

החזקה במשפט ככלי לכינון ריבוד נורמטיבי

מאת

חגי שלזינגר*

עולם המשפט עושה שימוש תדיר בחזקות, ועניין נדון בספרות התאורטית מזוויות שונות. במאמר זה אבקש להראות כיצד השימוש בחזקה עשוי לסייע לכינון של ריבוד נורמטיבי, כלומר ליצירתו של עולם נורמטיבי שבו משמשים במקביל הכרעות נורמטיביות שונות. החזקה המשפטית מתמקדת בשאלה העובדתית (מה ארע), אולם קביעתה עשויה להתבסס על שיקולים נורמטיביים. כפל-הפנים הזה מאפשר לחזקה להשמיע הכרעה נורמטיבית מסוימת, אך בד בבד לקבוע נורמה המבוססת על הכרעה נורמטיבית אחרת. תוצאה זו מסייעת לשחקנים בשדה המשפט במצבים שבהם ההכרעה הנורמטיבית היא 'טראגית', כלומר במצבים שבהם קיים קושי בקבלת כל הכרעה בינארית שהיא.

את הטענה הזו אדגים באמצעות חזקת המסוכנות של פורץ לבית מגורים כפי שעוצבה בתלמוד ראשית, אראה כיצד השיקולים הנורמטיביים באשר להיקף הזכות להגנה עצמית בבית המגורים מקשים על הכרעה נורמטיבית חדה, וכיצד מחוקקים מודרניים מתמודדים עם קושי זה, לרבות באמצעות מנגנון החזקה. לאחר מכן אדון בחזקה התלמודית ואראה כיצד עיצובה – במישור הנורמטיבי והספרותי – מכוון לכינון של ריבוד נורמטיבי בסוגיה זו. בשלב שלישי אצביע על זיקות שבין החזקה המשפטית למנגנון נוסף היוצר ריבוד נורמטיבי, ההפרדה האקוסטית, ועל ההבדלים בין המנגנונים הללו. לבסוף, אתייחס לפערים אפשריים בין חזקת המסוכנות במשפט התלמודי לחזקות במשפט המודרני, על מנת לבחון בעין ביקורתית את היכולת ללמוד מן התופעה שהודגמה במאמר לעולם החזקות המודרני.

מבוא. א. חזקות משפטיות: רקע תאורטי. 1. חזקות החורגות מן ההגדרה הכללית. 2. משקלה הפוזיטיבי ומקורה הנורמטיבי של החזקה. 3. מטרות אפשריות לקביעת חזקה. 4. נחיצותן של חזקות. **ב. רטוריקה, לגיטימציה וריבוד נורמטיבי.** ג. הגנת בית המגורים כמקרה מבחן. 1. עקרון המידתיות וחזקת המסוכנות. 2. חזקות מסוכנות בחקיקה העכשווית. (א) מבט כללי. (ב) חזקת המסוכנות בישראל. (ג) משמעותה של חזקת המסוכנות. 3. דין 'הבא במחתרת'. (א) רקע: דין הבא במחתרת במשנה. (ב) הסוגיה התלמודית. (I) ניסוח חזקת המסוכנות. (II) היישום המעשי של חזקת המסוכנות. (III) סיכום ביניים. (ג) הבניית הריבוד הנורמטיבי באמצעות החזקה התלמודית. ד. מחיר המניפולציה: השוואה למנגנון ההפרדה האקוסטית. 1. מהי הפרדה אקוסטית. 2. בין הפרדה אקוסטית לחזקה. ה. השימוש בחזקה ככלי לכינון ריבוד נורמטיבי בחשיבה המשפטית המודרנית. 1. הריבוד הנורמטיבי שבחזקת המסוכנות המודרנית. 2. עושר נורמטיבי וכנות נורמטיבית. ו. סיכום.

* תלמיד לתואר שלישי, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר הוא פיתוח ועיבוד של עבודת המחקר לתואר המוסמך שכתבתי בהנחייתו המעולה של ד"ר בני פורת. אני מודה לפרופ' ברק מדינה, ד"ר בני פורת, פרופ' ראם שגב וד"ר יהלי שרשבסקי, וכן לחבריו/ות סדנת הדוקטורנטים/ות והפוסט-דוקטורנטים/ות שבפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, שהצגתי לפנייהם טיוטה קודמת של המאמר, על הערות מצוינות; וכן לעורכי כתב העת על ביקורות חשובות ומועילות.

"Every writer of sufficient intelligence to approach the difficulties of the subject-matter has approached the topic of presumptions with a sense of hopelessness and has left it with a feeling of despair".¹

מבוא

מוסדות משפטיים עושים שימוש תדיר בחזקות, וכתובה תיאורטית ענפה עוסקת במשמעויותיהן השונות של חזקות בתוך עולם המשפט. מאמר זה מבקש להוסיף נדבך לדיון הזה, באמצעות תשומת לב לתפקידן של החזקות בכינונו של ריבוד נורמטיבי, כלומר ביצירת הסדר המכיל באופן בו-זמני שתי הכרעות נורמטיביות המצויות במתח זו עם זו. אטען כי במצבים מסוימים, שאיפה ליצירת ריבוד נורמטיבי עשויה להסביר באופן מיטבי מדוע הסדר משפטי מעוצב באמצעות חזקה, ואסביר כיצד השימוש בחזקה אכן תורם לכינונו של ריבוד שכזה. הטענה העומדת בליבת המאמר תודגם באמצעות מקרה-מבחן ספציפי, והוא האופן שבו מוסדרת הגנת בית המגורים בדין התלמודי.

הרעיון שאותו אני מכנה 'ריבוד נורמטיבי' אינו חדש במהותו, אף שהמשגתו באופן זה דורשת הבהרה. מהו, אם כן, ריבוד נורמטיבי? על פי רוב, הסדרים משפטיים מבטאים שקלול של מגוון שיקולים נורמטיביים והכרעה ביניהם. דוגמאות קלאסיות לשיקולים רוחביים כאלה הן צדק מול יעילות או שיקולי תוצאה מול שיקולים דאונטולוגיים; בענפי משפט ספציפיים אנו נדרשים להכריע בין שיקולים מקומיים. ההסדר המשפטי הפוזיטיבי אמור לשקף את ההכרעה הנורמטיבית הזו. לעומת זאת, ריבוד נורמטיבי מתאר מצב משפטי המכיל שתי הכרעות נורמטיביות שונות לגבי הדילמה הנדונה, בשני רבדים שונים שלו. מצב כזה נדרש כאשר הבחירה בין החלופות הנורמטיביות היא 'טרגית', במובן זה שיוצר הכלל המשפטי אינו מעוניין לוותר על אף אחת מן ההכרעות.² על מנת לעשות כן, נדרש ההסדר המשפטי לקיומם של שני רבדים נורמטיביים שבכל אחד מהם משתקפת הכרעה שונה, וכן לאמצעים רטוריים שבכוחם להצדיק או לעמעם את הפער שבין שני הרבדים.³ הטענה המרכזית של מאמר זה היא שבכוחן של חזקות לתרום ליצירתו של מצב דברים שכזה, באופן שעשוי להסביר לעתים את נטייתו של המשפט לעשות בהן שימוש.

המאמר יפתח אפוא בסקירה תמציתית של מושג החזקה ושל הספרות המשפטית התאורטית שעסקה בו. הגדרה מקובלת למונח חזקה גורסת כי החזקה היא מנגנון משפטי מתחום דיני הראיות, שלפיו כאשר הוכחה במשפט

¹ Edmund J. Morgan, *Presumptions*, 12 WASH. L. REV. 255 (1937)

² על ההמשגה של שימוש שתי הכרעות נורמטיביות כ'טרגית', ראו GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES 172-177 (1982); GUIDO CALABRESI AND PHILIP BOBBIT, TRAGIC CHOICES (1977).

³ הכלים המשפטיים שבהם ניתן לעשות שימוש על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי הם מגוונים, וראויים לעיון עצמאי. למשל, ריבוד שכזה יכול להיווצר במישור הכרונולוגי (נורמה ex-post מול נורמה ex-ante); במישור המוסדי (פער בין הדין הקבוע בחקיקה לאופן הפרשנות שלו בפסיקה); במישור הפרקטי (בין הדין בספרים לדין בפועל); או במישור הרטורי (למשל, בין הדין שנאמר לאזרחים לדין שנאמר לשופטים). בהמשך המאמר, ארחיב לגבי אחד המנגנונים הללו – מנגנון ההפרדה האקוסטית; ראו, Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

כמובן, שעצם השימוש בכלים המשפטיים הללו אינו מצביע בהכרח על ניסיון לכונן ריבוד נורמטיבי. יש הסברים חלופיים להימצאותם של המנגנונים המשפטיים הללו, שכאמור ראוי להרחיב על כל אחד מהם במקומו. אינני טוען אלא שהכלים הללו עשויים לסייע בכינונו של ריבוד נורמטיבי מן הסוג שאותו תיארת, וכי השימוש בחזקה עשוי אף הוא לכונן ריבוד שכזה. בנוסף אציין כבר כעת, כי חרף הייחוס המשתמע של כוונה סובייקטיבית ליוצר הכלל המשפטי, אינני טוען כאן טענות אמפיריות על קיומה או העדרה של כוונה שכזו. מנגנונים משפטיים היוצרים ריבוד נורמטיבי עשויים להיווצר באופן לא מודע, או במסגרת תהליך ארוך טווח של התפתחות המשפט. ראו להלן ה"ש 109.

עובדה מסוימת (המכונה לעתים עובדת היסוד), די בכך על מנת להתייחס לעובדה נוספת (המכונה לעתים העובדה המוסקת) כמוכחת, אלא אם כן יוכיח בעל הדין שכנגד אחרת. על אף שזוהי התצורה הקלאסית של חזקה במשפט, קיימים גם כללים משפטיים נוספים המכונים בשם 'חזקה'. הספרות התאורטית שעסקה בחזקות התמקדה בטיפולוגיה בין סוגי חזקות, באופן שבו הן משפיעות על נטלי הראייה במשפט, וכן במניעים של מערכת המשפט ליצירתן. חרף הדיון הזה, לא הגיעה הספרות התאורטית לתובנות המסבירות באופן משכנע את השכיחות של השימוש בחזקות במשפט.

המאמר מבקש להחיות מחדש את הדיון על אודות תפקידה של החזקה במשפט, וזאת באמצעות הטענה כי החזקה היא כלי בעל עוצמה קונספטואלית ורטורית, שניתן לעשות בו שימוש לשם עיצובם של הסדרים משפטיים המכילים ריבוד נורמטיבי. כאשר מערכת משפטית מבקשת ליצור הסדר משפטי אשר יכיל בד בבד שתי הכרעות ערכיות שונות בנוגע לאותה הדילמה, החזקה המשפטית מהווה מנגנון המאפשר, מבחינה תוכנית ורטורית, לעשות כן. את הטענה הזו אציג בפרק השני של המאמר באמצעות עמידה על תפקידה הרטוריים של החזקה, ותוך תשומת לב ליכולתה של החזקה המשפטית לעמעם במתכוון את ההבדל הדיכוטומי שבין הכרעה עובדתית להכרעה נורמטיבית.

את הטענה אבקש להדגים על מקרה בוחן מן ההלכה התלמודית דווקא, אשר באופן מעניין קמים לו הדים בעשורים האחרונים בשיטות משפט מודרניות, ובפרט במשפט האמריקני: חזקת המסוכנות של פורץ לבית מגורים, אשר מכוחה רשאי הנתקף להגן על עצמו באמצעות שימוש בכוח קטלני. דוגמא זו משקפת יפה הן את היתרונות (והחסרונות) של הריבוד הנורמטיבי, הן את האופן שבו משמשת החזקה כמנגנון משפטי המאפשר ריבוד שכזה. העיון בדוגמא הזו יסייע לנו להבחין באופן מעמיק יותר בהשפעתו של אופן ניסוח החזקה והעוצמה הראייתית המיוחסת לה, על כינונו של ריבוד נורמטיבי. הדוגמא הזו מעניינת משתי בחינות נוספות: האחת היא נטייתה הכללית של ההלכה היהודית ליצירת הסדרים בעלי ריבוד נורמטיבי, והשנייה היא השימוש המודרני הגובר והולך בחזקת מסוכנות מעין זו התלמודית – שימוש אשר מצדיק חשיבה מעמיקה יותר על התאמתו של הסדר בעל כמה רבדים נורמטיביים לתפיסה המשפטית המודרנית.

שני חלקיו האחרונים של המאמר יוקדשו למסקנותיו של הדיון שנערך בחזקת המסוכנות התלמודית. ראשית, אבקש להשוות את הריבוד הנורמטיבי הנערך בחסות החזקה, למנגנון ההפרדה האקוסטית שאותו תאר מאיר דן-כהן.⁴ מטרת ההשוואה הזו היא להפנות את תשומת הלב למימד המניפולטיבי של הריבוד הנורמטיבי ולמחיריו. לאחר מכן, אפנה לבחון את השלכותיו של הדיון על חזקות משפטיות מודרניות. כפי שנראה, החזקה התלמודית שונה בכמה וכמה בחינות מן הנוסחה המודרנית של חזקה משפטית. בפרק הסיכום נבקש אפוא לבחון כיצד ניתן ליישם את התובנות שעלו מן העיון בחזקת המסוכנות התלמודית על עולם החזקות המודרני. זאת, הן באופן ספציפי ביחס לחזקת המסוכנות המודרנית, והן בנוגע לחזקות משפטיות באופן כללי.

א. חזקות משפטיות: רקע תאורטי

⁴ Dan-Cohen, שם.

השימוש בחזקות במשפט שייך באופן מסורתי לתחום דיני הראיות, שכן התפקיד הבסיסי של החזקה הוא העברת נטל הראיה. הגדרה מקובלת לחזקה גורסת כי חזקה היא כלל משפטי, שלפיו הוכחת עובדה מסוימת ('עובדת היסוד') תביא לכלל מסקנה שיש להניח את קיומה של עובדה אחרת שלא הוכחה (העובדה המוסקת), אלא אם כן יוכח אחרת. מבחינה מעשית, היא מעבירה נטל ראיתי בדבר קיומה של העובדה המוסקת, מן התובע לנתבע.⁵ חרף הגדרה פשוטה-לכאורה זו, המושג חזקה משמש בעולם המשפט במובנים שונים ומעורר לא אחת מבוכה.⁶ המחקר המשפטי והפסיקה עסקו בכמה היבטים חשובים של מושג החזקה. סקירה מקיפה של הדיונים הללו חורג, כמובן, מיריעה זו; עם זאת, נעמוד על עיקריהם וניווכח כי הם שזורים זה בזה ומשפיעים זה על זה.

1. חזקות החורגות מן ההגדרה הכללית

לא כל כלל משפטי המכונה 'חזקה' אכן מקיים את המאפיינים שבהגדרה הכללית שהוצגה לעיל. יש לעמוד בעיקר על שני סוגים של חזקות כאלה: חזקות חלוטות וחזקות מתירות.⁷

חזקה חלוטה היא חזקה שבהתקיימה אין מועבר נטל ראיתי לצד שכנגד, אלא נקבע ממצא עובדתי שאינו ניתן להפרכה. הוכחת עובדת היסוד מובילה למסקנה בלתי ניתנת לסתירה בדבר התקיימות העובדה המוסקת. על פניו, חזקה כזו אינה מצויה במסגרת הדין הפרוצדורלי הראיתי, אלא קובעת קביעה הנוגעת לדין המהותי. למשל, קביעת חזקה חלוטה שלפיה בן הנוולד לאישה הוא בנו של הגבר הנשוי לה, שוות ערך מבחינת תוצאתה לקביעה מהותית בדיני המשפחה שלא תוכר אבהותו של זר על ילד שנולד בעת שאישה נשואה. אכן, במצבים רבים, ניתן לתרגם קביעה מתחום הדין המהותי לחזקה עובדתית חלוטה, ולהפך. בשל כך, מקובל להניח שחזקות חלוטות הן רק פורמולה "משונה" לניסוח דין מהותי, ולמעשה אין מדובר בחזקה במובן הרגיל.⁸ חרף ביקורת זו, חזקות חלוטות נוכחות בדין הפוזיטיבי, אף שניתן היה לנסח אותן כהוראה בדין המהותי. עולה אפוא השאלה, מה מניע את מנסחיה של חזקה שכזו לנהוג כך? תשובה מסוימת לשאלה הזו אציע בהמשך.

⁵ על החזקות במשפט קיימת ספרות ענפה, לחלקה אתייחס בהמשך. באופן כללי ראו למשל: KENNETH S. BROUN ET AL., MCCORMICK ON EVIDENCE, vol. 2, 675 (7th ed. 2013); COLIN TAPPER, CROSS AND TAPPER ON EVIDENCE 146 (11th ed. 2007); יעקב קדמי על הראיות: הדין בראי הפסיקה חלק רביעי 1682–1705, 1779–1797 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); גיא שני חזקות רשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני הנזיקין 37–63 (2011); דניאל 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813 (1998); קיימות כמובן הגדרות נוספות לחזקה; ראו מהדי נעאמנה החזקות המשפטיות: היבטים לוגיים וראייתיים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 2013). לדיון לוגי-פילוסופי בטיבה של טענת חזקה, ראו עדנה אולמן-מרגלית "השערות חזקה" עיון ל 184 (1981) (תודה לישראל כהן על ההפניה והדיון בעקבותיה).

⁶ ראו למשל Charles V. Laughlin, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, 52 MICH. L. REV. 195 (1953); Morgan, לעיל ה"ש 1.

⁷ סוג שלישי של חזקה 'חריגה' היא חזקה שאינה מבוססת על עובדת יסוד. דוגמא קלאסית היא חזקת החפות, או חזקה שלפיה כל אדם יודע את הדין. חזקות אלו מוררות לבית המשפט להניח עובדה מסוימת כמוכחת, ללא שמוטלת חובה על בעל הדין להוכיח עובדת יסוד. ניתן להתלבט אם יש להתייחס להוראות כאלה כאל חזקות. ראו הערתו של שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 38 הי"ש 81.

⁸ ראו למשל קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1703; MCCORMICK ON EVIDENCE, שם, בעמ' 677; שני, שם, בעמ' 39. נקודה זו הועלתה על ידי מלומדים כבר לפני כמה. ראו למשל JOHN H. WIGMORE, A STUDENTS' TEXTBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE 454 (1935) ("Conclusive presumptions or irrebuttable presumptions are usually mere fictions, to disguise a rule of substantive law"); Francis H. Bohlen, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law upon the Burden of Proof*, 68 U. PA. L. REV. 307, 310–312 (1920). NICOLAS RESCHER, PRESUMPTION AND THE PRACTICES OF TENTATIVE COGNITION 5 (2006) ("strictly speaking, the idea of an 'irrefutable presumption' is a contradiction in [...] terms.")

יש לציין אמנם, שיש הרואים גם בחזקות חלוטות כמבוססות על שיקולים ראיתיים, והן נקבעות כחלוטות משיקולי יעילות 'כלכליים' או הסתברותיים; ראו נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 163–164; Antonio E. Bernardo et al, *A Theory of Legal Presumptions*, 16 JLEO 1 (2000); אייל שגיא ואמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין: האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט 547, 560 (2006).

⁹ בדנ"א 1558/94 נפ"ס נ' נפ"ס, פ"ד נ(3) 573 (1996), התקשה השופט חשין בקושיה זו בנוגע לחזקת השיתוף, אשר מנוסחת בחוק כחזקה:

סוג שני של חזקה החורג מן ההגדרה הכללית שלעיל הוא החזקה המתירה. מן ההגדרה משתמע שחזקה היא כלל גורף המכוון את בית המשפט, ואינו נתון לשיקול דעתו. חזקה היא כלל משפטי המקים חובה ראייתית על הצד שכנגד, באופן אוטומטי, כאשר מוכחת עובדת היסוד. חובה זו קמה באופן אחיד, כל אימת שעובדת היסוד הוכחה, ללא תלות בהסתברות הקונקרטית שמעניק שופט פלוני לקיומה של העובדה המוסקת. מסקנה 'אד-הוקית' שכזו, הריהי מסקנה ראייתית קבילה גם ללא כלל של חזקה, אף אם לעתים היא מנוסחת על ידי בית המשפט ככזו. בית המשפט עשוי לקבוע כי בהינתן נסיבות מסוימות, ניתן להסיק מסקנה כלשהי, ואף לנסח קביעה מכלילה שכזו באמצעות חזקה. אולם ככל שהחזקה אינה מחייבת את השופט להסיק את העובדה המוכחת (בהעדר הוכחה אחרת), אלא רק מאפשרת או מתירה לו לעשות כן, אין מדובר בחזקה של ממש. חזקות כאלה מכונות לעתים חזקות מתירות.¹⁰

2. משקלה הפוזיטיבי ומקורה הנורמטיבי של החזקה

נקודה שנייה שהעסיקה רבות את מלומדי המשפט ואת הפסיקה, עוסקת בהערכת תפקידן המעשי ומשקלן הראייתי של החזקות, תוך סיווגן על פי מקורן הנורמטיבי. דיונים אלה עסקו בפרשן שבין חזקה הקבועה בחוק החרות לבין חזקה שמקורה בהלכה הפסוקה, בקשר למשקל הראייתי שיש לכל אחת מהן. נעמוד על כך בתמצית. התיאוריה המקיפה הראשונה שהוצעה לניתוח תפקידן הראייתי של החזקות, מכונה תיאוריית 'הבועה המתפוצצת' ('The Bursting Bubble Theory').¹¹ לפי תיאוריה זו, לאחר שמוכחת עובדת היסוד, על בעל הדין שכנגד מוטלת החובה להציג ראיה הסותרת את הסקת העובדה המוכחת; אם לא עלה בידו לעשות כן, בית המשפט יניח את קיומה של העובדה המוסקת,¹² אולם אם הצד שכנגד הצליח להציג ראיה הסותרת את ההיסק, החזקה נעלמת – בדיוק כפי שבועה מתפוצצת ונגוזה. הראיה צריכה, בעיקרו של דבר, לסתור את נחיצות ההיסק – ולא דווקא את עצם קיומה של העובדה המוסקת.¹³ לדוגמה, כאשר קיימת חזקה שלפיה בנה של אישה הוא גם בנו של הגבר הנשוי לה, והוכחה עובדת הנישואין, עובר כעת הנטל אל המעוניין להפריך הנחה זו. אלא, שאין הוא חייב להוכיח כעת כי הבן אינו בנו של הגבר הנשוי, אלא להוכיח שבנסיבות הספציפיות, מתערער כוח השכנוע של ההיסק (למשל, משום שהגבר הנשוי חי שנים רבות בארץ אחרת). לעומת תיאוריה זו, שזכתה להכרה רבה אך גם ספגה ביקורת עזה, עומדות תיאוריות שלפיהן החזקה מעבירה את נטל השכנוע כולו אל בעל הדין

"מה טעם קובע המחוקק כי בני-זוג שלא עשו הסכם ממון "יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם ממון בעל תוקף...?" מה טעם רואה החוק להידרש לפיקציה שלפיה יראו (shall be deemed) בני-זוג כמסכימים להסדר איזון המשאבים? [...] ומדוע לא קבע החוק - מפורשות - כי בהיעדר הסכם ממון יחול על בני הזוג הסדר איזון המשאבים האמור בחוק? אף אתה אמור: המחוקק לא שחרר עצמו עדיין מהרגלי חשיבה של עבר - שעה שבתי המשפט חייבים היו להיזקק לפיקציות לקיום הלכה ומשפט - ומכאן דפוס הלשון שהוא עושה בהם שימוש, דפוס לשון שהיו יפים וטובים ליזמנם אך עתה אבד עליהם הכלח" (שם, בעמ' 618; ראו גם דבריו בעניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, בפסקאות 11-13 לחוות דעתו). כפי שאראה להלן, סבורני שתשובתו של השופט חשין אינה ממצה את מלוא המשמעות והפוטנציאל של השימוש בחזקות משפטיות.

¹⁰ לעתים מכונות חזקות אלה בדין הישראלי 'חזקות שבעובדה', כפי שיפורט להלן. ראו ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות: אגב פסקי הדין סובאח, צלנקו ופלוני" **מחקרי משפט** יג 357 (1996); שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 39-40. למעשה, חזקות מן הסוג הזה דומות למהלך המחשבות הנערך על ידי בית המשפט בעת שהוא בוחן ראיות נסיבתיות: בית המשפט מסיק מעובדות היסוד עובדות מוסקות, ואם המסקנה הסבירה מובילה להרשעה, מועבר נטל מסוים אל כתפי הנאשם להפריך את המסקנה הזו, כלומר להסביר מדוע ניתן לתת הסבר סביר אחר לעובדות היסוד, שאינו מוביל למסקנה המרשעה. השוו למחלוקת שנתגלעה בין השופטים בע"פ 6392/13 **מדינת ישראל נ' קריאף** (פורסם בנבו, 21.1.2015); וראו עוד, לגבי הפער בין חזקות כאלה לבין הוכחה נסיבתית רגילה, טענתו של קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1781; עניין **מרום**, שם, פסקה 20 לפסק הדין של השופט מצא.

¹¹ אבי התיאוריה הזו הוא המשפטן James Thayer. ראו James Thayer, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW 337 (1898). על התיאוריה ראו נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 64; שני, שם, בעמ' 50.

¹² ובעולם המשפט המקובל, במסגרתו הועלתה התיאוריה – בית המשפט יורה לחבר המושבעים להניח את קיומה של העובדה המוסקת.

¹³ עוצמת הראיה הנדרשת איננה חד משמעית בקרב חסידי התיאוריה. ראו סקירתו של שני, שם.

