנגנון הפיצוי הנזיקי בראש הנזק של "אובדן השתכרות" מכיל שני רכיבים לצורך אומדנו. האחד הוא אובדן ההכנסה בעבר – כלומר, עד לרגע מתן פסק הדין, והשני הוא אובדן הכנסה עתידית – כלומר, אומדן צופה פני עתיד המבקש לפצות את הניזוקה בהתבסס על אובדן ההכנסה אשר הייתה צפויה לה אלמלא הנזק. המחקר התמקד רק באובדן ההכנסה העתידית. אומדן הפסדי ההשתכרות בעבר לא נבחן נוכח הנחת קיומה של תקינות שיפוטית, שבמסגרתה ניתן להניח כי בתי המשפט פסקו לתובעות פיצויים על הפסדי ההכנסה בעבר בהסתמך על נתוני ההשתכרות שהיו להן עד לרגע הפגיעה בתאונה, והשוואתם להכנסתן שלאחר הפגיעה. כל אלה מובאים לפני השופט או השופטת במסגרת הראיות להוכחתם. לעומת זאת, אובדן ההכנסה העתידית דורש מהלך ראיתי שונה. נפנה כעת לבחינת אומדן זה.

אובדן ההכנסה העתידית מחושב באמצעות המשוואה הבאה:

$$T * C * (W1 - W2)^{54}$$

המשתנים השונים במשוואה מסמלים את הרכיבים הבאים:  $W1$  – המשכורת העתידית של הניזוקה אלמלא הפגיעה. אמת המידה לה היא הכנסתו של הנפגע טרם התאונה. לכך מוסיפים חיזוי של קידום מקצועי צפוי, אותו יש להוכיח לפני בית המשפט;  $W2$  – המשכורת הצפויה לניזוקה לאחר הפגיעה, בהתחשב ברמת הפגיעה בכושר ההשתכרות שלה ומאפייני ההתפתחות בעבודתה;  $T$  – הזמן שבו תחול השפעת הפגיעה על שכר הניזוקה;  $C$ <sup>55</sup> – שער ההיוון – חישוב עכשווי של הערך העתידית של שכר הניזוקה (מחיר הזמן של הכסף שהיא מרוויחה בעקבות פגיעתה וקבלת הכסף מוקדם ממועד קבלתו אילו המשיכה לעבוד ולקבלו ברבות השנים).<sup>56</sup>

המשתנה  $W2$ , המשכורת הצפויה לניזוקה לאחר הפגיעה, נקבע בהתחשב באחוזי הפגיעה בכושר ההשתכרות שיוחסו לניזוקה, ואלה נקבעים בהתאם לנוק הגופני שנגרם לה ולמידת המוגבלות שנגרמה לתפקודה וליכולת עבודתה. יסוד זה יכול לנוע בין היעדר יכולת השתכרות כלל, במקרה שהניזוקה נותרה במצב רפואי של שלילת כושר ההשתכרות העתידית, לבין הפסד חלקי, כתלות במצב הרפואי של הניזוקה ובמקצועה.<sup>57</sup> בקביעת ערכו של משתנה  $W1$ , שבו התמקד מחקרנו, בתי המשפט מנסים לחזות ולהעריך את ההתפתחות התעסוקתית שהניזוקה הייתה צפויה לחוות בשוק העבודה בעתיד, לולא הייתה ניזוקה בתאונה. אמת המידה לחישוב  $W1$  היא שווי הכנסתה הממוצעת בפועל של הניזוקה בשנים או בחודשים שקדמו לקרות התאונה, כפי שהוכחו באמצעות תלושי שכר. לכך, יכול שיתווספו גם נתונים הנוגעים להתפתחותה ולקידומה התאורטיים של הניזוקה במהלך הקריירה שלה, ככל שיוכחו בבית המשפט.<sup>58</sup> בנקודה זו, בתי המשפט שוקלים

<sup>54</sup> לנוסחה זו ראו אליעזר ריבלין **תאונות הדרכים** 969 (מהדורה חמישית, 2020); לדקויותיה של הנוסחה ולהשפעות המתודולוגיות השונות של חישוב הרווחים העתידיים, ראו, Richard Lewis et al., *Court Awards of Damages for Loss of Future Earnings: An Empirical Study and an Alternative Method of Calculation*, 29 J. L. SOC. 406 (2002); Dirk Yandell, *The Value of Lost Future Earnings: Methodology, the Discount Rate, and* economic Theory, 1 J. LEGAL ECON. 54 (1991); Deborah L. Gross, *Courts Must Consider Inflation as Well as the Calculating Lost Future Earnings under Federal Law: Earning Power of Money*, 3 ARIZ. ST. L.J. 487 (1986).

<sup>55</sup> כולל ערכה של פנסיה או קצבה, כפי שאלה נקבעו על בסיס תוחלת החיים המשוערת של התובע.

<sup>56</sup> הסיבות לצורך בהפחתה כזו מובאות במאמרם של Lewis et al., לעיל ה"ש 55, בעמ' 411–412.

<sup>57</sup> בית המשפט מחשב זאת על בסיס הערכה של יכולת ההשתכרות העתידית של התובע במסגרת עיסוקו.

<sup>58</sup> במקרה שבו בזמן הפגיעה התובע מובטל מסיבות שונות, בית המשפט משתמש בשיטות חלופיות לבניית נתון זה. במדגם שלנו כללנו וקידדנו רק אנשים שהועסקו בזמן התאונה. ראו הדיון המתודולוגי בפרשת **אבו חנא**, לעיל ה"ש 1; למתודולוגיות הבריטיות והאמריקאיות ראו Lewis et al., לעיל ה"ש 54.

ראיות שביכולתן להוכיח את פוטנציאל ההשתכרות העתידית של הניזוקה. ראיות אלה כוללות מערך רחב של מאפיינים אישיים כגון רמת השכלה, גיל, עיסוק, מסלול קריירה והזדמנויות להתקדם. לאחר שקלול הראיות, נקבע ערך המשכורת העתידית הצפויה של הניזוקה.

### ג.3. מיקוד חקר גובה הפיצוי בדיני הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים בישראל

כזכור, לאחר עשרות שנים שבהן האחריות בגין נזקים שנגרמו בתאונות דרכים התבססה על הוכחת רשלנותו של הנתבע, כפי שמורים דיני הנזיקין במשפט המקובל, החליט הפרלמנט הישראלי לעבור למערכת שבבסיסה אחריות ללא אשמה, במסגרת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים שנחקק בשנת 1975. מעבר לסטנדרטיזציה שיצר החוק בפיצוי, היתרונות שבפשטותו ובנגישותו של מנגנון חישוב הפיצויים החדש היו ברורים. לצד שחרור הניזוקים מנטל הוכחת אשמת המזיק, הוא אפשר לכל מי שנפגע בתאונת דרכים לקבל פיצוי, הטיל אגרה אחידה ונמוכה על התובעים, פטר את התובעים מלהגיש חוות דעת רפואית על חשבונם כדרישת התנאי להגשת תביעה בנוזק גוף ועוד. הסדרים אלה הקלו לאין ערוך על ניזוקים בניהול תביעתם בבית המשפט והובילו ליצירת כמות גדולה של פסיקות בתי משפט בנושא.<sup>59</sup> כך נוצר מסד נתונים רחב ומגוון המאפשר ניתוח אמפירי של מגמות בפסיקות בתי המשפט במתן פיצויים מכוח מנגנון חדש זה.

### ג.4. המתודולוגיה המחקרית-אמפירית

מאגר המידע של המחקר התבסס על כרייה אקראית של פסקי דין שניתנו בתיקי תביעות לפיצויי גוף בתאונות דרכים שהגיעו להכרעה סופית בין השנים 1978–2018 בבתי המשפט המחוזיים בישראל.<sup>60</sup> מתוך 1,191 החלטות, נקבע כי ייבחרו באקראי כ-100 תיקים מכל עשור, בכל ששת בתי המשפט המחוזיים בישראל, כדי לבסס מגוון רחב של הכרעות.<sup>61</sup> הנתונים נכרו ממאגר הנתונים המשפטי המקוון של חברת "נבו". התיקים קודדו בשיטתיות בידי עוזרות מחקר בהתאם לקטגוריות מובחנות שנוסחו בידי החוקרות.<sup>62</sup>

בעוד בחלק מהתיקים נצפתה התייחסות ברורה של בית המשפט למאפיינים זהותיים מבחינים, כגון מין וגיל, תיקים אחרים הצריכו פענוח מדוקדק יותר, בעיקר בנוגע למאפיינים שבשגרה פחות בולטים או זוכים לציון בתיקים נזיקיים, ובראשם המוצא האתני של התובע

<sup>59</sup> עם זאת, הסדר האחריות המוחלטת החדש הוביל את חברות הביטוח – בהיותן הנתבעות העיקריות, ולמעשה הבלעדיות, בתיקים אלה – להסדיר תיקים מחוץ למערכת בתי המשפט. זאת מכיוון שבהיתן שאירעה תאונת דרכים, השאלה המשפטית אינה האם עליהן לשלם עבור הנזק, אלא מה גובה הסכום שישלמו בגינו; פרי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 163–164. מציאות זו מתיישבת היטב עם הניתוח הכלכלי של קלברזי על האופן שבו תחת משטר של אחריות ללא אשמה נוצרת מוטיבציה לצדדים ליישב את הסכסוך ביניהם מחוץ למערכת בתי המשפט, ובכך להפחית את העלות המנהלית של תאונות. ראו GUIDO CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (2008).  
<sup>60</sup> איסוף הנתונים הוגבל לערכאות בית המשפט המחוזי בלבד בהתבסס על מציאות שבה לערכאה זו מגיעים תיקי תאונות דרכים מורכבים יותר בהם שווי הנזק גבוה מאוד או תיקים המצויים בשלב של "גלגול שני", ולרוב אחרון של ערעור, עובדה המקטינה את הסיכוי שהקביעות שנפסקו בהם ישתנו. ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **עיוני משפט** כ 749 (1997). קרי, תיקים אלה זוכים לתשומת לב שיפוטית ולהעמקה רבה יותר, ולתפיסתנו, מאפשרים צילום תמונת מצב בצורה הנאמנה ביותר, שכן במסגרתם נקבעים העקרונות ו"גבולות הגזרה" לפיצוי בתחום.

<sup>61</sup> בעשור הראשון לתחולת החוק, בין 1978 ל-1988, נמצאו רק 3 החלטות, ונדגמו כולן. ממצא זה השפיע על כמות התיקים הסופית שנבחנה, שעמדה על 303, ועל כך שהמסה של התיקים הגיעה בעצם משלושת העשורים שבין 1988 ל-2018.

