

הניזוק הבלתי סביר: אשם תורם, הקטנת הנזק, ודיני הניזוקין

מאת

אהוד גוטל* ויובל פרוקצ'יה**

התנהגותו הרשלנית של הניזוק היא עניינן של שתי דוקטרינות מרכזיות בנוזיקין: "האשם התורם" ו"נטל הקטנת הנזק". בשנים האחרונות גוברים הקולות, הן בכתיבה המשפטית והן בפסיקה בארץ ובחו"ל, הקוראים להאחדה של נטל הקטנת הנזק וכלל האשם התורם. על פי גישה זו, בכל מקרה של התרשלות הניזוק – בין שהתקיימה לפני קרות הנזק ובין שלאחריו – יפחית בית המשפט את הפיצוי לניזוק לפי אשמו היחסי.

מאמר זה מראה כי חרף הדמיון בין כלל האשם התורם לנטל הקטנת הנזק שתי הדוקטרינות עוסקות בסיכונים שונים הקשורים בהתנהגות הניזוק. טרם קרות הנזק, אינטרס הניזוק לפעול ברשלנות הוא החיסכון הנובע מצמצום השקעתו באמצעי זהירות. לעומת זאת, לאחר קרות הנזק, אינטרס הניזוק לפעול ברשלנות נגזר מהאפשרות לגבות פיצויי יתר מהמוזיק; בפרט, הניזוק עשוי לנצל את כללי סופיות הדיון ולדחות את השקעתו בהקטנת הנזק למועד שלאחר פסק הדין (לאחר שגבה מן המוזיק פיצוי בגין מלוא הנזק טרם הקטנתו). כפי שהמאמר מראה, לתובנה זו, שטרם זכתה להתייחסות בספרות, השלכות חשובות: היא מסבירה מדוע הרחבת הדוקטרינה של האשם התורם לשלב הבתר-עולתי עלולה לעוות את תמריצי הניזוק להקטין את הנזק. כמו כן, היא מאירה באור חדש את האנומליה המשפטית באשר לנטל הקטנת הנזק המוטל על צדדים שלישיים לעומת הנטל המוטל על ניזוקים. לבסוף, היא מספקת אבני דרך לפתרון של שני סוגי ספקות איתם מתמודדים בתי המשפט הנדרשים לפסוק באשר לרשלנות הניזוק.

מבוא. א. היחס בין אשם תורם להקטנת הנזק. ב. תמריצי הניזוק טרם התגבשות הנזק, ולאחריו. 1. הקטנת הנזק ודחייה אסטרטגית; 2. חלוקת אחריות בשלב הבתר-עולתי. ג. נטל הקטנת הנזק: ניזוקים וצדדים שלישיים. ד. מקרי ספק. 1. סיווג התרשלות הניזוק; 2. הנטל הראייתי להוכחת התרשלות. ה. סיכום.

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

** יובל פרוקצ'יה הוא מרצה בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אנו מודים לשחר דילברי, איתי פלדור, ארבעה קוראים אנונימיים, וכן לעורכות כתב העת משפטים, על הערות מועילות. מיטל בין, הילה גרנות, ליאת דאשט, נמרוד הלר ונטע לביא סייעו לנו במחקר. כן אנו מודים למרכז ברק למחקר משפטי אינטרדיסציפלינרי על תמיכה נדיבה.

מבוא

ניזוקים פוטנציאליים יכולים לתרום למניעתם של נזקים בשתי דרכים מרכזיות. דרך אחת היא על ידי השקעה באמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון לתאונה. עם זאת, גם כאשר ניזוקים נוקטים בכל אמצעי הזהירות הראויים, תאונות צפויות להתרחש. לפיכך, דרך נוספת בה ניזוקים עשויים לתרום למניעה של נזקים היא על ידי פעולות המקטינות את שיעור ההפסד הנובע מהתאונה. נקיטת אמצעי זהירות מראש, ופעולות להקטנת הנזק בדיעבד, מאפשרות לניזוקים להפחית במידה ניכרת את עלותן של פעולות יוצרות-סיכון ובכך להגדיל את הרווחה החברתית.

באופן מסורתי, הסדירו דיני הנזיקין את תמריצי הניזוק – הן באשר לנקיטת אמצעי זהירות מראש, והן באשר להקטנת הנזק בדיעבד – באמצעות שני כללים משפטיים. הכלל הראשון הוא הדוקטרינה של "האשם התורם"¹. כלל זה מתמקד בהתנהגות הניזוק טרם התגבשות העוולה, כלומר בשלב שבו יכול הניזוק להשקיע באמצעי זהירות. הכלל השני הוא הדוקטרינה של "הקטנת הנזק"². הנטל להקטנת הנזק מתמקד במועד שלאחר התגבשות העוולה (או הנזק שבגיננו נתבע הפיצוי), כלומר בשלב שבו יכול הניזוק להפחית את נזקו שכבר נגרמו.³ שני הכללים נבדלים זה מזה בשני היבטים מרכזיים. ראשית, כאשר לניזוק מיוחס אשם תורם בשלב הטרם-עוולתי, הנזק מחולק בין הצדדים בדרך המשקפת את מידת אחריותם היחסית. לעומת זאת, כאשר הניזוק נמנע מלפעול באופן סביר להקטנת הנזק בשלב הבתר-עוולתי, עליו לשאת בנזק שלא הוקטן במלואו. שנית, על פי כלל האשם התורם, הניזוק נדרש לשאת בעלותם של אמצעי הזהירות מכיסו. לעומת זאת, על פי כלל הקטנת הנזק, המזיק הוא שנדרש לשאת בעלויות ההקטנה, ולפיכך מוטלת עליו החובה לשפות את הניזוק בגין הוצאות שהוציא לשם כך.

כפי שספרות ענפה הדגישה, על אף ההבדל הפורמלי ביניהן, שתי הדוקטרינות מגשימות למעשה תכלית זהה – עידוד הניזוק להשקיע באופן אופטימאלי במניעת נזקים.⁴ על רקע זה

- 1 ס' 68 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. סעיפים נוספים העוסקים באשמו העצמי של הניזוק, הם ס' 65 ו-66 לפקודה.
- 2 עקרון הקטנת הנזק אינו קבוע במפורש בפקודת הנזיקין, אך אומץ לתוך דיני הנזיקין מכוח ההלכה הפסוקה. ראו ע"א 284/56 "שחף" חברה ישראלית לספנות נמלים בע"מ נ' MALTA STEAMSHIP CO. LTD., פ"ד יא 1420, 1423–1424 (1957); ע"א 592/66 "הקורחים" נתניה בע"מ נ' ביטון, פ"ד כא(1) 281, 284 (1967). ראוי לציין כי בשפה האנגלית הפסיקה והספרות משתמשות בשני מונחים לתיאור הדוקטרינה של הקטנת הנזק: (1) "The Duty to Mitigate" ו-(2) "The Rule of Avoidable Consequences". לשני המונחים משמעות משפטית זהה.
- 3 קיומו של נזק הוא תנאי במסגרתן של עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה – שתי העוולות המרכזיות בדיני הנזיקין. בעוולות שאינן דורשות נזק (הסגת גבול, תקיפה וכד') זכאותו של הניזוק לפיצוי כספי תלויה בדרך כלל בהוכחת נזק קונקרטי.
- 4 על הזיקה העמוקה שבין שתי הדוקטרינות עמדו מלומדים בולטים ראו GLANVILLE L. WILLIAMS, JOINT TORTS AND CONTRIBUTORY NEGLIGENCE 291 (1951) ("The two doctrines ought to be regarded as governed by a single underlying idea; the detailed rules applicable to them ought to be the same"); WILLIAM L. PROSSER & W. PAGE KEETON, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS 458–459 (5th ed. 1984) ("Both doctrines rest upon the same fundamental

קראו בתי משפט ומלומדים ליצור האחדה בין שני הכללים, במובן זה שבשניהם יחול עקרון החלוקה החל כיום בדוקטרינת האשם התורם.⁵ כך, כל אימת שיימצא שהניזוק התרשל, בין בשלב הטרם-עוולתי ובין בזה הבתר-עוולתי, ישווה בית המשפט את אשמו של הניזוק לאשמו של המזיק, ובהתאם יקבע את שיעור הפיצוי המגיע לניזוק. שיקולי צדק ושיקולי יעילות, כך נטען, תומכים בהאחדה זו.

רשימה זו מראה שהטענה באשר לתכלית הזוהה של דוקטרינות "האשם התורם" ו-"הקטנת הנזק" היא שגויה. בפועל, כל אחת מהדוקטרינות מתמודדת עם תמריץ אחר של הניזוק לנהוג ברשלנות. בשלב הטרם-עוולתי, לניזוק אינטרס להימנע מלהשקיע במניעת הנזק. לולא דוקטרינת האשם התורם, היה הניזוק עלול לפעול ברשלנות על מנת לחסוך בעלות ההשקעה באמצעי זהירות. לא כך בשלב הבתר-עוולתי. במועד זה, לאחר שהנזק התגבש, לניזוק אינטרס עצמי לנקוט אמצעים שיפחיתו את נזקו. ואולם, בשל כללי סופיות הדין, הניזוק עלול לבחור לדחות את ההשקעה באמצעים אלה למועד שלאחר מתן פסק הדין. דחייה "אסטרטגית" זו של הקטנת הנזק מאפשרת לניזוק לגבות מן המזיק פיצוי על מלוא הנזק (שלא הוקטן); ולאחר מתן פסק הדין וגביית הפיצוי, לפעול להקטנת הנזק, תוך הותרת כספי הפיצויים בכיסו. במילים אחרות, במקרים פרדיגמטיים של הקטנת הנזק, החשש אינו מכך שהניזוק יימנע מלהשקיע במניעת הנזק (החשש המאפיין את השלב הטרם-עוולתי), אלא מן התזמון שבו הוא יעשה כן, והשפעתו על היקף חבותו של המזיק.⁶ להבנה באשר לתפקידן השונה של שתי הדוקטרינות חשיבות לכמה סוגיות הקשורות באחריותם של ניזוקים, ולהסדרים המשפטיים העוסקים במניעת נזקים. באופן קונקרטי, המאמר מבקש לבסס שלוש טענות. טענתנו הראשונה קשורה ליחס שבין דוקטרינת האשם התורם לכלל הקטנת הנזק. כאמור, המגמה הקיימת היא לבטל את ההבחנה בין השתיים, כך שעקרון 'האשם התורם' (המביא לחלוקת הנזק בין המזיק והניזוק) יופעל בכל המקרים בהם נמצא שהניזוק התרשל. עמדה זו אומצה על ידי הריסטייטמנט האמריקאי, מסמך העקרונות של דיני הניזוק האירופאים, בתי משפט מדינתיים שונים, ואף נדמה שזכתה לתמיכה בפועל של בית המשפט העליון בישראל. טענתנו היא שהחלת כלל האשם התורם בשלב הבתר-עוולתי מתמרצת את הניזוק לדחות את ההשקעה בהקטנת הנזק למועד שלאחר מתן

policy of making recovery depend upon the plaintiff's proper care for the protection of his own interest [...] It is suggested, therefore, that the doctrines of contributory negligence and avoidable consequences are in reality the same"); ROBERT F.V. HEUSTON, JHON W. SALMOND & RICHARD A. BUCKLEY, SALMOND AND HEUSTON ON THE LAW OF TORTS 525 (21st ed. 1996) ("[t]he duty to mitigate damage is really an application of the broad principle of contributory negligence"); DOUGLAS LAYCOCK & RICHARD L. HASEN, MODERN AMERICAN REMEDIES: CASES AND MATERIALS 89 (5th ed. 2019) ("The rule that defendant is not liable for avoidable consequences of his wrongdoing is closely related to the doctrines of contributory and comparative negligence")

5 ראו פרק א להלן.

6 הדוקטרינה של הקטנת הנזק חלה גם בדיני החוזים (ראו ס' 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970). בעוד שהדין הנוכחי מתמקד בדיני הניזוק, מרבית הטענות המוצגות – ובפרט הטענה באשר לאינטרס הניזוק לדחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק – רלוונטיות במידה רבה גם לניתוח המקביל בדיני חוזים. את הדיון המפורט באשר לדיני החוזים אנו מותירים לעתיד.

פסק הדין. חשש זה, שלא זכה עד עתה להתייחסות בספרות, מסביר את הצורך בשמירה על הפרדה דוקטרינרית בין השלב הטרום-עולתי (שם החשש מדחייה אסטרטגית אינו קיים) לשלב הבתר-עולתי (שבו כאמור החשש מתעורר).

טענתנו השנייה היא שהתובנה באשר לתכליתה של דוקטרינת הקטנת הנזק מסבירה את היחס השונה של המשפט לניזוקים מחד ולצדדים שלישיים מאידך. בעוד שניזוקים נדרשים לפעול להקטנת נזק, נטל דומה אינו מוטל על צדדים שלישיים.⁷ כאשר "המקטין היעיל" של הנזק הוא צד שלישי, ההחלטה אם לפעול, וכיצד, נתונה לשיקול דעתו הבלעדי. עם זאת צד שלישי הבוחר להקטין את הנזק עשוי להיות זכאי לחלק מרווחי המזיק הנובעים מן ההקטנה.⁸ מציאות משפטית זו עשויה להיראות כאנומליה: דווקא הניזוק, מי שכלפיו נהג המזיק באופן עוולתי, מחויב לפעול להקטנת הנזק, ואין הוא זכאי לכל חלק מפירות ההקטנה (אלא אך לשיפוי בגין עלויותיה); כנגד זאת צדדים שלישיים אינם מחויבים להקטין את הנזק, אך אם הם עשו כן, הם זכאים לחלוק ברווח שהפיק המזיק מן ההקטנה. שאלה מתבקשת היא מדוע המשפט אינו משווה את מעמדם של הניזוקים לזה של צדדים שלישיים. במבט ראשון, נראה שכלל משפטי שלפיו ניזוקים אינם נדרשים להקטין את הנזק, אך זכאים לחלק מרווחי ההקטנה, יתמרץ אותם לפעול כל אימת שהקטנת הנזק היא יעילה. ואולם, טיעון זה מתעלם מהאינטרס של הניזוקים לדחות את הקטנת הנזק לשלב שלאחר מתן פסק הדין. קיומו של האינטרס האמור מסביר את גישתו ה"מחמירה" של המשפט כלפי ניזוקים ואת הצורך בהחלתו של דין שונה על ניזוקים ועל צדדים שלישיים.

