

אשם יוצר אחריות ואשם תורם: תאוריה ופסיקה

מאת

אהוד גוטל* יובל פרוקצ'יה* וגליה שניבויס*

במספר 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 דו-צדדיות – מקרים בהם כל אחד מהצדדים המעורבים גרם נזק לזולתו. טענתנו היא שפסיקת בית המשפט ביחס לתביעות אלה מעוררת מספר קשיים ואף עומדת לעיתים במתח עם פסיקה קודמת. הסוגיה השנייה עניינה מקרים בהם התנהגות הצדדים נעשית במדורג על פני ציר הזמן – תחילה יוצר המזיק סיכון בלתי ראוי, ולאחריו נמנע הניזוק מלנטרל את הסיכון. עיון בפסיקת בית המשפט בתביעות אלה חושף שתי תפיסות אפשריות באשר לאופן שבו יש להעריך את אשם הניזוק על רקע התנהגותו העוולתית של המזיק. טענתנו היא שהבחירה בין תפיסות אלה תלויה במספר גורמים.

מבוא. א. תאונות דו-צדדיות. 1. גישת בית המשפט העליון. 2. התאונה הדו-צדדית – ניתוח תיאורטי. (א) אמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון לשני הצדדים. (ב) אמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון לצד אחד בלבד. 3. אשם תורם, אשם יוצר אחריות, ו"כלל ה-50%". 4. מזיק וניזוק: רמת הזהירות הנדרשת. **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 העוולתית לקרות הנזק, נדרש בית המשפט להכריע בשאלת חלוקת האחריות. פסיקה נרחבת, כמו גם ספרות ענפה, עסקה בעיצוב כללי חלוקת אחריות אופטימאליים.¹ ברשימה שלהלן אנו מבקשים להרחיב את היריעה, ולהתמקד בפסיקה מהזמן האחרון בה עסק בית המשפט העליון – בין במישרין ובין בעקיפין – בשאלת היחס שבין אשם המזיק לאשם הניזוק בהקשרים נוספים. כפי שנציע, פסיקה זו מעוררת שאלות שונות, והיא אף עומדת לעיתים במתח עם פסיקה קודמת של בית המשפט.

* 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, המרכז הבינתחומי הרצליה.

* גליה שניבויס היא מרצה בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אנו מודים לעוזרי המחקר נטע דגן, שירה סולו ודניאל רז-רוטשילד על עבודתם המצוינת. על תמיכה כספית, אנו מודים למרכז אהרן ברק למחקר משפטי בינתחומי.

¹ ראו לדוגמה 9 J. LEGAL STUD. 517 (1980); WILLIAM LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW (1987); STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW (1987); Lewis A. Kornhauser & Richard L. Revesz, *Sharing Damages among Multiple Tortfeasors*, 98 YALE L.J. 831 (1989); Ehud Guttel & Shmuel Leshem, *The Uneasy Case of Multiple Injurers' Liability*, 15 THEOR. INQ. LAW 261 (2014); Ehud Guttel, Yuval Procaccia & Eyal Winter, *Shared Liability and Excessive Care*, 37 J. L. ECON. & ORG. (forthcoming, 2021)

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

שאלה **שניה** נוגעת ליחס שבין רמת הזהירות הנדרשת מהניזוק (אשם תורם) לזו הנדרשת מהמזיק (אשם יוצר אחריות). אפשרות אחת היא שרמת הזהירות הנדרשת הינה אחידה, כך שהתנהגות כל צד נבחנת תחת אמת מידה זהה. אפשרות חלופית היא שרמת הזהירות הנדרשת היא בלתי 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 בו בזמן מזיק וניזוק, עולה השאלה אם יש לקבוע את רמת הזהירות הנדרשת מכל צד, בשים לב לכובע אותו הוא חובש. תחת הגישה הראשונה, בקביעת רמת הזהירות הנדרשת מצד א', בית המשפט לא יבחין בין הנזק הצפוי לצד ב' לזה הצפוי לצד א' עצמו. לעומת זאת, תחת הגישה השנייה, הזהירות שלה יידרש צד א' תושפע משקלול חובותיו כמזיק וכניזוק פוטנציאלי.

סוגית התאונה הדו-צדדית נדונה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **קסברי**.² התוצאה אליה הגיע בית המשפט כללה התייחסות לשתי השאלות שלעיל. ביחס לשאלה הראשונה נקבע כי אין מניעה להפריד בין אחריותו של צד לנזק של זולתו ובין אחריותו לנזקו שלו. כך 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. ביחס לשאלה השנייה נקבע כי רמת הזהירות הנדרשת מהצדדים איננה אחידה, כך שסטנדרט הזהירות החל על ניזוק פוטנציאלי עשוי להיות גבוה מזה החל על מזיק פוטנציאלי. בית המשפט תמך מסקנות אלה בכך שהן מונעות תוצאה בלתי רצויה, לפיה צד שאחריותו לתאונה היא משנית ימצא את עצמו חב בפיצוי כלפי צד שאחריותו לתאונה היא עיקרית.

² רע"א 2809/18 **קסברי נ. רוזן** (פורסם בנבו, 26.11.2018).

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 נקיה 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 בעוד שבמבט ראשון נדמה שפסיקת בית המשפט בעניין **קסברי** פוסעת בעקבות כלל האשם התורם המקובל במרבית מדינות ארצות הברית, למעשה קיים בין הכללים פער משמעותי. בעוד שהכלל האמריקאי מעודד השקעה אופטימלית באמצעי זהירות, הכלל שאומץ בפרשת **קסברי** עלול לעוות את תמריצי הצדדים להשקיע באמצעים אלה. לבסוף, התפיסה שלפיה סטנדרט האחריות אינו אחיד, ועשוי להחמיר עם הניזוק – ניצבת במתח עם עקרונות כלליים של דיני הנזיקין, שתחולתם חורגת מן הסוגיה המיוחדת של התאונה הדו-צדדית.

הסוגיה השנייה שבה אנו מבקשים להתמקד עניינה מקרים בהם 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 יכול היה להתגונן מפני הסיכון שזו יצרה, מתעוררת שאלת הזיקה שבין אשמו (יוצר האחריות) של המזיק, לאשמו (התורם) של הניזוק. בפרט, בית המשפט עשוי להחמיר עם הניזוק ככול שהתנהגות המזיק היא חמורה יותר: ניזוק הרואה שהתרשלות המזיק יצרה סיכון חמור אך למרות זאת נמנע מלנטרל אותו, נדמה כבעל אשם תורם גדול יותר מניזוק הנמנע מלהתגונן מפני התרשלות שיצרה סיכון מוגבל בלבד. ואולם גישה זו מעניקה יתרון למזיק שאשמו כבד. דווקא ככול שהתנהגותו חמורה יותר, כן גדל הסיכוי כי בית המשפט ייחס לניזוק אשם תורם משמעותי.

