

האם עבריינין שהורשע חייב לשאת את עונשו? בחינה מחודשת של עבירת הבריחה ממשמורת

מאת

שי עקביא ווזנר*

התפישה המשפטית המקובלת כורכת את מושג העונש עם חובה המוטלת על העבריינין עצמו להיענש. התחמקות של הנאשם מלרצות את עונשו, כגון על ידי בריחה מהכלא, נחשבת כעבירה וכהפרה של גזר הדין ושל החוק. מאמר זה מבקש להציע תפישה אחרת, בהשראת המשפט העברי ובזיקה לשיטות משפט מודרניות אחדות, ולפיה העונש הוא מעשה כוחני (אם כי מוצדק) שמבצעת החברה בעבריינין, והוא אינו כולל, ולא ראוי שיכלול, חובת התנהגות הפונה לנידון ומורה לו לשאת את עונשו. על פי מודל זה, מותר לנידון להימלט מהעונש שנגזר עליו, ולכן ראוי לבטל את העבירה של בריחה ממשמורת. עם זאת, כל עוד עבירת הבריחה ממשמורת אינה מבוטלת, מציע המאמר פרשנות חדשה לעבירה, ולפיה הבריחה מהכלא אינה אסורה – ולכן הבורח לא הפר את החוק ואינו ראוי לגינאי – ובכל זאת מוטל עליו עונש בדיעבד, לא על הבריחה עצמה, אלא כחלק ממימוש העונש על העבירה הראשונה.

פתיחה. א. הצגת הסוגיה. ב. האם החובה להיענש נגזרת ממושג העונש? ג. קוהרנטיות נורמטיבית ומידתיות. ד. פרשנות חדשה לעבירה של בריחה ממשמורת. אחרית דבר.

פתיחה

בשנים האחרונות גדלה מידת שילובם של מקורות המשפט העברי בפסקי הדין של בית המשפט העליון. השופט אליקים רובינשטיין היה אחד ממוביליה של מגמה זו ו"לחיבת המשפט העברי" – כפי שנהג לומר – הרבה לאזכר ממקורות ההלכה והמשפט העברי בפסקי דינו.¹ בחלק מהמקרים נראה כי המטרה הייתה לכלול את המשפט העברי בשיח המשפטי, גם אם לא הייתה לכך תרומה משמעותית לבירור הסוגיה המהותית שעמדה לדיון. אכן, השפעתו החברתית והתרבותית של המשפט אינה מתמצה בהכוונת ההתנהגות בפועל, ולשיח המשפטי

* חבר סגל, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקש להודות לקורא האנונימי ולחברי המערכת על הערותיהם הטובות ועל עבודת העריכה.

1 בפסק דינו האחרון אותו הקריא ביום פרישתו סקר השופט רובינשטיין בהרחבה את משנתו בעניין השילוב הראוי של המשפט העברי בשיטת משפטנו, ראו בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' סט-ק, ובפרט מפס' פז (פורסם בנבו, 13.6.2017).

יש משמעות חברתית ותרבותית מעבר לתוצאה המשפטית של פסק הדין. ואולם, בכמה מפסקי הדין של השופט רובינשטיין השימוש שנעשה במשפט העברי היה מהותי יותר, וסייע לשופט רובינשטיין לחזק את ההכרעה המשפטית אותה ביקש לקדם, לעיתים בניגוד לגישה הרווחת בשיח המשפטי הישראלי. מלומדי המשפט עמדו על כך שהמשפט העברי משמיע לעיתים מזומנות קולות ייחודיים ומאתגרים, שיכולים להעשיר את החשיבה המשפטית המערבית ולהציע כיווני חשיבה שונים מאלו המקובלים.² תרומתו זו של המשפט העברי לשיח המשפטי הכללי יכולה לבוא לידי ביטוי גם בתחום התיאוריה המשפטית (Legal Theory). הספרות הענפה של המשפט העברי כוללת לא רק דוקטרינה משפטית והסדרים משפטיים, אלא גם דיונים מרתקים ורעיונות מקוריים בתאוריה משפטית ובתורת המשפט.³ בשנים הרבות בהן ישב השופט אליקים רובינשטיין על מדין, הובאו לפניו תיקים פליליים רבים, בהם נדרש לעסוק בין השאר בהיבטים שונים של תורת הענישה ושיקולי ענישה. לכבודו ולחיבת המשפט העברי אני מבקש להעלות לדיון שאלה שכמעט לא זכתה לדיון מחקרי, הנוגעת לתאוריה של הענישה ושעשויות להיות לה גם השלכות נורמטיביות לעניין העבירה של בריחה ממשמורת. הדיון יתמקד במקורות המשפט העברי ויבחן את התרומה האפשרית שלהם לשיח המשפטי הכללי.

א. הצגת הסוגיה

חוקי העונשין ברוב שיטות המשפט המערביות כוללים בתוכם עבירה של בריחה ממשמורת חוקית, אשר אוסרת על נאשמים שהורשעו לברוח מהכלא.⁴ הבריחה מהכלא נתפשת כמעשה "רע" אשר מוצדק לאסור ולהפליל אותו ולהטיל בגינו עונש נוסף על האסיר הנמלט. בקביעת עבירה זו בחוק העונשין מגולמת ההנחה שהעונש שנגזר על העבריין בכית המשפט (במקרה הזה – עונש מאסר) מנביע או כולל בתוכו גם חובה החלה על הנידון עצמו לשאת את עונשו ולא להתחמק ממנו. זו הייתה גם תפישתו של סוקרטס שטען בנאום החוקים המפורסם שלו, שאם יברח מעונש המוות שהושת עליו על ידי בית המשפט האתונאי – יהיה בכך משום הפרת חוק פסולה.⁵ סוקרטס סבר שגזר הדין החיל עליו חובה לשאת את עונשו, ושלכן אם

2 ראו למשל חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" **משפט והיסטוריה** 165 (דני גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט).

3 אחת הזירות העיקריות של פיתוח גישה תאורטית מעמיקה של המשפט העברי הייתה בשיבות ליטא של סוף המאה ה-19. עיקר המאמץ האינטלקטואלי בשיבות אלה הוקדש לניתוח אנליטי מדוקדק של המשפט התלמודי ולהתמקדות בפיתוחה של תאוריה משפטית, ועל כן, הספרות של ראשי ישיבות ליטא מכילה רעיונות רבים מעניינים וחדשים. להרחבה בעניין זה ראו שי ווזנר **חשיבה משפטית בשיבות ליטא** (2016).

4 ס' 257 לחוק העונשין, התשל"ז-1977: "הבורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה בשל עבירה פלילית, דינו – (1) אם הוא מואשם או מורשע בפשע – מאסר שבע שנים; (2) בכל מקרה אחר – מאסר שלוש שנים." העבירה כוללת גם בריחה של חשודים ונאשמים ממעצר, ונתייחס לכך בהמשך הדברים, אך עיקר הדיון במאמר יתמקד בעבירה של בריחה ממאסר לאחר גזר דין.

5 אפלטון **כתבי אפלטון** א 246–251 (יוסף ליבס מתרגם, התשט"ו).

יתחמק מהעונש הוא יפר צו שיפוטי המטיל עליו חובה כלשהי, וזאת למרות שטען כי הוא חף מפשע ושפסק הדין של בית המשפט שגוי.

אכן באופן אינטואיטיבי דומה שמושג העונש כולל בתוכו מיניה וביה גם חובה המוטלת על העבריין לשאת את עונשו ואיסור להתחמק מהעונש, ומכאן שבית המשפט הגוזר את דינו של נאשם שהורשע – מטיל עליו לא רק את העונש עצמו אלא גם חובת התנהגות (במעשה או במחדל) להיענש. תפישה הפוכה, שלפיה מותר לנאשם להתחמק מעונש שהוטל עליו בדין על ידי בית משפט – נראית לכאורה כסותרת את עצמה. אם מבחינה נורמטיבית הענשת העבריין היא המעשה הראוי והמוצדק (וזה היא הרי עמדת המשפט), כיצד ייתכן שהעבריין עצמו יהיה רשאי לפעול באופן שיסכל את מימוש גזר הדין? בנוסף, מתקבל על הדעת שיש לאסור את הבריחה מעונש מטעמים מערכתיים של חיזוק כוחו וסמכותו של השלטון. הבריחה מהעונש מפריעה לגורמי אכיפת החוק לבצע את חובתם להעניש את העבריין.⁶

בדברים הבאים אבקש לאתגר את התפישה האמורה ולהציג כיוון חשיבה אחר שיש לו תימוכין במשפט העברי, ולפיו אין זה ראוי לחייב את הנידון לשאת את עונשו ולאסור עליו את הבריחה.⁷ כיוון החשיבה הזה אינו מבקש לערער על הצדקת הענישה עצמה, והנחת

6 לפי רציונל זה, העבירה של בריחה ממשמורת היא מעין מקרה פרטי וחמור יותר של הפרת הוראה חוקית. ראו ס' 287(א) לחוק העונשין: "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו – מאסר שנתיים". ראוי להזכיר בהקשר זה את ע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 421 (1980), שעסק בעניינו של אסיר בחופשה שלא חזר לבית הכלא. בית המשפט המחוזי סבר כי במקרה כזה לא מתקיימים יסודות העבירה של בריחה ממשמורת, אבל הרשיע את האסיר בהפרת הוראה חוקית. בית המשפט העליון (מפי השופט ברק) קיבל את ערעור המדינה וקבע שאסיר שאינו חוזר לכלא בתום החופשה נחשב כמי שברח ממשמורת. לפיכך נראה שגם לשיטה זו עבירת הבריחה ממשמורת עומדת על הרצף של הפרת הוראה חוקית. יש לזכור בהקשר זה כי העבירה של בריחה ממשמורת חוקית כוללת בתוכה לא רק בריחה ממאסר עונשי, אלא גם בריחה של חשוד ממעצר ימים או ממעצר עד תום ההליכים. לחשוד ולנאשם עומדת עדיין חזקת החפות, ומכאן מתחזקת הסברה שהאיסור על הבריחה נובע מהחובה לציית לצו המעצר של השוטף או של בית המשפט. ושוב, ההנחה היא שצו המעצר מורה לעצור עצמו להישאר במעצר, ושהפרת ההוראה מצדיקה את הענישה על הבריחה ממשמורת. אכן מקרים אלה הנופלים בגדרה של העבירה של בריחה ממשמורת חורגים מנושא הדיון של מאמר זה, אך אומר בקיצור שגם ביחס אליהם אני סבור שמדובר בעבירה בעייתית, ושהמודל הראוי יותר הוא זה שמעניק למשטרה ולבתי המשפט סמכות להפעיל כוח על החשוד (או על הנאשם) ולעצור אותו. זאת, מבלי להטיל על החשוד עצמו חובה כלשהי ובלי לאסור עליו את הבריחה.

7 לראשונה עמדתו על הדברים בקצרה במסגרת מאמרי: Shai Wozner, *On Conduct Rules and Decision Rules in Jewish Law*, 19 THE JEWISH L. ANN. 165 (2011). המאמר התבסס על הרצאה שנתתי בכנס של ה-The Jewish Law Association, שהתקיים באוניברסיטת בוסטון בשנת 2004. מורי, פרופ' אהרן קירשנבאום המנוח, נכח בהרצאתי וחלק עליי בכמה נקודות, ולאחר מכן הציג את עמדתו בסוגיה זו בספרו המקיף **בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה** 328–320 (התשע"ג). ואולם הוא לא היה מודע לפרסום מאמרי הנ"ל, ולכן יש בדבריו חזרות על מקצת מהדברים שאמרתי ושזכרו במאמרי, תוך שהוא מציין בקצרה (בעמ' 321, ה"ש 170) שניהלנו דיונים בנושא.

המוצא שלו היא שהענישה ומטרותיה השונות (כמו גמול, הרתעה ומטרות אחרות)⁸ מוצדקות. אך למרות זאת, קו מחשבה זה מבקש לטעון שמטרותיה המוצדקות של הענישה

8 בנושא מטרות הענישה והצדקותיה יש ספרות רבה מאוד. לסיכום מקיף של גישות שונות ראו בערך "punishment" באנציקלופדיה הפילוסופית המקוונת של אוניברסיטת סטנפורד (ש/אבאליון ותומר עינת **עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק** (מהדורה שלישית מורחבת ומעודכנת, 2009); יורם רבין ויניב ואקי דיני **עונשין** 21–25 (מהדורה שנייה, 2010); קירשנבאום, לעיל ה"ש 7, ובפרט מעמ' 93 ואילך. ברוב ספרי הפנולוגיה ודיני העונשין חוזרות ונזכרות ארבע מטרות עיקריות של הענישה: גמול (שאחד המייצגים המובהקים שלה הוא קאנט), הרתעה (כללית ופרטית), מניעה ושיקום. אך ארבע המטרות הללו אינן ממצות. פילוסופים ומלומדים הציעו מטרות נוספות לענישה, כגון מטרות חינוכיות וקהילתיות, השבת העברייני לקהילה, והעברת מסרים שונים באמצעות הענישה לחברה, לקרבן ולעברייני. מתוך הספרות הרבה ראו למשל John Deigh, *On the right to be punished: Some doubts*, 84 ETHICS 191 (1984) (המאמר בוחן בצורה ביקורתית את התפישת של הגל לפיו הענישת העברייני מכבדת אותו בכך שהיא מייחסת לו אחריות מוסרית למעשיו, ושעל כן יש לעברייני זכות להיענש); Markus D. Dubber, *The Right to Be Punished*, 16 LAW AND HISTORY REVIEW 113 (1998); Peter Chau, *Bennett's Expressive Justification of Punishment*, 11 CRIM. L. & PHILOSOPHY 661 (2017) (דיון ביקורתי ביחס לתפישת האקספרסיבית הרואה את מטרת הענישה בהעברת מסרים חברתיים). ראוי להזכיר בהקשר זה את כתיבתו של אנטוני דאף, שלפיה הענישה מבקשת לגרום לעברייני להפנים את הערכים המוסריים והחברתיים העומדים בבסיס הכוונת ההתנהגות של המשפט הפלילי, ראו למשל R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION AND COMMUNITY ch. 3 (2001).

