

The Millie Arbesfeld

Midreshet Yom Rishon

Sunday Morning Learning Program for Women

WWW.MIDRESHETYOMRISHON.ORG

ETHICS OF WAR

*Ethics and Identity:
The Debate about
Jewish Laws of War and
International War*



Professor Suzanne Last Stone
November 9, 2014 • ט"ז חשוון תשע"ה

1 בראשית פרק לד

(א) וּתְצַא דִּינָה בַת לָאָה אֲשֶׁר יִלְדָה לְיַעֲקֹב לְרֵאוֹת בְּבָנוֹת הָאָרֶץ
 (ב) וַיֵּרָא אֶתְּהָ שָׂכָם בֶּן חַמּוֹר הַחִוִּי נָשִׂיא הָאָרֶץ וַיִּקַּח אֶתְּהָ וַיִּשְׁכַּב אִתָּהּ וַיַּעֲנֶהָ
 (ג) וַתִּדְבֹק נִפְשׁוֹ בְּדִינָה בַת יַעֲקֹב וַיֵּאָהֵב אֶת הַנְּעָר וַיְדַבֵּר עַל לֵב הַנְּעָר
 (ד) וַיֹּאמֶר שָׂכָם אֶל חַמּוֹר אָבִיו לֵאמֹר קַח לִי אֶת הַיְלָדָה הַזֹּאת לְאִשָּׁה
 (ה) וַיַּעֲקֹב שָׁמַע כִּי טָמְא אֶת דִּינָה בַתוֹ וּבְנֵיו הָיוּ אֶת מְקַנְהוּ בַשָּׂדֶה וְהִחְרַשׁ יַעֲקֹב עַד בָּאָם
 (ו) וַיֵּצֵא חַמּוֹר אָבִי שָׂכָם אֶל יַעֲקֹב לְדַבֵּר אִתּוֹ
 (ז) וּבְנֵי יַעֲקֹב בָּאוּ מִן הַשָּׂדֶה כְּשִׁמְעָם וַיִּתְעַצְבוּ הָאֲנָשִׁים וַיַּחַר לָהֶם מְאֹד כִּי נָבְלָה עֲשָׂה בְיִשְׂרָאֵל לְשָׁכַב אֶת בַּת יַעֲקֹב וְכֵן לֹא יַעֲשֶׂה
 (ח) וַיְדַבֵּר חַמּוֹר אִתָּם לֵאמֹר שָׂכָם בְּנֵי חֲשָׁקָה נִפְשׁוֹ בְּבַתְּכֶם תָּנוּ נָא אֶתְּהָ לּוֹ לְאִשָּׁה
 (ט) וְהִתְחַתְּנוּ אִתָּנוּ בְּנִתֵיכֶם תִּתְּנוּ לָנוּ וְאֶת בְּנִתֵינוּ תִקַּחוּ לָכֶם
 (י) וְאִתָּנוּ תִשְׁבוּ וְהָאָרֶץ תִּהְיֶה לְפָנֵיכֶם שָׁבוּ וּסְחָרוּהָ וְהֶאֱחָזוּ בָּהּ
 (יא) וַיֹּאמֶר שָׂכָם אֶל אָבִיהָ וְאֶל אַחֵיהָ אֲמַצָּא חֵן בְּעֵינֵיכֶם וְאֲשֶׁר תֹּאמְרוּ אֵלַי אֶתֶּן
 (יב) הַרְבּוֹ עָלַי מְאֹד מִהַר וּמִתֵּן וְאֶתְּנָה כַּאֲשֶׁר תֹּאמְרוּ אֵלַי וְתָנוּ לִי אֶת הַנְּעָר לְאִשָּׁה
 (יג) וַיַּעֲנוּ בְנֵי יַעֲקֹב אֶת שָׂכָם וְאֶת חַמּוֹר אָבִיו כַּמְרָמָה וַיְדַבְּרוּ אֲשֶׁר טָמְא אֶת דִּינָה אַחֲתָם
 (יד) וַיֹּאמְרוּ אֲלֵיהֶם לֹא נוֹכַח לַעֲשׂוֹת הַדָּבָר הַזֶּה לְתַת אֶת אַחֲתָנוּ לְאִישׁ אֲשֶׁר לוֹ עָרְלָה כִּי חֲרָפָה הוּא לָנוּ
 (טו) אֲךָ בְּזֹאת גְּאוֹת לָכֶם אִם תִּהְיוּ כְּמִנּוּ לְהַמְלִל לָכֶם כָּל זָכָר
 (טז) וְנִתְּנוּ אֶת בְּנִתֵינוּ לָכֶם וְאֶת בְּנִתֵיכֶם נִקַּח לָנוּ וַיִּשְׁבְּנוּ אִתְּכֶם וְהִיָּינוּ לְעַם אֶחָד
 (יז) וְאִם לֹא תִשְׁמָעוּ אֲלֵינוּ לְהַמּוֹל וְלִקְחָנוּ אֶת בַּתְּנוּ וְהִלְכָנוּ
 (יח) וַיִּטְבוּ דְבַרֵיהֶם בְּעֵינֵי חַמּוֹר וּבְעֵינֵי שָׂכָם בֶּן חַמּוֹר
 (יט) וְלֹא אָחַר הַנְּעָר לַעֲשׂוֹת הַדָּבָר כִּי חֲפִץ בְּבַת יַעֲקֹב וְהוּא נִכְבָּד מִכָּל בֵּית אָבִיו
 (כ) וַיָּבֵא חַמּוֹר וּשְׂכָם בָּנוּ אֶל שַׁעַר עִירָם וַיְדַבְּרוּ אֶל אַנְשֵׁי עִירָם לֵאמֹר
 (כא) הָאֲנָשִׁים הָאֵלֶּה שְׁלָמִים הֵם אִתָּנוּ וַיִּשְׁבוּ בְּאָרֶץ וַיִּסְחָרוּ אֶתְּהָ וְהָאָרֶץ הִנְּה רַחֲבַת יָדַיִם לְפָנֵיהֶם אֶת בְּנֵיהֶם נִקַּח לָנוּ לְנָשִׁים וְאֶת בְּנִתֵינוּ נָתַן לָהֶם
 (כב) אֲךָ בְּזֹאת יֵאָתוּ לָנוּ הָאֲנָשִׁים לְשָׁכַת אִתָּנוּ לִהְיוֹת לְעַם אֶחָד בְּהַמּוֹל לָנוּ כָּל זָכָר כַּאֲשֶׁר הֵם נִמְלִיִם
 (כג) מְקַנְהֵם וְקִנְיָנָם וְכָל בְּהֶמְתָּם הָלוֹא לָנוּ הֵם אֲךָ גְּאוֹתָהּ לָהֶם וַיִּשְׁבוּ אִתָּנוּ
 (כד) וַיִּשְׁמָעוּ אֶל חַמּוֹר וְאֶל שָׂכָם בָּנוּ כָּל יִצְאֵי שַׁעַר עִירוֹ וַיִּמְלּוּ כָּל זָכָר כָּל יִצְאֵי שַׁעַר עִירוֹ
 (כה) וַיְהִי בַיּוֹם הַשְּׁלִישִׁי בְּהִיוֹתָם כְּאֲבִים וַיִּקְחוּ שְׁנֵי בְנֵי יַעֲקֹב שְׁמֻעוֹן וְלוֹי אֲחֵי דִינָה אִישׁ חָרְבוּ וַיָּבֵאוּ עַל הָעִיר בָּטַח וַיַּהֲרֹגוּ כָּל זָכָר
 (כו) וְאֶת חַמּוֹר וְאֶת שָׂכָם בָּנוּ הָרְגוּ לְפִי חָרֵב וַיִּקְחוּ אֶת דִּינָה מִבֵּית שָׂכָם וַיֵּצְאוּ
 (כז) בְּנֵי יַעֲקֹב בָּאוּ עַל הַחֲלָלִים וַיִּבְזּוּ הָעִיר אֲשֶׁר טָמְאוּ אַחֲתָם
 (כח) אֶת צֹאנָם וְאֶת בְּקָרָם וְאֶת חֲמֹרֵיהֶם וְאֶת אֲשֶׁר בְּעִיר וְאֶת אֲשֶׁר בַּשָּׂדֶה לָקַחוּ
 (כט) וְאֶת כָּל חֵילָם וְאֶת כָּל טָפְסָם וְאֶת נְשֵׁיהֶם שָׁבוּ וַיִּבְזּוּ וְאֶת כָּל אֲשֶׁר בְּבֵית
 (ל) וַיֹּאמֶר יַעֲקֹב אֶל שְׁמֻעוֹן וְאֶל לוֹי עֲכַרְתֶּם אִתִּי לְהַבְאִישׁנִי בְּיֹשֵׁב הָאָרֶץ בְּכֹנְעֵנִי וּבְכֹרְזֵי וְאֲנִי מִתִּי מִסְפָּר וְנִאֲסָפוּ עָלַי וְהִכּוּנִי וְנִשְׁמַדְתִּי אֲנִי וּבֵיתִי
 (לא) וַיֹּאמְרוּ הַכּוֹזְנֵה יַעֲשֶׂה אֶת אַחֲוָתָנוּ פ

2 בראשית פרק מט

(א) וַיִּקְרָא יַעֲקֹב אֶל בְּנָיו וַיֹּאמֶר הָאֲסָפוּ וְאֶגִּידָה לָכֶם אֶת אֲשֶׁר יִקְרָא אֲתֶכֶם בְּאַחֲרֵית הַיָּמִים
 (ב) הַקָּבְצוּ וּשְׁמָעוּ בְנֵי יַעֲקֹב וּשְׁמָעוּ אֶל יִשְׂרָאֵל אָבִיכֶם
 (ג) רְאוּבֵן בְּכָרִי אֶתְּהָ כַּחַי וְרֵאשִׁית אוֹנִי יִתֹר שָׂאת וַיִּתֵּר עַז
 (ד) פַּחַז כְּפָיִם אֶל תּוֹתֵר כִּי עָלִית מִשְׁפָּכִי אָבִיךָ אֲזַ חֲלַלְתָּ יְצוּעֵי עֲלֶה פ
 (ה) שְׁמָעוֹן וְלוֹי אַחִים כְּלִי חֶמֶס מִכְרַתִּיהֶם
 (ו) בְּסֹדֶם אֶל תִּבְּא נִפְשֵׁי בְקָהֶלֶם אֶל תִּחַד כְּבֹדִי כִּי בְּאֶפְסָם הָרְגוּ אִישׁ וּבְרַצְנָם עָקְרוּ שׁוֹר
 (ז) אֲרוּר אָפְסָם כִּי עַז וְעַבְרַתָּם כִּי קָשְׁתָּה אַחֲלָקֶם בְּיַעֲקֹב וְאֶפְיָצָם בְּיִשְׂרָאֵל ס

