

לאור זה צריך להבין גם את בעייתו של ר' זעירא "הכן חד והכן חד" וכו'.⁵³ הבעיה הזאת היא בעיה טיפוסית, כלומר, בעיה השבה ועולה כלשונה בכל מקום מתאים; במקרה שלנו – בהלכות המצריכות שלוש תנועות של הלוח ושוב. בירושלמי היא מופיעה פעמיים בשם ר' זעירא (בסוגיה שלנו), ובבבלי היא באה שלוש פעמים – על משנת נידה הנ"ל, ובעוד שני עניינים אחרים – בשם ר' ירמיה תלמידו.⁵⁴ באשר לנענוע הלולב, המקורות הארץ-ישראליים משתמשים בפועל "נענע" בלי שום אפיון נוסף, ואינם נותנים קצבה למספר התנועות. מאחר שטיפוס הבעיה של ר' זעירא מתאים רק לתנועות שיש להן קצבה, היא מתעוררת בירושלמי רק בעקבות הברייתא שקבעה "צריך לנענע שלוש פעמים". קביעה זו היא המאפשרת לר' זעירא לשאול, כשם שנשאלה השאלה במקומות האחרים, אם תנועת הלוח ושוב נחשבת כתנועה אחת או כשתיים. זה פירושה הפשוט של הסוגיה והברייתא בירושלמי. זו לא נתכוונה מעולם לקבוע הלכה כללית "כיצד מנענעין", ולא הייתה קשורה לא ב"מוליך ומביא ומעלה ומוריד" ולא בכל מסורת בבליית שהיא, ועל אחת כמה שלא נוצרה כמעין הערת שוליים למסורת הבבליית. אך משנשתכש נוסחה נשתנה גם פירושה, ושלא בטובה נעשתה לאחת מאבני היסוד של מנהגי הלולב בכל ספרות ההלכה והמנהג. התהפוכות הפרשניות שעלו בגורלה של הלכת הירושלמי משתלכות היטב בתולדות המנהג והפרשנות של נענוע הלולב, אשר כפי שראינו עברו בעצמן טלטלות ונענועים, והן מתאפיינות בהכלאה של מקורות ומנהגים שונים ולא דווקא בהמשכיות פשוטה.

"המית שורך את שורי", ממון או קנס? פרק בהתפתחות ההלכה

שם יהודה פרידמן

ורצון שקני סנה תבואתה לראש יוסף

הקדמה

המושג "קנס", והיפוכו "ממון", קבועים ועומדים כבר במשנה, שכמה מהלכותיה פוסקות ומגדירות חיובים שונים על סמך הקביעה לאיזה משני התחומים הללו יש לשייכם, לשם נפקא מינה לדינא ברורה שיש לשיוך זה.¹ אף במקרא ובחוקי המזרח הקדום מצויים מושגים מעין אלה, או הדומים להם.² מכאן שרצף משפטי ארוך מעיד על חלוקת חיובים למעין שני סוגים אלה, אף על פי שאין לצפות להגדרה זהה ולנפקא מינה מדויקת כמשותפות לכל שיטות המשפט הללו, או במשך כל התקופות הארוכות הללו. אולם, דומה שאחד היסודות המשותפים הוא ראיית חיובים שנכנה אותם "ממונא" כחיובים מושרשים יותר בתחושה המשפטית המופנמת בתרבות כל שהיא, ואילו החיובים שנכנה אותם "קנסא" אינם חיובים אשר המצפון החברתי המשותף מכתוב אותם בדווקא, אלא הם נובעים מחקיקת מחוקק, ולולא חקיקתו אין בסיס ודאי להטיל אותו על הנטען בדבר. הנטייה להמיר חיובי קנסא

* נוסח מקורות ספרות חז"ל על פי "מאגרים" של האקדמיה ללשון העברית, עם הרחבה קלה של קיצורים אחדים. גרסות התוספתא והמכילתא על פי אוצר עדי הנוסח לספרות התנאית של אוניברסיטת בר-אילן, <http://www.biu.ac.il/JS/tannaim>, ושל הבבלי על פי מאגר המכון לחקר התלמוד ע"ש שאול ליברמן. בסוף המאמר מובאת רשימת המקורות, ובהערות השוליים מצוינים רק קיצוריהם.

- 1 בחלק מן המאמר נשתמש במינוח התלמודי "קנסא", "ממונא" למושגים הללו מפני שיש בהם מטען מחודד יותר כמסמן מושג הלכתי מוגדר, והדבר אף יסייע להימנע מטשטוש מוסדות אלה או בלבולם במושגים כלליים יותר.
- 2 ראה בפרוטרוט מאמרי "רצף משפטי".

53 על הלשון "הכן... והכן" ראה רוזנטל (לעיל, הערה 12), עמ' 793 הע' 19; תמר, עלי תמר, מועד ב, אלון שכות, תשנ"ב, עמ' קיב.

54 נידה טג ע"א; בבא קמא קיט ע"ב; מנחות עו ע"א – כולן בלשון אחת: "בעי ר' ירמיה: אמטויי ואיתויי חד או דלמא אמטויי ואיתויי תרי, תיקו". וכבר העירו על זה הראשונים, ראה למשל תוספות סוכה לו ע"ב, ד"ה כדי (=מנחות טא ע"א, ד"ה כדי).

לממונה היא, אפוא, סימן להחמרה בדינו של הנטען או הנאשם, וכעונש המוטל עליו, ובו בזמן תמיכה לטוען.

אופי זה של מקור החיוב בחקיקת המחוקק או בהחמרת השופט מתגלה במשמעו של השורש קנ"ס בלשון חכמים כגורת גזרות,³ ומהיות הגזרה החמרה בדין הנטען או הפושע מעבר לעיקר הדין דומה הטלת קנס לעונש או חיזוק לעיקר הדין.⁴ בלשון התנאים אנו מוצאים:

"שמא אמר לפניך דבר שלא כהוגן וקנסת עליו מיתה" (ספרי דברים, פיסקא שה, עמ' 326) = "וגזרת עליו עונש מיתה".

"בניו של אדם אתם שקנס עליכם מיתה ועל כל תולדותיו הבאים אחריו עד סוף כל הדורות" (שם, פיסקא שג, עמ' 373) = "שגזר עליכם עונש מיתה".

"ר' מאיר אומ' קונסין אותו ונטלין הימנו זו וזו... ולא עוד אלא שבקשו חכמים לקונסן להיות פירותיהן צריכין להפריש תרומה" (תוספתא פאה ב, א, עמ' 46).

"כהנים ולוים שהיו מסייעין בין הגרנות אין נותנין להן תרומות ומעשרות בשכרן ואם נתנן הרי אילו חולין... ולא עוד אלא שבקשו חכמים לקונסן להיות פירותיהן צריכין להפריש תרומה ועליהן אמ' הכתו' ראשיה בשחד ישפטו וכהגיה וגו' (מיכה ג, יא)⁵ לפיכך הביא עליהן המקום שלש פורעניות כנגד שלש עבירות שנא' לכן בגללכם ציון שדה תחרש (שם, יב)⁶ (תוספתא דמאי ה, כ, עמ' 91).

"...וכל מקום שהוא כשר והיא פסולה קנסו אותו ליתן לה כתובה. מפני מה אמרו שניות מדברי סופרים אין לה כתובה מפני שהוא כשר והיא כשרה קנסו אות' כתובה כדי שתהא קלה בעינו להוציאה" (יבמות ב, ד, עמ' 6; נדפס).

"שהיה ר' מאיר אומ' שטר שיש בו ריבית קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הריבית" (תוספתא בבא מציעא ה, כב, עמ' 92).

"חצי ערכי עלי נותן חצי ערכו ר' יהודה אומ' קונסין אותו ונותן ערך כולו" (ערכין ג, ג, עמ' 545).

בתורת התנאים קיימת נטייה להמיר קנסות שבאו על חיובים אחרים בממון.⁷ מגמה זו פעלה בכמה דינים, בחלקם ניתן להבחין בה בעיון דק בלבד. אולם בדין אחד הדבר בא לידי ביטוי בסתירה חזיתית, בשיוך ברור ומפורש של הלכה הנקראת בשמה המדויק:

3 יאסטרוב, 1903: to decree; לויאס, 1903: "קנס = גזר, to decree" (עמ' 63); לויאס, תרצ"ג: "ענינו גזר ועל כן הוא מקושר עם מלת היחס על לפני המשלים" (עמ' 213); רדזינר, יסודות, פרק א, עמ' 28, 38 (ביישום אחר; וראה להלן, הערה 21).

4 ראה ציונים בתוספתא כפשוטה ליבמות, עמ' 17, לשו' 32-33.

5 ראשיה בשחד ישפטו וכהגיה במחיר יורו ונביאיה בקספ' יקסמו וצל ה' ישענו לאמר הלוא ה' בקרבנו לא תבוא עלינו רעה.

6 לכן בגללכם ציון שדה תחרש וירושלם ציון תהיה ותר תבית לקמות יצר.

7 כגון נזקי ממון וחבלות, כפי שיובהר להלן. זוהי כנראה הנטייה הכללית, אולם יש פה ושם המרה בכיוון ההפוך, ראה מאמרי "עטרה".

"המית שורך את שורי", המוגדרת כקנס בהקשר אחד, וכממון בהקשרים אחרים. בשורות דלהלן נטען שאין להעריך סתירה זו כמחלוקת תנאים בלבד, אלא יש להבינה במושגי מוקדם ומאוחר, וכנובעת מהתפתחות שחלה במהלך המגמה הכללית הנוכרת. גם ניגע בזאת בפן הספרותי בשאלת יחסם של מקורות דברי חז"ל זה לזה. היותה של התפיסה הקדומה כלולה בספרא והמאוחרת במשנה עשוי להתאים ליחס של מוקדם ומאוחר, כזה המסתמך בכמה וכמה הלכות בחטיבות הללו. מדרשי ההלכה, הגם שבכללותם מאוחרים הם למשנת רבי, הרי לא אחת אנו מוצאים שדבריהם קודמים למקבילותיהם שבמשנה, חפיפה דו-סטריית.⁸ במהלך עיון זה גם נדגים כיצד הבבלי מעבד את מקורותיו ומגיה את הברייתא הנובעת מן הספרא הנוכח להתאימה להלכה המחודשת שבמשנה.⁹

א

מקורות דברי התנאים חלוקים בינם לבין עצמם אם תשלומי שור המזיק (שבעליו חייבים משום "קרן") ממון הם או קנס. בספרא, בדברי ר' שמעון, חיוב בעלי השור שהמית שור הוא קנס, ואילו במשנה הוא ממון. וזה לשון הספרא:

רבי שמעון אומ' יכול האומר לחבירו אנסתה ופיתית את ביתי, והוא אומ' לא אנסתי ולא פתיתי. המית שורך את שורי, והוא אומ' לא המית. המית שורך את עבדי, והוא אומ' לא המית. אמר לו עבדו היפלתה את שיני וסימית את עיני, והוא אומ' לא היפלתי ולא סימיתי, יכול יהא חייב? תל' לוי' "וכחש בעמיתו בפקדון" וגו' "או מצא אבדה וכ'חש בה ונ'שבע על ש'שקר", מה אילו מיוחדין שאינן קנסות, יצאו אילו שהן קנסות (ספרא, חובה, יג א [כח ע"א; עמ' 115]).

לפנינו קבוצה של חיובים אשר לדעת ר' שמעון מי שהכחיש את מחויבותו בהם ונשבע על כך לשקר ואחר כך הודה - פטור מקרבן שבועה. ואלו הם: חמישים כסף של אונס ומפתח (דברים כב, כט), שור שהמית שור¹⁰ (שמות כא, לה-לו) ושחרור עבד בשן ועין (שמות כא, כו-כו). טעם פטור זה הוא שכולם קנסות, ואינם כיוצא בפקדון שבכתובים¹¹ שהוא ממון ולא קנס, ולכן: "יצאו אילו שהן קנסות".

למי שאמון על מושגי ההלכה של הספרות התלמודית לאורכה ולרוחבה, תמוה מאוד למצוא כאן "המית שורך את שורי". וכי נזקי שור בשור קנס הם? ואכן הגיה הגר"א את

8 בדומה למה שטענתי על התוספתא. על המדרשים ראה לעת עתה תוספתא עתיקתא, עמ' 75-77.

