

## החזקה במשפט ככלי לכינון ריבוד נורמטיבי

מאת

חגי שלזינגר\*

עולם המשפט משתמש תדיר בחזקות, ועניינן נדון בספרות התאורטית מזוויות שונות. במאמר זה אבקש להראות כיצד השימוש בחזקה עשוי לסייע לכינונו של ריבוד נורמטיבי, כלומר ליצירתו של עולם נורמטיבי שבו משמשות בד בבד הכרעות נורמטיביות שונות. החזקה המשפטית מתמקדת בשאלה העובדתית (מה אירע), 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 "טרגית", כלומר במצבים שבהם קיים קושי בקבלת כל הכרעה בינארית שהיא. את הטענה הזאת אדגים באמצעות חזקת המסוכנות של פורץ לבית מגורים כפי שעוצבה בתלמוד. ראשית, אראה כיצד השיקולים הנורמטיביים באשר להיקף הזכות להגנה עצמית בבית המגורים מקשים להכריע 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 לכינונו של ריבוד נורמטיבי בסוגיה זו. בשלב השלישי אצביע על זיקת שבין החזקה המשפטית למנגנון נוסף היוצר ריבוד נורמטיבי – מנגנון הפרדה אקוסטית 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. 3. דין "הבא במחתרת". ד. מחיר המניפולציה: השוואה למנגנון הפרדה אקוסטית. 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. 1. סיכום.

\* תלמיד לתואר שלישי, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר הוא פיתוח ועיבוד של עבודת המחקר לתואר מוסמך שכתבתי בהנחייתו המעולה של פרופ' בני פורת. אני מודה לברק מדינה, לבני פורת, לראם שגב וליהלי שרשבסקי; לחברי/ות סדנת הדוקטורנטים/ות והפוסט-דוקטורנטים/ות שבפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, להם הצגתי טיוטה קודמת של המאמר, על הערות מצוינות; לעורכי כתב העת משפטים על ביקורות חשובות ומועילות.

## מבוא

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.<sup>1</sup>

מוסדות משפטיים משתמשים תדיר בחזקות, וכתיבה תאורטית 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 בעת ובעונה אחת 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 שבליבת המאמר תודגם באמצעות חקר מקרה ספציפי, והוא האופן שבו מוסדרת הגנת בית המגורים בדין התלמודי.

הרעיון שאותו אני מכנה "ריבוד נורמטיבי", אינו חדש במהותו אף שהמשגתו כך דורשת הבהרה. מהו אפוא 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 הזאת. לעומת זאת ריבוד נורמטיבי מתאר מצב משפטי המכיל שתי הכרעות נורמטיביות שונות בנוגע לדילמה הנדונה, בשני רבדים שונים שלו. מצב כזה נדרש כאשר הבחירה בין החלופות הנורמטיביות היא "טרגית", במובן זה שיוצר הכלל המשפטי אינו מעוניין לוותר אף לא על אחת מן ההכרעות.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> הטענה המרכזית של

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

2. על המשגה של שימור שתי הכרעות נורמטיביות כ"טרגית" ראו GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES 172–177 (1982); GUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBIT, TRAGIC CHOICES (1978)

3. הכלים המשפטיים שבהם ניתן להשתמש ליצירת 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 לפרשנות שלו בפסיקה); במישור הפרקטי (בין הדין בספרים לדין בפועל); במישור הרטורי (למשל בין הדין שנאמר לאזרחים לדין שנאמר לשופטים). בהמשך המאמר ארחיב על 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, עצם השימוש בכלים המשפטיים הללו אינו מצביע בהכרח על ניסיון לכוון 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 תיארתי, וכי השימוש בחזקה עשוי אף הוא לכוון ריבוד שכזה. נוסף על זה, אציין כבר כעת כי חרף הייחוס המשתמע של כוונה סובייקטיבית ליוצר הכלל המשפטי אינני טוען כאן

מאמר זה היא שבכוחן של חזקות לתרום ליצירתו של מצב דברים שכזה באופן שעשוי להסביר לעיתים את נטייתו של המשפט להשתמש בהן.

המאמר יפתח אפוא בסקירה תמציתית של מושג החזקה ושל הספרות המשפטית התאורטית שעסקה בו. הגדרה מקובלת למושג "חזקה" גורסת כי החזקה היא מנגנון משפטי מתחום דיני הראיות, שלפיו כאשר הוכחה במשפט עובדה מסוימת (המכונה לעיתים עובדת היסוד), די בכך כדי להתייחס לעובדה נוספת (המכונה לעיתים העובדה המוסקת) כמוכחת, אלא אם יוכיח בעל הדין שכנגד אחרת. אף שזוהי התצורה הקלאסית של חזקה במשפט, קיימים כללים משפטיים נוספים המכונים בשם "חזקה". הספרות התאורטית שעסקה בחזקות התמקדה בטיפולוגיה של סוגי חזקות, בהשפעתן על נטלי הראיה במשפט וכן במניעים של מערכת המשפט ליצירתן. חרף הדיון הזה לא הגיעה הספרות התאורטית לתובנות המסבירות הסבר משכנע את שכיחות השימוש בחזקות במשפט.

המאמר מבקש להחיות מחדש את הדיון על אודות תפקידיה של החזקה במשפט, באמצעות הטענה כי החזקה היא כלי בעל עוצמה קונספטואלית ורטורית, שניתן להשתמש בו 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 היא מנגנון המאפשר, מבחינה תוכנית ורטורית, לעשות כן. את הטענה הזאת אציג בפרק השני של המאמר בעמידה על תפקידיה הרטוריים של החזקה, ובתוך תשומת לב ליכולתה של החזקה המשפטית לעמעם במתכוון את ההבדל הדיכוטומי שבין הכרעה עובדתית להכרעה נורמטיבית.

את הטענה אבקש להדגים בחקר מקרה מן ההלכה התלמודית דווקא, שלמרבה העניין יש לו הדים בעשורים האחרונים בשיטות משפט מודרניות, ובייחוד במשפט האמריקני: חזקת המסוכנות של פורץ לבית מגורים, אשר מכוחה רשאי הנתקף להגן על עצמו באמצעות שימוש בכוח קטלני. דוגמה זו משקפת יפה הן את היתרונות (והחסרונות) של הריבוד הנורמטיבי הן את האופן שבו החזקה משמשת מנגנון משפטי המאפשר ריבוד שכזה. העיון בדוגמה הזאת יסייע לנו להבחין ולהעמיק יותר בהשפעתו של ניסוח החזקה והעוצמה הראייתית המיוחסת לה על כינונו של ריבוד נורמטיבי. הדוגמה הזאת 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 תיאר מאיר דן-כהן.<sup>4</sup> מטרת השוואה זאת היא להפנות את תשומת הלב לממד המניפולטיבי של הריבוד הנורמטיבי ולמחיריו. לאחר מכן אפנה

טענות אמפיריות על קיומה או היעדרה של כוונה שכזו. מנגנונים משפטיים היוצרים ריבוד נורמטיבי עשויים להיווצר שלא במודע או במסגרת תהליך ארוך טווח של התפתחות המשפט (ראו להלן ה"ש 109).

4 ראו Dan-Cohen, שם.

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 אבקש אפוא לבחון כיצד ניתן ליישם את התובנות שעלו מן העיון בחזקת המסוכנות התלמודית בעולם החזקות המודרני, הן ספציפית בנוגע לחזקת המסוכנות המודרנית והן בנוגע לחזקות משפטיות ככלל.

## א. חזקות משפטיות: רקע תאורטי

השימוש בחזקות במשפט שייך בדרך כלל לתחום דיני הראיות, שכן התפקיד הבסיסי של החזקה הוא העברת נטל הראייה. 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 יוכח אחרת. מבחינה מעשית היא מעבירה נטל ראייתי בדבר קיומה של העובדה המוסקת מן התובע לנתבע.<sup>5</sup> חרף הגדרה פשוטה לכאורה זו, המושג "חזקה" משמש בעולם המשפט במובנים שונים ומעורר לא אחת מבוכה.<sup>6</sup> המחקר המשפטי והפסיקה עסקו בכמה היבטים חשובים של מושג החזקה. סקירה מקיפה של הדיונים הללו חורגת כמובן מיריעה זו, ועם 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.<sup>7</sup> חזקה חלוטה היא חזקה שבהתקיימה אין מועבר נטל ראייתי לצד שכנגד, אלא נקבע ממצא עובדתי שאינו ניתן להפרכה. הוכחת עובדת היסוד מובילה למסקנה בלתי ניתנת לסתירה בדבר התקיימות העובדה המוסקת. על פני הדברים, חזקה כזו אינה מצויה במסגרת

5 על החזקות במשפט יש ספרות ענפה. לחלקה אחיחס בהמשך. למבט כללי ראו למשל KENNETH S. BROUN ET AL., MCCORMICK ON EVIDENCE 675 (7th ed. 2013); COLIN TAPPER, CROSS AND TAPPER ON EVIDENCE 146 (11th ed. 2007). כן ראו 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 נזיקין** 37–63 (2011); דנ"א 1516/95 **מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נב(2) 813 (1998). קיימות כמובן הגדרות נוספות לחזקה. ראו למשל מהדי נעאמנה **החזקות המשפטיות: היבטים לוגיים וראייתיים** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", הפקולטה 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). ראו למשל Charles V. Laughlin, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, 52 MICH. L. REV. 195, 206–209 (1953); Morgan, *Presumptions*, לעיל ה"ש 1.

6 ראו למשל Charles V. Laughlin, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, 52 MICH. L. REV. 195, 206–209 (1953); Morgan, *Presumptions*, לעיל ה"ש 1.

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

הדין הפרוצדורלי הראייתי אלא קובעת קביעה הנוגעת לדין המהותי. למשל, קביעת חזקה חלוטה שלפיה בן הנולד לאישה הוא בנו של הגבר הנשוי לה שוות ערך מבחינת תוצאתה לקביעה מהותית בדיני המשפחה שלא תוכר אבהותו של זר על ילד שנולד לאישה 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 כמובן הרגיל.<sup>8</sup> חרף ביקורת זו חזקות חלוטות נוכחות בדין הפוזיטיבי, אף שהיה אפשר לנסח אותן כהוראה בדין המהותי. עולה אפוא השאלה מה מניע את מנסחיה של חזקה שכזו לנהוג כך.<sup>9</sup> תשובה מסוימת לשאלה הזו אציע בהמשך.

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, אוטומטית, כאשר מוכחת עובדת היסוד. חובה זו קמה כל אימת שעובדת היסוד הוכחה, ללא תלות בהסתברות הקונקרטי שמעניק שופט פלוני לקיומה של העובדה המוסקת. מסקנה "אד-הוקית" שכזו הריהי מסקנה ראייתית קבילה גם ללא כלל של חזקה, אף אם לעיתים 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 אם החזקה אינה מחייבת את השופט

8 ראו למשל שם, בעמ' 39; קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1703; BROUN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 677–678. נקודה זו העלו מלומדים כבר לפני כמאה שנה. 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). לניסוח עכשווי של תובנה זו בהקשר המשפטי והפילוסופי כאחד ראו NICHOLAS 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 כי יש הרואים גם בחזקות חלוטות כמבוססות על שיקולים ראייתיים, והן נקבעות כחלוטות משיקולי יעילות "כלכליים" או הסתברותיים. ראו נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 163–164; Antonio E. ואמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין: האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות? בעקבות ה"ע (י"ם) 00/3574 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים" **עיוני משפט** כט 547, 560 (2006).

9 בדנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד נ(3) 573, 621 (1996), התקשה השופט (כתוארו אז) חשין בקושייה זו בנוגע לחזקת השיתוף, אשר מנוסחת בחוק כחזקה, וציין כך: "מה טעם קובע המחוקק כי בני-זוג שלא עשו הסכם ממון יראום כמסכמים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמסכם בהסכם ממון בעל תוקף [...]?" מה טעם רואה החוק להידרש לפיקציה שלפיה יראו (shall be deemed) בני-זוג כמסכמים 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 דפוסי הלשון שהוא עושה בהם שימוש, דפוסי לשון שהיו יפים וטובים לזמנם אך עתה אבד עליהם הכלח". ראו גם את דבריו בעניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, בפס' 11–13 לפסק דינו. כפי שאראה להלן, סבורני שתשובתו של השופט חשין אינה ממצה את מלוא המשמעות והפוטנציאל של השימוש בחזקות משפטיות.

להסיק את העובדה המוכחת (בהיעדר הוכחה אחרת) אלא רק מאפשרת או מתירה לו לעשות כן, אין מדובר בחזקה של ממש. חזקות כאלה מכונות לעיתים חזקות מתירות.<sup>10</sup>

## 2. משקלה הפוזיטיבי ומקורה הנורמטיבי של החזקה

נקודה שנייה שהעסיקה רבות את מלומדי המשפט ואת הפסיקה עוסקת בהערכת תפקידן המעשי ומשקלן הראייתי של החזקות אגב סיווגן על פי מקורן הנורמטיבי. דיונים אלה עסקו בפער שבין חזקה הקבועה בחוק החרות לבין חזקה שמקורה בהלכה הפסוקה, בקשר למשקל הראייתי שיש לכל אחת מהן. נעמוד על כך בתמצית.

