

שומת נזקי גוף: טבע האדם ומקומו בחברה

בנימין פורת¹

א. הקדמה

אדם נמצא אחראי לגרימת חבלה בגופו של זולתו, כגון שגרם לקטיעת ידו או רגלו. כיצד יש להעריך את שיעור הפיצוי שישולם לנחבל?² כיצד אומדים במונחים כספיים את שוויו של אחד מאיברי גוף האדם?

שאלה זו אינה עניין טכני הנתון להכרעה בידי שמאים. היא מעוררת שאלות ערכיות עקרוניות ופותרת פתח לקשת רחבה של אפשרויות שההבדלים ביניהן מהותיים. היא נוגעת, בין השאר, בשאלות יסוד על אודות טבע האדם ומקומו בחברה. כך, למשל, יש לתהות אם ראוי לאמוד את ערכו של גוף האדם ואיבריו דרך עדשת כושר ההשתכרות הגלום בהם, או שמא כחלק מכבודו של האדם ומעמדו החברתי; אם יש לייחס לאיברי הגוף ערך פנימי הטבוע בהם או שמא למדור אותם כאמצעים להשגת תועלות; אם ידו של עשיר שווה בעיני דיני הנזיקין לידו של עני, ידו של איש לידה של אישה, או שמא לכל אדם שווי שונה לאיברי גופו. התשובה לשאלות אלה עשויה להיות מושפעת מתכליות היסוד של דיני הנזיקין, אם מטרתם פיצוי הנחבל והשבת המצב לקדמותו,³

- 1 מאמר זה הוא פרי מחקר שנתמך על ידי הקרן הלאומית למדע (מס' 591/16). המאמר מוקדש למשתתפי חוג התלמוד בלשכת עורכי הדין, מחוז ירושלים, על לימוד בצוותא של סוגיות אלה.
- 2 במאמר זה אאמץ את המונחים המקובלים במשפט העברי "חובל" ו"נחבל" לציון נזקי גוף שנגרמו על ידי אדם אחר, להבדיל מן המונחים "מזיק" ו"ניזוק" המשמשים לציון נזקי רכוש.
- 3 כאשר מדובר בנזקי גוף, ובעיקר בקטיעת איברים, לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו (באותו המובן שניתן לתקן רהיט שנשבר או לרכוש בהמה חלופית לזו שנחבלה). הפיצוי הכספי הניתן לנחבל עשוי, לכל היותר, להיחשב קרוב במידה רבה להשבת המצב לקדמותו, לדוגמה משום שהוא מעניק לנחבל את סכום הכסף שהיה מרוויח אילו נחבל, או משום שהוא מאפשר לנחבל לרכוש רווחה ותנאי חיים משופרים שאותם היה משיג אילו נחבל. שאלה החורגת מגבולות מאמר זה, המתחדדת בעקבות הישגי הרפואה המודרנית, היא אם

או שמא הרתעת החובל כרי למנוע חבלות עתידיות, ואולי גם השגת תכליות חברתיות אחרות כגון צמצום פערים חברתיים.⁴

מאמר זה מוקדש לעיון בכללים שנקבעו במשנה בפרק השמיני של מסכת בבא קמא (פרק "החובל") בעניין שומת נזקי גוף. כללים אלה ייבחנו באופן השוואתי אל מול הכללים שהיו מקובלים במשפט הרומי בן התקופה ואל מול הכללים המודרניים המקובלים בשיטות משפט בנות-זמננו, בדגש על המשפט הישראלי. מטרת ההשוואה אינה היסטורית אלא מושגית, כלומר לחדד את משמעותם של הכללים שנקבעו בעניין זה במשנה ואת תפיסות היסוד המשתקפות מהם.⁵ כפי שניזכר, חכמי המשנה מציגים מודל השונה במהותו הן מן המודל הרומי הקלאסי הן מן המודל המשפטי המודרני. למותר לציין כי אף בתוך ספרות התנאים יש מחלוקות וגישות שונות, ואין לייחס לה עמדה אחת ואחידה.

שאלה שהעסיקה רבים וטובים, שאינה מענייני במאמר זה, היא המעבר מהחוק המקראי לדין המשנה. כידוע, התורה מורה לנהוג בחובל בדרך של מידה כנגד מידה: "וְאִישׁ כִּי יִתֵּן מוֹם בְּעַמִּיתוֹ כְּאֲשֶׁר עָשָׂה בּוֹ יַעֲשֶׂה לוֹ. שֹׁבֵר תַּחַת שֹׁבֵר, עֵינַי תַּחַת עֵינַי, שֵׁן תַּחַת שֵׁן, כְּאֲשֶׁר יִתֵּן מוֹם בְּאָדָם כֵּן יִנָּתֵן בּוֹ" (ויקרא כד 19–20).⁶ על פי פשטם, פסוקים אלה מורים על הענשת החובל באמצעות גרימת חבלה דומה בגופו, ואין הם מטילים עליו את החובה לפצות בכסף את הנחבל.⁷ חכמי המשנה, לעומת זאת, הטילו על החובל

בסוגים מסוימים של חבלות תחול על החובל החובה להשיב את המצב לקדמותו במובן המדויק של המילה, כגון החובה להעניק לנחבל כליה חדשה שתושלל בגופו במקום זו שנפגעה. על כך ראו דיונו של הרב שלמה זלמן אוירבך, מנחת שלמה, בבא קמא פה, ע"א. הספרות בדיני נזיקין על אודות המתח בין שיקולי צדק מתקן, צדק חלוקתי ויעילות כלכלית רחבה מכרי להקיפה כאן. לדוגמאות קלאסיות, לא ממצות, ראו GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* (1970); GEORGE P. FLETCHER, "Fairness and Utility in Tort Theory", 85 HARV. L. REV. 537 (1972); IZHAK ENGLAND, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* (1993); ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (1995); TSACHI KEREN-PAZ, *TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE* (2007); ישראל גלעד, *דיני נזיקין – גבולות האחריות*, כרך א 51 (2012). ספרות נוספת תוזכר בהערות בהמשך.

על ניתוח המשפט העברי בדרך של הבניה רציונלית ובררך של השוואה מושגית (א-היסטורית) ראו בנימין פורת, "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל 179 (תשע"ה). מטרתו של ניתוח זה אינה שחזור העולם ההגותי של חז"ל, אלא עמידה על המשמעויות הנגזרות מן הדינים שהם קבעו, אם היו חז"ל מודעים להן אם לאו.

דין דומה מופיע גם בשמות כא 23–24. ראו גם דברים יט 21.

אומנם לגבי מקרה אחר המתואר כך: "וְכִי יִרְיֶבֶן אֲנָשִׁים וְהָיָה אִישׁ אֶת רֵעֵהוּ בְּאֶבֶן אוּ בְּאֶגְרֵף וְלֹא מוֹת וְנִפְלַל לְמִשְׁכָּב" (שמות כא 18), קובעת התורה "וְנִקְהָה הַמִּפְּהָרֵק שְׂכָתוֹ יִתֵּן וְרָפָא יִרְפָּא" (שמות כא 19), כלומר חובת פיצוי והיעדר ענישה. על כך ראו להלן, ליד הערה 92. לעיון במגוון האפשרויות לפירוש פשוטו של מקרא "עין תחת עין" ראו David

חובה לפצות את הנחבל בתשלום כספי, ודחו את אפשרות הענשתו על ידי פגיעה בגופו.⁸ המעבר מדיני נזקי גוף בחוק המקראי לדין המשנה הוא אפוא בעיקרו מעבר מתפיסה עונשית לתפיסה פיצויית.⁹ מחקרים רבים הוקדשו לעיון בדרשות חכמים שביקשו לגשר בין פשטי המקראות לבין חובת הפיצויים שחכמים דגלו בה.¹⁰ לעומתם, מאמר זה עניינו המשמעויות הנובעות מדין המשנה כשלעצמו בעניין דרכי שומת נזקי גוף, להבדיל משאלת עיגונם במדרשי הפסוקים.¹¹

- Daube, "Lex Talionis" in: *STUDIES IN BIBLICAL LAW* 102 (1947); BERNARD JACKSON, *WISDOM-LAWS: A STUDY OF THE MISHPATIM OF EXODUS 21:1-22:16* (2006), 185.
- 8 בתווך מצויה ספרות בית שני שאף בה ניתן למצוא התייחסויות לנושא, כגון פילון (על החוקים לפרטיהם, ג, 181-182) ויוסף בן מתתיהו (קדמוניות ד, 280). על כך ראו Mira Balberg, "Pricing Persons: Consecration, Compensation, and Individuality in the Mishnah", 103 *JEWISH QUARTERLY REVIEW* 169 at 183 n. 40 (2013); Jonathan A. Pomeranz, "The Rabbinic and Roman Laws of Personal Injury", 39 *AJS REVIEW*, 303 at 312 (2015). לגישה המובאת במגילת תענית ראו ורד נעם, **מגילת תענית: הנוסחים, פשרם, תולדותיהם; בצירוף מהדורה ביקורתית** (תשס"ד), 210-211.
- 9 לתהליך המקביל המתרחש בחוק הרומי ראו להלן, ליד ה"ש 27, 108.
- 10 לדוגמה ראו איזיק הירש ויס, **דור דור ודורשיו: הוא ספר דברי הימים לתורה שבעל פה עם קורות סופריה וספריה**, חלק ב 132 (1891); שמא יהודה פרידמן, "הוספות וקטעי 'סברא' בפרק החובל (ב"ק פ"ח)", **תרביץ מ** (תשל"א), 418; Victor Aptowizer, "Observations on the Criminal Law of the Jews" 15 *THE JEWISH QUARTERLY REVIEW* 55 (1924); David W. Amram, "Retaliation and Compensation", 2 *THE JEWISH QUARTERLY REVIEW* (1911) 191; DAVID HALIVNI, *PESHAT AND DERASH: PLAIN AND APPLIED MEANING IN RABBINIC EXEGESIS* (1991) 85; JAMES F. DAVIS, *LEX TALIONIS IN EARLY JUDAISM AND THE EXHORTATION OF JESUS IN MATTHEW 5.38-42* (2005). לסקירה מקיפה ראו עמית גבריהו, **דיני החבלות בתורת התנאים** (עבודת מוסמך, החוג לתלמוד והלכה, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשע"ג), 57; עמית גבריהו "מקורות ועריכה במשנה: בבא קמא פרק ח כמקרה מבחן", **תרביץ פו** (תשע"ט), 533.
- 11 לאמיתו של דבר, עשויה להיות זיקה בין דרשות חז"ל, המעגנות את דין המשנה בפסוקים, לבין הבנת תוכן הדינים המופיעים במשנה. זאת משום שייתכן כי דרשות אלה מעבירות רכיבים של תפיסה עונשית העומדים ביסוד החוק המקראי ומחדירים אותם אל מערכת הפיצויים שעיצבו חז"ל (כלומר מעין פיצויים עונשיים). הדוגמה הבולטת לכך היא הפרשנות התלמודית לדינו של רבי אליעזר, הסבור "עין תחת עין – ממש" (בבלי, בבא קמא פד, ע"א). התלמוד, שסירב לקבל אפשרות זו כפשטה, פירש כי כוונת רבי אליעזר שיש לשלם לנחבל שאיבד את עינו לפי שווי עינו של החובל ולא לפי שווי עינו של הנחבל. לגישה רבי אליעזר ראו אברהם גייגר, "על דבר איזה מחלוקות אשר בין הצדוקים והנלוים אליהם ובין הפרושים וההפרש בין ההלכה הקדומה למאוחרת", **החלוץ ו** 13 (תרכ"ב); יצחק דב גילת, **משנתו של ר' אליעזר בן הורקנוס ומקומה בתולדות ההלכה** 37 (תשכ"ח); דוד הליבני, **מקורות ומסורות: ביאורים בתלמוד, מסכת בבא קמא** שיג (1991); JACOB NEUSNER, *ELIEZER BEN HYRCANUS: THE TRADITION AND THE MAN* 213 (1973); ZE'EV W. FALK,

אפתח בהצגה עקרונית של צדדי השאלה ובפריסת האפשרויות התיאורטיות לפתרונה. לאחר מכן אדון בעיקרי ההסדרים שהיו מקובלים במשפט הרומי בן תקופתם של חכמים. משם נעבור לעיון תמציתי בדרכי שומת נזקי גוף במשפט המודרני, בדגש על המשפט הישראלי. עיונים השוואתיים קצרים אלה יאפשרו לנו לעמוד על החידושים שקבעו חכמי המשנה בעניין שומת נזקי גוף ועל המשמעויות הנובעות מהם לגבי התפיסה של טבע האדם ומקומו בחברה.¹²

ב. הדיון התיאורטי

ב.1. שתי דילמות עקרוניות

כיצד מעריכים את שוויה של יד שנקטעה או של רגל שנגדעה לעניין הפיצויים שישלם החובל לנחבל? בסעיף זה אדון בשתי דילמות מרכזיות, הפותחות צוהר לכמה אפשרויות עקרוניות. הדילמה הראשונה היא בין התמקדות בנזקים הממוניים של פגיעה בגוף לבין

INTRODUCTION TO JEWISH LAW OF THE SECOND COMMONWEALTH 165 (1978); Shamma Friedman, "The Plotting Witness and Beyond – A Continuum in Ancient Near Eastern, Biblical, and Talmudic Law", Birkat Shalom: Studies in the Bible, Ancient Near Eastern Literature and Post-Biblical Judaism 801, 819 (2008). לא רק במשנת רבי אליעזר ניתן למצוא עקבות לתפיסת פיצויים עונשיים הניתנים לנחבל. ראו אילן סלע, תשלומי הנזק של החובל בחברו במשפט העברי: בין דיני עונשין לדיני ממונות (דיסרטציה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, תשס"ח).

12 שאלה קרובה, שמפאת קוצר היריעה לא אדון בה כאן, היא היחס שבין פיצוי בגין נזקי גוף לבין פיצוי בגין גרימת מוות (עניין הידוע במשפט הישראלי כ"הלכת השנים האבודות", שהתחדשה בע"א 140/00 עובד המנוח אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ פ"ד נח(4) 486 (2004)). האם בעיני דיני הנזיקין גרימת מוות היא מקרה רחב יותר של גרימת חבלת גוף, כלומר לא פגיעה באיבר אחד אלא פגיעה באיברי הגוף כולם? או שמא גרימת מוות שונה באופן קטגורי מפגיעה באיבר מסוים שאינו כרוך בקיצור חייו של הנחבל? ראייה של אובדן חיים כשונה באופן קטגורי מנזקי גוף יכולה להשפיע בכיוונים מנוגדים על הפיצוי שיינתן. מצד אחד, היא עשויה להביא להגדלת הפיצוי, שכן לא רק אחד מאיברי הגוף נפגע אלא החיים עצמם. מצד שני, היא עשויה להביא להקטנת הפיצוי, אם מן הטעם שלא ניתן לכמת את שוויים של החיים עצמם, ואם מן הטעם שהנפגע אינו בין החיים ואינו כשיר לתביעה. לדיון בשאלת הפיצוי בגין גרימת מוות על פי המשפט העברי ראו ברכיהו ליפשיץ, "האין אדם מת ומשלם?", שנתון המשפט העברי ח, 153, 219 (תשמ"א); מיכאל ויגודה, "תקרת הפיצוי הניתן במסגרת ההליך הפלילי" (2016), ניתן לצפייה באתר היחידה למשפט עברי במשרד המשפטים: <https://www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/HavatDaat/Pages/Onashin.aspx>; ת"א 5380/03 רחלין נ' ציסין, פסקה 226 ואילך; ת"א (י-ם) 3169/01 בורנשטיין נ' ב"ח בלינסון, פסקה 33 ואילך.

התמקדות בנזקים הלא-ממוניים. הדילמה השנייה היא בין מתן פיצויי אחרים לפי סוג החבלה שנגרמה לבין מתן פיצויי המשתנה מנחבל לנחבל לפי מאפייני חייו האישיים. בהמשך, כאשר נדרש בשיטות המשפט השונות, העתיקות והמודרניות, נראה כיצד הן יצקו תוכן קונקרטי לאפשרויות הנובעות מדילמות אלה.

הדילמה הראשונה היא האם הפגיעה בגוף הנחבל תוערך על פי הנזקים הממוניים שנגרמו, או שמא על פי הנזקים הלא-ממוניים.¹³ לעניין זה הנזקים הממוניים באים לידי ביטוי עיקרי באובדן השתכרות, זמני או קבוע,¹⁴ וכן בהוצאות רפואיות הנגרמות לנחבל. הנזקים הלא-ממוניים יכולים להתבטא בכאב, בסבל, בכושה וכדומה. הדעת נותנת כי דילמה זו אינה מחייבת הכרעה בינארית, אלא היא מאפשרת שילובים במינונים שונים בין הנזקים הממוניים לבין הנזקים הלא-ממוניים.

הדילמה אם להתמקד בנזקים הממוניים או בנזקים הלא-ממוניים תשפיע על יחס הפיצוי הניתן במקרי נזק לאיברי גוף שונים. כך, למשל, מה בין פיצוי בגין קטיעת אצבע ביד לבין פיצוי בגין קטיעת זרת ביד? מנקודת המבט של הנזקים הממוניים, אנו עשויים להעריך פגיעות אלה באופן שונה, כאשר הן נבדלות זו מזו בהשפעתן על אובדן כושר ההשתכרות של הנחבל. לעומת זאת, מנקודת המבט של הנזקים הלא-ממוניים, ייתכן כי הכאב, הסבל והכושה חמורים באותה המידה אף אם הקטיעה היא של איברים חיוניים פחות לכושר ההשתכרות.

הדילמה גם תשפיע על יחס הפיצוי שיינתן לשני נחבלים שנגרמה להם אותה חבלה. נניח כי מעשה חבלה הביא לקטיעת אצבעותיהם של שני אנשים, האחד פועל טקסטיל המשתכר שכר מינימום והשני מנתח מצליח ששכרו מדורג בעשירון העליון. האם הפיצוי בגין שתי החבלות ראוי שיהיה זהה? התמקדות בנזקים הממוניים עשויה להוביל למסקנה שמכיוון שלשני הנחבלים רמות שכר שונות אזי הפגיעה באצבעותיהם מסבה להם נזקים שונים, ובהתאם הפיצויים שישולמו למנתח שאיבד את אצבעו אמורים להיות גבוהים לאין ערוך מאלה שישולמו לפועל קשה היום. לעומת זאת, התמקדות

13 מבחינת מינוח, יש להבחין בין "נזק רכושי/לא-רכושי" לבין "נזק ממוני/לא-ממוני", ובינם לבין "נזק מוחשי/לא-מוחשי". "נזק רכושי" הוא נזק הנגרם לרכוש. לפיכך, נזק שנגרם לגוף הוא "נזק לא-רכושי" (למעט נזק גוף שנגרם לעבד, בתקופה שבה מוסד העבדות היה קיים). "נזק ממוני" הוא נזק שיש לו תוצאות כספיות, בשונה מנזק "לא ממוני" שאין לו תוצאות כספיות ישירות. לפיכך, פגיעה באובדן השתכרות היא "נזק ממוני לא-רכושי", ואילו כאב וסבל הם "נזק לא ממוני לא-רכושי". לעומתם, "נזק מוחשי" הוא נזק שיש לו היבט פיזי, בעוד "נזק לא-מוחשי" הוא נזק שאין לו כל היבט פיזי, אף שהוא יכול להיות נזק רכושי ממוני (כגון נזק כלכלי טהור), או נזק גוף ממוני (כגון הפסד השתכרות שנגרם למי שנפגע בנפשו). ראו אליעזר ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה", ספר שמגר – מאמרים, חלק ג, 67 (2003).

14 בהמשך אדון בהבדל בין אובדן השתכרות לבין אובדן כושר השתכרות.

בנזקים הלא-ממוניים תביאנו לכאורה למסקנה כי אף שתלושי המשכורת שלהם שונים, בכל זאת שניהם סבלו באופן דומה ולפיכך ראויים להיות מפוצים בשיעור זהה. דוגמה זו תתחדד עוד יותר אם נצרף אל השולחן אדם שאינו עובד כלל ואשר נקטעה אצבעו (כגון פנסיונר שפרש מעבודתו). העמדת הפיצוי על אובדן ההשתכרות עלולה להוביל למסקנה כי לנחבל זה לא נגרם כל נזק,¹⁵ זאת בעוד העמדת הפיצוי על הנזקים הלא-ממוניים תלמדנו כי מצבו התעסוקתי של הנחבל אינו משפיע על חומרת הפגיעה בגופו.

צומת דרכים זו – אם בעת שומת נזקי גוף יש ליתן את הדגש על הנזקים הממוניים או על הנזקים הלא-ממוניים – אינה אלא השתקפות של שאלה יסודית יותר, אם אנו תופסים את ערכם של איברי גוף האדם כמכשירי השתכרות מניבי כסף, או שמא כבעלי ערך פנימי טבוע (אינטרזיני), שהחבלה בהם עומדת בפני עצמה ובמנותק מן השאלה מהו שיעור הפגיעה בהשתכרות.

הדילמה השנייה, הקשורה בראשונה אך מובחנת ממנה, היא אם אנו מניחים שלאיברי הגוף יש ערך אחד, עבור בני האדם בכללם, או שמא לכל אדם ערך שונה לאיברי גופו, התלוי במאפייני חייו האישיים. דילמה זו רלוונטית הן לגבי הנזקים הממוניים הן לגבי הנזקים הלא ממוניים. כך, למשל, האם לצורך חישוב אובדן ההשתכרות יש לבדוק את שכרו של הנחבל בתקופה שקדמה לפגיעה, איש איש לפי שכרו הקודם, או שמא לפי אמת מידה אחידה, כגון על פי השכר הממוצע במשק? בחירה בשיעור ההשתכרות האקטואלי של הנחבל משמעה שבעיני המשפט ידו של פסנתרן מצליח תהיה בעלת ערך רב מידו של פועל בניין. לעומת זאת, אימוץ אמת מידה אחידה לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות משמעו שבעיני המשפט ידו של אדם היא בעלת ערך קבוע שאינו תלוי במצבו התעסוקתי.

הוא הדין לגבי הנזקים הלא-ממוניים. אף לגביהם יש לשאול אם אנו מניחים כי תופעות כגון כאב, סבל ובושה בעקבות פגיעה גופנית זהות אצל כל אדם או שמא משתנות מאחד לרעהו. האם ראוי להגדיל את הפיצוי לאנשים בעלי סף נמוך יותר? האם בוישתם של אנשים מן המעמד הגבוה שנגרם נזק לגופם רבה מבושתם של אנשים מן המעמד הנמוך שנגרם להם נזק גופני דומה? האם אנשים שסיגלו תחביבים איכותיים (למשל נגינה בכינור), ושכעת אינם יכולים להמשיך לעסוק בהם, ראויים לפיצוי גבוה יותר בגין הסבל שבאובדן התחביב? שאלה זו אינה בהכרח אמפירית והיא אינה תלויה בניסויים ומדידות של עוצמות כאב, סף סבל ותודעת בושה, אלא היא שאלה נורמטיבית התלויה בהכרעה ערכית. אם יוכרע שכאב, סבל ובושה הם אישיים, ולכן גם הפיצוי בגינם צריך להשתנות מאדם לרעהו, נעמוד בפני אתגר נוסף – כיצד מודדים את ערכם המשתנה של כאב, סבל ובושה.

15 לצורך הדיון אני מתעלם לעת עתה מרכיב ההוצאות הרפואיות, שלכאורה אינו תלוי במצבו התעסוקתי של הנחבל.

אף כאן, צומת דרכים זו – אם להעדיף פיצוי קבוע בגין נזקי גוף או שמא פיצוי המשתנה מאדם לרעהו – מבטאת שאלה יסודית, אם בעיני המשפט ידו של עשיר וידו של עני, ידו של מבוגר וידו של ילד, בעלות ערך זהה או שונה. החלת פיצוי זהה בגין אותו נזק גוף, בלא תלות בגיל, מגדר, משלח יד, מוצא וכדומה, מלמדת כי בעיני דיני הנזיקין הכול שווים. לעומת זאת, תליית גובה הפיצוי במשתנים אלה מלמדת על תפיסה כי כל אדם עומד בפני עצמו ואינו דומה לזולתו, ובהתאם יש לקבוע את גובה הפיצוי שיינתן לו.

ב.2. פיצוי לאחור מעשה, הרתעה מלכתחילה והשפעות חלוקתיות

ניתן בטעות לחשוב כי שתי דילמות אלה משפיעות אך ורק על גובה הפיצוי שיינתן לאחר מעשה, בעקבות נזק הגוף שכבר נגרם. ברם, הניתוח הכלכלי של המשפט מלמדנו כי השפעתן תהיה גם לפני מעשה (ex ante) ולא רק אחריו (ex post). ההבדלים בין צורות השומה השונות יתבטאו לא רק בהיקף הפיצוי שהנחבל יקבל, אלא גם בזהותם של נחבלים עתידיים. הנה כמה דוגמאות שימחישו זאת.

מדי יום חברת פדקס משלחת בארה"ב כ-30,000 כלי רכב. כלי רכב אלה מעורבים בכשלוש תאונות מדי יום, ומדי כיומיים וחצי אחת מתאונות אלה מסתיימת בגרימת מוות או בנזקי גוף. סטטיסטיקה זו מלמדת כי בתוך תחשיב הוצאותיה על פדקס לשקלל את העלויות הגבוהות הכרוכות בפיצוי בגין נזקי גוף בעקבות תאונות שכלי הרכב שלה מעורבים בהן.¹⁶ כעת, נניח שבמחוז מסוים חברת פדקס מתלבטת אם לנתב את משאיותיה דרך שכונות יוקרה של לבנים בעלי ממוצע שכר גבוה או דרך שכונות עוני של אפרו-אמריקאים בעלי ממוצע שכר נמוך. נקל להבין, כי אם פיצויים בגין נזקי גוף יתבססו בעיקר על פיצוי בגין אובדן השתכרות, ואם אובדן השתכרות ייקבע על פי אמות מידה אישיות ולא על פי אמות מידה אחידות, אזי פדקס תהיה צפויה לשלם יותר בגין תאונות שתתרחשנה בשכונות יוקרה בהשוואה לתאונות שתתרחשנה בשכונות עוני. התוצאה תהיה שחברת פדקס תעדיף לנתב את משאיותיה דרך שכונות עוני ולא דרך שכונות יוקרה. לחלופין, אם לא תהיה לחברה אפשרות לבחור בין הנתיבים השונים, היא צפויה להורות לנהגיה להאט את נסיעתם שעה שהם עוברים דרך שכונות יוקרה, כדי להפחית את כמות התאונות "היקרות", ולהאיץ את נסיעתם שעה שהם עוברים דרך שכונות עוני, ובכך לחסוך זמן יקר גם במחיר גרימת תאונות "זולות". במילים אחרות, שיטת פיצוי המדגישה את הנזקים הממוניים, ועושה זאת על פי אמות מידה אישיות, תגרום בטווח הארוך לא רק לכך שעניים יפוצו פחות מאשר עשירים, אלא שעניים יינזקו יותר מאשר עשירים. ככל שיהיה "זול" יותר לגרום חבלה לגופם של עניים מאשר לגופם

של עשירים, כך צפוי שהתנהגויות רשלניות תימצאנה דווקא בסביבה של שכונות עוני ובקרב קבוצות חלשות אחרות; דיני הנזיקין יגרמו לעשירים להיות מוגנים יותר מאשר עניים ביחס לחבלות גוף. מכיוון שאין בכוחם של הפיזייתים בגין נזקי גוף להשיב את המצב לקדמותו באופן מלא, ומצבו של נחבל המקבל פיצוי גרוע ממצבו של מי שלא נחבל,¹⁷ אזי הדגשת מרכיב אובדן ההשתכרות במסגרת שומת נזקי גוף, תוך בחינתו על פי אמות מידה אישיות, לא רק תורמת לצילום הפערים החברתיים ולשימורם אלא אף להעמקתם.

דוגמה נוספת היא התופעה המוכרת כ־NIMBY (not in my back yard), אשר מתרחשת בהקשרם של מפעלים מזהמים. הממצאים מלמדים כי מפעלים אלה ממוקמים באופן בלתי־פרופורציונלי באזורים שתושביהם בעלי מעמד חברתי־כלכלי נמוך.¹⁸ על פי אחד ההסברים שניתנו לתופעה, הדבר קשור בדיני שומת נזקי גוף.¹⁹ נניח כי יזם מעוניין להקים מפעל חדש והוא מתלבט היכן לבנות את המפעל. הוא יודע כי יש סיכון מסוים שברכות השנים המפעל יתגלה כמזהם ופוגע בבריאות של תושבי הסביבה. לפיכך, הוא צפוי לשקלל את ההשפעה של נזקים סביבתיים אלה על תביעות בגין נזקי גוף שהשכנים צפויים להגיש נגדו.²⁰ אם הפיזייתים בגין נזקי גוף מעניק משקל מיוחד לאובדן ההשתכרות, ואם נניח שאובדן ההשתכרות יחושב לכל אדם לפי שכרו האישי, התוצאה הצפויה היא שהיזם יעדיף למקם את המפעל בסמוך לשכונות עוני, שתביעותיהן בגין נזקי גוף תהיינה בשיעורים נמוכים יותר, ולא בסמוך לשכונות יוקרה, שתביעותיהן בגין נזקי גוף תהיינה יקרות יותר.²¹ אף כאן ניתן לראות כיצד צורת השומה של נזקי גוף

- 17 הראיה, שאדם סביר יעדיף לא להיחבל בגופו מאשר להיחבל ולקבל פיצוי, כלומר הוא אינו אדיש לשאלה אם ייחבל ויפוצה או לא ייחבל. על כך ראו גם לעיל, ה"ש 3.
- 18 על תופעת NIMBY ראו למשל, Denis J. Brion, "An Essay on LULU, NIMBY, and the Problem of Distributive Justice", 15 BOSTON COLLEGE ENVIRONMENTAL AFFAIRS LAW REVIEW 437 (1987-1988); Alice Kaswan, "Distributive Justice and the Environment", NORTH CAROLINA LAW REVIEW 1031 (2002-2003).
- 19 הדעת נותנת שקיימים הסברים נוספים לכך, כגון יכולתם של תושבים בעלי מעמד חברתי־כלכלי גבוה להתנגד באופן אפקטיבי להצבת מפעלים מזהמים בשכונתם, בשונה מתושבים בעלי מעמד חברתי־כלכלי נמוך.
- 20 הניתוח לא ישתנה אף אם נניח, כמסתבר, שבעל המפעל יבטח את עצמו, ולא ישלם מכיסו לנפגעים מן הזיהום אלא חברת הביטוח היא שתפצה אותם. הטעם לכך הוא שכל שנזקי הגוף שהמפעל יגרם יהיו זולים יותר, כך הפרמיה שהמפעל ישלם לחברת הביטוח תהיה זולה יותר. לפיכך, גם תחת כיסוי ביטוחי יהיה לבעל המפעל אינטרס למקם את המפעל בקרבת אוכלוסיות חלשות (ראו אריאל פורת, "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה", אהרן ברק ודניאל פרידמן (עורכים) ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 149, 143 (2006).
- 21 לכך עשויות להיות השלכות עקיפות נוספות. לדוגמה, אוכלוסיות חלשות יותר צפויות להתקשות בגיוס עורכי דין מובילים שייצגו אותן, שכן הללו יעדיפו לייצג אוכלוסיות

משפיעה לא רק על שיעור הפיצוי שיקבלו מי שכבר נפגעו, אלא גם על השאלה מיהם הצפויים להיות נפגעים יותר מאחרים.²²

התוצאה בשתי דוגמאות אלה תשתנה אם דיני הנזיקין יאמצו אמות מידה אחידות יותר לשומת נזקי גוף. לדוגמה, אם אוברן כושר השתכרות יימדד על פי השכר הממוצע במשק, או אם פיצויים בגין נזקי גוף יינתנו בעיקר בגין הנזקים הלא-ממוניים (כאב וסבל) הנמדדים על פי אמות מידה אחידות ולא אישיות. על פי אפשרויות אלה, הפיצוי הניתן בגין נזקי גוף לא ישתנה לפי מעמדו הכלכלי של הנחבל. בתרחיש כזה חברת פדקס תהיה אדישה לשאלה אם משאיותיה יעברו בשכונות יוקרה או בשכונות עוני, ומנהל המפעל יבחר את מיקום המפעל שלו במנותק מן השאלה מה רמת ההכנסות של תושבי האזור.

