

סימן עא

אסיר שנדר לא להסתפר

- | | |
|-----------------------------------|-------------------------------|
| ד. אסיר שנדר בזמן מאסרו | ראשי פרקים |
| ה. אסיר שנדר קודם מאסרו | שאלה |
| ו. כפיית התספורת על האסיר | א. נדר שנאמר בלשון שבועה |
| ז. האם יש תוקף הלכתי לעונש המאסר? | ב. עבד כנעני שנדר בזמן עבודתו |
| מסקנה | ג. עבד עברי שנדר |

* * *

להבחין בין נדרים החלים על החפצא לשבועות החלות על הגברא, מן הסתם נקט לשון איסור המתייחסת לגברא דהיינו שלא יסתפר. ובעצם, לשון זו היא לשון שבועה ולא לשון נדר. ואכן כשנשאל אם אמר לשון "קונם" השיב שבודאי לא אמר לשון "קונם", אך אינו זוכר אם אמר "אני נודר" או "אני נשבע". וגם לפי דבריו יתכן שלא אמר "אני נשבע" אלא "אני נודר לא להסתפר", אך ברי לו שלא אמר "קונם שיערי בתספורת".

ויש להעיר, שאמנם אין לו נאמנות כלפינו, ואנו איננו מחוייבים לנהוג לפי דבריו. אך מאידך, ודאי שאיננו רשאים לאלצו לעבור על מה שנראה בעינינו כאיסור ו"שוי אנפשיה חתיכא דאיסורא", ואיננו יכולים לכפות עליו לשתף פעולה בדבר הנחשב אסור בעיניו על ידי אמצעי ענישה כאלה ואחרים.

לפי דבריו הראשונים של האסיר הוא קיבל על עצמו את הנדר בלשון שבועה. והראשונים נחלקו בדבר. דעת הרא"ש (נדרים פ"א ס' ב) שנדר כזה אינו יכול לחול

שאלה

אדם אסר על עצמו בנדר שלא להסתפר במשך שלוש שנים. בתוך תקופה זו נידון על עבירה פלילית והושלך לכלא. בכלא שוררת משמעת, ובין היתר אסור לאסיר להיות פרוע ראש ועליו להסתפר. האסיר דנן טוען שמכיון שקיבל על עצמו בנדר שלא להסתפר במשך שלוש שנים אין לדרוש ממנו להסתפר במהלך שהותו בכלא, והוא רואה בכך כפיה מצפונית. רב הכלא הציע לו להתיר את נדרו אולם הוא מסרב. האם נדרו תקף, כלפיו וכלפי הנהלת הכלא?

א. נדר שנאמר בלשון שבועה

ראשית, עלינו לדון האם הנדר שבו אנו עוסקים בשאלתנו נוסח כהלכה, על פי מה שנדרש בהלכות נדרים ושבועות.

לפי דבריו של האסיר הוא "נדר" או "נשבע" שלא יסתפר שלש שנים, אך הוא אינו זוכר את הנוסח המדוייק של נדרו. וסביר להניח, שמכיון שרוב בנ"א אינם מומחים בלשון נדרים, ואינם יודעים

* ניסן תשס"ב.

עצמו מסתפק שמא השתמש בלשון שבועה, ושבועה בלשון זו יכולה לחול. ולכתחילה ראוי להתיר את הנדר על ידי פתח וחרטה בפני שלושה שאחד מהם מומחה. אך מאחר שהאסיר נמצא בכלא ואין שם מומחה שיתיר לו, וגם מצד עצמו הוא אינו נוטה לשתף פעולה עם דרישות המשמעת בכלא. לכן עלינו לשאול: האם הוא בכלל צריך התרה לנדר זה, כי אולי הנדר לא חל כלל מעיקרא או שהוא פוקע עם תחילת המאסר.

ב. עבד כנעני שנדר בתקופת עבדותו

וצריך לדון האם עצם המאסר שבעל הנדר נתון בו סותר את התוקף ההלכתי של נדריו ושבועותיו, במידה והם נוגדים את הכללים המקובלים בכלא. שהרי מעצם הגדרתו של אסיר הוא אינו נחשב כבן חורין גמור, אלא מוטל עליו להיות משועבד לחיי הכלא ולחוקיו. ושאלה זו מתחלקת לשני מצבים: כשהאסיר קיבל עליו את הנדר בתוך תקופת מאסרו, וכשהנדר חל עליו קודם שנאסר כמו בנד"ד.

אך בין כך ובין כך אנו יוצאים מנקודת הנחה שיש תוקף הלכתי לחוקי הכלא, וכל אסיר חייב להשמע להם. ואמנם הנחה זו דורשת ליבון בפני עצמה, ועוד נדון בכך להלן בפרק ז.