התאוריה המקיפה הראשונה שהוצעה לניתוח תפקידן הראייתי של החזקות מכונה תאוריית "הבועה המתפוצצת" (The Bursting Bubble Theory).<sup>11</sup> לפי תאוריה 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,<sup>12</sup> אולם אם הצד שכנגד הצליח להציג ראיה הסותרת את ההיסק, החזקה נעלמת – בדיוק כפי שבועה מתפוצצת ונגווה. הראיה צריכה, בעיקרו של דבר, לסתור את נחיצות ההיסק – ולא דווקא את עצם קיומה של העובדה המוסקת.<sup>13</sup> לדוגמה, כאשר קיימת חזקה שלפיה בנה של אישה הוא גם בנו של הגבר הנשוי לה, והוכחה עובדת הנישואין, עובר הנטל אל המעוניין להפריך הנחה זו. אלא שאין הוא חייב להוכיח כעת כי הבן אינו בנו של הגבר הנשוי, אלא שבנסיבות הספציפיות מתערער כוח השכנוע של ההיסק (למשל, משום שהגבר הנשוי חי שנים רבות בארץ אחרת). לעומת תאוריה זו, שזכתה להכרה רבה אך גם ספגה ביקורת עזה, עומדות תאוריות שלפיהן החזקה מעבירה את נטל השכנוע כולו אל בעל הדין שכנגד: משעה שהוכחה עובדת היסוד, בית המשפט מחויב להניח את קיומה של העובדה המוסקת, ועל בעל הדין שכנגד מוטלת אז החובה לשכנע שעובדה זו אינה

10 כפי שיפורט להלן, לעתים מכונות חזקות אלה בדין הישראלי "חזקות שבעובדה". ראו ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות: אגב פסקי הדין סובאח, צלנר ופלונני" **מחקרי משפט** יג 357 (1996); שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 39–40. למעשה, חזקות מן הסוג הזה דומות למהלך המחשבתי 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 המרשיעה. השוו למחלוקת שנתגלעה בין השופטים בע"פ 6392/13 **מדינת ישראל נ' קריאף** (נבו 21.1.2015). כן ראו, לגבי הפער בין חזקות כאלה לבין הוכחה נסיבתית רגילה, טענתו של קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1781; עניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, פס' 20 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא.

11 אבי התאוריה הזו הוא המשפטן James Thayer. ראו James B. Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 337 (1898). על התאוריה ראו נעמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 64; שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50.

12 בעולם המשפט המקובל, במסגרתו הועלתה התאוריה, בית המשפט יורה לחבר המושבעים להניח את קיומה של העובדה המוסקת.

13 עוצמת הראיה הנדרשת איננה חד-משמעית בקרב חסידי התאוריה. ראו סקירתו של שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50–52.

מתקיימת.<sup>14</sup> בהתייחס לדוגמה שלעיל, משעה שהוכחה עובדת הנישואין, מוטל 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. כשהנימוקים 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 – לפי תאוריית "הבועה המתפוצצת". אולם אזי יש לשים לב כי הפער בין החזקה העובדתית הזאת לבין חזקה "מתירה" שאיננה מחייבת את בית המשפט – 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 נורמטיביים רבים יותר קיימים בבסיס החזקה, כך עשויה לגבור ההצדקה להעצים את משקלה.<sup>15</sup>

בעבר הייתה המחלוקת הזאת במשפט הישראלי מקבילה באופן מסוים לחלוקה שבין המקורות הנורמטיביים שעליהן מושתתת החזקה. במשפט המקובל קיימת הבחנה עתיקה יומין בין "חזקות שבעובדה" לבין "חזקות שבדין".<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> הבחנה זו דומה 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

14 תאוריה זו לובנה בידי Edmund Morgan. ראו Edmund M. Morgan, *Some Observations*, 44 HARV. L. REV. 906 (1931); Morgan, *Presumptions; Concerning Presumptions*, לעיל ה"ש 1; שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50; נעאמנה, לעיל ה"ש 5, 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. 5 (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 מייד, תובנה זו משפיעה על הדין הישראלי הפוזיטיבי.

16 לסקירה, ראו שם, בעמ' 54; פלר, לעיל ה"ש 10; קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1781, 1785; נתן קנת וחיים קנת **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי** 123 (2002).

17 ראו עניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, פס' 19–20 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא, ובאסמכתאות המוזכרות שם. יוער כי לעיתים 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, בעמ' 371). ואולם, לרוב היחס לחזקה שבעובדה הוא כאל חזקה המטילה חובה עקרונית על בית המשפט – אלא שבעל הדין שכנגד יכול לסתור אותה בנקל (ראו שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59).

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 בבירור כי ההיסק מעובדת היסוד הוא שגוי.

אם נכונים 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**,<sup>18</sup> אשר עסקה בחזקה יצירת הפסיקה בדיני הירושה, שלפיה בהוכחת נסיבות מסוימות יש להסיק שצוואה נערכה מתוך השפעה בלתי הוגנת. בפסק 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,<sup>19</sup> והבחין היטב בכך שמשקלה הראייתי של החזקה יכול להיקבע לפי תכליתה ולא דווקא לפי מקורה. 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".<sup>20</sup> 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",<sup>21</sup> 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 לפי כוחן 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".<sup>22</sup> לכך הצטרפה עקרונית גם השופטת ביניש.<sup>23</sup>

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

18 עניין **מרום**, לעיל ה"ש 5.

19 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא (בהסתמך על ד"נ 4/69 **נוימן נ' כהן**, פ"ד כד(2) 229 (1970)).

20 עניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, פס' 25 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא.

21 שם, פס' 19.

22 שם, פס' 21.

23 שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (אף שהדגישה שהנושא אינו נחוץ להכרעה בתיק, ולכן לא קבעה מסמרות בעניין זה). השופט (כתוארו אז) חשין התייחס אף הוא לנושא, ונדמה שהסתייג מן האפשרות שלפיה יוצר בית המשפט חזקה שבדין, אולם לא הביע עמדה מפורשת (ראו שם, פס' 7-16 לפסק דינו).



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 הייתה ניתנת לסתירה בקלות, באמצעות הצגת אינדיקציות נוגדות בדבר היעדר שיתוף רכושי. אולם לאחר שבית המשפט החל לבסס את חזקת השיתוף על עקרונות נורמטיביים החורגים מן ההערכה הראייתית המצומצמת, הפכה החזקה למטילה נטל כבד, לעיתים בלתי אפשרי, על הטוען להיעדר שיתוף בנכסים.<sup>24</sup> מדוגמה זו עולה כי הן בדין הפוזיטיבי הן במישור התאורטי אין טעם להבחין בין חזקה יצירת הפסיקה לבין חזקה יצירת המחוקק.<sup>25</sup> משקלה של החזקה, בשני המישורים הללו, לא ייגזר בהכרח מיוצר החזקה, אך הוא עשוי להיגזר מתכליותיה. נפנה לרון אפוא בהיבט זה.

### 3. מטרת אפשרויות 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 בשל 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, שבעניינו ניתן לקבוע ברמת ודאות מספקת כי על פי רוב אכן תתקיים העובדה המוכחת. קביעתה של תחושה הסתברותית זו ככלל משפטי מעניקה לה תוקף משפטי עקיב מתוך הנחה כללית שעד שלא יוכח אחרת, המקרה הנדון שייך לקבוצת רוב המקרים הללו.<sup>26</sup>

24 ראו בהרחבה שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 111–145 (2016); שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** 627 (2005). ראו גם קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1791; נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54. בעניין **מרום**, לעיל ה"ש 5, ניסה השופט חשין להתמודד עם דוגמה זו ולטעון שאין מדובר כלל בחזקה במובנה הראייתי (שם, פס" 13 לפסק דינו). לטעמי, אין מדובר בטענה משכנעת, שכן על מנת להוכיח את "צניעות" פועלו של בית המשפט בתחום הראייתי עליו לטעון שביט המשפט נוהג בחוסר צניעות בקביעת הדין המהותי.

25 זו אינה הדוגמה היחידה. כפי שהראה השופט מצא עצמו (שם, פס" 24 לפסק דינו), כבר בפסיקה משנת 1970 נחלק בית המשפט בהשלכות של חקיקת חזקה שנקבעה במקור בפסיקה במסגרת החוק החרות. ואולם, טעמיה נותרו טעמים הסתברותיים גרידא (ראו 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. נוסף על זה, השופט אור מציין בפסק דינו (עניין **מרום**, שם, פס" 20), מלבד הדוגמה 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) כדוגמה לחזקה יצירת הפסיקה שמעבירה את נטל השכנוע. וראו גם בש"פ 2343/00 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 65 (2000) (חזקת אמינותם של מכשירי מהירות, שהיא יצירת הפסיקה, ייתכן 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 יצירת הפסיקה).

26 כפי שמציין שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 44, קביעה שכזו איננה טריוויאלית. בעיקרו של דבר, המשפט אינו מוכן להסתמך על הנחות הסתברותיות אלא דורש הוכחה מספקת בקשר לנדון הקונקרטי. הטעם בקביעתה של תחושה הסתברותית זו כחזקה הוא יעילות ההליך השיפוטי, הן כלפי בעל הדין שלא

סוג נוסף של צידוקים לשימוש בחזקות – גם הוא בהקשר הראייתי – קשור להתמודדותו של 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.<sup>27</sup> שנית, חזקות עשויות לספק גם פתרון שרירותי למצב של עמימות עובדתית, כדוגמת חזקה בדבר מותו של אדם לאחר שנעדר שבע שנים.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> דוגמה 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 של מוסד הנישואין.<sup>30</sup> השינוי בטעמיה של החזקה השליך מטבע הדברים על גבולותיה.<sup>31</sup> מעבר זה משקף יפה את ההבדל שבין חזקה המבוססת על הערכה עובדתית לבין חזקה המבוססת על שיקולי מדיניות נורמטיביים. עם זאת חשוב להדגיש כי הנימוקים השונים עשויים להיות שלובים זה בזה, והשיקולים השונים יכולים לשמש יחדיו.

המטרות השונות הללו עשויות להשליך על דיוננו הקודם בדבר עוצמתה הראייתית של החזקה. כשהחזקה נטועה בתוך ד' 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 הזאת יכולה להתבצע באמצעות ערעור על טיבו של ההיסק במקרה הקונקרטי. המשפט אינו צפוי להתנגד להפרכה שכזו, ובית המשפט צפוי לבחון בחינה עניינית את שאלת התאמתה של החזקה הכללית לנסיבות שלפניו לאור הראיות שיביא הצד שכנגד.<sup>32</sup> לעומת זאת כאשר שיקולים נורמטיביים תומכים בביסוסה של החזקה, משמע שמבחינה נורמטיבית תוצאת החזקה היא ראויה. לפיכך יש להניח שלחזקה תינתן עוצמה

יידרש להביא ראיה לכל הנחה והנחה שבבסיס טענותיו, הן כלפי בית המשפט שנעזר ב"קיצור הדרך" הדיוני הזה. ראו שם, בעמ' 43 ובהפניותיו; BROUN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 681–682; נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 62.

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

28 ראו שם, בעמ' 41, ה"ש 92; נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 62 (חזקה זו עשויה להיתמך גם על יסוד שיקול הסתברותי).

29 דוגמה המובאת אצל שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 49. על ביסוס החזקה על שיקולים מהותיים ראו גם BROUN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 681.

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

31 ראו שם, בעמ' 129.

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

ראייתית כבדת משקל, והנטל שיעבור לצד שכנגד יהיה נטל כבד להוכחת אי-התקיימותה של העובדה המוסקת.<sup>33</sup> כאמור, תוכנה 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,<sup>34</sup> 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. נחיצותן של חזקות

מן העיון בדברים 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; חזקות שליבתן בשיקולים נורמטיביים מהותיים, שהשפעתן על נטלי ההוכחה חזקה יותר. אשר לחזקות שליבתן בהערכה העובדתית-ראייתית עולה השאלה אם ניסוח ההערכה ככלל משפטי מקיף העוסק בהעברת נטל הראייה – מועיל; אשר לחזקות שליבתן בשיקולים נורמטיביים מהותיים עולה השאלה אם ניסוח הכלל המשפטי המהותי ככלל ראייתי – מוצדק. אכן, זרם מסוים בספרות המחקר על החזקות סבור שאין תוחלת בשימוש בנוסחת החזקה במשפט והציע לחדול מכך.<sup>35</sup> אנו נתמקד בקבוצת החזקות השנייה, זו המבוססת על שיקולים לבר-ראייתיים.<sup>36</sup> 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 להשתמש בכלים ראייתיים לשם כך ולא בדין המהותי?<sup>37</sup> שאלה זו רלוונטית במיוחד לחזקות חלוטות, אולם היא רלוונטית בהחלט גם לחזקות הניתנות לסתירה. אשר לחזקות כאלה, אם הן מבוססות על שיקולים מהותיים, ניתן לקבוע כלל דיספוזיטיבי הבנוי על אותם שיקולים, שניתן לסטות ממנו רק בהינתן ראייה נוגדת מפורשת. למשל: ניתן לקבוע כי רכושם של בני זוג יחולק חלוקה שוויונית עד שלא יוכח במפורש שהם התכוונו לנהוג בו אחרת; ניתן לקבוע כי נטל הראייה על הוכחת ממזרותו של ילד יוטל

33 כפי שאכן התרחש בנוגע 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. ראו Ronald J. Allen, *Presumptions, Inferences and Burdens of Proof in Federal Civil Actions – An Anatomy of Unnecessary Ambiguities and a Proposal for Reform*, 76 NW. U. L. REV. 892 (1982); שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 55–58; נעאמנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 78.

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

37 ראו שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 49.

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? במאמר זה אנסה 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 הזאת. 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.<sup>38</sup> לפחות בנוגע לחזקות חלוטות הובעה כאמור הדעה שהן אינן אלא "חקיקה שיפוטית במסווה".<sup>39</sup> גם החשיבה התאורטית הצביעה על כך שהשימוש בחזקות משפטיות, למצער חלוטות, מקיים זיקה הדוקה לרעיון של פיקציות משפטיות.<sup>40</sup> אכן, ייתכן שהיתרון הרטורי הזה מושך את השחקנים השונים בשדה המשפט להשתמש 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 לצד 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 שביסודן ראויים, מדוע לא לבסס אותן באמצעות דין מהותי מפורש? שאלה זו עולה בעיקר בנוגע לחזקות חלוטות, אולם היא

38 שם, בעמ' 40 ובאסמכתאות המוזכרות שם.

