

#כא 209# הרב ישראל רוזן

הערמות הלכתיות כתקנות ציבור¹

ראשי פרקים

- א. הערמה כשרה
 - 1. תחבולת היתר
 - 2. הערמה מומלצת
 - 3. תקנת הערמה
- ב. הערמה ו"נבל ברשות התורה"
 - 1. שמיטת כספים ופרוזבול
 - 2. היתר עיסקא
- ג. רשימת הערמות
 - 1. הערמות חז"ליות
 - 2. הערמות 'מודרניות'
- ד. הערמות 'קניניות'
 - 1. הסתייגויות רק בהערמות לא-קניניות
 - 2. גמירות דעת דווקא בשל הרקע ההלכתי
 - 3. חלות ההקנאה גם כנגד דברים שבלב
 - 4. הנכרי בודאי לא מתכוון לקנין ממשי
 - 5. דברים שבלב
- ה. הערמת 'היתר המכירה' בשמיטה
 - 1. 'הערמה' - איננה נימוק להתנגדות להיתר המכירה
 - 2. דעת החזו"א בהערמת היתר המכירה
- ו. סיכום

**א. הערמה כשרה**

1. תחבולת היתר

המלה 'הערמה' נושאת בחובה צליל שלילי, שאיננו ערב לאזננו ה'מודרנית'. על אחת כמה וכמה המושג 'הערמות הלכתיות' יש בו כדי לעורר תמיהה על ההזדקקות לדרך אשר כביכול אינה-מהוגנת. האמנם שימוש ב'דרך עוקפת' בענייני הלכה היא דרך חתחתים? שאלה זו עולה, במיוחד בימינו, גם במישור ההשקפתי, שנכנהו כאן 'מדיניות הלכתית'. ולא אחת 'הבן שואל': האמנם ההערמה היא מדיניות הלכתית?

נגדיר כאן כי במושג 'הערמה' אנו מתכוונים במאמר זה למציאת 'פתח הלכתי עוקף', והתנהגות לפיו באופן יזמתי, ומלכתחילה, בשל נסיבות של שעת דחק, צורך גדול, הפסד מרובה ואפי' נוחות מסוימת או כדאיות כלכלית וכד'.

מן ההיבט הלשוני נציין בפתח דברינו את הגדרת הרמב"ם בפיהמ"ש לתמורה ה,א:

1. ראה גם מאמריהם של הרב אברהם שרמן "תוקפו של היתר העיסקא בבנקים", והרב יאיר בן דב "גמירות דעת בקנין היתר המכירה בשביעית, בכרך זה

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

והעיר הרמב"ם: "תחבולת ההיתר תקרא הערמה, ושאינו להיתר תקרא מרמה."

אמנם אבחנה לשונית זו איננה כוללנית, וכבר העיר התויו"ט כי מצינו לשון "מרמה" אצל בני יעקב ("ויענו בני יעקב את שכם ואת חמור אביו במרמה" - בראשית לד, יג) ותרגם אונקלוס "בחוכמתא". מאידך גיסא, ברוצח נאמר (שמות כא, יד) "כי יזיד איש על רעהו להרגו בערמה". וסיכם, שעל כרחך "לשון תורה לחוד ולשון חכמים לחוד". ניתן להוסיף, כי גם לענין 'גניבת' הברכות נאמר: "בא אחיך במרמה" (כז, לה) ותרגמו "בחוכמא". גם בעל תפארת-ישראל העיר שמצינו שהנחש היה "ערום", ומאידך גיסא, "ערומים יכתירו דעת" (משלי טו, ה).

העולה מן האמור: המלה "הערמה", ואפי' "ערמה", איננה שלילית בהכרח, למרות לשון ימינו הנוטה להבליע במינוח זה פן שלילי, נכלולי ואפלולי.

2. הערמה מומלצת

במשנה מצינו שוב ביטוי דומה לנוסח המשנה שהוזכרה לעיל, "כיצד מערימין על הבכור". במעשר שני פ"ד ד-ה מציעה המשנה 'הערמה' כדי להפטר מן החומש אשר בעל הבית חייב להוסיף בפדיון מע"ש, בניגוד לאדם אחר שיכול לפדות 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 נתונים לך מתנה; וחוזר ואומר לו: הרי הן מחוללין על מעות שבבית.

ההיתר להערמה זו מתעצם לפי דברי הירושלמי שם (ומובא גם בתו"ט על אתר):

למה מערימין עליו? מפני שכתוב בו ברכה. וחרנה אמר: למה פודין אותו בשער הזול? מפני שכתוב בו ברכה.