3 דברי הימים א פרק כב

ה) וַיֹּאמֶר דָּוִד שְׁלֹמֹה בְנִי נֶעַר וְרַךְ וְהַבֵּית לְבָנוֹת לֵה' לְהַגְדִּיל לְמַעְלָה לְשֵׁם וּלְתַפְאֶרֶת לְכָל הָאָרְצוֹת אֲכִינָה נָא לוֹ וַיִּכֶן דָּוִד לְרֹב לְפָנָי מוֹתוֹ
 ו) וַיִּקְרָא לְשְׁלֹמֹה בְנוֹ וַיִּצְוֵהוּ לְבָנוֹת בֵּית לֵה' אֱלֹהֵי יִשְׂרָאֵל ס
 ז) וַיֹּאמֶר דָּוִד לְשְׁלֹמֹה <בְנוֹ> בְנִי אֲנִי הָיָה עִם לְבָבִי לְבָנוֹת בֵּית לְשֵׁם ה' אֱלֹהֵי
 ח) וַיְהִי עָלַי דְּבַר ה' לֵאמֹר דָּם לְרֹב שִׁפְכָתָ וּמִלַּחְמוֹת גְּדֹלוֹת עָשִׂיתָ לֹא תִבְנֶה בֵּית לְשָׁמַי כִּי דָמִים רַבִּים שִׁפְכָתָ אֶרְצָה לְפָנָי
 ט) הִנֵּה בֶן נוֹלָד לָךְ הוּא יְהִיָּה אִישׁ מְנוּחָה וְהִנְחֹתִי לוֹ מִכָּל אוֹיְבָיו מִסָּבִיב כִּי שְׁלֹמֹה יְהִיָּה שְׁמוֹ וְשָׁלוֹם וְשָׁקֵט אָתֶּן עַל יִשְׂרָאֵל בְּיָמָיו
 י) הוּא יִבְנֶה בֵּית לְשָׁמַי וְהוּא יְהִיָּה לִי לְבֶן וְאֲנִי לוֹ לְאָב וְהִכִּינוֹתִי כִּסֵּא מְלָכוּתוֹ עַל יִשְׂרָאֵל עַד עוֹלָם
 יא) עֲתָה בְנִי יְהִי ה' עִמָּךְ וְהִצַּלְחָתְךָ וּבְנִיתְךָ בֵּית ה' אֱלֹהֶיךָ כַּאֲשֶׁר דִּבַּר עָלֶיךָ
 יב) אַף יִתֵּן לָךְ ה' שִׁכְלָ וּבִינָה וַיִּצְוֶךָ עַל יִשְׂרָאֵל וְלִשְׁמוֹר אֶת תּוֹרַת ה' אֱלֹהֶיךָ

4 ישעיהו פרק ב

א) הִדְבַר אֲשֶׁר חָזָה יִשְׁעִיָּהוּ בֶן אַמּוּץ עַל יְהוּדָה וִירוּשָׁלַם
 ב) וְהָיָה בְּאַחֲרֵית הַיָּמִים נְכוּן יְהִיָּה הַר בֵּית ה' בְּרֹאשׁ הַהָרִים וְנִשְׂא מִגְּבֻעוֹת וְנִהְרֹו אֱלִיוֹ כָּל הַגּוֹיִם
 ג) וְהָלְכוּ עַמִּים רַבִּים וְאָמְרוּ לְכוּ וְנַעֲלֶה אֶל הַר ה' אֶל בֵּית אֱלֹהֵי יַעֲקֹב וְיִרְנֹו מִדְּרָכָיו וְנִלְכָּה בְּאַרְחֻתָיו כִּי מִצִּיּוֹן תֵּצֵא תוֹרָה וְדִבַר ה' מִירוּשָׁלַם
 ד) וְשֹׁפֵט בֵּין הַגּוֹיִם וְהוֹכִיחַ לְעַמִּים רַבִּים וְכַתְּתוּ חֻרְבוֹתָם לְאַתִּים וְחִנִּיתוּתֵיהֶם לְמִזְמֵרוֹת לֹא יִשָּׂא גוֹי אֶל גוֹי חֹרֵב וְלֹא יִלְמְדוּ עוֹד מִלַּחְמָה פ

5 ישעיהו פרק יא

א) וַיֵּצֵא חֹטֵר מִגִּזְע יִשְׂי וְנִצַּר מִשְׂרָשְׁיו יִפְרָה
 ב) וְנִחָה עָלָיו רוּחַ ה' רוּחַ חֲכָמָה וּבִינָה רוּחַ עֲצָה וּגְבוּרָה רוּחַ דַּעַת וְיִרְאֵת א
 ג) וְהִרְחִיחוּ בְּיִרְאֵת ה' וְלֹא לְמִרְאֵה עֵינָיו יִשְׁפּוֹט וְלֹא לְמִשְׁמַע אָזְנוֹ יוֹכִיחַ
 ד) וְשֹׁפֵט בְּצַדֵּק דָּלִים וְהוֹכִיחַ בְּמִישׁוֹר לְעַנְוֵי אֶרֶץ וְהִפָּה אֶרֶץ בְּשִׁבְט פִּי וּבְרוּחַ שְׁפָתָיו יִמִּית רָשָׁע
 ה) וְהָיָה צַדֵּק אֲזוּר מִתְּנָיו וְהִאֲמוּנָה אֲזוּר חֲלָצִיו
 ו) וְגַר זָאֵב עִם כְּבֶשׂ וְנִמְר עִם גְּדִי יִרְבֹּץ וְעַגְל וְכַפִּיר וּמְרִיא יַחְדָּו וְנֶעַר קֶטָן נִהַג בָּם
 ז) וּפְרָה וּדֹב תִרְעֶינָה יַחְדָּו יִרְבְּצוּ יִלְדִיָּהוּ וְאַרְיֵה כְּבָקָר יֹאכֵל תְּבִין
 ח) וְשִׁעֲשַׁע יוֹנֵק עַל חַר פֶּתֶן וְעַל מְאוֹרֵת צַפְעוֹנִי גְמוּל יָדוֹ הָדָה
 ט) לֹא יִרְעוּ וְלֹא יִשְׁחִיתוּ בְּכָל הַר קָדְשִׁי כִּי מְלֹאָה הָאֶרֶץ דַּעַה אֶת ה' כַּמִּים לַיָּם מְכַסִּים פ
 י) וְהָיָה בַיּוֹם הַהוּא שָׂרֵשׁ יִשְׂי אֲשֶׁר עֲמַד לְגַס עַמִּים אֱלִיוֹ גוֹיִם יִדְרָשׁוּ וְהִיָּתָה מְנַחְתּוֹ כְּבוֹד פ

6 רמב"ן בראשית פרק לד

ויש כאן שאלה, שהדבר נראה כי ברצון אביה ובעצתו ענו, כי לפניו היו, והוא היודע מענם כי במרמה ידברו, ואם כן למה כעס. ועוד, שלא יתכן שיהיה רצונו להשיא בתו לכנעני אשר טמא אותה. והנה כל האחים ענו המענה הזה במרמה, ושמעון ולוי לבדם עשו המעשה, והאב ארר אפם להם לבדם והתשובה כי המרמה היתה באמרם להמול להם כל זכר, כי חשבו שלא יעשו כן בני העיר, ואם אולי ישמעו לנשיאם ויהיו כלם נמולים יבואו ביום השלישי בהיותם כואבים ויקחו את בתם מבית שכם, וזאת עצת כל האחים וברשות אביהם, ושמעון ולוי רצו להנמם מהם והרגו כל אנשי העיר. ויתכן שהיה הכעס ליעקב שארר אפם על שהרגו אנשי העיר אשר לא חטאו לו, והראוי להם שיהרגו שכם לבדו. וזהו מה שאמר הכתוב ויענו בני יעקב את שכם ואת חמור אביו במרמה וידברו אשר טמא את דינה אחותם, כי כולם הסכימו לדבר לו במרמה בעבור הנבלה שעשה להם ורבים ישאלו, ואיך עשו בני יעקב הצדיקים המעשה הזה לשפוך דם נקי. והרב השיב בספר שופטים (רמב"ם הלכות מלכים פי"ד ה"ט) ואמר שבני נח מצווים על הדינים, והוא להושיב דיינין בכל פלך ופלך לדון בשש מצות שלהן [...] ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה שהרי שכם גזל, והם ראו וידעו ולא דנוהו

ואין דברים הללו נכונים בעיני, שאם כן היה יעקב אבינו חייב להיות קודם וזוכה במיתתם, ואם פחד מהם למה כעס על בניו וארר אפם אחר כמה זמנים, וענש אותם וחלקם והפיצם, והלא הם זכו ועשו מצוה ובטחו באלהים והצילם

ועל דעתי הדינין שמנו לבני נח בשבע מצות שלהם אינם להושיב דיינין בכל פלך ופלך בלבד, אבל צוה אותם בדיני גנבה ואונאה ועושק ושכר ושכיר ודיני השומרים ואונס ומפתה ואבות נזיקין וחובל בחבירו ודיני מלוה ולוה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהן, כענין הדינין שנצטוו ישראל, ונהרג עליהן אם גנב ועשק או אנס ופתה בתו של חבירו או שהדליק גדישו וחבל בו וכיוצא בהן. ומכלל המצוה הזאת שיושיבו דיינין גם בכל עיר ועיר כישראל, ואם לא עשו כן אינן נהרגין, שזו מצות עשה בהם, ולא אמרו (סנהדרין נז א) אלא אזהרה שלהן זו היא מיתתן, ולא תיקרא אזהרה אלא המניעה בלאו, וכן דרך הגמרא בסנהדרין (נט ב) ומה יבקש בהן הרב חיוב, וכי אנשי שכם וכל שבעה עממין לא עובדי עבודה זרה ומגלה עריות ועושים כל תועבות השם היו, והכתוב צווח עליהן בכמה מקומות (דברים יב ב) על ההרים הרמים ועל הגבעות ותחת כל עץ רענן וגו', לא תלמד לעשות וכו' (שם יח ט), ובגלוי עריות כי את כל התועבות האל עשו וכו' (ויקרא יח כז), **אלא שאין הדבר מסור ליעקב ובניו לעשות בהם הדין**

