

אבי-רם צורף

בין נאמנות לתשובה

תהפוכות בסוגיית המודה בקנס

מבוא

במסכת בבא קמא דף עה: מופיעה סוגיית "המודה בקנס". בסוגייה זו גלומות מהפכות ערכיות והשקפתיות ביחס לשני מרכיביה המרכזיים של הסוגיה- תשלומי הגניבה, שבהם עוסק כל פרק שביעי, פרק "מרובה", המוארים במהלך הסוגיה באור חדש, שאת עקבותיו ניתן היה לזהות גם במקורות הקדומים יותר, והודאת הנקנס, המקבלת משמעות חדשה לחלוטין בסוגיה זו, המהווה מהפכה בתפיסת ההודאה תלמודית. במאמר זה אני אבקש לעמוד על שתי ההתפתחויות המתחוללות בסוגיה, ואחוזות זו בזו, דרך קריאה מסודרת במכלול המקורות, מהרובד המקראי הקדום ביותר ועד להבנת המקור הבבלי על ידי הראשונים.

דין הגניבה המקראי

קובץ דיני הגניבה המקראיים מופיעים, ככלל דיני הממונות, בפרשת משפטים¹:

כי יגנוב איש שור או שה וטבח או מכרו חמשה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת השה: אם במחתרת ימצא הגנב והכה ומת אין לו דמים: אם זרחה השמש עליו דמים לו שלם ישלם אם אין לו ונמכר בגנבתו: אם המצא תמצא בידו הגנבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם

הקובץ מכיל, ככל הנראה, התייחסויות לשני נושאים הקשורים באופן מהותי לדיני הגניבה- הדרך שבה נקט הגנב בעת עשיית המעשה, נושא הנדון בשני הפסוקים הפנימיים של הקובץ (כב, א-ב), והמצב שבו נמצאה הגניבה, בו עוסקים בפתוח ובסוגר של הקובץ (כא', לז' ו-כב', ג'). במאמר אעסוק בנושא האחרון, מאחר והוא הנחוץ לעיסוק בסוגייתנו.

הקובץ פותח בתיאור גניבת בהמה שכבר איננה מצויה בידי הגנב, שלאחר הגניבה טבח את הבהמה או מכרה לאיש אחר, וגורס כי על גניבה שכזו מתחייב הגנב בתשלום של ארבעה ראשי צאן במקרה שגנב שה, ובחמשה ראשי בקר, במקרה שגנב שור. ככל הנראה אין פעולת

1. שמות כא, לז

שומה הנעשית לפני תשלומי הארבעה או החמשה, כלומר, הגנב אינו מתחייב לשלם פי ארבעה או פי חמשה מערך הצאן או הבקר של רעהו, אלא נותן, באופן סתמי, ארבעה או חמשה ראשי צאן או בקר, בהתאמה, מרכושו שלו. התיאור הסוגר את הקובץ מתאר מצב שבו הבהמה שנגנבה נמצאה בידי הגנב בעין. במצב כזה, יצטרך הגנב לשלם את הבהמה הגנובה עצמה ולהוסיף עליה בהמה נוספת מאותו הזן, כלומר, אם גנב שור יחזיר אותו בתוספת של שור נוסף, אם גנב שה, יחזיר אותו בתוספת של שה נוסף, שאיננו בהכרח בעל ערך כספי השווה לערך הבהמה הגנובה. את הטעם לחילוק בין המקרה שנמצאה גניבה בעין לבין המקרה שבו לא נמצאה כלל ניתן לתרץ בעובדה שבמקרה שהבהמה כבר כלתה מן העולם, אין דרך להעריך את שוויה, ולכן נוקטים בתשלום גבוה יחסית, שיהווה פיצוי ראוי לניזק, מה שאין כן במצב שבו נמצאה הבהמה בעין, והניזק מקבל בכל אופן בדיוק את מה שנלקח ממנו. טעם נוסף לחילוק הוא שבמקרה שבו נמצאה הגניבה בעינה אצל הגנב, עדין נשמר סיכוי מסוים שהגנב יחזיר את גניבתו, כך למשל על פי אבן עזרא, "ואם היו חיים ישלם שניים- שיתכן שיעשה תשובה להשיב הגניבה".

מקור מקביל לחילוק הנעשה בדין המקראי בין גניבה הנמצאת בעין לבין שאינה כזו מצוי בחוקי החתים. מערכת החוקים החתית מפרטת עבור כל סוג בהמה הנגנבת את התשלומים שצריך לשלם הגנב:

כי יגנב איש שור חרישה, 15 שוורים שילמו עד עתה, וכעת 10 שוורים ישלם: 3 שוורים בני שנתיים, ו-3 בקר בני שנה ו-4 בני חצי שנה, ואת משקו ימשכן

התשלום המוצג כאן הוא יקר לאין ערוך מזה המתואר במקרא, אך סעיף המופיע בהמשך גיליון החוקים מלמד על קרבה מסוימת בין הדין המקראי לחוק החתי:

כי יגנב איש שור, או סוס, או חמור, ומצאו בעליו, וקיבל אותו כפי שהיה, שניים יוסיף, ואת משקו ימשכן²

גם בחוק החתי מופיע ההבדל שבין מציאת הבהמה בעין לבין גניבה שלא נמצאה, ולכן הבעלים איננו מקבל את בהמתו "כפי שהיתה". העובדה שבחוק החתי סתם גניבה היא כזו שלא נמצאה בעינה, מלמדת, ככל הנראה שפתיחת הדין המקראי דווקא בבהמה שנטבחה או נמכרה היא פתיחה בדבר השכיח- רוב גניבות הן גניבות מכלות, כלומר, הטביחה או המכירה

2. בתוך חיים נוי, חוקים מן המזרח הקדמון ערוכים במקביל לחוקים מן התורה, תשמ"ט. עמ' 42, ח"ח 63 ו-70.

הן חלקים אינטגרליים מהם. מקבילה זו מחזקת את הטענה שאמנם החילוק בין הפסוק הפותח את קובץ דיני הגניבה המקראיים לבין זה הסוגר אותו נובע מהעובדה שהבהמה עדיין קיימת והבעלים "קיבל אותה כפי שהיתה". הצעה נוספת למוקד החילוק בין תשלומי כפל לבין תשלומי ארבעה וחמישה מצויה בדברי פילון האלכסנדרוני:

ובכן, שאר הגנבות נידונות לתשלומי כפל, אבל אם לקח אדם שור או שה, החליטה התורה על קנס גדול יותר, בהעניקה עמדת בכורה לבהמות [...] היא מצווה שהגנב ישלם, תמורת האחד שלקח, ארבעה שיים או חמישה שוורים³]

על פי פילון, לא הדרך שבה נמצאה הגניבה היא המבדילה בין חיוב כפל לחיוב ארבעה וחמישה, אלא החפץ הנגנב. כל גניבת שור או שה גוררת אחריה חיוב של ארבעה וחמישה, זאת ללא התחשבות בשאלה האם הבהמה נטבחה או לא. נראה שבאמת לדעת פילון סתם בהמות שנגנבות נטבחות או נמכרות, ולכן הוא רואה במילים "וטבחו או מכרו" שבפסוק הוספה ספרותית שאיננה הופכת לקריטריון משפטי מחייב, אך עדיין קשה עליו מהפסוק העוסק בתשלומי הכפל, שעוסק במפורש גם בגניבת בהמות- "משור עד חמור עד שה חיים שניים ישלם", ומכאן שתשלומי כפל שייכים גם בשור ושה, והטביחה או המכירה מהווה קריטריון משמעותי לחיוב בתשלומי ארבעה וחמישה.

אם נסכם את דברינו עד כה, שני דפוסי התשלום אינם מהווים שומה של ערך הגניבה. בתשלומי הארבעה והחמישה מפני שאין אנו יודעים את ערכה המדויק של הגניבה, ובתשלומי כפל מאחר והבהמה מוחזרת בעינה, והתוספת איננה בזיקה גמורה אליה (פרט להיותה מאותו המין, על הגנב לא מוטל תשלום שווי הגניבה אלא תשלום הגניבה בתוספת ראש צאן או בקר נוסף). ככל הנראה דפוס התשלום השכיח יותר היה תשלום הארבעה או החמשה, מה שנתן אולי את הבסיס למחשבה שאם הגנב עוד לא נהג בבהמתו כשאר גנבים, ולא טבח אותה או מכר אותה לאחר, קיים סיכוי סביר שהתכוון להחזירה לבעליה.

מתשלום מכיל לתשלום מתחלק- הבנת מושג ה"כפל" בעולם התנאים

בדין המקראי נתפסו תשלומי הגניבה, הן הכפל והן הארבעה והחמישה, כתשלומים כוללים, כלומר, התשלום לא היווה סכום של שני תשלומים שונים המשתייכים לשתי קטגוריות משפטיות שונות, לדוגמא, תשלום הכפל לא היווה סכום של תשלום הבהמה הנגנבת מצד

3. בתוך פילון האלכסנדרוני, כתבים, חלק ג', מוסד ביאליק. על החוקים לפרטיהם ד', עמ' 141.

