

# האתיקה של הפיצוי

'צדק מתקן' בספרות התלמודית  
לאור תאוריות מודרניות בדיני נזיקין

שגית מור

עיסוק ארוך שנים קיים בשאלת האופן הצודק לחלוקת טובין ומשאבים בין פרטים שונים בחברה. הדבר מתבטא בניסיון לנסח קריטריונים והליכים שיבטיחו חלוקה צודקת ('צדק חלוקתי'), וביצירת מנגנוני תיקון למקרים של סטייה מחלוקה זו ('צדק מתקן').<sup>1</sup> המערכת ההלכתית מכילה אף היא התייחסות לסוגיות אלו, גם אם לא באותם המינוחים. במאמר זה אעשה שימוש בגישות תאורתיות מודרניות שעוסקות ב'צדק מתקן' בתחום דיני נזיקין,<sup>2</sup> לצורך ניתוח מחודש של טקסטים תלמודיים שעוסקים בפיצוי ובהשבה של טובין. הכלים המושגיים שמבנות תאוריות אלו ביישומם על מקבץ הלכות אחד שמופיע במספר חיבורים, יאפשרו לי לא להסתפק במסקנות נקודתיות כפי שנעשה במחקרים קודמים בנושא.<sup>3</sup> יתרונם בכך שהם מאפשרים לחלץ תפיסות מטה-הלכתיות של 'צדק מתקן' מהשיח התלמודי, ולהמשיגן, ובמיוחד לחדד את הבדלי הגישות בין החיבורים השונים ביחס להגדרת מקומו ותפקידו של הפיצוי בשירותו של ה'צדק המתקן'.<sup>4</sup>

- 1 התבנית הבסיסית נטבעה על ידי אריסטו בספרו אתיקה (מהדורת ניקומכוס), ספר ה, במיוחד פרקים ג-ד, ירושלים תשמ"ה.
- 2 במאמר אסקור בקצרה שתי גישות מרכזיות. לסקירות נוספות ראו S. R. Perry, 'The Moral Foundation of Tort Law', *Iowa Law Review*, 77 (1992), pp. 449-514; 'אנגלרד, דיני נזיקין (בעריכת ג' טדסקי), ירושלים תש"ל, עמ' 15-12; L. Rabin, *Perspectives on Tort Law*, Boston, Toronto & London 1990; 'א' פורת, 'רשלנות ואינטרסים', עיוני משפט, כד (תשס"א), עמ' 278, והערה 7; E. J. Weinrib (ed.), *Tort Law*, Toronto 2002.
- 3 כעולה לדוגמה ממחקריהם של י"י וינברג, ש' אטלס, א' טוויג, י' נגן ונוספים, שיוצגו להלן אגב ניתוח הטקסטים התלמודיים.
- 4 ניסיון דומה ניתן לראות בעבודת הדוקטור של א' וסטריר, 'התפתחות ומגמות פרשניות בדיני נזיקין התלמודיים לאור מקרי פטור חריגים', אוניברסיטת בראילן, תשס"ז.

- הסוגיות התלמודיות שאעסוק בהן קשורות במקבץ תקנות במשנת גיטין ה, א-ג,<sup>5</sup> המסדירות הליכים של גבייה ופירעון:<sup>6</sup>
- א. הנזקין – שמין להם בעידית; ובעל חוב בכינונית; וכתבת אשה בזיבורית. רבי מאיר אומר אף כתבת אשה בכינונית.
  - ב. אין ניפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין ואפילו הן זיבורית; אין ניפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית.
  - ג. אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם. והמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם.<sup>7</sup>

משנה א מבחינה בין נזיקין לבין שומות אחרות. עם זאת יש מן המשותף בין שלוש הלכותיה ולא בכדי הן מובאות, לדעתי, באותה המשנה. שלושת ההליכים מייצרים תיקון לסטייה ממצב רצוי,<sup>8</sup> בדומה לתבנית הקרויה 'צדק מתקן', והם משקפים התערבות חיצונית של הקהילה (בחקיקה ובאכיפה על ידי בית דין) בהעברת משאבים בין צדדים שנמצאים בקשר פרטי.<sup>9</sup> זאת ועוד, התקנות שמופיעות במשניות ב ו-ג מטילות על ההלכות של משנה א סייגים ויוצרות ביניהן קישורים,

- 5 המקבץ הוא חלק מחטיבת 'תיקון העולם' במשנה, שכוללת את פרקים ד-ה במסכת גיטין. לחקירתה הוקדשה עבודת הדוקטור שלי: 'תיקון עולם במחשבת חז"ל', האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ג.
- 6 להבדיל מדיני קניין. ראו מ' אלון, המשפט העברי, ירושלים תשנ"ב, עמ' 482 ואילך. נוסח המשנה כאן על פי מהדורת ח' אלבק, ירושלים ותל אביב תשי"ט. שינויים משמעותיים מנוסח זה יצוינו בהערות שוליים.
- 7 הלכת 'המוצא מציאה' מצויה בכתבי היד של המשנה – כ"י ניו יורק, כ"י קמברידג' 470.1, כ"י פארמה 138 ובתלמודים, וחסרה בכ"י קופמן. עניינה של הלכה זו שונה משל שאר ההלכות במקבץ, והיא מופרדת ממנו באמצעות הנימוק 'מפני תיקון העולם' שמוסב על הלכות המקבץ. ייתכן שמשום כך הושמטה בכ"י קופמן. ד' וויס הלכני, בספרו מקורות ומסורות: ביאורים בתלמוד לסדר נשים (תל אביב תשכ"ח, עמ' תקסה), סבור אף הוא שמשניות א-ג מקורן משני קבצים שונים – האחד הלכות גביה ופרעון והשני מציאה. אולי ניתן לראות עדות נוספת לתפר זה במציאותה של וי"ו החיבור לפני הלכת המוצא מציאה. יתכן כי הלכה זו שובצה כאן כחלק ממקבץ ההלכות הבא (יתומים), שעוסק גם הוא בפטורים משבועה. מכל מקום, אני סבורה שהלכת 'המוצא מציאה' איננה שייכת למקבץ הראשי של משניות א-ג, ועל כן אין מקום לדון בה כחלק ממקבץ זה במשנה.
- 8 הן מבחינה מוסרית במקרים של הפרה או אי-עמידה בחוזה; הן מבחינה קיומית עקב שינוי בסטטוס אישי. ראו דבריו של י' אנגלרד (לעיל, הערה 2), עמ' 9.
- 9 ראו את הבחנותיו של קלברזי לגבי דיני הנזיקין, שבהם מתערבת הקהילה וקובעת העברה של משאבים או ביטול הזכות להחזיק בהם, כתחום ביניים שבין דיני חוזים (התחום הפרטי), והדין הפלילי שמייצג את הקולקטיב. G. Calabresi, 'Toward a Unified Theory of Torts', *Journal of Tort Law*, 1, 3 (2007), pp. 1-9.

ואילו בחלק מן הסוגיות התלמודיות מושווה המזיק לבעל חוב.<sup>10</sup> מסיבות אלה ניתן לבחון כל תקנה גם ביחס לחברותיה, כחלק ממכלול בעל רציונל משלו, שמשקף את יחס החכמים לאתיקה של הפיצוי.<sup>11</sup>

### א. גישות לגבי אתיקה של פיצוי בשיח המשפטי המודרני

שלוש שאלות מרכזיות עומדות במחלוקת בתחום זה. האחת – על מה נשענת ההצדקה להטלת חובה על אדם מסוים לפצות אדם אחר: על עצם הפגיעה (harm) או על השילוב של פגיעה ושל מעשה לא צודק (wrongdoing)? ואם כן, מהו קנה המידה המוסרי שאמור לקבוע זאת?; השנייה – מהם גבולות האחריות הנדרשות מאדם כדי לחייבו בפיצויים? האם תפיסת האדם כאוטונומי ברצונותיו והחלטותיו גוזרת שעצם המעשה שעשה יטיל עליו אחריות מוחלטת לשאת בתוצאותיו (strict liability), או שנדרש לשם כך גם יסוד של אשמה (fault liability), פעולה מתוך זדון או רשלנות?; השלישית – מהי תכליתם העקרונית של דיני הנזיקין: השבת המצב לקדמותו, פיצוי, ענישה או הרתעה?<sup>12</sup> כאן אציג שתי גישות עיקריות שפותחו בשיח האנגלו-אמריקני.

(א) הגישה הראשונה משתמשת בתבנית שיצר אריסטו,<sup>13</sup> ולפיה מטרתו של 'צדק חלוקתי' לספק מתודה השעונה על פרופורציה שוויונית, על בסיס קריטריונים שנתפסים כרלוונטיים לקביעת היקף זכאותו של כל אחד מחברי הקהילה להחזקה בטובין (או בנטל) המחולקים בין חבריה.<sup>14</sup> ללא מנגנון שיבטיח תיקון לסטיות מן החלוקה הצודקת, חלוקה זו והזכויות שהיא מקנה יהיו כמעט חסרי ערך.<sup>15</sup> אזי מופעל 'הצדק המתקן'. על פי אריסטו, יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית של אדם בחברו, כך שישוב להיות כפי שהיה קודם לפגיעה. החוק מעמיד לנגד עיניו אך ורק את הנזק שנגרם, ומתייחס לשני הצדדים כאל שווים.<sup>16</sup> על

10 ראו לדוגמה בבלי, בבא קמא ו ע"א-ז ע"ב.

11 לאופייה הרעיוני של העריכה ראו מ' הלברטל, 'הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', בתוך: מחויבות יהודית מתחדשת, תל אביב תשס"ב, עמ' 23; ג' זהר, בסדר היצירה של ספרות חז"ל: עריכה כמפתח למשמעות, ירושלים תשס"ז.

12 ראו פרי (לעיל, הערה 2).

13 ראו לעיל, הערה 1.

14 אריסטו (לעיל, הערה 1), עמ' 116.

15 K. R. Heidit, 'Corrective Justice from Aristotle to Second Order Liability: Who Should Pay When the Culpable Cannot?', *Washington & Lee Law Review*, 47 (1990), p. 352

16 החוק מפשיט את המעורבים מתכונותיהם האישיות, ממצבם הסוציו-אקונומי וממעמדם בחברה. ראו אריסטו (לעיל, הערה 1), עמ' 118.

השופט ליצור שוויון מחודש באמצעות העברת הרווח שנוצר לפוגע אל הנפגע, במטרה להשלים את החיסרון שנוצר לנפגע.<sup>17</sup>

אחד התאורטיקנים הבולטים שפיתחו את תבניתו של אריסטו הוא ארנסט ויינריב.<sup>18</sup> בהישענו על 'פורמליזם' כמתודה שדרכה נבחנת אמיתותה של תאוריה משפטית קובע ויינריב כי מאחר ש'צדק חלוקתי' ו'צדק מתקן' הן שתי צורות שמייצגות פרדיגמות נבדלות של סוגי מערכות יחסים בחברה,<sup>19</sup> אי אפשר לחבר ביניהן ובו זמנית לשמור על הקוהרנטיות הרציונלית של כל אחת מהן. ניסיון כזה יביא בהכרח לכפייתו של רציונל האחת מהן על רעותה, ובכך לביטולה של אחת מן הפרדיגמות.<sup>20</sup> דגש שני בדבריו נוגע ללגיטימציה לשלב שיקולים פוליטיים בכל אחת מן הפרדיגמות. מכיוון ש'צדק חלוקתי' מהווה סדר פרופורציונלי מתווך בין אנשים, טובין/נטל וקריטריונים, הכרחי לשלב בין הקריטריונים לחלוקה הצודקת של שיקולים שנוגעים לאינטרסים של פרטים וקבוצות שונות בחברה (או של הקהילה ביחס לפרטים המרכיבים אותה).<sup>21</sup> לעומת זאת, מהותו של ה'צדק המתקן' היא להסדיר תוצאה של חריגה מן הקריטריונים שנקבעו ב'צדק החלוקתי', ולא לבקר את עצם הבחירה בחלוקה מסוימת במקום באחרת. הפעלת שיקולים פוליטיים כאן תכניס שיקולים זרים לאלו שנקבעו בחברה כמימוש ה'צדק החלוקתי' שלה, ותביא להפרת הקוהרנטיות של שתי הפרדיגמות.<sup>22</sup> לפיכך על השופט להתייחס אך ורק לנסיבות המקרה שמובא לפניו ולמערכת היחסים שבין שני הפרטים המתדיינים, תוך שהוא מבצע העברה כמותית של הטובין מן הפוגע

17 שם, עמ' 118-119.