הכוונה לפסוק "כי יברכך ה' אלקיך" האמור בפדיון מע"ש (דברים יד, כד). והדברים לכאורה מירפסן איגרי וכלפי לייא: הברכה השורה על מי שאוכל פירות מע"ש, או פדיונם. בירושלים צריכה להיות סיבה לפדותם בעין יפה כלפי שמיא, ובתוספת חומש, ולא בקמצנות של שער הזול ובשווים המדוקדק. הברכה המובטחת צריכה להיות מעין 'פיצוי' לעלות הפדיון. אעפ"כ אומרת המשנה "מערימין על מעשר שני", ומציעה דרך לחסוך בעלות הפדיון, והכל כדי לסייע להתברך ולהקל על החפץ בברכה גם בדרך של הערמה. הלא דבר הוא, לפחות מן ההיבט ההשקפתי כלפי הערמות!²

2. הראי"ה קוק במבוא לשבת-הארץ פרק יג דן בענין הערמה ביחס להיתר המכירה דשביעית, ומשמע שהבין כי שני בעלי המימראות בירושלמי שצוטטו, נחלקו האם שרינן להערים. בתחילה פירש, שהדעה הראשונה שמערימין במע"ש לפדותו ללא חומש, "מפני שכתוב בו ברכה", ס"ל דללא הפסוק אין מערימין. ואידך מאן-דאמר ס"ל, "שהיתר הערמה אין צריך טעם", והפסוק דברכה קאי לענין פדיון בשער הזול. בהמשך דבריו הציע לאידך גיסא, דממע"ש נלמד לכל מילי דשרינן להערים. ומסיק: "עכ"פ, במידי דרבנן כשביעית בזה"ז, י"ל מעיקר הדין דסמכינן אמ"ד דהערמה מותרת, וא"צ קרא ע"ז."

ובעניי לא הבנתי איך נלמד מפסוק דברכה במע"ש להתיר הערמה, אם סבירא לן דאסור להערים בכה"ת? ומה רמז בפסוק זה להתיר דבר שבדרך כלל אוסרים? והרי אין כאן מלים מיותרות דדרשינן רבותא? לענ"ד פשיטא דהירושלמי קאי על עצם הרעיון שנתנו חכמים במשנה איך להערים (ואולי אפי' המליצו על כך, כעצה טובה, וכמ"ש), ואת זה נימקו "משום ברכה" שכדאי להערים למענה.

יתר על כן, פשטות לשון הירושלמי "למה מערימין? / למה פודין בשער הזול? - מפני שכתוב בו ברכה", משמעה **שחכמים נתנו עצה וכביכול המליצו להערים** כדי להקל על הברכה שתחול! וביתר שאת בלשון פני-משה שם: "רמזה **התורה** להקל בפדיונו".

דבר זה - שגדר 'הערמה מומלצת' שנו כאן - ממשנת החתם-סופר למדנוהו. בשו"ת (או"ח סי' סב) דן בהרחבה בהערמה של מכירת חמץ, ונחלק שם על בעל תבואות-שור, האוסר הערמה בדאורייתא ("מפטמי בהמות שמוכרים [בהמתם] קודם הפסח לגוים, ובפסח - בלילי חמץ יאכלו"). וכתב החת"ס:

מה שאינו מפורש בש"ס אין בידנו לאוסרו מגזירה. ובמשנה דמסכת מע"ש (פ"ד מ"ד) כיצד מערימים על מע"ש, דאמר בירושלמי משום ברכה, משמע דזולת זה היה ראוי לאסור להערים ולהפקיע חומש? י"ל, לא שהיה ראוי לאסור, דהוי ליה למיתני המערים במע"ש ואומר לבנו וכו' דינו כך וכך, ולא "**כיצד מערימים**", **כאילו תקנתא דרבנן הוא להערים.** ומסיק משום ברכה, ומפני שהיה צריך להוסיף חומש נמנעו מלפדותם והעלו הפירות והפסידו הברכה, **ע"כ המציאו חז"ל ערמה של היתר...** ומ"מ צל"ע מפ"ק דתמורה (יב), כיצד מערימין על הבכור - מ"ט 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, שהרי לא נקטה המשנה לשון דיעבד שאם אדם רוצה להערים יוכל לעשות כך וכך.

סגנון המלצתי בענין הערמה עולה גם מלשון השו"ע (יו"ד שכו) שהכתיר את ההערמה כ"מצוה", בנסיבות מסוימות ("בזמן הזה", וכמובן שם הטעם שלא יבוא לידי מכשול):

בזמן הזה **מצוה** לשתף עם העכו"ם. אעפ"י שמפקיע קדושתו, הכי עדיף טפי, כדי שלא יבוא לידי מכשול ליהנות ממנו בגיזה ובעבודה.

3. תקנת הערמה

לשון תקנה בהערמה אנו מוצאים בענין הפרוזבול:

הלל **התקין** פרוזבול מפני **תיקון** העולם (משנה גיטין ד, ג)

זה אחד מן הדברים **שהתקין** הלל הזקן, כשראה שנמנעו העם מלהלוות (שביעית י, ג)

הפרוזבול נזכר כתקנה של הלל הזקן, שכנראה השתלבה במסגרת תקנות ציבור שלו ("זה אחד מן הדברים שהתקין"). במשניות גיטין שם מובאת תקנה זו במסגרת שורת תקנות "מפני תיקון העולם", וכולן אפייניות לתקנות ציבור. הוי אומר: גם הערמה יכולה להיות בסיס לתקנה, כאשר השעה נצרכת לכך.

