

נושא העבודה
דיני מלחמה

תאריך: ינואר 2017

**העבודה מוגשת בחסות העמותה של
"נוער שוחר משפט עברי"**

תוכן

3..... פרק ראשון:

3..... הקדמה אישית:

3..... מבוא:

4.....	פרק שני: משפט עברי
4.....	יחס לאויב
7.....	איסור השחתה
9.....	אשת יפת תואר
11.....	פרק שלישי: משפט ישראלי:
11.....	יחס לאוכלוסייה אזרחית בזמן מלחמה:
14.....	יחס לרכוש האויב בזמן מלחמה
16.....	שבויים בזמן מלחמה.
19.....	פרק רביעי: סיכום והשוואה.
20.....	פרק חמישי: רשימה ביבליוגרפית
22.....	מבואות

בחרתי בדיני מלחמה מכיוון שזהו נושא שאיני מכירה בו דבר והיה לי רצון להתעמק בו ובמשמעותו.

רציתי לדעת מה דעת התורה בענייני המלחמה מכיוון שהיא מייצגת את דעתו של חלק גדול מהעם היהודי. לכן, היה לי חשוב לראות ולהבין האם היא מוסרית והוגנת גם כלפי גויים ובמיוחד כלפי ערבים ועמים שמוכרזים כשנואים על עמ"י (שבעת העמים). עלתה בי השאלה האם התורה והרבנים שהובילו את עם ישראל לאורך כול הדורות זוכרים שכולנו בני אדם שנבראו בצלם הקב"ה, ושלכולנו יש רגשות ומחשבות ועם ישראל לא שונה מכול הגויים במידת האנושיות שבו.

בנוסף, היה לי חשוב לדעת איך נוקטת מדינת ישראל בזמן מלחמה מכיוון שהתרחשו במדינה זו הרבה מלחמות אשר אנו מרגישים את השפעתן עד היום. כל ה"סיכסוך הערבי יהודי" בנוי על מלחמות העבר ובכל זאת למדינת ישראל עדיין יש שאלות איך לינהוג באנשים היושבים בשטחים שכבשה מידי הערבים שיצאו עלינו למלחמה. העובדה היא, שישראל היא היחידה שמכירה בכך שרמת הגולן היא חלק ממדינתה ורציתי לדעת איך החוק הבינלאומי רואה זאת. כמו כן מדינת ישראל מעולם לא הכירה בשטחים כחלק משטח המדינה אלא קבעה שזהו שטח כבוש ורציתי לדעת איך נוהגים בשטח עם הגדרה כזו.

גם עניין אותי הנושא בתור נושא אוניברסלי, דיני מלחמה הם אחד הנושאים היחידים שידוע לי על הסכמה עולמית כול כך גדולה בנוגע למשמעותו מה שהופך אותו לחשוב יותר. רציתי לדעת האם הוא משקף את חידושי המודרנה מבחינה מוסרית או שהינו פרמיטיבי ולא מתחשב באדם, גם כאשר הוא נחשב לאויב.

לכן החלטתי לענות לעצמי על שאלות אלו בעבודה זו.

מבוא:

בעבודה זו אציג עניינים מסויימים בתוך המשפט העברי והישראלי בנוגע לדיני מלחמה.

במשפט העברי הבאתי מקורות מהתנ"ך, מפרשים, שות"ם ועוד על מנת להציג את עמדתו בנוגע לעניינים מסויימים בדיני מלחמה. העניינים הם: יחס לאויב (בארץ המובטחת ומיחוץ לה), איסור השחתה, אשת יפת תואר. הבאתי עמדות הסותרות אחת את השניה אך ברובן לא ערכתי השוואה ודיון ביינהן על מנת לכבד כל דעה לכשעצמה.

במשפט הישראלי הבאתי בעיקר את הדין הבינלאומי שלפיו נוהגת גם ישראל. הבאתי את החוקים והסיבות מהמקומות השונים וקישרתי אותם לפיסקי דין שהתרחשו בארצנו. דנתי בסוגיות: היחס לאוכלוסיה אזרחית בזמן מלחמה, יחס לשבוי, יחס לרכוש פרטי וממשלתי.

בסופו של דבר ערכתי השוואה בין הנושאים הדומים הקיימים גם במשפט העברי וגם במשפט הישראלי.

יחס לאויב

יחס בארץ המובטחת לעומת יחס מחוץ לארץ המובטחת: ישנם שני סוגי יחס אשר ניתנים לאויב בזמן מלחמה. יחס אחד ניתן לאויב אשר נמצא בגבולות הארץ המובטחת (מתקיים במלחמת חובה) האויב במלחמה מסוג זה הוא שבעת העמים. יחס אחר ניתן לאויב מחוץ לגבולות הארץ המובטחת (זוהי מלחמת רשות).

הפסוקים בתנ"ך אשר מצהירים כי ביחס זה צריך לנהוג באויב הם:

כִּי-תִקְרַב אֶל-עִיר, לְהִלָּחֵם עָלֶיהָ--וְקָרָאתָ אֵלֶיהָ, לְשָׁלוֹם וְהָיָה אִם-שָׁלוֹם תַּעֲנֶנּוּ, וּפְתַחְהָ לָךְ: וְהָיָה כָּל-הָעָם הַנִּמְצָא-בָּהּ, יְהִיוּ לָךְ לְמַס--וְעַבְדוּךָ. יָב וְאִם-לֹא תִשְׁלִים עִמָּךְ, וְעָשְׂתָה עִמָּךְ מִלְחָמָה--וְצָרְתָּ, עָלֶיךָ. יֵג וְנִתְּנָה יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, בְּיָדְךָ; וְהָכִיתָ אֶת-כָּל-זְכוּרָהּ, לְפָנֶי-חָרֹב. יֵד רַק הַנָּשִׁים וְהַטַּף וְהַבְּהֵמָה וְכָל אֲשֶׁר יְהִיָּה בְּעִיר, כָּל-שְׁלָלָהּ--תִּבְזֹ לָךְ; וְאָכַלְתָּ אֶת-שְׁלָל אֵיבֶיךָ, אֲשֶׁר נָתַן יְהוָה אֱלֹהֶיךָ לָךְ. (דברים פרק כ פס י"ד)

כֵּן תַּעֲשֶׂה לְכָל-הָעָרִים, הָרַחֲקוֹת מִמָּךְ מְאֹד, אֲשֶׁר לֹא-מַעֲרִי הַגּוֹיִם-הָאֵלֶּה, הַנָּה רַק, מַעֲרֵי הָעַמִּים הָאֵלֶּה, אֲשֶׁר יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, נָתַן לָךְ נַחְלָה--לֹא תַחֲיֶהּ, כָּל-נַשְׂמָה. יז כִּי-הִחָרַם תַּחֲרִימֶם, הַחֲתִי וְהָאֹמֶרִי הַכְּנַעֲנִי וְהַפְּרָזִי, הַחֹוִי, וְהַיְבוּסִי--כְּאֲשֶׁר צִוָּךְ, יְהוָה אֱלֹהֶיךָ. יח לְמַעַן, אֲשֶׁר לֹא-יִלְמְדוּ אֶתְכֶם לַעֲשׂוֹת, כְּכָל תּוֹעֲבֹתֵם, אֲשֶׁר עָשׂוּ לְאֱלֹהֵיהֶם; וְחָטַאתֶם, לַיהוָה אֱלֹהֵיכֶם.. (דברים פרק כ פס טו-יט)

בְּנִפְל אוֹיְבְךָ אֵל תִּשְׁמַח וּבִכְשָׁלוֹ אֵל יִגַּל לְבָבְךָ פֶּן יֵרָאֶה ה' וְרַע בְּעֵינָיו וְהִשִּׁיב מַעֲלָיו אִפּוֹ, (משלי כ"ד יז-יח)

שאלה הגמרא (מבואות): כיצד יכול אדם שלא לשמוח על הפסד אויביו במלחמה? אין לשמוח על ההפסד של אויביו ואין להתעלל בהם לאחר המלחמה אך יכול לשמוח על ניצחונם שלו.