18 כאן אביא מתוך מאמרו 'Legal Formalism: On Immanent Rationality of Law', *The Yale Law Journal*, 97 (1988), pp. 949-1016 idem, (להלן: פורמליזם). ומספרו: *The Idea of Private Law*, Cambridge 1995 (להלן: האידיאה). ויינריב 'משלים' את התבנית של אריסטו בעזרת המושגים הקאנטיאניים של 'רצון חופשי' – שמניע את האדם בפעולותיו והופך אותו אחראי לתוצאותיהם; ואת הגדרת האדם המוסרי ככזה שצריך לעשות את מעשיו כך שלא יפגעו בחירותו (ובזכויות הנגזרות ממנה) של האחר. השלמות אלו עוזרות לכונן את יסודות החובה שבשמה נקרא אדם לתקן את תוצאות מעשיו גם בהעדר 'אשמה'. ראו האידיאה, עמ' 82-83; פורמליזם, עמ' 996-999. לניתוח גישתו של ויינריב וביקורת עליה ראו W. Lucy, *Philosophy of Private Law*, Oxford 2007, pp. 268-326

19 נבדלותן של שתי הפרדיגמות באה לידי ביטוי בתבניות המתמטיות השונות שמייצגות אותן (אריסטו [לעיל, הערה 1], עמ' 116-120). 'צדק חלוקתי' מיוצג בתבנית מתמטית של פרופורציה, ו'צדק מתקן' נשען על התבנית האריתמטית. לנגזרות מכך בשיטתו של ויינריב ראו פורמליזם, עמ' 976-984; וקביעתו בהאידיאה, עמ' 72.

20 פורמליזם, עמ' 984.

21 מציעי הפרופורציה הצודקת נבחנים ביכולתם להצדיק אותה (להנהיר את היחסים שהם מציעים בין רווח/נטל-אנשים-קריטריונים) כלפי כל אחד מן החברים בחברה. שם, עמ' 989.

22 שם, עמ' 988-994.

לנפגע, כך שתשוחזר הפרופורציה שנקבעה על ידי עיקרון ה'צדק החלוקתי' של אותה חברה. מכאן גוזר ויינריב שתי מסקנות נוספות: מאחר שתפקידו של 'הצדק המתקן' להשיב את המצב לקדמותו, אין מתפקידו להשיג מטרות נוספות כגון ענישה, פיצוי (מעבר לכמות המדויקת שנגרעה מנכסיו או מצבו של הנפגע) או הרתעה.<sup>23</sup> יתר על כן, על השופט להתייחס אך ורק אל הפוגע והנפגע הספציפיים ואל שניהם גם יחד! (מטרה בדמות פיצוי רואה לנגד עיניה את מצבו של הנפגע בלבד, ואילו הרתעה רואה לנגד עיניה את הפוגע בלבד), ואין מקום למטרות חיצוניות של החברה.<sup>24</sup>

(ב) הגישה השנייה – 'ניתוח כלכלי של החוק' – מיוסדת על הגישה התועלתנית,<sup>25</sup> ורואה בחוק אמצעי שמטרתו להביא למיקסום הרווחה בחברה, בין השאר על ידי אופן הקצאת משאביה.<sup>26</sup> שניים ממייצגיה הבולטים הם ג'ולס קולמן<sup>27</sup> וריצ'רד פוזנר,<sup>28</sup> שמציעים שילוב בין גישה זו לבין התאוריה האריסטוטלית.<sup>29</sup> לתפיסתם, מכיוון שמטרתו של החוק להביא למיקסום הרווחה בחברה, תפקידו של 'צדק מתקן' להסיר הפרעות חיצוניות להקצאת המשאבים הצודקת. על כן ניתן להפעיל פרדיגמה זו למפרע ולא רק בדיעבד.<sup>30</sup>

- 23 שם, עמ' 993-995.
- 24 שם. זאת בניגוד להשקפה הדוגלת ב-"risk distribution", שלפיה עדיף שהפיצוי יפוזר בין שכבות הציבור השונות. ראו י' אנגלרד (לעיל, הערה 2), עמ' 28-29. להתנגדותו של ויינריב לכך ראו פורמליזם, עמ' 1005-1008, 1015.
- 25 בהמשך למסורת שקיבלה את ניסוחה בהגותם של ג'רמי בנתהאם (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, Oxford 1907, וג'ון סטיוארט מיל (על החירות, ירושלים תשס"ז).
- 26 הגישות אינן זהות. למסורת התועלתנית בהקשרה לדיני הניזקין ראו W. M. Landes & R. A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ch. 1, Cambridge 1987. נוספים של פוזנר ראו במאמרו 'The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law', *Journal of Legal Studies*, 10 (1981), p. 187, n. 2.
- 27 J. L. Coleman, 'Tort Law and the Demands of Corrective Justice', *Indiana Law Journal*, 67 (1992), pp. 349-379; idem, 'The Mixed Conception of Corrective Justice', *Iowa Law Review*, 77 (1992), pp. 427-444; idem, 'The Practice of Corrective Justice', *Arizona Law Review*, 37 (1995), pp. 15-31. לניתוח גישתו של קולמן בהשוואה לזו של ויינריב ראו לואיס (לעיל, הערה 18). פוזנר עצמו מבקר את גישתו של קולמן במאמרו הנזכר (לעיל, הערה 26), עמ' 197-198.
- 28 ראו מאמריו שצוינו לעיל, הערה 26.
- 29 לדבריהם, משום שה'צדק המתקן' של אריסטו הנו עקרון פרוצדורלי, ניתן להציע מודלים שונים שימשו אותו. ראו קולמן, הקונספציה המעורבת, עמ' 430; פוזנר (לעיל, הערה 26), עמ' 201, 206) מנסה להוכיח שאף על פי שאריסטו עצמו אינו מציע גישה כלכלית לחוק, המושג 'צדק מתקן' חייב להיות רכיב בתאוריה הכלכלית של החוק.
- 30 דיני ניזקין; הקונספציה המעורבת, עמ' 429-433. שם (עמ' 430), קולמן פיתח את 'תאוריית

שילובן של התאוריה האריסטוטלית ושל התאוריה הכלכלית של החוק הביא את קולמן ואת פוזנר לראות במטרות שויינריב הגדרין כחיצוניות ל'צדק מתקן' – מטרות אימננטיות לו. לדוגמה, אם רשלנות היא גורם בהפחתת הרווחה של החברה, הרי התעלמות ממנה משמעה פגיעה בקונספט של צדק כמיקסום התועלת/רווחה של אותה החברה.<sup>31</sup> כמו כן רשאית הקהילה להגיב באופן לא ישיר למעשה לא צודק כדי למנוע את נזקו. לדוגמה, במקרה של הפקעת מחירים בידי קרטל.<sup>32</sup> על ידי העלאת מחיר חומרי הגלם של המוצרים, קנייתם תופחת, ומחירם יורד בניסיון לשווק אותם. למרות העדר טיפול ישיר בקשר פוגע-נפגע, ה'צדק המתקן' מתיישם, שכן החברה 'תוקפת' את הגורמים למעשה העוולה, ובכך מביאה לביטולה – כלומר לתיקונה. זוהי גם תפקידה של הרתעה. הרתעה נתפסת כאמצעי להסרת מכשולים בדרכה של הקצאת המשאבים הצודקת או ביטול יצירתם של רווח/הפסד לא צודקים, ועל כן שייכת באופן אימננטי אל מכלול המטרות שאותן 'צדק מתקן' בא להגשים.<sup>33</sup>

גישותיהם של ויינריב ושל קולמן ופוזנר שונות זו מזו באופן עקרוני, הן ביחסן למקומו של הרכיב הפוליטי הן בהגדרת מטרתו של ה'צדק המתקן' בחברה בכלל ובדיני הנזיקין בפרט. הן מנסחות תפיסה אתית שונה של מנגנוני תיקון. בפנותי לנתח את המנגנונים ההלכתיים איעזר בדגמים התאורטיים הנ"ל כדי לחשוף את העקרונות האתיים שמבנים את ההלכה. דגמים אלו יעזרו לי לחדר הברדלי גישות או דגשים, שיוצרים אפיון שמברדיל – ברב או במועט – כל אחד מן הקבצים התלמודיים השונים שאעסוק בהם.

## ב. הקבצים התלמודיים שישמשו כמצע לדיון באתיקה של הפיצוי

הסוגיות שבהן אעסוק, כאמור לעיל, קשורות במקבץ התקנות שנמצא במשנת גיטין ה, א-ג.<sup>34</sup> מקריאת המקבץ כבעל רציונל מובנה מסתבר שמנגנון הפיצוי נקבע בהתייחס לשלושה פרמטרים. משנה א מבחינה בין הנסיבות השונות שהביאו ליצירת ההתחייבות כפרמטר לקביעת איכות הנכסים שישמשו לפיצוי; משניות ב ו-ג מתייחסות למידת אחריותו של החייב בפיצוי לנסיבות האירוע; ולמעמדם הקנייני של הנכסים שעומדים לרשותו. המקבץ כולו מנסח סדר קדימויות בין

הביטול', שלפיה מטרתו של 'צדק מתקן' היא למנוע, לתקן או לבטל הפסד לא צודק.

31 ראו את פיתוח טענתו (לעיל, הערה 26), עמ' 201-202.

32 עמ' 205-206.

33 להצדקת הקטגוריה של 'רשלנות' כחלק מהקונספט של 'צדק מתקן' ראו שם, עמ' 201-202; פוזנר טוען שבמקום שבו דיני הנזיקין הפרטיים אינם בני ביצוע, אין בדברי אריסטו דבר שיסתור מודל אחר של תיקון.

34 ראו לעיל, ליד הערה 5.

הנושים (והטובין) השונים. שקלולם של הפרמטרים השונים מציג את האתיקה של הפיצוי כמערכת של שיקולי דעת המנסה לאזן בין אינטרסים שונים, ולעתים נוגדים, בין פרטים שונים בחברה ובין הפרט לבין החברה כמכלול קהילתי. לתקנות המשנה מקבילות במקורות אחרים, ובהן נמצא פירוט והרחבה לגבי אופן יישומן של התקנות, טעמים להתקנתן והצעת חלופות הלכתיות שלכאורה לא הוכנסו למשנה. עם זאת, האמור בהן אינו משקף בהכרח את שיקול דעתו של עורך המשנה. כפי שנראה, יש והמקבילות מכילות פרשנות שמנסה להצדיק את התקנות דווקא מתוך חוסר נוחות או הסכמה עם הרציונל של עורך המשנה. יתר על כן, בסוגיות התלמודים נראה צמצום או ביטול של חלק מהן. כדי לעמוד על משמעותן של התקנות, על הרציונל של המקבץ כולו, וכדי לחדד את ההבדלים בין המקורות התלמודיים השונים, אנתח תחילה כל תקנה לעצמה – על מקורותיה והשתלשלותה. בעקבות הניתוח הפרטני אנסה להכליל ולהציע את תפיסות החיבורים השונות באשר לאתיקה של הפיצוי.

### ג. משנה א – תקנת 'הניזקין שמין להם בעידית'

תקנה זו או הבסיס לה מצויים בשני מקורות נוספים. במכילתא דרבי ישמעאל מובאת קביעה זו כלימוד של ר' עקיבא מפסוק. נוסח המכילתא משובש, ככל הנראה, וקשה להסיק ממנו תובנות ודאיות; בתוספתא, כתובות יב, ב מובאות שלוש התקנות של משנה א בתוספת נימוקים לחקיקה.<sup>35</sup> שני המקורות מובאים לאחר מכן כברייתות בתלמודים. אתחיל את העיון במכילתא. פרשת משפטים בספר שמות עוסקת בפיצוי על פגיעות שונות. בפרקים כא, כח-כב, ה ניתן לראות תבנית חוזרת שמבחינה בין שלוש התנהגויות שהביאו לנזק: התנהגות תמימה, שבה לא ניתן לראות בבעלים של גורם הנזק אחראי לנזק; התנהגות רשלנית מצדו של הבעלים; והתנהגות זדונית שלו. כל אחת מההתנהגויות גוררת חיוב של הבעלים בפיצוי לניזק, ביחס של מידה כנגד מידה, שעולה מדרגה לדרגה. המכילתא דורשת את האמור בשמות כב, ד:

כי יִבְעַר איש שדה או כרם ושלח את <בעירה> בעירו ובער בשדה אחר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם.

35 ההקשר בתוספתא הוא תקנת שמעון בן שטח בכתובת אישה ומעמד האישה ביחס לנושים אחרים.