החזרתה לבעלים ותשלום הבהמה הנוספת מצד משפטי אחר, אלא תשלום כולל שהוא הוא החזר הבהמה הנגבת. בעולם התנאים הופרדו שני חלקי התשלום והתפתח המושג "קרן", שמשמעותו היתה סכום הדבר הנגב לכשעצמו. נראה שיסודו של החילוק הזה הוא דווקא בתשלום הכפל ולא בתשלום הארבעה והחמישה, מאחר שבתשלום הכפל אכן משתלמת הבהמה בעינה, ואז קיימת לנו "קרן" ממשית. מקורה של המילה "קרן" הוא אשורי, כך לפי אליעזר בן יהודה "[...] היא מלה שאולה מאשורית קֶרֶן במשמעות גרן, ערמה [...] ובתמונה מן ערמת הגרן נקרא כך עיקר סכום הכסף, בניגוד לפרות ולרבית הנוספים לערמה"⁴, ואם כן הקרן הוא עיקר הסכום שצריך להשתלם ואליו צריכים להתווסף עוד תשלומים הטפלים לו (ונראה לפי הדימוי שמדובר בעיקר בתשלומים שהם זניחים לעומת התשלום העיקרי). התשלום המופיע ברוב הפעמים ביחד עם תשלום הקרן הוא תשלום החמש, שהוא בעצם תוספת של חמישית מסכום הקרן המקורית, ושניהם מופיעים ביחד בעיקר בהקשרים מקדשיים, כך למשל:

האוכל תרומה שוגג- משלם קרן וחמש [...] האכל תרומה מזיד- משלם את הקרן ואינו משלם את החמש [...] ⁵

בעצם הקרן משמשת בהוראה זו לתשלום דמי התרומה עצמה, מדין החזרת התרומה עצמה, משמע החזרת הפסד הכלכלי שנגרם לכהן, והחמש משמש כתשלום שהוא מעין עונש על עבירת איסור אכילה בתרומה (ולכן רק השוגג משלם את החמש, שהרי המזיד לוקה). זהו בעצם יסוד לקביעה שתשלום הקרן מהווה תשלום פיצויי, בעוד שהתשלום הנוסף עליו הוא תשלום המתייחס לעונשין או איסורים. תשלומי הקרן והחמש מופיעים זה לצד זה גם בהקשר של הודאה המהווה כפירה בשבועה קודמת, כשאליהם מתווספת גם חובת הקרבת קרבן אשם:

'היכן שורי?' אמר לו: 'אבד'- 'משביעך אני' ואמר 'אמן', והעדים מעידים אותו שאכלו- משלם את הקרן. הודה מעצמו- משלם קרן וחמש ואשם. 'היכן שורי?' אמר לו 'נגנב'- 'משביעך אני' ואמר 'אמן', והעדים מעידים אותו שגנבו- משלם תשלומי כפל. הודה מעצו- משלם קרן וחמש ואשם ⁶

4. בתוך אליעזר בן יהודה, מילון הלשון העברית הישנה והחדשה, כרך שנים עשר, עמ' 6198.

5. משנה, מסכת תרומות, פ"ו מ"א, פ"ז מ"א.

6. משנה, שבועות, פ"ח מ"ג.

גם כאן מתואר מעשה שיש בו שני חיובים הלקוחים כל אחד ממקור אחר, חיוב החזרת הגניבה, שהוא חיוב ממוני, וחיוב הכפירה בשבועתו הראשונה, שהוא חיוב איסורי. כל אחד מן התשלומים בא בעקבות חיוב אחר, תשלום הקרן הוא זה המשתייך לעולם דיני הממונות, והוא משמש לפיצוי, ולעומתו החמש והאשם משתייכים לעולם האיסורים, ובאים כעונש על כפירת השבועה. כאן אנו אמנם רואים תשלום קרן בזיקה לגניבה, שעליה משלמים בדרך כלל תשלומי כפל, אך גם במשנה זו אין עדות להבנת תשלומי הכפל כתשלומים הכוללים שני חיובים שונים. עדות כזו מצויה בתוספתא בבבא קמא:

"אמ' לו ניגנב, משביעך אני ואמ' אמן והעדים מעידין בו שגנבו, משלם תשלומי כפל. הודה לאחר שבועה, עד שלא באו משלם קרן וחומש ואשם, משבאו עדים, משלם תשלומי כפל ואשם, וחומש עולה לו מתוך כפילו דברי ר' יעקב. וחכמים אומ' כל המשלם קרן משלם חומש ואשם, וכל שאין משלם את הקרן אין משלם חומש ואשם, ואין משלם תשלומי כפל וארבעה וחמשה מוסיף חומש ואשם, זה אינו בא מכח בעלים, אלא מכח שבועה"⁷

לפי דברי ר' יעקב, "חומש עולה לו מתוך כפילו", החיוב בכפל מכיל בתוכו את החיוב בחמש, שהוא, כפי שהוסבר, מהווה חיוב עונשי, ובעצם בכך מפריד כביכול את תשלום הכפל לתשלום החל על שני חיובים- ממוני כלפי הבעלים, ואיסורי כלפי שמיא. לעומתו, חכמים טוענים בפירוש כי אין לערב בין שני מושגי התשלומים, שהרי תשלום הכפל נובע מתביעת הבעלים בלבד, ואילו החיוב בחמש הוא חיוב הבא כתוצאה מהכפירה בשבועה. אם כן, נראה שראיית תשלום הכפל כתשלום מתחלק היא ראייה תנאית מאוחרת, שהרי ר' יעקב הוא תנא מהדור ה-6, כלומר מזמנו של ר' יהודה הנשיא, זמן חתימת המשנה. ראייה זו מקבלת משנה תוקף כשהיא מתקבעת כאמירה מוסכמת במשנה במסכת כתובות:

[...] האומר 'גנבתי וטבחתי ומכרתי'- משלם את הקרן על פי עצמו, ואינו משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה. [...] זה הכלל- כל המשלם יתר על מה שהזיק אינו משלם על פי עצמו⁸

7. תוספתא (מהדורת ליברמן), בבא קמא, פ"ח ה"ח.

8. משנה, כתובות, פ"ג מ"ט.

משנה זו היא הראשונה, והיחידה, שבה יש הפרדה ברורה בין שתי הקרנות המרכיבות את תשלום הכפל. כפי שהוכחתי לעיל, הפרדה זו היא תולדה של הסתכלות המתחילה להתקיים בשלהי תקופת התנאים, ולכן נראה לטעון שמשנה זו היא משנה המלמדת על תפיסת הכפל המאוחרת יותר. אמנם, במשנה לא מתואר חיוב נוסף פרט לחיוב הממוני, אך כפי שראינו, הקרן, כשהיא משמשת כתשלום נפרד, באה לא רק ללמד על עצמה, כי מדובר בתשלום שהוא פיצוי ובא להוציא ידי חובת חיוב ממוני, אלא גם על החלק המתווסף לה, שבמקרה שלנו ערכו משתווה לקרן שלמה, שאיננו משתייך לעולם החיובים הממוניים, אלא לחיוב אחר, שאיננו כלפי אדם, אלא כלפי שמים.

אם כן, נראה שבעולם התנאי עובר מובנו של תשלום הכפל מתשלום כולל, המשתלם כאחד, ויסודו בחיוב הממוני להחזרת הגניבה, לתשלום מתחלק, היונק את כוחו משני חיובים שונים- האחד, כלפי האדם, והוא חיוב ממוני שערכו שווה לקרן, כלומר, תשלום הגניבה לכשעצמה, והשני, כלפי שמיא, והוא עונש, ששוויו הוא קרן נוספת.

תשלום הכפל על פי עצמו

שתי ההבנות השונות של תשלומי הכפל הן משמעותיות מאוד לגבי סוגיה נוספת בתוך דיני הגניבה- מקור הידיעה על דבר הגניבה עצמו, מי הוא בעל הכח המשפטי לחיבב את הגנב בתשלומים. המשניות העוסקות בנושא זה מופיעות בפרק השביעי במסכת בבא קמא, ונראה שהן מקיימות יחסי גומלין עם הבנת תשלומי הכפל של זמנן:

גנב על פי שנים, וטבח ומכר על פיהם או על פי שנים אחרים- משלם תשלומי ארבעה וחמשה [...] גנב על פי שנים, וטבח ומכר על פי עד אחד, או על פי עצמו- משלם תשלומי כפל, ואינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה⁹

ממשניות אלו ניתן להסיק שכל חיוב בתשלומי ארבעה וחמשה הוא תוצאה של עדות מבוררת בבית דין, המקיימת את כל תנאיה של כת עדות רגילה- על פי שני עדים בלבד. האפשרויות האחרות המובאות במשנה, עדות של עד אחד או עדותו של הנתבע עצמו, אינן מקנות תוקף משפטי לחיוב בתשלומים אלה. עם כל זאת, המשנה איננה לוקחת בחשבון מקרה שבו בית הדין מכיר בגניבה כתוצאה מעדות עד אחד או עדות עצמו. נראה לי להסביר את ההשמטה של המקרה הזה בטענה כי המשנה גורסת כי הידיעה על עצם מעשה הגניבה, שהוא המעשה המחייב, איננה יכולה להעשות כלל על פי עדות הפחותה משניים, משמע, שעד

9. משנה, בבא קמא, פ"ז מ"ב, מ"ד.