לדיון כללי על מטרות הענישה בעברית, ראו שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת **עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק** (מהדורה שלישית מורחבת ומעודכנת, 2009); יורם רבין ויניב ואקי דיני **עונשין** 21–25 (מהדורה שנייה, 2010); קירשנבאום, לעיל ה"ש 7, ובפרט מעמ' 93 ואילך. ברוב ספרי הפנולוגיה ודיני העונשין חוזרות ונזכרות ארבע מטרות עיקריות של הענישה: גמול (שאחד המייצגים המובהקים שלה הוא קאנט), הרתעה (כללית ופרטית), מניעה ושיקום. אך ארבע המטרות הללו אינן ממצות. פילוסופים ומלומדים הציעו מטרות נוספות לענישה, כגון מטרות חינוכיות וקהילתיות, השבת העברייני לקהילה, והעברת מסרים שונים באמצעות הענישה לחברה, לקרבן ולעברייני. מתוך הספרות הרבה ראו למשל John Deigh, *On the right to be punished: Some doubts*, 84 ETHICS 191 (1984) (המאמר בוחן בצורה ביקורתית את התפישת של הגל לפיו הענישת העברייני מכבדת אותו בכך שהיא מייחסת לו אחריות מוסרית למעשיו, ושעל כן יש לעברייני זכות להיענש); Markus D. Dubber, *The Right to Be Punished*, 16 LAW AND HISTORY REVIEW 113 (1998); Peter Chau, *Bennett's Expressive Justification of Punishment*, 11 CRIM. L. & PHILOSOPHY 661 (2017) (דיון ביקורתי ביחס לתפישת האקספרסיבית הרואה את מטרת הענישה בהעברת מסרים חברתיים). ראוי להזכיר בהקשר זה את כתיבתו של אנטוני דאף, שלפיה הענישה מבקשת לגרום לעברייני להפנים את הערכים המוסריים והחברתיים העומדים בבסיס הכוונת ההתנהגות של המשפט הפלילי, ראו למשל R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION AND COMMUNITY ch. 3 (2001). לעומת זאת, נראה שמבחינה מושגית יש להוציא מארבע המטרות המקובלות של הענישה את מטרות המניעה והשיקום (ולכן לא הזכרתי אותם בגוף הדברים) וזאת מהטעם הבא: ענישה מוגדרת כפגיעה מכוונת באדם (בגופו, בחירותו, בחייו, בכבודו או בקניינו) בשל מעשה "רע" או עבירה שביצע. כאשר אנו מדברים על מטרות הענישה אנו שואלים מהי המטרה המושגת באמצעות הפגיעה המכוונת בעברייני. מטרות הגמול והרתעה אכן מושגות על ידי הפגיעה המכוונת בעברייני (הגומלת לו על המעשים הרעים שעשה או המרתיעה אותו ואחרים מלבצע עברות). אך המניעה והשיקום אינם מושגים דווקא באמצעות גרימת הכאב, ולכן אינם יכולים להוות מטרות של הענישה. הכאב כשלעצמו אינו מונע (אלא מרתיע), ועל פי רוב אינו משקם. אכן עונש מוות ועונשי מאסר מרחיקים את העברייני מהחברה ומאיינים את יכולתו לפגוע בבני אדם שחיים מחוץ לבתי הכלא, אך הפגיעה בחייו של הנידון למוות ובחירותו של העברייני היושב בכלא היא תוצאה נלווה להרחקתו מהחברה. מניעה יכולה להיות אפוא אחת מהמטרות של הריגת העברייני או מאסרו, אך לא של **עונש** המוות ועונש המאסר. כך גם לגבי השיקום. בעולם המערבי רווחת הגישה שיש להשקיע בשיקום העברייני; אך שיקום העברייני הוא תגובה שונה מענישה למעשי העבריינות. בענישה אנו מבקשים כאמור לגרום כאב לעברייני, כגמול או למען יצירת הרתעה, ואילו בשיקום אנו מבקשים לטפל בעברייני כדי להחזירו למוטב. אכן, חלק מתוכניות השיקום מתבצעות בבתי סוהר, ולכן קושרים את המאסר עם שיקום. עם זאת, ברוב המקרים גרימת הכאב אינה חלק מהשיקום, ולכן אין לראות בשיקום עצמו מטרה של הענישה.

אינן מחייבות ואינן מצדיקות להחיל על הנידון עצמו חובה לשתף פעולה עם החברה המבקשת להעניש אותו, ולכן אין זה ראוי לאסור עליו לברוח מהעונש ולהטיל עליו עונש נוסף אם ברח. לפי התפישה המוצעת העונש הוא מעשה כוחני (אם כי מוצדק) שמבצעת החברה בעבריינין שהורשע, אך אין זה נכון וראוי שיכלול חובת התנהגות כלשהי הפונה לנידון ומורה לו לשאת את עונשו. הטלת חובה על האדם לשתף פעולה, במעשה או במחדל, עם הפגיעה שהעונש מבקש להסב לו, אינה הוגנת ואינה מוסרית. על פי מודל זה ובניגוד להנחתו של סוקרטס, נאשם שהורשע ונידון לעונש אינו מפר את החוק אם הוא מצליח להימלט: מותר לו (מבחינה משפטית) להימלט מהעונש לכתחילה, וכמובן שאם ברח ונתפש – אין לגנות אותו ולהעניש אותו על כך.

כיוון החשיבה הזו מוביל לתוצאה מעניינת לפיה מערכת המשפט מכילה בתוכה בעת ובעונה אחת שתי נקודות מבט נורמטיביות מנוגדות: מצד אחד – נקודת המבט החברתית שעל פיה מוצדק, ואפילו חובה, שהחברה (באמצעות נציגיה המוסמכים) תעניש את העבריינין, ומצד שני – נקודת המבט של מבצע העבירה, שאינו מחויב (מבחינה משפטית!) לשאת את עונשו, אלא רשאי לנסות ולברוח מהעונש כדי להגן על חירותו. תובנה זו עשויה לשנות את הציפיות החברתיות והמשפטיות ממורשעים בכלל וממורשעים שהצליחו להתחמק מעונש בפרט. את רגשות הכעס והתסכול שחשים רבים לנוכח הימלטותו של עבריינין מעונש, אפשר לרכך קמעא באמצעות הכלת נקודת המבט של העבריינין, שמבקש להגן על חירותו ולעיתים אף על חייו.

המודל המוצע כאן עשוי להזכיר לחלק מהקוראים את עמדתו של הובס, שלפיה אזרח שנגזר עליו עונש מוות רשאי לברוח מהעונש ואף להרוג את התליין המסכן אותו. כידוע, הובס ביסס את עמדתו זו על התורה המוסרית-פוליטית שפיתח בדבר האמנה החברתית, שבמסגרתה משעה כל פרט את זכויותיו הטבעיות לפעול למען הישרדותו, ובתמורה מקבל את הגנת המדינה, המשולה ללוויתן ענק. ואולם, טען הובס, משעה שנגזר על אדם עונש מוות פוקעת מחויבותו לאמנה שכבר אינה מגינה עליו, הוא משוחרר מהתחייבויותיו החברתיות ומותר לו מבחינה מוסרית לברוח מהעונש ולהגן על עצמו כנגד התליין שמבקש להביא למוותו. יתרה מזאת, הובס סבר כי במסגרת האמנה החברתית אין אדם יכול לוותר על זכותו לחיים ועל זכותו להגנה עצמית. האמנה החברתית אינה תופשת בתוכה את ההסכמה לעונש מוות, ועל כן במצב של הטלת עונש מוות חוזרים הדברים למצב הטבעי שבו הצדדים השונים (החברה והאזרח) רשאים מבחינה מוסרית להפעיל את כוחם כפי יכולתם כדי

לעיתים שוט הענישה, כגון המשך תקופת המאסר, תורם לכך שהעבריינין יסכים להשתתף בתכניות טיפול שיקומיות. אבל שוב, המטרה של השיקום כשלעצמה איננה מושגת על ידי גרימת כאב. לעניין שיקום העבריינין במסורת היהודית, ראו מרדכי פרישטיק **ענישה ושיקום ביהדות** (התשמ"ו). בהקשר זה יש להעיר ששתי המטרות הללו – מניעה ושיקום – בוודאי אינן יכולות להוות בסיס מוסרי להטלת חובה על הנאשם שלא לברוח מהכלא, לפחות באותם מקרים שהוא יודע שהוא איננו מסוכן (אין בכוונתו לחזור ולפשוע) ושהוא אינו צריך לעבור הליך של שיקום (או שברעתו לעבור את הליך השיקום מחוץ לכלא).

להירשד. במצב זה רשאית המדינה להפעיל את כוחה ולהעניש את העבריין, אך מצד שני העבריין רשאי להשתמש בכוחו הוא ולנסות לברוח מהעונש, ואף להרוג כאמור את התליין.⁹ אכן יש דמיון בין העמדה של הובס לעמדה שמוצעת במאמר זה, אך יש ביניהן גם הבדלים מהותיים. ראשית הובס מתייחס רק לעונש מוות, בעוד שהטענה המוצעת כאן רחבה יותר וחלה באופן עקרוני על כל סוגי העונשים. אך הנקודה היותר חשובה היא שהובס טוען שנידון למוות אינו מחויב מבחינה מוסרית לציית לחוק. הנחתו היא שגזר הדין כן מטיל על הנידון חובה להיענש (בדומה להנחתו של סוקרטס), אלא שהנידון למוות אינו מחויב יותר לציית לחוק (ולגזרי הדין הבאים מכוחו) מאחר שהאמנה החברתית התפוררה לרסיסים ברגע שהחברה מאיימת על חייו שלו. הגישה המוצעת כאן, לעומת זאת, מתמקדת בחובה המשפטית עצמה וטוענת שמושג העונש אינו כולל חובה המוטלת על הנידון להיענש ושמבחינה נורמטיבית לא ראוי להטיל עליו חובה כזו. משמעות הדברים היא שמבחינה משפטית מותר לנידון לברוח מעונשו, ולכן גם אם הוא סבור, בדומה לסוקרטס, שחלה עליו חובה מוסרית לציית לחוק, הוא יכול לברוח בלא שהדבר ייחשב כהפרת חוק. זו כמובן עמדה שונה לגמרי מזו שהציג הובס.

העניין שלי בנושא זה התעורר בהקשר של המשפט העברי, בו אין מקבילה לעבירה של בריחה ממשמורת. חשבתי שזו דוגמה יפה לכך שלעיתים המשפט העברי מציע כיווני חשיבה מאתגרים ושונים מהמקובל במסורת המשפט המערבי. ואולם, כשהרחבתי את עיוני בסוגיה ופניתי גם למשפט משווה, מצאתי שבמסורת המשפט הקונטיננטלי הרעיון שאין לאסור על העבריין לברוח מהכלא אינו זר. בכמה שיטות משפט ממסורת משפטית זו אין עבירה של בריחה ממשמורת, וזאת מטעמים של הוגנות מעין אלו שהוזכרו לעיל, ובשל הכרה בזכות הטבעית של הנידון להגן על חירותו.¹⁰ עם זאת, למיטב ידיעתי, הנושא לא נידון בצורה

9 תומאס הובס **לווייתן**, חלק א, פרקים יד, כא (יוסף אור מתרגם, התשס"ג). ראוי לציין את עמדתו החולקת לכאורה של רוסו, שבניגוד להובס סבר כי במסגרת האמנה החברתית האדם נהנה מעונש המוות המוטל על פושעים (אחרים), ועל כן הוא מחויב להסכים לשאת אותו במקרה שיפשע בעצמו. ראו ז'אן ז'אק רוסו **על האמנה החברתית**, ספר ב פרק ה (יוסף אור מתרגם, התשמ"ד) (ואולם אפשר לפרש שרוסו מבקש רק לטעון שהאמנה החברתית מצדיקה, גם מבחינתו של העבריין הנענש, את העונשו על ידי המדינה, בלא להיכנס לשאלה האם מוטלת על העבריין עצמו חובה להיענש). מצד שני ראו דבריו של בקריה, C. BECCARIA, ON CRIMES AND PUNISHMENTS ch. 28 (1764) (בתרגום לעברית: **על פשעים ועל עונשים**, עתליה זילבר מתרגמת, פרק 28, עמ' 68), שאין אדם שיהיה מוכן לוותר על חייו במסגרת אמנה חברתית. וראו הדיון אצל בועז סנג'ר "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" **עלי משפט ב 141** (התשס"ב).

10 זהו המצב המשפטי בגרמניה, אוסטריה, שווייץ, בלגיה, מקסיקו, ארגנטינה וצ'ילה, וכנראה גם במדינות נוספות. בשיטות המשפט הללו סיוע לבריחה על ידי צדדים שלישיים נחשב עבירה פלילית, אך הטענה היא שלאסיר עצמו עומדת הזכות הטבעית לברוח מהכלא. בגרמניה ובאוסטריה הבורח יעמוד לדין אם יעבור עבירה אחרת במהלך הבריחה, כגון השחתת רכוש (שבירת הסורגים של חלון הכלא, וכיוצ"ב). וכמובן שבכל מקרה אם האסיר הנמלט נתפש, הוא מוחזר לכלא לרצות את יתרת העונש המקורי שנגזר עליו. לגבי גרמניה ואוסטריה ראו ההפניות לקודקסים הפליליים בשתי המדינות, המובאים בערך הויקיפדיה בגרמנית, כאן: https://de.wikipedia.org/wiki/Gef%C3%A4ngnisausbruch#cite_ref-2

משמעותית בכתיבה המחקרית. מבחינה זו הדיון להלן הוא בבחינת פתחי דברים וקריאה לדיון נוסף. מהלך הדברים יהיה זה: ראשית אבקש להראות שאין הכרח מושגי או נורמטיבי לטעון שמושג העונש כולל בתוכו מיניה וביה חובה המוטלת על העבריין להיענש. לאחר מכן אדון במקורות מהמשפט העברי שעמדו על ההגדרה של העונש כמעשה שנעשה בעבריין ולא כחובה המוטלת עליו. בהמשך אנסה להסביר מדוע אין חוסר קוהרנטיות בעמדה שמצד אחד מצדיקה את העונש של הנידון ומצד שני מתירה לו להתחמק מהעונש ולסכל את גזר דינו. כמו כן אעמוד בקצרה על היבטים חוקתיים של עבירת הבריחה ממשמורת. מסקנת הדברים תהיה שביטולה של עבירה זו, מתבקש מבחינה נורמטיבית. בפרק האחרון אבקש להציע פרשנות חדשה לעבירה של בריחה ממשמורת בשיטות המשפט שמאמצות אותה (כמו בשיטת משפטינו הישראלית), שתצמצם במידה מסוימת את הבעייתיות הנורמטיבית שבעבירה. לפי פרשנות זו, הבריחה מהכלא אינה אסורה לכתחילה מבחינה משפטית – ולכן הבורח לא הפר את החוק ואינו ראוי לגינוי – ובכל זאת מוטל על הבורח עונש בדיעבד, לא על הבריחה עצמה, אלא כחלק מהעונש על העבירה הראשונה (כפי שיוסבר בהמשך). לפרשנות זו אין אולי השלכות אופרטיביות הלכה למעשה, אך יש בה כדי לשנות את ההערכה לגבי מהות העבירה של בריחה מעונש ואת היחס כלפי האסיר הנמלט.

הנושא מטבעו חמקמק ומעלה שאלות מושגיות, מוסריות ומשפטיות רבות. בשל מגבלות המקום והעובדה שנושא זה כמעט ולא נדון עד כה, לא אוכל לדון במאמר זה בכל השאלות שהוא מעורר. אסתפק כאמור בפתחת הדיון ובהצגה של עיקרי הדברים.

לגבי מקסיקו ראו הכתבה העיתונאית: Marry Jordan & Kevin Sullivan, *Mexican Jailbirds*: "Get to Fly for Free" THE WASHINGTON POST (Nov. 15. 2002), available at <http://www.pulitzer.org/winners/kevin-sullivan-and-mary-jordan>. הכתבה ממחישה עד כמה היעדר האיסור על בריחה נראה תמוה בעיני הכתבים האמריקאים. בין השאר, מובאים בכתבה דבריו של אחד משופטי בית המשפט העליון במקסיקו שמסביר את הרציונל לעמדת המשפט המקסיקני: "The person who tries to escape is seeking liberty, and that is deeply respected in the law [...] The basic desire for freedom is implicit inside every man, so trying to escape cannot be considered a crime."