הפסוק מעורר כמה קשיים. שלושה מתוכם רלוונטיים לדרשות המכילתא בענייננו:<sup>36</sup>

1. הבנת המקרה – האם הביטוי 'ושלח את בעירו' מדבר בהיזק שנגרם בתום לב, ברשלנות או בזדון? דיוק באופי ההתנהגות שגרם לנזק יביא להבנה מדויקת יותר של מטרתו ואופיו של הפיצוי המובע בביטוי 'מיטב שדהו ומיטב כרמו' – האם מדובר בהשלמת החסר בלבד או בתשלום שכולל גם קנס.<sup>37</sup>
2. קושי תחבירי: על מה מוסבת הסיפא של הפסוק – 'מיטב שדהו ומיטב כרמו' – על שדהו וכרמו של המזיק או של הניזק.
3. הבנת משמעותו של הביטוי 'מיטב שדהו ומיטב כרמו' ביחס לנכסים שמהם ייגבה הפיצוי – האם 'שדה' ו'כרם' מדברים בקרקע דווקא או שכוונתם ליכול שבוער בשדה? האם הם מבטאים ערך מוחלט וקבוע על פי הממוצע במשק או ערך משתנה שתלוי בנכסים הספציפיים שנמצאים ברשות המזיק או הניזק (תלוי על מי מוטב הביטוי), שמתוכם ניתן לגבות את התשלום.<sup>38</sup>

ביחס לקשיים אלו מובאות במכילתא דר"י, מס' דנזיקין משפטים פרשה יד, דרשותיהם של ר' ישמעאל ור' עקיבא: "מיטב שדהו ומיטב כרמו". מיטב שדהו של מזיק ומיטב כרמו של ניזק, דברי רבי ישמעאל, רבי עקיבא אומר לא בא הכתוב ללמדך אלא ששמין נזקין בעדית. קל וחומר להקדש'.

שאלה ראשונית המתעוררת נוכח הדברים היא האם מדובר בדרשות שמבטאות פרשנות שונה למשמעות הפסוק או מחלוקת שיש לה השלכות הלכתיות על אופן השומה ומקור התשלום.<sup>39</sup> אם המחלוקת פרשנית הרי כל אחד מן החכמים מתייחס לביטוי אחר בפסוק ולומד ממנו נושא שונה. ר' ישמעאל מדייק בשייכות שמובעת

36 בפסוק גם קושי סמנטי ביחס למשמעותו של השורש בע"ר, שמופיע במקרא בשתי משמעויות – אכילת צמחייה על ידי בהמות והבערה של אש. ראו C. Houtman, *Historical Commentary on the Old Testament, Exodus*, vol. 2, Campen 2000, pp. 192–195. פסוק ד (משפטים פרשה יד, מהדורת הורביץ-רביץ, ירושלים תש"ל, עמ' 296) ומהסוגיות התלמודיות עולה כי החכמים הבינו את השורש כמתייחס לנזק שנגרם על ידי בהמה.

37 מדרשת המכילתא על 'ושלח את בעירו' עולה לכל היותר אפשרות של רשלנות: 'מכאן אמרו מסר צאנו לבנו לשלוחו ולעבדו – פטור, לחרש שוטה וקטן – חייב'. גם דרשתו של ר' נתן על 'וביער בשדה אחר' מעמידה מקרה שבו לא הבהמה משיגת גבול אלא דווקא הניזק. במשנת בבא קמא ו, ג נוסף מקרה שבו המגדיש עושה זאת ברשות, אזי מחויב בעל השדה.

38 לבירור נוסח הפסוק ביחס לשלושת הקשיים (בע"ר; 'מיטב'; מידת הפיצויים) ראו י"י ויינברג, שרידי אש, ד, ירושלים תשכ"ט, עמ' מד-נד; ש' אטלס, 'לשאלת הלכת עידית', חורב, ט (תש"ו), עמ' 59–78; א' טוויג, 'סוגיית המבעה: הנוסח והדין בראי העדויות הקדומות', תרביץ, ל (תש"ל), עמ' 223–231.

39 שאלה זו נדונה בתלמוד הבבלי, גיטין מט ע"א.

במילים 'שדהו' ו'כרמו' כדי לקבוע על מי מוסב הפסוק, ועל כן נראה שהוא פותר את הקושי התחבירי שנועץ בו.<sup>40</sup> ר' עקיבא דורש את הסמכת 'מיטב' ל'שדה/כרם' לקביעת סוגו (קרקע) ואיכותו של הנכס<sup>41</sup> שממנו תיערך השומה לפיצוי. הדיוק נעשה על ידי שימוש במילה 'עידית', שנתחדשה בלשון התנאים, ומתייחסת לקרקע האיכותית ביותר.

האם למחלוקת שלפנינו גם פן הלכתי שנוגע למטרת הפיצוי ובהתאם לכך למידתו? מן המקור במכילתא עצמה קשה לענות על כך תשובה חיובית, משום שלכאורה כל חכם לומד עניין אחר. במקורות מאוחרים יותר מצויים שני דפוסי התייחסות לדרשות. דפוס אחד אינו מביא את הדרשות כלל, אלא את מסקנתו של ר' עקיבא בלבד – באופן אנונימי או כלימוד היחיד שנדרש מן הפסוק (אנונימי גם הוא). דפוס שני מעמיד את ר' ישמעאל ור' עקיבא כחולקים בזהות האדם שממנו ייגבה הפיצוי (מזיק או ניזק), מתוך הנחת יסוד ששניהם מסכימים שהגבייה מקרקע עידית. העמדה כזו יוצרת מחלוקת הלכתית, והשאלה המשתלשלת ממנה היא האם היקף הפיצוי שמוטל על המזיק הוגן ביחס למידת אחריותו לנזק. נעניין בשני דפוסים אלו.

#### דפוס א – מתייחס לדברי ר' עקיבא בלבד

משנת גיטין ה, א נסתמה כמסקנת לימודו של ר' עקיבא. עריכת המשנה, שיוצרה לכאורה מדרג בין גבייה מעידית לבין גבייה מבינונית או מזיבורית, מטעינה את הפסיקה במהות שלא נמצאת בהכרח בתלמודו של ר' עקיבא במכילתא. היא יוצרת במשתמע תפיסה עקרונית לגבי תפקידו של פיצוי על נזק. תפקידו אינו בהשלמה מדויקת בלבד, שמטרתה להשיב את המצב לקדמותו (כתפיסת ה'צדק המתקן' של אריסטו וויינריב), אלא לשמש גם כעונש המושת על המזיק. עם זאת, אין במשנה

40 כאמור לעיל, קרוב לוודאי שנוסח דבריו של ר' ישמעאל משובש. ואמנם בכתבי היד אוקספורד ומינכן שמובאים במהדורת הורוויץ (ירושלים תשנ"ח, עמ' 266), הגרסה היא 'מזיק' בשתי הפעמים. כך גם בסוגיית הירושלמי במסכת גיטין ה, א (מו ע"ג). לעומת זאת בכל הסוגיות בתלמוד הבבלי (בבא קמא ו ע"ב; נט ע"א; גיטין מח ע"ב) נוסח הברייתא הוא: 'מיטב שדהו ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר לא בא הכתוב אלא לגבות לניזקין מן העידית וקל וחומר להקדש'. כך גם מתברר באופן עקיף מן התוספתא בגיטין שהולכת בשיטת ר' עקיבא ומפרשת אותה על מזיק.

41 בכל המקורות שמצטטים את המכילתא ר' עקיבא אינו מתייחס באופן ישיר לזהותו של האדם שממנו יושם הפיצוי. הלימוד הנלווה בלבד הוא שיוצר מחלוקת בין שני התנאים – בשדהו של מזיק או ניזק. העמדת ר' עקיבא כסבור 'במזיק' מחזקת את הסברה כי לר' עקיבא 'שדהו וכרמו' חוזרים אל האיש המדובר בראשית הפסוק – 'כי יבער איש [...] או שילח' – המזיק, והוא נדרש לביטוי מיטב כמצע לחידושו בדרשה.

התייחסות לכוונה שנלוותה לפעולת ההיזק כגורם המשפיע על מידת הפיצוי. לכאורה, עצם יצירת ההיזק מלמד על רשלנותו של המזיק ומחייב פיצוי שיש בו רכיב של ענישה, אף ללא הוכחת זדון, בנוסף לקבלת אחריות (רשלנות) על פעולת המזיק, כמשטר אחריות של strict liability.

לעומת המשנה, תוספתא, כתובות יב, ב מציעה במפורש את יסוד הזדון (fault liability) לפעולתו של הבעלים כנימוק לתקנה, וכפי שיוצג להלן, גם משנה את מטרתה:

מפני מה אמרו הנזקין שמין להן בעידית  
 מפני הגולנין ומפני החמסנין שיהא כל אחד ואחד אומ' מפני מה אני גוזל  
 ומפני מה אני חומס שלמחר הרי בית דין שמין שדה יפה שלי<sup>42</sup> סמכו על  
 המקרא 'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישרם'.

לכאורה ניתן היה להניח שהתוספתא מבינה את פעולת 'ושלח את בערו' כנובעת מזדון ולא מרשלנות, ועל כן מכנה את המזיק 'גולן וחמסן'. אולם יסוד הזדון מובא גם כנימוק לתקנת בעל חוב בבינונית, שמתואר כרמאי שמתכנן מראש את הלוואתו כדי להשתלט על נכסיו של הלווה. קו עקבי זה בתוספתא משקף את התפיסה שהנורמה של התנהגות זדונית היא השלטת בחברה. על פי התוספתא, נורמה זו מחייבת התערבות רגולטיבית שאינה מסתפקת בתיקון החיסרון שנוצר לניזק, או בענישה בדיעבד (כפי שעולה מן המשנה), אלא הרתעת המזיק כדי למנוע את הנזק מלכתחילה.

מדוע מעמידה התוספתא את הזדון כהתנהגות נורמטיבית? ייתכן שהתשובה לכך נעוצה בנסיבות הזמן שבהן נוצרה פרשנות התוספתא. בפרשנות התקנה בכתובת אישה בזיבורית מובאת מסורת בשם ר' שמעון. עיון בברייתות התוספתא בתלמודים מעלה כי הוא שמנמק את טעם התקנה גם בתקנת הנזקים.<sup>43</sup> ייתכן אפוא שר' שמעון הוא שיצר את מהלכי הפרשנות בתוספתא, ושהטעם הניתן לתקנות משקף את הנסיבות החברתיות והיסטוריות שפעל בהן, בתקופה שלאחר מרד בר-

42 הדגשת השומה והגבייה ממזיק יכולה להתפרש לכמה פנים: שהתוספתא החזיקה בנוסח הברייתא הגורס שר' ישמעאל דורש 'שדהו וכרמו של ניזק', מה שמחזק את האפשרות כי הנוסחים שגורסים 'מזיק' בשתי הפעמים בדברי ר' ישמעאל תיקנו את נוסח המכילתא הקשה; שפשיטא לה שר' עקיבא ראה ב"שדהו וכרמו' כמוסבים על מזיק בהתאם לאמור בתחילת הפסוק; שתקנת הניזקין הסבה את 'שדהו וכרמו' למזיק מפני תיקון עולם כסוגיית הבבלי בגיטין מח ע"ב.

43 בבלי, גיטין מט ע"ב: 'דתניא אמר ר' שמעון מפני מה אמרו הניזקין שמין להן בעידית' וכו'. נראה אפוא שההסבר לתקנות, שמוכח בטרמין 'מפני מה', משל ר' שמעון הוא.

כוכבא. התבוננות במהלכי פרשנות נוספים שניתנים בתוספת לתקנות אחרות מן המקבץ מעלה כי הן מעמידות את הסיטואציות שבהן על גזל אדמות.<sup>44</sup> כך גם תקנות נוספות שהותקנו בדור אושה שעוסקות בדיני קרקעות. רבות מהן משקפות השתלטות כוחנית וגזל קרקעות לא רק בידי השלטון הרומי אלא גם בין היהודים עצמם כנורמה שגורה.<sup>45</sup> ייתכן אפוא שלשון התקנה, שמדברת בקרקעות דווקא, יחד עם התנאים הקיימים בדור אושה, הן שהביאו להעמדת הסיבות לחקיקה על סיטואציות פליליות. תוצאת הדברים היא שכל נזק נשפט כאילו נגרם מפעולה פלילית, תוך ביטול קטגוריות התמימות והרשלנות שאינן מכילות יסוד של כוונה, אלא של אחריות בלבד. ייתכן אפוא שר' שמעון ובני דור, כשיטותיהם של קולמן ופונזר שהוצעו לעיל, תופסים את תפקידם של דיני הנזיקין באופן רחב ופתוח יותר, והרתעה לשיטתם מהווה רכיב אימננטי למטרת הפיצוי על ידי ביטול הנזק למפרע. המקור השלישי נמצא במכילתא דרשב"י משפטים כב:

'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.<sup>46</sup>

המכילתא דרשב"י מבינה את מסקנת לימודו של ר' עקיבא כענישה למזיק, אך מרחיבה על שיטת המשנה. הדבר מודגש הן מעצם הבחירה להשתמש במונח 'קנס'<sup>47</sup> הן מכך שהיא מתייחסת ללימוד כבסיס ליצירת עיקרון משפטי כללי – 'בניין אב' – בדיני נזיקין.<sup>48</sup> ניכר שעיקרון זה הוא החשוב לעורך המכילתא משום שלדרשה הנ"ל הוא מצמיד דרשה נוספת, והיא קובעת כך:<sup>49</sup>

- 44 בתוספתא, בבא בתרא ו, כ-כא, שמביאה את התקנות במשנה ג.  
45 ראו גם משנת בבא קמא י, ה; ודיני סיקריקון בהמשך הפרק שבמשנת גיטין. לדיון בדיני סיקריקון ראו ש' מור (לעיל, הערה 5), עמ' 119-127.  
46 מהדורת אפשטיין-מלמד, ירושלים תשל"ט, עמ' 196.  
47 מילת 'קנס' נתחדשה בלשון תנאים (מרומית ויוונית). בלשון חכמים הוראתה ענישה באופן כללי, במיתה או בממון. ראו מ' מורשת, לקסיקון הפועל שנתחדש בלשון התנאים, ירושלים תשמ"א, עמ' 330.  
48 על אופני המעבר מהלכה קונקרטי לעקרונות משפטיים ראו L. Moscovitz, *Talmudic Reasoning: From Casuistics to Conceptualization*, Tubingen 2002  
49 ל' אליאס-בר לבב משערת שעורך המכילתא קיבץ על הקטע 'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם' דרשות משני מקורות שונים, שכל אחד מהם המשיך את המדרש על העידית בכיוון אחר. ראו ל' אליאס-בר לבב, 'מכילתא דרשב"י פרשת נזיקין: בין יצירה ערוכה לעריכה יצירתית', עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ז, עמ' 275-276.

