

עיר מקלט במערכת הענישה המודרנית

דוגמא יישומית מתורת הענישה של המשפט העברי

ד"ר איתמר ורהפטיג* ועו"ד שלמה רבינוביץ**

עונש המאסר כפי שמבוצע כיום, גורם לנזקים רבים וחמורים לאסיר, למשפחתו ולחברה כולה. אין ספק, כי אין לנקוט עונש זה, אלא בדלית ברירה ויש למצוא חלופות לדרך ענישה זו. התחליפים הקיימים לעונש המאסר, אינם מספקים וישנם מצבים בהם אדם יסבול את סבל המאסר אך בשל היעדר חלופה. לכן, יש לנסות לתור אחר תחליפים הולמים. הנחת העבודה היא, שישנה אוכלוסיה שלגביה ניתן להשיג את תכליות הענישה בדרך תחליפית למאסר, דרך שתועיל לנדון ולחברה כולה.

המונח "עיר מקלט", משמש בלשון הזמן הזה ככינוי בעל אופי שלילי. למעשה, המשמעות המיוחסת לו כיום, הפוכה מהמשמעות המקורית שיועדה לו. עיר מקלט במקורות המשפט העברי, מבטאת הגנה על הגולה אליה מפני מבקשי נפשו, אך בכך לא ייתם תפקידה. עיר מקלט מגלמת גם מוסד ענישתי רב תכליתי שאלמנט השיקום תופס בו מקום רחב. מוסד עיר המקלט מבטא מצע שיקומי ממדרגה ראשונה, הכולל מרכיבים רוחניים ופיסיים.

כשבוחנים את המאסר ואף חלק מתחליפיו אל מול עיר המקלט, יתרונות עיר המקלט צפים מאליהם. המאסר ורוב התחליפים לו, פוגעים במרקם המשפחתי של האסיר, לעומת עיר המקלט השומרת ומטפחת את הגרעין המשפחתי הקרוב של האסיר. הנזקים הנגרמים כתוצאה מתנאי מאסר לא נאותים, אינם עולים כלל בהפעלת עיר המקלט המשקמת. המאסר במקרים מסוימים משמעותו נזק, לעומת עיר מקלט שמשמעותה תועלת. לדעת המחברים, מוסד עיר המקלט מהווה תחליף רעיוני ראוי לעונש המאסר, בשל הייחוד והכח החיובי המצויים בו והמהווים חלק הימנו. לאחר דיון בתורת הענישה במשפט העברי, דומה שעיר מקלט מהווה דוגמא יישומית של הרעיונות המובעים במערכת ענישה זו.

* מרצה בכיר, באוניברסיטת בר-אילן.

** המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו במכללת שערי משפט.

- א. פתח דבר
- ב. הבעייתיות בעונש המאסר – רקע כללי
- ג. מערכת הענישה במשפט העברי
1. ענישה לפי דין תורה
 2. ענישה מחוץ לדין תורה
- ד. המאסר במשפט העברי
1. המאסר בין דרכי הענישה במשפט העברי
 2. השימוש במאסר כעונש – כבלים מוסריים
 3. כבוד האדם בעת ריצוי עונש המאסר
- ה. עיר מקלט
1. סקירה כללית של הנושאים הנדונים בהלכה
 2. עיר מקלט כהגנה על הרוצח
 3. עיר מקלט כעונש רב תכליתי
 4. בין עיר מקלט להגליה וגירוש
- ו. תחליפים למאסר – כללי
- ז. רעיון עיר המקלט במערכת הענישה המודרנית
1. הרעיון
 2. יישום הרעיון – הערות לסיום

א. פתח דבר

החברה האנושית נזקקה לשכר ולעונש מאז ומתמיד. העונש כמו גם השכר, באו לידי ביטוי בדרכים שונות ומגוונות, בהתאם לנסיבות ולערכים. העונש שנחשב לקשה ביותר היה עונש המוות, אולם בדורות האחרונים, ברוב המדינות הנאורות, בוטל עונש זה ולא נותר, אלא במקרים חריגים ביותר. התחליף לעונש המוות כמו לעונשים אחרים, נמצא בעונש המאסר התופס מקום רחב בין דרכי הענישה הנוכחיות. משך ריצוי המאסר ולעתיים אף תנאי המאסר, מושפעים בעיקר מסוג העבירה ונסיבותיה.

מאז תחילת השימוש במאסר ועד ימינו אנו, האנושות ערה לבעייתיות שבשיטת המאסר ואינה חדלה מלבקרה. אין כל מחלוקת, כי שהייה בין חומות הכלא, גוררת פגיעה קשה בכבודו ובחירותו של האסיר, דא עקא, פעמים רבות פגיעה זו איננה מידתית וגורמת לנזקים לא ראויים לאסיר, למשפחתו ולחברה בכללותה. הטענה היא, ששיטת ענישה זו, לא מקיימת את תכליתה וגרוע מכך, הנקיטה בענישה זו רק מעצימה את הבעיות הקיימות ואף יוצרת נזקים חדשים. בעקבות הביקורת כלפי עונש המאסר, העולם המודרני מנסה לחפש דרכי פעולה שתהוונה תחליף ראוי. ההצעות בעלות אופי שונה וחלקן מהפכניות. ההצעות הן החל משיפור התחליפים

הקיימים במערכות הציבוריות, דרך שיטות של דרכי תיקון בקהילה וכלה בהטיית דרכי השיפוט והענישה מהמוסדות הוותיקים הקיימים, אל ארגונים ומוסדות שלרוב קיימים בתוך הקהילה. במאמר זה, נציע ליישם בין דרכי הענישה הנוהגות בתקופתנו, רעיונות הגלומים במוסד עיר המקלט.¹

בתחילה נציג את הבעייתיות ביישום עונש המאסר כפי שעולה כבר מתוך עיון ראשוני. בהמשך, כרקע לדיון בהצעה, נדון בעניין מערכת הענישה במשפט העברי, מערכת הכוללת ענישה לפי דין תורה וענישה לבר דין תורה. החלטנו לעמוד על נושא זה ברשימה זו, הן בשל חשיבותו לענייננו והן בשל חשיבותו הכללית, במיוחד כשמאמר זה בא בין מאמרים העוסקים בתחום הקרימינולוגיה והמשפט. לאחר מכן, נביא דברים ביחס לעונש המאסר במשפט העברי, המצביעים על סלידה משימוש בעונש זה, אך גם נתאר מבחינה כרונולוגית את השימוש שבכל זאת נעשה בו.

בהמשך, ניכנס לדיון כולל בסוגיית עיר המקלט. תחילה, נסקור את הנושאים הנדונים בהלכה ולאחר מכן, נדון בהיבטים הפרקטיים והרעיוניים הגלומים במוסד זה. אכן, עיר מקלט במובנה הפשוט באה להגן על הרוצח בשגגה מפני גואל הדם, אך ככוונתנו להציג את עיר המקלט כמוסד ענישתי רבת-תכליתי בו מצויים תכליות הענישה השגורות. ככוונתנו להראות, כי תכלית בסיסית – בין התכליות – בעיר מקלט, היא תכלית השיקום ומתוך תכלית רעיונית זו ברצוננו לטעון, כי עיר המקלט כרעיון, מהווה תחליף ראוי לעונש המאסר. לדעתנו, הדברים אינם בבחינת רעיונות גרידא, אלא הם ברי הפעלה ויישום.

ב. הבעייתיות בעונש המאסר – רקע כללי

לשם נקודת מוצא מחשבתית לרעיון המובע במאמר זה, ככוונתנו לסקור תחילה בכלליות, את הבעייתיות שבענישה על דרך המאסר.

ניתן לומר – בהכללה – שמאמצעה של המאה השמונה עשרה, העונשים המקובלים כעונשי מוות, גוף, קלון והגליה, בוטלו, והשימוש בעונשים אחרים צומצם. את מקומם של העונשים המקובלים עד לתקופה זו, תפס עונש המאסר וכתוצאה מכך, השתנתה הגישה הרעיונית לענישה ולאמצעי הענישה. במשך השנים חלו שינויים רבים בתפיסת המאסר. את השינויים המשמעותיים ביותר, מוצאים מאמצעה של המאה התשע עשרה, עת החלו לחול שינויים בתפיסה החברתית לעבר הפרוגרסיביות, הליברליזציה וההתעניינות באדם, השינויים שהובילו להיווצרותה של מדינת הרווחה.

מאז תחילת השימוש במאסר ועד ימינו אלו, האנושות ערה לבעייתיות שבשיטת המאסר, המבקרים אינם חדלים מלבקר וטענותיהם אף "משתכללות" במשך השנים. מעבר לטענה הכללית, כי הענישה בדרך המאסר אינה משיגה את תכליתה, החוקרים מצביעים על תוצאות שליליות קונקרטיות בתחומים שונים, הנגרמות בעטיו של עונש המאסר והנזקים הנגרמים הימנו. נביא כמה מהן בקצרה:

1 כבר בשנת תשמ"ו, התקיים יום עיון בנושא ביוזמת המשטרה והמכון לחקר המשפט העברי, בהר הצופים, ירושלים. ביום עיון זה נשמעו הדם חיוביים לרעיון. המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מנחם אלון, דן בסוגיית עיר המקלט ובקווים המיוחדים מוסד זה לעומת המאפיינים של עונש המאסר המודרני בבג"צ 114/86 חיים לואיס וייל נ' מ"י ואח, פ"ד מא(3) 477. נביא מדבריו לקראת סוף המאמר.

הנזקים הנפשיים והפיסיים לאסיר ולמשפחתו - הנזקים הנפשיים הנגרמים לאסיר ולמשפחתו נגרמים בעיניים של גורמים שונים. האסיר מורחק מאשתו וילדיו ולמעשה כל משפחתו מבובן הקרוב והרחוק מנותקת הימנו, ואך מובן כי הסבל והצער לצדדים הוא רב. הבידוד החברתי והניווון שבבטלה, יש בהם יותר מאשר אחד משישים של מיתה.² "אדם לעמל יולד" לא רק לפרנסה, אלא גם ליצירה, לביטוי עצמי, לבחירה חופשית בין אופציות שונות, ובלא כל זאת חסר ב"אדם" שבו.³ כמוכן שהסבל במאסר, משתנה מאדם לאדם וממשפחה למשפחה, כמו גם הגורמים המביאים לנזקים ולסבל, אך עובדה ידועה היא - בהכללה - שההשלכות הנפשיות הן שליליות ופעמים רבות קשות.

בזמן ריצוי העונש, האסיר סובל מבחינה פיסית מחמת תנאי כליאה בלתי נאותים ומבחינה כלכלית מחמת היעדר הכנסה.

הנזקים אינם חדלים עם סיום ריצוי העונש. במקרים רבים, מתווספות רעות חולות והבעיות נעשות קשות עם היציאה מהכלא. המשוחרר מתקשה להשתקם ולהסתגל לקהילה לאחר שנותק הימנה והחברה מחויבת בהשקעה באמצעי שיקום וטיפול באסיר ובמשפחתו.

בית הסוהר מהווה בית ספר לפשיעה - האסירים ה"מתחילים" והבלתי מנוסים יכולים בקלות רבה ללמוד מהוותיקים והמנוסים, העבריינים בעלי העבר הפלילי משתכללים וקונים יידע, שותפים ו"חברים למקצוע". פעמים רבות נוצרות קבוצות פשע בין כותלי הכלא שפעילותן ממשיכה אף לאחר היציאה הימנו. כבר בסוף המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים, נשמעו דעות על חסרונותיה של הענישה בדרך המאסר. המלומדים שוהם ושביט מביאים בספרם ציטוטים קצרים בעניין זה מחוקרים שונים,⁴ כגון: "המאסר מחמיר את התנאים שגורמים להפיכת אדם לעברייני; לא זו בלבד שאינו מתקן עבריינים, אלא אף מקלקל אסירים מחוסרי נסיון פליליים"⁵ וכן: "לשלוח אדם למאסר פירושו לגייס אותו למעמד הפושעים... בתי-הסוהר בכל העולם גורמים לעצם הדבר שהם אמורים למנוע".⁶ כך גם: "מאסר ובמיוחד המאסר הקצר, הנו גירוי לפשיעה".⁷

היבט כלכלי - בנוסף על כל אלו, בעקבות תוצאות המאסר, מושמעות טענות בעלות אופי כלכלי בדבר עלות מול תועלת.

2 מצוות "ואהבת לרעך כמוך" חלה אף כלפי הנדון למוות. ראו סנהדרין, נב, א.
3 ראו "תפארת ישראל" למהר"ל, פרק ג, בן אדם כמו אדמה, צריך להוציא את הכח האלוקי הטמון בו מן הכח אל הפועל.
4 סקירתנו כאן, ברובה מבוססת על ש' ג' שוהם וג' שביט עבירות ועונשים מבוא לפנולוגיה עם עובד (תשנ"ה) עמ' 189 ואילך (להלן: "שוהם ושביט").
5 Morrison, W.D. (1896): Juvenile Offenders. London: T. Fisher Unwin. Cited in Garland, 1985, op. Cit. , p. 60
6 Carpenter, E. (1905): Prisons, Police and Punishment. London: Fifield. Cited in Garland, 1985, op. Cit. , p. 60
7 Garafalo. R. (1914): Criminology. London: Heinemann Cited in Garland, 1985, op. Cit. , p. 60

מסקנות כלליות

התוצאות השליליות הנגרמות בעטיו של עונש המאסר, מגוונות הן ורבות. הביקורת כלפי עונש המאסר היא קשה. אין חולק, כי המאסר גורם לנזקים נפשיים ופיסיים לאסיר ולמשפחתו, נזקים נרחבים במעגלים שונים שלרובם אין כל הצדק. הטענות הן, כי בית הסוהר מהווה אקדמיה לפשיעה וכי שליחת אדם למאסר, פירושה גיוסו למעמד הפושעים וכך, בתי-סוהר בכל העולם עלולים לגרום לעצם הדבר שהם אמורים למנוע. למעשה, בקרב האסירים המשוחררים, ניתן להבחין בקלות רבה בשיעור הרצידיביוזם הגבוה.⁸ בנוסף, האסיר המשוחרר מתקשה להשתקם ולהסתגל לקהילה לאחר שנותק הימנה, המאסר גורם לנזקים המחייבים את החברה בהשקעה באמצעי שיקום וטיפול, ומשפחות האסירים ניוזקות אף הם. כמו כן, מושמעות טענות בעלות אופי כלכלי בדבר עלות מול תועלת.