ולאור הנחה זו, יש מקום לדמות את דינו של האסיר למה ששנינו בענין עבד כנעני (נזיר סב, ב):

ת"ד למה רבו כופו, לנזירות אבל לא לנדריים ולערכין. מאי שנא גבי נזיר דאמר רחמנא "לאסור איסר על נפשו" – **במי שנפשו קנויה לו**, יצא עבד שאין

לא מדין נדריים ולא מדין ידות. ואילו הרמב"ן (נדריים ה, ב) חולק עליו וסובר שנדר בלשון זו חל מדין יד. אך למעשה, גם הרא"ש הצריך להתיר את הנדר משום שעכשיו הורגלו האנשים לנדור בלשון זו, ואם נתיר להם לעבור על הנדר בלא התרה יבואו להקל ראש בנדריים. והמחבר בשו"ע (יו"ד סי' ר"ו ס"ה) הכריע כדעת הרא"ש, והצריך התרה מן הטעם שכתב הרא"ש, אך הביא גם את דעת הרמב"ן בשם יש מי שאומר. ועיין בביאור הגר"א (שם ס"ק כ) שנוטה לפסוק כהרא"ש. אך מכיון שהשו"ע הביא גם את דעת הרמב"ן, למעשה יש להחמיר ולחשוש לדעתו כדין ספק דאורייתא.

ואמנם יש צד להקל על פי מה שכתב הנודע ביהודה (מהדו"ת חיו"ד סי' קמה), שמחלוקת זו נוגעת דווקא למקרה שהנודר הזכיר בנדרו ולו ברמז חפץ שיש בו ממש שהנדר יכול לחול עליו. וכגון שאמר "לא אוכל" שבמאכל יש ממש, והנדר יכול לחול עליו מדין יד אע"פ שהוציאו בלשון שבועה. אבל בדבר שאין בו ממש גם הרמב"ן יודה, שהרי אפילו אם היה נודר בלשון גמורה אין כאן איסור תורה, ולפחות במקרים אלו שומעין להקל כדעת הרא"ש. ולדבריו י"ל גם בנד"ד שמכיון שתספורת היא דבר שאין בו ממש, שהרי לא הזכיר שיער אלא רק תספורת אפשר להקל.

מיהו, כבר כתבנו שגם הרא"ש מודה שיש להחמיר בנדריים אלו שהורגלו בלשונם של הבריות כדי שלא יבואו להקל ראש בנדריים, אע"פ שאין בהם איסור תורה, וצריך התרה. ובפרט בימינו שרבים מן האומרים "אני נודר" מתכוונים לשבועה, ואולי דמי טפי לכינוי. מה עוד, שבעל הנדר

בגמרא ולא את הטעם שהובא למסקנה, והדגיש שבכל מה שנוגע לנדרי איסור של העבד גופו אינו שייך לו כלל, וז"ל:

מפני שאין נפשו קנויה לו ולא יחול עליו

נדר, למה הדבר דומה לאוסר פירות אחרים עליהם.

ולשיטתו צריך לומר שזה גופא מה שלמדנו מן הפסוק "להרע או להיטיב", שכל מה שיש בו כדי להרע לאדון אינו חשוב כלל ברשותו של העבד, ונמצא שגם למסקנה הגמרא לא חזרה בה לגמרי מן הסברא של הה"א.

מיהו, ודאי שאין דמיון מוחלט בין אסיר לעבד כנעני שהרי אינו רכוש בית הסוהר, אלא יש לדמותו יותר לעבד עברי. ויש לשאול: מה דין עבד עברי שנדר נדר הפוגע בעבודתו?

ג. עבד עברי שנדר

ואם באנו ללמוד מדינו של עבד כנעני לעבד עברי – אמנם הוא שונה מעבד כנעני שהרי נפשו אינה קנויה לאדוניו, אך כיון שזמנו אינו בידו וגם הוא משועבד לרבו, לכאורה יש לדמות ביניהם. שהרי גם עבד עברי קנוי במידה ידועה לרבו, כמבואר בקידושין (טז, א): "עבד עברי גופו קנוי". והרשב"א (שם ד"ה אמר רבא) כתב בשם הרמב"ן שהכוונה לקנין איסור של העבד, שרבו יכול לתת לו שפחה כנענית, וזאת מלבד הקנין הממוני של העבד למעשה ידיו. ונמצא, ששיעבודו של העבד העברי לרבו גדול כל כך, עד שהוא מפקיע ממנו את האיסור לישא שפחה. וכל שכן שהוא אינו יכול להפקיע את עצמו משעבודו לרבו על ידי נדר. ועיי"ש בר"ן (ו), א בדפי הרי"ף ד"ה ודאמרינן) שביאר בדרך שונה מעט, שהוא מותר בשפחה כנענית

נפשו קנויה לו, גבי נדרים נמי...

ומסקנת הסוגיא, שבנדרים רבו אינו צריך לכפותו משום שהנדר כלל לא חל עליו: -

מ"ט, דאמר קרא "להרע או להיטיב" – מה הטבה רשות אף הרעה רשות, יצא להרע לאחרים שאין הרשות בידו.

