

הפרשת תרומות ומעשרות משלל מלחמה בעזה וברפיח

הרב אורי סדן

ראשי פרקים:

פתיחה

לגיטימיות השלל והבעייתיות בלקיחתו

איסור לקיחת שלל מדינא דמלכותא

מעמד המשפטי של הפירות

קנין כיבוש

מעמד שטח שנכבש על ידי צה"ל

מעמד שטח שנכבש על ידי צה"ל במלחמת שמחת תורה

עזה ומזרח רפיח וגבולות ארץ ישראל

פתיחה

בשמחת תורה תשפ"ד פרצו מחבלים מרצועת עזה למדינת ישראל, כבשו ישובים, הרגו והתעללו ביושביהם וחטפו שבויים. בתגובה נכנסו כוחות צה"ל לרצועת עזה וכבשו חלקים ממנה. בלחימה לקחו חלק בחורי ישיבות, רמי"ם, רבנים ודיינים אשר נלחמו כחלק מעם ישראל כולו. באופן אישי נטלתי חלק בקרבות בצפון הרצועה ובדרומה ובמהלכם נתקלתי בשאלות שונות. אחת מהן נוגעת לשלל שנלקח לצורך הזנת הכוחות הלוחמים. התזונה של הכוחות התבססה על אוכל יבש אותו הכניסו איתם הכוחות, אך בשטח הרצועה קטפו החיילים פירות שונים על מנת לשפר את איכות המזון ובכך לסייע ללחימה. השאלה היתה האם פירות אלו חייבים בהפרשת תרומות ומעשרות אם קטיפתם והכנסתם לבתים בהגנה נעשתה על ידי חיילי צה"ל. על השאלה ענינו מלכתחילה ללא ספרים או טלפונים אך אחרי יציאתנו הרחבנו וביססנו את התשובה. התשובה עוסקת הן במעמד המשפטי

של השלל ובהשלכות השאלה המשפטית על החיוב בדיני תרומות ומעשרות, באזור בעל מעמד הלכתי מיוחד.

לגיטימיות השלל והבעייתיות בלקיחתו

בתורה מפורש פעמים רבות על היתר לקיחת שלל במלחמה, לרוב מדובר בתיאור של התנהגות: "רַק הַבְּהֵמָה בְּזוֹנוֹ לָנוּ וְשִׁלַּל הָעָרִים אֲשֶׁר לְכַדְנוּ" אולם לעיתים מדובר בהוראה מפורשת: "רַק הַנָּשִׁים וְהַטָּף וְהַבְּהֵמָה וְכָל אֲשֶׁר יִהְיֶה בְּעִיר כָּל שְׁלָלָה תָּבוּ לָךְ וְאָכַלְתָּ אֶת שְׁלָל אֲיִבֶיךָ אֲשֶׁר נָתַן ה' אֱלֹהֶיךָ לָךְ"².

מפסוק זה לומד הספרי את ההלכה: "וכל אשר יהיה בעיר כל שללה תבוז לך - יכול תהא ביזתם אסורה לך? תלמוד לומר תבוז לך ואכלת את שלל אויביך"³.

אולם מלשון הספרי משמע שהלכה זו אינה טריוויאלית וטרח וכתב לה קרא, ואלמלי היתרה המפורש של התורה היה השלל אסור. את ההוא אמינא לאסור נטילת שלל ניתן להבין בשלשה אופנים לפחות:

האחה, דין גזל; שכן אם נפשו של האויב הותרה כמי שקם להורגך, ממונו שלא קם להורגך מנין שאינו שייך ליורשיו? וכמו כן מי אמר שהממון אותו מצאת שייך דוקא לאדם שבא להורגך? אולי זה השכן שלו שכבר מבוגר ולא בא להורגך בעצמו, ואולי אפילו אם זה היתה תלוי בו לא היה בא להורגך אלא שהמלחמה גרמה לו לברוח ולהשאיר ממונו מאחור?, על כן באה התורה והתירה את ממונו, כשעם יוצא להלחם בעם אחר אזי ממון כל אחד ואחד מהם הותר ואין בו משום גזל.