39 ראו לעיל ה"ש 8. במאמר מוסגר, אציין כי היבט רטורי זה של החזקה החלוטה העסיק את הספרות והפסיקה בארצות הברית, בקשר לאופן הראוי לבחון את חוקתיות של חזקות חלוטות. יש שסברו כי יש לבחון חזקות אלה על פי הזכויות הפרוצדורליות שבחוקה, כלומר על פי השאלה אם הן פוגעות בזכות ההליך הוגן (Due Process). גישה זו זכתה לביקורת משום שלאמיתו 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 נקט בסופו של דבר בדרך זו, בהפנימו שהצגת דין כחזקה חלוטה היא בעיקר אקט רטורי שבתוכו חבויה הכרעה סובסטיבית. ראו למשל Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110, 120 (1989). כן ראו 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 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה (1) 782 (2012).

40 הדיון ביחס שבין המושג 'פיקציה' לבין המושג 'חזקה' רחב מכדי להיזקק לו במסגרת זו. ראו בעיקר LON L. FULLER, *LEGAL FICTIONS* 40 (1967); Eben Moglen, *Legal Fictions and Common Law* (1990) 33, 37–38. *Legal Theory: Some Historical Reflections*, 10 TEL AVIV U. STUD. L. 33, 37–38 (1990) Raymundo Gama, *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, in *LEGAL FICTIONS IN THEORY AND PRACTICE* 347 (Maksymilian Del Mar & William Twining eds., 2015).

ליוונטית גם לחזקות רגילות המבוססות על מניעים נורמטיביים. מדוע יוצר הכלל אינו מקדם את הערכים המהותיים שהוא תומך בהם במפורש באמצעות קביעת כללי משפט מהותיים ומעדיף לעשות זאת באמצעות קביעתה של חזקה העוסקת באופן שבו יש להתייחס למציאות העובדתית?

המאפיין הרטורי של החזקה שעליו עמדנו לעיל יסייע בידנו להבין תופעה זו. ליוצרו של כלל משפטי, בין שזה המחוקק ובין שזה 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 מידת הלגיטימציה להתערבותם בהיבטים הפרוצדורליים והראייתיים של ההליך המשפטי רבה מזו של התערבותם בדין המהותי. לפיכך לבתי המשפט יש אינטרס להציג את הכרעותיהם כתוצר של חזקה משפטית-עובדתית במקום כתוצר של הכרעה ערכית. גם המחוקק עשוי לשיקול, לעיתים, 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 שיפוטם נורמטיביים.<sup>41</sup>

41 שורשי התובנה הזו בנוגע לפיקציות משפטיות בכלל הובעו כבר אצל Jeremiah Smith, *Surviving Fictions*, 27 YALE L.J. 147 (1917). דוגמה מעניינת לכך בהקשר הישראלי היא זו שנדונה בעניין **חסן**, לעיל ה"ש 39, שבו נפסל סעיף בחוק הבטחת הכנסה, התש"ם-1980, אשר קבע חזקה חלוטה שלפיה מי שבבעלותו רכב, חזקה שהוא מפיק מאותו הרכב הכנסה בשיעור הגמלה שהוא זכאי לה. מטרתו של הסעיף הייתה לשלול את גמלת ההכנסה ממי שבבעלותו רכב, כנראה מתוך הנחה שניתן להסיק מקיומו של רכב על היוקתו לגמלת ההכנסה. אלא שהמחוקק ניסח הוראה זו כחזקה המתייחסת לשיעור הכנסתו של האדם מהרכב, ובכך נותר נאמן להגדרותיו ה"רגילות" של החוק, שלפיה אין הצדקה לתת גמלת הבטחת הכנסה למי שכבר מקבל הכנסה כשיעור הגמלה (לדיון נרחב בהיבטים חוקתיים של חזקה זו ראו יעל כהן-רימר **בחנינה חוקתית של חזקות הכנסה בחקיקת רווחה** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2021)). בדומה לזה, בע"פ 6659/06 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 329 (2008) נדונה חוקתיות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, שהסמך את רשויות המדינה לעצור לוחמים לא חוקיים במעצר מנהלי אם שחרורם יפגע בביטחון המדינה, ובד בבד נקבעה בסעיף 7 לחוק זה 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 "לוחם בלתי חוקי", אולם בד בבד מציג את ההכרעה הזו כתואמת את כללי המעצר המנהלי הרגילים, הדורשים קיומה של סכנה אינדיבידואלית מהעצור. פתרונו (החלקי) של בית המשפט בעניין זה (שם, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), היה פירוש מצומצם של המונח "לוחם בלתי חוקי", כך שיידרש להוכיח מסוכנות אינדיבידואלית לשם כך.

ברי שהמחוקק יכול לבקש להסוות את מניעי החקיקה שלו באמצעים נוספים ולא רק באמצעות שימוש בחזקות. לדוגמה מפורסמת, ראו הדיון בשאלה אם תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 היא ביטחונית, או שמא התכלית הביטחונית היא כסות רטורית לתכלית דמוגרפית. ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47, 95 (2009). בהקשר השיפוטי ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים

בשורות הבאות אני מבקש להתבונן במשפחה אחרת של מניעים להסמכת הכרעות ערכיות על חזקות בעלות אופי עובדתי: היכולת לאחוז בעת ובעונה אחת בשתי הכרעות נורמטיביות שונות אגב 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 מוסווית אולם להציגה כמבוססת לא על ההכרעה הערכית הזאת אלא על הנחה עובדתית ניטרלית. הדוגמה של הגנת בית המגורים, שבה נעסוק ביתר הרחבה בהמשך, תבהיר את הדברים.

נבחן אם יש הבדל מעשי בין שני סעיפי חוק היפותטיים אלה:

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 בכל אדם הפורץ לבית מגוריו של אדם כמסכן את חייו.

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 להשתמש בכוח קטלני רק למצבים של איום על החיים. כלומר, במסגרת ההיגד הראשון קובע המחוקק כי זכויות הקניין (והאינטרסים הנוספים הנפגעים מתקיפת בית המגורים) מצדיקות הגנה באמצעות כוח קטלני; בשנייה הוא נמנע מלהצהיר זאת גם אם זוהי התוצאה המעשית של דבריו. אדרבה, הוא מצהיר במפורש מהם לדעתו נימוקים טובים להשתמש 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. כך הדין מסוגל להכיל רובד נורמטיבי שאינו בא לידי ביטוי בהנמקה המפורשת של הדין: במקרה שלנו מחד גיסא בעל הבית מקבל את המסר החינוכי שאין הצדקה להגן על רכוש באמצעות כוח קטלני, ומאידך גיסא הפורץ מקבל את המסר המעשי שלפיו חזקה שניתן להרוג אותו בעת הפריצה. השאיפה לשמר בו-זמנית את שני הרבדים הנורמטיביים, המעשי והמוצהר, שונה באורח ניכר מהמניע המוסדי שתואר לעיל. המניע המוסדי מבקש להסוות את השיקולים ה"אמיתיים" שבבסיס ההסדר ולהציגו כמבוסס על שיקולים שאינם כנים כדי לשמר את הלגיטימציה שלו, ואילו 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 בה מעוררת דילמה ויוצרת שניות בקרב מחוקקים ומלומדים כאחד. השאיפה לשמר את שתי ההכרעות עשויה להתבסס

לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים 2009).

אפוא על תפיסה שלפיה שתיהן 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 הדוגמה הבאה: נניח שבמשפחה פלונית יש כלל, ולפיו אסור לילדים לאכול יותר מסוכרייה אחת ביום. ביום מסוים קיבלו הילדים סוכרייה, ולאחר מכן יצאו לשחק בגן המשחקים, שם פגשו בחבר מבית הספר, אשר לרגל יום הולדתו חילק סוכריות לכל הנוכחים בגן המשחקים. ההורה מצוי בדילמה: מצד אחד הוא אינו רוצה להפר את הכלל; הוא גם אינו רוצה שלילדים יועבר מסר שלפיו ניתן לחרוג בנקל מהכלל, ומצד אחר הוא סבור שבהקשר הקונקרטי, בשים לב לכך שחבריהם של הילדים מקבלים סוכריות והדבר עשוי לעורר קנאה, אכן מוצדק לחרוג מהכלל ולהתיר לילדים לקבל סוכרייה. הפתרון שהוא נקט היה להטעות את הילדים בקשר למצב הדברים העובדתי: הוא אמר להם שמדובר בסוכריות אורגניות ללא תוספת סוכר, ולכן הכלל הרגיל לא חל עליהן. אמירה (שקרית) זו אינה מפירה 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 שעליו חלה הנורמה (הרגילה). הטעיה רטורית זו אפשרית כמובן רק אם אכן יש זיקה סבירה בין ההערכה העובדתית שהחזקה משדרת לבין המציאות. אלמלא כן המהלך אינו אפשרי (ההורה אינו יכול לומר לילדיו שהסוכרייה היא מלפפון). לכן גם חזקות המבוססות על שיקולים נורמטיביים יהיו בעלות זיקה הדוקה להערכה סבירה של המציאות. אולם במצבים אלו יוצר החזקה אינו עומד בהכרח מאחורי ההערכה העובדתית; הוא משתמש בה על מנת לאחוז בשתי הכרעות נורמטיביות בעת ובעונה אחת, כדי להימנע מלהכריע ביניהן.

כעת נפנה לבחינתו של רעיון זה באמצעות העיון בחזקת המסוכנות של פורץ לבית מגורים, הקבועה בתלמוד. הפנייה למקור התלמודי מועילה מפני שבהקשר התלמודי, מרבית השיקולים הרטוריים המוסדיים בדבר שימור לגיטימציה מוסדית או תוכנית אינם רלוונטיים,<sup>42</sup> ולכן נוכל להתמקד בשאיפה ליצירת ריבוד נורמטיבי כמניע עיקרי ליצירת החזקה.

### ג. הגנת בית המגורים כמקרה מבחן

המקרה שבאמצעותו אבקש להדגים כיצד 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

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

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 שבתיחום הזכות להגנה עצמית בבית המגורים יש לעמוד על אחת הדרישות העיקריות לצורך גיבוש הזכות להגנה עצמית: עקרון המידתיות (הפרופורציה). לפי התאוריה של דיני ההגנה העצמית מקובל להניח כי אחד התנאים הבסיסיים לגיבושה של זכות זו הוא שעוצמת ההתגוננות תהיה ביחס הולם לכוח שמפעיל 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 מזה, הריהו מאבד את זכותו להגנה מפני אחריות פלילית.<sup>43</sup>

בדיון בעקרון 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 כדי להגן על אינטרסים רכושיים אינו מידתי.<sup>44</sup> אדם

43 עוצמתה של הפרופורציה הנדרשת היא נגזרת של התאוריה הפילוסופית שעל סמכה ניתן להצדיק את הזכות להגנה עצמית. בהכללה גסה, הצדקות שבמרכזן אשמת התוקף ייטו לדרוש דרישות נוקשות יחסית של פרופורציונליות, ואילו הצדקות שבמרכזן האוטונומיה של הנתקף ייטו להפחית את היקפה של הדרישה. בסופו של דבר, הזכות להגנה עצמית מבוססת על שילובן של הצדקות הללו, לצד הצדקות נוספות, ונקודת האיזון ביניהן משפיעה על טיבה ועל היקפה של דרישת הפרופורציה. ראו בועז סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 203 (2000) (להלן: סנג'רו **הגנה עצמית**); בועז סנג'רו "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: סנג'רו "הייהפך הצידוק"). כן ראו Benjamin Porat, *Lethal Self Defense Against a Rapist and the Challenge of Proportionality: Jewish Law Perspective*, 26 COLUM. J. GENDER & L. 123, 127 (2013). בדין הישראלי, דרישה זו מעוגנת ב"דרישת הסבירות" (ראו ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז–1977; ע"פ 4784/13 סומך נ' **מדינת ישראל**, פס' 169 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 18.2.2016)).

44 ראו Porat, לעיל ה"ש 43, בעמ' 139; סנג'רו **הגנה עצמית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 216. יוער כי הנחה כללית זו מקובלת גם במשפט האמריקני, אף שניתן למצוא בו הסדרים חריגים המקנים הגנה פלילית למי שהגן על רכוש 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 לחפוף את הגנת בית המגורים, שנדונה כאן. ראו 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, 3 n.13, 37–39; סנג'רו **הגנה עצמית**, שם.



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 רכשו, אף שאין בידו אמצעי אחר לעצור אותם.<sup>45</sup>

למרות זאת כבר משלביה המוקדמים 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 שמוחק בביתו אינו מצופה לסגת ממנו על מנת להימנע מעימות, בניגוד למוחק במקום אחר, שעליו – לפחות לפי שיטות משפט אחדות – לסגת אם בכך יימנע העימות;<sup>46</sup> 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 גודרי הדוקטרינה, וגם כיום נוקטות מערכות משפט שונות הסדרים מגוונים. לפי גישה מרחיבה, שמקורה בתקופות קדומות של המשפט המקובל, ניתן להפעיל כוח קטלני כלפי כל אדם שנכנס לבית המגורים באופן לא 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).<sup>47</sup> חוסר אחידות זה בא לידי ביטוי גם בהסדרים מודרניים המעגנים את הדוקטרינה, שכן בשיטות המשפט השונות ניתן למצוא את כל הווריאציות האמורות.<sup>48</sup> אולם לכאורה גם הדרישות המחמירות מבין האפשרויות הללו מצדיקות הפעלת כוח ממת גם ללא קיומה של סכנת חיים או פגיעה גופנית חמורה, דבר שבהקשרים אחרים מקובל לראות בו לא פרופורציונלי.

מהי ההצדקה לתפיסה חריגה זו של בית המגורים? ניתנו לכך תשובות שונות, המבוססות על הייחודיות שיש לבית מגוריו של האדם, המספק לו את הביטחון האישי הבסיסי ביותר ומשמש לפעילויות הפרטיות ביותר שלו. ביתו של אדם נחשב למבצרו, ואף יש שייחסו לו קדושה מיוחדת. מכיוון שכך, נטען כי מוצדק להפעיל כוח אלים ואף קטלני למניעת החדירה אליו.<sup>49</sup> אולם ספק אם הסברים אלו מבססים, כעניין נורמטיבי, עמדה הגורסת כי הפגיעה הנגרמת בעטיו של מעשה הפריצה היא כה חמורה עד כדי כך ששימוש

45 לשורשים ההיסטוריים של דוגמה זו ראו שם, בעמ' 86.

