

דרכי שומת נזקים לרכוש במשפט העברי¹

מאת

אהרן אורנשטיין*

א. מבוא. ב. שומת הפחת; 1. המקורות התנאיים; 2. הסוגיות בתלמוד; 3. עמדת הפוסקים. ג. שומת התחלוף; 1. הקשיים בשומת הפחת; 2. שומת התחלוף; 3. הגישה המסורתית – אין אפשרות ליצור שיטת שומה חדשה; 4. הקשיים בגישה המסורתית; 5. ביסוסה של שומת התחלוף במקורות התנאיים והאמוראיים; 6. יישומה של שומת התחלוף; 7. מקרים שבהם פיצויים לפי שומת הפחת יהיו גבוהים מפיצויים לפי שומת התחלוף. ד. סיכום.

א. מבוא

משאירע נזק לממונו של אדם, חייב הניזק לטפל בחפץ הפגום (בלשון חז"ל²: "בעלים מטפלים בנבילה"). הניזק יגיש תביעה לתשלום פיצויים על דרך ההשלמה (תוך התחשבות

1 מוקדש לזכרו של אבי המנוח עו"ד משה אורנשטיין ז"ל, שזכה לקיים "עשות משפט, אהבת חסד והצנע לכת...".

* מרצה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית, צפת. המאמר מבוסס על פרק מתוך עבודת דוקטור בנושא "שומת נזקים לרכוש במשפט העברי" שנכתבה בהנחייתו של ד"ר יעקב חבה מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן, רמת גן, תשס"ח (להלן – עבודת הדוקטור). תודתי נתונה לד"ר יעקב חבה, לד"ר אילן סלע ולקורא מטעם מערכת עלי משפט על הערותיהם לטיוטת המאמר.

2 בבלי, בבא קמא, י, ע"ב. לחובת הטיפול החלה על הניזק קודמת חובת "טורח נבילה", החלה על המזיק. המזיק חייב להעלות את הנבילה מהבור. ראו שם יא, ע"א. בסוגיה התלמודית נחלקו הדעות אם טורח נבילה חל על המזיק או על הניזק. הפוסקים החילו חובה זו על המזיק. ראו: רמב"ם, הלכות נזקי ממון, ז, יג.

בעובדה שהחפץ הפגום נותר בידי הניזק) ובית הדין מצווה לקבוע את ערכו הכספי של הנזק. משהונחה התביעה על שולחנו של בית הדין, מתעוררת שאלת שיטת השומה שלפיה ייקבע הסכום שאותו חייב המזיק לשלם לניזק. השאלה המרכזית שבה נעסוק להלן היא מהן שיטות השומה המוכרות על ידי המשפט העברי. בתוך כך עולה השאלה אם בית הדין מצווה לפעול לפי שיטת שומה מסוימת ביחס למקרה קונקרטי, או שמא רשאי בית הדין לבחור בין שיטות שומה חלופיות או לקבוע שיטת שומה שתתאים למקרה העומד בפניו.

אנו נתייחס במאמר זה למצבים שבהם החפץ או הנכס שניזוקו אינם ניתנים לתיקון, כך שהתיקון אינו עומד על הפרק, אלא יש למלא את חסרונו של הניזק באמצעות פיצוי כספי. פסקי התורה⁴ העוסקים בחובת פיצוי בגין נזק שנגרם לממון אינם קובעים, כלל⁵, את שיטת השומה שלפיה ייקבע הפיצוי⁶. כללים אלו מצויים לראשונה בספרות התנאים. במאמר זה נפנה למקורות המשפט העברי העוסקים בדרך עריכתן של שומות נזק לרכוש ונעמוד על שיטות השומה העולות מהם⁷.

- 3 המילים "שום כסף" (משנה, בבא קמא, א, ג) נתפרשו בתלמוד (בבלי, בבא קמא, יד, ע"ב) כחובה על בית הדין לקבוע את סכום הכסף אותו חייב המזיק לשלם לניזק: "אמר רב יהודה אמר רב: שום זה לא יהא אלא בכסף".
- 4 שמות כא 36-33; כב 4-5, ויקרא כד 18-21.
- 5 ייתכן כי קביעת הפסוק (שמות כב 4) "מיטב שדהו ומיטב כרמו יושלם" מהווה חריג לכלל. פרשנותו של פסוק זה מצריכה דיון נפרד והדבר חורג מתחומי מאמר זה. לדיון בעניין זה ראו בעבודת הדוקטור, פרק חמישי, חלק ראשון. ראו גם יחיאל יעקב וינברג מחקרים בתלמוד ספר ראשון לט-סא (ברלין, תרצ"ז-תרצ"ח), נדפס בתוך שרידי אש חלק רביעי (ירושלים, תשל"ז).
- 6 יש הרואים בהוראת התורה ביחס לנגיפת אשה הרה אשר גרמה למות העובר "ענוש יענוש כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפלילים" (שמות כא 22) כהוראה לבית הדין לשום את הנזק שנגרם מאבדן הוולדות. ראו עמיחי רדוינר יסודות "דיני קנסות" במשפט התלמודי 259-262 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, תשס"א). מקרה זה עוסק בנזקים לגוף, והוא חורג מתחומי מאמר זה.
- 7 מעניין לציין כי במשפט הישראלי אין כמעט הוראות חוק העוסקות בדרכי שומת נזק לממון. עמד על כך הנשיא (בדימ') ברק בע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2006): "בעניין זה מעטות הן הנחיותיה של פקודת הנזיקין... פקודת הנזיקין אינה כוללת משנה סדורה של דיני פיצויים. אלה נקבעו ע"י בתי המשפט... לפנינו דוגמה למשפט מקובל נוסח ישראל הנותן מובן ללשונו הכללית של החוק החרוט...". בתזכיר חוק דיני ממונות, תשע"א-2010, שהונח על שולחנה של ועדת השרים לענייני חקיקה בדצמבר 2010 (שפורסם לציבור לראשונה בשנת תשס"ד-2004) הוצע לקבוע בחקיקה את כללי שומת הנזק. באשר לסוגי הנזק הנדונים במאמר זה (שאינם ניתנים לתיקון) מוצע לקבוע (בס' 485) כי: "הבעלים של נכס או המחזיק בו שנפגע בשל אובדנו של הנכס או בשל נזק שנגרם לנכס, והנכס אינו ניתן לתיקון באורח סביר, זכאי לפיצויים בשל כל אחד מאלה: (1) הוצאות לרכישת נכס זהה לנכס אשר אבד או ניזוק, לרבות הוצאות הנלוות. לא ניתן לרכוש נכס זהה בדרך סבירה, יהיה הנפגע זכאי להוצאות לרכישת נכס דומה לנכס שאבד או ניזוק, לרבות הוצאות הנלוות. (2) הוצאות הדרושות להתאמת השימוש בנכס שנרכש

ב. שומת הפחת

1. המקורות התנאיים

בהתייחסה לבהמה שהזיקה לשדה קובעת המשנה⁸:

"יירדה כדרכה והזיקה, משלמת מה שהזיקה. כיצד משלמת מה שהזיקה?
שמין בית סאה באותה שדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה"⁹.

במשנה זו, הבסיס לשומה אינם הגידולים הספציפיים שניזוקו אלא "בית סאה באותה שדה". ביאורם של מונחים אלו והסיבות לעריכת השומה באופן זה מצריכות דיון נפרד¹⁰. מכל מקום, הפיזוי אותו יחויב המזיק לשלם לניזק הוא ההפרש שבין שווי החפץ לפני קרות הנזק לבין שוויו של החפץ לאחר מכן. שומת הנזק לפי הכלל האמור מורכבת משתי שומות: השומה הראשונה מתייחסת לשווי החפץ לפני שניזוק ואילו השומה השנייה מתייחסת לשוויו לאחר מכן. ההפרש שבין שתי השומות הוא הפיזוי שאותו ישלם המזיק לניזק. גם ביחס לנזקי גוף מזכירה המשנה שיטת שומה דומה¹¹:

"החובל בחבירו חייב עליו משום חמשה דברים... בנזק כיצד? סמא את עינו, קטע את ידו, שבר את רגלו – רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק, ושמין כמה היה יפה וכמה הוא יפה".

גם כאן קובעת המשנה בסיס לשומה "עבד נמכר בשוק"¹². בצד קביעת הבסיס נקבעת שיטת השומה. בדומה לאמור לעיל, רואים אנו כי יש לקבוע את שוויו של הנחבל לפני הנזק ולאחריו, וההפרש שבין שני הערכים יהיה הפיזוי שאותו יחויב החובל לשלם לנחבל.

כאמור בפסקה (1). (3) פגיעה בתועלת שיכול היה הנפגע להפיק מהנכס, לרבות הפסד פירות ורווחים". הסעד העיקרי הנתון בידי הניזק, לפי ס"ק 1485 (1) לתזכיר החוק, הוא לקבל פיזוי בגובה הנדרש לצורך רכישת חפץ חלופי. ראו דיון בשומת התחלוף להלן בפנים.

8 משנה, בבא קמא, ו, ב.

9 שיטת שומה זו ביחס לגידולי שדה מופיעה גם בתוספתא, בבא קמא ו, כא: "אין שמין בית קב מפני שמשביחו ולא בית כור מפני שפוגם אלא שמין בית סאה פחותה באותה שדה כמה הייתה יפה וכמה היא יפה" וברומה לכך גם במכילתא דרשב"י, כב, ד (מהדורת אפשטיין-מלמד, עמ' 195-196).

10 ראו רדזינר, לעיל ה"ש 6.

11 משנה, בבא קמא, ח, א.

12 מפירושו של רש"י (בבא קמא, פג, ע"ב, ד"ה "וכמה הוא יפה") משמע כי יש לשום את הנחבל כעבד עברי (ראו גם נימוקי יוסף, בבא קמא, דף ל, ע"א מדפי הרי"ף, ד"ה "כמה היה יפה"). אך הרא"ש (פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק שמיני, סי' א) כתב: "...רואין אותו כאילו עבד כנעני נמכר בשוק שהוא נמכר לעולם". מכיוון שהנזק משולם בגין נכות צמיתה והנחבל לא

אדם שחבל באשה מעוברת והביאה לידי הפלת עוברת חייב בתשלום דמי ולדות.
המשנה קובעת את שיטת השומה¹³ :

”כיצד משלם דמי ולדות? שמין את האשה כמה היא יפה עד שלא ילדה
וכמה היא יפה משילדה¹⁴.”

המשנה דנה בקביעת גובה תשלום "פגם" בגין בעילת אשה על ידי אונס או מפתה¹⁵ :

”פגם? רואין אותה כאילו היא שפחה נמכרת, כמה היתה יפה וכמה היא
יפה.”

גם בהקשרים אחרים, שאינם נוגעים לנזיקין, נקטה המשנה שיטת שומה דומה¹⁶.
המשנה קובעת פעם אחר פעם כי המזיק חייב לשלם לניזוק תשלומי נזק, שייקבעו
בשיטה של השוואה בין שווי החפץ לפני שהוזק לבין שווי לאחר שהוזק. רואים אנו כי
שומת הפחת מורכבת, הלכה למעשה, משתי שומות, כאשר ההפרש ביניהן הוא הפיצוי
המשתלם לניזוק. אנו נכנה שיטת שומה זו כ"שומת הפחת".
כיצד יש ליישם את שני חלקיה של שומת הפחת? או, במילים אחרות, כיצד נקבע את
שני הערכים? האם על בסיס סובייקטיבי – שווי של החפץ לניזוק הספציפי – או שמא על
בסיס אובייקטיבי – שווי של החפץ בעת מכירתו בשוק? ייתכנו מקרים שבהם שווי של
החפץ לבעליו הוא רב והוא עושה בו שימוש ייחודי המביא לו הנאה או רווח כספי, אך
מסיבות שונות לא ניתן למוכרו ולקבל עבורו תמורה של ממש. במצבים אלו נדון בהמשך.
כעת אנו מציבים את השאלה הכללית והעקרונית: אם קביעת הערכים במסגרת שומת
הפחת, בהקשר של נזק לממון, צריך שתתבצע רק על בסיס השאלה כמה ניתן היה לקבל
עבור החפץ במכירתו, או שמא ניתן להציע מנגנון גמיש יותר.

יוכל להירפא ממנה, סובר הרא"ש שאין לשום את הנזק לפי דרך מכירתו של עבד עברי שנמכר
לשש שנים אלא לפי דרך מכירתו של עבד כנעני שנמכר לתקופה בלתי מוגבלת בזמן.

13 בבא קמא, ה, ד.

14 שיטת שומה זו אינה מוסכמת. באותה משנה מצאנו דעה חולקת: "אמר רבן שמעון בן
גמליאל: אם כן, משהאשה יולדת – משבחת! אלא שמין את הולדות כמה הן יפין...". ראו גם
בבלי, בבא קמא, מט, ע"א.

15 משנה, כתובות, ג, ז.

16 בהמשכה של מסכת כתובות (ח, ג ו-ז) דנה המשנה בזכויותיו של הבעל בקרקע ובפירות
שנפלו לאשה. לדעת רבי מאיר הפירות המחוברים לקרקע אינם שייכים לבעל, ולכן יש לבצע
הפרדה בין שווייה של הקרקע לבין שווי הפירות שעליה. ההפרדה תתבצע כך: "שמין אותן
כמה הן יפין בפרות, וכמה הן יפין בלא פרות". ראו גם משנה, ערכין, ה, ב, הדנה בשומת מי
שאמר "דמי ידי עלי". המשנה קובעת: "שמין אותו: כמה הוא שווה ביד, וכמה הוא שווה בלא
יד".

כנזכר לעיל, בדונה בנזקי גוף כותבת המשנה כי "רואים אותו [את הניזק – א' א'] כעבד נמכר בשוק ושמין כמה הוא יפה וכמה היה יפה". עולה מכאן כי הפיצויים יהיו ההפרש בין הסכום שניתן היה לקבל כתוצאה ממכירתו של הניזק בטרם אירע הנזק לבין הסכום שניתן לקבל לאחר שאירע הנזק. כך גם לגבי פגם. המשנה נקטה בנוסח "רואים אותה כאילו היא שפחה נמכרת".