הנה כי כן, על פי הביקורת המופנית כלפי עונש המאסר, עונש זה לא משיג את תכליתו הכוללת והמציאות מלמדת שהוא אינו ממלא אחר הציפיות שנתלו בו. למרות הביקורת, לעת זו מדובר ברע הכרחי, שכן יש צורך להתמודד עם הפשיעה הגואה. רע הכרחי זה, המהווה שלילת חירותו של אדם מבחינה פיסית ורוחנית, צריך להינקט במידה הראויה ופסיקת בתי המשפט בעולם המודרני הכירה בכך באופן ברור וכך אף הפסיקה הישראלית.⁹ לעתים, "המידה הראויה" תהא שלילת עונש המאסר ואכן, העולם המודרני מחפש דרכי התמודדות שונות עם העבריינות, דרכי פעולה שתהוינה תחליף ראוי.¹⁰

ג. מערכת הענישה במשפט העברי

1. ענישה לפי דין תורה

המשפט העברי הפלילי, שמיושם על פי דין תורה, אין ביכולתו להתמודד באופן אפקטיבי עם העבריינות ולקיים סדר חברתי. חוסר האפקטיביות בהפעלת דין תורה, בא כתוצאה ממגבלות שונות, מהן פרוצדורליות ומהן מהותיות.

המגבלות על ישימות המשפט הפלילי על פי דין תורה, באות לידי ביטוי בעיקר בתחום דיני הנפשות. דוגמא בולטת למגבלות על נקיטת דין תורה בפועל, היא ההתראה, הננקטת לפי הכלל הידוע: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". לפי דין תורה, אסור להעניש עובר עבירה, אלא אם כן, ההתראה התקימה לפי פרטי הדינים הקשורים בה. בין השאר, התראה כדין, היא כזו הנעשית

8 מתוך הדו"ח השנתי של השב"ס לשנת 1998 עולה כי כ-65% מהאסירים – תושבי ישראל – כבר ריצו תקופת מאסר קודמת. מתוך האסירים – תושבי ישראל – 18.8% מרצים מאסר שני, 12.7% מרצים מאסר שלישי, 10.1% מרצים מאסר רביעי, 8.3% מרצים מאסר חמישי ו-15.1% מרצים מאסר שישי ומעלה.

9 הפסיקה רבה, להלן מספר דוגמאות: בג"צ 337/84 רמי הוקמה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לח(2) 826, בש"פ 3734/92 מ"י נ' עזאומי, פ"ד מו(5) 72 (ראו שם התייחסות למקורות המשפט העברי), עע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.

10 לקראת סוף המאמר נדון בתחליפי המאסר באופן כללי.

עובר ובתכופ לביצוע העבירה, ללא השתהות בין ההתראה לבין ביצוע העבירה וכלשון הרמב"ם: "בתוך כדי דיבור".¹¹ ההתראה צריכה להיות ברורה לעובר העבירה, המותרה צריך לשמוע כי מעשהו אסור, וכי אם יבצע את העבירה נשוא ההתראה, ייענש. אם אין ראיה ברורה כי עובר העבירה הבין את משמעות העבירה והעונש בצידה, יהיה פטור מעונש. המותרה יהיה פטור מעונש, אם לאחר ההתראה פרש ממעשהו, "שתק או הרכין ראשו". עד כדי כך חמורה ההתראה, ש"אפילו אם אמר יודע אני, פטור, עד שיתיר עצמו למיתה ויאמר, על מנת כן אני עושה". למדים אנו, כי כדי שההתראה תהא בת תוקף, עובר העבירה צריך להיות מותרה בלשון מסוימת, במועד מסוים ולהשיב בתגובה להתראה, כי אכן יודע הוא שאסור לו לעבור את העבירה, מבין את משמעות מעשיו, מודע לעונש הצפוי לו ושהוא מבצע את מעשהו האסור "על מנת כן".¹²

דוגמאות רבות אחרות, המהוות כבלים על הפעלת דין תורה, מצויות בדיני הראיות, ומתוך עיון בדיני הראיות במשפט העברי,¹³ ניתן לראות את עוצמת הדרישות הראייתיות. מדובר למשל, על אזהרה חריפה של הדיינים כלפי העדים שלא יעידו שקר ודרישה וחקירה של כל עד שלא בפני חבריו "בשבוע חקירות". לחקירת העדים שהיא מן התורה נודעת חשיבות ונאמר עליה "כל המרבה בבדיקות, הרי זה משובח".¹⁴ כמו כן, להלכה נקבע כי אין להוכיח את קיום העבירה באמצעות ראיות נסיבתיות. נדרשים שני עדי ראיה שראו "את עושה העבירה כאחד", וכן "צריכין להעיד כאחד ובבית דין אחד".¹⁵ העדות של עד אחד, צריכה להיות תואמת לזו של השני, העדים אף נבחנים בחקירה נגדית, הבוחנת אותם לעתים עד הפרטים הקטנים ביותר. דוגמא לחקירת עדים, היא חקירת רבן יוחנן בן זכאי, אשר חקר עדים שהעידו על אחד שהרג אחר תחת עץ תאנה, לעניין הבחנתם בגודל "עוקצי התאנים", הגסים הם אם דקים.¹⁶ מעבר לכך, ישנה רשימה של פסולי עדות ובתוכם: קרובים, עבריינים, נוגעים בדבר¹⁷ והרשעה על פי הודאת הנאשם, גם נפסלת.¹⁸

הדרישות ההלכתיות, הקיימות הן בפן הפרוצדורלי והראייתי והן בפן המהותי,¹⁹ מכבידות ומונעות הלכה למעשה את הפעלתו של דין תורה.

11 רמב"ם, סנהדרין, יב, א"ג. פרטי ההתראה המצויים להלן, באים מהלכות אלו. להרחבה בנושא ההתראה, ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך יא, רצא-שיד, ערך "התראה". פ' דייקן (דיקסטיין) "ההתראה במשפט העברי" סיני ס תשכ"ז נא-סב. י' צ' גילת "לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 217. א' דסברג "התראה - מקור הדין וטעמו" תחומין יב, 307.

12 אמנם אם מתוך הנסיבות, מעשיו והתנהגותו של עובר העבירה, יש לאמוד שהוא מזיד, עובר את העבירה מרצון תוך ידיעת האיסור וגם יודע את העונש המוטל על עוברי עבירה זו, אין צורך בהתראה. עדיין דברינו תקפים, שכן זו לא דרך מספקת להתמודדות עם בעיית ההתראה, מעבר לכך שדברינו נאמרו גם מבחינה רעיונית ולא אך יישומית.

13 ראו ברמב"ם הלכות עדות.

14 משנה, סנהדרין ה, ב.

15 רמב"ם, עדות, ד, א.

16 משנה, לעיל הערה 14. כמובן שזו דוגמא נדירה, אך יכולה לשמש מודל לחיקוי במקרים מסוימים. להלכה בעניין "דרישה וחקירה" ראו רמב"ם, שם, א, ד"ו, שם, ב, א"ה.

17 שם, שם, ט, א. הרמב"ם מונה "עשרה מיני פסלות".

18 שם, סנהדרין, יח, ו.

19 רוב העבירות הן בין אדם לקונו ואין חולק, כי רשימת העבירות במישור היחסים שבין אדם לחברו והענישה עליהן, היא קצרה ולא מתאימה לתפיסות החברתיות ולטבעים המשתנים.

הבעייתיות האמורה מתחדדת, כשמחד, אנו מוצאים שקיימים בתורה שלושים ושישה איסורי דיני נפשות.²⁰ ומאידך, אי השימות של העונשים הקבועים בצד איסורי דיני הנפשות מזדקרת בדברי חז"ל עצמם, זאת מעבר למגבלות עליהן הצבענו לעיל. כבר במשנה נאמר: "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית רבי אליעזר בן עזריה אומר אחד לשבעים שנה רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם רבן שמעון בן גמליאל אומר אף הן מרבין שופכי דמים בישראל".²¹ מבלי להיכנס לדיונים בדעות השונות, ברור שחז"ל הבינו שישנם עונשים קבועים בתורה, שאין ליישםם תדיר או שאין ליישםם כלל.²² ניתן לסכם בשלב זה, כי בשטח חיי המעש של התמודדות החברה עם הבעייה העבריינית וברצון לקיים סדר חברתי תקין, נקיטתו של דין תורה לא תהא אפקטיבית.

2. ענישה מחוץ לדין תורה

עונשי התורה האמורים לעיל, אמורים להיות מופעלים בידי בית הדין, וכפי שראינו, נדירה עד בלתי אפשרית הפעלת עונשי התורה. ענישה מסוג שונה, היא ענישה המופעלת "בידי שמים" ולעניין עונשי מוות מכונה: "מיתה בידי שמים" או "כרת". בענישה זו לא נדון במסגרת זו, אם כי יש לקחתה בחשבון, כאשר נערך דיון במערכת הענישה במשפט העברי. כמובן, יש שיירתעו מעצם האיסורים החמורים ומעונשי התורה, כמו שיש ויירתעו מ"עונשי שמים", אך וודאי שאין להסתפק באלו כדי להרתיע ולקיים חברה מתוקנת.

לאור האמור, נשאלת השאלה, כיצד אפוא מתמודד המשפט העברי עם תופעת העבריינות וכיצד ניתן לקיים סדר חברתי תקין, אם לא ניתן ליישם את דיני הנפשות הקבועים בתורה. התשובה הכללית הנה, כי קיימות סמכויות המעוגנות במערכות ענישה דינאמיות, שהן: ענישת בית הדין שלא לפי דין תורה ו"לצורך השעה" וכן דין המלך. סמכות הענישה הנתונה בידי המלך ובית הדין רחבה היא, נתונה לשיקול דעת רחב וללא כפיפות לכללים המכבידים - המצויים בענישה לפי דין תורה - שהזכרנו לעיל. לגבי סמכות המלך, הרמב"ם קובע בעניין רוצחים, שלגביהם דין תורה לא יכול להיות מיושם, ש"אם רצה מלך ישראל להרגם בדין מלכות ותקנת העולם, הרשות בידו".²³ באותה הלכה קובע הרמב"ם "וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו".

מבלי לערוך אבחנות חדות בין סמכות המלך לסמכות בית הדין, נראה שסמכות המלך היא לענייני עבירות הרצח²⁴ ואילו סמכות בית הדין איננה מוגבלת לסוג העבירות או לסוג העונשים, אלא "למיגדר מילתא" - לגדור גדירות למניעת עבירות.²⁵ בכל אופן, סמכות הענישה מחוץ לדין

20 רמב"ם, סנהדרין, טו, י"ג.

21 משנה, מכות א, י. מכות ז, א. ירושלמי, מכות, פרק א, הלכה יז. ילקוט שמעוני, כ"תשא, רמז שצא. רש"י, סנהדרין מב, ב, ד"ה "כי היכי דלא ליתחזי בית דין רוצחים".

22 דוגמא בולטת היא עניין בן סורר ומורה הנענש על ידי הסנהדרין, אך המגמה מצויה בכל דיני הנפשות.

23 רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ב, ד.

24 לפי לשון הרמב"ם, שם. וכן במלכים, ג, י, אולם ישנן דעות בין הראשונים שסמכות המלך איננה מוגבלת כאמור וכך ניתן להבין בכלל מאופי תפקיד המלך כפי שמצטייר במקורות השונים.

25 מעבר למקורות שיצוינו בהמשך, ראו סנהדרין, מו, א. רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, ד, ח"ט, שם, סנהדרין, יח, ו, וכו', ד. שם, מלכים, ג, ה, י. למקורות נוספים ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, קנ ואילך, ערך "בית דין" ושם, כרך ה, תקיב. לדיון רחב ראו גם י' מ' גינצבורג משפטים לישראל חוברת ראשונה (תשט"ז) א"ע.

תורה, נתונה הן בידי המלך והן בידי בית הדין. סמכות הענישה האמורה, מאופיינת בשיקול דעת רחב ואין היא ככולה לשלשלאות של פרוצדורות או ראיות ואף אינה ככולה לרשימת עבירות ועונשים. על הענישה מחוץ לדין תורה, נלמד להלן מתוך סמכות בית הדין. הכלל העקרוני-רעיוני, תקף אף לגבי סמכות המלך.

סמכות הענישה המסורה לבית הדין, מצויה מראשית המקורות התלמודיים ואילך.²⁶ כבר נאמר בעניין סמכות בית הדין במסכת יבמות:

”ת”ש, א”ר אלעזר בן יעקב: שמעתי, שב”ד מכין ועונשין שלא מן התורה,²⁷ ולא לעבור על דברי תורה – אלא לעשות סייג לתורה. ומעשה באדם אחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאוהו לב”ד וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך – אלא שהשעה צריכה לכך. ושוב מעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך – אלא שהשעה צריכה לכך! מיגדר מילתא שאני.”²⁸

את נושא ”צורך השעה” והרתעת האחרים באמצעות ענישת העברייני, נלמד גם ממקורות אחרים²⁹ וכבר נאמר: ”ותנאי: כל עיר שאין בה עשרה דברים הללו אין תלמיד חכם רשאי לדור בתוכה: בית דין מכין ועונשין, וקופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה, ובית הכנסת, ובית המרחץ, ובית הכסא, רופא, ואומן, ולבלר, (וטבח), ומלמד תינוקות.”³⁰ ביעור הרע ושמירת הסדר הציבורי הוא כה חשוב, עד כי נאמר: ”הווי מתפלל בשלומה של מלכות שאילמלא מוראה, איש את רעהו חיים בלעו.”³¹

אנו רואים, כי ”צורך השעה”, מהווה אמת מידה גמישה הנתונה בידי בית הדין, עד כדי כך שניתן להעניש את העברייני, במידה חמורה מכפי המגיע לו בהתאם למעשיו, וזאת מפני הטעם שהשעה צריכה לכך”. פעילות בית הדין במקרים אלו, נועדה למגר את הזילזול הרווח אותה עת בעבירות,³² הווה אומר, הפעילות נועדה לשם הרתעת עבריינים.³³

26 כמובן שניתן לסמוך את סמכות בית הדין על פסוקים בהקשר למינוי מלך ושופטים ראו דברים, טז, יח. שם יז, יד-טו. ולמשל, דברים, יז, יא ”על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל”.

27 לפי רש”י סנהדרין, מו, א ד”ה ”ולא”, מדובר בעונש מלקות או בעונש מוות.

28 יבמות, ז, ב. סנהדרין, מו, א. מעניין שבירושלמי, חגיגה פרק ב, הלכה ב, נמצא נוסח דומה לזה ובתוספת: ”...תני אמר רבי אליעזר בן יעקב שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה עד איכן רבי לעזר בי רבי יוסי אמר עד כדי זימום רבי יוסה אומר בעדים אבל לא בהתרייה...”.

29 משנה, סנהדרין ו, ד לעניין מעשה ר’ שמעון בן שטח ש”שמונים נשים תלה”. ראו גם בבלי סנהדרין, מה, ב. ובספרי (פינקלשטיין), כי תצא, רכא התוסף: ”אלא שהשעה צריכה ללמד בה את האחרים” ובירושלמי, חגיגה, פרק ב, הלכה ב: ”...אלא שהיתה השעה צריכה לכך”. למקרים נוספים בהם השתמשו בסמכות הענישה שמחוץ לדין תורה ראו סנהדרין, כו, ב ושם, נח, ב בעניין רב הונא שענש מחוץ לדין, בבא קמא, צו, ב. ושם, קטז, ב - קיז, א בעניין רב נחמן שבמקרה הראשון הטיל קנס על גולן שהיה רגיל בגזילה בעקבות צורכי השעה ובמקרה השני הלשין על נכסי חברו לבית המלך כדי שיטלו.