אחד, או לחילופין, הנתבע עצמו, אינו מחייב את עצמו בדבר, זאת לעומת הטביחה והמכירה, שם עשויה להתקיים הוה אמינא ולפיה מפני שמדובר בחלק מסוים בתוך תהליך ההפלה, ולא בתביעה חדשה מצד עצמה, נוכל להסתמך על עדות הגנב או על עדות עד אחד¹⁰. כך יש לדייק במשנה ד', שלפיה במקרה שגנב על פי שניים משלם תשלומי כפל, שאם היתה הגניבה על פי עצמו או על פי עד אחד אינו משלם כפל. ההיקש שבין התוקף המשפטי הקיים לעד אחד לבין עדות עצמו מלמד כי הבעייתיות נובעת מחוסר נאמנות משפטית של הגנב או של העד האחד. גישה זו, מתאימה להבנת תשלום הכפל כתשלום כולל, שאיננו מתחלק, שכן העובדה שהאדם מעיד על עצמו אין לה תוקף משפטי כלל, מה גם שלא מצינו בכל פרק "מרובה" את המילה "קרן" ולו פעם אחת, ומכאן שהאמירה ש"אינו משלם תשלומי כפל" משמעה אינו משלם כלל.

המקור התנאי היחיד שבו מובאת האופציה של התחייבות בתשלום מכח עדות הגנב עצמו, מצויה במשנת כתובות דלעיל:

האומר 'פיתיתי את בתו של פלוני'- משלם בשת ופגם, ואינו משלם קנס. האומר 'גנבתי וטבחתי ומכרתי'- משלם את הקרן על פי עצמו ואינו משלם תשלומי כפל, ותשלומי ארבעה וחמשה [...] זה הכלל- כל המשלם יתר על מה שהזיק אינו משלם על פי עצמו

משנה זו, שהיא משנה מאוחרת כפי שהראיתי לעיל, גורסת את התפצלות תשלום הכפל לשני תשלומים הנובעים משני חיובים שונים, ובעקבות כך מקנה לנתבע את היכולת לחייב את עצמו בקרן, מהמילים "כל המשלם יתר על מה שהזיק" ניתן גם להבין כי תשלום הקרן נתפס ככיסוי הגניבה עצמה, בעוד שהקרן האחרת, משמע הכפל, נתפס כ"יתר על מה שהזיק", כלומר, כתשלום נוסף שאיננו משמש בתפקיד זהה לתשלום הקרן הפיצויי. ההקבלה המצויה במשנה בין תשלום הבשת והפגם כתשלומים המשתלמים על פי עצמו, לבין תשלום הקרן הבסיסי, מחזקת את האמירה הזו, שהרי הקרן הבסיסית, כמו הבושת והפגם, משמשת כתשלום הפיצוי לבעלים, בעוד שהקרן הנוספת, המקבילה לקנס, מקבלת תוקף של תשלום קצוב שאיננו תלוי במעשה עצמו, ומוציא את האדם ידי חובת שמים.

10. יתכן שסברה זו מופיעה כבר בדברי ר' איסר זלמן מלצר: "[...] דאם מעיקרא אמר לא גנבתי שפטר עצמו מן הכל, ואח"כ כשבאו עדים שגנב הודה שטבח או מכר, כיון דטביחה הוא רק פרט בדיני הגניבה והוא כפר מקודם בעיקר הגניבה, ונמצא הדבר ע"י עדים אף שבאמצע היינו קודם שבאו עדים ואמרו שגם טבח או מכר הקדים הוא והודה שטבח או מכר מ"מ חייב, כיון שבעיקר הדברים כפר [...] ולא משגחין מה שהודה באמצע בשביל שדין הטביחה הוא רק פרט מדיני הגנבה". בתוך ר' איסר זלמן מלצר, אבן האזל, נזיקין, עמ' ז.

אם כן, הנתבע אינו משלם על פי עדותו שלו מכיון שהוא איננו נאמן, כלומר אין לו את הכח המשפטי לחייב מכיון שהוא איננו יכול לשמש כעד. המניעה הזו נובעת מחיסרון בעדות ולא מסוג התשלום עליו הוא מעיד.

מושג הקנס בספרות התנאית

בכדי להבין את יסוד הקשר שבין סוגיית הבבלי לבין המשנה עליה היא מוסבת, עלינו לעמוד על משמעות המושג "קנס", שהוא המושג הבולט והמדובר ביותר לאורך הסוגיה, ועל הקשר שלו לתשלומי כפל¹¹.

מקורו הלשוני של המושג קנס הוא ככל הנראה מהשורש השמי קסס, שעניינו לקצוץ, לגזור. לשון שמית זו עברה לעולם הרומאי בתצורת *census*, שמשעות הערכה, כך אליבא דבן יהודה "קנס- מן הרומ' *census*, הערכה, שעבר ליונית במשמעות תשלום מסים, ומכאן לעבר' וארמ'¹², מכאן שהמושג קנס ביסודו משמש לתשלום קצוב, תשלום שאיננו נישום מול דבר אחר¹³.

רוב הופעותיו של המושג "קנס" במקורות התנאיים הם בהקשר לדיני אונס ומפתה, ומושג זה משמש כשם פרטי של אחד התשלומים אותם משלמים האונס והמפתה לנאנסת, פרט לתשלומי בשת, פגם וצער. כך במשנה בכתובות:

המפתה נותן שלשה דברים, והאונס ארבעה: המפתה נותן בשת, ופגם, וקנס; מוסיף עליו אונס, שנותן את הצער¹⁴

אם כן, הקנס הוא החלק הקצוב שבין סוגי התשלומים שהמפתה או לחילופין האונס נותנים כפיצוי לנאנסת, והוא השם המייצג את התשלום היחיד המופיע במקרא על נושא זה:

וכי יפתה איש בתולה אשר לא-ארשה ושכב עמה מהר ימהרנה לו לאשה: אם מאן ימאן אביה לתתה לו כסף ישקל כמהר הבתולות¹⁵

11. בנושא זה עסק בהרחבה ד"ר עמיחי רדזינר בעבודת הדוקטורט שלו- עמיחי רדזינר, יסודות 'דיני קנסות' במשפט התלמודי- חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה". להלן רדזינר, קנסות.

12. בתוך אליעזר בן יהודה, מילון הלשון העברית הישנה והחדשה, כרך שנים עשר, עמ' 6037.

13. דיון נרחב על מקורותיו האטימולוגיים של המושג קנס מצוי בפרק הראשון בחיבורו של רדזינר. רדזינר, קנסות, עמ' 19-41.

14. משנה כתובות, פ"ג מ"ד.

15. שמות כב', טו'- טז'.

כי ימצא איש נערה בתולה אשר לא ארשה ותפשה ושכב עמה ונמצאו: ונתן האיש השכב עמה לאבי הנער חמשים כסף ולו תהיה לאשה תחת אשר ענה לא יוכל שלחה כל ימיו¹⁶

ובמכילתא דר' ישמעאל על אתר:

וכי יפתה איש בתולה. בא הכתוב ללמד על המפותה שישלם עליה קנס; והדין נותן, הואיל ותפוסה ברשות אביה ומפותה ברשות אביה, אם למדת על תפוסה **שמשלם עליה קנס**, אף מפותה משלם עליה קנס; אם אמרת בתפוסה שעבר על דעתה ועל דעת אביה, לפיכך הוא משלם עליה קנס, תאמר במפותה שלא עבר אלא על דעת אביה, לפיכך לא ישלם עליה קנס, הא לפי שלא זכיתי מן הדין צריך הכתוב להביאו [...] נאמר כאן אשר לא ארשה ונאמר להלן אשר לא ארשה, **מה להלן חמשים אף כאן חמשים**, מה להלן בכסף אף כאן בכסף¹⁷

התשלום היחיד המופיע במקרא לגבי אונס (מלבד חובתו לקחת את הנאנסת לאשה) הוא תשלום קצוב של חמשים כסף, הבא לפצות את האב על ההפסד הכספי שנגרם לו בעקבות אבדן הבתולים של בתו. תשלום זה נראה כתשלום דומה לתשלום אותו מתחייב המפתה לשלם, אליבא דהדין המקראי, מהר הבתולות, שגם הוא בא לפצות את אבי הנערה. התשלום אותו מתחייב המפתה לשלם הוא תשלום הרבה יותר נזיל מחמישים הכסף הקצובים של האנס, וככל הנראה הוא נקבע על פי סכום המהר הנהוג במקום ובזמן. במכילתא דר"י אנו עדים לניסיון לאחד בין שני התשלומים, ולהפוך את תשלום המהר הנראה במבט ראשון כתשלום נזיל, לתשלום קצוב של חמשים כסף, תשלום זה מקבל במכילתא את השם "קנס", מה שמתאים למשמעותה האטימולוגית של המילה כתשלום קצוב וגזור מראש. במשנה משמש הקנס כאחד מסוגי התשלומים שהאונס והמפתה מתחייבים בהם, לצד תשלומי הבשת, הפגם והצער. הקנס הוא התשלום היחיד שאיננו נקבע בזיקה לנאנסת או למפותה, לעומת שלושת התשלומים האחרים שהם מותאמים לאדם הנדרש לפיצוי, עובדה זו כבר מקנה לתשלום הקנס מעמד שונה משאר תשלומי הפיצוי, אף על פי שביסודו הוא בא לפצות את האב על הנזק הכלכלי שנגרם לו בעקבות העובדה שלא יוכל להשיא את בתו כאשה בתולה.