אבל ענין שכם, כי בני יעקב, בעבור שהיו אנשי שכם רשעים ודמם חשוב להם כמים רצו להנקם מהם בחרב נוקמת, והרגו המלך וכל אנשי עירו כי עבדיו הם, וסרים אל משמעתו, ואין הברית אשר נמולו נחשב בעיניהם למאומה כי היה להחניף לאדוניהם, ויעקב אמר להם בכאן כי הביאוהו בסכנה שנאמר עכרתם אותי להבאישני, ושם ארר אפם כי עשו חמס לאנשי העיר, שאמרו להם במעמדו וישבנו אתכם והיינו לעם אחד, והם היו בוחרים בהם ובעטו בדבורם, ואולי ישובו אל ה' והרגו אותם חנם, **כי לא הרעו להם כלל. וזהו שאמר כלי חמס מכרותיהם (להלן מט ה):**

7) רמב"ן בראשית פרק מט

שמעון ולוי אחים - יאמר בעלי אחוה, כי יחם לבם על אחותם. ילמד עליהם זכות כי בקנאתם על האחוה עשו מה שעשו, לומר שאין ראוי לעונש גדול, ולא החטא ראוי לימחל כי הוא חמס. והנכון בעיני שאמר כי שמעון ולוי אחים גמורים דומים ומתאחים זה לזה בעצתם ומעשיהם וכבר פירשתי (לעיל לד יג) כי יעקב קצף על שמעון ולוי בהרגם אנשי העיר בעבור שעשו חמס, **כי הם לא חטאו להם כלל ובאו בברית ונמולו**, ואולי ישובו אל ה' ויהיו כולם בכלל אנשי בית אברהם, ומן הנפש אשר עשו בחרן. ועוד חרה לו שלא יאמרו כי בעצתו נעשה הדבר ויהיה חלול השם שיעשה הנביא חמס ושוד. וזה טעם בסודם אל תבא נפשי - התנצלות שלא היה בסודם בענותם במרמה, ובקהלם לא נתיחד כשבאו על העיר והרגום. ולכן יקלל אפם ועברתם. וכן תרגם אונקלוס ברזיהון לא הות נפשי באיתכנשיהון למהך וכו' (ו) וטעם כי באפם הרגו איש וברצונם עקרו שור - שעשו החמס באפם שכעסו על שכם, וברצונם, שהם חפצים בו, לא פשע המומתים ולא חטאתם. [...] והנכון בעיני שהכתוב כמשמעו, אמר כי באפם הרגו כל איש באפם, וברצונם, אחרי ששככה חמתם בהריגת האנשים עקרו כל שור, רמז למקניהם וקנינם כל אשר בבית וכל אשר בשדה. והזכיר זה לומר כי בסודם לא באה נפשו בכל אלה אפילו לעקור להם מקנה וקנין ולבוז שללם כלל

8) רמב"ם הלכות מלכים פרק ט

הלכה א על ששה דברים נצטווה אדם הראשון על ע"ז, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים, אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממשנה רבינו, והדעת נוטה להן, מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה, הוסיף לנח אבר מן החי שנאמר אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו, נמצאו שבע מצות, וכן היה הדבר בכל העולם עד אברהם, בא אברהם ונצטווה יתר על אלו במילה, והוא התפלל שחרית, ויצחק הפריש מעשר והוסיף תפלה אחרת לפנות היום, ויעקב הוסיף גיד הנשה והתפלל ערבית, ובמצרים נצטווה עמרם במצות יתירות, עד שבא משה רבינו ונשלמה תורה על ידו הלכה יד וכיצד מצווין הן על הדינין, חייבין להושיב דיינין ושופטים בכל פלך ופלך לדרן בשש מצות אלו, ולהזהיר את העם, ובן נח שעבר על אחת משבע מצות אלו יהרג בסייף, ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה, שהרי שכם גזל והם ראו וידעו ולא דנוהו, ובן נח נהרג בעד אחד ובדיין אחד בלא התראה ועל פי קרובין אבל לא בעדות אשה ולא תדון אשה להם

9) משנה מסכת סוטה פרק ח משנה ז

במה דברים אמורים במלחמת הרשות אבל במלחמת מצוה הכל יוצאין אפילו (יואל ב') חתן מחדרו וכלה מחופתה אמר רבי יהודה במה דברים אמורים במלחמת מצוה אבל במלחמת חובה הכל יוצאין אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה

10) משנה מסכת סנהדרין פרק א משנה ה

אין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד אין מוסיפין על העיר ועל העזרות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד אין עושין סנהדריות לשבטים אלא על פי בית דין של שבעים ואחד אין עושין עיר הנדחת אלא על פי בית דין של שבעים ואחד

11) השגות הרמב"ן לספר המצוות שכחת העשין לדעת הרמב"ן

מצוה חמישית שנצטוינו כשנצור על עיר להניח אחת מן הרוחות בלי מצור שאם ירצו לברוח יהיה להם דרך לנוס משם כי בזה נלמוד להתנהג בחמלה אפילו עם אויבינו בעת המלחמה ובו עוד תקון שנפתח להם פתח שיברחו ולא יתחזקו לקראתנו שנ' (מטות לא) ויצבאו על מדין כאשר צוה י"י את משה ודרשו בספרי הקיפוח משלש רוחותיה ר' נתן אומר תן להם רוח רביעית שיברחו. ואין זו מצות שעה במדין אבל היא מצוה לדורות בכל מלחמת הרשות. וכן כתב הרב בחבורו הגדול בהלכות מלכים ומלחמותיהם (פ"ו ה"ז) מצוה שישית שנצטוינו כשנצור על עיר לאכול מן האילנות שבגבולה כל ימי המצור ואם נכרות אותם לבטלה דרך השחתה נעבור על עשה מוסף על הלאו המפורש בו והוא אמרו יתעלה (ס"פ שופטי) כי ממנו תאכל ואותו לא תכרות ובפירוש אמרו בספרי כי ממנו תאכל מ"ע ואותו לא תכרות מצות ל"ת. וראוי הרב לפי חשבוננו במצות שימנה גם את זה. ודע כי זו המצוה בעשה ולא תעשה שלה כשנצור על עיר להלחם עליה לתפשה שנצטוינו לחמול עליה כאשר נחמול על שלנו אולי נכבוש אותה, אבל בצאתנו אל ארץ אויב נשחית ונחבל כל עץ טוב וכן בימי המצור להצר לאנשי העיר בהשחתת האילנות שלא יחיו מהם כל זה מותר. לא אסרה תורה אלא השחתה בחנם. ולשון ספרי לבוא מפניך במצור קצצהו. ולשון הרב במצוה הזו (ל"ת נז) איננו מכוון

12) רמב"ם הלכות מלכים פרק ה

הלכה א אין המלך נלחם תחלה אלא מלחמת מצוה, ואי זו היא מלחמת מצוה זו מלחמת שבעה עממים, ומלחמת עמלק, ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם, ואחר כך נלחם במלחמת הרשות והיא המלחמה שנלחם עם שאר העמים כדי להרחיב גבול ישראל ולהרבות בגדולתו ושמעו הלכה ב מלחמת מצוה אינו צריך ליטול בה רשות בית דין, אלא יוצא מעצמו בכל עת, וכופה העם לצאת, אבל מלחמת הרשות אינו מוציא העם בה אלא על פי בית דין של שבעים ואחד הלכה ד מצות עשה להחרים שבעה עממין שנאמר החרם תחרימם, וכל שבא לידו אחד מהן ולא הרגו עובר בלא תעשה שנאמר לא תחיה כל נשמה, וכבר אבד זכרם הלכה ה וכן מצות עשה לאבד זכר עמלק, שנאמר תמחה את זכר עמלק, ומצות עשה לזכור תמיד מעשיו הרעים ואריבתו, כדי לעורר איבתו, שנאמר זכור את אשר עשה לך עמלק, מפני השמועה למדו זכור בפה לא תשכח בלב, שאסור לשכוח איבתו ושנאתו

13) רמב"ם הלכות מלכים פרק ו

הלכה א אין עושין מלחמה עם אדם בעולם עד שקוראין לו שלום אחד מלחמת הרשות ואחד מלחמת מצוה, שנאמר כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום, אם השלימו וקבלו שבע מצות שנצטוו בני נח עליהן אין הורגין מהן נשמה והרי הן למס, שנאמר יהיו לך למס ועבדוך, קבלו עליהן המס ולא קבלו העבדות או שקבלו העבדות ולא קבלו המס, אין שומעין להם עד שיקבלו שניהם, והעבדות שיקבלו הוא שיהיו נבזים ושפלים למטה ולא ירימו ראש בישראל אלא יהיו כבושים תחת ידם, ולא יתמנו על ישראל לשום דבר שבעולם, והמס שיקבלו שיהיו מוכנים לעבודת המלך בגופם וממונם, כגון בנין החומות, וחזוק

המצודות, ובנין ארמון המלך וכיוצא בו, שנאמר וזה דבר המס אשר העלה המלך שלמה לבנות את בית ה' ואת ביתו ואת המלוא ואת חומת ירושלים ואת כל ערי המסכנות אשר היו לשלמה, כל העם הנוותר מן האמורי ויעלם שלמה למס עובד עד היום ומה בני ישראל לא נתן שלמה עבד כי הם אנשי המלחמה ועבדיו ושריו ושלישיו ושרי רכבו ופרשיו הלכה ב' ויש למלך להתנות עמהם שיקח חצי ממונם או הקרקעות, ויניח כל המטלטלין או המטלטלים ויניח הקרקעות כפי מה שיתנה הלכה ג' ואסור לשקר בבריתם ולכזב להם אחר שהשלימו וקבלו שבע מצות הלכה ד' ואם לא השלימו או שהשלימו ולא קבלו שבע מצות, עושין עמהם מלחמה והורגין כל הזכרים הגדולים, ובזוזין כל ממונם וטפם, ואין הורגין אשה ולא קטן שנאמר והנשים והטף זה טף של זכרים, במה דברים אמורים במלחמת הרשות שהוא עם שאר האומות, אבל שבעה עממין ועמלק שלא השלימו אין מניחין מהם נשמה שנאמר כן תעשה לכל וגו' רק מערי העמים לא תחיה כל נשמה, וכן הוא אומר בעמלק תמחה את זכר עמלק, ומנין שאינו מדבר אלא באלו שלא השלימו שנאמר לא היתה עיר אשר השלימה אל בני ישראל בלתי החוי יושבי גבעון את הכל לקחו במלחמה כי מאת ה' היתה לחזק את לבם לקראת המלחמה את ישראל למען החרימם, מכלל ששלחו להם לשלום ולא קבלו

14) הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן טז (עמודים קסח- רה).

