

## עשיית דין עצמית

### ד"ר מיכאל ויגודה

- א. מבוא / 164  
 ב. מחלוקת האמוראים והיקפה / 165  
 ג. ניתוח הסוגיא על פי דרכו של הרב משה פיינשטיין / 168  
 ד. עשיית דין עצמית במשפט העתיק ובמשפט המודרני / 172  
 ה. סוף דבר / 176

#### א. מבוא

מן המקרא עולה מגמה ברורה של התנגדות לעשיית דין עצמית. המקרא מדגיש פעמים רבות, שהסמכות לעשיית צדק נתונה בידי אלה האמונים על כך, הלא הם השופטים, שמעמדם הרם והייחודי עולה בבירור מן התואר "אלוהים" המיוחס להם לעיתים במקרא.

מגמה זו עולה ממקורות רבים, אשר נזכיר רק חלק מהם. על גואל הדם נאסר להרוג את מי שרצח את קרוב משפחתו "עד עמדו לפני העדה למשפט"<sup>1</sup>; הוריו של בן סורר ומורה אינם רשאים להעניש אותו בעצמם אלא חובה עליהם להביאו לפני "זקני עירו ואל שער מקומו"<sup>2</sup>; בסכסוך בין המפקיד לשומר הטוען שהפיקדון נגנב ממנו שלא במסגרת אחריותו, מדגיש הכתוב: "ונקרב בעל הבית אל האלוהים [=השופטים] אם לא שלח ידו במלאכת רעהו... עד האלוהים יבוא דבר שניהם, אשר ירשיען אלוהים ישלם שניים לרעהו"<sup>3</sup>; וכעיקרון, כל אימת שעולה חשד לביצוע עבירה, התורה חוזרת ומדגישה שבית הדין הוא שיטיל עונש על הנאשם, אחרי שדרש וחקר היטב ומצא שאמת נכון הדבר.

לאור זאת ניתן היה לצפות שחכמי התלמוד ופוסקי ההלכה ימשיכו באותו הקו, ויאסרו כל גילוי של עשיית דין עצמית. אבל להפתעתנו, השאלה אם אדם רשאי לעשות דין לעצמו אם לאו שנויה במחלוקת אמוראים. ולא זו בלבד, אלא אף מי שאוסר עשיית דין עצמית, אינו אוסר אותה מכל וכל, כפי שיבואר להלן.

1. במדבר לה, יב
2. דברים כא, יט.
3. שמות כב, ז-ח

מאמר זה יחולק לשלושה חלקים: **בחלק הראשון**, נציג בקצרה את מחלוקת האמוראים והיקפה כפי שהיא עולה מן הסוגיא התלמודית. **בחלק השני**, נבקש להעמיק חקר ביסודות הערכיים של הסוגיא הנוגעים למהות תפקידו של השופט, כפי שהציע הרב משה פיינשטיין בדרכו הייחודית; את **חלקו האחרון** של המאמר נקדיש להשוואה בין גישת המשפט העברי לגישת שיטות משפט אחרות עתיקות וחדשות ובמסגרת זו נצביע על השפעת המסורת היהודית על עיצוב עקרונות עשיית דין עצמית בחקיקה הישראלית המודרנית.

## ב. מחלוקת האמוראים והיקפה

במסכת בבא קמא<sup>4</sup> מביא התלמוד מחלוקת בין רב יהודה ורב נחמן בשאלה, האם אדם רשאי לעשות דין לעצמו? משמעות השאלה היא, האם אדם רשאי להשתמש בכוח כלפי זולתו כדי לשמור על זכות משפטית שהלה מאיים ליטול ממנו שלא כדין, וכן האם הוא רשאי להשתמש בכוח כדי להחזיר לעצמו זכות משפטית שהלה נטל ממנו ומחזיק בה שלא כדין? או שמא אסור לו לנקוט אלימות, והברירה היחידה העומדת לרשותו היא הגשת תביעה בפני בית המשפט נגד המעוול?

דעת רב יהודה היא ש"לא עביד איניש דינא לנפשיה" [=אין אדם רשאי לעשות דין לעצמו]. התלמוד מסביר שהנימוק לשיטתו של רב יהודה הוא, שאם יש לאדם ברירה למנוע את העוול שנעשה לו על ידי פניה לבית משפט, אין להסכים לשימוש באלימות מצדו.

רב נחמן לעומתו סבור, ש"עביד איניש דינא לנפשיה", כלומר, אדם רשאי לעשות דין לעצמו. התלמוד מסביר שנימוקו של רב נחמן הוא, שמאחר שהצדק עם הנפגע, אין הצדקה להכביד עליו ולהטריח אותו לנהל מאבק משפטי כדי למנוע את העוול שנעשה לו, אלא הוא רשאי, אם צריך, להשתמש בכוח כדי למנוע את העוול וכדי להחזיר לעצמו את שלו.

מתוך ההנמקה המיוחסת לו, ניכר שרב יהודה אינו שולל עשיית דין עצמית מכול וכול, אלא רק כאשר פנייה לבית משפט עשויה לפצות את הנפגע על העוול שנעשה לו. לעומת זאת, אם אין בידי בית המשפט להושיע, והברירה היחידה שעומדת לרשותו של הנפגע למנוע את העוול שעושה לו זולתו היא לנקוט כלפיו בפעולה אלימה, כי אז גם רב יהודה מסכים שהוא רשאי לעשות דין לעצמו. וכך קובע התלמוד במפורש: "היכא דאיכא פסידא כולי עלמא לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה (=במקום שיש הפסד, כולם מסכימים שאדם רשאי לעשות דין לעצמו)".

