

בעיות בכיבוש מלחמה

א) אחת מהלכות מדינה שנתעוררו עם הקמת המדינה הישראלית וצבא ישראל היא בעית „כיבוש מלחמה“.

יסוד הדין של כיבוש מלחמה קונה הוא הגמ' בגיטין דף ל"ח „עמוך ומואב סהרו בסיחון“ שהותר לכבוש את מואב אעפ"י שכתוב בתורה „אל תצר את מואב וכו' מכיון שטוהרה ע"י סיחון שכבשה מזה למדו שנכרי קונה בכיבוש מלחמה. נכרי לישראל שקונה למדו שם בגמ' מ„וישב ממנו שבי“ ראה תוס' שם על הגמ' מדהכא בחזקה של כיבוש מלחמה איירי" (וראה שיטת רש"י שם). ישראל מנכרי קונה בודאי מכ"ש מנכרי לנכרי ראה לשון הרמב"ם על זכויות המלך על הארץ שכובש אותה בה"ל מלכים פ"ד „כל הארץ שכובש הרי היא שלו ונותן לעבדיו ולאנשי המלחמה כפי מה שיראה ומניח לעצמו מה שירצה וכו'. בספר „דבר-אברהם“ סי' י' מאריך לדבר בנושא זה של „כיבוש מלחמה“ ושם הוא חוקר אם הדין של כיבוש מלחמה קונה הוא דין מחודש של קנין שקונה בלי שוב קנין אחר שכיבוש מלחמה הוא עצמו קנין ואינו צריך לשום קנין אחר או שצריך הוא לקנין בכדי לקנות אלא שכיבוש מלחמה מועיל שמסתלק דין גזל ויכול לקנות אפילו בע"כ של הבעלים. מסקנתו היא שכיבוש מלחמה היא עצמה קנין ואינו צריך שום קנין אחר גם דעת ה„מקנה“ כך שכיבוש מלחמה אינו צריך שום קנין וכן מבואר בשר"ע הרב ה"ל הפקר וגזל.

ב) יש לעיין בדין זה של כיבוש מלחמה קונה אם הוא נוהג בכל סוגי המלחמות שהמלך מוציא את העם למלחמה כי שנים הם סוגי המלחמות — מלחמת רשוח ומלחמת מצוה וז"ל הרמב"ם בפ"ה מה' מלכים: „אין המלך נלחם תחילה אלא מלחמת מצוה ואיזו היא מלחמת מצוה זו מלחמת ז' עממים ומלחמת עמלק ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם ואח"כ נלחם במלחמת הרשות והיא המלחמה שנלחם עם שאר העם כדי להרחיב גבול ישראל ולהרבות בגדולתו ושמעו". הרי שיש טלשה סוגי מלחמת מצוה: מלחמת ז' עממים, מלחמת עמלק ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם וסוג אחד של מלחמת רשות. ולפי ה„לחם משנה“ כלל כאן הרמב"ם במה שאמר „להרבות בגדולתו ושמעו“ עוד סוג של מלחמת רשות והוא: „למעוטי נכרים דלא לייתי עלייהו“ (סוטה מ"ד). במלחמת הרשות הדבר ברור שיש לה דין כיבוש מלחמה שקונה מכיון שהמלחמה היא עפ"י המלך ועפ"י הסנהדרין צריך שבמלחמת הרשות אינו מוציא המלך את העם אלא עפ"י בי"ד של ע"א. אף במלחמת מצוה של ז' עממים כתוב בתורה מפורש „ואכלת שלל אויביך“. במלחמת עמלק צריכים להשמיד את הכל בכדי למחות את זכר עמלק (ויש לעיין בתורת חקירה

לבד אם רכוש עמלק נקנה בתורת כיבוש מלחמה אלא שצריכים להשמיד בכדי לקיים מחיית עמלק או שמכיון שצריכים למחות זכר עמלק לא נקנה להם כלל). אולם במלחמה שהיא עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם יש לברר אם נוהג בה הדין שכיבוש מלחמה קונה בלי שום קנין אחר ככל כיבוש, או שנאמר שמכיון שהמלך מוציא את העם למלחמה מבלי צורך בנטילת רשות מבי"ד, ועוד דאם מלחמה זו היא מלחמה הגנה והצלה אין בה הדין של כיבוש מלחמה קונה, ורק מטעם הפקר זוכים בשלל האויב. והנפקא מינה היא דאם מטעם הפקר זוכים צריכים קנין ואם מטעם כיבוש מלחמה אין צריכים שום קנין ועוד דאם מטעם הפקר זוכים הרי יי שייך לזוכה בהם ראשון ואם מטעם כיבוש מלחמה קונים הרי זה שייך למלך או להרשות המוסמכת. והדבר צ"ת לכאורה.