46 הדיון בחובת הנסיגה ובתחולתה בבית המגורים הוא דיון סבוך. לדיון ראו שם, בעמ' 230; DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 231–228; Benjamin Levin, *A Defensible Defense?: Reexamining Castle*; 231–228; Daniel Michael, *Florida's Protection of Doctrine Statutes*, 47 HARV. J. ON LEGIS. 523 (2010); Catherine L. Carpenter, *Of the Personns Bill*, 43 HARV. J. ON LEGIS. 199, 204 (2006). כן ראו *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** (נבו 22.2.2007); ע"א 11172/05 **אלון נ' חדר** (נבו 21.10.2009).

47 ראו DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 266–265.

48 ראו Green, לעיל ה"ש 44, בעמ' 18–11; Renée Lettow Lerner, *The Worldwide Popular Revolt against Proportionality in Self-Defense Law*, 2 J.L. ECON. & POL'Y 331, 336–353 (2006).

49 ראו סגנר'ו **הגנה עצמית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 311–308; DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 264.

בכוח קטלני כתגובת נגד הוא פרופורציונלי לתקיפה.<sup>50</sup> אכן, רבים ממלומדי המשפט הפלילי סבורים כי ההסדרים 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. Sanford Kadish, למשל, סבור כי את הדינים של 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.<sup>51</sup> בדומה לזה, מציין George Fletcher כי הדינים של הגנת בית המגורים הם בבחינת "שרידים" של התפיסה הרואה בהגנה עצמית מבוססת על זכותו של הנתקף לשמירה על האוטונומיה שלו, תפיסה שכבר אינה שולטת בהקשרים הרגילים של דיני ההגנה העצמית.<sup>52</sup>

מובן כי מבחינה עיונית ומעשית מסקנה זו בעייתית. קיומם של הסדרים החורגים מעקרון המידתיות, כאשר עיקרון זה מוכר כעקרון יסודי 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 מעיקרון זה ומאפשרים שימוש בכוח קטלני לשם הגנת בית המגורים. כך הוא הדין בישראל, לפחות להלכה.<sup>53</sup> תגובה אחרת לבעייתיות זו היא ניסיון מסוים של מלומדים להצדיק את ההגנה הרחבה על בית המגורים שיהיה בה כדי לעלות בקנה אחד עם דרישת המידתיות. הללו ביקשו להסביר מדוע מצב של הגנת בית המגורים שונה מהותית

50 ודוק, השאלה החשובה לצורך הדיון שלנו היא השאלה הנורמטיבית ולא ההיסטורית: ייתכן שמבחינה היסטורית נוצרה הדוקטרינה של 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.

51 ראו 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". כן ראו לעיל ה"ש 43. ככלל, מקובל להניח כי ביסוס ההצדקה להגנה העצמית על יסוד אשמתו של התוקף גוררת חובה לפעול נגדו פעולה מידתית ביחס 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 ראו 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 [...]". כן ראו Green, לעיל ה"ש 44, בעמ' 24–25; סנג'רו **הגנה עצמית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 309.

53 בישראל בחר המחוקק להקדיש סעיף חוק מיוחד להגנת בית המגורים, שבו אומנם מנוסחת דרישת פרופורציה, אולם רכה מן הדרוש בדרך כלל בהגנה עצמית "רגילה" (ראו ס' 134 לחוק העונשין). אף על פי כן, ההנחה בספרות ובפסיקה היא שהגמשה זו אינה מצדיקה שימוש בכוח קטלני כדי להגן על הרכוש גרידא שבבית המגורים. ראו סנג'רו **הגנה עצמית**, שם, בעמ' 315–316; סנג'רו "הייהפך הצידוק", לעיל ה"ש 43; מרים גור-אריה וגליה דאור "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחימת גבולותיה – בעקבות פרשת דרומי" **משפט וממשל** יג 141 (2011). מן הפסיקה עולה כי כך היא מפרשת את הדין בישראל, ראו למשל ע"פ 6162/10 **ככאז נ' מדינת ישראל**, פס' כט לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 11.6.2013); ע"פ 1964/14 **שימשילשוילי נ' מדינת ישראל**, פס' 36–38 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (נבו 6.7.2014).

מהגנת רכוש רגילה, כדי שיהיה ניתן להחשיב את פעולת ההגנה עליו באמצעות כוח ממית למידתית. בין יתר הנימוקים שהועלו בהקשר זה מצויים 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 הזאת; הניצול לרעה שמנצל הפורץ את דרישת הפרופורציה שבדיני ההגנה העצמית; הצורך בהרתעת הפורץ בשל אוזלת היד של רשויות אכיפת החוק; אף 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.<sup>54</sup> 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 הייחודית של בעל הבית המוצא עצמו מותקף בביתו; ייחודיותו של בית המגורים והרכוש שבתוכו וערכם הרב עבור בעל הבית הופכים את התגובה הקטלנית למידתית; הפגיעה הנלווית לפריצה בכבוד האדם או בזכותו לפרטיות, המגבשת אינטרס שהגנה עליו באמצעים קטלניים הוא מידתי; הצדקת השימוש באמצעים קטלניים כדי למנוע פשע ולהעניש את התוקף.

Green דן בכל אחד מן הרציונליים 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.<sup>55</sup> יתרה מזאת, קיים קושי נורמטיבי בהישענות על חזקה שכזו, כאשר מחיר הטעות הוא נטילה לא מוצדקת של חיי אדם. 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. כאשר לאינטרסים אלה, יש לשים לב שעוצמת האינטרס הנפגע משתנה בכל מקרה לגופו, לפי מטרותיו ומעשיו של הפורץ. מכל מקום, קשה להשוות בין פגיעות פיזיות חמורות כגון תקיפה למטרת אונס או חטיפה, לבין הפגיעה הנגרמת מפריצה לבית מגורים. גם אם יש לראות בפריצה זו פגיעה חמורה, היא איננה מצדיקה הגנה עצמית באמצעים קטלניים. לבסוף, נדמה שגם הישענות על שיקולים של מניעת פשע אינם מספיקים כדי 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. ייתכן שכל אחד מן השיקולים הללו כשלעצמו אינו מספק, אולם שילובם יחד עשוי להצדיק את היקף ההגנה.<sup>56</sup> עם זאת, הערה ראשונית זו איננה מפותחת בדבריו וגם לא זכתה לדיון מעמיק בהמשך.<sup>57</sup>

54 ראו Green, לעיל ה"ש 44.

55 ראו להלן ה"ש 69 והטקסט הסמוך לה.

56 הצדקה זו ניתנת לניסוח בשני אופנים שונים במעט: ניתן לומר מצד אחד כי שילוב הטעמים הללו מוביל להכרה בכך שמדובר בתגובה מידתית, ומצד שני ניתן לטעון ששילוב הטעמים מוביל להכרה בהצדקה

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

## 2. חזקות מסוכנות בחקיקה העכשווית

### (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,<sup>60</sup> אולם היא לבשה צורה חדשה בגלל 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: חזקה על 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 בסבירות. בדרך כלל נעשה שימוש באופן האחרון.

- 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, בעמ' 7, 39–41. ראו גם Lerner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 360–361. ההנמקה האגרטיבית הזאת יוצרת קושי מעשי, שכן גבולות ההגנה העצמית עשויים להשתנות אם מדובר בהגנת הבית עצמו או בהגנת חיי בעל הבית. דיון זה הקדים מעט את זמנו של הדיון העכשווי בהצדקות אגרטיביות במשפט, שיכול להיות רלוונטי לנקודה זו. ראו למשל זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרציה בביקורת שיפוטית חוקתית" **משפטים** מד 569, 584 (2014). כן ראו 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 – הוא החל בחקיקה במדינת פלורידה וגרר אחריו מדינות נוספות. בין השנים 2005 ל-2012 שינו יותר ממחצית מדינות ארצות הברית את חוקיהן באחד התחומים הללו. ראו DRESSLER, לעיל ה"ש 44, בעמ' 229 (חובת הנסיגה), 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*, 41 CAP. U. L. REV. 1105, 1119–1120 (2013); 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*, 35 S.U. L. REV. 1 (2007) לעיל Lerner; *Doctrine of Retreat to the Right to Stand Your Ground*, 35 S.U. L. REV. 1 (2007) לעיל Lerner; *336*.
- 59 שם.
- 60 ראו סנג'רו **הגנה עצמית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 309, ה"ש 1083 (המציין כי חזקת מסוכנות מצויה ביסוד ההסדרים החקיקתיים במדינות קולומביה, ארגנטינה וספרד). כן ראו CODE PÉN. [C. PÉN.] [PENAL CODE], art. 122-6 (Fr.).

לדוגמה, בשנת 1984 נחקק במדינת קליפורניה הסעיף הזה, ששימש זרו 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.<sup>61</sup>

לפי סעיף זה, האדם המותקף מוחזק כמי שהיה לו חשש סביר מפני פגיעה קטלנית מיידית, כאשר כניסתו של המתקיף לביתו הייתה לא חוקית ונעשתה בכוח. ניסוח דומה קיים במדינות נוספות בארצות הברית, ובחלקן נאמר כי החזקה ניתנת לסתירה.<sup>62</sup>

### (ב) חזקת המסוכנות בישראל

הדין בישראל איננו מבוסס על קיומה של חזקת מסוכנות. חלף זאת החליט המחוקק לקבוע כי במצב של הגנת בית המגורים יש להגמיש את דרישת הפרופורציה ביחס להגנה עצמית רגילה. בעקבות פרשת דרומי,<sup>63</sup> נחקק סעיף 134 לחוק העונשין ונקבע בו כי ההגנה הפלילית המוענקת למי שהגן על עצמו מפני פורץ לבית המגורים, לבית העסק או למשק חקלאי בכוונה לבצע עבירה, תישלל רק אם "המעשה לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין",<sup>64</sup> זאת בניגוד להגנה עצמית "רגילה", שבעניינה הכלל הוא שהיא נשללת כאשר "המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין"<sup>65</sup> – ללא השימוש במונח "בעליל".<sup>66</sup> המחוקק

61 Cal. Penal Code § 198.5 (Deering 2020) (ההדגשה הוספה).

62 לדוגמאות בלבד ראו במדינת Rhode Island § 11-8-8 (2020) – R.I. Gen. Laws; במדינת Ohio Fla. Stat. § 776.013(2) – Florida; במדינת Ohio Rev. Code Ann. 2901.05 (LexisNexis 2019); במדינת Tennessee Tenn. Code Ann. § 39-11-611(c) (2020) – Tennessee; במדינת Utah Utah – Utah N.J. Stat. Ann. § – New Jersey; במדינת New Jersey Code Ann. § 76-2-405(2) (LexisNexis 2020); במדינת Texas Tex. Penal Code Ann. § 9.31-9.32 (West – Texas; במדינת Wisconsin Wis. Stat. § 939.48 (2019) – Wisconsin; במדינת Florida Fla. Stat. § 776.013(4) (2019) – Florida. הדבר למשל במדינת Florida. ראו Dressler; Fla. Stat. § 776.013(4) (2019), לעיל ה"ש 44, בעמ' 266, ה"ש 20.

63 ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (נבו) 15.7.2009.

64 ס' 134(ב)(1) לחוק העונשין.

65 ס' 134טז לחוק העונשין.

66 להערכת תיקון החוק והפרשנות הראויה שלו ראו סנג'רו "הייחפך הצידוק", לעיל ה"ש 43; גור-אריה ודאור, לעיל ה"ש 53.

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".<sup>67</sup> חזקה זו איננה מתייחסת לתודעתו או לאופן התנהלותו של המתגונן, אלא לעצם קיומה של הסכנה, ולפי ההצעה היא ניתנת לסתירה אם "הוכח אחרת". נוסף על זה, אף שהצעה זו לא נתקבלה, הדיון באשר ליישומו של החוק המתוקן עשוי להתבסס על הנחת קיומה של חזקה שכזו, המשפיעה על השאלה אם המתגונן פעל פעולה לא סבירה בעליל. כך אירע במסגרת התיק המשפטי היחיד (עד כה) ששאלה זו נדונה בו לעומק – בעניין דרומי. טעם מרכזי לכך, לפחות ברטוריקה השיפוטית, הוא הדין העברי וחזקת המסוכנות הקבועה בדוקטרינת הבא במחתרת.<sup>68</sup> 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 דיוננו 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.<sup>69</sup> כאשר מחירה של טעות בעניין זה הוא חיי אדם, ניתן לצפות שיונח בסיס אמפירי מוצק לשם קביעת חזקה שכזו. לפיכך נקודה זו מעלה ספק בדבר ההנחה העובדתית שמאחורי קביעת חזקת המסוכנות. היבט שני הוא עוצמתה הראייתית של החזקה. כשניתנת אפשרות רחבה לסתור את החזקה, אפשר להניח שמדובר 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.

67 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 99) (הגנה עצמית), התשס"ח–2008, ה"ח 196, 196.

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 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 3.8.2016).

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

נקודות אלה נדונו בעיקר בדיון ביקורתי בהסדרים שבהם נקבעה חזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה. על הסדרים אלה הובעה ביקורת. נטען בעניינם שמכיוון שבפועל אין נדרשת הוכחה כלשהי לקיומה של סכנת חיים ואין אפשרות להפריך את קיומה של סכנה זו, הרי שדרישת המידתיות אינה מתמלאת גם אם פורמלית מנוסח החוק כעומד בדרישת הפרופורציה.<sup>70</sup> ביקורות אלו עולות בקנה אחד עם הקושי שהעלינו 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 וייחודיות האינטרסים של הנתקף לצד הנימוק של הרתעת העבריין והענשתו. אומנם שיקול אחרון זה הוא כרגיל פרוגרטיבה של המדינה ולא של האזרח, אך במציאות של פריצה, שבה אין המדינה מסוגלת להגן על האזרח, לגיטימי שהוא יוציא לפועל את המעשה, הנתון כרגיל לסמכות השלטונית.<sup>71</sup> העולה מטענה זו הוא שהשימוש בחזקת מסוכנות או בחזקת סבירות הוא כלי משפטי-רטורי לגיטימי שמצדיק לחרוג מדרישת הפרופורציה הרגילה, מבלי שהמחוקק מביע במפורש את דבר החרגה הזאת.

