

1. מדינת ישראל
2. חיים בר לב, שר המשטרה
3. נציב בתי הסוהר
4. מנהל מחנה מעשיהו
5. מפקד אגף בכלא מעשיהו

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[9.8.87, 10.7.86]

לפני השופטים מ' אלון, א' ברק, ד' לוי

פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, נ"ח 459, סעיפים 36(א), 47(ב), 62א - תקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978, ק"ת 1958, תקנה 29 - חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 17), תשמ"ו-1986, ס"ח 236.

העתירה נסבה על החלטתו של המשיב 4 שלא לאפשר לעותר לצאת לחופשה חריגה לשם קיום מצוות פרו ורבו, אותה מבקש העותר לקיים פעם אחת בכל חודש. העותר הוא יהודי שומר תורה ומצוות, ולטענתו, אין המאסר יכול לשלול את זכותו של האסיר לקיים את מצוות דתו. המשיבים סמכו את החלטותיהם על הנהלים והקריטריונים, שנקבעו למתן חופשות חריגות לאסירים, ואשר לפיהם הצורך בקיום יחסי אישות אינו מצדיק מתן חופשה חריגה.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) זכותו של האסיר לכבודו ולשלמו הגופניים והנפשיים שמורה היא לו, כל עוד אין קיומה של זכות זו נוגד את חובתם של שלטונות בית הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה הימנו והנובע מחובתם זו, היינו שמירה על כללי הביטחון וסדרי בית הסוהר.
- (2) בכך דומה זכות זו לכל זכות יסוד אחרת, שאינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה ושמירתה הם על-ידי מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בד"ן.
- (3) מידת איזון זו ושיעורה, מעצם מהותם, אינם ניתנים להגדרה; קנה המידה בדבר שיעורן של דרכי איזון אלה ומידתן תלו בטיבה של הזכות הנפגעת, וכגודל הזכות הנפגעת כך גודל הנימוקים, הדרושים להצדקה של פגיעה זו.
- ב. (1) מצויות זכויות יסוד, שהפגיעה בהן יש בה משום פגיעה בצרכים מינימליים ויסודיים של האדם באשר הוא אדם שנברא בצלם. עם זכויות יסוד אלה נמנות לא רק עצם זכותו של האסיר

= 478 =

- לאכילה, שתייה ולינה, אלא גם על סדרי אנוש תרבותיים מינימליים של אופן סיפוק צרכים אלה.
- (2) זכות יסוד השמורה לאסיר יש שמקצתה היא בבחינת זכות בל תעבור ומקצתה כפופה היא לכללי האיזון; סיווגה של הזכות תלוי, לא במעט, בהתייחסות של החברה לטיבה וליסודיותה של אותה זכות.
- ג. (1) הזכות לקיום יחסי אישות ולהתייחדות עם בת הזוג זכות יסוד טבעית ואנושית היא לכל אדם באשר הוא שם, ועונש שלילת החירות אינו כולל מאליו שלילתה של זכות יסודית זו.
- (2) יש למצוא את מידת האיזון בין ביצועה של זכות זו לבין השמירה על שיקולים, הנובעים מחובתם של שלטונות בית הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה מהאסיר, היינו שמירה על כללי ביטחון וסדרי בית הסוהר ואפשרות הקצאת המשאבים התקציביים הדרושים לכך.
- ד. (1) הזכות לקיום יחסי אישות היא כה עקרונית ויסודית, שאין לנהוג בה במידת האיזון הרגילה המקובלת לענין הזכות ללמוד והזכות לבחירת טיפול רפואי לפי רצונו של האסיר, אלא מתקרבת היא, במהותה, לזכותו של האסיר לתנאים אנושיים בסיסיים באופן סיפוק צרכי אכילה, שתייה ולינה.
- (2) מן הראוי לשנות את הגישה, הנקוטה כיום, לענין קיום זכות האסיר ליחסי אישות, על-ידי קביעת הוראות מתאימות בהנחיות הקובעות את נוהלי מתן החופשות לאסירים. קנה המידה, שעל פיו ייקבע ויידבק מתן אפשרות קיומה של זכות זו, צריך שיהיה שיקולי ביטחון, שמפניהם תידחה הזכות, אך לא שיקולים תקציביים, שכל עוד מדובר במתן חופשות בלבד, אינם ניכרים וגדולים במיוחד.
- (3) הנהלים הקיימים סבירים הם ומקובלים, אך יש מקום לתקנם ולהשלימם, שכן זכותו של האסיר להתייחדות עם בת-זוג ולקיום יחסי אישות היא מהותית ויסודית בתפיסת עולמנו החברתית ובעולמה של יהדות, וחשיבות מיוחדת נודעת לה לשם שיקומו של האסיר, שמירת התא המשפחתי שאותו הקים ולשם תיקונה ושלומה של החברה שעמה הוא ממשיך להימנות.

במסגרת הוראות הנוהל הקיימות, אין למצוא בשיקולי המשיבים פגם שיהא בו כדי להצדיק התערבות בג"צ. ה. (אליבא דשופט א' ברק): שאלת "ביקורי משפחה" עניין היא לשלטונות בתי הסוהר, אשר צריכים לאזן בין השיקולים השונים שיש לשקלם, אך איזון זה צריך שיחול על כל אוכלוסיית בתי הסוהר, בין אם האסירים נשואים ובין אם לאו.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [עע"א 4/82 \(ב"ש 904/82\)](#) מדינת ישראל נ' תמיר, [פ"ד לז\(3\) 201](#).
- [2] [בג"צ 540/84 - 546](#) יוסף ואח' נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, [פ"ד מ\(1\) 567](#).
- [3] [בג"צ 144/74](#) לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, [פ"ד נו\(2\) 686](#).
- [4] [בג"צ 881/78](#) מוצלח ואח' נ' מפקד כלא דמון ואח', [פ"ד לג\(1\) 139](#).
- [5] [בג"צ 221/80](#) דרויש נ' שירות בתי הסוהר, [פ"ד לה\(1\) 536](#).
- [6] [בג"צ 215/59](#) גלר נ' שר-הפנים ואח', [פ"ד יג 1703](#); פ"ע מב 96.
- [7] [בג"צ 378/81](#) אמסלם ואח' נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, [פ"ד לה\(3\) 673](#).

= 479 =

- [8] [בג"צ 337/84](#), 341, 359, הוקמה ואח' נ' שר הפנים ואח', [פ"ד לח\(2\) 826](#).
- [9] [בג"צ 581/80](#) אמסלם נ' נציב שירות בתי הסוהר ואח', [פ"ד לה\(2\) 325](#).
- [10] [בג"צ 578/79](#) - לא פורסם.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [11] TARLTON V. CLARK 441 F. 2D 384 (1971).
- [12] MCCRAY V. SULLIVAN 509 F. 2D 1332 (1975).
- [13] LYONS V. GILLIGAN 382 F. SUPP. 198 (1974).
- [14] IMPRISONED CITIZENS UNION V. SHAPP 451 F. SUPP. 893 (1978).
- [15] STATE V. SHABIB (1981) - UNREPORTED.
- [16] UNITED STATES EX REL. WOLFISH V. LEVI 439 F. SUPP (1977). 114

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] מגיד משנה, אישות, טו, א.
- [ב] בראשית, א, פסוקים כח, לא.
- [ג] רמב"ם, אישות, יד, הלכות ד, ז, י; טו, הלכות ד, טז; רוצח ושמירת נפש, ה, א; פרק ו, ז, הלכות א, ו-ח, יג-יד; ח, הלכות א-ד, ח-י;
- מלוה ולוה, ב, א.
- [ד] שו"ע אה"ע, א, ה.
- [ה] ערוך השולחן, אה"ע, א, ח.
- [ו] שמות כא, י.
- [ז] בראשית רבה, פרשה ט, ז.
- [ח] יומא, סט, ב.
- [ט] יבמות, סג, א.
- [י] נדרים, כ, א.
- [יא] בבא מציעא, פד, א.
- [יב] עירובין, יח, א.
- [יג] סוטה, מז, א.
- [יד] אגרת הקודש המיוחסת לרמב"ן, כתבי רמב"ן, מהדורת שעוועל, תשכ"ד, כרך שני, עמ' שטו.
- [טו] סנהדרין, פא, ב.
- [טז] שו"ת חקקי לב, ח"ב, חו"מ, ה.
- [יז] פנקס ועד הקהילות הראיות במדינת ליטא, בעריכת ש' דובנוב (ברלין, תרפ"ה), תקנה שלג, עמ' 70.
- [יח] במדבר, לה ט - לד.
- [יט] דברים, יט, ב - יג.
- [כ] ספרי, דברים, פסקא קפא.
- [כא] אור שמח, רוצח ושמירת נפש, ו, יב.

= 480 =

[כב] הרב ד.צ. הופמן, דברים, יט, ה.
[כג] החינוך, מצוה תי.
[כד] ספרי, במדבר, פסקא קס.
[כה] מכות, ז, א - יג, א.
[כו] תוספתא, מכות, פרקים ב-ג.
[כז] משנה, מכות, ב, ו-ח, [כח] תפארת ישראל, מכות, ב, ז, יכין ס"ק מט, בועז ס"ק ב.
[כט] בית הבחירה, מכות, ט, ב, ד"ה ומוסרין.
[ל] רש"י מכות, יג, א.
[לא] חידושי הריטב"א, מכות יג, א.
[לב] אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך "גואל הדם"; כרך ו, ערך גלות".
[לג] הרב י' מ' גינצבורג, משפטים לישראל (הוצאת מכון הר' פישל, ירושלים תשט"ז), עמ' שנו.
[לד] רש"י, במדבר, לה, כה.
[לה] גור אריה, במדבר, לה, כה.
[לו] אבן עזרא, במדבר, לה, כה.
[לז] רשב"ם, במדבר, לה, כה.
[לח] ספורנו, מדבר, לה, כה.
[לט] הכתב והקבלה, במדבר, לה, כה.
[מ] עקידת יצחק, שער ששה ושמונים.

הערות:

לחובת שלטונות בתי הסוהר לקיים זכויות יסוד של אסיר ראה: [בג"צ 546-540/84](#) יוסף ואח' נ' מנהל בית הסוהר ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 20.4.86. העתירה נדחתה. הצו-על-תנאי בוטל.

מ' וואלפיש - בשם העותר;

נ' ארד, סגן בכיר א לפרקליט המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט מ' אלון: 1. מלפני בית-משפט זה יצא צו-על-תנאי, שהורה למשיבים להתייצב וליתן טעם -

"מדוע לא תינתן לעותר הרשות והאפשרות לקיום מצוות פריה ורביה כדת משה וישראל לשם שלום בית לפחות אחת לחודש".