רש"י לדבר הציווי הראשון, "הקריאה לשלום", שקובע שיש חובה לשאול את האויב ליפני תקיפתו האם הינו רוצה להיכנע ולשלם מיסים או שהוא מעדיף להילחם. הוא טוען שבנוגע למלחמה אשר נמצאת בגבולות הארץ זוהי "מלחמת חובה" אשר מטרתה לכבוש את הארץ ולשייכה לעם היהודי ולכן אין ציווי "קריאה לשלום" בפני שבעת העמים הישובים בארץ (החתי, האמרי, הכנעני, הפרזי, החוי, היבוסי והעמלקי). ההפך הוא הנכון מין הפסוקים נלמד שיש לפתוח איתם במלחמה ולהרוג עד האחרון שבהם "לא תחיה כול נשמה". אך חובה זו נשארת קיימת לשאר העמים ב"מלחמת רשות" שזוהי אשר מתרחשת מחוץ לגבולות ארץ ישראל¹.

הרמב"ם והרמב"ן חולקים על רש"י לעניין זה אבל מסכימים ביניהם. הם סבורים שחובת "הקריאה לשלום" קיימת גם כלפי שבעת העמים הנ"ל.

תלמוד ירושלמי: אמר רבי שמואל בר נחמן: שלושה שליחים שלח יהושוע לארץ ליפני כניסתו וכניסת עם ישראל. השליחים נשלחו לעמים היושבים בארץ על מנת לקיים את "הקריאה לשלום". מי שסירב-עשו איתו מלחמה ומי שהסכים- נהיה ביניהם לעמ"י שלום.²

המלחמה הראשונה בהיסטוריה התנהלה בין אברהם אבינו לארבעה מלכי הצפון וכונתה מלחמת "ארבע מלאכים את החמישה" במלחמה זו הפסיד ישראל ואחיו של אברהם (לוט) נלקח בשבי, לכן יצא אברהם למלחמה נוספת על מלכי הצפון, הוא ניצח אותם והשיב את השבויים ורכוש רב. לאחר הדברים הללו אומר ה' לאברהם "היה דבר ה' אל אברהם במחזה לאמר, אל תירא אברהם אנכי מגן לך שכרך הרבה מאד" (בראשית טו, א). משמע שהיה דבר מה אשר הדאיג את אברהם לאחר המלחמה. במדרש מובאים דברי רבי לוי על הסיבה לחשש זה של אברהם. הוא טוען שאברהם חשש

¹ תחומין- לחימה בשטח רווי אוכלוסיה אזרחית
² "מוסר ומלחמה" פרופ' נחום רקובר

שמע הרג חפים מפשע ואנשים שלא רצו להילחם בו, הרגיעו ואמר לו שלא היו חפים מפשע בין האנשים שנהרגו במלחמה.³

אומנם במקרה זה לא נפגעה אוכלוסיה אזרחית תמימה אך אברהם מעלה את השאלה: מתי אדם נענש כאשר הוא פוגע באוכלוסיה אזרחית בזמן מלחמה?

התשובה היא שיש 4 הצדקות להריגת חפים מפשע בזמן מלחמה ומי שסטה מהצדקות אלו נענש על ההרג.

א. "שפך דם האדם באדם דמו ישפך"

" כך נוסד העולם"

הנצי"ב אומר שהמלחמה נמצאת בטבע האדם וכאשר אתה נלחם אי אפשר להימנע מפגיעה באוכלוסיה אזרחית כי היא חלק מהאויב. לכן אין עונש על פגיעה באוכלוסיה אזרחית בזמן מלחמה כל עוד זאת לא המטרה במלחמה ואם נלחם על מנת להרוג, ישלם על כך.

ב. הגנה עצמית

הרב שאול ישראלי לומד מ"דין רודף" (שמשמעותו היא שמי שרודף אחר אדם ניתן לפגוע בו וגם להורגו אם אין ברירה) ולכן כדי להציל חייו של אדם, ניתן לפגוע גם במי שמסכן את חייו בעקיפין. דין זה מתאים למצב שבו יש מחבל שמסתתר בין אזרחים תמימים אשר מתוך אונס מגינים עליו. לפי הרב שאול ישראלי יש מחלוקת בעניין ולכן לא ניתן לדעת האם יהיה ניתן לפגוע באזרחים על מנת להגיע למחבל.

הרמב"ם קובע שבמצב זה יהיה ניתן לפגוע באזרחים על מנת להגיע למחבל כי הוא מציב את החיילים בסיכון וזוהי התנהלות המלחמה.

ירון אונגר: אם הדבר יציל את החיילים, ניתן לפגוע באזרחים אשר מסייעים למחבל מרצון וידיעה אך דבר זה לא מצדיק פגיעה באנוסים שאינם הסכימו לעזור למחבל ובוודאי שאין לפגוע בקטינים.

ג. האומה כקולקטיב

המהר"ל: כאשר קבוצה מסוימת אשר מוגדרת כ"עם" נלחמת נגד עם אחר חלים אליהם דיני מלחמה.

כאשר הציבור מוגדר כעם אין הבחנה בין חיילים לאזרחים, שניהם נחשבים לאויב ולכן לא צריך שום הצדקה לפגיעה באוכלוסיה אזרחית בשעת מלחמה.

³ בראשית רבה (תיאודור-אלבק), פרשה מד, ד"ה ואתה ישראל עבדי.

ד. משפטי כול המלכים- הצדקה הסכמית.

הרב ישראל: כאשר יש הסכם בין האומות שהמלחמה היא דבר מקובל לא צריך לתת עליה דין וחשבון. אך אם למשל דבר המלחמה יקבע כאסור, עם שיצא למלחמה יהיה כשופך דמים.

האם הורגים את כול הזכרים במלחמה? רמב"ם כול עוד העם שישראל נלחמים נגדו לא קיבל את תבוסתו ושבע מצוות בני נח, יש להרוג את כול הזכרים הבוגרים לוחמים כאזרחים. אך זה היה הדין פעם כאשר כול הגברים הבוגרים שימשו כחיילים בצבא וכלי עזר רב משמעות לאויב. לפי זאת מכיוון שהיום רוב הגברים לא משרתים בצבא אין לפגוע בהם כמו שפעם לא היה ניתן לפגוע בנשים וטף. יש לפגוע רק בכוח הלוחם ולא באזרחים חסרי עונים והגנה.

איסור השחחה

איסור ההשחחה נלמד מכמה פסוקים בתנ"ך ונחלק לכמה מעשים שונים אשר בהם יכולה להתבטא השחחה.

כִּי-תִצּוֹר אֶל-עֵיר יָמִים רַבִּים לְהִלָּחֵם עָלֶיהָ לְתַפְשָׁהּ, לֹא-תִשְׁחִית אֶת-עֵצָהּ לְנֹדֶחַ עָלֶיהָ גְרָזָן--כִּי מִמֶּנּוּ תֹאכַל, וְאֵתוֹ לֹא תִכְרֹת: כִּי הָאָדָם עֵץ הַשָּׁדָה, לְבֹא מִפְּנֵיהָ בַמָּצוֹר. כִּי רַק עֵץ אֲשֶׁר-תִּדְדַע, כִּי-לֹא-עֵץ מֵאֲכָל הוּא--אֵתוֹ תִשְׁחִית, וְכָרְתָּ; וּבְנֵיתָ מָצוֹר, עַל-הָעֵיר אֲשֶׁר-הוּא עֹשֶׂה עִמָּךְ מִלְחָמָה--עַד רִדְתָּה. (דברים פרק כ פס יט-כ)

וְהִפִּיתֶם כָּל-עֵיר מִבְּצָר, וְכָל-עֵיר מִבְּחֹר, וְכָל-עֵץ טוֹב תִּפְּלוּ, וְכָל-מַעֲיָנֵי-מַיִם תִּסְתַּמּוּ; וְכָל הַחֲלָקָה הַטּוֹבָה, תִּכְאָבוּ בְּאֲבָנִים כִּי יִהְיֶה בְּבִקְרָא כְּעֵלוֹת הַמִּנְחָה, וְהִנֵּה-מַיִם בָּאִים מִדֶּרֶךְ אֲדוֹם; וְתִמְלֵא הָאָרֶץ, אֶת-הַמַּיִם (מלכים ב פרק ג פס יט)

א וַיְדַבֵּר יְהוָה, אֶל-מֹשֶׁה לֵאמֹר. ב נָקֶם, נִקְמַת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל, מֵאֵת, הַמִּדְיָנִים; אַחֵר, תִּאָּסֵף אֶל-עַמֶּיךָ. (במדבר פרק לא פס א)

גמרא (מבואות): לא קוצצים עצים שנמצאים מחוץ למדינה. ולא מזיקים לעצי מאכל בדרך עקיפה כמו: חסימה של אמת מים אשר גורמת לייבוש העץ אך אפשר להזיקם לצורך המלחמה שכן התירה התורה להזיק לו אם דמיו יקרים הכוונה היא לתשלום בכסף אך גם הפסד במלחמה הוא תשלום יקר. אפשר להזיק לעצי סרק גם אם אין לכך טעם ולכן מותר גם בשעת מלחמה. איסור השחחה הוא לא רק לעצים אלא גם לרכוש והעונשה מכת מרדות.⁴

רש"י: במלחמת מואב התורה לא מנעה מישראל לקיים בהם פעולות אשר גורמות לצער ולכאב, גם כאשר אין בהן תועלת מלחמתית. זאת, בהתאם למצב המיוחד שבו האויב הוא בלתי אנושי בהתנהגותו כלפי ישראל ולכן יש להכאיבו ולצער על כך.