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 יישמו עברונו רקע לעיון בחזקה זו. מסקנותיו של העיון הזה יבהירו את האופן שבו חזקה מסייעת לכינון של ריבוד נורמטיבי.

70 טענת Michael, לעיל ה"ש 46, בעמ' 204–206, 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 שלפיה יש להניח שהפריצה היא אלימה, מאפשרת למעשה את החלתה של הגנת בית המגורים על כל פריצה, דבר שאינו מידתי. ראו גם Haddox, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1128–1125; Zachary L. Weaver, *Florida's "Stand Your Ground" Law: The Actual Effects*; 1128–1125 and the Need for Clarification, 63 U. MIAMI L. REV. 395, 403–406, 425–426 (2008); Elizabeth B. Megale, *Deadly Combinations: How Self-Defense Laws Pairing Immunity with a Presumption of Fear Allow 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* Wyatt Holiday, "The Answer to Ground", 39 ST. MARY'S L.J. 573, 590–592 (2008) *Criminal Aggression is Retaliation*: Stand-Your-Ground Laws and the Liberalization of Self-Defense, 43 U. TOL. L. REV. 407, 426–428, 432–433 (2012); F. Patrick Hubbard, *The Value of Life: Constitutional Limits on Citizens' Use of Deadly Force*, 21 GEO. MASON L. REV. 623, 640–643 (2014); Donna Coker, "Stand Your Ground" in Context: Race, Gender, and Politics, 68 U. MIAMI L. REV. 943, 944–945 (2014).

71 ראו Lerner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 360–361. בכך, ממשיכה Lerner את הצעתו של Green (לעיל ה"ש 44) בדבר ביסוס הדוקטרינה על טיעון אגרגטיבי, גם אם לא במפורש (ראו ה"ש 57 לעיל). עוד ראו ברוח זו Levin, לעיל ה"ש 46, בעמ' 540.

### 3. דין "הבא במחתרת"

#### (א) רקע: דין הבא במחתרת במשנה

מקורו של דין הבא במחתרת הוא בפסוקי המקרא:

כִּי יִגְנוּב אִישׁ שׁוֹר אוֹ שֶׁה וּטְבָחוֹ אוֹ מְכָרוֹ תִּמְשֶׁה בְּקֶרֶת יִשְׁלֵם תַּחַת הַשּׁוֹר וְאֶרְבַּע  
צֹאן תַּחַת הַשֶּׁה.  
אִם בַּמַּחְתֶּרֶת יִמָּצָא הַגִּנְבֵּב וְהִפָּה נִמְתָּ אֵין לוֹ דָּמִים.  
אִם וְרָחָה הַשְּׂמֶשׁ עָלָיו דָּמִים לוֹ שְׁלֵם יִשְׁלֵם אִם אֵין לוֹ וְנִמְכַר בְּגִנְבָתוֹ.  
אִם הַמָּצָא תִּמָּצָא בְּיָדוֹ הַגִּנְבָּה מִשּׁוֹר עַד חֲמֹר עַד שֶׁה חַיִּים שְׁנַיִם יִשְׁלֵם.<sup>72</sup>

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.<sup>73</sup> פרשנות זו, ועמימותה עימה, מבוטאת במשנה במשפט קצר: "הבא במחתרת – נדון על שם סופו".<sup>74</sup> משמעו הכללי של משפט זה הוא שדינו של הבא במחתרת נקבע בעקבות מעשיו העתידיים. כפי שנראה בהמשך, חזקת המסוכנות התלמודית היא בגדר ניסיון להעניק פשר משפטי לביטוי עמום זה.<sup>75</sup>

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 שדינן הוא עונש מוות, אולם הוא עוסק בשלושה דינים יוצאים מן הכלל שאינם בגדר "עונש מוות"

72 שמות כא 37–38. 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 (2018), ובמקורות הנדונים שם (להלן: שלזינגר "דין הבא במחתרת" 2018).

73 לדיון במדרשי ההלכה ובטיב הסכנה שבה הם עוסקים ראו שם, בעמ' 198 ואילך. בתמצית, מעיון במשנה עצמה ובמקורות תנאיים מקבילים נוכל לעמוד על כך שהם מתמודדים עם בעיית חוסר הפרופורציה שבהריגתו של פורץ, המסכן לכאורה אינטרס רכושי בלבד. התנאים, אשר הניחו בבסיס דיני ההגנה העצמית שלהם את עקרון הפרופורציה, התקשו 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 בגלל 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 ממקורות אחרים ניתן להסיק כי החשש מפני סכנת חיים, המצדיק את הריגת הגנב, הוא חשש כללי ואמורפי, ואין מוטלת על המתגונן חובה לבחון את קיומה של הסכנה.

74 משנה, סנהדרין ח, ו. המשנה מוסיפה עוד הוראה נורמטיבית בקשר לבא במחתרת ("היה בא במחתרת ושבר את הכלים – יש לו דמים, חייב; אין לו דמים – פטור"). עניינה של הוראה זו חורג מדינונו. לעיון בה ראו שלזינגר "דין הבא במחתרת" 2018, לעיל ה"ש 72, בעמ' 226.

75 לדיון נרחב במקורות התנאיים ולביסוס טענה זו ראו שם, בעמ' 198 ואילך.



רגיל. הראשון הוא דין "בן סורר ומורה"; השני הוא דין "הבא במחותרת"; השלישי הוא דין "הרודה אחר חברו להרגו". הדין הראשון עוסק בילד הממרה את פי הוריו, שהמקרא קובע כי הוא חייב בעונש מוות. קביעה קשה ולא מידתית זו הובילה למגוון תגובות תנאיות.<sup>76</sup> התגובה המופיעה במשנה גורסת שעונשו של הבן אינו בשל מעשיו הנוכחיים אלא בשל מעשיו העתידיים; התנהגותו הנפשעת כיום מלמדת שבעתיד יידרדר למעשים חמורים המצדיקים את ענישתו המחמירה: "בן סורר ומורה נדון על שם סופו, ימות זכאי ואל ימות חייב".<sup>77</sup> כלומר, עונש המוות של הבן אינו נובע ממעשיו העכשוויים, המתורגמים בספרות התנאית לגנבת כסף מהוריו ובזבזו על אכילת בשר ושתיית יין, אלא מבוסס על כך שהתנהגותו הנוכחית מלמדת על הידרדרות בלתי נמנעת לפשיעה חמורה, שעונש מוות מוצדק בצידה.

במסגרת זו לא אדון בדין בן סורר ומורה ובקשיים שהוא מעורר. לענייננו חשובה ההבחנה הזאת: ענישתו של בן סורר ומורה ייחודית בכך שהיא איננה רק בגין מעשיו העכשוויים אלא גם בגין מעשיו העתידיים. משנת "הבא במחותרת" – המקרה השני שבו דן הפרק – משתמשת בדיוק באותו מטבע לשון, "נדון על שם סופו". בניגוד לבן סורר ומורה, הבא במחותרת 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 "הרודה אחר חברו להרגו", ובענייננו מתמקדת המשנה בהצלת המותקף ולא ב"דינו" של התוקף.<sup>78</sup> לעומת זאת דינו של הבא במחותרת מתואר מבחינה ספרותית תיאור הדומה 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 במחותרת כמי ש"נדון על שם סופו"? ככלל ניתן לשער כי המשנה רואה בדין הבא במחותרת דין 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, מצד בעל הבית: כביכול,

76 לדיון מעמיק בתגובות התנאיות לדין "בן סורר ומורה" ראו משה הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוותן – ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה** 42–68 (התשנ"ז).

77 משנה, סנהדרין ח, ה. תפיסה תנאית זו מתוארת תיאור מפורט ומוחשי יותר במדרש הזה: "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 מגמר נכסי אביו ומבקש למודו ואינו מוצא, ויוצא לפרשת דרכים ומלסטם את הבריות – אמרה תורה ימות זכאי ואל ימות חייב" (מדרש תנאים לדברים כא, כא (מהדורת הופמן 131)); ראו גם ספרי דברים, פס' רכ (מהדורת פינקלשטיין 253).

78 בקשר להגנה עצמית "רגילה", משתמשת המשנה במטבע הלשון "ואלו הן שמצילין אותן בנפשן" (משנה, סנהדרין ח, ז), ביטוי שלפי פשוטו מתמקד כאמור בצורך להציל את המותקף. לדיון מעמיק יותר בביטוי זה, ראו אהרן אנקר **עיקרים במשפט הפלילי העברי** 321–325 (התשס"ז); שלזינגר "דין הבא במחותרת" 2018, לעיל ה"ש 72, בעמ' 225. עוד ראוי להעיר כי יש מקורות תנאיים שהתייחסו אל דין הבא במחותרת כמקרה של הגנה עצמית קלאסית והתירו את הריגת הגנב רק כאשר סכנת החיים שהוא גורם היא מיידית. דוגמה מובהקת לכך היא התוספתא, אשר קובעת כי ניתן להרוג את הגנב רק כאשר הסכנה היא ודאית. בהתאמה, התוספתא מתארת את דין הבא במחותרת בעזרת הטרמינולוגיה של דין הרודה – "מצילין אותן בנפשן" – ולא באמצעות הטרמינולוגיה של בן סורר ומורה. לדיון בתוספתא ראו שם, בעמ' 206.

בעל הבית משמש "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" לחשוד 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.<sup>79</sup>

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

### (ב) הסוגיה התלמודית

#### (1) ניסוח חזקת המסוכנות

הסוגיה התלמודית מוסבת על דברי המשנה הקצרים: "הבא במחלתר – נדון על שם סופו". מהו טיבו של אותו ה"סוף" המתואר במשנה? ומהו ה"דין" שבו נדון הבא במחלתר? על השאלות הללו מנסה הסוגיה התלמודית לענות מחדש. כפי שיתברר בהמשך, הפרשנות המוצהרת הניתנת בתלמוד לדברי המשנה הללו הם שהבא במחלתר 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 העובדה כי קיימת חזקה שלפיה מבחינה עובדתית זוהי אכן הסיטואציה. ניתן אפוא להבין את דין הבא במחלתר התלמודי כמקרה פרטי של דיני ההגנה העצמית הרגילים, שייחודו מסתכם בקיומה של החזקה.<sup>80</sup> 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 בידי המותקף בגין תקיפתו הקטלנית העתידית של הפורץ, הרי שהתלמוד שולל גישה זו. השימוש במונחי עשיית דין עובר התמרה (טרנספורמציה) לשיח של הגנה עצמית, אולם המעבר הזה אינו מאיין לחלוטין את ההיבטים הללו המופיעים בפשוטה של משנה. חרף זאת הם מוטמעים לתוך הדין החדש העוסק בגבולות ההגנה העצמית מפני הפורץ.

79 להרחבה ולביסוס טענה זו בקריאת המשנה לאור הקשרים תנאיים נוספים ראו שם, בעמ' 221–226.  
80 דומה שמרבית מלומדי המשפט העברי שעסקו בדין המחלתר אכן דנו בו כמקרה פרטי של הגנה עצמית קלאסית, כמובן בנתינת תשומת לב למאפיינים העובדתיים הייחודיים שלו. ראו בעיקר אנקר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 337–342 (מבאר את הייחודיות של דין המחלתר כפועל יוצא מן הרציונליזם המורכבים שביסוד דיני ההגנה העצמית); שי עקביא וזנר "הגנה עצמית, דרישת הנחיצות וחובת הנסיגה – בשולי פרשת שי דרומי" **מחקרי משפט** כו 315 (2011) (מבאר את הייחודיות של דין המחלתר כדיון בשאלת חובת הנסיגה). עוד ראו אהרן אנקר "שלש שיטות להסברת הרציונל של ההגנה העצמית במשפט העברי" **פלילים** ב 55 (1991). לעומת זאת יש שהתייחסו לדין הבא במחלתר כבעל רציונליזם ייחודיים (ראו יהונתן בלס "אם במחלתר ימצא הגנב והוכה ומת" – בין עונש להצלה" **פרשת השבוע** 276 (התשס"ז); מיכאל אברהם "הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש" **תחומין** כח 174 (התשס"ח)).

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

אמר רבא:  
 מהו הטעם של דין המחותר?  
 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.<sup>81</sup>

חזקת המסוכנות שמתאר האמורא רבא היא חזקה מורכבת. מפתיע שהחזקה 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 ואת כוונותיו, 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 "נדרון על שם סופר".

#### "נדרון": השיפוט הנורמטיבי הגלום בחזקת המסוכנות

אומנם רבא 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 שגוררת את המסוכנות של הגנב, משום שהגנב מביא בחשבון מראש את תגובתו העתידית של בעל הבית, ומתכנן מראש להרוג את בעל הבית כאשר זה ינסה להגן על ממונו.

להסבת החזקה על בעל הבית יש כמה השלכות. ההשלכה הראשונה היא שההיתר להרוג את הגנב נובע בעקיפין מכך שבעל הרכוש אינו מסוגל להתאפק מלהגן על ממונו. ניסוח החזקה כך מעניק לגיטימציה להתנהגות כזו של בעל הבית, או למצער מביע תפיסה כי בלתי אפשרי להתנגד לטבע האנושי שביסודה. היה אפשר 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 במחותר. חכמים אינם מקבלים את האפשרות להתיר את דמו של הפורץ רק לשם הגנת רכושו. הם מניחים שהגנת רכושו גרידא אינה מצדיקה שימוש בכוח קטלני. 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

81 תרגום חופשי מתוך בבלי, סנהדרין עב, ע"א (במקור: "אמר רבא: מאי טעמא דמחותר? 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").

