

דיני שלל מלחמה.

(א) נשאלתי בענין שלל מלחמה, בזכות שישנה לחיילים לזכות בשלל מדין תורה, ובסמכות הממשלה לחוקק חק האוסר לחיילים לקחת מהשלל.

והנה מצינו בכמה מקומות בתורה ובנביאים שהשלל זכה בו העם. במלחמת סיחון „רק הבהמה בזונו לנו ושלל הערים אשר לכדנו (דברים ב'), במלחמת עוג „וכל הבהמה ושלל הערים בזונו לנו (שם, ג'), במלחמת שאר העמים „רק הנשים והטף והבהמה וכל אשר יהיה בעיר כל שללה תבז לך ואכלת את שלל אויביך אשר נתן ה' אלקיך לך (שם, כ'). וכן במלחמת יהושע „ויאמר אליהם בנכסים רבים שובו אל אהליכם ובמקנה רב מאד בכסף ובוזהב ובנחשת ובברזל הרבה מאד חלקו שלל אויביכם עם אחיכם (יהושע כ"ב). ובמלחמות דוד קבע חק לחלוקת השלל בין היורדים למלחמה ליושבים על הכלים (שמואל א', ל').

מכל זה נראה לכאורה שיש זכות לעם המלחמה על השלל, והבא להפקיע זכותם הרי זה כאילו גזל מהם את השייך להם.

(ב) והנה יש לעיין מתחלה במקור הדבר של זכי בשלל, מצד סילוק דין הגזל ומצד כח הזכי שבו.

בדין גזל נכרי ישנה מחלוקת בגמרא (ב"ק קי"ג, ב"מ פ"ז וק"א) אם מותר או אסור.

והקשו התוס' (ב"מ פ"ז) למ"ד גזל מותר מאי קעביד ל"י לקרא דחשב עם קונהו שממנו למד אידך מ"ד שגזל עכ"ם אסור. ותירצו דהיכא דאיכא חילול השם מודה שאסור, ובכה"ג שהנכרי קנה אותו וסמך עליו איכא ח"ה אם יצא בחוקה לפני היובל.

נראה מזה שבגונא דאיכא ח"ה מודה גם האי מ"ד דגזל עכ"ם אסור מה"ת. וכ"ג בשט"מ שם שמתרצים קושיא הנ"ל ונ"ל: דאפילו למ"ד ג"נ מותר – היינו דוקא היכא דליכא חילול השם וכ"ר אבל היכא דאיכא ח"ה אסור דאלת"ה בזמן שהיתה יד ישראל תקיפה על אומות הא"י נשאר ביד הנכרי פרוטה וכ"ר. רואים אנו מזה שגם למ"ד ג"נ מותר אין זה היתר מוחלט אלא רק בתנאים ידועים, אבל כשעושים אתם מר"מ וכן הרכוש שתח"י באמת אסור לגזלו.

(ג) והנראה בביאור המחלוקת שבין מ"ד ג"נ אסור למ"ד מותר. דבגמרא ב"מ ק"א: נתבאר שמ"ד מותר הוא משום שדורש „רעך למעט נכרי (ועי' תוס' ב"מ

ס"א ד"ה לעבור). אולם לא נתבאר מהיכן מוצא את המקור לחלק בין היכא דאיכא ח"ה לליכא.

והנראה לומר דכיון דגזילה היא מו' מצוות ב"נ, אי"כ גם ישראל הוזהרו בהם ולא באה תורה לגרע אלא להוסיף. אבל כל המצוות שגם בהיותם ב"נ היו עליהם לא הופקעו מהם.

וע"כ אף דמיעט רחמנא למ"ד ג"נ מותר מקרא דרעתו לא מיעט אלא מדין גזל דקרא דדיני ישראל, אבל לא מיעט מהדין הכללי דב"נ. אי"כ לכאורה אינו מוכן עדיין מנלן להתיר לגמרי ג"נ.