דהיינו, שאין תוקף לנדרו של העבד אם הדבר גורם הפסד לרבו. וכגון שאסר על עצמו מיני פירות, שהימנעות מהם עלולה להתיש את כוחו ולהביאו לידי חולשה, ובסופו של דבר עלול להגרם הפסד לרבו כתוצאה מכך. ומשום כך אנו נדרשים לבחון כל נדר ונדר לגופו, אם יש בו פגיעה בשעבודו של העבד לרבו. ולדוגמא, אם אסר על עצמו פירות מסוימים בלבד נדרו נדר כיון שיכול לאכול פירות אחרים מאותו המין, אך אם אסר עליו את מין הפירות מכל וכל נדרו אינו חל. ומאידך, אם יש מינים אחרים שיכולים לשמש תחליף נאות לפירות האסורים נדרו חל. ולעולם שעבודו של העבד לרבו גובר על האיסורים שקיבל על עצמו בנדר, כל עוד הם עלולים לפגוע בעבודתו לרבו, ולו בעקיפין.

ומהגמרא עולה שיש לחלק בזה בין נדרים לנזירות. באופן עקרוני הנזירות חלה על העבד שאף הוא בכלל הפרשה (עיי"ן רש"י שם ד"ה אלא ותוס' ד"ה יצא), אלא שרבו רשאי לכפותו לשתות יין כדי שלא יחלש, וכשיצא לחירות חייב להשלים את ימי נזירותו. אך בשאר הנדרים הנדר אינו חל מעיקרו על העבד, כיון שאין נפשו קנויה לו ונדרו סותר את שיעבודו לרבו, ואף אם יצא לחירות אינו חייב לקיים את נדרו. והרמב"ם (הל' נזירות פ"ב הל' יז) הביא להלכה דווקא את הטעם הראשון שהוזכר

להביא את עצמו לידי חולשה ורפיון, אפילו אם קיבל על עצמו את המניעה מצרכי גופו בנדר.

אך הדבר עדיין צריך עיון, אם אמנם שיעבודם של שכיר יום ועבד עברי דומים לשיעבודו של עבד כנעני לגבי דין נדר. שהרי מפשטות הסוגיא בנזיר שהבאנו משמע שדין זה לא נאמר בעבד עברי, אלא רק בעבד כנעני, ופשוט שמלמד התינוקת דומה יותר לעבד עברי ולא לעבד כנעני. ועיין במגן אברהם (או"ח סי' תקע"א ס"ק ג) שדייק מלשון הרמב"ם לחלק בין עבד כנעני לעבד עברי ושכיר יום. שהרי הרמב"ם השמיט את הדרשה שנזכרה בסוף הסוגיא "להרע או להיטיב – יצא להרע לאחרים שאין הרשות בידו", ולא הביא אלא את הלימוד שנזכר בתחילת הסוגיא "יצא עבד שאינו קנוי לעצמו" המתיחס לעבד כנעני בלבד. ואין להקיש שכיר לעבד כנעני. אין איסור אפוא על שכיר להרע לאחרים בעקיפין כתוצאה מנדרו, ושאינו עבד כנעני, לפי שגופו קנוי לרבו ולא כל כמינה להפסידו.

ובטעם הדבר הוסיף המג"א:

וי"ל דעבד עברי כיון דיכול לחזור בחצי היום יכול לידור. ואם אין דעת רבו נחזה הימנו יאמר לו לך מעמדי, וגם עבד עברי יכול לצאת תוך זמנו.

כלומר, עבד עברי אינו משועבד לגמרי לרבו, וגם יש לו אפשרות להפקיע את עצמו מרשות רבו ע"י גרעון כסף. ומשום כך אין בנדרו משום גרימת רעה לאחרים, שהרי גם מצידו של האדון הוא אינו חייב להחזיק את העבד אצלו אלא הוא יכול לשחררו. (עין מנ"ח מצ' מב שהאדון יכול לשחרר את עבדו העברי מרצונו גם ללא גרעון כסף, וכשלעבד יש כסף הוא חייב לשחררו). וכל

משום ששיעבודו לאדון הוא קניין הגוף ממש לענין זה, ומשמע שכוונתו לקנין ממוני ולא לקנין איסורי.

וגם לדעת הרמב"ן יש להדגיש, שהיתרו בשפחה כנענית נובע מהיותו של העבד קנוי לרבו באופן ממוני. לאדון יש זכות בילדים שיוולדו לו משפחה כנענית, ומכיון שהעבד משועבד לרבו יומם ולילה ממילא הוא יכול לתת לו שפחה כנענית.

ואם כנים דברינו יצא שעבד עברי המשועבד לרבו אינו רשאי לנדור נדר שעלול לגרום לו לחולשה ולפגוע בעבודתו. נמצא שגם הוא בכלל מש"כ הרמב"ם: "למה הדבר דומה לאוסר פירות אחרים עליהם".

ומעין זה מצאנו במי שהשכיר עצמו להיות מלמד תינוקות, וז"ל הרמ"א (יו"ד סי' רמה סע' יז):

ואין למלמד לנעור בלילה יותר מדאי, שלא יהיה עצל ביום ללמד. וכן לא יתענה, או לעצור במאכל ומשתה, או לאכול ולשתות יותר מדאי, כי כל אלו הדברים גורמים שלא יוכל ללמד היטב.