<sup>62</sup> כדי להבטיח את אמינות הקידוד ושיטתיותו, ולאור הצמצום השיטתי שעבר המאגר, הוחלט על הליך בקרה של קידוד נוסף של כלל התיקים בנוגע למשתני הזהות, במקביל לקידוד עוזרי המחקר, על ידי חוקרת מיומנת בקידוד ועיבוד מערכי נתונים רחבים, וזאת כדי להבטיח את איכות הקידוד ודיוקו.

ולאומיותו. לאום (ערבי לעומת יהודי) קודד בקלות יחסית לפי שם פרטי ושם משפחה, ומוצא (מזרחי לעומת אשכנזי) קודד בעיקר לפי שמות משפחה.<sup>63</sup>

משכורתו העתידית של הניזוק, כפי שהוערכה על ידי בית המשפט, היא המשתנה התוצאתי שנקבע. בנוסף למשכורתו הממוצעת של הניזוק לפני התאונה, המהווה את אמת המידה להשתכרותו העתידית, קודדו כל המשתנים האחרים שהוגדרו ככאלה הנשקלים בקביעת פרופיל הכנסות עתידיות: משכורת חודשית ממוצעת לפני התאונה, רמת השכלה ומקצוע. המקצועות קודדו לפי מדד הסיווג התעסוקתי הסטנדרטי (SOC) לשנת 2018.<sup>64</sup> משתנה זה הוא חשוב ביותר בהתחשב בעובדה שצמיחת השכר שונה באופן משמעותי בין המקצועות השונים, עובדה המאוזכרת רבות על ידי בתי המשפט.

שני משתנים נוספים נכללו גם הם במערך הנתונים: ראיה עובדתית, אשר בית המשפט ציין שהובאה בחשבון בביסוס הערכת יכולת ההשתכרות העתידית של הניזוקה, קודדה אף היא. הקידוד נעשה בחלוקה פנימית שלנו ל"ראיה חיובית" ו"ראיה שלילית", בהתאם לאופן שבו השתמש בה בית המשפט ביחס להערכת צפי גובה ההשתכרות של הניזוק. כלומר, סיווגנו כ"ראיה חיובית" כל ראיה עובדתית שבית המשפט השתמש בה לשם הערכה גבוהה של ההשתכרות הצפויה, בעוד ראיה שהשימוש בה נעשה להקטנת הערכת גובה ההשתכרות סווגה בידינו כ"ראיה שלילית". במובן הדיוני, בדרך כלל יציג הניזוק ראיות חיוביות לתמוך בטענתו שצפויה גדילה עתידית משוערת גבוהה של שכרו, בעוד חברת הביטוח צפויה להציג ראיות שליליות, במטרה להקטין את גובה הפיצוי. לאחר סקירת מדגם של כ-50 תיקים אקראיים, ניתן היה לקטלג בבירור דיכוטומי את כלל הראיות שהוצגו. בקטגוריית "ראיות חיוביות" אוזכרו נתונים כגון: שאפתנות, מצוינות אקדמית והערכת מעסיק חיובית; בקטגוריית "ראיות שליליות" אוזכרו בעיקר מוטיבציה נמוכה, התמכרות לסמים, נשירה מבית ספר או הישגים אקדמיים נמוכים ועבר תעסוקתי לא יציב.

בנוסף לשווי השתכרותו העתידית של הניזוק, קודדו גם סכומי הפיצויים שנפסקו תחת כל ראשי הנזק המרכזיים האחרים שזוהו: הוצאות רפואיות, פנסיה, נזקים שאינם ממוניים, נידות, נגישות וסיוע צד שלישי. בהסתמך על ספרות קודמת, המצביעה על כך שהגם שסכום הפיצוי הנפסק נחלק לראשי נזק שונים, הם אינם נקבעים באופן עצמאי ונפרד זה מזה,<sup>65</sup> ניתנה התייחסות גם לכל ששת המשתנים שיכולים להשפיע באופן רגרסיבי על הערכת שווי ההשתכרות החודשית העתידית. כדי לשלול טענה פוטנציאלית על אודות הטיית אישור או פרשנות מגמתית, התייחס הקידוד גם לסכום שבו נקב הניזוק כסכום התביעה שלו בכתב התביעה עצמו. מחקרים הוכיחו כי לסכום הפיצויים שעליו מעמיד ניזוק את תביעתו – אפילו אם הוא גבוה באופן אבסורדי – תהיה השפעה על הסכום שייפסק לו בפועל. באופן ספציפי, בהקשר לנזקי תאונות דרכים, הוכח מחקרית כי סכום הפיצויים שעליו מעמידה הניזוקה את תביעתה משפיע על הערכת השופטים את גובה סכום הנזק

<sup>63</sup> לצורך תיקוף מחקרי, הופעל במקביל מנגנון של המאגר הממלכתי של שמות משפחה יהודיים, הכולל מידע על המקורות של רובם המכריע של שמות המשפחה היהודיים. המאגר מצוי בידי "אנו", מוזאון העם היהודי מייסודו של בית התפוצות, אשר פועל במסגרת חוק בית התפוצות, התשס"ו-2005. בתיקים המעטים שבהם המאפיין האתני לא היה מובהק מאוד (לרוב דובר בשמות משפחה שמקורם אשכנזי ומזרחי כאחד), נעשה שימוש באפיון מקום המגורים של התובעים, כך שעיריית פיתוח סווגה כמעידה על מוצא מזרחי. לשימוש במדד זה כתקף, לנוכח הפרדה העדתית המובהקת במרחב הגאוגרפי בישראל, ראו ארז צפדיה ואורן יפתחאל "מדינה, מרחב והון: מהגרים בישראל וריבוד חברתי-מרחבי" **שלטון ההון** 197, 218 (דני פילק ואורי רם עורכים 2004).

<sup>64</sup> ראו *Standard Occupational Classification*, U.S. BUREAU OF STATISTICS (2018) <https://www.bls.gov/soc>

<sup>65</sup> ראו Laurent Carnis et al., *Is injury compensation inequitable? Evidence from road accidents victims in France*, 20 APPLIED ECON. LETTERS 28 (2013).

שראוי לפסוק לה, כך שככל שהניזוקה העריכה אותו כגבוה יותר, כך הסכום שפסק בפועל בית המשפט היה גבוה יותר, ולהיפך.<sup>66</sup>

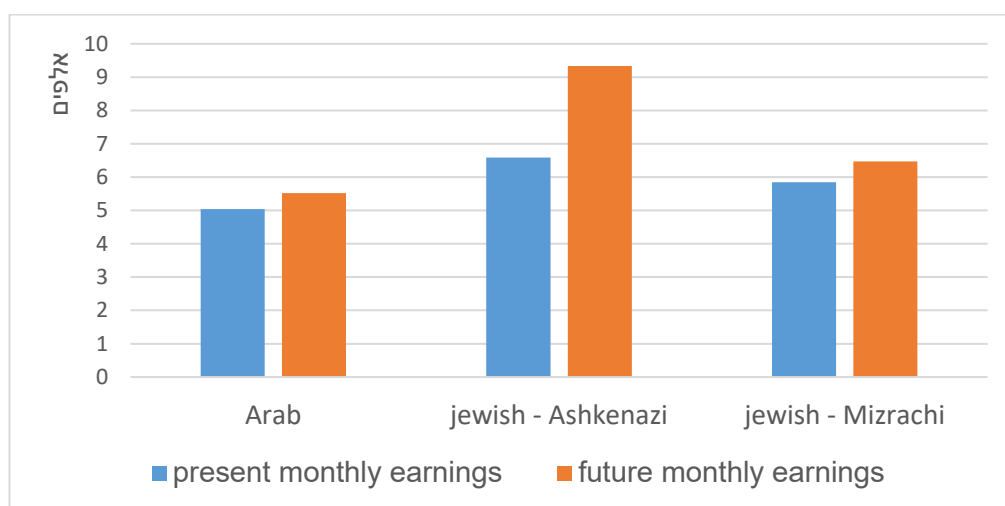
מכיוון שהמחקר התמקד בהטיות מבוססות זהות, מבין כלל פסקי הדין שקודדו הוצאו אלה שבהם לא הוצגו פרטים זהותיים על התובעים (כ־15% מהמקרים שקידדנו).<sup>67</sup> בנוסף, הוצאו מהמדגם פסקי דין שבהם ניתן פיצוי חלקי וכן כאלה שעסקו בניזוקים שאינם בין החיים. מערך הנתונים הסופי כלל לפיכך 236 תיקים, המהווים מדגם מייצג איכותי של כ־20% מכלל התיקים הרלוונטיים שזוהו באתר נבו.

### ג.5. תוצאות המחקר האמפירי

תוצאות המחקר מוצגות בהרחבה ובנפרד במאמר אחר.<sup>68</sup> כאן, אציג אותן באופן מילולי ותמציתי. יובהר רק שכל הסכומים הנקובים, אשר נאספו מעשורים שונים, עברו נרמול כדי להתאימם לשער השקל בשנת 2019 ולשכר החציוני ברוטו לחודש עבודה בשנה זו, אשר עמד על כ־7,900 ש"ח. גובה סכום הפיצוי הממוצע בגין אובדן השתכרות עתידית עמד על 1.5 מיליון ש"ח והוא מהווה את הנתח הגדול ביותר – 47% – מסכום הפיצוי שנפסק לכלל ראשי הנזק, שעמד בממוצע על 3.2 מיליון ש"ח. אחוזי הנכות התפקודית בתיקים עמדו בממוצע על 54%, כלומר התובע הממוצע במחקר איבד מעל מחצית מיכולת ההשתכרות שלו, וממילא לפיצויו בראש נזק זה הייתה השלכה דרמטית על עתידו הכלכלי.

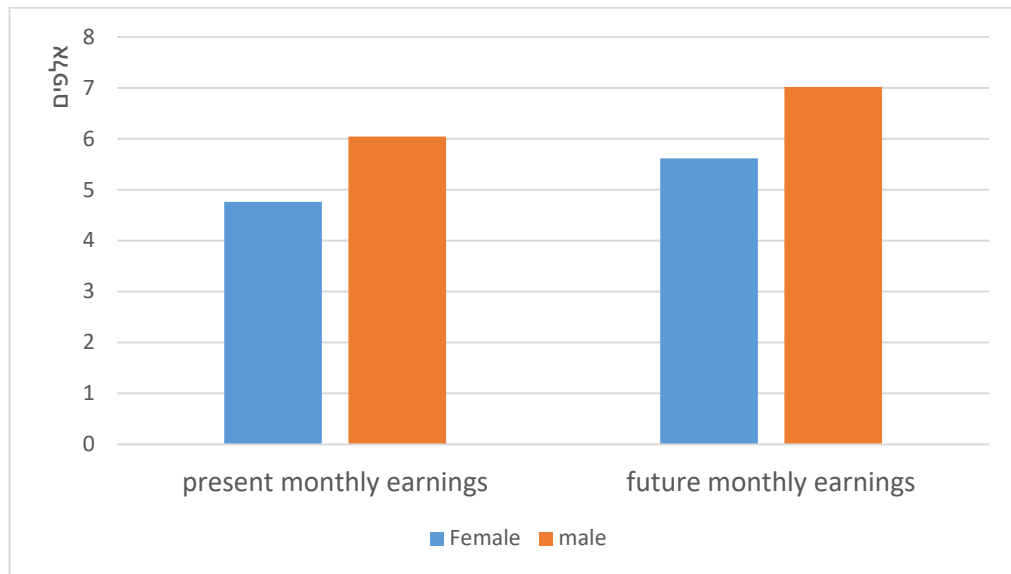
בגרף 1 מוצגת התפלגות השכר החודשי העתידי שנפסק במסגרת אובדן השתכרות של ניזוקים אשכנזים, מזרחים וערבים בהשוואה למשכורת החודשית הממוצעת שלהם טרם התאונה. הפער בין שני המרכיבים האלה (העמודות האדומות והכחולות בהתאמה) מייצג את השיעור הממוצע של צמיחת השכר העתידית כפי שהעריך אותה בית המשפט. בגרף 2 מוצג אותו נתון בהשוואה על רקע מין.