ב. הערמה ו"נבל ברשות התורה"

ייאמר בפתח הדברים: לענ"ד כל עניני הערמות שנידונו, להקל ולהחמיר, אמורות בהלכות שבין אדם למקום. הצד להקל בהן, וכפי שיידון להלן, בנוי על התפישה ההלכתית של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר"; רחמנא פקיד ורחמנא שריא.

מאידך גיסא, בענינים שבין אדם לחברו, או בין אדם לציבור (ולשלטון הממלכתי) פשיטא שלא יעלה על הדעת להתיר תחבולת הערמה, וזו תיחשב בבחינת "נבל ברשות

התורה³. מי שימצא דרך להזיק את חברו, בין בגופו ובין בממונו, בדרך שיפטר בבי"ד, הריהו מתחייב בדיני שמים, והוא קרוי רשע⁴, ואכמ"ל.

אכן, שתי הערמות ידועות מצינו, לכאורה, בין אדם לחברו, והן עומדות כנגדנו: **פרוזהבול והיתר עיסקא**. ולעוצם הקושיא נ"ל לומר, שאכן שמיטת כספים ואיסור ריבית הם יותר איסורים שבין אדם למקום מאשר בין אדם לחברו, למרות שענינם ביחסי ממון שבין לווה ומלוה. הגדרות "בין אדם לחברו" ו"בין אדם למקום" אינן מובחנות בדיוקנות, ולענייננו, בקשר להערמה, יש לבחון את המצוות ואת האיסורים לא באמת המדה האם הם קשורים לזולת, אלא האם יש בהם פן מוסרי-טבעי, לפי תפישת בני אדם. ואולי עדיפה לענייננו האבחנה בין מצוות "שכליות" ל"שמעיות"⁵.

1. שמיטת כספים ופרוזהבול

בענין שמיטת כספים ופרוזהבול, מצד שורת הדין והמוסר על הלווה לפרוע חובותיו. יתירה מזו, קי"ל "כל המחזיר חוב שעברה עליו שביעית רוח חכמים נוחה הימנו" (רמב"ם שמו"י ט, כח). ועוד: "וצריך המלוה לומר למחזיר משמיט אני וכבר נפטרת ממני, אמר לו אעפ"כ רצוני שתקבל יקבל ממנו. ואל יאמר לו בחובי אני נותן לך אלא יאמר לו שלי הם ובמתנה אני נותן לך. החזיר לו חובו ולא אמר לו כן, **מסבב עמו** [=המלוה] **בדברים** עד שיאמר לו שלי הם ובמתנה נתתם לך" (שם). משמע להדיא שאין ענין מוסרי למלוה לנתן על כספו, וכל מצוות השמטת כספים ואיסור "לא יגוש" הוא גזירת מלך, לחנכו כי "לי הכסף ולי הזהב" כשם שמצוות השמטת קרקע נועדה לאלפנו "כי לי הארץ".

זכר לדבר במורה-נבוכים (ג, לה), שם פרט הרמב"ם את המצוות לי"ד כללים, ובתוה"ד: "הכלל הרביעי כולל... כל המצוות אשר נמנו בספר זרעים מלבד הכלליים והערלה", ולהלן בפרק לט פרט את המצוות והאיסורים הכלולים בכלל רביעי זה: "כל המצוות אשר ספרנום בהל' שמיטה ויובל מהם לחמלה על בני"א והרחבה לבני אדם כולם, כמו שאמרו 'ואכלו אביוני עמך', ושתוסיף הארץ תבואתה ותתחזק בעומדה שמוטה. ומהם חנינה בעבדים ועניים כלומר **השמטת כספים** והשמטת עבדים". והנה שם, בסכמו את י"ד הכללים, בפרק ל"ה כתב:

3. מקור הביטוי "נבל ברשות התורה" ברמב"ן עה"ת, ריש פרשת קדושים, ושם מכוונים הדברים כלפי השטוף בתאוות ובבולמוס עריות וזולל וסובא, גם בהיתרא, ולא מזכיר כלל דוגמאות של פגיעה בזולת "בין אדם לחברו". בימינו משמש ביטוי זה בעיקר בנושא התנהגות שבינו לבניה וביחסי המשפחה, ולא בעניני ממון, וראה גם בהערה הבאה. מ"מ פשיטא שיש להשתמש בביטוי מושאל זה בכל עניני מוסר, וכל פגיעה בזולת, ולו עקיפה ו"הערמתית" - איננה מוסרית בעליל.