אמנם בשכיר זו רק המלצה טובה, אולם למדנו מכאן שכל מי שמשכיר את עצמו לאחרים, שיעבודו המוסרי אינו מצטמצם רק לעשיית המלאכה עצמה באופן ישיר, אלא הוא משועבד גם לנהוג באורח חיים נכון, ולו באופן מוסרי. וזאת, כדי שעבודתו לא תיפגע, אפילו בעקיפין, כתוצאה מחוסר שינה או חולשה. יתרה מזו, לדעת בעל ה'תורה תמימה' (במדבר ל, הערה כה) זהו שיעבוד משפטי גמור, ואם נדר על עצמו איסור שעלול לפגוע בכשירותו לעבודה הנדר לא חל כלל, וכפי שמצאנו בעבד כנעני שאין נפשו קנויה לו. ולדעתו, זו גופא כוונתו של הרמ"א שאסור למלמד

נוגד את סדרי בית הסוהר המחייבים אותו, (וכל זאת מתוך הנחה שסדרי בית הסוהר מחייבים גם מדין תורה כמו שיבואר להלן). ואין מקום לטענה שאסיר משועבד פחות מעבד עברי לפי שלא מכר את עצמו לעבד. שהרי עקרונית ניתן להטיל על אסיר עבודה בזמן מאסרו, וכפי שמקובל במקומות שמענישים במאסר עם עבודת פרך. וגם במקום שהחוק אינו מאפשר זאת מהות המאסר לא השתנתה, ואין לך נטילת חירות ושעבוד גדולים יותר מכליאה בבית סוהר. מה עוד, שגם לאסיר רגיל יש תורנויות שהוא חייב בהן, וגם הן בבחינת שעבוד למלאכה.

אמנם יש להקשות על דברינו מצד אחר, שהרי קונמות קדושת הגוף הם, ובהדיא שנינו (כתובות נט, ב): "קונמות קדושת הגוף נינהו, וכדרבא דא"ר הקדש חמץ ושחרור מפקיעים מידי שעבוד". ורק במקום שהאשה אוסרת את מעשה ידיה על בעלה הנדר לא חל, משום "דאלמוה רבנן לשעבודיה דבעל". אך לכאורה בסתם שעבוד כמו בנד"ד, גדול כוחו של הנדר להפקיע מידי שעבוד.

אולם לאמיתו של דבר, התוס' במקום (ד"ה קונמות) נקטו שסברא זו "דאלמוה רבנן לשעבודיה דבעל" רחבה הרבה יותר, וניתן להשתמש בה בכל מקרה של שעבוד לבעל חוב. ולמעשה לא ניתן להפקיע את החוב מן המלוה על ידי קונמות, שאם לא כן כל אדם יפקיע את חובותיו מבעלי החובות על ידי נדר, ורק מטעם זה עצמו ראו חכמים לחזק את כוחו של הבעל. כלומר, אשה האוסרת את מעשי ידיה על בעלה לא מפסידה מכך דבר וכל כוונתה רק להפסיד את בעלה ולכן אלמוה לשעבודיה דבעל. אך במקום שהיא מקבלת על עצמה נדר שבו

שכן במי ששוכר פועל, הוא יכול לפטרו, ולעולם הדבר תלוי בו. וממילא, אם המעסיק אינו מפטר את העובד שנדר להתענות, הוא מקבל בכך על עצמו את ההפסד שנגרם לעבודה בעטייה של התענית.

(ויש להעיר על מה שכתב המג"א שע"ע "יכול לחזור בחצי היום". וצ"ע, הרי דין זה נאמר בפועל ולא בע"ע שהרי ע"ע קניי לשש שנים ואינו יכול לצאת אלא בגרעון כסף. שכן כל עצמו של דין זה שפועל יכול לחזור בו באמצע היום הוא משום שפועל אינו עבד כי עבד לא יכול לחזור בו. עיין ב"מ י, א ותוס' שם ד"ה כי לי ובקצה"ח סי' שלג, לכן נלענ"ד שאולי יש להגיה את מש"כ המג"א, ובמקום ע"ע הראשון יש להגיה: שכיר, וצ"ע).

עכ"פ מסקנת המג"א היא, שכל מי שיכול לצאת מתחת יד רבו יכול לנדור, אך מי שאינו יכול לצאת מתחת יד אחרים אינו יכול לקבל על עצמו נדר הפוגע בשעבודו להם שלא מדעתם.

ד. אסיר שנדר בזמן מאסרו

וכשאנו באים לדון אם לדמות אסיר לעבד עברי או לעבד כנעני, נראה שהוא דומה יותר לעבד כנעני שהרי אינו בן חורין לצאת מבית הסוהר על דעת עצמו. ועקרונית גם עבד עברי לא היה רשאי לקבל על עצמו נדר אלמלי הסברא שהבאנו שביכולתו לצאת מתחת יד רבו על ידי גרעון הכסף. ולכן נראה שהאסיר אינו רשאי לקבל על עצמו נדר הפוגע בכללי המשמעת של הכלא לאחר שהתחיל לרצות את עונשו, ואם נדר – נדרו אינו נדר. וכגון בנד"ד שאסר על עצמו שלא להסתפר, נלענ"ד שאם היה נודר כן בתוך זמן מאסרו נדרו לא היה חל, מכיון שהדבר

אוכל מצה" חלה קודם הפסח ו-"שלא אשב בסוכה" חלה קודם סוכות, אע"פ שהחגים אלו הם רק מחוסרי זמן. ולכאורה, כיון שהנדר חל בעודו אדם חופשי הוא חל גם על תקופת המאסר מדין 'איסור כולל', שחל גם על זמן המאסר אגב חלותו בזמן חירותו של האסיר, וכעין מה שמצאנו בהלכות נדרים ושבועות (שו"ע יו"ד סי' רלו סע' ה):

שבועה שלא אוכל מצה, אסור לאכול מצה בליל פסח. שבועה שלא אוכל מצה בליל פסח, לוקה ואוכל מצה בליל פסח. שבועה שלא אשב בצל, אסור לישוב בצל סוכה. שבועה שלא אשב בצל הסוכה, לוקה וישוב בצל סוכה.

