

נושא העבודה

מוסריות בזמן מלחמה

תאריך: 08/12/15

העבודה מוגשת בחסות העמותה של

נוער שוחר משפט עברי

הקדמה אישית

בחרתי בנושא "מוסריות בזמן מלחמה" מפני שאני מאד מתעניין בסוגיה זו במיוחד בתקופה האחרונה שבה אני מתכנן להתגייס ליחידה מובחרת בצבא בעתיד ולכן הנני מעוניין לדעת מה תהיה מידת האחראיות שאני אצטרך לעמוד בה במהלך שירותי הצבאי כשאתקל בסיטואציות הנוגעות לעניין זה.

סיבה נוספת שבעקבותיה בחרתי בנושא זה היא שרציתי לדעת מה בין מוסריות לביטחון המדינה והיכן עומד הגבול ביניהם במיוחד שבשנים האחרונות אנו עדים יום יום לאירועים שבהם ישנן דילמות מוסריות ומקרים שבהם מקבלי ההחלטות בשטח עומדים בפני אתגרים רבים ומורכבים בנושא זה.

תוכן עיניינים

- הקדמה אישית ----- ע"מ 3
- פרק ראשון מבוא ----- ע"מ 4
- פרק שני המשפט העברי-השתלשלות ההלכה ----- ע"מ 5-9
- סוגיית המוסריות במלחמה ספר דברים ----- ע"מ 5-7
- ספרות הפסיקה: הרמב"ם והרמב"ן ----- ע"מ 7-9
- ספרות השו"ת בנושא ----- ע"מ 10-11
- פרק שלישי המשפט הישראלי ----- ע"מ 12-15

חקיקה	ע"מ 12
פסיקת בג"צ בנושא הנדון	ע"מ 13
ספרות המחקר	ע"מ 14-15
פרק רביעי: השוואה בין המשפט העברי למשפט הישראלי	
	ע"מ 16-17
פרק חמישי סיכום	ע"מ 18
רשימה ביבליוגרפית	ע"מ 19-20
נספחים	ע"מ 21-22

בס"ד

פרק ראשון-מבוא

בעבודה זו אתן סקירה משפטית רחבה בנושא מוסריות בזמן מלחמה. בראשית העבודה אתחיל במתן מידע בנושא מהמשפט העברי החל מהתנ"ך, ספרות הפסיקה, ספרות השו"ת עד לתקופה הנוכחית. בהמשך התייחס לסוגיה זו מתוך נקודת מבט של המשפט הישראלי החל מבסיס לחקיקה דרך ספרות ומאמרים בתחום וכלה בסוגיות משפטיות שעלו בנושא הנדון. בשלב הבא אצור השוואה בין 2 הגישות המשפט העברי והמשפט הישראלי בנושא בו דנה עבודתי.

חשוב לציין כי השתמשתי במקורות רבים ומגוונים ומיזגתי ביניהם לאחר

קריאה מעמיקה.

השתמשתי בהערות שוליים להבהיר ולהדגיש את המקורות שבהם השתמש

במהלך העבודה.

פרק שני

המשפט העברי-התייחסות למקורות התנכיים העוסקים בנושא דיני

מלחמה ומוסריות בזמן מלחמה.

המקור הראשון בספרי התורה העוסק בנושא של מוסריות בזמן מלחמה הוא

חומש דברים בפרשת "כי תצא".

שם ישנם כמה הוראות כיצד יש לפעול במצב של מלחמה.

בכמה מישורים:

א. דיני כיבוש עיר

בהוראה ישנה הבחנה בין שני סוגי ערים: עיר בתחומי הנחלה המובטחת

ועיר מחוץ לתחומי הנחלה המובטחת. לכל אחת מהערים יש הוראות משלה

א. הוראת תחום הנחלה המובטחת – יש הוראה להשמיד באופן טוטאלי ולכן יש הוראה להשמיד גם את אליליהם: "... לא תחייה כל נשמה כי החרם תחרימם ... למען אשר לא ילמדו אתכם לעשות ככל תועבותם אשר עשו"¹

ב. כיבושה של עיר מחוץ לתחומי הנחלה המובטחת²
עיר כזו נכבשת בכמה בשלבים:

1) "וקראת אליה לשלום": בעת המצור על העיר יש לבוא במשא ומתן ולנסות לסיים את העימות בדרכי שלום וללא קרב. הסיבה לכך היא שמדובר בעיר שמחוץ לתחומי הנחלה המובטחת, ולכן המטרה של כיבוש העיר היא לא התיישבות (אין חשש ללמוד מתועבות המקומיים), אלא רווח כלכלי, ולכן נותנים לתושבי העיר את האפשרות להיכנע ללא שפיכות דמים.

