

## אשם יוצר אחריות ואשם תורם: תאוריה ופסיקה

### מאת

אהוד גוטל, \* יובל פרוקצ'יה \*\* וגליה שניבויס \*\*\*

בכמה החלטות מהעת האחרונה דן בית המשפט העליון ביחס שבין אשם המזיק ("אשם יוצר אחריות") לאשם הניזוק ("אשם תורם"). רשימה זו מתמקדת בשתי סוגיות שעל אף חשיבותן הרבה לא זכו עד עתה להתייחסות מקיפה: הראשונה עניינה תאונות דר-צדדיות – מקרים שבהם כל אחד מהצדדים המעורבים גרם נזק לזולתו. טענתנו היא שפסיקת בית המשפט בנוגע לתביעות אלה מעוררת כמה קשיים ולעיתים אף נתונה במתח עם פסיקה קודמת. הסוגיה השנייה עניינה מקרים שבהם פעולות הצדדים מתבצעות במדורג על פני ציר הזמן – תחילה המזיק יוצר סיכון לא ראוי, ולאחריו הניזוק נמנע מלנטרל את הסיכון. עיון בפסיקת בית המשפט בתביעות אלה חושף שתי תפיסות אפשריות באשר לדרך שבה ראוי להעריך את אשם הניזוק על רקע התנהגותו העוללתית של המזיק. טענתנו היא שהבחירה בין תפיסות אלה תלויה בכמה גורמים.

**מבוא. א. תאונות דר-צדדיות.** 1. גישת בית המשפט העליון. 2. התאונה הדר-צדדית – ניתוח תאורטי. 3. אשם תורם, אשם יוצר אחריות ו"כלל ה-50%". 4. קביעה אסימטרית של אשם והעקרונות הכלליים של הדין הניזקי. ב. **רשלנות הניזוק העוקבת אחר רשלנות המזיק.** ג. סיכום.

### מבוא

היחס בין אשם המזיק ("אשם יוצר אחריות") לאשם הניזוק ("אשם תורם") הוא סוגיה מרכזית בתביעות נזיקין רבות. כאשר המזיק והניזוק גם יחד תרמו בהתנהגותם העוללתית לקרות הנזק, נדרש בית המשפט להכריע בשאלת חלוקת האחריות. פסיקה נרחבת וכן ספרות ענפה עסקו בעיצוב כללי חלוקת אחריות אופטימליים.<sup>1</sup> ברשימה שלהלן אנו

\* אהוד גוטל הוא פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה על שם בורה לסקין, הפקולטה למשפטים ומרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.

\*\* יובל פרוקצ'יה הוא מרצה בכיר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן (הבינתחומי הרצליה).

\*\*\* גליה שניבויס היא מרצה בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן (הבינתחומי הרצליה). אנו מודים לעוזרי המחקר נטע דגן, שירה סולו ודניאל רד-רוטשילד על עבודתם המצוינת. על תמיכה כספית אנו מודים למרכזו אהרן ברק למחקר משפטי בינתחומי.

1 ראו לדוגמה William M. Landes & Richard A. Posner, *Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis*, 9 J. LEGAL STUD. 517 (1980) (להלן: Landes & Posner, *Joint and Multiple*); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* (1987); STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* (1987). ראו גם Lewis A. Kornhauser & Richard L. Revesz, *Sharing Damages Among Multiple*

מבקשים להרחיב את היריעה ולהתמקד בפסיקה מהזמן האחרון שבה עסק בית המשפט העליון – בין במישרין ובין בעקיפין – בשאלת היחס שבין אשם המזיק לאשם הניזוק בהקשרים נוספים. כפי שנציע, פסיקה זו מעוררת שאלות שונות, ולעיתים היא אף נתונה במתח עם פסיקה קודמת של בית המשפט.

ברשימה שלהלן אנו מבקשים להתמקד בעיקר בשתי סוגיות: האחת עניינה מקרים של **תאונה דו-צדדית**, שבה כל אחד מהמעורבים גרם בהתנהגותו נזק לזולתו. מצבים אלה כוללים למעשה שתי תביעות, שבכל אחת מהן הצדדים מחליפים את תפקידיהם: בתביעה האחת צד א הוא הניזוק וצד ב הוא המזיק; בתביעה השנייה צד ב הוא הניזוק, ואילו צד א הוא המזיק. השאלה הראשונה המתעוררת במצבים אלה היא כיצד על בית המשפט לבחון את התביעות ההדדיות. על פי גישה אחת, תאונה דו-צדדית היא שילוב של שני אירועי נזק נפרדים שבכל אחד מהם יש לקיים דיון עצמאי. לפי גישה זו, הואיל וכל צד הוא מזיק וניזוק בו בזמן, התנהגות כל אחד מהצדדים נשקלת פעמיים. לדוגמה, בתביעה של ב נגד א התנהגותו של א נבחנת בשים לב לסיכון שזו יצרה כלפי ב. בתביעה של א נגד ב התנהגותו של א נבחנת בשים לב לסיכון שא יצר כלפי עצמו. גישה שנייה רואה בתאונה הדו-צדדית אירוע נזק אחד שבו כל הכרעה באשר להתנהגותו של צד צריכה להיעשות בשים לב להשפעתה הכוללת. כך בתביעה של ב נגד א יש להעריך את התנהגותו של א בשים לב לא רק לסיכון שיצר כלפי ב אלא אף לסיכון שיצר כלפי עצמו. כפי שנראה להלן, בחירה בין גישות אלה כוללת בחובה אלמנט נוסף. לפי הגישה הראשונה – הרואה בתאונה הדו-צדדית שילוב של שני מאורעות נזק נבדלים – אין מניעה כי בית המשפט יקבע שהתנהגותו של צד היא עוולתית רק באחת התביעות. למשל, ייתכן כי בתביעתו של א נגד ב ייחס לו בית המשפט אשם תורם, אך בתביעה שיגיש ב ייקבע כי התנהגותו של א הייתה ללא אשם. פיצול כאמור אינו אפשרי לפי הגישה השנייה. קביעה כי צד א נהג ברשלנות כלפי צד ב מחייבת הכרעה זהה באשר לאשמו התורם של א בתביעתו נגד ב. כפי שנראה להלן, לבחירה בין אפשרויות אלה חשיבות רבה.

השאלה השנייה נוגעת ליחס שבין רמת הזהירות הנדרשת מהניזוק (אשם תורם) לזו הנדרשת מהמזיק (אשם יוצר אחריות). אפשרות אחת היא שרמת הזהירות הנדרשת היא אחידה, ולכן התנהגות כל צד נבחנת לפי אותה אמת מידה. אפשרות חלופית היא שרמת הזהירות הנדרשת היא לא אחידה, ובית המשפט מפעיל אמות מידה שונות בהעריכו את סבירות התנהגותם של הצדדים. לדוגמה, בשל שיקולי אוטונומיה בית המשפט עשוי לקבוע כי רמת הזהירות הנדרשת ממזיק (המסכן את זולתו) גבוהה מזו הנדרשת מהניזוק (המסכן את עצמו). שאלה זו מתחדדת במקרה של התאונה הדו-צדדית. הואיל וכל צד הוא מזיק וניזוק בו בזמן, עולה השאלה אם יש לקבוע את רמת הזהירות הנדרשת מכל צד, בשים לב לכובע שאותו הוא חובש. לפי הגישה הראשונה, בקביעת רמת הזהירות הנדרשת מצד א לא יבחין בית המשפט בין הנזק הצפוי לצד ב לזה הצפוי לצד א עצמו. לעומת זאת לפי הגישה השנייה, הזהירות שלה יידרש צד א תושפע משקלול חובותיו כמזיק וכניזוק פוטנציאלי.

*Tortfeasors*, 98 YALE L.J. 831 (1989); Ehud Guttel & Shmuel Leshem, *The Uneasy Case of Multiple Injurers' Liability*, 15 THEOR. INQ. L. 261 (2014); Ehud Guttel, Yuval Procaccia & Eyal Winter, *Shared Liability and Excessive Care*, 37 J. L. ECON. & ORG. 358 (2021)

סוגיית התאונה הדו-צדדית נדונה לאחרונה בבית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **קסברי**.<sup>2</sup> התוצאה שאליה הגיע בית המשפט כללה התייחסות לשתי השאלות שלעיל. אשר לשאלה הראשונה נקבע כי אין מניעה להפריד בין אחריותו של צד לנזק של זולתו ובין אחריותו לנזקו שלו. לפיכך ייתכן כי לצד א' ייוחס אשם תורם (בתביעתו שלו), אך בתביעה שכנגד ייקבע כי התנהגותו הייתה סבירה. כאמור, הכרעה זו תואמת תפיסה שלפיה התאונה הדו-צדדית היא צירוף של אירועי נזק נפרדים שכל אחד מהם מחייב הכרעה עצמאית. אשר לשאלה השנייה נקבע כי רמת הזהירות הנדרשת מהצדדים איננה אחידה, וכי סטנדרט הזהירות החל על ניזוק פוטנציאלי עשוי להיות גבוה מזה החל על מזיק פוטנציאלי. בית המשפט תמך מסקנות אלה בכך שהן מונעות תוצאה לא רצויה, שלפיה צד שאחריותו לתאונה היא משנית ימצא את עצמו חב בפיצוי כלפי צד שאחריותו לתאונה היא עיקרית.

פסק הדין בעניין **קסברי** מציב תשתית עיונית מפורטת וניתוח מקיף של השיקולים השונים שמעוררת התאונה הדו-צדדית. עם זאת טענתנו היא שכל אחת מן ההכרעות האמורות של בית המשפט אינה נקייה מספק. אנו מראים כי הגישה התומכת בהפרדת אירועי הנזק לשניים ובאפשרות לייחס לצד אשם מסוג אחד בלבד, עלולה להביא לעיוות בתמריצי ההתנהגות של הצדדים. נוסף על כך, אנו מראים כי אף שבמבט ראשון נדמה שפסיקת בית המשפט בעניין **קסברי** פוסעת בעקבות כלל האשם התורם המקובל במרבית מדינות ארצות הברית, למעשה קיים בין הכללים פער ניכר. לעומת הכלל האמריקאי המעודד השקעה אופטימלית באמצעי זהירות, הכלל שאומץ בפרשת **קסברי** עלול לעוות את תמריצי הצדדים להשקיע באמצעים אלה. לבסוף, התפיסה שלפיה סטנדרט האחריות אינו אחיד, והוא עשוי להחמיר עם הניזוק נתונה במתח עם עקרונות כלליים של דיני הנזיקין, שתחולתם חורגת מן הסוגיה המיוחדת של התאונה הדו-צדדית.

הסוגיה השנייה שבה אנו מבקשים להתמקד עניינה מקרים שבהם המזיק והניזוק **פועלים במדורג על פני ציר הזמן**. בתחילה המזיק, ולאחר מכן הניזוק, נוהגים ברשלנות, וכתוצאה מכך נגרם הנזק. כאשר התנהגות המזיק היא גלויה, והניזוק היה יכול להתגונן מפני הסיכון שזו יצרה, מתעוררת שאלת הזיקה שבין אשמו (יוצר האחריות) של המזיק לאשמו (התורם) של הניזוק. בית המשפט עשוי להחמיר במיוחד עם הניזוק ככל שהתנהגות המזיק היא חמורה יותר: ניזוק הרואה שהתרשלות המזיק יצרה סיכון חמור אך למרות זאת נמנע מלנטרל אותו, נדמה כבעל אשם תורם גדול מזה של ניזוק שנמנע מלהתגונן מפני התרשלות שיצרה סיכון מוגבל בלבד. ואולם גישה זו מעניקה יתרון למזיק שאשמו כבד. דווקא ככל שהתנהגותו חמורה יותר, כן גדל הסיכוי כי בית המשפט ייחס לניזוק אשם תורם כבד יותר.

שיקוף לקושי שמעוררת הדילמה ניתן לראות בשני פסקי דין מהשנים האחרונות: בפרשת **צלאח**<sup>3</sup> ובפרשת **אבו אלהוא**<sup>4</sup> נדונה שאלת אשמו התורם של ניזוק שנמנע מהפחתת סיכון שנגרם עקב התרשלות המזיק. בשני המקרים קבע בית המשפט כי הגם שהתרשלות המזיק היא שיצרה את הסיכון, הניזוק מחויב להפחיתו אם יש בכוחו לעשות כן במאמץ סביר. בעוד שבפרשת **צלאח** בית המשפט ייחס לניזוק אשם תורם ללא הסתייגות,

2 רע"א 2809/18 **קסברי נ' רוזן** (נבו 26.11.2018) (להלן: עניין **קסברי עליון**).

3 ע"א 6332/15 **צלאח נ' עדוי** (נבו 23.11.2017).

4 ע"א 1952/11 **אבו אלהוא נ' עיריית ירושלים** (נבו 6.11.2012).

בפרשת **אבו אלהוא** השופטת ברק-ארוז הצביעה על קושי שמדיניות זו מעוררת. אומנם יש חשיבות בתמרוץ הניזוק להגיב לסיכון שנוצר כדי שהוא יפעל להפחתתו, אולם הטלת חובה זו על הניזוק עלולה לתמרץ את התרשלות המזיק מלכתחילה. הדין ניצב אפוא בפני דילמה – את מי מן הצדדים ראוי לתמרץ.

על רקע זה טענתנו היא כי במישור הפורמלי הדין הקיים (הקושר בין אשמו של הניזוק לאשמו של המזיק) מוביל ליצירת תמריצים אופטימליים למניעת הנזק. זאת משום שבגדרו של הדין הקיים ניזוק הפועל להפחתת סיכון שנגרם עקב התרשלות המזיק זכאי לשיפוי בגין הוצאות אלה. כל עוד זכות השיפוי נאכפת, תמריציהם של שני הצדדים נותרים יעילים. עם זאת בעולם המעשה קשיים שונים מונעים לעיתים את מימושה בפועל של זכות השיפוי. בתנאים אלה הבחירה בין תמרוץ המזיק לתמרוץ הניזוק נעשית מורכבת יותר. במקרים אלה תמרוץ שני הצדדים ב־זמנית אינו אפשרי, ועל כן נדרשת הכרעה בשאלה בתמריציו של מי מן הצדדים להתמקד.

