

הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?

יהודה אדר*

דין החיובים בישראל מכיר בשתי הגנות עיקריות שמפר עשוי להעלות נגד נפגע התובע ממנו פיצויים: אשם תורם והקטנת נזק. קיומן בדין החיובים של שתי הגנות אלה זו לצד זו, הן בתחום החוזים והן בתחום הנוזקין, מעורר את שאלת היחס ביניהן – המצוי והרצוי. במישור הראשון, התיאורי, הדמיון הרב בין הדוקטרינות מעורר את השאלה מהם, אם בכלל, ההבדלים בין שתי ההגנות ומהי "חלוקת העבודה" ביניהן, קרי, אימתי כל אחת מהן נכנסת לפעולה. במישור השני, הביקורתי, ניתן להעלות את השאלה אם קיומן של שתי ההגנות זו לצד זו בדין החיובים מהווה בעיה או שמא דווקא מציאות רצויה ומוצדקת.

למרות חשיבותה המעשית הרבה, מתברר כי שאלת יחסי-הגומלין בין שתי ההגנות לא זכתה במענה ברור בחקיקה או בפסיקה בישראל. כך בדיני החוזים, שבהם ההכרה בהגנת האשם התורם חדשה יחסית, וכך אף בדיני הנוזקין, שבהם שתי ההגנות מוכרות ומיושמות מימים ימימה. מפתיע לגלות שגם בספרות המשפטית, בישראל ומחוץ לה, לא נערך עד כה דיון מעמיק בשאלת היחס בין ההגנות והמתח שקיומן זו לצד זו עלול ליצור. גם הצעת חוק דיני ממונות (הצעת הקודיפיקציה) אינה מציעה שינוי בדין הנוהג, ומותירה את שתי ההגנות על מכוונן כהגנות כלליות מפני תביעת פיצויים.

מטרת המאמר היא להשלים את החֶסֶר, ולספק מענה לשאלת היחס בין עקרון האשם התורם לבין עקרון הקטנת הנזק על שני היבטיה – התיאורי והביקורתי. פרק א במאמר מציג בתמציתיות את מעמדן של שתי הדוקטרינות במשפט הישראלי ובמשפט ההשוואתי, ובוחר את קווי הדמיון הקיימים ביניהן. בפרק ב נבחנים

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לחברי מערכת משפט ועסקים על טיפולם המסודר בכתב-היד, ומצרף את ברכותיי על קיום הכנס המרשים לציון שישים שנות משפט בישראל, אשר רשימה זו היא אחד מפירותיו. זכות היוצרים על שם המאמר – לנביא עמוס: "הילכו שניים יחדו בלתי אם נועדו? הישאג אריה ביער וטרף אין לו?" (עמוס ג 4-3).

ההבדלים בין שתי ההגנות, בעיקר אלה הנוגעים באופן הפעולה של כל אחת משתי ההגנות וב"חלוקת העבודה" ביניהן. פרק ג מוקדש להסתכלות ביקורתית על המצב המשפטי. טענתו העיקרית של המחבר היא כי בדין החיובים המודרני אין עוד הצדקה לשימורו של מוסד הקטנת הנזק. מוסד משפטי זה מאמץ כלל משפטי נוקשה ונטול סייגים, המעביר את מלוא האחריות לנזק הנמנע מכתפי המפר, אשר יצר לא כדין את הסיכון להתרחשות הנזק, אל הנפגע, אשר נחשף לסיכון והתרחש בכך שלא מנע את התממשותו. כלל זה אינו ראוי, שכן הוא שולל מבית המשפט את הסמכות לחלק את הנזק בין המפר לבין הנפגע באופן הנראה לו צודק בנסיבות העניין. הגנת האשם התורם, לעומת זאת, מאפשרת לבית המשפט לקבוע חלוקה גמישה של האחריות לנזק על יסוד מגוון השיקולים הרלוונטיים. על המתח בין שתי ההגנות המחבר מציע אפוא להתגבר בדרך פשוטה אך דרסטית: ביטולו של מוסד הקטנת הנזק ומתן בכורה ובלעדיות בדין החיוביים לעקרון האשם התורם.

- מבוא: הצגת הבעיה
- פרק א: הקטנת נזק ואשם תורם – התשתית הפורמלית
1. שורשים היסטוריים במשפט המקובל האנגלי
 2. הדין הנוהג בישראל
 3. מבט השוואתי
- פרק ב: הקטנת נזק ואשם תורם – קווי הדמיון
1. הערה מקדימה
 2. המאפיינים המשותפים
- פרק ג: המתח בין ההגנות
1. הערה למטרת הדיון
 2. ההבדל המהותי בין שתי ההגנות
 3. הבדלים הנוגעים בהיקף תחולתן של ההגנות
 - (א) הערה למטרת הדיון
 - (ב) מישור הבחנה ראשון: היקף התחולה בדין החיוביים
 - (ג) מישור הבחנה שני: היקף התחולה מחוץ לדיני הפיצויים
 - (ד) מישור הבחנה שלישי: התרשלות במעשה והתרשלות במחדל
 - (ה) מישור הבחנה רביעי: תחולה בזמן
- פרק ד: יישוב המתח – ביטולו של כלל הקטנת הנזק
1. מסענו עד הלום
 2. הפתרון המוצע: מתן עדיפות להגנת האשם התורם
 3. התנגדויות אפשריות לפתרון המוצע ומענה להן
 4. יישומו של הפתרון המוצע הלכה למעשה
- פרק ה: נעילה

מבוא: הצגת הבעיה

נפגע מהפרת חוזה או מעוולה בנויקין שהוכיח את גרם הנזק, את הקשר הסיבתי (העובדתי והמשפטי) בין הנזק לבין ההפרה ואת שיעור הנזק – זכאי לכאורה לפיצויים; "לכאורה", שכן בדין החיובים זכות הנפגע לפיצויים כפופה לטיעוני הגנה אפשריים מצידו של המפר- המזיק.

שתיים הן ההגנות העיקריות מפני תביעה לפיצויים (בהוכחת נזק) בגין הפרתה של זכות: ראשית, המפר עשוי לטעון כי הנפגע תרם בהתנהגותו הרשלנית לנזק שבגיניו הוא תובע, וכי משום כך ראוי להטיל עליו אחריות לנזקי ההפרה, כמידת אשמתו היחסית בגרימתם (להלן: עקרון האשם התורם); שנית, המפר עשוי לטעון כי היה על הנפגע, מעת שנודע לו על ההפרה, לנקוט פעולות סבירות לצמצומו או למניעתו של הנזק, ומשלא עשה כן אין זה ראוי לפצותו על הנזק הנמנע (להלן: הכלל של הקטנת הנזק).

קיומן בדין החיובים של שתי הגנות אלה זו לצד זו, הן בתחום החוזים והן בתחום הנויקין, מעורר את שאלת היחס ביניהן – המצוי והרצוי. במישור הראשון, התיאורי, הדמיון הרב בין הדוקטרינות מעורר את השאלה אם קיימים הבדלים של ממש בין שתיהן, ואם כן – מהם הבדלים אלה. עוד במישור זה מתעוררת השאלה מהי "חלוקת העבודה" בין ההגנות, ואימתי כל אחת מהן נכנסת לפעולה. במישור השני, הביקורתי, מתעוררת השאלה אם חלוקת התפקידים הנוהגת בדין הקיים בין שתי ההגנות היא גם החלוקה האידיאלית או המיטבית, ואם לאו – מהם השיפורים שרצוי להכניס בדין הנוהג בתחום זה.

למרות חשיבותה המעשית הרבה, מתברר כי סוגיה בסיסית זו של יחסי-הגומלין בין שתי ההגנות לא זכתה במענה ברור בחקיקה או בפסיקה בישראל. כך בדיני החוזים, שבהם ההכרה בהגנת האשם התורם חדשה יחסית, וכך אף בדיני הנויקין, שבהם הן עקרון האשם התורם והן עקרון הקטנת הנזק מוכרים ומיושמים מימים ימימה. מפתיע עוד יותר לגלות שגם בספרות האנגלו-אמריקאית שעסקה בדוקטרינות מושרשות אלה, לעיתים בהרחבה

1 השאלה אם הזכות לפיצויים בלא הוכחת נזק כפופה להגנות האשם התורם והקטנת הנזק אינה נקייה מספקות, אך הדיון בה חורג ממסגרתו של מאמר זה. לפחות בתחום החוזים, הדעה הרווחת היא כי פיצויים בלא הוכחת נזק לפי ס' 11(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) אינם כפופים לנטל הקטנת הנזק. ראו רע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נו(5) 787, 795, 797 (2003). ראו באופן דומה, לעניין פיצויים מוסכמים, ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 546 (1982); ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל, פ"ד מו(1) 115, 123 (1991). גם בהצעת הקודיפיקציה נקבע במפורש כי נטל הקטנת הנזק לא יחול בתביעות לפיצויים בלא הוכחת נזק, לפיצויים מוסכמים ולפיצויים לדוגמה (ראו ס' 459(ג) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן: תזכיר הקודקס). תזכיר הקודקס הונח על שולחן הכנסת בתאריך 31.7.2006, והוא נגיש בכתובת www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf (27.6.2009). יצוין כי אין בתזכיר התייחסות לשאלת האפשרות להחיל את הגנת האשם התורם בתביעות הנוכרות.

יתרה, קשה למצוא דיון מעמיק בשאלת היחס ביניהן. התחושה המתקבלת מן העיון בספרות היא כי רוב המלומדים מתעלמים כמעט לחלוטין מן המתח שיוצר קיומן של שתי ההגנות זו בצד זו. דוגמה מובהקת מצויה בחיבור האנגלי המפורסם ביותר שנכתב בנושא הפיצויים, הוא חיבורו של McGregor, אשר מקדיש לכל אחת מההגנות פרק נפרד, בלא דיון כלשהו בשאלת המתח האפשרי ביניהן.² גם בהצעת חוק דיני ממונות (הצעת הקודיפיקציה)³ לא נעשה ניסיון להסדיר את שאלת היחס בין הגנת האשם התורם לבין זו של הקטנת הנזק.⁴ מטרת המאמר היא להשלים חֶסֶר זה, ולספק מענה לסוגיה זו על שני היבטיה – התיאורי והביקורתי.

מבנה הדיון במאמר הוא כדלקמן. בפרק א, לאחר הצגה תמציתית של מעמדן של הדוקטרינות מושא הרשימה במשפט הישראלי ובמשפט ההשוואתי, יתמקד הדיון בהבהרת קווי הדמיון הקיימים בין שתיהן. פרק ב, לעומת זאת, עוסק בהבדלים בין שתי ההגנות. הדיון יעלה כי עקרון הפעולה של כל אחת משתי ההגנות שונה באופן מהותי, וכי בניגוד להנחה הרווחת לעיתים בפסיקה ובספרות המשפטית, "חלוקת העבודה" בין שתיהן אינה ברורה כלל ועיקר. יתרה מזו, ניתוח הדין מעלה כי בשל התחולה הבלתי-מוגבלת בזמן של הגנת האשם התורם, נוצר תחום חפיפה רחב שבו יש תחולה משותפת הן לעקרון האשם התורם והן לעקרון הקטנת הנזק.

פרק ג מוקדש להסתכלות ביקורתית על המצב המשפטי. הטענה העיקרית שאבקש לבסס היא כי בדיון החיובים המודרני אין עוד הצדקה לשימורו של מוסד הקטנת הנזק. מוסד משפטי זה מאמץ כלל משפטי נוקשה ונטול סייגים, המעביר את מלוא האחריות לנזק הנמנע מכתפי המפר, אשר יצר את הסיכון להתרחשות הנזק, אל הנפגע, שנחשף לסיכון

2 ראו: McGregor on Damages chs. 5 & 7 (17th ed. 2003). ייתכן שניתן להסביר את התופעה האמורה בכך שבדיני הנוזיקין, שבהם אין ספק בדבר תחולתן המשותפת של ההגנות, עקרון הקטנת הנזק ממלא תפקיד משני למדי בהשוואה לעקרון האשם התורם, בעוד בדיני החוזים המצב הפוך, כך שמצב של תחרות בין הדוקטרינות הוא נדיר יחסית (ראו להלן תת-פרק א). דווקא בישראל זכתה שאלת היחס בין ההגנות בהתייחסותה של הספרות המשפטית. דיון קצר בסוגיה, בהקשר של דיני הנוזיקין בלבד, מצוי בחיבורם המונומנטלי של יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 252–255 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, התשל"ז) (להלן: תורת הנוזיקין). דיון נרחב יותר ביחס בין שתי הדוקטרינות ובתפקידיהן השונים בתחום דיני החוזים ניתן למצוא אצל אריאל פורת חלוקת אחריות בדיני חוזים 159–169 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, התשמ"ט) (להלן: פורת חלוקת אחריות). אזכור תמציתי של השאלה מצוי גם בספרו של אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 20–21 (התשנ"ז) (להלן: פורת אשם תורם). סקירה מקיפה של הפסיקה שיישמה את הגנות האשם התורם והקטנת הנזק בנוזיקין – אם כי ללא דיון כלשהו בבעיית המתח ביניהן – ניתן למצוא בספרו של משה ויסמן הגנות בדיני נוזיקין – הפחתת נזק, אשם תורם, הסתכנות מרצון (התשס"ו) (דיון קצר באופיין השונה של ההגנות מצוי שם, בעמ' 22).

3 לעיל ה"ש 1.

4 לפירוט ראו להלן תת-פרק א.2.

והתרשל בכך שלא מנע את התממשותו. כלל זה אינו ראוי, שכן הוא מונע מבית-המשפט את האפשרות להפעיל שיקול-דעת ולחלק את הנזק באופן הנראה לו צודק בנסיבות העניין, ומאלצו לפעול בשיטה של "הכל או לא-כלום". הגנת האשם התורם, לעומת זאת, מאפשרת לבית-המשפט לקבוע חלוקה גמישה של האחריות לנזק על יסוד מגוון השיקולים הרלוונטיים. זאת, מבלי לגרוע מכוחו לשלול לחלוטין מהנפגע, בנסיבות המתאימות לכך, את זכותו לפיצוי כלשהו בעד הנזק שאותו היה יכול למנוע. באשר לאי-הבהירות לגבי "חלוקת העבודה" בין שתי הדוקטרינות ובאשר למתח העלול להיווצר בתחומי החפיפה שביניהן – על בעיות אלה מוצע להתגבר בדרך פשוטה אך דרסטית: ביטולו של מוסד הקטנת הנזק ומתן בכורה ובלעדיות בדין החיובים לעקרון האשם התורם.

פרק א: הקטנת נזק ואשם תורם – התשתית הפורמלית

1. שורשים היסטוריים במשפט המקובל האנגלי

הדוקטרינות של הקטנת נזק ואשם תורם יובאו שתיהן למשפט הישראלי בהשראת המשפט המקובל האנגלי, שבו הן מוכרות עד עצם היום הזה. במשפט האנגלי הגנת האשם התורם או ההתרשלות התורמת (contributory negligence) שימשה בעבר הגנה מפני חבות בפיצוי נזיקין. אולם בשנת 1945, בעקבות חקיקתו של ה־Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, נהפך האשם התורם בדין האנגלי להגנה חלקית, קרי, לטענה שקבלתה מביאה לידי הפחתת הפיצויים לניזוק, להבדיל משלילתה המוחלטת של אחריותו של המזיק לנזק.⁵ באשר לתחום החוזים – בדרך-כלל הגנת האשם התורם אינה מוחלת בתביעות שעילתן הפרת חוזה, אם כי מלומדים שונים סבורים שניתן להחילה גם שם, באמצעות פרשנות מרחיבה של המושג "אשם" בחיקוק הנוכח לעיל.⁶ ההגנה בדבר הקטנת הנזק (mitigation of damages), שאף היא יציר הפסיקה האנגלית, התבססה והשתרשה בעיקר בדיני החוזים של המשפט המקובל, שם היא משמשת עד היום

5 תהליך דומה התרחש בארצות-הברית, שם החלו מדינות שונות, משנת 1910 ואילך, לאמץ חיקוקים שאפשרו חלוקת אחריות בתביעות נזיקין. לסקירה כללית ראו פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 49-51.

6 לסקירה מקיפה של הגישות השונות במשפט האנגלי באשר לתחולתה של הגנת האשם התורם בדיני החוזים ראו פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 26-43. לסקירת המצב בארצות-הברית ראו שם, בעמ' 49-60.

7 בארצות-הברית נעשה שימוש נרחב גם במושג "avoidable consequences" לתיאורה של הדוקטרינה.

כהגנה מלאה מפני תביעת פיצויים על הפרת חוזה.⁸ עם זאת, ההגנה נקלטה גם כדיני הנזיקין של המשפט המקובל,⁹ שם היא מופעלת בשלב שלאחר קרות העוולה.¹⁰

- 8 ראו, למשל: "...the plaintiff is never given judgment for damages for losses that he could have avoided by reasonable effort without risk of other substantial loss or injury"; JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, *THE LAW OF CONTRACTS* 563 (4th ed. 1998) ("The law does not permit the wronged party to recover those damages that 'could have [been] avoided without undue risk, burden, or humiliation'"); Restatement (Second) of Contracts § 350(1) (St. Paul, 1977); האמריקאי על חוים: ANDREW S. BURROWS, *REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACT* 122–128 (3rd ed. 2004); 1 CHITTY ON CONTRACTS 1478–1488 (Hugh G. Beale ed., 29th ed. 2004); Michael Bridge, *Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss*, 105 *Allan E. Farnsworth, Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 *COLUM. L. REV.* 1145, 1183–1199 (1970); 3 DAN B. DOBBS, *LAW OF REMEDIES: DAMAGES–EQUITY–RESTITUTION* 127–153 (2nd ed. 1993) וכן CORBIN, שם, בעמ' 241–255. ההצדקות הכלכליות של מוסד הקטנת הנזק, על מגוון היבטיו, נבחנו בהרחבה בספרות המשפטית. ראו, למשל: Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 *VA. L. REV.* 967 (1983); Donald Wittman, *Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages, and Related Doctrines in the Law*, 10 *J. LEG. STUD.* 65 (1981); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 118–120 (7th ed. 2007); DONALD HARRIS, DAVID CAMPBELL & ROGER HALSON, *REMEDIES IN CONTRACT & TORT* 210–216 (2nd ed. 2002); Mary Kelly & Anne E. Kleffner, *Optimal Loss, Mitigation and Contract Design*, 70 *J. OF RISK & INSURANCE* 53 (2003).
- 9 ראו: W.V.H. ROGERS, WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT 955 (16th ed. 2002): "Most of the authorities on the 'duty' to mitigate relate to breach of contract, but the broad principles are equally applicable to tort" 1) HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND (reissue) §§ 859, 1041 (*available at Lexis–Nexis*, 22.7.2009) תורת הנזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 252: "עקרון הקטנת הנזק (mitigation of damages) קנה לו שביטה במיוחד בדיני החוים, אך במשפט המקובל האנגלי הוא חל במידה שווה אף בתחום דיני הנזיקין." בארצות-הברית עקרון הקטנת הנזק מעוגן ברסטייטמנט על נזיקין: Restatement (Second) of Torts § 918 (St. Paul, 1977) (להלן: Restatement of Torts).
- 10 ראו Restatement of Torts, שם, ס' 1918(1): "...one injured by the tort of another is not entitled to recover damages for any harm that he could have avoided by the use of reasonable effort or expenditure after the commission of the tort" (ההדגשה הוספה). שאלת התחולה בזמן של כל אחת משתי הדוקטרינות תידון ביתר הרחבה להלן בס' 33(ה).