'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישרם' מלמד שאין שמין לו אלא מן המטלטלין  
 אין לי אלא זה בלבד מנין כל המשלם קנס שאין שמין לו אלא מן המטלטלין  
 ת"ל מיטב שדהו ומיטב כרמו ישרם  
 זה בנין אב לכל המשלם קנס שאין שמין לו אלא מן המטלטלין.<sup>50</sup>

המכילתא דרשב"י,<sup>51</sup> רואה בקרקע רק דרך אחת לתשלום הפיצוי, ואולי לא הנוחה ביותר עבור הניזק, משום שאינה מבטיחה נזילות של הנכס שממנו יגבה הפיצוי.<sup>52</sup> משום כך מוסיף העורך פיצוי ממטלטלין. הצמדתן של הדרשות מחזקת את המסקנה כי מטרת הפיצוי, ולא גופו של הנכס(!), היא החשובה לעורך המכילתא דרשב"י. השימוש במילה 'קנס' מתייחס אפוא אל יסוד הענישה, שבא לידי ביטוי בהטלת חובת פיצוי על המזיק בהיקף שיכול להיות גבוה יותר מאשר היקף הנזק, ומתוך הקפדה על נזילותו של הנכס, כך שיעבור לרשותו של הניזק באופן מידי.<sup>53</sup> אם כן, שלושת המקורות משתמשים במסקנת ר' עקיבא כדי להפיק ממנה השלכות הלכתיות. המשנה במשתמע והמכילתא דרשב"י במפורש רואות בה עונש שמושת על המזיק, לאו דווקא משום שפעל בזדון, אלא משום שגרם נזק. התוספתא חורגת מתחום הניזקין אל התחום הפלילי, בטענה שמטרתה להרתיע פושעים פוטנציאליים. שתי התפיסות יכולות לסמוך את הרצינות שלהן על העובדה שמידת הפיצוי, שמוגדרת במילה 'עידית', אינה זהה בהכרח למידת הנזק שנגרם. דהיינו, שתכלית התקנה אינה להשיב את המצב לקדמותו אלא להשיג מטרות אחרות.

## דפוס ב – העמדת ר' ישמעאל ור' עקיבא כחולקים: ברייתת המכילתא בתלמודים

באמצעות העמדת הדברים כמחלוקת ישירה באותו הנושא – ותוך התעלמות מנוסח דברי ר' עקיבא במכילתא ובברייתא – התלמודים מבנים מחלוקת הלכתית בין שני החכמים. הנחת היסוד של התלמודים היא שדין עידית מדבר בפיצוי

50 מכילתא דרשב"י משפטים כב, מהדורת אפשטיין-מלמד (לעיל, הערה 46), עמ' 196-197.

51 שהיא ככל הנראה הקובץ המאוחר מבין השלושה. ראו א"ח בורגנסקי, 'מכילתא דרשב"י עיונים במקורות ובדרכי העריכה', עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ז; אליאס-בר לבב (לעיל, הערה 48). עיון בדרשות שלנו ראו בעמ' 153-155, 159, 322-325.

52 ליסוד הנזילות ראו י' שילוני, 'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישרם (שמות כב, ד) למי אכפת?', בכל דרכיך דעהו, יד (תשס"ד), עמ' 73-77; י' נגן (נגן), 'השתלשלות דין מיטב', גלת, ז (תשנ"ט), עמ' 140-155.

53 גישה כזו עולה גם מהדיון על משנתנו בירושלמי, מו ע"ג: 'זהכרא כהדא [...] מחלטין לו קרקעות וכו'.

מקרקעות המזיק או בתשלום מיבוליו כפי ערך היכול שבוער מן השדה.<sup>54</sup> שניהם מציגים השלכות שחוזרות לשאלה אחת – כיצד ליצור שומה הוגנת.<sup>55</sup> התלמוד הירושלמי (ה, א |מו ע"ג|) מקשה (על שיטת ר' עקיבא) ושואל כיצד ניתן להעריך את שווי הנזק לאחר ההיזק כשאיננו יודעים מה היה טיב היכול שגדל בשדה:

'מיטב שדהו ומיטב כרמו' שלמזיק – דברי ר' ישמעאל. ר' עקיבא או:  
'מיטב שדהו ומיטב כרמו' של ניזק.  
קשיא על דר' עקיבא – ניזוק ואת אמר כן?  
אלא בית דין רואין אי זהו שדהו (ינזק) [יפה] לפני הניזוק ושמה לה כמוה.  
כהדא דתני יכול אם אכלה מן העידית שמין לו מן העידית, מן הזיבורית שמין לו מן הזיבורית. היך עבידא. עידית שבזיבורית טבא סגין. אם או' את כן נמצאת משביח את הניזק.  
רואין את השדה כאילו מליאה עידית ושמין לו מן העידית. וזיבורית שמין לו מן הזיבורית. נמצא משלם מן העידית על העידית ומן הזיבורית על הזיבורית.

הירושלמי מנסה לדייק במידת הפיצוי כך שתהלוך במדויק את מידת הנזק שנגרם. פתרונו: להעריך את השדה לפני שעת הנזק ובאופן יחסי לחלקות אדמה אחרות שסביב החלקה שניזוקה. גם כאשר מובאת התוספתא, אין התייחסות ליסוד הזדון שבה, אין פיתוח של יסוד ההרתעה, ואזכורה הוא רק כמקור ללמוד מניין לר' עקיבא ששמין לניזקין בעידית.<sup>56</sup> הירושלמי מתייחס אפוא לתוצאת המעשה בלבד (נזק) ולאופן תיקונו. סוגיה זו משקפת גישה דומה לזו של אריסטו ושל ויינריב ביחס לתפקידו של 'צדק מתקן'. בשלוש סוגיות בתלמוד הבבלי מובא נוסח קרוב הרבה יותר למכילתא.<sup>57</sup> שם

54 בשאלה האם 'מיטב' מתייחס לקרקע או ליבול עסקו ויינברג (לעיל, הערה 38); א' טוויג (לעיל, הערה 38); וי' נגן (נגן), לעיל, הערה 52.

55 הדיונים עוסקים בסיטואציות שקשורות בסוגי קרקעות שונים שנמצאים ברשות המזיק והניזק; באפשרות להמיר את הפיצוי מקרקעות לנכסים אחרים; ולאילו נושאים נוספים נכון לדמות תקנה זו כדי לדייק ביישומה.

56 מיד לאחר הבאת בבת התוספתא הראשונה קובע הירושלמי: 'מה קרקעו בעידית אף משכונו בעידית' כמעבר לבכא שעוסקת בבעל חוב. בהמשך הדברים מתמקד הדיון בהסדרי גבייה הוגנים כשאינן סימטריה בין הנכס הנפגע לנכסי המזיק.

57 גיטין מו ע"ג; מט ע"א; בבא קמא ו ע"ב-ז ע"א מקבילה לגיטין; הברייתא מובאת שוב בסוגיה שברף נח ע"ב-נט ע"א. לעיון בנוסחי הברייתא בתלמוד הבבלי ראו ויינברג (לעיל, הערה 38); אטלס (לעיל, הערה 38).

נעשים ניסיונות לדייק לכאורה בכל אחת משיטות החכמים. במסכת גיטין מח ע"ב-מט ע"א מקשים על דברי ר' ישמעאל:

ולר' ישמעאל, אכל שמנה משלם שמנה, אכל כחושה משלם שמנה? אמר רב אידי בר אבין: הכא במאי עסקינן – כגון שאכלה ערוגה בין הערוגות, ולא ידעינן אי כחושה אכל אי שמנה אכל, דמשלם ליה ממיטב. אמר רבא: אילו ידעינן דכחושה אכל משלם כחושה, השתא דלא ידעינן משלם שמנה? המוציא מחברו עליו הראיה! אלא אמר רב אחא בר יעקב: הכא במאי עסקינן – כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק, רבי ישמעאל סבר: בדניזק שיימינן, ור"ע סבר: בדמזיק שיימינן. מ"ט דרבי ישמעאל? נאמרה שדה למטה ונאמרה שדה למעלה, מה שדה האמורה למעלה דניזק, אף שדה האמורה למטה דניזק; ור"ע סבר: מיטב שדהו ישלם דהאיך דקא משלם. ור' ישמעאל? אהני גז"ש ואהני קרא; אהני גז"ש, לכדאמרן; אהני קרא, דאי אית ליה למזיק עידית וזיבורית, וזיבורית דידיה לא שויא כעידית דניזק, דמשלם ליה ממיטב.

ככלל ניתן לראות שמגמת הגמרא לפרש את שיטת ר' ישמעאל כמיועדת לנהוג במקרים של ספק<sup>58</sup> או כשערך הקרקע שבידי המזיק גבוה מזה שבידי הניזק.<sup>59</sup> שיטת ר' ישמעאל מצומצמת ומוחלת לא כעונש וקנס על המזיק אלא כדי שלא להגדיל את הפגיעה בניזק בהעדר אלטרנטיבות טובות יותר.<sup>60</sup>

58 רבא מתנגד להחלטה אף במקרה של ספק. התוספות בבבא קמא ו ע"ב, ד"ה 'כיון דבשמינה' מעמידות רציונל לשיטתו.

59 על שיטת ר' ישמעאל בברייתא, מובאות שלוש פרשנויות: (1) לשיטת רב אידי בר אבין ר' ישמעאל פוסק לחומרא כדי שלא לפגוע בניזק כדרך ההוגנת ביותר במקרה של ספק; (2) רבא מחיל על המקרה את דיני הראיות הכלליים בטענה שהמוציא מחברו – עליו הראייה. בכל מקרה לא יחויב המזיק בתשלום יתר על מידת הנזק שגרם; (3) רב אחא בר יעקב מציע שתי אפשרויות: כשיש סימטריה בין הקרקעות של הניזק ושל המזיק שמיין בשל ניזק על פי לימוד מגזרה שווה: השדה שבוער בראשית הפסוק הוא השדה שממנו יושם הפיצוי בסופו של הפסוק. כשאין סימטריה, וערך הקרקעות שבידי המזיק גבוה משל קרקעות הניזק, נלמד מן המילה 'מיטב'. במקרה זה זכותו של הניזק לדרוש פיצויים על פי עידית המזיק גם אם ערך הפיצוי גבוה מערך הנזק. בסוגיה המקבילה במסכת בבא קמא ו ע"ב הדברים מפורשים יותר: 'משלם ליה ממיטב דידיה דלא מצי אמר ליה תא את גבי מזיבורית אלא גבי ממיטב'.