דומה כי רבים יסכימו כי אין זה מן הראוי שדיני נזיקין יטילו חובת זהירות גבוהה יותר כלפי עשירים או בני מעמדות גבוהים. אכן, מבחינה פורמלית דיני נזיקין מטילים חובת זהירות אחידה, האדישה לשאלות של מגדר, מוצא ומעמד של ניזוקים פוטנציאליים. ברם, אם הפיצוי הכספי שיינתן בגין נזקי גוף צפוי להשתנות מנחבל לנחבל, וזאת כנגזרת של מעמד, מוצא וכדומה, התוצאה בפועל תהיה שדיני הנזיקין יעוררו רמת זהירות שונה ביחס לנחבלים שונים. דיני הנזיקין יתרמו בעקיפין לכך שאוכלוסיות חלשות תהיינה פגיעות יותר, ובכך יביאו לא רק לשימור הפערים החברתיים אלא אף להגדלתם.²³

הכרעה בשאלה זו תלויה במידה רבה בשאלה העקרונית הכללית, אם ראוי שדיני הנזיקין יעוצבו באופן שיתרום לצמצום הפערים החברתיים או שמא באופן שיהיה אדיש לשאלות של שוויון וצדק חלוקתי.²⁴ יש הטוענים כי אין זו מטרתם של דיני הנזיקין לתפקד כמכשירים לצמצום פערים חברתיים, יעד שאם מעוניינים לקדמו מן הראוי להשיגו באמצעות ענפי משפט המותאמים לכך במשפט הציבורי, כגון דיני מיסים ודיני רווחה וביטחון סוציאלי. לעומת זאת יש הטוענים כי אף המשפט הפרטי, ודיני הנזיקין

22 חזקות, שיתבעו פיצויים בשיעור גבוה יותר, ובכך יגדילו את שכר הטרחה שיקבלו. Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16), 690 דוגמה נוספת היא התקנת אמצעי בטיחות המיועדים להגנת עובדים. נניח שחברה פלוניית מחזיקה ברשותה שני מפעלים, באחד מצויים עובדי פיתוח הייטק ששכרם גבוה במיוחד, ובשני מצויים עובדי תעשייה טכניים ששכרם נמוך משמעותית. אם החברה יכולה להרשות לעצמה להתקין אמצעי בטיחות מיוחדים רק באחד משני המפעלים, נקל לשער כי אף שהיא לא תודה בכך במפורש היא תעדיף להתקין את אמצעי הבטיחות במפעל פיתוח ההייטק, ובכך לחסוך מעצמה תביעות יקרות בגין נזקי גוף, מאשר להתקין את אמצעי הבטיחות במפעל התעשייה הטכני, ובכך לחסוך מעצמה תביעות זולות.

23 אומנם באופן תיאורטי ניתן להשמיע טיעון כלכלי שלפיו אם נגזר על נזקי גוף שיתרחשו, עדיף שיקרו לעניים ולא לעשירים, למובטלים ולא לעובדים, שכן בכך יש כדי להקטין את הנזק לרווחה הכללית. ברם, רבים יסברו כי ההגינות והשוויון דורשים שלא לעודד פגיעה בעניים ושמירת יתר על עשירים.

24 ראו לעיל, ה"ש 4.

בפרט, ראויים להיות מגויסים למטרה של קידום שוויון וחלוקה צודקת יותר בחברה.²⁵ כאן לא באתי להכריע במחלוקת עקרונית זו, אלא רק להצביע על הזיקה ההדוקה שיש לה לשאלה כיצד ראוי לקבוע את שומת נזקי הגוף.

ג. משפט רומי

בכמה קובצי חוק מן העת העתיקה מקובל היה העיקרון של ענישת עין תחת עין בעקבות חבלה בגוף הזולת.²⁶ כך, למשל, בשנים־עשר הלוחות, הקודקס הרומי העתיק מן המאה החמישית לפנה"ס, העיקרון המנחה במקרי נזקי גוף הוא *lex talionis*, כלומר מידה כנגד מידה (עם אפשרות, במקרים מסוימים, של המרה מוסכמת על ידי שני הצדדים של הענישה בפיצוי כספי): "אם שיבר אבר (בגופו של הזולת) ולא הגיע אתו לידי הסכם (פיצויים), יהיה משפט הגמול".²⁷ מאוחר יותר, במאה השלישית לפנה"ס, הטיל המשפט הרומי על החובל חובת תשלום כספי לנחבל. לענייננו חשובים שני הכללים הבאים שפותחו במשפט הרומי, אשר התבססו על הבחנה בין הפיצוי שיינתן לאדון בגין נזקי גוף שנגרמו לעברו (או לבנו) לבין הפיצוי שיינתן לבן־חורין בגין נזקי גוף שנגרמו לו עצמו.²⁸

- 25 הטעונוים בעד רתימת דיני נזיקין לצמצום פערים חברתיים מבוססים, בדרך כלל, על תיאוריות של צדק חלוקתי. בצד זאת, ניתן גם לטעון כי דיני נזיקין שוויוניים יותר תורמים להגברת היעילות הכלכלית, ואולי גם עולים טוב יותר בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן (על כך ראו, Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16)). עניין זה חורג מגבולות היריעה הנוכחית. (695).
- 26 ראו למשל, דיני חמורבי, סעיפים 196-204. על כך ראו באופן כללי, ראובן ירון, "דין החובל בחברו במשפטי המזרח הקדום", פרקים ב (תשל"ד), 219; Daube, "Lex Talionis" (supra note 7); David Right, "Miscarriage, Talion, and Slave Injury in the Covenant Code and Hammurabi's Laws", JEFFREY STACKERT, BARBARA NEVLING PORTER, DAVID P. WRIGHT (EDS.) GAZING ON THE DEEP: ANCIENT NEAR EASTERN AND OTHER STUDIES IN HONOR OF TZVI ABUSCH 539 (2010). עם זאת, יש קובצי חוק מן המזרח הקדום שכבר בשלביהם המוקדמים הטילו על החובל חובה לפצות את הנחבל בתשלום כסף. ראו למשל, דיני חת, סעיפים 7-18; דיני אור־נמו, סעיפים 18-24; דיני אשנונה, סעיפים 42-47. על כך ראו גם Friedman, "The Plotting Witness" (supra note 11) 816.
- 27 לוח 8, על פי מאיר מינרבי, חוק שנים עשר הלוחות הרומי בעיני הרומאים עצמם 132 (2016). לעיון כללי בעקרון "עין תחת עין" ראו WILLIAM I. MILLER, AN EYE FOR AN EYE (2006).
- 28 על כך ראו למשל, WILLIAM W. BUCKLAND, A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN 585 (third ed. 1963); REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 1014 (1996); JOHN A CROOK, LAW AND LIFE OF ROME 198 (1967); ANDREW M RIGGSBY, ROMAN LAW AND

הכלל הראשון נקרא *lex aquilia*, ועניינו חובתו של המזיק לפצות את הבעלים בגין פגיעה ברכושו, לרבות עבדו, אשר פגיעה בגופו נתפסה כירידה בשווי נכסי בעליו. כלל זה חל רק על פגיעות פיזיות שגרמו לירידה בשווי של העבד.²⁹ לשם חישובו של הפיצוי נערכה השוואה בין שווי העבד לאחר החבלה לבין שווי קודם לחבלה.³⁰ מכוח כלל זה הוטלה חובת פיצוי גם בגין גרימת נזק גופני לילד, שאף הוא מצוי ברשות אביו (*patria potestas*), כשווי העבודות שהילד הנחבל היה יכול לעשות עבור אביו וכעת נמנע ממנו מחמת החבלה.³¹

הכלל *lex aquilia* אינו חל על גרימת נזקי גוף לבן-חורין, שכן איברי גופו לא נחשבו רכוש של אדם כלשהו. העיקרון המנחה בהקשר זה קבע "*liberum corpus nullam recipit aestimationem*", כלומר גופו של בן חורין אינו ניתן לביטוי במונחים כספיים.³² אף שגרימת נזק לגופו של בן חורין לא גררה פיצוי כדין פגיעה ברכוש, היו לה במשפט הרומי תוצאות משפטיות אחרות. הכלל שנקבע בהקשר זה נקרא *iniuria*, שעניינו פגיעה בכבוד הזולת. פגיעה בכבוד בן חורין הגוררת חובת פיצוי התפרשה ככוללת חבלה פיזית, שירת שירים פוגעניים, או מעשים אחרים, כגון חסימת דרכו של אדם במרחב הציבורי, מניעתו מלשבת במקום ציבורי או הפרעה בעת נאומו בפני בית משפט. התשלום שניתן לבן חורין שנחבל בגין פגיעה בכבודו לא היה בעל אופי פיצויי במובן המדויק של המילה, כמילוי הפסד כספי שנגרם, אלא כתשלום כללי בגין פגיעה בכבוד.³³ בשונה מפגיעה בבן חורין, פגיעה בעבד לא גררה פיצוי בגין פגיעה בכבוד.³⁴

THE LEGAL WORLD OF THE ROMANS 188 (2010); BARRY NICHOLAS, AN INTRODUCTION TO ROMAN LAW 216 (1972); GEORGE MOUSOURAKIS, FUNDAMENTALS OF ROMAN PRIVATE LAW 258 (2012).

- 29 דיגסטא 9.2.27.17. הוצאות לריפוי העבד נכללו במסגרת הפיזיים שהחובל צריך היה לפצות בהם את האדון.
- 30 לעניין זה קבע שווי הגבוה של העבד בשנה שקדמה לחבלה. כלל זה אומר דרשני, שכן הוא עלול להחמיר עם החובל (כגון שערכו של העבד ירד בתקופה שקדמה לחבלה), אך הדבר חורג מגבולות יריעה זו.
- 31 דיגסטא 9.2.5.3; דיגסטא 9.2.7.
- 32 השו"ב "בן חורין מי אית ליה דמי [=האם יש לו דמים, שו"ב?]!" (בבלי, בבא קמא פד, ע"א). כפי שנראה להלן, הגישה השלטת בין החכמים הייתה כי ניתן לאמוד את שווי איברי גופו של בן-חורין, אך לא את שווי חייו.
- 33 כללים מיוחדים נקבעו לחבלות שנגרמו בדרכים ספציפיות, כגון חפץ שנפל מקומה גבוהה וגרם חבלה בגופו של אדם שהלך תחתיה, אותו יש לפצות בגין הוצאותיו הרפואיות ואובדן הכנסותיו. ברם, הורגש כי לא יינתן פיצוי בגין צלקות שנגרמו לו וכן שאר פגיעות שאינן גורמות לנכות תפקודית, שכן אין שווי לגופו של בן חורין (דיגסטא 9.3.7).
- 34 האינסטיטוציות של גאיוס, 3.222. ברם, הוכרו מצבים שבהם אדם היכה עבד ובכך פגע למעשה בכבוד אדונו, כגון אדם שהלקה בפרהסיה עבדו של אדם אחר.

במסגרת הכלל הוכרו מצבים שבהם הפגיעה בכבוד נעשתה בניסיונות מחמירות, ועל כן הוטל פיצוי גבוה מהרגיל (*atrox iniuria*), לדוגמה על פגיעה שנעשתה בפרהסיה, או הכאה בפנים.³⁵ הוא הדין כאשר היו הפרשי מעמדות בין החובל לבין הנחבל, כגון אדם בעל מעמד נמוך שחבל בסנאטור, או עבד משוחרר שחבל בפטרונו.³⁶

בשונה מפיצוי בגין פגיעה ברכוש (*lex aquilia*), שלשם הטלתו היה די בקשר סיבתי ואשם, פיצוי בגין פגיעה בכבוד (*iniuria*) הותנה בכוונה של החובל לפגוע בנחבל. הטעם לכך נעוץ, כפי הנראה, בהנחה שבשונה מן הנזק הממוני, הקיים אף אם נגרם שלא בכוונה, רכיב עיקרי בפגיעה בכבוד הנחבל נגרם מן הכוונה של החובל לפגוע בו.

מבנה זה הוביל לתוצאה בעייתית שלפיה אין חובה לפצות בגין גרימת נזק גוף לכן חורין אם זו נעשתה באופן לא מכוון. עצם הירידה בשוויו הכלכלי של הנחבל נתפסה לא רלוונטית כשמדובר בנזק חורין. ואילו הפגיעה בכבודו נחשבה לא בת פיצוי שכן היא נעשתה שלא בכוונה. כך נוצר מצב שבו אדם שגרם נזק גוף באופן לא מכוון יהיה פטור אם גרם זאת לגופו של בן חורין, אך יהיה חייב אם גרם זאת לגופו של עבד. תוצאה זו עלולה אולי להיראות מוזרה לעינינו המודרניות. ברם, מנקודת מבטו של איש רומא בן התקופה תוצאה זו מבטאת את מעמדו השונה של אדם בן חורין, שגופו ואיבריו אינם ניתנים לתרגום למונחים כספיים כביכול היה בהמה נמכרת בשוק.

לסיכום, על פי המשפט הרומי גרימת נזק גוף לעבד גררה את החובה לפצות את אדוניו בגין הירידה בערך רכושו, על פי שיעור הירידה בכושר העבודה של העבד שנחבל ובהתאם למחירים בשוק העבדים. לעומת זאת, גרימת נזק גוף לבן חורין גררה את החובה לפצות את הנחבל בגין הפגיעה בכבודו. במילים אחרות, גרימת חבלה לגופו של עבד נתפסה כנזק ממוני (ירידת שווי), ואילו גרימת חבלה לגופו של בן חורין נתפסה כנזק לא ממוני (פגיעה בכבוד). הדבר מבטא את המקום המכונן שהתרבות הרומית הקלאסית העניקה לערך הכבוד, שהיה אחד ממושגי היסוד המארגנים את הסדר החברתי. "A pecking order defined by honour was natural to ancient authors [...] For faced with the need to establish the ranking-order of men with a variety of claims to standing, the ancient mind tended to convert their claims into the common currency of honour".³⁷

רקע זה של המשפט הרומי ישמש עבורנו נקודת מבט פורייה להבנת חידושם של חכמי המשנה בעניין שומת נזקי גוף. בעניינים מסוימים דרכם של חכמי המשנה דמתה לעמדת המשפט הרומי ובעניינים אחרים הם נקטו עמדה הפוכה בתכלית. אולם זאת

35 הקביעה כמה לפצות בגין פגיעה בכבוד הייתה מסורה לשיקול דעתו של השופט.

36 דיגסטא 47.10.7.8; האינסטיטוציות של גאיוס, 3.225.

37 JON E. LONDON, EMPIRE OF HONOUR, THE ART OF GOVERNMENT IN THE ROMAN WORLD, 34 (1997).

נעשה לא לפני שנפנה לעיין קמעא באופן שבו דיני הנזיקין בני זמננו (ובפרט המשפט הישראלי) מסדירים את שומת נזקי גוף, אשר מבחינות מסוימות הפוכים לגמרי לעקרונות שעליהם היו מבוססים ההסדרים במשפט הרומי.

ד. משפט מודרני

כיצד מפרש המשפט המודרני את משמעותם של נזקי גוף ומהן אמות המידה שהוא קובע להערכת שוויים? מטרת העיון הקצר (והלא ממצה) הנפרס בסעיף זה היא הצבעה על כמה מגמות מרכזיות המאפיינות את הדין הנוהג, עמידה על קשיים המיוחדים לו בעיקר בהיבט הצדק החלוקתי, ודיון בכמה הצעות לרביזיה נחוצה. לשם כך אתמקד במשפט הישראלי כמייצג מגמות מרכזיות במשפט המודרני, בתוספת השוואות אחרות למשפט האמריקאי.

ד.1. הדין המצוי

אדם הנמצא אחראי לנזק גוף שגרם לחברו חייב לפצותו בגין נזקיו הממוניים ונזקיו הלא ממוניים.³⁸ עם הנזקים הממוניים נמנים בעיקר אובדן כושר השתכרות והוצאות רפואיות. עם הנזקים הלא ממוניים נמנים בעיקר כאב וסבל.³⁹

בטרם נדון בשאלה כיצד נקבעים שיעוריהם של הנזקים הממוניים ושל הנזקים הלא ממוניים, חשוב לחדר את ההבדל העקרוני בין התפיסה המקובלת כיום לבין התפיסה

38 מאמר זה יתמקד בשאלת שיעור הפיצוי בגין גרימת נזקי גוף, ולא בשאלת האחריות לגרימתם. לפיכך, השאלה אם אחריותו של החובל תלויה בכוונתו לבצע את החבלה אינה מענייננו כאן (על כך ראו אהרן ברק, "הערכת פיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", עיוני משפט ט 243, 252 (1983)). עם זאת, יש שיטות שלעניין זה מבחינות בין האחריות לנזקים ממוניים, שאינה תלויה בכוונה להזיק, לבין האחריות לנזקים לא-ממוניים, התלויה בכוונה להזיק. כפי שראינו לעיל, זו העמדה שהייתה מקובלת במשפט הרומי, וכפי שנראה בהמשך זו גם העמדה המקובלת במשפט העברי לגבי פיצוי הבושת. לפיכך, לא ניתן להפריד לחלוטין בין שאלת שיעור הפיצוי לבין קביעת האחריות.

39 מפאת קוצר היריעה אתמקד רק באובדן כושר השתכרות וככאב ובסבל, ולא אדון בראשי נזק אחרים שיש לפצות בגינם, כגון עזרת צד שלישי וקיצור תוחלת חיים. בשיטות משפט אחרות מוכר ראש נזק נוסף הנקרא אובדן הנאות החיים (loss of amenities of life), אשר בפסיקה הישראלית הושמעו דעות שונות לגביו. ראו ע"א 773/81 עובון המנוח פרייליך נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 816, 827 (1982); ע"א 4022/08 אנגבה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור (פורסם בנבו, 21.10.2010). על כך ראו גם ריבלין, "פיצויים" (לעיל ה"ש 13), 47; ישראל גלעד, "בעקבות פסק דין עובון אטינגר – שאלת הפיצוי הראוי על נזקי 'השנים האבודות'", עלי משפט ד 47, 69-75 (2005); הצעת חוק דיני ממונות, התשע"ו-2011 סעיף 466(3).

שהייתה מקובלת במשפט הרומי שעמדנו עליה לעיל. כאמור, על פי המשפט הרומי, אנשים בני חורין אינם נחשבים רכוש ולא יבירי גופם אין שווי כספי. לפיכך, חבלה בגופם אינה גוררת חובה לפצותם בגין ירידת ערך או אובדן כושר השתכרות אלא בגין הנזק הלא ממוני שיש בפגיעה בכבודם. בשונה מכך, המשפט בן-זמננו רואה את נזקי הגוף הנגרמים לבני אדם בעיקר דרך העדשה של אובדן כושר השתכרותם. מנקודת המבט של דיני הנזיקין המודרניים, הנזק העיקרי של אובדן יד או רגל הוא פגיעה ביכולתו של אדם לעבוד ולייצר כסף.

כיצד קובעים את שיעור הפיצויים שיינתנו לנחבל? הנחת המוצא היא שהפיצויים בגין נזקי גוף צריכים להיקבע על פי אומדן אישי של כל נחבל בפני עצמו ולא בצורה תעריפית.⁴⁰ לפיכך, יש לאמור את אובדן ההשתכרות של הנחבל המסוים שלפנינו, וכן לקבוע את ערכם של הכאב והסבל הייחודיים שנגרמו לו. עם זאת, כפי שנראה להלן עניין זה מורכב יותר מכפי הנראה במבט ראשון, ובפועל תהליכי שומת נזקי גוף מכילים גם מרכיבים בעלי אופי תעריפי.⁴¹ חשיבותו של עניין זה תתברר בשעה שנדון בהשלכות שיש לדרכי השומה של נזקי גוף בהיבט הצדק החלוקתי. נעיין אפוא במאפייניהם של שניים מראשי הנזק העיקריים – אובדן כושר השתכרות וכאב וסבל – ובדרכי שומתם.

אובדן כושר השתכרות

קודם לאירוע הנזק הנחבל היה אדם עובד, המפרנס את עצמו ואת בני משפחתו, ובעקבות החבלה הדבר נמנע ממנו באופן מלא או חלקי, קבוע או זמני. לפיכך, יש לפצותו בגין אובדן ההשתכרות. לעיתים מדובר בנחבל שטרם יצא לשוק העבודה, למשל כשמדובר בילד או באדם צעיר שטרם מצא מקום עבודה קבוע. במקרה מעין זה אין מפצים בגין אובדן השתכרות, שכן הנחבל טרם הספיק להשתכר, אלא בגין אובדן כושר השתכרות, כלומר אובדן היכולת להשתכר באופן מלא.

מה הדין כאשר הנחבל לא עבד קודם החבלה ואף לא צפוי היה לצאת לעבוד בעתיד, כגון אדם שכבר פרש לגמלאות ולא צפוי היה לשוב לעבוד שכן הוא בעל גמלה טובה? דוגמה נוספת היא עקרת בית, שלא נהגה לעבוד ולא צפויה הייתה לצאת לעבוד. האם

40 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762: "דיני הערכת הנזק בנזיקין אינם מבוססים על גבול סטטוטורי עליון או על גבול סטטוטורי תחתון לשיעור הפיצויים. אין הם מבוססים על ממוצעים של שכר או על תעריפים של כאב וסבל".

41 כך, למשל, כפי שנראה להלן, כאשר משקללים בשומת נזקי גוף נתונים סטטיסטיים המתתייחסים לתוחלת שנות עבודה ולתוחלת שנות חיים מחיריים יסוד תעריפי אל תוך חישוב הפיצויים.

יש לפצותם בגין אובדן כושר השתכרות?⁴² יש הדוגלים ב"גישה המופשטת", שלפיה אמת המידה הרלוונטית היא כמה יכול היה הנחבל להשתכר אילו היה הנזק. ההנחה היא שכושר ההשתכרות הוא מעין נכס של האדם שיש לפצות בגין הפגיעה בו, וזאת אף אם האדם עצמו לא תכנן להשתמש בנכס זה. לעומת זאת, יש הדוגלים ב"גישה המוחשית", שלפיה אמת המידה הרלוונטית היא כמה צפוי היה הנחבל להשתכר אילו היה הנזק, ואין לפצות את הנחבל בגין אובדן כושר השתכרות אם ברור שהוא לא תכנן לצאת לעבוד.⁴³ בהמשך אשוב לעיין במשמעויותיה של הבחנה זו.

כיצד מחשבים את הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות? ככל שמדובר בנחבל שהיה בעל מקום עבודה מסודר, יש לקבוע מה היה כושר השתכרותו אילו הפגיעה, מה כושר השתכרותו בעקבות הפגיעה, ולחסר את השני מן הראשון. לדוגמה, אם אדם עבד כמפקח בנייה והשתכר 15,000 ₪ בחודש,⁴⁴ ולאחר החבלה ביכולתו לעבוד כשומר באתר בנייה ולהשתכר 5,000 ₪ בחודש,⁴⁵ אזי כושר השתכרותו נפגע בכ־10,000 ₪ לחודש. סכום זה יש להכפיל במספר שנות העבודה הצפויות לו. חישוב שנות העבודה הצפויות יכול להיעשות על בסיס גיל הפרישה הקבוע בחוק (במדינות שבהן נוהג גיל פרישה חובה),

42 שאלה זו אינה חלה על הפיצוי שעשוי להגיע להם בגין ראשי נזק אחרים שאינם קשורים לפגיעה בכושר ההשתכרות, כגון כאב וסבל, עזרת צד שלישי וכדומה. לפיכך, אף שהחבלה לא פגעה בהשתכרותה של עקרת בית, היא עשויה לתבוע פיצויים בשל הצורך לשכור את שירותיהם של אחרים שיבצעו את מלאכות הבית שהייתה מבצעת בעצמה (עזרת צד שלישי).

43 בעניין זה נחלקו השופטים בע"א 80/237 בר ששת נ' האשאש. על כך ראו ברק, "הערכת פיצויים" (לעיל, ה"ש 38), 256. דומה כי הכול יסכימו, שאם הנחבל לא עבד קודם החבלה ולא יכול לעבוד אחריה, כגון שהוא מרצה מאסר עולם, אין לפצותו בגין אובדן כושר השתכרות. שאלה קרובה היא לגבי נחבל שעבד במשרה מלאה, וטוען שיש לפצותו לא רק על אי־יכולתו להמשיך לעבוד במשרה מלאה, אלא גם בגין אי־יכולתו לעבוד שעות נוספות מעבר לכך. בהקשר זה נפסק כי פיצוי בגין שעות נוספות יינתן רק אם הוכח שהנחבל אכן נהג כדבר שבשגרה לעבוד שעות נוספות (ראו ההפניות שמביא דוד קציר, פיצויים בשל נזק גוף 80 (מהד' חמישית, תשס"ג).

44 בפועל החישוב מורכב יותר, שכן יש לשקלל מרכיבים של קידומים צפויים בדרגה, העלאות שכר עתידיות וכדומה.

45 לעיתים בית המשפט יתקשה לקבוע באופן ישיר מה כושר השתכרותו העכשווי של הנחבל, שכן הלה יהיה נתון בתקופה ארוכה של החלמה מן החבלה ולא ידוע מה יהיה כושר השתכרותו בסופה. במקרים כאלה בית המשפט עשוי להסתמך על שיעור הנכות הרפואית שנקבעה, ועל בסיסה לקבוע את שיעור הנכות התפקודית, וברוך זו להעריך את כושר ההשתכרות החדש. חלופה אחרת היא לפסוק סכום גלובלי בגין הפסד כושר השתכרות. על כך ראו ע"א 80/30 מ"י נ' אשר, פ"ד לה(4) 788, 791. גם כאשר בית המשפט בוחר לפסוק סכום גלובלי, עליו להפריד בין הסכום שנפסק בגין אובדן כושר השתכרות לבין הסכום שנפסק בגין כאב וסבל (קציר, פיצויים (לעיל, ה"ש 43), 495).

או על בסיס גיל הפרישה המקובל כפי שמתועד בטבלאות שמפיקות רשויות שונות המפרסמות סטטיסטיקות מעין אלה. גיל הפרישה של גברים ושל נשים שונה, ויש מדינות, כגון ארה"ב, המתחשבות בכך בחישוב מספר שנות העבודה הצפויות.⁴⁶ באותן מדינות גברים צפויים להיות מפוצים יותר מנשים בגין אותם נזקי גוף לא רק בשל פערי השכר לטובת גברים, אלא גם בשל התוחלת הגדולה יותר של שנות העבודה של גברים.⁴⁷

מרכיב נוסף בחישוב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות נובע מן הצורך בהיוון. שהרי על דרך הכלל הפיצוי משולם לנחבל מייד ובאופן חד-פעמי, כתחליף לשכר שאותו אמור היה להשתכר לאורך שנים רבות.⁴⁸ אם הנחבל יקבל מייד את מלוא הסכום שהיה אמור להשתכר בשנים הבאות נמצא כי הוא מתעשר מן החבלה על חשבוננו של החובל. כדי למנוע זאת נדרש היוון, שיתרגם את השווי של סכום השכר העתידי לפיצוי הניתן באופן מידי.

עד עתה עסקנו בחישוב אובדן ההשתכרות של אדם שקודם לחבלה היה משולב בשוק העבודה. כיצד מחשבים את אובדן כושר ההשתכרות של אדם צעיר שטרם החל לעבוד, או שטרם מצא עבודה קבועה? לשם כך יש להסתמך על טבלאות השכר המקובל שאותו אדם צפוי היה לקבל אילו נחבל. אלא שכאן עולה השאלה אם לצורך זה יש להשתמש בטבלאות שכר המותאמות למאפייני חייו האישיים של הנחבל או שמא בטבלאות שכר ממוצע במשק. כך, למשל, האם בעת השימוש בטבלאות שכר יש לשקלל את מגדרו של הנחבל? את דתו? את השכלתו? את מקום מגוריו? שאלות אלה

46 בישראל, לעומת זאת, נפסק בע"א 575/88 קריכלי נ' ביהם פ"ד (מג) 602, כי יש לחשב שנות עבודה זהות לגברים ולנשים.