= 481 =

וזהו הרקע לעתירה ועניינה. בתאריך 6.8.85 הורשע העותר בפלילים; הושתו עליו מאסר בפועל לתקופה של שלושים ושישה חודשים וקנס בסכום של עשרים מיליון שקלים (ישנים) או חמש מאות ימי מאסר תמורתם. ביום 11.4.86 ריצה העותר רבע מתקופת המאסר של שלוש שנים, ובתאריך 23.4.86 יצא לחופשה למשך תשעים ושש שעות, לפי אישור שניתן לו על-פי הוראות הנהל של נציבות שירות בתי הסוהר. ביני לביני חל שינוי באורך תקופת המאסר של העותר; בבית הסוהר נתקבלה פקודת מאסר נגד העותר מחמת אי-תשלום הקנס האמור, וזו הופעלה בתחילת חודש מאי 1986, למשך 500 ימים.

כתוצאה מכך התארכה תקופת המאסר הכוללת של העותר, ומועד הרבע מתקופת מאסרו חל בתאריך 12.8.86. העותר הוא יהודי שומר תורה, אב לילדים וסב לנכדים. אשת העותר בת 50, ולפי הצהרתו שניהם עדיין בתקופת הפוריות.

עוד בתאריך 24.12.85 פנה העותר למפקד הכלא, המשיב 4, בבקשה "לקבל כל חודש חופשה חריגה כדי לקיים מצוות עשה של פריה ורביה כדת משה וישראל ולשם שלום בית, או עם לוויו או בערבות, או בחדרי התייחדות בכלא".

לפנייה זו השיב נציב שירות בתי הסוהר ביום 12.1.86 במכתב, אשר זו לשונו:

"חופשות חריגות למטרה זו לא ניתנות. מצוות פרו ורבו תוכל לקיים בעת שתצא לחופשות על פי הקריטריונים הנהוגים בשירות בתי הסוהר".

לפי הקריטריונים של שירות בתי הסוהר אין העילה שבבקשת העותר כלולה כנסיבה מיוחדת למתן חופשה חריגה (סעיף יח להוראות הנהל). חופשות רגילות ניתנות רק לאחר שהאסיר נשא רבע מתקופת מאסרו, אחת לשלושה חודשים; אחת לשני

חודשים או לחודש ניתנת חופשה בנסיבות מיוחדות, המפורטות בהוראות הנוהל, וביניהן לא מצויה הנסיבה שבבקשת העותר (סעיף יב להוראות הנ"ל).

2. בשתיים תומך העותר את יתדותיו: הטענה האחת - זכותו וחובתו, כיהודי שומר תורה ומצוות, לקיים מצוות פרייה ורבייה ודין עונה. שתי מצוות אלה אין האחת תלויה בחברתה (ראה מגיד משנה, אישות, טו, א [א]). מצוות פרייה ורבייה היא המצווה הראשונה שבתורה (בראשית, א, כח [ב]). אמנם עיקר המצווה כבר קיים העותר, שהרי הוא אב לבנים ולבנות, לנכדים ולנכדות (רמב"ם, אישות, טו, ד [ג]); שו"ע, אה"ע, א, ה [ד]), אך מדברי סופרים קיימת מצווה זו בכל עת שבני הזוג יכולים להביא ילדים לעולם (רמב"ם, אישות, טו, טז; ערוך השלחן, אה"ע, א, ח [ה]). ואשר לדין עונה, ממשיך וטוען העותר, מצווה היא מן התורה (שמות, כא, י) [ו], וחב הוא חובה זו כלפי אשתו לפחות אחת לחודש (רמב"ם, אישות, הלכות ד, ז [ג]). אשר-על-כן, כך טענת העותר, כשם שהמאסר אינו שולל ואינו יכול לשלול זכותו של האסיר לתפילה, שמירת שבת וכשרות, נטילת לובל ואכילת מצה, כך אין על המאסר לשלול קיום מצוות פרייה ורבייה ודין עונה.

= 482 =

הטענה האחרת שבפי העותר היא, ששלילת אפשרות קיום יחסי אישות מהווה שלילת צורך טבעי וחיוני של כל אדם באשר הוא אדם, צורך שדומה הוא, כמעט, כצורך באכילה ושתיה. עונש המאסר בא לשלול את חירותו של האדם ואת חופש תנועתו; אך כשם ששלילת החירות אינה כוללת, אינה מצדיקה ואינה מאפשרת שלילת דברים בסיסיים כגון אכילה, שתייה, לינה, ביגוד ורפיון, כך אינה כוללת, ולא מוצדק שתאפשר, שלילת צורך חיים טבעי ואנושי של קיום יחסי אישות.

העותר, שמעיד על עצמו שלמד תורה ושקד על חוכמת המשפט, טען לפנינו בעל-פה וכן הגיש חוות-דעת בכתב אותה הוא "מקדיש... כעבודת אהבה לאשתי אהובתי... שאני אוהב כגופי ומכבד יותר מגופי, ובלעדיה אני לא יכול להישאר בחיים בתוך כתלי בית המאסר".

3. בפתח תשובתה טענה באת-הכוח המלומדת של המדינה, הגב' ארד, כי לרגל תיקון [פקודת בתי הסוהר](#) [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (סעיף 62א), בית המשפט, המוסמך לדון בעניין תנאי מאסרו של אסיר, הוא בית המשפט המחוזי, שבאזור שיפוטו מצוי בית הסוהר בו מוחזק האסיר; אך הוסיפה והודיעה, כי מאחר שהשאלה העולה בעתירה דן טרם נדונה בפסיקתו של בית-משפט זה, מסכימה המדינה, כי העתירה תתברר לפנינו.

לגופה של העתירה, ביקשה הגב' ארד לדחותה, וכמה נימוקים עמה. מתן חופשה לאסיר תלוי הוא בהמלצת שירות בתי הסוהר ובשיקול-דעת השר, והנימוק של צורך בקיום יחסי אישות אינו נמנה בין הנימוקים והנסיבות הקבועים בנוהל נציבות שירות בתי הסוהר כגורמים וקריטריונים למתן חופשות לסוגיהן. כמו כן, מצוות פרייה ורבייה, כמו גם מצוות אחרות, נדחות מחמת שהותן של העותר בבית הסוהר, ועוד מוסיפה באת-כוח פרקליטות המדינה, כי לעותר כבר ניתנו חופשות וגם להבא יינתנו לו חופשות, מדי פעם בפעם, לפי הקריטריונים הקבועים בנוהל הנ"ל ובלי לחרוג מהוראותיו בכל הנוגע לתדירות החופשות להן זכאי העותר.

ולבסוף, מצביעה באת-כוח המדינה על הקשיים העומדים בפני המשיבים להיענות לעתירתו של העותר:

"כפי המצב הקיים בפועל כיום, שירות בתי הסוהר אינו ערוך לקיום התייחדות של אסירים עם נשותיהם בין כתלי הכלא, כמו גם שאין השרות ערוך להתיר לאסירים חופשה מיוחדת, מדי חודש בחודשו, לצורך קיום התייחדות עם נשותיהם מחוץ לכתלי הכלא".

4. דבר ברור הוא, ואין צריך לאמרו ולנמקו, ששלילת האפשרות מאדם בוגר לקיום יחסי אישות, לתקופת זמן שאינה קצרה, פגיעה קשה יש בה באדם שהימנו היא נשללת. יצר המין הוא דבר טבעי ואנושי, ודיכוי של יצר זה על כורחו של בעל היצר נוגד את

= 483 =

טבע האדם וצרכיו. קיומה של זכות זו מובן הוא מאליו, ואין הוא נובע מכך שכתוב הוא עלי ספר, וקיים הוא אף אם אינו מני בקריטריונים, ובנסיבות רגילות וחרוגות, למיניהם ולסוגיהם. בעולמה של יהדות המשכיה המינית היא תופעה רצויה וחיונית. בפסוק שבתורה, שנאמר לאחר בריאת האדם: "וירא אלקים את כל אשר עשה והנה טוב מאד" (בראשית, א, לא [ב]), פירשו חכמים את המלים "והנה טוב מאד" שמכוונים הם, בין היתר, ליצור של אדם, שאילולא הוא: "לא בנה אדם בית ולא נשא אשה ולא הוליד בנים" (בראשית רבה, פרשה ט, ז [ז]); וראה עוד יומא, סט, ב [ח]).

היהדות, בניגוד לדתות אחרות, שללה לחלוטין פרישות מינית, הן לגבי כל אדם והן לגבי מי שמשמש בקודש, וראתה בפרישות זו, כמו בפרישות אחרת מהנאות העולם, משום תופעה שלילית (יבמות, סג, א ואילך [ט]); וראה עוד נדרים, כ, א [י]; בבא מציעא, פד, א [יא]; עירובין, יח, א [יב]), וכל אדם מישארל מצווה על מצוות פרו ורבו ודין עונה (ראה לעיל). מה שנדרש לפי השקפת עולמה של הלכה הוא, שהיא אדם משתמש ביצרו באיזון הראוי, כמליצתם של חכמים: "צר... תהא שמאל דוחה וימין מקרבת" (סוטה, מז, א [ג]); על "דרכי איזון" אלה בהגותם של חכמים ראה עוד אגרת הקודש המיוחסת

לרמב"ן, כתבי רמב"ן, מהדורת שעוועל, תשכ"ד, כרך שני, עמ' שטו ואילך [יד]; וראה א' ל' אפשטיין, דרכי אישות ומנהגיה (יהושע צ'צ'יק בע"מ, תשי"ט) 9-27.

שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר; ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם, מצויה גם בידי האסיר. השאלה אינה אלא זו, האם יש בה, בשלילת החירות וחופש התנועה, כדי להשפיע על זכות האסיר לקיום יחסי אישות, ואם כן - מה טיבה של השפעה זו, מה מידתה ושיעורה, ומהו האיזון הראוי והדרוש בין הבטחת שלילת החירות שהיא על-פי דין, מחד גיסא, לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים, מאידך גיסא. בעיות אלה, מבחינת הרעיון והעיקרון שבהן, נתעוררו ונדונו בפסיקתו של בית-משפט זה ובעולמו של המשפט העברי, כפי שעוד נדון בכך להלן. אך ההיבטים המיוחדים הכרוכים בנושא דיונונו טרם נדונו בפסיקתנו, ונדונו הם רבות בפסיקתם של בתי-משפט ובכתיבתם של חוקרים במערכות משפטיות אחרות. מן הראוי שנעיין תחילה קמעא באלה, ומהן נקבל, או נדחה, את שיעלה בידינו.