ג) לא ברור גם מהו הגדר של כיבוש, ומהו המבדיל בין כיבוש לגזל גם בחקירה זו כבר עמד בעל "דבר־אברהם" בסימן א' ונטה לומר דגדר כיבוש הוא, דכל מקום שאינו יכול להוציא בדין שבאלימות גזל ממנו הוא כיבוש מלחמה וקרוב לזה גם בספר "כפת תמרים" שאומר לענין גזל עכו"ם דאפשר דאם גזל בסני העכו"ם הוא כיבוש מלחמה, ורק שלא בפניו מיתסר מן התורה מדין ג"נ. אולם מל' הרמב"ם נראה דאלם יחיד אינו ככיבוש מלחמה, דז"ל הרמב"ם בפ"ה פת"ל גזילה הל' י"ח "בד"א במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימי זליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזולן בעל זרוע וכמו חבורת לסטים המזוינין שאין דיניהם. ויז וכן מלך זה וכל עבדיו גזלנין לכל דבר".

והנה אם נאמר דגם אלם יחיד כשלוקח באלימות נקרא כיבוש מלחמה וקונה. אם כן כל מלחמה שהיא אף מלחמת הגנה נוהג בה הדין שכיבוש מלחמה קונה. אבל אם נאמר שדוקא מלך שמטבעו יוצא לוקח משל אחרים, עדין יש לברר אם כיבוש במלחמת הגנה קונה. אבל האמת נראית, שאף אם נאמר שאין דין כיבוש מלחמה אלא במלך שמטבעו יוצא וכנ"ל מ"מ גם מלחמת הגנה, מכיון שהיא מתנהלת עפ"י המלך אף שאין צורך בה בנטילת רשות מהבי"ד או שהיא מתנהלת עפ"י רשות מוסמכת העומדת במקום מלך, אין לה דין של חבורת לסטים שכבשו ולא הוא גזל או הפקר כשהאויב בורח ומדין כיבוש מלחמה קונים. ואולי אפשר להביא ראיה על כך ממלחמת דוד במעשה צקלג בשמואל א', ל', שדוד לקח שלל מדין כיבוש מלחמה וכפי הכתוב נעשה סדר חלוקת השלל שדוד סידר לחוק בישראל "ויהי מהיום ההוא ומעלה וישימה לחוק ולמשפט לישראל עד היום הזה", ראה ברמב"ם הל' מלכים פ"ה הל' ט', אעפ"י שדוד לא היה באותה שעה מלך בפועל והמלחמה לא היתה מלחמת רשות רק מלחמת הגנה להציל את הנפשות והרכוש.

ד) ויש לעיין עוד מה הדין במלחמת רשות שמוציאין רק עפ"י בי"ד של ע"א, אם עברו ולא שאלו את הבי"ד ויצאו למלחמת רשות וכבשו האם יש לכיבוש זה דין כיבוש מלחמה קונה? בס' דבר־אברהם עומד על דברי החתם סופר בענין הסתירות שבגמ' סנהדרין ג"ט אמרו ו"מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם

אסור" ולא והרי יפת תואר התם משום דלאו בני כיבוש נינהו" ובגיטין דף ל"ח אמרו "עמון ומואב טיהרו בסיחון" נראה שהם בני כיבוש ופירש שהכונה היא רק דעכ"ם לאו בני כיבוש נינהו שלא הותר להם להלחם ויפת תואר הותרה רק במלחמה (ראה רש"י בסנהדרין שם) ובא למסקנה "וקרוב בעיני לומר שאם יצאו למלחמת הרשות שלא עפ"י בי"ד של ע"א אין דין יפת תואר נוהג בהם". אם כן לכאורה הוא הדין שאין דין כיבוש מלחמה קונה כשיצאו שלא ברשות. ואולי יש להבדיל ולומר דאעפ"י שהמלחמה לא היתה ברשות בי"ד אין זה אלימות של יחיד דהוה גזל אלא הוי כיבוש של רבים דהוה כיבוש לגבי קניינים. ועוד דהא עמון ומואב טהרו בסיחון אעפ"י שאינם בני כיבוש.

ויש לחקור לפי זה מה דין יפת תואר במלחמת הגנה מפני הצר שבא עליהם אם יש לה דין כיבוש מלחמה שהותר יפת תואר (כע"פ שחקרנו בנוגע לדין של קנין כיבוש מלחמה במלחמת הגנה). ראה רש"י בס' כי תצא מביא בשם המפרש שבמלחמת רשות הכתוב מדבר שבמלחמת א"י אין לומר שבית שבוי שהרי כתוב לא תחיה כל נשמה. ולכאורה הרי מ"מ יתכן מלחמת מצוה שלא בשבעה עממין במלחמת עזרת ישראל מהצר שבא עליהם. ואפשר שהלשון "כי תצא על אויבך" מורה, שבמלחמת רשות הכתוב מדבר, דבעזרת ישראל מיד צר אין זה יציאת מלחמה על האויב אלא שהאויב בא עליהם.