מרואיין אחר בכתבה הוא Jose Elias Romero Apis, נשיא הוועדה לצדק וזכויות אדם של הקונגרס המקסיקני. רומרו מסביר שהמצב המשפטי במקסיקו, שלפיו בריחה ממשמורת אינה מהווה עבירה, הוא חלק מפילוסופיה שלמה לפיה לנאשם מותר להיאבק בכל דרך אפשרית על חירותו. הזכות לחירות במשפט המקסיקני מקבלת עדיפות עליונה על פני ערכים אחרים. כך גם מותר לחשוד לברוח ממעצר, ולנחקר ולנאשם לשקך בבית המשפט בלא שהדבר ייחשב שבועת שקר.

מעניינת הפסקה הבאה בסוף הכתבה: "Critics of the law call it one more weakness in a judicial system that is holding back Mexico's efforts to modernize. But those who support the law describe it as a humanitarian measure that respects human dignity". דומה שהכתבים לא היו מודעים לכך שהיעדר העבירה על הבריחה אינו מייחד את מקסיקו אלא מוכר בכמה מדינות מערביות מובילות, כמו גרמניה ואוסטריה שנזכרו לעיל.

ב. האם החובה להיענש נגזרת ממושג העונש?

האם העונש מנביע או כולל בתוכו מיניה וביה חובה המוטלת על הנידון לשאת את עונשו ואיסור לברוח ולהתחמק מעונש? פרק זה מבקש לקדם את הטענה כי אין הכרח לוגי או נורמטיבי להניח קיומו של קשר שכזה בין הענישה והחובה לשאת את העונש. ראשית, יש לשים לב שגם בשיטות המשפט המצדדות בעבירה של בריחה ממשמורת, החובה להיענש חלה על העבריין רק בעקבות גזר הדין ולא לפניו. למעט חריגים אחדים, אדם שביצע עבירה אינו חייב להסגיר עצמו לידי רשויות אכיפת החוק כדי שיענישו אותו, ומבחינה משפטית מותר לו להימלט מהדין.¹¹ נחקרים ונאשמים רשאים לנקוט בפעולות ובמחדלים שונים על מנת להביא לכך שלא יורשעו, כגון לשמור על זכות השתיקה ולשכור את שירותיו של סגור מעולה,¹² וזאת גם אם לאמתו של דבר ביצעו את העבירות המיוחסות להם.¹³ ההנחה היא אפוא שהחובה המשפטית להיענש והאיסור על הבריחה נוצרים רק על ידי גזר הדין.¹⁴ (ניתוח

11 ס' 260 לחוק העונשין קובע כי "היודע שפלוגי עבר עבירה ומקבל אותו או עוזר לו בכוונה שיימלט מעונש הריהו מסייע לאחר מעשה, זולת אם היה בן זוגו, הורהו, בנו או בתו של העבריין". ומסתבר מקל וחומר, שההחלטה של בני משפחת העבריין כוללת גם החלטה של העבריין הנמלט עצמו מעבירה של הימלטות מעונש.

12 מצד שני, פעולות אחרות שיש בהן כדי למנוע את אפשרות ההרשעה – אסורות, כגון השמדת ראיה (ס' 242 לחוק העונשין) ושיבוש מהלכי משפט (ס' 244). אכן אני סבור שבמקרים מסוימים יש בעייתיות בעבירות אלו, ובפרט לאור ההכרה בזכות השתיקה ובפעולות אחרות המסכלות את ההרשעה ובכל זאת אינן אסורות.

13 זהו גם המצב במשפט העברי. עובדי עבירה אינם מחויבים להסגיר את עצמם ולהביא להענשתם בידי בית הדין. יתרה מזאת, על פי דיני הראיות במשפט העברי, יכולתו של אדם שעבר עבירה להסגיר את עצמו ולהביא להענשתו בידי בית הדין – מוגבלת למדי. הודאת נאשם אינה קבילה במשפט הפלילי, והענשתו של העבריין תלויה בקיומם של עדים לעבירה ובכך שהם יחליטו מיוזמתם להעיד בפני בית הדין. אין צריך לומר שאין בהלכה הוראה המחייבת את העבריין לפגוע בעצמו ולהעניש את עצמו, ולפי העמדה המקובלת בין הפוסקים יש אף איסור בדבר, שכן מבחינה הלכתית אסור לאדם לחבול בעצמו ועל אחת כמה וכמה להרוג את עצמו. אכן כמה אגדות תלמודיות מספרות באופן חיובי על בעלי עבירה שהתאבדו או שפגעו בעצמם באופנים אחרים כתחליף לעונש, ובעקבות כך היו מן הפוסקים שהתירו (אך בוודאי לא חייבו) "ענישה עצמית" שכזו, ראו על כך בהרחבה: "ש"ש ליכטנשטיין **המאבד עצמו לדעת** 398 ואילך (2008). וראו עוד ר' יעקב עמדין, שו"ת שאילת יעבץ חלק א, סי' מג (לפיו מותר לאדם שחטא בעבירה שעונשה עונש מוות, לאבד עצמו לדעת), ר' משה פינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סי' סט (שדוחה מכל וכל את דבריו הנזכרים של בעל שאילת יעבץ).

14 הדברים אמורים ביחס לחובה משפטית שהפרתה גוררת ענישה. אך גם בנוגע לרובד המוסרי, אני סבור שלא חלה על עבריין שחטא ופגע באחרים חובה מוסרית גורפת להעניש את עצמו או להסגיר עצמו לידי גורמים אחרים שיענישו אותו. הטענות שיובאו בהמשך הדברים לגבי הרובד המשפטי נכונים ותקפים ברובם גם לגבי הרובד המוסרי. כך משתמע גם ממקורות המשפט העברי שהוזכרו בהערה הקודמת: העבריין אינו חייב, לא מבחינה מוסרית ולא מבחינה משפטית, להביא עצמו לידי ענישה. עם זאת, חשוב להבחין בין החובה להיענש לבין חובות מוסריות אחרות שמסתבר שכן מוטלות על העבריין, כמו למשל החובה לחזור בתשובה ולתקן את דרכיו, ובמקרים של עבירות קרבן (עבירות שבין אדם לחברו) לרצות ולפייס את הקרבן ולבקש את מחילתו. ייתכן שבמקרים מסוימים חלק מחובת הפיוס והריצוי של הקרבן תכלול מימד עונשי בנוסף, אך לא כחובה נפרדת ועצמאית. ראוי להזכיר בהקשר זה את ספרו המאלף

זה בולט במיוחד בהקשר של סוקרטס שטען כי הוא חף מפשע, ובכל זאת סבר שגזר הדין (השגוי) הטיל עליו חובה חדשה שלא להימלט מהעונש). אלא שגם ההנחה שגזר הדין הקובע את עונשו של הנאשם שהורשע כולל בהכרח גם חובת התנהגות המוטלת על הנידון - איננה הכרחית. מבחינה מושגית, ניתן להבחין בין העונש כמעשה כוחני שנעשה בעברייני על ידי גורמי אכיפת החוק המדינתיים, לבין קיומה של חובה המוטלת על העברייני עצמו להיענש. כללים והיגדים נורמטיביים (כמו חוקים או גזרי דין) פונים מצדם טיבם לנמענים שאת התנהגותם הם מבקשים לכוון. הם יכולים לפנות לקבוצה רחבה הכוללת בתוכה את כלל אזרחי המדינה, אך הם יכולים לפנות רק לקבוצת נמענים מוגדרת ולהחיל עליה בלבד חובה, שלא חלה על אחרים. כך, למשל, חובות משפטיות אחדות חלות על שוטרים ואינן חלות על אזרחים מן השורה. הקביעה מי הם נמעני הכלל נעשית לעיתים באופן מפורש על ידי מנסחי הכלל (החוק), אך פעמים רבות הכללים עצמם שותקים בעניין, והגדרת נמעני הכלל נשארת פתוחה ונתונה לפרשנות.

אחת החלוקות המועילות ביחס לקביעת מיהות נמעני הכללים המשפטיים, שיש לה גם השלכה ישירה לנושא דיונו, מבחינה בין כללי התנהגות (Conduct Rules) שפונים לאזרחים ומורים להם כיצד עליהם לנהוג, לבין כללי הכרעה (Decision Rules) שפונים לבתי המשפט ולשופטים ומורים להם כיצד להכריע בשאלה שבאה לפנייהם.¹⁵ הכלל "לא תגנוב", הנזכר בעשרת הדברות, הוא כלל התנהגות הפונה לאזרחים ואוסר עליהם לגנוב; ואילו סעיף 384 לחוק העונשין הישראלי הקובע כי "הגנוב – דינו מאסר שלוש שנים",¹⁶ מנוסח ככלל הכרעה עונשי שפונה לבתי המשפט ומורה להם לגזור על נאשם שהורשע בגניבה עונש מכסימלי של שלוש שנים. אין הכרח להניח שכללי חוק העונשין פונים גם לנאשם עצמו ומטילים עליו חובה להיענש. ומה בעניין גזרי הדין? האם הם פונים לנידון ומטילים עליו חובת התנהגות לשאת את עונשו? גם זו היא שאלה פרשנית שאפשר להכריע בה לכאן ולכאן. מטעמים מוסריים של הוגנות, נראה שהפרשנות הראויה יותר תטען שבאמצעות גזרי הדין פונים בתי המשפט לגורמי אכיפת החוק המופקדים על הענשת עבריינים ומורים להם לדאוג להענשתו

של ויקטור תדרוס VICTOR TADROS, THE ENDS OF HARM: THE MORAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (2011), בו הוא טוען שעל העברייני מוטלת חובה מוסרית להיענש כדי לתרום בכך להרתעה של עבריינים פוטנציאלים אחרים, ושחובה מוסרית זו היא הבסיס להצדקת הענישה שהחברה מטילה על העבריינים. עמדה זו בעייתית בעיניי מכמה טעמים, שחלקם יתבררו מתוך הדברים בהמשכו של המאמר. אך חשוב לעמוד על כך שגם לשיטה זו, החובה להיענש אינה עומדת בפני עצמה, אלא רק כאמצעי להרתעה, ומכאן שיתכנו מצבים שונים שבהם יימצא תחליף אחר להרתעה ואז לא תחול על הנאשם חובה להיענש. זאת ועוד, החובה המוטלת על העברייני להיענש כדי להרתיע אחרים לא תחול עליו אם הוא חף מפשע, בשונה מעמדתו של סוקרטס שסבר שגזר הדין מטיל עליו חובה נפרדת ללא קשר לשאלת חפותו.

15 ראו לעניין זה M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation* 37 HARV. L. REV. 97 (1984); שי וזנר "על כללי התנהגות והכרעות שיפוטיות בהלכה ובמשפט" **עיוני משפט** לב 305 (2010); Shai Wozner, *On Conduct Rules and Decision Rules in Jewish Law*, 19 THE JEWISH LAW ANNUAL 165 (2011).

16 ס' 384 לחוק העונשין.

של הנאשם שהורשע. לפי פרשנות זו, גזר הדין אינו פונה לנאשם עצמו בהוראה שיישא את עונשו ולא ינסה להתחמק ממנו.

תובנה זו שהעונש אינו כולל חובה המוטלת על הנידון, נוסחה במפורש על ידי אחד מגדולי האנליטיקנים של המשפט התלמודי במחצית הראשונה של המאה העשרים, הרב משה אביגדור עמיאל (1882–1946). וכך הוא כותב:

בדיני ממונות האדם הוא נושא דין החיוב, ובדיני נפשות האדם הוא נושא דין החיוב. כי בדיני ממונות עצם החיוב הוא בוודאי על הבעל דין גופא, אלא שבמקרה שהוא בעצמו לא ממלא את חיובו, אז הבית דין מכריחים אותו להוציא את חיובו מכוח אל הפועל [...]. לא כן בדיני נפשות. שם אין האדם הנידון נושא החיוב, כי הוא אינו מחויב בכל האופנים להמית את עצמו. ואם יתחמק, למשל, מעונש מיתה המוטל עליו, הוא נשאר רק בעל עברה מצד העברה שעליה היה נידון, אבל אין עליו עוד עברה מה שלא קיים בו החיוב מיתה. ומכאן ראייה שהבית-דין המה דווקא נושאי החיוב, שעליהם יש החיוב של "ובערת הרע מקרבך", והאדם הנענש הוא רק נושא החיוב.¹⁷

הרב עמיאל מבחין בין חיובי תשלומים אזוריים שחלים על האדם עצמו (גם קודם פסק הדין),¹⁸ לבין העונשים הפליליים (דיני נפשות)¹⁹ שאינם מחייבים את העבריין להיענש, אלא

17 הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה (הת"ש), מידה יא, אות לג (כרך ב עמ' כה). ובדומה בספרו דרכי משה, דרכי הקנינים, אנטוורפן תרפ"ח, שמעתתא ב פרק ה, עמ' 55. וראו גם הרב יוסף ענגל, גליוני הש"ס, יומא פה ע"א: "ויש לעיין, דכי היכא דיש חיוב פקוח נפש בחיי שעה של אדם אחר, אם כן פשוט דהוא הדין בעצמו. ויש להסתפק לפי זה בהך דסנהדרין (מב ע"ב) דפעם ראשונה ושניה אפילו אין ממש בדבריו מחזירין אותו אם אומר יש לי ללמד על עצמי זכות, אם לא היה כל מחויב מיתת בית דין מחויב לומר כן שתים פעמים, טעמים כל דהוא שאפשר לו, כדי שיחזירו אותו, משום חיי שעה וכדי שיומת באיחור. דאף דמיתת בית דין היא מצווה, מכל מקום המצווה רק על הבית דין אבל לא על הנידון, והנידון שפיר יש לומר דיש עליו חיוב פקוח נפש של עצמו לחיי שעה".

18 מדבריו של הרב עמיאל משתמע שחיוב התשלומים נובע מכוחו של החוק ולא מכוח פסק הדין. אכן, ניתן להעלות את הסברה שחלק מחיובי התשלומים נוצרים רק מכוח פסיקת בית המשפט. ואולם, גם אז הבחנתו הבסיסית של הרב עמיאל בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי במקומה עומדת: במשפט האזרחי חובת הפיצוי או ההשבה מוטלת בסופו של דבר על הנתבע עצמו (מכוח החוק או מכוח פסיקת בית המשפט), ורק אם הוא אינו מקיים את חובתו, בית המשפט יאכופ אותה עליו בכוח. במשפט פלילי לעומת זאת, כך טוען הרב עמיאל, בית המשפט אינו מטיל על העבריין חובה להיענש, וביצוע גזר הדין איננו אכיפה של חיוב המוטל על הנידון, אלא קיום מעשה שהוא בגדר סמכותו או חובתו של בית המשפט. בשאלה האם חיובי ממון חלים על האדם מכוח החוק או רק מכוח פסיקת בית המשפט אני מקווה לדון בהרחבה בהזדמנות אחרת.

