

תורה ומדינה הלכה למעשה- בתי הכלא במדינת ישראל והחלת עונש מוות בזמן הזה

ראשי פרקים

1. החלת עונש מוות כהוראת שעה
2. מאסר עולם ועונש מוות לרוצחים בימינו
3. מעצר אדם לצרכי חקירה בטרם נשפט
4. מאסר ככלי לכפייה על קיום מצוות
5. עונש המאסר כענישה בפני עצמה וענישה בעבודות שירות

1. החלת עונש מוות כהוראת שעה

הגמ' במסכת סנהדרין מביאה מקרה בו אדם מסוים רצח, והעונש שקיבל על רציחתו הינו שגרמו לו לעיוורון. על גמ' זו שואלים כמובן כל הראשונים, כיצד ניתן להעניש אדם זה בהפיכתו לעיוור. הרי אין בנו כח כיום להרוג אדם ולא לפגוע בגופו, שהרי אין ביננו דיינים סמוכים, ואין סנהדרין שרק היא יכולה לפסוק בדיני נפשות. הנ"י יוסף מוסיף ואומר, שלא ניתן לומר שעונש זה ניתן כתוצאה מכך, שב"ד יכולים לעקור דבר מן התורה משום מגדר מילתא והוראת שעה כפי שלמדנו בעבר, מפני שיכולת זאת מפאת היותה בלתי מוגדרת, ולמעשה מאפשרת לדיינים לעשות ככל העולה על רוחם, ולהעניש בכל עונש שיראו לנכון על כל מעשה שיעשה האדם, נתונה לסנהדרין הגדולה בלבד. לכן, לא יכול להיות שבזמן הגמ', שלא הייתה סנהדרין, פסקו בדיני נפשות ובענישת הגוף מדין הוראת שעה. אלא מבין הנימוקי יוסף, שהיכולת של הדיינים בזמן הגמ' לגרום לעיוורון של אדם וכדומה, כעונש על כך שרצח אדם, אינה דיני נפשות של ממש, אלא רק כעין דיני נפשות, ואינו כדין תורה ממש. אולם לכאורה גם אחר דבריו נותרה קושייתו בעינה, מניין יש לדיינים שאינם בסנהדרין הגדולה, להעניש בעונשים מסוג זה. הרי גם יכולתם זאת הינה מכח הוראת שעה, דבר שלשיטתו אינו אפשרי בבתי דין אחרים מלבד הסנהדרין הגדולה. לעומת הבנתו בסוגיה נראה מהריב"ש, שלא הגביל את יכולת הדיינים לדון בהוראות שעה רק לסנהדרין הגדולה בלבד. בדבריו מביא, שהיכולת של בתי הדין להעניש גם בימינו אפילו בעונש מוות ממש, נלמדת מדין יכולת בתי הדין שבכל דור ודור להעניש בהוראות שעה. להבנתו, למרות היכולת של בתי הדין להעניש בעונש מוות, בנידון דידן לא השתמשו הדיינים בכח זה אשר בידם, וגזרו על הרוצח עונש של עיוורון בלבד, מפאת העובדה שלדעתם לא היה נצרך עונש מוות במקרה זה. מתוך כך מביא הריב"ש, את הדבר שהיה מובן מאליו ואומר, שגם אחר יכולת של בתי הדין לדון בהוראת שעה אפילו בגזר דין מוות, יש לבתי הדין לשקול היטב את חומרת העברה ואת העונש ההולם עברה זו, ולא