

הערמות הלכתיות, ומכירת שביעית, כתקנות ציבורי

הרב ישראל רוזן

א. 'הערמה' ו'נבל ברשות התורה'

1. הערמות בין אדם למקום/לחברו

המושג 'הערמה הלכתית' נושא צליל שלילי, שאיננו ערב לאזננו ה'מודרנית'. אעפ"כ מסתבר כי שימוש ב'דרך עוקפת' בעניני הלכה היא מצויה ולגיטימית. וייאמר מיד בפתח הדברים; כל הערמות שנידונו, להקל ולהחמיר, הן בין אדם למקום. הצד להתירם כפי שיידון להלן בנוי על ההשקפה כי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". מאידך, בין אדם לחברו, או בין אדם לציבור (ולשלטונות) לא יעלה על הדעת להתיר תחבולת הערמה, וזו תיחשב "נבל ברשות התורה". מי שימצא דרך להזיק לחברו בדרך 'חוקית', הריהו מתחייב בדיני שמים, והוא קרוי רשע.

אמנם שתי הערמות מפורסמות מצינו, לכאורה, בין אדם לחברו: **פרוזבול והיתר עיסקא**. ותשובתי; אכן שמיטת כספים ואיסור ריבית הם יותר קרובים למישור שבין אדם למקום מאשר בין אדם לחברו, למרות שענינם ביחסי ממון שבין לזה ומלוה. לענייננו, בקשר להערמה, יש לבחון את האיסורים לא באמת המדה האם הם קשורים לזולת אלא האם יש בהם פן מוסרי-טבעי, לפי תפישת בני אדם.

2. שמיטת כספים ופרוזבול

בענין שמיטת כספים והערמת פרוזבול, מצד שורת הדין והמוסר על הלוה לפרוע חובותיו, וקיימא לן "כל המחזיר חוב שעברה עליו שביעית רוח חכמים נוחה הימנו" (רמב"ם שמיטה ויובל ט,כח). משמע שאין ענין מוסרי למלוה לנתר על כספו, וכל מצות השמטת כספים היא גזירת מלך לחנכנו כי "לי הכסף ולי הזהב", בדומה למצות השמטת קרקע שנועדה לאלפנו "כי לי הארץ". ניתן להוכיח תפישה זו לענין שמיטת כספים ממקורות אחדים. נסתפק כאן בציון דברי הגמרא:

זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן, שראה את העם שנמנעו מלהלוות... **עמד והתקין** פרוזבול" (גיטין לו,א)

אם בהערמה שבין אדם לחברו עסקינן, דהיינו בשיטה לפגוע בזכויותיו של הזולת, קשה מאד לכנות זאת 'תקנה' שפירושה תועלת לציבור, וקשה שבעתיים לציין זאת כ'מפעל' של הלל הזקן ("זה אחד מן הדברים שהתקין") המוכר כאדם שכל הוויתו מידות וחסד שבין אדם לחברו.

1. מבוסס על מאמר מורחב שהתפרסם ב'תחומין' כרך כ"א, תשס"א.

3. היתר עיסקא

מאידך, בענין הריבית לא מצאנו ידינו ורגלינו בבית המדרש. לכאורה איסור "לא תהיה לו כנושה" הוא בין אדם לחברו. גם אם נאמר שסו"ס מדובר בהסכמה בין הצדדים, ובימינו בכלל מקובל בימינו לראות ב'הון' סחורה הנמכרת בריוח, עדין לא נתיישרה דעתנו, שהרי סו"ס הנושה ריבית 'נושך' בין אדם לחברו. אכן, אני מודה כי 'היתר עיסקא' היא הערמה היחידה המוכרת לי במישור שבין האדם לחברו, והכל יודעים עד כמה היא 'חלשה' ורופפת, ומוטב שלא להזדקק לה.

ב. "תחבולת ההיתר"

במושג 'הערמה' במאמר זה כוונתנו למציאת 'פתח הלכתי עוקף', בדרך כלל בנסיבות של שעת דחק, צורך גדול, הפסד מרובה ואפ'י לשם כדאיות כלכלית וכד'. מן ההיבט הלשוני יש לציין בפתח דברנו את הגדרת הרמב"ם בפירוש המשניות לתמורה פ"ה מ"א:

כיצד מערימין על הבכור? מבכרת שהיתה מעוברת, אומר מה שבמעיה של זו אם זכר - עולה, ואם נקבה - זבחי שלמים.

והעיר הרמב"ם:

תחבולת ההיתר תקרא הערמה, ושאינו להיתר תקרא מרמה.

אמנם אבחנו לשונית זו איננה דווקנית, והעיר בעל תוספות-יום-טוב בפירושו למשנה (שם) כי מצינו לשון "מרמה" אצל בני יעקב ("ויענו בני יעקב את שכם ואת חמור אביו **במרמה**"; בראשית לד, יג) ותרגם אונקלוס "בחוכמתא". מאידך ברוצח נאמר (שמות כא, יד) "כי יזיד איש על רעהו להרגו **בערמה**". ומסקנתו: "לשון תורה לחוד ולשון חכמים לחוד". גם בעל תפארת-ישראל (שם) העיר שהנחש היה "**ערום**", ומאידך "**ערומים** יכתירו דעת" (משלי טו, ה).

