

הקטנת הנזק

הרב אהרן אורנשטיין

ראשי פרקים:

- א. הצגת השאלה
- ב. סוגיית "הניח גחלת על בגדו"
 1. דיון בסוגיה
 2. תשובת ר"ח אור זרוע
 - ג. הסוגיה העוסקת בטורח, טיפול ובפחת נבלה
 1. סקירת הסוגיה התלמודית
 2. היחס בין טורח נבלה החל על המזיק לבין הטיפול והפחת החלים על הניזק
 3. היחס בין פחת נבלה לבין הדין "כחש – כשעת העמדה בדין"
 - ד. סוגיית "שור שעלה על גבי חבירו"
 - ה. סוגיית "מחיצת הכרם שנפרצה"
 - ו. סיכום
- ז. כיצד ראוי לפתח את עיקרון הקטנת הנזק?

א. הצגת השאלה

המשפט העברי, כמשפט דתי, כולל נורמות כמו ואהבת לרעך כמוך¹, השבת אבידה², מתן עדות³, גמילות חסדים⁴ וכדו'. נורמות אלו מחייבות את האדם

¹ מצוה זו מתייחסת לא רק לגופו של חברו אלא גם לממונו. ראה: רמב"ם הלכות דעות פרק ו הלכה ג: "מצוה על כל אדם לאהוב את כל אחד ואחד מישראל כגופו שנאמר 'ואהבת לרעך כמוך', לפיכך צריך לספר בשבחו ולחוס על ממונו כאשר הוא חס על ממונו עצמו ורוצה בכבוד עצמו...". (הכסף-משנה (שם) מציין לפרק ב' במסכת אבות כמקורה של הלכה זו, שם קובעת המשנה (משנה יב): "הי' ממון חברך חביב עליך כשלך". המשנה אינה מפרטת כיצד הדברים צריכים לבוא לידי ביטוי בחיי המעשה. הרחבה לדברי המשנה אנו מוצאים באבות דרבי נתן (נוסחא א פרק יז) "כיצד מלמד כשם שאדם רואה את ממונו כך יהא רואה את ממון חברו וכשם שאדם רוצה שלא יצא שם רע על ממון שלו כך יהיה רוצה שלא יצא שם רע על ממון חברו. דבר אחר ... בזמן שתלמיד חכם נכנס אצלך לומר שנה לי אם יש בידך לשנות שנה לו ואם לאו פטרהו מיד ואל תקח ממנו את ממונו". ושם (נוסחא ב פרק ל) "הוי חס על ממון חברך כשלך ועל ממון בניו ובנותיו ואם רוצה את שלא יטול אדם את שלך אף אתה אל תיטול את שלו". פירושים אלו אינם נוגעים באופן ישיר לחובת הצלת ממון חברו. רבנו יונה מפרש "לקיים בו מצוות בעליו". נראה מדבריו שמדובר על מקרה בו ממונו של ראובן מופקד בידי שמעון וכדו' ושוב אין מדובר בחובת הצלה. במחזור ויטרי (סימן תכה) פירש "שתחזר אחרי אבדתו כשלך" ועיין גם במגן אבות לרשב"ץ. וראה להלן לעניין השבת אבידה. יישום נוסף של הכלל מצוי בדברי הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ג) "... אסור ללוה ליקח הלוואה ולהוציאה שלא לצורך ולאבדה עד שלא ימצא בעל חוב מאין יגבה אע"פ שהמלוה עשיר גדול ועושה זה רשע הוא שנאמר לוה רשע ולא ישלם וצוו חכמים יהי ממון חברך חביב עליך כשלך...".

² הרמב"ם בהלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה א פסק: "השב אבידה לישראל מצות עשה שנאמר (דברים כב, א) 'השב תשיבם לאחריך', והרואה אבידת ישראל ונתעלם ממנה והניחה עובר בלא תעשה שנאמר (שם) 'לא תראה את שור אחיך והתעלמת מהם' ובטל מצות עשה, ואם השיבה קיים מצות עשה". מדברים אלו עולה כי להימנעות מקיום מצות השבת אבידה יש משמעות הלכתית במישור הדתי אך אין היא יוצרת זכות משפטית למאבד כלפי המוצא שלא קיים את חובתו. יצוין כי מצות השבת אבידה היא רחבה וכוללת חובה להציל את ממון הזולת מנזק שעלול להיגרם לו. במסכת בבא מציעא (לא, ע"א) הובאו דבריו של רבא: "לכל אבידת אחיך (דברים כב) - לרבות אבידת קרקע". הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה כ) מנסח הלכה זו כך: "הרואה מים שוטפין ובאין להשחית בנין חברו או להשחית שדהו חייב לגזור בפניהם ולמנעם שנאמר (דברים כ"ב ג') לכל אבדת אחיך לרבות אבדת קרקעו" ועיין גם בדברי הרמב"ם (שם, פרק טו, הלכה ד). חובת ההצלה חלה לא רק ביחס למקרקעי חברו אלא גם ביחס למיטלטליו. ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך השבת אבידה, סעיף י', הצלה מהפסד, (כרך יא, עמ' צח).

³ החובה להעיד נלמדת מהפסוק "... והוא עד או ראה או ידע ונשא עונו" (ויקרא ה, א). ראה גם במשנה (סנהדרין ד, ה); ספר המצוות לרמב"ם עשה קעח; רמב"ם, הלכות עדות, פרק א, הלכה א. במסכת בבא קמא (נה, ע"ב) מנו את "היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו" כאחד מארבעה דברים שהעושה אותם פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. בתוספתא מסכת שבועות (צוקרמאנדל) פרק ג הוגדר החיוב בידי שמים כך: "אין חייבין לשלם מן הדין ואין מן השמים מוחלין להן עד שישלמו" ועיין באנציקלופדיה תלמודית ערך "דיני שמים" (כרך ז', עמ' שפב) על ההגדרות השונות שניתנו לחיוב בדיני שמים. יש פעולות הגורמות נזק שמוגדרות כ"גרמא". הלכה היא כי "גרמא בנזיקין פטור". לגבי חלק מהמקרים שבהם נזכר דין זה נאמר

שלא להישאר אדיש לאובדן ממונו של חברו ואף לנקוט פעולות לשם הצלתו⁵. על-פי נורמות אלו יש מקום לחייב את הניזק להקטין את הנזק. יתר-על-כן, אם יפנה הניזק בשאלה, בזמן שהנזק מתרחש, האם עליו לנסות ולצמצם את היקפו, אין ספק כי על-פי כללי המשפט העברי, כל עוד אין הדבר כרוך במאמץ גדול או בסיכון, ראוי ואף קיימת חובה דתית לעשות כן⁶.

אולם לא זו השאלה הניצבת כעת בפנינו. אנו נבחן את השאלה מנקודת מבט משפטית. השאלה בה אנו דנים היא האם ובאלו מקרים הופכת החובה הדתית-מוסרית לחובה משפטית. דהיינו, והאם ועד כמה יוקטן הפיצוי שהמזיק חייב לשלם כאשר הניזק לא קיים את חובתו האמורה. דיון ישיר בשאלה האמורה מצוי בסוגיית "הניח גחלת על בגדו". בחינת הנושא תיעשה תוך עיון בסוגיה זו ובסוגיות נוספות העשויות להיות רלוונטיות.

ב. סוגיית "הניח גחלת על בגדו"

1. דיון בסוגיה

מימרא של רבה המובאת בתלמוד⁷ מהווה מקור חשוב לבחינת עיקרון הקטנת הנזק במשפט העברי:

"ואמר רבה: הניח לו גחלת על לבו ומת - פטור, על בגדו ונשרף - חייב".