60 שיטה נוספת בהבנת דברי ר' ישמעאל היא של אביי בבבא קמא נח ע"ב-נט ע"א. אביי, כרבא, מחיל על שיטת ר' ישמעאל את דיני הממונות הרגילים, אך מציע להעריך על פי ערכו הפוטנציאלי העתידי של היכול בעת ההיזק. המזיק ישלם יותר מאשר ערך הנזק בשעת

שיטת ר' עקיבא נדונה בהתייחס לשני היסודות שבה: (א) השומה משרדה של מזיק; (ב) התשלום בקרקע. במסכת בבא קמא נט ע"א-ע"ב עוסקות הסוגיות בהוגנות השומה.<sup>61</sup> בדף ז ע"א-ע"ב הן נסובות על השלכות הגבייה לניזקים מקרקע דווקא. התהליך הפרשני עובר בהדרגה להקלה גוברת על המזיק תוך פירוש 'עידית = מיטב', כביטוי לנזילות הנכס על חשבון הדיוק בקרקע דווקא. בניגוד לתביעה שראינו במכילתא דרשב"י,<sup>62</sup> הסוגיה מנסה לאזן בין יסוד הענישה (קנס) שגלום בשיטת ר' עקיבא לבין רצון להקל על המזיק ולאפשר לו גמישות בתשלום חובו.<sup>63</sup> ייתכן ששינוי זה נובע מהבנה שהנזק יכול להיגרם בתמימות או ברשלנות, ולפיכך מידת היקפו היא המדרד היחיד לקביעת הפיצוי.<sup>64</sup>

תפיסה שונה לגמרי עולה מתחילת הדיון במסכת גיטין. משום הקשרה של התקנה במשנה הגמרא שואלת (מח ע"ב): 'מפני תיקון עולם? דאורייתא היא! דכתיב "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישרם"'. בתשובה קובע אב"י כי הנימוק נצרך משום טענת ר' ישמעאל שסובר (על פי נוסח הברייתא שבידיו) 'מדאורייתא דבניזק שימינן'. שיטת ר' עקיבא, 'דבמזיק שימינן', מתפרשת כתקנת חכמים מפני תיקון העולם.<sup>65</sup> פרשנות זו מעלה תפיסה חדשה שחורגת מתחום דיני נזיקין בלבד. הבנת התקנה כחלק מהפרקטיקות של 'תיקון העולם'<sup>66</sup> משמעה כי מטרת התקנה איננה למנוע פגיעה בניזק הפרטי אלא למנוע פגיעה ביישוב הארץ. פרשנות כזו דומה לגישותיהם של קולמן ופוזנר בדבר מקסום רווחתה של הקהילה כמטרת על, שאותה בא לשרת גם הענף המשפטי של דיני נזיקין. בעומדו בתווך שבין התחום הפרטי לקולקטיבי הרי נכון להכליל בפסיקת הפיצוי גם שיקולים רחבים יותר שנוגעים למיקסום רווחתו של הקולקטיב – במקרה זה יישוב הארץ.

## ד. תקנת בעל חוב כבינונית

אם קביעת אופי והיקף הפיצוי לניזקים נובעת מהכנסת רכיבי הרתעה ו/או קנס

יצירתו, אולם מתוך הערכה של האובדן העתידי ולא מתוך המצוי עתה בשדה או בשדות דומים.

61 בדומה לשאלות שהתלמוד הירושלמי דן בהן ולאילו שהבאתי לעיל, בהערה 56.

62 ראו י' נגן (גנן), לעיל, הערה 52.

63 ראו לדוגמה בבלי, בבא קמא ז ע"א: 'מי ליה אב"י לרבא [...] ואי לא שקיל כיוקרא דלקמיה'.

64 הדברים לא נאמרים במפורש, אולם לאורך הדיון בסוגיה מושווה המזיק לבעל חוב, וכן הסוגיה מפתחת (בעזרת ציטוט הלכה ג מן התוספתא) את הקומבינטוריקה בין סוגי הקרקעות השונים.

65 על כך מובאת המכילתא כברייתא. בסוף הסוגיה (מט ע"ב) רבינא קובע שהמשנה נסתמה על פי פרשנותו של ר' עקיבא, אולם הן נימוק המשנה 'מפני תיקון עולם' הן נימוקו של ר' שמעון בתוספתא ('שלמחר רואין בית דין וכו'), אינם טעם התקנה אלא טעם הדין המקראי עצמו.

66 ראו מור (לעיל, הערה 5), עמ' 27-32; 91-127; 128-201.

(כתוצאה מרשלנות או כוונת זדון), הרי תקנת בעל חוב יכולה להתפרש כהליך שממנו הוסרו יסודות אלו.

פרשנות התוספתא מובנית כסוגיה תלמודית שמעלה הצדקות לתקנה, הן ביחס למצב שנהג בעבר<sup>67</sup> הן ביחס לאלטרנטיבות נוספות, שעמדו לכאורה לפני עיני המתקן אך נדחו. התוספתא (כתובות יב, ב) מכניסה לתקנה רכיב של זדון כמניע, אולם בהיפוך תפקידים בין המזיק לניזק. בעל החוב (הניזק לכאורה) רואה בהלוואתו הזדמנות להשתלט על המשכונות שינתנו בעדה. התקנה מספקת על כן הגנה לחייב שעלול להפוך לניזק בעצמו:

מפני מה אמרו בעל חוב בבינונית מפני הרמאין שלא יהא כל אחד ואחד  
נותן עיניו בתוך שדה חבירו יפה בתוך חצר חבירו יפה ומלוה אותו עליו  
וקופץ ונוטלה  
אם כן ישומו לה בזיבורית  
שלא לגדור דרך בפני לויין שלא יהא אדם מבקש ללות ואין אדם מלוהו

השיקול הכללי – 'שלא לגדור דרך בפני לויין' – שמובא כפסילה להצעה 'אם כן ישומו לו בזיבורית' חורג מן הדיון הפרטי בין בעל החוב לחייב, ומסיט את מטרת התקנה. במקום לראות בה התמודדות צרה בבעיה שביין בעל חוב לחייב, היא נתפסת כתשובה לבעיה עקרונית שנוגעת לרווחתה של שכבה שלמה ונזקקת בקהילה.<sup>68</sup>

## ה. תקנת כתובת אישה בזיבורית

כמשנה מובאת תקנה זו כמחלוקת בין ת"ק לר' מאיר, אך ללא הבאת הרצינול שמנחה כל אחד מהם. בתוספתא נמצא מבנה זהה מבחינת הצעת השקלא והטריא במטרת התקנה:

כתובת אישה בזיבורית דברי ר'<sup>69</sup>

67 כך גם בהסבר תקנת 'הניזקין'.

68 התירוץ לשומת בעלי חוב בבינונית מובא בפי ר' יהודה האמורא בסוגיית הירושלמי, בדף מו ע"א, ראו ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה (כתובות), ירושלים תשנ"ג, עמ' 371; לגבי הטרמינים 'כיני מתניתא' ו'כיני' כפתיחה להבאת פירוש בירושלמי ראו י"נ אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים תש"ח, עמ' 272, 442, 448, 1016; ל' מוסקוביץ, הטרמינולוגיה של הירושלמי, ירושלים תשס"ט, עמ' 272-280.

69 נראה שהנכון הוא ר' יהודה. ראו ליברמן, שם; אפשטיין, שם, עמ' 1016.

ר' יהודה<sup>70</sup> אומ' משם ר' שמעון מפני מה אמרו כתובת אשה בזיבורית יתר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא ועוד בושטה של אשה יתר מן האיש  
 אם כן לא תהא לה כתובה  
 אלא שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו

מן התוספתא עולה כי תנא קמא במשנה הוא ר' יהודה<sup>71</sup> התוספתא אינה מביאה את עמדתו של ר' מאיר, ור' שמעון מסביר את שיקוליו של ר' יהודה בלבד. לדבריו, פסיקת ר' יהודה נובעת מרצון להגן על נשים עקב החשש שגברים ימנעו מלשאתן בגלל היקף ההתחייבות שנעוץ בגבייה מבינונית. ההנחה המובלעת בהסבר היא שאישה מוכנה למחול על מה שמגיע לה בזכות, כדי להימנע מחיי רווקות משפילים. המחלוקת בין ר' מאיר לר' יהודה בזכויות אישה אינה נקודתית. במשנת כתובות ד, ז נקבעים סכומי המינימום לכתובות. לעומת זאת, בפרק ה, א מסתבר שר' יהודה מאפשר להקטין את סכום הכתובה על ידי מחילת אישה על כתובתה, וכנגדו יוצא ר' מאיר:

רבי יהודה אומר אם רצה כותב לכתולה שטר של מאתים והיא כותבת התקבלתי ממך מנה ולא למנה מנה והיא כותבת התקבלתי ממך חמשים וזו רבי מאיר אומר כל הפוחת לכתולה ממאתים ולא למנה ממנה הרי זו בעילת זנות.

רציונל החקיקה שמביא ר' שמעון לתקנת ר' יהודה בתוספתא יכול לספק הסבר לשיטתו גם במשנת כתובות: סכום גבוה מדי עשוי להרתיע את הגברים מלשאת נשים, דבר שיגדיל עוד יותר את מצוקתן.<sup>72</sup> אם כך, ייתכן שהמחלוקת בין ר' יהודה ור' מאיר אצלנו גם היא אינה על נאמנות לבעלי אינטרסים שונים (הבעל או

70 כנראה ר' שמעון בן יהודה, שרגיל למסור הלכות בשם ר' שמעון. ראו ליברמן (לעיל, הערה 67), עמ' 371.

71 ראו ליברמן (לעיל, הערה 68).

72 אפשר שתמיכה נוספת לתפיסה שמנחה את ר' יהודה ניתן לראות בתקנת שמעון בן שטח. ראו מה שמביא ליברמן (שם, עמ' 370) מדברי א"ל אפשטיין, תולדות הכתובה בישראל, ניו יורק תשי"ד, עמ' 13 ואילך. כך מפרשים גם חוקרים נוספים, ראו B. S. Jackson, 'Problems in the Development of the Ketubah Payment: The Shimon Ben Shetah Tradition', in: C. Hezser (ed.), *Rabbinic Law in the Roman and Near Eastren Context*, Tubingen 2003, pp. 199–225; וכן J. Hauptman, *Rereading the Rabbis: A Woman's Voice*, Boulder 1998, pp. 64–65; L. M. Epstein, *The Jewish Marriage Contract: A Study in the Status of Woman in Jewish Law*, New York 1973, pp. 22–23.

האישה), אלא על האמצעי הנכון להשגת טובתן של הנשים. ר' יהודה רואה בתקנה כמכוונת לשלב שלפני הנישואין, בעוד ר' מאיר רואה במטרתה תיקון (אולי אפילו סוג של פיצוי) למצב שנוצר עם פירוק הנישואין, ופועל לביטחונה הכלכלי של האישה. הטעם האחרון שמביאה התוספתא, 'שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאישה אינו מוציא אלא לרצונה', מנסה לגשר בין שני השלבים. תירוץ זה מציג את פסיקת ר' יהודה כפשרה פרגמטית בין מצב של גבייה מבינונית (כלומר החקיקה הצודקת), לבין האפשרות שלא לתקן כתובה כלל (חקיקה לא צודקת אך לכאורה תגדיל עוד את סיכויי הנשים להינשא), מתוך התחשבות בגורם נוסף: נחיתות הנשים בשלב פירוק הנישואין.<sup>73</sup>

**ו. התקנות במשניות ב-ג: פיצוי כאשר מעורבים יותר משני צדדים**  
לאחר שמשנה א קבעה את מדרג הפיצוי בהתאם לנסיבות שיצרו את ההתחייבות, התקנות שבמשניות ב-ג מסדירות את הפיצוי במקרים שבהם מעורבים יותר משני צדדים. משנה ב עוסקת במקרים שבהם עברו נכסי החייב או חובו לאחריים, וקובעת שני עקרונות שמגבילים את משנה א. העיקרון הראשון<sup>74</sup> מבחין בין 'נכסים בני חורין' – שנמצאים ברשות החייב, לבין 'נכסים משועבדים' – שהעביר לאחריים.<sup>75</sup> התקנה קובעת כי זכות הבעלים החדש (הצד השלישי) גוברת על זכותו של הזכאי לפיצוי, ועל כן הגבייה תעשה מנכסים שנשארו ברשות החייב אפילו אם ערכם פחות מערכו של הנכס שלר זכאי המפוצה על פי משנה א. הזכות הקניינית גוברת אפוא על הזכות לפיצוי.<sup>76</sup> עם זאת, מלשון המשנה משתמע כי במקום שבו אין לחייב נכסים בני חורין זכאי המפוצה לפרוע את המגיע לו מן הנכסים המשועבדים.<sup>77</sup> התקנה השנייה – 'אין נפרעין מיתומים' וכו' – עוסקת במצב שבו עבר החוב מן

73 למרות דברים אלה אפשר שאופן הצדקתם של דברי ר' יהודה מלמדים כי דבריו נובעים מאי-נחות. גישה ביקורתית על תפיסתו משתקפת בדברי אמוראים, שמנסים לצמצם את תקנתו, אולם דבריהם נדחים בטעם 'מקולי כתובה שנו'. ראו בבלי, גיטין מט ע"ב-נ ע"א; ירושלמי, גיטין ה, א (מו ע"ג-ע"ד).

74 מסדר הבבלי עולה כי סדר התקנות שעמד לפניו במשנה ב היה הפוך – 'יתומים' ולאחר מכן 'משועבדים'. ראו הלבני (לעיל, הערה 9), עמ' תקסד, הע' \* 1. בירושלמי אין כלל סוגיה על 'אין נפרעין מנכסים משועבדים', ונראה שזו משולבת בסוגיה על הרישה של משנה ג. הסוגיה על נכסי יתומים מועתקת מן הגמרא על משנת כתובות ט, ז (לג ע"ב).

