

האם תביעת הזכות הכרחית? בין שיח הזכויות לשיח החובות

בנימין פורת

לפרופ' חנינה בן-מנחם,
שהוליכני בנתיבות מחקר
ולמדני אורחות עיון

א. מבוא

על פי הבחנה ידועה, הנידונה בספרות זה למעלה ממאה שנים, המשפט העברי מתייחד בכך שלשונו היא שפת החובות, בשונה מן המשפט המערבי המודרני המורגל בשפת הזכויות.¹ את אבני בניינו המשפטיים חוצב המשפט העברי מסלעי המצווה והחובה. אף כשאנו מוצאים במשפט העברי נורמות הדומות לנורמות המצויות בשיטות משפט מערביות – כגון הגנה על החיים, על שלמות הגוף, על הקניין הפרטי, על הפרטיות – התשתית המושגית שונה. בעוד המשפט המערבי המודרני מציב את בניינו הנורמטיבי על זכויות יסוד חוקתיות, כגון הזכות לחיים והזכות לקניין פרטי, המשפט העברי מבסס את מערכת כלליו על אבני יסוד הלוקחות מעולם החובות, כגון "לא תרצה" ו"לא תגזול".²

1 ראשון שעמד על כך הוא יצחק ברויאר "משפט האישה, העבד והנוכרי" ציוני דרך 57 (התשמ"ב). אין צורך למנות כאן את הרשימה הארוכה של העוסקים בנושא. אסתפק בהפניה למשה זילברג *כך דרכו של תלמוד* 71 (התשכ"ב); Moshe Silberg, *Law and Morals in Jewish Jurisprudence*, 75 HARV. L. REV. 306, 313 (1961); Robert Cover, *Obligation: a Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 J. L. & RELIG. 65 (1987) (=רוברט קובר "'זכות' מול 'חובה': תורת המשפט היהודית של הסדר החברתי" 139 *שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית* (יוסף דוד עורך ושרון כהן מתרגמת (2006)).

2 במאמר זה איני נדרש לשאלה אם קו הגבול המדויק הוא בין המשפט העברי לבין המשפט המערבי המודרני, או בין שיטות המשפט הדתיות (והמשפט העברי בכללן) לבין שיטות המשפט החילונית, או שמא בין שיטות המשפט העתיקות לבין שיטות המשפט המודרניות. על כך ראו Benjamin Porat, *Rights Based Law vs. Duty Based Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JEWISH LAW (forthcoming).

אלא שבנקודה זו מתחדדת השאלה האומנם יש להבחנה זו חשיבות משפטית של ממש. האם יש משמעות מעשית לדילמה אם למסגר את הנורמות המשפטיות כזכויות או כחובות? על פי אקסיומת הקורלטיביות של הופלד, זכות וחובה הן על פי טבען שתי דרכים שונות לתאר אותה מערכת יחסים משפטית.³ לכל זכות יש חובה נגדית, כשם שלכל חובה יש זכות נגדית.⁴ ההבדל בין זכות לחובה משול לשיפוע הררי, שממרגלותיו נראה כעלייה ומפסגתו נראה כמורד. דימוי נוסף הוא של דלת, שמצידה האחד כתוב "דחוף" (חובה) ומצידה השני "משוך" (זכות); הדלת היא אותה דלת אם דוחפים אותה ואם מושכים. לפי קו חשיבה זה, זכות הבעלים לשלמות קניינו והחובה המוטלת על אדם זר שלא לפגוע בקניין הבעלים הן היינו הך. אין הבדל ממשי בין חובת "לא תרצח", המצמיחה את זכותו של אדם שלא יפגעו בחייו, לבין "הזכות לחיים", המנביעה חובה החלה על כולי עלמא שלא לפגוע בחיי אדם.⁵

על אף הקורלטיביות בין זכויות וחובות, אני סבור כי הבחירה אם למסגר את הנורמות כזכויות או כחובות משפיעה על אופייה של השיטה המשפטית. שיטה המאמצת את שפת החובות צפויה להתנהג באופן שונה משיטה שבחרה לה את שפת הזכויות. חרף העובדה שחובה מצמיחה זכות נגדית, וזכות מצמיחה חובה נגדית, יש משמעות מכרעת לשאלה אם נקודת המוצא היא הזכות או החובה. הדבר צפוי להתבטא במגוון רחב של היבטים. כך, למשל, טענתי במאמר קודם כי השאלה כיצד נכריע במקרים של התנגשות בין שתי נורמות שקולות תושפע מן השאלה אם ננסח זאת כהתנגשות בין חובות סותרות או שמה כהתנגשות בין זכויות סותרות.⁶ כמו כן, במאמר אחר טענתי, כי במתח שבין זכויות נגטיביות, כגון הזכות לקניין פרטי, לבין זכויות פוזיטיביות, כגון הזכות לביטחון סוציאלי, שיטות משפט המבוססות על שיח הזכויות תיטינה להעניק יתרון מובנה לזכות

3 WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING 38 (1919). רבים תהו אם לכל חובה יש זכות נגדית ולהיפך. ראו: H. L. A. Hart, *Are There Natural Rights?* 64 PHIL. REV. 175 (1955); David Lyon, *The Correlativity of Rights and Duties*, 4 NOTS 45 (1970); JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 170 (1988); Matthew H. Kramer, *Getting Rights Right*, in RIGHTS, WRONGS AND RESPONSIBILITIES 28 (Mathew H. Kramer ed., 2001); Matthew H. Kramer, *Legal and Moral Obligation*, in THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 179 (Martin P. Golding & William A. Edmundso eds., 2006); Ronen Perry, *Correlativity*, 28 LAW & PHIL. 537 (2009). ברם, עניין זה חורג מגבולות דיוננו כאן.

4 על פי הופלד, זו אקסיומה הנובעת מהגדרת מושגי הזכות והחובה, והיא אינה תלויה בממצאים העולים משיטת משפט מסוימת.

5 במונחי טבלת הופלד, כאן אנו עוסקים בצמד היחסים "זכות וחובה", להבדיל מן היחסים המשפטיים האחרים "חירות והיעדר זכות", "כוח וכפיפות", "חסינות והיעדר כוח".

6 Benjamin Porat, *Deciding Between Contradicting Norms: Rights-Based Law vs. Duty-Based Law and Their Social Ramifications*, AM. J. COMP. L. (forthcoming).

לקניין פרטי ולשאר הזכויות הנגטיביות, ולעומת זאת שיטות משפט המבוססות על שיח החובות תיטינה להעניק הגנה רחבה יותר לצרכי הרווחה של מעוטי האמצעים.⁷ במאמר זה אציג הבדל מערכתי נוסף בין שתי המסורות המשפטיות. הבדל זה נוגע בשאלה מה מידת חשיבותה של תביעת הזכות. האם תביעת הזכות היא רכיב הכרחי לתחולת החובה על הצד שכנגד? לדוגמה, האם יחויב מזיק לפצות את הניזק אף אם הניזק אינו מודע לנזק שאירע ולכן אינו תובע את המגיע לו? או למשל, האם אדם שהיה עד לאירוע חייב ליזום פנייה לבית המשפט כדי להעיד, או שמא חובתו להעיד תלויה בכך שיוזמן להעיד? שיטות משפט המבוססות על שיח הזכויות תיטינה להתנות את קיומה של החובה בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו. הזכות היא נקודת המוצא, ובלא תביעתה פטור הצד שכנגד ואינו חייב ליזום ולממש את חובתו. לעומת זאת, שיטות משפט המבוססות על שיח החובות תיטינה לראות בחובה דבר העומד בפני עצמו, אשר יש הכרח לממשה אם תבע אותה בעל הזכות אם לאו.

טענה זו אינה גורפת. דומה כי הכול יסכימו שיש נורמות שחובה לקיימן אף אם בעל הזכות לא תבען. נורמות אלה תימצאנה בעיקר בזכויות נגטיביות, כלומר זכותו של אדם שלא יגרמו לו רע, כגון שלא יפגעו בחייו, שלא ישללו את חירותו ושלא יזיקו את רכושו. כך, למשל, זכותו של אדם לחיים ודאי אינה תלויה בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו, ולפיכך האיסור על רצח חל באותה עוצמה גם כשאדם ישן או חסר-הכרה ואינו יכול לתבוע את זכותו. יתרה מכך, רבים יסכימו כי האיסור על רצח יעמוד בעינו אף אם אותו אדם מוותר על זכותו ומעוניין בסיום חייו.⁸ הוא הדין בחובה שלא לפגוע ברכושו של אדם, שהדעת נותנת כי תחול גם אם הבעלים אינו בסביבה כדי לתבוע את זכותו להגנה על קניינו הפרטי. לעומת זאת, כאשר מדובר בזכויות פוזיטיביות, שענינן זכותו של אדם לקבלת דבר המגיע לו, כגון פירעון חוב או פיצויים בגין הפרת חוזה, יש לדון אם תביעת הזכות הכרחית. השאלה שביסוד מאמר זה אינה אם שיטה פלונית יכולה להכיר בחובות שאינן תלויות בתביעת בעל הזכות, אלא אם היא צפויה להכיר בחובות שכאלה. לטענתי, שיטות משפט המבוססות על שיח החובות, כדוגמת המשפט העברי, צפויות להכיר במספר רב יותר של חובות שאינן תלויות בתביעת בעל הזכות, ואילו שיטות משפט המבוססות על שיח הזכויות צפויות להכיר במספר קטן של חובות שאינן תלויות בתביעת בעל הזכות. כעניין של ניבוי, הנכון במרבית המקרים אך לא ככולם, מסגור הנורמות באמצעות שיח הזכויות יטה את הכף לטובת הכרה בחובות

7 בנימין פורת "הזכות לקיום בכבוד בראי המשפט העברי: מעמדה החוקתי" משפטים נא 383 (התשפ"ב).

8 על כך ראו למשל Joseph Raz, *Human Rights in the Emerging World Order*, 1 TRANSNAT'L LEGAL THEORY 31, 38 (2010). השוו למשל עם סעיף 15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, המאפשר לרופא לכפות על חולה טיפול רפואי מציל חיים. ראו מאיה פלד-רוז "אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב לטיפול מדעת" הפרקליט נג 61 (התשע"ד).

התלויות בכך שהצד שכנגד יתבע את זכותו, ואילו מסגורן באמצעות שיח החובות יטה את הכף לטובת הכרה בחובות שאינן תלויות בתביעת בעל הזכות.

לאמיתו של דבר, גרעין הטענה של מאמר זה ניתן להימצא כבר בניתוחו המפורסם של רוברט קובר את ההבדל שבין שיח הזכויות של המשפט המודרני לבין שיח החובות של המשפט העברי. אחת הדוגמאות שקובר דן בהן היא הנגדה בין פסק־דין של בית המשפט העליון האמריקאי לבין הלכה אחת ברמב"ם, העוסקים שניהם בלבוש הצדדים הנידונים בפני בית המשפט.

במשפט האמריקאי מקובל כי כאשר אסיר נחשד בביצוע פשע נוסף, יש לו הזכות להופיע בפני חבר המושבעים בבגדים אזרחיים. זאת כדי למנוע דעה קדומה של המושבעים, העלולים להיות מושפעים לרעה מכך שהנידון לבוש בגדי אסיר. בהקשר זה קבע בית המשפט העליון, כי הזכות להופיע בבגדים אזרחיים מותנית בכך שהאסיר יתבע את זכותו. אם הלה התרשל ולא תבע את זכותו אין לבטל את ההכרעה שניתנה לרעתו, שכן חובתו של בית המשפט להבטיח את הופעתו של האסיר בבגדים אזרחיים מותנית בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו:

An accused should not be compelled to go to trial in prison or jail clothing [...] Courts have therefore required an accused to object to being tried in jail garments, just as he must invoke or abandon other rights [...] Once a defendant has the assistance of counsel, the vast array of trial decisions [...] rests with the accused and his attorney.⁹

המשפט העברי אומנם לא עסק בסוגיה זו ממש, אולם הוא דן בעניין קרוב. על פי הלכה ידועה, בהליך אזרחי על התובע והנתבע להופיע בפני בית הדין בלבוש מאיכות דומה, כדי למנוע הטיית דעתו של הדיין לטובת האדם נשוא הפנים. וכך פסק הרמב"ם:

מצות עשה לשפוט השופט בצדק שנאמר "בצדק תשפוט עמיתך", אי זהו צדק המשפט? זו השויית שני בעלי דינין בכל דבר [...]

שני בעלי דינין שהיה אחד מהם מלובש בגדים יקרים והשני מלובש בגדים בזויין, אומר למכובד או הלבישהו כמותך עד שתדון עמו או לבוש כמותו עד שתהיו שוין אחר כך תעמדו בדין.¹⁰

9 Estelle v. Williams, 425 U.S. 501 (1976).

10 משנה תורה, הלכות סנהדרין כא, א-ב. אומנם לדעת המהרשד"ם, חובה זו היא מלכתחילה, ואין בהפרתה כדי לבטל את פסק הדין. ראו שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, ב. להרחבה ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני ב 549 (התשע"א); הרב שלמה שפירא "השוואת בעלי הדין – ייצוג משפטי" שורת הדין יג עמ' שמג, שמד (התשס"ח).

על פי ניתוחו של קובר, הלכה זו מנוסחת כחובת הדיין ולא כזכותו של הצד העני. חובה זו אינה תלויה בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו. לפיכך, גם אם הצד העני לא יתבע את השוויית בגדיו עם אלה של הצד שכנגד, בכל זאת חובתו של הדיין לוודא שכך אכן יקרה עומדת בעינה. דוגמה זו מלמדת על כך שהמשפט האמריקאי מכונן "תלות כמעט מוחלטת בבעלי הדין ובנציגיהם הטוענים למען 'זכויותיהם הצודקות', ולא בשופטים ובמחויבותם להגינות".¹¹ זאת בשונה מן המשפט העברי, שבו יש נטייה לראות בחובה המוטלת על בית הדין גורם המבטיח את ההגנה על אינטרס הצדדים אף אם הללו אינם תובעים את זכויותיהם.¹²

דוגמה זו שהביא קובר אינה עניין אנקדוטלי. היא מייצגת תופעה משפטית רחבה, שניתן לעקוב אחריה בסוגיות משפטיות רבות ומרכזיות. לאורך המאמר אנתח כמה הלכות מעולמו של המשפט העברי תוך השוואתן לדיונים משפטיים בני זמננו ואדגים את השפעת ההבדל בין שיח הזכויות לבין שיח החובות על דרכי עיצובן של הנורמות, בדגש מיוחד על השאלה אם תביעת הזכות הכרחית. מכיוון שמטרתי במאמר זה מושגית, ולא היסטורית, איעזר במקורות הלקוחים מתקופות שונות בעולמו של המשפט העברי, אשר ככולן נוכח באופן בולט שיח החובות. תוך כדי הילוך הדברים אעמוד גם על דוגמאות נגדיות, המלמדות לכאורה על תמונה הפוכה ומחייבות ראייה מורכבת יותר של הדברים. לקראת סופו של המאמר אנתח את השפעתו של ההבדל הניצב במקד המאמר על יחסי ההליך הפלילי וההליך האזרחי תוך השוואת המשפט העברי והמשפט בן זמננו. אחתום את המאמר בניתוח השורשים של התופעה הנידונה בו, ובעמידה על משמעויותיה ועל השלכותיה. מסקנת הדברים תעלה כי לשיח החובות יתרונות אחדים בצד חסרונות שאין להתעלם מהם, ולפיכך יש טעם לתור אחר הדרך לשלב בין שני סוגי השיח המשפטיים.

ב. פיצויי נזיקין

אדם שנמצא אחראי לגרימת נזק לרכוש חברו חייב לפצות את הבעלים. האם חובת הפיצויים המוטלת על המזיק מותנית בכך שהניזק יתבע את זכותו? האם חלה על המזיק

11 קובר "זכות מול חובה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 146.

12 אומנם גם כמשפט האמריקאי יש זכויות דיוניות המטילות על השופטים חובות שאינן תלויות בתביעה מצד בעל הזכות. כך למשל, התיקון השישי לחוקת ארצות הברית קובע את זכותו של נאשם להיות מיוצג על ידי עורך דין, ומכאן חובתו של השופט לוודא שהנתבע מיוצג כהלכה, ואין השופט יכול לשבת בחיבוק ידיים. ראו William W. Schwarzer, *Dealing with Incompetent Counsel – The Trial Judge's Role*, 93 HARV. L. REV. 633 (1980).

חובה משפטית (ולא חובה מוסרית בלבד) לפצות את הניזק אם זה האחרון אינו מודע לנזק שאירע ולכן אינו תובע את זכותו?¹³

הרעת נותנת שחובתו של אדם שלא להזיק את רכוש חברו¹⁴ אינה תלויה בכך שהבעלים יתבע שלא יזיקו את רכושו. גם אם הבעלים שוהה מעבר לים ואינו כאן לתבוע את זכותו, אסור לאדם להזיק את רכוש חברו. לאור זאת יש לשאול, האם חובת הפיצויים החלה לאחר קרות הנזק אף היא עומדת בפני עצמה, או שמא היא תלויה בכך שהבעלים יתבע את זכותו לקבל פיצויים?

אני סבור כי בנקודה זו צפוי להיות הבדל בין דיני נזיקין המבוססים על שיח הזכויות לבין דיני נזיקין המבוססים על שיח החובות. מסגור הפיצויים כחובת המזיק צפוי לעלות בקנה אחד עם תפיסה שעל המזיק לפצות את הניזק אף אם הלה כלל אינו מודע לנזק שנגרם לו. לעומת זאת, מסגור הפיצויים כזכות הניזק צפוי לתמוך בתפיסה המעניקה משקל רב יותר לתביעת הזכות; המזיק לא יחויב ליזום בעצמו את תשלום הפיצוי כל עוד הניזק אינו תובע את זכותו.