5. מחקרים סוציולוגיים רבים נעשו באומות העולם בנושא סוגייתנו. הסוציולוג פרופסור היינר N.S. HAYNER, "ATTITUDES TOWARD CONJUGAL VISITS FOR PRISONERS" 36 FEDERAL PROBA. (MARCH, 1972) 43 מבתי הסוהר במדינות שונות כדי להתמודד עם נושא דיונונו, אם על-ידי מתן אפשרות של חופשות לאסירים בבתי-הם, ואם על-ידי מתן אפשרות לביקורים משפחתיים (CONJUGAL VISITS) בבתי הסוהר, שבהם ניתנת לאסירים אפשרות לקיים יחסי אישות עם בני הזוג; עיקרו של המחקר דן במצב הדברים בבתי-סוהר שונים במקסיקו, בהם הונהגו ביקורים משפחתיים כנ"ל. מתברר, כי ביקורים אלה מחזיקים את הקשר שבין האסיר למשפחתו, מונעים במידה

= 484 =

ניכרת מריבות ומצבי מתח אופייניים לאוכלוסייה בבתי הסוהר ומפחיתים במידה מרובה את התופעה של יחסי מין הומוסקסואליים (שם, בעמ' 45; ואף מצויים בתי-כלא, שבהם מאפשרים שלטונות בית הסוהר קיום יחסי מין בתחומי בית הכלא גם עם בני-זוג שאינם נשואים. מחקר סוציולוגי מאלף בוצע על-ידי פרופסור הופר בבית הכלא PARCHMAN שבמדינת מיסיסיפי, הידוע בתנאי השיכון המיוחדים המצויים בו ובגישתו הליבראלית בכל הנוגע לטיפול באסירים ולשיקומם. C.B. HOPPER, CONJUGAL VISITING AT THE MISSISSIPPI STATE PENITENTIARY" 29 FEB. PROBA. (JUNE. 1956) 39. בבית-כלא זה הותרו ביקורים משפחתיים, למעשה, החל משנת 1918, וביקורים אלה קיבלו גושפנקא ממוסדת החל משנת 1962, המחקר דן במפורט בהוראות ובסידורים השונים, המאפשרים ביקורים אלה, ומצביע על התוצאות החיוביות, העולות מביקורים אלה, הן לאסירים והן לשלטונות בית הכלא. המחבר המלומד מסכם את מחקרו בדברים מעניינים אלה, בעמ' 46:

"THE FACT THAT CONJUGAL VISITING IN MISSISSIPPI DEVELOPED IN AN UNOFFICIAL, UNPLANNED MANNER AS AN ACCOMMODATIVE ADJUSTMENT DOES NOT NECESSARILY MEAN THAT IT IS UNDESIRABLE; IT MERELY SHOWS THE MAGNITUDE OF THE PROBLEM OF SEXUAL ADJUSTMENT IN PENAL INSTITUTIONS. IT IS TO BE EXPECTED THAT PENAL INSTITUTIONS WILL, WHEN THE RELATIONSHIPS BETWEEN THE INMATES AND STAFF BECOME ACCOMMODATIVE OR COOPERATIVE, FOR WHATEVER MOTIVATION, TURN ATTENTION TO SEXUAL PROBLEMS OF INMATES. THE PRACTICE OF CONJUGAL VISITING AT PARCHMAN REVEALS SUCH RELATIONSHIPS. WITH ADEQUATE FACILITIES, CAREFUL SELECTION, AND APPROPRIATE COUNSEL, IT IS POSSIBLE THAT THE CONJUGAL VISITING PROGRAM IN MISSISSIPPI COULD BE DEVELOPED INTO ONE OF THE MOST ENLIGHTENED PROGRAMS IN MODERN CORRECTIONS".

על מחקרים סוציולוגיים נוספים ראה עוד R.S. CAVAN AND E.S. ZEMANS, "MARITAL RELATIONSHIPS OF PRISONERS IN TWENTY-EIGHT COUNTRIES" 49 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY (1958-59) 133

6. תיאור אידיילי זה של מצב דברים, הקיים במספר בתי-סוהר ובכמה מדינות (ראה במאמרים הנ"ל גם בדבר מציאות דומה בבתי-סוהר שבשוודיה), רחוק הוא מלשקף קיומה וביצועה של זכות זו של האסיר לקיים יחסי אישות מבחינת זכות שיש עמה חובה משפטית, כפי שהדבר בא לכלל ביטוי בהוראות חוק ובפסיקתם של בתי המשפט. ואם עמדנו בפתח הדברים על קיומו של מצב דברים עובדתי זה בבתי-כלא מסוימים במדינות שונות, לא עשינו כך אלא כדי להצביע על המצב הרצוי, שאלין יש לשאוף ולהגיע, וכן כדי להדגיש,

= 485 =

שמבחינה עקרונית אין זה הכרחי, ואין זה מחויב, ששליטת חירותו של אדם וחופש תנועתו תביא ממילא לשלילת זכותו הטבעית והאנושית לקיום יחסי אישות. כפי שנראה להלן, מחויבת מציאות נכונה ואידילית זו גם על-פי דרכי הענישה המקובלים מני אז במערכת המשפט העברי, וטוב ונכון לדעת, כי גם בימינו מצוי מספר לא מבוטל של בתי-כלא, הנוהגים הלכה למעשה לפיהם.

במערכת המשפטית של מדינות שונות שבארצות-הברית מצויה פסיקה נרחבת בשאלת "זכותו" של האסיר לדרוש קיום אפשרות של חיי אישות סדירים. הטענה העיקרית שנטענה בבתי-משפט אלה בנושא דיונו היא, כי אי-מתן אפשרות לקיום יחסי אישות על-ידי האסיר עומד בניגוד לתיקון השמיני של החוקה של ארצות-הברית, האוסרת "ענישה שיש בה משום אכזריות ושהיא בלתי שגרתית" (CRUEL AND UNUSUAL PUNISHMENT). טענה זו נדחתה בשורה ארוכה של פסקי-דין, ומן הראוי שנעיין באחדים מהם ובנימוקיהם.

בעניין [11] TARTLTON V. CLARK (1971) נאמר, בין היתר, בעמ' 385:

"WHILE OTHER NATIONS HAVE EXPERIMENTED WITH THE IDEA OF 'SEXUAL VISITATIONS' FOR PRISONERS IN CONFINEMENT, THE COURT KNOWS OF NO CASE WHICH REQUIRES OR PERMITS SUCH PRACTICES IN UNITED STATES INSTITUTIONS. IN ANY EVENT, SUCH CLAIM WOULD NOT COME UP TO THE LEVEL OF A FEDERAL CONSTITUTIONAL RIGHT SO AS TO BE COGNIZABLE AS A BASIS FOR RELIEF IN FEDERAL COURT".

וכן ראה [12] MCCRAY V. SULLIVAN (1975).

בפרשת [13] LYONS V. GILLIGAN, (1974), מביע בית המשפט את עמדתו בסוגיה זו בדברים דלהלן, בעמ' 201-202:

"THE ABSENCE OF CONJUGAL VISITING IN PRISONS IS NOT EXCESSIVE PUNISHMENT IN ITSELF OR DISPROPORTIONAL TO PLAINTIFFS' CRIMES. IT IS MERELY A CUSTOMARY CONCOMITANT OF THE PUNISHMENT OF INCARCERATION. PLAINTIFFS ALLEGE THAT THEY ARE SUFFERING PHYSICAL STRESS; YET LESS THAN IDEAL PHYSICAL CONDITIONS CHARACTERIZE PRISONS: FOR EXAMPLE, INSTITUTIONALIZED DIETS, CONFINING CELLS, LIMITED EXERCISE, LACK OF QUIET. THEY ALSO ALLEGE THEY HAVE SUFFERED PSYCHOLOGICAL STRESS. BUT PSYCHOLOGICAL STRESS, LIKE LONELINESS, BOREDOM, WASTED TIME. AND THE OTHER WAGES OF INCARCERATION, DO NOT IN FACT

= 486 =

AND THEREFORE CANNOT IN LAW CONSTITUTE CRUEL AND UNUSUAL PUNISHMENT. BY A PARITY OF REASONING, A DENIAL OF CONJUGAL VISITS DOES NOT CONSTITUTIONALLY DESTROY OR IMPAIR AN INMATE'S HUMAN DIGNITY".

בית המשפט סוקר בהרחבה את מצב הדברים במספר בתי-כלא בארצות-הברית, לרבות בית הכלא PARCHMAN שבמיסיסיפי, המאפשרים ביקורים משפחתיים, כאמור לעיל, ובסיומם של דברים הוא מסכם ואומר, בעמ' 203:

"NEW APPROACHES TO FAMILY VISITING INCORPORATING CONJUGAL VISITING ARE BEING TAKEN IN AN INCREASING NUMBER OF STATE PRISONS IN OUR NATION. WHILE THIS TREND IS ONE OF THE INDICATORS OF WHETHER 'EVOLVING STANDARDS OF DECENCY' HAVE YET MADE DEPRIVATION OF CONJUGAL VISITING A CONSTITUTIONAL VIOLATION, THIS EVOLVING REFORM IN PENOLOGICAL PRACTICES IN NOT TRANSLATABLE INTO A CONSTITUTIONAL RIGHT"

7. כאמור, פסיקה זו, ובמגמה האמורה, מצויה ומרובה היא במערכת המשפטית שבארצות-הברית, ואין צורך, לעניינו, להרחיב את עיונו בה

(ראה על כך C.J. MILLER, "STATE REGULATION OF CONJUGAL OR

OVERNIGHT FAMILIAL VISITS IN PENAL OR CORRECTIONAL INSTITUTIONS"
(A.L.R. 4TH (1981) 1216 29

מן הראוי לעיין בפסק-דין אחד נוסף, אשר בו נדון, בנוסף לשאלת הפגיעה בהוראת התיקון השמיני בדבר ענישה אכזרית ובלתי שגרית, גם מקומו של נושא זה בסוגיית מדיניות הענישה ודרכיה. וכך נאמר בעניין IMPRISONED CITIZENS UNION V. SHAPP, (1978) [14], AT 898:

"PLAINTIFFS URGE US TO DECLARE THAT THE LACK OF FACILITIES AT EACH INSTITUTION IN WHICH INMATES MAY ENJOY SEXUAL VISITATION WITH THEIR SPOUSES CONSTITUTES CRUEL AND UNUSUAL PUNISHMENT. IN SUPPORT OF THIS CLAIM, PLAINTIFFS PRESENTED AN EXPERT WITNESS, DR. HERBERT THOMAS, WHO TESTIFIED THAT LACK OF CONJUGAL VISITS IS A FACTOR WHICH CAN CAUSE AN INMATE TO SUFFER PHYSICAL, EMOTIONAL, AND PSYCHOLOGICAL STRESS. THE PSYCHOLOGICAL REGRESSION WHICH MAY RESULT CAN LEAD TO HOMOSEXUAL BEHAVIOR, VIOLENCE, LOSS OF SELF-IDENTITY, AND SELF-DESTRUCTIVE BEHAVIOR".

= 487 =

לאחר שבית המשפט מנתח את עדותו של ד"ר תומס, הוא ממשיך ואומר, בעמ' 899:

"IT IS CLEAR THAT NOT ALL CONDITIONS OF CONFINEMENT WHICH HAVE AN ADVERSE EFFECT ON A PRISONER ARE CONSTITUTIONALLY PROSCRIBED...THE COURT STATED THAT ONE OF THE ESSENTIAL FUNCTIONS OF INCARCERATION IS THE ISOLATION OF THE INMATE FROM SOCIETY, WHICH IS INTENDED TO BE AN UNDESIRABLE CONDITION SO AS TO DETER POTENTIAL CRIMINALS FROM COMMITTING CRIMES.