2. הדין הנהוג בישראל

בישראל, כאמור, נקלטו הגנות האשם התורם והקטנת הנזק בהשראת המשפט האנגלי. בדיני הנוזיקין זכתה הגנת האשם התורם בעיגון מפורש בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].¹¹ באשר לעקרון הקטנת נזק – עיקרון זה אינו נזכר בפקודת הנוזיקין, אך אומץ בהלכה הפסוקה, אשר החילה אותו בהשראת הפסיקה האנגלית. זאת, מבלי להידרש לשאלה מהו, אם בכלל, הבסיס הפורמלי לעיגונה של הדוקטרינה במשפטנו.¹²

בדיני החוזים, לעומת זאת, חלה התפתחות הפוכה: עקרון הקטנת הנזק, שנקלט בשלב ראשון ככלל הלכתי בהשראת המשפט האנגלי, זכה בהמשך, בחוק התרופות, בעיגון חקיקתי מפורש כהגנה מפני תביעת פיצויים חוזית.¹³ להגנת האשם התורם, לעומת זאת, אין זכר בחוק התרופות, ועד לשנות התשעים של המאה הקודמת לא הכירה בה הפסיקה הישראלית, לפחות לא במפורש.¹⁴ אולם, כידוע, בראשית שנות התשעים למאה הקודמת

11 נ"ח 10, התשכ"ח 266 (להלן: פקודת הנוזיקין או הפקודה). סוגיית האשם התורם מוסדרת בכמה סעיפים בפקודת הנוזיקין. הסעיף העיקרי הוא ס' 68. סעיפים נוספים העוסקים בהשפעת אשמו העצמי של הניזוק על זכותו לפיצויים הם ס' 65 ו-66. ס' 65 מטפל במצב שבו האשם העצמי של הניזוק גרם לאשמו של המזיק, כלומר, תרם לעצם התרחשותה של העוולה. במצב זה בית-המשפט מוסמך לחלק את האחריות בין המזיק לניזוק ככל שיראה לנכון. ס' 66 עוסק במצב המיוחד שבו אשמו של המזיק גרם לאשמו (העצמי) של הניזוק. במקרה כזה בית-המשפט מוסמך להתעלם, לחלוטין או באופן חלקי, מאשמו של הניזוק. לדיון נרחב בעקרון האשם התורם בדיני הנוזיקין ראו תורת הנוזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 277-234. ראו גם: ISRAEL GILEAD, TORT LAW IN THE LAW OF ISRAEL: GENERAL SURVEYS 449-457 (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., 1995).

12 ראו, למשל, ע"א 284/56 שחף ואח' נ' מלטה, פ"ד יא 1420, 1424 (1957); ע"א 531/71 לכוביצר נ' רודה, פ"ד כו(2) 113, 118-119 (1972) (להלן: עניין לכוביצר); ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 51 (1991) (להלן: עניין גולדפרב); "חרף העדרה של הוראה מפורשת בעניין זה בפקודת הנוזיקין, הלכה פסוקה היא כי נטל דומה [של הקטנת נזק] קיים גם בדיני הנוזיקין... הבסיס האנאליטי לנטל זה אינו נקי מספקות" (השופט ברק). ראו גם, לאחרונה, ע"א 4084/04 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' סגרון, פס" 9 (לא פורסם, 5.11.2006): "עקרון הקטנת הנזק הוכר בתחום דיני הנוזיקין" (השופט ריבלין). ישראל גלעד הציע לראות בס' 76 לפקודת הנוזיקין, הדן בסוגיה של ריחוק הנזק (ולא בעקרון ההתרשלות העצמית), את העוגן הפורמלי של עקרון הקטנת הנזק בתחום הנוזיקין: "The better view is that unmitigated damage should be considered remote and therefore uncompensable". ראו GILEAD, לעיל ה"ש 11, בעמ' 430. נפקותו של הסיווג תבוא לידי ביטוי בעוולות נוזיקין שאינן מותנות באשם. במקרים אלה אין תחולה לסעיפי האשם התורם שבפקודה, אך ניתן להפעיל את הקטנת הנזק מכוח מבחני ריחוק הנזק.

13 ס' 14(א) לחוק התרופות קובע: "אין המפר חייב בפיצויים... בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין."

14 למעשה, דוקטרינות של סיבתיות אפשרו לבית-המשפט להשיג תוצאות דומות. ראו, למשל, ת"א (שלום י"ם) 353/79 ברק נ' עליאן, פ"מ תשמ"ד(3) 505 (1984). פסק-הדין נידון אצל

קבע בית-המשפט העליון בפרשת ¹⁵ Eximin כי ראוי לאמצה אל דיני החוזים, וכי עיגונה הפורמלי יימצא בעקרון תום-הלב.¹⁶

בהצעת הקודיפיקציה, שבה אחדו עקרונות הפיצוי בחוזים ובנוזיקין, נקבעו עקרון האשם התורם ועקרון הקטנת הנזק זה בצד זה, אולם מבלי שניתנה הדעת לשאלת חלוקת התפקידים ביניהם. סעיף 459(א) לתזכיר הקודקס משקף כמעט מילה במילה את כלל הקטנת הנזק שבסעיף 14(א) לחוק התרופות, ואילו סעיף 461 מעגן את עקרון האשם התורם. הסעיף קובע כי את הפיצויים המגיעים לנפגע ניתן להפחית "בהתחשב במידת אשמתם היחסית של הצדדים, בתרומתם היחסית לגרימת הנזק ובאופי אחריותו של המפר ומטרתה". בהתאם למגמת ההאחדה הכללית המשתקפת בפרק התרופות,¹⁷ יחולו הוראות אלה – כמו יתר הוראותיו של פרק התרופות – על כל תביעת פיצויים במשפט האזרחי, ובכלל זה תביעות שעילתן הפרת חוזה או מעשה נוזיקין.¹⁸

3. מבט השוואתי

כפי שצוין לעיל, במשפט המקובל התפתחו הקטנת הנזק והאשם התורם כשתי דוקטרינות נפרדות. הן נבדלו זו מזו הן מבחינת מקורן המשפטי והן מבחינת היקף תחולתן במשפט האזרחי. במישור הראשון ההבדל מתבטא בכך שדוקטרינת הקטנת הנזק היא יציר ההלכה הפסוקה של המשפט המקובל, בעוד הגנת האשם התורם מקורה בדבר חקיקה.¹⁹ במישור השני ההבדל מתבטא בכך שהשימוש בדוקטרינת האשם התורם מוגבל לעילות נוזיקין, בעוד עקרון הקטנת הנזק מופעל בעיקר בתחום החוזים.²⁰

פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 191–193, הסבור כי אין אפשרות לעגן את הגנת האשם התורם, כהגנה חלקית, בדיני הסיבתיות. עמדה שונה הובעה בע"א 3912/90 Eximin S.A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 79 (1993) (להלן: עניין Eximin), שבו אומצה הגנת האשם התורם לראשונה אל דין החוזים. הנשיא שמגר אמר שם, בעמ' 79: "הרעיון העומד בבסיס עקרון הסיבתיות הוא כי המפר אחראי לנזק שנגרם כתוצאה מפעולתו. לפיכך, אם שניים גרמו סיבתית לנזק, אין להעדיף אחד על רעהו, אלא יש לחלק את האחריות ביניהם באופן שכל צד יישא בחלקו בנזק".

15 שם.

16 בית-המשפט הסתמך על קו המחשבה שלפיו אם ניתן מכוח עקרון תום-הלב לשלול לחלוטין את הזכות לפיצויים, אזי ניתן אף לשלול אותה חלקית, וזאת מכוח קל וחומר. שם, בעמ' 80–81.

17 או בכינויו הרשמי – "חלק משנה שישי: תרופות בשל הפרת חיוב", בחלק הרביעי של הקודקס, הוא חלק ה"חיובים".

18 להצגה תמציתית של עיקרי החידושים, המבניים והמהותיים, שהצעת הקודיפיקציה מביאה עימה בתחום התרופות ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קרית המשפט 185 (התשס"ו).

19 ראו לעיל תת-פרק א1.

20 אם כי העיקרון מוכר באופן עקרוני גם בדיני הנוזיקין. ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 9.

בשיטות הקונטיננטליות המצב שונה בתכלית. שם, עצם ההבחנה בין "הקטנת נזק" לבין "אשם תורם" כשתי טענות הגנה שונות בתביעת פיצויים אינה מוכרת – לא בדיני חוזים, ואף לא בנוזקין. מטרתה של הגנת אלה מושגות בשיטות אלה במסגרת דוקטרינה אחת ויחידה של אשם תורם. בגרמניה, לדוגמה, סמוך להוראות הקובעות את הזכות לפיצויים ניצבת הוראת סעיף 254 ל-B.G.B. בדבר "אשם תורם".²¹ הוראה זו – החלה בחוזים ובנוזקין כאחד – קובעת עיקרון גמיש שלפיו כאשר אשמו של הניזוק תרם לנזק, ניתן להפחית ואף לשלול לחלוטין את זכותו של הניזוק לפיצויים.²² גם בצרפת, שבה הקודקס האזרחי שותק בסוגיה זו, פיתחה הפסיקה דוקטרינה הלכתית המתירה לבית-המשפט, בפוסקו פיצויים לניזוק מהפרת חוזה או מעוולה בנוזקין, להביא בחשבון את אשמו של הנפגע (faute de la victime) כנתון המצדיק הפחתה, ולעיתים אף שלילה, של הזכות לפיצויים.²³ אמור מעתה, במשפט הקונטיננטלי התחשבות בהתרשלות עצמית של הנפגע נעשית – הן בדיני חוזים, הן בדיני נזקין – במסגרת דוקטרינה אחת ויחידה, היא דוקטרינת האשם התורם.²⁴

נראה שהמתח בין שתי ההגנות לא נעלם מעיניהן של קבוצות המלומדים האירופיות שעסקו בעשורים האחרונים בניסוח עקרונות משותפים לדיני החוזים ולדיני הנוזקין. עם זאת, נמנעו רוב הקבוצות מזניחה מוחלטת של עקרון הקטנת הנזק, ככל הנראה בשל מעמדו המורשש בתרבות האנגלו-אמריקאית. כך למשל, בעקרונות דיני החוזים האירופיים עוגנו שתי הדוקטרינות זו לצד זו, תוך שימוש בנוסח זהה כמעט, בשני סעיפים נפרדים (9:504

21 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code] § 254, available at www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html (22.7.2009). כותרת ההוראה בגרמנית היא Mitverschulden, אשר תורגמה באתר משרד המשפטים הגרמני ל-"contributory negligence".

22 ס"ק 254(2) ל-B.G.B. קובע במפורש כי העיקרון חל במידה שווה גם על מחדלים של הנפגע, ובכלל זה אי-מניעת הנזק או אי-הקטנתו. לדין באשם תורם בדין החוזים הגרמני, תוך השוואתו לדוקטרינות האנגלו-אמריקאיות המקבילות, ראו: BASIL MARKESINIS, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT – A COMPARATIVE TREATISE 475–479 (2nd ed. 2006). לדין בתפיסת האשם התורם בשיטות הקונטיננטליות וביישומו בדיני הנוזקין ראו: 2; CEES VAN DAM, EUROPEAN TORT LAW 211–214 (2006); CHRISTIAN VON BAR, THE COMMON EUROPEAN LAW OF TORTS 544–569 (2000).

23 לסקירה תמציתית ראו פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 60–61; רנה סנילביץ תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי 69–70 (תשנ"ז). למאמר הסוקר את ההתפתחויות האחרונות במשפט הצרפתי בנושא זה, ואת כשלון הניסיון לייבא אל המשפט הצרפתי את דוקטרינת הקטנת הנזק, ראו: Solène Le Pautremat, *Mitigation of Damage: A French Perspective*, 55 INT. & COMP. L.Q. 205 (2006).

24 "The claim of contributory negligence can be made by any defendant, irrespective of the nature of the claim against him. His liability can be contractual or delictual..." ראו VON BAR, לעיל ה"ש 22, בעמ' 548. לסקירה השוואתית מאלפת של כללי הקטנת הנזק והאשם התורם במשפט המקובל ובמשפט הקונטיננטלי ראו את סקירתה המפורטת של סנילביץ, לעיל ה"ש 23, בעמ' 67–73.

ו-9:505) ומבלי שהובהר היחס ביניהן.²⁵ פתרון דומה – של שימור שתי הדוקטרינות זו בצד זו על-אף המתח השורר ביניהן – ננקט במסמך העקרונות בדבר חוזים מסחריים בין-לאומיים שהוכן מטעם ארגון ה-UNIDROIT (Principles of International Commercial Contracts, 1999), בס' 7.4.7 ו-7.4.8.²⁶ לעומת זאת, במסמך העקרונות של דיני הנוזיקין האירופיים (Principles of European Tort Law) ננקטה גישה שונה: כאן הביאה ההכרה בכך ששתי הדוקטרינות עוסקות בחלוקת אחריות לנזק לידי איחודן יחד תחת הוראה אחת ויחידה, העוסקת ב"התנהגות תורמת" ("contributory conduct"). ההוראה (סעיף 8:101 לעקרונות) מציינת כי החבות בפיצויים תופחת או תישלל בהתחשב באשמו התורם של הנפגע ובכל נסיבה אחרת שהייתה רלוונטית אילו הנפגע היה המעוול.²⁷ לבסוף נזכיר כי באמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי, שנחתמה בווינה באפריל 1980,²⁸ זכה עקרון הקטנת הנזק בעיגון ברור (בסעיף 77 לאמנה), אולם להגנת האשם התורם אין כל זכר.²⁹

פרק ב: הקטנת נזק ואשם תורם – קווי הדמיון

1. הערה מקדימה

כפי שיובהר בהמשך הדברים, קיימים הבדלים חשובים בין דוקטרינת האשם התורם לבין זו של הקטנת הנזק. עם זאת, בפתחו של הדיון ראוי להדגיש דווקא את קווי הדמיון שבין

25 בדברי ההסבר לעקרונות מוסבר הפיצול בין שני המוסדות המשפטיים בכך ש-"some legal systems distinguish these situations". נראה שהכוונה היא לשיטות המשפט המקובל, שכן סמוך לכך מצוין כי "Most continental European legal systems do not distinguish the two concepts" (Ole: RAU: PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW parts I and II 443–448 (Lando & Hugh Beale eds., 2000), available at frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm (22.7.2009).

26 המסמך עצמו נגיש בכתובת www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm (22.7.2009). לסקירה בעברית של מסמך זה ולתרגום לעברית של העקרונות שנקבעו בו ראו מרדכי אלפרדו ראבילו ופבלו לרנר העקרונות לחוזים מסחריים בינלאומיים והדיון הישראלי (התשס"א).

27 לדיון בהוראה זו ראו: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW – TEXT AND COMMENTARY 130–137 (2005).

28 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), available at www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf (22.7.2009).

29 השוו אצלנו לס' 77 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 6.

שתי ההגנות.³⁰ קיומם של קווי דמיון אלה לא יפגיע בוודאי את המשפטן הישראלי. כל תלמיד למשפטים, במהלך לימודיו לתואר הראשון, אמור להיתקל בשתי הדוקטרינות הללו ולהתוודע לתפקיד הקרוב שהן ממלאות בהגבלת הזכות לפיצויים – הן בדיני הנזיקין, הן בדיני החוזים. עם זאת, היכרות שיטתית קרובה עם המאפיינים המשותפים לשתי ההגנות היא חשובה. ראשית, יש בה כדי להדגיש את העובדה שאכן מדובר בדוקטרינות אחיות, הממלאות תפקיד דומה למדי. שנית, הצגת קווי הדמיון תשמש לנו מצד נוח שעל-גביו ייבחנו בפרק הבא קווי השוני בין הדוקטרינות.

2. המאפיינים המשותפים

ההגנות של אשם תורם והקטנת נזק נבחנות במספר לא-מבוטל של מאפיינים משותפים. בראש ובראשונה יש מקום להדגיש כי הטענה בדבר קיומו של אשם תורם, כמו הטענה בדבר אי-הקטנת נזק, טענות הגנה הן – אין הן יסודות מכוננים של תביעת הפיצויים. מכיוון שכך, נטל ההוכחה בשאלת התקיימותה (או אי-התקיימותה) של התרשלות עצמית מצידו של הנפגע רובן, במסגרת שתי הדוקטרינות, על כתפי המפר, ועליו בלבד: אם לא יועלו טענות אלה מפיו, יזכה הנפגע בפיצויים בלא צורך לשכנע את בית-המשפט כי אין לייחס לו התרשלות עצמית בגרימת הנזק.³¹ לעומת זאת, אם עלה בידי המפר לבסס – ולו לכאורה – טענה של התרשלות עצמית מצד הנפגע, יידרש האחרון להתמודד עימה ולהפריכה, שאם לא כן ייחשף לאפשרות שבית-המשפט יפעיל את ההגנה הנידונה ויפחית או ישלול את זכותו לפיצויים.

שנית, במישור המהותי, שתי טענות ההגנה מושתתות על עיקרון משפטי משותף, הוא עקרון ההתרשלות העצמית. על-פי עיקרון זה, התנהגות בלתי-סבירה של הנפגע שהשפיעה

30 על הדמיון, מחד גיסא, והשוני, מאידך גיסא, עמד בשעתו אורי ידין "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970" פירוש לחוק החוזים 120 (מהדורה שנייה, ג' תדסקי עורך, התשל"ט): "עניין הקטנת הנזק (בחוזים) דומה לאשם התורם בדיני נזיקין. בשניהם 'מתחלק' הנזק בין הצדדים. אולם קיימים הבדלים ביניהם." על היבטים שונים המשותפים לדוקטרינות האשם התורם והקטנת הנזק עמד ג' תדסקי במאמרו "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טו 335, 383-389 (התשמ"ו).

31 ראו, בהקשר של הקטנת נזק, את דבריו של הנשיא שמגר בע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ז'אק סוראקי ואח', פ"ד מב(4) 811, 825 (1988) (להלן: עניין סוראקי): "...נטל ההוכחה של הטענה, כי הצד הנפגע לא עשה די להקטנת נזקו, רובן על כתפי המזיק או הצד המפר." ראו עוד ע"א 571/80 אילן רחמים חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' טביק, פ"ד לז(2) 77, 81 (1983); ע"א 462/81 שמחון נ' בכר, פ"ד לט(1) 701, 708 (1985); ע"א 411/87 חזן נ' דגן, פ"ד מג(2) 273, 279 (1989). בהקשר של אשם תורם ראו, למשל, ע"א 402/75 עזבון משיח נ' רוזנבלום ואח', פ"ד ל(3) 97, פס' 6 (1976) (השופט שמגר): "המבקש לטעון כי פלוני הניזוק תרם גם הוא בהתנהגותו לגרימת התאונה בה נפגע, עליו הנטל..."

לרעה על היקף הנזק שנגרם לו עקב ההפרה (להלן: התרשלות עצמית) צריך שתשפיע לרעה גם על היקף זכותו לפיצויים.³²

שלישית, ראוי להדגיש כי התרשלות עצמית של הנפגע – בין במסגרת הגנת האשם התורם ובין במסגרתה של דוקטרינת הקטנת הנזק – אינה כרוכה בהכרח בהפרה של חיוב משפטי שהנפגע חב בו כלפי המפר. לפיכך האמירה השגורה שלפיה נפגע שאינו פועל להקטנת נזקיו מפר את ה"חובה" להקטין את נזקו – אינה מדויקת. הטעם לכך פשוט: חובה כזו אינה מוטלת עליו כלל.³³ אכן, הנפגע אינו מחויב (כלפי המפר) להימנע מהתרשלות עצמית, והא ראייה – שהתרשלות כזו, כשהיא לעצמה, אינה מצמיחה לאחרון עילת תביעה כלפי הראשון.³⁴ נכון יותר לומר כי טענות בדבר אשם תורם והקטנת נזק מעמיסות על כתפיו של הנפגע נטל משפטי, וחושפות אותו לסיכון משפטי. הנטל והסיכון מתבטאים בכך שבדרך לכינון זכותו לפיצויים הנפגע עלול להידרש לא רק להוכיח את יסודות התביעה לפיצויים, אלא גם לשכנע את בית-המשפט כי לא התרשל בשמירה על האינטרס העצמי שלו. אם לא יעמוד הנפגע בנטל זה, תימצא זכותו לפיצויים בסכנה אם וכאשר תועלה נגדו טענה בדבר התרשלות עצמית.³⁵

32 על כך שגם ההגנה של הקטנת נזק, כמו הגנת האשם התורם, מחייבת הוכחת התרשלות מצידו של הנפגע, עמד פרופ' אנגלרד בספר תורת הנזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 254. השוו, בפסיקה, לדבריו של השופט ברק בעניין גולדפרב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 51. לדעה שונה, שלפיה אי-עמידה בנטל הקטנת הנזק אינה כרוכה בהתנהגות בת-אשמה, ראו GILEAD, לעיל ה"ש 11, בעמ' 430. דעה דומה עולה לכאורה גם מדבריו של אורי דיין, לעיל ה"ש 30. כשלעצמנו, נראה לנו כי עמדת הפסיקה, הרואה אי-הקטנת נזק רק מקום שהוכחה סטייה מסטנדרט סביר של התנהגות, מתיישבת טוב יותר הן עם לשונו של ס' 14(א) לחוק התרופות – המעניקה את הפטור למפר רק כאשר הנפגע לא נקט "אמצעים סבירים" – והן עם תכליתה של ההוראה: יצירת תמריץ אצל נפגעים בכוח לפעול בסבירות למניעתם של נזקי ההפרה.