טענתנו השלישית היא שהניתוח לעיל עשוי לתרום לפתרון שני סוגי ספקות שאיתם מתמודדים בתי משפט הנדרשים להכריע בדבר רשלנות הניזוק. סוג הספק הראשון הוא באשר לנקודת הזמן שלפיה יש להבחין, במצבים מורכבים של נזק מתמשך, בין התנהגויות שיש לסווגן כאשם תורם לאלה שיש לסווגן כהפרה של הנטל להקטין את הנזק. שאלה זו טרם זכתה לתשובה מוסכמת, והיא נתונה במחלוקת הן בפסיקה והן בכתיבה התאורטית.⁹ טענתנו היא שסיווג ההתנהגות במקרים אלה צריך להיקבע בשים לב לטיב האינטרס של הניזוק לפעול ברשלנות. כשרשלנותו של הניזוק מונעת מרצונו לחסוך את עלות ההשקעה באמצעי הזהירות, אין מניעה לסווג את התנהגותו – בלא תלות במועד התרחשותה – כאשם תורם. לעומת זאת כשרשלנותו מונעת מהרצון לדחות את פעולת ההקטנה עד לאחר מועד פסק הדין, יש לסווג את התנהגותו כאי-עמידה בנטל הקטנת הנזק. סוג הספק השני נוגע לנטל הראייתי שיש להטיל על מזיק המבקש להוכיח את אשמו של הניזוק. הגישה הקיימת מניחה שנטל זה הוא אחיד במקרים אנלוגיים של אשם תורם והקטנת הנזק.¹⁰ טענתנו היא שגישה זו אינה מביאה בחשבון את ההבדל באינטרס הניזוק לפעול באופן רשלני בשלב הטרום-עולתי ובשלב הבתר-עולתי, וכי מקרים של אשם תורם והקטנת הנזק הנחזים כאנלוגיים, למעשה מצדיקים יחס שונה לדרישות הראייתיות המוטלות על המזיק.

7 ראו פרק ג להלן.

8 שם.

9 ראו פרק ד להלן.

10 שם.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: פרק א יעמוד על הגישה הרווחת הטוענת לזהות בתכליות של דוקטרינות האשם התורם וכלל הקטנת הנזק. פרק ב יציג את טענתנו המרכזית, לפיה שתי הדוקטרינות מתמודדות עם סיכונים שונים, ואת ההצדקה להפרדה בין כללי האחריות בשלב הטרם-עוולתי והבתר-עוולתי. פרק ג יבחן את המשטר המשפטי הקיים ביחס לצדדים שלישיים היכולים להקטין את הנזק. כאמור, טענתנו היא כי הדרך ליישב בין משטר זה למשטר המקביל החל על ניזוקים קשורה בחשש ל"דחייה אסטרטגית". פרק ד יתמקד בשני סוגי הספק איתם מתמודד בית המשפט במקרים שבהם נדונה טענה לרשלנות הניזוק. סיכום קצר יסיים את הדיון.

א. היחס בין אשם תורם והקטנת הנזק

על הקשר הקרוב בין כלל האשם התורם לנטל הקטנת הנזק עמדו כאמור בתי משפט ומלומדים.¹¹ שאלת היחס בין שתי הדוקטרינות התחדדה עם שינוי משטר האחריות באשר לאשם התורם. כידוע, תחת הכלל המסורתי, קיומו של אשם תורם הביא לשלילה מוחלטת של זכותו של הניזוק לפיצוי.¹² כלל זה שונה במשך הזמן, וכיום אשמו התורם של הניזוק אינו בהכרח שולל את סעד הפיצוי, אלא עשוי להביא אך להפחתת סכום הפיצויים.¹³ שינוי זה עורר את השאלה כיצד יש לנהוג במקרים שבהם התרשלות הניזוק היא בשלב הבתר-עוולתי: האם ניזוק שאינו מקטין את נזקו כנדרש מאבד את זכותו לפיצוי בגין הנזק שהיה יכול להקטין, או שמא גם כשמדובר בנזק זה אחריות הניזוק תיקבע בהשוואה לאשמו של המזיק?

שאלה זו זכתה למענה בריסטייטמנט החדש של דיני הניזוקין. על פי גישת הריסטייטמנט נקבע כי יש ליצור האחדה בין כלל האשם התורם לכלל הקטנת הנזק, כך שבשני המקרים יחול אותו עקרון חלוקה.¹⁴ כפי שמנסחי הריסטייטמנט הדגישו, אין הצדקה רעיונית

11 לדיון המרכזי בכתיבה האקדמית באשר לצורך לאחד בין שתי הדוקטרינות ולפירוט בנוגע לעמדת הפסיקה והספרות בשאלה זו ראו Yehuda Adar, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Sister-Doctrines in Search of Reunion*, 31 QUINNIPIAC L. REV. 783 (2013).

12 DAN B. DOBBS, PAUL T. HAYDEN & ELLEN M. BUBLICK, *THE LAW OF TORTS* § 225 (2nd ed. 2017).

13 כפי שמבהיר ס' 68 לפקודת הניזוקין: "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 [...]".

14 ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: APPORTIONMENT LIAB. § 3 (2000) (להלן: "Plaintiff's negligence is defined by the applicable standard for a defendant's negligence. Special ameliorative doctrines for defining plaintiff's negligence are abolished"). כפי שמפורט בדברי ההסבר, במסגרת ה-Ameliorative Doctrines שבוטלו, כלולה הדוקטרינה של הקטנת הנזק. יש לציין כי עוד לפני ההוראה האמורה בריסטייטמנט, ה-Unif Comparative Fault Act § 1(b), 12 U.L.A. 125 (1977), קבע כי הסדר האשם התורם (כלומר משטר של חלוקת הנזק) חל על כל התנהגות בלתי סבירה של הניזוק, בין שזו מתרחשת לפני קרות הנזק ובין אחריו ("unreasonable failure to avoid an injury or to mitigate damages"). לפסיקה שקדמה לריסטייטמנט ואימצה את הסדר חלוקת האחריות ראו לדוגמה, *Jacobs v. Westgate*, 766 So. 2d 1175, 1180 (Fla. Dist. Ct. App. 2000) ("the doctrine of comparative negligence subsumes the

להבחין בין השלב הטרומ-עוולתי לשלב הבתר-עוולתי.¹⁵ כשם שאין לשלול את זכאותו של הניזוק לפיצוי בגין התנהגותו הרשלנית טרם קרות הנזק, כך אין לשלול את זכאותו לפיצוי בגין נזקים שהיה יכול להקטיןם לאחר שהנזק כבר התגבש.¹⁶ שיקולי צדק תומכים אף הם בתוצאה זו, שכן הצורך של הניזוק להקטין את נזקו קם רק בשל התנהגותו העוולתית של המזיק, שגרם לנזק מלכתחילה.¹⁷ גם אם הניזוק התרשל ולא הקטין את נזקו, שלילה מלאה של זכותו לפיצוי (בגין אותו נזק) עלולה להיטיב יתר על המידה עם המזיק. כאשר התנהגות המזיק כוללת אשם חמור, ואילו רשלנותו של הניזוק (באי-הקטנת הנזק) היא קלה, כלל המחלק את הנזק ביניהם נראה עדיף על פני כלל המטיל את מלוא האחריות על הניזוק דווקא.¹⁸ כלל חלוקת אחריות במקרה של הפרת נטל הקטנת הנזק אומץ על ידי כמה מחוקקים ובתי משפט מדינתיים.¹⁹

- concept of mitigation of damages"); *Simpson v. Gen. Motors Corp.*, 108 Ill. 2d. 146, 160 (1985) ("we no longer have to think in the nebulous terms of contributory negligence, assumption of risk, misuse of product, failure to discover, mitigation of damages, avoidable consequences, and the like. I urge my colleagues to avoid the temptation to fashion exceptions to the doctrine of pure comparative fault in order to accommodate particular situations")
- 15 ראו RESTATEMENT, שם, cmt. b : "Under comparative responsibility, it no longer makes sense to have a plaintiff's negligence constitute an absolute bar to recovery, even for the portion of the plaintiff's injuries caused by that conduct. The underlying premise of comparative responsibility is that a plaintiff's negligence should reduce, not bar, the plaintiff's recovery for any damages caused both by that conduct and by the defendant's conduct. A plaintiff's failure to mitigate damages should no longer constitute a bar to recovering those damages. Under comparative responsibility, a plaintiff's negligent failure to mitigate damages is a factor to consider when assigning percentages of responsibility. It does not totally exclude recovery of the damages caused by the plaintiff's failure to mitigate"
- 16 עמדה זו זכתה לתמיכה מצד כותבים. ראו Adar, לעיל ה"ש 11; Michael B. Kelly, *Living Without the Avoidable Consequences Doctrine in Contract Remedies*, 33 SAN DIEGO L. REV. 175 (1996). ראו גם אריאל פורת חלוקת אחריות בדיני חוזים 163-166 (עבודת גמר לתואר דוקטור במשפטים, אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 1989) ("אותם טעמים כלכליים [...] התומכים בחלוקת אחריות בשל אשם תורם, תומכים בחלוקת האחריות לנוקים ברי-הקטנה שלא הוקטנו [...] במצב משפטי בו יש הגנת אשם תורם כמו הגנות רבות אחרות שלא היו בעבר, ואין עוד אחריות מוחלטת בצורתה הקיצונית בדיני חוזים, אין אף צידוק להותרתה של הגנת הקטנת הנזק במתכונתה המיושנת").
- 17 ראו DOBBS, HAYDEN & BUBLICK, לעיל ה"ש 12, ס' 266 : "Automatic exclusion of all recovery for [unmitigated harm] looks like an attempt to make a causal apportionment. If so, it seems wrong, because the defendant is clearly a but-for-cause for the [plaintiff's] harm. Perhaps with this in mind, the Restatement [...] convert[s] avoidable consequences or minimizing damages cases to comparative fault cases"
- 18 גישה זו מתיישבת גם עם הכלל המשפטי העוסק בהחמרת הנזק. כאשר מזיק א' גורם לנזק ברשלנותו, ומזיק ב' לאחר מכן מחמיר את הנזק, מזיק א' אחראי הן לנזק הראשוני והן לנזק המוחמר (כשנזק ההחמרה היה צפוי). במילים אחרות, מזיק א', הגורם את הנזק הראשוני, אחראי לכלל הנזקים הנובעים מהנזק הראשוני ושהם תוצאה של רשלנות המאוחרת של מזיקים אחרים. עיקרון זה תומך בתוצאה לפיה במצבים שבהם הניזוק התרשל בהקטנת הנזק, המזיק יישא גם באחריות (משותפת) לנזק הנובע מרשלנות הניזוק.
- 19 ראו Alaska Stat. § 09.17.900 (2012); Ind. Code Ann. § 34-6-2-45(A)(1) (2012); Iowa Code § 668.1 (2011); Minn. Stat. § 604.01 (2011); Wash. Rev. Code § 4.22.015 (2012)

גם מנסחי "מסמך העקרונות הנזיקיים האירופי" בחרו לאחד את נטל הקטנת הנזק עם כלל האשם התורם בהיבט החלוקה.²⁰ מנסחי המסמך קבעו סעיף יחיד העוסק באשמו של הניזוק, ובדברי ההסבר הובהר כי הסעיף חל בין שהתרשלות הניזוק התרחשה בשלב הטרום-עולתי, ובין שהתרחשה בשלב הבתר-עולתי. בשני המקרים נדרש בית המשפט לבחון את אשם היחסי של המזיק והניזוק, ועל פי השוואה זו לקבוע את אחריותם היחסית.²¹

בית המשפט העליון בישראל, כך נראה, אימץ אף הוא, הלכה למעשה, את הגישה האמורה. הטענה בדבר הזיקה ההדוקה שבין שתי הדוקטרינות הוכרה בבית המשפט כבר בשלב מוקדם.²² עם זאת, באופן מסורתי לא החיל בית המשפט את עקרון חלוקת האחריות המאפיין את דוקטרינת האשם התורם במקרים בהם התרשלות הניזוק התרחשה בשלב

העליון בפלורידה (Florida) איחד את שתי הדוקטרינות בהחלטה שיפוטית. ראו *Ridley v. Safety Kleen Corp.*, 693 So.2d 934, 942–943 (Fla. 1996): "The logic of treating these two concepts alike is further supported by the fact that both comparative negligence and avoidable consequences rest upon the same fundamental policy. That is, both make recovery dependent upon the plaintiff's proper care for the protection of her own interests, and both require of her only the standard of the reasonable person under the circumstances". לאחרונה הן בסוגיה בית המשפט העליון במדינת ורמונט (Vermont), מבלי להכריע אם לאמץ את עמדת הריסטייטמנט. ראו *Langlois v. Town of Proctor*, 113 A.3d 44, 52–56 (Vt. 2014): "Jurisdictions differ in how the two rules interact. In some cases, comparative negligence essentially subsumes mitigation, with all reduction in a plaintiff's recovery controlled only by relative fault. [...] [W]e make no determination here whether the Third Restatement position should be adopted in all cases" לעמדה לפיה גישת הריסטייטמנט לא זכתה עד עתה להשפעה רבה, ראו *Adar*, לעיל ה"ש 11. לדיון בעמדות הריסטייטמנט ראו *DOBBS, HAYDEN & BUBLICK*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 406.

20 ראו *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, art. 101 (2005).

21 שם, בעמ' 132, ס' 8: 101, ה"ש 4: "Contributory conduct or activity is a defense that sets out that the victim who suffers damage as a result of the tortfeasor's activity cannot claim compensation for that part of the damage for which the victims himself or herself is responsible. From a theoretical point of view, it can be clearly differentiated from the victim's failure to mitigate damage. In the former case the victim has contributed to the creation of the damage. In the latter he has only failed to take the reasonable steps to minimize the damage already caused. Following the most common practice in all continental European legal systems which *do not distinguish* the two concepts, and taking into account that *both can give rise to an apportionment of the damage*, both cases are included under this Principle" (ההדגשות הוספו). כאמור, הכרעתם של המנסחים התבססה בין השאר על כך שבמשפט הקונטיננטלי התקיימה דוקטרינה אחת, כללית, העוסקת באשמו התורם של הניזוק.

