

סימן י

הערמה וגמירות דעת

א. מחלוקת האחרונים אם הערמה הותרה רק בדרבנן או גם בדאורייתא

הבכור שור סובר שהערמה אסורה בדאורייתא ומועילה רק בדרבנן

בספר בכור שור (פסחים כא ע"א ד"ה מתניתין) נקט שהערמה אסורה בדינים דאורייתא והותרה רק בדינים דרבנן. ולכן טען שבמכירת חמץ לגוי שידוע שיחזיר את החמץ לאחר פסח, "מוכחא מילתא דהערמה טובא, שזה הקונה לאו גברא דאורחיה מעולם לקנות כך וזה אין דרכו למכור כך, ועל הרוב הקונה הוא עני וקונה בכמה מאות חמץ כנהוג עתה שאין מוכרים בדבר מועט, ושאר הוכחות טובא", והדבר הותר רק בגלל שהאדם מבטל בלבו, ומדאורייתא אינו עובר על החמץ כשמבטל בלבו, ולא נותר אלא רק על איסור דרבנן של השהייה שחל למרות שביטל, ורק לגבי זה מועילה הערמה. אבל במקרה שבו האדם מוכר את הבהמות שלו לגוי יחד עם החמץ שלו כדי שהגוי יאכיל את הבהמות את החמץ שהוא מוכר לו, יש איסור דאורייתא. דהא הוא אינו מבטל את החמץ הזה, שהרי הוא דווקא רוצה שהחמץ ישמש להאכלת בהמותיו. וכיון שזו הערמה גמורה, שהרי מוכרים לגוי שאין לו שום אחריות על הבהמות, וגם אין לגוי מעות לקנות את הבהמות הללו, וברור שהמכירה נועדה אך ורק כדי להסתלק מן האיסור, בזה לא מועילה המכירה ואסור למיעבד הכי. והוסיף לומר סברה נוספת לאיסור, שבמכירת חמץ כיון שאין לו ברירה אלא למכור, הוא גמר ומקני כדי לא לעבור על האיסור, אבל במכירת הבהמות והחמץ שעמהן, הוא הרי היה יכול להאכילן באותו שבוע דברים אחרים. ובגלל שהמכירה אינה הכרחית כל כך, לא גמר ומקני.

הוכחת הבכור שור מהסוגיה דהערמה בשבת

והוכחות הבכור שור שהערמה אינה מועילה בדאורייתא הן מהסוגיה דהערמה (שבת קלט ע"ב), דאיתא שם: "אמר רבה בר רב הונא: מערים אדם על המשמרת ביום

טוב לתלות בה רמונים ותולה בה שמרים. אמר רב אשי: והוא דתלה בה רמונים. מאי שנא מהא דתניא: מטילין שכר במועד לצורך המועד, שלא לצורך המועד אסור. אחד שכר תמרים ואחד שכר שעורים. אף על פי שיש להן ישן, מערים ושותה מן החדש. התם לא מוכחא מילתא, הכא מוכחא מילתא. אמרו ליה רבנן לרב אשי: חזי מר האי צורבא מרבנן, ורב הונא בן רבי חיון שמיא, ואמרי לה רב הונא ברבי חלוון שמיא, דשקל ברא דתומא ומנח בברזא דדנא, ואמר: לאצנועיה קמיכוניא. ואזיל ונאים במברא, ועבר להך גיסא וסייר פירי, ואמר: אנא למינם קמיכוניא. אמר להו: הערמה קאמרת, הערמה בדרבנן¹ היא, וצורבא מרבנן לא אתי למיעבד לכתחילה², ע"כ. וכתב רש"י (שם ד"ה הערמה בדרבנן) וז"ל: "הערמה בדרבנן היא – הכי גרסינן: הך הערמה לאו באיסורא דאורייתא הוא אלא באיסורא דרבנן, דאי נמי עביד ממש בלא הערמה, אדרבנן הוא דעבר, הלכך, דצורבא מרבנן הוא – לא אחמירו עליה, דהוא לא אתי למעבד לכתחילה להדיא בלא הערמה, לעבור שם לפני הכל", עכ"ל. ולכאורה מבואר להדיא שרק בדרבנן התירו להערים, וגם הערמה זו לא הותרה אלא רק לצורבא מרבנן. והיכא דמוכחא מילתא אסור אפילו במילי דרבנן. וגם הטלת שכר במועד היא איסור דרבנן, דמסרן הכתוב לחכמים. וכך ביאר גם את הסוגיה דהערמה במעשר שני (גיטין סה ע"א) שהותר לתת לשפחתו מעות כדי לפדות את המעשרות שלו, ובכך להיפטר מתשלום חומש שהיה צריך לשלם לו הוא היה זה שפודה.

כך ביאר את דברי התוס' והרא"ש בסוגיה דהפקרת הכלים לבית שמאי

וכן ביאר את דברי התוס' והרא"ש על הגמרא (שבת יח ע"ב) שאמרה בדעת בית שמאי הסוברים שאדם מצווה מדאורייתא על שביתת כלים והאיסור הוא אפילו כשלא עושה מעשה: "גיגית ונר וקדרה ושפוד מאי טעמא שרו בית שמאי, דמפקר להו אפקורי", ע"כ. ובכך הסבירה הגמרא מדוע אין איסור במלאכות הנעשות בכלים הללו בשבת. וכתבו התוס' (שם ד"ה אפקורי) וז"ל: "דמפקרא להו אפקורי – אף על גב דאמר [בנדרים (מה ע"א)] דבעינן הפקר בפני ג', הכא לא בעינן, דמסתמא מפקיר להו. ואין לסמוך על זה להשכיר סוס לנכרי ולהפקיר, דהכא שאני משום דלא אפשר בעינן אחר. ועוד, שאין הדבר מפורסם", עכ"ל. וכן כתב הרא"ש (שבת פ"א סי' לג) וז"ל: "ואף על גב דהפקר דוקא בפני ג', היינו מדרבנן כדי שיתפרסם הדבר, אבל מדאורייתא אפילו בינו לבין עצמו הפקר. ויש שמקילין להשכיר ולהשאל בהמתן

1. בר"ח ובעוד ראשונים הגרסה היא "מדרבנן", וכן הוא ברוב כתבי היד של הגמרא.

לנכרי ומפקירין אותן, ולא שפיר עבדי, דהני דוקא דלא סגי ליה בלאו הכי. ועוד, שאין ההפקר ידוע ומפורסם ושכירת הבהמה ידוע, עכ"ל. וביאר הבכור שור שהסיבה שהפקר אינו מועיל בסוס היא שמכיון שאפשר בעניין אחר, ממילא האדם אינו מתכוון באמת להפקיר את סוסו ולהפסידו, דהא יתכן שיבוא אחר ויזכה בסוס הזה, ולא שווה לו להפסיד את סוסו רק בשביל שכר מועט שישתכר במה שישלם לו הגוי על אותה שבת.

קושי בטענת בעל נתיבות המשפט שהמכירה אינה הערמה

ובשו"ת רבינו יעקב מליסא (סי' א) התייחס לטענה שהגוי אינו מקבל עליו אחריות, וכתב וז"ל: "ורואה אני כל דברי כבודו סובבים על פי דבריו דהמכירה אינו כלום, וכי תמות או תגנוב הבהמה יתבטל המכירה למפרע. וזה לא שמייעא לן ולא סבירא לן, דאף שתמות או תגנוב, מחויב הנכרי לשלם. וכשאינו משלם, היא משום שאין לו או משום אלמות שאינו מזיק בגוף המכירה", עכ"ל. אך לכאורה אם בפועל הגוי אינו מקבל על עצמו את האחריות, לא מובן כיצד ניתן לראות זאת כדבר שאינו מזיק בגוף המכירה, וצ"ע.

ראיות העונג יום טוב שמותר להערים אף בדאורייתא

ובשו"ת עונג יום טוב (או"ח סי' כח) טען שאין כאן הערמה, והביא שתי ראיות לכך: ראשית, נאמר בגמרא (נדרים מח ע"א) שאנשי גליל שהיו רגילים לידור הנאה זה מזה, הקנו את נכסיהם לנשיא כדי שהנדרים לא יחולו, "אף על גב דידעי שהנשיא לא יגע בהן כלל וכלל והם ישלטו בנכסיהן, והתם הוי איסור דאורייתא". שנית, נאמר בגמרא (נידה ע' ע"א) שבמקרה של שני מצורעים שנתערבו קרבנותיהם זה בזה וקרב קרבנו של אחד מהם ומת אחד מהם, והשני אינו יכול להקריב את החטאת הנותרת מחשש לחטאת שמתו בעליה, הפיתרון הוא שיפקיר נכסיו ויביא חטאת העוף הבאה על הספק כדין מצורע עני. ומכך הוכיח ד"סמכינן אמכירה באיסורי תורה, ועל כרחך דזה לא מיקרי הערמה".

קשיים בדבריו

ואולם נראה שיש להשיב על שתי הראיות: באנשי גליל ההקנאה לנשיא נוגעת רק לנכסים ששייכים לכלל הציבור כמו בית כנסת, ולא לנכסים פרטיים של כל אחד

ואחד. ובזה גם ללא ההקנאה לנשיא, לא היתה למדיר אפשרות למשול בנכס זה, משום שאין הוא בבעלותו הבלעדית. ומסירת בעלותו גם אינה מונעת ממנו מלהשתמש בבית הכנסת כאדם מעלמא שרשאי להתפלל שם. ואין מזה ראייה לאדם שמקנה בהערמה בהמות ששייכות רק לו, ומסירת בעלותו אמורה לסלק אותו באמת מהבהמות שלו. וגם את הראיה ממצורע יש לדחות, דלכאורה אין שום סיבה להבין מדברי הגמרא שהקנאתו מועילה למרות שאין בה ממש, ושפיר יש להבין שהוא נדרש להקנות בגמירות דעת שלימה.

הוכחת המקור חיים שמותר להערים אף בדאורייתא

ובספרו מקור חיים (סי' תמח ביאורים סק"א) הוסיף ר' יעקב מליסא להקשות על דברי הבכור שור, דבסוגיה דהערמה במעשר שני מבואר להדיא שמה שהעמידו דווקא במעשרות בזמן הזה או בעציץ נקוב דהם מדרבנן, היה רק כדי לבאר כיצד השפחה שעדיין לא נעשתה גדולה יכולה לזכות לו, ורק על זה אמרו דבדרבנן היא יכולה גם לזכות אחרים. אבל בעבד עברי ובבניו הגדולים מבואר שאפשר להערים אף בדאורייתא. וכן כתב הרמב"ם להדיא (הל' מעשר שני פ"ה הל' ח-ט) וז"ל: "מותר להערים על פדיון מעשרו. כיצד, אומר אדם לבנו ולבתו הגדולים ולעבדו העברי 'הא לך את המעות האלו ופדה לך בהן המעשר', כדי שלא יוסיף חומש; אבל לא יאמר לו 'פדה לי בהן'. וכן אם אמר לו 'פדה לך משלך' – אינו מוסיף חומש. [ט] אבל לא יתן המעות לפדות לבנו ולבתו הקטנים, לעבדו ושפחתו הכנענים, מפני שידן כידו. נתן לשפחתו העבריה – אם מעשר שני זה מדבריהם, כגון שהיה מעציץ שאינו נקוב, דבריו קימין. שאמה עבריה קטנה היא, ואין הקטן זוכה לאחרים אלא בדבר שהוא מדבריהם", עכ"ל. ומבואר להדיא שההעמדה במעשר שני מדבריהם נזקקה רק לעניין שפחתו העבריה, אבל לגבי בנו ובתו הגדולים ועבדו העברי אין צורך להעמיד דווקא במעשר שני מדבריהם. ומוכח להדיא שהערמה מועילה אף בדאורייתא.