שיקוף לקושי שמעוררת הדילמה ניתן לראות בשני פסקי דין מהשנים האחרונות. בפרשת **צלאח נ' עדוי**³ ובפרשת **אבו אלהוא נ' עיריית ירושלים**,⁴ נדונה שאלת אשמו התורם של ניזוק, שנמנע מהפחתת סיכון שנגרם עקב התרשלות המזיק. בשני המקרים בית המשפט קבע 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, בפרשת **אבו אלהוא**, השופטת ברק-ארז הצביעה על הקושי שמדיניות זו מעוררת. אמנם ישנה חשיבות בכך שהניזוק יתומרץ להגיב לסיכון שנוצר ויפעל להפחתתו; ואולם 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. ככל שזכות השיפוי נאכפת, תמריציהם של שני הצדדים נותרים יעילים. עם זאת, בעולם המעשה, קשיים שונים מונעים לעתים את מימושה בפועל של זכות השיפוי. בתנאים אלה הבחירה בין תימרוץ המזיק ותימרוץ הניזוק נעשית מורכבת יותר. במקרים אלה תימרוץ שני הצדדים בו-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

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

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

"אסימטרית" צפויה להוביל לעיוות בתמריצי הצדדים לנקוט אמצעי זהירות רצויים. חלקו השלישי ישווה בין הכלל שאומץ בהלכת **קסברי** ובין כלל 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 ב**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 סימולטאני לשני הצדדים – כך שכל אחד מהם הוא בו בזמן מזיק וניזוק. 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 את התאונה כשני אירועי נזק נבדלים, שבכל אחד מהם יש לבחון את התנהגות הצדדים בשים לב לנזק נשוא התביעה; או שמא יש לראות את התאונה כאירוע נזק אחד, שבגדרו נבחנת התנהגותם של הצדדים בהסתכלות הוליסטית? מן השאלה המהותית נגזרת גם שאלה דיונית: האם מן ההכרעה בתביעה האחת נובעת תוצאה הכרחית בגידרה של התביעה האחרת? ובמלים אחרות, האם קביעתו של בית המשפט ביחס לאשמו של צד בתביעה אחת מקימה השתק פלוגתא בשאלת אשמו בתביעה הנגדית?

1. גישת בית המשפט העליון

כאמור, שאלות אלה נדונו לאחרונה בפרשת **קסברי נ' רוזן**. רוזן נסע במהירות בכביש חד-סטרי, עד שהתנגש ברכבה של קסברי, בזמן שנסעה לאחר בצאתה מן החניה. ההתנגשות גרמה נזק לשני הצדדים. קסברי הגישה תביעה כנגד רוזן בבית משפט השלום, והוא מצדו הגיש תביעה שכנגד.⁵ בית המשפט דן בכל אחת מתביעות אלה בנפרד. בדונו בתביעתו של רוזן, בית המשפט 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, בית המשפט מצא לחלקו ביניהם, כך שקסברי 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 שביחס לתביעה זו, מסקנתו הייתה אחרת. בית המשפט קבע כי נזקה של קסברי נגרם עקב רשלנותה שלה, וכי רוזן מצדו 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.⁶ בערעורה טענה קסברי כי משנקבע בתביעתו של רוזן כי שני הצדדים היו רשלנים, וכי אשמו היחסי של רוזן עומד על 30% – העקביות 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

⁵ תא"מ (שלום נצ') 45860-01-17 **רונית קסברי נ' אברהם רוזן** (פורסם בנבו, 20.04.2017).

⁶ ע"א (מחוזי נצ') 56109-11-17 **רונית קסברי נ' אברהם רוזן** (פורסם בנבו, 05.04.2018).

האשם יוצר האחריות אינם זהים לאלה החלים על האשם התורם. כאשר בית משפט השלום קבע שרוזן התרשל – הייתה זו קביעה ביחס 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 ביחס לנזקו שלו, אך לא רשלן ביחס לנזקה של קסברי.

לנוכח הכרעה זו, ובהתחשב בהכרעות סותרות של הערכאות הדיוניות במקרים דומים, קסברי ביקשה רשות ערעור לבית המשפט העליון. הרשות לערער הוענקה לה, אך גם בשלב זה טענתה נדחתה לגופה.⁷ 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. בעוד שהאשם יוצר האחריות הוא תנאי לגיבושה של האחריות הנזיקית, האשם התורם נוגע לשאלת הסעד. בכל אחד מן השלבים סטנדרט הזהירות עשוי להיקבע בדרך אחרת: "כאשר בית המשפט קובע רשלנות תורמת של ניזוק, אין לפנינו שני מעוולים, אלא מעוול אחד שגרם באשמו לנזק, מול ניזוק שהתרשל כלפי עצמו ולכן יש להפחית מהנזק שנגרם לו".⁸ להבדל זה משמעויות מעשיות, שכן "ככלל, אשם תורם, כשמו כן הוא, משמש כצינה ולא כחנית, ויסודותיו ורכיביו שונים מאלה של אשם יוצר אחריות".⁹ ממילא, כאשר נקבע בתביעה אחת כי צד נושא באשם מסוג מסוים, אין בכך כדי להקים השתק פלוגתא ביחס לקיומו של אשם מן הסוג האחר, בגידרה 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 שני סוגי האשם היו מוערכים על-פי אמות מידה זהות, הייתה עלולה להתקבל תוצאה שבגידרה דווקא הצד שאחריותו לתאונה גדולה יותר הוא זה שייפסק לטובתו פיצוי. תוצאה זו נראתה לבית המשפט בלתי סבירה ובלתי צודקת. כדי להמחיש זאת, נעזר בית המשפט בדוגמה הבאה:

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 השיבוב של מבטחת הרכב היוקרתי, הוא יחויב לשלם 100,000 ₪ בגין הנזק שנגרם לרכב היוקרתי, רכב שנושא באחריות עיקרית לתאונה. תוצאה זו ולפיה האשם המשיני מוצא עצמו מחויב לשלם פיצוי נכבד לאשם העיקרי, נוגדת בעליל את תחושת ההגינות והצדק.¹⁰

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

⁸ שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

⁹ שם.

¹⁰ שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט עמית.

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, על האשם יוצר האחריות והאשם התורם להיקבע בנפרד, ועל בסיס אמות מידה שונות.

כמה מסקנות מרכזיות עולות אם כן מן הדיון. צד עשוי להיחשב רשלן בכובעו כניזוק, אך לא רשלן בכובעו כמזיק. לאור זאת, על הרשלנות להיבחן בנפרד בתביעה העיקרית ובתביעה הנגדית. הכרעות שהתקבלו בתביעה שנדונה ראשונה, אינן מקימות כשלעצמן השתק פלוגתא בגדרה של התביעה העוקבת. כן נקבע עקרון מנחה, שלפיו אין להטיל על האחראי המשני חבות ניכרת כלפי האחראי העיקרי.

2. התאונה הדו-צדדית – ניתוח תיאורטי

בחינה תיאורטית 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 שנתונים בו **שני הצדדים**. כך למשל, אם צד נוסע לאט יותר, וכך מפחית את ההסתברות לתאונה – הוא מפחית את הסיכון ששני הצדדים יישאו בנזק. הסוג האחר כולל אמצעים המפחיתים את הסיכון לנזקו של **צד אחד בלבד**. כך למשל, אם נהג חוגר חגורת בטיחות – סיכונו שלו פוחת, אך אין בכך כדי להשפיע על הסיכון שחשוף לו הצד השני.

כפי שיידון להלן, הבחנה זו – הנוגעת לטיבם של אמצעי הזהירות ולהשפעתם הפוטנציאלית – משליכה על היחס הראוי שבין האשם יוצר האחריות והאשם התורם. נדון תחילה במצבים שבהם אמצעי הזהירות שלא נקט היה מן הסוג הראשון – כלומר אמצעי שיש בו כדי להפחית את הסיכון ששני הצדדים חשופים לו. אמצעי זהירות מסוג זה אף עמד במוקד הדיון בפרשת **קסברי**.