בכתיבה התיאורטית בת זמננו שאלה זו שנויה במחלוקת בין שתי גישות לדיני הנזיקין. הדוגלים בתיאוריית "הסעד האזרחי" (civil recourse) סבורים כי הפיצויים אינם אלא חבות כספית של המזיק לטובת הניזק; הניזק רשאי לגבות את סכום הפיצויים מן המזיק, אולם על המזיק לא מוטלת חובת עשה לפצות את הניזק.¹⁵ זאת בדמיון מה לדין

13 ודוק: אינני דן כאן במזיק אשר פעל באופן אקטיבי להסתיר מהניזק את הנזק שנגרם, על כך ראו למשל פסק הדין האמריקאי BMW of North America, Inc. v. Gore 517 U.S. (1996), 559, אלא במזיק שישב בחיבוק ידיים ולא עשה דבר כדי ליידע את הניזק או כדי לפצותו.

14 זאת בהנחה שיש על אדם חובה שלא להזיק את רכוש חברו. כידוע, לא הכול מסכימים על כך, ויש הסבורים כי אין על אדם חובה שלא להזיק, אלא רק חובה לפצות אם הזיק. שאלה זו חורגת מגבולות היריעה הנוכחית. על כך ראו הבחנתם המפורסמת של מלמד וקלברזי בין הגנה על זכות באמצעות כלל קנייני (property rule), האוסר על המזיק להמשיך בפעילותו, לבין הגנה על זכות באמצעות כלל אחריות (liability rule), המתיר למזיק להמשיך בפעילותו ובלבד שיפצה את הניזק בסכום שנקבע על ידי בית המשפט, Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

דומה כי במשפט העברי הדעה הרווחת היא שיש איסור להזיק, אף שאין זה ברור מה מקורו. ראו למשל משנה תורה, הלכות נזקי ממון ה, א: "אסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק, אפילו לגרום הנזק אסור". וראו השגת הראב"ד, שם. ומפורסמים דברי בעל הטורים, חושן משפט, שעח: "כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו". על כך ראו לאחרונה YUVAL SINAI & BENJAMIN SHMUELI, MAIMONIDES AND CONTEMPORARY TORT THEORY: LAW, RELIGION, ECONOMICS, AND MORALITY 160 (2020).

15 Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 GEO. L.J. 695 (2002-2003) (להלן: זיפורסקי, סעד אזרחי); Benjamin C. Zipursky, *Substantive*

הפליילי, המעניק למדינה כוח להעניש את העברייני, אך אינו מטיל על העברייני חובה להיענש (אלא שבענייננו אין מדובר בכוח להעניש כי אם בכוח לממש חבות כספית).¹⁶ לפיכך, מזיק שאינו משלם לניזק אינו נחשב מפר חובה, אלא כל שיכול הניזק לעשות הוא לרדת לנכסיו ולגבות מהם את החוב. כך, למשל, לדעת זיפורסקי:

There is no statute in tort law imposing a duty to pay [...] liability is required, but the failure to pay is not prohibited by tort law.¹⁷

לפי גישה זו, מטרת הפיצויים היא להעניק לניזק כלים (סעדים) לפעול לתיקון ההפסד שנגרם לו. ככאלה, הם תלויים בכך שהניזק יפעל לממש את זכותו באמצעות תביעת המזיק ובמקרה הצורך ירידה לנכסיו. אין בהם כדי להטיל חובת עשה כלשהי על המזיק. במינוח ההופלדיאני, נוצרה בין המזיק והניזק מערכת יחסים של חבות וכוח, להבדיל ממערכת יחסים של חובה וזכות; למזיק יש חבות כלפי הניזק, ולניזק יש כוח לממש את החוב מנכסי המזיק, אך אין על המזיק חובה לעשות דבר עבור הניזק.¹⁸ וכפי שניסח זאת אומן, אשר הרחיב את הטעוץ לגבי סוגים נוספים של פיצויים, כגון פיצויים בגין הפרת חוזה:

[O]ur law gives plaintiffs the power to extract wealth from defendants but does not impose duties on defendants to compensate those that they have wronged.¹⁹

לכשנדקדק בדבר נמצא כי טענתם של אנשי תיאוריית "הסעד האזרחי" היא הלחמה של שתי טענות-משנה. טענת-משנה ראשונה היא כי לאחר שהנזק התרחש המזיק עדיין אינו חב דבר לניזק. הגורם המחולל את חבות הפיצויים הוא פסק הדין שניתן בבית המשפט לחובתו. לשון אחר: בית המשפט הפוסק פיצויים לניזק אינו מזהה חובה קיימת ומאשר אותה, אלא הוא היוצר את החובה. טענת-משנה שנייה, החשובה יותר לענייננו, היא כי

Standing, Civil Recourse, and Corrective Justice, 39 FLA. ST. U. L. REV. 299, 309 (2011-2012); Nathan B. Oman, *Why There is No Duty to Pay Damages: Powers, Duties, and Private Law*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 137 (2011-2012).

16 על כך ראו שי וזונר "האם עברייני שהורשע חייב לשאת את עונשו? בחינה מחודשת של עבירת הברירה ממשמורת" **ספר אליקים רובינשטיין 1917** (אהרן ברק ואח' עורכים 2021).

17 זיפורסקי, סעד אזרחי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 720.

18 לפי גישה זו, זכות במובנה ההופלדיאני קיימת לניזק כלפי בית המשפט, הזכאי לתבוע מבית המשפט לרון בתביעתו לקבלת פיצויים. ראו זיפורסקי, סעד אזרחי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 738; Stephen A. Smith, *Duties, Liabilities, and Damages*, 125 HARV. L. REV. (2012) 1727, 1728 (להלן: סמית').

19 אומן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 139.

פסיקת פיצויים עניינה חבות כספית המוטלת על המזיק כלפי הניזק, ולא חובת עשה המוטלת על המזיק לפצות את הניזק.²⁰

המצדדים בתיאוריה זו טוענים כי הדין המצוי מאשש את תפיסתם. כך, לדוגמה, מקובל שאם לאחר פסק הדין המזיק מסרב לשלם לניזק את הפיצויים שנפסקו, אזי בית המשפט לא יראה בכך ביזיון בית המשפט המצדיק את מאסר המזיק, אלא יורה לניזק לממש את החוב באמצעות ההוצאה לפועל.²¹ זאת בשונה מאי-קיום צווי עשה של בית משפט, העלול להסתיים בעונש מאסר.²² לדעת אומן, הדבר מלמד כי תשלום הפיצויים אינו חובה המוטלת על המזיק אלא חבות של המזיק כלפי הניזק.²³

20 שתי טענות-משנה אלה אינן מחייבות זו את זו. כך, למשל, לדעת סמית', אומנם החבות בנזיקין היא פועל יוצא של פסק הדין ולא של קרות הנזק, שכן לשיטתו תפקיד הפיצויים הוא הכרה ציבורית בזכותו של הניזק ולפסק הדין יש תפקיד מכוון ביצירת הזכות. עם זאת, לדעתו אין בכך להשפיע על השאלה אם זכות זו ממומשת באמצעות הטלת חובת עשה על המזיק לשלם פיצויים או שמה באמצעות חבות כספית של המזיק לטובת הניזק. ראו סמית', לעיל ה"ש 18, בעמ' 1731.

את הטענה שהחבות בנזיקין היא פועל יוצא של פסק הדין (ולא של קרות הנזק), תומך סמית', בין השאר במשפט האנגלי המוקדם. באנגליה היה מקובל, כי בשונה מתביעה לקיום חוזה, שהותירה לנתבע את הברירה אם לקיים את החוזה או ללכת לבית משפט, בתביעת נזיקין הנתבע היה חייב להופיע בפני בית משפט ולא הייתה לו האפשרות לשלם ולהימנע מלהופיע בפני בית המשפט. לדעת סמית', הדבר מעיד על התפקיד המכוון שיש לבית המשפט ביצירת חבות הנזיקין. ראו סמית', בעמ' 1742.

21 אומן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 152. אומן מציין את מדינת ורמונט כדוגמה חריגה, שבה אי תשלום חוב שנפסק בבית משפט עלול להיחשב ביזיון בית משפט על כל הכרוך בכך.

22 סע' 6 לפקודת בזיון בית משפט. בארה"ב יש מדינות שבהן פסיקת בית משפט המורה לשלם מזונות ילדים נחשבת חובת עשה, שאי קיומה עלול להיחשב ביזיון בית משפט הגורר עונש מאסר. ראו אומן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 153, ובהפניות המופיעות בהערות השוליים. בישראל, לעומת זאת, אי תשלום מזונות אינו נחשב ביזיון בית משפט, אלא גורר הליכי הוצאה לפועל (או פנייה של הזכאי לביטוח הלאומי).

23 ראו גם 1 DAN B. DOBBS, LAW OF REMEDIES: DAMAGES, EQUITY, RESTITUTION § 1.4, at 14-15 (2d ed. 1993).

תומכי הגישה כי פיצויי נזיקין הם חבות כספית שמטיל בית המשפט (ולא חובת עשה החלה על המזיק) הביאו הוכחות נוספות לגישתם. כך, למשל, לעיתים המזיק מקדים ומשלם לניזק עוד לפני מתן פסק הדין. במקרים אלה, טוען אומן, התשלומים המוקדמים לא יוכרו על ידי בית המשפט כחלק מתשלומי הפיצויים (אלא אם הדבר נעשה במסגרת הסדר מוקדם בין הצדדים). אלא בית המשפט יפסוק כי המזיק חב במלוא הפיצויים, והתשלומים שכבר שולמו יקוזזו עם החבות בנזיקין שנפסקה (מכוח דיני הקיזוז או מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט). לדעת אומן, הדבר מעיד שקודם מתן פסק הדין אין על המזיק כל חובה לפצות את הניזק, ולפיכך לא ניתן לראות בתשלום המוקדם מימוש של חובה זו. ראו אומן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 150; סמית', לעיל ה"ש 18, בעמ' 1741.

מגישת "הסעד האזרחי" נובע כי אם הניזק אינו מודע לנוזק שאירע, אין על המזיק חובה משפטית ליזום ולפצותו. הטעם לכך כפול. ראשית, פסק הדין הוא הגורם המחולל את החיוב בפיצויים, ובהיעדר פסק דין אין חבות. שנית, וזאת העיקר, החבות בפיצויים אינה מטילה חובה על המזיק אלא מעניקה כוח לניזק, ואם הניזק אינו עושה דבר בעניינו אין המזיק חייב ליזום את תשלום הפיצויים. אומנם מבחינה מוסרית ראוי שהמזיק ישלם אף בכגון זה, אך הדבר אינו מיתרגם לחובה משפטית.²⁴

נקל לראות את הזיקה בין שיח הזכויות לבין המסקנות שאליהן מגיעים אנשי תיאוריית הסעד האזרחי. לדידם, דיני הפיצויים נועדו להעצים את הניזק ולציידו בכלי תגובה לנוזק שאירע. לכן, תליית הפיצויים בכך שהניזק יתבע את זכותו מהותית לתיאוריה זו. וכפי שהיטיב זיפורסקי לנסח, הפיצויים הם "rights of action, not duties of repair".²⁵

לעומת גישה זו, המצדדים בתיאוריית "הצדק המתקן" (corrective justice) סבורים כי בעקבות הנוזק חלה על המזיק חובת עשה לפצות את הניזק. כך, למשל, לדעת קולמן, "Corrective justice imposes the duty to repair the wrongs one does".²⁶ ויינריב מחדד, כי בשונה מתיאוריית הסעד האזרחי, שלפיה הפיצויים הם סעד שבית המשפט מעניק לניזק, על פי תיאוריית הצדק המתקן חובת הפיצויים היא השתקפות החובה שלא להזיק.²⁷ חובת הפיצויים אינה חובה חדשה שנוצרה יש מאין לאחר קרות הנוזק, אלא היא המשך רציף, גלגול מחודש, של החובה של אדם שלא להזיק את רכושו חברו, ולהשיב את המצב לקדמותו אם הנוזק נוצר.

מכך שחובת הפיצויים היא גלגולה המאוחר של החובה שלא להזיק, נובע שהחובה לפצות את הניזק אינה תלויה בכך שהניזק יתבע את זכותו.²⁸ כשם שחובתו של אדם

24 זיפורסקי, סעד אזרחי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 720: "Tortfeasors may, as a legal matter, wait to be sued. They will face no additional liability for bad faith failure to pay, even if they have sufficient reason to know that they committed a tort and that a plaintiff will likely prevail against them in litigation, and even if the conditions are such that a moral duty to pay may be recognized"

25 שם, בעמ' 738.

26 Stephen R. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, 77 Iowa L. Rev. 449, 503 (1992); John Gardner, *Torts and Other Wrongs*, 39 Fla. St. U. L. Rev. 43, 57 (2011).

27 ERNEST J. WEINRIB, *CORRECTIVE JUSTICE*, Ch. 3 Remedies 81 (2012); Ernest J. Weinrib, *Civil Recourse and Corrective Justice*, 39 FLA. St. U. L. Rev. 273 (2011-2012).

28 תמיכה לכך ניתן להביא מן הקביעה שתשלומי הריבית שעל המזיק לשלם לניזק יחלו "מיום היווצרות עילת התביעה", (סע' 5 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א – 1961). לעניין זה נקבע כי יום היווצרות העילה הוא יום קרות הנוזק ולא יום מתן פסק הדין. על כך ראו דוד קציר **פיצויים בשל נזק גוף כרך ב** 1785 (מהדורה חמישית, התשס"ג), הסוקר את הדעות השונות שהובעו בפסיקה בשאלה זו עד שהוכרעה.

שלא להזיק את רכוש חברו אינה תלויה בכך שהבעלים יתבע את זכותו לשלמות רכושו, כך גם חובתו של המזיק לפצות ולתקן את הנזק שגרם אינה תלויה בכך שהניזק יתבע את זכותו לפיצויים. גם אם הניזק אינו מודע לנזק שאירע, לפי תיאוריית הצדק המתקן חלה על המזיק חובה לפצות את הניזק.²⁹

נראה אפוא כי תיאוריית הסעד האזרחי ותיאוריית הצדק המתקן תהיינה חלוקות בשאלה אם כאשר הניזק אינו מודע לנזק ואינו תובע את זכותו, חלה על המזיק חובת הפיצויים, או שמא היא תלויה בכך שהניזק יתבע את זכותו. בהקשר זה מעניין לשאול אם ניתן להסיק דבר מה לגבי שאלה זו מן הדין המצוי בישראל. בתקנות התעבורה נקבע לגבי תאונת דרכים כי אם בעל הרכב הניזוק לא היה במקום, "ישאיר נוהג הרכב המעורב בתאונה או בפגיעה הודעה בכתב על גבי הרכב שניזוק, במקום בולט לעין".³⁰ מכאן, שאם בעל הרכב הניזוק אינו יודע מי הזיק אותו ולכן אינו תובע אותו, על הנהג הפוגע ליידע את הניזק כדי לאפשר תביעה. ברם, אין זה ברור מה ניתן להסיק מכך לגבי מקרי נזק רגילים שאינם תאונות דרכים. מצד אחד, ניתן לראות בהסדר שבתקנות התעבורה מקור להחלת חובה דומה גם במקרי נזק אחרים, כלומר שכל מזיק יחויב להודיע לניזק על הנזק. מצד שני, ניתן לראות בכך הסדר ייחודי, שמלמד דווקא כי מחוץ לדיני התעבורה לא קיימת חובה כללית על המזיק ליידע את הניזק.³¹

29 אנשי גישת הצדק המתקן מביאים ראיה לשיטתם מן הרטוריקה של השופטים, המשמיעה כי הפיצויים הם חובת עשה המוטלת על המזיק או על מפר החוזה ולא רק חבות כספית המוטלת עליהם כלפי הצד שכנגד. למשל: "Every failure to perform a primary obligation is a breach of contract. The secondary obligation on the part of the contract breaker to which it gives rise by implication of the common law is to pay monetary compensation to the other party for the loss sustained by him in consequence of the breach". (Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] A.C. 827 (H.L.) (Diplock L.J.))

30 סע' 145(ג) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961. כן עליו להודיע למשטרה.
31 על פי סע' 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש], ישנה חובה מיוחדת על נהג רכב המעורב בתאונה (וכן על נוסע באותו רכב) לסייע לנפגע מן התאונה. הפרת חובה זו גוררת ענישה כבדה יותר מן החובה הכללית של הגשת סיוע לזולת שחייבו בסכנה, הקבועה בחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. דומה כי יש בכך כדי לתמוך בראיית ההסדר הנ"ל המופיע בתקנות התעבורה, המחייב בעל רכב שפגע ברכב הזולת להודיע על כך לבעלים, הסדר ייחודי לדיני התעבורה.

בע"א 3024/10 ג'ק ויינר נ' גבריאל מויאל (נבו) (02.04.2013), נידון מקרה של אדם שפעל כמעוול החייב בנזיקין והלך לבית עולמו. בתו וחתנו ידעו על הנזק שנגרם ולא טרחו לגלות זאת לניזק. לגבי הבת נפסק כי היא חייבת בנזיקין, משום שמאוחר יותר היא פעלה כדי לאשרר בדיעבד את מעשה אביה. לגבי החתן נפסק כי הוא פטור בנזיקין, משום שרק ידע על העוולה אך לא עשה דבר מעבר לכך. מכאן, לכאורה, כי אין חובת יידוע של הניזק. ברם, קשה להסיק מפסק דין זה שאין על המזיק חובה ליידע את הניזק, שכן פסק הדין לא עסק במזיק עצמו אלא באדם שלישי שאינו המזיק. הלא ברור, כי אף לשיטת המשפט העברי,

על יסוד זה נוכל לעבור לעיון במקורות המשפט העברי. האם חובת המזיק לפצות את הניזק נתפסה כחובת עשה או כחבות כספית? האם המזיק חייב לפצות את הניזק גם אם הלה לא ידע על הנזק או לא ידע מי המזיק ולכן לא תבע אותו? אומנם לא מצאתי במקורות המשפט העברי קביעה מפורשת על חובתו של המזיק לפצות את הניזק גם אם הניזק לא ידע על הנזק ולא תבעו. ברם, מכמה מגמות בפסיקה נראה שהתשובה לכך חיובית.