ביתר המקורות התנאיים שהובאו לעיל לא נזכר במפורש כי הפחת יחושב כהפרש בין המחיר שניתן לקבל כתוצאה ממכירת החפץ לפני הנזק לבין המחיר שניתן לקבל לאחר קרות הנזק. הנוסח "כמה היה יפה וכמה הוא יפה" לא היה חייב להתפרש כמתייחס למכירה. ניתן היה להציע דרך פרשנית המבחינה בין נזקי גוף לנזקי ממון. בעוד שלגבי נזקי גוף, שעליהם נאמר במפורש "כעבד נמכר" וכ"שפחה נמכרת", הקביעה "כמה היה יפה..." מתבססת על המחיר שניתן לקבל כתוצאה ממכירתו של הנחבל, הרי שלגבי נזקי ממון, שבהם אין התייחסות מפורשת למכירה, הקביעה "כמה היה יפה" יכול שתתבסס, במקרים מתאימים, גם על נתונים סובייקטיביים. הבחנה זו אפשרית מבחינה לשונית, אך מבחינה עניינית יש בה קושי. יש יותר מקום לשום נזק גוף בערכים סובייקטיביים מאשר נזק לממון. כאשר בנזק גוף עסקינן, אין תחליף לאבר שנפגע וההשלכות הנובעות מן הפגיעה הן סובייקטיביות ביחס לכל נחבל לפי מקצועו, עיסוקו וכדומה¹⁷. לעומת זאת כאשר נגרם נזק

17 הרא"ש (פסקי הרא"ש, בבא קמא, ה, סי' ד) כתב כי בשומת הנזק של הנחבל יובא בחשבון משלח ידו: "ושומת הנזק לכל אדם לפי מלאכתו. ואם היה נוקב מרגליות ושבר רגלו שמין עבד נוקב מרגליות כמה יפחתו דמיו בחסרון רגלו והוא דבר מועט. ואם קטע ידו דבר מרובה. ומיהו יראה דשומא זו שעושין לכל אדם לפי מלאכתו היינו דוקא להוסיף בשומא. כגון אם קטע ידיו של עבד ונוקב מרגליות. אבל אם קטע רגליו והיתה שומתה פחותה משומת עבד העומד לשמש לעשות מה שרבו מצוה. לפי שעבד נוקב מרגליות אין רבו מקפיד כל כך על חסרון רגליו כי ראוי הוא למלאכה הראשונה ויותר יהיה קבוע במלאכתו. ישומו לו הנזק כאילו לא היה נוקב מרגליות. דמסתבר שלא יפסיד באומנתו ומעלתו. דאם ירצה לא ישתמש במלאכה זו ויהיה כשאר כל אדם הנמכר לכל מיני תשמיש". בתלמוד לא נזכר כי יש לשום את נזקו של הנחבל לפי מלאכתו. בין הפוסקים הראשונים יש שהזכירו עניין זה ויש שנמנעו מלהזכירו (ראו סקירתו של זרח ורהפטיג "שומת הנזק – כיצד? בירור הלכה" מגל ג 7 (תש"ס)). האחרונים נחלקו בשאלה זו. המהרש"ל (ים-של-שלמה, בבא קמא, ה, סי' יא) סבר כי שמין כל אדם כעבד ללא התחשבות במקצועו של הנחבל ואילו הש"ך (חושן משפט, סי' תכ, סעי' ג) כתב: "...אין טעם לדבריו, דהא מכל מקום היזקו הוא רב יותר מעבד שאינו יודע שום מלאכה". אשר גולאק יסודי המשפט העברי, ספר שני – תורת החיוב 214 (ברלין, תרפ"ג) הלך בדרכו של הש"ך מבלי שהביא דעה חולקת: "...מדמים את הכשרתו של הניזק למלאכה שהיה רגיל בה לפני הנזק ואת הכשרתו לעשיית מלאכה זו לאחר הנזק ובכך הם מעריכים כמה הופחת שוויו מחמת הפחתה או שלילתה של הכשרתו למלאכה". יעקב ישעיה בלוי פתחי חושן, הלכות נזיקין (תשמ"ח) הביא את דעת הש"ך כדעה עיקרית וציין בה"ש לדעת המהרש"ל. כאשר לארבעת הדברים הנוספים שאותם חייב לשלם החובל בחברו, באומדן הצער מביאים בחשבון אלמנטים סובייקטיביים: "אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך"

לממון ניתן, במקרים מסוימים, למצוא תחליף לחפץ שנפגע אם בדרך של תשלום פיצויים ואם בדרך של תיקון. במקרים אלו יש יותר מקום לסברה כי את עלותו של התחליף יש לשום בדרך אובייקטיבית.

בהקשר של נזק לממון המשנה התייחסה, כאמור, לשומת נזק שנגרם לשדה, אך לא ראתה להתייחס למקרים של נזק למיטלטלין רגילים (בעלי חיים, כלים, בגדים וכדומה). לעומת זאת התוספתא קובעת "כלל בנזקין" באשר לדרך עריכתה של שומת נזק לממון¹⁸. הכלל מתייחס, מעצם היותו כלל, לקשת רחבה של נזקים ולא דווקא לנזקים בעלי אופי מיוחד:

"כלל אמרו בנזקין, הרג את שורו, וקרע את כסותו, וקיצץ נטיעותיו, לא יאמר טול את הנבלה ותן לי את הפרה, טול אתה קרעים ותן לי את הטלית, טול את הקצצין ותן לי את הנטיעות, אלא שמיין אותן כמה הן יפין עד שלא הוזקו וכמה הן יפין משהוזקו, לפיכך הין משלמין".

הדוגמאות המובאות בתוספתא זו עניינן בנזקים לממון שניתן לכנותם רגילים ושגרתיים – הריגת שור, קריעת כסות וקציצת נטיעות¹⁹.

כאמור, הכלל שבתוספתא לא נזכר במשנה²⁰. יש לשים לב כי התוספתא לא עסקה בעניין שולי אלא בקביעת כלל המתייחס למקרי נזק שכיחים ורגילים. מדוע המשנה אינה מביאה את הכלל האמור?

ניתן לומר הכלל שבתוספתא לא הוכנס למשנה בכוונת מכוון. עורך המשנה הסתפק בהוראה הכללית, שלפיה קיימת חובה לכמת את הנזק בכסף (ראו לעיל במבוא), אך לא קבעה מנגנון כזה או אחר לעריכת השומה. במילים אחרות, המשנה ביקשה לשמור על גמישות ורצתה לאפשר, במקרים של נזקים רגילים לממון, לכלול בשומה אלמנטים סובייקטיביים ולכן לא ראתה לנכון לקבוע את הכלל אותו אנו מוצאים בתוספתא.

(משנה, בבא קמא, ח, א). מידת הצער תימדד ביחס לאדם כיוצא בזה ולא ביחס לכל אדם; לגבי ריפוי, קביעת המשנה (שם) היא "הכהו – חייב לרפאותו". דומה כי חובת הריפוי היא בהתאם לפגיעתו הספציפית של הנחבל, דהיינו תוך התחשבות במצבו הסובייקטיבי; לגבי שבת, המשנה (שם) קובעת תשלום לפי אמת מידה אובייקטיבית, כ"שומר קישואין". אולם הרא"ש (שם) והתוספות (בבא קמא, פה, ע"ב, ד"ה "רואין") טוענים כי יש להתחשב באומנותו של הנחבל: "נראה דאם היה מלמד תינוקות לא נאמר כאילו הוא שומר קישואין... דאם כן לקתה מדת הדין אלא הכא בסתם בני אדם שאין בעלי אומנות"; תשלום הבושת מתבצע לפי אמת מידה סובייקטיבית "הכל לפי המבייש והמתבייש" (משנה, שם וכתובות, ג, ז).

18 תוספתא, בבא קמא, ג, ב (מהדורת ליברמן, בעמ' 10).

19 כשנתייחס להלן לנזקי ממון רגילים, הכוונה לנזקים כדוגמת אלו.

20 חסדי-דוד מציין בפירושו לתוספתא "לא מצאתיה כצורתה בש"ס".

להשלמת התמונה יצוין כי במקורות התנאיים הקובעים כי "הבעלים מטפלים בנבילה" (דהיינו, הניזק נוטל את החפץ הפגום), וכי פיצויי נזיקין משתלמים על דרך ההשלמה (דהיינו, המזיק משלם פיצוי המביא בחשבון את הישארות החפץ הפגום בידי של הניזק²¹), אין קביעה חד-משמעית באשר למנגנון המדויק לעריכת השומה. לכן מקורות אלו יכולים לדור בכפיפה אחת עם הטענה כי שומת הפחת, ביחס לנזקי ממון, יכול שתבצע בגמישות מסוימת, תוך התחשבות בערכים סובייקטיביים ולא דווקא בשיטה הדווקנית של "כמה היה יפה וכמה הוא יפה". כאמור, עדיין מוקשה מדוע דווקא בנזק לממון מאפשרת המשנה גמישות מעין זו ואילו שומת נזק לגוף תבצע תוך התחשבות באלמנטים אובייקטיביים בלבד.

אפשרות אחרת היא כי המשנה והתוספתא אינן חלוקות ביניהן, אלא שהכלל שבתוספתא מהווה התפתחות מבחינת רמת ההמשגה המשפטית. התוספתא, שנערכה לאחר עריכת המשנה, עיבדה את המקרים הקונקרטיים שנדונו במשנה לכדי כלל משפטי. על פי אפשרות זו גם המשנה אינה מאפשרת התחשבות באלמנטים סובייקטיביים בעת עריכת השומה.

2. הסוגיות בתלמוד

הסוגיות התלמודיות העוסקות בשומת נזקי ממון רגילים אינן קובעות במדויק את שיטת השומה. נעמוד בהקשר זה על שתי סוגיות: הסוגיה הראשונה היא דבריו של שמואל²² "אין שמין לא לגנב ולא לגולן אלא לנזקין". סוגיה זו קובעת עיקרון²³, אך אינה מתייחסת במפורט לשיטת השומה.

סוגיה נוספת שעליה נעמוד במסגרת זו היא סוגיית "אין שמין לפרה בפני עצמה"²⁴:

"ואמר רבא²⁵: אין שמין לפרה בפני עצמה ולולד בפני עצמו, אלא שמין לולד על גב פרה, שאם אי²⁶ אתה אומר כן, נמצא אתה מכחיש את המזיק; וכן אתה מוצא בקוטע יד עבדו של חבירו, וכן אתה מוצא במזיק שדה של

21 ראו דרשתו של רבי אמי (בבלי, בבא קמא, י, ע"ב): "דאמר קרא: 'מכה נפש בהמה ישלמה' אל תקרי ישלמה אלא ישלימנה" ורש"י (שם, ד"ה "ישלימנה") שכתב: "משמע ישלם המותר".

22 בבלי, בבא קמא, יא, ע"א.

23 שיש הבדל בין שומת נזיקין לבין שומת גנב וגולן.

24 בבלי, בבא קמא, מז, ע"א.

25 בכ"י המבורג (תקליטור מכון ליברמן) מיוחסת המימרא לרבה. ביתר כתבי היד הגירסה היא "רבא" כבדפוס וילנה. חילוף זה מצוי ביותר ראו שמא י' פרידמן "כתיב השמות רבה ורבא בתלמוד הבבלי" סיני קי, בעמ' קמ-קסד (תשנ"ב).

26 בכתבי היד ותיקן ואסקוריאל (תקליטור מכון ליברמן) ובדפוס שונצינו (שם) חסרה המילה "אי". אולם אין הבדל במשמעות. כוונתו של רבא היא לשלול את שומת הוולד בפני עצמו.

חבירו. א"ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ואי דינא הוא, ליכחוש מזיק!
משום דאמר ליה: פרה מעברתא אזיקתך, פרה מעברתא שיימנא לך".

סוגיה זו קובעת עיקרון שלפיו אין לשום עובר של פרה, שניזוק בטרם נולד, בפני עצמו. המזיק גרם נזק לפרה מעוברת ולכן שומת הנזק צריכה להתייחס לפרה מעוברת ולא לפרה חיה ולולד חי. התלמוד אינו קובע במדויק את הדרך שבה תתבצע שומת הנזק, אם כי משווה בין מקרה זה לבין שני מקרים אחרים שכבר נזכרו לעיל – הקוטע יד²⁷ ומזיק שדה²⁸.

3. עמדת הפוסקים

3.1 סקירת פסקי הרמב"ם

נפתח את הסקירה בהשוואה בין פסק הרמב"ם הנוגע לדין הכללי "שמין לנזקין" לבין פסקי הרמב"ם הנוגעים לסוגיות השונות שנזכרו לעיל.
לגבי "שמין לנזקין" פסק הרמב"ם²⁹:

"שמין לנזקין. כיצד. הרי ששבר כלי של חבירו בין הוא בין בהמתו אין
אומרין למזיק קח אתה את הכלי השבור ושלם לזה דמי כליו אלא אומדין
כמה פחת הכלי מדמיו ונותן לו כל הפחתת...".

רואים אנו כי הרמב"ם לא נקט את שיטת השומה "כמה היה יפה וכמה הוא יפה" ביחס לנזקי ממון רגילים והסתפק בלשון הכללית "כמה פחת הכלי מדמיו". אילו נקט הרמב"ם לשון זו גם בהקשרים אחרים, ניתן היה לומר כי הרמב"ם בא לאפשר שיטת שומה גמישה המאפשרת הבאתם בחשבון של ערכים סובייקטיביים, אך כפי שנראה להלן, הרמב"ם לא עשה כן.

ביחס ל"אין שמין לפרה בפני עצמה" פסק הרמב"ם³⁰:

27 התלמוד נקט "יד עבדו של חבירו" ולא "יד חבירו". התלמוד העדיף לערוך השוואה לסוגיה שעניינה נזק לממון גרידא (עבד נחשב לממונו של הבעלים) ולא לחובל בחברו, שם יש מקום לסברה שלפיצוי יש גם אופי עונשי. ראו תוספות רבנו פרץ, בבא קמא, שם. ראו גם דברים בשם רבי חיים סולובייצ'יק חידושי הגר"ח השלם – עניינים קלב, סי' רמ; אילן סלע תשלומי הנזק של החובל בחבירו במשפט העברי – בין דיני עונשין לדיני ממונות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, תשס"ח).

28 המפרשים תמימי דעים כי מדובר בנזק לגידולים החקלאיים ולא בנזק פיזי לקרקע עצמה.

29 משנה תורה, הלכות נזקי ממון, ז, ח.

30 שם, ט, ד.

"נגח פרה מעוברת והפילה. אין שמין פחת הפרה בפני עצמה ופחת הולד בפני עצמו אלא שמין כמה היתה הפרה שוה כשהיתה מעוברת ובריאה וכמה היא שוה עתה היא והנפל שלה ומשלם הפחת..."

כאן נראה מדברי הרמב"ם כי הוא נקט בשומת הפחת כמובנה הדווקני. ביחס לנזקי שדה פסק הרמב"ם³¹:

"כל בהמה שהזיקה פירות מחוברין משערין מה שהזיקה בששים ומשלם זה שנתחייב לשלם בין הבעלים בין השומרים: כיצד, הרי שאכלה בית סאה שמין ששים בית סאה באותה השדה כמה היה שוה וכמה הוא שוה עתה אחר שנפסדה בו הבית סאה ומשלם השאר..."

גם כאן נקט הרמב"ם בשיטת השומה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה"³². בהלכות חובל ומזיק³³, במסגרת הדיון בנזקים שגרם אדם לממונו של חברו, פסק הרמב"ם:

"שמין למזיק בידו כדרך ששמין לו אם הזיק ממונו. כיצד. הרי שהרג בהמת חברו או שבר כליו שמין כמה היתה הבהמה שוה חיה וכמה הנבילה שוה וכמה היה הכלי שוה והוא שלם וכמה שוה עתה ומשלם הפחת לניזק עם הנבילה או הכלי השבור כדרך שביארנו בשורו שהזיק, דין אחד הוא. דרך ענבים של חברו שמין לו היוקו. וכן כל כיוצא בזה."

רואים אנו כי הרמב"ם נקט את שיטת השומה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה" בכל מקום שבו הוא מתייחס לשומה של נזק ספציפי. ראוי לציין כי ההלכה הכללית ביחס ל"שמין לנזקין" מתייחסת למי ש"שבר כלי של חברו בין הוא בין בהמתו". גם בהלכות חובל ומזיק הרמב"ם טורח להדגיש כי ממון המזיק

31 שם, ד, יג.