להשתמש בעונשים הכבדים ביותר בכל עברה פעוטה כאשר היא. האורים מוסיף ע"ג מגמת דבריו של הריב"ש ואומר, שלמרות יכולת בתי הדין להעניש אף בגזר דין מוות בהוראת שעה, נראה שלפני גזר דין שכזה, יש לחשוב היטב אם אכן ראוי לתת גזר דין זה, והאם הינו הכרחי. כמובן ששיקול דעת זה אינו קיים כלל בסנהדרין הפוסקת בדיני נפשות, הפועלת ע"פ הכללים ההלכתיים בדיני תורה, וממילא גזר הדין כבר נקבע מאליו ע"פ התורה, ואינו נתון לשיקול דעתם של הדיינים כלל ועיקר. אולם כיוון שבענישה מכח הוראת שעה אין דין תורה, וכל הכח שהתורה נתנה לדיינים שבכל דור ודור להעניש כהבנתם, נשען על שיקול דעתם בלבד. לכן יש להם להתיישב היטב בדעתם זו, בפרט בעונש החמור ביותר- עונש המוות. עוד עולה מדבריו, שיש להסמיך עד כמה שניתן, את הענישה הניתנת מתוך שיקול דעתם של הדיינים מדין הוראת שעה, לדין המקביל הדומה לכך בתורה. לכן אומר האורים, שלמעשה למרות שלא קיימים עתה דיני נפשות, ניתן לראות בדיינים ובאי כוחם- המוצאים להורג, מעין גואלי הדם שהיו רשאים להרוג בעצמם את הרוצח, אף שאינם דיים כלל, ומכח דין זה ישנו סמך לבתי הדין כיום, לפסוק עונש מוות לרוצח במקרים מסוימים אשר הם רואים לנכון, יותר משאר עברות חמורות ככל שיהיו, כגון חלול שבת וכדומה, בהם אין כל יכולת לדון דיני נפשות בימינו, שאין לכך על מה להסתמך. הרמב"ם בדבריו מביא, שגם אם אדם לא רצח בעצמו, אלא שלח אחרים לרצוח בשמו, או שקירב מיתתו של חברו באופני גרמא שונים, למרות שמדין תורה לא ניתן להוציאו להורג, שהרי סוף סוף לא רצח אף אדם באופן ישיר, מ"מ חייב אדם זה מיתה בידי שמים. אולם כפי שהבאנו לעיל, אם ראו לנכון המלך או בית הדין להרוג אנשים אלו למרות שכלל אינם חייבים מיתה, הרשות בידם. מדבריו עולה, שהיכולת של המלך ובית הדין לעשות כן, הינה מכח מגדר מילתא והוראת שעה. מדבריו, שגם בימינו ניתן להשתמש בהוראות השעה בבתי הדין, נראה שסובר כמו הריב"ש ולא כנימוקי יוסף. אולם אחר הדברים הללו מוסיף הרמב"ם ואומר, שגם כאשר לא ראו המלך ובתי הדין לנכון להעניש בגזר דין מוות, חייבים בתי הדין להכות רוצחים אלו, סיעיניהם ושולחיהם, מכות הקרובות למיתה, ולהכניס אותם למאסר שנים רבות, למען יראו ויראו שאר עושי העוולה, ולא יאמרו לעצמם שיכולו אף הם להרוג אנשים או לסובב את מיתתם בדרכים שונות, ולא יקרה להם דבר. דברי