47 לא רק ההיבט המגדרי עשוי להשפיע על חישוב שנות העבודה הצפויות. כך, לדוגמה, גיל הפרישה הממוצע של עצמאים גבוה מגיל הפרישה הממוצע של שכירים. כמו כן, בארצות שונות מקובל גיל פרישה שונה, באופן המעורר את השאלה אם תושב חו"ל שנחבל בישראל יהיה זכאי לפיצוי לפי גיל הפרישה המקובל בישראל או לפי גיל הפרישה המקובל בארץ מגוריו. חרף עקרון הפיצוי האישי, במקרים של פגיעה בתושב חו"ל העדיף בית המשפט להיצמד לסטטיסטיקות המקובלות בישראל. ראו למשל ת"א (ת"א) 2009/72 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"מ תש"ס(1) 226 (בבית המשפט העליון טענה זו נזנחה על ידי הנפגע; ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז(4) 449, 454). על כך ראו קציר, פיצויים (לעיל), ה"ש 43, 353.

48 קיימים יוצאים מן הכלל, שבהם רשאי בית המשפט להורות על תשלומים עיתיים. זאת בעיקר כשמדובר בנסיבות המקשות על חיזוי מצבו של הנחבל בעתיד, כגון מקרים של פגיעות קשות במיוחד, מקרים של נפגעים צעירים מאוד, או מקרים של נפגעים שמצבם עשוי להשתנות באופן רדיקלי. על כך ראו ע"א 357/80 (לעיל, ה"ש 40); ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ פ"ד מז(2) 718. חריגים מיוחדים נקבעו בעניינם של נפגעי תאונות דרכים, ראו סע' 6 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975; תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), התשל"ח-1978.

תהיינה בעלות משמעות רבה לקביעת גובה הפיצוי, שהרי ממוצע השכר של גברים גבוה משל נשים, של יהודים גבוה משל ערבים, של בעלי תואר ראשון גבוה משל חסרי תעודת בגרות, של תושבי המרכז גבוה משל תושבי הפריפריה, וכן הלאה על זו הדרך. נמצא אפוא כי ככל שהערכת אוכדן כושר ההשתכרות של ילד או של צעיר תתבסס על טבלאות שכר הרגישות למאפיינים מגדריים, דתיים, גיאוגרפיים וכדומה, כך ייווצר פער בין הפיצוי שיקבלו ילד מול ילדה, יהודי מול ערבי, תושב מרכז הארץ מול תושב הפריפריה. לעומת זאת, ככל שהערכת אוכדן כושר ההשתכרות תתבסס על טבלאות שכר ממוצע של כלל האזרחים, בלא הבדל מגדר, דת ואזור מגורים, כך הפיצוי הניתן לילד שנחבל יהיה זהה, בין ילד או ילדה, יהודי או ערבי, תושב המרכז או תושב הפריפריה. בעניין זה יש צדדים לכאן ולכאן. מצד אחד, אם הנחבל הוא ילדה בת-מיעוטים, שצפויה הייתה להשתכר שכר מינימום, מדוע מוצדק שהחובל יפצה אותה מעבר לכך לפי השכר הממוצע במשק? מצד שני, אם דיני הנזיקין יקבעו פיצויים גבוהים יותר לילדים יהודים תושבי מרכז הארץ מאשר לילדות ערביות תושבות הדרום, יהיה בכך כדי לקבע את הפערים החברתיים הקיימים בין גברים ונשים, יהודים וערבים וכדומה. בכך דיני הנזיקין יחזקו את תקרות הזכויות המגזריות והמגדריות המכבידות על ילדים צעירים, שאולי היו פורצים אותן לולא היו נחבלים ומגיעים להישגים גבוהים יותר מכפי שמנבאות הטבלאות הסטטיסטיות.⁴⁹

זוהי תמצית החידוש בפסק דין אבו חנא, שבו נידון עניינה של ילדה ערבייה מצפון הארץ שנפגעה בתאונה. בפסק הדין נקבע על ידי השופט ריבלין, כי ככל שמדובר בנפגע צעיר שטרם הספיק לכתוב את סיפור חייו, אין להעריך את אוכדן כושר השתכרותו על פי אמות מידה של בני דתו ומגדרו, ובכך כביכול לשעבד את עתידו לתקרות הזכויות שאליהן נולד, אלא יש להעריך את כושר השתכרותו על פי השכר הממוצע המקובל בחברה הישראלית,⁵⁰ המשקלל גברים ונשים כאחת, יהודים ולא יהודים.⁵¹ ובלשונו של השופט ריבלין:

49 כפי שראינו לעיל, קביעת פיצוי בגין נזקי גוף, אשר תהיה תלויה בשאלה אם הילד שנפגע הוא זכר או נקבה, יהודי או ערבי וכדומה, צפויה להשפיע לא רק בדיעבד אלא גם מלכתחילה. אם אכן גרימת נזקי גוף לילדים ערביים תהיה זולה יותר מגרימת נזקי גוף לילדים יהודיים, המשמעות עלולה להיות מתן תמריץ לנהגים לנהוג בחוסר זהירות בשעה שהם נמצאים באזורי מגורים ערביים.

50 עם זאת, עיקרון זה חל רק על אזרחי ישראל ולא על פלסטינים תושבי יהודה ושומרון. ראו ע"א 3991/09 מדינת ישראל נ' אבו סמרה (פורסם בנבו, 8.11.2010).

51 לדיון בשאלה אם ההצדקה לפסיקה זו מבוססת על שיקולי צדק חלוקתי, או שמא על תפיסה עשירה של שיקולי צדק מתקן, ראו אליעזר ריבלין וגיא שני, "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים", משפט ועסקים י (תשס"ט), 499.

לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי השתכרות שונים הקיימים בחברה הישראלית. לכולם הזכות לעשות כן. מתן פיצוי פחות בעבור פגיעות זהות אך בשל מעמד סוציו-אקונומי או השתייכות מגדרית או מגזרית אינו מתקן אפוא את הנזק שנגרם בעוולה. הוא מקבע מציאות היסטורית. הוא עצמו עוצר בעד מימושה של המציאות החדשה. הוא אינו מכיר בהיבט חשוב של ראש הנזק של "הפסד כושר השתכרות", קרי הגריעה מן האפשרות לחתור להגשמה עצמית, ששכרה בצדה, בתחום המקצועי.⁵²

כאב וסבל

בצד הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יש לפצות בגין נזקים לא-ממוניים כגון כאב וסבל. שיעורם של כאב וסבל עשוי להגיע לאחוזים נכבדים מתוך סך הפיצויים ואין מדובר בסכום סמלי שמשמעותו המעשית זניחה.⁵³ הערכת הפיצוי שיינתן בגין כאב וסבל אינה יכולה להיעשות בדרך דומה להערכת הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות, שהרי מטבע הדברים לא ניתן להשתמש בנתונים מספריים פשוטים, כגון תלושי משכורת קודמים של הנחבל או במחירים המקובלים בשוק למדידת כאב וסבל. כיצד ניתן אפוא לכמת במונחים כספיים את הנזק שהוא במהותו לא-ממוני? או כלשון השופט ש"ז חשין: "כיצד

52 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 51. צידה השני של גישה זו הוא שאם הנחבל הוא צעיר מרקע סוציו-אקונומי גבוה במיוחד, אין מתחשבים ברקע החברתי והמשפחתי שממנו הוא בא כדי להעניק לו פיצוי גבוה בגין אובדן כושר השתכרות, אלא מחשבים אותו על פי השכר הממוצע במשק (אלא אם הוכח ממאפייני חייו האישיים של הנחבל עצמו שהוא צפוי היה להשתכר שכר גבוה מהרגיל). ראו ע"א 9980/06 אטינגר נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 26.1.2009). כפי שכבר העירו, המגמה להשוות את בסיס הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות שיינתן לנפגע בן המיעוט הערבי ולהעמידו על השכר הממוצע במשק, אינה עולה בקנה אחד עם המגמה לחשב את שנות העבודה שהיו צפויות לנפגע בן המיעוט הערבי כבר מגיל 18, שכן הוא אינו צפוי לשרת בצה"ל, ולא מגיל 21 כשאר הישראלים החייבים בגיוס. ראו ע"א 8414/07 איהאב קסואני נ' אליהו חברה לביטוח (פורסם בנבו, 15.6.09); ע"א 08/3542 מנורה חברה ביטוח בע"מ נ' עובד המנוח עיסא מוחמד ז"ל (פורסם בנבו, 22.07.2010). על כך ראו אהוד גוטל, ליאת דאשט ויובל פרוקצ'יה, "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ", משפטים נ (טרם פורסם).

53 על כך ראו Neil Vidmar et al., "Jury Awards for Medical Malpractice and Post-Verdict Adjustments of Those Awards", 48 DePaul L. Rev. 265, 296 (1998); W. Kip Viscusi, "Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards?", 8 Int'l Rev. L. & Econ. 203 (1988).

זה אפשר להעריך במדויק או אפילו בקירוב בכסף או בשווה כסף את הכאב והסבל או הצער והבושה של אדם שנקטעה ידו או רגלו, או שמהלך על רגליו והדאגה מכרסמת אל לבו כי ימיו ספורים עלי אדמות".⁵⁴

באופן תיאורטי, היה רצוי לאמוד את שוויים של הכאב והסבל האישיים של כל נחבל בפני עצמו. הדרך שהייתה עשויה להגשים זאת היא באמצעות בדיקה כמה הנחבל עצמו מעריך את שווי הכאב והסבל שנגרמו לו, ועל יסוד זה לקבוע את שיעור הפיצוי שישולם לו.⁵⁵ דרך אחת לעשות זאת היא לאמוד כמה כסף היה הנחבל דורש לקבל כדי להסכים לספוג כאב וסבל דומים לאלה שנגרמו לו (willingness to accept).⁵⁶ דרך שנייה, המועדפת יותר על ידי חלק מן החוקרים, היא לאמוד כמה כסף היה הנחבל מוכן לשלם כדי להימנע מנשיאת כאב וסבל דומים לאלה שנגרמו לו (willingness to pay).⁵⁷ מחקרים מראים כי בני אדם ייטו לדרוש סכום כסף גבוה יותר כדי להסכים לסבול כאב וסבל, מאשר סכום הכסף שהיו מוכנים לשלם כדי להימנע מאותו כאב וסבל.⁵⁸ כדי לפשט את הבדיקה הוצע לאמוד זאת ביחס ליחידת זמן קצרה יחסית, כגון

54 ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו 1242, 1254. שאלה בפני עצמה, שאינה מענייננו כאן, היא אם יש לפצות בגין כאב וסבל אדם שאינו מודע לכאבו וסבלו, כגון אדם שהחבלה גרמה לו אוברן הכרה. ראו למשל ע"א 372/65 דהאן נ' פרנסיס, פ"ד יט(4) 192; ע"א 773/81 עיזבון המנוח רוברט פרייליך ז"ל נ' מ"י, פ"ד לו(4) 816. על כך ראו ברק, "הערכת פיצויים" (לעיל, ה"ש 38), 263; קציר, פיצויים (לעיל, ה"ש 43), 1010. חכמי התלמוד דנו בשאלה קרובה בהקשר המקרה של אדם המבייש את הישן ומתמכייש (בבלי, בבא קמא פו, ע"ב).

55 השוו דברי השופט פוזנר, Kwasny v. United States, 823 F.2d 194, 197 (7th Cir., 1987): "We disagree with those students of tort law who believe that pain and suffering are not real costs and should not be allowable items of damages in a tort suit. No one likes pain and suffering and most people would pay a good deal of money to be free from them. If they were not recoverable in damages, the cost of negligence would be less to the tortfeasors and there would be more negligence, more accidents, more pain and suffering, and hence higher social costs." על פי הניתוח הכלכלי, יש מקרים חריגים שבהם הנכונות לשלם כדי למנוע (או להקטין) סיכון אינה נחשבת כלי יעיל להערכת שוויו של הסיכון. על כך ראו Ariel Porat & Avraham Tabbach, "Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages", 13 AM. L. & ECON. REV. 45 (2011).

56 כדי לסבר את האוזן, נדמה בדיקה שבה יוצע לאדם סכום כסף אם יסכים להיכנס לזירה עם מתאגרף מקצועי שיהבוס בו ויגרום לו כאב ידוע מראש. הסכום שתמורתו הוא יסכים להיכנס לזירה ישקף את שווי הכאב והסבל בעיניו.

57 בהתאם לדוגמה בהערה הקודמת, נאמוד כמה אותו אדם, אשר נגזר עליו להיכנס לזירה עם מתאגרף מקצועי, יהיה מוכן לשלם כדי להיפטר מכך.

58 זאת, אולי, כחלק מנטייתם הכללית של בני אדם לדרוש יותר בעד מכירת דברים שבבעלותם (במקרה שלנו, תחושת נחוצות והיעדר כאב וסבל) ונכונותם לשלם פחות בעד רכישת אותם

כמה אדם מוכן לשלם תמורת מניעת כאב וסבל למשך חודש, ולהכפיל סכום זה בכמות יחידות הזמן אשר צפוי כי אותו אדם יסבול בהן מן החבלה.⁵⁹ על פי גרסה נוספת של הצעה זו, בית המשפט יעריך כמה אדם היה מוכן לשלם כדי לקנות ביטוח שישפה אותו אם יתממש סיכון (למשל של 1:10,000) של היווצרות כאב וסבל מסוימים. התוצאה שתתקבל תשקף את שווי של הסיכון לכאב וסבל. תוצאה זו תוכפל ב־10,000 וכך היא תשקף את שוויים של הכאב והסבל שנגרמו לו.⁶⁰ לצורת אומדן זו, על שלל גרסאותיה השונות, חסרונות אחדים.⁶¹ יש בה הרבה מן הספקולטיביות, שכן אין שוק אמיתי שבו אנשים משלמים כדי להימנע מכאב וסבל (ואף לא שוק שבו ניתן לרכוש ביטוח לשיפוי במקרי כאב וסבל).⁶² הדבר עלול לגרום לחוסר צפיות ולשונות רבה בין שופט אחד למשנהו (ואף לבזבוז זמן שיפוטי יקר). קשה מכך היא הבעיה של טשטוש ההבחנה בין

הדברים, נטייה הידועה כאפקט הבעלות (the endowment effect). על ההבדלים בין נכונות לשלם ונכונות לקבל ראו Ronen Avraham, "Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change", 100 NW. U. L. REV (2006) 87, 106; Mark Geistfeld, "Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries", 83 CAL. L. REV. 773, 822 (1995). Cf. W. Michael Hanemann, "Willingness to Pay and Willingness to Accept: How Much Can They Differ?" 81 AM. ECON. REV. 635 (1991); Elizabeth Hoffman & Matthew L. Spitzer, "Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications", 71 WASH. U. L. Q. 59, 66-84 (1993); EYAL ZAMIR & DORON TEICHMAN, BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 50 (2018)

59 לפולמוס המתנהל בשאלה אם לגיטימי להשתמש באומדן המבוסס על מכפלה של יחידות זמן Ronen Avraham, "Estimating Pain Suffering (per diem approach) Damages – Paths are Many, Loss is One", FRANCESCO PARISI (ed.) 2 THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 96, 102 (2017).

60 Geistfeld, "Placing a Price" (supra note 58). למשל, אם בית המשפט יעריך שאדם מוכן לשלם \$2 לביטוח שישפה אותו בהתממש סיכון של כאב וסבל בגין קטיעת אצבע (בהסתברות של 1:10,000), אז שווי של כאב וסבל בגין קטיעת אצבע יהיה \$20,000.

61 Avraham, "Putting a Price" (supra note 58), 90 8 AM. JUR. PLEADING AND PRACTICE FORMS ANNOTATED, Damages § 153 (2005); James O. Pearson, Jr., Annotation, "Per Diem or Similar Mathematical Basis for Fixing Damages for Pain and Suffering", 3 A.L.R. 4TH 940 (2005).

62 הדבר הקרוב ביותר לכך הוא מקצועות שבהם ניתן תשלום נוסף עבור סיכון בעבודה. תוספת זו משקפת את "שווי השוק" של הסיכון לגרימת חבלה, אשר מעבידים מוכנים לשלם ועובדים מוכנים לקבל. ברם, תוספת סיכון זו אינה מבודדת את רכיבי הכאב והסבל, אלא ניתנת גם עבור הנזקים הממוניים של החבלה. להסבר מדוע לא מתפתח שוק של ביטוח מפני כאב וסבל ראו Alan Schwartz, "Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis", 97 YALE LAW JOURNAL 353, 362-367 (1988).

אומדן הנזקים הממוניים לבין אומדן הנזקים הלא ממוניים, שהרי כשאדם מוכן לשלם עבור מניעת חבלה (או רוכש ביטוח שישפה אותו במקרה חבלה), הוא צפוי לשקלל לא רק את הכאב והסבל, אלא אף את שאר הנזקים הכרוכים בחבלה, כגון אובדן כושר השתכרות, ימי מחלה וכדומה.⁶³

חלופה אחרת, המקובלת בארה"ב, היא אומדן כללי של בית המשפט (או של חבר המושבעים) את ערכם של הכאב והסבל שנגרמו. מאליו ברור כי הדבר מבוסס במידה רבה על אינטואיציה. כך למשל מתוארת הנחיה למושבעים אמריקאים המתבקשים להעריך כאב וסבל:

In assessing damages, [...] the law allows you to award to plaintiff a sum that will reasonably compensate him for any past physical pain, as well as pain that is reasonably certain to be suffered in the future as a result of the defendant's wrongdoing. There are no objective guidelines by which you can measure the money equivalent of this element of injury; the only real measuring stick, if it can be so described, is your collective enlightened conscience. You should consider all the evidence bearing on the nature of the injuries, the certainty of future pain, the severity and the likely duration thereof.⁶⁴

נקל להבין את חסרונותיה של אפשרות זו. יש בה מן השרירותיות, המעלה את החשש שמא הפיצוי שייקבע יהיה נמוך משיעור הכאב והסבל שנגרמו לנחבל או גבוה ממנו.⁶⁵ כמו כן, היא מעצימה את השונות בין פסיקות של הרכבים שונים, אשר יעריכו כל אחד באופן שונה את הפיצוי בגין כאב וסבל שנגרמו בעקבות אותה חבלה.

חלופה אחרת היא אומדן הכאב והסבל בדרך תעריפית, המבוססת על סוג החבלה שנגרמה, שיעורי הנכות שנקבעו, משך ימי האשפוז וכדומה. כך, למשל, בכל הנוגע לתאונות דרכים נקבעו תקנות המורות על חישוב גובה הפיצוי בגין כאב וסבל בדרך מתמטית, הנגזרת מדרגת הנכות הצמיתה שנקבעה לנחבל וממשך ימי האשפוז הצפויים.⁶⁶

63 ראו 107, Avraham, "Putting a Price" (supra note 58), בהמשך נדון בדרך היחודית שבה חכמי התלמוד התמודדו עם קושי זה.

64 GRAHAM DOUTHWAITE, JURY INSTRUCTIONS ON DAMAGES IN TORT ACTIONS § 6-17 (2nd ed. 1988).

65 פיצוי יתר ופיצוי חסר בעייתיים הן במונחים של צדק מתקן (פיצוי לא הוגן בשל היותו נמוך מדי או גבוה מדי) והן במונחים כלכליים של הרתעה בלתי יעילה (הרתעת יתר או הרתעת חסר).

66 ראו תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), התשל"ו-1976.

בדרך זו ניתן גם לשקלל מרכיבים נוספים, כגון תרופות ומשככי כאבים שניתנו לנחבל, טיפולים פיזיותרפיים שעליו לעבור וכיוצא בזה, העשויים אף הם לשמש כמדדים עקיפים, בעלי אופי תעריפי, לשיעור הכאב והסבל שחווה הנחבל. בפועל נראה שגם בתביעות נזיקיות רגילות בתי המשפט פוסקים בדרך תעריפית דומה,⁶⁷ חרף הנחיית בית המשפט העליון להגביל את השיטה התעריפית למקרי תאונות דרכים.⁶⁸ אומדן תעריפי מעין זה נהוג בכמה מדינות אירופאיות בגרסאות שונות.⁶⁹

הדרך התעריפית אכן פותרת את בעיית חוסר האחידות בין ההרכבים השיפוטיים.⁷⁰ ברם, היא אינה פותרת לגמרי את בעיית השרירותיות, שכן אין קשר הכרחי בין פרמטרים כגון אחוזי נכות או ימי אשפוז לבין כאב וסבל. היא בוודאי מוותרת על אומדן הכאב והסבל הסובייקטיביים שאירעו לכל נחבל באופן אישי.

ד. 2. קשיים והצעות לפתרונם

עיון ביקורתי במנגנוני הפיצוי בגין נזקי-גוף המקובלים במשפט בן-זמננו מגלה כי הם תורמים לקיבוע הפערים החברתיים-כלכליים בין עשירים לבין עניים.⁷¹ אם נקבל שההשפעה של מבנה מנגנוני הפיצוי אינה רק ex-post אלא גם ex-ante, אזי משמעות הדבר כי הם אף תורמים להעמקת הפערים החברתיים-כלכליים.⁷²

נפתח בפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות. כאמור לעיל, בפסק דין אבו-חנא נקבע כי כאשר הנחבל הוא ילד אין לחשב את אובדן כושר השתכרותו על פי סטטיסטיקות של ממוצעי שכר המפולחות לפי מגדר, מגזר, מקום מגורים וכדומה, אלא יש להשתמש בטבלאות השכר הממוצע במשק. בית המשפט סירב אפוא להבחין בין הפיצוי בגין אובדן

67 ארנון דראל, "הבניית שיקול הדעת בקביעת הנזק הלא ממוני לנפגעי גוף", רפואה ומשפט 49 (2017) 10.

68 ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1) 765, 768.

69 לסקירה משווה ראו Giovanni Comandè, "Towards a Global Model For Adjusting Personal Injury Damages: Bridging Europe and The United States", 19 TEMPLE INT'L & COMP. L.J. 241, 279 (2005).

70 על כך ראו גם Randall R. Bovbjerg, Frank A. Sloan, James F. Blumstein, "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering", 83 NW. U. L. REV. 908, 976 (1988-1989).

71 ראו למשל צחי קרן-פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים באופן בלתי עקבי?) בשולי פסק הדין ע"א 2934/93 סרוק נ' הבאבו", עיוני משפט כח 299 (2004). ראו גם מאמריהם של אריאל פורת, ושל רונן אברהם וקימברלי יוראקו שידונו להלן.

72 ראו לעיל, ליד ה"ש 17, בעניין ההשפעה שעלולה להיות לדיני הנזיקין על הפיכת אוכלוסיות חלשות לפגיעות יותר.

כושר השתכרות שיינתן לילדה ערכייה מן הצפון לבין הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות שיינתן לילד יהודי מן המרכז (כשמדובר בחבלה דומה). בכך תרם בית המשפט להפיכת הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות הניתן לילדים שנחבלו לשוויוני.

ברם, אין לטעות כי פסק דין אבו־חנא הפך את מכלול רכיב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות לשוויוני. פסק הדין מתייחס אך ורק למקרה שבו הנחבל הוא ילד שעדיין אינו עובד, או צעיר שטרם מצא מקום עבודה מסודר. לעומת זאת, ככל שמדובר בנחבל בגיר, בעל מקום עבודה מסודר, אמת המידה לקביעת אובדן כושר השתכרותו תהיה רמת השתכרותו בתקופה שקדמה לפגיעה. לפיכך, הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות צפוי להיות גבוה יותר כשמדובר בגברים לעומת נשים, בתושבי המרכז לעומת תושבי הפריפריה, באנשים ממעמד גבוה לעומת אנשים ממעמד נמוך.⁷³ ככל שמדובר בנחבל שהוא אדם בוגר בעל מקום עבודה, זול יותר לגרום לקטיעת ידו של עני מאשר לקטיעת ידו של עשיר.⁷⁴

ניתן להמחיש זאת, באמצעות השוואה של מנגנון הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות במסגרת דיני הניזקין עם מנגנון הפיצוי שניתן במקרים מיוחדים של נפגעי טרור ופעולות מלחמתיות. כך, למשל, בעקבות הפיגוע במגדלי התאומים בשנת 2001 נקבע בארה"ב מנגנון פיצוי אחיד לכל קורבנות האירוע, ללא קשר להכנסתם הקודמת.⁷⁵ באופן דומה, גם בישראל אגף שיקום נכים במשרד הביטחון מעניק לנכי צה"ל תגמול עבור אחוזי

73 ככל הנוגע לפיצוי בגין נזקי גוף שנגרמו בתאונות דרכים נקבע הסדר שונה הממתן את פערי ההכנסות בין ניזוקים שונים. סע' 4(א)(1) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, קובע כי "בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואובדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק". לפיכך, אדם ששכרו קודם לתאונה היה פי חמישה מן השכר הממוצע במשק לא יזכה לפיצוי מלא בגין אובדן ההשתכרות שנגרם לו אלא רק כדי שילוש השכר הממוצע במשק. הסדר דומה נקבע בסע' 5 לחוק האחרייות למוצרים פגומים, התש"ם-1980. הסדר זה אינו מבטל את ההבדלים בין נפגעים שונים על פי רמות השכר שלהם, אך הוא ממתן אותם.

74 שאלה קרובה, אך חורגת מגבולות המאמר הנוכחי, נוגעת להשפעת פערים כלכליים-חברתיים על הפיצוי בגין הוצאות רפואיות. נניח שהחבלה הפכה את הניזוק לחולה הזקוק לשירותי סיעוד, ולכן הוא התאשפז במוסד סיעודי יקר בהתאם ליכולותיו הכלכליות הגבוהות. האם יש לפצותו בגין ההוצאות האקטואליות שנגרמו לו, או לפי התעריף של מוסד סיעודי ממוצע? בכל הנוגע לניזוק שהוא תושב חו"ל, נפסק כי יש לפצותו לפי מחירי הרפואה בארץ מוצאו (ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' ג'ון כהן, פ"ד מח(2) 705). על כך ראו בהרחבה קציר, פיצויים (לעיל, ה"ש 43), 657. בהמשך אדון בהתייחסותם של חכמי התלמוד והפוסקים לשאלה זו.

75 ראו Mike Steenson and Joseph Michael Saylor, "The Legacy of the 9/11 Fund and the Minnesota I-35w Bridge-Collapse Fund: Creating A Template for Compensating Victims of Future Mass-Tort Catastrophes", 35 Wm. Mitchell L. Rev. 524 (2008-2009); Avraham, "Estimating Pain Suffering" (supra note 59).

נכות שאינו תלוי במשכורתם הקודמת אלא במצבם הרפואי לאחר הפציעה (ובמידה מסוימת גם במצבם הסוציאלי), וכן נוהג המוסד לביטוח לאומי בתגמולי נכות לנפגעי פעולות איבה. יש שיקולים ברורים מדוע להעניק לנפגעים מפיגועי טרור או בעקבות שירות בצה"ל פיצויי אחיד התלוי אך ורק באחוזי נכות ולא בהשתכרות קודמת. הדבר יוצר האחדה בין שני לוחמים שנפצעו יחדיו בשירות מילואים, או בין שניים שעבדו יחדיו במגדלי התאומים, אף אם האחד עבד כמנהל השקעות והאחר כעובד ניקיון. לעניינינו יש בכך להמחיש עד כמה דיני הנזיקין הרגילים, המפצים את הנחבל בגין אובדן כושר השתכרותו, תורמים להדגשת הפערים הכלכליים בין קבוצות שונות בחברה.

בשונה מפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות, פיצוי בגין כאב וסבל יהיה בעל אופי אחיד יותר, ולכאורה לא יעניק משקל משמעותי לשאלה אם הנחבל שכואב וסובל מקטיעת ידו הוא איש או אישה, עשיר או עני. כפי שראינו לעיל, בתי המשפט נוהגים לקבוע פיצויים בגין כאב וסבל בדרך תעריפית, הנגזרת מסוג החבלה שנגרמה, אחוזי הנכות שנקבעו, משך ימי האשפוז וכדומה, בלא תלות בשאלת זהותו של הנחבל.⁷⁶ אכן, "אין ברמת החיים החומרית של ניזוק טרם הפגיעה כדי ללמד על מידת סבלו בנזקו. כאבו של העני אינו פחות בשל עוניו. אדרבא, הפיצויים בגין כאב וסבל מבטאים דווקא את אותם נזקים שאינם כספיים. אין דבר בין הסבל שהוא מנת חלקו של אדם שאינו יכול לקיים תקשורת משמעותית עם הקרובים לו לבין יוקר המחיה במקום מגוריו."⁷⁷

ברם, דבר זה אינו מדויק לגמרי, שכן אפילו אם כאב וסבל אכן ייקבעו בדרך מעין-תעריפית, בכל זאת צפויה להיות מידה מסוימת של השפעה לענייני מגדר, וזאת מן הטעם הבא. הפיצוי בגין כאב וסבל אמור לשקף את כאבו וסבלו של הניזוק לאורך משך חייו הנתורים (ככל שמדובר בכאב וסבל קבועים), ולעניין זה יש הבדל בין ניזוק צעיר, שנותרו לו שנות חיים רבות שבהן הוא צפוי לכאוב ולסבול, לבין ניזוק בגיל העמידה, ששנות הכאב והסבל הצפויות לו מעטות יותר. חישוב זה תלוי בטבלאות תוחלת חיים, המשתנות בין גברים לבין נשים.⁷⁸ מכיוון שתוחלת החיים של נשים גבוהה יותר, כאן דווקא צפוי כי נשים תקבלנה פיצוי גדול יותר בגין כאב וסבל. מכל מקום, למעט מרכיב

76 לדיון בשאלה אם במקרה של רשלנות רפואית שהביאה למות עובר יש להבחין בין האם לבין האב לעניין הפיצויים בגין הנזק הלא-ממוני, ראו ע"א 754/05 לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (5.6.2007).

77 ע"א 2597/09 עאזם עבד אללה סעיד דאהר נ' מדינת ישראל (25.10.2010) פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין. ראו גם ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' ג'זן כהן פ"ד מח(2) 705, 727 (8.5.1994).

78 במיוחד אמורים הדברים אם בטבלאות תוחלת החיים משולבים גם מאפייני פילוח לפי דת ומוצא, או השונות בין הפיצוי בגין כאב וסבל של נחבלים שונים תהיה גדולה עוד יותר. ראו קציר, פיצויים (לעיל, ה"ש 43), 2117.

זה של הברדלים בתוחלת החיים, אם כאב וסבל ייקבעו בדרך מעין-תעריפית, יחידת הבסיס צפויה להיות אחידה, ולא להבחין בין ניווקים שונים על פי מגדרם, מעמדם ומוצאם.