במפורש כי יחול חיוב ב"דיני שמים". ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך "גרמא בנזקין" (כרך ו', עמ' תסא).

⁴ גמילות חסדים כלולה במצות "ואהבת לרעך כמוך" ראה רמב"ם הלכות אבל פרק יד הלכה א: "מצות עשה של דבריהם לבקר חולים, ולנחם אבלים, ולהוציא המת, ולהכניס הכלה, וללוות האורחים, ולהתעסק בכל צרכי הקבורה, לשאת על הכתף, ולילך לפניו ולספוד ולחפור ולקבור, וכן לשמח הכלה והחתן, ולסעדם בכל צרכיהם, ואלו הן גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור, אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך, כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים, עשה אתה אותן לאחריך בתורה ובמצות".

⁵ המציל, ככלל, אינו זכאי לשכר עבור פעולות ההצלה שנקט אם לא בטל ממלאכתו לצורך כך. לעניין "מבריא ארי" נוקטת הגמרא (בבא קמא נח, ע"א) כדבר פשוט כי המציל אינו זכאי לשכר (ראה חילוקים שונים בעניין זה בתוספות ד"ה "אי נמי מבריא ארי", שם). לעניין עדות קבעה המשנה (בכורות ד, ו) כי "הנטל שכרו ... להעיד עדותיו בטלין". לעניין השבת אבדה ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך השבת אבידה, סעיף ז', בחנם ובשכר, (כרך יא, עמ' פ). הדיון דנן הוא במקרה ההפוך. מה דינו של ניזק שלא הציל ולא צמצם את הנזק שנעשה ע"י המזיק. השאלה היא האם ההימנעות מהצלה תישאר במישור הדתי או שמא יש לה גם נפקות משפטית.

⁶ ייתכן כי כאשר המזיק נוכח במקום ואינו נוקף אצבע להקטנת הנזק, לא תחול על הניזק אף חובה דתית. ראה להלן.

⁷ בבא קמא כז, ע"א.

בחלקה הראשון המתייחס לגרם מוות (לבו), קובעת המימרא כי מניח הגחלת פטור, משום שניתן היה לסלקה⁸ והקרבו, שלא עשה כן, פשע. חלקה השני של המימרא העוסקת באופן ודאי בנזק למזון (בגדו⁹) פורשה על ידי הראשונים כפוטרת את הניזק מלהקטין את הנזק הנגרם על ידי הגחלת. רבנו חננאל כתב בעניין זה דברים מפורשים:

”...הרואה אותו שורף את בגדיו ולא הציל שחייב השורף
בנזקין ולא אמרינן שהיה לו להציל ממונו. אלא למזיק
אמרינן ליה לא היה לך להזיק ממון חבריך וכיוון שהזקת
נתחייבת”.

ובדומה לכך כתב רש”י: ”דהא דלא סלקה (הניזק- א.א.) סבר אתבעיניה ליה
בדינא ויפרע ליה”¹⁰.

מסוגיה זו עולה כי ניזק שלא הקטין את נזקיו הממוניים לא ייפגע בשלב
קביעת גובה הפיצויים.

מעניין לציין כי הסוגיה אינה מפרידה בין החובה הדתית לחובה המשפטית.
במילים אחרות, הסוגיה אפילו אינה קובעת כי קיימת על הניזק חובה דתית
להקטין את הנזק.

נעמוד על הנסיבות הספציפיות בהן עוסקת סוגיה זו תוך בחינת השאלה האם
ניתן לאבחן ולטעון כי בנסיבות אחרות, שלא עלו בסוגיה, ייתכן שהניזק יהיה
חייב להקטין את הנזק.

**חובת הקטנת נזק תחול על הניזק לגבי ממון המזיק- סוגיה זו עוסקת באדם
המזיק ולא בממון המזיק. כידוע, אחריותו של אדם לגבי נזקי גופו גבוהה יותר
מאחריותו של אדם לנזקי ממונו¹¹. במילים אחרות, העובדה שהניזק אינו חייב
לסלק את הגחלת מבגדו כאשר הנזק נעשה על ידי המזיק גופו, אין בה כדי**

⁸ ראה רש”י, שם, ד”ה ”על לבו ומת פטור” ורבנו חננאל, שם.

⁹ ככל הנראה כאשר הניזק אינו לובש את הבגד.

¹⁰ ראה גם במרדכי, בבא קמא, סימן כה, שכתב: ”הניח לו גחלת על בגדו ונשרף חייב אע”ג
דחזי ליה ושתיק לא אמרינן לא אמרינן סתמא דמילתא מחיל ליה...”. המרדכי מפרש כי
החידוש שבמימרא הוא בכך ששתיקתו של הניזק אינה נחשבת מחילה. המרדכי אינו כותב,
אפילו כהוה אמינא, שהניזק חייב להקטין את הנזק. ראה גם תשובת ר”ח אור- זרוע שתובא
להלן.

¹¹ כך, למשל, אדם שחבל בחברו מתחייב בחמישה דברים ואילו בהמתו שחבלה באדם אחר
מתחייבת את בעליה לשלם נזק בלבד (ראה משנה, בבא קמא, ג, י: ”יש... פטור על מעשה שורו
וחייב על מעשה עצמו. שורו שבייש- פטור, והוא שבייש- חייב...” ומשנה, שם, ח, ב: ”זה חומר
באדם מבשור: שהאדם משלם נזק, צער, רפוי, שבת ובשת... ושור אינו משלם אלא נזק...”).
ראה גם רמב”ם, הלכות נזקי- ממון, פרק ז, הלכה ג).

לומר כי ניזק אינו חייב להקטין את נזקו כאשר הנזק נגרם על ידי ממונו של המזיק.¹²

חובת הקטנת נזק תחול לגבי נזק שאינו מכוון - נראה מהסוגיה, למרות שהדברים אינם מפורשים בה, כי מדובר בנזק מכוון. ייתכן לטעון כי ניזק אינו חייב להקטין נזק מכוון אך יהיה חייב להקטין נזק שנגרם על ידי מזיק שלא בכוונה.¹³

היה מקום לסברה נוספת¹⁴ לפיה, בנסיבות בהן עוסקת הסוגיה, הנזק הגדול והממשי לבגד נגרם מיד עם הנחת הגחלת. כבר ברגע זה הבגד אינו ראוי ללבישה. הקטנת הנזק אותה ניתן לבצע לאחר מכן היא מינורית, שכן הנזק העיקרי כבר נגרם. בתוך כך ניתן היה לטעון כי, בנסיבות שנדונו בסוגיה, רבה אינו מצריך את הניזק להקטין את נזקיו מקום שהנזק העיקרי כבר נגרם. אולם, כאשר הנזק אותו ניתן עדיין להקטין ולמנוע הוא משמעותי, הניזק יהיה חייב לעשות זאת.

ניתן לומר, לסיכום, כי נסיבותיה המיוחדות של הסוגיה וחומרת מעשיו של המזיק כמפורט לעיל, מאפשרות את הטענה שהפטור מחובת הקטנת הנזק שניתן לניזק על ידי רבה לא יחול בנסיבות אחרות בהן אשמו של המזיק מופחת. ייתכן לומר כי בנסיבות אחרות כאמור תחול על הניזק לכל הפחות חובה דתית להקטין את הנזק וייתכן כי במקרים מסוימים תחול עליו גם חובה משפטית לעשות כן.