(א) אמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון לשני הצדדים

כאשר התאונה הפוטנציאלית היא דו-צדדית, אמצעי זהירות עשויים לעתים קרובות להפחית את שני נזקי התאונה, בעת ובעונה אחת. כאמור לעיל, בתכונה זו מאופיין כל אמצעי זהירות שיש בו כדי להפחית את ההסתברות לתאונה – שכן אם התאונה לא תתרחש, איש מן הצדדים לא יישא בנזק. לעתים מאופיינים בה 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 בנזקיהם של שני הצדדים כאחד.

כבכל מקרה אחר בו 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 שני. 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. בהתאם לכך, 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 והאשם 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, ושם יינקט – יפחית את נזקו של ראובן ב-6, ואת נזקו של שמעון ב-6. שמעון יכול לנקוט אמצעי זהירות שעלותו 8, ושם 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 היא מסקנה הנוגעת 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. בפרט היה נקבע כי ראובן אינו נושא באשם יוצר אחריות, משום שעלות אמצעי הזהירות שהיה בידו לנקוט היא 10, בעוד שהיה בכוחו להפחית את נזקו של שמעון ב-6 בלבד. בדומה לכך, היה נקבע כי שמעון אינו נושא באשם יוצר אחריות, משום שעלות אמצעי הזהירות שהיה בידו לנקוט היא 8, בעוד שהיה בכוחו להפחית את נזקו של ראובן ב-5 בלבד. טעמים אנלוגיים היו מובילים אל המסקנה שאיש מן הצדדים אף אינו נושא באשם תורם. אלא שמסקנות אלה בדבר היעדר אשם הן מסקנות 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 עקרון 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.¹¹ 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 הדדיות של הצדדים: משנקבע בתביעה אחת כי צד נושא באשם משום שלא נקט אמצעי זהירות שהיה מפחית את שני הסיכונים – אזי העקביות מחייבת כי ייוחס לו אשם גם בגידרה של התביעה הנגדית. מסקנה זו נובעת מכך שבשתי התביעות מדובר **באותה ההתנהגות**

¹¹ הראשונים להציג תובנה זו היו רוברט קוטר ואריאל פורת, שהבחינו בכך שסטנדרט 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 INTL. REV. L. & ECON. 3510/99 **ולעס נ' אגד**, פ"ד נה (5) 826 (2001). (2016). טענתם של קוטר ופורת אומצה על ידי בית המשפט בעניין ע"א 3510/99 **ולעס נ' אגד**, פ"ד נה (5) 826 (2001).

(אי הנקיטה באותו אמצעי זהירות) אשר נבחנת כנגד **אותו הסטנדרט** (שנקבע על בסיס השפעתו המשותפת של אמצעי הזהירות על שני הסיכונים).¹²

בפרשת **קסברי**, מסקנתו של בית המשפט הייתה הפוכה. כאמור, קביעתו של בית המשפט הייתה כי התנהגות אחת עשויה להקים אשם תורם, וזאת מבלי להקים במקביל אשם יוצר אחריות. תפיסה זו, לפיה במקרה של תאונה דו-צדדית ניתן לבחון את שאלת האשם בכל תביעה באופן עצמאי, זכתה אף לתמיכה בספרות.¹³ 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 עשוי היה להניב. בנסיבות שבהן נקיטת אמצעי הזהירות היא רצויה בשל השלכתה המצרפית על **שני** הסיכונים, התמריץ לנקוט אותו יהיה אפוא חלש מדי. כך בפרט אירע 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 תעמוד על 6. בחבות חלקית זו אין די כדי להניעו לנקוט אמצעי זהירות שעלותו 10. הקביעה המפוצלת, כי מתקיים אשם מסוג אחד אך לא 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 ש**תפיסה 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

¹² יש להעיר כי בעוד שבשתי התביעות נדרשת הכרעה אחידה בשאלת האשם (כלומר, בשאלה מי מן הצדדים מוחזק כ"רשלן"), אין בכך כדי לחייב כי בשתייהן תיקבע חלוקה זהה של אחריות. לעתים שיקולי צדק עשויים להניע את הכף דווקא לחלוקה דיפרנציאלית של האחריות. כך למשל, נניח כי ראובן מתרשל בתחזוקת מכוניתו, ועקב כך 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 כנגד שמעון כבד מאשמו היחסי בתביעתו של שמעון כלפיו. זאת, משום שהתרשלותו של ראובן חשפה את ראובן לסיכון גבוה מזה שהיא חשפה את שמעון: בעוד שהיא חשפה את ראובן הן לסיכון של תאונה דו-צדדית והן לסיכון של תאונה עצמית, היא חשפה את שמעון 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. ראו Landes & Posner (1980), לעיל ה"ש 1. הטעם העקרוני לכך הוא שכאשר שני הצדדים רשלנים, סך הנזק הצפוי מן התאונה עולה על העלות המשותפת של 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 יתומרץ שלא להתרשל, הצד הנותר יתומרץ אף הוא להימנע מן ההתרשלות, כדי שלא לשאת במלוא הנזק לבדו. שני הצדדים יתומרצו אפוא לנהוג ביעילות, וזאת 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. REV. L. & ECON 233 (1990). באופן מעניין, תומך נוסף בגישה האמורה הוא רוברט קוטר בספרו המשותף עם תומס אולן. 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." ROBERT COOTER AND THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 211 (6th. Ed.) (לעיל, ה"ש 11).

אמצעי הזהירות יינקט כדי שראובן לא יחטא כלפי עצמו, הרי נדרשת מדיניות המכווניה את ראובן לנקוט אותו. ואולם מדיניות המייחסת לראובן אשם עצמי בלבד מובילה לכך שאמצעי הזהירות לא יינקט.

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, בעוד שהצד האחר ייאלץ 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 בלתי צודקת. לעמדתו, אי צדק זה עשוי לבוא על תיקונו אם לאחראי המשני ייוחס אשם תורם, מבלי שייחוס 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 שנוקה הכולל עומד על 510,000 ש"ח. שניהם גרמו לנזק בכללותו, ויכלו למנוע בנקיטת אמצעי זהירות. אחריותו היחסית של צד אחד הוערכה ב-80% בעוד שאחריות האחר הוערכה ב-20%. לפיכך, התוצאה המתבקשת היא כי האחראי העיקרי יישא ב-80% מנזקי התאונה, ואילו האחראי המשני יישא ב-20% הנותרים. 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.¹⁴

עמדתו של בית המשפט, שלפיה יש לייחס לבעל האחריות המשנית אשם תורם, אך אין לייחס לו אשם יוצר אחריות, משבשת את חלוקת הנזק האמורה. בפרט, היא מובילה לכך שבעל האחריות העיקרית יישא ב-99.6% מן הנזק (508,000 ש"ח), בעוד שבעל 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 עומד על 20% יופטר כמעט ממלוא הנזק, בעוד שהצד שחלקו באחריות עומד על 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. בעוד שדיני הנזיקין עשויים בתנאים מסוימים לאמץ היבטים עונשיים בקביעת שיעור הפיצויים, הדבר נעשה בהתקיים אשם מוסרי חמור.¹⁵ אך אין להניח שאשם כאמור מתקיים באופן מיוחד דווקא במקרה של התאונה הדו-צדדית.

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

¹⁴ בפרט, 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), בעוד שהאחראי המשני נושא בעלות כוללת של 102,000 ש"ח (שהם 20% מסך הנזק).