30 סנהדרין, יז, ב. וכן - עם מעט שינויים - באליהו זוטא (איש שלום) פרשה טז.

31 משנה, אבות ג, ב.

32 כדברי רש”י: ”מפני שהיו פרוצים בעבירות... והיו המצוות בזויות בעיניהם”

33 ראו עוד במגילת תענית: ”כדי שילמדו אחרים מפני שנהגו מנהגי זנות... כדי שילמדו ממנו וכל ישראל ישמעו ויראו”.

מדובר בסמכות רחבה מאד של בית הדין, שכן המדובר הוא במעשים שהקהל לא הוזהר שעונשם יהא כפי שהוא בפועל. דהיינו, המעשים עצמם איסורם היה ידוע,³⁴ אך לא העונש, שכן העונש נקבע רק בהתאם ל"צורך השעה" ולמניעת עבירות.

בתקופה הבתר תלמודית נמצא שלבים שונים בעניין הענישה שלא מן התורה. בתקופת הגאונים, אין אנו מוצאים שדנו דין מוות שלא מן התורה אף כשמדובר בהלכה ולא למעשה,³⁵ אך הנהיגו סוגי ענישה שונים לבר דין תורה.³⁶ כבר ראינו לעיל מהרמב"ם, שיטנה סמכות בעניין רוצחים שדין תורה לא יכול להיות מיושם לגביהם, ש "... אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו". על ר' יוסף מיגאש מסופר, שצווה לסקול מוסר ביום הכיפורים בעת תפילת נעילה,³⁷ וידועים מקרים נוספים, בהם הפעילו עונש מוות כלפי מוסרים.³⁸ בספרד אנו מוצאים שר' יהודה בן הרא"ש משבח את העובדה שהממשלה נתנה רשות בידי היהודים לדון דיני נפשות: "דבר ידוע הוא כי מן היום שגלתה סנהדרין מלשכת הגזית בטלו דיני נפשות מישראל, וכל מה שהדין עתה הוא לגדור פרצות הדור וברוך ה' אשר נתן כזאת בלב מלכי הארץ הזאת לתת כח לישראל לדון ולבער עושי רשעה, לולי זה לא היה קיום לישראל בארץ הזאת..."³⁹. לגבי גנבים שחוזרים לסורם באופן חמור, אומר הרשב"א: "ועל האנשים הגנבים אשר אמרת, כבר אמרתי דהכל לפי השעה ואם אתם רואים שחוזרים בהם ואפשר להתיר להם מחמת החרם מוטב, ואם לאו, שאינם רוצים לקבל מה שגזרתם, כלה קוצים מן הכרם..."⁴⁰. כמו כן, ידועות תשובות לגבי הרשעה על סמך ראיות שבאופן רגיל היו פסולות, כגון, ראיות נסיבתיות ועדות קרובים, כמו שידועות תשובות לגבי הרשעה על פי הפללה עצמית. בעניינים אלו, הרשב"א פוסק ומסביר:

"... מי שעומד על תיקוני מדינה, אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה, שאם לא כן...לא יענש על פי עצמו, לפי שאין אדם משים עצמו רשע מן הדין...אלא שבכל אלו הדברים אינם אלא בבית דין הנוהגין על פי

34 ראו ט"ז י"ד, קין, ס"ק א.

35 אור זרוע, א, קיב, מובא מרב שרירא גאון "ההורג את הנפש בזמן הזה אין בידינו לעשות לו מאומה, לא להורגו ולא לחובטו ולא להגלותו אלא לימנע ממנו שלא להתערב עמו...". פרסום של תשובה זו וכן נוסחאות מגאונים וראשונים בתיקוני תשובה למי שהתחייב במוות או מלקות בזמן הזה, נמצא ב ר' מ' הרשלר "תשובות ותיקון גאונים וקדמונים מתוך כת"י סיני כרך טו, חוברת ד"ה, קעג"קעז. ייתכן שצריך לייחס תשובה זו לרב נטרונאי, ראו ש' אסף, העונשין אחרי חתימת התלמוד, (ירושלים, תרפ"ב) 52, 53. ראו גם שערי צדק חלק ד, שער ז, לח ושר"ת הגאונים חמדה גנוזה, כ. יש להעיר שתקופת הגאונים מיוחדת בעניין זה, לא מצאנו מי שעומד על כך ולכן יש עוד לחקור מדוע נתייחדה תקופה זו מתקופות אחרות.

36 ראו את המקורות לעיל, הערה 35. חייבי מיתה דנו בנידוי ולעתים כפי שמצוי בשו"ת הגאונים, שם: "...ומכין אותו מכת מרדות מדרבנן. וכן חייבי לאוין גרידי, וכן חייבי עשה, מלקין אותן מכת מרדות מדרבנן באפסר כפול לשניים ואין צריך אומד". ביחס לעבירות אחרות, נהגו בתקופת הגאונים שלושות סוגי הענישה שהוכרו לעיל, ראו "העונשין אחרי חתימת התלמוד", לעיל הערה 35 בעמ' 45 ואילך.

37 שו"ת זכרון יהודה, עה.

38 לשון הרמב"ם, חובל ומזיק, ת, יא: "מעשים בכל יום בערי המערב להרוג המוסרים שהוחזקו למסור ממון ישראל ולמסור המוסרים ביד עכו"ם להורגם ולהכותם ולמוסרם ביד רשע". ראו גם שו"ת הרא"ש, כלל י, ו בעיית המלשינות הייתה קשה ונלחמו בה מלחמת חורמה בספרד, במקומות אחרים בעייה זו הייתה קיימת במידה פחותה וגם ענשו בעונשים קשים עד כדי מוות.

39 שו"ת זכרון יהודה, נה. וראו עוד שם, לט, עט, צא.

40 שו"ת הרשב"א, ה, רמג.

התורה...וכן אמרו מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה...וכן הדבר פשוט בינינו ובין כל המקומות שיש תקנה ביניהם על דברים אלו.⁴¹ סמכות הענישה שמחוץ לדין תורה מצאה את ביטויה גם בפסיקת הטור והשולחן ערוך. לשון בעל הטורים: "אם רואין בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה, בין ממון ובין כל מיני עונש...ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין בשעה שהיו דנים דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק - אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו...ובכל יהו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הבריות קל בעיניו".⁴² ולשון השולחן ערוך: "כל בית דין...אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה, בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה...וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחום בית דין עליהם".⁴³

הנה, כי כן, סמכות בית הדין אשר כאמור נועדה ל"מיגדר מילתא", יש לה את הכח לטפל באופן אפקטיבי בתופעת העבריינות ובקיום הסדר הציבורי באופן כללי. מהמעט מאד שהבאנו, ברור כי במערכת הענישה שמחוץ לדין תורה מצויה סמכות רחבה, ומשאנו מוצאים שסמכות בית הדין הופעלה לגבי עונש מוות, קל להניח שדרכי הענישה במשפט העברי היו מגוונות והתאימו לזמן ולמקום.⁴⁴

מהי אם כן התכלית במערכת הענישה על פי דין תורה ומדוע קיימת האבחנה בין הענישה לפי דין תורה ובין הענישה מחוץ לדין תורה? בשאלה זו, עסקו ראשונים ואחרונים ומלומדים שונים בדורנו הביעו את דעתם ביחס לסוגיה זו.⁴⁵ נראה, כי העוסקים בנושא בעת האחרונה, הסתמכו על הר"ן בדרשתו הידועה - "הדרוש האחד-עשר".⁴⁶ נביא גם אנו מעט מדבריו:

"כמו שנתחדה תורתנו מבין נימוסי אומות העולם במצוות וחוקים, אין עניינם תקון מדיני כלל, אבל הנמשך מהם הוא חול השפע האלהי באומתנו והדבקו עמנו, בין שיראה הענין ההוא לעינינו כעניני הקרבנות וכל הנעשה במקדש, בין שלא יראה כיתר החוקים שלא נתגלה טעמם...ולפיכך אני סובר וראוי שיאמן בו, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כלל בתקון סדור המדיני, והם סבה עצמית קרובה לחול השפע האלהי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאלו הם משותפים

41 שו"ת הרשב"א, ח"ד, שיא. וכן שם, ח"ג, שצג. לגבי הרשעה ברצח על פי ראיות נסיבתיות ראו שו"ת הריב"ש, רנא. טור, חו"מ, ב.

42 שו"ע חו"מ, ב, א. וכן שם, תכה, א בדברי הרמ"א.

43 "העונשין אחרי חתימת התלמוד", לעיל הערה 35. בהקדמה לספר מחלק ש' אסף את העונשים לשלושה סוגים: עונשי גוף, עונשי כבוד ושליטת זכויות ידועות ועונשי ממון. בספר מכונסים יחדיו סוגי הענישה השונים לפי תקופות.

45 ש' אלבק יסודות העבירה בדיני התלמוד 122-140, א' אנקר "יסודות המשפט הפלילי העברי" משפטים כד (תשנ"ד) 206-177, א' קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל שאר הראשונים" עיוני משפט יב (1987) 253-273. ל' י' קמינר "עונש המאסר בישראל" תחומין ט, (תשמ"ח) 134-136. וראו את דעתו החולקת של א' טננבוים "על מה ולמה מענישים?" פרשת השבוע גליון מס' 11, פרשת וארא תשס"א בהוצאת המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים והמרכז להוראת המשפט העברי ולימודו - מכללת שערי משפט.

46 דרשות הר"ן, הדרוש האחד עשר.

בין סבת חול הענין האלהי באומתנו ותקון ענין קבוצתנו... אבל המלך והסנהדרין היו תכליתם לשפוט העם במשפט אמתי צודק בעצמו, שימשיך ממנו הדבר ענין האלהי בנו, ישלים ממנו לגמרי סדרו ענינן ההמוני או לא ישלים. ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדר המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתקון הנזכר היה משלימו המלך...".

על פי הר"ן, אין אפשרות של טיפול יעיל בעבריינים באמצעות דיני התורה. הטיפול היעיל בעבריינים, ייעשה באמצעות מנגנונים שהתורה עצמה מצווה עליהם, בדמות מינוי מלך ושופטים⁴⁷ - להם נתונה הסמכות להפעיל ענישה מחוץ לדין התורה. מערכת דיני התורה "אין עניינם תקון מדיני כלל", ואילו תכלית המלך והסנהדרין היא: "לשפוט העם במשפט אמתי צודק בעצמו". כתוצאה מהאמור, הר"ן מסיק, כי ישנה אפשרות שמערכות משפט אחרות - של אומות העולם - יהיו קרובות יותר "לתקון הסדר המדיני", מאשר ב"משפטי התורה". על דברים אחרונים אלו של הר"ן, יש לומר, שאין להסיק מכך כי לפי המשפט הפילי העברי, נדרשים להכיר ולהכשיר באופן זהה, מייד וגורף מערכת ענישה השאובה ממקורות זרים. משו"ת הריב"ש⁴⁸ עולה, כי גם כשדנים שלא מן הדין ולפי צורכי השעה, "ראוי לנו" ללמוד מן הדין הבחנות שונות לפי חומר העבירה ומשקל הראיה. לאמור, מדיני העונשין לפי דין תורה, ניתן לקבל השראה וכיווני דרך, אם ובאיזה אופן סוטים מן ההלכה לצורך שעה.

מחברים שונים - עם מעט שינויים ביניהם - מסבירים כי בניגוד למשפט הפילי הסטנדרטי, עונשי התורה, אין תכליתן העיקרית אכיפת נורמות התנהגות, למנוע עבריינות או להגן על הסדר החברתי, אלא הן באו למטרות שונות. יש הסוברים, כי תפקיד עונשי התורה הוא דתי - בעיקר "כפרה" - ויש הסוברים כי דין תורה נועד לשם החינוך. קירשנבאום טוען כי: "מקומה של הענישה במשפט העברי הקלאסי, "דין תורה", היא דתית, מיסטי, חינוכית; היא באה לעדן את האדם, להעלות את רמתו הרוחנית ולקרבו אל אלהי המשפט".⁴⁹ אנקר⁵⁰ טוען כי "עונשי התורה מכוונים כנגד המרד הדתי בעשיית העבירה" ו"עונשי התורה מכוונים אפוא אל הבחינה האנטי-דתית של מעשה העבירה, המופנית על-ידי העבריין כלפי שמים, ולא אל ההיבט האנטי חברתי שלו". אלבק מסביר כי "דיני העונשים והעבירות שבתורה אינם באים לתקנת הציבור, לשמור עליו מסכנת עבריינים, ואין תכליתם טובת הציבור והרחקת סכנת ממנו, אלא הם באים ללמד את היחיד כיצד ינהג לטוב לו, ואין העבירות אלא פגם בשלמות העובר... ואין העונש אלא כפרה".⁵¹ מבלי לערוך אבחנות בין הדעות השונות, אנו רואים כי מערכת הענישה במשפט העברי מורכבת משתי מערכות בעלות מגמות ותכליות שונות ומשלימות.

47 דברים, טז, יח, שם, יז, יד-טו.

48 שו"ת הריב"ש, רנא.

49 קירשנבאום, לעיל הערה 45, בע' 265.

50 אנקר, לעיל הערה 45, בע' 191 ואילך.

51 אלבק, לעיל הערה 45, בע' 123 ואילך. כמה מקורות מורים כי העונש מכפר, ראו במדבר, לה, לג. סנהדרין, מג,

ב. מכות, ב, ב. ועוד.

1. המאסר בין דרכי הענישה במשפט העברי

שימוש במעצר או במאסר בא לתכליות שונות. מעצר ננקט לצורכי חקירה, למניעת שיבוש הליכי חקירה או משפט, למניעת התחמקות מהליכי חקירה, שפיטה או ריצוי עונש מאסר, ולשם מניעת פגיעה בבטחוננו של אדם, ציבור או מדינה. מאסר ננקט כאמצעי כפייה לשם ביצוע הוראה של אינסטנציה שיפוטית ולשם ריצוי עונש. במסגרת זו, אנו מבקשים ליתן סקירה קצרה, בעניין מאסר הבא כענישה בין דרכי הענישה במשפט העברי.

בעולם העתיק, עונש המאסר לא היה בגדר שיטת ענישה מקובלת. ברוב מדינות אירופה, המאסר הפך להיות כעונש בין דרכי הענישה למן המאה הארבע עשרה, אך בתחילה בהיקף מצומצם. למעשה, ענישה בדרך המאסר, מהווה דפוס ענישה חדש, כשבהיקף גדול השתמשו בו רק למן אמצע המאה השמונה עשרה.⁵² העונשים שהיו מקובלים עד לאותה תקופה, היו עונשי מוות, גוף, קלון והגלייה, ומשבוטלו רובם, החלה הענישה באמצעות המאסר לתפוס מקום רחב. רעיון הקמתו של בית סוהר כמוסד ענישה, היה רעיון חדש, אשר שינה באופן משמעותי את תפיסת הענישה ודרכיה.

