



מרכז אריאל למחקרי מדיניות
נייר עמדה מס' 151

סיכון חיילי צה"ל לשם מניעת פגיעה באזרחי אויב בשולי מבצע "חומת מגן"

אליאב שוחטמן¹

מבצע "חומת מגן", שבו יצאה ישראל למגר את תשתיות הטרור ולהכות בארגוני המחבלים הפועלים זו תקופה ארוכה לרצח שיטתי של אנשים, נשים וטף, העלה על סדר היום הציבורי מספר שאלות, ביניהן גם כאלו הקשורות למוסר המלחמה בישראל ולטוהר הנשק.

לאחת משאלות אלו מוקדש בירור דברים זה, ולהלן העובדות הצריכות לענייננו: במסגרת מבצע "חומת מגן" (אביב תשס"ב), נכנסו כוחות צה"ל לערים ערביות שבחבלי יהודה ושומרון כדי לתפוס מבוקשים בפעילות טרור ולחסל את תשתיות הטרור. בין היתר פעלו כוחות צה"ל גם בעיר ג'נין, ובכלל זה במחנה הפליטים שבעיר זו, שממנו יצאו כמה ממחוללי האסונות הכבדים ביותר שבאו עלינו בעקבות פיגועי ההתאבדות של הזמן האחרון. לאחר שרוב תושבי המחנה נענו לקריאת צה"ל להתפנות מן המקום, ביקשו מפקדים בצה"ל אישור להפציץ מתחם מסוים מן האוויר, כדי למנוע פגיעה ודאית בכוחות הקרקע. אישור זה לא ניתן, ובעקבות זאת התבצעה ביום 9.4.2002 פעולה קרקעית, במהלכה נהרגו 13 חיילי צה"ל. אלוף פיקוד המרכז, שנשאל מדוע לא הופצץ המקום מן האוויר, השיב כי הדבר נבע מחשש לפגיעה באזרחים. קצין בכיר מן הכוחות הלוחמים אמר, כי הוא "מעדיף שייהרג חייל ולא אישה פלשתינאית"¹. בריאיון עיתונאי אישר שר הביטחון שכיחן אז, בנימין בן-אליעזר, כי הוא שהורה על הפעולה הקרקעית, כדי להימנע מהפצצה מהאוויר – שעלולה היתה לגרום לפגיעה באזרחים, תושבי מחנה הפליטים, שנשארו במקום.²

להלן, דבריו בעניין זה במלואם, כפי שהובאו בריאיון:

אחר כך מספר בן-אליעזר על היום הקשה ביותר של מבצע חומת מגן. "למשל, ההחלטה אם להשתמש במטוס או להיכנס אל מחנה הפליטים ג'נין ברגל בשיאו של המבצע. זו היתה ההחלטה הכי כואבת בקריירה שלי. בכירי הצבא והמודיעין פנו אלי, אמרו לי: 'אדוני שר הביטחון, אנחנו מבקשים את רשותך להפעיל מטוס כדי לשבור את ההתנגדות במחנה הפליטים ג'נין, כי יש שם מעוז התנגדות קשה במיוחד, וכל התקדמות ברגל עולה לנו בחיילים. האזור ממולכד. הרחובות מלאים מוקשים ומכוניות תופת. אנחנו מבקשים רשות להוריד לשם פצצה מהאוויר' – ואני עמדתי מולם, יחיד, ואמרתי: 'לא, לא, תעשו את זה ברגל'."³

13 חיילים נהרגו

אחר כך נודע לי. בחוץ הייתי רציני, בפנים בכיתי, כי משמעות ההחלטה שקיבלתי אז היתה ש-13 אנשים נהרגו. ההחלטה היתה שלי בלבד. אמרתי להם: 'תמשיכו להילחם ברגל. צעד אחר צעד'. הם עשו כדברי, והתוצאה היתה איומה. אני מתמודד עם זה עד היום. את חושבת שאני ישן אחר כך בלילות?

¹ **אליאב שוחטמן** הוא פרופסור למשפט עברי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים וחבר במועצה המייעצת של **מרכז אריאל** ובמועצת המערכת של **נתיב**. **פרופסור שוחטמן** פירסם שורה של ספרים ומאמרים בנושאי חוק ומשפט בכלל, ובתחום המשפט העברי וספרות ההלכה היהודית בפרט.

למה בעצם פעלת בניגוד לעמדת הצבא והמודיעין?

משום שלפי דעתי הפעלת פצצה מהאוויר לתוך מחנה פליטים יכולה היתה להביא, במקרה של טעות הכי קטנה, להרג עשרות רבות של אזרחים פלסטינים.

כדי למנוע סיכון של הרג פלסטינים, קיבלת החלטה שגרמה למותם של 13 חיילים. האם בדיעבד ההחלטה מייסרת אותך?

אני מתייסר עם המחשבה שאולי אפשר היה לקבל החלטה הפוכה. המחשבה הזו מייסרת אותי מאוד, ואני חי עם הכאב. אבל ככל שאני ממשיך ומחטט יותר ויותר בפרשה הזו, אני לא חושב שאיזשהו מנהיג או מפקד או שר ביטחון במדינת היהודים היה מוכן לקחת על עצמו אחריות ולהילחם במחנה באמצעות פצצה שהיתה עלולה להרוג אוכלוסייה פלסטינית אזרחית.

ביום שבו נהרגו החיילים, הלחימה היתה בעיצומה. רוב האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית נמלטה מאזור הקרבות.

את דוחפת אותי לפינות שאני לא רוצה להיכנס אליהן. את מנסה להעמיד אותי עכשיו מול כיתת יורים של משפחות 13 ההרוגים בג'נין. מדובר בהחלטה קרדינלית שהביאה בחשבון כל דבר, ובכלל זה גם את הסיכוי שאזרחים חפים מפשע בג'נין או חיילי צה"ל במחנה ייפגעו וייהרגו.

לו היית יודע מראש שיהרגו 13 חיילים, גם אז היית מקבל אותה החלטה?

בואי, לא מדובר במאפייה של פיתות. מדובר בחיי אדם. תאמיני לי, גם ככה קשה לי לישון בלילות. השאלה הנשאלת היא: כלום יש הצדקה לסיכון חייהם של חיילי צה"ל כדי למנוע פגיעה אפשרית באזרחי אויב, במיוחד בנסיבותיו של האירוע הנדון, שבו נקראו אותם אזרחים לעזוב את שטח המחנה, ואלה שלא התפנו – עשו כן על אחריותם? האם הפצצה מן האוויר, או הרעשה ארטילרית, בנסיבות אלה, היה בה משום חריגה מנורמות המוסר המקובלות עלינו? על שאלות אלה נבקש לענות בדברים הבאים, תוך התייחסות להיבט ההלכתי, להיבט של כללי המוסר והמשפט הבינלאומי, ולהיבט של המשפט הנוהג. נפתח בהיבט ההלכתי.

א. קדושת מחנה ישראל

בתורה נאמר (דברים כג, טו): "פי ה' אלקיך מתהלך בקרב מחנך להצילך ולתת אֶיךָ לַפְּנֵיךְ וְהָיָה מִחַנֶּיךָ קְדוֹשׁ, ודרשו חז"ל: "אין הקב"ה מייחד שמו בישראל... אלא בזמן "והיה מחנך קדוש", ואותה שעה הוא משרה שכנתו ביניכם והוא מציל אתכם מיד אויביכם ומוסר שונאיכם."⁴

תנאי מוקדם להשראת שכינה במחנה ישראל בזמן מלחמה (ולא רק בזמן מלחמה) הוא: "והיה מחנך קדוש"⁵. קדושת המחנה צריכה לבוא לידי ביטוי בנקיות המחנה, וזוהי אחת מתרי"ג מצוות: "וְיָד תִּהְיֶה לָךְ מְחוּץ לְמַחֲנֶה" (דברים כג, יג); אומר בעל החינוך: "שהנקיות מדה מן המדות הטובות המביאה לידי רוח הקדש... וגם יש בזה שבח לאומה כי יבואו אליהם מלאכי גוי ויראו מחניהם קדוש ונקי מכל טינוף."⁶

קדושת המחנה אינה מתמצית רק בנקיות הפיזית. קדושת המחנה היא מושג רחב, בדומה למצוות "קדושים תהיו", אשר כלשון הרמב"ם בספר המצוות, היא ציווי "לקיים כל התורה. כאילו יאמר: הִנֵּה קדוש בהיותך עושה כל מה שצויתך בו ונזהר מכל מה שהזהרתך ממנו"⁷. כשם ש"קדושים תהיו" אינו פרט מפרטי המצוות, כי אם הוראה כללית ביחס לכלל המצוות, כך גם "והיה מחנך קדוש" אינו פרט מפרטי הנהגת מחנה ישראל, כי אם הוראה כללית ביחס לכלל החיובים המוטלים על המדינה בניהול מערכותיה הצבאיות.

על משמעותו העמוקה של מושג "והיה מחנך קדוש", כותב הרב שאול ישראלי:

בצד פשוטם של מקראות הללו הדנים בחיוב השמירה על הניקיון והטהרה החיצוניים של אנשי מחנה הצבא הישראלי, קיימת דרשת חז"ל על אותם כתובים, הבאה להעמידנו על חובת שמירת הניקיון והטהרה הרוחניים של איש המלחמה הישראלי... שכן שני הצדדים של הניקיון – החיצוני והפנימי, חשובים ביצירת האקלים המיוחד, שצריך לאפיין את המחנה הישראלי הלוחם... כי לא ככל הגויים בית ישראל, ולא ככל הצבאות צבא מערכות ישראל! לא נוכל להתמודד עם האויב במובן כמותי... ורק אם הצבא הישראלי יצטיין בתכונותיו הפנימיות, בכוחו המוסרי, בטוהר הנפשי, ובלהט אמונתו באלוקי ישראל ובקדושת עמו ישראל, יילחם ויצליח. על כן גדולה היא

התביעה מהלוחם הישראלי... שבעטיה גדלה החובה בעתות מלחמה, כשמסגרות החיים והחברה הקבועים מתפרקים ומתפוקקים, "והיה מחניך קדוש".⁸

יש מקום לראות את הציווי של "והיה מחניך קדוש", כביטוי המביע את מה שמקובל היום לכנות כ"טוהר הנשק".⁹ ביטוי זה, הוראתו: מוסריותו של צבא ישראל. אפשר שביטוי זה בא להצביע אף על **עליונותו המוסרית של צבא ישראל**, שאינו נוהג על-פי נורמות ואמות-מידה מושחתות של צבאות אחרים. הרמב"ם, בבאר את מצוות קדושת מחנה ישראל, כותב:

שבאה התורה להזהיר ממה שידוע ממני השחיתות בין החיילים במחנות אם אָרְכָה שהייתם מחוץ לבתיכם, לפיכך ציוונו יתעלה על מעשים המעלים על הלב השראת השכינה בינינו, כדי שניצל מאותם המעשים, לכן אמר: "והיה מחניך קדוש ולא יראה בך עֲרֹת דָבָר" וגו'... כדי שיהא מושרש אצל כל אחד כי המחנה כמקדש ה', ואינו כמחנות הגויים לשחיתות ולפשע והזק הזולת ולקחת רכושם ולא יותר, אלא מטרתנו אנו תקון בני אדם לעבודת ה' וסדירות מצבם.¹⁰

גם ביחס לוחם ברמת הפרט נאמר, כי ברגע שהוא נכנס לקשרי המלחמה עליו לידע "שעל ייחוד השם הוא עושה מלחמה".¹¹

אם מטרת המלחמה, על-פי השקפת התורה, היא תיקון בני-אדם לעבודת השם, ועל כל לוחם לדעת שעל ייחוד השם הוא עושה מלחמה, בוודאי שאין מקום לגילויים שונים של שחיתות מוסרית, שהרי מה לאלה ולעבודת השם וייחודו? יש גם לזכור, שבהמשכו של הפסוק (דברים כג, י): "כִּי תֵצֵא מִחֶנֶה עַל אֵיבֶיךָ", באה האזהרה: "וְנִשְׁמַרְתָּ מִכָּל דְּבַר רָע".¹² ופירש הרמב"ן: "הכתוב יזהיר בעת אשר החטא מצוי בו. והידוע במנהגי המחנות היוצאים למלחמה כי יאכלו כל תועבה, יגזלו ויחמסו, ולא יתבוששו אפילו בניאוף וכל נבלה. הַיָּשָׁר בְּבִנֵי אָדָם בְּטָבְעוֹ – יתלבש אכזריות וחמה... על כן הזהיר בו הכתוב: 'וְנִשְׁמַרְתָּ מִכָּל דְּבַר רָע'".¹²

מאליו מובן, אפוא, שכל מעשה אכזריות – שלא לדבר על הריגה שלא לצורך – שאין לו ולא-כלום עם מטרות המלחמה, כמבואר לעיל, הרי הוא אסור בתכלית, ונכלל באזהרת התורה: 'וְנִשְׁמַרְתָּ מִכָּל דְּבַר רָע'. גילויים שליליים כאלה גורמים, חלילה, לסילוקה של שכינה מישראל.