...WE CONCLUDE THAT THE PROHIBITION ON SEXUAL VISITATION IS NOT SO INHUMAN THAT IT SHOCKS THE CONSCIENCE AND THAT IT IS NOT DISPROPORTIONATE PUNISHMENT. A CLOSER QUESTION IS WHETHER SUCH A RESTRICTION IS RATIONALLY RELATED TO A LEGITIMATE PENOLOGICAL GOAL. WE AGREE WITH JUDGE FRANKEL'S OPINION IN UNITED STATES EX REL. WOLFISH V. LEVI, 439 F. SUPP. AT 143, THAT THERE IS A DIVISION OF PENOLOGICAL OPINION ON THE ADVISABILITY OF CONJUGAL VISITATION AND THAT THE JUDICIARY IS ILL-EQUIPPED TO RESOLVE THIS COMPLEX POLICY QUESTION. HOWEVER, SINCE THERE IS AMPLE SUPPORT FOR THE PROPOSITION THAT A RESTRICTION ON SEXUAL VISITATION IS RATIONALLY RELATED TO LEGITIMATE PENAL CONCERNS FOR INSTITUTIONAL SECURITY AND THE DETERRENCE VALUE OF INCARCERATION, I CONCLUDE THAT SUCH A PROHIBITION MUST BE SUSTAINED UNDER THE EIGHTH AMENDMENT".

בית המשפט רואה כאחת מהמטרות המהותיות של המאסר את בידודו של האסיר מהחברה, כדי למנוע הימנו אפשרות פגיעה בחברה, ואינו רואה באי-מתן אפשרות לקיום חיי אישות משום ענישה אכזרית ובלתי שגרתי ומשום "הלם למצפון". שאלה אחרת היא, אם הגבלה זו של אפשרות קיום יחסי אישות משרתת נכונה מטרתה של מדיניות ענישה תקינה. בית המשפט מפנה להשקפות שלפיהן מתן אפשרות לקיום יחסי אישות רצוי מבחינת מדיניות ענישה תקינה, אך מצייין, כי המערכת השיפוטית אינה ערוכה כדבעי להתמודד עם שאלה זו שבמדיניות הענישה. על כל פנים, מסכם בית המשפט, ההגבלה על קיום יחסי אישות סדירים נובעת ממטרות ענישה מוצדקות ומצורכי הביטחון הקשורים בביצוע המאסר.

8. בטרם נשוב ונעיין בפתרונה של פרשת הדברים שבעתירתנו לפי מערכת משפטנו, מן הראוי להזכיר פסק-דין נוסף שבפסיקת בתי המשפט בארצות-הברית, [15] (1981) STATE V. SHABIB, שעניינו דומה לשאלה הנוספת המתעוררת בעתירה דנן, והיא טענת העותר, שבאי-מתן אפשרות לקיום יחסי אישות עם רעייתו יש משום פגיעה בחופש הדת, בקיום

= 488 =

מצוות פרייה ורבייה ודין עונה. מעשה באסיר בן הדת המוסלמית, שטען לזכות של ביקורים משפחתיים מאחר שהוא מצווה,

לפי דיני דתו, לקיים יחסי מין עם בת-זוגו, ואי-מתן אפשרות זו יש בו משום פגיעה בחופש הדת, המהווה זכות קונסטיטוציונית.
נאמר על כך בפסק הדין (מובא על-ידי, (AT 1222 (MILLER, SUPRA):

"IN DENYING A STATE PRISONER THE RIGHT TO CONJUGAL VISITS, THE COURT IN STATE V. SHABIB...HELD THAT WHEN THE BALANCE IS STRUCK, THE RIGHT TO CONJUGAL VISITS, EVEN WHEN PREMISED ON A CLAIMED RELIGIOUS TENET, IS FAR OUTWEIGHED BY THE NEED TO PUNISH OFFENDERS, TO KEEP DOWN PRISON COSTS, AND TO AVOID THE ALMOST INSURMOUNTABLE SECURITY PROBLEMS INVOLVES WITH THE ADOPTION OF SUCH A PROGRAM. THE PRISONER HAD CLAIMED THAT HE WAS AN ISMAILI MUSLIM AND THAT CONSORTIUM WAS A MANDATED TENET OF HIS RELIGION, AND THAT THE DENIAL OF CONSORTIUM INFRINGED OF HIS FREEDOM OF RELIGION IN VIOLATION OF BOTH THE STATE AND FEDERAL CONSTITUTIONS THE COURT POINTED OUT THAT LAWFUL INCARCERATION CAN MAKE NECESSARY THE WITHDRAWAL OR LIMITATION ON MANY PRIVILEGES AND RIGHTS, AND THAT FIRST AMENDMENT RIGHTS SUCH AS THE FREEDOM OF RELIGION CAN BE JUSTIFIABLY LIMITED WHERE THEY CONFLICT WITH THE LEGITIMATE PENOLOGICAL OBJECTIVES OF THE CORRECTIONS SYSTEM. IT IS NECESSARY, CONTINUED THE COURT, TO BALANCE THE RIGHTS OF THE INDIVIDUAL PRISONER AGAINST THE NEEDS OF THE INSTITUTION TO PROTECT THE PUBLIC WHILE LIMITING AS MUCH AS POSSIBLE THE BURDENS AND EXPENSES OF PRISON ADMINISTRATION".

הצורך בענישתם של עבריינים, בהפחתה מירבית בהוצאות הכרוכות בניהול בתי הכלא ובמניעת הבעיות הביטחוניות הקשורות במתן אפשרות של ביקורים משפחתיים, כל אלה הם, לפי פסק הדין האמור, מטרות ענישה מוצדקות, השקולות כנגד ההגבלה - ואף הביטול - של זכויות חוקתיות שונות, לרבות הזכות לחופש הדת.

בסימיה של סקירה זו בנושא עתירתנו מן הראוי לציין את הוראות [פקודת בתי הסוהר](#) שבספרד משנת 1981. לפי הוראות אלה, על שלטונות בתי הסוהר להתקין סידורים מיוחדים בתוך בית הסוהר, כדי לאפשר ביקורים משפחתיים לאותם אסירים שלא ניתנת להם רשות לעזוב את כותלי בית הסוהר לחופשה בבתיהם. משך זמן ביקורים אלה לא יהא פחות משעה אחת ולא יותר משלוש שעות, והם ייערכו באופן שתכובד במידה מקסימלית הפרטיות של האסיר; פרטיות זו לא תוגבל, אלא אם טעמים ביטחוניים או הסדר הטוב בבית הסוהר מחייבים זאת. תדירותם של ביקורים משפחתיים אלה היא אחת לחודש,

= 489 =

אלא אם טעמי ביטחון או הסדר הטוב מחייבים הפחתה בתדירות זו (סעיפים 94-97).
בהוראות אלה ניתן במערכת המשפטית שבספרד מעמד של הוראת חוק להסדר הביקורים המשפחתיים, הסדר שטרם הוכר, בדרך כלל, כמחייב במערכת המשפטית שבארצות-הברית אך נוהג בה בבת-כלא מסוימים.

9. כאמור, בעיית מתן אפשרות לאסיר לקיום יחסי אישות בפרקי זמן מסוימים טרם נדונה בפסיקתנו. אך נושא זה מהווה חלק מהותי של הנושא הכללי בדבר קיום זכויות אדם באשר הוא אדם, בידי מי שנידון לעונש של שלילת חירותו, ובעניין נושא כללי זה אמרה פסיקתנו את דברה. וכך נאמר בע"ע"א 4/82 (ב"ש 904/82) [1], בעמ' 206-208:

"זכות יסוד זו לשלמותו ולשלמו הגופניים והנפשיים... שמורה לו לאדם, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדיון. ומאחר שכך, כשמבקשים שלטונות בית הסוהר לשלול מן העצור או מן האסיר זכות זו, חובת ההוכחה וההנמקה מוטלת עליהם, כי שלילה זו טעמה ונימוקה עמה ובדיון יסודה.

כבר נאמר בבית משפט זה, כי 'הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העצור והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם' ([בג"צ 355/79](#), 370, 373, 391 הנ"ל, בעמ' 298, מפי השופט ברק).
ובוא וראה עד כמה הקפידו חכמים על כבודו וזכותו של אדם, גם אם עבר ונענש. רבו משה בן מימון, לאחר שהוא דן בדרכי הענישה המסורים בידי בית הדין, וביניהם 'לאסור בבית האסורין' (רמב"ם, סנהדרין, כד, ט), מסכם הוא ואומר: 'כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך והשעה צריכה, ובכל יהיה מעשיו לשם שמים, ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו...'

שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם' (שם, י). ואף מי שנגזר דינו למוות, הורו חכמים כי הוצאה לפועל של פסק-דין מוות תיעשה בדרך שממעטת ביסורין וולא ביזיון, והסיקו על כך מהפסוק 'ואהבת לרעך כמוך' (ויקרא, יט, יח) - 'ברור לו מיתה יפה' (כתובות, לז, ב; סנהדרין, מה, א; גב, ב); ללמדך שאף מי שנידון למוות - 'רעך' הוא....

חכמי המשפט העברי התריעו, וחזרו והתריעו, על שמירת כבוד האדם וזכויותיו גם בהיותו נתון במאסר. ומן הראוי לחזור ולציין לדברים, שעמדתו עליהם במקום אחר - ע"פ [344/81](#), 359, בעמ' 327-328:

"המשפט העברי, במקורו, לא הכיר במאסר כאמצעי ענישה כל עיקר. גם לאחר שהשלים עם אמצעי ענישה זה, בהשפעת המערכות המשפטיות -

= 490 =

פטיות שבסביבה וכהכרח אשר לא יגונה, התריעו חכמי המשפט העברי והזהירו על הצורך בשמירה על כבודו של האדם, גם כשהוא נתון במאסר; דיון מאלף על כך מצאנו בתשובתו של ר' חיים פאלאג'י, רבה של איזמיר בטורקיה במחצית הראשונה של המאה התשע עשרה, שהתריע קשות על הושבת אסירים 'בבית האסורים של צער וטינופת', כפי שהיה המצב בקהילה שבאיזמיר עירו (שו"ת חקקי לב, ח"ב, חו"מ, ה; וראה במפורט: מ. אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (י' ל' מאגנס, תשכ"ד) 228-237). וארשה לעצמי לצטט דברים שכתבתי במקום אחר:

'הראוי לציין הוא, כי קליטה זו מהמשפט הנוהג בסביבה לא הביאה עמה גם את תופעות הלואי של התאכזרות כלפי האסירים, תנאים בלתי אנושיים במזון ולינה וכיוצא באלה, ששררו עוד עד

W. BARON: כדברי ההיסטוריון:
JEWISH PRISON, ONE OF WHICH MAY STILL BE OBSERVED
IN THE ALTNEUSCHULE OF PRAGUE, RESEMBLED MODERN
PENITENTIARIES RATHER THAN MEDIEVAL 'TOWERS AND
DUNGEONS'

את העצירים המחכים לבירור משפטם אסור היה להושיב בתנאים דומים לאסירים שכבר נדונו, ואף האסירים שנדונו על עבירות שאין דינן מות אסור להושיב 'בבית סוהר של טינופת', כי אף על פי שחטאו - ישראל הם, ויש לכן להושיבם ב'בית סוהר של כבוד' (מ' אלון, 'המאסר במשפט העברי ספר היובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, ח' כהן עורך, תשכ"ב) 171, 200).