לעיל ראינו הצעה חלופית לחישוב כאב וסבל, על פי מידת נכונותו המשוערת של הנחבל לשלם כדי להימנע מכאב וסבל צפויים (או כדי לבטח את עצמו מפני הסיכון לכאב וסבל). על פי חלופה זו, הפיצוי שיינתן בגין כאב וסבל צפוי להיות תלוי במעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל, כלומר עשירים יקבלו פיצוי גבוה יותר בגין הכאב והסבל שייגרמו להם. זאת מכיוון שהנכונות של אדם לשלם כדי להימנע מכאב וסבל תלויה לא רק בעוצמת הכאב והסבל ובסף הרגישות שלו, אלא גם בעומק כיסו ובאופן שבו הוא מעריך את שוויו של הכסף. מי שכיסו מלאים צפוי להיות נכון לשלם יותר בעד מניעת כאב וסבל מאשר מי שכיסו ריקים.⁷⁹ לפיכך, התבססות על הערכתו העצמית של הנחבל את שווי הכאב והסבל ככלי לקביעת שיעור הפיצויים בגינם תוביל לכך שעשירים יפוצו יותר מעניים.⁸⁰ מטעם זה היה מי שהציע, כי ההערכה כמה היה הנחבל מוכן לשלם כדי להימנע מכאב וסבל תיעשה לפי אמת-מידה של אדם ממוצע, ולא לפי אדם במעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל הספציפי שלפנינו (עשיר או עני).⁸¹

לסיכום, נראה כי דרך החישוב של הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות גורמת לכך שנחבלים שונים יקבלו פיצויים שונים בגין אותה חבלה, איש איש לפי מאפייני חייו שאינם קשורים לתאונה שנגרמה, כגון מקום עבודה, מגדר, מעמד חברתי-כלכלי, מקום מגורים וכדומה. לעומת זאת, פיצוי בגין כאב וסבל צפוי להיות בעל אופי אחיד יותר, אשר רגיש פחות לשאלות של מגדר, מוצא ומעמד חברתי-כלכלי (אף שכאמור לעיל הדבר תלוי בסוג המנגנון שיאומץ לקביעת שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל).

האם העובדה שחלק מרכיבי הפיצוי – בעיקר פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות – מבדילים בין ניווקים שונים על פי מגדרם, מעמדם החברתי-כלכלי, מוצאם וכדומה מהווה קושי? האם יש פגם בכך שעשירים יפוצו יותר מעניים בגין אותה חבלת גוף? לכאורה הדבר אינו מהווה קושי עבור הדוגלים בגישת צדק מתקן והסבורים כי תכלית דיני הנזיקין היא להשיב על כנו את המצב ששרר בין שני הצדדים – החובל והנחבל – קודם להתרחשות הנזק, ואין זה מתכליתם לתקן עוולות חברתיות כלליות. על פי גישה

79 קביעה זו נכונה בין לפי מבחן הנכונות לשלם (willingness-to-pay) ובין לפי מבחן הנכונות לקבל (willingness-to-accept), שכן גם לפי האפשרות השנייה, המחיר שעני ידרוש לקבל תמורת נכונותו לסבול סבל כלשהו צפוי להיות נמוך מן המחיר שעשיר צפוי לדרוש תמורת אותו הסבל.

80 זאת בשל עקרון התועלת השולית הפוחתת, הגורם לכך שהשקלים האחרונים של בעל הממון שווים בעיניו פחות מאשר השקלים הראשונים (והיחידים) בכיסו של העני.

81 Geistfeld, "Placing a Price" (supra note 58) 123. כפי שנראה בהמשך, חז"ל הציעו דרך הפוכה בדיוק.

זו, צמצום פערים חברתיים הוא עניין למשפט הציבורי, העוסק בשאלות של חלוקה מחדש של העושר.⁸²

לעומת זאת, מבנה זה של פיצויים בגין נזקי גוף הוא בעייתי עבור הסבורים שמטרת המשפט הפרטי היא, בין השאר, לתרום לקידום צדק חברתי ולצמצום פערים חברתיים. על פי גישה זו, אם עשיר יפוצה בגין אותו נזק גוף בשיעור גבוה מעני, לא רק שהדבר יגרום לצילום הפערים החברתיים הקיימים ולקיבועם, אלא שהוא אף יתרום להגדלת הפערים החברתיים ולהעמקתם. זאת מן הסיבה שראינו לעיל, כי פיצוי נמוך יותר הניתן לקבוצות אוכלוסייה חלשות מבחינה כלכלית צפוי לגרום לכך שאוכלוסיות חלשות אלה אף יהיו בסיכון גבוה יותר להינזק בעתיד. יזמים יעדיפו לבנות מפעלים מזהמים בצד שכונות עוני, וחברות הובלה יעדיפו לנתב את משאיותיהן בכבישים העוברים בעיירות חלשות. פיצוי בשיעור נמוך יותר לאוכלוסיות חלשות צפוי להפוך אותן לפגיעות יותר ולכן לחלשות עוד יותר.

אולם לאמיתו של דבר, לכשנעייין שוב בדבר נגלה כי המבנה האמור של פיצויים בגין נזקי גוף עלול להימצא בעייתי גם עבור התומכים בדיני נזיקין המבוססים על עקרון הצדק המתקן, כלומר דיני נזיקין שעניינם תיקון העוול שנוצר והשבת המצב לקדמותו. זאת מכיוון שעלינו לשוב אל השאלה איזו משמעות אנו מייחסים לנזק שנגרם למי שנפגע באיברי גופו. ההנחה שעשיר שידו נקטעה ניזוק יותר מעני שידו נקטעה מבוססת על הנחה מקדמית, מטריאליסטית בטיבה, שלפיה ערכם של איברי גוף האדם ראויים להימדד על פי כושר ההשתכרות שהם יכולים להניב. איברי הגוף הם בעלי ערך מכיוון שהם מאפשרים לבעליהם להרוויח כסף. אך האומנם אומדן המבוסס על אובדן כושר ההשתכרות הוא הדרך המתאימה להענקת משמעות משפטית לחבלה שאירעה? האומנם לעני שנקטעה ידו נגרם פחות נזק מעשיר שנקטעה ידו, או שמא לאיברי הגוף יש ערך טבוע מצד עצמם? נניח, לצורך הדיון, כי העני שידו נקטעה בתאונה הוא כנר מחונן, שכעת אינו יכול להמשיך לעסוק ביצירה המוסיקלית. האם העובדה שתלוש המשכורת שלו נמוך משמעותית משל שכנו הבנקאי העשיר הופכת את הפגיעה בידו לזולה יותר ולחשובה פחות? ואם אותו עני שנקטעה ידו אינו אומן מחונן אלא אדם פשוט, בעל משפחה, תאב חיים, שכעת חייו השתנו לבלי הכר, האם ראוי לסווג את הפגיעה בו כזולה יותר רק משום שמנקודת המבט הכלכלית חייו כביכול שווים פחות מחיי העשיר? במילים אחרות, בחינת נזקי גוף דרך הפריזמה של אובדן כושר השתכרות מבטאת גישה מטריאליסטית, מולה ניתן להציב חלופות אחרות שמייחסות ערך טבוע, לא אינסטרומנטלי, לאיברי גוף האדם, באופן שישנה את המבנה הרצוי של פיצויים בגין נזקי גוף אף אליבא דגישת הצדק המתקן.⁸³

82 על כך ראו לעיל, ה"ש 4.

83 ובלשונו של פורת, "שנים אבודות" (לעיל, ה"ש 20), 154: "מסתבר אם כן שגם מנקודת מבט

סיבות מעין אלה הובילו להעלאת כמה הצעות לעריכת רביזיות בדרכי שומת נזקי גוף. לצורך מאמר זה חשובות במיוחד שתי ההצעות הבאות. על פי הצעתם של רונן אברהם וקימברלי יוראקו, אף במקרה של נחבל שהיה בעל מקום עבודה קבוע, ראוי שהפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יחושב על פי השכר הממוצע במשק, ולא על פי תלוש המשכורת שהיה לו קודם לאירוע הנזק.⁸⁴ על פי הצעתם, לשם כך יש להשתמש בטבלאות מעורבות של השכר במשק (blended tables), כלומר טבלאות שאינן מפולחות לפי הברלי מגדר, מגזר, דת וכדומה.⁸⁵ שימוש בטבלאות מעורבות של השכר הממוצע במשק ביטיח כי הפיצוי בגין אובדן השתכרות יהיה אחיד, ומנקודת מבט זו שוויה הכלכלי של יד יהיה זהה בין אם מדובר בידו של עשיר או של עני, של איש או של אישה.⁸⁶ על פי הצעתם, גם בעת חישוב תוחלת שנות העבודה הצפויות של הנחבל

שלאחר מעשה, המתמקדת בפיצוי של הניזוק ובתיקון מצבו, קשה להצדיק שיטת פיצוי בגין נזקי גוף שהפסד ההשתכרות של הניזוק במרכזה. הפיצוי חייב להיות בגין הנזק לגוף, והפסד ההשתכרות אינו צריך להיות יותר מאשר שיקול אחד העשוי, במקרים מסוימים, להביא לידי הגדלת הפיצוי. אובדן יד הוא אובדן יד לעני כלעשיר, לערבי כליהודי, לאיש כלאשה, גם אם יש שוני ניכר ביכולת ההשתכרות שלהם.⁸⁷

ניתן אומנם לטעון, כי אף אם מבחינת ערכם הטבוע אין הבדל בין יד עשיר לבין יד עני, בכל זאת מכיוון שאנו מפצים אותם בכסף ראוי להעניק כסף רב יותר לעשיר שנקטעה ידו מאשר לעני שנקטעה ידו. הטעם לכך הוא עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף, הגורם לכך שהעשיר מעריך את השקלים הניתנים לו בשיעור נמוך יותר מההערכה של העני לאותם שקלים. לשון אחר, כדי להעניק להם אותה רמת רווחה, יש לתת לעשיר כסף רב מאשר לעני. טיעון זה מצריך התמודדות מקיפה יותר בענפי משפט נוספים. כך, למשל, האם כאשר עשיר ועני גנבו סכום כסף זהה, יש להטיל על העני עונש חמור מזה המוטל על העשיר, שכן במונחי התועלת השולית הפוחתת העני מייחס לסכום שגנב ערך גבוה מן הערך שמייחס לו הגנב העשיר? דיון זה חורג מגבולות היריעה הנוכחית.

84 Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16), 666
 Kimberly A. Yuracko and Ronen Avraham, "Valuing Black Lives: A
 Constitutional Challenge to the Use of Race-Based Tables in Calculating Tort
 Damages", 106 CALIF. L. REV. 325 (2018). לניתוחים בכיוון דומה ראו שם, עמ' 682.
 ראו גם קרן פז, "כיצד דיני הפיצויים" (לעיל, ה"ש 71), 311.

85 על פי הצעתם של Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16), 727,
 הטבלאות המעורבות לא יישמשו כחוקה הניתנת להפרכה (כלומר, שניתן
 יהיה לסטות מהם אם יוכח שהנפגע הוא בעל כושר השתכרות גבוה יותר או נמוך יותר)
 אלא כחוקה חלוטה.

86 מי שעדיין יהיה מעוניין בפיצוי גבוה מזה שיינתן לו על פי דין, פיצוי שישקף את אובדן
 ההשתכרות האקטואלי שלו, יוכל לקנות ביטוח פרטי מפני תאונות ואובדן כושר השתכרות
 (בדומה לביטוח הפרטי שאומנים וספורטאים רוכשים עבור איברי הגוף החיוניים במיוחד
 לקריירה שלהם).

יש להשתמש בטבלאות מעורבות, המשלכות את שני המגדרים וכן מוצאים שונים, ובכך יתקבל מכפיל שוויוני לגברים ולנשים, ללבנים ולשחורים.⁸⁷

אכן, לאחרונה חוקקה מדינת קליפורניה הוראה האוסרת על התחשבות במגדר, גזע ומוצא במסגרת חישוב אובדן כושר השתכרות וקביעת שיעור הפיצויים בגין נזקי גוף. זאת כדי שדיני הנזיקין לא יתרמו להנצחת הפערים הכלכליים בין המגזרים השונים:

Estimations, measures, or calculations of past, present, or future damages for lost earnings or impaired earning capacity resulting from personal injury or wrongful death shall not be reduced based on race, ethnicity, or gender.⁸⁸

בהקשר זה יש לשאול אם כדי להגיע לפיצוי אחיד בגין אובדן כושר השתכרות ראוי להחיל את הממוצע הכללי במשק, או שמא את השכר הממוצע של קבוצות גבוהות יותר (למשל, השכר הממוצע בקרב גברים לבנים), או לחלופין את השכר הממוצע של קבוצות חלשות יותר (למשל, השכר הממוצע בקרב נשים שחורות, או שכר המינימום

87 האנלוגיה הבאה הובאה כדי להבהיר את ההיגיון שיש בקביעת אמת מידה אחידה לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות. כאשר נהג גורם תאונת דרכים, מקובל שחברות הביטוח מעלות את הפרמיה שהוא ישלם מכאן ואילך. הפרמיה החדשה שהנהג יצטרך לשלם אינה תלויה בשאלה אם הוא פגע באיש או באישה, בעשיר או בעני. במילים אחרות, חברות הביטוח מתמחרות את התאונה על פי אמת מידה אחידה. וטעם הדבר הוא, כפי הנראה, משום שהשאלה אם הנהג פגע באיש או אישה, בעשיר או עני, נראית מקרית, ואינה מלמדת על מחיר הסיכון הנשקף מנהג זה לסביבה (ובעקיפין לחברת הביטוח). לפיכך, טוענים אברהם ויוראקו, גם בתי המשפט אמורים לנהוג באופן זהה, ולהטיל חובת פיצוי אחידה בגין גרימת אובדן כושר השתכרות, בלא תלות בשאלת זהותו של הנפגע. על כך ראו Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16), 718, ברם, אנלוגיה זו נראית בעייתית. שהרי חברות הביטוח גם יגדילו את הפרמיה של הנהג הפוגע בלי תלות בשאלה אם הוא גרם לקטיעת אצבע אחת של הנפגע או שלוש אצבעות, זאת בזמן שברור שדיני הנזיקין צריכים להתאים את שיעור הפיצוי לסוג הפגיעה שנגרמה. וטעם הדבר ברור. חברת הביטוח מגדילה את הפרמיה שישלם הנהג הפוגע לא כדי לפצות כראוי את הנפגע הנוכחי, אלא כדי לממן את הפיצויים שהיא תשלם לנפגעים עתידיים. לפיכך, אין זה משנה אם הנהג פגע באיש או באישה, גרם לקטיעת אצבע אחת או שלוש אצבעות; דרגת הסיכון שהתנהגותו משקפת זהה. לעומת זאת, בתי המשפט מטילים על החובל חובת פיצוי שמטרתה השבת המצב לקדמותו, ולפיכך כשם שסוג הנזק רלוונטי לקביעת שיעור הפיצוי כך גם זהותו של הנפגע ומאפייני חייו עשויים להיות רלוונטיים.

88 Section 3361 to the Civil Code (July 30, 2019).

ניתן לצפייה כאן: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200SB41.

חוקקה דומה התקבלה במדינת אורגון, בחודש מרץ 2018. ניתן לצפייה כאן: <https://olis.leg.state.or.us/liz/2018R1/Measures/Overview/HB4008>.

במשק). כל אחת מאפשרויות אלה תביא לאחידות בפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות, אך ברמות שונות של שכר. לדעת אברהם ויוראקו, עדיף לאמץ את השכר הממוצע הכללי במשק כאמת מידה לפיצוי, ולא ממוצע שכר גבוה (למשל בקרב גברים לבנים), או ממוצע שכר נמוך (למשל בקרב נשים שחורות).⁸⁹ אימוץ ממוצע גבוה יעלה את עלויות הפיצוי ויגרום להרתעת יתר. אימוץ ממוצע נמוך יוריד את עלויות הפיצוי ויגרום להרתעת חסר. לעומת זאת, אימוץ השכר הממוצע במשק יגרום לכך שלעיתים הנחבל יפוצה יותר משכרו הקודם ולעיתים הוא יפוצה פחות משכרו הקודם, ומכיוון שאלה יקוּזו באלה בסך הכולל הפיצוי יהיה מאוזן.⁹⁰

הצעה שונה העלה אריאל פורת, שעניינה העברת מרכז הכובד מפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות לפיצוי בגין כאב וסבל. לאור מה שראינו לעיל, כי פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות מעצים את השוני בין נחבלים שונים על פי מוצאם, מגדרם ומעמדם הכלכלי, ואילו פיצוי בגין כאב וסבל מדגיש את האחידות האנושית ובכך תורם לפיצוי שוויוני יותר, מציע אריאל פורת להקטין את המשקל של רכיב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות ולהגדיל את רכיב הפיצוי בגין כאב וסבל. בדרך זו, הפיצוי בגין נזקי גוף יהיה אחיד יותר, ורגיש פחות למעמד החברתי-כלכלי של הנחבלים. לדעת פורת, הטעם בעד הפחתת החשיבות של רכיב אובדן כושר ההשתכרות אינו רק קידום שוויון וצמצום פערים חברתיים, אלא גם הבנה כי המשמעות המרכזית של נזק גוף היא פגיעה בערך הטובע של שלמות הגוף, ולא רק אובדן כושר ההשתכרות. על פי גישת אריאל פורת:

89 Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16), 726.

90 ניתן להציע דרך שונה שתגשר בין חובתו של החובל לשלם לפי שיעור ההשתכרות הנמוך שהיה לנחבל לפני החבלה (ולא מעבר לכך) לבין הרצון לתת לנחבל פיצוי שוויוני שלא יהיה תלוי במעמדו החברתי-כלכלי, במגדרו או במוצאו. על פי הצעה זו, החובל ישלם מכיסו לפי שכרו של הנחבל קודם קרות הנזק. וכדי להגדיל את הפיצוי שהנחבל יקבל ולהשוותו לשכר המוצע במשק, המדינה תשלם את הפיצוי ותשווה אותו לפיצוי הניתן לנחבלים השייכים למעמדות מבוססים יותר. בדרך זו, כך ניתן לטעון, הסבסוד של השכבות החלשות ייעשה מן הקופה הציבורית, ולא ייפול על כתפי החובל הספציפי שבמקרה איתרע מזלו לפגוע בנחבל מעוט יכולת. ברם, כפי שמציינים Avraham and Yuracko, "Torts and Discrimination" (supra note 16), 728, פתרון מעין זה אומנם ייצור מצב שוויוני ex-post, כלומר הנחבלים יפוצו באופן שווה בגין נזקי גוף שכבר נעשו, אולם מנקודת מבט תמריצית, המבקשת למנוע פגיעות עתידיות, יש חשיבות שהמזיקים הפוטנציאליים הם שיישאו במלוא עלויות הפיצוי המוגדלות שיינתנו לאותם נפגעים. שאם לא כן, והחברה היא שתישא בהגדלת הפיצוי הניתן להם, עדיין למזיקים פוטנציאליים יהיה "זול" יותר לפגוע בניזוקים חלשים, ולכוון את הפגיעות הרשלניות שלהם דווקא כלפי אוכלוסיות חלשות אלה.

"אין כל הצדקה שפיצוי בגין נזקי גוף יתבסס בעיקר על הפסד השתכרות. הפיצוי בגין נזקי גוף צריך להינתן על הנזק לגוף, ולא על הפגיעה ביכולת ההשתכרות של הניזוק".⁹¹

חשוב לחדד את ההנחה הסמויה של הדין הנוהג הנחשפת בין קפלי טיעונו של אריאל פורת: המרכיב המבדיל בני אדם אלה מאלה ומדגיש את השונות ביניהם הוא כושר ההשתכרות, ואילו המרכיב המדגיש את האחידות האנושית ואת הדמיון בין בני אדם הוא הכאב והסבל. רוצה לומר, ההיבטים הממוניים הם המבדילים אותנו איש מרעהו, ואילו ההיבטים הנפשיים הם המבליטים את האחידות האנושית. כפי שניווכח בהמשך, חכמי המשנה מציגים תמונת עולם הפוכה בתכלית.

ה. משפט עברי

הסקירות והניתוחים שערכנו לגבי שיטות המשפט השונות יסייעו בהבנה מעמיקה יותר של משמעות הכללים שקבעו חכמי המשנה בעניין שומת נזקי גוף. אומנם עיקר מעייניי יהיו נתונים להבנת דין המשנה כשלעצמו, אולם עמידה בתמצית על עיקרי החוק המקראי בעניין נזקי גוף חשובה להבנת חידושם של חכמים.

בספר שמות מופיעות שתי הוראות המתייחסות לשני מקרים של נזקי גוף. המקרה הראשון מתואר כך:

וְכִי יִרְיֶבֶן אֲנָשִׁים וְהָכָה אִישׁ אֶת רֵעֵהוּ בְּאֶבֶן אוּ בְּאֶגְרֵף וְלֹא יָמוּת וְנָפַל
לְמִשְׁכָּב. אִם יָקוּם וְהִתְהַלֵּךְ בַּחוּץ עַל מִשְׁעַנְתּוֹ וְנָקָה הַמֶּכֶה רַק שִׁבְתּוֹ יִתֵּן
וְרִפְאָ וְרִפְאָ (שמות כא 18-19).

הווי אומר, אם הנפגע לא ימות אין על המכה דין מוות, אלא תשלומי שבת בעד הימים שהנחבל נאלץ לשבת בביתו ולא לעבוד, וכן דאגה לצרכיו הרפואיים.

בהמשך הפסוקים מתוארת חבלה נוספת, כפי הנראה חמורה יותר, הגורמת לנחבל אובדן איברים, כלומר נכות קבועה.⁹² בהקשר זה התורה קובעת כי אם הנחבל מת או איבד אחד מאיבריו, יש להעניש את החובל מידה כנגד מידה:

וְאִם-אֶסֶן, הֲיִיהַ וְנִתְתָּהּ נִפְשׁ תַּחַת נִפְשׁ. עֵינַי תַּחַת עֵינַי שֵׁן תַּחַת שֵׁן יָד תַּחַת
יָד רֶגֶל תַּחַת רֶגֶל. כֹּוִיָּה תַּחַת כֹּוִיָּה פָצַע תַּחַת פָּצַע חֲבוּרָה תַּחַת חֲבוּרָה
(שמות כא 23-25).

הציווי להענשת החובל בדרך של מידה כנגד מידה מופיע אף בספר ויקרא.⁹³

91 פורת, "שנים אבודות" (לעיל, ה"ש 20), 145.

92 חבלה זו מוזכרת בהקשר גרימה להפלת עובריה של אישה הרה.

93 "וְאִישׁ כִּי יִתֵּן מוֹם בְּעַמִּיתוֹ בְּאֶשֶׁר עָשָׂה בֶן יַעֲשֶׂה לוֹ. שֹׁבֵר תַּחַת שֹׁבֵר עֵינַי תַּחַת עֵינַי שֵׁן תַּחַת שֵׁן רֶגֶל תַּחַת רֶגֶל כֹּוִיָּה יִתֵּן מוֹם בְּאָדָם בֶּן יִתֵּן בּוֹ" (ויקרא כד 19-20).

אומנם ניתן לקרוא שתי הוראות אלה כמתייחסות למקרים שונים, המקרה האחד עניינו הכאה באבן או באגרוף, אז יש לשלם לנחבל תשלום שבת והוצאות רפואיות, והמקרה השני עניינו גרימת נכות קבועה, אז יש להעניש את החובל בדרך של מידה כנגד מידה (כגון עקירת עינו או שינו). אולם חכמים ביצעו כמה מהלכים פרשניים שהובילו לתוצאה שונה בתכלית. ראשית, הם קראו שתי הוראות אלה כמתייחסות לאותו מקרה של חבלת גוף, אשר עליו חלות כל ההוראות האמורות בפסוקים אלה.⁹⁴ שנית, הם פירשו את ההוראה "עין תחת עין" כחובה לשלם את שווי העין⁹⁵ (ולא לעקור את עינו של החובל).⁹⁶ ושלישית, הם הוסיפו עוד שני תשלומים שאינם מצוינים בתורה במפורש: פיצוי בגין הצער שנגרם לנחבל (קרי כאב),⁹⁷ ופיצוי בגין הבושה שנגרמה לו.⁹⁸

- 94 קריאת הפרשיות השונות של נזקי גוף כמעורבות זו בזו וכמבטאות מערך כולל של תשלומים בגין נזקי גוף, מופיעה במכילתא דרבי ישמעאל בלשון: "בא הכתוב ללמד בו דברים המחוסרים בו" (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין, פרשה ו, מהד' האראויטץ־רבין, עמ' 269). לטענת גבריהו (לעיל, ה"ש 10), גישה זו ייחודית לבית מדרשו של רבי ישמעאל, והיא המשוקעת במשנה הראשונה של פרק "החובל". זאת לעומת גישת בית מדרשו של רבי עקיבא, אשר על פי השערת גבריהו הפרידה בין שתי הפרשיות ולא הכירה במערך הכולל של חמשת ראשי הנזק. על פי ניתוחו, גישת דבי רבי עקיבא עברה שינויים, וסיגלה אט אט את גישת דבי רבי ישמעאל: במדרש הספרא מופיעה הגישה המקורית דבי רבי עקיבא; מדרש הספרי מכיל רבדים המבטאים את גישתו המקורית דבי רבי עקיבא ורבדים המבטאים את גישת דבי רבי ישמעאל; ואילו המכילתא דרשב"י צועדת ברובה בעקבות גישת דבי רבי ישמעאל (אף שיש בה עקבות סמויים של שיטת דבי רבי עקיבא). במאמר זה אני דן ביסודותיה של הגישה המופיעה במשנה הערוכה במסכת בבא קמא, ולא באפשרות קיומן של גישות קדומות יותר בקרב התנאים.
- 95 כאמור לעיל, כאן לא אעסוק בשאלה שהעסיקה רבות את חז"ל, כיצד לגשר בדרך של מדרש הפסוקים בין פשטי המקראות המורים על עקירת עינו של החובל לבין ההלכה הנקוטה בידי חכמים להטיל על החובל לפצות את הנחבל בדמי עינו.
- 96 יוצאת מכלל זה היא גישת התנא רבי אליעזר, אשר סבר "עין תחת עין ממש" (בבלי, בבא קמא פד, ע"א). ראו גם גישת רבי אליעזר המובאת במכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין, פרשה ח, מהד' האראויטץ־רבין, עמ' 277. כידוע, חכמי התלמוד לא הסכימו לפרש את רבי אליעזר על פי פשוטו, ועל כן הסבו את משמעות דבריו לדרך שונה. על כך ראו לעיל, ה"ש 11.
- 97 תשלומי צער נלמדו על ידי חז"ל מן הפסוק "כְּפִיָּה תַּחַת כְּפִיָּה" – "זהו הצער האמור בתורה" (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין, פרשה ח, מהד' האראויטץ־רבין, עמ' 278).
- 98 תשלומי בושת נלמדו על ידי חז"ל במשנה בבא קמא ח, א מן הפסוק: "כִּי יִנְצוּ אַנְשִׁים יַחְדָּו אִישׁ וְאָחִיו וְקָרְבָּה אֵשֶׁת הָאָחֵד לְהַצִּיל אֶת אִשְׁהָ מִיַּד מְכַוֵּן וְשִׁלְחָה יָדָהּ וְהַחֲזִיקָה בְּמַבְשֵׁיו. וְקָצְתָה אֶת פִּפְּהָ לֹא תַחֲסוּ עֵינֶיךָ" (דברים כה 11-12). פסוק זה התפרש כמתייחס לפגיעה לא מוצדקת של האישה בכבודו של האדם שהתעמת עם בעלה (שליחת יד והחזקה במבושיו). הסנקציה של קציצת יד האישה התפרשה על ידי חכמים כחובת תשלום בגין בושת. ראו

כך התקבלו במשנה חמשת תשלומי הפיצויים שהחובל חייב לשלם לנחבל, כמתואר במשנה הפותחת את הפרק השמיני של מסכת בבא קמא:

החובל בחברו חייב עליו משם חמשה דברים: בנזק בצער ברפוי בשבת ובכשת.

בנזק כיצד? סמה את עינו, קטע את ידו, שבר את רגלו, רואין אותו כאילו עבד נמכר, כמה היה יפה וכמה הוא יפה.

בצער? כויו בשפוד או במסמר, אפילו על צפרנו, מקום שאינו עושה חבורה, אומדים כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך.

רפוי? הכהו חיב לרפותו. ⁹⁹[...]

שבת? רואין אותו כאלו הוא שומר קשואים, שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו. בשת? הכל לפי המביש והמתביש. ¹⁰⁰

המשנה מבחינה אפוא בין חמישה ראשי נזק שונים, ולכל אחד מהם קובעת צורת שומה נפרדת. קודם שניכנס בעוביה של קורה אסקור אותם בתמצית עם כמה דברי הסבר נחוצים:

נזק – פיצוי בגין איברים שנפגעו ללא תקנה, כלומר נכות קבועה. ¹⁰¹ השומה נעשית באמצעות שוק העבדים, כלומר בדריקה כמה היה שווה הנחבל אילו היה נמכר כעבד לפני החבלה וכמה שווה לאחריה, כשההפרש מבטא את ערכה הכספי של הנכות שנגרמה. ¹⁰²

שבת – ימי מחלה, כלומר אובדן השתכרות זמני המתייחס לתקופה שבה הנחבל עתיד לשכב על מיטת חוליו עד שיתרפא ויחזור לעבוד נכה. ¹⁰³ המשנה מציינת כי לשם כך אין להסתמך על שכרו לפני הפגיעה, שהרי הפיצוי בגין אובדן שכרו הקודם כבר מגולם בראש הנזק "נזק". אלא אמת המידה לחישוב השבת היא שכרו המשוער לאחר שישוב לעבודה כאדם נכה, ובלשון המשנה – שכרו של שומר בשדה קישואים.

מדרש תנאים לדברים כה, יא, מהד' הופמן עמ' 168: "כי ינצו אנשים' למה נאמר לפי שהוא אומ' עין תחת עין' אבל לבושת לא שמענו ת"ל 'כי ינצו אנ' לכך נאמ' הפרשה". הדיון במדרש הספרי, דברים פיסקא רצב, חורג מגבולות יריעה זו.

99 כאן המשנה דנה בסיבוכים רפואיים עקיפים כתוצאה מן החבלה ("עלו בו צמחים") שאינם מענייננו כאן.

100 הציטוטים מן המשנה על פי כ"י קאופמן.

101 מן המשנה נראה כי "שיכר את רגלו" אינה חבלה זמנית אלא נכות קבועה. השוו תוספתא, בבא קמא ט, ב (מהד' ליברמן עמ' 42) "קיטע רגלו".