4. "המגביה ידו על חברו, אף על פי שלא הכהו, נקרא רשע" (סנהדרין נח, ב); "אף מי שהוא מעזי פניו נקרא רשע" (פסי"ר פרשה ד); "עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו נקרא רשע" (קידושין נט, א); "העושה שליח לקדש לו אשה והלך וקידשה לעצמו הרי זו מקודשת לשליח, ואסור לעשות כן, וכל העושה דבר זה **וכיוצא בו בשאר דברי מקח וממכר** נקרא רשע" (רמב"ם, אישות ט, יז). כל אלו ענינים בין אדם לחברו. ומצינו במפורש הערמה בין אדם לחברו אשר חז"ל מכנים את המשתמש בה בתואר "רשע ערום". במשנה ב"ב קעג, אומר רשב"ג כי "הערב לאשה בכתובתה והיה בעלה מגרשה. ידינה הנאה (רש"י: הבעל ע"ד רבים נדר שאין לו הפרה, שלא יוכל להחזירה) שמא יעשו קנוניא על נכסים של זה ויחזיר את אשתו". ובדף קעד, ב אמר אביי: "**איזהו רשע ערום? זה המשיא עצה למכור בנכסיו** כרשב"ג [ותתגרש שלא בבי"ד ויתחמקו מהדרתה בהנאה].

5. כמדומה שביסודן של שתי הערמות אלו מונחת הדאגה לחברו. בפרוזהבול הדברים פשוטים, שאלמלא תקנה זו היו נמנעים מלהלוות. מעי"ז אולי י"ל גם בריבית. - הערת עורך (י.ש.)

וכבר נודע שהמצוות כולן ייחלקו לשני חלקים, מצוות שבין אדם למקום ומצוות שבין אדם לחברו. ואשר בין אדם לחברו מאלו הכללים אשר חלקנו, הם הכלל החמישי והשביעי וקצת השלישי, **ושאר הכללים הם בין אדם למקום**. והוא שכל מצוה ויהיה הכוונה בה למד מדה טובה או דעת או תיקון מעשים שהם מיוחדים לאדם עצמו ישלימוהו, **הן יקראו בין אדם למקום, אעפ"י שעל דרך האמת יביאו לענינים שבין אדם לחברו**.

שפתיו ברור מללו, כי שמיטת כספים מנויה בכלל הרביעי, שהוא מקבוצת "בין אדם למקום", ומגמתה חינוך האדם והשלמתו במידות, למרות שהזירה היא בין מלוה ללווה, בין אדם לחברו. כך בדיוק גם שחרור עבדים דיובל, ופשיטא שחייב זה איננו כלפי העבד אלא כלפי שמיא.

אם דבריי אינם כנים בנקודה זו, וינתן מקום לבע"ד לחלוק ולומר ששמיטת כספים היא חיוב בין אדם לחברו (כאסוציאציה מלשון הכתוב "פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמר קרבה שנת השבע שנת השמיטה ורעה עיניך באחיד האביון" - דברים טו, ט), אזי נצטרך להרחיק לכת ולומר, שמכאן ראיה דמצינו הערמה גם בין אדם לחברו. לענ"ד זה בלתי אפשרי, וכבר הזכרנו את 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, לפגוע בזכויותיו של הלווה, קשה מאד לכנות זאת 'תקנה',⁶ וקשה שבעתיים לראות בה 'מפעל' של הלל הזקן שכל הוויתו מידות תרומיות "בין אדם לחברו".⁷

עוד מצינו בגמ' (שם לו, א) שתלמידי חכמים לא נמנעו מלנצל תקנה זו, ו"מסרי מילי להדדי" וחסכו אפי' את כתיבת הפרוזבול ונהגו בו ביתר קלות משאר בני אדם. ולשון הרמב"ם (שם הל' כז): "ת"ח שהלוו זה את זה ומסר דבריו לתלמידים... אינו צריך לכתוב פרוזבול." הדברים קשים להולמם אם מדובר בין אדם לחברו.

ע"כ צ"ל דהערמת הפרוזבול לא יצאה מגדר בין אדם למקום, כיתר ההערמות.

2. היתר עיסקא

אכן, בענין הריבית לא מצאנו ידינו ורגלינו בבית המדרש, דלכאורה פשוט שאיסור "לא תהיה לו כנושה" הוא בין אדם לחברו. גם אם נתפתל ונאמר שסו"ס מדובר בהסכמה, ובהצדקת הריבית כמקובל בימינו לראות ב'הון' סחורה הנמכרת בריוח, ולפיכך יש הצדקה מוסרית לנטילת ריבית; עדיין לא נתיישבה דעתנו, דסו"ס הנושה ריבית לא נמלט מפגיעת נשך שבין אדם לחברו.

6. מצינו תקנה נוספת של הלל: "המוכר בית בבתי ערי חומה הרי זה גואל כל שנים עשר חדש... הגיע יום שנים עשר חדש ולא נגאל היה חלוט לו. בראשונה היה נטמן [הקונה] יום שנים עשר חדש שיהא חלוט לו, **התקין הלל הזקן** שיהא חולש את מעותיו בלשכה ויהא שובר את הדלת ונכנס" (ערכין פ"ט ג-ד). כאן בודאי מדובר **בתקנת ציבור** כנגד המתחכמים, ובא זה ולימד על זה דבתקנות עסקינן.

7. כהערטנו לעיל, אדרבה, דוקא הדאגה לעניים הביאה את הלל לתקנה זו. - הערת עורך (י.ש.).