דחיית המקור חיים את ראיות הבכור שור

והמקור חיים דחה את הראיה מהפקר בהמה בשבת, וז"ל: "לא דמי כלל, דדוקא הפקר לא מהני מטעם דאינו מפקיר בלב שלם משום הפסד מועט, אבל מכירה לכל ימי השבת מהני כמבואר במגן אברהם [(סי' רמו) שם סק"ט]. והטעם פשוט, דלמה לא ימכור בלב שלם, מה איכפת ליה אם העכו"ם יתן לו דמי המכירה, דמסתמא אינו

מוזיל במכירה, מה שאין כן בהפקר ודאי אינו מפקיר בלב שלם. ועוד, הרי עינינו הרואות שמנהיגו להפקיע אפילו קדושת בכור דאורייתא על ידי מכירת הבהמות במכירה כזו, ואם כן כי ימות מן הבהמה אין הנכרי משלם, והישראל משתדל להצילם. וגם כן אינו אלא ספק הפסד בולד, ואפילו הכי מתירין במכירה זו. ויותר יש פסידא לשוורים כשיכחישו בפסח כשלא יזונם בחמץ ממה שיש פסידא בהולד כשיהיה בכור. וגם אינו אלא ספק הפסד, דשמא יהיה נקיבה, "עכ"ל. ודחה גם את הראיה מהסוגיה דהערמה במברא ובשכר (שבת קלט שם), "דשם עושה כל האיסור, רק שמערים דלא לידעי אינשי שעושה האיסור, והערמה כזו ודאי לא שרי רק בדרבנן כגון לתלות המשמרת וכו', דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה והוא מחשב בתליית המשמרת בשביל השמרים וגם תולה בו רק שמרים, הרי עושה כל האיסור רק שהעולם לא ידעו מהאיסור. וכן הטלת שכר כשיש לו ישן, דאצלו שלא לצורך הוא ועביד איסור, רק שהעולם אינן יודעין שיש לו ישן, "עכ"ל. וכיון שהוא עושה איסור גמור, וסיבת ההיתר היא רק בגלל שהדבר אינו ניכר לאחרים, יש להתיר דבר זה רק בדרבנן, אבל כשהוא עושה מעשה שאין בו איסור מצד עצמו, אלא שכוונתו לעשות תחבולה ולהימלט מהאיסור, בזה אפשר להערים אף בדאורייתא.

יישוב קושיות המקור חיים דווקא לפי הנחתו שבהפקר אין גמירות דעת

ואולם לכאורה עיקרי דבריו וטענותיו אינם מובנים. דיוצא בהכרח מתוך דבריו שהקניין אמור להיות בגמירות דעת מוחלטת. ולכן בהפקר לא מועיל דאין הוא עושה זאת בלב שלם, דאין לו טעם להפסיד את סוסו רק בגלל הפסד מועט. ובמכירה לכל השבוע יש גמירות דעת שלמה, דמסתמא הגוי נותן לו מחיר מלא על מה שנותן לו, ואין לו בזה הפסד, ולא איכפת לו להקנות קניין גמור. אלא שלפי זה אינו מובן כלל כיצד אפשר להתיר למכור את החמץ, דהא בנידון מכירת חמץ ידוע שהגוי אינו משלם לישראל מחיר מלא על החמץ, ולגוי עצמו אין שום עניין לקנות את החמץ, ואין הוא קונה אלא רק כדי לעזור לישראל. והרי זה היה עיקר טענתו של הבכור שור, שהקניין במכירת חמץ הוא קניין בלי גמירות דעת שלמה. ואם המקור חיים מודה לכך שצריך גמירות דעת כזאת, יצא שהמקרה של מכירת חמץ דומה למקרה של מברא והטלת שכר והעמדת משמרת, שמתקיים האיסור אלא שהוא מערים. דהא בפועל לא מתקיים הקניין באמת, כיון שאין בו גמירות דעת, וממילא נשאר איסור בל יראה ובל ימצא במקומו, ואין להתירו אלא רק בדרבנן גם לפי טענתו.

קיום ראיית הבכור שור ממעשר שני ומה שלמד על מכירת חמץ

ולפי זה גם מה שדחה את טענת הבכור שור, וטען דבסוגיה במעשר שני מוכח שמדובר על דאורייתא, אינו מובן. דאמנם כשבנו הגדול מקבל מעות ופודה, זו פדייה בשופי וזו הערמה המותרת, וכפי שיתבאר לקמן (עמ' שעה), ובזה פשיטא שמועיל הדבר אף בדאורייתא. אבל הבכור שור דיבר דווקא על דבר שלא היה אמור להועיל. והדוגמה לזה היא דווקא הזכיה של שפחה קטנה שאינה יכולה להקנות לאחרים. ודווקא מזה הוכיח הבכור שור שאף על פי שלפי גדרי הקניינים הרגילים לא היה אמור להועיל, בכל זאת הערמה כזאת שאינה אמורה להועיל, מועילה בדרבנן. ומזה הוא למד שגם מכירת חמץ יכולה להועיל רק בדרבנן, אע"פ שאין כאן גמירות דעת, ולא היה הקניין הזה אמור להועיל בגלל החוסר הזה שבגמירות הדעת.

ב. אין היתר להערים כשעובר על איסור ואפילו מדרבנן

לכאורה הסוגיה דמערים אדם על המשמרת אינה מובנת

אמנם אליבא דאמת נראה לכאורה שלא כדברי הבכור שור והמקור חיים, שאמנם נחלקו זה על זה אך הניחו שניהם שיש היתר עקרוני להערים, ונחלקו רק בגדריו. דהנה, בסוגיה דמערים אדם על המשמרת, צריך להבין את גדר ההיתר. דלכאורה נראה פשוט שלא ניתן להתיר איסורים גמורים רק בגלל שהם לא נראים כאיסורים, ואפילו שהם איסורי דרבנן ולא איסורי דאורייתא. ואם כן, לא מובן כיצד אדם רשאי להטיל שכר חדש במועד כשיש לו ישן, דהא אין זה צורך המועד בשבילו. ומה בכך שלא מוכחא מילתא. וכן צריך להבין כיצד יתכן שיהיה מותר לצורבא מרבנן להניח ברא דתומא ולסתום בזה נקב של חבית ולתקן אותה, אפילו שהוא אומר שהוא רק מניח את הברא דתומא להצניע. דהא אליבא דאמת הוא הרי מתכוון לסתום את החבית. וכן כיצד יתכן שיהיה מותר לו להפליג בספינה בשבת, אפילו שהוא אומר שהוא רק הלך לישון על הרפסודה הזאת.

קושי זה מודגש יותר בדברי המקור חיים

ובאמת לכאורה קושי זה בולט ומודגש בדברי המקור חיים הנ"ל, שכותב כן להדיא: "דשם עושה כל האיסור רק שמערים דלא לידעי אינשי שעושה האיסור וכו', הרי עושה כל האיסור רק שהעולם לא ידעו מהאיסור וכו', ועביד איסור רק

שהעולם אינן יודעין". ולכאורה תמוה מאוד לומר שיתירו לו בדרבנן לעשות איסורים גמורים רק בגלל שאנשים אינם יודעים. ובשלמא אם היה הדבר מותר רק בצורבא מדרבנן, היה מקום לומר שחכמים לא גזרו עליו מלכתחילה, וכמו שמצינו באיסורים מסוימים שהוציאו תלמידי חכמים מכלל האיסור (אף דאכתי לא היה מוצדק לומר שהוא עושה איסור, דלפי זה לא היה בזה איסור מעיקרא). אבל כיון שחלק מההיתרים הנ"ל הותרו גם באנשים רגילים כמו בהטלת שיכר, לא מובן כיצד הותר לו האיסור רק בזכות זה שהוא מערים והעולם אינם יודעים שהוא עושה איסור זה.

על כרחנו לא הותרו אלא רק דברים שאיסורם הוא מצד מראיתם

ועל כרחנו צריך לומר שאלבא דאמת אין איסור עצמי להטיל שכר חדש במועד, ואפילו שיש לו ישן. דהא עכ"פ הפעולה נעשית לצורך המועד, ואפילו שאת הצורך הזה הוא היה יכול לקיים על ידי שישתה מהשכר הישן שברשותו. וצורך המועד לא צריך להיות כזה שאי אפשר לקיימו בדרכים אחרות, אלא עצם זה שהוא צריך לדבר במועד, מתיר לו לעשות את הדבר מעיקר הדין. וכל שכן לפי מה שכתבו הרשב"א (שבת קלט ע"ב סוד"ה הא דאמר) והריטב"א (שם ד"ה הא דא"ר אסי) ד"הרבה בני אדם בוחרים לשתות חדש ואע"פ שיש להם ישן". ואולם כשהדבר גלוי לעין כל שיש לו שכר ישן והוא בכל זאת מטיל שכר חדש, יש בזה משום זילותא דמועד, דהא סוף סוף הוא היה יכול להמנע מעשיית המלאכה בחול המועד, ונראה הדבר שהוא עושה את המלאכה בדרך הזאת אך ורק בגלל שהוא מעוניין לחסוך מעצמו את העשייה הזאת לאחר המועד. וכן מבואר בדברי הרמב"ן (שם ד"ה הא דאמר רב) והר"ן (חי' שם ד"ה אמר), שהשתייה מן החדש באה להוציא מידי מראית עין. והרי זה כמו הדין דנתינת שמרים על גבי המשמרת, דמעיקר הדין מותר לעשות זאת כיון שזהו צורך אוכל נפש ביום טוב. ובכל זאת בגלל שנראה הדבר כעובדין דחול, ויש בזה זילותא דיום טוב, נאסר הדבר. ולכן כשהוא תולה רימונים כבר מתבטלת הזילותא. והוא הדין צריך לומר בעניין סתימת נקב החבית, דיש לומר שהאיסור איננו משום שהוא מתקן אלא רק משום שהוא נראה כמתקן, וכלשון רש"י (שם ד"ה ומנח) "והוי כמתקן". ולשון הר"י מלוניל (שם ד"ה דתלה) היא: "דמחזי כמתקן כלי". וכיון שאפשר לפרש את המעשה שלו באופן שאין הוא נראה כמתקן, ממילא מתבטלת בעיקרה סיבת האיסור. וכן אם נניח שהפלגה במברא נאסרה רק בגלל עובדין דחול, יש אפשרות להבין שכאשר הוא ישן שם, אין זה נראה כך.

ראשונים שלא תלו את האיסור במראית עין

ואמנם מצאנו הבנות נוספות בטעם האיסור בדברים שהותרה בהם הערמה, ולא רק מראית עין. בדין מברא כתב המאירי (קלט ע"ב ד"ה מותר): "מפני שהיא בכלל גזירת שיטה שעל פני המים, ואף כאן יש לגזור שמא יעשה חבית של מלחים, וכן כתבו גאוני הראשונים". וכן כתב הר"י מלוניל (שם קלט ע"ב, נו ע"ב בדפי הר"ף). והר"ד (פסקים שם קלט ע"ב) נקט שהאיסור הוא משום: "שמוליך המעבורת על המים שהן כרמלית". וכן כתב הריצב"א (תוס' עירובין מג ע"א ד"ה הלכה). וגם לגבי ברא דתומא כתב הר"ד (שם): "אסור להשים פקק החדש וכו', משום גזירה שמא יחתוך במדה בשבת והוי תולדה דמחתך".

אף להבנה זו לא הותרה הערמה אלא במקום שמועיל שינוי

אמנם נראה שגם לפי ההבנות הללו אין אפשרות להתיר הערמה באופן כללי בכל איסורי דרבנן, ולא הותר הדבר אלא באיסורי שבת ודומיהם, שעיקרם בתהליך ולא בתוצאה. ומעין מה שהתירו חכמים במקרים מסוימים לעשות מעשה אסור כשהוא נעשה בשינוי. דבזה שהאדם עושה את המעשה בשינוי הוא מגלה בזה שהוא נזהר מעיקר האיסור, ולא חששו במקרה הזה שיגיע לעיקר האיסור שממנו חששו, וגם לא חששו שהרואים יגיעו לכך, כיון שהם רואים אותו עושה היכר גלוי לכל. וכעין זה הוא גם בנידונים דידן, בזה שהאדם אומר לכולם שהוא רק הולך לישון או שהוא רק מתכוון להצניע, הוא מגלה בזה שהוא מודע לצד האיסור שבדבר, ובזה הוא מזהיר את עצמו ואת האחרים מלהגיע לאותו חשש שרצו חכמים להמנע ממנו.