22 ראו ע"א 42/53 יחזקאלי נ' שפושניק, פ"ד ט 333, 338 (1955): "[...] טענה זו קרובה יותר לטענת-הגנה, במשפט נזיקין, כי רשלנות התובע תרמה לנזק שנגרם. הגנה זו פירושה כי בשעת אירוע הנזק פעלה לא רשלנות הנתבע בלבד, אלא גם רשלנות התובע גרמה לנזק והיא צריכה להיות מפורשת בפרשת ההגנה. דומה לה טענת 'הקטנת הנזק', באותו משפט; פירושה הוא, כי לאחר אירוע הנזק התרשל התובע ולא מילא את חובתו להקטין את הנזק". כן ראו ע"א 4431/17 פלוני נ' פלוני, פס' 55 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנוב, 3.10.2019) ("היו מי שייחסו את המקור לנטל [הקטנת הנזק] כחלק מדוקטרינת האשם התורם לפיה המזיק אינו חייב לפצות על נזק שנגרם 'באשמתו' של הניזוק").

הבתר-עולתי, כלומר במקרים שבהם הפר הניזוק את נטל הקטנת הנזק. תוצאה שונה עולה מפסק דין שניתן לאחרונה (במותב יחיד) על ידי השופטת ברק-ארז.²³ בעניין פלוני נ' משטרת ישראל התבררה תביעתו של אדם לפיצוי ממשטרת ישראל בעקבות מעצר בלתי חוקי.²⁴ התובע שהיה מסוכסך עם בת זוגו לשעבר, נעצר לאחר שזו הגישה נגדו תלונה חסרת בסיס. לצד ההחלטה כי המעצר נעשה שלא כדין, נקבע כי התובע היה יכול למנוע את המעצר בלא כל קושי, לו היה מסכים לחתום על כתב ערובה.²⁵ התובע סירב לחתום על הערובה בשל התנגדותו העקרונית למעצר. בתי המשפט השלום והמחוזי נחלקו באשר לאופן שבו יש לסווג את התנהגותו (הבלתי סבירה) של התובע, אם כאשם תורם או כאי עמידה בנטל הקטנת הנזק.²⁶ במחלוקת זו קבעה השופטת ברק-ארז כי אין לייחס לתובע אשם תורם, שכן הוא עשה כל שביכולתו כדי למנוע את קיומה של העוולה. ואולם, מרגע שהוצא צו המעצר יכול היה התובע להקטין את נזקו במלואו באמצעות חתימה על כתב הערבות. התובע, אפוא, לא עמד בנטל הקטנת הנזק.²⁷

לצד קביעה זו, החליטה השופטת ברק-ארז, מבלי לקיים דיון בשאלה העקרונית באשר לאימוץ משטר של אחריות משותפת בשלב הבתר-עולתי, לאמץ את התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית משפט השלום. חרף הקביעה שהתובע היה יכול להקטין את נזקו במלואו (חתימה על כתב הערבות הייתה מביאה לשחרור מידי של התובע), הסכימה השופטת ברק עם הערכאות הדיוניות כי אין לשלול את זכאותו של התובע לפיצוי אלא אך להפחיתו בשיעור של 50% בלבד.²⁸ כך האחריות בגין נזקו של התובע (שהייתה במעצר) חולקה בינו לבין המזיק (משטרת ישראל). ההכרעה האמורה מאמצת אם כן את רעיון האחריות

23 על שאלת מעמדן התקדימי של החלטות שנתקבלו בדין יחיד ראו דברי השופט רובינשטיין ברע"א 2996/06 שלום נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים לישראל בע"מ, פס' ה להחלטה (פורסם בנבו, 18.1.2006). ("החלטות דן יחיד הדוחות בקשה לרשות ערעור אינן דרך המלך של קביעת הלכה בבית משפט זה"). עם זאת, החלטה של השופטת ברק-ארז אוזכרה בהחלטות נוספות בלא הסתייגות מהתוצאה שנקבעה בפסק הדין. ראו לדוגמה ע"א 2979/15 סעד נ' מדינת ישראל, פס' 65 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 5.7.2017).

24 רע"א 6572/14 פלוני נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 14.1.2015).

25 שם, פס' 20 להחלטה. החלטה זו בדבר אשמו של הניזוק נקבעה בבית המשפט המחוזי, בע"א 5310-06-14 (מחוזי מר') משטרת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 12.8.2014). בית משפט השלום סבר כי אשמו של הניזוק היה באי-הגשת ערר על החלטת המעצר. בית המשפט המחוזי סבר שאשמו של הניזוק היה בסירובו לחתום על כתב הערבות. כאמור, בעניין זה נראה כי השופטת ברק-ארז אימצה את עמדת בית המשפט המחוזי.

26 שם, פס' 8–10.

27 שם, פס' 18.

28 שם, פס' 20. לעמדה שלפיה הכלל המשפטי הקיים תומך בהחלה של כלל חלוקת אחריות, גם בגין מקרים שהתרשלות הניזוק מתרחשת בשלב הבתר-עולתי ראו משה ויסמן הגנות בדיני נזיקין – הפחתת נזק, אשם תורם, הסתכנות מרצון 22 (התשס"ו), שם מציין ויסמן (אם כי ללא תימוכין), כי: "[...] דין האשם העצמי התורם רחב יותר מבחינה כרונולוגית מנטל הקטנת הנזק, בהיותו מיוחס הן למעשים המבוצעים טרום ביצוע העוולה והן למעשים המבוצעים לאחר העוולה (לעומתו נטל הקטנת הנזק חל רק מקום שמעשה העוולה כבר בוצע במלואו)".

המשותפת של כלל האשם התורם למקרה שבו התרשלות הניזוק התקיימה לחובת הקטנת הנזק.²⁹

ב. תמריצי הניזוק טרם התגבשות הנזק ואחרי

כאמור, טענתנו היא שתמריצי הניזוק לפעול ברשלנות בשלב הטרומ-עוולתי ובשלב הבתר-עוולתי אינם זהים. להבדל זה חשיבות באשר למשטר האחריות הראוי. כלל האשם התורם, המחלק את האחריות בין המזיק לניזוק, הוא יעיל בשלב הטרומ-עוולתי, אך אינו יעיל בשלב הבתר-עוולתי. פרק ב להלן דן בהבדל באינטרס הניזוק בין שני השלבים, ובייחוד ברווח שהניזוק עשוי להפיק מדחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק למועד שלאחר מתן פסק הדין. פרק ב יסביר מדוע כלל האשם התורם אינו יעיל בשלב הבתר-עוולתי.

1. הקטנת הנזק ודחייה אסטרטגית

אינטרס הניזוק לפעול ברשלנות בשלב הטרומ-עוולתי הוא ברור. הואיל והניזוק נושא בעלויות אמצעי הזהירות, ואינו זכאי לשיפוי בגינם, העדפתו היא לצמצם את השקעתו בהם ככל האפשר. אומנם הניזוק הוא שנושא בנזקי התאונה, אך ככל שהפיצוי שהוא זכאי לו "מלא" יותר, כך חששו מן התאונה הולך ופוחת. אם הפיצוי הוא מושלם (הנחה שכמובן לא תמיד מתקיימת), הניזוק אדיש בין התרחשותה של התאונה למניעתה. לפיכך, כל עוד זכותו לפיצוי אינה נשללת, אינטרס הניזוק הוא להימנע ככל שניתן מהשקעות באמצעי זהירות. כלל האשם התורם נועד לפעול נגד אינטרס זה ולהבטיח שהניזוק ישקיע במניעת התאונה באופן יעיל. כך לדוגמה אם בהשקעה של 10 יכול הניזוק למנוע נזק של 100, כלל המטיל על הניזוק אחריות העולה על 10 במקרה של תאונה יתמרץ אותו לפעול למניעת הנזק. לולא הוחל כלל האשם התורם, היה הניזוק מעדיף להימנע מן ההשקעה, כדי לחסוך את עלותה (10).

בשלב הבתר-עוולתי, התמונה פעמים רבות שונה. אינטרס הניזוק אינו להימנע מהשקעה בהקטנת הנזק, אלא לדחות את ההשקעה לשלב שלאחר מתן פסק הדין. מקרה אנלוגי לדוגמה האחרונה ידגים זאת. נניח שהניזוק יכול להקטין את נזקו ב-100 בהשקעה של 10. אם הניזוק יבחר שלא להקטין את הנזק, הוא יחסוך את עלות ההשקעה הנדרשת (10). לעומת זאת, אם יגבה את מלוא ה-100 מן המזיק, ולאחר מכן יקטין את נזקו, הוא ירוויח 90 (10-100). בעיית התמריצים המתעוררת בשלב זה איננה כי הניזוק עלול שלא להשקיע בהקטנת הנזק. אדרבה, לאחר מתן פסק הדין הקטנת הנזק מיטיבה את מצבו, שכן היא מקנה לו רווח של 100 בעלות של 10 בלבד. הבעיה היא שאת השקעת ההקטנה הניזוק מעוניין לדחות עד לאחר מתן פסק הדין כדי לגבות פיצוי בגין הנזק המלא, לפני הקטנתו.

29 תוצאה זו תואמת פסיקה מקבילה בחוזים, בה החיל בית המשפט משטר של חלוקת אחריות במקרים שבהם התובע (הנושה החוזי) לא פעל להקטנת הנזק. ראו יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?" משפט ועסקים י 381, 408-410 (2009), המפרט דוגמאות לפסקי דין בחוזים בהם סיטואציות של אי-הקטנת הנזק סווגו על ידי בתי המשפט כמקרי אשם-תורם, ולפיכך הוחל בהם משטר של חלוקת אחריות.

ההבדל בתמריצי הניזוק בשלב הטרם-עוולתי והבתר-עוולתי נובע משילוב שני גורמים. הראשון נוגע לאופיין השונה של ההשקעות העומדות בפני הניזוק בכל אחד מהשלבים. בשלב הטרם-עוולתי, הניזוק יכול למנוע את הנזק באמצעות השקעה באמצעי זהירות. השקעות אלו רלוונטיות כל עוד התאונה טרם התרחשה. הניזוק אינו יכול להרוויח מ"דחייה" של ההשקעות האמורות, ובייחוד אינו יכול להרוויח מדחייתן עד למועד שלאחר מתן פסק הדין. הולך רגל שהיה יכול להפחית את הסיכון לתאונה על ידי חציית הכביש במעבר חצייה, אינו יכול לשפר את מצבו על ידי חציית הכביש במעבר החצייה לאחר התרחשות התאונה. השקעות הניזוק בשלב הטרם-עוולתי אפקטיביות כל עוד הנזק טרם התגבש, ולפיכך אין לניזוק תועלת מדחייתן.

לעומת זאת, במצבים אופייניים בהם ניזוקים עשויים להקטין את נזקם, השקעות בשלב הבתר-עוולתי אינן מוגבלות לתקופה שלפני מתן פסק הדין. כך באשר לתביעות שעניינן נזקי גוף. הדוגמאות הפרדיגמטיות להקטנת הנזק במקרים אלה כוללות טיפולים רפואיים, בחירה של משלח יד חלופי וגביית תשלום מצד שלישי. באשר לכל אחד מאלה מועד ההשקעה בהקטנת הנזק עשוי להיות נתון להחלטתו הבלעדית של הניזוק.

כאמור, טיפולים רפואיים הם אחת הדרכים המרכזיות שבהן ניזוקים הסובלים נזק גוף עשויים לפעול להקטנת הנזק.³⁰ ניזוק הסובל נזק גוף עשוי לבצע ניתוח שייטיב את מצבו לפני קבלת הפיצוי מהניזוק או אחריו. כך גם באשר לטיפולים רפואיים אחרים. כל עוד הטיפול הרפואי אינו נדרש באופן דחוף ומיידי, מועד הטיפול נתון להחלטתו של הניזוק.

שליטתו של הניזוק במועד הקטנת הנזק והרווח הפוטנציאלי מדחייתו עד לאחר גביית הפיצוי מהמזיק אינם מוגבלים דווקא למקרה של טיפול רפואי, והם מתקיימים גם בסוגים בולטים אחרים של הקטנת הנזק. למשל, בבחירתו של הניזוק להתאים את משלח ידו למצבו הרפואי. כאשר הניזוק אינו יכול להמשיך בעבודתו בעקבות התאונה, הוא עשוי להפחית את היקף הנזק (בגין הפגיעה בכושר ההשתכרות) על ידי בחירה במשלח יד התואם את מצבו הגופני החדש.³¹ גם במקרה זה הבחירה במשלח היד יכולה להיעשות טרם קבלת הפיצוי מהמזיק או אחריו, והיא נתונה במידה רבה לשיקול דעתו של הניזוק. כאמור, דוגמה נוספת היא גביית פיצוי מצד שלישי. במגוון מקרים (נזקי גוף, נזקי רכוש ונזקים כלכליים), ניזוק עשוי להקטין את חבותו של המזיק על ידי גבייה של כספים, או הטבות בעין, מצדדים שלישיים. כך כאשר לניזוק ביטוח אישי מסחרי, או כאשר הוא זכאי לתגמולי ביטוח או להטבות שונות במימון המדינה. גביית תשלומים אלה מצמצמת את נזקו של הניזוק, והיא עשויה להפחית את הנטל הכספי המוטל על המזיק. גביית התשלום, בדומה לדוגמאות הקודמות של הקטנת הנזק, יכולה להיעשות טרם גביית הפיצויים או לאחריה.

הגורם השני המבחין בין תמריצי הניזוק לפני קרות הנזק ולאחריו נוגע לכללי ספיות הדין. ברגיל, תשלום הפיצויים בנזיקין נעשה בדרך של תשלום חד-פעמי, הכולל הן פיצוי בגין נזקים שהתגבשו עד למועד התביעה והן בגין הנזקים הצפויים להתממש בעתיד.³²

30 ראו לדוגמה ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45 (1991).

31 חובה זו נדונה בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין Ford. ראו Ford Motor Co. v. Equal Employment Opportunity Commission, 458 U.S. 219 (1982).

32 דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף כרך א 601 (מהדורה חמישית, 2003).