¹⁵ כך למשל ביחס לפיצויים עונשיים, המוטלים רק כאשר התנהגות המזיק היא כזו "שבוצעה בכוונה או בזדון" (ע"א 1080/07 פלוני נ' משטרת ישראל, פס' 10 לפסק דינו השל השופט גיבראן; מורסם בנבו, 8.11.2009). באופן אנלוגי, בית המשפט עשוי לשלול את זכאותו של הניזוק לפיצוי כאשר התנהגותו היא בלתי מוסרית או כרוכה בהפרה בוטה של הדין ("מעילה בת עוולה").

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 המשני 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 המשני 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 ההתחשבות, אינה צריכה אפוא להשפיע על טיב האשם המיוחס לכל אחד מן הצדדים. תכליתה של ההתחשבות היא להבטיח כי יישמר המתאם בין חלוקת האחריות מצד אחד, וחלוקת הנזק בפועל מצד שני. 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 – לא 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 נשוא התביעה, אלא גם ביחס לנזק נשוא 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 ועקבי. 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 והתועלת המשותפת שהוא 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 ביחס 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. לעתים אמצעי זהירות מפחית את הסיכון שנתון בו צד אחד, או את הסיכון שנתון בו הצד האחר, אך אין בו כדי להפחית את שני הסיכונים במשותף. כך למשל, צד עשוי להתקין ברכבו כריות אוויר, ובכך להפחית את נזקו העצמי הצפוי, מבלי שיש לדבר השפעה על נזקו של הצד האחר. באופן דומה, בעלים של כלב עשוי לחסום את פיו של כלבו בזמם, 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. בהתאם לכך, 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, כמו חוסר 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, מלכתחילה 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 ביחס 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 אין זה 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 עומד על 80%, עמדת בית המשפט הייתה כי לא ראוי להטיל חבות על הסטודנט, שאשמו היחסי עומד על 20% בלבד.

תפיסה זו, המבחינה בין ניזוק שאחריותו "משנית" וניזוק שאחריותו "עיקרית", חורגת מעקרונות האשם התורם המקובלים בישראל. הכלל הנוהג בישראל הוא של אשם יחסי "טהור" – המחייב מתאם מלא בין חלוקת האשם וחלוקת האחריות לנזק.¹⁶ ואולם לשיקול הנורמטיבי העומד בבסיסה של תפיסה זו קיים ביטוי בגידור של המשפט המשווה. במרבית מדינות ארצות הברית, כלל האשם היחסי איננו כלל "טהור", אלא כלל שאפשר לכנותו "**כלל ה-50%**".¹⁷ על פי כלל זה, כשאחריותו של הניזוק היא משנית (כלומר נמוכה מ-50%) – הצדדים חולקים את הנזק בהתאם לאשם היחסי. ואולם כשאחריותו של הניזוק היא עיקרית (כלומר עולה על 50%) – הניזוק מאבד את זכותו לתבוע ונושא בנזקו לבדו. הרעיון המונח בבסיס כלל ה-50% נראה אפוא דומה לעקרון שניסח בית המשפט. בפרט, אילו כלל ה-50% היה מוחל על נתוני הדוגמה שבית המשפט נעזר בה, תוצאתו הייתה 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 הקירבה הרעיונית שבין כלל ה-50% וההלכה שנקבעה בפרשת **קסברי**, אין מדובר בכללים זהים. אף שהתפיסה הנורמטיבית העומדת ביסודם עשויה להיראות דומה, לכל אחד מן הכללים משמעות אחרת. בעוד

¹⁶ ראו סעיף 68א) לפקודת הניזוקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת 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 ולצודק תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק").

עם זאת, מעניין לציין כי בהקשר של דיני הרשלנות אימץ בית המשפט בהקשר אחר כלל המבוסס על הבחנה שעניינה קו ה-50%. בע"א 3900/14 ל.ד. נ' **הלל יפה** (פורסם בנבו, 2.12.2015) הכריע בית המשפט כי תחת דוקטרינת "אובדן סיכויי החלמה" יש להבחין בין מקרים בהם תרומתו הסיבתית של המזיק היא מעל או מתחת לקו האמור: כאשר סיכויי ההחלמה 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 ההחלמה היו מעל ל-50%, יהיה הניזוק זכאי לפיצוי מלא.

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

שהלכת **קסברי** עוסקת בשאלה באילו נסיבות צד ייחשב רשון, 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. בפרט, 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.¹⁸ 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, כדאי יהיה 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. זאת, משום שאם הם כך יעשו, יהיה עליהם לחלק נזק שהיקפו (בתוחלת) עולה על עלות מניעתו. במצב זה, אין זה משנה מהו 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.¹⁹ 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 בית המשפט קבע 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 רשון, אפילו כאשר התועלת הכללת 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** וכלל ה-50%, וההשלכות השונות של כל אחד מן הכללים על תמריצי ההתנהגות.

¹⁸ ראו Landes & Posner (1980), לעיל ה"ש 1, עמ' 537-539; SHAVELL, לעיל ה"ש 1, עמ' 21-9. ¹⁹ להמחשת הדברים, טלו את הדוגמה המספרית הבאה. נניח כי כל אחד מן הצדדים עשוי היה 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) כך 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 יתומרץ מלכתחילה שלא להתרשל. ולאור זאת, גם הצד האחר יעדיף שלא להתרשל, כדי שלא לשאת במלוא הנזק לבדו.

דוגמה ב': תאונה דו-צדדית – הלכת קסברי לעומת כלל ה-50%

ראובן ושמעון עלולים להיקלע לתאונה, שתגרום לכל אחד מהם נזק של 100 (ובסך הכל 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, בעוד שזהירותו של ראובן צפויה להפחית את סיכויי התאונה ב-20%, זהירותו של שמעון צפויה להפחיתם ב-30%.

ראובן נזהר	שמעון נזהר	שמעון אינו נזהר
50%	80%	ראובן נזהר
70%	100%	ראובן אינו 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. בפרט, אמצעי הזהירות של ראובן מפחית את תוחלת הנזק ב-40 (200·20%), ואילו אמצעי זהירות של שמעון מפחית את תוחלת הנזק ב-60 (200·30%). בעוד שעלות אמצעי הזהירות של שני הצדדים זהה, אמצעי הזהירות של שמעון אפקטיבי יותר בהפחתת הנזק. לפיכך, אם שני הצדדים מתרשלים, שמעון הוא 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 אילו נקט את אמצעי הזהירות, היה בכך כדי להפחית את תוחלת נזקו של ראובן ב-30 (100·30%) בעוד שעלות הזהירות עומדת על 35. בדומה, בתביעתו של שמעון כלפי ראובן, ראובן יטען כי אין לייחס לו אשם יוצר אחריות – שכן אילו נקט את אמצעי הזהירות, היה בכך כדי להפחית את הנזק של שמעון ב-20 (100·20%) בעוד שעלות הזהירות היא 35. 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, תחת כלל ה-50%, לשני הצדדים יהיה תמריץ רצוי להיזהר. ראשית, כאשר צד אחד נזהר, גם לצד האחר יהיה תמריץ להיזהר. זאת משום שאחרת, הצד שהתרשל יישא במלוא הנזק הצפוי של הצד האחר ושל עצמו. מאחר שאמצעי הזהירות יעילים – עלות הזהירות נמוכה מנזק צפוי זה.²⁰ שנית, לשני הצדדים לא יהיה כדאי להתרשל בעת ובעונה אחת. זאת, משום שהתרשלות משותפת של הצדדים מגדילה את הנזק הצפוי ב-100

²⁰ בפרט, אם איש מן הצדדים אינו מתרשל, כל אחד מהם נושא בעלות שתוחלתה 85 (35+100·50%). לעומת זאת, אם ראובן מתרשל לבדו, תוחלת העלות שלו עולה ל-140 (200·70%). באופן דומה, אם שמעון מתרשל לבדו, תוחלת העלות שלו עולה ל-160 (200·80%).