לפי זה אין מקור מהסוגיה לחדש שיועיל בקניין כשאין גמירות דעת

אמנם לפי זה יוצא שכל ההיתרים בסוגיה הם דווקא בדברים כאלה שאינם אסורים מצד עצמם אלא רק מצד שהם נראים כאסורים, או שהאיסור הוא על התהליך ולא על התוצאה. ולכן כשהאדם מפרש את מעשהו באופן אחר, כבר מתבטלת סיבת האיסור. ובזה גם חילקו לפעמים בין צורבא מדרבנן ובין כל אדם, דלא תמיד אפשר לסמוך על כך שכל בני אדם יוכלו להקפיד לעשות היכר שיבטל את הזילותא או את הדמיון למלאכה דאורייתא, ויבואו לטעות ולהתיר בשופי גם בלי היכר. אבל כאשר בפועל לא מתקיימת המציאות שהייתה אמורה להתקיים שעל ידה יותר האיסור או תתקיים החלטה, וכגון קניין שצריך בו גמירות דעת ואין גמירות דעת, לא יכול להועיל שהוא נראה כפי שהוא נראה ואומר מה שהוא אומר,

ולא יתכן שיחול בזה קניין. דאפילו שייראה שהוא כביכול מתכוון לכוונה שמועילה והוא אפילו יאמר כך, סוף סוף אם אליבא דאמת הוא לא מתכוון לכך, לא נעשה הקניין, והדבר נשאר בבעלותו ובאיסורו. וכמו שלא שייך היתר של שינוי או של הערמה כשיאכל בלי ברכה, כשיערים וילבש טלית בלי להטיל בה ציצית, כשיערים ויאכל במוצאי שבת בלי לעשות הבדלה, וכשיערים ויאכל אחרי האפיקומן².

לפי זה אין לקבל את היתרו של הבכור שור גם במילי דרבנן

ולפי זה נראה שאי אפשר לקבל את דברי הבכור שור גם במה שהסכים להתיר בהערמה במילי דרבנן. דעד כאן לא שמענו שמותר להערים אלא רק בדברים מסוימים מאוד שאיסורם תלוי במראית העין או באופן עשייתם, ולכן הערמה מוציאתם מידי האיסור הכללי. ורק על זה התחדש שאם הם נראים ככאלו שאין בהם האיסור שחוששים ממנו, יש להתירם. אבל לא התחדש בשום אופן שכאשר חסרה מציאות ממשית של גמירות דעת בקניין, שיועיל הדבר במילי דרבנן. דלא הותרה הרצועה במילי דרבנן ולא התחדש בהם שגם בלי גמירות דעת מלאה יחולו קניינים. וגם מה שמצאנו בנידון דשפחה קטנה שמזכה לאחרים בנידון דעירובין ובמעשר שני דרבנן, לכאורה אינו דומה כלל לנידון דידן. דבאמת מצד גמירות הדעת להקניית המעות לבן הגדול יש בזה גמירות דעת מוחלטת, דהבעלים נפרד ממעות החולין שלו לחלוטין בלי שום פקפוק ובלב שלם וגמור, וכוונתו שהבן הגדול יפדה במעותיו את הפירות אינה פוגעת בגמירות הדעת שיש לו במסירת המעות שהוא מוסר לבנו. ויעוין בזה עוד לקמן (עמ' שעה). וכאשר הבן הגדול יתן לו את המעות שוב לאחר שהוא יפדה את הפירות, הוא יקבל מעות קדושות בקדושת מעשר שני, ופנים חדשות לגמרי באו לכאן, מלבד מה שמעות תמיד נחשבות כחדשות כיון שלהוצאה ניתנו. וההערמה הקיימת כאן היא רק בעצם זה שהוא עושה תחבולה להפטר מחיוב. ועצם זה שאדם עושה תחבולה להיפטר מחיוב או להימנע מאיסור, לא נאסר אפילו במילי דאורייתא. וכבר התבאר במקום אחר (טל חיים ציצית ותפילין, בסימן על גורם החיוב במצות ציצית), שלפי הרמב"ם אמנם אין בזה מידת חסידות, אבל הדבר מותר לכתחילה, ואין בזה איסור (הל' מעשר פ"ג ה"ו ופ"ד ה"א). וכן הוא לעוד ראשונים. והחידוש המיוחד שהתחדש במעשר שני דרבנן הוא רק לעניין זה שחכמים היקלו

2. ומה שנקטה הגמרא לשון "הערמה בדרבנן היא", אין פירושו שבכל איסור דרבנן מותר להערים, אלא שדווקא באיסור דרבנן יש לפעמים אפשרות להתיר הערמה, ובאה הגמרא לאפוקי הערמה בדאורייתא שהיא בלתי אפשרית כלל, דבדבר האסור מן התורה אין עצה ואין תבונה.

לסמוך על קניין של קטן לזכות לאחרים, אע"פ שבדרך כלל אין לו יכולת לזכות לאחרים. אבל אין זה היתר מיוחד של הערמה, אלא זהו היתר מיוחד של ייפוי כוח הקטן להקנות ולזכות. דההערמה מצד עצמה מותרת מעיקר הדין בנידון זה ואפילו במילי דאורייתא, כיון שהקניין מצד עצמו הוא קניין גמור בגמירות דעת גמורה.

וכן מבואר בתשובת גאונים שהובאה בסידור המיוחס לר' שלמה מגרמייזא³ (סי' קטז אות יח) שהערמה אסורה גם במילי דרבנן, וז"ל: "אפילו מוכר לו מכירה בעדים ואינו מתנה עמו על מנת שיחזירם לו אחר השבת, וקונה אותם גוי קניין גמור, כיון שיצאת שבת וחוזר ישראל כמנהגו, הוכר הדבר, ויודעין הכל שמתנה עמו להתערם במצות [ולגנוב] דעת שמים ודעת הבריות, ויש כאן בדבר איסור וחילול השם בפני גוים וישראל, אפילו הערמה בדרבנן, אפילו בדבר שבות, איסור לעשות לכתחילה, וכל שכן הכא בדבר מלאכה", עכ"ל. וכן מבואר בתשובת רב יוסף גאון נוספת (הלכות פסוקות מן הגאונים סי' קז; הובאה בכלבו סי' קמו, בהנד"מ ח"ח עמ' שעא): "אסור לבר ישראל שיעשה הערמה עם הגוי השותף שהוא חורש עמו, שימכור לו בהמה שהוא חורש בה, או מקח שבחנותו, ולאחר שבת יחזור ויקנה הבהמה והמקח מאותו הגוי, דכיון דהערמה היא אסור, עד דנתיק לחוץ לההיא בהמה ולההוא מקח לגמרי". ומבואר שהערמה אסורה לא רק בבהמה שבה יש איסור דאורייתא של שביתת בהמתו, אלא גם במקח, שאיסורו בשבת הוא מדרבנן בלבד.

הבדל בין הבנת התוס' להבנת הרא"ש בביאור הטעם שלא הצריכו שלושה

ויש להעיר על מה שכרך הבכור שור את דברי התוס' הנ"ל (שבת יח ע"ב ד"ה אפקורי) עם דברי הרא"ש הנ"ל (שבת פ"א סי' לג) בעניין הפקרת סוס בשבת. דלכאורה יש הבדל ביניהם, ויש לדברים גם השלכה לנידון דידן. דהתוס' כתבו שהסיבה שמותר להפקיר שלא בפני שלושה היא משום "דמסתמא מפקר להו". ונראה שכוונתם לומר שזה שהצריכו חכמים הפקר בשלושה ולא הסתפקו בזה שמדאורייתא הפקר מועיל אפילו בינו לבין עצמו, היינו משום שיש לחשוש שאם האדם עושה זאת בינו לבין עצמו אין לו גמירות דעת להפקיר באמת. ולכן כאשר הוא מפקיר בפני שלושה וכל אחד מהם יכול לזכות, וזה מילתא דעבידא לאגלויי, הוא מוכרח לגמור בדעתו להפקיר באמת, דנוצרת מציאות ממשית שיכולים לזכות בפועל במה שהפקיר. ולכן אומרים התוס' שבנידון דנר וקדירה הוא בהכרח רוצה להפקיר באמת, כדי שלא יעבור על איסור. וגמר ומפקר אפילו שאין שלושה יחד

3. הדברים הובאו בשינויים קלים גם בגאוניקה (ח"ב עמ' קצו-קצז).

עמו. לעומת זאת, הרא"ש אינו מזכיר את הסברה הזאת, ובמקומה הוא מתייחס לכך שלכאורה ההפקר היה צריך להיות בשלושה, וכותב וז"ל: "היינו מדרבנן כדי שיתפרסם הדבר, אבל מדאורייתא אפילו בינו לבין עצמו הפקר", עכ"ל. ולכאורה מה בכך דהיינו רק מדרבנן, וכי הותרה הרצועה במילי דרבנן. ומאי איכפת לן שמדאורייתא היה אפשר להסתפק בכך שיהיה בינו ובין עצמו, הלא סוף סוף היה צריך לקיים את דינא דרבנן כמו בכל התורה. ועל כרחנו כוונתו לומר בזה שזו תקנה דרבנן שיצטרכו שלושה, והם אמרו והם אמרו, ולכן הותר הדבר לבית שמאי. ומכך נראה שההיתר אינו מתבסס על סברה מיוחדת המחזקת את גמירות הדעת בנידון זה, אלא רק על כך שחכמים לא הצריכו שלושה.

לפי זה סברת הבכור שור אינה מתאימה לרא"ש אלא רק אפשרית בתוס'

ולפי זה כאשר הם באו להנגיד לכך את דין הפקרת סוס, וכתבו התוס': "דהכא שאני משום דלא אפשר בענין אחר", וכתב הרא"ש: "דהני דוקא דלא סגי ליה בלא הכי", יש לכאורה הבדל ביניהם. בדברי הרא"ש נראה שהמשמעות הפשוטה של דבריו היא שזו תקנה שתקנו דווקא בנר וקדירה (ואף במשרה, שנעשית בהכרח כמה ימים, ולא יתכן שלא יוכלו להמשיך להשרות בשבת) להיפטר מהצורך בהפקרה בפני שלושה, דלא יתכן שכל ערב שבת כשאדם מדליק נר לכבוד שבת הוא יצטרך להביא שלושה אנשים להפקיר בפניהם את נרו, ולא יתכן שכל העמדת קדירה לאכול מאכליו בשבת תזיק אותו להביא שלושה אנשים להפקיר בפניהם את קדירתו. אבל בסוס אין הכרח שישכיר ואין הכרח שיפקיר דווקא שלא בפני שלושה, ולכן לא תיקנו בזה תקנה מיוחדת של הפקרה בינו לבין עצמו. ואין לכלל זה קשר לשאלה אם הוא מוכרח לעשות כך (כמו בנר וקדירה), ולכן הוא גומר ומפקיר בלב שלם, או שאינו מוכרח לעשות כך (כמו בסוס), ואינו גומר ומפקיר בלב שלם, כפי שהבין הבכור שור וכפי שלכאורה הסכים עמו המקור חיים. אמנם בדעת התוס' אכן היה אפשר להבין שמחלקים כפי שהבין הבכור שור, דכיון שהם תלו את הסברה להקל בנידון דנר וקדירה בכך שהוא "מסתמא מפקיר להו", על כרחנו שהם מבינים שהסברה הזאת שהוא רוצה להימלט מהאיסור חזקה דיה כדי שייגמור בלבו ויפקיר לגמרי. ואם כן היה מקום להבין בדבריהם שבסוס אין הדברים כן ומשום סברתו של הבכור שור.

אליבא דאמת נראה שגם התוס' אינם מקבלים את חילוקו של הבכור שור

ואולם נראה שמשתי סיבות אין להבין כך בדברי התוס', וגם את דבריהם יש לפרש כהבנת הרא"ש וממילא לכאורה מתבטל המקור לסברת הבכור שור. ראשית,

אפושי מחלוקת לא מפשינו, ואין לנו סיבה להניח שגם בתירוץ נחלקו התוס' והרא"ש, ומסתבר לומר שהתוס' התכוונו לתירוץ של הרא"ש וכפי שמוכרחים לומר בדבריו. שנית ועיקר, נראה שגם בסברה קשה לקבל את החילוק שמחלק הבכור שור. דהעובדה שהאדם היה יכול שלא להיכנס לכל עניין ההשכרה וההפקרה אינה משנה את הקביעה שאחרי שהוא כבר בחר להשכיר, הוא ירצה להפקיר כדי לא לעבור על האיסור. ומאי איכפת לן שלו יצויר שהוא לא היה משכיר, הוא לא היה צריך להפקיר, הלא סוף סוף בפועל הוא כן השכיר, ואחרי שהוא כבר השכיר, הוא נמצא בדיוק באותו מצב כמו ביחס לנר שלו. ואם רצונו שלא לעבור על איסור מועיל ביחס לגמירות הדעת להפקרת הנר, כך רצונו היה צריך להועיל להפקרת הסוס. אלא על כרחך החילוק הוא אחר: דבעצם אין אנו בוטחים בו באופן מוחלט שהוא אכן יפקיר בלב שלם. ויש חשש שהוא דווקא לא יפקיר בלב שלם. אבל בנידון דנר וקדירה אין ברירה וצריך להתיר לו להפקיר בדרך זאת כדינא דאורייתא, ואילו בסוס אין לנו הכרח לוותר על החשש שלנו שאינו מפקיר בלב שלם, ואנו משאירים אותו כדינו שמוכרח להפקיר בפני שלושה, דבכהאי גוונא הוא אכן מוכרח להקנות בלב שלם, דמסתבר להניח שכל השומע ירצה לזכות בסוסו מן ההפקר. וסביר להניח שזה גופא גם יגרום לו מיניה וביה שלא להשכיר⁴.