השימוש באמצעי המאסר במשפט העברי, עבר שלבים שונים של התפתחות. בדרכי הענישה המוצאות במקרא, לא מוצאים את עונש המאסר. אלמנט המאסר – כמעצר – מופיע כאמצעי הננקט עד לבידוד הדין עם עובר העבירה,⁵³ אך לא לשם ענישה.⁵⁴ המגמה הכללית בדין התורה, היא בניגוד לעונש המאסר ומיושמת בעונש "קשה", אך "קצר". אין הכוונה לעונש מוות, אלא לעונש המלקות, מדובר בעונש חד-פעמי, המאפשר לעבריין לחזור מייד לחיי חברה תקינים לאחר ריצוי עונשו. כמוכן, נשוא דיוננו – ערי מקלט – דומה למאסר באופנים מסוימים,

52 ש' ג' שוהם וג' שביט **עבירות ועונשים מבווא לפנולוגיה עם עובד (תשנ"ה) עמ' 174** ואילך.
53 בויקרא, כד, יב נאמר: "ויניחוהו אותו במשמר לפרש להם על פי ה'" בעניין בן האשה הישראלית שנקב את השם. בבמדבר, טו, לד נאמר: ויניחו אותו במשמר כי לא פורש מה יעשה לו" בעניין מקושש העצים ביום השבת. על פי הספרא (וויס), פרשת אמור, יד שני המקרים היו "בפרק אחד", אך הברדל יסודי ביניהם. במקרה הראשון מדובר במצב שלא היה ידוע הדין, ובמקרה השני ידעו כי דין המקושש עונש מוות, אך לא ידעו באיזה מוות יש לדוננו. ראו דברים לעניין זה ולעניין השימוש במאסר עד לבידוד המשפט, אצל הרב א' י' ולדינברג "מאסר כאמצעי וכעונש" **בצומת התורה והמדינה א**, (תשנ"א-1991) 389. המאמר דן בשלושה נושאים: במעצר, במאסר כאמצעי כפייה ובעונש המאסר.

54 את המאסר נמצא בתקופה קדומה אצל עמים שונים. אצל המצרים, בעניין יוסף בבראשית, לט, כ, מ, ז ולגבי אמירתו לאחיי שם, מב, טז-ט. בתקופה מאוחרת יותר נמצא את המאסר כעונש אצל הפלישתים בעניין שמשון, בשופטים, טז, כא.

אך על ההבדל בינו לבין המאסר, נעמוד להלן. אמצעי המאסר המוזכר בתקופת המלכים והנביאים, ננקט - בדרך כלל - לשם כפיית הוראות בית הדין, אך לא לשם ענישה.⁵⁵ בספר עזרא,⁵⁶ מוזכרת המילה "לאסורין", רש"י⁵⁷ מפרש שקושרין אותו על העמוד להלקותו. על פי הרמב"ם, הכוונה היא לבית סוהר,⁵⁸ אך ניתן להבין שהכוונה היא למאסר קשה וקצר כישיבה בצניוק, שכן הרמב"ם - שם - מונה את עונש המאסר, בין דרכי ענישה, ללא פירוט צורתו.⁵⁹ בתקופת התלמוד, גם לא נפגוש במאסר כדרך משיטות הענישה המקובלות, אם כי לראשונה מופיעה דרך עונשית הדומה למאסר והיא ההכנסה ל"כיפה". עונש "כיפה"⁶⁰ האמור במשנה⁶¹ ובברייתא⁶² ומבואר בגמרא בלשון "שהיא מלא קומתו",⁶³ מופנה כלפי עבירות חמורות. החומרה היא באופן בה נעברה העבירה, מי שעבר ולקה כבר שתי פעמים על עבירה שיש בה כרת, או במצב ראייתי מסוים.⁶⁴ הגם שהמאסר מופיע בתלמוד,⁶⁵ הרי בדרך כלל בא כאמצעי כפייה

55 מעצר לפי הוראת המלך כשהנביאים ניבאו שלא לרצונו. מלכים א, כב, כז, דברי הימים ב, טז, י, ירמיהו, לז, טז טז, שם, לח, ד"ד. בעוד מקומות ניתן למצוא איזכורים שונים למאסר. למשל בירמיהו, כט, כז נאמר: "ונתתה אתו אל המהפכת ואל הצנק". את "המהפכת" מתרגום ל"כיפתא", רש"י מפרש: "כיפה" והרד"ק מסביר "הוא בית הסהר...". כך גם שאר המפרשים. במושג "כיפה" ניפגש להלן, כעונש המצוי גם במקורות התלמודיים. ראו גם ישעיהו, ג, ז ואיוב, לד, יז.

56 עזרא, ז, כג, כז.

57 במועד קטן, טז, א וכך גם הר"ן בחידושו. לשון הגמרא: "ומנלן דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה, דכתיב הן למות הן לשרושי הן לעונש נכסין ולאסורין".

58 רמב"ם, סנהדרין, כד, ט.

59 יתר דרכי הענישה המוזכרים בדברי הרמב"ם באותו מקום, הם בעיקרם "קצרים", בעלי אפקט מידי, כאשר הם כוללים אופני מניעה למיניהם.

60 המשמעות הלשונית נובעת מהשורש כ.פ.פ. על שום קמירות התקרה, או על שום כפיפות האדם היושב בה. על עונש הכיפה ראו א' רי"ך "עונש הכיפה" מעליות עלון ז (תשרי תשמ"ו) 31-41, ומ' אלון, שם, בעמ' 42-43.

61 משנה, סנהדרין ט, ג, ה. לגבי מקור העונש ראו בסנהדרין, פא, ב. ריש לקיש, לומד זאת מהפסוק "תמות רשע רעה", רש"י שם, ד"ה "והיכא רמיוא", מסיק באופן וודאי שמדובר בהלכה למשה מסיני. בחידושי הר"ן, לאחר שהופך במקור ומסתפק האם מדובר בתקנת חכמים הנובעת מ"מכין ועונשין שלא מן התורה", מסיק גם באופן וודאי שמדובר בהלכה למשה מסיני זאת על פי לשון שאלת הגמרא ("מנלן").

62 סנהדרין, פא, ב.

63 שם, שם. הרמב"ם בפירושו למשנה מבאר שמדובר ב"מושב מאסר שעושיין בבית הסוהר גובהו כשיעור קומת האדם שוה בשוה ואין לו שום מקום להתפשט ולא לישן".

64 כאן מדובר על המשנה השנייה שהזכרנו, בה מדובר ברוצח "שלא בעדים". ראו גם רמב"ם, רוצח, ד, ח"ט. קיימת מחלוקת בין רבנן לר' יהודה שם, עט, ב, בעניין רוצח שלא נגמר דינו, שנתערב באחרים שנגמר דינם. לרבנן, כולם פטורים לר' יהודה אין לפוטרים כיוון שבכל אופן רוצחים הם ולכן כונסין אותם ל"כיפה" וראו לעניין זה רמב"ם, רוצח, ד, ז, פסיקה כרבנן באופן עקרוני לגבי פטור ממות, אך לא מעונש מאסר. חשוב לציין כי מדובר במעצר עד לענישה.

65 לעניין דינים מסוימים לגבי היושב במאסר, לגבי דיני סוטה במשנה, סוטה ד, ה. ראו גם משנה, פסחים ה, ו לעניין שחיטת קורבן פסח. משנה, מועד קטן ג, א לעניין דיני מועד. יומא, יא, א, לעניין קביעת מזוזה בבניין מסויים בו גר שומר בית האסורים. וכן בירושלמי, קידושין, פרק ד, הלכה יב. בבלי, סנהדרין, יז, ב. לעניין הדברים ההכרחיים לצורך מגורי אדם במקום מסוים לכד מבית כנסת ורופא מצוי גם "בית דין מכין וחובשין".

לתשלום חוב או לתשלום מיסים⁶⁶ ולעתים לצורך מעצר⁶⁷ וכפיית הציות להוראות בית הדין,⁶⁸ בכל אופן, יישומו של המאסר כעונש, היה נדיר.

בתקופה הבתרת תלמודית, אנו מוצאים בתקופה הראשונה, שלב נוסף בו מצוי עונש הכיפה – ולעתים גם את עונש המאסר – בעיקר לגבי עבירת הרצח, כאשר מטעמים הלכתיים אין אפשרות לדון דין מוות. בדברי הרמב"ם, מצאנו גם מאסר ממושך, אך זאת רק לגבי רצח ובתנאים מסוימים. בדין רוצח, הענישה משתנה בהתאם למצב העובדתי ולנסיבות. יש מצב, של עונש מוות בידי בית דין, ויש רוצחים שאינם חייבים מיתה בידי בית דין, אלא הם חייבי מיתה בידי שמים. לגבי חייבי מיתה בידי שמים, הרמב"ם פוסק, שלמלך ישנה הרשות להמיתם על פי "דין מלכות ותקנת העולם". סמכות ההמתה של חייבי מיתה בידי שמים, מסורה גם לבית דין שיש להם הרשות להמית הרוצח, "אם היתה השעה צריכה לכך". במצב בו המלך או בית הדין, לא הפעילו את סמכות ההמתה המסורה בידיהם, הרי ישנו עונש חובה שעל בית הדין להפעיל כלפי הרוצח: "בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאוסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער, כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים..."⁶⁹.

שימוש במאסר כעונש, בא בתקופה הראשונה שלאחר התלמוד בעיקר ביחס לעבירות חמורות, אך מאסר ממושך הופעל רק במקרים נדירים, למרות הסמכות הקיימת בצורת ענישה זו.⁷⁰ בין דרכי הענישה המגוונות שלאחר התלמוד, נמצא את המאסר או כפי שנקרא לעיתים "תפיסה", שננקט לא רק כענישה. המאסר לא נהג בצרפת ובאשכנז, וביתר המדינות הוא בא בדרך כלל כמעצר מונע, לשם כפיית ביצוע פסקי דין או כאמצעי לחץ לתשלום מיסים וכיו"ב,⁷¹ לכן, בדרך כלל היה עונש המאסר לזמן קצר.

66 בפסחים, צא, א מוזכר "בית האסורין דישאל" ומרש"י שם עולה שמדובר בחבישה בתורת אמצעי כפייה ולא בעונש.

67 הכלל ש"כל חייבי מיתות נחבשים" מצוי בספרי (הורוויץ), במדבר, קיד. מעצר חשוד בירושלמי, סנהדרין, פרק ז, הלכה ת. וראו חידושי הר"ן, סנהדרין, נו, א.

68 מועד קטן, טז, א. כך גם רב הושע במעצר על שום אי ציותו להוראת ראש הגולה בעניין הפיקוח על המחירים בירושלמי, בבא בתרא, פרק ה, הלכה ה. וכן אליעזר זעירא שהושע במעצר על ידי אנשי בית ראש הגולה, ראו בבא קמא, נט, א.

69 רמב"ם, רוצח, ב, ה. אצל הרמב"ם, עבדים, א, ה, גם מצאנו סוג מיוחד של עונש שיעבוד, לאנשים שאינם נוהגים כשורה, כוונתו שתומה, מדובר במקרים "קשים" ואין כאן המקום לדון בכך.

70 בתורת "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה", זאת מעבר למקרים קונקרטיים כפסיקת הרמב"ם לעיל או כפי שנפסקה סמכות בית הדין בהתאם לצורך השעה להטיל את עונש המאסר, בטור, חו"מ, ב, וראו לבוש וסמ"ע שם, ס"ק ח ובאורים ותומים ס"ק ה.

71 כאמצעי לחץ לתשלום מיסים ראו למשל ספר זכור לאברהם, חלק ב, חו"מ, מ. על המאסר כאמצעי לחץ לתשלום חוב ראו בהרחבה אצל מ' אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מאגנס האוניברסיטה העברית, ירושלים, מהדורה שניה מורחבת ומתוקנת (תש"ס) עמ' 111-237. פרופ' אלון מראה שמאסר על חוב, שנתארח אורחות מלאה במשפט העברי, לא בא כעונש.

בהמשך, המאסר הוכר כעונש במערכת הענישה. אמצעי הענישה היו מגוונים וקיימות עדויות רבות על קיומם של בתי סוהר בבבל⁷² ובספרד⁷³ כך גם קיימות עדויות מפורטות, מצרים איתליה, פולין ושכנותיה ומטורקיה.⁷⁴ החל מהמאה הארבע עשרה, התקבל המאסר העונשי במשפט העברי, כחלק מהותי ממנו. השימוש במאסר היה קיים במרכזי היהודים כעונש, לגבי שורת עבירות ארוכה בעיקר לגבי פשעים חמורים, אך גם בעבירות נגד המוסר ודיני המשפחה, בעבירות נגד הרכוש, בעבירות תקיפה ועלבונות, משחקי מזל אסורים ועוד.⁷⁵ ניתן לסכם, כי גם כשאנו מוצאים את עונש המאסר בתקופה הבתר תלמודית, מאסר ממושך הופעל - אם בכלל - רק במקרים נדירים,⁷⁶ למרות הסמכות הקיימת בצורת ענישה זו.

2. השימוש במאסר כעונש - כבלים מוסריים

מבחינה רעיונית, ניתן לומר כי עונש המאסר ובוודאי מאסר ממושך, אינו אורח רצוי ומצוי במקורותינו. בדין תורה לא מצוי המאסר כעונש ולפיכך הנקיטה בו - מחוץ לדין תורה - נעשתה בדלית ברירה, בהתאם לסמכות בית הדין - כהוראת שעה ולמיגדר מילתא. בעניין עיר המקלט, ספר החינוך אומר, שמדובר ב"צער גלות, ששקול כמעט כצער מיתה, שנפרד האדם מאוהביו ומארץ מולדתו ושוכן כל ימיו עם זרים". להלן נראה, שעונש עיר המקלט, קל הוא מעונש המאסר, ואם לגבי עיר מקלט מדובר בצער ששקול כמעט לצער המוות, קל וחומר שבעונש המאסר הצער רב יותר. בעניין מוסד העבדות הקיים בתורה, למי שנמכר בגניבתו כי אין לו לשלם,⁷⁷ מסביר ר' שמשון רפאל הירש שמדובר בעונש היחיד, בו נגזרה על ידי התורה, שלילת חירותו של האדם. בהמשך, כשמסביר הרב הירש שמוסד העבדות מהווה מוסד של שיקום, עוסק מעט גם בעונש המאסר ואלו דבריו:

"עונשי המאסר, על כל האבדן התקוה והשחתת המוסר השוכנים אחרי חומות בית הכלא, על כל היגון והאנחה שהם מביאים על אשתו וטפו של האסיר - אין להם מקום בתורת ה'. לא יכירם מקומם, על מצודות הכלא העלובות של הפשע - בתחום ממלכת התורה. אין בו במשפט התורה, אלא מעצר וחקירה. וגם זה לא יכול להיות, אלא מעצר לתקופה קצרה בלבד, בהתאם לכל דיני הנהלה המשפטי. ביחוד נוכח העובדה שמשפט התורה אינו מכיר בראיות נסיבתיות כל עיקר..."⁷⁸ המאסר אינו קיים כעונש בין עונשי התורה, ולכך מתייחס הרב הירש, מבחינה רעיונית. עונש המאסר חמור הוא עד מאד, שכן מחד יש בו אובדן תקווה, ומאידך הוא גורר השחתת מוסר. נוסף לזאת, עונש המאסר המופעל כלפי אדם בודד, פוגע גם במשפחת האסיר. עונש כזה לא יכול להיכלל בין עונשי התורה.