הרד"ק: מסופר שבמלחמת מואב, הנביא אלישע נתן הוראה למלכי ישראל לסתום מעיינות, להחריב הכול באבנים ולכרות העצים אפילו הפרי והטובים שבהם. זוהי השחחה לכול דבר ובמקרה זה אין לה מטרה של ניצחון במלחמה אלא היא מתקיימת לשם ההשחחה. הרד"ק מסביר שהיה זה מקרה חריג, שכן מואב היא לא ככול האומות אלא שהיא אומה ניבזה מלפני ה' ויש לנקום בה על כך.

חז"ל: בעת מלחמה, אם בלית ברירה יצטרך עצים לבנית מצור או לכול דבר אחר שיועיל למלחמה יש לו אישור לכרות אותם ואינו עובר על איסור השחחה. ובכול זאת צריך לבדוק כול עוד הדבר אפשרי, שישתמש בעץ סרק ולא פרי וזאת על מנת לצמצם את ההשחחה עד כמה שאפשר. וכמובן שאם אפשר לבצע את הפעולה ללא השחחה בכלל הרי שינהוג כך ואם לאו לפחות ישתדל להשחית המעט שאפשר.

הרמב"ם: איסור השחחה מתרחש בכול מקום ובכול זמן. אין להשחית את אילנות העיר שצרים עליה רק כדי להכאיב ולצער את אנשיה כמו כן אין להשחית כול דבר אחר ולשרוף בגד לריק. **ספר החינוך** מוסיף שאין להשחית את האילן כול עוד זה מצער את אנשי העיר גם אם הדבר יביא תועלת למלחמה. זאת מכיוון שמוסר החיילים נשחק כאשר הם הורסים ומשחיתים מתוך שנאה ורצון להכאיב. אך כאשר הדבר מועיל לניצחון המלחמה (כמו: להשתמש באילנות כדי לבנות מצור או כדי שלא יהיה מחסה לאנשי האויב) אז מותר לחרוג מהאיסור ולהשתמש גם באילנות מאכל.

הרמב"ן: "כי האדם עץ השדה" כאשר חיילים מצרים על עיר אין להם להשחית את עצה כול עוד הדבר לא עוזר למצור ואינו למען הניצחון במלחמה. זאת מכיוון שכאשר יכבשו את העיר יוכלו להשתמש בעצים אלו. התורה ציוותה לחמול על רכוש העיר כמו שאנו חומלים על רכושנו כול עוד יש לנו סיכוי לכבוש אותה. אבל משעזבו עיר זאת ללא ניצחון או כאשר אנו צרים על עיר זאת ורוצים

⁴ לא תשחית את עצה / הרב יהודה שביב

להכאיב לאנשי העיר ולמנוע מהם מאכל, אז מותר להשחית האילנות. ובדבר זה חולק הרמב"ן על הרמב"ם שכן הוא נוגד את דעתו וסובר, שאין על הלוחמים להשחית דבר ללא מטרה אך כאשר יש מטרה להשחיתה, גם אם היא לגרום לאויב צער וכאב ההשחיתה היא לא לחינם והיא מותרת.

כמו כן, הרמב"ן מבין שלפעמים יש היתר להשחית במלחמה על מנת לפגוע רגשית באויב. כמו: במלחמת מואב ובמלחמת משה נגד המדיינים בספר במדבר שבמקרה זה האויב שפל בתחום המוסרי רוחני ולכן אין התורה חסה עליו ומשתדלת למנוע מימנו כאב וצער. יותר מכך, היא מצווה להתנקם בהם דרך השחתת רכושם.

שו"ע (בעל התניא): כול אדם ההורס או משחית דבר בעל ערך עובר על איסור השחיתה בין אם הרכוש היה של ישראל או של הגויים. כמו כן גם במלחמה למרות שהגויים הם אויבנו, גם במקרה הזה אין להשחית דבר מרכושם. זאת מכיוון שציווי "בל תשחית" ניתן לחיילים בעת מלחמה על מנת לשמר את זהותם ואישיותם ההופכת אותם למוסרית גם בזמן שבו הם צריכים לעשות דברים לא אנושיים.

המנחת החינוך: "רק עץ אשר תדע" זהו ציווי של התורה שאומר שכאשר אינו יודע או אפילו בספק האם העץ היינו פרי או אינו, אין לו ראשות להשתמש בו ולהשחיתו. ומכאן איסור ההשחיתה אינו תקף רק לעצי סרק וגם זאת רק בעת הצורך ובליית הברירה. ואם השחית כאשר היה בו ספק עבר על איסור דאורייתא וינתן לו עונש על כך.

החת"ם סופר: "רק עץ אשר תדע" כתבה זאת התורה על מנת להבהיר שגם כאשר האדם אינו בטוח או לא יודע איזהו עץ סרק ואיזהו עץ פרי צריך להשתדל שלא להשחית ולהזהר בדבר עד מאוד.

החת"ס: הצורך בידיעה ברורה מהו הדבר המושחת נידרש כדי שהאדם לא יעבור על איסור בל תשחית.⁵

עקרונות הלכתיים במוסר ומלחמה⁶: התורה לא התירה את איסור ההשחיתה לכלל האומות כמו שעשתה לשבע העמים אשר מטעם שפלותם יש להכאיבם בעת מלחמה באמצעות השחיתה של עריהם. אומנם התירה אותו לשאר האומות כאשר בא הדבר לניצחון במלחמה והדבר בסדר כול עוד אינו בא לגרום ליגון וצער לאויב או נקמה בו. גילוי האכזריות הזאת אסורה מהתורה ולמעשה מטרתו של איסור בל תשחית בעת מלחמה נועד כדי ישמור על מוסריות החייל פן תחדור ללבו האכזריות והרשע אשר נוצרים ממעשי המלחמה. לפחות יזהר במספר דברים ויזכר בקב"ה שצופה בו בכול שעה ומצפה מימנו לנהוג בדרך הטובה ביותר כראוי לאחד מעם ישראל.

מכך יוצא שישנם שני מצבים שבהם איסור בל תשחית בטל גם במלחמה נגד "שאר האומות" והם:

1. כאשר האדם יודע בוודאות שאין בדבר השחיתה (למשל כאשר זהו עץ סרק).
2. כאשר פעולת ההשחיתה נעשית למען מטרה מסוימת ובאופן מצומצם ככול האפשר.

⁵ הכול נלקח מאמר "עקרונות הלכתיים במוסר ומלחמה"

⁶ הרב אברהם שרמן

אשת יפת תואר

הפסוקים מספר דברים פרק כ"א:

(י) כי תצא למלחמה על איביך ונתנו ה' אלהיך בידך ושבית שביו: (יא) וראית בשביה אשת יפת תואר וחסקת בה ולקחת לה לאשה: (יב) והבאתה אל תוך ביתך וגלחת את ראשה ועשתה את צפרניה: (יג) והסירה את שמלת שביה מעליה וישבה בבינתך ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים ואחר כן תבוא אליה ובעלתה והיתה לה לאשה: (יד) והיה אם לא חפצת בה ושלחתה לנפשה ומכר לא תמכרנה בכסף לא תתעמר בה תחת אשר עניתה:

גמרא קידושין כ"א ע"ב (מובאות)

חז"ל: אין לקיים יחסי אישות עם האישה בזמן המלחמה.

לפי הגמרא אם יקח אותה לאישה האדם מחויב לגייר אותה למרות שאלו לא גיורים מרצון.