במשנה מצינו פעם נוספת את הביטוי "כיצד מערימין" ולא רק לענין בכור. במסכת מעשר שני (פ"ד ד-ה) מציעה המשנה 'הערמה' כדי להפטר מן החומש אשר בעל הבית חייב להוסיף בפדיון מעשר שני, בניגוד לאדם זר שפודה את הפירות בשוין:

מערימין על מעשר שני; כיצד? אומר אדם לבנו ובתו הגדולים, לעבדו ושפחתו העברים

הילך מעות אלו ופדה לך מעשר שני זה. היה עומד בגורן ואין בידו מעות אומר לחברו הרי

הפירות האלו נתונין לך מתנה וחוזר ואומר לו הרי הן מחוללין על מעות שבבית.

בתלמוד הירושלמי (שם) מקשר את הערמה הזו עם ברכת מעשר שני:

למה מערימין עליו מפני שכתוב בו ברכה.

הכוונה לפסוק "כי יברכך ה' אלקיך" האמור בפדיון מע"ש (דברים יד, כד). משמעות מימרא זו היא שחכמים נתנו עצה וכביכול המליצו להערים כדי להקל על הברכה שתחול! וביתר שאת בלשון פירוש פני-משה על הירושלמי: "**רמזה התורה** להקל בפדיונו".



משמעות לשונות המשנה "כיצד מערימין", שגדר 'הערמה מומלצת' שנו כאן, ממשנת החתם סופר למדנוהו; בשו"ת (או"ח סב) דן בהרחבה לענין הערמת מכירת חמץ וחלק על בעל תבואות – שור האוסר הערמה בדאורייתא ("מפטמי בהמות שמוכרים [בהמתם] קודם הפסח לגוים, ובפסח – בלילי חמץ יאכלו"). וכתב החת"ס:

"ל לא שהיה ראוי לאסור, דהוי ליה למיתני המערים במעשר שני דינו כך וכך, ולא **כיצד מערימים, כאילו תקנתא דרבנן הוא להערים**. ומסיק משום ברכה ... **ע"כ המציאו חז"ל ערמה של היתר**... ומ"מ צל"ע מפ"ק דתמורה (יב) כיצד מערימין על הבכור מאי טעמא נתנו חז"ל עצה להפסיד מתנות כהונה להערים על הבכור בזמן שבהמ"ק קיים?

הרי לנו שהחת"ס הבין שלשון המשנה "כיצד מערימין?" היא ממש "תקנתא דרבנן להערים", "המצאת חז"ל" ו"עצה" יזומה. לכן לא נקטה המשנה לשון דיעבד שאם אדם רוצה להערים יוכל לעשות כך וכך, אלא מעין הדרכה להערים.

כבר הבאנו את הפרוזבול שנזכר כתקנה של הלל הזקן. במשניות מסכת גיטין שם תקנה זו משולבת בשורת תקנות "מפני תיקון העולם", וכולן אפייניות לתקנות ציבור. הוי אומר, גם הערמה יכולה להיות בסיס לתקנה, כאשר השעה נצרכת לכך.

ג. רשימת הערמות

שורת ההערמות ההלכתיות הבאות כבר הוזכרו לעיל;

1. בכור בהמה

2. פדיון מעשר שני

3. מכירת חמץ

4. פרוזבול

5. היתר עיסקא

1. הערמות חז"ליות

להלן רשימה של הערמות חז"ליות נוספות, וקל להבחין כי היחס כלפי הערמה אינו אחיד; בחלקן קימת מחלוקת או הסתייגות בדבר.

6. **הצלת רכוש בשבת** (שבת קיז,ב):

נשברה לו חבית בראש גגו, מביא כלי ומניח תחתיה, ובלבד שלא יביא כלי אחר ויקלוט, כלי אחר ויצרף. נזדמן לו אורחין – מביא כלי אחר וקולט, כלי אחר ומצרף. ואין מערימין בכך [לזמן אורחין]. משום רבי יוסי בר יהודה אמרו: מערימין.

7. הצלת "אותו ואת בנו" ביו"ט (שם):

אותו ואת בנו שנפלו לבור, רבי אליעזר אומר: מעלה את הראשון על מנת לשוחטו, והשני עושה לו פרנסה במקומו בשביל שלא ימות. רבי יהושע אומר: מעלין את הראשון על מנת לשוחטו ואינו שוחטו, ומערים ומעלה את השני.

8. תיקון אוכלין במועד (מו"ק יב,ב):

מטילין שכר במועד לצורך המועד, ושלא לצורך המועד אסור. ואף על פי שיש לו ישן – מערים ושותה מן החדש. תנאי היא; דתניא: אין מערימין בכך, רבי יוסי בר יהודה אומר: מערימין.

9. עובדין דחול ביו"ט (שבת קלט,ב):

מערים אדם על המשמרת ביום טוב לתלות בה רמונים [שאינן זה עובדין דחול] ותולה בה שמרים [למרות שזה עובדין דחול. רש"י]. והוא דתלה בה רמונים [בתחילה]. מאי שנא מהא, דתניא: מטילין שכר במועד לצורך המועד, שלא לצורך המועד אסור. אף על פי שיש להן ישן – מערים ושותה מן החדש? התם לא מוכחא מילתא, הכא – מוכחא מילתא.