32 גם לגבי נזקי גוף נקט הרמב"ם, בעקבות המשנה, בשיטת השומה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה". ראו דבריו בהלכות חובל ומזיק, א, ב: "נזק כיצד. שאם קטע יד חברו או רגלו רואין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק כמה היה יפה וכמה הוא יפה עתה ומשלם הפחת שהפחית מדמיו". הרמב"ם לא כתב שיש להתחשב במלאכתו של הנחבל וכבר עמדנו לעיל על כך שיש פוסקים שהזכירו עניין זה ויש שנמנעו מלהזכירו. אין הכרח לומר שהרמב"ם שולל זאת משום שבמקרים רבים הרמב"ם לא טרח לציין עניינים שלא נכתבו בתלמוד. לגבי פגם פסק הרמב"ם בהלכות נערה בתולה, ב, ו: "פגם לפי יפיה. רואין אותה כאילו היא שפחה נמכרת בשוק כמה היא שוה בעולה וכמה היתה שוה בתולה כשאדם רוצה לקנות שפחה בתולה ליתנה לעבדו שהוא רוצה בהנאתו וטובתו. ורואין כמה פחתה וישלם..."

33 משנה תורה, הלכות חובל ומזיק, ז, טו.

ואדם המזיק "דין אחד הוא". אין ספק כי על פי הרמב"ם, שיטת השומה הדרווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה" תחול גם לגבי כל הנזקים לממון, בין שנגרמו על ידי האדם ובין שנגרמו על ידי ממונו³⁴.

הרמב"ם לא התחשב בכך שהכלל שבתוספתא לא נכלל במשנה ולא חילק בין סוגים שונים של נזקים, אלא החיל על כל הנזקים לממון את שומת הפחת הדרווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה". את דבריו הכלליים של הרמב"ם ביחס ל"שמין לנזקין" ניתן להסביר כהיצמדות ללשון התלמוד. כשם שהסוגיה התלמודית, שעל בסיסה מיוסד הפסק, לא ראתה מקום לפרט את שיטת השומה, גם הרמב"ם לא ראה לעשות כן.

3.2 סקירת פסקי הטור

נפתח את הסקירה בדברי הטור המתייחסים לנזקי ממון רגילים. הטור, בניגוד לרמב"ם, הקדים את דיני אדם המזיק לדיני ממון המזיק. בסימן שפז, המתייחס לאדם שהזיק לממון, פסק הטור:

"כאשר ישלם המזיק שמין לו השברים. שאם שבר לו כלים או הרג שור אין אומרים יקח השברים והנבלה וישלם לו כלי ושור אחר אלא הניזק יקח השברים והנבלה והמזיק ישלים לו עליהן מה שנפחתו בשבירתו ובהריגתו".

רואים אנו כי הטור נקט לשון כללית. הטור לא קבע כי השומה תיערך בשיטה הדרווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה". גם בסימן תג, המתייחס לממון המזיק, נקט הטור לשון דומה:

"שמין השברים בנזקין שאם שבר לו כלי אין אומרים יתן לו כלי שלם ויקח השברים אלא שמין כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה ויקח הניזק השברים והמזיק ישלים עליהם. וכן אם המית שור יתן מה שנפחת מחמת המיתה ותשאר לו הנבילה...".

ראינו לעיל כי הלשון "כמה היה יפה וכמה הוא יפה" מופיע במשנה כמה פעמים. בהתייחסה לנזקי גוף, הוסיפה המשנה גם את הלשון "נמכר" המורה על קשיחות בעריכת השומה תוך התחשבות באלמנטים אובייקטיביים בלבד. יש מקום לומר כי בחירתו של הטור

34 והשוו גם לפסק הרמב"ם באשר לשומת נזק לגוף (משנה תורה, הלכות חובל ומזיק, א, ב) שצוטט לעיל. הרמב"ם אינו מתייחס לאפשרות להכניס אלמנטים סובייקטיביים לשומה. וראו להלן בפנים התייחסות לדברי הטור בשאלה זו.

בניסוח אחר מורה על נטייתו לאפשר גמישות בדרך עריכת השומה. כעת נתייחס לפסקיו של הטור ביחס לשומות נזק במקרים ספציפיים. ביחס לנזקי שדה פסק הטור³⁵:

"כיצד משערים הנזק? רואין מה שהפסידה ושמין מי שבא לקנות ס' חלקים כדי מה שאכלה כמה היה נותן בהם עתה קודם אכילתה וכמה היה פוחת בשביל אכילתה וכן נותן לניזק".

ביחס ל"אין שמין לפרה בפני עצמה" פסק הטור³⁶:

"שור שנגח פרה מעוברת והפילה אין שמין פחת הפרה בפני עצמה ופחת הולד בפני עצמו שא"כ מפסיד המזיק, אלא שמין הכל ביחד כמה היתה שוה קודם נגיחה וכמה היא שוה עתה היא והנפל ומשלם..."

רואים אנו הבדל בין דרך פסיקתו של הטור בהוראות הכלליות הנוגעות לשומת הנזק, שם נמנע הטור מלפסוק כי השומה תיערך בשיטה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה" והותר גמישות בעריכת השומה, לבין דרך פסיקתו ביחס לשומות נזק ספציפיות, שם אימץ את שומת הפחת באופן דווקני.

מדוע חילק הטור בין המקרים? נדמה כי את פסיקתו של הטור ביחס לנזקי שדה יש להבין על רקע המשנה הקובעת שיטת שומה זו במפורש³⁷. בדומה לכך, את פסיקתו ביחס ל"אין שמין לפרה בפני עצמה" ניתן להבין על רקע ההשוואה שעורך התלמוד בין סוגיה זו לבין סוגיית נזקי שדה.

יש מקום לטענה כי הטור חלוק על הרמב"ם שכתב כי שומת הנזק צריכה להתבצע בשיטה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה".

ייתכן שבבסיס עמדתו של הטור עומדת אי-הכללתו במשנה של הכלל שנקבע בתוספתא. ייתכן שהטור למד מכך כי בנזקי ממון רגילים אין לכפות שיטת שומה דווקנית.

35 ארבעה טורים, חושן משפט, סי' שצד.

36 שם, סי' שצט.

37 השוו גם לפסק הטור (סי' תכ) ביחס לחובל בחברו: "וכיצד משערין הה' דברים? נזק – אם חסרו אבר או חבל בו חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאילו היה עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה וכך יתן לו...". גם כאן נראה שהטור נקט את לשון המשנה, שנקטה את שומת הפחת באופן דווקני. בהמשך דבריו מביא הטור את דברי אביו הרא"ש, שהובאו לעיל, שלפיהם יש להתחשב במלאכתו של הנחבל: "וכתב א"א הרא"ש ז"ל ששמין הנזק לכל אדם כפי מלאכתו כגון אם היה עבד נוקב מרגליות ושבר רגלו שמין עבד נוקב מרגליות כמה נפחתו דמיו בשביל חסרון רגלו והוא דבר מועט ואם קטע ידו הוא דבר מרובה...".

3.3 סקירת פסקי שולחן ערוך

בסימן שפז, המתייחס לאדם שהזיק לממון, העתיק שולחן ערוך את לשון הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק שצוטטה לעיל, בשינויים קלים, תוך שציין בסוף דבריו: "כדרך שנתבאר בשורר שהזיק בסימן תג". משמעות הדברים היא כי יש לבצע שומת פחת בשיטה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה".
בסימן תג פסק שולחן ערוך כך³⁸:

"שמין השברים³⁹ בנויקים. אם שבר כלי הוא או בהמתו אין אומרים: יתן לו כלי שלם ויקח השברים, אלא שמין כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה, ויקח הניזק השברים, והמזיק ישלים עליהם".

ניסוח זה מזכיר את פסק הרמב"ם ביחס לדין הכללי שמין לנזקין. כפי שצוין לעיל, הניסוח בהלכה זו ברמב"ם אינו דווקני, אך כאמור, הרמב"ם הבהיר את דבריו במקום אחר וכתב מפורשות כי יש לבצע שומת פחת בשיטה הדווקנית "כמה היה יפה וכמה הוא יפה". ניסוח הדברים בשולחן ערוך בלוויית הזיקה שהוא יוצר בין דבריו בסימן שפז לדבריו בסימן תג מחייבים את המסקנה כי שולחן ערוך הלך בשיטת הרמב"ם ואף הוא סבור כי שומת הפחת מתפרשת בצורתה הדווקנית.

ביחס לנזקי שדה ולסוגיית "אין שמין לפרה בפני עצמה" העתיק שולחן ערוך את דברי הרמב"ם, בשינויים מינוריים⁴⁰.

ניתן לסכם ולומר כי מדבריהם של הרמב"ם ושולחן ערוך עולה הגישה כי שומת הפחת תיערך לפי הערך שניתן היה לקבל במכירת החפץ לפני הנזק, לעומת הערך שניתן לקבל במכירת החפץ לאחר שאירע הנזק⁴¹. לעומת זאת דברי הטור יכולים להתפרש כך שניתן ליישם את שומת הפחת, ביחס לנזקי ממון רגילים, בצורה פחות דווקנית וניתן להביא

38 שולחן ערוך, חושן משפט, סי' תג, סע' א.
39 למרבה האירוניה, במהדורות הדפוס הגירסה היא "שוורים" גם כאן וגם בכותרת הסימן "שמין השוורים [צ"ל השברים – א' א'] לניזק ואם פחתו או הותירו". ברור כי זה שיבוש.
40 ראו סי' שצד, סע' ד, וסי' שצט, סע' ד, בהתאמה.
41 השו"ע גם לפסק שולחן ערוך ביחס לנזקי גוף (חושן משפט, סי' תכ): "...נזק, אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק, כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה, וכך יתן לו". הרמ"א מסתייג משיטתו הדווקנית של שולחן ערוך ומאפשר, על פי שיטת הטור בשם אביו הרא"ש, הכנסת אלמנטים סובייקטיביים לתוך השומה: "ואם היה בעל אומנות, כגון נוקב מרגליות, וקטע לו ידו, משערינן הזיקו כפי מה שהוא. אבל אם קטע רגלו, שאין מזיק לו כל כך, משערינן הזיקו כאילו לא היה בעל אומנות".

בחשבון גם ערכים סובייקטיביים כאשר באים לקבוע בכמה פחת ערכו של החפץ כתוצאה מן הנזק.⁴²

ג. שומת התחלוף

1. הקשיים בשומת הפחת

ראינו לעיל כי במקורות התנאיים קביעת פיצויי הנזיקין נעשתה באמצעות שומת הפחת, ככלי בלעדי לדרך קביעת הפיצוי. במקורות אלו, כמו גם בתלמוד, לא מצאנו שיטות שומה אחרות לקביעת פיצויי נזיקין. עוד ראינו כי הרמב"ם ושולחן ערוך פירשו את שומת הפחת באופן דווקני, שלפיו יש לערוך השוואה בין הערך שניתן היה לקבל במכירתו של החפץ לפני הנזק לבין הערך שניתן לקבל במכירתו לאחריו, וההפרש הוא הפיצוי שישולם לניזוק.⁴³

נראה כי שומת הפחת במתכונתה הדווקנית התאימה לתקופות עתיקות ונתנה מענה מספק וצודק לביצוע שומת הנזק. בעת העתיקה, בטרם המהפכה התעשייתית, היכולת לייצר חפצים ומכונות הייתה מוגבלת יחסית. עקב קושי זה השתדלו אנשים לנצל עד כמה שאפשר מכונות, כלים וחפצים שהיו ברשותם ואף עשו מאמצים לתקנם כל עוד ניתן היה לעשות זאת. יתר על כן, המסחר בחפצים משומשים היה מפותח הרבה יותר מאשר היום. מי שהיה ברשותו כלי או חפץ שאינו נזקק להם עוד, היה נוהג למכרו לאחרים.

42 מעניין לעקוב אחר פסקיו של ערוך השולחן בסימנים העוסקים בנזק לממון. נפנה תחילה לסימנים הכלליים. בסי' שפז (סע' א) כתב: "...שמין כמה היתה הבהמה שווה בחייה וכמה הייתה הנבילה שווה בשעת מיתתה ונותנין הנבילה להניזק והמזיק משלים עליהם מכיסו כדי שווים בחייה וכן בכלים". ספק אם נוסח זה מאפשר הבאה בחשבון של אלמנטים סובייקטיביים. בסי' תג נקט בלשון הבאה: "אדם או שור שהזיקן בהמה או כלים, שמין השברים או הנבילה במעות להניזק ומשלים עליהם עד כדי דמי הנזק... שהמזיק יחשוב לו בחשבון דמי המת או השברים כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה ויקח הניזק את השברים בשומא והמזיק ישלים עליהם". נוסח זה הוא גמיש יותר והוא מאפשר להביא בחשבון אלמנטים סובייקטיביים. נעבור כעת לדבריו של ערוך השולחן ביחס לנזקים ספציפיים. בסי' שצד (סע' ה), העוסק בשומת נזק לגידולים חקלאיים כתב: "...שמין ששים בית סאין באותה השדה כמה היו שווין מקודם וכמה הן שווין עתה אחר שנפסד בו הבית סאה ומשלם השאר". בסי' שצט (סע' ה), העוסק בעניין "אין שמין לפרה בפני עצמה" כתב "שמין כמה הייתה שווה הפרה כשהייתה מעוברת ובריאה וכמה היא שווה עתה עם הנפל ומשלם". נראה כי בשני מקרים אחרונים אלו לא ניתן להביא בחשבון אלמנטים סובייקטיביים, כאמור בפנים.

43 ציינו לעיל כי מדברי הטור עולה גישה פחות דווקנית, שלפיה ניתן להחיל את שומת הפחת כך שתביא בחשבון גם אלמנטים סובייקטיביים.

לעומת זאת בתקופה המודרנית חלו שינויים בדרכי הייצור וכתוצאה מכך בהרגליהם של בני האדם. עקב שינויים אלו נוצרו מצבים שבהם החלטה של שומת הפחת תביא לקביעת פיצוי שאינו ראוי ואינו הוגן. כפי שנראה, במקרים מסוימים שומת הפחת יצרה קשיים גם בתקופות קדומות. לרוב ניתן לומר כי שומת הפחת נתנה מענה הולם לקשת רחבה של מקרי נזק, אך במשך הזמן נוצרו יותר ויותר מקרים שבהם יישומה של שומת הפחת לא הביא לתוצאה ראויה. אנו נדגים קשיים אלו להלן.