2) "והיה אם שלום תענד ופתחה לך...": אם העיר בוחרת באפשרות ראשונה ונכנעת לפני עם ישראל ללא קרב, ההנחיה היא לא לפגוע בתושבים, ולגבות מהם מס עבור המלך, ולהשתמש בהם לעבודות המלוכה - "והיה כל העם הנמצא בה יהיו לך למס ועבדוך"

3) "ואם לא תשלים עמך ועשתה עמך מלחמה וצרת עליה..." – אם העיר בוחרת באפשרות השנייה ומעדיפה מלחמה על גבי כניעה, התורה מצווה להעמיד עליה מצור, להילחם בה, ולאחר כיבושה להכות את כל הזכרים הבוגרים, ולהותיר את הרכוש, הנשים והטף כשלל מלחמה - "והפית את-כל-זכורה, לפי-תָּרַב. יד רק הנָּשִׁים וְהַטָּף וְהַבָּהֳמָה וְכָל אֲשֶׁר יְהִיָּה בְּעִיר, כָּל-שְׁלָלָהּ--תָּבֹז לְךָ"³

רשי מוסיף עוד סיבה אסטרטגית-טקטית - "הכתוב מבשרך שאם לא תשלים עימך-סופה להילחם בך אם תניחנה ותלך". זו"א שהסיבה שהכתוב מצווה להילחם בה

¹ דברים פרק כ' פס' ט"ז-י"ח

² דברים פרק כ' פס' י'-ט"ו

³ דברים פרק כ' פסוקים י"ג-י"ד

במידה והעיר לא נכנעת, היא שאותה העיר תרגיש חשש שמא עם ישראל שוב יגיע להילחם בה, ותקדים תרופה למכה מבחינתה ותבוא להילחם בעם ישראל.

ב. דין התנהגות כלפי עצים בעת מלחמה⁴

בעת מצור ממושך על עיר רחוקה הצבא הצר חייב להישען על מקורות מחיה מקומיים כגון מים, מזון, חומרי גלם ליצירת כלי מלחמה, עצים להבערת אש וכד'. ברור שנוצר הצורך בקיצוץ עצים או בכריתתם. לכן קובעת התורה, כי רק עצי סרק (=עצים שאינם נותנים פרי מאכל) – מותר לקצץ או לכרות – "רק עץ אשר תדע כי לא עץ מאכל הוא - אותו תשחית וכרת"

לגבי עצי פרי ישנו איסור לכרותם, הסיבה הפשוטה היא שעצים אלו משמשים כמקור מאכל עבור הלוחמים בזמן המצור על העיר דבר שיכול לקחת זמן רב.

הנימוק הניתן בפסוק הוא: "כי האדם עץ השדה לבוא מפניך במצור"

לפי רש"י המשפט הוא משפט שאלה – האם דינם של העצים הוא כשל האדם? המצור נועד להכניע את בני האדם שנמצאים בעיר ולא את העצים, ואם כן מדוע אתה פוגע בהם?

לפי ראב"ע המשפט הוא משפט המוסר עובדה – האדם חי מעץ השדה ולכן אין להשחיתו.

ג. דין שבויית מלחמה⁵

מדובר בשבויה שנשבתה במלחמת רשות (מותר לקחת שבויים ושלל)

⁴ דברים פרק כ' פס' י"ט- כ'
⁵ דברים פרק כ"א פס' 10-14

אם חייל חושק בשבועיה יפת תואר, עליו לשאת אותה לאישה. הציווי נוצר כדי למנוע מקרים של אונס, וכדי למנוע מצב שחיל יהודי יבוא על גויה באיסור תוך כדי סערת המלחמה והחשקים הגשמיים שנלווים אליה.

מותר לו לשאת אותה לאישה לאחר 30 ימים שבהם היא נוהגת במנהגי אבלות "והבאת אל תוך ביתך וגלחה את ראשה ועשתה את ציפורניה והסירה את שמלת שביה מעליה וישבה בביתך ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים ואחר כן תבוא אליה ובעלתה והייתה לך לאשה".

גזיזת ציפורניה, הסרת שמלת שביה (על מנת ללבוש בגדי אבלות), ישיבה בבית השובה וגילוח שערות ראשה – כל אלה מנהגי אבלות על בני משפחתה שנפלו במלחמה.

רש"י כותב על פסוק זה: לא דברה תורה אלא כנגד יצר הרע, שאם אין הקדוש ברוך הוא מתירה- יישאנה באיסור".

יש הטוענים כי מגמת החוק היא מוסרית, כלומר לנהוג בה בכבוד, ברחמים ובהתחשבות ולתת אפשרות לשבועיה להתאבל על חייה הקודמים ועל האובדן, על מנת שתירגע מבחינה נפשית ותשלים עם מצבה החדש.