ה) וראה עוד בספרו של הרב זוין "לאור ההלכה", שמאריך בעניני מלחמת לפי התורה שם הוא מביא פירוש מאחד הרמ"ם על "כיבוש יחיד" בכיבוש סוריא שדוד כבשה ונקראת "כיבוש יחיד", דבשביל לקדש ח"ל בקדושת א"י צריכים רוב ישראל או מלך ישראל עפ"י בי"ד הגדול שיש להם רשות וכח לעשות מלחמה ומכיון שלא היה להם רשות לכבוש סוריא כפי שאמרו "סמוך לפלטין שלך לא כיבשת ואתה הולך לכבוש ארם נהרים וארם צובא" ושלא כדין עשו נמצא שזו געשה שלא בבי"ד לכן זה נקרא כיבוש יחיד זאת אומרת שכיבוש שנעשה שלא עפ"י בי"ד כפי שצריך להיות אין לו דין כיבוש ולכן לא נתקדשה סוריא. לפי פירוש זה יוצא לכאורה דכיבוש שהוא שלא עפ"י בי"ד אין לו דין כיבוש כלל. ואולי רק לגבי קנין שיתקדש ח"ל בחיובי מצות התלויות בארץ כמו בא"י הדברים אמורים דאם הכיבוש היה שלא ברשות בי"ד אין לה דין של כיבוש שיחול עליה חיובי המצות כמו בא"י אבל לגבי כיבוש מלחמה קונה כל שמ"מ אין זה אלימות למצב הכללי של האומה חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכלל מזה נראים הדברים שבזמן שאין מלך כיון שמשפטי המלוכה הם ג"כ מה שנוגע וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו לענין כמה משפטי של יחיד או חבורת לסטים הרי קונים חזקים מדין כיבוש מלחמה שקונה בלי שום קנין אחר והבל שייך למלך. ולא רק מלך יש לו הכח והזכויות לכך אלא נראה שכל רשות מוסמכת יש לה הכח והזכות ע"י דברי הרב קוק זצ"ל במשפט כהן שדן בענין זה בנוגע למלחמת החשמונאים והמלחמות הבאות ובסוף הוא אומר "וחוץ

המלוכה וביחוד מה שנוגע להנהגת הכלל וכו'. יסוד זה של הרב ז"ל בודאי קיים גם לענין כיבוש מלחמה קונה.

(ו) איך מתחלק השלל? במשנה ובגמ' סנהדרין ר' נאמר, ושאר ביוז שבזוין מחצה למלך ומחצה לעם". וראה ברמב"ם הל' מלכים פ"ד הלכה ט' שאומר "ומחצית הבזה חולקין אותה כל אנשי הצבא ביחד עם העם היושבים על הכלים במחנה לשמרם. חולקין בשוה שנאמר "כי כחלק היורד במלחמה וכחלק היושבים על הכלים יחדיו יחלקו". בפרשת מדין במדבר ל"א כתוב מפורש סדר חלוקת השלל, והשאלה היא אם למדין ממנה לדורות. במלחמת מדין כתוב שאת כל השלל הביאו אל משה ואל אלעזר הכהן ואל עדת ישראל. ומ"ש הכתוב את "כל" השלל רש"י מביא ע"ז את המדרש "מגיד שהם כשרים וצדיקים ולא נחשדו על הגזל לשלוח יד בבזה שלא ברשות וכו'", משה ואלעזר הכהן וכל נשיאי העדה יצאו לקראתם אל מחוץ למחנה "לפי שראו את נערי ישראל יוצאים לחטוף מן הבזה" (רש"י, מסיפה). את המלקוח (שלל האדם והבהמה) חלקו לפי דבר ה' למשה בין תופשי המלחמה היוצאים לצבא ובין כל העדה. טעמו של דבר בחלוקה זו ראה ב"העמק דבר" על התורה שאומר "אע"ג שלא נלחמו אלא שמרו על הכלים הרי הם כתופשי המלחמה וכמאמר דוד כי כחלק היוצא למלחמה וכחלק היושב על הכלים". יוצא כי זה היה כבר נוהג מכבר אצל חלוקת השלל במדין. יש לציין לזה את הילקוט בשמואל שאומרים "א"ר יודן מהיום ההוא ו"הלאה" אין כתיב כאן אלא "ומעלה" ממי את למד מאברהם שנאמר בלעדי רק אשר אכלו הנערים וחלק האנשים וכו' וראה בספורנו על התורה שאומר בטעמו של דבר "מפני שהיתה המלחמה מלחמת נקמה על מה שנעשה נגד כלם רצה שיתקיים בכולם ואכלת את שלל אויבך כענין דוד בשלל עמלק כאומרו "הנה לכם ברכה משלל אויבי ה'". משלל מדין הרימו הרימו מכס לה' לאלעזר הכהן וללויים (ראה בטעם הרמת המכס ב"העמק דבר"). וכל זה בחלוקת המלקוח (אדם ובהמה), והבו (מטלטלין) אשר בזו איש לו לא בא לכלל חלוקה.