.....

עיקרו של דבר. על-פי האמור בדברים, כה, ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: משלקה - הרי הוא כאחיך' (משנה, מכות, ג, ט). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחרי ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו".

וראה עוד [בג"צ 546540/84](#) [2], בעמ' 572.

10. זכותו של האסיר לכבודו ולשלטומו הגופניים והנפשיים שמורה היא לו, כל עוד אין קיומה של זכות זו נוגד את חובתם של שלטונות בית הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה הימנו והנובע מחובתם זו, היינו שמירה על כללי הביטחון וסדרי בית הסוהר, בכך דומה היא זכות זו לכל זכות יסוד אחרת, שאינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה

= 491 =

ושמירתה הם על-ידי מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדיון (ראה [ע"א 4/82](#) (ב"ש 904/82) [1] הנ"ל, בעמ' 210).

"כללו של דבר. משמבקשים שלטונות בית הסוהר לפגוע בזכות מזכויותיו של האסיר, מטעמים של איזון בין זכות פלוגנית הנתונה לאסיר לבין חובת השלטונות למנוע הימנו את חופש התנועה ולשמור על צרכי הביטחון ובית הסוהר, לא יבוא לכלל פגיעה זו, אלא אם יש בידם הסבר והצדקה סבירים לכך, מטעמים של ביטחון הציבור וסדרי בית הסוהר, שהם ממונים עליהם, מידת הפגיעה ושיעורה לא יהיו גדולים מהדרוש וההכרחי מטעמים אלה" (שם, בעמ' 212).

מידת איזון זו ושיעורה, מעצם מהותם, אינם ניתנים להגדרה. אומר השופט ח' כהן [בבג"צ 144/74](#) [3], בעמ' 690:

"כליאתו של אדם בבית-סוהר אין בה (צ"ל: אלא - מ' א') כדי לשלול ממנו חופש תנועתו: רעות רבות הכרוכות בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל כל נוסף על הרעות הכרוכות שאין למנוע מגבלות ופגיעות שאין בהן לא צורך ולא הצדקה".

אין צריך לומר, שקביעה זו בדבר הצורך וההצדקה אין בה משום הגדרה של דרכי האיזון בין האינטרסים הלגיטימיים

השונים, בכל הנוגע לזכויות יסוד של האסיר.
כל מה שניתן לומר הוא, כי קנה המידה בדבר שיעורן של דרכי איזון אלה ומידתן תלוי הוא בטיבה של הזכות הנפגעת,
"וכגודל הזכות הנפגעת כך גודל הנימוקים, הדרושים להצדקתה של פגיעה זו" (ע"א 4/82 (ב"ש 904/82) [1] הנ"ל בעמ' 212).

על אופן יישומו של קנה מידה זה, היינו מהותה של הזכות הנפגעת, וכל להסיק מתוך עיון בפסיקתו של בית-משפט זה.
בב"צ 881/78 [4] נדונה עתירה בדבר סיפוק צרכי לימוד לנערים, שהורשעו בבית-משפט לנוער על מעשי חבלה, והסעתם לבית-ספר, ונפסק, שיש לאפשר להם את הזכות ללמוד, בכפוף לסדרי הביטחון הנהוגים בכלא ובהתחשב במשאבים התקציביים העומדים לרשות הנהלת בית הסוהר. במקרה אחר **(בג"צ 144/74 [3] הנ"ל)** נקבע, שאין לאסור הכנסת ספריהם של מרכז ואנג'לס, לנין ומאו צה טונג לבין כותלי בית הסוהר, על-אף תוכנם "המתסיס ומסית", אשר האסיר-העותר מזדהה עמו ומנסה לעניין בהם את יתר האסירים. אך - "סירובו של מנהל בית-הסוהר להרשות הכנסת ספר פלוני לתוך בית-הסוהר היא חוקי וסביר, אם יש לו למנהל סיבה סבירה לחשוש שהספר משמש צינור להכנסה בלתי-חוקית של חפצים אסורים (כמשמעות מונח זה **בפקודת בתי-הסוהר**), או שהספר הוא פורנוגרפי עד כדי סכנת גירוי יצרים או השחתת המידות, או שיש בספר חומר מסית נגד המדינה או רשויותיה....." (שם, בעמ' 688, מפי השופט ח' כהן).

= 492 =

לעומת זאת, מצויות זכויות יסוד, שהפגיעה בהן יש בה משום פגיעה בצרכים מינימאליים ויסודיים של האדם באשר הוא אדם שנברא בצלם. עם זכויות יסוד אלה נמנות לא רק עצם זכותו של האסיר לאכילה, שתייה ולינה, אלא גם סדרי אנוש תרבותיים מינימאליים של אופן סיפוק צרכים אלה. **בבג"צ 221/80 [5]**. נפסק, ברוב דעות, לקיים את החלטת הנהלת בית הסוהר לסרב לתת לאסירים ביטחוניים מיטות למשכבם, החלטה שנתקבלה לאחר שהוכח, כי קיים חשש מבוסס, לאור ניסיון העבר, כי ייעשה שימוש בחלקי המיטה - שהאסירים מפרקים אותם - לפעולות אלימות נגד סוהרים ואסירים אחרים ולניסיונות בריחה. בית המשפט קבע, כי כדי להצדיק סירוב כזה "חייבות להתקיים סיבות רציניות ביותר" (שם, בעמ' 542), וכי לא מצא מקום להתערב בנקיטת אמצעי חמור וקשה זה, מאחר ששוכנע, כי נתמלאו שתי דרישות: האחת "שלטונות בית הסוהר שקלו ועיינו... באו למסקנה, כי קיימת סכנה גדולה ומוחשית במציאותן של מיטות בתאי האסירים הביטחוניים, הן לשלום של הסוהרים והן לשלומם של אותם אסירים, שחדלו לשת פעולה עם האסירים האחרים" (שם, בעמ' 546). והדרישה האחרת - ששלטונות בית הסוהר עשו ככל אשר לאל ידם כדי לתת לאסירים תחליף למיטה, היינו מזרונים משופרים, העומדים "בדרישות המינימליות וההכרחיות ללינתו של אדם בן תרבות, הנברא בצלם" (שם. וראה **בג"צ 540/84-546 [2] הנ"ל**, בעמ' 572-573).

זכות יסוד השמורה לאסיר יש ומקצתה היא בבחינת זכות בל תעבור ומקצתה כפופה היא לכללי האיזון האמורים. כך הוא, דרך משל, לעניין הטיפול הרפואי של האסיר.
הזכות לקבלת טיפול רפואי מעוגנת היא בחובה שבדין המוטלת על שלטונות בתי הסוהר, כמפורט **בפקודת בתי הסוהר** [נוסח חדש]. **ובתקנות בתי הסוהר**, תשל"ח-1978, שהותקנו על פיה. זוהי זכות מינימאלית אנושית, שאינה כפופה לשיקולי איזון של קיום משאבים וטעמי ביטחון. לעומת זאת, זכותו של האסיר לבחירת ייעוץ וטיפול רפואיים הנראים בעיניו ומקובלים עליו, שמורה לו במובן זה "שעל שלטונות בית הסוהר לכבד זכותו זו ולאפשר לו ליהנות ממנה, היינו שעליהם להימנע מלהפריע לאסיר לקבל ייעוץ וטיפול רפואיים כאלה, אך לא מוטלת עליהם חובה לממן לאסיר הוצאות טיפול רפואי זה, אשר הוא בוחר בו" (ע"א 4/82 (ב"ש 904/82) [1] הנ"ל, בעמ' 209), וגם במקרה זה, שמורה לו זכות זו של בחירת ייעוץ וטיפול רפואי "כל עוד אין קיומה של זכות זו נוגד חובתם של שלטונות בית הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה הימנו והנובע מחובתם זו, היינו שמירה על כללי הבטחון וסדרי בית הסוהר" (שם, בעמ' 210).

סיווגה של הזכות לפי קנה המידה האמור תלוי, לא במעט, בהתייחסותה של החברה לטיבה ול"יסודיותה" של אותה זכות. דוגמה מובהקת לכך היא זכותו של האסיר להשתתף בבחירות לכנסת. עתירה לביצועה של זכות זו נדונה בבית-משפט זה עוד בסופה של שנת 1959, והיא נדחתה אותה שעה משום "שאין להעלות על הדעת כי הדבר הוא אפשרי מבחינה מעשית, לאור מספר האנשים הנמצאים בבתי הסוהר, וכוחות המשטרה שיהיו דרושים למבצע כגון זה לגבי כל העצירים והאסירים הנמצאים בבתי הסוהר"

= 493 =

(בג"צ 215/59 [6], בעמ' 1704). אך העתירה לקיומה של זכות זו, ללכה ולמעשה, לא ירדה מסדר יומנו, **ובבג"צ 378/81 [7]** אמרנו, בעמ' 674-675, כי "יש לחזור ולעיין בגופה של שאלה זו, שהרי מדובר באחת מזכויות היסוד של האזרח... אין צורך לומר, שזכות זו לא נשללה בחוק מאדם, המרצה עונש מאסר". ואכן, ברבות הימים הגיעה השעה ובית-משפט זה החליט, על דעת כל חמשת השופטים שישבו בדיון, שיש להכין בעוד מועד ולעשות את הסידורים הדרושים, מבחינת החוק ובאופן מינהלי, כדי לאפשר לאסיר ולעציר לממש את זכות ההצבעה, שהיא מאושות הדמוקרטיה ומעניינה של החברה **(בג"צ 337/84, 341, 359, [8]**). ואכן, באה הבעיה על פתרונה **בחוק הבחירות לכנסת** (תיקון מס' 17), תשמ"ו-1986, אשר איפשר ביצוע זכות הבחירה לכנסת גם לאסירים ולעצירים.

11. בטרם נחזור ונדון בעניינה של העתירה שלפנינו, מן הראוי לחזור ולעיין, בדברים אחדים, על מה שניתן להסיק

מעקרונות החירות והיושר של מורשת ישראל בנושא סוגייתנו.