1.1 חפצים משומשים

בתקופות קדומות המסחר בחפצים משומשים היה מפותח, בייחוד אצל היהודים⁴⁴. על כן ניתן היה להחיל את שומת הפחת על חפצים משומשים שניזוקו משום שהיה להם מחיר שוק, אולם יהיה קשה להחיל את שומת הפחת בתקופתנו ולקבל תוצאה המניחה את הדעת. טול לדוגמה אדם שרכש לעצמו משקפיים. המשקפיים נעשות, בדרך כלל, על פי נתוניו האישיים של בעליהם, ועל כן אין אפשרות כלל למוכרם לאדם אחר. בדומה לכך אדם שרכש לעצמו חליפת בגדים יקרה. אם ירצה למוכרה לאחר שרכשה, אף אם טרם לבשה כלל, לא יוכל לקבל עבורה את המחיר ששילם, משום שבני אדם אינם רגילים לרכוש בגדים וחפצים אחרים מ"יד שנייה"⁴⁵. הדברים אמורים גם כאשר חליפת הבגדים היא סטנדרטית ולא נתפרה במיוחד למידותיו של הרוכש. אם נבוא ליישם על מקרים מסוג זה את שומת הפחת, יצא הניזוק וידיו על ראשו. סכום הפיצוי שיוכה בו יהיה בלתי ריאלי, נמוך, ובמקרים מסוימים יכול שיהיה שואף לאפס.

44 ראו למשל ש' קרויס קדמוניות התלמוד כרך שני, חלק שני 27-33, העוסק במחסור הגדול בבגדים בשכבות הכלכליות הנמוכות של העם בתקופת המשנה והתלמוד. לעניין זה ראו משנה, כלים, כח, ח, העוסקת בבגדי עניים ש"אין בהם שלש על שלש". בגדים אלו היו מורכבים מחתיכות קטנות של בד שנתפרו יחדיו ומסתבר שניתן היה לסחור בבגדים משומשים, שכן היה להם שימוש; גם התלמוד (בבלי, בבא קמא, ז, ע"ב) מציין ביחס למיטלטלין "כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי". ראו גם חיים סולובייצ'יק הלכה, כלכלה ודימוי עצמי – המשכונאות בימי הביניים 15 (ירושלים, תשמ"ה); משה אביגדור שולוואס חיי היהודים באיטליה בתקופת הריניסאנס 130-131 (ניו יורק, 1955).

45 עם השימוש הגובר באינטרנט ובדואר אלקטרוני באה עדנה, בשנים האחרונות, למסחר בחפצים יד שנייה. אולם מחיריהם של החפצים נמוך למדי. עדיין, נדמה כי קביעת הפיצוי הנזיקי לפי מחירי יד שנייה לא תאפשר, במקרים רבים, לניזוק להעמיד לעצמו חלופה ראויה לחפץ הפגום.

1.2 נזק לנכסים בעלי ערך כלכלי לבעליהם בלבד

ייתכנו מקרים שבהם יש לאדם נכס המעניק לו יתרון כלכלי, אך אין אפשרות למכור את הנכס ולקבל עבורו את מלוא ערכו כפי שבעליו מתייחס אליו. כוונתנו למשל למכונה שפותחה לצורך מפעל מסוים ומאפשרת לאותו מפעל לייצר מוצר ייחודי, לספינה מפוארת שנבנתה לצורך קו תיירותי ייחודי וכיו"ב. כל עוד חפצים אלו קיימים, הם משמשים בידי בעליהם ככלי להפקת הכנסה⁴⁶. לאחר שניזוקו מעוניין הניזק ליצור אותם מחדש על מנת להמשיך בפעילותו העסקית. קביעת הפיצוי בהתאם לסכום שניתן היה לקבל כתוצאה ממכירת הנכס בטרם ניזוק לא תאפשר לניזק, ככל הנראה, לחדש את פעילותו מבלי שישקיע כספים מכיסו.

1.3 נזק לשטרות, מסמכים בעלי ערך וכיו"ב

כיצד נשום נזק שנגרם לשיק לא סחיר שלא ניתן היה למכרו? לתעודה חשובה שקשה מאוד לשחזרה? ברור כי בעל השיק או התעודה לא היה מצליח למכרם ועל פי שומת הפחת הפיצוי אותו יקבל עבורם ישאף לאפס. על כן החלטה של שומת הפחת במקרים מסוג זה – אינה ראויה.

46 מקרה קיצוני יותר הוא מקרה שבו גם בעליו של הנכס אינו מצליח להפיק ממנו יתרון כלכלי. טול למשל את המקרה שנדון בת"א (מחוזי ב"ש) 498/72 פילמאר אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' אולפני הסרטה בישראל בע"מ, פ"מ תשל"ח(1) 449 (1978). באותו מקרה התובעת הקימה אתר צילום סרטי קולנוע ליד אילת אולם לא זכתה להצלחה מבחינה עסקית. בגלל הכישלון העסקי הוזנח האתר מבחינה תחזוקתית ואף השמירה עליו הופסקה. הנתבעת ביקשה לצלם סרט באתר. הוסכם בין הצדדים כי הנתבעת תהיה זכאית להכניס שינויים ושיפורים באתר כדי לשוות לו מראה של עיר דרום אמריקנית. עוד הוסכם כי הנתבעת לא תשלם תמורה כספית אלא התמורה הייתה גלומה בכך שכל השינויים והשיפורים שיוכנסו על ידי הנתבעת היו עוברים לבעלותה של התובעת. האתר נשרף ונקבע על ידי בית המשפט כי הנתבעת אחראית בנוזיקין כלפי התובעת. הצדדים נחלקו בשאלת שומת הנזק. התובעת טענה כי היא זכאית לסכום כסף שיאפשר את הקמתו של האתר מחדש. הנתבעת טענה כי יש להחיל על המקרה את שומת הפחת. מכיוון שמבחינה כלכלית לא היה לאתר ערך, שהרי הוא הסב הפסדים לתובעת, אין התובעת זכאית לפיצויים עבורו. בית המשפט קיבל את עמדת התובעת וקבע כי הנתבעת חייבת לשלם את ההוצאות הדרושות להקמה מחדשת של האתר. סבורנו כי פסיקה זו היטיבה את מצבו של הניזק לעומת מצבו לפני קרות הנזק שהרי אלמלא הנזק לא יכול היה, בנסיבות שנדונו בפסק הדין, למכור את העיר ולממש את השקעתו. ניתן היה להציע להתנות את תשלום הפיצויים בהקמה מחדשת של העיר. אולם פתרון זה אינו טוב לשני הצדדים. הניזק יתפתה להקים את עיר הסרטים מחדש למרות שאין לכך תוחלת כלכלית ואילו המזיק ייאלץ לשלם פיצוי מלא למרות שספק אם הדבר מוצדק. סבורנו כי בית המשפט צריך, במקרה כזה, לקבוע את הפיצוי תוך התחשבות בעלויות הקמת העיר – מחד ותוך בחינת התוחלת הכלכלית שלה – מאידך.

חשוב להבהיר כי הבעיות שאותן עוררנו לעיל אינן נוגעות לדרך יישומה של שומת הפחת אלא לאי-התאמתה לכאורה לקשת רחבה של מקרים. יצוין שוב כי פסיקתו של הטור שהובאה לעיל מאפשרת לדעתנו את הגמשתה של שומת הפחת והבאה בחשבון את ערכו של החפץ הפגום לניזק הספציפי.

1.4 קשיים יישומיים בהחלטה של שומת הפחת

מלבד הקשיים במקרים ספציפיים שעליהם עמדנו לעיל, החלטה של שומת הפחת מעוררת גם קשיים יישומיים. יש צורך לחזור אחורנית על ציר הזמן כדי לקבוע את ערכו של החפץ הפגום טרם קרות הנזק. ככל שמתרחקים ממועד קרות הנזק כך קשה לקבוע את שווי לפני קרות הנזק. יתר על כן יישומה של שומת הפחת מצריך הגדרה מדויקת של נשוא הנזק. טול למשל נזק שנגרם לפנס של רכב. מהו נשוא הנזק? הרכב (שערכו כמעט ולא ירד בעקבות הנזק לפנס) או הפנס (שאיבד את מלואו ערכו בעקבות הנזק)?

2. שומת התחלוף

במקרים אלו היה מקום לכאורה לאמץ שיטת שומה חלופית. ניתן להציע כי הפיצוי ייקבע בהתאם לעלויות הכרוכות ברכישת חפץ חלופי במקום⁴⁷ החפץ שניזוק. לפי דרך זו השומה איננה מתמקדת בעבר "כמה היה יפה" אלא צופה פני עתיד. איזה פיצוי יאפשר לניזק ליצור לעצמו חלופה לחפץ שניזוק. למותר לציין כי אם לחפץ הפגום, שאינו ניתן לתיקון, יש ערך כלשהו כגרוטאה או לצורך פירוק, חלקי חילוף וכדומה, יש להפחית ערך זה מהפיצויים שישולמו לניזק⁴⁸. שיטת שומה זו תכונה להלן "שומת התחלוף"⁴⁹.

47 להבדיל מנכסים שניתן למצוא להם תחליף, קיימת בעיה כיצד לשום נזק שנגרם לנכסים בעלי אופי רגשי או סנטימנטלי כדוגמת מזכרות, תמונות וכיו"ב. יישומה של שומת הפחת על חפצים מסוג זה בעייתית מאוד משום שהמחיר שהיה מתקבל עבורם היה נמוך מן הסתם, ובוודאי שאינו משקף את הערך הרגשי המגולם בחפצים אלו. הבעייתיות במקרים אלו גדולה עוד יותר מאשר במקרים שבהם יש לחפץ ערך כלכלי. נכס בעל ערך כלכלי (כדוגמת מכונה או ספינה) ניתן לשחזור, ואילו נכס בעל ערך רגשי (כדוגמת תמונה ישנה, תשמישי קדושה שנתקבלו בירושה וכיו"ב) אינם ניתנים לשחזור. לכן גם שומת התחלוף לא נותנת מענה למקרים מסוג זה.

48 ס' 485 לתזכיר חוק דיני ממונות, תשע"א-2010 שותק בעניין זה, אך ניתן להיעזר בס' 462 לתזכיר שלפיו "טובות הנאה שבהן זכה הנפגע במישרין עקב ההפרה ינוכו... מהפיצויים המגיעים לנפגע". אם הניזק יקבל את מלוא הפיצוי וגם הגרוטאה, שיש לה שווי כספי, תישאר בידיו, תיגרם לו טובת הנאה ולכן יש לנכות מהפיצוי את שווי טובת ההנאה.

49 מונח זה איננו מופיע בספרות ההלכה. טבענו מטבע לשון זה כדי להקל על הכתיבה והקריאה. השוו: עזריאל רוטמן "על שומת הפיצויים בגין מטלטלין שהושמדו" הפרקליט לט 435 (1989).

השאלה שבה נדון להלן היא אם ניתן לעשות שימוש בשומת התחלוף אף שאינה מוזכרת באופן ישיר במשנה ובתלמוד.

3. הגישה המסורתית – אין אפשרות ליצור שיטת שומה חדשה

כאמור, לא מצאנו במשנה⁵⁰ ובתלמוד התייחסות ישירה לשיטת שומה אחרת מלבד שומת הפחת, וגם לא מצאנו התייחסות לאפשרות יצירתה של שיטת שומת נזק חדשה. אף בספרות הראשונים לא מצאנו התייחסות מפורשת לכך⁵¹. בהתאם לכך כתבו חלק מן האחרונים⁵² כי כאשר ניזוק חפץ שאין אפשרות למכרו, לא יקבל הניזוק פיצוי כלל. ראוי לדייק ולציין כי תוצאה זו אין פירושה שלילת אחריותו של

50 אם כי ראו להלן בפנים התייחסות למשנת גיטין, ה, ד. משנה זו אינה עוסקת במישרין בשומת התחלוף אך פותחת פתח ליישומה של שומה כזו.

51 יהונתן שמחה בלס "החזרת המצב לקדמותו כעקרון על בתשלומי נזיקין" תחומין ח 388 (תשמ"ז), מצטט את פסקי שולחן ערוך בסימנים שפז ותג שהובאו לעיל, וטוען כי "טעות היא להסיק מדברים אלה שתשלומי נזיקין הם, על פי הגדרתם, תשלומי פחת". סבורים אנו, כאמור לעיל בפנים, כי שולחן ערוך נקט בשומת הפחת במובנה הדווקני. שומת התחלוף קיבלה גושפנקה רק בתקופה מאוחרת יותר, כמפורט להלן בפנים. עוד טוען המחבר, בעמ' 392, כי מדברי הראב"ד על סוגיית הנהו שקולאי (בבלי, בבא מציעא צט, ע"ב. הסוגיה עוסקת בסבלים ששברו חבית יין של חנווני כאשר שויה של החבית ביום רגיל – ארבעה וביום השוק – חמישה) משמע שיש לאמץ את שומת התחלוף במקום שהזוק נכס שלא עמד למכירה. לטענת המחבר "מגדיר הראב"ד את החבית בשאר ימות השבוע חפץ שאינו עומד למכירה כלל". ספק אם ניתן להסביר כך, שהרי התלמוד עצמו אומר (שם) שניתן למכור את החבית גם ביום רגיל: "בשאר יומי מיזדבנא בארבע". דברי הראב"ד הם "...אבל אי שברוה בשאר ימי השבוע, לא משלמי ליה אלא ארבעה זוזי בלחוד כשעת הנוזק". נדמה כי הדגש בדברי הראב"ד הוא השמירה על הכלל שלפיו יש לשלם פיצוי כשעת הנוזק ולא להתחשב בהתייקרויות שבאו לאחר מכן.

52 קצות החושן, סי' שפו, ס"ק א, הביא את דברי התוספות, בבא קמא עא, ע"ב, ד"ה "וסבר", שלפיהם חיובו של מי שהזיק שטרו של חברו נובע מכך "שראוי השטר לכל העולם למכור ולגבות בו וכן במסכך גפנו על גבי תבואתו של חברו ראוייה התבואה לכל העולם...". מכאן הסיק קצות החושן כי כאשר לא ניתן למכור את החפץ שניזוק, המזיק לא יחויב בתשלום. ראו זלמן נחמיה גולדברג "מזיק דבר שיש לו ערך אישי רק לבעליו תחומין ח 170, 179 (תשמ"ז), שדחה את ראיותיו של קצות החושן.

גם נתיבות המשפט, סי' קמח, סע' א, כתב כי "דבר שאינו שווה בעצמו למכרו וליקח דמים בעדו רק שווה לאותו האיש ההוא, אין המזיק חייב לשלם". הוא מוכיח את עמדתו זו מהתלמוד (בבלי, בבא קמא, פח, ע"ב – פט, ע"א): "אמר רב אידי בר אבין אף אנן נמי תנינא: מעידים אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן כתובתה והרי היא תחתיו ומשמשתו ונמצאו זוממין. אין אומרים ישלמו כל כתובתה אלא טובת הנאת כתובתה... אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו שאם נתארמלה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה... אמר אביי: טובת הנאה... לאישה הואי דאי סלקא דעתך לבעל הואי, לימרו לה עדים מאי אפסדינך אי הות

המזיק. האחריות שרירה וקיימת, אך כאשר עוברים לשלב שומת הנזק ופועלים על פי שומת הפחת, מתקבלת התוצאה האמורה שלפיה המזיק לא יחויב בתשלום לניזק.