כללי ההשתק קובעים כי הכרעת בית המשפט בתיק היא סופית, והצדדים אינם יכולים לבקש שינוי של סכום הפיצויים בשל שינויים מאוחרים במצבו של הניזוק,³³ בין שמצבו של הניזוק מתברר כחמור יותר משהעריך בית המשפט, ובין שהוא מתברר כחמור פחות. העיקרון של סופיות הדיון מאפשר לניזוק להרוויח מדחיית ההשקעה בהקטנת הנזק. כאשר הניזוק גובה מהמזיק תשלום בגין מלוא הנזק, דחיית ההשקעה בהקטנת הנזק מאפשרת לו לגרוף את מלוא הרווח מההשקעה. הואיל והמזיק אינו יכול לדרוש השבה של כספי הפיצויים בגין ההטבה במצבו של הניזוק לאחר מועד פסק הדין,³⁴ הניזוק נהנה מתשלום העולה על הנזק שנגרם לו בפועל (לאחר ההקטנה). אפשרות זו, כאמור, אינה קיימת בשלב הטרם-עוולתי.³⁵

33 ראו ע"א 30/80 מדינת ישראל נ' אשר, פ"ד לה(4) 788, 793 (1981): "אפשר בהחלט שנפגע, אשר זכה לפיצוי מסוים על נזקיו, יתאושו בעתיד, ובדרך כלל תוך שהוא עושה שימוש נכון בכספי הפיצויים, ויצליח להשתכר כבעבר – אם לא מעבר לכך. באותה מידה אפשר, שלמרות סכום הפיצויים שקיבל הנפגע ימשיך מצבו להתדרדר, והשתכרותו בפועל תפחת ותלך, הרבה מעבר לסכום ששימש מרכיב או נתון בחישובי השופט. פסק הדין הוא שמציב סוף פסוק לספקות והשערות אלה, ואין לחזור ולדוש בו, מפקידה לפקידה, על-פי ההתרחשויות שבפועל בחיק העתיד – לא במקרה שהשתכרות הנפגע גדלה מהמשוער ולא כשפחתה מהמשוער. צריך להיות סוף להתדיינות"; ע"א 7950/02 קלישבסקי נ' לוי (פורסם בנבו, 19.6.2007): "פיצוי הנפסק בגין הפסד השתכרות בעתיד, כמו גם פיצוי בגין ראשי נזק אחרים הצופים פני עתיד, מבוסס במידה רבה על השערות באשר למהלך חייו ובאשר לנתוני העסקתו של הניזוק בשלב שלאחר מתן פסק הדין. לפיכך, גם אם בפועל התרחשו הדברים לאחר מתן פסק הדין באופן שונה מזה ששימש בסיס לקביעת שיעור הפיצוי בעתיד, אין בכך בדרך כלל כדי להצדיק פגיעה בעיקרון סופיות הדין. זאת, בין אם מדובר בנתונים חדשים הפועלים לטובת הניזוק ובין אם מדובר בנתונים הפועלים לחובתו [...] (ההדגשה הוספה). כן ראו את פסק דינו של בית המשפט לערעורים במדינת ניו מקסיקו (New Mexico) בארה"ב, בעניין Fowler-Propst v. Dattilo, 111 N.M. 573, 574 (N.M. Ct. App. 1991): "[I]n personal injury litigation, experts attempt to assess the injured party's condition in order to predict future disability, medical care, pain and suffering, etc. Both parties know that their expert testimony may be proved wrong by subsequent events. Yet neither expects a favorable damages award to be set aside when future events show that the prediction was inaccurate. Such adjustments could go on indefinitely, leading to multiple reopening of a single case"

34 ראו Campbell v. Am. Foreign S.S. Corp., 116 F.2d 926, 927 (2d Cir. 1941): "If it were ground for a new trial that facts occurring subsequent to the trial have shown that the expert witnesses made an inaccurate prophecy of the prospective disability of the plaintiff, the litigation would never come to an end. The weight of authority is against the granting of a new trial on the ground of unexpected improvement in the plaintiff's condition, unless the evidence is sufficient to show fraud"

35 לצד הפסיקה אשר הדגישה את המכנה המשותף שבין דוקטרינת האשם התורם לנטל הקטנת הנזק (לעיל ה"ש 22), מעניין כי ניתן למצוא מקרים שבהם התייחס בית המשפט – גם אם בקצרה – לחשש בדבר התנהגות אסטרטגית של הניזוק בשלב הבתר-עוולתי. בע"א 379/89 דוננפלד נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.1993), דן בית המשפט בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לשלול פיצוי בגין נזק שהניזוק היה יכול להקטין בניתוח. בהחלטתו לדחות את הערעור מצייין השופט כך: "שהשופט קמא לא נטה להאמין בקיומו של חשש סובייקטיווי מצד המערער מפני הניתוח המוצע, ושקיימת איפוא אפשרות סבירה שהתכוון לעבור ניתוח כזה בעתיד". בעניין הקודחים (לעיל ה"ש 2) התייחס השופט ברנזון לאפשרות כי הניזוק עשוי להיות זכאי לפיצוי מצד שלישי. בהקשר זה, מצייין השופט ברנזון כי

ראוי להדגיש כי דחיית הקטנת הנזק בידי הניזוק למועד שלאחר פסק הדין עלולה במקרים מסוימים להפחית את התועלת מן ההקטנה. חלוף הזמן פוגע לעיתים ביכולתו של הניזוק להפחית את הנזק. כך למשל המצב ביחס לחלק מהטיפולים הרפואיים. התועלת מהטיפול הרפואי עשויה להישחק ככול שעובר הזמן. ייתכן שבעוד שהניזוק יכול היה בהשקעה של 10 להקטין נזק של 100 לו היה פועל מייד, דחייה של ההשקעה בהקטנת הנזק למועד שלאחר פסק הדין תביא להקטנה של הנזק בשיעור הנמוך מ-100. כך גם ביחס לסוגים אחרים של הקטנת הנזק.³⁶ עם זאת, כפי שנדגים בחלק הבא, תמריץ הניזוק לדחות את ההשקעה בהקטנת הנזק עשוי להתקיים גם במצבים אלה.

2. חלוקת אחריות בשלב הבתר-עולתי

כאמור, דוקטרינת הקטנת הנזק בנויה משני נדבכים: ראשית, היא קובעת שאם הניזוק לא עמד בנטל הקטנת הנזק, הוא לברו אחראי לנזק שלא הוקטן; שנית, נטל הקטנת הנזק מוטל על הניזוק, אך המזיק הוא שחייב בעלות הקטנת הנזק. חיובו של המזיק לשאת בעלות ההקטנה אינו תלוי בכך שפעולת ההקטנה ננקטה בפועל, והוא חל גם אם הניזוק לא עשה דבר.³⁷

הספרות המשפטית העוסקת בנטל הקטנת הנזק התמקדה בעיקר בהצדקות לחלקה השני של הדוקטרינה, כלומר לכלל הקובע את אחריותו של המזיק למלוא עלות ההקטנה. לעומת זאת, ספרות זו מיעטה להתייחס לחלקה הראשון, כלומר לכלל שלפיו האחריות לנזק שלא הוקטן מוטלת במלואה על הניזוק. כפי שהריסטייטמנט והכתיבה האקדמית הדגישו, חלק זה של הדוקטרינה מעורר קושי, שכן הניזוק נדרש לשאת לברו בנזק אף שהנזק נובע סיבתית מפעילותם של המזיק והניזוק כאחד. יתרה מזאת, כפי שצוין לעיל, תוצאה זו אינה מתיישבת עם הכלל הנקוט בשלב הטרם-עולתי, שבגדרו הצדדים נושאים באחריות משותפת לנזק

"אם ימתין [הניזוק] בפנייתו עד לאחר המשפט, אף כי היה לו יסוד סביר לפנות מזמן, עלול הוא בסופו של דבר לזכות ביותר מהנזק שנגרם לו והמערערת לא תוכל עוד לנכות את העודף הזה מהפיצוי, שהרי הפיצוי נקבע סופית אחת ולתמיד במשפט" (שם, בעמ' 288). ראו גם ת"א (שלום י-ם) 2015-09 יבגני נ' מירווייב, פס' 99 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן (פורסם בנבו, 10.11.2015) ("לא מן הנמנע, שכבר אז קיווה [התובע] שיפסקו לו פיצויים בהתאם למצבו באותה עת וכי לאחר מכן יוכל לשפר את מצבו באמצעות ניתוח"; ת"א (מחוזי י-ם) 1193/96 גבריאל נ' חיים, פס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 15.12.1999) ("אין הסבר מתקבל על הדעת לכך שהתובע לא חזר לעבודה מלאה [...] לא יכולתי להימנע מן הרושם כי מסתמנת כאן מגמה לרווח מישני, ואיני מוציאה מכלל אפשרות כי בסמוך לאחר סיום המשפט ישתלב התובע בעבודה מלאה וישתכר למחייתו").

36 עיכוב מצד הניזוק בבחירת עבודה התואמת את מצבו הגופני משמעה אובדן הכנסה פוטנציאלית. כמו כן, עיכוב גביית תשלומים מצדדים שלישיים מגבירה את הסיכון כי צד שלישי ייקלע לפשיטת רגל.

37 זאת משום שהאחריות הסיבתית לעלות ההקטנה מוטלת במלואה על המזיק. התרשלותו של הניזוק לא גרמה לרכיב נזק זה, משום שגם לו פעל ביעילות להקטנת הנזק, לא היה הנזק המגולם בעלות ההקטנה נמנע. לשם דוגמה, נניח כי המזיק גורם נזק של 100 שהניזוק יכול להקטין ל-0 בהשקעה של 70. אם הניזוק מתרשל ונמנע מלהקטין את הנזק, הרי הוא אחראי סיבתית ל-30, כלומר להיקף הנזק שאפשר היה להקטין (בשיעור 100) בניכוי עלות ההקטנה (בשיעור 70). אולם עלות ההקטנה עצמה, בשיעור 70, אינה נזק הנובע סיבתית מהתרשלותו של הניזוק. על המזיק אפוא לשאת ברכיב זה, בין שהניזוק הקטין את נזקו ובין אחרת.

ששניהם גורמים לו. כפי שראינו, נימוקים אלה מונחים בבסיס עמדת הריסטייטמנט (ותומכיה), הקוראת להרחבתו של כלל חלוקת האחריות לשלב הבתר-עוולתי. הדיון להלן מראה כי שלא כעמדת הריסטייטמנט והספרות המשפטית, קיימת הצדקה חשובה להפרדה שבין השלב הטרומ-עוולתי לבתר-עוולתי. בפרט, חלוקת האחריות בשלב הבתר-עוולתי תעודד ניזוקים לדחות את השקעתם בהקטנת הנזק למועד שלאחר פסק הדין. הפעלת כלל חלוקת האחריות בשלב הבתר-עוולתי משמרת את תמריצי הניזוק לפעול בעילות רק כשהחשש לדחייה אסטרטגית אינו קיים. תת-פרק 2. (א) להלן סוקר את הניתוח המקובל באשר למבנה של דוקטרינת הקטנת הנזק ולתפקידה. תת-פרק 2. (ב) מתמקד בקשר שבין כלל חלוקת האחריות ובין תמריצי הניזוקים לדחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק.

(א) הניתוח המקובל באשר לדוקטרינת הקטנת הנזק

כפי שהספרות הקיימת הדגישה, דוקטרינת הקטנת הנזק מתמרצת הן את המזיק (בשלב שלפני התגבשות הנזק) והן את הניזוק (בשלב שלאחריו) להשקיע במידה מיטבית במניעתם של נזקים.³⁸ יתרה מזאת, הדוקטרינה מבטיחה כי גם כאשר המזיק מתרשל, יישמרו תמריצי של הניזוק להקטין את הנזק באופן יעיל. תוצאות אלו, כך נטען, נובעות משילוב שני חלקיה של הדוקטרינה. מחד גיסא, הכלל שלפיו המזיק נושא לבדו בעלויות הקטנת הנזק, מתמרץ את המזיק להשקיע באמצעי זהירות יעילים. מאידך גיסא, הכלל שלפיו הניזוק נושא לבדו בעלות הנזק שלא הוקטן, מתמרץ את הניזוק להשקיע בהקטנת הנזק כל אימת שהדבר יעיל. הדוגמה הבאה ממחישה טענות אלו. נניח שבמקרה של תאונה עתיד הניזוק לסבול נזק ששיעורו 100, שאותו יוכל להקטין ל-0 בהשקעה של 70. הכלל שלפיו המזיק נושא לבדו בעלות הקטנת הנזק, מבטיח שתמריצי המזיק למניעת הנזק יהיו אופטימליים: כל עוד עלותם של אמצעי הזהירות נמוכה מ-70 יעדיף המזיק למנוע את הנזק מלכתחילה. כך למשל, מזיק היכול למנוע את הנזק בעלות של 50, יעדיף להשקיע באמצעי הזהירות ולהימנע מהחובה לשלם על הקטנת הנזק ($50 < 70$). כאמור, הדוקטרינה קובעת כי אחריותו בגין עלות ההקטנה אינה תלויה בהתנהגותו בפועל של הניזוק. כלל זה מתמרץ אותו אפוא להשקיע באמצעי זהירות יעילים, הן במשטר של אחריות חמורה והן במשטר של רשלנות. על אף התמריץ לנקוט אמצעי זהירות אופטימליים, ייתכן כמובן שהמזיק יפעל ברשלנות. בדוגמה לעיל, המזיק עלול שלא להשקיע 50, והתאונה תתרחש. הואיל והנזק הצפוי במקרה זה הוא 100, הקטנת הנזק היא יעילה ($70 < 100$). הכלל שלפיו הניזוק אחראי

38 למאמרים המרכזיים הדנים בניתוח הכלכלי של דוקטרינת הקטנת הנזק, ראו Donald Wittman, *Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages and Related Doctrines in the Law*, 10 J. LEGAL STUD. 65 (1981); Donald Wittman, *Last Clear Chance*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 446 (Peter Newman ed., 1998); Steven Shavell, *Torts in Which Victim and Injurer Act Sequentially*, 26 J.L. & ECON. 589 (1983); Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 VA. L. REV. 967 (1983); RICHARD A. POSNER, Eric A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 118–120 (7th ed. 2007). לסקירת ספרות ראו, Eric A. Posner, *Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 162 (2000).

לבדו על נזק שהיה יכול להקטין באופן יעיל, מתמרץ את הניזוק לפעול להקטנת הנזק. אם לא יקטין את הנזק, הוא יישא באחריות בשיעור של 30 (שכן המזיק, כאמור, חייב בעלות הקטנת הנזק גם אם הניזוק לא ביצע את ההקטנה בפועל). לעומת זאת אם יקטין את הנזק, הוא לא יישא באחריות כלל. כאשר המזיק התרשל, אינטרס הניזוק הוא אפוא לפעול להקטנה יעילה של הנזק.

(ב) כלל חלוקת אחריות

הניתוח הקיים מדגיש את יתרונותיה של דוקטרינת הקטנת הנזק ואת השפעתה על תמריצי הצדדים, אך הוא אינו מספק הסבר מדוע נדרש שהניזוק לבדו יישא באחריות לנזק שלא הוקטן. למעשה, הטיעון שבבסיס הניתוח תומך במסקנה ההפוכה. לא רק הכלל הקיים, אלא גם כלל המחלק את האחריות בין המזיק לניזוק יתמרץ את הצדדים להשקיע במידה מיטבית במניעת הנזק. יהיה המפתח לחלוקת הנזק אשר יהיה, הן המזיק והן הניזוק יעדיפו למנוע את הנזק כל אימת שהדבר יעיל.