פעולות צבאיות להגנת המדינה¹ [תשובה נכתבה בשנת 1954]

פרק א שליחות לדבר עבירה בבין נוח ברציחה ובשאר עבירות.

א. [קסח] הפעולות של הכנופיות הרצחניות נעשות בהסכמה, בעידוד ואולי אף בשליחות האוכלוסיה כולה. אולם יתכן מאוד שאנשי הכנופיות היו עושות את מעשי הרצח גם אם לא היו נשלחים ומעודדים על ידי אחרים. מה איפה דינה של האוכלוסיה, והאם יש לחייבה על פעולות הכנופיות כאילו עשאו כולם יחד או לא? [...]

ב. [קעג] ובסיכום הדברים יוצא שאליבא דהלכתא בן נוח אינו מצווה על איבוד לדעת וכן אין בן נוח נהרג לא בשוכר ולא בשולח להרוג חבירו. שמשום כך השמיט הרמב"ם הלכות אלו מדיני בן נוח. ולפי זה אין לחייב את האוכלוסיה המעודדת את הכנופיות מדין שליח לדבר עבירה. כי אין חיוב על זה גם אצל בני נוח.

פרק ב דינים של בני נוח המעלימים עינם מלדון את החייבים [קעד]

¹ מאז נסתיימה המלחמה הרשמית של מדינות ערב בישראל על ידי שביתת הנשק [1949], לא פסקו מקרי הסתננות של כנופיות ערביות לשם מעשי גנבות ושוד מזוין. אולם בשנה האחרונה הולכות ונעשות פעולות מסתננים אלא יותר ויותר מחוצפות ורוויות תאות רצח לשמו. בחשון תשי"ד ביצעו הכנופיות הפושעות מעשה רצח ברוטלי של משפחה שלימה בכפר יהוד. נראה היה הדבר שהכנופיות פועלות בצורה מאורגנת בעידוד ובתמיכה של האוכלוסיה הערבית במקומות הסמוכים לגבול. ומכיון שלא באו על ענשם, אלא אדרבא קבלו עידוד על ידי מנגנון הפיקוח של או"ם גמרו אומר להטיל את אימת מעשי זועותיהם על יישובי הספר.

היישוב שנפגע החליט כי אסור לשבת הלאה בחיבוק ידיים עד שיבואו חס וחלילה קרבנות נוספים, ובאחד הלילות התקיף בצורה תקיפה את היישוב הערבי קיביה. שיידיים מוכיחות שהכנופיות הרצחניות באו משם וקיבלו את תמיכת האוכלוסיה שם. היישוב הערבי בקיביה סבל אבידות ברכוש ובנפש. בין הנהרגים שם היו גם ילדים ונשים העולם 'הגדול' אשר עד כה עמד אדיש נוכח מעשי רצח הבלתי פוסקים של נשים מישראל 'זועזע' עד היסוד למעשה קיביה שלמעשה היתה רק פעולת תגמול, שנבעה מתוך הצטברות זעם יישובי הספר והיישוב בארץ בכלל. ושוואי ישראל הפיקו זממם בזה שמדינת ישראל גונתה מעל במת מועצת הבטחון של האו"ם.

אנו יודעים יפה את מדה היושר המציינת את הקו של מדיניותן של המדינות המגנות. לא מפייהם אנו חיים, ולא מהן נלמדו יושר וצדק. אולם חובה מוטלת עלינו לברר את דרך תגובתנו הנאותה לפי התורה אשר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.

א. יש לדון על המקרה שלנו מצד החוב של הצבור כולו למנוע בידי הכנופיות ולדונם על מעשיהם בעבר, שהרי אחת מז' מצוות בני נוח היא לדון את החייבים. בענין זה אנו באים למחלוקת הרמב"ם והרמב"ן.

הרמב"ם כתב (הלכות מלכים פ"ט, הי"ד) חייבי בני נוח להושיב דינים ושופטים בכל פלך ופלך לדון בשש מצוות אלו ולהזהיר את העם. ובן נוח שעבר על אחת מז' מצוות אלו יהרג בסייף ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה שהרי שכם גזל והם ראו וידעו ולא דנהו. אולם הרמב"ן (פרשת וישלח) נחלק עליו, וז"ל

ואין דברים הללו נכונים בעיני, שאם כן היה יעקב אבינו חייב להיות קודם וזוכה במיתתם, ואם פחד מהם למה כעס על בניו וארר אפם אחר כמה זמנים, וענש אותם וחלקם והפיצם, והלא הם זכו ועשו מצוה ובטחו באלהים והצילם ועל דעתו הדין שמנו לבני נח בשבע מצות שלהם אינם להושיב דינים בכל פלך ופלך בלבד, אבל צוה אותם בדיני גנבה ואונאה ועושה ושכר שכיר ודיני השומרים ואונס ומפתה ואבות נזיקין וחובל בחבירו ודיני מלוה ולוה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהן, כענין הדין שנצטוו ישראל, ונהרג עליהן אם גנב ועשק או אנס ופתה או של חבירו או שהדליק גדישו וחבל בו וכיוצא בהן. ומכלל המצוה הזאת שיושיבו דינים גם בכל עיר ועיר כישראל, ואם לא עשו כן אינן נהרגין, שזו מצוה עשה בהם, ולא אמרו (סנהדרין נז א) אלא אזהרה שלהן זו היא מיתתן, ולא תיקרא אזהרה אלא המניעה בלאו, וכן דרך הגמרא בסנהדרין (נט ב) ובירושלמי אמרו בדין של נח, הטה דינו נהרג, לקח שחד נהרג. בדיני ישראל, כל דין שאתה יודע שאתה שלם ממנו אי אתה רשאי לברוח ממנו, וכל שאתה יודע שאי אתה שלם ממנו אתה רשאי לברוח ממנו, אבל בדיניהם אף על פי שאתה יודע שאתה שלם ממנו אתה רשאי לברוח ממנו. נראה מכאן שרשאי הגוי לאמר לבעלי הדין איני נזקק לכם, כי תוספת היא בישראל לא תגורו מפני איש (דברים א יז), אל תכניס דברך מפני איש (סנהדרין ו ב), וכל שכן שלא יהרג כשלא יעשה עצמו קצין שוטר ומושל לשפוט את אדוניו ומה יבקש בהן הרב חיוב, וכי אנשי שכם וכל שבעה עממין לא עובדי עבודה זרה ומגלה עריות ועושים כל תועבות השם היו, והכתוב צווח עליהן בכמה מקומות (דברים יב ב) על ההרים הרמים ועל הגבעות ותחת כל עץ רענן וגו', לא תלמד לעשות וכו' (שם יח ט), ובגלוי עריות כי את כל התועבות האלו עשו וכו' (ויקרא יח כז), **אלא שאין הדבר מסור ליעקב ובניו לעשות בהם הדין** אבל ענין שכם, כי בני יעקב, בעבור שהיו אנשי שכם רשעים ודמם חשוב להם כמים רצו להנקם מהם בחרב נוקמת, והרגו המלך וכל אנשי עירו כי עבדיו הם, וסרים אל משמעת

נחלקו איפה הרמב"ם והרמב"ן בשתיים 1. לענין חיובם של בני נוח כשאינם עושים דין בחייבים, שלדעת

הרמב"ם זו אחת מז' מצוות שאזהרתם זוהי מיתתם, ולרמב"ן אינו בדין זה. 2. עוד נחלקו לענין בן נוח שעובר באיסור עבודה זרה ועריות שלדעת הרמב"ן דמם כמים, ולרמב"ם אין זה מספיק עדיין כדי להחריג דמם. שהרי זה ודאי לא מסתבר שהרמב"ם לא יודה בעובדות שהוכיח הרמב"ן מתוך הכתובים שלפיהם ז' העממים היו עוברים בעבודה זרה וגילוי עריות.

ב. ויש לעיין במה תלויה מחלוקתם, שהרי לכאורה צדק הרמב"ן בשתי השגותיו וצריך לדעת מה שיטתו

של הרמב"ם. ונבאר לראשונה שיטת הרמב"ם בבן נוח העובד עבודה זרה. [...]

על פי זה מובן למה אמרו בעובדי עבודה זרה אין מורידין שהרי כל עובדי עבודה זרה לאחר שנשתכח שם הנכבד מפי כל היקום מאז, הרי הם כאנוסים שמעשי אבותיהם בידיהם, ועל כן אין לאבדם. אכן כשכבשם ישראל וזכה בהם מדין כיבוש מלחמה חיוב זה שיקיים הז' מצוות הוא מוטל על ישראל שהוא אדוניו, וכשם שיכול לכופו לעבודתו הוא הדין שיכול לכופו לחיוב המצוות המוטלות עליו... ועל כן כתב הרמב"ם בהלכה ט' 'אם ישנו תחת ידינו' - על ישראל מוטלת החובה להכניס את אלה מבאי עולם שהם תחת ידם בחיוב ז' המצוות.

ועל פי זה מובנת יפה שיטתו של הרמב"ם שגם אנשי שכם אי אפשר היה לדונם מצד עבודה זרה וגילוי עריות שאין אלה מצוות שכליות. וזה ההכרחי לומר שחיובם היה מצד שלא דנו את שכם עבור הגזל.