4. הקשיים בגישה המסורתית

הגישה המסורתית יוצרת תוצאות שקשה לקבלן. נראה לכאורה כי אין זה ראוי, בדוגמאות שהובאו לעיל, כי הניזק ייצא וידיו על ראשו. מדיניות משפטית ראויה, שקנתה לעצמה שביטה גם בד' אמותיו של המשפט העברי, מחייבת הרתעתם של מזיקים

מזכנת לה לטובת הנאה בעל הוה שקיל מינך". מדבריו של אביי, שלפיהם אילו טובת הנאת הכתובה הייתה שייכת לבעל לא הייתה האישה מקבלת פיצוי כלשהו מהעדים הזוממים משום שאין האישה רשאית למכור את טובת הנאת כתובתה, לומד נתיבות המשפט עיקרון כללי שלפיו מי שאינו יכול למכור חפץ או זכות מסוימים לא יוכל לקבל פיצוי ממי שהזיק לאותו חפץ או זכות.

ראיה נוספת לשיטתו מביא בעל נתיבות המשפט מדברי התוספות, כתובות, ל, ע"ב, ד"ה "לא צריכא", כי אם ראובן תחב מזון של שמעון לפיו של לוי, באופן שהאוכל נמאס ואינו ראוי לאדם אחר חוץ מלוי, אין לוי שהמשיך ואכל את המזון חייב לשלם פיצוי לשמעון (בעל המזון) משום שהמזון, לאחר שהוכנס לפיו של לוי, אינו ראוי לאדם אחר כלל ולא ניתן למכרו. ראוי לציין במאמר מוסגר, כי לדברי התוספות, בבא קמא, כ, ע"ב, ד"ה "הא איתהנית" פטור לוי מתשלומי נזק אך יהיה חייב בתשלומי הנאה, משום שסוף סוף אכל ונהנה. מכל מקום נתיבות המשפט מוכיח מכאן כי חפץ שלא ניתן למכרו לאחריים, לא ניתן לקבל פיצויי נזיקין עבורו. משה מרדכי פרשטיין "שומת נזק בחפצים משומשים" דברי משפט ב שמד, שני-שנא (תשנ"ב) דחה את ראיותיו של נתיבות המשפט.

נתיבות המשפט (סי' רז, ס"ק ח) דן גם במקרה ההפוך: חפץ שניתן למוכרו במחיר גבוה אך לאמיתו של דבר מתברר בדיעבד כי המחיר שאותו ניתן היה לקבל אינו משקף את השווי האמיתי: "הורג בהמת חברו ונמצאה טריפה אינו משלם לו אלא דמי טריפה ואינו יכול לומר הייתי מוכרו לחרישה דמכל מקום נתגלה הדבר שלא היה שווה רק שהיה יכול להונות לאחר ומזיק אינו צריך לשלם רק כפי ששוה באמת ולא כפי מה שיכול להונות דאם הזיק כסף סיגים אף שהיה יכול להונות נכרים ולמוכרו בחזקת כסף אין צריך לשלם רק מה ששוה באמת...". רואים אנו כי נתיבות המשפט מחמיר עם הניזק בשתי הווריאציות. כאשר הניזק אינו יכול למכור את החפץ, הוא לא יקבל פיצוי. אולם גם כאשר יכול הוא למכור את החפץ ובדיעבד מתברר שיש בו מום נסתר, שגם הניזק לא יכול היה לדעת עליו, יקבל הניזק פיצוי לפי השווי האמיתי ולא לפי המחיר שיכול היה לקבל עבור החפץ.

אברהם שיינפלד חוק לישראל: נזיקין 295 (ירושלים, תשנ"ב) נקט אף הוא את הגישה המסורתית וכתב: "בדרך כלל גם אין מעריכים את הנזק לפי הוצאות תיקון החפץ, אלא לפי ערכו להימכר בשוק באותו מקום ובאותו זמן לפני המעשה ולאחריו, וההפרש הוא שיעור הפיצויים. נמצא שההלכה אינה מתימרת להשיב את המצב לקדמותו על ידי תשלום כספי. אדרבא, יש שהערכת הנזק נעשית בדרך שהיא קולא למזיק" (ההדגשה שלי – א' א'). ראו גם הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג לספר הנ"ל, שם, בעמ' 379-381.

פוטנציאליים כך שינקטו אמצעי זהירות ויימנעו מלגרם נזקים⁵³. צמצום החבות בפיצוי נזיקין במקרים דלעיל, הנובע מן הגישה המסורתית, עומד בסתירה למדיניות האמורה. אם כך לגבי נזקים שנגרמו כתוצאה מחוסר זהירות, קל וחומר לגבי מזיקים הגורמים נזק בכוונה. על פי הגישה המסורתית מזיק בכוונה יוכל, במקרים שבהם שומת הפחת מובילה לכדי תשלום מינורי או אפסי, להמשיך במעשיו מבלי שניתן יהיה לחייבו בתשלום פיצויים

53 הרמב"ם במורה הנבוכים (חלק שלישי, תחילת פרק מ') מציין, כמטרתם של דיני הנזיקין, את מניעת ההיזק: "המצות... אשר ספרנו בספר נזיקין, והם כלם בהסרת העול ומנוע ההזק, ולרוב האזהרה על מניעת ההזק חייב האדם בכל נזק שיבא מממונו או מסבת פעולתו ממה שאפשר לו לשמרו מהזיק, ולזה חייבנו בנזיקין שיבא מבהמותינו עד שנשמרו וכן אש ובור מפני שהם ממעשה האדם ואפשר לו לשמרו עד שלא יבא מהם נזק...". ראוי לציין כאן גם את מחלוקתם של בעלי התוספות, גיטין מב, ע"ב, ד"ה "ושור" בשאלה אם יש לחייב בפיצוי עבור שבת של שור, כלומר עבור תקופת בטלתו של השור עד שיתרפא לאחר שהזק. הפוסקים נקטו בגישה הפורמלית וסברו כי דרשת הפסוק "איש בעמיתו" ולא "איש בשור" פוטרת מתשלום דמי השבתת השור (ראו גם את דברי התוספות, סנהדרין, פד, ע"ב, ד"ה "הכחישה באבנים", שכתבו כי "בבהמה לא שייכי ד' דברים" אלא נזק בלבד). המחייבים נקטו בשתי גישות. ר"ח (תוספות, גיטין, שם) סבר כי השבת מגולמת בשומת הפחת "דשבתו בכלל נזק הוא דפחתי דמיו ומתחילה כשהזק שמין אותו כמה דמיו פחותים לימכר". רבי יצחק הזקן (מובא בסמ"ק צורין, מהדורת הר"ש שושנים רוזנברג, חלק ג, מצוה רנא, עמ' קמה) "הקפיד על זה שמא יקניט האחד את חבירו וילך ויזיק בהמותיו בנזק שסופו לחזור אחר ימים רבים ויפטר". אפרים אלימלך אורבך בעלי התוספות 245 (ירושלים, תשנ"ו) מביא פסק זה של ר"י כדוגמה למגמת הר"י "לצמצום הגורם הפורמאלי לטובת ראיית התכלית והתוצאות". מן הראוי להזכיר בהקשר זה את הדין "שבח גזלה לגזלן". על פי דין זה זכאי הגזלן לשבח שהפיק מן הנכס הגזול בין שעת הגזילה לבין שעת ההחזרה. דין זה עלול ל"עודד" גזלנים שלא למהר ולהחזיר את הגזילה ואולי אף לבצע מעשי גזילה נוספים. הרמ"ה (דבריו הובאו בשיטה מקובצת, בבא קמא, צז, ע"א, ד"ה "ולעניין פסק") ניסה לצמצם דין זה בקובעו כי מי שגזל נכס והשכירו לאחר, חייב לשלם את דמי השכירות לבעלים. דעתו של הרמ"ה נומקה (ראו בית יוסף, חושן משפט, סי' סג) בכך ש"אם לא כן – לקתה מידת הדין". גם כאן רואים אנו גישה תכליתית הבאה להשיג צדק. דעתו של הרמ"ה לא נתקבלה על ידי בית-יוסף והוא אף לא הביאה בשולחן ערוך, אך הרמ"א (בדרכי משה על הטור ובהגהותיו לשולחן ערוך, סי' סג) צידד בשיטת הרמ"ה.

במקרים אחרים ראיית התכלית והתוצאות הביאו לכך שחכמים פטרו אדם מנזק שגרם עבדו, למרות שהעבד הוא בגדר ממונו. ראו משנה, ידים, ד, ז: "...אומרים צדוקין: קובלין אנו עליכם פרושים! שאתם אומרים: שורי וחמורי שהזיקו – חייבין, ועבדי ואמתי שהזיקו – פטורין. מה אם שורי וחמורי שאיני חייב בהם מצות, הרי אני חייב בנזקן, עבדי ואמתי שאני חייב בהן מצות, אינו דין שאהא חייב בנזקן? אמרו להם: לא, אם אמרתם בשורי וחמורי, שאין בהם דעת, תאמרו בעבדי ובאמתי, שיש בהם דעת? שאם אקניטנו ילך וידליק גדישו שלאחר ואהא חייב לשלם".

באופן ממש. למותר לציין כי האיסור להזיק⁵⁴ צריך שירתיע את המזיק מלהמשיך במעשיו וברור כי אדם כזה יהיה חייב בדיני שמים, אך קיימים מזיקים שאיסורים ודיני שמים אינם מרתיעים אותם ועבורם נדרש לקבוע חובת פיצוי ממשית וריאלית⁵⁵. יתר על כן הגישה המסורתית אינה מתיישבת עם מטרתם של דיני הנזיקין כפי שאלו עולים מהסוגיה העוסקת ב"בעלים מטפלים בנבילה"⁵⁶. התלמוד לומד דין זה מדברי המשנה "חבתי בתשלומי נזק"⁵⁷. התלמוד מפרש את השורש תשלום מלשון השלמה, כך שהתלמוד מניח כי הפיצויים יביאו לידי השלמת הפגיעה שנגרמה לממונו של הנזק. כך גם נראה מדרשתו של רבי אמי⁵⁸:

"מכה נפש בהמה ישלמנה" (ויקרא, כד, 18) – אל תקרי ישלמנה אלא ישלימנה⁵⁹."

רבי אמי מפרש את חובתו של המזיק להשלים את הנזק ומשמע כי אם יקיים את חובתו תושג מטרת ההשלמה. יש לשים לב כי סוגיה תלמודית זו אינה עוסקת בשיטת השומה אלא בעיקרון שלפיו החפץ הפגום יישאר בידי הנזק. התלמוד אינו מזכיר את שומת התחלוף אלא רק את שומת הפחת הנזכרת פעמים רבות במשנה, אולם ממהלכה של הסוגיה ניתן לראות כי הסוגיה מניחה שתשלום הפיצויים יביא לידי השלמת הנזק שנגרם לניזק. כאמור

54 ראו רמב"ם, משנה תורה, הלכות נזקי ממון, ה, א: "...מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק. אפילו לגרום הנזק אסור"; טור, חושן משפט, תחילת סי' שעח: "כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו אפילו אם אינו נהנה".

55 השו"ל שישתו של ריצב"א באשר להבחנה בין גרמא לגרמי ובאשר לחיוב בהזיק שאינו ניכר: תוספות בבא בתרא, כב, ע"ב, ד"ה "זאת אומרת": "...ונראה לריצב"א דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירושלמי ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים וטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין והיינו טעמא דמאן דמחייב בהזיק שאינו ניכר...". ראו גם: השופט משה דרורי "חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח" תחומין כו 341, 342-345 (תשס"ו), שם כתב כי ההבחנה בין גרמא לגרמי היא פרקטית ולא הגדרתית.

56 בבלי, בבא קמא, י, ע"ב.

57 ראו לעיל, שם, דיון בנוסח משנה זו.

58 בבלי, שם.

59 התוספות (שם, ד"ה "ישלמנה") ביארו דרשה זו: "...ישלמנה משמע שהבהמה עצמה ישלם וזה אי אפשר שכבר מתה לפיכך יש לדרוש ישלמנה". בעלי התוספות לא ראו לפרש כמו רס"ג (בפירושו לתורה) שכתב "ישלמנה – ישלם כמוה", משום שהם רואים עצמם מחויבים לקבלת חז"ל שלפיה החפץ הפגום ייוותר בידי הנזק. בעלי התוספות אומרים כי לאמיתו של דבר, המזיק חייב, מבחינה עקרונית, להחזיר את הבהמה עצמה, ורק מפני שהבהמה מתה ולא ניתן להסתפק בהשבתה כפי שהיא חייב המזיק להוסיף ולשלם פיצוי כספי. נראה שהסוגיה הניחה כי הפיצוי הכספי צריך, עד כמה שניתן, למלא את חסרונו של הנזק, אם כי הסוגיה לא עסקה בשיטות השומה.

לעיל, שומת הפחת נתנה בזמן הקדום מענה הולם וצודק לרוב מקרי הנזיקין, כך שהתלמוד לא הוטרד משאלת חוסר ההתאמה בין שיטת השומה לבין מטרותיה. ראוי לציין בהקשר זה כי הרמב"ם⁶⁰, המאמץ את שומת הפחת בצורתה הדווקנית, השווה בין תשלום פיצויי נזיקין לבין פירעון הלוואה:

"כל המשלם נזק שלם הרי התשלומין ממון שהוא חייב לשלמו כמי שלוה מחבירו שהוא חייב לשלם..."

השוואה זו, המיותרת לכאורה, יש בה אולי כדי לרמוז כי על המזיק למלא את חסרונו של הניזק כשם שעל הלווה להחזיר למלווה את מלוא הסכום שלוה, והדעת אינה נותנת כי ישלם רק חלק מחובו⁶¹. כאמור, כמו התלמוד כך גם הרמב"ם לא סבר ששימוש בלעדי בשומת הפחת עלול להביא לתוצאות קשות⁶². כאמור, הקושי התחדד במיוחד בתקופה המודרנית, לאחר המהפכה התעשייתית.

60 משנה תורה, הלכות נזקי ממון, ב, ז. השו"ל דבריו במורה הנבוכים שהובאו לעיל, שם הדגש הוא על מניעת ההיזק. נדמה כי ההנמקות השונות משלימות זו את זו. אם המזיק יחויב להחזיר את מצבו של הניזק לקדמותו, הוא ידאג בעתיד לשמור על עצמו ועל ממנו שלא יזיקו.

61 אך ראו בספר מצוות גדול לר"מ מקוצי (עשה סז, מהדורת הר"א שלזינגר, עמ' רחצ) שכתב: "כל המשלם נזק שלם מוציאין מידו אפילו בחוצה לארץ ממון שהוא חייב לשלם כמו שלוה מחבירו. וכל המשלם חצי נזק הרי תשלומין אלו קנס... וכל קנס אין גובין אותו בחוצה לארץ...". ר"מ מקוצי השתמש בלשונו של הרמב"ם בהלכה דנן ונראה מדבריו כי ההשוואה שבין פיצויי נזיקין לבין החזר הלוואה היא לעניין גבייתם של שני התשלומים בחו"ל. גם הרמב"ם בפירושו לתורה (ויקרא יט 18) משווה בין תשלומי נזיקין לתשלומי הלוואה ותשלומי גזלה. הרמב"ם דן בלאו "לא תקום ולא תטר" וכתב: "...ועניין הנקימה והנטייה כבר פירשוהו רבותינו שהוא בדבר שאין בו חיוב ממון... כי בדבר שנתחייב לו חברו ממון כגון בנזיקין וכיוצא בהן אינו מחוייב להניח לו, אבל יתבענו בבית דין וישולם ממנו... והוא מעצמו חייב לשלם כאשר ישלם מה שלוה או מה שגזל".