תלמוד ירושלמי מסכת סנהדרין: החכמים אומרים שני דברים בשם רב. 1. שלא התיר אש יפת תואר אלא בעילה ראשונה בלבד ורבי יוחנן אומר אין לבעול את האישה אלא לאחר שבוצעו כול המעשים "ואחר כך תבוא אליה ובעלתה".

רב: (פס יד) "והיה אם לא חפצת בה ושלחת לנפשה ומכר לא תמכרנה בכסף לא תתעמר בה תחת אשר עניתה" לפעמים עינוי בתורה משמעו אישות ולכן ז"א שהתורה התכוונה שהחייל כבר בעל אותה ליפני כול המעשים כשהייתה גויה ואם לא חפץ בא לאחר מיכן יכול לשלחה. לעומת זאת אם בעל אותה לאחר שהתגיירה הרי שהיא נחשבת אישתו ולא יכול לשלחה סתם כך אלא רק בגט.

רש"י מפרש את הגמרא: יפת תואר- נוכריה יפה במיוחד שהיצר חושק בה בשעת המלחמה, היא הותרה לאדם כדי שלא יבצע חטא אך זאת לאחר תנאים מחמירים ולא באותו הרגע במלחמה. רש"י מפרש שכול הדינים הקשורים באשת יפת תואר נועדו כדי שהאיש יראה בנוולה ויראה את נשות ישראל הלובשות בגדים יפים ושנחות הן לעומת הנוכריה הזאת שבגדיה אינם נאים והיא יושבת עצובה ובוכיה. פס יד- הכתוב מבשר שסופך לשנוא אותה.

רש"י נעזר בברייתא בשביל לפרש פרשה זו: "ולקחת לך לאשה"- התורה התירה זאת כי אם נשאה שלא כדין, יחטא מחטא זה יוולד בן סורר ומורה וזה למה נסמכו הפרשות.

ספורנו: הדבר דומה למלכים שנישאים להרבה מלכות וחלקן גויות ובנייהם מאוסים עצל ה'. כך גם חייל שלקח אשת יפת תואר סופו, שיהיה לו בן סורר ומורה המאוס מ- ה' כמו שקרה לדוד ואבשלום.

ספרי: פס יב- רבי עקיבא אומר שהנוכריה יכולה לגדל את ציפורניה כי זהו לא דבר המושך את היצר כמו השיער. לעומתו רבי אליעזר אומר שהיא צריכה לקצוץ אותם בגלל שהיא מתייפה בהם וכאשר תקצוץ אותם יראה האיש שאינה כול כך "יפת תואר" ולא יתאוה לה ויחזור ממעשה זה.

פס יג- כאשר האיש לוכח את הנוכריה לביתו היא מסירה את שמלתה היפה ומתלבשת בבגדים לא מפוארים לשם הפחתת יופיה. "ובכתה את אביה" רבי אליעזר אומר שהיא מתאבלת על משפחתה שמתה במלחמה ורבי עקיבא אומר עובדת עבודה זה והוא מסתמך על ספר ירמיהו ב, כז.

הרמב"ם, מורה נבוכים: ההיתר קיים בגלל ההבנה שבמלחמה היצרים משתחררים ויכול האדם לחשוק באישה האסורה לו. למרות זאת יש מגבלות על מעשה זה שכן לא התירה התורה לבעול את

אותה אישה שרצה לעצמו באותה העת אלא צריך להמתין לקחת אותה לביתו ולתת לה חודש כדי להתאבל על משפחתה שאבדה במלחמה.⁷

ומוסיף בפרק ח הלכות מלאכים: אם התגיירה האישה מרצונה, אין צורך בכול המעשים. אך אם לאחר 30 יום לא התגיירה אי אפשר לשאת אותה לאישה ואפילו קיבלה אליה 7 מצוות בני נוח היא בגדר "גר תושב" ואין להינשא לה.

מהגמרא למד הרמב"ם שאם בשעת המלחמה החייל אינו יכול לעצור את יצריו יבעל את האישה במקום סגור כדי להפחית את הכיעור שבדבר.

רמב"ן: "ועשתה את ציפורניה" משמעו שהיא צריכה להוריד כול אביזר יופי מעליה. כי ידוע שהגויות במלחמה היו מתייפות ולובשות בגדים מהודרים כדי להכשיל את עמ"י. ולכן היא צריכה לגלח את ראשה (כי שיער הראש הוא דבר יפה) ולקצץ ציפורניה שכן הנשים מתפחות וצובעות את ציפורניהן ליופי.

עוד הוא אומר על עניין הגיור, שאם רצתה להתגייר כדין ועשתה זאת מותרת האישה ללא כול ההשפלה שהיא צריכה לעבור. אך הוא מעלה את האפשרות שיכול להיות שרצונה להגייר נובעה מהלחץ שהיא מצויה בו וצריך לבדוק את כוונותיה לפני גיורה.⁸

רבי יצחק עראמה: אסרה התורה למכור את האישה במקרה שלא חשק בא עוד כדי שיחשוב החייל האם כדאי לו לקחתה מלכתחילה שכן יכול להיגרם לונזק כלכלי מכך.

אברהם טננבוים (שופט בית המשפט השלום): אונס בזמן מלחמה הוא דבר מצער הקיים משחר ההיסטוריה והייתה ההצעה לאסור אותו לגמרי מחוץ לחוק. אך דבר זה אינו יעיל כי איסור המעשה לא ימנע אותו וכן התירו משהו פחות חמור אך עדיין אסור מבחינה מוסרית וזאת על מנת שלא יבצעו את המעשה החמור- אונס. דין אשת יפת תואר מראה שהתורה הבינה זאת ליפני 2000 שנה ולכן התירה לבעול נוכריה יפה ומושכת. אך זאת, רק לאחר תנאים המקשים על האדם להמשיך ולהתאוות אליה או מתירין לו אותה בצורה חוקית מבחינת התורה. כך לא ירצה אותה רק מכיוון שהדבר אסור ואם בכול זאת חשק בה ידע שיקבל אותה אחרי התהליך שהיא צריכה לעבור.⁹

⁷ מוסר ומלחמה פרופ נחום רקובר

⁸ לפנינו הוא במכות פ"ב ה"ו, דף לא ע"ד. וכבר העירו ראשונים ואחרונים שסנהדרין ומכות הן מסכת אחת, וכן הוא בעדים הטובים של המשנה, ראה סיכום הדברים אצל אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, עמ' 983, ואצל אלבק, במבואו לפירושו למשנה מסכת סנהדרין, עמ' 165 והערה 7 שם.

⁹ דעת- השלמה עם יצר הרע אשת יפת תואר והימורים.

הקדמה: רובו של החוק הנהוג בישראל לעניין מלחמה לקוח מהדין הבין לאומי. זאת מכיוון שהמלחמות נעשות נגד מדינות בעלות חוק שונה משל מדינת ישראל ואז בזמן מלחמה אין מערכת חוק מוסדרת שאחראית להעניש על מעשים מסוימים המתבצעים שלא כדין ונגד הצדק. לכן ישראל נוהגת לפי חוקי האו"ם שאליהם היא חתומה ורוב המדינות מסכימות שאלו הם החוקים. כמו כן האו"ם רשאי לשפוט ולהעניש במקרה שהופרו חוקי המלחמה, מה שישראל אינה יכולה לעשות למדינות אויב. כך גם בזמן מלחמה נשמרות זכויות האדם והאזרח ברמה מספקת.

לכן בעת בחינת המשפט הישראלי לעניין זה של דיני מלחמה, נעיין בשני מקורות, המשפט הישראלי הפנימי ודיני המשפט הבין-לאומי הפומבי שנקלטו במשפט הישראלי, אם בגלל אמנות שמדינת ישראל חתומה עליהן או מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי שנקלטו במשפט הישראלי. המשפט הבינלאומי לקוח מאמנות ג'נבה השונות (אשר בתוכן נמצא את תקנות האג) ומהפרוטוקול המשלים.

יחס לאוכלוסייה אזרחית בזמן מלחמה:

סעיף 34 לחוק העונשין קובע: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא בדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". לפי כך נראה שבזמן מלחמה האדם פטור מכול פגיעה באחר שנועדה להציל את חייו, אך זה תקף רק למקרה שהאדם היה בסכנת חיים מיידי. חוק זה לא מצדיק כול הרג או פגיעה שהתבצע במהלך המלחמה.