ונראה עפ"מ שדרשו בגמרא ב"ק ל"ה מקרא דראה ויתר גויים ראה זו מצוות שקבלו עליהם ב"נ ולא קיימום עמד והתיר ממונם לישראל ועי' תוס' שם שהקשו למ"ד ג"נ מותר למ"ל קרא. אבל לפי הנ"ל נראה דאיצטריך לגלות שאין בישראל לנכרי גם איסור גזל מטעם ז' מצוות ב"נ.

ד) ואיצטרכו תרי קראי מדין גזל דמצוות התורה לישראל ומדין גזל מטעם ב"נ, דנראה דדיני הגזל מצד מצות התורה הוא אחר מדין גזל דב"נ.

בגזל דישראל יש בו שתי בחינות: א' מצד האיסורי, וב' מצד הממוני. מצד האיסורי הרי איסור גזל הוא ככל איסורים אחרים שבתורה כגון חלב ונבילה. וע"כ גם ח"ש בגזל אסור מה"ת כדרך שאר איסורים (עי' חר"מ סי' שנ"ט ס"א וסמ"ע ס"ב). והוא ל"ת אלא שאין לוקים עליו מצד שניתק לעשה או ניתק לתשלומין.

אולם חוץ מזה יש לו דין תשלומין מצד הממוני שאינו יכול לזכות בממון שאי"ש. ויש דוגמא שחייב להחזיר הממון ומ"מ אינו מתקן האיסור כגון רבית לכמה דעות בראשונים אעפ"י שמחייב להחזיר, איסורא דעבד עבד.

והיינו כנ"ל דדין התשלומין בזה הוא רק מהצד הממוני ולא מהצד האיסורי. אולם גזל האסור לב"נ בו' המצוות אין בו הצד האיסורי מצד ל"ת שבתורה, ואין גם הדין של תשלומין מצד האי"ש, דאין בב"נ דין השבה רק איסור המעשה (עי' ש"ך סי' שמ"ח, ב'. וע"ש דברי נתי"מ שתירץ בזה הקושיא על הרמ"א מהא דקדשה בגזל או גניבת עכ"רם מקדשת).

ונראה שדין גזל בב"נ הוא אסור מצד תקון העולם, כי בהמלא העולם חמס הרי הוא נשחת ואין לו קיום.

[ובזה יוסבר אולי מה שמצינו שב"נ חייב מיתה על הגזל, כי מכיון שהאיסור הוא מצד השחתת העולם, אי"כ נשפט הוא בחטא כלפי גימוסי המלוכה ובמשפטי המלוכה חייבים מיתה כל העובר עליהם (עי' ר"מ פ"ד ממלכים)].

וכ"נ לשון הרמב"ם פ"י מהל' מל': „לדון עליהם עפ"י השופטים כדי שלא ישחת העולם“. והנה קרא ד"רעהר" בא למעט נכרי מדין גזל דמצוות התורה לישראל, כנ"ל. ומקרא דראה ויתר גויים אנו למדים למעט ג"נ מדין ז' מצוות ב"נ, דאין לישראל מצוים כלל על הגזל כלפיהם. והטעם, שכיון שכל הדין שגזל אסור

בב"נ הוא מצד תיקון העולם, אין זה שייך אלא בזמן שהם עצמם מקפידים ושוקדים על תקונו. אבל מכיון שראה ז' מצוות שנצטוו ואינם שומרים עליהם ע"כ התיר ממונם לישראל כי אין מקום לשמור על תקון עולמם, מכיון שהם עצמם אינם שומרים עליו.

אבל אין בכח הקרא דראה ויתר גויים להתיר מצד דין גזל התורה דנה אינו כלל מצד תקון העולם. ואף שהם אין שומרים עדיין אין בזה נימוק להתיר האיסור שישנו אצל ישראל. אלא דבאלה אין איסור לגבי נכרי מצד גזל דמצות התורה מכח המיעוט ד"רעהר".