4. בבא קמא כו,ב.

דוגמאות למצבים כאלה עולות מן הסוגיא התלמודית, ואלה מקצת מהן: אדם דולה מים מבורו של חברו ואינו שועה להפצרותיו להפסיק לגנוב ממנו את המים. אמנם בעל הבור יוכל להגיש תביעה נגד חברו בגין גניבת המים, אבל אם נגרמו לו נזקים עקיפים, כגון שהגידולים שלו נבלו או ניזוקו באופן אחר כתוצאה מאי-השקייתם באותו פרק זמן, הוא לא יוכל לקבל על כך פיצוי. נזקים אלה אינם אלא נזקים עקיפים וכלל הוא במשפט העברי ש"גרמא בנוזיקין – פטור" מדיני אדם וחייב רק בידי שמים.<sup>5</sup> בכגון זה גם רב יהודה מסכים אפוא, שמותר לבעל הבור למנוע בכוח את גניבת המים שלו, שאילולי כן, כאמור, ייגרם לו נזק בלתי הפיך.<sup>6</sup>

דוגמה נוספת: בעל חיים, שאינו מוחזק כאלים, מתנהג פתאום באלימות ומאיים לגרום נזק, כגון ש"עלה על גבי חברו להרגו". אם הניזק יתן לו לבצע את זממו הוא לא יוכל לתבוע אלא פיצוי חלקי, שכן בעל חיים שאינו מוחזק כאלים האחריות בגין נזקיו אינה אלא אחריות מופחתת (חצי נזק ולא נזק שלם). בכגון זה, גם רב יהודה מודה שזכותו של הנתקף להפעיל כוח כנגד בעל החיים התוקף, שאם לא כן ייגרם לו נזק בלתי הפיך, שכן, אף אם יגיש תביעה בגין הנזק שנגרם לו, הוא לא יקבל פיצוי אלא על חצי הנזק ולא על הנזק כולו.<sup>7</sup>

5. **בבא קמא סא**; נה, ב. ולהלכה, בשולחן ערוך חו"מ, תיח, ט.
  6. כך הוסבר עניין האי גרנותא דבי תרי שבתחילת הסוגיא על ידי ר' יעקב מליסא, **נתיבות המשפט** ד, א, והשווה פירושו של **רש"י** בבא קמא כז, ב, ד"ה במקום דאיכא פסידא, וצריך עיון.
  7. באופן כזה עולה ביד התלמוד ליישב את שיטת רבי יהודה עם המשנה לפיה "שור שעלה על גבי חברו להורגו, ובא בעל התחתון ושמט את שלו ונפל עליון ומת – פטור", שכן אפשר לפרש ולומר, שדין המשנה אמור דווקא כשהשור התוקף היה שור תם. התלמוד ממשיך ומקשה על שיטת רב יהודה מן הסיפא של אותה משנה שזו לשונה: "דחפו לעליון ומת – חייב". כלומר, אם בעל השור התחתון הציל את שורו לא על ידי ששמט אותו (וכך גרם לשור התוקף לאבד את שיווי המשקל וליפול), אלא על ידי שדחף את השור התוקף, הרי אז הוא נושא באחריות למות השור התוקף. שואל התלמוד: "ואי בתם, אמאי חייב?" כלומר אם אמנם השור התוקף היה שור תם, שאי-מניעת הנזק על ידו הייתה גורמת נזק בלתי הפיך (שהרי אי-אפשר היה לקבל פיצוי אלא על מחצית הנזק ולא על הנזק כולו), כי אז לא הייתה סיבה להטיל אחריות על בעל השור התחתון על כך שדחף את השור התוקף במקום לשמוט את השור שלו. אמנם הוא היה יכול לנקוט בפחות אלימות משנקט (לשמוט את שלו ולא לדחוף את של חברו), אבל מאחר שהוא פעל מתוך לחץ ובהלה, אין לבוא אליו בטענות בשל כך. לעומת זאת אם מניחים שהשור התוקף הוא שור המועד (כפי שאפשר להניח אם מאמצים את שיטתו של רב נחמן), הרי ההבחנה בין "שמט" ל"דחף" ברורה ומובנת, שכן לא הייתה סיבה סבירה לבעל השור הנתקף שלא לפעול במתינות ומתוך הפעלת שיקול דעת באשר למידת האלימות המינימלית הנחוצה בנסיבות העניין. כך הסבירו את שאלת הגמרא בעלי התוספות, בבא קמא כח ע"א, ד"ה ואי בתם.
- על כך עונה התלמוד, שאף אם מניחים, כפי שחייב לעשות רב יהודה, שהשור התוקף הוא שור תם ושהנתקף פועל אפוא מתוך לחץ ובהלה, אף על פי כן אין בכך כדי לפטור אותו מהפעלת שיקול דעת ומן החובה לנקוט במידת הכוח המינימלית הנחוצה בנסיבות העניין. נמצא אפוא

חילוקי הדעות בין רב יהודה ורב נחמן הם רק כאשר לא ייגרם לנפגע הפסד אם יפנה לערכאה שיפוטית: "כי פליגי במקום דליכא פסידא". כך הוא לדוגמה כאשר ראובן מחזיק שלא כדין בנכס של שמעון ומסרב להחזירו לו. לדעת רב נחמן שמעון יכול להשתמש בכוח כדי ליטול בחזרה את שלו, ואילו דעת רב יהודה היא, שעל שמעון להגיש נגדו תביעה, ובית המשפט הוא שידאג שיוחזר לו רכושו.