ב. קדושת החיים

לרמה המוסרית הגבוהה הנדרשת מצבא ישראל יש ביטוי במגוון של נושאים. בין השאר, מוצאת התפישת המוסרית הייחודית של תורת ישראל ביטוי בעקרון קדושת החיים¹³ – כולל חייו של האויב. על-פי משפט המלחמה של תורת ישראל, חובה לתת לאויב הזדמנות למלט את נפשו או להיכנע, קודם שפותחים במלחמה. תורת ישראל שוללת שפיכות דמים מיותרת – גם של אויבים – אלא אם כן הם מבקשים להילחם בנו. וכך הכתוב (דברים כ, טז): "לֹא תַחֲיֶה כָּל נֶשְׁמָה", אינו אמור אלא במי שמסרב לעשות שלום, אבל מי שמבקש להשלים – תוך קבלת שלטון ישראל ושבוע מצוות בני נוח – אסור לעשות עמו מלחמה.¹⁴ אפילו ביחס לעובדי עבודה-זרה נפסק, כי אסור להורגו "מפני שאינו עושה עמנו מלחמה".¹⁵

לשיטת הרמב"ן, החובה להניח לאויב אפשרות להימלט היא מצווה מתרי"ג מצוות, והוא אף מדגיש את המסר המוסרי-חינוכי שמבקשת התורה להקנות לנו במצווה זו: "שנצטוונו, כשנצור על עיר, להניח אחת מן הרוחות בלי מִצֹר, שאם ירצו לברוח, יהיה להם דרך לנוס משם, כי בזה נלמוד להתנהג בחמלה אפילו עם אויבינו בעת המלחמה, ובו עוד תיקון, שנפתח להם פֶּתַח שיברחו ולא יתחזקו לקראתנו".¹⁶

רעיון דומה נמצא גם בדבריו של ספר החינוך ביחס למצווה לשלוח לאויב לשלום קודם שבאים עליו במלחמה. ואלו דבריו:

משורשי המצוה, לפי שמידת הרחמנות היא מידה טובה וראוי לנו זרע הקודש להתנהג בה בכל ענייננו, גם עם האויבים עובדי עבודה זרה, למעלתנו אנחנו, לא מצד היותם הם ראויים לרחמים וחסד, וגם כי יש בדבר הזה תועלת... ובהמיתו אותם לא יהיה בדבר תועלת, אחר שהם רוצים לעמוד כבושים תחתינו, בל יהיה בדבר השחתה והוראה עלינו במידת האכזריות, ויחסדנו [=ויחרף אותנו] שומע.¹⁷

בדבריו של ספר החינוך ישנו מימד נוסף על מה שראינו בדברי הרמב"ן, והוא: לא זו בלבד שהריגה שלא לצורך, גם של אויבים, יש בה אכזריות ואין זה ממידתם של בני אברהם יצחק ויעקב; הריגה שלא לצורך – גם אין בה תועלת, והיא עלולה לגרום לכך שהשומע יחרף אותנו בשל כך. בלשונו, היינו מגדירים זאת כצורך להתחשב בדעת-הקהל, ואף זה שיקול שאי-אפשר להתעלם ממנו.

בהמשך דבריו שם מטעים בעל החינוך, כי: "דין קריאת השלום הוא בכל מקום, כלומר בין במלחמת מצווה בין במלחמת רשות". מדובר אם כן בחובה מוחלטת, "ומצוות עֲשֵׂה, לקרוא אפילו לשבעה עממים לשלום, כמו שפסקו כל הגאונים".¹⁸ (אבל ראה להלן, מה שניתן ללמוד מן המהר"ל.)

וכך פסק הרמב"ם: "אין עושין מלחמה עם אדם בעולם עד שקוראין לו שלום, אחד מלחמת הרשות ואחד מלחמת מצווה, שנאמר (דברים כ, י): 'כִּי תִקְרַב אֶל עִיר לְהִלָּחֵם עָלֶיהָ וְקָרָאתָ אֵלֶיהָ לְשָׁלוֹם.' אם השלימו וקיבלו שָׁבַע מצוות שנצטוו בני נוח עליהן – אין הורגין מהם נשמה."¹⁹

אין אפוא ספק, שכאשר מדובר במי שאינו נלחם נגדנו, ומבקש להשלים – אסור להורגו. מה שהיה נכון לגבי עמי קדם, שעליהם בא הציווי: "לא תחיה כל נשמה", נכון באותה מידה גם לגבי אזרחי אויב דהיום, שאינם נוטלים חלק בלחימה נגדנו.

כדברים האלה כתב הרב שלמה גורן:

על אף מצוות הלחימה המפורשת בתורה, 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.²⁰

את מאמרו של ר' שמעון בר-יוחאי, "כשר שבגויים – בשעת מלחמה הרוג",²¹ מפרש הרב גורן, שם, כמתייחס לגויים הנלחמים בנו, "אבל אין ללמוד מזה הלכה לדורות שמותר ח"ו לפגוע באוכלוסייה בלתי לוחמת גם בשעת מלחמה, כי דברי רשב"י מכוונים כלפי הלוחמים נגדנו ולא כלפי אלה שאינם מעורבים במלחמה בפועל ממש."

במקום אחר בספרו מתייחס הרב גורן למצור שהטילה ישראל על ביירות בזמן מלחמת שלום הגליל, באפשרה לאוכלוסייה האזרחית להימלט.

וכך כתב הרב גורן:

ובמידה מסוימת חובה זו מוטלת גם על רבני ישראל, להפעיל את מידת הרחמנות שבתורה ושבהלכה... פן יצא חילול השם ח"ו, שיאמרו שתורת ישראל מאפשרת הריגת חפים מפשע עם מרצחים ללא הבחנה. ויש לציין בסיפוק שצה"ל נהג כן כל ימי המצור בביירות, שאפשר לכל מי שרצה לברוח מביירות, יכול היה למלט את נפשו ונפש אשתו וילדיו, כפי שההלכה מחייבת.²²

האם החובה לחוס על חיי האויב הנה ערך מוחלט הגובר על ערכים אחרים שעשויים להתנגש עמו? האם, לדוגמה, גם החובה לאפשר לאויב למלט עצמו ולהציל את חייו, היא חובה **מוחלטת**, הקיימת גם ביחס למלחמת מצווה, כשמטרת המלחמה היא "עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם"?²³

הרמב"ן, בהמשך דבריו שם, כתב שמצווה זו נוהגת לדורות "בכל מלחמת **הרשות**". מכאן ניתן להסיק, שלדעת הרמב"ן, אם מדובר במלחמה שתכליתה להושיע את ישראל מיד צר, שהיא מלחמת **מצווה**, לא קיימת חובה זו. ואכן, בסיכום דבריו בבירור סוגיה זו, מעלה הרב שאול ישראלי, שהחובה לאפשר לאויב למלט את נפשו אינה אמורה אלא במלחמה לכיבוש שטח, שהיא מלחמת רשות.²⁴ בנסיבות כאלה, מטרת המלחמה אינה השמדת האויב, ולכן אין להרוג את מי שאינו מבקש להילחם בנו. אבל במלחמת מצווה כנגד הקמים עלינו לבלותנו, אשר "דינם פסוק למיתה כדן רודף אחר אחר להורגו, השיקול להניח דרך בריחה לנצורים או לא, נתונה לשיקול בלעדי של מפקדי הצבא והממשלה האחראית למעשיהם."²⁵

יוצא, אפוא, לפי שיטה זו, שערך קדושת החיים כשהוא מתייחס לחיי האויב, אינו ערך מוחלט. האיסור הוא לפגוע **שלא לצורך** בחיי אדם, גם אם הוא אויב, אבל כשהוא בא במלחמה עלינו – לא מוטלת עלינו כל חובה לאפשר לו למלט את נפשו, כשהוא עלול לשוב ולפגוע בנו. בשולי מאמרו הנזכר, הוסיף הרב שאול ישראלי דברים לאור המצור על ביירות בזמן מלחמת שלום הגליל, שבסופו אפשרה ישראל למחבלים למלט את נפשם.

וכך כתב הרב ישראלי:

במהירות מסחררת מתנקמת בנו ההססנות של הממשלה, שנכנעה ללחץ מבחוץ ומרשיעי ברית מבפנים, ונתנה לצוררינו אפשרות להתחמק, בניגוד להדרכת התורה שנתבררה לעיל בדברינו, שבמלחמת מצווה עם הצר הצורך עלינו, אין להניח דרך בריחה.

אכן, לגבי החובה להשאיר פתח לאויב להימלט, יש שיטה אחרת. דעתו של הרב שלמה גורן היא, שדין זה חל גם במלחמה שתכליתה להושיע את ישראל מיד צר, שהיא מלחמת מצווה. לדעתו, גם ביחס למלחמת מצווה, "אסור לסגור את העיר הנצורה מכל הרוחות, אלא חייבים להשאיר רוח אחת פתוחה בכיוון החוצה, כדי לאפשר למי שרוצה להימלט מן העיר הנצורה שיימלט ויציל את נפשו."²⁶ האם סבור הרב גורן שיש לקיים דין זה גם כאשר כתוצאה מכך צפויים חיילי צה"ל להימצא בסכנת חיים? סבורני שלא. הדגש בדבריו של הרב גורן הוא על הצורך לאפשר לאוכלוסייה אזרחית למלט את נפשה. הרב גורן מטעים גם, שלבד מן המטרה ההומניטרית המושגת בהלכה זו, מושגת גם מטרה צבאית, והיא: "מתן אפשרות לאויב להימלט, יחליש את רצון הלחימה של הנצורים והם לא יילחמו עד הסוף."²⁷ יישומה של הלכה זו יש בו אפוא כדי לחסוך בקורבנות. אין הרב גורן מתייחס כלל לנסיבות שבהן עלולים חיילי צה"ל לשלם בחייהם. לעניות דעתי, בנסיבות כאלה, יסבור הרב גורן שהשיקול של שמירה על שלומם של החיילים גובר, שהרי

הוא עצמו כותב בהמשך דבריו שם, שאין לאפשר לאויב לנצל את אותה רוח שנשארה פתוחה, "כדי להביא לתוכה תגבורת באנשים, בנשק ובמזון". בוודאי שלא ניתן להסיק מהלכה זו, שתכליתה – הכנעת האויב, וצמצום הסכנה לצבא ישראל – מסקנה כלשהי לגבי העליונות, כביכול, של ערך חיי האויב ביחס לחייהם של חיילי צה"ל.

מן האמור עולה שכאשר יש התנגשות בין שני הערכים: שמירה על חיי חיילינו מצד אחד, ועקרון קדושת החיים – גם כשמדובר באויב – מן הצד האחר, גובר הערך של שמירה על חיי חיילינו.²⁸

ג. מבצע "חומת מגן" ומוסר המלחמה היהודי

שאלת האיזון הנכון בין שני ערכים אלה עלתה על סדר-היום הציבורי לאחרונה, בעקבות מבצע "חומת מגן", שנועד לבער את קני המרצחים, חברי ארגוני החבלה למיניהם, ולחסל את תשתיות הטרור המכות בנו כל כך קשה, מאז פרוץ גל מעשי האיבה בראש-השנה תשס"א. כוחות צה"ל נמנעו מלהפציץ ריכוזים שבהם הסתתרו מחבלים, וזאת כדי להימנע מפגיעה אפשרית באזרחים שאינם לוחמים, גם במחיר סיכון חיי החיילים (בפועל, נפגעו, נפצעו ונהרגו, כתוצאה ממדיניות זו, מספר רב של חיילים).

מדיניות זו, שאושרה, כאמור, על-ידי שר הביטחון, מבוססת על התפישה שעל ישראל להימנע בכל מחיר מפגיעה באזרחי אויב (אף שמדובר בפגיעה בלתי-מכוונת, תוך נקיטת כל הצעדים הדרושים על מנת למנוע פגיעה כזו), גם אם כתוצאה מכך עלולים חיילי צה"ל להיפגע (כמסתבר, עמדה זו נגזרת ממה שנתפש כ"טוהר הנשק", שהוא עיקרון מקודש בתפישת העולם המקובלת בישראל).

אכן, ספק גדול אם הנהגה מוסרית זו תואמת את השקפתה של תורת ישראל. יש מקום לומר, שהצו העליון – מנקודת השקפתה של תורת ישראל – שצריך להנחות את הממשלה במתן ההוראות לצה"ל ולמפקדיו, הוא: הגנה בכל מחיר על חייהם של אנשי כוחות הביטחון, גם אם כתוצאה מכך עלולים להיפגע אזרחי אויב. שהרי אין מדובר במלחמה יזומה של ישראל למטרות כובש ("מלחמת רשות"). מדובר במלחמה שישאל נאלצת לנהל כנגד הקמים עליה לילותיה, והכלל הוא: "הַפֶּא לְהַרְגֵךְ – הַשָּׁמַיִם לְהוֹרְגוּ".²⁹ כלל זה יש לקיים גם במחיר פגיעה אפשרית באזרחים, שהרי הקולר תלוי בצווארם שלהם ובצוואר מנהיגיהם, ואין על ישראל כל חובה מוסרית לסכן את חיי חייליה כדי שלא לפגוע באזרחים, שבני עמם הם שאילצו את ישראל לצאת למלחמת התגוננות.

על האחריות המוטלת על בני העם שמקורו יצאו המפגעים בעם ישראל, ועל היתר לנהל נגדם מלחמה גם אם כתוצאה מכך עלולים להיפגע חפים מפשע, למדים אנו מפירושו של מהר"ל לפרשת דינה. הסיפור הידוע הוא (בראשית לד, א-לא), ששכם בן-חמור ביקש לשאת את דינה לאשה, לאחר שטימא אותה. אירוע זה הגיע לאוזניהם של יעקב ובניו, וכשביקש מהם חמור אבי שכם את דינה לבנו, התנו בני יעקב את הסכמתם בכך שהם וכל אנשי עירם יימולו. כל זאת עשו בני יעקב "בְּמַרְמָה... אֲשֶׁר טִמְא אֶת דִּינָה אֲחוֹתָם". הסוף ידוע: ביום השלישי למילתם, פשטו שמעון ולוי על העיר והרגו כל זָכָר.