62 ראו גם דבריו של רבי חיים סולובייצ'יק (חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, ה, ב) בהסבירו את פסק הרמב"ם בעניין "החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות". הרמב"ם פסק כי אם הבעלים טוען שנחפרו שני בורות ואילו החופר מודה שחפר בור אחד בלבד, החופר אינו חייב להישבע שבועה מדאורייתא משום ש"אין נשבעים על הקרקעות". על כך כתב ר' חיים סולובייצ'יק כי חיובו של המזיק "בא מחמת עצם הממון שהפסידו. על כן התשלומין, שהן חליפי עצם הקרקע שהזיק, גם כן קרקע ואין נשבעין עליהם". יש לציין כי הדברים נכתבו כדי להסביר מדוע הסכסוך הוא בגדר מקרקעין ולא דווקא בהקשר של שיטת שומת נזק כזאת או אחרת, אם כי ניתן ללמוד מהם על מטרותם של הפיצויים להוות תחליף לאובייקט שניזוק. כפי שצוין לעיל, הרמב"ם נוקט בשומת הפחת במובנה הדווקני משום שסבר שהיא נתנה מענה הולם באותה תקופה.

מכאן עולה כי אחת המטרות של פיצויי הנזיקין הוא לסתום את החלל שנוצר בעקבות הנזק⁶³. על כן אם שומת הפחת אינה מקיימת מטרה זו, יש מקום להידרש לשאלה אם לא מן הראוי לעשות שימוש בכלי אחר. במילים אחרות, כאשר שיטת השומה מביאה למצב העומד בסתירה למטרתם של הפיצויים, נוצר קושי. שיטת השומה צריכה להיגזר ממטרת הפיצויים. אם כתוצאה משיטת השומה נוצר מצב שבו אין הנזק מקבל פיצוי ראוי, יש מקום לבחון דרכים חדשות ליצירת שיטות שומה משלימות או חליפיות.

5. ביסוסה של שומת התחלוף במקורות התנאיים והאמוראיים

כפי שנראה להלן, האחרונים המאוחרים חלקו על הגישה המסורתית וסללו את הדרך להכרה בשומת התחלוף. כאמור, שיטת שומה זו מחייבת את המזיק לשלם פיצוי שיאפשר לניזק לרכוש לעצמו חפץ חלופי ולהעמיד עצמו במצב שבו עמד בטרם אירע הנזק. לסברה כי שומת הפחת אינה שיטת השומה הלגיטימית היחידה ניתן למצוא תימוכין במשנה במסכת גיטין. המשנה קובעת⁶⁴:

”הכהנים שפגלו במקדש מזידין – חייבין”.

קורבן הופך פיגול אם במהלך ארבע העבודות המתירות את הזבח⁶⁵ הכהן נוהג בו שלא כדין וחושב לאכלו “חוץ לזמנו”. בשלב שבו הכהן מפגל את הקורבן, ואף קודם לכן, אין הבעלים יכול למוכרו⁶⁶. אם היינו מיישמים את הגישה המסורתית היה עלינו לקבוע, על פי שומת הפחת, כי הכהנים פטורים מלשלם פיצויים לבעלים. אולם המשנה קובעת כאמור כי הכהנים חייבים, ולכן ניתן להסיק כי שומת הפחת אינה שיטת השומה הבלעדית⁶⁷. קשה לומר כי המשנה קובעת אחריות, אך בשלב שומת הנזק, אם יתברר כי לא ניתן למכור את הבהמה שנשחטה, יעמוד הפיצוי על אפס. פירוש כזה מרוקן את המשנה מתוכן. הבנתה הפשוטה של המשנה היא שחלה על הכהנים חובת תשלום בפועל.

63 בספרות המשפטית המודרנית מקובל להשתמש בביטוי “צדק מתקן” (Corrective Justice). ראו יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 48 (תשנ”א).

64 משנה, גיטין, ה, ד.

65 שחיטה, קבלת הדם, הולכת הדם וזריקתו על המזבח. ראו משנה, זבחים, ב, ג.

66 ראו תוספתא, פסחים, ז, ח (בעמ' 179): “המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום”. התוספתא הובאה בתלמוד הבבלי, פסחים, פט, ע”ב. כך גם נפסק להלכה על ידי הרמב”ם בהלכות מעילה, ד, ח.

67 חזון איש על מסכת בבא קמא, סי' ו, ס”ק ג וקהילות יעקב, בבא קמא, סי' מ.

המשנה אינה מבארת מה גובה הפיצוי ומהי שיטת השומה. רש"י⁶⁸ מפרש את חיובם של הכהנים כך: "לשלם דמיהם לבעלים שהרי צריכין להביא אחרים"⁶⁹. מפירושו זה אנו יכולים להסיק על קיומה של שומת תחלוף משום שאנו מחייבים את הכהנים בשווי הקורבן החלופי למרות שבשעה שנגרם הנזק לא ניתן היה למכור את הקורבן גם לפני שנפסל⁷⁰. פירושו של רש"י מהווה בסיס להכרה בשומת תחלוף כשומת נזק אפשרית ולגיטימית⁷¹.

68 גיטין, נג, ע"א, ד"ה "חייבין".
 69 זהו פירושו הראשון של רש"י. בפירושו השני כותב רש"י: "ואי נמי נדבה היא קשה בעיניו שלא הקריב קרבנו שהרי להביא דורון היה מבקש". רש"י קובע עיקרון שלפיו חייב הכהן לפצות את הבעלים גם כאשר בקרבן נדבה עסקינן, וזאת לנוכח עגמת הנפש שנגרמה לבעלים שהתכוונו להביא קרבן נדבה ובאשמת הכהן לא הצליחו בכך. רש"י לא נותן בידינו כלים לקביעת גובה הפיצוי בגין עגמת הנפש שנגרמה לבעלים, אך דומה כי פיצוי מסוג זה הוא נמוך יותר מאשר שווי הקרבן החלופי. מאידך ניתן להשקיף על מה שאירע מנקודת מבט אחרת: הבעלים אכן היה מוכן להחסיר מרכושו את שווי הקרבן, אך בתנאי שהקרבן יתבצע בדרך ההלכתית הראויה. אם הכוהן פעל שלא כדוין, נגרם לבעלים נזק ממוני בגובה שוויו של הקרבן ואין המדובר בעוגמת נפש גרידא.

70 באשר לעלות הקרבן החלופי שאותו יחויבו הכהנים לשלם, קיימות שתי אפשרויות: האחת – לחייב את הכהן המזיק לשלם את עלות קרבן כדוגמת זה שהובא ונפסל והשנייה – לחייב אותו בעלות קרבן חלופי מינימלי. ייתכן הפרש גדול בין שתי האפשרויות במקרה שהבעלים הביא שור, ולאחר שנפסל הקרבן הראשון הוא מבקש להביא כבש. ראו בבלי, בבא קמא, עח, ע"ב. קשה לדעת לאיזו משתי האפשרויות כיוון רש"י בדבריו.

71 הרב קנייבסקי, קהילות יעקב, שם, מפנה לסוגיות נוספות שמהן עולה כי חובת תשלום הפיצויים חלה גם כאשר הבעלים לא יכול היה למכור את האובייקט נשוא הנזק בטרם אירע הנזק: החובל בחבירו משלם נזק למרות שהניזק לא היה יכול למכור את איבריו; החובל אישה ואבד את עובריה משלם דמי ולדות למרות שהאישה לא יכלה למכור את עובריה; החובל בעבד עברי משלם שבת לאדון למרות שהאדון אינו יכול למכור את העבד. יש לשים לב כי דוגמאות אלו כולן בנוזקי גוף ולא בנוזק ממון, כך שניתן להבחין ולטעון שאינן רלוונטיות לעניין דנן. ניתן בהחלט לומר כי בנוזקי גוף תשלום הפיצויים אינו מותנה ביכולת המכירה משום שאיבריו של אדם אינם נמכרים, ואילו פיצוי בשל נזק ממוני מותנה ביכולת המכירה של החפץ. הראיה היחידה המובאת על ידי הרב קנייבסקי שעניינה נזק לרכוש היא מהסוגיה בתלמוד (בבלי, בבא בתרא, צג, ע"ב) העוסקת ב"בורר צרור מגרנו של חבירו". בזמנם היה מקובל למכור תוצרת חקלאית כשהיא מעורבת עם פסולת. התלמוד קובע כי מי שניקה את הפסולת מתוך התוצרת גרם נזק לבעל התוצרת. במקרה רגיל מקבל בעל התוצרת תשלום גם על הפסולת, הנמכרת יחד עם התוצרת. על כן מי שבירר את הפסולת מהתוצרת גרם נזק לבעל התוצרת ועליו לשלם עבור הפסולת כאילו היא תוצרת. כך פסק הרמב"ם (הלכות מכירה, יח, יג) "...הבורר צרור מתוך גרנו של חבירו נותן לו דמי חטים כשיעור צרור שבירר. שאילו הניחו היה נמכר במדת החטים...". ברור לגמרי שהצרור אינו יכול להימכר בפני עצמו, אלא רק כשהוא מעורבב עם החטים. מכך שנפסקה הלכה שחלה חובת פיצוי ב"בורר צרור" מוכיח את הראיה המובאת מסוגיה זו. הסוגיה רואה בצרור, כל עוד הוא מעורב בחטים, חלק מן

עצם העובדה שאנו צריכים לנדוד ממסכת בבא קמא, שם מקומה הטבעי של שומת הנזיקין, למסכת גיטין ולהביא ראייה מהפרק החמישי, העוסק בתקנות שונות בנושאים רבים ומגוונים, ולהוכיח את שומת התחלוף ממשנה העוסקת בכהנים שפיגלו קורבן מלמדת, לדעתנו, כי במגרש הצר של דיני הנזיקין הסתפקו חכמי המשנה בשומת הפחת אשר נתנה מענה הולם לצורכי התקופה.

מקור נוסף, העוסק אף הוא בקדשים, שממנו ניתן להסיק על קיומה של שומת התחלוף, הוא שאלתו של רבא⁷²:

“הרי עלי עולה והפריש שור, ובא אחר וגנב, מי פטר גנב נפשיה בכבש...”.

כאמור, מי שהפריש שור לעולה שוב אינו רשאי למוכרו. חיובו של הגנב בפיצוי למרות שהבעלים לא יכול היה למכור את הבהמה בעת הגנבה מלמד כי האפשרות למכור אינה תנאי לחיובו של הגנב⁷³.

הרב קנייבסקי⁷⁴ מסתמך בין היתר על משנת גיטין הנ"ל וקובע:

“ולפי מאי דמוכח מכל דלעיל, דגם שאינו ראוי למכירה נחשב כדבר שווה כסף גמור (כל שיש בו השתמשות לעצמו הנאה שווה ממון לגבי דידיה).

מכל מקום, גם זה אמת דאפילו מה שאינו שווה לגבי דידיה כלום רק שיכול למוכרו ולקבל עבורו דמים, נמי חשיב בגדר ממון ששווה כסף והמזיקו חייב לשלם”.

החייטים עצמם. לכן ה"בורר צרור" אינו נחשב כמי שהזיק לצרור אלא כמי שהזיק לחייטים, שניתן היה למכרם בטרם אירע הנזק. ראו תוספות, בבא בתרא, צד, ע"א, ד"ה "נותן". יש להעיר כי לא ניתן לפתור את הבעיה על ידי החזרת הצרור לגורן ועירובו מחדש בחייטים. ראו רמב"ם (שם): "ואם תאמר יחזירנו הרי אמרו אסור לערב כלשהו".

72 בבלי, בבא קמא, עח, ע"ב. ראו בהקשר זה את דברי הרב ב"צ אבא שאול (אור לציון, חושן משפט, סי' ד). יש לשים לב כי סוגיה זו עוסקת בגנב ולא במזיק, ועל כן אין בה הוכחה ישירה לעניין שיטת השומה של פיצויי נזיקין (להבדל בין שומת נזק לבין שומת גניבה וגזילה בהקשר אחר ראו בבלי, בבא קמא, יא, ע"א "אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין..."). גם סוגיית "הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות" (בבלי, בבא קמא, מח, ע"א) מרמזת על חובתו של המזיק להעמיד לניזק חלופה לקרקע שהוזקה ואינו יכול לצאת ידי חובתו בתשלום לפי שומת הפחת.

73 כפי שכבר צוין לעיל, ניתן היה למצוא פתרון לקושי שנוצר באמצעות הכרה באלמנטים סובייקטיביים בתוך שומת הפחת על פי שיטת הטור. אילו היינו מכירים בכך, היינו יכולים לקבוע כי קביעת הערכים צריכה להתבצע בקשר לניזוק הספציפי תוך התחשבות בצרכיו המיוחדים, הנובעים מקרות הנזק. כך ניתן היה למצוא פתרון בתוך הסוגיות העוסקות בדיני נזיקין מבלי להיזקק למקורות רחוקים, העוסקים בקדשים שנגנבו או נפסלו.

74 קהילות יעקב, שם.

מדברים אלו עולה הגדרה רחבה. החיוב בתשלום פיצויים יהיה בהתקיים אחת משתי חלופות: האחת – הניזק יכול היה למכור את החפץ נשוא הנזק, והשנייה – החפץ שניזוק הביא לבעליו הנאה ותועלת לפני שניזוק, ולאחר קרות הנזק נאלץ הניזק לפעול ולהוציא כספים לצורך העמדת תחליף לחפץ שניזוק⁷⁵. גם הרב ש.ז. אוירבך⁷⁶ נדרש לסוגיה זו ואף הוא חולק על הגישה המסורתית:

"...בדבר שהוא ממש ממון נראה דצריכים לשלם לו כפי שהוא צריך להוציא כדי לקנות חפץ כזה שהפסידוהו ולא נמדד כלל בכמה יוכל למכור זה לאחרים ולפעמים משלמים לו פחות. דהתורה אמרה 'מכה נפש בהמה ישלמנה' היינו להשלים שיהיה לו בהמה אחרת ולא מספיק מה שישלם לו כשיעור שהיה מקבל אילו היה מוכר לאחרים... בדבר שהוא ממש ממון⁷⁷ לבעליו לא מתחשבים כמה שווה לאחרים".

להלן נתייחס לדוגמאות שבהן פתחנו פרק זה ונראה כיצד הן מוצאות את פתרונן על ידי שומת התחלוף.

6. יישומה של שומת התחלוף

6.1 חפצים משומשים

על פי שומת התחלוף, מי שהזיק לחפץ משומש של חברו ישלם לניזק את הסכום הנדרש לצורך רכישת חפץ חלופי. ביישומה של שומת התחלוף עשוי להיווצר קושי כאשר החפץ הפגום היה כבר משומש אך עדיין ממלא את ייעודו. במקרים רבים לא יהיה ניתן להשיג חפץ חלופי במצב משומש, והשאלה המתעוררת היא אם לחייב את המזיק בתשלום שיאפשר לניזק לרכוש חפץ חדש, דבר שיעמיד את הניזק ביתרון, או ליצור מנגנון שיפחית את הפיצויים המשולמים לניזק⁷⁸.