דעותיהם נחלקו לכאורה גם בשאלה אם מותר להפעיל כוח כדי לגרש מסיג גבול. לדעת רב יהודה אין לבעל הבית רשות להפעיל כוח נגד הפולש, שכן לא ייגרם לו הפסד אם יפנה לבית המשפט, ואילו לדעת רב נחמן אין מניעה להפעלת כוח גם בכגון זה.

התלמוד מביא הלכה תנאית בעניין זה הסותרת לכאורה את עמדתו של רב יהודה. ההלכה נוגעת לעבד עברי שמסרב לעזוב את ביתו של אדונו למרות שהגיע היובל והוא חייב להשתחרר. נקבע שאם האדון הוציא אותו בכוח וגרם לו חבלה הוא פטור בנזיקין. התלמוד עונה שאין כאן בהכרח סתירה לשיטת רב יהודה, שכן אפשר שהלכה זו אמורה בעבד שאדונו מסר לו שפחה כנענית והוא מסרב לצאת את ביתו של האדון משום שהוא מבקש להמשיך לחיות עם אותה שפחה, אף שמעתה היא אסורה עליו. האלימות שהאדון רשאי לנקוט כלפיו אין מקורה אפוא בעשיית דין עצמית בגין הסגת גבולו, אלא מקורה בחובה המוטלת על האדון להפריש אדם זה מן העבירה שהלה מבקש לעשות תחת קורת הגג שלו יחד עם שפחתו. וכמו שמסביר רש"י: "ורשאי להלקותו ולהפרישו דהאי דינא לאו לנפשיה הוא",<sup>8</sup> כלומר, מאחר שהאדון אינו עושה דין לעצמו אלא הוא מפריש את חברו מן האיסור, הרי בכגון זה גם רב יהודה מודה שמותר להשתמש בכוח.

בחילוקי הדעות שבין רב יהודה ורב נחמן נפסקה ההלכה על ידי רוב הפוסקים כשיטת רב נחמן. כך פוסק לדוגמה הרמב"ם,<sup>9</sup> וזו לשונו -

שמשנה זו עשויה להתיישב גם עם שיטת רב יהודה. בתשובה זו יש ללא ספק מן הדוחק אך לא כאן המקום לדון בכך.

מקור זה שהביא התלמוד מעניין לפחות משתי בחינות: ראשית, למדנו להכיר דרכו מקרה שבו הימנעות מעשיית דין עצמית הייתה גורמת נזק בלתי הפיך (בשל הפטור מתשלום פיצויים על מחצית הנזק בשור תם). שנית, מן השקלא וטריא התלמודית עולה עיקרון משפטי חשוב ביותר בעניין עשיית דין עצמית והוא, שאף כאשר אדם רשאי לעשות דין לעצמו, עליו לנקוט במידת הכוח המינימלית הנחוצה בנסיבות העניין, וזאת אפילו כשהוא בהול וחושש פן ייגרם לו נזק בלתי הפיך, אם כי אפשר לשאול האם סייג אחרון זה מקובל גם על רב נחמן (?). לפנינו אפוא, סייג ראשון חשוב עד למאוד, בדין "עשיית דין עצמית". בהמשך הדברים נעמוד על סייגים נוספים.

8. רש"י שם, כח, א, ד"ה איסורא.

9. רמב"ם סנהדרין ב, יב.

יש לאדם (= אדם רשאי) לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.

וכך פסק גם השולחן ערוך.<sup>10</sup>

### ג. ניתוח הסוגיא על פי דרכו של הרב משה פיינשטיין

הרב פיינשטיין<sup>11</sup> ניגש לסוגייתנו מזווית מקורית מאוד. לדעת הרב פיינשטיין, לפני שעוסקים בשאלה אימתי ומדוע מתיר החוק לְפָרֵט לנקוט באלימות כדי לעשות דין לעצמו, יש לדון בשאלה מקדמית והיא, מה מקור סמכותו של בית המשפט לעשות כן? מהי ההצדקה לכך שבית המשפט רשאי לנקוט באמצעי כפיה כוחניים (באמצעות רשויות ההוצאה לפועל) כנגד מי שמסרב לציית לפסקי הדין שלו? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר והרב פיינשטיין מציע שלושה מודלים אפשריים. להבהרת דבריו דומה שכדאי לשוות בפנינו את המשולש הבא: תובע (נפגע) נתבע (מעוול) ובית משפט. משולש זה מתקיים בכל סכסוך משפטי המתנהל בפני בית משפט, והשאלה היא: באיזה משלושת הקדקודים האלה מצויה ההצדקה לשימוש בכוח על ידי בית המשפט?

#### (א) המודלים להבנת תפקידה של המערכת המשפטית

**המודל הראשון** רואה את המוקד **בתובע-הנפגע**. על פי מודל זה, בית המשפט פועל כמי שבא להציל עשוק מיד עושקו. לתובע נגרם עוול ובית המשפט פועל להציל אותו מפני עוול זה. כשם שמותר לנקוט באלימות כלפי מי שרודף אחר חברו להרגו כדי להציל את הנרדף, כך מותר לנקוט באלימות כלפי מי שמבקש לפגוע ברכושו של זולתו כדי להציל את הנפגע. אם כי ברור שהצלת רכוש אינה מצדיקה יותר מאשר הכאה וגרימת חבלה, מה שאין כן הצלת חיים המצדיקה אפילו פגיעה בנפשו של הרודף.