19 הרב עמיאל מתייחס לדיני נפשות, אך מבחינה מושגית הניתוח נכון גם לגבי עונשים אחרים, כמו מלקות וקנס. בעניין עונשי קנס יש להרחיב מעט את הדיבור: קנס הוא עונש שתוכנו הוא תשלום. במשפט העברי קנסות אינם עוברים לאוצר המדינה אלא לקרבן העבירה או לניזוק (מעין פיצויים עונשיים), ולכאורה נראה אפוא שגזר הדין מטיל על הנידון חובת התנהגות שלם את הקנס לצד הנפגע, ושם הוא מתחמק מהעונש ולא משלם את הקנס – הוא מפר בכך

מנחים את בית הדין שצריך לגזור את דינו של העבריין ולדאוג שהעונש יבוצע בו הלכה למעשה.²⁰ אומנם כללי העונשין במשנה ובתלמוד מנוסחים תדיר בביטויים כגון "העושה כך וכך – חייב מיתה/מלקות", ולפי פשוטם של דברים נראה שהם מורים על כך שהנידון עצמו "חייב" בעונש. אך פרשנות זו אינה הכרחית, ובמקרים מסוימים אף אינה מתקבלת על הדעת. המונח "חייב מיתה" מופיע במקורות גם ביחס ל"מיתה בידי שמים",²¹ למרות שעונש אלוהי אינו יכול לכלול חובה כלשהי המוטלת על החוטא להיענש על ידי האל. אדם אינו יכול לברוח מעונש אלוהי ומנגד אינו יכול להמציא עצמו לענישה האלוהית. הביטוי "חייב מיתה" מתייחס גם לבעלי חיים שאינם יכולים להיות כפופים לחובות התנהגות – שור שהרג אדם

חובה המוטלת עליו. ואולם בניגוד להבנה זו, אני מבקש לטעון שגם עונש קנס אינו מטיל חובת התנהגות על הנידון, אלא רק מכפיף אותו לכוח של בית הדין ושל הצד הנפגע לרדת לנכסיו של החייב ולגבות ממנו את כספי הקנס. מי שמתחמק מתשלום הקנס אינו "גוזל" את בעל הזכות ולא מפר חובה כלשהי המוטלת עליו, ולכן הוא אינו חייב בעונש על ההתחמקות מתשלום הקנס. ראו מאמרי שי עקיבא וזנור "בין חובות התנהגות לחיובי ממון" דיני ישראל כד 1 (התשס"ז), שבו הבאתי מדברי האחרונים כי גם חיובי ממון אזרחיים לא תמיד מחילים על החייב חובת התנהגות לשלם לבעל הזכות. כך למשל חיוב ממוני שחל על קטין (למשל בעילה של עשיית עושר ולא במשפט) רק מכפיף אותו לכוח הגביה של בית הדין ושל בעל הזכות לעשות דין לעצמו, אבל אינו מחיל עליו חובת תשלומים. קטין שאינו משלם את חובו אינו עובר באיסור גזל. בדומה מסתבר לומר שעונש הקנס מטיל על הנידון חיוב כספי, אך לא חובת התנהגות לשלם. על עונש הקנס ראו עוד דבריו המאלפים של ר' אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק ב, סי' יג, עמ' כט (התשמ"ט).

20 הבחנה דומה נזכרת בדברי רבי עקיבא איגר, גיליון הש"ס למכות ה"א, וזו לשונו: "דבממון [...] דאף דבלא עדים לא היה הבית דין יכולים לחייבו, מכל מקום הוא בעצמו שיודע האמת – בר חיובא הוא ומוטל עליו לשלם. מה שאין כן בקנס דלקושטא דמלתא [=שלאמתו של דבר] אינו מוטל עליו לשלם, דכל זמן שלא חייבוהו בית דין אינו מחויב כלל... וכן בדיני נפשות דבמה שיודע האמת שהרג לאו בר קטלא [הוא] ואין עליו לחיוב כלל להמית את עצמו וליכא [=ואין] חיוב רק [=אלא] על פי פסק בית דין". ר' עקיבא איגר אומנם מדגיש שההבדל בין חיוב תשלומים לחיוב בעונש הוא שהראשון אינו תלוי בפסק הדין בעוד שהאחרון נוצר על ידי גזר הדין, אך אפשר להבין מתוך הדברים שלאחר גזר הדין חלה על הנידון עצמו חובה לשלם את הקנס או להיענש בעונש המוות. לדידי, פרשנות זו אינה הכרחית. נראה שר' עקיבא איגר מכוון לומר שלאחר גזר הדין העבריין הופך להיות "בר עונשין", כלומר אדם שמוטל עליו עונש מוות, על כל הנפקויות המשפטיות שיש לך (שאחת מהן נזכרת בסוגיה במכות שם לגבי דיני עדים זוממים, ראו להלן הערה 24); אך הוא אינו אומר במפורש שחיוב העונשין המוטל על האדם מחייב אותו לשאת את עונשו או לא להימלט ממנו. וראו דיונו של קירשנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 322.

21 ראו למשל בבלי סנהדרין פב ע"ב: "כהן ששימש בטומאה – חייב מיתה בידי שמיים". על מיתה בידי שמיים ראו פרץ סגל **חיוב בדיני שמים: חיובי מיתות בית דין וחיובי מיתה לשמים** (עבודת דוקטורט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, 1986); שי לביא "צדק בלוע באדמה: על חוק טבעי, חוק פוזיטיבי וענישה אלוהית" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 1079 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); שובל שפט **היחס בין ענישה בידי אדם לענישה בידי שמים במחשבת חז"ל** (עבודת דוקטורט, החוג למחשבת ישראל, אוניברסיטת בן גוריון, 2011).

"חייב מיתה"²². בדומה לדברי הרב עמיאל, יש אפוא להבין היגדים אלה כמורים על פעולות שצריכות ו"חייבות" להיעשות בנושא המשפט: חובה (על בית הדין) להרוג את השור הנוגח. בדרך דומה יש לפרש את כל כללי העונשין אשר נושא המשפט שלהם הוא העבריין, כהיגדים שאינם מטילים על העבריין עצמו חובה כלשהי, אלא מחייבים את בית הדין ושליחיו לגזור ולבצע את העונש הראוי בעבריין.²³ המינוח "חייב מיתה/מלקות" מציין גם את הסטטוס המשפטי של הנידון שהעונש נגזר עליו,²⁴ סטטוס שיש לו השלכות משפטיות שונות, אך הוא אינו כולל החלת חובת התנהגות על העבריין להיענש או שלא לברוח מעונשו.

יש להוסיף, שבמקורות המשפט העברי – מן המשנה והתלמוד ועד הדורות האחרונים – לא נזכר איסור מפורש על בריחה מעונש.²⁵ רק בספרות אחרונה האחרונים אנו מוצאים מקורות ספורים שדנו בשאלה האם אסור לעבריין לברוח מעונשו. למרות שבחלק מקורות אלו נקטו בעמדה הפוכה לזו של הרב עמיאל (כפי שנראה בסמוך), אני סבור שעמדתו של הרב עמיאל מתארת נכון יותר את התפישה ההלכתית – ולפיה העונש אינו כולל ואינו מנביע חובה המוטלת על הנידון להיענש.

אחד הפוסקים שעוררו את השאלה האם מותר לנידון למוות להימלט מעונשו הוא הרב חיים אלעזר שפירא, האדמו"ר ממונקאטש (1871–1937):

22 ראו למשל משנה בבא קמא ד, ד: "שור האצטדין (=שהרג אדם) אינו חייב מיתה". כיוצא בזה אנו מוצאים שהמונח "חייב" מתייחס לעיתים לדוממים. ראו למשל בבלי, יומא, יא ע"א: "בית הכנסת שיש בו בית דירה לחזן הכנסת – חייב במזוזה"; תוספתא, פאה, פרק ב: "הלקט והשכחה והפאה של נכרי – חייב במעשרות". כך גם בלשון ימינו. אנו אומרים "עסקת המכר חייבת במס", כאשר החובה אינה מוטלת כמובן על העסקה עצמה.

23 יש לציין שבחוק המקראי הדברים ברורים יותר. העונשים המקראיים מנוסחים כהוראה לבצע מעשה בחוטא על ידי ה"עם" וה"עדה", או בניסוח סתמי "מות יומת", וכיוצא בזה. אין במקרא אמירה שלפיה החוטא "חייב" בעונש. ראו למשל, ויקרא כד 16: "ונקב שם ה' מות יומת, רגום ירגמו בו כל העדה"; במדבר טו 35: "ויאמר ה' אל משה, מות יומת האיש, רגום אתו באבנים כל העדה מחוץ למחנה". דברים יז 6–7: "על פי שנים עדים או שלושה עדים יומת המת... יד העדים תהיה בו בראשונה להמיתו, ויד כל העם באחרונה". ועוד הרבה. על "משפט העדה" ראו יצחק ברנד "משפט העדה" – מעורבות העם בענישה הפלילית "דיני ישראל" כט 25 (התשע"ג).

24 על פי הדין התלמודי, אדם שנגזר עליו עונש מוות איבד את "זכותו" לחיים ואת ההגנה המשפטית לחייו, וההורג אותו פטור מעונש, ראו בבלי, מכות ה ע"א. כמו כן במקרה של בריחה של הנידון למוות, רשאים אחרים להורגו כדי לקיים בו את גזר הדין, ראו משנה תורה, הלכות סנהדרין, יד, ח.

25 ראוי להזכיר בהקשר זה גם את החוק המקראי האוסר להסגיר עבד בורח אל אדונו (דברים כג 16–17). החוק המקראי יחידאי בעניין זה ובלט לעומת קבצי החוקים של המזרח הקדמון שהכירו בחובה להסגיר עבד נמלט ואף קבעו עונשים חמורים על הפרתה (בחוקי חמורבי עונש מוות), ראו דוד קסוטו **אנציקלופדיה מקראית: אוצר הידיעות על המקרא ותקופתו** ו 7 (1954). אכן לא מדובר כאן על בריחה מעונש, אך יש דמיון מסוים בין הדברים, גם מבחינה מהותית וגם מבחינת הסטרוקטורה. המקרא מקבל את מוסד העבדות, ולכן מניח שהאדון רשאי להחזיק בעבד, שנתפש כקניינו, להעביד אותו ולמנוע ממנו לברוח. אך מצד שני המקרא כנראה אינו אוסר על העבד הקנוי לאדונו לברוח מהמשמורת "החוקית" שהוא נתון בה. וכאמור, המקרא אף אוסר את הסגרתו של העבד לבעליו על ידי צדדים שלישיים.

נסתפקתי זה מכבר, באחד שיוצא להיהרג על פי הסנהדרין כדין תורה, אם מותר לברוח אם יוכל להציל עצמו ממיתתו? אם גם עליו מצוה שיניח וייתן עצמו לקיים בו דין הריגת בית דין, או רק הסנהדרין וכל ישראל מצווין על זה, אבל הוא אם יוכל להציל את נפשו בחשאי מותר לו?

והנה בזה היה נראה לומר פשוט, כיון דבמיתתו (=שבמיתתו) תהיה לו כפרה, כדאמרין (=כפי שאמרנו) בסנהדרין במתניתין (=במשנה),²⁶ אם כן בודאי צוותה התורה עליו שייתן לכפר נפשו בזה, וזאת המיתה תהיה לו לכפרת עוון. וכיון שכבר נתחייב זה בסנהדרין במיתה זו, גם אם יעשה כל הסיגופים וכל התשובות, פשוט דלא יועילו לו, אלא בשיעשו בו משפט כתוב הנגזר עליו בזה.²⁷

בניגוד לרב עמיאל, טוען האדמו"ר ממונקאטש שגם אם אין איסור מפורש על בריחה מהעונש, ניתן ללמוד על קיומו של איסור כזה מכוח הסברה, שכן כפרתו של החוטא תלויה בעונש, והאדם חייב לעשות את הנדרש ממנו כדי לכפר על מעשיו. סברה זו קשורה בתפישה שאחת מתכליות הענישה, בעיקר בהקשר הדתי, היא לכפר על החוטא ולנקות אותו מהטומאה ומהלכלוך המוסרי שדבקו בו בעקבות החטא.²⁸ השיקול הפטרנליסטי שמעלה האדמו"ר ממונקאטש מניח שהכפרה טובה לאדם, ולכן יש הצדקה לחייב אותו להיענש ובכך לזכות לכפרה. ואולם נראה שמהלך זה נופל במעין "כשל נטורליסטי". מהעובדה שהעונש מכפר, אי-אפשר לגזור ש"בודאי צוותה התורה עליו שייתן לכפר נפשו בזה", שכן ייתכן שהתורה מאפשרת את הכפרה לאדם (באמצעות העונש), אך לא מחייבת אותו להתכפר. זאת ועוד, האדמו"ר ממונקאטש כותב בצורה נחרצת שלאחר גזר הדין אין החוטא יכול לכפר על חטאו אלא על ידי נשיאה בעונש, ושלא יועילו לו כל הסיגופים והתשובות. אך דברים אלו אינם נקיים מספקות. גם אם העונש מכפר על החוטא, אין זה אומר שאין בצדו דרכים נוספות לכפרה. הרי גם חוטא שלא עומד לדין יכול לכפר על מעשיו על ידי תשובה, חרטה ומעשים טובים.²⁹

נקודה זו חשובה לבירור היחס לענישה ולחובה להיענש, וראוי להרחיב בה קמעא. באמצעות תשובה וחרטה החוטא מנתק ומבדל את עצמו מהעבירה שביצע בעבר.³⁰ חרטה

26 משנה סנהדרין ו, ב ("היה רחוק מבית הסקילה כעשר אמות אומרים לו התוודה, שכן דרך המיתתו מתוודין, שכל המתוודה יש לו חלק לעולם הבא").

27 שו"ת מנחת אלעזר, חלק ד, סימן נ.

28 ראו בעניין זה: קירשנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 553–566, וכן בהפניות שבמפתח תחת הערך "כפרה", שם.

29 אכן בספרות החז"ל מופיע הרעיון שעל עבירות חמורות אין התשובה כשלעצמה מכפרת, אלא בתוספת ייסורים או מיתה (והכוונה למיתה בידי שמיים), אך גם לפי תפישה זו הכפרה אינה תלויה דווקא בהיענשות על ידי בית הדין.