אך גם בהנחה שנדרו של האסיר מחייב אותו, עדיין יש לשאול מצדם של שלטונות הכלא: האם נדר זה מחייב גם אותם? האם הם רשאים לספרו בעל כורחו משום שהם לא כבלו את עצמם בנדר וכפי שמצאנו בעבד נזיר, או שיש בכך איסור משום שהם מחללים את נדרו? ולכל הפחות, האם מותר להם להכריח אותו להתיר את נדרו?

ולכאורה שאלה זו שנויה במחלוקת בין הר"ן והרשב"א לבין הרמב"ם בענין מלקות במודר הנאה. וכגון שהבעל הדיר את אשתו שלא תהנה ממנו, ועבר וההנה אותה – מי מהם עובר על איסור בל יחל ולוקה?

לדעת הר"ן (נדרים טו, א ד"ה הלכה) והרשב"א (שם ד"ה ולענין פירושא) הבעל אינו לוקה כיון שהוא האוסר ולא הנאסר והרי לא עשה בעצמו שום איסור, אלא היא זו שלוקה אם עשתה מעשה. אבל הרמב"ם (נדרים פ"י ה"ב) נקט שהוא זה שלוקה כיון שהוא בעל הנדר, וכשהנה אותה עשה מעשה והתחייב במלקות, אבל היא אינה

גם היא נאסרת לא ראו צורך להאליים את שעבוד הבעל.

ולכאורה בנד"ד האסיר אסר על עצמו את התספורת, ואם כן גם לפי סברת התוס' הנדר צריך לחול, וכל כי האי גוונא לא אלמוה רבנן לשעבודו של בית הסוהר. אך לאמיתו של דבר, אילו קיבל עליו נדר זה בשעת מאסרו הוא עצמו לא היה מפסיד דבר כתוצאה מנדרו זה. כל ההפסד הוא רק של בית הכלא, שייאלץ להשלים עם הפרת מסגרת החוק והסדר שבו, ולכן מסתבר שחכמים האלימו גם את כוחה של מסגרת זו והנדר לא יוכל לחול.

יתרה מזו, גם לדעת החולקים על התוס' שלא האלימו את כוחו של בעל החוב, נלע"ד שהם מודים בנד"ד. והלא דברים קל וחומר, אם האלימו את כוחו של הבעל ולא איפשרו לאשתו להפקיע את זכותו במעשי ידיה, על אחת כמה וכמה שהאלימו את כוחו של הציבור יותר משל הבעל שלא יפקיעו האסירים את כח הציבור על ידי נדרים. שאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, שכל אסיר ינדור נדרים ויגרום אנדרלמוסיה לכל מערכת הענישה. ומאחר שמצינו שלציבור יש כח לחייב בשבועה את כל הציבור (עין תשובת רש"י סי' מז ושו"ע יו"ד סי' רכח סעיף ג), כל שכן שהציבור יכול להפקיע נדר של יחיד הפוגע בסדרי הציבור.

ה. אסיר שנדר קודם מאסרו

ועתה עלינו לדון בנדרו של האסיר שלפנינו, שנדר אותו עוד בהיותו חופשי, קודם מאסרו. ופשוט שעצם המאסר אינו מפקיע את נדרו למפרע. יתרה מזו, נלענ"ד שאפילו לאחר שנגזר דינו הוא רשאי לקבל על עצמו איסור בנדר, וכפי ששבועה "שלא

על עצמו. שהרי בודאי משמעות נדרו אינה מצטמצמת רק לתספורת שעל ידי עצמו, אלא כלול בה גם איסור רחב יותר שלא ילך לספר להסתפר, וכפי שמקובל בדרך כלל שהתספורות נעשות ע"י אחרים. ומסתבר לומר שגם אם אינו הולך מרצונו הטוב אל ספר הכלא, עצם ישיבתו לפני הספר בלא התנגדות יש בה משום סיוע לתספורת, והדבר אסור עליו מחמת נדרו ועליו להביע התנגדות לתספורת ולהמנע משיתוף פעולה בכל דרך שאינה כרוכה באלימות.

ומצאנו כעין סברא זו בשו"ע (יו"ד סי' קפא סע' ד) שאם נכרי הקיף את ישראל גם הניקף עובר, אע"פ שלא מטה עצמו אליו ואינו מסייע לו. וכמו כן יש לומר בנד"ד שאם מספרים את האסיר בעל כרחו והוא אינו מתנגד, שדי בזה כדי שהוא יעבור על נדרו. ושמא יש לחלק בין איסור הקפה לאיסור נדר. איסור הקפה נזכר בתורה בלשון רבים – "לא תקיפו" כדי לכלול בו גם את המקיף וגם את הניקף, ולעומתו האיסור לעבור על הנדר לא נזכר אלא בלשון יחיד – "לא יחל דברו", וזה לא חילל את דברו בכך.