75 נכסיו של החייב אחראים לחובו גם אם יצאו בדרך של מכר, מתנה או ירושה. ראו ח' פוקרובסקי, 'שעבוד נכסים במשפט העברי', דיני ישראל, יב (תשד"ם-תשמ"ה), עמ' קנה-קעא; אלון (לעיל, הערה 6), עמ' 482 ואילך.

76 מלשון המשנה עולה לכאורה כי גם הניזק לא יוכל לגבות מנכסים משועבדים ועל כן ההפסד שלו גדול עוד יותר. הדבר עומד לדיון בסוגיות התלמודים.

77 בתוספתא, כתובות יב ג עוסקים המקרים שברישתה בנזק או בהתחייבות שמעורבים בהם שני

האב ליורשיו. הגבלת המשנה – 'אלא מן הזיבורית' – משקפת תפיסה של אחריות מופחתת המוטלת על יורש החוב.<sup>78</sup>

משנה ג מעצימה את ההגבלות שהונחו במשנה ב ומסייגת את המשתמע מתקנת 'נכסים משועבדים', לפיה כשלא נשארו נכסים בני חורין ביד החייב ייטרפו הנכסים המשועבדים. בתוספתא, בבא בתרא ו, כ-כא נמצא פירוט והרחבה לשתי התקנות הראשונות:

(כ) אין מוציאין לאכילת פירות ולנכסין<sup>79</sup> משועבדין מפני תיקון העולם

כיצד

גזל הימנו שדה ואכלה והרי הוא יוצא לפניו גובה את הקרן מנכסים משועבדין ולאכילת פירות אינו גובה אלא מנכסים בני חורין

(כא) ואין מוציאין לשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מפני תיקון העולם

כיצד

לקח הימנו שדה והשביחה והרי היא יוצא לפניו גובה מנכסים משועבדין ושבח קרקעות אינו גובה אלא מנכסין בני חורין

בד"א בזמן שקדם מקחו של זה לשבחו של זה אבל אם קדם שבחו של זה למקחו של זה וזה<sup>80</sup> אינו גובה אלא מנכסים בני חורין זה או' שבחי קדם וזה או' מקחי קדם המוציא מחבירו עליו הראיה

התוספתא גורסת כי שני המקרים הראשונים (פירות ושבח הקרקעות) עוסקים בקרקע שנגזלה ונמכרה לאחר.<sup>81</sup> התקנה מאזנת בין האינטרסים של הנושים השונים – הנגזל והלוקח – באמצעות חלוקה מחדש של המשאבים (redistribution). הנגזל

צדדים בלבד. בהמשך מפרטת התוספתא מצבים שבהם מעורב צד שלישי ויותר; הבחנה בין פריעה מנכסים משועבדים ובני חורין ומנכסי יתומים נמצאת במשנה כתובות ט ז-ח, ובתוספתא המקבילה ט, ד.

78 בגמרות מועלית השאלה האם מדובר ביורשים קטינים או בוגרים. א' אדרעי הראה כיצד הרחיבו אמוראים את אחריותם של היורשים לחוב משום תחושת אי-נחת ממה שנראה להם לא מוסרי. ראו א' אדרעי, 'שעבוד נכסים בין נכסי הלקוח לבין נכסי היורש', משפטים, כה (תשנ"ה), עמ' 291-332.

79 בכ"י ערפורט מנכסים משועבדים. וכך צריך להיות. ראו ליברמן (לעיל, הערה 67), עמ' 401. ולדבריו הווי"ו כאן וי"ו הפירוש.

80 ראו דבריו של ליברמן, שם, עמ' 402, שצריך להיות: 'זה וזה [גובה את השבח מנכסים משועבדין. ספק זה קדם או זה קדם זה וזה] אינו גובה אלא מנכסים בני חורין'.

81 על פי המקרים שמביאות סוגיות התלמודים יש אפשרות שהקרקע ניתנה ולא נמכרה על ידי הגולן ללוקח. ראו ירושלמי, מו ע"ד; בבלי, נ ע"א; בבא מציעא טו ע"א-ע"ב.

מוציא את הקרקע מידי הלוקח,<sup>82</sup> אולם הפיצוי על פירות ושבח קרקע תלוי בשתי שאלות: מי אכל את הפירות או השביח את הקרקע – הגולן לפני מכירת הקרקע או הלוקח לאחר קנייתה, וכלפי מי מכוון הפועל 'גובה' בכל אחת מן הפעמים כברייתא.<sup>83</sup> על שאלות אלו מנסים לענות התלמודים.<sup>84</sup>

החלק האחרון של התוספתא ('במה דברים אמורים') מסדיר פיצויים כשמעורב לוקח שקנה קרקע אחרת, שאינה גזולה, מן הגולן. זכויותיהם של שני הלוקחים נקבעות על פי סדר קדימות הזמנים שבהם בוצעו פעולת השבחת הקרקע הגזולה בידי הלוקח הראשון, לעומת קניית הקרקע החוקית בידי הלוקח השני.<sup>85</sup> שני המקרים הנוספים במשנה ג עוסקים בזכויותיהן של אישה ובנות בנכסים המשועבדים. התקנה מבטלת לגמרי את זכויותיהן של הנשים בפני זכויות הלוקחות, ומשאירה את האחריות לסיפוק צרכיהן על היחידה המשפחתית מתוך משאביה היא.

### ההנמקות לתקנות 'אין נפרעין' בתלמודים

הנמקות היפותטיות מובאות בתלמוד הבבלי. הסוגיות הפותחות על כל אחת מן התקנות שבמשנה ב הן בעלות מבנה זהה. בסוגיה שעוסקת בתקנה 'אין נפרעין

82 'זהרי הוא/היא יוצא לפניו'. וראו את הלשונות שמביא ליברמן, שם. בירושלמי מובאות כל הדוגמאות בגולן שמכר או נתן את הקרקע במתנה. מכאן טוען ליברמן: 'הבריייתא שלנו קיצרה בלשונה, והכוונה שגזל שדה ומכרה' וכו'. בבבלי, בבא מציעא יד ע"ב-טו ע"א מועלית אפשרות שמי שהוציא מיד הגולן הם מסיקין והנגזל גובה את הקרן מנכסים משועבדים של הגולן ואת הפירות מנכסים בני חורין שלו.

83 בבלי, בבא מציעא יד ע"ב ואילך. ראו פרשנותו של אלון (לעיל, הערה 6), עמ' 486-487, הערה 209.

84 לשיטת הירושלמי, גיטין ה, ג (מו ע"ד) גובה הלוקח את שווי הקרקע מנכסים משועבדים של הגולן, וגובה הנגזל את שווי הפירות מנכסים בני חורין של הלוקח. בבבלי, בבא מציעא יד ע"ב-טו ע"א הסוגיה עוסקת במחלוקת אמוראים על השבח ומבררת: (א) במי דוברת הבריייתא (גולן או בעל חוב) והאם הרישה והסיפה שלה מתייחסות שתיהן לאותו האדם; (ב) במקרה שמדובר בגולן – האם ללוקח יש זכות פיצוי מן הגולן רק לגבי הקרן או גם לגבי השבחת הקרקע (או הפירות), וכן מהו סטטוס הנכסים שמהם יהיה זכאי לפיצוי; (ג) מהו הטעם לתקנות אלו – האם מטעם עקרוני שבא לידי ביטוי בהנמקה 'מפני תיקון העולם' או מטעם פורמלי שמבוסס על ההבחנה בין 'מלוה בשטר' ל'מלוה בעל פה'. בהמשך הדברים הסוגיות בוחנות מקרים שבהם הועברה הקרקע לצד שלישי באופנים משפטיים אחרים (מכר, פיקדון, אפותיקי, מתנה וכו').

85 חלק זה מובא בירושלמי כמימרה של רבי חייה בשם ר' יוחנן. לאחר מכן מובא בשמו שעיקרון זה תקף גם במקרים של אכילת פירות. הסוגיה ממשיכה ומסדירה את מערכת הפיצויים על פי העיקרון של קדימות בזמן הפעולות, ואחריות נכסים של הקונה כלפי המוכר/מקבל; בתלמוד הבבלי, גיטין נא ע"א מובא חלק זה כבריייתא בשם ר' נתן.

מנכסי יתומין וכו' מבקש רב אחדבוי בר אמי לדייק בסוג היתומים שכלפיהם מכוונת התקנה – גדולים או קטנים. ההנמקה מצויה באפשרות השנייה שהוא מעלה:

בעי רב אחדבוי בר אמי: יתומים שאמרו, קטנים או אפילו גדולים?  
 תקנתא היא דעבוד רבנן גבי יתמי, לקטנים עבוד רבנן, לגדולים לא עבוד  
 רבנן  
 או דלמא משום דלא מסיק אדעתא דמלוה דמית לזה ונפלי נכסי קמי יתמי,  
 דהוה ליה נועל דלת, הלכך אפילו גדולים נמי?

האפשרות הראשונה היא שהתקנה חלה רק על יתומים קטנים שזקוקים לנכסים לצורך פרנסה, על כן יגבו מהם בזיבורית. לעומת זאת יתומים בוגרים, שמסוגלים לפרנס עצמם, ישאו באחריות לתשלום חוב אביהם מתוך הנכסים שנפלו לידם כדי שלא לקפח את הצד השלישי (ניזק או בעל חוב). האפשרות השנייה מבקשת להחיל את התקנה גם על יתומים גדולים, בטענה שנדיר שהחייב מת תוך כדי חובו, ולכן לא יחשוש המלווה לאיבוד החוב כשהנכסים יעברו לידי היתומים. על כן אין לחשוש מ'נעילת דלת בפני לוויין', וניתן לשחרר את היתומים מאחריות לפריעת חוב (או נזק) אביהם.

בסוגייה שעל התקנה 'אין נפרעין מנכסים משועבדים וכו' (גיטין נ ע"א) מבוררת נפקות התקנה לגבי נכסים שניתנו במתנה:

בעי רב אחדבוי בר אמי במתנה היאך  
 תקנה הוא דעבוד רבנן משום פסידא דלקוחות אבל מתנה דליכא פסידא  
 דלקוחות – לא  
 או דלמא מתנה נמי אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה מתנה והלכך  
 כי פסידא דלקוחות דמי.

ההנחה הראשונה היא שמקבל המתנה לא השקיע דבר מהונו ולכן גם לא נפגע מטריפת מתנתו. לפיכך אין לחשוש שמתוך שיקולים של הפסד אפשרי ימנעו לקוחות מיצירת עסקאות. האפשרות השנייה גורסת שמתנות מלמדות על מערכת יחסים שמושגת על שיקולי הנאה. על כן יש להחיל גם על מתנה שיקולים פרגמטיים כחשש.

הקו הפרשני שמציע רב אחדבוי בר אמי דומה למקרים שבהם פרשנות התקנה הסיטה את מטרתה המוצהרת ואת מיקודה: מנקודת הזמן שבדיעבד (לאחר מות החייב/מזיק; הרגע שבו תיטרף הקרקע מיד הלוקח או מקבל המתנה) אל הרגע

שמלכתחילה (רגע ההתלבטות של המלווה או של הלוקח אם להלוות או לקנות); ומעיסוק בפיצוי/השבה לעיסוק בהסרת מכשולים מפני מתן הלוואות וביצוע עסקאות. יתר על כן, גם כאשר מועלה שיקול שלכאורה עוסק בשאלה של צדק – האם ראוי שמקבל מתנה יהיה זכאי לכך שלא תיטרף ממנו – הנימוק מתבסס על קריטריון פרגמטי. כיוונים פרגמטיים אלו מתחזקים בפסיקות הגמרא, שמרחיבות או מצמצמות בהיקף התקנה בהתאם לקביעה אם קיים חשש מהימנעות של המלווה או הלוקח. ניתן אפוא לומר שהתלמוד הבבלי מחליף את הפריזמה שדרכה נבחנים המקרים. הוא אינו מתמקד בנפגעים הקונקרטיים ובפיצוי שמגיע להם אלא ברווחתה הכללית של הקהילה. לדידו, הבטחה של רווחה כזו תושג באמצעות הסרת מכשולים בפני מתן הלוואות וביצוע עסקאות.

בתלמוד הירושלמי אין הנמקות ישירות לתקנות של משנה ב.<sup>86</sup> על תקנת 'אין נפרעין מנכסי יתומים' ישנו מהלך שמגיה את המשנה ומצמצם אותה. אמנם האינטרס הראשי הוא דאגה ליתומים הקטנים, אך זה מתאזן עם אינטרסים של בעלי עניין אחרים. יתר על כן, ההבחנה בין יתומים קטנים לגדולים, שנקבעת כהלכה למעשה בסוף הסוגיה, משמיעה כי באופן עקרוני הזכות לפיצוי גוברת על זכותם של היתומים. הסוגיה הופכת את סדר הקדימות של המשנה ומצמצמת את סייגיה. לשיטת הירושלמי התקנות של משנה א תקפות, למעט מקרה של יתום קטן, ואף זאת לא באופן גורף.