שכנגד: משעה שהוכחה עובדת היסוד, בית המשפט מחויב להניח את קיומה של העובדה המוסקת; על בעל הדין שכנגד מוטלת כעת החובה לשכנע שעובדה זו אינה מתקיימת.¹⁴ בהתייחס לדוגמה שלעיל, משעה שהוכחה עובדת הנישואין, מוטל כעת על בעל הדין להוכיח שהבן איננו בנו של הגבר הנשוי, ולא די בכך שיערער על תוקפה הריאלי של החזקה בנסיבות הספציפיות.

שאלת עוצמתה הראייתית הראויה של החזקה עשויה להיות מושפעת, כפי שנראה להלן, מן הנימוקים אשר הובילו ליצירתה של החזקה. ככל שהנימוקים הללו מבוססים על הערכה עובדתית כנה, על יסוד 'ניסיון החיים', כך מסתבר יותר להגביל את המשקל הראייתי של החזקה לאותם המצבים שבהם הערכה עובדתית זו אכן מסתברת – בהתאם לתיאוריית 'הבועה המתפוצצת'. אולם, אזי יש לשים לב כי הפער בין החזקה העובדתית הזו לבין חזקה 'מתירה' שאיננה מחייבת את בית המשפט, הינו קטן. מכיוון שנטל השכנוע בהתקיימות העובדה המוכחת נותר על כתפי הטוען לה, עצם הוכחת עובדת היסוד איננה בגדר סוף פסוק, אם בית המשפט אינו משתכנע, בסופו של דבר, בסבירות ההיסק. מנגד, כפי שנראה להלן, ככל שטעמים נוספים עומדים בבסיס החזקה, כך עשויה לגבור ההצדקה להעצים את משקלה.¹⁵

במשפט הישראלי בעבר, הייתה המחלוקת הזו מקבילה באופן מסוים לחלוקה שבין המקורות הנורמטיביים שעליהן מושתתת החזקה. במשפט המקובל קיימת הבחנה עתיקת יומין בין 'חזקות שבעובדה' לבין 'חזקות שבדין'.¹⁶ ההבחנה מכוונת בעיקרה למקור הנורמטיבי של החזקה – חזקה שבעובדה היא כינוי לחזקה יצירת הפסיקה, ואילו החזקה שבדין היא חזקה שקבע המחוקק. לפי ההלכה הפסוקה, חזקה שבעובדה אינה מעבירה את נטל השכנוע אל הצד שכנגד. כל שבכוחה לעשות הוא להעביר לצד שכנגד את נטל הבאת הראיה לסתירתה של החזקה. לעומת זאת, חזקה שבדין מעבירה גם את נטל השכנוע לנתבע.¹⁷ הבחנה זו מקבילה במידת מה לוויכוח התאורטי שסקרנו לעיל.

ניתן לתהות מדוע המקור הנורמטיבי השונה משפיע על עוצמתה הראייתית של החזקה. דומה, שאין המקור הנורמטיבי עיקר, אלא הנחות מוצא בדבר התכליות שבבסיס החזקות הנוצרות במסגרות המשפטיות השונות. הנחת המוצא שבבסיס הכלל המשפטי הזה היא שחזקות יצירות-הפסיקה מבוססות על ניסיון החיים השיפוטי ועל הערכת המציאות גרידא. מכיוון שכך, הן יוצרות כלל שהוא חזק אך-במעט מהערכה שיפוטית נקודתית באשר לטיבן של ראיות נסיבתיות. כלל זה מאפשר להניח את קיומה של העובדה המוסקת בעקבות הוכחת עובדת היסוד; אך הוא מאפשר גם לערער על ההיסק, בנסיבות הקונקרטיות, ביתר קלות. לעומת זאת, קביעת חזקות על יסוד שיקולים רחבים יותר היא מלאכתו של המחוקק. משכך, החזקות שהוא קובע נותרות בתוקפן גם אם ניתן לערער עליהן, עד אשר יוכיח בעל הדין שכנגד באופן ברור כי ההיסק מעובדת היסוד הוא שגוי.

¹⁴ תיאוריה זו לובנה על ידי Edmund Morgan. *Some Observations Concerning Presumptions*, 44 *Edmund Morgan*; HARV. L. REV. 906 (1931); Morgan, לעיל ה"ש 1; שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50; נעאמנה, שם, בעמ' 75. על המחלוקת הזו נכתבה ספרות ענפה. ראו, לדוגמה, Bohlen, לעיל ה"ש 8; Edward W. Cleary, *Presuming and Pleading: An Essay on Juristic Immaturity*, 12 *STAN. L. REV.* 115 (1959); Alfred L. Gausewitz, *Presumptions*, 40 *MINN. L. REV.* 391 (1956); Ronald J. Allen, *Presumptions in Civil Actions Reconsidered*, 66 *IOWA L. REV.* 843 (1981).

¹⁵ ראו Bohlen, לעיל ה"ש 8; נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 70. כפי שנראה מיד, תובנה זו משפיעה על הדין הישראלי הפוזיטיבי. ¹⁶ לסקירה ראו פלר, לעיל ה"ש 10; קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1785, 1781; נעאמנה, שם, בעמ' 54; נתן קנת וחיים קנת **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי** 123 (2002).

¹⁷ ראו עניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, פסקה 19 לפסק הדין של השופט מצא, ובאסמכתאות שם. יוער, כי לעתים ההתייחסות אל החזקה שבעובדה דומה לחזקה מתירה, כלומר לחזקה שעשויה לקום בהינתן העובדה המוסקת, אך אין הכרח שבית המשפט יקים אותה (נדמה שזו עמדתו של פלר, לעיל ה"ש 10). אולם לרוב היחס לחזקה שבעובדה הוא כאל חזקה המטילה חובה עקרונית על בית המשפט – אלא שבעל הדין שכנגד יכול לסתור אותה בנקל. וראו שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59.

אם כנים הדברים, הרי שהמבחן העיקרי לקביעת עוצמתה של החזקה תלוי לא במקורה אלא בטעמה. אכן, דומה שהדין הישראלי הזניח את ההבחנה בין חזקה שבדין לבין חזקה שבעובדה, בכל הנוגע לגזירת משקלה הראייתי של החזקה ממקורה הנורמטיבי. הדבר נדון בהרחבה בפרשת **מרום**,¹⁸ אשר עסקה בחזקה יצירת הפסיקה בדיני הירושה, שלפיה בהוכחת נסיבות מסוימות יש להסיק שצוואה נערכה מתוך השפעה בלתי הוגנת. במסגרת פסק הדין בדיון הנוסף, חזר השופט מצא על ההלכה הפסוקה הקלאסית, המבחינה בין כוחה של החזקה שבדין, לבין כוחה של החזקה שבעובדה. הוא הוסיף וציין, כי פסיקה ותיקה מטילה ספק בנכונותה של הבחנה זו,¹⁹ והבחין היטב בכך, שמשקלה הראייתי של החזקה יכול להיקבע בהתאם לתכליתה, ולא דווקא בהתאם למקורה. יחד עם זאת, הוא נמנע מלשנות את ההלכה הפסוקה: "פסיקה המכירה בכוחה של חזקה שבעובדה להטיל על בעל-דין נטל שכנוע, או המכירה בכוחה של חזקה פסיקתית לפעול כחזקה שבדין, אינה עולה בקנה אחד עם הכללים שאותם גיבשנו".²⁰ אולם שופטים אחרים שבהרכב המורחב הרשו לעצמם להסתייג מן הסיווג של החזקות על יסוד מקורן הנורמטיבי. השופט אור הזהיר מפני "מיון פורמאלי המתחקה אחר המקור המשפטי של החזקה",²¹ הדגיש את חשיבותה של הרשות השופטת בפיתוח הדין המהותי ודן בכמה חזקות יצירות הפסיקה, שלדעתו נקבעו כחזקה 'שבדין', המעבירות את נטל השכנוע. את מיון החזקות בהתאם לכוחן הראייתי, יש לעשות לשיטתו "על יסוד בחינה של תכלית החזקה, על רקע תוכנה ונוכח מכלול ההיבטים האופפים את הפעלתה" כמו גם על פי "שיקולי מדיניות הנוגעים לטיב החזקה ולתכליתה".²² לכך הצטרפה באופן עקרוני גם השופטת ביניש.²³

דומה שהמשפט הישראלי אימץ הלכה למעשה את קריאתו של השופט אור בעניין **מרום** עוד לפני שנאמרה; בית המשפט אינו נרתע מלקבוע חזקות בעלות משקל ראייתי חזק, המטיל על הצד שכנגד חובה לשכנע בדבר אי-התקיימות העובדה המוסקת. די לעיין בהקשר זה באחת מדוגמאותיו של השופט אור – חזקת השיתוף הזוגי. כפי שמראה היטב שחר ליפשיץ, חזקה זו החלה את דרכה כמבוססת על הערכה ראייתית גרידא, וככזו ניתנת הייתה לסתירה בקלות, באמצעות הצגת אינדיקציות נוגדות בדבר העדר שיתוף רכוש; אולם לאחר שביט המשפט החל לבסס את חזקת השיתוף על עקרונות נורמטיביים החורגים מן ההערכה הראייתית המצומצמת, הפכה החזקה למטילה נטל כבד, לעתים בלתי אפשרי, על הטוען להעדר שיתוף בנכסים.²⁴ מדוגמא זו²⁵ עולה התובנה הבאה: הן בדין הפוזיטיבי, הן במישור התאורטי, אין טעם להבחין חזקה יצירת הפסיקה לבין חזקה

¹⁸ לעיל ה"ש 5.

¹⁹ שם, פסקה 24 לחוות דעתו של השופט מצא (בהסתמך על ד"ר 4/69 **נוימן נ' כהן**, פ"ד כד(2) 229 (1970)).

²⁰ שם, פסקה 25.

²¹ שם, פסקה 19.

²² שם, פסקה 21.

²³ פסקה 5 לחוות דעתה (אף שהדגישה שהנושא אינו נחוץ להכרעה בתיק, ולכן לא קבעה מסמרות בעניין זה). השופט חשין התייחס אף הוא לנושא, ונדמה שהסתייג מן האפשרות שלפיה יוצר בית המשפט חזקה שבדין, אולם לא הביע עמדה מפורשת. ראו שם, פסקאות 7-16 לחוות דעתו.

²⁴ ראו בהרחבה: שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 111 (2016); שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627 (2005); ראו גם קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1791; נעאמנה, שם בעמ' 54. בעניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, ניסה השופט חשין להתמודד עם דוגמא זו, ולטעון שכלל אין מדובר בחזקה במובנה הראייתי. ראו שם, פסקה 13 לחוות דעתו. לטעמי אין מדובר בטענה משכנעת, שכן על מנת להוכיח את 'צניעות' פועלו של בית המשפט בתחום הראייתי, הוא נדרש לטעון שביט המשפט נוהג באופן בלתי-צנוע בקביעת הדין המהותי.

²⁵ זו אינה הדוגמא היחידה. כפי שהפנה השופט מצא עצמו, כבר בפסיקה משנת 1970 נחלק בית המשפט בהשלכות של חקיקת חזקה שנקבעה במקור בפסיקה במסגרת החוק החרות, בעוד שטעמיה נותרו טעמים הסתברותיים גרידא (עניין **נוימן**, לעיל ה"ש 19). עיון בפסק הדין הזה מעלה כי השופטים מודעים היטב לאפשרות של סיווג החזקה לפי תכליתה ולא לפי מקורה הנורמטיבי. בנוסף, השופט אור בחוות דעתו מציין, מעבר לדוגמא של חזקת השיתוף, גם את סוגיית נטלי השכנוע בעתירה חוקתית (חזקת החוקתיות) שנדונו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) כדוגמא לחזקה יצירת הפסיקה שמעבירה את נטל השכנוע. וראו גם בש"פ 2343/00 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 65 (2000) (חזקת תקינות מכשירי מהירות, שהיא יצירת הפסיקה, יתכן שיש לה מעמד של חזקה שבדין); ע"א 1548/96 **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו**, פ"ד נד(2) 559 (2000) (מעמדה של החזקה בדבר תקינות מסמך חתום, חזק ממעמדן של חזקות אחרות יצירות הפסיקה).

יצירת המחוקק; משקלה של החזקה, בשני המישורים הללו, לא ייגזר בהכרח מיוצר החזקה, אך הוא בהחלט עשוי להיגזר מתכליותיה. נפנה לדון אפוא בהיבט זה.

3. מטרות אפשריות לקביעת חזקה

מדוע נעזר המשפט בחזקות? מכיוון שפועלן של החזקות בתחום הראייתי, הנימוקים הראשוניים להצדקתה מקורם בהקשר זה. ההיבט הראשוני ביותר טמון בהסתברות התקיימותה של העובדה המוסקת לאור הוכחת עובדת היסוד. החזקה בהיבט זה אמורה לשקף את המסקנה שאדם מן השורה היה מגיע אליה לו הוכחה לפניו עובדת היסוד. הסקת מסקנות עובדתיות מהוכחתן של ראיות נסיבתיות אופיינית לפועלו של בית המשפט, וקביעתה של חזקה בהקשר מסוים מבטאת זיהוי של מקרה טיפוסי ורוחבי, שלגביו ניתן לקבוע ברמת ודאות מספקת כי על פי רוב אכן תתקיים העובדה המוכחת. קביעתה של תחושה הסתברותית זו ככלל משפטי מעניקה לה תוקף משפטי עקבי, מתוך הנחה כללית שעד שלא יוכח אחרת, המקרה הנדון שייך לקבוצת רוב המקרים הללו.²⁶

סוג נוסף של צידוקים לשימוש בחזקות – גם הוא בהקשר הראייתי – קשור לאופן שבו מתמודד המשפט עם עמימות עובדתית. ראשית, כאשר ניתן להניח כי המידע הרלוונטי מצוי בידי אחד הצדדים, ניתן לקבוע חזקה המטילה עליו את החובה להביא את המידע לפני בית המשפט. למשל, חזקה הקובעת שנוק שאירע לנכס אירע אצל אחרון המובילים שאחז בו, עשויה להיות מוסברת על רקע העובדה שהמידע הרלוונטי מצוי בידיו.²⁷ שנית, חזקות עשויות לספק גם פתרון שרירותי למצב של עמימות עובדתית, כדוגמת חזקה בדבר מותו של אדם לאחר שנעדר שבע שנים.²⁸

אולם חזקות עשויות להיתמך לא רק בשיקולים ראייתיים. משפחה שלישית של הצדקות לשימוש בחזקה במשפט היא שיקולים נורמטיביים מהותיים. חזקות המצויות במסגרת משפחה זו, נקבעות על מנת להשיג מטרות נורמטיביות, ללא תלות במידת ההסתברות של ההנחה העובדתית שבבסיס ניסוחן. למשל, חזקה שלפיה בנה של אישה הוא גם בנו של הגבר הנשוי לה עשויה להתבסס על הסתברות ראייתית; אך בד בבד, היא עשויה לשקף שאיפה להגנת הילד מפני תווית הממזרות.²⁹ דוגמא חשובה נוספת היא התהליך שעבר על חזקת השיתוף הישראלית, שהוזכר לעיל. תהליך זה משקף מעבר מחזקה המבוססת על הנחה ראייתית בלבד בדבר כוונת השיתוף של בני הזוג, לחזקה המבוססת על תפיסת צדק מסוימת לגבי מוסד הנישואין.³⁰ השינוי בטעמיה של החזקה השליך מטבע הדברים על גבולותיה.³¹ מעבר זה משקף יפה את ההבדל שבין חזקה המבוססת על הערכה עובדתית, לבין חזקה המבוססת על שיקולי מדיניות נורמטיביים. יחד עם זאת חשוב להדגיש כי הנימוקים השונים עשויים להיות שלובים זה בזה, והשיקולים השונים יכולים לשמש יחדיו.

²⁶ כפי שמציין שני, קביעה שכזו איננה טריוויאלית. בעיקרו של דבר, המשפט איננו מוכן להסתמך על הנחות הסתברותיות, אלא דורש הוכחה מספקת בקשר לדון הקונקרטי. ראו שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 44. הטעם בקביעתה של תחושה הסתברותית זו כחזקה הוא יעילות ההליך השיפוטי, הן כלפי בעל הדין שלא יידרש להביא ראיה לכל הנחה והנחה שבבסיס טענותיו, הן כלפי בית המשפט שנעזר ב'קיצור הדרך' הדיוני הזה; ראו שני, שם, בעמ' 43 ובהפניותיו; McCormick, שם, בעמ' 681; נעאמנה, שם, בעמ' 62.

²⁷ שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 41 ה"ש 93; נעאמנה, שם, בעמ' 61.

²⁸ שני, שם, בה"ש 92; נעאמנה, שם, בעמ' 62. חזקה זו עשויה להיתמך גם על יסוד שיקול הסתברותי.

²⁹ דוגמה המובאת אצל שני, שם, בעמ' 49. על ביסוס החזקה על שיקולים מהותיים ראו גם McCormick on Evidence, שם, בעמ' 681; Richard H. Gaskins, Burdens of Proof in Modern Discourse (1995).

³⁰ ראו לפישק' השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 125.

³¹ ראו שם, בעמ' 129.

המטרות השונות הללו עשויות להשליך על דיונו הקודם בדבר עוצמתה הראייתית של החזקה. ככל שהחזקה נטועה בתוך די' אמותיו של השיקול הראייתי, ההצדקה לה נדמית טבעית יותר, אך כוחה צפוי להיות חלש יותר. החזקה משקפת הערכה מסוימת בדבר המציאות, אך הפרכתה של ההערכה הזו יכולה להתבצע באמצעות ערעור על טיבו של ההיסק במקרה הקונקרטי. המשפט אינו צפוי להתנגד להפרכה שכזו, ובית המשפט צפוי לבחון באופן ענייני את שאלת התאמתה של החזקה הכללית לנסיבות שלפניו לאור הראיות שיביא הצד שכנגד.³² לעומת זאת, כאשר שיקולים נורמטיביים תומכים בביסוסה של החזקה, משמע שמבחינה נורמטיבית תוצאת החזקה היא ראויה. לפיכך, יש להניח שלחזקה תינתן עוצמה ראייתית כבדת-משקל, והנטל שיעבור לצד שכנגד יהיה נטל משמעותי להוכחת אי-התקיימותה של העובדה המוסקת.³³ כאמור, תובנה זו עומדת כנראה בבסיס ההבחנה בדין הפוזיטיבי בין חזקה שבעובדה לחזקה שבדין.

בשלב זה נשוב לחזקה החלוטה. כזכור, חזקה חלוטה אינה חזקה רגילה מפני שהוכחת עובדת היסוד היא בבחינת סוף פסוק, ולא ניתן להפריך את החזקה לאחר שהוכחה. קשה מאוד לטעון שחזקות מעין אלה מבוססות בעיקר על שיקולים ראייתיים,³⁴ ומסתבר ששיקולים נורמטיביים הם הגורמים לכינון של חזקות מעין אלה. כפי שצוין, כאשר החזקה חלוטה תוכנה שקול למעשה לקביעה בדין המהותי – והנימוקים הנורמטיביים התומכים בקביעה מהותית שכזו, הם המצויים ביסודה של החזקה החלוטה.

4. נחיצות של חזקות

לאור העיון שערכנו עד כה, ניתן לתהות בדבר הנחיצות של השימוש בחזקות במסגרת המשפט. בחלוקה גסה, ניתן לחלק את העיון שלנו בחזקות לשניים: חזקות שליבתן בהערכה העובדתית-ראייתית, שהשפעתן על נטלי ההוכחה חלשה; וחזקות שליבתן בשיקולים נורמטיביים מהותיים, שהשפעתן על נטלי ההוכחה חזקה יותר. לגבי הראשונות, עולה השאלה אם ניסוח ההערכה ככלל משפטי מקיף העוסק בהעברת נטל הראיה – מועיל; לגבי האחרונות, עולה השאלה אם ניסוח הכלל המשפטי המהותי ככלל ראייתי – מוצדק. אכן, זרם מסוים בספרות המחקר על אודות החזקות סבור שיש חוסר-תוחלת בשימוש בנוסחת החזקה במשפט, והציע לחדול מכך.³⁵ אנו נתמקד בקבוצת החזקות השנייה, זו המבוססת על שיקולים לבר-ראייתיים.³⁶

אכן, ביסוסן של חזקות על יסוד שיקולים נורמטיביים, בניגוד לביסוסן על אדנים ראייתיים גרידא, מעורר שאלה: מכיוון שמטרתן של חזקות כאלה להגשים תכליות מהותיות, האם מוצדק לעשות שימוש בכלים ראייתיים לשם כך, ולא בדין המהותי?³⁷ שאלה זו רלוונטית במיוחד ביחס לחזקות חלוטות, אולם היא רלוונטית בהחלט גם ביחס לחזקות ניתנות לסתירה. לגבי חזקות כאלה, ככל שהן מבוססות על שיקולים מהותיים, ניתן לקבוע כלל דיספוזיטיבי הבנוי על אותם שיקולים, שניתן לסטות ממנו רק בהינתן ראיה נוגדת מפורשת. למשל:

³² השוני בין מצב זה לבין חזקה 'מתירה' שעמדנו עליה לעיל, היא שבחזקה מתירה בית המשפט עשוי שלא להיזקק לה כלל אם אינו משתכנע בתקפותה בהקשר הקונקרטי, ואילו בחזקה עובדתית שכזו הוא יעשה כן רק לאור טענותיו של בעל הדין שכנגד.

³³ כפי שאכן התרחש ביחס לחזקת השיתוף הזוגי. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 129. לדוגמה נוספת של הקשחת תנאי הפרכת החזקה בשל שיקולי המדיניות שבבסיסה, ראו שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 49 ה"ש 120.

³⁴ אף שהדבר אינו בלתי אפשרי. ראו לעיל ה"ש 8.

³⁵ הדובר המרכזי בהקשר זה הוא Ronald J. Allen, *Presumptions, Inferences and Burdens of Proof in Federal Civil Actions – An Anatomy of Unnecessary Ambiguities and a Proposal for Reform*, 67 NW. U. L. REV. 892 (1982); שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 55; נעאמנה, שם, בעמ' 78.

³⁶ אשר לצורך בשימוש בחזקות בקשר לקבוצה הראשונה, נעאמנה מציע במחקרו תיאוריה שמטרתה להסביר את הצורך בנוסחת החזקה. ראו נעאמנה, שם.

³⁷ ראו שני, שם, בעמ' 49.

ניתן לקבוע כי רכושם של בני זוג יחולק באופן שוויוני, עד שלא יוכח במפורש שהם התכוונו לנהוג בו אחרת; ניתן לקבוע כי נטל הראיה על הוכחת ממזרותו של ילד יוטל על הטוען לכך. מדוע מעדיף המשפט את נוסחת החזקה, הקובעת כי יש להניח שילד אינו ממזר, או שכוונת הצדדים לשתף את רכושם, אלא אם יוכח אחרת?

במסגרת המאמר הזה ננסה להשיב על שאלה זו באמצעות תשומת הלב להיבט נוסף של החזקות, והוא האפקט הרטורי שלהן. החזקה מנוסחת כדיון בשאלה 'מהן העובדות', ולא כדיון בשאלה 'כיצד ראוי לפעול'. היא עוסקת בתיאור המציאות ולא בהערכתה. לפיכך, כאשר היא מבוססת על שיקולים נורמטיביים, יש לה גם תפקיד רטורי חשוב. הבעת הכרעה נורמטיבית באמצעות הערכת המציאות, מאפשרת להסוות את ההכרעה הזו. זוהי אכן אחת הסיבות ההיסטוריות להתפתחותן של חזקות במשפט: באקלים משפטי שבו בתי משפט היו מוגבלים בכל הנוגע לשינוי הדין, אולם נתקלו בסיטואציות שהצריכו סטייה מן הדין הקיים, נעזרו בחזקות לצורך שינוי הדין.³⁸ לפחות בנוגע לחזקות חלוטות, הובעה כאמור הדעה שהן אינן אלא "חקיקה שיפוטית במסווה".³⁹ גם החשיבה התאורטית הצביעה על כך שהשימוש בחזקות משפטיות, למצער חלוטות, מקיים זיקה הדוקה לרעיון של פיקציות משפטיות.⁴⁰ אכן, יתכן שהיתרון הרטורי הזה מושך את השחקנים השונים בשדה המשפט לעשות שימוש בחזקות. אולם מהי המטרה של השימוש הרטורי הזה? בכך ניגע בפרק הבא.

ב. רטוריקה, לגיטימציה וריבוד נורמטיבי

לסיכום עד כה: ראינו כי לחזקות מסוימות ניתן למצוא הצדקות מתחום דיני הראיות. במקרים אלה, הנטל המועבר כלפי הצד שכנגד אינו צפוי להיות מכביד, במובן זה שבית המשפט פתוח להיווכח בסתירת החזקה בעת הצורך. אולם יש חזקות המבוססות על שיקולי מדיניות מהותיים, וחזקות אלה – חלוטות ושאינן חלוטות – מעלות את שאלת ההצדקה של השימוש בכלי החזקה דווקא: אם שיקולי המדיניות שבסיוען ראויים, מדוע לא לבסס אותן באמצעות דין מהותי מפורש? שאלה זו עולה באופן בולט ביחס לחזקות חלוטות, אולם היא רלוונטית גם ביחס לחזקות רגילות המבוססות על מניעים נורמטיביים. מדוע יוצר הכלל אינו מקדם את הערכים המהותיים שהוא תומך בהם באופן מפורש, באמצעות קביעת כללי משפט מהותיים, ומעדיף לעשות זאת באמצעות קביעתה של חזקה העוסקת באופן שבו יש להתייחס למציאות העובדתית?

³⁸ שם, בעמ' 40 ובאסמכתאות שם.