75 בהקשר זה נראה כי גם אם ניתן היה למכור את החפץ הפגום לפני קרות הנזק תמורת מחיר חלקי וכדומה, הרי אם על פי שומת התחלוף מתקבל פיצוי בסכום גבוה יותר מזה שמתקבל לפי שומת הפחת, יש ליתן לבית הדין שיקול דעת להעדיף את יישומה של שומת התחלוף.

76 שו"ת מנחת שלמה, מהדורה תניינא (ב-ג), סי' קלה.
77 הרב אוירבך, שם, מוכן להניח כי ייתכנו מקרים שאינם בגדר ממון ממש אלא בגדר "זכות" כדוגמת זכות מעבר, שטר הגרלה שלא ניתן למכרו לאחרים וכיו"ב, שלגביהם לא תחול חובת תשלום פיצויים.

78 שאלה דומה מתעוררת גם כאשר ניתן לתקן את הנזק. לא תמיד ניתן לתקן את החפץ הפגום באמצעות חומרים ורכיבים משומשים, ולעתים דרך פעולה כזו עלולה ליצור סכנה בטיחותית ובוודאי שאין מקום לאפשר זאת. מנגד, תיקון החפץ הפגום בחומרים וברכיבים חדשים עשוי להעמיד את הניזק ביתרון. ראו שו"ת הריב"ש (סי' תקו). התשובה עוסקת בשמעון שהרס קיר.

גם במקרים שבהם החפץ הפגום לא היה רעוע עשוי הניזק להפיק רווח כתוצאה מקבלת חפץ חלופי חדש במקום החפץ הפגום שכבר לא היה חדש. ברור שמטרתה של שומת התחלוף היא לאפשר לניזק להעמיד חלופה לחפץ הפגום, אך אין מטרתה ליתן לו יתרון. כיצד ראוי להתמודד עם מצב דברים זה? הרב צבי שפיץ כתב בעניין זה כי⁷⁹:

"והנה המזיק למשל דוד שמש⁸⁰, משקפים או כל חפץ אחר שתוחלת חייו הינם למשך זמן מסוים, צורת שומת הניזקין היא כדלהלן. אם דוד שמש חדש עולה למשל 2,000 ש"ח והינו מחזיק בממוצע כעשר שנים, כלומר, כל שנה נפחת לבעלים מאתים ש"ח משווי החפץ (אע"פ שבשוק שווה הרבה פחות), לפיכך מי שהזיק לו דוד שמש שנמצא אצלו שש שנים, ישלם לניזק שמונה מאות ש"ח בלבד. ובאופן הזה שמין את שווי שאר החפצים המשושמים שתוחלת חייהם הינה לזמן מסוים ושמין זאת לפי הזמן הממוצע שמחזיק חפץ דומה אצל רוב האנשים".

הדברים מסתברים והגיוניים אף שהם מובאים ללא מקור. הדברים נובעים מההתפתחות שנסקרה לעיל, אשר נועדה למנוע מצב שהניזק יצא וידיו על ראשו. אולם אין מתקנים עוול בעוול. אם היינו מחייבים את המזיק לקנות חפץ חדש היה הניזק מפיק מכך רווח. לכן יש מקום להקטין את הפיצוי, כנזכר לעיל⁸¹.

הקיר נפל ופגע בתקרה של ראובן, שהייתה ישנה ורעועה, וגרם לנפילתה. הריב"ש פוסק: "...היה לו לחייב ראובן [הניזק – א' א'] לבנות התקרה בנין חזק. ושמעון [המזיק – א' א'] יסייע לו בבנין כדי שומת נזק תקרה, הראויה לשנה או לשנתים. ולא שיבנה שמעון עתה, בנין לשנה או לשנתים, מעץ ריקבון. ותהיה ההוצאה יתרה על השבח יתר מאד ולסוף השנה או שנתיים תפול, ויצטרך ראובן לבנותה מחדש". שאלה זו נדונה בהרחבה גם במשפט הישראלי. ראו ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29 (1983); ע"א 2904/92 עיריית תל-אביב-יפו נ' עיזבון לטרהויז, פ"ד נ(1) 754 (1996); רע"א 6449/96 מדינת ישראל נ' קיבוץ חפץ חיים, פ"ד נב(2) 247 (1998); ת"א (מחוזי חי') 159/04 סולל בונה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2006).

79 צבי שפיץ משפטי התורה ח"א, צה, ה"ש 3 (ירושלים, תשנ"ח).
80 דוד שמש, מעצם טיבו, מחובר בדרך כלל לבניין ועל כן ייתכן שיש להתייחס למקרה זה כאל נזק למקרקעין. גם אם דוד השמש לא ניתן לתיקון ויש להחליפו בחדש, ייתכן שצריך להתייחס למקרה זה כאל נזק שניתן לתיקון. החלפת דוד השמש תיחשב כתיקון של המקרקעין.
81 כאמור, המשפט הישראלי אינו מאפשר לניזק להשיג יתרון כתוצאה מקרות הנזק. ראו פסקי הדין שהובאו לעיל בקשר לפיצוי בגין מבנה שנהרס. ראו גם ת"א (שלום י-ם) 21037/96 רביפור נ' כהן (פורסם בנבו, 2004) שבמסגרתו דן בית המשפט בתביעה כנגד מובילי תכולת דירה שעקב רשלנותם נגנבה התכולה. בפרסום מטעם הנתבעים נכתב כי יינתנו על ידיהם "אחריות וביטוח מלאים לכל הובלה". השאלה שהתעוררה הייתה האם יש לקבוע את הפיצוי

6.2 נזק לנכסים בעלי ערך כלכלי לבעליהם בלבד

נראה כי שומת התחלוף נותנת מענה מלא לנזק מסוג זה. המזיק יחויב לשלם לניזק את הסכום הנדרש כדי לרכוש⁸² חפץ חלופי שניתן לבצע באמצעותו את השימוש המקורי.

6.3 נזק לשטרות, מסמכים בעלי ערך וכיו"ב

על פי שומת התחלוף יהיה עלינו לשאול את עצמנו מה היה שוויו של המסמך הסחיר לבעליו או, במילים אחרות, איזה סכום כספי יספק לניזק חלופה למצב שבו עמד לפני קרות הנזק. טול לדוגמה שיק "למוטב בלבד" שהיה בידי הניזק והוזק עד כדי אבדנו המוחלט. נניח כי הניזק איבד את יכולתו לגבות את השטר מהחייב על פיו, ועל כן הוא תובע דמי נזק מהמזיק. במקרה כזה, על פי שומת התחלוף יש לחייב את המזיק לשלם לניזק את הסכום שיכול היה הניזק לגבות ממושך השיק⁸³.

בהקשר זה מן הראוי לדון בשתי סוגיות תלמודיות העוסקות במי שגרם נזק לשטר של חברו. הראשונה, במסכת בבא קמא⁸⁴, עוסקת ב"שורף שטרו של חברו" באופן שאין מחלוקת בין השורף לבין בעל השטר בדבר תוכן השטר לפני שנשרף, אך לא ניתן לגבות את החוב כיוון שהשטר נשרף. הסוגיה השנייה, במסכת כתובות⁸⁵, עוסקת ב"מוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו". ראובן נושה כסף בשמעון לפי שטר חוב. ראובן מכר את השטר ללוי. לאחר שראובן קיבל כסף מלוי ומכר לו את השטר, מחל ראובן על החוב כלפי שמעון. בשתי

לפי ערך קימום (דהיינו תוך התחשבות בפחת ובבלאי במועד קרות הנזק) או לפי ערך כינון (לפי מחיר חפצי התכולה כחדשים). בית המשפט הגיע למסקנה כי הפיצוי צריך להיקבע בערכי קימום: "...אין מחלוקת שהמיטלטלין לא היו חדשים... ההשבה הראויה לתובעים היא, איפוא, ע"פ ערכי קימום, המשקפים את הנזקים הממשיים בגין האירוע ומשיבים את מצבם לקדמותו". שאלה זו מתעוררת גם בהקשר של נזקים הניתנים לתיקון, אם יש לחייב את המזיק לשאת בהוצאות התיקון שיעמידו את הניזק ביתרון או שמא יש למצוא או להחיל מנגנון שיקטין את הפיצוי.

82 אם החפץ ניתן לתיקון מתעוררת שאלת היחס שבין שני הסעדים. שאלה זו מצריכה דיון נפרד החורג מתחומי מאמר זה.

83 בעיה דומה מתעוררת למשל בתביעות אחריות מקצועית כנגד עורכי דין, אשר עקב רשלנותם נדחתה תביעתו של הלקוח ולא ניתן להגישה מחדש עקב "מעשה בית דין". במקרה כזה אם תוכח אחריותו של עורך הדין, אין לחייב את עורך הדין בכל סכום התביעה שנכשלה אלא יש להעריך את סיכויי התביעה ואת סיכויי הגבייה, ובהתאם לכך לקבוע את הפיצוי.

84 בבלי, בבא קמא, צח, ע"ב.

85 בבלי, כתובות, פו, ע"א.

הסוגיות מציין התלמוד כי על פי השיטות הסוברות שדנים דינא דגרמי, ישלם המזיק "דמי שטרא מעליא"⁸⁶.

הראשונים נחלקו בפירוש מונח זה. יש שפירשו⁸⁷ כי המזיק יחויב לשלם את כל החוב הנקוב בשטר. גישה זו מחמירה מאוד עם המזיק משום שספק רב אם היה ניתן, בשני המקרים, לגבות סכום זה מהחייב על פי השטר⁸⁸. גם ספק רב, ביחס לסוגיית כתובות, אם לוי שילם לראובן עבור השטר את הסכום הנקוב בשטר או סכום הנמוך ממנו בצורה ניכרת. יש שפירשו⁸⁹, ביחס לסוגיית כתובות, כי ראובן צריך להחזיר ללוי את הסכום שקיבל עבור השטר. פירוש זה נובע, ככל הנראה, מהתייחסות למחילה כאל הפרת עסקת המכירה שממנה נובעת חובת השבה.

ראשונים אחרים סברו כי היקף חבותו הכספית של ראובן ללוי תיקבע על פי שיטות השומה שנדונו בפרקים אלו, דהיינו על פי שומת הפחת ושומת התחלוף. בהקשר של סוגיית כתובות ניתן לומר כי כיוון שראובן מחל על השטר לשמעון, יש להניח שגם לוי היה יכול,

86 הסוגיה הראשונה הינה בעלת מאפיינים נזיקיים בלבד. מעשה השריפה הוא אירוע נזיקי. לעומת זאת בסוגיה השנייה יש גם אלמנטים חוזיים. מכירת השטר היא התקשרות חוזית בין הצדדים. מעשה המחילה יכול להתפרש כהפרת ההתקשרות החוזית ויכול גם להתפרש כעוולה נזיקית.

87 רש"י, בבא קמא, שם, ד"ה "מגבי ליה" וכתובות, שם, ד"ה "דמי שטרא מעליא". הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק, ז, ט, בקשר לסוגיית בבא קמא) כתב: "חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר" ובהמשך (שם, הלכה י, ביחס לסוגיית כתובות) כתב: "ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר". ניתן לומר כי אין בכוונת הרמב"ם לחייב את המזיק לשלם את גובה החוב הנקוב בשטר. הביטויים "כל החוב שהיה בשטר" ו"כל מה שבשטר" יכולים להתפרש כמביאים בחשבון את סיכויי הגבייה, הוצאות הכרוכות בה וכדומה (כהסברו של הרמב"ן שיובא להלן). הרמב"ם לא התייחס לכך במפורש משום שאין דרכו להתייחס לשאלות שלא נדונו בתלמוד במפורש. הרשב"א בחידושו למסכת בבא קמא, שם, כתב: "מגבי כל מאי דכתיב בשטרי ולא מאי דשקיל בשטרי מיניה בלחוד".

88 הרמב"ן בחידושו למסכת כתובות פה, ע"ב, מביא שיטות אלו ומסייגן: "ומה שאמרת דדמי שטרא מעליא כל מה שבתוכו כך פירשו ר"ש ור"ח ז"ל וכן בתשובת רבינו האי גאון ז"ל, וכל מי שאינו אומר כן אין לו חיך לטעום מאי דמי שטרא מעליא, ומיהו אם אינו שוה עכשיו החוב ככל הדמים הכתובים בו לא ישלם אלא שויו שהרי לא הפסידו אלא דמיו, אבל אם הלוחה יש לו נכסים ושוה ככל מה שכתוב בתוכו ישלם הכל ואע"פ שלא לקחו אלא בחצי דמים הללו והיינו דמי שטרא מעליא". דהיינו הרמב"ן, בדרך של אוקימתא, מצמצם שיטה זו למקרים שבהם יש התאמה בין הסכום הנקוב בשטר לבין יכולתו הכלכלית של החייב. במקרים אחרים ראובן המוחל יצטרך לשלם לפי יכולתו הכלכלית של החייב לפי השטר. למעשה זה יישום של עקרונות שומת הנזק על נסיבותיו של מקרה זה, וראו להלן בפנים.

89 תוספות, כתובות, שם, ד"ה "תיזיל"; הגהות מימוניות, על הרמב"ם, שם.

אלמלא מחילת ראובן לשמעון, למכור את השטר לאחרים. לכן נראה כי ניתן במקרה כזה להגיע לתוצאה צודקת באמצעות שומת הפחת. ואכן הרא"ש כתב⁹⁰:

"מגבי ליה מיניה דמי שטרא מעליא – פירוש כל דמי שוויו שהיה עומד לימכר בהן לפי שעבוד נכסים של לווה ולפי אלמותו"⁹¹.

לעומת זאת מדבריו של הריטב"א⁹² נראה כי הוא החיל על מקרה זה את שומת התחלוף:

"פירוש – מה ששוה החוב בשעת המחילה⁹³ בין רב למעט, שחיובו של זה מדין מזיק הוא כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי והלכתא כוותיה. הלכך אפילו קבלו במתנה או שלקחו בטובת הנאה שלא באחריות כך הוא גובה. הלכך אומדין ב"ד מה שהיה יכול לגבות בחוב זה וההוצאות שהיה מוציא בגבייתו מנכין ממנו ורואין גם כן אם היה גובהו מן העידית או מן הזיבורית או מן הבינונית, כללו של דבר אינו חייב אלא במה שמפסידו ופשוט הוא".

הריטב"א אינו מתייחס ליכולתו של לוי למכור את השטר לאחרים אלא ליכולת הגבייה של לוי. המחילה שללה את יכולת הגבייה והתחלוף יהיה לפצות את לוי בסכום שהיה יכול לוי לגבות על פי השטר, בניכוי הוצאות הגבייה.

במקרה זה שתי שיטות השומה יביאו לתוצאה דומה, אם כי ייתכן כי הפיצוי לפי שומת התחלוף יהיה גבוה במידת מה מזה שיתקבל לפי שומת הפחת. יש להניח כי מי שיקנה את השטר יביא בחשבון את סיכויי הגבייה ואת ההוצאות הכרוכות בה וירצה להשאיר לעצמו גם רווח סביר. לעומת זאת לפי שומת התחלוף מביאים בחשבון רק את סיכויי הגבייה וההוצאות הכרוכות בה מבלי להתחשב ברווח של מי שהיה קונה את השטר.

90 פסקי הרא"ש, כתובות, ט, סי' י.