ויוצא שלמעשה אין יסוד מספיק להתיר פעולה נגד הציבור שנמנע למלא חובתו ולבער מתוכו את המרצחים, כל עוד שיתכן שיש להם אמתלא של פחד או לחץ וכיוצא בזה.

פרק ג דין רודף על האוכלוסיה המסייעת בידי הרוצחים [קפא]

א. כפי הנמסר, האוכלוסיה של כפרי הגבול הערביים נותנת מחסה מדעת לכנופיות הרצחניות כך שהן יכולות לעשות מעשיהן ללא פחד הענשה. מאחר שברור שכנופיות אלו יש לדונן לא רק מצד מעשיהן בעבר כדין רוצחים, אלא גם כדין רודפים מחמת מגמותיהן בעתיד הרי האוכלוסיה העוזרת על ידם מסייעתם ומחזקת ידיהם בכל מיני צורות בגדר עוזרי לרודף לעשות מעשי רצח. ואם אמנם כפני מעשה מסויים בעבר יש לומר שגם אילולי העזרה היו עושים את המעשה וממילא אין לראות את האוכלוסיה כגורם לרצח, הרי מ"מ ברור שמתן עזרה זו נותנת בסיס רחב יותר לפעולותיהם בעתיד, כך שמספר ההתנפלויות יגדל על ידי עידוד זה שניתן על ידי האוכלוסיה. יש לאיפה לברר מה דין העוזר לרודף ומשמש לו מחסה בכדי שיוכל לעשות את מעשי הרצח ללא מפריע?

ב. האור שמח מוכיח (פרק א' מהלכות רוצח ה"ח) שגם הרודף להרוג על-ידי גרם מכל מקום דין רודף עליו, כי לדין רודף אין נפקא מינא אם בעשיית מעשה זה יתחייב מיתת ביד-דין, אלא כל שיש במעשיו פעולה מכוונת המביאה ליד הריגת אדם מישראל יש לו דין רודף. ולפי-זה פשוט הדבר שאם נראה את האוכלוסיה או את אותו חלק ממנה כמסייעת לרודפים לעשות פעולה הרצח שלהם, הרי כל האוכלוסיה הזאת היא כדין הרודף שניתן להציל הנרדף בנפשם. [...]

ג. [עמ קפד] לעניין רודף חברו על ידי גרם, אמנם ודאי גם בזה דין רודף לענין שמצוה להורגו בכדי להציל הנרדף, כי לזה עיקר הגורם להריגתו היא הצלת הנרדף, ועל כן כיון שעל כל פנים על דיו הנרדף עומד בסכנה יש מצוה בדבר לדחות נפשו מפני נפש הנרדף כי דמו של הנרדף במקרה זה סומק טפי. אולם להטיל עליו חיוב מיתה מגדר פסק ודאי לא שייך שכשם שאם עבר והרג אין ממיתים אלא על מעשה ממש, כמו כן אם רודף להמית על ידי גרם אין עליו חיוב מיתה. [...]

ד. ולפי זה גם בעניננו מכיון שלפי האומדנא המקובלת האוכלוסיה מעודדת בכל מיני אופנים את פעולת הכנופיות וזה ודאי עוזר להגברת ולהרחבת פעולותיהם בעתיד ונמצא שכל האוכלוסיה היא במקרה זה בתורת רודף שניתן להציל בנפשם. אולם כל זה אמור ביחס לצבור המבוגר של האוכלוסיה שרובו ככולו מעודד את הפעולות הרצחניות, עד כמה שידוע. מה שאין כן בנוגע לילדים שאינם בגדר זה, היה אסור לפגוע בהם בידיעה ובכוונה תחילה.

פרק ד פגיעה באנשים נקיים אגב פעולה לביעור כנופיות רצחנות ועוזריהם [קפד]

א. לאחר שהסקנו שהאוכלוסיה כולה היא תומכת בכנופיות יש עליה תות רודף וניתן להציל בנפשם, מתעוררת השאלה כשבתוך האוכלוסיה נמצאים גם נקיים מפשע זה כגון קטנים וכיוצא בזה, אלא שהפעולה כשנעשית אינה יכולה להבחין, ובהכרח שיש גם קרבנות נקיים, האם מותרת פעולה זו בכללה, או שנאמר מכיון שלא ימלט שלא יפגעו בנקיים אסור לעשות פעולה זו בכלל..

ב. כיוצא בזה מצינו במלחמת עמלק שהוזהר הקיני לסור מתוך עמלקי 'פן אוסיפך עמו' (שמואל א' טו). וזה מובן מאליה שאם ישנה אפשרות להזהיר את הנקיים מפשע שיסתלקו מהמקום שיש לעשות זאת. אולם יש שאזהרה מעין זו היתה מועילה גם לרוצחים שיתכוננו יפה ובזה כל המטרה תסוכל. ועל כן יש לשאול כשאזהרה זו היא בלתי אפשרית, אם הפעולה מותרת או לא.

ג. והנה נראה פשוט לכאורה שאם נאסור הפעולה זו נמצא שקטנים אלה מסייעים לרודפים שעל ידם הרודף יכול להוציא זממו לפועל, והרי הם גם כן כרודפים לפי מה שהעלנו לעיל שכל המסייע לרודף וגורם לרציחה הרי הוא בדין רודף. **אלא שסיוע זה הוא שלא מדעתם**, והם לא העושים זאת אלא הרודפים הם שמסתייעים על ידם. והרי זה דומה לרודף שמסתתר מאחורי אדם אחר שלא ברצונו, שאף על פי שעל ידי אותו אדם, הרודף מסתתר מפניו, מכל מקום לכאורה אין לפגוע באותו אדם כיון שהוא שלא לדעתו. כן נראה לי פשוט.

ד. אולם לאחר העיון יש מקום לומר שבמקרה דנן, דבר זה במחלוקת תלוי בין הרמב"ם לראב"ד. הרמב"ם כתב סוף הלכות חובל ומזיק פרק כ' שספינה שחישבה להשבר מרוב כובד המשא שהיה בספינה ובא אחד מהאנשים וזרק מן המשא שהיה בספינה פטור 'שהמשא שבהכמו רודף אחריהם להרגם ומצוה רבה עשה שהשליך והושיעם'. והראב"ד השיגו 'אין כאן לא מלח ולא תבלין שאין כאן דין רודף כלל ... ודין זה שהטיל איש אחד מחשבים על כולם'.

ה. יוצא לנו מדברי הרמב"ם על-כל פנים שגם רודף באונס תורת רודף עליו ... שהמשא גם-כן תורת רודף עליו אף-על-פי שאין נעשה כאן איזה מעשה מדעת. ... ולזה השתמש הרמב"ם בסברא שהמשא תורת רודף עליו, ועל כן היה מותר לזורקו. אכן אין זה בא לפטור את כולם מלהשתתף בנזק כיון שבעל המשא לא פשע מלכתחילה יש בזה דין שמחשבים על כולם. אלא כונת הרמב"ם היתה לגבי החיוב המיוחד שיש על הזורק שהיה בו בכדי להטיל עליו את כל התשלום מצד שהזיק להצלתו. ועל זה הוא שכתב שמצד המעשה שלו פטור, כי המשא היה עליו תורת רודף. והראב"ד משיגו והיינו שלשיטתו לא שייך על המשא תורת רודף כלל הואיל ואינו בר דעת ולא ועושה פעולת רדיפה כלל. ולראב"ד נראה שסובר שאין תורת רודף אלא על רודף לרצונו.

ו. ועל פי הנ"ל יש מקום לומר שגם בעניניו שזה תלוי במחלוקת זו. לרמב"ם גם קטנים אלה תורת רודף עליהם ואף על פי שהוא לאונסם. ולראב"ד שאין תורת רודף על הרודף לאונסו יוצא שאלה הקטנים אין עליהם תורת רודף.

ז. כל זה נראה לפום ריהטא, אולם אליבא דאמת נראה, שאף על פי שרודף באונס דין רודף עליו לרמב"ם, וכך יש דין רודף ע"י גרם לעניין שניתן להצילו בנפשו, כל ששני הדברים מצטרפים יחד שהוא רודף על ידי גרם ובאונס, אין תורת רודף עליו לדברי הכל. וזה המקרה של הנידון דידן לגבי הקטנים שאין הקטנים עושים כלום אלא שבכדי להציל עצמנו יש לבער הרוצחים וזה אי אפשר להוציא לפעל אלא אם כן יפגעו גם הקטנים, ובזה אין על הקטנים דין רודף כלל ואפילו לא דין רודף באונס. שהם אינם משתתפים

בהריגה ולא גורמים לה. ורק ההצלה מהרודף שצריכה להיות על ידי הריגתו היא שצריכה לגרום הריגתם, כאן השאלה היא אחרת – אם מותר להציל עצמו בנפשם. [...]

ח. [קפט] כיון שנתברר שהריגת הקטנים, גם כשהדבר אי אפשר ליהות נעשה באופן אחר, הוא מגדר הצלה, הצלה זו בנפשם של אחרים אסורה.

פרק ה פעולות הגנה ותגמול בתור מבצעים מלחמתיים

א. דנינו עד כה על הענין מבחינת פעולה במסגרת חיי היום יום. אכן קיימת עוד גישה לנידון והיא לראות זאת כפעולה מלחמית. שהרי ההלכה מתירה מלחמה עם הנכרים ואז בהכרח יורד איסור זה של פגיעה בנפשות. ולא מצינו במלחמה גם חובה לדקדק ולהבדיל בין דם לדם. ואף על פי שלאחר שכבשו עיר של שונא אסור להרוג את הטף והנשים כמו שכתב הרמב"ם ואין הורגים לא אשה ולא קטן שנאמר הנשים והטף. מכל מקום ברור שדין זה אמור רק לאחר שכבשו ונמצאים בתחת ידינו אבל במהלך המלחמה כשצרים על העיר וכיוצא בזה אין שום חובה וגם אין אפשרות לדקדק בדבר יש לברר אם הפעלה מעין זהו יכולה להיחשב כפעול מלחמית.