30 בניסוח אחר אפשר לומר שהוא מבדל את ה"אני" הנוכחי שלו מה"אני" שלו בשעה שביצע את החטא בעבר. עניין זה קשור בשאלת הרציפות של ה"אני". ואכן כל ענישה שאינה נעשית מיד עם ביצוע העבירה מעוררת את השאלה באיזה מובן האדם הנענש הוא אותו אדם שביצע את

אותנטית שאין ספיקות לגבי אמינותה, עשויה לשנות אצל רבים את היחס לעברייני. במקרים קיצוניים נאמר שהוא השתנה עד כדי כך שקשה לזהות אותו עם ה"רוצח" שהוא היה בעבר. חזרה בתשובה בעוצמה כזו יכולה להיות שיקול מרכזי להקלה בעונש ואף לפטור מעונש (גם במקרים של ביצוע עבירה חמורה). מסתבר שההסתייגות מלקבל חזרה בתשובה כשיקול בבית משפט להקלה גורפת בעונש (או אפילו לפטור מעונש), נובעת בעיקרה מהחשש המתמיד שהתשובה אינה אמתית, אלא מוצגת כלפי חוץ באופן מניפולטיבי רק כדי ליהנות מהקלה בעונש. אך, מבחינתו של החוטא שחזר בתשובה מלאה ואין כוונתו לשוב לחטאי העבר, אין צורך בעונש כאמצעי לכפרה.³¹

מעין רמז למהלך האמור אפשר למצוא במדרש הבא שמדבר על חשיבותה של התשובה:

כל זמן שאדם חי הקב"ה מצפה לו לתשובה. מת – אבדה תקותו, שנאמר (משלי יא) "במות אדם רשע תאבד תקוה". משל לכת אחת [של] ליסטים שהייתה חבושה בבית האסורין, חתר אחד מהן חתירה אחת וברחו כולן, נשתייר שם אחד מהן ולא ברח. כיון שבא השלטון התחיל לחבטו במקל, אמר לו: ביש גדא וטמיע מזלא (=חסר מזל), חתירתא קומך לא הות עריק (=חתירה לפניך ולא ברכת)?! כך לעתיד לבא הקב"ה אומר לרשעים: התשובה לפניכם ולא שבתם?³²

המשל המובא במדרש מעניין מכמה בחינות. ראשית, בעל המדרש לא ראה כל קושי להשתמש במשל הליסטים המצדיק ומעודד בריחה מהכלא. גם אם נאמר שראה לנגד עיניו בית כלא של נכרים, עדיין האנלוגיה לדין תורה מפתיעה, ובפרט שהקב"ה מקביל ל"שלטון" שבמשל. זאת ועוד, אם המסר העיקרי של המשל הוא שלא להחמיץ הזדמנות העומדת לכל

העבירה בעבר. שאלה זו העסיקה את ג'ון לוק **על שכל האדם** II 457 פרק 27 פסקה 9 ואילך (יוסף אור מתרגם, התרפ"ח). לדעתו התודעה והזיכרון הם התנאים לקיומה של רציפות של ה"אני", ראו שם בעמ' 473–478, בפס' 17–20. התשובה תופשת מקום מרכזי בחשיבה ההלכתית, אך מעניין לציין שהיא פוטרת את האדם מעונשי שמים, אך לא מעונשים המוטלים עליו על ידי בית הדין. ראו גם הדיון המקיף של השופט משה דרורי בת"פ (מחוזי י-ם) 2003/06 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 8.9.2008). על תפישה שלפיה חרטה ותשובה אמתיות וכנות יכולות וצריכות לשמש בסיס להקלה בעונשי נאשמים ראו John Tasioulas, *Punishment and repentance*, 81 PHILOSOPHY 279 (2006); John Tasioulas, *Repentance and the Liberal State*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 487 (2006).

31 על ההבחנה בין היחס של המשפט האנושי לבין היחס של המשפט האלוהי לתשובה, ראו תלמוד ירושלמי, מכות פרק ב הלכה ו (ז ע"א): "שאלו לחכמה: חוטא מהו עונשו? אמרו להם: 'חטאים תרדוף רעה'. שאלו לנבואה: חוטא מהו עונשו? אמרה להן: 'הנפש החוטאת היא תמות', >שאלו לתורה: חוטא מהו עונשו? אמרה להן: יביא קרבן ויתכפר לו. < שאלו לקב"ה: חוטא מהו עונשו? אמר להן: יעשה תשובה ויתכפר לו". וראו נחום רקובר "התשובה והענישה הפלילית" **דפי פרשת השבוע של משרד המשפטים** גיליון 265 <http://www.daat.ac.il/mishpat-265-2.htm>.

32 קהלת רבה, פרשה ז (פס' טו). משם הובאו הדברים בספר שערי תשובה לרבנו יונה גירודני, שער ראשון אות ב. הזכרתי את המדרש הזה במאמרי באנגלית, עקבא ווזנר, לעיל ה"ש 7; לאחר מכן הובאו הדברים גם בספרו של קירשנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 323–324.

חוטא להציל את חייו על ידי חזרה בתשובה, הדרשן היה יכול להשתמש במשל פחות טעון מבחינה ערכית. לדוגמה, משל לרופא שהורה לחולה ליטול תרופה מסוימת, וכשהחולה לא נטל את התרופה ועמד למות ממחלתו אמר לו הרופא: "ביש גדא, ההזדמנות להירפא עמדה לפניך, ולא ניצלת אותה?!". העובדה שהמשל עצמו נשאר בשדה המשפטי ומתייחס לבריחה מהכלא, מלמדת שהחזרה בתשובה היא בעצם בריחה (ראויה) מהעונש! המדרש מעביר אפוא את המסר שמבחינת האדם שנענש, נשיאה בעונש היא סוג של קרבן שווא שאין בו צורך ושארף ראוי להתחמק ממנו כדי להציל את חייו. מבחינת העבריין הדרך הנכונה לתקן את החטא ולכפר על מעשיו היא באמצעות תשובה.

אומנם, המדרש מתייחס לעונשי שמים ולא לעונשי בשר ודם, ואכן בית דין הדין בידי אדם אינו מתחשב בתשובתו של הנאשם כסיבה מספקת לפטרו מעונש. ואולם, העוצמה של הרעיון המגולם במדרש בעינה עומדת גם ביחס לעונשי בית דין. העבריין אינו חייב לשאת את עונשו; החובה העיקרית המוטלת על העבריין היא לשפר את דרכיו ולחזור בתשובה. רעיונות דומים חודרים גם לשיח העכשווי בעניין מקומה הראוי של הענישה הפלילית. הליכים כמו צדק מאחה ושיקום, שמחליפים את הענישה, מבליטים את החשיבות של החרטה והשיקום של העבריין כתיקון הולם יותר למעשי הפשע שביצע, מאשר ענישה. במקביל, יש הטוענים שאחת ממטרותיה של הענישה, בצד הגמול או ההרתעה, היא להעביר מסר חינוכי לעבריין שידרוש ממנו להפנים את תוצאות מעשיו, את הפגיעה בקרבנות ואת הערכים החברתיים והמוסריים שלא ציית להם בעבר.³³ לפי גישה זו, ניתן לטעון שעבריין שבורח מהעונש מראה בכך שהוא איננו מפנים את הערכים המוסריים הראויים ואינו מיטיב את דרכו. אך לטעמי הנחה זו אינה תמיד נכונה. מטרות הענישה מתייחסות לנקודת המבט של החברה המענישה, ואכן אחת מהמטרות של הענישה, שנותנת לה גם הצדקה, היא מתן אפשרות לעבריין להראות שהוא מפנים את ערכי החברה בהם פגע. אך, מנקודת המבט של העבריין, הוא כמובן יכול לשוב בתשובה מלאה ולהתחרט על מעשיו גם אם יתחמק מהעונש. גם תובנה זו מגולמת בדברי המדרש שנזכר לעיל. חזרה בתשובה היא קודם כל עניין אישי של האדם החוטא בינו לבין עצמו, וככזו היא אינה תלויה דווקא בנשיאה בעונש שהוטל עליו על ידי החברה. גם במישור הבין-אישי, אין ספק שמוטלת חובה על העבריין לבקש סליחה ומחילה מקרבנותיו, לפייס את כל מי שנפגע ממעשיו ואף לפצות אותם במקרה הצורך, אך כל זה אינו קשור לנשיאה בעונש. אין הצדקה נורמטיבית לטענה שהעבריין חייב לשאת בעונש ולסבול רק כדי לרצות את הקרבנות שלו.

בשולי הדברים ראוי לשים לב לכך שגם האדמו"ר ממונקאטש שסובר שאסור לעבריין להתחמק מעונשו, תולה זאת בכך שהעונש נדרש לשם כפרה וניקוי של החוטא. אך גם האדמו"ר ממונקאטש מסכים להבחנה האנליטית שפתחנו בה, שלפיה החובה להיענש אינה נגזרת ממושג העונש עצמו, ומכאן שבמקרה שהנידון יודע שהוא חף מפשע ואינו זקוק

33 ראו DUFF, *Probation, punishment and restorative justice*: לעיל ה"ש 8, וכן R.A. Duff, *Should Al Turism be engaged in punishment?*, 42 HOWARD J. CRIME & JUST. 181 (2003).

לכפרה, מותר לו לברוח.³⁴ זאת, בניגוד לתפישתו של סוקרטס שסבר שגזר הדין עצמו מטיל על הנידון חובה משפטית להיענש.

ג. קוהרנטיות נורמטיבית ומידתיות

ראינו שמושג העונש עצמו אינו חייב לכלול בתוכו חובה המוטלת על הנידון להיענש. אבל עדיין יש לתהות, האם עמדה משפטית המחייבת להעניש את העבריין, אך לא מחייבת אותו עצמו להיענש – קוהרנטיות? דיני העונשין מטילים חובה על גורמי אכיפת החוק ובתי המשפט להביא להענשתם של עבריינים, ומניחים בכך שזהו מצב העניינים הראוי והמחויב. כיצד ייתכן שבאותו זמן, לנידון עצמו, מותר להתחמק מהעונש? מדוע הוא עצמו אינו מחויב להביא לאותה תוצאה ראויה ומוצדקת? יתרה מזאת, מה עומד מאחורי הסדר משפטי המאפשר לנידון להפריע ולמנוע מגורמי אכיפת החוק האחרים לבצע את החובה המוטלת עליהם להעניש את העבריין?³⁵

34 כך כתב הרב יצחק וייס, שו"ת מנחת יצחק, חלק ב סימן סד: "ראיתי באחרונים דיש להסתפק במי שנתחייב מיתה כדת בסנהדרין, אם מותר לו לברוח כשיוכל, והיינו אם בו תלוי גם כן חלק קיום המצוה לעשות בו משפט כתוב (ועיין בזה בשו"ת מנחת אלעזר ח"ד סי' נ). והיה נראה דכל זה אם יודע בעצמו שהוא חייב, אבל אם הוא יודע בעצמו שאינו חייב, והעדים העידו בו בשקר, אף שהבית דין פסקו כדין תורתנו הקדושה ד'על פי שנים עדים יקום דבר', בזה יש לומר דמותר לו לברוח. ויש לומר דתליא בהא דאיתא בבכור שור (יבמות פ"ז ע"ב) הביאו הפתחי תשובה (יו"ד סי' קכ"ז סק"ז), שנסתפק בשנים שאמרו על דבר אחד שאסור הוא, ויש אחד שיודע בבירור שהוא מותר, ושקר העידו, מהו שיאכל אותו דבר בצנעה בל יודע לאיש, ובפרהסיא בודאי אסור, ולא כל כמיניה, ובית דין מצווים להפרישו. וכתב דתליא בפלוגת הרמב"ם והראב"ד (פי"א מהלכות שגגות) עיין שם. והגם דבנדון דידן אם בורה הוא פהרסיא, דכולי עלמא יידעו מזה, מכל מקום יש חילוק בין אכילת איסור לבין להציל עצמו ממיתה על לא חמס בכפו".

ביחס לעבירה של בריחה ממשמורת, נראה שמבחינה פורמלית היא חלה גם במקרה של חף מפשע שנמלט מעונש מאסר שהוטל עליו בטעות. די בכך שעונש המאסר הוטל עליו כדין כדי שהמשמורת תהיה חוקית, וההימלטות ממשמורת חוקית אסורה. זהו גם המצב בבריחה של חשוד שיודע שהוא חף מפשע, ממעצר חוקי. אכן, מסתבר שבמקרים שנגזר על נאשם עונש חמור והוא הצליח לברוח ולאחר מכן להוכיח את חפותו – אין זה הוגן שהתביעה תגיש כתב אישום על הבריחה עצמה ולברוח תעמוד הגנה מן הצדק. ואולי הוא יוכל לטעון גם להגנת הצורך. אכן ראו פסקי הדין האמריקאים *People v. Ah Teung*, 98 Cal. 421, 28 Pac. 577 (1895); *Miers v. State*, 34 Tex. Crim. 161, 29 S.W. 1074 (1895), מהם משתמע שמאסר של חף מפשע יוגדר תמיד כ"משמורת בלתי חוקית", שמותר לברוח ממנה.

35 מבחינה זו האיסור על בריחה ממשמורת מזכיר את העיקרון הרחב יותר המטיל חובה על האזרחים כולם שלא להפריע לפעילות שלטונית, כמו למשל בעבירה של הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו [ס' 275 לחוק העונשין: "העושה מעשה בכוונה להפריע לשוטר כשהוא ממלא תפקידו כחוק או להכשילו בכך, או להפריע לאדם אחר או להכשילו מלעזור לשוטר, דינו – מאסר עד שלוש שנים ולא פחות משבועיים ימים"]. לפי היגיון זה, גם אם לא מוטלת על הנידון חובה להיענש, מוטלת עליו חובה שלא להפריע למוסדות המדינתיים המופקדים על הענשתו לבצע את תפקידם. אכן, לשיטתי ראוי לסייג את העבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו ולא

תהיות אלו מבוססות על תפישה שלפיה אם מצב עניינים מסוים ראוי, ולכן מוטלת חובה על פלוני לדאוג להתממשותו, הרי שמאותו טעם גופו גם אחרים שיש להם נגיעה לאותו מצב עניינים מחויבים לדאוג במעשה או במחדל להתממשותו, ובוודאי שאסור להם להפריע לפלוני לבצע את המוטל עליו. ובהקשר שלנו: אם הדבר הנכון הוא שמבצע עבירה ייענש (ולכן בית המשפט וגורמי אכיפת החוק מחויבים להביא להענשתו) הרי שגם העבריין עצמו מחויב לדאוג לכך ואסור לו לברוח מהעונש. אך הלוגיקה הדאונטית הזו אינה הכרחית. הביסוס התיאורטי לעמדה ההפוכה נעוץ בתובנה שחובות נורמטיביות (משפטיות או מוסריות) המוטלות על צדדים שונים השותפים לאותה סיטואציה, יכולות לסתור זו את זו, בלא שתהיה בכך פגיעה בקוהרנטיות הנורמטיבית של השיטה. זאת, משום שמיהות נמען הנורמה והמחיר שהנורמה תובעת ממנו הם גורמים חשובים בקביעת החובות וההתנהגות הראויה.³⁶ תובנה חשובה זו מצביעה על ממד של יחסיות נורמטיבית במוסר ובמשפט, במובן זה שהנורמות התקפות והמחייבות במצב עניינים נתון משתנות זו מזו בהתאם למיהותם של נמעני כל נורמה ונורמה. לשיטה זו, המערכת המשפטית יכולה וצריכה להכיל את נקודות המבט השונות ובהתאם לכך לקבוע נורמות התנהגות שונות לשחקנים השונים. ובהקשר שלנו: המשפט יכול (ולטעמי צריך) להכיר בכך שמצד אחד מוצדק שהחברה תעניש את העבריין, ובה בעת להכיר בכך שמצד שני מוצדק שהעבריין ינסה לברוח ולהתחמק מהעונש כדי להגן על חירותו.