ניתן להמחיש זאת באמצעות הדוגמה האחרונה, שבה עלות אמצעי הזהירות של המזיק היא 50, עלות ההקטנה לניזוק היא 70, ושיעור הנזק הוא 100. נניח עתה כי אם הניזוק נמנע מלהקטין את הנזק, הצדדים חולקים את האחריות לנזק שלא הוקטן (בסך 30). אף שבמבט ראשון נראה כי כלל זה שוחק את תמריצי הניזוק להקטין את הנזק, למעשה תמריצי הזהירות של שני הצדדים נותרים אופטימליים. גם לפי הכלל של חלוקת הנזק, לניזוק כדאי לפעול ביעילות להקטנתו, שכן אם יעשה כן יהיה פטור מכל עלות (שהרי המזיק הוא הנושא בעלות ההקטנה). לעומת זאת אם יימנע מלעשות כן, ייאלץ לשאת בחלק מן הנזק שלא הוקטן (כלומר בחלק מן ה-30). הניזוק יעדיף אפוא להשקיע ביעילות בהקטנת הנזק, כדי שלא לשאת בחלק מן הנזק הנגרם. בדומה לזה, המזיק, אשר יצפה את השקעתו היעילה של הניזוק בהקטנת הנזק, יפעל ביעילות למניעתו מלכתחילה, כדי שלא לשאת בעלות ההקטנה (בסך 70). לפיכך אם בכוחו של המזיק למנוע את הנזק בעלות של 50, הוא יעשה כן.

עמדת הריסטייטמנט נראית אפוא משכנעת. אימוץ משטר של חלוקת אחריות בשלב הבתר-עולתי מתמרץ את הצדדים להשקיע במידה מיטבית במניעת הנזק. אלא שמסקנה זו אינה מביאה בחשבון את היתרון האסטרטגי שכללי סופיות הדיון מעניקים לניזוקים. כאשר ניזוקים יכולים לדחות את ההשקעה בהקטנת הנזק למועד שלאחר פסק הדין, משטר של חלוקת אחריות יתמרץ אותם לעשות כן. דחיית ההקטנה באופן זה מאפשרת לניזוק לגרוף את מלוא התועלת מפעולת ההקטנה, כלומר את מלוא הפער שבין ערכה, בשיעור 100, לעלותה, בשיעור 70. אומנם הדחייה כרוכה גם בעלות מבחינתו, שכן לפי כלל החלוקה הוא נדרש לשאת בחלק מנזק זה (כלומר בחלק מן ה-30). ואולם, מאחר שהעלות שמטיל כלל החלוקה על הניזוק נמוכה ממלוא התועלת מן ההקטנה, אין בה כדי לשלול את התמריץ לדחייה אסטרטגית. בדוגמה שלעיל, אם האחריות בגין נזק שלא הוקטן מחולקת שווה בשווה בין הצדדים, דחיית ההקטנה מקנה לניזוק רווח של 15: בשלב הראשון הניזוק גובה מן המזיק את עלות ההקטנה בשיעור 70, ועוד מחצית מן הנזק שלא הוקטן בשיעור 15; בשלב השני הוא מפיק 30 נוספים מפעולת ההקטנה לאחר פסק הדין. הניזוק זוכה אפוא

בסכום כולל של 115, אף שנזקו הוא 100. לעומת זאת, אילו היה מקטין את נזקו לפני פסק הדין, הוא היה מפוצה על נזקיו בלבד, מבלי שהיה נותר בידו כל רווח נוסף. ראוי להדגיש שתמריצי הניזוקים לדחייה אסטרטגית עשויים להתקיים גם כאשר דחייה זו מפחיתה את התועלת מן ההקטנה. כפי שצינו לעיל, דוגמה בהקשר זה היא טיפול רפואי שעוֹכָבו עלול להפחית את התועלת ממנו. הפחתת התועלת מההשקעה בהקטנת הנזק שוחקת את הרווח שהניזוק עשוי לגרוף מדחייה אסטרטגית. ואולם, כל עוד הרווח לניזוק מן הדחייה גדול מחלקו בנזק על פי כלל החלוקה, האינטרס בדחייה אסטרטגית נותר על כנו. אם לשוב לדוגמה שלעיל, נניח שבמקרה שהניזוק דוחה את הקטנת הנזק לאחר פסק הדין הוא אינו יכול להיטיב את הנזק במלואו אלא רק להפחיתו ל-10. חרף השחיקה בתועלת מן הדחייה האסטרטגית הניזוק עדיין מעדיף לדחות את השקעתו. דחייה כאמור מאפשרת לו לגבות 85 מן המזיק (כבדוגמה שלעיל), ולאחר מכן להפיק 20 נוספים מהקטנת הנזק המאוחרת.³⁹ הסכום הכולל שמקבל הניזוק הוא אפוא 105, והוא נותר גבוה מן הנזק שנגרם לו בפועל (בשיעור 100).

כלל חלוקת האחריות מתמרץ אם כן את הניזוק לדחות את ההקטנה עד לאחר פסק הדין, כדי לגרוף לכיסו רווח נוסף. תוצאה זו, המתקבלת תחת כלל החלוקה, אינה מתקבלת תחת הכלל הקיים. כאשר הניזוק נדרש לשאת במלוא הנזק שנגרם מאי-ההקטנה (בסך 30), הדחייה האסטרטגית אינה יכולה עוד לשפר את מצבו. הרווח שמפיק הניזוק מן הדחייה האסטרטגית שווה (לכל היותר) להיקפו של הנזק שלא הוקטן. לפיכך לפי הכלל הקיים, העלות שהוא נאלץ לשאת בה בשל אי-ההקטנה לפני פסק הדין מקוזזת במלואה את התועלת מן ההקטנה לאחר פסק הדין.

הניתוח האמור מדגיש את תמריצי הניזוק לפעול ברשלנות בשלב הבתר-עוולתי. יש לציין כי החשש לדחייה אסטרטגית אינו מתקיים תמיד. במקרים שבהם הניזוק אינו יכול לדחות את ההשקעה בהקטנת הנזק, מיטשטשת ההבחנה בין השלב הבתר-עוולתי לשלב הטרם-עוולתי, ואין מניעה עקרונית להחיל משטר של חלוקת אחריות בשלב הבתר-עוולתי. אם לחזור לפסק הדין בעניין פלוני נ' משטרת ישראל שעליו עמדנו לעיל, בערכאות הדינויות התגלעה כאמור מחלוקת בין בית משפט השלום למחוזי באשר לסיווג הראוי של התרשלות הניזוק. בית משפט השלום סיווג את התנהגות הניזוק כאי-עמידה בנטל הקטנת הנזק, ואילו בית המשפט המחוזי סבר כי יש לסווגה כאשם תורם. בבית המשפט העליון קיבלה השופטת ברק-ארז את עמדת בית משפט השלום בנימוק כי "המבקש עצמו לא היה אשם בהחלטה זו [לשולחו למעצר] – אדרבה, הוא ניסה להניא את הקצין הממונה ממנה".⁴⁰ נימוק זה אינו נקי מספקות, שכן במקרה זה הנזק (השהייה במעצר) התגבש רק לאחר התרשלותו של הניזוק (הסירוב לחתום על כתב הערובה). במובן זה, דווקא עמדת בית המשפט המחוזי מתיישבת עם ההבחנה המקובלת באשר לחלוקת תחומי התחולה בין שתי הדוקטרינות. ואולם התוצאה אליה הגיעה השופטת ברק-ארז – הטלת אחריות משותפת לנזק על המזיק והניזוק – אינה בהכרח בלתי רצויה. הניזוק במקרה האמור לא היה יכול להקטין את נזקו לאחר מתן פסק הדין. חתימה על כתב הערבות הייתה מועילה טרם המעצר

39 הניזוק משקיע 70 ומצמצם את הנזק ב-90, כלומר מפיק רווח של 20 (70-90).

40 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, פס" 18.

(ובמהלכו), אך היא חסרת משמעות מרגע שהמעצר הסתיים. משכך, אין מתקיים החשש כי התנהגות הניזוק הייתה מקרה של דחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק. עם זאת, כפי שהראינו, החשש לדחייה אסטרטגית מתעורר במקרים אופייניים שבהם יכול הניזוק לנקוט אמצעים לצמצום נזקו. החשש האמור מדגיש את תפקידה הייחודי של דוקטרינת הקטנת הנזק. הדוקטרינה אינה מכוונת אך ליצירתם של תמריצי השקעה, אלא היא פועלת להבטיח כי ההשקעה תבוצע ללא דיחוי הנובע מטעמים אסטרטגיים. שיקולי פשטות וחיסכון במשאבים שיפוטניים עשויים להצדיק כלל הקובע כי בכל מקרה של התרשלות הניזוק בשלב הבתר-עוולתי תחול דוקטרינת הקטנת הנזק. הואיל והחשש לדחייה אסטרטגית מאפיין את השלב הבתר-עוולתי, ומתעורר במקרים מגוונים של הקטנת הנזק, כלל כאמור ימנע את החשש להתנהגות אסטרטגית. מנגד, פשטותו של הכלל מייתרת את הצורך להעריך את קיומו של הסיכון האסטרטגי בכל תיק.⁴¹

תכליתה של דוקטרינת הקטנת הנזק מסבירה אפוא את הפער שבין הכללים החלים בשלב הטרם-עוולתי לאלה החלים בשלב הבתר-עוולתי. אף שהמזיק והניזוק הם שניהם גורמים סיבתיים לנזק שלא הוקטן, וייתכן אף שאשמו של המזיק (בגרימת הנזק מלכתחילה) גדול מאשמו של הניזוק (באיי-הקטנת הנזק), האחריות לנזק זה צריכה ליפול על כתפיו של הניזוק בלבד. כל עוד הניזוק אינו נושא בו במלואו, התמריץ לדחייה אסטרטגית עומד על כנו.

ג. הקטנת הנזק: הניזוק וצדדים שלישיים

במצבים שונים הקטנת הנזק אפשרית לא על ידי הניזוק עצמו אלא באמצעות פעולתו של צד שלישי. קבוצה אחת של מקרים מסוג זה היא זו שבהם הניזוק נעדר כשירות פיזית או נפשית לפעול. קבוצה נוספת היא מקרים שבהם לניזוק אין ההכשרה, המיומנות או האמצעים הנדרשים לצורך פעולת ההקטנה. לדוגמה, כאשר המזיק גורם לניזוק נזק גוף היוצר סיכון מידי, רופא מיומן הנמצא בקרבת מקום עשוי להעניק לניזוק טיפול שייטיב את מצבו (ויפחית אגב כך את חבותו של המזיק).

ככלל, הדין אינו מטיל חובה על צדדים שלישיים לפעול להקטנת הנזק.⁴² לכלל זה הוצעו כמה הסברים. הסבר ראשון נשען על ערך ההגנה על החירות. המשפט, כידוע, מטיל בעיקר איסורים על נקיטת פעולות מסוימות ונזהר מהטלת חיובים שעניינם כפייה לפעול

41 הכרעה בין שתי הגישות תלויה ביחס שבין העלות השיפוטית הכרוכה במתן שיקול דעת לבתי המשפט וביתרונות הנובעים ממנו. ככל שהעלות האמורה נמוכה יחסית, הרי שהיתרון במתן שיקול דעת לבית המשפט מתחזק. במבט ראשון, מתן שיקול דעת לבית המשפט לקבוע חלוקת האחריות בשלב הבתר-עוולתי נראה כאימוץ גישת הריסטייטמנט. מסקנה זו שגויה. על פי הריסטייטמנט, על בתי המשפט להחיל משטר של חלוקת אחריות בכל מקרה של אי-הקטנת הנזק, לפי אשם היחסי של הצדדים. הניתוח לעיל מראה כי גם אם יש להקנות לבית המשפט שיקול דעת, הרי כל אימת שלניזוק אינטרס לדחייה אסטרטגית, יש להטיל עליו את מלוא האחריות לנזק שלא הוקטן.

42 ראו אריאל פורת נזיקין כרך א 185–200 (2013); Saul Levmore, *Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations*, 72 VA. L. REV. 879 (1986).

בדרך ספציפית.⁴³ הסבר שני נוגע לחשש מהרתעת יתר – הטלת חובה לפעול להקטנת הנזק עלולה להרתיע מיטיבים פוטנציאליים מלהגיע למקום שבו אפשר שתידרש עזרתם.⁴⁴ הסבר שלישי הוא שהטלת חובה משפטית להקטין את הנזק עלולה לשחוק את המוטיבציה ה"אלטרואיסטית" של צדדים שלישיים לפעול לטובת הניזוק.⁴⁵ צדדים השואבים סיפוק מפעולה התנדבותית עלולים לסייע פחות כאשר מתן סיוע מסווג כחובה משפטית.

עם זאת, המשפט מעודד צדדים שלישיים – בעיקר אנשי מקצוע – לפעול להקטנת הנזק בדרך של מתן "גזר". צדדים שלישיים המושיטים עזרה לניזוק מרצונם עשויים להיות זכאים לתשלום מהמזיק בגין השירות שהעניקו.⁴⁶ בדוגמה שלעיל, הדין הקיים קובע כי לאחר מתן הטיפול הרפואי יהיה הרופא זכאי לתשלום בגין שירותיו.⁴⁷ התשלום לצדדים שלישיים הוא בדרך כלל מוגבל. הוא אינו תלוי בשיעור ההטבה מנקודת מבטו של המזיק אלא לרוב נקבע על פי התשלום המקובל בשוק בגין הפעולה שהיטיבה את הנזק (כלומר בסכום המותר בידי

43 ראו למשל Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151, 203–204 (1973).

44 ראו William M. Landes & Richard A. Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans and other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. LEGAL STUD. 83, 119–124 (1978); Levmore, לעיל ה"ש 42, בעמ' 889–890.

45 ראו Landes & Posner, שם, בעמ' 94, 124. כן ראו Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest, *Private Takings, Private Taxes, Private Compulsory Services: The Economic Doctrine of Quasi-Contracts*, 15 INT'L REV. L. ECON. 463, 483 (1995). ואולם החשש לפגיעה במוטיבציה להציל מתעורר רק כאשר מניע ההצלה נטוע בשאיפת המציל לזכות באהדה חברתית (בשונה מן השאיפה הישירה להיטיב עם הניזוק), ורק כאשר המציל אינו יכול להשיג אהדה זו באמצעות ויתור על זכות הפיצוי. לדין, ראו Richard L. Hasen, *Rescue*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 327, 328 (Peter Newman ed., 1998).