72 אצל הגאונים מדובר בדרך כלל במאסר עד למתן עונש ולא במאסר כעונש. ראו שערי תשובה, קפב, הלכות פסוקות, קלה. שערי צדק חלק ה, שער א, יט.

73 שו"ת הרא"ש, כלל ז, יא לעניין חובת מס ושם, כלל סח, י ובשו"ת התשב"ץ, חלק ג, קסח לעניין מאסר גנב.

74 מ' אלון "המאסר במשפט העברי" ספר יובל לפנחס רוזן ירושלים (תשכ"ב-1962) 179-190.

75 אלון, לעיל הערה 71, בע' 190-200.

76 כך עולה ממאמרו של מ' אלון, לעיל הערה 74. ומ"העונשין אחרי חתימת התלמוד", לעיל הערה 35, ביחס לעונש המאסר בפועל.

77 שמות, כא, א"ב.

78 שמות, כא, ו, ד"ה "ועבדו".

יש רגליים לסברא כי גישה של עונש "חד וחלק" היא לא רק מרתיעה, אלא גם הוגנת יותר. כאשר מדובר באדם שלא נשפט למוות, אינך הורגו לחצאין. "או חברותא או מיתותא", הבידוד החברתי והניווט שבבטלה, יש בהם יותר מאשר אחד משישים שבמיתה. "אדם לעמל יולד" – לא רק לפרנסה, אלא גם ליצירה, לביטוי עצמי, לבחירה חופשית בין אופציות שונות, ובלא כל זאת, חסר ב"אדם" שבו.⁷⁹

3. כבוד האדם בעת ריצוי עונש המאסר

למרות הסייגים המוסריים מעונש המאסר, הרי כפי שראינו בחיי המעשה נעשה שימוש בעונש זה. ענישה בדרך המאסר, היא הפעלת סמכות ענישה שמחוץ לדין תורה. הפוסקים דאגו שכבודו של אדם יישמר בעת הפעלת סמכות זו, ואין אנו פטורים מלציין זאת בעת עיסוק בעונש המאסר. הרמב"ם שפוסק בעניין סמכות הענישה שמחוץ לדין תורה בהלכות סנהדרין, מאד מקפיד על כך. מבחינת הסמכות פוסק הרמב"ם: "יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות... וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ שנאמר הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין".⁸⁰ מיד בסמוך, הרמב"ם קובע כאזהרה: "כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקין בתורת האמת שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד שכל המבזה את התורה גופו מחולל על הבריות והמכבד את התורה גופו מכובד על הבריות, ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה".⁸¹

בעקבות הרמב"ם, גם הטור⁸² קובע להלכה, את שמירת כבודו של האדם בעת הענישה.

ה. עיר מקלט

1. סקירה כללית של הנושאים הנדונים בהלכה

מוסד "ערי מקלט" מופיע פעמיים בתורה.⁸³ ההלכה העקרונית היא, כי ההורג נפש בשגגה, דינו גלות באחת מערי המקלט. מספר ערי המקלט על פי פסוקי התורה הוא ארבעים ושמונה, שלוש ערים בכל אחד משני עברי הירדן ועוד ארבעים ושתיים ערים המכונים "ערי הלויים", אשר יועדו גם לתפקיד ערי המקלט.⁸⁴

79 ראו תפארת ישראל למהר"ל, פרק ג. בן אדם, כמו אדמה, צריך להוציא את הכח האלוקי הטמון בו מן הכח אל הפועל.

80 רמב"ם, סנהדרין, כד, ד"ט.

81 שם, שם, י.

82 טור, חו"מ, סוף סימן ב. בשו"ע, חו"מ, ב, א נפסק לעניין זה: "וכל מעשיהם יהיו לשם שמים".

83 במדבר, לה, א-לד, דברים, יט, א-יג.

84 במדבר, לה, ו.

הלכות ופרטים רבים יש בסוגיית עיר המקלט.⁸⁵ הגולה לעיר מקלט הוא כאמור אדם שהרג בשגגה. בין ההלכות אנו מוצאים, כי על בית דין להכין את הדרכים אל ערי המקלט ולדאוג להכוונה נאותה אליהן. החיוב בהתקנת הדרכים הוא כה חשוב, עד כי "בית דין שנתרשלו בדבר זה, מעלה עליהן הכתוב כאילו שפכו דמים".

הלכות נוספות עוסקות בערי המקלט עצמן. ישנו פירוט לגבי גודל העיר, כמות ו"סוג" האוכלוסין ומצבה הכלכלי. ערים שאינן עומדות בדרישות ההלכתיות, לא יוכלו לקלוט אליהן את הגולים. הלכות אחרות עוסקות בגולה עצמו, תוך פירוט הגופים הגולים עמו – כגון תלמיד עם רבו ורב עם ישיבתו, מעשיו בעיר, איסור היציאה החל עליו, וכן הלכות בעניין כבודו של הגולה בדרכו אל העיר, בשהייתו בה וביציאתו ממנה. מבחינת ההלכה, מוסד עיר המקלט נדון כדני נפשות⁸⁶ ואינו נוהג כיום.⁸⁷

2. עיר מקלט כהגנה על הרוצח

ניתן להבין על פי פסוקי התורה העוסקים בעיר מקלט, כי ערי מקלט לא נועדו לשם ענישת הרוצח, אלא לשם הגנה עליו. עניין ההגנה על הרוצח בא לידי ביטוי כמה פעמים בקטעי המקרא. בספר במדבר: "...ונס שמה רצח מכה נפש בשגגה והיו לכם הערים למקלט מגאל... והצילו העדה את הרצח מיד גאל הדם...⁸⁸ ובספר דברים: "...והיה לנוס שמה כל רצח... פן ירדף גאל הדם... ולא ישפך דם נקי...".⁸⁹

בספרות התלמודית וההלכתית, גם מוצאים את ערי המקלט בתפקידן כמקלט המגן על הרוצח מפני גואל הדם. רעיון זה בא לידי ביטוי בפרטי ההלכות, לעניין הכנת הדרכים, הכוונת הגולה אל העיר, ההגנה מפני גואל הדם, בידי שני תלמידי חכמים המלווים את הגולה בדרכו,⁹⁰ גודל העיר ופרטי הלכות נוספים.

ובספר החינוך נאמר: "ועוד יש תיקון העולם במצוה, כמו שביאר הכתוב שינצל עם זה מיד גואל הדם לבל יהרגנו על לא חמס בכפיו, שהרי שוגג היה...".⁹²

85 למקור התלמודי ראו משנה, מכות ב. לפירוט ההלכות ראו רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, הח.

86 סנהדרין, לג, ב ורמב"ם, סנהדרין, יא, ד.

87 תשובה"ג שערי צדק חלק ד, שער ז, לח. ובשם רב שרירא גאון באור זרוע, א, קיב. ספר החינוך, מצוה תי ומנחת חינוך שם, טור, חו"מ, תכה והרמ"א שם, בסעיף א. וראו גם מ' פישער "בדין ערי מקלט בזמן הזה" שרידים גליון א (תשרי תשמ"ב) יד. ראו נ' נריה "עמק חברון: עיונים בהלכות עיר האבות" ספר חגי' זכרון לארבעה מתלמידי ישיבת 'עיר קרית ארבע' חברון (תשמ"ה) 309-312 וי' מ' גינצבורג, משפטים לישראל (תשט"ז) עמ' שנו ואילך.

88 במדבר, לעיל הערה 83.

89 דברים, לעיל הערה 83.

90 למקור התלמודי ראו משנה, מכות ב, ה. ובמכות, י, ב. להלכה, רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ה, ח. ראו גם מאירי, בית הבחירה למכות, ט, ב, ד"ה ומוסרין לו שני תלמידי חכמים. כאשר הרוצח בדרכו אל עיר המקלט, שני תלמידי חכמים מלווים אותו בדרכו עד הגיעו לעיר המקלט, ואם גואל הדם יפגוש בו, המלוים אומרים לו "שאין ראוי לו להיות לבו עליו, שבשוגג בא מעשה לידו וכן אומרים כן לאנשי ערי מקלט שלא ינהגו בו מנהג שופכי דמים לבזותו ולקללו".

91 כסף משנה, רוצח ושמירת נפש, ה, ח, ד"ה "אין עושין אותן לא עיירות גדולות" – מביא מפירוש רש"י "אין עושין אותן עירי קטנים לפי שאין מזונות מצויים שם ולא כרכים גדולים שהכל נקבצים שם תמיד ותהא רגל גואל הדם מצויה שם ויארוב לו במקום שווקים שימצאו מזונות לקנות במקום אוכלוסים".

92 ספר החינוך, מצוה תי.

כעת נשאלת השאלה, האם ישנו קשר בין מטרת ההגנה על הרוצח לבין "ערי הלוויים" שיועדו גם הם לערי מקלט? משיב על כך ספר החינוך:
"ועוד טעם אחר בדבר, כי בהיותם אנשי לבב יודעים במעלות המידות וחכמות נכבדות, ידוע לכל שלא ישטמו הרוצח שינצל אליהם ולא יגעו בו, ואף כי יהרוג אחד מאוהביהם או מגואליהם, אחר אשר בפתע בלא איבה יהרגנו... כלומר, שלא יעשו דבר בעולם זולתי מדרך היושר ועל כיוון האמת, ולא יטה לבם אהבת אדם ואפילו אהבת אב ואם ואחים ובנים, שהטבע תחייב אהבתם ותכריחם, וכל שכן אהבת שאר אהבת אדם".⁹³

הנה כי כן, בני שבט לוי יודעים לצעוד על שביל היושר והאמת כפי ציווי ה', ולהתעלות מעל שיקולים רגשיים, גם כאשר שיקולים אלו מושתתים על קשרים טבעיים. יש להזכיר, כי מדובר בשבט לוי מבניו של לוי בן יעקב אשר יחד עם אחיו שמעון השתתפו במעשה קנאות לכבוד אחותם במעשה שכם⁹⁴ כמו קנאתם באחיהם יוסף,⁹⁵ וידועה התייחסות יעקב למעשי שמעון ולוי בלשון: "שמעון ולוי אחים כלי חמס מכרתיהם... ארור אפם כי עז".⁹⁶ בהמשך, ידעו בני לוי לתעל את מידת הקנאות לכיוונים טהורים של קיום מצוות ה'.⁹⁷ בני לוי יידעו להגן על הרוצח המגיע לעירם, אלו בני לוי אשר יהו נכונים להגן על הרוצח גם אם מדובר ברוצח שהרג אחד מהם.⁹⁸

3. עיר מקלט כעונש רב תכליתי

האם עיקר תכלית ערי המקלט יסודם בהגנה על הרוצח? כפי שמשמע בשלב ראשון מהמקרא וממקורות הלכתיים העוסקים בנושא, נראה שזו תכלית עיקרית. אולם מעיון מעמיק נראה, כי עיר מקלט מבטאת ענישה רב תכליתית, כשהשיקום הוא מהיסודות של ענישה זו.
לפני שנתמקד בתכליות הענישה הגלומות בעיר מקלט, ברצוננו להראות כי אף מאיסור היציאה מן העיר החל על הגולה, נלמד על אלמנט הענישה. לעניין איסור היציאה מהעיר, פוסק הרמב"ם: "הגולה אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם, ואפילו לדבר מצוה או לעדות, בין עדות ממון בין עדות נפשיות. ואפילו להציל נפש בעדותו או להציל מיד הגוי או מיד הנהר או מיד הדלקה ומן המפתל. אפילו כל ישראל צריכין לתשועתו כיואב בן צרויה, אינו יוצא משם לעולם עד מות הכהן הגדול...".⁹⁹ כאמור, הרוצח אינו יוצא מהעיר לדבר מצווה ואף לא להצלת אחרים. זאת ועוד, עצם

93 שם, מצוה תח.

94 בראשית, לד, א"ל, סיפור מעשה דינה ותגובת שמעון ולוי.

95 שם, לז, א"ל. סיפור קנאת האחים ביוסף.

96 שם, מט, ה"ז.

97 בשמות, לב, כו, היענותם לפניית משה: "ויעמד משה בשער המחנה ויאמר מי לה' אלי, ויאספו אליו כל בני לוי" והריגת שלושת אלפים מבני ישראל (שם, לב, כח). לאחר מכן אנו מוצאים את ברכת משה בדברים, לג, ח"א: "האומר לאביו ולאמו... יורו משפטיו ליעקב". מדובר גם בקנאות לדבר ה'.

98 נכונות הלוויים כלפי הרוצח מתבטאת בהקרבה ובמסירות - לפי סברות מסוימות - עד כדי קדימות הרוצח על פני לוי למגורים בשש ערי המקלט. ובלשונו של אור החיים במדבר לה, ו "ו...סובר אני שבן לוי נדחה מפני ישראל הגולה אם רבו הרצחנים והוצרכו לשש עירות, יידחו הלוויים מפניהם, שהרי הקדים הכתוב זכות לגולין" וראו עוד בעניין זה פנים יפות, במדבר לה, יד, ד"ה את שלוש הערים וגו' וכן את המשך חכמה, שם, לה, יג, ד"ה שש ערי מקלט תהיינה לכם.

99 רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, ז, ח. וראו בפרוש תפארת ישראל, על משנה, מכות ב, ז, וכן יכין, ס"ק מט, בועז, ס"ק ב.

החובה הקיימת על הרוצח לגלות לעיר מקלט, גם כאשר לא היה חשש לנקמת גואל הדם וגם כאשר הרוצח וויתר על הגנתו בעיר מקלט,¹⁰⁰ מראה לנו שמדובר גם בעונש ולא רק בהגנת הרוצח מיד גואל הדם.

להלן נסקור את מטרות הענישה הגלומות במוסד ערי המקלט.

1. תכלית הגמול – למרות שענישה לפי המשפט העברי נועדה גם למטרות הרתעה ועיר מקלט גם לשם הגנה כאמור, עדיין, ניתן לראות בעיר מקלט – אם כי במידה מועטת – כעונש הנושא עמו תכלית של גמול לחוטא. עיר מקלט, מבטאת בידוד חברתי וניתוק הרוצח מסביבתו הרגילה. וכך אומר ספר החינוך:

”משרשי המצוה, לפי שעון הרציחה חמור עד מאד, שבה השחתת עולם...ולכן ראוי למי שהרג אפילו שוגג, מכיוון שבאת תקלה גדולה כזו על ידו שיצטער עליה צער גלות, ששקול כמעט כצער מיתה, שנפרד האדם מאוהביו ומארץ מולדתו ושוכן כל ימיו עם זרים.”¹⁰¹

2. תכלית ההרתעה – היסק ברור הוא, כי כשיש עונש עם תכלית הגמול כאמור, הרי ישנה הרתעה בצד העונש.