ויש לתלות שאלה זו במחלוקת הש"ך והט"ז בענין אמירה לנכרית לקצוץ את צפורניה של הטובלת בשבת. הט"ז (יו"ד סי' קצח, ס"ק כא) אסר על הטובלת להושיט את ידה לנכרית כדי שתקצוץ את ציפורניה, משום שבזה היא מסייעת לה לקצוץ ציפורניים בשבת, ואי אפשר לה להמנע מלסייע. אך הש"ך (שם בנקה"כ) חולק עליו, וסובר שמסייע כי האי גוונא אין בו ממש, ושאיני ניקף משום שהתורה כללה אותו בכלל האיסור, ד"לא תקיפו" – אחד המקיף ואחד הניקף במשמע" (מיר, נז, ב). ומסקנת

לוקה כיון שלא נדרה כלל ולא שייך בה הציווי "לא יחל דברו".

ובנד"ד, נדרו של האסיר שלא יסתפר מגביל למעשה את פעולתם של שלטונות הכלא, והריהו כמי שהדיר את זולתו. ולדעת הר"ן והרשב"א האיסור חל על מי שיספר אותו כיון שקיום הנדר וחילולו תלוי במעשיו, ואם כן שלטונות הכלא מנועים מלספרו בכפיה כדי שלא יחללו את נדרו. ואילו לדעת הרמב"ם הנדר אינו מחייב אלא את האסיר ורק הוא זה העובר על נדרו, ומאחר שהוא אינו עושה מעשה אינו לוקה. אלא שאם הסוהרים יספרו אותו בהסכמתו, נמצא שהם יעברו על איסור "לפני עיור לא תתן זכשול", משום שלו עצמו אסור להסתפר.

ו. כפיית התספורת על האסיר

ולכאורה יש מקום להתיר לשלטונות הכלא לספר את האסיר בעל כורחו, ולא משום שמותר לנו להכשילו בתספורת האסורה עליו, אלא משום שבדרך זו אפילו הוא עצמו אינו עובר על נדרו. שהרי מלכתחילה נדרו אינו מתייחס לאחרים אלא אליו בלבד, דהיינו שהוא זה שקיבל על עצמו שלא יסתפר, אך מעולם לא קיבל עליו איסור בעצם התספורת. ונמצא, שמלכתחילה נדרו לא חל על אנשים אחרים המספרים אותו בעצמם אפילו לדעת הר"ן והרשב"א, וגם אם יספרוהו בעל כורחו הוא לא יעבור על נדרו.

מיהו עדיין צ"ע, האם אינו נחשב כמסייע לתספורת, אפילו בשעה שאינו משתף פעולה, כל עוד אינו מתנגד לה בכח, ודינו כאילו הוא הסתפר בעצמו. ואם אמנם הוא נחשב בכה"ג כמסייע, פשוט שהדבר אסור עליו כחלק מן הנדר שקיבל

אך לאחר העיון נראה שנדרו אינו כולל תספורת מעין זו שנכפית עליו בעל כרחו, ועדיין י"ל שלא לזה התכוון וכל כוונתו היתה שלא ילך ביוזמתו להסתפר. ובשעת הנדר ודאי לא העלה על דעתו שיווצר מצב שיקחו אותו להסתפר שלא מרצונו, ומסתבר שאדעתא דהכי לא נשבע, (אם אכן לא העלה על דעתו אז שיידון לעונש מאסר). אך כאשר הספר בא אליו ומספר אותו בלי הסכמתו אין זה בכלל הנדר, ולכל היותר יש כאן רק איסור דרבנן של מסייע דרבנן, (אם נאמר שרבנן אסרו על סיוע במלאכה דאורייתא). ובלאו הכי צ"ע אם גזרות דרבנן שנגזרו על איסור הקפה חלות גם על נודרי נדרים.

אך אם הוא יהיה פסיבי לחלוטין נראה שאין כאן אפילו נדנדו איסור משום מסייע, כי מסייע הוא כעין מה שמצאנו בביצה (כב, א), דהיינו שעושה מעשה כגון שמאמץ ופותח את עיניו לקלוט את הסם, וכגון אשה המושיטה ידה לקצוץ את ציפורניה (עין נקוה"כ יר"ד סי' קצח), ולא כשהוא יושב לפני הספר באופן פסיבי לגמרי כבול עץ בעלמא.

ז. האם יש תוקף הלכתי לעונש המאסר?