46 אשר למשפט האמריקאי ראו RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 20–21 (2011). הוראה דומה אומצה בהצעת העקרונות של המשפט האירופי. ראו PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW 2941 (2008): "The remuneration due is the amount, so far as reasonable, which is ordinarily paid at the time and place of intervention in order to obtain a performance of the kind undertaken" הריסטייטמנט, זכותו של צד שלישי לתשלום חלה כאשר הלה פועל למניעת נזק גוף או רכוש (ס' 21), בהתייחסות לשווי השוק של הפעולה (ס' 49–50). לדיון במעמדו של כלל זה במשפט הישראלי ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 169–171 (מהדורה שלישית, 2015); ע"א 386/68 אהרוני נ' מירון, פ"ד כג(1) 46, 48 (1969). ס' 5 (א) לחוק עשיית עושר מחייב את הנהנה "להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה". פרשנות אפשרית של הסעיף היא שהמיטיב זכאי לא רק להשבה של ההוצאות שהוציא אלא גם לתשלום "חיובי" בשיעור שווי השוק של הפעולה שעשה. פרשנות כאמור מתיישבת עם ס' 414(א)(3) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011 ("מזכה שעשה, בתום לב וסבירות, מעשה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של הזוכה, בלי שהיה חייב לכך כלפיו על פי חוזה [...] בית המשפט רשאי לפסוק לו שכר ראוי"). בהקשר של הטבת נזקי גוף, זכאותו של המיטיב לפיצוי מעוגנת בס' 5 לחוק לתיקון דיני הניזוקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד–1964 (המיטיב נזק גוף זכאי ל"הוצאות, שכר שירות ודמי תמיכה"). לקביעה לפיה היקף הפיצוי לפי חוק הטבת נזקי גוף מחייב תשלומים החורגים מהחזר הוצאות ראו לאחרונה רע"א 8499/15 להק תעופה בע"מ נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 28.10.2018).

47 ראו למשל *In re Estate of Crisan*, 107 N.W.2d 907 (Mich. 1961).

הצד השלישי רווח סביר).⁴⁸ ההגבלה על שיעור ה"גזר" נועדה למתן את החשש כי מספר רב של צדדים שלישיים יפעלו על מנת לזכות בתשלום, כאשר די באחד מהם כדי להקטין את הנזק.⁴⁹ החשש לתחרות לא יעילה בין צדדים שלישיים קטן ככל שהתשלום המובטח מוגבל בהיקפו. ההנחה היא שתשלום סביר מאזן במידה מיטבית בין השאיפה לתמרץ צדדים שלישיים לפעול להקטנת הנזק ובין החשש מיצירתה של תחרות בין מספר רב מדי של מיטיבים פוטנציאליים.⁵⁰

ההסדר באשר לצדדים שלישיים מעורר את השאלה מדוע הוא אינו חל כאשר המיטיב הוא הניזוק עצמו. הדין הקיים מחייב את הניזוק לפעול להקטנת הנזק בשימוש ב"מקל"; אי־הקטנת הנזק מביאה להפחתת הפיצוי שהניזוק זכאי לו. לא זו בלבד, אלא שניזוק המיטיב את הנזק אינו זכאי ל"גזר" בדמות הזכות לחלק מרווחי ההקטנה. התמיהה בדבר ההסדר הקיים גדלה כאשר בוחנים את השיקולים שהוזכרו לעיל להצדקת המשטר החל על צדדים שלישיים ואת תמריצי הניזוק לפעול להקטנת הנזק.

נראה שהנימוקים נגד הטלת חובה על צדדים שלישיים להקטין את הנזק רלוונטיים במידה רבה גם ביחס לניזוק עצמו. מידת הפגיעה בחירותו של הניזוק, המחויב לפעול להקטנת הנזק, אינה נופלת מהפגיעה שהייתה נגרמת לצדדים שלישיים לו היה החוק מטיל חובה כאמור גם עליהם. כמו כן, החשש מהרתעת יתר קיים גם כשמדובר בניזוק: קיומו של נטל הקטנת הנזק עלול להרתיע ניזוקים מלהשתתף בפעילות שבה הם עלולים להיפגע על ידי המזיק – ניזוק פוטנציאלי יעדיף שלא להסתכן, או לנקוט אמצעי זהירות מוגברים, כדי לצמצם את הסיכון להימצא בסיטואציה שבה הוא יידרש להקטין את נזקו (לעבור ניתוח, להחליף עבודה וכו'). גם באשר לשיקול האלטרואיסטי, הטלת החובה להיטיב את הנזק פוגעת במוטיבציה ה"זולתנית" של הניזוק לפעול להקטנת הנזק.

יתרה מזאת, נדמה כי אין כל מניעה לתמרץ ניזוקים להיטיב את נזקם במתן "גזר" – כלומר בדומה לדרך פעולתו של המשפט באשר לצדדים שלישיים. במקום משטר המבוסס על "מקל" בדמות הנטל להקטין את הנזק, היה אפשר להחיל משטר המבטיח לניזוק חלק מן התועלת המתקבלת מן ההקטנה. אם לחזור לדוגמת הניזוק היכול להקטין את נזקו ב־100 בהשקעה של 10, הרי אפשר לתמרצו להקטין את הנזק באמצעות הקביעה כי אם יעשה כן, יזכה בתשלום (מהמזיק) העולה על 10. לפי כלל כזה יעדיף הניזוק להקטין את הנזק, שכן

48 ראו ס' 20–21 לריסטייטמנט, וההערות לסעיפים אלה. כן ראו פרידמן ושפירא בר־אור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 170–171.

49 ראו למשל פורת נזיקין, לעיל ה"ש 42, בעמ' 190. לטיעון אנלוגי בנוגע לתמריצים יעילים לחיפוש נכסים או ליצירתו של קניין רוחני ראו STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 34–38, 144–145 (2004); Dean Lueck, *The Rule of First Possession and the Design of the* Dale Mortensen, *Property* Law, 38 J. L. & ECON. 393 (1995). לדיון כלכלי מופשט יותר, ראו *Right in Mating, Racing and Related Games*, 72 AM. ECON. REV. 968 (1982).

50 טעם נוסף שהוצע להגבלת היקפו של הפרס הוא החשש כי פרס גדול עלול להוביל להרתעת יתר של פעילויות שעלולות להצריך הצלה. כמו כן, פרס גדול עלול לעודד מצילים בכוח לגרום למצוקת הניזוק במתכוון, כדי שיוכלו לאחר מכן להצילו ולזכות בפרס. ראו Steven Shavell, *Contractual Holdup* Levmore; and *Legal Intervention*, 36 J. LEGAL STUD. 325 (2007), לעיל ה"ש 42, בעמ' 886–887.

כך הוא יהיה זכאי לחלק מהרווח הנובע מההקטנה. משטר זה גם משמר את תמריצי המזיק שלא להתרשל מלכתחילה. אם המזיק יכול למנוע את הנזק בעלות הנמוכה מ-10 (כלומר כאשר המזיק הוא מונע הנזק היעיל), הוא יעדיף שלא להתרשל ולהימנע מהתשלום (הצפוי) לניזוק בגין הקטנת הנזק.

השוואת תנאיו של הניזוק לאלה של צדדים שלישיים מתיישבת גם עם השיקולים הנוספים שעליהם עמדנו לעיל. ביטול נטל הקטנת הנזק מאיין את החשש מפגיעה בחירותו של הניזוק. כמו כן משטר המעניק לניזוק חלק מרווחי ההקטנה מונע את השחיקה במוטיבציה האלטרואיסטית שלו לפעול להקטנת הנזק, שכן ניזוק המעוניין בכך יוכל לוותר על זכותו לקבל תשלום בגין ההקטנה. לבסוף החשש הקיים בנוגע לצדדים שלישיים שמא מתן התשלום בגין הקטנת הנזק ייצור "תחרות" לא יעילה, אינו קיים כאשר הניזוק הוא שמקטין את הנזק. סוגי הקטנת הנזק האופייניים לניזוק – טיפול רפואי, התאמת משלח יד, וגביית תשלום מצד שלישי – הם כאלה שהוא בלבד יכול לעשותם.⁵¹

המשטר האמור נראה ראוי אף משיקולי צדק. תחת המשטר הקיים, המשפט מחריג את הניזוק מבין כלל מיטבי הנזק האפשריים, בהטילו עליו חובה להקטין את הנזק בלא כל זכות ליהנות מפירות ההקטנה (הניתנים במלואם למזיק).⁵² כך יוצא שדווקא הניזוק, מי שכלפיו פעל המזיק ברשלנות ותוך התעלמות מזכויותיו, נדרש להפחית את חבותו הכספית של המזיק, תוך שהוא עצמו אינו מרוויח מכך דבר. היה ניתן לצפות שמעמדו של הניזוק יהיה, לכל הפחות, זהה לזה של שאר המיטיבים. הכלל הקיים מפלה לרעה את הניזוק, תוך שהוא מיטיב עם המזיק – אשר רק בשל רשלנותו נדרש הניזוק לפעול להקטנת הנזק.

הניתוח שאנו מציעים באשר לתכליתה של החובה להקטין את הנזק מסביר את הפער שבין ההסדר המשפטי החל על צדדים שלישיים לזה החל על הניזוק. ההבדל נעוץ בזכותו של הניזוק לקבל פיצוי מהמזיק בגין הנזק שנגרם לו. משטר המעניק לניזוק זכות לחלק מהרווח הנובע מן ההקטנה (מבלי לאיים באותה עת ב"מקל") עלול שלא להספיק כאשר הניזוק יכול לדחות את מועד ההקטנה עד לאחר מתן פסק הדין. דחייה זו עשויה להסב לניזוק רווח ניכר, בשיעור העולה על התשלום שלו הוא יהיה זכאי לקבל מהמזיק. בדוגמה לעיל, במקרה של דחייה צפוי הניזוק להרוויח 90 (10-100). גם אם נניח משטר חלופי נדיב במיוחד, שלפיו זכאי הניזוק לקבל מחצית משווי הקטנת הנזק (45), לא יהיה בכך די כדי לתמרץ אותו להקטין את הנזק בזמן. הניזוק יעדיף לוותר על ההקטנה לפני פסק הדין (חרף התשלום שבצידה) כדי לזכות ברווחי ההקטנה המלאים לאחריו (90 < 35).

51 טיעון אפשרי העשוי להצדיק הבחנה בין צדדים שלישיים לניזוקים הוא הפער ביכולת להעריך את מצב תודעתו של צד שלישי לעומת זה של הניזוק. כפי שפרופ' פורת מציין, הטלת חובת הצלה על צדדים שלישיים תחייב "לקבוע בכל מקרה שיגיע לבית המשפט האם המציל בכוח היה ער לכך שהניצול בכוח היה זקוק לעזרתו, האם הוא הבין את הנסיבות המיוחדות שנוצרו [...] (ראו פורת נויקין, לעיל ה"ש 42, בעמ' 190). קושי זה ככלל אינו מתעורר במקרה של הניזוק, המודע לקיומו של הנזק ולדרכים שבהן ניתן להקטינו. עם זאת גם הטיעון האמור אינו מסביר מדוע במקרה של אי-הקטנת הנזק יש צורך בהטלת סנקציה על ניזוק, ולא די בהסדר המעניק לניזוק חלק מרווחי ההקטנה.

52 לטענה כי החלתו של נטל זה אינה צודקת ראו Seana V. Shiffirin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708, 725-726 (2007).

החשש האמור אינו קיים כשמדובר בצדדים שלישיים. הואיל והם אינם זכאים לפיצוי בגין הנזק, הם אינם מרוויחים דבר מדחיית ההקטנה למועד מאוחר. משכך, הבטחה ל"גזר" בדמות רווח סביר על השקעתם בהקטנת הנזק די בה כדי לתמרץ אותם לפעול ביעילות. מה שנראה אפוא כאפליה נגד הניזוק הוא כלל משפטי המתחשב ביתרון האסטרטגי שהניזוק נהנה ממנו בהתחשב בזכותו לקבל פיצוי בשיעור הנזק שממנו הוא סובל. הספרות העוסקת בחובת הקטנת הנזק מדגישה לעיתים את קיומם של "יחסי קרבה" בין הניזוק למזיק, שמהם נגזרת חובת הניזוק לפעול להקטנת הנזק. כך לדוגמה בעניין גולדפרב ציין בית המשפט:

מטען נורמטיבי זה של הנטל להקטנת הנזק צריך לשקף את השיקולים המתחרים וצריך לתת ביטוי לצורך של הניזוק להתחשב באינטרסים של המזיק [...] אין לאפשר לניזוק להתעלם מהאינטרסים של המזיק [...] יש לדרוש מהניזוק כי יתחשב הן באינטרס של עצמו והן באינטרס של המזיק, תוך איזון ראוי ביניהם. שישקף את תחושת הצדק של הציבור הנאור בישראל.⁵³

בית המשפט אינו מסביר מדוע נדרש הניזוק לפעול לטובתו של המזיק, ומדוע אין קיימת חובה כזאת כאשר מדובר בצד שלישי. כאמור, יחסי מזיק-ניזוק מצדיקים מסקנה הפוכה, שלפיה חובתו של הניזוק לפעול לטובתו של המזיק חלשה מחובתם של צדדים שלישיים. הניתוח לעיל עשוי לספק הסבר לדברי בית המשפט. מעמדו המיוחד של הניזוק אינו נובע מקיומה של אינטראקציה בינו לבין המזיק, אלא מזכותו לקבל פיצוי ומיכולתו לבחור את המועד שבו יפעל להקטנת הנזק. ההסבר בדבר החשש מדחייה אסטרטגית יוצק תוכן לאמירות בדבר קיומו של "יחס קרבה" בין הניזוק לנתבע, והוא מספק הצדקה להבחנה בין הניזוק לצדדים שלישיים.

* * *

הניתוח עד עתה התמקד בהצדקת ההסדרים הקיימים להקטנת הנזק, הן בהבחנתם מהסדרי האשם התורם והן בהבחנתם מן ההסדרים החלים על צדדים שלישיים. בפרק הבא אנו מראים כי לניתוח שאנו מציעים חשיבות נורמטיבית באשר לאופן שבו על בתי המשפט להפעיל את נטל הקטנת הנזק במצבי ספק.