ב. הנה ישנם שני סוגי מלחמה. מלחמת רשות ומלחמת מצוה, ובין ההבדלים שביניהם גם שמלחמת מצוה אין צריך רשות לבית דין מה שאין כן מלחמת רשות אין המלך מוציא אלא על ידי סנהדרין של ע"א. 'עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם' היא מלחמת מצוה [..] נראה שיש הבדל בין שהסכנה קרובה לשהסכנה רחוקה, ורק 'כשיש לחוש ברוב הימים יעשו עמהם מלחמה' הוא שנקרא לדעת רבנן מלחמת רשות כי הוא חשש רחוק בלבד והרבה סיבות יכולות להולד בינתיים שתעכבנה המלחמה. מה שאין כן אם הסכנה קרובה שמתכוננים לבא למלחמה בזמן קרוב הרי זה מלחמת מצוה גם לדעת רמבן לקדם את פניהם. ולפי זה הרי ענינו שהסכנה קרובה ומקרי הרצח הם מעשי יום יום הרי זו מלחמת מצוה. [...]

ג. קשים הדברים להולמם, למה ואיך הופך להיתר מעשה של שפיכות דמים על ידי שאתה מגדיר את הפעולה כפעולה מלחמית. ומה הכח שבמלחמה להתיר איסורים? ובפרט במלחמת הרשות, מה טענה היא זו להתיר דמם של ברואים בצלם... כמה תמוה הדבר ודורש עיון.

ד. בפרט לפי מה שנראה להוכיח שמלחמת רשות היא לא רק מלחמה שהותרה לישראל אלא היא גם מלחמה מותרת בין העמים בינם לבין עצמם. ושם ודאי אין לראות ההיתר מצד קיום ז' מצוות בני נוח, שהרי כולם עובדי עבודה זרה ואין מטרת מלחמתם להביא לידי קיום ז' המצוות, וממילא אי אפשר גם שנראה את עצם המלחמה כפסק דין המיתה שלהם עבור מעשיהם בעבר, שאין הנלחמים חושבים על זה ולא מעלים על לב. ושמלחמת הרשות קיימת בין עמים בינם לבין עצמם יש להוכיח ממה שמצינו קנין של כיבוש מלחמה בין הגויים וקניין זה מקורו מדינא דמלכותא דינא כמבואר בכמה מקומות, ... שהקנין של כיבוש מלחמה הוא מצד דינא דמלכות דינא.

ה. [קצב] תוכן דבריהם שיסוד של דינא דמלכותא דינא הוא לא רק במה שנוגע בתוך המלכות עצמה אלא גם במה שנוגע בין מלכות למלכות על סמך הנוהג המקובל בזה, כמו שכתב הרדב"ז שהבאנו. כי כן

דרך המלכים, כלומר שכשם שיסוד דינא דמלכותא שבפנים המלוכה הוא על פי מה שמקובל בחוק המלכים כן דבר זה עצמו שייך במובן הבין-מדיני. ולפי זה מוכרח הדבר לומר שעצם המלחמה איננה בלתי חוקית שהרי קיימא לן דינא דמלכותא דינא, אבל חמסנותא לא דינא (רמב"ם הלכות גזילה פרק ה' הלכה יג), ואילו הייתה עצם המלחמה אסורה איך יתכן שיהא כיבוש קונה מכח דינא דמלכותא, הרי אז היה זה חמסנותא ולא דינא.

ו. [קצג] שומעים אנו בזה שהמלחמה כל שהיא נעשית על פי הנהוג בין העמים היא מותרת מן התורה והיא בכל דינא דמלכותא.

ז. הנצי"ב בהעמק דבר, בראשית ט, על הפסוק 'ומיד איש אחיו' כתב, שאזהרה זו של רציחה היא רק בשעה שנוהגים כאחים דהיינו בשעת שלום, מה שאין כן בשעת מלחמה ועת לשנא אז עת להרוג ואין עונש על זה כלל כי כך נוסד העולם. ... שכך נוסד העולם, וזוהי המלכות שהתורה התחשבה אתה וקבעה דין שדינא מלכותא דינא. אולם גם זה תמוה מאוד שהתורה תראה בזו סדר עולם קבוע ותשלים אתו. והיר התורה נלחמת נגד סדרי עולם מקולקלים ולימדה אותנו מדת הרחמים אפילו במלחמה עצמה, כגון חובת הקריאה לשלום, וכן שלא לסגור את המצור מד' רוחות וכו'. ואם כן מדוע ולמה השאירה את עצם המלחמה כמותרת בין העמים שהוא נגד איסור הרציחה שבז' מצוות בני נוח, וגם בישראל התירה מלחמת רשות??

ח. [קצד-קצה] על כן נראה לי שיסוד של דינא דמלכותא אחד הוא וגם בין עם לעם הוא מצד ההסכמה, כי הרי גם באמרנו הסכמת בני המדינה אין פירושו שכל אחד ואחד הסכים לזה, אלא שהולכים אחרי הסכמת הרוב, והמיעוט בטלה דעתם. וכמו כן אפשר לומר שמה שנהגו בו המלכים והמלכויות השונות נחשב כהסכמה כללית של באי עולם. ועל כן אף אם יש איזה עם שאינו מסכים לזה בטלה דעתו. והרי זו ודאי הסכמה כללית בעולם, שמלחמה היא אחת הדרכים לפתרון סכסוכים שבין עם לעם. ורק בדורותינו עמלים עז שהמלחמה תוכר כבלתי חוקית ועדיין לא איכשר דרא, ואין מוכנים להכנס בהתחייבות הדדית מעין זו. ועל כן יש לראות בהסכמת העמים שמלחמה היא אחד האמצעים החוקיים כל עוד שהעמים הנלחמים שומרים על הנהוג המקובל בעמים ביחס למלחמה (בדורותינו למשל התנאי שטרם שיתחילו בפעולות יש להכריז על המלחמה. כמו כן נחתמים מדי פעם הסכמים על ההגבלה בשימוש בנשק מסויים וכיוצא בזה) וכמו שדינא דמלכותא בפנים המדינה הוא מטעם הסכמה, כמו כן יש לומר שגם במובן בין ממלכתי דינא דמלכותא הוא מטעם הסכמה זו.

ט. אלא שכאן ישראל השואל, מה תועיל בזה הסכמה. התינח בעניני ממונות שהאדם הוא הבעלים על ממונו, אבל הן במדובר שלנו על היתר שפיכות דמים ומה שייך בזה הסכמה. ... אלא צריך לומר שבתנאים מסוימים הסכמה מועילה גם במה שנוגע לדיני נפשות. ואף על פי שדבר זה נראה כמחודש, מכל מקום נראה שהוא נכון, ונבאר הדברים. טעם אחר'. [...]

י. ויוצא מכל זה שבבן נוח מועילה הסכמתו לסלק האיסור של שפיכות דמים ... מכל מקום כשזה נהוג מקובל וכך הוא סדרו של עולם ... ומעתה נאמר שדינא דמלכותא דינא שבין מדינה למדינה הוא גם כן

מטעם הסכמת בני המדינות, ואף על פי שזה נוגע לדיני נפשות הסכמתם מועילה. וזהו היסוד של חוקיות המלחמה. ואין הכי נמי, אם יבואו העמים כולם לידי הסכמה לאסור המלחמה, באופן שזה יפסוק מלהיות חוק הנוהג בעמים, שוב לא תהא המלחמה חוקית ולא הכיבוש, והעם שיצא למלחמה יהא נידון בדין רוצח ושופך דמים. אולם כל עוד שהנוהג של מלחמה הוא מקובל בעמים, אין המלחמה אסורה גם לפי הדין, ומטעם זה מותרת גם לישראל מלחמת הרשות.

יא. ולפי זה יוצא שגם בזמן הזה תתכן פעולה מלחמתית ע"י ישראל בתור מלחמת הרשות. ובמלחמה אין צריך לדקדק ולהבחין בין צדיק לרשע כי זהו טיבה של מלחמה שאינה נותנת אפשרות לדקדוק. וגם בדרך זו הותרה המלחמה, כל עוד שנוהג זה מקובל על העמים. ועל כן יש לבדוק גם בנידון (פעולת קיביה) אם תגובה מסוג היא נקוטה ומקובלת בין העמים כי אז יש לראות זאת כהסכמה מטעם על הנוגעים בדבר, ואין זה שפיכות דמים

יב. וכל זה הוא לפי מה שנקטנו שמקרה דנן אינו בגדר מלחמת מצוה אלא מלחמת רשות. אולם האמת נראה לעניות דעתי שנידון דין יש לו תות מלחמת מצוה ממש מכמה טעמים וכפי שיבואר. שהם עושם מלאכתם בהלוך ושוב, וך היא דרכם לעשות במחשך מעשיהם ולברח ולבא מחר שוב, אין זה גדר פעולה מונעת כלפי להבא, אלא אנחנו נמצאים בתוך תוכן של הפעולות. וכל מלמה יש לה זמנים של הפסקות והחלשת הפעולות, האם יעלה על הדעת לומר שמכיון שברגע זה אין האויב נלחם הרי זה רק בגדר [פעולה מונעת]

יג. והיוצא מכל זה שיש מקום לפעולות תגמול ונקם נגד צוררי ישראל פעולה כזאת היא בגדר מלחמת מצווה. וכל פגע שקורה לפורעים ולבעלי בריתם ולילדיהם, הם הם שערבים לזה, והם עונום ישאו. ואין שום חובה להמנע מפעולות תגמול מחמת חשש שיפגעו בזה חפים מפשע כי לא אנו הגורמים, כי אם הם עצמם ואנחנו נקיים. אכן, לפגוע לכתחילה בכונה בילדים, כזה לא מצינו אלא בחטא עבודה זרה, על כן מן הראוי לשמור עצמם מנגוע בהם. וה' הטוב יראה בעני עמו וצרר את צורריו ושרשם מארץ החיים.

15) הרב שלמה גורן, משיב מלחמה, קטע מתוך פרק א' מוסר הלחימה לאור ההלכה' (ג-מ).