(200·50%). מאחר שאי אפשר לחלק נזק זה כך שחלקו של כל אחד מן הצדדים יהיה נמוך מ-35, לפחות אחד מהם יתומרץ שלא להתרשל. בפרט, בנתוני הדוגמה, כלל ה-50% יוביל לכך ששמעון (שאחריותו עיקרית) יישא במלוא הנזק הצפוי של עצמו (100), ובלמעלה ממחצית נזקו הצפוי של ראובן (100·50%). חלקו בנזק יהיה אפוא גבוה מעלות אמצעי הזהירות (35), ועל כן הוא יעדיף שלא להתרשל. בהינתן תמריץ זה של שמעון, ראובן יעדיף כאמור להיזהר גם כן.

עולה מן הדיון כי העיקרון המניע את הלכת **קסברי** – לפיו ראוי להבחין בין ניזוקים שאחריותם עיקרית לאלה שאחריותם משנית – הוא עקרון מוכר במשפט המשווה. ואולם במשפט המשווה עקרון זה 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 החלטה 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 באופן בלתי ראוי בתמריץ להיזהר.

4. קביעה אסימטרית של אשם והעקרונות הכלליים של הדין הנזיקי

הדיון עד כה האיר את הקושי שמעוררת הלכת **קסברי** במישור התמריצים. ואולם הלכה זו מעוררת קושי גם במובן אחר, הנוגע להתאמתה לעקרונות הכלליים של הדין הנזיקי. כאמור, הלכת **קסברי** קבעה כי בגידה של תאונה דו-צדדית, יתכן מצב שבו התנהגות אחת תיחשב לנגועה באשם תורם, מבלי שתיחשב לנגועה באשם יוצר אחריות. מאפשרות זו משתמע כי הסטנדרטים שעל פיהם נקבע האשם התורם והאשם יוצר האחריות אינם זהים. בפרט עולה ממנה, כי סטנדרט הזהירות החל ביחס להתנהגותו של אדם כלפי עצמו גבוה מזה שחל ביחס להתנהגותו כלפי זולתו.

שאלת היחס שבין האשם התורם והאשם יוצר האחריות היא שאלה כללית בדיני הרשלנות, שאינה מוגבלת למקרה המיוחד של התאונה הדו-צדדית. בהתאם לכך, היא נדונה בהקשרה 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 ליטול סיכונים עצמיים כרצונו, ועל כן התערבות בהחלטותיו כלפי עצמו צריכה להיעשות על דרך הריסון. בהתאם לתפיסה זו, יתכן 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 ל**קסברי**).²¹ באותו מקרה התובע נפטר לאחר ששתה במקום עבודתו בקבוק מתנול, בסוברו בטעות כי המדובר באלכוהול. אחריותו הנזיקית של המעסיק נקבעה לאחר שנמצא כי הוא לא אחסן את הבקבוק במקום מתאים, וכן לא רשם כנדרש על גבי הבקבוק כי הלה מכיל חומר רעיל. המעסיק מצידו טען לאשם תורם של העובד. בהקשר לכך, בית המשפט דן ביחס שבין רמת הזהירות

²¹ ע"א 5850/10 **דפרון נ. גולובין** (פורסם בנבו, 15.4.2012).

הנדרשת מהמזיק לעומת זו הנדרשת מן הניזוק. בית המשפט עמד על כך שבאופן פורמאלי, תחת הגדרת פקודת הניזוקין, המבחן הוא בעל אופי אחיד. ואולם, למרות זאת, בתי המשפט החילו 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.²²

בית המשפט המשיך והבהיר כי :

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 לזולת כחובתך לעצמך**, ולעתים לא יבואו עמך חשבון אם פגעת בעצמך בדרך זו או אחרת, מה שאין כן לגבי חברך.²³

על פי קביעה זו, רמת הזהירות הנדרשת מן המזיק **גבוהה** מזו הנדרשת מן הניזוק. לניזוק זכות לחשוף את עצמו לסיכון. אין זה כך ביחס למזיק. תפיסה זו מהדהדת עקרון יסודי של המחשבה הליברלית – "עקרון הנזק" – המבחין בין מגבלות על החירות כאשר אדם מסכן אחרים, ובין מגבלות על החירות כאשר עסקין בהתנהגות המסכנת את העושה עצמו.²⁴ לפיכך גם אם המזיק והניזוק פעלו באופן זהה והם סימטריים בכל מאפייניהם, עשוי בית המשפט לקבוע שהתנהגותו של המזיק הייתה עוולתית (ולייחס לו אשם יוצר אחריות) בעוד שהתנהגות 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 הבאים :

²² פסי' לאי' לפסק דינו של השופט רובינשטיין

²³ פסי' לבי' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לעמדה דומה מפי השופט ברק, ראו ע"א 252/86 **גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מה(4) 45, 52 (1991). "בקביעת רמת ההתנהגות הראויה לעניין הנטל להקטנת הנזק נוכח, על כן, להיעזר ברמת ההתנהגות הראויה, על-פי דיני הרשלנות, המוטלת על מזיק כלפי ניזוק. [...] עם זאת, לאור השוני בין החובה של 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."

²⁴ עקרון הנזק נוסח בידי ג'ון סטיוארט מיל: "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." JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 13 (1859). על-פי הפרשנות המקובלת עקרון זה שולל חקיקה ופסיקה פטרנליסטיות – כלומר כאלה המיועדות למנוע מאדם להזיק לעצמו, להבדיל מגרימת נזק לאחרים. להרחבה ראו לדוגמה, JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW, HARM TO OTHERS (V.1) (1984).

עם זאת, ראוי להבחין בין זכותו של אדם להזיק לעצמו, העומדת ביסוד "עקרון הנזק", לבין קביעה בעניין אשמו התורם של תובע בנזיקין. 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 שסיכון את עצמו.

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.**²⁵

על רקע דברים אלה, חוקרים הראו כי בפועל בתי המשפט אכן נוטים להחמיר עם מזיקים בהשוואה לניזוקים.²⁶ גישה שונה אומצה על ידי הריסטייטמנט השלישי. תחת הנוסח החדש, רמת הזהירות הנדרשת בעוולת הרשלנות אינה מבחינה בין מזיקים לניזוקים. בפרט, הריסטייטמנט מציין כי:

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.²⁷

התמונה המתקבלת אם כן היא שקיימות שתי גישות מקובלות. האחת, אשר אומצה על ידי בית המשפט בפרשת **זפרון**, ונתמכת על ידי הריסטייטמנט השני, היא של רמת זהירות גבוהה יותר הנדרשת מהמזיק, יחסית לזו הנדרשת מהניזוק. הגישה השנייה, הנתמכת על ידי הריסטייטמנט השלישי, היא של רמת זהירות אחידה. שתי הגישות האמורות עומדות 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 בהשוואה להכרעה האמורה בפרשת **זפרון**. בעוד שבפרשת **זפרון** בית המשפט הדגיש את חובתו היתרה של המזיק להיזהר כלפי הזולת, בעניין **קסברי** בית המשפט נוקט עמדה הפוכה. דווקא הניזוק נדרש לרמת זהירות גבוהה משל המזיק.