על פי **המודל השני**, בשונה מהצלת חיים, הצלת רכוש אינה מצדיקה שימוש באלימות. המוקד להצדקת השימוש בכוח על ידי בית המשפט אינו מצוי אפוא בתובע (הנפגע) אלא **בנתבע (הפוגע)**. על פי מודל זה בית המשפט משתמש בכוח כדי למנוע מן הפוגע לנהוג בניגוד לחוק, הוא מאלץ את הנתבע להפסיק את מעשה

10. שולחן ערוך חו"מ ד, א.

11. דברות משה בבא קמא, יח.

העוול שהוא עושה שלא כדין. הכוח שבית המשפט מפעיל כלפי הנתבע יסודו אפוא בצורך ובסמכות שיש למנוע מכל אחד ואחד בחברה לנהוג בעבריינות ולכפות עליו את שלטון החוק (כעין המושג "כופין על המצוות").

על פי המודל השלישי, ההצדקה לשימוש בכוח על ידי בית המשפט אינו מצוי לא בתובע (הצלה) ולא בנתבע (מניעת עבריינות וכפייה על שלטון החוק והמצוות), אלא בבית הדין עצמו. על פי מודל זה הכוח הוא חלק בלתי נפרד מן המוסד השיפוטי כאמצעי הכרחי לאכיפת פסקי הדין שלו. כמו שכתוב: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך"<sup>12</sup>, אין שופטים בלא שוטרים שתפקידם להוציא לפועל את פסקי הדין של השופטים.

לפנינו אפוא שלושה מודלים שונים להצדקת השימוש באלמות על ידי מערכת המשפט: המודל המוסרי (הצלת הנדכא); המודל החוקי (מניעת העברייני מלעבור על החוק); והמודל המוסדי (אין בית משפט ללא אמצעי אכיפה, ללא "שיניים").

### (ב) התאמת המודלים לשיטות האמוראים

לאחר שהרב פיינשטיין הציג את שלושת המודלים האלה, הוא ניגש לניתוח הסוגיא, ומבקש לבחון תחילה באופן תיאורתי, באיזו מידה, לאור המודלים השונים, ישנה סמכות גם לפרט, ולא רק לבית המשפט, לעשות שימוש בכוח לעשיית הדין. כלומר, באיזו מידה שיטותיהם של רב יהודה ושל רב נחמן מתיישבות עם המודלים השונים שהציע?

על פי המודל הראשון (המודל המוסרי), שעניינו הצלת העשוק מיד עושקו, מובנת היטב שיטתו של רב יהודה, שכן כלל בסיסי הוא בדיני הצלה, שמותר לנקוט באלמות רק כאשר אין דרך אחרת להציל. על כן ברורה שיטתו, שאם יש לנפגע אופציה להגיש תביעה משפטית אין סיבה להתיר לו להשתמש באלמות. גישתו של רב נחמן לעומת זאת, קשה על פי מודל זה, שכן לא ברור מדוע הוא מתיר לאדם להציל את רכושו על ידי שימוש באלמות כשעומדת בפניו ברורה אחרת, אף שברורה זו כרוכה בטרחה. הלא זהו הכלל בדיני הצלה, אם ניתן להציל את הנרדף על ידי פגיעה באחד מאיבריו של הרודף אף שהדבר כרוך בטרחה ובמאמץ, כך יש לעשות ואין היתר להרוג את הרודף.

אם נרצה ליישב גישתו של רב נחמן עם מודל זה ניאלץ לומר, אומר הרב פיינשטיין,<sup>13</sup> שככל הנראה רב נחמן מצמצם את היקף האיסור להכאת הזולת, ולדידו

12. דברים טז, יח.

13. דברות משה שם, ענף ד.

הכאה מותרת לא רק למניעת הפסד (כפי שמסכים רב יהודה) אלא גם למניעת הטרחה של ניהול משפט.<sup>14</sup>

לעומתו, המודל השני (המודל החוקי), שעניינו הדאגה לשמירת החוק, מתיישב טוב יותר עם שיטתו של רב נחמן. הזכות והחובה לדאוג לשמירת החוק אינה רק של בית המשפט אלא של כל יחיד ויחיד כפי שעולה מדברי התלמוד שהוזכרו לעיל בעניין העבד שרבו מונע ממנו להמשיך ולחיות באיסור עם השפחה הכנענית. אם הדאגה העיקרית היא למנוע מן העבריין להמשיך בהתנהגותו האסורה, אין זה מעלה או מוריד אם התנהגות זו גורמת לנזק שאינו ניתן לתיקון או לנזק שניתן לתיקון. כל אימת שאדם עובר עברה יש הצדקה למנוע זאת ממנו. קשה אפוא ליישב מודל זה עם גישתו של רב יהודה, מדוע להתנות את זכותו של הנפגע למנוע מן הפוגע לעבור על איסור בכך שהוא עלול לסבול נזק בלתי הפיך?

אם נרצה ליישב את גישתו של רב יהודה עם מודל זה, נצטרך לומר, אומר הרב פיינשטיין<sup>15</sup>, שנימוקו של רב יהודה הוא, שאף שמעיקר הדין מותרת "עשיית דין עצמית" בכל מקרה, חכמים ראו לנכון לתקן תקנה, ולצמצם זכות זו רק למקרים שבהם הנפגע עלול לסבול נזק בלתי הפיך, ואילו בשאר המקרים עדיף לשלול זכות זו מן היחיד לבל ישתמש בה לרעה.