33 ראו, למשל, את דבריו של השופט ברק בעניין גולדפרב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 51, והשוו לע"א (מחוזי ת"א) 2976/03 טועד בע"מ נ' ישיש בע"מ ואח', פס' 24 (לא פורסם, 2.7.2006). הדברים יפים גם באשר להגנת האשם התורם. ראו, למשל, את דבריו של השופט שניאור זלמן חשין בע"א 57/56 מורדקוביץ נ' מנחם, פ"ד יא 602, 605 (1957), אשר צוטטו בהסכמה על-ידי השופט שמגר בע"א 316/75 שור נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לא(1) 299, פס' 5(ב) (1977). גם בספרות של המשפט המקובל מכירים בכך שהביטוי המושרש "duty to mitigate" עלול להטעות. ראו, למשל: JOHN EDWARD MURRAY, MURRAY ON CONTRACTS 799 (4th ed. 2001).

34 אלא אם כן המעשה או המחלף המבטאים התרשלות עצמית מסכנים גם את האינטרסים של הנתבע, שאז הוא עלול להיחשב הפרה של חיוב כלפיו. למקרה מעניין שבו הפך בית-המשפט העליון פסק-דין מחוזי שפסק לתובע פיצוי בגין אשם תורם של הנתבעת (מבלי שעמדה לראשון עילת תביעה עצמאית נגד האחרונה) ראו ע"א 9326/03 מדינת ישראל נ' יתח (לא פורסם, 21.1.2008).

35 נגד התיאור הרווח של הקטנת הנזק כ"נטל" יצא בשעתו פרופ' טדסקי. לדעתו, כלל הקטנת הנזק נובע מן העיקרון של נשיאת הנזק העצמית. הנפגע נושא אותו חלק מהנזק שיש לייחס לו, ואין הוא רשאי לתבוע פיצוי אלא בשל החלק הנותר. ראו טדסקי, לעיל ה"ש 30, בעמ'

רביעית, אמת-המידה המהותית לבחינת קיומה של התרשלות עצמית בגדרי שת הדוקטרינות היא דומה. בשתייהן התנהגותו של הנפגע נבחנת באספקלריה של האדם הסביר. מטרת הבחינה היא לברר אם הנפגע חרג מדרך ההתנהגות הראויה, שהיה סביר לצפות כי ילך בה בנסיבות העניין.³⁶ זאת ועוד, במסגרת שתי ההגנות נבחנת הסבירות בהקשר המיוחד של אדם המתרשל כלפי עצמו, להבדיל מאדם המתרשל ומסב נזק לזולתו. התוצאה המעשית היא כי הציפייה שהנפגע ינקוט פעולה נחרצת למניעת הנזק היא נמוכה יותר, ואין הוא צריך "לצאת מגדרו" לשם כך.³⁷ ההצדקה לנקיטת אמת-מידה מקילה זו מובנת מאליה: אין אדם חייב להיזהר בשמירה על עניינו הפרטי באותה מידה מחמירה שבה עליו להיזהר בגרימת נזק לזולתו. בלשונו של השופט ברק באחת הפרשות:

385-383. שאלה מעניינת היא אם ניתן לראות בעקרון תום-הלב מקור לחיוב משפטי של הנפגע כלפי המפר להימנע מהתרשלות עצמית. לדעתנו, אף שניתן לראות את הגנות האשם התורם והקטנת הנזק כנגזרות של חובת תום-הלב, התוכן הקונקרטי של החובה בהקשר זה אינו מתבטא בחובה למנוע נזק עצמי, אלא בחובה להימנע מהגשת תביעה לפיצויים בגין נזק שנגרם בהתרשלות עצמית. כאשר הנפגע חוטא לחובה זו, הסנקציה על כך היא חסימה (חלקית, בדרך-כלל) של תביעתו לפיצויים. אולם בהקשר זה אין בהפרת חובת תום-הלב כדי להצמיח עילת תביעה עצמאית למפר (אלא אם כן עצם הגשת התביעה גרמה למפר נזק, שבגינו הוא מבקש לתבוע פיצוי).

36 אף שהסבירות נבחנת בדיעבד, הודגש בפסיקה כי על בית-המשפט להיזהר מפני "החוכמה שלאחר המעשה", וכי עליו להעמיד את עצמו, ככל שהדבר ניתן, בנעליו של הנפגע ובמצב שבו היה נתון במועד הרלוונטי: "...אין לגשת לבחינת התנהגותו של הנפגע, עליו מוטלת החובה לצמצם נזקיו, כאשר מצוידים רק בחוכמה שלאחר מעשה. את הערכת פועלו או אי-פועלו של הנפגע במסגרת מילוי חובתו האמורה יש לעשות על-פי אמות מידה של מה שהיה סביר בשעת מעשה." דבריו של הנשיא שמגר בעניין סוראקי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 827.

37 ראו, למשל, את דבריה של השופטת דורנר בע"א 8556/96 לוביאניקר ואח' נ' משרד האוצר ואח', פ"ד נו(5) 289, 300 (2002) (להלן: עניין לוביאניקר): "נפגע יוצא ידי חובתו זו [חובת הקטנת הנזק] אם פועל הוא בסבירות... ואין הוא חייב לצאת מגדרו כדי להקטין את הנזק שאחראי לו המפר." כן השוו לעניין סוראקי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 827, שבו הביא הנשיא שמגר מדבריו של השופט עציוני בעניין לכוביצר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 118: "איננו סבורים כי הניזק חייב לצאת מגדרו בנסותו למלא את החובה המוטלת עליו להקטין את נזקו." ראו, לשם הדגמה, ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים ואח' נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241, 262 (1997), שבו העובדה שזמרת, לאחר הפרת החוזה על-ידי אמרגניה, לא ארגנה לעצמה הופעות לא נחשבה מחדל של אי-הקטנת נזק. כן השוו לת"א (מחוזי נצ') 1028/04 הוא נ' לוקי בניה ופיתוח בע"מ (לא פורסם, 7.9.2006), שבו לא קיבל בית-המשפט טענות בדבר הפרה של חובת הקטנת הנזק במקרה שבו סירבו רוכשי דירה להצעת מגורים בדירור חלופי. השוו גם לעניין סוראקי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 825-826, שם נדחתה טענת הבנק-המפר שלקוחו חטא לנטל הקטנת הנזק בכך שלא התקשר בעסקה חלופית, באמצעות בנק אחר, עוד באותו יום עסקים שבו התרחשה ההפרה (הצפויה). זאת, מכיוון שעד תום יום העסקים היה הלקוח יכול לצפות כי תקיים דרישתו לקיום החוזה כמוסכם.

"רמת ההתנהגות הנדרשת מהמזיק כלפי הניזוק צריכה מעצם טיבה להיות גבוהה יותר מרמת ההתנהגות הנדרשת מהניזוק כלפי המזיק... אין לצפות מהניזוק הקרבה אישית למען המזיק אך אין לאפשר לו התעמרות במזיק... אין לדרוש מהניזוק כי יתייחס אל המזיק כאל עצמו. זו מידת 'חסידות' שאין זה ראוי להעמיד בה את הניזוק... 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."³⁸

דברים אלה, שנאמרו באשר לנטל הקטנת הנזק, יפים גם לעניין התקיימותו של "אשם תורם"³⁹.

חמישית ואחרונה, חשוב להדגיש כי שתי ההגנות הנידונות אינן מעניקות למפר הגנה מוחלטת, כי אם הגנה חלקית בלבד מפני חבות אזרחית כלפי הנפגע. אשם תורם או אי-הקטנה של נזק מצד הנפגע לא ישללו בדרך-כלל את אחריותו של המפר להפרת החוזה או למעשה הנזיקין, ואף לא יצמיחו לו פטור גורף ומוחלט מחבות לפיצויים בגין כלל נזקי ההפרה. התרשלותו העצמית של הנפגע מובילה – במסגרת כל אחת משתי הדוקטרינות – רק לצמצום היקף החבות הכולל של המפר בפיצויים.⁴⁰ בכך הגנות אלה נבדלות מטענות הגנה דוגמת חוסר תום-לב או סיכול חוזה, העשויות להביא לידי שלילת עצם האחריות החוזית (או לפחות לשלילה מוחלטת של הזכאות לתרופות מסוימות).

ענינו הרואות כי הדוקטרינות של אשם תורם והקטנת נזק ממלאות בדין החיובים תפקיד דומה, וכי הן חולקות מאפיינים משותפים רבים. הדמיון ביניהן מתבטא הן בתכליתן המשותפת של שתי ההגנות (יצירת תמריץ שלילי להתרשלות עצמית), הן באמת-המידה הזוהי לבחינת התנהגותו של הנפגע (התנהגות בלתי-סבירה, אולם בדרגה נמוכה מהתרשלות רגילה) והן בהיבטים נוספים שעליהם עמדנו בפרק זה.

38 עניין גולדפרב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 52-53 (בהקשר של נטל הקטנת הנזק בתביעת נזיקין).

39 ראו, למשל, דברים ברוח דומה שהשמיע השופט דב לוין בע"א 56/77 לה נסיונל חברה ביטוח בע"מ נ' סטרפלאסט ואח', פ"ד לג(1) 337, 340-341 (1979) (להלן: עניין לה נסיונל).

40 ראו, למשל, את דבריו של השופט ג'ובראן בע"א 6581/98 זאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 1, 16 (2005) (להלן: עניין זאבי); "[דוקטרינת האשם התורם] משמעותה הגנה למזיק לא מפני האחריות בנוזיקין גופה, אלא מפני החובה לפצות את הניזוק על כל נזקו. זוהי הגנה מודרגת, כלומר היקפה אינו קבוע מראש, אם כי נתחם בכל מקרה ומקרה על-פי הנסיבות." (הדברים הם ציטוט מתוך הספר תורת הנזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 236). דברים אלה יפים בעניינו גם ביחס לכלל הקטנת הנזק. כלל זה מעניק אומנם למפר פטור מלא מחובת פיצוי ביחס לנזק הנמנע, אך אינו גורע מאחריותו להפרה ומחובתו לפצות את הנפגע על יתר נזקי ההפרה.

פרק ג: המתח בין ההגנות

1. הערה למטרת הדיון

בפרק הקודם עמדנו על קווי הדמיון בין הגנת האשם התורם לבין ההגנה של הקטנת נזק. בפרק זה אבקש לבחון את השאלה מהם, אם בכלל, ההבדלים בין שתי ההגנות. לשאלה זו יש חשיבות מעשית ללא קשר למסקנה שתקבל בסיום העיון בה. ממה נפשך: אם יתברר שאין כל הבדל בין הדוקטרינות או שההבדלים ביניהן זניחים, תתעורר השאלה מדוע על המשפט הישראלי (ולמעשה, על כל שיטת משפט אחרת) להמשיך לאחוז בשתייהן בעת ובעונה אחת, תוך סרבול מיותר של דיני הפיצויים. אם יתברר, לעומת זאת, כי קיימים הבדלים של ממש בין שתי הדוקטרינות, כִּי־אז צפויה להתעורר במלוא עוצמתה שאלת חלוקת התפקידים או חלוקת הגזרות ביניהן. למשל, אם יסתבר שקיימת חלוקת תפקידים ברורה, כך שכל אחת מהדוקטרינות חלה על מצבים עובדתיים אחרים, תתעורר שאלת ההצדקה להפרדה "טריטוריאלית" כזו; ואם יעלה הדיון, לעומת זאת, כי חלוקת התפקידים אינה ברורה או שקיימת חפיפה בין אזורי הפעולה של שתי הדוקטרינות, אזי תתעורר השאלה מהי "חלוקת הגזרות" הרצויה בין הדוקטרינות, ולמי משתייהן ראוי לתת עדיפות באזורי החפיפה ביניהן.

2. ההבדל המהותי בין שתי ההגנות

ההבדל הברור והחשוב ביותר בין עקרון האשם התורם לבין עקרון הקטנת הנזק מתבטא בתוצאות הפעלתן של שתי ההגנות, כלומר, באופן חלוקת האחריות לנזקו העצמי של הנפגע (להלן: הנזק הנמנע) במסגרת כל אחת מהן. במסגרת העיקרון הראשון, התרשלות עצמית מצד הנפגע תביא לידי הפחתת חבותו של המפר בפיצויים, וזאת בשיעור המשקף את מידת אחריותו היחסית של הניזוק – בהשוואה לאחריותו של המזיק – לגרימת הנזק הנמנע. לעומת זאת, בגדרי ההגנה של הקטנת נזק, התרשלותו העצמית של הנפגע מביאה לידי הענקת פטור מוחלט למפר מן החובה לפצות את הנפגע על הנזק הנמנע. הבדל זה בין שיטות הפעולה של שתי ההגנות נובע לא רק מן המסורת המשפטית האנגלו-אמריקאית, שממנה שאב המשפט הישראלי את ההכרה בהגנות האמורות.⁴¹ הוא מעוגן אצלנו בלשונו המפורשת של החוק: סעיף 68 לפקודת הניזוקין, הדן באשם תורם, מבהיר שכאשר "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"; לעומתו, סעיף 14(א) לחוק התרופות, המעגן את נטל הקטנת הנזק, קובע בלשון

41 ראו לעיל תת-פרק א.1.

חדה כתער כי "אין המפר חייב [כלל!] בפיצויים... בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין".

החלת עקרון האשם התורם מאפשרת אפוא לבית-המשפט להטיל את האחריות לנזק הנידון על שני הצדדים גם-יחד, ולקבוע את אופן ההשתתפות הראוי ביניהם (חלוקת אחריות "אופקית"). החלת עקרון הקטנת הנזק, לעומת זאת, משמעותה שהאחריות לנזק הנמנע עוברת במלואה מן המפר, אשר גרם לאותו נזק, אל הנפגע, שהיה צריך למנועו (חלוקת אחריות "אנכית"):

"...בין שני המוסדות קיים הבדל מהותי, המתגלה בתוצאה המשפטית הנובעת מהחלתם. קיומו של אשם-עצמי-תורם מסמיך את בית המשפט להפחית משיעור הפיצויים, המתייחסים לסך כל הנזק, את אותו האחוז הנראה לו צודק ונכון בהתחשב עם מידת האחריות... שונה המצב במקרה בו יחול עקרון הקטנת הנזק... [כאן] זכותו של הניזוק לפיצויים תישלל לגמרי לגבי הנזק הנמנע..."⁴²

לשם הדגמה, נניח כי ראובן, יצרן מכוניות, התרשל בהרכבת הבלמים במכונית אשר נמכרה מאוחר יותר על-ידי שמעון, יבואן רכב, לידיו של לוי. כתוצאה מהתרשלות היצרן ומהפרת החוזה על-ידי שמעון (שמכר ללוי רכב פגום), התרחשה תאונת-דרכים שבמהלכה נהרס לחלוטין רכבו של לוי. נניח עוד כי לפני התאונה הגיעה ללוי הידיעה בדבר קיומם של ליקויי בטיחות שנפלו בכל כלי-הרכב מן הדגם שרכש. לוי התכוון לבדוק את רכבו, אולם עד למועד התאונה טרם הספיק לעשות כן. בתביעת פיצויים של לוי מגיש נגד ראובן, היצרן, ונגד שמעון, הספק, מקבל בית-המשפט את טענתם של ראובן ושמעון כי לוי התרשל (התרשלות עצמית) בכך שנסע עם רכבו מבלי שוידא תחילה, באמצעות בדיקה מקצועית, כי הרכב תקין ואינו מסוכן לשימוש.

נקל לראות כי התוצאה המשפטית הנובעת מהחלת כל אחת מההגנות היא שונה: החלת עקרון האשם התורם במקרה זה לא תפטור את ראובן, ואף לא את שמעון, מן האחריות (הנויקית או החוזית, בהתאמה) לפצות את לוי על הפגיעה בו, אלא שבית-המשפט יהיה מוסמך להפחית את היקף חבותו של ראובן בהתחשב במידת האחריות היחסית של כל אחד מהצדדים לגרימתו (או לאי-מניעתו) של הנזק; לעומת זאת, החלת עקרון הקטנת הנזק בסיטואציה זו פירושה המעשי הוא מתן פטור מוחלט לראובן ולשמעון מאחריות לנזק הרכוש שנגרם ללוי, וייחוסו של נזק זה, בשלמותו, להתרשלותו העצמית של האחרון. אמת, במקרים רבים ניתן להפריד בין מרכיבים של נזק שהנפגע היה יכול וצריך למנוע לבין יתר מרכיבי הנזק, שאותם לא היה בכוחו למנוע באמצעים סבירים. במקרים אלה

42 תורת הניזוקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 252. ראו, באופן דומה, פורת אשם תורם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20-21, המבחין בין "חלוקה אופקית" של הנזק לפי עקרון האשם התורם לבין "חלוקה אנכית", המאפיינת את עקרון הקטנת הנזק. כן ראו אריאל פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתו?" עיוני משפט יח 103, 143 (התשנ"ג): "אי-עמידה בנטל זה של הקטנת הנזק יוצר אס-כך תוצאה דרסטית: כל הנזק בר-הקטנה נופל על כתפיו של הנפגע."

תחולק האחריות בין המפר לבין הנפגע בהתאם, וזאת מכוח עקרון הקטנת הנזק וללא צורך להיוקק להגנת האשם התורם. אלא שאת האחריות לאותם מרכיבי נזק שאותם היה הנפגע יכול למנוע באמצעים סבירים לא יוכל בית-המשפט לחלק בין הצדדים. כאמור, אחריות זו תוטל במלואה על הנפגע, מכוחו של כלל הקטנת הנזק, זאת, בשעה שעקרון האשם התורם מאפשר לחלק גם את האחריות לנזקים נמנעים אלה.

הנה כי כן, אף ששתי הדוקטרינות מבוססות על עקרון ההתרשלות העצמית, שיטת הפעולה של כל אחת מהן שונה בעליל. ההגנה של אי-הקטנת נזק פועלת בשיטת "הכל או לא-כלום". היא מבוססת על ההנחה כי האחריות לגרימתה של יחידת נזק נתונה יכולה להיות של המפר בלבד או של הנפגע בלבד; כל עוד לא חטא הנפגע להקטנת הנזק, האחריות לנזקי ההפרה מוטלת על כתפי המפר, ועל כתפיו בלבד; לעומת זאת, מרגע שנקבע כי הנפגע התרשל ולא מנע נזק מנזקי ההפרה, האחריות לגרימת אותו נזק עוברת בשלמותה מכתפיו של המפר אל כתפי הנפגע.⁴³

הגנת האשם התורם, לעומת זאת, אינה פועלת בשיטת "הכל או לא-כלום". אין היא מניחה, אפריורי, כי הנזק חייב להיות מיוחס בשלמותו רק לגורם אחד – המפר או הנפגע. נהפוך הוא, היא מבוססת על הנחה הפוכה שלפיה האחריות לגרימתה של יחידת נזק נתונה יכול שתהא משותפת למפר ולנפגע גם-יחד. לפיכך, גם במקרה שבו גרמה ההפרה לנפגע נזק שהוא עצמו היה יכול למנוע או לצמצם אלמלא התרשלותו העצמית, עדיין אין המפר פטור מאחריות לאותו נזק; האחריות לנזק רובצת על כתפיהם של שני הצדדים, ומחולקת ביניהם על-פי מידת אחריותם היחסית להתרחשותו.⁴⁴

3. הבדלים הנוגעים בהיקף תחולתן של ההגנות

(א) הערה למטרת הדיון

בסעיף הקודם הובהר ההבדל העקרוני, המהותי, בין שיטת הפעולה של הגנת האשם התורם

43 נקל לראות כי תוצאה כזו שקולה, מבחינה מעשית, לקביעה כי התרשלותו העצמית של שמעון היוותה "אשם מכריע" שניתק את הקשר הסיבתי – העובדתי והמשפטי – בין התרשלותו של ראובן לבין הנזק. ראו ס' 264 (2) לפקודת הנזיקין. לדיון בדוקטרינה זו ראו תורת הנזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 200-206. אכן, בספרות המשפטית יש הרואים בעקרון הקטנת הנזק ביטוי לדוקטרינה של סיבתיות משפטית. זו, למשל, עמדתו של GILEAD, לעיל ה"ש 11, המוצגת לעיל בה"ש 12.