גם לאחר שהחייל בכל זאת מחליט לבוא עליה, אסור לו לנהוג בה כאוות נפשו. אם הוא כבר לא חפץ בה אסור לו למכור אותה כשפחה, אלא לשחררה לנפשה- "והיה אם לא חפצת בה ושילחת לנפשה, ומכור לא תימכרנה בכסף, לא תתעמר בה- תחת אשר עיניתה"

פרשייה זאת מבליטה ומדגישה את יחסה של התורה למוסריות בזמן מלחמה. בעוד שאצל יתר העמים כיבוש עיר נתן את הרשות לחיילים להתנהג כאוות נפשם-לרצוח, לאנוס וכו', אצל עם ישראל התורה הגבילה את חופש הפורקן של החיילים במוסריות שלא הייתה נהוגה באותם הימים- ציווי שלא לאנוס בזמן המלחמה,

להתחתן רק אחרי 30 יום כדי לאפשר פרק זמן לאבלות האישה, ולאחר מכן זכויות ככל אישה בישראל.

עמדת הרמב"ם בנושא:

למעשה, ההלכה מכירה בשני סוגים של מלחמות: מלחמת מצווה ומלחמת רשות. וכך מסכם הרמב"ם את הגדרות המלחמות הללו בהלכות מלכים⁶:

"אין המלך נלחם תחילה אלא מלחמת מצווה. ואי זו היא מלחמת מצווה? זו מלחמת שבעה

עממים, ומלחמת עמלק, ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם. ואחר כך נלחם במלחמת הרשות, והיא המלחמה שנלחם עם שאר העמים כדי להרחיב גבול ישראל ולהרבות בגדולתו ושמעו.

ואחד מלחמת מצווה אינו צריך ליטול בה רשות בית דין, אלא יוצא מעצמו בכל עת, וכופה העם לצאת. אבל מלחמת הרשות אינו מוציא העם בה אלא על פי בית דין של שבעים ואחת⁷

אווירת המחנה

התורה אוסרת על ונדליזם והרס, אף אם אינו כרוך בהריגת נפשות:

"כי תצור אל עיר ימים רבים להילחם עליה לתפשה, לא תשחית את עצה לנדוח עליו גרזן, כי ממנו תאכל ואותו לא תכרות; כי האדם עץ השדה לבא מפניך במצור" (דברים כ', יט).

כך הרמב"ם פסק בעקבות פסוקים אלו:

"שהזהירנו מהשחית האילנות כשנצור על עיר כדי להצר לאנשיה ולהכאיב לבם, הוא אמרו יתברך 'לא תשחית את עצה'⁸

הרמב"ם מסביר שפסוקים אלו כוללים איסור על מעשים של השחתה שאין בהם תועלת צבאית ישירה, אלא נועדו רק להדאיב לבם של האויבים. אך הרמב"ן חלק על הרמב"ם.

הרמב"ן טען שאין איסור לחבל בצמחיה בשעת מלחמה:

"כשנצור על עיר להילחם עליה לתופשה, כי נצטוונו לחמול עליה כאשר נחמול על שללנו,

אולי נכבוש אותה; אבל בצאתנו אל ארץ אויב נשחית ונחבל כל עץ טוב, וכן בימי המצור להצר

⁶ הרמב"ם, הלכות מלכים ה-א-ב.

⁷ רמב"ם, הלכות מלכים ה', א-ב.

⁸ רמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה נ"ז

לאנשי העיר בהשחתת האילנות שלא יחיו מהם - כל זה מותר, לא אסרה תורה אלא השחתה בחינם... ולשון הרב במצווה הזו אינו מכונן⁹

הרמב"ן רואה את האיסור כממוקד בבעיית ההשחתה לחינם, ולא בדאגה לאויבים. ז"א שהפסוק מנותק מההקשר המלחמתי של הפסוקים, ומדבר על האיסור לעשות "בל תשחית" ללא סיבה הגיונית. לדעת הרמב"ן כל השחתה לצורך צבאי ומלחמתי תהיה מותרת, אפילו אם הדבר מופנה לעצי פרי.

בכיוונו של הרמב"ן פירש גם רבנו בחיי שם:
"ואין מפעולות עם חכם ונבון להשחית הדבר הראוי ללא תועלת, ולכך אין לך להוציא כוח בזה לכרות עץ השדה, אלא שתשמור מהשחית אותו ומהזיקו ותיקח ממנו התועלת..."
כאן לא מדובר בהריגת נפשות, אלא רק בהשחתת רכוש, ועל כן באופן עקרוני יש היתר לעשות זאת לצורך מלחמה. אך יש להישמר שלא להשחית לחינם.