³⁹ ראו לעיל ה"ש 8. במאמר מוסגר מעניין לציין כי היבט רטורי זה של החזקה החלוטה, הקשה על בית המשפט העליון האמריקני בבואו לבחון את חוקתיותם של הסדרים כאלה. בשנות השבעים של המאה הקודמת חידש ביהמ"ש העליון דוקטרינה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הקובעת חזקה חלוטה (Irrebuttable Presumption Doctrine). בית המשפט העליון בחן הוראות חוק כאלו ביחס להיבטים הפרוצדורליים שבחוקה, כלומר בשאלה אם הוראות כאלו פוגעות בזכות להליך הוגן (Due Process). בכמה מקרים בחן בית המשפט העליון אם העובדה שהחזקה אינה ניתנת לסתירה פוגעת באופן בלתי חוקתי בזכותו של אדם לסתור את התקיימות החזקה לגבי; דוקטרינה זו זכתה לביקורת בשל כך שלאמתו של דבר הוראות חוק כאלו קובעות דין מהותי, ולכן הן צריכות להיבחן על רקע הוראות חוקתיות מהותיות (בעיקר לפי סעיף ה-Equal Protection שבחוקה). ואכן, בית המשפט גזר בסופו של דבר את הדוקטרינה, בהפנימו שהצגת דין כחזקה חלוטה מהווה בעיקר אקט רטורי, שבתוכו חבויה הכרעה סובסטיבית. ראו, למשל, Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110, 120 (1989); James J. Duane, *The Constitutionality of Irrebuttable Presumptions*, 19 REGENT U. L. REV. 149, 157-160 (2006). לדיון ישראלי מהותי בדבר חוקתיותה של חזקה חלוטה, ראו עניין חסן, להלן ה"ש 41.

⁴⁰ הדיון ביחס שבין המושג פיקציה למושג חזקה רחב מכדי להיזקק לו במסגרת זו. ראו בעיקר: LON L. FULLER, LEGAL FICTIONS: 40 (1967); Eben Moglen, *Legal Fictions and Common Law Legal Theory: Some Historical Reflections*, 10 TEL AVIV U. STUD. L. 33 (1990); Raymundo Gama, *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, in LEGAL FICTIONS IN THEORY AND PRACTICE 347 (Maksymilian Del Mar & William Twining eds., 2015).

המאפיין הרטורי של החזקה עליו עמדנו לעיל, יסייע בידינו להבין תופעה זו. ליוצרו של כלל משפטי, בין אם המחוקק ובין אם בית המשפט, עשויים להיות מניעים רטוריים בשימוש בחזקות. משפחה מרכזית אחת של מניעים נוגעת לשימור הלגיטימציה של הכלל המשפטי: יוצר הכלל מעוניין לשמר את הלגיטימציה, המוסדית או התוכנית, של הכלל שיצר, ולשם כך הוא מבקש להסתיר את השיקולים הנורמטיביים שעומדים מאחוריו. בהיבט המוסדי, זהו שיקול שבדרך כלל ניתן לייחס לבתי המשפט, שכן קיימת לגיטימציה גבוהה יותר להתערבותם בהיבטים הפרוצדורליים והראייתיים של ההליך המשפטי מאשר להתערבותם בדין המהותי. לפיכך, לבתי המשפט יש אינטרס להציג את הכרעותיהם כתוצר של חזקה משפטית-עובדתית, במקום כתוצר של הכרעה ערכית. גם המחוקק עשוי לשיקול, לעתים, שיקולים כאלה. אם הוא חושש מהתגובה הציבורית או מהביקורת השיפוטית כלפי הכרעתו הערכית, הוא עשוי להציג את הכרעתו זו כמבוססת על הנחות עובדתיות ולא על שיפוטיות נורמטיביות.⁴¹

בשורות הבאות אני מבקש להתבונן במשפחה אחרת של מניעים להסמכת הכרעות ערכיות על חזקות בעלות אופי עובדתי: היכולת לאחוז במקביל בשתי הכרעות נורמטיביות שונות, תוך העברת מסרים נורמטיביים כפולים, באמצעות הפרדה בין הנורמה המעשית לנורמה המוצהרת. באמצעות ביסוסו של דין מהותי על יסוד הנחה עובדתית בעלת משקל חזק (ואף חלוט), ניתן להעביר מסרים דקלרטיביים וחינוכיים שונים. הטעם לניסוחה של הוראת חוק כחזקה עשוי אפוא להיות המסר הנורמטיבי החינוכי המועבר לנמעני החוק באמצעותה. השימוש בחזקה מאפשר לקבוע את הדין על יסוד הכרעה ערכית מוסוות, אולם להציגה כמבוססת לא על ההכרעה הערכית הזו אלא על הנחה עובדתית ניטרלית. הדוגמא של הגנת בית המגורים, בה נעסוק ביתר הרחבה בהמשך, תבהיר את הדברים. נבחן אם יש הבדל מעשי בין שני סעיפי החוק ההיפותטיים הבאים:

א. אדם רשאי להרוג כל אדם הפורץ לבית מגוריו.

ב. אדם רשאי להרוג כל אדם המסכן את חייו או את חיי הזולת. לעניין זה, יראו כל אדם הפורץ לבית מגוריו של אדם כמסכן את חייו.

⁴¹ שורשי התובנה הזו, ביחס לפיקציות משפטיות באופן כללי, הובעו כבר אצל Jeremiah Smith, *Surviving Fictions*, 27 YALE L.J. 782 (1917). דוגמא מעניינת לכך בהקשר הישראלי היא זו שנדונה בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012), שבו נפסל סעיף בחוק הבטחת הכנסה, התש"ס-1980, אשר קבע חזקה חלוטה לפיה מי שבבעלותו רכב, חזקה שהוא מפיק מאותו הרכב הכנסה בגובה הגמלה שהוא זכאי לה. מטרתו של הסעיף הייתה לשלול את גמלת ההכנסה ממי שבבעלותו רכב, כנראה מתוך הנחה שניתן להסיק מקיומו של רכב על אודות היזקקותו לגמלת ההכנסה. אלא, שהמחוקק ניסח הוראה זו כחזקה המתייחסת לגובה הכנסתו של האדם מהרכב, ובכך נותר נאמן להגדרותיו הרגילות של החוק, שלפיהן אין הצדקה לתת גמלת הבטחת הכנסה למי שכבר מקבל הכנסה בגובה הגמלה. באופן דומה, בע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008) נדונה חוקתיות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, שהסמיך את רשויות המדינה לעצור לוחמים בלתי חוקיים במעצר מינהלי אם שחרורם יפגע בביטחון המדינה; ובד בבד נקבעה בסעיף 7 לחוק חזקה, שלפיה "יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת". כך, המחוקק מאפשר כליאתו של כל מי שמוגדר כ"לוחם בלתי חוקי", אולם בד בבד מציג את ההכרעה הזו כתואמת את כללי המעצר המינהלי הרגילים, הדורשים קיומה של סכנה אינדיבידואלית מהעצור. פתרונו (החלקי) של בית המשפט בעניין זה היה פירוש מצומצם של המונח "לוחם בלתי חוקי", כך שיידרש להוכיח מסוכנות אינדיבידואלית לשם כך. ראו שם, פסקה 21 לפסק הדין של הנשיאה ביניש. ברר, שהמחוקק יכול לבקש להסוות את מניעי החקיקה שלו באמצעים נוספים, ולא רק באמצעות שימוש בחזקות. לדוגמא מפורסמת, ראו הדיון בשאלה אם תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, היא דמוגרפית או ביטחונית. ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות אדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיגו אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** 47, 95 (2009). ובהקשר השיפוטי ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק** 343 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

מבחינה מעשית, לכאורה אין הבדל בין השניים. במסגרת ההיגד הראשון נקבעת זכות להגנה עצמית קטלנית מפני תקיפת רכוש (בית מגורים); במסגרת ההיגד השני מתקבלת תוצאה מעשית זהה. אולם, הפער בין ההיגדים הללו בולט בכל הנוגע להכרעה הנורמטיבית בדבר גבולותיה של הזכות להגנה עצמית קטלנית: ההיגד הראשון משמיע מתוכו את הקביעה הנורמטיבית שלפיה הגנת הבית עצמו מצדיקה תגובה קטלנית; ההיגד השני מגיע לתוצאה זהה, אך מבחינה דקלרטיבית מתחם את הזכות לעשות שימוש בכוח קטלני רק למצבים של איום על החיים. כלומר, במסגרת ההיגד הראשון קובע המחוקק כי זכויות הקניין (והאינטרסים הנוספים הנפגעים מתקיפת בית המגורים) מצדיקים הגנה באמצעות כוח קטלני; בשנייה הוא נמנע מלהצהיר כך, גם אם זוהי התוצאה המעשית של דבריו. אדרבה, הוא מצהיר במפורש מהם, לדעתו, נימוקים טובים לעשות שימוש בכוח קטלני – ואלו אינם כוללים את הגנת הרכוש.

ניסוחו של חוק באמצעות חזקה הוא אפוא אחד הכלים הרטוריים המאפשרים את הסוואתם של המניעים הנורמטיביים ליצירתו של כלל משפטי. באמצעות כך, הדין מסוגל להכיל רובד נורמטיבי שאינו בא לידי ביטוי בהנמקה המפורשת של הדין: במקרה שלנו, בעל הבית מקבל מחד גיסא את המסר החינוכי שאין הצדקה להגן על רכוש באמצעות כוח קטלני, ואילו מאידך גיסא, הפורץ מקבל את המסר המעשי לפיו חזקה שניתן להרוג אותו בעת הפריצה. השאיפה לשמר בו-זמנית את שני הרבדים הנורמטיביים, המעשי והמוצא, שונה באופן ממשי מהמניע המוסדי שתואר לעיל. בעוד שהמניע המוסדי מבקש להסוות את השיקולים 'האמתיים' שבבסיס ההסדר, ולהציגו כמבוסס על שיקולים שאינם כנים כדי לשמר את הלגיטימציה שלו, המניע שאני דן בו כעת מבוסס על ההנחה שגם הרובד הגלוי וגם הרובד הסמוי של הנורמה הם בעלי ערך. כפי שנראה בהמשך, המקרה של הגנת בית המגורים הוא מקרה מובהק של שאלה שההכרעה הנורמטיבית לגביה מעוררת דילמה ויוצרת שניות בקרב מחוקקים ומלומדים כאחד; השאיפה לשמר את שתי ההכרעות עשויה להתבוסס אפוא על תפיסה שלפיה שתייהן מוצדקות, כל אחת בהקשרה. במישור המעשי, מוצדק לעצב את הדין על יסוד שיקול נורמטיבי מסוים, אולם במישור החינוכי וההצהרתי חשוב יותר שהנורמה תביע הכרעה ערכית שונה במקצת.

לשם הנהרת האפשרות של שימוש בקביעה עובדתית (לאו דווקא בחזקה) על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי, נוכל לקחת את הדוגמא הבאה: נניח שבמשפחה פלונית ישנו כלל, ולפיו אסור לילדים לאכול יותר מסוכריה אחת ביום. ביום מסוים קיבלו הילדים כבר סוכריה, ולאחר מכן יצאו לשחק בגן המשחקים. שם פגשו בחבר מבית הספר, אשר לרגל יום הולדתו מחלק סוכריות לכל הנוכחים בגן המשחקים. ההורה מצוי במצב זה בדילמה: מצד אחד, הוא אינו רוצה להפר את הכלל; הוא גם אינו רוצה שלילדים יועבר מסר שלפיו ניתן בנקל לחרוג מהכלל. מאידך גיסא, הוא סבור שבהקשר הקונקרטי, בשים לב לכך שחברים אחרים מקבלים כעת סוכריות והדבר עשוי לעורר קנאה, אכן מוצדק לחרוג מהכלל ולהתיר לילדים לקבל סוכריה. הפתרון שהוא נוקט בו הוא להטעות את הילדים בקשר למצב הדברים העובדתי: הוא אומר להם שמדובר בסוכריות אורגניות ללא תוספת סוכר, ולכן הכלל הרגיל לא חל כלפיהן. אמירה (שקרית) זו אינה מפרה את הנורמה, אלא משנה את תודעת הילדים בקשר למצב הדברים העובדתי. תופעה דומה עשויה להתרחש באמצעות השימוש בחזקה: במקום לקבוע קביעה נורמטיבית בעייתית, החזקה משדרת מסר בקשר למצב הדברים העובדתי שכלפיו חלה הנורמה (הרגילה). הטעייה רטורית זו אפשרית כמובן רק אם אין זיקה סבירה בין ההערכה העובדתית שהחזקה משדרת, לבין המציאות. אלמלא כן, המהלך אינו אפשרי (ההורה אינו יכול לומר לילדיו שהסוכריה היא מלפפון). לכן, גם חזקות המבוססות על שיקולים נורמטיביים, יהיו בעלי זיקה הדוקה להערכה סבירה של המציאות.

אולם, במצבים אלו, יוצר החזקה אינו עומד בהכרח מאחורי ההערכה העובדתית; הוא משתמש בה על מנת לאחוז במקביל בשתי הכרעות נורמטיביות, כדי להימנע מלהכריע ביניהן. כעת, נפנה לבחינתו של רעיון זה באמצעות העיון בחזקת המסוכנות של פורץ לבית מגורים, הקבועה בתלמוד. הפניה למקור התלמודי מועילה מפני שבהקשר התלמודי, מרבית השיקולים הרטוריים המוסדיים, בדבר שימור לגיטימציה מוסדית או תוכנית – אינם רלוונטיים,⁴² כך שנוכל להתמקד בשאיפה ליצירת ריבוד נורמטיבי כמניע עיקרי ליצירת החזקה.

ג. הגנת בית המגורים כמקרה מבחן

המקרה שבאמצעותו אבקש להדגים את האופן שבו חזקה יוצרת ריבוד נורמטיבי, הוא כאמור חזקת המסוכנות התלמודית הקבועה בהגנת בית המגורים (ובשמה התלמודי: דין הבא במחתרת). אולם הדין התלמודי אינו היחיד שמסתמך על חזקה בהקשר זה; לא מעט מדינות אימצו בעשורים האחרונים מנגנון דומה. גם הדילמה הערכית הבסיסית שבעקבותיה מוצעת החזקה – משותפת. נפתח אפוא בהבנת הדילמה הזו ובאופן שבו מחוקקים מודרניים מבקשים להסתמך על חזקה כדי להסדיר אותה, ומשם נפנה לדין התלמודי עצמו.

1. עקרון המידתיות וחזקת המסוכנות

על מנת להבין את הקושי שבתיוחם הזכות להגנה עצמית בבית המגורים, יש לעמוד על אחת הדרישות העיקריות לצורך גיבוש הזכות להגנה עצמית: עקרון המידתיות (הפרופורציה). במסגרת התיאוריה של דיני ההגנה העצמית מקובל להניח כי אחד התנאים הבסיסיים לגיבושה של זכות זו הוא שעוצמת ההתגוננות תעמוד ביחס הולם לכוח המופעל על ידי המתקיף. לדוגמה, אין הצדקה להפעיל כוח קטלני כהגנה עצמית מפני אדם שמפעיל כוח פיזי זניח. במצב דברים שכזה, נאמר כי ההתגוננות חרגה מן הפרופורציה הראויה במסגרת הזכות להגנה עצמית, וממילא אין עומדת לנתקף הגנה מפני אחריות פלילית. היקפה של דרישת המידתיות עשוי להשתנות משיטת משפט אחת לחברתה. ניתן להחיל דרישה נוקשה, לזהות מוחלטת בין עוצמת ההתקפה לעוצמת ההגנה (ניתן להפעיל כוח ממית רק כלפי כוח בעל פוטנציאל ממית המופעל כלפיך), וניתן להחיל דרישת פרופורציה רכה וגמישה יותר; אולם מכל מקום תידרש רמה מסוימת של התאמה בין הכוח המופעל בהתקפה לזה המופעל כהגנה עצמית, וכאשר המתגונן חורג מכך, הריהו מאבד את זכותו להגנה מפני אחריות פלילית.⁴³

במסגרת הדיון בעיקרון המידתיות, מקובל בדרך כלל כי שימוש בכוח קטלני מוצדק כאשר ההתקפה היא קטלנית, ואולי אף כשמטרתה פגיעה פיזית חמורה ביותר, כגון ניסיון אונס או חטיפה; אולם שימוש בכוח קטלני

⁴² ראו להלן ה"ש 96. מצד שני, הפנייה למשפט התלמודי אינה חפה מקשיים לנוכח פערים מטה-משפטיים אפשריים בין שיטה זו לבין המשפט המערבי המודרני. חלק מן הפערים הללו יידונו בסופו של המאמר.

⁴³ עוצמתה של הפרופורציה הנדרשת היא נגזרת של התיאוריה הפילוסופית שעל סמכה ניתן להצדיק את הזכות להגנה עצמית. בהכללה גסה, הצדקות שבמרכזן אשמת התוקף יטו לדרוש דרישות נוקשות יחסית של פרופורציונליות, ואילו הצדקות שבמרכזן האוטונומיה של הנתקף יטו להפחית את היקפה של הדרישה. בסופו של דבר, הזכות להגנה עצמית מבוססת על שילובן של ההצדקות הללו, יחד עם הצדקות נוספות, ונקודת האיזון ביניהן משפיעה על טיבה והיקפה של דרישת הפרופורציה. ראו: בועז סגיר, **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 203 (להלן: סגיר); בועז סגיר, "הייהפך הצידוק לפטור של חסד: הגנת בית המגורים ("חוק דרומי" ופסק הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית" **משפט וממשל** יג 93, 101-96 (2011) (להלן: סגיר); "הייהפך הצידוק" Benjamin Porat, *Lethal Self Defense Against a Rapist and the Challenge of Proportionality: Jewish Law Perspective*, 26 COLUM. J. L. & GENDER 123, 127 (2013). בדין הישראלי מעוגנת דרישה זו בדרישת הסבירות, ראו סעיף 34טז לחוק העונשין; ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקה 169 (פורסם בנבו, 18.2.2016).

כדי להגן על אינטרסים רכושיים אינו מידתי.⁴⁴ אדם השומר על מטע התפוחים שלו, ורואה מרחוק נערים הנמלטים עם שקית תפוחים שגנבו, ובשל המרחק אין בידו לעצור אותם מבלי לירות כלפיהם בנשק קטלני – אינו רשאי לעשות כן כדי להגן על רכושו, אף שאין בידו אמצעי אחר לעצור אותם.⁴⁵

למרות זאת, כבר משלביה מוקדמים של הזכות להגנה עצמית, התפתחו הסדרים ייחודיים לסיטואציה של הגנה עצמית מפני אדם הפורץ לבית המגורים, ועל פני הדברים, חלקם אינו עומד בדרישת המידתיות. בתמצית, היחס המיוחד לאירוע של פריצה בבית המגורים מתבטא בשניים. ראשית, בהיעדר חובת נסיגה: מי שמותקף בביתו אינו מצופה לסגת ממנו על מנת להימנע מעימות, בניגוד למותקף במקום אחר, שעליו – לפחות לפי שיטות משפט אחדות – לסגת אם בכך יימנע העימות.⁴⁶ שנית, הדבר מתבטא במתן הגנה רחבה מאחריות פלילית למי שהשתמש בכוח קטלני נגד אדם שפרץ לביתו. היקפה של הגנה זו, הן כעניין היסטורי והן כתיאור הדין הפוזיטיבי בשיטות המשפט השונות, איננו חד-משמעי. במשך התפתחותו של המשפט המקובל השתנו גדרי הדוקטרינה, וגם כיום נוקטות מערכות משפט שונות בהסדרים מגוונים. לפי גישה מרחיבה, שמקורה בתקופות קדומות של המשפט המקובל, ניתן להפעיל כוח קטלני כלפי כל אדם שנכנס לבית המגורים באופן בלתי חוקי. גישה מצמצמת יותר דורשת להניח שהתוקף מתכוון לבצע פשע כלשהו; וגישה מצמצמת אף יותר דורשת להניח שהתוקף מתכוון לבצע פשע אלים (כגון שוד, פריצה או הצתה).⁴⁷ חוסר אחידות זה בא לידי ביטוי גם בהסדרים מודרניים המעגנים את הדוקטרינה, שכן בשיטות המשפט השונות ניתן למצוא את כל הווריאציות האמורות.⁴⁸ אולם, לכאורה, גם הדרישות המחמירות מבין האפשרויות הללו מצדיקות הפעלת כוח ממית גם ללא קיומה של סכנת חיים או פגיעה גופנית חמורה, דבר שבהקשרים אחרים מקובל לראותו כבלתי פרופורציונלי.

מהי ההצדקה לתפיסה חריגה זו של בית המגורים? ניתנו לכך תשובות שונות, המבוססות על הייחודיות שיש לבית מגוריו של האדם, בכך שהוא מספק לאדם את הביטחון האישי הבסיסי ביותר, ומשמש לפעילויות הפרטיות ביותר שלו. ביתו של אדם נחשב כמבצרו, ואף יש שייחסו לו קדושה מיוחדת. מכיוון שכך, נטען כי מוצדק להפעיל כוח אלים ואף קטלני למניעת החדירה אליו.⁴⁹ אולם ספק אם הסברים אלו מבססים, כעניין נורמטיבי, עמדה הגורסת כי הפגיעה הנגרמת בעטיו של מעשה הפריצה היא כה חמורה, עד כדי כך ששימוש בכוח קטלני כתגובה נגד הוא פרופורציונלי לתקיפה.⁵⁰ אכן, רבים ממלומדי המשפט הפלילי סבורים כי ההסדרים

⁴⁴ סנג'רו, שם, בעמ' 216; Porat, שם, בעמ' 139. יוער כי הנחה כללית זו מקובלת גם במשפט האמריקני, אף שניתן למצוא במסגרתו הסדרים חריגים המקנים הגנה פלילית למי שהגן על רכושו בכוח קטלני. בדרך כלל, ההגנה הניתנת במצבים אלו אינה מבוססת על הגנת הרכוש כשלעצמה, אלא על כך שמפעיל הכוח פועל על מנת למנוע פשע – דוקטרינה אמריקנית הזוקקת עיון נפרד. מובן כי שתי הדוקטרינות – הגנת הרכוש ומניעת פשע – עשויות להיות חופפות להגנת בית המגורים, שנדונה כאן. ראו סנג'רו, שם; JOSHUA; DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 261-264, 272-274, 275-277 (7th ed. 2015); Stuart P. Green, *Castles and Carjacks: Proportionality and the Use of Deadly Force in Defense of Dwellings and Vehicles*, 1999 U. ILL. L. REV. 1, (n. 13), 37-39.

⁴⁵ לשורשים ההיסטוריים של דוגמה זו ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 86.

⁴⁶ הדיון בחובת הנסיגה, ובתחולתה בבית המגורים – הוא דיון סבוך. ראו על כך: סנג'רו, שם, בעמ' 230; DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 228-231; Benjamin Levin, *A Defensible Defense?: Reexamining Castle Doctrine Statutes*, 47 HARV. J. ON LEGIS. 231-228; Daniel Michael, *Florida's Protection of Persons Bill*, 43 HARV. J. ON LEGIS. 199, 204 (2006); Catherine L. Carpenter, *Of the Enemy Within, The Castle Doctrine, and Self Defense*, 86 MARQ. L. REV. 653 (2003). בישראל נותרה סוגיית הנסיגה בצריך-עיון. ראו ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.2009); ע"פ 11172/05 אלון נ' חדד (פורסם בנבו, 21.10.2009).

⁴⁷ DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 263.

⁴⁸ Green, לעיל ה"ש 44, בעמ' 11-18; Renée Lettow Lerner, *The Worldwide Popular Revolt Against Proportionality in Self-Defense Law*, 2 J.L. & POL'Y 331, 336 (2006).

⁴⁹ ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 308-311; DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 264.

⁵⁰ דודק: השאלה החשובה לצורך הדיון שלנו היא השאלה הנורמטיבית, ולא ההיסטורית: יתכן שמבחינה היסטורית נוצרה דוקטרינת הגנת בית המגורים על רקע תפיסות מסוימות של בית המגורים או של עקרון הפרופורציה; אולם גם אם כך הוא, הרי שהתפיסה העכשווית של מושגים אלו מעלה ספק בקשר להצדקתה של דוקטרינה זו.

הפוזיטיביים הקבועים במשפט המקובל בהקשר זה, חורגים מן העיקרון הכללי של מידתיות, ולדעתם אין מנוס מן המסקנה כי הסדרים אלו מבוססים על רציונל שונה מזה שעליו בדרך כלל מבוססים דיני ההגנה העצמית. כך, למשל, סבור Stanford Kadish כי את דיני הגנת בית המגורים אפשר להסביר רק בהנחה שהרציונל הבלעדי או העיקרי שבבסיס הגנה זו הוא ההגנה על האוטונומיה של הנתקף – רציונל אשר אינו מחייב, לפחות לכאורה, מתאם מידתי.⁵¹ בדומה, מציין George Fletcher כי דיני הגנת בית המגורים הם בבחינת 'שרידים' של התפיסה הרואה בהגנה עצמית כמבוססת על זכותו של הנתקף לשמירה על האוטונומיה שלו, תפיסה שכבר אינה שולטת בהקשרים הרגילים של דיני ההגנה העצמית.⁵²

מובן, כי מבחינה עיונית ומעשית מסקנה זו בעייתית. קיומם של הסדרים החורגים מעקרון המידתיות, כאשר עיקרון זה מוכר כעקרון יסוד בדיני ההגנה העצמית, הוא כמובן מצב שאינו רצוי. אכן, מלומדים שונים סבורים כי אף שהנסיבות הייחודיות של הגנת בית המגורים מצדיקות 'הגמשה' מסוימת של עקרון המידתיות, הרי שאין מקום להסדרים החורגים לחלוטין מעקרון זה, ומאפשרים שימוש בכוח קטלני לשם הגנת בית המגורים. כך הוא הדין בישראל, לפחות להלכה.⁵³ תגובה אחרת לבעייתיות זו היא ניסיון מסוים של מלומדים להצדיק את ההגנה הרחבה על בית המגורים כך שתעלה בקנה אחד עם דרישת המידתיות. הללו ביקשו להסביר מדוע מצב של הגנת בית המגורים שונה באופן מהותי מהגנת רכוש רגילה, כך שניתן יהיה להחשיב את פעולת ההגנה עליו באמצעות כוח ממית, כמידתית. בין יתר הנימוקים שהועלו בהקשר זה, הם חוסר הוודאות האובייקטיבית באשר לנסיבות האירוע ברגע האמת, והבנת החרדה האוחזת בבעל הבית הנתקל באדם שפרץ לביתו; אשמתו המוסרית של הפורץ, המצדיקה לזקוף לחובתו את חוסר הוודאות הזו; הניצול לרעה שמנצל הפורץ את דרישת הפרופורציה שבדיני ההגנה העצמית; הצורך בהרתעת הפורץ לאור אוזלת היד של רשויות אכיפת החוק; ואף אלמנט מסוים של ענישת הפורץ על עצם מעשה הפריצה האסור.