שורשי הדיון בשאלות אלה הם בספרות הראשונים. הרמב"ן (המאה הי"ג) קבע כי על המזיק חלה מצווה לפצות את הניזק. מצווה זו מעוגנת, לדעת הרמב"ן, בכתוב: "כִּי יִבְעַר אִישׁ שְׂדֵה אֹרֶךְ וְשָׂלַח אֶת בְּעִירוֹ וּבְעַר בְּשָׂדֵה אֲחֵר מִיֵּטֵב שְׂדֵהוּ וּמִיֵּטֵב פְּרָמוֹ יִשְׁלַם. כִּי תֵצֵא אִשׁ וּמִצָּאָה קִצִּים וְנֶאֱכַל גְּדִישׁ אֹרֶךְ אוֹ הַשְּׂדֵה שְׁלֵם יִשְׁלַם הַמִּבְעֵר אֶת הַבְּעֵרָה".³² לדירו של הרמב"ן, פסוקים אלה אינם מטילים על המזיק חבות כספית גרידא, אלא חובת עשה לשלם לניזק. לפיכך, מסביר הרמב"ן, כאשר בית הדין יורד לנכסי המזיק הוא עושה כן לא רק כדי לממש את החוב המגיע לניזק, אלא גם כדי לכפות על המזיק לקיים את המצווה המוטלת עליו:

כיון דפריעת בעל חוב מצוה מן התורה³³ וכופין על מצות עשה אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מצות עשה שלו בעל כרחו, והא דכתיב "מיטב שדהו ישלם", היינו שמצוה אותו הכתוב לשלם נזקו במיטב, וכיון שהוא חייב לעשות כן אם לא רצה ב"ד יורדין למיטב שלו ומקיימין לו מצותו.³⁴

מכאן עשוי לנבוע כי כלי האכיפה שבית הדין יכול להפעיל אינם מוגבלים לירידה לנכסי המזיק, אלא כוללים גם כפייה של המזיק עצמו לבצע את התשלום לניזק. שלא כמשפט בן זמננו, שלא יורה על מאסר מזיק המסרב לשלם פיצויים, על פי קו החשיבה של הרמב"ן ניתן באופן עקרוני לאסור או להלקות מזיק המסרב לקיים את חובתו לפצות

אדם הרואה את חברו מניח מפגע (למשל כורה בור) ולא מיידע על כך אנשים אחרים, לא ייחשב כאחראי לנזקיהם וכמי שחייב לפצותם. למקרה קרוב ראו גם ת"א (י-ם) 1484/99 הרטי זבולון נ' קיבוץ קלי"ה (נבו 05.06.2005); ע"א 11533/05 קיבוץ קלי"ה נ' זבולון הרטי (נבו 10.03.2009).

32 שמות כב 4-5.

33 בהמשך ארון בהרחבה בכלל שקבע התלמוד "פריעת בעל חוב מצווה", להלן, ליד ה"ש 41.

34 חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קעה ע"ב, ד"ה "הא דאמר". על פי ניתוחו של ווזנר, רבי שמעון שקאפ הוסיף וחדש, כי בבסיס חובת העשה המוטלת על אדם לשלם את חובו ניצבת הנחה מקדמית שיש עליו חבות כספית כלפי הנושה. להכרה בחבות הכספית של החייב כיסוד הנפרד מחובת העשה המוטלת עליו יש נפקויות שונות, כגון במקרה של קטין הפטור ממצוות, אך נושא בחבות כספית כלפי הנושה. ראו שי עקביא ווזנר חשיבה משפטית בישיבות ליטא: עיונים במשנתו של הרב שמעון שקאפ 232 (2016). ברם, ההכרה בחבות הכספית כיסוד נפרד אינה גורעת מן ההכרה בקיומה של חובת עשה המוטלת על החייב לשלם את חובו לנושה אף לשיטת רבי שמעון שקאפ.

את הניזק. אומנם הדעת נותנת כי מבחינה מעשית עדיף לרדת לנכסיו ("במצות פרעון חובו עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו"³⁵). אולם בכך אין כדי לשלול את האפשרות העקרונית לכפות את המזיק עצמו לשלם לניזק. על כך עמד רבי אריה לייב הלר (המאה הי"ח-י"ט) בהתייחסו לדברי הרמב"ן:

וע"ש [=ועיין שם] שכתב דלא נחתנין לנכסיה [=שלא יורדים לנכסיו] אלא מכין אותו עד שתצא נפשו [...] ואח"כ כתב דנחתנין נמי לנכסיה [=שיוורדים גם לנכסיו] אבל לא מטעם שעבוד אלא משום כפיה, דכיון שכופין אותו לקיים למה יכופו אותו ע"י הכאה, טפי [=יותר] עדיף הכפיה בהורדת נכסים.³⁶

לקביעה שתשלום הפיצויים הוא חובת עשה (מצווה) יש להוסיף את ההנחה המקובלת במשפט העברי כי חיובים שהם "ממונא", כגון חוב שמקורו בהלוואה או בנזק, נובעים מן האירוע העובדתי עצמו שחולל אותם ולא מפסק הדין שניתן בעניינם. פסק הדין נועד לברר ולאשר את המצב העובדתי, ולא כמקור החיוב עצמו. זאת בשונה מ"קנסא", כלומר מענישה כספית, שבה פסק הדין הוא המקור המחולל את החיוב ולא רק מברר אותו.³⁷ כך, למשל, הדגיש הגאון מווילנא (המאה הי"ח) את תפקידו המכונן של בית הדין בהטלת חיוב קנס, לעומת תפקידו המברר בחיוב ממון:

35 חידושי הריטב"א, כתובות פו ע"א, בשם הרמב"ן.
36 קצות החושן, סימן לט, ס"ק א. השו"ע דברי הרב אביגדור עמיאל המדות לחקר ההלכה חלק ב, מידה יא, לג (1942):

בדיני ממונות האדם הוא נושא דין החיוב ובדיני נפשות האדם הוא נושא דין החיוב. כי בדיני ממונות עצם החיוב הוא בודאי על הבעל דין גופא, אלא שבמקרה כשהוא בעצמו לא ממלא את חיובו אז הבית דין מכריחים אותו להוציא את חיובו מכח אל הפועל, וזה באמת יש גם כן בכל מצוות ועברות שבתורה, שבמצוות מכים אותו עד שתצא נפשו כדי שיקיים את המצוה; ובעברות על הבית דין לעשות הכל כדי לאפשרי מאסורי. אלא ששם יש להכפיה רק מושג של שמירה על קיום התורה ובדיני ממונות יש לזה מושג משפטי וכנ"ל. לא כן בדיני נפשות, שם אין האדם הנידון נושא החיוב כי הוא אינו מחוייב בכל האופנים להמית את עצמו. ואם יתחמק, למשל, מעונש מיתה המוטל עליו, הוא נשאר רק בעל עברה מצד העברה שעליה היה נידון, אבל אין עליו עוד עברה מה שלא קויים בו החיוב מיתה.

37 אומנם זו הגישה הרווחת במקורות המשפט העברי. אולם כפי שרדזינר הראה בפירוט, ברובד המוקדם של המשנה הייתה כפי הנראה משוקעת תפיסה אחרת, שלפיה תשלומי הניזקין כולם נחשבו תשלומי קנס, ועל כן הותנתה תחולתם בקיומו של פסק דין: "שום כסף ושוהו כסף בפני בית דין ועל פי עדים בני חורין בני ברית והנשים בכלל הניזק והמזיק בתשלומין" (משנה, בבא קמא א, ג). ברם, כבר ברבדים המאוחרים יותר של תקופת המשנה הופרדו תשלומי הניזקין מתשלומי הקנסות (כפי שלמשל ניסח זאת מאוחר יותר הרמב"ם, במשנה תורה, הלכות נזקי ממון ב, ז: "כל המשלם נזק שלם הרי התשלומין ממון שהוא חייב לשלמו כמי שלוה מחבירו שהוא חייב לשלם"). וכחלק מהפרדה זו של

קנסות עדיין לא היה חייב עד שיפסוק בית דין על פי עדות כשר. אבל [...] ממון חייב אף בלא בית דין.³⁸

בדומה כתב רבי עקיבא איגר (המאה ה"ח-י"ט) לגבי חיובים בדיני ממונות:

אף דבלא עדים לא היה הבית דין יכולים לחייבו מכל מקום הוא בעצמו שיודע האמת בר חיובא הוא ומוטל עליו לשלם. מה שאין כן בקנס, דלקושטא דמלתא [=שלאמיתו של דבר] אינו מוטל עליו לשלם דכל זמן שלא חייבוהו בית דין אינו מחויב כלל.³⁹

שילוב שתי קביעות אלה, שתשלום הפיצויים הוא חובה (מצווה) המוטלת על המזיק ושחובה זו נובעת מאירוע הנזק ולא מפסיקת בית הדין, מוביל למסקנה כי חובתו של המזיק לפצות את הניזק חלה גם אם הניזק אינו מודע לנזק שאירע ואינו תובע את נזקו. אומנם לא מצאתי ביטוי מפורש לכך בדיני נזיקין, אולם דבר קרוב נאמר על ידי רבי ישראל וולף (המאה ה"ח) בדינו של הגזלן: "גזילה פשיטא דחייב להחזיר אף בלא תביעת הנגזל".⁴⁰

דיני הנזיקין מתשלומי הקנסות אף התקבלה ההנחה שהחיוב הנזיקי אינו תלוי במתן פסק דין. לפיכך, כבר התלמודים פירשו את המשנה הנ"ל באופן שונה, המשמיע שתשלומי הפיצויים הנזיקיים אינם תלויים בפסיקת בית דין. תהליכים אלה אף נתנו אותותיהם בגרסאות השונות של התוספתא. על כך ראו בהרחבה עמיחי רדזינר **דיני קנסות: מחקר במשפט התלמוד** (2014). נושא זה תלוי במידה רבה בשאלה מהי משמעות המונח 'דיני קנסות', אשר לברור משמעויותיו המתחלפות מוקדש ספרו של רדזינר.

38 אדרת אליהו, דברים יט, יח (מהדרת שולזינגר התש"י, קז ע"ב). ראו גם העמק דבר, שם. לאמיתו של דבר, השאלה אם החבות בקנס נובעת מפסק הדין ותלויה בו, שנויה במחלוקת הפוסקים. ראו למשל דיונו של הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק **רשימות שיעורים על בבא קמא טו ע"ב** (הרב צבי יוסף רייכמן והרב משה נחמיה רייכמן עורכים, התשע"ו), בשאלה אם תפיסה בקנס בזמן הזה מועילה.

39 גליון הש"ס, מכות ה ע"א. בדומה כתב הרב יחיאל מיכל חרל"פ "שליחותיהו בממון, בגיטין, ובקבלת גרים בזמן הזה" **אור המזרח י א-ב** 37, 40 (התשכ"ב), בעקבות קצות החושן, סימן א, ס"ק ז. ראו גם גישתו הייחודית של רבי אלחנן וסרמן **קובץ שיעורים ב, יג, עמ' כז-כט** (התשמ"ד), הסבור שאף חיוב הקנס חל על האדם בעקבות המעשה שעשה, ולא כתוצאה של פסק הדין שניתן. לשיטתו, ההבדל בין חוב כספי רגיל לבין חיוב בקנס הוא בשאלה אם הזכות הממונית יצרה את החובה, או שמא להיפך, חובת התשלום היא שיצרה את הזכות הנגדית: "דבממון הוא חייב לשלם חובו להניזק, וכיון שנשטמט חובו של הניזק ממילא הוא פטור, דכל חיובו של הנתבע הוא מפני זכותו של התובע, אבל בקנס הוא להיפך דזכותו של התובע הוא מפני חיובו של הנתבע, שהוא חייב להיות נענש".

40 **שער משפט, ט, א** (התשל"ח, עמ' ו). מתוך הקשר הדברים עולה כי קביעתו אינה מוגבלת לחובה להשיב את הגזילה בעין, אלא חלה גם על החובה לשלם את דמי הגזילה כשלא ניתן להשיבה בעין.

בסעיף זה דנתי בחובת המזיק לפצות כאשר הניזק לא תבע את המגיע לו. דיון מסתעף, הראוי לעיון בפני עצמו, הוא כאשר הניזק תובע מהמזיק פיצויים, אך אין בידו ראיה

ג. פירעון חוב

את החובה לשלם פיצויי נזיקין יש להציב בתוך הקשר רחב יותר של החובה המוטלת על אדם לפרוע את חובותיו. אף כאן יש לשאול, האם אדם החייב כסף לחברו, כגון שלווה ממנו או שקנה דבר מה וטרם שילם, חייב לפרוע את חובו גם כשהנושה אינו תובע ממנו את פירעון החוב? או שמא התביעה על ידי הנושה היא תנאי הכרחי בהתגבשותה של החובה המוטלת על החייב?

נקודת המוצא של הדיון היא הכלל הקצר שטבע האמורא רב פפא: "פריעת בעל חוב – מצוה"⁴¹. על פי הפרשנות המקובלת בין פוסקי המשפט העברי, לדעת רב פפא בעל חוב נושא במצווה, כלומר בחובה, לפרוע את חובו.⁴² מה טיבה המדויק של מצווה זו ומה מקורותיה?⁴³ עניין זה, חשוב ככל שיהיה, חורג מגבולות עיוננו. החשוב לדירנו הוא שעל פי רב פפא, בעל חוב נתון לא (רק) תחת חבות כספית כלפי הנושה, אלא (גם) נושא במצוות עשה לפרוע את החוב.⁴⁴

להוכחת טענתו, ואילו הנתבע (המזיק) עונה לו בטענת "שמא". אם הנתבע היה מכחיש מכול וכול את הנזק ברור שהוא פטור. אם הנתבע היה מודה שגרם נזק ודאי שהוא חייב. אך מה הדין כאשר הנתבע עונה "איני יודע אם הזקתיך"? האם שאלה זו היא הסתעפות של הדילמה אם תיתכן חבות ללא תביעה מוכחת? על כך ראו בבלי, בבא בתרא קלה ע"א; משנה תורה, הלכות טוען ונטען א, ח-ט; שולחן ערוך, חושן משפט, עה, ט.

41 בבלי, בבא בתרא קעד ע"א; כתובות פו ע"א; ערכין כב ע"א.

42 אומנם על פי הצעת אדרעי, רב פפא עצמו כלל לא התייחס לחובתו הכללית של אדם לפרוע את חובותיו, אלא לחובתם הספציפית של יורשים לפרוע את חוב אביהם, כלומר פריעת בעל חוב שנפטר היא מצווה על היתומים. ראו אריה אדרעי "מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם" – על הכלל התלמודי ומשמעותו המשפטית "עיונים במשפט עברי ובהלכה 19, 31 (אהרן אנקר וסיני דויטש עורכים, התשנ"ט). ברם, על פי הפירוש שהשתרש בין פוסקי המשפט העברי (ולכן יעמוד במוקד עיוני כאן), רב פפא ניסח חובה כללית של בעל חוב לפרוע את חובותיו. ראו גם ברכיהו ליפשיץ "שעבודא דאורייתא בין חיוב לבטוחה" עיונים במשפט עברי ובהלכה 205, 224 (אהרן אנקר וסיני דויטש עורכים, התשנ"ט).

43 בפרט דנו החוקרים בשאלה אם המצווה לפרוע חוב היא מצווה דתית, בדומה לתקיעת שופר, או חובה משפטית בעלת אופי שונה. על כך ראו משה זילברג כך דרכו של תלמוד 71 (התשכ"ד); מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 104 (התשמ"ח); מנחם אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל 20 (מהדורה מורחבת ומתוקנת, התש"ס). לביקורת הסברם ראו אפרים אלימלך אורבך חז"ל – פרקי אמונות ודעות 279 (התשכ"ט). לביקורת הסברו של אורבך ראו וזנר חשיבה משפטית, לעיל ה"ש 34, בעמ' 261, ה"ש 95.

44 אומנם בסוגיות התלמוד הנ"ל רב הונא בריה דרב יהושע חולק על רב פפא (והלכה אף נפסקה כמותו). ברם, מתוך הקשר הדברים נראה כי הכול מודים במצווה המוטלת על החייב לפרוע את חובו, ולא נחלקו אלא בשאלה אם מלבדה קיימת גם חבות כספית של החייב כלפי הנושה (אשר ניתן אולי לתארה כ"שעבוד נכסים"). על כך ראו זילברג כך דרכו של

האם המצווה לפרוע את החוב חלה גם כאשר הנושה אינו תובע את התשלום? השאלה אינה מתעוררת אם הנושה מודע לחוב שאמור להיפרע ובוחר שלא לתבוע אותו. הדעת נותנת, וכך אכן קבעו הפוסקים, כי במקרה זה שתיקת הנושה עשויה להתפרש כמעין מחילה על החוב,⁴⁵ או לכל הפחות כהענקה של הארכת זמן לפירעונו.⁴⁶ אולם מה יהיה הדין שעה שהנושה אינו מודע לקיומו של החוב או למועד פירעונו, או שיש לו מניעות אחרות שאינן מאפשרות לו לתבוע את המגיע לו? האם כאן חלה על בעל החוב החובה לזיום ולפרוע את חובו אף שהנושה לא תבע זאת ממנו?