10. הערמות שבת המיועדות ל... תלמידי חכמים בלבד (שם):

האי צורבא מרבנן... דשקל ברא דתומא ומנח בברזא דדנא [סותם ברז חבית בשום] והוי כמתקן; רש"י] ואמר: לאצנועיה קמיכוניא. ואזיל ונאים במברא [מתנמנם בספינת נכרי שתעבירנו את הנהר] ועבר להך גיסא וסייר פירי, ואמר: אנא למינם קמיכוניא. אמר להו: הערמה קאמרת? הערמה בדרבנן היא, וצורבא מרבנן לא אתי למיעבד לכתחילה.

11. פטור מהפרשת תרומה וחלה (מנחות סז,א):

מערים אדם על תבואתו ומכניסה במוץ שלה, כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה מן המעשר; אי נמי, דעייל לה דרך גגות ודרך קרפיפות! התם בפרהסיא זילא ביה מילתא, הכא בצניעא לא זילא ביה מילתא.

12. פטור ממעשר (ברכות לה,ב):

בא וראה שלא כדורות הראשונים דורות האחרונים; דורות הראשונים היו מכניסין פירותיהן דרך טרקסמון – כדי לחייבן במעשר. דורות האחרונים מכניסין פירותיהן דרך גגות דרך חצרות דרך קרפיפות – כדי לפטרן מן המעשר; דאמר רבי ינאי: אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית.

13. הפלגה בשבת (שבת יט,א):

תנו רבנן: אין מפליגין בספינה פחות משלשה ימים קודם לשבת. במה דברים אמורים – לדבר הרשות, אבל לדבר מצוה – שפיר דמי. ופוסק עמו על מנת לשבות, ואינו שובת, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו צריך.

14. הפקרת בהמתו המושכרת לנכרי בשבת (או"ח שבת רמו ס"ג):

אסור להשכיר או להשאיל בהמה לאינו יהודי כדי שיעשה בה מלאכה בשבת שאדם מצווה על שביטת בהמתו.

רמ"א: ואם רוצה יכול להפקירה לפני ג' בנ"א כדין שאר הפקר, ואפ"ה אין שום אדם יכול



לזכות בה², דודאי אין כוונתו רק להפקיע מעליו איסור שבת.
שו"ע שם ס"ד: אם ישראל וא"י שותפין בבהמה מותר לעשות בה א"י מלאכה ע"י שיתנה
 [שבשבת תהיה שייכת לא"י בלבד. ולהלן שם היתרים נוספים]... ויש מתירים ע"י שיזהיר
 את הא"י שלא יעשה מלאכה בשבת ואם יעבור ויעשה תהיה אחריות עליו...
רמ"א: וכל צדדי היתרים אלו הלכתא ניהו ויכול לעשות איזה מהם שירצה³... רק שיפרסם
 שעשה דרך היתר.

15. שותפות עסקית עם נכרי⁴ (שו"ע או"ח סי רמה ס"א):

ישראל א"י שיש להם... בשותפות... אם התנו מתחילה שיהיה שכר השבת לא"י לבדו
 אם מעט ואם הרבה, ושכר יום אחר כנגד יום השבת לישראל לבדו, מותר. **משנ"ב:** דע
 דהיתר גמור הוא.
רמ"א: ויש מתירין השכר בדיעבד אפי' לא התנו. **מג"א:** ואם לא נודע בכמה השכירו
 [הרויחו] בשבת, כגון בחנות, רשאיין לחלוק בשוה.

2. הערמות 'מודרניות'

נציין כאן מספר 'הסדרים הלכתיים' המקובלים בדורות האחרונים, וגם הם מבוססים על
 הערמות, כדי לאפשר נוחות חיים מסוימת או 'פתרונות' לבעיות מעיקות ומטרידות בעיקר
 בתחום הכלכלי.

1. עירובי חצרות

2. חליבה בשבת

3. 'גרמא' במיכשור חשמלי בשבת

4. אוצר בית דין בשמיטה

2. בפשטות משמע דגם בשבת עצמה א"א לאחר לזכות מן ההפקר, ואינו אלא לאיסורא ולא לממונא, כך הבינו הלבוש
 והמג"א. ויש שפירשו (ט"ז ועוד, ראה בשעה"צ שם אות כ שקיבץ סיעה לכאן ולכאן) שהכוונה לאחר השבת, אך בו ביום הוי
 הפקר גמור ובר-זכיה לכל.