דיון מעמיק ברציונלים הללו, שלאורם ניתן אולי לראות בהגנה עצמית קטלנית מפני פורץ כמידתית, ערך Stuart Green.⁵⁴ הוא בחן חמישה נימוקים עיקריים המועלים כתמיכה בהגנה הפלילית הרחבה הניתנת למי שהרג פורץ שחדר לביתו: חזקה שלפיה כל פורץ מסכן את חיי בעל הבית; הפגיעות הייחודיות של בעל הבית המוצא עצמו מותקף בביתו; ייחודיותו של בית המגורים והרכוש שבתוכו, וערכם הרב עבור בעל הבית, הופכים את התגובה

⁵¹ ראו לעיל ה"ש 43. ככלל, מקובל להניח כי ביסוס ההצדקה להגנה העצמית על יסוד אשמתו של התוקף גוררת חובה לפעול נגדו באופן מידתי לאשמתו, ואילו ביסוס ההצדקה על יסוד האוטונומיה של הנתקף לעשות ככל הנדרש על מנת להגן על פגיעה בו, תוביל להיתר להתגונן מבלי צורך להידרש למידתיות הפעולה.

⁵² Sanford H. Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, 64 CAL. L. REV. 871, 887 (1976): "The proportionality principle is widely in evidence [...] At the same time, however, the autonomy principle has its influence. Even under recent statutes one may kill to protect one's property where the threat occurs through a forcible entry of one's dwelling"; GEORGE P. FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 868 (2nd ed. 2000): "The principle of [...] autonomy survives in cases in which the defender is assailed in his home [...]". ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 309; Green, לעיל ה"ש 44, בעמ' 24–25.

⁵³ בישראל בחר המחוקק להקדיש סעיף חוק מיוחד להגנת בית המגורים (סעיף 134 לחוק העונשין), ובו מנוסחת אמנם דרישת פרופורציה, אולם רכה יותר מן הדרוש בדרך כלל בהגנה עצמית 'רגילה'. אף על-פי כן, ההנחה בספרות ובפסיקה היא שהגמשה זו אינה מצדיקה שימוש בכוח קטלני כדי להגן על הרכוש גרידא שבבית המגורים. ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 313–314; סנג'ור "הייחפץ הצידוק", שם; מרים גור אריה וגליה דאור "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחומיה גבולותיה – בעקבות פרשת דרומי" **משפט וממשל** יג 141 (2011). מן הפסיקה עולה כי כך היא מפרשת את הדין בישראל, ראו למשל ראו ע"פ 6162/10 **כבא נ' מדינת ישראל**, פסקה כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.6.2013); ע"פ 1964/14 **שימשילשווילי נ' מדינת ישראל**, פסקאות 36–38 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 6.7.2014).

⁵⁴ Green, לעיל ה"ש 44.

הקטלנית למידתית; הפגיעה הנלווית לפריצה בכבוד האדם או בזכותו לפרטיות, המגבשת אינטרס שהגנה עליו באמצעים קטלניים הוא מידתי; והצדקת השימוש באמצעים קטלניים כדי למנוע פשע ולהעניש את התוקף.

Green דן בכל אחד מן הרציונלים הללו, ודוחה את ההתבססות על כל אחד מהם. שני הנימוקים הראשונים עוסקים בחשש מפני סכנת חיים שיוצר הפורץ כלפי בעל הבית. ברם, לא די בחשש זה בלבד כדי להצדיק את הריגתו של הפורץ. אשר לחזקת המסוכנות, יש להטיל ספק אמפירי בקיומו האוטומטי של חשש לסכנת חיים בעקבות הפריצה,⁵⁵ אולם יתרה מכך – קיים קושי נורמטיבי בהישענות על חזקה שכזו, כאשר מחיר הטעות הוא נטילת חיי אדם באופן לא מוצדק. מטעמים דומים, אמפיריים ונורמטיביים, אין הצדקה להישען על טענת הפגיעות של בעל הבית. שני הנימוקים הבאים עוסקים בהעצמת האינטרסים הנפגעים ממעשה הפריצה, ללא תלות בקיומה של סכנת חיים. באשר לאינטרסים אלה, יש לשים לב שעוצמת האינטרס הנפגע משתנה בכל מקרה לגופו, בהתאם למטרותיו ולמעשיו של הפורץ. מכל מקום, קשה להשוות בין פגיעות פיזיות חמורות כגון תקיפה למטרות אונס או חטיפה, לבין הפגיעה הנגרמת כתוצאה מפריצה לבית מגורים. גם אם יש לראות בפריצה זו כפגיעה חמורה, היא עדיין איננה מצדיקה הגנה עצמית באמצעים קטלניים. לבסוף, נדמה שגם הישענות על שיקולים של מניעת פשע אינם מספיקים על מנת לבצע עשיית דין עצמית עד כדי הריגת הפורץ.

את דיונו מסיים Green בהערה, שלפיה גם אם כדבריו אף אחד מן הנימוקים הללו אינו מסוגל לשאת על גביו את הגנת בית המגורים המרחיבה, הרי שתיתכן הנמקה אגרגטיבית של הסדר זה. יתכן שכל אחד מן השיקולים הללו כשלעצמו אינו מספק, אולם שילובם יחד עשוי להצדיק⁵⁶ את היקף ההגנה. יחד עם זאת, הערה ראשונית זו איננה מפותחת בדבריו וגם לא זכתה לדיון מעמיק בהמשך.⁵⁷

מכל מקום, על אף הקושי התאורטי, לא נס ליחה של הגנת בית המגורים; קיימת פריחה חקיקתית, בעיקר במדינות ארצות הברית, המעגנת הגנה זו על הווריאציות השונות שלה בחוק החרות.⁵⁸ הספרות שעסקה בתופעה זו עמדה על כך שקיימת בדרך כלל תמיכה ציבורית עזה במי שהתגונן בביתו תוך חריגה מפרופורציה, על אף שכאמור, מבחינה אנליטית טמון בכך קושי בלתי מבוטל.⁵⁹ המתח האמור מלווה אפוא את הדיון המשפטי והציבורי בסוגיה זו באופן תדיר.

2. חזקות מסוכנות בחקיקה העכשווית

⁵⁵ ראו להלן ה"ש 69 ובטקסט הצמוד לה.
⁵⁶ הצדקה זו ניתנת לניסוח בשני אופנים שונים מעט: ניתן לומר ששילוב הטעמים הללו מוביל להכרה בכך שמדובר בתגובה מידתית; וניתן, מנגד, לטעון ששילוב הטעמים מוביל להכרה בהצדקה לחריגה ממידתיות התגובה. דיון בשתי האפשרויות הללו וביחס ביניהן דורש עיון במשמעותה ובמרכזיותה של דרישת המידתיות, ואין כאן מקומו.

⁵⁷ Green, לעיל ה"ש 44. ראו גם Lerner, לעיל ה"ש 48. ההנמקה האגרגטיבית הזו יוצרת קושי מעשי, שכן גבולות ההגנה העצמית עשויות להשתנות אם מדובר בהגנת הבית עצמו, או בהגנת חיי בעל הבית. דיון זה הקדים מעט את זמנו של הדיון העכשווי בהצדקות חוקתיות אגרגטיביות, שיכול להיות רלוונטי לנקודה זו. ראו למשל זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569, 584 (2014); Ariel Porat & Eric A. Posner, *Aggregation and Law*, 122; YALE L.J. 2, 40 (2012).

⁵⁸ הדבר אמור גם בקשר לסוגיית חובת הנסיגה, וגם להיקף הזכות להגנת בית המגורים עצמו. תיקוני חקיקה החלו להתקבל בשנות השמונים של המאה העשרים, אולם עיקרו של גל החקיקה הוא בעשורים האחרונים – גל שהחל מחקיקה במדינת פלורידה וגרר אחריו מדינות נוספות. בין השנים 2005 ל-2012 שינו למעלה ממחצית מדינות ארצות הברית את חוקיהן באחד התחומים הללו. ראו Lerner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 336; DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 229 (חובת הנסיגה) ובעמ' 265 (הגנת בית המגורים); Levin, לעיל ה"ש 46, בעמ' 532–533; Alexis M. Haddox, *The Ohio Castle Doctrine: Shielding Criminals with a Presumption of Self-Defense*, 35 S.U.L. REV. 1 (2007); Luevonda P. Ross, *Transmogrification of Self-Defense by national Rifle Association-Inspired Statutes: From the Doctrine of Retreat to the Right to Stand Your Ground*, 41 CAP. U. L. REV. 1105, 1120 (2013); Lerner, לעיל ה"ש 48.

(א) מבט כללי

הליכי החקיקה המרובים המסדירים את הגנת בית המגורים, נושאים כמה היבטים. אחד מהם – ובו נתמקד – הוא שימוש גובר והולך בחזקה עובדתית המצדיקה את מעשיו של המתגונן.

חזקת מסוכנות מצויה זה מכבר בכמה דברי חקיקה במדינות שונות ברחבי העולם,⁶⁰ אולם היא לבשה צורה חדשה במסגרת גל תיקוני חקיקה בארצות הברית. במסגרתה של חזקה זו קובע החוק במפורש או במשתמע כי קיימת חזקה שהפורץ לבית מסכן את חיי הנמצאים בו, ומכוחה של חזקה זו ניתנת הגנה פלילית למי שהגן על עצמו מפניו באמצעות כוח קטלני. ניתן לנסח חזקת מסוכנות שכזו בכמה אופנים: כחזקה על אודות פעולת הפורץ – חזקה שהפורץ מסכן את חייו של הנמצא בבית, או כחזקה על פעולתו של הנתקף, חזקה שאדם שהשתמש בכוח כלפי הפורץ לביתו עשה זאת באופן סביר. בדרך כלל נעשה שימוש באופן האחרון. לדוגמא, בשנת 1984 נחקק במדינת קליפורניה הסעיף הבא, ששימש זרז ראשוני להחלת חזקה דומה גם במדינות נוספות:

Any person using force intended or likely to cause death or great bodily injury within his or her residence **shall be presumed to have held a reasonable fear of imminent peril of death or great bodily injury** to self, family, or a member of the household **when that force is used against another person, not a member of the family or household, who unlawfully and forcibly enters or has unlawfully and forcibly entered the residence** and the person using the force knew or had reason to believe that an unlawful and forcible entry occurred.⁶¹

לפי סעיף זה, האדם המותקף מוחזק כמי שהיה לו חשש סביר מפני פגיעה קטלנית מיידית, כאשר המתקיף הוא מי שנכנס בצורה לא חוקית ובכוח לביתו. ניסוח דומה קיים במדינות נוספות בארצות הברית, ובחלקן נאמר כי החזקה ניתנת לסתירה.⁶²

(ב) חזקת המסוכנות בישראל

הדין בישראל איננו מבוסס על קיומה של חזקת מסוכנות. חלף כך, החליט המחוקק לקבוע כי במצב של הגנת בית המגורים יש להגמיש את דרישת הפרופורציה ביחס להגנה עצמית רגילה. בעקבות פרשת שי דרומי⁶³ נחקק סעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובו נקבע כי ההגנה הפלילית המוענקת למי שהגן על עצמו מפני פורץ לבית המגורים, בית העסק או משק חקלאי בכוונה לבצע עבירה, תישלל רק אם "המעשה לא היה סביר בעליל,

⁶⁰ סנ'ור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 309 (מציין כי חזקת מסוכנות מצויה ביסוד ההסדרים החקיקתיים במדינות קולומביה, ארגנטינה וספרד); כן ראו סעיף 122-6 לקודקס הפלילי הצרפתי.

⁶¹ CAL. PEN. CODE § 198.5 (2019) (ההדגשה הוספה).

⁶² לדוגמאות בלבד ראו: במדינת (2019) § 11-8-8 R.I. GEN. LAWS - Rhode Island; במדינת Ohio REV. CODE ANN. - Ohio (2019) § 2901.05 - Florida; במדינת FLA. STAT. § 776.013(2) (2019) - Tennessee; במדינת TENN. CODE ANN. § 39-11-611(C) - New Jersey; במדינת N.J. STAT. ANN. § 2C: 3-6(b)(3)(c)(ii) - New Jersey; במדינת UTAH CODE ANN. § 76-2-405(2) (2019) - Utah; במדינת WIS. STAT. § 939.48 (2019) - Wisconsin; במדינת TEX. PENAL CODE § 9.31-9.32 (2019) - Texas; במדינת TEX. PENAL CODE § 9.31-9.32 (2019) - Texas; במדינת WIS. STAT. § 939.48 (2019) - Wisconsin.

התייחסות נוספת במסגרת החזקה למעשיו של הפורץ אפשרית בשיטות בהן נדרש תנאי מסוים לשם תחולת ההגנה, כגון שהפורץ מתכוון לבצע פשע אליס; אז ניתן לקבוע כי חזקה שאדם הנכנס לבית באופן לא חוקי, כוונתו לבצע פשע כזה. כך הוא, למשל, בפלורידה, ראו DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 266, ה"ש 20; FLA. STAT. § 776.013(4) (2019).

⁶³ ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם בנבו, 15.7.2009).

בנסיבות העניין⁶⁴; זאת, בניגוד להגנה עצמית 'רגילה', שלגביה הכלל הוא שהיא נשללת כאשר "המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין"⁶⁵ – ללא השימוש במונח 'בעליל'.⁶⁶ המחוקק החליט אפוא להגמיש את יישומה של דרישת המידתיות במקרה של הגנת בית המגורים, ולא ליצור הגנה פלילית 'קשיחה' במצב שכזה.

אף על פי כן, חשוב לציין כי במסגרת הליך התיקון לחוק העונשין, הוצע לקבוע את הגנת בית המגורים על יסוד חזקת מסוכנות. במסגרת הליכי התיקון, הוצעה הצעת חוק בעלת שתי גרסאות. הגרסה שלא התקבלה הייתה מבוססת על חזקת מסוכנות. לפי ההצעה, "היתה התקיפה התפרצות או כניסה לבית מגורים בכוונה לבצע עבירה, יראו את המותקף כאילו נשקפה, לו או לזולתו הנמצא עמו, סכנה מוחשית של פגיעה בחייו או בגופו, אלא אם כן הוכח אחרת".⁶⁷ חזקה זו איננה מתייחסת לתודעתו או אופן התנהלותו של המתגונן, אלא לעצם קיומה של הסכנה, ולפי ההצעה היא ניתנת לסתירה אם "הוכח אחרת". בנוסף, אף שהצעה זו לא נתקבלה, הדיון באשר ליישומה של החוק המתוקן עשוי להתבסס על הנחת קיומה של חזקה שכזו, המשפיעה על השאלה האם המתגונן פעל באופן בלתי סביר בעליל. כך ארע במסגרת התיק המשפטי היחיד (עד כה) ששאלה זו נדונה בו באופן מעמיק – בעניין **דרומי**. טעם מרכזי לכך, לפחות ברטוריקה השיפוטית, הוא הדין העברי וחזקת המסוכנות הקבועה בדוקטרינת הבא במחתרת.⁶⁸ סביר להניח אפוא שבמקרים גבוליים יתייחס בית המשפט לחזקה שכזו גם בעתיד.

(ג) משמעותה של חזקת המסוכנות

בעקבות הליכי החקיקה המתוארים, העירה הספרות המשפטית הערות ראשוניות על חזקת המסוכנות, הנוגעות להתלבטות בדבר טיבה של החזקה: האם מדובר בחזקה המבוססת על הערכה כנה בדבר המציאות העובדתית, או שהיא מבוססת על שיקולים נורמטיביים אחרים.

לאור דיונו עד כה, על מנת לבחון אם חזקת המסוכנות מבוססת על הערכה עובדתית בלבד או על שיקולים רחבים יותר, יש להתייחס לשני היבטים. ראשית, אם אכן מדובר בהנחה עובדתית גרידא, נדרש לבחון אם קיימת הצדקה אמפירית לקביעה שכזו. כפי שכבר העיר Green, יש להטיל בכך ספק רב: קשה להניח כי במרבית המקרים של פריצה מתעוררת סכנה לחייו של השוכן בבית, כאשר מטרתם של הפורצים, בדרך כלל, היא רכושית גרידא.⁶⁹ כאשר מחירה של טעות בעניין זה הוא חי אדם, ניתן לצפות שיונח בסיס אמפירי מוצק לשם קביעת חזקה שכזו. נקודה זו, לפיכך, מעלה ספק בדבר ההנחה העובדתית שמאחורי קביעת חזקת המסוכנות. היבט שני הוא עוצמתה הראייתית של החזקה. ככל שניתנת אפשרות רחבה לסתור את החזקה, אפשר להניח שמדובר

⁶⁴ סעיף 134(ב)(1) לחוק העונשין.

⁶⁵ סעיף 34טז לחוק העונשין.

⁶⁶ להערכת תיקון החוק ואופן הפרשנות הראוי שלו ראו סג"ר "היהפך הצידוק", לעיל ה"ש 43; גור אריה ודאור, לעיל ה"ש 53.

⁶⁷ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 99) (הגנה עצמית), התשס"ח-2008, ה"ח 198, גרסה א'.

⁶⁸ ראו עניין **דרומי**, לעיל ה"ש 63. בית המשפט העליון טרם דן במקרה גבולי, שבו ניתן להתלבט אם המתגונן בבית המגורים פעל באופן סביר, בהינתן מאפייניו הייחודיים של בית המגורים (לדיון המעמיק ביותר בסעיף ראו ע"פ 5184/14 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.8.2016)).

⁶⁹ Green, לעיל ה"ש 44, בעמ' 29, מציין כי מחקרים מלמדים שמיעוט קטן מבין הפורצים כלל או חזו בנשק, וכי המקרים שבהם מתפתח אירוע אלים כתוצאה מפריצה הוא פחות מ-4% (יודגש כי נתונים אמפיריים אלו הם בני למעלה משני עשורים, אולם דומה כי הם משקפים את האינטואיציה שלפיה מטרת מרבית הפורצים היא לבצע עבירות רכוש, ואינם מתכוונים לבצע עבירות אלימות).

בהנחה עובדתית 'תמימה' בלבד; אך אם החזקה איננה ניתנת לסתירה או שקשה מאוד לסתור אותה, ניטה לומר שהחזקה אינה מבוססת על הנחה עובדתית בלבד, אלא מבקשת לקבוע הגנה רחבה על בית המגורים עצמו.

נקודות אלה נדונו בעיקר במסגרת דיון ביקורתי בהסדרים שבהם נקבעה חזקה חלוטה, שאינה ניתנת לסתירה. כלפי הסדרים אלה הובעה ביקורת. נטען כלפיהם, שמכיוון שבפועל לא נדרשת הוכחה כלשהי לקיומה של סכנת חיים ואין אפשרות להפריך את קיומה של סכנה זו, הרי שדרישת המידתיות אינה מתמלאת, גם אם באופן פורמלי מנוסח החוק כעומד בדרישת הפרופורציה.⁷⁰ ביקורות אלו עולות בקנה אחד עם הקושי שהעלנו לעיל בשימוש במנגנון של חזקות חלוטות.

לחזקת המסוכנות נמצאו גם תומכים. נטען כי אכן אין להסתפק בפרשנות פשוטה של חזקת המסוכנות כהכרעה במישור העובדתי, וכי יש להבין את הכרעת המחוקק לאמץ חזקה זו כמעדיפה, דה-פקטו, את האינטרסים של הנתקף על פני הזכות לחיים של התוקף; אולם העדפה זו מוצדקת, שכן ניתן לבסס אותה על אגרגציה של נימוקים שונים – שילוב של אשמת התוקף, ייחודיות האינטרסים של הנתקף, יחד עם הנימוק של הרתעת העברייני והענשתו. אמנם שיקול אחרון זה נתון כרגיל לפררוגטיבה של המדינה ולא לאזרח, אך במציאות של פריצה, שבה אין המדינה מסוגלת להגן על האזרח – לגיטימי שהוא יוציא לפועל את המעשה, הנתון כרגיל לסמכות השלטונית.⁷¹ העולה מטענה זו הוא שהשימוש בחזקת מסוכנות או בחזקת סבירות הוא כלי משפטי-רטורי לגיטימי שמצדיק לחרוג מדרישת הפרופורציה הרגילה, מבלי שדבר החרגה הזו מובע במפורש על-ידי המחוקק.

הדיון בחזקות המסוכנות העכשוויות מצוי בחיתוליו, אולם הנקודות שראינו עד כה יהיו עבורנו מצע נוח לניתוח אחת מחזקות המסוכנות הקדומות – זו הקבועה בתלמוד הבבלי. הן הדילמה הנורמטיבית, הן הביקורות על הכרעתה באמצעות שימוש בחזקה, ישמשו עבורנו רקע לעיון בחזקה זו. מסקנותיו של העיון הזה יבהירו את האופן שבו חזקה מסייעת לכינונו של ריבוד נורמטיבי.

3. דין 'הבא במחתרת'

(א) רקע: דין הבא במחתרת במשנה

מקורו של דין הבא במחתרת הוא בפסוקי המקרא:

כִּי יִגְנוּב אִישׁ שׂוֹר אוֹ שָׂה וְטָבְחוֹ אוֹ מִכְרוֹ חֲמִשָּׁה בָּקָר יִשְׁלַם תַּחַת הַשּׁוֹר וְאֶרְבַּע צֹאן תַּחַת הַשָּׂה.

⁷⁰ Michael, לעיל ה"ש 46, בעמ' 204–206. לטענתו, בעקבות השימוש בחזקה חלוטה בחוק של מדינת פלורידה, בוטלה למעשה דרישת הפרופורציה שהייתה קיימת בעבר. לפי עמדתו, הגנת בית מגורים כאשר הפריצה היא 'אלימה' היא פרופורציונלית, בשל הסכנה האפשרית הכרוכה בכך לבעל הבית; אולם קביעת חזקה חלוטה לפיה יש להניח שהפריצה היא אלימה, מאפשרת למעשה את החלת הגנת בית המגורים על כל פריצה, דבר שאינו מידתי. ראו גם Haddox, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1125–1128; Zachary L. Weaver, *Florida's 'Stand Your Ground' Law: The Actual Effects and the Need for Clarification*, 63 U. MIAMI L. REV. 395, 403–406, 425 (2008); Elizabeth B. Megale, *Deadly Combinations: How Self-Defense Laws Pairing Immunity with A Presumption of Fear Allows Criminals to 'Get Away with Murder'*, 34 AM. J. TRIAL ADVOC. 105 (2010); Denise M. Drake, *The Castle Doctrine: An Expanding Right to Stand Your Ground*, 39 ST. MARY'S L.J. 573, 590–592 (2007); Wyatt Holiday, *'The Answer to Criminal Aggression is Retaliation': Stand-Your-Ground Laws and the Liberalization of Self-Defense*, 43 U. Tol. L. Rev. 407, 426, 432 (2011); F. Patrick Hubbard, *The Value of Life: Constitutional Limits on Citizens' Use of Deadly Force*, 21 Geo. Mason L. Rev. 623, 640 (2013); Donna Coker, *Stand Your Ground in Context: Race, Gender, and Politics*, 68 U. Miami L. Rev. 943, 944 (2014).

⁷¹ Lerner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 360–361. בכך ממשיכה Lerner את הצעתו של Green בדבר ביסוס הדוקטרינה על טיעון אגרגטיבי, גם אם לא בצורה מפורשת. ראו לעיל ה"ש 57, וראו ברוח זו גם Levin, לעיל ה"ש 46, בעמ' 540.

אם בִּמְחִתְרָת יִמָּצָא הַגָּב וְהָכָה וְכֵן לֹא דָמִים.

אם זָרְחָה הַשָּׁמֶשׁ עָלָיו דָּמִים לֹא שָׁלֵם וְשָׁלֵם אִם אֵין לֹא וְנִמְכָּר בְּגִנְבָתוֹ.