**המודל השלישי**, קשה על שתי הגישות גם יחד, שכן אם ההנחה היא שהשימוש בכוח הוא אינהרנטי למוסד השיפוטי בתור שכזה, כיצד אפשר להסביר שכוח זה עומד גם לרשותו של הנפגע, הלא הוא אדם פרטי ולא מוסד שיפוטי? אם נרצה ליישב מודל זה עם גישתם של רב נחמן ורב יהודה, ניאלץ לומר, אומר הרב פיינשטיין<sup>16</sup>, שלדעתם כל אדם נושא בקרבו כוח של בית דין (ואמנם הוא מוצא לזה סימוכין בדברי הפוסקים). ואף שברוב העניינים כוח זה ניטל מן היחיד (אולי בכוחה של מעין אמנה חברתית?) מקצת ממנו הושאר בידו בכל אותם המקרים שבהם ההלכה מצאה לנכון לאפשר לו לעשות דין לעצמו. לפי זה יש עוד לעמוד על פשר חילוקי הדעות בין רב נחמן לרב יהודה, אבל קצרה היריעה.

14. אפשרות אחרת שמעלה הרב פיינשטיין היא שהכאה למניעת טרחה כשלעצה אינה מותרת אלא שמאחר שכאן ההכאה באה למנוע הפסד היא מותרת. אמנם, אם הייתה דרך אחרת למנוע את ההפסד בלא שימוש בכוח, חובה הייתה לנקוט בדרך חלופית זו מדין "כופין על מידת סדום". אבל מאחר שהגשת תביעה לבית משפט כרוכה בטרחה, אין התובע נוהג במידת סדום אם אינו בוחר בדרך חלופית זו. לפי זה אפשר שנקודת המחלוקת עם רב יהודה היא שרב יהודה סבור שלא הותר להכות בשביל הצלת ממון, אלא שאיסור זה נדחה מפני הצורך בהצלה, ומאחר שהאיסור רק נדחה ולא הותר, חובה להשתדל ולהימנע מהכאה ככל האפשר, ומכאן החובה לדעת רב יהודה לטרוח ולהגיש את התביעה לבית המשפט.

15. דברות משה שם, ענף ג, ד"ה ונצטרך.

16. דברות משה שם, ענף ג, ד"ה ואם הוא מדין שוטרים.

הרב פיינשטיין מרחיב הרבה בניתוח הסוגיא לאור המודלים השונים שהציע. כך, לדוגמה, באמצעות גישתו ניתן לשער מהו הבסיס לחילוקי הדעות בין רב נחמן לרב יהודה: אחת האפשרויות בעניין זה היא, שרב נחמן נקט את המודל החוקי (כפיית שמירת החוק) ומשום כך לא ראה סיבה לצמצם את ההיתר לעשיית דין עצמית בהפסד שאינו ניתן לתיקון. ולעומתו, אפשר שרב יהודה נקט את המודל המוסרי (הצלה), ומשום כך צמצם את ההיתר לעשיית דין עצמית רק למקרה שבו אין ברירה אחרת להצלה. זוהי רק דוגמה אחת להסבר מעמיק אפשרי למחלוקת האמוראים והיא מצביעה על היתרון הפרשני והאנליטי העשוי לצמוח מגישתו הייחודית של הרב פיינשטיין והוא קשור בבירור מהותו והצדקתו של התפקיד השיפוטי.

### (ג) שיטת הרמב"ם

מפרשי הרמב"ם עמדו על סתירה בולטת בדבריו.<sup>17</sup> אף שכפי שראינו לעיל, הרמב"ם פסק הלכה כרב נחמן בעניין זכותו העקרונית של אדם לעשות דין לעצמו אפילו כשלא צפוי לו הפסד אם לא יעשה כן, בעניין העבד שאינו יוצא מבית אדונו הוא פוסק<sup>18</sup> בזו הלשון -

[עבד] נרצע **שמסר לו רבו שפחה כנענית** והגיע יוכל והיה רבו מסרב בו [=מפציר בו] לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו – פטור, שהרי נאסר בשפחה.

הלכה זו תמוהה מאוד, משום שלא נאמר בתלמוד שהמדובר בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית אלא כדי ליישב את ההלכה התנאית עם שיטת רב יהודה. ומאחר שהלכה כרב נחמן, הרי הלכה זו נכונה גם אם האדון לא מסר לעבדו שפחה כנענית.

לדעת רבי משה פיינשטיין מוכח מכאן שהרמב"ם פסק אמנם כשיטת רב נחמן, אבל הוא הבין - כפי שהוצע לעיל - שרב נחמן מאמץ את המודל השני, המודל החוקי. לשון אחר, לפי רב נחמן יש הצדקה לשימוש בכוח אך ורק כשמונעים בכך מן הצד השני לעבור על איסור. לפי זה מובנת הלכת הרמב"ם, מאחר שעצם ההימצאות בביתו של הזולת אינה כרוכה באיסור כלשהו, נאלץ הרמב"ם להעמיד את ההלכה בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית דווקא, ורק הצורך להפריש אותו מן האיסור הוא שמצדיק את השימוש בכוח.<sup>19</sup>

17. ראה לדוגמה: משנה למלך, הלכות עבדים, פרק ג, הלכה ה; לחם משנה שם.