האם וכיצד ניתן איפוא להצדיק את עמדתו של בית המשפט בעניין **קסברי**? תמיכה מסוימת בהחלטת בית המשפט ב**קסברי** עשויה להימצא בכלל הנוהג בישראל ביחס לאחריות קטינים בנזיקין. סעיף 9 לפקודה קובע כי "לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים". כפי שהוצע בפסיקה, סעיף זה מבטא תפיסה לפיה "אבחנתו של ילד למטה מגיל זה היא לקויה ואי־אפשר לייחס לו ידיעה והבנה מספקת".²⁸ ניתן היה אם כן להניח כי באופן דומה לא ייוחס אשם תורם לקטינים שגילם מתחת לשתיים עשרה. ואולם לא כך נקבע בפועל. בכמה פסקי דין בית המשפט העליון הכיר באפשרות לייחס אשם תורם לניזוקים

²⁵ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 463, cmt. b.

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

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

²⁸ ע"א 326/88 **צימרמן (קטיין) נ' גבריאלוב**, פ"ד מו(1) 353 (1991), פס' 6 לפסקה הדין.

קטינים.²⁹ התוצאה המתקבלת היא היעדר סימטריה בין הכלל החל ביחס לאשם יוצר אחריות וזה החל ביחס לאשם תורם. יתרה מכך, היעדר הסימטריה הוא בעל תבנית זהה לזו שבקסברי: 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 הפורמאלית להטיל אשם תורם על קטינים, בתי המשפט נוהגים מאד מלעשות כן.³⁰ שנית, ההסדר האסימטרי שנקבע ביחס 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 בעניינם של קטינים, לא זכתה לתמיכה בשיטות משפט אחרות. בעוד ששיטות שונות אימצו הסדרים שונים, הסדרים אלה מאופיינים בדרך כלל בסימטריה מלאה.³¹ בין שנקבע כי קטינים נושאים באחריות ובין שנקבע שאינם נושאים בה – הכללים החלים ביחס לאשם יוצר אחריות זהים לאלה החלים ביחס לאשם 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, ועקב כך חושף את הניזוק לסיכון. לאחר מכן, הניזוק – המודע לסיכון שאליו נחשף – יכול לנטרלו או למתנו באמצעות נקיטת אמצעי זהירות משלו.

²⁹ ע"א 361/59 צוקרמן נ' שנברגר, פ"ד יד 479, 482 (1960) ("אולם כל ילוד-אשה בגיל מסויים, נמוך בהרבה מגיל שתים-עשרה, חש בסכנות האורבות לו ויודע אינסטינקטיבית שעליו להיזהר מפניהן ולשמור על נפשו. [...] ירידתו הפזיזה של המשיב מהמדרגה מהווה רשלנות ברורה מצדו, שיש, לדעתי, להעמידה על כפליים השיעור שקבע בית-המשפט המחוזי, היינו 20% במקום 10%"); ע"א 151/59 גן החיות התנ"כי 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 (קטין) נ' לנטוש, פ"ד מו(1) 402, 408 (1992) ("גם קטין למטה מגיל 12 שנים יכול להיות אחראי באשם תורם, עליהם הוראות סעיף 9 לפקודת הנזיקין"); ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר (קטין), פ"ד מה(1) 589-588, 580 (1991).

³⁰ ראו לדוגמה, ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802 (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". שם, פס' 31. לדוגמאות נוספות המצביעות על מגמה דומה, לפיה בית המשפט נמנע מלייחס אשם תורם לקטינים עקב גילם הצעיר, ראו פרשת גן החיות התנ"כי ופרשת כהן, לעיל בה"ש 29. כמו כן, ראו: ת"א (מחוזי ירושלים) 1455/98 אורי יצחק נ' נטע ליפשיץ בע"מ (פורסם בנבו, 10.04.2003); ת"א (מחוזי חיפה) 915/02 ק.ג. נ' מדינת ישראל/משרד חינוך (פורסם בנבו, 29.11.2007); ת"א (שלום י-ם) 3005/06 תומא סמיר ג'רייס אברהים נ' קסטודיה די טרה סנטה (פורסם בנבו, 16.01.2011); ת"א (שלום ת"א) 40374-05 חבה ויקטור נ' עיריית בת-ים (פורסם בנבו, 12.11.2012); ת"א (שלום ת"א) 26290-08 פלוני נ' מדינת ישראל-משרד החינוך (פורסם בנבו, 28.11.2012); ת"א (שלום ב"ש) 2179-08 ח' א' ע' נ' מועצה מקומית תל שבע (פורסם בנבו, 24.04.2013); ת"א (שלום י-ם) 6372-05-10 ג' נ' ג' נ' מדרשת שדמות מחולה (פורסם בנבו, 19.11.2013); ת"א (שלום הרצ' 54632-08-15 פלוני נ' תנועת הצופים העבריים בישראל (ע"ר) פורסם בנבו, 19.12.2017); ת"א (שלום עכו) 46117-11-11 פלוני נ' מועצה מקומית עראבה (פורסם בנבו, 18.03.2020); ת"א (שלום רח' 72068-01-18 ר.ט. נ' פארק הקרח חולון (פורסם בנבו, 16.08.2020).

³¹ ראו *RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY 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 ("A child under 13 cannot be sued in tort at all") *Barrett v. Carter*, 283 S.E.2d 609 (Ga. 1981). מצד שני, קטינים בגילאים דומים עשויים לשאת באשם תורם. ראו *Clanton v. Gwinnett County Sch. Dist.*, 464 S.E.2d 918 (Ga. Ct. App. 1995).

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 הזהירות 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 בנסיבות אלה, יתכן כי ראוי לייחס לו אשם תורם. מצד שני, יש לזכור כי אלמלא התרשלותו של המזיק, הסיכון שהניזוק נמנע מלהפחית לא היה נוצר מלכתחילה. התרשלות זו – היא אשר יצרה 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 פרדוקסאלי, חובה זו צפויה להיטיב דווקא עם מזיקים שאשמם חמור יותר. טלו לדוגמה מקרה שבו הניזוק יכול לנקוט אמצעי זהירות בעלות של 5. מזיק רשן שיצר סיכון בגובה 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 והנזק ימנע על ידי הניזוק, 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' עדי** נדונה תביעתו של עובד שנפצע במהלך עבודתו באתר בנייה, לאחר שנפל מגרם מדרגות שבנייתו טרם הושלמה.³² בפסק הדין נקבע כי נזקו של העובד נגרם עקב התרשלותו של הקבלן – שלא גידר את גרם המדרגות, ואף לא נקט כל אמצעי אחר כדי להפחית את הסיכון לנפילה. לנוכח סיכון זה שיצר הקבלן, העובד היה 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, וזאת חרף העובדה שאלמלא התרשלותו המקורית של הקבלן, הסיכון לא היה נוצר מלכתחילה.