91 במקרה זה מדובר על שטר שניתן למוכרו לאחרים ועל כן ניתן לשום את הנזק באמצעות שומת הפחת. גם בתשובותיו כתב הרא"ש כעין זה (שו"ת הרא"ש, כלל סט, סי' א): "מדקאמר: מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא, אלמא, השורף שטר של חברו חייב לשלם כל מה שהיה כתוב בשטר, והוא הדין למוחל; ומיהו, שמין כמה היה השטר שוה לימכר, כי דבר ידוע הוא שאינו נמכר בכל הדמים הכתובים בו, כיון דמחוסר גוביינא. ושמן כל שטר לפי מה שהוא, כגון שהלוה הוא גברא אלימא ולא ציית דינא, או שאין לו נכסים; הילכך כל שטר לפי ענינו".

92 חידושי הריטב"א, כתובות, שם.

93 הריטב"א מיישם כאן את העיקרון שלפיו המועד הקובע לשומה הוא מועד קרות הנזק. במקרה דנן מועד קרות הנזק הוא מועד המחילה. ראו תוספתא, בבא קמא, ג, ה; בבלי, בבא קמא, לד, ע"א; ירושלמי, בבא קמא, ג, ט (מהדורת כ"י ליידין, בעמ' 1195).

המאירי⁹⁴ מחיל על המקרה שומת נזק גמישה יותר תוך הענקת שיקול דעת רחב לבית הדין:

"היה נודע בחוב שמחמת תוקף הלווה היה מעכבו או מחמת עוני, אין משלם לו כל החוב אלא שמין כמה הפסידו ומשלם לו כפי ראות עיניהם של בית הדין".

6.4 שומת התחלוף קלה יותר ליישום

יישומה של שומת התחלוף לא כרוך באיתור ערכו של החפץ הפגום בעבר, פעולה שעלולה להיות כרוכה בקשיים כאשר החפץ הוזק עד כדי אבדנו המוחלט. יישום השומה צופה פני העתיד בלבד. יש לבדוק מהו הסכום הדרוש לצורך העמדתה של החלופה לחפץ הפגום. כמו כן אין צורך להגדיר במדויק מהו נשוא הנזק. אם ניזוק פנס של מכונית ולא ניתן לתקנו יש לבדוק מה מחירו של פנס חדש⁹⁵.

7. מקרים שבהם פיצויים לפי שומת הפחת יהיו גבוהים מפיצויים לפי שומת התחלוף

עמדנו לעיל על הבעיות שביישומה של שומת הפחת ועל כך שהפיצויים שייקבעו לפיה עשויים להיות נמוכים ולא משביעי רצון מבחינתו של הניזק. שומת התחלוף באה לתת פתרון למצבים אלו, כאמור לעיל.

אולם לא בכל מקרה הפיצויים המתקבלים משומת הפחת יהיו נמוכים מאלו המתקבלים לפי שומת התחלוף. ייתכנו גם מצבים הפוכים. טול למשל את הדוגמה הבאה: צייר יושב בגלריה ומצייר תמונות. מחירן של התמונות לצרכן הוא 100 ש"ח. אדם נכנס לגלריה ומזיק תמונה עד אבדנה המוחלט. אם ניישם על מקרה זה את שומת הפחת, נחייב את המזיק לשלם 100 ש"ח. לעומת זאת על פי שומת התחלוף עלינו לבדוק את העלויות הכרוכות, מבחינתו של הצייר הניזק, בהעמדת חלופה לתמונה שניזוקה. העלויות הן חומרי הגלם והוצאות כלליות שניתן אולי להעמיס על ייצורה של תמונה בודדת. יש להניח כי על פי שומת התחלוף הפיצוי יהיה נמוך בצורה נכרת מ-100 ש"ח.

כך גם לגבי אדם שנכנס למרכול ושובר בקבוק יין שמחירו לצרכן 30 ש"ח. לפי שומת הפחת חייב המזיק לשלם 30 ש"ח, שהרי במחיר זה הבקבוק נמכר בשוק. לעומת זאת לפי

94 בית הבחירה, בבא קמא, מהדורת קלמן שלזינגר, בעמ' 286.

95 התוצאה תהיה זהה גם אם נסבור שנשוא הנזק הוא הרכב. במקרה כזה הנזק ניתן לתיקון והתיקון יתבצע על ידי רכישתו של פנס חדש. מבחינת שומת הנזק התוצאה תהיה זהה. הפיצוי יהיה בגובה הסך הנדרש לרכישת פנס חדש.

שומת התחלוף הפיזוי יהיה נמוך יותר, שהרי בעל המרכול רוכש את בקבוק היין במחיר נמוך יותר⁹⁶.

ייתכן גם כי במסגרת יישומה של שומת התחלוף ניתן להביא בחשבון שיקולים גמישים יותר ורחבים יותר מהמבחן הנוקשה שאותו יש להחיל לפי שומת הפחת. כך למשל אם נגרם נזק לחפץ מצווה מהודר, כגון אתרוג מהודר שנפסל⁹⁷. נניח כי הדבר אירע לפני חג הסוכות והניזק היה יכול למוכרו ולקבל עליו מחיר גבוה. אם נחיל את שומת הפחת הפיזוי יהיה גבוה כיוון שמחיר אתרוג מהודר גבוה ואילו מחירו של אתרוג פסול נמוך מאוד. אם ניישם את שומת התחלוף, נוכל להגיע לתוצאה דומה משום שרכישתו של אתרוג מהודר חלופי תעלה סכום דומה לזה ששילם הניזק בתחילה. אולם יש גם מקום לקביעה מתונה יותר שלפיה המזיק יהיה חייב לשלם לניזק פיצוי בגובה מחירו של אתרוג כשר אך לא מהודר. לפי שומת התחלוף יש יותר מקום ליישומה של מדיניות חברתית הרואה, במקרים מסוימים, במזיק קרבן של עצמו. הואיל והיתרון המופק מאתרוג מהודר הוא יתרון דתי גרידא, יש מקום להעמיד מול יתרון זה את האינטרס שלא לפגוע במזיק, בייחוד כאשר הנזק לא נגרם בכוונה, ולא לחייבו במלוא מחירו של האתרוג המהודר. במילים אחרות, שיקולי מדיניות יכולים להביאנו למסקנה כי האתרוג הכשר (שאינו מהודר) ישמש תחליף ראוי. ניתן גם לטעון בהקשר זה כי הניזק, כשרכש בתחילה את האתרוג המהודר, הוכיח כבר בכך את

96 שפיץ, לעיל ה"ש 79, סי' כו, סע' ב (בעמ' קב) כותב כי "לא מתחשבים כמה שילם המוכר עבור החפץ או כמה עלה למוכר לייצר את החפץ, האם קיבלו המוכר במתנה או שמצא את החפץ ברשות הרבים אלא בכמה נמכר החפץ שנשבר (או ניזוק) בחנויות הסמוכות למקום הנזק". המחבר מבסס את דבריו על סוגיית חביצא דתמרי (בבלי, בבא מציעא, צט, ע"ב). מבלי להיכנס לשאלה אם יש בסוגיה זו ראייה לדבריו של המחבר, יש להעיר כי משהכירו הפוסקים בלגיטימיות של שומת התחלוף יש מקום לדון בשאלה אם להכיר בה רק במקרים שבהם היא תביא להגדלת סכום הפיצויים, או שמא גם במקרים שבהם היא תביא להקטנתו.

97 שאלת שומת הנזק לאתרוג מהודר הרבתה להעסיק את הפוסקים. מהר"ם מינץ (שו"ת, מפעל תורת חכמי אשכנז, מכון ירושלים, תשנ"א, תשובה קיג) סבר כי המזיק יוכל לפטור עצמו בתשלום דמי אתרוג כשר. מהר"ם מינץ הסתמך על הסוגיה התלמודית (בבלי, בבא קמא, עח, ע"ב): "בעי רבא הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנב... גנב פטר עצמו בכבש". מסוגיה זו עולה כי למרות שהקרבן שנגנב היה שור, יכול הגנב לפטור עצמו בכבש. יצוין כי יש ראשונים (חידושי הראב"ד, בבא קמא, מהדורת אטלס, בעמ' קצב; חידושי הרשב"א, בבא קמא, שם) שסברו שאפשרותו של הגנב לפטור עצמו בכבש מתייחסת לתשלומי הכפל בלבד, ואילו ביחס לקרן חייב הגנב לשלם שור ולא כבש. פירוש כזה שולל הסתמכות על הסוגיה בהקשר דנן, שהרי ראוי יותר לדמות את חיובו של המזיק לחיובו העיקרי של הגנב לשלם את הקרן ולא לחיוב הנלווה לשלם תשלומי כפל. אחרונים אחרים (משנה למלך, הלכות מעשה הקרבנות, טז, ז; שו"ת חכם צבי, סי' קכ; ועוד) סברו, ודבריהם מסתברים, כי לא ניתן להוכיח מסוגיה זו העוסקת בקרבן שלא ניתן למוכרו, לחפצי מצווה כדוגמת אתרוג שניתן למוכרו. אנו טוענים (ראו להלן בפנים) כי שיקולי מדיניות במסגרת יישומה של שומת התחלוף יכולים לתמוך, במקרים מסוימים, בגישתו של מהר"ם מינץ, שלא מטעמו.

נאמנותו ומסירותו לקיום המצווה, ומטרת ההידור הושגה⁹⁸ גם אם הניזק יפצה בסכום כסף שיספיק לרכישת אתרוג כשר גרידא⁹⁹.

ד. סיכום

סקרנו את שיטת השומה העולה מהמקורות התנאיים, בהקשרים שונים. שיטת שומה זו, שאותה כינינו שומת הפחת, מורכבת משתי שומות: הראשונה מתייחסת לערכו של החפץ בטרם קרות הנזק, ואילו השנייה מתייחסת לערכו של החפץ לאחריו. ההפרש בין שתי השומות הוא הפיצוי המשתלם לניזק.

בהמשכו של החלק השני דנו בשאלה אם קביעת הערכים צריכה להתבצע דווקא על ידי בחינת שוויו של החפץ כעומד למכירה, או שמא ניתן להביא בחשבון גם אלמנטים סובייקטיביים. בהקשר זה דומה כי ניתן להצביע על הבדל בין גישתם של הרמב"ם והשולחן ערוך, המצריכים שיטת שומה דווקנית לפי המחיר שניתן היה לקבל כתוצאה ממכירתו של החפץ, לבין שיטת הטור, המאפשר, במקרי נזק רגילים, להביא בחשבון גם ערכים סובייקטיביים.

עמדנו על הקשיים הנובעים מהשימוש בשומת הפחת במשמעותה הדווקנית כשיטת שומה בלעדית. קשיים אלו התעוררו כבר בעת העתיקה, אם כי באופן מינורי. הקידמה וההתפתחות התעשייתית העצימו קשיים אלו באופן שיישומה של שומת הפחת כשיטת שומה בלעדית יגרום למקרים רבים שבהם הפיצוי שישולם אינו מבטא נכונה את הנזק שנגרם.

98 ייתכן שיהיה צורך להבחין בין אתרוג שמקיימים בו מצווה בימי חג הסוכות בלבד ואף לא ניתן לשמרו משנה לשנה לבין תפילין או ספר תורה שהשימוש בהם תדיר יותר והם נרכשים לשנים ארוכות. במקרים כאלו קשה יותר לראות בחלופה כשרה (שאינה מהודרת) כחלופה ראויה.

99 מקרה נוסף שכדאי לבחון לפי שתי שיטות השומה הוא זה המובא על ידי הנצי"ב בפירושו לתורה "העמק-דבר" (ויקרא כד 18). הנצי"ב טוען כי "מי שזכה בסוס אשר רכב עליו המלך ובלא ספק אם היה נמכר בשוק העלו על ממונו הרבה בשביל ייחוסו והמכה סוס זה צריך לשלם כפי שוויו בצמצום". נבחן את המקרה לפי שומת הפחת. אם, כפי שמניח הנצי"ב, הייתה אפשרות למכור את הסוס בשוק בדמים מרובים, אין סיבה שלא לפסוק לניזק פיצוי בגובה מחירו של סוס כזה בשוק. לעומת זאת לפי שומת התחלוף המצב מורכב יותר. אם ניתן להשיג בשוק סוס נוסף בעל ייחוס דומה, יש לקבוע את הפיצוי לפי עלותו של הסוס החלופי. אם לא ניתן למצוא סוס חלופי בעל ייחוס דומה, קשה להחיל את שומת התחלוף במובנה הפשוט. אנו סבורים כי במקרה זה יש ליתן שיקול דעת רחב לבית הדין לקבוע את גובה הפיצוי במסגרת שומת התחלוף. ייתכן כי בית הדין יוכל לחייב את המזיק לשלם לניזק את עלותו של חפץ אחר בעל ערך לאספנים בסדר גודל של הסוס שהוזק.

אמנם היה ניתן, בהסתמך על דברי הטור, לפרש את שומת הפחת בצורה גמישה יותר, המאפשרת התחשבות בשיקולים סובייקטיביים, אך פרשנות זו לא נתקבלה על דעתם של פוסקים רבים.

האחרונים נחלקו בשאלה אם ניתן ליישם את שומת התחלוף כאשר נגרם נזק לחפץ שאינו ניתן למכירה. פוסקי הדור האחרון הכירו בה כשיטת שומה לגיטימית במקום ששומת הפחת מביאה לידי תוצאה בלתי ראויה.

אחרונים אלו, אשר הכירו בשומת התחלוף, מצאו במשנת גיטין, שממנה עולה כי יש חיוב בתשלום פיצויים גם כאשר לא הייתה אפשרות למכור את החפץ הפגום לפני קרות הנזק, מקור לשומת התחלוף, באופן המבטיח תוצאה צודקת וראויה במקרים שבהם החפץ הפגום לא היה ראוי להימכר בשוק.

באשר ליישומה של שומת התחלוף על חפצים משומשים, עמדנו על כך שלפי המשפט העברי אין להשלים עם מצב שהניזק מתעשר בעקבות הנזק. אם אין אפשרות להשיג חפץ משומש כדוגמת זה שנפגם וכתוצאה מכך המזיק מעמיד לניזק חלופה חדשה, חייב הניזק להשתתף בעלויות העמדת החלופה, או, במילים אחרות, יש להקטין את הפיצוי באופן שיביא בחשבון את העובדה כי החפץ, לפני שניזוק, היה משומש או, במקרים אחרים, במצב רעוע.

המצב יהיה דומה גם לגבי נזק שעניינו אבדן זכות תביעה לפי שטר. פוסקים רבים הדגישו כי המזיק לא יחויב לשלם את הסכום הנקוב בשטר כדי שהניזק לא יתעשר כתוצאה ממעשה הנזק, אלא יש לפעול לפי שיטות השומה שנסקרו במאמר זה (שומת הפחת או שומת התחלוף) כדי למצוא את ערכו האמיתי של השטר ולחייב את המזיק לשלם פיצוי בסכום זה.

ציינו כי ההכרה בשומת התחלוף יכול שתביא, במקרים מסוימים, להקטנת הפיצויים ולא רק להגדלתם. כך למשל במקרים שבהם הוזק חפץ או מוצר בבית עסק ועלות ייצורו או רכישתו למוכר פחותה ממחיר השוק שלו, יש מקום לשקול חיובו של המזיק בסכום נמוך יותר ממחיר השוק.