18. רמב"ם הלכות עבדים פרק ג, הלכה ה.

19. השווה תירוץ זה לתירוץ שהציע **לחם משנה**, שם. הוא מציע, שאפילו לדעת רב נחמן תנאי לעשיית דין עצמית הוא שהיא באה למנוע הפסד שנגרם כרגע על ידי הצד השני, אף שניתן יהיה לקבל פיצוי על הפסד זה על ידי פניה לבית משפט. מאחר שהעבד אינו גורם הפסד בעצם נוכחותו בביתו של בעל הבית, ברור לפי הנחה זו, שגם מי שפוסק כשיטת רב נחמן לא היה מצדיק שימוש בכוח נגד העבד המשוחרר. על כן אימץ הרמב"ם את התירוץ בעניין השפחה



### ד. עשיית דין עצמית במשפט העתיק ובמשפט המודרני

לאחר הניתוח התיאורטי של הסוגיא הגיעה העת לייחד דברים לפן המעשי שלה. אמנם ל"עשיית דין עצמית" יש יתרונות פרקטיים לא מבוטלים: ראשית, היא מעניקה אפשרות מהירה, יעילה וזולה לאדם לקבל את המגיע לו על פי דין; שנית, בלעדיה עשוי בעל אמצעים להתפתות לעשות עוולה כלפי זולתו מתוך הנחה שהנפגע יתייאש ולא ינהל נגדו תביעה משפטית בשל הסרבול, האיטיות והעלות של ניהול תביעה שכזאת; ושלישית, אין לצפות שאדם יסבול בשקט את העוול שנעשה לו ולא יתנגד לו באופן אינסטינקטיבי אפילו בכוח.

אולם בצד יתרונות אלו, האם אין המשפט העברי חושש מפני החסרון הגדול פי כמה של האנדרלמוסיה שעלולה לצמוח ממתן לגיטימציה לנקיטת אמצעים אלימים פרטיזונים של האדם כלפי זולתו, אפילו סבור הוא שהצדק עמו? האם אפשר לסמוך על הפרט שיידע אימתי החוק עומד אכן לצידו? האם אין לחשוש שמא ישתמש בכוח מעבר למידה הראויה? האם אין המשפט העברי חושש מפני הפעלת כוח נגדי? והאם בסופו של דבר ההיתר לעשיית דין עצמית אינו עלול לשחק לידי החזק יותר במקום להגן את זכויותיו של הצדק יותר?

בעניין זה ראוי להעיר הערות אחדות:

**ראשית**, מקובל אמנם לחשוב שהסממן המובהק ביותר של חברה מפותחת מסודרת ומתוקנת הוא האיסור המוחלט שהיא מטילה על השימוש בכוח בידי האזרח הפרטי. השימוש בכוח נחשב לפריבילגיה בלעדית של השלטון ואילו על האזרח נאסר השימוש בכוח מכל וכל. אולם עיון בגלגול הסדרתה של סוגיא זו בשיטות המשפט השונות, מגלה שהשקפה זו לוקה בשטחיות ובאי-דיוק. מן הראוי לצטט בעניין זה דברים שכתב המלומד הצרפתי Vallimaresco<sup>20</sup> -

En examinant donc l'histoire de la justice privée, nous voyons que partout, lorsque la souveraineté faiblit ou se désagrège, ou lorsqu'encore inexistante elle est en voie de formation, elle cherche à prohiber la justice privée. Et c'est alors que nous trouvons des dispositions générales interdisant la justice privée comme telle.

משום שתירוץ זה נכון גם לפי שיטת רב נחמן. וכעין תירוץ זה הציע גם "משנה למלך". הרב פיינשטיין אינו מקבל את ההנחה שביסוד תירוץ זה: "ותירוץ המשנה למלך, מחמת דברגזע זה קודם שיבא לבית דין איכא פסידא שדבר שהוא שלו הוא תחת רשות חברו הוא דחוק טובא אחרי שעל כל פנים אין פסידא מזה" (שם, ענף א, ד"ה עוד הקשה המל"מ).

A. Vallimaresco, La justice privée en droit moderne, 1962. 20.

[=בבואנו אפוא לבחון את ההיסטוריה של "עשיית דין עצמית", אנו רואים שבכל מקום שהריבונות נחלשת או מתפרקת, או כשהיא בשלבי התגבשות, היא מבקשת לאסור עשיית דין עצמית. ובאותם השלבים הוא שמוצאים הוראות כלליות האוסרות עשיית דין עצמית באשר היא].

כך מצאנו לדוגמה שבתחילת דרכו המשפט האנגלי הגדיר כעבריינין אפילו מי שנקט אלימות כדי להדוף תוקפן, כגון אדם שהשכים והרג את מי שקם עליו להורגו. ו"עבריינין" זה ניצל מעונש רק בחסד המלך שנהג בכגון זה להעניק לו חנינה.

ולאידך גיסא, ככל שהשלטון יותר מסודר, יותר מאורגן ויותר בוטח בעצמו, הוא נוטה להתיר "עשיית דין עצמית" בהיקף גדל והולך, אם כי עשיית דין עצמית נשארת תמיד היוצא מן הכלל המלמד על הכלל.