על יחסו של המשפט העברי למי שהורשע בדיון, שגם לאחר שנענש ונקלה הרי הוא "אחיר ורע", כבר עמדנו לעיל. מאחר שהמשפט העברי שלל, במקורו, את המאסר כאמצעי ענישה (פרט לעונש "הכנסה לכיפה", שאין עניינו לכאן - ראה סנהדרין, פא, ב [טו]; אלון, "המאסר במשפט העברי" ספר היובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, ח' כהן עורך, תשכ"ב) 171, 176 ואילך), לא מצויות בידינו תשובות מרובות הדנות בתנאי השהייה של האסיר בבית הכלא. מבחינת הנושאים שהזכרנו בדברינו לעיל נציין שניים מהם. כאמור לעיל, התרוע ר' חיים פאלאג'י קשות על שהייתם של אסירים בבית האסורים שיש בו טינופת; נימוקו הוא, בין היתר, שבתנאים כאלה האסיר בטל מדברי תורה ותפילה ומקיום מצוות (ראה שו"ת חקקי לב, ח"ב חו"מ, ה [טז]), בשאלה, ובסוף התשובה, דף כו, עמודה ג). עניין אחר הוא בקשר למזונותיו של האסיר. המשפט העברי במקורו שלל שלייה מוחלטת את מאסרו של החייב, שאינו משלם את חובו, מאחר שיש בכך משום פגיעה בחירותו האישית (ראה רמב"ם, מלווה ולוה, ב, א [ג], ובמפורט מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (י"ל מאגנס, תשכ"ד) 111 ואילך). אשר נאלצו מנהיגי הקהל וחכמי ההלכה להשלים עם מאסרו של חייב "רמאי", היינו שיש לו רכוש לשלם את חובו אך משתמט מלעשות כך בתחבולות שונות של הברחת רכוש, קבעו בקהילות ליטא תקופת מאסר מקסימלית, שבדרך כלל לא עלתה על שלושה חודשים, וכן חייבו את בעל החוב, שהושיב את החייב במאסר, לדאוג למזונותיו כפי אשר יקבע בית הדין, והוצאות אלה רשאי בעל החוב לצרף לחשבון החוב המגיע לו מאת החייב (תקנה בקהילות ליטא, בשנת שצ"ז-1637); פנקס ועד הקהילות הראשיות במדינת ליטא, בעריכת ש' דובנוב (ברלין, תרפ"ה), תקנה שלג, עמ' 70 [ז]. תקנה זו נודעה לה חשיבות רבה באותם ימים, מאחר שלפי הנהוג במערכות משפטיות שונות שבאותה תקופה, לא זכה האסיר אלא ל"לחם ומים", ולעתים קרובות לא זכה אף לאלה אלא תלוי היה בנדבת לבם

= 494 =

של אנשים בעלי חסד (ראה אלון, בספרו הנ"ל, בעמ' 185, וה"ש 286; [עע"א 4/82 \(ב"ש, 904/82\)](#) [1] הנ"ל, בעמ' 207-208). אך לא מצאתי דיון במשפט העברי, הנוגע ישירות לנושא שבעתירתנו.

12. אך אם ראי לדבר אין כאן, הרי זכר לדבר יש כאן, והוא בדין הגלות בעיר המקלט. נעיין בעקרונות אחדים שבדרך ענישה מאלף זה.

א. לפי דין תורה, אדם ההורג נפש בשגגה, דינו גלות באחת מערי המקלט (במדבר, לה, ט-לד [יח]; דברים, יט, ב-יג [יט]). וכך מנוסח הדין במשנה תורה לרמב"ם, (רוצח ושמירת נפש, ה, א [ג]):

"כל ההורג בשגגה גולה ממדינה שהרג בה לערי מקלט. ומצות עשה להגלותו, שנאמר: וישב בה עד מות הכהן הגדול (במדבר לה, כה). והזוהרו בית דין שלא יקחו כופר מן הרוצח בשגגה כדי לישב בעירו, שנאמר: 'ולא תקחו כפר לנוס אל עיר מקלטו' (שם, לב)".

כערי מקלט שימשו שש ערים בארץ-ישראל ובעבר הירדן, שהופרשו במיוחד למטרה זו, וכן ארבעים ושתיים הערים שבהן התגוררו הלויים (במדבר, שם [יח] ודברים, שם [יט]; רמב"ם, שם, ח, הלכות א-ד, ט-י [ג]).

ב. התורה מנמקת את דין הגלות לעיר המקלט - וכך הוא נדון גם בהלכה - כדי להציל את ההורג בשגגה מידינו של גואל הדם. אך עוד בתקופת התנאים ראו בגלות לעיר המקלט משום עונש על מעשה ההריגה, וההורג חייב היה לגלות, גם כאשר לא היה קיים חשש של נקמת גואל הדם (ספרי, דברים, פסקא קפא [כ]; וראה עוד אור שמח, רוצח ושמירת נפש, ו, יב [כא]) וגם כאשר ההורג ויתר מרצונו על הגנה זו (הרב ד' צ' הופמן, דברים, יט, ה [כב]). מאלפים הם דבריו של בעל ספר החינוך, מחכמי ההלכה ובעלי ההגות בסופה של המאה השלוש-עשרה, בהסברו של הרעיון הגלום בשליחת ההורג נפש בשגגה לעיר המקלט (החינוך, מצוה תי [כג]):

"שנצטוו בית דין של ישראל לשלוח מכה נפש בשגגה מעירו ולהושיבו בערי מקלט, שנאמר והשיבו אותו העדה אל עיר מקלטו וגומר, וישב בה עד מות הכהן הגדול, וגם המכה גם הוא בכלל מצות עשה זו, שנאמר עליו: 'כי בעיר מקלטו ישב עד מות הכהן הגדול'".

משרשי המצוה; לפי שעון הרציחה חמור עד מאד, שבה השחתת העולם, עד שאמרו זכרונם לברכה, שההורג נפש במזיד, אפילו עשה כל המצות - אינו ניצל מן הדין, שנאמר: 'אדם עשוק בדם נפש, עד בור ינוס ולא ימלט' (במשלי, כח, יז, הנוסח הוא: 'עד בור ינוס אל יתמכו בו'). ולכן ראוי למי שהרג אפילו שוגג (אימתי נחשב כהורג בשוגג לענין גלות -

= 495 =

ראה רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, פרק ו [ג] - מ' א'), מכיוון שבאת תקלה גדולה כזו על ידו - שיצטער עליה צער גלות ששקול כמעט כצער מיתה שנפרד האדם מאהוביו ומארץ מולדתו, ושוכן כל ימיו עם זרים.

ועוד יש תיקון העולם במצוה, כמו שבאר הכתוב, שינצל עם זה מיד גואל הדם לבל יהרגנו על לא חמס בכפיו - שהרי שוגג היה.

ועוד תועלת בדבר, לבל יראו קרובי המוכה (את - מ' א') הרוצח לעיניהם תמיד במקום שנעשתה הרעה.

וכל דרכי התורה נועם".

הנימוק העיקרי להגליה לעיר מקלט, לדעת בעל החינוך, הוא איפוא השתת עונש על הרוצח בשגגה, שתקלה כה גדולה באה על-ידיו, והוא כליאתו בעיר מקלט ופרידתו מידידיו ומעיר מולדתו.

ג. מי שהורשע על הריגת אדם גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו; ולא זו בלבד, אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלה צרכי חיים חיוניים. כאמור, ארבעים ושתיים הערים, שהיו מיושבות על-ידי הלויים, שנמנו עם מורי העם וחכמיו, שימשו כערי מקלט, וסביבה זו היה בה כדי לשקם את הגולה-האסיר ולהחזירו למוטב. הלכות אלה, וכיוצא בהן, נשנו במקורות תלמודיים שונים (ראה ספרי, במדבר, פסקא קס [כד]; ספרי דברים, פסקא כא [כ]; מכות, ז, א - יג, א [כה]; תוספתא, מכות, פרקים ב-ג [כז]). ואנו נעיין באחדות מהן, כפי שמובאות הן על-ידי הרמב"ם (רוצח ושמירת נפש ז, הלכות א, ו-ז; ח, ח [ג]):

"תלמיד שגלה לעיר מקלט - מגלין רבו עמו, שנאמר: 'וחי' (דברים, יט, ה) - עשה לו כדי שיחיה, וחיי בעלי חכמה ומבקשיה בלא תלמוד תורה כמיתה חשובין. וכן הרב שגלה - מגלין ישיבתו עמו".

"עיר מקלט שרובה רצחנים - אינה קולטת, שנאמר: 'ודיבר באזני' זקני העיר ההיא את דבריו (יהושע כ, ד), ולא ששון דבריהם לדבריו. וכן עיר שאין בה זקנים - אינה קולטת, שנאמר: זקני העיר ההיא".

"רוצח שגלה לעיר מקלט ורצו אנשי העיר לכבדו, יאמר להם: רוצח אני. אמרו לו - אף על פי כן, יקבל מהם".

"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 אוכלוסיהן - מוסיפין עליהן. נתמעטו דיוריהן - מכניסין לתוכן כהנים לזים וישראלים".

= 496 =

ד. בצדה של הדאגה לצרכיו של האסיר-הגולה בתוך עיר המקלט מצויה הלכה מעניינת, שלפיה אין על הגולה לצאת מעיר המקלט אפילו לצורך קיום מצווה. מסתבר, שההנמקה המקורית היא כדי לא לחשפו בפני גואל הדם, אך קיימת היא גם כאשר לא מצויה סכנה כזו. הלכה זו שנויה במשנה, מכות, ב, ז [כז], ובתלמוד (מכות, יא, ב [כה]) ובספרות תלמודית נוספת, וכך מנוסחת היא על-ידי הרמב"ם:

"הגולה אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם, ואפילו לדבר מצוה או לעדות, בין עדות ממון בין עדות נפשות. ואפילו להציל נפש בעדותו או להציל מיד הגוי או מיד הנהר או מיד הדלקה ומן המפלת. אפילו כל ישראל צריכין לתשועתו כיוצא בן צרויה (שר צבא ישראל בימי המלך דוד - מ' א') - אינו יוצא משם לעולם עד מות הכהן הגדול" (רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ז, ח [ג]).

וראה תפארת ישראל, מכות, ב, ז, יכין, ס"ק מט, בועז, ס"ק ב [כח]).

ה. ואף לעניין עונש זה חוזרת ונדונה שאלת מעמדו של מי שהורשע בדיון בעת שנשא את עונשו לאחר מכן.

כאשר ההורג בשגגה נס אל עיר המקלט, שני תלמידי חכמים מלווין אותו עד הגיעו לעיר המקלט, ואם גואל הדם יפגוש בו, המלווים "אומרים לו (לגואל הדם - מ' א') שאין ראוי לו להיות לבו עליו, שבשוגג בא מעשה לידו" (בית הבחירה, מכות, ט, ב, ד"ה ומוסרין [כט]), על פי מכות, ט, ב [כה]). ועל כך מוסיף המאירי ואומר: "וכן אומרים (המלווים - מ' א') כן לאנשי ערי מקלט שלא ינהגו בו מנהג שופכי דם לבזותו ולקללו" (בית הבחירה, מכות, ט, ב, ד"ה ומוסרין [כט]).

חילוקי דעות מאלפים מצויים במשנה באשר למעמדו של האסיר-הגולה לאחר ששב מגלותו. וכך אנו גורסים (משנה, מכות, ב, ח [כז]):

"וחוזר לשררה שהיה בה (אם היה נשיא או ראש בית אב חוזר לגדולתו כשישוב לעירו במיתת כהן גדול: רש"י, מכות, יג, א [ל] - מ' א'), דברי ר' מאיר, ר' יהודה אומר: לא היה חוזר לשררה שהיה בה".