ג. רשימת הערמות⁸

לעיל הוזכרו מספר הערמות בהקשרים שונים :

1. **בכור בהמה**
2. **פדיון מעשר שני**
3. **מכירת חמץ**
4. **פרוזבול**
5. **היתר עיסקא**

1. הערמות חז"ליות

להלן רשימה חלקית של הערמות חז"ליות נוספות, וקל להבחין כי היחס כלפי ההערמה אינו אחיד ; בחלקן קיימת 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 אורחים]. משום רבי יוסי בר יהודה אמרו: מערימין.**

7. הצלת "אותו ואת בנו" ביו"ט (שם) :

לימא בפלוגתא דרבי אליעזר ורבי יהושע קמיפלגי ; דתניא, 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 (מ"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 [שאין 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 (שם) :

8. אחר כתבי את מאמרי זה הפנה עורך תחומין, הרב אורי דסברג, את תשומת לבי למאמרו של ד"ר [פרופ'] שמואל שילה "ההערמה בתלמוד" בשנתון המשפט העברי תשמ"א, עמ' 309-355. המאמר סוקר עשרות הערמות שנזכרו בתלמודים, רבות מהן בירושלמי [ולא נזכרו במאמרי]. התיזה העיקרית במאמר זה היא כי "ההערמה מומלצת כשמטרת העל הכללית היא חיובית. הרתיעה האסתטית ממעשה ההערמה נדחית בשל התוצאה החיובית הכללית". אם המטרה איננה כה חיובית אזי קיימת לדבריו האבחנה בין "אב הערמה ראשון: השימוש בדין אחד כדי לעקוף דין אחר", לבין "אב הערמה שני: דברים שבלב ומראית עין". הערמות מן הסוג הראשון תקפות, ואילו מן הסוג השני פעמים שאינן צולחות ואינן תקפות.

אמרו ליה רבנן לרב אשי: חזי מר האי צורבא מרבנן... דשקל ברא דתומא ומנח בברזא דדנא [סותם ברז חבית בשום "והוי כמתקן"; רש"י] ואמר: לאצנועיה קמיכונינא.

ואזיל ונאים במברא [מתנמנמ בספינת נכרי שתעבירו את הנהר] ועבר להך גיסא וסייר פירי, ואמר: אנא למינמ קמיכונינא.

אמר להו: הערמה קאמרת? **הערמה בדרבנן היא, וצורבא מרבנן לא אתי למיעבד לכתחילה.**

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

מירוח העובד כוכבים אינו פוטר [מחלה] **מדרבנן, גזירה משום בעלי כיסים** ["שיש להם קרקעות הרבה וחסים על רוב מעשרות ויקנו לעכו"ם וימריחום"]. תרומה עבד לה כדרי אושעיא! דאמר רבי אושעיא: מערים אדם על תבואתו ומכניסה במוץ שלה, כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה מן המעשר; אי נמי, דעייל לה דרך גגות ודרך קרפיות!

התם בפרהסיא זילא ביה מילתא, הכא בצינעא 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 קרפיות - 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 (שו"ע או"ח רמו,ג):

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

רמ"א: ואם רוצה יכול להפקירה לפני ג' בני"א כדין שאר הפקר, ואפ"ה אין שום אדם יכול לזכות בה⁹, 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 נינהו ויכול לעשות איזה מהם שירצה¹⁰... רק שיפרסם שעשה דרך היתר.

9. בפשטות משמע שגם 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.

10. היחס החצוי כלפי הערמות משתקף היטב בדברי ביאור-הלכה שם: "בכנה"ג בשם מהר"ם אלשקר 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 **צווח ע"ז**, שבשאת נפש מוכרין סוסייהן בכונה כדי להפקיע מהם

15. שותפות עסקית עם נכרי¹¹ (שו"ע או"ח רמה, א):

ישראל וא"י שיש להם... בשותפות... אם התנו מתחילה שיהיה שכן 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, רשאים לחלוק בשוה.

2. הערמות 'מודרניות'

נציין כאן מספר 'הסדרים הלכתיים' המקובלים בדורות האחרונים, וגם הם מבוססים על הערמות, ומציאת סעיפים הלכתיים 'עוקפים' המאפשרים 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

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 כדי לחסוך חומש), ביעור פירות שביעית ע"י הפקרתם וזכייה בהם מחדש, פרוזבול (הקנאת שטרי החוב לבי"ד), אוצר בי"ד (העברת המטעים לרשות בית הדין), שותפות בלתי-מאוזנת עם נכרי לענין שבת, הפקרת בהמות המושכרות לנכרי (שביתת בהמתו), היתר עיסקא (ע"י 'יצירת' שותפות עסקית בין המלוה ללוה) וכיו"ב.

הסוג השני - **'ניצול' סעיפי הלכה** ללא היבט קנייני, כמו עירוב חצרות (תלי קולות הלכתיות תלויות על 'חוט צורת הפתח'), חליבה בשבת (תלי קולות הלכתיות זורמות במכוני החליבה), פעילות שבת שיטתית (בבתי מלון ובבתים פרטיים בחו"ל) ע"י אמירה-רמיזה לנכרי, הפעלות חשמליות בשבת בשיטת 'גרמא' במוסדות רפואה ובטחון, וכיו"ב הערמות שבת ויו"ט נוספות שנזכרו לעיל ובתוכן המיועדות לת"ח, ועוד.