אם הִמָּצָא תִּמְצָא בְּיָדוֹ הַגָּבָה מְשֹׁר עַד חֲמוֹר עַד שָׁה חַיִּים שְׁנֵים וְשָׁלֵם.⁷²

פסוקים אלו מתפרשים במדרשי ההלכה כמעניקים לגיטימציה לבעל הבית להרוג גנב הפורץ לביתו, אם הוא מעורר חשש לחיי אדם; אולם טיבו של החשש המדובר נותר במקורות אלו עלום.⁷³ פרשנות זו, ועמימותה עמה, מבוטאת במשנה במשפט קצר: "הבא במחתרת – נדון על שם סופו".⁷⁴ משמעו הכללי של המשפט הזה הוא שדינו של הבא במחתרת נקבע בעקבות מעשיו העתידיים. כפי שנראה בהמשך, חזקת המסוכנות התלמודית היא בגדר ניסיון להעניק פשר משפטי לביטוי עמום זה.⁷⁵

דווקא משום שהחזקה התלמודית באה על רקע המשנה, חשוב לשים לב שהמשנה אינה מנוסחת כחזקה, אלא כעשיית דין ('נדון') בגנב, בשל מעשיו העתידיים ('על שם סופו'). על מנת להבין את משמעות הדבר, עלינו להידרש בקצרה להקשר שבו מופיעה משנה זו. הפרק השמיני של מסכת סנהדרין נמצא בחטיבה של פרקים העוסקים בעבירות פליליות שדינם הוא עונש מוות; אולם הוא עוסק בשלושה דינים יוצאים מן הכלל, שאינם בגדר 'עונש מוות' רגיל. הראשון הוא דין 'בן סורר ומורה'; השני הוא דין 'הבא במחתרת'; והשלישי הוא דין 'הרודף אחר חברו להרגו'. הדין הראשון עוסק בילד הממרה את פי הוריו, שהמקרא קובע כי הוא חייב בעונש מוות. קביעה קשה ובלתי מידתית זו הובילה למגוון תגובות תנאיות.⁷⁶ התגובה המופיעה במשנה גורסת שעונשו של הבן איננו בשל מעשיו הנוכחיים, אלא בשל מעשיו העתידיים; התנהגותו הנפשעת כיום מלמדת על כך שבעתיד יתדרדר למעשים חמורים, המצדיקים את ענישתו המחמירה: "בן סורר ומורה נדון על שם סופו, ימות זכאי ואל ימות חייב".⁷⁷ כלומר, עונש המוות של הבן אינו נובע ממעשיו העכשוויים, המתורגמים בספרות התנאית לגניבת כסף מהוריו ובזבוזו על אכילת בשר ושתיית יין, אלא מבוסס על כך שהתנהגותו הנוכחית מלמדת על הידרדרות בלתי נמנעת לפשיעה חמורה, שעונש מוות מוצדק בצדה.

⁷² שמות כא 37 – כב 3. הדין המקראי, מעניין כשלעצמו, מובחן בכמה היבטים מן הפרשנות התנאית והתלמודית שניתנת לו, שבה נתמקד בהמשך. לדיון בפרשנות הדין המקראי ראו חגי שלזינגר "דין הבא במחתרת במשנתם של תנאים: בין הגנה עצמית לענישה" **שנתון המשפט העברי** כט 181, 188–195, ובמקורות הנדונים שם (2018).

⁷³ לדיון במדרשי ההלכה ובטיב הסכנה שבה הם עוסקים, ראו שם, בעמ' 198 ואילך. בתמצית, מעיון במשנה עצמה ובמקורות תנאיים מקבילים נוכח לעמוד על כך שביטוי זה משקף התמודדות עם בעיית חוסר הפרופורציה שבהריגתו של פורץ, המסכן לכאורה אינטרס רכוש בלבד. התנאים, אשר הניחו בבסיס דיני ההגנה העצמית שלהם את עקרון הפרופורציה, השתקשו לקבל היתר מקראי זה כפשוטו. לפיכך פירשו התנאים את ההיתר להתגונן מפני גנב על יסוד החשש מפני סכנת חיים: כאשר בעל הבית חושש שהגנב מסכן את חייו, הוא רשאי להתגונן מפניו גם באמצעי קטלני. ברם, טיבו והיקפו של החשש הזה נתון במחלוקת בין מדרשי הלכה ומקורות תנאיים שונים. בחלק מן המקורות מתוארת הסכנה שנוצרת על ידי הגנב כסכנה ריאלית ומוחשית, שרק בהתרחשותה מתגבשת ההצדקה להרוג את הגנב. לפי מקורות אלו, דין הבא במחתרת אינו מתיר להתגונן להרוג את הפורץ בכל מצב של פריצה, אלא רק במצבים שבהם ניתן להניח, ברמה מספקת של ודאות, כי הגנב אכן מסכן חיים. לעומת זאת, במקורות אחרים ניתן להסיק כי החשש מפני סכנת חיים, המצדיק את הריגת הגנב, הוא חשש כללי ואמורפי, ועל המתגונן לא מוטלת חובה לבחון את קיומה של הסכנה.
⁷⁴ משנה, סנהדרין, ח, ו. המשנה מוסיפה הוראה נורמטיבית נוספת בקשר לבא במחתרת ("היה בא במחתרת ושביר את הכלים – יש לו דמים, חייב; אין לו דמים – פטור"). עניינה של הוראה זו חורג מדיונו. לעיון בה ראו שם, בעמ' 226.

⁷⁵ לדיון נרחב במקורות התנאיים ולביסוס טענה זו ראו שם, בעמ' 198 ואילך.
⁷⁶ לדיון מעמיק בתגובות התנאיות לדין 'בן סורר ומורה' ראו משה הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוותן** 42 (התשנ"ז).
⁷⁷ משנה, סנהדרין, ח, ה. תפיסה תנאית זו מתוארת באופן מפורט ומוחשי יותר במדרש הבא: "אמר ר' יוסי הגלילי: וכי מפני שאכל זה תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין אמרה תורה יצא לבית דין ויסקל? אלא הגיעה תורה לסוף דעתו של בן סורר ומורה, שסוף מגמור נכסיו אביו ומבקש למודו ואינו מוצא, ויוצא לפרשת דרכים ומלסטם את הבריות – אמרה תורה ימות זכאי ואל ימות חייב" (מדרש תנאים דברים כא, כא (מהדורת הופמן, עמ' 131); ראו גם ספרי דברים, פסקה רכ (מהדורת פינקלשטיין, עמ' 253)).

במסגרת זו לא אדון בדיון בין סורר ומורה ובקשיים שהוא מעורר. לענייננו חשובה ההבחנה הבאה: ענישתו של בן סורר ומורה ייחודית בכך שהיא איננה רק בגין מעשיו העכשוויים, אלא גם בגין מעשיו העתידיים. משנת 'הבא במחתרת' – המקרה השני שבו דן הפרק – משתמשת בדיוק באותו מטבע לשון, 'נדון על שם סופו'. בניגוד לבן סורר ומורה, הבא במחתרת אינו נענש על ידי בית הדין, אלא נהרג כמעשה של התגוננות; אולם התגוננות זו איננה הגנה עצמית רגילה. הגנה עצמית סטנדרטית נדונה במקרה השלישי שבפרק זה, דין 'הרודף אחר חברו להורגו', ולגביו מתמקדת המשנה בהצלת המותקף ולא ב'דינו' של התוקף.⁷⁸ דינו של הבא במחתרת, לעומת זאת, מתואר מבחינה ספרותית באופן דומה לזה של בן סורר ומורה – כלומר, כמעשה של עשיית דין בגנב, על יסוד החשש ממעשיו העתידיים, ולא כהתגוננות מפני סכנה קונקרטית ומיידית.

מהי המשמעות של הצגת דין הגנב הבא במחתרת כמי ש"נדון על שם סופו"? באופן כללי ניתן לשער, כי המשנה רואה בדיון הבא במחתרת כדיון מורכב, שאינו מבוסס רק על הרציונלים של הגנה עצמית מפני תקיפה קטלנית. סכנת החיים שיוצר הגנב איננה המרכיב היחיד המצדיק את הריגתו; יש בכך גם היבט מסוים של עשיית דין עצמית בגנב, על ידי בעל הבית: כביכול, בעל הבית משמש כ'שליח בית הדין' להענשת הגנב. אולם, אין מדובר בעונש הרגיל המוטל על גנב בבית הדין, אלא בעונש אשר – בשל החשש לחייו של בעל הבית – יוצא לפועל באמצעות ההיתר להתגונן מפני הגנב. למעשה, הדין 'מעניש' את הגנב על מעשה הפריצה, בכך שהוא 'מתיר' לחשוש מפני כוונתו הקטלנית, גם אם כוונה זו איננה מיידית ואיננה מוכחת. לפי גישה זו, השאלה אם הגנב אכן מסכן חיים, הלכה למעשה, איננה דומיננטית במסגרת גיבוש ההיתר להריגתו.⁷⁹

כאמור, הסוגיה התלמודית מבקשת לפרש את העמימות העולה מן המשנה. הפרשנות התלמודית לדברי המשנה אינה מציגה את דין הבא במחתרת כעשיית דין עצמי; חלף כך, היא מבוססת על הצגתה, לראשונה, של חזקת המסוכנות. אלא, שחזקה זו מנוסחת באופן ייחודי למדי, שבאמצעותו מוענקת פרשנות חדשה וחלופית לביטוי 'נדון על שם סופו'.

(ב) הסוגיה התלמודית

(I) ניסוח חזקת המסוכנות

הסוגיה התלמודית מוסבת על דברי המשנה הקצרים: "הבא במחתרת – נדון על שם סופו"; מהו טיבו של אותו ה'סוף' המתואר במשנה? ומהו ה'דין' שבו נדון הבא במחתרת? על השאלות הללו מנסה הסוגיה התלמודית לענות מחדש. כפי שיתברר בהמשך, הפרשנות המוצהרת הניתנת בתלמוד לדברי המשנה הללו הם שהבא במחתרת הוא בחזקת מסכן-חיים; קיימת אפוא חזקה בדבר מסוכנותו, וכל עוד זו לא הופרכה – רשאי בעל הבית להורגו, כמעשה של הגנה עצמית מפני סכנת החיים. קריאה פשוטה של חזקה זו עשויה להוביל למסקנה, כי מצב של חתירה לבית מגורים אינו שונה מבחינה מהותית ממצב אחר של הגנה עצמית מפני תקיפה קטלנית – למעט

⁷⁸ בקשר להגנה עצמית 'רגילה' משתמשת המשנה במטבע הלשון 'ואלו הן שמצילין אותן בנפשן' (שם, משנה ז), ביטוי שלפי פשוטו מתמקד, כאמור, בצורך להציל את המותקף. לדיון מעמיק יותר בביטוי זה ראו אהרן אנקר **עיקרים במשפט הפלילי העברי** 311, 321 (התשס"ז); שלזינגר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 225. עוד ראוי להעיר כי יש מקורות תנאיים שהתייחסו אל דין הבא במחתרת כמקרה של הגנה עצמית קלאסית, והתירו את הריגת הגנב רק כאשר סכנת החיים שהוא גורם היא מיידית. דוגמא מובהקת לכך היא התוספתא, אשר קובעת כי ניתן להרוג את הגנב רק כאשר הסכנה היא ודאית. בהתאמה, התוספתא מתארת את דין הבא במחתרת בעזרת הטרמינולוגיה של דין הרודף – 'מצילין אותן בנפשן' – ולא באמצעות הטרמינולוגיה של בן סורר ומורה. לדיון בתוספתא ראו שלזינגר, שם, בעמ' 206.

⁷⁹ להרחבה ולביסוס טענה זו בקריאת המשנה לאור הקשרים תנאיים נוספים ראו שם, בעמ' 221.

העובדה כי קיימת חזקה שלפיה מבחינה עובדתית זוהי אכן הסיטואציה. ניתן אפוא להבין את דין הבא במחלת התלמודי כמקרה פרטי של דיני ההגנה העצמית הרגילים, שייחודו מסתכם בקיומה של החזקה.⁸⁰ אלא, שקריאה מדוקדקת בסוגיה התלמודית על רקע דברי המשנה מגלה תמונה מורכבת יותר. אם את הביטוי 'נדון על שם סופו' שבמשנה ניתן לפרש כמעין עשיית דין עצמית על ידי המותקף, בגין תקיפתו הקטלנית העתידית של הפורץ, הרי שהתלמוד שולל גישה זו. אולם השימוש במונחי עשיית דין עובר התמרה (טרנספורמציה) לשיח של הגנה עצמית. המעבר הזה אינו מאיין לחלוטין את ההיבטים המופיעים בפשוטה של משנה; חרף זאת, הם מוטמעים לתוך הדיון החדש העוסק בגבולות ההגנה העצמית מפני הפורץ.

עיקרו של ההסבר התלמודי למשנה הוא קצר ותמציתי, וניתן להביאו במלואו:

אמר רבא:

מהו הטעם של דין המחלת?

חזקה, שאין אדם מתאפק מלהציל את ממונו,

וזה – הפורץ – אומר לעצמו:

אם אלך ואגנוב, יעמוד בעל הבית בפני ולא יניח לי,

ולכן אם יעמוד בפני – אהרוג אותו;

והתורה אמרה: אם בא להורגך – השכם להורגו.⁸¹

חזקת המסוכנות המתוארת על ידי האמורא רבא, היא חזקה מורכבת. באופן מפתיע, החזקה אינה מוסבת כלל על מעשיו של הפורץ, אלא עוסקת במעשיו של בעל הבית: חזקה היא שהוא יגן על רכושו, אם הרכוש יותקף; חזקה זו, הידועה לגנב, מניעה את מחשבותיו וכוונותיו, וכך הוא הופך להיות בחזקת מסוכן בעצמו. את מלוא המשמעות של חזקת מסוכנות מורכבת שכזו, נבקש להבין מתוך תשומת לב לפרשנות המחודשת שהיא מעניקה לביטוי 'נדון על שם סופו'.

'נדון': השיפוט הנורמטיבי הגלום בחזקת המסוכנות

רבא אמנם פותח את דבריו בשימוש בחזקה, אך כאמור, זו איננה מתייחסת למסוכנות של הגנב כי אם לתגובתו של בעל הבית. החזקה קובעת כי אדם אינו רואה את ממונו אובד ומתאפק. לפיכך יש להניח כי אדם הרואה את ממונו נגנב – ינסה להצילו מידי הגנב, ואפילו בכוח. חזקה זו שלפיה בעל הבית לא יתאפק מלהגן על ממונו, היא זו שגוררת את המסוכנות של הגנב, משום שהגנב לוקח בחשבון מראש את תגובתו העתידית של בעל הבית, ומתכנן מראש להרוג את בעל הבית כאשר זה ינסה להגן על ממונו.

⁸⁰ דומה שמרבית מלומדי המשפט העברי שעסקו בדין המחלת אכן דנו בו כמקרה פרטי של הגנה עצמית קלאסית, כמובן תוך תשומת לב למאפיינים העובדתיים הייחודיים שלו. ראו בעיקר אנקר, לעיל ה"ש 78 (מבאר את הייחודיות של דין המחלת כפועל יוצא מן הרציונלים המורכבים שביסוד דיני ההגנה העצמית; שי עקביא וזנר "הגנה עצמית, דרישת הנחיצות וחובת הנסיגה – בשולי פרשת שי דרומי" **מחקרי משפט** כז 315 (2011) (מבאר את הייחודיות של דין המחלת כדיון בשאלת חובת הנסיגה); וראו עוד אהרן אנקר "שלוש שיטות להסברת הרציונל של ההגנה העצמית במשפט העברי" **פלילים** ב 55 (1991). לעומת זאת, יש שהתייחסו לדין הבא במחלת כבעל רציונליים יחודיים. ראו יהונתן בלס "בין עונש להצלה" **פרשת השבוע** 276 (התשס"ז); הרב מיכאל אברהם "הריגת גנב לצורך הגנה על רכושו" **תחומין** כח 174 (התשס"ח).

⁸¹ תרגום חופשי מתוך בבלי, סנהדרין עב, ע"א. במקור: "אמר רבא: מאי טעמא דמחלת? חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, והאי מימר אמר: אי אזילנא קאי לאפאי ולא שביק לי, ואי קאי לאפאי קטילנא ליה; והתורה אמרה: אם בא להורגך השכם להורגו".

להסבת החזקה על בעל הבית יש כמה השלכות. המשמעות הראשונה היא שההיתר להרוג את הגנב נובע באופן עקיף מכך שבעל הרכוש אינו מסוגל להתאפק מלהגן על ממונו. ניסוח החזקה באופן זה מעניק לגיטימציה להתנהגות כזו של בעל הבית, או למצער מביע תפיסה כי בלתי אפשרי להתנגד לטבע האנושי שביסודה. ניתן היה לטעון, כי במקום להתיר לאדם להרוג את הגנב המסכן את חייו בשל התנגדותו שלו, יש לצוות על האדם להימנע מלהתנגד לגנב וממילא להימנע ממצב של סכנת חיים; אך רבא מתייחס לאינסטינקט ההגנה של בעל הבית על ממונו כהתנהגות לגיטימית, ולפחות בלתי נמנעת. נקודה זו חשובה בשים לב למגמה הכללית של פרשנות חכמים לדין הבא במחתרת. חכמים אינם מקבלים את האפשרות להתיר את דמו של הפורץ רק לשם הגנת רכוש. הם מניחים שהגנת רכוש גרידא אינה מצדיקה שימוש בכוח קטלני. יחד עם זאת, במסגרת עיצוב חזקת המסוכנות שבזכותה ניתן להפעיל כוח כזה, מבליט רבא את הטבע האנושי של בעל הבית המוכן להגן על ממונו גם באמצעות אלימות. טבע אנושי זה, המבוסס בין היתר על תפיסת חשיבותו של הרכוש לאדם, אינו מוקע או מוצנע. הוא אמנם אינו קביל כנימוק להפעלת כוח קטלני כלפי הפורץ, אולם הוא מוצג כשיקול ששוקל הפורץ עצמו בבואו לפרוץ לבית המגורים, באופן שמלמד על נכונותו-שלו לפעול באלימות קטלנית, אשר בסופו של דבר היא זו שמצדיקה את הריגתו.

אכן, מפרשי התלמוד הראשונים ציינו כי אופן ניסוח החזקה מלמד שההיתר להרוג את הפורץ אינו מבוסס על הערכה התנהגותית-עובדתית גרידא, אלא על שיפוט נורמטיבי של התנהגותו של בעל הבית אל מול התנהגותו של הגנב. דוגמא לכך הם דברי הר"ן (המאה ה-14, ספרד), המבהיר נקודה חשובה זו. לדבריו, אין לייחס לכל פורץ כוונת הריגה; אלא, שמכיוון שברור שבעל הבית ייאבק על ממונו (ואף יהרוג בשל כך), הבא במחתרת על מנת לגנוב יוצר בכך בעצמו סיטואציה של סכנת נפשות. החזקה מונעת משילוב של הנחה עובדתית ושל שיפוט נורמטיבי, של מעשהו של בעל הבית מחד ושל הגנב מאידך. הדין מטיל אפוא את האחריות ליצירת סכנת הנפשות, על כתפי הגנב:

ודאי שאין כל הגנבים באין על עסקי נפשות [...] אלא בעל הבית הוא העומד כנגדו על מנת להרוג אם לא יניח לו את הכלים מיד, שאף על פי שאינו בדין להורגו על כך, חזקה שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו; והגנב שהוא יודע זה, כשהוא עומד כנגדו - על עסקי נפשות הוא עומד, והוא שהתחיל במריבה ובא במחתרת – עשאו הכתוב רודף ואמר שאין לו דמים.⁸²

הביטוי "הכתוב עשאו רודף" משקף היטב את המשמעות הנורמטיבית של חזקת המסוכנות. אין מדובר כאן במקרה פרטי של הגנה עצמית ('רודף'), שייחודו מתמצה בביסוסו על הערכה עובדתית: קביעתה של החזקה נעשית מטעמים נורמטיביים, ולא בשל הערכה עובדתית בלבד. איננו יודעים אם הגנב הוא אכן 'רודף', אולם "הכתוב עשאו רודף".

על שם סופו: היחס לסכנה כסכנה עתידית

משמעות נוספת לניסוח חזקתו של רבא כמבוססת על התנהגותו של בעל הבית, היא התייחסות לסכנה הנשקפת לחיי בעל הבית כסכנה עתידית ולא כסכנה מיידי. על פי החזקה, כל גנב שבא במחתרת מתכנן מראש שאם

⁸² חידושי הר"ן, סנהדרין עב ע"א, ד"ה ואי (ההדגשה הוספה). לניסוח מן הדור האחרון ראו הרב שלמה זלמן אויערבך, שו"ת מנחת שלמה קמא, סימן ז אות ג.

ייתקל בבעל הבית הוא יהרוג אותו, אולם אין הוא מעוניין לעשות כן אלא בלית-ברירה, רק אם ייתקל בבעל הבית והלה ינסה לעמוד בפניו. ניתן היה לנסח את החזקה באופן פשוט יותר, כך שאנו מניחים שכל גנב בא עם מוטיבציה להרוג את בעל הבית אם ייתקל בו, וכך לתאר את הסכנה באופן מיידי; אך הניסוח התלמודי מדגיש את העובדה שהגנב אינו מסכן את חייו בעל הבית באופן מיידי, אלא רק אם תתגלגל הסיטואציה להיתקלות בין הצדדים.

התובנה כי חזקת המסוכנות של הבא במחתרת אינה חזקה בדבר מסוכנות עכשווית, אלא חזקה שתיוצר סכנה עתידית, מהווה לכאורה הרחבה של דיני ההגנה העצמית הרגילים, המבוססים ברגיל על כך שהסכנה היא מיידיית.⁸³ ההגנה העצמית מתוארת בדרך כלל כאירוע נקודתי בו נשקפת לאדם סכנה ברורה מאדם אחר. לשם השוואה, המקרה הקלאסי המתואר במשנה כהגנה עצמית הוא של "הרודף אחר חברו להורגו". לעומת זאת, כאן ישנה הצדקה להתגונן גם מפני סכנה שאינה נשקפת כעת, אלא שעתידה להתרחש בעתיד – גם אם בעתיד הקרוב. רבא, באמצעות חזקת המסוכנות היחודית שהוא יוצר, מעניק אפוא פנים חדשות לביטוי 'על שם סופו' המופיע במשנה.

ראינו אם כן, כי הגם שדין הבא במחתרת מפורש בתלמוד כחזקת מסוכנות, הרי שחזקה זו מנוסחת באופן פתלתל. החזקה מוסבת קודם כל על התנהגותו של בעל הבית, ורק מתוך ההנחה כיצד ינהג בעל הבית, יש להניח כיצד ינהג הגנב. הסמכת החזקה על התנהגותו של בעל הבית תלויה בהערכה נורמטיבית של התנהגות בעל הבית והגנב, ולפיכך למעשה דינו של הבא במחתרת אינו מבוסס רק על ההנחה העובדתית כיצד ינהג הגנב, אלא על מתן לגיטימציה להתנהגותו של בעל הבית והטלת האחריות ליצירת הסכנה על הגנב. כמו כן, ניסוח החזקה כ'אפקט דומינו' מדגיש את העובדה כי החזקה אינה מניחה שבכל פריצה לבית טמונה סכנת חיים מיידיית, אלא שזוהי סכנה עתידית שעלולה להתרחש בעתיד. מאפיינים אלו של החזקה התלמודית מלמדים, כי המעבר לעולם המושגי של דיני ההגנה העצמית, באמצעות השימוש בחזקת המסוכנות, איננו מעבר חלק. הוא משמר עמו את ההנחה הקדומה שהסיטואציה הייחודית של פריצה לבית מגורים גוררת שיפוט נורמטיבי המאפשר להתגונן מפני הפורץ גם לפני שהאיום הופך למיידי. בכך, מצליחה החזקה התלמודית להצהיר, מחד גיסא, על מחויבותה לעקרונות היסוד של דיני ההגנה העצמית – ובעיקר, כי הריגת הגנב מוצדקת רק כאשר מתעוררת סכנת חיים, ולא בשל הגנת רכוש גרידא; ומאידך גיסא, לשמר את היחס לגנב כאל מי ש'נדון על שם סופו'.

עד כה ניתחתי באופן טקסטואלי את ניסוח החזקה של רבא, תוך תשומת לב ליחס בינה לבין דברי המשנה 'נדון על שם סופו'. אולם חזקה משפטית נמדדת לא רק לפי הניסוח הפורמלי שלה. כפי שראינו לעיל, מרכיב בסיסי של חזקה, המשפיע באופן יסודי על האופן שבו יש להבין אותה, הוא האופן שבו היא מופעלת הלכה למעשה; האם היא ניתנת לסתירה, וכיצד. נפנה אפוא לעיון באופן היישום של החזקה, כפי שזו משתקפת בסוגיה התלמודית.

(II) היישום המעשי של חזקת המסוכנות

הסוגיה התלמודית עוסקת בכמה היבטים מעשיים של ההיתר להתגונן מפני פורץ על ידי הריגתו, בעיקר בהתבסס על מדרשי ההלכה התנאיים. מסגרת זו אינה מתאימה לדיון מפורט במכלול זה.⁸⁴ לענייננו חשוב

⁸³ סנג'ור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 185.

⁸⁴ לעיון רחב יותר בסוגיה ראו: חגי שלזינגר **דין הבא במחתרת: גבולות ההגנה העצמית במקרה מבחן 60–82** (עבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2016) (להלן: שלזינגר **הבא במחתרת**); יהונתן גיא **היבטים פילוסופיים**

להתמקד בשאלת אופן הפרכת החזקה: מהו הדין כאשר הנסיבות מלמדות כי חרף קיומה של חזקת המסוכנות, לא נשקפת סכנת חיים מן הפורץ? האם חזקת המסוכנות של הפורץ היא חלוטה, או שבמצבים מסוימים מוטל על בעל הבית לבחון אם היא משקפת את המציאות? התלמוד דן בשאלה זו ומגיע למסקנה מפתיעה במבט ראשון. בעקבות עיון בכמה מקורות תנאיים, הסוגיה יוצרת הבחנה בין מצבים שבהם ניתן להסתמך על החזקה, לבין מצבים שלגביהם ברור שהפורץ אינו מסוכן, ואז אין להסתמך עליה. אלא, שהבחנה נראית על פניה משונה: הסוגיה מבחינה בין אב הפורץ לבית בנו, לבין בן הפורץ לבית אביו: כאשר אב בא במחתרת על בנו, יש ודאות שהוא בא למטרת גניבה בלבד, שכן אב בוודאי לא יהרוג את בנו; לפיכך אסור לבן להרוג את האב כמעשה של הגנה עצמית.⁸⁵ לעומת זאת, כאשר בן בא במחתרת על אביו יש סיכוי כלשהו שהוא גם יהרוג את אביו, ולכן לאב מותר להגן על חייו ולהרוג את הבן (וכל שכן שבסתם אדם ניתן לעשות זאת).⁸⁶ משמעות הדברים היא שכל עוד אין ודאות גמורה שמדובר במי שאינו מסוכן (ואפילו זהו בן הבא על אביו!) מותר להרוג אותו. אם כן, הסוגיה אמנם קובעת שהחזקה העובדתית ניתנת לסתירה; אולם קביעה זו היא פורמלית בלבד, שכן סתירת החזקה נעשית רק במקרים חריגים ונדירים, של אב הפורץ לבית בנו.