מבנה הרשימה הוא כדלקמן: **פרק א** יעסוק במצבים של תאונות דו־צדדיות. חלקו הראשון יסקור את עמדת בית המשפט העליון בסוגיה זו. חלקו השני יציג את התשתית התאורטית ויסביר מדוע תפיסת אשם "אסימטרית" צפויה להוביל לעיוות בתמריצי הצדדים לנזק אמצעי זהירות רצויים. חלקו השלישי ישווה את הכלל שאומץ בהלכת **קסברי** לכלל האשם התורם המקובל בארצות הברית ויראה כי חרף הדמיון הלכאורי בין הכללים – הכלל הישראלי, בניגוד למקבילו האמריקאי, פוגע בתמריצי הצדדים. חלקו הרביעי והאחרון של הפרק יעסוק ביחס שבין עמדת בית המשפט העליון ובין עקרונות כלליים של הדין הנוהג ויאיר את המתח הקיים בין ההכרעה בעניין **קסברי** לפסיקה קודמת של בית המשפט. **פרק ב** יתמקד במקרה שבו פעולות המזיק והניזוק מדורגות על פני ציר הזמן. הוא יציג את האתגר שמקרים אלה מציבים במישור המדיניות ויציע דרכים להתמודדות עימו. **הפרק האחרון** יסכם.

## א. תאונות דו־צדדיות

כאמור, תאונה דו־צדדית היא מקרה שבגדרו נגרם נזק סימולטני לשני הצדדים, וכך כל אחד מהם הוא מזיק וניזוק בו בזמן. כל צד עשוי לתבוע את האחר על נזקו ולהיתבע בגין הנזק שהוא גרם לזולתו. קיומן של שתי תביעות פוטנציאליות הנסבות על מקרה אחד מעורר שאלה באשר לטיב היחס ביניהן: האם ראוי לראות בתאונה שני אירועי נזק נבדלים, שבכל אחד מהם יש לבחון את התנהגות הצדדים בשים לב לנזק מושא התביעה, או שמא יש לראות בתאונה אירוע נזק אחד, שבגדרו נבחנת התנהגותם של הצדדים בהסתכלות הוליסטית? מן השאלה המהותית נגזרת גם שאלה דיונית: האם מן ההכרעה בתביעה האחת נובעת תוצאה הכרחית בגדרה של התביעה האחרת? וכמילים אחרות, האם קביעתו של בית המשפט בנוגע לאשמו של צד בתביעה אחת מקימה השתק פלוגתא בשאלת אשמו בתביעה הנגדית?

## 1. גישת בית המשפט העליון

כאמור, שאלות אלה נדונו לאחרונה בפרשת **קסברי**. רוזן נסע במהירות בכביש חד-סטרי עד שהתנגש ברכבה של קסברי בזמן שנסעה לאחור בצאתה מן החניה. ההתנגשות גרמה נזק לשני הצדדים. קסברי הגישה תביעה נגד רוזן בבית משפט השלום, והוא מצידו הגיש תביעה שכנגד.<sup>5</sup> בית המשפט דן בכל אחת מתביעות אלה בנפרד. בדונו בתביעתו של רוזן הוא קבע כי שני הצדדים נהגו ברשלנות: קסברי התרשלה בכך שלא נזהרה די הצורך בצאתה מהחניה, ואילו רוזן התרשל בכך שנהג במהירות העולה על הסביר בהתחשב בתנאי הדרך. מאחר ששני הצדדים גרמו ברשלנותם לנזקו של רוזן, מצא בית המשפט לחלקו ביניהם. לפי החלוקה קסברי תישא ב-70% ממנו (כאשם יוצר אחריות), ואילו רוזן יישא ב-30% הנותרים (כאשם תורם). בשלב זה פנה בית המשפט לדון בתביעתה של קסברי. אלא שבאשר לתביעה זו, מסקנתו הייתה אחרת. בית המשפט קבע כי נזקה של קסברי נגרם בגלל רשלנותה שלה, וכי רוזן מצידו לא התרשל כלל. לנוכח מסקנה זו תביעתה של קסברי נדחתה. תוצאת פסק הדין הייתה אפוא כי קסברי נדרשה לשאת במלוא נזקה שלה, וכן ב-70% מנזקו של רוזן.

על פסק דין זה הגישה קסברי ערעור לבית המשפט המחוזי.<sup>6</sup> בערעורה טענה קסברי כי מאחר שנקבע בתביעתו של רוזן כי שני הצדדים היו רשלנים, וכי שיעור אשמו היחסי של רוזן הוא 30%, העקיבות מחייבת כי אותן המסקנות תוחלנה גם בתביעתה שלה. נזקיהם של הצדדים נגרמו באירוע תאונתי אחד. לפיכך הקביעות בנוגע לעצם קיומה של ההתרשלות ובנוגע לאשמו היחסי של רוזן צריכות לחול בשתי התביעות באורח סימטרי. אלא שבית המשפט לא השתכנע מטענה זו, וערעורה של קסברי נדחה. בית המשפט נימק זאת בכך שהכללים החלים על האשם יוצר האחריות אינם זהים לאלה החלים על האשם התורם. כאשר בית משפט השלום קבע שרוזן התרשל, הייתה זו קביעה בנוגע לקיומו של **אשם תורם**. לעומת זאת כאשר קסברי טוענת שרוזן אשם בנזקה, היא מייחסת לו אשם **יוצר אחריות**. ואולם החובה שחב אדם כלפי עצמו אינה שקולה בהכרח לחובה שהוא חב כלפי רעהו. לפיכך אין כל סתירה בין הקביעה כי רוזן נמצא רשלן באשר לנזקו שלו, אך לא רשלן באשר לנזקה של קסברי.

לאור הכרעה זו, ובהתחשב בהכרעות סותרות של הערכאות הדיוניות במקרים דומים, ביקשה קסברי רשות ערעור לבית המשפט העליון. הרשות לערער הוענקה לה, אך גם בשלב זה נדחתה טענתה לגופה.<sup>7</sup> בית המשפט העליון קיבל את עיקר נימוקיהן של הערכאות הקודמות והוסיף כי ההבחנה בין שני סוגי האשם מקורה בכך שכל אחד מהם נוגע לשלב אחר בהליך בחינתה של התביעה הנזיקית: האשם יוצר האחריות הוא תנאי לגיבושה של האחריות הנזיקית, ואילו האשם התורם נוגע לשאלת הסעד. בכל אחד מן השלבים סטנדרט הזהירות עשוי להיקבע בדרך אחרת: "כאשר בית המשפט קובע רשלנות תורמת של ניוזק,

5 ת"מ (שלום נצ') 45860-01-17 **קסברי נ' רוזן** (נבו 20.4.2017).

6 ע"א (מחוזי נצ') 56109-11-17 **קסברי נ' רוזן** (נבו 5.4.2018).

7 בית המשפט קיבל את בקשת רשות הערעור באופן חריג חרף העובדה שמדובר בערעור "בגלגול שלישי", ראו עניין **קסברי עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (בנימוקיו להחלטה זו הוא הסביר כי "הנושא שנוי במחלוקת ומעסיק רבות את הערכאות הדיוניות", וכי מדובר בסוגיה שבעניינה "אין אחידות בפסיקה").

אין לפנינו שני מעוולים, אלא מעוול אחד שגרם באשמו לנזק, מול ניוזק שהתרשל כלפי עצמו ולכן יש להפחית מהנזק שנגרם לו".<sup>8</sup> להבדל זה משמעויות מעשיות, שכן "ככלל, אשם תורם, כשמו כן הוא, משמש כצינה ולא כחנית, ויסודותיו ורכיביו שונים מאלה של אשם יוצר אחריות".<sup>9</sup> ממילא, כאשר נקבע בתביעה אחת כי צד נושא באשם מסוג מסוים, אין בכך כדי להקים השתק פלוגתא באשר לקיומו של אשם מן הסוג האחר בגדרה של התביעה הנגדית.

את המסקנה כי אשם יוצר אחריות ואשם תורם נקבעים על בסיס פרמטרים שונים תמך בית המשפט בנימוק עקרוני של צדק. בית המשפט הסביר כי אילו היו שני סוגי האשם מוערכים על פי אמות מידה זהות, הייתה עלולה להתקבל תוצאה שבגדרה דווקא הצד שאחריותו לתאונה גדולה יותר הוא זה שייפסק לטובתו פיצוי. תוצאה זו נראתה לבית המשפט לא סבירה ולא צודקת. כדי להמחיש זאת נעזר בית המשפט בדוגמה הזאת:

נשווה נגד עיננו את ה'סטודנט התפרן' שנוהג ברכב ששווי 10,000 ₪, ורכב יוקרתי בשווי 500,000 ₪ מתנגש בו. נניח כי בית המשפט מוצא כי התאונה נגרמה באחריותו של בעל הרכב היוקרתי, אך לסטודנט אחריות תורמת בשיעור של 20% לתאונה. משמעות הדבר היא שהסטודנט יפוצה בסכום של 8,000 ₪, אך המרת האשם התורם לאשם יוצר אחריות, תביא לתוצאה לפיה בתביעת השיכוב של מבטחת הרכב היוקרתי, הוא יחויב לשלם 100,000 ₪ בגין הנזק שנגרם לרכב היוקרתי, רכב שנושא באחריות עיקרית לתאונה. תוצאה זו ולפיה האשם המשני מוצא עצמו מחויב לשלם פיצוי נכבד לאשם העיקרי, נוגדת בעליל את תחושת ההגינות והצדק.<sup>10</sup>

בית המשפט סבור אפוא כי כאשר צד נושא באחריות המשנית לתאונה, הצדק מחייב כי לא יחויב בפיצוי "נכבד" כלפי הצד הנושא באחריות העיקרית. כדי להבטיח תוצאה זו יש לקבוע את האשם יוצר האחריות ואת האשם התורם בנפרד, ועל בסיס אמות מידה שונות. כמה מסקנות עיקריות עולות אפוא מן הדיון. צד עשוי להיחשב רשלן בכובעו כניזוק, אך לא רשלן בכובעו כמזיק. לפיכך על הרשלנות להיבחן בנפרד בתביעה העיקרית ובתביעה הנגדית. הכרעות שהתקבלו בתביעה שנדונה ראשונה אינן מקימות כשלעצמן השתק פלוגתא בגדרה של התביעה העוקבת. כן נקבע עיקרון מנחה, שלפיו אין להטיל על האחראי המשני חבות ניכרת כלפי האחראי העיקרי.

## 2. התאונה הדו־צדדית – ניתוח תאורטי

בחינה תאורטית של התאונה הדו־צדדית ומאפייניה עשויה לשפוך אור על טיבה של המדיניות הרצויה. שני צדדים מבצעים פעילות מסוכנת שעלולה להוביל לגרימתו של נזק לשניהם. כל אחד מהם עשוי לנקוט אמצעי זהירות שיש בהם כדי להפחית את הסיכון לנזק. אמצעים אלה עשויים להיות משני סוגים: הסוג האחד כולל אמצעים המפחיתים את הסיכון

8 שם, פס' 9.

9 שם.

10 שם, פס' 21.

שנתונים בו **שני הצדדים**. למשל, אם צד נוסע לאט יותר, ובכך מפחית את ההסתברות לתאונה – הוא מפחית את הסיכון ששני הצדדים יישאו בנזק. הסוג האחר כולל אמצעים המפחיתים את הסיכון לנזקו של **צד אחד בלבד**. למשל, אם נהג חוגר חגורת בטיחות – סיכונו שלו פוחת, אך אין בכך כדי להשפיע על הסיכון שהצד השני חשוף לו. כפי שיידון להלן, הבחנה זו – הנוגעת לטיבם של אמצעי הזהירות ולהשפעתם הפוטנציאלית – משליכה על היחס הראוי שבין האשם יוצר האחריות לאשם התורם. נדון תחילה במצבים שבהם אמצעי הזהירות שלא ננקט היה מן הסוג הראשון, כלומר אמצעי שיש בו כדי להפחית את הסיכון ששני הצדדים חשופים לו. אמצעי זהירות מסוג זה עמד במוקד הדיון בפרשת **קסברי**.

#### (א) אמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון לשני הצדדים

כאשר התאונה הפוטנציאלית היא דו-צדדית, אמצעי זהירות עשויים לעיתים קרובות להפחית את שני נזקי התאונה בעת ובעונה אחת. כאמור לעיל, בתכונה זו מאופייין כל אמצעי זהירות שיש בו כדי להפחית את ההסתברות לתאונה, שכן אם התאונה לא תתרחש, איש מן הצדדים לא יישא בנזק. לעיתים מאופיינים בתכונה זו גם אמצעי זהירות שהשפעתם אינה על הסתברות התאונה אלא על היקף הנזק שייגרם בגינה. לשם דוגמה, טלו נהג שאין בידו למנוע את התאונה, אך אם יימנע מהסחת דעת, יספיק לבלום, ובכך למתן את עוצמת ההתנגשות. האפשרות לבלום תוביל אפוא להפחתה בנוקיהם של שני הצדדים כאחד. כבכל מקרה אחר שבו נבחן אשמו של צד המעורב באירוע נזיקי, גם במקרה זה סטנדרט הזהירות נועד לאזן בין הנטל הכרוך בנקיטת אמצעי הזהירות מצד אחד, ובין התועלת הצפויה מנקיטתו מצד אחר. ייחודה של התאונה הדו-צדדית הוא בכך שתועלתו של אמצעי הזהירות היא כפולה: נקיטתו עשויה למנוע נזק לא רק מצד אחד אלא משני הצדדים גם יחד. לפיכך סטנדרט הזהירות נדרש לשקלל תועלת זו על שני היבטיה. למאפיין זה של אמצעי הזהירות השלכות הנוגעות לקשר שבין תביעותיהם ההדדיות של הצדדים וליחס שבין האשם יוצר האחריות לאשם התורם. הדוגמה הבאה ממחישה את טיבו של קשר זה:

דוגמה א: תאונה דו-צדדית

ראובן ושמעון עוסקים בפעילות מסוכנת שעלולה להסתיים בתאונה. ראובן יכול לנקוט אמצעי זהירות שעלותו 10, ושאם יינקט יפחית את נזקו של ראובן ב-6 ואת נזקו של שמעון ב-6. שמעון יכול לנקוט אמצעי זהירות שעלותו 8, ושאם יינקט יפחית את נזקו של ראובן ב-5 ואת נזקו של שמעון ב-5.

נניח כעת כי איש מן הצדדים לא נקט את אמצעי הזהירות, וכי לאחר שתאונה התרחשה, הצדדים תובעים זה את זה בתביעות רשלנות. ברי כי במקרה זה התוצאה המתבקשת היא ששני הצדדים התרשלו, שכן כל אחד מהם נמנע מנקיטת אמצעי זהירות שתועלתו (הכוללת) עולה על עלותו.