9 אף תופעה זו מוכרת מברייתות הבבלי המקבילות לתוספתא (ראה פרידמן, הברייתות), ולמדרשי ההלכה (ראה הג"ל, חמש סוגיות, עמ' 131-132).

10 מן הלשון יש מקום לומר שהוא חל על שור, בין תם בין מועד. השווה רדזינר, יסודות, עמ' 72-73.

11 ויקרא ה, כא.

לשון הספרא ומחק דיבור זה. ובאמת, "המית שורך את שורי" הוא ממון ולא קנס לפי משניות מפורשות, המדברות ממש באותו עניין שבספרא שם, ומציגות אף הן רשימות חיוב ופטור לשני הדינים מאפייני קנסות: פטור מקרבן שבועה ואינו משלם על פי עצמו.

שבועות ה, ד-ה כתובות ג, ט

אנסתא ופיתתא את בתי והוא או' לא אנסתי ולא פיתתי משביעך אני ואמ' א' חייב ר' שמעון פוטר שאינו משלם קנס על פי עצמו ואמ' לו אף-על-פי שאינו משלם קנס על פי עצמו משלם בושת ופגם על פי עצמו. גנבתי משביעך אני ואמ' אמן חייב גנבתי אבל לא טבחתה ולא מכרתי משביעך אני ואמ' אמן פטור.

המית שורך את שורי והוא אומ' לא המית משביעך אני ואמ' אמן חייב המית שורך את עבדי והוא או' לא המית משביעך אני ואמ' אמן פטור. אמ' לו חבירו חבלתה בי ועשיתה בי חבורה והוא או' לא חבלתי ולא עשיתי משביעך אני ואמר אמן חייב אמ' לו עבדו היפלתה את שיני וסמיתא את עיני והוא אומ' לא היפלתי ולא סמיתי משביעך אני ואמ' אמן פטור זה הכלל כל המשלם על פי עצמו חייב ושאינו משלם על פי עצמו פטור.

לפי המשנה, האומר "המית שורי שורו של פלוני" משלם על פי עצמו ואין אני אומר מודה בקנס פטור, וחייב קרבן שבועה כשהכחיש, ואלה הם שני הסימנים המובהקים לממון ולא קנס! בהמשך נטען שבחילוף יסודי זה בין הספרא לבין המשנה באה לידי ביטוי התפתחות הלכתית-מושגית בתהליך המעבר מקנס לממון שפקד חיובים מסוימים במהלך דורות התנאים.

האפיון של דיני קנסות דבק בנוקיה קרן של שור תם בכמה היבטים, כפי שנפרט. אולם, סתירה חזיתית זו בין הספרא לבין המשנה על תשלומי שור בשור אם קנס הם או ממון, עשויה להפיץ אור על מכלול דיני הנוקיה אשר פה ושם דבקה גם בהם תורת קנסות, ולאור אותה סתירה בולטת יש לחזור ולדון בכלל דיני נזיקין.

נזיקין ודיני קנסות

בתוספתא בראש מסכת נזיקין, בבא קמא, הפותחת "כל שחבתי בשמירתו חבתי בנוקו", שנינו:

על פי עדים, מלמד שכל דבר שהוא קנס אין משלם על פי עצמו (תוספתא בבא קמא א, ב, עמ' 2).

הרי "כל שחבתי בנוקו" (לעיל שם, וזו מוסבת עליו) הוא קנס! האם המודה בנוק על פי עצמו פטור מלשלם משום מודה בקנס פטור?¹² וכן במכילתא דרשב"י:

מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם מלמד שאין שמין <לו> אלא מן העידית. אין לי אלא זה בלבד, מנין לכל שמשלם קנס שאין שמין לו אלא מן העידית? ת"ל מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם. זה בנין אב לכל המשלם קנס שאין שמין לו אלא מן העידית (מכילתא דר' שמעון בר יוחאי כב, ד, עמ' 196).

מן "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם", הנאמר על נזקי ממונו, למד אני דינו של "כל המשלם קנס"¹³ הלוא יוצא מכאן שנוקיה ממונו אשר מדובר בהם כאן תשלומיהם קנסות? והוא הדין בשימוש לשון "עונשת", "עונשין" במכילתא דר' ישמעאל, שהרי הוא מונח המצוי במדרשי ההלכה לחיובי ענישה בלבד:

ד"א וכי יפתח איש אין לי אלא פותח כורה מנ' ת"ל או כי יכרה איש עד שלא יאמר יש לי בדין אם הפותח חייב הכורה לא יהיה חייב הא אם אמרתה כן ענשתה מן הדין לכך נא' או כי יכרה ללמדך שאין עונשין מן הדין (מכילתא דר' ישמעאל מס' דנזיקין, עמ' 288).¹⁴

12 בכמה מקומות בבבלי בבא קמא דנו בשאלה מודה בקנס ואחר כך באו עדים אם פטור או חייב: בבא קמא עד ע"ב, זרעה שם יד ע"ב, שבועות לג ע"א, ירושלמי כתובות ג, ט (כח ע"א), ועיין רמב"ם הלכות גניבה ג, ה.

13 וכך מוסר תנא זה את הדין שבמשנה "הנוקים שמין להם בעידית" (גיטין ה, א) למשלם קנס.

14 כ"י אוקספורד. ולהלן בסמוך: "ר' יהוד' בן בתירה או' לא הרי פותח כהרי כורה ולא כורה כהרי פותח הצד השובה שבהן שהוא חייב בשמרו חייב בנוקו". אפשר שאין הוא חולק על הנאמר לעיל שחיובים אלה עונש וקנס הם, ואף על פי שחייב בשמרו הוא קנס ולא ממון, ואפשר שיש במכילתא שתי מגמות, אחת הרואה את הנוקיה כקנס ועונש ואחת כממון ופיצוי. שנינו: "כי תצא אש וגו' למה, עד שלא יאמר יש לי בדין הואיל וחייב על ידי קנוי לו לא יהיה חייב על ידי עצמו, אם זכיתי מן הדין מה ת"ל כי תצא אש וגו' אלא בא הכת' לעשות את האונס כרצון ואת שאינו מתכוין כמתכוין ואת האשה כאיש בכל הנוקיה שבתורה" (מכילתא דר' ישמעאל מס' דנזיקין פרשה יד [עמ' 297]; כ"י מינכן 117.1). דומה שאין הלכה זו מקשה "עונשת מן הדין" אלא לומדת מקל וחומר, ומן הפסוק "המיותר" למדנו הלכה נוספת, "אונס כרצון". אם חלוקות שתי הלכות האלה ב"אין עונשין מן הדין" שמא חלוקות הן אף בהגדרת נזיקין כקנס או ממון,

לפעמים הוזכר נזק בין תשלומים אחרים שכולם קנסות, ומחבריו נלמד עליו:

נזק וחצי נזק תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה האונס והמפתה והמוציא שם רע בשלשה (סנהדרין א, א).

שלושה מגדולי חוקרי ההלכה נגעו בעניין זה, איש איש ושיטתו. ר"ח אלבק הסיק מהלכת התוספתא ריש בבא קמא הנ"ל "לפי שתשלומי נזק קנס הוא"¹⁵ והוא אפיין שם את הדעה בספרא שתשלומי שור בשור קנס הם במונחי מחלוקת בלבד: "אלא שהמשנה... שונה... שאין התשלומים קנס"¹⁶ הגר"ש ליברמן הביא מן המקורות הללו בפירושו לתוספתא בבא קמא. על מכילתא דרשב"י דלעיל העיר: "והמכילתא שם מסמנת כל נזקי ממונו שפשע בשמירתן כדבור 'קנס'¹⁷ ליברמן אף ציין לדבריו של אלבק, והשאיר את הנושא ב"וצ"ע בדבר"¹⁸ ר"א ווייס כתב: "לפנינו איפוא שתי שיטות. לאחת כל תשלומי נזק הם ממון והוא חייב בהם מן הדין. ולשניה רק נזקי גופו הם ממון, אבל בתשלומי נזקי ממונו הוא אינו חייב מן הדין והם בגדר קנס. בנזקי גופו הוא עצמו עושה את המעשה...¹⁹ לא כן נזקי ממונו כהמית שורך וכו'. לא הוא עצמו כי אם ממונו עשה את הנזק. חיוב תשלומי נזק אלה יסודו, לא במעשה שעשה, אלא בהעדר מעשה – השמירה."²⁰ "בהמית את שורו של פלוני המחלוקת היא יסודית וכללית, אם תשלומי נזקי ממונו הם ממון או בגדר קנס."²¹

וזו העושה שאינו מתכוון כמתכוון סוברת שנויקין ממון, וחייב בכל דרך, ואילו המגדיר נזיקין כקנס ואין אדם משלם על פי עצמו אף פוטר את שאינו מתכוון (כר' אליעזר בחבלות, ראה להלן, הערה 40. עיין ווייס, דינים, עמ' 387, שמתוך שיטתו שקביעת נזיקין כקנס נובעת מ"העדר מעשה" רצה לקבוע שגם שוגג חייב, ועיין ש' אלבק (הנויקין, עמ' 40-41; להלן, הערה 20).

15 השווה גולדברג, בבא קמא, עמ' 41. ר"ד הלבני כתב: "אלא שמצינו לתנאים שחולקים אם תשלומי נזק קנסות הם או לא. וכבר העירו על זה החוקרים המודרניים. המכילתא דרשב"י... וכן הספרא... בניגוד להם נאמר במשנה: האומר המית שורו של פלוני משלם על פי עצמו... משיעך אני ואמר אמן, חייב... מכאן שהמשנה רואה בתשלומי נזיקין – ממון" (בבא קמא, עמ' נב).

16 סדר נזיקין, עמ' 408-409. ועיין שם, עמ' 517. כלומר, מחלוקת המשנה והתוספתא.

17 תוספתא כפשוטה, בבא קמא, עמ' 8.

18 שם.

19 אלא שיש מקום להזכיר כאן את שיטת הרמב"ם שתשלום נזק בחובל הוא קנס. ראה להלן.

20 דינים, עמ' 162-163. שלום אלבק כתב: "אין תשלומי הנזק תלויים באשמתו וכוונתו של המזיק, ואין הם מוטלים עליו לשם עונש וקנס, שכן חייב המזיק בין בשוגג בין במזיד, בין כמתכוון ובין שאינו מתכוון" (הנויקין, עמ' 40), "וממון הוא" (עמ' 41). בהקשר זה הוסיף וכתב: "אבל מצינו בדברי התנאים רמזים לקיומה של שיטה אחרת, שתשלומי נזק קנס הם... נמצאו למדים שהיתה דעה שתשלומי נזק קנס הם" (עמ' 40-41).