ה) ויוצא דגם למ"ד גזל נכרי מותר אין זה אלא משום שהם הפקיעו מעצמם את שמירת משפטי גזילות אבל כשהם בעצמם גדורים מזה, אז גם ישראל יהא מוזהר על גזילתם מצד דין דתיקון העולם כדרך שהם מצויים מטעם זה ומחויבים על תיקונו וכנ"ל.

וע"כ עולים יפה דברי התוס' ושט"מ הנ"ל דדוקא במקום שהם פורצים דיני בב"נ אנו מודדים להם כדיניהם הלא טובים. אבל בזמן שהם מתנהגים בנימוסי יושר וסומכים ובוטחים במר"מ על ישראל, אז כל ההיתר מצד ז' מצוות בב"נ נפקע¹). ומצאתי דבר זה מפורש במאירי וז"ל: "משמע דכל שמקיימים ז' מצוות דינם אצלנו כדינו אצלם".

ו) וזהו למ"ד ג"נ מותר. אבל מ"ד גזל נכרי אסור ואינו דורש "רעך" למעט ג"נ, נמצא שלדעתו לא נתמעט ג"נ גם מכלל דין גזל דהתורה שמישראל לישראל. וע"כ אין זה חשוב כלל אם הם שומרים על איסור גזל, כיון שאין האיסור תלוי בתיקון העולם.

והנה לכאורה לפ"ז יש מקום עיון מה"ת להתיר גזל נכרי למ"ד ג"נ אסור, גם בזמן מלחמה. דהרי למ"ד ג"נ אסור הוא איסור מצד עצמו, ואינו תלוי כלל בהתנהגותם, א"כ לכאורה גם בזמן מלחמה יהא אסור. אך נראה דאעפ"י דג"נ אסור בכל אופן לדעה זו וכנ"ל מ"מ אין זה אלא

1. בפשוטו גם לתוס' ושט"מ שהוא אסור מה"ת, לא משום לתא דגזל קאתינן עלה, אלא מצד איסור אחר דחי"ה. דחי"ה ל"ת מה"ת הוא כמשה"כ, ולא תחללו את קדשי עי ר"מ פ"ה מיסוה"ת וסהמ"צ ל"ת ס"ג, וע"ע יומא פ"ז.

ואעפ"י שדעת רש"י בסנהדרין נ"ו. שלמ"ד ג"נ מותר גם במקום דאיכא ח"ה אינו אלא איסור דרבנן, נראה דהוא משום דס"ל דאין ח"ה דאוריתא אלא כשמחלל השם כלפי ישראל ובדומה למצות קידה"ש דישנה רק בקרב ישראל (סנהדרין ע"ד). או דס"ל דעיקרו לא נאמר אלא לענין אם כופים אותו לעבור על דת בדומה למצות קיה"ש וכנ"ל.

ובזה פליגי התוס' עליו וס"ל דח"ה הוא דאוריתא גם בני"ד, ומ"מ אינו שייך לאיסור גזל כלל, דלהאי מ"ד אין בשום פנים בג"נ מדין גזל כלל, אלא איסור אחר הוא (המע').

בזמן שלום, אבל בזמן מלחמה לכרע מותר ג"נ. דהא בזמן שהם נלחמים אתנה מצוים אנו עפ"י השם לעמוד על נפשותינו ולהתגבר עליהם ולנקום מהם נקמת ה' וישראל. ואם דמם הותר עאכ"כ ממונם.

ומקור לזה מפורש הוא בדברי ר"ה בגמרא ב"ק הנ"ל דאר"ה מנין לגזל נכרי? שהוא אסור שנאמר ואכלת את כל העמים אשר ה' אלקיך נותן לך בזמן שהם מסורים בידך ולא בזמן שאינם מסורים בידך (ב"ק ק"ג).

ומ"ש בזמן שהם מסורים תח"י ודאי אין הכונה כשנכנעו לנו ומקיימים יחסים תקינים עם ממשלה שלנו, דהרי קרא דחשב עם קונהו מיירי בנתונים א' ומ"מ למד מכאן לג"נ אסור. ועי' תר"כ שדרש מקרא הנ"ל וז"ל: א"כ דברה תורה בנכרי שתחת ידך עאכ"כ בנכרי שאינו תח"י וכו'. אלא נראה דהכונה היא לזמן המלחמה, שאז האויב משתמש בכל מה שיש לו נגד ישראל בגוף ובממון, וע"כ כשם שהתורה הפקירה את גופם ונצטוינו לכלותם, כן הפקירה ממונם.