הרמב"ם הינם תמוהים, משום שמדבריו עולה שמעבר ליכולתם של בתי הדין והמלך להעניש מדין מגדר מילתא, בו הוא מציין מפורשות שיש להם רשות לעשות כן, יש לבית הדין חובה שאינה תלויה ברצונם, ואינה רק רשות לבתי הדין, להעניש את הרוצחים במיני עונשים הקרובים למיתה. מדבריו נראה, שאין זה משום הוראת שעה המובאת לעיל בדברי הראשונים, אלא מעין דין נוסף בפני עצמו אותו חייבים בית הדין לעשות באופן קבוע. ע"פ דבריו ניתן להסביר את דברי הנימוקי יוסף, לפיהם למרות שבהוראת שעה לא ניתן להעניש אלא רק בסנהדרין גדולה, ניתן לגרום עיוורון לרוצח וכדומה. כאמור ע"פ הרמב"ם אין זה מדין הוראת שעה ומגדר מילתא, אשר לנימוקי יוסף שייך רק בסנהדרין גדולה, אלא מגדר אחר, אותו יש לברר.

2. מאסר עולם ועונש מוות לרוצחים בימינו

המשנה והגמ' במסכת סנהדרין מבארות, שישנו סוג ענישה נוסף מעבר לסוגי הענישה הרגילים והמוכרים כמוות, מלקות וקנסות ממוניים. מהמשנה והגמ' המפרשת אותה עולה, כי אדם שעבר על עברה שחייבים עליה כרת, וקיבל עליה מלקות מספר פעמים, במקום להלקות אותו פעם נוספת מכניסים אותו לכיפה, הדומה לצינוק של ימינו, ומאכילים אותו באופן כזה שכרסו תבקע, כלשון המשנה. הר"ן בדבריו מסביר, שלא יתכן לומר, שדברי משנה זו הינם מכח היכולת של בית דין להעניש שלא ע"פ דיני תורה. שהרי הנושא המדובר במשנה זו הוא תקנה קבועה לדורות, דבר העומד בסתירה להגדרתה הבסיסית של הוראת שעה, שכל עניינה לתת מענה נקודתי לצורך הקיים בזמן מסוים בלבד. לכן מבין הר"ן, ומבינים כמותו ראשונים נוספים, שלמרות שאין כל מקור מהתורה לענישה זו, תוקפה מהתורה, מדין הלכה למשה מסיני. ההכנסה לכיפה כענישה מובאת גם במשנה נוספת, ממנה עולה כי מי שרצח באופן ודאי, אך ע"פ דיני הראיות במשפט העברי לא ניתן להרשיעו ברצח, ולהענישו בעונש מוות, יש להכניסו לכיפה הנ"ל כתחליף לעונש מוות. גם דין זה הינו מכח הלכה למשה מסיני, להבנת הר"ן הנ"ל. מדברי הר"ן ומראשונים נוספים נראה, שהכנסת האדם לכיפה הינה דרך להמיתו בגרמא, ע"י האכלתו באוכל מסוים שיגרום למיתתו, אך לא להורגו באופן ישיר. אולם ניתן להבין מדברי הרמב"ם, שלא מדובר בהכרח על הריגתו של אותו אדם, שהרי בדברי הרמב"ם לא מוזכרת כלל העובדה שאדם זה ימות בהכרח מאכילה זו, אלא מביא הרמב"ם את דברי הגמ' לפיה בסופו של תהליך כרסו של אדם זה מתבקעת. אין בדברי הגמ' הכרח שמשמעות הדברים שאדם זה ימות, אלא שיסבול סבל גדול מאוד בלבד. בהמשך דבריו אומר הרמב"ם שכונסים אדם זה לכיפה עד שימות. ניתן להבין דבריו שמודה לר"ן וסיעתו, שע"י האכלתו דברים אלו ימות. אך ניתן להבינו כדבריו לפני כן, שמאסר זה הנגזר עליו ימשך עד מיתתו, היינו כפי שנהוג כיום להענישו במאסר עולם ובנוסף לכך להענישו גם כן