

## ניתוח גישות הלכתיות בדבר גבולות השימוש בכוח:

הדיון בסיכון חיילים ובמניעת היפגעותם של חפים מפשע בלחימה

עמוס ישראל<sup>\*</sup> פליסהואור

המאמר בוחן את הדיון ההלכתי על היחס הראוי בין סיכון חיילים בצד אחד לבין סיכון אזרחים בצד האחר בלחימה. הניתוח בפרק הראשון חושף מגוון דעות רחב ומחלוקת עמוקות בסוגיות רבות העומדות ביסודם של דיני הלחימה. הפרק השני מציג את מגוון הדעות בכמה שאלות ספציפיות. מעיון בשני הפרקים יחדיו עולה כי אין קשר הכרחי בין העמדות בשאלות-היסוד לבין ההכרעות בשאלות הלכה למעשה: בעלי עמדות זהות יכולים לחלוק בהכרעה, ולהפך. שני הפרקים והעיון המשלים בפרק השלישי מפריכים את הדימוי שלפיו יש הסכמה נרחבת בחברה הישראלית לגבי שאלות-היסוד, לגבי ניסוח השאלות המוסריות והמעשיות ולגבי הדרכים לפתירתן של דילמות כאלה. החיבור גם מאתגר את אופן ההצגה של עמדת ההלכה בשיח הישראלי, ומעלה תהיות על אופני ניהול השיח התרבותי, הפוליטי והמשפטי – הן מצד המדינה ומוסדותיה והן מצד הקהילות הדתיות ומנהיגיהן.

פתיחה

על הלכה ומוסר לחימה

חידוש דיני הלחימה: שיח הלכתי פנימי ושיח ישראלי

התנגשות נורמטיבית ומוסדית: על פקודות וסירוב להן

\* דוקטור למשפטים ובעל תואר שני בפסיכולוגיה חברתית, אוניברסיטת תל-אביב. דוא"ל: amosthesis@gmail.com. חלק ממאמר זה מתבסס על מחקרי יחס ההלכה למשפט הבינלאומי: ניתוח הפסיקה וניתוח תהליכי (חיבור לקבלת תואר שלישי, אוניברסיטת תל-אביב, 2012), שכתבתי בהנחיית פרופ' אריה אדרעי ופרופ' ארנה בן-נפתלי. תודתי נתונה להם. כן אני מודה לאיציק בנבגי, לעידית שפרן-גיטלמן ולמערכת כתב-העת משפט ועסקים – ובמיוחד לקובי יוסף, לרועי אדניה ולבתאל וולנטיין בלאיש – על ביקורות ושיחות בונות, וכן לגיא פרמינגר, על עבודת עריכה מעולה ומועילה.

מאמר זה זכה בפרס על-שם הרב שאול ישראלי ליצירה תורנית, מייסודם של ישיבת "מרכז הרב" וכולל "ארץ חמדה", לשנת תשע"ד (2014).

- פרק א : מבט הלכתי על סוגיות יסוד באתיקה של לחימה
1. מטרת המדינה, חובותיה והיסוד לדיני הלחימה
  2. מקור הסמכות של דיני הלחימה
    - (א) מוסר יהודי אוטונומי
    - (ב) משפט המדינה
    - (ג) השפעת המשפט הבין-לאומי
  3. עקרון הכורח הצבאי, מידתיות והיחס לחיי אדם/יהודי
    - (א) העדפת יהודים כהלכה אוטופית
  4. עקרון ההבחנה ועקרון השליטה האפקטיבית
  5. שיקולים בפסיקה ביחס לדיני לחימה
    - (א) סוגי מלחמות : מלחמת-מצווה מול מלחמת-רשות
    - (ב) מלחמה כתופעה ייחודית
    - (ג) הלכות מלחמה כהלכות ציבור
- פרק ב : הפסיקה למעשה – הכרעות והנמקות בדיני לחימה
1. מותר לסכן אוכלוסייה אזרחית כדי להפחית סיכון לחיילים
  2. חובה לסכן חיי חיילים כדי להימנע מסיכון אוכלוסייה אזרחית
    - (א) נורמות בין-לאומיות כמינימום הלכתי קוגנטי
    - (ב) הסכמים
    - (ג) מוניטין – קידוש השם ומניעת חילול שמו
  3. עמדות ביניים
    - (א) תלות במנהג העמים
    - (ב) הדדיות – הגבלה עצמית משותפת של העמים
    - (ג) מוניטין – נורמות בין-לאומיות ומטרת המלחמה
    - (ד) מרחב שיקול-הדעת
    - (ה) בין רצוי למצוי
- פרק ג : אכזריות בשם הצדק, מלחמה לשם שלום והשיח על הלכות לחימה
1. על שלום ואכזריות במלחמה
  2. השיח על הלכות לחימה
- מחשבות לסיכום על מחקר תהליכי, השיח הישראלי והשלכות מעשיות

## פתיחה

בחיבור זה אנתח עמדות הלכתיות על גבולות השימוש בכוח. אעסוק במיוחד בתת-שאלה בדבר היחס הראוי בין סיכון חיי החיילים של הצד האחד לבין סיכון האוכלוסייה האזרחית של הצד שכנגד. הדיון בסוגיה זו התעורר באופן חריף בעקבות הצעתם של האלוף (בדימוס) עמוס ידלין והפילוסוף פרופ' אסא כשר – בשיח הישראלי ובשיח

הבין-לאומי<sup>1</sup> – לעבור מנורמה של ספיגה, הבלגה ו"טוהר הנשק"<sup>2</sup> אל נורמה המוכנה לקבל מידה רבה יותר של נזק נלווה בדמות פגיעה באזרחי אויב כדי לשמור על חיי החיילים ולהשיג הרתעה ויתרונות תודעתיים נוספים.<sup>3</sup>

עם יישומה (החלקי) של גישה זו במבצע "עופרת יצוקה" (2009), פעלה הרבנות הצבאית להטמעת האיזון הערכי בקרב החיילים. לנוכח פרסומיה ופעילותה התגבש דימוי בשיח הישראלי כי ההלכה היהודית מחזיקה בעמדה דומה.<sup>4</sup> גם כאשר הוצגה בשיח הציבורי עמדה הלכתית אחרת, לא עורערה הזהות הנתפסת בין עמדת הרבנות לבין עמדתם של ידלין וכשר. החיבור הנוכחי מבקש לנתח את יסודותיה של סוגיה זו ואת מגוון הפסיקות הקיימות בה. כן אבקש להניח את היסודות לניתוח יחסי-הגומלין של השיח ההלכתי עם השיח הישראלי והבין-לאומי.

### על הלכה ומוסר לחימה

ניתוח עמדות הלכתיות יכול להעשיר את הדיון המתחקה אחר הנורמה והחוק הראויים – למדינה (מדינת-ישראל) ובכלל (מבחינה פילוסופית).<sup>5</sup> זאת, במסגרת מסורת של העשרת דיונים אתיים באמצעות שיח ומשפט דתיים.<sup>6</sup> ניתוח ההלכה יכול לתרום לשיח

- 1 עמוס ידלין ואסא כשר "האתיקה הצבאית של הלחימה בטרור: עקרונות ונימוקים" מאזני משפט ו 387 (2007). לגרסה האנגלית ראו: Asa Kasher & Amos Yadlin, *The Military Ethics of Fighting Terror: An Israeli Perspective*, 4(1) J. MILITARY ETHICS 3 (2005) 175, 158–146. לעמדת המשפט והלאה (2006). לטיעון הממקד את הדיון בתחום המוסר ראו דוד אנוך "מחשבות על מלחמת עזה" *משפטים על אתר* א(2) 1 (2009) [law.huji.ac.il/upload/ENOH.pdf](http://www.law.huji.ac.il/upload/ENOH.pdf). להעשרת הדיון ראו דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי קרמניצר *בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור* (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2007) [www.idi.org.il/media/258860/Pesha\\_Mavo\[1\].pdf](http://www.idi.org.il/media/258860/Pesha_Mavo[1].pdf).
- 2 הביטוי "טוהר הנשק" נטבע כנראה על-ידי ברל כצנלסון בנאום שנשא בקונגרס הציוני ה-21 (20.8.1948). ראו מנחם פינקלשטיין "טוהר הנשק: בימים ההם בזמן הזה" *פרשת השבוע* 235 (התשס"ו). ראו גם גילי חסקין "טוהר הנשק – ערך וצורך" [www.gilihaskin.com/Article](http://www.gilihaskin.com/Article). [Asp?ArticleNum=400](http://www.yctarah.org/content/view/211/64/; Asp?ArticleNum=400); אלי הולצר *חרב פיפיות בידם – אקטיביזם צבאי בהגותה של הציונות הדתית* (2009).
- 3 לטעמי, הזזה של נורמה וכן הצהרה על הזזה כזו הן סוג מיוחד של *lawfare*, אשר ראוי לדיון נפרד.
- 4 עמוס הראל "הרבנות הצבאית לחיילים: לפעמים נדרשת אכזריות" *הארץ* 26.1.2009.
- 5 יש שיאמרו כי יש קשר הכרחי בין הנורמה הישראלית לבין זו הכללית. ידלין וכשר (לעיל ה"ש 1) גורסים שכל נורמה ישראלית צריכה להיות ניתנת להכללה. לדיון יהודי והלכתי בשאלה זו ראו: [www.yctarah.org/content/view/211/64/](http://www.yctarah.org/content/view/211/64/); [www.yctarah.org/content/view/330/10/](http://www.yctarah.org/content/view/330/10/).
- 6 כך בביואתיקה – NOAM ZOHAR, *ALTERNATIVES IN JEWISH BIOETHICS* (1998); כך במחשבה פוליטית – GORDON SCHOCHET, FANIA OZ-SALZBERGER & MEIRAV JONES, *POLITICAL HEBRAISM: JUDAIC SOURCES IN EARLY MODERN POLITICAL THOUGHT* (2008); וכך

הנורמטיבי הישראלי כי ההלכה משקפת באופן חלקי את אחת התרבויות המכוננות את החברה הישראלית ומהווה משפט משווה רלוונטי.<sup>7</sup> לניתוח ההלכה יש חשיבות גם מפני שההלכה משפיעה על הַכוּונת ההתנהגות של חברי קהילת ההלכה, הכפופים לשתי המערכות הנורמטיביות במקביל.<sup>8</sup> בהקשר הצבאי בישראל<sup>9</sup> ההלכה נהנית ממעמד רשמי בצבא,<sup>10</sup> מנוכחות ומלגיטימציה מוסדית וכן מדומיננטיות דמוגרפית מתהווה.<sup>11</sup> קיימת גם השפעה הלכתית חוץ-צבאית באמצעות הקשר הגלוי שחיילים ומפקדים מקיימים עם רבנים ופוסקי הלכה.<sup>12</sup> על-כן יש מקום לבירור העמדות ההלכתיות, כדי לצפות את ההשפעה האפשרית של עמדות אלה על מקבלי החלטות ועל מפקדים וחיילים שונים – אם במודע ואם לא במודע.

מטרות אלה מכוונות לאופני עיון שונים בהלכה. לצורך העשרת השיח הנורמטיבי יש מקום לעיין במכלול העמדות וההנמקות – יחד ובנפרד.<sup>13</sup> במסגרת דיון זה יש משקל למעמד הפנים-קהילתי של התייחסות הלכתית, אבל מעמדה של פסיקה משני לפוטנציאל התרומה שלה לשיח. לצורך בחינת ההשפעה על הַכוּונת ההתנהגות ועל

בתחילת המשפט הבין-לאומי – MARK W. JANIS & CAROLYN EVANS, RELIGION AND INTERNATIONAL LAW (2004).

7 יש לסייג סיוג כפול: ראשית, קהילות ההלכתיות מהוות רק חלק מהקהילה היהודית, והקהילה המגדירה את תרבותה כיהודית היא רק חלק מהמארג התרבותי הכולל בישראל; שנית, הבירור ההלכתי הוא רק חלק מבירור העמדה התרבותית, אפילו של קהילות הלכתיות.

8 המשפט הבין-לאומי וההלכה מקבילות שתיהן למשפט המדינה. ביחסי-הגומלין ביניהם דנתי בעבודת הדוקטורט שלי – עמוס ישראל-פליסהואור **יחס ההלכה למשפט הבינלאומי: ניתוח הפסיקה וניתוח תהליכי פרק ג (חיבור לקבלת תואר שלישי, אוניברסיטת תל-אביב, 2012).**

9 יש להלכה גם השפעה על מקבלי החלטות ברשות המחוקקת וברשות המבצעת. היקפה ואופייה מצריכים בדיקה.

10 מעמדה הרשמי של ההלכה בפקודות הצבא מוגבל לסוגיות מסוימות (כשרות, שבת, זיהוי חללים). מבחינה דמוגרפית השינוי ניכר בעיקר בכוחות הלוחמים ומסייעי הלחימה הישירים בדרגי השדה. ראו ב' (שם חסוי) "מקומם של חובשי הכיפות בפיקוד הטקטי של צה"ל" **מערכות** 50, 432 (2010). אמיר בוחבוט "כיפת ברזל: יותר ויותר מפקדים דתיים בסיירות" **nrg חדשות** 3.2.2010 [www.nrg.co.il/online/1/ART2/049/293.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/049/293.html); אורי פולק "40% ממפקדי המחלקות הקרביות – דתיים" **כיפה** 6.12.2011 [www.kipa.co.il/now/46949.html](http://www.kipa.co.il/now/46949.html). תופעה שמדוברת פחות היא הזהות הדתית של משרתי הקבע, בעיקר הנגדים. הלגיטימציה של ההלכה בהקשר הצבאי ניכרת בפקודות הצבא, בקיומה של הרבנות הצבאית ובהכרה בשיבות-ההסדר ובמכינון הקדם-צבאית. על הרבנות הצבאית באופן כללי ראו רוני קמפינסקי **הרבנות הצבאית 1948–2008** (חיבור לקבלת תואר שלישי, אוניברסיטת בר-אילן, 2008).

12 עמוס הראל "צה"ל אחר" **הארץ – מוסף** 18.11.2011 [www.haaretz.co.il/magazine/](http://www.haaretz.co.il/magazine/) 1.1569143.

13 על רוב ההיבטים המתודולוגיים של מחקר זה עמדתי בהרחבה במבוא לדוקטורט שלי – ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8. בעיקרון יש לנתח את הפוסקים ואת הפסיקות (על ההבדל הקיים לעיתים בין הפוסק לבין פסיקתו) על-פי מסורת פסיקה הלכתית, עמדה אידיאולוגית, אופן תפיסת מציאות, היחס למדינה ולמשפט הבין-לאומי, מידת שמרנות לעומת מידת פרוגרסיביות, שיוך סוציולוגי, עמדה פוליטית ועוד.

תהליכי קבלת ההחלטות יש לנתח כל עמדה ולזהות על מי היא משפיעה ובאילו אופנים ההשפעה יכולה להתבטא.<sup>14</sup> לצורך העמקתה של הבנת השיח הישראלי יש מקום גם לברר את גבולותיו של מרחב הלגיטימציה ההלכתית, לנתח לעומק את עמדות-הקצה ולזהות את העמדה ההגמונית, אם קיימת.

מטרת מאמר זה היא להציג ולנתח את העמדות הקיימות, לעמוד על אופני ההתפתחות האפשריים שלהן, ולנתח את ייצוגן בשיח ובתהליך קבלת ההחלטות בישראל ואת השפעתן עליהם. בניתוח כולל עולה, לעניות דעתי, כי אין כרגע עמדה הלכתית אחת מקובלת באופן ברור או בעלת השפעה מכרעת. גם אין בכוונתי להציע עמדה או הנמקה שראוי כי תהיה עמדת ההלכה. לטעמי, מעמדן של העמדות השונות תלוי לא רק בעצם הסוגיה ובאיכות הנימוק ההלכתי, אלא גם בקבלת השקפותיו של הפוסק והנחות-היסוד של פסיקתו באופן נרחב, במעמדו של הפוסק ובדינמיקות נוספות.

### חידוש דיני הלחימה: שיח הלכתי פנימי ושיח ישראלי

יחסה של ההלכה להפעלת כוח צבאי הוא נושא שזכה בכמה מבואות מקיפים.<sup>15</sup> לאחר העדר עיסוק מעשי בשאלות אלה בגלות, התחדש הדיון בהן בעת החדשה. במקביל לדיון שהתנהל בתנועה הציונית (למשל, על שאלת ההבלגה), התקיים דיון הלכתי והגותי על הרשות לשימוש בכוח ועל גבולות ההיתר להפעלתו.<sup>16</sup> מעיון בפסיקה עולה כי לפני הקמת המדינה דגלו רבנים רבים בעמדה השוללת שימוש בכוח לשם הקמתה או מגבילה אותו מאוד.<sup>17</sup> הדיון התחדש ביתר שאת עם קום המדינה,<sup>18</sup> תוך התמקדות בפעולות

14 במסגרת זאת, יסודותיה של עמדה הלכתית והנמקותיה חשובות לא פחות מההנמקה עצמה. כן יש לבחון את ההשפעה הלא-מודעת, בצד ניתוח ההשפעה המודעת והגלויה.

15 יוסף אחיטוב "מן הספר אל הסיף: על דמותו החזויה של הצבא הישראלי על פי התורה בשנים הראשונות לקום המדינה" שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 414 (מרדכי בר-און וצבי צמרת עורכים, התשס"ב); Arye Edre'i, *Law, Interpretation and Ideology: The Renewal of the Jewish Laws of War in the State of Israel*, 28 CARDOZO L. REV. 187 (2006); Stuart A. Cohen, *The Quest for a Corpus of Jewish Military Ethics in Modern Israel*, 26 J. ISR. HIST. 35 (2007); Stuart A. Cohen, *The Changing Jewish Discourse on Armed Conflict: Themes and Implications*, 17 TERRORISM & POL. VIOLENCE 353 (2005). ראו לאחרונה גם באתר [www.dintora.org/Ethics/default.asp](http://www.dintora.org/Ethics/default.asp) ("אתיקה צבאית יהודית").

16 ראו, למשל, אריה אדרעי "מלחמה, הלכה וגאולה: צבא ומלחמה במחשבת ההלכה של הרב שלמה גורן" קתדרה 125, 119 (התשס"ז), וכן את האסמכתות המופיעות שם, בה"ש 34.

17 הראייה קוק "המלחמה" אורות יד (התשכ"ו) (גאולת ישראל תרחש דווקא בתקופה שבה לא תזדקק המדינה היהודית לשימוש בכוח). לעמדת הרב ברויאר (ולמבט על עמדתה של הקהילה החרדית) ראו עמוס ישראל-פליסהאור "ביקורת חרדית על ריבונות, אינדיבידואליזם ומושג זכויות האדם: הגות לאומית ובין-לאומית דתית של הרב ד"ר יצחק ברויאר" המשפט טו 607 (2011). ברויאר היה מראשי הפעילים באגודת ישראל (אף שהיה בעמדת מיעוט בתוכה), ונחשב לאחד מהוגיה של העמדה החרדית.

18 ראו בשני מאמריו של Cohen, לעיל ה"ש 15.

התגמול, ובעיקר בפעולת קיביה,<sup>19</sup> שעוררה תגובות רבות בארץ ובעולם – הן במישור התועלתני והן במישור המוסרי. סבב דיונים שני בציונות הדתית התערור לאחר מלחמת לבנון הראשונה (1982). רוב ההתייחסויות הרבניות בדיון זה קובצו בשני קובצי מאמרים.<sup>20</sup> סבב דיונים שלישי החל בהקשר של האינתיפאדה הראשונה (1987), התגבר בעקבות התבססות הלחימה בלבנון (1982–2000), והושפע מהשינויים הגיאופוליטיים של נפילת המערכת הדרגושתית. דיון זה נמשך עד היום, ומלווה את מיסוד הכיבוש בשטחים וההתיישבות היהודית שם (האינתיפאדה השנייה (2000–2005) והמבצעים הצבאיים בשטחים הפלסטיניים),<sup>21</sup> את מלחמת לבנון השנייה (2006) ואת השינויים במשפט הבין-לאומי<sup>22</sup> המשפיעים על השיח הישראלי.<sup>23</sup>

רוב הדיונים הללו התקיימו בתוך הקהילה הדתית-הציונית – בכתבי-עת, בכנסים ובשיעורים. נדמה שרק חלק קטן מהשיח הזה יוצא החוצה ומשתלב בשיח הישראלי הכללי, ממש כשם שהשיח הישראלי והבין-לאומי תופס מקום קטן יחסית בשיח

19 בתגובה על תקיפת אזרחים ביהוד, תקפה יחידה צבאית של צה"ל את קיביה. בפעולה נהרגו כ-60 אזרחים. הדיון התנהל בכנסת, בממשלה ובציבור. ראו, למשל, זאב הרווי "לאחר קיביה: ישעיהו ליבוביץ, חיים יהודה רות ונחמה ליבוביץ" **ישעיהו ליבוביץ: בין שמרנות לרדיקליות** (אבי רביצקי עורך, 2007). ראו גם Edre'i, לעיל ה"ש 15, אדרעי, לעיל ה"ש 16, וכן: Arye Edre'i, *Divine Spirit and Physical Power: Rabbi Shlomo Goren and the Military Ethic of the Israel Defense Forces*, 7 THEO. INQ. L. 255 (2006).

20 **ערכים במבחן מלחמה** (אלי בלום ואח' עורכים, התשמ"ד) וכרך ד של כתב-העת **תחומין**. הספר כולל גם רשימה מקיפה של מקורות העוסקים בשאלות מוסר ומלחמה, שנערכה על-ידי אביעד הכהן. כתב-העת **תחומין** מחליף או ממשיך במידה רבה את כתב-העת ההיסטורי **התורה והמדינה**. לתולדותיה של ספרות זו ראוי להקדיש התייחסות נפרדת. דיון זה בציונות הדתית מזכיר את "שיח לוחמים" שלאחר מלחמת ששת-הימים, ומבטא תהליכים עמוקים.

21 הן ביחס לשליטה (מתמשכת) באוכלוסייה אזרחית והן במסגרת גיבוש תורות לחימה מתאימות (לחימה בעצימות נמוכה, לחימה בטרור, לוחמה לא-סימטרית) על רקע מבצעי "חומת מגן" (2002) ו"עופרת יצוקה" (2008/9).

22 הקמת בתי-הדין הפליליים ביוגוסלביה (1993), ברואנדה (1994) ובסיריה לאונה (2000); חתימת אמנת רומא (1998) ותחילת פעולתו של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג (ICC, 2002); התערבויות בין-לאומיות במקומות שונים בעולם, החל ביוגוסלביה ובבוסניה-הרצגובינה ועד להתערבות הבין-לאומית בלוב (2011); פסיקת גדר-ההפרדה ורוח גולדסטון.

23 מקורות מרכזיים הם יעקב בלידשטיין "פעילות כלפי אוכלוסייה אזרחית בהלכה בת זמננו" **מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים** 41–42, 155 (1997); אליאב שוחטמן "סיכון חיילי צה"ל לשם מניעת פגיעה באזרחי אויב" **נתיב חלק א** 91, 20 (2003); אליאב שוחטמן "סיכון חיילי צה"ל לשם מניעת פגיעה באזרחי אויב" **נתיב חלק ב** (3) 92 (2003); נריה גוטל "לחימה בשטח רווי אוכלוסייה אזרחית" **תחומין** כג 18 (התשס"ג) (ראו גם גרסה מורחבת של המאמר בספר **המלחמה בטרור** 1 (יאיר הלוי עורך, התשס"ו)); אברהם שריר "אתיקה צבאית על פי ההלכה" **תחומין** כה 426 (התשס"ה); יצחק רונס "שאלות על מוסר מלחמה יהודי ואמנות בינלאומיות" **צהר** כט 33 (התשס"ח); ירון אונגר "אל תירא אברהם" – על מוסר הלחימה בישראל" **פרשת השבוע** 230 (התשס"ו) (וראו שם לספרות נוספת). לכתובה מקבילה בחוץ-לארץ ראו את הגיליון הנושאי של כתב-העת TRADITION מחורף 2006 על דיני לחימה, ואת הדיון שנערך בשנת 2007 בכתב-העת MEOROT, לעיל ה"ש 5.

הקהילתי הדתי הפנימי.<sup>24</sup> מצב זה מקשה לכאורה על פוסקים לפתח את ההלכה תוך היזון הדדי עם המציאות, ומגביל את השפעתה.

למאמר הנוכחי יש שתי מטרות שונות, ולכל אחת מהן אקדיש פרק נפרד. בפרק הראשון אבחן את התרומה האפשרית של ההגות היהודית העכשווית לדיון האתי, על-ידי בירור העמדות ההלכתיות ביחס לסוגיות-היסוד של דיון זה. בפרק השני אציג ואנתח את העמדות ההלכתיות המעשיות, כדי להעשיר את ההבנה ביחס לשילובן של עמדות אלה בשיח הישראלי. אעמוד על המגוון הרחב של ההתייחסויות, על הכרעותיהן והנמקותיהן, תוך עמידה על המשמעות ההגותיות והפוליטיות של העמדות השונות. בפרק השלישי ארחיב בסוגיות עקרוניות העולות משני הפרקים הראשונים. בדיון הבא, החותם את ההקדמה לחיבור כולו, אמחיש את חיוניותו של המאמר ואת חשיבותה של שיטת מחקר המתמקדת בניתוח המגוון הרחב של העמדות וריבוי הרבדים של הסוגיה.

### התנגשות נורמטיבית ומוסדית: על פקודות וסירוב להן

אבהיר את חשיבותו של ניתוח השיח ההלכתי המוצע במאמר זה על-ידי בחינת דוגמה שמציגה את העניין התיאורטי ואת החשיבות היישומית כאחד – סתירה בין פקודה צבאית לבין עמדה הלכתית. בפסק-דין שייין<sup>25</sup> פסק השופט אלון כי ההלכה אינה מכירה בסרבנות בריינית (סלקטיבית), אלא רק בפציפיזם במסגרת מלחמת-רשות.<sup>26</sup> אלון מציע

24 הקשר בין שתי מערכות השיח הללו מתקיים באמצעות השתתפות של בן שיח אחד (למשל, רב) בשיח אחר (למשל, בגלי צה"ל) ובאמצעות ציטוט של היגד משיח אחד (למשל, נורמה בין-לאומית) בשיח אחר (למשל, בשיעור הלכה). כפי שקורה בשדות שיח רבים (ראו: Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 814 (1987)), מתנהל מאבק על עצם גבולות השיח (קרי, על הלגיטימיות של ההשתתפות והציטוט), על תוכני השיח המועברים משיח לשיח, ולעיתים אף על עצם הלגיטימיות של השיח ה"אחר".

25 בג"ץ 734/83 שייין נ' שר הבטחון, פ"ד לח(3) 393 (1984). הרקע לפרשה זו הוא סירוב של חייל מילואים לשרת בלבנון. בשנת 2002 חזר פרופ' אלון לעסוק בסוגיה זו בהקשר של סירוב לשרת בשטחים. מנחם אלון "מי האיש הירא ורך הלבב ילך וישב לביתו: הפטור מגיוס וסרבנות הגיוס" **פרשת השבוע** 87 (התשס"ב). בשני המקרים אלון אינו מפנה לספרות הנרחבת למדי העוסקת בעמדת ההלכה באותו הקשר ממש (למשל: Norman Lamm, *After the War – Another Look at Pacifism and Selective Conscientious Objection*, in CONTEMPORARY JEWISH ETHICS 221 (Menachem M. Kellner ed., 1978); Leo Landman, *Law and Conscience: The Jewish View*, 18 JUDAISM 17 (1969); ובעברית: ראובן קימלמן "הלכות מלחמה ומגבלותיה" **קדושת החיים וחירוץ הנפש** 233, 252–253 (ישעיהו גפני ואביעזר רביצקי עורכים, 1992)). השמטה זו אינה מקרית.

26 הצגה זו של ההלכה היא חלקית, ומשקפת, כדרכו של אלון, רק את העמדה המרכזית לדעתו. ראו יורם חזוני "המקור היהודי למסורת האי-ציות" **אי-ציות ודמוקרטיה** 13 (יהושע ויינשטיין עורך, 1998); Louis R. Beres, *Opposing the "Peace Process": Israel, Civil Disobedience and the Principle of a Higher Law*, 13 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 117 (1996). להגדרת מלחמת-רשות ראו להלן ה"ש 125.

כי עמדת המדינה תהיה לעולם מקובלת על ההלכה. יותר מכך, מדבריו עולה כי אין להלכה תרומה לשיח הישראלי בסוגיה משפטית, זהותית ומוסרית זו. המחקר הנוכחי מעלה כי תמונה זו אינה מלאה, בלשון המעטה. כך, למשל, ייתכן שההלכה תבחן את חוקיותם של חוקי המדינה והפקודות לאור הנורמות הבין-לאומיות, ללא תלות ביחסים הישירים שבין ההלכה לבין חוקי המדינה.<sup>27</sup>

מבחינה מתודית התמקד אלון בסירוב לשרת,<sup>28</sup> אך היה אפשר לדון בהקשר זה בסוגיית אי-הציות לכל פקודה הסותרת את ההלכה.<sup>29</sup> הרב זקהיים טוען אומנם כי קשה לדמיין פוסק שיפסוק כי חייל צריך לענות אדם בניגוד לחוק על בסיס ציווי דתי.<sup>30</sup> אבל ניתן לחשוב, בהקשר של הדיון הנוכחי, על מפקד שמחליט לסכן את חייליו כדי למנוע רצח-עם, תוך סירוב לקיים את הנחיות הממשלה ואת פקודות מפקדיו.<sup>31</sup> ניתן לתאר גם מפקד או חייל שמחליטים לסכן את חייהם של אזרחים חפים מפשע, בניגוד להנחיות ולפקודות, כדי להפחית את הסיכון הנשקף לחיילים.

שאלת ההתנגשות האפשרית והממשית בין פקודות הצבא לבין ההלכה עולה חדשות לבקרים בהקשרים שונים.<sup>32</sup> במסגרת זו ניתן לדון גם במידת ההתחשבות הראויה של הנורמה המדינית בעמדת ההלכה וכן במידת ההתחשבות הראויה של הנחיות ופקודות ביחידים ובציבורים המחזיקים בעמדות הלכתיות אלה.

יש רבנים<sup>33</sup> שפסקו כי צה"ל מחויב לכבד את העמדה הרבנית ההגמונית, הרווחת

27 ניתוח אחר יציע שגם במצב דברים זה אין המדינה נעלמת מן השיקולים ההלכתיים. לפי גישה זו, לצורך ההכרעה לגבי חוקיותה של פקודה והתאמתה להלכה, יש לדון ביחסה של ההלכה (בסוגיה הנידונה) למשפט הבין-לאומי ולמשפט המדינה, וכן ביחסה של ההלכה לסתירה – אם קיימת כזו. ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ח.

28 אכן, משהחלו פוסקים רבים לקרוא לסירוב פקודה ברירני-אידיאולוגי, קָשַׁל מבנה הטיעון של אלון, וממקורותיו הוסקה מסקנה הפוכה – שמצווה לסרב לפקודה, ושחובה לנסות למנוע אורגנים מדינתיים מליישם את המדיניות שעליה החליטו. בעשור האחרון נוספו בספרות ההלכתית בנושא מאות עמודים המנמקים את החובה ההלכתית לסרב לשרת באופן שיסייע ביישום "תוכנית ההתנתקות".

29 אוסרי הסירוב ומחייבי הסירוב מחזיקים בהנחת-יסוד משותפת, שלפיה ההלכה והמשפט ה"חיצוני" הם שניהם מונוטוניים, והמפגש ביניהם יוצר מציאות מוגדרת. רק כך ניתן לקבוע כי חוק המדינה "כפי שהוא" סותר או אינו סותר את ההלכה "כפי שהיא" – אחידה וחד-משמעית. אני עצמי אני סבור כך.

30 Dov S. Zakheim, *Confronting Evil: Terrorists, Torture, The Military and Halakhah*, 6(1) MEOROT (2007). זאת, למרות הדיון ההלכתי בסירוב פקודה לגבי ההתנתקות.

31 כפי שקרא בפועל לחיילים מצבא הולנד בסרברניצה. ראו: RAPHAEL EVERS, OORLOG EN VREDE (2004) (בהולנדית).