2. תשובת ר"ח אור - זרוע¹⁵

סוגיית "הניח גחלת על בגדו" נדונה בתשובה של רבי חיים אור - זרוע¹⁶. נביא את השאלה ואת החלקים בתשובה הרלוונטיים לעניין דנן, כדלהלן:

¹² ואכן כמה אחרונים מציעים הבחנה זו. ראה: **אבן-האזל**, הלכות נזקי ממונו, פרק ז, הלכה ח; **מנחת-שלמה**, מהדורה תניינא (ב-ג) סימן קב, אות ד; **פתחי חושן** (נזיקין, פ"א, הע"ש מה) סבור כי כאשר המזיק נוכח במקום בשעה שממונו מזיק, אין לחייב את הניזק בהקטנת הנזק "דמאי חזית להטיל חובת סילוק הנזק על הניזק יותר מעל המזיק שהוא עיקר הפושע" והדברים מסתברים. אך הקהילות יעקב (בבא קמא, סימן ט) הסתייג מן ההבחנה שבין אדם המזיק לממונו המזיק בהקשר זה.

¹³ על פי דבריו של ערוך - השולחן, סימן תיח, סעיף לה כותב **פתחי חושן** (נזיקין, פ"א, סעי' טז) "אם נפלה הגחלת בשגגה והיה הבעלים (הניזק - א.א.) שם ולא סילקו - יש פוטרים".

¹⁴ אם-כי, לא מצאתיה במפרשים.

¹⁵ שו"ת מהר"ח אור - זרוע סימן רנה.

¹⁶ רבי חיים אליעזר בן יצחק אור - זרוע, נולד לאביו, ר' יצחק בן משה מווינה, וחי בערך בין השנים 1250-1310. חיבר את הספר המפורסם אור-זרוע, ספר פסיקה חשוב ופירוש לתלמוד.

"המסור שמסר את חברו והיה הנמסר יכול להשמט ולא נשמט? נראה דהמסור חייב..."

ועוד ראייה... דקאמר התם 'הניח גחלת על בגדו ונשרף חייב'. והתם הפירוש אפילו הבעלים עומדים שם ושותקים דמשום דסמכי אתשלומין דידיה שתקי. וודאי מהיזק גופו פטור המוסר אם הנמסר היה יכול להשמט דהוי ליה כהניח גחלת על בשרו דפטור דהיה לו להסירו ולא למיסמך אתשלומין דמניח ה"נ היה לו להשמט.

אבל בהיזק ממנו כגון אם תפשוהו והוצרך לפדות עצמו נראה דחייב כי גם מזה אין לו להשמט כי יאמר אם יתפשוני אפדה עצמי והמוסר ישלם...

ואפילו בהיזק גופו דאין לך אריה ארבעי אמצר' גדולה מהאי. ולא דמי כל כך להניח גחלת על בשרו דהתם יכול להסירו ולא ינזק כלום אבל כאן אי אפשר לו להשמט בלי הפסד אם יפנה מקומו וילך לגור באשר ימצא אין לך הפסד גדול מזה.

ועוד שמא גם שם ימצאוהו הגוים שמסרו נגדם.

ועוד כאן הוא בטוח לתקן בממון שלא ינזק בגופו שמא אין לו להשמט וחייב המסור כל נזקיו. כך נראה לע"ד."

נבאר תחילה את השאלה. המזיק הוא אדם שהלשין על הניזק לגוי. השאלה מניחה כי הניזק יכול למנוע או להקטין את הנזק אם "ישמט". פירושו של המונח, בהקשר זה, הוא, ככל הנראה, לברוח מן המקום. הניזק לא "נשמט" וכתוצאה מכך נגרמו לו נזקי גוף ונזקי ממון.

בתחילת דבריו, מסתמך ר"ח אור- זרוע על ההבחנה הבאה בסוגיה בין נזקים לגופו של הניזק לבין נזקים לממונו. נזקים לגוף- הניזק חייב למנועם או להקטיןם ואם לא עשה כן אין לו להלין אלא על עצמו. לעומת זאת, נזקים לממון- רשאי הניזק שלא למנועם או להקטיןם ולתבוע מן הניזק את מלוא הנזק שנגרם לו.

בהמשך הדברים, חוזר בו ר"ח אור- זרוע וסובר כי גם את נזקי הגוף אין הניזק חייב למנועם או להקטיןם והוא מנמק את דבריו בשלושה טעמים:

הראשון- העתקת מקום המגורים היא בגדר הפסד. מעבר לסביבת מגורים חדשה כרוכה בקושי מנטאלי ובדרך כלל עלולות להיות לה גם משמעויות כלכליות שליליות.

השני- חוסר ודאות ביחס למידת האפקטיביות של המעבר, שהרי ייתכן שגם שם ייתפסו את הניזק.

השלישי - בנסיבות אותו מקרה ניתן היה, על ידי תשלום ממון, לוודא כי גופו של הניזק לא ייפגע. בנסיבות אלו סבור המשיב כי יש לחייב את המזיק בתשלום כל נזקיו של הניזק.

המקרה הנדון בתשובה זו הוא קיצוני יותר בנסיבותיו מזה שנדון בסוגיה התלמודית. בעוד שבסוגיה דובר על פעולה פשוטה יחסית - הסרת גחלת, הרי שבתשובת ר"ח אור - זרוע מדובר על עקירה למקום מגורים אחר, פעולה שכרוכה בקשים לא מועטים. במקרה אחרון זה לא זו בלבד שהניזק אינו חייב להקטין את נזקי ממונו, הוא פטור גם מלהקטין את נזקי גופו.

נדמה כי המסר העיקרי העולה מתשובה זו הוא שהניזק אינו חייב לצאת מגדרו כדי להקטין את נזקיו. הניזק יהיה חייב לבצע אך ורק פעולות פשוטות וזולות שאינן תובעות ממנו מחיר אישי וכלכלי¹⁷.

ג. הסוגיה העוסקת בטורח, טיפול ובפחת נבלה

1. סקירת הסוגיה התלמודית

משארע נזק, עולות על הפרק שאלות הנוגעות לחובותיהם של הצדדים לנקוט בפעולות שונות ביחס לחפץ שניזוק (הנבלה). לפי הסוגיה התלמודית¹⁸, נחלקו תנאים בשאלה האם חייב המזיק "להעלות שור מבורו". דעתו של אבא שאול המחייב את המזיק לטרוח בנבלה נפסקה להלכה¹⁹.

הטיפול בנבלה חל על הניזק. דהיינו, הניזק אינו רשאי לדרוש מהמזיק שיטול לעצמו את החפץ הפגום ויספק חלופה תקינה או סכום כסף שיאפשר את רכישתה. הניזק חייב ליטול את החפץ הפגום והוא רשאי לתבוע פיצויי נזיקין בגובה ההפרש שבין השווי לפני שארע הנזק לבין השווי לאחר שארע הנזק. דין זה נקרא בלשון התוספתא²⁰ "בעלים מטפלים בנבלה" והתלמוד²¹ מבסס דין זה על מספר דרשות.

¹⁷ ר"א שיינפלד במאמרו **האם חייב ניזק למנוע נזק**, שורת הדין, עמ' ריט (המאמר פורסם גם בתחומין יא, עמ' 361 תחת הכותרת "חובת הניזק למנוע נזק"), סבור כי בתשובה זו גלום חידוש גדול בכך שגם בנזק מסוג גרמי, אין חובת הקטנת נזק. לנוכח המקרה הקיצוני בו עוסקת התשובה והמאמץ הגדול הנדרש מן הניזק כדי לצמצם את נזקיו, איננו סבורים שיש חידוש גדול בכך שר"ח אור - זרוע פטר את הניזק מלעקור למקום אחר.

¹⁸ בבא קמא יא, ע"א.

¹⁹ רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ז, הלכה יג.

²⁰ בבא קמא, א, א.

²¹ שם י, ע"ב.