בעינויים שונים. ע"פ הבנה זו של הרמב"ם במהות עונש הכיפה, ניתן להבין את דבריו לעיל. הרמב"ם מבין שכדברי הר"ן, דין כיפה אינו חלק ממערכת הענישה כחלק מהוראת השעה, אלא דין העומד בפני עצמו, המוטל על בית הדין לנהוג בו בכל עת וזמן בלא קשר להיות דיינים סמוכים או לא. זו הסיבה להבנת הרמב"ם, שכאשר לא נראה צורך חריג להוציא להורג רוצח בתקנת שעה, מה שלא יכול להיות כתקנה קבועה, כיוון שאין לנו סנהדרין שיכולה להוציא להורג רוצח, מחויבים בית הדין מן התורה, מדין הלכה למשה מסיני, להעניש רוצח זה בייסורים ולכלוא אותו כדין כיפה. אלא שלהבנת הרמב"ם, צורת הענישה ע"י כיפה אינה עונש הכרחי, אלא כל מיני ייסורים הקרובים למיתה, יכולים להוות תחליף לכיפה. עוד מוסיף הרמב"ם להבנה זו ואומר, שגם אנשים המסובבים לאדם אחר מיתה בגרמא, או מזמינים רציחתו של אדם ע"י רוצחים שכירים, יש להעניש אותם בעונש הכיפה, או עונשים מקבילים בחומרתם לעונש זה. נמצא שלהבנת הרמב"ם כל רוצח, משלח רצח וסייען לרצח, גם בימינו יש להענישם מדין תורה במאסר עולם, או לכל הפחות לשנים רבות בצינוק, המקביל לכיפה ולהוסיף לכך ייסורי גוף שונים, כל זאת לא מדין הוראת שעה, שאינה יכולה להיות כתקנה קבועה לאורך זמן כדברי הר"ן, אלא כתקנה קבועה בחוק, שתוקפה הינו מדין הלכה למשה מסיני. נמצא שניתן ללמוד מדברי הרמב"ם, מקור מפורש למאסר העולם הנהוג בזמננו, הניתן לכל רוצח באשר הוא. מדבריו עולה, שיש להעניש בעונש זה גם אדם אשר סייע באופן אקטיבי לרצח, או הזמין את הרצח, אף שלא רצח בידיים, אלא שלדבריו יש להוסיף גם ייסורי גוף נוספים מעבר למאסר, כהגדרת הגמ' לעונש הכיפה. מדברי הרמב"ם עולה גם כן, הצורך החשוב להעניש במאסר עולם רוצחים בדווקא, יותר מכל שאר העברות החמורות שבתורה. משום שאיסור זה משחית את הארץ יותר מכל איסור אחר, כדבריו. מדברי הפוסקים בעניין החלת עונשי מוות בזמן הזה, שאין סנהדרין, מדין הוראת שעה נראה, שאין לקבוע בחוק באופן אוטומטי, כפי שקיים במספר מדינות, שאדם שרצח יתחייב עונש מוות. משום שאם יהיה הדבר קבוע בחוק, יש בכך יציאה מגדרי הוראת השעה, וסותר את יסוד ההיתר להחיל גזר דין מוות ע"פ תורה. ביחוד שדיני הראיות הנהוגות כיום במדינת ישראל, אינם תואמים את דיני הראיות הנדרשות ע"פ תורה. אולם מרוב הפוסקים נראה, שגם כיום שאין לנו סנהדרין, יש להשאיר את הפתח באופן חריג לאפשר לשופטים להחיל עונש מוות משום הוראת שעה. מצבים אלו כאמור צריכים להיות חריגים מאוד כדין הוראת שעה, ולא יכולים להיקבע ככלל מוחלט בדיני הענישה. נראה שכיום האפשרות לגזור גזר דין מוות במדינת ישראל רק על הנאצים ועוזריהם, וכתוצאה מכך במשך שבעים שנות קיומה הוציאו להורג במדינה רק את אייכמן, יש בכך משום סתימת הגולל על