וכן מבואר בדברי הריטב"א (שם ד"ה דמפקר): "כי לא התירו כאן אלא על ידי הדחק, דלא סגי בלאו הכי אליבא דבית שמאי", עכ"ל. ואם כן, אין הבדל מהותי בין סוס ובין נר וגיגית, אלא שרק בגלל שבנר וקדירה לא היה ניתן לחכמים להעמיד דבריהם בדיני הפקר ולהצריך שלושה, לכן אפשרו להסתמך על הפקר שנעשה בינו ובין עצמו. וכיון שלא מצינו היתר מיוחד כזה בסוס, אין אפשרות לסמוך על זה. ולפי זה גם אליבא דהתוספות אין ללמוד את יסוד הסברה של הבכור שור⁵.

4. ויש לחזק את הדברים מכיוון נוסף. דנראה שסתימת לשון התוספות: "דהכא שאני משום דלא אפשר בענין אחר", מתייחסת לבית שמאי, שהם אלו שנאלצו להתיר ולא להשאיר את הצורך בהפקר בפני שלושה בגלל שלא היתה להם אפשרות אחרת. דאחרת היו צריכים התוס' לומר משום דלא אפשר לו בענין אחר. וכן בתוס' ר"י הזקן ותלמידו (שם ד"ה דמפקר) כתב "דעד כאן לא שרו בית שמאי אלא הני משום דלא אפשר וכו' אלא לאו ש"מ הני דוקא ומשום דלא אפשר", עכ"ל. ונראה בפשיטות שמדובר על בית שמאי ולא על ההיגיון והסברה של האדם המפקיר. ואמנם בשטמ"ק (ב"מ ל' ע"ב ד"ה הא דאמרינן) הובאו הדברים בהאי לישנא: "אין לסמוך על כך להשאיל ולהשכיר סוס לגוי בשבת מטעם הפקר, דמשמע דוקא גיגית נר וקדירה דלא אפשר ליה, אבל שאר כלים דאפשר ליה אסור".

5. והרשב"א (שבת שם ד"ה גיגית) כתב: "ואף על גב דבעלמא בעינן הפקר בפני ג' הכא דלאפרושי מאיסור הוא לא בעיא, דמסתמא מפקר להו בגמר דעת. ולי נראה דמשום הפקר בית דין נגעו בה

קושי בראיית ר' יעקב מליסא מדברי הריצב"א

ואמנם בשו"ת רבינו יעקב מליסא (סי' א) הוכיח מדברי הריצב"א (ה"ד בהגמ"י הל' שבת פ"כ אות א, ובשו"ע וברמ"א או"ח סי' רמו ס"ה) שלהלכה מיקלים גם היכא דאפשר בלאו הכי, ודלא כתוס' ורא"ש, ולמד מזה שיש להקל גם בחמץ. אך לכאורה נראה שדברי הריצב"א אינם עניין לנידון דידן, דאין הוא מתייחס כלל לאפשרות של הפקר ממשי של הבהמות. והוא לא התיר להערים אלא להקנות ממש את הבהמות לגוי "ויזקוף הדמים במלוה על הנכרי ואחריות השוורים על הנכרי". והנכרי אכן משתמש בהן בפועל, ומסתכן באחריותן. ובאמת כשאין קבלת אחריות ממשיית של הגוי, לא התירו. ומבואר בתשובת רש"י (סי' צה) ובתרומה (מפתח סי' קמח) ובסמ"ג (לאוין סה) ובסמ"ק (מצוה רפב) ובהגהות מיימוניות (דפ' קו' הל' שבת פ"ו ה"ח) ובשו"ע (שם ס"ד) שיש צורך שיקבל על עצמו "אחריות מיתה וגניבה ויוקרא וזולא". ואם לא מקבל אחריות זאת, אסור לכולי עלמא. ואפילו על זה נחלקו הראשונים אם מועיל כשהגוי אינו יכול למכרה בלי שירצה הישראל, אף שנפסק כדעת המתירים וכשיטת הריצב"א הנ"ל. ולא דמי כלל לנידון דידן, שברור שהגוי אינו משתמש בחמץ, ואינו מקבל אחריות עליו, ואין כאן אלא רק מילוט מאיסור החמץ בלבד.

לדעת הבכור שור אמנם המכירה קודמת לביטול אבל האיסור הוא מדרבנן

יש להעיר עוד דלכאורה נראה שביטול החמץ ומכירתו לאחר מכן, הוו תרתי דסתרי. דממה נפשך, אם הביטול שלו הוא ביטול גמור, והוא סילקו מרשותו לגמרי, כיצד הוא יכול למכור את החמץ לאחר מכן. ואם הוא משייר בביטול שלו בעלות שתאפשר לו למכור לגוי, הרי אין ביטולו ביטול, ולא מועיל מדאורייתא. וצריך לומר

דלב בית דין מתנה עליהם להפריש העם מאיסור, דאי לא תימא הכי ודאי כולי עלמא לאו דבית שמאי ידעי וכל שכן במקום בית הלל. ובישועות מלכו (או"ח סי' לו) כתב שיש להצדיק לפי זה את מכירת החמץ, דאמנם זו הערמה שאינה מועילה, אך "הייתי רגיל לומר שהוא כעין שכתב הרשב"א בפרק קמא דשבת וכו', גם עתה בדבר שאי אפשר בלעדן ושליחותיהו דקמאי עבדינן בדבר שנעשה על פי כל ישראל, ע"ל. ואולם לא מצאנו בשום מקום במשנה, בגמרא או בראשונים, שחכמים אכן השתמשו בכוחם והפקיעו את הבעלות של האנשים מהחמץ. ואדרבה, ישנם דיונים רבים על מכירה שאינה גמורה ומכירה על מנת להחזיר וכו', וכמבואר בסימן זה ובסימן הקודם. ובכל מקרה תמוה שחכמים יתנו את תקנתם בזה שהאדם יעשה מעשה בעלמא שאינו מועיל והוא רק דומה למכירה לגוי. ולא דמי כלל לנידון דשבייתת כלים, ששם הבין הרשב"א שחכמים תיקנו וקבעו שהכלים יהיו מופקרים. וראה רש"י (שבועות יא ע"א ד"ה לב) שביאור המושג לב בית דין מתנה הוא ש"כל מידי דציבור, נותנין בית דין לב" לטפל בו, ולא שהדבר חל מעצמו.

בהכרח שהוא מוכר את החמץ לגוי ואחר כך מבטלו. ואמנם המכירה בשעתה היא הערמה בדאורייתא, דהא באותה שעה עדיין הוא לא ביטל, אבל הרי באותה שעה הוא גם עדיין לא עובר על שום איסור, דרק כשיגיע הפסח אמור להתחיל לחול האיסור. ובאותה שעה כבר אין איסור דאורייתא אלא רק איסור דרבנן, כיון שהוא מבטל את החמץ לפני זמן איסורו.

לדבריו יש צורך לומר שמדאורייתא המכירה אינה מועילה

ואמנם אכתי יש להקשות דעל כל פנים לכאורה לא היתה אמורה להיות לו אפשרות לבטל, אחרי שהוא מכר את החמץ לגוי, דביטול שייך רק בדבר שהוא שלו, והרי הוא כבר מכרו לגוי. וצריך לומר בדעתו של הבכור שור דזה גופא שההערמה אינה מועילה אלא רק במילי דרבנן, מלמד שמצד התורה אין מכירה כזאת תופסת. וכן היא גם לשונו: "ולא נשאר כי אם איסור דרבנן שצריך לבערו מן העולם הם אמרו והם אמרו להתיר מכירה זו", עכ"ל. דנראה שזהו היתר מחודש שהם התירו להערים, והיתר מחודש זה קיים רק באיסורי דרבנן ולא באיסורי דאורייתא. ולא שהיה היתר מדאורייתא כי הערמה מותרת מדאורייתא, והם יצרו איסור מחודש של הערמה בדאורייתא ולא העמידו דבריהם בדרבנן. ואם כן, מצד דין התורה כשהוא בא לבטל, הוא עומד מול חמץ שהוא ברשותו לגמרי, כיון שלא הועילה המכירה, ולכן מועיל הביטול.

ולכאורה היה אפשר לומר לפי זה שנתיר גם בכגון שיבטל את החמץ ואחר כך ימכור, דמצד התורה אין צורך במכירה והיא גם לא מועילה, ומצד הדין דרבנן יש צורך במכירה והיא לכאורה מועילה. אבל אין לומר כן, דחכמים לא הפקיעו את תוקף הביטול, ותקנתם לבער לא נוסדה על כך שהביטול מתבטל, אלא הם רק חשו שמא ימצא גלוסקא נאה או שלא ביטל יפה (ר"ן על הר"ף פסחים א' ע"א ד"ה אלא כך), והוסיפו על הביטול הזה עוד תוספת. ואם כן, ברור שגם מבחינתם החמץ כבר אינו ברשותו, וממילא אין לו אפשרות למוכרו.

דברי הבכור שור אפשריים בדוחק רק אליבא דהרמב"ם

ואליבא דאמת התבאר (בסימן הקודם) שלפי כל הראשונים נאסרה ההערמה במכירת חמץ לגוי, והם לא התחשבו בזה שהאדם מבטל, ואף אחד מהראשונים לא הציע שיבטל ותועיל מכירה כזאת אלא כולם שללו את הדבר בסכינא חריפא. אמנם בר מן דין, נראה שהבנתו של הבכור שור לכאורה אינה מתאימה להבנת התוספות

(לעיל עמ' רצז) והיא אפשרית רק לפי הבנת הרמב"ם (לעיל עמ' ש). דלהבנת התוספות המכירה אמורה להועיל מדאורייתא, ולא נאסר הדבר אלא רק משום "חומרא דחמץ" כפי שכתב רבינו שמואל בן ברוך (לעיל עמ' שלא). וכיון שהמכירה מועילה מדאורייתא ואליבא דאמת החמץ אינו ברשותו של האדם, ממילא לא יכול להועיל ביטול כדי להסיר את החומרא דחמץ, וכפי שלא מועיל ביטול אחר שעה שישית, כיון שאין החמץ ברשותו. אמנם להבנת הרמב"ם המכירה אינה מועילה מדאורייתא, דכיון שאין משמעות ממשית למכירה הזאת, הוי דומיא דנותן מעות לפדיון בנו ללא גמירות דעת שלמה ואינו מפרש שנותן במתנה להחזיר, דאין בנו פדוי. וכיון שמדאורייתא אין תוקף למכירה כלל, יש מקום לומר שחכמים תיקנו שתועיל מכירה כזאת אחרי שיבטל (למרות שבפועל היא מתבצעת לפני הביטול). ואולם נראה שיש בזה קושי גדול מצד אחר, דלפי זה היתה צריכה להיות תקנה מיוחדת שהם מתקנים שתועיל כזאת מכירה, וזו לא שמענו. וגם לו נהיב ליה שחכמים התירו הערמה בדבריהם, לא מצינו שהם יתקנו תקנת מכירה מיוחדת שתועיל אף שהיא אינה אמורה להועיל.

ג. שיטת החתם סופר

החתם סופר מתקשה בסתירה בין הסוגיה בשבת והסוגיה במנחות

והחתם סופר (ש"ת ח"א סי' סב) הקשה מהסוגיה דמערים אדם על המשמרת (שבת קלט שם), דממנה מבואר דהיכא דמוכחא מילתא אין מערימין אפילו בדרבנן, על הסוגיה דמערים אדם על תבואתו (מנחות סז ע"ב) ששם "מחלקין קצת בהיפוך, דגזרו משום בעלי כיסין, והיא הערמה למכור לנכרי להפקיע ממעשר דאורייתא, ולא אסרו הכנסת פירות במוץ או דרך גגות וקרפיפות אפילו בדאורייתא לאכילת קבע לשיטת תוס' (שם ד"ה כדי שתהא), ומחלק הש"ס בין פרהסיא לצינעא, והוא קצת בהיפוך מחילוק דמסכת שבת. אע"פ שיש להפריד בין הנושאים מכל מקום מבואר שאין כל המקומות שוים, עכ"ל. דהיינו, שלא גזרו במערים להכניס פירות במוץ ודרך גגות, דווקא בגלל שזה פרהסיא, ודווקא בצנעה גזרו. ומוכח לכאורה שגזרים על הערמה דווקא כשהיא בצנעה ולא כשהיא בפרהסיא.