21 ווייס, עמ' 165. לאחרונה עסק עמיחי רדוינר בשיטה זו שתשלומי נזיקין קנס הם במסגרת חיבורו לתואר שלישי "יסודות דיני קנסות" במשפט התלמודי. הצייר המרכזי במחקרו הוא

ב

מכל היריעה הרחבה הזאת אנו נעסוק כאן בעיקר בנוזקי שור בשור, אולם לא כחינת מחלוקת תנאים ותרי תנאי כפי שמשמע מדברי החוקרים הנזכרים, אלא כחינת התפתחות והשתלשלות, כחלק ממגמה רחבה המסתמנת במעבר בין קנס לממון. ומכאן שלא כדרכם של החוקרים שהסתפקו בקביעת הדעות השונות כמחלוקת ותו לא, ננסה להוכיח שיש כאן התפתחות והשתלשלות במקורות התנאים בדרך של מוקדם ומאוחר.²²

התחקות אחר המוצא הלשוני של המילה קנס (לדעתו קני"ס = קצ"ב) והתפתחותה (ולא נתייחס כאן להצעתו בזאת, לא לחיוב ולא לשלילה). לשם זאת, רדוינר נמנע מלהכליל ולהחיל מכלול דיני קנסות של התנאים בכל מקום שמונח זה נזכר, ואדרבה, לשם זהירות מדעית הוא נהג לתאר כל הקשר לעצמו. ומכאן כתב לעניין הנידון: "נראה שבראשית היה 'קנס' גם שמו של תשלום נזק ממון... לדעתי אין צורך לחפש את יסוד העונש שבתשלומים אלה, אלא ביסוד הקצבה והשומה שבהם... 'קנס' הוא גזר-דין שיש בו קצבה" (עמ' 65). אולם לא בנקל יופרדו דיני הנויקין שבתקופה התנאית הראשונה משאר מידות הקנסות, וכפי שראינו נאמר בהם "אין משלם על פי עצמו", אפיון מובהק של שאר דיני קנסות! דומה, אפוא, שאין "קנס" רק "שמו של תשלום נזק ממון", שמו בלבד, אלא, לפחות בחלקו, גם אפיון טיבו. אמנם צודק רדוינר (עמ' 69) שהמכילתא דרשב"י (עמ' 196-197) משתמשת במונח "קנס" כנוק ודיניו ממש, אלא שבזו יש לעיין בדרכו המיוחדת (והמאוחרת) של מדרש זה ונוסחו שבידנו (וראה ל' גינצבורג, פירושים וחדושים, ד, עמ' 64; לדרכה של מכילתא דרשב"י ראה כהנא, מדרשי הלכה). על פי זאת לא נמנענו כאן מלדון במקומות שבהם השתמשו התנאים במונח "קנס" על פי דיני קנס היסודיים שבספרות התנאים, ולא נגענו כאן בשאלה הלשונית של מוצא המילה "קנס" או בניסיון להכניס את היקרויותיה להסבר לשוני כל שהוא. הנה, אף בנוגע לדין עדים זוממים נאמר שהוא קנס: "עד זומם אין נמכר בזוממו. ר' עקיבא או' אף אין משלם על פי עצמו מפני שהוא קנס, וכל דבר שהוא קנס אין משלם על פי עצמו" (תוספתא מכות א, א, עמ' 438), ודומה שכן הוא בגלל היסוד של עונש דווקא, ולא בגלל שומת בית דין, שהרי אין שומא בדין של נְעֻשִׁיתָם לוּ פָּאָשֶׁר זָמַם לְעֵשׂוֹת לְאָחִיו וּבְעֵרַת הָרַע מִקֶּרְפֶּן (דברים יט, יט), ראה מאמרי "לא הרגו", ובעמ' 175-176 והע' 22 שם, וכן במאמר "רצף משפטי".

22 את דיונו של דאובה ("נזק") במונח "נזק" (למרות מה שהעלה מחקרו בגזרוננו) ואת ההשוואה למונח רומי יש לשייך דווקא לתקופה התנאית המאוחרת:

Damnnum signifies the minus in your balance-sheet when my spear hit your cow, economic damage, but not my killing or injuring her, physical damage (p. 245); the harm is obviously not the physical misdeed but what this implies for the owner of whatever is attacked: he appears as the harmed one (p. 248); *hizziq* signifies, not the bodily impact, but the impact on the owner's assets (p. 249). והשווה גולאק: "הערכת הנזק היתה נעשית איפוא לפי דיני התלמוד כאלו הוציא המזיק בפעולתו את שוויו של הנזק מנכסי הניזק, ובשעת הפעולה נתחייב לשלם כנגד מה שהחסיר לר" (החיוב ושעבודיו, עמ' 111, ועיין שם, עמ' 109-111).

לשם הכירור הזה נצא לדרך מכתובי המקרא בנידון, ובהקשר של חוקי משפט מקבילים של המזרח הקדום.

מקרא ומזרח קדום

וכי יגף שור איש את שור רעהו וקצרו את השור החי וקצרו את פספו וגם את תמתי יקצונו: או נודע כי שור נגח הוא מתמול שלשם ולא ישמרונו בעליו שלם ישלם שור תחת השור וקמת יהיה לו (שמות כא, לה-לו).

לפסוק לה קיימת מקבילה במשפט המזרח הקדום (בחוקי אשנונה) הדומה להפליא ללשון המקרא, כנראה יותר מכל ההתאמות האחרות בין שתי החטיבות: 23: Eshnunna, Section 53 (A iv 13-15)26

šum-ma alpum (GUD) alpam (GUD) If an ox gored and killed an ox, the price of the live ox and the carcass of ik-ki-im-ma uš-ta-mi-it ši-im alpim ba-al-ḫi ū šir (UZU) alpim mi-tim be-el the dead ox24 both ox owners shall alpim ki-la-la-an i-zu-uz-zu. divide.25

בסעיף הסמוך אחריו כתוב (בתרגומו לעברית): "אם כשור נגח נודע הוא, והשלטונות הביאו את הדבר לידיעת הבעלים, והם את קרניו לא גדעו, ונגח איש והמיתו, בעל-השור שני-שלישי המנה ישלם."27 אמנם המשך זה עוסק אפוא בשור מועד כבתורה, אבל המעבר מניגח שור לניגח אדם מקהה את הניגוד החד שבין דין תם למועד כבמקרא. וזה לשונו של ירון:28

One other question concerning LE 53 still remains to be considered: What is

23 וכפי שהעירו חוקרים רבים, והיה לשם דבר מאז יצא קובץ זה לאור בשנת 1948 בידי Albrecht Goetze.

24 לחילוקי הדעות בפרשנות חלוקה זו ראה ג'קסון, מאמרים, עמ' 132.

25 על פי ירון, מהד' ב. בתרגומו של לבנון: "שור כי יגח שור אחר והמיתו, שני בעלי-השוורים יחצו את כסף השור החי, וגם את כסף השור המת יחצו" (לבנון, עמ' 66; החוקרים כעת פותרים "נבלה" במקום "כסף" לגבי השור המת [CAD, vol. Z, p. 79a]).

26 ירון, אשנונה, עמ' 48-49; מהד' ב, עמ' 76-77.

27 לבנון, שם.

28 עמ' 196; מהד' ב, עמ' 296-297 (ושם מיתן את השימוש בדין מועד בתורה להשלמת חוקי אשנונה; עיקר עניינו כאן, שאשנונה 53 מדבר בשור תם, נשאר שם).

its scope? It is quite general in its wording, so it may *prima facie* appear that it should be applied to every case of ox goring ox. Actually, this is open to doubt. The section has to be read in conjunction with the one that follows. When one does so, it becomes likely that in LE 53 "the owner of the killing ox was not aware of the animal's vicious disposition; this is shown by the completely different tenor of sec. 54."29 This is then another example of lack of completeness in the LE. If the ox was a habitual gorer, one may safely assume, the owner would have to make good the full damage. The missing part of the provision is given in the parallel text in Exodus, 21:36: "But if it was known that the ox was a gorer beforetimes, and its owner did not guard it, he shall fully replace ox in place of ox, and the dead (ox) shall be his".

במאמרי "רצף משפטי" בדקתי את תולדות המושגים "ממונא וקנסא",30 וטענתי שמעין הקטגוריות האלה מסתמנות כבר במשפט המזרח הקדום, ומשם השתלשלו, ואף שעשויים ללבוש צורות שונות ונכנסו שינויי משמעות וגונוניהן במעבר בין תרבות לתרבות, היסוד העתיק עוד קיים בתורה שבכתב ובתורה שבעל פה.31 אף עקבתי אחר המגמה להמיר קנסא בממונא.

הבדל כזה (בין קנסא לממונא) מסתמן בין שני הפסוקים הנידונים בספר שמות:

וכי יגף שור איש את שור רעהו וקצרו את השור החי וקצרו את פספו וגם את תמתי יקצונו: או נודע כי שור נגח הוא מתמול שלשם ולא ישמרונו בעליו שלם ישלם שור תחת השור וקמת יהיה לו (שמות כא, לה-לו).

הסגנון "שלם ישלם שור תחת השור" משמעו בעליל דומה לפיצוי על ההפסד הממשי, כלומר "ממונא".32 הגורם נזק עקב פשיעה חייב לשלם כהפסדו של הניזק, ולהשלים את מצב ממונו כפי שהיה סמוך לפני הנגיחה, עד כמה שאפשר. ואילו בפסוק לה חסר כל אזכור של פשיעה,33 ואכן אין בעלי השור חייבים לפצות את הנזק

29 גצה, אשנונה, עמ' 138.

30 ראה להלן, הערה 37.

31 עיין שם על ההבדל בין סעיפים 29/28 בחוקי אור נמה השומריים, הטומנים בחובם מעין הברל בקטגוריות המשפטיות, "punitive damages" versus "compensatory damages".

32 השווה חוקי חמורבי, סעיפים 246-245 ("alpam kima alpim"), וראה דאוכה, מחקרים, עמ' 104, 135, ועיין שם עמ' 140 ועמ' 152 הע' 87; ליונטס, עמ' 196; מיקלישנסקי, החוק, עמ' 297. אשר לנוסחה "א תחת י", גם אם במקומות מסוימים הוא מוסב על עונש, הרי עם הפועל "שלם" הוא בוודאי מוסב על ממון.

33 והשווה פאול (עמ' 84-85): "When there is no culpable negligence involved, LE and Exodus provide for the equal division of both the assets and liabilities between the two owners" (הוספתי הרגשה). כך ניתח גצה (אשנונה, עמ' 137-138) את

בשלמות, ³⁴ אבל החוק קונס את בעל השור עד חצי שווי שורו. ³⁵ הרי קנסא ולא ממונא !

הסעיף באשנונה:

In the case of §53 – one ox killing another – the owner of the killed animal may expect compensation for his loss. However, it can be argued that the accident could not be foreseen and therefore not prevented, that it happened as the consequence of normal risks which the owner of the killed animal took when he did not keep his ox isolated from other animals. The owner of the killing ox was not aware of the animal's vicious disposition; this is shown by the completely different tenor of §54. However, the law feels that the community must be safeguarded against a repetition of the mishap, therefore the dangerous animal is to be destroyed. Thus, both owners will suffer a loss. It is the intention of the legislator to divide the loss as evenly as possible.

וכן נ' זהר, בעלי חיים, הע' 13: "כפשט התורה נראה שאין שום אשמה על בעל השור שלא הועד".

34 השווה להבדל בין סעיפים 251/250 בחוקי חמורבי, הדנים בנוגח שהרג אדם. בעל שור תם שהרג אדם פטור, וכחבו מיילס ודרייבר (א, עמ' 442) בהסבר לשון החוק:

"that suit has no claim" (Bab. *dīnum sū rugummām ūl īšu*); in other words, there is no right of action. But if the owner has had notice that his ox is wont to gore and has neither "covered" (Bab. *ušarrim*) its horns nor kept it tied up and it has then gored a man so that he has died, he must pay...

35 ראה בבא קמא ג, ט. הרבה חוקרים קיבלו את שיטת ההלכה (כ"ה בכתבי היד) במכילתא דר' ישמעאל, נזיקין פרשה יב, עמ' 290: "ר' עקיבא אומ' נאמר חציה בחי ונאמרה חציה במת, הא בשוין הכחוב מדבר". עניין זה נחקר באופן יסודי בידי משה גרינברג (מעשיות, עמ' 60-61), בכנותו ניסוח כזה "פאראדיגמטי":

Especially significant for our purpose is the implicitly paradigmatic nature of some laws – valid as formulated in specific circumstances only, though their limited applicability is not expressly stated. Such a law is that of the goring ox in Eshnunna 53 and Exod. 21: 35: if an ox not known to be a gorer gores another ox the owners must divide between themselves the worth of the living and of the dead ox. Goetze has seen the principle behind this ruling: in view of the unforeseeability of the accident and the risk assumed by the victim's owner when he let his ox mingle with others, the owner of the gorer is not made to bear the entire loss. "It is the intention of the legislator to divide the loss as evenly as possible." As was anciently noticed, however, the ruling achieves its intention only when the two live oxen are of equal worth; should there be a disparity in their values, the procedure indicated by the law cannot result in an evenly shared loss (indeed if the victim is, say, half the value of the gorer its owner will actually be enhanced). This law, then, is strictly applicable in one case only; in all others the principle derivable from this paradigm must be applied; namely,

תקופת התנאים – חבלות

עוד אפוף בעלטה על סמך מה קבעו בהלכה הקדומה שכל תשלומי הנזיקין קנסא הם. מכל מקום, פשוט הוא שהם חיוב שהוטל על המזיק ואינם דומים ל"פקדון" שבכתוב, שממון חברו בידו ועליו להחזירו לו. אולם ברור לנו שההלכה התנאית המאוחרת, כזו המסתמנת הרבה פעמים במשנה, פעלה במגמה להמיר קנסות לממון. כך בחבלות, החתירה לתרגם את סבלו של הנחבל לערכי מטבע קשוחים³⁶ (בבא קמא ח, א) גותנת ביטוי חזק לכך שתשלומים אלה נחשבים כבר ממונא ופיצוי על הפסדים שנגרמו, בחינת "חסרון כיס", כאילו חיסרו ממון, ולא קנסא ועונש בלבד שהוטל עליו כחיוב מטעם המחוקק,³⁷ והיא משולבת בתפיסת כללית של המשנה על תשלומי חבלה כממונא: "אמ' לו חבירו חבלתה בי ועשיתך בי חבורה והוא או' לא חבלתי ולא עשיתי משביעך אני ואמר אמן חייב (שבועות ה, ה)". החיוב בקרבן שבועה הוא התווית המובהקת לסיווג תשלום מסוים כממון ולא קנס.