גרף 1: הערכות שכר חודשי עתידי על פי התפלגות אתנית ולאומית



<sup>66</sup> ראו Jeffrey J. Rachlinski et al., *Inside the bankruptcy judge's mind*, 86 B.U.L. REV. 1227 (2006).  
<sup>67</sup> להערכתנו, בשמות אלה ניתן היה למצוא חלוקה דומה לזו של החלוקה העדתית בישראל, שהיא, בהערכה גסה, מאוזנת. ראו זיו, רוזן-צבי וקריכליכץ, לעיל ה"ש 46.  
<sup>68</sup> ראו Bitton & Kricheli-Katz, לעיל ה"ש 4.

## גרף 2: הערכת שכר חודשי עתידי על פי התפלגות מגדרית



בטבלה שלהלן אנו מציגות מודלים של שיטת הרגרסיה שבה השתמשנו (רגרסיית OLS), החוזים את שווי הערכת השכר העתידי. בכל המודלים, הקטגוריה שהחסרנו הייתה זו הנוגעת לגברים אשכנזים. במודל 1 התחשבנו בהשפעת שכרם החודשי הנוכחי של הניזוקים על אומדני ההשתכרות העתידית שלהם. במודל 2 אנו מוסיפות את גילי התובעים. במודל 3 המוגבלויות התפקודית והרפואית נשמרות קבועות. במודל 4 שלטנו במקצועם של הניזוקים. במודל 5 שלטנו בהערות בית המשפט בנוגע לתכונות התובעים, שיכולות היו להשפיע על אופן הכרעתו באשר להשתכרות העתידית. באופן זה, שלטיה מלאה בכל המשתנים הרלוונטיים לקביעת פיצויים, ניתן לבודד את ההשפעה של מאפייני הזהות.

OLS regression models predicting future earnings estimates					
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Current Monthly Wage	0.962*** (51.57)	0.957*** (59.34)	0.942*** (38.34)	0.969*** (35.14)	0.967*** (35.54)
Jewish - Mizrachi		-1816.6*** (-8.06)	-1880.4*** (-8.17)	-1514.6*** (-6.11)	-1434.5*** (-5.85)
Jewish- Other		-1786.8*** (-4.78)	-1898.5*** (-5.16)	-1761.4*** (-4.63)	-1839.7*** (-4.92)
Arab		-2195.4*** (-8.69)	-2256.2*** (-8.66)	-1881.1*** (-6.64)	-1810.1*** (-6.50)
Female		-453.5** (-2.10)	-581.7*** (-2.62)	-596.1** (-2.19)	-644.4** (-2.41)
Age (@accident)		-50.22*** (-5.79)	-40.96*** (-4.30)	-42.01*** (-4.16)	-32.30*** (-3.11)
Functional Disability			15.48** (2.57)	18.72*** (2.94)	20.63*** (3.29)
Medical Disability			-10.67* (-1.89)	-10.81* (-1.84)	-13.66** (-2.35)
Additional Evidence used					519.9*** (2.69)
Indicator of Higher Educatio					370.6 (1.24)
Occupation (fixed effects)				Y	Y
_cons	1151.3*** (7.56)	4508.4*** (13.30)	4068.0*** (9.55)	3507.9*** (7.71)	3005.2*** (6.34)
N	242	242	215	197	197

הניתוח הסטטיסטי מראה כי מתקיים מתאם (מובהק סטטיסטית) בין הלאום, המוצא העדתי והמגדר של תובעים לבין גובה הפיצוי שנפסק להם. כך, למשל, במודל החמישי, בסיס ההשתכרות לעתיד של מזרחים היה נמוך בכ-1,400 ש"ח משל אשכנזים, של ערבים בכ-1,800 ש"ח משל יהודים ושל נשים בכ-600 ש"ח משל גברים. כך היה גם כאשר השכר ביום התאונה, המקצוע, הגיל, ההשכלה, קיומן של ראיות נוספות וכן הנכויות התפקודית והרפואית – כולם הוחזקו קבועים, כמו היו למעשה זהים. בהתחשב בגובה השכר החציוני במשק בעת המחקר, פערים אלה הם בעלי אפקטיביות אדירה בערכם הריאלי, כך שהפער בין יהודים לערבים ובין אשכנזים למזרחים עמד על כ-20% משכר זה.

## 1.1. פנים רבות להפליה

תוצאות המחקר האמפירי לוקחות את הביקורת צעד אחד מעבר לגישות הביקורתיות על דיני הפיצויים. בהקשר הספציפי של גובה הפיצויים העתידי, עסקה הביקורת בעצם השימוש בפגיעה בכושר ההשתכרות כמדד מרכזי לפיצוי בגין נזקי גוף, שהוא הגורם המרכזי המשפיע על קביעת גובה הפיצוי, ושהפיצוי בגינו עולה כדי כ-80% מנפח הפיצויים הנזיקיים.<sup>69</sup> כשהוא חמוש בעקרון השבת המצב לקדמותו כמופע המובהק ביותר של רעיון האחריות הבילטרלית בדיני הנזיקין,<sup>70</sup> הפך מדד זה לכלי נשק ממש נגד אוכלוסיות מוחלשות.<sup>71</sup> מדד הפגיעה בהשתכרות, הנחשב למבטא בצורה הטובה ביותר את עקרון השבת המצב לקדמותו, נדמה על פניו כטריוויאלי, אובייקטיבי, חסר כל הטיה מגדרית ונטול קשר לקפיטליזם ולנטל החלוקתי שהוא יוצר: אדם הפסיד כסף בעקבות הנזק שנגרם לו והרי הוא מקבלו חזרה. בפועל, חשפו מבקריו את היותו בעל ערך קפיטליסטי וחלוקתי מובהק, שיש בו כדי להוסיף ולהפלות לרעה את כל מי שמופלים באופן עקבי בשוק העבודה בשל השתייכותם לקבוצה מוחלשת.<sup>72</sup> ניזוקים אלה מוכפפים דרך דיני הנזיקין פעמיים לסדר חברתי הקפיטליסטי. פעם ראשונה נעשית הכפפתם באמצעות שעבוד גופם לעבודה המצויה במסגרת קפיטליסטית שאינה הוגנת, שבה נלקחת מהם הבעלות האמיתית על היצור הרב שעבודתם מפיקה.<sup>73</sup> פעם שנייה נעשית ההכפפה הזו כאשר הם נתפסים בדיני הנזיקין כמי ששוויים זהה לערך תזרים המזומנים של שעבוד גופם לעבודה.<sup>74</sup> לא בכדי גם תאורטיקן כלכלי מהזרם המרכזי של דיני הנזיקין, אריאל פורת, הזהיר מפני תוצאתו ההרסנית של שימוש במדד זה כמדד פיצוי מרכזי.<sup>75</sup> על רקע זה, לא היה זה מפליא לגלות בתוצאות המחקר האמפירי כי מי שמופלים לרעה על בסיס אישי משתייכים לקבוצות מוחלשות במובהק בשוק העבודה הישראלי: קבוצות הנשים, הערבים והמזרחים.<sup>76</sup> אלא שעדיין, בהתחשב במיקוד המחקר בנוסחת חישוב פיצוי בעלת אופי אריתמטי-מדעי, תוצאותיו אמורות היו להיות נטולות הטיית מפלות מעין אלה. בעוד המחקר הביקורתי של דיני נזיקין זיהה פער מפלה בדפוס הפיצוי הטיפוסי לרעתן של קבוצות מוחלשות בגין השתכרות עתידית – יוחס השוני התוצאתי בגובה הפיצויים לחוסר השוויון הקיים בשוק העבודה,

<sup>69</sup> ראו PETER CANE, *ATIYAH'S ACCIDENTS, COMPENSATION AND THE LAW* 1427 (8<sup>TH</sup> ed. 2013).

<sup>70</sup> יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית** 164 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, 1977) (להלן: **דיני הנזיקין**).

<sup>71</sup> ראו ביקורת על העיקרון אצל יפעת ביטון "קפיטליזם בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" **דין ודברים** יא 77, 105–106 (2017).

<sup>72</sup> לטענה זו בהרחבה ראו, Jamie Cassels, *Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last!*, 71 CAN. BAR REV. 445 (1992).

<sup>73</sup> קארל מארקס ופרידריך אנגלס "מניפסט של המפלגה הקומוניסטית" **המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן** 37 (בנימין כהן עורך 1998); כמו כן ראו אלן מייקסינס ווד "המניפסט הקומוניסטי כעבור 150 שנה" **המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן** 86 (בנימין כהן עורך 1998).

<sup>74</sup> לטענה של דמיון בין סכום הפיצוי לשווי הסימבולי של הניזוק ראו Richard L. Abel, *A Critique of Torts*, 37 U.C.L.A. L. REV. 785 (1990).

<sup>75</sup> לעמידה על הפוטנציאל המסוכן של פיצוי בהתאם לצפי השתכרות לפי מדד קבוצתי ראו אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" **ספר מנשה שואווה: מחקרים במשפט לזכרו** 143 (2006).

<sup>76</sup> מחקר של מכון אדווה מראה כי הפער בין השתכרותם הממוצעת של יהודים וערבים (25%) קטן יותר מהפער בהשתכרותם הממוצעת של אשכנזים ומזרחים (37%): שלמה סבירסקי, אתי קונור-אטיאס ואמה רפופרט **תמונת מצב חברתית 2014** 16 (2015). גם קבוצת העולים סובלת מהפליה בשוק העבודה, אולם זו נתפסת כבעלת "תאריך תפוגה" בדור השני. ראו Gadi Epstein et al., *Even Education and Experience Has Its Limits: Closing the Wage Gap*, 42 J. ECON. STUD. 908 (2015).