ההלכה נפסקה כדעת ר' יהודה (רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ז, יג-יד [ג]):

"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".

= 497 =

לשררתו ולגדולתו שהיה בהם אינו חוזר, אבל לשררה אחרת הוא חוזר, שמאחר שריצה את עונשו - "הרי הוא כשאר כל אדם". מעניינים הם דבריו של ר' יום טוב אבן אשברלי, הריטב"א, מגדולי ההלכה במאה הארבע-עשרה בספרד. לדעת הריטב"א, מי שהורשע על רצח בזון, אינו חוזר לשררה כלשהי, וזאת מפאת חומרתה של עבירת רצח, שמופלטת היא יותר מאשר כל עבירה אחרת. לדעתו, החומרה שבהריגת אדם - גם אם הדבר נעשה בשוגג - היא גם ביסוד דעתו של ר' יהודה, הסובר שאינו חוזר לשררה שהיה בה, ולכן ר' יהודה מסכים, כי - "בשאר עבירות בעלמא, כל שחזר בתשובה שלימה, אפילו לכתחילה ממנים אותו לכל הראוי לו, ואין צורך לומר שחוזר למה שהוחזק הוא או אבותיו" (חידושי הריטב"א, מכות, יג, א [לא]; וראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך "גואל הדם", וכרך ו, ערך "גלות" [לב]).

13. דין גואל הדם ופרשת ערי מקלט אינם נוהגים בזמן הזה (החינוך, מצוה תי [נג]; וראה הרב 'מ' גינצבורג, משפטים לישראל (הוצאת מכון הרי פישל, תשט"ז), עמ' שנו ואילך [לג], אך הרעיון הגלום בדרך הענישה שבעיר המקלט ראוי הוא שיעמוד לנגד עינינו בבואנו לדון בסוגיית דרכי הענישה, ביצוען של דרכים אלה ומטרותיהן. עונש הגלות לעיר מקלט ופרטי דיניו הינו דוגמה של שלילת חירות - האסיר הגולה מוגבל בחוש 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 ציבור שיש בידו, ברצונו וביכולתו לחנוך 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 שיש לכך הצדקה מסיימת במקרה של אסיר המסכן באופן חמור את שלום הציבור אם יתהלך חופשי 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 ממצאות עגומה זו. הרעיון והדינים הגלומים בעונש שלילת החירות של האסיר-הגולה בעיר המקלט מהווים דוגמה של מאסר בתורת ענישה אידיאלית, שטוב לשאוף אליה, גם אם לא נראה באופק הסיכוי להגשמתה במציאות של החברה בימינו. ועד כמה מודגש בתורת הענישה העברית גם חלקה של החברה באחריות למעשי העבריים שבקרבה, ניתן אולי למצוא גם ברעיון שמצאו חלק מהפרשנים בקביעה שבתורה, שהאסיר-הגולה ישהה בעיר המקלט עד מות הכהן הגדול. וכל כך למה? משום שהכהן הגדול, שהוא המורה הרוחני ומחנכו של העם, "אשם" בכך שבדורו נמצא הורג בשגגה, שהרי אילו הצליח בחינוך הדור והתפצל עבור הדור, לא הייתה באה תקלה זו לעולם, ועל-כן ישהה הגולה בעיר המקלט עד מותו של הכהן הגדול

= 498 =

(ראה רש"י, במדבר, לה, כה [לד], ופירוש גור אריה, במדבר, לה, כה [לה]); וראה מכות, יא, א [כה] ומפרשי הסוגיה, שם. פרשנים רבים נתנו לכך נימוקים אחרים ושונים - ראה אבן עזרא, במדבר, לה, כה [לו]; רשב"ם, במדבר, לה, כה [לז]; ספורנו, במדבר, לה, כה [לח]; וכן ראה הכתב והקבלה, במדבר, לה, כה [לט], ועקידת יצחק, שער ששה ושמונים [מ]. אשר-על-כן המשנה מוסיפה ואומרת: "לפיכך אמותיהן של כהנים מספקות להן [לגולים - מ' א'] מחיה וכסות, כדי שלא יתפללו על בניהם שימותו" (משנה, מכות, ב, ו [כז]), למען ירגישו האסירים בטוב ובנוח בעיר המקלט, שם מרצים הם את עונשם.

14. ומאידייליה שבאיגרא רמא, נחזור לנושא שבסוגיה שלפנינו. כפי שאמרנו בתחילתם של דברים, הזכות לקיום יחסי אישיות ולהתייחדות עם בת הזוג זכות יסוד טבעית ואנושית היא לאדם באשר הוא שם, ועונש שלילת החירות אינו כולל מאליה שלילתה של זכות יסודית זו. השאלה אינה אלא מידת האיזון בין ביצועה של זכות זו לבין שמירה על שיקולים, הנובעים מחובתם של שלטונות בית הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה מהאסיר, היינו שמירה על כללי ביטחון וסדר בית הסוהר ואפשרות הקצאת המשאבים התקציביים הדרושים לכך. קנה המידה בדבר שיעורם של דרכי איזון אלה תלוי הוא, כאמור לעיל, בטיבה של הזכות הנפגעת, היינו במידת התייחסותנו ליסודיותה ולחשיבותה של זכות ההתייחדות של האסיר עם בת-זוגו.

שלילת זכות ההתייחדות כאמור, בנוסף לפגיעה שיש בעצם מניעתה, כמה וכמה רעות חולות וקשות נלוות לה - לאסיר עצמו, לאוכלוסיית האסירים כולה, לבני משפחתו של האסיר ובסופו של דבר - לחברה כולה. כבר עמדנו על כך לעיל, ששלילת אפשרות התייחדות עם בת הזוג מביאה היא את האסיר לכלל לחצים גופניים ונפשיים קשים, המשבשים עליו את עולמו, שכל כולו סגור ומסוגר הוא בדל"ת אמות של חומות הכלא. מן המפורסמות הוא, ששלילת אפשרות לקיום יחסי מין עם בת-זוג הינה אחד הגורמים העיקריים לקיומה של תופעת ההומוסקסואליות בין כותלי בית הסוהר, אשר בה "מנצחים" הגברים "הגיבורים" ולה נפלים קורבן חלושי האופי והכוח שבין האסירים; אלה האחרונים, בנוסף על שלילת החירות שהשתה עליהם כדין, נתונים, על כורחם ושלא לרצונם, למשיסה של כבודם האנושי ולביזוי צלם האדם שבהם. על משפחתו של האסיר עוברת כוס תמרורים, גדושת סבל וייסורים, כתוצאה מעצם העובדה של כליאת בן הזוג בין חומות הכלא. סבל זה אין מנוס הימנו, והוא חלק מהותי של עונש המאר, שגורר עמו בהכרח ניתוקו של האסיר ממשפחתו. אך מניעת אפשרות התייחדות עם בת הזוג גורמת היא, לעתים קרובות, להרס התא

המשפחתי על כל המשתמע והנובע מכך לבת הזוג וילדיהם; דבר זה נכון הוא במיוחד כאשר האסיר נדון לתקופת מאסר ארוכה, ולפי הוראות הנוהל הקיימות, אין הוא זכאי לחופשה כלשהי, אלא במקרים חריגים ומיוחדים, במשך הרבע הראשון של תקופת המאסר, ואף לאחר עבור תקופה זו אין בנימוק של אפשרות התייחדות עם בת-זוגו, לפי הוראות הנוהל הקיימות, כדי לשמש

= 499 =

עילה לקבלת חופשה. לעניין יחסים אלה עם בת-זוגו נמנע מן האסיר, המקיים אורח חיים דתי, מלקיים מצוות פרייה ורבייה ודין עונה, כאמור בראשיתם של דברים; ואף זהו שיקול, בין יתר השיקולים, שצריך לבוא בחשבון. ואחרון אחרון - מתוך כלל הרעות הקשות שמנינו עד עתה, נמצא שאנו פוגעים קשות בסיכויי שיקומו של האסיר, והרי אף הוא, השיקום, מטרה נכבדה במדיניות הענישה היא. מן המפורסמות הוא, שאלימות הומוסקסואלית והרס התא המשפחתי מערימים קשיים קשים ביותר על השתלבותו של האסיר, בהגיע מועד השחרור, בחברה שהימנה הוא בא ובה רקם את מירקם חיו. אמרנו על כך במקום אחר (ע"א 4/82 (ב"ש 904/82) [1] הנ"ל, בעמ' 212):

"א-פגיעה בזכות מזכויותיו של האסיר, כפי שהיו בידו בטרם נשלל הימנו חופש התנועה, מטובתו של האסיר הוא, כדי לשמור ככל האפשר על הקשר בינו לבין החברה החופשית, אשר הימנה בא ושהוא מנותק הימנה, באופן זמני, על-ידי חומת כלאו; וכן מטובתה של החברה הוא, כדי לקדם ככל האפשר את שיקומו של האסיר ועל-ידי כך להקל על שובו והשתלבותו בחברה, אשר הוא ממשיך, גם בכלאו, להימנות עמה".

15. כפי שראינו בתחילתם של דברים, הבעיה שבסוגייתנו מטרידה וטורדת היא מנחתם של מערכות משפטיות שונות, ובמקומות לא מעטים הונהגו ביקורים משפחתיים כדי לבוא לכלל פתרונה. חלק ניכר מבתי המשפט שבארצות-הברית ערים הם לתוצאות הקשות הכרוכות בשלילת מתן אפשרות לחיי אישות לאסירים, אך אין הם רואים מקום להתערבותו של בית המשפט, משום שין שלילה זו מגיעה לכדי "עונש אכזרי ובלתי שגרתי", העומד בניגוד לחוק שבארצות-הברית. אך גם אם נאמר שאכזריות אין כאן, הרי פגיעה קשה ביותר בצרכיו האלמנטאריים של האסיר, בכבודו ובצלמו האנושיים ובסיכויי שיקומו ושיקום משפחתו - יש כאן. מעניינים הם דברי סיום שנאמרו בפסק הדין בעניין [16] UNITED STATES EX REL. WOLFISH V. LEVI. לאחר שבית המשפט סוקר את הבעיות הכרוכות בשלילת מתן אפשרות לקיום יחסי אישות לאסירים ופסיקתם של בתי המשפט שאין בכך משום ניגוד לתיקון השמיני שבחוקה, ממשיך הוא ואומר, בעמ' 143:

"BUT PETITIONERS ARE NOT DAUNTED. THEY DO NOT ACKNOWLEDGE, THEY PROCLAIM, THE PAUCITY OF AUTHORITY, SAYING:

'ONLY ONE COURT HAS HAD THE COURAGE TO FIND THAT INMATES ARE ENTITLED TO CONJUGAL VISITING AS A MATTER OF CONSTITUTIONAL RIGHT. GOVERNMENT OF THE VIRGIN ISLANDS V. GEREAU. 3 PRISON L. RPR. 20 (D.V.I., MAY 30, 1973).