אולם בעיקרם ומתחילתם סביר שתשלומי חבלות קנסות הם. שהרי איש לא יטען שעין תחת עין ממש כפשוטו של מקרא מפצה את הנזיק על נזקו, אלא עונש הוא, אמנם מידה כנגד מידה, אבל עונש.³⁸ לכן, בניגוד לשיטה הרווחת במשנה שתשלום נזק שחייב בו חובל הוא ממונא וחייב בין שוגג ובין מזיד,³⁹ הרי הסובר עין תחת עין ממש פוטר את

that when an innocent ox gores another, the two owners divide the loss equally – or, in other words, the gorer's owner is liable only to half-damages.

ראה ביקורתו של ג'קסון, מאמרים, עמ' 132-135; הנ"ל, ספרותי, עמ' 73-75. לפי ההלכה, חצי נזק זה הוא "מגופו" של השור (בבא קמא א, ד: "מה בין תם למועד אלא שהתם משלם חצי נזק ומגופו והמועד משלם נזק שלם מן העליה"). ראה דיונו המשפטי המרתק של יעקב פינקלשטיין (במאמרו "The Goring Ox") בחולדות שיטה זו של גבייה לאורך כל התקופות בדין deodands (שם עסק בשור של הרג בלבד, בהתאם לשימוש המקובל במושג הנ"ל, אולם בפועל הוא מדגים יפה את המסורת המשפטית של הגבלת האחריות עד לשווי הכלי המזיק).

36 נזק, צער ובושת. ואילו שבת וריפוי הם מעיקרם כנגד הוצאות כספיות והפסדים כספיים ממשיים (ראה מאמרי "רצף משפטי" בפרוטרוט, ולהלן על שיטת הרמב"ם).

37 אני משתמש בשמות "ממונא" ו"קנסא" בארמית בקשר לחבלות במיוחד כדי להבחין את המושג "ממונא" מן המושג "עין תחת עין ממון", ניגודו של המושג "עין תחת עין ממש". לכן אפשר לומר שיש תנא הסובר שעין תחת עין ממון והוא קנס (כפי שעשוי להשתמע מריש בבא קמא, משנה ותוספתא, וראה להלן על פי דברי ר' אליעזר במכילתא), ויש תנא הסובר עין תחת עין ממון (כפירוט המשנה לגבי חובל), והוא ממונא.

38 השווה רדיוני, יסודות, עמ' 67 הע' 12, וראה בפרוטרוט במאמרי "רצף משפטי".

39 ואולי אף באונס. "נפל מן הגג והזיק ובייש, חייב על הנזק ופטור על הבושת שני (דברים כה, יא) ושלחה ידה והחזיקה במבושיו אינו חייב על הבושת עד שיהא מתכוין" (בבא קמא ח, א), ולפי פשוטה אולי הוא חייב אף בצער, ריפוי ושבת, אלא שבא רבה והבחין הבחנות דקות במידת האונס לגבי ארבעת הדברים: "אמ' רבה היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה מעולם ועמד ונפלה לענין נזקין חייב לענין ארבעה דברים פטור [רש"י כו, א: 'דלא מחייבי

השוגג, שאין לענוש שוגג בעונש זה⁴⁰ הברייתא שבבבלי "ר' אליעזר או' עין תחת עין ממש" (בבא קמא פד ע"א) יוצאת מפרשטת על ידי האוקימתא של הגמרא שם. אולם, ברייתא זו אינה אלא קיצורם של דברי ר' אליעזר במכילתא, ושני המקורות הללו מאירים זה לזה: שיטת "ממש", והיא עונש שאינו ראוי אלא למתכוון⁴¹:

ר' אליעזר או' עין תחת עין, שומע אני בין מתכוין בין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון? והרי הכת' מוציא המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממש, שנ' ואיש כי יתן מום וג' כלל עין תחת עין שן תחת שן וג' פרט, פרט וכלל וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט, כשהוא אומ' כאשר יתן מום באדם חזר וכלל. אי כלל, ככלל הראשון אמרת? לאו, אלא כלל ופרט וכלל אין את דן כעין הפרט, מה הפרט מפורש מומין קבועין וראשי איברים בגלוי ובמתכוין שאינו משלם אלא ממון אף אין לי אלא מומין קבועין וראשי איברי' בגלוי ובמתכוין שאינו משלם אלא ממון? ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום (מכילתא דרבי ישמעאל, דנזיקין, פרשה ח, עמ' 277, כ"י אוקספורד⁴²).

ארבעה דברים אלא או מזיד או קרוב למזיד... ואמ' רבה נפל מראש הגג ברוח שאינה מצוייה והזיק ובייש חייב על הנזק ופטור בארבעה דברים, ברוח מצוייה והזיק ובייש חייב בארבעה דברים ופטור על הברשת" (בבא קמא כו ע"ב - כו ע"א, ועיין כ"י המבורג). אלא שלפי הירושלמי, אנוס פטור: "אדם מועד לעולם כו' אמר רבי יצחק מתניתא בשהיו שניהם ישיגין אבל אם היה אחד מהן ישן ובא חבירו לישן אצלו זה שבא לישן אצלו הוא המועד" (ירושלמי בבא קמא ב, ח [ג ע"א]), והראשון פטור "דאנוס הוא" (פירוש ר' יהונתן לבבא קמא, מהדורת, עמ' 57), וכן פסקו הפוסקים, ראה רמב"ם הלכות חובל ומזיק א, יא. על כוונה בחיוב בושת על רקע המזרח הקדום ראה מאמרי "רצף משפטי", ועל העניין כולו בתלמוד האיגוד לפרק החובל (עומד לראות אור), הסוגיא השישית.

40 ראה חוקי חמורבי, סעיף 206. כאן פטור מטליו בגין שגגה פטור גם מקנס, ומשלם רק ממונא, "שבת וריפוי" כבדין תורה. ראה מאמרי "רצף משפטי", בין הערות 50-54, 64-64.

41 ראה במפורט במאמרי "רצף משפטי", ובפירושי לפרק החובל, בתלמוד האיגוד שם.

42 בהשלמת קיצורי כתיב אחדים. להלן בנספח מובא סינופניס של עדי הנוסח. על אף כל החזרות והמורכבות המחוספסת בהלכה זו, וכן שינויי הגרסאות שבאו לפחות מקצתם כדי לערפל דעה זו שהוצאה מפרשטת באוקימתא של הבבלי, דומה שכן היא משמעותה היסודית, כתרוממו של לויטרכן למכילתא:

R. Eliezer says: Eye for Eye, etc. I might understand... But behold Scripture singles out the one who inflicts an injury intentionally, declaring that he is not to pay money but is actually to suffer a similar injury (Lauterbach, III, p. 68).

במכילתא זו ובמשא ומתן המדרשי שבה גלומה הגדרת שתי שיטות: חבלות קנס הן, ושוגג פטור; והיפוכה, חבלות ממון הן, ושוגג חייב. ועיין לעיל, הערה 14. אף משתמע שלשיטת ר' אליעזר עצמו דין עין תחת עין ממש הוא רק במתכוון, ודין תשלומים בשאינו מתכוון. ויש לחקור האם תשלומים אלה ממונא הם, או שמה קנסא, מאחר שבאים במקום עונש!

וצריך עיון אם אף לאחר שנדחתה שיטת "עין תחת עין ממש" ונתקבלה השיטה "עין תחת עין ממון" עוד דבק בתשלומים הללו האפיון כקנס. כלומר, "עין תחת עין ממון", רוצה לומר, "ממון" זה הוא "קנסא" ולא "ממונא". כך אפשר לומר בהתאם לתוספתא ריש בבא קמא הנ"ל, הקובעת שנויקין שייכים לקבוצה הנקראת "כל דבר שהוא קנס" ודינם כדין קנס ש"אין משלם על פי עצמו". אחר כך התפתחה שיטת המשנה שתשלומי עין תחת עין הם ממון, וחייב שוגג כמזיד.

חבלות הן קנסות אצל הגאונים והרמב"ם

לפי המשנה, כמובא לעיל, חבלות הן ממונא באופן מובהק, ועמדה זו נמסרת אף בדברי סתם התלמוד הבבלי במוצהר ובלשון גלוי. ר' אושעיא, שהזכיר את כל חמשת הדברים במפורש, "בממונא קמיירי, בקנסא לא קמיירי" לפי בעל הסוגיא⁴³. אולם רב שרירא גאון קבע: "אדם שהזיקו אדם ואדם שהזיקו שור סתמא דמילתא דלאו חסרון כיס שאם צער בגופו או פגם או בשת לא חסר ממונו ולא דאמי להודאות והלואות"⁴⁴. הרי לדעת הגאון אין חסרון כיס בנוק, צער ובושת, ואינן כ"הודאות והלואות", סוג המוגדר כממונא באופן מובהק⁴⁵. אמור מעתה, חבלות קנסות הן מעיקרן⁴⁶. כזה כתב הרמב"ם:

43 "תני ר' אושעיא, שלשה עשר אבות נזיקין: שומר חנם, והשואל, נושא שכר, והשוכר, נזק, צער, וריפוי, שבת, ובושת, וארבעה דמתני' הא תליסר... תני ר' חייא, עשרים וארבעה אבות נזיקין: תשלומי כפל, ותשלומי ארבעה וחמשה, וגנב, וגזלן, ועדים זוממין, והאונס, והמפתח, ומוציא שם רע, והמטמא, והמדמע, והמנסך, והני תליסר הא עשרים וארבעה. ורבי אושעיא מאי טעמא לא תני הני? בממונא קמיירי, בקנסא לא קמיירי" (מסכת בבא קמא ד ע"ב). ועיין שם פד ע"ב ומה שכתבתי ב"הוספות", עמ' 431.

44 בפירושו לדברי רבא בבבא קמא פד ע"א: ספר שערי צדק... תשובות הגאונים, שלוניקי, חכמת חכמיו (תקנ"ו), חלק ד שער א סימן יז (לא ע"א-ע"ב) = ירושלים, תשכ"ו, עמ' ע = אוצר הגאונים, בבא קמא, התשובות, עמ' 59, סימן קצ. על עירוב פרשיות בייחוד תשובות בין רב שרירא לרב האי ראה ציוני המחקר אצל רדזינר, יסודות, עמ' 155 הע' 130 (והמכוון שם הוא לעמ' 130 הע' 16).

45 ראה בנוביץ, עדי ממונות, עמ' 39-40.

46 "חסרון כיס" עשוי להיות שווה או חופף למושג "ממונא", לפי כמה דעות, אלא שברובד המאוחר של הסוגיא השנייה בפרק החובל (בבא קמא פד ע"א וע"ב) באות אלה כשתי תכונות שונות, ולא דווקא חופפות. אולם הגאון לא גרס כן, וסיכמו לאוקימתא של דין רבא מתאים לשחזורי של הצורה המקורית של הסוגיא, ראה בפרוטרוט פרידמן, הוספות, עמ' 423-432 (ובפירושי לתלמוד האיגוד פרק החובל). וראה רדזינר, יסודות, עמ' 153-157, הנסמך על ניתוח הסוגיא ובידוד מקצת לשונה כהוספה כבמאמרי הנ"ל, ועל הזיקה בין דברי הגאונים לצורה המקורית של הסוגיא, ללא ההוספות. בעמ' 134 הביא את דברי "שרבים מן הגאונים סברו בפשטות, שכן חמשת הדברים קנס הם", והוסיף: "אין ולו גאון אחד שיטען כי כל תשלומי החבלה אינם קנס", וכן "מכאן ראייה נוספת כי החלק הסתמי שבסוגיא לא השפיע כלל על המסקנות ההלכתיות של מרבית הגאונים".