44 "במקרה של אי הקטנת הנזק... מאבד הנפגע את הזכות לפיצויים לגבי נזק מסויים ומוגדר בכללותו. לעומת זאת, כאשר הנזוק תרם באשמו העצמי לנזקו, הרי ההפחתה נוגעת לחלק בלתי מסויים של סך-כל הנזק... עקרון הקטנת הנזק מניח אפשרות הפרדת נזק מסויים מתוך מכלול הנזקים שנגרמו, וייחוס נזק זה לניזוק עצמו." תורת הנזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 252. אופן הפעולה השונה של שתי הדוקטרינות הוכר גם בספרות המשפטית האנגלו-אמריקאית. ראו, למשל: DAN B. DOBBS & PAUL T. HAYDEN, TORTS AND COMPENSATION 779 (3rd ed. 1997).

לבין זו של כלל הקטנת הנזק. ההכרה בקיומו של הבדל זה מציפה באופן טבעי שאלה נוספת, היא השאלה בדבר "חלוקת הגזרות" או "חלוקת העבודה" בין שתי הדוקטרינות: באילו מקרים הנפגע, התובע פיצויים, חשוף לאפשרות של העלאת הטענה כי בהתנהגותו נפל אשם תורם, ובאילו מצבים הוא חשוף לטענה כי חטא לנטל הקטנת הנזק? בשורות הבאות אבקש לבחון את היקף תחולתן הפוטנציאלי של כל אחת משתי ההגנות. זאת, מתוך מגמה לברר אם קיים קו גבול המפריד בין אזורי הפעולה של כל אחת מהן, ואם כן – היכן קו גבול זה עובר.

(ב) מישור הבחנה ראשון: היקף התחולה בדין החיובים

במשפט הישראלי הגנת האשם התורם מעוגנת בחקיקת הנוזקין בלבד, בשעה שעקרון הקטנת הנזק מעוגן בחקיקת החוזים בלבד. עם זאת, מכוח הפסיקה הוחלה כל אחת משתי ההגנות גם בתחום האחר (הגנת הקטנת הנזק – גם בתחום הנוזקין; והגנת האשם התורם – גם בתחום החוזים).⁴⁵ המסקנה המתבקשת היא כי במשפט הישראלי אי-אפשר לקבוע שקו הגבול המפריד בין דיני החוזים לבין דיני הנוזקין הוא הקו המציין את תחומי פעולתן הנפרדים של שתי ההגנות. נהפוך הוא: שתיהן אינן ייחודיות לתחום כזה או אחר של המשפט האזרחי. הן מבטאות עיקרון משפטי כללי של דין החיובים. עיקרון זה חל בתחום החוזים, בדיני הנוזקין, ולמעשה בכל תחום אחר שבו נפגע שהופרה זכותו תובע פיצויים על הנזק שנגרם לו עקב אותה הפרה.⁴⁶

(ג) מישור הבחנה שני: היקף התחולה מחוץ לדיני הפיצויים

שני המוסדות המשפטיים מושא דיוננו משמשים בעיקר הגנות מפני תביעת פיצויים. אולם האם הם חלים גם מחוץ לתחום הפיצויים? האם בכוחם להגביל את זכותו של הנפגע

45 לתיאור הדין הנוהג ראו לעיל תת-פרק א2.

46 ראו, למשל, ס' 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 694 (להלן: חוק החוזים הכללי), המחיל את דין הקטנת הנזק שבחוק התרופות על תביעה לפיצויים בגין חוסר תום-לב במשא-ומתן. לתחולתה הרחבה של דוקטרינת הקטנת הנזק בדין החיובים ראו את דבריו של השופט אור בע"א 320/87 שלמה גנון נ' אריה חברה לביטוח ואח', פ"ד מה(1) 743, 745 (1991) (להלן: עניין גנון); "הלכה היא שחובתו של הניזוק היא לעשות להקטנת נזקו. כלל זה חל בדיני חיובים בכלל, ובכלל זה גם בתביעות שעילתן בדיני נזיקין". ראו גם את דבריו של מאיר שמגר במאמרו "מגמות במשפט" עיוני משפט (1) 1, 19 (1996): "ההצדקה לעיקרון של הקטנת הנזק – זו הכלכלית וזו המוסרית – יפה לכל דיני החיובים... משנגרם הנזק, הדין מטיל את הנטל של הקטנת הנזק על הניזוק. מה לי אם הנזק נגרם עקב פגיעה חוזית או עקב פגיעה נזיקית?" להחלת העיקרון של הקטנת הנזק על תביעת פיצויים שעילתה בהוראת דין מיוחדת ראו לאחרונה את עניין זאבי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 11-13, 15-18, שם נקבע כי העקרונות של הקטנת הנזק והאשם התורם חלים, נוסף על תחומי החוזים והנוזקין, גם על הזכות לפיצויים בשל פגיעה תכנונית, מכוח ס' 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307.

מהפרת זכות לתרופות אחרות פרט לפיצויים? במיוחד: האם קיים לעניין זה הבדל בין שתי הדוקטרינות?

בתחום החוזים מוסד הקטנת הנזק מעוגן בסעיף 14 לחוק התרופות. הוראה זו כלולה בסימן ג' לפרק ב' של החוק, העוסק בפיצויים על הפרת חוזה. מכאן שעקרון הקטנת הנזק חל, לפחות במישורין, בתביעות לפיצויים בלבד.⁴⁷ גם בדיני הנזיקין מקובל לראות בדוקטרינה זו – בישראל כמו במשפט המקובל כולו – חלק בלתי-נפרד מדיני הפיצויים.

עם זאת, במבט בוחן יותר מתברר כי לעקרון הקטנת הנזק יש ביטוי גם מחוץ לתחום הפיצויים. בדיני החוזים, למשל, אי-הקטנת נזק עשויה להטות את מאזן הצדק הנערך במסגרת סייג הצדק באכיפה לכיוונו של המפר, ובמקרים מסוימים אף להביא לידי שלילתה של תרופה זו מן הנפגע.⁴⁸ באופן דומה, אי-הקטנת נזק עשויה להיחשב שיקול של צדק אשר יביא, במקרה של הפרה שאינה יסודית, לידי שלילתה של זכות הביטול.⁴⁹ הוא הדין בזכות להשבה בעקבות ביטול החוזה, אשר קיומה והיקפה כפופים לשיקולי הצדק המעוגנים בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.⁵⁰ באשר לדיני הנזיקין – גם כאן הדעת נותנת שיינתן למחדלו של הניזוק בהקטנת נזקו משקל הולם בעת עריכת מאזן הנוחות בינו לבין המזיק, לצורך קביעת זכאותו של הראשון לתרופה של ציווי.⁵¹

עינינו הרואות כי אף שכלל הקטנת הנזק מובנו הצר מוגבל בתחולתו לדיני הפיצויים, שהם כור-מחצבתה של הדוקטרינה, טענה בדבר אי-עמידה בנטל הקטנת הנזק עשויה להיות רלוונטית גם מחוץ לדיני הפיצויים. נפגע החוטא לנטל הקטנת הנזק עלול לשלול מעצמו

47 ראו, למשל, את דבריו של השופט שלמה לוין בבג"ץ 74/89 המועצה המקומית נתיבות נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(2) 722, 724 (1990), וכן את דבריו הדומים של השופט מצא בע"א 3437/93 אגד בע"מ נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 838 (2000) (להלן: עניין אדלר). השוו, בהקשר של סעד ההשבה בעקבות ביטול חוזה, לדברים שנאמרו בת"א (מחוזי חי') 1068/99 זהבי נ' צרופה מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ ואח', פס' 16 (לא פורסם, 30.6.2004).

48 במקרה כזה ייאלץ הנפגע להסתפק בתרופת הפיצויים, הכפופה ממילא לחובה להקטין את הנזק (או להגנת האשם התורם). אכן, כך ממש פעל בית-המשפט העליון בעניין אדלר, לעיל ה"ש 47, שבו אי-הקטנת נזק מצידו של עובד – אשר ביקש לאכוף על מעבידו תשלום שכר עבודה בתקופה שלאחר פיטוריו לא כדין – נחותה כמצדיקה הפחתה של שכר העובד עד כדי מחצית ממה שהיה העובד משתכר אלמלא ההפרה.

49 למעשה, גם כאשר מדובר בהפרה יסודית, אי-הקטנת נזק עשויה להיחשב כחוסר תום-לב, וככזו – לשלול את הזכות לביטול החוזה. להכרה באפשרות זו ראו ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793, 811 (1982); ע"א 2825/97 אבו זייד ואח' נ' מקל, פ"ד נג(1) 402, 413-414 (1999); ע"א 1368/02 צמנטכל ב. קוטיק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 516, 523-528 (2003).

50 התשל"ט-1979, ס"ח 924. כפיפותה של הזכות להשבה בעקבות ביטול חוזה לשיקולים של צדק נקבעה לראשונה בע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, 558 (1993). ראו גם ע"א 5267/03 פרג-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 362-364 (2005).

51 במסגרת שיקול-דעתו של בית-המשפט לפי ס' 74 לפקודת הנזיקין.

לא רק את הזכות לפיצויים (על הנזק הנמנע), כי אם גם את הזכות לתרופות אחרות שהיו עשויות לעמוד לרשותו אלמלא התרשלותו העצמית.

ומה בדבר הגנת האשם התורם? האם גם לה יש "חיים" מחוץ לדיני הפיצויים? בתחום הנויקין רעיון האשם התורם מעוגן בהוראות חוק ספציפיות של פקודת הנויקין, הקובעות דוקטרינה מיוחדת של דיני הפיצויים.⁵² עובדה זו מקשה לכאורה את החלתו של עקרון האשם התורם מחוץ לתחום הפיצויים בנויקין, ממש כשם ש"מיקומו הגיאוגרפי" של עקרון הקטנת הנזק בחוק התרופות מקשה את ההכרה בתחולתו מחוץ לדיני הפיצויים על הפרת חוזה. אף-על-פי-כן, יש לשער שאשם תורם מצידו של נפגע ממעשה עוולה ישמש שיקול לחובתו בעת ההכרעה בשאלת זכאותו לתרופה של ציווי.

המצב בדיני החוזים שונה. כאן נקלטה הגנת האשם התורם מכוח ההלכה הפסוקה, אך זאת לא כ"יבוא" טבעי של דוקטרינה ספציפית מדיני הפיצויים בנויקין, אלא כביטוי אחד מני רבים של עיקרון משפטי רחב, הוא עקרון תום-הלב בקיום חוזים.⁵³ ראייה כזו מקילה מאוד את האפשרות להחיל את הגנת האשם התורם לא רק בתביעות לפיצויים, אלא גם – בשינויים המחויבים – בתביעות למימושן של תרופות אחרות, כגון אכיפה והשבה. אכן, עיון בפסיקה בדיני החוזים מאשש מסקנה זו. הוא מלמד כי אשם תורם של נפגעים מהפרת חוזים נתפס כמצדיק הוריה על אכיפה חלקית בלבד של חיובים כספיים, ולעיתים גם הוריה על השבה חלקית של טובות-הנאה שהתקבלו בעקבות קיומו של חוזה לאחר ביטולו.⁵⁴ מן המקובץ עולה כי למרות ההבדל בעיגונן הפורמלי של שתי הדוקטרינות, לשתיהן יש תחולה פוטנציאלית רחבה גם מחוץ לדיני הפיצויים. תחולה זו מאפשרת התחשבות בהתרשלותו העצמית של הנפגע הן בעת קביעת קשת התרופות שהוא זכאי להן והן בשלב של קביעת היקף התרופה (הכספית) שתיפסק לטובתו.

52 לפירוט ההוראות הרלוונטיות ראו לעיל ה"ש 11.

53 ראו לעיל ה"ש 15-16 והטקסט הסמוך אליהן. ראו גם לאחרונה את דבריו של השופט ריבלין בע"א 2666/05 מדינת ישראל נ' אינסופקו הספקה לתעשייה בע"מ, פס' 12 (לא פורסם, 19.12.2007) (להלן: עניין אינסופקו); "התפיסה המכירה באשם תורם של הניזוק כעילה להפחתת הפיצויים, היא חלק מעקרון תום הלב."

54 להסתמכות על אשם תורם כבסיס לפסיקת אכיפה חלקית (של חיוב כספי) ראו ע"א (מחוזי ת"א) 3147/02 מגדל הזוהר לבנין בע"מ נ' בנק ירושלים בע"מ ואח', פס' 4-6 (לא פורסם, 27.8.2006) (להלן: עניין מגדל הזוהר). להסתמכות על אשם תורם כעילה להפחתת חיוב של השבת שווי בעקבות ביטול חוזה ראו ע"א (מחוזי חי') 581/02 לוין נ' אנגל ג'נרל דיבלפורט בע"מ, פס' 27 (לא פורסם, 25.9.2006); ולאחרונה, ת"א (שלום ראשל"צ) 5505/06 ארליך נ' בניסטי, פס' 36-43 (לא פורסם, 31.3.2008). שיקולי אשם תורם ממלאים תפקיד גם במסגרת שיערוך התמורה החוזית כתנאי לאכיפת החוזה. ראו ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314, 333-332 (1980).

(ד) מישור הבחנה שלישי: התרשלות במעשה והתרשלות במחדל

האם נכון לומר כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל מאפשרת לתחום את עקרון האשם התורם ולהבחינו מעקרון הקטנת הנזק?

במבט ראשון נראה כי התשובה לשאלה זו עשויה להיות חיובית. אי-עמידה בנטל הקטנת הנזק מתוארת בסעיף 14(א) לחוק התרופות כהתנהגות סבילה, כמחדל של הנפגע, אשר לא פעל למניעתו או להקטנתו של נזק שאותו "יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין". לעומת זאת, המושגים "אשם תורם" או "התרשלות תורמת" מבליטים לכאורה את ההיבט הפעיל שבהתנהגות הנפגע, אשר בהתנהגותו בת-האשמה תרם להתהוותו של הנזק.

אף-על-פי-כן, סבורני שהבחנה זו אינה נשמרת בדין הנוהג, בוודאי לא באורח עקבי ונטול סייגים. ראשית, בדיני האשם התורם, הן התנהגות פעילה של הנפגע והן התנהגות סבילה מצידו עלולות לעמוד לו לרועץ. אכן, בתחום הנוזיקין החוק קובע במפורש כי "אשם" (לרבות "התרשלות שהזיקה לעצמו") יכול שיהיה במעשה או במחדל.⁵⁵ גם בתחום היחסים החוזיים נראה כי אין דין האשם התורם מוגבל להתנהגות פעילה של הנפגע. אכן, דוגמות טיפוסיות לאשם תורם הן מצבים שבהם הנפגע, בלא הצדקה מספקת, נמנע מלשתף פעולה עם המפר, מסרב לפעול ליישובה של מחלוקת, אינו מזהיר את המפר מפני סיכונים וקשיים בקיום החוזה, אינו מגלה לו מידע רלוונטי או נמנע מנקיטת אמצעי זהירות להגנת האינטרסים שלו עצמו – ובכך תורם להתרחשות ההפרה או להעצמת הנזק.⁵⁶

שנית, ומן העבר האחר, גם ההנחה שאי-הקטנת נזק כרוכה בהכרח בהתנהגות סבילה אינה נכונה. אכן, ה"הפרה" הטיפוסית של נטל הקטנת הנזק היא במחדל. בהקשר החוזי, למשל, דוגמה שכיחה לאי-הקטנת נזק היא צד לעסקת מכר, לעסקת שכירות או לעסקת קבלנות שאינו פועל, לאחר ביטול החוזה בתגובה על הפרתו, למציאת תחליף בשוק החופשי לנכס או לשירות מושא החוזה.⁵⁷ גם בנוזיקין אחת הדוגמות הטיפוסיות לאי-הקטנת נזק היא הימנעות של הניזוק מקבלת טיפול רפואי שישפר – או לפחות ייצב – את מצבו הבריאותי.⁵⁸

עם זאת, אי-הקטנת נזק יכול שתבוא לידי ביטוי גם בהתנהגות פעילה של הנפגע

55 ס' 64 לפקודת הנוזיקין. ראו גם תורת הנוזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 236.

56 קטגוריות טיפוסיות אלה של אשם תורם נידונות בהרחבה ומודגמות אצל פורת אשם תורם, לעיל ה"ש 2, בחלק 2 לספרו, בעמ' 166-218. נזכיר כי במשפט הגרמני המחדל במניעת נזק או בהקטנתו מוגדר בחוק במפורש כביטוי קונקרטי אחד של אשם תורם. ראו לעיל ה"ש 22.

57 ראו, למשל, ע"א 660/86 תושיה נ' גוטמן, פ"ד מד(1) 52 (1990). השופט ברק ציין שם, בעמ' 54: "אם המוכר נמנע מלמכור את הנכס במועד סביר לאחר מועד ההפרה או הביטול, אין הוא זכאי לפיצוי בגין הנזק הנוסף שנגרם לו בשל ירידה בערך הנכס בתקופת ההמתנה... ניתן להסביר שלילת הפיצוי האמור על יסוד הגישה כי נזק זה רחוק הוא מדי, או על יסוד התפיסה כי על המוכר מוטל הנטל להקטין את נזקו, ובהימנעותו מלמכור את הנכס במועד סביר לאחר ההפרה או הביטול הוא לא עמד בנטל זה."

58 ראו, למשל, עניין גולדפרב, לעיל ה"ש 12.

או הניזוק. אכן, דוגמה טיפוסית לאי-הקטנת נזק – בחוזים ובניזוקין גם-יחד – היא מצב שבו הנפגע אכן פועל במגמה להקטין את נזקו, אלא שהוא נוקט לשם כך פעולות בלתי-סבירות. פעולה בלתי-סבירה להקטנת הנזק יכולה להתבטא בשתי צורות עיקריות. צורה אחת היא נקיטת צעדים שאדם סביר בנעליו של הנפגע צריך לדעת כי אין בכוחם להקטין את הנזק כלל. דוגמה שכיחה לפעולות כאלה היא רכישת תחליף לא-מתאים לנכס או לשירות הפגומים (כגון רכישת ציוד או תשלום בעבור שירות תיקונים שאין בכוחם לרפא פגם שנפל בנכס שסופק לתובע). הצורה האחרת היא נקיטת אמצעים שיש בהם כדי להביא לידי צמצום הנזק, אלא שהן כרוכות בעלות מופרות בהשוואה לתועלת הצפויה מהן. דוגמה לכך יכולה להיות ביצוע טיפול רפואי יקר בחוץ-לארץ אף שניתן לבצע את הניתוח בישראל ברמת מקצועיות דומה ובעלות פחותה באופן משמעותי.⁵⁹ במקרים טיפוסיים אלה אין כל ספק שניתן לראות בהתנהגות הפעילה של הנפגע לא רק משום אשם תורם, אלא גם – ואולי בעיקר – אי-נשיאה בנטל הקטנת הנזק.⁶⁰

המסקנה המתבקשת היא אפוא זו: למרות הרושם הראשוני כי הגנת האשם התורם ועקרון הקטנת הנזק חלים על סוגי התנהגויות שונים – מעשים מזה ומחדלים מזה – בפועל שתי הדוקטרינות חלות הן על מחדלים והן על מעשים פעילים העולים כדי התרשלות עצמית.

59 ראו ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 777 (1982), שם מביא השופט ברק תרחיש זה כדוגמה לאי-עמידה בנטל הקטנת הנזק.