### הנמקות לתקנות במשנה ג

גמרת הבבלי (נ ע"ב), שמנסה לברר את טעמן של התקנות, מביאה מחלוקת אמוראים:<sup>87</sup>

'אין מוציאין לאכילת פירות' מאי טעמא  
אמר עולא אמר ריש לקיש לפי שאין כתובין  
אמר ליה רבי אבא לעולא והא מזון האשה והבנות דכמאן דכתיבי דמו [...]'  
רבי חנינא אמר לפי שאין קצובין.

ומסיימת בברייתא שמורה כי המחלוקת הייתה שנויה כבר בימי התנאים (שם, נא ע"א):

86 על תקנת 'אין נפרעין מנכסים משועבדים' אין בו סוגיה. ייתכן שהתייחסות כחלק מהדיון על הרישה של משנה ג.

87 בתלמוד הבבלי נתפס הנימוק כמכוון לכל תקנות החטיבה.

תנאי היא דתניא אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות ולמזון אשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם לפי שאין כתובין אמר רבי יוסי וכי מה תיקון העולם יש בזו והלא אין קצובין.

השאלה היא מה בין 'תיקון העולם' ל'כתובין' או 'קצובין'? האם אלו נימוקים שונים או שהמינוחים מהווים פרשנות לפרקטיקות שתפקידן לממש את 'תיקון העולם'? המונח 'תיקון העולם' עבר גלגולים מספר. מתקופת אושה מתמקדים תכניו של המונח 'עולם' בקהילה היהודית בארץ ישראל, וה'תיקון' משקף את קשת הפרקטיקות שבאות להעצים את ביטחונה ורווחתה של הארץ במטרה ליישב אותה בזמנים הקשים של 'שלפי השמד'.<sup>88</sup> דבריו של ר' יוסי בברייתא משקפים שינוי זה בתפיסת המונח, ויש לצרף אליהם מקור נוסף שגם בו הוא קושר בין 'תיקון העולם' לבין 'קצבה': 'אין עושין כתובת אשה מן המטלטלין מפני תיקון העולם אמ' ר' יוסי וכי מה תיקון העולם יש בזו אלא לפי שאין לה קצבה'.<sup>89</sup> ר' יוסי רואה בדברי המשנה מקרים שבהם אין להוציא את הנכסים המשועבדים מיד הלקוחות. הנמקתו 'משום שאין קצובין/לפי שאין לה קצבה' משמעה שכיוון שאין לדעת מראש מה יהא ערך הנכסים בשעת הפירעון<sup>90</sup> הלקוחות אינם יכולים להתגונן מפני טריפת נכסיהם על ידי השארת נכסים אחרים (בני חורין) בידיו של המוכר, כדי שישמשו בטוחה לכיסוי התחייבויותיו. פרשנותו של ר' יוסי ממקדת את 'תיקון העולם' בדומה לתוכנו של הנימוק 'משום פסידא דלקוחות' ולפרקטיקה שלו:<sup>91</sup> כדי לאפשר את יישוב הארץ יש להסיר מכשולים אפשריים בפני ביצוען של עסקאות, ובמיוחד רכישת קרקעות.<sup>92</sup> אם אין בכוח התקנה להבטיח זאת אין בה משום 'תיקון העולם'.

גם המונח 'כתובין' שמוכר בדברי רב אבא בבבלי, מתייחס ליכולתם של הלקוחות הפוטנציאלים לדעת על התחייבויות נוספות של המוכר. הכתיבה מתייחסת לפירוט הנכסים בשטר המכר (או החוב). נכסים שאינם מפורטים בשטר נחשבים כמלווה בעל פה, שאינו ידוע ברבים, ואין מחייבים לקוחות שקנו קרקע לשלם מתוכם לנגזל.<sup>93</sup> קושיית הסתם – 'והא מזון אשה והבנות דכמאן דכתיבי

88 ראו מור (לעיל, הערה 5).

89 תוספתא, כתובות יב, ב.

90 מה יהיה שווי הפירות ומה תהיה איכותם, כמה תשביח הקרקע בידי הלווקח, מהי ההתחייבות של הבעל בכתובתו וכי'.

91 הברייתא מובאת גם בסוגיית הבבלי במסכת כתובות נו ע"ב. למרות הקשר הדברים ניכר כי ר' יוסי דואג ללקוחות ולא לאישה.

92 וראו דבריו של ליברמן (לעיל, הערה 67), עמ' 370.

93 הבנה מפורשת אף יותר מצויה בסוגיה במסכת בבא מציעא טו ע"א.

דמו וקתני אין מוציאין' – לפשר ההשוואה בין שבח ופירות (שאין לדעת את היקפם מלכתחילה) לבין מזון האישה והבנות, שהן חובות ידועות וקבועות כתנאי בית דין,<sup>94</sup> נפתרת בתירוץ שהתקנה מתייחסת לגבייה מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים, ו'הכתיבה' חלה רק על נכסים בני חורין.

### ז. האתיקה של הפיצוי בקבצים השונים

לאחר שניתחתי כל אחת מן התקנות אנסה לשרטט את גישתם של החיבורים התלמודיים השונים כלפי האתיקה של הפיצוי.

#### גישת המשנה

במשנת גיטין יצר העורך מקבץ שדן בחיובים מסוגים שונים. נקודת הקיצון, שביחס אליה מותווה מדרג הפיצוי בין החיובים השונים, היא מסקנתו של ר' עקיבא מן המכילתא דר"י – 'הנזקין שמין להם בעידית'. מלשון המשנה, שאינה מבחינה בין המניעים השונים לפעולתו של המזיק וקובעת לגביהם דין אחיד, משתקף משטר של אחריות מוחלטת של האדם לתוצאות פעולתו (strict liability): עצם הפגיעה מהווה הצדקה להטלת חובת הפיצוי. המדרג היחסי במשנה א מוסיף יסוד של אשמה (fault liability) כרכיב בהכרעה על אופיו והיקפו של הפיצוי. ראינו כי במקורות השונים פורשה מסקנתו ההלכתית של ר' עקיבא כהשתת עונש או יצירת הרתעה כלפי המזיק. המשנה אמנם אינה נוקטת במפורש באף אחת מפרשנויות אלו. אולם העמדת הגבייה לנזיקין, כפיצוי שונה וגבוה מזה שמושת על חייב מהתקשרות חוזית, משקפת את מטרתו של הפיצוי לא כהשלמה מדויקת בלבד לחיסרון שנוצר לנזיק, אלא כעונש המושת על המזיק. ואם ישנו עונש הרי כנגדו עומדת אשמה. אותו משטר אחריות חל גם ביצירת חיוב שנובע מהתקשרות חוזית, אולם מאחר שההתחייבות החוזית נעדרת יסוד של אשמה, חסר הפיצוי בגינה רכיב של עונש. האופי הניטרלי של הפיצוי מודגש באמצעות שימוש בשומה על פי נכס ממוצע – 'בינונית'. הפרש זה בין נזיקין להסכם חוזי ממשיך ומשתקף גם בשיטת ר' מאיר ביחס לכתובת אישה, משום שהוא רואה בה ככל הנראה בעלת חוב לכל דבר ועניין. אולם המשנה פוסקת כתפיסתו של ר' יהודה – בזיבורית.

לאחר שנקבע המדרג העקרוני באות משניות ב ו-ג לאזן בין אינטרסים של נושים מסוגים שונים. איוון ראשון מצוי בהתייחסות כלפי אנשים שלא יצרו את הנזק או ההתחייבות, ומתבטא בכך שאין מחילים עליהם משטר של אחריות

מוחלטת. דוגמה לכך ראינו בהפחתת התביעה מיורשים לשלם את חוב אביהם, שגוזרת הקטנה של הפיצוי שבו יישאו. איזון האינטרסים נוצר מכך שמול ההפחתה ברמת האחריות מועמדת ההנאה שנוצרה ליורשים מן הזכויות הקנייניות בנכסים שנפלו לידיהם. על כן הם מחויבים בכל זאת בהחזר חלקי – פיצוי בזיבורית.

מתוך אותו משטר אחריות, במקום שבו הזכויות הקנייניות אינן קשורות כלל ליצירת הנזק או החוב (העברת הנכסים לידי צד שלישי), המשנה משתדלת שלא להעמיד שום חובה שנסרכת ונכרכת עליהן כתוצאה מהתנהגותו של הבעלים הקודם. הדבר משתקף בתקנת 'נכסים משועבדים'. ראינו שעורך המקבץ ניסה לאזן בין זכויותיהם של הזכאים לפיצוי לבין זכויותיהם של אחרים בנכסים, בכך שבמקום שאין אלטרנטיבה אחרת ייטרפו גם נכסים משועבדים לטובת הפיצויים. האיזון בין זכויות של נושים מסוגים שונים נמשך בחלקה הראשון של משנה ג. בניסיון להשיב את המצב לקדמותו נערכת חלוקה מחדש של המשאבים השונים (redistribution) תוך התחשבות בתנאים שהביאו לשינוי בערכם של הנכסים.

חלקה האחרון של משנה זו, שעוסק בזכויות הפיצוי של נושים מול זכויות קנייניות של לקוחות, מנתק לחלוטין את הזיקה בין הנכסים שהזכויות בהם יצאו אל מחוץ למשפחה, לבין הפיצוי. הפיצוי (או מילוי ההתחייבות) נשאר כאחריות מוסרית של היחידה המשפחתית כלפי חברותיה.

בשלושה רכיבים עקרוניים שונה גישת המשנה מתבנית הצדק האריסטוטלית. ראשית, במשנת גיטין אין הבחנות דיכוטומיות בין כלי ה'צדק החלוקתי' לכלי ה'צדק המתקן', וניתן לשלב ביניהם כדי ליצור איזון אינטרסים, שהפיצוי הוא חלק ממנו. נוסף על כך, הזכאות לפיצוי אינה מוחלטת אלא יחסית בלבד, ומותנית בזכויות קנייניות של אנשים אחרים בקהילה, שגוברות עליה במקרים מסוימים. אולם הבחנתה של גישת המשנה מן הגישה האריסטוטלית אינה מסתכמת בכך. הנימוק 'מפני תיקון העולם' מחריג את זירת החובות והזכויות של האדם אל עבר ממד חדש. איזון האינטרסים אינו תָּחוּם במערך שבין בני אדם ועליו להיעשות גם לעומת 'אינטרס' גבוה. 'אינטרס' זה מתגלם בייעודו של האדם ליישב את העולם כחובה שעומדת מול כלל הזכויות והחובות שלו במרחב הקהילתי. הדין שבא לפסוק פיצויים צריך להטיל על מאזני הצדק שלו את הרכיבים ששייכים לתחום המשפט הפרטי (הנסיבות שהביאו ליצירת החיוב) מן הצד האחד, ומן הצד השני את החובות שנגזרות מתוך זיקותיהם של המתדיינים לבעלי זכויות נוספים בקהילה (משפט ציבורי) ומעצם זיקתם לגבוה שבו מאמינה הקהילה.

בזאת שונה גישת המשנה גם מן הגישה הכלכלית-תועלתנית. שתי הגישות אמנם דומות באפשרן השלטה של ערך חיצוני על תחום היחסים הפרטיים של הקשרים מזיק-ניזוק או חייב-בעל חוב. אולם בעוד הגישה הכלכלית-תועלתנית משאירה את מערכת השיקולים בתוך מרחב האינטרסים האנושיים של הקהילה,

גישת המשנה, השואבת את תפיסתה מעולם אמוני, מחילה עליהם תחום נוסף – התאולוגי – שמהווה תשתית לשיח ההלכתי בכל ענפיו.

### גישת התוספתא

בתוספתא העמידו את תקנות המשנה כתגובות לפעולות שנבעו מזדון של 'גזלנים' ו'רמאים'. הצעתי שהדבר נבע מן הנסיבות ההיסטוריות שבהן נוצרה פרשנות התוספתא – לאחר מרד בר-כוכבא. הפן הטכני שטמון בנכסים שמהם נעשית הגבייה – קרקע – הציב את הדיון בתוך ההקשר של גזל קרקעות, שגבר בתקופה זו. על כן גם סיטואציה של הסכמה חוזית נתפרשה כסיטואציה פלילית לכאורה של ניצול בעל החוב את החייב. להקשר החדש השלכה על תפיסת מטרותן של התקנות – מפיצוי להרתעה.