בדרך כלל האדם הבא לפגוע בזמן המלחמה הוא חייל של האויב ועל כן דיני המשפט הבין לאומי אוסרים על פגיע באזרח שאינו לוחם. ולפי כך חובה על הכוחות הצבאיים לבדוק שהפגיע ניעשת רק כנגד כוח צבאי ולא כנגד אוכלוסייה אזרחית. בנוסף אסור לפגוע במטרה צבאית אם יש סיכון שיפגעו מכך מספר רב של אזרחים. תקיפה הניעשת רק לשם האיום על האזרחים נקראת פשע מלחמה ואסורה בהחלט.

מכיוון שנאסרה הפגיעה באזרח, נאסר גם השימוש באזרח ככלי נשק כדי לפגוע באויב. הפרקליטות הצבאית תומכת בכך שאם מדינה עברה על כלל זה היא צריכה לצפות שכן תתרחש פגיעה באזרחיה בזמן מלחמה כי רק כך יוכל הכוח הנגדי להילחם. למרות זאת מפאת ערכיה היהודיים של מדינת ישראל הפרקליטות הצבאית מדגישה את הצורך לפגוע בכמה שפחות אזרחים, הפגיעה נעשת רק כאשר אין ברירה אלא לעשותה.¹⁰

הדין הבינלאומי מדגיש שההגנה הבסיסית ביותר שהאזרח זכאי לה בשטח כבוש היא ההגנה על חייו (סעיף 46 לתקנות ההאג). למרות זאת סעיף 68 של הסכם ג'נבה הרביעי קובע שמותר לכובש להעניק עונש מוות לגבי העבירות הבאות: ריגול, מעשים חמורים של פגיעה במתקנים צבאיים של הכובש ועבירות שגרמו ויש בהן כוונה לגרימת מוות, אך כול זאת בתנאי שהן היו אסורות במדינה גם ליפני הכיבוש. בנוסף עונש המוות לא ינתן לאנשים מתחת לגיל 18 או לנשים בהריון (אפשר לידחותו עד לאחר הלידה וסיום תקופת ההנקה) ואין לקבוע עונש מוות ללא תהליך של משפט הוגן. כמו כן הנידון יכול לבקש חנינה ואם זהו אזרח המוגן על ידי מדינה אחרת יש להודיע לה על עונש המוות לפני ביצועו.

עניין אנשי ערובה היה מותר ואפשרי בעבר, אך כיום מעשה זה נחשב לעבירה פלילית וסעיף 34 של ההסכם אוסר זאת בהחלט!

כחלק מההגנה על החיים אסור לכובש ליצפות במוות של האוכלוסייה האזרחית. מדובר פה במקרה של חוסר מזון או תרופות ועל כן הכובש מחוייב לספק אותם לאזרחים גם אם זה מצריך מימנו

¹⁰ "על מוסר הלחימה בישראל" ירון אונגר.

מאמצים רבים לדוגמא: ייבוא מחוץ לשטח הכבוש. בנוסף הכובש חייב לספק משאבי חיים בסיסים כמו: אספקת ביגוד, כלי מיטה וכדומה. סעיף 14 לפרוטוקול דורש מהכובש לדאוג **לכול** הצרכים הרפואיים של האוכלוסיה גם במקרי מגפה. סעיף 59 דורש מהכובש לקיים חובות אלו ואם אין לו את האמצעים לכך הוא מורה אליו לבקש עזרה וסעד מגורם חיצוני (אירגון או מדינה) אשר ישלחו לו משלוח של המוצרים הנזכרים. כול הצדדים מחוייבים לתת למשלוח להגיע בשלום לאזרחים הזקוקים לו. בנוסף ניתן להביא "צוות סעד" למקום ולאפשר לו לבצע את עבודתו כול עוד יש אישור לכך מהמדינה הכובשת, יש לו הגנה ומגבילים אותו רק במקרה של צורך צבאי בהול.

הגנה נוספת אשר ניתנת לאזרח היא הגנה על החופש שלו, ישנם 4 תחומים בתוך הגנה זו:

א. גירוש ופינוי- ניתן לפנות אזרח שאינו משתייך למדינה הכבושה כאשר הוא חפץ בכך. מותר לגרש אזרחים באופן קולקטיבי או אינדיבידואלי רק אם מדובר בצורך מלחמתי דחוף. הגירוש חייב להיות זמני, ישנה החובה להחזיר את האזרחים מהמקום שגורשו כאשר אין כבר צורך צבאי. המגרש חייב לידאוג לתנאים בסיסים במקום שאליו האזרחים מגורשים.

בעניין זה התרחש בישראל פסק דין בג"ץ 610+606/78 אויב ואח' נ'שר הביטחון ואח'

מדובר שתושבים ערביים אשר שטחם נכבש ע"י מדינת ישראל והמדינה מקימה עליו ישובים ישראלים. התושבים טענו ש: א. זוהי תפיסה לא חוקית של מקרקעיהם. ב. שלילה של זכויותיהם להיכנס למקרקעין ולהשתמש בהם. ג. הקמה לא חוקית של התנחלויות על קרקע ז.

בג"ץ פסק כי אין להחזיר לערבים את מקרקעיהם מכיוון:

1) א. הישובים היהודים שם מקלים על מילוי התפקיד של הצבא ושומרים על ביטחון האיזור.

ב. ההתיישבות משמשת צרכי ביטחון בסיסים בגלל לוחמנות הערבים בשטח זה.

ג. בג"ץ לא מתערב בהחלטות צבאיות ולא מעביר ביקרות על פעילויות הצבא בנושאים בטחוניים.

2. א. אמנת ג'נבה משנת 1949 היא חלק מהמשפט הבינלאומי ולכן זה לא עניינו של בג"ץ לאכוף אותה

ב. גם הוראות האג משנת 1907 מתקיימות רק בבית משפט מוניציפלי.

ג. כאשר המדינה משלמת על השימוש בקרקע ולא שוללת את בעלות האזרח על הקרקע היא אינה נוגדת את אמנות האג.

ב. עבודות כפיה- מותר לכובש להטיל שירותי חובה על האזרחים אך ישנם מספר תנאים לכך: זוהי אינה עבודה צבאית הקשורה למלחמה, העובדים הם מעל גיל 18, העבודה נעשת למען הציבור, העובדים אינם משמשים ככוח לאבטחת מתקני עבודתם, העבודה היא בשטח הכבוש בלבד, עדיף שלא לשנות את מקום עבודתם הקודם של האזרחים, האזרחים מקבלים שכר הוגן, העבודה ניתנת בהתאם לכישוריו הפיזיים והאינטלקטואליים של האזרח, התנאים יקבעו לפי דיני העבודה הקיימים מלפני הכיבוש וזוהי לא עבודה הקשורה לאירגון צבאי או בעל אופי צבאי.

ג. מעצרים מנהליים והקצאות מגורים- אלו ניתנים כדי למנוע פעולה נוספת של אדם החשוד בביצוע עבירה. חובה להעביר את החשוד פרודורה משפטית הוגנת ויש לו זכות עירעור. בנוסף, אין לרצוח, לענות, אין לבצע ניסויים מדעיים או רפואיים בחשוד ויש לינהוג בו ביחס אנושי (בדומה לשבוי מלחמה). חובה לספר לעצור את עילת מעצרו ולשחרר אותו במקרה ועילה זו חדלה מלהתקיים.

ד. הליכים פלילים תקינים- כאשר אחד האזרחים בשטח הכבוש ביצע עבירה אשר לא מצדיקה עונש מוות ניתן להענישו באמצעות מאסר. עונש זה יכול להתקיים כול עוד ההליך הפלילי הוא פופורציונלי לעבירה ונעשה בצורה הוגנת הכוללת: הבאת ראיות מצד הנענש, סניגור שייצג אותו, מתורמן והזכות לעירעור בעת הצורך. המאסר יעשה באיזור הכיבוש בלבד ואין להעניש עונשים קולקטיביים. אין להעניש אדם על מעשה שלא הוכרז כפלילי בעת ביצועו, או להטיל עונש כבד יותר ממה שהיה קבוע בחוק בזמן ביצוע העבירה. כמו כן אסור לשפוט את הנאשם בלא נכחותו או לגרום לו להפליל את עצמו האדם נחשב לזכאי עד שנפסק כי הוא אשם. גם במקרה שהמצב המלחמתי לא מאפשר זאת יש לקיים תנאים אלו.