3. תכלית המניעה – מעבר להיסק הנובע מתכלית ההרתעה, הרי בעיר מקלט יש איסור מפורש לרוצח לצאת מעיר המקלט. בספר במדבר נאמר:

”והצילו העדה את הרצח מיד גאל הדם והשיבו אתו העדה אל עיר מקלטו אשר נס שמה וישב בה עד מות הכהן הגדל אשר משח אתו בשמן הקדש. ואם יצא יצא הרצח את גבול עיר מקלטו ורצח גאל הדם את הרצח אין לו דם. כי בעיר מקלטו ישב עד מות הכהן הגדל ואחרי מות הכהן הגדל ישוב הרצח אל ארץ אחוזתו.”¹⁰²

מצוות ערי מקלט חלה על החברה – באמצעות בית הדין – והן על הרוצח עצמו, כמו שמסביר ספר החינוך:

”שנצטוו בית דין של ישראל להשליך מכה נפש בשגה מעירו ולהושיבו בערי מקלט, שנאמר: והשיבו אותו העדה אל עיר מקלטו...וגם המכה גם הוא בכלל מצות עשה זו, שנאמר עליו: ”כי בעיר מקלטו ישב עד מות הכהן הגדול”¹⁰³.

פרק הזמן, בו נמנעת יציאת הגולה מהעיר, אינו קבוע. הגולה אינו יוצא מעיר המקלט עד מות הכהן הגדול, ואין זה משנה מיהו הגולה, גם אם מדובר בניזר,¹⁰⁴ וגם אם מדובר ביציאה שנועדה לצורך קיום מצווה או לעדות בין בממון ובין בנפשות. ולהלכה: ”...אפילו כל ישראל צריכים לתשועתו כיואב בן צרויה, אינו יוצא משם לעולם עד מות הכהן הגדול...”¹⁰⁵.

100 ראו ספרי (פינאקלשטיין), דברים, קפא. אור שמה, רוצח ושמירת הנפש, ו, יב. וכן ד' צ' הופמן, דברים יט, ה.

101 ספר החינוך, מצוה תט.

102 במדבר, לה, כה-כז.

103 ספר החינוך, שם. המצווה על החברה אינה מסתכמת בהושבת הרוצח בעיר. על החברה, ”להכין שש ערי מקלט שתהיינה מוכנות למכה נפש בשגה, ושמטקנים את הדרך אליהן ומישרין אותה, ולא יניחו בה דבר המעכב את הבורח מלרוץ...” – ספר המצוות לרמב”ם, מצוות עשה קפ”ב.

104 תוספתא (צוקרמנדל), מכות ג, ה.

105 רמב”ם, רוצח ושמירת הנפש, ז, ה.

איננו עוסקים כאן, בסיבה למשך הזמן בו צריך להיות נתון הרוצח בעיר מקלט. על משך הזמן הקבוע בתורה, הועלתה תמיהה במשך הדורות ובלשון האברבנאל: "כי למה תלה ישיבת הרוצח בעיר המקלט עד מות הכהן הגדול?" בשאלה זו עסקו הפרשנים על סמך המקורות,¹⁰⁶ אנו ביקשנו להציג את תכלית המניעה, המושגת בבידוד הרוצח בעיר מקלט ובאיסור המוטל עליו לצאת את העיר.

4. **תכלית הכפרה** – תכלית הכפרה, עניינה במישור הדתי וכאמור לעיל, כפרה מהווה מרכיב מרכזי במערכת הענישה של המשפט העברי. בעניין זה לא נרחיב כאן, אך מפאת החשיבות שמייחס המשפט העברי לאלמנט הכפרה בכלל ולענייננו בפרט,¹⁰⁷ אין להתעלם הימנו. וכך פוסק הרמב"ם:

"רוצח ששב לעירו אחר מות הכהן הגדול, הרי הוא כשאר כל אדם, ואם הרגו גואל הדם – נהרג עליו, שכבר נתכפר לו בגלותו."¹⁰⁸

כבר עמדנו על הקשר בין מטרת ההגנה על הרוצח לבין "ערי הלויים". בדברי ספר החינוך מבוטא הקשר גם בהתייחסות לאלמנט הכפרה: "שורש המצוה הזאת הוא, כי שבט הלוי מבחר השבטים ונכון לעבודת בית ה', ואין לו חלק עם ישראל בנחלת שדות וכרמים, אבל ערים היו צריכים להם על כל פנים לשבת הם ובניהם וטפם וכל חייתם, ומפני גודל מעלתם וכושר וחין ערכם נבחרה ארצם לקלוט כל הורג נפש בשגגה יותר מארצות שאר השבטים, אולי תכפר עליו אדמתם המקודשת בקדושתם."¹⁰⁹

6. **תכלית השיקום** – תכלית השיקום במוסד עיר המקלט, מתבטאת בסביבה החברתית, בלימוד תורה ככלי המשמר ויוצר "חיים", בשמירת כבודו של הגולה ובבסיס הכלכלי. בשורות הבאות נדון באלמנטים אלו.

הסביבה החברתית מהווה מרכיב חשוב בשיקום וכאן שוב אנו מוצאים שוב את הקשר בין "ערי המקלט", לבין "ערי הלויים".

התורה ייעדה את ערי הלויים לתפקיד ערי מקלט, לא מהיעדר מקומות קליטה לרוצחים, אלא בשל העובדה שיושבים בערים אלו מעילית החברה, ממוריו ומחנכיו של הדור המשמשים גם כדוגמא אישית במעשיהם היום-יומיים. מדובר בסביבה שיקומית – חינוכית ממדרגה ראשונה, אשר יש בה בכדי להחזיר אדם למוטב. עוד למדים אנו לגבי הסביבה החברתית, כי: "עיר מקלט שרובה רצחנים – אינה קולטת, שנאמר: 'ודיבר באזני זקני העיר ההיא את דבריו',¹¹⁰ ולא ששוין

106 ראו רש"י, במדבר לה, כח, המונה שתי סיבות על סמך ספרי (הורוויץ), במדבר, מסעי, פיסקא קס. לעניין זה ראו גם, שם, אבן עזרא, רשב"ם, משך חכמה וספורנו. וראו עוד את בעל עקידת יצחק, פרשת מסעי, שער שישים ושמונה. כך גם הפרשנים על עניין זה הנדון במכות, יא, א. שאלה נוספת המשתלבת בתמיהה שהצגנו היא לעניין פרקי הזמן השונים בין הרוצחים בשוגג, הרי יכול להכנס אדם לעיר מקלט 50 שנים לפני מות הכהן הגדול ויכול להיכנס אדם יום לפני מות הכהן הגדול? ראו לעניין זה את הרא"ש המובא בכתב וקבלה, שם, ד"ה עד מות הכהן הגדול.

107 ראו מכות, ב, ב. שם, ה, ב. כתובות, לז, ב. שם, לח, א.

108 רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, ז, יג. אור שמח, שם, ו, יב, שחובת הגלות קיימת אף שאין סכנה מגואל הדם. ראו גם את האמבואה דספרי, (פירוש הרב יעקב צבי יאסקאוויטץ על ספרי זוטא) חלק ב, 528 מקשה על המהרש"א במכות, י, ב וסובר שעיקר מצות גלות לעיר מקלט הוא משום כפרה.

109 ספר החינוך, מצוה תח.

110 יהושע, כ, ד.

דבריהם לדבריו. וכן עיר שאין בה זקנים – אינה קולטת, שנאמר: 'זקני העיר ההיא'." 111 מהלכה זו, למדים על החשיבות שבהושבת הרוצח עם "חברה טובה" מחד, ושלילת ישיבתו בחברת רוצחים רבים מאידך.

מעבר לעניין השיקומי המצוי כתוצאה מקרבה ללוויים, אנו מוצאים הלכות נוספות המדגישות את שמירת ויצירת ה"חיים", הסובבות סביב העובדה, שלימוד התורה מושווה לחיים. נסקור כמה מהן בעיקר מתוך הרמב"ם: 112

על הרוצח הגולה נאמר "הוא ינוס אל אחת הערים האלה וחי". 113 על בסיס המילה האחרונה בפסוק – "וחי". נפסקה ההלכה, כי:

"תלמיד שגלה לעיר מקלט, מגלין רבו עמו, שנאמר "וחי", עשה לו כדי שיחיה. וחי בעלי חכמה

ומבקשה בלא תלמוד תורה כמיתה חשובין, וכן הרב שגלה, מגלין ישיבתו עמו". 114

בהגליית הרוצח, אין מבקשים ליצור את בידודו המוחלט וניתוקו מלימוד התורה. ההפך הוא הנכון, יש ציווי של "וחי" – עשה לו כדי שיחיה. לימוד התורה – הכלי המחייב – אינו נחלש בעת הישיבה בעיר מקלט, חובה לשמור על כלי זה גם בעת ריצוי העונש.

שמירת כבודו של הגולה, קיימת בכל השלבים אותם עובר הגולה. כבר ראינו, ששני תלמידי חכמים מלווים את הגולה בדרכו עד הגיעו לעיר המקלט, ואם גואל הדם יפגוש בו, המלוים אומרים לו שאין ראוי לו להיות לבו עליו, שבשוגג בא מעשה לידו. לכאורה מדובר רק בשמירה פיסית, אך גם ראינו שהמלווים אומרים לאנשי העיר, שלא ינהגו בו מנהג שופכי דמים לבזותו ולקללו, 115 מן הסתם, שמירה זו היא גם בדרך אל העיר. את שמירת כבודו של הגולה תוך כדי שהייתו בעיר אנו למדים מכך ש: "רוצח שגלה לעיר מקלט ורצו אנשי העיר לכבדו, יאמר להם: רוצח אני. אמרו לו – אף על פי כן (אנו רוצים לכבדך). 116 יקבל מהם". 117

כבוד האדם של הגולה, אינו מסתכם בזמן דרכו אל העיר ואף לא בכניסתו אליה ובשהייתו בה, אלא אף כשיוצא הימנה ושב לעירו. כפי שפוסק הרמב"ם:

"רוצח ששב לעירו אחר מות הכהן הגדול, הרי הוא כשאר כל אדם.... שכבר נתכפר לו בגלותו.

אף על פי שנתכפר, אינו חוזר בה לשררה שהיה בה לעולם, אלא הרי הוא מורד מגדולתו כל ימיו הואיל ובאה תקלה זו הגדולה על ידו" 118. אומנם, לשררתו ולגדולתו שהיה בהם אינו חוזר, אבל לשררה אחרת הוא חוזר, שמאחר שריצה את עונשו "הרי הוא כשאר כל אדם". 119

111 רמב"ם, שם, ז, ו.

112 למקורות תלמודיים ראו למשל ספרי (פינקלשטיין) דברים, פיסקא קפא. מכות, ז, א. שם, יג, א. תוספתא (צוקרמנדל) מכות, פרקים ב"ג.

113 דברים, יט, ה.

114 רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, ז, א לפי ברייתא במכות, י, א. וראו ריטבא, שם שאף אם ישנה ישיבה בעיר המקלט, מגלים את הרב עם הגולה, שכן לא מכל אחד אדם זוכה ללמוד תורה.

115 מאירי, בית הבחירה למכות, ט, ב, ד"ה ומוסרין לו שני תלמידי חכמים, ועל סמך התלמוד שם.

116 לפי רש"י מכות, יב, ב, ד"ה "אם אמרו לו אף על פי כן".

117 רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, שם, ז. למקורות התלמודיים מכות, י, א. תוספתא (צוקרמנדל) מכות ג, ה. ספרי (פינקלשטיין) דברים, פיסקא קפא, משנה, שביעית י, ה.

118 רמב"ם, שם, ז, יג"ד.

119 בהקשר לשיקום העבריין באופן כללי נכתב רבות, ראו למשל, נ' רקובר "מעמדו של עבריין שריצה עונשו" סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי ה' ירושלים (תש"ל), א' מלמד ענישה או שיקום (תשמ"ח-1988), י' קיסטר "גישת היהדות לעבריין ולשיקומו" הפרקליט כה (תשכ"ט) 481.

כבוד האדם מהווה מרכיב יסודי במוסד עיר המקלט, וכפי שראינו, עד כדי כך שחל איסור על הרוצח הגולה לשלול מעצמו את הכבוד, הווי אומר, אף הרוצח מחוייב בכבוד עצמו. כבוד האדם הנשמר בצורה נכונה בעיר המקלט, מהווה מצע נוח "בבית גידול" שיקומי זה. אדם שכבודו לא נשמר כראוי, לא יהא בשל ונוח לשיקום. האפשרות הניתנת לגולה לשוב "לשררה אחרת", והעובדה ש"הרי הוא כשאר כל אדם", ממחישות את השיקום הלכה למעשה.

שיקומו של אדם, לא מתבסס אך בשמירה על כבודו ובהושבתו בסביבה חברתית ראויה, הבסיס הכלכלי והתנאים הפיסיים חשובים אף הם. לעניין מבנה העיר קבע הרמב"ם: "ערי מקלט אין עושין אותן לא עיירות גדולות ולא כרכים גדולים ולא קטנים, אלא עיירות בינוניות. ואין מושיבין אותן אלא במקום שוקים ובמקום המים; ואם אין שם מים מכניסין לתוכן מים. ואין מושיבין אותן אלא במקום אוכלוסין; נתמעטו אוכלוסייהן - מוסיפין עליהן. נתמעטו דיוריהן - מכניסין לתוכן כהנים לויים וישראלים".¹²⁰

כאן המקום להזכיר, שעל פי התורה מחוייבים על קיום "מגרשי הערים"¹²¹ בערי הלוויים, והדברים מובאים להלכה.¹²² מהות המגרש ועניינו הוא "נוי העיר" כדברי רש"י: "ומגרש, ריוח מקום חלק חוץ סביב לעיר להיות לנוי לעיר, ואין רשאין לבנות שם בית, ולא לנטוע כרם, ולא לזרוע זריעה".¹²³

פוגשים אנו, בסביבה הראויה בעיר מקלט, מבחינת דיור, חברה וכלכלה. מדובר על עיר לא גדולה מידי¹²⁴ ולא קטנה מידי. מדובר בעיר בה ניתן להתפרנס ולחיות כראוי שכן יש בה מים ושווקים, מדובר בעיר בה יש מספיק תושבים, עד כדי כך שאם אין מספיק "מגלים" לעיר תושבים "כהנים לויים וישראלים". ומלבד כל האמור, העבריין רשאי לעבור לעיר מקלט עם אשתו ועם ילדיו ולעבוד גם למחיתו.