עונש המוות. יש לבחון אם ראוי להחיל עונש מוות גם על מקרי רצח קיצוניים, כגון רוצחים סדרתיים, או ראשי ארגוני פשע, אשר בוודאות שכרו בפעמים רבות רוצחים שכירים לחיסול חשבונות בין ארגוני הפשע, או לחילופין מקרי רצח שעשויים לזעזע את היכולת שלנו להמשיך להתקיים במדינה כחברה אחת, כרצח ראש ממשלה וכדומה. בניגוד לדין הפלילי בבתי המשפט בישראל, בהם לא ניתן להחיל עונש מוות באופן סדיר לכל רוצח, יש בהחלט לקדם חקיקה שתאפשר החלת עונש מוות על מחבלים עם דם על הידיים בבתי הדין הצבאיים. השוני המהותי בין המקרים, אינו בכמות הרציחות ובחומרתם, אלא בהבנה שבתי הדין הצבאיים פועלים מתוקף העובדה, שאנו נמצאים במלחמה מתמדת עם ארגוני הטרור. כשם שבמלחמה הורגים אנשים, אף בלא הבאת ראיות, וללא כל רשות שיפוטית אשר בדקה את נסיבות האירוע, אלא בהוראת קצין לעיתים זוטר מאוד, כ"ש שניתן להחיל עונש מוות על מחבלים אחר הבאת ראיות מצקות דיו, על הדם הרב המצוי על ידיהם, כחלק מהמאמץ המלחמתי כנגד ארגוני הטרור. מסיבה זו ניתן לעגן עונש מוות למחבלים בחוק קבוע וברור, ואין בכך סתירה לדיני תורה, אלא חלק מהותי מצווי המלחמה המובא בתורה. יש להוסיף שבעונשי המוות שיוטלו ע"פ החלטה שיפוטית זו או אחרת, ראוי להסמיכם לדין הכיפה המובא הראשונים הסוברים שבסופו של תהליך, האדם ימות כתוצאה מעונש זה. כלומר ראוי להימנע מלהרוג אדם באופן ישיר כגון בכסא חשמלי, אלא לשאוף להוציאו להורג ע"י החזרת רעל לגופו וכדומה, שיהרגו רק כעבור זמן מה, בדומה לכיפה שאינה נחשבת הריגה בידים, אלא הריגה בגרמא הקלה יותר מדין תורה, אשר מחייב הוצאה להורג באופן ישיר. בכך ניתן יהיה לראות את ההבדל בין מיתה המתחייבת מדין תורה לבין מיתה מדין הוראת שעה.