3. היחס החצוי כלפי הערמות משתקף היטב בדברי ביאור הלכה שם: "בכנה"ג בשם מהר"ם אשלקר בשם רבינו יוסף גאון
 דאסור לבר ישראל שיעשה הערמה עם הא"י וכו' שימכור לו בהמה, וסיים ע"ז **וכל הדברים יגעים**. ומ"מ אותן מקומות
 שנהגו להתיר וסמכו על אותן המתירין **הנח להם לישראל וכל בעל נפש יחוש לעצמו** עכ"ל... גם הצמח צדק בסימן ל"ה
צווה ע"ז שבשאת נפש מוכרין סוסייהן בכונה כדי להפקיע מהם איסור שבת וכתב שם... ואיכא מראית עין **אך לדבר מצוה**
דרבים כגון להוליק אתרוגים ולזכות רבים שיקיימו מצוה בשעתה וצריכין להמר הליכתם **מותר ע"י הפקר דבמקום מצוה**
אין להחמיר עכ"ל.

ובא"ר כתב ג"כ להחמיר בזה ומתמה על המ"א שלא הביא דברי הצ"צ אך בא"א סק"ט מצדד להתיר... ובשאר אחרונים
 שראיתי יש שמצדדין להקל וסוברין דכל שעושה שטר עמהן ומפרסם הדבר ליכא משום מראית העין (שו"ת שו"מ מהד"ק
 ח"ב סימן ס"ז). ויש שמחמירין בזה (והוא בספר טוב טעם ודעת בסימן קס"ג)... **והבוטח בה'** ומקיים רצון התורה דלמען ינוח
 שורך וחמורך וגו' **כפשיטה ואינו עושה שום תחבולות לענין שבת אשריו** ובודאי הקב"ה יתן לו עובר זה הצלחה בנכסיו
 בששת ימי המעשה.

4. ראה מאמרי בנד"ז "שותפות עסקית עם מחללי שבת", תחומין יב, עמ' 399 ואילך, די שבנין זה הגבלות ופרטים רבים ואין
 זה היתר 'פתוח' לחלוטין.

ד. הערמות 'קניניות'

ניתן לחלק את ה'הערמות' הנזכרות לשני סוגים; האחד – **העברת בעלות**, כמו מכירת חמץ, היתר המכירה, מכירת מבכירה, פדיון מעשר שני (ע"י העברתו או הקנאת כסף הפדיון לקרוב משפחה), הפקרת פירות שביעית וזכייה בהם מחדש, פרוזבול (הקנאת שטרי החוב לבי"ד), אוצר בי"ד בשמיטה (העברת המטעים לרשות בית הדין), שותפות בלתי-מאוזנת עם נכרי לענין שבת, הפקרת בהמות המושכרות לנכרי (למניעת איסור שביתת בהמתו), היתר עייסקא (ע"י יצירת מעין שותפות בין המלוה ללוה) וכיו"ב.

הסוג השני הוא **'ניצול' סעיפי הלכה** ללא היבט קנייני, כמו עירוב חצרות, חליבה בשבת, פעילות שבת שיטתית בבתי מלון ובבתים פרטיים בחו"ל ע"י אמירה-רמיזה לנכרי, הפעלות חשמליות בשבת בשיטת 'גרמא' במוסדות רפואה ובטחון וכיו"ב.

במשקל ראשון לכאורה ה'הערמות הקניניות' גרועות יותר, שהרי בנוסף ליסוד ה'הערמה' וה'התחכמות' שבדבר חסרה בהן גמירות דעת, ובכך צברו חולשה נוספת. להפתעתנו מסתבר כי אדרבה, דוקא בהן ה'הערמה' כשרה וחלקה יותר.

1. הסתייגויות רק בהערמות לא-קניניות

ברשימת ההערמות דלעיל מצינו במקצתן מחלוקת בקשר להערמה (סומנו 6,7,8 ו-13), וכולן אינן קשורות להקנאת בעלות. מאידך, בהערמות ה'קניניות' לא נזכרת מחלוקת. בחלק מן ההערמות המנויות מצינו הסתייגויות (9,11,10), וקבוצה זו איננה כוללת הערמות קניניות. הוי אומר, הערמות בדרכי קנין והעברת בעלות כנראה 'כשרות' יותר, למרות בעיית סמיכות הדעת, ולמרות המלאכותיות הצורמת במקצת.

שאלת 'סמיכות הדעת' בקנינים ההלכתיים מתעוררת משני כיוונים. א. גם אצל שומרי מצוות כל הקנין הוא למטרה הלכתית ושמא חסרה בו סמיכות דעת? ב. בימינו שגם חילוניים מוכרים חמץ וקרקעות בשביעית לכאורה אצלם ברור שאין גמירות דעת קנינית, והכל נחשב בעיניהם מעין 'טקס דתי' ולו לא?

2. גמירות דעת דוקא בשל הרקע ההלכתי

כבר הובאו לעיל, ברשימת ההערמות (מס' 14) דברי הרמ"א (או"ח רמ"ג), לענין איסור שביתת בהמתו המצויה ביד נכרי בשבת:

ואם רוצה יכול להפקירה לפני ג' בנ"א כדין שאר הפקר, ואפ"ה אין שום אדם יכול לזכות בה, **דודאי אין כוונתו רק להפקיע מעליו איסור שבת.**

משמעות הדברים היא שהפעולה המשפטית (במקרה זה: הפקר) איננה שלמה ולא חלים עליה כל פרטי העברת הבעלות (או ההפקר) משום שהיא 'פעולה קנינית הלכתית בלבד'.