ישנו **חופש דת** הכולל את חובת הכובש לספק כול צורך ומשאב דתי הדרוש לקיום הפולחן הדתי בנוסף, יש לאפשר פעולה של כוהנני הדת בשטח הכבוש וגם הפצה של ספרים הקשורים לדת.

בעת מלחמה ישנה **הגנה מיחדת לנשים וילדים**: סעיף 27 של הסכם ג'נבה מחייב הגנה של נשים מפני אונס, זנות כפויה וכול פעולה אשר עלולה להשפילן באופן דומה. סעיף 77 של הפרוטוקול מעניק הגנה מיחדת לילדים.

סעיף 33 אוסר **עונש קולקטיבי** ובכללי ענישה של אדם על מעשה שלא ביצע באופן אישי.

פעילות מוסדות החינוך כמו: בתי ספר וגנים צריכה להמשיך להתנהל כרגיל אך הכובש יכול לבדוק שאין הסתה פולטית במוסדות אלו מצד המורים ושהספרים לא מכילים חומר עוין כלפי כוחות הכיבוש ואם כן הכובש רשאי לשנותם.

אם כאשר נגמרת המלחמה נגמר גם השלטון הכובש וחוזר השלטון הקודם הוא יכול לבטל את כול החוקים שקבע שלטון הכיבוש או להשאיר חוקים שנקבעו כדין. השלטון לא יכול לבטל האשמה פלילית שנעשתה כחוק הדין הצבאי מצד הכיבוש.

יחס לרכוש האויב בזמן מלחמה

כעיקרון, אין להרוס רכוש בשטח כבוש, לא מטלטלין ולא מקרקעין, לא פרטי ולא ציבורי גם אם מדובר במדינת אויב. מקרה חריג הוא כאשר הריסה זו היא לשם המאמץ הצבאי ואז היא מותרת.

סעיף 53 אוסר הריסת בית של אדם מוגן בשטח כבוש רק כי הבעלים או הדיירים חשודים בפעולה עוינת, אומנם מור לעתום אותו בפנייהם. סעיפים 47 ו-33 עוסקים באיסור ביזה שאומר שאין רשות לחייל ליגנוב רכוש למטרתו האישית.

השאלה המרכזית היא: האם לכובש יש רשות להשתמש במשאבי השטח הכבוש או לא? לעניין זה יש לבצע הבחנה בין רכוש ממשלתי לרכוש פרטי.

רכוש ממשלתי: כאשר הרכוש אינו נייד מותר להחרים אותו, הכובש יכול להיחשב כבעלים ובעל טובת הנאה של רכוש זה אך הוא צריך לשמור על הקרן של אותו רכוש. כמובן שניתן להשתמש ברכוש זה לצורכי צבא (כמו: שדות תעופה, ומסילות ברזל) כמו כן ניתן לאכול מפירות השדה וממזון המפעלים, וניתן להפיק ממחצבים אך כול זה בתנאי שאינו "סוחט" משאבים אלו ומביא להפלת העסק.

גם ברכוש נייד הכובש יכול להשתמש לשימוש צבאי כמו: מחסני נשק אמצעי תחבורה וכו' ואם מדובר ברכוש שלא ניתן לעשות בו שימוש צבאי, הכובש מוסיף אותו לקניינו ויכול לעשות בו כרצונו ואפילו למכור אותו.

ישנם נכסים בעלי אופי מיוחד כמו: רכוש של עיריות, ומוסדות דת, צדקה, חינוך, אומנות ומדע. זהו רכוש שנחשב פרטי של המוסד אך הוא מיוחד כי אין כמותו ואם יהרס לא ניתן לשחזרו ולכן כובש שפגע ברכוש זה מועמד למשפט.

הכובש רשאי להשתלט על בתי חולים אזרחיים באופן זמני כי חייליו זקוקים לטיפול זאת בתנאי שלא יעשה זאת על חשבון החולים האזרחיים הזקוקים לטיפול וצריך לדאוג להם לטיפול.

סעיף 14 של הפרוטוקול משלים בנוסף, אין להשתלט על יחידות רפואיות כמו: מרכזים לעירו דם, מכונים לרפואה מונעת, מחסני תרופות וכו'. או על הצוותים והרכוש שלה כול עוד משאבים אלו דרושים לטיפול באוכלוסיה האזרחית.

סעיף 63 מרחיב את תנאי השימוש של רכוש שנועד לשמש את האזרח כך: א. אסור שהפקעה תפגע באזרחים ב. ההפקעה נמשכת רק כשקיים צורך בה ג. לא מפקיעים מקלטים שהאזרחים זקוקים להם.

רכוש פרטי: לפי סעיף 46 של תקנות האג הכובש חייב לכבד רכוש פרטי של אזרחים ולא יכול להחרים. הגדרת ההחרמה נקבעה כ"הפקעה ללא תמורה בלתי חוקית".

בנכסים לא ניידים כמו אדמה ובניינים, הכובש יכול לאחוז זמנית על מנת למקם את כוחו הצבאי אך אם עשה זאת הוא חייב לשלם פיצויים מייד או להביא קבלה שתתחייב לשלם פיצויים לאזרח על פי אותו דין של רכוש נייד.

דין רכוש נייד הוא: א. בנכסים רגילים מותרת ההפקעה בתנאים המצטברים שהם:

- ההפקעה היא לצורכי הצבא.
- ההפקעה מתחשבת באמצעי הארץ הכבושה.
- המפקד הורה על הפקעה זו.
- הכובש מעניק פיצויים על ההפקעה מייד או קבלה שמחייבת הענקת פיצויים במועד מאוחר יותר.

לכובש ישנה זכות קניין על הרכוש שהופקע אך הוא יהיה חייב לשלם עליו פיצויים.

ב. סעיף 53 אומר שאפשר לקחת נכסים מיוחדים כמו: כלי תקשורת, כלי תובלה (באוויר, בים וביבשה) וחומרי מלחמה נוספים. יכול לקחת חומרי גלם כמו נפט רק אם הם כבר הופקו ואם לא אסור לכובש להפיק אותם ולקחת. כול זאת בתנאי שיחזירם כאשר יהיה שלום וישלם פיצויים. הכובש יכול להעביר את הרכוש משטח הארץ לצורכי מלחמה אך אינו יכול לימכרו בגלל חובת ההחזרה. לעומת זאת כאשר מדובר בכלי נשק פרטיים צריך לבדוק האם שייכים לאדם כדין או שהם מוחזקים אצל מחבל המתכוון להזיק. בשני המקרים מותר להחרים את הנשק אך במקרה הראשון אסור למכרו ויצטרך להחזיר אותו בזמן השלום.

ג. כאשר מדובר בנכסים בעלי אופי מיוחד כמו יצירות אומנות סעיף 56 מגן מפני הריסה ולקיחה שלהם ושל כל נכס בעל אופי תרבותי.

שבויים בזמן מלחמה.

עיקר המלחמה צריך להיעשות מול לוחמים מכוח אחד ללוחמים מכוח אחר תוך השתדלות שלא לפגוע באזרחים ולכן אין לקחת אזרחים בתור "שבויי מלחמה" בנוסף לזאת אזרח שנלחם ללא מסגרת צבאית לא יזכה למעמד של שבוי מלחמה אם יתפס.

הלוחמים מודעים לסכנה הניצבת מולם בעקבות הלחימה אך כאשר הם יוצאים "מחוץ למערכה מרצונם או שלא מרצונם" אין לפגוע בהם ואם הם נופלים בידי האויב יש להעניק להם מעמד של "שבויי מלחמה". החייל אינו עברין שנעצר על פשעיו ולכן נוהגים בו אחרת מאשר פושע.

בחוק הבינלאומי ישנה הבחנה בין לוחם חוקי ללוחם בלתי חוקי ורק לוחמים חוקיים זכאים למעמד של "שבויי מלחמה" ולהטבות שבאות עימו. בנוסף, ניתן להעניש לוחמים בלתי חוקיים בכול עונש גם עונש מוות אך זאת רק לאחר העברת הפושע את ההליכים המשפטיים הנחוצים לשם כך.