16. דברים כב, כח-כט'.

17. מכילתא דר' ישמעאל, מסכתא דנזיקין, פרשה יז, מהדורת האראוויטץ-רבין.

השם קנס הופך לשם כולל יותר, של סוגי תשלומים, ברובד מאוחר יותר של תקופת התנאים, שאותו ניתן לזהות מעיון בתוספתא בשבועות:

אנסתה ופיתיתה את בתי והוא אומ' לא אנסתי ולא פתיתי משביעך אני ואמ' אמן חייב ור' שמעון פוטר, שאין משלם קנס על פי עצמו. זה הכלל- כל שהוא קנס ומשלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן חייב. וכל שאינו קנס ומשלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן פטור ואם אמ' נשבע אני חייב בתורה ובשמים פטור¹⁸

"אנסתה ופיתיתה את בתי והוא אומ' לא אנסתי ולא פתיתי משביעך אני ואמ' אמן חייב ור' שמעון פוטר שאין משלם קנס על פי עצמו. זה הכלל- כל שהוא קנס ומשלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן חייב וכל שאינו קנס אין משלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן פטור. האומ' נשבע אני חייב בתורה ובשמים פטור¹⁹

שני הנוסחים המובאים בשני כתבי היד הם מוקשים ביותר, כך למשל הכלל "כל שאינו קנס אין (או לפי כ"י וינה 'ואינו') משלם על פי עצמו", איננו סביר כלל, שהרי מגוף התוספתא ניתן ללמוד שהשאלה לגבי התשלום על פי הנתבע עצמו היא בזיקה לקנס בלבד, ולא נשאלת לגבי תשלומים אחרים, שההנחה לגביהם היא ככל הנראה ההפוכה, שהם דווקא משתלמים על פי עצמו. לכן נראה שיש להגיה את המשפט האחרון "כל שאינו קנס ואינו משלם על פי עצמו", שככל הנראה חלה בו טעות סופר, שמפני אשגרת לשון מהמילה "אינו" שנה אותה פעמיים, והמשפט בעצם אמור לגרוס "כל שהוא קנס ואינו משלם על פי עצמו", ואם כך הגרסה המוגהת היא כזו:

אנסתה ופיתיתה את בתי והוא אומ' לא אנסתי ולא פתיתי משביעך אני ואמ' אמן חייב ור' שמעון פוטר שאין משלם קנס על פי עצמו. זה הכלל- כל שהוא קנס ומשלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן חייב. וכל שאינו קנס ומשלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן חייב²⁰. וכל שהוא קנס ואינו משלם על פי עצמו משביעך אני ואמ' אמן פטור ואם אמ' נשבע אני חייב בתורה ובשמים פטור²¹

18. תוספתא שבועות, פ"ב, ה"ז, על פי כ"י וינה, מובא באתר האינטרנט של אוניברסיטת בר אילן.

19. תוספתא שבועות, פ"ב, ה"ז, מהדורת צוקרמנדל, על פי כ"י ארפורט.

20. משפט זה, השני בתבנית "זה הכלל", ניתן שלא לגרסו בטענה של חזרה מפני הדומות, וכמו כן מהעובדה שאינו מופיע בכ"י ארפורט, אך אין הדבר מעלה ולא מוסיף, מאחר וכלל זה מביא דבר שהוא ככל הנראה מובן מאליו.

21. רדזינר גורס כי יש כאן חדירה משבשת של מושג הקנס לתוך "זה הכלל". רדזינר, קנסות, עמ' 123-126.

ההלכה המובאת בתוספתא היא בעלת שני רבדים תנאיים, האחד הוא זה המיוצג בגוף המחלוקת, והוא הקדום יותר, והשני מיוצג בכלל המשפטי המוסק מהמחלוקת. גוף המחלוקת מדבר על דיני אונס ומפתה באופן פרטי כשחכמים מחייבים במקרה של שבועה, ור"ש פוטר, בטענה שהעובדה שהקנס לא משתלם על פי הנתבע בכל מקום, משמעותה שלא יתחייב במקרה שנשבע. בדבריו המקוריים של ר"ש עדיין משמש השם "קנס" במשמעות של תשלום חמישים הכסף הקצוב השייך לדיני אונס ומפתה בלבד. הרובד המאוחר יותר מפקיע את פרטיותו של הקנס ובתוספת מזערית של המילה "שהוא" יוצר עולם חדש של סוגי חיובים העונה לשם קנס. המושג "שהוא קנס" מופיע בעוד מס' מקורות תנאיים:

[...] בפני בית דין, מלמד שחייב עד שיעמד בדין. ולא בבית דין הדיוטות. על פי עדים, מלמד שכל דבר שהוא קנס אין משלם על פי עצמו²²

שני המקרים המשתייכים לסוג התשלומים המתקראים "קנס", מלבד קנס האונס ומפתה, הם חובת שחרור העבד במקרה של חבלת שנו ועינו, וחייב התשלומים של עד זומם. חובת שחרור העבד בעקבות חבלתו דומה לקנס האונס והמפתה בכך שחובת התשלום במקרה זה מנותקת מהערכת הנזק עצמו, כלומר התשלום איננו נובע מההפסד הכספי שנגרם לעבד בעקבות החבלה בשנו או עינו, אין כאן תשלום הדומה לשאר תשלומי החבלות, הקשורים לחמשה דברים - נזק, צער, שבת, בשת וריפוי. התשלום אותו משלם העד הזומם, גם הוא איננו תשלום פיצויי גמור, שהרי הנזק טרם נגרם²³. אם כן, נראה שסוג התשלומים העונה לשם "קנס" מקבץ תחתיו את התשלומים שאינם מוערכים על פי הנזק שנגרם לצד הניזוק. בתוספתא בשבועות נראה שקיימים תשלומי קנס שמשלמים על פי עדות הנקנס, אך נראה שבשלב מאוחר יותר הפך הכלל להיות מוחלט, כי תשלומים המוערכים בצורה חיצונית למקרה הנזק עצמו אינם משלמים על פי עדות המזיק - "כל דבר שהוא קנס אינו משלם על פי עצמו".

במשנת כתובות שהובאה לעיל מופיע ה"קנס" המקורי, קנס האונס ומפתה, לצד שלושה סוגי תשלומים נוספים, תשלומי הכפל והארבעה והחמישה, ותשלום שלושים הסלעים במקרה של שור שהרג עבד. תשלום שלושים הסלעים, שהוא תשלום קצוב, שאיננו מוערך על פי הנזק שנגרם לעבד המסוים, ותשלום הארבעה והחמישה, שביסודו הוא תשלום שנובע

22. תוספתא (ליברמן), בבא קמא, פ"א ה"ב. עיין גם: תוספתא (ליברמן), בבא קמא, פ"ט ה"כ-כא, תוספתא (צוקרמנדל), מכות, פ"א ה"א

23. לטענתו של רדזינר החלק שני של המשפט בתוספתא במכות "מפני שהוא [...] אינו משלם על פי עצמו" הוא תוספת שיסודה בדברי אמוראים שהוכנסו לגוף התוספתא. רדזינר, קנסות, עמ' 109-110.