המחלחל למשוואת חישוב הפיצוי ומעצב את תוצאתה, כפי שהוכיח מחקרן של צ'מאלאס וריגנס.<sup>77</sup> כלומר, ביקורת זו התרכזה בהצמדת מנגנון הפיצוי הנזיקי לערך השוק הקיים של שכר התובעים, כמשקפת את ההפליה בשוק העבודה שממנה סובלות הקבוצות שאליהן משתייכים הניזוקים.<sup>78</sup> ביקורת מעין זו היא חיצונית לדיני הנזיקין, שכן היא התמקדה באופן שבו מנגנון הפיצוי הנזיקי רק משקף את אי-השוויון המתקיים מחוץ לדיני הנזיקין. ביקורת נוקבת יותר עשתה כן מזווית פנימית, בהצביעה על האופן שבו דיני הנזיקין עצמם הם שמנציחים ריבוד זה באימוץ ההשתכרות כמדד מרכזי לחישוב פיצויים בגין נזקי גוף, תחת אשר יאמצו מדד אחר, שוויוני יותר, כמו המדד של הערכת איבר הגוף שנפגע<sup>79</sup> או שיאמצו טבלאות שכר שאינן מצומצמות לאוכלוסייה הסובלת מהפליה שיטתית, וממילא "מצמצמות" גם את חברי האוכלוסייה לממוצעים הנמוכים שמיצרת הפליה זו.<sup>80</sup>

תוצאות המחקר האמפירי ממוקמות בתפר שבין שתי עמדות ביקורתיות אלה: בעודו מכיר בכך שייטכן שלפחות חלק מפערי הפיצוי באומדן העתידי של הנזק מושפעים מאי-השוויון בשוק העבודה הישראלי המתקיים בנפרד מדיני הנזיקין, וניזונים ממנו, הוא מזהה כיצד הטיות כלפי קבוצות מופלות פועלות בתוך תהליך אומדן הנזק עצמו בידי השופטים והשופטות עצמם, וממילא משייך חלק מהפערים למהלך פסיקת הפיצויים בתוך דיני הנזיקין עצמם.

ממצאי המחקר האמפירי מדגימים, לטענתי, את האופן שבו פיצויים בגין נזקי גוף בתאונות דרכים בישראל נבדלים על רקע לאומי, מגדרי ועדתי באי-השוויון. הפערים הודגמו גם כאשר הושו נתוני התעסוקה וגובה השתכרות של הניזוקים, וכך גם הודגם כאשר לא היו בנמצא הערות הנוגעות להערכת איכותם האישית של הניזוקים שתבעו. הפערים שנמצאו בגובה הפיצויים גדולים ומטרידים, כשלעצמם, והם גדולים במיוחד כאשר גובהם הנומינלי הממוצע עומד על שתי שביעיות מהשכר החציוני במשק הישראלי.<sup>81</sup> בהינתן העובדה שפיצויים בגין אובדן השתכרות יכולים להינתן עבור שנים רבות, הרי שבחישוב כולל עסקינן בפערים של סכומי כסף אדירים. כך, למשל, יהודי וערבי שניזוקו בגיל 30, סובלים מ-50% נכות תפקודית ומשתכרים שכר דומה יצברו לאורך 37 שנות העבודה שנותרו להם פער של כמעט 400,000 ש"ח בפיצוי הכולל שיזכו לו. ב-100% נכות יעמוד הפער ביניהם על כמעט 800,000 ש"ח לפסק דין.<sup>82</sup> פער מספרי אדיר זה, הן נומינלית הן ריאלית, צפוי להשפיע משמעותית על איכות החיים של ניזוק אינדיווידואלי. בנוסף, ההשלכות שהפער עלול לחולל ברמה הקבוצתית הן יוצאות דופן, הן מבחינה סוציולוגית והן מבחינה כלכלית, באופן שיעמיק עוד את הפערים החברתיים על בסיס זהותי הקיימים בישראל.

<sup>77</sup> CHAMALLAS & WRIGGINS, לעיל ה"ש 14.

<sup>78</sup> ראו הסבר מפורט באשר לאופן שבו מדד זה הוא בעייתי אצל ביטון, לעיל ה"ש 71, בעמ' 105–108.

<sup>79</sup> ראו, כאמור, את עמדתו של פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה", לעיל ה"ש 75; ואת עמדתו של Abel, *A Critique of Torts*, לעיל ה"ש 74.

<sup>80</sup> צ'מאלאס וריגנס, למשל, מציעות להשתמש בטבלאות שכר "מעורבות" לגברים לבנים ושחורים יחד, ולא רק לשחורים, במקרה שבו על בית המשפט לפצות ניזוקים שחורים: CHAMALLAS & WRIGGINS, לעיל ה"ש 14, בעמ' 155–156.

<sup>81</sup> גובה השכר החציוני במשק שפורסם מטעם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה היה לשנת 2018 ועמד כל 7,988 ש"ח לחודש. ראו "השכר החציוני במשק טיפס ב-2018 ל-6.3%; עלייה בפערי השכר בין נשים וגברים" גלובס (9.12.2019) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001310221>. במושגי שכר הנטו, המייצג את הסכום המועבר לחשבון הבנק לשימוש זמין של התובעת, מדובר על כ-6000 ש"ח לחודש, וממילא ביחס אליו חלקו של הפרש העולה מתוצאות המחקר גדול עוד יותר.

<sup>82</sup> מספרים אלה נסמכים על תוצאות המחקר האמפירי המצביעות על פער של 1,800 ש"ח לחודש בין חברי שתי הקבוצות. המכפלה של 50% נכות \* 12 חודשים \* 37 שנים עד לפנסיה תעמיד פער זה במדויק על 399,600 ש"ח. בנכות של 100% יעמוד פער זה על כפל המספר הקודם, הווה אומר: 790,920 ש"ח.

## 2.4. שלושה דורות להפליה, הטיה והפליה שיפוטית

כדי להבין טוב יותר את טענתי באשר למנגנון ההפליה הפנימי שחשפו תוצאות המחקר האמפירי, אפנה תחילה לסקירה קצרה של מנגנוני ההפליה אשר עשויים היו להזין את הפערים שנתגלו במחקר האמפירי – הפליה מכוונת, הפליה תוצאתית-מנגנונית והפליה בלתי מודעת. מנגנונים אלה אופיינו בספרות כמייצגים שלושה דורות של הפליה, המסמנים את האבולוציה של מנגנוני ההפליה שהתפתחו בעולם המערבי הליברלי.<sup>83</sup> תחילה, בדור הראשון של ההפליה, נפוצו בעיקר מנגנוני הפליה שמטרתם הייתה להצביע על "שוני" בין קבוצות אנשים – או אף להבנות את קיומו – כבסיס להצדקת היחס השונה וחלוקת הטובין המקפחת שקיבלו קבוצות שונות. הפליה זו נבעה ממהלך מודע של המפלה, אשר כוון לפעול לרעת המופלה, ואופיינה בבוטות בהפעלתה ובזיהוי פשוט שלה. כך, למשל, במרחב המשפטי, נאסר בעבר הן על נשים והן על גברים שאינם לבנים לשמש בחבר המושבעים. הפליה מסוג זה כבר אינה קיימת כמעט במחוזות המשפטיים של מדינות ליברליות, למעט חריגים בודדים.<sup>84</sup> הדור השני של הפליה התאפיין בכללי חלוקה המעוצבים באופן ניטרלי, שהשפעתם שונה על אנשי קבוצות שונות באופן המשפיע לרעה על חברי וחברות הקבוצה המוחלשת. להבדיל מהדור הראשון של הפליה, השפעתם התוצאתית המפלה של הכללים מהדור השני לא נבעה בהכרח מכוונה להפלות את הקבוצה המוחלשת, אלא מכך שהכללים הובנו באופן ששיקף חוויית חיים גברית-לבנה וממילא כוון להגנת חברי קבוצה זו. רוב רובה של הביקורת הפמיניסטית על המשפט שהוצגה לעיל מוקד במיגור דפוסי הפליה-דור שני אלה, כגון המאבק הפמיניסטי בעיצוב גבולות חובת הזהירות ברשלנות בהתאם לחוויית החיים הגברית ובהתנכרות לזו הנשית.<sup>85</sup> בדור השלישי של ההפליה, מנגנון ההפליה מעומעם יותר משל הדור השני להפליה שקדם לו. הוא כזה שבמובהק אינו נובע ממעשה שמכוון להפלות את קורבנותיו, ולא ניתן לזהות על פניו את מרכיביו המפלים, אלא שבמבחן התוצאה, הוא מוביל להפליה. במה נבדל אם כן מנגנון ההפליה מהדור השלישי ממנגנון ההפליה של הדור השני? הוא מופעל בצורה שאינה מודעת להליך שגורם או עלול לגרום לתוצאה המפלה. משמע, בעוד בדור השני של הפליה ניתן לחשוף את היסודות המפלים של המנגנון, אשר מובילים להפעלתו בצורה שגורמת להפליה, הרי שבדור השלישי מנגנון ההפליה פשוט פועל את פעולתו על הגורם המחלק את הטובין, מבלי שהגורם עצמו ייתפס כפועל בדרך שעשוי להיות לה אפקט מפלה.

מנגנונים שונים יכולים להסביר את תוצאות המחקר האמפירי, אולם ניתן להעריך בסבירות גבוהה כי מקורן של התוצאות אינו בהפעלה אקטיבית, שיטתית ומודעת של תפיסה שלילית בידי בתי המשפט כלפי קבוצות המיעוט שנבחנו בו: מזרחים, ערבים ונשים. הנימוק הפרוזאי כמעט לכך הוא ששיטה משפטית המחויבת לעקרון השוויון כשיטת המשפט הישראלית, אינה מהווה כר פורה להטמעת מנגנוני הפליה מ"דור ראשון" שכאלה או להפעלתם.<sup>86</sup> יתרה מזו, הפליה כזו, גם אם היא מוסווית היטב בידי השופטים/ות שנקטו אותה, צפויה הייתה להיות

<sup>83</sup> להרחבה על מאפייני הדורות השונים ראו שרון רבין-מרגליות "שלושה דורות של אפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי" **עבודה, חברה ומשפט** טו 7 (2018).

<sup>84</sup> כך, למשל, החוק בישראל קובע שלתפקיד של דיין בבית דין רבני יכול להיבחר רק גבר (ס' 3 לחוק הדיינים, התשט"ט – 1955). זוהי הפליה מגדרית ברורה המסמנת גבול בין נשים לגברים ומונעת טובין – היכולת לשמש במשרה ממשלתית נעלה – מנשים בלבד.

<sup>85</sup> ראו הרשימה הארוכה של מחקרים מסוג זה אצל יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין", לעיל ה"ש 21.