מוקע או מוצנע. הוא אומנם אינו קביל כנימוק להפעלת כוח קטלני כלפי הפורץ, אולם הוא מוצג כשיקול ששוקל הפורץ עצמו בבואו לפרוץ לבית המגורים, מה שמלמד על נכונותו שלו לפעול באלימות קטלנית, אשר בסופו של דבר היא שמצדיקה את הריגתו. אכן, מפרשי התלמוד הראשונים ציינו כי ניסוח זה של החזקה מלמד שההיתר להרוג את הפורץ איננו מבוסס על הערכה התנהגותית-עובדתית גרידא אלא על שיפוט נורמטיבי של התנהגותו של בעל הבית אל מול התנהגותו של הגנב. דוגמה 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.<sup>82</sup>

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 מיידית. על פי החזקה, כל גנב שבא במחתרת מתכנן מראש שאם ייתקל בבעל הבית הוא יהרוג אותו, אולם אין הוא מעוניין לעשות כן אלא בלית ברירה, רק אם ייתקל בבעל הבית והלה ינסה לעמוד בפניו. היה אפשר לנסח את החזקה ניסוח פשוט יותר, שלפיו אנו מניחים שכל גנב בא עם מוטיבציה להרוג את בעל הבית אם ייתקל בו, ובכך לתאר את הסכנה כמיידית, אך הניסוח התלמודי מדגיש את העובדה שהגנב אינו מסכן את חיי בעל הבית מייד אלא רק אם תתגלגל הסיטואציה להיתקלות בין הצדדים.

התובנה כי חזקת המסוכנות של הבא במחתרת אינה חזקה בדבר מסוכנות עכשווית אלא חזקה שתיווצר סכנה עתידית, היא לכאורה הרחבה של דיני ההגנה העצמית הרגילים, המבוססים ברגיל על כך שהסכנה היא מיידית.<sup>83</sup> ההגנה העצמית מתוארת בדרך כלל כאירוע נקודתי שבו נשקפת לאדם סכנה ברורה מאדם אחר. לשם השוואה, המקרה הקלאסי

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

83 ראו סג"ר הגנה עצמית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 185.

המתואר במשנה כהגנה עצמית הוא של "הרודף אחר חברו להורגו". לעומת זאת כאן יש הצדקה להתגונן גם מפני סכנה שאינה נשקפת כעת אלא שעתידיה להתרחש בעתיד – גם אם בעתיד הקרוב. רבא, באמצעות חזקת המסוכנות הייחודית שהוא יוצר, מעניק אפוא פנים חדשות לביטוי "על שם סופו" המופיע במשנה.

ראינו אפוא כי הגם שדין הבא במחתרת מפורש בתלמוד כחזקת מסוכנות, הרי שחזקה זו מנוסחת ניסוח פתלתל. החזקה מוסבת קודם כול 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 מיידית, 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 עימו את ההנחה הקדומה שהסיטואציה הייחודית של פריצה לבית מגורים גוררת שיפוט נורמטיבי המאפשר להתגונן מפני הפורץ גם לפני שהאיום הופך למידי. בכך מצליחה החזקה התלמודית מחד גיסא להצהיר 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"נודן על שם סופו".

עד כה ניתחתי טקסטואלית את ניסוח החזקה של רבא, אגב מתן תשומת לב ליחס שבינה לבין דברי המשנה "נודן על שם סופו". אולם חזקה משפטית נמדדת לא רק לפי הניסוח הפורמלי שלה. כפי שראינו לעיל, מרכיב בסיסי של חזקה, המשפיע השפעה יסודית על הבנתה כראוי, הוא האופן שבו היא מופעלת הלכה למעשה; אם היא ניתנת לסתירה, וכיצד. פננה אפוא לעיון באופן היישום של החזקה כפי שזו משתקפת בסוגיה התלמודית.

## (2) היישום המעשי של חזקת המסוכנות

הסוגיה התלמודית עוסקת בכמה היבטים מעשיים של ההיתר להתגונן מפני פורץ באמצעות הריגתו, בעיקר בהתבסס על מדרשי ההלכה התנאיים. מסגרת זו אינה מתאימה לדיון מפורט במכלול זה.<sup>84</sup> לענייננו חשוב להתמקד בשאלת אופן הפרכת החזקה: מהו הדין כאשר הנסיבות מלמדות כי חרף קיומה של חזקת המסוכנות אין 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

84 לעיון רחב יותר בסוגיה ראו חגי שלזינגר **דין הבא במחתרת: גבולות ההגנה העצמית במקרה מבחן** 61–83 (עבודת גמר לשם קבלת תואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטה העברית בירושלים, 2016) (להלן: שלזינגר **דין הבא במחתרת** 2016); יהונתן גיא **היבטים פילוסופיים בדין גנב הבא במחתרת במשפט העברי** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה למחשבת ישראל, התשע"ד); אנקר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 333 ואילך.

להסתמך על החזקה לבין מצבים שבהם ברור שהפורץ אינו מסוכן, ואז אין להסתמך עליה. אלא שעל פני הדברים ההבחנה נראית משונה: הסוגיה מבחינה בין אב הפורץ לבית בנו לבין בן הפורץ לבית אביו: כאשר אב בא במחתרת על בנו יש ודאות שהוא בא למטרת גנבה בלבד, שכן אב בוודאי לא יהרוג את בנו. לפיכך אסור לבן להרוג את האב כמעשה של הגנה עצמית.<sup>85</sup> 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).<sup>86</sup> משמעות הדברים היא שכל עוד אין ודאות גמורה שמדובר במי שאינו מסוכן (ואפילו זהו בן הבא על אביו!) מותר להרוג אותו. אם כן, הסוגיה אומנם 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 הזאת 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, מפני שהוא מכירו ויודע בו שאוהב אותו כאהבת אב את בנו. דברים אלו אינם מנוסחים בסוגיה כהנחיה או כדין, אלא כווידי אישי, אולם יש בכך כדי להרחיב, במידה מצומצמת, את האפשרות של סתירת החזקה.

מהם אפוא המקרים שבהם נסתרת חזקת המסוכנות של הפורץ? רק מקרים שבהם מזוהה הפורץ פרסונלית, 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 שאומנם 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 חשוב בעיצוב דין המחתרת לאחר מכן. נעצור לרגע את דיוננו בסוגיה התלמודית ונפנה מבט עתידי אל פסיקתו של הפוסק המרכזי שעסק בדין זה בשיטתיות – 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 מעין ענישתו של הגנב,<sup>87</sup> ואולם בשל 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"ם מונה שלושה מצבים שבהם נסתרת חזקת המסוכנות:<sup>88</sup> כאשר הגנב כבר יצא ממקום הגנבה והחל לברוח; כאשר נמצאים במקום בני אדם נוספים או עדים; כאשר

85 כלומר, האב הפורץ לבית בנו מעוניין בממון, אך אם בנו יעמוד כנגדו ויאבק על ממונו, לא יפעיל האב 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 אם אביו יתנגד ללקיחת הממון. לפיכך, האב יכול להסתמך על חזקת המסוכנות. ראו בבלי, סנהדרין עב, ע"א–ע"ב; שלזינגר **דין הבא במחתרת** 2016, לעיל ה"ש 84, בעמ' 67 ואילך.

87 ראו שם, בעמ' 83–86; בלס, לעיל ה"ש 80.

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

הפריצה איננה לבית מגורים אלא לגינה או לשדה.<sup>89</sup> 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 חדה בין שעת הפריצה לבית המגורים לבין ה"פריפריה", הכרונולוגית או הגאוגרפית, של אירוע הפריצה. בשעת ההיתקלות חלה חזקת המסוכנות, ואף שתאורטית היא ניתנת להפרכה, הרי שבפועל קשה לדמיין מצב שכזה. בעל הבית רשאי אפוא לפגוע פגיעה קטלנית בגנב בשל החשש מפני סכנת חיים, במידה כמעט גורפת. 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 הזאת ניתן לבקר את השימוש במשפט העברי של שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי בעניין דרומי כבסיס לזיכוי:<sup>90</sup> 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. מובן שאין משמעות הדבר שלא היה צריך לזכות את דרומי לפי הדין הישראלי,<sup>91</sup> אלא שלפי דין הבא במחלתר, ולפי פסיקתו של הרמב"ם בנושא, האירוע התרחש במקום שבו חזקת המסוכנות אינה חלה.<sup>92</sup> 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 שחרף העובדה שמדובר בחזקה עובדתית, היא למעשה כמעט איננה ניתנת לסתירה, וייתכן שלכן התייחס אליה בית המשפט המחוזי כחלה גם בעניינו של דרומי.<sup>93</sup>

### (3) 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

89 אשר למצב אחרון זה, הרמב"ם מנמק את עמדתו לפי ניסוחה 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 מתכנן להשתמש בכוח ממית כנגד ניסיון זה.

90 ראו עניין דרומי, לעיל ה"ש 63.

91 או לטעון שנימוקו של הרמב"ם אינו רלוונטי למציאות הנוכחית, שבה 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 על דברי הרמב"ם, ואף ציטטה את עיקרי דבריו במשנה תורה (שם, פס' 7 לפסק דינה). 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 **דין הבא במחלתר** 2016, לעיל ה"ש 84, בעמ' 83 ואילך.

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 במפורש כי היא איננה מבוססת על הערכה עובדתית גרידא, כי אם על שיפוט נורמטיבי של מעשיו של הפורץ. הפורץ אומנם אינו מסכן את חייו של בעל הבית במישרין, אולם במעשהו 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, רטורית, 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 אגב 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.<sup>94</sup>

אם כן, מעיצוב דין הבא במחתרת באמצעות 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 שאנו מעוניינים להבין תופעה זו כעניין תיאורי ובין שמייחסים למגמה ציבורית זו משקל נורמטיבי,<sup>95</sup> עלינו לנסות ולהבין את השיקולים המניעים אותה. כפי שראינו, מדובר באגרזציה של שיקולים הנוגעים הן לחשש כן מפני סכנת חיים, הן לחשיבותם של האינטרסים הנפגעים מן הפריצה והן איזונם אל מול אשמתו של הפורץ, השימוש לרעה שהוא עושה בעקרון המידתיות והצורך בהרתעתו בשל אוזלת היד של הרשויות. ניתן לשער כי אגרזציה של שיקולים אלו היא שמניעה גם את הסוגיה התלמודית מחד גיסא להצהיר על מחויבות לדרישת המידתיות, ומאידך גיסא לעצב את הדין באופן שמאפשר הגנה רחבה יותר למי שחרג מעיקרון 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

94 אופן ניסוח החזקה ואופן סתירתה הם שני הטעמים המרכזיים שעליהם אני מבסס את קריאתי בסוגיה התלמודית. קיימים לכך 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.



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 עיצובה – הגנה רחבה למדי למי שהורג אדם הפורץ לביתו, הן במישור הפרקטי והן במסר הרטורי המועבר באמצעות 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 נוסח החזקה התלמודית, יחד עם אופן עיצוב הדין את האפשרות להפריכה לימדו אותנו כי אין מדובר כאן בהערכה עובדתית תמימה בדבר התנהגותם של בני אדם, כי אם בחזקה המבוססת על שיפוט נורמטיבי של הסיטואציה. לטענתי, הסיבה שבגינה דין המחותר מעוצב באמצעות חזקה עובדתית היא שבכך ניתן מצד אחד לסטות במקרה זה מדרישת המידתיות, ומצד אחר 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 אגב שמירה קפדנית, ברמה ההצהרתית והחינוכית, על דרישת המידתיות – דרישה שהמקורות ההלכתיים מחויבים לה.<sup>96</sup>

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 בדבר 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 יישומה של קביעה זו מצומצם למקרה של אב הפורץ לבית בנו, ולכן בפועל החזקה מתפקדת (למצער ברגעי הפריצה ממש) כחזקה חלוטה. מבחינה פרקטית החזקה מתפקדת כחזקה חלוטה, שכן אפשרות סתירת החזקה מוצגת בסוגיה כאפשרות תאורטית, כמעט קריקטורית, ואילו במישור 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 תאורטיים בלבד. הסוגיה התלמודית רואה בחזקה חזקה חלוטה, אולם נמנעת מלהצהיר זאת. ייתכן שטעם הדבר הוא שחזקה כזו עלולה בקלות רבה "להיחשף" על ידי נמעני החוק ככזו המסווה דין מהותי. ואכן, העיון בחזקת המוסכנות המודרנית מלמד כי בשיטות משפט שבהן נקבעה

96 פרשנות החזקה התלמודית כהסדר רטורי שעניינו מתמצה בהסתרת ההכרעה 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, וביתר פשטות, להעניק לגיטימציה לשימוש בכוח קטלני לשם הגנת רכושו. אם התלמוד היה "מתבייש" בהכרעתו הנורמטיבית, לא 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 הדין במקורות אלו מניח את הנחת היסוד הזאת בבסיס דיוניו.

חזקת מסוכנות חלוטה האירו מבקרי החוק את העובדה שניסוח הדין כחזקה הוא רטורי בלבד. לעומת זאת השימוש בחזקה הניתנת לסתירה 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 הזאת מאפשרת ליישם שיקולים נורמטיביים מסוימים אגב חינוכם של נמעני החוק לערכים אחרים: לשדר לנמעני החוק מסר חינוכי בדבר חשיבותו של עקרון הפרופורציה, אף שהדין המהותי שקבעה חורג הלכה למעשה מעיקרון זה.