ספרות השו"ת בנושא

החתם סופר:

החתם סופר בתשובותיו¹⁰ מוסיף עוד אלמנט וסייג לציווי "לא תשחית". הוא מתקשה מדוע כתבה תורה "רק אשר תדע", והלא ישנו כלל הלכתי מפורסם שאומר ספק דאורייתא לחומרה, וממילא הידיעה באשר לסוג העץ בטרם כריתתו היא חובה על החייל, ואם יש לו ספק נשאר האיסור של "בל תשחית"

המנחת חינוך בדבריו על המצוות שהוסיף הרמב"ן כתב גם בגישה זו. למעשה

ההוראה המיוחדת "אשר תדע" מביאה לדעתם לעונש מיוחד למי שכורת עץ בלי

⁹ רמב"ן, השמטות לספר המצוות, עשה ו'
¹⁰ שו"ת חת"ם סופר חלק י' סימן ק"ב

ידעיה שהוא אכן עץ סרק. ז"א שהעונש הניתן על לאו דאורייתא-מלקות, חל גם על מי שכורת עץ ללא ידיעה ברורה שהוא סרק, וכרת מספק.

הרב שאול ישראלי:

הרב שאול ישראלי בספרו¹¹, מרחיב גם על מושג "נקמה" במלחמה. בנושא "פעולות צבאיות להגנת מדינה" הוא עוסק במעשה רצח ברוטאלי שביצעו כנופיות ערביות בכפר יהוד בשנת תשי"ד ובו נהרגה משפחה שלימה, ובתגובה לכך הותקף היישוב הערבי קיביא שנחשד שסייע בידי כנופיות הרצח, ונהרגו בו גם נשים וילדים. בסיכומו של דבר עושה הרב הבחנה בין פעולת נקמה שתביא להרתעת האויב בעתיד, לבין פעולות נקמה שלא יביאו תועלת. פעולות נקמה שלא מהוות כל גורם הרתעה אין ההלכה מתירה לעשותם, בין על ידי יחידים, ובין על ידי לוחמים, שפועלים במסגרת הצבא. דבר זה כלול בעיקרון איסור השחתת האילנות.

שו"ת משיב מלחמה¹²-השחתת עצי מאכל ונסיגה

מדובר בקבוצת חיילים דתיים ביחידה בצה"ל בזמן הנסיגה מחצי האי סיני התעוורה אצלם בעיה הלכתית האם מותר ע"פ חוקי התורה לקצץ עצי מאכל לצרכיהם הם ביקשו לקבל את פרטי ההלכות בנושא מכיוון שלא מצאו בשו"ע התייחסות להלכה זו

תשובתו של הרב גורן שאכן אין הלכות בנושא זה בשו"ע אבל מתוך פסיקותיהם של הגאונים והראשונים ניתן לומר שאין הלכה ברורה וישנם שיטות רבות ודעות שונות

¹¹ עמוד הימיני, סימן טז

¹² שו"ת משיב מלחמה, הגר"ש גורן, סימן קנז

פרק שלישי

המשפט הישראלי – מוסריות בזמן מלחמה

דיני המלחמה של ישראל מבוססים על ארבע אמנות ז'נבה¹³.

אמנות ז'נבה הן ארבע אמנות שונות שנוסחו ונחתמו בז'נבה שבשווייץ בין השנים 1864-1949 ועוסקות בהתנהגות הראויה בין צבאות ועמים בזמן מלחמה. בית המשפט העליון קבע כי המשפט הבין לאומי מהווה חלק מהדין הנהוג בישראל, גם בהיעדר קליטה מפורשת בחקיקה, אך כלל זה חל במקרים שבהם אין חקיקה ישראלית סותרת.

דוגמאות לחקיקה עברית

בעניין פגיעה בחפים מפשע:

חוק העונשים¹⁴ קובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא בדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו, וברכושו שלו או של זולתו."

¹³ אמנות ז'נבה , 1864-1949

במציאות הישראלית נתקלים הלוחמים בפני דילמא: מצד אחד דיני המלחמה המקובלים במשפט הבינלאומי אוסרים לפגוע במי שאינו לוחם, ואף קובעים שהכוחות חייבים להבחין בין הלוחמים לבין האוכלוסייה האזרחית כדי לוודא שהלחימה תהיה אך ורק נגד יעדים צבאיים. מצד שני אסור להשתמש באזרחים כחיץ נגד פעולות צבאיות, ומכאן ניתן לגזור שלחימה נגד כוח אויב שעושה שימוש לא חוקי באזרחים מותרת אף אם היא תביא לפגיעה באזרחים. וכן זוהי עמדת הפרקליטות הצבאית הראשית¹⁵.

גם בית המשפט העליון נדרש לשאלה זו כאשר הוגשה עתירה נגד מדיניות הסיכולים הממוקדים בשל הפגיעה בחפים מפשע. עתירה זו נדחתה וזו לשון פסק הדין "ברירת אמצעי הלחימה בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מין הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם"

נוהל שכן(מגן אנושי)

נוהל שכן הינה טקטיקה צבאית בה נעשה שימוש בבני אדם, לרוב אזרחים כדי להגן על מטרות צבאיות. טקטיקה זו איננה חוקית, ומנוגדת לאמנת ז'נבה.