53 ראו עניין גולדפרב, לעיל ה"ש 30, פס' 10 לפסק דינו של השופט ברק. ראו גם ע"א 544/10 פלונית נ' עיריית כפר קאסם, פס' לט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.3.2013): "ברי כי על אדם מן היישוב שלא לנצל את הנסיבות שאליהן נקלע להעצמת הנזק כדי להגדיל פיצוי, אלא חובתו לפעול להקטנת הנזק, ועל בתי המשפט לתת לחובה זו ביטוי". החשש שעליו עומד השופט רובינשטיין, לפיו הניזוק יפעל להגדלת הפיצוי יותר מנזקו בפועל, מתקיים רק במקרה של דחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק.

ד. מקרי ספק

בתביעות שנדונה בהן התרשלות הניזוק, בית המשפט עשוי להידרש למקרים המעוררים שני סוגים של ספקות משפטיים הדורשים הכרעה. סוג הספק הראשון עניינו מקרים שבהם מתעוררת השאלה כיצד יש לסווג את התנהגות הניזוק – אם כאשם תורם ואם כאי-עמידה בנטל הקטנת הנזק. בעוד שהספרות הקיימת התקשתה לאמץ מבחן סיווג ברור באותם מקרי ספק – ובפרט, במקרים של נזק מתמשך – אנו מציעים כי, בהתאם לניתוח שלעיל, על הסיווג להתבסס על זיהוי תמריץ הניזוק לפעול ברשלנות. סוג הספק השני עימו מתמודד בית המשפט עניינו הנטל הראייתי המוטל על המזיק המבקש להוכיח את אשמו של הניזוק. במסגרת הדרישה שלפיה על בעל דין להוכיח את טענותיו "במאזן הסתברויות", על בית המשפט לקבוע את הרף הראייתי הקונקרטי העומד בפני המזיק. כפי שאנו מראים, בקביעת רף זה על בית המשפט להביא בחשבון את האינטרסים השונים של הניזוק בשלב הטרומ-עולתי והבתר-עולתי. יתרה מזאת, אנו מראים כי מקרים של אשם תורם והקטנת הנזק הנחזים להיות אנלוגיים, למעשה מחייבים אימוץ של דרישות ראייתיות הפוכות.

1. סיווג התרשלות הניזוק

במקרים רבים שאלת סיווג התנהגותו של הניזוק אינה מעוררת קושי. כך כאשר ניתן לזהות בבירור אם התנהגות הניזוק הייתה לפני התגבשות הנזק או אחריו. השימוש במועד התגבשות הנזק כ"קו הגבול" המבחין בין מרחב תחולתן של שתי הדוקטרינות משקף את העובדה כי קיומו של נזק הוא אחד מיסודותיה של העוולה (רשלנות והפרת חובה חקוקה) או הנזק שבגיננו מוגשת התביעה. מועד התגבשות הנזק מבחין אפוא בין שני שלבים: כלל האשם התורם חל בשלב הטרומ-עולתי, כלומר בשלב שבו טרם התקיימו כלל יסודות העוולה (או טרם התגבש הנזק בר התביעה), ואילו כלל הקטנת הנזק חל בשלב שלאחר מכן. עם זאת, הבחנה זו בין השלב הטרומ-עולתי לבתר-עולתי נעשית מורכבת כאשר התגבשות הנזק אינה מתרחשת ברגע אחד אלא נמשכת לאורך זמן (מציאות שכיחה, בעיקר במקרים שבהם נגרם נזק גוף). בהקשר זה העלתה הספרות שתי אפשרויות נוגדות: אפשרות אחת היא כי קו הגבול נקבע במועד שבו התגבש נזק כלשהו, שדי בו כדי לבסס עילת תביעה נגד המזיק.⁵⁴ אפשרות אחרת היא כי קו הגבול נקבע במועד שבו התגבש הנזק בשלמותו, כלומר בסיומו של הליך התפתחות הנזק.⁵⁵

54 ההבחנה המקובלת בין אשם תורם להקטנת הנזק נשענת על גישה זו. ראו אדר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 403–404. כן ראו עניין יחזקאלי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 338 ("פירושו של נטל הקטנת הנזק] הוא כי לאחר אירוע הנזק התרשל התובע ולא מילא את חובתו להקטין את הנזק"); James Goudkamp, *Rethinking Contributory Negligence, in TORT LAW: CHALLENGING ORTHODOXY* 323, 330–332 (Jason W. Neyers, Stephen G. Pitel & Erika Chamberlain eds., 2013) ("Most legal writers and judges apparently believe that [...] contributory negligence looks to the claimant's behaviour prior to or contemporaneously with the defendant's tort whereas the mitigation principle turns attention to the claimant's conduct after the commission of the tort")

55 לדין בהבחנה שבין האפשרויות ובהשלכותיה ראו Iain D. Field, *Contributory Negligence and the Rule of Avoidable Losses*, 38 OXF. J. LEG. STUD. 475, 482–491 (2018).

כפי שהספרות הראתה, כל אחת מהגישות מעוררת קשיים מהותיים. באשר לגישה הראשונה, היא אינה מתיישבת עם הדין הנוהג, שכן בתי המשפט נזקקים לדוקטרינת האשם התורם גם כאשר התנהגות הניזוק מתרחשת לאחר התגבשותו של נזק ראשוני.⁵⁶ יתרה מזאת, גם במישור העיוני היא מובילה לתוצאות לא רצויות, שכן לעיתים הניזוק מתוודע לקיומו של הנזק (הראשוני) רק בשלב מאוחר.⁵⁷ הגישה השנייה מעוררת אף היא קושי, שכן עיכוב בהחלתו של נטל הקטנת הנזק עד להתגבשותו הסופית חושף את המזיק לאחריות בגין נזקים שהניזוק היה יכול למונעם.⁵⁸

דוגמה לנזק מתמשך היא מקרה שבו המזיק גורם ברשלנותו לניזוק נזק גוף, המוחמר לאחר מכן בשל התנהגותו הרשלנית של הניזוק. למשל, מזיק הגורם לניזוק פגיעה ברגל, ולאחר מכן, על אף הפגיעה, בוחר הניזוק לרדת בגרם מדרגות תלול ולכן מועד, ובכך מחמיר את מצב הפגיעה. לפי הגישה שלפיה הקו המפריד בין תחולת הדוקטרינות הוא רגע קרות יחידת הנזק הראשונה, התרשלנות הניזוק תסווג כהפרה של נטל הקטנת הנזק, שכן היא מתרחשת לאחר שהתגבשה עילת תביעה נגד המזיק. לעומת זאת על פי הגישה שלפיה קו המבחין הוא מועד התגבשות כלל הנזק, התנהגות הניזוק תסווג כאשם תורם, שכן רק לאחר נפילת הניזוק התגבש כלל הנזק שבגיניו מוגשת התביעה. כאמור, בספרות ניתן למצוא תמיכה לכל אחת מהעמדות האמורות.⁵⁹

בעוד הספרות הקיימת מתמקדת באיתור נקודת הזמן בה ראוי למתוח את קו הגבול, נראה כי במקרים של נזק מתמשך קו זה צריך להיקבע עם מטרתן הפונקציונלית של כל אחת מהדוקטרינות. כמוסבר לעיל, עמדתנו היא שההבדל בין כלל האשם התורם לנטל הקטנת הנזק איננו סמנטי בלבד, אלא נגזר מהשוני בטיבה של ההתנהגות שאותה כל דוקטרינה מבקשת להרתיע. כפי שהראינו, להבדל בתמריצי הניזוק חשיבות בקביעת משטר האחריות המתאים. בעוד שאין מניעה לאמץ משטר של חלוקת אחריות בשלב הטרומ-עולתי, אימוץ המשטר בשלב הבתר-עולתי עלול לעודד ניזוקים לדחות באופן אסטרטגי את ההשקעה בהקטנת הנזק. קו ההפרדה התוחם את מרחב תחולתן של שתי הדוקטרינות צריך להיעשות לפי הבחנה זו.

גישתנו מסבירה את ההדגשה בדין הקיים של מועד קרות הנזק כגורם המבחין בין שתי הדוקטרינות, אך היא גם מספקת תשתית לאופן בו על בתי המשפט לפעול במקרים מורכבים בהם הנזק מתגבש לאורך זמן. בתביעות בהן לא מתקיים החשש לדחייה אסטרטגית, אין מניעה כי בית המשפט יסווג את התרשלנות הניזוק כ"אשם תורם" ויחלק את האחריות לנזק בין הצדדים. לעומת זאת, כאשר חשש כאמור קיים, סיווג התנהגות הניזוק כ"אשם תורם" יוביל להרתעת חסר של הניזוק. במקרה האחרון על בית המשפט לסווג את התנהגות הניזוק כהפרה של נטל הקטנת הנזק, ולהטיל עליו את מלוא האחריות לנזק המוחמר.

56 ראו למשל שם, בעמ' 484. כן ראו Robert Stevens, *Should Contributory Fault be Analogue or Digital?*, in DEFENCES IN TORT 247, 259–260 (Andrew D.J. Goudkamp & Frederick Wilmot-Smith eds., 2015).

57 ראו Adar, לעיל ה"ש 11, בעמ' 819.

58 ראו Field, לעיל ה"ש 55, בעמ' 491.

59 שם, בעמ' 482–491.

בדוגמה לעיל, רשלנותו של הניזוק (ירידה בלתי זהירה בגרם המדרגות) אינה מעוררת את החשש לדחייה אסטרטגית. לפיכך אין מניעה לסווג את התנהגות הניזוק כאשם תורם. ואולם, במקרים דומים לכאורה סיווג כאמור אינו רצוי. כך למשל, אם התרשלות הניזוק הייתה הימנעות מטיפול רפואי, ובעקבות זאת הוחמרה הפגיעה ברגל, הרי שסיווג ההתנהגות כאשם תורם תאפשר לניזוק להתעשר על חשבון המזיק. תחת כלל של אחריות משותפת, הניזוק עשוי לגבות פיצויים (חלקיים) בגין נזק ההחמרה, ולטפל ברגלו לאחר מועד פסק הדין. סיווג התרשלות הניזוק כהפרה של חובת הקטנת הנזק במקרה האחרון תמנע את חיובו של המזיק בפיצוי יתר. כפי שדוגמאות אלה ממחישות, מורכבותם של המקרים בהם נזק מתמשך מקשה על אימוץ כלל פשוט, המתבסס על נקודת זמן אחת, כקו המבחין בין תחולת שתי הדוקטרינות. במקרים אלה על בתי המשפט לקבוע את הסיווג בהתאם לאינטרס של הניזוק לפעול באופן רשלני. ככול שאינטרס זה הוא חיסכון באמצעי זהירות, אין מניעה להחיל משטר של חלוקת האחריות. לעומת זאת, כאשר האינטרס הוא דחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק, יש להטיל את מלוא האחריות בגין החמרת הנזק על הניזוק.

2. הנטל הראייתי להוכחת התרשלות הניזוק

כאמור, סוג שני של ספק שעומו מתמודדים בתי המשפט הוא הספק הראייתי. מטבע הדברים, הראיות בתיק עשויות לתמוך ביותר ממסקנה אחת באשר לאחריותו של הניזוק. על בית המשפט לקבוע את הרף הראייתי המוטל על המזיק המעלה טענה באשר להתנהגותו הרשלנית של הניזוק. בכל קביעה כזאת מתעורר חשש לשני סוגים של טעויות, ומשמעותה המרכזית של קביעה זו היא חלוקת ההסתברויות בין שני סוגי הטעות שבית המשפט עלול לגרום: האפשרות שבית המשפט יכריע שהניזוק התרשל אף שהתנהגותו למעשה הייתה סבירה (type 1 error), והאפשרות שבית המשפט יכריע שהניזוק לא התרשל אף שלמעשה התנהגותו הייתה רשלנית (type 2 error). ככל שהרף הראייתי שהמזיק נדרש לעמוד בו נמוך יותר, כך גדל הסיכון להכרעה שגויה מהסוג הראשון. ולהפך, ככל שהרף גבוה יותר, כך גדל הסיכון להכרעה שגויה מהסוג השני. הנטל הראייתי האופטימלי הוא זה הממזער את סך העלויות הנובעות משני סוגי הטעות האמורים.⁶⁰

טענתנו היא שבקביעת הרף הראייתי המוטל על המזיק, על בתי המשפט להביא בחשבון את תמריץ הניזוק לפעול ברשלנות, ובייחוד את הרווח שהוא עשוי להפיק מהתנהגות זו.⁶¹

60 דיון זה מתמקד אפוא בשיקול אחד המשפיע על היקפו הרצוי של הרף הראייתי – זה הנגזר מן ההבחנה שבין שתי הבעיות האמורות. לצד שיקול זה הרף האופטימלי עשוי להיות מושפע גם משיקולים נוספים, כגון השפעתו על היקף הנזק החברתי הצפוי מעיוות תמריצי הצדדים, והשפעתו על העלויות הכרוכות בהבאת הראיות ושקילתן. לדיון כלכלי תאורטי בשיקולים המשפיעים על הרף הראייתי האופטימלי ראו למשל Kathryn Spier, *Litigation*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 259, 285–287 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007); טליה פישר ואלכס שטיין "ראיות" הגישה הכלכלית למשפט 1103, 1105–1109 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

61 כפי שבתי המשפט הבהירו, לעומת נטל ההוכחה במשפט שהוא קבוע, היקף הראיות הנדרשת מבעל הדין אינו קבוע אלא תלוי במידת האשם שהוא מייחס לבעל הדין שכנגד ולאינטרסים המוטלים על הכף,

בשל ההבדל בין תמריצי הניזוק לפעול ברשלנות בשלב הטרם-עוולתי לעומת הבתר-עוולתי, על בתי המשפט להבחין בין מקרים של אשם תורם למקרים של אי-הקטנת נזק. ככלל, תמריצי הניזוק לפעול ברשלנות בשלב הטרם-עוולתי חזקים יותר ככל שעלות הזהירות גבוהה יותר. לעומת זאת, בשלב הבתר-עוולתי, תמריצי הניזוק לפעול ברשלנות חזקים ככל שההשקעה הנדרשת ממנו נמוכה יותר. לפיכך מקרי התרשלות הנחזים להיות אנלוגיים עשויים להצדיק החלה של סטנדרטים ראייתיים שונים.

הדוגמאות להלן מסייעות להמחיש את הטענה. בדוגמאות אלה אנו מניחים כי במקרה של אשם תורם מצד הניזוק, הוא חב באופן מלא על הנזק לו הוא אחראי. עם זאת, הניתוח להלן תקף גם אם במקרה של אשם תורם התוצאה היא אחריות יחסית של הניזוק.