מהעובדה שלא ניתן לשום את ערכו הכספי של הנזק, כפי שנתפרש לעיל, מתאימים לצורה שבה הגדרנו את סוג התשלומים העונה לשם "קנס", בכך שגם הם תשלומים הנפרדים ממקרה הנזק עצמו (מה שקשה לומר לגבי תשלום הכפל, שבו הבהמה מוחזרת בעינה). במשנה זו מוכנסים כל התשלומים תחת ההגדרה של "יתר על מה שהזיק". העובדה שבמשנה מופיע תשלום אחד שנקרא קנס במפורש, ולצדו שני תשלומים שמתאימים להגדרה היסודית של מושג הקנס, יוצרת זהות חדשה למושג הקנס, ובעצם מכאן יוצא שכל אותם התשלומים שאינם נישומים על פי ההפסד הנגרם לניזק, אינם חלק מתשלומי הנזק, ואף אינם באים להוציא את המזיק מידי חובת פיצוי הניזק, אלא מידי חובה אחרת. אמירה זו בולטת במיוחד בהקשר של התשלום על העבד, שהרי באופן ברור התרחש במעשה זה נזק, כשמלבד שלושים הסלעים לא קיים תשלום נוסף, ובכל זאת נחשב כ"יתר על מה שהזיק" משמע מכאן שהוא אינו שייך לעולם תשלומי הפיצויים, אלא לעולם הנובע מחיובים אחרים, שהם בעצם חיובים "מדיניי שמים". הכנסתם של תשלומי הכפל ותשלומי הארבעה והחמישה לגדר אותם התשלומים, אף על פי שלא נקראו במפורש כתשלומי קנס, מהווה את הבסיס לזיהוים כקנסות בעולם האמוראים.

מעדות להודאה- סוגיית "המודה בקנס"

המושג "אינו משלם על פי עצמו", המופיע בהקשרים של תשלומי הקנס, העדים הזוממים, שחרור העבד בשן ועין ותשלומי הארבעה והחמשה, הוא מושג ששייך לתחום דיני העדות. מלמד על כך יותר מכל השימוש במילים "על פי", שהן מילים המשמשות, גם בלשון המקראית וגם בלשון התנאית, לתאר את המקור שעליו מסתמכים הדיינים כדי לברר את המקרה הנידון, כך למשל:

לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא על פי שני עדים

או על פי שלשה עדים יקום דבר²⁴

אם כן המלים "על פי" מגיעות תמיד ביחס למקור המידע המשפטי, בין אם הוא מקור מידע קביל מבחינה משפטית ובין אם הוא איננו קביל, ומכאן שהעילה לכך שאדם לא יתחייב על פי עדות עצמו היא העובדה שהוא איננו נאמן מבחינה משפטית, ולכן מזכירה המשנה את מקרה זה בנשימה אחת עם מקרה שבו קיים רק עד אחד, שעל פיו לא יקום דבר, מפני שאין לעדותו תוקף משפטי. תחילת הסוגיה בעצם עוסקת בדיוק במקום הזה ומבררת את משמעות ההשוואה בין עדות עד אחד לעדות הגנב:

24. דברים יט', טו'. בבא קמא דף עד ע"ב, לעיל הערה 8.

על פי עד אחד פשיטא אמרי הא קמ"ל ע"פ עצמו דומיא דע"פ עד אחד- מה ע"פ עד אחד כי אתי עד אחד מצטרף בהדיה מיחייב, ע"פ עצמו נמי, כי אתו עדים מיחייב. לאפוקי מדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור²⁵

סוגיה קצרה זו הפותחת את הדיון בשאלת "המודה בקנס", עוסקת בבירור משמעות פשוטה של משנה, וגורסת כי העובדה ששני המקרים, העדאת עד אחד ולחילופין העדאת הנתבע על עצמו, נשנו בסמוך זה לזה, מלמד על זהות דינית ביניהם- זהות זו מתמקדת בהבנה שחוסר נאמנותם גורר בעצם אך ורק חוסר יכולת לחייב, מפני שהמצב כאן דומה למצב שבו עוד לא ניתנה עדות כלל, ולכן אם יבואו עדים מאוחר יותר, יהיה בכוחם לחייב את הנתבע. הסוגיה, שמבארת בפשטות את משנתנו, באה להוציא מכלל אפשרות את הפסיקה האלטרנטיבית, המופיעה כבר במימרא קדומה של רב "מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור". הצבת מימרה זו ביחס למשנתנו יוצרת התייחסות חדשה לעולם תשלומי הכפל. השימוש הלשוני המחודש במושג "קנס" ביחס לתשלומי הכפל מלמד אותנו על התייחסות שונה למוקד החיוב עצמו, שהוא כבר איננו פיצויי בלבד, אלא משלב שני חיובים, פיצויי ועונשי. פרט לשינוי זה ישנו שינוי טרמינולוגי נוסף, מ"על פי עצמו" ל"מודה". בעוד ש"על פי עצמו" הוא מונח השייך לתחום דיני העדות, מונח ההודאה שייך לתחום דיני השבועות. שינוי זה גם הוא יסודו בהתייחסות לתשלום הכפל כתשלום שמקור חיובו הוא כלפי שמים. תת הסוגיה אמנם יוצאת חוצץ כנגד פסיקתו של רב, אך עצם התייחסותה למימרה מלמדת על כך שגם בעלי סוגיה זו מתייחסים לתשלום הכפל כאל תשלום המתחלק לשני חיובים שונים²⁶.

המשך הסוגיה דן בגוף מימרת רב עצמה, ובכך הופך לדיון שאיננו מרוכז דווקא בתשלומי הכפל אלא בכלל התשלומים הנחשבים לקנסות. תת הסוגיה הבאה עוסקת בשחרור עבד בשן ועין, חיוב הנקרא "קנס" גם בספרות התנאית, וממנו מבקש רב חסדא להקשות על מימרת רב:

גופא, אמר רב הונא אמר רב: מודה בקנס ואח"כ באו עדים - פטור.

25. בבא קמא דף עד:.

26. הריצ"ד טוען שהכנסתה של סוגיה זו למכלול הסוגיות הנידונות נובעת מהרצון של מסדרי הגמרא להביא את מכלול ההתייחסויות למימרת רב, אלו השוללות אותה ואלו המחייבות אותה כאחד: "לבעלי השקלא וטריא מכאן עד לקמן גופא אמר רב הונא וכו' פשיטא להו דמשנתנו היא לאפוקי מדרב הונא אמר רב ולקמן בעמוד הסמוך מביא הש"ס דרב אשי הוכיח ממשנתנו לסיוע לדרב הונא אמר רב אליבא דרב המנונא ומזה יוצא לנו כי מסדרי ש"ס זה העתיקו כל המשא ומתן על עיקר מימרא דרב הונא אמר רב אחר השקלא וטריא שלפנינו כאן לאשמועינן שמסקנא דשקלא וטריא זו נדחה ממילא". בתוך הרב יוסף צבי דינר, חידושי הריצ"ד לסדר נזיקין, עמ' עה. להלן ריצ"ד, נזיקין.

איתיביה רב חסדא לרב הונא: מעשה בר"ג שסימא את עין טבי עבדו, והיה שמח שמחה גדולה; מצאו לר' יהושע, אמר לו: אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות? אמר לו: למה? א"ל: שסמיתי את עינו, אמר לו: אין בדבריך כלום, שכבר אין לו עדים;

הא יש לו עדים - חייב, ושמעינן מינה: מודה בקנס ואח"כ באו עדים - חייב! א"ל: שאני ר"ג, דלא בפני ב"ד אודי.

והא ר' יהושע אב בית דין הוה! שלא בבית דין הוה קאי.

והתניא, אמר לו: אין בדבריך כלום, שכבר הודית;

מאי לאו תנאי היא, האי תנא דאמר שכבר אין לך עדים, סבר: מודה בקנס ואחר כך באו עדים - חייב, והאי תנא דאמר שכבר הודית, סבר: מודה בקנס ואח"כ באו עדים - פטור! לא, דכ"ע - מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, ובהא קמפלגי, האי תנא דאמר שכבר [אליבא דכ"י אסקוריא] והמבורג: שהרי אין לך עדים, סבר: חוץ לב"ד הוה, והך תנא דאמר שכבר הודית, סבר: דין הוה.

הסיפור מובא גם בירושלמי בנוסח מעט שונה:

מעשה ברבן גמליאל שהפיל שן טבי עבדו אתא גבי דרבי יהושע אמר ליה טבי עבדי מצאתי עילה לשחררו. אמר ליה ומה בידך, ואין קנסות אלא בעדים ובבית דין

רב חסדא מקשה על דברי רב מעמדתו של ר' יהושע במעשה הנדון, ולפיה, העובדה שטבי איננו משתחרר על פי עדותו של רבן גמליאל, נובעת מהעובדה שאין לו עדים, ובמילים אחרות, להודאתו של ר"ג אין כל כח משפטי לחייב אותו בשחרורו של עבדו, ולכן מדיוק סביר בדבריו של ר' יהושע, נסיק שבמקרה שיבואו עדים לאחר מכן, יתחייב רבן גמליאל בשחרורו. גירסת הירושלמי לדברי ר' יהושע, "ואין קנסות אלא בעדים ובבית דין", מחריפה את קושייתו של רב חסדא²⁷, שהרי נוסח זה מצביע באופן מובהק על הבעייתיות בתקפות המשפטית של הודאתו של רבן גמליאל, ופרשנותו בצורה שתראה את ההודאה כפוטרת תצריך יצירתיות יתירה. בחירתם של בעלי הסוגיה לנסח את טענת ר' יהושע בצורת "שכבר [שהרי] אין לו עדים", נותנת פתח לשתי האפשרויות הפרשניות, ומלמדת על מגמתם לחזק את הכיוון הרואה בהודאה כמעשה משפטי הפוטר את הנתבע מחיובו.