לאחר יצירת ההבחנה הזו, ממשיכה הסוגיה ומרחיבה אך במעט את המצבים שבהם אין להסתמך על החזקה. בסוגיה מובאים דברי רב, המתייחס לחבר ספציפי שלו – רב חנינא בר שילא – ואומר שאם יגלה שהוא פורץ לביתו, לא יהרוג אותו; זאת, מפני שהוא מכירו ויודע בו, שאוהב אותו כאהבת אב את בנו. דברים אלו אינם מנוסחים בסוגיה כהנחיה או כדין, אלא כוידוי אישי, אולם יש בכך כדי להרחיב, באופן מצומצם, את אפשרות סתירת החזקה.

מהם אם כן המקרים שבהם נסתרת חזקת המסוכנות של הפורץ? רק מקרים שבהם מזוהה הפורץ באופן פרסונאלי, וקיימת ודאות מוחלטת בדבר אהבתו לבעל הבית. ודאות זו יכולה להיות מעוגנת במאפיינים אובייקטיביים (אב על הבן) או במאפיינים סובייקטיביים (רב חנינא על רב), אך היא חייבת להיות מוחלטת: עד כדי כך, שאהבת בן לאביו אינה מוחלטת מספיק כדי ליצור ודאות כזו. משמעות הדבר היא, שאמנם חזקת המסוכנות של רבא אינה חלוטה, אך על מנת לסתור אותה נדרש לחצות רף ראייתי גבוה מאוד.

אף על פי שהפתח שמותירה הסוגיה התלמודית לסטייה מן החזקה הוא צר ביותר, הרי שיש לו תפקיד משמעותי בעיצוב דין המחתרת לאחר מכן. נעצור לרגע את דיוננו בסוגיה התלמודית, ונפנה מבט עתידי אל פסיקתו של הפוסק המרכזי שעסק באופן שיטתי בדין זה – הרמב"ם. הרמב"ם מודע היטב לכך שהדין התלמודי מבוסס על שיפוט נורמטיבי החורג מגדריה של ההגנה העצמית הרגילה, והוא אף רואה בשיפוט הנורמטיבי הזה כמעין ענישתו של הגנב;⁸⁷ ואולם, לאור עיצוב הדין התלמודי על יסוד חזקת מסוכנות, הרמב"ם מתחם את תחולתה של חזקה זו רק לשעת ההיתקלות. אף שהסוגיה התלמודית איננה מפורשת בעניין זה, הרמב"ם⁸⁸ מונה שלושה מצבים שבהם נסתרת חזקת המסוכנות: כאשר הגנב כבר יצא ממקום הגניבה והחל לברוח; כאשר נמצאים

בדין גנב הבא במחתרת במשפט העברי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן – המחלקה למחשבת ישראל, התשע"ד); אנקר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 333.

⁸⁵ כלומר, האב הפורץ לבית בנו מעוניין בממון, אך אם בנו יעמוד כנגדו ויאבק על ממון, האב לא יפעיל כוח קטלני כלפיו. הבן המודע לכך אינו רשאי, אפוא, להסתמך על עצם הפריצה של אביו לשם ההנחה שהוא מצוי בסכנת חיים.

⁸⁶ כלומר, הבן הפורץ לבית אביו עשוי להפעיל כוח קטלני במידה ואביו יתנגד ללקיחת הממון. לפיכך, האב יכול להסתמך על חזקת המסוכנות. ראו בבלי, סנהדרין עב, ע"א-ע"ב; שלזינגר **הבא במחתרת**, שם, בעמ' 67 ואילך.

⁸⁷ ראו בלס, לעיל ה"ש 78; שלזינגר **הבא במחתרת**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 83.

⁸⁸ משנה תורה, הלכות גניבה, פרק ט, הלכות יא-יב.

במקום בני אדם נוספים או עדים; וכאשר הפריצה איננה לבית מגורים, אלא לגינה או לשדה.⁸⁹ בשלושת המצבים הללו, כך לפי הרמב"ם, חזקת המסוכנות אינה חלה ואין היתר להרוג את הגנב. המכלול הנורמטיבי הזה – המבוסס על מקורות הלכתיים שונים אך חורג מן הסוגיה התלמודית המפורשת – יוצר הבחנה חדשה בין שעת הפריצה לבית המגורים, לבין 'הפריצה', הכרונולוגית או הגאוגרפית, של אירוע הפריצה. בשעת ההיתקלות חלה חזקת המסוכנות, ואף שהיא ניתנת להפרכה באופן תאורטי, הרי שבפועל קשה לדמיין מצב שכזה; בעל הבית רשאי אפוא לפגוע באופן קטלני בגנב, בשל החשש מפני סכנת חיים, באופן כמעט גורף. לעומת זאת, כאשר האירוע נסתיים, מעורבים בו אנשים נוספים, או שהוא מתרחש מחוץ לבית המגורים, אנו 'נזכרים' בכך שטעם ההיתר לפגוע בגנב איננו נעוץ בפגיעה ברכוש, אלא בקיומה של סכנת חיים – ובחינה ריאלית של קיומה מלמדת, שאין במצבים אלו הצדקה להשתמש בכוח מגן קטלני.

בהערת אגב נוספת יש להעיר, כי לאור התמונה הזו ניתן לבקר את השימוש במשפט העברי של שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי בעניין **דרומי**,⁹⁰ כבסיס לזיכוי: המקרה של דרומי התרחש מחוץ לבית, בשטח חקלאי, כך שלפי הרמב"ם חזקת המסוכנות לכאורה אינה חלה. זאת ועוד, שאלה עובדתית שלא ניתנה לה תשובה חד-משמעית בפסק הדין היא אם הפורצים החלו לברוח בעת שדרומי ירה לעברם, ואם היה מודע לכך. לפיכך דומה שלפחות מטעם אחד, אם לא משני טעמים, היה על בית המשפט להניח שחזקת המסוכנות שבדין הבא במחלתר אינה חלה במקרה זה. כמובן, שאין משמעות הדבר שלא היה צריך לזכות את דרומי לפי הדין הישראלי;⁹¹ אלא שלפי דין הבא במחלתר, ולאור פסיקתו של הרמב"ם בנושא, האירוע התרחש במקום שבו חזקת המסוכנות אינה חלה.⁹² לא מן הנמנע, שהטעם לכך שבית המשפט המחוזי לא הבחין בדבר הוא האופן הגורף שבו מנוסחת חזקת המסוכנות בתוך הבית, במסגרת הסוגיה התלמודית. ניסוח זה רומז לכך שחרף העובדה שמדובר בחזקה עובדתית, היא למעשה כמעט איננה ניתנת לסתירה, ויתכן שלכן התייחס בית המשפט המחוזי אליה כחלה גם בעניינו של דרומי.⁹³

(III) סיכום ביניים

נסכם את הדיון בדין הבא במחלתר. התלמוד אינו מסתפק בקביעת חזקה עובדתית פשוטה, שלפיה חזקה היא שהפורץ מסכן את חייו של בעל הבית. מבחינה הצהרתית, מתן פשר למילים 'נדון על שם סופו' שבמשנה באמצעות דיני ההגנה העצמית מפני תוקף קטלני, מבהיר כי ניתן להרוג את הגנב רק בשל סכנת החיים שהוא יוצר, ולא בשל פגיעתו בממון. אולם עיון בחזקה מלמד כי אין מדובר במקרה רגיל של הגנה עצמית: החזקה מנוסחת באופן המבהיר לקורא באופן מפורש כי היא איננה מבוססת על הערכה עובדתית גרידא, כי אם על שיפוט נורמטיבי של מעשיו של הפורץ. הפורץ אמנם אינו מסכן את חייו של בעל הבית במישרין, אולם במעשהו

⁸⁹ לגבי מצב אחרון זה, הרמב"ם מנמק את עמדתו בהתאם לניסוח המורכב של חזקת המסוכנות: מכיוון שהפריצה איננה לבית, הגנב אינו מצפה לראות שם את בעל הבית, ממילא אינו צופה שהוא יעמוד על ממונו, ובהתאמה אינו מתכן להשתמש בכוח ממית כנגד ניסיון זה.

⁹⁰ לעיל ה"ש 63.

⁹¹ או לטעון שנימוקו של הרמב"ם אינו רלוונטי למציאות הנוכחית, שלגביה ראוי להחיל את חזקת המסוכנות גם בשטח חקלאי; אלא שדיון כזה לא נערך בפסק הדין.

⁹² בעניין **דרומי**, לעיל ה"ש 63, הסתמכה השופטת ברקאי (בפסקה 7 לפסק דינה) על דברי הרמב"ם, ואף ציטטה את עיקרי דבריו במשנה תורה. הציטוט מדברי הרמב"ם מסתיים בדיוק לפני שהרמב"ם מבהיר כי דין הבא במחלתר אינו חל בשטח חקלאי – נקודה שמעלה, כאמור, ספק רב בקשר ליישומו בנדון שם.

⁹³ להרחבה ראו שלזינגר **הבא במחלתר**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 83.

עלולה להיגרם היתקלות אלימה ביניהם. האשם בהיווצרותה של ההיתקלות מוטל על כתפי הפורץ; די בהיתקלות עתידית זו על מנת להגדיר את חיי בעל הבית כנתונים בסכנה, כבר כעת.

התובנה שלפיה חזקת המסוכנות התלמודית מבוססת על שיפוט נורמטיבי ולא רק על הערכה עובדתית, נתמכת היטב גם בהתייחסות הסוגיה לאופייה המוחלט של החזקה. מוסכם, באופן רטורי, כי כאשר בעל הבית מבין שלא נשקפת לו סכנה, אסור לו להרוג את הפורץ. דא עקא, כאשר הסוגיה נדרשת לפרט מהם המצבים שבהם מצופה מבעל הבית שיבין זאת, היא נדחקת לסיטואציה התאורטית של אב הפורץ לבית בנו – תוך הדגשה, שבן הפורץ לבית אביו איננו חומק מכנפי החזקה. המשמעות היא, שאף שהחזקה מבוססת לכאורה על הערכה עובדתית, נדרש מאמץ רב כדי לסתור אותה. נשקפת ממנה ההנחה כי רק במצבים נדירים ביותר יבוא הדין בדרישה לבעל הבית שלפיה היה עליו להסיק מן הנסיבות, שסכנת חיים אינה נשקפת.⁹⁴

אם כן, מעיצוב דין הבא במחתרת על ידי הסוגיה התלמודית עולה כי דין זה מבוסס גם על שיקולים נורמטיביים החורגים מאלו של דיני ההגנה העצמית הרגילים; מכוחם של שיקולים אלו מוענקת, לפחות למעשה אם לא להלכה, הגנה רחבה למדי מפני אחריות פלילית למי שהורג את הפורץ לביתו. מהם השיקולים הנורמטיביים הללו? נשוב לדיון העכשווי שבו פתחנו: חרף קיומה של מוסכמה כמעט גורפת שלפיה הגנת בית מגורים רחבה אינה מידתית, ראינו כי קיימת מגמה לעגנה בחקיקה, בין היתר באמצעות שימוש בחזקת מסוכנות. בין אם אנו מעוניינים להבין תופעה זו כעניין תיאורי, ובין אם מייחסים למגמה ציבורית זו משקל נורמטיבי,⁹⁵ עלינו לנסות ולהבין את השיקולים המניעים אותה. כפי שראינו, מדובר באגרגציה של שיקולים הנוגעים הן לחשש כנה מפני סכנת חיים, הן לחשיבותם של האינטרסים הנפגעים על ידי הפריצה, והן איזונים אל מול אשמתו של הפורץ, השימוש לרעה שהוא עושה בעקרון המידתיות, והצורך בהרתעתו לאור אוזלת היד של הרשויות. ניתן לשער כי אגרגציה של שיקולים אלו היא שמניעה גם את הסוגיה התלמודית להצהיר מחד גיסא על מחויבות לדרישת המידתיות, אולם לעצב את הדין באופן כזה שמאפשר הגנה רחבה יותר למי שחרג מעקרון זה ופגע בפורץ ללא קיומה של סכנת חיים.

את השקלול והאיזון של מכלול השיקולים הללו משיגה הסוגיה התלמודית באמצעות השימוש בכלי המשפטי של החזקה העובדתית. באמצעותה, נוצרים בסוגיה שני רבדים נורמטיביים: הרובד הגלוי של הנורמה עוסק בדיני ההגנה העצמית, ובמסגרתו קובע הדין כי הריגתו של הפורץ מוצדקת רק משום שהוא מסכן את חייו של בעל הבית. רק במצב זה הופכת הריגתו למידתית ולפיכך למוצדקת. לעומת זאת, הרובד הסמוי של הנורמה מעניק – באמצעות קביעת החזקה ובאמצעות האופן שבו היא מעוצבת – הגנה רחבה למדי למי שהורג אדם הפורץ לביתו. זאת, הן במישור הפרקטי, והן במסר הרטורי המועבר באמצעות אופן ניסוחה של החזקה. רובד זה מבוסס על שיקולים החורגים מדיני ההגנה העצמית הקלאסיים, ולאורם מורחבת ההגנה הניתנת לבעל הבית, גם כאשר לא ניתן למצוא מתאם מידתי בין התקיפה להתגוננות.

(ג) הבניית הריבוד הנורמטיבי באמצעות החזקה התלמודית

הניתוח הספרותי של האופן שבו נוסחה החזקה התלמודית, יחד עם האופן שבו עיצב הדין את האפשרות להפריכה, לימדו אותנו כי אין מדובר כאן בהערכה עובדתית תמימה בדבר אופן התנהגותם של בני אדם, כי אם

⁹⁴ אופן ניסוח החזקה ואופן סתירתה הם שני הטעמים המרכזיים, שעליהם אני מבסס את קריאתי בסוגיה התלמודית. קיימים לכך גם טעמים נוספים, שאין זו המסגרת לדון בהם. ראו שם, בעמ' 61–74.

⁹⁵ לעניין זה ראו Lerner, לעיל ה"ש 48. חשוב להבהיר שעניינו של המאמר אינו בהערכת ההיקף הראוי של הגנת בית המגורים, אלא חשיפת המשמעויות של אופן ההסדרה שלה באמצעות חזקה. ממילא, אינני מביע עמדה בשאלה הנורמטיבית לגופה.

בחזקה המבוססת על שיפוט נורמטיבי של הסיטואציה. לטענתי, הסיבה שבגינה דין המחותר מעוצב באמצעות חזקה עובדתית היא, שעל ידי כך ניתן מצד אחד לסטות במקרה זה מדרישת המידתיות, אולם מצד שני להמשיך ולהצהיר על מחויבות עמוקה לדרישה זו. הדבר אינו נעשה על מנת 'להסתיר' את המניע האמיתי של ההסדר, אלא על מנת לאפשר את קיומו של ההסדר המרחיב תוך שמירה קפדנית, ברמה ההצהרתית והחינוכית, על דרישת המידתיות – דרישה שהמקורות ההלכתיים מחויבים לה.⁹⁶

לפני שנתקדם, כדאי לשים לב ביתר עיון לכמה מאפיינים נוספים של החזקה התלמודית, המסייעים לכינונו של הריבוד הנורמטיבי הזה. המאפיין הראשון שעמדנו עליו הוא העמימות לגבי יכולת הסתירה של החזקה. הסוגיה התלמודית מערערת על ההפרדה הדיכוטומית שבין חזקות הניתנות לסתירה לבין חזקות חלוטות. במקרה התלמודי נקבע במפורש כי החזקה ניתנת לסתירה, אולם היישום של קביעה זו מצומצם למקרה של אב הפורץ לבית בנו, כך שבפועל החזקה מתפקדת (למצער ברגעי הפריצה ממש) כחזקה חלוטה. מבחינה פרקטית החזקה מתפקדת כחזקה חלוטה, שכן אפשרות סתירת החזקה מוצגת בסוגיה כאפשרות תאורטית, כמעט קריקטורית, בעוד שבמישור הדקלרטיבי החזקה תקפה רק כאשר בעל הבית חושש מפני סכנת החיים הצפויה. אילו הייתה החזקה מבוססת על הנחה עובדתית גרידא, היה מצופה שסתירתה תהיה גמישה יותר – כל אימת שמתעורר ספק בדבר נכונותה. בוודאי כך הוא כשעל כף המאזניים מונחים חייו של הפורץ. אך כפי שצינו, הסוגיה מצמצמת את אפשרות סתירת החזקה למקרים תיאורטיים בלבד.

הסוגיה התלמודית רואה בחזקה כחזקה חלוטה, אולם נמנעת מלהצהיר על כך. יתכן שטעם הדבר הוא שחזקה כזו עלולה בקלות רבה 'להיחשף' על ידי נמעני החוק ככזו המסווה דין מהותי. ואכן, העיון בחזקת המסוכנות המודרנית מלמד, כי בשיטות משפט שבהן נקבעה חזקת מסוכנות חלוטה, האירו מבקרי החוק את העובדה שניסוח הדין כחזקה הוא רטורי בלבד. השימוש בחזקה הניתנת לסתירה, לעומת זאת, מסווה את ההיבטים המהותיים והערכיים שבבסיס החזקה בעוצמה רבה יותר, ולכן יצירת האפשרות לסתור את החזקה מצליחה ביתר שאת להסוות את הריבוד הנורמטיבי המתרחש בסוגיה. ניתן לומר אפוא שהריבוד הנורמטיבי מוסווה בסוגיה במסכה מאחורי מסכה: דין מהותי המוסווה כחזקה חלוטה, המוסווה גם היא כחזקה הניתנת לסתירה. מדובר כאן במהלך רטורי מורכב אך בעל תפקיד מכריע לעיצוב הדין; הרטוריקה הזו מאפשרת ליישם שיקולים נורמטיביים מסוימים תוך חינוך נמעני החוק לערכים אחרים: לשדר לנמעני החוק מסר חינוכי בדבר חשיבות עקרון הפרופורציה, אף שהדין המהותי שנקבע על ידה חורג הלכה למעשה מעקרון זה.

נקודה שנייה היא התפקיד הנרטיבי של המהלך הרטורי הזה. חזקה עובדתית מספרת לנמעניה סיפור. היא מתארת בפניהם מה (כנראה) קרה, או איך העולם כרגיל מתנהל. לנרטיב זה השפעה על תפיסת החוק – אין כאן רק הוראה נורמטיבית, ואף לא רק נימוק, אלא גם סיפור המספר כיצד נוהגים אזרחים הגונים (מגינים על ממונם), כיצד נוהגים פורצים (מתכוונים להרוג במקרה הצורך), וכיצד סיפור זה מוביל לתוצאה הנורמטיבית (הבא להורג השכם להורגו). הנרטיב המתואר משכנע את הנמען כי הוא פועל מתוך הגנה עצמית טהורה, מפני תקיפה קטלנית, ללא תלות בשאלה אם הדבר אכן כך מבחינה עובדתית. מחקר יחסי המשפט והספרות עוסק לא מעט במשמעותו של הנרטיב המצוי בכתבי המשפט, כוחו בעיצוב הדין הסופי והשפעתו על נמעני הדין.

⁹⁶ פרשנות החזקה התלמודית כהסדר רטורי שעניינו מתמצה בהסתרת הכרעה הנורמטיבית האמיתית שבבסיס הדין אינה מסתברת, בשל כמה טעמים. ראשית, במבט רחב, המניעים של התלמוד להסתרת הכרעה מהותית צרים ביחס לאלו של מחוקק מודרני, שהכרעותיו נתונות לביקורת שיפוטית וציבורית. שנית, פשוטו של הדין המקראי מאפשר, ובאופן פשוט יותר, להעניק לגיטימציה לשימוש בכוח קטלני לשם הגנת רכוש. אם התלמוד היה 'מתבייש' בהכרעתו הנורמטיבית, אין זה סביר שיתחבא מאחורי חזקה עובדתית ולא מאחורי פשוטו של מקרא. שלישית, המחויבות של המקורות התנאיים שבבסיס הסוגיה התלמודית לדרישת מידתיות נוקשה יחסית היא מפורשת, והתלמוד הדן במקורות אלו מניח את הנחת היסוד הזו בבסיס דיוניו.

אולם מטבע הדברים, לרוב מתקיים דיון זה סביב העשייה השיפוטית ופסקי הדין הנוצרים במסגרתה, ופחות בכוחו הנרטיבי של נוסח החקיקה (או במקרה שלנו, 'דברי ההסבר' שלה).⁹⁷ מן הסתם, בשל אופיה הספרותי של הוראת חוק הרי שמגוון הכלים הנרטיביים העומד לרשותה הינו מצומצם, אך שימוש בחזקה עובדתית הוא אחד האמצעים הללו אשר סוגייתנו עושה בו שימוש. החזקה המובאת בסוגיה היא בעלת פוטנציאל נרטיבי גבוה מן הפוטנציאל הטמון בחזקות עובדתיות בכלל, וזאת בשל אופייה המתגלגל של החזקה: היא אינה מתייחסת לכוונת הפורץ בלבד, אלא מציירת מהלך שלם של דפוסי פעולה (וכוונה) של בעל הבית מזה, ושל הפורץ מזה. לסיכום, חזקת המסוכנות התלמודית מאפשרת לכוון ריבוד נורמטיבי בין המסר המועבר לבעל הבית, שלפיו עליו להיות מחויב לעקרון הפרופורציה (אלא שמותר לו לחשוש לחייו), לבין המסר המועבר לגנב, שלפיו בכל פריצה הדין מתיר לבעל הבית להתגונן מפניו בכוח קטלני. המנגנון המאפשר את הריבוד הזה הוא ביטוי ההכרעה הנורמטיבית באמצעות הערכה עובדתית: במקום להכריע לטובת הריגת הגנב, נקבעת הערכה עובדתית בקשר למניעיו. אלא שהמניע הנורמטיבי שמאחורי ההכרעה העובדתית הזו נותר גלוי למעיין, הן בניסוח החזקה והן באופן יישומה. מנגנון ההסתרה המאפשר את הריבוד הנורמטיבי מתוחזק על ידי הסוואת היות החזקה (כמעט) חלוטה, ועל ידי העוצמה הנרטיבית שיש בדיון בהערכות עובדתיות כתחליף לדיון בהכרעות ערכיות.

ד. מחיר המניפולציה: השוואה למנגנון ההפרדה האקוסטית

לאחר שעיינו בארגז הכלים המשמש את הסוגיה התלמודית להבניית הריבוד הנורמטיבי בדין המחותרת, נפנה להשוואת תוצאתו של ריבוד זה עם מנגנון משפטי נוסף, המביא לתוצאה דומה: מנגנון ההפרדה האקוסטית. ההשוואה בין הדברים תסייע לחדד את המחיר שעשוי המשפט לשלם על הניסיון לכוון ריבוד נורמטיבי בכלל, ובאמצעות חזקה בפרט.

במהלך הדיון בהגנת בית המגורים עמדנו על הדילמה הטבועה במצב בעייתי זה: מחד גיסא, אגרגציה של שיקולים משיקולים שונים דוחפת לקביעת הגנה רחבה עבור מי שהרג פורץ שחדר לביתו, אולם מאידך גיסא שיקולים אלו אינם מסוגלים 'לפרוץ' את מחסום הפרופורציונליות המצוי ביסודה של ההגנה העצמית. החזקה התלמודית יוצרת מבנה נורמטיבי כפול רבדים שמטרתו לשמש, במובן מסוים, מענה לקושי זה. באמצעות מבנה זה, מסוגל הדין לאחוז את החבל בשתי קצותיו: מחד גיסא, במישור הרטורי והחינוכי הוא מבהיר לנמעני החוק את חשיבות ערך החיים ומקבע עקרון של מידתיות נוקשה יחסית במצב של הגנה עצמית קטלנית, תוך שלילת האפשרות של הריגה לשם הגנה על רכוש בלבד. מאידך גיסא, במישור המעשי הוא מצליח ליצור הרתעה אפקטיבית כלפי פורצים, היודעים שכמעט בכל מקרה יסבור בעל הבית שמותר לו להורגם.⁹⁸

⁹⁷ בהקשר השיפוטי ראו שולמית אלמוג **משפט וספרות** 39–42, 57–96 (2000). בהקשר החקיקתי ידועה מימרתו של השופט קרדוזו, כחיוזק לטענתו בדבר היות המשפט בעל ערך ספרותי, על סופר צרפתי שהיה שבוי בקסמו של הקוד הנפוליאוני, עד כי נהג לקרוא מדי יום כמה פסקאות מתוכו עוד לפני ארוחת הבוקר (ראו אלמוג, שם, בעמ' 39). אך מעבר לאנקדוטה זו, מלומדים רבים הביעו סקפטיות לגבי היכולת של כללים (rules) לשמש כנרטיבים, ראו למשל Linda E. Edwards, *The Convergence of Analogical and Dialectic*, 20 LEG. STUD. FORUM 7, 22 (1996); *Imaginations in Legal Discourse*, 20 LEG. STUD. FORUM 7, 22 (1996); אולם יש שהביעו דווקא תמיכה בטענה כי ביכולתם של כללים להכיל מרכיב נרטיבי דומיננטי, ראו Stephen Paskey, *The Law is Made of Stories: Erasing the False Dichotomy Between Stories and Legal Rules*, 11 LEG. COMM. & RHETORIC 51 (2014).