WITH AL DEFERENCE, AND WITHOUT STOPPING OVER THE MEANING OF COURAGE IN SUCH A CONTEXT, THIS COURT REJECTS THE CHALLENGE. WHETHER OR NOT THERE MAY BE CONJUGAL VISITS

= 500 =

IN FEDERAL JAILS OR PRISONS IS LEFT FOR THE CONGRESS AND THE EXECUTIVE TO DECIDE".

אכן, איזהו גיבור ומהו אומץ בעולמה של פסיקה - בירור זה אינו ראוי שייעשה מעל דפי פסקי הדין. אך מה שוודאי הוא, שלא אחת, עם כל הרצון וה"אומץ", קצרה ידו של בית המשפט להושיע, ואז מפנה הוא, בגזירת החוק המצוי, אל המחוקק, בציפייה לחוק הרצוי.

16. אילו זכינו, וניתן היה להנהיג בבתי הסוהר שלנו - כפי שמקובל במתוקנים שבבתי הכלא באומות העולם - הסדר של ביקורים משפחתיים, ודאי שהיה זה הפתרון הראוי והנכון להסדר קיומה של זכות יסוד זו בידי האסיר, למענו, לטובתו של התא המשפחתי ולתיקונה של החברה כולה. אך ביצועו של הסדר זה תלוי הוא בתיקוני חוק והוראות נוהל, בנוסף על הצורך בהקצאת משאבים גדולים ורציניים, ואף כרוכות עמו בעיות סבוכות של סדרי ביטחון, ששלטונות בית הסוהר מצווים לשקוד עליהם. לפי סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], "אחרי תום שלושת החודשים הראשונים של מאסרו, ולאחר מכן - כל חדשיים, מותר להרשות ביקור ידידים לעיני הסוהר ובטווח שמיעתו..." (ההדגשה שלי - מ' א'), וזאת מטעמים של הבטחת סדרי ביטחון נאותים. הוראה זו אינה עולה בקנה אחד עם סידור תנאי התייחדות לאסיר בשעת הביקור המשפחתי. תקנה 29 לתקנות בתי הסוהר מאפשרת לאסיר להיפגש עם עורך-דינו שלא בנוכחות אדם אחר, אך גם זאת "במידה שתנאי

הבטחון ובטחון המדינה מאפשרים זאת". שינוי רדיקלי ומהותי זה בסדרי בתי הסוהר - הן מבחינת סידורי ביטחון והן מבחינת גודל המשאבים הדרושים לביצועו - עניין הוא למחוקק לענות בו, ואנו אין לנו אלא לצפות לזמן ולתנאים שהמחוקק יוכל ליטול על עצמו יוזמה ברוכה ורצויה זו.

17. שונה הוא מצב הדברים לעניין מתן חופשות לאסיר כדי לאפשר לו קיום הזכות השמורה לו לקיום יחסי אישות. לאור דברינו לעיל, זכות זו כה עקרונית ויסודית היא, שאין לנהוג בה במידת האיזון הרגילה המקובלת לעניין הזכות ללמוד והזכות לבחירת טיפול רפואי לפי רצונו של האסיר, אלא מתקרבת היא, במהותה, לזכותו של האסיר לתנאים אנושיים בסיסיים באופן סיפוק צורכי אכילה, שתייה ולינה. כשם שלעניין זכותו של האסיר לבחור לכנסת מצא בית המשפט, ובעקבותיו הרשות המחוקקת, לשנות מהמדיניות שנקטה הייתה במשך מספר ניכר של שנים ולאפשר לאסיר לבוא על זכות יסוד זו, שהיא מאושרת הדמוקרטיה, על-אף ההוצאות התקציביות הגדולות הכרוכות בהסדרת הצבעתם של האסירים ובשמירה על סדרי הביטחון הכרוכים בכך, כך מן הראוי שנשנה גישתנו, הנקטה בידינו כיום, לעניין קיום זכות האסיר ליחסי אישות, על-ידי קביעת הוראות מתאימות בהנחיות הקובעות את נוהלי מתן החופשות לאסירים. קנה המידה, שעל פיו ייקבע ויבדק מתן אפשרות קיומה של זכות זו, צריך שיהיה שיקולי ביטחון, שמפניהם תידחה הזכות, אך לא שיקולים תקציביים, שכל עוד מדובר במתן חופשות בלבד, אינם ניכרים וגדולים במיוחד.

= 501 =

סעיף 36(א) מהפקודה קובע, כי "השר רשאי, על פי בקשת אסיר או על פי המלצת הנציב, לתת לאסיר, בתנאים שייראו לשר, חופשה מיוחדת שלא תעלה על תשעים ושש שעות...". מתן חופשה תלוי איפוא בהמלצת שירות בתי הסוהר ושיקול-דעת השר, ואין לאסיר זכות מוקנית לחופשה (ראה: בג"צ 581/80 [9], בעמ' 328; בג"צ 578/79 [10]). על השיקולים המנחים את השר והגורמים המוסמכים במתן חופשה כאמור, וחופשות בכלל, נוכל ללמוד מהוראות מפורטות בדבר חופשות אסירים, המצויות בפקודת נציבות בתי הסוהר 12.05.01 מיום 1.6.85. וכך נאמר בפתיחתן של הוראות אלה:

"א. 1. המגמה במתן חופשה לאסיר היא חיזוק הקשר בין האסיר למשפחתו ולקהילת מגוריו, הקלה זמנית בחסכי המאסר ותמריץ להתנהגות טובה של האסיר בבית הסוהר.

2. החופשה אינה בגדר זכות מוקנית של האסיר אלא סמכות המסורה לשיקול דעת הניתן להעניקה על ידי הגורם המוסמך לכך לאחר בחינת ההיבטים האישיים הנוגעים לאסיר ולתפקודו בבית הסוהר וההיבטים הנוגעים לשלום הציבור".

על מגמה זו וההיבטים השונים האמורים מצויות הנחיות שונות בהוראות הנ"ל, בין היתר בדבר הקטיגוריה לה סווג האסיר, תקופה מינימאלית של ריצוי המאסר עובר למתן החופשה ושיקולים אחרים, כגון - סוג העבירה ותפקודו של האסיר בבית הסוהר (סעיפים ה, ז, ח). פרקי זמן ותדירות החופשות מוגדרים אף הם בהוראות הנוהלים לפי סיווגם של האסירים (סעיף יב), והקריטריונים לחופשות חריגות נקבעו בסעיף יח מההוראות.

קביעת הנהלים האמורים חיוניים הם לסדר התקין בכלא, וחשיבות מיוחדת להן בכך שיש בהן משום קביעת נורמות שוות וגלויות כלפי כל האסירים, דבר שחיוני הוא כדי למנוע תסיסה וערעור האיזון, העדין והרגיש, של חיים תקינים בבית הכלא. הנהלים האמורים סבירים הם איפוא ומקובלים עלי, אך נראה לי, כי מקום יש לתקנם ולהשלימם בכל הקשור לנושא עתירתנו. כאמור, זכותו של האסיר להתייחדות עם בת-זוג ולקיום יחסי אישות היא מהותית ויסודית בתפיסת עולמו החברתית ובעולמה של יהדות, וחשיבות מיוחדת נודעת לה לשם שיקומו של האסיר, לשמירת התא המשפחתי שאותו הקים, ולשם תיקונו ושלומה של החברה שעמה הוא ממשך להימנות. ייחוד וחשיבות אלה מחייבים התייחסות מיוחדת לזכות זו במסגרת שיקולי השר, בנוסף ובכפוף לשיקולי ביטחון, תפקודו של האסיר וכיוצא באלה, המפורטים בהנחיות האמורות.

סעיף יב של הוראות הנוהלים הנ"ל קובע את תדירות החופשות של אסיר לפי סיווגים שונים, וסעיף יח קובע נסיבות מיוחדות לאישור חופשה חריגה, גם בטרם ריצה רבע מתקופת מאסרו ובתוך פרק הזמן המינימאלי בין חופשה לחופשה. בכל אלה אין זכר לנימוק של הצורך והזכות להתייחדות עם בת הזוג. מן הנכון, לדעתי, כי נימוק זה, בגלל חשיבותו המיוחדת, לא ייפקד מקומו ברשימת הסיווגים והנימוקים האמורים. יש לציין

= 502 =

בחיוב את הודעת פרקליטות המדינה, בעתירה דנן, כי "כמו אצל אסירים אחרים, כן גם בענינו של העותר, אם יבקש לממש זכותו לחופשה במועד מתאים לסיכויי התעברות שלאשתו, ישקול מנהל בית הסוהר בקשתו, ובהעדר מניעה בטחונית או משמעתית, תשקל בקשה כזו מטעמו של העותר בחיוב". אך המגמה שבהוראות הנוהלים, אותה ציטטנו לעיל, בדבר "חיזוק הקשר בין האסיר למשפחתו ולקהילת מגוריו, הקלה זמנית בחסכי המאסר ותמריץ להתנהגות טובה של האסיר בבית הסוהר" מחייבת לכלול נימוק זה בדבר זכות ההתייחדות בהוראות הנוהלים כבעל מעמד מפורש ומיוחד במכלול השיקולים למתן חופשה לאסיר. הוראה זו יכול שתכלול, כמובן, גם פרטים נוספים, כגון הצורך בתעודה רפואית או חוות-דעת של עובדת סוציאלית וכיוצא באלה.

18. ואשר לעתירה דנן. כבר אמרנו, כי לדעתנו הוראות הנוהל הקיימות הן סבירות אם כי לא שלמות. וכן הזכרנו בתחילתם של דברינו (סעיף 3) את הודעת באת-כוח המדינה, כי לעותר כבר ניתנו חופשות וגם להבא יינתנו לו חופשות, מפעם לפעם, לפי הקריטריונים הקבועים בנהלים; וכי בקשה של העותר לקבלת חופשה כדי להתייחד עם בת-זוגו במועד מתאים תישקל בחיוב, אלא אם תהא קיימת מניעה ביטחונית ומשמעתית. במסגרת וראות הנוהל הקיימות אין איפוא למצוא בשיקולי השר ושלטונות בית הסוהר פגם, שיהא בו כדי להצדיק התערבותנו בהם.

אשר-על-כן אני מציע לדחות את העתירה, ובנסיבות העניין לא לחייב בהוצאות.

השופט א' ברק: מסכים אני לפסק-דינו היפה של חברי, השופט אלון. שאלת "ביקורי המשפחה" עניין הוא לשלטונות בתי הסוהר, אשר צריכים לאזן בין השיקולים השונים עליהם עמד חברי. כשלעצמי, סבור אני, כי איזון זה צריך שיחול על כל אוכלוסיית בתי הסוהר, בין אם האסירים נשואים ובין אם לאו. מטבע הדברים, שהקשיים הם מרובים, וסדר העדיפויות חייב להיקבע על-ידי שלטונות בתי הסוהר עצמם.

השופט ד' לוי: מקובלת עלי התוצאה, שאליה הגיע חברי המלומד, השופט אלון.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט אלון.

ניתן היום, י"ד באב תשמ"ז (9.8.87).