<sup>86</sup> לבד מהשכל הישר שבבסיסה, זוהי גם הנחת העבודה בתחום חקר ההטיות בשפיטה. ראו יליךמור, לעיל ה"ש 24, בעמ' 281.

מוטמעת באופן אקראי ולהניב תוצאות הרבה פחות שיטתיות ומובהקות מאלה שהתקבלו במחקר האמפירי. תחת זאת, ניתן להעריך כי מה שמזין את תוצאות המחקר הוא שילוב בין שני מנגנונים אחרים: מנגנון מ"הדור השני", שהוביל לאימוץ מדד המשעתק את דפוסי ההפליה בשוק העבודה אל תוך דיני הנזיקין, ולצידו מנגנון מ"הדור השלישי", שהוביל להטמעת הטיות מפלות באינדיווידואלים המשמשים כשופטים ושופטות.

ככל שמדובר במנגנון הדור השני, מצביעות תוצאות המחקר האמפירי על האפשרות ששופטים ושופטות מיישמים באופן מפלה את מדד הסיכויים העומדים לתובעים מקבוצות שונות להתפתח בעתיד מבחינה מקצועית. יישום זה יכול לנבוע מ"שיקוף" ההפליה שאכן מתרחשת בשוק העבודה הישראלי בפיצוי. כך, למשל, שופטות ושופטים עשויים להאמין בצדק (בשל ההפליה המתקיימת בשוק העבודה) כי סיכויי ההצלחה המקצועית של גברים יהודים הם גבוהים מאלה של גברים ערבים (באותו הגיל), גם אם הם מרוויחים כיום את אותו שכר. מנגנון זה עלול להיות בעל השפעה אפקטיבית על הערכת גובה הפיצוי עבור שנות העבודה בעתיד. שוק העבודה הישראלי המרובד עלול להכתיב את תפיסת בית המשפט באשר לסיכוייהם העתידיים של ניזוקים מקבוצות שונות להתפתח בצורה שונה מבחינה מקצועית. במקרה זה, יימצאו בתי המשפט משעתקים את דפוס ההפליה בשוק העבודה בישראל – המתקיים מחוץ לדיני הנזיקין – אל תוך המשפט הנזיקי.

בנוסף להשפעה זו, תוצאות המחקר האמפירי מצביעות על האפשרות הממשית שתרמה להן גם הטיות פנימיות נזיקיות שיפוטיות מהסוג של מנגנון "הדור השלישי". נסביר: יכול להיות שניתן לייחס חלק מהפערים שתועדו להשפעתן של הטיות שיש לשופטים – שאינן בהכרח מודעות, והן מוטעות או מוקצנות – לגבי סיכויי ההצלחה המקצועית של תובעים מקבוצות שונות, וזאת במנותק מהמתרחש בשוק העבודה. ההשערה באשר לאפשרות מטרידה זו מבוססת על מצבור הממצאים שהוצגו לעיל:

1. מרגע שהושגה שליטה בנתוני הפתיחה של התובעים, יצר המחקר "נקודת אפס" להשוואה ביניהם. משמע, הבחירה בתובעים שמגיעים לבית המשפט כשהם בגיל דומה ומרוויחים סכום דומה אמורה הייתה לנטרל את השפעתם של הפערים המוטמעים הקיימים מחוץ לדיני הנזיקין, בשוק העבודה הישראלי, על גובה הפיצוי של התובעים. כך, ההשוואה לא נגעה למשל לתובעים שהם עו"ד ממוצא מזרחי ועו"ד ממוצא אשכנזי, אשר במוצע, קיים פער בהשתכרות שלהם,<sup>87</sup> אלא לתובעים המשתכרים בצורה דומה, למרות היותם מקבוצות שונות. בידוד משתנה הזהות הקבוצתית של התובעים, וזיהויו עדיין של פער פיצוי מובהק ביניהם, הוא שמעיד על אפשרות סבירה שגורם נוסף השפיע על אופן הערכת אובדן ההשתכרות העתידית שלהם.
2. הפערים נותרו דומים מאוד גם במודלים שבהם בודדו מקצועות הניזוקים (מודלים 4 ו-5), מה שמצביע על כך שהמקור לפערים שנחזו באומדני ההשתכרות העתידית לפי לאום, אתניות ומין אינו נובע מהשוני בין סוגי המקצועות של הניזוקים בעת התאונה.
3. הדבר נכון גם כאשר משקללים את הנתון בדבר "ראיות נוספות" שאוזכרו על ידי בית המשפט בעת הערכת שווי השכר העתידי של הניזוקים (מודל 5). מהשקלול עולה כי המקור לפערים לא נבע משוני בראיות הנוספות שהוצגו לפני בית המשפט בנוגע למסלולי הקריירה של התובעים. יתרה מזו, מהתוצאות עולה גם כי ערכן החיובי של "ראיות חיוביות" שאוזכרו על ידי בית המשפט בהגדלת שווי הפיצוי שנפסק בגין אובדן השתכרות עתידית היה גבוה יותר

<sup>87</sup> ראו זיו, רוזנצבי וקריכלי-כץ, לעיל הי"ש 46.

כאשר דובר בניזוקים אשכנזים, לעומת ערכן אצל מזרחים וערבים. התוצאות מגלות גם שלבית המשפט יש נטייה מובהקת לאזכר "ראיות חיוביות" שכאלה דווקא כאשר הניזוקים הם יהודים אשכנזים.

4. פיצויים שנפסקו לתובעים תחת כל ראשי הנזק אחרים – שבמסגרתם אין מקום לשימוש בהערכת בית המשפט את הניזוק ואת יכולותיו, כגון: הוצאות רפואיות, נזק בלתי ממוני וכדומה (מודלים 2, 3 ו-4) – לא הושפעו ממאפייני הזהות של הניזוק (מוצא אתני, מין או לאום).

5. ממצא קרדינלי ומטריד מכול היה שהפערים בפסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות עתידית הודגמו לא רק אצל תובעים צעירים, המצויים בתחילת דרכם המקצועית, אלא גם אצל תובעים מבוגרים המצויים בשלב מתקדם של הקריירה שלהם (מודל 2). הפערים בפיצוי הודגמו בגדלים דומים גם כאשר נבדקו רק פסקי דין שעוסקים בתובעים מבוגרים יחסית (מעל גיל 45). בשלב זה, מיצוי הפוטנציאל המקצועי של התובעים נמצא בדרגה גבוהה ולכן מאפשר הסתמכות ראייתית חזקה עליו, אשר ממילא מפחיתה מאוד את הצורך של בני המשפט להזדקק לרכיב הניחוש של התפתחות עתידם המקצועי, מושכל ככל שיהיה. אילו כך היו פני הדברים, צפוי היה שהפערים בפסיקת אובדן ההשתכרות העתידית בין חברי הקבוצות בטווח גילים זה ייעלמו.

שלל ממצאים אלה לא רק מוכיחים את אי-השוויון השיטתי בהערכת אובדן כושר ההשתכרות של נפגעי נזיקין בתיקי תאונות דרכים בישראל, אלא מצביעים גם על מקור אפשרי לו. להבדיל מההערכה הבלתי סבירה שממצאים אלה אקראיים בלבד, הרי שהשיטתיות שלהם והתאמתם לדפוסי הפליה בחברה הישראלית מצביעות על היותם תולדה של הפליה נמשכת כלפי חברי וחברות קבוצות מוחלשות בה. משמע, ממצאים אלה מבססים את האפשרות המושכלת שמנגנון ההפליה מהדור השלישי אחראי למצער לחלק מהפער שחשפו תוצאות המחקר. הערכה זו נתמכת לא רק בתוצאותיו המטרידות הנקובות לעיל של מחקר זה, אלא נשענת גם על ההנחה שכיתר בני האדם, גם שופטים ושופטות לוקים בהטיה מפלה, ולכן רק "טבעי" הוא שהטיות אלה יחלחלו לפסיקתם. זאת ועוד, הטיות דומות בשיפוט בדיני הנזיקין שנתגלו אצל מושבעים בארצות הברית חושפות את הפוטנציאל של דינים אלה להפעלת הטיות בהם – גם אם הן בלתי מודעות בהכרח.<sup>88</sup> בהקשר הייחודי של הערכת הפיצויים לנזקי גוף בתאונות דרכים, שבמסגרתה הם נחשפים לזהות הצדדים הטוענים לפניהם, הטיה זו עלולה בהחלט לפעול את פעולתה ולהשפיע על גובה הפיצויים שנפסקים לתובעים מקבוצות הסובלות מסטראוטיפים מעוררי הטיה.

הטענה כי מנגנון הטיות שיפוטיות מוביל לאישוויון בפסיקה בישראל הועלתה במחקרים קודמים, שבהם הוכח כי במבחן התוצאה קיימים פערים בפסיקות המחמירות עם מיעוטים לאומיים ומגדריים בהשוואה לקבוצת הרוב.<sup>89</sup> המחקר האמפירי נראה כמבסס טענה זו בצורה משכנעת יותר. אף שסיפקו ראיות תוצאתיות ברורות, קשה למצוא במחקרים שנעשו עד כה הוכחה חותכת לקיומה של הטיה באופן השיפוט. הסיבה לכך נעוצה בקושי לבדוד, מבחינה מחקרית, את משתני הזהות של הצדדים למשפט משאר הגורמים שבדרך כלל מצויים בקורלציה עם משתנים

<sup>88</sup> ראו סקירה מקיפה אצל: Cardi et al., לעיל ה"ש 20, בעמ' 513–516.

<sup>89</sup> ראו, למשל, רונן פרי, אורן גולדאייל ורחן טובול "הטיות מגדריות בתפיסת הכרעות שיפוטיות" המשפט כד 239 (2018); אורן גולדאייל, רענן סוליציאנוקיין ואחי "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח(3) 627 (2009).