(ז) אך כ"ז נוהג כשהם נלחמים אבל אחרי שהשלימו או נכנעו וסודרו אתם יחסים תקינים או אף שדינו תקיפה עליהם אסור גזל הנכרי וכנ"ל. וכ"ה בדברי הרמב"ם שכ': „אסור לשקר בבריתם ולכזב להם אחרי שהשלימו וקבלו ז' מצוות ב"נ". אבל בזמן מלחמה: „שלא השלימו או שהשלימו וכו' עושים עמהם מלחמה ובוזזים כל ממונם" (פ"י מה ל"מ). וכן פסק שג"נ אסור וז"ל: „אסור לגזול כלשהוא ד"ת אפי' עכר"ם" (פ"א הגר"א). הרי שבזמן מלחמה הותר ג"נ.

(ח) אכן עדיין יש מקום לדון בזכות השלל במלחמה אם הוא רק מטעם היתו הגזל. כי כנ"ל המלחמה הפקיעה איסור הגזילה, וממילא יש בזה כל דיני הקנינים, שמי שיזכה בזה לפי דרכי הקנינים מן ההפקר זוכה במ. ולפ"ז לא יהא הבדל בין אנשי צבא לשאר העם כי רק מה שתפס זכה בו בקנין הראוי זכה בו ויהי' הזוכה מי שיהי'. ומה שלא נתפס ישאר בגדר הפקר. או שהכיבוש מהוה גם קנין וכל מקום כבוש נקנה לכובשים עם כל מה שנמצא בו²).

והנה אם נאמר שאין הכיבוש עצמו מהוה קנין יוצא שכל דיני חלוקת שלל המדינה והסדר שנקבע ביחס לזכי' בנכסי הפקר. א"כ נראה ברור שאם לפי התנאים שקבעם דוד כחך וכנ"ל וכן חלוקת השלל בכיבושי משה ויהושע אינם אלא מתקנות של היום הוה מוצאה הממשלה לנכון לאסור על זכי' זו, הן אם כונתה לשמור על הרכוש ע"מ לנהל על ידו מר"מ עם האויב ולהחזיר להם תמורת ויתורים אחרים, או לאסור השלל מטעם ח"ה או שכונתה לזכות בשלל בשביל צרכי ציבור וצבא. ודאי שיש לה הרשות והסמכות לכך. כי כל מה שנוגע לתקנת הציבור ולהנהגת

2. עי' דבר אברהם סי' י' שחקר בשאלה זו והעלה במחלוקת הראשונים. ועי' המאמר דלהלן של הרב ת. י. ליפקין (המע').

העם הרשות בידה לחקוק חוקים כפי ראות עיניה. ומי שיקח רכוש זה, אם הוכרז כרכוש המדינה, ה"ז שוב כגזול ממון ישראל והמדינה.

אכן יש לדון דהכיבוש עצמו מהוה קנין והא שזוכים אנשי הצבא היינו משום שהם עשו את הכיבוש ע"כ קנו בזה את השלל והיו שלהם. והמדינה כשמחוקקת חק להפקיע מהם ה"ז כאילו מפקירה ממון שלהם, ובזה לכאורה אין לה לעשות כן, כדרך שאינה מפקיעה שום ממון אחר השייך לבעלים.