הרב צבי פסח פרנק דן (הר צבי או"ח ח"ב סי' מד) בענין "מכירת חמץ ומכירת שדה בשביעית

אי הוי כראוי לענין בכור שנוטל פי שנים", והביא שם את דעת הישועות יעקב שדעתו "נוטה דבמכירת חמץ לא מהני קנין אגב קרקע, וטעמו דזהו אומדנא שכל מעשיו הוא רק כדי להבריח את עצמו מאיסורא דחמץ, ולכן בטל קנין הקרקע [אך לא המטלטלין]" והעיר הרב פרנק:

הנה דעת גדולי האחרונים לאידך גיסא; דמה שהוא רוצה לברוח מן העבירה הוי אומדנא דגמור ומקנה בלב שלם... ואיסורא דחמץ כופהו שיהא מקנה באמת כדי לברוח מן העבירה.

מעין זה כתב בחי' רעק"א (יו"ד רצד, טו) על הא דמבואר בשו"ע דמותר למכור לעכו"ם פירות ערלה לשלש שנים מאחר שלא באו לעולם, דלכאורה קשה דהפירות שלא באו לעולם א"א להקנות? וע"ז כתב רע"א אף שלא אמר דקל לפירותיו, מ"מ כיון דכל כוונתו במכירה לאפרושי מאיסורא, על דעת חכמים הוא מוכר באופן המועיל...

ולכך במכירה להיתר שביעית אין לומר דהוי אומדנא שאין כוונתו לקנין גמור, דאיסור עבירה שביעית משוי לה כמו שפירש דלקנין גמור קמכוין.

מסקנתו נוטה שמכירה כזו תקפה לחלוטין מבחינת הלכות פסח ושביעית, ואעפ"כ הבכור יירש פי שנים, דלא חשיב 'ראוי' (ונסתייע שם על תשובת ה'שואל ומשיב'). שמענו, איפוא, חידוש גדול בדבריו; הרקע ההלכתי למטרת ההקנאה מיקל על גמירות הדעת, והתוצאה המשפטית היא מעין תרתי דסתרי; הקנין גמור ומפקיע איסורין, ובכ"ז לענייני ממון הבכור יטול פי-שנים כאילו... אין קנין.

'החזקת החבל בשני ראשיו' ע"י מתן חלות לקנין רק להיבט ההלכתי-איסורי ולא להיבט הממוני, היא פשר דברי הרמ"א הנ"ל לענין הפקרת בהמותיו להינצל מאיסור שביעית בהמתו, אך אחר לא יוכל לזכות בהן.

הרא"ה קוק זצ"ל בהקדמת 'שבת הארץ' דן בפרק י"ג בקשר להערמה, וכתב:

ודאי צ"ל דבמקום שעושה קנין לשם עסק ודאי עיקר כוונתו הוא קיום העסק, ואם אינו בטוח אין דעתו סומכת כלל... אבל במקום שכל עיקר הקנין הוא להפקיע האיסור, וקנין כזה גמור המקנה להקנות והקונה לקנות - שפיר סמכא דעתיה.

ובמשפט כהן (סו"ס נח) דן לענין איסור "לא תחנם" בקשר למכירת הקרקעות, ומזכיר בין שאר הסיבות להיתרא גם את הנימוק:

ובפרט שאין זה כי אם להפקיע איסור שביעית בעת הדחק שאינה מכירה גמורה מה"ת. ואמנם עיקר טעמו להתיר את המכירה ולא לחשוש לאיסור 'לא תחנם' הוא שהמכירה "לטובת הישוב", וכן שישמעאלים אינם בכלל איסור זה, וטעמים נוספים. מ"מ צירף גם את הטעם המייחס למכירה משמעות הלכתית-קניינית להפקעת איסור שביעית, אך לא לדינים אחרים כמו "לא תחנם".

3. חלות ההקנאה גם כנגד דברים שבלב

הרב שלמה זלמן אוירבך זצ"ל בספרו מעדני ארץ (סוף סי' א' אות כ) דן בנוסח היתר המכירה משנת תר"צ שסידר הראי"ה קוק, וכתב בתוך הדברים:

כל מין מכר שאין כוונת המוכר למכירה גמורה אלא מוכר רק מחמת הברחה מאיסור, אי אפשר כלל שהמכר יועיל להציל אותו מן האיסור כי אם מפני אלה שני הטעמים:

א. כיון שהוא עושה זאת להציל עצמו מאיסור תורה או דרבנן יש לנו לומר שאין כוונתו כלל להערים, אלא דבאמת מכוין הוא בלב שלם למכירה כדי להציל עצמו מן האיסור. ומה שאנו קוראים למכירה כזו בשם הערמה, היינו מפני שעיקר המכירה הוא רק כדי להבריח מאיסור.