אחד המלומדים שערך טיפולוגיה של רמת נרטיביות בקבצי חוקים, עשה זאת דווקא בהקשר של המשפט העברי, ראו MOSHE SIMON, *STORIES OF THE LAW: NARRATIVE DISCOURSE AND THE CONSTRUCTION OF AUTHORITY IN THE MISHNAH* (2012). בחיבור זה ניתח סימון-שושן את אחד הקודקסים החשובים של המשפט העברי – המשנה – באמצעות התבוננות בנרטיבים שהוא מכיל. במסגרת הטיפולוגיה שערך לאמצעים נרטיביים שונים הקיימים במשנה (ראו שם, פרק 3) לא התייחס סימון-שושן במפורש לחזקות, אך מעקרונותיה של טיפולוגיה זו ניתן להסיק שמדובר בטקסט בעל נרטיביות גבוהה יחסית.

⁹⁸ לניתוח דומה של סוגיה אחרת ראו Porat, לעיל ה"ש 43, בעמ' 154. באותו מאמר דן המחבר בסוגיית ההגנה העצמית הקטלנית מפני אונס, וטוען שלמרות שהדין מציב תנאים נוקשים לשימוש בהגנה עצמית מפני אונס (בשל הקפדתו העקרונית על עקרון הפרופורציה),

כדי להנהיר את טיבו של הריבוד הנורמטיבי הזה, נשווה אותו לרעיון תורת משפטי אחר – רעיון ההפרדה האקוסטית של מאיר דן-כהן.⁹⁹ רעיון זה חשוב עבורנו מפני שבדומה לחזקה, גם הוא מציג כיצד המערכת המשפטית מסוגלת להשמיע לנמענים שונים מסרים שונים, ובכך להכיל כמה עמדות ערכיות שעשויות לסתור זו את זו. העיון ברעיון זה יבהיר לנו, מצד שני, גם כמה מחסרונותיו האפשריים של ריבוד שכזה.

1. מהי הפרדה אקוסטית

בעקבות ההבחנה שבין כללי התנהגות (המורים לאזרח כיצד לנהוג) לבין כללי הכרעה (המורים לשופט כיצד להכריע בדיון), מציע דן-כהן את הניסוי המחשבתי הבא: נדמיין לעצמנו עולם המחולק לשני חלקים נפרדים, שקיימת הפרדה אקוסטית ביניהם – מי שמצוי בחלק אחד אינו יכול לשמוע את שנאמר בחלק השני. בחלק האחד מצויים האזרחים, ולהם נמסרים כללי התנהגות בלבד; בחלק השני נמצאים פקידי מערכת המשפט – שופטים ואחרים – שלהם נמסרים כללי ההכרעה בלבד. כל קבוצה אינה מכירה את הכללים שנאמרו לקבוצה השנייה. אין הכרח שתתקיים חפיפה בין כללי ההתנהגות לכללי ההכרעה. יתכן שכללי ההכרעה ינחו את השופט לפסוק בניגוד (ולמצער לא בהתאמה מלאה) לכללי ההתנהגות שהנחו את האזרח הנדון. לפיכך, תוכנם של כללי ההתנהגות כשלעצמם אינו משפיע על הכרעת השופט לגבי התנהגויות אלו, וכן להפך – תוכנם של כללי ההכרעה אינו משפיע על התנהגותם של האזרחים. במאמרו המכונן בעניין זה, בוחן דן-כהן השלכות אפשריות של מצב דברים שכזה, בתחומי משפט שונים.

במציאות כמובן שלא תיתכן הפרדה אקוסטית מלאה כמו בניסוי מחשבתי זה. אין הפרדה אמתית בין הציבור הרחב לבין הפקידות המשפטית, וכל קבוצה חשופה למסרים הנורמטיביים שהחוק מוסר לזולתה. משכך, טוען דן-כהן, בעולם שלנו יש לכללי ההכרעה 'תופעות לוואי': האזרח עלול לקבוע את התנהגותו לא על פי כלל ההתנהגות הרלוונטי, אלא על פי מה שידוע לו שהשופט יכריע בעניינו. לפיכך, מערכת משפטית בעולם האמיתי איננה יכולה להכיל סתירות חריפות בין כללי ההתנהגות לכללי ההכרעה.

עם זאת, סבור דן-כהן כי קיימת בעולמנו הפרדה אקוסטית חלקית בין נמעני כללי ההתנהגות ובין נמעני כללי ההכרעה. הפרדה זו מבוססת על פערים טבעיים הקיימים בין שפתו של הציבור הרחב ובין השפה המשפטית-מקצועית של הפקידים. פער זה משתנה בין חברות ואוכלוסיות שונות, אך הוא קיים בכל מערכת משפטית שהיא. פער זה מאפשר למערכת המשפטית להכיל כללי הכרעה שאינם מקבילים בדיוק לכללי ההתנהגות. במסגרת פער זה, קיימים כללי התנהגות וכללי הכרעה שאינם חופפים לחלוטין, ומועברים "שדרים סלקטיביים" של מידע חלקי מקבוצה לקבוצה בהתאם לצרכיה של המערכת המשפטית.¹⁰⁰

הרי ששיקולים מעשיים שונים מצביעים על כך שהלכה למעשה השימוש בהגנה עצמית יהיה רחב יותר. ההבדל אפוא בין טענה זו ובין טענתי כאן הוא ששם ההפרדה האקוסטית נובעת, לפי הנטען, מן הפער שבין הדין ליישומו, ואילו כאן ההפרדה האקוסטית נובעת בין שני רבדים שונים של הדין עצמו – הרובד הגלוי והרובד הסמוי שלו.

⁹⁹ Dan-Cohen, לעיל ה"ש 3. לסקירת הדיון שהתעורר בעקבות רעיון ההפרדה האקוסטית, ראו למשל Richard Singer, *On Classism and Dissonance in Criminal Law: A Reply to Professor Meir Dan-Cohen*, 77 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 69 (2009) (Kimberly Ferzan et. Al eds. 2009); CRIMINAL LAW CONVERSATIONS 3-28 (1986). רעיון ההפרדה האקוסטית משמש גם רבים מחוקרי המשפט העברי על מנת להנהיר מצבים שונים של ריבוד נורמטיבי בהלכה; על כך ראו ראו למשל שי עקביא וזנר "על קוהרנטיות ואפקטיביות בהלכה: בירור ראשוני של ההבחנה בין לכתחילה ודיעבד" **דיני ישראל** כ 43, 69 (התשס"א) (להלן: וזנר "לכתחילה ודיעבד"); שי עקביא וזנר "על כללי התנהגות והכרעות שיפוטיות בהלכה ובמשפט" **עיוני משפט** לב 305 (2010); Porat, Ronit Irshai, *Public and Private Rulings in Jewish Law* (2011) 536 **איש החזון** 154; בעמ' 154; בנימין בראון **החזון איש** 536 (2011); 3 J. L. RELIGION & STATE 25, 27 (2014) (Halakhah): Flexibility, Concealment, and Feminist Jurisprudence, שם, בעמ' 634-635.

דן-כהן מדגים את טענתו זו באמצעות התבוננות בכמה דוגמאות מן המשפט הפלילי, ולשם ההדגמה נתבונן בדוגמאותיו מתחום ההגנות הפליליות. בהקשר זה, מתמקד דן-כהן ביכולתן של הגנות פליליות מסוימות לשמש כהגנות רצויות ויעילות כאשר הן מתפקדות ככלל הכרעה בלבד – כאשר הן גלויות רק לשופט היושב בדין, ולא לעבריינין שביצע את העבירה. הדוגמה המרכזית היא הגנת הצורך: למרות שהגנה זו נתפסת כצידוק, היינו כמעשה שהמשפט מעודד את עשייתו, לפעמים מוטב שהאזרח דווקא לא יהיה מודע לקיומה של ההגנה כאשר הוא מחליט כיצד לפעול, שכן הדבר עשוי להטות את שיקול דעתו. אדם זה עשוי ביתר קלות להתיר לעצמו את עשיית העבירה, ולהניח שיש לו צורך ממשי בביצועה, מתוך הנחה שאם יועמד לדין, הוא יזכה להגנה הפלילית. לעומת זאת, כאשר האזרח אינו מודע להגנת הצורך, ובוחר לפעול באופן פלילי על אף שתוטל עליו אחריות פלילית, ניתן להניח ביתר ביטחון שאכן עמד לו צורך ממשי בביצוע העבירה.¹⁰¹

מנגנון ההפרדה האקוסטית, כלומר ההפרדה ואי-ההלימה בין כללי התנהגות לכללי הכרעה, אכן מאפשרים קיומו של ריבוד נורמטיבי: הם מאפשרים להורות לאזרח להתנהג בצורה אחת, ואילו לשופט להכריע את דינו בצורה אחרת. שני הרבדים המתוארים כאן הם שני שלבים שונים (שלב ההתנהגות ושלב הסנקציה) המבוצעים על ידי נמענים שונים של מערכת המשפט (האזרח והשופט); כל אחד מהם מונחה על ידי הכרעה נורמטיבית שונה (לאזרח: העדף את הערך החברתי המוגן על פני הצורך שלך בהפרתו, ולא – תהא חשוף לסנקציה; לשופט: העדף את הצורך של האזרח על פני הגנת הערך החברתי); ונדרשים אמצעים רטוריים – המבססים את ההפרדה האקוסטית – על מנת לגשר על הפער. כפי שדן-כהן שם לב היטב, היתרון הפוטנציאלי הגלום במערכת משפטית מפוצלת שכזו הוא היכולת שלה להחזיק בעת ובעונה אחת בכמה השקפות ערכיות באותו הקשר, מבלי שהדבר ייצור סתירה צורמת מפורשת. המערכת יכולה לשקף באמצעות כללי ההתנהגות שלה איזון ערכי מסוים, ובאמצעות כללי ההכרעה שלה איזון ערכי אחר; ההפרדה האקוסטית, והשדרים הסלקטיביים המועברים במסגרתה, מאפשרים לתופעה כזו להתקיים מבלי שהדבר יוצר סתירה לוגית או נורמטיבית. למשל, המערכת המשפטית יכולה מצד אחד לקבוע כללי התנהגות מחמירים, שבאמצעותם מבוטאת סלידה חברתית מפעולות מסוימות ואף מושגת הרתעה מביצוען, ומאידך גיסא לקבוע כללי הכרעה מקלים יותר, המבטאים תפיסה מקלה של אחריות פלילית, או הצדקה בדיעבד של אותם מעשים שאת ביצועם ניסינו למנוע מלכתחילה.¹⁰²

2. בין הפרדה אקוסטית לחזקה

מנגנון ההפרדה האקוסטית בנוי על הפער שבין כללי הכרעה לכללי התנהגות, ואילו הריבוד הנורמטיבי המושג באמצעות החזקה בנוי על הפער שבין המישור הנורמטיבי למישור העובדתי. אולם התוצאה המושגת בשני המצבים דומה: שימורה של הכרעה נורמטיבית אחת בהקשר אחד, תוך שימורה של הכרעה נורמטיבית חלופית בהקשר אחר. אך ההשוואה בין המנגנונים המשפטיים הללו אינה מסתכמת בהדגמת הריבוד הנורמטיבי שקונסטרוקציות משפטיות מסוגלות ליצור; היא גם מבהירה את ההסתמכות של מנגנונים אלה על טשטוש והטעייה רטוריים. ההפרדה האקוסטית מתבססת על העברת מסרים באופן סלקטיבי; מרכזו של הרעיון נטוע בעולם המושגים של רטוריקה ושכנוע.¹⁰³ ההפרדה בין המסרים שמעבירה המערכת המשפטית לקהלים שונים,

¹⁰¹ שם, בעמ' 637.

¹⁰² שם, בעמ' 632–633; ושם, בעמ' 665: "[T]he use of selective transmission permits the law to maintain higher degrees of both deterrence and leniency than could otherwise coexist".

¹⁰³ על ההבחנה בין טיעונים לוגיים וטיעונים רטוריים בהקשר המשפטי, ראו כתיבתו הענפה של חיים פרלמן; לעניינו, השוו למאמרו Chaim Perelman, *The Use and Abuse of Confused Notions*, in *JUSTICE, LAW AND ARGUMENT* 95 (1980).

או ההפרדה בין המסר הגלוי למסר הסמוי של הסדר משפטי, מתמקדים ביכולות הרטרוריות של המערכת המשפטית להשמיע מסרים שונים לקהלי יעד שונים ולפיקך מעוררים דיון בנוגע לאמצעים הרטרוריים העומדים לרשות המערכת המשפטית וללגיטימציה של הפעלתם. משכך, לא פעם נדונה ההפרדה האקוסטית כחלק מדיון בהיבטים הרטרוריים של מערכת המשפט באופן כללי, כמו בקשר לריאליזם האמריקני.¹⁰⁴ אמנם, חשוב לשים לב למטרה הייחודית של הרטוריקה במקרה שלנו. כפי שהזכרתי, במקרים רבים עוסק הדיון ביחס שבין רטוריקה ומשפט, בהקשרים שכינתי הקשרים מוסדיים: שימוש ברטוריקה משכנעת לשם הגברת אמון הציבור, הגברת הציות, הצגת מצג שמרני או מרוסן ביחס להתפתחות המשפט או ביחס להתערבות בהחלטות רשויות שלטון אחרות; לעומת זאת, מטרתה של הרטוריקה במקרה שלנו היא פנימית: היא מאפשרת לשיטת המשפט עצמה, בקרבה פנימה, להכיל בו-זמנית ערכים סותרים, וכך לאפשר פתרון לדילמה המשפטית – כאשר ללא האמצעי הרטורי הייתה נאלצת השיטה להכריע בה בצורה בינארית.

המאפיין הרטורי של מנגנון ההפרדה האקוסטית טומן בחובו אפוא ממד מטעה. ממד זה הוכר אצל כמה הוגים שעסקו בהיבטים המטעים שיש לכללים משפטיים. הוגים אלו, הדנים במצבים שבהם כלל משפטי מנוסח באופן המטעה את נמעניו, ובמניעים ליצירתן של הטעיות כאלה, שמו לב לכך שאחד הכלים המאפשר ליצור הטעיה כזו הוא יצירתה של הפרדה אקוסטית.¹⁰⁵ תשומת לב זו מעוררת מאליה ביקורת נורמטיבית על מנגנון ההפרדה האקוסטית – שאלת הלגיטימציה של הסוואת החוק, או ניסוחו באופן מניפולטיבי, על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי. דן-כהן עצמו היה מוטרד מן השאלה הזו, והוא הקדיש לה דיון נרחב.¹⁰⁶ ליתרונותיה של מערכת נורמטיבית מפוצלת – קרי, יכולתה להכיל סתירות ערכיות – יש מחיר לא פשוט מנקודת מבט ליברלית. הקושי המרכזי הוא, כמובן, עיצוב הדין באופן שמסתיר מרכיבים מסוימים מהמכלול הנורמטיבי מעיני הציבור. חשיפת נמעני החוק רק לכללי ההתנהגות של המערכת המשפטית, תוך חשיפה סלקטיבית בלבד לכללי ההכרעה, עלולה לפגוע בהיבטים שונים של עקרון שלטון החוק, כמו עקרון החוקיות והחובה שכללים משפטיים יהיו מפורסמים ובהירים. יתרה מכך, השימוש של מחוקק באמצעים מניפולטיביים פוגע גם באוטונומיה ובבחירה החופשית של נמעני החוק, בבואם להחליט אם יצייתו לחוק.¹⁰⁷ בעיה דומה קיימת בשימוש בחזקה, כלומר ביצירת מצג של הערכה מציאותית כנה, שמטרתה איננה אלא הפעלתו של דין מהותי מסוים.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Porat, לעיל ה"ש 43, בעמ' 126 (המקשר בין ההבחנה הקיימת בין 'הלכה' ל'הלכה למעשה' ובין הריאליזם האמריקני) ולאחר מכן בעמ' 154 (המשווה בין הבחנה זו ובין תיאוריית ההפרדה האקוסטית).

¹⁰⁵ ראו Larry Alexander & Emily Sherwin, *The Deceptive Nature of Rules*, 142 U. PA. L. REV. 1191 (1994); LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *THE RULE OF RULES* 54, 86 (2001). בהקשר זה ראו גם את כתיבתו של Frederick Schauer, *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire*, 48 WM. & MARY L. REV. 1579 (2007). בהקשר של העשייה השיפוטית מתנהל דיון נרחב באשר ליתרונות ולחסרונות של כנות ופתיחות שיפוטית אל מול שימוש ברטוריקה מסווה; ראו למשל זמיר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 399–403, ובהפניות הרבות שם. חלק מן הטיעונים שהועלו בדיון זה משיקים לענייננו, אולם יש לזכור כי דיון זה מתקיים על רקע האופי הייחודי של הכתיבה השיפוטית ושל הפוטנציאל הרטורי הטמון בה, בעוד שכאן אנו עוסקים בטיעון בדבר קיומה של הטעיה כתכונה אינהרנטית של כללים משפטיים, ובתפקידה של ההפרדה האקוסטית במסגרת הטעיה זו.

¹⁰⁶ Dan-Cohen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 665. לדיון בהקשר של המשפט העברי בלגיטימציה ואפקטיביות של הסדר מסוג זה ראו ווזנר "לכתחילה ודיעבד", לעיל ה"ש 99.

¹⁰⁷ על מנת לדון ברצינות בבעיות הללו, נדרש דיון יסודי במושגים אלו, ובפרט במושג האוטונומיה. לא אוכל לערוך דיון שכזה במסגרת זו, אולם אצא מנקודת הנחה שאכן יש כאן בעיה מסוימת. הבעיה יכולה להיות מופנית גם כלפי חששות לניצול כוחו המטעה של החוק לרעה על ידי השלטון, ולא דווקא כבעיה אינטרינזית בחשיפה חלקית או מטעה של תוכן החוק.

¹⁰⁸ בעיה זו קיימת, כמובן, גם כאשר המטרה הרטורית היא שימור הלגיטימציה המוסדית או התוכנית של הדין המהותי, ולא רק כאשר נוצר ריבוד נורמטיבי. היחס לבעיית הלגיטימציה עשוי מטבע הדברים להשתנות בשני ההקשרים הללו, והספרות הקלאסית העוסקת בחזקות אכן העירה הערות ביקורתיות, כפי שראינו, על השימוש בחזקה לצורך הסתרת שינוי בדין המהותי. בדברים שלהלן אנו מתייחסים להטעיה שמטרתה פנים-מערכתית – כינונו של ריבוד נורמטיבי – והשיקולים הרלוונטיים בקשר לשאלת הלגיטימציה בהקשר זה שונים.

המסגרת הזו איננה מתאימה לדון באופן מעמיק בשאלה זו; די אם נאמר כי שאלת הלגיטימציה של חוק מניפולטיבי תלויה בסופו של דבר בהשקפות ערכיות, הנגזרות הן מתפיסת הבעייתיות שבמניפולציה כזו, והן מהנחות יסוד בדבר טוהר כוונתו של המחוקק.¹⁰⁹ מכל מקום, מטרתי כאן, באמצעות ההשוואה למנגנון ההפרדה האקוסטית, היא להציף את השאלה – ולהצביע על כך שהיא הולמת גם, בשינויים המתבקשים, את האופן שבו תיארתי כיצד החזקה יוצרת מבנה נורמטיבי מרובד. כוחו של הריבוד הנורמטיבי הנוצר באמצעות החזקה טמון בהצגתה של הכרעה נורמטיבית באמצעות הערכה עובדתית, אשר נדונה כשלעצמה לפי הכרעה נורמטיבית חלופית. במצבים אלה, האופן הפורמלי שבו מנוסחת החזקה, מכסה באמצעות הערכה עובדתית, שאינה כנה, את הכרעתו הנורמטיבית (החלקית) של המחוקק. שאלת הלגיטימציה של מצב דברים זה ראוייה אפוא לתשומת לב.

נסכם: את המבנה הדו-רובדי של חזקת המסוכנות התלמודית השוונו לרעיון ההפרדה האקוסטית. רעיון זה מציע מבנה דו-רובדי של החוק, המנוסח באופן אחד כמערכת כללית הכרעה ובאופן שונה כמערכת כללית התנהגות. נקודת ההשוואה בין דין המחותר ובין רעיון זה היא שבשני המקרים מדובר במבנה משפטי בעל כמה רבדים, ובשניהם מטרת הריבוד היא לאחוז במקביל בשתי הכרעות ערכיות שקיים מתח ביניהן. בשני המקרים, עם זאת, הקונסטרוקציה המשפטית המתחזקת את הריבוד הנורמטיבי היא שונה: בראשון מדובר בריבוד בין הרובד הגלוי והרובד הסמוי של כלל ההתנהגות, באמצעות השימוש בחזקה; ואילו בשני מדובר בריבוד בין כלל ההתנהגות הנמסר לאזרח ובין כלל ההכרעה הנמסר לשופט, באמצעות הפרדה אקוסטית ושדרים סלקטיביים. נקודת דמיון נוספת בין המקרים הוא שבשניהם החוק מטעה במידת מה את נמעניו, אם באמצעות קביעת כלל התנהגות שאינו משקף את כלל ההכרעה שיבוא בעקבותיו, ואם באמצעים רטוריים המציגים את ההכרעה הנורמטיבית כהערכה עובדתית שעליה מופעלת הכרעה נורמטיבית חלופית. הטעיה זו מעוררת את שאלת הלגיטימציה של שימוש בקונסטרוקציות משפטיות רטוריות ומניפולטיביות על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי. לפחות בנוגע לסוגיה הספציפית של הגנת בית המגורים, התלמוד אכן נוקט באסטרטגיה זו על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי, ומביע במשתמע את עמדתו שלפיה יתרונותיו של ריבוד שכזה מצדיקות את האלמנט המניפולטיבי שנלווה לשימוש בחזקה. דומני, אף שאין ביכולתי להרחיב במסגרת הנוכחית, כי עמדה זו משקפת נקודת מבט עקרונית יותר של המשפט העברי.¹¹⁰ מכל מקום, אף שענייננו הוא ניתוח תיאורי של פועלה של החזקה, ולא הערכה נורמטיבית שלה, מן הראוי לשים לב לדילמה הערכית הזו.

¹⁰⁹ הדיונים העוסקים בלגיטימציה של מניפולציה חקיקתית העלו כמה תובנות בהקשר זה. מעבר להערכה הערכית של מידת הפגיעה באוטונומיה מזה, והיקף חזקת הכוונה הטהורה שראוי להעניק למחוקק מזה, הושם דגש על כך שלפחות בהקשרים מסוימים, ההטעיה הגלומה בכללים משפטיים אינה הטעיה מכוונת, אלא תוצר לוואי אינהרנטי של מאפייניה. כלומר, אין מדובר במחוקק ספציפי אשר מנסה במודע להטעות את נמעני החוק, אלא שהאופי הגורף של כללים משפטיים והרבדים הנורמטיביים השונים הנוצרים במסגרת התפתחותו של דין, עשויים להגיע לתוצאה שכזו. דן-כהן הדגיש היבט זה כאשר דן בהפרדה האקוסטית, וטען כי הפרדה שכזו אינה נוצרת במכוון, אלא היא בבחינת "strategies without a strategist [...] that no one is there to have invented them, and few who can be said to have formulated them", כלשונו של מישל פוקו (Dan-Cohen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 636-635). בהקשר של המשפט העברי השוו בנימין פורת "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל 179, 203 (התשע"ה). על בעיית הלגיטימציה של הסדרים מניפולטיביים בהקשריה השונים ראו Dan-Cohen, שם, בעמ' 661; Singer, לעיל ה"ש 99, בעמ' 98; וזוגר "לכתחילה ודיעבד", שם; Anne M. Coughlin, *Of Decision Rules and Conduct Rules, or Doing the Police in Different Voices*, in: Kimberly Ferzan et. Al eds. 2009) CRIMINAL LAW CONVERSATIONS 15-16; Alexander & Sherwin, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1213 ואילך.

¹¹⁰ המחקר עמד על ריבוי המופעים של ריבוד נורמטיבי במסגרת המשפט העברי. אשר לשימוש בהפרדה האקוסטית, ראו לעיל ה"ש 99; למנגנונים אחרים של ריבוד נורמטיבי ראו גם את המושג 'דו-מישוריות' של ההלכה (ראו: אהרן קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין** 54 (התשע"ג); אהרן קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי** 419-441 (התשס"ה)). וראו עוד מני מאוטר "אקוויטי במשפט העברי" **עיוני משפט** יח 639 (1994).