הקושי המוסרי במעשיהם של שמעון ולוי הוא, שנפגע לא רק מי שחטא, אלא גם יתר בני עירו שלא פשעו. אפשר כמובן לומר, שמעשים אלה היו שלא כדין, וראיה לכך – תגובתו של יעקב: "עֲכַרְתֶּם אוֹתִי לְהַבְאִישִׁנִי בְּיוֹשֵׁב הָאָרֶץ" (שם, פסוק ל); ואין לומר שיעקב אמר כך רק מדאגתו פן "וְנִאֲסָפוּ עָלַי [יושב הארץ] וְהַכּוּנִי וְנִשְׁמַדְתִּי אֲנִי וּבֵיתִי". שהרי בברכות שנתן לבניו לפני מותו, אמר על שמעון ולוי (שם, מט, ה): "בְּסוּדָם אֶל תְּבוֹא נַפְשֵׁי בְּקִהְלָם אֶל תִּחַד כְּבוֹדִי, כִּי בָאֵפֶס הָרְגוּ אִישׁוֹ, וְכוּוְנוֹתוֹ לַמַּעֲשֵׂה דִינָה (ראו רש"י, שם); על-פי פשט הכתוב – עצם העובדה שהרגו את כל אנשי העיר נתפשה בעיניו כמעשה שלילי.³⁰ אבל חכמים שעסקו בפרשה זו, ביקשו לבאר, שמעשיהם של שמעון ולוי היו כדין, ונתנו לכך הסברים שונים שלא נפרטם בזה.³¹ הסברו של מהר"ל הוא הנוגע לענייננו. גם מהר"ל מעלה את השאלה: "אם שכם חטא – כל העיר מה חטאו להרוג?"

וזו תשובתו:

ונראה דלא קשיא מידי [=אינו קשה כלל], משום דלא דמי [=דומה] שני אומות, כגון בני ישראל וכנעניים, שהם שני אומות, כדכתיב [=כמו שכתוב, שם, פסוק טז]: "והיינו לעם אחד" – ומתחלה לא נחשבו לעם אחד, ולפיכך הותר להם ללחום כדין אומה שבא ללחום על אומה אחרת, שהתירה התורה. ואף על גב דאמרה התורה (דברים כ, י): "כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום", היינו היכי [=במקום] דלא עשו לישראל דבר, אבל היכי דעשו לישראל דבר, כגון זה שפרצו בהם לעשות להם נבלה, אף על גב דלא עשה רק אחד מהם – כיון דמכלל העם הוא, כיון שפרצו להם תחילה [=מכיוון שאנשי שכם פגעו בישראל תחילה] – מותרים ליקח נקמתם מהם. והכי נמי [=וכך גם] כל המלחמות שהם נמצאים [=בכל מלחמה המתרחשת בעטייו של מעשה נבלה של יחידים, שאז הנבלה מתייחסת לעם כולו], כגון "צָרֹר אֶת הַמְּדִינִים" וגו' [במדבר כה, יז] – מלחמת מדין, שהתרחשה בעקבות מעשי תועבה של יחידים כנגד ישראל, אף על גב דהוי הרבה שלא עשו – אין זה

חילוק, כיון שהיו באותה אומה שעשה רע להם – מותרין לבוא עליהם למלחמה. וכן הם כל המלחמות.³²

מדברי מהר"ל יש ללמוד, לענייננו, שני דברים :

- א. החובה לקרוא לשלום, אינה אמורה אלא ביחס למי שלא עשה לנו דבר. מכאן, שכאשר מדובר באויב המכריז על כוונתו להשמיד, להרוג ולאבד את היהודים החיים בישראל, וגם אינו חדל מפעולות רצח שיטתיות המוכיחות בעליל מה הן כוונותיו, אין כל חובה לקרוא לו לשלום.
- ב. כאשר יש הצדקה למלחמה, הרי שגם אם זו פורצת כתוצאה ממעשיו של יחיד, או של יחידים, שלא כל בני עמם שותפים למעשיהם, מותר לבוא במלחמה על העם כולו – ואז נפגעים גם חפים מפשע – "וכן הם כל המלחמות."³³

בשולי הדברים ייאמר עוד, כי ייתכן גם שרדיפת השלום המופרזת של מנהיגי ישראל, גם אחרי אינסוף מעשי רצח שעושים בנו שמוות, מתפרשת על-ידי הצד הערבי כאות חולשה, ומגבירה אצלו את תאוות הרצח. וכבר הרמב"ם, באיגרת תימן הידועה שלו, עמד על כך, בכותבו: "וכל אשר נסבול כדי לעמוד עמם בשלום – יעוררו עלינו מלחמה וחרב, כמו שאמר דוד (תהלים קכ, ז): 'אֲנִי שְׁלוֹם וְכִי אֶדְבַר הַמָּה לְמַלְחָמָה'".³⁴

אם תוצאתם היחידה של הקריאות לשלום ומאמצי השלום למיניהם היא הזמנה להגברת מעשי הטרור נגדנו, נשאלת השאלה: האם יש בקריאות לשלום משום הפגנת עוצמה מוסרית גבוהה של עם, שלמרות כל מה שמעוללים לו אויביו, הוא עדיין דבק בשאיפתו לשלום עם אויבים אלה (למרות שאינם חדלים להכריז בגלוי על שאיפותיהם האמיתיות ביחס לישראל), או שמא יש בהן – בקריאות לשלום למיניהן – משום הפגנת שפל מוסרי של עם, שאינו שומר על כבודו ונמנע מלהשיב למשמידיו כגמולם, ואשר למרות הידיעה הברורה, כי על כל קריאה לשלום יגיב האויב במכת טרור נגדי, לא חדל מלהתחנן בפני אויביו כי יעשו עמו שלום, וזאת תוך נכונות לשלם מחירים מפליגים בתמורה לכך.

אין בדברים האלה כדי לגרוע מעצם החובה לחתור לשלום, שהרי "גדול הוא השלום... ואלמלא שנתן הקדוש-ברוך-הוא שלום בארץ, היתה החרב והחיה משכלת את הארץ",³⁵ ולא בכדי אמרו חז"ל (שם), הלכה (ד) כי בשונה ממצוות אחרות שבתורה, רק בשלום נאמר: "בְּקֶשׁ שְׁלוֹם וְרַדְפָּהוּ" (תהלים לד, טו). אבל חתירה זו לשלום, צריך שתיעשה בדרכים שלא זה המקום לפרטם.

בדבריו אלה של מהר"ל דנו רבים, בקשר לשאלה (שלעניות דעתי כלל אינה מענייננו): כלום יש היתר, מנקודת השקפתה של תורה, לענישה קולקטיבית?³⁶ ענישה כזו פירושה, פגיעה מכוונת באוכלוסייה אזרחית, שלא נטלה חלק בפעולות טרור נגד ישראל (כשמטרת הענישה היא, למשל, להרתיע מפני ביצוע מעשי טרור בעתיד). השאלה שמענייננו שונה לחלוטין, והיא: האם יש להימנע, בשעת מלחמה, מפעולות שעוללות לסכן חיי אוכלוסייה אזרחית (בלא שמתלווה להן כמובן כל כוונה לפגוע בחפים מפשע), כגון הפצצה מן האוויר או הרעשה ארטילרית, ולפעול נקודתית אך ורק כנגד מי שאחראי למעשי טרור נגדנו, כאשר תוצאתה של מדיניות זו עלולה להיות: סיכון חייהם של חיילי צה"ל, כפי שאירע בפועל במהלך מבצע "חומת מגן".

מדבריו של מהר"ל למדנו, שכאשר ננקטות פעולות טרור נגד עם ישראל, יש הצדקה לאסור מלחמה נגד העם שמקרב יצאו המפגעים, והצדקה זו כוללת גם את היתר הפגיעה באוכלוסייה אזרחית שלא נטלה חלק במעשי טרור – בוודאי כשאינן מדובר בפגיעה מכוונת – ש"כן הם כל המלחמות". מטרת המלחמה המוצדקת כנגד הטרור היא השמדת מבצעי הטרור, כשבמהלך המלחמה עלולים להיפגע גם אזרחי אויב. השיקול העליון שצריך להנחות הוא, כיצד לנצח את האויב במינימום נפגעים לכוחותינו. אם, מבחינה צבאית, קיימים אמצעים להבטחת הניצחון תוך סיכון מינימלי לכוחותינו, כשמשמעות הדבר היא פגיעה אפשרית באוכלוסייה אזרחית של האויב, ואמצעים אלה לא ננקטים – לא משיקולים צבאיים, אלא כדי להימנע מפגיעה באותה אוכלוסייה – הרי שיש בכך משום הודאה בהעדר לגיטימציה, כביכול, למלחמה זו, בה בשעה שאין מוצדקת ממנה, בהיותה מלחמה להגנה עצמית, שהיא מותרת לפי כל קנה-מידה – הלכתית, משפטי ומוסרי. בנוסף לכך, יש בה, במדיניות זו, המייחסת לחייהם של אזרחי אויב ערך חשוב יותר מזה של חיילי צה"ל, משום מעילה בחובתן העליונה של הרשויות לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי להגן על חייהם ושלומם של חיילי צה"ל.

אם, לפי מהר"ל, יש היתר אף לפגיעה מכוונת – במהלך מלחמה – בחפים מפשע מבין אנשי האויב, כל שכן שיש היתר לפעולות שרק עלולות לגרום לפגיעה בלתי-מכוונת באויב, כשהאחריות לפרוץ המלחמה היא על האויב בלבד. הטלת איסור – מטעמים מוסריים, כביכול – על שימוש באמצעים יעילים להדברת האויב, וזאת כדי להימנע מפגיעה אפשרית באוכלוסייה בלתי-לוחמת, כאשר התוצאה הישירה היא העמדת חייהם של חיילי צה"ל בסכנה שאותה ניתן לחסוך מהם, היא המחשה שאין טובה ממנה למאמר חז"ל: "כל שנעשה רחמן על האכזרים, לסוף נעשה אכזר על הרחמנים",³⁷ וכביטוי של הרמב"ם: "הרחמנות על הרשעים – אכזריות על כל הבריות".³⁸

וכן העלה הרב שאול ישראלי, במחקרו המקיף סביב השאלות ההלכתיות בקשר לפעולות התגמול שמנהל צה"ל, ושבהן עלולים להיפגע אזרחים, כי:

אין שום חובה לדקדק בעשיית הפעולה שלא ייפגעו בה אלא אלה שהשתתפו, כי זו דרכה של מלחמה, שנספה בה צדיק עם רשע... וכל אסון ופגע שקורה לפורעים ולבעלי-בריתם ולילדיהם, הם הם שעריבים לזה, והם עוונם יישאו. ואין שום חובה להימנע מפעולות תגמול מחמת חשש שייפגעו בזה חפים מפשע כי לא אנו הגורמים, כי אם הם עצמם ואנחנו נקיים.³⁹

נקודה נוספת הראויה לתשומת לב בדבריו של המהר"ל היא הדוגמה מן המדיינים, שאותה מביא מהר"ל כדי להוכיח שמותר לבוא במלחמה על אומה, גם אם לא כל בני אותה אומה נושאים באשמה כלשהי נגדנו. דומה שלא במקרה בחר מהר"ל בדוגמה זו מן המדיינים דווקא, שהרי ביחס לכל המלחמות שעליהן נצטוו ישראל (מלחמת שבעה עממים, מלחמת עמלק וכו') אפשר היה להעלות את הטיעון, שלא כולם חטאו. נראה לי, שמהר"ל בחר להסתמך על מלחמת המדיינים דווקא, משום דרשת חז"ל: "צָרוּר אֶת הַמְדַיְנִים", למה? "כי צוררים הם לכם"; מכאן אמרו חכמים: "בא להרגך השכם להורגו".⁴⁰

הכלל "הבא להרגך השכם להורגו" נאמר על-ידי חז"ל ביחס לרודף.⁴¹ משמעוה של דרשת חז"ל דלעיל היא, שכאשר אומה צוררת את ישראל, יש לה – לאומה בכללותה – דין רודף, וזאת – כדברי מהר"ל – גם אם ברור שלא כל אחד ואחד מבניה חטא. היותה של האומה בכללותה בגדר של "רודף" המאיים על חיינו, מבססת אף היא את ההיתר לאסור עליה מלחמה ולנקוט בכל הפעולות הצבאיות הדרושות לצורך הניצחון, גם אם כתוצאה מהן עלולים להיפגע אזרחים, שהרי כולם בגדר של "רודף".⁴²

כשצפויה סכנה ליחיד, הרי הוא מחויב לשמור על חיי עצמו – גם במחיר חייו של מי שרודף אותו,⁴³ והוא הדין בנסיבות שבהן אומה היא בגדר של "רודף" – על ישראל מוטלת המחויבות לשמור על חיי אזרחיה וחייליה – גם אם כתוצאה מפעולות הצלה אלו עלול מי מבין אנשי אותה אומה להיפגע.

עם זאת, יש להדגיש, שאין הדברים אמורים אלא ביחס למלחמה שישראל מכריזה על אותה אומה (ואז יש הצדקה לפגיעה ביחידים, כאמור). ברם, עצם עובדת קיומם של יחסי עוינות – ואפילו קיצוניים – בין ישראל ובין אומה כלשהי, אינה מצדיקה פגיעה ביחידים מקרב בני אותה אומה, אלא אם ברור שהם באים מתוך כוונה להרוג.

וכך כתב הרב חיים דוד הלוי:

שלא משום כך יהיה מותר להרוג כל אדם בודד, אלא משום הגנת האומה מותר לקדש מלחמה על עם צורר כמדיון. ואם תחליט מנהיגות העם ביום מן הימים על עם מסוים שמכין הוא מלחמה נגד ישראל, מותר יהיה להכותו ראשונה במלחמת מנע, אך לא הותר להרוג יחידים ובודדים ממנו, כשם שלא הותר להרוג סתם מדיינים בודדים אלא במלחמה כוללת.⁴⁴

ד. גזרי פיקוח נפש

המסקנה לפיה אין מוטלת על המדינה כל חובה מוסרית להימנע מפעולות העלולות לפגוע באזרחי אויב, כשהתוצאה של הימנעות כזו עלולה לחשוף את חייהם של חיילי צה"ל לסכנת מוות, נובעת, לעניות דעתי, גם מגדרי פיקוח נפש.