במשך תקופה מסוימת השתמש צה"ל בנוהל שכן שבו שכן או קרוב משפחה היה נשלח לשכנע מחבלים שיתבצרו בבתים להסגיר את עצמם. כנגד הנוהל נטען שהוא שימוש לא חוקי באזרחים פלסטינאים בתור מגן אנושי.

ב2005 פסק בג"ץ¹⁶ נגד הנוהל, ואסר אותו "שיקולים אלה מביאים אותי למסקנה כי נוהל אזהרה מוקדמת אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, ומתקרב יתר אל המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי

¹⁴ סעיף 34 לחוק העונשים

¹⁵ דיני הלוחמה בשדה הקרב, מ בן דוד, הפרקליט הצבאי הראשי תשנ"ט עמ' 47-49

¹⁶ בג"ץ נגד נוהל שכן, 2005

הבלתי ראוי. התוצאה היא.. שאנו מצהירים כי נוהל אזהרה מוקדמת נוגד את המשפט הבינלאומי" (מתוך הכרעת נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק)

מאמר בנושא התאמת דיני המלחמה לעימותים נמוכי עצימות

מאמר זה¹⁷ עוסק בדיני מלחמה ההיסטוריים ובהתאמת למציאות העכשווית.

בתחילת המאמר מביאים הכותבים סקירה על הרקע לגבי חקיקת האמנות הבינלאומיות- מלחמת העולם השנייה וכו'.

חקיקת האמנות נועדו להגן על אוכלוסייה אזרחית, ולהסדיר את היחס לחיילים ולשבויים עם השנים גברה המעורבות של הקהילה הבינלאומית בתחום זה. התייחסות מקפידה זו הפכה את דיני המלחמה למרכיב משמעותי במערכת שיקוליהם של מדינאים ומצביאים כאילוץ המגביל או אוסר דרכי פעולה מסוימות.

הכותבים מביאים בעייתיות מסוימת בדיני המלחמה. דיני המלחמה נקבעו בעיקר עבור מלחמות בין מדינות המפעילות צבאות סדירים והתבססו על יכולת ועל חובת הבחנה בין כוחות ומרחבי לחימה, ובין אוכלוסייה אזרחית.

המשפט הבינלאומי נמנע מהתייחסות לעימותים נמוכי עצימות -עימותים בהם צד אחד אינו צבא סדיר, כגון כוח גרילה או ארגוני טרור או מיליציה.. גופים אלו אינם מחויבים לחוק הבינלאומי ונלחמים בכוונה מתוך אוכלוסייה אזרחית.

מצב זה גרם למחלוקת בקרב מדינאים ומשפטנים שעוסקים בנושא. מצד אחד יש את הטוענים שדיני המלחמה במתכונתם הנוכחית מיושנים ומגבילים יתר על המידה את

¹⁷ ברט ר' וזינוץ א', 'התאמת דיני המלחמה לעימותים נמוכי עצימות'

יכולתם של צבאות סדירים להתמודד עם הקשיים המבצעיים העומדים בפניהם בעימות נמוך עצימות. האוחזים בגישה זו סוברים שיש לשנות את החוקים האלו, ואפילו לאפשר לצבאות לחרוג מהם עד שהדבר יתבצע.

מצד שני יש הטוענים שדיני הלחימה במתכונתם הנוכחית עומדים במבחן הזמן גם מול האתגרים שמציבים עימותים נמוכי עצימות. תומכי גישה זו חוששים שעצם העלאת הנושא לדיון ושינוי כמוה כיצירת כדור שלג אזר אין לדעת אם ייעצר לפני שימוטט את כל אשר הושג עד כה על ידי מערכת דיני המלחמה.

כותבי המאמר מציעים דרכים להתאים את דיני המלחמה למציאות של מלחמה בעצימות נמוכה. בין היתר הם מציעים להטיל אחריות על פגיעה באזרחים או ביעדים אזרחיים על הארגונים הלא חוקיים הפועלים מקרבם, ולמעשה להגדירם כפושעי מלחמה. הצעה נוספת להגדיר רשמית את השטח שבו תיערך לחימה נגד לחימה לא חוקית, ולאפשר לאזרחים לעזוב את השטח ביזמתם או בתגובה לקריאה לעשות זאת. עוד הצעה: תקיפת יעד במרחב אזרחי תבוצע רק לאחר שניתנה אזהרה לאוכלוסייה לפנות את האזור.