(כה) תקדים הסטורי הלכתי חשוב ביותר המשקף את הבדלי ההשקפות בכל הנוגע לאחריות קולקטיבית על פשעים כקריטריון במוסר הלחימה, אנו מוצאים בספר בראשית במעשה האונס של דינה על ידי שכם [...]. נגד הרג המוני זה יצא יעקב אבינו בשצף קצף ככתוב 'עכרתם אותי להבאישני ביושב הארץ בכנעני בפריזי, ואני מתי מספר ונאספו עלי להכותני ונשמדתי אני וביתי'. לכאורה נראה מדברים אלו שגם יעקב לא שלל את ההרג של שמעון ולוי מצד עצמו. אלא משום שחשש לנקם מצד יושבי הארץ, שעלול להביא עליו שואה להשמדת כל בית יעקב כדביו של עקב אבינו. ברם אין הדבר כך, כי גם לאחר שנים מרובות בצואתו לבניו לפני מותו בעודם במצרים חזר יעקב והביע את שאט נפשו ממעשיהם של שמעון ולוי ככתבו 'שמעון ולוי אחים כלי חמס מכורותיהם, בסודם אל תבוא נפשי בקהלם אל תחד כבודי...'. (כו) נחלקו בזה מאורי

העולם הרמב"ם והרמב"ן אם שמעון ולוי פעלו בשכם בהתאם להלכה או לא. [...] (כח) יש להסביר את דברי הרמב"ם שאמנם מבחינת ההלכה צדקו שמעון ולוי, אבל היה זה הצודק ההלכתי בבחינת יקוב הדין את ההר. אבל אין זה הצדק מבחינת מוסרית, [...] כאשר דנים בחיי אדם קיימות שתי אמות מדה של ההלכה הקבועה ושל מנת חסידים. ובמקרה כזה יש לנהוג לפי אמת מדה של משנת חסידים שגם היא תורה ובידני נפשות היא בבחינת 'הלכת על'.

(כט) כעת עלינו לדון ולברר סוגיא חדשה, בנושא שלנו והיא מדת האחריות ההלכתית או המוסרית המוטלת על בעלי תפקידים הממונים על שלומם וביטחונם של יחידים, קבוצות או פורמציות של ישראל, או של נכרים. והאחריות שלהם בלתי ישירה אלא עקיפה. במקרה של פגיעה בביטחונם של היחידים או הקבוצות וכו' ע"י גורם זר, באיזו מדה התורה רואה את הממונים בצורה עקיפה כאחרים על הפשעים והעבירות שבוצעו נגד האוכלוסיה שהם ממונים עליה.

(לב) ראייה נוספת לאחריות עקיפה המוטלת על אדם לחייו של הזולת, כאשר היה השני זקוק לסיוע שלו במים ובמזונות ובעקבות זה שלא סייע בידו הסתכן חבירו וכתוצאה מזה מת או נהג ואז נזקפת חובת הדם של חבירו עליו, וכאילו גרם הוא למיתתו של השני - היא ממה ששנינו במסכת סוטה מה ע"ב על מקרא בפרשת עגלה ערופה (דברים כא) "וענו ואמרו ידינו לא ששפכו את הדם הדה ועינינו לא ראו" ושואלת המשנה "וכי על דעתו עלתה שזקני בית דין שופכי דמין הן? אלא שלא בא לדינו ופטרנוהו בלא מזון ולא ראינוהו בלא לוי"ה" פירש רש"י שם "והיינו ידינו לא שפכו" לא נהרג על ידינו שפטרנוהו בלא מזונות והוצרך ללסטם את הבריות על כך נהרג. ... והרמב"ם בפירוש" ... רוצה לומר בכך שאנו לא פשענו בו ולא חטאנו בענינו שנהיה כאילו סבבו הרגיתו". נמצאנו למדים שכל שהניחו בית דין וזקני העיר הקרובה אל החלל את האיש בלא מזונות וללא לוי במקום סכנה, נחשב הדבר כאילו סבבו את מיתתו ובית הדין של אותה העיר וזקני העיר נחשבים לאחראים למיתתו ואינם יכולים לרחוץ ידיהם ולומר 'ידינו לא שפכו את הדם הזה ועינינו לא ראו'. ולכן אין מביאים במקרה כזה עגלה ערופה משום שלא נכפר להם הדם. אחריות זאת של בית הדין וזקני העיר, שהם פרניה ומנהיגיה, נלמדת ממקרא מיוחד בתורה, כפי שנוכח להלן, אבל לכאורה אנינה דומה לאחריות על מה שעשו שלא כדין, אלא היא אחריות מוסרית המוטלת על בית הדין או על מנהיגי כל עיר וציבור, לנקוט בכל האמצעים להגן על חייבם של תושביה ועוברי האורח שבהם ותורפה בעיקר הוא כלפי שמים, על מה שלא עשו כמצווה עליהם, שאז נחשב הדבר בידי שמים, כאילו שפכו דם נקי.

הלגיטימיות של רשות לא-יהודית

'דינא דמלכותא דינא'

1. בבלי, בבא קמא ק"ג ע"א-ע"ב

והני מילי [=ודברים אלו אמורים] דבול'רא' וכרגא דהאי שתא [=במס הקרקע ובמס הגולגולת של שנה זו], אבל שתא דחליף [=של השנה שחלפה] הואיל ואפי' מלכא [=והתפייס המלך -] חליף [=חלף].

תוקפו של החוק האזרחי הלא-יהודי
3. רש"י, בבלי, גיטין ט ע"ב

תלמוד: כל השטרות העולים [שנעשו] בערכאות של גויים, אף על פי שחותמיהן [=העדים] גויים, כשרין, חוץ מגיטי נשים...
רש"י: 'כשרין' - דדינא דמלכותא דינא, ואף על פי שהנותן והמקבל ישראלים הם. 'חוץ מגיטי נשים' - דלאו בני כריתות נינהו [=שאינן הגויים כשרים להליך גירושין].

⁴ ראו ערוך השלם, ערך 'בילר' ג (עמ' 105).

הואיל ולא שייכי [=ואינן הם שייכים] בתורת גיטין וקידושין [הלכתיים]; אבל על הדינין [=עשיית משפט] נצטוו בני נח [ולכן שאר השטרות תקפים]...

סוגיה תלמודית זאת מציגה לראשונה את העיקרון 'דינא דמלכותא דינא'. באופן פרדוקסלי, הקשר הריון הוא הצהרה המשווה גביית מיסים לגול. ייתכן שהרבר משקף את עמימות עמדתם של חכמים כלפי כהם בפועל של שליטים לא-יהודים. בהמשך משתדלים חכמים להגדיר את טיבם של חכמים מיסים לגיטימית ושל שאר נטילות רכוש על ידי השלטון. הסוגיה פותחת במשנה המתירה לידור נדר שקרי על מנת להינצל מרובצים ('הרגין'), שודדים ('חרמין') ומוכסים.

"נודרין [רשאים לידור] להרגין ולחרמין ולמוכסין - שהיא [=התבואה שאותה הם רוצים לקחת] של תרומה [השייכת לכהנים, או] שהיא של בית מלך, אף על פי שאינה של תרומה, אף על פי שאינה של מלך".¹

"ולמוכסין" - והאמר שמואל: "דינא דמלכותא - דינא"? אמר רב חנינא בר כהנא אמר שמואל: [ההיתר לשקר הוא] במוכס שאין לו קצבה [=ללא הגבלה]. דבי [=בבית מדרשו של] ר' ינאי אמרי [=אמר]: [המדובר] במוכס העומד מאליו [רש"י: שלא מאת המלך].²

...גופא [לגבי גוף הדברים ש] אמר שמואל: "דינא דמלכותא - דינא". אמר רבא: תדע [שכן הוא], דקסלי דיקלי וגשרי גשרי ועברין עלייהו [=שהרי פקידי המלך קוצצים דקלים, בונים מהם גשרים ואנו עוברים עליהם].³ אמר ליה [=לן] אביי: ודלמא משום דאייאוש להו מינייהו מרייהו [=ושמא משום שבעלי העצים התייאשו מהם]! אמר ליה: אי [=אם] לא "דינא דמלכותא דינא" היכי מייאשי [=מדוע הם מתייאשים]? [תוספות: היה להם לתבוע בדין את כל אדם העוברים עליהם].

והא לא קא עבדי כדאמר מלכא [=והרי למעשה לא עושים הפקידים כדבר המלך] - מלכא אמר: "זילו וקטלו מכל באגי [=לכו וקצצו מכל שדה]", ואינהו אזלו וקטלו מחד באגא [=הם הלכו וקצצו משדה אחד]! שלוחא דמלכא כמלכא [שלוח המלך - כמלך], ולא טרח. ואינהו אפסיד אנפשייהו [=הם, בעלי המטע, גרמו את ההפסד לעצמם]. דאיבעי להו דאינקוט מכוליה באגי ומשקל דמי [=שהיה להם לאסוף מראש כסף מכל בעלי המטעים] [כפיצוי על קציצת העצים ממטע אחד]...
ואמר רבא: בר מתא אבר מתא - מיעבע [=ממשכנים בן עיר עבור בין עירו].

¹ ציטוט זה לקוח ממשנה, נדרים ג, ד.

² תשובה שלישית, המצעת על ידי רב אשי, מזהה את המוכס כנכרי; הדבר פותח ריון לגבי מידת איד-הצדק שבגול הנכרי. סוגיה זו תורן להלן בפרק 16.

³ הנהגות של רבא היא כי אם אין ניתן תוקף לנטילות רכוש שנטל המלך, יהיה אסור לעבור על הגשרים, שהרי הם נבנו על ידי המלך מעצים שנטל מבעלות פרטית והרי הם גוילים.

הגבלת תחולתו של 'דינא דמלכותא'

10. מנחם המאירי, בית הבחירה, בבא קמא ק"ג ע"ב

המאירי מקשר את הריון ב'דינא דמלכותא' לסוגיה התלמודית בדבר סמכותיהם הלגיטימית של מלכי ישראל. בשני המקרים אפוא כסופה המלוכה לאותן הגבלות, הנגזרות מתחום סמכותה הראוי של רבנות (השווה תשובתו של רבנו תם, 58, שנכתבה במאה האחת עשרה).