60 אם כי דומה שבאותם מקרים שבהם לאחר ההפרה הנפגע נוקט צעד פעיל בלתי-סביר שאינו יכול להתפרש כניסיון להקטין את הנזק, ואשר מביא בפועל לידי החמרתו, ייעשה בדרך-כלל שימוש בדוקטרינות של סיבתיות, כגון ניתוק קשר סיבתי (ולא בעקרון הקטנת הנזק), כדי לשלול מהנפגע את זכותו לפיצויים. עמד על כך Burrows, לעיל ה"ש 8, בעמ' 126: "Unreasonable action subsequent to a wrong is normally regarded as an aspect of an intervening cause. But the unreasonable incurring of expense subsequent to the wrong is generally viewed as an aspect of the duty to mitigate". הנטייה האמורה לסווג התנהגות פעילה שהחמירה את הנזק כאשם מכריע המנתק את הקשר הסיבתי (להבדיל מסיווגה כמחדל של אי-הקטנת נזק) מודגמת בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 2251/05 ואן-דאם נ' כהן, פ"ס 18 (לא פורסם, 5.7.2007). באותו מקרה נפסק שהתובעים (מוכרי דירה שביטלו את חוזה המכר בעקבות הפרתו על-ידי הרוכשים) לא יזכו בפיצוי על אותו חלק בירידת ערך הדירה שניתן לייחס לפנייתם לרשויות המס בבקשה לוותר על אחוזי בנייה בדירה (לצורך הפחתת מס שבח) – פנייה אשר התקבלה והביאה לידי הפחתה של 25% באחוזי הבנייה. במקרה כזה נחזתה פעולתם של הנפגעים לא כאקט בלתי-סביר של הקטנת נזק בעקבות ההפרה מצידם של הרוכשים, אלא כמעשה עצמאי שהחמיר את הנזק. במקרה זה היה אפשר להגיע לתוצאה של שלילת הפיצוי באמצעות הקביעה כי הנזק הנידון היה ניתן למניעה אלמלא פעלו הנפגעים כפי שפעלו. אולם, כאמור, בית-המשפט העדיף ללכת בדרך של שלילת הקשר הסיבתי בין ההפרה לנזק. מקרה דומה הוא ע"א 288/80 וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבנין בע"מ, פ"ד לו(2) 365, 376 (1982), שבו סירובו של בעל מקרקעין להעביר בעלות בנכס (לאחר ההפרה) נחזתה כמחדל (או מעשה) שניתק את הקשר הסיבתי בין ההפרה לבין אובדן דמי השכירות שבגיננו נתבע הפיצוי.

(ה) מישור הבחנה רביעי: תחולה בזמן

(1) הערה מקדימה

האם קיים הבדל בין הגנת האשם התורם לבין הגנת הקטנת הנזק מבחינת פרק-הזמן שבו הן עשויות לחול? באיזו תקופת זמן ביחסים המשפטיים שבין הצדדים מתרחשת ההתרשלות העצמית (תהא זו התרשלות במעשה או התרשלות במחדל) המהווה בסיס להפעלת כל אחת משתי ההגנות?

בהקשר זה מסתמנת בדין הישראלי, בעקבות המשפט המקובל האנגלי, הנחה משתמעת בדבר קיומה של "חלוקת עבודה" ברורה בין עקרון האשם התורם לבין עקרון הקטנת הנזק. עם זאת, כפי שיובהר מייד, חלוקה זו לא נקבעה באופן מפורש ומחייב על-ידי בית-המשפט העליון, היא אינה מתחייבת מלשונו של החוק, ואף אינה נשמרת תמיד בפרקטיקה השיפוטית. זאת ועוד, קיים בנושא זה הבדל, בלתי-מוצדק לטעמי, בין החלוקה הנוהגת בתחום הנויקין לבין זו הנוהגת בדין החוזים. לשם נוחות הדיון תיבחן הסוגיה תוך הפרדה בין תחומי הנויקין והחוזים.

(2) דיני נויקין

בדיני הנויקין, כך מקובל להניח, יש תחולה לעקרון הקטנת הנזק רק לאחר שמעשה הנויקין הושלם וקמה חבות בנויקין של המעוול כלפי הנפגע.⁶¹ להגנת האשם התורם, לעומת זאת, יש תחולה בעיקר בפרק-הזמן שעד לרגע התגבשותה של העוולה.

המשמעות המעשית של החלוקה הכרונולוגית האמורה היא שבתביעת הנויקין הטיפוסית, היא תביעת הרשלנות (שבה הנזק הוא יסוד מכונן שבלעדיו עילת התביעה אינה מתגבשת), הניזוק נושא בנטל הקטנת הנזק רק לאחר התגבשותו של הנזק הראשוני שנגרם לו על-ידי המזיק. כלומר, בפועל יופעל כלל הקטנת הנזק רק ביחס לתביעת פיצויים על נזקים שהסתעפו מהנזק הראשוני שגרמה התרשלות הנתבע. לעומת זאת, התרשלות עצמית של התובע שגרמה לנזק הראשוני עצמו – בין במישרין ובין בעקיפין (בכך שגרמה להתרשלותו של הנתבע) – אינה נתפסת בדרך-כלל כמחדל של אי-הקטנת נזק, אלא כאשם תורם.⁶²

61 "...עקרון הקטנת הנזק, חל רק לאחר שהמזיק ביצע את מעשה הנויקין במלואו." תורת הנויקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 254. הנחה זו רווחת גם במקורות המשפט המקובל. ראו להלן ה"ש 62. למעשה, נראה כי הרגע שבו נטל הקטנת הנזק מתחיל לפעול בתחום הנויקין, לפחות בעוולת הרשלנות, הוא הרגע שבו נודע לניזוק על נזקו. הדרישה בדבר ידיעת הנפגע כתנאי להכפפתו לנטל הקטנת הנזק מודגשת בדיני החוזים (ראו להלן ה"ש 66 והטקסט הסמוך אליה), אולם לא מצאנו דיון בה בתחום הנויקין. ייתכן שהדבר נובע מכך שברוב תביעות הנויקין מועד ידיעת הניזוק על נזקו חל בד בבד עם מועד אירוע הנזק עצמו או סמוך לאחריו.

62 לתמיכה בדעה כי נטל הקטנת הנזק בנויקין חל רק ממועד קרות הנזק הראשוני ואילך ראו ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנויקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד 15, 41 (התשמ"ד). ההבחנה הכרונולוגית המוצעת בטקסט משתקפת בע"א 42/53 יחזקאלי נ' שפושניק ואח', פ"ד ט 333, 338 (1955). חלוקה דומה רווחת גם בדיני הנויקין של המשפט האנגלו-אמריקאי. ראו, למשל, Dobbs & Hayden, לעיל ה"ש 44, בעמ' 779. כן ראו: W.

אומנם, פסקי-דין המחילים את הגנות האשם התורם והקטנת הנזק כדיני הנוזקין אינם טורחים בדרך-כלל להבהיר מדוע, ומכוח איזה כלל, הם מחילים דווקא את ההגנה האחת או האחרת על התרשלותו הנטענת של התובע. עם זאת, עיון מדגמי בפסיקה מלמד כי חלוקת העבודה האמורה נשמרת בדרך-כלל.⁶³

אף-על-פי-כן, החלוקה המתוארת מותירה מקום לספק אחד. הספק מתעורר לגבי האפשרות להחיל את הגנת האשם התורם בשלב המאוחר למועד התגבשותה של העילה בנוזקין. כפי שצוין זה עתה, הפרקטיקה השיפוטית מעלה כי בדרך-כלל ההגנה של הקטנת הנזק היא שתאומץ בשלב הבתר-עוולתי (קרי, השלב שלאחר התגבשותן של העוולה או ההפרה). עם זאת, למיטב ידיעתנו אין בנמצא קביעה מפורשת של בית-משפט בישראל כי קיימת מניעה חוקית מלהחיל את דוקטרינת האשם התורם גם בשלב זה, נוסף על החלתה בשלב הטרום-עוולתי (קרי, השלב שעד למועד התגבשותה של עילת התביעה).

לדעתי, העדרה של קביעה כאמור אינו מקרי. אכן, ספק רב אם ניתן ליישב קביעה כזו עם הוראות פקודת הנוזקין העוסקות באשם תורם. בהוראות אלה אין למצוא כל רמז לכך שאשם – ובכלל זה אשם עצמי תורם – חייב להתרחש רק בשלב הטרום-עוולתי. נהפוך הוא, הפקודה מגדירה אשם עצמי באופן רחב כ"התרשלות שהזיקה לעצמו", מבלי להבחין בין אשם עצמי אשר הביא לידי אשמו של הנתבע וקדם לו⁶⁴ לבין התרשלות עצמית אחרת

PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS § 65, at 458 (5th ed. 1984). עם זאת, קיימת גם דעה שלפיה הפנייה המתרחבת לדברי חקיקה המסדירים את סוגיית האשם התורם מייתרת, לפחות באופן חלקי, את הפנייה לעקרון הקטנת הנזק בשלב שלאחר קרות העוולה. כך סוברים Dobbs & Hayden, שם, המפנים בהקשר זה לפסק-הדין Coker v. Abell-Howe Company, 491 N.W.2d 143 (Iowa 1992).

63 דוגמה שכחה לאשם תורם היא חוסר זהירות של עובד, אשר בהצטרפו להתרשלות המעביד גרם לתאונה שבה נגרם לעובד נזק גוף. ראו, למשל, עניין לה נסיונל, לעיל ה"ש 39; ע"א 449/81 בן לב בע"מ נ' מגד, פ"ד לח(4) 70 (1984). במקרים אלה האשם העצמי קודם להתגבשות העילה בנוזקין, שכן זו מתגבשת רק עם הנוזק הראשוני. דוגמה טיפוסית לאי-הקטנת נזק כתוצאה מעוולה היא סירוב בלתי-סביר של ניזוק, שנגרם לו נזק גוף, לקבל טיפול רפואי, כאשר הסירוב גורר החרפה במצבו הרפואי של הניזוק (ראו, למשל, עניין גולדפרב, לעיל ה"ש 12). דוגמה נוספת היא הימנעות של עובד מחזרה לעבודה לאחר תאונה. ראו, למשל, עניין גנוך, לעיל ה"ש 46, והשוו, בהקשר החווי, לעניין אדלר, לעיל ה"ש 47. בשתי קטגוריות טיפוסיות אלה ההתרשלות העצמית מתרחשת לאחר התגבשותה של האחריות בנוזקין. מקרה שבו הוחלו שתי ההגנות תוך הקפדה על החלוקה המוצעת בטקסט, אולם בלא כל רמז להצדקה לחלוקה זו או להגיונה, הוא ע"א 11512/04 קרניל חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' גב ים חברה לקרקעות בע"מ, פס' 6 (לא פורסם, 16.11.2006) (להלן: עניין קרניל). במקרה זה הופחת פיצוי על ליקויי בנייה בשיעור של 25% בשל אשם תורם מצד התובעת, אשר התרשלה מראש בפיקוח על העבודה (אשם טרום-עוולתי שקדם לנזק), וזאת נוסף על הפחתה של 20% מהעלויות של תיקון הליקויים בשל מחדל של אי-הקטנת הנזק בדיעבד (אשם בתר-עוולתי). מחדל אחרון זה התבטא בשכירת שירותיהם של קבלנים חיצוניים בעלות גבוהה מוז שבה הייתה הנתבעת נושאת אילו ניתן לה לתקן את הליקויים בעצמה.

64 ראו ס' 65 לפקודת הנוזקין.

שתרמה להתרחשות הנזק, אין בה זכר להבחנה בין אשם עצמי שגרם לנזק ראשוני לבין כזה שגרם לנזק משני. אכן, בפסיקה ובספרות של דיני הנוזקין לא מצאנו קביעה השוללת – על יסוד הנמקה עניינית (פורמלית או מהותית) – את תחולתו של האשם התורם בשלבים שלאחר קרות העוולה. לעומת זאת, מצאנו ביטוי מפורש לעמדה ההפוכה, שלפיה דין האשם התורם "...כולל הן מעשים המבוצעים לפני עשיית העוולה מצד המזיק והן מעשים המבוצעים לאחר גמר העוולה".⁶⁵

(3) דיני חוזים

בדיני החוזים התבססה "חלוקת עבודה" דומה לזו המקובלת בתחום הנוזקין, אם כי שונה במקצת. כאן הפסיקה והספרות מאוחדות בדעה כי הנפגע מהפרת חוזה חשוף לטענה שלא הקטין את נזקו למן הרגע שבו נודע לו דבר ההפרה שבגין נזקה הוא מבקש פיצויים.⁶⁶ מחד גיסא, פירוש הדבר הוא שכל עוד לא נודע לנפגע כי החוזה הופר – וככל הנראה

65 תורת הנוזקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 254. כך סבור גם ויסמן, לעיל ה"ש 2, המציין (שם) בעמ' 22) 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)". תמיכה נוספת בסברה שאשם עצמי בגדרם של ס' 64-68 לפקודת הנוזקין משתרע גם על אשם מאוחר למועד התגבשותה של העוולה ניתן למצוא בעובדה שמבחני האשם התורם חלים, בשינויים המחויבים, גם על תביעת פיצויים נגד מעוולים במשותף, לפי ס' 83 ו-84 לפקודה. מבחנים אלה – ובעיקר הסמכות לחלק את האחריות לנזק בין המעוולים "על פי הצדק והיושר בהתחשב עם מידת-אחריותו של האדם לנזק", כלשונו של ס' 84(ב) לפקודה – חלים על כל נזק שבגינו הנפגע זכאי לפיצויים, ותחולתם בוודאי אינה מוגבלת רק לחלוקת האחריות לנזק הראשוני. זאת ועוד, כפי שיובהר בפרק הבא, ההצדקות לחלוקה אופקית של האחריות לנזק והיתרונות של דרך זו על השיטה של חלוקת אחריות אנכית אינם נעלמים רק משום שמעשה הנוזקין כבר הושלם (אם כי הם עשויים להיחלש). הנקודה מוסברת להלן בטקסט שלאחר ה"ש 99.

66 ראו, למשל, את דברי ידין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 124. כן ראו את דבריו של השופט דב לוין בע"א 4606/90 מוברמן נ' תל מר בע"מ, פס" 29 (לא פורסם, 1.10.1992). השוו לדבריו של השופט גולדברג בעניין לוביאניקר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 302. כן ראו את דבריו של הנשיא שמגר המובאים להלן בטקסט הסמוך לה"ש 69. ראו גם פורת, לעיל ה"ש 42, בעמ' 142. מעניין שבעוד חוק התרופות שותק בנוגע למועד תחולתו של נטל הקטנת הנזק, ס' 61(א) ו-61(ב) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 1005, מבהירים במפורש כי הנטל יחול "בקרות מקרה הביטוח או לאחר מכן", כלומר, כמו בנוזקין, החל במועד הנזק הראשוני המקים את עילת התביעה. ראוי עוד להזכיר כי במקרה של הפרה צפויה, הדין עשוי לייחס לנפגע ידיעה על הפרת החוזה עוד קודם למועד הפרתו, לפחות כאשר הנפגע בוחר להסתמך על ההפרה הצפויה. כאשר הנפגע בוחר להתעלם מן ההפרה, נראה כי לא יחול עליו נטל הקטנת הנזק, אם כי הנקודה אינה נקייה מספק. הסוגיה נידונה בהרחבה יחסית בפסק-דינו של הנשיא שמגר בעניין סוראקי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 827-828.

דרושה כאן ידיעה ממשית בפועל⁶⁷ – אין הוא חשוף לטענה שלא הקטין את נזקו. מאידך גיסא, הכלל האמור משמיע כי נטל הקטנת הנזק מוטל על הנפגע במלוא חומרותו כבר מרגע היוודע לו דבר הפגיעה בזכותו, ועוד בטרם התרחש הנזק. הלה אינו יכול לסמוך על ההנחה – המשקפת את הדין החל בתביעות נזיקין, שבהן הנזק הוא יסוד מיסודותיה של עילת התביעה – כי רק מרגע התגבשותו של הנזק חל עליו הנטל להקטין⁶⁸. יש להעיר כי מבחינה לשונית ספק רב אם ההגבלה המסורתית הנוגעת בתחולתו בזמן של נטל הקטנת הנזק מתחייבת מלשונו של סעיף 14 לחוק התרופות. הסעיף קובע כי הנפגע לא יהיה זכאי לפיצויים על נזק שהוא היה יכול למנוע או להקטין. מניסוח זה, כשהוא לעצמו, אי-אפשר ללמוד על כוונה להגביל את תחולת הדוקטרינה לשלב הבתר-עיוולתי. נהפוך הוא, ניתן לטעון כי עצם ההבחנה בין הקטנה של נזק (קיים) לבין מניעה של נזק (עתידי) מלמדת שעל הנפגע לקדם את פניו של הנזק עוד לפני שהתרחש, ואף בטרם התרחשה ההפרה. עם זאת, יש להודות כי שיקולי המדיניות העומדים ביסודו של כלל הקטנת הנזק, ופרשנותו המסורתית בשיטות המשפט המקובל, מתיישבים טוב יותר עם הגבלת תחולתה של הדוקטרינה לשלב הבתר-עיוולתי, קרי, לשלב שבו דבר ההפרה כבר ידוע וגלוי לנפגע. עד כאן באשר להיקף התחולה בזמן של נטל הקטנת הנזק, ומה הדין באשר להיקף תחולתו בזמן של האשם התורם? בפסיקתו של בית-המשפט העליון הובהר כי בניגוד לנטל הקטנת הנזק, החל רק למן הרגע שבו נודע לנפגע על ההפרה, הנטל להימנע מאשם עצמי תורם חל עוד קודם להפרת החוזה. כך, בעניין Eximin, קבע הנשיא שמגר כי –

“...הדוקטרינה בדבר הקטנת הנזק נכנסת לפעולה רק לאחר ההפרה, ואילו ענייננו [במסגרת הגנת האשם התורם] ב'הקטנת הנזק' בשלבים קודמים להפרה או בשלב ההפרה עצמו.”⁶⁹

67 אף שלא מצאנו קביעה מפורשת בנידון. הדרישה למודעות מצד הנפגע כתנאי להכפפתו לנטל הקטנת הנזק נראית לי מתחייבת משיקולים של הוגנות ויעילות גם-יחד. אכן, כל עוד אין הנפגע יודע כי החוזה הופר (או כי התרחשה הפרה צפויה), הוא רשאי להסתמך על ההנחה שהחוזה יקיים. במצב כזה אין כל הצדקה, ואף אין היגיון, לחייבו לנקוט צעדים למניעתם של נזקי ההפרה העתידיים. הרציונל לדרישת המודעות בפועל נידון אצל פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 157-158.

68 הבדל זה בין מועדי התחולה של הגנת הקטנת הנזק בתביעות לפיצויים על הפרת חוזה לבין מועדי תחולתה בתביעות לפיצויים על רשלנות בנזיקין הוא לדעתי דוגמה אחת לעיוותים שיוצר המבנה המסורתי של עוולת הרשלנות במשפט המקובל האנגלי. אף שקיימת הקבלה אנליטית בין הפרת החיוב החוזי לבין הפרת חובת הזהירות הנזיקית, הפרת החיוב החוזי נחשבת (בצדק) כפגיעה בזכות הנפגע החוזי המזכה אותו בתרופות, ואילו הפרת חובת הזהירות הנזיקית אינה מספיקה לצורך כינונה של עילת תביעה בנזיקין. דיון מקיף יותר בסוגיה אקיים במאמרי: Yehuda Adar, *The Distorted Structure of the Tort of Negligence and What Can Be Done About It* (work in progress). דוגמה לקושי שיוצר הבדל זה בין דין החוזה לדין הנזיקין ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 79 ואילך.

69 עניין Eximin, לעיל ה"ש 14, בעמ' 80.

עינינו הרואות כי אשם תורם של הנפגע מהפרת חוזה יכול שיתרחש בשלבים שקדמו להפרת החוזה או להתרחשותו של מעשה הנזיקין. זאת, בניגוד למחדל של אי-הקטנת נזק או אי-מניעתו, אשר עשוי להתרחש, כאמור, רק מרגע ההפרה או העוולה, או ליתר דיוק – מרגע היוודע דבר ההפרה או העוולה לנפגע.⁷⁰

אולם האם ניתן להתחשב – במסגרת הגנת האשם התורם – בהתרשלות עצמית של הנפגע המתרחשת לאחר מועד ההפרה? בשאלה זו קיימת במשפט הישראלי אי-בהירות. מחד גיסא, בספרות המשפטית שעסקה בסוגיה הובעה הדעה כי דוקטרינת האשם התורם חלה רק עד למועד ההפרה, וכי במועד זה היא מפנה את מקומה לנטל הקטנת הנזק.⁷¹ דברי הנשיא שמגר בעניין Eximin, אשר אך צוטטו, תומכים אף הם לכאורה בעמדה זו. ברם, מאידך גיסא, ניתן לגרוס – ואני נוטה לקבל גרסה זו – כי אין מקום להגביל את תחולתה של הגנת האשם התורם לשלב הטרומ-עוולתי בלבד. ראשית, ספק רב בעיניי אם קיים בסיס פרשני פורמלי להגבלה כזו. נראה לי כי דווקא ההפך הוא הנכון: מעצם היותה של הגנת האשם התורם נגזרת של עקרון תום-הלב בקיום החוזה – נורמת-על החולשת על התנהגות הצדדים לאורך כל חיי החוזה – מתבקשת דווקא החלה רחבה של ההגנה. כלומר, על ההגנה לחול בכל שלביו של הקשר החוזה, למן ראשיתו של המשא-ומתן לכריתת החוזה ועד לפקיעת אחרון החיובים הנובעים ממנו.