32 בעיקר בהקשר של פינוי התנחלויות, אבל גם בהקשרים אחרים, כגון היחשפות לשירת נשים ומוסר לחימה.

33 דב ליאור, נחום אליעזר רבינוביץ', אליקים לבנון, דוד חי הכהן, מיכאל הרשקוביץ' ושמעון כהן. ראו אורי פולק "בית ההוראה לענייני ציבור: שירת נשים – פקודה בלתי חוקית" **כיפה** 27.9.2011 [www.kipa.co.il/now/46347.html](http://www.kipa.co.il/now/46347.html); קובי נחשוני "הרב ליאור: פקודה נגד המסורת לא חוקית



והמקובלת.<sup>34</sup> הרב יעקב אריאל, לעומתם, סבור כי דעת הרוב במדינה קובעת לגבי המיעוט, כל עוד קיימת דעה הלכתית תואמת. מותר למיעוט לנסות לכפות את דעתו ההלכתית על הרוב אך ורק אם עמדת הרוב היא בלתי-הלכתית בעליל, דהיינו, אם אין לה כל אפשרות במסגרת ההלכה.

מחלוקת דומה קיימת גם ביחס לחובתו של היחיד לציית לחוק המדינה ולפקודות הצבא אל מול מחויבותו להלכה. יש שפסקו כי פקודה "הנוגדת את רוח מסורת ישראל" היא "פקודה בלתי חוקית בעליל, ועליו לנהוג בהתאם לכך".<sup>35</sup> הרב מלמד סבור כי חייל חייב לסרב לבצע אפילו פקודה הנוגדת רק את העמדה ההלכתית המסוימת שהוא עצמו נוקט.<sup>36</sup> רבנים אחרים, לעומתם, סוברים כי שלטון רשאי לנקוט כל עמדה כל עוד היא נשענת על דעה תורנית, ואז כל פרט חייב לציית לשלטון. רק פקודה בלתי-הלכתית בעליל – אשר אין כל דעה הלכתית התואמת אותה – תוביל לשקילת סירוב על רקע דתי. יש גם דעות הסוברות כי בצבא על כל חייל לציית לפקודות לגיטימיות (במובן החוקי המדינתי) של השלטון, ואין לסרב על רקע דתי כלל. הרב אבינר תולה זאת בהעדר עברה ליחיד במצוות ציבוריות (כגון פינוי התנחלויות), והרב ליכטנשטיין<sup>37</sup> מנמק זאת בפיקוח נפש עקב חשש להתפוררות המשמעת הצבאית. עמדות שונות אלה משקפות הבנה שונה של ההלכה, תפיסות שונות בנוגע להתקיימותה של קהילה הלכתית במסגרת מדינה מודרנית בכלל ומדינת-ישראל בפרט, תפיסות שונות של המשטר הדמוקרטי ושל הארגון הצבאי, והבנות שונות של המצב הבטחוני. עמדות אלה משקפות גם גישות שונות לשיח הציבורי בישראל, הבנה שונה של תהליכים פוליטיים, תפיסות שונות ביחס להסתכלות הנכונה על העולם (ממשות מול מיסטיקה) ועוד.

סוגיה זו – של היחס בין פקודה בלתי-הלכתית בעליל לבין פקודה בלתי-חוקית בעליל, ושל היחס בין פקודה בלתי-הלכתית לבין פקודה בלתי-הלכתית בעליל – הינה חשובה ומחייבת עיון. היא משפיעה על מרחב שיקול-הדעת האסטרטגי והטקטי ועל גיבוש יחסי דת ומדינה, וראויה לעיון נוסף.<sup>38</sup>

המאמר הנוכחי מציע בסיס לדיון על יחסי-הגומלין האפשריים בין העמדות ההלכתיות, משפט המדינה והמשפט הבין-לאומי, ועל האופנים שבהם הם משתלבים

בעליל" *ynet* 27.9.2011 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4128708,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4128708,00.html) אך ראו כנגד זה יובל שרלו "תנו למצפון לנצח" *ynet* 13.8.2007 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3436999,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3436999,00.html).

34 "צה"ל הוא צבא העם, וחובתו לתת ביטוי מכובד לדרך המוסרית שבה הולך עם ישראל לדורותיו. פוסקי הלכה מרכזיים במערכת ההלכתית המקובלת אוסרים... וכל יחיד ראוי שינהג כדעתם של הפוסקים הללו. קל וחומר שבציבור יש להקפיד שבעתים על הנחיות אלה". נחשוני, שם.

35 שם.

36 ראו "סתירה בין חוק להלכה", [http://new.yesodot.org.il/Heb/D2\\_Content/MenuID/1086/](http://new.yesodot.org.il/Heb/D2_Content/MenuID/1086/).

37 הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין נולד בשנת 1933, ומשמש ראש ישיבת-ההסדר "הר עציון".

38 דומני כי המחלוקת בנושא זה התמקדה עד כה בסוגיות הכרוכות במטען רגשי רב, והבירור ההלכתי העקרוני שלה עודו בחיתוליו. סוגיות אלה מדגישות ביתר שאת את הצורך בפיתוח הלכות ציבור ומדינה.

בשיח הקהילתי והישראלי על גבולות השימוש בכוח. המאמר יתמקד בפוסקים של הציבור הדתי-הלאומי ובשיח בקהילה זו. הפוסקים המרכזיים יוצגו עם הופעתם הראשונה במאמר. כן אשלב במאמר דיון על המשקל שיש לייחס למעמדם של הפוסקים בקהילה ובשיח ההלכתי במסגרת ההערכה של תרומתם לשיח.

## פרק א: מבט הלכתי על סוגיות-יסוד באתיקה של לחימה

ברוב סוגיות-היסוד של אתיקה בלחימה יש מקבילות הלכתיות כמעט לכל העמדות המרכזיות בשיח הכללי.<sup>39</sup> בצידן יש עמדות נוספות החורגות מהקיים בשיח הכללי, ובחלק מהן יש כדי להעשיר ולאתגר את השיח ולהאירו באור חדש. במהלך הקריאה בפרק זה יש לזכור כי אין קשר הכרחי בין עמדתו של פוסק בסוגיית-יסוד לבין התוצאה ההלכתית שאליה יגיע בפועל במקרה מסוים. ענייני בפרק זה בעמדות-היסוד. כדי להקל על מי שמצוי בשיח, בחרתי לסדר את הדיון לפי סדר הנושאים במאמרם של ידלין וכשר, אבל החיבור עומד בפני עצמו, ואין צורך בהיכרות קודמת עם מאמרם.<sup>40</sup>

### 1. מטרת המדינה, חובותיה והיסוד לדיני הלחימה

לפי גישה הלכתית אחת, סמכות המלך לשפוט, להעניש ואף להוציא למלחמה נובעת מהסכמת העם, המייצרת חובה למדינה לדאוג לאזרחים.<sup>41</sup> הרחבת גישה זו גורסת כי יש הסכמה של עמי העולם לפתור סכסוכים במלחמות, וזו כוללת הסכמה לתוצאותיהן הבלתי-נמנעות. ניתן להבחין בשתי גרסות של גישה זו:<sup>42</sup> האחת מדגישה את המוסכם

39 הן במקרא, הן בספרות חז"ל והן בשיח ובפרקטיקה ההלכתיים המודרניים ניתן למצוא התייחסות למלחמת-חורמה "קדושה" ולצידה התייחסות למלחמה מוגבלת, הדומה לתפיסה הכללית המודרנית בנוגע למלחמה הצודקת. לגבי המקרא עמד על כך מיכאל וולצר בכתיבתו הנרחבת. ראו לאחרונה: MICHAEL WALZER, IN GOD'S SHADOW: A POLITICAL THEORIST READS THE HEBREW BIBLE ch. 3 (2012).

40 ראו ידלין וכשר, לעיל ה"ש 1. ממילא לא התייחסתי לכל המכלול של הטענות וההת-טענות במאמרם, אלא רק לאלה המשפיעים לטעמי על הדיון ההלכתי ועל יחסי-הגומלין עם ההלכה.

41 שהרי היסוד לבקשת המלך בספרים דברים ושמואל היא הצורך במי שיילחם בעבור האזרחים, ישפוט אותם וידאג לשלומם. ידלין וכשר רואים את חובת ההגנה מפני טרור כחובה עיקרית ומייחדת של המדינה (שם, בעמ' 395). לעניות דעתי, טענתם חלשה. הסכנה לחייהם ולשלומם של אזרחי מדינה מטורר היא כמעט תמיד קטנה יותר מזו הנובעת מגורמי מוות וסבל אחרים – כגון תאונות-דרכים, מחלות ועוד – שאותם המדינה יכולה לצמצם במחיר נמוך הרבה יותר. ראו עמוס ישראל-פליסהואור **פחד מטורר: זהות חברתית כמשתנה מתווך** פרק ההקדמה (עבודה לשם קבלת תואר שני, אוניברסיטת תל-אביב – המחלקה לפסיכולוגיה, 2001).

42 שתי הגרסות חותרות לחשוף את המוסכם באמת ובתמים בין העמים, כיסוד לקביעת המותר והאסור

בין העמים,<sup>43</sup> ואילו האחרת – את הנהוג בפועל ביניהן. לפי הגרסה ההסכמית, לקיומן של אמנות בין-לאומיות בדיני לחימה יש השלכה הלכתית. הסכמות אלה מייצרות את הנורמה הראויה<sup>44</sup> או מחויבות של המדינה.<sup>45</sup>

לפי הגרסה האחרת, שבה החזיק הרב ישראלי (ובעקבותיו פוסקים נוספים רבים), המנהג להפעיל כוח במישור הבין-לאומי ולהסכים לשאת נזק נלווה (לא-מכוון), כחלק מ"דרך העולם",<sup>46</sup> מתיר את איסור שפיכות הדמים ההלכתי.<sup>47</sup> עם זאת, אסור להפעיל במלחמה כוח לא על-פי המקובל בין האומות, ומי שיעשה זאת יישפט כרוצח. הסמכות של "דינא דמלכותא", לפי הרב ישראלי, נובעת מכך שהוא מוביל לתיקון עולם ולשלום.<sup>48</sup> מכאן שמנהג אומות קלוקל אינו מייצר מחויבות הלכתית, אלא רק מנהגים אשר מקדמים שלום ומניבים תיקון עולם מייצרים מחויבות כזאת.<sup>49</sup> אלא שלא ברור מניין, לפי ישראלי, יילקח המדר להערכתו של מנהג בין-לאומי.

במלחמה. הן יסוד המוסר והן ההצדקה לנורמה המעשית נטועים בקונווציה האנושית. יצוין כי הנוקטים טרור אינם חלק מהאמנות החברתיות, המקומיות והבין-לאומיות. עם זאת, אזרחי המדינות ששאלת הפגיעה בהם נידונה כאן הם חלק מהאמנה הכוללת או נתפסים ככאלה על-ידי מדינות העולם.

43 יצחק אייזיק הלוי הרצוג **תחוקה לישראל על פי התורה** א-ג (ירושלים, התשמ"ט). הסכמה בין העמים חלה על מדינת-ישראל מכוח הסכמתה של המדינה בעת הקמתה להישמע למשפט הבין-לאומי. ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ג. הרצוג היה הרב הראשי האשכנזי עם קום המדינה.

44 למשל, על-פי הרב הירשנזון, הסכמים מייצגים מוסר עולמי, ומייצרים תוקף אוניוורסלי. ראו עמוס ישראל-פליסהואור ושעיה רוטברג "משפט בינלאומי, המדינה והאדם בהשקפתו ופסיקתו של הרב חיים הירשנזון" **תהילת עולם: קובץ מאמרים בנושא דת ומדינה** (אביעד הכהן, חגי ויניצקי ואלישי בן יצחק עורכים, בהכנה). כן ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק א. הרב הירשנזון (1857–1935) נולד בישראל, אך פעל וכתב בארצות-הברית (הובוקן, ניו-ג'רזי).

45 לפי הרב הירשנזון, להסכמים בין-לאומיים יש תוקף במדינת-ישראל אף אם זו לא חתמה עליהם, אבל בוודאי אם היא חתמה עליהם. בשני המקרים היא חייבת לקיימם, אף בניגוד לדין תורה. ראו ישראל-פליסהואור ורוטברג, שם.

46 הנצי"ב מוולוז'ין (מן המאה התשע-עשרה) מסייג את איסור הריגת אדם כך: "אימתי אדם נענש? בשעה שראוי לנהוג באחווה, מה שאין כן בשעת מלחמה... אז עת להרוג ואין עונש על זה כלל, כי כך נוסד העולם... ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות, אף על גב שכמה מישראל יהרגו". הנצי"ב, העמק דבר, בראשית ט 5.

47 שאול ישראלי **עמוד הימני** סי' ז-יח (התשכ"ו) (להלן: **ישראלי עמוד הימני**). הרב ישראלי (1909–1995) היה מראשיה של ישיבת "מרכז הרב", דיין בבית-הדין הרבני העליון, פוסק מקובל בציבור הדתי-הלאומי והפוסק המוביל בסוגיה זו.

48 "משפט המלכות... דינא דמלכותא... דהיינו כל שהוא לתיקון העולם... [ולמען] השלום". שאול ישראלי **הרבנות והמדינה** 279 (התשס"א). לכוחו של דין המלכות בהלכה ראו שמואל שילה **דינא דמלכותא דינא** (התשל"א).

49 לעומת ישראלי, הסובר כי מנהג האומות יכול להתיר את מה שאסור, הרבנים שריר, שביב ואבינר כתבו כי אין בכוחה של הסכמה להתיר כל דבר. למשל: "לא נראה שנכון להתיר מכח עקרון זה כל מעשה זועה ורצח לשמו תוך כדי חיקוי הנעשה במלחמות העולם, ואף אם שם עובר הוא 'בשתיקה'.

לפי ישראלי, רק למשפט הבין-לאומי הנוהג בפועל ממש – ולא למשפט המוכרז והמוסכם – יש מעמד מבחינת ההלכה.<sup>50</sup> נראה שישראלי הסתפק בהסכמתם ובמנהגם של המלכים והמדינות, ולא נזקק להסכמת האזרחים.<sup>51</sup> כמקובל במשפט הבין-לאומי, ישראלי סבור כי "אם יש איזה עם שאינו מסכים לזה בטלה דעתו".<sup>52</sup> אף שעיקר ההסכמה של המדינות היא למלחמה בין צבאות, הן מביאות בחשבון גם את הפגיעה באוכלוסייה אזרחית, ומסכימות גם לגבי מרכיב זה. אלא שספק בעיניי אם הנחה זו תקפה באופן פשוט במקרים רבים של מלחמה בטרור.<sup>53</sup> גישה שנייה מדגישה כי ההצדקה למלחמה והיסוד לקיום מדינה מעמידים במרכז לא

גדריו של עקרון זה מחייבים איפוא ליבון וביורור, מה נכון לאמץ מן המוסכם בעמים' ומה לא". שריר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 435.

50 גוטל, לעיל ה"ש 23: "מבחן ה'הסכמה האוניברסלית' אינו ברטוריקה אלא בפרקטיקה. השאלה אינה מה מצהירות אומות העולם מן השפה ולחוץ, אלא כיצד הן נוהגות בפועל. כאשר דרות בכפיפה אחת הצהרות הומניות מזה והפגזות מסיביות מזה, מובן מאליו שהמשקל ההלכתי נקבע על-פי המעש". כן ראו שריר, לעיל ה"ש 23. ראייה זו סותרת את המשפט המנהגי הבין-לאומי, שלפיו פרקטיקה של הפרה עם הצדקה בצידה מצביעה על מחויבות. ראו רובי סיבל **משפט בינלאומי** פרק ה (התש"ע); בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 385–383; LOUIS HENKIN, HOW NATIONS BEHAVE: LAW AND FOREIGN POLICY (1979). הפוסקים מתעלמים מדיונים דומים בשדה המשפט הבין-לאומי. לפי שרמן (ראו אברהם חיים שרמן "המשפט הבינלאומי (במלחמה) לאור משפטי התורה" **תורה שבעל פה** מד, נט, סז (התשס"ד)), הרב ישראלי דורש הסכמה על נורמות ברורות, כי רק אז ניתן לאכוף אותם על כל השחקנים באופן שווה, ויחול דינא דמלכותא. פער בין הנוהג לבין המוסכם יוצר ספק מהו החוק הזוקק אכיפה. מעבר לכך, ברור שמבחינה מוסרית אין העמים יכולים לכפות נורמה שהם עצמם אינם עומדים בה.

51 "הסכמת בני המדינה אין פירושו, **שכל אחד ואחד** הסכים לזה, אלא שהולכים אחרי הסכמת **הרוב**, והמיעוט בטלה דעתם". ישראלי **עמוד הימני**, לעיל ה"ש 47, סי' טו (ההדגשות במקור). זאת, אולי משום שהמדינות נחשבות כמייצגות את הפרטים, ואולי משום שהן נתפסות כמהוות את סך הפרטים בעולם הבין-לאומי, והיחידים עצמם נעלמים. כך או כך, ישראלי מתעלם מבעיית החסך הדמוקרטי במשפט הבין-לאומי. הרב גוטל (לעיל ה"ש 23) חולק על כך ואומר כי יש צורך בהסכמת "רוב באי עולם", גם אם רק באמצעות מנגנון המדינות.

52 שם. משפט בין-לאומי מנהגי חל גם על מדינות ויחידים שאינם חתומים על האמנה, שהיא רק גילוי דבר קיומו של החוק הנוהג והמקובל על הרוב. לדרכי קביעת המנהג במשפט הבין-לאומי ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, נספח (וראו שם סייגים לקביעת מנהג שישראלי אינו מתייחס אליהם); MICHAEL BYERS, CUSTOM, POWER AND THE POWER OF RULES 391 (1999); Eyal Benvenisti, *Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency*, in THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON INTERNATIONAL COOPERATION: THEORETICAL PERSPECTIVES 85 (Eyal Benvenisti & Moshe Hirsch eds., 2004); ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW 119–126 (2005).

53 שאלת ההצדקה תנוסח כך: האומנם האוכלוסייה האזרחית הנפגעת (אשר מתוך יישוביה פועלים הלוחמים שמהווים מטרות לגיטימיות) שותפה לתהליך קבלת החלטות? הספרות על ארגוני טרור מניחה כדבר מובן מאליו שלא כך הוא המצב.

את היחיד, אלא את העם.<sup>54</sup> לעמים, כישויות בעלות זכויות וחובות, יש יכולת החלטה ופעולה וכללי מוסר אשר ייחודיים לרמת ההתארגנות האנושית הלאומית.<sup>55</sup> תת-גישה אחת רואה כל עם כגוף אחד ממש (במובן אונטולוגי), לרוב על בסיס מיסטי.<sup>56</sup> לכן החלטה לסכן חיילים במלחמה שקולה להחלטה הסבירה לסכן איבר כדי להציל חיים של אדם. תת-גישה שנייה רואה עם כ"גוף אחד", אבל כדימוי בלבד – כהמשגה תרבותית או משפטית-הלכתית, ולא כגוף אחד ממש.<sup>57</sup> תת-גישה שלישית נוקטת הסבר מערכתית, אשר חל באופן מעשי גם על עם וגם על מדינה.<sup>58</sup> סדרי-גודל גיאוגרפיים, דמוגרפיים ופוליטיים משפיעים באופן יסודי על המשפט,<sup>59</sup> ולכן ייתכן פער בנורמות הראויות בין סדרי-גודל שונים. על כך יש להוסיף כי הדרך הסבירה היחידה לניהול העולם היא צמצום מספר השחקנים (עמים, מדינות) במישור הבין-לאומי.<sup>60</sup> לכן מבחינה זו, ובהקשר זה, כל מדינה היא "גוף אחד". להבדיל מהגרסה האונטולוגית, מתפיסה זו לא עולה מסקנה הכרחית לגבי היחס לגורלו של היחיד בשעת מלחמה.<sup>61</sup> לפי תת-גישה זו,

54 גישה זו והגישה שלאחריה אינן מקבלות כמובן מאליו שחובתה הראשונה במעלה של המדינה היא להגן על אזרחיה, כפי שמניחים ידלין וכשר (לעיל ה"ש 1, בעמ' 394).

55 האם התפיסה של כל עם או של כל מדינה כ"גוף אחד" היא חלק מדיני הלחימה (שבהם נוצרה תפיסה זו) או שמא זו תפיסה כללית הפותרת, למשל, את החסך הדמוקרטי, כי ההסכמה של כל יחיד מיותרת.

56 זו תפיסתם של המהר"ל מפ"ג, של הרב קוק, ובעקבותיו של הרבנים ישראלי, אבינר, ישראל אריאל וגוטל. לגבי הרב ישראלי ראו **ארץ חמדה** א, א, יא (התשנ"ט); ישראלי **עמוד הימני**, לעיל ה"ש 47, בעיקר ס"י ד, פרק ד. כן ראו שריר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 31; שלמה אבינר **מחיל אל חיל** ב 59 (התש"ס) (בהקשר של המחחרת היהודית). לניתוח ביקורתי ראו יעקב בלידשטיין "מעשה שכם – ענישה קולקטיבית וההגות היהודית בת זמננו" **עיונים במחשבת ההלכה והאגדה** 437 (התשס"ה). לאזהרה בדבר הסכנה שבסיפור שכם כתקדים מוסרי ונורמטיבי ראו אלאן מ' דרשוביץ "על האונס ועל העונש: מעשה שכם" **פרשת השבוע** 100 (התשס"ג).

57 ייתכן שתפיסה זו או כוחה התרבותי-הלכתי נובעים מהשפעתה של רוח התקופה (מסורות לאומיות אורגניות או רומנטיות). אם היסוד לתפיסה הוא חיצוני ותלוי-זמן, אזי יש לבחון את התאמתה לעידן הנוכחי (שהוא אינדיווידואליסטי וגלובלי יותר, ומתאפיין בליברליזם, בזכויות אדם ובריבוי זהויות).

58 זהו הסבר מערכתית, ולא הסבר מיסטי-אונטולוגי, משפטי או תרבותי. דומני שזהו חלק מהדיון בשוני שבין הלכות ציבור לבין שאר תחומי ההלכה. ראו הכהן "פירושים מהלכות ציבור" **המלחמה בטרור** 107 (יאיר הלוי עורך, התשס"ו); נפתלי בר-אילן **משטר ומדינה בישראל על פי התורה** ס' סו, ליד הערה 23 (התשס"ז). נוסף על כך ראו הרב משה פיינשטיין "דברות משה" **שבת** כו, צב (התשנ"ז).

59 במיוחד בסדרי-גודל שיש להם משמעות מבחינת הסדר המדיני עצמו (עיר, עם, מדינה, עולם).

60 ראו לעניין זה את דבריו היפים והמחושבים של עמנואל לוינס: IMMANUEL LEVINAS, IN THE TIME OF THE NATIONS 3–6 (1994). השוו להבחנה דומה במשפט החוקתי האמריקאי: Mark D. Rosen, *The Surprisingly Strong Case for Tailoring Constitutional Principles*, 153 PENN. L. REV. 1514 (2005) (עקרונות חוקתיים "פועלים" בצורה שונה בסדרי-גודל שונים – מקומי, מדינתי ופדרלי).

61 למשל, ייתכן שיש לשלטון סמכות לסכן את אזרחיו שלו בשעת מלחמה, אבל אין לו סמכות להחליט כי מבחינתו אזרחי המדינה האחרת הם חלק מהמלחמה (וזאת אף אם המדינה האחרת נוקטת אותה

מידת ההשפעה של המשגת המלחמה כלאומית על דיני הלחימה אינה ברורה מראש, אלא פתוחה לדיון.<sup>62</sup>

גישה שלישית (שיכולה לבוא בשילוב עם כל אחת משתי הקודמות) גורסת כי מטרת המדינה היא קידום הצדק והשלום, וכי רק לשם כך מותר וראוי להילחם.<sup>63</sup> היחידים, העם והמדינה מחויבים לערכים אלה, ואף חייבים בתנאים מסוימים לוותר על אינטרסים ומשאבים כדי לקדם מטרות אלה. זאת, אולי אפילו עד כדי הקרבה של היחיד ושל המדינה, אבל כנראה לא עד כדי ויתור על עצם קיומו של העם.<sup>64</sup> הצדק והשלום (כמטרה וכצידוק למלחמה) יכולים להיות צדק ושלוש רציונליים ואוניוורסליים, ויכולים להיות דתיים-מיסטיים ופרטיקולריים באופנים שונים.

על-פי גישה נוספת, ההצדקה היחידה למלחמה היא צו האל, והמטרה היחידה והעליונה היא קידוש שם האל ומניעת חילול שמו. שמירת חיי האדם, שיפור רווחתו, שימור העם וקידום הצדק והשלום מקדשים שם שמים, אבל אלה הן מטרות-ביניים, ולא המטרה הסופית. גישה זו מקבילה לגישת המוניטין כעילה לציות במשפט הבין-לאומי. יצוין כי להצדקת המלחמה בשם האל יש מסורת ארוכה. היא הולידה סבל אנושי רב, אבל גם מיתנה והגבילה שימוש בכוח.<sup>65</sup>

מדיניות מבחינתה-היא). יש לברר את היחס בין השתייכות ללאום לבין הסכמה לאומית לאופן ניהול המאבק.

62 למחזיקים בגישה האונטולוגית יש בעיה להסיק מתפיסת כל לאום כיחיד גם תפיסה של כל מדינה כישות דומה. אדרבה, לפחות לכאורה ניתן לדון בדילמה אם מותר לפגוע באזרחים כדי להגן על התארגנות מדינית מבלי שיש סכנה לקיום העם. האם מותר להרוג אזרחים מעם שכן או ממדינה שכנה כדי להציל את העצמאות המדינית או את אופי המשטר? האם כדי לדון בסוגיה זו תתייחס ההלכה למדינה כאל גוף אחד?

63 ניתן להבחין בין המטרה של צדק לבין המטרה של שלום. למשל, קל יותר להצדיק עוולות בשם חתירה לשלום מאשר להצדיק במסגרת חתירה לצדק. הרב ברויאר מצדיק שימוש בכוח רק בשם הצדק, ולאחר אישור מוסדי המחויב לצדק זה. לעומתו, הרב אבינר מצדיק אלימות רק בשם החתירה לשלום "אמיתי" (ראו להלן פרק ג). כך גם הרבנים הורביץ, גינצבורג וישראל אריאל, אשר חותרים לאכיפת שלטון יהודי בעולם, גם בכוח רב, על-שום שזהו המצב היחיד המבטיח שלום משיחי.

64 זו גישתו של הרב ברויאר (ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 17) (הצדק כקריטריון מצדיק וכקריטריון מבחין), וזו כנראה גם גישתו של הרב חיים דוד הלוי (ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ג). הרב הירשנזון הציע שיש להביא בחשבון את נקודת-המבט של העמים, והרב כלפון הכהן הצביע על טובת העולם כנקודת-מבט חשובה (שם, פרק א).

65 Carolyn Evans, *The Double-Edged Sword: Religious Influences on International Humanitarian Law*, 6 MELB. J. INT'L L. 1 (2005); A. WALTER DORN & ANNE FRANCES CATION, *THE JUSTIFICATIONS FOR WAR AND PEACE IN WORLD RELIGIONS (Part I)* (2009), [www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA509464](http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA509464); A. WALTER DORN ET. AL., *THE JUSTIFICATIONS FOR WAR AND PEACE IN WORLD RELIGIONS (Part II)* (2010), [www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a536706.pdf](http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a536706.pdf). המשפט הבין-לאומי המודרני פוּנן במידה רבה על הדרת הדת מעילות המלחמה בהסכמי וסטפליה (1648).

על-פי הגישה האחרונה שתידון בתת-פרק זה, אין כל היתר לשפיכות-דמים ולמלחמה מכוח החלטה של שלטון אנושי. בהעדר ציווי אלוהי מפורש (או למצער החלטה של סנהדרין מכהנת ושל מלך ישראל) אין כל היתר ליהרג ולהרוג. לפי גישה זו, כל מלחמה בת-זמננו היא אסורה, ופעולות במסגרת מלחמה כזו הן בכל מקרה בגדר "בדיעבד". פעולותיו של חייל יחיד במלחמה (ותהליכי קבלת החלטות על דרכי לחימה) ניתנות להצדקה אך ורק במסגרת דיני ההגנה העצמית והחובה להציל אחרים (הגנת הצורך).<sup>66</sup> המחזיקים בגישה זו נוטים להימנע מדיון בדילמה האתית שבמוקד המאמר, ומקבלים בדיעבד את הכרעת חוק המדינה.<sup>67</sup> אף שמקורה של גישה זו פריטיקולרי, עמדה זו נכונה לכל אדם ולכל מדינה.

## 2. מקור הסמכות של דיני הלחימה

האם דיני הלחימה שואבים את סמכותם, מבחינת ההלכה, מסמכות דתית-פריטיקולרית גרידא או שמא (גם) ממשפט המדינה, ממוסר אוניוורסלי או מהסכמת העמים? בניסוח אחר ניתן לשאול: האם ניתן לגזור את דיני הלחימה ההלכתיים המודרניים מההלכה גופה או שמא יש להיזקק לשם כך למקורות חיצוניים, בין בתוך התהליך ההלכתי, בין במקביל לו ובין במקומו?<sup>68</sup> להלן אציג את עיקרי הדיון.

66 לעמדה זו יש גוונים רבים, והיא גם העומדת, לעניות דעתי, ביסוד התנגדותם האידיאולוגית של חלק מפוסקי הקהילה החרדית-האשכנזית לשירות בצבא. נדמה לי שזו גם סיבה מרכזית נוספת לאיסור שהטילו הפוסקים על השתתפותם של נציגי הציבור החרדי ברשות המבצעת (כשרי ממשלה בעלי זכות הצבעה). לעיון ראשוני ראו בנימין בראון "הרב שך: הערצת הרוח, ביקורת הלאומיות וההכרעות הפוליטיות במדינת ישראל" *דת ולאומיות בישראל ובמזרח התיכון* 278 (נרי הורוביץ עורך, 2002); ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 17; וכן דוקטורט ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, נספח א לחלק א. כן ראו אצל אונגר, לעיל ה"ש 23, ואצל: Michael J. Brody, *Only the Good Die Young?*, 6(1) MEOROT (2006/7), [www.edah.org/backend/JournalArticle/ConversationFinal.pdf](http://www.edah.org/backend/JournalArticle/ConversationFinal.pdf). יש בגישה זו מעין סתירה פנימית. הרב שך גורס כי עדיף להיות קורבן מאשר להיות רוצח, אבל חלק מבעלי שיטה זו מקנים ערך שונה לחייו של אדם יהודי מאשר לחייו של לא-יהודי.

67 כך הרב שך (ראו בראון, שם), וכך, אם כי באופן אחר כנראה, הרב יוסף (Shlomo Fischer, *Excursus: Concerning the Rulings of R. Ovadiah Yosef Pertaining to the Thanksgiving Prayer, The Settlement of the Land of Israel, and Middle East Peace*, 28 CARDOZO L. REV. (2006) 229). עמדתו של הרב רפאל אורס (EVERS, לעיל ה"ש 31) מהווה סנונית ראשונה לניסוחן של הלכות כוח בין-לאומי.

68 זהו לב המחלוקת בין הרבנים ישראלים וגורן. ראו Edre'i, לעיל ה"ש 15; אדרעי, לעיל ה"ש 16; Edre'i, לעיל ה"ש 19. השאלה אם ההלכה יכולה להתמודד עם שאלות חדשות באופן אוטונומי עולה בהקשר של סוגיות רבות הנוגעות במדינה המודרנית. השאלה מתחזקת לנוכח העובדה שדיני הלחימה הם בין-לאומיים באופיים, שהרי קשה לחשוב שחוקים הנובעים מההלכה ייתפסו כמחייבים את כלל העולם. שאלה זו היא חלק משאלה כללית יותר: "האם יש אמות-מוסר חוץ-יהודיות שרלוונטיות לפסיקת ההלכה?" ראו: Aharon Lichtenstein, *Does Jewish Tradition Recognize*

**(א) מוסר יהודי אוטונומי**

יש הסוברים כי קיימים דיני לחימה יהודיים אוטונומיים, וכי אם אין כאלה כיום, ניתן וצריך לייצר אותם בתוך ההלכה ומתוכה. פוסקים אלה חלוקים כמובן על תוכנה של הנורמה היהודית הראויה.