כל הנישום כעבד אין גובין אותו דייני חוצה לארץ, לפיכך אדם שחבל בחבירו אין גובין הנזק והצער והבשת שהוא חייב בהן דייני חוצה לארץ, אבל שבת ורפוי גובין מפני שיש בהן חסרון כיס, וכן הורו הגאונים ואמרו שמעשים בכל יום לגבות שבת ורפוי בבבל (הלכות סנהדרין ה, ט).

שבת ורפוי הם שיש בהם חסרון כיס, אבל נזק, צער ובושת אין בהם חסרון כיס. ולא עוד אלא שהם קנסות, שהרי פטר הרמב"ם מנזק וצער⁴⁷ את החובל המודה מעצמו (ללא עדים) מטעם מודה בקנס פטור:

...אם לא היו שם עדים כלל והוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובושת ורפוי על פי עצמו... ולמה משלם אדם שלשה דברים אלו על פי עצמו, שהשבת והרפוי ממונן הוא ואינו קנס, שאם לא יתן לו הרי חסרו ממונן שהוא מתרפא בו ובטל ממלאכתו, והבושת לא הגיעה לו אלא בשעה שהודה בפניו שהוא חבל בו, שהנחבל שלא חבל בו בפני בני אדם אין לו בושת והודאתו בבית דין היא שביישה אותו (הלכות חובל ומזיק ה, ו-ז).

וכזה כתב הרמב"ם בשלישית, בעניין מודה בקנס פטור:

"אתה חבלת בי", "לא היו דברים מעולם": הרי זה נשבע היסת שאע"פ שאינו משלם קנס על פי עצמו, משלם שבת ורפוי ובשת. במה דברים אמורים שהמודה בקנס פטור כשהודה בדבר שחייב עליו קנס כגון שאמר חבלתי בזה! (הלכות טוען ונטען א, טז-יז).

אף כאן נאמן הרמב"ם לשיטתו שזוק וצער קנסות הם.⁴⁸

הראב"ד השיג על הרמב"ם בעניין זה, ובהשגתו שבהלכות סנהדרין ברור מלשונו שאינו מכיר שום מקור בתלמוד הקובע שחבלות הן קנסות, וזה לשונו:

א"א [= אמר אברהם] לא ידעתי למה פטור מאלו, ואולי יאמר מפני שצריך אומדנא וזה אע"פ שמודה לו בחבלה אינו יודע באומד לפיכך פטור מהם, אבל השבת והרפוי שהם נראים לעין חייב. ואינו מתווך שהכל צריך אומד, הילכך חייב בכל או פטור מן הכל.

47 על בושת, ראה להלן.

48 וכפירוש ר"י מיגאש לשבועות מו ע"ב: "ואם תאמר האי דקתני במתני' חבלת בי והוא אומר לא חבלתי טעמא דכפר ביה הא אודי ליה מחייב ואמאי הא קנס הוא ומודה בקנס פטור. תשובתך איכא למימר רכיון דאיכא סהדי דקא מסהדי שנכנס תחת ידו ונמצא חובל הוה ליה עיקר חיובא אפומא דהנהו סהדי וההיא הודאה דקא מודה ליה גלויי מילתא בעלמא היא דחבל ביה. ואיכא למימר נמי תנא דילמא אבושת ושבת הוא דקאי דמשלם על פי עצמו דממונן נינהו אבל קנס וצער דקנסא נינהו לא קא מיחייב להו כלל", וכפי שכתב המגיד משנה שם: "וכן דעת רבו רבינו יהוסף אבן מיגש ז"ל שם בפירושו". וראה רדיונר, יסודות, עמ' 168 הע' 95, ולהלן, הערה 52.

ועל זו שבהלכות טוען ונטען השיג הראב"ד מפורשות:

א"א איני מוצא קנס בחבלות;⁴⁹

כבר הקדים הרמב"ם בפירושו למשנת בבבא קמא, ריש פרק החובל, עם פירוט חיובי החבלות: "ודע שכלל הוא מכללי תורתנו שאין גובין קנסות בבבל...⁵⁰ והחובל בחברו אומדין כל מה שהוא חייב שבת ובושת ורפוי וצער וקנס⁵¹ וכוללין הכל" (עמ' לג-לד), הרי שהרמב"ם מכנה את שמו של תשלום ה"נזק" בפשטות "קנס"⁵² וכן בספר המצוות שלו: "הצווי שנצטוינו בדין חובל בחברו...⁵³ ואלה הם הנקראים דיני קנסות" (עשה רלו; עמ' קעג-קעד), ושם במהלך הצעת ההלכה, במקום לומר "חייב לשלם" או כיוצא בזה כתב הרמב"ם "פוגעים בו בממונו"⁵⁴ הרי שאין זה פיצוי אלא קנס ועונש.

הרמב"ם ראה בחבלות דיני קנסות לא רק בשמם אלא אף לדין מודה בקנס פטור, שהוא אחד משני המאפיינים ההלכתיים המובהקים לקנסות. אולם, אשר למאפיין השני, פטור מקרבן שבועה למי שנשבע והודה בחיוב זה, דן הרמב"ם חיובי חובל כממונא ולא כקנסא! בוודאי אנוס על פי דיבור המשנה.

שבועות ה, ה רמב"ם הלכות שבועות ה, ד

המית שורך את שורי והוא אומ' לא המית האומר לחבירו עשית בי חבורה והוא אומר משביעך אני ואמ' אמן חייב... אמ' לו לא עשית, המית שורך את שורי והוא חבירו חבלתה בי ועשיתה בי חבורה והוא אומר לא המית ונשבע חייב בשבועת אר' לא חבלתי ולא עשיתי משביעך אני הפקדון שאילו הודה היה חייב לשלם. ואמר אמן חייב.

כאן נזדמנו יחד "חבלת בי" ו"המית שורך את שורי". הספרא תיעד את דעת רבי שמעון לגבי המית שורך שהוא קנס, אבל המשנה קבעה שהוא ממון. ואילו "חבלת בי", מה גם שתשלומי "נזק" הם קנס לדעת הרמב"ם לעניין שאינו משלם על פי עצמו, לא עלה לו לרמב"ם לעשותו קנס בעניין קרבן שבועה, מכוח משנה מפורשת.⁵⁵ טרם ראיתי מי שצייץ לסתירה זו בדברי הרמב"ם.⁵⁶ כלומר, "נזק" ו"צער" בתשלומי חבלה הם ממונא

49 והוסיף: "ואם מפני שאין דנין חבלות בבבל גם שבת ורפוי ובשת אין דנין".

50 אין וכו'. וכן הוא בעברית בגוף הנוסח הערבי.

51 שבת וכו'. וכן הוא בעברית בגוף הנוסח הערבי.

52 וכן הוא כבר בדברי ר"י מיגאש (הערה 48): "אבל קנס וצער דקנסא נינהו", כבמכילתא דרשב"י הנזכרת בהערה 21, והשווה רדיונר, יסודות, עמ' 167.

53 דיני קנסות. וכ"ה בגוף הנוסח הערבי. וכן להלן שם: "ודע כי דיני קנסות אלה".

54 "ינכי פי מאלה".

55 ואפילו בספרא שם לא כללו ר' שמעון, והוזכר שם בדברי תנא קמא בדין ממונא.

56 ולשיטת דבריו בעניין מודה בקנס היה ראוי לחלק בין נזק וצער שהם קנסא, ועליהם לחייבו בקרבן שבועה ולפטרו משבת ורפוי דווקא.

לעניין קרבן שבועה, אבל קנסא הם לעניין מורה בקנס פטור!! הרמב"ם יכול להתנער מדברי סתם התלמוד בבבא קמא ד ע"ב,⁵⁷ והוא הדין לגאונים. אולם דין המשנה במקומו עומד, ובוודאי יש לרמב"ם סברה או חילוק כל שהוא להצדיק את יחסו החלוק בדין קנסא או ממונא לגבי חבלות.

כבר התחיל הרמב"ם לגלות חלק מסברותיו בזאת, גילה טפה וכיסה טפחיים. בהלכות חובל ומזיק א, ג:

זה שנאמר בתורה כאשר יתן מום באדם כן יתן בו (ויקרא כד, כ) אינו לחובל בזה כמו שחבל בחבירו אלא שהוא ראוי לחסרו או לחבול בו כמו שעשה ולפיכך משלם נזק, והרי הוא אומר (במדבר לה, לא) ולא תקחו כופר לנפש רוצח, לרוצח בלבד הוא שאין כופר, אבל לחסרון איברים או לחבלות יש כופר.

אמנם עיקר הדרשה הוא בבבא קמא פג ע"ב, אולם בניסוחו של הרמב"ם מתקרבים הדברים במשהו ליישובו של התלמוד לשיטת ר' אליעזר דווקא: "לומר, שאין שמין אותו בניזק אלא במזיק" (בבא קמא פד ע"א). בספרו "מורה נבוכים" רמז הרמב"ם בדגש חזק שיש סוד בדבר:

עשה עונש כל פושע נגד זולתו באופן כללי שיעשה בו כאשר עשה בשווה, אם פגע בגוף פוגעים בגופו, ואם פגע בממון פוגעים בממונו... ומי שהשחית אבר מאבדים לו כמותו, כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו. ואל תטריד את מחשבותך במה שאנו עונשים כאן בתשלומין, כי הכוונה עתה לתת טעם למקראות לא ליתן טעמים לתורה שבעל פה, עם מה שיש לי בדין זה סברה אשמיענה בעל פה! והפגעים אשר אי אפשר לעשות כמותן בדיוק דן בהן בתשלומין, רק שבתו ייתן ורפא (ספג, ג, פרק מא).

הנשר הגדול ביקש לתפוס את עקרונית התורה כפשוטם וליישמם בהלכה, גם כשתוצאה מסוימת אינה נראית נכונה מתוך מקורות דברי חז"ל או חלקם. יסוד הענישה שבתשלומי חבלות הוא אחד מהם.⁵⁸

ד סיכום ביניים

אנו עדים למגמה של המרת חיובים הבאים כדיני הנזיקין של משנה ראשונה כקנסות (כגון בריש בבא קמא במשנה ובתוספתא) בתשלומי פיצוי ("ממונא") במשנה אחרונה. תחום נוסף שבדקנו הוא דיני החובל בחברו. לדעת ר' אליעזר התורה קובעת עין תחת עין ממש, בוודאי בגדר עונש. לשיטתו נרמזו אף תשלומי ממון (בניגוד לממש), כשחבל

57 ושמה לא גרס אותם, או שהכריע לא לפסוק כשיטתם החדשה, ראה מה שכתבתי ב"הוספות", עמ' 429 הע' 44 ועמ' 431-432.

58 וראה הנשקה, מקרא, עמ' 53-55.

שלא במתכוון, אולם אין להסיק ש"ממון" זה נחשב ממונא, ואפשר שתשלומים אלה קנסא הם, כמה שהם באים במקום עונש של עין תחת עין ממש. לדעת שאר חכמים עין תחת עין לא יבוצע ממש, אלא ב"ממון". במשנתנו "ממון" זה הוגדר כממונא ולא קנסא. אולם אפשר שהיה שלב בתורת תנאים שראו בעין תחת עין ממון דין של קנסא, כשאר נזיקין. מכל מקום, אצל הגאונים והרמב"ם נשתמרה התפיסה שלפחות מקצת חמשת תשלומי חובל, ובמיוחד נזק וצער, קנסא הם ולא ממונא.

על רקע זה אנו באים לחזור ולהעריך את החילוף הנמצא במקורות התנאיים בדין המית שורך את שורי, שכתחילה סויג קנסא, כפשוטו של מקרא לגבי שור תם, ובסוף תנאים סויג ממונא, כפשוטו של מקרא לגבי שור מועד.