הזכות למעמד משפטי "שבוי מלחמה" לפי הסכמי ז'נבה:

החלק הראשון בהסכמי ז'נבה עוסק במניה של 8 סוגי אנשים הזכאים למעמד של שבוי מלחמה, והם:

1. כוחות לוחמים וחמושים של הצדדים הנלחמים, ובנוסף מליציה ומתנדבים שחברו לכוחות אלו. פירוט: הצבא בים, ביבשה או באוויר העומד בתנאים המצטברים (שאפרט בהמשך) ואינם פרטיזנים.
 2. כוחות מליציה ומתנדבים השייכים לאחד הצדדים ופועלים בכול שטח (כולל שטח כבוש ושטח האויב). אלו הם הפרטיזנים וחובה עליהם למלא 4 תנאים הנקראים "תנאי האג":
 - א. יש להם מפקד מוסמך. סיבה: מונע לחימה אינדיבידואלית נגד האויב, ישנם כוחות מצומצמים שרשאים להילחם אך אין אנשים עצמאיים ובודדים במלחמה.
 - ב. "עליהם לשאת סימן קבוע שניתן להכיר אותו ממרחק. סיבה: הבחנה- מזהה עם אותה קבוצה, קביעות- שלא מחליפים אותו, ממרחק- הסמל אינו צריך לגרום לחשיפה של הקבוצה אך משכבר נחשפו צריך שיהיה ניתן לזהות לאיזה כוח הם משתייכים (כמו לבוש מסויים).
- מכאן, עולה השאלה מה דינו של כוח צבאי אשר פועל בלבוש אזרחי? פרשת מוחמד עלי מעניק מענה על שאלה זו, פסקו בעירעור זה כי מכיוון שאותם מחבלים לבשו בגדים אזרחיים בעת פעולתם הם אינם זכאים למעמד של "שבויי מלחמה". גם בישראל יושם דין זה בעניין **בפסק דין סווארקה ואלג'מאעון**: מדובר על חיילים מהצבא המצרי אשר נתפסו כאשר הם לבושים בבגדים אזרחיים. הם הועמדו לדין "מסתננים ממצריים" ובגלל לבושם לא זכו למעמד של "שבויי מלחמה". ציטוט בית המשפט הצבאי באל- עריש שהסתמך על פרשת מוחמד עלי, "הנאשמים, אפילו הינם חיילי הצבא המצרי, אינם בגדר "שבויי מלחמה".
- ג. חובה לשאת נשק בגלוי. פירוט: אין זה אומר שהחייל אינו יכול להסתיר נשק אך הוא צריך להזדהות כלוחם בעל נשק.
 - ד. כיבוד דיני המלחמה. סיבה: מי שאינו מכבד את החוק לא יזכה להגנה מטעמו.
- ישנם תנאים שנוספו לתנאים אלו:**
- ה. אירגון- כלל זה חוזר על התנאי הראשון ומדגיש את ההיראכיה המסודרת שחייבת לפקד על הכוח הצבאי.
 - ו. השתייכות לצד לוחם- החובה להיות חלק ממדינה לוחמת שלוקחת חסות על פעולות הכוחות.
 - ז. אזרחות קיימת- חובת נאמנות למעצמה העוצרת. ללוחם יכולה להיות אזרחות של מדינה שלא משתתפת בלחימה (צד ג') אך אם יש לו אזרחות למדינה שנגדה הוא נלחם הוא אינו זכאי למעמד של "שבוי מלחמה".

למרות תנאים אלו, ידוע שלכוח פרטיזני יהיה קשה לקיים אותם ואכן במלחמת העולם השנייה רוב הפרטיזנים עברו על חוקים אלו, אך זהו החוק.

הפרוטוקול המשלים משנת 1977 מוסיף על הסכמי ג'נבה. דוגמאות: סעיף 43: גם אנשים מכוחות לא מוסדרים יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה בקיום החוקים.

סעיף 47: שכיר חרב לא זכאי למעמד של שבוי מלחמה.

מהו היחס הניתן לשבויי מלחמה?

1. הכלל הבסיסי ביותר הוא שאסור להרוג שבויי מלחמה בכול תנאי. איסור זה קיים גם במקרה שהוא מסכן את הכוח השובה וגם אם שחירור השבוי צפוי בגלל התקדמות האויב.

מתוך חובה זו נובעות שאר החובות:

2. אין לעשות מומים גופניים בשבויים או לבצע עליהם ניסויים רפואיים ומדעיים. בהתאם לסעיף 11 של הפרוטוקול המשלים, כול פעולה שעלולה לסכן את בריאותו הפיזית או הנפשית של השבוי אסורה. ניתן לבצע בו הליכים רפואיים רק אם הם נעשים כשורה והשבוי הסכים לכך, בנוסף יכול השבוי לתרום דם או עור למטרות ריפוי אך הוא יכול לסרב לעבור ניתוח.

3. לפי סעיף 13 בהסכם ג'נבה השלישי צריך לינהוג בשבוי באופן אנושי, אין להפחיד אותו או להשפילו, אסור ללערוך "מצעד ראווה" של השבויים או להכריח אותו להישמע בערוצי תקשורת.

4. סעיף 17 של ההסכם קובע כי אין להוציא מידע צבאי או אישי מהשבוי באמצעות עינויים אך אפשר לקבל ממנו מידע בהתנדבות. ישנה גם החובה להעניק יחס מיוחד לנשים אך אין להפלות לרעה אדם בגלל: גזע, דת, אזרחות, השקפתו הפוליטית או כל נימוק אחר הדומה לאלו.

5. סעיף 18 מורה, להשאיר לשבוי את רכושו האישי וחפציו לדוגמא: קסדות, מסכת גז, דרגות, מדליות ומסמכי זיהוי למרות זאת מותר לקחת לו את הכסף וכמובן אמצעי לחימה ונשק. בנוסף, אם אין לשבוי מסמכי זיהוי חובתו של הכוח העוצר להנפיק לו אותם.

קיימת החובה לפנות את השבוי מאיזור הלחימה במהירות ובצורה אנושית וסבירה ולא בסגנון "צעדות המוות" של מלחמת העולם השנייה. כמובן שאם מצבו הבריאותי של השבוי לא מאפשר זאת אין לפנותו. אם אין אפשרות לכוח העוצר להעביר את השבוי יש לשחררו.

6. יש לפנות את השבויים למקום בעל תנאים נוחים לא פחות מהתנאים שיש לכוח הצבאי של המדינה העוצרת אך ניתן להציב סביב מחנה השבויים גדרות. יש לספק להם מזון ולבוש המספיק לבריאותם (לרמה שהם רגילים לה) גם אם התנאים הכלכליים של המדינה לא מאפשרים זאת, מכיוון שיכול להיגרם נזק לבריאותם אם לא יקרה הדבר. יש לאפשר לשבויים לקיים את פולחנם הדתי ופעילויות ספורט (שלא יתנוונו בשבי).

7. אם מצבם הבריאותי מאפשר זאת ניתן להעסיק את השבויים כול עוד מדובר בעבודה הוגנת אשר לא מסכנת חיים או משפילה.

8. יש לאפשר לשבוי לשלוח גלויה למשפחתו וללשכה המרכזית לשבויי מלחמה (אסור לשמור את זהותו בסוד). כמו כן שבוי יכול לקבל חבילות וגלויות הכוללים: מזון, ביגוד, תרופות, ספרים, תשמישי דת, ציוד מדעי, שאלוני בחינות, כלי נגינה וצורכי ספורט. המשלוחים יכולים להיות כפופים לצנזורה ובדיקה בטחונית.

9. שבויי מלחמה מחוייבים לדיני המדינה העוצרת ואם עברו על דינים אלו ניתן להטיל עליהם: קנס, הפסקת זכויות יתר ומעצר יחיד כול אלו עד תקופה של 30 יום. אסור להעניש בעונש קולקטבי על מעשה של אדם יחיד. עונש מוות מותר רק במקרים חריגים ויתרחש לאחר הליכים משפטיים המוסדרים בחוק.

לסיכום: ניתן לראות שהשבוי מקבל תנאים טובים תוך הגנה על זכויותיו כאדם וזאת מתוך הבנה שהאויב הוא הכוח שנגדו אנו נלחמים ולא האדם הפרטי. כמו כן יש מדינות שבהן חוק הגיוס הוא חובה ולכן השבוי לא אשם.

פרק רביעי: סיכום והשוואה.

במהלך העבודה ראיתי כי ישנה חפיפה והסכמה בין המשפט העברי לישראלי (הבינלאומי) לגבי חלק מהנושאים והיא נמצאת בבירור מבחינת היחס הניתן לאויב, רוב הדיינים שהובאו כאן סוברים שצריכה להיות סיבה צבאית מוצדקת להרג של אזרחים. שני שיטות המשפט, הישראלי והעברי מצדיקות הרג של אוכלוסיה אזרחית רק במקרה שהאזרחים השתתפו במלחמה כמחבלים או שימשו כהגנה על כוח עוין מרצון או שלא מרצון.