על-פי הכללים המקובלים בהלכה, אין מוטלת על אדם כל חובה להציל את הזולת, כאשר במעשה ההצלה הוא מסכן את חייו, ואפילו מדובר בספק סכנה. כלל זה יסודו בתשובת הרדב"ז, אשר נשאל: מה הדין ביהודי שנאמר לו על-ידי השלטון, "הנח לי לקצץ אבר אחד שאינך מת ממנו, או אמית ישראל חברך".⁴⁵ השואל, שפנה לרדב"ז, ציטט, "יש אומרים... שחייב להניח לקצץ האבר הואיל ואינו מת". בתשובתו כתב הרדב"ז, כי גם אם אין סכנה בחיתוך האבר, אין על אדם כל חובה להקריב אבר שלו כדי להציל את הזולת, אלא ממידת חסידות, ובוודאי שאין לעשות כן כשיש ספק נפשות בדבר.

וזה לשונו בסוף דבריו:

תדע, דסכנת אבר חמירא [=חמורה], דהא [=שהרי] התירו לחלל עליה את השבת בכל מלאכות שהם מדבריהם [מדברי חכמים] אפילו ע"י ישראל. ותו [=ועוד], דכתיב: "דרכיה דרכי נועם", וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא, ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חברו. הלכך איני רואה טעם לדין זה אלא מדת חסידות, ואשרי חלקו מי שיוכל לעמוד בזה. ואם יש ספק סכנת נפשות הרי זה חסיד שוטה, דספיקא דידיה עדיף מוודאי דחבריה [=ספק שלו עדיף מוודאי של חברו].

כלומר, אל לו לאדם לעשות מעשה שיש בו סיכון לחיים – גם אם מדובר בספק סכנה – כדי להציל את זולתו, משום שאין אדם מצווה להקריב את חייו למען הצלת הזולת (אלא אם כן אינו מסתכן, ואז מוטלת עליו החובה להציל).⁴⁶ מי שמבקש לנהוג בחסידות ולסכן את חייו שלא כדין, הרי הוא "חסיד שוטה",

ובמעשיו יש משום "איבוד נשמה", כדברי הרדב"ז בתשובה אחרת.⁴⁷ כלל זה של הרדב"ז מקובל להלכה בפוסקים, אשר יישמו אותו בעניינים שונים שבהם נמצא כי המציל נפטר מחובת ההצלה כשהדבר היה כרוך בסיכון עצמו.⁴⁸ פטור זה משמעותו, שלא רק שאינו מחויב בכך, אלא גם זאת, שאין לו להחמיר בזה, דחומרתו היא קלות ראש בחייו העצמיים, ודינא הוא דאפילו ספק-חייו שלו, קודמים לחיי חברו.⁴⁹

יישומו של כלל זה בענייננו מחייב את המסקנה, כי אל לו לחייל לעשות מעשה שמסכן את חייו, ואפילו לא להכניס עצמו לספק סכנה, כדי להציל את זולתו מסכנה. כלל זה, שחל על החייל, חל באותה מידה על אלה המופקדים על שלומו ובטחונו של החייל. ולענייננו: אין לנקוט בפעולה צבאית המעמידה את חייהם של החיילים בסכנה (פעולה קרקעית הכרוכה באובדן ודאי של חיי אדם), וזאת מתוך מגמה להימנע מפגיעה אפשרית בחייהם של אזרחי אויב, בנסיבות שבהן ניתן להשיג את היעדים הצבאיים על-ידי פעולה אחרת (הפצצה מן האוויר או הרעשה ארטילרית), שלא תסכן את חייהם של חיילי צה"ל. ואם ביחס למי שלא עשה כל רע ונמצא במצב שבו הוא זקוק לעזרה, הכלל הוא שאין להסתכן עבורו, קל וחומר שאין להסתכן עבור מי ששלוחיו ומנהיגיו בני עמו צוררים לישראל, והם אלה שבגללם נאלצת ישראל לצאת למלחמה כדי להגן על אזרחיה.

מן הראוי לציין, שביחס לשאלה, אם חייל מחויב, או רשאי, להכניס עצמו בספק סכנה כדי להציל את חברו החייל מסכנה, נפסק על-ידי הרא"י וולדינברג, שהדבר מותר. לדבריו, "כשם שהותרה עצם המלחמה למסיבותיה ולמשימותיה ולהכניס בסכנה עם רב, כך אחת מהלכותיה היא שכל אחד ואחד מאנשי הקרב מחויב למסור את נפשו להציל את משנהו מסכנה שנקלע בה מגרמת המלחמה."⁵⁰

וזה הנימוק שנותן לכך הרב וולדינברג:

מסתבר לומר, דכשם שאי אפשר ללמוד מהמותר במלחמה למקום אחר, כך אי אפשר גם ללמוד מהאסור במקום אחר לגבי מלחמה, וכשם שהכלל של "וחי בהם" לא חל במלחמה, כך הכלל של "חייד 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 ה"לכות ציבור והנהגת המדינה ותקנתה.

מובן מאליו, שלחריג זה אין השלכות כלשהן לענייננו.⁵¹ בוודאי שאין לומר, כי במסגרת "כללי ה"לכות ציבור והנהגת המדינה ותקנתה", קיים כלל המטיל חובה על חייל ועל רשויות המדינה, ליטול סיכונים המסכנים חיים כדי להימנע מפגיעה אפשרית באזרחי אויב הנלחמים בנו. היפוכו של דבר: "כללי ה"לכות ציבור והנהגת המדינה ותקנתה" מחייבים את העמדת השיקול של שמירה על חיי החיילים בראש סולם הערכים, וזאת מכוח הכלל האנושי הפשוט של: "חייד קודמים לחיי אויבך."

ה. איזון בין ערכים

על-פי העקרונות המקובלים במשפט מדינת ישראל, שום ערך – חשוב ככל שיהיה – אינו ערך מוחלט, ויש לאזן בינו ובין ערכים אחרים, העשויים להתנגש עמו. כך, לדוגמה, כתב השופט אהרן ברק, ביחס לעקרונות חופש המצפון והדת, את הדברים הבאים:

חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן... אינו חופש מוחלט... זכות להתפלל אינה מתירה לי להשיג את גבול חברי או לבצע כלפיו מטרד. חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן הוא חופש יחסי. יש לאזן בינו לבין זכויות ואינטרסים הראויים אף הם להגנה, כגון הקניין הפרטי והציבורי וחופש התנועה. אחד האינטרסים שיש להתחשב בהם הוא זה של הסדר הציבורי וביטחון הציבור...⁵²

אפילו הערך של קדושת החיים אינו ערך מוחלט במשפט הישראלי, ויש לאזן בינו ובין ערכים אחרים העשויים להתנגש עמו. דברים על כך כתב השופט א' ויתקון לפני שנים רבות

השיקול של קדושת החיים – אין עוררין עליו, והייתי אומר שהוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. בכל מקום, ללא הבדל דת ולאום, רואים בחיי האדם נכס יקר, שיש לשומרו מכל משמר. דא עקא, שהשיקול הנשגב הזה אינו השיקול היחיד, שעלינו להתחשב בו.⁵³

באותו עניין מאיר השופט משה זילברג סוגיה זו גם מנקודת מבטה של המסורת ההלכתית היהודית:

היהדות מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים ולמען החיים. "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם" (ויקרא יח, ה); "וחי בהם ולא שימות בהם" (יומא, דף פ"ה, ע"ב)... ברור, גם היהדות אינה רואה בחיים את הערך הנשגב ביותר. יש מטרות נעלות ואידיאלים יותר נשגבים, אשר למענם כדאי – ומצויים – להקריב את החיים... אבל לתוך המסגרת הסדירה של חיי חברה, ועל-פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר, שהשמירה עליו דוחה כל קדושה אחרת... "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, אלא עבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים בלבד" (כתובות, דף יט, ע"א).⁵⁴

האיזון הנכון שבין הערכים המקודשים עלינו, חייב להיות מיושם גם בסוגיה שבנדון. חיי-אדם הם ערך מקודש. גם כשמדובר באויב – אין להרוג אויב שלא לצורך. ברם, אין לקדש את ערך חיי האויב כשה מתנגש עם ערך ההגנה על חיי חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון המופקדים על ביטחוננו. חיילי צה"ל הם אזרחים במדים, וזכותם להגנה על חייהם ושלומם היא זכות חוקתית מוגנת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵⁵ מטרתה של המלחמה היא ניצחון על האויב. מטבע הדברים, במהלכן של פעולות צבאיות שתכליתן השגת הניצחון, עלולים להיפגע אזרחי אויב. על-פי כל אמת-מידה מוסרית, אין שום חובה להימנע מפעולות כאלה – כשהן נחוצות מבחינה צבאית – ובכך להעמיד את חייהם של חיילי צה"ל בסכנה. האיזון הנכון שבין הערכים, מחייב נקיטת כל הפעולות הצבאיות הדרושות, באופן שיקטיף בצורה המרבית את הסכנה לחייהם של חיילי צה"ל, וזאת גם אם כתוצאה מכך ייפגעו אזרחי אויב (תוך נקיטת צעדים למזעור הפגיעה); דמם של אלה – בראש מנהיגיהם, שהביאו עליהם ועלינו את המעגל הבלתי פוסק של שפיכות הדמים הנוראה והבלתי נפסקת.

הצורך לאזן נכונה בין ערכים שונים קיים גם בסוגיות אחרות, הן על-פי המשפט הנוהג בישראל, כאמור לעיל, והן על-פי המסורת המשפטית היהודית. כך, לדוגמה, עקרון "קדושת החוזים" שבדין היהודי מחייב כיבודו של הסכם – גם עם אויב – וזאת, גם אם יש מקום להתנער מן החיוב בשל תרמית. הטעם לכך הוא, מפני חילול ה', כדי שלא יאמרו הגויים שישראל אינם עומדים בדיבורם. דבר זה נלמד מפרשת הגבעונים (גטין מו, ע"א). שאול, שהפך את ההבטחה שניתנה לגבעונים בזמן יהושע, הביא על עמו ועל ביתו עונש נורא (שמואל ב, כא, ויבמות עח, ע"ב). ואולם דומה, שכאשר קיומו של ההסכם כרוך באובדן נפשות מישראל – מה שלא היה אצל הגבעונים – הרי שהעמידה על קיום ההסכם בכל מחיר יש בה מן המידה של חסיד שוטה, ו"קדושת החיים" צריכה לגבור גם כאן על עקרון "קדושת החוזים", ולחייב התנערות מן ההסכם, כדי למנוע שפיכות דמים מיותרת, שכן "אין לך דבר שהקפידה תורה עליו כשפיכות דמים".⁵⁶

ו. מוסר המלחמה וכללי המשפט הבינלאומי

מדינת ישראל היא מדינת חוק, שמקובלים עליה – גם בעת לחימה – הכללים ההומניטריים של המשפט הבינלאומי, שמטרתם להגן על אוכלוסייה אזרחית: "גם בתקופת לחימה יש לעשות הכל כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית".⁵⁷

יחד עם זאת, פעולות צבאיות שבהן עלולה להיפגע אוכלוסייה אזרחית מתאפשרות על-פי המשפט הבינלאומי לאור סעיף 28 של הסכם ז'נבה הרביעי, ולאור הוראת סעיף 51(7) לפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נבה משנת 1977, הקובע לאמור:

אין להשתמש בנוכחות או בתנועה אזרחית או של אזרחים יחידים על מנת ליצור חסינות באזורים מסוימים מפני פעולות צבאיות, במיוחד כשהעברה או הנוכחות נועדו להגן על מטרות צבאיות מפני התקפה, או להגן מפני ולטרפד פעולות צבאיות. הצדדים לסכסוך לא יורו על העברת אוכלוסייה אזרחית או אזרחים יחידים במטרה להגן על מטרות צבאיות מפני התקפות, או על מנת למנוע פעולות צבאיות.

סעיף זה קובע בצורה מפורשת שצבא לוחם אסור לו לנצל נוכחות אזרחית כדי להקנות לעצמו חסינות מפני פעולה צבאית נגדו.⁵⁸ פעולה צבאית הננקטת כנגד כוח לוחם המנצל, שלא כדין, נוכחותה של אוכלוסייה אזרחית, היא, אפוא, לגיטימית, וסיכונם האפשרי של אזרחים בתנאים ובנסיבות כאלו, תואמת את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. בוודאי שאין כל יסוד לדרישה להימנע מפעולה כזו, כשהפעולה החלופית יש בה כדי לסכן את חיילי הכוח התוקף.

ודאי שנכון לומר – מבחינת כללי המשפט הבינלאומי הפומבי – כי יש הצדקה לפעולה צבאית, כאמור, גם אם יש בה מידה של סיכון להיפגעותם של אזרחי אויב שאינם לוחמים, בנסיבות שבהן אפשרו כוחות צה"ל לאזרחי האויב הנצורים לנטוש את שדה הקרב כדי שלא ייפגעו;⁵⁹ משנהג צה"ל כך, אין כל דופי משפטי או מוסרי בניהול פעולות צבאיות נגד האויב, שכתוצאה מהן עלולים להיפגע אזרחים.