ט) ונראה ללמד מתוך דברי הרמב"ם שהכיבוש עצמו מהוה קנין שכי' בה ביהב"ח (פ"ו הט"ז): „אבל חיוב הארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כיבוש רבים וכיון שנלקחה הארץ מידם בטל הכיבוש וכי' וכיון שעלה עזרא וקדשה לא קדשה בכיבוש אלא בחזקה שהחזיקו בה". ועי' בכ"מ שתמה במה גדול כח חזקה מכח כיבוש, וגם למה לא נתקדשה גם בראשונה ע"י החזקה. והנראה לתרץ קושיותיו, דיהושע לא רצה לקדש הארץ אלא בכיבוש, והטעם כי בכדי לחייב את הארץ בתרומה הי' צריך להיות דוקא כיבוש רבים וזה לא יתכן אלא מצד הכיבוש, אבל מצד החזקה כ"א מחזיק בשלו ול"ש בזה כיבוש רבים. וכ"ה מפורש בדברי הרמב"ם שכי' בראש ה' תרומות שכל מה שכבשו השבטים לאחרי יהושע לא הי' לו תורת כיבוש אלא מצד חלוקת יהושע.

ועוד שא"א הי' לקדש בחזקה אלא מה שכבר החזיק בידם, אבל מטעם הכיבוש הי' חל על כל א"י, גם על אותם החלקים שעדיין בפועל לא היו תח"י, כמבואר בדברי הרמב"ם הנ"ל כי בזה שהכובש שובר כוחו של האויב הי' נקרא כיבוש אעפ"י שבפועל עדיין המקום לא נכבש ולא החזיק. ומכיון שכל עיקר הקדושה היתה מצד השלטון שבכיבוש ע"כ כשנתבטל הכיבוש מתבטל הקנין והקדושה.

אבל בזמן עזרא א"א הי' כלל לקדש בכיבוש, כי לא הי' אז כיבוש כלל אלא עלי' ברשות הפרטים א"כ קנינם מגדר חזקה וקנין בהרשאת המקנה. וקנין שבא ע"י חזקה לא יתבטל גם ע"י החרבן. ואעפ"י שהנכרים גלחמו בנו וכבשו את הארץ אין לומר שיקנוה מדין חזקת כיבוש מלחמה. כי כיבוש מלחמה בתורת קנין אינו אלא מתידוש התורה של"צ בזה רצון בעלים כלל, ואישרה תורה את הנהוג בעולם לרכוש ע"י מלחמה, בע"כ של הבעלים כמבואר בגיטין ל"ח. אבל לא מצינו חידוש זה כלפי א"י שהיא נחלת ה' וישראל לעולם ולא ניתן לשום גוי רשות לקנות בה בחזקה כבשאר הארצות. ואדרבה הבטיחה תורה במ"ש „ושממו עליה אויביכם" ולא הועילו כלום במלחמותיהם ולא הופקעה הארץ מבעלותם של ישראל ומחזקתם. ומתורצות שפיר קושיות הכ"מ³).

3. עי' תויו"ט עדיות פ"ח, מ"ז ועי' דבר אברהם סי' הג"ל אות ד' שתמה בדבריו. ולפי

סברת המחבר דידן יתישב.

אכן מה שרצה ללמד מכאן לדין הקנין שתלוי בכיבוש אין עדיין מוכרח כי המדובר

עכ"פ שמענו מזה שעצם הכיבוש מהוה קנין, מבלי צורך בקנינים נוספים. ומסוג זה הי' קנין הארץ בב"ר וכנ"ל.
א"כ לפ"ז לכאורה גם ענין של זכות השלל הוא מגדר זה שאנשי המלחמה זוכים בו ע"י עצם מעשה הכיבוש.

(י) אכן עדיין יש לדון אם הכיבוש מקנה זכויות מיוחדות לאנשי המלחמה או שהכיבוש מקנה את זה לכל כלל ישראל.
ולכאורה דבר זה תלוי בשני פירושי רש"י במ"ש הכ' „עם אחיכם“ (יהושע כ"ב). פ"י א' היינו עם אחיכם אנשי בני גד ובני ראובן. ופ"י ב' עם אחיכם שנשאר לשמור את הערים ולא עברו את לירדן. לפי פ"י א' יוצא שלא נתחלק השלל אלא ליורדים למלחמה כי גם היושבים על הכלים ולא יוצאים למערכה נחשבים כמשתתפים במלחמה. וזהו גם מה שקבע דוד לחק כחלק ליוצאים למלחמה וליושבים על הכלים. אולם לפי פ"י ה"ב' שגם אלה שנשארו בעריהם קיבלו חלקם יוצא שהשלל מתחלק לכל ישראל.