התגובה למצב זה נתנה אותותיה במחיקות הספרים או בעיבוד המקבילות, כדי להשליט את התפיסה החדשה על המקורות הקדומים.

ה

המית שורך את שורי וערכון המקורות

כך גם בנוקי שור בשור פעלה ההלכה שבמשנה להמיר את התשלומים מקנס לממון: "המית שורי את איש פל' או שורו של פלוני הרי זה משלם על פי עצמו" (כתובות ט, ג); "המית שורך את שורי והוא אומ' לא המית משביעך אני ואמ' אמן חייב" (שבועות ה, ה). תווית של ממונא מודבקת כאן בתשלומי שור על ידי הפסיקה שמשלם על פי עצמו וחייב בקרבן שבועה, ועל הכללתם בין רשימת תשלומים אחרים שהם ממון במובהק. אולם ההלכה ששרדה בספרא היא המקורית והראשונית, ולפיה דין זה קנס:⁵⁹

המית שורך את שורי, והוא או' לא המית... יכול יהא חייב? תלמוד לומר וכחש בעמיתו כפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו או מצא אבידה וכחש בה ונשבע על שקר (ויקרא ה כב). מה אילו מיוחדים שאינן קנסות... יצאו אילו שהן קנסות.

ר' שמעון פוטר מקרבן שבועה הכופר בקנס ונשבע והודה. המשנה מושתתת לדעה זו כנוהל הלכתי כללי: הנשבע לשקר בקנס פטור. אולם דברי ר' שמעון בספרא מתנגשים בדברי המשנה בסיווג "המית שורך את שורי" והלה נשבע לשקר. בספרא הוא מצוי בין שאר הקנסות הידועים והמובהקים, ופטור, ונקרא "קנס" כפג מלא ("וצאין אילו שהן קנסות"), ואילו במשנה דין זה נעדר מרשימת הקנסות, אבל הוא כלול ברשימת חיובי ממונא אשר לגביהם חייב בקרבן שבועה. הרי חילוף סיווג ברור וגלוי בזהות המדויקת של נושא התשלום!

הגר"א מחק את הדיבור "המית שורך את שורי והוא או' לא המית" שבספרא, וזה

59 וכפי שמצאנו כיחס זה הרבה פעמים בין המשנה לבין מדרשי ההלכה. ראה לעת עתה תוספתא עתיקתא, עמ' 74-77 (תחת ידיי חיבור על יחס המשנה למדרש, ובעתו אחישנו א"ה).

לשוננו: "המית שורך את שורי, הכל מיותר עד המית שורך את עבדי",⁶⁰ וכן נמתק בספרא בכ"י וטיקן 31,61 ומי ממפרשי הספרא שלא מחקוה פירושה בדוחק בשור תם בלבד, וכשיטה המאוחרת ש"פלאגא נוקא קנסא" (ראה להלן).⁶² גישה אחרת, שלא כדרך אוקימתא זו אלא כדרכם של המוחקים, הייתה קיימת כבר מקדמת דנה, בידי תנא בבלאה שהתאים את הברייתא בבבלי לשיטת המשנה בכעין אותה מחיקה, והשמיט את בבת הסתירה, שהרי הברייתא עוקבת אחר לשון הספרא לגמרי מלבד חיסור בבא זו באופן בולט וגלוי לעיניים:

ספרא, חובה, יג א (כח ע"א; עמ' 15)	רבי שמעון או' יכול האומר לחבירו אנסתה ופיתיתא את ביתי, והוא או' לא אנסתי ולא פיתיתי.
ר' שמעון אומר	המית שורך את שורי, והוא או' לא המית.
יכול האומר לחבירו אנסתה ופיתיתא את ביתי, והוא אומר לא אנסתי ולא פיתיתי	המית שורך את עבדי, והוא או' לא המית.
בבלי כתובות מב ע"א	אמר לו עבדו היפלתה את שיני וסימיתא את עיני, והוא או' לא היפלתה ולא סימיתא, יכול יהא חייב? תל' לו' וכחש בעמיתו בפקדון" וגו' "או מצא אבדה וכ' בה ונ' על ש",
ר' שמעון אומר	מה אילו מיוחדין שאינן קנסות, יצאו אילו שהן קנסות.
יכול האומר לחבירו אנסתה ופיתיתא את ביתי, והוא אומר לא אנסתי ולא פיתיתי	המית שורך את עבדי והוא אומר לא המית או שאמר לו עבדו הפלתה את שיני וסימיתא את עיני והוא אומר לא הפלתה ולא סימיתא ונשבע והודה יכול יהא חייב ת"ל ויקרא ה' וכחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו או מצא אבדה וכחש בה ונשבע על שקר
הוא אומר לא אנסתי ולא פיתיתי	מה אלו מיוחדין שהן קנסות, יצאו אילו שהן קנסות.

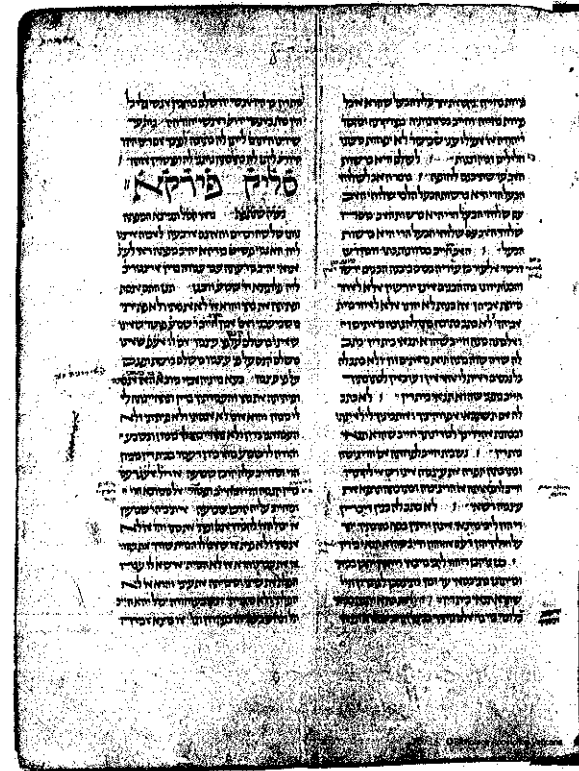
קרוב לומר שתנא בבלאה הוא שהשמיט את הבבא החולקת על שיטת המשנה.⁶³ וכן

60 וכן מחקו המלבי"ם (א, ירושלים, תש"י), עמ' 684.
 61 מהדורת צילום (הוצאת מקור), עמ' 54; מהד' פינקלשטיין, ג, עמ' 297. המחיקה נעשית בשני סימנים עבים, אחד על האות הראשונה של הקטע ואחד על האחרונה. כן הושמטה בבא זו במובאה מן הספרא בילקוט שמעוני, רמז תעט (מהד' הימן ושילוני, ויקרא, עמ' 191) ובמדרש חכמים. ופלא ששרדה בבא זו בשלמותה במדרש לקח טוב (פסיקתא זוטרותא) לר' טוביה בר' אליעזר (עם פירוש רא"ם, ויקרא, טו ע"א), ונמלטה מעט הברזל של המוחקים.
 62 רבינו הלל: "המית שורך את שורי היינו בתם... והלכתא פלאגא נוקא קנסא" (עמ' 90); קרבן אהרן לר"א אבן חיים: "המית שורך את שורי בשור תם דמשלם פלאגא נוקא וקי"לן פלאגא נוקא קנסא"; פינקלשטיין: "המית שורך, תם, שתשלומי חצי נוק לפי תנא זה הם קנס" (ד, עמ' 215). אולם לפי פשוט הלשון בא דין זה בין בחם בין כמועד (לעיל, הערה 10). לדעה "פלאגא נוקא קנסא" בבבלי ראה להלן.
 63 אלבק כתב: "בברייתא המובאה בבבלי כתובות מב, א חסר מאמר זה" (נויקין, עמ' 409), ובדברי אברהם ווייס: "המחזור ביותר שבהם אותה ברייתא. והעדרה של בבא זו בבבלי יסודו בהתאמה לשיטת המשנה הרווחת" (דיונים, עמ' 162; ובכתוב לפניו שם, ראוי לבוא פסיק לפני

באמת רגיל היה הבבלי להוסיף מלשון המשנה בברייתות המקבילות לשאר חטיבות דברי תנאים (תוספתא ומדרשי הלכה), או לערוך אותן מחדש על פי לשון המשנה במקומה ושלא במקומה,⁶⁴ וכאן בנידון לפנינו הושמטה השמטה זו בברייתא שמקורה בספרא בהשפעת המשנה וברוחה.

אמנם "דומות" לפנינו ("המית... המית"), ובכגון זה תמיד יש לחשוש לאפשרות של השמטה על ידי הדומות, אולם אפשרות זו מצומצמת מאוד כאן לאור ההסכמה הרחבה על גירסא זו בעדי הנוסח וכן אצל הראשונים. המאירי הביא את דין "אנסת את בתי", והוסיף: "וכן המית שורך את עבדי או שאמר לו עבדו הפלת את שיני וסימית את עיני והוא אומר לא כי ונשבע והודה פטור",⁶⁵ ומכאן שלא גרס בבא זו של "המית שורך את שורי", שהרי מלבדה הביא כאן את כל הדינים.

בבבלי כתובות שם בכ"י וטיקן 130: "או שאמ' לו המית שורך את שורי או את



87A

תיבת "בשניהם").

64 ראה מאמרי "הברייתות", עמ' 168-169, ובמאמר כולו.

65 עמ' 163. והשווה תוספות הר"ש משאנן, עמ' צד ד"ה הפלת.

עבדי", ונמחקו המילים "את שורי או" מחיקה מאוחרת ביד שנייה. גירסא זו (לפני המחיקה), שאינה בבא שלמה אלא תוספת של שלוש מילים, בוודאי הגהה היא, אולי על פי הספרא. אילו גרס המגיה את הבבא החסרה כולה בכתובות כאן בעותק אחר של המסכת שלפניו, קרוב יותר שהיה מגיה ומוסיף את הבבא כולה: "המית שורך את שורי, והוא או לא המית".

פלגו נזקא קנסא: סגירת מעגל

לאחר שההלכה התנאית המאוחרת (כזו הרווחת במשנה) התחילה להמיר תשלומי נזק ממעמד "קנס" (כפי שהם בהלכה התנאית הקדומה, כבתוספתא ריש בבא קמא) למעמד "ממון", צברה מגמה זו תנופה ונוצר אפיון חדש ושיטה חדשה. העיקרון היסודי של תשלומי נזק נתפס כעת כתשלום ממון המפצה את הניזק על הפסדו עד כמה שאפשר, תשלום מחושב כנגד שווי כספי בצדק ובישור באופן מדויק. ודומה שעל בסיס תפיסה זו בחנו חכמים בדורות מאוחרים יותר את דיני הניזקין, והתעכבו על חצי נזק של קרן, בתמיהה כיצד ייחשב ממון כשאר חיובי נזק ולא קנסא. כוונתי, כמובן, לסוגיות "פלגו" נזקא קנסא או ממוןא (בבא קמא טו ע"א-ע"ב; כתובות מא ע"א-ע"ב). הרי אם החיוב הוא ממוןא, משום מה צומצם לחצי?

איתמר פלגו נזקא רב פפא אמ' פלגו נזקא ממוןא ורב הונא בריה דרב יהושע אמ' פלגו נזקא קנסא.

הודות לסוגיא זו חזרה וניעורה אותה שיטה שהיא פשוטו של מקרא בדין שור תם: "פלגו נזקא קנסא".