הרב גורן, למשל, סבר כי שמירת חייהם של אזרחים חפים מפשע היא מרכיב אינהרנטי במוסר הלחימה היהודי.<sup>69</sup> הרבנים הירשנזון<sup>70</sup> וליכטנשטיין קבעו כי המוסר היהודי נבנה על המוסר הכללי, ולעולם מחמיר ותובעני ממנו.<sup>71</sup> הרבנים אבינר,<sup>72</sup> מלמד,<sup>73</sup> ישראל אריאל,<sup>74</sup> גינצבורג<sup>75</sup> וזיני<sup>76</sup> סבורים כי הנורמה המוסרית היהודית מחייבת להילחם כדי להשיג הכרעה תוך צמצום מרבי של המחיר לצד "שלנו" והגדלת המחיר לצד שכנגד.<sup>77</sup> הרבנים הללו חלוקים בשאלה אם אוכלוסייה

*an Ethic Independent of Halakha?*, MODERN JEWISH ETHICS: THEORY AND PRACTICE 62

(Marvin Fox ed., 1975). לגרסה עברית ראו אהרן ליכטנשטיין "מוסר והלכה במסורת היהודית:

האם המסורת היהודית מכירה באתיקה שאינה תלויה בהלכה?" **דעות** 5 (התשל"ז).

79 גם אם יש להכיר בכך שפגיעה באזרחים היא בלתי-נמנעת. זו הייתה עמדתו בשנות החמישים. יש לעיין בשינויים שחלו בדעתו לאורך השנים. הרב שלמה גורן (1918–1994) היה הרב הראשי לצה"ל והרב הראשי לישראל.

70 לעיל ה"ש 44.

71 השימוש במילה "מחמיר" בעייתי, כי החמרה לגבי סיכון אזרחים מחייבת "הקלה" לגבי סיכון חי החיילים של הצד התוקף. זו כנראה הסיבה לכך שלא מצאתי שימוש הלכתי במונחים "החמרה" ו"הקלה" בסוגיה זו.

72 נולד בשנת 1943, רב היישוב בית-אל, ראש ישיבת "עטרת כהנים" ומתלמידי הרב צבי יהודה הכהן קוק. לעמדתו של הרב אבינר יש מעמד גבוה בנושא צבא והלכה, לנוכח השפעתם ותפקידיהם של בוגרי הישיבה שבראשה הוא עומד ושל הרבנים הקשורים אליה. לפחות שניים מתלמידיו של אבינר הם פוסקים חשובים בענייני צבא ומדינה (הרב אייל קרים וכן הרב רונצקי, הרב הצבאי הראשי בשנים 2006–2010, אשר לימד בישיבה זו). החוברת שחילקה הרבנות הצבאית ערב מבצע "עופרת יצוקה" כללה ציטוטים מפתביו של הרב אבינר.

73 נולד בשנת 1961, רב היישוב/ההתנחלות הר ברכה וראש ישיבת "הר ברכה"; לשעבר המזכיר של ועד רבני יש"ע; מוצג ונתפס כאחד ממובילי הקו הלא-ממלכתי בציונות הדתית; בעבר קרא לסירוב פקודה, ומייצג את העמדה הלעומתית מבחינה מוסרית וטקטית-פוליטית. לספרו ראו להלן ה"ש 93.

74 נולד בשנת 1939, היה ראש ישיבת-ההסדר ורב העיר בימית; כיום מכהן כראש מכון המקדש בירושלים. ספרו ישראל אריאל **על ישראל גאותו** (התשנ"ט) הוא פירוש על ספרו של הרב גינצבורג (ראו להלן). הרב ישראל אריאל קרא בעבר לסירוב פקודה, ונחשב כתומך בגישה פעילה בהתנגדות להחלטות ממשלה ובעיצוב המציאות הציבורית.

75 נולד בשנת 1944, נשיא ישיבת "עוד יוסף חי" ביצהר, וחי בכפר חב"ד; נחשב מנהיג כריזמטי וממנהיגי הזרם האנטי-ממלכתי; פרסם עשרות ספרים בתחומים רבים; מיוזמי הספר **ברוך הגבר** לזכר ברוך גודלשטיין, הרוצח מקרית-ארבע, שבמעשהו ראה "רובד של קידוש השם"; נתן הסכמה לספר **תורת המלך**, שנכתב על-ידי תלמידיו.

76 ראו להלן ה"ש 79.

77 שלמה אבינר "טוהר הנשק" **הליכות צבא** (חוברת בהוצאת ישיבת "עטרת כהנים", ירושלים, ללא תאריך), פורסם גם **בעטורי כהנים** 90 (התשנ"ב) [www.daat.ac.il/daat/tsava/tohar-2.htm](http://www.daat.ac.il/daat/tsava/tohar-2.htm) (להלן:



אזרחית היא מטרה לגיטימית בתנאים מסוימים או שמא ניתן רק לקבל את הפגיעה בהם כנוזק נלווה במסגרת המאמץ ליצירת הכרעה. הם מסכימים כי משהותר הדבר, אין בכך כל בעיה מוסרית. אדרבה, הצגת פגיעה באזרחים כבעיה היא מעשה לא-מוסרי.<sup>78</sup> רובם אינם גורסים שלכל עם מותר להילחם כך, אלא רק לישראל.

יוצא-דופן הוא הרב זיני,<sup>79</sup> אשר מתנגד ברמה העקרונית לדיני לחימה (in bello). לדעתו, הניסיון לייצר מוסר בין-לאומי אוניוורסלי וגלובלי לא הניב אלא רוע ושפיכות-דמים.<sup>80</sup> לדעת זיני, מוסר ברמה הלאומית שונה ממוסר אישי הן בתוכנה של המחויבות המוסרית והן בתשובות לשאלות מיהו המחויב ולמי הוא מחויב.<sup>81</sup> מוסר במלחמה שונה

אבינר "טוהר הנשק"; שלמה אבינר "תוקף הסכמים בין-לאומיים בעתות מלחמה" מחיל אל חיל ב 155 (התש"ס) (להלן: אבינר "תוקף הסכמים"); יצחק גינצבורג מלכות ישראל א (התשנ"ט); ישראל אריאל "ישראל – גוי אחד בארץ" צפיה ג 135 (התשמ"ט); וכנראה גם הרב הורביץ מלחמת תרבות (התשס"ז).

78 יש דעות (המנוגדות לזו של גורן) שלפיהן אסור לישראל במקרים אלה להיות "מוסריים יותר" מהגויים, או אפילו ללכת לפי הנורמה המקובלת בעמים, אם לשם כך עלינו לסכן אוכלוסייה אזרחית או חיילים שלנו.

79 נולד בשנת 1946, דוקטור למתמטיקה, רב הטכניון וראש ישיבת-ההסדר "אור וישועה". זיני מסתמך על הרב אליהו בן-אמוזג (ראו להלן ה"ש 80). ראו אליהו זיני "בין חיילים גבורים ומוסריים ובין הנהגה בלתי-מוסרית ואכזרית" (ב' אב התשס"ו) [orvishua.org.il/heb/files/art/1153949387.pdf](http://orvishua.org.il/heb/files/art/1153949387.pdf). להסתמכות הגוברת על הרב בן-אמוזג ראו יאיר שלג "בחזונו, עם ישראל עומד במרכזו של 'חבר העמים האברהמי'" הארץ – כללי 1.10.2002 [www.haaretz.co.il/hasite/pages/1.10.2002](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=214768).

80 "בהרחבת הכלל 'ואהבת לרעך כמוך' על האנושות כולה, במקום צמצומו לעם ישראל, כדרישת התורה, הביאה הנצרות במהלך ההיסטוריה לשפיכות דמים... אליהו זיני 'על המוסר בשעת מלחמה' ערכים במבחן מלחמה 25, 29 (אלי בלום ואח' עורכים, התשמ"ד). לפי זיני, מוסר הוא יחסי, ותלוי במצב ובמקום: "אין מוסר מנותק ממציות ומנסיבות... מוסר המלחמה... יהיה אחר, לפי שהמציות במלחמה היא אחרת." שם. לפי גישת המוסר המוחלט, הנורמות זהות בכל המישורים – של היחיד, של העם ושל העולם כולו – ובכל מצב. לטעמו של זיני, גישה זו מרוקנת מתוכן את משמעות קיומו של העם. לדברי זיני (ובן-אמוזג), גישה זו נוצרית ומוטעית. מעצם מהותן של רמות התארגנות שונות נובע שיש רמות שונות של מחויבות מוסרית: "אם המושג לאומיות אינו ריק מתוכן... המוסר האוואנגלי לא יהיה החוקה הבינלאומית... החובות המוסריות פוחות ככל שהאוכלוסייה גדלה. יש פחות חובות מוסריות על המשפחה מאשר על היחיד, פחות על העיר מאשר על המשפחה, פחות על המדינה מאשר על העיר ופחות על האנושות בכלליותה מאשר על כל אחת ממדינות העולם בפרט." שם. השוו לעמנואל לוינס, האומר כי "קהילת העמים" היא קהילה אינטימית שמנביעה חובות מוסריות כמו-פרטיות בין מדינות: Seventy nations... is a metaphor that in the Talmudic manner of speaking... designates all mankind surrounding Israel... A number of nations, neither too great nor too small, permitting either a state of war pitting each against all, or the possibility of dialogue between individual nations, LEVINAS, ראו לעיל ה"ש 60, בעמ' 1.

81 מחויבות מוסרית זו היא מדרגית – לכל רמה יש מחויבות כלפי הרמה שמכילה אותה. "כל אחד ממרכזים אלו מתחייב כניעה והקרבה רק כלפי הסמכות המתנשאת מעליו. לאנושות, למשל, יש

ממוסר יומיומי, ולדעתו אין מקום למוסר "נוצרי" בעת מלחמה. כללי מוסר לאומיים אלה ניתנים להכללה לכל העמים. הרבה לפני הגדרת המושג lawfare, סבר זיני כי הוויכוח על המוסר והנורמות הוא חלק מהמאבק.<sup>82</sup> לטעמו, כניעה למוסר הנוצרי, שהוא "מעוות ומפלצתי", היא בבחינת התבוללות לאומית של עם-ישראל ומדינת-ישראל.<sup>83</sup>

### (ב) משפט המדינה

מלחמות הן חלק ממשפט המלך, וככאלה הן אינן נכללות בהלכה – לא זו הפרטית ולא זו הקהילתית. הרב חיים דוד הלוי גורס כי ההלכה מייצרת מרחב שיקול-דעת לגיטימי למוסדות השלטון במדינה, המקבלות החלטות סבירות ותקינות לאור העדפות החברה.<sup>84</sup> הרב שמעון פדרבוש מסכים כי הלכות מדינה הן פררוגיטיבה של המדינה, אבל טוען כי על-פי-רוב יש זהות בין הנורמה המדינית לבין הנורמה ההלכתית.<sup>85</sup> הרב הרצוג טוען כי אין תמיד זהות כזו, אבל הפער אינו מונע את הפיפות הנורמטיבית של קהילת ההלכה למשפט המדינה ואת חובת ההלכה להתמודד.<sup>86</sup> הרב אבידן טוען כי רק המדינה יכולה לשקול את התוצאות המעשיות של דיני הלחימה. מכיוון שמדובר בדיני נפשות,

---

חובות רק כלפי שמיים... אם נסכים שיש לאומה זכות קיום, חובותיה הן דווקא לא לשמור על מוסר פרטי, לפחות בהשלכותיו הקיצוניות." זיני, שם, בעמ' 29–32 (ההדגשה במקור). לאומה יש חובות רק כלפי האנושות, אבל היחיד מחויב לאומה. זוהי גרסה של העדפת קרובים, וזו גישה דאונטולוגית, ולא קונוונציונלית.

82 במאבק זה זיני מציב את המשפט הביין-לאומי – על כלליו ומוסדותיו – ככלי מרכזי במלחמה נגד היהדות ונגד עם-ישראל, ואולי גם כסובייקט של ממש הנאבק בעם-ישראל בעצמו.

83 אליהו זיני "המסקנות ממבצע יריחו" (י"ט אדר התשס"ו) [www.orvishua.org.il/heb/files/art/1143209143.pdf](http://www.orvishua.org.il/heb/files/art/1143209143.pdf). לטעמי, יש מקום לדון בשני יסודות במאמרם של ידלין וכשר (לעיל ה"ש 1) שבהם דיונם מסתמך על יסודות נוצריים. היסוד הראשון נידון בה"ש 60 ו-80 לעיל, והוא אחדות המוסר על-פני מצבים וסדר-גודל. היסוד השני הוא עקרון האפקט הכפול. בלידשטיין (Gerald J. Blidstein, *Ethics and Warfare Revisited*, 6(2) MEOROT (2007) מעיר שחלק מהפוסקים מאמצים מבלי משים עיקרון זה, אשר גובש לדעתו בהשפעה נוצרית. על-פי עיקרון זה, את מוסריותה של פעולה שיש לה שתי תוצאות – תוצאה אחת מוסרית (למשל, הפחתת כאב או מניעת רצח) ותוצאה נלווית לא-מוסרית (מוות או פגיעה בחפים מפשע) – שופטים על-פי כוונת הפועל. המקור הנוצרי הנטען לעיקרון זה הוא: Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, IIa-IIae, Q. 64, art. 7 (1274).

84 הלוי גורס גם כי יש מעשים הנמצאים מחוץ למתחם הסבירות, כגון רצח שבויים. ייתכן מאוד, לפי הלוי, שהמלחמה המודרנית והדילמות המתעוררות לגביה הן חדשות ומחייבות יצירה הלכתית חדשה. הלוי יוצא נגד פרשנות פשטנית או יצירתית של מקורות קלסיים, ומעדיף פרשנות שמרנית, יחד עם התמודדות אמיצה של פוסקים עם נושא חדש העומד לפניהם. לפרטים ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ג. הרב חיים דוד הלוי (1924–1998) היה הרב הראשי של תל-אביב, כתב ספרי הלכה רבים, והיה חבר מועצת הרבנות הראשית.

85 שם, נספח יד לחלק א. פדרבוש היה רב ציוני שפעל בארצות-הברית אחרי מלחמת-העולם השנייה.

86 שם, פרק ג. הרב יצחק הלוי הרצוג (1888–1959) היה הרב הראשי של אירלנד ואז הרב הראשי לישראל.

השיקולים המדיניים נמצאים לחלוטין במרחב ההחלטה הלגיטימי של השלטון.<sup>87</sup> יש לציין כי למרות נטייה של יהודים דתיים להתחמק משירות צבאי במדינות זרות בגלל הקושי לקיים מצוות, יש לכאורה הכרה במשפט המדינה ובלגיטימיות של תהליכי קבלת ההחלטות על דרכי ניהול המלחמה.<sup>88</sup>

### (ג) השפעת המשפט הבין-לאומי

בהלכה, כמו במשפט הישראלי, קיימת מחלוקת לגבי המשמעות הנורמטיבית שיש להעניק למשפט הבין-לאומי בעיצוב דיני הלחימה. לפי עקרון ההסכמה (ראו לעיל תת-פרק 1א), המשפט המנהגי וההסכמי משמעותי מבחינה נורמטיבית.<sup>89</sup> לפי הרב הירשנזון, יש משמעות מוסרית קוגנטית למשפט המנהגי ולאמנות הבין-לאומיות, כפי שאלה מתפרשות על-ידי הגויים. הרב הרצוג מכפיף את מדינת-ישראל לאו"ם לנוכח ההתחייבות שנטלה המדינה על עצמה בעת הקמתה.

הרבנים גוטל<sup>90</sup> ושריר<sup>91</sup> מעירים כי הנורמות של המשפט הבין-לאומי הן שגרמו ככל הנראה לכך שאין כמעט פוסקים המבקשים ליישם את דיני הלחימה שבתנ"ך בנוגע לכיבוש הארץ כלשונם.<sup>92</sup> לפי תפיסות אלה, כלל בין-לאומי ברור והחלטי יוביל ל"הקפאת" הלכה סותרת ולנסיגת ההלכה לעמדה סבילה בהכרעה. עמדה דומה גורסת

87 "שאלת תדמית המדינה בעיני העמים ומערכת היחסים שבין עם ישראל לאומות העולם... מסתבר שהיא בעלת זיקה למסגרת משפט המלוכה." ראו אברהם אבידן "אכילת פרות של אוכלוסיה אזרחית שלא ברשות, במלחמת שלום הגליל" ערכים במבחן מלחמה 208 (אלי בלום ואח' עורכים, התשמ"ד). אבידן לימד בישיבת "שעלבים" ואף עמד בראשה, כיהן כסגן הרב הצבאי הראשי וכתב ספר פופולרי על הלכות צבא לחיי היומיום של חיילים.

88 לדין על כך ראו את הגיליון הנושאי של כתב-העת TRADITION מחורף 2006. עם זאת, יש גם דיון על הלגיטימיות של סירוב לשרת בהקשר של מלחמת וייטנאם (ראו Lamm, לעיל ה"ש 25) ובהקשר של מלחמות ישראל (ראו לעיל בפרק הפתיחה).

89 השימוש של הרב ישראלי במושג "דינא דמלכותא דינא" (המקבל את כוחו ממצוות דינים) מהווה הרחבה של עמדה של פלורליזם משפטי – המחייב משפט חיצוני להלכה במקביל אליה – ממשפט המדינה אל המשפט הבין-לאומי. שאלות מסוימות יפתרו על-ידי פנייה מלכתחילה אל המשפט הבין-לאומי, ולא אל ההלכה (Suzanne Last Stone, *Religion and State: Models of Separation*) (from within Jewish Law, 6 INT'L J. CONST. L. 631 (2008)). דגם זה של כפילות הוא חלק מההלכה, ומאפשר את התחולה הרחבה שלה. ספק בעיניי אם הקפיצה ממשפט מדינתי למשפט בין-לאומי היא כה פשוטה (למשל, מפני שהמשפט הבין-לאומי הוא שיורי).

90 הרב פרופ' נריה גוטל נולד בשנת 1960, ומכהן כראש מכללת "אורות" באלקנה; בעל תואר דוקטור בתלמוד מהאוניברסיטה העברית בירושלים; כתב שלושה ספרים ומאמרים רבים; כיהן כרב צבאי.

91 חתנו של הרב שאול ישראלי ומהדיר כתביו; כתב עשרות מאמרים, מתוכם ארבעה בדיני לחימה, שבהם הוא מיישם את שיטת חותנו. גר בירושלים.

92 שריר, לעיל ה"ש 23; גוטל, לעיל ה"ש 23. לפי גוטל, קיומן של אותן נורמות "מקפיא" את דין התורה.

כי המשפט הבין-לאומי ישמש, מבחינת ההלכה, אבן-בוהן לחוקיותם של חוקי מדינות.<sup>93</sup>

לפי הרבנים שריר ורונס,<sup>94</sup> המשפט הבין-לאומי צריך להיות חלק ממהלך שיקול-הדעת בבחירת דרך הפעולה המבצעית. הרבנים מלמד ואבינר סבורים כי אין למשפט הבין-לאומי מעמד הלכתי, אבל הוא משמש מדד לבחינת מידת הסכנה לפגיעה ביהודים שעלולה להיווצר בגלל הפרה של נורמות בין-לאומיות על-ידי מדינת-ישראל או יהודים.<sup>95</sup>

כאמור לעיל, יש גם עמדות רבות המביעות התנגדות הלכתית רחבה למתן מעמד מוסרי או נורמטיבי למשפט הבין-לאומי בקביעת הנורמה הישראלית או היהודית. ניתן לחלק עמדות אלה לשלוש גישות-משנה. גישה אחת שוללת את תוקפן של נורמות בין-לאומיות בשעת מלחמה, כי אם מותר להרוג, אזי אין ערך להסכמות.<sup>96</sup> גישה שנייה, של הרב זני, שוללת את המשפט הבין-לאומי המערבי מכל וכל, ורואה בו משפט מזיק ורע. גישה שלישית רואה במשפט הבין-לאומי הנוכחי מערכת כללים ומוסדות לא-בשלה, מוטה או לא-ראויה.<sup>97</sup> לפי גישה זו, ראוי אולי שיהיה משפט בין-לאומי, וההלכה גם

93 כמעין בסיס לביקורת שיפוטית: "המדד הרלוונטי לחוקיות דין המלכות הוא המשפט והנוהג הבינלאומי, כפי שהם באותם הימים... אפשר לראות במנהג הבינלאומי מדד משפטי-מעשי לכללי הצדק הטבעי, אליבא דחוקות הגוים." גדעון פרישטיק "דינא דמלכותא והמנהג הבינלאומי" סיני קי, קעו (התשנ"ב). הצעתו של פרישטיק פשוטה, מקורית ולכאורה מהפכנית כאחד. למיטב ידיעתי, הוא הקדים את הרב מלמד, שאמר דברים דומים: "אין למלכות או לממשלה לקבוע חוקים שאינם מקובלים בכל המלכויות" (אליעזר מלמד פניני הלכה: ליקוטים בענייני העם והארץ 129 (התשס"ה)). לגבי הקביעה מהי בדיוק הנורמה הבין-לאומית, פרישטיק אומר שעל כך יכריעו חכמי המשפט הבין-לאומי.

עם זאת, המשפט הבין-לאומי עצמו יעמוד לביקורת מוסרית-משפטית של ההלכה: "לא כל נורמה בינלאומית כשרה אליבא דדין תורה, אלא היא עצמה אינה חוקית אם היא מתעלמת, למשל, מאיסור גזל או רצח, וממילא נורמה כזו לא תשמש כמדד לחוקיות דין המלכות." פרישטיק, שם.

94 יצחק רונס, רב קהילה, פעיל ב"רבני צהר" ובעל תואר דוקטור בתלמוד מאוניברסיטת בר-אילן על פסיקתו של הרב ישראל; כתב מאמרים מספר שבהם הציג גישה הלכתית מקורית, הראויה לעיון בנפרד.

95 "מי שנמצא בתפקיד ממלכתי, כשוטר או חייל, צריך לפעול לפי ההוראות... על פי האמנות הבינלאומיות משום חשש לאיבה" (מלמד, לעיל ה"ש 93, בעמ' 164).

96 אבינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77. ראו שם ספרות נוספת.

97 על-פי גישה זו, המשפט הבין-לאומי מוחל באופן מפלה כלפי מדינת-ישראל. בעיית הוגנות יסודית יותר גלומה בפוליטיזציה של המשפט הבין-לאומי ובפער האינהרנטי שבין הצהרותיהם של השחקנים לבין פעולותיהם. פער זה, יחד עם הפליית מדינת-ישראל לרעה, מכונן חוסר הוגנות קיצוני (שבגיניו שרמן קורא לכל המשפט הבין-לאומי "דינא דגולנותא" או "גולנותא דמלכה"), אשר נוטל מן המשפט הבין-לאומי כל תוקף הלכתי. כלל זה הוא חלק מכללי "דינא דמלכותא", המתלים את תוקפו של דין המלך בהוגנותו. אברהם חיים שרמן "משפט ומוסר מלחמה" תורה שבעל פה מג, סג (התשס"ג); שרמן, לעיל ה"ש 50. השו: Michael J. Brody, *A Jewish Law View of World Law*, 54 EMORY L.J. 79 (2005).

יכולה ליצור מערכת יחסים עם משפט זה, אבל זאת רק כאשר משפט זה יהיה ראוי.<sup>98</sup>

לפי הרב פרופ' ברוידא,<sup>99</sup> האתיקה והמשפט הרגילים מושעים בזמן מלחמה. הרג במלחמה אינו מנוהל משפטית, גם לא על-ידי ההלכה. ההרג מנוהל באמצעות פקודות, שתוקפן נבחן לאור השאלה אם ההתנהלות הפיקודית הייתה תקינה. התנהלות זו יכולה להיות מוגבלת על-ידי המשפט הבין-לאומי, אך בעיני ההלכה אין למשפט זה (המוטה, לדעתו, עד כדי בטלות) מעמד מכריע.

הרב אברהם צבי רבינוביץ מציג מבט תהליכי שמאפשר להלכה לתמוך באופן כללי וארוך-טווח בנורמות מרחיקות-לכת בדיני לחימה, מבלי להתחייב בהן במישור המקומי, המעשי והמידי.<sup>100</sup> בפרק ב אראה כי ניתן לראות שניות מעין זו, הלכה למעשה, אצל חלק ניכר מפוסקי ההלכה.

98 הרב מלמד, לעיל ה"ש 93, המתנגד למשפט הבין-לאומי ברמת העיקרון, אומר שלא כל חוסר הוגנות מבטל את חלוצה של דינא דמלכותא. הוא מוכיח זאת ביחס למשפטן של רוב המדינות, אשר גם בהן יש בעיות. רק חוסר הוגנות קיצונית מאוד יוביל להכרעה לבטל את הלגיטימיות של משפט המדינה כליל. מעבר למחלוקת לגבי אופן ההערכה מבחינת ההלכה, גישה זו מחייבת בחינה תקופתית של ההערכה.

99 פרופ' ברוידא מכהן כפרופסור למשפט באוניברסיטת אמורי, כרב בקהילה באטלנטה וכחבר בארגון הרבנים האמריקאי. מאמרו על דיני לחימה הינו פרי מאמץ מתמשך של שנים רבות. ראו: Michael J. Brody, *Just Wars, Just Battles and Just Conduct in Jewish Law: Jewish Law Is Not a Suicide Pact!*, in WAR AND PEACE IN THE JEWISH TRADITION 1 (Lawrence Schiffman & Joel B. Wolowelsky eds., 2004). ברוידא גם טוען כי הרבנים ישראלי, יעקב אריאל, ליאור, גורן ואחרים סוברים שמדינת-ישראל אינה כפופה לדיני הלחימה ההלכתיים, אלא לנורמות הבין-לאומיות. לעניות דעתי, לגבי הרבנים גורן וליאור הוא טועה. אני חולק גם על הניתוח של שדה ההלכה ושל הפסיקה שמציעה: Rebekah H. Emanuel, *Preemptive War and International Law* in Jewish Legal Discourse (unpublished M.A. thesis, Galway University, Irish Center for Human Rights, 2010).

100 המשפט הבין-לאומי גורם שינוי תודעתי בטווח הארוך, אשר יתפשט מהרמה הגלובלית לרמה המקומית. לדעתו, צפוי מצב שבו במישור הגלובלי כבר יהיו תפיסות מקובלות (שיזכו בתמיכה של רוב מדינות העולם ורוב תושביו), בעוד יישומן בסכסוכים מקומיים יפגור אחר התפתחות זו. שניות זו בלתי-נמנעת כמעט, לטעמו. אברהם צבי רבינוביץ "שיקולים מוסריים בנושא מלחמה" ערכים במבחן מלחמה 41 (אלי בלום ואח' עורכים, התשמ"ד). הרב רבינוביץ שימש בעבר רב חיל-האוויר. באופן דומה נראה שדחיית יישום יכולה לעודד אימוץ מדיניות חדשה. ראו אריאל פורת ועמרי ידלין "השגת הסכמות חברתיות על-ידי דחיית מועד ביצוען" עיוני משפט כז 717 (2004).

### 3. עקרון הכורח הצבאי, מידתיות והיחס לחיי אדם/יהודי

לפי האמור עד כאן ברור שיש מחלוקת לגבי כל ההיבטים המרכיבים את עקרון הכורח הצבאי.<sup>101</sup> כך, למשל, יש המתירים פעילות צבאית שאינה לצורך הגנה על אזרחים. לדעת רבים, תיתכן בחירה לגיטימית בדרך פעולה שאינה ממזערת את הפגיעה בחייהם של אזרחי המדינה או של אזרחי אויב.<sup>102</sup> כן יש מחלוקת לגבי תנאי המידתיות, שעליהם ארחיב כעת.

שמירה על מידתיות בין המטרה הצבאית לבין נזק נלווה של פגיעה באזרחים היא קריטריון מורכב וחשוב בדיני הלחימה. לכאורה היה אפשר להציע "כלל אצבע" פשוט, והוא להמיר את אזרחי האויב באזרחי המדינה התוקפת:<sup>103</sup> אם תהיה מוכן לסכן את חיי אזרחיך שלך, יהיה מותר לך לסכן את חייהם של אזרחי אויב. אלא שאמת-מידה זו מניחה בפשטות כי יש שוויון מהותי ומעשי בין אזרחי האויב לבין אזרחי הצד התוקף. הנחה זו נמצאת בלב המחלוקת,<sup>104</sup> ומייצרת צורך בקריטריון מידתי אחר.

מדד המידתיות מניח כי אין מטרה לגיטימית הכוללת פגיעה בחפים מפשע. אבל אם הכנעת האויב באופן מוחלט ונטילת רצינו ללחום היא מטרה לגיטימית, אפשר לטעון כי לשם כך צריך, מעצם מהות המטרה, לפגוע (גם) באזרחים (באמצעות פעולות משנות-תודעה, דוגמת אלה שנעשו בדרזדן או בהירושימה ובנגסקי).<sup>105</sup> לפי הרב מלמד, הצורך בניצחון צבאי מרתיע ומוחץ כזה לא נעלם. היקף החורבן הלגיטימי צריך להיקבע באופן מעשי עם שולי ביטחון, כך שמחיצת האויב תהיה בוודאות במידה "מספיקה" להשגת

101 הדיון בפלל של מניעת סבל בלתי-נצרך (unnecessary suffering) דומה בחלקו לנאמר בהמשך. דיון מלא בפלל צריך להביא בחשבון את יחסם של ההלכה והפוסקים השונים לסבל אנושי בכלל ולסבל הנגרם בכוונה בפרט. ראו אהרן קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה** פרק ד (2013). נושא זה נידון, בין היתר, בהקשר של יחסה של ההלכה לעינויים חקירתיים, ובהתייחסויות אגביות במסגרת הדיון בנשק להשמדה המונית ובשימוש בפצצות ורחן. עם זאת, דיון זה טרם הבשיל, ואין בדיון הקיים כדי להוסיף באופן מהותי על הנאמר.

102 יש גם מחלוקת על תנאי ההגינות וההכללה, הגורס כי כל כלל וכל הנמקה צריכים להיות אוניוורסליים.

103 או להמיר את אזרחי האויב בחיילי הצד התוקף אשר שבויים במקום המותקף וייהרגו כנוק נלווה. ראו: Avishai Margalit & Michael Walzer, *Israel: Civilians & Combatants*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS (May 14, 2009), [www.nybooks.com/articles/archives/2009/may/14/israel-civilians-combatants/](http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/may/14/israel-civilians-combatants/).

104 הנחת השוויון אינה קיימת על-פי גישת ההסכמה. ידלין וכשר (לעיל ה"ש 1) מתנגדים לה מכל וכל על בסיס עקרון ההסכמה ועל בסיס הקביעה כי חובות המדינה מופנות קודם-כל כלפי נתיניה. גם הגישה הרואה בלחימה מאורע בין עמים כישויות תחלוק על הנחת השוויון, שלפיה אזרחי האויב הם חלק מ"גוף" התוקף.

105 מטרה זו אינה מייתרת את כלל המידתיות, אלא משנה אותו. עדיין יהיה אסור לפגוע מעבר לנדרש לשם השגת המטרה, אבל לא תהיה הבחנה בין לוחמים לבין לא-לוחמים, והמידתיות תהיה אחרת. על התודעה כחלק מהלחימה ראו בסוף מאמרם של ידלין וכשר, לעיל ה"ש 1.