הדין "פחת נבלה- לניזק" הוא דין מוסכם²² והוא נובע למעשה מהדין הקודם. אם חלה על הניזק חובת טיפול בנבלה הרי שאם ישתהה הניזק מלמכור את הנבלה, ירידת הערך שתיגרם כתוצאה מהשתהות זו, תחול עליו ולא על המזיק. הדבר הודגם על ידי הרמב"ם²³ כך:

"שור שווה מאתים שנגחווה ומת והרי הנבלה שווה בשעת מיתה מאה ובשעת העמדה בדין פחתה והרי היא שווה שמונים, אין המזיק משלם אלא מאה...".

השאלה היא האם יש מקום לראות בדין זה כמקור לחובה משפטית החלה על הניזק להקטין את נזקיו.

נראה כי התשובה לשאלה זו טמונה בפרשנות הדין "בעלים מטפלים בנבילה". האחרונים דנו בשאלת הגדר ההלכתי של תוצאה משפטית זו. נציג את ההתלבטות כפי שהיא מנוסחת על ידי הרב י"מ רבינוביץ בספרו אפיקי- ים²⁴:

ויש לחקור: אם הא דאמרינן דהנבילה הוא לניזק הוא בתורת תשלומין, דבאמת החיוב על המזיק לשלם לו כל דמי השור שהוזק ואי לאו דגילה לן קרא דבעלים מטפלין בנבילה, הוה אמינא דעל המזיק לשלם לו כל מה שהיה שורו שווה והנבילה יקח לעצמו, דגם בכדי שווי הנבלה נכנס בכלל הנזק, דעליו לשלם לו שור תחת השור..... או דהא דגלי קרא דבעלים מטפלין בנבילה, היינו לומר דבכדי הנבילה לא נכנס בכלל הנזק. דהנזק לא הוי בעיקרו רק על הפחת שפחתה מיתה, ונבילה דניזק היא כמתחילה ולא דנוטלה בתורת תשלומין".

שאלה זו נדונה גם על ידי הרב מ"מ אפשטיין²⁵ בספר לבוש- מרדכי²⁶ ובאחרונים נוספים²⁷.

²² שם יא, ע"א.

²³ שם, הלכה ט.

²⁴ וילנא תרס"ה, סימן כא.

²⁵ רב ומו"צ בישיבת סלובודקה.

²⁶ ורשה, 1901, סימן ח.

²⁷ ראה שו"ת שרידי אש, חושן- משפט, סימן קנח; שו"ת דברי יציב להרב הלברשטם - האדמו"ר מקלויזנבורג - סימן עד. המחבר בוחן, בין היתר, את שלוש הדרשות שבסוגיית התלמוד ומנסה לסווג כל אחת מהן לפי אחת מדרכי הניתוח שהוצגו בפנים: "ואולי יש לומר דתליא בלימודים שם. דאם מ'מכה נפש בהמה ישלמנה' הוי מגדר תשלומין. ואם מ'..עד הטרפה לא ישלם'... היינו שליכא תשלומין כלל דעדיין היא ברשות הניזק. וגם למה דיליף חזקיה מ'זהמת יהיה לו' ולא אמר והמת שלו, משמע שצריך ליתנה לניזק ובגדר תשלומין. נראה כי יש מקום לדון בסיווג המוצע על ידו ביחס לדרשה השניה והדרשה והשלישית.

הלבוש- מרדכי מצדד בדרך הראשונה לפיה הנבילה עוברת לידי המזיק וחוזרת לניזק בתורת תשלומין ואילו האפיקי- ים מצדד בדרך השניה, על פיה הנבילה נותרת מתחילה ועד סוף בידי הניזק²⁸.

כאמור, הדרך הראשונה להבנת התוצאה המשפטית "בעלים מטפלים בנבילה" גורסת כי הנזק נגרם לבהמה כולה והחזרת הנבלה לבעלים מהווה תשלום על חשבון הנזק. לפי גישה זו, אין כל אפשרות להוכיח מסוגיית פחת נבלה כי קיימת חובה על הניזק להקטין את נזקיו. לפי גישה זו, כאשר הנבלה הוחזרה לידי של הניזק, אנו מצויים בשלב שלאחר תשלום דמי נזק. בשלב מאוחר זה, ברור כי אין אחריות על המזיק להגן על אמצעי התשלום מפני פחת. כדי לשבר את האוזן בנקודה זו, נוכל להוסיף ולהטעים כי אדם ששילם חוב ולאחר התשלום פחת המטבע, יצא ידי חובתו בתשלום ששילם ולא ניתן לחייבו בפחת.

הדרך השנייה להבנת התוצאה המשפטית "בעלים מטפלים בנבילה" היא כי אין במעשה הנזק כדי להעביר את הנבילה לידי המזיק וזו נשארת מתחילה ועד סוף בידי של הניזק. אולם כאן קיימות שתי אפשרויות משנה להבנת הדין "פחת נבילה- לניזק". לפי אפשרות המשנה הראשונה, ירידת ערכה של הנבילה אינה מיוחסת למזיק. זהו נזק נפרד ומאוחר יותר שהמזיק אינו אחראי להיווצרותו. לפי הסבר זה לא ניתן ללמוד מכאן דבר לעניין עיקרון הקטנת הנזק. לעומת זאת, לפי אפשרות המשנה האחרת, מעשה הנזק ואחריותו של המזיק חלים ומשתרעים גם על ירידת ערכה של הנבילה אולם עקב קיומה של חובת הקטנת נזק החלה על הניזק עוברת האחריות לירידת הערך מהמזיק לניזק.

²⁸ בעניין זה יכולות להיווצר, כמובן, גם נפקויות הלכתיות אחרות. כאמור, דבר מוסכם הוא כי "פחת הנבלה" חל על הניזק. אולם, האם יחול פחת הנבילה על הניזק גם כאשר הניזק לא ידע על קרות הנזק? אם הנבילה הייתה ונותרה בבעלותו וברשותו של הניזק, יש מקום לטענה שנחיל עליו את פחת הנבילה גם שלא ידע על קרות הנזק. לעומת זאת, אם הנבילה עוברת למזיק וחוזרת לניזק בתורת תשלומים, לא ניתן לבצע את התשלום שלא בידיעת הניזק ועל-כן, בטרם נודע הדבר לניזק, יחול הפחת, לכאורה, על המזיק (ראה שו"ת שרידי אש, שם). רבינו מאיר הכהן מסרקסטה (הובאו דבריו בשיטה מקובצת, בבא קמא יא ע"א. ראה דיון בדבריו להלן בפנים), סבר ביחס לנזקי בור, כי, במקרה ההפוך, בו השביחה הנבילה בעודה בבור בטרם העלה אותה המזיק ומסרה לידי הניזק, זכאי המזיק להשבחה זו. דעה זו מסתברת יותר על פי הגישה הגורסת כי הנבילה עוברת למזיק וחוזרת לניזק בתורת תשלומים. ייתכן להציע נפקויות נוספות הנוגעות לא רק לשינויים בערכה של הנבילה אלא לפעולות משפטיות שבוצעו בתקופת הביניים שבין קרות הנזק לבין החזרת הנבילה לידי הניזק. היו שהרחיקו לכת וטענו כי הבעלות המלאה בנבילה, בטרם הועלתה מן הבור, היא למזיק ולא לניזק ולכן, בשלב ביניים זה, רק המזיק יכול להקדישה ואילו הניזק אינו רשאי לעשות כן (ראה רשימות שיעורים (של הרב י"ד סולובייצ'יק), בבא קמא, ח"א, עמ' צב ובהע' 151).