בכך מילאה ישראל אחר סעיפים 57 ו-58 לפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נבה משנת 1977, שלפיהם על הצדדים הלוחמים לנקוט בכל הצעדים האפשריים על מנת למנוע או לצמצם את הפגיעה באזרחים. ספק אם הצד הערבי מקפיד על איסור השימוש באזרחים כמגן חי לכוחות הלוחמים, כמתחייב מסעיף 51, פסקה 7 של הפרוטוקול (מצוטט להלן). עוד ייאמר, כי על פי סעיף 28(XXIII B) של אמנת רומא משנת 1988, "פשע מלחמה הוא להשתמש בנוכחות אזרחים על מנת להפוך אזורים צבאיים או כוחות צבא לחסינים מפני פעילות צבאית". במקום זה ברצוני להדגיש, כי באזכורם של דיני המלחמה, כאן ולהלן, אין משום אמירה, כאילו מלחמתה של ישראל בטרור נכנסת לגדר של "מלחמה" במובן כללי המשפט הבינלאומי הפומבי (ולו בלבד משום שהצד שכנגדו פועל צה"ל אינו מדינה, אלא ארגוני טרור). כוונת הדברים היא, שגם אם מחילים – ולו בצורה מושאלת – את דיני המלחמה בענייננו, הרי שפעולותיה של

ישראל באמצעות כוחות הביטחון שלה הן ללא דופי, הן מן הבחינה המשפטית והן מן הבחינה המוסרית. יצוין מכל מקום, כי עמדתה של פרקליטות המדינה היא, כי פעולות האיבה המתרחשות בתקופה האחרונה על-ידי הפלסטינים מוגדרות כאירועי לחימה, וכי על פעולות אלה חלים דיני הלחימה המהווים חלק מן המשפט הבינלאומי (לעניין ההצדקה שיש למדיניות הסיכול הממוקד).⁶⁰

מסקנה זו נגזרת, לעניות דעתי, גם מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין אחר הקשור לפרשת הקרב בג'נין שבנדון.⁶¹ באותו עניין נטען, בין היתר, כנגד ירי שבוצע בידי כוחות צה"ל על צוותים רפואיים של הצלב האדום והסהר האדום, וכנגד מניעת פינוי פצועים וחללים במהלך הלחימה.

בתשובתה לעתירה טענה המדינה כי :

הדבר נובע מן הלחימה עצמה, שבמהלכה נתברר כי במספר אירועים הועברו חומרי-נפץ באמבולנסים ומחבלים מבוקשים מצאו מחסה בבתי-חולים... צה"ל רואה את עצמו מחויב לקיים את כללי המשפט ההומניטרי לא רק מן הטעם שכללים אלו מתחייבים מן המשפט הבינלאומי, אלא גם כמתחייב מבחינה מוסרית, ואף מטעמים תועלתניים... לכוחות הלוחמים ניתנו הנחיות לפעול בהתאם לכללים אלו... צה"ל אף מקדיש כוחות ואמצעים רבים לתיאום ולמתן סיוע הומניטרי באזורי הקרבות.

לאור הסברים אלה הוחלט לדחות את העתירה. בפסק-הדין נקבע, בין היתר :

רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בבתי-חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים. ואכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ודוק : גם התנהגות שלא כדין לפי כללי המשפט הבינלאומי של כוחות אויב אינה מצדיקה הפרה **גורפת** של הכללים ההומניטריים מצד כוחות צה"ל. המדינה כלל אינה מתכחשת למחויבותה לכללים אלה, אלא שאילוצי הלחימה אינם מאפשרים תמיד הגנה מוחלטת לאוכלוסייה האזרחית. מה שנכון לגבי מה שנטען כנגד כוחות צה"ל בעתירה ההיא, נכון גם לגבי פעילות צבאית שתכליתה מניעת פגיעה בחיילי צה"ל, גם אם כתוצאה ממנה עלולים להיפגע אזרחים, כשצה"ל מצדו נקט את הצעדים הדרושים למניעת פגיעה כזו (קריאה לאזרחים להתפנות). משנהג צה"ל כך, הוא מילא חובתו מבחינת הכללים ההומניטריים.

גם בפסיקה אחרת נאמר כי : "חזקה על [מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון] – ולא נטען לפנינו אחרת – שהוא הנחה וינחה את הכוחות הלוחמים לעשות את כל הדרוש כדי להימנע מאפשרות של פגיעה שאינה הכרחית בחפים מפשע."⁶²

פעילות צבאית שתכליתה מניעת פגיעה ודאית בחיילי צה"ל, אשר כתוצאה ממנה **עלולים** להיפגע אזרחים, ודאי שאינה נכנסת להגדרה זו ; לכל הדעות, אי-אפשר להגדיר פעולה כזו כפעולה שאינה **הכרחית**.

על ההצדקה לתקיפת מטרות צבאיות המתערבות באוכלוסייה אזרחית, מצאנו דברים מפורשים בפרסום של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, שם נאמר כי לצדו של הכלל האוסר פגיעה במטרות אזרחיות, קיימות נסיבות שבהן אין מנוס מפגיעה כזו :

ייתכן מצב שבו מטרה תשנה את פניה מאזרחית לצבאית או להפך. כך למשל, אם הוצבו סוללות ני"מ על גג בית ספר, או צלף היושב במגדל של מסגד, ההגנה המוקנית למתקן, מכוח היותו מטרה אזרחית, תוסר, והתוקף יהיה רשאי לפגוע בה. האחריות המשפטית על מותם של האזרחים במקרה של פגיעה במטרה אזרחית אשר נעשה בה שימוש כמטרה צבאית, תהיה על הצד אשר עשה את השימוש הבלתי הולם במטרה האזרחית – ולא על הצד שהגיב על המתקפה.⁶³

באשר לדרכי הפעולה שבהן צריך הצבא לנקוט ביחס לכוחות אויב המתערבים באוכלוסייה אזרחית, נאמר שם, כי "לא ניתן לצפות מכוח צבאי שינצור את אשו לגמרי בכל מצב שבו פתיחה באש יכולה לסכן אזרחים", וכי על מנת להקל על מציאת התשובה הנכונה, נקבעו בדיני המלחמה מספר כללים לניהול המלחמה בשטח או במטרה שבהם ישנם גם אזרחים.

ואלו הכללים :

- יש לנסות ולהרחיק את האוכלוסייה האזרחית ממטרות צבאיות. חובה זו ניתן למלא במספר דרכים, בהן השלכת כרוזים, הודעה ברמקולים, מתן התראה בקשר. יש למלא אחרי חובה זו בדייקנות, אלא אם צרכים צבאיים חמורים מונעים זאת (התקפה מיידית, הפתעה) ;
- יש לתכנן את אמצעי ההתקפה בצורה אשר תמנע, או לפחות תצמצם, את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית ;

3. גם כאשר אין אפשרות לבודד את האזרחים מתוך ההתקפה, ואין ברירה אלא לתקוף, אין הדבר מהווה אור ירוק לגרום לפגיעה באזרחים ללא הגבלה. המפקד נדרש להימנע מהתקפה הצפויה לגרום לאוכלוסייה האזרחית פגיעה אשר אינה פרופורציונלית לרווח הצבאי הצפוי.

ביחס לפרופורציה הראויה הנזכרת בכלל השלישי, נאמר שם, בין היתר: "דיני המלחמה היו מקבלים תגובה באש, גם כלפי מטרה אזרחית, כאשר נורית ממנה אש, או כאשר הקרב משתולל בשולי שטח אזרחי."

דומה בעיני כי יישומם של כללים אלה על האירוע שבנדון, מוליך למסקנה החד-משמעית, כי לאחר שצה"ל פעל להרחקתה של האוכלוסייה האזרחית מאזור הלחימה, לא היה נמצא כל דופי בהרעשה ארטילרית של המתחם שמתוכו נורתה אש על כוחות צה"ל, או בהפצצתו מן האוויר, בנסיבות שבהן פעולה קרקעית היתה צפויה לעלות בחיי אדם מקרב כוחות צה"ל, כפי שאכן קרה, למרבה הצער. האחריות, במקרה כזה, למותם האפשרי של האזרחים שלא נענו לקריאה להתפנות, היתה "על הצד אשר עשה את השימוש הבלתי הולם במטרה האזרחית, ולא על הצד שהגיב על המתקפה."

ההצדקה לפעילות צבאית שמכוונת למניעת פגיעה בחיילי צה"ל גם כשעלולים להיפגע ממנה אזרחי אויב, תואמת גם את השקפותיו של מייקל וולצר, הנחשב לאחד מחשובי הוגי-הדעות של מוסר המלחמה בימינו.⁶⁴ בספרו, מקדיש וולצר פרק מיוחד לשאלת "חסינותם של הלא-לוחמים והכורח הצבאי".⁶⁵ בין היתר עומד הוא על אחד מהעקרונות של מה שהוא מכנה "מוסכס המלחמה", דהיינו חובותיהן של המדינות הלוחמות ושל הפרטים הלוחמים (מפקדים וחיילים).

עיקרון זה קובע כי:

אסור להתקיף כלל את מי שאינם לוחמים. אין הם יכולים כלל לשמש מטרות או יעדים של פעילות צבאית ... הלא-לוחמים נתונים פעמים רבות בסכנה לא משום שמישהו יוצא להתקיפם, אלא מחמת קרבתם לקרב הנערך נגד מישהו אחר ... מה שנדרש במצב כזה הוא לא הפסקת הקרב, אלא נקיטת מידה מסוימת של זהירות כדי למנוע פגיעה באזרחים – כלומר, פשוט להכיר ככל האפשר בזכויותיהם במסגרת המלחמה. אך איזו מידת זהירות צריך לנקוט? ומה המחיר שצריכים לשלמו החיילים הנוגעים בדבר? חוקי המלחמה אינם אומרים דבר בעניינים אלה? הם מניחים את ההכרעות הקשות ביותר בידי האנשים שיכריעו בו-במקום, תוך התייחסות למושגי-המוסר הרגילים שלהם או למסורות הצבאיות של הצבא שבו עם משרתים.⁶⁶

לפי טיעונו של וולצר, "מותר לעשות מעשה שסביר שתוצאותיו יהיו רעות (הריגת לא-לוחמים), בתנאי שמתקיימים ארבעת התנאים הבאים:

1. מעשה טוב כשלעצמו, או מכל מקום אינו רע, כלומר – הוא משרת את צרכינו, כמעשה מלחמה לגיטימי.
2. התוצאה הישירה קבילה מבחינה מוסרית – השחתת אספקה צבאית, לדוגמה, או הריגת חיילי אויב.
3. כוונתו של מבצע המעשה היא טובה, כלומר, הוא חותר אך ורק לתוצאה הקבילה; התוצאה הרעה אינה אחת ממטרותיו, גם אין היא אמצעי למטרותיו.
4. התוצאה הטובה היא טובה דיה לפצות על גרימת התוצאה הרעה; היא חייבת להיות מוצדקת לפי כלל היחסיות של סדג'וויק.⁶⁷

על-פי כלל היחסיות של הנרי סדג'וויק, הפילוסוף הבריטי בן המאה ה-19, במהלכן של פעולות-איבה, אסור לעשות "כל מעשה זדון שאינו מכוון לתכלית (הניצחון), או כל מעשה זדון אשר תועלתו בהשגת התכלית מועטה בהשוואה למידת הנזק שבו".⁶⁸

אם נבקש לבחון את מוסריותה של פעולת צה"ל נגד המחבלים, אילו ניתנה פקודה להפציץ את המתחם שבו התבצרו המחבלים, וזאת כדי למנוע פגיעה ודאית בחיי חיילינו, נמצא, כי בפעולה זו לא היה כל דופי, גם לא לפי כלל היחסיות המחמיר של הפילוסוף האנגלי סדג'וויק.

נבחן פעולה כזו לאור כללים אלה, כסדרם לעיל:

1. עצם המעשה, דהיינו מלחמה נגד מבצעי פעולות טרור, שמטרתם הרג שיטתי של אנשים, נשים וטף שכל אשמתם היא היותם יהודים – מעשה, שלפי כל קנה-מידה מהווה רצח-עם (גינאסייד) – הוא מעשה טוב, ואין כל ספק בזכות הלגיטימית של ישראל להילחם נגד הקמים עליה לכלותה.
2. התוצאה הישירה של המעשה קבילה מבחינה מוסרית, שהרי כוונת הפעולה היא לפגוע במחוללי הטרור ובמבצעי, ולא באזרחים שאינם לוחמים.
3. הכוונה העומדת מאחורי ההחלטה להפציץ את המתחם שבו התבצרו המחבלים היא טובה, שהרי המטרה היא להשיג אך ורק את התוצאה הקבילה של חיסול מבצעי הטרור בלבד; התוצאה הרעה

האפשרית של פגיעה באזרחים שאינם לוחמים, אינה כלל ממטרות הפעולה, וגם אינה אמצעי למטרותיה.

4. התוצאה הטובה של חיסול המחבלים היא טובה דיה כדי לפצות על גרימת התוצאה הרעה של הרג אפשרי של אזרחים שאינם לוחמים. בנסיבות המקרה, הימנעות מהפצצה מוקדמת של המתחם מן האוויר או הרעשה ארטילרית, משמעותה הוודאית: אובדן נפשות ופגיעה בקרב כוחות צה"ל, שייאלצו לכבוש את המקום בפעולה קרקעית. לעומת זאת, לאחר שצה"ל הודיע לכל האזרחים שאינם לוחמים כי עליהם להתפנות, לא היתה כל ודאות שאזרחים עלולים להיפגע; בוודאי שלא היתה כל כוונה מצד צה"ל לפגוע באזרחים. לפי הכלל המחמיר של סדג'וויק, רק "מעשה זדון אשר תועלתו בהשגת התכלית מועטה בהשוואה למידת הנזק שבו", הוא אסור. בנסיבות שבנדון, תועלתו של המעשה (מניעת פגיעה ודאית בחיי צה"ל) היא רבה ביותר, בהשוואה למידת הנזק שבו (הרג אזרחים שאינם לוחמים), שהוא כשלעצמו מוטל בספק (שהרי כלל לא ברור שייפגעו אזרחים שאינם לוחמים).