נקודה שנייה היא התפקיד הנרטיבי של המהלך הרטורי הזה. חזקה עובדתית מספרת לנמעניה סיפור. היא מתארת לפנייה מה (כנראה) קרה, או איך העולם כרגיל מתנהל. לנרטיב זה השפעה על תפיסת החוק – אין כאן רק הוראה נורמטיבית, ואף לא רק נימוקה, 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 להורגך 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 בכתיבה המשפטית, בכוחו בעיצוב הדין הסופי ובהשפעתו על נמעני הדין. אולם מטבע הדברים, לרוב נסב דיון זה על העשייה השיפוטית ועל פסקי הדין הנוצרים במסגרתה, ופחות בכוחו הנרטיבי של נוסח החקיקה (או במקרה שלנו, "דברי ההסבר" שלה).<sup>97</sup> מן הסתם, בשל אופייה הספרותי של הוראת חוק, הרי שמגוון הכלים הנרטיביים העומד לרשותה מצומצם, אך שימוש בחזקה עובדתית הוא אחד האמצעים הללו אשר סוגיינו משתמשת בו. החזקה המובאת בסוגיה היא בעלת פוטנציאל נרטיבי גבוה מן הפוטנציאל הטמון בחזקות עובדתיות בכלל, בשל

97 בהקשר השיפוטי ראו שולמית אלמוג **משפט וספרות** 39–42, 57–96 (2000). בהקשר החקיקתי, ידועה מימרתו של השופט קרדו – כחיוק 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 שם, בעמ' 39). אך לבד מאנקדוטה זו, מלומדים רבים הביעו סקפטיות באשר ליכולתם של כללים (rules) לשמש נרטיבים. ראו למשל Linda H. Edwards, *The Convergence of Analogical and Dialectic Imaginations in Legal Discourse*, 20 LEGAL STUD. F. 7, 22 (1996) ואולם, 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 LEGAL COMM. & RHETORIC: JAWLD 51 (2014) אחד המלומדים שערך טיפולוגיה של רמת נרטיביות בקובצי חוקים, עשה זאת דווקא בהקשר של המשפט העברי. ראו MOSHE SIMON SHOSHAN, *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.

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 לכונן 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 הזאת נותר גלוי למעיין, הן בניסוח החזקה והן באופן יישומה. מנגנון ההסתרה המאפשר את הריבוד הנורמטיבי מתחזק באמצעות הסוואת היות החזקה (כמעט) חלוטה ובאמצעות העוצמה הנרטיבית שיש בדיון בהערכות עובדתיות כתחליף לדיון בהכרעות ערכיות.

#### ד. מחיר המניפולציה: השוואה למנגנון הפרדה 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 הפרדה האקוסטית. ההשוואה בין הדברים תסייע לחדד את המחיר שעשוי המשפט לשלם על הניסיון לכונן ריבוד נורמטיבי בכלל ובאמצעות חזקה בפרט. במהלך הדיון בהגנת בית המגורים עמדתי על הדילמה הטבועה במצב בעייתי זה: מחד גיסא אגרוציה של שיקולים משיקולים שונים דוחפת לקביעת הגנה רחבה למי שהרג פורץ שחדר לביתו, ומאידך 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 בשני קצותיו: מחד גיסא, במישור הרטורי והחינוכי הוא מבהיר לנמעני החוק את חשיבותו של ערך החיים ומקבע עיקרון של מידתיות נוקשה יחסית במצב של הגנה עצמית קטלנית, בשוללו את האפשרות של הריגה לשם הגנה על רכוש בלבד, ומאידך גיסא, במישור המעשי הוא מצליח ליצור הרתעה אפקטיבית כלפי פורצים, היודעים שכמעט בכל מקרה יסבור בעל הבית שמותר לו להורגם.<sup>98</sup> כדי להנהיר את טיבו של הריבוד הנורמטיבי הזה אשווה אותו לרעיון תורת משפטי אחר – רעיון הפרדה האקוסטית של מאיר דן-כהן.<sup>99</sup> רעיון זה חשוב לנו מפני שבדומה לחזקה,

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 שאף שהדין מציב תנאים נוקשים לשימוש בהגנה עצמית מפני אונס (בשל הקפדתו העקרונית על עקרון הפרופורציה), הרי ששיקולים מעשיים שונים מעידים שהלכה למעשה השימוש בהגנה עצמית יהיה רחב יותר. ההבדל אפוא בין טענה זו ובין טענתו כאן הוא ששם הריבוד הנורמטיבי נובע, לפי הנטען, מן הפער שבין הדין ליישומו, ואילו כאן הריבוד הנורמטיבי נובע משני רבדים שונים של הדין עצמו – הרובד הגלוי והרובד הסמוי שלו.

99 ראו Dan-Cohen, לעיל ה"ש 3. לסקירת הדיון שהתעורר בעקבות רעיון הפרדה האקוסטית ראו למשל Richard Singer, *On Classism and Dissonance in the Criminal Law: A Reply to Professor Meir Dan-Cohen*, 77 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 69 (1986); CRIMINAL LAW CONVERSATIONS

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, מנגד, 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 הזה: 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. ייתכן 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 באשר 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 לא תיתכן הפרדה אקוסטית מלאה כמו בניסוי מחשבתי זה. אין הפרדה אמיתית 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, דן-כהן סבור 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 וקבוצות אוכלוסייה 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

(Paul H. Robinson et al. eds., 2009) 28–3. רעיון ההפרדה האקוסטית משמש גם רבים מחוקרי המשפט העברי על מנת להנהיר מצבים שונים של ריבוד נורמטיבי בהלכה. לדיון 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, לעיל ה"ש 43, בעמ' 154; בנימין בראון החזון איש – הפוסק, המאמין ומנהיג המהפכה החרדית פרק שישי (2011); Ronit Irshai, *Public and Private Rulings in Jewish Law (Halakhah): Flexibility, Concealment, and Feminist Jurisprudence*, 3 J.L. RELIGION & ST. 25, 27 (2014).

"שדרים סלקטיביים" של מידע חלקי מקבוצה לקבוצה לפי צרכיה של המערכת המשפטית.<sup>100</sup>

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 הגנות רצויות ויעילות כאשר הן מתפקדות ככלל הכרעה בלבד – כאשר הן גלויות רק לשופט היושב בדין ולא לעבריין שביצע את העבירה. הדוגמה המרכזית היא הגנת הצורך: אף 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 אף שתוטל עליו אחריות פלילית, ניתן להניח ביתר ביטחון שאכן עמד לו צורך ממשי בביצוע העבירה.<sup>101</sup>

מנגנון הפרדה האקוסטית, כלומר הפרדה 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 בידי 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 טוריים – המבססים את הפרדה 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 הכרעה שלה איזון ערכי אחר. הפרדה 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, ומצד אחר לקבוע כללי הכרעה מקילים יותר, המבטאים תפיסה מקילה של אחריות פלילית או הצדקה בדיעבד של אותם מעשים שאת ביצועם ניסינו למנוע מלכתחילה.<sup>102</sup>

## 2. בין הפרדה אקוסטית לחזקה

מנגנון הפרדה האקוסטית בנוי על הפער שבין כללי הכרעה לכללי התנהגות, ואילו הריבוד הנורמטיבי המושג באמצעות החזקה בנוי על הפער שבין המישור הנורמטיבי למישור

100 ראו Dan-Cohen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 634–635.

101 שם, בעמ' 637–645.

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

העובדת. אולם התוצאה המושגת בשני המצבים דומה: שימורה של הכרעה נורמטיבית אחת בהקשר אחד אגב 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 והטעיה רטוריים. ההפרדה האקוסטית מתבססת על העברת מסרים סלקטיבית; מרכזו של הרעיון נטוע בעולם המושגים של רטוריקה ושכנוע.<sup>103</sup> ההפרדה בין המסרים שמעבירה המערכת המשפטית לקהלים שונים או ההפרדה בין המסר הגלוי למסר הסמוי של הסדר משפטי מתמקדים ביכולות הרטוריות של המערכת המשפטית להשמיע מסרים שונים לקהלי יעד שונים ולפיכך מעוררים דיון בנוגע לאמצעים הרטוריים העומדים לרשות המערכת המשפטית וללגיטימציה של הפעלתם. משכך, לא פעם נדונה ההפרדה האקוסטית כחלק מדיון בהיבטים הרטוריים של מערכת המשפט ככלל כמו בקשר לריאליזם האמריקני.<sup>104</sup> אומנם חשוב לשים לב למטרה הייחודית של הרטוריקה במקרה שלנו. כפי שהזכרתי, במקרים רבים עוסק הדיון ביחס שבין רטוריקה למשפט בהקשרים שכינתי הקשרים מוסדיים: שימוש ברטוריקה משכנעת לשם הגברת אמון הציבור, הגברת הציות, הצגת מצג שמרני או מרוסן בנוגע להתפתחות המשפט או בנוגע 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, ובכך לאפשר פתרון לדילמה המשפטית – כאשר ללא האמצעי הרטורי הייתה נאלצת השיטה להכריע בה הכרעה 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 שאחד הכלים המאפשר ליצור הטעיה כזו הוא יצירתה של הפרדה אקוסטית.<sup>105</sup> תשומת לב זו מעוררת מאליה ביקורת נורמטיבית על מנגנון ההפרדה

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

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

105 ראו LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, THE RULE OF RULES 54, 86 (2001); Lary Alexander & Emily Sherwin, *The Deceptive Nature of Rules*, 142 U. PA. L. REV. 1191 (1994) (להלן: Alexander & Sherwin, *The Deceptive*). בהקשר זה ראו גם את כתיבתו של Frederick Schauer, ולמשל *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire*, 48 WM. & MARY L. REV. 1579 (2007) 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 לעניינינו, אולם יש לזכור כי דיון זה מתקיים על רקע האופי הייחודי של הכתיבה השיפוטית ושל הפוטנציאל הרטורי הטמון בה, ואילו כאן אנו עוסקים בטיעון בדבר קיומה של הטעיה כתכונה אינהרנטית של כללים משפטיים ובתפקידה של ההפרדה האקוסטית במסגרת הטעיה זו.

האקוסטית – שאלת הלגיטימציה של הסוואת החוק או ניסוח מניפולטיבי שלו על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי. דן-כהן עצמו היה מוטרד מן השאלה הזאת, והוא הקדיש לה דיון נרחב.<sup>106</sup> ליתרונותיה של מערכת נורמטיבית מופצלת – כלומר 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, אגב חשיפה סלקטיבית בלבד לכללי ההכרעה, עלולה לפגוע בהיבטים שונים של עקרון שלטון החוק, כמו עקרון החוקיות והחובה שכללים משפטיים יהיו מפורסמים ובהירים. יתרה מזאת, השימוש של מחוקק באמצעים מניפולטיביים פוגע גם באוטונומיה ובבחירה החופשית של נמעני החוק בבואם להחליט אם יצייתו לחוק.<sup>107</sup> בעיה דומה קיימת בשימוש בחזקה, כלומר ביצירת מצג של הערכה מציאותית כנה, שמטרתה איננה אלא הפעלתו של דין מהותי מסוים.<sup>108</sup> המסגרת הזאת איננה מתאימה לדון בשאלה זו לעומק. 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.<sup>109</sup> מכל מקום, מטרתו כאן, באמצעות ההשוואה למנגנון ההפרדה האקוסטית,

106 ראו Dan-Cohen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 665–677. לדיון בהקשר של המשפט העברי בלגיטימציה ובאפקטיביות של הסדר מסוג זה ראו וזנר "לכתחילה ודיעבד", לעיל ה"ש 99.

107 על מנת לדון ברצינות בבעיות הללו נדרש דיון יסודי במושגים אלו, ובייחוד 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 השלטון את כוחו המטעה של החוק לרעה, ולא דווקא כבעיה אינרטיבית בחשיפה חלקית או מטעה של תוכן החוק.

108 בעיה זו קיימת כמובן גם כאשר המטרה הרטרית 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 להטעה שמטרתה פנים-מערכתית – כינונו של ריבוד נורמטיבי – והשיקולים הרלוונטיים בקשר לשאלת הלגיטימציה בהקשר זה שונים.

109 הדיונים העוסקים בלגיטימציה של מניפולציה חקיקתית העלו כמה תובנות בהקשר זה. מלבד ההערכה הערכית של מידת הפגיעה באוטונומיה מזה והיקף חזקת הכוונה הטהורה שראוי להעניק למחוקק מזה, הודגש שלפחות בהקשרים מסוימים ההטעה הגלומה בכללים משפטיים אינה 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' 635–636). 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 שם, בעמ' 661; Singer, לעיל ה"ש 99, בעמ' 98–100; וזנר "לכתחילה ודיעבד", לעיל ה"ש 99. כן ראו Anne M. Coughlin, *Of Decision Rules and Conduct Rules, or Doing the Police in Different Voices*, in CRIMINAL Alexander & Sherwin, *The*; LAW CONVERSATIONS 15–16 (Paul H. Robinson et al. eds., 2009). *Deceptive*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1213 ואילך.

היא להציף את השאלה – ולהראות 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 הניסוח הפורמלי של החזקה מכסה באמצעות הערכה עובדתית, שאינה כנה, את הכרעתו הנורמטיבית (החלקית) של המחוקק. שאלת הלגיטימציה של מצב דברים זה ראויה אפוא לתשומת לב.

נסכם: את המבנה הדו־רובדי של חזקת המסוכנות התלמודית השווית לרעיון ההפרדה האקוסטית. רעיון זה מציע מבנה דו־רובדי של החוק, שניסוחו האחד הוא כמערכת כללי הכרעה, וניסוחו האחר הוא כמערכת כללי התנהגות. נקודת ההשוואה בין דין המחותר ובין רעיון זה היא שבשני המקרים מדובר במבנה משפטי בעל כמה רבדים, ובשניהם מטרת הריבוד היא לאחוז בעת ובעונה אחת בשתי הכרעות ערכיות שקיים מתח ביניהן. עם זאת בשני המקרים הקונסטרוקציה המשפטית המתחזקת את הריבוד הנורמטיבי היא שונה: בראשון מדובר בריבוד בין הרובד הגלוי לרובד 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 באמצעות 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 אסטרטגיה זו על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי ומביע במשתמע את עמדתו שלפיה יתרונותיו של ריבוד שכזה מצדיקים את האלמנט המניפולטיבי שנלווה לשימוש בחזקה. דומני, אף שאין ביכולתי להרחיב במסגרת הנוכחית, כי עמדה זו משקפת נקודת מבט עקרונית יותר של המשפט העברי.<sup>110</sup> מכל מקום, אף שענייננו הוא ניתוח תיאורי של פועלה של החזקה, ולא הערכה נורמטיבית שלה, מן הראוי לשים לב לדילמה הערכית הזו.