המסקנה כי שני הצדדים התרשלו נוגעת לקיומם של אשם יוצר אחריות ושל אשם תורם כאחד. הסיבה שבעטייה כל אחד מן הצדדים מוחזק כרשלן נשענת על השפעת אמצעי הזהירות שלא ננקט על שני הנזקים במשותף. אילו כל אחד משני סוגי האשם נבחן בנפרד, הייתה מתקבלת תוצאה אחרת, ובפרט תוצאה שלפיה איש מהם אינו נושא באשם כלשהו –



לא כלפי זולתו ולא כלפי עצמו. ראובן לא היה נושא באשם יוצר אחריות, משום שעלות אמצעי הזהירות שהיה בידו לנקוט הייתה 10, ובנקיטתו היה יכול להפחית את נזקו של שמעון ב-6 בלבד. בדומה לזה, היה נקבע כי שמעון אינו נושא באשם יוצר אחריות, משום שעלות אמצעי הזהירות שהיה בידו לנקוט הייתה 8, ובנקיטתו היה יכול להפחית את נזקו של ראובן ב-5 בלבד. טעמים אנלוגיים היו מובילים אל המסקנה שאיש מן הצדדים אינו נושא אף באשם תורם. אלא שמסקנות אלה בדבר היעדר אשם הן שגויות: שני הצדדים אשמים, משום שהיה בידיהם לנקוט אמצעי זהירות שהיו מפחיתים את סך נזקי התאונה בעלות הנמוכה מן התועלת. אשמו של כל אחד מהם נובע מן ההשפעה הכוללת שהייתה להתנהגותו על עצמו ועל זולתו גם יחד.

הדוגמה האמורה מבטאת עיקרון כללי. כאשר אמצעי זהירות אחד משמש להפחתתם של שני סיכונים – הסיכון העצמי וסיכוננו של הזולת – סטנדרט הזהירות נגזר מן ההשוואה שבין עלותו של אמצעי הזהירות ובין סך התועלות שהיו מופקות מנקיטתו.<sup>11</sup> אם נקיטת אמצעי הזהירות היא רצויה, וצד בכל זאת לא נקט אותה, הרי הוא התרשל כלפי זולתו וכלפי עצמו. במקרה זה מתקיים אפוא אשם יוצר אחריות ואשם תורם כאחד. לעומת זאת אם נקיטת אמצעי הזהירות אינה רצויה, הרי הצד שנמנע מנקיטתו לא התרשל, והוא אינו נושא באשם כלפי עצמו או כלפי זולתו. מסקנה זו מבססת קשר בין תביעותיהם ההדדיות של הצדדים: משנקבע בתביעה אחת כי צד נושא באשם משום שלא נקט אמצעי זהירות שהיה מפחית את שני הסיכונים – אזי העקיבות מחייבת כי ייוחס לו אשם גם בגדרה של התביעה הנגדית. מסקנה זו נובעת מכך שבשתי התביעות מדובר באותה ההתנהגות (אִי-הנקיטה באותו אמצעי זהירות) אשר נבחנת כנגד אותו הסטנדרט (שנקבע על בסיס השפעתו המשותפת של אמצעי הזהירות על שני הסיכונים).<sup>12</sup>

11 הראשונים להציג תובנה זו היו רוברט קוטר ואריאל פורת, שהבחינו סטנדרט הזהירות כלפי הזולת מושפע לא רק מן המידה שבה אמצעי הזהירות היה מפחית את נזקו של הזולת אלא גם מן המידה שהיה מפחית את נזקו של המזיק. ראו Robert Cooter & Ariel Porat, *Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict*, 29 J. LEGAL STUD. 19 (2000). ראו גם Barbara Luppi, Francesco Parisi & Daniel Pi, *Double-edged Torts*, 46 INT'L REV. L. & ECON. 43 (2016). בית המשפט העליון אימץ את טענתם של קוטר ופורת בפסק דינו בעניין ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826 (2001).

12 יש להעיר כי הגם שבשתי התביעות נדרשת הכרעה אחידה בשאלת האשם (כלומר בשאלה מי מן הצדדים מוחזק כ"רשלן"), אין בכך כדי לחייב כי בשתיהן תיקבע חלוקה זהה של אחריות. לעיתים שיקולי צדק עשויים להטות את הכף דווקא לחלוקה דיפרנציאלית של האחריות. למשל, נניח כי ראובן מתרשל בתחזוקת מכוניתו, ולכן הבלמים בה נשחקים. שחיקת הבלמים מגבירה הן את הסיכון לתאונה עצמית והן את הסיכון לתאונה דו-צדדית. בפועל מתרחשת תאונה דו-צדדית, שבה אשם גם שמעון. במקרה זה אפשר שייקבע כי אשמו היחסי של ראובן בתביעתו נגד שמעון כבד מאשמו היחסי בתביעתו של שמעון כלפיו, משום שהתרשלותו של ראובן חשפה את ראובן לסיכון גבוה מזה שהיא חשפה את שמעון: את ראובן היא חשפה הן לסיכון של תאונה דו-צדדית והן לסיכון של תאונה עצמית, אך את שמעון היא חשפה לסיכון של תאונה דו-צדדית בלבד. תהיה אשר תהיה ההכרעה בדבר חלוקת האחריות בשתי התביעות, הכרעה זו ככלל אינה צפויה להשפיע על תמריצי הצדדים לנקוט אמצעי זהירות יעילים. כפי שהוסבר בספרות, תמריצי הזהירות אינם תלויים בדרך חלוקת האחריות כל עוד שאלת עצם קיומה של ההתרשלות מוכרעת נכון (Landes & Posner, *Joint and Multiple*, לעיל ה"ש 1). הטעם העקרוני לכך הוא שכאשר שני הצדדים רשלנים, סך הנזק הצפוי מן התאונה עולה על העלות המשותפת של



בפרשת קסברי הייתה מסקנתו של בית המשפט הפוכה. כאמור, קביעתו של בית המשפט הייתה כי התנהגות אחת עשויה להקים אשם תורם מבלי להקים בד בבד אשם יוצר אחריות. תפיסה זו, שלפיה במקרה של תאונה דו-צדדית ניתן לבחון את שאלת האשם בכל תביעה בפני עצמה, זכתה לתמיכה אף בספרות.<sup>13</sup> אלא שכפי שעולה מן הדיון שלעיל, קביעה זו עלולה לשבש את תמריצי ההתנהגות של הצדדים בהחליטם אם לנקוט אמצעי זהירות. הקביעה כי צד אחראי לאחד מנזקי התאונה אך לא לנזקה האחר מובילה להפנמה חלקית בלבד של התועלת שאמצעי הזהירות היה עשוי להניב. בנסיבות שבהן נקיטת אמצעי הזהירות היא רצויה בשל השלכתה המצרפית על שני הסיכונים, התמריץ לנקוט אותו יהיה אפוא חלש מדי. כך אירע גם בנתוני הדוגמה שהוצגה לעיל: אמצעי הזהירות של ראובן הוא רצוי, משום שיש בו כדי להפחית שני נזקים בהיקף כולל של 12, בעלות של 10. ואולם אם לראובן ייוחס אשם עצמי בלבד או אשם יוצר אחריות בלבד – התועלת שהוא יפיק מנקיטת אמצעי הזהירות תהיה 6. בחבות חלקית זו אין די כדי להניעו לנקוט אמצעי זהירות שעלותו 10. הקביעה המפוצלת, כי מתקיים אשם מסוג אחד אך אין מתקיים אשם מן הסוג האחר, מובילה אפוא להפנמת חסר של התועלת הנובעת מן השימוש באמצעי הזהירות. בהיעדר הפנמה של מלוא התועלת הדין יוצר תמריץ להתנהגות רשלנית.

זאת ועוד, ייחוסו של אשם תורם מבלי לייחס אשם יוצר אחריות מיועד לבטא תפיסה ערכית שלפיה התנהגותו של אדם הייתה פסולה כלפי עצמו גם אם לא הייתה פסולה כלפי זולתו. ואולם כפי שהדוגמה שלעיל מלמדת, הייחוס הסלקטיבי של האשם מעודד התנהגות זו חרף העובדה שתפיסה זו עצמה רואה אותה כפסולה. כאשר ראובן יודע שאם יימנע מנקיטת אמצעי הזהירות הוא יחוב רק בגין נזקו העצמי (ולא בגין נזקו של שמעון), תמריצו הם להימנע מנקיטת אמצעי הזהירות לחלוטין. הימנעות זו תעודד לא רק את גרימת הנזק לשמעון, אלא גם את גרימת הנזק לו עצמו. הייחוס הסלקטיבי של האשם מסכל אפוא את מטרתו שלו: אם ראוי כי אמצעי הזהירות יינקט כדי שראובן לא יחטא כלפי עצמו, הרי נדרשת מדיניות המכוונית את ראובן לנקוט אותו. ואולם מדיניות המייחסת לראובן אשם עצמי בלבד מובילה לכך שאמצעי הזהירות לא יינקט.

אמצעי הזהירות. לפיכך תהיה אשר תהיה חלוקת האחריות בין צדדים שהתרשלו – אחד מהם לפחות ייאלץ לשאת בחבות העולה על עלות אמצעי הזהירות שלו. מאחר שצד זה יתמרץ שלא להתרשל, הצד הנותר יתמרץ אף הוא להימנע מן ההתרשלות, כדי שלא יישא במלוא הנזק לבדו. שני הצדדים יתמרצו אפוא לנהוג ביעילות, ללא תלות בקריטריונים המנחים את דרך חלוקת האחריות.

13 ראו Jennifer H. Arlen, *Re-examining Liability Rules When Injurers as well as Victims Suffer Losses*, 10 INT'L REV. L. & ECON 233 (1990). מעניין שקיים תומך נוסף בגישה האמורה – הוא רוברט קוטר בספרו המשותף עם תומס אולן. ראו ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 211 (6th ed. 2016) (בהתייחסם לתאונה הדו-צדדית הם כותבים כי: "In many accidents [...] both parties suffer harm, such as when two cars collide. These accidents involve bilateral harm and bilateral precaution [...] If, for example, my car collides with yours, you may sue me for the damage to your car, and I may counterclaim for the damage to my car. Such a suit can be factored into two parts and analyzed as if it were two separate accidents" (ההדגשה הוספה)). כפי שאנו מראים, גישה זו נתונה במתח עם טענתו של קוטר (במשותף עם פורת) בנוגע ל"סיכון העצמי" (ראו Cooter & Porat, לעיל ה"ש 11).

\*\*\*

על רקע זה מעניין לשוב ולבחון את נימוקו העקרוני של בית המשפט, התומך בייחוס סלקטיבי של אשם. בית המשפט תומך את עמדתו בדוגמה הנשענת על טעמים של צדק. בדוגמה זו הצד הנושא באחריות העיקרית לתאונה (בשיעור של 80%) הוא אף זה הנושא ברובו המכריע של הנזק (500,000 ש"ח לעומת 10,000 ש"ח של הצד האחר). בנסיבות אלה, אם בעל האחריות העיקרית יישא ב-80% מכלל נזקי התאונה, יצא כי בחשבון כולל הוא יהיה פטור מחבות, ואילו הצד האחר יאלץ לשאת בחבות כלפיו (בסך 92,000 ש"ח). תוצאה זו, שבגדרה האחראי העיקרי אינו משלם דבר, ואף גובה תשלום מן האחראי המשני – נראית לבית המשפט לא צודקת. לעמדתו, אי-צדק זה עשוי לבוא על תיקונו אם לאחראי המשני ייוחס אשם תורם מבלי שיוחס לו אשם יוצר אחריות.

ואולם הנחת המוצא של בית המשפט, ולפיה יש חוסר צדק בהטלת חבות על האחראי המשני כלפי האחראי העיקרי, אינה מובנת מאליה. הצדדים היו מעורבים בתאונה ששיעור נזקה הכולל הוא 510,000 ש"ח. שניהם גרמו לנזק בכללותו ויכלו למונעו בנקיטת אמצעי זהירות. אחריותו היחסית של צד אחד הוערכה ב-80%, ואילו אחריות האחר הוערכה ב-20%. לפיכך התוצאה המתבקשת היא כי האחראי העיקרי יישא ב-80% מנזקי התאונה, ואילו האחראי המשני יישא ב-20% הנוותרים. כדי לממש את החלוקה האמורה נדרש כי בעל האחריות המשנית ישלם סכום כסף לבעל האחריות העיקרית. תשלום זה הוא אשר מוביל אל התוצאה שבגדרה חלוקת האחריות תואמת את חלוקת הנזק.<sup>14</sup>

עמדתו של בית המשפט שלפיה יש לייחס לבעל האחריות המשנית אשם תורם אך אין לייחס לו אשם יוצר אחריות, משבשת את חלוקת הנזק האמורה. היא מובילה לכך שבעל האחריות העיקרית יישא ב-99.6% מן הנזק (508,000 ש"ח), ואילו בעל האחריות המשנית יישא ב-0.4% (2,000 ש"ח) בלבד. ניתן לטעון כי דווקא תוצאה זו היא שאינה צודקת. היא מובילה לכך שצד שחלקו באחריות הוא 20% יופטר כמעט ממלוא הנזק, ואילו הצד שחלקו באחריות הוא 80%, יישא כמעט ב-100% ממנו. יתרה מזאת, עמדה זו אף סוטה מעקרונות דיני הנזיקין, שכן משמעותה דה פקטו היא "ענישתו" של בעל האחריות העיקרית. דיני הנזיקין עשויים לאמץ היבטים עונשיים בקביעת שיעור הפיצויים, כאשר הדבר נעשה בהתקיים אשם מוסרי חמור.<sup>15</sup> אך אין להניח שאשם כאמור מתקיים דווקא במקרה של התאונה הדר-צדדית.

כאמור לעיל, הקושי העולה מן הייחוס הסלקטיבי של האשם אינו מתמצה באי-הצדק שהוא גורם אלא גם נובע מהשפעתו על התמריץ לנקוט אמצעי זהירות. כאשר האחראי המשני יודע כי אם יתשלם ייוחס לו אשם תורם בלבד (ולא אשם יוצר אחריות), התועלת

14 כאשר האחראי המשני משלם לאחראי העיקרי סך של 92,000 ש"ח, האחראי העיקרי נושא בעלות כוללת של 408,000 ש"ח (שהם 80% מסך הנזק), ואילו האחראי המשני נושא בעלות כוללת של 102,000 ש"ח (שהם 20% מסך הנזק).