לסיכום כותבי המאמר מציעים באמצעות צוות הכולל נציגים של זרועות הביטחון מערכת של דיני מלחמה לעימותים נמוכי עצימות, מערכת המבוססת על עקרונות המשפט הבינלאומי, אולם מאזנת בצורה שונה בין צורך צבאי לשיקול הומניטארי. הם מוסיפים כי הפרשנות הליברלית המקובלת למצב המשפטי הקיים מקנה יתרון ללוחמים הבלתי חוקיים על פני קורבנותיהם, על כך אמרו חז"ל "כל המרחם על אכזרים- סופו להתאכזר לרחמנים"

פרק רביעי

השוואה בין המשפט העברי למשפט הישראלי

בנושא הנדון של מוסריות בזמן מלחמה ניתן לראות כמה נקודות להשוואה בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי, ע"פ המקור העברי הראשון בספר דברים ניתן לראות כי התורה עורכת הבחנה בין שני סוגי מלחמות (מלחמת רשות ומלחמת מצוה) שלכל אחת מהן הגדרה בפני עצמה והנחיות שונות כיצד לנהוג לעומת זאת במשפט הישראלי אין התייחסות להבחנה בין סוגי המלחמה אלא יש התייחסות לצבא סדיר או לקבוצות לוחמים לא חוקיות כגון גרילה או טרוריסטים.

נקודה נוספת היא ההתייחסות בזמן מלחמה לנושא של איסור השחתת עצי פרי דבר לעומת זאת מותר להשחית עצי סרק דבר זה אינו בא לידי ביטוי בצורה בולטת במשפט הישראלי אלא בצורה של איסור כללי של וונדאליזם בזמן מלחמה.

במקור העברי בספר דברים ישנה התייחסות לעיר בזמן מלחמה אך ישנה הבחנה בין עיר מחוץ לנחלת הארץ המובטחת לעומת עיר שנמצאת במסגרת הנחלה המובטחת לעיר כזו יש לתקוף באופן ישיר לעומת העיר שלא בתחומה שאליה יש להתייחס במוסריות אחרת ובצורה מדורגת של קריאה לשלום ואם מסרבת להיכנע התורה מצווה לצור על העיר. במשפט הישראלי המבוסס בין היתר על אמנת ג'נבה אין התייחסות לעיר שלא רוצה להיכנע

לגבי שבוית מלחמה ישנה הבחנה בין המשפט העברי שמאפשר לקחת שבוית מלחמה בתנאים מוגבלים ואף להתחתן אתה מתוך נקודת הנחה שהאדם לא ישלוט על יצרו ולכן לאחר זמן מה שלא יחפוץ בה אסור לו למכרה אלא לשחררה לחופשי בניגוד למשפט הישראלי שמאפשר לקחת שבויים אך אינו מתיר מבחינה מוסרית לפגוע בהם.

על פי פסקי בג"ץ בעניין "נוהל שכן" ניתן לראות כי המשפט הישראלי בהתאמה למשפט העברי מבין כי נוהל זה עושה שימוש בגרימת נזק לחפים מפשע. המשפט הישראלי עורך הבחנה בין מלחמה בין צבאות של מדינות לבין מלחמה של קבוצת לוחמים, עימות נמוך עצימות ונותן כללי מוסר שונים מתוך הבנה כי הקבוצה הלא חוקית יוצרת נזק ומסכנת את חיי החיילים ולכן יש לצמצם ולמגר אותם. במשפט העברי אין התייחסות ספציפית כיצד יש לנהוג מבחינה מוסרית בין צבא סדיר לקבוצת לוחמים לא חוקית

פרק חמישי – סיכום

בעבודה זו ערכתי סקירה של המשפט העברי בנושא מוסריות בזמן מלחמה תוך התייחסות למקור בתורה ולאחר מכן לפרשנים, רש"י, רמב"ם, רמב"ן ואבן עזרא לאחר מכן הבאתי התייחסות של חכמים מאוחרים ושותים שהתייחסו ועסקו בנושא כאשר כל אחד מהם הרחיב פירש הסביר את הנושא מתוך נקודת ראותו תוך התייחסות למקור המקראי. חשוב לציין כי ישנם שלושה נקודות עיקריות שבהם מתמקד המשפט העברי, ההתייחסות לאוכלוסייה האזרחית במצב של מלחמה תוך הבחנה בין מלחמה עם עיר בשטח ההבטחה לעיר שמחוץ לשטח ההבטחה, ציווי לגבי איסור השחתת עצי פרי והוראות והתייחסות לאישה הנשבת בתקופת המלחמה. בשלב שני התעסקתי בתחום של המשפט הישראלי שמתבסס בעיקרו על אמנת ג'נבה, אמנה בין לאומית שדוגלת בהתייחסות מוסרית בזמן מלחמה בין צבאות. ומדינות. ראיתי כי ישנו קושי ודילמה מול חיילים ברגע שישנה התקפה מצד צבא לא סדיר ועוין כאשר לא ברור כיצד יש לנהוג כלפיו.