אלה ומשפיעים על החלטות בית המשפט.<sup>90</sup> במילים אחרות, בזמן שבמבחן התוצאה מחקרים אחרים הציגו בבירור שוני בהחלטות משפטיות הנוגעות למאפייניהם הזהותיים של הטוענים לפני בית המשפט, הרי שבמרבית המקרים נותר על עומדו האתגר להוכיח בהם את ההטיה המשפטית העשויה לחולל יחס שונה ומפלה זה.<sup>91</sup> תוצאותיו המגוונות והמקיפות של המחקר האמפירי, לעומת זאת, מעידות על התמודדותו עם אתגר אדיר זה, שכן הן מצביעות על אפשרות ממשית להשפעתה של הטיה שיפוטית – אף אם במידה שלא ניתן לקבוע את עוצמתה – הפועלת לרעת ניזוקים מקבוצות מופלות התובעים פיצוי לנזקיהם הגופניים מכוח חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. בשל ההקשר הנזיקי, מציג המחקר חידוש ההולך צעד נוסף מעבר לעצם גילוי ההטיה השיפוטית: הוא מציג את "תג המחיר" של ההפליה. הפליה במשפט, ככלל, מתקיימת בתוך מערך דוקטרינרי סבך שקשה להעריך את משמעויותיו הכספיות. בהקשר הנזיקי, היכולת שהעניק לנו המחקר לבדוד את רכיב הפיצוי הרלוונטי מאפשרת "למשש" ממש את תוצאותיה המספריות-כספיות של ההפליה. חידושו הגדול הנוסף של המחקר בנקודה זו טמון גם באחת מקבוצות המבחן שעליה נערך: מעולם לא נבחנה בצורה שיטתית אפשרות קיומה של הטיה שיפוטית כלפי מזרחים בישראל.<sup>92</sup> דינמיקת ההכחשה הטבועה במערכת המשפטית כנגד איהשויון שממנו סובלת קבוצה זו לחללה, כך נראה, גם אל מרחבי הביקורת על מערכת המשפט וההטיות שבה.<sup>93</sup> במובן זה, תיקן המחקר האמפירי עוול כפול: הן את עצם הפלייתם של מזרחים בתוך מערכת המשפט והן את השתקתה של הפליה זו.<sup>94</sup>

## ה. האלטרנטיבות

ממצאי המחקר האמפירי מעידים על קיומו של פיצויחסר הנפסק לתובעים שהם חברי קבוצה מאוכלוסיות מוחלשות ו/או קיומו של פיצוייתר הנפסק לתובעים שהם חברי קבוצה מאוכלוסיות פריווילגיות. כשל שכזה הוא בעל השלכות שליליות מהבחינות הנורמטיבית, הכלכלית והמוסרית. מהבחינה הנורמטיבית, הוא פוגע בהגשמת מטרות דיני הנזיקין, האמורים לפצות בגין נזק ריאלי

<sup>90</sup> על הקושי להוכיח הטיה בפעולת השיפוט עצמה ראו ילין-מור, לעיל ה"ש 24, בעמ' 281–284.  
<sup>91</sup> ראו David Mustard, *Racial, Ethnic and Gender Disparities in Sentencing: Evidence from the U.S. Federal Courts*, 44 J. L. & ECON. 285 (2001); Russell H. Fazio & Bridget C. Dunton, *Categorization by Race: The Impact of Automatic and Controlled Components of Racial Prejudice*, 33 J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOLOGY 451, 452 (1997); Ronald Chen & John Hanson, *Categorically Biased: The Influence of Knowledge Structures on Law and Legal Theory*, 77 S. CAL L. REV. 1106, 1159 (2004) (שם נטען כי האופן שבו אנשים תופסים גזע יגרום להם לשפוט את התנהגותם של אנשים באופן שונה, גם אם התנהגות הנשפטת זהה. לדוגמה, התנהגות של ילד שתופס חפץ שאינו שייך לו ובורח עימו תיחשב כנגיבה אם הילד הוא בעל עור כהה מאוד (ממוצא אפריקאי-אמריקאי), אולם אם הוא בעל עור "בהיר", היא תיחשב כמתיה או השתובבות נערת).  
<sup>92</sup> המחקר האמפירי השיטתי היחיד המוכר בהקשר של מזרחים ועולם המשפט נוגע להפליית סטודנטים/ות ועורכי/ות דין ממוצא מזרחי בשוק העבודה המשפטי בישראל. ראו זיו, רוזן-צבי וקריכליכץ, לעיל ה"ש 46. עוד חשוב לאזכר בהקשר של חקר הפליית מזרחים בדיני הנזיקין את מחקרה של יופי תירוש "לא רואים עליך: מילכוד העמימות של זהות מזרחית בפסיקת הפליה במועדונים" **משפט וממשל** כג 1 (2021). אומנם, מחקרה איכותני ואינו מצביע בהכרח על הפליה מרגע "זיהוי" התובע כמזרחי, אולם הוא מצביע על אופני שימוש ביסודות סטראוטיפיים כדי לזהות מזרחיות כרלוונטית לטענת הפליה. חשוב עוד להבהיר כי תירוש במאמרה מציגה מורכבות בקשר בין מזרחיות להפליה בחקיקה נזיקית, אולם היא אינה עושה את עבודת הקישור המיידית שעושה המחקר האמפירי בין עצם הזהות המזרחית של תובעת/ת להפליה הנובעת ממנה.

<sup>93</sup> לדינמיקת ההכחשה ראו ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 42, בעמ' 486–496.  
<sup>94</sup> הכפלת עוול נעשית בהיעדר מתן הכרה לו, כך טוענת חנה ארנדט. ראו בהקשר הכחשת הפליית של הקבוצה המזרחית, Yifat Bitton, *The Limits of Equality and the Virtues of Discrimination*, MICH. ST. L. REV. 593, 609-11 (2006).

כדי להביא למילוי שתי הפרדיגמות המתחרות שבבסיסם: הצדק המתקן והיעילות הכלכלית.<sup>95</sup> היעילות הכלכלית נוגעת גם בהקשר הכלכלי הנרחב של שוק הביטוח והעיוות שנוצק לתוכו באמצעות פסיקות אלה. מהבחינה המוסרית והאחרונה, ברי כי עצם ההפליה בין שוויים והענקת פיצוי שונה להם פגומות הן מן היסוד. בהקשר הייחודי של תאונות דרכים, שבו אין עסקינן בחלוקה שאינה שוויונית של טובין "סתם", אלא בטובין שמטרתם לאפשר לאדם שניזוק לשקם את חייו, נראה שיש אפקט נוסף של אימוסריות לתוצאה. כל אחת מהשלכות אלה מחייבת שידוד מערכת עמוק בשלוש המסגרות המרכזיות שעליהן נשען מערך הפיצוי: מנגנון הפיצוי הנזיקי, בתי המשפט וחברות הביטוח.

בחלק זה אבקש להצביע על כיוונים ראשוניים באשר לאטרנטיבות האפשריות לשימוש הנפרץ כיום במנגנון הפיצוי המפלה. פוטנציאל התיקון למציאות הבלתי רצויה מתקיים בכמה מישורים, הקשורים כולם באופן הפעלת המנגנון. הראשון והחשוב מכול הוא כמובן מישור הדין הנזיקי הפוזיטיבי של דוקטרינת הפיצוי בגין נזק גוף. ככל שזו תשתנה ותסתמך על מדד המבטיח תוצאה שוויונית יותר, כך תפחת השפעת המפלה של מנגנון הפיצוי הקיים. המישור השני בו יש מקום ואפשרות לייצר תיקון הוא מערך השפיטה: אותם שופטים ושופטות הפוסקים את סכומי הפיצוי ומפעילים עליהם את הטיותיהם. שלישי הוא מישור בעל קשר עקיף, אך הולך ומתחזק, לפסיקות פיצויים נזיקיות – מערך ביטוח הפיצויים בגין תאונות דרכים וחברות הביטוח העומדות בבסיסן. לחברות אלה עשוי להיות אינטרס משמעותי לפעול לתיקון העיוות שבמנגנון הפיצוי, וכוחן הציבורי יכול להוות שחקן מרכזי בקידומו האפקטיבי.

## ה.1. מישור דיני הנזיקין

הפתרון האפקטיבי, אך המורכב מכולם, לביצוע מידי הוא כמובן שינוי מדד ההשתכרות כבסיס לפיצוי בנזקי גוף. שינוי זה עשוי להידמות קל, אולם מלאכת השינוי בהסדר חקיקה או הסטייה ממסורת פסיקה אינן פשוטות כלל ועיקר. ניתן היה אולי לראות בתקדים החשוב שגיבש השופט ריבלין בפרשת **אבו חנא**,<sup>96</sup> המגלם סטייה מדוקטרינת הפיצוי הרגילה, בסיס לכך, אולם ניכר כי הוא מוגבל. **באבו חנא**, כזכור, נקבע כי יש לפצות תינוקת בדואית – שכושר ההשתכרות שלה נפגע בתאונת דרכים – לפי ההשתכרות הממוצעת במשק, ולא לפי סטטיסטיקת ההשתכרות הממוצעת של נשים בדואיות מהכפר שבו חיה, שהייתה מניבה סכום פיצוי כמעט אפסי.<sup>97</sup> אף שפסיקה זו נדמית כסטייה מדוקטרינת הפיצוי המוכרת, קשה לראות בה יותר מכרסום בשוליה המוצקים של הדוקטרינה, שכן היא מציעה סטייה מוגבלת בלבד ממנה, בשני מובנים: מספרי ואיכותי.

במובן המספרי פרשת **אבו חנא** מוגבלת למקרים שבהם מדובר בקטינים. הישענותה על הטיעון היפהפה והחזק בדבר זכותם של כל ילד וילדה לכתוב את סיפור חייהם היא גם מקור חולשתה. לאחר גיל 18 תחולתה של הלכה זו פגה.<sup>98</sup> במובן המהותי, הלכת **אבו חנא** אינה מבטאת התנגדות למהות הדוקטרינה, המגלמת ערך קפיטליסטי בסיסי שלפיו "השבת המצב לקדמותו"

<sup>95</sup> לפירוט פגיעתו של פיצוי מפלה בהשגת מטרת דיני הנזיקין ראו Gilboa, לעיל ה"ש 19, בעמ' 9-14.

<sup>96</sup> פרשת **אבו חנא**, לעיל ה"ש 1.

<sup>97</sup> הדבר עולה מצירוף דבריו של השופט ריבלין במקומות שונים בדבריו. ראו שם, בפס' 32, 44 ו-50 לפסק הדין של השופט ריבלין. השופט הבהיר שקבלה כמובן מאליו את איהשויון התעסוקתי אל דיני הנזיקין תהיה בגדר יצירה של מציאות מפלה דרך דינים אלה. שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופט ריבלין.

<sup>98</sup> לניתוח של פרשת **אבו חנא** לפי התאוריה שמתנגדת לרעיון השמרני של "השבת המצב לקדמותו", ראו ביטון "ההגנה על עקרונות השוויון", לעיל ה"ש 35, בעמ' 194-196.