27. על השינוי שבין שני הנוסחים עמדו גם הריצ"ד ורדזינר. ריצ"ד, נזיקין, עמ' עה. רדזינר, קנסות, עמ' 311-

תשובתו של רב הונא לקושייתו של רב חסדא מסתכמת במילים "שאני ר"ג, דלא בפני ב"ד אודי", ובכך הוא בעצם משלים את המהפכה הרואה במעשה ההודאה כמעשה בעל תוקף משפטי- כדי שההודאה תקבל את תוקפה היא חייבת להיעשות בבית דין. המשך הדיון שמקיימים בעלי הסוגיה מחרף את הכיוון שרב הונא מתחיל בו. בתחילה מובא נוסח נוסף הגורס בדברי ר' יהושע "אין בדבריך כלום, שכבר הודית", נוסח שמתיישב ביתר קלות עם דברי רב הונא, ונעשה ניסיון להציב את המחלוקת ככזו שמקורה במחלוקת תנאים קדומה, בין בעלי שני הנוסחים. ניסיון זה אינו צולח בגלל מגמתם של בעלי הסוגיה ליישב את מימרתו של רב הונא כדעת כל התנאים, ולכן הם שבים לטיעון המעמיד את דברי התנא הגורס "שהרי אין לו עדים"²⁸ במצב שבו ההודאה היתה מחוץ לבית הדין. לאחר סיפורו של רבן גמליאל מובאת תת הסוגיה שמהווה ככל הנראה את הסוגיה הגרעינית, שיסודה במחלוקת רב ושמואל לגבי שאלת "מודה בקנס ואח"כ באו עדים", סוגיה זו מתחילה בבירור מקורותיהם של שתי העמדות:

איתמר: מודה בקנס ואח"כ באו עדים- רב אמר: פטור ושמואל אמר: חייב.
 אמר רבא בר אהילאי: מאי טעמא דרב? אם המצא בעדים תמצא בדיינין, פרט למרשיע את עצמו; למה לי? מאשר ירשיעון נפקא! אלא ש"מ מודה בקנס ואח"כ באו עדים- פטור.
 ושמואל? אמר לך: ההוא מבעי ליה לגנב עצמו, כדתנא דבי חזקיה.

רבא בר אהילאי, אמורא מהדור החמישי, מבקש להטעים את דינו של רב, הנראה מוקשה על בסיס המקורות התנאיים, מתוך מדרש הלכה לפסוק העוסק בתשלומי הכפל- "אם המצא תמצא בידו הגנבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם". רבא בר אהילאי מביא דרשה המסיקה את דרך הרשעת הגנב והוכחת פשיעתו מהמילים "המצא תמצא", המלמדות, לדידה, על הצורך בעדים ודיינים בכדי להרשיע את הגנב, מה שממעט את זה "המרשיע את עצמו", שאיננו נכנס תחת הכותרת של עדים הכשרים להעיד. עד כאן, נראית דרשה זו כממשיכה את הקו התנאי הרגיל, ולפיו המעיד על עצמו אינו מתחייב מכיון שאין לעדותו תוקף משפטי, אך כאן מכניס רבא בר אהילאי פסוק נוסף שממנו ניתן היה להסיק מסקנה זהה, פסוק המשתייך לתחום דיני השומרים- "[...] עד האלהים יבא דבר שניהם אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו", השימוש במילים "אשר תרשיעון", מלמד, אליבא דרבא בר אהילאי, כי יש צורך

28. נראה שיש לומר שגרסת הדפוס גם היא מתאימה יותר לדברי רב הונא, וגירסת כתבי היד תואמת יותר את גישת הירושלמי, הנראית כמייצגת את הסיפור המקורי.

בעדות חיצונית בכדי להרשיע את השומר שפשע, וכפילות המקורות המלמדים על הצורך בעדים בכדי להרשיע מחדשת כי זה שהעיד על עצמו ואח"כ באו עדים פטור. הגרסה המקורית לדרשה בה משתמש רבא בר אהילאי מופיעה, במכילתא דרשב"י:

ואף על פי שלא בשבועה יכול ישלם על פי עצמו ודין הוא חייב כן וחייב בבעל הבית מה מצינו בבעל הבית אין משלם על פי עצמו [אף זה לא ישלם על פי עצמו] ועוד קל וחומר <ו>מה בעל הבית שמשלם חומש ואשם אין משלם על פי עצמו זה שאין משלם [חו]מש ואשם אינו דין שלא ישלם על פי עצמו לא אם אמרת בבעל הבית שאין משלם אלא לאחר שבועה תאמר בזה שמשלם לפני שבועה ולאחר שבועה הואיל ומשלם לפני שבועה ולאחר שבועה ישלם על פי עצמו ת"ל ימצא אין ימצא בכל מקום אלא בעדים.²⁹

"ר' שמע' אומ' אם לאו מה חטא מפקיד שאם הודה מפי עצמו יכול יהא משלם תשלומי כפל על פי עצמו ת"ל אשר ירשיעון אלהים על פי בית דין משלם תשלומי כפל ואין משלם תשלומי כפל על פי עצמו³⁰

המדרש המקורי על המילים "המצא תמצא", בא ללמד, כפי שנראה גם מצורתו של המדרש בסוגיה, שהגנב יורשע רק על פי עדות בעלת תוקף משפטי. ההבדל המרכזי בין המדרש המקורי למדרש כפי שהוא מובא בדברי רבא בר אהילאי הוא המשפט "פרט למרשיע את עצמו". נראה שמשפט זה הוא איננו מגוף הדרשה המקורית, והוא חידוש מדברי רבא בר אהילאי עצמו. הוספת משפט זה נותנת יתר תקיפות לטענתו, מאחר והביטוי "פרט למרשיע את עצמו", בניגוד ל"אינו משלם על פי עצמו", מלמד שהתחולל מעשה משפטי- הנתבע שמעיד על עצמו באמת מרשיע את עצמו בדין, אך הודאתו איננה גוררת אחריה חיוב, מה שמהווה את הבסיס להמשך הטענה, ולפיה אין כל משמעות לשאלה האם יבואו עדים לאחר מכן.

מדרש ההלכה המקורי על הפסוק השני שבו עוסקים דברי רבא בר אהילאי מביא את הביטוי "הודה מפי עצמו". ביטוי זה איננו מופיע במדרש המקורי על "המצא תמצא", ומבחינת השפה שבה הוא נוקט הוא מתאים יותר לשפת הסוגיה, הרואה בעדותו של הנתבע כהודאה, כמעשה משפטי. עם כל זאת, הביטוי מופיע כאן בהקשר הרבה יותר טבעי, שהרי הפרשיה דנה בהקשרים של חיוב שבועה- "[...]ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת

29. מכילתא דרשב"י (אפשטיין- מלמד), שמות כב', ג'.

30. שם, שם, ח'.

רעהו [...] עד האלהים יבא דבר שניהם אשר ירשיען אלהים [...]". אם כן, נראה שהמדרש עוסק בחיוב שלאחר כפירת שבועה, בדומה למשניות שבועות דלעיל. ההשוואה שעושה רבא בר אהילאי גם היא יוצרת, כהמשך ישיר למימרתו של רב, את דימויו של תשלום הכפל כתשלום הנובע מחיוב כלפי שמים. ההסבר האלטרנטיבי שמביאים בעלי הסוגיה בשם שמואל מקבל את עצם ההשוואה שעושה רבא בר אהילאי בין שתי הפרשיות, אך גורס כי המילים "המצא תמצא" באות ללמד את עצם חיובו של הגנב בתשלומי הכפל. לפי הסבר זה, שמואל מקבל את העיקרון ולפיו תשלום הכפל הוא תשלום קנסי, אך חולק על האמירה כי הודאת הנתבע מפקיעה מבית הדין את יכולתו להרשיע אותו. דבר זה מתבטא אף בניסוח המחלוקת בראש הסוגיה - "מודה בקנס ואח"כ באו עדים - רב אמר פטור ושמואל אמר חייב", שנראה ממנו כי שמואל מסכים לעצם השימוש במילה "הודאה" ביחס לעדות הנתבע.