15 כך למשל באשר לפיצויים עונשיים המוטלים רק כאשר התנהגות המזיק היא כזו "שבוצעה בכוונה או בזדון" (ראו ע"א 1080/07 פלוני נ' משטרת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (נבו 8.11.2009)). באנלוגיה, בית המשפט עשוי לשלול את זכאותו של הניזוק לפיצוי כאשר התנהגותו היא לא מוסרית או כרוכה בהפרה בוטה של הדין ("מעילה בת עוולה").

שהוא רואה מנקיטת אמצעי זהירות מתמצה בהשפעתו על נזקו העצמי. אין הוא רואה את תועלתו המלאה, הכוללת גם את ההפחתה הצפויה בנזקו של הזולת. בנסיבות הדוגמה המתוארת, ראייה חלקית זו של התועלת מעוררת חשש כבד במיוחד: התאונה צפויה לגרום נזק כולל גדול (510,000 ש"ח), שבחלקו המכריע (500,000 ש"ח) ייגרם לזולת. אם האחראי המשוני יכול למנוע נזק זה בעלות נמוכה, יש חשיבות רבה לכך שיהיה לו התמריץ לעשות כן. ואולם בהיעדר ייחוס של אשם יוצר אחריות, התועלת שהוא יפנים מנקיטת אמצעי הזהירות (מניעת הנזק העצמי בסך 10,000 ש"ח) היא רק שבריר קטן מן התועלת הכוללת שאמצעי זה מניב. לפיכך גם כאשר אמצעי הזהירות עשוי למנוע נזק גדול בעלות נמוכה, האחראי המשוני עלול שלא לנקוט אותו. דווקא בנסיבות אלה ההימנעות מייחוסו של אשם יוצר אחריות צפויה להוביל לשיבוש מהותי בתמריצי ההתנהגות ולגרימתו של נזק חברתי גדול במיוחד.

השאלה מיהו הצד אשר נדרש לשלם בסופה של ההתחשבנות אינה צריכה אפוא להשפיע על טיב האשם המיוחס לכל אחד מן הצדדים. תכליתה של ההתחשבנות היא להבטיח כי יישמר המתאם בין חלוקת האחריות מצד אחד לחלוקת הנזק בפועל מצד אחר. שימורו של מתאם זה נדרש מטעמים של צדק ואף נגזר מן העקרונות הכלליים של דיני הנזיקין. ההימנעות מייחוס אשם יוצר אחריות – חרף העובדה כי צד גרם בהתרשלותו לנזקו של הזולת – אינה רק מפרה את המתאם האמור אלא גם משבשת את תמריצי ההתנהגות. מן האמור עולה אפוא כי בהערכת התנהגות הצדדים יש לבחון את התועלת מנקיטת אמצעי זהירות לא רק ביחס לנזק מושא התביעה אלא גם ביחס לנזק מושא התביעה הנגדית. גישה הוליסטית זו מבטיחה הטלת אחריות כל אימת שנקיטת אמצעי הזהירות רצויה מבחינה חברתית. כאשר אמצעי זהירות אחד עשוי להפחית את נזקיהם של שני הצדדים, ייחוס האשם בשתי התביעות צריך להיות אחיד ועקיב. האשם התורם והאשם יוצר האחריות מתייחסים לאותה ההתנהגות, והסטנדרט שעל פיו האשם נקבע הוא אותו הסטנדרט, שכן החובה לנקוט את אמצעי הזהירות נגזרת מלכתחילה מן היחס שבין עלות אמצעי הזהירות לתועלת המשותפת שהוא היה מניב לשני הצדדים. מן המסקנה המהותית נובעת גם מסקנה במישור הדיוני: משהתקבלה הכרעה בתביעה אחת בדבר קיומו של אשם, הכרעה זו צריכה לשמש השתק פלוגתא באשר לשאלת האשם בגדרה של התביעה הנגדית.

### **(ב) אמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון לצד אחד בלבד**

כאמור לעיל, אמצעי זהירות הננקטים כדי להפחית את נזקיהן של תאונות דו-צדדיות לא תמיד מפחיתים את הסיכון שנתונים בו שני הצדדים בעת ובעונה אחת. לעיתים אמצעי זהירות מפחית את הסיכון שצד אחד נתון בו, או את הסיכון שהצד האחר נתון בו, אך אין בו כדי להפחית את שני הסיכונים במשותף. למשל, צד עשוי להתקין ברכבו כריות אוויר, ובכך להפחית את נזקו העצמי הצפוי מבלי שיש לדבר השפעה על נזקו של הצד האחר. בדומה לזה, בעלים של כלב עשוי לחסום את פיו של כלבו בזמן, כדי שאם ייקלע לריב כלבים, לא יוכל לנשוך את הכלב האחר. הזמם עשוי אפוא להפחית את נזקו של הצד האחר מבלי להשפיע על הנזק העצמי.

בשונה מן המקרה הקודם, במקרה זה תועלתו של אמצעי הזהירות היא תועלת אחת, שכן היא משפיעה על נזקו של צד אחד בלבד. סטנדרט הזהירות נקבע אפוא על בסיס היחס שבין עלותו של אמצעי הזהירות ובין תועלתו. לפיכך אי-עמידה בסטנדרט הזהירות מקימה סוג אחד של אשם: אם אמצעי הזהירות היה מפחית את נזקו של הצד הרשלן, הרי זה אשם תורם, ואם הוא היה מפחית את נזקו של הצד האחר, הרי זה אשם יוצר אחריות. כך או כך, ההתרשלות אינה יכולה להקים אשם תורם ואשם יוצר אחריות בעת ובעונה אחת.

בפרשת **קסברי** אמצעי הזהירות לא היו מן הסוג האמור. נסיעתו המהירה של רוזן וחוסר תשומת ליבה של קסברי – העלו שניהם את ההסתברות לתאונה. לפיכך כל אחת מן ההתנהגויות הגבירה את הסיכון ששני הצדדים היו נתונים בו. ואולם ההלכה שנקבעה בפרשת **קסברי** מתאימה דווקא למצבים שבהם אמצעי הזהירות עשוי להשפיע על נזקו של צד אחד בלבד. אילו חטאו של רוזן היה בכך שנמנע מלחגור חגורת בטיחות או מהתקנתן של כריות אוויר, הקביעה כי הוא נושא באשם תורם במסגרת תביעתו שלו אכן לא הייתה מובילה אל המסקנה כי הוא נושא באשם יוצר אחריות בתביעתה של קסברי. חגורת הבטיחות וכריות האוויר לא היו מפחיתות את הסיכון שלו היא חשופה, ולכן ההחלטה להימנע מלנקוט אמצעים אלה לא הייתה מקימה כלפיה אשם. כאשר אלה הם מאפייניו של אמצעי הזהירות, שאלת האשם צריכה אפוא להתברר בכל אחת מן התביעות באורח עצמאי. ממילא ההכרעה כי צד נושא באשם בגדרה של תביעה אחת אין בה כדי להקים השתק פלוגתא באשר לקיומו של אשם בתביעה הנגדית.

### 3. אשם תורם, אשם יוצר אחריות, ו"כלל ה-50%"

כאמור לעיל, שיקול הצדק המרכזי שהנחה את בית המשפט בפרשת **קסברי** נשען על התפיסה כי לא ראוי להטיל חבות על מזיק כאשר הניזוק הוא אשר נושא באחריות העיקרית לתאונה. לפיכך בדוגמה שהציג בית המשפט, משנקבע כי אשמו היחסי של בעל רכב היוקרה הוא 80%, עמדת בית המשפט הייתה כי לא ראוי להטיל חבות על הסטודנט, שאשמו היחסי הוא 20% בלבד.

תפיסה זו, המבחינה בין ניזוק שאחריותו "משנית" לניזוק שאחריותו "עיקרית", חורגת מעקרונות האשם התורם המקובלים בישראל. הכלל הנוהג בישראל הוא של אשם יחסי "טהור", המחייב מתאם מלא בין חלוקת האשם לחלוקת האחריות לנזק.<sup>16</sup> ואולם לשיקול הנורמטיבי שבבסיס תפיסה זו קיים ביטוי בגדרו של המשפט המשווה. במרבית מדינות ארצות הברית כלל האשם היחסי איננו כלל "טהור", אלא כלל שאפשר לכונו "כלל

16 ס' 68 (א) לפקודת הניזוקין [נוסח חדש] ("סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצורך תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק"). עם זאת מעניין כי בהקשר של דיני הרשלנות אימץ בית המשפט אבחנה אחרת שעניינה קו ה-50%. ראו ע"א 3900/14 ל"ד נ' המרכז הרפואי הלל יפה (נבו 2.12.2015) (שם הכריע בית המשפט כי לפי דוקטרינת "אובדן סיכויי החלמה" יש להבחין בין מקרים שבהם תרומתו הסיבתית של המזיק היא מעל לקו האמור או מתחתיו: כאשר סיכויי החלמה של הניזוק היו מתחת ל-50% (כלומר כאשר רוב הסיכוי שהנזק היה נגרם גם לולא הרשלנות הרפואית) יהיה הניזוק זכאי לפיצוי יחסי. לעומת זאת כאשר סיכויי החלמה היו יותר מ-50%, יהיה הניזוק זכאי לפיצוי מלא).

ה-50%<sup>17</sup>. על פי כלל זה, כשאחריותו של הניזוק היא משנית (כלומר נמוכה מ-50%) – הצדדים חולקים את הנזק לפי אשם היחסי. ואולם כשאחריותו של הניזוק היא עיקרית (כלומר עולה על 50%), הניזוק מאבד את זכותו לתבוע ונושא בנזקו לבדו. הרעיון שבבסיס כלל ה-50% נראה אפוא דומה לעיקרון שניסח בית המשפט. אילו היה כלל ה-50% מוחל על נתוני הדוגמה שבית המשפט נעזר בה, הייתה תוצאתו כי בעל רכב היוקרה – שאחריותו לתאונה היא עיקרית – היה מאבד את זכאותו לפיצוי לחלוטין. במישור האופרטיבי מסקנה זו תואמת אפוא את תוצאתו של פסק הדין.

אך חרף הקרבה הרעיונית שבין כלל ה-50% להלכה שנקבעה בפרשת קסברי, אין מדובר בכללים זהים. אף שהתפיסה הנורמטיבית שביסודם עשויה להיראות דומה, לכל אחד מן הכללים משמעות אחרת. הלכת קסברי עוסקת בשאלה באילו נסיבות צד ייחשב רשלן, ואילו כלל ה-50% עוסק בשאלה כיצד יש לחלק את הנזק בין שני צדדים רשלנים. השאלה הראשונה עניינה הנסיבות שבהן התנהגות נחשבת לבת-אשם. השאלה השנייה – עניינה חלוקת הנזק בין שני צדדים שאשםם כבר נקבע. הבדל זה איננו סמנטי גרידא, ויש לו השלכות מהותיות לא רק בהיבט האנליטי אלא גם בהיבט התוצאה. בעוד שכלל ה-50% אינו פוגע בתמריצי ההתנהגות, הכלל שנקבע בפרשת קסברי משבש אותם.

הטעם לכך שכלל ה-50% מוביל לתמריצי התנהגות יעילים הוסבר בעבר בספרות<sup>18</sup>. ההסבר לכך בנוי משני שלבים: הטענה בשלב הראשון היא כי אם ראובן צופה ששמעון ינקוט אמצעי זהירות יעילים, אזי גם לראובן כדאי לעשות כן. הטעם לכך הוא שאם ראובן יתרשל לבדו, יהיה עליו לשאת בנזק במלואו. מאחר שהוא יפנים את מלוא הנזק, יהיה כדאי לו לנקוט אמצעי זהירות יעילים כדי להפחיתו. במקרה זה כלל ה-50% (הנוגע לחלוקת נזק בין שני צדדים רשלנים) לא יחול כלל על המקרה. הטענה בשלב השני היא כי לראובן ולשמעון אף לא יהיה כדאי להתרשל בעת ובעונה אחת, משום שאם יעשו כך, יהיה עליהם לחלוק נזק שהיקפו (בתוחלת) עולה על עלות מניעתו. במצב זה, יהיה אשר יהיה כלל החלוקה (אם הוא כלל ה-50% או כלל חלוקה אחר) – אחד הצדדים לפחות ייאלץ לשאת בחבות העולה על עלות הזהירות שלו, ועל כן יעדיף להימנע מן ההתרשלות מלכתחילה.<sup>19</sup>

17 המינוח האמריקאי לכלל הוא "Modified Comparative Negligence". לדיון בהסדרים המשפטיים במדינות השונות בארצות הברית ולהשפעה של כללים אלה על אופן ההכרעה של תביעות שעולה בהן טענת אשם תורם ראו Eli K. Best & John J. Donohue III, *Jury Nullification in Modified Comparative Negligence Regimes*, 79 U. CHI. L. REV. 945 (2012) (כפי שהכותבים מראים על בסיס ניתוח אמפירי של הפסיקה, במדינות שבהן חל כלל ה-50% קיימת נטייה בולטת להימנע מקביעה שלניזוק אשם תורם העולה על 50%).

18 ראו Landes & Posner, *Joint and Multiple*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 537–539; SHAVELL, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9–21.

19 להמחשת הדברים טלו את הדוגמה המספרית הזאת: נניח כי כל אחד מן הצדדים היה יכול למנוע נזק של 100 אילו נקט אמצעי זהירות שעלותו 70. שני הצדדים התרשלו, ועל כן נגרם נזק של 200. קל לראות כי אי אפשר לחלק נזק זה (בסך 200) באופן שחלקו היחסי של כל אחד מן הצדדים יהיה נמוך מ-70. לפיכך יהיה אשר יהיה המפתח לחלוקת הנזק – לפחות אחד מן הצדדים ייאלץ לשאת בעלות הגבוהה מ-70. אך אם כך, צד זה יתמרץ מלכתחילה שלא להתרשל, ולכן גם הצד האחר יעדיף שלא להתרשל, כדי שלא לשאת במלוא הנזק לבדו.

אך כאמור לעיל, בהינתן שצד זה יתומרץ להימנע מן ההתרשלות, הצד האחר יתומרץ להימנע ממנה אף הוא.