כמו כן כאשר מדובר על רכוש ישנו דימיון. לטעם שתי השיטות אין להשחית סתם כך רכוש אך רואים שניתן לעשות זאת לצורך המלחמה. בנוסף, שני הדיינים רואים ברכוש השלטון כרכוש הכובש ויש לו זכות מלאה לעשות בו כרצונו אך במשפט הישראלי מדגישים את האיסור להביא בעשייה זו למפלת המדינה ובמשפט העברי אוסרים על כול השחתת חינום של רכוש זה.

ניתן לראות את היחס המיוחד כלפי נשים במשפט הבינלאומי שכן יש להן הגנה מיוחדת מפני אונס וזנות כפויה. לעומת זאת ישנם פוסקים במשפט העברי שסוברים כי אונס אישה נוכריה בעת מלחמה הוא מותר אך רוב הפוסקים מתנגדים לדעה זו עד מאוד וטוענים כי רק לאחר שהאיש עשה את כול מצוות התורה בניסיון למאוס מאישה זו הוא רשאי לשאת אותה לאישה ולקיים איתה יחסי אישות. המחמירים יטענו שאין לשאת אישה זו אלא אם היא מסכימה להתגייר מרצונה.

לדעתי, המשפט העברי מוסרי מאוד יחסית לאופי המלחמות פעם. שהרי היו יוצאים למלחמות ללא סיבה מוצדקת, משחיתים הכול ואונסים נשים באופן חופשי. אך יחסית להיום השקפת היהדות היא השקפת עולם פרמיטיבית לא רחבה מספיק ולא מתאימה לאופי המלחמה המודרנית. למרות זאת אני משבחת החובה לקריאה לשלום ומקווה שבדורינו ילמדו להשתמש בה יותר.

בנוסף אגיד כי המשפט הבינלאומי משתדל מאוד להיות הוגן כלפי האזרחים במדינה הכבושה ורכושם אומנם, יחסם הטוב לשבויים קיצוני מעט. אני חושבת שהם הכניסו כול כך הרבה חוקים למלחמה שמהותה היא רוע כך שלנלחם לא תהיה ברירה אלא לעבור על חוקים אלו על מנת לנצח במלחמה. איני מציעה לבטל חוקים אלו אך חושבת שבמקרים מסויימים וספציפיים יהיה טוב להקל עם הכובש במקרה שעבר על חוק מסויים, כול מקרה לעניינו. זה יהיה דבר מדהים מופלא ומבורך אם כולם יקיימו את החוק כדין.

כפי הנראה נעניתי על כול השאלות שהיו לי לפני העבודה. קיבלתי מידע על הנושא שלא היה לי ידוע, הסקתי בליבי מסקנות ממידע זה לגבי מקרים המיוחדים לארצנו. הבנתי שהדין העברי הולך בעקבות מוסר שלא היה קיים בימי התנ"ך ואינו מאבד צלם אנושי ושהדין הבינלאומי מנסה לשמור על כול זכויות האדם והאזרח ומבין שהמלחמה היא מדינה כנגד מדינה ולא אזרחים כנגד אזרחים.

חקיקה

אמנות ג'נבה השונות:

אמנת ז'נבה הראשונה (1864) - טיפול בפצועים בשדה הקרב.

אמנת ז'נבה השנייה (1906) - החילה את עקרונות האמנה הראשונה גם ללוחמה ימית.

אמנת ז'נבה השלישית (1929) - טיפול בשבויי מלחמה.

אמנת ז'נבה הרביעית (1949) - טיפול באזרחים בזמן מלחמה.

*ישראל חתמה על אמנות אלו רק בתאריך 6 ביולי 1951

תקנות האג 1900

תקנות האג 1907

חוק העונשין תשל"ז-1977

הפרוטוקול המשלים -1928

פסיקה

בג"צ

א"ע 606+610/78 סלימאן תופיק אויב ו11 אח' נ' שר הבטחון ו21 אח' + ג'מיל ארסם מטאוע ו12 אח' נ' שר הביטחון ו31 אח', ע"מ 123.

א"ע 412/71 התובע הצבאי נ'סווארקה ואלג'מאעון, ג' פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים בשטחים המוחזקים 206, 208.

ספרות מחקר

ספרים

דינשטיין י', דיני מלחמה, תל אביב תשמ"ג

משפט עברי

ספרות פסיקה

ספרי: תצא יא.

רמב"ם, משנה תורה (הלכה ה ו-ז') מורה נבוכים, ספא המצוות מצוות ל"ת נח, הל' רוצח ושמירת הנפש (ה, ה-ו) (א,ו), בהל' מלכים (ז',טו).

רמב"ן, הוספות לספר המצוות לרמב"ם (מ"ע ו'), מצוות עשה, מצוה ה, חידושי הרמב"ן.

תלמוד ירושלמי, מסכת שביעית, פרק ו, הלכה א

מנחת חינוך, מצווה תכה

הרב שאול ישראלי, "מצור ביירות לאור ההלכה", תחומין ד (תשמ"ג), עמ' 29-36

תוספות שם, ד"ה כיון.

גמרא: סוטה, קידושין.

ספרות השו"ת

מלחמה ומוסר

הרב אברהם שפירא

רב שיח: הרב ד"ר אהרון ליכטנשטיין, הר"ב דב ליאור, ד"ר יעקב חסדאי, הרב שאר ישוב כהן.

חרבות ואתים: הרב יעקב אריאל.

מחקרים

עקרונות הלכתיים במוסר ומלחמה עמ' 231-239

כמו שנאמר בגמרא מסכת קידושין: "איבעיא להו כהן מהו ביפת תואר חידוש הוא לא שנא כהן ולא שנא ישראל או דילמא שאני כהנים הואיל וריבה בהן מצות יתרות רב אמר מותר ושמואל אמר אסור בביאה ראשונה דכ"ע לא פליגי דשרי דלא דברה תורה אלא כנגד יצר הרע כי פליגי בביאה שניה רב אמר מותר ושמואל אמר אסור רב אמר מותר הואיל ואישתריא ואישתרי ושמואל אמר אסור דהא הוא לה גיורת וגיורת לכהן לא חזיא א"ד בביאה שניה כ"ע לא פליגי דאסירא דהויה לה גיורת כי פליגי בביאה ראשונה רב אמר (דברים כא,) מותר דהא לא דברה תורה אלא כנגד יצר הרע ושמואל אמר אסור כל היכא דקרינא ביה והבאתה אל תוך ביתך קרינא ביה וראית בשביה כל היכא דלא קרינא ביה והבאתה אל תוך ביתך לא (יב קרינא ביה וראית בשביה ת"ר וראית בשביה בשעת שביה אשת ואפילו אשת איש יפת תואר לא דברה תורה (דברים) תמותות שחוטות ואל יאכלו בשר תמותות נבילות אלא כנגד יצר הרע מוטב שיאכלו ישראל בשר וחשקת אע"פ שאינה נאה בה ולא בה ובחברתה ולקחת ליקוחין יש לך בה לך לאשה שלא יקח שתי (כא, יא נשים אחת לו ואחת לאביו אחת לו ואחת לבנו"

ולפי הפרשנים, דיני אשת יפת תואר וכו'

והבאתה מלמד שלא ילחצנה במלחמה (דברים כא, יב)

כמו שנאמר בגמרא (בבא כמה): "רק עץ אשר תדע – זה אילן מאכל

כי לא עץ מאכל הוא – זה אילן סרק

וכי מאחר שסופו לרבות כל דבר מה תלמוד לומר כי לא עץ מאכל? להקדים סרק למאכל" (בבא קמא צ"א ע"ב)

ולפי הפרשנים מותר להשחית רק עצי וכו'

גמרא: אמר ליה: סק ורכב. - אמר ליה: לא יכילנא, דכחישא חילאי מימי תעניתא. גחין וסליק. כי סליק בעט ביה. - אמר ליה: לא כתיב לכו בנפל אוןיבך אל תשמח? (משלי כ"ד ז) - אמר ליה: הני מילי - בישראל, אבל בדידכו כתיב – ואתה על במותימו תדרך. (דברים ל"ג כט)

ולפי המפרשים ישנה שאלה ביחס לאויב וכו'