במשקל ראשון נראה כי 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, בהן ה'הערמה' כנראה כשרה וחלקה יותר.

איסור שבת וכתב שם... ואיכא מראית עין. **אך לדבר מצוה דרבים, כגון להוליך אתרוגים ולזכות רבים** שיקיימו מצוה בשעתה וצריכין למהר 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 סי' סז). ויש שמחמירין בזה (והוא בספר טוב טעם ודעת בסי' קסג)... **והבוטח בה'** ומקיים רצון התורה דלמען ינוח שורך וחמורך וגו' **כפשטיה, ואינו עושה שום תחבולות לענין שבת אשריו**, ובודאי הקב"ה יתן לו עבור זה הצלחה בנכסיו בששת ימי המעשה.

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

1. הסתייגויות רק בהערמות לא-קניניות

ברשימת ההערמות דלעיל מצינו במקצתן מחלוקת האם מותר להערים (סומנו 6,7,8, לענין הצלת רכוש בשבת, הצלת אותו ואת בנו ותיקון אוכל ביו"ט, וכן מס' 13 לענין ירידה בספינה ופסיקת שביתה עם הנכרי), וכולן אינן קשורות להקנאות שבהן לא נזכרת מחלוקת כזו.

כמו כן בחלק מן ההערמות המנויות מצינו הסתייגויות כמו "התם לא מוכחא מילתא, הכא - מוכחא מילתא" לענין עובדין דחול (מס' 9); אבחנה בין פרהסיא לצנעא בענין הפרשת תרומה וחלה (מס' 11), חילוק בין ת"ח לפשוט-עם לענין העברה בספינה ועוד (מס' 10), - ואף קבוצה זו איננה כוללת הערמות קניניות.

הוי אומר: הערמות בדרכי קנין והעברת בעלות כנראה נחשבות יותר 'לכתחילה', למרות בעיית סמיכות הדעת הקשורה בעקבן, ולמרות המלאכותיות הצורמת במקצת שבה מערבים אדם נוסף, הקונה.

שאלת 'סמיכות הדעת' בקניינים ההלכתיים הנדונים מתעוררת משני כיוונים:

- א. גם אם המקנה הוא אדם שומר תומ"צ, הרי כל הקנין הוא למטרה הלכתית וחסרה בו גמירות דעת מושלמת?
- ב. בימינו שגם חילוניים מוכרים חמץ, מבכירות וקרקעות לשביעית, לכאורה אצלם פשיטא שאין גמירות דעת קניינית, והכל נחשב בעיניהם מעין 'טקס דתי' ותו לא?

2. גמירות דעת דווקא בשל הרקע ההלכתי

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

ואם רוצה יכול להפקירה לפני ג' בני"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 קניינית הלכתית בלבד'.

הרצ"פ פרנק דן (הר-צבי או"ח ח"ב סי' מד) לענין "מכירת חמץ ומכירת שדה בשביעית אי הוי כראוי לענין בכור שנוטל פי שנים". והביא שם את דעת ישועות-יעקב, ה"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 הרצ"פ:

לפי"ז מכש"כ במכירת קרקעות להפקיע איסור שביעית לא חל הקנין. ולכאורה זה סעד גדול להמערערים על ההיתר של מכירת קרקעות לגוי ערב שביעית. אבל לאמיתו של דבר, כל מעיין רואה דסוגיין דעלמא לא כוותיה, שהרי נוהגין במכירת חמץ להקנות בקנין אגב, ולא רפרף אדם מעולם... גם בעיקר סברתו דאין כוונתו להקנות קנין גמור אלא לברוח מאיסור מהני אומדנא לבטל המקח, יש לדון בזה, שהרי רוב האחרונים לא חששו לזה, דמה שמחלק המרדכי בין מטלטלין לקרקע הוא דוקא במכירה לחלוטין, אבל בהקנאה ארעית בזה לא שייך לחלק בין קרקע למטלטלין.

גם בעיקר מה פשיטא ליה לישוע"י שבכה"ג דההקנאה הוא רק להבריח את עצמו מאיסורא דחמץ זהו בכלל גילוי דעתא שאינו מכוין לקנין גמור, הנה דעת גדולי האחרונים לאידך גיסא: **דמה שהוא רוצה לברוח מן העבירה הוי**

אומדנא דגמר ומקנה בלב שלם... ואיסורא דחמץ כופהו שיהא מקנה באמת
כדי לברוח מן העבירה.

ומעיי"ז 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? ועיי"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 עבירת שביעית משוי לה דלקנין גמור קמכוין.

סוף דבר נוטה לומר שם, כי למרות שמכירה כזו תקפה לחלוטין מבחינת הלכות פסח ושביעית, ואעפ"כ הבכור יירש פי שנים, דלא חשיב 'ראוי' (ונסתייע בתשובת בעל שואל-ומשיב, עיי"ש).