אברהם ווייס טען לאיחורה של סוגיא זו, באזכור תיאורים הרגילים בפיו לאפיון כזה: "כל סוגיא זו היא סתמית וגם טבועה בחותם עניני משלה... הדחיה... היא מורה ורחוקה... צריך לפנים... סוגיא זו טבועה בחותם משלה, ויתכן שהיא גם מאוחרת".⁶⁷ כוונתו למשא ומתן שבסוגיא, ועל ידו הבחין וקבע: "מיסוד אמוראי הפלוגתא בפלגא נזקא". מכל מקום, המינוח הארמי של המחלוקת הוא כמינוח המשא ומתן, והוא חריג בנושאי מחלוקת הבאים אחרי "איתמר", אשר דומה שהם תמיד עברית, ומסופקני אם יש כיוצא בזה בארמית בסגנון הרגיל של התלמוד.⁶⁸ בראיותיה פותחת הסוגיא בהבאת המשנה "והניזק והמזיק בתשלומים" (בבא קמא א,

66 כך "פלגו" כרגיל בכתבי היר, ובנדפס הומרו ל"פלגא". ומצינו "פלגותא" (כבתרגום אונקלוס) אף בבבלי (ראה "פלגותא" בתקליטור המכון לחקר התלמוד ע"ש שאול ליברמן), ויש להוסיפה במילונו של סוקולוף, עמ' 911.

67 עמ' 166-167.

68 ומשום כך יש מקום לשער שבעלי סתם התלמוד ניסחו אף את מחלוקת האמוראים, ראה מאמרי "אל תתמה", ועיין סנהדרין ג ע"א.

ג), ודווקא כראיה ל מ מ ו נ א : "בשלמא למאן דאמ' פלגו נזקא ממוןא היינו דשייך ניזק בתשלומין". אולם משנה עתיקה זו⁶⁹ נתפרשה בתוספתא כך:

הניזק והמזיק בתשלומין לשלם חצי נזק.⁷⁰

ודומה שהלכה זו כפשוטה מתאימה יותר לשיטת פלגו נזקא קנסא, ולכן גם הניזק משלם, רוצה לומר אינו מקבל פיצוי על כל הפסדו,⁷¹ ועל אחת כמה וכמה כשנייחס שיטת קנס כבסיס לכל נזקי ממון לפי מקור זה במשנה ובתוספתא. רבינו יהונתן כתב על הירושלמי לכאן שהובא ברי"ף לבבא קמא סימן כז: "הירושלמי זה סבירא ליה דפלגו ניזקא ממוןא",⁷² וליברמן קיבל שיטה זו בפירושו דברי הירושלמי.⁷³

יוצא שהירושלמי הושפע מן השיטה הרווחת במשנה ומן המגמה של סוף תנאים שכל נזק ממון, ואילו בבבלי אנו עדים למהלך גוסף, הסוגר מעגל. פשוטו של מקרא רומז ששור מועד שהרג שור משלם בעליו ממון, ואילו שור תם שהרג שור משלם בעליו קנס. לאחר שהמשנה (סוף תנאים) עשתה כל תשלומי נזיקין ממוןא, עלה הרהור אצל חכמי בבל שדין שור תם שהרג שור ומשלם חצי נזק קשה ביותר ליישבו על פי התשתית המקובלת שכל תשלומי המזיקין ממוןא, וחידשו סגירת מעגל: תשלומי שור תם קנסא. בזאת הוחזרה לפחות במקצת עטרת השיטה שבספרא ליושנה: תשלומי שור [תם]⁷⁴ קנסא, והמודה בהם פטור מדין "אינו משלם קנס על פי עצמו".

סיכום

אף כי ניתן לעקוב אחר המרת קנסא לממוןא בהלכה התנאית בניזקין בדרך כלל, וגם למצוא עקבות חזקים של "קנסא" ב"חבלות" בדברי הגאונים והרמב"ם, הרי דין "המית שורך את שורי", אם קנסא הוא ואם ממוןא, ראוי להדגשה מיוחדת, שהרי כאן ישנן דעות סותרות באופן חזיתי, כששם זה של ההלכה ("המית שורך את שורי") מופיע בעליל ובמפורש אצל שתי הדעות הסותרות בקביעה אם קנסא הוא (בספרא) או ממון (במשנה). המגיהים כבר שלחו את ידם להגיה את הספרא כדי להשליט בה את שיטת המשנה, אלא

69 ווייס, אפשטיין.

70 בבא קמא א, ג (עמ' 2).

71 אלבק כתב: "ואף-על-פי שתשלומי הנזק קנס הם, ולפי הדין אין מגיע לניזק כלום, מכל מקום קוראים אותו 'מפסיד', לפי שהפסיד חצי שורו, ואם לא היתה התורה קונסת את המזיק ולא היה הניזק מקבל כלום, היה גם אפשר לומר שהפסיד את כל שורו, ועכשיו שאינו מפסיד אלא חציו, הוא שותף למזיק בשלומי הנזק" (עמ' 409). ועיין דברי ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא קמא, עמ' 8, ד"ה הניזק. וממה שכתב שם על הירושלמי יוצא ש"לפי פשוטו" שכתב בתחילה על דין התוספתא מכון לקנסא.

72 במהדורת, עמ' 30.

73 תוספתא כפשוטה שם.

74 בבבלי.

שלמולנו נמלט מקום זה בעדי הנוסח העיקריים מעריכה הרמוניסטית, ושרדה לנו עדות מפורשת של הסתירה. במאמר זה ביקשנו להטעים שאין זו סתירה בדעות גרידא אלא התפתחות והשתלשלות, הן במישור הדוגמטי – המרת קנס לממון – הן במישור הספרותי, כשמדרשי ההלכה הקלטיים, הגם שכמכלול מאוחרים הם למשנה, מכל מקום נוטים הם לשמר דעות מן ההלכה הקדומה טרם בוצע בהם עיבוד על פי "סוף תנאים".

נספח: עדי נוסח המכילתא בדינו של ר' אליעזר "עין תחת עין ממש" (לעיל, הערה 42)

כ"י אוקספורד Bodl. 150 (Uri 119)	כ"י מינכן 117.1	כ"י וטיקן Ebr. 299.6	דפוס ראשון קושטא רע"ה
ר' אליע' או' עין תחת עין שומע אני בין מתכוין בין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון	ר' אליע' או' עין תחת עין וגו' שומע אני בין מתכוין ובין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון	ר' אליע' או' עין תחת עין וגו' שומע אני בין מתכוין (ל) ובין שאין מתכוין אינו משלם אלא ממון	ר' יצחק אומר עין תחת עין שומע אני בין מתכוין בין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון
והרי הכת' מוציא המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממש	והרי הכת' מוציא את המתכוין לעשות בו מום שאין משלם אלא ממש	והרי הכת' מוציא את המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממש	והרי הכתוב מוציא המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממון
שני ואיש כי יתן מום וגו' כלל עין תחת עין שן וגו' פרט פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט	שני ואיש כי יתן מום בעמיתו וגו' כו' עין תחת עין שן וגו' פרט פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט	שני ואיש כי יתן מום בעמיתו וגו' כלל עין תחת עין שן וגו' פרט פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט	שנאמר ואיש כי יתן מום בעמיתו כלל עין תחת עין פרט כלל ופרט אין בכלל אלא מה שבפרט
כשהוא אומ' כאשר יתן מום וגו' חזר וכלל	וכשהוא אומ' כאשר יתן מום וגו' חזר וכלל	וכשהוא אומ' כאשר יתן מום וגו' חזר וכלל	וכשהוא אומר כאשר יתן מום באדם חזר וכלל
אי כלל? כ/ב? כלל הראשון אמרת לאו פרט וכלל אין את דן כעין הפרט מה הפרט מומין קבועין וראשי בגלוי	אי כלל? כלל הראשון אמרת לאו פרט וכלל אין את דן כעין הפרט מה הפרט מומין קבועין וראשי בגלוי	או כלל? כלל הראשון אמרת לאו פרט וכלל אין את דן כעין הפרט מה הפרט מומין קבועין וראשי בגלוי	או כלל? כלל הראשון אמרת לאו פרט וכלל אין את דן כעין הפרט מה הפרט מומין קבועין וראשי בגלוי

אבריים ומתכוין משלם אלא ממון	אבריים ומתכוין משלם אלא ממון	אבריים ומתכוין משלם אלא ממון	אבריים ומתכוין משלם אלא ממון
אבריים ומתכוין שאינו משלם אלא ממון	אבריים ומתכוין שאינו משלם אלא ממון	אבריים ומתכוין שאינו משלם אלא ממון	אבריים ומתכוין שאינו משלם אלא ממון
ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום	ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום	ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום	ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום

קיצורים ביבליוגרפיים

אלבק, הנוזיקין
אלבק, סדר נוזיקין

בנוביץ, עדי ממונות
בנוביץ, עדי ממונות

גולדברג, בבא קמא
גולדברג, בבא קמא

גולק, החיוב
ושעבודיו

גינצבורג, פירושים
וחדושים

גצה, אשנונה
גצה, אשנונה

ג'קסון, מאמרים
ג'קסון, ספרותי

גרינברג, מעשיות
גרינברג, מעשיות

דאובה, מחקרים
דאובה, נזק

ש' אלבק, פשר דיני הנוזיקין בתלמוד, תל אביב, תשכ"ה.
ח' אלבק, ששה סדרי משנה, סדר נוזיקין, ירושלים - תל אביב, תשי"ט.
מ' בנוביץ, "עדי ממונות", עטרה לחיים - מחקרים בספרות התלמודית והרבנית לכבוד פרופסור ח"ז דימיטרובסקי (בעריכת ד' בויארין ואחרים), ירושלים, תש"ס, עמ' 28-49.
א' גולדברג, פירוש מבני ואנליטי לתוספתא מסכת בבא קמא, בצירוף לוח מקבילות של נוסחי המשנה והתוספתא, ירושלים, תשס"א.
א' גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, א, החיוב ושעבודיו, ירושלים, תרצ"ט.
ל' גינצבורג, פירושים וחדושים בירושלמי, ד (בעריכת ד' הלבני), ניו יורק, תשכ"א.
A. Goetze, "The Laws of Eshnuna", *AASOR*, 31 (1951-52).
B.S. Jackson, *Essays in Jewish and Comparative Legal History*, Leiden, 1975.
B.S. Jackson, "Practical Wisdom and Literary Artifice in the Covenant Code", *Jewish Law Association Studies*, 6 (1992), pp. 65-92.
M. Greenberg, "Idealism and Practicality in Numbers 35: 4-5 and Ezekiel 48", *Journal of the American Oriental Society*, 88 (1968), pp. 59-66.
D. Daube, *Studies in Biblical Law*, New York, 1969.
D. Daube, *Collected Works of David Daube* (ed. C.M. Carmichael), Berkeley, 1992.

שלמזלנו נמלט מקום זה בעדי הנוסח העיקריים מעריכה הרמוניסטית, ושרדה לנו עדות מפורשת של הסתירה. במאמר זה ביקשנו להטעים שאין זו סתירה בדעות גרידא אלא התפתחות והשתלשלות, הן במישור הדוגמטי – המרת קנס לממון – הן במישור הספרותי, כשמדרשי ההלכה הקלטיים, הגם שכמכלול מאוחרים הם למשנה, מכל מקום נוטים הם לשמר דעות מן ההלכה הקדומה טרם בוצע בהם עיבוד על פי "סוף תנאים".