כל מה שאמרנו בדין המלכות - שהוא אצלנו דין גמור - הוא בחוקים שחקק [המלך] הן לתועלתו הן לתועלת נכסיו. אפילו חקק שיהא כל אדם נותן לו כן וכך בשנה, או כך וכך ממשאו ומתנו, או כל שיעשה כך ייטול המלך ממנו כך וכך, או כל שכיוצא בזה, אף על פי שהוא כנגד דינין שלנו - דין הוא. ואסור לגזולו או לעבור על מה שתיקן, שכן הוא ראוי לו מצד מלכותו, על הדרך האמור במלכי ישראל, "כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו" (בבלי, סנהדרין כ ע"ב [פרק 3, 9]). וזהו שאמר [שמואל], "דינא דמלכותא [=דין המלכות]", ולא אמר "דינא דמלכא [=דין המלך]", כלומר דינים הראויים לו מצד המלכות.

אבל מה שהוא מחדש מחמת אוס [=בשרירותיות], או דינים שהאומות מחזיקות בהם מתורת ספריהם ונימוסי [=וחוקי] חכמיהם הקדומים, כנגד דינין שלנו - אינן בכלל זה; שאם כן כל דיני ישראל בטלים הם. מעתה, בדורות הראשונים שהיו הגויים מוציאים ממון [מן הנתבע על פי עדות] אחד, והיה גוי תובע [ממון] ל[מ] ישראל, ומוציא [=ומזמין] ישראל [אחר שישמש] בעד - אסור לו [לעד] להעיד [לבדו], אלא אם כן יודע שאחר מצטרף עמו [כעד נוסף], שהרי עכשיו [שהוא לבדו] הוא גורם להוציא ממון [מן הנתבע] על פי [עד] אחד; הא [=הרי] אם היה יודע שאחר מצטרף עמו - יעיד, ותבוא עליו ברכה ...

עובדיה הראיה, שהיה חבר בית הדין הרבני הגדול בירושלים, מרגיש את הלגיטימיות ההלכתית של ממשל של נציגים. טיעונו של הראיה שואב מן הדינים הקלאסיים ב'דינא דמלכותא דינא' ו'מן השלטון העצמי של הקהל. הוא משתמש במיוחד בטיעונו של החת"ם סופר (המשולב בדיון להלן) המצדיק את 'דינא דמלכותא דינא' במונחים של הסכמת הנשלטים.

שאלה זו מתפצלת לשני ראשים:

אם הדין של 'דינא דמלכותא – דינא', נאמר בכל סוגי מלכים, בין מלכי ישראל ובין מלכי אומות העולם, או יש איה חילוק (=הבחנה) ביניהם?
אם זה נאמר רק במקום שיש מלך במדינה, והוא השליט במדינה לחקוק חוקים ולהוציא משפטים, ומבלעדו לא ירים איש את ידו, או נאמר [ש]גם במקום שאין מלך במדינה אלא רק נשיא המדינה, והרשות לחקיקת חוקים ומשפטים נתונה רק בידי בית הנבחרים ובית המחוקקים, שהם הרשאים להוציא החוקים במדינה כפי ראות עיניהם לטובת המדינה ותושביה, שגם הם מתייחסים ביחס [=נחשבים כ]ממלכה?
א... רבינו ניסים ז"ל כתב בשם התוספות דדוקא במלכי האומות [נ]אמר 'דינא דמלכותא – דינא', מפני שהארץ שלו [של המלך].¹⁰ פשוט דהרמב"ם ז"ל הוא מכת

¹⁰ בפירושו לכבלי, נדרים כח ע"א, הר"ן ציטט את עמדת ר' יצחק אור זרוע, שהוצגה בספר 9, 68.

[=סיעת] החולקים על דעת התוספות, דהרי בפרק ה מהלכות גזילה ואבידה פסק להדיא [=במפורש] שאין חילוק בין שהיה המלך עובד כוכבים ומזלות בין שהיה המלך ישראל [פרק 9, §9], וכן פסק[ו] הטור¹¹ ומרן 'ר' יוסף קארו] בשולחן ערוך... [בבאנו] לעיקר הדין, הנה הדבר ברור, שאין לנו אלא דברי הרמב"ם ז"ל והנמשכים אחריו – הטור והשולחן ערוך, דפירשו בפשיטות שאין חילוק בין מלכי ישראל למלכי האומות, דשניהם שווים בשיעוריהם [=במעמדם]. דדיינינו בהו [=שמחילים] אנו עליהם את הכלל] 'דינא דמלכותא – דינא', ודלא [כעמדת] התוספות והר"ן ז"ל, שחילוק בין מלכי אומות העולם למלכי ישראל. ובפרט דזה כלל בדינו, שבמקום שהמפרשים והפוסקים חולקים בהלכה, דנקיטין [=שנוקטים] אנו] כהפוסקים שכתבו כן להלכה ולמעשה, ולא כהמפרשים שאינם אלא בדרך פירוש ולא בדרך פסק.

שוב ראיתי להחתם סופר ז"ל שכתב:

והרב הראיה מציג כאן המצית של טיעונים שפותרו על ידי ר' משה סופר בתשובותיו (חושן משפט, סימן מד):

והנה בהא [לגבי הכלל] ד'דינא דמלכותא – דינא', כתב רשב"ם הטעם... "כל מיסים וארנוניות ומנהגות [=חוקים] של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם – דינא הוא, ש[כן] כל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא..." (פרק 9, §4). ולפי זה אין לחלק בין מלך אומות העולם למלך ישראל, שאפילו מלך ישראל, שאין הארץ שלו – כי אם לשבטים נתחלקה [הארץ] על ידי יהושע] – מכל מקום כל נימוסיו וחוקיו מקבלים עליהם [בני ארץ ישראל] ברצונם, ומחילה גמורה הוא [=ולסכמתם] זו יש תוקף. ומכל מקום כל זה [בתנאי] כשאנו מתנגד [חוק המלך] למה שכתבה תורה בהדיא [=במפורש], אבל כשמתנגד למה שכתבה תורה בהדיא אזי אפילו למלך אומות העולם אין שומעים, קל וחומר למלך ישראל... ולא מבעיא [=ואין צריך לומר שכן הוא לגבי] מנהגי ונימוסי מדינה שבין אדם לחברו... אלא אפילו [על] מטלת מסים וארנוניות ומכסים נמי אמרינן [=גם] אומרים [אנו] שבני מדינה מרצונם מוחלים על ככה, ואפילו מלך ישראל דינו דין... אך הר"ן [נדרים כח ע"א] כתב: "וכתב תוספות [ש]דוקא במלך אומות העולם אומר ד'דינא דמלכותא – דינא' מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצוותי אגרש אתכם מן הארץ, אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפים בה"... ומכל מקום נראה לי דלא פליג [=שאיין הר"ן חולק] אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם [של הנתינים, אז] סבירא ליה [=הוא סבור ש]לא שייך לומר: 'בני מדינה ניחא להו [=נוח להם במיסים], אלא [טעם הכלל הוא] משום שהוא אדון הארץ, ואם כן יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם, אבל במנהגים ונימוסים [=חוקים]... מודה ר"ן דהטעם [הוא] משום דניחא להו [=שנוח לנתינים בכך], ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם...]

ב... אין מקום לחלק בין מלך המעוטר בתגא [=בכתר מלכות], לשר ומושל שאינו

מעוטר בתגא, דבכולהו אמרינן [=שבכולם אומרים] אנו] דינא דמלכותא – דינא... הוא הדין [ב]בית הנבחרים והמחוקקים: גם שאינם מעוטרים בעטרת מלכים דינם כדין מלך, ויש לומר בהו [=לגביהם] דינא דמלכותא – דינא, ומכל שכן אתו [=באו], כלומר נלמד דינם] – מכיוון שנבחרו על ידי העם, ואדעתא דהכי [=ועל דעת כן] בחרו בהו [=בהם] להוציא חוקים ומשפטים כפי ראות עיניהם לטובת המדינה, שאף המיסים המטילים על בני המדינה הוא לטובתם, ד[הרי] בלי מיסים אין קיום למדינה, וכל אזור במדינה חפץ בקיום המדינה.

...[הענקת תוקף לתקנות העיר תלתא לטיבותא בעינן [=דורשת מילוי שלושה תנאים חיוביים]: א. שיהיו 'טובי העיר' מבוררין [=נבחרים] תחילה מן הקהל; ב. דיהיה הדבר מדעת כל 'טובי העיר', וחכם העיר הממונה על הציבור; ג. דיהיה לטובת הקהל ולא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי [=ולא שיהיה רווח לאחד על חשבון הפסד לאחר]...]

אמור מעתה, עלינו לדון בנידון דידן, אם ישנם כל התנאים הנ"ל בבית הנבחרים דנידון דידן. הנה פשוט בבית הנבחרים דנידון דידן, הוא ביחס 'טובי העיר' בודאי, וגם הם [חברי הכנסת] ביחס מבוררין תחילה מן הקהל, מכיוון שנבחרו מל בני המדינה, ואדעתא דהכי [=ועל דעת כן] נבחרו, לחקוק חוקים ומשפטים ולהטיל מיסים כמו כל מדינה. גם התנאי דליכא רווחא להאי ופסידא להאי, ליכא [אינו מופר] בנידון דידן, דהריוח והפסידא הוא לכל בני העיר בשווה, דהמיסים הם [מטילים] בשווה לכל בני העיר, כל אחד לפי הכנסותיו ורווחיו, ואין כאן רווחא להאי ופסידא להאי. אלא [ש]עניין התנאי דצריך להיות בהסכמת חכם העיר, הוא חסר בנידון דידן, ד[הרי] מעולם לא נמלכים [חברי הכנסת] בחכם העיר. אמנם נראה מאחר דגם חכם העיר הוא אחד מהבוחרים, הרי כאילו מתחילה הסכימה דעתו עימהם לכל אשר יעשו לטובת העיר, כל [עוד] שאינו מתנגד [הדבר] לדין תורה. שאף למה דקיימא לן [במסגרת הכלל] 'דינא דמלכותא – דינא', הרי נאמר במפורש, דהוא [=דין המלך] [תקף] דווקא כשהוא אינו מתנגד לתורה, ורק בענין דיני ממונות שהוא מבחינת [פיתוח הכלל] 'הפקד בית דין – הפקר', וגם [בתנאי ש]אין בו רווחא להאי ופסידא להאי כאמור. ועוד אני אומר, דלפי האמור בתחילת דבריני, שבית הנבחרים שלנו מתייחס ביחס ממלכה, הרי לא מצינו במלך ישראל שצריך להימלך עם חכם העיר.