הנסיבות ההיסטוריות משתקפות גם בפרשנות שניתנת לנימוק 'מפני תיקון העולם' ולמימושו בתקנות. דור אושה, שמקהה את הפן התאולוגי של הנימוק ומדגיש את הפן הפוליטי-סוציאלי שלו, רואה ברווחתה של הקהילה (ה-welfare שלה) את הערך המרכזי שיש למקסם כדי להביא ל'תיקון עולם'. ערך זה, ששייך לתחום הפוליטי, מושלט על מערכת הערכים הפנימית שהיא אימננטית וקוהרנטית לשיח הזכויות הפרטי שמתקיים בתוך הזיקות מזיק-ניזק וחייב-בעל חוב. השלטתו מטעינה אל תוך הדיון שיקולים כלליים שחורגים מבחינת המקרה לגופו. שיקולים אלו משתקפים בנימוקים החדשים שניתנו לתקנות, כגון 'שלא לנעול דלת בפני לוויין', ומתגלמים בתפיסת תכליתן כאמצעי להסרת מכשולים בפני יישוב הארץ: (א) באמצעות הקטנת חובת הפיצוי שנועצה בכתובה (מבינונית לזיבורית) נוצר תמריץ לגברים לשאת נשים ולהקים משפחות, שמהוות את היחידות הבסיסיות שהן תנאי לקיומה של הקהילה היהודית; (ב) בהבטחת פעילות כלכלית שנשענת על מתן הלוואות לשכבות נזקקות; (ג) ביצירת חלוקה מחודשת של המשאבים (קרקעות, שבח ופירות) שמתחשבת בתהליכים שעברו על הנכסים מבלי להשיב את המצב לקדמותו ההיסטורית; (ד) בעידוד לקוחות על חשבון פגיעה בזכויותיהן של נשים. על פי תפיסת התוספתא,<sup>95</sup> האינטרסים שביניהם יש לאזן אינם של פרט אחד מול אחר בקהילה, אלא אלו שבין הקהילה כגוף פוליטי לבין הפרטים שמרכיבים אותה. בזאת נוצרת הכפפה של תבנית ה'צדק המתקן' לזו של ה'צדק החלוקתי', והתוצאה היא שלעיתים הפרטים המפוצים נאלצים לשלם מחיר אישי על מנת לממש מטרות של הגוף הפוליטי. גישה זו של התוספתא מקרבת אותה באופן מובהק לתאוריות הכלכליות-תועלתניות. הפיצוי אינו תחום ומנותק בתוך מסגרת

שיח הזכויות הפרטי. הוא נשקל ומתאזן כחלק ממכלול המשאבים והפרקטיקות שעומדות לרשות הקהילה במטרה להביא למיקסום רווחתה.

### גישת המכילתא דר' שמעון בר יוחאי

הדיון במכילתא כאן אינו ממצה, ובכל זאת נדמה כי ניתן להתוות מן הדרשות שנבדקו כמה עקרונות. אחד העקרונות הוא תפיסת הפיצוי בנזיקין כעונש – קנס – על המזיק. מתוך כך הפכה מסקנתו ההלכתית של ר' עקיבא לבניין אב בנזיקין, והוחלה גם על פיצוי ממטלטלין ולא רק מקרקע. האפשרות למתן פיצוי מן המטלטלין משקף שני עקרונות נוספים. האחד – נזילות הנכס שממנו ייערך הפיצוי כמדד נוסף לקביעת ערכו של הנכס בשוק. השני – העמדת טובת הנפגע כנושא המרכזי של דיני הנזיקין. הדבר מתבטא באפשרות לגבות את הפיצוי ממטלטלין ולא רק מקרקע שאולי אינה זמינה. בזאת שונה הגישה במכילתא דרשב"י הן מן התפיסה האריסטוטלית (במיוחד כפי שמבין אותה ויינריב), שרואה בהחזרת המצב לקדמותו את השוויון שיש לייצר מחדש בפרדיגמת ה'צדק המתקן', הן מגישותיהם של קולמן ופוזנר שמשלבות בין התאוריה האריסטוטלית לתאוריה הכלכלית-תועלתנית, ומגישת התוספתא, שרואות ברכיב ההרתעה לפוגע ממד חשוב יותר מאשר רכיב הענישה.

### גישת התלמודים

בסוגיות התלמודים כמה מישורי דיון. המישור הפורמליסטי, שבמהלכו מתלבנות הפרקטיקות של התקנות: דיוק באופן מימושן והשוואתן להליכים משפטיים אחרים מתחומי הנזיקין והחוזים; במישור השני מתבררים טעמיהן של התקנות או של גישות התנאים שלהן הן מיוחסות; המישור השלישי נוצר כתוצאה מן העיון התלמודי. כאן לא מסתפקים בבירור נטרלי של התקנות אלא מפרשים אותן מתוך נסיבות הזמן והמקום של בעלי הסוגיות.

דומני שבתלמוד הירושלמי המישור הפורמליסטי זוכה למקום מרכזי, והעיסוק בו מוקדש בחלקו הגדול לבירור הפרקטיקה של השומה במטרה להבטיח הוגנות כלפי שני הצדדים. בתקנת הנזיקין נעשה הדבר בקושיית הגמרא על דברי ר' עקיבא והמשתלשל ממנה, כשבמהלך הדברים מובעת שאלה מפורשת 'אם או' את כן נמצאת משיבה את הניזק; בסוגיית בעל חוב באמצעות הבאת דרשתו של ר' סימאי: "והאיש". זה שליח בית דין. שאם נכנס המלוה הוא מוציא את היפה. ואם נכנס

הלוה הוא מוציא את הרע' וכו'.<sup>96</sup> פן נוסף בהקשר זה הוא קביעת סדרי העדיפויות בין נושים שונים תוך הבאת ההלכה מתוספתא, כתובות יב, ג, שמשמשת (כבר בתוספתא) המשך ישיר לתקנות משנה א. העיסוק בהוגנות משתקף גם בסוגיות שעל תקנות משניות ב-ג. ברוח התקנות עצמן נעשה העיון הפורמליסטי במטרה לממש איזון אינטרסים הוגן בין הצדדים השונים. איזון אינטרסים כמטרת התקנה משתקף גם בפסיקת הירושלמי שמצמצמת את תקנת המשנה בגבייה מיתומים על ידי העמדתה על יתומים קטנים, בעוד יתומים גדולים, שאין חשש לפרנסתם והם נהנים מן הנכסים שנפלו לידם, מחויבים לפרוע את חוב אביהם.

דומני שרוח זו מבחינה את גישת הירושלמי מהגישות שראינו עד כה, שכן העיסוק הפורמליסטי אין משמעו העדר ערכים שולטים או נרטיב. להפך, אלו נבנים ומתבררים כתוצאה מן הדיון התלמודי. בתלמוד הירושלמי ממעטים יחסית בהבאת שיקולים חיצוניים וכלליים שחורגים מן הזיקות מזיק-ניזק חייב-בעל חוב. הסוגיה אמנם מעלה שיקולים כאלה, אך הדבר נעשה בעיקר אגב ציטוט מקורות קודמים (התוספתא), והם אינם זוכים לפיתוח. יתר על כן, נראה שהבאת התוספתא, שבה מועלים שיקולים חיצוניים, נעשית בעיקרה כדי לשמש כיחידת מעבר בין תקנת ניזקין לתקנת בעל חוב, כדי לסלול את הדרך להבאת דרשתו של ר' סימאי, דהיינו דווקא כדי לשרת את הנרטיב המרכזי שהוא איזון האינטרסים ההוגן בין הצדדים. מבחינה זו קרוב הירושלמי בגישתו לתבנית ה'צדק המתקן' של אריסטו, בחתירתו להוגנות שמשמעה יצירת איזון מחודש בין הצדדים.<sup>97</sup>

הוגנות השומה עומדת לדיון גם בסוגיות התלמוד הבבלי.<sup>98</sup> אולם במהלך הסוגיות הבבלי מרבה להשתמש בשיקולים חיצוניים ברוח התוספתא,<sup>99</sup> ופסיקותיו

96 גם הסוגיות הבאות שם מחזקות מסקנה זו. מן המשכון נעשית השלכה על שומה מקרקע. בהמשך מושווית פרקטיקת השומה לפרקטיקות נוספות – מלווה שנעשית כפרנות (ולהפך).

97 נרטיב זה משתקף בקושיה על תקנת המשנה 'אמ' ר' שמעון בן יקים. לא מוטב שיתפרנסו מן שלאביהן ולא מן הצדקה', שמעלה את שאלת איזון האינטרסים בין הקהילה כצד (צדקה) לבין יתומים שנהנים מן הנכסים ששיעברו.

98 במיוחד בסוגיות במסכת בבא בתרא על תקנת עידית. הדיון הפורמליסטי תופס גם בבבלי מקום נרחב. דוגמאות לכך: אגב הדיון בכתובת אישה עוסקים בהשלכות החיוב על ערב דכתובה וקבלן דבעל חוב; אגב תקנת נכסים משועבדים עוסקים במתנה, במתנת שכיב מרע ובצוואה (שטר פקדתא); אגב תקנת 'אין מוציאין לאכילת פירות' וכו' מובאות הפרקטיקות של מלווה בעל פה לעומת מלווה בשטר, ומתלבנות סוגיות קרובות כפרנסת בת אשתו.

99 לדוגמה, הבאת תוספתא, כתובות יב, ב; הצעה שגביית כתובת אישה מבעלה כר' מאיר – כבינונית – 'משום חינא' (כדי שיקפצו עליה אנשים לשאתה); הבאת דרשת עולא בעל חוב בזיבורית מתוך 'בחוזי תעמוד', אך בניגוד לירושלמי (שמביא את דרשתו של ר' סימאי), כאן נשללת מסקנת הדרשה מתוך הנימוק 'שלא לנעול דלת בפני לוויין'; הסוגיות שמשמשות בדברי רב אהדבוי בר אמי על אין נפרעין מנכסי יתומים ואין נפרעים מנכסים משועבדים –

משליטות רציונל כלכלי-תועלתני בממש – טובת השוק – על פני שיקולים אחרים.<sup>100</sup> כיוון כלכלי-תועלתני זה מגיע לשיאו בשזירת סוגיה ישראלית על תקנות משנה ג, תוך סיומה בהבאת פרשנותו של ר' יוסי את תכליתו של תיקון העולם כהגנה על לקוחות,<sup>101</sup> כטעם לתקנה.<sup>102</sup> קו זה של הבבלי מפרק את המבנה הרעיוני שבנה עורך המקבץ במשנה גם באשר למשטר של אחריות מוחלטת כבסיס להכרעות על השתת הפיצוי והיקפו.<sup>103</sup> דומני אפוא שערך אחר מנחה את בעלי הסוגיות בתלמוד הבבלי, והוא הסרת מכשולים בפני התנהלות כלכלית תקינה ויעילה של השוק כדי למקסם את רווחתה של הקהילה.<sup>104</sup>

\*

האתיקה של הפיצוי, בשקפה הכרעות אנושיות, איננה מוחלט אובייקטיבי. היא חלק מן הפרויקט שחותר ליצור חברה ראויה על בסיס תפיסות של צדק. אלא שגם הצדק מתפרש, כפי שראינו, באופנים שונים, בהתאם להכרעת המחוקק או הפרשן עד כמה יש לצמצם או להרחיב את מרחב הזיקות שדרכן אמור להיבחן המקרה. יש לקוות כי השיח המודרני, בהציעו תבניות חשיבה חדשות, תרם לחשיפתן של הגישות השונות והאיר את השיקולים המטה-הלכתיים שעומדים בתשתיתה של כל גישה וגישה.

אשר מכריעות על סמך טעמים פרגמטיים; הבאת שיטתו של ר' יוסי כחותמת את הסוגיה על התקנות של משנה ג.

100 דוגמה לכך ראינו בשתי הסוגיות שמושגות על הבעיה של רב אחדבוי בר אמי, שבהן השיקולים הפרגמטיים מכריעים את פסיקת הסוגיה. מתוך כך מתנסחות הכללות נוספות כמטרת התקנות כדוגמת 'פסידא דלקוחות'.

101 ראו דברי ליברמן על דברי ר' יוסי (לעיל, הערה 67), עמ' 370: 'ברם לפי פשטות לשון הברייתא ולפי ההמשך להלן נראה שבא"י פירשו "מפני תיקון העולם" מפני תיקון הלקוחות, כרגיל'. ואכן כיוון זה של פרשנות למונח התהווה בדור אושה, והוא מתאים לגישת הבבלי שמשלב משום כך ברייתא זו כסיום לסוגיה.

102 לשיטתו, לא מספיק לכתוב את הנכסים בשטר התחייבות ובשטר כתובה. יש לקצוב אותם כדי שיוכלו הלקוחות להעריך את כמות הנכסים שנשארה בידי החייב לשמש למילוי התחייבויותיו האחרות.

103 הסוגיות שדנות בסיבות להחלת או הסרת האחריות מיורשים, ומבנים משפטיים נוספים כגון ערב דכתובה וקבלן דבעל חוב, מטשטשות את משטר האחריות המוחלטת.

104 הדבר ניכר גם בדיונים ביחס לזכויות נשים. הדיונים נסובים על היבטים שונים של הפרקטיקות הגלוות לזכויות ופחות על שלילתן בשם שיקולים שאינם משרה הכלכלה.