היעד.<sup>106</sup> אם רואים כל עם כגוף אחד, הסיכון של יחידים במלחמה אינו פיקוח נפש, כי ה"נפש" העומדת במבחן היא נפש האומה, והערכת המידתיות משתנה בהתאם. אחרים סבורים כי האוכלוסייה האזרחית אינה מטרה לגיטימית על-פי ההלכה. לפי הרב פדרבוש, למשל, הרחיבה ההלכה את איסור השחתת העצים לאיסור השחתה של העורף כולו (תשתית ואוכלוסייה): "ועל אחת כמה וכמה שאסורה על פי תורת ישראל הפצצת מושבות התושבים מתוך אוירונים."<sup>107</sup> בהתייחסות לאיזון שבמוקד הדיון, הרב גורן והרב ליכטנשטיין אוסרים כנראה סיכול ממוקד אשר ידוע מלכתחילה כי יהיה כרוך בפגיעה באזרחים. הם מדגישים את החובה המוסרית להגן על אזרחים, אף שהם מכירים (בצער) בעובדה שלעיתים אזרחים נפגעים בשוגג.<sup>108</sup> לפי הפוסקים המתחשבים בשאלת המוניטין (חילול השם), יש שיעור של חוסר מידתיות שממנו והלאה יש לסכן חיילים ואף אזרחים של הצד התוקף כדי להימנע מסיכון של אוכלוסיית אויב.<sup>109</sup> מעניין שיש גישות אוניוורסליות המתירות פגיעה רחבה, ולעומתן גישות פרטיקולריות המצמצמות את השימוש בכוח ומגבילות אותו מאוד. אך יש גם גישות פרטיקולריות שמרחיבות את מידת הפגיעה המותרת. הרבנים ליאור, שפירא, יעקב אריאל, אבינר, אבידן, גוטל ווייזר הכריעו, באופנים שונים, כי חייהם של חיילים ישראלים (ואפילו חייו של חייל אחד) קודמים – להלכה<sup>110</sup> – לחייהם של אזרחי אויב. הכרעה זו, ודומות לה, מצריכות עיון. האם מדובר בהעדר מידתיות כלל? מהן גבולותיה של קביעה הלכתית זו?<sup>111</sup>

106 לדעתו של הרב מלמד, שינוי דרכי המלחמה בעולם כבר הביא לידי איסורן של גישת "האדמה החרוכה" ושל הריגת כל זכר. יש לשים לב ששולי הביטחון אצל מלמד הם לכיוון של פגיעה בכל מקרה של ספק (ולא הימנעות מפגיעה).

107 שמעון פדרבוש **משפט המלוכה** 206 (התשי"ב). במסגרת דבריו אלה הזכיר פדרבוש את ההפצצות בדרזדן וכן בהירושימה ובנגסקי. ראו שם, בעמ' 205–206 ("אוכלוסיה לא לוחמת").

108 שלמה גורן **משיב מלחמה** א, יד (התשס"ה): "על אף מצות הלחימה... מצווים אנו לחוס גם על האויב שלא להרוג אפילו בשעת מלחמה, אלא בזמן שקיים הכרח להגנה עצמית לצורך כיבוש ולניצחון, ולא לפגוע באוכלוסייה בלתי לוחמת ובוודאי שאסור לפגוע בנשים וילדים שאינם משתתפים במלחמה." יש לשים לב כי בעוד על האויב הנלחם יש לחוס, האיסור לפגוע במי שאינם לוחמים הוא קטגורי, ונוספת עליו קומה לגבי נשים וילדים. השו"ש שם, ג, רסד: "חובה מוטלת גם על רבני ישראל להפעיל את מידת הרחמנות שבתורה ושבהלכה... [בעניין] הריגת חפים מפשע עם מרצחים ללא הבחנה." ראו גם גוטל, לעיל ה"ש 23 (בספר **המלחמה בטרור**), וכן ציטוט ודיון אצל אייל קרים "כיתור הערים במבצע 'חומת מגן'" **המלחמה בטרור** 11, 19 (יאיר הלוי עורך, התשס"ו).

109 ניתן לטעון כי שיעור זה גבוה מאוד, וכי הוא תלוי בתקשורת, שעלולה להיות מוטיית. עם זאת, עצם קיומו של שיעור זה הוא חשוב. ראו להלן פרק ג.

110 הסיבה היחידה לא לפעול על-פי הכרעה זו היא החשש מפני תגובה או מפני חילול השם. בהעדרם יש לפעול כך (כנראה) למעשה.

111 מצד אחד, קשה לדמיין שיהיה מי שיתנגד לפעולה שתהרוג חף מפשע יחיד ובכך תמנע מלחמה גרעינית רבת נפגעים. גם הרב גורן ואחרים, האוסרים קטגורית פגיעה באזרחים, וגם הרב שרלו, המתנגד קטגורית לפגיעה בצד שלישי, בוודאי אינם שותפים לעמדה טהרנית כזו. מצד אחר, קשה לי לדמיין שיהיה מי שיחמוך בהשמדתו המוחלטת של העם שנגרד נלחמים (למשל, באמצעות נשק

לטעמי, קשה להסביר עמדות אלה רק על רקע תפיסת המלחמה כמלחמה בין עמים המהווים כל אחד גוף אחד<sup>112</sup> או על בסיס יסוד ההסכמה.<sup>113</sup> אני מציע כי בבסיסן של עמדות אלה, השוללות מידתיות ביחס שבין חייהם של חיילים "שלנו" לבין חייהם של אזרחי אויב, עומדת תפיסה שעל-פיה יש שוני איכותי מהותי בין יהודים לבין לא-יהודים.<sup>114</sup> היתרון האיכותי של בני-ברית מנביע אומנם בעיקר חובות, אבל הוא כולל בתוכו גם הערכה שחייו של יהודי שווים באופן איכותי יותר מחייהם של לא-יהודים. לשוני זה יש משמעות הלכתית לפחות בזמן מלחמה או פעילות צבאית, והוא מוזכר במפורש בדבריהם של הרבנים גינצבורג וישראל אריאל.<sup>115</sup>

#### (א) העדפת יהודים כהלכה אוטופית

רבים מן הפוסקים הסוברים כי ניתן להפלות בפועל לטובת יהודים (וכן לכפות לא-יהודים לקיים שבע מצוות) סוברים כי יהיה אפשר לעשות כן רק כאשר עליונותה של שיטת התורה תהא ניכרת לכל ובלתי-ניתנת להכחשה.<sup>116</sup> אז, ורק אז, כאשר כל אדם

---

להשמדה המונית) כדי למנוע את פציעתו או אף את מותו של חייל יחיד מהצד המתקיף. כן אציין כי אצל פוסקים אלה התנאי של מזעור הנזק אינו קיים כנראה כדרישה כשלעצמה, או מתפרש לאור מטרות אשר כוללות – או יכולות לכלול – פגיעה באזרחים.

112 עמדת הרב זיני מתבססת לכאורה על תפיסה של מלחמת לאום בלאום, אבל ספק בעיניי אם יסוד זה אכן מצמיח הסבר מספק לעמדתו המצוטטת להלן: "חיין קודמים לחיי חברך... יש להעדיף חיי אחינו על פני חיי כל אדם אחר בעולם, אנשים נשים וטף... מדין תורה אין שום מקום להתחשבות בחיי אחרים בשעת מלחמה המסכנת אותנו. הצד הקובע... טובת עמנו." זיני, לעיל ה"ש 79 (ההדגשות הוסרו). עמדתו של זיני מכלילה מהמשפט הפרטי למשפט הבין-לאומי, ומשם למשפט הבין-לאומי, בסגנון של העדפת קרובים. לדעת הרב אליעזר יהודה וולדנברג, לא ברור שהעדפת קרובים היא נימוק תקף במלחמה: "כשם שהכלל של 'וחי בהם' לא חל במלחמה, כך הכלל של 'חיין קודמים' גם כן לא חל במלחמה, אלא כאיש אחד מחויבים למסור כל אחד ואחד את נפשו בעד הצלת חייו של משנהו. ונכנס זה גם כן בכללי הלכות ציבור והנהגת המדינה ותקנתה." שו"ת ציץ אליעזר, כרך יב, תשובה נז.

113 כלומר, על בסיס טענה כי יש הסכמה בין הצדדים שכל צד מחויב יותר לחייליו מאשר לאזרחי האויב.

114 תפיסה זו שונה מגישה מוסרית אוניוורסלית של העדפת קרובים, שמאפשרת שיח בין-לאומי.  
115 יסודה של עמדה זו, בגלגולה הנוכחי, הוא במהר"ל ובתפיסות קבליות מסוימות, אך היא מתבטאת גם במקורות הלכתיים, קדומים ועכשוויים, וגם בשיח הישראלי הכללי. לפי הרב פרופ' ברוידא, במאבק בין אוכלוסיות, חייהם של אלה שבצד של הרוע שווים בסופו של דבר פחות מחייהם של אלה שבצד של הצדק (טיעון זה אינו תקף לגבי צד שלישי). הוא גם אומר כי אם המלחמה צודקת מצדך (והוא מניח שישראל וארצות-הברית צודקים), אזי אתה בצד הצודק, ואלה שנגדך מצויים בצד הלא-צודק. Broyde, לעיל ה"ש 66. לפי הרב ברוידא (ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 17), הצד הצודק צריך להיקבע בפורום משפטי בין-לאומי.

116 ניתן למצוא דברים אלה, גם אם לא תמיד באופן מפורש, אצל כל הרבנים הדוגלים במוסר יהודי אוטונומי, לאומי(ני), אידיאלי (לא-ריאליסטי) ופרטיקולריסטי (מבין אלה שהוזכרו כאן – הרבנים הורביץ, אבינר, גינצבורג וישראל אריאל).



סביר אמור לקבל על עצמו את הפיפות להלכה מרצון (ובכלל זה להכיר בכך שההפליה צודקת), יש רשות ואף חובה לכפות אותה על מיעוט מרדן. כל עוד מצב זה אינו מתקיים, היכולת הנורמטיבית לנהוג כך כלפי חוץ מותנית בתיקון עצמי.<sup>117</sup> לכן אולי גם הלכות המתירות לפגוע בזרים מתוך אמונה בייחוד ישראל תלויות בייחודם של ישראל בפועל. קביעה מהפכנית כזו משאירה חלק מהעמדות ההלכתיות הסותרות את חוקי המדינה ואת הנורמות הבין-לאומיות כ"הלכתא דמשיחא", דהיינו, כהלכות אוטופיות שאינן "הלכות למעשה" עד להגעת המשיח. מצד אחר, מכלול כתיבתם ופעילותם הציבורית של הפוסקים אינו מראה ריסון עצמי משפטי ויישומי בגלל אי-הגעה למצב אוטופי זה.<sup>118</sup>

#### 4. עקרון ההבחנה ועקרון השליטה האפקטיבית

לפי גישת ההסכמה, יש לבחון אם אכן מוסכם להבחין בין לוחמים לבין לא-לוחמים. לפי חלק מהפוסקים, עד שנות התשעים של המאה הקודמת, למרות האמנות הבין-לאומיות, לא היה בפועל מנהג ברור להבחין בין לוחמים לבין לא-לוחמים. לכל-הפחות ניכר לדעתם כי מדינות הסכימו לקבל לכתחילה נזק נלווה ניכר כדי לא לסכן חיילים (הפצצה מגבוה בקוסובו, פעולת ארצות-הברית בעיראק בשנת 1991, פעולותיו של הצבא הרוסי בצ'צ'ניה משנת 1999 ואילך). חלק מהפוסקים מזהים לאחורונה שינוי בשיח הנורמטיבי ובהתייחסות המוסדית לסוגיה, אשר מעורר מחלוקת בין הפוסקים בהערכת המצב המנהגי. חלק מהפוסקים תומכים בבדיקה של המנהג בפועל, וחלקם מקנים מעמד גבוה יותר לשיח המוסרי והמוסדי לשם קביעת עמדת ההלכה.

אם תופסים מלחמה כמתרחשת בין עמים הנתפסים כיחידים, אזי עקרון ההבחנה מתבטל לכאורה מבסיסו. הצגת המלחמה כמלחמה כוללת בין גופים לאומיים גוררת תפיסה שפגיעה באזרחים מהצד האחר היא פגיעה בגוף האויב. אלא שיש תת-גישות הממשיכות להכיר בעקרון ההבחנה, אף אם במהדורה חלשה: יש להשתדל לפגוע ב"יד הלוחמת" של העם שכנגד, ולא לפגוע בכוונה באיבר לא-לוחם, אבל ניתן לקבל בקלות רבה יחסית נזק נלווה וטעויות בסערת הקרב. אבל יש גם תת-גישות אחרות הטוענות כי לעיתים במלחמה כדאי מבחינה טקטית או אסטרטגית להכות במקום החלש והלא-מוגן ולהכריע את הקרב. סייג ההבחנה הוא שהמטרה תהיה פגיעה ברצון העם וביכולתו להילחם, ולא פגיעה מכוונת דווקא בחלשים ככאלה (כפי שעשה עמלק). מן הגישה של מלחמת לאום בלאום מתקבלת תוצאה מעניינת בהקשר זה. הפעלה עקבית של הגישה

117 בבחינת "קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים" (יפה תחילה את מעשיך שלך, ורק אחר כך יפה את מעשיהם של אחרים) (בבלי, בבא בתרא ס, ע"ב). חלק מפוסקים אלה מצדיקים את כפיית המצוות על יהודים, כדי להגיע למצב שבו שאר האומות יקבלו עליהן מרצון את שלטון ישראל. כפייה זמנית (על היהודים ואולי גם על הגויים) תביא לידי הזדהות, בבחינת "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני" (בבלי, בבא בתרא מח, ע"א).

118 הדבר ניכר, למשל, בפסיקותיו של הרב מלמד על סירוב פקודה ובתמיכתו ב"מכתב הרבנים" המתנגד להשכרת דירות לערבים; בתמיכתם של הרבנים גינצבורג וישראל אריאל בספר **תורת המלך**; ועוד.

הובילה את הרב שרלו<sup>119</sup> להבחנה האוסרת באופן מוחלט פגיעה בחפים מפשע שהם צד שלישי לסכסוך, גם כנזק נלווה, כך שנוצר למעשה עקרון הבחנה אחר. אם המוניטין האלוהי הוא מטרת המלחמה, אזי מידת חשיבותה של ההבחנה תישקל לפי תרומתה להשגת מטרה זו. נניח שיש מצב שבו ניתן להשיג את המטרה המלחמתית בשתי דרכים בעלות יחס סיכון שונה לחיילים ולאזרחי אויב. חלק מהפוסקים יסברו כי לאור שיקולי מוניטין יש לבחור לעיתים בסיכון עצמי גבוה, כדי להשיג מידה גבוהה יותר של קידוש השם. מאידך גיסא, אם אפשרות המבוססת על הבחנה מעמידה בספק את השגת המטרה, יש לכלול בשיקולים גם את אובדן המוניטין שגלום בכישלון זה. גישה אחרת טוענת כי גם אם באופן מעשי יש לקבוע את נורמות הלחימה באופן מושכל מבחינה פוליטית, אין להציג זאת כתפיסה המוסרית היהודית. ההבחנה הראויה, לפי תפיסה זו, היא לא בין חיילים לבין אזרחים, אלא בין הצד שלנו לבין הצד שלהם – בין הצד הצודק לבין הצד הרשע, בין היהודי לבין הלא-יהודי. עצם ההתנהלות לפי כללי המוסר ה"נוצריים" היא חילול השם הגדול ביותר.

האם שליטה אפקטיבית באוכלוסייה היא גורם מוסרי-נורמטיבי בדיני הלחימה? שאלה מעניינת זו לא נידונה במפורש בפוסקים.<sup>120</sup> לפי עקרון ההסכמה, השפעת השליטה על נורמת ההתנהגות תלויה במה שמקובל או מוסכם. עם זאת, אפשר לטעון את הטענה הבאה: כיבושו של עם אחר מצמיח חובות של דאגה כלפי אזרחיו של עם זה רק אם העם הנכבש מקבל את מרותו של בעל השליטה (גם אם לא מרצון). אי-קבלת מרות כזו עשויה להגביל את גיבושה של המחויבות המוסרית.<sup>121</sup> מצד אחר, נדמה שבאמנות יש כבר ציפייה ברורה שהעם הכובש ידאג לעם הנכבש, גם אם תכניה של ציפייה זו אינם ברורים.<sup>122</sup>

הגישה המתמקדת במלחמת עם בעם לא תראה שליטה אפקטיבית כמצמיחה חובות המשפיעות על הנורמה בדיני הלחימה. אדרבה, לפי הרב שרלו, ההבדלה הראויה היא

119 הרב יובל שרלו נולד בשנת 1957; ראש ישיבת ההסדר בפתח-תקוה ופעיל ציבורי בולט בקרב רבני הציבור הדתי-לאומי; כתב ספרים, מאמרים ושו"תים רבים.

120 נסיג את הדיון הנוכחי לשליטה אפקטיבית כוללת באוכלוסייה, אשר מצמיחה – לפי התפיסה ההסכמית והמשפט הביין-לאומי – חובות משפטיות של בעלי השליטה כלפי האוכלוסייה. איני דן כאן בהשפעת השליטה האפקטיבית הטקטית במסגרת פעולה ספציפית, אך יש מקום לדון במצבי-ביניים כאלה.

121 בוודאי אם אין הנחה של הדדיות (כלומר, אם משערים שהעם הנכבש לא היה מקיים חובות של דאגה כלפי העם הכובש אילו המצב היה הפוך). גישה זו ניכרת בכתביהם של הרבנים זיני, אבינר, ישראל אריאל וגינצבורג.

122 בין היתר בגלל החשש שהטלת חובות רבות מדי מהווה בעצם הכרה במעשה הכיבוש. ראו באופן כללי: Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories 1967–1988*, 84 AM. J. INT'L L. 44 (1990); Yoram Dinstein, *Legislation under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peace Building* (HPCR Occasional Papers Series, 2004), [www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper1.pdf](http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper1.pdf).

בין המשתייכים לעם הנלחם (שכלפיהם אין חובות מיוחדות, גם בהינתן שליטה אפקטיבית) לבין אוכלוסייה של צד שלישי (שכלפיה קיימת חובת שמירה מוחלטת, גם ללא שליטה אפקטיבית).

לפי העיקרון של קידוש השם ומניעת חילולו, ניתן לטעון כי האחריות הנובעת מהשליטה האפקטיבית מצמיחה חילול השם גדול יותר בעיני העולם במקרה של הפרה תחת שליטה כזו.<sup>123</sup> בהעדר שליטה נראה שאחת מהעילות של חילול השם אכן מוסרת, וחילול השם יוכל לנבוע רק מאופי הפעולה עצמה.

לפי הגישה של קידום הצדק והשלום, יש לבחון את חשיבותו של קריטריון השליטה האפקטיבית במסגרת קידום מטרות אלה. לא מצאתי דיון על כך, אך יש להעיר כי לפי גישה זו, שלטון ישראל על עמים אחרים בדרכי שלום – לאחר ייצובו של שלטון זה – הוא שיאפשר חינוך לצדק ולשלום האמיתיים ולקבלתם מרצון. לתפיסת הרב אבינר, נראה שככל ששלטון ישראל מתארך, מחויבותו של השלטון כלפי האוכלוסייה הנשלטת גדלה, כל עוד זו אינה מתמרדת בגלוי.<sup>124</sup>

## 5. שיקולים בפסיקה ביחס לדיני לחימה

### (א) סוגי מלחמות: מלחמת-מצווה מול מלחמת-רשות

לפי הרבנים אבינר, שרמן וגוטל, ולפי החוקרים אדרעי ו-Last Stone, הרב ישראלי מעניק למשפט הבין-לאומי המנהגי מעמד הלכתי גורף הן במלחמת-רשות והן במלחמת-מצווה, ללא הבחנה ביניהן. הרבנים רונס ושריר, לעומתם, סבורים כי זו גישתו של ישראלי רק למלחמות-הרשות.<sup>125</sup> לעומת זאת, במלחמת-מצווה ההיתר להילחם נובע מהצורך לקיים את המצווה, ועל-כן התוצאות הנלוות לפעולות אלה אינן מענייניו של מקיים המצווה. כאשר יש מצווה להרוג, אין צורך בהיתר להרוג על-פי הסכמה. ככל שדיני הלחימה הם חלק מהמצווה, סברה זו תחול גם עליהם.<sup>126</sup> לכן במלחמת-מצווה

123 ניתן לראות זאת בפרשת "סברה ושתילה" וכן בדיון על מידת השליטה שהייתה לישראל ברצועת עזה לאחר ההתנתקות לצורך קביעת מידת אחריותה למצב ההומניטרי עובר למבצע "עופרת יצוקה" ובמהלכה. ליבון המשמעות ההלכתית של כיבוש מתמשך, עם ובלתי קבלת מרות על-ידי האוכלוסייה הנכבשת, מחייב דיון נפרד.

124 עם התמשכות השליטה האפקטיבית גדלה השפעתו של הכובש על תודעת הנכבשים ועל התודעה הכרוכה במצב הכיבוש מבחינה בין-לאומית. ראו להלן תת-פרק ג.1. גם התפיסה שלפיה בעתיד יתפקד כל העולם כאורגניזם אחיד (ראו את מאמריהם של הורביץ, ישראל אריאל וגניצבורג המאוזכרים לעיל בה"ש 77) מחייבת בחינה דומה.

125 מלחמות שמטרתן רווח כלכלי או התפשטות טריטוריאלית, ואולי אף מלחמות-מנע כנגד איום מרוחק, נחשבות ככלל מלחמת-רשות. האות רי"ש במילה "רשות" יכולה להיות מנוקדת בשווא (permissible war) או בקמץ, שאז פירושה או מלחמה שהיא חלק מסמכותה של הרשות השלטונית – מלחמה שבשיקול-דעת (discretionary war). ראו Emanuel, לעיל ה"ש 99. לדעת רביצקי ולדעת ישראלי (אך לא כדברי וולצר), ההלכה כוללת גם קטגוריה של מלחמה אסורה (ראו שם).

126 ובלבד שלא יכוון להרוג חפים מפשע בכוונה תחילה.

הדיון על דיני הלחימה הוא פנימי לחלוטין, ואינו ניזון לכאורה מהנורמות הבינ-לאומיות. להבחנה זו יש חשיבות רבה, כי רוב מלחמותיה של מדינת-ישראל (אם לא כולן) מוגדרות מלחמת-מצווה, מדין "מלחמת ישראל מיד צר הבא עליהם".<sup>127</sup> מלחמות אלה הן מלחמות-קודש קלסיות.

אבל בתחום הדיון הצר הנוכחי יש לשאול מהו יחסה של ההלכה למלחמות לא-סימטריות: האם חוסר הסימטרייה מפחית את הסיכון הקיומי עד כדי ביטול הגדרתן של מלחמות אלה "מלחמת ישראל מיד צר הבא עליהם" וראייתן על-כן כ"מלחמות-רשות"? האם כל פעולה במלחמת-מצווה נחשבת חלק ממלחמת-המצווה לעניין זה, גם כאשר יש מקום לשיקול-דעת?<sup>128</sup> אני סבור שיש מקום לדיון בסוגיות אלה.<sup>129</sup>

### (ב) מלחמה כתופעה ייחודית

פוסקים רבים עומדים על ייחודיותה של המלחמה. המאפיין המרכזי שלה הוא הכאוטיות – העדר הסדר וההסדרה.<sup>130</sup> המסקנות הנורמטיביות ממאפיין זה שונות. פוסקים המתנגדים לסיכון אזרחים מכל וכל מכירים בכל-זאת בעובדה שהמלחמה כורכת בחובה טעויות ועוולות לא-מכוונות, שהן בלתי-נמנעות כמעט.<sup>131</sup> אחרים מדגישים כי ההסכמה ליישוב סכסוכים במלחמה כוללת הסכמה להיבטים הכאוטיים של המלחמה, כלומר, לנזק נלווה סביר. לכן מבחינה מוסרית אין כאן טעות או עוולה, אלא קבלה.<sup>132</sup> לפי גרסה שלישית, הכאוטיות של המלחמה משנה את מרחב שיקול-הדעת הסביר של מקבלי ההחלטות. הכאוטיות מחייבת יצירת מרווחי-ביטחון גדולים הרבה יותר, והופכת את מה שנראה לא-סביר בעיניים שגרתיות להחלטות סבירות בזמן מלחמה. לפי גרסה רביעית, הכאוטיות של המלחמה משנה את המוסר עצמו – הן המטרות והן הקריטריונים משתנים (לגרסה זו יש תת-גרסה רציונלית ותת-גישה דתית-מיסטית אוטופית).<sup>133</sup> מאפיין מיוחד נוסף של החלטות במלחמה הוא שקילת שיקולים טקטיים

127 כן, לא נראה שהשאלה העומדת לפנינו – מידת הסיכון המותר של אזרחי אויב – יכולה להשפיע על עצם כיבוש הארץ (שהוא עילה אחרת למלחמת-מצווה). שאלת ההגדרה של מלחמת-הגנה של עמים אחרים כמלחמת-מצווה צריכה עיון.

128 למשל, במצבים שבהם יש זמן ומקום להתלבטות בין סיכון חיילים לבין סיכון אזרחים.

129 ייתכן שיש פעולות מלחמתיות מסוימות שלא יוגדרו כחלק ממלחמת-מצווה לעניין דיני הלחימה ההלכתיים. דיון באמצעות מושגים אלה מאפשר עיסוק בהחלטה לצאת למלחמות "יש בררה", במבצעים יזומים במסגרת מלחמות מתמשכות ואולי אף בפעולות הנעשות במסגרת מלחמת-מצווה כוללת שבהן ניתן לבחור בין כמה דרכים שונות שכולן ישיגו את המטרה.

130 זו בדיוק מטרתו של התחום המיוחד של המשפט הבינ-לאומי העוסק במלחמה – להכניס סדר מינימלי בכאוס.

131 ראו לעיל ליד ה"ש 108.

132 זו עמדתם של הנצי"ב ושל הרב ישראל, למשל. ראו לעיל ה"ש 46.

133 לגרסה השלישית ראו את עמדתו של אבינר, המתוארת להלן אחרי ה"ש 140. לגרסה הרביעית ראו את עמדתו של הרב זיני, המתוארת לעיל ליד ה"ש 79–83, וכן את הדיון ליד ה"ש 55 ואילך.

ואסטרטגיים לטווחי זמן קצרים, בינוניים וארוכים מאוד.<sup>134</sup> טווח הזמן משמש אצל חלק מהפוסקים שיקול להתרת פגיעה באזרחים (שכן פרספקטיבה ארוכת-טווח ממתנת את עוצמת הפגיעה באזרחים), בעוד אצל אחרים הוא משמש שיקול דווקא להגבלת השימוש בכוח (שכן פרספקטיבה ארוכת-טווח ממתנת את הפגיעה באינטרס הצבאי-הלאומי).

### (ג) הלכות מלחמה כהלכות ציבור

מאפיין נוסף שמשפיע על הפסיקה בדיני לחימה הוא העובדה שסוגיה זו מצויה בתחום הלכות ציבור.<sup>135</sup> פוסקי הלכה רבים מכירים בכך שיש לראות בהלכות ציבור תחום הלכתי עצמאי ושונה.<sup>136</sup> עם זאת, רובם סוברים כי תחום זה אינו מפותח דיו, ולכן יש הנזקקים לקטגוריה זו רק בהעדר אפשרות הלכתית אחרת.<sup>137</sup> הצורך לפתח הלכות ציבור למדינת-ישראל ולמציאות המודרנית כבסיס לפסיקה בענייני ציבור עמד בבסיס טיעונם של הרב גורן ושל ישעיהו ליבוביץ. לדעתם, פסיקה הלכתית מלאה בנושאים אלה יכולה להתקיים רק במסגרת הלכות מדינה חדשות, שיש לפתחן כמשימה דתית ראשונה במעלה.<sup>138</sup> פוסקים אחרים סוברים כי יש כבר יסודות להלכות ציבור (או לפחות נוהגים כאילו זה המצב). פוסקים אחרים טוענים כי בענייני ציבור יש להסתמך על משפט המדינה או המשפט הבין-לאומי,<sup>139</sup> וחלקם טוענים כי יש ליישם תובנות תנ"כיות, הגותיות וקבליות או לעשות שימוש בתיאוריות פוליטיות וחברתיות כלליות.

134 "קנה המידה אצל עמים הוא עשרות שנים... אפילו אלפי שנים... שינוי קנה המידה מיחיד וקהילה לעמים ומדינות כורך בחובו שינוי בקנה המידה בתפישת הזמן וההיסטוריה." אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 77. זהו אחד הקריטריונים המוזכרים על-ידי ידלין וכשר, לעיל ה"ש 1, והוא מוזכר על-ידיהם כמה וכמה פעמים.

135 אם יש הלכות ציבור כתחום עצמאי, נדמה שהלכות מלחמה בוודאי כלולות בהן. אכן, הרב וולדנברג מכריע כי המלחמה היא שונה ומשונה. היא מגלמת שוני בעולם, והיא מגלמת שוני נורמטיבי – ברמה הכללית וברמה האישית. השוניות נובעות גם מכך שהמלחמה כורכת באופן אינהרנטי מוות והריגה, וגם מכך שמדובר בהלכות ציבור ובהנהגת מדינה, שהן תחום נפרד מבחינה הלכתית. שו"ת ציץ אליעזר, כרך יב, תשובה נו.

136 מול עמדה זו ניצב כנראה הרב עובדיה יוסף, אשר מפעיל באופן עקבי עקרונות ותכנים מהמשפט ההלכתי הפרטי גם במישור הציבורי. Fischer, לעיל ה"ש 67.

137 לעמידה על כך ולניסיון להתחיל במלאכה ראו הכהן, לעיל ה"ש 58. הפער הנידון בטקסט בלט ובולט בדיון על עסקות שבויים. הפעלת כללי ההלכה לגבי פדיון שבויים מבלי להתייחס למאפיינים הציבוריים, המדיניים, הפוליטיים והאסטרטגיים הופכת את ההיזקקות למשפט העברי למבישה, לעקרה ואף למזיקה. הקולות שמודעים לפער בין הלכה רגילה לבין הלכות ציבור מציעים את עמדותיהם, ככלל, כהצעות ראשוניות בלבד, בגלל מצבן הלא-מפותח של הלכות הציבור.

138 ראו אדרעי, לעיל ה"ש 16; Edre'i, לעיל ה"ש 19. גורן וליבוביץ חלקו כמובן על אופן הפסיקה הראוי ועל ההלכה הראויה.

139 Edre'i, לעיל ה"ש 19, אומר (בה"ש 40) כי "הרב ישראלי פרסם מאמר... שבו טען כי את מלחמות ישראל יש לערוך על-פי המשפט הבין-לאומי, וזאת בהתבסס על... 'דינא דמלכותא דינא'... הרב ישראלי טען כי הדבר נכון גם לגבי המדינה היהודית, אשר מחויבת להתנהל... ביחסיה עם מדינות

היבט אחד של "הלכות ציבור", המשפיע ישירות על דיני הלחימה, הוא אי-הנכונות ליטול סיכונים ברמה הלאומית.<sup>140</sup> לפי אבינר, בדיני לחימה אין סובלנות לטעות בהוראת הלכה.<sup>141</sup> מנהיגים אינם רשאים ליטול ולו את הסיכון הקטן ביותר לכליון העם. מבחינה הלכתית, תפיסה זו נכונה לעם-ישראל, אבל לא למדינה.<sup>142</sup> אכן, הרב ש"ך מבקש למנוע את היווצרות הסיכון הקטן ביותר להשמדת העם על-ידי תמיכה בפיזור של אוכלוסיית העם היהודי עד לבוא המשיח.<sup>143</sup>

לסיכום, בפרק זה הוצגו מחלוקות הגותיות, פוליטיות והלכתיות ברוב סוגיות-היסוד העומדות בבסיסם של דיני הלחימה. ריבוי הגישות בסוגיות-יסוד כה רבות מחייב לסייג את ההנחה של ידלין וכשר כי יש מצע משותף לדיון האתי,<sup>144</sup> וסייג זה נכון, מקל וחומר, לגבי השיח הבין-לאומי.<sup>145</sup> מחלוקות יסודיות ורבות אלה מכוננות את השיח הפנים-קהילתי, את השיח עם הקהילה ואת הפסיקות, שבהן אדון בפרק ב.

אחרות... בהתאם למשפט הבין-לאומי המקובל". אף שאיני מסכים לניתוחו של פרופ' ארעזי לגבי הרב ישראלי, עמדה כזו אכן קיימת בקרב הפוסקים.

140 מדינה אינה יכולה לוותר באופן אלטרואיסטי כפי שצדיק יחיד יכול לעשות (בעיקר במונחים של סיכון עצמי), ומלחמה היא בגדר "רע בל יגונה". "האם המלצה [להיות ותרן – ע' י"]... יפה גם ביחסים בין-לאומיים? ... לא תוכל לומר כן, שהרי... לא יוכל לוותר על חשבון אחרים". אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 146.

141 אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 191–193. זאת, גם אם מותר ליטול סיכון לפגיעה שאינה יכולה – באופן ודאי – להוביל לכיליון. על ההבדל בין הוראת ההלכה לבין תהליך קבלת ההחלטות במקרה ספציפי הרחבתי במאמרי "פסיקת ההלכה כהתרחשות קוגניטיבית", בתוך **הלכה כהתרחשות** (אבינועם רוזנק עורך, מאגנס, בדפוס).