קשה לקבל את תירוצו

ולכאורה תירוצו קשה טובא, דהא רואים בשתי הסוגיות שהגמרא משווה ומקשה בין הנידונים השונים, ומתרת. ואם היה זה נכון לומר "שאין כל המקומות

שויים" לא היה מקום להקשות ממקרה על מקרה, והיה צריך לומר בפשיטות "שאינ כל המקומות שויים" ותו לא מידי. ומזה שהגמרא מנסה למצוא מדוע כאן אוסרים וכאן מתירים, מוכח שהיא הבינה שבאיסור הערמה אמורים להיות עקרונות שויים בכל התורה כולה, ולכן לא יתכן שבמקרה אחד יתירו ובשני יאסרו, אלמלא הסברות שחידשה.

קושייתו אינה מובנת ולכאורה הדברים מבוארים בפשיטות בגמרא

אמנם אליבא דאמת לכאורה קושייתו אינה מובנת. הגמרא אומרת שגזרו בתר"מ שגם כאשר הגוי ימרח יהיה חיוב משום בעלי כיסין. ופירש רש"י (מנחות שם ע"א ד"ה גזירה⁶) וז"ל: "משום בעלי כיסין – שיש להן קרקעות הרבה, וחסים על רוב מעשרות, וקנוהו לעובדי כוכבים וימריחום עובדי כוכבים ומפקע ליה ממעשר", עכ"ל. והגמרא מקשה דאם כן היה צריך לגזור כך גם על חלה, ועל זה תירצה שאם הוא ירצה להערים הוא יוכל לאפות פחות מחמשת רבעים קמח ועוד, ובדרך זאת יוכל להיפטר גם אם לא ימכור לגוי. ופירש רש"י (שם ע"ב ד"ה אפשר דאפי) וז"ל: "כלומר להכי לא גזרינן בחלה, דאי הוה בעי לאערומי מצי לאיערומי בהיתרא", עכ"ל. והקשתה דאם כן גם בתר"מ הוא יוכל להערים על ידי הכנסת התבואה במוץ שלה או דרך גגות וקרפיפות, ועל זה תירצה: "התם בפרהסיא זילא ביה מילתא, הכא בצניעא לא זילא ביה מילתא", ע"כ. ופירש רש"י וז"ל: "התם – במוץ ובדרך גגות פרהסיא זילא מילתא, שיאמרו פלוני מערים למיפטר ממעשר, הלכך עביד להו על ידי עובדי כוכבים בצניעא. הכא – גבי חלה הפחות מחמשת רבעים ועוד. צניעא היא ולא זילא ביה מילתא – הלכך לא עביד על ידי עובדי כוכבים", עכ"ל. ומבואר שזה שגוזרים על הערמה בצניעה הוא משום שיש לאדם קושי להערים בפרהסיא. ולא נאמר כלל שגוזרים בצניעה ולא בפרהסיא. והדברים מבוססים על מה שהתבאר לעיל (עמ' שסד), דזה שאדם מכניס את פירותיו דרך גגות או במוץ שלה, אין בזה שום איסור, ואין שום סיבה לאסור משום כך, לא בפרהסיא ולא בצניעה.

בבעלי כיסין אין שום גמירות דעת ואין לו כוונה למכור כלל

ועוד מבואר להדיא בדברי רש"י שיש הערמה מותרת ויש הערמה אסורה. וכאשר אדם אופה עיסה בשיעור שאינו מחייב בחלה הרי זה "איערומי בהיתרא"

6. בלישנא אחרונא. ולפי הלישנא קמא החשש הוא שיחליפו בין לוקח מחמר גוי ללוקח מחמר ישראל, וברור שאין מזה סתירה לסוגיה דמערים אדם על המשמרת, דאין כאן הערמה כלל.

ואין בזה שום סרך איסור, ואפילו שבזה הוא עושה תחבולה להיפטר מהחייב. אבל כאשר אדם מקנה לגוי את מה שגידל בשדותיו, זו הערמה אסורה. ועל כרחך דהיינו משום שאין כאן שום גמירות דעת. דפשוט שאין לו שום כוונה שהגוי יזכה בכל פירותיו ובכל תבואתו בלי לשלם לו טבין ותקילין תמורתם. ובעלי כיסין אינם מקבלים תמורה על מה שהקנו לגוי, וכל מטרתו של המוכר בהקנאה זו היא אך ורק למלט את התבואה שלו מחייב מעשרות. והרי ברור שאם הוא אכן היה מוכר בקניין גמור את כל פירותיו לגוי, ובזה היה מסתלק משדותיו ומתבואתו, לא היה איכפת לו כלל אם התבואה חייבת במעשרות או פטורה ממעשרות. וברור שאם איכפת לו מזה, היינו משום שהוא ממשיך להישאר הבעלים האחראי על מה שגדל אצלו בשדותיו, וכל ההקנאה לא היתה אלא מעשה שאין בו ממש, ולכן זו הערמה אסורה. וזה הדבר המבדיל בינה ובין אפייה בשיעור של פחות מכשיעור חייב חלה וכן בינה ובין הכנסת התבואה בגגות וקרפיות או במוץ שלה, שזו אמנם תחבולה, אבל היא פועלת את פעולתה, כיון שיש בה ממש, דאליבא דאמת הוא נפטר לגמרי מדאורייתא. והרמב"ם (הל' תרומות פ"ד הט"ו) כלל לא קורא לו מוכר אלא כותב וז"ל: "ומדבריהם גזרו שתהיה תרומתן תרומה, גזרה משום בעלי כיסין, שלא יהיה זה הממון לישראל, ויתלה אותו בגוי כדי לפטר", עכ"ל. דהיינו, הוא מוגדר כמי שרק "תולה" אותו בגוי, ובעצם זה ממשיך להשאר שלו. והרמב"ם גם קורא לזה "ממון", ואינו מתייחס לזה כלל כפירות. והיינו משום שאין כאן שום מכירה של ממש, והכל רק תרמית ושקר.

מציאויות הפרהסיא בשתי הסוגיות משמשות בתפקידים מנוגדים

ואם כן יוצא להדיא מדברי רש"י והרמב"ם כפי שהתבאר, שאם אין גמירות דעת ממשית בקניין, אין כאן קניין כלל. ולכן זו הערמה אסורה, כי אליבא דאמת התבואה לא נקנתה כלל לגוי, והיא עדיין נשארה בבעלותו של הישראל. ולכן אין לו ברירה אלא רק להערים בפרהסיא, ואת זה הוא לא רוצה מעצמו לעשות, כיון שהוא יודע שכולם יראו וזילא ביה מילתא. ויוצא שדווקא המראית עין היא זו שגורמת לו שלא לעשות את מעשה הערמה. אבל בסוגיה דמערים על המשמרת התבאר שהאיסורים מעיקרם הם רק מצד מה שרואים, דהיינו שהמעשה המותר נראה כמעשה איסור. והמראית עין היא באמת סברה להחמיר, דמעשיו נראים כאיסור. ולכן כשאין הוא נראה כך, אין איסור.

לפי מה שהתבאר יש ליישב סתירות נוספות שמתקשה בהן החתם סופר

והחתם סופר בתשובתו לא הבדיל לכאורה בין הערמה שהיא תחבולה אבל אין בה פגם מצד עצם הפטור שנוצר בפעולת ההערמה, לבין הערמה שיש בה פגם מהותי מצד שלא נוצרה אליבא דאמת המציאות שאמורה היתה לפטור. ולכן הוא הקשה ממקרים רבים על מקרים רבים אחרים, והסיק מכך שאין בזה הגדרה, וחכמים לפעמים אסרו ולפעמים התירו. ואולם אם מבחינים בין שתי המציאויות הללו, לא קשה מידי מהמקרים שהקשה. ובהמשך לסתירה הנ"ל שהתיישרה כדלעיל, הוא הוסיף להראות שאין בזה כללים (שם) וז"ל: "ויש אסרו לגמרי אפילו בדרבנן ולא מוכחא מילתא כולי האי, ומצינו שלא התירו לומר כל המכבה אינו מפסיד אלא בדליקה [כתובות ע' ע"ב], ובואו והצילו לכם [שבת קכ ע"א] נמי הערמה היא ולא חילקו בה, שוחט מסוכנת ביום טוב סמוך לחשיכה דלא שייך הואיל וליכא שום צורך קצת והוה ממש מיר"ט לחול דאסור מן התורה לכ"ע, והתירו על ידי הערמה מוכחא ומפורסמת לאכול כזית צלי או אפילו חי [ביצה כה ע"א], עכ"ל. ונראה דמה שהקשה מכל המכבה אינו מפסיד, אינו קשה לכאורה. דכיון שאין כאן לשון שליחות כמבואר בגמרא (כתובות שם), לא נאסר הדבר, ורק בשבת גזרו אפילו על לשון כזאת להחשיבה כשליחות. ולכן לא היה יכול להועיל כאן היתר של הערמה, דהא מי שישמע ויעשה בגלל דבריו ייחשב כעושה בשליחותו, גם אם הוא נוקט בלשון כזאת שאינה של ציווי. ואם כן גם כשרוצה להערים ואומר בלשון כזאת, לא נוצרה כאן הערמה שמוציאתו מידי איסור, דמערים היינו שעושה את המעשה האסור בדרך אחרת המותרת. אבל כאן גם הדרך האחרת של לשון שאינה של ציווי היא בכלל המעשה האסור. וכן כששוחט מסוכנת ביום טוב, סוף סוף השחיטה מועילה לאכילה ביום טוב, והותרה מן התורה. וזו הערמה שאין בה פגם כמו מכניס פירותיו דרך גגות, דסוף סוף מתקיימים כאן התנאים של היתר התורה, ולא איכפת לן שהוא אינו מעוניין לאכול את הבהמה, דסוף סוף הוא יאכל ממנה כזית והוי מותר גמור. וכאמור מה שהותר רק בדרבנן הוא דווקא איסורים שעיקר טעמם בטל, ולא חל איסורם אלא רק בגלל שלא חילקו חכמים בתקנתם, והערמה מוציאתם מידי האיסור הכללי. ולבטל את האיסור בגלל שהוא משנה את מראיתם לא ניתן אלא רק בדרבנן ולא בדאורייתא, דבדאורייתא לא דרשינן טעמא דקרא.

קושיית החתם סופר בעניין הטלת שיכר בחול המועד אינה מובנת לכאורה

ויש להעיר שהחתם סופר הקשה על הבכור שור שהבין שההערמה בהטלת שכר במועד היא מדרבנן בלבד דמסרן הכתוב לחכמים, וז"ל החת"ס: "וכמה רב

מהדוחק בזה, דכיון שראו חז"ל לאסור מלאכה זו, שוב הוה דאורייתא והיה ראוי לאסור להערים, עכ"ל. ולכאורה אינו מובן מאי קשיא ליה, דזו הרי מחלוקת גדולה וידועה אם האיסורים בחול המועד הם מדרבנן או מדאורייתא. ולשיטת הרמב"ם (הל' יו"ט פ"ז ה"א) וסיעתו אלו איסורי דרבנן לכל דבר ועניין. ואף לשיטת הרמב"ן (פסקי דיני חוה"מ) וסיעתו שסבורים שהאיסורים הם מדאורייתא, הלא גם הם מודים שהמסירה לחכמים מאפשרת להם לקבוע גדרי קולות שמתאימות למה שנוהגים חכמים לקבוע בדבריהם. ואם הם מתירים הערמה בדבריהם, הם רשאים לקבוע שכך יחולו גדרי האיסור בחול המועד אף שהאיסורים הללו תוקפם מדאורייתא. דאין בין מלאכת דבר האבד או צורך המועד ובין הערמה ולא כלום.