ב. **אעפ"י שהמוכר אינו מכוין למכירה גמורה בלב שלם, ואין דעתו אלא להערמה בלבד, מ"מ לא אזלינן כלל בתר מחשבתו ודעתו הפגומה, כיון דדברים שבלב לא הוי דברים, אלא מתחשבים רק עם המעשה שהוא עושה, ולכן חשבינן ליה שפיר למכר גמור, וכמ"ש הנוב"י (קמא, או"ח יח) לענין מכירת חמץ, וז"ל:**

הגע בעצמך, ישראל ימכור לישראל חברו סחורות באופן המועיל בחליפין או בהקנאת מקום או במקום שכסף קונה, ולא ימסור המפתח, ויהיה בלב המוכר להערמה גמורה שמחשב בלבו לבטל המקח, ואח"כ יבואו לדין; וכי אנו משגיחין בהערמה דיליה? והלא נקה את שיניו בדין ונוציא המקח מידו בע"כ, ונאמר שכבר זכה הקונה. וה"נ [במכירת חמץ] כבר זכה הגוי, ומה לנו בהערמת המוכר, וכיון שזכה הגוי שוב אין כאן בל יראה.

שפתיו ברור מיללו כי הקנאה כדי "להבריח מן האיסור" תקפה מצד המעשה החיצוני של המוכר, גם אם התכוון להערמה בלבד, והיא כן מצילה מן האיסור.

4. הנכרי בודאי לא מתכון לקנין ממשי

בימינו מתנגדי היתר המכירה בשביעית מדגישים בהבלטה את החוכא ואיטלולא המיוחסת למכירה קרקעות ע"י מי שאינם שומרי תומ"צ. ה'מעוררים' והמסבירים למיניהם מנפנפים בטענה כי גם חקלאים דתיים אינם רואים במכירה פעולה משפטית ממשית, והכל נחשב בעיניהם כמין 'יהי רצון' לספק את דרישות הרב או חברת השיוק.

ולא זכיתי להבין טענה זו, בהשוואה למכירות הלכתיות 'ותיקות' כמכירת חמץ, מבכירות או קניית הרשות מנכרי לענין עירוב חצרות; הרי תמיד יש צד נכרי בעיסקא, והוא תמיד ידע ויודע כי לא בדיק מתכוונים לעשות אתו עיסקא של ממש, אלא היהודים מבצעים באמצעותו 'טקס הלכתי פורמאלי'. מי שסבור כי הנכרי, הקונה, לחומר האיסור של חברו היהודי 'גמר וקני' – משים עצמו לחוכא וטלולא.



נקודה זו נמצאת בדברי הרש"ז אורבך בספרו הנ"ל סוף פי"ח (אות יד) אשר דן שם לענין העדר הצורך רישום מכירת הקרקעות בשביעית בטאבו, וממשיך:

יש לדון בביטול מכירה זו משום דהוה רק הערמה ואין העכו"ם מכיין כלל לזכות, וכ"ש מכירת האילנות ע"מ לקוץ עם השטח העליון של הקרקע הצריך ליניקתם, **וודאי נראה בעיני העכו"ם חוכא ואטלולא. אבל מ"מ אין לחוש לזה, ואנו אין לנו אלא דין התורה בלבד.** וכיין שהמוכר והלוקח חתמו שניהם על השטר אין הולכים כלל אחר מחשבתם.

הוי אומר, אם הליך המכירה היה כדת של תורה, לא איכפת לנו כלל בכוונתו, ודברים שבלב אינם דברים.

החת"ס דן בדיוק בנקודה זו, בשו"ת יור"ד סי' שי:

וראיתי מ"ש עוד שם לערער על מכירת חמץ שלנו כיון שאין דעתו של עכו"ם לקנות כי העכו"ם סובר שהיהודי אינו עושה אלא ע"ד מצות אנשים, וכל שאין דעת העכו"ם לקנות לא מהני...

אמנם לפע"ד הקושיא מעיקרא ליתא מתרי טעמי; חדא... ועוד **הרי קנה בדרכי הקניות כסף ומשיכה שיודע הגוי שקונים בו מדינא**, ועשה כל המעשים הראויים רק שנאמר אין דעתו לקנות, **בכי האי גונא אמרינן דברים שבלב אינם דברים**.⁵

וצריך להבין, שהרי שנינו בקידושין (ג,א):

ההוא גברא דזבנינהו לנכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל סליק ולא איתדר ליה. אמר רבא כל דסליק אדעתא למידר הוא והא לא איתדר ליה.

ומשמע דגמירות הדעת שבלבו מהווה תנאי לחלות הקנין. וצ"ל כרש"י שם: "דזבין נכסי אדעתא דמיסק – ופריש ליה דאדעתא דהכי עביד", דהיינו שנתן ביטוי חיצוני לכוונתו.

ענין זה שדרושה אמירה בפה לגלות את דעתו שבלב, וללא אמירה בפה אין מתחשבים בנסיבות אפילו אם הן גלויות לכל, עולה מתוך המשנה והגמ' בנדרים מח,א:

המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל, נותנו לאחר לשום מתנה, והלה מותר בה. מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו נודר הימנו הנאה, והיה משיא את בנו, ואמר לחברו: חצר וסעודה נתונים הינן לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה [הדין הוא שאסור].

5. שלשה פרקים הוקדשו בספר זה, יח-כ, לבסס את הטענה כי ענין הרישום בטאבו לא מעלה ולא מוריד, ואין בו צורך, כאשר מדובר בהקנאה הלכתית, וגדרי דינא דמלכותא לא שייכים כאן, עיי"ש באורך. לפי"ז חוק הכנסת שפטר את מכירת הקרקעות בשביעית מצורך ברישום כזה – איננו הכרחי לדינא.