וכך כותב המלומד האנגלי W.S. Holdsworth -

It is only when obedience to law has become the rule that the occasions upon which self help will be allowed can be safely defined.<sup>21</sup>

כך הוא לדוגמה במשפט הישראלי. המשפט הישראלי מכיר בזכות להגנה עצמית לא רק מפני איום על שלימות הגוף אלא גם מפני איום על הרכוש. כך לדוגמה נקבע בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 24(3) -

בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם - ... השתמש במידה סבירה של כוח כדי להגן על החזקתו במיטלטלין שהוא זכאי להחזיק בהם, או כדי להשיבם מידי התובע שלקח אותם ממנו, או עיכב אותם בידו, שלא-כדין; ואולם אם לקח התובע, או ניסה לקחת, את המיטלטלין שלא-בכוח, תנאי הוא להגנה שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא לקחת אותם, או להחזירם לו לאחר שלקחם, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי-שלום.

ובחוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969, סעיף 18, נקבע:

- א. המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.
- ב. תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

21. W.S. Holdsworth, A History of English Law, 5th ed., vol 3, p. 278; מצוטט על ידי השופט אלון בע"א 756/80 (להלן, הערה 25), בעמ' 124.

הבחנה זו נכונה, וביתר שאת, גם ביחס למשפט העברי. גם כאן קיימת הרתעה מפני הניצול לרעה של הזכות לעשיית דין עצמית, שכן אם מתברר שאדם עשה דין לעצמו שלא כדין או שהשתמש בכוח במידה בלתי סבירה, הוא ייאלץ לפצות את חברו. כמובן תנאי להרתעה הוא שהמערכת המשפטית תהיה מספיק מאורגנת כדי להבטיח ביקורת יעילה של מעשה היחיד.<sup>22</sup> אך יתר על כן, יש לקחת בחשבון גם את הגורם המרוסן הקיים בשל אופיו הדתי של המשפט העברי. אופי דתי זה מבטיח שאדם לא ינצל לרעה את האפשרות של עשיית דין עצמית, שכן הוא יודע שלא זו בלבד שאם נהג באלימות שלא במקומה הוא ייאלץ לפצות את חברו, אלא הוא גם חושש מלעבור על האיסור הדתי הכרוך בשימוש בכוח שלא כדין.

בהקשר זה מעניין לציין את שיטתו של רבנו אפרים תלמידו של הרי"ף (ר' יצחק אלפסי). לדעתו במחלוקת בין רב נחמן ורב יהודה, יש לפסוק הלכה כרב יהודה. אמנם בדיני ממונות הכלל הוא שהלכה כרב נחמן, אבל לדעתו המחלוקת בין רב נחמן לרב יהודה אינה במישור דיני הממונות אלא במישור של דיני איסור והיתר; האם מותר או אסור בנסיבות אלה להשתמש בכוח? בכגון זה, אומר רבנו אפרים, יש לפסוק כשיטתו של רב יהודה. אף שכאמור, פסיקתו של רבנו אפרים לא נתקבלה על דעתם של רוב הפוסקים, היא מבליטה את הפן הדתי של הסוגיא שהזכרנו. נוסף שלפי זה, אם מתרופף היסוד הדתי בחברה, יהיה צורך בהתקנת תקנות שתצמצמנה את היקף ההיתר לעשיית דין עצמית.

זאת ועוד, עיון בדוגמאות שהתלמוד מביא בקשר לעשיית דין עצמית מגלה שכולן עוסקות בלגיטימציה של שימוש בכוח לצורך הגנת הבעלות והחזקה כנגד מי שמבקש ליטול נכס בעין או להזיקו או כנגד מי שמסרב להשיב נכס בעין. אין בתלמוד לגיטימציה לשימוש בכוח לצורך מימושה של זכות תביעה אובליגטורית (=אישית) שיש לאדם כלפי זולתו. ראשונים<sup>23</sup> עמדו על הבחנה בסיסית זו והטעימו, שכאשר אדם נושה בחברו בשל חוב כספי שהלה חייב לו, נקבע כלל הפוך; ולא זו בלבד שנאסר לנושה לנקוט אלימות כלפי החייב, אלא אסור לו אפילו להיכנס לביתו

22. אפשר שכך היה במקומו של רב נחמן שכידוע היה דיין מומחה ועמד בראש בית הדין מטעם ראש הגלות בבבל, ראה: **בבא בתרא** סה, א.

23. ראה לדוגמה: **פסקי הרא"ש** בבא קמא, ג, ג; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק שלישי (יב ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה והא דעביד דינא לנפשיה. וראה, רמ"א, חו"מ, סימן ד: "וי"א דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו, כגון שגזלו או רוצה לגזולו או רוצה להזיקו, יכול להציל שלו. אבל אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר, לא (מרדכי ונ"י פרק המניח). וראה הערה הבאה.

כדי ליטול ממנו משכון להבטחת הפירעון, כפי שנקבע בתלמוד "המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בבית דין".<sup>24</sup>

לבסוף מן הראוי להזכיר תקדים שנדון בפני בית המשפט העליון, בפסק דין רוזנשטיין נ' סולומון.<sup>25</sup> בפסק דין זה נדון סכסוך בין שני בעלי מקרקעין שכנים, שאחד מהם השתמש בכוח תוך כדי גרימת נזקי רכוש לחברו כדי להחזיר לעצמו את החזקה בחלק מן המקרקעין הגובלים שלטענתו חברו החזיק בהם עד עתה שלא כדין.