בשאלה זו נחלקו האחרונים.⁴⁷ לדעת רבי אריה לייב הלר, המצווה לפרוע את החוב תלויה בכך שהנושה יתבע את חובו, ולפיכך "אם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו".⁴⁸ דבריו נאמרו בהקשר המקרה הבא. אדם חייב לכמה נושים, ונכסיו אינם מספיקים לפרוע את כל חובותיו. על מקרה זה אמורים לחול כללים של סדר נשייה. אולם מה יהיה הדין אם רק אחד מן הנושים תבע את החייב ואילו שאר הנושים אינם בעיר ולכן לא תבעו אותו? האם הדבר מקנה קדימות לנושה שתבע את חובו על פני שאר הנושים שטרם תבעו? לדעת רבי לייב הלר, יש לתת עדיפות לפירעון החוב של הנושה שתבע את חובו, שכן התביעה יצרה מצווה לפרוע את החוב, וזאת בטרם חלה מצווה לפרוע את החובות של שאר הנושים שטרם תבעו את זכותם.⁴⁹

- תלמוד 73 (1984); אלון המשפט העברי, ראו לעיל ה"ש 43, בעמ' 106 ה"ש 116. וראו ניתוחו של וזנר את הסברו של רבי שמעון שקאפ, שטען כי אף רב פפא מכיר בממד מסוים של חבות כספית של הלווה (חשיבה משפטית, לעיל ה"ש 34, בעמ' 264). ברם, אף לפי הסבר זה, רב פפא ודאי מכיר ברובד הנוסף של חובת עשה לפרוע את החוב.
- 45 כך הובא בשם הרי"א ז': "וכן נראה בעיני שהמלוה את חבירו ואינו תובע הלוואתו אין הלוה חייב לשלם לו מאליו, הואיל ואינו תובעו במתנה בקש ליתן לו" (שלטי הגבורים, בבא קמא מה ע"ב (ברפי הרי"ף) אות א). ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, רלב, ב.
- 46 כך כתב רבי יצחק אלחנן ספקטור על הדברים הנ"ל שהובאו בשם הרי"א ז': "ונראה לי כוונתו גם כן דלא הוי מתנה גמורה רק דהוי [=שהוא] כעין הרחבת הזמן דיהיה פטור לשלם לו מעצמו כל זמן דלא תבעו" (נחל יצחק חושן משפט, סימן ט).
- 47 בספרות הראשונים התקיים דיון קרוב, אך בה בשעה מובחן. הרא"ש דן בשאלה אם בעל חוב שנשבע לנושה "שיפרע לו או לכל מי שיוציא השטר קודם עבור הזמן שקצב לו", ייחשב כמפר את שבועתו אם לא פרע את החוב מכיוון שהנושה לא תבעו. שאלה זו נוגעת לפרשנות לשון השבועה, ולא לעצם המצווה לפרוע את החוב. על כך ראו שו"ת הרא"ש, ח, ו; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רמז; שו"ת מהרלב"ח, סימן קלז, ובנושאי כלים לטור ושולחן ערוך, חושן משפט, עג.
- 48 קצות החושן, סימן קד, ס"ק ב.
- 49 דבריו נאמרו לגבי גביית החוב מן המיטלטלין של החייב, שאין בהם שעבוד נכסים, ואין על החייב אלא מצווה לפרוע את חובו. לעומת זאת, כאשר הגבייה נעשית מן המקרקעין של החייב, הרי נכסיו משועבדים לפירעון חובו אף אם המצווה לפרוע את החוב טרם חלה.

על כך חלק רבי יעקב לורברבוים (המאה הי"ח-י"ט), בטענו כי המצווה לפרוע את החוב אינה תלויה בכך שהנושה יתבע את זכותו:

וראי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע. ולא דמי [=ולא דומה] לנשבע, דאינו חייב בלא תבע, דאמדינן לדעתיה [=שאומדים אנו דעתו] שכך היתה כונתו בשעה שנשבע, מה שאין כן מצות פריעת בעל חוב דרחמנא חייביה [=שהתורה חייבתו] לפרוע.⁵⁰

למסקנה דומה מכיוון שונה הגיע רבי אברהם בורנשטיין (המאה הי"ט-כ'), בעקבות דברי הרמב"ם, שקבע כי איסור "לא תעשק את רעך" חל דווקא כאשר אדם נתבע ואינו משלם:

איזה הוא עושק, זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או פקדון או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה, ועל זה נאמר "לא תעשק את רעך" (ויקרא יט, יג).⁵¹

אומנם לכאורה כאן הרמב"ם תולה את החובה לפרוע את החוב בכך שהנושה יתבע את המגיע לו. אולם על כך העיר רבי אברהם בורנשטיין, כי דברים אלה של הרמב"ם מוסבים דווקא על האיסור הנוסף של עושק, שלדעת הרמב"ם הוא מותנה בכך שהנושה יתבע את חובו. מכאן נובע שהחובה הבסיסית המוטלת על אדם לפרוע את חובותיו חלה אף אם הנושה לא תבע את המגיע לו:

כיון שלא תבעו אין הלוח עובר משום לא תעשוק, רק שמוטל עליו מצות פריעת בע"ח [=בעל חוב].⁵²

50 נתיבות המשפט ביאורים קד, ס"ק א (דבריו על השבועה מתייחסים לאמור לעיל, ה"ש 47). עוד על מחלוקתם ראו תיק ממונות מס' 464-סד, פסקי דין ירושלים דיני ממונות וביורור יוחסין ט פס"ד בעמוד רא.

51 משנה תורה, הלכות גולה ואברה א, ד.

52 שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סימן קסו, ס"ק ט (אך ראו התחבטותו של מנחת חינוך, מצווה רכה, ס"ק א). על כך ראו גם קובץ שיעורים א כתובות, סימן שיב; קהילות יעקב, סנהדרין, סימן א.

מסקנה זו נתמכת מכיוון נוסף. האם אדם שביוזמתו הודה לחברו בחוב כספי (בלא שחברו תבע ממנו דבר), חייב לשלם את החוב שהודה בו? עניין זה נידון בהקשר הדין התלמודי: טענו חטין והודה לו בשעורין – פטור אף משעורין (בבלי, בבא קמא לה ע"ב). הראשונים דנו בשאלה מדוע הנתבע פטור משעורין, והרי אף שלא נתבע על כך הריהו מודה בחוב. הראשונים הציעו פירושים שונים. יש אומרים שנחשב הדבר שהתובע מחל על השעורין שלא תבע (רש"י). יש אומרים שאנו רואים את התובע כמי שהודה שאינו חייב לו שעורין (רא"ש). ויש אומרים, שהפטור חל רק אם הנתבע חזר בו מהודאתו בשעורין (רמ"ה). לסיכום הדעות ראו פסקי הרא"ש, בבא קמא ג, סימן טו. לניתוחן ראו הרי"ד סולובייצ'יק, רשימות שיעורים, בבא קמא, לעיל ה"ש 38, שם). החשוב לענייננו הוא הצד השווה בכל ההסברים, שלפיהם ככל שאדם מודה בחוב שלא נתבע עליו ולא חזר בו מהודאתו, ואין

מסקנת הדברים היא אפוא כי על פי הפרשנות המקובלת פריעת בעל חוב נתפסה כמצווה, כלומר חובת עשה, ולא רק כחבות כספית גרידא. פוסקים רבים הסיקו מכך כי בעל חוב חייב לפרוע את החוב במועדו אף אם הנושה לא תבע ממנו לעשות כן. החובה לפרוע את החוב נתפסה כבלתי תלויה בכך שהנושה יתבע את זכותו.

ד. עדות

אדם שהיה עד לאירוע עשוי למצוא עצמו עומד בפני החובה להתייצב באולם בית המשפט ולהעיד.⁵³ אף כאן ניתן להבחין בהבדל שבין שיטות משפט שנקודת המוצא שלהן היא מושג הזכות לבין שיטות משפט שנקודת המוצא שלהן היא מושג החובה. ההבדל יבוא לידי ביטוי בשאלה אם חובת העד להעיד תהיה מותנית בקבלת זימון מבית משפט לבוא ולהעיד, או שמא חובתו תעמוד בעינה אף אם בית המשפט כלל לא היה מודע לקיומו של העד ולכן לא זימנו להעיד.

על פי פקודת הראיות "הכל כשרים להעיד בכל משפט",⁵⁴ ובית המשפט העליון פירש כי אדם שהוא עד כשר ניתן לכפותו למתן עדות.⁵⁵ סירוב למתן עדות עלול להגיע לכדי עבירה פלילית.⁵⁶ ברם, חובת העד למתן עדות היא פועל יוצא של זימון הנשלח אליו על ידי בית המשפט. "מי שמוזמן כדין להעיד – חייב להתייצב בבית המשפט";⁵⁷ בלא שיוזמן אין העד חייב לזיזום בעצמו לבוא ולהעיד. הדבר עולה מתוך סעיף 73 לחוק בתי המשפט, הקובע סנקציות ל"מי שהוזמן להעיד ולא התייצב".⁵⁸

הרעיון כי מתן עדות מותנה בהזמנה מצד בית המשפט משתקף גם מתוך סעיף 106 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982:

לראות בשתיקת התובע מחילה או הודאה, אזי הוא אכן חייב לשלם. וכפי שכתב המאירי, בית הבחירה, שם: "גדולי המפרשים כתבו שלא אמרו בטענו חטים והודה לו בשעורים שפטור לגמרי אף מן השעורים אלא בשחזר וכפר ואמר אין לך אצלי לא חטים ולא שעורים ומשטה הייתי בכך, הא אם עמד על טענתו משלם לו שעורים בדין". ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, עה, י.

53 על כך ראו אליהו הרנון דיני ראיות, חלק ראשון 60 (התשל"ל). הרנון, בעמ' 61, סוקר בקצרה את הדין האנגלי המוקדם, שבו לא הייתה חובה להעיד; יעקב קרמי על הראיות, חלק ראשון 431 (התש"ע).

54 סעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

55 בג"ץ 51/59 נחמה מרדכי (טויז) נ' השופט ב. כספי, בית המשפט המחוזי, חיפה, ו-2 אה', יג 1225 (1959).

56 סעיף 241 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

57 קרמי על הראיות, לעיל ה"ש 53, בעמ' 432.

58 סעיף 73 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. ראו גם סעיף 5 לפקודת ביון בית המשפט.

בית המשפט יזמין, לבקשת בעל דין, כל אדם להעיד במשפט, זולת אם היה סבור שאין בהזמנת אותו אדם להועיל לבירור שאלה הנוגעת למשפט, וכן רשאי בית המשפט להזמין עד מטעמו.

כרקע לדיון שאערוך מייד בעמדת המשפט העברי אני מבקש להפנות את תשומת הלב להערת אגב של השופט חיים כהן בפסק דין רויטמן נ' בנק המזרחי. לדעת השופט כהן, חובתו של העד למתן עדות אמת היא חובה כלפי הציבור, קרי כלפי המדינה והרשות השופטת, ואין זו חובה כלפי הצדדים עצמם. על כך הוסיף השופט כהן:

יתכן – אך אין אני צריך לחוות בה דעה סופית על כך – וקיימת חובת העד כלפי בעל הדין שהזמין אותו להעיד, לבוא ולתת עדות.⁵⁹

אף כאן בולט שאין חובה למתן עדות אלא בעקבות הזמנה. אם בית המשפט הוא השולח את הזימון הרי זו חובה כלפי הרשות השופטת, ואם ההזמנה נשלחת על ידי אחד מבעלי הדין זו, אולי, חובה כלפי אותו בעל דין.

שונה היא דרכם של בעלי ההלכה.⁶⁰ נקודת המוצא היא קיומה של חובה להעיד, שמקורה יוחס לפסוק "וּנְפֹשׁ כִּי תִחַטָּא וְשִׁמְעָה קוֹל אֱלֹהִים וְהוּא יֵד אוּ רָאָה אוּ יֵדַע אִם לֹא יִגִּיד וְנִשְׂא עֹנֹו".⁶¹ על פי הפירוש הרווח לפסוק זה, אדם שהשביעוהו כי אם היה עד לאירוע עליו להעיד, ובכל זאת כבש עדותו, חייב להביא קורבן חטאת.⁶² מכאן למדו חכמים כי אדם חייב להעיד לחברו (אף אם לא השביעוהו). כך, למשל, על דברי רבי יהושע, כי "היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו" פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים,⁶³ אמר התלמוד שהדברים אמורים בעד אחד, שממילא גם אם יעיד אינו יכול להכריע את הדין בעדותו; לעומת זאת, אם מדובר בשני עדים הכובשים עדותם אז פשיטא שחלה עליהם חובה להעיד, "דאורייתא הוא, אם לא יגיד ונשא עונו".⁶⁴

- 59 ע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי, פ"ד כט(2) 57, 78 (1975). בהמשך דבריו כהן סומך הערה זו על דרשות מן המשפט העברי שאציין אותן בהמשך.
- 60 לסיכום הדעות ראו שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 10, בעמ' 763.
- 61 ויקרא ה 1.
- 62 שם, 6.
- 63 בבלי, בבא קמא נה ע"ב.
- 64 שם נו ע"א. וראו למשל תוספות, שם, ד"ה "פשיטא": "וי"ל דה"ק קרא [=ויש לומר שכך אמר הכתוב] כשעובר בדבר שאם לא יגיד היה נושא עון אז יביא קרבן שבועה אבל בלא שבועה נמי איכא [=גם יש] נשיאות עון". ראו גם שאילתות דרב אחאי גאון, סימן סח (מהדורת מירסקי, כרך ג, עמ' קפה); חידושי הרשב"א, בבא קמא נו ע"א, ד"ה "אי בתרי"; נימוקי יוסף, בבא קמא כד ע"א (בדפי הרי"ף) בשם הרא"ה. השאלות כיצד אוכפים חובה זו ומהן הסנקציות בגין הפרתה חורגות מנושא דיוננו כאן. על כך ראו למשל תיק 5637/כא פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, כרך ה עמ' 132.

אלא שעדיין לא ברור אם החובה להעיד תלויה בכך שאדם יזמן להעיד על ידי בית הדין או על ידי אחד הצדדים, או שמא אם בית הדין והצדדים לא היו מודעים לקיומו עליו ליוזם פנייה לבית הדין ולהציע למסור את עדותו. מן המשנה המפורסמת במסכת סנהדרין, העוסקת באיום הדיינים על עדי נפשות שיעידו עדות אמת, ניתן לכאורה להסיק שהחובה למסור עדות אינה תלויה בקבלת זימון להעיד: "ושמא תאמרו מה לנו ולצרה הזאת? והלא כבר נאמר 'והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד' וגומר".⁶⁵

מקור תנאי אחר נראה כמבסס את העמדה שחובת העד להעיד אינה תלויה בכך שבית הדין או אחד הצדדים יזמנו אותו להעיד. וכך נאמר במדרש הספרא:

ומנין שאם אתה יודע לו עדות אין אתה רשאי לשתוק עליה? תלמוד
לומר "לא תעמוד על דם רעך".⁶⁶

לפי מדרש זה, מקור החובה להעיד הוא בחובת הסייע לזולת הנתון בסכנה ("לא תעמוד על דם רעך"). כשם שעובר אורח חייב להושיט עזרה לאדם שחייו בסכנה כך אדם חייב להעיד ולסייע לצד הזקוק לכך. אם נמשיך קו חשיבה זה, הדעת נותנת כי כשם שהחובה להציל את הזולת אינה מותנית בכך שהמציל יתבקש להושיט עזרה, כך החובה ליתן עדות אינה תלויה בכך שהעד יזמן למסור עדותו. בדומה לעובר אורח החייב ליוזם ולהציל את מי שחייו בסכנה כך אף העד צריך ליוזם ולהעיד לטובת מי שזקוק לכך. ברם, מתוך המדרש אין זה ברור אם בכל עדות עסקינן, לרבות עדות בדיני ממונות, או שמא הקישור של המדרש לפסוק "לא תעמוד על דם רעך" מייחד את החובה דווקא לדיני נפשות ולמקרה שבו מתן העדות יזכה את הנאשם ויציל אותו מעונש מוות.⁶⁷

היה זה הרמב"ם שחידד את הדברים תוך כדי הבחנה בין דיני ממונות לבין דיני נפשות. בדיני ממונות החובה למסור עדות תלויה בכך שאחד מבעלי הדין יתבע מן העד ליתן עדות:

65 משנה, סנהדרין ד, ה. אומנם באופן עקרוני ניתן לטעון כי המשנה מתייחסת דווקא לעדים שזומנו על ידי בית הדין להעיד, ומזהירה אותם לבל יאמרו "מה לנו ולצרה הזאת". ברם, פירוש זה אינו מסתבר מתוך ההקשר.

66 ספרא קדושים ב, ד.

67 הרמב"ם, למשל, הבהיר כי כריכת החובה להעיד במצוות "לא תעמוד על דם רעך" חלה גם על עדות בדיני ממונות. ראו ספר המצוות, לא תעשה רצו: "וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חבירו אובר והוא יכול להחזירו אליו באמרו האמת" (ראו גם אמרי בינה חלק שני, דיני עדות, סימן ח, ד"ה "ואפשר"). לדין נרחב בשאלה אם מצוות "לא תעמוד על דם רעך" היא הבסיס לחובה להעיד בכלל, ובדיני ממונות בפרט, ראו שער משפט, סימן כח, ס"ק ב. המפרשים המאוחרים יותר ייחסו חובה זו למצוות אחרות. כך, למשל, לדעת הרמב"ן יסוד חובה זו בגמילות חסדים (קונטרס דינא דגרמי, ד"ה "והיודע בעדות"). לדעת קצות החושן יסודה בחובת השבת אבידה (קצות החושן, סימן כח, ס"ק ג. ראו גם נתיבות המשפט, סימן כח, ס"ק א). וראו סיכום הדעות בהלכה פסוקה, הלכות עדות, סימן כח, סעיף א, סימן א.

העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע, בין בעדות שיחייב בה את חבריו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות שנאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו.⁶⁸

ניכר אפוא כי לדעת הרמב"ם החובה להעיד מותנית בכך שהעד ייתבע להעיד, ודבר זה מוגבל לדיני ממונות.⁶⁹ מכאן הסיקו נושאי כליו של הרמב"ם, כי "נראה מדבריו דבדיני נפשות אפילו לא תבעוהו חייב".⁷⁰ וברוח הבחנה זו קבע במפורש בעל ספר החינוך:

ואולם חילוק יש בין דיני ממונות לדיני נפשות ושאר איסורין שבתורה, שבדיני ממונות אין אדם חייב להעיד עליהם מעצמו, אלא אם כן יתבענו בעל הדבר או בית דין.⁷¹ ובדיני נפשות ובעדות שאר איסורין שבתורה, כגון שראה אחד שעבר על איסור, וכן בעדות נפשות, כגון שראה מי שהרג חברו, או בעדות מכות, שהיכה האחד את חברו – בכל זה חייב אדם לבוא מעצמו ולהגיד העדות לפני הבית דין כדי לבער הרע ולהפריש בני אדם מאיסור.⁷²

נראה שלפי שיטה זו טעם ההבדל בין דיני ממונות לבין דיני נפשות ושאר איסורים נעוץ בטיבה של חובת העדות. דיני ממונות עוסקים ביריבות בין שני אנשים, ואין על העד חובה ליזום פעולה של מתן עדות לטובת פלוני, שהיא בגדרה פעולה לרעת אלמוני. רק כאשר אחד מבעלי הדין תובע מן העד להתייצב לימינו ולהעיד חייב העד לעשות כן.

68 משנה תורה, הלכות עדות א, א (ההדגשה אינה במקור). ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, כח, א. עם זאת, כאמור בהערה הקודמת, בספר המצוות עיגן הרמב"ם את האיסור לכבוש עדות במצוות "לא תעמוד על דם רעך", וזאת גם בהתייחס לעדות בדיני ממונות. מכך לכאורה משתמע כי תביעה מצד בעל הדין אינה הכרחית, שהרי חובת הצלת הזולת אינה מותנית בכך שהנתון בסכנה יתבע שיצילוהו.

69 וראו רדב"ז, שם, לגבי מקור אפשרי לדברי הרמב"ם בסוגיית הבבלי, שבועות לה ע"א. ראו גם דיונו של המנחת חינוך, מצווה קכב, ס"ק ג.

70 כסף משנה, הלכות עדות א, א. ובהמשך הוסיף: "ואפשר דטעמא משום דחייבים העדים לינקם ממנו וסמך לדבר מצאתי שכתב הרא"ש ז"ל [...] שכל הרואה דבר ערוה חייב להעיד לקיים מה שנאמר ובערת הרע מקרבך". ראו גם מרכבת המשנה, שם. לא הכול הסכימו עם ניתוח זה, ויש שסברו כי אף לדעת הרמב"ם על העד חלה חובה ליזום ולהעיד בדיני ממונות, אפילו אם הצדדים לא זימנו אותו להעיד, ובלבד שהוא יודע על סכסוך משפטי ביניהם (וזו כוונת דברי הרמב"ם במילים "והוא שיתבענו להעיד"). ראו שער משפט, סימן כח ס"ק ב. ראו פתחי תשובה, שם, ס"ק ד. וראו להלן, גישתו של שוחטמן.

71 אין זה מחוור לגמרי אם יש לגרוס "בית דין" או שמא "בעל דין". וראו מנחת חינוך, מצווה קכב, ס"ק ה.

72 ספר החינוך, מצווה קכב. יש שניסה למתן גישה זו וטען כי אומנם בדיני ממונות איסור "אם לא יגיד ונשא עונו" חל רק כאשר העד נתבע להעיד וכובש עדות, אולם יש עליו חובה בסיסית יותר להעיד אף אם לא זומן להעיד, כגון מדין השבת אבידה, או להציל עשוק מיד עושקו. ראו משכנות יעקב, חושן משפט, סימן יב.

בדיני ממונות חובתו של העד היא אפוא נגזרת של הפעולות שבעל דין זכאי לעשות לטובת קידום עניינו.⁷³ לעומת זאת, בדיני נפשות ובדיני איסורים היריבות היא בין מערכת החוק לבין הנאשם. כאן חובת העד אינה כלפי אדם מסוים אלא כלפי מערכת החוק.⁷⁴ לפיכך, כאן חלה עליו חובה ליזום פעולה של מתן עדות, בין לטובת הנאשם ובין לרעתו. חובה זו אינה תלויה בכך שבית הדין יזמן את העד להעיד.⁷⁵

נמצאנו למדים, כי קו חשיבה בולט במשפט העברי רואה בעדות – ודאי בדיני נפשות ויש הסוברים גם בדיני ממונות – חובה שאינה תלויה בכך שהעד ייתבע לעשות זאת. וכפי שניסח זאת אליאב שוחטמן:

היודע עדות לחברו חייב לבוא ולמסור עדות גם אם אין הוא נקרא להעיד כלל על ידי בעל הדין המעוניין, שהרי ייתכן מאוד שבעל הדין אינו יודע כלל על אותו עד. הטעם לכך שאין החובה להעיד אמורה אלא לאחר שנתבע להעיד הוא, שאם הנצרך לעדותו לא תבעו להעיד – כנראה שאינו רוצה להטריחו ומחל לו. לפיכך, בנסיבות בהן אין מקום להשערה כי הנצרך לעדותו מחל לו – חלה על מי שיוודע עדות החובה להעיד גם ללא תביעה. מחילה אינה שייכת אלא בממונות, לפיכך אם מדובר בעדות בענייני איסורים או בדיני נפשות, שאינם ניתנים למחילה, אין חילוק בין תבעו ללא תבעו, ובכל מקרה חייב היודע עדות לבוא ולהעיד. גם ביחס לענייני ממונות נפסק, שאף אם לא נתבע להעיד, יש לחוש לדעת הפוסקים שכתבו "דאם יודע שהבעלי דין דנו בעסק זה בבית דין או שבמשך הזמן ידונו בבית דין ולא יהיה אז בביתו, מצוה עליו לבוא לבית דין ולספר עדותו, דמצוה להציל ממון חברו".⁷⁶

73 עם זאת, כפי שניתן לראות לעיל בה"ש 70, יש פוסקים הסבורים שגם בדיני ממונות קיימת חובה על העד ליזום ולהעיד. לשיטתם יש לומר, כי אף ששני הצדדים מצויים ביריבות שווה, העד היודע כי האחד מהם צודק והשני טועה מחויב ליזום ולהעיד כדי לסייע בהוצאת האמת לאור.

74 ראו הבחנתו של השופט כהן, לעיל ה"ש 59.

75 הרעת נתנת לתמוך גישה זו במדרש הספרא הנזכר לעיל, שקשר את החובה להעיד במצוות "לא תעמוד על דם רעך". ברם, אף שנראה כי מדרש הספרא החיל את החובה להעיד על עדות שהיא להצלת הנאשם, ספר החינוך הדגיש כי החובה חלה על מתן עדות להרשעת הנאשם.

76 שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 10, בעמ' 762-763 (ההדגשה במקור), המצטט את דברי שו"ת ישיב יצחק חלק טז, סוף סי' עז. בדברים אלה מציג שוחטמן גישה המרחיבה את חובת העדות בדיני ממונות גם למקרים שבהם העד לא נתבע להעיד. וראו לעיל ה"ש 70.

ה. אי־מיצוי זכויות חברתיות

ההבדל בין שיטות משפט שנקודת המוצא שלהן היא שיח הזכויות לבין שיטות משפט הפותחות בשיח החובות בא לידי ביטוי בסוגיה נוספת המכונה כיום אי־מיצוי זכויות חברתיות. מכיוון שדנתי בכך בהרחבה לאחרונה אסתפק כאן בתמצית הדברים כפי הדרוש למאמר זה.⁷⁷

ברצותה להגן על רווחת השכבות החלשות עשויה מערכת המשפט לקבוע חוקים שונים שעניינם הענקת סיוע לאנשים החיים בעוני ולקבוצות חלשות אחרות. האם חובת המדינה או הקהילה להעניק את הסיוע לעניים תלויה בכך שהללו יתבעו את זכותם? נראה שבנקודה זו יש הבדל עקרוני בין תפיסות משפטיות מבוססות זכויות לבין תפיסות משפטיות מבוססות חובות.

במדינת ישראל המוסד לביטוח לאומי מעניק קצבאות שונות לקבוצות הזכאיות לתמיכה (מובטלים, זכאי הבטחת הכנסה, זקנים וכדומה). קצבאות אלה משולמות לזכאים רק אם הללו תבעו את זכותם. הביטוח הלאומי אינו יוזם מתן קצבאות ללא הגשת תביעה.⁷⁸ כך, לדוגמה, נאמר בתקנות שירותי הסעד: "רשות סעד תגיש סעד וטיפול סוציאלי לנזקק שפנה אליה בבקשה לכך".⁷⁹ לפיכך, לדוגמה אדם שהגיע לגיל שבעים אך לא תבע את קצבת הזקנה לא יהיה זכאי לקבלה. אם יגיש את התביעה בגיל שמונים הוא לא יקבלה למפרע מגיל שבעים, הגיל המזכה, שכן זכאותו מותנית בכך שיתבע את המגיע לו.⁸⁰

77 ראו בנימין פורת, לעיל ה"ש 7, בסעיף 7.1. ובהפניות המופיעות שם.
78 הדבר נכון הן לגבי קצבאות התלויות במצבו הכלכלי של מבקש הסיוע, כגון גמלת הבטחת הכנסה, הן לגבי קצבאות שאינן תלויות במבחן הכנסות, כגון קצבת זקנה.
79 סעיף 2 לתקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים), התשמ"ו-1986. ראו גם סעיף 2(ב) לחוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958: "נתבקשה מחלקה לשירותים חברתיים של רשות מקומית ליתן טיפול סוציאלי או להגיש סעד, ימסור הממונה על המחלקה למבקש, בכתב, את ההחלטה בבקשה תוך זמן סביר"; סעיף 296(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995: "כל תביעה לגמלת כסף, תוגש למוסד תוך שנים עשר חודשים מהיום שבו נוצרה עילת התביעה". אומנם בסעיף 296(ב) נקבע, כי לאחר הגשת תביעה ניתן לקבל גמלה באופן רטרואקטיבי עד לתקופה של שנים־עשר חודש. אולם אף תשלום רטרואקטיבי זה מותנה בהגשת תביעה.

80 עב"ל (ארצי) 628/08 אליעזר גלעדי – המוסד לביטוח לאומי (נבו 15.4.2010). שני חריגים שבהם הגמלה משולמת אף בלא הגשת תביעה הם: א. זכאים לקצבת נכות המגיעים לגיל זקנה, להם משולמת קצבת זקנה ללא צורך בהגשת תביעה; ב. מענק לידה, הניתן כנגד הצגת תעודת לידה, בלא צורך בהגשת תביעה. גם קצבאות ילדים משולמות על פי רוב באופן אוטומטי, על פי המידע המועבר לביטוח הלאומי מבתי החולים. עם זאת, כאשר המידע אינו עובר מבתי החולים (כגון ילד שנולד בחו"ל, ילד שנולד בבית, ילד מאומץ) נדרשת הגשת תביעה לביטוח הלאומי לקבלת קצבת ילדים.

דרישה זו להגשת תביעה יוצרת בעיה המכונה "איי-מיצוי זכויות". מחקרים מלמדים כי רבים מבעלי הזכויות לקבלת תמיכה מן המדינה אינם מממשים את זכויותם שכן הם אינם תובעים את המגיע להם. הסיבות לכך מגוונות. העיקריות שבהן הן חסמי ידע (לגבי הזכויות והדרכים למימושן), חסמים בירוקרטיים (טפסים ארוכים, חוסר תיאום בין הרשויות) וחסמים פסיכולוגיים הנובעים מן ההשפלה העלולה להיות בפנייה לרשויות הרווחה. חסמים אלה הופכים להיות קשים במיוחד שעה שמדובר באוכלוסיות חלשות. אחד הניסיונות להקל על בעיה זו הוא באמצעות הגברה של חובת היידוע המוטלת על הביטוח הלאומי.⁸¹ ההנחה היא כי אם יחויב הביטוח הלאומי במתן מידע מפורט יותר לזכאים, הללו יוכלו לתבוע את זכותם ביתר אפקטיביות. ברם, יוזמה זו מתמודדת בעיקר עם בעיית חסמי הידע, והיא אינה תחליף לעצם הצורך בהגשת תביעה. לפיכך, בכל הנוגע לחסמים הפסיכולוגיים להגשת תביעות לקבלת סיוע (כגון חשש מבושה ותיוג חברתי), אין בחובת היידוע כדי להציע פתרון לבעיה.

עיון בדיני צדקה שבמשפט העברי מלמד על השקפת עולם שונה. דינים אלה נשנו בהקשרה של קופת הצדקה, המתפקדת כמוסד ביטוח קהילתי לרווחתם של עניי הקהילה.⁸² בעניינם של גבאי הצדקה המופקדים על הקופה הדגישו בעלי ההלכה כי חובתם אינה מתמצה במתן מענה לבקשות המופנות אליהם מצד העניים, אלא חובה עליהם ליזום פנייה לעניים שאינם פונים לקבלת עזרה (בדרך כלל מחמת הבושה). כך, לדוגמה, מצאנו בתוספתא: "האומר 'איני מתפרנס משל אחרים' שוקדין עליו ומפרנסין אותו".⁸³ ביטוי זה מדגיש את החובה ליזום סיוע לעני שאינו פונה מעצמו לקבלת סיוע. מאוחר יותר קבע רבי יעקב בן אשר בעל הטורים (המאה ה"ג-ד") את החובה לחזור אחר העני המתבייש לפנות לקבלת סיוע: "מי שצריך ליטול מהצדקה ואינו רוצה ליטול מערימין ונותנין לו לשם מתנה דרך כבוד כאילו אינו מן הצדקה, ואם אינו רוצה נותנין לו לשם הלואה, ואם אינו רוצה אומרים לו הבא משכון כדי שלא יתבייש ואין נפרעין ממנו אח"כ".⁸⁴ הדגשה מיוחדת נתן לכך רבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין (המאה ה"ט): "עני שאינו רוצה לקבל צדקה וידענו שהוא מוכרח לכך אנחנו מחוייבים להתאמץ שיקבל".⁸⁵

ניתן לראות כיצד שיח החובות של המשפט העברי עולה בקנה אחד עם התפיסה שסיוע הרווחה שהקהילה מחויבת להעניק אינו מותנה בהגשת תביעה מצידו של העני, אלא הוא מטיל חובה על הגבאים ליזום פנייה לעניים ולחזור אחריהם. עניין זה חשוב

81 ראו למשל סעיף 2ב שהוסף לאחרונה לחוק שירותי הסעד (תיקון מס' 8), התשע"ח-2018.

82 על כך ראו בנימין פורת צדק דלים: עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל 137 (התשע"ט).

83 תוספתא, פאה ד, יב (מהדרת ליברמן, עמ' 85. ההדגשה הוספה). בתוספתא הובאו שלוש דעות כיצד ראוי לסייע לעני זה. ראו שם.

84 טור, יורה דעה, רנג (ההדגשה הוספה).

85 ערוך השולחן, יורה דעה, רנג, יז (ההדגשה הוספה).

במיוחד בתחום הרווחה, שבו מדובר בקבוצות חלשות המתקשות לתבוע את זכותן. שיח הזכויות אומנם מקנה לקבוצות אלה זכויות נחוצות, אולם מתקשה להביא למימושן.⁸⁶

ו. הלנת שכר

עד עתה עמדתי על כמה דוגמאות של נורמות המטילות חובות ומקנות זכויות נגדיות, שבהן המשפט העברי נוטה שלא להתנות את החובה בתביעה מצד בעל הזכות, בעוד המשפט בן־זמננו נוטה לראות בתביעת הזכות שלב הכרחי שבלעדיו החובה אינה חלה. הדוגמה הבאה מדיני עבודה תלמדנו שייתכן גם ההיפך. כאן דווקא המשפט העברי נוטה להתנות את החובה המוטלת על המעביד שלא להלין את שכרו של העובד בכך שהעובד יתבע את זכותו. המשפט המודרני, לעומת זאת, אינו מכיל התניה דומה. דוגמה זו היא, לכאורה, ראייה לסתור את הטעון המרכזי של מאמר זה. לאחר שאציג את המקורות העיקריים אנתח את משמעותם ואת התחבטויותיהם של הפוסקים לגבי משמעותה של דוגמה חריגה זו.

נפתח במשפט בן־זמננו. דיני העבודה המודרניים אוסרים על הלנת שכר. שכר מולן מוגדר כ"שכר עבודה שלא שולם עד ליום הקובע".⁸⁷ הלנת שכר מקנה פיצויים לעובד,⁸⁸ ואף נחשבת עבירה פלילית.⁸⁹ כדי שהמעביד יחשב מלין שכר אין הכרח שהעובד יתבע את שכרו, אלא די באי־תשלום השכר במועדו. מסקנה זו עולה, בין השאר, מקביעת המחוקק, כי הזכות לפיצויי הלנת שכר תתיישן אם לא הוגשה תובענה לבית דין אזורי לענייני עבודה תוך שנה מהיום שבו רואים את השכר כמולן.⁹⁰ מכאן כי עצם הזכות לפיצויי הלנת שכר אינה תלויה בכך שהעובד יתבע את המגיע לו. הדעת נותנת כי הדבר קשור בהנחת היסוד של דיני העבודה המודרניים בדבר פערי הכוחות המובנים בין המעביד לבין עובדיו, הגורמים לצורך להגן על העובדים מפני מעבידיהם (כפי שלמשל בא לידי ביטוי באופי הקוגנטי של חוקי המגן). עם זאת, יש לשים לב כי המחוקק קבע לזכות לפיצויי הלנת שכר תקופת התיישנות קצרה יחסית, ובכך דוחק למעשה בעובד למהר ולהגיש את תביעתו.