שנית, שיקולים של הרמוניה פרשנית בתוך המשפט האזרחי תומכים אף הם במסקנה זו. אם בדיני הנזיקין תחולתה של הגנה זו אכן אינה מצומצמת לשלב הטרומ-עוולתי, כפי שניסיתי להראות, אזי בהעדר הצדקה מיוחדת אין טעם טוב להטיל הגבלה כזו בתחום החוזים דווקא. אכן, בשיטות הקונטיננטליות, שבהן ההגנה של אשם תורם מוכרת הן בדיני הנזיקין והן בדיני החוזים, אין מגבילים את תחולתה לשלב כזה או אחר של הסכסוך בין הצדדים.⁷²

70 על נקודה זו עומד גם פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 168.

71 זו דעתו של אריאל פורת, אשר בחיבורו אשם תורם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20, קובע כי קיימת חלוקת זמנים ברורה בין ההגנות, כך ש"בעוד שההגנה של הקטנת הנזק חלה מעת שהפרת החוזה ידועה לנפגע, הגנת האשם התורם חלה מעת כריתת החוזה (ואולי אף קודם-לכן) ועד למועד שההגנה של הקטנת הנזק חלה בו". ראו גם את דבריו בחיבורו חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 157: "...אך ברור הוא, שהיכן שמסתיים תחום חלותה של הגנת האשם התורם, מתחיל תחום חלותה של דוקטרינת הקטנת הנזק." הנחה זו משתקפת לעיתים גם בספרות המשפטית האנגלו-אמריקאית. ראו, למשל: CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S LAW OF CONTRACT 784 (Michael Furmston ed., 15th ed. 2006): "The problem of mitigation arises where the defendant breaks the contract... [i.e., after breach]. The defendant may allege that the plaintiff behaved unreasonably before or contemporaneously with the breach of contract. Such arguments arise very frequently in tort actions under the rubric 'contributory negligence'".

72 במשפט הגרמני אין מבחינים בין אשם עצמי טרום-עוולתי לבין אשם עצמי בתר-עוולתי, ושני המקרים נידונים יחדיו תחת כותרת אחת (mitverschulden) בס' 254 ל-B.G.B. זו גם גישתם של המשפט השווייצרי והמשפט האוסטרי. גם במשפט הצרפתי הרעיון של "אשם

שלישית ולבסוף, פרשנות זו נתמכת לא רק על-ידי שיקולים פורמליים, כי אם גם על-ידי שיקולים שבמדיניות משפטית ראויה. שיקולים אלה, שיוצגו בפרק הבא, תומכים בהרחבת היקף תחולתה של הגנת האשם התורם ובדחיקת רגליה של הגנת הקטנת הנזק. ואומנם, מעניין לגלות שהפסיקה בתחום החוזים מחילה לעיתים את הגנת האשם התורם גם על התרשלויות עצמיות המתרחשות לאחר מועד ההפרה, ואף על כאלה שאירעו לאחר שנוקי ההפרה כבר החלו מתגבשים. כך, לדוגמה, בעניין מגדל הזוהר⁷³ נידון הסכם שיפוי בין חברה קבלנית לבין בנק שבו התחייבה החברה לפרוע את חובם של הרוכשים לבנק אם החוב לא ייפרע במועד על-ידי הרוכשים עצמם. הרוכשים לא פרעו את חובם במועד, והבנק תבע אכיפה של הסכם השיפוי, אשר הופר על-ידי החברה. בבית-המשפט טענה החברה להגנתה כי הבנק התרשל בכך שלא פעל בזמן למימושו של משכון שנרשם לטובתו על דירתם של הרוכשים – פעולה שהייתה יכולה להקטין משמעותית את החוב, אשר בינתיים הלך וטפח. טענת הגנה זו התקבלה, ובעקבות זאת חילק בית-המשפט את האחריות לנזק (קרי, אובדן הריבית על-פי הסכם השיפוי) בין החברה לבין הבנק. החלוקה נעשתה באמצעות הפחתה של שיעור הריבית שנקבע בחוזה ההלוואה כפיצוי על הפרתו. לצורך החלוקה הבחין בית-המשפט בין שתי תקופות: (1) התקופה שקדמה להפרת כתב ההתחייבות על-ידי החברה (השלב הטרם-עולתי); (2) התקופה שממועד זה ואילך (השלב הבת-עולתי). בית-המשפט החיל את הגנת האשם התורם על שתי התקופות גם-יחד(!), בקובעו מנגנון שונה לחישוב החוב בכל אחת מן התקופות, תוך התחשבות בדרגת התרשלותו העצמית של הבנק בכל אחד מהשלבים. במקרה זה לא אוזכר כלל עקרון הקטנת הנזק, וזאת אף שבתקופה המאוחרת מבין השתיים היה בית-המשפט מחויב לכאורה להחילו.

דוגמה נוספת למקרה שבו נתן בית-המשפט עדיפות ברורה להגנת האשם התורם על זו של הקטנת הנזק היא עניין פרויליך.⁷⁴ גם במקרה זה הופעל עקרון האשם התורם במקום שבו היה לכאורה על בית-המשפט, בוודאי על-פי "חלוקת העבודה" המקובלת, להחיל דווקא את כלל הקטנת הנזק. הפרשה נסבה על עסקה למכירת בית מגורים. העסקה הופרה על-ידי הקונים, שלא עמדו בתשלומים לפי חוזה המכר. המוכרים הגישו נגד הקונים תביעה לאכיפת החוזה ולפיצויים בגין הנזק שנגרם להם, לטענתם, בשל ירידת ערכם של המקרקעין בתקופה שבין מועד כריתת החוזה לבין מועד מכירתו של הנכס לצד שלישי. בתגובה טענו הקונים, להגנתם, כי המוכרים חטאו לנטל הקטנת הנזק בכך שהשתהו במשך כמה שנים לאחר ההפרה במכירת הנכס לצד שלישי, והשתהו זה הגדילה את נזקם. טענה זו התקבלה על דעתו של בית-המשפט, אשר קבע כי בחלק ניכר מהתקופה שיקפה השתהותם

הנפגע" (faute de la victime) משמש בסיס אפשרי לשלילת האחריות או להפחתתה הן בשלב הטרם-עולתי והן בשלב הבת-עולתי (ראו לעיל ה"ש 22-23). החלה רחבה זו אינה מפתיעה, כמובן: בשיטות אלה אין מכירים כלל בדוקטרינה נפרדת של "הקטנת נזק" החלה בשלב הבת-עולתי, ומכאן העדר האילוץ (המלאכותי, לטעמי) לתחום את הגנת האשם התורם באופן שימנע פגיעה ב"תחום המחיה" של אחותה, היא ההגנה של הקטנת הנזק.

73 לעיל ה"ש 54.

74 ת"א (מחוזי ת"א) 1389/02 פרויליך נ' ישינובסקי (לא פורסם, 26.2.2006) (להלן: עניין פרויליך).

של המוכרים התנהגות בלתי־סבירה מצידם. עם זאת, מצא בית־המשפט לנכון להדגיש כי חובתו הבסיסית של צד לחוזה היא החובה לקיימו, ולא החובה לעסוק בהקטנת נזקים שהפרתו של החוזה על־ידי הצד האחר עלולה להסב לו.⁷⁵ לנוכח קביעה זו, ואף שבית־המשפט הזכיר במפורש את נטל הקטנת הנזק, הוא העדיף לחלק את האחריות בין הצדדים לפי עקרון האשם התורם, בצינו כי –

”עם עליית עקרון תום הלב בדיני החוזים ועמו החובה לפעול בהגינות ובשיתוף... גוברת המגמה של חלוקת האחריות בין הצדדים. במגמה זו יש כדי ליתן לצדדים תמריץ אופטימלי לקיום חוזים ולהפחתה של נזקי הפרתם. בנסיבות אלו, ראוי להחיל על המקרה שבפנינו תוצאה של חלוקת אחריות ועמה חלוקת נזק...”⁷⁶

בבואו ליישם את הגנת האשם התורם על נסיבות המקרה שלפניו, חילק בית־המשפט בעניין פרויליך את פרק־הזמן שחלף עד למכירת הנכס לשלוש תקופות: האחת – תקופה שבמהלכה הימנעותם של המוכרים מלמכור את הנכס לא נחזתה כהשתהות בלתי־סבירה; השנייה – תקופה בת שלוש שנים שראשיתה במועד שבו היה על המוכרים לפעול למכירת הנכס ואשר סופה בהחלטה שיפוטית מפורשת שהתירה להם לעשות כן; והתקופה השלישית – פרק־הזמן שמתום התקופה השנייה ועד למועד מכירתו של הנכס בפועל. באשר לתקופה הראשונה קבע בית־המשפט כי בהעדר אשם כלשהו מצידם, יהיו המוכרים זכאים למלוא הפיצוי על ירידת ערך המקרקעין בתקופה האמורה. באשר לתקופה השנייה נקבע כי בשל אשם העצמי יישאו המוכרים בשליש מהנזק (קרי, בשליש מירידת ערך הנכס). זאת, בהתחשב בכך ששיעור האחריות שלהם לנזק קטן משיעור אחריותם של הקונים, אשר הפרו את החוזה. ואילו לגבי התקופה השלישית – זו שראשיתה במועד ההחלטה השיפוטית שהתירה למוכרים למכור את הנכס – נקבע כי המוכרים יישאו במלוא האחריות לנזקם.

עינינו הרואות כי בתקופה השנייה מבין שלוש התקופות הנזכרות ביכר בית־המשפט בבירור את הגנת האשם התורם על ההגנה של הקטנת הנזק. זאת, אף שהתרשלותם העצמית של המוכרים התרחשה לאחר שנודע להם על דבר הפרתו של החוזה, קרי, בתקופה שבה לכאורה, על־פי ההנחה הרווחת, הצדדים כפופים לכלל הקטנת הנזק. הטעם להעדפה זו ברור: החלת עקרון האשם התורם אפשרה לבית־המשפט לחלק את נזקם העצמי של המוכרים בתקופה זו בינם לבין הקונים, בעוד שהחלתו של כלל הקטנת הנזק הקבוע

75 “החובה הבסיסית הראשונית של צדדים להסכם הינה לקיימו ולכבדו ולא החובה להקטין נזקים... הפרת ההסכם על ידי התובעים היא שהכשירה את הקרקע להיווצרותם ולקיומם של הנזקים.” שם, פס’ 8ח.

76 שם, פס’ 3א. ראו גם את הדברים שנאמרו שם, בפס’ 7י, המשקפים העדר הבחנה בין שתי ההגנות הנזכרות בפסק־הדין: “מהיום שבו חזקה כי היה עליהם [על המוכרים] להבין שהעסקה לא תצא לפועל, היה עליהם לנקוט אמצעים ולפעול להקטנת הנזק שנגרם. ניתן לבחון קיומו של אשם תורם שתוצאתו חלוקת הנזק.”

בסעיף 14(א) לחוק התרופות הייתה מחייבת את בית-המשפט לקבוע כי בשל הימנעותם הבלתי-מוצדקת ממכירת הנכס אין המוכרים זכאים לכל פיצוי שהוא. המגמה האמורה ניכרת גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון. בעניין אדלר⁷⁷ נידונה תביעתו של עובד אשר פוטר לא כדין ממקום עבודתו לאכיפת חוזה העבודה, כלומר, לתשלום מלוא השכר שהיה משתלם לו אלמלא פוטר. בית-המשפט העליון קיבל את טענת המעביד כי העובד חטא לנטל הקטנת הנזק בכך שסירב לשתף פעולה עם נסיונות מעבידו לשלבו בחזרה בעבודה, אם כי בתפקיד אחר מזה שבו עבד לפני הפיטורים. בנסיבות אלה נקבע כי אכיפת חוזה העבודה על המעביד בהתעלם מאשמו העצמי של העובד תהיה בלתי-צודקת, וכי מחדלו של העובד בהקטנת נזקו מצדיקה את הפחתת סכום הפיצויים שהוא זכאי להם עד כדי מחצית. גם במקרה זה העדיף בית-המשפט העליון – אם כי מבלי להודות בכך בפה מלא – את הגנת האשם התורם על ההגנה של הקטנת הנזק. אכן, אילו יושמה במקרה זה ההגנה של הקטנת הנזק, היה אפשר לצפות כי הזכות לפיצויים בגין ההפרה תישלל מן העובד לחלוטין (לפחות מרגע סירובו לשוב לעבודה). גישה מחמירה כזו אכן אומצה במשפט האנגלי בהקשר דומה, שם נשללה לחלוטין זכותו לשכר של עובד שסירב להצעת מעבידו להשתלב בתפקיד אחר (ללא פגיעה בשכרו).⁷⁸ אלא שבית-המשפט העליון נמנע כאמור מללכת בדרך זו, והעדיף לחלק את נזקו העצמי של העובד בינו לבין מעבידו, תוך התחשבות במידת האחריות של כל אחד משני הצדדים לגרימת הנזק.

דוגמה נוספת לטשטוש ההבחנה בין ההגנות ולהעדפת השימוש באשם התורם ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין קרניל.⁷⁹ באותו מקרה נידונה תביעתו הנויקית-החוזית של מזמין נגד קבלן-משנה לפיצויים על ליקויי בנייה. בית-המשפט העליון, מפי השופט אדמונד לוי, קבע כי המזמין התרשל בפיקוח על עבודתו של קבלן-המשנה, ולפיכך ראוי לייחס לו (כפי שאכן נעשה בערכאה הדיונית) 25% אשם תורם בגרימת הליקויים.⁸⁰ עינינו הרואות כי בשתי הערכאות הוחלה הגנת האשם התורם אף שדובר בהתרשלות עצמית שהתרחשה (לפחות בחלקה) לאחר שכבר נודע למזמין על עילת התביעה, קרי, על התרשלות הקבלן (שעלתה כדי הפרה של החוזה).⁸¹

77 לעיל ה"ש 47.

78 ראו את האסמכתות הנוכרות בספר CHITTY ON CONTRACTS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1480.

79 לעיל ה"ש 63.

80 שם, פס' 14.

81 עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, ייתכן שניתן להצדיק את הפנייה לעקרון האשם התורם על-ידי הסתמכות על סיווג התביעה כתביעת רשלנות, שבה נטל הקטנת הנזק חל רק לאחר התגבשות הנזק הראשוני, שהוא במקרה זה הנזק המשתקף בליקויי הבנייה. טשטוש הגבולות בין הגנת האשם התורם לבין זו של הקטנת נזק ניכר בשני פסקי-דין נוספים שניתנו בבית-המשפט העליון בשנים האחרונות. בעניין אינסופקו, לעיל ה"ש 53, פס' 12, נקבע כי הימנעותה של החברה הנפגעת מביטול החוזה עם המדינה לנוכח הפרתו (או הפרתו הצפויה) אינה יכולה להיחשב אשם תורם. בית-המשפט השתמש בביטוי "אשם תורם", אולם נראה כי באותה מידה היה אפשר לדבר על "הקטנת נזק", לפחות למן הרגע שבו הוברר כי החוזה אכן הופר (או צפוי להיות מופר). בע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים

פרק ד: יישוב המתח – ביטולו של כלל הקטנת הנזק

1. מסענו עד הלום

בפרק הקודם בחנו כמה הבחנות אפשריות בין עקרון האשם התורם לבין כלל הקטנת הנזק. המסקנות העיקריות העולות מהדיון שקיימנו הן שתיים: ראשית, במישור המהותי, קיים הבדל חשוב בין הדוקטרינות, המתבטא באופן הפעולה השונה שלהן ובתוצאה המשפטית השונה של החלתן: הגנת האשם התורם היא הגנה אופקית, כלומר, הגנה המאפשרת חלוקה של אותה יחידת נזק בין הצדדים. כלל הקטנת הנזק, לעומת זאת, מספק למפר הגנה אנכית. הגנה זו מפרידה בין הנזק הבלתי-נמנע, המיוחס במלואו למפר, לבין הנזק הנמנע, המיוחס במלואו לנפגע.⁸²

שנית, במישור התחולה הפוטנציאלית של שתי ההגנות, נוכחנו לגלות כי בניגוד למה שמקובל לעיתים להניח, קשה עד-מאוד להציב אמת-מידה שתספק קו גבול ברור בין שתי הדוקטרינות. דברים אלה אמורים הן בהיקף תחולתן של שתי ההגנות בדין החיובים, הן בהיקף תחולתן מחוץ לדיני הפיצויים, הן באשר להבחנה בין התרשלות במעשה להתרשלות במחדל, ואפילו באשר להבחנה הנוגעת בתחולה בזמן של שתי הדוקטרינות.

המצב שבו לשתי ההגנות יש תחולה פוטנציאלית מקבילה על אותן סיטואציות עובדתיות מעוררת קושי. האם בשלב הבתר-עולתי, שבו על-פי החוק וההלכה הפסוקה אין מניעה עקרונית מלהחיל את שתי ההגנות במקביל, הצדדים להתדיינות כפופים לכלל הקטנת הנזק או שמא להגנת האשם התורם? האם הנפגע או המפר רשאים לבחור לאיזו הגנה הם יהיו כפופים? מה צריכה להיות עמדתו של בית-המשפט בסוגיה זו? האם עליו להחיל על התרשלותו העצמית של הנפגע, כאשר היא מתרחשת בשלב שלאחר היוודע דבר ההפרה לנפגע (או בנויקין – לאחר קרות הנזק הראשוני), את כלל הקטנת הנזק או שמא את מבחני האשם התורם?

מטרת הדיון בפרק זה היא להציע פתרון למתח הנוצר במצבים מן הסוג המתואר. כפי

להתיישובות חקלאית ושיתופית בע"מ (לא פורסם, 14.6.2009) נידונה התנהלות לא בתום-לב של מושב אמירים כלפי התובע, אשר ביקש להתקבל כחבר במושב והוטעה לגבי סיכויי הקבלה שלו. בית-המשפט המחוזי הפחית את הפיצוי שפסק לתובע ב-50% בשל כך שגם הוא נהג לא בתום-לב כלפי המושב, ואת הסכום הנותר הפחית בית-המשפט ב-50% נוספים בשל מחדלו של התובע בנוגע להקטנת נזקו. ערעורו של התובע על החלטה זו התקבל באופן חלקי: בית-המשפט קבע כי יש להפחית את פיצויי ההסתמכות שהתובע זכאי להם ב-20%, וטען כי הפחתה זו מביאה בחשבון את אשמו התורם של התובע ואת נושא הקטנת הנזק גם-יחד (ראו שם, פס' לו).

82 ראו לעיל תת-פרק ג2.

שיבואר, סבורני כי שיקולי המדיניות הרלוונטיים תומכים במתן עדיפות להגנת האשם התורם על זו שמציע מוסד הקטנת הנזק.⁸³

2. הפתרון המוצע – מתן עדיפות להגנת האשם התורם

לדעתי, במישור הדין הרצוי, קיימת עדיפות ברורה לעקרון האשם התורם על העיקרון של הקטנת הנזק. החלת העיקרון הראשון מאפשרת לבית המשפט לחלק את האחריות לנזק באורח גמיש, תוך התחשבות במגוון רחב של שיקולים, ובעיקר בשיקולי ההוגנות והצדק היחסיים בין הצדדים. כל זאת מבלי לגרוע מסמכותו של בית המשפט, במקרים המתאימים, לייחס את האחריות לנזק באורח בלעדי לאחד הצדדים – הנפגע או המפר.⁸⁴ לעומת זאת, כפי שכבר הוסבר, ההגנה של הקטנת הנזק מכתובה לבית המשפט פתרון של "שחור או לבן", ומחייבת אותו לבחור בין שתי דרכי-קיצון: שלילה מוחלטת של החבות בפיצויים על הנזק הנמנע, מחד גיסא, או הטלתה על המפר באופן גורף, מאידך גיסא. קביעה שלפיה הנפגע חטא באי-הקטנת נזק מעבירה באחת – ובאופן גורף – את סיכון הנשיאה בנוקי ההפרה מן המפר שחטא אל הנפגע.