3. מעצר אדם לצרכי חקירה בטרם נשפט

מעבר למאסר עולם בתוספת ייסורים לרוצח, הנלמדים ע"פ הבנתנו ברמב"ם מדין הכיפה, מצאנו בדברי חז"ל אופנים נוספים לעונש המאסר. כבר בתורה להבנת חז"ל מובא, שיש להכניס אדם למאסר אם הכה אדם הכאות רבות, עד כדי שאושפז המוכה עם חשש כבד לחייו. התורה להבנת חז"ל אומרת, שיש לכלוא את האדם המכה, עד שיתברר אם האדם המוכה ימות כתוצאה מהכאות. נראה מדברי חז"ל, שלא מדובר על כליאה ע"מ שלא יברח המכה מן הדין, שהרי דורשים חז"ל, שאין לאפשר לאדם המכה לתת ערבויות כספיות, ע"מ להפטר מן המאסר. כלומר, אין בכליאתו רק אי מתן אפשרות לברוח, אלא גם חלק מהענישה לאדם זה, אשר הכה את חברו מכות, שכתוצאה מהם נשקפת סכנה לחייו של המוכה. מהירושלמי בדין מגדף עולה, כי ניתן להניח אדם, אשר ישנו ביסוס ראייתי רב לכך שרצח, במאסר, אע"פ שלא נחקרו העדים, וטרם נעשה לו משפט. מלשון הפני משה נראה שגם בדין זה מדובר על מאסר כחלק מהעונש המוטל על אדם, שישנה תשתית ראייתית לכאורה לכך שרצח, ולא משום חשש שמא ישבש הליכי משפט, או יתודרך כיצד להתנהל בחקירה ע"י עורכי דינו וכדומה. מהדמיון הרב בין המקרים נראה, שדברי הירושלמי נסמכים על דברי חז"ל בפירושם לפסוק הנ"ל, ומכאן מובנת הבנתו של הפני משה, שמדובר במעצר עד תום הליכים זה, בחלק מהענישה, ולא מדין החששות הנ"ל. נראה שלא ניתן לראות במקרים הנ"ל כמקור לעונש המאסר הנפוץ מאוד בדין הפלילי בימינו. משום, שלמרות שכפי שהסברנו, מדובר במקרים אלו במעצר משום עונש, ולא משום חשש שיבוש החקירה. מ"מ מעצר זה הינו רק כתוספת לעונש העיקרי שיבוא אחריו, ונובע כנראה מתוך ההבנה שלא סביר שאדם, שישנם ראיות חזקות מאוד על פשיעתו, יהלך חפשי ברחוב כאשר עשה פשע כה חמור, רק משום שההליך המשפטי לוקח זמן. לא ניתן ללמוד מכאן, את יסוד דין המאסר כעונש בפני עצמו. זאת ועוד, המקרים המובאים בתורה ובירושלמי, עוסקים במצבים בהם, אם אכן ביצע החשוד את הפשע המיוחס לו, עונשו הוא מוות. לא ברור שניתן ללמוד ממנו את היכולת להעניש בעונש המעצר, גם עבריינים קטנים יותר. אולם נראה שניתן ללמוד ממקרים אלו, את יסוד הדין של מעצר בטרם משפט, הנהוג בימינו. ראשית נראה, שע"מ להשיג עונש מעצר זה, יש לעשות כן רק בעברות חמורות, ולא בעברות קלות. שנית, ניתן לראות כפי שאמרנו, שאין מטרת מעצר זה למנוע שיבוש הליכי החקירה, דבר שלכאורה ניתן לחשווד בו בכל אדם, ולא נראה סביר לשלול את חרותו של אדם בלא משפט צדק, רק משום שישנו חשש שאינו מבוסס כלל שישבש את החקירה. אלא כאמור מעצר זה הינו חלק ממערכת הענישה המוטלת על אדם, אשר ישנו חשש סביר שפשע בפשיעה חמורה כגון רצח וכדומה.