וכזאת מצינו במלחמת מדין חלוקה בין תופשי המלחמה ובין כל העדה, הרי לכאורה כפי' ה"ב' שכל ישראל שייכים בשלל המלחמה והכיבוש אינו מקנה במיוחד לאנשי המלחמה.

אכן ע"י ספורנו ורמב"ן שפירשו שחלוקה זאת היתה רק במלחמת מדין מפני שהשלל הי' מנקמת ה' במדין, ע"כ זה שייך לכל ישראל. וע"כ קבלו גם הכהנים חלק בשלל.

וע"ע סנהדרין צ"ד: עה"פ ואוסף שללכם כאוסף החסיל א"ל נביא לישראל אספו שללכם א"ל לבזוח או לחלק א"ל וכ"י מה אוסף החסיל כ"א לעצמו אף שלכם כ"א לעצמו. וע"י פרש"י שנסתפקו. מזה נראה שלא הי' כלל קבוע באוסף השלל.
אולם נראה שאין רא"י משם, כי חוקי' לא ניהל כלל מלחמה במובן הרגיל. הי' כל הנצחון רק בדרך נס בלבד, ע"כ ל"ש לחלקו בין אנשי הצבא כי לא הי' להם שום זכות מיוחדת לזה.

(יא) ומ"מ יש לראות שהיו צורות שונות של שימוש בשלל בזמן משה ויהושע. יש שנתחלק בין העם ויש שהקדישוהו לשמים ויש שהחרימו את הערים ושרפום באש. וכך אמרו חז"ל בהחרמת יריחו שהחרימה יהושע ע"ד עצמו לפי שנכבשה בשבת, או שהיתה מעין תרומה לה' מהכיבושים שבאו אח"כ.
מזה נראה שאין הוכי' בשלל זכות קבועה של יוצאי המלחמה, אלא הוא בגדר משלחן גבוה קוכו, ויש רשות בידי המלכות לקבע את סדר חלוקת השלל, וע"כ הי' הרישות ביד יהושע לקבע כפי שמצא לנכון לצורך אותה שעה.

לענין חלות הקדושה ולא לענין הקנין. וע"ע דבר אברהם הנ"ל שסלסל בדברי תרמב"ם הללו והעלה שחוקה האמורה כאן היינו הקדשת פה שקידשוה לא"י (המע').

י"ב) ומס"ז תקנת ממשלת ישראל הזמנית בזמננו לאסור את הביזה הפרטית לחיילים מנימוקי תקנת המדינה וכנ"ל לא סתתה מן המסורת של חוק המלוכה המקובל בישראל, ואסור לכל אחד לשלול ולבוז.

וכן מצינו באע"ה שא"ל מלך סדום והרכוש קח לך והיינו משום שזכה בשלל המלחמה, ומ"מ לא רצה לקבל ממנו. ואמרו בזה (סוטה י"ז) בשכר „אם מחוט ועד שרוך נעל זכה וכו'. ופירש"י שהבריח עצמו מן הגזל. הרי שאעפ"י שמן הדין זכה בשלל ושליו היה הכל מ"מ לפניו משוה"ד ומשום קידוש השם לא לקח כלום.

וא"כ גם אם הממשלה תמצא לנכון לחזור ולמסור את השלל לנכרים מצד קידוש השם, יש מקום להנהגה זו בדרך אבותינו הראשונים ותקנתם בענין זה תקנה. ומ"מ נראה שמן הראוי שהמוסדות המוסמכים יקבעו סידור מתאים שהחטיבה המבצעת וכובשת תקבל חלק מהשלל כחק הקבוע של מלכות דוד ליורדי המלחמה וליושבים על הכלים בבסיס ובמחנה.