תוצאה זו אינה צודקת, שהרי מי שיצר את הסיכון שאליה נחשף הנפגע, והעמידו במצב שבו עליו לנקוט פעולות למניעת הנזק או לצמצומו, הוא לא אחר מאשר המפר. יש לזכור כי פעולת המפר שיצרה את הסיכון וחייבה פעולה להקטנת הנזק היא מעצם הגדרתה פעולה המנוגדת לדין. לעומת זאת, התרשלותו העצמית של הנפגע, לפחות במקרה הטיפוסי

83 ודייקו: הדיון הביקורתי שלהלן, והפתרון המוצע בסיומו, רלוונטיים גם תחת ההנחה החלופית (שממנה הסתייגתי בפרק הקודם) כי אין לדוקטרינת האשם התורם תחולה בשלב הבתר-עולתי. במקרה כזה לא מתעורר אומנם הקושי לקבוע איזו מבין ההגנות תחול בכל תקופת זמן, אולם נותר על כנו הקושי המהותי הנובע מהעדר הגמישות הטבוע בכלל הקטנת הנזק. לפיכך, גם תחת ההנחה האמורה מתבקש – ואולי אף ביתר שאת – תיקון של הדין הנוהג. תיקון זה צריך שיעשה בחוק אשר יורה על ביטולו של כלל הקטנת הנזק וכנגד זאת ירחיב את תחולתה של הגנת האשם התורם גם לשלב הבתר-עולתי.

84 זאת, באמצעות קביעה שיפוטית כי אשמו התורם של הנפגע היה זניח בנסיבות העניין בהשוואה לאשמו של המזיק, ועל-כן ראוי להתעלם ממנו, או במקרה-הקיצון ההפוך – בדרך של ייחוס אשם תורם בשיעור של 100% להתנהגותו של הניזוק. הפרקטיקה הראשונה מקובלת לעיתים בהקשר של התרשלות עצמית של עובדים או של קטינים: ראו, למשל, ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז(1) 802, 821 (1993). לשימוש בפרקטיקה השנייה ראו, למשל (בהקשר חוזי), ת"א (שלום ת"א) 51763/03 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' קונקי ואח' (לא פורסם, 1.3.2005), שם נדחתה תביעתו של בנק לפיצויים על נזק שגרמה הפרתו של חוזה הלוואה, עקב אשם תורם של 100% שיוחס לבנק. השוו לאחרונה לת"א (שלום ת"א) 24082/05 קוממי נ' עזבון המנוח נגר ואח' (לא פורסם, 17.1.2008), שבו נקבע, בתביעה בגין רשלנות מקצועית של עורך-דין שלא רשם הערת-אזהרה, כי יש לייחס ללקוח – התובע – אשם תורם בשיעור של 100%.

והשכיח, אינה בגדר הפרה של חיוב שהוא חייב בו כלפי המפר.⁸⁵ אימוצו של כלל הקטנת הנזק, המעניק למפר פטור גורף ואוטומטי מאחריות לתוצאותיהם (הצפויות) של מעשיו רק בשל התרשלות עצמית מאוחרת של הנפגע, עלול לפיכך לגרור אי-צדק. במקרים רבים יישומו עלול להביא לידי מתן פרס למפר, בדמות פטור מחבות בפיצויים על נזק שגרם במעשהו הבלתי-חוקי. בכך נפגע העיקרון המוסרי ש"אין החוטא יוצא נשכר".

הנה כי כן, הגנת הקטנת הנזק כובלת את בית-המשפט לכלל נוקשה של סיבתיות, ואינה מאפשרת לו לעשות צדק תוך התחשבות בדקויות המקרה שלפניו.⁸⁶ הגנת האשם התורם, לעומתה, מבטיחה את יכולתו של בית-המשפט לאזן בין האינטרסים של הצדדים ולהבטיח כי הנזק יחולק באופן הצודק ביותר, בהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים ובמשקלם בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

טלו, למשל, את הדוגמה שנוכרה לעיל בתת-פרק ג2, שבה התרשלותו העצמית של לוי, בעל הרכב, יכלה למנוע את התממשות הסיכון שיצרו ראובן, יצרן המכוניות שהתרשל, ושמעון, שסיפק ללוי את המכונית הפגומה. אין קושי לראות כי בתביעת הפיצויים החוזית של לוי נגד שמעון, המוכר, הדין הנוהג מכתוב תוצאה בלתי-צודקת.⁸⁷ התרשלותו העצמית של לוי התרששה, על-פי נתוני הדוגמה דנן, לאחר שנודע לו על הפרת החוזה על-ידי שמעון (המתבטאת במסירתה של מכונית פגומה). במצב דברים זה, שבו אשמו העצמי של לוי חל בשלב הבתר-עוולתי, יחול, אליבא דכולי עלמא, עקרון הקטנת הנזק, אלא שכאן בדיוק נעוצה הבעיה: יישומו של עקרון הקטנת הנזק במקרה זה מוביל בהכרח למסקנה כי נזק

85 ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 33-35.

86 חסרונן של דוקטרינות משפטיות של "שחור או לבן" לעומת הגנות גמישות יותר הוכר בפסיקה לא אחת, ובמגוון של הקשרים. יפים לענייננו דברים שנאמרו מפי השופט חשין בדנ"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' פרוסט-קוסטמן ואח', פ"ד (מז) 5, 31, פס' 45 (1993), בתמיכה בהחלטה של הגנת האשם התורם ביחסים שבין בנק ללקוחו: "... למותר לומר שדוקטרינת האשם התורם עדיפה כמה וכמה מונים על דוקטרינת המניעות... שדוקטרינת המניעות הינה 'טוטאלית' על-פי עצם טיבה - 'הכול או לא כלום', ממש כעולת הרשלנות בתקופה שאשם תורם היה בו כדי לשלול זכות מכול וכול - ואילו דוקטרינת האשם התורם יש בה כדי לעשות צדק בין הנצים על דרך של ריכוך והקהיית עוקץ". השוו גם לדבריו של השופט טירקל ברע"א 9488/02 שחר נ' עטיה, פס' 14 (לא פורסם, 23.3.2005), לעניין חלוקת אחריות לנכס שניזוק במהלך הובלה בין הקבלן לבין המזמין: "חלוקת האחריות בין בעל הנכס לבין השומר, או בין המזמין לבין הקבלן, על ידי שימוש בדוקטרינת האשם התורם, יש עימה יתרון נוסף... במצבים הראויים לכך, מביאה חלוקת האחריות לתוצאה צודקת ומוסרית יותר מהכרעה המטילה את מלוא האחריות על צד אחד, ופוטרת את הצד האחר מכל וכל." דברים אלה קולעים היטב, לדעתנו, גם לעניין היחס שבין הגנת האשם התורם לבין זו של הקטנת הנזק.

87 בתביעת הנוזקין כלפי ראובן, היצרן, המצב המשפטי שונה, והתוצאה הבלתי-צודקת נמנעת. ראו להלן בטקסט שלאחר ה"ש 88.

הרכוש שנגרם לשמעון - ולמעשה כל יתר הנזקים העלולים להסתעף מנזק ראשוני זה (אובדן ימי עבודה, עוגמת־נפש וכיוצא בהם) - אינם בני־פיצוי כלל.⁸⁸ אל הקושי המעשי האמור מצטרף קושי נוסף. הקושי נעוץ בפער שבין אופן טיפולו של הדין באשמו העצמי של לוי במסגרת תביעת הפיצויים החוזית לבין אופן טיפולו באותו אשם עצמי ממש בתביעת הפיצויים הנזיקית של לוי נגד ראובן, היצרן. בתביעות רשלנות, כפי שראינו, נטל הקטנת הנזק מתחיל לפעול רק במועד התגבשותו של הנזק הראשוני, ולא במועד הפרתה של חובת הזהירות. לפיכך, בנסיבות המקרה דנן, בתביעתו של לוי לפיצויי נזיקין מראובן, לא ייחשב אשמו העצמי של הראשון כמחדל של אי־הקטנת נזק, אלא כאשם תורם. סיווג זה יאפשר לבית־המשפט לחלק את האחריות לנזק הרכוש שנגרם ללוי - ולכל נזק תוצאתי אחר שנבע ממנו - בין ראובן, המזיק, לבין לוי, הניזוק. בתביעת הפיצויים החוזית, לעומת זאת, אשמו העצמי של לוי נחזה כאמור כמחדל המצדיק את שלילת זכותו לפיצויים מכל וכל. קשה להלום מדוע אשם עצמי אחד ויחיד של ניזוק זוכה בטיפול שונה רק בהתאם לאופן סיווגה של תביעת הפיצויים הנידונה. ממה נפשך: אם אשמו העצמי של לוי, שידע על התקלה אך לא טיפל בה בזמן, מצדיק את ראייתו כאחראי הבלעדי לנזקיו, אזי שיקול זה תקף במידה שווה גם בתביעתו של לוי נגד ראובן; ואם תימא שאשמו העצמי אינו מצדיק שלילה מוחלטת של הפיצוי, אלא שעל הפיצוי להיקבע בהתאם למגוון השיקולים הרלוונטיים (ובעיקר בהתאם לדרגת התרשלותו של הנפגע־הניזוק, כשהיא נבחנת מול אשמתו של המפר־המזיק), אזי עקרון פעולה זה צריך שינחנו בין בתביעה החוזית נגד שמעון ובין בתביעה בנוזיקין נגד ראובן.

3. התנגדויות אפשריות לפתרון המוצע ומענה להן

כנגד טענות אלה ניתן לגרוס שכלל הקטנת הנזק עדיף על עקרון האשם התורם, שכן הוא מספק לנפגעים ולמפריים־בכוח ודאות משפטית רבה יותר באשר לתוצאות המשפטיות של התרשלות עצמית. ניתן אף להוסיף - וטענות כאלה הועלו בספרות המשפטית - כי בשלב

88 בספרו של Burrows, לעיל ה"ש 8, בעמ' 141-143, נידון פסק־דין אנגלי של בית־המשפט לערעורים שבו - בנסיבות דומות למדי לאלה של הדוגמה הנידונה בטקסט רתיעתו של בית־המשפט מלהחיל את הגנת האשם התורם בתביעת פיצויים חוזית הביאה לידי דחיית התביעה מכל וכל. בנסיבות המקרה (Shering Agrochemicals Ltd. v. Resibel, N.V. S.A.) (26.11.1992, unreported), אי־התאמה במערכת בטיחות שסופקה לחברה התובעת גרמה לשרפה. נקבע כי אף שמדובר בהפרת חוזה, אין התובעת זכאית לפיצויים, מכיוון שהתברר כי עובדי התובעת דיווחו בעבר על חשד לתקלה דומה, כך שהתובעת חטאה לנטל הקטנת הנזק (או לחלופין נותק הקשר הסיבתי בין ההפרה לבין הנזק). Burrows מבקר תוצאה זו בדבריים אלה: "This seems a harsh result which could have been avoided had the court been able to award damages reduced for the claimants' contributory negligence". שם, בעמ' 142. על האופן שבו הפסיקה הישראלית מתמודדת עם הקושי שמציב יישומו של כלל הקטנת הנזק עמדנו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 73-81.

שלאחר ידיעת הנפגע על דבר ההפרה (להבדיל מן השלב שעד לרגע זה) הנפגע הוא "המונע הזול ביותר" של הנזק, ולפיכך שיקולי יעילות כלכלית, כמו גם שיקולים של הוגנות כלפי המפר, תומכים בהטלת מלוא האחריות על כתפיו.⁸⁹

דעתי שונה. סבורני כי השאיפה למנוע את חוסר הצדק העלול להיגרם לנפגעים כתוצאה משלילה גורפת של זכותם לפיצויים על נזק נמנע היא שיקול הגובר על השיקולים הנזכרים לעיל. זאת ועוד, גם לגופם, הטיעונים בדבר יעילותה של דוקטרינת הקטנת הנזק ותרומתה לוודאות המשפטית אינם נראים לי בעלי משקל רב.

באשר לטיעון הוודאות, למרות ההכרה הנרחבת בחשיבותו של ערך הוודאות בתחום היחסים המסחריים, נדמה שמידת היכולת לממש ערך זה הלכה למעשה הינה מוגבלת למדי במסגרת המשפט האזרחי.⁹⁰ תחום התרופות בכלל, ודיני הפיצויים בפרט, רוויים כללים ודוקטרינות שיישומם מצריך שיקול-דעת שיפוטי נרחב. במציאות זו אין להפריז במידת חוסר הוודאות שהכרה רחבה בהגנת האשם התורם תגרור, מה גם שדוקטרינה זו מוכרת ומופעלת זה כבר בשלב הטרם-עולתי.⁹¹

89 ראו, למשל, פורת אשם תורם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18-20, המצדיק את הנטל של הקטנת הנזק מטעמים אלה; וראו, באופן דומה, פורת, לעיל ה"ש 42, בעמ' 143. אולם ראו בחיבורו חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 163, שם הוא מציין אומנם שכלל הקטנת הנזק מוצדק מבחינה כלכלית, אולם באותה נשימה מעיר כי "...אותם טעמים כלכליים... התומכים בחלוקת אחריות בשל אשם תורם, תומכים בחלוקת האחריות לנזקים ברי-הקטנה שלא הוקטנו". טיעונים נגד הכרה בהחלטה של הגנת האשם התורם בדיני החוזים, ובכלל זה כאלה המייחסים להגנה זו אי-התאמה לאופייה של האחריות החוזית ולמטרותיו של דין החוזים, נבחנו בהרחבה ונדחו על-ידי פורת – לטעמי בצדק – במחקרו חלוקת אחריות, שם, בעמ' 77-143. בחינתם של טיעונים אלה חורגת ממסגרתה של רשימה זו. הגנת האשם התורם היא הגנה מבוססת המוכרת בדין הישראלי הן בדין החוזים והן בדיני הנזקים. רשימה זו אינה מבקשת להטיל ספק בהכרה זו, אלא אך לבחון את השאלה אם בהינתן מעמד מבוסס זה יש מקום להמשך ההכרה גם במוסד הקטנת הנזק.

90 על כך שהשאיפה להשגת ודאות במשפט היא במידה רבה אשליה עמד הלורד Denning, "שומר המגילות": "...the law is not static. It is developing continually. Those who emphasize the paramount importance of certainty in the law delude themselves. It is not certain and it is a mistake to think that it can be made certain." ALFRED DENNING, *The Changing Law* 78 (1953). גישה ספקנית כלפי השאיפה לוודאות משפטית היא מאפיין מובהק של הריאליזם האמריקאי. ראו, למשל: JEROME FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* (1930): "The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable..." לספקות מודרניים יותר באשר ליכולתו של המשפט לספק ודאות משפטית ראו, למשל: Craig M. Bradley, *The Uncertainty Principle in the Supreme Court*, Duke L.J. 1 (1986); Jason S. Johnston, *Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form*, 76 CORNELL L. REV. 341 (1991).

91 הטיעונים בדבר פגיעה בוודאות המשפטית מועלים כדבר שבשגרה נגד הרחבת ההכרה בדוקטרינות תרופתיות שהפעלתן כרוכה בהרחבה של שיקול-הדעת השיפוטי. להצגת טיעונים אלה ולדחייתם, בהקשר של פסיקת תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות, ראו יהודה

יתרה מזו, לנוכח חוסר הצדק שהחלתו של כלל הקטנת הנזק עלולה לגרום, ובהינתן הגמישות הרבה הטבועה בדיני הפיצויים, לא קשה להעלות על הדעת דרכים שיפוטיות יצירתיות, אם כי מלאכותיות, שבהן צפוי לילך בית-משפט החפץ לעקוף את כלל הקטנת הנזק או לפחות ליטול ממנו את עוקצו. בית-משפט המעוניין להימנע ממתן פטור מוחלט למפר אך בשל אשמו העצמי (הבתר-עולתי) של הנפגע עשוי לפעול בדרכים שונות. ראשית, הוא יכול לקבל את הסבריו של הנפגע למחדלו בנקיטת אמצעי הזהירות המתבקשים, ולקבוע כי מדובר בהסבר סביר שאינו מצדיק לראותו כמי שלא עמד בנטל של הקטנת הנזק. לחלופין, ובהנחה שהתשלולתו העצמית של הנפגע היא ברורה, בית-המשפט עשוי – לפחות כאשר הליכי הגרימה של יחידת נזק נתונה הם ספקולטיביים באופיים – לקבוע שפעולת הנפגע להקטנת הנזק לא הייתה מונעת את כולו, אלא רק את חלקו. לדוגמה, כאשר הנפגע תובע פיצוי בגין אובדן רווח צפוי, בית-המשפט יכול לקבוע כי אף שהנפגע היה יכול להפחית את האובדן, לא היה בכוחו למונעו לחלוטין. בכך תושג לעיתים תוצאה קרובה לזו שהייתה מושגת אילו חולקה האחריות לאובדן הרווח על-פי מבחני האשם התורם. לחלופין-חלופין, בית-המשפט עשוי להפעיל "לוליינות שיפוטית" כדי להפוך את מה שנחזה כתביעת פיצויים חוזית לתביעת פיצויים נזיקית, וזאת כדי לנסות לחלץ את הניזוק מציפורניו של כלל הקטנת הנזק.⁹² לבסוף, בלית כל בררה אחרת, בית-המשפט עשוי, במקרים ברורים של אי-צדק, לקבוע כי המפר נוהג בחוסר תום-לב בעצם העלאתה של הטענה בדבר אי-הקטנת נזק, וכי משום כך הוא מנוע, מלכתחילה, מלהסתמך על טענה זו.

דא עקא שבמקרים רבים הפנייה לפתרונות אלה תהיה מאולצת ומלאכותית, לעיתים עד כדי חוסר יכולת לעשות בהם שימוש. כך יהיה, למשל, כאשר התשלולתו העצמית של הנפגע ברורה לעין, כאשר קיים קושי לסווג את התביעה כתביעה נזיקית,⁹³ וכאשר ברור שאילולא התרשל הנפגע, לא היה מרכיב הנזק שבגינו הוא תובע מתרחש כלל (להבדיל ממצבים שבהם היקפו של הנזק הנמנע הוא ספקולטיבי, כבדוגמה לעיל). במצבים אלה בית-המשפט, המביא בחשבון את הצורך לעמוד במבחן ביקורתה של ערכאת הערעור,

אדר התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים 284–289 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, התשס"ד).

92 הטכניקה של סיווג עילות חוזיות כעילות נזיקיות או "מעין-נזיקיות" מקובלת במשפט האמריקאי. שימוש כזה נעשה בהקשרים שונים כדי לאפשר לנפגעי הפרות חוזים ליהנות מיתרונות שדיני התרופות מעניקים לתובע בנזיקין על תובע בחוזים (למשל, הכרה נרחבת יותר בזכות לפיצוי על נזק לא-ממוני, בזכות לפיצוי על נזק תוצאתי ובסמכות לפסוק תשלום עונשי נגד המפר, אימוץ דיני התיישנות מקילים יחסית ועוד). לשימוש היצירתי שנעשה בטכניקה זו בפסיקה האמריקאית במגמה להרחיב את תחולתה של דוקטרינת התשלום העונשי לתחום החוזי והמסחרי ראו אדר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 57–66.

93 נזכור שכאשר האשם העצמי התרחש לאחר הנזק הראשוני, לא יהיה בסיווג כזה ממילא כדי להועיל לניזוק, שכן לפי החלוקה המסורתית, גם בנזיקין יחול כאן נטל הקטנת הנזק. ראו לעיל ס' 33(ה)2.

יתקשה לסטות מהתוצאה הבלתי-צודקת שאליה מוליכה אותו חלוקת התפקידים המסורתית בין הגנות האשם התורם והקטנת הנזק.