142 יש מחלוקת הלכתית ומחלוקת בספרות הכללית באשר לגבולות הכוח שמותר להפעיל למען שמירה על המסגרת המדינית. אבינר (לעיל ה"ש 56, בעמ' 148) סובר שהאיסור ליטול סיכון, ולו הקטן ביותר, חל גם על המדינה, כי האו"ם "נגרר לפעמים אחרי הפילוסופיה הטורריסטית הרואה את המתגונן... כאלים. הדבר מזכיר... את פון קלאוזוויץ... [אשר טען] שהאשם באלימות הוא דווקא המותקף... אם המותקף היה נותן לו... היה הכל מסתיים בכי טוב ללא מלחמה".

143 ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, נספח א לחלק א. הרב ש"ך סובר כי אין הצדקה להפעלת כוח לשם שמירה על המדינה.

144 ידלין וכשר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 388. כך, למשל, ידלין וכשר מניחים כי "פעולה של רצח אנשים... יכולה להיות מוצדקת מבחינה מוסרית אך ורק אם היא פעולה של הגנה עצמית, שנעשה בה שימוש כמפלט אחרון" (שם, בעמ' 391), וכי פעולות האכיפה במדינה ופעולות הלחימה במישור הבין-לאומי הן חלק מ"אמנה חברתית". לפי המתואר עד כה, אין הסכמה על יסודות אלה.

145 חלק מבעלי ההנמקות הפרטיקולריות אינם מודעים לכך שהנמקות אלה מעכבות שיח בין-לאומי חיוני על דיני הלחימה. ייתכן גם שחלקם אינם מעוניינים בשיח כזה או אינם מאמינים בהיתכנותו. עמדות אחרות אינן מקבלות אומנם את הנחות השיח הכללי, אך גם אינן מיוסדות על הנחות דתיות, מיסטיות או פרטיקולריות. חלק מעמדות אלה יכולות להשתלב בשיח הכללי.

## פרק ב: הפסיקה למעשה – הכרעות והנמקות בדיני לחימה

בפרק זה אסקור בקצרה את הפסיקות השונות שניתנו הלכה למעשה בסוגיות של סיכון חיילים לשם הפחתת סיכון לאזרחי אויב. לפרק זה כמה מטרות: (א) להראות כיצד השיקולים שנידונו לעיל משולבים יחדיו על-ידי הפוסקים השונים; (ב) להראות כי עמדה מסוימת בשיקולי-יסוד יכולה להוביל לתוצאות סותרות – לנוכח שילוב שיקולים, לנוכח הערכות שונות של המציאות או במענה לשאלות שונות; (ג) להראות את רוחב היריעה של האפשרויות הלגיטימיות בספרות ההלכתית; (ד) לעמוד על היסודות ההגותיים של עמדות הלכתיות נפוצות.<sup>146</sup> סידור העמדות יהיה תוצאתי: אפתח בעמדות המתנגדות לכל סיכון של חיילי ישראל כדי להימנע מסיכון אזרחים חפים מפשע, אמשך בעמדות הפוכות, ואסיים בדיון בעמדות-ביניים ובעמדות מורכבות.

### 1. מותר לסכן אוכלוסייה אזרחית כדי להפחית סיכון לחיילים

לפי הרב זיני,<sup>147</sup> בשם ההגנה על הלאומיות היהודית לא רק שניתן להתיר "כל פעולה", אלא יש ליזום ולחתור לפעולה "ללא כל נקיפת מצפון".<sup>148</sup> זיני אינו מקדם הפרת פקודות, אלא שינוי שלהן. הוא מתנגד להוראות הממשלה והצבא בישראל המחייבות הסתכנות כדי להפחית סיכון לאזרחי אויב, ואומר כי אלה מבוססים על מוסר "מסולף, אכזרי ודמיוני".<sup>149</sup> מבחינה מוסרית מופרך, לדעתו, להעמיד את חייהם של אזרחי אויב מעל חייהם של חיילים ישראלים.<sup>150</sup> הרב שמעון וייזר צועד צעד נוסף ומתיר (ואף

146 בהערות אנסה להמחיש את ההשפעה שיש לפסיקות השונות. ראו, למשל, בה"ש הבאה.

147 לפי האתר של ישיבת-ההסדר "אור וישועה", אשר הרב זיני עומד בראשה (ראו לעיל ה"ש 79), "הישיבה משמשת כסניף מרכזי בחיפה ובצפון של המדרשה הצבאית בשיתוף עם צה"ל. מדי חודש פוקדים את הישיבה מאות חיילים הבאים לבית המדרש לשמוע הרצאות מפי הרבנים של הישיבה במגוון נושאים הקשורים לחייהם בצבא כגון מנהיגות, ערכים ועוד". הישיבה מקיימת שיעורים גם בבסיסי צה"ל. ראו [www.orvishua.org.il/heb/projects-midrashaTsvait](http://www.orvishua.org.il/heb/projects-midrashaTsvait).

148 זיני, לעיל ה"ש 79.

149 "ההוראות הבלתי-מוסריות ביותר שניתנו אי-פעם לצבא כלשהו... להקריב אזרחים... על מזבח פסידור-מוסר אווילי מבית מדרשה של נצרות... יש כאן הקרבה של חיי אזרחים על מזבח מוסר מסולף, אכזרי ודמיוני..." שם (ההדגשות הוסרו). הרב זיני מכוון בדבריו אלה לקוד האתי של הצבא וליישומו במלחמת לבנון השנייה.

150 לדבריו, מוסר זה הוא חלק מ"תפישה עבודתית, פרי מנטליות גלותית... בשם מוסר מפלצתי ומתועב... איזה הגיון הפוך ואבסורדי, אירוני ואכזר...". אליהו זיני "ההתנגדות לכיבוש היא היא המשחיתה" (כ"ו אב התשס"ו) [www.orvishua.org.il/heb/files/art/1156276565.pdf](http://www.orvishua.org.il/heb/files/art/1156276565.pdf). למשל, לפי המשפט הבין-לאומי, אי-כיבושה של מדינה זרה (לבנון) הוא איסור חמור ומוחלט, לעומת הריגת בני-אדם במלחמה צודקת, אשר אינה אסורה (יש גם ביקורת על עצם ההיתר למלחמה בהקשר זה).

ממליץ) לכאורה להרוג במלחמה כל מי שקשור לאויב, אפילו בניגוד להוראות הצבא.<sup>151</sup>

במסגרת בירור נרחב יותר<sup>152</sup> דן הרב אבינר בחובה לסכן חיילים כדי לא לפגוע באוכלוסייה אזרחית וכדי לטפל בשבויים, ומכריע שכללל, מבחינה מוסרית והלכתית, אין מקום לסכן חיילים.<sup>153</sup> לפי אבינר, בזמן מלחמה אין משפט, אלא יש "מצב טבע" מוסרי<sup>154</sup> – שבו "הדבר היחידי שקיים הוא: 'הבא להרגך השכם להרגו'", ומה שקובע הוא יעילות המלחמה.<sup>155</sup> כלומר, "מרגע שנפתחת המלחמה, אין מושג של טוהר הנשק".<sup>156</sup> מבחינה הלכתית, מרגע שיש מלחמה, כל האמנות הבין-לאומיות הן חסרות ערך,<sup>157</sup> מפני ש"אם מותר לי לעבור על 'לא תרצח', מותר לי לעבור גם על אמנת

151 שמעון ויזור "טוהר הנשק – חליפת מכתבים" ניב המדרשה יא 29 (התשל"ד) [www.daat.ac.il/daat/kitveyet/niv/tohar-2.htm](http://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/niv/tohar-2.htm). ראו שם כיצד תלמידו החייל מבין את דבריו הלכה למעשה, ללא הסתייגות הרב. לתגובה חריפה ראו אוריאל סימון "דת, מוסר ופוליטיקה" בתפוצות הגולה יח(2) (התשל"ז). לתגובתו של ויזור ראו שמעון ויזור ניב המדרשה יג 211 (התשל"ח-התשל"ט).

152 אבינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77. ראו גם שלמה אבינר יוצר אור 134–135 ("דת ומלחמה"), 212–213 ("מוסר אנושי ומוסר הקודש"), 215 ("גילויי מוסר כלפי העמים") (התשס"ו).

153 הרב אבינר דן בשאלות אלה לא "מבחינת הכדאיות", אלא "מבחינה מוסרית, ערכית ותורנית" (שם, בעמ' 155). הרב אף הקדיש לסוגיה זו מאמר נפרד, זמין באינטרנט ומצוטט – ראו אבינר "טוהר הנשק", לעיל ה"ש 77.

154 "באשר ליחסים בין לאומיים, אין שופטים ושוטרים. אמנם יש בית משפט בין לאומי, אך אין לו כוח כפיה... שופט ללא שוטר איננו שופט. אין משטרה בין לאומית. יחסי המדינות הם ג'ונגל... האמרה השנונה של בן גוריון 'אום-שמום', פירושה הפילוסופי הוא שהאום הוא גורם אפסי בזירה הבין לאומית, הוא איננו אלא מצלם מצב, ואינו משנה מצב... יש הכרח להשתמש בכוח, ואין סיבה להרגיש רע." אבינר "טוהר הנשק", לעיל ה"ש 77. האמירה של בן-גוריון נאמרה ככל הנראה ב-29 במרס 1955. להתייחסויות מורכבות יותר ראו דוד בן-גוריון חזון ודרך א 20–24; ב 197–199, 232–238 (1959).

155 אבינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 164. אבינר סובר כי ככלל אסור להילחם, וכי אין ביכולתה של הסכמה (קונוונציה) להחיר איסור זה. רק מלחמת-מגן מותרת (כולל היתר נרחב יחסית למלחמת-רשות מניעתית). במסגרת זו אסור ליטול ולו סיכון זעיר לחורבן, ויש להכיר במציאות הבין-לאומית ככאוטית (בהקשר זה הוא משתמש במונח "מצב טבע", תוך הפניה להובס). שם. ראו גם אבינר "טוהר הנשק", לעיל ה"ש 77.

156 "במלחמה עצמה אין שום סייגים, אלא יש להילחם בצורה היעילה ביותר... איש איננו יכול להורות להיות אדיב ומתחשב כלפי האויב... מעודף הומניות והגינות. ידוע האיסור של 'לא תרצח' ואין לעבור... אך כאשר עסוקים בהצלת נפשות, אין מקום ליפי נפש. העם נמצא בסכנת נפשות, על כן יש לעשות כל שנצרך על מנת להצילו ולנצח, להשתמש בכל כלי הנשק ולא להתפעל ממאומה". שם, בעמ' 164.

157 "שעד המלחמה אנו כפופים להסכמים בין-לאומיים... אבל בתוך המלחמה הכללים משתנים. יש פיקוח נפש הדוחה הכל. זו הרחמנות היחידה והאמיתית. אין להתחשב בשום דבר, מלבד האומה והאנשים." "ודאי אין להפר ברית בין עמים... [אך] מרגע שהופרה על ידי הצד השני, אין היא מחייבת יותר. זה מה שקרוי בחוק הבינלאומי 'החוק עד המלחמה' *jus ad bello* לעומת החוק שבתוך המלחמה *jus in bello*". שם, בעמ' 169. השימוש במונחי המשפט הבין-לאומי אינו מסתיר את



ג'נבה.<sup>158</sup> בוודאי עשרת הדברות הם יותר מאמנת ז'נבה.<sup>159</sup> במצבים של ספק בשיקול-הדעת הצבאי יש לזכור, לדעתו, ש"מלחמה היא מצב מעורפל, אי אפשר להיכנס לסיכונים", וש"במלחמה נטרפות אמות המידה". לכן, סובר אבינר, "אם התורה התירה מלחמה, היא התירה פגיעה באזרחים". אומנם, היתר זה אינו ללא גבולות ומגבלות. כך, למשל, יש "הנחיה להשתדל שלא לפגוע עד כמה שאפשר"<sup>160</sup> באוכלוסייה חפה מפשע לחלוטין.<sup>161</sup> אבל גם בהקשר זה, "הגבול הוא הרגע שבו נשלם בחיי חיילנו".<sup>162</sup> גם הרב אבידן קבע להלכה<sup>163</sup> כי חייהם של חיילים ישראלים (ולו של חייל אחד) קודמים לחייהם של אזרחי אויב.<sup>164</sup>

- 
- הסתירה שבין תוכן דבריו של הרב אבינר לבין המשמעות השונה של המושגים הללו במשפט הבין-לאומי. דבריו של אבינר מבטאים למעשה את גישת *inter arma enim silent leges*. ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118 והלאה.
- 158 אבינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 167–168. כך, למשל, על הריגת מחבל כפות אומר אבינר: "כמובן שסמכות זו אינה ניתנת לכל אחד... לכן בהחלט יש כאן עברה על חוקי המדינה, אך לא עוון של רציחה כיון שיש לפנינו 'גברא קטילא', אדם הרוג מבחנה הלכתית". שלמה אבינר על **הארץ לבטח – שו"ת האינתיפאדה** (התשנ"ה). השו"ת שלמה אבינר "הקם להרגך השכם להרגו" (התשס"ח) [www.havabooks.co.il/article\\_ID.asp?id=96](http://www.havabooks.co.il/article_ID.asp?id=96). נוסף על כך השוו להכרעתו ההפוכה של הרב הנקין (המבקר פסיקה זו של אבינר): יהודה הרצל הנקין "איסור הריגת גוי ורציחת מחבל כפות" (התשנ"ה) [www.yesodot.org.il/Heb/D2\\_Content/MenuID/1008/ID/1223/](http://www.yesodot.org.il/Heb/D2_Content/MenuID/1008/ID/1223/).
- 159 גיבורי התנ"ך משתמשים בשעת מלחמה בתכסיסים, גם כאלה המפירים את כללי המלחמה של זמנם, כדי להשיג יתרון. אהוד בן גרא, לדוגמה, השתמש לרעה באמוץ האויב כדי להשיג שלום של שמונים שנה. "מותר להטעות בעת מלחמה – אם מותר לרצוח מותר גם לשקר." אבינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 168. הדוגמות שאבינר מביא שם מעניינות.
- 160 אבינר מוסיף בקשר ישיר לסוגיה הנידונה כאן: "קיים רק שיקול צבאי טהור שלפעמים כולל גם רחמנות על האויב, בתנאי שאינה פוגעת בשיקול האסטרטגי והטקטי". שם, בעמ' 169.
- 161 הרב אבינר מבדיל בהקשר זה (כמו הרב ישראל) בין אזרחים שאינם מעורבים בלחימה כלל לבין אזרחים שמעורבים בה, אף אם בעל-כורחם או מבלי דעת: "לא נדון את האזרח הלבנוני על שנתן תחת איום מחסה לרוצחים, אבל אם הוא אכן נתן מחסה וחיפה – איננו חייבים להתחשב בו. יש רודף שלא מדעת ורודף באונס... אבל בוודאי שאוכלוסייה אזרחית שאינה מסכנת אותנו, עלינו להשתדל שלא תיפגע." שם, בעמ' 167.
- 162 "לא תמיד אפשר להזהיר מראש... [בין היתר] כדי לא לאבד את גורם ההפתעה... מוזכר ברמב"ם שאין לחמול על שבויים. שבוי של היום הוא לוחם של מחר." עם זאת, אבינר מסייג אחר כך ואומר: "יחס טוב לשבויים יחסוך לנו דם. וכן שונה החשבון... [במקרה] כמו נשים". שם, בעמ' 167–170.
- 163 הסיבה שבעטייה אין לפעול על-פי העדפה זו היא רק שיקול מעשי של חילול השם, אבל בהעדרו – יש לפעול כך (כנראה) למעשה (ראו להלן ששיקול זה בעיניו הוא שיקול מלכות, ולא שיקול הלכתי).
- 164 אברהם אבידן "טוהר הנשק לאור ההלכה" בעקבות מלחמת יום הכיפורים: פרקי הגות, הלכה ומחקר (1974). דברים אלה נכתבו לאחר תום כהונתו של הרב אבידן כרב צבאי.

הרב דב ליאור<sup>165</sup> הכריע בסדרת פסיקות כי בעת מלחמה מותר לפגוע בחיי אזרחים כדי לא לסכן חיי חיילים. לדעתו, אם יש צורך או כורח – אין הבחנה בין לוחמי אויב לבין אזרחי אויב. בשנת 2011 קבעה קבוצת רבנים (ביניהם הרבנים ליאור, יעקב יוסף ומאיר מאזוז) כי מותר לירות לעבר אוכלוסייה אזרחית שמקרבה יורים לעבר יישובים יהודיים<sup>166</sup> (לאחר אזהרה ומתן זמן להתפנות,<sup>167</sup> אם אפשר).<sup>168</sup>

הרב פרופ' נריה גוטל כתב מאמר על "לחימה בשטח רווי אוכלוסייה אזרחית".<sup>169</sup> בדיון ארוך ומורכב (ראו להלן) הוא מכריע כי ההגנה על חיי חיילים (אפילו על חייו של חייל אחד) מצדיקה אופן לחימה הפוגע באזרחים, גם לכתחילה ולהבא.<sup>170</sup> כך, ניתן לבצע "סיכול ממוקד" גם במחיר נפגעים אזרחים,<sup>171</sup> "כל עוד הדבר לא נעשה במגמה

165 נולד בשנת 1934, רב היישוב בקרית-ארבע, מראשי ישיבת-ההסדר במקום. ראו גם: "מותר לצד המתגונן לתקוף גם אוכלוסייה אזרחית מצד העם התוקף. ולכן מותר לצבא ישראל 'להרים' בית שיש בו מחבלים, גם אם נמצאים בתוכו אזרחים או נשים וילדים." דב ליאור "הערות לספר חבל-נחלתו" ב, יב (התשס"א), מצוטט על-ידי גוטל, לעיל ה"ש 23. ליאור אומר כי "מותר לפגוע תוך כדי לחימה באוכלוסייה אזרחית 'חפה מפשע' כביכול". לדבריו, "דין תורתנו הוא לחוס ולהציל את חיילינו ואזרחינו וזהו המוסר האמיתי של תורת ישראל, ואין להרגיש אשמה ממוסר נכרי". "יור ועד רבני יש"ע: מותר לצה"ל לפגוע באזרחים תוך לחימה" ערוץ 7 19.5.2004 [www.inn.co.il/News/Flash.aspx/79001](http://www.inn.co.il/News/Flash.aspx/79001). הרב מסביר כי "אין מושג בהלכה היהודית של התחשבות בחפים מפשע תוך כדי לחימה. אנו פועלים כהתגוננות ולכן אין כאן שום שאלה. ברור שאם תוך כדי לחימה צריך לעצור את הירי של המחבלים, מותר לפגוע גם באזרחים אם אין ברירה אחרת". ריאיון עם הרב ליאור שהתפרסם בארץ ישראל שלנו 20 (פורים התשס"ח) [www.sos-israel.com/contentManagement/uploadedFiles/pdfalon/20.pdf](http://www.sos-israel.com/contentManagement/uploadedFiles/pdfalon/20.pdf).

166 "כאשר אוכלוסייה הגרה בערים הגובלות ביישוב יהודי שולחת פצצות לתוך היישוב היהודי במטרה להרוג ולהרוס את הקיום היהודי, מותר על פי הלכה לירות פגזים ופצצות אל מקומות הירי הגם שהוא מקום ישוב של אזרחים." פסק הלכה: מותר לירות לתוך אוכלוסייה אזרחית משם יורים לעבר יישוב יהודי" nrg – יהדות 5.3.2008 [www.nrg.co.il/online/1/ART1/705/622.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/705/622.html).

167 "לתת התראה של כמה שעות לאזרחים לפנות את השכונות שעומדים להפגז ולחריבם. לאחר נתינת ההתראה האחריות לחייהם היא על האנשים הגרים שם או על אלו המונעים מהם לברוח משם." שם.

168 אם זו המדיניות, יש להצהיר עליה, כדי לאפשר לאוכלוסייה האזרחית להיערך לתגובה. "במקרים מסוימים... צריך להגיב מיד אחרי הירי, אלא צריך להודיע מראש שמכל מקום שיורים ממנו הם עלולים להיות מופגזים או מופצעים כדי שהאוכלוסייה המקומית תמנע מראש כל ירי ממקום מיושב." שם.

169 גוטל, לעיל ה"ש 23. מאמר זה פורסם כאמור הן בכתב-העת תחומין והן בספר המלחמה בטור. במקרה זה במות הפרסום מקנות למאמר מעמד מעבר לזה של הכותב.

170 גוטל, שם, מביא דעות של פוסקים רבים – של הרבנים שפירא, דב ליאור, יעקב אריאל ואחרים – המכריעים לדעתו כך.

171 לטעמו, מלחמת-נקמה אינה רק במשמעות של גמול על העבר, אלא גם במשמעות של מניעת מעשים עתידיים. הרתעה מוגדרת כתקיפה שנועדה להשפיע על דעת-הקהל ועל ההתנהגות (המוטיוציה) לצאת למלחמה בעתיד. גוטל מסייג הכרעה זו, כי לדעתו הרב ישראלי סבר שלא כל

יזומה של הריגת אזרחים<sup>172</sup>. לטעמו, במלחמת-מצווה האוכלוסייה האזרחית אשמה בהינזקותם בנזק הנלווה לפעולות המלחמה.<sup>173</sup>

הרב פרופ' ברוידא מגיע למסקנה כי אין כיום מגבלה הלכתית לגבי ההתנהלות הצבאית, ויש מרחב להתיר פעולות שצבאות ישראל וארצות-הברית נמנעים מהן כיום. כך, למשל, ניתן לאשר הלכתית סיכול ממוקד (גם עם נפגעים אזרחים כנזק נלווה), עינוי שבויים, ענישה ציבורית ואף הריגת ילדים חפים מפשע במחנה אויב. המטרה היא ניצחון, ובדרך למטרה זו פעולות אלה מותרות.<sup>174</sup>

לפי הרב יובל שרלו, אם האזרחים הם מאותו עם כמו המחבלים ויש צורך בטחוני חיוני, אזי יש לכאורה מקום לשקול פיצוץ של בית גם אם יש בו אזרחים. הדבר נובע מהגדרת מלחמה כמתנהלת בין עמים, שהרי גם האזרחים הם חלק מעמם. הדבר נכון על-פי התורה, וכך גם נעשה בפועל על-ידי אומות העולם.<sup>175</sup>

הרב יעקב אריאל<sup>176</sup> מכריע כי אף שלפי ההלכה אוכלוסייה אזרחית מוצאת ממעגל הדמים, מקבלי החלטות יכולים להחליט על דרך פעולה שבה ייפגעו אזרחים, כל עוד

---

כללי מלחמת-הנקמה מועברים אוטומטית מדין זה לכל מלחמת-מצווה. למשל, אין להעתיק את מצוות הריגת הקטנים כחלק מהמצווה. גוטל, שם.

172 סוגיית הנזק הנלווה נידונה בהרחבה במשפט הבין-לאומי, והאמור כאן אינו תואם את המצב המשפטי.

173 "יש מקום לפעולות תגמול ונקם... בגדר מלחמת מצווה. וכל אסון ופגע שקורה לפורעים ולבעלי בריתם ולילדיהם, הם הם שערבים לזה, והם עוונם ישאו. ואין שום חובה להימנע מפעולות תגמול מחמת חשש שיפגעו בזה חפים מפשע, כי לא אנו הגורמים, כי אם הם עצמם ואנחנו נקיים. אכן לפגוע לכתחילה בכוונה בילדים, כזה לא מצינו". גוטל, לעיל ה"ש 23. זוהי פרשנותו של גוטל להכרעת הרב ישראלי כי היפגעות של חפים מפשע בנזק נלווה היא "דין שמים" (מה שאינו אומר שהנפגעים אשמים, כפי שגורס גוטל). פרשנות זו נראית לי מגמתית, ולא טעות בעלמא.

174 על הרב ברוידא ומאמריו ראו לעיל ה"ש 97 ו-99. מעמד פסיקתו נובע מהיותו ראש הכותבים באנגלית בסוגיה זו, מתפקידיו (אז) בארגון רבני אמריקה, ומכהונתו כפרופסור למשפטים באוניברסיטת אמורי. Michael J. Broyde, *Fighting the War and the Peace: Battlefield Ethics, Peace Talks, Treaties, and Pacifism in the Jewish Tradition*, www.jlaw.com/Articles/war1.html; MICHAEL J. BROYDE, THE BOUNDS OF WARTIME MILITARY CONDUCT IN JEWISH LAW: AN EXPANSIVE CONCEPTION (2006).

175 את העמדה הזו הביע שרלו בתגובה על שאלה שנשאל, באוגוסט 2004, על היחס בין פיקוח נפש של חיילים לבין סיכון אזרחים בפעילות נגד מחבלים המסתתרים בתוך האוכלוסייה. עם זאת, הוא מבהיר כי תשובתו זו היא טנטטיבית בלבד, שכן "זו שאלה המחייבת דיון ארוך ויסודי... בשל עובדה זו, ובעיקר בשל העובדה שמדובר בדיני נפשות, לא אוכל לפרוס את כל תחום שיקול הדעת והמקורות בעניין, ואכתוב רק את השורה התחתונה כפי שבררתי בעניי. יש לדעת כי בדיני נפשות מתחילין מן הצד, ואני הקטן שדן בזה, ובסופו של דיון השאלה תוכרע על ידי דיון בו יעמדו למניין וכריעו כל העוסקים בו". מופיע בשו"ת אינטרנטי באתר מורשת – www.moreshet.co.il/web/shut/shut2.asp?id=45286. בחלק אחר של עמדתו המורכבת של הרב שרלו אעסוק בתת-פרק הבא.

176 נולד בשנת 1937, רב העיר רמת-גן, פוסק חשוב בציונות הדתית. לרב יש אתר אינטרנט – www.haravariel.com/default.asp

החלטה זו היא שקולה ועולה בקנה אחד עם הנורמות המקובלות.<sup>177</sup> גם הכרעתו של הרב אריאל בנויה על תפיסת המלחמה כאקט קולקטיבי.<sup>178</sup> לכן אין בפעולה כזו בעיה מוסרית, לדעתו.<sup>179</sup> אריאל מבטל את תוקפן ההלכתי של אמנות בין-לאומיות בהקשר זה,<sup>180</sup> מפני שארגוני הטרור אינם מכפיפים את עצמם להסכמים אלה.<sup>181</sup> הכרעתו מלווה נימוק תודעתי: איום בהפעלת אלימות קשה ומשולחת-רסן הוא מוסרי יותר ממדיניות של ריסון עצמי, כי הוא יוביל בסופו של דבר למספר קורבנות קטן יותר.<sup>182</sup>

177 השאלה היא: "האם מותר להתגונן ע"י שימוש בדרכים שקשה באמצעותם לפגוע נקודתית בתוקפים בלבד, אלא יש חשש שגם אזרחים תמימים עלולים להיפגע?" אריאל מדגיש כי נושא הדיון בסוגיית "עוטף עזה" אינו ענישה, אלא הגנה עצמית במישור הלאומי, ועל-כן זו תשובתו: "למותר להדגיש ששפיכות דמים היא עברה חמורה... בכל המלחמות חוץ ממלחמת עמלק ועמי כנען אוכלוסיה אזרחית הוצאה ממעגל הדמים. אולם... באותה מידה שעלינו להיזהר מלשפוך דם זולתנו עלינו למנוע את שפך דמנו שלנו." יעקב אריאל "ענישה קולקטיבית" **הצופה** 15.3.2012. השו"ע עדו רכניץ "הגדרת האויב בלחימה בטרור" **מערכות** 26, 435 (2011) [www.dintora.org/Ethics/files/terorenenemy.pdf](http://www.dintora.org/Ethics/files/terorenenemy.pdf).

הבסיס לפעולה נגד האויב הוא שיקול-הדעת והסכמת הציבור, ופעולה מכעס אינה כזו. לפי אריאל, "השאלה במקומה עומדת לגבי סיכוננו של מי שאינו שרוי בסכנה אישית, וכן לעניין הריגתו של מי שאינו מהווה איום ישיר על קיומנו. אומנם כלל גדול הוא במלחמה 'כזו וכזו תאכל החרב' אך מניין לנו התר גורף כזה?" אריאל, לעיל. הפסוק לקוח מספר שמואל (שמואל ב, יא 25) (תשובתו של דוד ליואב כאשר מודיעים לו על מות אוריה בקרב). השימוש בביטוי בהקשר הנוכחי יכול להתפרש כמגמתית. אני סבור שהשימוש בו הוא כפרפרזה.

178 מאותו היתר המתיר סיכון חיילים יהודים נגזר כי "במקביל מותר לסכן את האויב גם אם הסיכון עלול לחרוג מפגיעה נקודתית. האספקט הקולקטיבי של המלחמה מאלץ אותנו לכלול בתוכו גם את הכשרים שאינם אשמים." "כדי למגר את הרשע גם הצדיק עלול להיפגע. רק כך יחזור הצדק לעולם. פגיעה בתשתיות אומנם גורמת עוול... אולם אם זו הדרך להביא שלום אין בררה אלא לעשות." אריאל, שם.

179 "יש להימנע עד כמה שאפשר מפגיעה באוכלוסיה אזרחית, אולם... בהעדר מוצא אחר, אין עכבה מוסרית בפגיעה באוכלוסיה אזרחית של האויב. דמה של אוכלוסיית האויב אינו סמוק יותר מדם נשים וטף ישראלים." שם. זוהי תשובה לשאלה שונה וקלה יותר מן השאלה המציבה סיכון חיילים מול סיכון אוכלוסייה אזרחית. הכרעתו של אריאל וגם ההנמקה באמצעות הסטת השאלה להשוואה בין אזרחי הצדדים זהה למהלך של ידלין וכשר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 410.

180 הרב אריאל סבור כי בעיית אכיפה מבטלת את תוקפו של המשפט הבין-לאומי. לטעמו, כל עם סובר שהוא צודק, ואין לו נקודת-מבט אחרת. בהעדרו של "גוף אובייקטיבי, בין לאומי, המסוגל להכריע בסכסוכים בין האומות", היתר המלחמה דומה לכללי הסדרת דין "חוץ-משפטיים" שבין אדם לחברו. ראו יעקב אריאל "חרבות ואתים" **תחומין** ד 189 (התשמ"ד). השו"ע יוסי זיו "ליבוביץ והסירוב האזרחי" **ישעיהו ליבוביץ – עולמו והגותו** 228 (אבי שיגי עורך, 1995). בהעדר גוף מסדיר יעיל, היתר המלחמה הוא ממש כמו ההלכה שאדם עושה דין לעצמו, וכן כמו ההלכה של "כל דאלים גבר".

181 לכאורה הטעון בטקסט נכון לכל-היותר לחברי ארגוני הטרור, ולא לאוכלוסייה הלא-לוחמת.

182 "אילו כוח ההרתעה שלנו היה אמיתי יכולנו להימנע מהאילוף של שימוש בכוח. הדבר יישמע אולי פרדוקסלי, אולם איום רציני בכוח מונע הפעלת כוח. ולהפך כל אמירה משפטית או מוסרית נטולות

העמדות המוצגות בתת-פרק זה מנומקות בנימוקים רבים ושונים, ולכן אין לראות בפוסקים המוזכרים בו מקשה אחת או מחנה אחד. חלקם אף בני-פלוגתא חריפים זה לזה במישור הדתי, הפוליטי והמוסרי. עם זאת, מדובר בפוסקים שבהקשרים מסוימים פסקו כך למעשה, ודבריהם מצויים ברשות הרבים הישראלית, המדינית והצבאית. אעבור עתה לעמדות המנוגדות לעמדות אלה.

בשולי הדברים אעיר כי חלק מהסוברים כי הפגיעה באזרחים מותרת מכוח היות המלחמה בין לאומים מכחישים את קיום הלאום הפלסטיני. פער זה מחייב את בירורו של ההיתר מכוח ראיית האויב כגוף אחד. האם עצם השתייכותו (הביולוגית, התרבותית, ההיסטורית או הפוליטית) של אזרח גוררת את החשבתו לחלק מגוף האויב או שמא נדרשת גם השלמה (ולו מכורח) עם נוכחות מחבלים בקרב אזרחים או הסכמה לפעולות טרור? האם יש גם תנאי המתייחס לקיום מוסדות חברתיים ולרמת לכידות חברתית?