חידוש גדול שמענו בדבריו: **הרקע ההלכתי למטרת ההקנאה דוקא מיקל על גמירות הדעת**, והתוצאה המשפטית היא מעין תרתי דסתרי - הקנין גמור ומפקיע איסורין, ובכ"ז לדינא דממונא הבכור יטול פי-שנים כאילו... אין קנין.

'החזקת החבל בשני ראשיו' עיי' מתן חלות לקנין רק להיבט ההלכתי-איסורי ולא להיבט הממוני, הוא פשר דברי הרמ"א הנ"ל לענין הפקרת בהמותיו להינצל מאיסור שביתת בהמתו, אך אחר לא יוכל לזכות בהן.¹²

כיו"ב כתב הראי"ה קוק זצ"ל. בהקדמת שבת-הארץ דן בפרק יג בקשר להערמה: 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 גמר המקנה להקנות והקונה לקנות, שפיר סמכא דעתיה.**

בספרו משפט-כהן (סו"ס נח), בדונו לענין איסור "לא תחנם" בקשר למכירת הקרקעות, מזכיר הראי"ה קוק בין שאר הסיבות להיתרא גם את הנימוק: ובפרט שאין זה כי אם להפקיע איסור שביעית בעת הדחק **שאינה מכירה גמורה מה"ת.**

אמנם עיקר טעמיו לענין לא תחנם הם שהמכירה היא "לטובת הישוב", וכן שישמעאלים אינם בכלל איסור זה, וטעמים נוספים, עיי"ש, מ"מ צירף גם את הטעם המייחס למכירה משמעות הלכתית-קניינית להפקעת איסור שביעית, אך לא לאיסורים אחרים כמו "לא תחנם".

3. חלות ההקנאה גם כנגד דברים שבלב

הרש"ז אורבך בספרו מעדני-ארץ בסוף סי' א (אות יט) דן בנוסח היתר המכירה משנת תר"צ שסידר הראי"ה קוק, שבו נוספה פיסקא, לפיה המכירה תחול גם על מי שלא חתם על ההרשאה, בזה"ל:

הננו מזכין אותם שלא בפניהם כדין זכין לאדם שלא בפניו להצילם מאיסורי שביעית, ומוכרים אנחנו להקונה הנ"ל. וכל זמן שלא ימחו אלה האנשים שלא חתמו על ההרשאות הנ"ל, כל מעשינו בעדם בכל עניני המכירה והשכירות והמסירה הנ"ל קיימים בכל תוקף.

12. וראה לעיל הערה 9.

המחבר נחלק עליו, ואומר כי אף אם נקבל את הדעה דאמרינן "זכין מאדם שלא בפניו" ולא רק "זכין לאדם", מ"מ בנידון דידן, "שהבעלים מוסיפים להחזיק בשדותיהם ולהשתמש בהם לא בתור פקידות אלא בתור בעלים, בכה"ג אפשר שהוא סותר את פעולת הזיכוי וגרע טפי ממכירת חמץ שלא מדעת הבעלים". והוסיף שם (אות כ) לענין הערמה:

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 מכין 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 מכין 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...

וכל זה שייך דוקא שנעשה על ידו או ע"י שלוחו, משא"כ בכה"ג שהמכר הוא שלא מדעתו, וכמעט בטוח שאף אם ידע לא היה מסכים אלא להערמה בלבד ולא למכירה גמורה, אין זה חשוב כלל מכר ואינו מועיל להבריח מן האיסור.

שפתיו ברור מללו, 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 מתכוון לקנין ממשי

מתנגדי היתר המכירה בשביעית בימינו מדגישים בהבלטה את החוכא ואיטלולה 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 השיווק.

ולא זכיתי להבין טענה זו, בהשוואה למכירות הלכתיות 'ותיקות' כמכירת חמץ, מבכירות או קנית רשות מ'שר העיר' לענין עירוב חצרות - הרי תמיד יש צד נכרי בעסק, והוא תמיד ידע ויודע כי לא בדיוק מתכוונים לעשות אתו עיסקא של ממש, אלא היהודים מבצעים באמצעותו 'טקס הלכתי מסויים'. מי שסבור כי הנכרי, הקונה, 'גמר ומקני' מתוך דאגתו לחומרת האיסור של חברו היהודי - משים עצמו לחוכא וטלולא.

הא לך דברי הרש"ז אוירבך בספרו הנ"ל סוף פ"ח (אות יד) אשר דן שם לענין העדר הצורך ברישום בטאבו,¹³ וממשיך:

13. שלשה פרקים הוקדשו בספר זה, יח-כ, לבסס את הטענה שענין 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.

יש לדון בביטול מכירה זו משום דהוה רק הערמה ואין העכו"ם מכין 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.** וכיון 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 יו"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: חדא¹⁴... ועוד הרי קנה בדרכי הקניות, כסף ומשיכה, שיודע הגוי שקונים בו מדינא, ועשה כל המעשים הראויים רק שנאמר אין דעתו לקנות, בכי האי גוונא אמרינן דברים שבלב אינם דברים.¹⁵

5. דברים שבלב

וצ"ל דהא דשנינו בקידושין (נ,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, צ"ל כדפירש"י שם: "דזבין נכסי אדעתא דמיסק - ופריש ליה דאדעתא דהכי עביד", דהיינו שנתן ביטוי חיצוני, באמירה, לכוונתו.