86 השוו עם הצעתם של אבישי בניש ולירון דוד "זכות הגישה למנהל במדינת הרווחה: על (אי־)מיצוי זכויות חברתיות וחובת ההנגשה של החקיקה החברתית" משפט וממשל יט 1, 33 (התשע"ח).

87 סע' 1 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958. היום הקובע מוגדר כ"יום התשיעי שלאחר המועד לתשלום שכר העבודה".

88 סע' 17 לחוק הגנת השכר.

89 סע' 25ב(1) לחוק הגנת השכר.

90 סע' 17א לחוק הגנת השכר. הסעיף מכיל חלופה נוספת שאינה מענייננו כאן.

זה אינו המצב במשפט העברי, אשר באופן לא־צפוי דווקא התנה את איסור הלנת שכר בכך שהעובד יתבע את שכרו.⁹¹ בשני מקומות התורה מזהירה את המעביד לשלם לפועל את שכרו במועד:

לֹא תַעֲשֶׂק אֶת רֵעֶךָ וְלֹא תִגְזֹל, לֹא תִלִּין פְּעֻלַת שְׂכִיר אֲתָךְ עַד בֹּקֶר (ויקרא יט, יג).

לֹא תַעֲשֶׂק שְׂכִיר עֲנִי וְאֶבְיוֹן מֵאַחֶיךָ אוּ מִגֵּרְךָ אֲשֶׁר בְּאַרְצְךָ בְּשַׁעֲרֶיךָ. בְּיוֹמוֹ תִתֵּן שְׂכָרוֹ וְלֹא תָבוֹא עָלָיו הַשְּׂמֶשׁ כִּי עֲנִי הוּא וְאֵלָיו הוּא נֹשֵׂא אֶת נַפְשׁוֹ וְלֹא יִקְרָא עָלֶיךָ אֵל ה' וְהָיָה כִּךְ חֲטָא (דברים כד, יד-טו).

את המילה "אתך", המופיעה בפסוק בספר ויקרא, דרשו חז"ל במשמעות מצמצמת, שלפיה איסור "לא תלין" חל רק כאשר הפועל תובע את שכרו:

יכול אפילו לא בא ולא תבעו? תלמוד לומר "אתך" – לא אמרתי אלא שלא ילין אתך לרצונך.⁹²

כלומר, הלנת השכר אסורה אם היא מעשה חד־צדדי של המעביד ("אתך, לרצונך"), אך לא אם היא נעשית לרצון הפועל שאינו תובע את שכרו.⁹³ הלכה זו מופיעה אף במשנה:

אחד שכר אדם ואחד שכר בהמה ואחד שכר כלים יש בו משום 'ביומו תתן שכרו' ויש בו משום 'לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר'. אימתי? בזמן שתבעו, לא תבעו אינו עובר עליו.⁹⁴

מדוע המעביד אינו עובר ב"לא תלין" אם העובד לא תבע את שכרו? מתוך דרשת חז"ל הנזכרת לעיל נראה כי ההנחה של הלכה זו היא שפועל שאינו תובע את שכרו נחשב כמי שמוותר על זכותו לקבל את השכר במועד (ההלנה נעשית מדעתו). לאור כך הפוסקים פירשו הלכה זו בצמצום. לפיכך, למשל, נקבע שאיסור הלנת שכר חל אף אם העובד לא תבע את שכרו ובלבד שהסיבה לכך הייתה משום שנאנס ולא יכול היה לתבוע את

91 סוגיית הלנת שכר במשפט העברי רחבה מכדי להקיפה כאן. להרחבה ראו אהבת חסד א, פרקים ט-י; שילם ורהפטיג דיני עבודה במשפט העברי 336 (התשכ"ט); בנימין בראון "הלנת שכר בפסיקת החפץ חיים: לקראת מודרניזציה של דיני העבודה ההלכתיים?" תרביץ עה (התשס"ו).

92 ספרא קדושים ב, סוף פרק ג. במקבילה המופיעה בבבלי, בבא מציעא קיב ע"א מופיע: "אתך, לדעתך".

93 כפי שכתב רש"י, בבא מציעא קיב ע"א: "לדעתך – ולא מדעתו". והחפץ חיים ניסח זאת: "אם לא תבעו השכיר [...] אינו עובר עליו דהרי הוא כאילו מרשהו לזה" (אהבת חסד א, פרק ט, סעיף יא).

94 משנה, בבא מציעא ט, יב. וכך נפסקה הלכה. ראו משנה תורה, הלכות שכירות יא, ד; שולחן ערוך, חושן משפט, שלט, י.

שכרו,⁹⁵ או משום שהוא חשש מפני המעביד מלתבוע אותו בגלוי.⁹⁶ כמו כן, נקבע כי אם הפועל עבר אצל שני שותפים, אזי די בכך שיתבע את האחד כדי שאיסור "לא תלין" יחול גם על שותפו.⁹⁷

דרך נוספת שבה חלק מן הפוסקים ביקשו למתן הלכה זו היא בקביעה כי אומנם אם הפועל לא תבע את שכרו אין המעביד עובר באיסור "לא תלין", אולם הוא עובר באיסורים אחרים שיש בהלנת שכר, כגון "ביומו תתן שכרו", "לא תעשוק שכיר עני" וכדומה.⁹⁸

ברם, גם לאחר שקביעות ממתנות אלה נלקחות בחשבון, ניכר כי בדיני הלנת שכר העניקו חכמי התנאים משקל מיוחד לפעולה של תביעת הפועל את שכרו, וצמצמו את חובת המעביד לשלם את השכר במועד כשלא נתבע על כך. הם העניקו פרשנות מרחיקת לכת לשתיקת העובד וראו בהיעדר תביעה מצידו הסכמה לדחייה בתשלום. האם ניתן ללמוד מהלכה זו עיקרון כללי שלפיו אדם הנושא בחובה אינו חייב לקיימה עד שבעל הזכות יתבע את זכותו? לשאלה זו נדרש רבי גרשון אשכנזי (המאה ה"ז). במקרה שנידון לפניו, ראובן התחייב ליתן לשמעון סחורה לזמן ידוע, וקיבל על עצמו לשלם סכום מסוים אם לא יעמוד בהתחייבותו (מעין קנס, או פיצוי מוסכם). מועד קיום החוזה חלף בלא ששמעון תבע מראובן לקיים את התחייבותו, וראובן לא מסר את הסחורה במועד שנקבע. כעבור זמן תבע שמעון מראובן שישלם את הסכום שהתחייב בו כפיצוי מוסכם אם לא יקיים את חיובו. ראובן טען כנגדו כי מכיוון ששמעון לא תבע ממנו לקיים את ההתחייבות לא ניתן לראות בו, כלומר בראובן, כמי שלא עמד בהתחייבותו. השאלה הייתה אפוא אם צד לחוזה שלא קיים את חיובו לאור זאת שהצד שכנגד לא תבעו, נחשב מפר חוזה.

לדעת הרב אשכנזי, הדבר אמור להיות תלוי בשאלה אם הדין שנאמר בעניין איסור הלנת שכר – "אימתי? בזמן שתבעו, לא תבעו אינו עובר עליו" – חל רק בענייני הלנת שכר, או שמא הוא בית אב לעיקרון כללי שלפיו החובה המוטלת על חייב מותנית בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו.

לדעתו, הכרעת העניין ראויה להתבסס על הטעם שנאמר בדין "לא תלין". המעביד אינו עובר ב"לא תלין" אם העובד אינו תובעו, משום שאי-תביעת השכר נחשבת ויתור, זמני של העובד על תשלום שכרו במועד ומוכנות לקבל את השכר מאוחר יותר. לפיכך,

95 אהבת חסד א, פרק ט, סעיף יא, נתיב החסד ס"ק לב. ראו גם הרב צבי ארנון "הלנת שכר" תחומין כב 345, 352 (התשס"ב).

96 אהבת חסד, שם, ס"ק כט. על כך ראו בראון, הלנת שכר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 512.

97 גידולי שמואל בבא מציעא קיא ע"א. כמו כן, לדעתו האיסור חל אף אם שני פועלים עבדו בשותפות ורק אחד מהם תבע מהמעביד את שכרו.

98 ראו ספר יראים, סימן קלה. ראו גם שער משפט, שלט ס"ק ב; אהבת חסד א, פרק ט, סעיף יא.

יש להחיל דין זה אף על חיובים אחרים שבהם בעל הזכות אינו תובע את זכותו, ובכך הוא למעשה מוותר על מימוש עכשווי של הזכות.⁹⁹ ובלשונו:

אם לא תבעו הוה [=הוא] כאילו גילה דעתו שאינו מבקש שכירותו, ממילא אין לחלק בין לאו דבל תלין ובין שאר חיובים ועל כולם איננו עובר אם לא תבעו חברו.¹⁰⁰

מסקנתו היא כי מכיוון ששמעון לא תבע מראובן את מימוש החיוב, ראובן אינו מפר חוזה ולכן אינו חייב בתשלום הפיצוי המוסכם. נמצא כי לדעת הרב אשכנזי היעדר תביעה עשוי ללמד על מחילה של בעל הזכות או על הסכמתו לדחות את החיוב.¹⁰¹ ברם, מכך נובע שאם לא ניתן לייחס לבעל הזכות כוונה למחול על זכותו, כגון שהוא לא היה מודע לזכותו או שהייתה לו מניעה אחרת מלתבוע, הצד שכנגד יהיה חייב למלא את חובתו אף בלא תביעה מצידו של בעל הזכות, מעין מה שכתב מאוחר יותר הרב שמואל יצחק שור (המאה ה'ט'): "דזה דוקא כשהקונה והמוכר הם בעיר א'חת], אבל כשאנים בעיר א'חת] אין ראי'ה] ממה דלא תבעו כיון שלא ה'יה] בעיר [...] כשאינו בעיר חייב אף בלא תביעה".¹⁰²

הרב אשכנזי פסע צעד נוסף וגזר מסקנה נוספת. האם ראובן יכול לקיים את החוזה באיחור ולמסור לשמעון את הסחורה לאחר חלוף המועד שנקבע, או שמא שמעון יכול לסרב לקבל את הסחורה באיחור? תשובתו של הרב אשכנזי היא כי ראובן יכול לקיים את החוזה באיחור. דומה כי הלוך מחשבתו הוא זה: אין זה נכון לומר שבלא תביעת בעל הזכות, החובה שעל ראובן אינה קיימת. החובה קיימת ועומדת אף בלא תביעת הזכות, אלא שכל עוד בעל הזכות אינו תובע את שלו נחשב הדבר כאילו הוא מוותר על קיום עכשווי של החובה. לכן, כאשר יספק ראובן מאוחר יותר את הסחורה יקיים בכך את חיובו ושמעון לא יוכל לסרב לקבל את הסחורה.¹⁰³

99 מעין גישתו של הרי"א ז, לעיל ה"ש 46.

100 שו"ת עבודת הגרשוני, סימן ז.

101 ראו נחל יצחק, לעיל ה"ש 46, סימן ט. הרב ספקטור רואה בכך ראייה לגישת קצות החושן שהובאה לעיל, ה"ש 48, לפיה לווה אינו חייב לפרוע את החוב אם המלווה לא תבע זאת ממנו. ובלשונו: "על כן יש למילף [=ללמוד] שארי חובות משכר פועל דכל זמן דלא תבעו אינו מחוייב במצוה דפריעת בעל חוב. ונכונים הם דברי הקצות החושן דסבירא ליה [=הסובר] בכל חוב דכל זמן דלא תבעו אינו מצוה ביה [=בו], וזהו יסוד גדול למילף מיניה [=ללמוד ממנו] לכל חוב". ברם, מכך שבמצבים מסוימים בחירת הנושה שלא לתבוע את זכותו מלמדת על כך שהוא ויתר עליה ולו באופן זמני, אין ללמוד שתביעת החוב היא תנאי מהותי לעצם קיומה של החובה לפרוע את החוב.

102 שו"ת מנחת שי, חושן משפט, סימן י.

103 הדעת נותנת כי ייתכן מצב שבו האיחור במסירת הסחורה יהפוך אותה לבלתי כדאית עבור שמעון, ולכן הוא יהיה זכאי לסרב לקבלה. אולם נראה שלא בכגון הא דן הרב אשכנזי

נמצא אפוא כי מצד אחד הרב אשכנזי רואה בדין שנאמר בהלנת שכר – "אימתי? בזמן שתבעו, לא תבעו אינו עובר עליו" – בית אב לעיקרון החל גם על חיובים נוספים. אין חובה לקיים חיוב אם בעל הזכות אינו תובע אותה. מצד שני, לדעתו אי-תביעת הזכות אינה נחשבת אלא ויתור זמני על קיום החובה, העומדת בעינה אף בלא תביעת הזכות. דומני כי מסקנה זו עולה בקנה אחד עם דברי נתיבות המשפט שראינו לעיל בעניין פירעון חוב, כי "אף שהמלווה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע", כלומר שכאשר המלווה אינו תובע משום ששכח או שאינו יכול לתבוע, עדיין חייב הלווה לזיום ולפרוע את החוב.¹⁰⁴

לסיכום האמור בסעיף זה, נראה שדין הלנת שכר מספק לכאורה דוגמה הפוכה לנטען במאמר זה. כאן המשפט העברי מתנה את איסור הלנת שכר בכך שהעובד יתבע את שכרו. עם זאת, הדבר אינו נובע מכך שהחובה תלויה בתביעת הזכות, אלא משום שהבחירה של העובד שלא לתבוע את שכרו מתפרשת כוויתור זמני על קבלת השכר במועד. בהתאם לכך צמצמו המפרשים הלכה זו בכמה דרכים חשובות, כגון שאף אם המעביד שאינו משלם את השכר במועד אינו עובר על איסור "לא תלין" (משום שהעובד לא תבעו) בכל זאת הוא עובר באיסורים אחרים של הלנת שכר. כמו כן, המפרשים טענו כי אם העובד לא היה יכול לתבוע את שכרו אזי איסור "לא תלין" חל אף בלא תביעת הזכות.

לענייננו חשובה התוכנה ששיח החובות אינו מכתוב תפיסה שאינה מכירה בחשיבות של תביעת הזכות. הדוגמה של הלנת שכר מלמדת כי גם בתוך שיח החובות יכולה לצמוח תפיסה המעניקה משקל מסוים לתביעה מצידו של בעל הזכות. לנקודה זו אשוב בהמשך.

ז. הליך אזרחי במקביל להליך פלילי

לקראת סיום אני מבקש להעלות זווית נוספת שבה בא לידי ביטוי ההבדל האמור בין שיח הזכויות לבין שיח החובות, וזאת כאשר אדם מבצע מעשה שיש לו היבטים נזיקיים והיבטים פליליים כאחד. אטען כי שיח הזכויות מאפשר ביתר נוחות הבחנה בין שני ההיבטים, באופן המאפשר ניהול נפרד של ההליך האזרחי במקביל להליך הפלילי. בכך שיח הזכויות מבטיח הגנה טובה יותר לאינטרס הנפגע. לעומת זאת, שיח החובות, מעין זה שבמשפט העברי, נוטה לטשטש את ההבדלים בין ההליך האזרחי להליך הפלילי ולמזגם זה בזה, ובכך עלול לגרום פגיעה באינטרס הנפגע.

(השוו ע"א 7938/08 היאלי מונסנגו נ' מוריס מכביאן (נבו) 11.08.2011) פסקה 23 לפסק דינו של השופט עמית, בעניין חיוב חוזי שהושהה והאפשרות לקיימו לאחר זמן לא סביר).

104 על כך ראו גם שילם ורהפטיג "ביטול חוזה בשל הפרה לפי המשפט העברי" דיני ישראל ב 155, 165 (התשל"א).

אדם הפוגע בזולתו עלול למצוא עצמו עומד בפני שני הליכים משפטיים – אישום בגין עבירה פלילית ותביעה נזיקית. אנו מניחים כיום, כמעט כדבר המוכן מאליו, כי שני ההליכים יכולים להתנהל במקביל, ושההליך הפלילי אינו מיתר את ההליך האזרחי. התוקף את חברו צפוי להיענש בגין העבירה שביצע ובמקביל להתחייב לפצות את הנפגע בגין הנזק שנגרם לו.

יתירה מכך, יש הטוענים כי בעבירות המאופיינות בניצול מעמד חלש בידי מעמד חזק, כגון ניצול מיני של עובדת בידי מעבידה, יש חשיבות מיוחדת לכך שינוהל נגד הפוגע הליך נזיקי במקביל להליך הפלילי. זאת לא רק כדי להשיג הרתעה חמורה יותר של העברייין (מטרה שניתן להשיגה גם באמצעות החמרת הענישה הפלילית), או כדי להגן על האינטרס הכספי של הקורבן, אלא בעיקר כדי לסייע בשיקום אישיותה של הקורבן שנרמסה. בעבירות הנובעות מניצול מערכת יחסים היררכית, העבירה גורמת לכיווץ אישיותה של הנפגעת ולשיתוקה והיא מאבדת את השליטה על חייה. התביעה הנזיקית, כך נטען, יכולה לסייע לנפגעת להעצים את אישיותה, באמצעות התעמתות עם העברייין כשידה על העליונה, ובכך להשיב לעצמה את השליטה על חייה ועל עתידה.¹⁰⁵

כדי להבין מדוע התביעה הנזיקית, להבדיל מהאישום הפלילי, הכרחית להעצמת הנפגעת, חשוב לזכור כמה הבדלי יסוד בין שני ההליכים. הליך פלילי מנוהל על ידי הפרקליטות, אשר היא השחקן המרכזי המנווט את ההליך. בידי הפרקליטות נתונות ההחלטות אם לתבוע את העברייין אם לאו; אם לחתום עימו על עסקת טיעון או לנהל את ההליך עד תומו; אם להעלות את הנפגעת על דוכן העדים (אף על פי שלעיתים היא אינה מעוניינת בכך) או שמא דווקא לא לזמן אותה להעיד (אף על פי שלעיתים היא דווקא מעוניינת לספר את סיפורה ברבים). ההליך הפלילי מתנהל כשלנגד עיני התביעה עומד האינטרס הציבורי, בעוד האינטרס של הקורבן הוא משני או אינסטרומנטלי.¹⁰⁶

לעומת זאת, במסגרת הליך נזיקי הנפגעת מקבלת לידיה את המושכות, והיא מנהלת את ההליך כפי הבנתה. הנפגעת מתייצבת כתובעת. היא המחליטה אם לתבוע, אילו עדים וראיות להציג, ואם לסיים את ההליך באמצעו. במסגרת ההליך הנזיקי הנפגעת מקבלת

105 ראו Ronen Perry, *Empowerment and Tort Law*, 76 TENN. L. REV. 959 (2009), ובספרות המובאת בהערות השוליים. ראו גם רונן פרי ויחיאל ש' קפלן "תפסת מרובה לא תפסת: על העצמה באמצעות דיני הנזיקין" משפט, חברה ותרבות: העצמה במשפט 411 (מימי איזונשטרט וגיא מונדלק עורכים, התשס"ח).