102 השוו משנה, ערכין ה, ב: "דמי ידי עלי – שמין אותו כמה הוא שווה ביד, כמה הוא שווה שלא ביד". להשוואה בין שומת אברי הגוף על פי דיני נזיקין ועל פי דיני ערכין ראו Balberg, "Pricing Persons" (supra note 8). לדיון בגישתה ראו להלן, הערה 176.

103 השוו לשון מכילתא דרשב"ב, כא, יט, מהד' אפשטיין-מלמד עמ' 175: "רק שבתו יתן אין שבתו אלא [בטילתו] שנא' וביום השביעי שבת וינפש (שמ' לא יז)".

ריפוי – הוצאות רפואיות. המשנה אינה מבארת כיצד אומדים את שיעור ההוצאות הרפואיות.¹⁰⁴

צער – כאב.¹⁰⁵ שומת הצער נעשית על ידי אומדן כמה כסף היה הנחבל דורש לקבל תמורת נכונותו לשאת את הכאב שנגרם לו.

בושת – אף כאן המשנה אינה מפרשת כיצד קובעים את שיעור הבושת, אולם היא מבהירה כי אין סכום קבוע לבושת, אלא הדבר משתנה לפי מעמדם של החובל ושל הנחבל.

כל אחד מדינים אלה מעלה שאלות נקודתיות רבות, החורגות מגבולות מאמר זה.¹⁰⁶ ענייני כאן בשאלה מה המשמעות של צורת השומה שהמשנה קבעה לכל אחד מראשי הנזק. ההסדרים שנקבעו במשנה אומרים דרשני מטעם כפול. ראשית, משום שחלק מצורות השומה נראות לא-טריטוריאליות, וניתן היה להעלות על הדעת חלופות אחרות, מסתברות יותר. שנית, משום שהמשנה קובעת לכל אחד מראשי הנזק צורת שומה השונה מזו שנקבעה לראשי נזק אחרים, ובמובנים מסוימים אף יש ניגודיות ביניהם. לפיכך, מעבר להבנת כל צורת שומה כשלעצמה, יש לעיין במשמעות של צירופן יחד כמכלול אחד.

טענתי, בקליפת אגוז, היא כי המשנה קובעת הברל עקרוני בין דרכי השומה של נזקי הגוף הממוניים (נזק, שבת, ריפוי) לבין דרכי השומה של הנזקים הלא-ממוניים (צער, בושת). הנזקים הממוניים מחושבים בדרך אחידה, שהיא נגזרת של סוג החבלה שנגרמה, ואינה מושפעת ממעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל. השונות היחידה בין נחבלים שצפויה להשפיע על שיעור הפיצויים בגין הנזקים הממוניים היא שונות פיזית,

104 אין זה ברור אם חובתו הבסיסית של החובל היא לשלם בעד ההוצאות הרפואיות, או שמא חובתו היא לרפא את הנחבל, כשגילומה המעשי של החובה הוא תשלום בעד ההוצאות הרפואיות.

105 השו"מ מילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין, פרשה ח, מהד' האראוויטץ-רבין עמ' 278, שבה הוספו עוד צורות של צער: "כוואו על ציפרנו ועל כף רגלו ולא רשם בו, טענו אבנים וציערו, הטיל שלג על ראשו וצננו, הרי זה נתן לו דמי צערו".

106 למשל, האם צער מתייחס רק לכאב המידי או שמא גם לכאב מתמשך לאורך תקופה ארוכה? האם תשלומי בושת ניתנים גם למי שאינו מודע לבושה שנגרמה לו (כגון שהוא ישן)? האם ראשי הנזק השונים תלויים זה בזה, או שמא כל אחד מהם יכול לעמוד בפני עצמו? ועוד שאלות רבות כיוצא באלה. לסקירות כלליות ראו יעקב צורי, **משפט הנזיקין (תרצ"ז)**; אברהם שינפילד, **נזיקין בתוך סדרת חוק לישראל (תשנ"ב)**; שלום אלבק, **פשר דיני הנזיקין בתלמוד (תשכ"ה)**; יהודה כהנא, נתן מונח ומנחם סליי, "שומת נזקי גוף על פי מקורות המשפט העברי: מחקר משפטי השוואתי", בתוך: מנחם סליי, **הביטוח בהלכה: מחקר הלכתי-הסטורי על פי מקורות מתוך ספרות השאלות והתשובות ועוד 144 (תש"ס)**; חוות הדעת של מרכז ישמ"ע "הפסד השתכרות במשפט העברי" ו"דרך חישוב הפיצויים על ראש נזק של 'כאב וסבל'", ניתנות לצפייה כאן:

הנובעת בעיקרה מגיל ומגדר. במילים אחרות, על פי המשנה, עשיר ועני שנקטעה ידם יקבלו פיצוי דומה עבור נזק, שבת וריפוי. לעומת זאת, הנזקים הלא-ממוניים יחושבו בדרך המושפעת לא רק מסוג החבלה שנגרמה אלא גם ממעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל. לפיכך, אם נגרמה חבלה דומה לעשיר ולעני הם יקבלו פיצויים שונים עבור צער וכוש. להצגת מבנה זה ולהבנת פשרו אייחד את המשך המאמר.¹⁰⁷

קודם שנצלול אל תוך מעמקי הסוגיה, יש להעיר על נקודות הדמיון והשוני שבין דיין המשנה לבין ההסדרים שנקבעו במשפט הרומי. בדומה למשפט הרומי, שהמיר את עונש הפגיעה באיבריו של החובל (כמופיע בשנים-עשר הלוחות) בתשלום פיצויים לנחבל, אף חכמים המירו את המשמעות העונשית המשתמעת ממשטי המקראות – "עין תחת עין – ממש" – במשמעות הפיצויית – "עין תחת עין – ממון".¹⁰⁸ זאת ועוד, בדומה למשפט הרומי, שהעניק לבן חורין שנחבל פיצוי בגין הבושה שנגרמה לו (iniuria) כך גם חכמים קבעו כי יש לפצות אדם שנחבל בגין הבושה שנגרמה לו.¹⁰⁹ לעומת זאת, יש גם כמה הבדלים עקרוניים בין הדין הרומי לבין הדין המופיע במשנה. בזמן שעל פי המשפט הרומי פיצוי בגין ירידת ערך כלכלי בשוק העבודה ניתן רק כאשר מדובר בחבלה בעבד או בילד (אז הפיצוי יינתן לאדונו/אביו), אך לא כאשר הנחבל הוא בן חורין, חכמים קבעו כי פיצוי בגין "נזק" יינתן גם בגין פגיעה בבני חורין. במילים אחרות, אם המשפט הרומי הפריד בין הפיצוי הממוני הניתן בגין פגיעה בעבדים/ילדים (ירידת ערכם בשוק

107 בשולי הדברים יש להעיר כי מבנה מסועף זה של חמישה תשלומים – נזק, שבת, ריפוי, צער וכוש – חל רק במקרה של אדם החובל בחברו. הוא אינו חל אם שור פוגע באדם אחר, אז חלה החובה לשלם "נזק" בלבד (משנה, בבא קמא ח, ב). אומנם ייתכן שכאשר שור מזיק שור אחר אזי תשלומי הנזק כוללים גם מרכיבים מסוימים של שבת וריפוי (על כך ראו להלן ה"ש 131), מכל מקום שור המזיק ודאי אינו מחייב את בעליו בתשלומי צער וכוש, אף אם הוא פגע באדם. כלומר, בתשלומים שהחובל משלם לנחבל (במקרה של אדם החובל באדם) יש ממד חמור יותר מתשלומי נזק רגילים, המצביע ככל הנראה על אופי עונשי של פיצויים אלה (ראו לעיל, ה"ש 11).

108 על כך ראו Pomeranz, "Personal Injury" (supra note 8).

109 נקודת דמיון נוספת, שאינה מעניינת כאן, היא דרישת הכוונה כתנאי לחיוב בכוש. הן במשפט הרומי הן במשנה החובה לפצות בגין בושת מותנית בכוונתו של החובל לפגוע בנחבל. זאת בשונה משאר תשלומי הנזק שאינם מותנים בכוונה לפגוע בנחבל (על כך ראו משנה בבא קמא ח, א; ספרי, דברים פסקא רצב). לעומת נקודת דמיון זו קיימת נקודת שוני בעניין הבושת בין המשפט הרומי לבין המשנה. במשפט הרומי החובה לפצות בגין בושת אינה מצריכה מגע פיזי, ואף שירת שירים פוגעניים יכולה לחייב בפיצוי. על פי המשנה, לעומת זאת, החובה לפצות בגין בושת תלויה בקיומו של מגע פיזי בין החובל לבין הנחבל. לפיכך, היורק על חברו חייב בכושו רק אם פגע בו (משנה, בבא קמא ח, ו). ונחלקו התלמודים בשאלה אם היורק על חברו ופגע בכגדיו (אך לא בגופו) חייב בכושו. ראו ירושלמי, בבא קמא פרק ח הלכה ז, ו' ע"ג, מהד' האקדמיה עמ' 1208; בבלי, בבא קמא צא, ע"א.

העבודה) לבין הפיצוי הלא-ממוני הניתן בגין פגיעה בבני חורין (בושת), חכמים החילו את שני התשלומים על פגיעה בבני חורין.¹¹⁰ יתירה מכך, לא זו בלבד שחכמים צירפו שני תשלומים – ירדת ערך כלכלי בשוק העבודה ופגיעה בכבוד – שבמשפט הרומי היו נפרדים, אלא שבמשפט הרומי הם היו מנוגדים זה לזה בתכלית הניגוד ונחשבו מוציאים זה את זה. על פי המשפט הרומי, לגופו של אדם בן חורין אין ערך במונחים כלכליים ככוח עבודה (ואדרבה, שומתו בשוק העבדים היא עצמה פעולה הפוגעת בכבודו), ואילו לעבדים אין כבוד שיש לפצות בגין הפגיעה בו. חכמים, לעומת זאת, סברו כי באדם בן חורין מתקיימים במקביל שני היסודות, ואין סתירה בין פיצויו בגין ירדת ערכו בשוק העבודה לבין פיצויו בגין הפגיעה בכבודו. נפנה עתה לעיון מדוקדק בדרכי השומה של כל אחד מראשי הנזק המנויים במשנה.

ה. 1. נזק

כאמור, על פי המשנה, בעקבות גרימת נכות קבועה יש לפצות בגין ירדת ערך בשוויו של הנחבל בשוק העבדים. פיצוי זה נקרא "נזק". הערכת שוויו של הנזק נעשית באמצעות חיסור שוויו של הנחבל בשוק העבדים לאחר שנפצע משוויו בשוק העבדים קודם שנפצע. ההנחה היא כי ההפרש משקף את הירידה בערכו כתוצאה מן הפגיעה.¹¹¹

מדוע חכמים פונים לשוק העבדים כדי לאמוד את שוויה של החבלה שנגרמה? הלא זו אינה החלופה היחידה האפשרית, וכפי שנראה בהמשך אף לא החלופה האינטואיטיבית. ניתן לחשוב על שתי חלופות אחרות שהיו זמינות עבור חכמים, ובכל זאת הם ביכרו על פניהן את שוק העבדים. חלופה אחת היא השוואת שכרו הקודם של הנחבל (למשל, אם היה שולחני, כלומר חלפן כספים) אל מול שכרו העתידי כאדם עם נכות (למשל, כשומר

110 חכמים נחלקו בשאלה אם לעבדים יש בושת (בניגוד למקובל במשפט הרומי) או שמא בושת היא תשלום הניתן רק בגין פגיעה בבני חורין. ראו משנה, בבא קמא ח, ג.

111 האם כוונת המשנה שיש לשום את הנחבל כעבד עברי או כעבד כנעני (לא-יהודי)? על פי הדין, עבד עברי משתחרר כעבור שש שנות עבדות או בשנת היובל (המועד הראשון מביניהם). עבד כנעני, לעומת זאת, הוא עבד עולם. מטעם זה (ומטעמים נוספים שאינם מענייננו כאן) צפוי להיות הברל דרמטי בין שוויו של פלוני כעבד עברי לבין שוויו כעבד כנעני. מסתבר שכוונת המשנה היא לשומו כעבד כנעני, שכן שוויו משקף את היותו עבד למשך כל שנות חייו, וזוהי אמת המידה הרלוונטית לקביעת השווי של אובדן כושר העבודה של הנחבל למשך שארית חייו. לדיון של המפרשים בשאלה זו ראו רש"י, בבא קמא פג, ע"ב ד"ה "וכמה הוא יפה"; פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן א; ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן א; סמ"ע, חושן משפט סימן תכ ס"ק טז; פלפולא חריפתא, בבא קמא פרק ח סימן א. אשר לשאלה אם בתקופת המשנה עדיין התקיים מוסד עבד עברי ראו אפרים אלימלך אורבך, "הלכות עבדים כמקור להיסטוריה החברתית בימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד", מעולמם של חכמים 179 (תשמ"ח).

בשדה קישואים). ההפרש בין השניים ישקף את אובדן השתכרותו. חלופה שנייה היא באמצעות אומדן כמה היה אדם הדומה לנחבל דורש לקבל תמורת הסכמתו להיחבל ולספוג את אובדן ההשתכרות. חלופה זו דומה למנגנון שקבעה המשנה להערכת שוויו של ה"צער"¹¹² והעובדה שחכמים לא אימצו אותה לגבי הערכת שוויו של ה"נזק" דורשת הסבר.¹¹³

חכמים אומנם לא נימקו את בחירתם להסתמך על שוק העבדים לשם הערכת פיצוי הנזק. אולם ניתן לחשוב על כמה יתרונות הגלומים בבחירה זו. אדון בהם בקצרה אחד לאחד, וארחיב לגבי האחרון שבהם, שהוא החשוב לעניין הנידון במאמר זה.

ראשית, מבחינת חישוב תוחלת שנות העבודה. כדי לחשב כראוי את אובדן ההשתכרות שנגרם לנחבל אין די להשוות את שכרו קודם הפציעה עם שכרו הצפוי לאחר הפציעה, אלא יש צורך להכפיל את ההפרש שיתקבל במספר שנות העבודה הצפויות.¹¹⁴ בידי חכמי המשנה לא היו סטטיסטיקות וטבלאות מסודרות של תוחלת שנות עבודה צפויות. בהיעדר טבלאות מעין אלה, ניתן להבין מדוע חכמים פונים לשוק העבדים. אדם המבקש לרכוש עבד משקלל לא רק את יכולות העבודה העכשוויות שלו, אלא גם את תוחלת שנות העבודה הצפויות לו, ובהתאם מתמחר את שוויו; מחירו של עבד פלוני בשוק העבדים יושפע מן השאלה אם הוא בן עשרים, וצפויות לו שנות עבודה מרובות, או בן ארבעים, וצפויות לו שנות עבודה מועטות יותר. לפיכך, קטיעת יד של עבד בן עשרים תבטא בשוק העבדים בירידת ערך גדולה מאשר קטיעת יד של עבד בן ארבעים, שכן ההפסד בגין קטיעת היד יתבטא במשך שנות עבודה מרובות יותר.

שנית, מבחינת ההיוון. שיעור הפיצוי שיוטל על החובל כלפי הנחבל בגין ירידת ערכו צריך להיות מהוון, שכן בעוד הפיצוי ניתן נגד הפסד השתכרות לאורך שנים, בפועל הוא משולם באופן חד-פעמי ומיידי, ואין הצדקה שהנחבל יתעשר מן החבלה על חשבוננו של החובל. שוק העבדים מתמחר לא רק את משך שנות עבודתו הצפויות של העבד, אלא אף מהוון סכום זה המשולם כעת. אדון הקונה עבד בשוק העבדים תמורת סכום מסוים, משקלל את העובדה שהוא מקדים ומשלם למוכר סכום זה מיד, ואילו את הרווחים הצפויים מן העבד הוא צפוי לראות רק לאורך שנים רבות. היוון זה מסייע

112 "אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך". לעניין זה אין הכרח להידרש להבחנה בין אומדן כמה הנחבל היה דורש לקבל כדי לספוג נזק דומה (willingness to accept) לבין אומדן כמה הוא היה מוכן לשלם כדי להימנע מנזק דומה (willingness to pay). על כך ראו להלן, ליד הערה 146.

113 לדיונים של המפרשים בשאלה זו ראו להלן, הערה 181.

114 אומנם באופן עקרוני ניתן להתמודד עם בעיה זו באמצעות הקביעה כי החובל לא יפצה את הנחבל בתשלום חד-פעמי, אלא בתשלומים עיתיים לכל אורך חייו. אולם מטעמים ברורים יש עדיפות לתשלום חד-פעמי ולא לתשלומים עיתיים. על כך ראו בבלי, בבא קמא צא, ע"א.

לאומדן מדויק יותר של הסכום שהחובל צריך לשלם לנחבל באופן מידי. אומנם גם הדיינים שבבית הדין יכולים לנסות ולחשב את הסכום המהוון, אולם שוק העבדים כבר עושה זאת מאליו.¹¹⁵

שלישית, מבחינת אובדן כושר השתכרות. התבססות על שכרו הקודם של הנחבל אפשרית רק כאשר הוא בעל מקום עבודה קבוע קודם לחבלה. לעומת זאת, היא אינה אפשרית כאשר מדובר בנחבל שהוא ילד, או אדם שמסיבה כלשהי לא עבד (כגון אדם אמיד שלא היה זקוק לעבודה). לשון אחר, התבססות על שכרו הקודם של הנחבל יכולה לשקף את אובדן ההשתכרות אך לא את אובדן כושר ההשתכרות. שוק העבדים, לעומת זאת, מעניק תווית מחיר לכל אדם, לרבות ילדים, ולרבות מי שאינו עובד. לפיכך, ככל שהפיצוי בגין "נזק" אמור לשקף את ערכו של האיבר שנפגע, שוק העבדים יעיל יותר מהתבססות על שכרו הקודם של הנחבל.¹¹⁶

רביעית, מבחינת נזקי גוף שאין להם השפעה כלכלית ישירה. האם ראוי לפצות בגין חבלה המשחיתה את גופו של הנחבל אך אינה פוגעת בכושר עבודתו, כגון פגיעה בחוטם אפו או בתנוך אוזנו? האם הן ראויות להיחשב "נזק" שיש לפצות בגינו (מלבד הפיצוי בגין ריפוי, צער ובושת)?¹¹⁷ מצד אחד, הדוגמאות המנויות במשנה – "סימא

115 וראו ניתוחו של השופט משה דרורי, ת"א (י-ם) 3191/01 קידר רות נ' AIG ביטוח זהב, פיסקה 49; ת"א (י-ם) 5412/03 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פיסקה 334. עוד על ההיוון במשפט העברי ראו סליי, "שומת נזקי גוף" (לעיל, ה"ש 106), 180.

116 לעיל, ליד ה"ש 43, ראינו כי בפסק דין בר־ששת נ' האשאש נחלקו השופטים אם הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות צריך להיות על פי הגישה המופשטת (כמה יכול היה האדם להשתכר אילו לא נחבל) או על פי הגישה המוחשית (כמה צפוי היה האדם להשתכר אילו לא נחבל). ההבדל בין הגישות יתבטא כשמדובר בנחבל שקודם לחבלה לא עבד וברור שלא היה יוצא לעבוד, ועל כן הפסד כושר ההשתכרות שנגרם לו הוא תיאורטי לגמרי. דין המשנה, כי יש לקבוע את שיעור ה"נזק" על פי שוויו של הנחבל בשוק העבדים (כמה היה שווה אילו לא נחבל וכמה הוא שווה עתה) מלמד כי המשנה דוגלת בגישה המופשטת, כלומר פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות, בלא תלות בשאלה אם אותו אדם צפוי היה לצאת לעבוד אם לאו. אכן, בפסק דין בר־ששת נ' האשאש, השופט יצחק שילה תמך את הגישה המופשטת בדברי המשנה. וראו הרב משה הרשלר, "תשלומי נזקי הגוף ותשלומי שבת בזמן הזה", הלכה ורפואה א (תש"ם), עמ' שעה, שעט: "אם לא היה עובד כלל שהיה מפונק או שהוא עשיר ואינו נפסד ע"י החבלה נראה דצריך לשלם נזק, דהא התשלומים בשביל דמי היד שחסרו".

117 כדי לנטרל את מרכיבי הריפוי, הצער והבושת נתאר מקרה של חבלה באיבר כגוף שאין בו פגיעה בכושר ההשתכרות (איבר לא חיוני לעבודה), שאין בו ריפוי וצער (כגון שהפגיעה נעשתה בהרדמה בהליך רפואי מסודר) ושאין בו בושת (איבר מוצנע שאינו נראה לרבים). האם יש לפצות בגין פגיעה באיבר זה? אומנם הפוסקים דנו בשאלה אם תשלומי צער או בושת עשויים להינתן גם עבור הצער או הבושה של אדם הרואה מדי יום את החבלות שנגרמו לו במקומות המוצנעים (ראו תוספות, בבא קמא פה, ע"א ד"ה "לרמים יתירים";

את עינו, קטע את ידו שיכר את רגלו" – מייצגות מקרים של פגיעה באיברים חיוניים לעבודה שיש בהשתתפותם פגיעה בכושר ההשתכרות.¹¹⁸ מצד שני, הדעת נותנת כי שוק העבדים יתמחר גם פגיעה באיברים שאינם חיוניים לעבודה. נניח שבשוק העבדים יוצעו למכירה שני עבדים זהים בגילם ובכוחם הפיזי, האחד גופו שלם והאחר חוטמו קטום. אם המחיר המבוקש עבורם יהיה זהה, הקונה הסביר יעדיף את העבד השלם בגופו.¹¹⁹ לחלופין, הוא יהיה מוכן לקנות את העבד שחוטמו קטום אם מחירו יהיה נמוך במידה מספקת.¹²⁰ לפי זה, בשונה מאמת המידה לחישוב נזק המבוססת על שכרו הקודם של הנחבל, המוגבלת דווקא לפגיעה בכושר ההשתכרות, אמת המידה המבוססת על שוק העבדים מעניקה משקל מסוים לכל השחתה של גוף הנחבל, אף אם אין לכך השפעה ישירה על כושר השתכרותו.¹²¹

תוספות יום טוב, בבא קמא ח, א; דרכי דוד, בבא קמא פה, ע"א על תוספות ד"ה "דמים יתירים". מכל מקום, הדבר אינו מיתר את השאלה אם יש להעניק גם תשלום "נזק" בגין חבלה זו.

118 אומנם פגיעה בעין אחת אינה גורמת באופן מיידי לירידה בכושר ההשתכרות, שכן ניתן לראות בעין השנייה. ברם, מלבד העובדה שראייה בעין אחת מוגבלת יותר בהשוואה לראייה בשתי עיניים, היא גם משקפת סיכון גבוה יותר לעיוורון מלא (אם חלילה גם העין השנייה תיפגע). יש לציין כי לדעת חלק מהמפרשים, סימא את עינו משמעו סימא את שתי עיניו. ראו תוספות, בבא קמא פה, ע"ב ד"ה "רואין"; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה "סימא". על כך ראו גם שו"ת צדקה ומשפט, חלק חושן משפט, סימן ה.

119 הטעם לכך עשוי להיות ברתיעה האסתטית מפני עבד שגופו פגום, או מחמת החשש שהחוטם הקטום מלמד על בעיות נסתרות אחרות שעלולות להיות לעבד שבעטיין עדיף לא להסתכן ברכישתו.

120 כאמור, כאשר אדם חובל בעבד חברו תשלום ה"נזק" ניתן לאדונו, שהוא הנפגע מאובדן כושר העבודה של העבד. מה יהיה הדין כאשר אדם חובל בחוטם אפו של עבד חברו או בתנוך אוזנו, באופן שאינו פוגע בכושר העבודה של העבד אלא רק בשלמות גופו? האם תשלום ה"נזק" יינתן לעבד או לאדון? מדברי התלמוד עולה כי במקרה זה הפיצוי יינתן לעבד, שכן כושר העבודה של העבד לא נפגע (בבלי, בבא קמא פו, ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק פרק ד הלכה יג). אומנם הדעת נותנת כי גם האדון נזוק במשהו מכך שנפגע חוטם אפו של עבדו או תנוך אוזנו (אם יבקש למוכרו בשוק העבדים כפי הנראה יקבל תמורתו מחיר נמוך יותר), ברם, בשונה מפגיעה באיברים חיוניים לעבודה, כאן עיקר הפגיעה היא בעבד ועל כן הוא הזכאי לדמי הפיצוי. בין כך ובין כך, מכאן ההוכחה כי לדעת התלמוד יש חובת פיצוי אף בגין חבלות שאין להן משמעות כלכלית ישירה לעניין אובדן כושר ההשתכרות.

121 הדבר לא התפרש במשנה, אך נרמז בתלמוד הבבלי, ונאמר במפורש על ידי הפוסקים. התלמוד דן בשאלה אם התשלומים בגין חבלה בגופה של בת קטינה ניתנים לבת עצמה או שמא לאביה (שהרי הוא זכאי בכסף קידושיה). שאלה זו אינה מענייננו כאן, אולם בהקשרה התלמוד הבחין בין "חבלה דאפחתה מכספה", הניתנת לאב, לבין "פציעה דלא אפחתה מכספה", הניתנת לבת (ראו גם רמב"ם, הלכות חובל ומזיק פרק ב הלכה ו; שם פרק

חמישית, וזה העיקר עבור מאמר זה, מבחינת אמת המידה השוויונית. שוק העבדים קובע מחיר השתכרות אחיד, באופן יחסי, עבור כלל בני האדם. בעולם היווני-רומי שוק העבדים תמחר את שוויים הכספי של בני אדם על פי כושר העבודה שלהם בענפים המיועדים לעבדים, כגון העבודות הפיזיות בחקלאות, במלאכה ובמשק הבית. הדבר נמדד בעיקר על פי מאפייניו הפיזיים של האדם, כגון מצב בריאותי (שווי שונה לבריאים בגופם ולאנשים עם נכות), גיל (שווי שונה לילדים, מבוגרים וזקנים) ומגדר (שווי שונה לגברים ולנשים). כמו כן, ניתן ערך מיוחד למיומנויות רלוונטיות למלאכות הבית או למלאכות השדה של עבדים.¹²² לעומת זאת, למעמדו החברתי-כלכלי של האדם ומוצאו לא אמורה להיות השפעה על תמחורו בשוק העבדים, המבוסס בעיקרו על עבודות פיזיות ועל מיומנויות בסיסיות הרלוונטיות למלאכות פיזיות אלה. לפיכך, הדין שחכמים קבעו במשנה יביא לכך שגובה פיצוי ה"נזק" שהחובל יחויב לשלם לנחבל יושפע בעיקר מסוג החבלה שאירעה, ולא ממעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל. תשלומי ה"נזק" הניתנים

ד הלכה יד). מהי "פציעה דלא אפחתה מכספה"? יש שהסבירו, כי הכוונה להשחתת גוף שאין לה משמעות כלכלית (במונחים של כושר השתכרות או של דמי הקידושין של הבת). אף בגין חבלה מעין זו יש לפצות בתשלומי "נזק" (חידושי רבי חיים הלוי סולובייצ'יק, הלכות טוען ונטען פרק ה. ראו גם אור שמח, הלכות חובל ומזיק פרק ב הלכה ה). על פי הסבר זה, תשלומי "נזק" ניתנים בגין כל השחתת גוף, גם כזו שאין לה משמעות כלכלית ישירה. לעומתם, אחרים הסבירו כי משמעות ביטוי זה היא חבלה בבת שאינה פוגעת בדמי קידושה הניתנים לאביה, אף שהיא פוגעת מבחינה כלכלית בבת עצמה (ראו לחם משנה, חובל ומזיק פרק ב הלכה ו; מעשה רקח, שם). לפיכך, קשה לקבל את קביעתם של שרעבי וסיני כי "הזכות לפיצוי אינה על הוויתו החדשה של הניזוק נככה אלא אך ורק על התוצאות של נכות זו, ביניהן על הפגיעה בתפקודו".

122 WILLIAM L. WESTERMAN, *THE SLAVE SYSTEMS OF GREEK AND ROMAN ANTIQUITY* 100 (1955); Kyle Harper, *Slave Prices in Late Antiquity (and in the Very Long Term)*, 59 *HISTORIA: ZEITSCHRIFT FÜR ALTE GESCHICHTE* 206 (2010). דוגמה לכך ניתן לראות בצו מחירי המקסימום שהוציא הקיסר דיוקלטיאנוס בשנת 301 לסה"נ, שבו המחירים המרביים עבור עבדים חושבו לפי פילוח מגדרי, בהתאם לקטגוריות גיל שונות, ועל פי מיומנות מקצועית של העבד. על כך ראו SIMON CORCORAN, *THE EMPIRE OF THE TETRARCHS, IMPERIAL PRONOUNCEMENTS AND GOVERNMENT AD 284–324* 205 (2000). עוד על קביעת שוויים של עבדים בעת העתיקה ראו W. Scheidel, "The Comparative Economics of Slavery in the Greco-Roman World", in E. DAL LAGO, C. KATSARI (EDS.), *SLAVE SYSTEMS: ANCIENT AND MODERN* 105 (2008); Idem, "Real Slave Prices and the Relative Cost of Slave Labor in the Greco-Roman World", 35 *ANCIENT SOCIETY* 1 (2005); W. Jongman, "The Early Roman Empire: Consumption", in W. SCHEIDEL, I. MORRIS, R. SAILER (EDS.), *THE CAMBRIDGE ECONOMIC HISTORY OF THE GRECO-ROMAN WORLD* 592 (2007); דוד רוקח, *העבדות בעת העתיקה בישראל, בנצרות הקדומה ובעולם היווני הרומי: קווי דמיון ושוני* 15 (תשע"ב).