6. התירוץ הראשון של החת"ס הוא: "מה לי אם דעת הגוי לקנות או לא, אגן לא בעינן להקנות לגוי אלא להוציא מרשותו של ישראל. ולא דמי למכירת בכור שעיקר הכוונה שיזכה הגוי בבהמה אבל בחמץ עיקר הכוונה שלא יהיה חמצו של ישראל וכל שיצא מרשותו של ישראל אפילו רק בדרך הפקר אינו עובר עליו והרי ישראל גמר ממכרו והוציאו מרשותו באמת".

7. מצאית את תשובת החת"ס הזו בספר מועדים ומננים לר"מ שטרנבוך (ח"ד סי' רעו) שדן בנקודה זו, בתוקף מכירת חמץ, שהרי הנכרי רואה בזה ענין 'דתי' ותו לא, ולא מכיין לקנות. וחדש שם חידושי רבה דנכרי לא איכפת לן בסמיכות דעתו, והכל תלי במעשה החיצוני, בניגוד לישראל. וצ"ע.

ובגמ' אמרו שם:

אמר רבא: לא תימא טעמא דא"ל והינן לפניך הוא דאסור, אבל א"ל הן לפניך שיבא אבא ויאכל – מותר, אלא אפילו אמר ליה הן לפניך יבא אבא ויאכל – אסור, מאי טעמא? סעודתו מוכחת עליו.

ובר"ן בשם הרשב"א (וכ"ה בכס"מ נדרים ז,טו):

דדוקא כשאמר כן בשעת מתנה, אבל לאחר מכן לא כיון דבשעת מתנה לא אמר מידי. אבל הרב רבנו משה בן מימון ז"ל כתב דפי' לאחר שעה אסור, דאינה מתנה. ומ"מ משמע דצריך אמירה, ובלעדיה לא אמרינן "סעודתו מוכחת עליו. א"כ, גם לענין הערמות איננו מתחשבים בדברים שבלב, ואם המעשה הקנייני תקין – הקנין חל ותקף.

ה. הערמת 'היתר המכירה' בשמיטה

בפרק האחרון הובאו דבריהם של שלשה מגדולי דורותינו שהתייחסו במישרין לנושא הערמת המכירה בשביעית; הלא המה הרבנים קוק, פרנק ואוירבך. הצד השווה בדבריהם הוא שאם לפנינו מכירה פורמאלית – יש לה תוקף לדיני תורה גם אם הכל יודעים שהמניע למכירה הוא הלכתי בלבד.

הרש"ז אוירבך הדגיש את מעורבות הנכרי היודע היטב כי הוא משתתף ב'טקס דתי', ואעפ"כ המסמך המשפטי תקף. פשיטא דה"ה חילוניים או מזלזלים במצוות.

1. 'הערמה' – איננה כלולה בנימוקי המתנגדים להיתר המכירה

נקודת ה'הערמה' לא היתה סלע מחלוקת בין מצדדי היתר המכירה למתנגדיו. כך כתב הרש"ז אוירבך בהקדמתו לספרו מעדני ארץ (ד"ה עתה נבאר) תוך כדי סקירתו על גלגולי היתר המכירה:

הספיקות אשר בפתרונם באו כמעט כולם לעמק השוה שלש המה:

א. אין השביעית נוהגת בזה"ז אלא מדרבנן... ב. אע"ג דקי"ל שאין קנין לנכרי להפקיע ממעשר, מ"מ לענין שביעית נקטינן כמרן הב"י...

ג. אף שאין המכירה נראית אלא כהערמה בלבד, ויש שאין המוכר והלוקח מכוונים כלל לקנות ולהקנות בלב שלם, ובפרט המכירה ע"מ לקוץ האילנות ולפנות את הקרקע ודאי נראית רק כהערמה בעלמא, – עכ"ז אין לחוש לכך, שמעשים בכל יום שנוהגים להערים גם באיסורי תורה, וכש"כ בשביעית בזה"ז שהיא רק מדרבנן.

ומוסיף הרש"ז א ומספר כי ראשוני המתנגדים להיתר המכירה, מגדולי ירושלים, לא חשו להערמה, וזו לא נכללה בנימוקי ההתנגדות:

וכתב הגרנ"ה ז"ל במכתבו להאדר"ת ז"ל להשיב על טענת הגאון משאוויל ז"ל שהמכירה

היא הערמה גלויה, וז"ל: ומה שכתב כי היא דבר זר מאד והערמה דמוכח דחוכא וטלולא וחילול השם, הנה כבר עשינו בפני הגאון הרי"ל דיסקין זצ"ל וכבר דברנו עמו הרבה בענין הזה יותר מכל הדברים, ולא שמעתי ממנו שיש לחוש לזה.