דברו על מידת הסיכון שעל החיילים הלוחמים במסגרת מלחמה צודקת ליטול על עצמם כדי להימנע מפגיעה אפשרית, בלתי מכוונת, בחיי אזרחים שאינם לוחמים, כותב מייקל וולצר:

יש גבול לסיכונים שאנו תובעים. מדובר, אחרי ככלות הכל, במוות הנגרם בשגה ובפעולות צבאיות לגיטימיות, והכלל המוחלט נגד התקפות על אזרחים אינו חל כאן. המלחמה מסכנת בהכרח את האזרחים: זהו עוד היבט של התופת. איננו יכולים אלא לתבוע מן החיילים שיצמצמו את הסכנות שהם כופים.⁶⁹

ובכן, לא רק אליאב דהמהר"ל מפראג יש הצדקה לפגיעה באזרחים שאינם לוחמים במסגרת של מלחמה צודקת; ההצדקה לכך נתמכת גם על-ידי הוגי-הדעות של מוסר המלחמה בעידן המודרני (ומדובר, כמובן, בפגיעה בלתי-מכוונת, כאמור, כשננקטות כל הפעולות הדרושות על מנת למנוע פגיעה כזו), והדברים מעוגנים גם בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

לא למותר הוא לציין כי התפישה לפיה על המדינה להבטיח, בראש ובראשונה, את חיי חייליה שלה, גם במחיר פגיעה אפשרית באזרחי אויב, הנחתה, ועדיין מנחה, מדינה מתוקנת כארצות-הברית – מדינה, שלכל הדעות מחשיבה את הערך של חיי-אדם – בנייהול מערכותיה הצבאיות במשך השנים. בשלהי מלחמת העולם השנייה, מששתהתה כניעתן של גרמניה ושל יפן, שלחה ארה"ב את מטוסיה להפצצות מסיביות על העיר הגרמנית דרזדן, והטילה לראשונה בהיסטוריה פצצות אטום על שתי ערים ביפן. כתוצאה מהפצצות אלה נפגעו מאות אלפי אזרחים. מבחינה צבאית טהורה היו אלו פעולות מיותרות לחלוטין, שכן באותו שלב ברור היה כי הניצחון של בנות-הברית הוא רק שאלה של זמן, ומפלתן הקרובה של גרמניה ויפן היתה ודאית. השימוש בהפצצות הנ"ל נעשה רק כדי לקצר את משך המלחמה, ולחסוך בחייהם של חיילים אמריקאים, שצפויים היו להיהרג אילו נמשכה הפעילות הצבאית הקרקעית. מדיניות זו הנחתה את הממשל האמריקאי גם בפעולות הצבאיות של ארה"ב בשנים האחרונות ביוגוסלביה, עיראק ואפגניסטן – פעולות שבהן נהרגו אלפי אזרחים, במהלך הפצצות מן האוויר שנועדו לחסוך בחיי-אדם מקרב כוחות הקרקע של ארה"ב.⁷⁰

ז. החקיקה הישראלית

המסקנה, לפיה קיימת הצדקה מלאה לפעולה צבאית שיש בה כדי למנוע פגיעה ודאית בחייהם של חיילי צה"ל, גם אם כתוצאה מממנה עלולים להיפגע – שלא במכוון, כאמור – אזרחי אויב שאינם לוחמים, נובעת לא רק מעקרונות המוסר וכללי המשפט הבינלאומי, כי אם גם מהוראות המשפט הפנימי הישראלי.

ראשית, יש להתייחס להגנת "צורך" שעל-פי סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף זה קובע לאמור: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

מעשה הנעשה מתוך צורך להציל חיים אינו יכול לשמש יסוד להטלת אחריות פלילית על מי שביצע אותו, כשלא היתה דרך אחרת אלא לעשותו. לא זה המקום לעמוד במפורט על התנאים לתחולתה של הגנת ה"צורך" כדי שהמעשה ייהפך למותר. נציין רק כי דרישת החוק, שהמעשה יהא דרוש "להצלת חייו... שלו, או של זולתו", משמעותה היא, כי יש הצדקה ל"נטילת סיכון של פגיעה באחר, וזאת – גם אם האחר אינו נושא באחריות לקיום הסיכון".⁷¹ כלומר, מעשה ההצלה לא יהווה עברה, גם במקום שכרוכה בעשייתו פגיעה באדם שלישי, שאינו קשור כלל לאחריות לקיומו של 'מצב הדברים' הנוטל את פליליותו של אותו מעשה".⁷²

ומן הכלל אל הפרט: נסיבותיו של המקרה שבנדון, שבו מצויים כוחות צה"ל בסכנת חיים, משמשות יסוד להיתר עשייתו של כל מעשה הדרוש להצלת חייהם, גם אם עלול להיפגע צד "שלישי", שבמקרה שלנו הוא אזרחי אויב שאינם לוחמים ושאינם נושאים באחריות לקיום הסיכון.

אכן, לאור הפסיקה החדשה של בית המשפט העליון, ספק אם ניתן להתבסס על הגנת ה"צורך" כדי להכשיר לכתחילה את הפעולות שבנדון. ביחס לשימוש באמצעי חקירה פסולים בידי השב"כ (כשהמטרה היא הצלת נפשות), נפסק, כי:

הסייג של "צורך" אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה... אין לסייג של "צורך"... הסמכה למינהל להפעיל אמצעים פיזיים להגשמת הפעולות המקיימות את הסייג של "צורך". עצם העובדה שפעולה מסוימת אינה מהווה עברה פלילית (בשל הסייג של "צורך"), אין בה, כשלעצמה, כדי להסמיך את המינהל לבצע אותה פעולה ובכך לפגוע בזכויות האדם.⁷³

יחד עם זאת יש לזכור, שלהבדיל מאמצעי החקירה שהפעיל השב"כ, ושהיו פסולים – ללא כל בסיס חוקי – פעולות הלחימה של צה"ל שבנדון הן פעולות לגיטימיות לחלוטין, ואם מתעורר חשש כלשהו לגבי מידת הלגיטימיות של פעולה צבאית שכתוצאה ממנה עלולים להיפגע אזרחי אויב שאינם לוחמים, בוודאי שניתן להשתמש בסייג של "צורך" כדי לסלק חשש זה, וזאת נוכח העובדה שמדובר בפעולה מוצדקת, הנחוצה באופן מיידי להצלת חייהם של חיילי צה"ל.

בהקשר זה, מן הראוי לאזכר את ההבחנה הקיימת בתורת המשפט בין הגנות מצדיקות ובין הגנות פוטורות. כותב על כך בועז סנג'רו:

כך, למשל, אנו פוטרים מאחריות פלילית את הבלתי שפוי, משום שאנו מבינים את מצבו וסולחים לו, אך איננו מצדיקים את מעשהו המהווה עברה פלילית. בהחלט מעדיפים היינו שלא יעבור את העברה שעבר. לעומת זאת, כאשר שוטר ממלא את תפקידו ועוצר עבריין, אנו לא רק פוטרים אותו מאחריות לעברה של כליאת שווא, אלא אף מצדיקים את מעשהו. בצידוק מדובר בהשלכה משפטית של הכרעה ערכית-מוסרית, שלפיה בנסיבות המיוחדות שבהן נעברה העברה (בהתאם להגדרתה בחוק), המעשה אינו עוד רע, אלא דווקא טוב. לעומת זאת, כשמדובר בפטור, המעשה עדיין נתפש בעיני החברה כרע, גם באותן נסיבות מיוחדות המביאות למתן הפטור (המבוסס על הבנה וסליחה ושאיינו מהווה הצדקה מוסרית).⁷⁴

פעילות צבאית הנחוצה מיידית להצלת חיים, לא זו בלבד שקיים בה פטור מאחריות פלילית, אלא יש אף להצדיקה לכתחילה, וזאת גם אם כתוצאה ממנה עלולים להיפגע – באופן בלתי מכוון, כאמור – אזרחים שאינם לוחמים.⁷⁵ ההבחנה בין הגנות מצדיקות ובין הגנות פוטורות אינה כלולה אמנם בלשון החוק שלענייננו (סעיף 34 יא לחוק העונשין), אבל החוק גם אינו שולל אותה.

ההצדקה לפעילות צבאית שכרוכה בסיכון לאזרחי אויב, מתחייבת, לכאורה, גם מן הפסיקה המתמייחסת לאחריות המדינה לנזקים שנגרמו כתוצאה מ"פעילות מלחמתית" של צה"ל.

על-פי סעיף 5 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על-ידי פעולה מלחמתית של צבא ההגנה לישראל."

השאלה היא, מהי "פעולה מלחמתית"? על-פי הפסיקה:

הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה או פעולה מבצעית-צבאית של הצבא. לא נדרש שהפעולה תתבצע כנגד צבאה של מדינה. גם פעולות כנגד ארגוני טרור עשויות להיות פעולות מלחמתיות. כך, למשל, אופיה הלחימתי של הפעולה המכוונת כנגד אויב (בין צבא מאורגן ובין גופי טרור) המבקש לפגוע בחיילים, הוא שעלול ליצור את הסיכון המיוחד המצדיק הענקת חסינות למדינה... אם סיור צבאי בכפר או בעיר נקלע למצוקה של סכנת חיים או סיכון חמור לגוף, בשל ירי עליו וזריקות אבנים ובקבוקי תבערה, כדי לחלץ את עצמו הוא יורה ופוגע בפלוגי. פעולת הירי היא "פעולה מלחמתית", שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד.⁷⁶

ובכן, פעולה צבאית הנדרשת להצלת חייהם של חיילי צה"ל, כשבעקבות הפעולה עלולים להיפגע אזרחי אויב, היא מוצדקת, הן מבחינת האחריות הפלילית והן מבחינת האחריות האזרחית.

ההצדקה לפעולה צבאית, כאמור, שמטרתה למנוע סכנה ודאית לחייהם של חיילי צה"ל, נובעת גם, לעניות דעתי, מחובת הזהירות המוטלת על הדרג הפיקודי בצה"ל כלפי החיילים הנתונים למרותם. משמעותה של חובת זהירות זו היא, בין היתר, אי-קבלת החלטות העוללות לסכן את חיי החיילים (שלא לצורך ביטחוני, כמובן).

בפסיקה נקבע:

קיימת חובת זהירות החלה על מפקדי צבא לדרגותיהם לנקוט בצעדים – כדי למנוע סכנה הנשקפת לחייהם ולבריאותם של פקודיהם תוך פעולות המוטלות על הפקודים במסגרת הצבא...

חובת הזהירות האמורה היא צורך שקיום המסגרת הצבאית מחייב מאחר ובמידה שאזרח המדינה נמצא בשירות צבאי, נשללת ממנו במידה מסוימת האפשרות לפעילות יזומה, והמסגרת הצבאית מחייבת אותו לקיים פעילות הכרוכה לעתים בסכנה, לחייו ולבריאותו, מבלי שיהא חופשי לנקוט על דעת עצמו בכל הצעדים הדרושים כדי להימנע מסכנה.

ערכי היסוד הקיימים בצבא לגבי יחסי מפקד ופקודו, מטילים לכן על המפקד אחריות לדאוג לשלום פקודו והוא חייב, בין השאר, לפעול באופן סביר כדי להמעיט עד המינימום האפשרי את הסכנה לחיים ולבריאות שפעולת הפקוד במסגרת הצבאית גוררת אחריה.⁷⁷

במקרה זה, מדובר היה באסון שהתרחש בשעת אימון. בית-הדין הצבאי לא התעלם מכך שהפעילות הצבאית מחייבת לעתים לעסוק בפעולות שהן מעצם טיבן מסוכנות, אבל דווקא לנוכח זאת – כך נקבע – יש לבדוק אם הסיכון אכן מתחייב, ואם ננקטו אמצעי הזהירות הנדרשים כנגד הסכנות הללו.⁷⁸

דברים אלה, שנאמרו ביחס לאימונים, נכונים, לעניות דעתי, באותה מידה, גם ביחס לפעילות בעת קרב. משפט המפתח הוא: "יש לבדוק אם הסיכון אכן מתחייב". כאשר על-פי הידיעות שבידי צה"ל, יש סכנה ודאית לחיי החיילים אם תתבצע פעולה קרקעית, וקיימת אפשרות לסלק סכנה זו או לצמצמה בשיעור ניכר אם ינקטו צעדים צבאיים אחרים, שכתוצאה מהם **עלולים** להיפגע אזרחי אויב, הרי שלכאורה הסיכון אינו מתחייב. חובת הזהירות החלה על מפקדי צה"ל, מחייבת, לכאורה, אי-נטילת סיכון בלתי-מתחייב זה (במיוחד בנסיבות המקרה שבנדון, כשצה"ל, מצדו, נקט בכל הצעדים הדרושים לשם יציאת האזרחים מאזור הקרבות בעוד מועד).

מסקנה זו, בדבר מחויבותן של הרשויות המוסמכות להגן על חייהם של חיילי צה"ל ולהימנע מנטילת סיכונים שאינם מתחייבים, מקבלת משנה תוקף לאור האמור בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". זכות זו היא חוקתית ועל-חוקתית, וכל רשות מרשויות השלטון – כולל רשויות הביטחון – חייבת לכבדה (סעיף 11 לחוק היסוד).

ולבסוף, אי-אפשר שלא להזכיר, בהקשר זה, גם את הציווי עתיק היומין של "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא יט, טז). חובת ההצלה הנגזרת מציווי זה חלה על כל אדם שבידו להושיט עזרה למי שמצוי בסכנה, וקל וחומר שהיא חלה על הרשויות המופקדות על הביטחון.⁷⁹ חובה זו קבועה בסעיף 1 לחוק 'לא תעמוד על דם רעך', התשנ"ח-1998, שם נאמר, כי חובה להושיט עזרה "לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו, או לבריאותו". מרוח החוק עולה, שכאשר מצויים חיילי צה"ל בסכנה ודאית לחייהם, יש לנקוט בפעולות הצבאיות הדרושות כדי למנוע מהם את הסכנה (כמובן, תוך נקיטת הצעדים הדרושים למניעת הפגיעה באוכלוסייה האזרחית, כמבואר לעיל).