בהמשך השווייתי בין גישתו של המשפט העברי לגישת המשפט הישראלי ובשלב הסופי נחשפתי למאמרים ופסיקת בג"ץ בסוגיה זו

רשימה ביבליוגרפית

חקיקה

אמנות ז'נבה , 1864-1949

סעיף 34 לחוק העונשים

פסיקה

בג"ץ נגד נוהל שכן , 2005

דיני הלוחמה בשדה הקרב, מ בן דוד, הפרקליט הצבאי הראשי תשנ"ט עמ' 47-49

ספרות המחקר

ספרים

איזנברג י', דיני צבא ומלחמה, ירושלים תשל"ג

מאמרים

ברט ר' זזיונץ א', 'התאמת דיני המלחמה לעימותים נמוכי עצימות'

משפט עברי

דברים כ , 29-10

דברים כא , 10-14

ספרות הפסיקה

הרמב"ם, הלכות מלכים ה א-ב

רמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה נ"ז

רמב"ן, השמטות לספר המצוות, עשה ו'

ספרות השו"ת

שו"ת חת"ם סופר. י' סימן קב

עמוד הימיני, סימן טז

שו"ת משיב מלחמה, הגר"ש גורן, סימן קנז

נספחים

נספח אחד – נוהל שכן

נוהל השכן האכזר-עיתון הארץ מאת גדעון לוי

"סיר לחץ" או "נוהל שכן", מה עדיף? האם מוטב לפוצץ בית על יושביו, "סיר לחץ" קוראים לזה בצה"ל, או שמא כדאי לשלוח שכן שיגן בגופו על החיילים, "נוהל שכן" בעגה הצה"לית?

בהידרדרות המוסרית של צה"ל בשטחים, שהוצעה מאוד בשבועות האחרונים, מתוארת לעתים ההתחבטות של מפקדי הצבא כברירה בין שתי פעולות שנויות במחלוקת, שבה אי שימוש באחת מכשיר אוטומטית את השנייה, ושתיהן יחד מוצדקות אוטומטית במסגרת המלחמה בטרור, המתירה כמעט הכל. כך ניסו בסוף השבוע להצדיק בצה"ל את השימוש הנלוו ששעו החיילים בשכן התמים נידאל אבו מוחסין, בן 19, שהולבש באפוד מגן ונשלח על ידי החיילים אל מותו במצוד אחרי המבוקש נאסר ג'ראר: הברירה השנייה שעמדה לפני החיילים, נמסר מצה"ל, היתה "סיר לחץ". אבל למעשה צה"ל לא בחל הפעם גם בדרך השנייה: אחרי שנכשל "נוהל השכן" הוא קבר חי את המבוקש הנכה, קיטע בשתי רגליו וגידם בידו האחת, תחת הריסות ביתו, בלי שאיש ידע מי עוד נמצא בבית שנרמס תחת שרשראות הדחפור. על כך איש לא פצה פה בישראל.

שכן תמים צווה ללכת אל מותו, דחפור רמס מבוקש חי, אכזר ובכיר ככל שהיה, איש לא ידע מי עוד בבית, וקצינים ופוליטיקאים הצדיקו את הפעולה בלי הנד עפעף. אם יש את נפשנו לדעת עד היכן מגיעות אטימות הלב וקהות החושים שהשתלטו עלינו, זאת עשויה להיות דוגמה מצוינת. השמות המצוחצחים שבחר צה"ל, "סיר לחץ" ו"נוהל שכן", אינם יכולים לרכך עוד את המשמעות החמורה של שתי הפעולות, שגם המלחמה הכי צודקת בטרור לא יכולה להצדיקן.

השימוש בגופם של פלשתינאים לצורכי צה"ל אינו חדש. באינתיפאדה הראשונה צוו תושבים, צעירים כזקנים, לטפס על עמודי חשמל ולהסיר מהם את דגלי פלשתין האסורים (כמה מהם התחשמלו למוות כך). אחרים צוו לפנות מחסומי אבנים מחשש שהם ממולכדים. היו גם מקרים שפלשתינאים הושבו על מכסי המנוע של הג'יפים, כדי להגן בגופם על החיילים. החמרת אמצעי המלחמה באינתיפאדה השנייה הביאה גם להחמרת השימוש בגוף הפלשתינאים כמגן אנושי. הם צוו להיכנס לבתים שנחשדו כממולכדים, לפנות

חבילות החשודות כמטעני חבלה ולעזור במצוד אחר מבוקשים. לא מדובר בחריגות, אלא במדיניות "מוצהרת וקבועה, עד כי השתרשה כבר כ"נוהל".

בבסיסן של כל השיטות הללו עמדה זילות חייהם של הפלשתינאים בעיני צה"ל. מותר לסכנם ככל העולה על רוחנו. גם המחשבה הרווחת שלמען הגנת שלומם של חיילינו מותר לנו להשתמש בכל אמצעי שיעלה על דעתנו, לרבות חיי פלשתינאים חפים מפשע, היא מחשבה מעוותת - מוסרית וחוקית. חיי החיילים יקרים וחובה על צה"ל לשמור עליהם מכל משמר, אבל גם חיי התושבים הפלשתינאים יקרים.