2. היחס בין טורח נבלה החל על המזיק לבין הטיפול והפחת החלים על הניזק

בתוך כך מן הראוי לעמוד על גישות שונות באשר למידת מחויבותו של הניזק לטרוח ולהעלות הנבלה מן הבור כאשר המזיק אינו עושה זאת. הרא"ש כתב מפורשות כי על הניזק להעלות הנבלה ולדרוש את הוצאותיו מהמזיק. ניתן לומר כי הרא"ש פירש את טורח נבלה כמעניקה זכות ממונית לניזק לקבל מהמזיק את עלות הטורח ולא כחובה אישית החלה על המזיק לעשות זאת בעצמו.

מאידך, ניתן להבין את דברי הרא"ש באופן נוסף. ניתן להבין מדברי הרא"ש שהעברת טורח הנבלה לניזק, במקרה שהמזיק לא מקיים את חובתו קשורה לחובת הקטנת נזק החלה עליו, על פי הפרשנות בסוגיה המאפשרת מסקנה זו, כמוסבר לעיל.

הרמ"ך מסרקסטה כתב:

"פחת נבילה דהוי עליה דניזק, דווקא פחתה בתר דהוי מצי שקיל לה לזבונה, אבל אי פחתה בעודה בבור, נראה לומר דאין מחשבין אותה עליו אלא כפי מה ששווה בחוץ, כיוון דעליה דמזיק רמי לאפוקה"²⁹.

מדברים אלו עולה, בניגוד לדברי הרא"ש, כי הניזק יחל לשאת בפחת הנבילה רק לאחר שהוצאה על ידי המזיק מן הבור. לא זו בלבד שהרמ"ך אינו דורש מהניזק לקיים את חובת הטורח החלה על המזיק אלא שהוא קובע שהניזק ישא רק בפחת שנוצר לאחר שהמזיק הוציא את הנבלה מהבור.

מסקנה דומה עולה מדברי הרמב"ם שכתב כי המזיק "מעלה הנבלה מן הבור ונותנה לניזק ואחר כך שמין לו פחת הנבלה". משמע כי פחת נבילה שנפחת בתקופה בה השתהה המזיק בטורח הנבילה יחול על המזיק ולא על הניזק³⁰.

האחרונים³¹ הוסיפו כי על-פי דרכו של הרמב"ם, אם המזיק עומד בסירובו להעלות את הנבילה מן הבור, יהיה עליו לשלם את כל ערכו של השור ללא

²⁹ ובהמשך דבריו כתב: "והוא הדין שאם השביחה בעודה בבור, שבאו קונים הרבה לעיר, שהשביחה למזיק". דבריו מתאימים לדרשה השנייה שבמכילתא דרשב"י "ל... והמת יהיה לו- מיטפל בנבלה עד שימציאה לו", דהיינו כל עוד לא מסר המזיק את הנבילה לניזק, המת יהיה לו = למזיק.

³⁰ ראה סמ"ע סימן תג ס"ק ח. אך הט"ז, שם, חלק על-כך וכתב: "... הוא תמוה דהא גזירת הכתוב דאותו הפסד (פחת נבילה- א.א.) לניזק מה שנפסד אחרי המיתה. וכי משום שלא נתן ההוצאה שהיא מועטת יהיה נלקה לשלם כל הפחת ומנ"ל לומר כן?".

³¹ חזון-יחזקאל על התוספתא, בבא קמא א, א; הרב א"י אונטרמן, שבט מיהודה, חקרי הלכה, הערות והארות בעניינים שונים, בהוצאת אריאל, ירושלים תשנ"ד, עמ' קפד.

ניכוי כלשהו. על- פי שיטות אלו קשה להצביע על קיומה של חובת הקטנת נזק העולה מסוגיית פחת נבלה.

3. היחס בין פחת נבלה לבין הדין "כחש – כשעת העמדה בדין" והשלכותיו לעניין הקטנת הנזק

שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא שאלת היחס שבין "פחת נבילה" במקרה שהבהמה מתה כתוצאה מן הנזק לבין מקרה בו הבהמה נפצעה כתוצאה ממעשה הנזק אך לא מתה. הברייתא המובאת בתלמוד³² התייחסה למצב זה: "כחש - כשעת העמדה בדין". התלמוד מסביר פסקה זו בדרך ציורית: "... אמר רב אשי: דכחש מחמת מכה דאמר ליה קרנא דתורן קבירא ביה".

ביאור דברי התלמוד הוא כי אנו רואים את הקרן שנגחה והזיקה כממשיכה להיות קבורה בתוך השור הפגוע ועל כן חייב המזיק לפצות את הניזק גם עבור נזק שנגרם עד למועד העמדה בדין³³.

ראוי לעמוד על ההבדל בין מצב בו הבהמה נפגעה אך לא מתה, שם הדין הוא כי אחריותו של המזיק נמשכת גם על נזק שנגרם עד להעמדה לדין לבין מצב בו הבהמה מתה, שם מוסכם על הכל כי פחת הנבילה חל על הניזק. על אבחנה חשובה זו עמדו כבר הראשונים. בעלי התוספות, בהתייחסם לדברי הגמרא³⁴ לפיהם פחת הנבילה חל על הניזק, כתבו:

"אף על גב דבפרק המניח אמרינן כיחשה כשעת העמדה בדין, משום דקרנא דתורא קבירא ביה, התם משום דלא מתה ויש לו להמתין עד שתתרפא אבל הכא מיד היה לו למוכרה"³⁵.

³² בבא קמא לד, ע"א.

³³ מהמקורות שהבאנו עולה כי המזיק לא יהיה חייב לשלם עבור שינוי לרעה במצבו של השור לאחר ההעמדה בדין. במילים אחרות, ההעמדה בדין היא נקודת הזמן האחרונה בה תילקח בחשבון שומת הנזק החמרה במצב (ראה גם "אוצר מפרשי התלמוד", בבא קמא, עמ' שמב, הע' 33 שכתב כן בשם עמודי-אור). באשר לנזקי גוף מצאנו התייחסות דומה לכך בברייתא המובאת במסכת בבא קמא (צא, ע"א): "חמשה דברים אומדין אותו ונותנין לו מיד, ריפוי ושבת - עד שיתרפא, אמדוהו והיה מתנונה והולך - אין נותנין לו אלא כמו שאמדוהו, אמדוהו והבריא - נותנין לו כל מה שאמדוהו". רואים אנו כי לאחר שנערך אומדן הנזק אין משנים אותו גם אם חלו שינויים לקולא או לחומרא. בהקשר זה יש לציין את פסק הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק, פרק ב, הלכה טז) לפיו עריכת האומדן היא תקנה למזיק "אבל אם אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאנו דבר יום ביומו שומעין לו". ועיין שם במגיד- משנה המסביר את המקור לפסק זה של הרמב"ם.

³⁴ בבא קמא י, ע"ב, ד"ה "לא נצרכא".

³⁵ שם, ד"ה "לא נצרכא". ובדומה לכך כתב הרשב"א בחידושו על בבא קמא לד, ע"א.

במקום אחר³⁶ ניסחו בעלי התוספות את ההבחנה בצורה מפורטת:
"... והכא לא שייך למימר קרנא דתורך קבירא ביה
כדאמרינן בהמניח בסופו דהתם ודאי שלא נהרג השור
שייך לומו הכי דאין לו למכור שורו בשביל כן שסבור
שישביח אבל הכא מיד כשנהרג יש לו למוכרו שידוע
שתפחת הנבילה ותסריח".

בעלי התוספות עומדים לא רק על ההבחנה אלא גם על סיבתה. הסיבה
להבחנה בין בהמה פגועה לבהמה מתה נובע מהסיכויים לשיפור במצבה של
הבהמה שנפגעה. בהמה שמתה כתוצאה מהנזק, אין כל סיכוי לשיפור במצבה
ועל-כן יש למכרה והניזק חייב להזדרז ולעשות זאת. לעומת זאת, כאשר קיים
סיכוי שמצבה של הבהמה ישתפר³⁷, רשאי הניזק להמתין ולא למכרה. אנו
רואים כאן דיון אופייני בסוגיית הקטנת הנזק כאשר הסיכוי להקטנת הנזק הוא
שיקול עיקרי בדיון.