היחסיות הנורמטיבית האמורה משתקפת במצבים משפטיים שונים. נעיין בכמה דוגמאות, חלקן שלא מן ההקשר של הענישה. ראובן סבור בטעות שיוסף מנסה להרוג את דינה. בהנחה שמתקיימים במקרה זה התנאים של סייג ההגנה העצמית (או דין רודף במשפט העברי) מותר לראובן, וייתכן שהוא אפילו מחויב בדבר, לפגוע ביוסף כדי להציל את דינה. ואולם יוסף אינו מתכוון כלל להרוג את דינה, ולכן מצדו מותר לו לפגוע בראובן התוקף אותו, כדי להגן על עצמו.³⁷ הנקודה המעניינת היא שהמערכת המשפטית יכולה להכיל בתוכה את נקודות המבט השונות של ראובן ויוסף ולהנחות אותם לפעול בצורות הסותרות זו את זו. דוגמה אחרת של טעות במצב דברים אפשר למצוא במקרה של סוקרטס: בית המשפט האתונאי סבר שסוקרטס ביצע עבירה וגזר עליו עונש. נניח שבית המשפט עשה את הדבר הנכון מנקודת מבטו. גזר הדין חייב את הסוהרים לכלוא את סוקרטס ולהוציאו להורג, וזה היה המעשה הראוי מנקודת מבטם. מצד שני, סוקרטס ידע שהוא חף מפשע. לא יהיה בכך

להחיל אותה על חשוד שמתנגד למעצר (אם הוא לא מבצע עבירה אחרת של תקיפת שוטר וכיוצ"ב).

36 לדיון בהבחנה שבין מוסריות המעשה כשלעצמו לבין מוסריות התלויה במיהות הסובייקט הפועל ראו באנציקלופדיה המקוונת לפילוסופיה של אוניברסיטת סטנפורד, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Reasons for Action: Agent-Neutral vs. Agent-Relative: <https://plato.stanford.edu/entries/reasons-agent/#WhyDisMat>.

37 לניתוח מקיף ומעמיק של מקרים מסוג זה ראו Heidi M. Hurd, *Justifiably Punishing the Justified*, 90 MICH. L. REV. 2203 (1992).

חוסר קוהרנטיות אם שיטת המשפט תכיר בכך שמנקודת מבטו של סוקרטס הדבר הנכון הוא להגן על חרותו ולמנוע את ביצוע העונש, למשל באמצעות בריחה מהכלא.³⁸ אך יחסיות נורמטיבית יכולה להתקיים גם במקרים בהם כל הצדדים מודעים באופן מלא לנסיבות. ניטול למשל את המקרה הבא: על פי הגנת הצורך מותר לראובן לגנוב את מכוניתו של שמעון אם זו הדרך היחידה בה הוא יכול להציל את חייו של פצוע המצוי בסכנת חיים. המשפט העברי קובע בנוסף גם חובת הצלה, שבמסגרתה מוטלת על כל אדם החובה לגנוב את המכונית כדי להציל את הפצוע. גם המשפט הישראלי מטיל חובת הצלה דומה במקרים מסוימים: הורים אחראיים לשלום ילדיהם, וייתכן שחובה זו תכלול את החובה לגנוב רכב של אדם זר כדי להציל את ילדם הפצוע. מבחינת איזון הערכים משמעות הדבר היא שהערך של הצלת חיי הפצוע חשוב מהערך של שמירה על האינטרס הקנייני של בעל המכונית. האם ניתן לגזור מכאן ששמעון, בעל המכונית, חייב למסור את מכוניתו להצלת חייו של הפצוע או למצער לא להתנגד לכך שראובן ימלא את החובה המוטלת עליו ויטול ממנו את מכוניתו? לפי הגישה היחסית – התשובה שלילית. אפשר להחזיק בעמדה (וזה אכן עמדת ההלכה ושיטות משפט שונות) שראובן רשאי ואולי אף חייב לגנוב את המכונית של שמעון להצלת הפצוע, אך מצד שני לבעל הרכב מותר, באותה סיטואציה עצמה, לנעול את הרכב או לנסוע מהמקום, ובכך למנוע את הצלת הפצוע. טעמם של דברים נעוץ כאמור בתובנה שהדרישה משמעון לוותר על ממונו, גם אם כדי להציל חיי אדם אחר, תובעת ממנו לשלם מחיר גבוה מדי ומעמידה אותו בדילמה אכזרית – האם לוותר על ממונו או להפר את הנורמה. ודוק: הן מבחינה אנליטית הן מבחינה פסיכולוגית, יש הבדל בין כלל שמחייב את בעל המכונית לאבד את מכוניתו, במעשה או במחדל כדי להציל חיי אדם אחר, לבין כלל הפוטר את בעל המכונית מחובה כזו, אך חושף אותו מבחינה משפטית לאפשרות שצד שלישי ייטול (ואולי אף יהיה מחויב לייטול) את מכוניתו כדי להציל חיים. אפשר לטעון שאין זה הוגן לדרוש מאדם לאבד את כספו כדי להציל חיים, מבלי להתחייב לטענה שאין זה הוגן לחשוף אותו לאיבוד כספו על ידי אחרים לצורך הצלת חיים. ההבדל בין המקרים נעוץ ב"מחיר" השונה שתובעת כל אחת מהנורמות מבעל המכונית. הנורמה השנייה חושפת אותו לאפשרות שייטלו ממנו את מכוניתו בכוח, בעוד שהנורמה הראשונה מחייבת אותו עצמו להביא בעצמו, במעשה או במחדל, לתוצאה של הפסד רכשו.³⁹ ובמילים אחרות: הטלת חובה על אדם לבצע מעשה ראוי ומוצדק (כגון לאבד את מכוניתו למען הצלת חיי הזולת), יכולה להיות בעצמה לא מוסרית אם המחיר שקיום הנורמה תובע מאותו אדם גבוה מאוד. באותו אופן בדיוק אפשר לטעון שמוצדק להעניש עבריינים בכוח, אך אין זה מוצדק לחייב אותם לשאת

38 שיקול דומה אפשר להפעיל בנוגע למטרה המניעתית של הענישה. אחת המטרות של מאסר היא להרחיק את העבריין המסוכן מהציבור ולמנוע ממנו את האפשרות לחזור ולפשוט. ואולם אם האסיר יודע בעצמו שאין בכוונתו לחזור ולפשוט – אין כל הצדקה להטיל עליו חובה להישאר בכלא. מוצדק אפוא שהחברה החוששת שהוא עדיין מסוכן תאסור אותו, אך מוצדק גם שהוא יברח מהכלא אם הוא יודע בעצמו שהוא איננו מסוכן יותר.

39 על "מחירה" של הנורמה כמושג מפתח בחשיבה ההלכתית ובמשפט בכלל ראו מאמרי "על קוהרנטיות ואפקטיביות בהלכה" דיני ישראל כ-כא 43 (התש"ס-התשס"א).

את עונשם ולאסור עליהם לנסות ולברוח מהעונש ובכך לפגוע בעצמם במו ידיהם. זהו הבסיס למודל המוצע במאמר זה: הענשת עבריינים מוצדקת וראויה, אך לא מוצדק להטיל עליהם עצמם חובה להיענש.

כדי לסבר את האוזן נחשוב על הדוגמה הבאה: משרד הבריאות מתקן מדי פעם תקנות שונות המורות לחסן את כל אוכלוסיית הילדים מפני נגיף מסוכן, הן כדי להגן על הילדים שמקבלים את החיסון, הן כדי למנוע התפרצות מגפה שתסכן אחרים. אין ספק שתקנה כזו שבאה להגן על בריאותם של הילדים מוצדקת וראויה. התקנה פונה בראש ובראשונה להורים, לרופאים ולאחיות, ומורה להם לדאוג לביצוע החיסון בילדים. לשם כך רשאים ההורים והרופאים להשתמש בכוח, לתפוס בילד ולהזריק לו את החיסון. אך האם ראוי והוגן להטיל חובה על הילדים עצמם לקבל את החיסון בשקט ולא להתפרע או לנסות להתחמק מהחיסון הכואב? האם הוגן לכעוס על ילד שבשל פחדו מהחיסון ניסה לברוח מהוריו ומהאחות המחזיקה במזרק המאיים? האם ראוי שהוריו יענישו אותו על בריחתו זו? דומה שהתשובה לשאלות אלו שלילית. אין זה ראוי לצפות ולדרוש מהילד שיבוא מרצונו לקבל את זריקת החיסון הכואבת והמפחידה אותו כל כך, ובוודאי שאין זה ראוי להעניש אותו לאחר מעשה, אם ברח מהחיסון. הטלת חובה כזו מעמידה את הילד בפני דילמה קשה: מצד אחד להתמודד עם פחד שקשה לו לעמוד מולו, ומצד שני להפר חובה המוטלת עליו ולהיענש על כך. חוסר המוסריות בהענשת הילד שברח מהחיסון – נראה אף חמור יותר. אין זה הוגן להטיל עליו עונש על כך שלא התגבר על פחדיו. אכן בדוגמה זו מדובר בקטינים שאינם בני אחריות פלילית (אם כי אפשר לחשוב על דוגמה דומה של חיסון כואב במיוחד לנערים בוגרים יותר שהם בני אחריות פלילית), אך בכל זאת האנלוגיה לעונשים המוטלים על בגירים תקפה. גם בגירים פוחדים וחוששים (ובצדק רב) מהפגיעה של הענישה המשפטית המוטלת עליהם, ובוודאי כשמדובר בעונשים חמורים כמו מאסר לתקופה ממושכת או עונש מוות. אין זה הוגן לדרוש מאדם, גם אם ביצע עבירות חמורות בעבר, לאבד את חייו (במעשה או במחדל של אי בריחה), ולהעניש אותו בעונש נוסף אם לא עמד בחובה שהוטלה עליו.⁴⁰ דיני העונשין מניחים שמוצדק להפעיל כוח על העבריין ולהעניש אותו, היינו לפגוע בו באופן מכוון, כדי לקדם את מטרת הענישה השונות; אך הדרישה מהעבריין לשתף פעולה עם מערכת אכיפת החוק שמבקשת להעניש אותו, צינית ולא הוגנת. דרישה זו מעמידה את העבריין אשר נקרתה לו הזדמנות לברוח מהעונש, בפני דילמה קשה עד בלתי אפשרית – לוותר על חירותו מרצונו (ולפעמים מדובר בשנים רבות של מאסר), או להיות חשוף לגינוי חברתי ולעונש על הבריחה מהעונש (אם ייתפס). וכאמור, הקושי המוסרי בולט עוד יותר לאחר מעשה, כאשר בית המשפט מטיל עונש נוסף בדיעבד על האסיר שלא עמד בפיתוי ונמלט מהכלא כדי להגן על חירותו.⁴¹

40 וכפי שצינתי לעיל, בשונה מהובס שטען כי העבריין שנגזר עליו עונש מוות אינו מחויב יותר לציית לחוק המטיל עליו את העונש, הטענה כאן היא שאין זה ראוי שהמשפט יטיל על העבריין חובה כזו מעיקרה, ולא רק בעונש מוות, אלא גם בעונשים אחרים.

41 כך שגם מי שמתנגד לטענתי לפיה מותר לנידון לברוח לכתחילה (כלומר שמעשה הבריחה מוצדק) עשוי להסכים שיש להעניק לבורח הגנה מסוג של פטור.

לכאורה אפשר לטעון מנגד, שנורמות משפטיות ומוסריות תובעות לעיתים מחירים כבדים מנמעני הנורמה, כולל ויתור על חייהם. בשיטות משפט רבות, וכך גם במשפט העברי, אסור לאדם להרוג אדם חף מפשע אחר כדי להציל את חייו שלו (מלבד במקרה של הגנה עצמית), ובמקרים מסוימים הוא אף עשוי לעמוד על כך לדין ולהיענש. בדומה, אסור לחייל הנופל בשבי לגלות סודות מדינה גם אם הוא צפוי לעינויים או למוות. מדוע שלא נצרף למקרים אלה גם את החובה להיענש ואת האיסור לברוח ממשמורת חוקית, גם במקרה שהם תובעים מהנמען (שנגזר עליו עונש) מחיר גבוה של איבוד חייו או חירותו? נראה שההבדל נעוץ במבחן המידתיות. בדוגמאות הנזכרות הנורמות שתובעות מחיר גבוה מהנמען באות להגן באופן מידתי על ערכים מוסריים ואינטרסים חשובים אחרים (ערך החיים של הזולת, הגנה על סודות מדינה), שגוברים על אינטרס החיים או החירות של נמען הנורמה. במקרה של בריחה מעונש, לעומת זאת, קשה יותר להצביע על פגיעה לא לגיטימית באינטרס חברתי שנגרמת בעקבות הבריחה (ראו דיון בהמשך), ובנוסף מדובר בנוק קטן יחסית שאינו מצדיק את המחיר הגבוה שנמען הנורמה (הוא האדם שנידון לעונש) נתבע לשלם. זאת ועוד, בדוגמאות של עבירת הרצח או גילוי סודות מדינה, המחירים הגבוהים נתבעים מנמען הנורמה רק במקרים נדירים ובאופן אינצידנטלי, בעוד שבמקרה של הענישה הטלת חובה להיענש דורשת מהנידון לקדם את הפגיעה בו עצמו, ולא באופן מקרי, אלא באופן קבוע ומכוון. דרישה כזו נראית בלתי הוגנת, ובמקרים קיצוניים אף אכזרית.

ראוי לציין ששיקולים מסוג זה אינם זרים גם לשיטות המשפט (כמו זו הישראלית) שמענישות על בריחה ממשמורת. כך למשל זכות השתיקה, המוכרת כזכות יסודית בשיטות המשפט המודרניות, מבוססת בין השאר על רציונל דומה שלפיו אין זה הוגן לדרוש מאדם להפיל את עצמו ולהביא את עצמו לידי מצב שבו ייענש: "זכות השתיקה באה כדי למנוע מאדם, להיקלע לטרילמה שבה הוא מיטלטל בין החובה המוסרית והמשפטית לומר את האמת לבין החולשה האנושית"⁴² לשקר כדי להציל את עורו, לבין הסתבכות בכיזיון בית-

42 בית המשפט רואה בשקריו של הנאשם חולשה אנושית. ואכן, על פי תפישה זו יש שמסבירים את זכות השתיקה כסוג של הגנת "פטור" (excuse); כלומר, בעצם מוטלת על הנאשם החובה להשיב אמת לשאלות החוקרים ולהודות במה שעשה, ואולם משיקולי הוגנות ניתן לנאשם "פטור מהודאה" כמנגנון להתמודדות עם חולשה אנושית בלתי נמנעת. ראו William J. Stuntz, *Self-Incrimination and Excuse*, 88 COL. L. REV. 1227, 1242 (1998) הנידונות במאמר ניתן לטעון ששקר שנועד להגן על חייו או על חירותו של אדם איננו "חולשה אנושית", אלא מעשה שמותר ומוצדק לכתחילה (Justification). שאלה זו עמדה במוקד הוויכוח המפורסם שהתנהל בין קאנט לבין בנג'מן קונסטן (Constant) בשאלה האם מותר לאדם לשקר לרוצח השואל אותו למיקומו של הקרבן אותו מבקש להרוג. קאנט התייחס לסוגיה במאמר קצר Immanuel Kant, *On a Supposed Right to Lie Because of Philanthropic Concerns*, ולדבריו שקר אסור בכל מקרה. לתיאור המחלוקת ולדיון שעשויות להיות לו השלכות לנושא דיונינו כאן, ראו Helga Varden, *Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis*, 41 SOC. PHILOSOPHY 403 (2010).