ח. "רוח צה"ל" ("הקוד האתי")

דומה בעיני שתפישת זו, לפיה יש הצדקה לפעולה צבאית שיש בה כדי למנוע פגיעה ודאית בחייהם של חיילי צה"ל, גם אם כתוצאה ממנה עלולים להיפגע אזרחי אויב, מתחייבת גם מן המסמך הידוע כ"רוח צה"ל", או, בשמו הקודם: "הקוד האתי" של צה"ל.⁸⁰

בין הערכים המפורטים במסמך זה, שניים נוגעים לענייננו: "חיי אדם" ו"טוהר הנשק". וכך נאמר שם על שני ערכים אלו:

חיי אדם – החייל ינהג באופן מושכל ובטיחותי בכל פעולותיו, מתוך הכרה בחשיבותם העליונה של חיי אדם. בעת לחימה יסכן את עצמו ואת רעיו במידה הנדרשת לביצוע המשימה.

טוהר הנשק – החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני-אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם.

"חיי אדם" הם אפוא ערך מקודש – גם כשמדובר באנשים הנמנים עם האויב. על חייל צה"ל לעשות **כל שביכולתו** למנוע פגיעה בחיי אדם. לא הוטלה כאן חובה מוחלטת לשמור על חיי אויב בכל מחיר. אין המסמך מפרט מה נחשב ל"כל שביכולתו", שכן אין נוסחה כללית לעניין זה, ובכל מקרה יש לפעול בהתאם לנסיבותיו.

גם כשמדובר בחייו שלו, אין החייל נדרש לסכן את חייו אלא "במידה הנדרשת לביצוע המשימה". לא הוטלה כאן חובה מוחלטת של הסתכנות, אלא רק ככל שהיא דרושה לביצוע המשימה. ושוב, אין המסמך מפרט כללים כלשהם, והכל תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מהן אמות-המידה שעל-פיהן ניתן יהיה

לקבוע בכל מקרה נתון את הנורמות המצופות ואת דרכי ההתנהגות הנדרשים? לעניות דעתי, מקום חשוב נודע, לעניין זה, למסורת היהודית לדורותיה.

ב"קוד האתי" של צה"ל נקבע, כי "רוח צה"ל" – שכללי הפעולה הנגזרים ממנו הם הקוד האתי של צה"ל – יונק מארבעה מקורות:

א. מסורת צה"ל ומורשת הלחימה שלו כצבא ההגנה לישראל.

ב. מסורת מדינת ישראל על עקרונותיה הדמוקרטיים, חוקיה ומוסדותיה.

ג. מסורת העם היהודי לדורותיו.

ד. ערכי מוסר אוניברסליים המבוססים על ערך האדם וכבודו.

דומה בעיני, שהתפישה לפיה יש לנקוט כל פעולה צבאית שתחסוך קורבנות מיותרים מחיילי צה"ל, גם אם כתוצאה ממנה עלולים להיפגע אזרחי אויב, ולהימנע מפעולות המסכנות שלא לצורך את חיילי צה"ל, תואמת את כל אחד מארבעת מקורותיו של רוח צה"ל. בוודאי שהיא תואמת את "מסורת העם היהודי לדורותיו", כמבואר לעיל.

אם אמנם נכון לפרש כך את "רוח צה"ל", דהיינו ש"המידה הנדרשת" לסיכון חיילי צה"ל אינה כוללת הסתכנות לשם מניעת הפגיעה באזרחי אויב, וכי פגיעה בלתי-מכוונת כזו אין בה משום הפרת הכלל המקודש של "טוהר הנשק", ובלבד שצה"ל עשה "כל שביכולתו" למניעת פגיעה כזו, כי אז יוצא, שהוראת שר הביטחון במהלך מבצע "חומת מגן", שלא לנקוט פעולה צבאית העלולה לגרום לפגיעה באזרחי אויב, גם כשהיה ברור כי הדבר יעלה בחיי חיילינו, לא זו בלבד שאינה תואמת את המסורת היהודית לדורותיה; היא גם אינה תואמת את המתחייב מן הקוד האתי של צה"ל (שלא לדבר על המתחייב מהוראת סעיף 34 יא לחוק העונשין, ובכפוף לאמור לעיל בעניינו של סעיף זה).

סוף דבר

דומה כי על-פי כל אמות-המידה שפורטו לעיל, אין כל הצדקה לסיכון חייהם של חיילי צה"ל כדי להימנע מפגיעה אפשרית באזרחי אויב, בנסיבות שבהן נמסרה התראה מוקדמת לאוכלוסייה האזרחית להתפנות, והכוחות שנגדם נלחם צה"ל מפירים בצורה בוטה את האמנות הבינלאומיות שבנדון. האחריות להיפגעותם האפשרית של אזרחים במהלך הלחימה, מוטלת כולה על ארגוני הטרור ומנהיגיהם, הפועלים בדרך שהם פועלים, תוך ביצוע פשעים חמורים נגד האנושות; ולא על צה"ל, העושה כמיטב יכולתו לשם מניעת הפגיעה באזרחים, וכל פעולותיו הן ללא דופי מבחינת הכללים ההומניטריים של המשפט הבינלאומי. ספק אם יש עוד צבא בעולם, שאמות-המידה המוסריות שמדריכות אותו בעת לחימה, יכולות להשתוות לאלו המדריכות את צבא ההגנה לישראל ומפקדיו.

כדי למנוע אסונות מיותרים בעתיד, ל"ע, מן הראוי שייקבעו אמות-מידה ברורות בנדון – וזאת לאחר בדיקת הנושא לעומקו על-ידי רשויות המשפט של צה"ל – אמות-מידה, שתחייבנה את כל מקבלי ההחלטות במערכת הביטחון. הצורך הדחוף בקביעת אמות מידה אלה, מקבל משנה תוקף לאור אסונות נוספים שאירעו לאחר מבצע "חומת מגן", ושבהם קופחו חייהם של חיילי צה"ל בשל המנעות משימוש באמצעי לחימה שונים מחשש פן ייפגעו אזרחי אויב. לצורך גיבוש אמות-מידה אלה, נכון יהיה ללמוד מחוכמתם של אחרים, אבל מן הראוי יהיה לתת את המשקל הראוי לחכמינו לדורותיהם.

הערות

¹ הצופה, מיום כ"ה ניסן תשס"ב.

² מעריב, מיום כ' סיון תשס"ב (כתבתה של שרי מקובר, "אני אהיה ראש הממשלה", מוסף "סופשבוע" עמ' 18). ראו גם כתבותיהם של דני שלום, הצופה, מיום ב' תמוז תשס"ב, ואסף בוזנק, תל אביב מגזין, 2.8.02. ביטוי למדיניות זו ניתן גם בפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 3116-4/02 ברכה נ' שר הביטחון ואח'; טיבי נ' ראש הממשלה ואח'; עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית, פ"ד נו(3) 11, שעסקה בהיבט אחר של קרב גנין הנדון, ובה נאמר כי "הצבא נלחם מבית לבית ולא בדרך של הפצצות מן האוויר, וזאת כדי למנוע ככל האפשר פגיעה באזרחים".

³ ראו גם דבריו של שר הביטחון בעניין זה, במדור מכתבים למערכת של סופשבוע מיום י"א תמוז תשס"ב, שבו ביקש השר להבהיר את דבריו נוכח דברי הביקורת שהועלו בנדון.

⁴ מדרש במדבר רבה, פרשה ט, סי' ז.

5 פסוק זה נדרש על-ידי חז"ל לעניינים שאין להם כל קשר לצבא המלחמה, ראה למשל ברכות כה, ע"א, לעניין קריאת שמע במקום טינופת, ושבט קנ, ע"א, לעניין הרהור בדברי תורה בבית המרחץ ובית הכסא. ויש מי שהיקשה על כך, שפסוק שנאמר ביחס לצבא המלחמה נדרש לעניינים אחרים, ראה שו"ת ערוגת הבושם, או"ח, סי' יח, ומה שכתב בעניין זה בשו"ת ציץ אליעזר חלק ה, סי' א, אות כא.

6 ספר החינוך, מצוה תקסו.

7 הקדמה לספר המצוות לרמב"ם, השורש הרביעי, מהדורת שעוועל, ירושלים תשמ"א, עמ' סד.

8 "על טהרת המחנה הצבאי הישראלי", בתוך: מזכרת למשה, לזכרו של משה אפרים אפרתי, ירושלים תשל"ה, עמ' סו, בעמ' עב-עג.

9 ראו הרב שלמה אבינר, טוהר הנשק, בתוך הקובץ: הליכות צבא, הוצאת ישיבת עטרת כהנים, ירושלים [תשנ"ד], עמ' 12.

10 מורה נבוכים, ח"ג, פרק מא, מהדורת הר"י קאפח, ירושלים תשל"ב, עמ' תריח.

11 רמב"ם, הלכות מלכים ז, טו. בסוף ההלכה מזכיר הרמב"ם את הפסוק שבספר שמואל א, כה, כח: "כי מלחמות ה' אדוני נלחם". וראו משיב מלחמה, להרב שלמה גורן, ח"א, סי' א, ירושלים תשמ"ג, עמ' יא: "ותהיה כוונתינו לקדש את השם בלבד".

12 ראו גם פירוש הרמב"ן לשמות טו, ה. וראו בהקשר זה: הרב א' שרמן "עקרונות הלכתיים במוסר מלחמה" תחומין ט (תשמ"ח), 231, בעמ' 231-232. בהמשך דבריו, עמ' 233, דן המחבר גם בחובת הלוחם לדעת שעל יחוד ה' הוא עושה מלחמה, עיי"ש.

13 ראו משיב מלחמה, להרב שלמה גורן, חלק א, סימן א, עמ' ג: "אין ספק שחיי האדם הם הערך העליון בתורת ישראל בהלכה, ולפי מוסר הנביאים. והמדובר לא רק בחיי ישראל אלא בחיי כל אדם שנברא בצלם האלקים".

14 רמב"ם, הלכות מלכים ו, הלכות א, ה, ז.

15 רמב"ם, הלכות עבודה זרה י, א.

16 ספר המצוות, השמטות למצוות עשה, ה.

17 ספר החינוך, מצוה תקכז.

18 שו"ת ר' אליהו מזרחי, סי' נז.

19 רמב"ם, הלכות מלכים ו, א. וראו: הרב שאר ישוב כהן, "קריאה לשלום במלחמות ישראל", תורה שבעל פה כא (תשל"ט), עמ' עד-פא. והשוו עם פירוש רש"י לדברים כ, י, שלדעתו, אין החובה לקרוא לשלום אמורה אלא במלחמת רשות, וראו פירוש ר' אליהו מזרחי לרש"י, שם.

20 שו"ת משיב מלחמה, שם (הערה 13 לעיל), עמ' יד.

21 מסכת סופרים, מהדורת היגער, פרק טו, ו.

22 שו"ת משיב מלחמה, כרך ג, שער ה, ירושלים תשמ"ו, עמ' רסד-רסה.

23 ראו רמב"ם, הלכות מלכים ה, א.

24 ראו רמב"ם, שם.

25 הרב שי' ישראלי, "מצור ביירות לאור ההלכה", תחומין ד (תשמ"ג), 25, בעמ' 35-36.

26 שו"ת משיב מלחמה, שם, (הערה 22 לעיל), עמ' רמה.

27 שם, עמ' רמ. ראו גם הרב י' גרשוני, "מלחמת 'שלום הגליל' בלבנון ותוצאותיה, אור המזרח לא (תשמ"ג), 217, בעמ' 222.

28 ראו גם להלן, הערה 79, לעניין האחריות המוטלת על הרשויות ועל מפקדי צה"ל לשמירת חיי החיילים.

29 סנהדרין עב, ע"א.

30 ראו גם פירוש רש"י לבראשית לד, כה, על-פי המדרש: "בניו [של יעקב] היו, ואף על פי כן נהגו עצמן שמעון ולוי כשאר אנשים שאינם בניו, שלא נטלו עצה ממנו". והרמב"ן בפירושו לבראשית לד, יג, כתב: "והרגו אותם חינם, כי לא הרעו להם כלל וזהו שאמר: 'כלי חמס מכורותיהם'". וראה הרב יעקב אריאל, "המוסר המלחמתי בתורה", בתוך: ערכים במבחן המלחמה – מוסר ומלחמה בראי היהדות, לזכר רם מזרחי, ירושלים תשמ"ה, 80, בעמ' 83.

31 ראו למשל, הסברו של הרמב"ם, הלכות מלכים ט, יד. והשוו עם הסבר הרמב"ן בפירוש התורה, בראשית לד, יג. וראו משיב מלחמה (הערה 11 לעיל), עמ' כו-כח.

32 נור אריה, בראשית לד, יג.