בניגוד לדבריהם של בעלי התוספות מסביר הראב"ד³⁸ את היחס שבין שתי
הסוגיות באופן אחר:

"ולא דמיא לפחת נבלה דקיימא לן פחת נבלה דניזק
הוא והכא אמרינן דלמזיק חשבין ליה ויהיב ליה פחתא
עד שעת העמדה בדין, דהתם ליכא למימר קרנא דתורך
קבירא ביה דיוקרא וזילא ממילא הויא, אבל הכא כיוון
דחי הוא ולא מיוקרא וזילא³⁹ הוא אלא מתוקף המכה
הוא מכחיש חייב דאמר ליה קרנא דתורך קבירא ביה".

הראב"ד אינו הולך בדרכם של בעלי התוספות ואינו מבסס את השוני בדין על
חיובו או אי חיובו של הניזק למכור את השור שנפגע ולהקטין בכך את נזקיו.
מדבריו של הראב"ד עולה נימוק עקרוני. יש להבדיל, לדבריו, בין נזק
שהסתיים לבין נזק מתמשך. מותו של השור מהווה סיום של מעשה הנזק.
ריקבון הנבילה וירידת הערך שנגרמת בעקבות כך, היא נזק אחר, שהניזק צריך

³⁶ כתובות מא, ע"א, ד"ה "לא נצרכא".

³⁷ ראוי לשים לב למינוחים השונים בהם נקטו בעלי התוספות בשני המקומות. בבבא קמא
נקטו בלשון "שתתרפא". ייתכן כי לשון זו מאפשרת יתר גמישות מבחינתו של הניזק ואם יש
סיכוי לרפואתה של הבהמה, רשאי הוא שלא למכרה והפחת לא יחול עליו. לעומת זאת,
בכתובות נקטו בלשון "שישביח" דהיינו, רק אם יש סיכוי לשבח ריאלי בערכה של הבהמה,
כלשון הגמרא בבבא קמא "ושבח ועמד על ארבע מאות זוז", רשאי הניזק להמתין מלמכרה
מבלי שהפחת יחול עליו. לעומת בעלי התוספות, הרשב"א בחידושו למסכת בבא קמא (לד,
ע"א) נקט את שני המושגים בחד מחתא: "דשאני התם דהו"ל לזבונה מיד דאין דרך להמתין
על הנבלה אבל דרך הניזקין להמתין עליהם שמא יתרפאו וישביחו" ונראה שאין הוא מבחין
ביניהם.

³⁸ חידושי הראב"ד לבבא קמא, מהדורת אטלס, עמ' עט.

³⁹ כאשר שינוי הערך נגרם כתוצאה מיוקרא או זולא אין להתחשב בכך אלא לקבוע את הפיצוי
לפי מועד קרות הנזק.

למנוע אותנו. לעומת זאת, פציעתה של הבהמה והכחש שנגרם לה בעקבות זאת הם נזק אחד. כאשר בנזק מתמשך עסקינן ממשיך המזיק להיות אחראי לתוצאות הנזקיות עד שמעשה הנזק יפסיק לתת את אותותיו. רבי יצחק אור-זרוע⁴⁰ כותב: "דאמר ליה ניזק קרנא דתורך קבירא ביה וכל מה שכחש לא כחש אלא בשביל שורך שנגחו". נראה מדבריו כי הוא מפרש את הדברים כהראב"ד הרואה במקרה דנן נזק מתמשך. המהרש"ל⁴¹ מגדיר את הדברים כך: "דאמר ליה קרנא דתורך קבירא בתוראי וכל הכחש נחשב כאילו היה בשעת נגיחה" ונראים הדברים כי הוא הולך בדרכם של הראב"ד והאור-זרוע.

לסיכום נקודה זו: יש הרואים בפחת הנבילה המשך ותוצאה ישירים של מעשה הנזק. לעומת זאת, יש הסוברים כי מעשה הנזק הסתיים עם מותה של הבהמה ואילו ריקבון הנבילה מהווה נזק אחר ונפרד.

אם נניח שמעשה הנזק הסתיים, יש להתייחס לפחת הנבילה כאל נכס של הניזק שפחת משוויו ושינויים שנגרמים בנכסי הניזק אינם מחייבים את המזיק. לפי דרך זו לא נוכל להוכיח מכאן דבר לעניין עיקרון הקטנת הנזק.

לעומת זאת, אם נגרוס כאמור לעיל, שהנבלה הייתה ונשארה של הניזק ולא עברה למזיק וחזרה לניזק בתורת תשלומים, ובנוסף לכך נראה בפחת הנבילה המשך ישיר של הנזק ולא נזק נפרד, הרי שניתן לראות בהחלת פחת הנבלה על הניזק כחובה להקטנת הנזק. במקרה זה מדובר לא רק על חובה דתית אלא על חובה משפטית משום שהניזק נושא בפחת הנבלה אם השתהה מלמוכרה.

ד. סוגיית "שור שעלה על גבי חבירו"

נחלקו אמוראים בשאלת עשיית דין עצמית⁴²:

"רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה; היכא דאיכא פסידא – כולי עלמא לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי - היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא; רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח".

הגמרא⁴³ מביאה מקור ומנסה להוכיח ממנו כי גם כאשר אין הפסד עושה אדם דין לעצמו, כדלהלן:

⁴⁰ ספר אור-זרוע, ח"ג, פסקי בבא קמא, סימן קעג.

⁴¹ ים של שלמה, בבא קמא, סימן כט.

⁴² בבא קמא כז, ע"ב.

"תא שמע: שור שעלה על גבי חבירו להורגו, ובא בעל התחתון ושמט את שלו ונפל עליון ומת - פטור; מאי לאו במועד, דליכא פסידא! לא, בתם, דאיכא פסידא. אי הכי, אימא סיפא: דחפו לעליון ומת - חייב; ואי בתם, אמאי חייב? שהיה לו לשמטו ולא שמטו."

הגמרא מניחה שכאשר השור העליון הוא מועד "ליכא פסידא" לבעלים של השור התחתון שהרי בעליו של השור העליון יחויב לשלם נזק שלם⁴⁴. לעומת זאת, כאשר השור העליון הוא תם "איכא פסידא" לבעלים של השור התחתון שהרי בעליו של השור העליון יחויב לשלם חצי נזק בלבד.

ר"א שיינפלד⁴⁵ עוסק בסוגיה זאת בכותבו את הדברים הבאים:

"מוכת, כי אם אכן היה בעל השור התחתון נמנע מלהציל את שורו, היה זוכה במלוא התשלום (כאשר השור העליון מועד - א.א.). ולא היינו טוענים כלפיו, למה לא הציל את שורו מנזק. הוא אכן היה רשאי, אילו רצה בכך, לא לעשות כלום ובכל זאת לא היה מפסיד כלום...".

בשולי הדברים נכתבה הערתו של הר"א ורהפטיג:

"אולם ייתכן שחובתו של הניזק למנוע את הנזק היא דווקא אם במניעה זו לא יגרום כל נזק למזיק. אולם כאן אין עליו חובה להציל בהשמטת השור שלו, כיוון שעלול להיות (כפי שאכן קרה) שהשור המזיק (העליון) יפול וימות"⁴⁶.