בגין קטיעת יד יהיו זהים בין אם הנחבל עשיר או עני, בן חורין או עבד.¹²³ ההבדלים היחידים במאפייני חייו של הנחבל שישפיעו על שיעור פיצוי ה"נזק" יהיו אם הוא איש או אישה, ילד או מבוגר, ואם קודם החבלה היה בריא בגופו או סבל ממגבלה פיזית.¹²⁴ האם על פי המשנה שיעור הפיצוי יושפע גם מכישוריו המקצועיים של הנחבל? האם יהיה הבדל בין שיעור הפיצוי בגין "נזק" שיינתן לאדם היודע את מלאכת החייטות שנקטעה ידו לבין זה שיינתן לאדם חסר כישורים מקצועיים שנקטעה ידו? המשנה אינה מפרשת אם הבדיקה בשוק העבדים תשקלל מיומנויות עבודה רלוונטיות של הנחבל. מצד אחד, לשונה הסתומה של המשנה אינה מרמזת על כך שלנחבל בעל מיומנויות מיוחדות יש להעניק פיצוי גבוה יותר, ומכאן שאין להבדיל בין נחבלים הסובלים מאותה חבלה (למעט אולי הבדלים פיזיים ביניהם, כגון גיל, מגדר וחוסן גופני). מצד שני, אימוץ שוק העבדים כאמת מידה לפיצוי עשוי להשמיע, כי אף מיומנויות מסוימות של הנחבל הרלוונטיות לשוק העבדים צריכות להשתקלל בחישוב גובה הנזק.¹²⁵ בין כך ובין כך,

123 וכפי שכתב ערוך השולחן, חושן משפט, סימן תכ, סעיף טז: "ואף שהוא אדם חשוב ואינו בגדר שימכור את עצמו לעבד מ"מ לענין נזק הכל שוין" (וראו להלן, ליד הערה 177).

124 כלומר, אם בשוק העבדים שוויו של איש בוגר גבוה משוויה של ילדה קטינה, אזי ההפחתה בשוק העבדים ייחס לקטיעת ידו של איש בוגר (כמה היה שווה לפני קטיעת היד וכמה שווה לאחריה) תהיה גדולה מן ההפחתה שתיוחס לקטיעת ידה של ילדה קטינה.

125 בכך נחלקו המפרשים, אשר דנו בדוגמה של אדם שעד החבלה עבד כנוקב מרגליות ששכרו גבוה, ובשל קטיעת ידו אינו יכול להמשיך לעסוק במלאכתו הראשונה אלא לשמש שומר קישואים ששכרו נמוך. האם יש לחשב את תשלומי ה"נזק" המגיעים לו על פי מחירו של עבד רגיל (ההפרש בין עבד בריא הקוצר בשדה לבין עבד קטוע יד שומר קישואים), או שמא על פי מחירו של עבד נוקב מרגליות (ההפרש בין עבד בריא הנוקב מרגליות לבין עבד קטוע יד שומר קישואים)? לדעת המהרש"ל, אמת המידה שבמשנה מתייחסת אך ורק להיבטים פיזיים של הנחבל ולא למיומנויות קודמות שיש לו; "הקילה תורה גבי נזקין לשום כעבד הנמכר בשוק, אפילו בן מלך, או חכם גדול, שאין שומא למעלתו [...] אם כן מאחר שאין השומא תלוי במעלתו, רק בדרך עבודתו, אם כן לא שמינן גם כן רק סתם, כעבד שאינו יודע שום אומנות, רק לעבוד ולמשא ולכל צרכי הבית כדרך שאר העבדים. ולא שמינן אלא במעלת גופו, כגון איש ארוך וחזק ויפה חן, דברים פשוטים, הנראים לעינים, אז שמינן כמה היה יפה עם אותו האבר וכמה נפחתו דמיו. אבל כמה שתלוי באומנות האדם ושכלו אין שומא לזו" (ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן יא). לעומתו סבור הרא"ש כי גם מיומנויות מיוחדות צריכות להילקח בחשבון ולהגדיל את שיעור פיצוי ה"נזק" במקרים המתאימים. אולם, מוסיף הרא"ש, אם המיומנות המיוחדת של הנחבל גרמה לכך שהחבלה לא פגעה בכושר עבודתו (כגון אדם שעובד כנוקב מרגליות, ורגלו נקטעה, באופן שאינו מונע ממנו לשוב לעבודתו כנוקב מרגליות), אזי הדבר לא ייזקף לחובתו והוא לכל הפחות יקבל את המינימום הניתן לכולם: "יראה דשומא זו שעושינן 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]

נראה שלעניין תשלומי "נזק" המשנה אינה מעניקה משקל למעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל, ועני ועשיר צפויים להיות מפוצים באופן דומה.¹²⁶

מידה זו של אחידות בפיצוי הניתן לנחבל עשיר ולנחבל עני לא הייתה מתקיימת לו תשלומי "נזק" היו מבוססים על הערכה עצמית של הנחבל כמה היה מוכן לשלם כדי להימנע מחבלה העומדת להיגרם לו. כפי שנראה בהמשך בהקשר תשלומי "צער", מנגנון זה של הערכה עצמית יוצר הבדל בין הפיצוי שיקבלו עשיר ועני בגין אותה חבלה.

בהקשר זה חשוב לחדד את הנקודה הבאה. על דרך האילוסטרציה, אמת המידה האחידה (באופן יחסי) שנקבעה במשנה לתשלומי נזק שקולה לשכר המינימום במשק ולא לשכר הממוצע. שווי עבודתו של עבד רגיל משקף את הדרגה הנמוכה ביותר של השכר בשוק העבודה, וכאשר חכמים מבססים את תשלומי ה"נזק" על שוק העבדים הם למעשה קובעים כי אובדן כושר ההשתכרות של הנפגע יפוצה על פי שיעור השכר הנמוך ביותר בשוק. בהמשך אעמוד על המשמעות שיש לכך.

אם לסכם, נראה כי מאפייניו של שוק העבדים כאמת מידה לשומת נזק הם: שקלול תוחלת שנות העבודה; היוון התשלום החד-פעמי הניתן; שקלול אובדן כושר השתכרות (ולא אובדן השתכרות בלבד); מתן ערך לכל נזקי הגוף לרבות אלה שאין להם השפעה כלכלית ישירה; אמת מידה אחידה ומינימלית.

חשוב לעמוד על מאפייני נוסף שיש לשוק העבדים כמנגנון להערכת שווי של הנזק. לקיחת הנחבל – אדם בן חורין – לשוק העבדים, כדי להעריך את שווי, אינה מעשה טריוויאלי, טכניקה של שומת נזקים, אלא יש בה משום השוואת מעמדו של בן החורין עם בני המעמד הנמוך בחברה, קרי העבדים. במשפט הרומי לא יעלה על הדעת ליטול אדם בן חורין ולהביאו לשוק העבדים כדי להעריך את שווי, שכן בכך רק מעצימים את הפגיעה שנגרמה לו; במקום לפצותו על הכושה שהחובל גרם לו, משפילים אותו בשנית באמצעות גרירתו לשוק העבדים.¹²⁷ כפי שראינו לעיל, במשפט הרומי שוק העבדים הוא מנגנון שומה המתאים לחבלות בעבדים בלבד ולא בבני חורין.

יותר 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" (פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן ד). על כך ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ סעיף טו; ש"ך, שם, ס"ק ג; מנחת שלמה, בבא קמא פה ע"ב; ברכת אברהם, בבא קמא פה ע"ב. על כך ראו גם מחלוקת השופטים, המובאת להלן הערה 130. גם אם נסבור שעל פי המשנה יש להעניק פיצוי גבוה יותר לנחבל בעל מיומנות מיוחדת

126 (כדעת הרא"ש), אין סיבה להניח שבני עשירים יהיו בעלי מיומנויות אלה יותר מאשר בני עניים. בכל הקשור למיומנויות פיזיות בעלות ערך בשוק העבדים, ייתכן שדווקא עניים עשויים להיות בעלי מומחיות גבוהה יותר מבני עשירים.

127 בעת העתיקה מקובל היה להעמיד עבדים למכירה כשהם עירומים, כדי שניתן יהיה לבחון את מצבם הפיזי כראוי. הרב מדגיש את הממד המשפיל שיש בהעמדת אדם למכירה כעבד.

דבר זה מתחדד בסוגיה התלמודית שבאה בעקבות המשנה. התלמוד מספר על אב אשר יד בנו נחבלה על ידי אדם אחר. כשהדיין הורה לקחת את הבן הנחבל לשוק העבדים כדי לערוך שומה ולקבוע את שיעור הנזק שישולם לו, סירב האב לעשות כן, בטענה שהדבר פוגע בכבודו.¹²⁸ נגד האב נטען כי הוא אינו רשאי לוותר על הפיצוי המגיע לבנו, ועל כך השיב האב כי הוא מעדיף לשפות את בנו מכיסו ובלבד שלא יגררו את בנו לשוק העבדים. אדם זה, אשר כפי הנראה מבטא את הלך הרוח של התקופה, מעדיף לוותר לחובל על הפיצויים ולספוג את התשלום בעצמו, ובלבד שלא להתבזות בהעמדת בנו לשומה בשוק העבדים. ובלשון התלמוד:

אמר להו [=להם]: זילו שיימוהו כעבדא [=לכו שמוהו כעבד].
אמר להו אבוה דינוקא [=אבי הילד]: לא בעינא, דזילא ביה מילתא [=איני רוצה, שזילות יש בדבר].
אמרו ליה: והא קא מחייבת ליה לינוקא [=והרי אתה מחייב את הילד]!
אמר להו: לכי גדיל מפייסנא ליה מדידי [=כשיגדל אפיס אותו (אפצה אותו) משלי].¹²⁹

סוגיה זו מדגישה כי שומת ה"נזק" באמצעות שוק העבדים אינה רק דרך לפצות את הנחבל בדרך אחידה ומינימלית, אלא גם יש בה אמירה חברתית של העמדת בני חורין ועבדים על דיוטה אחת.

128 החשש עשוי להיות פגיעה בכבוד הבן או פגיעה בכבוד האב. על כך ראו ים של שלמה, בבא קמא פרק ח, סימן ג; שו"ת שאילת יעב"ץ, חלק א, סימן ג. בשולי הדברים יש להעיר, כי אין זה ברור אם כוונת המשנה האומרת "רואין אותו כאילו עבד נמכר" שמביאים את הנחבל עצמו לשוק העבדים, או שמא מביאים אדם כמותו לשוק העבדים, ואולי הכוונה שמביאים מומחה משוק העבדים לבית הדין כדי שיעריך את שווי של הנחבל. מן המעשה המופיע בבבלי בבא קמא פד, ע"א (להלן) נראה שמביאים את הנחבל עצמו לשוק העבדים, ומכאן התקוממותו של האב נגד הפגיעה בכבוד בנו.

129 בבלי, בבא קמא פד, ע"א. סוגיה זו מעלה קשיים אחרים, שלא ניכנס אליהם כאן, כגון ההבחנה בין בעל חיים החובל באדם לבין אדם החובל באדם, ועוד. על כך ראו תוספות, בבא קמא פד, ע"א ד"ה "וילוי"; מהרש"א, חידושי הלכות, בבא קמא פד, ע"א, בד"ה "וילוי"; מהרש"א, חידושי הלכות מהדורא בתרא, שם. על סוגיה זו ראו גם עמיחי רדוינר, דיני קנסות: מחקר במשפט התלמוד 250 (תשע"ד); Pomeranz, "Personal Injury" (supra note 8) 321.

פומרנץ ביקש למצוא בתלמוד הדי ביקורת נוספים נגד השימוש בשוק העבדים כמנגנון לשומת נזקי גוף (כגון הסברו של רבה, בבא קמא פד, ע"א, לשיטת רבי אליעזר הסבור "עין תחת עין – ממש": "לומר שאין שמין אותו כעבד". פומרנץ מזהה בהצעה זו מעין ביקורת על האפשרות של שומת בני חורין באמצעות שוק העבדים). ברם, אם אכן יש בסוגיות אלה ביקורת מרומזת כלפי השימוש בשוק העבדים, היא אינה כה חד-משמעית כמופיע בסוגיותנו.

לו היה מסתכם בכך הדין המופיע במשנה ניתן היה לראותו כמורה על הענקת פיצוי אחיד ומינימלי לנחבלים כולם (תהא ההצדקה לכך אשר תהא). ברם, עיון בראשי הנזק האחרים במשנה מלמד על תמונה מורכבת יותר, המחייבת מתן פשר אחר.¹³⁰

ה. 2. שבת

ראש הנזק הממוני השני, הניצב בצד "נזק", הוא "שבת". בעוד תשלומי הנזק נועדו לפצות בגין הנכות הקבועה שנגרמה מן החבלה, תשלומי השבת נועדו לפצות בגין אובדן ההכנסה הזמני בתקופת הריפוי, וכלשון חז"ל במדרש: "חוץ ממה שנותנין לו דמי איבריו נותנין לו דמי שבתו וריפוי".¹³¹ בסעיף זה אטען כי יש צד שווה לדרך החישוב של תשלומי

130 בעקבות דברי כמה מן הראשונים התעורר בשנים האחרונות ויכוח בשאלה האומנם בדין תשלומי נזק המשפט העברי דוגל במדיניות של הקלה על המזיק. דעתי כדעת השופט דרורי כי ביטויים כגון "שלא להכחיש את המזיק" (חידושי הרשב"א, בבא קמא נח, ע"ב ד"ה "היכי"); "להקל בכל השומות" (פסקי הרא"ש, בבא קמא ח, א) אינם צריכים להתפרש כמגמה להקל על המזיק מעבר לשורת הדין (על חשבון פיצוי מלא של הניזק!), אלא כמגמה שלא להחמיר עם המזיק מעבר לראוי. על כך ראו יוסי שרעבי ויובל סיני, "הפסד השתכרות במשפט העברי", ניתן לצפייה באתר ישמ"ע: <https://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Torts/Pages/Earnings.aspx>; ת"א 05/11463 דיין יעקב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (השופט מנחם קליין); מנחם קליין, "התמודדות עם אי וודאות בחישוב הפסד השתכרות לעתיד במשפט העברי", ניתן לצפייה באתר נבו: <https://www.nevo.co.il/books/%d7%a9%d7%95%d7%a0%d7%95%d7%aa/%d7%9e%d7%90%d7%9e%d7%a8%d7%99%d7%9d/d7%95%d7%aa/%d7%9e%d7%90%d7%9e%d7%a8%d7%99%d7%9d/05/5412> (י-ם) 154; ת"א (י-ם) 05/5412. פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 323-378 (השופט משה דרורי).

131 מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנזיקין, פרשה ו, מהד' האראויטץ-רבין עמ' 270. שאלה הראויה לעיון היא מה הטעם בהפרדה שהמשנה עורכת בין "נזק" לבין "שבת", והלא יש אפשרות עקרונית לכלול אותם יחד, כמגלמים את סך ירידת הערך הקבועה והזמנית כאחד (אומנם ניתן לעגן הפרדה זו בלשון הפסוקים, שהבחינו בין תשלום שבת לבין תשלום נזק (אותו חכמים יחסו למילים "עין תחת עין"), אולם בכך אין כדי להבהיר את ההיגיון שבבסיס הפרדה זו). לאמיתו של דבר, נראה לדעת חלק מן הפוסקים כי חישוב משולב זה הוא הדבר הנעשה במקרה של גרימת נזק לבהמה. כך, למשל, אם אדם גורם לפציעת פרתו של חברו, באופן הגורם לה חוסר יכולת לעבוד במשך כמה ימים וכן נכות קבועה הגורמת לירידה בכוח העבודה שלה לאורך זמן, אזי תשלומי הנזק אמורים לגלם את שילוב "הנזק" ו"השבת" כאחד. וראו למשל טור, חושן משפט סימן שז: "דוקא גבי אדם לא חשבינן מכה שסופה להתרפאות אלא שבת לפי שאינו עומד לימכר, הילכך לא אפחית מכספיה, אבל בהמה שבכל שעה עומדת לימכר ואם יבא למכרה ודאי תשוה פחות מחמת מכה זו חשוב נזק וחייב". ראו גם תוספות, גיטין מב, ע"ב ד"ה 'ו'שור'; שולחן ערוך, חושן משפט סימן שז סעיף ו; ים של שלמה, בבא קמא פרק ח, סימן כב; נתיבות המשפט, סימן שמ ס"ק ג. לפי זה, ההבדל בין גרימת נזק לבהמה לבין גרימת חבלה לאדם אינו

הנזק ותשלומי השבת; בדומה לתשלום הנזק המבוסס על אמת מידה שוויונית (באופן יחסי) לפיצוי הנחבלים, גם תשלום השבת מבוסס על אמת מידה שוויונית באופן יחסי. עני ועשיר שנחבלו חבלה דומה יקבלו דמי שבת בשיעור זהה.

כאמור, תשלומי השבת נועדו לפצות על אובדן ההכנסה בתקופה הזמנית של הליך הריפוי. אמת המידה לחישוב השבת אינה כושר ההשתכרות שהיה לנחבל כשהיה בריא קודם לחבלה, אלא כושר ההשתכרות שיהיה לו בתום הליך הריפוי כאדם עם נכות (בלשון חכמים: "שומר קישואין"). הטעם לכך הוא שתשלום הנזק כבר מפצה על אובדן כושר ההשתכרות שהיה לנחבל קודם לפגיעה (בדמות החישוב של ההפרש בין ערכו של עבד בריא לערכו של עבד עם נכות). לפיכך, הרכיב שעדיין לא ניתן פיצוי בגינו הוא אובדן ההשתכרות בתקופת ההחלמה, המתייחס לשכר הנמוך, החדש, שאליו יוכל הנחבל להגיע לאחר שיקום ממיטת חוליו. ובמילים אחרות: נזק נועד לפצות על אובדן קבוע של כושר ההשתכרות בגין מעבר ממצב של אדם בריא למצב של אדם עם נכות, ואילו שבת נועד לפצות על אובדן זמני של כושר ההשתכרות כאדם נכה. ובלשון המשנה: "שבת רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו".¹³²

מתוך דברי המשנה עשוי להשתמע כי אמת המידה לקביעת שבת תהיה אחידה לגמרי לכל הנחבלים ("כאילו הוא שומר קישואין"), כל אחד לפי משך תקופת החלמתו. התלמוד הוסיף וחיידר, כי אמת המידה צריכה להיגזר לא רק ממשך ההחלמה אלא גם מסוג הנכות, שהרי אינו דומה שכרו הצפוי של מי שנקטעה ידו (היכול לעבוד כשומר קישואין) לשכרו הצפוי של מי שנתעוור (היכול לעבוד אך ורק בטחינת ריחיים): "אמר רבא: קטע את ידו נותן לו דמי ידו, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין. שיבר את רגלו נותן לו דמי רגלו, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר את הפתח. סימא את עינו נותן לו דמי עינו, ושבת רואין אותו כאילו הוא מטחינו בריחים. חירשו נותן לו

בשאלה אם המזיק יחויב בתשלום על אבדן זמני של כושר העבודה, אלא אם הוא יחושב בפני עצמו או שמה חלק מהנזק. הפוסקים דנים גם בשאלה, האם במקרה של גרימת נזק לבהמה ישולמו דמי ריפוי כחלק מתשלומי הנזק. על כך ראו גם חזון איש, בבא קמא סימן יג, ס"ק א-ב.

132 משנה, בבא קמא ח, א. השוו לשון מכילתא דרשב"י כא, יט, מהד' אפשטיין-מלמד עמ' 175: "יכול יהו רואין אותו כאלו הוא עושה סלע ביום וכאלו עושה שתי סלעים ת"ל ונקה המכה. רק שבתו יתן שבתו אחרונה יתן לא שבתו ראשונה"; תוספתא, בבא קמא ט, ב (מהד' ליברמן עמ' 42): "בנזק כיצד הכהו וקטע ידו, וקטע רגלו, אין רואין אותן כאילו עושה סלע ביום, וכאילו עושה מנה ביום, אלא רואין אותן כאילו חגרו שומר קישואין. ואם תאמר לקת מרת הדין, לא לקת, שכבר נותן לו דמי ידו ודמי רגלו" (אשר לערוב המופיע בתוספתא בין נזק לבין שבת ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא קמא, 92: "שפעמים והנזק כולל גם שבת, ופעמים הוא שבת גרידא, כלומר נזק". וראו גם להלן, הערה 136). גרסת הבבלי, בבא קמא פה, ע"ב, קשה, והראשונים נדחקו בפירושה, ולדעת הרמב"ן נפל בה שיבוש. על כך ראו ליברמן, שם.

דמי כולו".¹³³ ברם, אף לפי דברי רבא, אמת המידה הרלוונטית לקביעת דמי השבת היא סוג הנכות ומשך ההחלמה, ולא מעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל;¹³⁴ אדם עני ואדם עשיר שנקטעה רגלם יקבלו פיצוי זהה, שכן לאחר תקופת ההחלמה הם יוכלו לבצע אותה עבודה.¹³⁵

133 בבלי, בבא קמא פה, ע"ב. ההנחה היא כי חירש אינו כשיר לאף מלאכה, ולפיכך בעוד ניתנים לו דמי נזק מלאים ("נותן לו דמי כולו"), השבת המגיע לו הוא אפס. מאוחר יותר הכירו הפוסקים באפשרות של חירש הכשיר לעשות מלאכות מסוימות, והתאימו את שיעורי הפיצויים הראויים להינתן לו. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ סעיף כה. מאלף ההבדל בין תפיסת חז"ל, שלפיה שיעור הפיצוי הגבוה ביותר ניתן בגין חירשות (להבדיל מעיוורון), לבין התפיסה המקובלת כיום, שלפיה אובדן ראייה מלא מזכה במאה אחוזי נכות ואילו אובדן שמיעה מזכה בשישים אחוזי נכות (על פי תקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגות נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז-1956).

134 הראשונים, כדרכם, הסבירו את דברי המשנה באופן שיהיה תואם לדברי רבא. ראו למשל תוספות פה, ע"ב, ד"ה "רואין": "שומר קישואין לא קאי ארגל, דברגלו קאמר בגמרא שבת כשומר הפתח, אבל קישואין אין יכול לשמור. א"נ בגמ' איירי בשיכר שני רגליו". ראו גם חידושי הרשב"א, בבא קמא פה, ע"ב, ד"ה "שבת"; פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן ד. שאלה שלא נידונה במשנה ובתלמוד אלא רק בספרות הראשונים היא מה יהיה דינו של אדם שהחבלה גרמה לו נכות קבועה, אולם זו אינה מונעת ממנו לשוב בתום תקופת ההחלמה לעבודתו הראשונה (כלומר, שהנכות הרפואית אינה גורמת לנכות תפקודית). לדוגמה, מורה שנקטעה רגלו, ולאחר תום תקופת החלמתו יוכל לשוב לעבוד כמורה. במקרה זה אין

135 הבדל בין שיעור השתכרותו לפני החבלה לבין שיעור השתכרותו לאחר תקופת ההחלמה, והשאלה העולה היא אם להחיל עליו את אמות המידה האחידות של דמי השבת (שכר שומר הפתח) או שמא אמת מידה אישית המתאמת לסוג עבודתו שאליה הוא עתיד לשוב (שכר מורים). על פי הגישה שהתקבלה אצל הראשונים, דמי השבת יחושבו על פי כושר השתכרותו האישי לאחר סיום תקופת הריפוי, ולפיכך אם יוכל לשוב לעבודתו כמורה, יחושבו דמי השבת לפי תעריף זה (כפי שראינו לעיל, ה"ש 125, בכל הנוגע לתשלום "נזק", אף שכושר השתכרותו כמורה לא נפגע בכל זאת הוא יהיה זכאי לדמי "נזק" בשיעור ההבדל שבין שוויו של עבד בריא לבין שוויו של עבד קטוע רגל). ראו תוספות, בבא קמא פה, ע"ב, ד"ה "רואין"; פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן ד. מרכיב זה שהוסיפו הראשונים מוכרסם במאפיין השוויוני של דמי השבת, שכן שניים שנחבלו באופן זהה עשויים לקבל תשלומי שבת בשיעור שונה בהתאם לסוג העבודה שבה עבדו.

בעקבות דברים אלה של הפוסקים שאל הרב ארלנגר מדוע בתשלומי שבת הדעה המרכזית בין הפוסקים סבורה שיש להתחשב במקצועו הייחודי של הנחבל, ואילו בתשלומי נזק ראינו לעיל (ה"ש 125) כי לדעת המהרש"ל אין להתחשב בכך, אלא יש להעניק תשלום אחיד כנגזרת של החבלה בלבד. תשובתו היא: "שבת משלמין על מניעת מלאכתו, בזה תלוי בכל אדם כמה נפסד, אבל נזק הוא דמי היר, ובוה יש לומר דאין זה אלא תשלום אבר זה ואינו תלוי אלא בשומת האבר ולא נזקו והפסדו" (ברכת אברהם, בבא קמא פה, ע"ב). בהמשך הוא קושר זאת לכך שתשלומי נזק הם תחליף כספי לחובה שבתורה ליטול את ידו של החובל. כלומר, תשלומי נזק נועדו לא (רק) לפצות את הנחבל בגין אובדן ההשתכרות,

מקרה שונה הוא כאשר החבלה גרמה נכות זמנית בלבד, כלומר שלאחר תקופת ההחלמה הנחבל צפוי לשוב לעבודתו הקודמת. במקרה זה הנחבל אמור לקבל דמי שבת בלבד ולא דמי נזק. מקרה זה לא נידון במשנה אלא בתוספתא, ממנה נראה כי כאן שיעור השבת יחושב לפי שכרו הקודם של הנחבל (הזהה לשכרו העתידי לאחר סיום תקופת הריפוי): "אבל הכהו וצמתה ידו, הכהו וצמתה רגלו, רואין אותו כאילו עושה סלע ביום – נותנין לו סלע ביום, מנה – נותנין לו מנה ביום, ונותנין לו כל נזקו"¹³⁶. בתלמוד הבבלי נחלקו האמוראים בנקודה זו.¹³⁷

דומה אפוא כי אף תשלומי שבת ניתנים על פי אמת מידה שוויונית (באופן יחסי) שאינה מבחינה בין נחבלים שונים על פי מעמדם הכלכלי-חברתי. שיעור תשלום השבת יושפע אך ורק ממשך ימי המחלה ומסוג הנכות שנגרמה, ולפיכך עשיר ועני שנחבלו באופן דומה יפוצו בדמי שבת בשיעור זהה. רק במקרה של נכות זמנית עשוי שיעור השבת להשתנות מנחבל לנחבל לפי שיעור שכרו קודם לחבלה. יש אפוא דמיון עקרוני

אלא (גם) להעניש את החובל בתשלום תמורת ידו, ולעניין זה אין הבדל אם הנחבל היה עשיר או עני, אדם פשוט או נוקב מרגליות. זהו ביטוי לרעיון כי תשלומי "נזק" נועדו לפצות בגין הפגיעה בערך הטבוע של האיבר.

אשר למקרה ההפוך, שבו הנחבל כלל לא עבד (למשל, שמחמת עושרו לא נזקק לעבוד), לדעת המהרש"ל הוא לא יהיה זכאי לדמי שבת, שכן לא ניתן לומר שתקופת הריפוי מנעה ממנו את האפשרות לעבוד. ראו ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן יא.
 136 תוספתא בבא קמא ט, ג (מהד' ליברמן עמ' 42-43). המילים "ונותנין לו כל נזקו" קשות, שהרי כאן אין נזק אלא שבת בלבד, ועל כן פירש ליברמן (תוספתא כפשוטה, בבא קמא, 93): "ונותנין לו כל נזקו, כלומר כל מה שמפסיד, ואינו מנכה לו כלום". ובא הדבר ביתר ביאור בירושלמי, בבא קמא פרק ח הלכה ג, ו ע"ב מהד' האקדמיה 1207: "הכא את מר רואין אותו כילו שומר קישואין והכא את מר היה עושה מנה ביום נותן לו מנה, סלע נותן לו סלע. אמ' ר' יצחק תרין שבתין אינון, הכהו על ידו וקטעה אין רואין אותו כילו עושה מנה ביום אלא רואין אותו כילו חיגר יושב ושומר קישואין שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו".

137 בבא קמא פו, ע"א. לדעת אב"י, גם כשמדובר בנכות זמנית יש לתת תשלומי נזק ותשלומי שבת, הנקראים בלשוננו "שבת גדולה ושבת קטנה", ועל כן נראה כי לשיטתו דמי השבת ייקבעו לפי תעריף של שומר קישואין. ואילו לדעת רבא, במקרה זה אין ניתנים תשלומי נזק, ולפיכך תשלומי השבת ניתנים באופן מלא לפי שכרו שהיה לפני החבלה, ובלשוננו: "דמי שבתו שבכל יום ויום". הראשונים התחבטו בשיטת אב"י, איזה מרכיב של תשלומי נזק יש במקרה של נכות זמנית. כך, למשל, לדעת רש"י, אף שהחבלה עתידה להירפא, בכל זאת שוויו של הנחבל פחת "שאם היה בא לימכר עכשיו היו דמיו פוחתין" (בבא קמא פה, ע"ב ד"ה "שבת הפוחתתו מדמים"). בעלי התוספות הדגישו, כי הפחת בשוויו נובע מכך שעתה עדיין אין ידוע האומנם מדובר בנכות זמנית או שמה בנכות קבועה: "עד שיתרפא נפחתו דמיו, שאין בני אדם בקיאיין להכיר בידו אם סופה לחזור ולא יכניסו עצמן בספק לקנותו ככריא ושולט בשתי ידיו וסבורין שלא יתרפא עוד" (בבא קמא פה, ע"ב ד"ה "שבת הפוחתתו בדמים מהו"). על כך ראו גם מנחת שלמה, בבא קמא פה, ע"ב.

בין אמת המידה האחידה החלה על תשלומי נזק לבין אמת המידה האחידה החלה על תשלומי שבת.¹³⁸

ה. 3. ריפוי

תשלומי הריפוי ניתנים בגין ראש הנזק הממוני השלישי. על פי המשנה: "הכהו חייב לרפאותו",¹³⁹ כלומר על החובל לשלם את הוצאות הריפוי הצפויות של הנחבל.¹⁴⁰ האם אמת מידה זו תושפע ממצבם החברתי-כלכלי של הנחבל ושל החובל? האם תתקבל טענתו של נחבל עשיר, כי הוא בדרך כלל מרשה לעצמו שירותי רפואה יקרים מן המקובל, ועל כן עתה יש להשית תשלומים אלה על החובל? האם תתקבל טענתו של חובל עני, כי הוא בדרך כלל מסתפק בשירותי רפואה זולים מן המקובל, ועל כן יש להשית עליו לשלם לנחבל תשלומים מופחתים אלה ולא יותר?