על כך יש להוסיף את החיסרון הברור, והוא שנקיטת הטכניקות הנזכרות אינה מאפשרת בדרך-כלל לחלק בין הצדדים את האחריות לנזק הנמנע, אלא אך להטילו בחזרה על כתפי המפר – תוצאה שבמקרים רבים אינה רצויה אף היא. זאת ועוד, הקושי להגיע לתוצאה של חלוקת אחריות גמישה לנזקי ההפרה עלול להניע שופטים לעשות שימוש מניפולטיבי בדוקטרינות משפטיות שונות, ולהסתיר את השיקולים האמיתיים המסתתרים מאחורי הכרעתם השיפוטית. כתוצאה מכך, במקום להגדיל את הוודאות המשפטית, יגדל חוסר הוודאות הרבה מעבר לאותה רמה המתחייבת מן הצורך להפעיל משטר אחריות גמיש, דוגמת זה שהגנת האשם התורם יוצרת. במקום להשקיע את האנרגייה הנדרשת בהבהרת השיקולים המיוחדים המצדיקים לדעת בית-המשפט איזון כזה או אחר בין האינטרסים של הצדדים במסגרת הגנת האשם התורם, יופנו מירב המאמצים אל המאמץ לעקוף את דין הקטנת הנזק.⁹⁴

לסיכום, אף שהחלה נרחבת של הגנת האשם התורם בשלב הבתר-עולתי תרחיב את מתחם שיקול-הדעת השיפוטי, נראה כי אין מדובר ב"מחיר" גבוה מדי, כאשר נשקלת החלופה של הותרת כלל הקטנת הנזק על כנו.

באשר לטיעון הכלכלי התומך בהכרה בעקרון הקטנת הנזק, יש להודות כי טיעון זה מדגיש עובדה חשובה, והיא כי מעת שהנפגע יודע על קיומה של ההפרה, חזקה עליו שכאדם סביר עליו להתייחס לסיכון הגלום בה ולהגן על עצמו, בכל דרך סבירה, מפני אפשרות התממשותו. עם זאת, טיעון זה מתעלם מן ההשפעה הכלכלית השלילית שיש לכלל הקטנת הנזק על מפרים-בכוח. כלל כזה, המיטיב באורח שיטתי עם המפר-בכוח מבלי להיוקק לבחינה עניינית של דרגת ההתרשלות או האשמה שראוי לייחס לו (בהשוואה לזו שיש לייחס לאשמו העצמי של הנפגע), עלול ליצור אצל מפרים-בכוח תמריץ להתנהגות לא-יעילה ואף אופורטוניסטית. אלה עלולים – בעיקר מרגע שההפרה כבר נחשפה, ובמידה פחותה גם עוד קודם לכן – להימנע מנקיטת אמצעים פשוטים למועור נזקיהן של הפרות. זאת, גם כאשר הם עצמם מסוגלים למנוע בנקל – גם בלא עזרתו של הנפגע – את התממשותם של הסיכונים הגלומים בהפרה. החשש הוא אפוא כי מפרים-בכוח יסתמכו על ההנחה שמרגע גילוי ההפרה עיקר הסיכון המשפטי למניעתה עובר אל הנפגע, ולא יפעלו למניעת הנזק גם כאשר פעולה כזו הינה מתבקשת.⁹⁵

94 או פשוט להתעלם ממנו גם כאשר מתבקשת לכאורה החלתו, ולהחיל במקומו את הגנת האשם התורם. ראו, למשל, את העיון בדוגמות שהובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 73-81.

95 ראו בהקשר זה את הערתו של פורת אשם תורם, לעיל ה"ש 2, בטקסט הסמוך להערה 23, כי ההנחה שהמפר אינו יכול לעשות דבר למניעת הנזק לאחר ההפרה אינה משקפת את המציאות במקרים של הפרה נמשכת. במקרה של הפרה נמשכת (כגון מטרד, גזל או הסגת גבול נמשכת בנוזקין; אי-מסירה של נכס או אי-תשלום חוב כספי בחוזים), המונע הזול ביותר של הנזק הוא בדרך-כלל דווקא המפר, בפרט כאשר מדובר בהפרה שהמפר מודע לקיומה. לטענה כי שום כלל משפטי אינו יכול, בעת ובעונה אחת, להבטיח תמריץ מיטבי להתנהגותו של התובע-בכוח ולהתנהגותו של הנתבע-בכוח, אלא אם כן מנתקים את הקשר הגורדי – שהוא

לבסוף, כפי שכבר ציינתי בפתחו של הפרק, משקלם המצטבר של שיקולי הוודאות המשפטית והיעילות הכלכלית אינו נראה לי כזה המצדיק ויתור מראש על כוחו של בית המשפט להכריע באופן צודק ומאוזן לגבי חלוקת האחריות הראויה בין הצדדים. כך במיוחד בהינתן שבמסגרת העיקרון של הקטנת הנזק שיקולים אלה פועלים באורח חד-כיווני להקלה עם מפרי חוזים ולהחמרה עם אלה שניזוקו מהתנהגותם. תוצאה זו עומדת בניגוד מובהק לחובה המשפטית לקיים חוזים ולכבדם, וכאמור אף בניגוד לעיקרון המוסרי שלפיו "אין החוטא יוצא נשכר". על הקושי המוסרי האמור עמד בשעתו אריאל פורת, בציינו:

"עקרון הקטנת הנזק מונע ניצולו של המפר על-ידי הנפגע... אולם, גם בהגנה מלאה של הקטנת הנזק יכול שיהא אלמנט של אי-מוסריות: מאפשרת היא למפר להפר חוזה, אפילו במתכוון, ולהתחמק מתשלום פיצוי רק בגלל שהנפגע ברשלנותו לא נקט בפעולות הראויות להקטנת הנזק. האם צודק הוא, שהמפר שהפר את החוזה במתכוון וגרם לכל התסבוכת יצא נקי, רק בגלל שהנפגע לא השכיל להקטין נזקים שלא היו קורים מלכתחילה אלמלא ההפרה?!"⁹⁶

4. יישומו של הפתרון המוצע הלכה למעשה

מכל האמור לעיל עולה כמתבקשת מסקנה אחת: ההגנה של הקטנת נזק מיצתה את תפקידה במשפט המודרני, ועליה לפנות את הדרך. הגיעה העת שהמחוקק יאמר את דברו בנושא זה ויורה על ביטולו של כלל הקטנת הנזק, תוך מתן בלעדיות להגנת האשם התורם בתחום של חלוקת האחריות לנזק עוולתי.⁹⁷

מסממניו המובהקים של המשפט הפרטי – בין תרופתו של התובע לבין הסנקציה המוטלת על הנתבע, ראו: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 261–264 (4th ed. 2006).

96 פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 162. השוו גם פורת אשם תורם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19, הערה 22, שם הוא מעיר כי כלל הקטנת הנזק "צורם במיוחד כאשר ההפרה היתה מכוונת וזדונית".

97 אם כי לא בהכרח בתחום הפיצוי על נזק שאינו עוולתי (לדוגמה, תחום הפיצויים על נזקי גוף שמקורם בתאונת-דרכים). בתחומים אלה, שבהם חובת הפיצוי יסודה בשיקולים של צדק חלוקתי או של פיזור נזק, ניתן להטיל ספק בהצדקה להחלתן הרחבה של דוקטרינות דוגמת אשם תורם, המושתתות על שיקולים של צדק מתקן ושל אשמה מוסרית בגרימת הנזק. הדעה שלפיה הגנת האשם התורם עדיפה על זו של הקטנת הנזק הובעה בעבר על-ידי מחברי הספר תורת הנזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 255: "אנו נוטים לדעה כי יש להסתפק בדין האשם העצמי התורם, וכי אין להיזקק בדיני הנזיקין לעקרון הקטנת הנזק." גם אריאל פורת העיר בשעתו, אגב הדיון באפשרות לראות בס' 14(א) לחוק התרופות עיגון להגנת האשם התורם, כי "...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". פורת חלוקת אחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 166. דעה זו קשה

עד אז, וכל עוד כלל הקטנת הנזק מעוגן בחוק, מן הראוי לאמץ כלל הלכתי שלפיו אם במקרה נתון מתקיימת תחולה מקבילה של הגנות האשם התורם והקטנת הנזק, בית המשפט מוסמך להפעיל את ההגנה שהחלתה מובילה לתוצאה הראויה יותר בנסיבות העניין. מבחינה מעשית יביא אימוצו של עיקרון זה לידי כך שבשלב הבתר-עוולתי, שבו מתקיימת חפיפה בין ההגנות, תינתן הבכורה והעדיפות להגנת האשם התורם. אמת, נקיטת דרך זו תביא עדי-מהרה לידי כך שכלל הקטנת הנזק ייהפך לאות מתה בחוק התרופות ולהלכה מתה בדיני הנוזיקין. אלא שכמבואר, אין כל מקום לחשוש מתוצאה כזו, אלא להפך – יש אף לנסות לחוללה.

יתרה מזו, אף שהדבר טרם נעשה באופן גלוי ומפורש, נראה כי בפועל התופעה של היוזקות שיפוטית להגנת האשם התורם גם בשלב הבתר-עוולתי הולכת ומתרחבת. כזכור, בשלב זה מקובל להניח כי להגנת הקטנת הנזק יש תחולה בלעדית. אולם עיון מדוקדק בפסיקה מעלה, כפי שהראיתי, כי עקרון האשם התורם מיושם מפעם לפעם גם בשלב הבתר-עוולתי, שבו אמור לכאורה לחול נטל הקטנת הנזק.⁹⁸ סבורני כי סטייה זו מחלוקת העבודה המסורתית שעליה עמדנו לעיל בין שתי ההגנות, בין אם היא נעשית במודע ובין אם לאו, אינה מקרית. היא משקפת צורך אמיתי של שופטי ישראל לחלק את האחריות לנזקיהן של הפרות בין מזיקים לניזוקים באופן גמיש, וזאת גם לנוכח התרשלות עצמית ברורה מצידם של האחרונים.

הערה אחרונה וחשובה לפני סיום: ביטולו של מוסד הקטנת הנזק ומתן מעמד בלעדי להגנת האשם התורם, כמוצע על-ידינו, אין בהם כדי להמעיט מחשיבותה הנורמטיבית של נקודת-הזמן שבה למד הנפגע על הפרת זכותו. ההפך הוא הנכון: מן הראוי ליתן משקל רב לנקודת-זמן זו בעת חלוקת האחריות בין הצדדים. ניתן לראות ברגע זה את קו פרשת-המים שממנו ואילך ראוי להעביר חלק ניכר מן הסיכון לנזק אל כתפי הנפגע, המוחזק כעת כמי שמודע לסכנות המרחפות מעל ראשו. אכן, אין להוציא מכלל אפשרות כי במקרים שבהם מידת האשמה שנפלה בהתנהגותו של המפר היא קלה מאוד, ואילו הנפגע-הניזוק נהג בחוסר אחריות משווע, יהיה נכון לייחס לאחרון רשלנות תורמת של 100% ולשחרר את הראשון מכל אחריות לנזק.⁹⁹

⁹⁸ ליישום בהקשר החוזי – שבו עקרון הקטנת הנזק (ולא עקרון האשם התורם) מעוגן במפורש בחוק החרות – יותר מאשר בתחום הנוזיקין, שבו יסודו של כלל הקטנת הנזק בהלכה פסיקה. לפיכך נראה שבתחום החוזים אין מנוס מביטולה של הגנה זו בדבר חקיקה.

ראו לעיל את הפסיקה הנידונה בטקסט הסמוך לה"ש 73-81.

⁹⁹ לנקודת-הזמן של רגע הידיעה על ההפרה או העוולה יש חשיבות גם מבחינות אחרות. למשל, מרגע זה ואילך מוכרת זכותו של הנפגע לקבלת שיפוי או פיצוי על הוצאות והתחייבויות סבירות שהתחייב בהן לצורך מועור הנזק בשלב הבתר-עוולתי. ראו ס' 14(ב) לחוק התרופות. ביטולו של כלל הקטנת הנזק הקבוע בס' 14(א) אינו מחייב בהכרח את ביטולו של כלל השיפוי האמור. כלל כזה עשוי להיות מוצדק גם במסגרתו של דין האשם התורם. נזכיר כי את הזכות לפיצוי או לשיפוי על עלויות סבירות למניעתו של נזק ניתן לעגן, לחלופין, בהוראות הכלליות הקובעות את הזכאות העקרונית לפיצויים על נזק שגרמה ההפרה (או העוולה בנוזיקין), שהרי עלויות אלה הן תוצאה מסתברת וצפויה של כל הפרת זכות.

עם זאת – וכאן עיקר הדגש – בעניין זה אין לקבוע כללים נוקשים, ויש להותיר את ההכרעה בדבר החלוקה הראויה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. למרות מרכזיותו של רגע הידיעה על ההפרה, יש להיזהר מלייחס לו "קדושה" מופרזת. אכן, גם במסגרת הדוקטרינה של הקטנת נזק אין בעצם הקביעה כי הנפגע ידע על ההפרה – ואפילו על סוג הנזק שאותו היא גרמה או עתידה לגרום – כדי להטיל עליו את האחריות לנזק הנמנע. לשם כך נדרשת קביעה כי הוא התרשל, קרי, הגיב בצורה לא-אחראית על הסיכון שאליו נחשף. קביעה כזו מחייבת הפעלה של שיקול-דעת שיפוטי נרחב. אם הופקד שיקול-דעת זה בידי בית-המשפט לצורך קביעת ממצא של התרשלות עצמית, מדוע יישלל כוחו להפעיל שיקול-דעת גם בעת קביעת תוצאותיה המשפטיות של התרשלות כזו?

הרחבת גבולות ההכרה הרשמית בהגנת האשם התורם ביחסים שבין מזיק לניזוק לא תפגע ביכולת להגשים את המטרות ושיקולי המדיניות – בעיקר שיקולי הוגנות, תום-לב ויעילות כלכלית – העומדים ביסוד הרצון להגביל את היקף חבותו של מפר או מעוול לנזק שהנפגע היה יכול למנוע באמצעים סבירים. עם זאת, היא תאפשר לבתי-המשפט לפעול ביתר חופשיות בבואם ליישם שיקולים אלה במקרים קונקרטיים. היא תתיר להם לחלק את הנזק בין המזיק לניזוק באופן המיטבי, תוך התחשבות במכלול שיקולי הצדק של המקרה ובשיקולים של הכוונת התנהגות במקרים דומים. זאת, מבלי להיות כפופים לסד הנזקשה שהמוסד המשפטי של הקטנת הנזק כופה עליהם כיום.

פרק ה: נעילה

רשימה זו עסקה בשאלה בסיסית בדיני הפיצויים אשר עד כה טרם נחקרה לעומק, היא שאלת היחס בין עקרון האשם התורם לבין עקרון הקטנת הנזק. בחינת מאפייניהן הבסיסיים של דוקטרינות מושרשות אלה העלתה כי למרות מאפיינים משותפים רבים שהן חולקות, הן נבדלות זו מזו בשני היבטים חשובים. ראשית, וחשוב מכל, אופן פעולתן של שתי ההגנות שונה בתכלית: בעוד החלתו של נטל הקטנת הנזק על אשם עצמי של הנפגע מביאה בהכרח לידי שחרור המפר מכל חבות לנזק הנמנע, החלתו של עקרון האשם התורם פותחת פתח לחלוקה גמישה של האחריות לנזק בין הצדדים. שנית, תחומי התחולה בזמן של כל אחת מההגנות אינם זהים: בעוד הגנת הקטנת הנזק חלה בשלב הבתר-עוולתי בלבד, הגנת האשם התורם חלה – או למצער אין מניעה מלהחילה – בלא הגבלה של זמן, על כל אשם עצמי הגורם לנזק.

מטרת הדיון הייתה להראות כי שילובם יחד של שני הבדלים אלה – ההבדל המהותי וההבדל הנוגע בתחולתה בזמן של כל אחת מההגנות – יוצר תחום חפיפה שבו מתקיים מתח ביניהן. קיומו של מתח זה בשיטת המשפט אינו רצוי. עם זאת, בשיטות משפט המכירות בעת ובעונה אחת הן בעקרון האשם התורם והן בעקרון הקטנת הנזק זהו מתח בלתי-נמנע. הוא נובע לא רק מכך שבשיטות אחרות, דוגמת השיטה הישראלית, "חלוקת העבודה" בין ההגנות אינה ברורה וקיים ביניהן פוטנציאל חפיפה ניכר; מקורו נעוץ, בראש ובראשונה,

בכך ששתי ההגנות מושתתות על אידיאולוגיות שונות ועל גישות שונות כלפי זכותו של הנפגע לפיצוי על נזק נמנע: בעוד כלל הקטנת הנזק משלב גישה מחמירה כלפי הניזוק עם גישה מצמצמת כלפי היקף סמכויותיו של בית-המשפט, עקרון האשם התורם משלב גישה מקילה כלפי הניזוק עם גישה מרחיבה ואוהדת כלפי השימוש בשיקול-דעת שיפוטי.

לקליטתו ההדרגתית של עקרון האשם התורם – תחילה בתחום הניזקין, ובהמשך בתחום החוזים – לא נלווה תהליך מקביל של הסדרת יחסי-הגומלין בין עיקרון זה לבין עקרון הקטנת הנזק. כתוצאה מכך פועלות כיום בשיטתנו – ולמעשה בכל שיטות המשפט המקובל – שתי דוקטרינות-אחיות, שקיים ביניהן מתח טבוע. במצב זה מסתמנות שתי דרכים ליישובו של המתח: האחת – להגדיר לכל אחת מההגנות תחום פעולה נפרד שבו היא תפעל באורח בלעדי ובאין מחריד; והאחרת – מתן בלעדיות לאחת ההגנות, הנחזית כבעלת עדיפות על רעותה. ברשימה זו טענתי כי ראוי לילך בדרך השנייה, תוך מתן הבכורה להגנת האשם התורם. הגנה זו עדיפה על הגנת הקטנת הנזק לא רק בשלב הטרם-עולתי, שבו היא נהנית ממעמד בלעדי, אלא גם בשלב הבתר-עולתי, שבו מקובל לייחס בלעדיות – או לכל-הפחות בכורה – דווקא לדוקטרינה של הקטנת הנזק.

זאת ועוד, ביקשתי להראות כי לפחות במשפט הישראלי, לשם השגת תוצאה ראויה זו, אין הכרח ברפורמה חקיקתית חיצונית: ניתן, בנוזקין ובחוזים גם-יחד, להחיל את הגנת האשם התורם גם בשלב הבתר-עולתי, וניתן אף לאמץ כלל ברירה הלכתי שיעניק עדיפות להגנה זו על רעותה. זאת, תוך הישענות על המקורות הנורמטיביים שהגנת האשם התורם יונקת מהם, קרי, הסעיפים הרלוונטיים בפקודת הניזקין ועקרון תום-הלב הקבוע בחוק החוזים הכללי.

עם זאת, סבורני כי ביטול חקיקתי של כלל הקטנת הנזק הוא פתרון עדיף בהקשר זה. נקיטת דרך זו תחסוך התדיינות משפטית מיותרת בשאלה אם ניתן, ואם ראוי, להחיל את הגנת האשם התורם גם בשלב הבתר-עולתי ולבכרה על ההגנה של הקטנת הנזק. אגב כך יביא השינוי החקיקתי המוצע לידי פישוט ניכר של דיני הפיצויים במשפט האזרחי, וזו בעיניי מטרה ראויה כשלעצמה.

החלה רחבה של עקרון האשם התורם ללא הגבלת תחולתו בזמן תאפשר לבתי-המשפט האזרחיים, בכל תביעת פיצויים, לחלק בין הנפגע למפר, באופן צודק ומאוזן, את האחריות לנזקי ההפרה. פתרון כזה אינו רק ראוי יותר, אלא אף עולה בקנה אחד עם מגמות כלליות המסתמנות בדיני החוזים ובדיני התרופות בעשורים האחרונים. מוסד הקטנת הנזק – אשר בעבר, בטרם נקלטה הגנת האשם התורם, מילא תפקיד חיוני – מיצה את תפקידו. אין הוא נחוץ לנו יותר. במלאת שישים שנה למשפט הישראלי, על מוסד הקטנת הנזק לפנות את מקומו על הבמה לטובת אחיו הצעיר ממנו, מוסד האשם התורם, ויפה שעה אחת קודם.