עולה מכך שכלל ה-50%, בדומה לכלל האשם היחסי ה"טהור", מוביל לתמריצי זהירות יעילים. לפיכך אילו קבע בית המשפט כי יש לאמץ את כלל ה-50%, ובעקבות זאת לדחות תביעות מסוג זו של קסברי – לא היה בכך כדי לעורר קושי במישור התמריצים. ואולם הלכת קסברי לא אימצה את כלל ה-50%; במקום זאת קביעתה הייתה אחרת: היא קבעה כי התנהגות אחת – המשפיעה הן על הנזק העצמי והן על נזקו של הזולת – עשויה להקים אשם מסוג אחד מבלי להקים אשם מן הסוג האחר. כפי שעולה מדוגמה א שלעיל, קביעת האשם בדרך זו משבשת את התמריצים, משום שהיא נשענת על ראייה חלקית של התועלת שמניב אמצעי הזהירות. הלכת קסברי מובילה לכך שצד אשר נמנע מנקיטת אמצעי הזהירות עשוי שלא להיחשב רשלין אפילו כאשר התועלת הכוללת מנקיטת אמצעי הזהירות עולה על העלות. הלכת קסברי מעודדת אפוא התנהגות רשלנית. כלל ה-50% אינו מוביל לתוצאה זו, שכן הוא אינו עוסק כלל בשאלה באילו נסיבות ראוי לראות התנהגות כרשלנית. כל עוד סטנדרט הרשלנות מוחל בדרך המשקללת את מלוא התועלת מן הזהירות ואת מלוא העלות שלה, אין בכלל ה-50% כדי לפגוע בתמריץ לנקוט את אמצעי הזהירות. הדוגמה המספרית הבאה ממחישה את ההבדל שבין הלכת קסברי לכלל ה-50% ואת ההשלכות השונות של כל אחד מן הכללים על תמריצי ההתנהגות.

דוגמה ב: תאונה דו-צדדית – הלכת קסברי לעומת כלל ה-50%  
ראובן ושמעון עלולים להיקלע לתאונה שתגרום לכל אחד מהם נזק של 100 (ובסך הכול נזק של 200). כל אחד מן הצדדים עשוי לנקוט אמצעי זהירות שעלותו 35, ושיש בו כדי להפחית את הסיכוי לתאונה.

הטבלה הבאה מתארת את הקשר שבין רמת הזהירות של הצדדים ובין הסיכוי כי התאונה תתרחש. כפי שהטבלה מעלה, זהירותו של ראובן צפויה להפחית את סיכויי התאונה ב-20%, ואילו זהירותו של שמעון צפויה להפחיתם ב-30%.

שמעון לא נזהר	שמעון נזהר	
80%	50%	ראובן נזהר
100%	70%	ראובן לא נזהר

בנתונים אלה שני אמצעי הזהירות של הצדדים יעילים, שכן כל אחד מהם מפחית את תוחלת הנזק הכולל בסכום העולה על עלות הזהירות בסך 35: אמצעי הזהירות של ראובן מפחית את תוחלת הנזק ב-40 (200 x 20%), ואילו אמצעי הזהירות של שמעון מפחית את תוחלת הנזק ב-60 (200 x 30%). אף שעלות אמצעי הזהירות של שני הצדדים זהה, אמצעי הזהירות של שמעון אפקטיבי יותר בהפחתת הנזק. לפיכך אם שני הצדדים יתרשלו, שמעון יהיה האחראי העיקרי לנזק.

הלכת **קסברי** עלולה להוביל לכך שאיש מן הצדדים לא ייזהר. בתביעתו של ראובן כלפי שמעון, שמעון עשוי להתגונן בטענה כי אין לייחס לו אשם יוצר אחריות, שכן עלות אמצעי הזהירות היא 35, ונקיטתו הייתה מפחיתה את תוחלת נזקו של ראובן ב-30 ( $30\% \times 100$ ) בלבד. בדומה לזה, בתביעתו של שמעון כלפי ראובן יטען ראובן כי אין לייחס לו אשם יוצר אחריות, שכן עלות אמצעי הזהירות שלו הייתה אף היא 35, ונקיטתו הייתה מפחיתה את תוחלת הנזק של שמעון ב-20 ( $20\% \times 100$ ) בלבד. אם הטענות תתקבלנה, שני הצדדים יעדיפו שלא להיזהר. כל אחד מהם יפנים את השפעתו של אמצעי הזהירות על נזקו העצמי בלבד ולא יביא בחשבון את התועלת שהוא עשוי להניב לצד שכנגד. בהינתן הפנמה חלקית זו של התועלת שניהם יעדיפו אפוא לחסוך את עלותו של אמצעי הזהירות.

לעומת זאת לפי כלל ה-50%, לשני הצדדים יהיה תמריץ רצוי להיזהר. ראשית, כאשר צד אחד נזהר, גם לצד האחר יהיה תמריץ להיזהר, שאם לא כן, הצד שהתרשל יישא במלוא הנזק הצפוי של הצד האחר ושל עצמו. מאחר שאמצעי הזהירות יעילים, עלות הזהירות נמוכה מנזק צפוי זה.<sup>20</sup> שנית, לשני הצדדים לא יהיה כדאי להתרשל בעת ובעונה אחת, משום שהתרשלות משותפת של הצדדים מגדילה את הנזק הצפוי ב-100 ( $50\% \times 200$ ). מאחר שאי אפשר לחלק נזק זה באופן שחלקו של כל אחד מן הצדדים יהיה נמוך מ-35, לפחות אחד מהם יתומרץ שלא להתרשל. בנתוני הדוגמה, כלל ה-50% יוביל לכך ששמעון (שאחריותו עיקרית) יישא במלוא הנזק הצפוי של עצמו (100) וביותר ממחצית נזקו הצפוי של ראובן ( $50\% \times 100$ ). שיעור חלקו בנזק יהיה אפוא גבוה מעלות אמצעי הזהירות (35), ועל כן הוא יעדיף שלא להתרשל. בהתחשב בתמריץ זה של שמעון, גם ראובן יעדיף כאמור להיזהר.

עולה מן הדיון כי העיקרון המניע את הלכת **קסברי** – שלפיו ראוי להבחין בין נזיקים שאחריותם עיקרית לאלה שאחריותם משנית – הוא עיקרון מוכר במשפט המשווה. ואולם במשפט המשווה הוא מוצא את ביטויו בשאלת חלוקת הנזק בין צדדים רשלנים, לא בשאלה מתי ראוי לראות התנהגות כרשלנית. הלכת **קסברי** מעוררת אפוא קושי לא בשל עצם אימוצה של ההבחנה אלא בשל החלתה על בחינתה של הרשלנות. אם בקביעת הרשלנות בית המשפט אינו רואה את מלוא התועלת שאמצעי הזהירות היה מניב אלא רק את חלקה, הוא עלול להסיק כי צד לא התרשל אפילו כשנמנע מנקיטת אמצעי זהירות רצויים. מדיניות זו עלולה לפגוע פגיעה לא ראויה בתמריץ להיזהר.

#### 4. קביעה אסימטרית של אשם והעקרונות הכלליים של הדין הנזיקי

הדיון עד כה האיר את הקושי שמעוררת הלכת **קסברי** במישור התמריצים. אולם הלכה זו מעוררת קושי גם במובן אחר, הנוגע להתאמתה לעקרונות הכלליים של הדין הנזיקי. כאמור, הלכת **קסברי** קבעה כי בגדרה של תאונה דו-צדדית ייתכן מצב שבו התנהגות אחת תיחשב לנגועה באשם תורם מבלי שתיחשב לנגועה באשם יוצר אחריות. מאפשרות זו משתמע כי הסטנדרטים שעל פיהם נקבע האשם התורם אינם זהים לאלה שלפיהם נקבע האשם יוצר

20 אם איש מן הצדדים אינו מתרשל, כל אחד מהם נושא בעלות שתוחלתה  $85 = (50\% \times 100 + 35)$ . לעומת זאת אם ראובן מתרשל לבדו, תוחלת העלות שלו עולה ל-140 ( $70\% \times 200$ ). בדומה לזה, אם שמעון מתרשל לבדו, תוחלת העלות שלו עולה ל-160 ( $80\% \times 200$ ).



האחריות. בפרט עולה ממנה כי סטנדרט הזהירות החל על התנהגותו של אדם כלפי עצמו גבוה מזה שחל על התנהגותו כלפי זולתו.

שאלת היחס שבין האשם התורם לאשם יוצר האחריות היא שאלה כללית בדיני הרשלנות, והיא אינה מוגבלת למקרה המיוחד של התאונה הדו-צדדית. בהתאם לכך היא נדונה בהקשר הכללי, הן בפסיקה בישראל והן במשפט המשווה. בהקשר זה נטען לא פעם כי דיני הרשלנות עשויים להתייחס באופן שונה לחובתם של מזיקים וניזוקים לנקוט אמצעי זהירות. גישה זו משקפת הבדלים אפשריים בתפיסת האוטונומיה של הצדדים; מערכת המשפט עשויה לסבור למשל כי ראוי להכיר בזכותו האוטונומית של הניזוק לקבל עליו סיכונים עצמיים כרצונו, ועל כן התערבות בהחלטותיו כלפי עצמו צריכה להיעשות על דרך הריסון. לפי תפיסה זו, ייתכן כי אפילו כאשר המזיק והניזוק זהים בכל מאפייניהם האחרים, רמות הזהירות הנדרשות מהם לא תהיינה אחידות.

בית המשפט העליון עסק בסוגיה זו בפרשת **דפרון** (שקדמה לעניין **קסברי**).<sup>21</sup> באותו מקרה התובע נפטר לאחר ששתה במקום עבודתו בקבוק מתנול, בסוברו בטעות כי מדובר באלכוהול. אחריותו הניזיקית של המעסיק נקבעה לאחר שנמצא כי הוא לא אחסן את הבקבוק במקום מתאים, וכן לא רשם כנדרש על גבי הבקבוק כי הוא מכיל חומר רעיל. המעסיק מצידו טען לאשם תורם של העובד. בהקשר לכך דן בית המשפט ביחס שבין רמת הזהירות הנדרשת מהמזיק לעומת זו הנדרשת מן הניזוק. בית המשפט עמד על כך שפורמלית, לפי הגדרת פקודת הניזוקין, המבחן הוא בעל אופי אחיד, אך למרות זאת החילו בתי המשפט פעמים רבות מבחנים שונים:

מבחן האשם התורם אינו אלא מבחן ההתרשלות הקבוע בסעיף 35 לפקודה – מבחן האדם הסביר. לכאורה, בעת חלוקת האשמה חל על המזיק ועל הניזוק מבחן זהה. אולם, המגמה בפסיקה היא לבחון את המזיק בקפדנות רבה יותר.<sup>22</sup>

בית המשפט המשיך והבהיר:

אכן, דומה כי במציאות האנושית קשה לדרוש רמת זהירות זהה בין אדם לעצמו ובין אדם לזולתו. לזולת חייב אדם זהירות ברמה הגבוהה ביותר [...] לטעמי אין חובתך לזולתך כחובתך לעצמך, ולעתים לא יבואו עמך חשבון אם פגעת בעצמך בדרך זו או אחרת, מה שאין כן לגבי חברך.<sup>23</sup>

21 ע"א 5850/10 חברת דפרון בע"מ נ' עזבון גולובין (נבו 15.4.2012).

22 שם, פס' ל"א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

23 שם, פס' ל"ב (ההדגשה הוספה). לעמדה דומה מפי השופט ברק ראו ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 52, 45 (1991) ("בקביעת רמת ההתנהגות הראויה לעניין הנטל להקטנת הנזק נוכל, על כן, להיעזר ברמת ההתנהגות הראויה, על-פי דיני הרשלנות, המוטלת על מזיק כלפי ניזוק. [...] עם זאת, לאור השוני בין החובה שכאטל המזיק כלפי הניזוק לבין הנטל של הניזוק כלפי עצמו ביחס למזיק, מתבקש גם שוני באמת-המידה הראויה. רמת ההתנהגות הנדרשת מהמזיק כלפי הניזוק צריכה מעצם טבעה, להיות גבוהה יותר מרמת ההתנהגות הנדרשת מהניזוק כלפי המזיק" (ההדגשה הוספה)).

על פי קביעה זו, רמת הזהירות הנדרשת מן המזיק גבוהה מזו הנדרשת מן הניזוק. לניזוק זכות לחשוף את עצמו לסיכון. אין זה כך כשמדובר במזיק. תפיסה זו מהדהדת עיקרון יסודי של המחשבה הליברלית – "עקרון הנזק" – המבחין בין מגבלות על החירות כאשר אדם מסכן אחרים, ובין מגבלות על החירות כאשר עסקינן בהתנהגות המסכנת את העושה עצמו.<sup>24</sup> לפיכך גם אם המזיק והניזוק פעלו באופן זהה והם סימטריים בכל מאפייניהם, בית המשפט עשוי לקבוע שהתנהגותו של המזיק הייתה עוולתית (ולייחס לו אשם יוצר אחריות), ולעומת זאת התנהגות הניזוק הייתה ללא דופי (ועל כן להימנע מלייחס לו אשם תורם). בהקשר זה עיון בעמדת הריסטייטמנט מראה כי בעבר אומצה עמדה הדומה לזו של בית המשפט בפרשת דפרון. הריסטייטמנט השני (RESTATEMENT SECOND) מגדיר את סטנדרט הזהירות בתביעות רשלנות, ובהערה שכותרתה "Difference between negligence and contributory negligence מציין את הדברים האלה:

Negligence is conduct which creates an undue risk of harm to others.  
Contributory negligence is conduct which involves an undue risk of harm to the person who sustains it. [...] This difference may lead to differences in the application of the standard of conduct required.<sup>25</sup>

על רקע דברים אלה הראו חוקרים כי בפועל בתי המשפט אכן נוטים להחמיר עם מזיקים לעומת יחסם לניזוקים.<sup>26</sup>

גישה שונה אומצה בריסטייטמנט השלישי. לפי הנוסח החדש, רמת הזהירות הנדרשת בעולות הרשלנות אינה מבחינה בין מזיקים לניזוקים. הריסטייטמנט מציין כי –

24 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 13 (1859) ("The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others") שולל חקיקה ופסיקה פטרנליסטיות, כלומר כאלה המיועדות למנוע מאדם להזיק לעצמו, בשונה מגרימת נזק לאחרים. להרחבה ראו לדוגמה JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS – THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW vol. 1 (1984). עם זאת ראוי להבחין בין זכותו של אדם להזיק לעצמו, העומדת ביסוד "עקרון הנזק", לבין קביעה בעניין אשמו התורם של תובע בנוזיקין. טענתו של נתבע המבקש לייחס אשם תורם לתובע איננה כי "התובע אינו רשאי לסכן את עצמו", אלא כי "אין זה מחובתו של הנתבע לשאת בנזק שהתובע הביא על עצמו". מכאן שקביעה בדבר קיומו של אשם תורם איננה בהכרח קביעה בעניין חירותו של אדם להזיק לעצמו, אלא קביעה בדבר היקף זכותו של אדם לתבוע מאדם אחר לפצותו, בהתחשב בכך שסיכן את עצמו.