קושיית החתם סופר לשיטתו מהירושלמי ותירוצו

ועוד כתב החתם סופר וז"ל: "ובמשנה [דמסכת מע"ש פ"ד מ"ד] כיצד מערימים על מעשר שני דאמר בירושלמי (מע"ש פ"ד ה"ג) משום ברכה, משמע דזולת זה היה ראוי לאסור להערים ולהפקיע חומש, יש לומר לא שהיה ראוי לאסור, דהוי ליה למיתני המערים במעשר שני ואומר לבנו וכו' דינו כך וכך, ולא שיאמר כיצד מערימים כאילו תקנתא דרבנן הוא להערים, ומסיק משום ברכה, פירוש: גבי 'לא תוכל שאתו' (דברים יד, כד) כתיב 'כי יברכך ה' אלהיך', והבעלי בתים מפני שהיו צריכים להוסיף חומש נמנעו מלפדותם והעלו הפירות והפסידו הברכה, על כן המציאו חז"ל ערמה של היתר לפדות בלי חומש ולהעלות המעות", עכ"ל. ויעוין שם שמסביר שבגלל זה שלא עשו כך התמעטו הפירות שבירושלים, ולכן הוצרכו לתקנה מיוחדת בעניין זה.

קשיים בתירוצו

ואולם לכאורה יש דוחק בפירושו, וראשית דבר יש להעיר שבמשנה לא כתוב: "כיצד מערימים" וכו', דמזה משמע שבאמת יש כאן תקנתא דרבנן להערים, וכמו שמצינו: "כיצד מברכין" (ברכות פ"ו מ"א), "כיצד מזמנין" (שם פ"ז מ"ג), "כיצד פודין נטע רבעי" (מע"ש פ"ה מ"ד), "כיצד מפרישין הביכורים" (ביכורים פ"ג מ"א), "כיצד מעלין את הביכורים" (שם מ"ב) ועוד. דבנידון דידן כתוב: "מערימין על מעשר שני. כיצד, אומר" וכו'. זאת אומרת, שהיתר הערמה אינו מובא כתקנה אלא רק כדבר שניתן לעשותו לכתחילה. ואחר כך רק מבארת המשנה כיצד ניתן לממש את זה. וכן מצינו דוגמאות לכך: "התרומה מעלה את הערלה והערלה את התרומה. כיצד, סאה תרומה שנפלה

למאה" וכו' (ערלה פ"ב מ"ב), דבנידון זה ברור שזה שהתרומה תעלה את הערלה זו לא תקנה אלא דין אפשרי, והמשנה רק שואלת כיצד הוא מתיישם. וכן בהמשך (שם מ"א): "הערלה מעלה את הכלאים והכלאים את הערלה והערלה את הערלה. כיצד, סאה ערלה שנפלה למאתים" וכו'. וכן מבואר להדיא ברמב"ם (הל' מעשר שני פ"ה ה"ח): "מותר להערים על פדיון מעשרו. כיצד אומר אדם לבנו" וכו', עכ"ל. הרי שזהו היתר ולא תקנה חיובית. ונראה שגם אם היה נאמר: "כיצד מערימין", עדיין לא היה הכרח מזה שזו תקנה, אלא היה אפשר לפרש בפשיטות שזו שאלה שבאה לברר כיצד ניתן ליישם את ההיתר הזה של ההערמה. ומלבד זאת קשה על הסבר החתם סופר, דהלשון בירושלמי היא: "למה מערימין עליו, מפני שכתוב בו ברכה". ואם השאלה הייתה מדוע ההערמה היא תקנה ולא היתר רגיל, לא ביאר הירושלמי את עיקר שאלתו. והיה צריך לומר להדיא למה תקנו להערים או לשון מעין זו.

ביאור דברי הירושלמי ויישוב הקושי

אמנם הדברים מבוארים מיניה וביה בירושלמי. דמיד בהמשך כתוב: "מה נן קיימין, אם בשאמר לו צא ופדה לי – שלוחו הוא. צא ופדה לך – שלו הן. אלא כי נן קיימין בשאמר לו פדה לי משלך פדה לך משלי. ותני כן: פדה לי משלך פדה לך משלי, אינו מוסיף חומש", ע"כ. ומבואר שהירושלמי מבין שמדובר על מקרה שהפודה אומר להדיא שהוא פודה עבור הבעלים שנתנו לו את המעות.⁷ וההערמה איננה רק בזה שהוא נותן לו את המעות במתנה, והוא פודה עבור עצמו, והבעלים רק משתמשים במה שהפודה פדה לעצמו, אלא הפודה פודה להדיא עבור בעל הבית. ומיניה וביה גם מבואר שבעל הבית אמור להקנות לגמרי את המעות לפודה. ונפקא מינה שאם הפודה מחליט שהוא מפנה עורפו לנותן המעות, ולוקח את כל המעות לעצמו, הוא רשאי, דהמעות נחשבות שלו לכל דבר ועניין. אלא שעדיין היה מקום לחשוש שלא יקנה לו יפה יפה, ויהיה בזה חסרון של גמירות דעת, וקמ"ל הירושלמי שהפדיון מועיל למרות החסרון הזה.⁸ וגם היה מקום לחשוב

7. או על מקרה שאדם אמר לחברו "פדה לך משל", שזו בודאי אינה הערמה ואין זה נוגע לנידון של החת"ס.

8. לשון הירושלמי היא: "רבי אבון אמר: איתפלגון רבי לעזר ורבי יוסי בר חנינה; חד אמר למה מערימין עליו מפני שכתוב בו ברכה, וחרנה אמר למה פודין אותו בשער הזול מפני שכתוב בו ברכה", ע"כ. ולכאורה משמע שלפי האמורא השני מותר להערים ללא הדרשה שנאמר בו ברכה. אך אין הכרח להבין כך, וניתן להבין ששאלת הירושלמי "במה נן קיימין" מתייחסת רק לשיטה

שאם הוא פודה להדיא עבור בעל הבית, לא יועיל, דבסתמא דמילתא כל אדם אמור לפדות לעצמו, ולכאורה לא מצינו שאדם אחד יפדה עבור מישהו אחר שלא בשליחותו. דבשלמא אם זהו בשליחותו, מצינו עניין של שליחות בכל התורה. אבל שהוא יפדה מדעתו עבור מישהו אחר, לכאורה לא שמענו. ולכן הוצרך הירושלמי לילפותא מיוחדת שהכל שריר וקיים והפדיה תופסת ומועילה⁹. ומלבד כל זאת הבבלי (גיטין סה ע"א) מבאר את המשנה בדרך אחרת מהירושלמי, ולשיטתו מדובר דווקא על מעשרות מדרבנן, ולא מדובר על הערמה כזאת שהוא פודה להדיא בשביל בעל הבית. ולכן אין אפשרות להוכיח מהירושלמי הזה, כיון שאין הוא אליבא דהלכתא.

סברת הרשב"א בביאור דברי הגמרא

והרשב"א (גיטין סה ע"א ד"ה הא לכם) כתב וז"ל: "ואם תאמר עוד היאך מדקדק מכאן דקטן זוכה לאחרים, דכיון שהאב זיכה להם המעות הללו וזכו בהם דבר תורה כמו שכתבנו, אם כן לעצמן הם פודין. יש לומר דכיון שאין זה אלא בהערמה, וכוונתן לפדות אותו לצורך אביהם והמעשר חוזר הוא לאביהן, אי לאו דזוכין לאחרים אין פדיונן פדיון בכיוצא בזה", עכ"ל. ולכאורה כוונתו פשוטה, דהפדייה של הקטן היא לצורך אחרים ולא לצורך עצמו, דהמעשר חוזר לאביו. ומזה מוכח שקטן יכול לזכות לאחרים, דאין כאן פדייה לצורך עצמו ונתנית רשות בעלמא לאביו לאכול מפריו ולשבוע מטובו, אלא הפדייה עצמה נעשית מלכתחילה עבור אביו. והוי מעין קניין דעבד כנעני (קידושין ז' ע"א) דהילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת מדין עבד כנעני, דאע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני ליה להאי איתתא. ואף האב אינו חסר מידי, דמה שנתן בנו את המעות לרשות גבוה (ב"מ צ' ע"א לשיטת ר' מאיר; רמב"ם הל' מע"ש פ"ג ה"ז) לא נחשב שהאב חסר מעות, דאין אלו מעות שלו, דכבר זכה הבן קודם לכן במעות, ובכל זאת קא קני להו האב להאי פירות. ואלמלא הבן היה יכול לזכות

שלומדת את היתר ההערמה מהפסוק, והירושלמי מברר למה נצרכה הדרשה, אך השיטה שאינה נזקקת לפסוק תבאר את המשנה באופן אחר.

9. ומה שמצאנו בתוספתא (מע"ש פ"ד ה"ב) לשון רמאות ("משרבו הרמאין") בנידון דהערמה, אינו מתייחס לעצם ההערמה אלא לאנשים שקיבלו כסף על מנת לפדות ולא פדו כלל, ועברו בכל על רצונו של האדם שהביא להם את הכסף. ואין מזה שום ראיה שדברי הירושלמי מתייחסים להערמה האסורה.

לאחרים, הוא לא היה יכול לפדות את הפירות ולזכותם לאב אלא היה יכול רק לזכות לעצמו¹⁰.

לכאורה קושיית החתם סופר על הרשב"א אינה מובנת

ואולם החתם סופר התקשה בדברי הרשב"א הללו וז"ל: "וצריך פירוש לפירוש, דכיון דפירוש לשון הערמה ערמה של היתר הוא כמש"ל בלשון הרמב"ם וכמ"ש רשב"א עצמו בלשון קושייתו שהקנה להם המעות קנין גמור הקונה מדאורייתא, ולעניין פדיית המעשר אין חילוק אם פודין הפירות לעצמם או לאביהם, לעולם פטורים מחומש כמ"ש הר"ש שם במשנת מע"ש, אם כן תירוצו של הרשב"א צריך ביאור איך יולד מזה שזוכים לאחרים", עכ"ל. ולכאורה קושייתו אינה מובנת כלל. דאדרבה ואדרבה, כיון שהמעות הן אכן של הקטן והוא זכה לגמרי במעות שנתן לו אביו, יש נפקא מינה גדולה אם הוא פודה לעצמו או פודה לאביו. דאמנם בשני המקרים הוא פטור מן החומש, אבל סוף סוף הוא לא היה יכול לזכות את הפירות לאביו, אם קטן אינו יכול לזכות לאחרים. ולכאורה אינו מובן מאי קשיא לחתם סופר.

לכאורה אין מקום לקושיית החתם סופר על סוגיה דטבלא שלה וגט עליה

וכהקדמה ליישוב קושייתו הביא החתם סופר את הסוגיה הנ"ל (עמ' שלד ואילך) של טבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה (גיטין כ' ע"ב וכא ע"א), וכתב וז"ל: "ולכאורה טפי הוה מצי לאתויי מהא מתני' דמע"ש דאפילו אשה קטנה היינו שפחה העברית ידעה לקנות בכה"ג, דאע"ג דהתם להקנות והכא לקנות, מאי שנא, כיון דהשפחה מעיקרא לא קבלה הני זוזי מרבה אלא שתפדה במ מעשרו ולבסוף תחזור לו שניהם, ואי אין בכח דעתה לקנות קנין גמור בכה"ג, הרי לא קנתה, ואין המעשר פדוי ואע"כ דעתה לקנות. והוא הדין אשה מקנה טבלא לבעלה, וכל שכן הוא דהכא בקטנה והתם גדולה. וצריך לומר אין הכי נמי הוי מצי לאתויי מהכא, אלא הוה מצי למידחי במע"ש דרבנן אבל בדאורייתא אפילו גדולה לא, משום הכי מייתי מאשה כותבת גיטה כצ"ל, עכ"ל. וגם בזה לכאורה אין מקום לקושייתו, דלכאורה יש הבדל מהותי בין קונה למקנה. דהא קיי"ל דכאשר יש דעת אחרת מקנה, אין צורך בדעת קונה

10. והרשב"א לא הזכיר את דין עבד כנעני להדיא, כי שיטתו היא שאין זה דין מיוחד שיש צורך להזכירו בשמו, דמבואר בדבריו (קידושין שם ד"ה הילך) שהבין שזהו דין בסיסי בשליחות וזכיה, שהגמרא נוקטת אותו בפשיטות (קידושין מה ע"ב) וכדפירש רש"י (שם ד"ה ודילמא).