4. מאסר ככלי לכפייה על קיום מצוות

מקור נוסף ממנו ניתן לראות את מקומו של המאסר בדיני תורה, הינם דברי רש"י על המשנה בפסחים, ממנה עולה כי ישנו מצב שאדם יהיה אסור בבית הכלא, ע"פ דיני תורה. רש"י מביא בדבריו את הסיטואציות בהם יכול אדם להיכנס לכלא. המקרים עוסקים באדם אשר מסרב לציית לדין שנפסק כנגדו בבית הדין, ולא מוכן לתת גט לאשה אשר חייב לתת לה גט, ע"פ דיני תורה. כ"כ אדם יכנס לכלא ע"פ דברי רש"י, במצב בו חייב לחברו ממון, ומסרב לתת לו ממון זה. מצב נוסף אותו מביא רש"י כסיבה להכניס אדם לכלא, הינו המצב הנ"ל, בו אדם היכה חברו וישנו



חשש לחייו של חברו. עד שיתברר מצבו מדין תורה, יש לכלוא את המכה, כמובא לעיל בדברי חז"ל בדרשתם על הפסוק בתורה. בניגוד לדברי רש"י, עולה לכאורה מדברי הרא"ש והריב"ש, שכלל לא ניתן להכניס אדם אשר חייב ממון לחברו, ואינו מעוניין לשלם לו לכלא. הסיבה לכך כפי שמבאר הריב"ש הינה, שאפילו אם אדם התנה מפורשות שאם לא יחזיר הכסף לחברו בזמן יכנס למאסר, לא מועיל תנאי זה. משום שמדובר על תנאי שעומד בסתירה לדיני התורה, שלא מאפשרים לאדם להזיק לגופו בלא צורך ובלא סיבה מובהקת לכך. יסוד דברי הריב"ש עומדים על גבי ההבנה, ששלילת חרותו של אדם וכליאתו במקום דחוק, אשר גורם לו בוודאי אי נוחות גופנית ונפשית באופן קיצוני, יש בהם משום ייסורי גוף האסורים ע"פ תורה, באדם שלא חייב בהם באופן ברור ע"פ תורה. ממילא מבינים הרא"ש והריב"ש, שמכיוון שאין כל מקור לחבוש אדם בבית האסורים במידה ואינו משלם את ממנו לחברו, ממילא אין כל היתר להענישו בעונש המאסר, שלהבנת הריב"ש נחשב כאמור כענישה גופנית. אולם ע"פ דברים אלו, לא מובנים דברי הרא"ש לפיהם ניתן לכלוא אדם אשר לא משלם מיסים כדין, מדינא דמלכותא. לכאורה אם אסור לכלוא אדם מהתורה, כיצד ניתן לעשות כן מדינא דמלכותא. וכי אם יאמר המלך לחלל שבת יש לשמוע בקולו. תשובה לקושיה זו ניתן למצוא בדבריו של הריב"ש, המבאר, שלמרות שישנו איסור לכלוא אדם, משום שנחשב הדבר כנזק הנגרם לגופו של האדם, ואין כל היתר לעשות לו כן. כאשר ידוע שיש לאדם כסף, ומסרב לתת לחברו אשר חייב לו, מותר לבית הדין לכלוא אדם זה, מדין החיוב המוטל על בית הדין לכפות על אדם לקיים מצוות עשה, כדברי הגמ' בעניין אדם המסרב לקיים מצווה "מכין אותו עד שתצא נפשו". ממילא אומר הריב"ש, כאשר אדם יכול לפרוע את חובו וממאן לעשות כן, יכול בית הדין לכלוא אותו, כשם שיכול לכפות עליו אף בפגיעה גופנית של ממש כמלקות, ובכל דרכי הכפייה האפשריים, לפרוע חובו. ע"פ דבריו נראה לומר, שאין כל מחלוקת בין רש"י לראש ולריב"ש. דברי רש"י, לפיהם יכול בית הדין לכלוא אדם על כך שמסרב לפרוע חובו, עוסקים במצב בו ידוע לבית הדין שיש לו כסף לפרוע חובו. באופן זה יודו הרא"ש והריב"ש לרש"י, שאכן מותר לכלוא אדם זה. נמצא, שרש"י שהביא שניתן לכלוא אדם ע"מ לכופף אותו לפרוע חובו, הביא מקרה זה כדוגמא לכל המצבים בהם מותר לכלוא אדם, מצד החיוב המוטל על בית הדין, לכפות על אדם לקיים כל מצווה המוטלת עליו. לכן נראה לומר, שאדם המסרב להשיב גניבה שגנב, יש לכלוא אותו ע"מ לכפות עליו, להשיב את הגניבה, משום שיש בכך מצווה, וכן על זו הדרך. נמצא ע"פ דברי הראשונים הנ"ל, שישנו בהחלט מקום לקיומו של עונש הכליאה בבית הסוהר ע"פ תורה, כחלק מהיכולת של בית הדין לכפות, אף בפגיעה פיזית, על אדם לקיים מצוות, וכ"ש בכליאה, שאכן נחשבת עונש בגופו של אדם, אך לכל הדעות, ענישה זו קלה יותר, מאשר מכות וייסורים גופניים ישירים. עוד נראה מדברי הרא"ש, שעל אי תשלום מיסים ניתן גם כן לכלוא אדם. ע"פ דברינו ניתן להבין, שמטרת הכליאה במצב זה הינה, ע"מ שהאדם ישלם את המס המוטל עליו. מדברי ראשונים אלו, לא מצאנו כל מקור, למצב הרווח בדין הפלילי בימינו, להעניש אדם בכליאה בבית הסוהר כעונש בפני עצמו, ולא רק ככפייה לקיים מצוות. ממילא כדברי הרא"ש והריב"ש, כיוון שכליאה בבית הסוהר מוגדרת מעין חבלה בגופו של האדם, אסור, אם אין היתר מפורש, להעניש אדם בכליאה. לכן לא ניתן גם להתיר כליאה כענישה בפני עצמה מדינא דמלכותא, מפני שענישה שכזו סותרת באופן מובהק את דיני התורה.