משמעה הצמדת הניזוק לערך השוק שהיה לו לפני הפגיעה בו. "ערך שוק אנושי" זה משרת את האידאולוגיה שלפיה השוק החופשי הוא מנגנון הקצאת המשאבים היעיל ביותר הקיים, ולכן יש לדבוק בו ולחזקו.<sup>99</sup> התנגדות למהות המפלה של הדוקטרינה, כמו גם לתוצאתה המוטוה, תהיה למשל דרישה לנטוש לגמרי את מדד ההשתכרות הקיים ולאמץ תחתיו מדד אחר. המדד האחר לא יתבסס על השווי הקפיטליסטי-שוקי, אלא יביא בחשבון את האלמנט האנושי הטמון בבני אדם באשר הם, ולא באשר הם עובדים. ריצ'רד אייבל, למשל, מציע להשתמש במדד אחיד לגוף האנושי.<sup>100</sup> עמדה קרובה לזו הציג השופט ברק כאשר הצביע על הגישה ה"קניינית" לפיצוי ככזו שניתן להשתמש בה לצורך הערכת נזקי גוף.<sup>101</sup> אפשרות לשימוש במדד גופני העמיד גם השופט אור, אשר באחד מפסקי הדין השגרתיים של חישוב פיצויים בבית המשפט העליון הצביע על שני מדדים לאתלויי-הכנסה שכאלה: הנכות הרפואית והנכות התפקודית. לסוף הליך חישוב הפיצויים בחר הוא להשתמש במדד של אובדן כושר הפיצויים, אולם בחינה מדוקדקת של מהלך הפיצוי שהפעיל שם מגלה שהוא העמיד דווקא את מדד המגבלה הפיזית שנגרמה לניזוקה כבסיס אפשרי לקביעת זכאותה לפיצוי.<sup>102</sup> אפשרות אחרת, שאינה מחייבת יצירתיות פסיקתית מעין זו, היא שהמחוקק הוא שישקוד על פיתוח תיקון להסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים אשר ימנע אפשרות שהטיות אלה ישפיעו על גובה הפיצוי לניזוקים שונים. כך, למשל, יכול שייקבע כי בהערכת שכר עתידי, תיפסק העלאה בערך קבוע, וכי תיקבע חובת הנמקה מיוחדת במקרה שבו תיפסק סטייה מ"כלל אצבע" זה. כך, ניזוקים המתחילים מנקודת השתכרות זהה, יקבלו הערכה זהה להעלאה הצפויה של משכורתם ברבות השנים. העלאה קבועה באחוזים גם תאפשר לגלם מאפייני התקדמות שונים במקצועות שונים, ולא תפגע במי שבתחום עיסוקם צפויה משכורתם לעלות בקצב גבוה מזה המוכר בעיסוקים אחרים.

רעיונות אלה העלולים להיראות כמעט בדיוניים למי שמכירים את דיני הפיצויים המסורתיים, אינם כאלה בהכרח. דיני הניזוקין הישראליים מציגים כבר כיום מערך רעיוני הנדרש להחלת רעיון זה, והוא אף מצוי במרחב הפיצוי בגין תאונות דרכים. מבט קרוב על חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ילמדנו, למשל, כי כבר היום מעוגנת בסעיף 4(א)(1) הגבלה על גובה הפיצוי בגין אובדן השתכרות.<sup>103</sup> משמע, מנגנון הפיצויים אינו כופף עצמו רק לתלוש המשכורת של הניזוק, אלא גם למדדים אחרים ולשיקולים אחרים לפיצוי. נתון זה יכול לשמש בסיס לשינוי מערך הפיצויים הניזוקי כולו, ולכל הפחות לשינוי מערך הפיצויים בתאונות דרכים. ואחר הדברים האלה כולם, חשוב עדיין להזכיר כי הלכת **אבו חנא** העמידה את ישראל במצב טוב יותר מבמדינות אחרות, שבהן נמשך השימוש בטבלאות השכר מוטות-הזהות. עם זאת, מחקר זה מוכיח כי השאיפה לאימוץ גישה זו כבסיס לביטול ההפליה בפיצוי היא מצומצמת מדי, וכי היא עלולה להוביל את מי שיאמצו אותה לגלות שבכך לא די.<sup>104</sup> יתרה מזו, כבר לפני ארבעה עשורים נעשה מחקר אמפירי של גובה הפיצויים בתאונות דרכים אשר קרא לשנותם, בשל חוסר הצדק שבהם. במאמר העוסק בהיבטים הכלכליים של הפיצוי בתאונות דרכים נבחנה השפעת החוק החדש לפיצוי נפגעי תאונות דרכים

<sup>99</sup> לעיקרון זה ראו דני אטאס "מדינת הרווחה ומעבר לה: דיון פילוסופי מוסרי" משפטים מג 937, 943-944 (התשע"ג).

<sup>100</sup> ראו *A Critique of Torts*, Abel, לעיל ה"ש 74.

<sup>101</sup> ראו ע"א 237/80 ברשת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281 (1981).

<sup>102</sup> ראו ע"א 3049/93 גירוגיסיאן נ' רמזי, פ"ד נב(3) 792 (1995).

<sup>103</sup> חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

<sup>104</sup> באופן מר-מתוק, העמידו צ'מאלאס וריגינס בספרן את שיטת הפיצוי של ריבלין בישראל כמודל לשאוף אליו. ראו Chamallas & Wriggins, לעיל ה"ש 14, בעמ' 155-156.

בהשוואה להסדר הרשלנות שקדם לו.<sup>105</sup> החוקרים הציגו סדרת ביקורות נורמטיביות בנוגע לחוק החדש. כך, למשל, טענו כי אין הצדקה לשלם פיצוי גבוה יותר לניזוק עשיר מאשר לניזוק עני בשל ראש הנזק של אובדן השתכרות, כהוראת החוק, ויצאו חוצץ נגד התקרה של שילוש השכר הממוצע במשק ככזו המעמיקה עוד יותר את הפער בפיצוי בין ניזוקים עשירים לניזוקים עניים. עוד הצביעו השניים על כך ש-10% מהתובעים בתיקי תאונות דרכים מקבלים 90% מסך כספי הפיצוי שנקבעו בתיקים שבדקו וראו בכך חוסר צדק משווע.

## ה.2. מישור המערכת המשפטית

תוצאות המחקר מעידות, כאמור, על קיומה של אפשרות להשפעתן של הטיות שיפוטיות על פסיקת גובה הפיצויים בשל נזקי גוף לנפגעי תאונות דרכים בישראל. ממצאים אלה מתיישבים היטב עם מחקרים שהצביעו זה מכבר על קיומן של הטיות גזעניות במערכות משפט ליברליות אחרות ועל כך שמערכת המשפט אינה מטפלת בהן באופן היעיל יחסית שבו היא מטפלת בהפליה מהדור הראשון והשני.<sup>106</sup>

ניתן לחשוב על כלים זמינים למיגור הטיה בשיפוט, שחלקם כבר הופעלו בעבר וחלקם בשלבי גיבוש והטמעה.<sup>107</sup> הפשוט והזמין ביניהם הוא העלאת מודעות לתופעה באמצעות השתלמויות והדרכות בנוגע להטיות שיפוטיות שתחשופנה שופטות ושופטים לאפשרות שגם החלטותיהם עלולות להיות מוטות ומושפעות באופן בלתי מודע מקבוצת הזהות של התובעים. בהקשר של הקבוצות שנבחנו במחקר, נראה כי המודעות להטיות על רקע מגדרי ולאומי מוכרות בישראל, וניתן יהיה בקלות להבהיר לשופטים שגם הם סובלים מהן. עם זאת, אצל הקבוצה המזרחית, הסובלת מהפליה על רקע מוצא עדתי אשר מוכחשת ככלל בחברה ובמשפט הישראליים, צפוי כלי זה להיות אפקטיבי פחות.<sup>108</sup> כלים זמינים פחות, הנמצאים בהליכי פיתוח והם בעלי אפקטיביות מיוחדת, הם כאלה שניתן לתארם כ"כלים תומכי החלטה שיפוטית" שיאפשרו "אנונימיזציה" של המאפיינים הזהותניים של תובעים ותובעות (כך, למשל, ששם הפרטי ושם המשפחה שלהם לא ייחשפו). בהקשר זה יש מקום לשקול שימוש בטכנולוגיות זמינות בעולמות תוכן אחרים, כמו פיתוח של אלגוריתם שיכוון שופטים ושופטות לגובה הפיצוי הממוצע בהתעלם ממאפייני הזהות של תובעים וישמש ככלי עזר טכנולוגי ל"נטרול הטיות" אנושיות.<sup>109</sup>

כלי נוסף לביטול השפעות ההטיה המובנית בתחום הפיצויים מציעה מיטל גלבו. הכלי, אשר ממוקד בייצור שוויון תוצאתי בקביעת גובה הפיצוי בין שחורים ללבנים, מכונה בדיה Equalizing Ratio Tables ("ERTs").<sup>110</sup> אף שהוא נוגע לפיצויים בראש הנזק של "כאב וסבל", הרי שהמנגנון האריתמטי שמפעיל הכלי יכול לשמשנו גם כאן. גלבו מציעה להוסיף סכום פיצוי לכל ראש נזק שבו הוכח, מחקרית, כי קיים פער בלתי מוסבר על בסיס מוצא התובעת, באופן שישווה אותו לסכום הפיצוי הממוצע לניזוק הממוקם בקצה סקלת הפיצוי, ובמקרה שלנו: גבר ממוצא אשכנזי. כך, ניתן להוסיף את פער האחוזים שבין הקבוצות כפי שנגלה במחקר האמפירי

<sup>105</sup> משה בורנובסקי וצבי ליבר "הפיצוי לנפגעי תאונות דרכים — מספר הבטים כלכליים" עיוני משפט ו 132 (1978).  
<sup>106</sup> ראו Anona Su, *A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury*, 31 HASTINGS WOMEN'S L.J. 79 (2020).

<sup>107</sup> לפירוט של כלים מעין אלה והערכה של תועלתם ראו ילין-מור, לעיל ה"ש 24, בעמ' 284–287.

<sup>108</sup> לקשר שבין ההכרה בקיומה של קבוצה הסובלת מהטיה לבין האפקטיביות של כלי זה במיגורה ראו שם, בעמ' 285.

<sup>109</sup> לתיאור מפורט של מנגנונים מעין אלה, יתרונותיהם וחסרונותיהם ראו שם, בעמ' 287–298.

<sup>110</sup> לפירוט מאפייניו של הכלי האמור והתאמתו לדיני הנזיקין ראו Gilboa, לעיל ה"ש 18, בעמ' 27–33.



לסכום הפיצוי שייקבע לתובע מהקבוצה המוחלשת. אפשרות אחרת תהיה לתקף במחקר עצמאי וממוסד של מערכת המשפט את הפערים האלה ואז לפעול לצמצם אותם בהכפלה האמורה. אפשרות השפעתן של הטיות על שיפוט בפסיקת פיצויים מחייבת את המערכת המשפטית להכיר בכך שיייתכן שהטיות אלה מתקיימות גם במרחבי שיפוט אחרים, שהמחקר האמפירי לא עסק בהם, ולבחון אותה בכלים אמפיריים דומים. ודוקו: טוב לה למערכת משפט שתראה עצמה ככזו שאינה נגועה בנגע ההפליה, מאשר חלילה שתראה עצמה אחרת. עם זאת, לצד הערך ההצהרתי החשוב בהרחקתה של מערכת המשפט מהפליה, היא חייבת להעמיד ערך מעשי להצהרתה. כזאת תוכל לעשות בהכרה בחשיבותם של מחקרים מהסוג שהוצג פה ובלמידה כיצד להתמודד נכוחה עם תוצאותיהם.