106 ניסיון למתן זאת מצוי בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. על כך ראו עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקורבן: מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז 419 (התשס"ב); עדנה ארבל "מעמדו של קרבן העבירה בהליך המשפטי" ספר גבריאל בך 189 (2011); הדר דניציג-רונברג ודנה פוג'ן "הדור הבא' של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (התשע"ה).

את האפשרות להשמיע את סיפורה ברבים, ופועלת להכרת בית המשפט באמיתות גרסתה. מנקודת מבט זו, ההליך הנזיקי הופך את הנפגעת מקורבן פאסיבי לתובעת אקטיבית.¹⁰⁷ העצמה זו של נפגעת העבירה באמצעות ההליך הנזיקי קשורה ישירות בשיח הזכויות שביסודו. בשונה מההליך הפלילי, שמוקדו בהפרת העברייני את החובה המוטלת עליו, ההליך הנזיקי מבוסס על אדם התובע את המגיע לו, ובדרך זו משיב לעצמו את השליטה על חייו. המשפט בן זמננו אינו מסתפק אפוא בניהול הליך פלילי מול העברייני, אלא מאפשר לנפגע לתבוע אותו בהליך אזרחי מקביל.

על רקע זה בולט ההבדל העקרוני בין גישה זו לכין גישתו של המשפט העברי. על פי הגישה המקובלת במשפט העברי, כאשר אדם הזיק לזולתו תוך כדי ביצוע עבירה שעונשה הוא מוות או מלקות, אזי אין לנפגע אפשרות לתבוע פיצוי מן המזיק. ההליך הפלילי כביכול "בולע" אל קרבו את ההליך הנזיקי. הלכה זו מכונה "אין אדם מת ומשלם"¹⁰⁸, או בשמה המאוחר יותר – "קים ליה בדרכה מיניה [=העמידנו (בעונש ה) גדול ממנו]", כלומר כאשר אדם עושה פעולה הגוררת שתי סנקציות הוא ייענש בעונש החמור בלבד ולא בשני העונשים.¹⁰⁹ לדוגמה, אדם השורף בשבת את שדהו של חברו אמור להתחייב בעונש מיתה בגין חילול שבת ובפיצוי בעל השדה בגין הנזק שנגרם לו. על פי הכלל "אין אדם מת ומשלם" הוא יחויב בעונש מיתה ויפטר מתשלומי הנזק, וכלשון המשנה: "הוא שהדליק את הגדיש בשבת – פטור, מפני שהוא נדון בנפשו".¹¹⁰ רבות נכתב על דין "קים ליה בדרכה מיניה", על מקורותיו, טעמיו וגדריו.¹¹¹ יש שהציעו כי טעמו נעוץ בכך שהעונש החמור (מיתה) כביכול מאפיל על העונש הקל

- 107 בדומה כותבת קת'רין מקינן לגבי החשיבות שנפגעות עבירה מינית יתבעו בנזיקין את העבריינים, ולא יסתפקו בהליך הפלילי המתנהל נגדם על ידי המדינה: *"a civil remedy is initially more appropriate to the goal of empowering adult women than a criminal prohibition would be"* (Catharine A. MacKinnon, *Pornography, Civil Rights, And Speech*, 20 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 61 (1985)).
- 108 ראו למשל, משנה, כתובות ג, ב; משנה, בבא קמא ג, י; שם ח, ה, ובמקורות נוספים.
- 109 אחת השאלות המרכזיות בהקשר זה היא אימתי הדבר ייחשב מעשה אחד הגורר שני עונשים (כגון מיתה וממון) ואימתי ייחשב שני מעשים נפרדים הסמוכים זה לזה, אשר ראוי להעניש בגין כל אחד מהם בנפרד. שאלה זו אינה הכרחית לדיונונו כאן.
- 110 משנה, בבא קמא ג, י (על פי כ"י קאופמן).
- 111 ראו, למשל, ברכיהו ליפשיץ *קים ליה בדרכה מיניה (אין אדם מת ומשלם)* (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית התשל"ט); הנ"ל "מיתה לזה ותשלומין לזה" *שנתון המשפט העברי* ו-1 203 (התשל"ט-התש"ס); הנ"ל "האין אדם מת ומשלם?" *שנתון המשפט העברי* ח 153 (התשמ"א); דוד הנשקה "ממון לזה ונפשות לזה (ניתוח ספרותי של כלל משפטי)" *סידרא* ב 37 (התשמ"ו); שמא יהודה פרידמן "אין לוקה ומשלם": לידתו וגלגוליו של כלל בדיני עונשין" *הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון* 443 (אריה אדרעי ואח' עורכים, התשע"ח).

(תשלום), בבחינת בכלל מאתיים מנה,¹¹² כלומר שבעת שאדם מוצא להורג אין ראוי להתחשבן עימו בענייני כספים. אחרים הציעו כי הטעם שונה, ולפיו העבירה החמורה (כגון חילול שבת) מעמידה את העבירה הקטנה יותר (גרימת נזק) כעניין משני העומד בצילה.¹¹³ ויש שהציעו הסברים נוספים.¹¹⁴

יהא הטעם המדויק של הלכה זו אשר יהא, ברי כי עניינה הוא הקלה על העבריינין כך שלא ייענש בכפל עונשים בגין מעשה אחד. ככל שמדובר בעבירה אחת בעלת שני היבטים פליליים (כגון שהעבריינין מתחייב בגין מעשהו בעונש מיתה ובעונש מלקות), דין "קים ליה בדרכה מיניה" עשוי להתיישב על הלב. הבעיה מזדקרת שעה שמדובר בעבירה אחת שיש לה היבט פלילי והיבט נזיקי. לפי הדין העברי, אדם ששרהו הוצת ביום שישי יהיה זכאי לפיצוי מלא מאת המזיק, ואילו אדם ששרהו הוצת בשבת לא יהיה זכאי לפיצוי משום שהמזיק חייב מיתה. מנקודת מבטו של הניזק הלכה זו קשה, שכן מדוע עונש המיתה המוטל על המזיק מצדיק שלילת הפיצוי מן הניזק? דין "קים ליה בדרכה מיניה" ממוקד כולו בבעיית הענישה הכפולה של העבריינין, והוא אדיש לנקודת המבט של הניזק ולא ינטרס שלו בקבלת פיצוי.

ככל הנראה הלכה זו מלמדת על כך שחכמי המשפט העברי ראו בפיצוי הנזיקי דבר שעיקרו חובה המוטלת על המזיק, ורק בעקיפין זכות המוענקת לניזק. לפיכך, כאשר דובר על מעשה נזק המלווה בעבירה פלילית שעונשה מיתה או מלקות התמקדו חכמים בשאלה אם ראוי להטיל על המזיק כפל עונשים, והסיקו כי מקום שבו יש עונש מיתה אין להטיל עונש תשלומים נוסף, וזאת מבלי לשקלל את הפגיעה בזכות הניזק לקבל פיצוי.¹¹⁵

תובנה זו בולטת בדברי המשנה בעניין הכלל "אין אדם מת ומשלם": "כל המתחייב בנפשו אין משלם ממון שנאמר 'וְלֹא יִהְיֶה אִסּוֹן עֲנוֹשׁ יַעֲנֶשׁ' (שמות כא, כב)."¹¹⁶ משנה זו מבוססת על מדרש הפסוק בספר שמות, בעניין חובת הפיצוי המוטלת על אדם שגרם לאישה הרה להפיל את עובריה. על פי פרשנות זו, אם האישה לא מתה ("לא יהיה אסון") אין הדבר נחשב רצח והמזיק חייב בתשלומים בגין הפגיעה בעובר ("עונש יענש"). מכאן הסיקו חכמים כי אם האישה מתה והמזיק חייב עונש מיתה כדין רוצח אין חובת תשלומים בגין הפלת הוולדות: "ולא יהיה אסון – עונש, הא אם יש שם אסון

112 ראו חידושי הרמב"ן, מכות ב ע"א; קובץ שיעורים, לעיל ה"ש 52, בעמ' צג.

113 הסבר מעין זה מתחייב, לכאורה, משיטת תנא דבי חזקיה (בבלי, כתובות לה ע"א), שלפיה "דין קים ליה בדרכה מיניה" חל גם כאשר העבירה החמורה נעשתה בשוגג באופן שאינו גורר עונש מיתה, כגון המצית את שדה חברו בשבת בשוגג.

114 ראו השערותיהם של DAUBE, *STUDIES IN BIBLICAL LAW* 102, 127-128 (1947); ליפשיץ "האין אדם מת ומשלם?" (לעיל ה"ש 111).

115 זאת בדומה להסבר שהביא ליפשיץ "האין אדם מת ומשלם", לעיל ה"ש 111, בעמ' 158 בשם S. KATZ, *DIE STRAFE IN TALMUDISCHE RECHT* 66 (1936).

116 משנה, כתובות ג, ב.

אין נענש".¹¹⁷ לענייננו חשובה ההנחה הסמויה במדרש זה שהפיצויים הנזיקיים הניתנים לנפגע הם "עונש". הנחה זו היא העומדת בבסיס הקביעה שכאשר המזיק חייב בעונש המיתה הוא פטור מעונש תשלומי נזיקין, וזכותו של הנזוק לפיצויים נדחקת לשוליים.¹¹⁸

את הקשר הרעיוני בין דין "קים ליה בדרבה מיניה" לבין שיח החובות בהלכה ניתן להדגיש בשני אופנים נוספים. על פי שיטת "חכמי הצרפתים", דין "קים ליה בדרבה מיניה" אומנם פוטר אדם מחיובים לא־רצוניים החלים עליו במקביל לעונש מיתה (כגון המדליק גדישו של חברו בשבת), אך הוא אינו פוטר אדם מחיובים רצוניים שהוא התחייב בהם תוך כדי ביצוע עבירה שעונשה מיתה. לפיכך, למשל, אדם שמכר תאנים בשבת באופן הכרוך בחילול שבת מדאורייתא על ידי הקונה (שקנה את התאנים באמצעות לקיטתן בשבת), יהיה זכאי לתבוע מהקונה את דמי התאנים אף שהקונה חייב מיתה על מעשיו: "לא אמרו אין אדם מת ומשלם אלא בדבר הבא דרך נזקים, אבל בדבר שקבלו עליו דרך תנאי ומשא ומתן [...] מכירה היא ומשתלם בבית דין".¹¹⁹ רבי יוסף שאול נתנוזן (המאה ה'ט) הסביר הבחנה זו בכך שדין "קים ליה בדרבה מיניה" מבוסס על הרעיון של היעדר כפל ענישה בגין מעשה אחד, ולעניין זה אף תשלומי נזיקין מסווגים כענישה, אולם חיוב תשלומים שמקורו בהתחייבות חוזית אינו מאופיין כעונש ועל כן לשיטת "חכמי הצרפתים" אין דין "קים ליה בדרבה מיניה" חל עליו.¹²⁰ ראיית תשלומי הנזיקין

117 מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי כא, כב (מהדורת אפשטיין מלמד, עמ' 76).

118 ביטוי לתפיסה שמהות הפיצויים היא כפרה למזיק נמצאת בדברי הרמב"ם שכתב: "החובל בחבירו והמזיק ממונו אף על פי ששילם לו מה שהוא חייב לו אינו מתכפר עד שיתודה וישבו מלעשות כזה לעולם" (משנה תורה, הלכות תשובה א, א; ראו גם שם ב, ט), וכן: "אינו דומה מזיק חבירו בגופו למזיק ממונו, שהמזיק ממונו חבירו כיון ששלם מה שהוא חייב לשלם נתכפר לו אבל חובל בחבירו אף על פי שנתן לו חמשה דברים אין מתכפר לו ואפילו הקריב כל אילי נביות אין מתכפר לו ולא נמחל עונו עד שיבקש מן הנחבל וימחול לו" (הלכות חובל ומזיק ה, ט). ראו גם דברי הראי"ה קוק, שהדגיש אף הוא את האופי העונשי של הפיצויים בגין נזקי ממון: "העונשים החברותיים, בייחוד בשביל היזק ממון, יש להם שני מקורות נפשיים; טוב ורע. האחד נובע מתוך ההכרה שאסור לעשות עוולה, והעושה עוול צריך שייסר כדי שתתחזק ההכרה הטובה הזאת. והשני בא מתוך צרות עין, שהאיש האחר אין לו ליהנות בשלי, או לנגוע בשלי, מפני שההרגשה של השלי ושל האני היא חזקה ומגושמת באין שיעור. כל המשפטים שהם הולכים בלא מקור אלהי יונקים ממקור הרע, וכל המשפטים האלהיים אין בהם כלום מהרע, כי אם הכל נובע ממקור הטוב של האמת והיושר כשהוא לעצמו" (ערפילי טוהר, צג-צד). בדבריו מניח הראי"ה כי הפיצויים בגין נזקי ממון נועדו להעניש את המזיק. לעניין זה הוא מבחין בין המוטיבציה הראויה של העונש המזיק לשם ביעור העוול לבין המוטיבציה המגונה של העונש המזיק ממניעים אנוכיים נקמניים של אינטרס הנזיק. בין כך ובין כך, הוא מדגיש את האופי העונשי של פיצויי הנזיקין, ולא את אופיים כסעד שנועד להשלים לניזק את חסרונו ולהגשים את זכותו.

119 רבי מנחם המאירי, בית הבחירה, בבא קמא ע ע"ב.

120 שו"ת שואל ומשיב, מהדורת רביעאה, חלק ג, סימן לט.

כעונש מדגישה את חובת המזיק לשלם, זאת בניגוד לתשלומים חוזיים הנתפסים כזכות המוכר לקבל תמורה. מרבית הפוסקים לא קיבלו את גישת "חכמי הצרפתים" והחילו את דין "קים ליה בדרכה מיניה" גם על חיובים חוזיים,¹²¹ ובכך ביטאו את תפיסתם שגם בחיובים חוזיים מודגש היסוד של חובתו של בעל החוב, הנבלע בתוך העונש הגדול יותר שהוטל עליו.

הדגשה נוספת, הפעם מפורשת יותר, מצויה בדברי רבי שמעון שקופ, בהסבר שיטת רש"י. לפי רש"י, אומנם בעקבות דין "קים ליה בדרכה מיניה" בית הדין אינו יכול לאכוף על העברייני החייב מיתה לשלם פיצויים לניזק, אולם אם הניזק יעשה דין לעצמו ויתפוס מנכסי העברייני, לא יוציאו ממנו את הנכסים שתפס.¹²² מה מקור יכולתו של הניזק לתפוס מנכסי העברייני, שעה שבית הדין אינו יכול לאכוף זאת עליו בשל דין "קים ליה בדרכה מיניה"? על פי ההסבר המקובל לדברי רש"י, דין "קים ליה" אינו מעניק למזיק פטור מחובתו לפצות את הניזק, אלא הוא מגביל את כוח בית הדין לאכוף על המזיק חובה זו. לפיכך, אף שבית הדין אינו יכול לאכוף את חובת התשלומים על המזיק, הניזק יכול לתפוס מנכסיו של המזיק. רבי שמעון שקופ אינו מקבל הסבר זה, שכן לדעתו לו אכן היה המזיק חייב לפצות את הניזק לא ניתן היה לקבל את הדעה שבית הדין מנוע מלאכוף על המזיק לקיים את החובה המוטלת עליו. לדעת רבי שמעון שקופ, חייבים להניח כי אם דין "קים ליה" מונע מבית הדין לאכוף על המזיק את חובת התשלומים הרי זה משום שאין חובה כזו על המזיק. מדוע אפוא לשיטת רש"י יכול הניזק לתפוס מנכסיו של המזיק? התשובה לכך, לדעת רבי שמעון שקופ, נעוצה בהבחנה בין החובה לפצות לבין הזכות לקבל פיצוי. אומנם דין "קים ליה" מעניק למזיק פטור מלא מחובתו לפצות את הניזק, אולם אין בדין זה כדי לשלול מן הניזק את זכותו לקבל פיצוי מהמזיק. בכוחו של דין "קים ליה בדרכה מיניה" לשחרר את העברייני מאחד מעונשיו, אך אין בכוחו לפגוע בזכויותיו של הנפגע. לפיכך, טוען רבי שמעון שקופ, אף שבית הדין לא יאכוף את התשלום על העברייני, הניזק יוכל לממש את זכותו באמצעות תפיסה מנכסיו. ובלשוננו:

בקלבר"מ [=בקים ליה בדרכה מיניה] מתחלק זה דכות התובע יש לו כמו בכל מקום, דהא [=שהרי] אין לו להפסיד עבור זה שלנתבע יש דין קלבר"מ, אך הנתבע נפטר ע"י הדין דקלבר"מ ולכן תפיסתו מהני [=מועילה] כנ"ל דזהו זכותו דיכול ליטול נכסי הלוח כיון שאין העכוב מצד הנכסים והלוח אינו יכול לעכב דזהו זכותו, וזכות התובע נשאר אף בקלבר"מ.¹²³

121 ראו למשל מאירי: "מכל מקום, שיטת הסוגיא אינה מוכחת כדבריהם".