בדומה לכך, בפרשת **אבו אלהוא נגד עיריית ירושלים** נדונה תביעתו של ניזוק, שבעת שהלך בדרך המיועדת להולכי רגל, צנח לפתע למפלס נמוך שעומקו כארבעה מטר, ונפצע באורח קשה.³³ הבור שלתוכו נפל היה פעור מזה שנים רבות; הוא היה בלתי מגודר, ובסביבתו לא הוצבה תאורה, ואף לא שלט המזהיר מפני הסכנה הגלומה בו להולכי הרגל. בית המשפט קבע כי העירייה התרשלה בכך שלא הסירה את המפגע, ובהתאם לכך ייחס לה אשם יוצר אחריות. אלא שבמקביל לכך, הוא אף מצא לייחס לניזוק אשם תורם. אף שהתרשלותה של העירייה היא שיצרה את הסיכון, נקבע כי הניזוק נדרש לנקוט אמצעי הזהירות שהיו מונעים את התממשותו. הבור היה ממוקם סמוך לבית מגוריו של הניזוק, ועל כן סביר היה להניח כי הניזוק הכיר היטב את תוואי הדרך. משכך, נקבע כי הוא יכול היה לדעת על קיומו של הסיכון, ויכול היה להישמר מפניו, כפי שעשו תושבי השכונה האחרים לאורך השנים.

³² פרשת **צלאח**, לעיל ה"ש 3.

³³ פרשת **אבו אלהוא**, לעיל ה"ש 4.

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

ביסוסה של טענת אשם תורם על כך שהתובע אמור להכיר את הסביבה ואת מפגעה 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'.³⁴

במלים אחרות, ייחוס האשם התורם לניזוק מוביל לכך שדווקא כאשר רשלנותו של המזיק בולטת וממושכת, כך 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 לבצע. ייחוסו של אשם תורם מאפשר אפוא למזיק – שהפר את חובתו לשאת בעלות הזהירות – להסב עלות זו אל הניזוק.

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

ניתוח תיאורטי

כפי שעולה מן הדוגמאות שלעיל, במצבים שבהם המזיק והניזוק פועלים במדורג על פני ציר הזמן, דיני הניזוקין מבקשים להשיג שתי מטרות במקביל. כאשר המזיק הוא מונע הנזק היעיל, המטרה האחת היא להניעו לנקוט אמצעי זהירות רצויים. ואולם אם המזיק התרשל, והסיכון נוצר – מטרה נוספת היא להניע את הניזוק לנקוט אמצעי זהירות רצויים מצדו.³⁵ אך את שתי המטרות קשה לממש במקביל, 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, שמעון יהיה מודע לסיכון שנחשף אליו, ויוכל למנוע את מימושו אם

³⁴ שם, פסק דינה של השופטת ברק-ארז.

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, 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 ECONOMICS AND THE LAW (Peter Newman, ed., 1998); Steven Shavell, *Torts in Which Victim and Injurer Act Sequentially*, 26 J.L. & ECON. 589 (1983). לעיתים, לניזוק אפשרות לפעול רק לאחר התגבשות הנזק. ראו בהקשר זה, אהוד גוטל ויובל פרוקציה, "הניזוק הבלתי סביר: אשם תורם, הקטנת הנזק, ודיני הניזוקין", **משפטים** נ 5 (תש"ף).

ינקוט אמצעי זהירות שעלותו 80. אם איש מן הצדדים לא ינקוט אמצעי זהירות, ייגרם לשמעון נזק של 100.

במצב הדברים המתואר, הפתרון היעיל הוא כי ראובן ינקוט 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 של 80), וימנע בכך 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 יידרש 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 יידרש למנוע את הנזק בשלב המאוחר תאפשר לראובן להסב את עלות מניעת הנזק אל שמעון, גם כאשר ראובן הוא המונע היעיל יותר שלו.³⁶

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). ואולם כאמור לעיל, אם כלל האחריות ירתיע את שמעון בדרך זו, לא יהיה בו כדי להרתיע את ראובן. זאת, משום שאם שמעון יתומרץ למנוע את הנזק, ראובן ידע 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.

למרות האמור לעיל, הרתעתם המקבילה 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 באופן הבא: אם שני הצדדים התרשלו – לשניהם ייוחס אשם, והנזק יחולק ביניהם. ואולם אם המזיק התרשל והניזוק פעל באופן רצוי להפחתת הסיכון – הניזוק יהיה 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 באופן רצוי –

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 על ידי 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, בלתי יעילה) לא ייחשב רשולן – 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** (פורסם בנבו, 6.5.2010), פס' 62-63 לפסק-הדין. 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 יהיה זה אשר יישא בה. ואולם יש לשים לב כי פער זה – בין האחריות ליצירתו של הסיכון, והאחריות למניעת המימוש שלו – הוא פער המאפיין 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).

משום שאם יעשה כן הוא לא יישא בעלות כלשהי (לנוכח זכות השיפוי); ולעומת זאת אם לא יעשה כן, הוא ייאלץ לשאת בחלק מן הנזק (לאור 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) – המזיק יעדיף 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; ואולם אם בכל זאת התרשל – הניזוק מתומרץ להגיב בדרך רצויה למצב שנוצר.³⁷

ההכרה בזכות לשיפוי בנסיבות האמורות מתיישבת היטב עם עקרונות הדין הנוהג. הסיכון שאליו נחשף הניזוק הוא תוצאה של התרשלות המזיק. אלמלא התרשלות זו – הניזוק לא היה 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.³⁸ נזק זה, ראוי כי יהיה בר-פיצוי ככל נזק אחר שנגרם עקב התרשלות המזיק, ושאינן טעמי מדיניות השוללים הטלת חבות בגינו. בהתאם לכך, 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.³⁹

הריסטייטמנט מוסיף ומסביר כי ההצדקה לזכות השיפוי נובעת מן העובדה שאם הניזוק לא פעל להפחתת הסיכון, הרי הוא מוחזק כמי שנושא באשם תורם.⁴⁰ במלים אחרות, חובתו של הניזוק לפעול להפחתת הסיכון, וזכאותו של הניזוק לשיפוי – הם שני הצדדים של אותה המטבע. אם מוטלת על הניזוק החובה לפעול רק בשל התרשלות המזיק כלפיו – הרי יש להבטיח כי הוא לא ייפגע כתוצאה מקיום חובה זו. אילו נקבע אחרת – כלומר שהניזוק מחויב לפעול, ובכל זאת אינו זכאי לשיפוי – היה בכך כדי לפטור את המזיק באופן שרירותי מנזק שהוא גרם בהתרשלותו. הזכות לשיפוי נדרשת אפוא לא רק כדי לייצר תמריצי זהירות רצויים לשני הצדדים, אלא אף נגזרת מן העקרונות הכלליים של האחריות הניזיקית.⁴¹

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

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

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

⁴⁰ שם, בהערה a.

⁴¹ ברוח דומה, אריאל פורת מסביר כי "לא אחת יהא מוצדק מבחינתו של אדם שנחשף בגופו לסיכון לנקוט 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 וגומולי כאחד. אופיים העצמאי אינו מוטל בספק, והם מתקיימים בנפרד מן הסיכון". אריאל פורת, **ניזיקין** (התשע"ג) עמ' 346-347.