קצרה היריעה מלדון כאן בטעמה של הנטייה הזו במסגרת המשפט העברי. אציין עם זאת בקצרה כיוון חשיבה מסוים: בסוף ספרו העוסק בסטיית השופט מן הדין, טוען חנינה בן-מנחם שקיימת מחלוקת עקרונית בין תפיסת שלטון החוק המשתקפת בחשיבה המשפטית המערבית לבין התפיסה ההלכתית. לפי תפיסת שלטון החוק המערבית, החברה צריכה להיות נשלטת על ידי חוקים ולא על

ה. השימוש בחזקה ככלי לכינון ריבוד נורמטיבי בחשיבה המשפטית המודרנית

ניתחנו בהרחבה כיצד השימוש במנגנון המשפטי של החזקה מאפשר לסוגיה התלמודית לכוון ריבוד נורמטיבי בין המסר המעשי והחינוכי שמביע החוק כלפי הפורץ, ובין המסר המובע כלפי בעל הבית. האם תובנה זו מעניקה פשר גם לשימוש המודרני בחזקות מסוכנות? מן העבר האחד, הדוגמה התלמודית היא דוגמה טובה לאופן שבו חזקת המסוכנות עשויה לכוון ריבוד נורמטיבי, שכן היא מזקקת ומנקה רעשים חיצוניים כמו שיקולים מוסדיים. אולם מן העבר השני, יש לשים לב להבדלים חשובים בין החזקה התלמודית לבין חזקות מסוכנות מודרניות. מעבר לפערים כרונולוגיים ותורת-משפטיים כלליים בין המשפט התלמודי למשפט המודרני, יש לשים לב לכך שחזקת המסוכנות התלמודית אינה מתפקדת באופן קלאסי, ככלי של דיני הראיות המנחה את השופט, אלא כ'דברי הסבר' לדין המהותי. היא איננה מעבירה את נטלי הראיה בין צדדים למשפט שלאחר מעשה, אלא מעבירה את ה'נטל' התודעתי של בעל הבית בקשר לחששו מהפורץ בשעת מעשה. גם היותה של החזקה חלוטה בהקשר הזה, מכוון לתודעתו הפנימית של בעל הבית אשר צריך להחליט כיצד לפעול, ולא לצדדים המתדיינים בבית המשפט. מאפיינים אלה מאפשרים לסוגיה התלמודית להפעיל כלים טקסטואליים, נרטיביים ומשפטיים במסגרת כינון הריבוד הנורמטיבי, שזמינותם מוגבלת כאשר עסקינן בחזקת המסוכנות הרגילה. אף על-פי כן, דומני כי המאפיין הבסיסי שזיהינו בחזקת המסוכנות התלמודית, משחק תפקיד גם בהקשר זה. נפנה אפוא לבחינתה של שאלה זו.

1. הריבוד הנורמטיבי שבחזקת המסוכנות המודרנית

האם דיוננו בחזקת המסוכנות שבדין הבא במחתרת עשוי לתרום להבנתו של המוסד המשפטי המודרני המקביל? האם השימוש בחזקות אלו בחקיקה המודרנית, בדומה לתופעה שנחשפה בדין הבא במחתרת, יוצר רבדים נורמטיביים שונים בדיני הגנת בית המגורים? וכיצד יש להעריך את הלגיטימציה של יצירה זו? הערכה מפורטת של היבטים אלו דורשת עיון מדוקדק בווריאציות השונות של החזקה בדברי החקיקה המרובים שאימצו אותה, עיון שמסגרת זו צרה מלהכילו. יחד עם זאת, אבקש לעמוד על תובנות חשובות, תוך הבחנה בכמה קווים כלליים המשותפים לחזקות המסוכנות השונות שאומצו בחקיקה המודרנית.

לא יהא זה מופרך לשער שהמחוקקים העושים שימוש בחזקת המסוכנות, אכן שואפים לקבוע באמצעות הדין הפרוצדורלי-ראייתי כללים נורמטיביים, אולם מבלי לפגוע באופן מפורש בעקרון הפרופורציה.¹¹¹ בכך, הם מגנים באופן נרחב על בעל הבית המתגונן ומצדיקים את מעשיו, מבלי לחרוג מן הכלל שלפיו אין להגן על רכוש באמצעות כוח קטלני. ההגנה הרחבה מבוססת על שיקולים הנורמטיביים השונים שעמדנו עליהם, כגון אשמת הפורץ, אזלת ידם של רשויות אכיפת החוק, חוסר הוודאות שבה נתון המתגונן וכיוצא באלו; בגינם של שיקולים

ידי אנשים, משום שהאדם עלול להיות שרירותי או קפריזי, ולכן גם השופט צריך להיות מונחה ומחויב לכללים שהחוק מורה לו. לעומת זאת, התפיסה ההלכתית היא שמעורבותו של האדם בפרשנות וביצירת החוק היא בלתי-נמנעת, ועל כן יש לסמוך על הדיינים ולאפשר להם לסטות מהדין הכתוב לפי נסיבות העניין (HANINA BEN-MENAHEN, JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW) (1991: 180-181). בן-מנחם רואה אפוא בתפיסה ההלכתית ניגוד מסוים לעקרון שלטון החוק, ואת הלגיטימציה שלה הוא מבסס על תפיסת עולם הרואה במעורבותם של בני האדם ביצירת החוק בלתי נמנעת, ומעניקה להחלטותיהם 'חזקת כוונה טובה'. יתכן שעמדה ריאליסטית אך אופטימית זו יכולה להסביר את הנטייה האמורה. אין ספק, שהמפגש של ההלכה עם עקרונות היסוד הליברליים בהקשר זה, מטרידה את הכתיבה המודרנית בהקשרים עכשוויים, כשעקרונות של שקיפות תופסים מעמד מרכזי בתודעה הציבורית. ראו למשל Irshai, לעיל ה"ש שגיא! **הסימניה אינה מוגדרת**; נריה גוטל "גילוי וכיסוי בפסיקת הרב" **רבנות: האתגר** כרך שני 537 (ידידיה צ' שטרן ושוקי פרידמן עורכים, התשע"א).

¹¹¹ השו Lerner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 360.

נורמטיביים אלו נקבעת חזקה עובדתית – שקשה לשער שיש לה ביסוס אמפירי מוצק – המצדיקה את פועלו של המתגונן. אמנם, ייתכן שבבסיס הניסיון הזה לא עומדת תפיסה כנה בדבר חשיבות עקרון הפרופורציה, אלא ניסיון הסתרה של ההכרעה הנורמטיבית, שהמחוקק מתבייש בה – או חושש מפני ביקורת שיפוטית או ציבורית כלפיה;¹¹² אולם לאור המחויבות הכללית של המשפט המקובל לעקרון הפרופורציה, והתובנה כי דיני הגנת בית המגורים הם 'איים' חריגים בנוף הזה,¹¹³ האפשרות שלפיה המחוקק המודרני נעזר בחזקת המסוכנות על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי, היא אפשרות סבירה בהחלט. מכל מקום, גם אם מדובר בשאיפה ליצירת מבנה נורמטיבי מרובד – ולאור המחויבות הכללית לעקרון הפרופורציה, יש יסוד לטענה שזהו אכן המצב – תשומת לב לפער בין המאפיינים של החזקה התלמודית לבין המאפיינים של חזקת המסוכנות המודרנית עשויים ללמדנו על מידת ההצלחה של פרויקט שכזה.

הבדל מרכזי אחד שהוזכר לעיל הוא שחזקת המסוכנות המודרנית מנוסחת, מטבעה, ככלל הכרעה ראייתי, בעוד שחזקת המסוכנות שבתלמוד מנוסחת כנימוק וכ'דברי הסבר' לכלל ההתנהגות. האילוץ הזה נובע מכך שדיני ההגנות הפליליות מצויים במישור כללי ההכרעה ולא כללי ההתנהגות, וכן מכיוון שהחזקות שייכות אף הן לתחום הראייתי. דברו של המחוקק בקשר לדיני הגנת בית המגורים, מנוסח אפוא כלפי בית המשפט הדן בסוגיה בדיעבד, ולא כלפי השחקנים הראשיים של המחזה – בעל הבית והפורץ. לעובדה זו עשוי להיות יתרון, בהקשרים מסוימים, במישור הרטורי, אולם בענייננו הופך יתרון זה לחיסרון: הכוח האצור בחזקת המסוכנות התלמודית הוא ביכולתה להעביר מסר הרתעתי לפורצים, יחד עם מסר פרופורציונלי לבעלי הבית; כאשר החזקה מופנית כלפי השופט, היתרונות שלה בהקשר זה מתעמעמים ונחלשים.

כפועל יוצא ממיקום החזקה ככלל הכרעה ראייתי, הניסוח שלה באופן טבעי מתייחס לנאשם, בעל הבית, ולא לפורץ. הניסוח הרגיל של חזקת המסוכנות המודרנית הוא שבמקרה של הגנה עצמית מפני פורץ, חזקה שמי שהשתמש בכוח קטלני עשה כן באופן סביר, או שחששו לחייו היה חשש סביר. למרות הכינוי 'חזקת המסוכנות' שדבק בחזקה זו, במקרים רבים אין היא מנוסחת בדרך כלל כמתייחסת למסוכנותו של הפורץ, אלא לסבירות התנהגותו של בעל הבית. המחוקק אינו קובע חזקה לפיה אדם הפורץ לבית הזולת מסכן את חייו, אלא חזקה שאדם שהרג את הפורץ לביתו פעל באופן סביר.¹¹⁴ ודוק: גם בתלמוד, החזקה התייחסה לבעל הבית – אך לא לסבירות התנהגותו, אלא לכך שהוא צפוי להגן בכוח על רכושו. באופן זה, כאמור, היא מספרת סיפור מתגלגל אשר מצד אחד מכשיר מבחינה נורמטיבית את ההתנהגות הזו של בעל הבית, ומצד שני הופך את ההתגוננות של בעל הבית מפני האלימות של הפורץ לפרופורציונלית במישור העובדתי. לעומת זאת, בשל הניסוח הרזה של החזקה המודרנית, היא מאבדת חלק מהמטען הנורמטיבי, כמו גם חלק מכוח השכנוע הנרטיבי, הגלום בניסוח המתגלגל של החזקה התלמודית. החזקה התלמודית מוסבת לא רק על אופן הפעולה של הפורץ, אלא גם על אופן הפעולה של בעל הבית (שאינו עומד על ממונו). היבט זה של החזקה (המתייחס, כמו בחזקה המודרנית, לנאשם – אך מזווית ראייה שונה) אינו בא לידי ביטוי בנוסח המודרני של החזקה.

הלקח הראשון שניתן ללמוד אפוא מדיונו בדין הבא במחלת, הוא החשיבות הרבה שבאופן עיצובה של חזקה עובדתית. תחת המטריה הרחבה המכונה 'חזקת מסוכנות', ניצבות כמה וריאציות של חזקות עובדתיות: כאלו המתייחסות לסבירות פעולתו של המתגונן; לכנות אמונתו בדבר הסכנה שבה היה מצוי; לכוונותיו הזדוניות

¹¹² ראו לעיל ה"ש 110 והטקסט הצמוד לה.

¹¹³ ראו לעיל ה"ש 52 והטקסט הצמוד לה.

¹¹⁴ זוהי הנוסחה הנפוצה. ראו למשל את נוסח החוק בקליפורניה, שהובא לעיל ה"ש 61. וראו לעיל ה"ש 62, את החרג המופיע בנוסח החוק שבמדינת פלורידה.

העתידיות של הגנב; לסכנת החיים שהוא יוצר במעשיו; או שילוב של כמה מתוך האלמנטים הללו. הבחנה זו בין סוגים שונים של חזקות עובדתיות, שלא זכתה עד כה לתשומת לב בספרות המשפטית, משפיעה באופן דרמטי על יכולתה של החזקה העובדתית למלא תפקיד ביצירתו של כינון נורמטיבי, המאפשר להחמיר עם הגנב תוך הבהרה מפורשת בדבר חשיבות השמירה על עקרון הפרופורציה בעת הגנה עצמית. ככל שהמחוקק אכן מעוניין להביע מסר נורמטיבי מרובד באמצעות החזקה, עליו לנסח אותה באופן שבו המסר הזה יהיה ברור ככל הניתן: לקבוע כי החזקה היא שהתוקף בא בכוונה קטלנית, או שהמותקף היה נתון לסכנה קטלנית; לעומת זאת, קביעה שלפיה חזקה שהמותקף פעל בסבירות, אינה משמיעה לנמעני החוק דבר על אודות תוכנה הראוי של סבירות זו. דוגמא מוצלחת יותר בהקשר זה היא ניסוח החזקה שהוצעה בהצעת 'חוק דרומי' הישראלי (ושלבסוף לא נתקבלה). חזקה זו קובעת כי "יראו את המותקף כאילו נשקפה לו, או לזולתו הנמצא עמו, סכנה מוחשית של פגיעה בחייו או בגופו, אלא אם הוכח אחרת".¹¹⁵ ניסוח זה אמנם מתייחס למותקף ואינו מייחס במישרין כוונה קטלנית לפורץ, אולם זהו המסר המושמע ממנו, בניגוד, כאמור, לחזקת סבירות.

מכאן נעבור ללקח השני שניתן ללמוד מן ההשוואה הזו, הנוגע לעוצמתה הראייתית. אין אנלוגיה מלאה בין הדיונים המודרניים על היקף העברת נטל הראיה בשל קיומה של חזקה, לבין האופן שבו התלמוד מעצב את דרכי הסתירה (התודעתיים-פנימיים) של חזקת המסוכנות; יחד עם זאת, ראוי להפנות את תשומת הלב למבנה המורכב והפתלתל של התלמוד, המכיר מצד אחד בצורך באפשרות סתירת החזקה להלכה, יחד עם ביטולה של אפשרות זו, כמעט לחלוטין, למעשה. מבנה מורכב זה הוא אחד הכלים הרטוריים החשובים המשכנעים את נמעני החוק בכך שמדובר בקביעה עובדתית (שהרי ניתן להפריכה), יחד עם יצירת התוצאה המרתיעה כלפי הגנב (המפנים שהפרכה זו תאורטית בלבד). מנגנון שכזה נעדר מן השיח המודרני של חזקת המסוכנות. מחד גיסא, בחקיקה העכשווית ניתן לזהות הסדרים הקובעים חזקה חלוטה, שעליהם נמתחה – כבר בסמוך לחקיקתם – ביקורת רבה.¹¹⁶ במיוחד לאור הנקודה הקודמת – אופן ניסוח החזקה – ביקורת זו מובנת מאליה: קשה למצוא היגיון בקביעה שלפיה חזקה חלוטה היא שהמתגונן פעל בסבירות, בכל מצב שהוא, לרבות מצבים שבהם ברור כי לא נשקפת סכנה כלשהי לחייו. ככל שהמחוקק מבקש לנצל את מנגנון החזקה למתן הגנה רחבה על בית המגורים תוך כדי שמירה לכאורה על עקרון הפרופורציה, הרי שהשימוש בחזקה החלוטה פוגם במידה מסוימת במאמץ הזה; הוא 'שקוף' מדי.¹¹⁷

לעומת זאת, שימוש ב'חזקת סבירות' הניתנת לסתירה, משיגה מעט מדי בהקשר הרטורי של הריבוד הנורמטיבי. היא אמנם מעבירה את נטל הראיה מן המתגונן אל התביעה, בכל הנוגע לסבירות פעולתו, אולם לא מעבר לכך. בהעדר קביעה נורמטיבית באשר לסביר, ובהעדר הערכה עובדתית קונקרטית באשר לסיטואציה, החזקה מספקת אמנם לבעל הבית הגנה רחבה יותר מאשר בהעדרה, אך היקפה של ההגנה הזו נותר עמום. לעומת שתי אפשרויות בינאריות אלו, המבנה הסבוך של החזקה התלמודית ושל אופן סתירתה מאפשר לסוגיה התלמודית ליצור מעין הסוואה כפולה: חזקה כמעט-חלוטה המוצגת כחזקה הניתנת לסתירה, כאשר זו עצמה משקפת יותר מאשר הנחה עובדתית גרידא בדבר מסוכנותו של הגנב. מבנה זה מאפשר ליצור את הריבוד הנורמטיבי ואת

¹¹⁵ הצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 67, סעיף 1.

¹¹⁶ ראו לעיל ה"ש 70 והטקסט הצמוד לה.

¹¹⁷ אין זאת אומרת בהכרח, שכל שימוש בחזקה חלוטה אינו יכול לכוון ריבוד נורמטיבי, או לשמש בתפקיד רטורי-מוסדי. למעשה, סביר להניח לאור דיוננו, שהשימוש בחזקות חלוטות במקום ניסוח הנורמה המבוקשת כנורמה בדין המהותי, נועד בעיקרו למטרות רטוריות שכאלה (וראו לעיל הדוגמאות שנדונו בעניין פלוני ובעניין חסון, לעיל ה"ש 41). אולם על מנת שמהלך מסוג זה יצלח, נדרש שהחזקה החלוטה תהיה בעלת זיקה הדוקה מספיק להערכה העובדתית הסבירה. בענייננו, התחולה הרחבה-מדי של החזקה החלוטה מעורר את החשד בדבר העדר נימוק עובדתי מספק ביחס אליה, וממילא מקשה על הצלחתה של המניפולציה הרטורית הזו.

ההפרדה האקוסטית החיוניים להשגת הרתעה מקסימלית כלפי הגנב תוך הבהרת החשיבות של עקרון הפרופורציה כלפי המתגונן, בו זמנית. לפיכך גם במישור הזה, מיקוד החזקה כלפי היבט עובדתי מוגדר, כגון כוונתו של הפורץ להשתמש באלימות – מסייע לכינון ריבוד נורמטיבי שכזה. זאת, בפרט כאשר הוכחת היפוכה של החזקה בנקודה הספציפית, אינה קלה לביצוע. בהקשר זה, כיוון החזקה כלפי הכוונה הקטלנית של התוקף תהיה, כנראה, אפקטיבית באופן יחסי, בשל הקושי להוכיח את היפוכו של דבר.¹¹⁸

המאמר הזה אינו עוסק בדין הראוי של הגנת בית המגורים. הוא אינו דן בשאלה אם קיימת בכלל הצדקה ליצור דיני הגנה עצמית ייחודיים לסיטואציה הזו, ואם כן – באיזה אופן. קיימים נימוקים כבדי משקל לטובת הותרת דיני ההגנה העצמית הרגילים על כנם גם בהקשר הזה, או בקביעת דין ייחודי בעל מרקם פתוח, שלא באמצעות חזקה, כפי שעשה המחוקק הישראלי.¹¹⁹ מטרתו של המאמר היא להתחקות אחר המניעים האפשריים לשימוש בחזקה שכזו, באופן כללי, ובאמצעות הדיון במקרה המבחן של הגנת בית המגורים. ממילא, אינני בא בהמלצות באשר לאופן עיצובו של דין זה. אולם, ככל שאכן ניתן לזהות את מגמתו של המחוקק בשימוש בחזקה ככלי רטורי המאפשר ליצור ריבוד נורמטיבי, ראוי לשים לב למאפיינים הללו – כלפי מי מופנית החזקה, מהי הפעולה או הכוונה שהחזקה מסיקה ממעשה הפריצה, וכיצד ניתן לסתור את ההיסק הזה – על מנת להעריך את הצלחתה של הפעולה הרטורית הזו.

אולם, שאלת האפקטיביות של השימוש בחזקה איננה השאלה היחידה הרלוונטית. כפי שראינו, עצם הניסיון לכונן ריבוד נורמטיבי מעלה שאלות לא פשוטות של לגיטימציה. אסיים את הדיון בהתייחסות להשוואה בין חזקת המסוכנות התלמודית וחזקות המסוכנות המודרניות, בקשר לשאלות הללו.

2. עושר נורמטיבי וכוונת נורמטיבית

הפער בין חזקת המסוכנות התלמודית לחזקות המסוכנות המודרניות אינו מסתכם באופן הניסוח השונה, וגם לא בסיווג ככלל הכרעה או כחלק מכלל ההתנהגות. יש יסוד להניח, כי המוכנות של הסוגיה התלמודית לצעוד במסלול הריבוד הנורמטיבי משקף גם עמדה ערכית מסוימת הנוגעת לטיבו של המהלך.

כפי שראינו, עושר מכוון של רבדים נורמטיביים בהסדר משפטי כרוך מיניה וביה ברטוריקה של הסתרה. עושר שכזה אינו מתיישב בקלות עם מושגים כמו כנות, שקיפות, אוטונומיה או עקרון החוקיות. כפי שכבר רמזתי, במשפט התלמודי ובעולם ההלכתי שבעקבותיו, ניתן למצוא הסדרים רבים שניתנים לתיאור באמצעות מנגנונים של ריבוד נורמטיבי מסוגים שונים.¹²⁰ דומה, שבמתיחות הקיימת בין עושר נורמטיבי לבין כנות נורמטיבית, התלמוד – לפחות בענייננו – נותן משקל מרבי לראשון. אכן, לפחות במצבים מסוימים, מחירה של שקיפות הוא פשטנות.¹²¹ את העושר הנורמטיבי הטמון בחזקת המסוכנות התלמודית, יש להבין על רקע היחס האוהד להסדרים אקוסטיים ורב-רובדיים המצוי במשפט העברי באופן כללי. לעומת זאת, עולם נורמטיבי הדוגל בערכי שקיפות וכוונת ואשר שם את האוטונומיה האישית של נמעניו כערך אבסולוטי, יגלה מטבע הדברים יחס חשדני כלפי הסדרים מסוג זה; ממילא, האפשרות להשכיל ולנצל מנגנונים משפטיים כדוגמת החזקה המשפטית לשם יצירת עושר נורמטיבי שכזה, עשויה להיות מוגבלת גם מן ההיבט הזה – אם במישור המעשי ואם במישור

¹¹⁸ וכאשר ניתן להוכיח את היפוכו של דבר, ככל הנראה יהיה זה אכן מוצדק להעמיד את בעל הבית לדין על השימוש בכוח קטלני. לחזקות המנוסחות באופן הזה ראו לעיל ה"ש 62.

¹¹⁹ וראו סגירו "הייחפך הצידוק", לעיל ה"ש 43; גור אריה ודאור, לעיל ה"ש 53.

¹²⁰ ראו לעיל ה"ש 110.

¹²¹ אכן, יש טעמים טובים התומכים בכך שכתובה שיפוטית לא תקפיד על כנות. ראו זמיר, לעיל ה"ש 105, שם.

הנורמטיבי.¹²² שומה עלינו לזכור גם את דילמת-העל בנוגע לכינון ריבוד נורמטיבי, ולפער האפשרי בעניין הזה בין המשפט התלמודי לחשיבה משפטית מודרנית. יהיה זה פשטני, במובנים רבים, להשוות בין חזקת המסוכנות התלמודית לחזקות משפטיות מודרניות, מבלי להתייחס לתרבות המשפטית הכוללת של שיטות המשפט השונות וביחסים שבינה לבין ההסדר המשפטי הקונקרטי.¹²³

ו. סיכום

מאמר זה בא להציע פשר נוסף לתופעה של ריבוי השימוש בחזקות בעולם המשפט. מתוך הדגשת התפקיד הרטורי של החזקה, המאפשרת להציג הכרעה נורמטיבית כהערכה עובדתית שחלה עליה הכרעה נורמטיבית אחרת, הצענו כי לעתים מעוניין המשפט לשמר את שתי ההכרעות גם יחד: הן את ההכרעה הגלויה, והן את ההכרעה הסמויה. את המבנה המשפטי הזה כינינו ריבוד נורמטיבי, וביקשנו להראות כיצד יכולה החזקה לתפקד ככלי המכוון ריבוד שכזה.

את הרעיון הזה ביקשנו לבחון באמצעות מקרה מבחן של חזקת המסוכנות התלמודית, במסגרת דיני הגנת בית המגורים. ראינו כיצד הדילמות הערכיות המלוות את התחום הזה גורמות למתיחות משפטית, וכיצד ביכולתה של החזקה לפתור את המתיחות הזו באמצעות תפיסת החבל בשני קצותיו. ראינו כי האופן שבו מתפקדת החזקה בהקשר התלמודי הוא ייחודי; הן בצורה שבה היא מנוסחת, הן בקשר לעוצמתה הראייתית, הן באופן שבו היא מספרת לנמעניה סיפור. המרכיבים הללו משמשים יחדיו כאמצעים רטוריים ומהותיים לכינונו של הריבוד הנורמטיבי המבוקש. יחד עם זאת, באמצעות העיון ברעיון ההפרדה האקוסטית, עמדנו על כך שריבוד נורמטיבי הוא במהותו מניפולטיבי – נקודה המעוררת קושי מנקודת מבט מודרנית.

לבסוף, פנינו לבחון אם הפוטנציאל לכינון ריבוד נורמטיבי עשוי להסביר גם את המגמה המודרנית להסתמכות על חזקת מסוכנות בדיני הגנת בית המגורים. התשובה העקרונית לשאלה זו היא חיובית, אולם תשומת לב לפערים שבין מקרה המבחן התלמודי לתצורה המודרנית של החזקה המשפטית, עוררה שאלות בקשר למידת האפקטיביות של מהלך שכזה, והצעות קונקרטיות כיצד יהיה מוצלח להבנות אותו, ככל שאכן זוהי מטרתו – כמובן, מבלי לדון בשאלת ההסדר הראוי לגופה. הפער שבין מקרה המבחן התלמודי לחזקה המודרנית אינו מתמצה בהיבטים הטכניים של החזקה, אלא בנקודת המוצא הנורמטיבית בקשר למתח שבין עושר נורמטיבי לבין כנות נורמטיבית. קיים שקלול תמורות ('טרייד אוף') בין יכולתו של הסדר משפטי להכיל עושר של רבדים נורמטיביים, לבין ערכים ליברליים של שקיפות, כנות משפטית, עקרון החוקיות ואוטונומיית הפרט. שאלה זו ראויה לעיון ולליבון נוספים, הן מנקודת המבט של מחשבת ההלכה היהודית, והן מנקודת המבט המשפטית הכללית.

¹²² מאידך גיסא, עצם הנטייה המערבית האפשרית לכיוון של שקיפות וכנות על חשבון הריבוד הנורמטיבי, איננה מעידה בהכרח על דחיית הסדרים משפטיים הנוקטים כן שלא במודע, אשר להם עשויים להיות שורשים היסטוריים עתיקים.

¹²³ כמובן שנקודה זו מהווה הערת אזהרה כללית בכל עיסוק במשפט משווה; ראו למשל דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" **דין ודברים** ד 81 (התשס"ח); ובהקשר של המשפט העברי ראו אביעד הכהן "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** 113, 118 (התשס"ט).