122 רש"י, בבא מציעא צא ע"א, ד"ה "רבא".

123 רבי שמעון שקופ "סוגיא דקים ליה בדרכה מיניה וזו שאכל תרומה" וזאת ליהודה שסו, שסז (תשל"ז). במונחים הופלדריאניים, נראה כי כוונתו היא שלניזק יש זכות במובנה ככוח

הסברו של רבי שמעון שקופ חרשני ביותר. הוא למעשה מצמצם באופן דרמטי את משמעות דין "קיים ליה בדרכה מיניה" (אליבא דרש"י), באשר הוא חל אך ורק על חובתו של המזיק אך לא על זכותו של הניזק, שהיא בעינה עומדת. הסברו של רבי שמעון שקופ משקף את חדירת מושג ה"זכות" אל תוך מערך החשיבה של חכמי המשפט העברי במאה העשרים.¹²⁴ לפיכך, ספק אם יש לראות בהסברו ביטוי אותנטי לגישת רש"י. אולם לדידי, חשיבותו של הסבר זה אינה בשאלה אם הוא משקף נאמנה את גישתו המקורית של רש"י, אלא בכך שהוא מחדד עד כמה דין "קיים ליה בדרכה מיניה" עלול להיות לרועץ לניזק, אשר עלול לצאת וידיו על ראשו רק משום חומרת המעשה של העבריין ובעיית כפל הענישה, ועד כמה מושג הזכות יכול לשנות את התמונה מעיקרה.

אם לסכם, נראה שעל פי המשפט העברי, כאשר מעשה מסוים כולל עוולה נזיקית ועבירה פלילית, אזי חובת הפיצוי בנזיקין נסוגה מפני העונש החמור יותר המוטל במסגרת ההליך העונשי. המשפט העברי אינו מקבל את האפשרות של עריכת כפל הליכים נגד הפוגע – הליך אזרחי במקביל להליך הפלילי. תפיסה זו מתמקדת בעיקרה בחובות המזיק, והיא מובילה לתוצאה קשה, שלפיה כאשר איתרע מזלו של הניזק והוא נפגע על ידי עבריין שמעשיו עלו כדי ביצוע עבירה חמורה במיוחד, אזי הוא לא יפוצה שכן העבריין אמור להיענש בעונשים חמורים יותר. המשפט בן-זמננו, לעומת זאת, המעמיד את תשלומי הנזיקין על יסוד זכותו של הניזק לקבל פיצויים, אינו רואה פגם בכך שבמקביל לענישה הפלילית יתבע הניזק את העבריין לקבל פיצויים אזרחיים. כאמור לעיל, יש אף המדגישים את החשיבות המיוחדת שיש לכך שהניזק אכן יעמוד ויתבע את זכותו ולא יסתפק בענישה המוטלת על העבריין במסגרת ההליך הפלילי.

דומני כי ניתוח זה מדגיש את אחת מנקודות החולשה של שיח החובות של המשפט העברי, הגורם לו, במקרים מסוימים, מעין "עיוורון" לזכויות הניזק, אשר לא יפוצה בגין נזקיו רק משום שהם לוו בעבירה חמורה נוספת מצדו של המזיק. מנקודת מבט זו, שיח הזכויות כשיר יותר לאזן נכונה בין ענישת העבריין לבין פיצוי מלא של הניזק.

ח. סיכום: הרהורים ומסקנות

אכן, כשם שזכויות מנביעות חובות כך חובות מנביעות זכויות. פיצויי נזיקין, פירעון חוב, סיוע רווחה, כל אלה ועוד יכולים להיות ממוסגרים הן כחובות המוטלות על המזיק, על החייב או על המדינה/קהילה, הן כזכויות של הניזק, של הנושה או של העני. במאמר זה טענתי כי שאלת מסגור הנורמה – כזכות או כחובה – צפויה להשפיע על אופייה.

לגבות את הפיצויים מן המזיק, ואין כוונתו שלניזק יש זכות תביעה כלפי המזיק, שהרי במקרה זה בית דין לא יודקק לתביעת הניזק.

124 על כך ראו למשל וזנר חשיבה משפטית לעיל ה"ש 34, בעמ' 245, ה"ש 59.

בשיח הזכויות יש נטייה להתנות קיומן של נורמות שונות בכך שבעל הזכות יתבע את המגיע לו. פיצויי נזיקין תלויים בכך שהניזק יתבע מן המזיק לפצותו; על החייב לפרוע את חובו בעקבות תביעת הנושה את זכותו; חובתו של עד להעיד תלויה בכך שהוא יזומן על ידי בית המשפט; חובתו של הביטוח הלאומי לתמוך בקבוצות חלשות מותנית בכך שהללו יתבעו את המגיע להן. לעומת זאת, בשיח החובות יש נטייה לראות בחובות עניין העומד בפני עצמו, שאינו תלוי בתביעה מצד בעל הזכות. לפיכך, חובתו של המזיק לפצות את הניזק חלה גם אם הלה אינו מודע לנזק שאירע; הכלל "פריעת בעל חוב מצווה" חל גם אם הנושה אינו יכול לתבוע את חובו; עד חייב להעיד אף אם בית הדין אינו מודע לכך שהוא היה עד לאירוע;¹²⁵ גבאי הצדקה של הקהילה חייבים לחזור אחר העניים כדי לסייע להם אף אם הם מתביישים ואינם פונים לקבלת סיוע.

האם מסגורה של הנורמה כזכות או כחובה מכתוב, באופן לוגי, תוצאה מסוימת? התשובה שלילית. אין מניעה לוגית לקבוע כי לפלוני יש זכות כלפי אלמוני, שאינה תלויה בכך שאותו פלוני יתבע את זכותו. בדומה אין מניעה לוגית לקבוע כי לאלמוני יש חובה כלפי פלוני, התלויה בכך שפלוני יתבע את זכותו. אפשרויות אלה אינן תיאורטיות. כפי שראינו, גם שיח הזכויות מכיר בזכויות שאינן תלויות בתביעת בעל הזכות. זכותו של אדם שלא להיפגע בגופו או ברכושו אינה תלויה בכך שהוא יתבע מן הפוגע שלא יפגע בו. ומנגד, גם שיח החובות מכיר בחובות המותנות בכך שבעל הזכות יתבע את שלו. כך, למשל, החובה "לא תלין פעולת שכיר" חלה על המעביד רק אם העובד תובע ממנו את שכרו.¹²⁶ נמצא אפוא כי מבחינה מושגית הבחירה אם למסגר את הנורמה כזכות או כחובה אינה מכריחה אופי מסוים של הנורמה.

עם זאת, למסגור הנורמה צפויה להיות השפעה על אופייה של הנורמה. ניסוחה של הנורמה כזכות צפוי להעצים את משקלה של תביעת הזכות, ולתמוך בהתניית החובה בכך שהזכות תיתבע על ידי הצד שכנגד. לעומת זאת, ניסוח הנורמה כחובה צפוי להחליש את משקלה של תביעת הזכות, ולראות כחובה דבר העומד בפני עצמו. לניתוח זה יש אפוא כוח ניבויי כלפי אופיין הצפוי של נורמות שונות.

כיצד ניתן להסביר את הקשר בין שיח הזכויות לבין מתן דגש על תביעת הזכות, ובין שיח החובות לבין אימתן דגש על תביעת הזכות? ניתן להציע לכך שני הסברים משלימים. ההסבר הראשון נוגע לערך החירות, ואילו ההסבר השני לערך האוטונומיה.

125 לכל הפחות בדיני נפשות, ויש הסוברים שהוא הדין בדיני ממונות.

126 דוגמה נוספת, הראויה לעיון נפרד, היא ההלכה הקובעת שמקבל שוחד חייב להחזירו רק אם נתבע על ידי נותן השוחד. ראו משנה תורה, הלכות סנהדרין כג, א: "וחייב להחזיר השוחד כשיתבענו הנותן". המפרשים דנו בהשוואת דין זה עם הדין המחייב מלווה בריבית להשיב את הריבית שנלקחה שלא כדין, ובשאלה אם יש חובה על המלווה להשיב ללווה את הריבית אף אם הוא לא נתבע על ידי הלווה. ראו נושאי הכלים על שולחן ערוך, חושן משפט, ט, א.

על פי ההסבר הראשון, שיח הזכויות נוטה להדגיש את ערך חירות הפרט יותר מאשר שיח החובות. מנקודת מבט זו, הטלת חובות על היחיד, ובמיוחד חובות עשה, הן דבר המגביל את חירותו.¹²⁷ אחת הדרכים לצמצם את השפעתן המגבילה של החובות על חירות היחיד היא באמצעות התנייתן בכך שבעל החובה יתבע על ידי בעל הזכות לעשותן. בעל החובה אינו חייב ליזום את מילוי החובה, אלא רק להיענות לתביעה המוגשת כלפיו. לפיכך, מזיק אינו חייב ליזום את פיצוי הניזק, אלא חובתו היא להיענות לתביעה של הניזק שהופנתה אליו; עד אינו חייב ליזום פנייה לבית המשפט כדי להעיד, אלא עליו להיענות לזימון שנשלח אליו מבית המשפט. זאת לעומת שיח החובות, שמטבע הדברים מעניק ערך מופחת לחירות הפרט, ואינו רואה פגם בהטלת חובות עשה מרובות על היחיד.¹²⁸ לפיכך, שיח החובות אינו נרתע מהטלת חובות על האדם שהן בלתי־תלויות בתביעת בעל הזכות. מזיק יהיה חייב ליזום את פיצוי הניזק אם הלה אינו מודע לנזק שאירע; בעל חוב יחויב לפרוע את חובו אף אם הנושה אינו בנמצא כדי לתבוע זאת ממנו.

ההסבר השני מרכזי יותר לטעמי. על פיו, ההבדל בין שני סוגי השיח בא לידי ביטוי ביחסם לערך האוטונומיה. שיח הזכויות מבטא את התפיסה כי אדם מממש את אנושיותו באשר הוא תובע את זכויותיו וחותר להשיג בדרכים משפטיות את המגיע לו. הבחירה אם לתבוע את הזכות או לוותר עליה היא מימוש האוטונומיה של בעליה, ולפיכך תביעת הזכות היא שלב מרכזי בהתגבשותה של החובה שכנגד. לעומת זאת, שיח החובות מבטא את התפיסה כי אדם מממש אנושיותו באשר הוא נוטל אחריות ומקיים את חובותיו. מנקודת מבט זאת, התכלית המשפטית היא הגשמת האוטונומיה של בעל החובה, היוזם בעצמו את מימוש החובות שעליו. הפעולה של תביעת הזכות היא בעלת חשיבות מופחתת, והחובה עומדת בעינה אף אם בעל הזכות לא יכול היה לתבוע את מימושה.¹²⁹

127 השוו עם דברי השופט חשין, בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב(1) 289 (1998): "למותר לומר – והכל יודעים זאת – כי חובות עשה מעטות הן במספרן ממספרן של חובות הלא־תעשה. ולא בכדי כך. ניתן דעתנו לדבר, שחובות הלא־תעשה מכבידות על היחיד – על דרך העיקרון – פחות מחובות העשה, קרי: חובות הלא־תעשה פולשות אל תחום חופשו של היחיד פחות מאשר חובות עשה. לשון אחר: ברוח הדמוקרטיה הליברלית וזכויות הפרט – אך גם אחרת – קל יותר להטיל על היחיד חובות לא־תעשה מאשר חובות עשה".

128 כמובע, למשל, בדרשתו הנודעת של רבי שמלאי: "שש מאות ושלוש עשרה מצות נאמרו לו למשה, שלש מאות וששים וחמש לאוין כמנין ימות החמה, ומאתים וארבעים ושמונה עשה כנגד איבריו של אדם" (בבלי, מכות כג ע"ב). על כך ראו גם Porat, *Rights Based Law vs. Duty Based Law*, לעיל ה"ש 2.

129 האגרה המפורסמת על אודות אלכסנדר מוקדון המגיע למלכות קציא (בראשית רבה לג, א ובמקבילות) מדגימה כיצד נראית חברה המביאה לידי הקצנה טוטאלית את שיח החובות.

איזו מבין המסורות המשפטיות מוצלחת יותר? אני סבור כי הניתוח שראינו לאורך המאמר מלמד על היתרונות ועל החסרונות של כל אחת מן המסורות המשפטיות. ככל שמדובר בבעלי זכות הסובלים מנחיתות או ממניעה אחרת לתבוע את זכויותיהם, שיח החובות עדיף על פני שיח הזכויות. כפי שראינו, שיח הזכויות יתקשה להגן על האינטרסים של ניזק שאינו מודע לניזק שאירע לו, או שיש לו מניעה אחרת לתבוע את המזיק. הוא הדין לגבי נושה, שמסיבה כלשהי מתקשה לתבוע את החייב. זאת לעומת שיח החובות, אשר גם במקרים אלה ייטה ביתר קלות להטיל על המזיק ועל החייב את החובה לשלם לניזק/לנושה את המגיע להם.

מקרים אלה אולי נראים שוליים בחשיבותם, שכן בדרך כלל הניזק והנושה צפויים לתבוע את זכותם. ברם, סוגיית אי-מיצוי זכויות חברתיות מלמדת על חשיבותו הרבה של הברזל זה. כאן מדובר בתופעה רחבה של בעלי זכות השייכים לשכבות החלשות בחברה, שמחמת חסמים שונים אינם תובעים את זכותם. התניית הסיוע של הביטוח הלאומי לאוכלוסיות אלה בכך שיתבעו את זכותם תורמת להחרפת בעיית אי-מיצוי הזכויות ולכך שהסיוע שהמדינה מעניקה לא יגיע לידי הראויים לו. לעומת זאת, שיח החובות מניח את התשתית לחובה נרחבת יותר של הקהילה ושל המדינה כלפי הראויים לתמיכה, אף כאשר הללו אינם פונים בבקשה לקבלת סיוע. שיח החובות מוצלח יותר בהגנה על האינטרסים של קבוצות חלשות המתקשות לתבוע את המגיע להן.

לעומת זאת, יתרונו הבולט של שיח הזכויות על פני שיח החובות, שעליו עמדתי לעיל, הוא הנכחת הנפגע והעצמתו. שיח החובות עלול לתחזק את התפיסה, שלפיה הניזק הוא כביכול אמצעי בלבד לכך שהמזיק יקיים את חובתו. הנושה עלול להיתפס כאובייקט, לא כסובייקט, שבו החייב מקיים את המצווה לפרוע את חובו. העני מקבל הצדקה עלול להצטייר כחפץ שבו מקיימים את המצווה, מעין לולב שאותו מונעעים בחג הסוכות.¹³⁰ הדבר מקבל ביטוי בעייתי במיוחד שעה שעל המזיק מוטלות כמה סנקציות

על פי אגדה זו, בקציא האוטופית אלכסנדר מוקדון צופה בשני צדדים לסכסוך משפטי. התובע טוען: "איש זה מכר לי חורבה אחת ומצאתי בה אוצר. חורבה קניתי, אוצר לא קניתי". ואילו הנתבע משיב: "שדה וכל מה שבה מכרתי" (בתרגומו של קוסמן, להלן). כלומר, הן המוכר הן הקונה אינם מעוניינים לקבל לידיהם את האוצר, שכן על פי פרשנות כל אחד מהם האוצר ראוי להיות בידי הצד שכנגד. נמצא, כי בשונה מן העולם הריאלי שבו כל צד תובע את זכותו לבעלות על האוצר, בקציא האוטופית כל צד חותר לממש את חובתו ולהימנע מחשש של גזל הזולת. שיח החובות, שנראה כי מודריך את אנשי קציא, מוביל לחברת אלטרואיסטים העושים ככל יכולתם להקפיד על רכוש זולתם. על אגדה זו ראו אדמיאל קוסמן, "עיון מחדש בסיפור האגדה על מסעו של אלכסנדרוס מקדון לקציא" א" סידרא יח 73 (התשס"ג).

130 על ההשלכות הבעייתיות שיש לכך בדיני צדקה ראו פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 82, בעמ' 79.

במקביל – עונש מיתה וחובת פיצויים – אז הוא חב רק בעונש החמור מביניהם בלא שימת לב מספקת לכך שהדבר בא על חשבוננו של הניזק.

זאת לעומת שיח הזכויות, המנכיח את הניזק כסובייקט בעל קול משפטי התובע את המגיע לו. מזווית זו, קיומו של הליך פלילי שבו המדינה תובעת להעניש את העבריין אינו מיתר את קיומו של ההליך האזרחי שבו הניזק תובע ממנו פיצויים. יתירה מכך. כפי שראינו יש המדגישים את החשיבות שנפגעת עבירה תתבע בעצמה את העבריין במסגרת הליך נזיקי, ולא תסתפק בהליך הפלילי שהמדינה מנהלת נגדו. תביעת הזכות נתפסת כהליך שיקומי שבמסגרתו הנפגעת שבה ונוטלת לעצמה את השליטה על חייה ועל עתידה. שיח החובות יתקשה לתת ביטוי לתוכנה חשובה זו.

לאור כל זאת, במקום להציג את שני סוגי השיח באופן דיכוטומי המחייב בחירה בינארית ביניהם, עדיפה ראייה מורכבת המבקשת אחר מיזוג מושכל של שני סוגי השיח זה בזה. מטרת מאמר זה להציע את החשיבות של בניית שפה משפטית שאבני היסוד שלה לקוחות הן ממילון החובות הן ממילון הזכויות, ובכך תשאף להציע שילוב פורה בין העולמות.