## 2. חובה לסכן חיי חיילים כדי להימנע מסיכון אוכלוסייה אזרחית

חובה זו, לדעת הרב גורן, היא עמדתו של מוסר התורה, ומהווה חלק מדיני הלחימה ההלכתיים. גם הרב ליכטנשטיין נוטה כאמור לכיוון זה. הרב נחום אליעזר רבינוביץ מניח, כדבר ברור מאליו, כי יש רמת סיכון מסוימת שחובה ליטול כדי לא לסכן חיי נשים וילדים.<sup>183</sup> אף שפסיקתם מניחה כי הכרעה זו אינה מצריכה דיון נרחב, אברר בתת-פרק זה את היסודות לדעות אלה, אשר שונים מאוד זה מזה.

### (א) נורמות בין-לאומיות כמינימום הלכתי קוגנטי

הרב חיים הירשנזון סובר כי יש כללי מוסר אוניוורסליים שמחייבים מבחינה הלכתית. כללי מוסר אלה משתנים לאורך ההיסטוריה, והחייב ההלכתי משתנה במקביל אליהם, כך שלעולם תהא עמדת ההלכה שווה לעמדה המקובלת באנושות או "מחמירה" ממנה, בבחינת אור לגויים. לטעמו, כלל אי-הפגיעה באזרחים שבאמנת האג הוא כלל כזה.<sup>184</sup>

בסיס הן המעוררות את שפך הדמים ומדרדרות את המוסר והצדק... על האויב לדעת שמוסר היהדות אינו מוסר נוצרי מזויף, הפושט צוואר לשחיטה, אלא מוסר של צדק! אם הוא ידע באמת שאינו חסין מפני אפשרות של פגיעה, הרי עצם הידיעה תביא עמה הרתעה. והרתעה זו אם היא אמיתית יש בה בכדי למנוע את הצורך להפעיל אותה למעשה. הצילני מִדְּמַיִם אֱלֹהִים אֱלֹהֵי תְּשׁוּעָתִי תִּרְגַּן לְשׁוֹנֵי צְדָקָתְךָ. " אריאל, לעיל ה"ש 177. השוו: Asa Kasher & Amos Yadlin, *Military Ethics of Fighting Terror: Principles*, 34 PHILOSOPHIA 75, 83 (2006).

183 אין לסכן ילד כדי לבדוק חפץ חשוד, ואין להרתיע מפני פגיעה ביהודים באמצעות פעולות "תג מחיר" נגד חפים מפשע. "גם מלחמה המתנהלת נגד אויב רשע מרושע, המקדש כל אמצעי לשם מטרתו, אינה גורמת לכך שחיי ילד יאבדו את ערכם. אין ספק שהמעשה שנעשה היה פסול..." נחום אליעזר רבינוביץ, "מוסר לחימה יהודי" (התשע"א) [www.ybm.org.il/hebrew/LessonArticle.aspx?item=3165](http://www.ybm.org.il/hebrew/LessonArticle.aspx?item=3165). הרב רבינוביץ נולד בשנת 1928; ראש ישיבת-ההסדר "ברכת משה" במעלה-אדומים ופוסק מוערך.

184 ראו ישראל-פליסהאור ורוטברג, לעיל ה"ש 44.

הרב שמעון פדרבוש אומר כי היסוד והמטרה של דיני הלחימה ההלכתיים הם הומניזציה של דיני הלחימה. תהליך זה במשפט הבין-לאומי יסודו בתורה, והוא מחייב מבחינה הלכתית. מכאן הוא מסיק איסור קטגורי של פגיעה בחפים מפשע.<sup>185</sup> הרב ישראלי יראה בנורמות הבין-לאומיות מינימום הלכתי רק אם יתברר שקיימת נורמה בין-לאומית מנהגית מסוימת, ורק במלחמת-הרשות.

לפי הרב הרצוג, לנוכח העובדה שהמדינה הוקמה במסגרת החלטת האו"ם, למשפט הבין-לאומי יש עליונות על משפטה של מדינת-ישראל במדרג הסמכות המשפטית. המדינה קמה תוך התחייבות לשמור על המשפט הבין-לאומי, ובתוך כך על זכויות מיעוטים וזכויות האדם. התחייבות זו מחייבת את המדינה, וזוהי עובדה שההלכה צריכה ויכולה להסתגל לה.<sup>186</sup>

### (ב) הסכמים

הירשנון סבור כי הסכמים בין-לאומיים שרוב מדינות העולם חתומות עליהם יוצרים חיוב הלכתי, אפילו אם מדינת-ישראל אינה חתומה עליהם. קל וחומר שחתימתה של המדינה על הסכם מחייבת אותה לקיימו באופן מוחלט.<sup>187</sup> לאמנות בין-לאומיות יש משקל הלכתי גבוה יותר ממצוות התורה, ואלה יתפרשו מחדש לאורן.<sup>188</sup> כך, איסור רצח-עם נלמד<sup>189</sup> לדעתו, על-דרך קל וחומר, מההגנה ההסכמית על שבויי-מלחמה ועל אוכלוסייה אזרחית (אמנות האג).<sup>190</sup> "קל וחומר" זה, המוסק בדין הבין-לאומי, גובר על

185 "גם הנהלת המלחמה עצמה לשם הכנעת המתנגד, גדורה בחיובים מוסריים. צמצמה התורה את מוראות המלחמה לחזית בלבד, ואסרה השחתת הארץ." ראו פדרבוש, לעיל ה"ש 107, בעמ' 206. כן ראו לעיל ליד ה"ש 107.

186 הרצוג, לעיל ה"ש 43. לניתוח ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ג. הרבנים שטרן ופדרבוש מחזיקים בעמדה דומה בהקשר זה. ראו שם, נספחים יג-יד. הרב שמואל טוביה שטרן היה ראש אגודת הרבנים בארצות-הברית, וכתב ספר הלכתי המגיב על הצעת חוקה לישראל – **חוקת עולם** (תש"י).

187 לכן הירשנון מציע שהמדינה תשקול את הדברים היטב לפני שהיא מצטרפת לאמנה בין-לאומית.  
188 "אסור לעבור על חוקי האינטערנאציאנאליטעט אשר נעשו בברית העמים איך להתנהג במלחמה, וחס וחלילה להיות ישראל נחשבים בעני העמים כפראים רוצחי נפש נגד חוקי האינטערנאציאנאליטעט ונגד חוקי הציוויליזאציאן". חיים הירשנון **אלה דברי הברית** כרך א 70 (1926).

189 הדברים נכתבו בשנת 1919, הרבה לפני שאישר האו"ם את האמנה למניעת רצח-עם. המושג "רצח-עם" נטבע רק בשנת 1935 (על-ידי Raphael Lemkin), והאמנה התקבלה בשנת 1948. במובן זה השימוש בו כאן מושאל. הירשנון עסק בנושא זה גם על רקע הכרתו בקיום הערבים בארץ ובזכות ישיבתם בה.

190 הלימוד מתבסס על הנורמה שלפיה "אין חיוב להרוג נפשות חינם", המכוונת לשבויים, לפצועים וללוחמים שהריגתם אינה מקדמת את הניצחון ("חינם"); וכן על הנורמה ש"אסור לשפוך דם נקי", המכוונת לאלה שאינם לוחמים ולאוכלוסייה נכבשת. המסקנה ההלכתית מפורשת: קל וחומר שאסור לבצע רצח-עם, גם שבבעת עמי כנען. ראו הירשנון, לעיל ה"ש 188, בעמ' 72.

דין תורה מפורש.<sup>191</sup> לכן, אם הסקה מההסכמים דוחה דין תורה, אזי בוודאי קביעה מפורשת בהסכם – דוגמת ההגנה על אזרחים הכלולה באמנות האג – מחייבת מבחינה הלכתית.<sup>192</sup>

בפתח מאמרו של גוטל<sup>193</sup> הוא מעיר כי על-פי ההלכה הייתה מדינת-ישראל צריכה לדכא בכוח את המיעוטים בתוכה ואת אזרחי האויב, באופן ששום רב בישראל (כמעט<sup>194</sup>) אינו תומך בו. על פער זה בין ההלכה לבין עמדותיהם של הרבנים הוא אומר כי ייתכן שהרבנים אינם מעלים חובה זו ו"מתעלמים ממנה" משום שיש בכוחן של "אמנות בינלאומיות המקובלות בעולם" להקפיא את "יישומן] המעשי" של דין תורה, כי הן "מחייבות גם את ישראל".<sup>195</sup> חיוב זה נתפס כחיוב עצמאי או לפחות כהנמקה למדיניות של "שב ואל תעשה". בהערה למאמרו גוטל מציין נימוק נוסף לפער זה – תוקפה המשפטי של הסכמת האומות.<sup>196</sup> יצוין כי גוטל מציג עמדות אלה לצד הכרעתו המעשית ההפוכה.

### (ג) מוניטין – קידוש השם ומניעת חילול שמו

הרב רונס, הרב עזריאל אריאל והרב שריר סוברים כי יש מצבים שבהם המצווה לקדש שם שמים ולמנוע את חילול שמו תוביל להחלטה לסכן חיי חיילים, "גם כשהמחיר הוא אבדות נוספות לישראל",<sup>197</sup> כדי לצמצם את הפגיעה באזרחי אויב. אף שעמדה זו

191 שם, פרק ו, תת-פרק ד. לעיל הבאתי את עמדתו של הירשנזון כי מדובר בשינוי מוסרי כעובדה ומציאות, ואילו כאן החיוב המוסרי הוא מכוח הסכם וברית. אכן, לטעמי, הירשנזון מרכיב את שני הנימוקים זה על-גבי זה.

192 מחויבות מוחלטת לחוזים היא הסיבה להתרעתו של הירשנזון מפני כניסה חפוזה אליהם, אך התנגדותו זו אינה רלוונטית להסכמים העוסקים בנורמות אתיות אוניוורסליות מן הסוג הנידון כאן, שהן קוגנטיות.

193 אשר הכריע כאמור כי אין לסכן חיילים וכי מותר לסכן אוכלוסייה אזרחית.

194 ליוצאי-דופן ראו יצחק שפירא ויוסף אליצור **תורת המלך** (2009); אבי רט "נקום נקמת בני ישראל אז ועתה" (12.7.2007) [www.kipa.co.il/jew/show.asp?id=1876](http://www.kipa.co.il/jew/show.asp?id=1876).

195 "יתכן שאמנות בינלאומיות המקובלות בעולם מחייבות גם את ישראל ו'מקפאות', ולו לפי שעה, את יישומה המעשי של הוראת התורה. נימוקים אלה עשויים, אולי, לתת פשר לשתיקת פוסקי דורנו... מהוראת הלכה זו, אשר... אינה נוהגת במלחמות ישראל בימינו." גוטל, לעיל ה"ש 23. השימוש במושג החדש "הקפאת היישום המעשי של דין תורה" משאיר מרחב פרשנות ניכר, ובצדק, שכן גוטל מפרש כאן שתיקה של רבנים, אשר קשה יותר לפרשנות חדר-משמעית. עם זאת, גוטל מראה כי אין מדובר בשתיקה אסטרטגית. ראו גוטל, לעיל ה"ש 23 (בספר **המלחמה בטרור**), ה"ש 33. שריר, לעיל ה"ש 23, חושב ששאלתו של גוטל טובה מתשובותיו.

196 גוטל, שם. ייתכן שההצטרפות לאמנות אלה אינה ראויה, ולמרות זאת יש **אולי** לשמור עליהן. הרב גוטל תולה הנמקה זו בדברי הרב ישראלי, אך ניסוח טיעוניו דומה יותר לזה של הרב הירשנזון, מבלי להפנות אליו.

197 מילים מפורשות אלה, המבטאות את התוצאה הישירה מהכרעתו של רונס, נעדרות ממאמרו של רונס. הן נאמרות כדבר ברור מאליו על-ידי הרב עזריאל אריאל בהערת עורך. הרב אבינר (לעיל ה"ש 56, בעמ' 24) אומר, בשם הרב צבי יהודה קוק, כי אם יש מצב המוביל בעת ובעונה אחת לקידוש

נתפסת כחדשנית, היא למעשה פשוטה למדי. קידוש השם הוא פשוט מצווה אשר מצדיקה ואף מחייבת סיכון עצמי ואף הקרבה עצמית. מכאן, אם הגנה על חייהם של אזרחי אויב נתפסת כקידוש השם, ההכרעה אינה קשה או חדשנית. אלא שעצם ההכרעה כי זה אכן המצב אינה פשוטה, ולכן ארון בכך בתת-פרק הבא.

לסיכום, גם בין הדעות התובעות שמירה על חיי אזרחים זרים בלחימה יש מחלוקת באשר לפרמטרים ולהנמקה.<sup>198</sup> עם זאת, נראה שרוב ההנמקות אינן סותרות זו את זו. בעלי דעה זו מעניקים משקל ומעמד (מוסרי, משפטי או מעשי) לנורמות המוסריות האנושיות, ומכריעים כי שמירת המוסר (או הדימוי המוסרי) יכולה להצדיק סיכון חיי חיליים (ואזרחים). יש לציין כי רוב השיטות (למעט זו של הרב גורן ואלה של אחרים מעטים) נותנות מעמד, ואף מעמד גבוה, לנורמות החיצוניות ולאופן שבו העמים יתפסו וישפטו את ההתנהגות הישראלית ואת ההכרעה ההלכתית.

שתי העמדות הבסיסיות ההפוכות שנסקרו עד כה בפרק ב – זו המחייבת סיכון חיליים לשם הקטנת הסיכון הנשקף לאזרחים וזו האוסרת זאת ומתירה פגיעה באזרחים – הן עמדות תיאורטיות, עקרוניות, שהוצגו באופן "נקי". למעשה, חלק ניכר מהפוסקים נוקטים עמדות ביניים, המתכנסות לטווח צר יותר של תוצאות הלכה למעשה.

### 3. עמדות ביניים

עמדות הביניים אינן רק עמדות פשרה. חלקן גורסות כי הקריטריון המכריע אינו ברור עדיין או משתנה מתקופה לתקופה, וכי בכל רגע נתון יש לברר מהי התשובה המתאימה לתנאים ולזמן. עמדות ביניים אחרות גורסות כי הדילמה המוסרית היא קשה ברמה העקרונית והמבנית, ואי אפשר להציע בה הנחיות חותכות וברורות (לפחות בחלק מן המקרים). עמדות ביניים מסוג שלישי מציגה פער בין עמדת ההלכה, שהיא ברורה, לבין יישומה בעולם המעשה, שגם הוא ברור אך שונה. פער זה קיים לשני הכיוונים.

#### (א) תלות במנהג העמים

הפסיקה התקדימית המובילה את הדיון בציבור הדתי-הציוני (מתוך הסכמה או התנגדות) היא תשובתו של הרב שאול ישראלי שביקשה להצדיק בדיעבד את פעולת

השם (ניצחון במלחמה) ולחילול שמו (נפילת חיילי הצבא הישראלי או נפילתם בשבי), אזי "צד קידוש השם הוא הגדול המכריע והמחייב". לא ברור אם אבינר היה מיישם הכרעה זו בנידון דידן כמו רונס. ראו גם גוטל, לעיל ה"ש 23 (בספר המלחמה בטרור), ה"ש 33.

198 הרב יובל שרלו ("מוסר המלחמה" בית המדרש (התשס"ח) [www.ypt.co.il/show.asp?id=19976](http://www.ypt.co.il/show.asp?id=19976)) מונה את הנימוקים השונים לעמדה זו: מוסר טבעי (אשר מגולם או אינו מגולם בנורמה הבין-לאומית); איסור הריגת אדם; איסור הקפה מד' צדדים (המשקף איסור השמדה ומתן אפשרות לברוח); מניעת חילול השם; וקל וחומר מאיסור החל על אדם במשפט האזרחי להציל את עצמו בממון חברו.



התגמול בקיביה (שבה נהרגו כ-60 אזרחים) אל מול ביקורת מחוץ ומבית.<sup>199</sup> התשובה, אשר פורסמה שוב בשנת 1966, חותרת ליצור תשתית הגותית והלכתית לפעילות המלחמתית הכוללת של מדינת-ישראל.<sup>200</sup> לפי ישראלי, כל עוד אין הנזק הנלווה עולה על המקובל והנהוג בין האומות, אין כל מקום לביקורת או לחשבון-נפש. הסכמת (רוב) האזרחים במדינות (או לפחות ברוב המדינות), המתגלה בהתנהגותן של המדינות בפועל, מייצרת הצדקה מדין "דינא דמלכותא שבין המלכויות".<sup>201</sup> מכיוון שכך, גם מנהג להגביל את השימוש בכוח – בפתיחה במלחמה ובאופן ניהולה<sup>202</sup> – מהווה חלק מהלכות מלחמה. לפי ישראלי, המשפט הבינ-לאומי (הנוהג) מתיר את האסור ואוסר את המותר על-פי ההלכה.<sup>203</sup> העובר על המשפט הבינ-לאומי המנהגי במלחמה מחזיר את איסור רצח למקומו,<sup>204</sup> והוא יישפט "ברין רוצח ושפיכות

199 ההקשר המקורי חשוב, כי הרב ישראלי בחר לא להכניס שינויים משמעותיים בדבריו, כולל ציון ההקשר, כאשר פרסם את הדברים מחדש, כעשר שנים מאוחר יותר, בספרו החשוב עמוד הימני, לעיל ה"ש 47.

200 בדיון ההלכתי מברר ישראלי את המקור להיתר להילחם מלחמת-רשות – קרי, מלחמת-כררה על רקע טריטוריאלי (כיבוש יזום מעבר לגבולות הארץ), כלכלי או פוליטי (למשל, הרתעה כתגובה על איום רחוק ולא-ודאי) – ולסכן במסגרת לחימה זו את חיילי הצדדים. לדעתו, בני נוח יכולים להסכים ביניהם על ביטול איסור רצח בשעת מלחמה. מכיוון שזהו מנהג העולם, אנו עדים שהסכמתם כנה ויש לה תוקף: "גם כיבוש ומלחמה צריכים להתנהל על פי חוק מסוים לפי מנהג שנהגו המלכים... דינא דמלכותא שבין מדינה למדינה הוא... מטעם הסכמת בני המדינות, ואף על פי שזה נוגע לדיני נפשות הסכמתם מועילה. וזהו היסוד של חוקיות המלחמה." ראו שם, סי' טז (בעיקר בעמ' קצה, רב).

201 "והרי זו ודאי הסכמה כללית היא בעולם, שמלחמה היא אחת הדרכים לפתרון סכסוכים שבין עם לעם... ועל כן... מלחמה היא אחד האמצעים החוקיים." שם.

202 "כל עוד שהעמים הנלחמים שומרים על הנהגה המקובלת בעמים ביחס למלחמה. (בדורותינו, למשל, התנאי שטרם יתחילו בפעולות יש להכריז על מלחמה. כמו כן נחתמים מדי פעם הסכמים על הגבלה בשימוש בנשק מסוים, ועוד כיו"ב". שם. בתולדות המשפט הבינ-לאומי החובה להכריז מלחמה נתפסת על-ידי חלק מהמלומדים כנובעת מהחובה המקראית להציע שלום לפני הפתיחה במלחמה. מעניין שחיוב זה, היכול לנבוע מההלכה עצמה, מוצג על-ידי ישראלי (והרב גוטל, לעיל ה"ש 23) כנובע מהסכמת העמים. הפיפות לנורמות הנהגות מוסכמת גם על הרב גוטל, שם.

203 יש לזכור את ההקשר שבו הדברים נאמרים. ההנמקה שעל-פיה יש פפיפות למשפט הבינ-לאומי (שאינו אוסר כיום בפועל את המותר לפי ההלכה) באה לנמק הכרעה הלכתית להתיר את מה שאסור לכאורה, ותומכת בפעולת מלחמה של המדינה אל מול ביקורת בין-לאומית ופנימית. אבל ההנמקה נתפסת כיוצרת הלכה למעשה בעיני תלמידיו של הרב ישראלי. שריר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 435: "המוסכם בין העמים מהוה גורם המטיל... מגבלות... [וגם] גורם המתיר פעולות שאסורות מעיקר דין תורה". הרב שביב אומר כי יש לפרש את המשפט הבינ-לאומי וגם את יחסה של ההלכה לסוגיות הנוגעות במשפט הבינ-לאומי באופן המקרב את התוצאה לתיקון עולם – "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום". ראו יהודה שביב בציר אביעזר 83–111 (הפרק "זכור מלחמה אל תוסף") (1990) (פורסם גם בכתב-העת תחומין ט 205 (התשמ"ח)). הרב שביב מלמד בישיבת-ההסדר "הר עציון", והוא העורך של קובצי בצומת התורה והמדינה א–ג (התשמ"ט).

204 גוטל מוסיף לפסיקה זו כי השינוי הנורמטיבי רצוי, ולכאורה מכריע כי יש לחמוך בשינויים אלה. לפי

**דמים**.<sup>205</sup> הכרעה זו נכונה כנראה גם לצבא הנלחם באופן שיש בו משום עברה על דינא דמלכותא של האומות.<sup>206</sup> לכן, אם אי-ההבחנה בין לוחמים לבין לא-לוחמים אינה חורגת מן המקובל, אזי חלק מהיתר ההרג במלחמת-הרשות,<sup>207</sup> ואם היא חורגת ממנו, אזי היא רצח לכל דבר. המבחן הוא "מה שמקובל".<sup>208</sup>

ביישום בחינה זו יש מחלוקת. גוטל גורס כי מנהג האומות הוא לסכן אזרחים (ועל כן מסכימים למעשה גם הרבנים שביב, שריר, ברוידא ורבים אחרים).<sup>209</sup> הרב רונס תוהה אם המשפט הבין-לאומי (בשנת 2006) השתנה, הן מבחינת היחס בין הרטוריקה לבין היישום והן במידת ניצולו של המנגנון באופן ציני.<sup>210</sup> נוסף על כך הוא מציע לבחון אם הקמתם של גופים בין-לאומיים פליליים משנה את האופן שבו יש לבחון את המשפט

- גוטל, ישראלי חותר למצב של ביטול ההיתר להרוג. כך הוא גם מקטין את הבעיה של השפעה חיצונית על ההלכה – שינוי כזה הוא אינטרס פנים-הלכתי, ולא חיצוני. גוטל, לעיל ה"ש 23.
- 205 "אם יבואו העמים כולם לידי הסכמה לאסור המלחמה... העם שיצא למלחמה יהא נידון בדין רוצח ושופך דמים." ישראלי עמוד הימני, לעיל ה"ש 47, סי' טז, פרק ה, סי' כד. הרב יצחק רונס מדגיש: "שמא נקל ראש בשאלה זו מתוך מחשבה כי בכל מקרה נוכל 'להסתדר' בזירה הבינלאומית?" ותשובתו היא שאין להקל ראש, כי "מדובר בשאלה מכרעת". רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 35.
- 206 רונס, שם. השוו לעברת התוקפנות (ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277–282).
- 207 "ובמלחמה אין צריך לדקדק ולהבחין בין צדיק לרשע כי זה הוא טיבה של מלחמה שאינה נותנת אפשרות דקדוק, וגם בדרך זו הותרה המלחמה, כל עוד שנוהג זה מקובל על העמים. ועל כן יש לבדוק גם בנידון (של קיביה וכיו"ב) אם תגובה מסוג זה היא נקוטה ומקובלת בין העמים, כי אז יש לראות זאת כהסכמה מטעם כל הנוגעים בדבר, ואין בזה משום שפיכות דמים." ישראלי עמוד הימני, לעיל ה"ש 47, בעמ' רב (ההדגשות הוספו). במשתמע, הדבר נכון אף אם מצד ה"הלכה" הדבר אסור לכאורה.
- 208 [לדעת] הרב ישראלי, 'מבצע קיביה' צריך להיבחן על פי הנהג הרווח ומוסכם בעולם: האם תגובה כזו, למעשה כזה, מקובלת... גוטל, לעיל ה"ש 23. גם הרב אבינר מבין את הרב ישראלי כך (אבינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77). הרב שריר מדגיש כי "אין ההסכמות שבין האומות מחייבות אותנו משום איבה, או משום האיסור להפר אמנות ובריתות שעליהן חתמה ישראל... כי אם משום דינא דמלכותא החל גם בין האומות". שריר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 435.
- 209 האם קיימת בפועל נורמה ברורה של סיכון חיילי צבא כדי לחסוך בנפגעים אזרחים? חשבו, לדוגמה, על ההפצצות של נאט"ו מגובה רב כדי לשמור על חיי הטייסים. Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, secs. A.IV, A.VI (2000), [www.icty.org/x/file/About/OTP/otp\\_report\\_nato\\_bombing\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf). לדין ראו: Tania Voon, *Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict*, 16 AM UNIV. INT'L L. REV. 1083 (2001).
- 210 הרב שריר, לעיל ה"ש 23, שכתב את מאמרו שנתיים לפני שפורסם מאמרו של רונס, אינו מזהה שינוי כזה בתחום ההסכמה למלחמת-רשות. לגבי קביעתו של המשפט הנוהג, שריר מבחין כי נוצר צורך לתרץ את הלחימה במונחי ההצדקה של מגילת האו"ם. השוו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 385, והדיון בפסק-דין ניקרגואה שם.

הנוהג – למשל, אם יש לעבור מבחינת מנהג המדינות לבחינת תגובתם של המוסדות הבין-לאומיים והסכמתן של המדינות לפעולתם של מוסדות אלה.<sup>211</sup>

### (ב) הזדיות – הגבלה עצמית משותפת של העמים

בהקשרים אחרים הסביר הרב ישראלי כי מדינה ריבונית וחזקה עשויה להחליט על הגבלת ריבונות מרצון ומבחירה ("אין ידה תקיפה").<sup>212</sup> החלטה זו יכולה לנבוע מהדדיות<sup>213</sup> או מחתירה להשתלבות בחברת המדינות, התלויה בהתאמת ההתנהגות למה שמקובל.<sup>214</sup> החלטה כזו משפיעה על הלכות ומצוות שחלות רק כאשר אין צורך בהגבלה עצמית כזו ("יד ישראל תקיפה").<sup>215</sup>

גרסה טקטית ומעשית יותר להגבלה עצמית היא החשש מפני איבה כלפי יהודים. שיקול זה נמצא אצל הרב ישראלי (אם כי לא בדיני הלחימה), וכן כנימוק משני בפסיקתו של הרב הרצוג<sup>216</sup> וכנימוק מכריע הלכה למעשה בפסיקתם של הרבנים מלמד ואבינר. חשש מציאותי (ולו הקטן ביותר) לתגמול יכול לגרור ציות לנורמה בין-לאומית ולסיון

211 "הקריטריון המעשי שאותו קובע הרב ישראלי נראה על פניו פשוט וברור; ואולם, כלל לא ברור איך מיישמים אותו בפועל. איך קובעים למעשה אם פעול[ה]... מקובלת בין האומות או לא? האם כוחות ארה"ב באפגניסטן ובעיראק כיום הם הקובעים את הדינא דמלכותא' ואת הנהוג והמקובל, או שמא דבר זה נקבע לפי האמנות והחוקים הבינלאומיים שנקבעו בנושאים אלו?... עדיין יש לשאול: האם ארגון האומות המאוחדות ובית המשפט הבינלאומי לפשעי מלחמה הם אך ורק רטוריקה או שמא העובדה שהם שופטים וכולאים אנשים על פשעי מלחמה מוכיחה שמדובר בדבר החורג מעבר לכך?" רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36.

212 הרב ישראלי מסביר כך מדוע לא מוטלת על מדינת-ישראל החובה לכפות על אוכלוסייה נכבשת את ההלכות לגבי עם נכבש, כגון גירוש עובדי עבודה זרה, שעבוד ועוד. סיבה זו שונה מהנימוק שלו עצמו בדבר עקרון ההסכמה, וגם מנימוקו של הרב גוטל שלפיו ההסכמה הבין-לאומית "הקפיאה" את יישום ההלכה.

213 "למען אפשרות קיום יחסים נורמליים עם עמי הסביבה וכן שלא לתת פתחון פה לגויים במדינותיהם נגד היהודים היושבים בארצותיהם". שאול ישראלי חוות בנימין כרך א, סי' יג (התשנ"ב) [www.hebrewbooks.org/pdfpager.aspx?req=43735](http://www.hebrewbooks.org/pdfpager.aspx?req=43735) (להלן: "ישראלי חוות בנימין כרך א"). אבל ראו את דבריו על מינוי גוי למשרה ציבורית – שם, סי' יב 75.

214 שם, בעמ' 76. הנימוק של ישראלי כאן שונה. יש כאן הכרה הלכתית בהגבלה עצמית מרצון מלקיים מצוות מן התורה ובחשיבותם של תמריצים בין-לאומיים בייצור הסכמה רצונית זו.

215 על-פי רמב"ם, הלכות עבודה זרה, פרק ו. שריר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 429, ה"ש 10, אומר: "ברור כי 'תחת ידינו'... מצב מדיני התלוי בנסיבות בינלאומיות – וכן הרב ישראלי בעניין החזרת שטחים". כוונתו לשאול ישראלי חוות בנימין כרך ג סי' ו (התשנ"ב) [www.hebrewbooks.org/pdfpager.aspx?req=43737](http://www.hebrewbooks.org/pdfpager.aspx?req=43737).

216 ניתן לומר כי יש כאן ניסיון להתנתק מהנימוק הגלוי לנוכח העצמאות המתחדשת, וניתן לומר כי בפועל אויביה של מדינת-ישראל אינם מכפיפים את עצמם לנורמות ולכן הנימוק אינו רלוונטי.

חייל בקרב עכשיו, אבל לא לשם מניעת סיכון לאזרחי האויב, אלא לשם מניעת סיכון ליהודים בעתיד. ברור שמשקלו של שיקול זה נתון לשיקול-דעת.<sup>217</sup>

### (ג) מוניטין – נורמות בין-לאומיות ומטרת המלחמה

בסוף תשובתו בעניין קיביה מכריע הרב ישראלי כי הפעולה נחשבה מלחמת-מצווה, ולפיכך הייתה מותרת, על כל היבטיה. כאמור, הרב ישראלי מחדש במהותה של מלחמת-מצווה.<sup>218</sup> מטרת-העל של מלחמת-מצווה היא קידוש שם האלוהים ומניעת חילול שמו.<sup>219</sup> אלה למעשה המטרות האקספרסיביות של המלחמה (מעבר לניצחון), המתבטאות בנקם, בהרתעה וב(השבת) הכבוד הלאומי. ההצדקה למלחמה כזו וההיתר להרוג בה נובעים מהמצווה, ולא מהסכמת האומות.<sup>220</sup> במלחמה כזו ניתן לעשות פעולות נגד האויב ללא חשש מנזק נלווה של הריגת חפים מפשע.<sup>221</sup> אם נהרגים אזרחים (ילדים ולא-לוחמים) אגב פעולות המלחמה, אין לראות בכך פעולת רצח של הכוח הלוחם, אלא חלק מ"דיני שמים". אלא שהכרעה בסוגיה שלפנינו באמצעות קריטריון זה היא מורכבת. קיומה של מדינת-ישראל, הישרדותה ואף כוחה<sup>222</sup> אינם אלא חלק מהעצמת המוניטין של אלוהי היהודים בעולם.<sup>223</sup> אבל בהנחה שקיומה מובטח, מטרת

217 נימוק האיבה וגרסה אחת של הגבלת ריבונות ניתן לפרש כ"בדיעבד" – ויתור על נורמה המתירה פגיעה באזרחים מסיבה מציאותית. פרשנות אחרת תראה כי הנימוק של "אין יד ישראל תקיפה" משום דעת-הקהל הבין-לאומית (הרב חיים דוד הלוי) או משום הלחץ הבין-לאומי (למשל, הרב מלמד) מייצג הפנמה של מציאות מדינית וכלכלית חדשה כשיקול הלכתי פנימי. יש גם מקום לדיון מחדש בהנמקה המושתתת על החשש מפני איבה כלפי יהודים בעולם במציאות של ריבונות יהודית, וכן בהבדל בין הנמקה המדברת על איבה ברמה המדינית לבין הנמקה המדברת על איבה ברמה האישית.