במסגרת פסק דינו, השופט אלון סוקר, כהרגלו הטוב, את עמדת המשפט העברי בסוגיית עשיית דין עצמית. השופט אלון אומר, שאמנם במחלוקת בין רב יהודה לרב נחמן ההלכה נפסקה לפי רוב הפוסקים כשיטת רב נחמן ולפיה אף כשלא נגרם לו נזק בלתי הפיך, מותר לאדם לעשות דין לעצמו, אולם, חכמי ישראל דאגו גם לשלום הציבור ולסדר הטוב, ועל כן ישנה סמכות כללית לסטות מן הדין לצורך השעה, ואף שבעיקרון אדם רשאי לעשות דין לעצמו, אפשר לקנוס אותו כדי שלא לעודד הפרת הסדר הטוב.

השאלה המשפטית שעמדה לדיון באותו פסק דין הייתה, האם בית המשפט יכול לדון מיד, במסגרת תביעת הסילוק כנגד הפולש האלים, בגוף סכסוך הבעלות בין הצדדים היריבים, או שעליו לצוות תחילה על סילוק ידו של הפולש האלים, והלה יגיש אחר כך תביעת בעלות נפרדת.

בפסק דינו מזכיר השופט אלון שגישת המשפט הקונטיננטלי שהייתה בתוקף בישראל עד לחקיקת חוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969, הייתה, שראשית - על מי שנטל בכוח להסתלק, וזאת, אפילו אם אפשר שאכן נטל את שלו. השופט אלון<sup>26</sup> מצטט את סלמונד לפיו -

העוול הנובע משימוש באמצעים עצמיים, שיסודם בכוח, הוא כה רציני עד שיש לפסול דרך זו על ידי שלילת כל היתרונות שאפשר להפיק ממנה.

24. **בבא מציעא** קיג,א. אמנם הרמ"א, שם, מזכיר גם את דעת הריב"ש (שו"ת הריב"ש, סימן שצו), לפיה מותר לתפוש משכון בגין חוב שאין מקורו בהלוואה. אבל חשוב להזכיר בהקשר זה את דעת מהרי"ק המובאת גם היא על ידי הרמ"א, שם: "י"א דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה **אלא כשמוזיק לחבירו**, כגון שמכהו ולכן לא יוכל לעשות אלא אם כן יוכל לברר שהוא שלו, אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון, יכול לעשות בכל ענין, ויורד אח"כ עמו לדין (מהרי"ק שורש סי' קס"א)". ועובדה היא שלא נמצא אף פוסק המתיר שימוש בכוח לשם גביית חוב, מה שאין כן לשם הצלת רכוש בעין.

25. ע"א 756/80, **רוזנשטיין נ' סולומון**, פ"ד לח (2) 113.

26. שם, עמ' 119.

במקומה של גישה נוקשה זו, נקבע בסעיף 19 לחוק, שאף אם בעל המקרקעין פעל שלא לפי התנאים האמורים בסעיף 18 (כגון שגירש את הפולש שלא תוך זמן סביר מאז גילה את הפלישה), רשאי בית המשפט שלא לפנות אותו אלא לדון בזכויות הצדדים, ולהסדיר את החזקת הקרקע עד אז.

השופט אלון מזכיר את דברי חבר הכנסת אונא, מהם עולה, שסעיף זה הוסף בשלבי החקיקה האחרונים בהשפעת המשפט העברי, שאינו דורש את סילוקו של בעל המקרקעין אף אם עשה דין לעצמו שלא בנסיבות המותרות לו. אף על פי כן, מאחר שעל פי סעיף 19 הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, סבר השופט אלון, שבנסיבות העניין, ראוי היה, לצורך השעה, לקנוס את מי שטוען להיות בעל החלקה ולמנוע ממנו להפיק תועלת ממעשיו הברוטליים, כדי שלא לעודד פעולות אלימות. מעניין לציין שעמדה זו של השופט לא נתקבלה על דעת עמיתיו וברוב דעות הוחלט לדחות את הערעור ולא לצוות על סילוק ידו של מי שעשה דין לעצמו שלא כדין.

### ה. סוף דבר

ראינו שבשונה משיטות משפט עתיקות, המשפט העברי מכיר באפשרות של עשיית דין עצמית, אם כי בגבולות מוגדרים. ראינו שגישה בסיסית זו של המשפט העברי מקובלת בשיטות המשפט המודרניות, כגון המשפט הישראלי שמתיר גם הוא שימוש בכוח סביר בנסיבות מוגדרות, כגון לסילוקו של פולש מן המקרקעין או להחזרת החזקה בנכס מיטלטלין.

עיון בדבריו של הרב משה פיינשטיין אפשר לנו, תוך כדי בחינת מהות התפקיד השיפוטי, להעמיק חקר ביסודות חילוקי הדעות בין האמוראים בסוגיא מרתקת זו. לסיום הדברים, מן הראוי לצטט את דבריו של בעל השאלות, <sup>27</sup> שאומר (בתרגום) - מי שיש לו דין עם חברו, אסור לו לנהוג עמו באלימות, אלא עליו ללכת לדיין שיפסוק להם דין תורה, ויקבלו עליהם את הדין; שעל האמת מתקיים העולם, כפי ששנינו (אבות א, יח): על שלושה דברים העולם קיים - על הדין ועל האמת ועל השלום.

הערנו בתחילת דברינו, שמגמה זו של התנגדות לעשיית דין בלא הליך שיפוטי, עולה כבר מן המקרא. נמצא אפוא, שעשיית דין עצמית, שהתירו אותה חכמים, אינה אלא היוצא מן הכלל המלמד על הכלל.

27. ספר השאלות בראשית, שאלתא ב.