בכל דברינו עד כה הנחנו שעונש מאסר הוא לגיטימי, ויש בכח השעבוד הכרוך בו לעכב את הנדר מלחול. אך הא גופא צ"ע, זאת מניין לנו? הרי לא מצאנו שעונש המאסר נזכר מפורשות בתורה? ויש מקום לטענה שכל עונש המאסר אינו חוקי על פי ההלכה, ועל אחת כמה וכמה שאין סמכות לבית הסוהר להפקיע נדרים שהאסיר נודר. ואכן, מצאנו סברא שכזו ב'אגרות משה' (או"ח ה סי' ט' אות יא) שאסר להתלונן על

הש"ך היא שיש להתיר לה להושיט את ציפורניה, משום שמדובר באיסור דרבנן ולפחות שם קי"ל שמסייע אין בו ממש, (אם כי הוא סובר שגם באיסור דאורייתא היה מקום להתיר). ועיין בשו"ת 'שבות יעקב' (חלק ב סימן ח) שהכריע להלכה כדעת הש"ך, והתיר לטובלת לסייע ליטול את ציפורניה באיסור דרבנן בלבד, וכגון שהנכרית נוטלת אותן ביד אך לא בכלי.

אך גם לדעת הש"ך שהתיר מסייע באיסור שבת דאורייתא, נראה שאין ללמוד משם לשאר איסורים. שכן איסור מלאכה בשבת הוא איסור גברא, ויש סברא לומר שהאיסור חל רק על העושה את המלאכה במו ידיו, אך לא על זה שמסייע לו בלבד. מה שאין כן באיסורי חפצא, שם הסברא נותנת לאיסור על המסייע לעבירה, שהרי סוף סוף בסיועו נעשה איסור והתוצאה מתייחסת גם אליו. ומצאנו שחילקו בכה"ג בין שבת לשאר איסורים בענין גרמא, והקלו בגרמא בשבת יותר משאר איסורים כיון שמדובר באיסור גברא, (עין שבת קכ ב, אג"ט חורש יב יב, צפנת פענח מכות כא וחז"א ב"ק סי' לו א).

ואמנם בנד"ד עסקינן בשבועה שהיא איסור גברא (שהרי כאמור זוהי בעצם שבועה ולא נדר) והיה מקום לדמות אותה לאיסור מלאכה בשבת ולהקל במקום מסייע. מיהו יתכן שכוונתו היתה שתער לא יעלה על ראשו ושלא יהיה מסופר, א"כ גם סיוע הוא בכלל שבועתו. ואם כן, אין היתר לספר את הנודר בעל כרחו משום שהתספורת אסורה עליו מחמת נדרו, אפילו באופן זה, ועליו להתנגד לה בכל כוחו. לא מבעיא לדעת הט"ז, אלא אפילו גם לדעת הש"ך.

זוה שמכרן לו **גופן קנוי** לו כעבדים עבריים שנמכרו לו ע"י גבאי המלך, וכי נפקי גיטא דחירותא הוא דצריכיין. ומשמע שהמלכות באומות העולם רשאית לשעבד עבריינים לגופם, והיא יכולה להעביר זכות זו אפילו לגובים פרטיים. ומסתבר שגם מלכות ישראלית יכולה לעשות זאת, מק"ו: ומה גוי שאינו יכול לקנות אדם לגופו אלא רק למעשי ידיו (גיטין לה, א), ואעפ"כ מלכות נוכרית יכולה לשעבד עבריינים לגופם – ישראל יכול לקנות עבד לגופו ואפילו כשהוא ישראל, ק"ו שמלכות ישראלית יכולה לשעבד אדם מישראל לגופו. וכידוע, דין זה נוהג עקרונית גם בזמן הזה אע"פ שהיובל לא נוהג (עיין הגהות מיימוניות תשובות השייכות לס' קניין סי' ל"א שלדעת המהר"מ מ"ר"ב שכיר דינו כעבד עברי לדינים מסוימים גם בה"ז). ולולי דמסתפינא, היה נראה לענ"ד שגם הגרמ"פ אינו שולל את השימוש בעונש המאסר באופן מוחלט, וכל התנגדותו לענישת הגוף מתייחסת למקרים שההלכה מטילה עונש ממון בלבד, שעליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע. ואכן צדקו דבריו לגבי גנב, שכן מדין תורה ודאי עונש ממון עדיף על עונש הגוף, כי הקרבן יקבל פיצוי על הנזק שנעשה לו. אך יש מצבים שבהם אין ברירה אלא להעניש אדם במאסר, כגון: רוצחים, אנסים, לסטים מזוין וכדומה משום שהם מסוכנים לציבור, ורק מאסר יכול להגן על הציבור מפניהם. ועל כך הוסיף הרשב"א שגם כפיה על המיסים מצדיקה שימוש באמצעי ענישה גופניים כמו שעבוד לעבודה. ובכגון זה אולי גם הגרמ"פ יודה שיש מקום בזמננו לכליאת עבריינים אלו במאסר על פי ראות עיני הדיין.

גנב בפני ערכאות בגלל החשש שמא יטילו עליו עונש מאסר, ועונש זה אינו כדין כיון שיש בו עונש לגוף.

אך במחילת כבודו של הגרמ"פ זצ"ל, יש להשיג על דבריו ממה שכתב הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ט):

וכן יש לו (לדיין) לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוק ולסחוב על הארץ. שנאמר "הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין".