אף שההכרה העקרונית בזכותו של הניזוק לשיפוי משתלבת היטב עם עקרונות הדין, השימוש המעשי בה עלול לעתים להיתקל בקשיים. מסיבות שונות, זכות השיפוי עשויה להיות קשה למימוש. פרשות **צלאח ואבו אלהוא** 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, דרכו לקבלת השיפוי הייתה מובטחת. יש להניח כי מנקודת-מבט של העובד, "עלות הזהירות" המרכזית הייתה החשש כי עימות עם מעסיקו יוביל לערעור מערכת היחסים, ואולי אף יעמיד בסיכון את ביטחונו התעסקותי. חשש זה היה מקבל משנה תוקף אם, בנוסף לעצם התלונה על קיומו של המפגע, העובד היה מגיש תביעת שיפוי כנגד 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 לכך, בפרשת **אבו אלהוא**, 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 הניזוק קיים את החובות האמורות – כלומר שינה מדי יום את מסלול הליכתו, ונזהר ביתר שאת עם הגיעו לקירבת הבור – בית המשפט היה מתקשה לאמוד את עלותה הכוללת של הזהירות. כל שינוי במסלול ההליכה מטיל עלות קטנה, שהיא אולי בגדר זוטי דברים. ואולם 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 ביחס לכלל העוברים והשבים במקום, שאין לדעת את מספרם, את תדירות הליכתם שם, או את טיב החלופות העומדות לרשותם בבחירת מסלולי ההליכה.

בפרשות **צלאח ואבו אלהוא**, היקפה של עלות הזהירות הוא קשה לכימות. ואולם קיימים טעמים נוספים שבגינם נפקותה המעשית של הזכות לשיפוי עשויה להיות מוגבלת. לעתים יהיה זה קשה לקבוע אם הניזוק הגיב באופן ראוי 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 כי התנהגות המזיק יצרה סיכון המצדיק את נקיטת אמצעי הזהירות. מעבר לכך, תביעת השיפוי מצריכה הערכה ביחס 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 אם כן ספק באשר לכוחה המעשי של זכות השיפוי להניב את התוצאה המבוקשת.

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

ככל שאין מנוס מן הבחירה האמורה, יתרון מובהק נתון במקרים אלה להרתעת המזיק. אם המזיק אינו מתרשל, הבעיה אינה מתעוררת מלכתחילה. המזיק נמנע מיצירת סיכון בלתי ראוי, והניזוק אינו נדרש לנקוט אמצעי זהירות, שהצורך לשאת בהם נובע מן ההתרשלות. אמנם, גם בהיעדר התרשלות, פעילותו של המזיק עלולה עדיין ליצור סיכון; ואולם אם הסיכון אינו תוצאה של התרשלות, הרי הניזוק הוא זה שנושא בו, ותמריציו להפחיתו

הם יעילים. לפיכך, אם המזיק מורתע מן ההתרשלות – גם הניזוק מתמרץ 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.

יחד עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם אין בכוחו של הדין לתמרץ התנהגות סבירה של מזיקים. כך למשל, המזיק עשוי להיות בלתי מודע לטיב החובה המוטלת עליו; הוא עלול להפר את סטנדרט הזהירות הנדרש בשל חוסר תשומת-לב רגעי ובלתי 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, כך שהאיום בהטלת חבות אינו צפוי להשפיע באופן ממשי על תמריציו. במצבים מעין אלה, לדין יכולת מוגבלת להרתיע את המזיק מפני התנהגות רשלנית. אם בנסיבות אלה ייקבע כי הניזוק מופטר כליל מאחריות – הסיכון יוותר בעינו, ויגרום לאובדן רווחה מיותר. לפיכך, במצבים בהם ההנחה העובדתית היא כי לא ניתן להניע את המזיק לנהוג בזהירות – עידוד הניזוק לפעול במקומו יהיה מוצדק משיקולי יעילות.⁴² בנסיבות אלה יתכן 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 והרתעת הניזוק. אם אפשר לתמרץ את המזיק להיזהר, יש להעדיף כלל המטיל את מלוא החובה עליו, תוך שחרור הניזוק מחבות בגין אשם תורם. רק כאשר לא ניתן לעודד את המזיק להיזהר, יש להטיל חובה על הניזוק לפעול לנטרול הסיכון (חרף העדר היכולת להבטיח שיפוי).

הן בפרשת **צלאח** והן בפרשת **אבו אלהוא**, מימושה של הזכות לשיפוי היה בלתי 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, רציונה של העדפה זו תלוי בהערכתו האמפירית של בית המשפט באשר לאפשרות לעודד את המזיק לנהוג בזהירות. לאור הניתוח האמור, הערתה של השופטת ברק ארז בפרשת **אבו אלהוא** לפיה "חשוב לנהוג מתינות וקפדנות בטענות אשם תורם מסוג זה" מקבלת משנה תוקף.⁴³

ג. סיכום

רשימה זו התמקדה בשתי קטגוריות מרכזיות העוסקות ביחס שבין רשלנות המזיק ורשלנות הניזוק. הראשונה עוסקת במקרים בהם התנהגותם העוללתית של הצדדים הובילה לתאונה דו-צדדית, שבה כל אחד מהצדדים סבל נזק. סוגיה זו נדונה לאחרונה על ידי בית המשפט בפסק הדין בעניין **קסברי** אשר פרט את העקרונות לקביעת אחריות במקרים אלה. טענתנו המרכזית הייתה שגישת בית המשפט – לפיה ניתן לבחון כל מאורע נזק במבודד – עלולה להוביל למסקנה שגויה באשר לאשם של הצדדים. חשש זה מתעורר במקרים בהם אמצעי הזהירות הרלוואנטיים היו מפחיתים את תוחלת הנזק של שני הצדדים גם יחד. בהקשר זה עמדנו על היחס שבין הכלל

⁴² עם זאת, יש לשים לב כי הטלת אחריות על הניזוק בגין אי מניעת נזק שנגרם עקב התרשלותו של המזיק, עשויה להיחשב בלתי צודקת. לפיכך, במקרה זה, שיקול היעילות ושיקול הצדק עשויים להוביל למסקנות נוגדות.

⁴³ **אבו אלהוא נ. עיריית ירושלים**, לעיל ה"ש, פסק-דין של השופטת ברק ארז.

שאומץ בהלכת **קסברי**, ובין כלל האשם התורם הרווח בארצות הברית. על אף שהכלל שאומץ בפסק הדין נראה במבט ראשון כמקבילו של הכלל האמריקאי, הלכה למעשה קיים ביניהם הבדל משמעותי. בעוד שכלל האשם התורם האמריקאי עוסק בשאלת חלוקת האחריות בין צדדים רשלנים, ואין בו כדי לפגוע בתמריצי הצדדים, 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. הראנו כי ההכרעה בפרשת **קסברי** מאמצת תפיסה שלפיה רמת הזהירות הנדרשת מניזוקים עולה על זו הנדרשת ממזיקים. פסיקה זו, כך הצענו, עומדת 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 בה התמקדה הרשימה עוסקת במקרים בהם התנהגות המזיק והניזוק נעשות במדורג, כך שהתנהגות הניזוק מתרחשת לאחר התרשלות המזיק. בפרט, המזיק ברשלנותו יוצר 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 – כך שכול שאשמו של המזיק גדול יותר כך גם גדל אשמו התורם של הניזוק – 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 אופטימאלי הוא זה המחייב את הניזוק לפעול לניטרול הסיכון שגרם המזיק, אך בד בבד משפה אותו בגין עלות אמצעי הזהירות. ואולם הסדר המעניק לניזוקים שיפוי אינו ישים תמיד. במצבים אלה לא ניתן לתמרץ את שני הצדדים לנהוג בזהירות בעת ובעונה אחת. כאשר אלה הם פני הדברים, קיימת עדיפות לתימרוצו של המזיק, ככל שאכן ניתן לעודדו לנקוט אמצעי זהירות. אם יעשה כן המזיק מלכתחילה, לא יתעורר הצורך בתימרוצו 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.