25 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 463 cmt. b (1965) (ההדגשה הוספה).

26 ראו לדוגמה Avihay Dorfman, (2016) *Negligence and Accommodation*, 22 LEGAL THEORY 77. כפי שדורפמן מראה, בהקשר של נזקי גוף דיני הנוזיקין דורשים רמת זהירות דיפרנציאלית ממזיקים ומניזוקים. למשל, דיני הרשלנות נכונים להתאים את רמת הזהירות הנדרשת למגבלות הפיזיות של ניזוקים, אך מגבלות זהות של מזיקים אינן זוכות להתחשבות דומה. יש לציין כי בדברי ההסבר לסעיף 464 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS (שם) כותבים המחברים כי במקרים מתאימים תיתכן גם האפשרות שניזוקים יידרשו לרמת זהירות גבוהה יותר.

The definition of negligence set forth in this Section applies whether the issue is the negligence of the defendant or the contributory negligence of the plaintiff.<sup>27</sup>

אם כן, התמונה המתקבלת היא שקיימות שתי גישות מקובלות: האחת, אשר אומצה בבית המשפט בפרשת **דפרון** ונתמכת על ידי הריסטייטמנט השני, היא שרמת הזהירות הנדרשת מהמזיק גבוהה מזו הנדרשת מהניזוק. הגישה השנייה, הנתמכת על ידי הריסטייטמנט השלישי, היא של רמת זהירות אחידה. שתי הגישות האמורות נתונות במתח עם החלטת בית המשפט בעניין **קסברי**. כאמור, בית המשפט קבע כי התנהגותו של רוזן – נהיגה במהירות שאינה תואמת את תנאי הדרך – מקימה אשם תורם אך אינה מקימה אשם יוצר אחריות. מהכרעה זו נובע כי רמת הזהירות הנדרשת מרוזן בכובעו כניזוק גבוהה מזו הנדרשת מרוזן בכובעו כמזיק. פער זה בולט במיוחד לעומת ההכרעה האמורה בפרשת **דפרון**: שם הדגיש בית המשפט את חובתו היתרה של המזיק להיזהר כלפי הזולת, ואילו בעניין **קסברי** נקט בית המשפט עמדה הפוכה. דווקא הניזוק נדרש לרמת זהירות גבוהה מזו של המזיק.

האם וכיצד ניתן להצדיק את עמדתו של בית המשפט בעניין **קסברי**? תמיכה מסוימת בהחלטת בית המשפט בעניין **קסברי** עשויה להימצא בכלל הנוהג בישראל בנוגע לאחריות קטינים בנזיקין. סעיף 9 לפקודה קובע כי "לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים". כפי שהוצע בפסיקה, סעיף זה מבטא תפיסה שלפיה "אבחנתו של ילד למטה מגיל זה היא לקויה ואי־אפשר לייחס לו ידיעה והבנה מספקת".<sup>28</sup> היה אפשר אפוא להניח כי בדומה לזה לא ייוחס אשם תורם לקטינים שגילם מתחת לשנים־עשרה. ואולם לא כך נקבע בפועל. בכמה פסקי דין הכיר בית המשפט העליון באפשרות לייחס אשם תורם לניזוקים קטינים.<sup>29</sup> התוצאה המתקבלת היא היעדר סימטרייה בין הכלל החל על אשם יוצר אחריות לזה החל על אשם תורם. יתרה מזאת, היעדר הסימטרייה הוא בעל תבנית זהה לזו שבעניין **קסברי**: רמת הזהירות הנדרשת מקטינים כניזוקים גבוהה מזו הנדרשת מהם כמזיקים.

ואולם נראה כי תמיכה זו היא בעלת כוח מוגבל. ראשית, עיון בפסיקה מראה כי חרף האפשרות הפורמלית להטיל אשם תורם על קטינים בתי המשפט נוהרים מאוד מלעשות

RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 3 cmt. b. 27  
(2010).

ע"א 361/59 **צוקרמן נ' שנברגר**, פ"ד יד 482, 479 (1960). 28

שם ("אולם כל ילוד־אשה בגיל מסויים, נמוך בהרבה מגיל שנים־עשרה, חש בסכנות האורבות לו ויודע אינסטינקטיבית שעליו להיזהר מפניהן ולשמור על נפשו [...] ירידתו הפזיזה של המשיב מהמדרכה מהווה רשלנות ברורה מצדו, שיש, לדעתי, להעמידה על כפליים השיעור שקבע בית־המשפט המחוזי, היינו 20% במקום 10%"). ראו גם ע"א 151/59 **גן החיות התנ"כי בירושלים בע"מ נ' חרי**, פ"ד טו 298, 305 (1961) ("בדרך כלל הייתי אומר, כי בגיל עשר התבגר ילד עד כדי כך, שגם הוא יחוש בסכנה הנשקפת לו מהתקרבות אל דוב המוחזק בגן חיות, והייתי מצפה מילד כזה, שיבין כי הדבר הוא בחזקת סכנה. כושר ההבנה של ילד בן עשר ושיפוטו מספיקים לצורך כך"); ע"א 310/89 **כהן נ' לנטוש**, פ"ד מו(1) 408, 402 (1992) ("גם קטין למטה מגיל 12 שנים יכול להיות אחראי באשם תורם, על־אף הוראות סעיף 9 לפקודת הנוזיקין"); ע"א 61/89 **מדינת ישראל נ' אייגר**, פ"ד מה(1) 580, 588–589 (1991).

כך.<sup>30</sup> שנית, ההסדר האסימטרי שנקבע בנוגע לקטינים הוא בבחינת חריג במשפט הישראלי שאינו מייצג את הכלל. יתרה מזאת, הסדר זה הוא חריג במשפט המשווה: התפיסה הנורמטיבית שלפיה ראוי להחיל משטר אחריות אסימטרי בעניינים של קטינים לא זכתה לתמיכה בשיטות משפט אחרות. שיטות שונות אימצו הסדרים שונים, והסדרים אלה מאופיינים בדרך כלל בסימטריה מלאה.<sup>31</sup> בין שנקבע כי קטינים נושאים באחריות ובין שנקבע שאינם נושאים בה – הכללים החלים על אשם יוצר אחריות זהים לאלה החלים על אשם תורם. העדפתן של שיטות משפט להסדר סימטרי היא עדות לקושי הנורמטיבי העולה מן ההסדר שאומץ בישראל.

### ב. רשלנות הניזוק העוקבת אחר רשלנות המזיק

שאלת היחס שבין אשם יוצר אחריות לאשם תורם מתעוררת בקטגוריה נוספת של מקרים. בקטגוריה זו החלטות הזהירות של המזיק ושל הניזוק אינן מתקבלות בעת ובעונה אחת, אלא באופן עוקב. המזיק מתרשל, ובכך חושף את הניזוק לסיכון. לאחר מכן הניזוק – המודע לסיכון שאליו נחשף – יכול לנטרלו או למתנו באמצעות נקיטת אמצעי זהירות משלו.

במצב דברים זה נקודת המוצא היא שכאשר המזיק מתרשל, הוא נושא באשם יוצר אחריות. אך שאלה מורכבת יותר היא אם ראוי לייחס לניזוק אשם תורם אם הוא נמנע מנקיטת אמצעי זהירות לאחר שנודע לו על התרשלות המזיק. מצד אחד, אם בשלב זה הניזוק יכול להפחית את הסיכון בעלות הנמוכה מן התועלת, הרי רצוי כי יעשה כן. לפיכך אם הוא נמנע מנקיטת אמצעי זהירות בניסבות אלה, ייתכן כי ראוי לייחס לו אשם תורם.

30 ראו לדוגמה ע"א 2061/90 **מרצלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 802, 819 (1993) (שם נקבע כי אין להטיל אשם תורם על נערה בת ארבע-עשרה, הואיל ו"אדם רך בשנים נעדר שיקול-דעת בשל להערכתם של סיכונים"). לדוגמאות נוספות המצביעות על מגמה דומה, שלפיה בית המשפט נמנע מלייחס אשם תורם לקטינים בשל גילם הצעיר ראו פרשת **גן החיות התנ"כי** ופרשת **כהן**, לעיל בה"ש 29; ת"א (מחוזי י-ם) 1455/98 **יצחק נ' נטע ליפשיץ בע"מ** (נבו 10.4.2003); ת"א (מחוזי חי') 1274/01 **פלוגי נ' החברה לאמנות תרבות וספורט חיפה בע"מ** (נבו 7.9.2004); ת"א (מחוזי חי') 915/02 **ק"ג נ' משרד החינוך** (נבו 29.11.2007); ת"א (שלום י-ם) 3005/06 **תומא סמיר נ' קסטודיה די טרה סנטה** (נבו 16.1.2011). ראו גם ת"א (שלום ת"א) 40374-05 **חבה נ' עירית בת-יים** (נבו 12.11.2012); ת"א (שלום ת"א) 26290-08 **פלוגי נ' משרד החינוך** (נבו 28.11.2012); ת"א (שלום ב"ש) 2179-08 **חא"ע נ' מועצה מקומית תל שבע** (נבו 24.4.2013); ת"א (שלום י-ם) 6372-05-10 **נ"ג נ' מדרשת שדמות מחולה** (נבו 19.11.2013); ת"א (שלום הרצ"י) 54632-08-15 **פלוגי נ' תנועת הצופים העבריים בישראל (ע"ר)** (נבו 19.12.2017); ת"א (שלום עכ') 46117-11-11 **פלוגי נ' מועצה מקומית עראבה** (נבו 18.3.2020); ת"א (שלום רח") 72068-01-18 **ר"ט נ' פארק הקרח חולון** (נבו 16.8.2020).

31 ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 10 cmt. e ("Negligence and contributory negligence: The rules relating to children and negligence apply also to children and contributory negligence") עם זאת הסדר דומה לזה שבישראל קיים במדינת ג'ורג'יה: מצד אחד, קטינים צעירים בשנים אינם נושאים באשם יוצר אחריות, ראו Barrett v. Carter, 248 Ga. 389 (1981) ("A child under 13 cannot be sued in tort at all"); ומצד אחר, קטינים בגילים דומים עשויים לשאת באשם תורם, ראו Clanton v. Gwinnett Cnty. Sch. Dist., 219 Ga. App. 343 (1995).

מצד אחר, יש לזכור כי אלמלא התרשלותו של המזיק לא היה הסיכון שהניזוק נמנע מלהפחית נוצר מלכתחילה. התרשלות זו היא שיצרה את הסיכון, והיא שיצרה את הצורך להתגונן מפניו. עולה אפוא השאלה אם ראוי לחייב את הניזוק לשאת בעלות הזהירות כאשר עצם הצורך בזהירות הוא תולדה של התרשלות המזיק כלפיו.

שאלת חבותו של הניזוק לפעול לנטרול סיכונים שיצר המזיק מתחדדת כאשר בוחנים את השפעתה של חובה כאמור על מזיקים שונים. באופן פרדוקסלי, חובה זו צפויה להטיב דווקא עם מזיקים שאשמם חמור יותר. טלו לדוגמה מקרה שבו הניזוק יכול לנקוט אמצעי זהירות בעלות של 5. מזיק רשלין שיצר סיכון בשיעור 4 לא "ייהנה" מכלל המטיל חובה על הניזוק לפעול, היות שעלות המניעה (לניזוק) גבוהה מתוחלת הנזק. הניזוק לא יהיה חייב לפעול לנטרול הסיכון, והמזיק יהיה חייב לשאת בתוצאות רשלנותו. כנגד זאת, מזיק היוצר סיכון אשר תוחלת נזקו גדולה מ-5 "ייהנה" מכלל זה, הואיל ועתה יידרש הניזוק לפעול לנטרול הנזק. הואיל והניזוק ימנע את הנזק, המזיק לא יידרש לשלם כל פיצוי.

סוגיית חבותו של הניזוק לפעול לנטרול סיכונים הנובעים מהתרשלות המזיק התעוררה בכמה פסקי דין מן השנים האחרונות, אך טרם זכתה לליבון מלא. בפרשת **צלאח נ' ערוי** נדונה תביעתו של עובד שנפצע במהלך עבודתו באתר בנייה לאחר שנפל מגרם מדרגות שבנייתו טרם הושלמה.<sup>32</sup> בפסק הדין נקבע כי נזקו של העובד נגרם מהתרשלותו של הקבלן, שלא גידר את גרם המדרגות ואף לא נקט כל אמצעי אחר כדי להפחית את הסיכון הנפילה. לנוכח סיכון זה שיצר הקבלן היה העובד יכול אף הוא לנקוט אמצעי זהירות. העובד היה ער לסכנה הנשקפת מגרם המדרגות הלא מגודר. על אף היותו בעל מקצוע מיומן, המודע לסיכונים המקצועיים – הוא לא פעל להצבתם של אמצעי בטיחות ולא מחה בפני הקבלן על היעדרם. בית המשפט קבע כי הניזוק נושא באשם תורם, חרף העובדה שאלמלא התרשלותו המקורית של הקבלן לא היה הסיכון נוצר מלכתחילה.

בדומה לזה, בפרשת **אבו אלהווא נדונה תביעתו של ניזוק שבעת שהלך בדרך המיועדת להולכי רגל צנח לפתע למפלס נמוך שעומקו כארבעה מטרים, ונפצע קשה.**<sup>33</sup> הבור שלתוכו נפל היה פעור זה שנים רבות; הוא לא היה מגודר, ובסביבתו לא הוצבו תאורה או שלט המזהיר מפני הסכנה הגלומה בו להולכי הרגל. בית המשפט קבע כי העירייה התרשלה בכך שלא הסירה את המפגע, ולכן ייחס לה אשם יוצר אחריות. עם זאת הוא מצא לייחס לניזוק אשם תורם. אף שהתרשלותה של העירייה היא שיצרה את הסיכון, נקבע כי הניזוק נדרש לנקוט אמצעי זהירות שהיו מונעים את התממשותו. הבור היה ממוקם סמוך לבית מגוריו של הניזוק, ועל כן סביר להניח כי הניזוק הכיר היטב את תוואי הדרך. משכך, נקבע כי הוא היה יכול לדעת על קיומו של הסיכון והיה יכול היה להישמר מפניו, כפי שעשו תושבי השכונה האחרים לאורך השנים.