וקשים לי דבריו של הרב שיינפלד, שהרי הגמרא מבחינה בין "שמט התחתון - פטור" לבין "דחף העליון - חייב". הבחנה עיונית זו בין פעולה בשור שלו (שמיטת השור התחתון) לבין פעולה בשור שאינו שלו (דחיפת השור העליון)⁴⁷ אינה פשוטה בחיי המעשה. גם אם בעל השור התחתון מתכוון רק לשמוט ייתכן שבלהט המאבק בין השוורים הוא יבצע דחיפה במקום שמיטה

⁴³ שם, כח ע"א.

⁴⁴ הנחה זו אינה פשוטה כלל שהרי קיים חשש שבעל השור התחתון לא יצליח להיפרע עקב בעיות ראייתיות (העדר עדים) או עקב קשיי גבייה וכדו'. ראה אוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא, ח"ב, עמ' נב - נג.

⁴⁵ תחומין, שם, עמ' 367.

⁴⁶ ראה שם את תשובת ר"א שיינפלד להערה זו.

⁴⁷ להסבר ההבחנה ראה ערוך - השולחן, חו"מ, סימן שפג, סע' ה-ו. ראוי לציין כי מדברי הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק, פרק ו, הלכה ז) עולה שבמקרה שלא ניתן להציל את השור התחתון ע"י שמיטה, מותר לבעל השור התחתון לדחוף את השור העליון: "דחפו לעליון ומת - אם היה לו לשמוטו ולא שמטו הרי זה חייב. ואם לא יכול היה לשמוטו הרי זה פטור".

ויתחייב לפצות את בעל השור העליון. מכל מקום, הפעולה בה נקט נתונה לפרשנותם של עדי ראייה כפי הבנתם. לכן, אין מקום לדרוש מבעל השור התחתון להציל את שורו ואין לבוא עמו חשבון אם נמנע מלעשות זאת. ר"א שיינפלד מגיע למסקנה, על בסיס סוגיה זו, כי "אין חובה על הניזק למנוע ההיזק". כאמור, לדעתנו לא ניתן להסיק מסקנה גורפת זו מסוגיה זו. בסוגיה זו ניתנה לניזק זכות (ולא חובה) להציל את רכושו בדרך מסויימת (שמיטה להבדיל מדחיפה). עקב נסיבותיה המיוחדות של הסוגיה והקושי שבפעולת ההצלה, לא יופחתו פיצויי הניזקין המשתלמים לניזק אם בחר להימנע מלהציל. אין להסיק מכך מסקנות לגבי מקרים בהם הפעולות להקטנת הנזק אינן כרוכות בקושי או בסכנה. יתר-על-כן, עימות עם שור שבא להרוג עלול להיות כרוך בסכנה. אין מקום לדרוש מבעל השור התחתון להתעמת עם השור העליון ולסכן את עצמו כדי להציל את בעל השור העליון מחבות נזיקית.

ה. סוגיית "מחיצת הכרם שנפרצה"

במסכת בבא קמא⁴⁸ מובאת ברייתא:

"מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גזור, נפרצה אומר⁴⁹ לו גזור, נתייאש ממנה ולא גדרה- הרי זה קידש וחייב באחריותה".

הברייתא עוסקת בכרם הסמוך לשדה לבן. נפילתה של המחיצה עלולה לגרום להיווצרותו של איסור כלאים אם הכרם והתבואה יתערבו זה בזה. הנושא העומד על הפרק הוא הקמתה של המחיצה מחדש. מהברייתא עולה כי יש לפנות לבעל הכרם ולדרוש ממנו להקים את המחיצה מחדש.

מי יפנה לבעל הכרם? לפי הגירסה "אומר", בעל השדה (הניזק הפוטנציאלי) הוא זה שצריך לדרוש מבעל הכרם את הקמתה מחדש של המחיצה⁵⁰. לפי פירוש זה, יש רלוונטיות לדיון בחובת הקטנת הנזק. אחריותו של הניזק לשלם את הנזק לתבואה הנובע מהיווצרות הכלאיים מותנית בדרישתו של הניזק מהמזיק להקים מחדש את מחיצת הכרם.

⁴⁸ בבא קמא ק, ע"א, ובבא בתרא ב, ע"א. מקורה של הברייתא בתוספתא מסכת כלאים פרק ג הלכה ג שם הגירסה (לפי מהדורת ליברמן) כך: "מחיצת הכרם שנפרצה אומ' לו גזור גדרה ונפרצה אומ' לו גזור אם נתייאש הימנה הרי זה קדש וחייב באחריותה..".

⁴⁹ כך הגירסה בדפוס וילנה. באשר לקיצור אומ' שבתוספתא מציין ליברמן כי בכתב יד ערפורט הגירסה (בשתי הפעמים) "אומרין" ואילו בדפוס ראשון של התוספתא הגירסה היא "אומר". לנפקות הפרשנית שבין שתי הגרסאות ראה להלן בפנים.

⁵⁰ כך פירש רש"י בבא בתרא, שם ד"ה "אומר לו" ותוספות, שם, ד"ה "אומר לו גזור".

המפרשים עוסקים במספר שאלות כגון: מה מטרת הדרישה? האם בעל הכרם פטור מלגדור את כרמו כל עוד לא נדרש לעשות כן? מדוע יש צורך בדרישה כפולה? וכיו"ב.

מכל- מקום, אנו רואים כי הברייתא מדברת בדרישה בלבד וכי הניזק אינו חייב לנקוט בפעולה ממשית כלשהי כדי למנוע או לצמצם את היווצרות הכלאיים⁵¹.

יש מהראשונים הסוברים כי בית הדין הוא זה שיפנה לבעל הכרם⁵². נראה כי בית הדין עושה זאת מיוזמתו שלו כדי להפריש את המזיק מאיסור כלאיים. לפי דרך פרשנות זו אין בין ברייתא זו לבין עיקרון הקטנת הנזק ולא כלום.

במילים אחרות, סוגיה זו תהיה רלוונטית לעניין הקטנת הנזק רק לפי הפרשנות המחילה את חובת הדרישה לגדור על הניזק (בעל השדה⁵³). גם כך, הניזק נדרש לאמירה בלבד ולא מעבר לכך.

⁵¹ המנחת- שלמה, שם, נדרש לשאלה האם חייב בעל התבואה (הניזק) לנקוט בפעולה עצמאית לגדור בעצמו בין התבואה לכרם, כדי למנוע את היווצרות הכלאים.

⁵² רבנו גרשום מאור הגולה (בבא- בתרא, שם) כתב מפורשות: "אומרים לו בית דין לבעל הכרם גדור". רבנו יונה (עליות דרבנו יונה, בבא- בתרא, שם) והרמב"ם (הלכות כלאיים, פ"ז, הי"ז) נקטו "אומרים" ואף שלא כתבו זאת במפורש נראה שחובת האמירה חלה על בית הדין.

⁵³ השווה לסוגיה התלמודית (בבא קמא כג, ב) "הנהו עיזי דבי תרבו דהוו מפסדי ליה לרב יוסף, א"ל לאביי: זיל אימא להו למרייהו דליצנעניהו. אמר ליה: אמאי איזיל? דאי אזילנא, אמרי לי: לגדור מר גדירא בארעיה. ואי גדר, שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה? כשחתרה; אי נמי, דנפיל גודא בלייא". רב יוסף כניזק פוטנציאלי סבר כי שהוא זכאי לדרוש מהמזיק הפוטנציאלי להצניע את בהמותיו ולכן בקש מאביי שיציג דרישה זו בפני הבעלים. אביי לא ביצע את שליחותו של רב יוסף משום שסבר שהמזיק הפוטנציאלי יוכל לדרוש מהניזק הפוטנציאלי לגדור את שדהו בכדי שלא יזקק. רבנו חננאל אומר כי "ועמדה הא דאביי ולא איפריכא" אולם הרי"ף (בבא קמא י, ב) פסק כרב יוסף. שלטי – הגיבורים (שם א, ס"ק א) כתב: "לדעת רבינו והתוספות (ראה בבא קמא, שם, תוד"ה "יכלי") ורוב המפרשים מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו, על בעל השדה להתרות בבעל הבהמה לשמור בהמתו שלא תזיק וצריך לשומרה ואין בעל הבהמה יכול לומר לו גדור אתה שדך שלא תיכנס בו בהמתי דעל הרועה מוטל לעולם לשמור ממונו שלא יזיק...". בהמשך דבריו טוען השלטי גיבורים שבעל הבהמה חייב גם על הנזקים שנגרמו לפני ההתראה ו"התראת רב יוסף לא בא על הנזק כלל רק באה ההתראה להודיע לרועה שאם לא ישמרם שהוא ישחטם גם- כן נוסף על תשלומי הנזק אם יזיקו כי הנזק חייב הרועה בכל עניין גם בלא התראה אבל שיהיה הרשות בידו לשוחטה לא הוה אלא אם כן התרה בו...".