218 גם מלחמת-מצווה "להציל ישראל מיד צר", כלומר מלחמת הגנה עצמית, "מצוה היא מדין נקמה". ישראלי **עמוד הימני**, לעיל ה"ש 47, בעמ' רד. להגדרת מלחמת-מצווה ראו לעיל חלק א(ג).

219 ראו, למשל, ישראלי **חוות בנימין** כרך א, לעיל ה"ש 213, בעמ' 95 (שיקולים מדיניים נידונים לאור עקרונות קידוש השם).

220 הרב רונס אומר כי לדעת הרב ישראלי, "בגדרי מלחמת המצווה של 'עזרת ישראל מיד צר'... אין הכרח לפעול על פי הנוהג הבין-לאומי המקובל". זאת, משום ש"אנו מצויים במלחמת המצווה מדין תורה. מלחמה זו כלל אינה נסמכת על דינא דמלכותא והסכמת האומות, ועל כן אין להחיל עליה מגבלות הנובעות מ'דינא דמלכותא דינא'". רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36. לפרטים ראו עוד ישראלי **חוות בנימין** כרך א, לעיל ה"ש 213, בעמ' 94.

221 אך רק אם הריגה זו של חפים מפשע היא תוצאת-לוואי של המלחמה, ולא מעשה מכוון. האיסור לכוון להריגת אזרחים נותר בעינו.

222 להבדיל מן הקביעה לגבי עצם קיומה של המדינה, הקביעה כי כוחה של המדינה הוא חלק מהמוניטין הראוי להגנה נתונה במחלוקת.

223 הרב הרצוג עמד על חשיבות קיומה של המדינה מבחינה תיאולוגית כאתגר לנצרות (ראו ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ג). הרצוג מצדיק בצורך זה של קידוש השם גם את הצורך לשנות את הנורמות ביחס ללא-יהודים ולנשים.

המדינה היא הפצת הצדק והעניין האלוהי בעולם.<sup>224</sup> חובת קידוש השם מחייבת את המדינה בפעולותיה על-פי מידת זיהויה של המדינה עם האל, ולשיטתו של ישראל, זיהוי זה הינו חזק. מכאן שהמדד לפעולותיה המלחמתיות של המדינה הוא אי-חילול השם וקידוש השם בעולם.

במקרה של קיביה הכריע ישראלי כי ההרתעה והתגובה על ההתקפות נגד ישראל חשובות יותר – במונחים של קידוש השם ומניעת חילולו – מן הפגיעה בדימוי המוסרי של הצבא והמדינה. לגבי מלחמת לבנון השנייה הציע הרב יצחק רונס<sup>225</sup> כי הפרה של נורמות בין-לאומיות במלחמה זו הייתה עלולה לפגוע במטרת-העל של המלחמה, בגלל חילול השם. במצבים אלה יש לשקול להשיג את היעדים הצבאיים באמצעים המצייתים לנורמות הבין-לאומיות, תוך הפנמת האיסור לפגוע באזרחים אל תוך השיקולים הטקטיים. הרב עזריאל אריאל<sup>226</sup> סובר כי הדין עם רונס, ואומר באופן מפורש שכאשר נצחון ישראל מובטח, ונשאלת השאלה אם לסכן חיילים כדי לחסוך בחייהם של אזרחי אויב, יש להתחשב בנורמות בין-לאומיות ולבחור לעיתים באפשרות המסוכנת יותר לחיילינו.<sup>227</sup> גם הרב שריר, חתנו ותלמידו של הרב ישראל, סובר כי יש לכלול את האדרת המוניטין האלוהי בשיקול-הדעת לגבי אופן השגת היעדים הצבאיים. שיקול זה מחייב התחשבות בנורמות הבין-לאומיות ובאופן שבו הפעולות נתפסות על-ידי דעת-הקהל העולמית (הרלוונטית). מעניין שפרופ' איל בנבנישתי מזהה שינוי דומה במניע לשמירת דיני הלחימה במישור הבין-לאומי, באומרו כי ניכר מעבר מהנמקה על בסיס הסכמה והרדיות אל ציות מתוך דאגה למוניטין לאור דעת-קהל עולמית.<sup>228</sup> כלומר, בשנים האחרונות אפשר לטעון כי שמירה על דיני הלחימה משפיעה על תפיסת המדינה

224 על ישראל להיות "מדינה שגם במהלך החיים המדיניים, ביחסים הבין לאומיים... יהיה מורגש העניין האלוהי... וזה משום שנשמתה של כנסת ישאל היא הצדק המוחלט". הראי"ה קוק **אורות התשובה** ד, ז (1966), מצוטט על-ידי שאול ישראלי **הרבנות והמדינה** 272 (התשס"א) (וראו ככלל שם, בעמ' 271–274).

225 רונס, לעיל ה"ש 23, מספר בפתח מאמרו כי עיין מחדש בסוגיה זו מכיוון שבזמן המלחמה קיבלה יחידת תותחנים הוראה (אשר בוטלה בהמשך) להיערך להפצצת כפר בדרום לבנון כסיוע למאמץ המלחמתי.

226 אריאל, רב היישוב עטרת, הוא עורך כתב-העת **צהר**, שבו התפרסם המאמר של רונס. אריאל מכנה את הרב ישראלי "מורי ורבי".

227 עזריאל אריאל, הערות עורך למאמרו של רונס, לעיל ה"ש 23. לעומת זאת, מקום שפעולה על-פי המשפט הבין-לאומי עלולה להביא לידי הפסד במלחמה, יש אל מול חילול השם של אי-שמירת האמנות הבין-לאומיות חילול השם "חמור יותר" של הפסד ישראל במערכה. שם. רונס כנראה מסכים להלכה עם הערה זו (אף שניתן לחלוק על מעשיותה).

228 Eyal Benvenisti, *The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare*, 20 DUKE J. COMP. & INT'L L. 339, 347 (2009).

כשוחרת צדק ועל תפיסת האלוהים,<sup>229</sup> ולכן<sup>230</sup> יש למשפט הבין-לאומי מעמד כחלק מההכרעה על הדרך להשגת מטרות המדינה.<sup>231</sup>

מוניטין כמניע הוא קריטריון מורכב ובעייתי.<sup>232</sup> אבל לפי שריר, יש "היבטים מעשיים מסוימים... קלים לגזירה" – למשל, לעניין סבל בלתי-נצרך (unnecessary suffering): "עקב היבט חילול השם חל בוודאי איסור על התעללות לשמה או הכבדה שלא לצורך על אוכלוסיה."<sup>233</sup> אבל בענייננו, האיזון בין שני הסוגים של חילול השם – מותם של חיילים ואזרחים של ישראל, מחד גיסא, והריגת אוכלוסייה חפה מפשע של האויב, מאידך גיסא – נשאר לשיקול-דעת ("צריך עיון").<sup>234</sup>

אל מול עמדה זו ניתן לטעון משיקולי מוניטין גם את ההפך – "תפקידו של עם ישראל כ'אור לגוים' הוא להראות לכל האומות דוגמה בכך שהוא פועל על פי המוסר היהודי המקורי, תוך שהוא קורא לכולן לנהוג על פיו, ולא בכך שהוא מאמץ את המוסר המערבי, שבחלקו הגדול מבוסס על הנצרות".<sup>235</sup> הרב רונס חולק על תפיסה זו, ונימוקו

229 בבחינת "יאה שם שמים מתאהב על ידך" (בבלי, יומא פו, ע"א). "ושמרתם ועשיתם כי הוא חכמתכם ובינתכם לעיני העמים, אשר ישמעון את כל החקים האלה ואמרו: רק עם חכם ונבון, הגוי הגדול הזה... מי גוי גדול אשר לו חקים ומשפטים צדיקים ככל התורה הזאת..." (דברים ד 6, 8).

230 "לאור דבריו של הרב ישראלי על מטרתה של מלחמת מצוה זו של 'עזרת ישראל מיד צר', נראה לעניות דעתי כי יש מקום לשוב ולבחון את היחס לאמנות המלחמה הבינלאומיות." רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37.

231 "אם עניינה של מלחמה זו הוא לקדש שם שמים, אזי יש מקום לומר שעלינו להקפיד על האמנות הבינלאומיות... משום הסכנה שברמיסתן של אמנות המקובלות בין העמים נאבד את עיקר עניינה ותכליתה של מלחמה זו, שכן התנהלות מעין זו תוביל לחילול שמו ברבים... יש לשקול בכובד ראש... ויש מקום להימנע אף ממעשים המותרים כשלעצמם אם הללו יובנו ויתפרשו שלא כהוגן." שם. הרב שריר (לעיל ה"ש 23, בעמ' 437) אומר: "בתוקף הזיהוי שלנו כעם ה' יכולים אנו לקדש את שמו יתברך בעמים, או חלילה להביא את האומות להגיד 'אין תורה לישראל' או 'ראו מה עשה הקב"ה שבחר לחלקו גנבים'."

232 המשפט הבין-לאומי מצוי ביחסי-גומלין עם היחסים הבין-לאומיים (ANNE MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2004), עם מוסדות בין-לאומיים ועם התקשורת העולמית, ומתוך כל אלה – עם דעת-הקהל. מכאן שכאשר מדובר בנורמות מוסריות, המשפט הבין-לאומי, המנהגי או ההסכמי, הוא לאו דווקא הקריטריון היחיד. הנקין, לעיל ה"ש 158; George W. Downs & Michael A. Jones, *Reputation, Compliance and International Law*, 31 J. LEGAL STUD. 95 (2002).

233 שריר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 437 (מאידך גיסא, "הסברה נכונה יכולה להפוך פעולה... [ואפילו] מלחמה שלמה, מְגֵדֵר של חילול השם לקידושו").

234 "מעבר להיבטים ברורים מעין אלו, גזירת כללים... היא קשה ומחייבת ברור וליבון. מחד גיסא ברור שכל פגיעה של גוי בישראל... מהווה חילול השם... מאידך, גם פעולות 'חריגות ואכזריות' מצדנו... גם אם מטרתן היא למנוע פגיעה בנו, עלולות לגרום לחילול השם." שם.

235 עזריאל אריאל, הערות עורך למאמרו של רונס, לעיל ה"ש 23. השוו לעמדתו של זיני, המתוארת לעיל ליד ה"ש 79–83. אבל ראו ישראלי **חוות בנימין** כרך א, לעיל ה"ש 213, בעמ' 50–52 (התקדמות מוסרית בהשפעת היהדות דרך הנצרות). מכל מקום, למרות דבריו אלה, אריאל מסכים להלכה עם המהלך של רונס. לעמדה שעל-פיה לא רק המוסר היהודי קיים ראו ליכטנשטיין, לעיל

עימו: קידוש השם וחילול שמו נבחנים בעיני הגויים, תהא מערכת המוסר שלהם (ומקורה) אשר תהא.<sup>236</sup> בכך הרב רונס ממשיך את גישתו של הרב הירשנזון, שסבר כי חילול השם הוא קריטריון מיוחד שבו מבטו של ה"אחר", כפי שהוא, משפיע על ההלכה.<sup>237</sup> גישתו גם דומה לעמדתו של הרב ליכטנשטיין, שקבע כי "בין שאר הנתונים והעובדות... יש לקחת בחשבון את אמות המידה המוסריות אשר העולם הסובב אותנו משתמש בהם ומודד אותנו באמצעותם".<sup>238</sup>

יש גם בעיה כיצד קובעים מה יחשבו עמי העולם. הרב עזריאל אריאל מעיר כי קשה למנוע חילול השם בפעילות מלחמתית של מדינת ישראל. גם אם נזהרים ומקריבים חיי חיילים למניעת חילול השם, מאפייני התקשורת העולמית ואינטרסים של גורמים המשפיעים עליה יכולים עדיין להביא לידי הצגת הפעולה באור רע. מרכיב התודעה הוא חלק משיקול-הדעת וחלק מהקרב, וההיבטים התקשורתי והמשפטי כרוכים בו יחדיו. במונחים דתיים – הם חלק מהמצווה של קידוש השם. לכן, אף ש"ברי לכול כי הגיוניים הבינלאומיים השונים מלאים מידה מרובה של צביעות", אומר רונס, "שאיפתנו היא להימנות על ה'מתוקנין' שבהם ולא להתנחם בכך שיש עמים ומדינות הגורעים ומקולקלים מאתנו".<sup>239</sup>

ה"ש 68; אבי שגיא יהדות: בין דת למוסר (1998); יובל שלוו "שאלות על מוסר מלחמה" צהר יא 97 (התשס"ב); ישראל רוזן "אפולוגטיקה שלא כהלכה" צהר יב 135 (התשס"ג) (תגובה על מאמרו לעיל של שלוו); יובל שלוו "תגובה לתגובה" צהר יב 138 (התשס"ג).

236 רונס, לעיל ה"ש 23. כך גם אצל שריר: "חילול השם איננו נבחן במותר או באסור בראי ההלכה הצרופה, כי אם בשאלה אם הפעולה מתיישבת או חורגת מן המצופה בראיית הגויים אותנו בנורמות ה'מוסר' שאופן הם מייחסים לנו בפעולה זו." שריר, לעיל ה"ש 23. השוו בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 1.7.2009).

237 ראו לעיל ה"ש 44.

238 אהרן ליכטנשטיין "מוסר ומלחמה – רב שיח" תחומין ד 184 (התשמ"ג). יש לשים לב שמוניטין הוא קריטריון ביסודו באינטרס פנימי לחלוטין ובתורה עצמה, אך המדרד להפעלתו הוא חיצוני – תפיסת הגויים. לעומת זאת, מנהג הוא קריטריון חיצוני, וחלק מהפוסקים קובעים כי המבחן לקביעתו הוא פנימי.

239 רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 40 (השוו ידלין וכשר, לעיל ה"ש 1). הרב שריר מתלבט: "במי מן האומות נכון אם כן להתחשב? ובאיזה מגזר בהן – במדינאים? בתקשורת? בדעת הקהל? שמא במי שדעתו איננה עוינת מלכתחילה, ועלולה להשתנות לרעה בעקבות פעולה זו או אחרת... כאשר קיים חשש שפעולות מסוימות תחשבנה כ'בלתי מוסריות'... נראה שלא נכון להתחשב כלל עם דעתו של מי שמראש עוין לנו, אף אם אינו נמנה על אויבנו." שריר, לעיל ה"ש 23. לא ברור מדוע אין להתחשב בדעה של מי שעוין אותנו בגין הערכתו כי פעולותינו אינן מוסריות על-פי-רוב. אין הפניה מפורשת לסוגיית יבמות, שהיא המקור הרלוונטי למסקנותיו מרחיקות-הלכת של הירשנזון בעניין זה, אולי משום ששריר אינו מכיר את דברי הירשנזון. הרב יצחק רונס סובר כי "עלינו להעניק משקל רב יותר לדעתם של חשובי וחסידיו אומות העולם מאשר לזו של ההמון, וק"ו [וקל וחומר] הרשעים" (רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 42 (תגובה על הערת העורך)). מהי הזהות האפשרית של אותם "חכמי וחסידיו אומות העולם" שיהוו קריטריון? האם יהיו אלה אידיאליסטים, כהוגי המשפט הבין-לאומי MARTTI KOSKENNIEMI, THE GENTLE CIVILIZER OF NATIONS: THE RISE AND FALL OF

לפי תפיסה זו, המדגישה את המוניטין, ייתכן שדווקא במלחמת-מצווה יהיה "קל" יותר להחליט לסכן חיי חיילים כדי לחסוך בחיי חפים מפשע, שהרי מסירות-נפש זו תהיה באופן ישיר למען קידוש השם. רונס אומר בהקשר זה: "במסגרת מלחמה שכל עניינה לקדש שם שמים... כל מעשה המגלה הקפדה יתרה על מוסריותו של האדם ועל ההתחשבות בצלם א-להים שבאדם ואף בקרב אוכלוסיית האויב – יש בכך משום קידוש השם."<sup>240</sup> אלא שיצוין כי לכאורה חובה זו חלה לא רק על חיילים, אלא גם על אזרחים.<sup>241</sup>

#### (ד) מרחב שיקול-הדעת

הרב חיים דוד הלוי סובר כי חלקים ניכרים מהלכות מדינה מצויים מבחינת ההלכה במרחב שיקול-הדעת האזרחי והמדיני. אין בהם עמדה הלכתית חלוטה, אלא רק סימון גבולותיו של מרחב שיקול-הדעת הלגיטימי.<sup>242</sup> כך סבור גם הרב אבידן, אם כי בדרך שונה.<sup>243</sup>

לפי הרב שריר, יש ארבעה עקרונות-יסוד שצריכים להדריך בקביעת המותר והאסור בכל מלחמה של מדינת-ישראל.<sup>244</sup> ייתכן שלדעתו משקלם היחסי של ארבעת העקרונות

(2001) INTERNATIONAL LAW 1870–1960? לאפקט הממסד של חברי סוכנויות בין-לאומיות, כסוכנים שמושפעים יותר מתפקידם ופחות מאינטרסים מדינתיים, ראו: Eyal Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 MICH. L. REV. 167 (1999). צירופם של נציג דובר צה"ל ושל איש משפט בין-לאומי למפקדות צה"ל ברמת האוגדה ומעלה מהווה ביטוי להפנמת מרכיב התודעה כחלק מהמלחמה בפרקטיקה הישראלית.

240 רונס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 39. "מהגדרת מטרת המלחמה עולה כי אין מקום להכריע בעניין משיקולי פיקוח נפש בטענה כי שמירת האמנות הבינלאומיות תוביל לאבדות כבדות יותר בקרבנו, שכן זהו כל עניינן של הלכות קידוש השם – ללמד כי על האדם מישראל למסור נפשו למען קידוש שמו הגדול: 'בספק קידוש השם אין דין ספק נפשות להקל, כי כאמור כל כולו בנוי על מסירות נפש...'. שם, בעמ' 38. אף שדברים אלה מוצגים כפיתוח שיטתו של הרב ישראל, יש בהם סתירה לכאורה להכרעת ישראלי שפגיעה אגבית בחפים מפשע במלחמת-מצווה היא חלק מדיני שמים. ניתן, עם זאת, ליישב את הפער על בסיס ההבדלים בנסיבות ושינויי הזמן. נשאר סוגיה זו בצריך עיון.

241 יתר על כן, החובה חלה על יהודים מאמינים יותר מאשר על יהודים לא-מאמינים ואזרחים שאינם יהודים. אכן, נראה כי יחסו של הציבור הדתי-הלאומי לנפגעים בקרבו – למשל, בתאונות אימונים וכתוצאה ממלחמה – משקף תפיסה זו, לצד הצער האנושי. אם הבחנה זו נכונה, יש בה כדי להשפיע על תפיסת ההסכמה.

242 ישראל-פליסהואור, לעיל ה"ש 8, פרק ג (הדוגמה לאפשרות לא-לגיטימית היא עינוי שבויים).

243 ראו לעיל ה"ש 87 והטקסט שלידה.

244 (1) ראיית העם כולו כגוף אחד בעת מלחמה; (2) ראיית המלחמה כהתגוננות מ"רודף" ברמה הלאומית; (3) המותר והאסור במלחמה כפופים למקובל בעמים; (4) יש חיוב מיוחד של קידוש השם בעת מלחמה. שריר, לעיל ה"ש 23. השאלה מה היחס בין עקרונות 1–2 לבין עקרונות 3–4 נשאר מעומעם אצל שריר.



ישתנה בין מלחמת-רשות למלחמת-מצווה<sup>245</sup> או בתלות בשאלה אם מדובר במשפט בין-לאומי מנהגי או הסכמי.<sup>246</sup>

### (ה) בין רצוי למצוי

הפער בין הראוי למצוי מופיע, למשל, אצל הרב אליעזר מלמד. מלמד סובר (כמו ישראלי ואבינר) כי המלחמה שייכת למערכת הלכתית לאומית, שבה העיקרון המנחה הוא הישרדות האומה.<sup>247</sup> לשם כך מותר לעשות כל מה שמקובל, ויש לשאוף להכרעה ברורה, מוחצת ומרתיעה.<sup>248</sup> אף שמלמד מברך על ההתקדמות הנורמטיבית ביחס לאוכלוסייה אזרחית ונותן לו תוקף הלכתי,<sup>249</sup> הוא סבור כי ראוי, מבחינה הלכתית-

245 המעמד שרונס ושריר מקנים למשפט הבין-לאומי מתוקף דין חילול השם חלש מהמעמד שהירשנוון מקנה לו ושונה ממנו. מכל מקום, שניהם אינם מתייחסים להירשנוון, שקדם להם.

246 כך, למשל, מסכם הרב שריר (לעיל ה"ש 23) את דברי הרב ישראלי (בדף לתרבות תורנית): "כללי המלחמה הנהוגים בעמים מחייבים גם אותנו. חיוב זה איננו רק מתוקף אמנות והסכמים בינלאומיים עליהם חתמה מדינת ישראל, כי אם מתוקף 'דינא דמלכותא' הקיים גם בין אומות. כתוצאה, המוסכם בעמים איננו רק גורם מגביל, אלא גם גורם מחיר פעולות שאסורות מעיקר דין תורה." כלומר, חתימה של מדינת-ישראל על הסכם יוצרת מחויבות נפרדת מהמחויבות על-פי הדינא דמלכותא הקיים בין האומות.

247 "גם על מצווה כללית חל הכלל של 'וחי בהם' ולא שימות בהם, אלא הואיל והמצווה היא כללית, גם החשבון הוא של כלל האומה ולא של חיילים פרטיים." שם, בעמ' 49.

248 "הכל תלוי במנהג העולם. באותם זמנים כך נהגו המנצחים, ואם ישראל לא היו נוהגים כמקובל, היו העמים שסביבנו יודעים שכדאי להילחם בישראל, שאם ינצחו – מה טוב ואם יפסידו – לא נורא [שכן "אנו", להבדיל מהם, "פותחים לשלום" ו"פוגעים רק כפי הצורך" – ע' י]. גם בימינו, עלינו לשאוף לניצחון מוחלט, עד כניעתם הגמורה של אויבנו, כדי להרתיע וכדי להעניש." שם. "אמנם ברוך ה' היום כבר לא מקובל להרוג כל זכר, ובכלל משתדלים שלא לפגוע באוכלוסייה אזרחית, וממילא אין לנו צורך לעשות כך באויבנו. אבל צריך שהניצחון יהיה חזק וכואב באופן שירתיע את אויבנו, וגם שיהיה בו עונש של מידה כנגד מידה, מה שהם זממו לעשות לנו נעשה להם. אולם מעבר לזה אין לעשות." שם (ההדגשה הוספה). ובהערה הוא אומר: "גם באוכלוסייה אזרחית אפשר לפגוע תוך המלחמה כמקובל בין העמים בעיתות מלחמה... וברור שגם היום זה מנהג העמים, כולל אלה הנחשבים נאורים. אלא שכיום מקובל לצמצם את הפגיעה באוכלוסייה אזרחית כמידת האפשר, אבל מבלי לפגוע במגמת המלחמה, שהיא: השגת ניצחון הרתעה וענישה צודקת." שם (ההדגשה הוספה). יש לשים לב להוספת ההרתעה והענישה כמטרות מוצדקות. השמדה מוחלטת של האויב הייתה מחויבת על-פי התורה, ונחשבה מוסרית, (רק) בהקשר היסטורי רלוונטי. עם שינוי ההקשר, גם הקריטריון המוסרי ההלכתי משתנה.

249 יש לשים לב לביטוי "ברוך השם" (שאינו מודגש במקור) בקטע המצוטט בה"ש הקודמת. לטענה שיחסי-גומלין tit for tat (שיקולים מעשיים) יכולים לכונן תפיסה מוסרית ראו: Jens David Ohlin, *Nash Equilibrium and International Law*, 96 CORNELL L. REV. 869–900 (2011) קריטריון אשר "מקובל בין העמים" אינו משמש קריטריון משפטי (כמו אצל הרב ישראלי), אלא קריטריון מעשי, כלומר, הוא מגדיר את מצב העולם שעל-פיו נקבעת אמת-המידה מבחינת מטרות המלחמה (את ה"נצרך"). מלמד, לעיל ה"ש 93, בעמ' 102–103. עם זאת, נראה שמלמד מצמצם את הפער הנורמטיבי בין ההלכה לבין הנורמה הבין-לאומית. ראו שם, בעמ' 100.

תיאורטית, לגרש פלטינים שאינם מקבלים את שלטון ישראל, וראוי לא להציל מחבל ממוות, גם אם פורק מנשקו. אבל לחצים בין-לאומיים גורמים לכך ש"יד הגויים תקיפה עלינו" ולכן אין לנהוג כך בפועל.<sup>250</sup> **כלומר, מלמד מקבל מרות של הנורמה הבין-לאומית באופן מדרגי.**<sup>251</sup> עם זאת, הוא מעיר כי יש לחתור להשגת מטרתה של הנורמה ההלכתית (עידוד הגירה) תוך שמירה על גרדי הנורמה הבין-לאומית (איסור גירוש).<sup>252</sup> מן הכיוון ההפוך הראיתי<sup>253</sup> כי הרבנים גורן וליכטנשטיין, הסוברים כי מבחינה מוסרית-הלכתית יש להימנע מפגיעה בחפים מפשע, אינם טהרנים בגישה זו. הם מכירים בצער בעובדה שבמלחמה נפגעים חפים מפשע, ולכן עולה מעמדתם כי אין להיכנס לרמת סיכון בלתי-סבירה כדי למנוע פגיעה נלווית כזו, שהיא חלק מזוועות המלחמה.

250 לפני הפסקות המצוטטות בה"ש 248 לעיל הוא אומר: "אמנם מצוה זו, לגרש את הגויים שאינם מקבלים על עצמם שבע מצוות בני נוח מחייבת אותנו בזמן שיש בידינו כוח, אבל כאשר יד הגויים תקיפה עלינו, אנו אנוסים מלקיימה. ויתכן שהיום, בעקבות הלחצים הבינלאומיים, אנו נחשבים כמי שיד הגויים תקיפה עלינו." שם, בעמ' 49 (ההדגשה הוספה).

251 לפי מלמד, חשוב לשמר את הפער בין הראוי מבחינת המוסר היהודי לבין ההכרעה המעשית. הוא מתעלם מהאפשרות שהתמדה בנורמות לפי ההכרעה המעשית יכולה להשפיע על ההלכה גופה, אף שהוא עצמו ממליץ להפעיל דינמיקה כזו כדי להשפיע על ההלכה המוסלמית. השוו שם, בעמ' 117, ה"ש 5. לדיון בסוגיה של שימור המוסר היהודי מול הנכונות לשקול לפרשו מחדש ראו אביחי רונצקי ויוסקה אחיטוב "חילול שבת וחילול ה': חלופת מכתבים" אביחי רונצקי **כחצים ביד גיבור, שאלות ותשובות בענייני צבא ומלחמה** ג 144 (התשס"ב) (פורסם גם בכתב-העת **מימד** 16, 16 (1999)).

252 "אין אנו פטורים מלנסות לחתור למציאת דרכים לקיום הצו האלוקי... כאשר אין בידינו כוח לגרש את אויבנו, מצוה עלינו לעודד את הגירתם בדרכים המקובלות בעולם." מלמד, לעיל ה"ש 93, בעמ' 108. באופן דומה מנמק הרב יהודה גרשוני את דעתו לגבי הטיפול במחבלים שבויים (שאותו ינמק מלמד בנימוק אחר, כפי שנראה להלן בהמשך ההערה): "לפי החוק התורני אנשי מוות הם. אמנם, במצבנו הנוכחי כעם קטן ודל התלוי בעמים אחרים, אין אנו חופשיים בהחלטותינו המדיניות, ואין בידינו להוציא לפועל את דיני המשפט העברי בשלמותם. לכן...". הרב יהודה גרשוני "הארות והערות לגבי מלחמת שלום הגליל" **ערכים במבחן מלחמה** 144, 152 (אלי בלוס ואח' עורכים, התשמ"ד). בהבנת הצו האלוהי ובאופן חתירתם של רבנים אלה לקיומו גלומה הכרעה מוסרית שישראל קודם לזר.

לגבי טיפול רפואי במחבל בכלל, ובשבת בפרט, מלמד מגיע לאותה תוצאה – הכרעה לטפל בו למרות נורמה הלכתית המתירה או מחייבת לתת לו למות ("אין ספק שמחבל... נכנס לדרגת הרשעות הגבוהה... אם אפשר להורגו, צריך לעשות זאת. ולפחות אין לעזור לו ולהצילו") – אך עם הנמקה שונה במקצת: האמנות הבין-לאומיות ("ואמנם דינא דמלכותא דינא", וכיון שאסור לפי החוק להרוג מחבל שכבר לא נשקפת ממנו סכנה, אסור להרוג") מהוות את ההוכחה לקיומו של חשש איבה, "המעיד כאלף עדים על פיקוח הנפש הרוחה את השבת". הפפיפות המעשית אינה מנומקת כאן בכך ש"אין יד ישראל תקיפה", אלא בחשש איבה ובידין המלכות. הנורמה ההלכתית נשארת, והאמנות הן רק מדד לפעולה שיש לעשות. מלמד, לעיל ה"ש 93, בעמ' 107–109. השוו שוב לרונצקי ואחיטוב, לעיל ה"ש 251.

253 ראו לעיל ה"ש 108 והטקסט שלידה.

נסכם תת-פרק זה באמצעות עמדתו של הרב שרלו, אשר הופיע גם בשני התת-פרקים הקודמים. שרלו בוחר להציג את שתי העמדות הקיצוניות על שלל נימוקיהן, ומסכם כי השאלה היא שאלה הלכתית שמחייבת שיקול-דעת ואשר התשובה לה בהכרח אינה פשוטה. הוא שולל במפורש את העמדות אשר דוברות בשם ההלכה ושוללות כל היתר לסכן חיילים כדי להגן על אזרחי אויב, וקובע כי הן פשטניות. הוא מציב את הפסיקה בסוגיה זו כאתגר דתי אשר חיוני לדימויה של מדינת-ישראל ולדימוין של התורה וההלכה כאחד.<sup>254</sup>

## פרק ג: אכזריות בשם הצדק, מלחמה לשם שלום והשיח על הלכות לחימה

### 1. על שלום ואכזריות במלחמה

חשוב בעיניי להבין את עמדתם של אותם רבנים התומכים בלחימה אכזרית בשם השלום, הצדק והמוסר היהודי (מוסר פרטיקולרי זה יהיה לדעתם בעתיד המוסר האוניוורסלי ה"אמיתי").

הרב אבינר מעמיד אל מול תופעת המלחמה שלוש דרגות של שלום "זו על גבי זו": "השלום התכסיסי... 'השלום הכפוי' ו...'השלום האידיאלי'... – שלום עולמיים".<sup>255</sup>

<sup>254</sup> "קשה מאוד להכריע בשאלה זו, והיא מחכה ומצפה להכרעתם של תלמידי החכמים שבארץ ישראל היושבים על מדין ופוסקים בענייני הכלל. אין ויכוח על העובדה כי חיי חיילנו קודמים לחיי כל אחד העומד מנגד, בין אם הוא במעגל הלחימה ובין אם לא. ברם, השאלה האמיתית היא לאיזה ספק יש להיכנס כדי שלא לפגוע בעומדים מחוץ למעגל הלחימה, והמקורות שהובאו לעיל מלמדים שאין שאלה זו פשוטה כלל ועיקר. כל שלמדנו הוא ששאלה זו קיימת ומחייבת שיקול דעת, והגישה העקרונית כאילו אין מחויבות להימנע מהרג אינה עומדת במבחן היגלות רצונו של ריבונו של עולם. אם אכן יש לשקול את שני הצדדים, הרי דברים רבים שנכתבו על ידי אנשי תורה בקרב ג'נין מחייבים בחינה מחודשת. העמדה הרבנית שנשמעה פה אחד פסקה להלכה כי אין לסכן נפשות כלל וכלל, אפילו לא סריטה, כדי שלא לפגוע במי שעומד מחוץ למעגל המלחמה, ואילו דברינו שלנו אינם כה חתוכים בעניין, ואנו מבקשים להגדיר את הסוגיה אחרת: יש רמת סיכון מסוימת שיש לקחת כדי שלא לעבור על היסודות המצויים בכף השניה של הדיון... שאלות מוסר המלחמה צריכות להיות מהראשונות שאנו מבררים בשעה שאנו מבקשים למלא את ייעודה של מדינת ישראל, למען דעת כי המוסר האלוקי העליון הוא המכונן את חיינו בארץ קדשנו. אין אנו אלא נושאי שמו של ריבונו של עולם המממשים בפועל את תורת בארץ הקודש, ואנו מבקשים לברר את יסודות דבריו והנחיתו לצבא ישראל." שרלו, לעיל ה"ש 198. השוו לדבריו של הרב ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 238: "נקודת המוצא לפתרון הבעיות היא ההלכה. אולם גם בהלכה אין רצפט קבוע לכל מקרה."