הקטע הבא בסוגיה מבקש לתמוך את מימרתו של רבא במשנה בשבועות:

אמר לאחד בשוק היכן שורי שגנבת והוא אומר לא גנבתי והעדים מעידין אותו שגנבו משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה ראה עדים שממשמשיין ובאין אמר גנבתי אבל לא טבחתי ולא מכרתי אינו משלם אלא קרן:³¹

איתיביה רב לשמואל: ראה עדים שממשמשים ובאים, ואמר גנבתי אבל לא טבחתי ולא מכרתי - אינו משלם אלא קרן! אמר ליה: הכא במאי עסקינן - כגון שחזרו עדים לאחוריהם.

והא מדתני סיפא, רבי אלעזר בר' שמעון אומר: 'בואו עדים ויעידו, מכלל דתנא קמא סבר: לא!

אמר ליה שמואל: לאו איכא ר' אלעזר בר' שמעון דקאי כוותי? אנא דאמרי כר' אלעזר בר' שמעון.

לשמואל ודאי תנאי היא, לרב מי לימא תנאי היא? אמר לך רב: אנא דאמרי אפי' לרבי אלעזר בר' שמעון, עד כאן לא קאמר ר' אלעזר בר' שמעון התם - אלא משום דקא מודי מחמת ביעתותא דעדים, אבל הכא דמודה מעצמו, אפי' ר' אלעזר בר' שמעון מודה.

המשנה בשבועות קשה ביותר, מפני שהיא איננה עוסקת כלל בהקשר של הפרק שבו היא מצויה - חיוב קרן חמש ואשם במקרה של כפירת שבועה, ולכן נראה שלפחות בגירסתה

31. משנה שבועות פ"ח מ"ד.

הנוכחית היא איננה מגוף משנת רבי. בהמשך הסוגיה קורא רב אשי למשנה "ברייתא", מה שמעמיד בספק נוסף את היותה משנה הכלולה בגוף המשניות, וכך כותב עליה הריצ"ד:

בבא זו איתא לפנינו בשבועות מ"ט ע"א במשנה בבבלי ובירושלמי ומקומה שם נסתר ונעלם דהא אין לה שייכות כלל להדברים שהמשנה שונה אותם [...] וכאן שמעינן בהדיא שעדיין בימי רב אשי לא גרסי לה במשנה שם דהא רב אשי מביאה בשם ברייתא³²

אם כן, נראה לומר שהקושיה היא מדברי בעלי הסוגיה והובאה בצורת "אמר לך רב". מקור זה מתאר מצב שבו העיד הנתבע על עצמו לאחר שראה עדים שבאים להעיד עליו, והדין הוא שאינו משלם קרן. מצב זה באופן סביר מתפרש כמצב שבו העדים יגיעו לבסוף לבית הדין, שהרי מוכח שהם בנמצא, ומכאן הוכחה לרב, שהדין הוא שמשלם קרן אף על פי שעתידים העדים להגיע, ובעצם אמירתו של הנתבע מהווה גמר דין. שמואל פורך את קושיית רב בטענה שמדובר פה במצב שבו העדים לא ממשו את כוחם ולא באו להעיד בסופו של דבר, ואם כן משלם קרן בשל העובדה שעוד לא באו עדים. במצב זה מביאים בעלי הסוגיה את סיפת הברייתא (שאיננה מצויה בשום מקור נוסף מלבד סוגייתנו), הגורסת את דברי ר' אלעזר בר' שמעון, שלטענתו "יבואו עדים ויעידו", ומכלל הן- שסובר שבמקרה שיבואו עדים יתחייב בכפל, אנו לומדים לאו- דעתו של ת"ק, החולקת על דברי ראב"ש, ולפיה חתמה עדותו של הנתבע את הדין. בעלי הסוגיה מסיימים את הדיון בברייתא בהעמדת דברי ראב"ש כמתיישבים עם דעת רב, בטענה שראב"ש מקבלת את עדותם של העדים אך ורק במקרה זה, שבו הודאתו של הנתבע היתה בעקבות יראתו מכך שיבואו העדים להעיד עליו, ומכאן שאין כאן הודאה אמיתית וניתוק אמיתי מחטאו, ואיננה נחשבת כהודאה לפוטרו במקרה שיבואו עדים. העמדת דברי ראב"ש ב"דקא מודי מחמת ביעתותא דעדים", מוסיפה עוד קריטריון להודאה- ההודאה חייבת להיות אמיתית, שהרי היא מוציאה את האדם מידי חובתו כלפי שמים, האדם חייב להתחרט באמת ובתמים על מעשיו.

המשך הסוגיה מוסיף דיון נוסף על הקריטריונים להפיכת ההודאה למעשה קביל מבחינה משפטית, והוא ההתחייבות בתשלום ממשי, בנוסף להודאה עצמה:

32. ריצ"ד, נזיקין, עמ' עו.

אמר רב המנונא: מסתברא מילתיה דרב באומר גנבתי ובאו עדים שגנב - פטור, שהרי חייב עצמו בקרן, אבל אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב, וחזר ואמר טבחתי ומכרתי ובאו עדים שטבח ומכר - חייב, שהרי פטר עצמו מכלום.
אמר רבא: [קפחתי] לסבי דבי רב, דהא רבן גמליאל פוטר עצמו מכלום הוה, וקאמר ליה רב חסדא לרב הונא ולא קא משני ליה.
איתמר נמי, אמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן: גנבתי ובאו עדים שגנב - פטור, שהרי חייב עצמו בקרן, אבל אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב, וחזר ואמר טבחתי ומכרתי ובאו עדים שטבח ומכר - חייב, שהרי פטר עצמו מכלום.

רב המנונא, תלמידו של רב מוסיף בדבריו אלמנט נוסף בדיני הודאה, המתמצה במילים "שהרי חייב עצמו". רב המנונא יוצא מנקודת הנחה ולפיה הודאתו של הנתבע איננה מספקת כדי לפוטרו במקרה שבאו עדים, היא זקוקה למקום של חיוב כספי נוסף שבו הוא מתחייב גם ללא העדים. נראה לומר שהחיוב הכספי גם הוא בא להוכיח על אמיתותה של ההודאה - יש כאן מעין "מיגו", שהרי יכול היה לטעון שלא עשה דבר, ועל מקורה - החיוב של האדם כלפי שמיא נובע מפגיעתו בצלם אלקים, באדם האחר, לכן חייבת ההודאה לבוא בד בבד עם תשלום הפיצוי, שהחלק הקנסי שבתשלום הכפל ביסודו בא כתוצאה מהנזק שנגרם לאדם האחר. רבא, לעומת רב המנונא, מבקש לטעון כנגד הכלל שבמקרה "שפטר עצמו מכלום" אין הודאתו הודאה, על יסוד מעשה רבן גמליאל שהובא בתחילת הסוגיה, שהרי נימוקו של רב הונא לא השתמשו בכלל זה. בעלי הסוגיה אינם פורכים את קושייתו של רבא (אולי בגלל רצונם להשאיר על כנם את נימוקו של רב הונא במעשה ר"ג, שהרי הוא חשוב למהלכה של הסוגיה), אך מביאים מימרה נוספת מדור האמוראים הראשון, בשם ר' יוחנן, הגורסת את כלל "שהרי פטר עצמו מכלום", מה שנותן תוקף נוסף לאמירתו של רב המנונא.

בהסתכלות על הסוגיה ממעוף הציפור ניתן להצביע על מגמה חשובה ביותר בדרכם של בעלי הסוגיה - העתקת עדות הנתבע על עצמו מתחום דיני העדות, שבו היא מתאפיינת כמחוסרת כל תוקף משפטי, לתחום מחודש של דיני הודאה, שבהם עדותו של הנתבע מהווה מעשה משפטי ממשי. העתקה זו מקורה בדבריו של רב, שאליבא דבעלי הסוגיה נפסקים להלכה. העתקה זו נובעת גם מראייה מחודשת על תשלום הכפל כתשלום המוציא את הגנב מידי חובת שמים, ולכן ההודאה אף גוררת קריטריונים המוכיחים על כנותה. הסוגיה מתחילה בהכנסתה של ההודאה לבית הדין, ובהפיכתה למעשה משפטי, בהעמדת מעשה ר"ג שלא בבית דין, וממשיכה ביצירת הקריטריונים של "מחמת ביעתותא דעדים" ו"שהרי פטר עצמו מכלום", שמלמדים על כנותה של ההודאה ועל מחויבותו של הנתבע לנגב.

עיצוב דין "המודה בקנס" בספרות הראשונים

כפי שראינו, בעלי הסוגיה מעצבים את דין ההודאה על ידי קביעת הלכות מסוימות הנוגעות לו, המסתכמות בהעמדת ההודאה ככזו שחייבת להיעשות בבית דין, וחייבת לחייב אתהאדם בתשלום כספי מסוים. בסוגיה גם קיימת האוקימתא של "מחמת ביעתותא דעדים", אך בסוגיה עצמה היא באה להוכיח את התיישבותם של דברי רב עם דעת המיעוט של ר' אלעזר ברבי שמעון, ומכאן שלדעת חכמים, שלא הועמדו במקרה זה, אף אינם סוברים אותו, ולדידם גם במקרה של הודאה מיראה, עדיין תיחשב ההודאה לקבילה.