כלל (ב"מ יא ע"ב, רמב"ם הל' גזילה ואבדה פ"ז ה"א, רא"ש פ"א סי' לא ושר"ע חו"מ סי' רסח ס"ד), ולכן אפילו קטן זוכה כשדעת אחרת מקנה לו (תוס' גיטין סד ע"ב ד"ה שאני, ועוד ראשונים רבים)¹¹. ואם כן, לא איכפת לן שהאמה העבריייה אינה יודעת לקנות, דהעיקר הוא שהבעלים יודע להקנות לה את מעותיו.

אמנם נראה דגם ביחס לבעלים אין הנידון דומה לראיה כלל, לפי מה שהתבארה הסוגיה לעיל (עמ' שלו). דהנידון בסוגיה הוא האם אישה יכולה לגמור בדעתה שהיא מקנה כדי שיקנו לה בחזרה את הדבר שהקנתה קודם לכן. והיינו משום שההבנה הפשוטה של בני אדם היא שאין כאן אלא מעשה סמלי בעלמא, ואין הם מוסרים יפה יפה מלכתחילה, כיון שהם יודעים שהם יקבלו את הדבר חזרה מיד כפי שנתנוהו קודם לכן. ועל זה מסיקה הגמרא שאישה יכולה לדעת את הדבר הזה ולהיות בקיאה בהקנאה זו. ואם כן, בנידון דידן שהוא נותן לאמה העבריייה מעות חולין, ולאחר שהיא פודה את המעשר הוא מקבל ממנה מעות שקדושות בקדושת מעשר שני, אין הוא מקבל את אותו הדבר שהוא נתן, דפנים חדשות לגמרי באו לכאן. ומעות שונות עוד יותר מהנידון דהסוגיה, דמעות להוצאה ניתנו, ויתכן בהחלט שהיא מביאה לו מעות אחרות לגמרי. ואף אם היא לא תחזיר לו את אותן המעות, אין בהן שום דבר מסוים, וגמר ומקני. ולא דמי לנידון הסוגיה, ששם הוא מקבל שוב בדיוק את אותו חפץ שהוא נתן.

ואמנם לעיל (עמ' שלט ואילך) התבאר שיש בהחזרת הגט צד של גמירות דעת יותר מאשר במסירת מעות, משום שבניגוד למעות, לנתינת הגט יש משמעות מרובה אפילו כשהיא נעשית לזמן קצר, וכן מסיבות נוספות. אך שם ההשוואה הייתה למקרה שהאדם מקבל בחזרה את אותן המעות שהוא נתן, ואילו כאן המעות המתקבלות שונות מאלו שניתנו בתחילה. ומלבד זאת, הנידון שם היה על מעות דפדיון הבן, שבהן ההערמה היא בכך שהאדם רוצה לקבל בחזרה את עיקר הסכום שנתן, ואילו בנידון דידן הרצון הנידון הוא להיפטר מחומש, והרצון לקבל בחזרה את כסף (שקדוש בקדושת מעשר, ויכולת השימוש בו היא מוגבלת) אינו הרצון העיקרי שעליו דנים.

ויש להוסיף שעקרונית האמה העבריייה יכולה גם לקחת את המעות לעצמה ולבגוד במה שביקש ממנה, ואין לו עליה אלא תרעומת. ואף על פי שמסתבר שהאמה לא תמרה פי אדוניה וכן הבן לא ימרה פי אביו, אין הדבר נשען אלא על

11. ואף לשיטת הקצה"ח (סי' רלה סק"ד) בדעת הרמב"ם, שהגדול המקנה שיש לו דעת הוא זה שיזכה עבור הקטן, סוף סוף הדעת היא של הגדול המקנה, ואין צורך בדעת הקטן הקונה.

רצונם, ואין דבר שמחייב אותם בזה מצד עיקר הדין. ואם הבן הגדול ירצה לקדש אישה במעות שקיבל, ואחר כך להוסיף מעות אחרות ולפדות בהן את הפירות, האשה תהיה מקודשת. ולכן אין כאן סתם העברה בעלמא של הכסף מיד ליד הלך וחזור. ובאמת בזה דומה הדבר למעות פדיון הבן שאין האב יודע אם הכהן יחזיר לו. אמנם בניגוד לנידון דפדיון הבן ששם האב הוא המקנה ואין הדבר תלוי בו אלא בכהן, ולכן יש צורך שהאב יתיימש לגמרי מהמעות שלו, דאחרת לא תהיה בזה גמירות דעת שלמה; כאן הנידון הוא על האמה הקונה, והדבר תלוי דווקא בה. והיא מצידה קונה בגמירות דעת מוחלטת שתפדה במעות את הפירות עבור האדון.

דחיית תירוצו של החתם סופר

וגם תירוצו של החתם סופר קשה לכאורה. דהא הגמרא מביאה ראיה משטר הלוואה ומערב היוצא לאחר חיתום שטרות, והרי אין בהם תוקף של מצוה או איסור דאורייתא. ולכאורה מעשר שני דרבנן דווקא עדיף על קניין ממוני רגיל, דמלבד ההקנייה שבדבר יש בזה גם צד של מצוה ואיסור מדרבנן. ומזה שהגמרא מביאה ראיה מקניין ממוני רגיל, מוכח שהיא לא נמנעה מלהביא בסוגיה ראיות כאלו שאין בהן צד של מצוה או איסור דאורייתא. ואם כן זו לא היתה יכולה להיות סיבה שבגללה לא הביאו את הנידון של פדיית מעשר שני על ידי אמה עבריייה.

הסברו של החתם סופר בגמרא וברשב"א

ולאחר ההקדמות הנ"ל ולאחר שהוכיח שקטן אינו יכול להקנות מצד זה שאין לו דעת, כתב החתם סופר את עיקר הסברו בגמרא וברשב"א, וז"ל: "מבואר הא דס"ל שאינו זוכה לאחרים היינו משום שס"ל לא הגיע הקטן עדיין לדעה כזו להקנות לאחרים, ומשום הכי פריך ר"א ממעשר שני כיון דקנין של הערמה הוא היינו הערמה של היתר כדרך טבלא של אשה וזקן שהלוח לכל בני הכפר, מכל מקום מי שאין דעתו שלימה אין ביכלתו דעתו לקנות כהאי גוונא, שאפילו אשה גדולה הוה ס"ד שלא יכולה לכוון ולהקנות, וכיון דחזינן דסומך בדאורייתא על שפחה העברית הקטנה, שמע מינה דעתם שלימה אפילו ע"ד הערמה, מכל שכן להקנות לאחרים קנין ממש בלי הערמה. ודחי ש"ס, דלמסקנא אין קטן מקנה לאחרים, והוא הדין אינו קונה ע"ד הערמה הנ"ל, רק רבנן סמכו בשלהם ולא בדאורייתא. זהו פירוש כוונת הראשונים בסוגיא בלי ספק לענ"ד, עכ"ל. ונראה בביאור כוונתו במכלול דבריו שבנידון דמעשר שני באמת לא היה נצרך כל כך שהקטן יחזור ויקנה לגדול,

דבין כך ובין כך הוא פטור מן החומש. ולכן באמת מצד הכוח הנדרש להקנות לא היה מקום ללמוד ממה שהותרה הערמה באמה עבריינה לקניין רגיל שקטן יוכל להעביר ולזכות לאחרים, וכקושייתו הנ"ל על הרשב"א. ואולם מצד הדעת הנדרשת כדי לקנות ולבצע את ההערמה ולהחשיב את המעות כאילו שהם עברו מרשות בעל הבית לרשות הפודה, יש צורך ביתר דעת מאשר בהקנאה רגילה, כיון שהדבר פחות מובן וברור בהערמה. ובסתמא דמילתא אדם אינו יודע לחשוב את המחשבות הנדרשות בעניין זה. וכיון שהחיסרון הקיים בכוחו של הקטן להקנות הוא מצד חסרון הדעת שבו, הרי שדווקא החידוש שהערמה מועילה בקטן הוא יותר גדול מאשר החידוש שקטן יכול להקנות הקנאה רגילה ולזכות לאחרים. ולכן הגמרא יכולה היתה להוכיח מכך שקטן יכול להערים שכל שכן שהוא גם יוכל לזכות לאחרים.

קשה לקבל את הסברו ולפי מה שהתבאר אין בו צורך

ואולם לכאורה נראה שקשה מאוד להעמיס בדברי הגמרא שיש כאן שני נידונים שונים: קניין רגיל וקניין של הערמה, והגמרא למדה את דבריה בדרך של כל שכן, והרשב"א אמר אף הוא את דבריו בדרך של כל שכן, ושיש כאן השוואה מובנת מאליה בין קטן הקונה לקטן המקנה. דמפשטות לשון הגמרא והרשב"א נראה שהם הבינו שמדובר על אותו נידון ממש. ובאמת לפי מה שהתבאר לעיל אין צורך לכל זה. וההשוואה שהשווה בין הסוגיה הזאת ובין הסוגיה דמתנה על מנת להחזיר אינה צודקת וכנ"ל. דבהערמה המדוברת כאן הוא אכן מעביר את הבעלות שלו על המעות לידי האמה הקטנה. והמעות נעשות כשלה לכל דבר ועניין. והיא פודה את הפירות במעותיה. והקניין שנעשה בזמן שהיא פודה הוא שהפירות עוברים לרשותו של הבעלים למרות שהיא פדתה את המעות בשלה, ומועיל כמו בדין קניין עבד כנעני וכנ"ל.

דחיית קושיית החתם סופר על הבכור שור לפי מה שהתבאר

והחתם סופר דחה את עיקר טענת הבכור שור, וז"ל: "והנה נראה דדעת הגאון בכור שור דגוי אין דעתו לקנות בכהאי גוונא. ומסתין מה שמצינו באיתתא ישראלית¹², אבל גוי מנא לן. והא דנהגינן למכור חמץ בכהאי גוונא משום דהוה נמי

¹² דהיינו האישה שמקנה את הגט.

דרבנן אחר שביטל. ודבריו צל"ע לכאורה, דממה נפשך, אי ביטל כבר, שוב איך מוכר לנכרי מה שכבר ביטל והפקיר. ואי מכר תחלה קודם שביטל, הרי אין כלום תועלת במכירה זו, ואיך נאמר לכשיבטלנו אחר כך תחול המכירה למפרע, זה דבר שאין הדעת סובלו. אלא על כרחך ס"ל גוי דעתו לקנות כהאי גוונא. ועיין מג"א [רס"י תמא (סק"א)] כתב לקנות חליפין בכליו של גוי הקונה. וכבר כתבתי לעיל דמשמע ברשב"א מי שיש לו דעת להקנות בכליו יכול לקנות בערמה כנ"ל, וכל קנין הכלי של קונה איננו אלא קנין של ערמה כנ"ל שיודע שסופו להחזיר לו, ואף על גב דפליגי אי גוי קונה בחליפין¹³, מכל מקום למאן דסבירא ליה דקונה בחליפין מוכח דגוי דעתו לקנות כנ"ל. והחולקים סבירא להו דגוף קנין של חליפין זאת התעודה בישראל כתיב אבל לא מטעם שאין דעתו לקנות, "עכ"ל. ולעיל (עמ' שסט) התבאר שהטענה שאין תועלת במכירה שנעשתה לפני הביטול, לכאורה אינה צודקת. דכיון שהאיסור חל בפועל רק משעה שישית ואילך, הרי שבשעת המכירה הוא לא עובר על איסור, אף על פי שהוא מערים. ולכן אם ימכור ואחר כך יבטל, הרי שכאשר יגיע זמן האיסור, לא יהיה בזה אלא רק איסור דרבנן, כיון שמדאורייתא הועיל הביטול. ולשיטתו של הבכור שור בכהאי גוונא אמורה להועיל המכירה שנעשתה בהערמה. אמנם יש קושי אחר בזה, שלכאורה אין האדם יכול לבטל דבר שאינו שלו. ורק אם ננקוט שהמכירה לא הועילה כלל מדאורייתא כשיטת הרמב"ם, יש מקום לומר שיועיל הביטול, וכפי שהתבאר שם.

הבכור שור סבר שיש בעיה בסיסית במכירה ולא משום שהקונה הוא גוי

ומה שהוכיח החתם סופר שדעתו של הגוי לקנות בהערמה מעצם זה שמוכרים את החמץ, ערבך ערבא צריך. אבל נראה שגם מה שייחס לבכור שור את ההבנה שלא מצינו שאפשר לקנות אלא רק באיתתא ולא בגוי, לכאורה לא אמר הבכור שור דבר זה ולא רמז לכך. דזו הבנה שהחתם סופר נוקט אותה לשיטתו שאין הבדל בין קונה למקנה בעניין הדעת לקנות ולהקנות במתנה על מנת להחזיר. אבל מדברי הבכור שור נראה שלא התייחס כלל לסוגיה זו דטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה. ולא נכנס כלל לחילוק שבין אישה וגוי בכל דבריו. ונראה שהבין כפי שהתבאר (עמ' 13).