5. עונש המאסר כענישה בפני עצמה וענישה בעבודות שירות

הגמ' במסכת מועד קטן, מביאה פסוקים מספר עזרא, מהם לומדת מספר דרכי ענישה שניתן לבית הדין להשתמש בהם בעת הצורך. אחד מדרכים אלו הינה "עבדין הרדפה" כדברי הגמ'. הראשונים נחלקו בהבנת דרך ענישה זו. להבנת רש"י מדובר על נידוי, ולהבנת הרא"ש מדובר על כליאה בבית הכלא. לכאורה מגמ' זו ניתן ללמוד על ענישה באופן כללי, ולא דווקא בכליאה במצבים מסוימים, כפי שראינו במקורות הנ"ל. משום שהגמ' כלל לא עוסקת במקרים ספציפיים, אלא בדרכי ענישה באופן כללי. ממילא עולה, שלפחות מדברי חלק מהראשונים, ניתן לראות בגמ' זו מקור להיתר לכלוא אדם כעונש בפני עצמו. אלא שכפי שהסברנו לעיל לשיטת הרא"ש, כל כליאה שאין מטרתה לכפות על עשיית מצווה כלשהיא, לא רק שאין לה כל היתר, אלא שלמעשה הינה אסורה. נראה שבגלל קושיה זו, מפרש הרמב"ם גמ' זו, המאפשרת להשתמש בכליאת אדם כענישה בפני עצמה, כחלק מן הדין המאפשר לבית הדין לענוש שלא ע"פ תורה כהוראת שעה. היינו, למרות שכאמור לעיל אסור לכלוא אדם בלא היתר ברור לכך, בהוראת שעה מותר הדבר. נמצא שמעבר למקרים חריגים, אין כל מקום לשימוש נרחב, כפי שקיים כיום, בבית הסוהר, כענישה בדין הפלילי בפני עצמה. ע"פ הבנה זו ממאן בעל שו"ת קול מבשר, לקבל את דרך הענישה של כליאה בבית הכלא, כענישה לגיטימית, שתקבע בחוק באופן מוסדר. אמנם ניתן כהוראת שעה, להשתמש בכלי זה, אך כפי שהבאנו לעיל, לא ניתן לעגן ענישה זו כתקנה קבועה הכתובה בחוק העונשין של מדינת ישראל, ולגרומ לשימוש כה נרחב בענישה זו בדין הפלילי. בניגוד לדברינו בעבר, לפיהם ניתן לקיים מערכת שיפוטית נפרדת, בה ישפטו בדיני קנסות וכדומה כפי צורך השעה, לא ניתן להחיל דין זה על עונש המאסר. משום שבדיני קנסות, לענישה הממונית לכשעצמה, יש ביסוס נרחב בדיני התורה, ורק גובה הסכום משתנה, לכן אין בכך מעשה שהינו באופן מובהק כנגד דיני תורה. בנוסף, על ענייני ממון ניתן להתנות אף כנגד דיני התורה, מדין "כל דבר שבממון תנאו קיים", אך



בדין המאסר כענישה בפני עצמה, יש משום מעשה הנוגד עקרונות דיני התורה, עליו לא ניתן גם להתנות כל תנאי. מעבר לדין המאסר אשר אין לו מקום ע"פ תורה, נראה מדברי הרא"ש, שגם בשעבוד גופו של אדם למלאכה כענישה, אין מקום בימינו, משום שלא חל בימינו דין עבד עברי. ממילא מדבריו עולה, שגם לעבודות השירות המקובלות היום כתחליף למאסר, בהם הנענש משעבד גופו בעבודות שונות לרווחת הציבור, אין מקום, והינם מנוגדים לדיני תורה, מאותה הסיבה שמאסר מנוגד לדיני תורה, למעט למאסר עולם הניתן לרוצחים, כפי שבארנו לעיל. נראה שהדרך היחידה לקבל באופן חלקי את ענישת המאסר הרווחת היום בדין הפלילי ע"פ דיני התורה, בהנחה שלא ימצאו דרכי ענישה חלופיים התואמים את חומרת העברה, הינה לנסות עד כמה שניתן לגרום לכך שהכליאה במדינת ישראל תהיה כמה שיותר מרוחקת מענישה גופנית, שהיא כאמור הסיבה לאיסור ע"פ תורה, להשתמש בענישה מעין זו. ממילא יש למצוא חליפות יותר חופשיות מאשר כליאה בבית הכלא, אשר שוללת את חרותו של האדם באופן מלא, דבר שאינו מקובל ע"פ תורה כאמור, ולהחליפם במעצר בית או כליאה חלקית עם יציאות לחופשות באופן תדיר וכדומה. באופן שניתן יהיה לומר בצורה ברורה, שאין כל קשר בין ענישה זו לבית הסוהר שהיה מלא ביסורים, ואף בסכנות מוות לעיתים, כפי שהיה נהוג בעבר, עד כדי כך שתקנו ברכת הגומל לאדם היוצא מבית הכלא במדינת ישראל בהחלט נוחים באופן יחסי לאסורים, אולם ע"מ להרחיק עוד יותר כליאה זו, שעדיין שוללת באופן משמעותי חירותו של אדם, דבר שיש בו מעין חבלה בגופו של האדם כהבנת הראשונים הנ"ל, יש להוסיף בה הקלות נוספות כדוגמאות שהצענו, או חלופות אחרות ע"פ עקרונות הללו.