המשפט עקב סירובו להעיד. כל אלה נמנעים על-ידי זכות השתיקה⁴³. אך שיטות אלו לא צעדו את הצעד המתבקש הנוסף שלפיו כשם שאין זה הוגן לחייב אדם להפלייל את עצמו כך אין זה הוגן לאסור עליו להימלט מהעונש. אכן, לטעמי הסדר המתיר לעבריין לברוח מהכלא, או לפחות כזה המעניק לו הגנה מסוג של פטור (excuse) מעונש בדיעבד, נראה נכון וראוי יותר. הסדר שכזה משקף תפישה משפטית מורכבת, ומשדר מסר של הוגנות ואנושיות גם כלפי המורשעים, מסר שהוא חשוב מאוד כשמדובר בהליך הפלילי בו מפעילה המדינה את כוחה בצורה אגרסיבית ביותר.

אפשר לחזק את הדברים גם מנקודת מבט חוקתית. כל עבירה פלילית פוגעת בחירות של האזרחים נמעני החוק⁴⁴, ולכן כפופה לצורך בהצדקות חוקתיות כבדות משקל כדי להכשיר אותה. ניטול למשל את עבירת הגניבה. היא פוגעת בחירותו של האזרח לכתחילה בכך שהיא מגבילה את האוטונומיה שלו ואוסרת עליו לבחור לבצע מעשה גנבה, והיא פוגעת בחירותו בדיעבד, כאשר היא מענישה גנבים בעונש מאסר ששולל מהם את חירותם (או בעונש קנס שפוגע בקניינם). על פי פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פגיעה בחירותו של אדם (או בשאר הזכויות המוגנות הנזכרות בחוק) צריכה להיעשות בחוק, להיות מדתית ולהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לא כל התנהגות שאינה רצויה מבחינה חברתית מוצדק להפלייל (קרי – לאסור בחקיקה פלילית נושאת ענישה). התנהגויות רבות (כמו הבריחה מעונש שבה אנו עוסקים, או ניצול חופש הביטוי לאמירת דברים מרגיזים ומקוממים) יוצרות כעסים, מתחים ותחושות תסכול אצל אזרחים רבים, אך לא די בכך כדי להפלייל אותן. אחד המבחנים המקובלים בחשיבה המערבית להצדקה להפללתה של התנהגות נתונה הוא עיקרון הנזק של מיל, שלפיו מוצדק לאסור את ההתנהגות בחוק רק אם היא גורמת נזק לאזרחים אחרים. מלומדים אחרים הציעו מבחנים נוספים⁴⁵. בסופו של דבר, דומה כי שאלת ההפללה תלויה במידה רבה בהפעלת שיקול דעת שלעיתים קשה לתרגמו למבחנים ברורים. וכאמור, גם אם הגענו למסקנה שמוצדק להפלייל התנהגות מסוימת, יש לוודא שהפגיעה בחירות האזרח שכרוכה בהפללת ההתנהגות תהיה מידתית ומצומצמת עד כמה שניתן. ברוח זו קבע בית המשפט העליון את "עיקרון שיוויות המשפט

43 בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב יפו, פ"ד נא(3) 750 (1997). וראו למשל: PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE 549 (2010): "The privilege against self-incrimination is said to spare the accused the 'dilemma' of the choice between testifying truthfully and contributing to his own conviction, or committing perjury in order to escape punishment. In some – mostly American – variations, this hateful choice becomes 'the cruel trilemma': confession, perjury, or contempt"

44 ראו פסק דינו של ברק בע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

45 ראו למשל אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243 (2002); אריאל בנדור והדר דנציג רוזנברג "המעמד החוקתי של שיוויות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא 373 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015).

הפלילי", שלפיו יש להשתמש במשפט הפלילי בצורה מידתית, ולהפעילו רק אם אי-אפשר להשיג את מטרתיו בצורה אחרת שפגיעתה בנאשם פחותה.⁴⁶ עבירת הבריחה ממשמורת פוגעת בחירותם של נמעניה יותר מרוב העבירות אחרות. בשונה מעבירות אחרות שמגבילות את מימוש חופש הבחירה של האזרחים לבצע פעולות שונות (כגון גניבה ואונס), עבירה זו דורשת מהאזרח לוותר על חירותו במובן הממשי ביותר של המושג ולהישאר בכלא. בנוסף, בדומה לעבירות אחרות, היא קובעת שעל המפר את החוק יוטל עונש מאסר שיפגע בחירותו פגיעה נוספת. השאלה היא כאמור, האם עבירת הבריחה מהכלא מוצדקת מבחינה חוקתית? האם הבריחה של העבריין האסיר מהעונש היא מעשה "רע" שמוצדק להפליל אותו? וגם אם המעשה "רע", האם ההפללה בגינו מדתית? האם הבריחה גורמת נזק חברתי משמעותי, ומהו בדיוק אותו הנזק?⁴⁷ ובמילים אחרות: מה היה קורה בעולם שבו אין עבירה של בריחה ממשמורת? אילו נזקים חברתיים היו נגרמים? צריך לזכור שרוב האסירים לא בורחים מהעונש לא בשל קיומה של העבירה הפלילית, אלא בשל העובדה שהם לא יכולים לברוח – בתי הכלא מוקפים בחומות גבוהות והשמירה על האסירים הדוקה. וכאמור, גם אם נשתכנע שהבריחה היא מעשה רע שגורם נזק חברתי ושמוצדק להפליל אותו, צריך לבדוק האם העבירה הפלילית היא המכשיר הטוב ביותר למנוע את הבריחה, והאם העבירה, המחיר הכרוך בה והעונש הצמוד לה עומדים במבחן המידתיות?

דומה ששאלות אלו לא נידונו עד כה בתשומת הלב הראויה, ושהתשובות להן אינן פשוטות. דיון רציני בשאלות אלו מצריך בירור של מטרות הענישה השונות ובחינה כיצד ובאיזו מידה בריחה של אסיר פוגעת בהן, והאם פגיעה כזו, במידה וקיימת, מצדיקה את הפללת הבריחה. מנגד, צריך לזכור את המחיר הגבוה שהעבירה משיטה על העבריין בכך שהיא דורשת ממנו לוותר על חירותו. האם המחיר הזה מדתי ביחס לנזקים שגורמת

46 בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 20 (פורסם בנבו, 12.7.2010). נצטט מקצת מדבריו של השופט ג'ובראן שם: "הדיון בשאלת ההצדקה החוקתית בהעמדה לדין פלילי, בהתאם לעקרונות המידתיות, מתקשר בקשר הדוק לדין רחב יותר בדבר גבולות המשפט הפלילי, ומטרותיו של המשפט הפלילי, שאין מקום להרחיב בו כעת [...] ברצוני להתמקד בגזרה צרה יותר של דיון זה, המתקשר לשאלת המשפט הפלילי וחלופותיו, בהתאם לעקרונות המידתיות. יש הגורסים כי המשפט הפלילי הינו האמצעי החריף ביותר שיש למערכת המשפט, שפגיעתו היא הקשה ביותר בזכויות אדם. לכן יש לתור אחר אמצעים חלופיים שיכולים להגן על הערך החברתי באותה אפקטיביות. [...] חברתי השופט מ' נאור ציינה בפרשת המרכז האקדמי, פס' 22 לפסק דינה, כי 'במסגרת שאלת המידתיות, יש לבחון את שאלת קיומם של אמצעים חלופיים, פוגעניים-פחות, להשגתה של התכלית שאותה מיועדת ההוראה הפלילית לקדם'. מכאן עולה הטענה כי ההליך הפלילי הוא הליך שיוירי, כלומר 'התנהגות מזיקה מבחינה חברתית (הפוגעת בערך חברתי) אינה צריכה לבוא תחת המטריה של דיני העונשין, אם ניתן להתמודד איתה באמצעים פחות חריפים וקשים' (קרמניצ'ר, על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני, עמ' 326). [...] ההצדקה בשימוש במשפט הפלילי תהיה רק אם לא קיים אמצעי אחר המגשים את המטרה או התוצאה המבוקשת, או אמצעי אחר אינו אפקטיבי דיו לשם השגת המטרה או התוצאה המבוקשת".

47 כמובן שיש להוציא מהחשבון את המסוכנות של העבריין. הדיון הוא על עצם הבריחה מהעונש גם באותם מקרים רבים שהנידון איננו מסוכן ואין בכוונתו לשוב ולפשוע.

הבריחה? מסגרת המאמר אינה מאפשרת דיון מדוקדק בכל השאלות הללו. אומר רק כי אני סבור שברור כזה מעורר ספיקות רבים אם אכן הבריחה גורמת נזק שמוצדק להפלייל אותה בגינו. כדי להדגים את מורכבותו של הנושא, אעמוד על כמה נקודות לא ממצות שאפשר להעלות בעניין מטרת ההרתעה. לכאורה ניתן לטעון שהבורח מהעונש פוגע בהרתעה ובכך גורם נזק חברתי שמצדיק את הפללתה של הבריחה. אך טענה זו אינה נקייה מספקות. ראשית, ברור שמדובר רק על הפגיעה בהרתעת הרבים, שכן לגבי הרתעת העבריין עצמו – יהיה די מגוחך לטעון שעל ידי הבריחה הוא פגע בהרתעה שלו עצמו. אך גם לגבי הרתעת הרבים, לא פשוט לבסס את קיומה של חובה שמוטלת על העבריין לתרום להרתעה, ובהיעדר חובה כזו – פגיעה בהרתעה אינה יכולה להיחשב נזק שמוצדק להפלייל אותו. כך למשל איננו מטילים אחריות פלילית נוספת על עבריין שהצליח להימלט מהמשטרה ולכן לא הועמד לדין על עבירת המקור (נניח שהוא נתפש לאחר תקופת ההתיישנות), למרות שפגע בהרתעת הרבים. ההנחה היא שלמרות שעולם שבו היה העבריין נתפש ונענש היה אולי עולם טוב יותר, העבריין עצמו אינו מחויב לתרום את חלקו (ולהיענש) להגברת ההרתעה. זאת ועוד, ההרתעה נמדדת על פי חישוב של תוחלת העונש, שהיא פונקציה של גובה העונש הצפוי כפול הסיכוי להיתפש ולהיענש בסופו של הדיון המשפטי. לחישוב הזה נוכל להוסיף את סיכויי הבריחה מהעונש, ובהתאם ניתן להעלות במעט את גובה העונש הצפוי, כך שההרתעה הכללית לא תיפגע. זאת נראית דרך מדתית יותר להתגבר על הפגיעה בהרתעה. כאמור, דיון קצר רק בא להדגים את הבעייתיות שבהצדקה, בנחיצות ובמידתיות של עבירת הבריחה ממשמורת.

לסיכום, אני סבור כי הן על פי העולה ממקורות ההלכה והמשפט העברי – מקורות אשר מהווים את אחד היסודות של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והן לאור שיקולים של הוגנות ומדתיות, ראוי לבטל את העבירה של בריחה ממשמורת ולאמץ תפישה הרואה את העונש כמעשה שהמדינה עושה בנידון, ולא כחובה המוטלת עליו.⁴⁸ עם זאת, כל עוד העבירה קיימת, אני מבקש להציע לה פרשנות חדשה, שתקרב אותה להלך הרוח של עמדת המשפט העברי ותצמצם ברמה התיאורטית את הבעייתיות הנורמטיבית שעבירה זו מעוררת. על כך בפרק הבא.

ד. פרשנות חדשה לעבירה של בריחה ממשמורת

הפרשנות שאני מבקש להציע לעבירה של בריחה ממשמורת רואה בה עבירה ייחודית, שבה ההתנהגות הנידונה מותרת לכתחילה ובכל זאת גוררת ענישה בדיעבד. פרשנות זו מאמצת את השיקולים שהצגנו בפרקים הקודמים, ולפיהם הנידון עצמו אינו מחויב לשאת את העונש.

48 מבחינה תאורטית אפשר גם לאמץ עמדה חלשה יותר שלפיה הבריחה אסורה, אך בדיעבד הבורח פטור מעונש מטעמים של הוגנות. אך, מכיוון שהחוק הישראלי אינו מבחין במפורש בין הגנות מסוג של פטור להגנות מסוג של הצדקה, גם אימוצה של עמדת הפטור אמור להביא לביטולה של עבירת הבריחה ממשמורת.

הבריחה מעונש אינה מעשה "רע", ולכן היא לא אסורה. הבורח לא הפר את החוק בכך שברח, והוא אינו ראוי לגינוי – לא מבחינה מוסרית ולא מבחינה משפטית. השאלה שמתעוררת היא כמובן, מדוע הבורח (שנתפש) נענש בעונש נוסף, ומה ההצדקה לענישה זו. הצעתי היא שהעונש הנוסף המושג על האסיר הנמלט נועד לחזק את האפקטיביות של העונש המקורי שהוטל עליו בגין העבירה הראשונה שביצע. נבהיר את הדברים. נניח שעל גנב פלוני נגזרו שלוש שנות מאסר. העונש מבוצע על ידי כליאת הגנב בבית הכלא המוקף בשומרים ובחומות פיזיות. ואולם גם בחומה ובמנגנוני השמירה האחרים נפרצות מדי פעם פרצות המאפשרות לאסירים להימלט. תפקידה של העבירה של בריחה ממשמורת היא לסתום את הפרצות הללו ולספק מעין חומה נורמטיבית אשר מרתיעה את האסיר מלברוח ומחזקת בכך את האפקטיביות של עונש המאסר. ההצדקה להטיל את הסנקציה על הבורח אינה מבוססת על כך שהוא עשה מעשה לא ראוי בעצם הבריחה, אלא על היותה חלק מחבילת העונש שמוצדק להטיל על מעשה העבירה הראשון שביצע. על פי פרשנות זו העונש המוטל על הבורח מהכלא יכול להזכיר את הרעיון של "מאסר על תנאי", שלפיו בהתקיים התנהגות מוגדרת מוטל על הנאשם עונש נוסף על העבירה שביצע בעבר. בדומה ניתן לומר שכל עונש מאסר כולל בתוכו רכיב נוסף של מעין מאסר על תנאי במקרה שהוא יברח מהכלא, אך העונש לא מוטל על הבריחה עצמה אלא על העבירה המקורית. אכן, בשונה מהמודל של מאסר על תנאי שהפעלתו מותנית בביצוע עבירה נוספת, כאן אני מבקש לטעון שהבריחה עצמה איננה עבירה.⁴⁹

מודל דומה משתקף בחוק "הרוצח בשוגג" במשפט העברי. המקרה של רוצח בשוגג קרוב מאוד לעבירה המודרנית של גרם מוות ברשלנות, ועונשו על פי החוק המקראי הוא שגואל הדם רשאי (ולפי דעות אחדות: חייב) להרוג אותו. אך מצד שני קובע החוק המקראי כי הרוצח בשוגג יכול להימלט לעיר מקלט בה הוא מוגן מפני גואל הדם. והנה, אם הרוצח בשוגג יוצא מעיר המקלט הוא חשוף לכך שגואל הדם יהרוג אותו. אך איום המוות בידי גואל הדם אינו מוטל עליו כעונש על כך שיצא מעיר המקלט; יציאתו של הרוצח בשוגג מעיר המקלט אינה אסורה, היא איננה מעשה "רע" שמוצדק לאסור אותו ולהפיל אותו. גואל הדם רשאי (או חייב) להרוג את היוצא מעיר המקלט כעונש על העבירה המקורית של גרימת המוות ברשלנות. זהו אפוא עונשו של רוצח בשוגג: הוא חשוף לכך שאם יצא מעיר

49 ניתן להסתכל על זה גם באופן הבא: לעבריינין מוצעות שתי חלופות של עונש – האחת להישאר בכלא במשך תקופה מסוימת, והשנייה לצאת מהכלא, אך להיות חשוף לעונש חמור יותר. וראוי לציין שגם אם האסיר הנמלט לא ייתפס, הוא "נענש" בכך שהוא חשוף לאפשרות התפישה והענישה החמורה. בהיבט המעשי, הוא יאלץ להסתתר ולברוח מפני השלטונות שיחפשו אחריו כדי להחזירו לכלא הסגור. דוגמה נוספת למודל הזה אפשר למצוא בעונש שהטיל המלך שלמה על שמעי בן גרא (על כך שקילל את דוד במהלך מרד אבשלום). שלמה הורה לשמעיה לשהות בגבולות העיר ירושלים, והזהיר אותו שאם יצא מחוץ לגבולות העיר – יושת עליו עונש מוות. לאחר שלוש שנים יצא שמעי, ומשחזר לעיר הורה שלמה להמיתו (מלכים א, ב 36–46). ניתן לפרש שהריגתו של שמעי לא הייתה עונש על כך שיצא מהעיר. היא הייתה חלק מהעונש שהושת עליו בגין העבירה הראשונה שביצע (בקללו את המלך דוד): עונשו היה שלא לצאת מירושלים, ושם יצא מהעיר, הוא מסתכן בנפשו.