עיר מקלט כעונש רב תכליתי - תמצית

עיר מקלט מבטאת הגנה על הגולה אליה, אך בכך לא ייתם תפקידה. ללא כל ספק, עיר מקלט מגלמת מוסד ענישתי רב תכליתי.

את תכלית השיקום מצאנו באופן ברור ובולט בין התכליות, אך גם את שאר התכליות הגמול, ההרתעה, המניעה והכפרה.

120 רמב"ם, שם, ה, ח.

121 ראו במדבר, לה, ב וויקרא, כה, לד.

122 רמב"ם, שמיטה ויובל, יג, א"ב, ד"ה.

123 רש"י בכמדבר, שם, ב וכן רש"י בסוטה, כז, ב. כך גם משתמע מספר החינוך, מצווה שמב. וראו נ' רקובר, איכות הסביבה - היבטים רעיוניים ומשפטיים במקורות היהודיים, ספרית המשפט העברי (תשנ"ד) 87-89.

124 ראו נ' נריה "עמק חברון: עיונים בהלכות עיר האבות" ספר חגי' זכרון לארבעה מתלמידי ישיבת 'ניר קרית ארבע' חברון (תשמ"ה) 291-312. המסביר שטעם האיסור לעשיית עיר מקלט בעיר גדולה לא נתפרש בגמרא והאחרונים נחלקו בסיבה. לעיל הבאנו מדברי הכסף משנה לעניין חשש לשלומו של הגולה, שכן אם העיר גדולה מידי, רבים הנקבצים שם ויכול גואל הדם לארוב לו שם. אולי ניתן לראות בגודלה של עיר, גם שיקול מבחינת התנאים הפיסיים.

אכן, מוסד עיר המקלט מבטא ענישה ושלילת חירות סטנדרטית, אך מאידך, מוסד זה שומר על כבודו של הגולה כאדם, כבר מרגע ביצוע ההריגה, בדרכו אל העיר, דרך שהייתו בה וכלה בחזרתו אל מקום מגוריו המקורי. שהיית הגולה בעיר המקלט, מבטאת יסוד עמוק של שיקום "העבריין הגולה". פרטי הדינים שהצבענו עליהם מצביעים על כך, שעיר מקלט תהא תמיד בעלת סביבה חברתית-שיקומית-חינוכית טובה. יש לציין, שהחברה הקיימת בעיר, היא בעלת מסוגלות ורצון בשיקום הגולה. הגולה ישהה עם משפחתו - אשתו וילדיו, בקרבת זקנים ולווים, תלמיד יגלה עם רבו יגלה עם ישיבתו. מוסד עיר מקלט מבטא מצע שיקומי ממדרגה ראשונה, הכולל מרכיבים רוחניים ופיסיים. למעשה, קיימת מעטפת סביב הגולה, הלוקחת בחשבון את כל מרכיבי השיקום - כמשפחה, חברה, כלכלה, חינוך ומקום מגורים - בעת ריצוי העונש וכפי שראינו אף בדרך לריצוי העונש ולאחר ריצוי העונש. בתחילת דברינו עמדנו על האבחנה בין מערכת הענישה על פי דין תורה, לבין מערכת הענישה שמחוץ לדין תורה. ראינו את דברי הר"ן לפיהם, מערכת דיני התורה "אין עניינם תקון מדיני כלל", ואילו תכלית המלך והסנהדרין היא: "לשפוט העם במשפט אמת צודק בעצמו". כעת יש לומר, אלמנט השיקום המהווה מרכיב בסיסי בעיר מקלט, משותף הוא לשתי מערכות הענישה הפלילית העברית. מהאבחנה בין שני מסלולי הענישה, הסקנו כי מערכת הענישה במשפט העברי מורכבת משתי מערכות בעלות מגמות ותכליות שונות ומשלימות. לאחר דיון במוסד עיר המקלט, דומה כי מוסד זה אשר קבוע בדיני תורה, יכול לבטא תכלית רעיונית משותפת של שתי מערכות הענישה.

4. בין עיר מקלט להגלייה וגירוש

ישאל השואל, וכי באתם לחדש מוסד ענישתי שאבד עליו הקלח? הרי עונשי ההגלייה והגירוש אין להם כל מקום בשיטת ענישה מודרנית. נראה שהתשובה לכך ברורה ולא נאריך בכך. העתקת העבריין מהחברה באמצעות הגלייה וגירוש הוא פתרון ענישתי ידוע משכבר הימים.¹²⁵ השתמשו בו מדינות שונות כפורטוגל, צרפת ורוסיה - שככל הנראה ממשיכה להשתמש בעונש זה עד היום. בעולם המערבי המודרני היו אלו האנגלים שעשו שימוש בעונשים אלו בהיקף רחב. בתחילה בוצעה ההגלייה בתורת "נידוי", כסנקציה חברתית של קהילות ולאחר מכן הפכה תופעה זו לאמצעי ענישה ממוסד וממלכתי על פי חוק, שהתפתח ברבות השנים. בשלב מסוים התבצעה הגלייה לצפון אמריקה - עד 1776 ובהמשך התבצעה ההגלייה ההמונית המפורסמת לאוסטרליה. בבריטניה הלכה וגברה ההתנגדות להגליות. הטיעונים העיקריים נוסחו בידי הפילוסוף ג'רמי בנטהם: הציבור הרחב אינו יודע מספיק על קשיי הגולים ולכן לא מושגת השפעה מרתיעה של העונש; העונש קשה מידי, שכן הגולים נחשפו לסיכון גבוה של מוות ומחלות, וכך גם לא מושג אלמנט הוודאות בענישה, אין אפשרות לדעת מראש מי יישרד ומי לא; העונש לא משרת את הצדק. השופט ששולח את העבריין להגלייה אינו יודע מה מצפה לו באותו מקום ולמעשה לא יודע מהו העונש אותו הוא מפעיל על העבריין; השוויון לא מושג כי כל גולה מושפע בצורה שונה מהמצב אליו נקלע.

125 הסקירה הקצרה כאן מבוססת על שוהם ושבית, לעיל הערה 4, בעמ' 171-165.

יש שהציעו לחדש את ההגליה כמוסד ענישתי בזמן הזה,¹²⁶ אך לעת זו לא מצאנו שיש תומכים נלהבים לרעיונות אלו, זאת בלשון המעטה. על הטענה וההשוואה בין עיר מקלט לעונשי ההגליה והגירוש ייאמר "ולא קרב זה אל זה". כבר משם המוסד הענישתי אתה למד על תוכנו. בעוד שהגליה וגירוש עוסקים בהרחקה מוחלטת מהחברה, הרי עיר מקלט עיקר מהותה: קירוב העבריין אל החברה וקליטתו בתוכה מבחינה אמיתית, למרות ההרחקה הפיסית שאף היא מוגבלת. בעוד שבהגליה וגירוש הדגש הושם על ההרחקה וההרתעה, הרי בעיר מקלט הדגש הוא על השיקום.

ו. תחליפים למאסר - כללי

הבעייתיות שבענישה על דרך המאסר, נסקרה לעיל תוך הבאת המסקנה הברורה בדבר הצורך במציאת תחליפים וצמצום השימוש בעונש. עובר להצגת רעיון עיר המקלט במערכת הענישה המודרנית, ברצוננו לסקור באופן כללי מספר דוגמאות, מהם נלמד על התחליפים המצויים לעונש המאסר.

בשנים האחרונות, הולכות ומתרבות ההצעות לדרכי ענישה וטיפול חליפי למאסר. ההצעות בעלות אופי שונה וחלקן מהפכניות, החל משיפור התחליפים הקיימים במערכות הציבוריות, דרך שיטות של דרכי תיקון בקהילה וכלה בהטיית דרכי השיפוט והענישה מהמוסדות הוותיקים הקיימים אל ארגונים ומוסדות, שלרוב קיימים בתוך הקהילה.

במדינות אחדות, החלופה אשר פותחה כנגד המאסר המסורתי, היא ה"מאסר הסירוגי",¹²⁷ אשר אינו מבטל כליל את שלילת החופש, אך מגבילו. קיימות דרכים אחדות להפעלת המאסר הסירוגי, כגון, מאסר בסופי שבוע או מאסר תקופתי כ"מאסר לילה". המאסר הסירוגי ממשי ומוחשי, אך אינו מנתק את העבריין ממקור פרנסתו ומתפקודו במשפחתו. ניתן גם להניח, ששיטות אלו עשויות להפחית מהסיכון שבהתחברותו הכפויה של הנידון עם עבריינים אחרים, כי קבוצת ההתייחסות שלו ממשיכה להיות חברתו הרגילה ומשפחתו ולא קהילת האסירים.

כרלוונטי לענייננו, מצאנו לנכון לפרט בקצרה על מוסדות "עבודות שירות" ו"שירות לתועלת הציבור" הקיימים בדין הישראלי.

בשנת 1987, התווסף לפרק העוסק בדרכי הענישה בחוק העונשין, סימן ב1, שכותרתו: "נשיאת מאסר בעבודת שירות".

מוסד עבודת השירות החליף את אמצעי הענישה "עבודת העונשין", שהיה מקובל מתקופת המנדט. נושא עבודות השירות הוסדר בחוק, לאחר שהוועדה לתיקון דרכי הענישה (ועדת כהן) המליצה עליו. הוועדה הסכימה, שניתן להשיג את מטרותיו העונשיות של המאסר במקרים מסוימים בדרך שתועיל יותר לעבריין ולחברה. הוועדה הייתה ביקורתית כלפי דרך ההפעלה של

126 ראו שם, בעמ' 171. מדובר על מחבר אמריקאי וכן על הצעות מקנדה.

127 שוהם ושבטי, לעיל הערה 4, בעמ' 230-231.

"עבודת העונשין". מטרת החלופה המוצעת הייתה הקטנת הצפיפות בבתי הסוהר ומניעת נזקי המאסר שהחברה נדרשת לתקן.¹²⁸ שתי צורות לעבודת השירות, האחת היא, "עבודת משק" - עבודה שהיא מחוץ לכתלי בית הסוהר, לרבות במוסד ממוסדות המדינה. את סוג העבודה, מקומה ותנאיה, קובע המנהל הכללי של שירות התעסוקה בהתאם לצרכי המשק.¹²⁹ הצורה השניה היא "עבודה ציבורית" - מדובר בעבודה שאיננה "עבודת משק" ומטרתה היא לתועלת הציבור. גם בעבודה זו, המנהל הכללי של שירות התעסוקה קובע את סוג העבודה, מקומה ותנאיה.¹³⁰

בית המשפט יכול להחליט על המרת עונש המאסר - כולו או חלקו - בעבודות שירות, רק במקרים בהם נגזר מאסר בפועל שאינו עולה על שישה חודשים.¹³¹ נדרשת הסכמת הנידון לנשיאת העונש בעבודות שירות וכן הודעת הממונה על עבודות השירות מהי העבודה בה יכול לעבוד הנידון.¹³²

במרכז מוסד עבודת השירות, מצוי הפיקוח והביקורת במקום העבודה.¹³³ במידת האפשר, יש לערוך ביקור אחת לשבוע, אך לא פחות מפעמיים בחודש לגבי כל עובד שירות.¹³⁴ מהדו"ח השנתי של שירות בתי הסוהר לשנת 1998, עולה כי עבודות שירות מוטלות על עבריינים שנשפטו בגין מגוון עבירות, כגון: מרמה, עבירות כנגד חיי אדם, רישוי ותעבורה, רכוש, סמים, סדר ציבורי, מין ועבירות כנגד גוף אדם.¹³⁵ מהדו"ח האמור עולה, כי קשת הגילאים של עובדי השירות מגוונת גם היא.¹³⁶

בפרסום של שירות בתי הסוהר באמצעה של שנה זו, נמסר כי במהלך שנת 1998 הועסקו במחוזים, כ-2,600 עובדי שירות אצל 300 מעסיקים בקירוב, בתחומים שונים. במקרים מסוימים העובדים נקלטו לעבודה סדירה בתום ריצוי העונש. בפרסום נאמר: "עבודות שירות הינה התגלמות השיקום החברתי בקליטת אסירים ושילובם בחיי הקהילה".

128 ראו הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (מס' 25) תשמ"ו-1986. ע"פ 1242/90 רחמים (רמי) דנוך נ' מ"י, פ"ד (מה) 4, 319, ע"פ 1100/91 מ"י נ' מחמד עלי חן ג'עפרי, פ"ד, כרך מז (1) 418, ע"פ 4103/92 מ"י נ' ארז פינקלשטיין ואח', פ"ד נא (3) 481.

129 סעיף 51 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "החוק").

130 שם, שם.

131 שם, סעיף 51ב(א) לחוק.

132 שם, סעיף 51ב(ב) לחוק.

133 ראו שם, סעיפים 51 ז, ט לחוק, בעניין הפסקה בעבודות שירות, חובותיו של עובד שירות והפסקה מינהלית של עובד שירות וכן בתקנות העונשין (נשיאת מאסר בעבודת שירות), תשמ"ח-1988, ק"ת 339 (להלן: "תקנות נשיאת מאסר בעבודת שירות"). סעיף 51 לחוק, עוסק במצב בו הרשיע בית משפט עובד שירות בתקופת עבודתו בשל עבירה אחרת.

134 תקנה 12 לתקנות נשיאת מאסר בעבודת שירות. לפי דיווחי שירות בתי הסוהר, הביקורות מבוצעות לרוב בתדירות של פעמיים שלוש בשבוע.

135 בדו"ח מצויה התפלגות כלל עובדי שירות לפי עבירות. הנתונים: עובדי שירות בגין עבירות מרמה - 26%, בגין עבירות כנגד חיי אדם - 19.1%, בגין עבירות רישוי ותעבורה - 14%, בגין עבירות רכוש - 11.4%, בגין עבירות סמים - 8.8%, בגין עבירות כנגד הסדר הציבורי - 7.1%, בגין עבירות מין - 6.8%, בגין עבירות כנגד גוף אדם - 3.8%, בגין עבירות כנגד בטחון המדינה - 0.3% ובגין עבירות אחרות - 2.7%.

136 הנתונים: טווח גילאים של 19-26 - 19.2%, 25-31 - 18.3%, 35-41 - 14.9%, 40-45 - 14%, 45-50 - 12.6%, מעל גיל 50 - 10.7%, 50-54 - 9.3%, עד גיל 18 - 0.5% וגיל לא ידוע - 0.5%.

לגבי שירות לתועלת הציבור. בית המשפט שהרשיע אדם ולא הטיל עליו מאסר בפועל, רשאי לחייבו בשירות לתועלת הציבור או הזולת, למשך תקופה, למספר שעות ובהתאם לתוכנית, כפי שיקבע בית המשפט.¹³⁷ אם מצא בית המשפט שנאשם ביצע עבירה, רשאי הוא לתת צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו.¹³⁸

מתן הצו מותנה בשכנועו של בית המשפט על פי תסקיר של קצין מבחן, שנעשו סידורים בהתאם לתוכנית מפורטת ובהסכמת של הנדון.¹³⁹ החוק קובע, כי השירות לציבור יהא בפיקוח קצין מבחן¹⁴⁰ ובית המשפט רשאי לקבוע בצו שירות, הוראות ותנאים שיראה אותם נחוצים לשם הבטחת ביצוע השירות והפיקוח עליו.¹⁴¹ כאמור – ויש להדגיש זאת – בשירות לתועלת הציבור, מדובר במצב בו בית המשפט לא הטיל עונש מאסר, לעומת נשיאת מאסר בדרך של עבודות שירות.