המשנה עצמה לא דנה בשאלות אלה, ומפשט לשונה נראה כי תשלומי הרפואה ניתנים באופן אחיד, נגזרים אך ורק מאופי החבלה, ובלתי תלויים במעמדם החברתי-

138 שאלה אחרת שהראשונים דנו בה היא אם חישוב דמי השבת ייעשה לפי שכרו של פועל עובד או שמא לפי שכרו של פועל בטל (השכר שמעביד נותן לפועל שנשכר לעשות מלאכה ולבסוף התברר שאין צורך בשירותיו). על כך ראו רי"ף, בבא קמא לא, ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ב הלכה יא; פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן ו; בית הבחירה, בבא קמא פה, ע"ב; ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן יד. שאלה זו נובעת משאלה מקדמית, מי ראוי ליהנות מכך שבמהלך ימי המחלה הנחבל מקבל שכר כשבפועל הוא אינו עובד אלא שוכב במיטתו. מצד אחד, הנחבל זכאי ליהנות מכך, שכן הוא במיטתו שלא ברצונו. מצד שני, החובל זכאי ליהנות מכך, שכן אין זה בדין שהנחבל יקבל שכר בזמן שבפועל הוא אינו עובד. להרחבה ראו יוסי שרעבי ויובל סיני, "הפסד השתכרות במשפט העברי", ניתן לצפייה באתר ישמ"ע: <https://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Torts/Pages/Earnings.aspx>.

139 בתוספתא, בבא קמא ט, ג (מהד' ליברמן עמ' 43) הוסיף בן עזאי את החובה "נותן לו נכי מזון", כלומר פיצוי בגין צורך רפואי במזון יקר מהרגיל. ראו גם ירושלמי, בבא קמא פרק ח הלכה א, ו ע"ב מהד' האקדמיה 1207; בבלי, בבא קמא נט, ע"א.

140 לעניין זה קובעת התוספתא, כי מסתמכים על אומדן ההוצאות הרפואיות בעת מתן פסק הדין, ולא על ההוצאות הרפואיות שיהיו בפועל, אם יהיו גבוהות יותר ואם נמוכות יותר. על כך ראו תוספתא, בבא קמא ט, ג (מהד' ליברמן עמ' 43); בבלי, בבא קמא צא, ע"א. שאלה שדנו בה האחרונים היא אם חובתו היסודית של החובל היא לשלם לנחבל את דמי הריפוי, או שמא חובתו היסודית היא לרפא את הנחבל ותרגומה המעשי הוא תשלום דמי הריפוי. האפשרות השנייה עשויה להסביר את הדין שלפיו אדם החובל בעבדו הכנעני פטור מכל חובות התשלומים (שכן הוא עבדו) מלבד חובתו לשלם לו דמי ריפוי. על כך ראו למשל תוספות, בבא קמא פז, ע"א ד"ה "בעבד כנעני"; קובץ שעורים, חלק א, כתובות סימן ריח; חזון יחזקאל, בבא קמא פרק ט, הלכה א.

כלכלי של החובל והנחבל. התלמוד הבבלי הוא שדן בניסיונותיו של החובל להפחית את תשלומי הריפוי:

וואי א"ל [=אמר לו החובל]: אסייך אנא [=אני ארפא אותך בעצמי], א"ל
[=אמר לו הנחבל]: דמית עלי כאריא ארבא [=דומה אתה עליי כאריה אורב].
וואי א"ל [=ואם אמר לו החובל]: מייתינא אסיא דמגן במגן [=אביא רופא
המרפא בחינם], א"ל [=אמר לו הנחבל]: אסיא דמגן במגן – מגן שוה
[=רופא המרפא בחינם – חינם שווה].
וואי אמר: מייתינא לך אסיא רחיקא [=אביא לך רופא ממרחקים], אמר
ליה: אסיא רחיקא עינא עוירא [=רופא רחוק מעוור את העין].¹⁴¹

הסוגיה דנה אפוא בניסיונות שונים של החובל לצמצם את דמי הריפוי. ראשית, הוא מציע לרפא בעצמו את הנחבל; אחר כך, הוא מציע רופא המוכן להתנדב ולרפא בחינם;¹⁴² ולבסוף, הוא מציע לשכור רופא ממרחקים ששכרו מועט. על פי סוגיית התלמוד, הנחבל זכאי לסרב לכל ההצעות האלה ולתבוע לקבל שירותי רפואה במחיר המקובל, מתוך הנחה שכל הפחתה בתשלום משמעה עלול להיות הפחתה באיכות השירות הרפואי שיקבל.¹⁴³ נראה שלעניין זה תידחה טענתו של החובל כי הוא עני ולעצמו היה מעדיף לחסוך ולשכור רופא זול, אלא עליו לספק לנחבל שירותי רפואה במחיר המקובל.

יש מן הפוסקים שהתחבט אם הוא הדין להיפך, כלומר אם כשמדובר בנחבל עשיר, המרשה לעצמו תשלומי רפואה יקרים מן המקובל, יש להשית על החובל תשלום דמי ריפוי כמקובל או שמא בשיעור יקר יותר.¹⁴⁴ הדעת נותנת כי כשם שאין החובל רשאי

141 בבא קמא פה, ע"א.

142 רבי שלמה לוריא הדגיש כי לעניין זה אין הברל בין רופא המתנדב לרפא בחינם לבין רופא המתנדב לרפא בזול (ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן י).

143 הראשונים נחלקו בשאלה מה בדיוק הפגם ברופא זול הבא ממרחקים, עליו אמר התלמוד: "אסיא רחיקא עינא עוירא". יש שפירשו שעד שיבוא ממקום מרוחק תתעוור העין (אוצר הגאונים, בשם בעל הערוך); על פי רש"י, רופא ממרחקים לא יחוש למוניטין שלו ועל כן עלול לא לעשות את מלאכתו נאמנה (רש"י, ד"ה "עינא עוירא"; וכן פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן א); ולדעת המאירי, רופא מרוחק עלול לרמות ולהציג עצמו כמומחה אף שאינו כזה (בית הבחירה, בבא קמא פה, ע"א).

בהמשך דן התלמוד בתביעתו של הנחבל לקבל לידי את סכום הכסף המיועד לריפוי במקום להעבירו לידי הרופא. עניין זה נוגע בשאלה שנידונה לעיל, אם חובת הריפוי היא ביסודה חובה כספית, או שמא חובה לרפא את הנחבל.

144 "ואפשר שהחייב הוא כדרך שבני אדם רגילים לבזבז ממון עבור רפואתם. או יתכן שגם בזה נאמר כמו שאמרו לענין תשלומי צער שאומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול וכו' [...] והכי נמי לענין ריפוי צריך לשער כמה אדם כיוצא בזה ישלם עבור ריפוי" (רבי שלמה זלמן אורבך, מנחת שלמה, בבא קמא פה, ע"א). התחבטותו של הרב אורבך אינה

להסתפק במתן שירותי רפואה זולים מן המקובל, כך אף הנחבל אינו זכאי לתבוע דמי רפואה יקרים מן המקובל (ואם יבחר בכך יצטרך לשאת בעצמו בעלויות הנוספות).¹⁴⁵ ממוצא הדברים עולה כי על פי פשטה של המשנה, ועל פי מקורות מאוחרים יותר שהלכו בעקבותיה, אף תשלומי הריפוי יינתנו באופן אחיד, ובהתעלם ממעמדם החברתי-כלכלי של החובל ושל הנחבל.

ה.4. צער

בשונה מדרכי החישוב של "נזק", "שבת" ו"ריפוי", המבוססים על אמות מידה אחידות באופן יחסי, המשנה קובעת את דרך חישוב ה"צער" בדיוק בכיוון ההפוך. על פי המשנה, כדי להעריך את גובה הצער "אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך". המשנה מתבססת אפוא על מבחן "הנכונות לקבל" (willingness to accept) ומנחה לבדוק תמורת איזה סכום כסף היה הנחבל מסכים לשאת בכאב שנגרם לו. מאליו ברור כי אי אפשר לבצע בדיקה זו על הנחבל עצמו, שהרי החבלה כבר נגרמה לו ולכן הוא צפוי לנקוב בסכום הגבוה ביותר שיוכל, אלא כמה אדם הדומה לנחבל ("אדם כיוצא בזה"), ידרוש עבור חבלה דומה.

בתלמוד הבבלי ערערו על מבחן "הנכונות לקבל", שכן סכום הכסף שאדם ידרוש תמורת נכונותו לספוג חבלה עלול להיות אדיר ולא פרופורציונלי, ובלשון התלמוד: "בשופטני עסקינן [=האם בשוטים אנו עוסקים]?" "לא שקיל ומצער נפשיה [=אדם לא ייטול סכום כסף כדי לצער עצמו]"¹⁴⁶ לפיכך התלמוד מציע להמיר את מבחן "הנכונות לקבל" במבחן "הנכונות לשלם" (willingness to pay), כלומר איזה סכום כסף אדם יהיה מוכן לשלם כדי להימנע מספיגת כאב דומה לזה שנגרם ("אלא אומדין כמה אדם רוצה ליתן"). במילים אחרות, נכונותו של אדם להוציא כסף מכיסו כדי להימנע מכאב תשקף טוב יותר את האופן שבו הוא מעריך את שוויו של הכאב מאשר נכונותו של אדם לקבל כסף לכיסו תמורת ספיגת כאב.¹⁴⁷

- מובנת, שכן המשנה נקטה את מבחן נכונותו של הנחבל לקבל כסף דווקא בהקשר דמי הצער (על כך ראו להלן), ולא בהקשר דמי הריפוי.
- 145 ראו לעיל, ה"ש 74, לגבי הכרעתו של ביהמ"ש העליון, כי במקרה של ניזוק מחור"ל יש לקבוע את הוצאות הריפוי לפי שירותי הרפואה בארץ מוצאו.
- 146 בבלי, בבא קמא פה, ע"א. ופירוש רש"י: "הא לא שקיל [=הרי לא נוטל] כל ממון שבעולם לצער נפשיה [=עצמו] לקוצצה, וכאן כבר נעשה מעשה". וראו הערתו של פרידמן, "הוספות" (לעיל ה"ש 10), 434.
- 147 השו"ת ירושלמי, בבא קמא פרק ח הלכה א, ו ע"ב מהד' האקדמיה 1207: "אומ' כמה אדם כיוצא בזה רוצה להיות מצטער בכך. אמ' ר' זעירה חמיי בר נש ואמרינן ליה כמה את בעי למיתן ולא ייאוּבך אהן צערא. ומה דהוא אמ' יהבין ליה. אמ' מר עוקבה כמה אדם רוצה

כדי לדייק יותר את שומת הצער, התלמוד מציע את הפיתוח הבא. נניח כי תוצאת החבלה היא קטיעת יד. כיצד נעריך את הצער בחבלה זו? אם נברוק כמה אדם היה מוכן לשלם כדי להימנע מקטיעת יד, הסכום ישקף לא רק את הצער לבדו, אלא גם את שאר ראשי הנזק הכרוכים בכך (נזק, שבת, ריפוי וכושת). כדי לנטרל את השפעתם של שאר ראשי הנזק, מציע התלמוד את המבחן הבא: נתאר אדם הדומה לנחבל, אשר המלכות גזרה עליו לקטוע את ידו.¹⁴⁸ המלכות מציעה לאותו אדם לשלם כדי להמיר את הקטיעה בחרב, הנעשית בדרך מכאיבה, בקטיעה שתיעשה בדרך בלתי מכאיבה (בלשון התלמוד: בסם, ובלשון זמננו: תחת חומרי הרדמה). הסכום שאותו אדם יהיה מוכן לשלם עבור חומרי ההרדמה שיחשכו ממנו את הכאב יבטא את שווי הצער בעיניו. ובלשון הסוגיה: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן לקטוע לו ידו המוכתב למלכות בין סייף לסם".

דיון תלמודי זה מרתק עבור המתעניינים בהבדלים בין מבחן "הנכונות לשלם" לבין מבחן "הנכונות לקבל".¹⁴⁹ ניכר כי בעלי התלמוד הבינו היטב, בדרכם האינטואיטיבית, את מה שאנשי הכלכלה ההתנהגותית עמלים למדוד ולאבחן בכלים מדויקים על אודות ההבדל בין האופן שבו בני אדם מעריכים דברים שהם נדרשים לשלם עבורם לבין האופן שבו בני אדם מעריכים דברים שהם יכולים למכור.¹⁵⁰ אולם לצורך דיוננו כאן אפשר להתעלם מן ההבחנה בין מבחן "הנכונות לשלם" לבין מבחן "הנכונות לקבל", שכן מבחינת ההשלכות החברתיות שני מבחנים אלה דומים זה לזה. על פי שניהם, דמי הצער שיוטלו על החובל יושפעו לא רק מאופייה של החבלה שהוא גרם אלא גם ממאפייני חייו של הנחבל, ברגש על מעמדו החברתי-כלכלי. שני נחבלים שונים, אשר סבלו אותה חבלה בדיוק, צפויים להעריך באופן שונה את ערכו של הצער שנגרם להם, בהתאם למאפייני חייהם.

ליטול היא מתנית' ותימר אכן. אלא חמי בר נש ואמרין ליה כמה את בעי מיסב ויאבך אהן צערא ומה דו אמ' יהבין ליה".

148 המשפט העברי עצמו אינו מכיר בעונשי גוף של קטיעת איברים, וככל הנראה הכוונה לעונשי גוף שנהגו בשיטות משפט אחרות (כגון קטיעת ידם של גנבים).

149 עניין מיוחד יש בדרך הביניים של הרמב"ם. נראה כי לדעתו, כאשר החבלה כרוכה באובדן איבר, הצער מחושב בדרך של נכונות לשלם (willingness to pay) ואילו כאשר החבלה אינה כרוכה באובדן איבר, הצער מחושב בדרך של נכונות לקבל (willingness to accept). ראו הלכות חובל ומזיק, פרק ב, הלכות ט-י. שיטתו אומרת דרשני, אך העניין חורג מגבולות יריעה זו. על כך ראו פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן א; ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן ח; שולחן ערוך, חושן משפט סימן תכ סעיף טז; רי"ד סולובייצ'יק, רשימות שיעורים, בבא קמא פה, ע"א; ירון אונגר ויובל סיני, "דרך חישוב הפיצויים על ראש נזק של כאב וסבל", ניתן לצפייה באתר ישמ"ע/ <https://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Torts/Pages/Through.aspx>.

150 על כך ראו לעיל, ה"ש 58.

דבר זה בא לידי ביטוי בנוסחת המשנה "אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה לטיול להיות מצטער כך" (ההדגשה שלי), כלומר בעניין הצער יש לעשות הערכה אישית המותאמת לאורח חייו של הנחבל שלפנינו.¹⁵¹ בחינה אישית זו עשויה להביאנו להבחין בין אדם מעודן, בעל סף סבל נמוך, אשר צפוי לשלם הרבה כדי להימנע מכאב, לבין אדם בעל עור מחוספס וסף סבל גבוה, שישלם פחות מכך. וכפי שהדגישה המכילתא דרבי ישמעאל:

כוואו על ציפרנו ועל כף רגלו ולא רשם בו,¹⁵² טענו אבנים וציערו, הטיל שלג על ראשו וצננו, הרי זה נותן לו דמי צערו. אבל אם היה מרוכך, מעודן, מפונק, כל שכן שכפול בו צערו.¹⁵³

האם גם מעמד חברתי כלכלי צפוי להשפיע על שיעור דמי הצער שיש לשלם? האם דמי צערו של נחבל עשיר שווים לדמי צערו של נחבל עני? השפעה זו עשויה לבוא בשני היבטים. ראשית, סף הסבל של האדם (היותו "מרוכך, מעודן, מפונק" כלשון המכילתא) אינו רק דבר מולד אלא גם דבר נרכש. אנשים שגדלו בבתים אמידים צפויים להיות ענוגים ועדינים יותר מאנשים שגדלו בבתים קשי יום, הצפויים להיות מחוספסים יותר ובעלי סף סבל גבוה יותר.¹⁵⁴ שנית, השאלה כמה אדם מוכן לשלם עבור מניעת צער מושפעת לא רק מסף הסבל שלו אלא גם מן השאלה כמה הוא מעריך את הכסף שבכיסו; אדם עשיר יהיה מוכן לשלם יותר כדי להימנע מצער מסוים, ואילו אדם עני יהיה מוכן לשלם פחות. עמד על כך הרמב"ם שכתב:

כמה הוא הצער? הכל לפי הניזק, יש אדם שהוא רך וענוג ביותר ובעל ממון ואילו נתנו לו ממון הרבה לא היה מצטער מעט, ויש אדם שהוא עמל וחזק ועני ומפניו זוז אחד מצטער צער הרבה, ועל פי הדברים האלה אומדין ופוסקין הצער.¹⁵⁵

151 הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק פרק ב הלכה י, נצמד ללשון המשנה בקובעו: "אומדין ואומדין כמה אדם כזה רוצה ליתן..." לעומתו, בשולחן ערוך נאמרה לשון כללית, המטשטשת את האופי האישי של הערכת הצער: "אומדים כמה אדם רוצה ליתן" (שולחן ערוך, חושן משפט סימן תכ סעיף טז).

152 כלומר, אף אם הכווייה לא הותירה בו רושם (צלקת).

153 מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים – מסכתא דנויקין, פרשה ח, מהר' האראוויטץ רבין עמ' 278. וברומה כתב רש"י, בבא קמא פג, ע"ב, ד"ה "כיוצא בזה": "לפי מה שהוא מעונג רב צערו וכאיבו".

154 מעין המעשייה הידועה של הנס כריסטיאן אנדרסן, הנסיכה והעדשה, שלפיה כדי למצוא את הנסיכה הראויה לנסיך יש להניח גרגר אפונה מתחת למיטה המוצעת בכרים ובכסותות, דבר שיפריע את מנוחתה של נסיכה אמיתית.

155 רמב"ם, הלכות חובל ומזיק פרק ב, הלכה ט.

הנה כי כן, הרמב"ם עומד במפורש על כך שמבחן "הנכונות לשלם" מבריל בין נחבלים שונים לא רק על פי חוסנם הפיזי ("רך וענוג" מול "עמל וחזק") אלא גם על פי מעמדם הכלכלי. אף כשמדובר באותה החבלה בדיוק, מי שכיסו מלאים מטבעות צפוי להיות מוכן לשלם עבור מניעת הסבל סכום גבוה מן הסכום שאיש עני יהיה מוכן לשלם.¹⁵⁶ משמעות דברי הרמב"ם היא כי דמי הצער של נחבלים עשירים יהיו גבוהים מדמי הצער של נחבלים עניים. וכפי שהסביר רבי חיים סולובייצ'יק מבריסק, כי על פי הרמב"ם נחבל עשיר יפוצה בגין צער יותר מאשר נחבל עני, וזאת לא (רק) משום שסף הכאב שלו נמוך יותר, אלא (גם) משום שערך הכסף נמוך יותר בעיניו:

והרי דבזה שהוא בעל ממון או עני לא נתרבה ולא נתמעט צערו, רק כיון שהוא בעל ממון וממון אינו שוה אצלו נותן ממון הרבה כדי למנוע ממנו צער קטן. והשני להיפך, דהממון קשה לו ביותר ממעט הממון אף בצער גדול. והיינו דהרמב"ם מפרש דהאומד דצער הוא לפי הנחבל גופא ואומדין בו כמה הוא היה רוצה ליתן ובו הדבר תלוי ואין אומדין בשוק כמה היה אדם רוצה ליתן בעד צער גדול אלא הוא אומד לפי הניזוק גופא ומקורו מהמשנה "כיוצא בזה".¹⁵⁷

נמצא אפוא כי על פי המשנה, דמי הצער מחושבים בדרך השונה במהותה מדמי הנזק, השבת והריפוי. בעוד הפיצויים בגין הנזקים הממוניים (תשלומי נזק, שבת וריפוי) ייקבעו על פי אמות מידה אחידות באופן יחסי, ויושפעו בעיקר מסוג החבלה שנגרמה וכן ממאפיינים פיזיים בסיסיים (גיל, מגדר), דמי הצער יהיו רגישים לשאלת מעמדו החברתי-כלכלי של הנחבל ולתנאי החיים שבהם גדל. נחבל שהוא "רך וענוג ובעל ממון" יקבל דמי צער גבוהים מנחבל שהוא "עמל וחזק ועני".

ה.5. בושת

אם בתשלומי צער נאמר כמשנה כי שיעור התשלום ישתנה מנחבל לנחבל לפי מאפייני חייו האישיים ("אדם כיוצא בזה"), באופן המרמז כי אף למעמד החברתי-כלכלי של הנחבל עשויות להיות השלכות רלוונטיות, בתשלומי בושת הדבר נאמר בצורה מפורשת: "בשת – הכל לפי המבייש והמתבייש".¹⁵⁸ על פי המשנה, אינם דומים דמי הבושת שישולמו לנחבל ממעמד נמוך, שבושתו מועטה, לדמי הבושת שישולמו לנחבל ממעמד גבוה, שבושתו מרובה. כמו כן, אינם דומים דמי הבושת שישלם חובל ממעמד נמוך, שמכתו גורמת לבושה רבה, לדמי הבושת שישלם חובל ממעמד גבוה, שמכתו גורמת

156 זאת בשל עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף, ההופכת את שקליו של העני ליקרים עבורו יותר מאשר שקליו של העשיר.

157 חידושי הגר"ח, סימן קכ.

158 ראו גם משנה, כתובות ג, ז; משנה, ערכין ג, ד.

לבושה מועטה יותר.¹⁵⁹ וכלשון התלמוד הירושלמי: "לא דומה המבייש את הגדול למבייש את הקטן. לא דומה מתבייש מן הגדול למתבייש מן הקטן. בושת הגדול מרובה ונזקו [=אם הוא מבייש]¹⁶⁰ ממועט, בושת הקטן ממועט ונזקו מרובה".¹⁶¹ תשלום הבושת המרבי יינתן אפוא כאשר אדם ממעמד נמוך יחבול באדם ממעמד גבוה. תשלום הבושת המינימלי יינתן כאשר אדם ממעמד גבוה יחבול באדם ממעמד נמוך. ובתווך יימצאו תשלומי בושת בגין חבלה של אדם ממעמד נמוך באדם ממעמד נמוך, ובגין חבלה של אדם ממעמד גבוה באדם ממעמד גבוה.¹⁶² הנחה זו של חכמי המשנה, כי בושה וכבוד הם תלויי מעמד חברתי-כלכלי, וכי דיני הנזיקין אמורים לתת לכך ביטוי, הולמת תפיסות רומיות בנות הזמן.¹⁶³

יש ליתן את הדעת כי המשנה אינה מפרשת מהו הגורם המעמדי שיש להתחשב בו לעניין הבושת. האם כוונתה להבדלים הנובעים מעושר כלכלי (בושתו של עשיר גדולה מבושתו של עני), או ממוצא משפחתי (בושתו של בן משפחה מיוחסת גדולה

159 מקורות חז"ל אינם מפרשים כיצד אומדים למעשה את בושתו של אדם מכובד ושל אדם פחות מעלה. מדברי הרמב"ם נראה כי אף כאן יש להיעזר במבחן "הנכונות לשלם" כדי להימנע מן הבושת (ברומה למבחן שנקבע לדמי צער). ראו רמב"ם, הלכות נערה בתולה פרק ב, הלכה ה: "ולפי זה רואין הדיינין מעלתה ומעלתו ושמיין כמה ממון ראוי לאביה ולמשפחתה ליתן ולא יארע להן דבר זה מאדם זה וכמוהו חייב לשלם". ראו גם רש"י, בבא קמא פו, ע"א, ד"ה "שיימינן בהו".

160 ראו למשל קרבן העדה, שם; ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, בבא קמא עמ' 100.

161 ירושלמי, כתובות פרק ג הלכה ח, כז ע"ד מהד' האקדמיה 971.

162 ניתן לכאורה להציע הבנה הפוכה של המשנה, שלפיה בושת הנגרמת על ידי אדם ממעמד גבוה רבה מבושת הנגרמת מאדם ממעמד נמוך (כהקבלה לכך שבושת הנגרמת לאדם ממעמד גבוה רבה מבושת הנגרמת לאדם ממעמד נמוך). וכך אכן מופיע בשיטה מקובצת בשם הגאונים: "הכל לפי המבייש פירוש אם היה אדם חשוב נתן בושת גדולה שכל מי שהוא אדם חשוב ומבייש את חברו גדולה היא הבושת שמבייש. לפי המתבייש לפי חשיבותו אומדין בשתו" (כתובות מ, ע"א). ברם, מן התלמוד הירושלמי הנ"ל משמע ההיפך, כמסתבר, וכך אף הכריעו רוב הראשונים. ראו למשל רש"י, בבא קמא פג, ע"ב: "הכל לפי המבייש – אדם קל שבבייש בושתו מרובה. והמתבייש – אדם חשוב שנתבייש בושתו מרובה"; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג הלכה א; רמב"ם, הלכות נערה בתולה, פרק ב הלכה ד. ראו גם הערתו של ליברמן להלכות הירושלמי להרמב"ם, עמ' נ' הערה ט.

163 על כך ראו לעיל, ליד ה"ש 37. אכן, כפי שראינו לעיל, המשפט הרומי קבע כי כאשר החובל נמצא במעמד הכפוף לנחבל, כגון שהנחבל הוא הורה או פטרונו שלו, אזי החבלה נחשבת חמורה יותר. ראו דיגסטא 47.10.7.8; האינסטיטוציות של גאיוס, 3.225. מן הצד השני, בעוד במשפט הרומי תשלום בגין בושת (iniuria) היה שמור לכני חורין בלבד ולא ניתן לעבדים, חכמי המשנה נחלקו בשאלה אם יש לעבדים בושת. על כך ראו משנה, בבא קמא ח, ג. לטענה כי מקור הזיקה שבין בושת לבין מעמד חברתי-כלכלי נעוץ במזרח הקדום, ובעיקר בחוקי חמורבי, ראו Friedman, "The Plotting Witness" (supra note 11) 823.

מבושתו של אחד מפשוטי העם), או מחוכמה (בושתו של תלמיד חכם גדולה מבושתו של עם הארץ).¹⁶⁴ ושמא כל אלה נכללים בלשונה התמציתית של המשנה "הכל לפי המבייש והמתבייש". אכן, לשון התוספתא מלמדת על כמה סוגים של הברלים מעמדיים רלוונטיים: "ואינו דומה המתבייש מן היקר למתבייש מן הפגום, ואינו דומה גדול המתבייש לקטן המתבייש, בן גדולים המתבייש לבן קטנים המתבייש".¹⁶⁵

ההנחה שתשלום הבושת הוא תלוי מעמד חברתי-כלכלי אינה מוסכמת על כל חכמי המשנה. בהמשך הפרק מובאת דעתו החולקת של רבי עקיבא, הסובר כי לעניין הבושת: "אפילו עניים שבישראל רואין אותן כאילו הן בני חורין שירדו מנכסיהם, שהם בני אברהם יצחק ויעקב".¹⁶⁶ לדעת רבי עקיבא, כאשר הנחבל הוא עני יש לקבוע את דמי בושתו לא לפי מעמדו הכלכלי העכשווי, אלא כאילו היה אדם עשיר שבאופן זמני נפל לעוני ("בני חורין שירדו מנכסיהם"), וזאת כיוון שמוצא כולם – עניים ועשירים – זהה, "שהם בני אברהם יצחק ויעקב".¹⁶⁷

מאלי ברור כי רבי עקיבא מצדד בתשלום בושת לעניים בשיעור גבוה מזה שמעניק תנא קמא. אלא שלא התבאר אם כוונתו שעדיין יש לשמר הברל מסוים בין שיעור הבושת הניתן לעשירים לבין שיעור הבושת המשודרג שניתן לעניים, או שמא לקבוע

164 מדברי רבי עקיבא המובאים בהמשך כחולק על תנא קמא (להלן, ליד הערה 166) עולה כי ההבדל העיקרי הרלוונטי הוא מידת עושרם של החובל והנחבל.

165 תוספתא, בבא קמא ט, יב (מהר" לברמן עמ' 45).

166 משנה, בבא קמא ח, ט. דברי רבי עקיבא הובאו כחולקים על תחילת המשנה, שקבעה תעריפי תשלום קבועים למגוון מכות שנוקן מועט ובושתן מרובה (כגון סטירה, יריקה, גילוי הראש), והוסיפה "והכל לפי כבודו". על כך הובאו דברי רבי עקיבא כי יש לראות את העניים כבני חורין שירדו מנכסיהם. רבי עקיבא אומנם אינו מובא כחולק ישירות על דעת תנא קמא שבראש הפרק, הסבור "והכל לפי כבודו", ונראה שהם הם הדברים (לדעת גבריהו, דיני החבלות (לעיל, ה"ש 10), 49, הברלי נוסח אלה נובעים משילוב של עורך המשנה בין שני מקורות קדומים משני בתי מדרש נפרדים). ראו גם Friedman, "The Plotting Witness" (supra note 11) 825.

167 התעריף הנקוט ברישא של משנה זו לרשימת המכות המנויות בו מעורר שאלות רבות שאינן מענייננו כאן: א) האם הקביעה המסייגת של תנא קמא "והכל לפי כבודו" מציבה את התעריפים שנקבעו במשנה כסכומי מינימום הניתנים לעניים, בזמן שלעשירים ייתן יותר, או שמא כסכומי מקסימום הניתנים לעשירים, בזמן שלעניים ייתן פחות? על כך ראו בבא קמא צא, ע"א. ב) האם תעריפים אלה מתייחסים אך ורק לתשלומי הבושת, או שמא גם לצער ואולי אף לנזק המועט שיש במקרים אלה? לדעת רש"י, בבא קמא צ, ע"א ד"ה "נותן לו", תעריף זה חל על בושת בלבד. לדעת נימוקי יוסף, בבא קמא יח, ע"א, בשם הרמ"ה, תעריף זה חל על צער ובושת. ולדעת הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק פרק ג הלכה ח, תעריף זה חל על צער, בושת, ריפוי ושבת. וראו גם בית יוסף, חושן משפט סימן תכ.