ענין זה, שדרושה אמירה בפה לגלות את דעתו שבלב, וללא אמירה אין מתחשבים בנסיבות אפילו אם הן גלויות לכל, עולה מתוך דברי 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 [=אסור כי הנותן רמז שהמתנה איננה אלא כדי לאפשר לאביו לאכול]. 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):

14. 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."

15. תשובת החת"ס הזו הובאה בספר מועדים וזמנים לר"מ שטרנבוך (ח"ד סי' רעו) שדן בנקודה זו, בתוקף מכירת חמץ, שהרי הנכרי רואה בזה ענין 'דתי' ותו לא. וחידוש שם חידושא רבה - דבנכרי לא איכפת לן בסמיכות דעתו, והכל תלוי במעשה החיצוני, בניגוד לישראל.

דדוקא כשאמר כן בשעת מתנה; אבל לאחר מכן לא, כיון דבשעת מתנה לא אמר מידי. אבל הרב רבנו משה בן מימון ז"ל כתב דפ"י לאחר שעה אסור, דאינה מתנה.

ומ"מ משמע דצריך אמירה, ובלעדיה לא אמרינן "סעודתו מוכחת עליו. ואכמ"ל במכלול סוגית דברים שבלבו ו/או בלב כל אדם.

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 בנקודה זו הוא שאם לפנינו מכירה פורמאלית - יש לה תוקף לדיני תורה גם אם - ואולי דוקא 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 נימוק להתנגדות להיתר המכירה

כפי שכבר הוזכר, 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) בסקרו את גלגולי היתר המכירה:

הספיקות אשר בפתרונם באו כמעט כולם לעמק השוה שלש המה:

- א. אין השביעית נוהגת בזה"ז אלא מדרבנן...
- ב. אע"ג דק"ל שאין קנין לנכרי להפקיע ממעשר, מ"מ לענין שביעית נקטינן כמרח"ב...
- 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 דרבנן.

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

כתב הגרנ"ה ז"ל במכתב להאדר"ת ז"ל להשיב על הטענת שהמכירה היא הערמה גלויה, וז"ל: מה שכתב כי היא דבר זר מאד והערמה דמוכח דחוכא וטלולא וחילול השם, הנה כבר עשינו בפני הגאון הרי"ל דיסקין זצ"ל, ודברנו עמו הרבה בענין הזה יותר מכל הדברים, ולא שמעתי ממנו שיש לחוש לזה.

2. דעת החזו"א בהערמת היתר המכירה

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

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

ואי ס"ל לחזו"א שאין המכירה חלה מצד ההערמה, היה לו לומר ש"ניצולים מאיסור המכירה" שהרי אינה חלה בשל ההערמה שבדבר. ואזי גם המוכר ישירות לנכרי שלא ע"י שליח היה ניצול מ"לא תחנם". משמע, לפום ריהטא, דלא חייש להערמה לבטל את תוקף המכירה.

אכן, במכתב מהחזו"א שפורסם בהוספה להלכות שביעית (כז,ז) נזכרת ההערמה כסיבה (בין שתיים נוספות) לבטלות המכירה בשביעית:

הנלקטים בשביעית פטורים מן המעשר **אף אם נמכרו** -

- א. מפני שנמכרו ע"י שליח ואין שליח לדבר עבירה.
- ב. מפני שלא נמסר להם בטאבו, ואם היה הערבי תובע לקיים המקח היו אומרים לו כך דינכם דבלא רשימת הטאבו לא.
- 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 טז,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. ועיי"ש, שעיקר טעמו כי הממשלה איננה מקפדת ואיננה מכריחה שכל פעולה תיעשה בטאבו, אם הצדדים מסכימים. אך עיין עוד בחזו"א ב"ק י,ט, שכתב להחמיר ש"אם בדיניהם אינם קונים בלי טאבו אינו קונה מישראל בלא טאבו".

ו. סיכום

1. 'הערמה' איננה מושג שלילי, והיא משמשת כ'תחבולת היתר' הלכתית מקובלת.
2. מצינו 'הערמות' שהן אפי' מומלצות, ומהוות מעין תקנות ציבור.
3. ההערמות באות בחשבון בענינים שבין אדם למקום, ולא בין אדם לחברו, חלילה.
4. 'הערמות קניניות', הנעשות בדרך של העברת בעלות, או הפקדת נכסים, הינן תקפות ללא עוררין, למרות שלכאורה יש פגם בגמירות הדעת. אם הפורמאליות המשפטית נעשית כהלכה - הפעולה הקנינית קיימת, ללא התחשבות ב'דברים שבלב'.
5. יתר על כן, מצינו דעות כי הפעולה הקנינית קיימת לצורך ההלכתי של הימנעות מאיסור בלבד, ואילו להיבטים נוספים הקנין 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.