1. סיכום

המשפט העברי מקיים דיון ישיר בעיקרון הקטנת הנזק בסוגיית "הניח לו גחלת" בלבד. בנסיבות שנדונו בסוגיה זו הניזק אינו חייב להקטין נזק. סוגיה זו מתייחסת למקרה חמור יחסית בה נגרם הנזק על ידי אדם המזיק, ככל הנראה, בכוונה. הסוגיה אינה מחילה על הניזק חובה כלשהי להקטנת הנזק אפילו לא חובה דתית. עקב נסיבותיה המיוחדות של הסוגיה, ניתן לטעון כי במקרים אחרים (אדם שהזיק בשגגה או נזקי ממוון שנגרמים בדרך- כלל ברשלנות ולא בכוונה) תחול על הניזק חובת הקטנת הנזק ולכל הפחות חובה דתית.

מתשובת ר"ח אור- זרוע אנו למדים כי ככל שהמאמץ הנדרש מן הניזק הוא גדול יותר, כך תקטן חובת הקטנת נזק לממוון. במקרים בהם נדרש מאמץ מיוחד, יהיה הניזק פטור גם מהקטנת נזקי גוף.

עמידה על קיומו של עיקרון זה ועל היקפו מצריכה עיון במספר סוגיות העשויות להיות רלוונטיות. עמדנו על מחלוקת הראשונים בשאלה האם חייב הניזק לטרוח בנבילה כאשר המזיק לא עושה זאת. ניתן לומר, אם- כי הדבר אינו הכרחי, כי מחלוקת ראשונים זו מתמקדת בשאלה האם חלה על הניזק חובת הקטנת נזק. דבריו של הרא"ש המחייב ניזק להעלות שור מן הבור במקרה שהמזיק אינו מקיים את חובתו יכולים להתפרש כמקור המחייב ניזק להקטין את נזקיו.

ניתן יהיה לראות בסוגיית "פחת נבילה" מקור לחובת הקטנת הנזק רק אם נראה בכל הבהמה כמי שהוזקה (שלא על- פי השיטות המפרידות בין רוח החיים של הבהמה לבין גופה) וגם אם נניח שהחזרת הבהמה לידי הניזק אינה מהווה תשלומים אלא חלק מאובייקט שניזוק שהבעלות בו הייתה ונשארה של הניזק.

ניתן למצוא מקור לחובת הקטנת נזק בשיטתם של בעלי התוספות באשר ליחס שבין בהמה שמתנה כתוצאה מן הנזק, אז חל פחת הנבלה על הניזק, לבין מצב שבו הבהמה נפצעה ולא מתה, אז חל הפחת (הכחש) על המזיק. לעומת זאת, מפרשים אחרים הסבירו את היחס שבין שתי הסוגיות באופן אחר שאיננו מאפשר הסקת מסקנות לעניין עיקרון הקטנת הנזק.

בסוגיית שור שעלה על גבי חבירו אנו רואים כי הניזק רשאי (בתנאים מסוימים) אך לא חייב למנוע משורו נזק העומד להיגרם על ידי שורו של אדם אחר. אם בחר הניזק להימנע מלהציל, הדבר לא יובא בחשבון לחובתו בקביעת הפיצוי שהוא זכאי לו. ממקרה זה, בו חובת ההצלה אינה פשוטה וייתכן שאף כרוכה בסיכון, קשה ללמוד מסקנה כללית וייתכן כי הדין יהיה שונה במקרה בו הקטנת הנזק יכולה להתבצע באמצעים פשוטים וללא סיכון.

סוגית מחיצת הכרם מתפרשת בשני אופנים שונים. לפי הפירוש שהפנייה לבעל הכרם (המזיק) מתבצעת על ידי בית הדין, הדבר לא נוגע כלל לעיקרון הקטנת הנזק אלא לתפקידו של בית הדין לאפרושי מאיסורא. לעומת זאת, לפי הפירוש שהפנייה לבעל הכרם מתבצעת על ידי בעל השדה (הניזק), ניתן ללמוד מכאן חובה מצומצמת להקטנת נזק המסתכמת באמירה בלבד ולא מעבר לכך.

ז. כיצד ראוי לפתח את עיקרון הקטנת הנזק?

ראינו לעיל שהמקורות שהבאנו אינם קובעים מסמרות ברורים בעניין חובתו של הניזק לפעול להקטנת הנזק וביחס למקרים בהם החובה תגיע לדרגה של חובה משפטית. בהעדר קו ברור ומנחה עולה השאלה מהו הדין הרצוי אותו יש לעצב ואליו יש לשאוף. דומה כי יש קשר בין סוגייתנו לבין סוגיית ה"גרמא". החלת הדין "גרמא בנזיקין פטור" בימינו גורמת לתובעים מסוימים להימנע מלהביא את תביעתם לדין תורה מחשש שרכיבים מסוימים בתביעתם יידחו. הקושי הולך ומתחזק עם התעצמותה של ההתפתחות הטכנולוגית כך שפעולות רבות אינן מתבצעות בצורה ישירה אלא באופן עקיף. בעת האחרונה נשמעים קולות הקוראים, לצמצום הדין האמור כך שיתאפשר חיובו של מזיק גם בגין נזק עקיף⁵⁴. יתר על כן, ישנם בתי דין הדנים לפי דין תורה הכוללים בהסכם הבוררות סעיף המתיר לבית הדין לחייב בשל נזקי גרמא או בשל מניעת רווח⁵⁵.

בצד צמצומו של הדין "גרמא בנזיקין פטור" והעלאת רמת אחריותו של המזיק ראוי, לדעתנו, להטיל על הניזק חובה משפטית, שסנקציה בצידה, להקטין את נזקו בכל מקרה שבו הדבר אינו כרוך בסיכון, במאמץ גדול או בהוצאה כספית גדולה.

במידה מסוימת, ניתן לראות את שתי הסוגיות כשני צדדים של אותה מטבע. גרמא הינה נזק עקיף והימנעות מהקטנת הנזק אף היא גורמת לנזק בדרך של מחדל, כך שקיים קשר בין שתי הסוגיות. אם נתייחס, לשתי הסוגיות באופן המוצע לעיל, נוכל לשמור על איזון ראוי בין אחריותו של המזיק לנזק לבין חובתו של הניזק, במקרים המתאימים, להקטנתו.

⁵⁴ הרב אהרן ליכטנשטיין, שיעורים על קונטרס הרמב"ן "דינא דגרמי", הוצאת ישיבת הר עציון, תש"ס, עמ' 200; השופט משה דרורי "חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח" תחומין כרך כו, עמ' 341.

⁵⁵ ראו באתר האינטרנט של ארץ חמדה את הסכם הבוררות הנוהג בבתי הדין של ארץ חמדה/גזית.