סטנדרט אחיד לגמרי של תשלומי בושת, בלא הבדל בין עניים לבין עשירים.¹⁶⁸ עניין זה התחדד אצל דור תלמידיו של רבי עקיבא, שנחלקו בדבר. וכך מצאנו בעניין הבושת כברייתא המופיעה בתלמוד הבבלי:

וכולן רואין אותן כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם, שהן בני אברהם יצחק ויעקב, דברי ר' מאיר;

ר' יהודה אומר: הגדול לפי גודלו, והקטן לפי קטנו;

רבי שמעון אומר: עשירים – רואין אותן כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם, עניים – כפחותין שבהן.¹⁶⁹

נראה כי אליבא דרבי מאיר, בעניין תשלומי הבושת יש להנהיג אמת מידה אחידה לכל הנחבלים, בלא הבדל בין עניים לבין עשירים. הדבר בולט בלשונו של רבי מאיר "וכולן רואין אותן" (השונה מלשונו של רבי עקיבא "אפילו עניים שבישראל רואין אותן").¹⁷⁰ לעומת זאת, אליבא דרבי שמעון יש שתי אמות מידה לקביעת שיעור הבושת, האחת לעשירים – "כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם", והשנייה לעניים – "כפחותין שבהן". ואילו נראה שרבי יהודה קרוב בגישתו לזו של התנא הראשון המופיע במשנה בראש פרק "החובל", ולפיה הבושת היא עניין אינדיבידואלי, המשתנה מנחבל לנחבל (אולי גם מחובל לחובל) על פי מעמדו החברתי-כלכלי.

ניכר אפוא שרבי עקיבא, ובמיוחד לפי גישת רבי מאיר, מחיל אמת מידה אחידה, שוויונית, על תשלומי הבושת. זאת בשונה מתנא קמא, הרואה בתשלומי הבושת דבר המבדיל בין בני אדם על פי מעמדם הכלכלי-חברתי.¹⁷¹ בחירתו של עורך המשנה להציג

168 המפרשים נחלקו בעניין זה כיצד לבאר את גישת רבי עקיבא. לדעת המאירי, בית הבחירה בבא קמא ז', ע"א, רבי עקיבא אומנם מעלה את סכום הבושת שישולם לעניים שנחבלו, "ומכל מקום לעשירים וגדולי המעלה שמין יותר כפי ראות עיני הבית דין". ואילו לדעת רבי שלמה לוריא, ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן לה, רבי עקיבא קבע אמת מידה אחידה לעניים ולעשירים.

169 בבלי, בבא קמא פו, ע"א.

170 וכפי שפירש רש"י, בבא קמא פו, ע"א את גישת רבי מאיר: "וכולן – ואפילו את העשירין. כאילו ירדו וכו' – ואין שמין את העני לפי עניותו להקל ולא את העשיר לפי עשרו שהרי אין לדמי בשתו סוף אלא כולן שוין בכך". אשר לשאלה אם סטנדרט אחיד זה חל רק על המתבייש או שגם על המבייש, ראו שיטה מקובצת, בבא קמא פו, ע"א בשם הראב"ד: "וכולן רואין אותן כאלו הן בני חורין וכו'. לא ידענא האי כולן אי קאי נמי על המבייש כמתבייש או על המתבייש לבדו. אבל קאמר שהם בני אברהם יצחק ויעקב מתחזי נמי שעל המבייש קאמר שאין אומרים זה העני הפחות איך בייש אדם חשוב וחסיד כזה אלא שזה מורידין דרגא אחת וזה מעלין דרגא אחת עד שנמצאו שוין ויהיו כל התשלומין שוין".

171 אם המשנה בראש פרק "החובל", הקובעת ש"בושת – הכל לפי המבייש והמתבייש", היא מדבי רבי ישמעאל (גבריהו, דיני החבלות (לעיל, ה"ש 10), 44-51), ואילו רבי עקיבא דוגל בתשלומים בעלי אופי אחיד יותר, אזי הדבר עשוי להשתלב עם הידוע לנו על שיטת

את דעת החכם הראשון באופן אנונימי (תנא קמא), ואף לשבצה במשנה הפותחת את פרק החובל, מעידה על העדפתו אותה בתור הדעה הדומיננטית. וכך אכן נקבע הלכה למעשה.¹⁷²

נמצא אפוא כי בדומה לתשלומי הצער, ואף למעלה מכך, תשלומי הבושת מחושבים בדרך המבדילה בין נחבל לנחבל על פי מאפייני חייו האישיים, ובדגש מיוחד על מעמדו החברתי-כלכלי.¹⁷³

ה. הפסיפס של חמשת ראשי הנזק: שני רבדים של הקיום האנושי

חמשת התשלומים שהמשנה מטילה בגין גרימת נזקי גוף – נזק, שבת, ריפוי, צער ובושת – מבוססים כל אחד על צורת שומה שונה. מבחינת רגישותם למאפייני חייו של הנחבל, ובפרט למעמדו החברתי-כלכלי, ניתן לחלקם לשתי קבוצות. הפיצויים בגין הנזקים הממוניים – נזק, שבת וריפוי – מבוססים על צורות שומה התלויות בעיקר בסוג החבלה שנגרמה, וכמעט שאינן מושפעות ממאפייני חייו של הנחבל, לא כל שכן ממעמדו החברתי-כלכלי. קביעת תשלום הנזק נעשית באמצעות שוק העבדים, המעריך את גובה התשלום לפי סוג החבלה, תוך רגישות מסוימת למגדרו של הנחבל ולגילו (אולי גם למיומנויות מסוימות שרכש). קביעת דמי השבת נעשית באמצעות הערכה של

דבי רבי ישמעאל שהסתייגה מן האקטיביזם האנטי-רומי מבית מדרשו של רבי עקיבא. ראו עדיאל שרמר, "מדרש והיסטוריה: כוח האל ותקוות גאולה בעולמם של התנאים בצל האימפריה הרומית", ציון 5 (תשס"ז); מנחם כהנא, "כי תבואו אל הארץ": מחלוקת התנאים ופשרה האקטואלי, תרביץ פא 143 (תשע"ג). עם זאת יש לזכור את שראינו לעיל, כי אף המשנה הראשונה בפרק "החובל" קובעת שלעניין דמי הנזק יש לשום נחבלים בני חורין בשוק העבדים, דין המבטא גישה הפוכה מן המקובל במשפט הרומי.

172 על כך ראו רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט סימן תכ סעיף כד.

173 עד עתה דנו בהבדלי כבוד הנובעים מעניינים אובייקטיביים, כגון עושר, מעמד משפחתי וכדומה. הפוסקים הבתרת-למודיים דנו בשאלה אם לאופן שבו הנחבל נוהג בעצמו יש השפעה על הכבוד שהוא זכאי לו. ראו, למשל, רמב"ם, הלכות חובל ומזיק פרק ג הלכה יא: "לפי שיש בני אדם כעורין שאינן מקפידין על בושתם וכל היום מבזים עצמן בכל מיני בזוי דרך שחוק וקלות ראש או כדי ליטול פרוטה אחת מן הלצים המשחקים עמם"; ים של שלמה, בבא קמא פרק ח סימן לה: "כי לפעמים נמצא אדם מכובד ביותר, ומנהיג עצמו בשררה, אפילו אינו עשיר, רק בינוני, מ"מ דינו כסתם עשיר, בד' מאות זוז. אבל כסתם בינונים צריכין לפחות לו, כפי הנראה. וגם לפעמים נמצא עני ממש, ומקבל צדקה [בסתרו], ואינו מקפיד עצמו כ"כ, והוא קצת ידען, דינו כסתם בינוני. ולפעמים עשיר ריק וליץ, ורוב ענייניו בשחוק ושיחת ילדים וקלות ראש, דינו כסתם בינוני". ראו גם בית הבחירה, בבא קמא פו, ע"א, בעניין חישוב הבושת לאור "שאר המעלות או הפחיתות" שאינן מצד העושר.

פוטנציאל ההשתכרות העתידי של הנחבל, הנקבע לפי סוג החבלה שנגרמה לו ולפי משך ימי ההחלמה. וקביעת דמי הריפוי נעשית אף היא לפי סוג החבלה, ולא לפי הרגליו או העדפותיו של הנחבל. לעניין הנזקים הממוניים, אובדן ידו של פלוני זהה לאובדן ידו של אלמוני, והפיצויים נקבעים (כמעט) ללא תלות בשאלה מיהו הנחבל. לעומת זאת, הפיצויים בגין הנזקים הלא-ממוניים – צער ובושת – מבוססים על צורות שומה המבדילות בין נחבל לנחבל לפי סיפור חייו. חישוב דמי הצער נעשה על פי מבחן "הנכונות לשלם" כסף כדי להימנע מן הצער,¹⁷⁴ דבר המושפע לא רק מאופי החבלה שנגרמה אלא גם מתנאי חייו של הנחבל, לרבות מצבו הכלכלי. אף חישוב דמי הבושת מבוסס על מעמדם החברתי-כלכלי של המבייש ושל המתבייש.¹⁷⁵ לעניין הנזקים הלא-ממוניים, כל אדם הוא עולם ומלואו, ואובדן ידו של פלוני אינו ניתן להשוואה לאובדן ידו של אלמוני. האם עני ועשיר שנחבלו באופן זהה יקבלו אפוא פיצויים דומים או שונים? נראה כי תשלומי הנזק, השבת והריפוי יהיו שווים, ואילו תשלומי הצער והבושת יהיו שונים.¹⁷⁶ עמד על כך, על פי דרכו, רבי יחיאל מיכל הלוי עפשטיין, שכתב לגבי שומת דמי "נזק":

174 או "הנכונות לקבל" כסף תמורת ספיגת הצער (ראו דיוננו לעיל).

175 אליבא דתנא קמא, אך לא על פי שיטת רבי עקיבא (ראו לעיל).

176 לטענת בלברג, המעבר מדיני חבלות גוף במקרא לדיני חבלות גוף בספרות חז"ל מייצג מעבר מתפיסה שוויונית לתפיסה אינדיבידואלית. על פי ניתוחו, אמת המידה המקראית – "עין תחת עין" – מתייחסת באופן שוויוני לנחבלים שונים. בין אם הנחבל הוא עשיר או עני, איש או אישה, יש להוציא את עינו של החובל. לעומת זאת, אמת המידה החז"לית – שומה בשוק העבדים – מבדילה בין נחבלים שונים על פי מגדרם, גילם וחוסנם הפיזי, ולפיכך יהיה הבדל בין שיעור הפיצוי שיינתן לנחבלת קשישה לבין שיעור הפיצוי שיינתן לנחבל צעיר. לשיטתה, מעבר זה נעשה בהשפעת התרבות היוונית-רומית, ובדגש על הסטואה, המעניקה יתר הדגשה לאינדיבידואל. זאת להבדיל משיטת רבי עקיבא, הקובע שהבושת צריכה להינתן באופן שוויוני. ראו 181, Balberg, "Pricing Persons" (supra note 8). אני סבור כי טיעונה לוקה בכעיה הבאה: המעבר מדיני חבלות הגוף במקרא לדיני חבלות הגוף בספרות חז"ל עניינו מעבר מהסדרה במסגרת דיני העונשין להסדרה במסגרת דיני הנזיקין. בעוד החוק המקראי מתמקד בהענשת החובל, חז"ל ממקדים הרבה יותר (אך לא רק) בפיצוי הנחבל. מאליו ברור ששיטה המתמקדת בענישה תהיה אחידה יותר מנקודת המבט של הנחבל, וזאת בדומה לאופן שבו עונש המוות מוטל על הרוצח בין אם הרג איש או אישה, צעיר או זקן (וכך גם על פי דין חז"ל). לעומת זאת, תפיסה המתמקדת בפיצוי הנחבל היא מטבע הדברים רגישה יותר להבדלים בין נחבל לנחבל, ולפיכך חכמים מבדילים בין נחבל צעיר לנחבל זקן וכדומה. דווקא משום כך יש משנה חשיבות לניתוח המובא במאמר זה, שלפיו השאלה אם הפיצויים בגין נזקי גוף כפי שנקבעו בספרות חז"ל הם בעלי אוריינטציה שוויונית או אינדיבידואלית היא שאלה מורכבת שהתשובה לה אינה בינארית. הפיצויים בגין נזקים ממוניים – נזק, שבת וריפוי – הם בעלי אופי אחיד יחסית, תוך מתן משקל אך ורק להבדלים פיזיים הנוגעים למגדר, גיל, חוסן פיזי ומצב רפואי, אך ללא הבדל בין נחבל עשיר לנחבל עני. לעומת זאת, הפיצויים בגין נזקים לא-ממוניים – צער ובושת – רגישים הרבה יותר להבדלים חברתיים-כלכליים בין נחבלים עשירים לבין נחבלים עניים.

שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה וכזה יתן לו, ואף שהוא אדם חשוב ואינו בגדר שימכור את עצמו לעבד מ"מ לענין נזק הכל שוין, דמה שזה יותר חשוב מאיש אחר נכנס בכלל בושת, דבושת תלוי לפי מה שהוא אדם אבל בנזק הכל שוין.¹⁷⁷

כיצד ניתן להסביר תמונה מורכבת זו? קשה לטעון כי המשנה מבקשת לעצב את שומת נזקי גוף באופן שיביא לצמצום פערים חברתיים. בעוד הדבר נכון לגבי הפיצויים בגין הנזקים הממוניים, שאכן נוהגים באופן זהה בנחבלים שונים בהתעלם ממעמדם החברתי-כלכלי, הוא אינו נכון לגבי הפיצויים בגין הנזקים הלא-ממוניים, שדווקא מבליטים את השונות בין הנחבלים על פי מעמדם החברתי-כלכלי. מאותה הסיבה גם לא ניתן להחזיק בטענה ההפוכה שהמשנה מעצבת את שומת נזקי גוף באופן שיביא לשימור המבנה החברתי הקיים ולהנצחת הפערים החברתיים. בזמן שהדבר עשוי להיות נכון לגבי הפיצויים בגין הנזקים הלא-ממוניים, שבמסגרתם אכן יקבל נחבל עשיר יותר מאשר נחבל עני, הוא אינו נכון לגבי הפיצויים בגין הנזקים הממוניים, המשווים נחבל עשיר ונחבל עני. מבנה זה אומר אפוא דרשני.

תמיהה זו יכולה להתנסח באופן דומה גם מן הזווית התמריצית. נשוב אל הדוגמה שבה פתחנו על הדילמה של חברת פרדס אם לנתב את משאיותיה דרך שכונות יוקרה או דרך שכונות עוני.¹⁷⁸ האם המשנה מתמרצת חובל רצינולי לנתב את פעילותו דווקא לסביבת אנשים עניים ובכך להזויל את החבלות שהוא עלול לגרום? בכל הנוגע לתשלומי נזק, שבת וריפוי אין לחובל סיבה מיוחדת לנהוג כך, שכן התשלומים לנחבל עני ולנחבל עשיר צפויים להיות שווים. לעומת זאת, בכל הנוגע לתשלומי צער ובושת, המשנה מתמרצת להעדיף פגיעה דווקא באדם עני, שפיצוייו נמוכים מאלה שיקבל חברו העשיר. התמריצים אינם פועלים אפוא בכיוונים זהים, והדבר מחייב מתן פשר.

דומני, כי המפתח להבנת פשרו של פרק "החובל" טמון בתפיסת טבע האדם המשתקפת ממנו ובהבחנה המהותית בין שני הרבדים של הקיום האנושי. על פי המשנה, נזק הגוף פוגע בשני מעגלי חיים של האדם, הרובד הממוני והרובד הנפשי. שניים אלה שונים זה מזה כטיבם. ברובד הממוני המשנה תופסת את בני האדם כזהים זה לזה במידה רבה, ולפיכך כזכאים לפיצוי דומה בגין אותה החבלה, אף אם הם שייכים למעמדות חברתיים-כלכליים שונים. לעומת זאת, ברובד הלא-ממוני, כלומר הנזקים הנפשיים, המשנה תופסת את בני האדם כשונים זה מזה וככלתי ניתנים להשוואה האחד לרעהו. הצער והבושת נחווים באופן שונה מאדם לאדם, וזאת לא רק כנגזרת של סוג החבלה

177 ערוך השולחן, חושן משפט סימן תכ, סעיף טז.

178 לעיל, ליד ה"ש 16.

שנגרמה אלא גם של מאפייני חייהם, לרבות מעמדם החברתי-כלכלי.¹⁷⁹ כפרפרזה על שורתו האלמותית של לב טולסטוי ניתן לומר, כי על פי המשנה בפרק "החובל", בנזקיהם הממוניים כל הנחבלים אומללים באופן דומה, ואילו בנזקיהם הנפשיים כל נחבל אומלל בדרכו שלו.¹⁸⁰

זאת ועוד. הייחודיות של גישת המשנה באה לידי ביטוי לא רק באמות המידה האחידות שהיא מנהיגה לפיציניים בגין הנזקים הממוניים, שאינן מבדילות בין נחבל עשיר לבין נחבל עני, אלא גם בכך שאמות מידה אלה נמוכות במיוחד. הצמדת דמי ה"נזק" לשוק העבדים משמעותה פיצוי לפי רף ההשתכרות הנמוך ביותר בשוק העבודה. הדבר שקול לקביעה כי הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יחושב באופן אחיד לכל הנחבלים לפי "שכר מינימום", ולא לפי השכר הממוצע במשק. בכך יש כדי להבליט עוד יותר את המקום המוגבל שהמשנה מעניקה לפיצוי בגין כושר השתכרות. זאת בשונה מהפיצוי בגין צער ובושת, אשר אינו אחיד אלא משתנה מנחבל לנחבל, ומשקף מקום מרכזי בחיי האדם. אכן, נראה כי תשלומי הצער¹⁸¹

179 עיקרה של הבושת נעוץ אומנם באופן שבו הנחבל חווה את הבושה שיש בנכותו. ומנקודת מבט זו, הבושת היא אכן עניין נפשי-פנימי. ברם, הבושת עשויה להיות גם פרי הפגיעה האובייקטיבית בכבודו של הנחבל, אף אם הוא אינו מודע לה. ראו למשל הדיון התלמודי במקרה של "המבייש את הישן ומת", כלומר כאשר המתבייש ישן בעת שביזו אותו, ומת תוך כדי שנתו, וכלל לא היה מודע לפגיעה בכבודו (לעיל, ה"ש 54).

180 הנחת משנתנו כי כבודו של האדם אינו אחיד אלא משתנה מאדם לאדם לפי מעמדו החברתי-כלכלי מופיעה במקומות נוספים במשנה ובספרות התנאים. כך, למשל, במסגרת דיני צדקה, הקובעים את היקף התמיכה שתינתן לעניים, טוברים חכמים כי יש ליתן סיוע מוגדל לעני בן טובים שירד מנכסיו, כדי לשמר את כבודו שהורגל לו, עד כדי סוס לרכב עליו ועבר לרוץ לפניו (תוספתא, פאה ד, י'). המשנה אף קובעת כי גבאי צדקה המעמיד חופות לכלות יתומות צריך להעמיד לכלה יתומה הבאה ממשפחת בני טובים "חופה לפי כבודה" (משנה, כתובות ו, ה). אף לגבי מרכיב הבושת במסגרת התשלומים הניתנים לנאנסת ולמפותה, נאמר "איהו בושת הכל לפי המבייש והמתבייש" (משנה, כתובות ג, ז). לגבי בעל הממלא את חובת המזונות כלפי אשתו באמצעות אפטרופוס ("המשרה את אשתו על ידי שלישי") נאמר במשנה כי אומנם יש שיעורים קבועים שעליו לספק לה, אולם "במי דברים אמורים בעני שבישראל אבל במכובד הכל לפי כבודו" (משנה, כתובות ה, ט). על כך ועל מקורות נוספים ראו בהרחבה בנימין פורת, צדק דלים: עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל 151 (תשע"ט). המייחד את התמונה המתוארת בדיני נזקי גוף שבפרק "החובל" הוא ההבחנה בין ההיבטים הממוניים של הפגיעה בנחבל לבין ההיבטים הנפשיים; בו זמנם שעניינים מעמדיים רלוונטיים לחישוב הנזקים הנפשיים, הם אינם רלוונטיים לחישוב הנזקים הממוניים.

181 הנוסחה שנקבעה במשנה לחישוב הצער ("אומדים כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך") מלמדת כי הסכומים הצפויים להיות משולמים מכוחה לא יהיו סמליים אלא משמעותיים. אכן, המפרשים דנו בשאלה מדוע בדומה לקביעת המשנה שיש לשום את דמי הצער לפי מבחן "הנכונות לקבל" היא לא החילה מבחן דומה על קביעת דמי הנזק,

והבושת¹⁸² עומדים על סכומים גבוהים.¹⁸³

בכך שונה תפיסת טבע האדם המשתקפת מן המשנה בפרק "החובל" הן מזו של המשפט הרומי הן מזו של המשפט המודרני בן זמננו. כזכור, המשפט הרומי הניח כי עיקרו של בן חורין הוא כבודו, ועל כן בכל הנוגע לנזק גוף שנגרם לבן חורין יש לפצותו בגין הבושה שנגרמה לו. העבד, לעומת זאת, מהות קיומו הפוכה, עיקרה כושר העבודה הגלום בשריריו. לפיכך, בעקבות גרימת נזק גוף לעבד יש לפצות (את אדונו) בגין ירידת ערכו ולא בגין הבושה שנגרמה לו. בניגוד לתפיסה זו, חכמים מפצים את בן החורין שנחבל הן בגין הפגיעה בכבודו והכאב שנגרמו לו הן בגין הפגיעה בכושר עבודתו וירידת ערכו הכלכלי.

המשפט המודרני בן זמננו אומנם מפצה הן בגין נזקים ממוניים, כגון אובדן כושר השתכרות והוצאות רפואיות, הן בגין נזקים לא-ממוניים, כגון כאב וסבל. אולם תפיסת טבע האדם המשתקפת ממנו הפוכה, ולפיה השונות בין שני נחבלים הסובלים מחבלה דומה יבוא לידי ביטוי בפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות, זאת לעומת הפיצויים בגין כאב וסבל שצפויים להיות אחידים. הייחודיות של אדם למול רעהו באה לידי ביטוי בכושר עבודתו המשתקף בתלוש המשכורת שלו, זאת בעוד חוויות הכאב והסבל שלהם נתפסות כמשותפות.

כאמור, זו הסיבה לכך שכאשר אריאל פורת הציג את דני הנזקין המודרניים לשווינוניים יותר הוא סבר שיש לצמצם את משקלו של רכיב הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות (המדגיש את הפערים הבין-מעמדיים) ולהגדיל את משקלו של רכיב הפיצוי בגין כאב וסבל (המדגיש את האחידות האנושית). מבלי להכריע בשאלה אם אכן דיני

כלומר שגם דמי הנזק ייקבעו לפי אומדן כמה אדם היה רוצה ליטול כדי לספוג את הנזק שנגרם לו. תשובתם הייתה כי החלת אומדן זה על דמי הנזק תוביל לפיצויים גבוהים מכפי הראוי. ראו רש"י, בבא קמא מז, ע"א, ד"ה "בקוטע"; פסקי הרא"ש, בבא קמא פרק ח סימן א; בית הבחירה, בבא קמא פג, ע"ב; חידושי מרן רי"ז הלוי, עמ' 160. הדבר מלמד על המשקל הגדול שיש לדמי צער ביחס לדמי נזק.

182 על המשקל הרב של תשלומי הבושת ניתן ללמוד מן המשנה הקובעת תעריפי תשלום עבור מכות שעיקרן בושת ללא נזק (כגון סטירה, יריקה וכדומה). המשנה נוקבת בתעריף עבור כל אחת ממכות אלה, כגון "סטרו נותן לו מאתים זוז. לאחר ידו נותן לו ארבע מאות זוז. צרם באזנו, תלש בשערו, רקק הגיע בו הרוק, העביר טליתו ממנו, פרע ראשה שלאשה נותן לו ארבע מאות זוז" (משנה, בבא קמא ח, ו). סכומים אלה נכבדים ולא שוליים. מאתיים זוז הם הסכום שנקבע כדמי כתובתה של אישה (משנה, כתובות א, ב), וכן כסכום שהמחזיק בו נחשב מעל קו העוני (משנה, פאה ח, ח), והטעם לכך הוא שסכום זה נחשב דמי מחייתו של אדם לשנה (על כך ראו פורת, צדק דלים (לעיל, ה"ש 180), 152). ללמדנו, כי הסכומים שהמשנה מורה ליתן בגין בושת אינם קטנים וסמליים.

183 אך ראו רבי דוד פרדו, שושנים לדוד, בבא קמא ח, א: "בנזק הוא העיקר ולכך שנאו ברישא [...] ובשנת שנה אחרונה משום דקיל טפי שאינו חייב עליו עד שיהא מתכוין".

הנזיקין צריכים להיות שוויוניים יותר, לענייננו חשובה ההנחה הסמויה שבבסיס הצעתו של פורת, שלפיה בני אדם נבדלים זה מזה בכושר השתכרותם וזהים זה לזה באופן שבו הם חווים את כאבם וסבלם. דומה כי המשנה מלמדת על הנחות הפוכות בתכלית. בני אדם זהים זה לזה בהיבטים הממוניים של קיומם ונבדלים זה מזה בהיבטים הנפשיים של חייהם ושל סבלם. השונות האנושית באה לידי ביטוי דווקא בתשלומי צער ובושת ולא בתשלומי נזק, שבת וריפוי.

יוצאת מכלל זה היא גישת רבי עקיבא, אשר אכן דוגלת בתפיסה הקרובה יותר לעקרון השוויון, לה הוא נותן ביטוי באמצעות דיני שומת נזקי גוף. אליבא דרבי עקיבא, לא רק הנזק, השבת והריפוי הם בעלי אופי אחיד ואינם רגישים לשאלות מעמדיות אלא גם הבושת.¹⁸⁴

ו. סיכום

עיון קפדני בדיני שומת נזקי גוף שהמשנה עיצבה מלמד כי מדובר במערכת מורכבת, רבת ממדים, המתייחסת לכמה רובדי קיום של האדם הנפגעים מחמת החבלה, ואשר מחייבים כל אחד צורת פיצוי שונה. יש באדם מרכיבי קיום חומריים, הבאים לידי ביטוי, בין השאר, בכושר השתכרותו, ויש באדם מרכיבי קיום נפשיים, הבאים לידי ביטוי בכאב ובפגיעה בכבודו. המשנה מחלקת את משקל הפיצויים בין שני ממדי קיום אלה, תוך יצירת הבחנה מהותית ביניהם. בכל הנוגע למרכיב הנפשי, הלא-ממוני, כל אדם נראה כעולם ומלואו אשר הפיצוי אמור לבטא את ייחודיות קיומו. לעומת זאת, המרכיב הממוני של אובדן כושר השתכרות חל בצורה אחידה (באופן יחסי) על הנחבלים כולם, תוך היצמדות לאמת מידה נמוכה (שוק העבדים) ולא לאמת מידה ממוצעת. בכך יש כדי לצמצם את חשיבותו של מרכיב זה, הן מבחינה כמותית הן מבחינה מהותית.

במאמר זה לא ביקשתי להעריך את המודלים השונים ולדרגם, אף לא לטעון כי הדגם שמציעה המשנה מתאים לקליטה במשפט הישראלי.¹⁸⁵ אדרבה, אני סבור כי הדגם המופיע במשנה אינו מתאים לקליטה בדיני הנזיקין שבישראל. זאת הן מחמת טעמים פרקטיים הן מחמת טעמים עקרוניים. מבחינה פרקטית, לשמחתנו שוק העבדים אינו קיים עוד, דבר המציב סימן שאלה על האפשרות לאמוד נזקי גוף על פי אמות המידה

184 ברם, אף רבי עקיבא לא הציע חלופה לחישוב דמי הצער שבמשנה.

185 זאת מבלי להיכנס לבעיית הסמכות ההלכתית לדון דיני חבלות בזמן הזה (ראו שולחן ערוך, חושן משפט סימן א סעיף ב), אשר מציבה סימן שאלה כללי סביב מידת היישום של ההלכות שנידונו במאמר זה לאורך תקופת הגלות.

של המשנה.¹⁸⁶ כמו כן יש קושי ליישם את המבחן למדידת כאב המבוסס על הערכה כמה אדם מסוגו של הנחבל מוכן לשלם כדי להימנע מן הצער.¹⁸⁷ חשוב יותר לענייננו הוא הקושי העקרוני. המשנה מבוססת על תפיסת עולם לא-מטריאליסטית, המדגישה את עולמו הפנימי של האדם; היא אומנם מכירה באובדן כושר ההשתכרות כראש נזק, אך מבליטה את משקלם של רכיבי הצער של הנחבל והפגיעה בכבודו. אנו, לעומת זאת, חיים במציאות חברתית מטריאליסטית יותר, הרואה את עיקרה של הפגיעה בגוף האדם דרך העדשה של הפגיעה בכושר השתכרותו, שם בא לידי ביטוי ייחודו של האינדיבידואל ביחס לרעהו, ואילו את הפגיעה בעולמו הפנימי של הנחבל אנו תופסים כאחידה יותר, המושפעת מן הפגיעה הפיזית ולא מן הרקע האישי של הנחבל.

ברם, ערכו של הדגם שהמשנה מעצבת אינו מתמצה בשאלה אם ימצא מתאים לקליטה במשפט הנוהג.¹⁸⁸ גם אם יוכרע כי דיני נזקי גוף שבמשפט העברי אינם מתאימים לקליטה במשפט המודרני, בשל ההנחה הלא-מטריאליסטית שבבסיסם על טבע האדם, אין זה בהכרח לגנותו של המשפט העברי. להיפך. שמא תרומתו העכשווית של המשפט העברי בסוגיה זו היא בהצבת מראה ביקורתית לחברה המודרנית.

186 חלופה מודרנית לאומדן הנזק על בסיס שוק העבדים עשויה להיות אומדן הנזק על בסיס שכר המינימום בשוק. חבלה מלאה תעניק פיצוי בגובה 100% משכר המינימום, וחבלה חלקית תעניק פיצוי של אחוז מסוים משכר המינימום, לפי חומרת החבלה. אך ראו אברהם שיינפלד, נזיקין, בתוך סדרת חוק לישראל (תשנ"ב), בעמ' 297 הערה 48, שהציע כי מכיוון שבזמן הזה שוק עבדים אינו קיים ייעשה חישוב הנזק על ידי השוואת שיעור שכרו של הנחבל לפני החבלה ושיעור שכרו הצפוי לאחר החבלה (כדומה ראו גם שלום אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד 89 (התשכ"ה); סליי, "שומת נזקי גוף" (לעיל, ה"ש 106), 177; יוסי שרעבי ויובל סיני (לעיל, ה"ש 138)). לאור הניתוח המופיע במאמר זה מדובר בהצעה לא מדויקת, שאינה ערה די הצורך למאפיינים ולמשמעויות הייחודיים של חישוב המבוסס על שוק העבדים.

187 ראו לעיל, ליד ה"ש 62.

188 על כך ראו בנימין פורת, "המשפט העברי בישראל: אתגרי עתיד והיערכות מחודשת" (הצעה לסדר 11, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016), 41.