### ה.3. מישור מערך הביטוח

חברות ביטוח מנהלות את עסקיהן בהתאם למודלים עסקיים מוקפדים, המכוונים להיות רציונליים ויעילים. לכן, ככל שההפליה נשענת על סטראוטיפים מוטעים, היא אינה רציונלית, ומעבר לפגם המוסרי שבה, תוצאותיה פשוט אינן יעילות בשל כשל השוק המובהק שהיא יוצרת.<sup>111</sup> כאמור, ממצאי המחקר האמפירי מלמדים בסבירות גבוהה על קיומו של כשל שוק בתחום תשלום פיצויים בגין תאונות דרכים בידי חברות הביטוח, שבמסגרתו הפערים בפסיקת סכומי הפיצוי מעידים על מתן פיצוייחסר לתובעים שהם חברי קבוצה מאוכלוסיות מוחלשות ו/או על מתן פיצויייתר לתובעים שהם חברי קבוצה מאוכלוסיות פריוולגיות. לנוכח זאת נדרש גיבוש מדיניות בידי מערכת חברות הביטוח המשלמות מכיסן את סכומי הפיצויים שאותם פוסק בית המשפט. הן נדרשות לבחון בעצמן כמה עיוותים העלולים להתקיים בשוק ביטוח זה: (1) ייתכן שהן משלמות פיצויים בסכומי יתר לאוכלוסיית הגברים היהודים, ובעיקר האשכנזים; (2) ייתכן שהן גובות סכומי ביטוח שאינם משקפים את מערך ההשתכרות האמיתי של נפגעי ונפגעות תאונות דרכים. עיוותים אקטואריים אלה די בהם כדי לגרום לבחינה מחדש של הנחות היסוד שעליהן נשענת פעילות ביטוחית יום יומית זו ושל אופני הערכת הסיכונים של חברות ביטוח הרכב בישראל וניהולם. מעבר לעניין הכלכלי שיוצר העיוות האקטוארי, ניתן להעריך שגם סיבות מוסריות עשויות להניע את חברות הביטוח לפעול לנטרול ההפליה הכפולה שיוצרת פעילותן בתחום. כפל ההפליה מתבטא בשניים: ראשית, בכך שהן ממשיכות לקדם פיצוי המסמן שמה ש"שווה כסף" ובעל ערך סחיר הוא בעיקר נזקי אובדן הכנסה, על האפקט השוקי המפלה המוטמע בהם,<sup>112</sup> ושנית, בכך שהן מחזקות כמסתבר גם את ההטיות השיפוטיות המתגלמות בראש נזק זה. הספקנות שעלולה לעורר היתלות במניע מוסרי לפעולה של חברות הביטוח מובנת, לאור תפקידן המוכר דווקא כמי שתורמות לביסוס אובדן אמון הציבור באתיקה שוקית לסוגיה. ועדיין, לנוכח התופעה ההולכת וגוברת של מחויבות גורמים מובילים בשוק ההון לאתיקה בעשייה הפיננסית, כולל בתחום הביטוח, ניתן

<sup>111</sup> פרנסיס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145 (התשנ"ו).

<sup>112</sup> ראו (1953) 18 LCP 219, 235-36 Louis L. Jaffe, *Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance*. ניתן כמובן לומר שהביטוח משקף את מה שממילא נתפס בתור ראוי לביטוח, וכי אין לביטוח עצמו השפעה על תפיסה זו. יש בכך כמובן מן האמת. אולם אי אפשר להתעלם מכך שאי אפשר לקבוע בוודאות מה הסיבה ומה המסובב במציאות שוקית כזו. גם יש אפשרות סבירה כי התפיסה הרווחת משפיעה על מה שניתן לבטח, וזה משפיע בתורו על התפיסה הרווחת.

לדמיין מהלך מקדם צדק שכזה שיהיה יוזמה של חברות הביטוח עצמן.<sup>113</sup> חלק ממנגנון האחריות החברתית של חברות עסקיות, ההולך ותופס אחיזה דרמטית בעולמנו, הוא שהן לא ישמשו כלי לפגיעה באוכלוסיות מוחלשות.<sup>114</sup> תוצאותיו של המחקר האמפירי עשויות בהחלט לשמש תמרוך אזהרה עבור חברות שירצו להימנע מפגיעה כזו, וניתן אולי לא רק לקוות, אלא ממש להמליץ לחברות הביטוח להוביל מהפכה חברתית שכזו גם בהקשר של מיגור ההפליה הקיימת במתן פיצויים, מרגע שנתונים אלה מוצגים להן. המחקר האמפירי המתואר במאמר זה, אגב, מוכיח אפשרות זו באופן ממש. מדובר במחקר שנתמך במענק נדיב מטעם "קרן המחקרים שליד איגוד חברות הביטוח בישראל". משמע, חברות הביטוח עצמן גילו עניין רב בביצוע מחקר אמפירי בעל משמעות אתית מעין זה ובחרו בהליך תחרותי לממן דווקא אותו על פני מחקרים אחרים שהוצגו להן.<sup>115</sup>

## 1. סיכום

תחום הפיצויי בדיני הנזיקין בישראל אינו זוכה לעדנה מחקרית, וזאת על אף שהמטרה האולטימטיבית של תובעים בתביעות נזיקין היא השגת הפיצוי ההולם הנדרש להשבת מצבם לקדמותו טרם מעשה עוולה. ניכר כי דווקא בנקודה קריטית זו, נזרקים התובעים לחלל משפטי שאינו מובנה דיו ולא נחקר מספיק.<sup>116</sup> המאמר משנה מנוהג נזיקי זה ובוחן את מנגנון הפיצויים מהזווית הריאליסטית-ביקורתית של איהשוויון הגלום בו בכלים של ניתוח אמפירי.

אפילו במקרה הנדיר של קיום מנגנון פיצוי מובנה וסטנדרטי כבהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים בישראל – הנתפס כמבוסס על חישוב אריתמטי ו"נקיי", הכולל מדדים אובייקטיביים, נטולי קשר להבדלי דת, גזע או מין – ניכר כי הטיות הקשורות לזהות מחלחלות להחלטות על גובה הפיצויים. אף שהמחקר האמפירי לא מיפה את כלל מערך הפיצויים בישראל, ניתן לשער, בבחינת קל וחומר, שהטיות אלה שכוחות אף יותר במנגנוני הפיצוי האחרים והמובנים פחות העומדים בבסיס יתר תיקי התביעה הנזיקיים. כך, למשל, הוכח כי בפיצוי בגין רכיב הכאב והסבל בגין פגיעה פיזית, שבו אין נוסחה אמפירית שכזו, מופעל מנגנון הפליה לרעת תובעים שחורים, הנתפסים כחזקים יותר פיזית ולכן כטולרנטיים יותר לכאב.<sup>117</sup> יש לתהות, לפיכך, האם מעבר להיותם זירה המשעתקת מנגנוני הפליה, דיני הנזיקין אף מהווים כשלעצמם מנגנון המייצר הפליה. לכל הפחות, ניתן לקבוע כי דיני הנזיקין מספקים הגנה פחותה לאינדיווידואלים מקבוצות מיעוט. מכיוון שהיפותזה זו, ככל שהיא מתבקשת, לא נבחנה מעולם באופן ישיר ושיטתי, הרי שהמערכת המשפטית נעדרת מנגנון שיש בידיו למנוע את פעולתן של אותן הטיות חבויות, והגיעה העת לשנות זאת. כל עוד נשים, ערבים ומזרחים בישראל יפוצו לא רק בהתאם ליכולותיהם, אלא גם בהתאם לסטראוטיפים המולבשים עליהם, תימצא מערכת הצדק חוטאת להם ולעצמה.

<sup>113</sup> תופעת האתיקה ההולכת וגוברת בעולם הביטוח מוכרת גם כ"Green Insurance". ראו, למשל, דירוגן של חברות ביטוח לפי רמת האתיקה שלהן, לצורכי שידול צרכניות/ביטוח לרכוש פוליסות ביטוח דווקא אצלן: Lori Campbell, Top 4 Ethical and Eco-Friendly home insurers, Good With Money (27.1.2022) <https://good-with-money.com/2022/01/27/top-4-ethical-and-eco-home-insurers> money.com/2022/01/27/top-4-ethical-and-eco-home-insurers רשימה זו נוגעת לביטוחי בתים, אולם ישנם מדריכים לכל תחומי הביטוח ממש. למדריך כולל יותר ראו, למשל, <https://thegoodshoppingguide.com/ethical-insurance/>.

<sup>114</sup> לכתיבה מרכזית בנושא ראו עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (2007); **שוק, משפט ופוליטיקה: על אחריות חברתית של תאגידים** (עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר עורכים 2017).

<sup>115</sup> ראו שלמי התודה לקרן המחקרים שליד איגוד חברות הביטוח בישראל המופיעים בהערת השוליים הראשונה למאמר זה.

<sup>116</sup> ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בעקבות פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל** ט 137 (2006).

<sup>117</sup> ראו Gilboa, לעיל ה"ש 18.

למרות ממצאיו המטרידים של המחקר האמפירי, עצם ההכרה בהם מהווה גם את נקודת התקווה והתיקון לדיני הנזיקין. להכרה חיונית זו נלווית גם קריאה לקידום מהלכים שיביאו לנטרול אמיתי של הטיות אפשריות בפיצוי נגד חברי קבוצות מופלות. איכות ההתייחסות לקריאה זו תוכתב גם מהשינוי לטובה שהתחולל בתפיסת דיני הנזיקין כמרחב משפטי בעל משמעות חברתית, ולא רק אינדיווידואליסטית. בעשור וחצי האחרונים הנהיג שינוי תאורטי זה בבית המשפט העליון מ"מ הנשיאה (כתוארו אז) השופט ריבלין, אשר העניק ממד חברתי-שוויוני מובהק לדינים אלה בפסיקותיו, בעיקר בהקשר של מנגנוני פסיקת הפיצויים, כאשר העניק לקטינים זכות "לכתוב" את סיפור חייהם. כזאת עשה גם כאשר אסר בפרשת **פדרו**<sup>118</sup> על פסיקת פיצוי עבור צריכת שירותי זנות לגבר שאונו המיני נפגע.<sup>119</sup> ניתן לקוות ששינוי תפיסתי זה יעודד שופטים ושופטות נוספים למצוא מנגנונים דומים ויצירתיים שימנעו מפערים מהסוג שנמצא במחקר האמפירי מלהמשיך ולהתקיים בדיני הנזיקין.

---

<sup>118</sup> ע"א 11152/04 פדרו נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (נבו 13.2.1006).

<sup>119</sup> לסקירת מהלך זה והצגת הכתיבה הענפה שיצר ראו ביטון וקנטי, לעיל ה"ש 2.