כלומר, יש מקום לדיין להרחיב את הענישה המפורשת בתורה ולהוסיף עליה עונשים נוספים על פי צורך המקום והשעה. ובכלל עונשי הגוף שהרמב"ם מונה הוא מזכיר גם את עונש המאסר. ואם כן, יש בסיס הלכתי להצדיק את השימוש בעונש זה, אע"פ שעונש המאסר לא נזכר במפורש בתורה. (ועיין מאמרו של הרב אליעזר ולדנברג בצומת התורה והמדינה סוף ח"א. ובמש"כ באהלה של תורה ח"ד סי' טו. והרב דוד בליין ב'אור המזרח' גליון לח הוכיח מב"מ פד שאסור להעניש אדם בעונש גוף. אך לענ"ד יש לפקפק בראיה זו כיון ששם מדובר בעונש מוות ולא בעונשי גוף אחרים).

וכמו כן, יש להוכיח שהמדינה רשאית לשעבד עבריינים בגופם מן הרשב"א ביבמות (מו, א). הגמרא שם עוסקת בדרכי הכפיה שהיו מצויות בין גובי המיסים, ואחת מהן היתה לשעבד לעצמם את המתחמקים מתשלום המס, משום ש"מלכא אמר מאן דלא יהיב כרגא משתעבד למאן דיהיב כרגא". וז"ל הרשב"א:

ואי לאו דמסתפינא אמינא דישראלים נינהו... דמורהקניהו דהני בטפסאי דמלכא מנח, דעל דעת כן הן באים לדור בארצו, וכאילו לקחם במלחמה שיש לו בהן קנין גוף, דכתיב "וישב ממנו שבי".

שביניהם גם פורעי חוק המהווים סכנה חמורה. ולא יתכן שאסיר ינדור על עצמו נדרים המפקיעים את חוקי הכלא.

מסקנה

מאחר שהעלינו למסקנה שיש תוקף הלכתי לעונש הכליאה במאסר, וכללי המשמעת הנוהגים בו מחייבים את כל האסירים מעיקר הדין, אין ביכולתו של אסיר לקבל על עצמו נדר המנוגד לכללים אלו ונדרו אינו חל מעיקרא. ברם, במקרה שלפנינו האסיר קיבל על עצמו בנדר את האיסור בתספורת קודם מאסרו, ונדרו מחייב אותו גם לאחר שנאסר. לכן, הוא אינו רשאי לשתף פעולה עם שלטונות הכלא ולהמציא את עצמו באופן אקטיבי בפני ספר הכלא, אלא לנהוג בפסיביות גמורה. לעומת זאת, הנהלת הכלא אינה צריכה לראות את עצמה מחוייבת לקיים את נדרו, ומותר לה לספר אותו בכפיה כל עוד הוא אינו נדרש לשיתוף פעולה אקטיבי. ומכל מקום ראוי לרב בית הכלא לשכנע אותו שיתיר את נדרו מרצונו החופשי.

ולכן, אם אפשר למצוא דרך להתיר את נדרו – עדיף. אך אם לא, הסוהרים רשאים לספר את האסיר דנן בעל כרחו, ובתנאי שהוא לא ישתף פעולה עם הסוהרים והספר. וכל עוד הוא פסיבי לחלוטין אין לחשוש כאן אפילו משום מסייע. ואכן יש להניח שכך יתנהג שהרי הוא מתנגד לתספורת.

אכן, הבחנה זו יכולה להצביע על הבדל מהותי בתפיסת התכלית של עונש המאסר בין דין התורה שנוטה להשתמש בו רק בלית ברירה, לבין השימוש הנרחב שהגויים עושים בו בערכאותיהם. לפי תפיסת התורה תפקידו העיקרי של בית הדין בדיני ממונות הוא "להציל עשוק מיד עושקו", ועליו להעמיד לנגד עיניו את טובתו של הקרבן שנפגע ממעשיו של העבריין ולא את טובתה של החברה כולה. הקרבן של הפשע לא ירויח דבר מענישה גופנית שתוטל על הפושע, חוץ מסיפוק רגש הנקמה הבווער בו, וטובתו האמיתית היא לקבל פיצוי ממוני. ולכן התורה מעדיפה תשלום ממון בתורת תשלומי נזק גזילה וחבלה, ואפילו בתורת קנס כמו כפל וחמישים כסף וכדומה. וכך יש לפרש את דברי הגמרא במכות (ד, ב): "בפירוש ריבתה התורה חובל לתשלומין ולא למלקות". כי במלקות אמנם יש עונש חמור לפושע אך אין בהן שום תועלת לקרבן העבירה.

ומאחר שעונש המאסר אינו מביא תועלת לקרבן משום שהוא עונש גופני, התורה לא הזכירה אותו במפורש. אך במקום שבו הוא נדרש לטובת החברה, כדי להרחיק ממנה פושעים מסוכנים, יש לו תוקף הלכתי לכל דבר וענין.

ובכלל הלכה זו שיש אפשרות להשתמש בעונש המאסר בדלית ברירה, נלענ"ד שיש תוקף הלכתי גם לכללי המשמעת הנוהגים בכלא. כללי בית הסוהר חייבים להיות נוקשים, שאם לא כן לא יהיה ניתן להשליט סדר ומשמעת על האסירים,