מעבר לזכר לעיל, לבית המשפט סמכות ליתן צו מבחן במקום ענישה אחרת.¹⁴²

ז. רעיון עיר המקלט במערכת הענישה המודרנית

1. הרעיון

באופן עקרוני, אין לנקוט את עונש המאסר אלא בדלית ברירה ויש למצוא חלופות לדרך ענישה זו. כשקיימת אפשרות לריצוי מאסר בדרך מקלה מזו שבין חומות הכלא, כגון עבודות שירות, על בית המשפט לבחור בחלופה זו. כך מובן, כי כשקיימת אפשרות של הטלת שירות לתועלת הציבור במקום מאסר, בית המשפט יעדיף אפשרות זו. דא עקא, מקרים רבים אינם מתאימים לא לשירות לתועלת הציבור ולא לעבודות שירות, בשל אופי העבירה והתנאים הקבועים בחוק ובלית ברירה נגזר בגינם עונש מאסר. בגנות המאסר כבר עסקנו, הנזקים רבים וחמורים וכבודו של האדם נרמס בין חומות הכלא. יש לדעת, כי התחליפים הקיימים כיום לעונש המאסר, אינם מספקים וישנם מצבים בהם אדם יסבול את סבל המאסר בשל היעדר חלופה, ולכן יש לנסות ולתור אחר תחליפים הולמים. הנחת העבודה היא, שישנה אוכלוסיה שלגביה ניתן להשיג את תכליות הענישה בדרך תחליפית למאסר, דרך שתועיל לנדון ולחברה כולה. המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מנחם אלון, דן בפסק דין, בשאלת מתן ההיתר והאפשרות לאסיר לקיים יחסי אישות ועסק שם בסוגיית עיר המקלט ובקווים המייחדים מוסד זה לעומת עונש המאסר. בדבריו סיכום אמר: "דין גואל הדם ופרשת ערי מקלט אינם נוהגים בזמן הזה (ספר החינוך, שם; וראה הרב י.מ. גינצבורג, משפטים לישראל, תשט"ז, עמ' שנו ואילך), אך הרעיון הגלום בדרך הענישה שבעיר המקלט ראוי הוא שיעמוד לנגד עינינו בבואנו לדון בסוגיית

137 סעיף 71א(א) לחוק.

138 שם, ס"ק ב. ומשעשה כן, יהיה דינו של צו השירות, לענין סעיף 9 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, כדין צו מבחן.

139 שם, סעיף 71א(ג), (ה) לחוק.

140 שם, סעיף 71א(ו) לחוק וקצין המבחן רשאי להיעזר באחרים למטרת הפיקוח.

141 שם, סעיף 71א(ד) לחוק.

142 פקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, וראו סעיף 53.

דרכי הענישה, ביצועם של דרכים אלה ומטרותיהם. עונש הגלות לעיר מקלט ופרטי דינו הנו דוגמה של שלילת חרות – האסיר הגולה מוגבל בחופש תנועתו ואסור לו לעזוב את תחום עיר המקלט – ששומרת על כבודו של הנענש כאדם, על מעמדו כבן משפחה ועל מקומו בחברה שממנה הוא בא. מקום מגוריו הוא כאחד האדם, בתוככי צבור שיש בידו, ברצונו וביכולתו לחנכו ולשקמו לחיי חברה תקינים, אליה הוא חוזר כשהוא "כשאר כל אדם". ואין צריך לומר, מבחינת נושא עתירתנו, שחיינו עם משפחתו אינם נפגעים. עונש המאסר, כפי שהוא קבוע ומבוצע כיום, אין בו משום שלילת החירות בלבד; באות עמו ומתלוות אליו רעות רבות, מדכאות וחולות, שיש בהן משום ביזוי האדם, רמיסת כבודו והשחתת צלמו. ייתכן ויש לכך הצדקה מסוימת במקרה של אסיר המסכן באופן חמור את שלום הצבור באם יתהלך חפשי בתוכו, אך פרט למקרים כגון אלה עונש המאסר, כפי שהוא מבוצע למעשה, גם אם לפי החוק והנהלים, יש בו כדי לעורר דאגה קשה וחמורה, מבחינה חברתית ומצפונית, ואין בהצהרות הפסיקטיות בדבר זכויות יסוד השמורות בידי האסיר כדי להועיל ולשנות מציאות עגומה זו. הרעיון והדינים הגלומים בעונש שלילת החרות של האסיר-הגולה בעיר המקלט מהוים דוגמה של מאסר בתורת ענישה אידיאלית, שטוב לשאוף אליה, גם אם לא נראה באופן הסיכוי להגשמתה במציאותה של החברה בימינו...¹⁴³

את עיר המקלט מצאנו כמוסד ענישתי רב תכליתי, שכן מצאנו בו את תכליות הענישה השונות וללא ספק, תכלית השיקום תופסת מקום מרכזי ברעיון עיר המקלט ויש ללכת לאורה של תכלית זו, כמו גם לאור תכליות הענישה האחרות הגלומות בעיר המקלט ובדרך בהן הן מושגות. ראינו, כי החברה הקיימת בעיר המקלט, היא חברה בעלת יכולת ושאיפה בשיקום הגולה, מדובר בזקנים ובלווים שמהווים עמוד אש מוסרי. עיר המקלט מהווה בסיס לשיקום רוחני ופיסי ויש להקפיד במוסד זה על כל מרכיבי השיקום מהתא הקטן ביותר – האדם ומשפחתו – דרך החברה הראויה המצויה בו, כמו גם על דגשים חינוכיים ותשומת לב לעיסוק הגולה. מדובר בחיזוקים חיוביים לגולה¹⁴⁴ ולא ברמיסת כבודו וחירותו בין חומות הכלא, רמיסת כבוד הגוררת נזקים שלעיתים לא ניתן לתקנם. בשיטת ענישה זו, לא ידובר בנזקים כלכליים הנגרמים בשל המאסר, אלא בתועלת חברתית ואף כלכלית ממדרגה ראשונה.

לדעתנו, מוסד עיר המקלט מהווה תחליף רעיוני ראוי לעונש המאסר, בשל הייחוד והכח החיובי המצוי בו. יתרונות עיר המקלט צפים מאליהם כשבוחנים את המאסר ואף חלק מתחליפיו אל מול עיר המקלט. המאסר רוב התחליפים לו, פוגעים במרקם המשפחתי של האסיר, לעומת עיר המקלט השומרת ומטפחת את הגרעין המשפחתי הקרוב של האסיר. הנזקים הנגרמים כתוצאה מתנאי מאסר לא נאותים, אינם עולים כלל בהפעלת עיר המקלט.

143 בג"צ 114/86 חיים לואיס וייל נ' מ"י ואח', פ"ד מא(3) 477, 497.
144 הרוצח מצידו אינו מסתיר את מעשיו, אך בני העיר מצידם רשאים לכבדו, ראו מכות, יב, ב.

א. מאמר זה לא מתיימר לקבוע קווים מעשיים קונקרטיים, אלא העלאת רעיון למודעות ולשיח. דומה, שמתוך רעיונות נמשכים המעשים. ננסה בכל זאת להצביע על כיוונים פרקטיים אופציונאליים.

ב. כמובן, לא מדובר ביישום מדויק וקונקרטי של הלכות עיר המקלט, אלא ביישום רעיוני שיוכל ללבוש צורות שונות ושמות שונים.

בשלב זה, כשהדברים בגדר רעיון מתגבש, לא ניתן לקבוע מראש מבנה מערכתי מסודר לענישה בדרך של עיר מקלט, אך ניתן לנסות להצביע על קווים כלליים.

באופן כללי, נראה שמקרים ההולמים את עיר המקלט הם מצבים בהם נדרשת הרחקה פיזית כלשהי מ"הסביבה הטבעית", כשמדובר בהרחקה מתקנת, שמשמעותה קירוב משפר ומועיל.

מבחינת סוג העבירות וטווח הגילאים, אין לקבוע מסמרות מראש, הרי בעבודות שירות מצינו מגוון של עבירות ושל גילאים, לכן נוכל למצוא מגוון זה גם בענישה בדרך של עיר מקלט.

באשר ל"עיר", בשלב נסיוני ניתן להצביע על קיבוץ או יישוב בעל מוטיבציה ואמצעים לשקם את העבריין, וכבר כיום יש קיבוצים שקולטים אסירים בשלהי תקופת מאסרם ולאחריה. בגזר דין ניתן גם לתחם גבולות באופן ספציפי לעבריין בתוך עיר.

כמו כן, ניתן לתאר מוסד חינוכי או טיפולי, בעל עצמה רוחנית שיקלוט עבריין עם בני משפחתו בתחמו, ויעזור לו להשתלב בקהילה החדשה. אותו עבריין לא יורשה לעזוב את תחום "עיר המקלט" שנקבע עבורו באופן ספציפי, ללא אישור מיוחד של בית משפט או גוף אחר מתאים, עד תום התקופה שנגזרה עליו לשהות באותו מקום.

ראינו לעיל, כי על פי חוק העונשין, בית המשפט יכול להחליט על המרת עונש המאסר - כולו או חלקו - בעבודות שירות, רק במקרים בהם נגזר מאסר בפועל שאינו עולה על שישה חודשים. נראה שענישה בדרך של עיר מקלט, תוכל להתאים גם לעונשי מאסר ארוכים יותר.

ג. כיצד יובטח שהעבריין יישאר בתחום הפיסי? תחילה יש לומר, שנדרשת רמת אמון מספקת שתבטיח הישארותו של העבריין בתחום המותר. בית המשפט לא ישלח אדם לעונש "עיר המקלט" ללא שתהא לו רמת ביטחון ואמון מספקת¹⁴⁵. שירות המבחן יוכל לתרום מניסיונו הרב, הכולל ניבוי דרכם של עבריניים. מעבר לכך, ניתן למצוא פתרונות אשר יבטיחו מעקב שוטף אחר העבריין.

פתרון אחד יכול להיות פקיד סעד או אדם אחר בעל כישורים מתאימים, שממילא עורך מעקב טיפולי אחר העבריין ובמקרים מסוימים יצטרך לדווח לרשויות על חריגה מהתנאים שיוצבו לאותו עבריין.

פתרונות אחרים יכולים להימצא במישור הטכנולוגי.¹⁴⁶ קשת הפתרונות רחבה וללא גבולות. ניתן להשתמש במנגנון פשוט כהחתמת כרטיס - באמצעים שונים וחתומות דיגיטליות כהחתמת אצבע וניתן להשתמש במנגנונים מורכבים כ"אזיקים אלקטרוניים".

145 יש עבריניים, וודאי לא רבים, שמעצמם לא ייצאו, שכן יראו בעונש שהושת עליהם מעין כפרה, ועליהם להקפיד על קיום העונש כהלכתו. השוו לספר החינוך מצווה תי, שאומר שגם הרוצה בשוגג עצמו מצווה לגלות לעיר המקלט.

146 אתרים שונים באינטרנט עוסקים בנושא וניתן להיווכח שהדברים הם בגדר הקיים מבחינה טכנית. ראו לצורך הדוגמא את אתר <http://www.bi.com/>.

אזיקים אלקטרוניים יכולים להיות מופעלים בשיטות שונות ועצם הנגיעה בנושא זה, מעלה שאלות ותהיות אתיות ומוסריות שלא כאן המקום לדון בהם.

באופן הגיוני, ככל שהחידרה לפרט תהא יותר עמוקה, כך השמירה תהא יותר אפקטיבית. דוגמא ל"חידרה עמוקה" לפרט, יכולה להיות השתלת שבב אלקטרוני לגוף האדם, תוך שניתן לדעת כמעט הכל על האדם מבחינת מיקומו ואפילו על מעשיו. כמובן ש"עיר המקלט" דנו, לא תסבול חידרה עמוקה מידי לפרטיותו של האדם. דוגמא ל"חידרה פשוטה" יותר לפרטיות, יכולה לבוא לידי ביטוי באמצעות שבב המצוי בתוך שעון או צמיד. השבב "יכיר" את ידו של העבריין וכשלא ימצא השעון / הצמיד על היד, תופעל מערכת התראה. מערכת ההתראה תופעל גם כשהאדם ייצא מהתחום הקבוע לו מראש בגזר הדין.

הנה כי כן, אין כל קושי לחשוב על פתרונות מעשיים להבטחת מיקומו של אדם בשטח נתון, אך אם שמירה תושג באמצעים פולשניים ופוגעניים, מה הועילו חכמים בתקנתם. לפיכך, יש למצוא את האיזון הראוי ולהבטיח פתרון שלא יגרע מן המעלות בעיר המקלט.

ד. כפי שראינו, מערכת הענישה במשפט העברי מורכבת מענישה ש"לפי דין תורה" וענישה ש"מחוץ לדין תורה". באמצעות דיני התורה אין אפשרות לטיפול יעיל בעבריינים וכדברי הר"ן: "אין עניינם תקון מדיני כלל". הענישה שמחוץ לדין תורה נועדה לשם קיום הסדר החברתי התקין והתמודדות עם התופעה העבריינית, ובאופן עקרוני ניתן ליישם בענישה פלילית-הלכתית כל דרך ענישה אפקטיבית. ההלכה לא תכשיר באופן גורף כל שיטת ענישה זרה ולא תפעל ליישומה, אלא לאחר בחינה, בדיקה והצבת גבולות. כשניתן, מערכת ענישה הלכתית-יישומית תשאף לשאוב וליישם רעיונות מדיני התורה. הדיון במצוות עיר מקלט והלכותיה, מעלה את האפשרות המעשית של יישום הרעיונות הטמונים בה, בענישה המודרנית. התוצאה הנובעת היא שמירת הסדר החברתי והתמודדות עם העבריינות מחד, ומאידיך, שמירת זכויות, טיפול, שיקום וטיפוח. מהדברים מסתבר, שלפנינו דוגמא לענישה עכשווית אפשרית, היונקת את יסודותיה ורעיונותיה מדיני התורה. לשון אחרת, לפנינו דוגמא יישומית מועדפת מתורת הענישה של המשפט העברי.

אין להכביר מילים, ברי שבמדינה יהודית-דמוקרטית יש לשאוף וליישם בדין הנוהג עקרונות ורעיונות מתוך המשפט העברי.

דומה, כי החברה איננה יכולה להשאיר את הדברים בגדר רעיון בלבד, אלא יש צורך בתרגום מעשי של הרעיונות הנובעים ממוסד עיר המקלט, באמצעות אנשי חזון ומעשה הצריכים לפעול למען תפירת לבוש יישומי ותכליתי לרעיונות המובעים במוסד זה.