13. ר"ת סובר שגוי קונה בחליפין (קידושין ג' ע"א תוס' ד"ה ואשה), וכן כתבו בשמו הרשב"א (קידושין שם סוד"ה למעוטי) והרא"ש (תוספותיו שם ד"ה ואשה) והסמ"ג (עשה פב), וכן דעת הריטב"א (קידושין שם ד"ה סד"א), רבינו ירוחם (מישרים נכ"ב ח"א, נה ע"א) והטוש"ע (חר"מ סי' קכג ס"ד). לעומתם, המאירי (קידושין כב ע"ב ד"ה ומעתה) ומהר"ם מינץ (סי' ה) ומהרש"ם (חר"מ סי' נט) והש"ך (חר"מ סי' קכג סק"ל) סוברים שאינו קונה בחליפין.

שעז), שיש הבדל מהותי בין הקונה למקנה, ובנידון דידן המקנה הוא הישראל, ובעניין זה אין הבדל בינו ובין האישה. ולכן לא איכפת לנו שהגוי אינו יודע לקנות, והעיקר הוא שהישראל יודע להקנות. ועיקר טענתו שיש בעיה במכירה הוא לא בגלל ש"לא יודעים לקנות" אלא כפי שכתב להדיא וז"ל: "דהנה מעיקרא דדינא פירכא על מכירת החמץ הנהוג, הלא מוכחא מילתא דהערמה טובא שזה הקונה לאו גברא דאורחיה מעולם לקנות כך, וזה אין דרכו למכור כך, ועל הרוב הקונה הוא עני וקונה בכמה מאות חמץ כנהוג עתה שאין מוכרים בדבר מועט ושאר הוכחות טובא", עכ"ל. ובזה הבכור שור שדא נרגי סגי אין על המכירה הקיימת, ולא נזקק כלל לחילוק שבין גוי וישראל. ולכן הוא אפילו אינו מזכיר את העובדה שהקונה הוא גוי ואינו ישראל, אלא הוא מתייחס אליו כאל קונה בעלמא. דאפילו כקונה ישראל אין כאן שום מציאות ממשית של מכירה אמיתית.

האיסור בבעלי כיסין אינו משום שהערמה נאסרה על ידי גוי

ועוד כתב החתם סופר וז"ל: "ונ"ל קצת ראייה לדברי הגאון בכור שור [ממנחות סז ע"ב], דפריך אי הכי חלה נמי, ומשני חלה אי בעי אפי לה פחות מה' רבעים, ופירש"י דאי הוה בעי לאיערומי הוה מצי לערומי בהתירא. משמע הערמה דבעלי כיסין איסורא הוא, ואי סלקא דעתך לית ביה איסורא אלא הפקעת מעשר וחלה, קשה, הא בפחות מה' רבעים והכנסת פרי במוץ נמי מפקיע ומה לי הא או הא, אלא ע"כ בעלי כיסין איסורא משום דאין דעת גוי גומר לקנות", עכ"ל. ואולם נראה ברור שלא זו הבעיה בבעלי כיסין, והאיסור שבדבר אינו נובע מעצם העובדה שהקונה הוא גוי. וכבר התבאר לעיל (עמ' שעא) שמוכח להדיא שהמעשה כולו הוא חסר שחר ואין לישראל שום כוונה למכור, ואין הוא מקבל טבין ותקילין על המכירה, והוא ממשיך להיות אחראי על הפירות, ועובדה היא שאיכפת לו מזה שהם יהיו פטורים מהמעשרות. ואין כאן אלא התחמקות בעלמא מחיוב מעשרות, עד כדי כך שהרמב"ם (הל' תרומות פ"ד הט"ו) אינו מתייחס אליו כמוכר אלא כתולה בעלמא את פירותיו בגוי.

ביאור המשנה במעשר שני ויישוב קושית החתם סופר

והחתם סופר התקשה לשיטתו וז"ל: "ולפי זה צ"ל הא דתנן [במתניתין דמע"ש] אבל לא לבנו ולבתו הקטנים ולא לעבדו ולשפחתו הכנענים מפני שידן כידו, תיפוק ליה שאין בהם דעת לקנות כה"ג, דהרי בנו ובתו הקטנים מיירי בלא הגיעו לעונת

נדדים, ועבדו ושפחתו הכנענים גוים נינהו ואין בהם דעת לגמור ולקנות, ומה צריך לומר מפני שידן כידו. ויש לומר עבד ושפחה הכנענים עדיפא מגוי לענין זה, וצ"ע, אבל עכ"ל. וקושיה זו הוקשתה לו משום שהבין שיש בעיה להערים על ידי גוי. אבל כאמור, לא זו הבעיה בבעלי כיסין שכביכול מוכרים לגוי. ואם המכירה היתה אמורה להועיל מצד עצמה, לא היה בזה חיסרון שהקונה הוא גוי. ולכן מצד זה גם לא היה אמור להיות חיסרון שהקונה הוא קטן. וגם תירוצו לכאורה קשה, דאף אם הדברים נכונים בעבדו ושפחתו, סוף סוף אין בזה תירוץ לבנו ובתו הקטנים. אמנם גם עיקר קושייתו אינו מובן לכאורה, דאפילו אם היה זה נכון שאין להם דעת לקנות בכהאי גוונא, סוף סוף הקביעה שידם כידו גורמת לכך שבכלל אין כאן קניין, ולא שיש חסרון בקניין. דראובן שמעביר דבר מיד ימין ליד שמאל, לא עשה שום דבר, ולא צריך להיות איכפת לנו אם כשהוא העביר מיד ליד היתה לו דעת או שלא היתה לו דעת.

קשה לפרש את דין מכירת מבכרת שהאיסור הוא רק מדרבנן ולא גזרו בזה

והוסיף החתם סופר להקשות לשיטתו וז"ל: "אלא לכאורה ראייה ברורה דגוי יש בו דעת לקנות בהערמה ממה שכתבו תוס' וכל הפוסקים במכירת מבכרת לפטור מבכורה. וצריך לומר אין הכי נמי מדאורייתא מהני ומיהו רבנן לא סמכו ואסרו גבי בעלי כיסין, ובבכור משום חשש קדשים בזמן הזה אוקמוהו אדין תורה כנ"ל", עכ"ל. ובאמת לפי הנ"ל, אין בעיה להערים על ידי גוי. ודווקא מהסבר הראשונים (לעיל עמ' שלא) שרק משום "חומרא דפסח" אסרו את המכירה לגוי, מוכח שבאופן עקרוני היה אפשר להערים על ידי גוי. וכאמור שאני בעלי כיסין שאין זו מכירה כלל. ובדעת הבכור שור, שבשיטתו אומר החתם סופר את דבריו, התבאר שמוכרחים לומר שסבור שמדאורייתא דווקא אין זו מכירה, ואין הוא סבור שיש כאן הפקעה מדרבנן למכירה הקיימת מדאורייתא.

במכירת מבכרת אין בעיה של הערמה אלא של הפקעה או גרימת טעות

אמנם אליבא דאמת נראה שבעניין מכירת מבכרת לפטור מבכורה אין בעיה של הערמה אלא רק של עצם ההפקעה מקדושת כהן. דכאשר אדם מוכר לגוי חלק מהבהמה, אין זו מכירה לזמן. והגוי קונה חלק ממשי בבהמה, וכשישחטנה הישראל יהיה חייב לתת לגוי את חלקו שקנה ממנו. והרי זו מכירה גמורה לכל דבר ועניין. ובאמת כאשר כלו חיותא דרב מרי בר רחל (בכורות ג' ע"ב) אחר שהקנה אודנייהו

דמבכרת לגוי, ביארה הגמרא דהיה זה משום שהפקיע את הקדושה של הבהמה, ולא בגלל עצם ההערמה שמכר מכירה רעועה. וגם לפי ההסבר השני בגמרא, שהוא ידע לאקנויי קניין גמור וראו אותו אנשים אחרים ומכרו בקניין שאינו גמור, היינו כדביאר רש"י (שם ד"ה קנין גמור וד"ה מילתא), שהוא מכר בקניין כסף, והם היו מוכרים בדיבור בעלמא דלא קני. והתוס' (שם ד"ה דקא) והרא"ש (שם פ"א ס' ב) ביארו באופן אחר. אבל על כל פנים הבעיה לא היתה בכך שהמכירה היתה רעועה אלא בעצם התחבולה להפקיע קדושה או בכך שלמדו ממנו וטעו.

ישוב המנהג למכור ולא לחשוש למה שאירע לרב מרי בר רחל

ויעוי"ש בתוס' וברא"ש שתירצו את המנהג הקיים למכור כפי שנהג רב מרי בר רחל, ולא לחשוש לכך שהוא נענש על זה. ולכאורה יש קצת דוחק בתירוצייהם¹⁴. ואלולא תירוצייהם היה מקום ליישב שבזמננו הכהנים מעדיפים בעצמם להיפטר מדיני הקדושה של הבכור, והרי לפי ההסבר הראשון העונש היה בגלל שהפסיד לכהנים את דיני הקדושה שהיו יכולים וצריכים לנהוג בבכור. וכנגד ההסבר השני, יש מקום ליישב שבזמננו כולם כבר יודעים איך צריך לנהוג עם הבכור, ואין מקום לחשש הזה. דמבואר בגמרא שלא הייתה כאן רעותא עקרונית אלא שבפועל אנשים טעו ללמוד ממנו דבר שאינו נכון והגיעו לתקלה. וכיון שהיום כולם יודעים כיצד לנהוג, הם אינם מגיעים לתקלה.

וכל זה בתנאי שהגוי באמת יקבל את החלק שנמכר לו, אך אם רק חותמים על שטר מכירה ובפועל לא נותנים לגוי שום דבר, זו הערמה גמורה והבהמה קדושה בקדושת בכור מדאורייתא. ועל כל פנים אין לאסור בשר שנקנה ממפעל שלא נתן לגוי את חלקו, משום שהקונה אינו יודע לזהות את הבכורות, וכל דפריש מרובא

14. התירוף הראשון בתוס' הוא שרב מרי הקנה בעובר ואנו מקנים באם. אך לכאורה לא ברור מדוע באמת לא הקנה רב מרי באם. וגם מהלשון "הויא ליה ההיא חיותא, הוה מקנה לאודנייהו לעובד כוכבים" משמע שהוא הקנה את אוזני החיות שכבר היו לו, דהיינו שהקנה באם ולא בעובר. התירוף השני הוא שבימי רב מרי היו בקיאים בהטלת מום בעובר ולכן הפיתרון של הקניה לגוי לא היה רצוי, מה שאין כאן בזמננו שאין בקיאים. וגם זה לכאורה אינו מרווח, דהטלת מום בעובר היא פעולה פשוטה בימינו, ודוחק לומר שבעבר המציאות הייתה אחרת. התירוף השלישי הוא שרב מרי הקנה את אוזן העובר לפני שבאה לעולם, והיה מקנה באופן המועיל, דהיינו בהמה לאוזני עובר, אך היה חשש שילמדו ממנו להקנות דבר שלא בא לעולם באופן שאינו מועיל. וזה לכאורה מאוד חסר מן הספר, שעיקר הבעיה הוא בסגנון ההקנאה. וגם לכאורה קשה שבגמרא מבואר להדיא שחיותיו כלו בגלל עצם ההפקעה, וקשה לומר שאין שום רעותא בעצם ההפקעה והעונש היה רק על האופן המסוים שבו הקנה.

פריש, וחל כאן ביטול ברוב, ואחזוקי איסורא לא מחזקינן. ואף אחרי הבישול אין לחשוש לנתינת טעם איסור, ואכמ"ל בזה.

ומלבד זאת, במציאות היום ברוב גדול של המקרים הבהמות נמצאות בזמן השחיטה בבעלות של גוי ובמקרים רבים נוספים הבהמות הן בשותפות של ישראל וגוי, ובמקרים אלו הן ודאי פטורות מבכורה (רמב"ם הל' בכורות פ"ד ה"א, שו"ע יו"ד סי' שכ ס"ג), וזאת בנוסף לעובדת היותם של הבכורים מיעוט מובנה מכלל הבהמות, ויש לצרף לרוב זה גם את הנקבות הבכורות שאין בהן דין בכורה.