אף ששלושת חברי המותב סברו כי ראוי לייחס לניזוק אשם תורם, מצאה השופטת ברק-ארוז לנכון להעיר כי בעיניה קביעה זו אינה נקייה מספק. לדבריה:

32 פרשת **צלאח**, לעיל ה"ש 3.

33 פרשת **אבו אלהווא**, לעיל ה"ש 4.

ביסוסה של טענת אשם תורם על כך שהתובע אמור להכיר את הסכיבה ואת מפגעייה אינו חף מקשיים. לכאורה, טמון בכך פרדוקס: ככל שהרשות המקומית תתמיד במחדליה ולא תתקן מכשולים מסוכנים האורבים לתושביה, כן תלך ותתגבש טענת האשם התורם שתוצג על-ידיה כאשר תיתבע לדין, בבחינת "לנוכח הזמן שחלף והניסיון המצטבר היה על התושב להכיר בסכנה ולהיערך לה".<sup>34</sup>

במילים אחרות, ייחוס האשם התורם לניזוק מוביל לכך שדווקא כאשר רשלנותו של המזיק בולטת וממושכת, המזיק עשוי להיבנות מכך שעלות הזהירות תונח בסופו של דבר לפתחו של הניזוק. התרשלות המזיק מטילה על הניזוק חובת פעולה שאלמלא ההתרשלות הוא לא היה נדרש לבצעה. ייחוסו של אשם תורם מאפשר אפוא למזיק – שהפר את חובתו לשאת בעלות הזהירות – להסב עלות זו אל הניזוק.

בשני המקרים קבע בית המשפט לבסוף כי הניזוק נושא באשם, משום שלא הפחית סיכון שנוצר עקב התרשלות המזיק. משמעות הדבר היא כי התנהגותו העולתית של המזיק עשויה להטיל על הניזוק חובה לפעול, ואם הניזוק אינו מקיים חובה זו, הרי הוא נושא באשם תורם.

### ניתוח תאורטי

כפי שעולה מן הדוגמאות שלעיל, במצבים שבהם המזיק והניזוק פועלים במדורג על פני ציר הזמן, דיני הניזוקין מבקשים להשיג שתי מטרות בעת ובעונה אחת. כאשר המזיק הוא מונע הנזק היעיל, המטרה האחת היא להניעו לנקוט אמצעי זהירות רצויים, אולם אם המזיק התרשל, והסיכון נוצר – מטרה נוספת היא להניע את הניזוק לנקוט אמצעי זהירות רצויים מצידו.<sup>35</sup> אך את שתי המטרות קשה לממש באותה עת, שכן הגשמת האחת מפריעה להגשמת האחרת. הדוגמה הכללית הבאה ממחישה קושי זה.

דוגמה ג: מזיק וניזוק הפועלים במדורג על פני ציר הזמן; המזיק הוא מונע הנזק היעיל ראובן מבצע פעילות שעלולה לפגוע בשמעון. אם ראובן ינקוט אמצעי זהירות שעלותו 50, לא ייגרם לשמעון כל נזק. אם לא ינקוט את אמצעי הזהירות האמור, יהיה שמעון מודע לסיכון שנחשף אליו ויוכל למנוע את מימושו אם ינקוט אמצעי זהירות שעלותו 80. אם איש מן הצדדים לא ינקוט אמצעי זהירות, ייגרם לשמעון נזק של 100.

34 שם, פסק דינה של השופטת ברק-ארו.

35 על המטרה הכפולה העומדת בפני מערכת המשפט במצבים אלה ועל גישות שונות שהוצעו כדי להגשימה ראו Donald A. Wittman, *Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance*, 10 J. LEGAL STUD. 65 (1981); *Mitigation of Damages and Related Doctrines in the Law*, 10 J. LEGAL STUD. 65 (1981); Donald A. Wittman, *Last Clear Chance*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF Steven Shavell, *Torts in* ECONOMICS AND THE LAW 295 (Peter Newman ed. 1998). כן ראו *Which Victim and Injurer Act Sequentially*, 26 J.L. & ECON. 589 (1983). לעיתים לניזוק אפשרות לפעול רק לאחר התגבשות הנזק. בהקשר זה ראו אהוד גוטל ויובל פרוקצ'יה "הניזוק הבלתי סביר: אשם תורם, הקטנת הנזק, ודיני הניזוקין" משפטים נ 5 (2020).

במצב הדברים המתואר הפתרון היעיל הוא כי ראובן ינקוט את אמצעי הזהירות (בעלות של 50), ובכך ימנע את הצורך של שמעון לנקוט אמצעי זהירות יקר יותר (בעלות של 80), או לשאת בנזק (שהיקפו 100). כדי לתמרץ את ראובן לנקוט אמצעי זה, ראוי אפוא להטיל עליו חובה לעשות כן ולקבוע כי אם יפר אותה – יישא באשם יוצר אחריות. ואולם לדיני הנזיקין גם מטרה נוספת: אם שמעון יודע שראובן התרשל, רצוי שינקוט הוא את אמצעי הזהירות (בעלות 80), ובכך ימנע את הנזק (שהיקפו 100). כדי לתמרץ את שמעון לעשות כן, יש אפוא לקבוע כי אם ייקלע למצב זה ויימנע מנקיטת אמצעי הזהירות, הוא יישא באשם תורם. אך הקושי טמון בכך שייחוס האשם התורם לשמעון פוגע בתמריצי ההתנהגות של ראובן: אם ראובן יודע כי לאחר שיתרשל ידרש שמעון למנוע את הנזק, יתאיין התמריץ של ראובן להיזהר. ראובן ידע כי גם אם לא ינקוט את אמצעי הזהירות, לא ייגרם נזק ולא תוטל עליו חבות. הידיעה כי שמעון ידרש למנוע את הנזק בשלב המאוחר תאפשר לראובן להסב את עלות מניעת הנזק אל שמעון, גם כאשר ראובן הוא המונע היעיל יותר שלו.<sup>36</sup>

הקושי האמור מתעורר בלא תלות באופיו של "כלל החלוקה", כלומר באופיו של הכלל הקובע כיצד יחולק הנזק בין הצדדים אם יתברר כי שניהם נהגו ברשלנות. עיצוב זהיר של כלל החלוקה עשוי להוביל להרתעתו של ראובן לבדו או להרתעתו של שמעון לבדו, אך לא קיים כלל חלוקה המוביל להרתעתם של ראובן ושמעון גם יחד. כדי להרתיע את שמעון נדרש לקבוע כי אם יתרשל, חלקו בנזק יעלה על עלות הזהירות שלו (בסך 80). אולם כאמור לעיל, אם כלל האחריות ירתיע את שמעון בדרך זו, לא יהיה בו כדי להרתיע את ראובן, משום שאם שמעון יתומרץ למנוע את הנזק, ידע ראובן כי גם אם יתרשל – לא תוטל עליו חבות. תנאי הכרחי להרתעתו של ראובן הוא כי שמעון לא יורתע. לפיכך יהיה אשר יהיה כלל החלוקה – לא יהיה בו כדי להרתיע את שני הצדדים בעת ובעונה אחת.

36 יש לשים לב כי אם (בניגוד לנתוני הדוגמה שלעיל) הניזוק הוא מונע הנזק היעיל, הבעיה אינה מתעוררת מלכתחילה. מאחר שבמקרה זה יעיל כי ההשקעה במניעת הנזק תיעשה בידי הצד הפועל שני בזמן, ממילא אין צורך ביצירת מנגנון המרתיע את שני הצדדים בעת ובעונה אחת. כדי לתמרץ את הניזוק לפעול למניעת הנזק, די בקביעה כי המזיק (שהשקעתו היא כאמור לא יעילה) לא ייחשב רשלן, אפילו אם יימנע מן ההשקעה. מאחר שבנסיבות אלה הניזוק יפנים את הנזק במלואו, הוא יתומרץ לפעול ביעילות למניעתו. לדיון במקרה זה ראו למשל RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 172 (7th ed. 2007). לאימוץ עמדה זו בפסיקה ראו ת"א (שלום חי) 8674-02 **חישולי כרמל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פס' 62–63 לפסק הדין (נבו 6.5.2010). במבט ראשון, הפטרתו של המזיק מאחריות בנסיבות אלה עלולה לעורר ביקורת במישור הצדק. על פי ביקורת זו, ראוי כי הנטל לשאת בעלויות הזהירות יהיה מוטל על המזיק, שכן פעילותו היא אשר יצרה את הסיכון מלכתחילה. על פי הטענה, גם אם עלות הזהירות למזיק גבוהה מן העלות לניזוק, הצדק מחייב כי המזיק הוא שיישא בה. ואולם יש לשים לב כי פער זה – בין האחריות ליצירתו של הסיכון לאחריות למניעת המימוש שלו – מאפיין את דיני הרשלנות ככלל. משטר הרשלנות, על פי מהותו, מטיל חבות על המזיק בגין הסיכון שיצר רק אם היה בכוחו לנקוט צעדים יעילים להפחתתו (והוא נמנע מנקיטתם). כאשר הניזוק הוא מונע הנזק היעיל, האחריות לנקיטת אמצעי הזהירות מוטלת עליו חרף העובדה שלא הוא יצר את הסיכון. לדיון מקיף בסוגיה ובהצדקות אפשריות לתוצאה זו ראו Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994).



למרות האמור לעיל הרתעתם בד בכד של שני הצדדים אפשרית בדרך אחרת, המבוססת לא רק על קביעתה של אחריות משותפת אלא גם על החלתה של זכות שיפוי. כלל מסוג זה עשוי לפעול כך: אם שני הצדדים התרשלו – לשניהם ייחס אשם, והנזק יחולק ביניהם. אולם אם המזיק התרשל והניזוק נקט אמצעי זהירות כנדרש, יהיה הניזוק זכאי לשיפוי מן המזיק בגין עלותם של אמצעי הזהירות. ההכרה בזכאות לשיפוי תוביל לפתרונו של הקושי ותניע את שני הצדדים לנהוג בדרך הרצויה. לניזוק יהיה תמריץ לנהוג כנדרש, משום שאם יעשה כן הוא לא יישא בעלות כלשהי (לנוכח זכות השיפוי), ולעומת זאת אם לא יעשה כן, הוא יאלץ לשאת בחלק מן הנזק (בשל אשמו התורם). המזיק יצפה אפוא כי אם יתרשל, יהיה עליו לשאת בהוצאות הזהירות של הניזוק. אך מאחר שהמזיק הוא מונע הנזק היעיל יותר (ולכן עלות הזהירות שלו נמוכה משל הניזוק) יעדיף המזיק לנקוט את אמצעי הזהירות בעצמו, ובכך לחסוך את הצורך בשיפוי. התוצאה המתקבלת תואמת אפוא במדויק את מטרתו של הדין: המזיק – שהוא מונע הנזק היעיל – מתומרץ לנהוג מלכתחילה בדרך רצויה, ואם בכל זאת התרשל, הניזוק מתומרץ להגיב בדרך רצויה למצב שנוצר.<sup>37</sup>

ההכרה בזכות לשיפוי בנסיבות האמורות מתיישבת היטב עם עקרונות הדין הנהוג. הסיכון שאליו נחשף הניזוק הוא תוצאה של התרשלות המזיק. אלמלא התרשלות זו לא היה הניזוק נחשף לסיכון, וממילא לא היה נדרש לפעול להפחתתו. לפיכך העלות שהניזוק נאלץ לשאת בה כדי להפחית את הסיכון היא "נזק" שכבר התגבש במלואו ושנובע סיבתית מהתרשלותו של המזיק כלפיו.<sup>38</sup> נזק זה ראוי כי יהיה בר-פיצוי ככל נזק אחר שנגרם מהתרשלות המזיק, ושאינן טעמי מדיניות השוללים הטלת חבות בגינו. לפיכך הריסטייטמנט מעגן את הזכות לשיפוי במפורש, וקובע כך:

One whose legally protected interests have been endangered by the tortious conduct of another is entitled to recover for expenditures reasonably made or harm suffered in a reasonable effort to avert the harm threatened.<sup>39</sup>

הריסטייטמנט מוסיף ומסביר כי ההצדקה לזכות השיפוי נובעת מן העובדה שאם הניזוק לא פעל להפחתת הסיכון, הרי הוא מוחזק כמי שנושא באשם תורם.<sup>40</sup> במילים אחרות, חובתו של הניזוק לפעול להפחתת הסיכון וזכאותו של הניזוק לשיפוי – הם שני הצדדים של אותו המטבע. אם מוטלת על הניזוק החובה לפעול רק בשל התרשלות המזיק כלפיו, הרי יש להבטיח כי הוא לא ייפגע מקיום חובה זו. אילו נקבע אחרת – כלומר שהניזוק מחויב

37 אפשר להמחיש עקרונות אלה באמצעות נתוני הדוגמה שלעיל. אם ראובן התרשל, לשמעון יהיה כדאי לנקוט את אמצעי הזהירות, משום שאם ינקוט אותם (ויקבל שיפוי על עלותם בשיעור 80), סך נזקו יהיה 0; ואם לא ינקוט אותם, ייגרם נזק של 100, ושמעון יאלץ לשאת בחלקו בשל אשמו התורם. ראובן ידע אפוא מלכתחילה כי אם יתרשל, ינקוט שמעון את אמצעי הזהירות וידרוש שיפוי. לראובן יהיה עדיף אפוא למנוע את הנזק בעצמו (בעלות של 50), ובכך להימנע מן הצורך לשפות את הניזוק (בעלות של 80). כלל השיפוי מבטיח אפוא כי בכל תנאי תמריציהם של שני הצדדים הם אופטימליים.

38 התשלום שהניזוק נדרש להוציא כדי להפחית את הסיכון גורם ל"אובדן רווחה", ולפיכך מהווה "נזק" כהגדרתו בסעיף 2 לפקודת הניזוקין.

39 ראו RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, §919(1) (1977).

40 שם, בהערה a.