<sup>255</sup> אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 43–47. גם לוינס עומד על הבדלים בין שני סוגי שלום, אך גישתו הפוכה. היהדות אינה חותרת לשלום המרוכז בעם היהודי עצמו, אלא דווקא ביחס עם האחר. LEVINAS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1–3.

השלום התכסיסי הוא שלום של משפט בין-לאומי,<sup>256</sup> המבוסס על האינטרסים של המדינות,<sup>257</sup> אבל בסיס זה הינו רעוע וסופו לקרוס.<sup>258</sup> השלום השני הוא **השלום הכפוי של מדינה עולמית**,<sup>259</sup> המאפשרת יציבות טובה יותר לטווח ארוך (במונחי מדינות). הרמה השלישית היא **שלום עולמים**, אשר נובע מיחסי אהבה ואחוה,<sup>260</sup> ומבוסס על הכרה משותפת באידיאל האלוהי.<sup>261</sup>

לפי הרב אבינר, המציאות הבין-לאומית תחת המשפט הבין-לאומי נמצאת לכל-היותר בין השלב של מצב הטבע לבין שלב השלום התכסיסי. במצב זה אבינר דוגל ב"אלימות הרציונלית: כשאין ברירה אחרת, אנו פועלים בדרך צבאית".<sup>262</sup> וכשזה קורה, "המלחמות הכרחיות... הן מצווה לא נעימה, אך מצווה".<sup>263</sup> היא מצווה לא רק כהגנה, אלא גם לקידום השלום. מכאן נובעת נכונותו של הרב אבינר לקבל זוועות במלחמה, להמליץ עליהן ואף – במידה מוגבלת – לחגוג אותן.<sup>264</sup> למלחמה הרציונלית האלימה,

256 אבינר דן בבעיית האכיפה של המשפט הבין-לאומי (אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 43–44), ומעיר כי קנט ניבא ששלום זה ייוצב על-ידי הרתעה הדדית, מחד גיסא, ועל-ידי תלות הדדית מורכבת ומתמשכת, מאידך גיסא, אך המציאות מוכיחה שאין זה המצב. השווה הנקין, לעיל ה"ש 158; Harold H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law*, 106 YALE L.J. 2599 (1997).

257 "כל ההסכמים, בין אלה שמבוססים על אהבה... למראית עין, בין שמחושקים על ידי אימה או צרות עין – כולם תכסיסים, כולם אינטרסנטיים." אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 76–77.

258 "וברגע שהתועלת של צד אחד גוברת, הוא יחזור לדרך המלחמה." שם, בעמ' 45. אבינר טוען שם, בשם הרב קוק, כי שלום אינטרסנטי הוא מקרי וזמני באופיו. כאשר הוא מתפרק, עוצמת הסכסוך גבוהה מאוד.

259 "רעיון המדינה העולמית... מדינה אחת בין-לאומית... יש בה גרעין של אמת, אותו מצאנו בהשקפתם של ישראל. אבל השאלה היא מי כופה... השלטת השלום בדרך של מלחמה... והמשיח עניינו להילחם מלחמות ה'... בינתיים יש להשתמש במזמרה כדי... לזמר עריצים ורשעים מן העולם... ישנם עמים רבים הצריכים שיעורי חינוך על ידי החרב ואפילו כאלה החייבים כתיבה וכריחה." שם, בעמ' 46 (ההדגשה הוספה).

260 שם, בעמ' 246–249. שלב-הביניים הוא שלום כפוי תחת ישראל.

261 "בבוא תור המדינה העולמית, יתמעטו הצביונות הלאומיים הפרטיים, לא מפני דיכויים... אלא בשל עילוי יסוד דעת ד' וההכרה בעליונותם של ישראל וצדקתם על כל גויי הארץ – אז יבוא זמן השלום, עת פירוק החרב..." מאוחר יותר הוא אומר: "השלום העולמי בא יבוא, בעוד שנים או דורות. לא נדע כמה. הוא יבוא כשיתרומם ישראל למעלה כזו של עצמה, שיהיה בכוחו להכניע את כל עמי הארץ. אז יטול נשקו בידו ויעשה דין צדק בגויים... באותה שעה יבוא תור השיטה השלישית בדבר השלום להופיע, שלום עולמים, שהוא שמו של הקב"ה." שם (ההדגשה הוספה). רוממות ישראל, לדעת אבינר, היא בהקשר זה כוחנית, ולא מוסרית. ראו להלן בה"ש 264.

262 אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 35. אבינר יוצא נגד יפיי-הנפש המסורבים להילחם ברוע. אבינר "טוהר הנשק", לעיל ה"ש 77, בעמ' 13.

263 אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 39. אבינר מפנה לרמב"ם: "עזיבת העונשים... היא תכלית האכזריות והפסד סדר המדינה" (רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק לה). נוסף על כך ראו: "הרחמנות על הרשעים המשחיתים אכזריות היא על הבריאים" (שם, פרק לט).

264 "אנחנו רחמנים... ורגישים לסבל אחרים, אבל לא על חשבון עמנו... באופן כללי, יש חשבון של עם מול עם. עם הבא להורגך, הילחם עד לניצחון, עד שיניח לך לחיות בשקט." אבינר "תוקף הסכמים",

המרתיעה וחסרת המגבלות, יש שלושה תפקידים, שהם גם שלוש הצדקות: הראשונה היא מניעת סבל רב יותר וצורך בדיכוי ארוך-טווח;<sup>265</sup> השנייה היא שרק תחת שלטון ארוך-טווח לא-אלים ולא-מדכא (הודות לאלימות בהתחלה) ניתן להגיע לשלב הבא בהתקדמות המוסרית והפוליטית בעולם;<sup>266</sup> והשלישית היא שכך תימנע האפשרות (הקיימת תמיד) של התמוטטות השלום התכסיסי או הכפוי וחזרה למצב נחות יותר – מצב הטבע.

תפיסת-עולם זו ספוגה בנקודת-מבט יהודית על העולם ועל מקומה של כנסת ישראל בתוכו.<sup>267</sup> לפי אבינר, העם היהודי מוסרי יותר מכל עם אחר,<sup>268</sup> והסכנה המוסרית שבלאו-מיות-יתר אינה קיימת בישראל. לכן עם-ישראל הוא המועמד הראוי היחיד לשליטה גלובלית בשלום כפוי. רק תחת ישראל שלום זה יכול אחר כך להתקדם למצב של שלום אידיאלי.<sup>269</sup> המסקנה היא ששלום אידיאלי יושג רק מתוך שלום

לעיל ה"ש 77, בעמ' 166. הטקסטים של אבינר חריפים ביותר: "לחסידים יש נשק... גאולת הדם נוהגת... בתוך עם ישראל. כלפי חוץ – לעשות נקמה בגוים תוכחות בלאומים". **אשרי שיאחז ונפץ עולליך אל הסלע. איום ונורא! ... אחרי כל מה שעוללו לנו הבבלים, יש מקום לאמר 'אשרי שיאחז. אשרי מי שלא יצטרך לאשרי' כזה. אבל כשצריך – צריך... זו חסידות וזה הדר'.** שם, בעמ' 170–171. "ועכשיו [בתנאים מסוימים – ע' י] **שמחת היצירה היא לפגוע באויב.** זו המצוה שמוטלת עלינו, ועלינו לעשותה במרץ ובשמחה... **יש להילחם בחשק כמו הרופא המנתח...** וכמו המוהל... שבוודאי אינם שונאים את האדם, אך עושים את מלאכתם הקשה – נאמנה." שם, בעמ' 172. לפי הרב, "במלחמה חייבים להילחם עם מידת האכזריות, כפי הצורך וכפי התועלת". שם, בעמ' 173. אין מקום לאכזריות מוגבלת; בכל מצב יש לבחור אחת משתי אפשרויות – להימנע ממנה כליל ולהתרחק ממנה או לנקוט אותה במלוא חריפותה.

265 פעולת כיבוש אכזרית מאוד וקצרה מייטרת את הצורך בדיכוי ארוך-טווח. אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 147. אבינר סובר, כמקיאווולי, שמלחמה עם אלימות קשה, שתוביל לשליטה ארוכת-טווח שקטה של ישראל בעמים, תאפשר את השכנוע, אשר הכרחי למעבר מהשלום הכפוי לשלום האידיאלי. השווה אבינר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 14.

266 לכאורה, לפי אבינר, אין אפשרות להשיג יציבות, הסכמה ושכנוע בדרכים כוחניות: "יש מציעים לפעול בכוח, בכפייה. אך כבר מאתיים שנה אנו יודעים שאי אפשר להשיג שום דבר בכוח... בדברים חמורים – רק דרכי הסברה, דברים מרוממים... יכולים להשפיע... כשמתמשים באלימות ובדרכי כפייה, המחיצות הולכות וגבהות ואיש אינו מוכן להקשיב." אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 295–296.

267 אומנם בהתחלה אבינר מדגיש את החשיבות והמעלה הגדולה שבאהבת כל העמים כולם, ואת העובדה "שצלם אלוהים שבאדם, כולל את כל האנושות". אבל היחס הוא כמו בין הלב (ישראל) לבין האיברים (אומות העולם). שם, בעמ' 29–30. השווה אברהם יצחק הכהן קוק **מידות הראייה** אהבה ה (התשכ"ו); הרב חיים ויטאל **שערי קדושה** חלק א, שער ה.

268 אבינר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 145. אבינר משווה ומוצא את יישוב הארץ כמוסרי יותר מיישוב אמריקה (שם, בעמ' 268–269). לגבי מלחמת שלום-הגליל הוא אומר: "לא מהם נלמד מה מוסרי ומה בלתי מוסרי... אנחנו בעלי המוסר ואנחנו יודעים טוב יותר מכל האנושות כולה..." (שם, בעמ' 138).

269 "בוודאי שאנו רוצים שלום – אך באיזה אופן? ... מתוך ש'ד' עוז לעמו יתן' נמשכת הברכה: 'ד' יברך את עמו בשלום', בשלום אמת. לא שלום מבולבל, לא שלום-של-פוליטיקה, של-שקר... אם רוצים שלום של אמת, חייב להיות ברור מי הוא עם ישראל ומי הן אומות העולם. איננו באותה רמה..." שם, בעמ' 31.

כפוי, 270 אשר יושג רק על-ידי כיבוש ורדייה של ישראל בעולם כולו.<sup>271</sup> מכאן ברורה הכרעתו של אבינר כי "כל מלחמה היא שלב בגאולת ישראל".<sup>272</sup> מכאן, בעיניו, "אין ברירה. עין תחת עין, שן תחת שן, יום נקם בלבי".<sup>273</sup> אין לסכן חיילים כדי להגן על אוכלוסייה אזרחית של הצד האחר.<sup>274</sup> יתר על כן, ניתן ככל הנראה לקבל – ואף לחגוג – פגיעה הרתעתית באוכלוסייה אזרחית, בין במסגרת הרתעת-נקמה ובין כדי לבסס את שלטון ישראל.

## 2. השיח על הלכות לחימה

ידלין וכשר מניחים במאמרם את קיומה של הסכמה בחברה הישראלית ובעולם על הנחות-היסוד בדבר תפקיד המדינה, על ההצדקות ללחימה ועל נורמות מוסריות רבות.<sup>275</sup> פרק א במאמר זה מעלה תהיות בדבר נכונותה של הנחה זו לגבי פוסקים ושומעי לקחם בקהילות ההלכתיות.<sup>276</sup> לעומת הפער בהנחות-היסוד, הראיתי כי בפסיקה למעשה מירב הדעות ההלכתיות מתכנסות לטווח מצומצם למדי, אשר חופף ברובו את השיח הציבורי בישראל (אדגיש זאת שוב – רק מבחינת הנורמות בפועל). זו אולי הסיבה שבעטייה היה נדמה בתחילת מבצע "עופרת יצוקה" כי יש חפיפה בין השינוי הנורמטיבי בפקודות לבין התהליך החינוכי-הרוחני של הרבנות הצבאית, שתמך בשינוי זה. השינוי הנורמטיבי בהוראות הצבא נתפס על-ידי חלק מהציבור הדתי כתחילתו של תהליך שינוי בבסיס האידיאולוגי-המוסרי בחברה הישראלית, בצבא

270 יש מצווה לחתור לשלום אידיאלי באופן ריאליסטי ("כולם רוצים שלום... יחד עם זה יש להיות ריאליסטי"). שם, בעמ' 236 (בעקבות מלחמת לבנון).

271 "בינתיים, כדי לשבת בשקט יש לרדות מן הנהר עד הנהר". ולפני כן כתוב: "בזמן שלמה היה שלום... 'כי הוא רדה...'. העמים מסביב לא נהפכו לצדיקים אלא הוא רדה." שם, בעמ' 125–129.

272 שם, בעמ' 40. השוו הולצר, לעיל ה"ש 2. יש לשים לב שהמלחמה אינה הצלה או כיבוש גרידא.  
273 אבינר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 131. מבחינה מוסרית והלכתית, המשפט הבין-לאומי ואף המשפט המדינתי אינם רלוונטיים, אך אין זה אומר שההכרעה היא בהכרח בניגוד למשפט זה. כך, למשל, אבינר מכריע באופן הלכתי-פנימי כי גירוש ערביי ישראל "איננו צודק ולא מוסרי" (בצד היותו לא-מציאותי). שם, בעמ' 223.

274 עמדתו לגבי אוכלוסייה אזרחית של צד שלישי אינה ברורה.  
275 דבר זה מובן לנוכח עמדתם כי כל כלל פעולה צריך להיות ניתן להכללה. אני סבור שגישה זו ראויה, אך יש להיות מודעים לפער בין שיח זה לבין השיח הציבורי הישראלי. מאמר זה מתמקד בשיח הישראלי-היהודי, והוא מזמין בהחלט בדיקה דומה של השיח בקבוצות אחרות בחברה הישראלית ושל יחסן לנורמות הפעולה של הצבא.

276 באופן דומה ניתן לטעון, מן הצד האחר של המתרס, כי החובה המוסרית שחלק מאזרחי מדינת-ישראל מרגישים כלפי אוכלוסייה אזרחית שנפגעת מפעילותו של הצבא הישראלי אינה נובעת מהשליטה האפקטיבית של מדינת-ישראל בשטח זה, אלא מתחושת חובה מוסרית ישירה וחזקה או שותפות בזהות, שבהן ידלין וכשר אינם מכירים.

ובעמדותיה של מדינת-ישראל.<sup>277</sup> אבל מן האמור לעיל עולה כי האופן שבו נומק התהליך על-ידי הרבנות היה שונה בתכלית. ממצאי המאמר מחייבים לטעמי דיון ביחס שבין אימוץ נורמה לבין אימוץ ההנמקה בשיח בצומת חשוב זה. באופן כללי יותר יש לומר כי השיח על הלכות מלחמה תלוי בפיתוח השיח ההלכתי, הקהילתי והישראלי על ריבונות יהודית. שיח זה יכול להיות אוניוורסלי או פרטיקולריסטי. כמורכב, הנחת-היסוד לשיח יכולה להיות מוסר דאונטולוגי, ויכולה להיות מוסר קונוונציונלי. שתי הבחנות אלה מייצרות יחדיו ארבעה סוגי שיח: שיח דאונטולוגי-אוניוורסלי, שיח דאונטולוגי-פרטיקולרי (יהודי), שיח קונוונציונלי-אוניוורסלי ושיח קונוונציונלי-פרטיקולרי. כל סוגי השיח האלה קיימים בחומר ההלכתי שפורט לעיל.<sup>278</sup> נוסף על שתי ההבחנות שלעיל, או אותם שני ממדי שיח, קיים מימד שלישי של הדיון. מימד זה מתמקד בשאלת הקשר בין השיח הפנימי – ההלכתי והקהילתי – לבין השיח המדינתי והבין-לאומי (וכך נוצרים למעשה שמונה סוגי שיח אפשריים).<sup>279</sup> בהקשר זה יש מחלוקת באשר לתהליך קבלת ההחלטות הפנימי לאחר ההיזקקות לנורמה החיצונית.<sup>280</sup> הדיון ההלכתי מודע רק בחלקו לשיח הכללי ולמכלול הנימוקים והשיקולים הנידונים בתהליכי קבלת ההחלטות, גם כאשר אלה יכולים להעשיר את השיח ההלכתי או לנמק עמדה פרטיקולרית בנימוק אוניוורסלי מקביל. גם מבחינה פנימית יש מקום לבחון באופן עמוק יותר את ההנמקות ההלכתיות: באילו מקורות הלכתיים ומושגים הלכתיים הפוסקים משתמשים? מה מבנה ההנמקה

277 סקירת הספרות המנותחת במאמר זה מגלה כי הכתיבה ההלכתית האמריקאית מתבלטת בקריאה נרחבת יחסית של ספרות מקצועית צבאית ואתית. לא כך, ככלל, בפסיקתם של פוסקים בעברית (יש גם נתק בין הכתיבה ההלכתית בעברית לבין זו שבאנגלית). כמורכב התגלה כי הדיון ההלכתי שקדם למאמרם של ידלין וכשר (לעיל ה"ש 1) הקדים אותם בכמה נקודות. בפרק ב לעיל התברר כי ההנמקה השונה של הפסיקה ההלכתית לתוצאות שידלין וכשר ממליצים עליהן בחלק מהסוגיות מהווה פתח לדיון נורמטיבי, מקצועי וציבורי, אשר הוחמץ עד כה.

278 אחיטוב מציע כי ייתכן שההלכה צריכה להכיר בהבדל שבין חקיקה בין-לאומית קוגנטית לבין חקיקה דיספוזיטיבית. יוסף אחיטוב "מלחמות ישראל ו'קדושת החיים'" **קדושת החיים וחירוף הנפש** 255 (ישעיהו גפני ואביעזר רביצקי עורכים, התשנ"ג). השווא בינר "תוקף הסכמים", לעיל ה"ש 77; Edre'i, לעיל ה"ש 15; אדרעי, לעיל ה"ש 16; Edre'i, לעיל ה"ש 19.

279 קיימות דעות הלכתיות מעטות ושוליות בלבד המכריעות בסוגיות שלפנינו ללא היזקקות כלשהי לנורמות הנוהגות, במדינה ובעולם, להלכה או למעשה. יש מחלוקת לאיזו מהנורמות החיצוניות יש להתייחס. למשל, האם יש להתייחס לנורמה הישראלית או לזו הבין-לאומית? האם יש להתייחס לנורמה הרווחת, לנורמה הראויה, לנורמה המשיגה באופן מיטבי את מטרתה של המדינה או אולי דווקא לטווח של נורמות לגיטימיות. יש גם מחלוקת באשר לאופן ההיזקקות לנורמה החיצונית: האם היא קובעת את טווח האפשרויות ההלכתיות (מרחב הלגיטימיות), האם היא קובעת את מחירי האפשרויות ההלכתיות השונות (למשל, איבה או מוניטין) או שמא היא מציבה נורמה מוסרית שמהווה חלק מהדיון המוסרי היהודי (כמינימום, כלעומתית או כמועמדת לאימוץ)?

280 תהליכים הלכתיים קהילתיים אלה משפיעים, כאמור במבוא, על תהליך קבלת ההחלטות במדינת-ישראל. לכן, מבחינה תהליכית, השיח הנורמטיבי הוא שיח בעל מנגנון של היוזן הדדי (ראו עוד על כך להלן).

ומה מידת חוזקה וסמכותה (דאורייתא, ייהרג ובל יעבור, הנחיה מעשית ללא סמכות הלכתית פורמלית, עמדה ציבורית או המלצה אישית גרידא)? יש מקום לבדוק את השימוש השונה של פוסקים שונים באותם מקורות וכן את ההגעה לתוצאות דומות בעזרת הנמקות שונות ואף סותרות. יש מקום לבחון את הרקע ההיסטורי, האישי והאידיאולוגי של הפוסק, את ניסוח השאלה שעמדה לפניו, את זהות השואלים, את קהל-היעד, את מקום פרסומה של ההנמקה ועוד.

במסגרת זו יש לדון גם בהיזון ההדדי בין התהליכים המגבשים את הנורמות של דיני הלחימה לבין השיח ההלכתי. באופן פרטני ניתן לשאול אם לפרשנות (commentary) של סעיף לגבי נשק אסור, למשל, יהיה מעמד מדרגי דומה כלפי ההלכה כמו לאיסור של רצח-עם (אמנה). הרי אפשר לטעון שהפרשנות היא ספרות מקצועית, בעוד האמנות עצמן נהנות מהסכמתן של אומות העולם. באופן כללי יותר עולה כאן סוגיה בפלורליזם משפטי והשתלה משפטית. בשלב הראשון השאלה היא אם הנורמה מועתקת בצמצום או יחד עם הפרוטוקולים והפרשנות.<sup>281</sup> בשלב השני עולה השאלה אם התוכן המועבר נהפך לחלק מגוף השיטה המשפטית החדשה, ומתפרש בכליה ועל-פי כלליה-היא, או שמא המאמץ הפרשני כולל היזון הדדי מתמשך בין שתי שיטות המשפט. כן אפשר לשאול עד כמה מעמדו של הסכם בין-לאומי תלוי במספר המדינות שאישרו אותו, וכן אם ההלכה בוחנת את קבלתה של האמנה בכללותה או שמא היא בוחנת גם התנגדויות והסתייגויות לכל סעיף. סוגיות אלה טרם נידונו, למיטב ידיעתי.

חלק מהפוסקים ומהדוברים בשיח הישראלי סבורים כי יש פתרון "נכון" מבחינה מוסרית לדילמה שבמרכזו של מאמר זה (ולכן היא רק דילמה לכאורה). אחרים סבורים כי בחלק מהמצבים יש דילמה מוסרית אמיתית.<sup>282</sup> הסוגיה הנוכחית מדגישה גם שאלה מסדר שני – מה צריכה להיות מסגרת הדיון? האם הדיון צריך לעסוק בנורמה המשפטית הרצויה, הכורכת בצידה סנקציות (פליליות או דתיות), או בנורמה האתית? (ובאופן כללי יותר – מה היחס לפי ההלכה בין משפט לאתיקה?)<sup>283</sup> זקהיים<sup>284</sup> שולל את הכוונה ליצור כללים משפטיים מדויקים ומחייבים, כי "מקרים קשים" (ואין ספק שמלחמה בכלל והדילמה שבה עסקינן בפרט הן בגדר "מקרים קשים") "מובילים לכללים קשים".<sup>285</sup> זקהיים ממליץ על קיום דיון אתי במסגרת טווח לגיטימי מבחינה

281 אם ניטול כדוגמה את אמנות ז'נבה ונניח שיש להן מעמד הלכתי כלשהו (למשל, כי הן אושרו באופן אוניוורסלי), יש לשאול עדיין מהו מעמדם של הפרוטוקולים הצמודים לאמנות אלה (פרוטוקולים I–II, 1977 (שאושרו על-ידי כ-170 מדינות), ופרוטוקול III, 2005 (שאושר על-ידי כ-60 מדינות)), ומה מעמדם של ארבעת כרכי הפרשנות שלהן (commentaries, 1952–1959).

282 בבחינת "ויירא יעקב מאד, ויָצַר לו" (בראשית לב 8) – "ויָרָא שמא יִהָרַג, ויָצַר לו שמא יִהְרוּג את אחרים" (רש"י).

283 להבחנה זו בהקשר של דיני הלחימה ראו גורן, לעיל ה"ש 108, בעמ' 14–18.

284 Zakheim, לעיל ה"ש 30. השו"ע א"א 555/71 אמסטרדמר נ' מוטקוביץ, פ"ד כו(1) 793 (1972).

285 כלומר, כל כלל שייקבע לאור מאפייני המלחמה והדילמה המוסרית לא יהיה ניתן להצדקה באופן מוחלט, ואף יוביל בחלק מהמקרים לתוצאות אבסורדיות ורעות. מאידך גיסא ניתן לטעון כי אי-ההסדרה של תחום זה היא כשלעצמה בבחינת "כלל קשה המוביל למקרים קשים".



משפטית.<sup>286</sup> אולי זאת עמדתם של חלק מהפוסקים התולים את עמדת ההלכה במשפט הבין-לאומי.<sup>287</sup>

האם ההכרעה בסוגיה זו היא הכרעה לגבי כלל הכרעה או לגבי כללי התנהגות? הבדל זה היה משמעותי בשאלת היחס לעינויים, שבה המליץ הרב זקהיים לשקול מדיניות שעל-פיה יוטל איסור על פגיעה באזרחים (כנראה כאיסור גורף), אבל יהיה אפשר להשתמש בהגנת הצורך באופן רחב יחסית.<sup>288</sup> אלא ששניות זו אינה אפשרית בסוגיה שלפנינו. הרי איסור הפגיעה באזרחים מחייב סיכון חיילים, ולהפך. לכן בשני כיווני הפתרון יש החלטה על סיכון חיי אדם והנמקת הצורך והכורה פועלים לשני הכיוונים. לעניות דעתי, השיח ההלכתי בסוגיה זו אינו מבחין בכך שמדובר בשני סוגים שונים של הכרעה.

לבסוף, נדמה שעיון בעמדות ההלכתיות חושף שימוש רב בתהליך דו-שלבי כדי להתמודד עם הדילמה. לפי גישה אחת, קודם-כל מתירים פגיעה באזרחים ואוסרים סיכון חיילים לשם שמירה על חיי אזרחים,<sup>289</sup> ובשלב השני מגבילים עמדה זו או מייצרים מרחב לשיקול-דעת. גישה שנייה מניחה איסור מלחמה ואיסור סיכון אזרחים, ואז מנסחת היתרים. שימוש זה בתהליך הדו-שלבי מצריך הסבר, מכיוון שאיני מצליח להצביע על רוח מהותי משימוש באסטרטגיה זו.<sup>290</sup> אם אכן אין כאן צד ל"חומרה" וצד ל"קולא", אלא דילמה אמיתית, אזי השימוש הנפוץ באסטרטגיה זו אולי אינו מקל את ההגעה לתוצאה, אלא מהווה חלק מהתוצאה עצמה – ניסיון לבטא מרכיב גדול יותר של מערכת הערכים והשיקולים בתשובה ההלכתית עצמה. עניין זה מוביל לדיון בתהליך ההלכתי.

286 כלומר, במקום להגיע לנוסחה שעל-פיה ניתן "לחשב" נורמה למצב נתון, הוא מציע לתחום את המצבים שבהם חובה לסכן חיילים כדי להימנע מפני פגיעה בחפים מפשע, מחד גיסא, ואת המצבים שבהם אסור לעשות זאת ואולי אף מותר, בלית ברירה, לפגוע בחפים מפשע, מאידך גיסא. החלטות בתחום-הביניים שבין שני סוגי המצבים, אשר יכלול אולי את רוב המצבים הרווחים במלחמה, יתקבלו לאור דיון אתי, ולא דיון משפטי. דברים אלה אינם מופיעים בדבריו, אלא הם הסקה שלי.

287 פרופ' בלידשטיין ביקר עמדות אלה, משום שלכאורה, אם הכל נקבע לפי המשפט הבין-לאומי, אין להלכה מה לתרום לדיון המשפטי. Blidstein, לעיל ה"ש 83. אבל אולי יהיה לה עדיין מה לתרום בדיון האתי. גם בדיון אתי (בלבד) תיתכן השפעה לדיון ההלכתי, לטוב ולמוטב, על קבלת ההחלטות בתוך הטווח הלגיטימי.

288 Eyal Benvenisti, *The Role of*: ראו: National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists, 8 EUR. J. INT'L L. 596 (1997).

289 כאשר ההיתר להרוג נובע כאמור מאחת או יותר מן הסיבות הבאות: היות המלחמה בין לאומים, הסכמה, בגלל ריק נורמטיבי בשעת מלחמה או בשל ההכרה שבמלחמה זה קורה.

290 אם נקודת המוצא היא היתר, אזי לא ברור מהם השיקולים שיש לשקול במסגרת שיקול-הדעת (מלבד שיקולים מעשיים); ואם נקודת המוצא היא איסור, אזי האיסור כולל לכאורה הן סיכון חיילים והן סיכון אזרחים, ולא ברור מה מנחה את גיבוש אופן מתן ההיתר לפגוע בזה או באחר.

## מחשבות לסיכום על מחקר תהליכי השיח הישראלי והשלכות מעשיות

העיון במאמר זה התמקד בעמדות ההלכתיות עצמן. הוא לא עסק בהיבטים התהליכיים והמערכתיים, המהווים חלק מגיבושה של כל עמדה ומגיבוש השיח ההלכתי כולו. עם זאת, המאמר מאגד עובדות רבות שמצביעות על חיוניותו של מחקר תהליכי כזה. הראיתי שקיים פער בין הדעות ההלכתיות לפני הקמת מדינת-ישראל לבין מגוון הדעות שנפסקו מתוך חוויית הריבונות. הראיתי גם שההלכה מגיבה על שינויים במשפט הביין-לאומי, בהתנהגותן של האומות וביחסים הביין-לאומיים (למשל, בסוגיית המוניטין). אצל חלק מהפוסקים (למשל, הרבנים גורן, שרלו וברוידא) ניתן לראות את תהליך התגבשותן או השתנותן של ההכרעה וההנמקה במהלך הזמן, בתגובה על שאלות ומציאויות שונות, ובאפיקי פרסום שונים. הראינו גם את תלותה של ההכרעה ההלכתית בתפיסת-העולם הכוללת, במערכת התמריצים שחלה על תפיסת-עולם זו, כמו-גם במערכת התמריצים שחלה על ההכרעות ועל ההנמקות השונות שפוסק בוחר מכלל האפשרויות בשאלה נתונה.

העושר והגיוון של האפשרויות ההלכתיות הלגיטימיות שעלו במאמר מעלים שאלה בדבר התגבשות התמונה הפשטנית של עמדת ההלכה בשיח הישראלי. מצב זה – של עושר וגיוון הלכתיים שנדחקים מן השיח על-ידי אפשרות הגמונית – אינו ייחודי לסוגיה זו או לאתיקה צבאית. עם זאת, ייתכן שניתוח תהליכי יגלה כי תהליכים כלליים אלה נמצאים ביחסים גומליניים מחזקים עם התהליכים המשפיעים על גיבוש השיח על אתיקה צבאית בישראל ועל תפיסת השיח הביין-לאומי בסוגיה זו בחברה הישראלית.

לבסוף, אבקש להדגיש כי בניתוח השיח ההלכתי ויחסו לשיח הישראלי יש מקום להבחין בין שדות שיח שונים – ברשות המבצעת (ממשלה ורמת המטכ"ל בצבא), ברשות השופטת, באקדמיה, בתקשורת ובחברה האזרחית. תשומת-לב נפרדת יש להקדיש לניסוח הפקודות האופרטיביות, לשיח ברמת הפיקוד הזוטר ולשיח בין החיילים.<sup>291</sup> תשומת-לב נפרדת זו ראויה לא רק מפני שמדובר בשדות שיח שונים,<sup>292</sup> אלא גם בגלל המציאות השונה, המידע השונה, התמריצים השונים וזווית-הראייה הייחודית המשפיעים ברמות אלה.<sup>293</sup> מסיבה זו יש גם להיזהר יותר מן הרגיל בגזירת משמעויות מעשיות מהניתוח המוצע בחיבור זה.

291 דווקא בשל כך חשוב עד-מאוד להקדיש תשומת-לב לפעילותה של הרבנות הצבאית (כמו-גם לתהליכים דתיים אחרים) ביחידות הלוחמות סמוך לכניסה ללחימה, ואת המשום שהתקבל ביחס לפעילות זו מחיילים בעלי השקפות-עולם שונות.

292 Francesco Parisi, *Rethinking Opinio Juris: A Law and Economics Perspective*, 4(1) INT'L LEGAL THEORY 21 (1998).

293 Mark Osiel & Ziv Bohrer, *Proportionality in Military Force at War's Multiple Levels: Averting Civilian Casualties vs. Safeguarding Soldiers*, VANDERBILT J. TRANSNAT'L L. (forthcoming).