הראשונים משתמשים בעקרונות הללו בכדי לעצב, כל אחד על פי תפיסתו, את דין ההודאה בקנס. הרי"ף מביא את הסוגיה בהלכותיו בצורה הבאה:

איתמר מודה בקנס ואחר כך באו עדים רב אמר פטור ושמואל אמר חייב אמר רב המנונא מסתברא מלתיה דרב באומר גנבתי ובאו עדים שגנב שהרי חייב עצמו בקרן אבל אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב וחזר ואמר טבחתי ומכרתי ובאו עדים שטבח ומכר שהרי פטר עצמו מכלום איתמר נמי אמר ר' חייא בר אבא א"ר יוחנן גנבתי ובאו עדים שגנב פטור שהרי חייב עצמו בקרן וכן הלכתא:³³

הרי"ף פוסק להלכה כי המודה צריך לחייב את עצמו בתשלום כלשהו כדי להיפטר מהקנס, אך משמיט בהלכותיו את כל הדיון על מעשה רבן גמליאל, שבו מופיעה ההעמדה שלפיה צריכה ההודאה להיעשות בבית דין, כדי לשוות לה מעמד של מעשה משפטי, ונראה אולי שמשמעות השמטה זו תתברר ביתר דיוק מעיון בדברי הרמב"ם:

מי שהודה בקנס ואחר כך באו עדים, אם הודה בתחילה בפני ב"ד ובבית דין פטור, אבל אם הודה חוץ לבית דין או שהודה בפני שנים בלבד ואחר כך באו עדים הרי זה משלם קנס על פיהם.

כיצד, הודה בבית דין שגנב ואחר כך באו עדים שגנב פטור מן הכפל שהרי חייב עצמו בקרן קודם שיבואו עדים, אבל אם אמר לא גנבתי שפטר עצמו מן הכל ובאו עדים שגנב וחזר ואמר בבית דין טבחתי או מכרתי אם באו עדים אחר כך שטבח או מכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה לפי שפטר עצמו תחילה א מכלום עד שבאו העדים.

34

33. רי"ף על מסכת בבא קמא, דף כח.:
34. רמב"ם, משנה תורה, ספר נזיקין, הלכות גניבה, פ"ג, ה"ח-ה"ט.

הרמב"ם פוסק שעדותו של הנתבע צריכה להיעשות "בפני בית דין ובבית דין" ולא "חוץ לבית דין או "בפני שנים בלבד", ומכפילות לשון זו נראה לומר שלדעתו גם במקרה שיעיד בפני שלושה שאינם בבית דין יוכל להיפטר, ובכך בעצם פוסק הרמב"ם כנגד עמדת בעלי הסוגיה במעשה רבן גמליאל, שמעמידים את המקרה "מחוץ לבית דין", ולדידם יש צורך במקום בית הדין עצמו³⁵. נראה שיש לומר כך גם אליבא דשיטת הר"ף, שהרי אם הודה שלא בפני שלושה זוהי אמירה בעלמא, שאין לה שום יסוד משפטי כלל. אם כן, לשיטת הר"ף והרמב"ם ההודאה איננה חלק מתהליך הדין הנורמטיבי המתרחש בתוך בית הדין עצמו, והיא מהווה מעשה וולונטרי בעל תוקף משפטי, וולונטריות זו מתבטאת אף בכך שהגנב מחזיר את הגניבה, ובכך חוסך את התהליך המשפטי כולו. נראה שבשל תפיסה זו, הרואה בהודאה החלטה שמעתיקה את התהליך מתהליך פלילי המתרחש בבית דין, לתהליך וולונטרי בינאישי, מפקיעה גם את כל יסוד הטיעון שיש צורך בהוכחת כנותה של ההודאה, שהרי לא קיים פה חשש מעדים כלל.

לעומת הר"ף והרמב"ם, הראב"ה רואה בהודאה כקשורה לתהליך המשפטי, ולכן פוסק גם את העמדת "מחמת ביעתותא":

כדאמרינן במרובה (עה ע"א) גבי פלוגתא דרב ושמואל גבי מודה בקנס ואח"כ באו עדים. ואפילו רבנן דפליגי עליה דר' שמעון בן אלעזר דפטר[ני] ליה התם בהודאתו היינו משום שלא היה סבור שבאו להעיד, ואע"פ שראה את העדים ממשמשין ובאין שמא לא באו לשם עדות, כדאמרינן בפרק כיצד הרגל (כד ע"ב) אטו מי ידעינן דכל דקאי בבי דינא לאסהודי אתי, אבל השתא דרגילות הוא להחרים ולהשביע על כל בר ישראל היודע לעדות לבא ולהעיד, מחמת ביעתותא דעדים הוא דקא מודה.³⁶

הראב"ה רואה בעיקרון המחייב את כנותה של ההודאה כעיקרון מכוון בדין המודה בקנס, ולכן מסביר את התנגדותם של חכמים לפסילת ההודאה על בסיס זה שהודה "מחמת ביעתותא", בכך שיש כאן ספק- אין אנו יכולים לטעון כי האדם הודה בהכרח מיראתו מפני

35. הרב המגיד עומד על נקודה בעייתית נוספת בדברי הסוגיה, שלידו הצורך העיקרי בדיני קנסות הוא בשלושה, ונראה שר' יהושע היה יחיד: "מי שהודה בקנס וכו'. מ"ש בפני ב"ד מבואר בסוגיא במרובה (דף ע"ד): שאמרו שם גבי ההוא עובדא דר"ג שהודה בקנס לפני ר' יהושע ור' יהושע חוץ לב"ד הוה קאי, אבל מ"ש או שהודה בפני שנים נראה שכוונתו ז"ל אפילו בפני ב' דיינין ואפילו במקום ב"ד לפי שדיני קנסות צריכין ג' מומחין כמבואר בפ"ה מהל' סנהדרין וא"כ ק"ל למה אמר שם ר"י חוץ לב"ד הוה קאי תיפוק ליה דאפי' הוה קאי התם יחיד הוה. ויראה לי דאי הוה קאי בב"ד ודאי היו יושבין עמו ומש"ה איצטריך למימר חוץ לב"ד הוה וקצת נראה כן מפירש"י ז"ל: מגיד משנה שם, שם. ואכמ"ל.

36. ראב"ה, תשובות וביאורי סוגיות, סימן תתקכג, ד"ה ואם נפשך לומר.

העדים, שהרי הוא ראה אנשים, שכל זמן שלא העידו בבית דין עדין לא חל שם עדים עליהם, שהרי תמיד נוכל לומר "שמא לא באו לשם עדות". ועל פי הסבר זה פוסק הראב"ה לזמנו, שבו מאיימים בחרמות על מנת שיבואו אנשים להעיד, ולכן חזקה על אנשים שהיו עדים למקרה ובאים לבית דין שהם באים לשם עדות, שפועל הדין של "מחמת ביעתותא", ואם יודה מחמת יראתו מהעדים, לא תיחשב הודאתו הודאה. אם כן, הראב"ה תופס את דין ההודאה כמעשה משפטי בית דיני גרידא, ולכן חייבת ההודאה להיעשות בבית דין, ולהוכיח את כנותה. לדידו של הראב"ה מהווה ההודאה תחליף לתשלום הקנס – שהרי היא מוציאה את האדם ידי חובת שמים.

סיכום

התהליך שניסיתי להציג בדברי חז"ל, בפיתוח מושג תשלומי הכפל מחד גיסא, ובדין המודה בקנס מאידך גיסא, מלמד על שתי מגמות חשובות. המגמה האחת, זו המעצבת את תשלום הכפל כתשלום הכולל שני חיובים שונים, מלמדת על תפיסה הרואה בפגיעה באדם כפגיעה באלקים. הפגיעה באחר היחיד, זה העומד מולי, מהווה פגיעה באחרות המוחלטת, הקיימת טרם לכל אחרות מיוצגת, ולכן יש בה משום "ממעט את הדמות". תשלום הכפל, על פי התפיסה התנאית האוחרת בא כדי לכפר על מיעוט הדמות האלקית. תפיסה זו אחוזה בקשר הדוק עם ההתפתחות השניה המתחוללת בסוגיה, התהוותה ההודאה כמעשה בעל תוקף משפטי, שהרי אם האדם צריך לתקן את מיעוט הדמות האלקית, ראוי, ואף עדיף שיעשה זאת מתוך הכרעה פנימית, ומתוך רצון לתיקון פנימי עמוק, המתבטא בהודאה ובחרטה על מעשיו. לכן צריכה ההודאה להוכיח על כנותה, ולכן כדי שההודאה תהיה קבילה, צריך להיות גם חיוב מסוים, המאלץ את האדם להסתכל אל תוך פני האחר הנפגע, אל פני הדמות האלקית שמיעט.