בפעולה הזאת צה"ל גם הונה את בג"ץ וביזה את הפרקליטות: אחרי שרק לפני שלושה חודשים התחייב נציג המדינה, עו"ד מלכיאל בלאס, בשם צה"ל לפני בג"ץ כי "הוחלט בצה"ל להוציא פקודה חד משמעית לכוחות הפועלים בשטח לפיה חל איסור מוחלט להשתמש באזרחים באשר הם כאמצעי של מגן חי מפני ירי או פיגועים... איסור זה חל בבתים, ברחובות ובכל מקום בו פועלים כוחות צה"ל", באה הפעולה הזאת, שכנראה לא היתה יחידה מסוגה, והוכיחה שערכה של התחייבות לבית המשפט העליון הוא כקליפת השום בעיני צה"ל. פעולת החיסול בטובאס גם סימלה איפוא עוד שלב בהידרדרות שלטון החוק במדינה: צבא שמתחייב במפורש להימנע מפעולה מסוימת לפני שופטי בית המשפט העליון, ואחר כך מתעלם באורח בוטה מהתחייבותו, הוא צבא מסוכן לדמוקרטיה. אך כיום אין מי שיעצור מגמה זו.

החיסול בטובאס אולי מנע משה-פיגוע. ככל החיסולים, הוא לא הביס את הטרור. ספק רב אם הרתיע את הפלשתינאים. אבל כמה דברים שקרו בטובאס צריכים לעורר דאגה עמוקה דווקא בישראל. "נוהל שכך" לא מסמן רק את מה שנותר מיחסי השכנות שבינינו לבין הפלשתינאים, אלא גם את מה שקורה לנו בינתיים מבית.

נספח 2

המכון הישראלי לדמוקרטיה -

לגיטימיות הפגיעה בחפים מפשע במלחמה האחרונה בעזה
הערה על קדימות מוסרית, סיכון ו'רוח צה"ל'



רועי קונפינו | **מרדכי קרמניצר** | ביולי 2009

בחודשים האחרונים התפתח ויכוח פילוסופי-ציבורי חשוב בשאלת ההצדקה של שיטות הפעולה שנקט צה"ל במלחמה האחרונה בעזה, ובתוך כך גם במוסריותה של תורת הלחימה העומדת בבסיסן של שיטות אלה ובקשר שלהן להתנהלות צודקת בעת מלחמה.

מבוא

השאלה המרכזית המטרידה את הצדדים הנצים היא מהי המחויבות של צה"ל, או של צבא סדיר בכלל, כלפי אוכלוסייה אזרחית חפה מפשע הנמצאת באזור הלחימה. האם רשאי הצבא, ואולי אף חי"ב, לנקוט את כל האמצעים שבידיו כדי לשמור על חי"י חייליו בדרך להשגת מטרתו המבצעית, ואפילו במחיר של פגיעה קשה באוכלוסייה האזרחית? או שמא חייב הצבא לעשות כל מאמץ לשמור על חי"י האזרחים, גם כשהמשמעות היא פגיעה בחייליו שלו? אם להשתמש במונח של מסמך רוח צה"ל (הקוד האתי התקף בצבא היום) מדובר

בשאלת טוהר הנשק. כמובן, שאלה זו אינה שאלה חדשה, וההיסטוריה הקצרה של מדינת ישראל טומנת בחובה כמה מיתוסים העוסקים בה ובנכונות להקריב חיי חיילים כדי להימנע מפגיעה באזרחים. המפורסם שבמיתוסים אלה הוא אולי סיפורה של מחלקת הל"ה. עם זאת, בשנים האחרונות, שאלת הפגיעה באזרחים חפים מפשע התחדדה מאוד בעקבות הלחימה בארגוני טרור, שבאופן טיפוסי, ואולי אף אינהרנטי, נטמעים בתוך אוכלוסייה אזרחית ומקשים מאוד על הימנעות מפגיעה באזרחים.

במאמר זה נבחן בביקורתיות את אחת התזות הנוגעות לתורת הלחימה הראויה במלחמה בטרור בקרב אוכלוסייה אזרחית, היא טענתם של האלוף עמוס ידלין ופרופ' אסא כשר כי במצבים מסוימים לחיילי צה"ל יש קדימות מוסרית על פני אזרחי הצד השני. יש להדגיש כי הצדקתן של פעולות צבאיות מסוימות היא שאלה ואינה קשורה בהכרח לשאלת צדקת ההחלטה לצאת (jus in bello), מתחום ההתנהלות הצודקת במלחמה ייתכן כי הייתה הצדקה לצאת למלחמת עזה, אולם אין זה אומר כי פעולות (jus ad bellum) למלחמה מסוימות של צה"ל במהלך המלחמה היו מוצדקות.