נספח: עדי נוסח המכילתא בדינו של ר' אליעזר "עין תחת עין ממש" (לעיל, הערה 42)

כ"י אוקספורד Bodl. 150 (Uñ 119)	כ"י מינכן 117.1	כ"י וטיקן Ebr. 299.6	דפוס ראשון קושטא רע"ה
ר' אליע' או' עין תחת עין שומע אני בין מתכוין בין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון	ר' אליע' או' עין תחת עין וגו' שומע אני בין מתכוין ובין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון	ר' אליע' או' עין תחת עין וגו' שומע אני בין מתכוין (ל) ובין שאין מתכוין אינו משלם אלא ממון	ר' יצחק אומר עין תחת עין שומע אני בין מתכוין בין שאינו מתכוין אינו משלם אלא ממון
והרי הכת' מוציא המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממש	והרי הכת' מוציא את המתכוין לעשות בו מום שאין משלם אלא ממש	והרי הכת' מוציא את המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממש	והרי הכתוב מוציא המתכוין לעשות בו מום שאינו משלם אלא ממון
שני ואיש כי יתן מום וג' כלל עין תחת עין שן וג' פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט	שני ואיש כי יתן מום בעמיתו וגו' כו' עין תחת עין שן תחת שן וגו' פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט	שני ואיש כי יתן מום בעמיתו וגו' כלל עין תחת עין שן תחת שן וגו' פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט	שנאמר ואיש כי יתן מום בעמיתו כלל עין תחת עין פרט וכלל אין בכלל אלא מה שבפרט
כשהוא אומ' כאשר יתן מום וגו' חזר וכלל	וכשהוא אומ' כאשר יתן מום וגו' חזר וכלל	וכשהוא אומ' כאשר יתן מום וגו' חזר וכלל	וכשהוא אומר כאשר יתן מום באדם חזר וכלל
אי כלל? כ/ב? כלל הראשון אמרת' לאו ככלל פרט וכלל אין את דן כעין הפרט מה מפורש מומין קבועין וראשי	אי כלל ככלל הראשון אמרת' לאו ככלל פרט וכלל אין את דן אלא כעין הפרט לומ' מה הפרט מפורש מומין קבועין וראשי	או כלל ככלל הראשון אמרת' לאו ככלל פרט וכלל אין את דן אלא כעין הפרט לומר מה הפרט מפורש מומין קבועין וראשי	או כלל ככלל הראשון אמרת' לאו ככלל פרט וכלל אין אתה דן אלא כעין הפרט מה הפרט מפורש מומין קבועין וראשי

ובמתכוין שאינו משלם אלא ממון אף אין לי אלא מומין קבועין וראשי איברי' בגלוי ובמתכוין שאינו משלם אלא ממון	אברים בגלוי ומתכוין שאינו משלם אלא ממון אין לי אלא מומין קבועין וראשי איברים בגלוי ובמתכוין שאינו משלם אלא ממון	אברים בגלוי ומתכוין שאינו משלם אלא ממון	אברים בגלוי ומתכוין שאינו משלם אלא ממון
ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום	ת"ל לוי' כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום	ת"ל כאשר יתן מום עד שיתכוין לעשות בו מום	ת"ל כאשר יתן מום באדם עד שיתכוין לעשו' בו מום

קיצורים ביבליוגרפיים

אלבק, הנזיקין
אלבק, סדר נזיקין
בנוביץ, עדי ממונות
גולדברג, בבא קמא
גולק, החיוב ושעבודיו
גינצבורג, פירושים וחדושים
גצה, אשנונה
ג'קסון, מאמרים
ג'קסון, ספרותי
גרינברג, מעשיות
דאובה, מחקרים
דאובה, נזק

ש' אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד, תל אביב, תשכ"ה.
ח' אלבק, ששה סדרי משנה, סדר נזיקין, ירושלים - תל אביב, תשי"ט.
מ' בנוביץ, "עדי ממונות", עטרה לחיים - מחקרים בספרות התלמודית והרבנית לכבוד פרופסור ח"ז דימיטרובסקי (בעריכת ד' בויארין ואחרים), ירושלים, תש"ס, עמ' 28-49.
א' גולדברג, פירוש מבני ואנליטי לתוספתא מסכת בבא קמא, בצירוף לוח מקבילות של נוסחי המשנה והתוספתא, ירושלים, תשס"א.
א' גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, א, החיוב ושעבודיו, ירושלים, תרצ"ט.
ל' גינצבורג, פירושים וחדושים בירושלמי, ד (בעריכת ד' הלבני), ניו יורק, תשכ"א.
A. Goetze, "The Laws of Eshnuna", *AASOR*, 31 (1951-52).
B.S. Jackson, *Essays in Jewish and Comparative Legal History*, Leiden, 1975.
B.S. Jackson, "Practical Wisdom and Literary Artifice in the Covenant Code", *Jewish Law Association Studies*, 6 (1992), pp. 65-92.
M. Greenberg, "Idealism and Practicality in Numbers 35: 4-5 and Ezekiel 48", *Journal of the American Oriental Society*, 88 (1968), pp. 59-66.
D. Daube, *Studies in Biblical Law*, New York, 1969.
D. Daube, *Collected Works of David Daube* (ed. C.M. Carmichael), Berkeley, 1992.

- J.J. Finkelstein, "The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty", *Temple Law Quarterly*, 46 (1973), pp. 169-290.
- ש"י פרידמן, "אל תתמה על הוספה שנוכר בה שם אמורא: שוב למימרות האמוראים וסתם התלמוד בסוגיות הבבלי", <http://www.atranet.co.il/sf/articles.html>, עומד להופיע בקובץ מעשה חושב, הכנס הבינלאומי לחקר התלמוד של אוניברסיטת בר-אילן (בעריכת א' עמית).
- תלמוד האיגוד, החובל, בבא קמא פרק שמיני, עם פרשנות על דרך המחקר מאת ש"י פרידמן, האיגוד לפרשנות התלמוד, עומד לראות אור.
- ש"י פרידמן, "הברייתות בתלמוד הבבלי ויחסן למקבילותיהן שבתוספתא", עטרה לחיים – מחקרים בספרות התלמודית והרבנית לכבוד פרופסור ח"י דימיטרובסקי (בעריכת ד' בויראין ואחרים), ירושלים, תש"ס, עמ' 163-201.
- ש"י פרידמן, "הוספות וקטעי 'סברא' בפרק החובל (ב"ק פ"ח)", תרביץ, מ (תשל"א), עמ' 418-443.
- ש"י פרידמן, חמש סוגיות מן התלמוד הבבלי, האיגוד לפרשנות התלמוד, ירושלים, תשס"ב.
- ש"י פרידמן, "לא הרגו נהרגין, הרגו אין נהרגין" (בבלי מכות ה ע"ב): משפחה או משפחה? סידרא, כ (תשס"ה), עמ' 171-194.
- ש"י פרידמן, עטרה ליושנה: עיון מתודולוגי בגלגוליהן של שתי משניות (שבועות ד ו; ה ד), עומד להתפרסם בספר היוכל לכבוד ישראל פרנצוס.
- פירוש רבינו יהונתן הכהן מלוניל, בבא קמא, עם הקדמה והערות, מהד' ש"י פרידמן, ניו יורק וירושלים, תשכ"ט.
- S. Friedman, "The Plotting Witness and Beyond – A Continuum in Ancient Near Eastern, Biblical, and Talmudic Law", to appear in *Shalom Paul Festschrift*.
- ש"י פרידמן, תוספתא עתיקה על מסכת פסח ראשון, מקבילות המשנה והתוספתא ופירושן בצירוף מבוא, רמת גן, תשס"ג.
- ע' רדזינר, יסודות "דיני קנסות" במשפט התלמודי, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן, תשס"א.
- פינקלשטיין, שור
- פרידמן, אל תתמה
- פרידמן, האיגוד
- פרידמן, הברייתות
- פרידמן, הוספות
- פרידמן, חמש סוגיות
- פרידמן, לא הרגו
- פרידמן, עטרה
- פרידמן, פירוש רבינו יהונתן
- פרידמן, רצף משפטי
- פרידמן, תוספתא עתיקה
- רדזינר, יסודות

- הלבני, בבא קמא
- הנשקה, מקרא
- ווייס, דיונים
- זהר, בעלי חיים
- יאסטרוב
- ירון, אשננה ירון (מהד' ב) כהנא, מדרשי הלכה
- לבנון
- לויאס, תרצ"ג
- לויאס, 1903
- לויטרבך, מכילתא
- ליברמן, תוספתא כפשוטה
- לינושטם
- מילס ורדייבר
- מיקלישנסקי, החוק
- סוקולוף, בבלי
- פאול
- ד' הלבני, מקורות ומסורות, ביאורים בתלמוד מסכת בבא קמא, ירושלים, תשנ"ג.
- ד' הנשקה, "אין מקרא יוצא מידי פשוטו", פרק ב, המעין, יז (תשל"ז), עמ' 52-69.
- א' ווייס, דיונים וביאורים בבבא קמא, ירושלים - ניו יורק, תשכ"ז.
- נ' זהר, "בעלי חיים כאישים מוסריים: סודן של הלכות שור הנסקל", מחקרים במחשבת חז"ל, דברי הכנס הראשון, חיפה, תש"ן, עמ' 67-83.
- M. Jastrow, *A Dictionary of the Targumim, the Talmud Babli, and Yerushalmi, and the Midrashic Literature*, London, 1903.
- R. Yaron, *The Laws of Eshmunna*, Jerusalem, 1969.
- R. Yaron, *The Laws of Eshmunna*, Jerusalem/Leiden, 1988.
- M.I. Kahana, "Midreshei Halakha", *Encyclopedia Judaica*, Detroit, 2006.
- א' לבנון, קבצי חוקים של העמים במזרח הקדמון, חיפה, תשכ"ז.
- ק' לויאס, "טיולים בשדה הלשון", לשוננו, ה (תרצ"ג), עמ' 205-220.
- C. Leviaš, "Dalman's Aramaic Lexicon", *American Journal of Semitic Languages and Literature*, 19 (1902-3), pp. 36-61.
- Mekhila de-Rabbi Ishmael: a critical edition, based on the manuscripts and early editions with an English translation, introduction, and notes by J.Z. Lauterbach*, Philadelphia, 1949.
- ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, ח, ניו יורק, תשמ"ח.
- Review: Goetze, A., "The Laws of Eshnunna", *IEJ*, 7 (1957), pp. 192-198.
- G.R. Driver and J.C. Miles, *The Babylonian Laws*, I-II, Oxford, 1968.
- J.K. Mikliszanski, "The Law of Retaliation and the Pentateuch", *JBL*, 66 (1947), pp. 295-303.
- M. Sokoloff, *A Dictionary of Jewish Babylonian Aramaic*, Ramat Gan and Baltimore, 2002.
- S.M. Paul, *Studies in the Book of the Covenant in the Light of Cuneiform and Biblical Law*, Leiden, 1970.

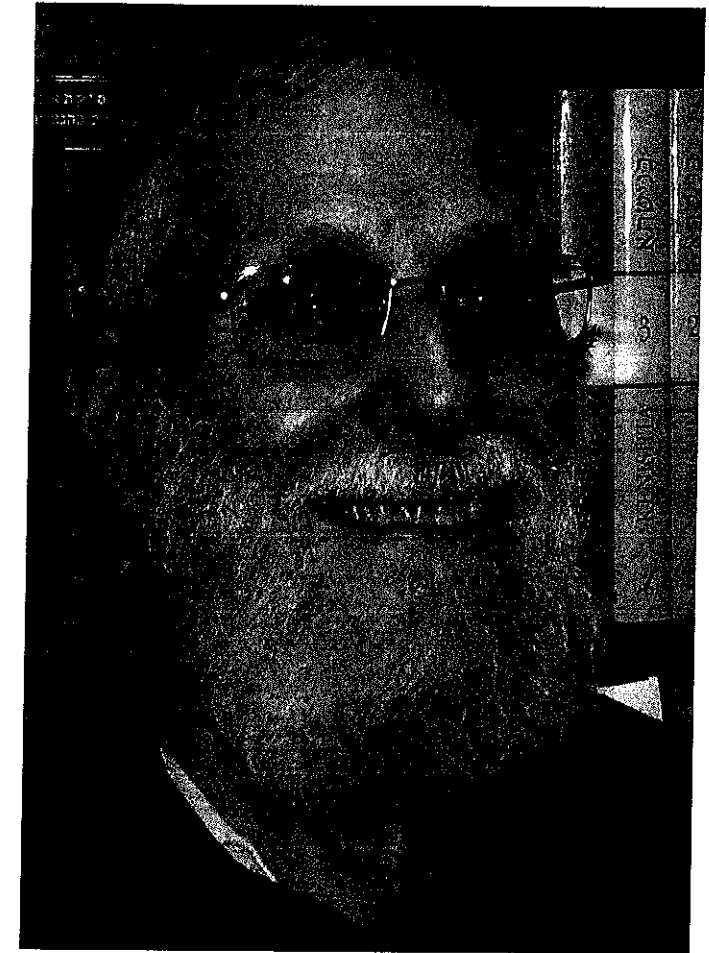
אלון שבת

כתבור בהרים

מחקרים בתורה שבעל פה
מוגשים לפרופסור יוסף תבורי

בעריכת
ארנון עצמון וצור שפיר

הוצאת תבונות – מכללת הרצוג
אלון שבת
תשע"ג



עיצוב כריכה: מיכל קוטנר
על הכריכה: הר תבור (צילום: אליעד יהלום)