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 (אהרן קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין** 54–82 (התשע"ג); אהרן קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי** 419–441 (התשס"ה)). עוד ראו מנחם מאוטנר "אקוויטי במשפט העברי" **עיוני משפט** יח 639 (1994). קצרה היריעה מלדון כאן בטעמה של הנטייה הזאת במשפט העברי. עם זאת אציין 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 באמצעות חוקים ולא על 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 החוק וביצירתו היא בלתי נמנעת, ועל כן יש לסמוך על הדיינים ולאפשר להם לסטות מהדין הכתוב לפי נסיבות העניין (ראו HANINA BEN-MENACHEM, **JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW** 180–181 (1991)). 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



## 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? מחד גיסא, הדוגמה התלמודית מדגימה היטב את האופן שבו חזקת המסוכנות עשויה לכוון ריבוד נורמטיבי, שכן היא מזקקת ומנקה רעשים חיצוניים כמו שיקולים מוסדיים. אולם מאידך, יש לשים לב להבדלים חשובים בין החזקה התלמודית לבין חזקות מסוכנות מודרניות. מלבד פערים כרונולוגיים ותורת-משפטיים כלליים בין המשפט התלמודי למשפט המודרני יש לשים לב שתפקודה הקלאסי של חזקת המסוכנות התלמודית אינו 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 מכדי להכילו. עם זאת אבקש לעמוד על תובנות חשובות באמצעות הבחנה בכמה קווים כלליים המשותפים לחזקות המסוכנות השונות שאומצו בחקיקה המודרנית. לא יהא מופרך לשער שהמחוקקים המשתמשים בחזקת המסוכנות אכן שואפים לקבוע באמצעות הדין הפרוצדורלי-ראייתי כללים נורמטיביים אולם מבלי לפגוע במפורש בעקרון הפרופורציה.<sup>111</sup> בכך הם מגינים הגנה נרחבת על בעל הבית המתגונן ומצדיקים את מעשיו

להחלטותיהם "חזקת כוונה טובה". ייתכן 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 99; נריה גוטל "גילוי וכיסוי בפסיקת הרב" רבנות: האתגר כרך שני 599 (ידידיה צ' שטרן ושוקי פרידמן עורכים התשע"א).

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

מבלי לחרוג מן הכלל שלפיו אין להגן על רכוש באמצעות כוח קטלני. ההגנה הרחבה מבוססת על השיקולים הנורמטיביים השונים שעמדתי עליהם, כגון אשמת הפורץ, אוזלת ידן של רשויות אכיפת החוק, חוסר הוודאות שבה נתון המתגונן וכיוצא באלו. בגינם של שיקולים נורמטיביים אלו נקבעת חזקה עובדתית – שקשה לשער שיש לה ביסוס אמפירי מוצק – המצדיקה את פועלו של המתגונן. אומנם ייתכן שבבסיס הניסיון הזה אין עומדת תפיסה כנה בדבר חשיבות עקרון הפרופורציה אלא ניסיון הסתרה של ההכרעה הנורמטיבית שהמחוקק מתבייש בה, או חושש מפני ביקורת שיפוטית או ציבורית כלפיה,<sup>112</sup> אולם בשל המחויבות הכללית של המשפט המקובל לעקרון הפרופורציה והתובנה כי דיני הגנת בית המגורים הם "איים" חריגים בנוף הזה,<sup>113</sup> האפשרות שלפיה המחוקק המודרני נעזר בחזקת המסוכנות על מנת ליצור ריבוד נורמטיבי היא סבירה בהחלט. מכל מקום, גם אם מדובר בשאיפה ליצירת מבנה נורמטיבי מרובד – ובשל 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, ואילו חזקת 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 הדין 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, ועימו מסר פרופורציונלי לבעלי הבית, וכאשר החזקה מופנית כלפי השופט, היתרונות שלה בהקשר זה מתעמעמים ונחלשים.

כפועל יוצא של מיקום החזקה ככלל הכרעה ראייתי, הניסוח שלה מתייחס מטבע הדברים 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 כמתייחסת למסוכנותו של הפורץ, אלא לסבירות התנהגותו של בעל הבית. המחוקק אינו קובע חזקה שלפיה אדם הפורץ לבית הזולת מסכן את חייו אלא חזקה שאדם שהרג את הפורץ לביתו פעל באופן סביר.<sup>114</sup> ודוק, גם בתלמוד החזקה התייחסה לבעל הבית – אך לא לסבירות התנהגותו, אלא לכך שהוא צפוי להגן בכוח על רכושו. כך כאמור היא מספרת סיפור מתגלגל אשר מצד אחד מכשיר מבחינה נורמטיבית את ההתנהגות הזאת של בעל הבית, ומצד אחר הופך את התגוננותו של בעל הבית מפני

112 ראו לעיל ה"ש 110 והטקסט הסמוך לה.

113 ראו לעיל ה"ש 52 והטקסט הסמוך לה.

114 זוהי הנוסחה הנפוצה. ראו למשל את נוסח החוק בקליפורניה (שהובא לעיל בה"ש 61); וכן את החריג המופיע בנוסח החוק שבמדינת פלורידה (שהובא לעיל בה"ש 62).

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 מדיונונו בדין הבא במחלת הוא החשיבות הרבה שבאופן עיצובה של חזקה עובדתית. תחת המטרייה 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 העתידיות של הגנב; לסכנת החיים שהוא יוצר במעשיו; שילוב של כמה מתוך האלמנטים הללו. הבחנה זו בין סוגים שונים של חזקות עובדתיות, שלא זכתה עד כה לתשומת לב בספרות המשפטית, משפיעה דרמטית על יכולתה של החזקה העובדתית למלא תפקיד ביצירתו של ריבוד נורמטיבי, המאפשר להחמיר עם הגנב אגב הבהרה מפורשת בדבר חשיבות השמירה על עקרון הפרופורציה בעת הגנה עצמית. ככל שהמחוקק אכן מעוניין להביע מסר נורמטיבי מרובד באמצעות החזקה, עליו לנסח אותה ניסוח שבו המסר הזה יהיה ברור ככל הניתן: לקבוע כי החזקה היא שהתוקף בא בכוונה קטלנית, או שהמחוקק היה נתון לסכנה קטלנית. לעומת זאת קביעה שלפיה חזקה שהמחוקק פעל בסבירות אינה משמיעה לנמעני החוק דבר על אודות תוכנה הראוי של סבירות זו. דוגמה מוצלחת יותר בהקשר זה היא ניסוח החזקה שהוצעה בהצעת "חוק דרומי" הישראלי (שלבסוף לא נתקבלה). חזקה זו קובעת כי "יראו את המחוקק כאילו נשקפה לו, או לזולתו הנמצא עמו, סכנה מוחשית של פגיעה בחייו או בגופו, אלא אם הוכח אחרת".<sup>115</sup> ניסוח זה אומנם מתייחס למחוקק ואינו מייחס במישורין כוונה קטלנית לפורץ, אולם זהו המסר המושמע ממנו, בניגוד כאמור לחזקת סבירות.

מכאן נעבור ללקח השני שניתן ללמוד מן ההשוואה הזאת, הנוגע לעוצמתה הראייתית. אין אנלוגיה מלאה בין הדיונים המודרניים על היקף העברת נטל הראייה בשל קיומה של חזקה לבין האופן שבו התלמוד מעצב את דרכי הסתירה (התודעתיים-פנימיים) של חזקת המסוכנות. עם זאת ראוי להפנות את תשומת הלב למבנה המורכב והפתלתל של התלמוד, המכיר מצד אחד בצורך באפשרות סתירת החזקה להלכה, ומצד אחר בביטולה 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) ליד 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.<sup>116</sup> במיוחד בשל הנקודה הקודמת – 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 אין נשקפת סכנה כלשהי לחייו. אם המחוקק מבקש לנצל את

115 ראו ס' 1 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 99) (הגנה עצמית).

116 ראו לעיל ה"ש 70 והטקסט הסמוך לה.

מנגנון החזקה למתן הגנה רחבה על בית המגורים בתוך כדי שמירה לכאורה על עקרון הפרופורציה, הרי שהשימוש בחזקה החלוטה פוגם במידה מסוימת במאמץ הזה; הוא "שקוף" מדי.<sup>117</sup>

לעומת זאת, שימוש ב"חזקת סבירות" הניתנת לסתירה משיג מעט מדי בהקשר הרטורי של הריבוד הנורמטיבי. הוא אמנם מעביר את נטל הראיה מן המתגונן אל התביעה בכל הנוגע לסבירות פעולתו, אולם לא יותר מזה. בהיעדר קביעה נורמטיבית באשר לסביר, ובהיעדר הערכה עובדתית קונקרטית באשר לסיטואציה, החזקה אומנם מספקת לבעל הבית הגנה רחבה מזו שהיא מספקת בהיעדרה, אך היקפה של ההגנה הזאת 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 מהנחה עובדתית גרידא בדבר מסוכנותו של הגנב. מבנה זה מאפשר ליצור את הריבוד הנורמטיבי ואת ההפרדה האקוסטית החיוניים להשגת הרתעה מרבית כלפי הגנב אגב הבהרת החשיבות של עקרון הפרופורציה כלפי המתגונן, בו־זמנית. לפיכך גם במישור הזה מיקוד החזקה בהיבט עובדתי מוגדר, כגון כוונתו של הפורץ להשתמש באלימות, מסייע לכינון ריבוד נורמטיבי שכזה, בייחוד כאשר הוכחת היפוכה של החזקה בנקודה הספציפית אינה קלה לביצוע. בהקשר זה, כיוון החזקה כלפי הכוונה הקטלנית של התוקף יהיה כנראה אפקטיבי יחסית, בשל הקושי להוכיח את היפוכו של דבר.<sup>118</sup>

המאמר הזה אינו עוסק בדין הראוי של הגנת בית המגורים. הוא איננו דן בשאלה אם בכלל קיימת 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.<sup>119</sup> מטרתו של המאמר היא להתחקות על המניעים האפשריים לשימוש בחזקה שכזו, ככלל, ובאמצעות הדיון בחקר המקרה של הגנת בית המגורים. ממילא אינני בא בהמלצות באשר לאופן עיצובו של דין זה. אולם אם אכן 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 הזאת.

117 אין זאת אומרת, בהכרח, שכל שימוש בחזקה חלוטה אינו יכול לכונן 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 את הדוגמאות שנדונו בעניין פלוני, לעיל ה"ש 41; ובעניין חסן, לעיל ה"ש 39). ואולם, על מנת שמהלך מסוג זה יצלח, נדרש שהחזקה החלוטה תהיה בעלת זיקה הדוקה מספיק להערכה העובדתית הסבירה. בענייננו התחולה הרחבה מדי של החזקה החלוטה מעוררת את החשד בדבר היעדר נימוק עובדתי מספק בנוגע אליה, וממילא מקשה את הצלחתה של המניפולציה הרטורית הזו.

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

119 ראו סגנ'ור "הייחפך הצידוק", לעיל ה"ש 43; גור-אריה ודאור, לעיל ה"ש 53.

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 לחזקות המסוכנות המודרניות, בקשר לשאלות הללו.

## 2. עושר נורמטיבי וכנות נורמטיבית

הפער בין חזקת המסוכנות התלמודית לחזקות המסוכנות המודרניות איננו מסתכם בניסוחן 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 מניה וביה ברטוריקה של הסתרה. עושר שכזה איננו 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.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> את העושר הנורמטיבי הטמון בחזקת המסוכנות התלמודית יש להבין על רקע היחס האוהד להסדרים אקוסטיים ורב-רובדיים המצוי במשפט העברי בהקשרים רחבים יותר. לעומת זאת עולם נורמטיבי הדוגל בערכי שקיפות וכנות 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 הנורמטיבי.<sup>122</sup> 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.<sup>123</sup>

120 ראו לעיל ה"ש 110.

121 אכן, יש טעמים טובים התומכים בכך שכתובה שיפוטית לא תקפיד על כנות. ראו זמיר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 399–403.

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

123 מובן שנקודה זו היא הערת אזהרה כללית בכל עיסוק במשפט משווה. ראו למשל דפנה ברק-ארוז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" **דין ודברים** ד 81 (2008); ובהקשר של המשפט העברי ראו אביעד הכהן "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** 113, 118–120 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים 2009).

## 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, הצעתי את האפשרות שלעיתים המשפט מעוניין לשמר את שתי ההכרעות גם יחד: הן את ההכרעה הגלויה והן את ההכרעה הסמויה. את המבנה המשפטי הזה כיניתי "ריבוד נורמטיבי" וביקשתי להראות כיצד יכולה החזקה לתפקד ככלי המכוון ריבוד שכזה.

את הרעיון הזה ביקשתי לבחון באמצעות חקר מקרה של חזקת המסוכנות התלמודית במסגרת דיני הגנת בית המגורים. ראינו כיצד הדילמות הערכיות המלוות את התחום הזה גורמות למתיחות משפטית, וכיצד יכולה החזקה לפתור את המתיחות הזאת באמצעות תפיסת החבל בשני קצותיו. ראינו כי תפקודה של החזקה בהקשר התלמודי הוא ייחודי, הן בניסוחה, הן בקשר לעוצמתה הראייתית והן באופן שבו היא מספרת לנמעניה סיפור. המרכיבים הללו משמשים יחדיו אמצעים רטוריים ומהותיים לכינונו של הריבוד הנורמטיבי המבוקש. עם זאת באמצעות העיון ברעיון ההפרדה האקוסטית עמדתי על כך שריבוד נורמטיבי הוא במהותו מניפולטיבי – נקודה המעוררת קושי מנקודת מבט מודרנית.

לבסוף פניתי 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, אם אכן זוהי מטרתו – כמובן, מבלי לדון בשאלת ההסדר הראוי לגופה. הפער שבין חקר המקרה 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.