2. דעת החזו"א בהערמת היתר המכירה

והנה החזון איש, שהיה כידוע מתנגד תקיף להיתר המכירה, לא מזכיר את ענין ההערמה בדבריו בהלכות שביעית סימן כד, שם דן באריכות בנימוקו העיקרי מצד "לא תחנם". יתר על כן, באות ד' שם כתב שבעצם המכירה לא חלה כי:

המוכר ע"י שליח לא חייל המכירה מדין אין שליח לדבר עבירה, ומיהו עפי"ז **ניצולים מאיסור המכירה**.

ואם החזו"א סבור שאין המכירה חלה בגלל ההערמה שבה, היה לו לומר ש"ניצולים מאיסור המכירה" מצד ההערמה שבדבר. ואזי גם המוכר ישירות לנכרי שלא ע"י שליח היה ניצול מ"לא תחנם". משמע שלא חשש להערמה לבטל את תוקף המכירה. אכן, במכתב מהחזו"א שפורסם בהוספה להלכות שביעית, סימן כ"ז או ז' נזכרת ההערמה כסיבה לביטול המכירה בשביעית:

הנלקטים בשביעית פטורים מן המעשר **אף אם נמכרו**; א. מפני שנמכרו ע"י שליח ואשד"ע. ב. מפני שלא נמסר להם בטאבו, ואם היה הערבי תובע לקיים המקח היו אומרים לו כך דינכם דבלא רשימות הטאבו לא קנה.

ג. **מפני שבלב כל אדם שאינו קנין באמת**. ובמכירת חמץ אמרינן כדי שלא יעבור בבל ימצא גמר ומקנה, אבל הכא בשביל הפקעת מצות שביעית לא ימכרו כל הארץ לנכרי. אדרבה, נוח לנו לשמור את השביעית מלמכור כל הארץ לנכרי.

לענ"ד המעיין בדבריו ישים לב כי לא ההערמה הפרטית, של פלוני המוכר, מוקשית בעיניו, אלא 'מכירת כל הארץ'. וכן כתב בלשון רבים "נוח לנו לשמור את השביעית מלמכור כל הארץ לנכרי". כנראה כוונתו כלפי ה'מכירה הכללית' ללא הרשאות אישיות.

בנידון דעת החזו"א לענין ביטול תוקף המכירה בשביעית יש להעיר כי במכתב זה נזכר ענין אי הרישום בטאבו כסיבה לבטלות הקנין, אך בחזו"א חו"מ (ליקוטים סי' ט"ז אות ח) דעתו אחרת:

מכר ישראל שדה לנכרי בשטר וכסף ולא כתב לו בטאבו, נראה דחשיבא כשדה של נכרי לענין מעשרות... והלכך מהני מכירת מקומות החמץ אף שלא כתב בטאבו, ואפשר שצריך לפרש שיהיה לנכרי הזכות של דיני ישראל.

עיקר טעמו שם הוא כי הממשלה איננה מקפידה ואיננה מכריחה שכל פעולה תיעשה בטאבו, אם הצדדים מסכימים. אך עיין עוד בחזו"א ב"ק סי' י' אות ט' שכתב להחמיר ש"אם בדיניהם אינם קונים בלי טאבו אינו קונה מישראל בלא טאבו".

1. סיכום

1. 'הערמה' משמשת לעתים כ'תחבולת היתר' הלכתית מקובלת.
2. ההערמות באות בחשבון בענינים שבין אדם למקום, ולא בין אדם לחברו, חלילה.
3. מצינו 'הערמות' שהן אפי' מומלצות, ומהוות מעין תקנות ציבור.
4. 'הערמות קניניות', הנעשות בדרך של העברת בעלות, או הפקרת נכסים, הינן תקפות ללא עוררין, למרות שלכאורה יש פגם בגמירות הדעת. אם הפורמאליות המשפטית נעשית כהלכה – הפעולה הקניינית קיימת, ללא התחשבות ב'דברים שבלב'.
5. יתר על כן, מצינו דעות כי הפעולה הקניינית קיימת לצורך ההלכתי של הימנעות מאיסור בלבד, ואילו להיבטים נוספים הקניין או ההפקר אינם חלים.
6. מאידך, בהערמות לא-קניניות, המבוססות על 'ניצול' סעיף הלכתי כלשהו, מצינו מחלוקות תנאים ואמוראים בצד הסתייגויות רבות ואבחנות בין דאורייתא לדרבנן, בין פרהסיא לצנעא, בין עם הארץ לתלמיד חכם וכד'.
7. ה'הערמה' הגלומה כביכול ב'היתר המכירה' בשביעית איננה נימוק לשלול היתר זה.

הרב ישראל רוזן, מהנדס, ראש מכון 'צומת'. יליד תל אביב (תש"א, 1941). נשוי ואב ל-5 ילדים נשואים המפוזרים ברחבי ישראל. הוא היה מראשוני המשרתים ב'הסדר'. מוסמך לרבנות ע"י הרבנות הראשית לישראל והרבנים: א"י אונטרמן, שאול ישראלי, ש"ז אוירבך, ש"י זיון, עובדיה הדאיה, יהושע ארנברג, ח"י גולדויכט, דב אליעזרוב ויבל"ח עובדיה יוסף. בוגר 'מכון לב' בירושלים ואוניברסיטת בר אילן באלקטרוניקה.