דוגמה 1: אשם תורם (עלות ההשקעה לניזוק היא 150 או 10)

המזיק טוען שהניזוק היה יכול למנוע נזק של 100 בהשקעה באמצעי זהירות. הניזוקים נחלקים לשתי קבוצות: אלו היכולים למנוע את הנזק בהשקעה של 10, ואלו היכולים למנועו בהשקעה של 150. המזיק טוען כי הניזוק שייך לקבוצה הראשונה. הניזוק טוען כי הוא משתייך לקבוצה השנייה.

דוגמה 2: הקטנת הנזק (עלות ההשקעה לניזוק היא 150 או 10)

המזיק טוען כי הניזוק היה יכול להקטין נזק של 100 בהשקעה בהקטנת הנזק. הניזוקים נחלקים לשתי קבוצות: אלו היכולים להקטין את הנזק בהשקעה של 10, ואלו היכולים להקטין בהשקעה של 150. המזיק טוען כי הניזוק שייך לקבוצה הראשונה. הניזוק טוען כי הוא משתייך לקבוצה השנייה.

בשל הספק באשר ליכולתו של הניזוק למנוע את הנזק ביעילות על בית המשפט להכריע באשר לרף הראייתי שיש להטיל על המזיק. בדוגמה 1, בית המשפט יכול להרתיע ניזוקים השייכים לקבוצה הראשונה מלהתחזות לניזוקים מהקבוצה השנייה, כל עוד הסיכוי לחשיפתם עולה על 10%. זאת משום שהרווח של ניזוק מהתחזות כאמור הוא 10 בלבד – הסכום הנחסך ממנו כאשר הוא חומק מהחובה להשקיע באמצעי זהירות יעילים. די אפוא בסיכוי של (מעט מעל) 10% שמצג השווא ייחשף (והניזוק יימצא בעל אשם תורם לנזק בשיעור 100), כדי להרתיע אותו.⁶² כנגד זאת, בדוגמה 2, הרווח של הניזוק מהתחזות הוא 90, שכן דחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק לאחר מועד פסק הדין תבטיח לו את מלוא

ובסעד שאותו הוא מבקש. לעמדת המשפט הישראלי וסקירת ספרות ראו יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין ישראלי 371–383 (2013).

62 ההסבר הוא כדלקמן: אם הניזוק ישקיע באמצעי זהירות, הוא יישא בעלות של 10 בוודאות. לעומת זאת אם לא ישקיע (ויטען טענה שקרית כי עלות אמצעי הזהירות עבורו היא 150), אזי בהסתברות של 90% הוא לא ייחשף ולא יישא בעלות כלשהי, ובהסתברות של 10% הוא ייחשף ויישא בעלות של 100. לפיכך כדי שמצג השווא יהיה לא כדאי לניזוק, על הסתברות החשיפה לעלות על 10%.

רווחי ההקטנה (10-100). אם הניזוק יכול לדחות את הקטנת הנזק ללא עלות נוספת (כלומר כאשר דחייה אינה גוררת עלייה במחיר ההשקעה הנדרשת בהקטנת הנזק או שחיקה באפקטיביות של ההשקעה האמורה), הרי שלניזוק אינטרס להתחזות בלא תלות בסיכוי שהתחזותו תיחשף.⁶³ כאשר דחייה של הקטנת הנזק מובילה לירידה בערך ההקטנה (למשל משום שהעלות של פעולת ההקטנה עולה), הרי שעל הסתברות התפיסה להיות גבוהה יותר ככל שירידת הערך מתונה יותר. אם לדוגמה בשל דחייה של הקטנת הנזק עלות הקטנת הנזק תדרוש מהניזוק השקעה נוספת של 10, אזי כדי להרתיע ניזוק זה מהתחזות נדרש שסיכויי החשיפה יהיו בשיעור של (מעט מעל) 88.8%⁶⁴.

במבט ראשון, שתי הדוגמאות נראות דומות, אך כאמור בכל אחת מהן תמריץ הניזוק לפעול ברשלנות הוא בעל עוצמה שונה. בשלב הטרומ-עולתי (דוגמה 1), כאשר עלות המניעה היא נמוכה, הניזוק מרוויח מעט מהתנהגותו הרשלנית. זאת משום שהרווח שמסיבה לו ההתרשלות הוא החיסכון הכרוך בנקיטת אמצעי הזהירות. לעומת זאת, בשלב הבתר-עולתי (דוגמה 2), כאשר עלות מניעת הנזק היא נמוכה, התנהגות רשלנית מבטיחה לניזוק רווח גדול. במקרה זה התועלת שמסיבה לו ההתרשלות מגולמת לא בחיסכון של עלות הקטנת הנזק, אלא ברווח הנובע מדחיית של פעולת ההקטנה למועד שלאחר פסק הדין. ככל שהפער בין עלות הקטנת הנזק ובין היקפו של הנזק המוקטן גדול יותר, כך הרווח לניזוק מן הדחייה גדול יותר.

היחס שבין שתי הדוקטרינות מתהפך כאשר עלות מניעת הנזק גבוהה. כפי שממחישות דוגמאות 3 ו-4, במצב זה תמריץ הניזוק לפעול ברשלנות מתגבר בשלב הטרומ-עולתי ונחלש בשלב הבתר-עולתי.

63 זאת משום שלפי כלל הקטנת הנזק, ניזוק רשלין זכאי לפיצוי מהמזיק בשיעור העלות שהוא היה נושא בה בגין ההקטנה. ראו ס' 918 (cmt. b) לריטסטיימנט: "A person who fails to avert the consequences of a tort, which he could do with slight effort is entitled to no damages for the consequences. If harm results because of his careless failure to make substantial efforts or incur expense, the damages for the harm suffered are reduced to the value of the efforts he should have made or incurred" (ההדגשה הוספה). במקרה הנוכחי, אם הניזוק יקטין את נזקו מלכתחילה, הוא יישא תחילה בעלות הקטנה של 10, אך יפוצה בגינה במסגרת פסק הדין – כך שעלותו הסופית תהיה 0. לעומת זאת אם לא יקטין את הנזק, ויתברר כי היה יכול לעשות כן בעלות של 10 – מצבו יהיה זהה: במסגרת פסק הדין הפיצוי יופחת ב-90 (בגין הנזק שלא הוקטן בסך 100, פחות עלות ההקטנה בסך 10), ולאחר פסק הדין הוא ינקוט את פעולת ההקטנה וירוויח ממנה 90. עלותו הסופית תהיה אפוא 0 גם במקרה זה. עולה מכך, שאם יש הסתברות חיובית שמצג השווא לא ייחשף – כלומר שהניזוק יוכל ליהנות הן מפיצוי בגין מלוא הנזק והן מרווחי ההקטנה לאחר פסק הדין – ניסיון ההתחזות יניב עבורו רווח צפוי חיובי. לפיכך האינטרס להתחזות יעמוד על כנו גם כאשר הסיכוי לחשיפה גבוה.

64 ההסבר הוא כדלקמן: אם הניזוק יקטין את הנזק מלכתחילה, עלותו תהיה 0. אם ידחה את ההקטנה וייחשף, עלותו תעלה ל-10 (שכן הפיצוי יופחת ב-90, וההקטנה המאוחרת תניב 80 בלבד); אם ידחה את ההקטנה ולא ייחשף, הוא ירוויח 80 (שכן יקבל פיצוי בגין מלוא נזקו בפסק הדין ויפיק את ערך ההקטנה לאחר מכן). ההתחזות תהא אפוא כראית עבורו כל עוד ההסתברות נמוכה מ-8/9.

דוגמה 3: אשם תורם (עלות ההשקעה לניזוק היא 150 או 90)

העובדות זהות לאלו שבדוגמה 1. עם זאת עלות המניעה של הניזוקים בקבוצה הראשונה היא 90 (לעומת 10 בדוגמה 1). עלות המניעה לניזוקים בקבוצה השנייה נותרה 150.

דוגמה 4: הקטנת הנזק (עלות ההשקעה לניזוק היא 150 או 90)

העובדות זהות לאלו שבדוגמה 2. עם זאת עלות הקטנת הנזק של ניזוקים בקבוצה הראשונה היא 90 (לעומת 10 בדוגמה 1). עלות הקטנת הנזק לניזוקים בקבוצה השנייה נותרה 150.

לעומת דוגמה 1, בדוגמה 3 לניזוקים (בקבוצה הראשונה) תמריץ מוגבר להתחזות. על ידי התחזות לניזוק מהקבוצה השנייה, ניזוק המשתייך לקבוצה הראשונה יחמוק מהחובה להשקיע 90 (לעומת 10 בדוגמה 1). לפיכך על מנת להרתיע ניזוקים מהתחזות, צריכה ההסתברות לחשיפה להיות (מעט מעל) 65.90% לעומת זאת, בשלב הבתר-עוולתי, קרי בדוגמה 4, הרווח לניזוק מהתחזות הוא נמוך – 10 בלבד (לעומת 90 בדוגמה 2). במצב זה, כדי להרתיע ניזוקים מפני התחזות, ובהנחה שדחיית ההקטנה כרוכה בעלות נוספת לניזוק של 10, די בכל הסתברות חיובית לחשיפת התחזות כדי להרתיעה.⁶⁵

כפי שהדוגמאות לעיל ממחישות,⁶⁷ כאשר ההשקעה הנדרשת מניזוקים נמוכה, אזי בשלב הטרם-עוולתי יכול בית המשפט להבטיח תמריצי זהירות אופטימליים כאשר ההסתברות לחשיפת התרשלותו של הניזוק נמוכה יחסית. לפיכך הצבה של רף ראייתי גבוה בפני המזיק מאפשרת מחד גיסא לצמצם את הסיכון מפני טעויות מהסוג הראשון (קביעה שגויה שהניזוק רשלן), ומאידך גיסא להרתיע התחזות של ניזוקים רשלנים. לעומת זאת, כאשר ההשקעה הנדרשת באמצעי זהירות היא גבוהה, הרתעת הניזוק מחייבת כי ההסתברות לחשיפת התרשלותו תהיה גבוהה אף היא. לפיכך מתחזק היתרון שבהורדת הרף הראייתי העומד בפני המזיק. מסקנות אלה, כאמור, מתהפכות כאשר התרשלות הניזוק מיוחסת לשלב הבתר-עוולתי. ככל שעלות ההשקעה הנדרשת מהניזוק נמוכה יותר (ביחס להיקף הנזק הניתן להקטנה), כך נדרשת הסתברות גבוהה יותר לחשיפתם של ניזוקים רשלנים, ולפיכך מתחזק היתרון בהגמשת הדרישות הראייתיות המוטלות על המזיק.

65 $0.9 \times (-10) + 0.1 \times 90 = 0$

66 במקרה זה, מאחר שדחיית ההקטנה מעלה את עלותה מ-90 ל-100, הניזוק אינו יכול להפיק דבר מדחייתה. לפיכך, עבור כל הסתברות חיובית לחשיפה כדאי לו לנקוט את פעולת ההקטנה מלכתחילה.

67 כאמור, מסקנות הניתוח הן כלליות. כפי שהדוגמאות ממחישות, קביעת הנטל הראייתי האופטימלי תלויה ברווח שמפיק הניזוק מהתנהגות רשלנית. לפיכך בלא תלות בהסדר הספציפי במקרה של אשם תורם או בהיקף הרווח של הניזוק מדחייה אסטרטגית של הקטנת הנזק, להגדלה ולהפחתה של עלויות הניזוק השפעה הפוכה בשלב הטרם-עוולתי ובשלב הבתר-עוולתי.

סיכום

כלל "האשם התורם" ו"נטל הקטנת הנזק" מתמקדים בהתנהגותו הרשלנית של הניזוק. אין זה מפתיע כי בשל הדמיון בין השניים הציגו שופטים ומלומדים לאחדם לדוקטרינה כללית אחת. רשימה זו הראתה כי חרף הדמיון האמור, תכליתם של כל אחד מהכללים שונה. בעוד שכלל האשם התורם מתמודד עם אינטרס הניזוק לצמצם את השקעתו באמצעי זהירות יעילים (טרם קרות הנזק), נטל הקטנת הנזק מרתיע את הניזוק מדחייה אסטרטגית של מאמצי ההקטנה למועד שלאחר מתן פסק הדין.

להבחנה באשר לתכליות שני הכללים חשיבות בכמה הקשרים. ראשית, ההבחנה האמורה מסבירה מדוע משטר האחריות היחסית, המאפיין את כלל האשם התורם, אינו מתאים מקום בו רשלנות הניזוק עניינה אי-עמידה בנטל הקטנת הנזק. אחריות יחסית אינה פוגעת בתמריצי הניזוק בשלב הטרם-עוולתי, אך היא מעודדת דחייה אסטרטגית של מאמצי הניזוק להקטין את הנזק בשלב הבתר-עוולתי; שנית, ההבחנה שופכת אור על הפער שבין התגמול שלו זוכים צדדים שלישיים הפועלים לצמצום הנזק, לסנקצייה המושתתת על ניזוק שנמנע מהקטנה של נזקו. לבסוף, היא מציעה אבני דרך לפתרון של שני סוגי ספקות מרכזיים הקשורים ברשלנות הניזוק: קביעת "קו הגבול" שבין כלל האשם התורם לכלל הקטנת הנזק במקרים של נזק מתמשך, ועיצוב הנטל הראייתי האופטימלי המוטל על המזיק הטוען להתרשלות הניזוק.

תרומה נוספת של המאמר היא בעמידה על הזיקה שבין הדין המהותי לכללי הפרוצדורה. כלל סופיות הדיון הוא מעקרונות היסוד של סדרי הדין; הוא מבטיח מניעה של התדיינות מתמשכת, חוסך משאבים משפטיים יקרים, ומאפשר לצדדים להסתמך על פסיקת בית המשפט. עם זאת, כלל סופיות הדיון עשוי להקנות לצדדים יתרונות אסטרטגיים בלתי רצויים. כפי שרשימה זו מראה, בהקשר הניזוקי, השפעתו של כלל זה על תמריצי הצדדים למניעת הנזק אינה דומה בשלב הטרם-עוולתי לזו שבשלב הבתר-עוולתי. בפרט, עקרון הסופיות מקנה יתרון בלתי רצוי לניזוק בשלב הבתר-עוולתי. הדין הניזוקי המהותי, ובייחוד דוקטרינת הקטנת הנזק, מנטרלים את היתרון האמור. בכך משלימים הדין הניזוקי המהותי ודיני הפרוצדורה אלה את אלה.