לפעול, ובכל זאת אינו זכאי לשיפוי – היה בכך כדי לפטור את המזיק שרירותית מנזק שהוא גרם בהתרשלותו. הזכות לשיפוי נדרשת אפוא לא רק כדי לייצר תמריצי זהירות רצויים לשני הצדדים, אלא אף משום שהיא נגזרת מן העקרונות הכלליים של האחריות הנזיקית.<sup>41</sup>

\*\*\*

אף שההכרה העקרונית בזכותו של הניזוק לשיפוי משתלבת היטב עם עקרונות הדין, השימוש המעשי בה עלול לעיתים להיתקל בקשיים. מסיבות שונות זכות השיפוי עשויה להיות קשה למימוש. פרשות **צלאח ואבו אלהווא** שנדונו לעיל מדגימות כמה מן הקשיים האפשריים: בפרשת **צלאח** יוחס לניזוק אשם תורם משום שלא נקט אמצעי זהירות כדי למנוע את הנפילה מגרם המדרגות ולא מחה על המפגע הבטיחותי בפני הקבלן, אך קשה להניח כי אילו ביצע את הצעדים האמורים, הייתה דרכו לקבלת השיפוי מובטחת. יש להניח כי מנקודת מבטו של העובד, "עלות הזהירות" המרכזית הייתה החשש כי עימות עם מעסיקו יוביל לערעור מערכת היחסים, ואולי אף יעמיד בסיכון את ביטחונו התעסוקתי. חשש זה היה מקבל משנה תוקף אם נוסף על התלונה עצמה על קיומו של המפגע, היה העובד מגיש תביעת שיפוי נגד הקבלן לאחר שהמפגע הוסר. תרגומה הכספי של עלות זו אינו מובן מאליו; אין זה מידע גלוי שבית המשפט יכול להעריכו ולכמתו בקלות. לפיכך היכולת המעשית לזכות בשיפוי במקרה זה, בדרך המשקפת את מלוא עלותה של הזהירות, מוטלת בספק. בדומה לזה, בפרשת **אבו אלהווא** אשמו של הניזוק נבע מכך שלא שינה את תוואי הליכתו כדי להימנע מן הנפילה אל הבור ולא נזהר מספיק בהגיעו אל המקום המסוכן. אך גם במקרה זה נראה כי אילו קיים הניזוק את החובות האמורות – כלומר שינה מדי יום את מסלול הליכתו ונזהר ביתר שאת עם הגיעו לקרבת הבור – היה בית המשפט מתקשה לאמוד את עלותה הכוללת של הזהירות. כל שינוי במסלול ההליכה מטיל עלות קטנה, שהיא אולי בגדר זוטי דברים, אולם גם עלות קטנה – אם הניזוק נאלץ לשאת בה מדי יום במשך שנים ארוכות – עשויה להצטבר לכדי עלות ממשית. אך היכולת המעשית לכמת את היקפה הכולל היא מוגבלת. כך בוודאי אם בית המשפט נדרש לעשות כן כלפי כלל העוברים והשבים במקום, שאין לדעת את מספרם, את תדירות הליכתם שם או את טיב החלופות העומדות לרשותם בבחירת מסלולי ההליכה.

בפרשות **צלאח ואבו אלהווא** היקפה של עלות הזהירות קשה לכימות. ואולם קיימים טעמים נוספים שבגינם נפקותה המעשית של הזכות לשיפוי עשויה להיות מוגבלת. לעיתים יהיה קשה לקבוע אם הניזוק הגיב כראוי לסיכון שניצב בפניו. בשונה מתביעה נזיקית רגילה, במסגרת תביעת השיפוי על הניזוק לשכנע את בית המשפט באשר לאופייה המסוכן של התנהגות המזיק, אף שבפועל לא נגרם לו כל נזק. התובע עלול אפוא להתקשות לשכנע

41 ברוח דומה ראו אריאל פורת **נזיקין** 346–347 (2013) (שם פורת מסביר כי "לא אחת היא מוצדק מבחינתו של אדם שנחשף בגופו לסיכון לנזק אמצעי למניעת נזק עתידי כגון קבלת טיפולי רפואי, בדיקות תקופתיות, רכישת אביזרים המקטינים את סיכוניו, ולעתים אף העתקת מקום מגוריו. אמצעים אלו כרוכים כמובן בהוצאות כספיות ניכרות שאינן נעלמות אף אם מתברר אחר כך שהסיכון לא התממש לכדי נזק גוף [...] חיובו של המזיק בפיצוי בגינם מוצדק משיקולי הרתעה ומשיקולי צדק מתקן וגמולי כאחד. אופיים העצמאי אינו מוטל בספק, והם מתקיימים בנפרד מן הסיכון").

כי התנהגות המזיק יצרה סיכון המצדיק את נקיטת אמצעי הזהירות. מלבד זאת, תביעת השיפוי מצריכה הערכה באשר למידת האפקטיביות של פעולת הניזוק בהפחתת הסיכון ובאשר לפעולות חלופיות שהיה בידו לנקוט, והאפקטיביות היחסית שלהן. כל הנתונים האמורים עשויים לעורר קשיים של אומדן והערכה. שיקולים שונים מעוררים אפוא ספק באשר לכוחה המעשי של זכות השיפוי להניב את התוצאה המבוקשת.

לפיכך שבה ועולה השאלה כיצד ראוי כי בית המשפט יפעל כאשר בפניו סיכון שנגרם מהתרשלות המזיק, ושיפוי הניזוק בגין הוצאות הזהירות אינו מעשי. מן הטעמים שדונו לעיל, בהיעדר שיפוי, אין חלוקת אחריות המבטיחה ששני הצדדים יתומצו לנהוג בדרך רצויה. בנסיבות אלה, על המשפט לבחור אם להרתיע את המזיק או את הניזוק.

כשאין מנוס מן הבחירה האמורה, יתרון מובהק נתון במקרים אלה להרתעת המזיק. אם המזיק אינו מתרשל, הבעיה אינה מתעוררת מלכתחילה. המזיק נמנע מיצירת סיכון לא ראוי, והניזוק אינו נדרש לנקוט אמצעי זהירות שהצורך לנקוטם נובע מן ההתרשלות. אומנם גם בהיעדר התרשלות פעילותו של המזיק עדיין עלולה ליצור סיכון, אולם אם הסיכון אינו תוצאה של התרשלות, הרי הניזוק הוא שנושא בו, ותמריצו להפחיתו הם יעילים. לפיכך אם המזיק מורתע מן ההתרשלות – גם הניזוק מתומרץ להשקיע בהפחתת הסיכון בדרך יעילה. לעומת זאת אם הניזוק מורתע מן ההתרשלות, אין בכך כדי להרתיע את המזיק. נהפוך הוא, אם המזיק צופה כי הניזוק יפעל להפחתת הסיכון, יש בכך כדי לתמרץ את המזיק להתרשל. מטעם זה התכלית שבהרתעת הניזוק היא משנית לזו של הרתעת המזיק. אם נדרשת בחירה בין השתיים, הרתעת המזיק היא ככלל עדיפה.

עם זאת ייתכנו מצבים שבהם אין בכוחו של הדין לתמרץ התנהגות סבירה של מזיקים. למשל, המזיק עשוי להיות לא מודע לטיב החובה המוטלת עליו; הוא עלול להפר את סטנדרט הזהירות הנדרש בשל חוסר תשומת לב רגעי שאינו נשלט (lapse of attention); הוא עשוי להיות בעל כישורים נמוכים משל האדם הסביר, שאינם מאפשרים לו לקיים את סטנדרט הזהירות; והוא עשוי להיות חדל-פירעון, ועל כן לא להיות מושפע מן האיום שבהטלת חבות נזיקית. במצבים מעין אלה לדין יכולת מוגבלת להרתיע את המזיק מפני התנהגות רשלנית. אם בנסיבות אלה ייקבע כי הניזוק מופטר כליל מאחריות, ייוותר הסיכון בעינו ויגרום לאובדן רווחה מיותר. לפיכך במצבים שבהם ההנחה העובדתית היא כי לא ניתן להניע את המזיק לנהוג בזהירות – עידוד הניזוק לפעול במקומו יהיה מוצדק משיקולי יעילות.<sup>42</sup> בנסיבות אלה ייתכן אפוא כי רצוי לחייב את הניזוק לפעול לנטרול הסיכון שיצר המזיק.

הפועל היוצא מן הניתוח הוא אפוא כדלקמן: דרך המלך היא להטיל חובה על הניזוק לפעול לנטרול הסיכון שיצר המזיק, אך בד בבד לאכוף את זכותו לשיפוי בגין עלות אמצעי הזהירות שנקט. ואולם אם אכיפת זכות השיפוי איננה מעשית, נדרשת בחירה בין הרתעת המזיק להרתעת הניזוק. אם אפשר לתמרץ את המזיק להיזהר, יש להעדיף כלל המטיל את מלוא החובה עליו ולשחרר את הניזוק מחבות בגין אשם תורם. רק כאשר לא ניתן לעודד את

42 עם זאת יש לשים לב כי הטלת אחריות על הניזוק בגין אי-מניעת נזק שנגרם מהתרשלותו של המזיק עשויה להיחשב לא צודקת. לפיכך, במקרה זה שיקול היעילות ושיקול הצדק עשויים להוביל למסקנות הנוגדות זו את זו.

המזיק להיזרה, יש להטיל חובה על הניזוק לפעול לנטרול הסיכון (חרף היעדר היכולת להבטיח שיפוי).

הן בפרשת צלאח והן בפרשת אבו אלהוא מימושה של הזכות לשיפוי היה לא מעשי. משכך, נדרשה בחירה בתמריציו של מי מן הצדדים ראוי להתמקד – באלה של המזיק או באלה של הניזוק. בשני המקרים בית המשפט החליט לייחס לניזוק אשם תורם, ובכך ביטא העדפה להרתעת הניזוק על פני הרתעת המזיק. כאמור, רצינותה של העדפה זו תלויה בהערכתו האמפירית של בית המשפט באשר לאפשרות לעודד את המזיק לנהוג בזהירות. לאור הניתוח האמור, הערתה של השופטת ברק-ארז בפרשת אבו אלהוא שלפיה "חשוב לנהוג מתינות וקפדנות בטענות אשם תורם מסוג זה" מקבלת משנה תוקף.<sup>43</sup>

### ג. סיכום

רשימה זו התמקדה בשתי קטגוריות מרכזיות העוסקות ביחס שבין רשלנות המזיק לרשלנות הניזוק. הראשונה עוסקת במקרים שבהם התנהגותם העוולתית של הצדדים הובילה לתאונה דו-צדדית, שבה כל אחד מהצדדים סבל נזק. סוגיה זו נדונה לאחרונה בבית המשפט בפסק הדין בעניין קסברי, אשר פירט את העקרונות לקביעת אחריות במקרים אלה. טענתנו המרכזית הייתה שגישת בית המשפט – שלפיה ניתן לבחון כל מאורע נזק לחוד – עלולה להוביל למסקנה שגויה באשר לאשם של הצדדים. חשש זה מתעורר במקרים שבהם אמצעי הזהירות הרלוונטיים היו מפחיתים את תוחלת הנזק של שני הצדדים גם יחד. בהקשר זה עמדנו על היחס שבין הכלל שאומץ בעניין קסברי ובין כלל האשם התורם הרווח בארצות הברית. אף שהכלל שאומץ בפסק הדין נראה במבט ראשון כמקבילו של הכלל האמריקאי, הלכה למעשה קיים ביניהם הבדל ניכר: כלל האשם התורם האמריקאי עוסק בשאלת חלוקת האחריות בין צדדים רשלנים, ואין בו כדי לפגוע בתמריצי הצדדים, ואילו הכלל שאומץ בעניין קסברי נוגע לשאלת קביעת האחריות, והוא עלול לתמרץ השקעת חסר במניעת הנזק. נקודה נוספת נוגעת לעמדת בית המשפט באשר לרמת הזהירות הנדרשת מהצדדים. הראינו כי ההכרעה בפרשת קסברי מאמצת תפיסה שלפיה רמת הזהירות הנדרשת מניזוקים עולה על זו הנדרשת ממזיקים. פסיקה זו, כך הצענו, נתונה במתח עם פסיקה קודמת של בית המשפט כמו גם עם תפיסות מושרשות בספרות הנזיקית. כן עמדנו על היחס שבין החלטת בית המשפט בסוגיה זו ובין ההסדר המשפטי הייחודי בישראל הנוגע לאחריותם הנזיקית של קטינים.

הקטגוריה השנייה שבה התמקדה הרשימה עוסקת במקרים שבהם התנהגות המזיק והניזוק נעשות במדורג כשהתנהגות הניזוק מתרחשת לאחר התרשלנות המזיק. המזיק יוצר ברשלנותו סיכון גלוי אשר הניזוק יכול להתגונן מפניו. שאלה המתעוררת במצבים אלה נוגעת למשקל שיש לתת למידת אשמו של המזיק בהערכת התנהגותו של הניזוק. כפי שהסברנו, כלל הקובע כי קיימת זיקה ישירה בין השניים – כלומר כלל המחמיר עם הניזוק

43 פרשת אבו אלהוא, לעיל ה"ש 4, פסק דינה של השופטת ברק-ארז.

ככל שאשמו של המזיק גדול יותר – עלול לפגוע בתמריצי המזיק לנהוג בזהירות ראויה. לעומת זאת כלל השולל קיומה של זיקה כאמור עלול לפגוע בתמריצי הזהירות של הניזוק. כפי שהראינו, הסדר המתמרץ את הצדדים לנהוג באופן אופטימלי הוא הסדר המחייב את הניזוק לפעול לנטרול הסיכון שגרם המזיק, אך בד בבד משפה אותו בגין עלות אמצעי הזהירות. ואולם הסדר המעניק לניזוקים שיפוי לא תמיד ישים. במצבים אלה לא ניתן לתמרץ את שני הצדדים לנהוג בזהירות בעת ובעונה אחת. כאשר אלה הם פני הדברים, קיימת עדיפות לתמרוצו של המזיק, אם אכן ניתן לעודדו לנקוט אמצעי זהירות. אם יעשה כן המזיק מלכתחילה, לא יתעורר הצורך בתמרוצו של הניזוק. רק כאשר לא ניתן לתמרץ את המזיק להיזהר, עדיף כלל אחריות המתמרץ את הניזוק. כפי שבית המשפט הדגיש, נדרשת זהירות בשימוש באשם תורם כתחליף לשימוש באשם יוצר אחריות.