- 33 ראו גם הרב יעקב אריאל, "המוסר המלחמתי בתורה", בתוך: *ערכים במבחן המלחמה – מוסר ומלחמה בראי היהדות*, לזכר רם מזרחי, ירושלים תשמ"ה, 80, בעמ' 85-86.
- 34 ראו הרב ד' ליאור, "גישת ההלכה לשיחות השלום בזמננו", *שבילין*, לג-לה, עמ' קמו, בעמוד קנ.
- 35 *מסכת דרך ארץ*, פרק השלום, הלכה א. אין בדברים אלה כדי לגרוע מעצם החובה לחתור לשלום, שהרי "גדול הוא השלום... ואלמלא שנתן הקדוש-ברוך-הוא שלום בארץ, היתה החרב והחיה משכלת את הארץ" (מסכת דרך ארץ, פרק השלום, הלכה א), ולא בכדי אמרו חז"ל שם (הלכה ד), כי בשונה ממצוות אחרות שבתורה, רק בשלום נאמר: "בקש שלום ורדפהו" (תהלים לד, טו). אבל חתירה זו לשלום, צריך שתיעשה בדרכים, שלא זה המקום לפורטם.
- 36 לעיון בשאלה זו, ראו: הרב יעזר אריאל, "הענשת נכרים", *תחומין* ה (תשמ"ד), עמ' 350-363; י' בלידשטיין, "מעשה שכס - ענישה קולקטיבית וההגות ההלכתית בת-זמננו", *עט הדעת* א (תשנ"ז), עמ' 48-55; ש' ליבוביץ, "פרשת דינה, שפיכות דם נקים או ענישה מוצדקת?", *עלון שבות בוגרים* יב (תשנ"ח), עמ' 65-78.
- 37 *תנחומא*, מצורע, א.
- 38 *מורה נבוכים*, ח"ג, לט.
- 39 *עמוד הימיני*, סי' טז, פרק ה, סעיף לא, ירושלים תשכ"ו, עמ' רד-רה.
- 40 *במדבר רבה*, פרשה כא, ד.
- 41 *ברכות* נח, ע"א, וסב, ע"ב; *יומא* פה, ע"ב; *סנהדרין* עב, ע"א.
- 42 ראו *עמוד הימיני*, להרב שאול ישראלי, סי' טז, פרקים ג-ד. הדברים שם נכתבו ביחס לפעולות התגמול שערך צה"ל בשנותיה הראשונות של המדינה כנגד ריכוזים אזרחיים שנתנו סיוע למרצחים. וראו הרב י"ע יעקובוביץ, "אבדות אזרחיות במבצע 'שלום הגליל' לאור ההלכה", *שרידים* ז (תשמ"ו), עמ' ד, מה שכתב בעמ' ט-יא, בעניין זה. בדבריו שם, מצטט המחבר את פירושו של אור-החיים לפרשת דינה (בראשית לד, כה), שבו הוא מבאר מדוע נענשו אנשי שכס שלא חטאו: "שכל בני העיר רצו להעמיד בפרץ כנגדם [=כנגד שמעון ולי] שלא יהרגו מלכם, אשר על כן הרגום מדין רודף". גם אליבא דאור-החיים היה אפוא לאנשי שכס דין רודף, אבל לדעתו, הטעם לכך היה, שנבעה מהם סכנה (ולא רק שהיו חלק מן העם שנגדו נלחמו, כדעת מהר"ל).
- 43 ראו *שו"ת דעת כהן*, סי' פד, ד"ה ובני"ד י"ל. יש לזכור, שלצורך הגדרתו של "רודף" אין צורך בקיומה של כוונה מצידו לפגוע, ואין צורך להוכיח אשמה כלשהי מצידו; גם עובר במעיו אמו המסכן את חייה נחשב ל"רודף" ומותר להמיתו, אף-על-פי שאין לייחס לו כל כוונה לפגוע באם, ואין לתלות בו אשמה כלשהי, ראו *סנהדרין* עב, ע"ב; *רמב"ם*, הלכות רוצח א, ט; *שו"ת אגרות משה*, אה"ע, ח"א, סי' לט, ד"ה ולהרמב"ם; *שו"ת יחל ישראל*, סי' עג, ד"ה אמנם הענין.
- 44 הרב ח"ד הלוי, "דין 'הבא להרגך השכם להרגו' בחיינו הציבוריים", *תחומין* א (תש"ס), 343, בעמ' 346; וראו גם הרב יצחק שילת, "מיהו חף מפשע", *נקודה*, גיליון 251, אייר תשס"ב, עמ' 32-35.
- 45 *שו"ת הרדב"ז*, ח"ג, סי' תרכז.
- 46 שנאמר (ויקרא יט, טז): "לא תעמוד על דם רעך". וראו *רמב"ם*, הלכות רוצח א, יד; *שו"ע* חו"מ, סי' תכו, סעיף א. חובה זו מוטלת במדינת ישראל גם מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. ראוי לציין, שגם על-פי החוק, אין חובה זו מוטלת אלא בנסיבות שבהן הצלת הזולת אינה כרוכה בהסתכנות (סעיף 1 לחוק). וראו עוד להלן.
- 47 *שו"ת הרדב"ז*, ח"ד, סי' סז. על-פי המשנה, סוטה ב, ד, חסיד שוטה הוא מ"מבלי עולם", ועל-פי גירסה אחרת: מ"מכלי עולם". *בספר חסידים*, מהדורת מרגליות, סי' קכו, קרא עליו את הפסוק (קהלת ז, טז): "אל תהי צדיק הרבה", והרמב"ם בפירוש המשנה, סוטה, שם, כתב שהוא בכלל "כל מי שפטור מדבר ועושהו נקרא הדיוט" (*ירושלמי ברכות* ב, ט, ושבט א, ב).
- 48 ראו למשל: *שו"ת חלקת יעקב*, חו"מ, סי' לג (ביחס למאורעות השואה); *שו"ת אגרות משה*, יו"ד, ח"ב, סי' קעד, ד"ה ולפי טעם; *שו"ת מנחת יצחק*, ח"ו, סי' קג (ביחס לתרומת כליה); *שו"ת ציץ אליעזר*, ח"ט, סי' מה (ביחס לתרומת אברים). ראו גם שם, ח"י, סי' כה, פרק כח); *שו"ת יחל ישראל*, סי' עג (ביחס לתרומת אברים). אכן, ב*שו"ת יחוה דעת*, ח"ג, סי' פד, התיר הרב עובדיה יוסף תרומת כליה, אבל זאת על יסוד קביעת הרופאים היום "שדרגת הסיכון בהוצאת הכליה לאדם התורם היא מועטת מאד". והשווה *שו"ת מהרשד"ם*, יו"ד, סוף סי' קצב, שם כתב, שאדם חשוב ראוי אפילו לסכן עצמו ממידת חסידות, אלא אם כן יש חשש שיקבעו הלכה לדורות, "לפי שחותמו של הקב"ה אמת וצריך לקיים האמת במה שהוא אמת אפילו לקולא". וראו *רמב"ם*, הלכות דעות ג, א.

49 שו"ת ציץ אליעזר, ח"ט, סי' כח, ד"ה ועולה בדעת. לא התקבלה בהלכה שיטת הירושלמי המובאת בהגהות מימוניות, רמב"ם דפוס קושטא, הלכות רוצח פרק א, שחייב אדם להכניס עצמו לספק סכנה להצלת חבירו. ראו סמ"ע לשו"ע חו"מ, סי' תכו, ס"ק ב, ופתחי תשובה, שם, ס"ק ב. וראו ערוך השלחן, חו"מ, סי' תכו, סעיף ד. וראו עוד בעניין זה שו"ת אפרקסתא דעניא, ח"ד, חו"מ, סי' שכ, ירושלים תשס"ב, עמ' עד. ומכל מקום דומה, שגם לשיטת הירושלמי, אין חובת ההסתכנות קיימת במצב מלחמה, כשהמדובר הוא בהצלת אויב מסכנה (גם אם מדובר באזרחים שאינם נושאים נשק), ובהימנעות מפעולות צבאיות חיוניות להבטחת הניצחון.

50 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סי' נו. ראו גם דבריו בחלק יג, סי' ק.

51 חריגים אחרים לכלל זה, שאף הם אינם נוגעים לענייננו הם: א. רופא המגיש טיפול רפואי כדי להציל את החולה, ועלול להיפגע בעצמו כתוצאה מהידבקות. נפסק, שמותר לרופא להכניס עצמו לספק סכנה, בין היתר, משום שזה "גדרו של עולם", ראו שו"ת ציץ אליעזר ח"ט, סי' יז, פרק ה. ב. כשכלל ישראל בסכנה, יש מקום להתיר ליחיד למסור נפשו להצלת הכלל, ראו שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, ח"ב, סי' לד, בסוף מאמרו של הרב משה שטרנבוך (עמ' תכה). וראו בעניין זה הערותיו של הר"י ויינברג, שם, ובסימן לה, שם.

52 א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, ירושלים תשנ"ד, עמ' 225-226, באזכרו את פסק הדין בבג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2), 449, בעמ' 455.

53 ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז, 1319, בעמ' 1337.

54 שם, עמ' 1333.

55 ראו ע"א 2495/95 בן לולו נ' אליאס, פ"ד נא (1), 557, בעמ' 601; א' ברק, שם (הערה 52 לעיל), עמ' 319.

56 רמב"ם, הלכות רוצח א, ד.

57 בג"ץ 3116-4/02 ברכה נ' שר הביטחון ואח'; טיבי נ' ראש הממשלה ואח'; עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(3) 11 (מפי הנשיא ברק), 364.

58 וראו פרופ' יורם דינשטיין, דיני מלחמה, תל-אביב תשמ"ג, עמ' 135, ועמ' 141 ואילך. ישראל לא אישררה אמנם את הפרוטוקול (משום שהוא חל לא רק על סיכסוכים בין מדינות אלא גם על תנועות שחרור למיניהן). עם זאת, הכללים ההומניטריים של מסמך זה הם חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. כללים אלה התקבלו על ידי מספר רב של מדינות, והם משקפים מוסכמה בינלאומית באשר למה שאסור ומותר, מבחינת הכללים ההומניטריים, במסגרת של מאבקים צבאיים. משפט מנהגי זה, נקלט במשפט הפנימי של מדינת-ישראל.

59 ראו עוד בנושאים אלה G. H. Aldrich, "The Laws of War on Land", *American Journal of International Law*, Vol. 94, Jan. 2000, 42, p. 52.

60 ראו כתבתו של שמואל דקלו בעיתון גלובס, 20.03.02. אכן, במשפט הבינלאומי קיימת הבחנה בין לוחמים חוקיים ובין לוחמים בלתי-חוקיים, ואדם הפועל מחוץ למסגרת של לחימה חוקית, "מוסר מעליו מעטה ההגנה של דיני המלחמה", כלשונו של פרופ' יורם דינשטיין, הערה 58 לעיל, עמ' 97.

61 בג"ץ 2936/02, 2941 עמותת רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (3) 3.

62 בג"ץ 2977/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6. ראו גם בג"ץ 3022/02 קאנון (LAW) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו(3) 9.

63 דיני הלוחמה בשדה הקרב, יצא לאור על-ידי המגמה לדין בינלאומי של בית הספר למשפט צבאי, בעריכת מייקל בן-דוד, מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, תשנ"ט, עמ' 47-49.

64 מ' וולצר, מלחמות צודקות ולא צודקות, עמ' 202.

65 שם, עמ' 165-190.

66 שם, עמ' 181.

67 שם, עמ' 182-183.

68 שם, עמ' 154.

69 שם, עמ' 186.

70 דיון בהיבטים המוסריים של הפצת ריכוזי אוכלוסייה אזרחית במהלך מלחמה, מטעמים תועלתיים, ראו אצל מ' וולצר, שם, עמ' 299 ואילך. שאלה זו כמובן אינה מעניינתנו. שהרי, ענייננו בפגיעה בלתי מכוונת לחלוטין באוכלוסייה אזרחית שאינה לוחמת, העלולה להתרחש כתוצאה מן הפעילות המלחמתית המוצדקת כשעלצמה. לדיון בהיבט ההלכתי של הפצת מכוונת של ריכוזי אוכלוסייה אזרחית במסגרת מלחמתה של ישראל כנגד אירגוני הטרור, ראו במאמרו הנ"ל של הרב י"ע יעקובוביץ (הערה 42 לעיל). וראו עוד פסקה ב לעיל.

71 י' קדמי, על הדין בפלילים, חלק א, תיקון והשלמה, עמ' 119.

72 שם, עמ' 120. אכן, לפי סעיף 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, חובה על אדם להושיט עזרה כדי להציל חיים, אבל זאת "מבלי להסתכן או לסכן את זולתו". ברם, סעיף 3 לאותו חוק קובע, כי "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מהוראות כל דין". לפיכך, לא נגרע כאן מאומה מן הצידוק שמעניק סעיף 34 לחוק העונשין לעשיית כל מעשה הנחוץ להצלת חיים, גם אם כתוצאה ממנו עלול להיפגע צד שלישי.

73 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4), 817, בעמ' 842-843.

74 ב' סניגור, הגנה עצמית במשפט הפלילי, ירושלים תש"ס, עמ' 30.

75 על עריכת מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו", ראו שם, עמ' 98 ואילך.

76 ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, דינים – עליון, כרך סא, 280, פסקה 10.

77 ע/58/19 התוצ"ר נ' סרן פז, סגן יהלום וסמל רגב, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים, 1958, עמ' 307, בעמ' 313-314.

78 ראו ע' מודריק, "מפקד: סמכות, אחריות, אשמה", פלילים ב (תשנ"א), 249, בעמ' 256; על האחריות הפלילית ואחריות המפקדים – היבטים משפטיים, יצא לאור על-ידי בית הספר למשפט צבאי, מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, עמ' 25. לפסיקה צבאית נוספת בסוגיה זו, ראו שם, עמ' 34-58.

79 על אחריותן של הרשויות, ועל חובת המפקדים בכל הקשור לשמירה על חיילי החיילים, ראו משיב מלחמה, להרב שלמה גורן, ח"א, עמ' כט-לח.

80 מובא באתר צה"ל <www.idf.il> בתוך: "תורת הלחימה".

מרכז אריאל למחקרי מדיניות • Ariel Center for Policy Research (ACPR)

NATIV



נתיב

http://nativ.cc • www.acpr.org.il • ariel.center@gmail.com