המקלט הוא ייהרג. כך ראוי לפרש לטעמי גם את הענישה המושתת על הבורח ממשמורת חוקית, כחלק מעונש המאסר על העבירה הראשונה.

על פי פרשנות זו, עבירת הבריחה ממשמורת ייחודית ושונה מעבירות האחרות. עבירות "רגילות" נתפשות בעיני המחוקק כמעשה רע שראוי לגינוי ושמוצדק לאסור אותו לכתחילה ולהעניש עליו בדיעבד.⁵⁰ לפי הפרשנות המוצעת כאן, העבירה של בריחה ממשמורת אינה כזו. המחוקק אינו רוצה שנאשמים שהורשעו יברחו מהכלא, אך הוא לא סבור שמדובר במעשה "רע" שמוצדק לאסור אותו ולהעניש בגינו. כדי להרתיע אסירים מלברוח מהכלא קבע המחוקק את הסנקציה של עונש נוסף שיוטל על הבורח, אך ההצדקה להטלת הסנקציה הנוספת אינה מתבססת על טיבה ה"רע" של הבריחה, אלא על טיבו ה"רע" של מעשה העבירה המקורי. מדובר אפוא בעבירה ייחודית המטילה סנקציה על מעשה מותר (או בניסוח מדויק יותר: בעקבות מעשה מותר). הבורח אינו מפר את החוק, ובכל זאת הוא צפוי לעונש אם ייתפס, זאת כחלק מהעונש על העבירה הראשונה שביצע.⁵¹

50 ראוי להזכיר בהקשר זה את המחלוקת בין קלזן להארט בשאלה האם חוק העונשין אוסר על האזרחים לבצע את העברות המנויות אותו, או רק קובע את העונש שיוטל על מבצעי העברות. קלזן מגדיר את המשפט כמערכת של כללי הכרעה הקובעים את הפעלת הכוח מצד גופי השלטון ובתי המשפט. כללי ההתנהגות, לעומת זאת, אינם כללים משפטיים, אלא כללים מוסריים או דתיים. משיטה זו עולה כי מבחינה משפטית חוק העונשין רק קובע את העונשים שיוטלו על מי שמבצע פעולות מסוימות, אך אין כל משמעות לאמירה שהמעשה עצמו אסור מבחינה משפטית. לשיטה זו אין חידוש בדבר שגם העבירה של בריחה ממשמורת אינה קובעת כלל התנהגות משפטית, אלא רק עונש. ואולם, העמדה המקובלת יותר היא זו של הארט, שלפיה המשפט כולל בתוכו גם כללי התנהגות הניתנים לגזירה מתוך כללי ההכרעה העונשיים. ומכאן שבאופן רגיל אפשר להסיק מהעבירות הקבועות בחוק העונשין גם איסורי התנהגות לכתחילה. לשיטה זו יש משמעות בטענתי שהעבירה של בריחה ממשמורת היא עבירה ייחודית, שניתן לטעון שהיא אסורה, ושהעונש המוטל בגינה מוטל בעצם על מעשה העבירה הראשון שבוצע. ראו לעניין זה HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 60-61 (1949); H.L.A. (1994) 39 (1994) HART, THE CONCEPT OF LAW 39; וכן מאמרי "על כללי התנהגות והכרעות שיפוטיות", לעיל ה"ש 14.

יש להעיר שהפרשנות המוצעת כאן לעבירת הבריחה ממשמורת אפשרית (לפי המודל של הארט) רק משום שהמחוקק הישראלי לא קובע במפורש שהבריחה אסורה, אלא רק קובע את העונש על הבריחה. החוק האוסטרלי, לעומת זאת, אומר במפורש שהבריחה אסורה: Offences Act 1966, sec. 49E: A person must not escape or attempt to escape from any place in which he or she is being lawfully detained. Penalty: two years imprisonment. כאן אין מנוס מהפרשנות שהמחוקק סבור שהבריחה היא מעשה אסור.

51 ביחס לעבירת הבריחה של חשוד או נאשם ממעצר (הכלולה אף היא בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית), נצטרך להציע פרשנות דומה אך שונה מעט, שהרי לחשודים ולנאשמים עומדת חזקת החפות, ואי-אפשר להצדיק את העונש על הבריחה ממעצר כחלק מחבילת העונש על מעשה העבירה הראשון, שהבורח טרם הורשע בגינו. במקרים האלה ניתן לומר שהבריחה ממעצר אינה אסורה, ושהעונש הנוסף המוטל על הבורח נועד לחזק את האפקטיביות של המעצר. מעצר חשודים פוגע בחירותם ובכבודם, ובכל זאת בשל שיקולים שונים, אנו מניחים שפגיעה זו נדרשת ומוצדקת במסגרת המאבק בפשע ולשם הבאת עבריינים על עונשם. כדי לחזק את האפקטיביות של המעצר (המוצדק) מאיים המחוקק על העצור שאם יברח – יוטל עליו עונש מוגבר. אך ההצדקה לענישה אינה נעוצה בטיבו הרע של מעשה הבריחה, אלא

בשולי הדברים מעניין להביא כאן מדברי הרב אברהם אליהו קפלן (1889–1924) שעמד בראש בית המדרש לרבנים בברלין בשנות ה־20 של המאה ה־20. לפי הדין התלמודי מלך ישראל רשאי להעניש את מי שאינו מציית להוראותיו ("מורד במלכות").⁵² ואולם, טוען הרב קפלן, אין להסיק מכאן שמבחינה הלכתית מוטלת על האזרחים חובה לציית למלך! למלך יש סמכות וכוח משפטי להעניש את מי שאינו שומע להוראותיו, אך אין לו סמכות משפטית להטיל חובת התנהגות על נתיניו. וכך הוא כותב:

והנה משפט המלוכה אינו אלא על הנכסים ועל גוף בני האדם, שיכול לשעבדם כרצונו לתקנת המדינה [...] אבל אין המלך יכול לגזור על שום אדם שיעשה מעשה זה עד שיהא חייב לעשותו [...] אלא שהמלך יכול להכריחו שיעשה כך וכך בעל כורחו, אולם אם הוא יכול להשתמש ממנו ולא לעשות כן – מותר לו, ולא עבר על שום איסור. רק אם נודע למלך שעבר על מצוותו יכול להענישו כרצונו [...]

סוף דבר, זה הכלל: אין אדם חייב לקיים מצוות המלך, בין במלך ישראל ובין במלך עכו"ם [נכרי], אלא שהמלך יש לו רשות להכריח ולענוש כאשר ימצא לנחוץ כדי שיקימו את מצוותיו. שהרי לא נאמר בפרשת המלוכה שאדם חייב לשמוע בקול המלך, אלא נאמר שהמלך יכול להכריחם לכך.⁵³

במילים אחרות: האזרחים אינם חייבים לציית להוראות המלך, אך הוא רשאי להפעיל כוח ולאכוף את סמכותו על האזרחים וכן להעניש את אלה שאינם מצייתים לו. הפרשנות שהצעתי לעבירת הבריחה ממשמורת משקפת רעיון דומה: בכוחו ובסמכותו של הריבון, באמצעות המשפט, להעניש את הבורח מעונש כדי לחזק את האפקטיביות של המעצר והמאסר, אך אין בסמכותו לאסור את הבריחה ולהטיל על האזרח חובה שלא לברוח. במקרה הזה ההצדקה לענישה נשענת על מעשה העבירה הראשון שביצע הנאשם, שבגינו מוטל עליו עונש נוסף אם הוא ברח מהעונש המקורי שהוטל עליו. הפרשנות המוצעת משליכה על היחס המשפטי והחברתי כלפי עצורים ואסירים נמלטים. מוצדק להעניש אותם, אך אין זה נכון לגנות אותם. הם לא עשו מעשה רע בעצם הבריחה, הם לא הפרו חוק, אלא נקטו בפעולה לגיטימית להגן על חירותם.

בהצדקה הרחבה יותר של המעצר. גם כאן אפשר לומר שהבריחה מהמעצר איננה אסורה ואינה ראויה לגינוי, אלא שהבורח חושף עצמו לאפשרות שייענש על הבריחה עצמה (ובכך מתחזקת האפקטיביות של המעצר).

52 כך פוסק הרמב"ם, הלכות מלכים פ"ג ה"ח: "כל המורד במלך ישראל יש למלך רשות להרגו. אפילו גזר על אחד משאר העם שילך למקום פלוני ולא הלך, או שלא יצא מביתו ויצא – חייב מיתה, ואם רצה [=המלך] להרגו ייהרג, שנאמר 'כל איש אשר ימרה את פיך'. וכן כל המבזה את המלך או המחרפו יש למלך רשות להורגו, כשמעי בן גרא".

53 הרב אברהם אליהו קפלן, דברי תלמוד, חלק ראשון, ירושלים תשי"ח, עמ' קעב.

אחרית דבר

מאמר זה ביקש להציב סימן שאלה ביחס למחויבות של העבריין לשאת את עונשו. ממקורות המשפט העברי עולה תפישה שלפיה העונש הוא מעשה כוחני (אם כי מוצדק) שהחברה מבצעת בעבריין, ולא חובה המוטלת על העבריין עצמו להיענש. מכאן שלנידון מותר לנסות ולברוח מהעונש שהוטל עליו והוא אינו מבצע בכך כל איסור. לכיוון חשיבה זה שתי השלכות עיקריות לעניין העבירה של בריחה ממשמורת בשיטת משפטנו: הראשונה היא קריאה לביטולה של העבירה; השנייה מציעה פרשנות אחרת לעבירה כל עוד היא כלולה בחוק העונשין, ולפיה מעשה הבריחה אינו אסור והסנקציה הבאה בעקבות הבריחה מוטלת למעשה על מעשה העבירה הראשון שביצע הנידון. לפי פרשנות זו הבורח מעונש סובל סנקציה נוספת, אך הוא לא ראוי לגינוי על מעשה הבריחה.

לפני סיום אני מבקש להוסיף הערה קצרה על מקומו של המשפט בתפישת העולם שלנו. המסורת היהודית מדמה את האל בדימויים שונים. בין היתר, לעיתים, הוא מדומה למלך ושופט המחיל על נתניו חוקים ושופט אותם, ולעיתים לאב רחום המרחם על בניו. אלו כמובן דימויים מנוגדים. ההתייחסות של שופט לאדם שעבר על החוק עשויה להיות שונה לגמרי מיחסם של הורים לבנם שחטא או מרד בהם. בימי הדין מבקשים המתפללים מהאל שלא ינהג עמם כשופט מחמיר אלא כאב מרחם ואוהב. אכן, על פי רוב אנו מצפים מהורים שלא יעצבו את יחסם אל ילדיהם על פי נקודת המבט המשפטית, אלא מתוך רגש הורי, מכיל ואוהב. מכאן עולה תובנה חשובה על אודות המשפט: החוק, המשפט והשופט מגלמים נקודת מבט אחת על המציאות, שבצידה ראוי שיתקיימו גם נקודות מבט אחרות והתייחסויות אחרות להתנהגויותיהם של בני אדם. בהקשר שלנו, דיני עונשין קובעים את הדרך שבה שופטים צריכים להתייחס ולהגיב להתנהגויות אנושיות עברייניות, אך זו לאו דווקא התגובה הנכונה והראויה מבחינתם של אנשים שאינם שופטים היושבים על מדין. מחוץ למשפט מתקיימים ערכים נוספים של אהבה ורעות, מחילה וסליחה, רחמים ולפנים משורת הדין. חברה מתוקנת יכולה, ואולי אף צריכה, להכיל בתוכה את כל נקודות המבט האמורות. יש בה שופטים שגוזרים עונשים, אך מצד שני יש בה הורים ואוהבים שצריכים להרעיף חום ואהבה גם על מי שנכשלו במעשיהם וביצעו עברות. דווקא פסיפס ההתייחסויות השונות והמנוגדות עשוי ליצור ייצור חברה הרמונית ומאוזנת. הדברים חוזרים כמובן גם לנושא דיונינו בעניין חובתו של העבריין לרצות את עונשו. כפי שאמרנו, נקודת המבט המשפטית איננה מתיימרת להיות חזות הכל ולעיתים ראוי שיתקיימו בצדה נקודות מבט אחרות, שאף יקבלו ביטוי מעשי. כהדגמה אפשר לחשוב על מורה שמעניש תלמיד סורר, אך רואה בעין יפה יוזמה של חבריו של התלמיד להושיט לו עזרה ולסייע לו בנשיאה בעונש. גם שופט יכול להטיל עונש על עבריין, אך לשמוח בסתר לבו אם הלה יגיש בקשה לחנינה ויזכה בה. בדומה, אפשר וראוי לפתח דיאלקטיקה דומה ביחס לעבריין עצמו. אין זה נכון לדרוש ממנו לאמץ את נקודת המבט המשפטית ביחס לעונשו. ראוי לאפשר לו לאמץ נקודת מבט שלפיה הוא רשאי להגן על חירותו ולתקן את חטאיו בדרך אחרת ולא דווקא על ידי ריצוי העונש שנגזר עליו.