השני, דין חרם. כפי שמצאנו במלחמת יהושע ביריחו - היות ולה' הישועה הרי שלו גם השלל. בעלות על השלל מבטאת תחושת בעלות ביחס לנצחון, המהווה בעיה אמונית; זו ההוא אמינא, לכן באה התורה ואמרה שמי שנתן לנו את הנצחון נתן לנו גם את השלל, ואין זה משהו שלקחנו מההפקר או שחטפנו בכחנו ועוצם ידינו אלא זכינו בו עם הנצחון מידו של הקב"ה.

1 דברים ב, לה

2 דברים כ, יד

3 ספרי דברים שופטים פסקא ר

השלישי, הפיכת המלחמה לענייני הפרטי של החייל. חייל בלחימה אינו אדם פרטי אלא אבר מאבריה של האומה. מאותה סיבה, ההיתר לקחת נפשות במלחמה אינו נכלל בגדר פיקוח נפש הרגילים שמתירים לאדם להרוג רק אדם שהתיר עצמו להריגה, כגון שהוא רודף אחר ישראל להרגו; ומאידך אוסרים על אדם לסכן עצמו לשם הצלת חברו. וכפי שכתב הרב ישראל:

כי במלחמה תוכן הדברים שכלל ישראל נהפך לגוף אחד, ולא בתור פרטים אנו מסתכלים עליהם, כי טובת הכלל היא באותה שעה לנגד העינים ולא ישגיחו על הפרט. וזהו החידוש של היתר המלחמה, שה"וחי בהם" נבחן במקרה זה מצד כלל ישראל ותועלתו, היינו שכלל ישראל ינצח ותרומ ידו על אויבו, כלומר "וחי בהם" הכללי. משא"כ שלא במלחמה קיים ועומד הצו האישי על כל אחד ואחד, והוא צריך לשקול זאת מבחינת "וחי בהם" הפרטי שלו. (עמוד הימיני יד, ד.)

על פי עקרון זה יש לומר שלקחת השלל על ידי החייל כאשר השלל שייך למוצא אותו, עשויה להעניק לו את התחושה כי המלחמה היא ענינו הפרטי ולא ענינה של כלל ישראל.

נראה שההוא אמינא הזו נשארה גם למסקנה, שכן במלחמת מדין⁴ אנו רואים שהלוחמים בוזים את רכוש מדין "וְאֵת כָּל בְּהֵמָתָם וְאֵת כָּל מִקְנֵהֶם וְאֵת כָּל חֵילָם בְּזָזוּ" (לא, ט), אך מביאים אותו לעם ישראל "וַיִּקְחוּ אֶת כָּל הַשְּׁלָל וְאֵת כָּל הַמִּלְקוֹחַ בְּאֲדָם וּבְבַהֲמָהּ. וַיָּבֵאוּ אֶל מֹשֶׁה וְאֶל אֱלֻעָזָר הַכֹּהֵן וְאֶל עֲדַת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל" (לא, יא-יב). הקב"ה הוא שמחלק את השלל ואף שהיוצאים לצבא מקבלים חלק גדול יותר: "וְחֻצֵי־אֶת הַמִּלְקוֹחַ בֵּין תַּפְשֵׁי הַמִּלְחָמָה הַיְצְאִים לְצָבָא וּבֵין כָּל הָעֵדָה" (לא, כז); הדבר מוכיח שהשלל לא היה שלהם מלכתחילה אלא של עם ישראל כולו. כך נהג גם דוד כאשר קבע זאת לנוהג קבוע: "כִּי כַחֲלָק הַיָּרֵד בַּמִּלְחָמָה וּכְחֻלָּק הַיֵּשֵׁב עַל הַכִּלִּים יַחְדָּו יַחְלְקוּ: וַיְהִי מֵהַיּוֹם הַהוּא וּמֵעַלָּה וַיִּשְׁמָהּ לְחַק וּלְמִשְׁפָּט לְיִשְׂרָאֵל עַד הַיּוֹם הַזֶּה"⁵.

איסור לקיחת שלל מדינא דמלכותא

על אף ההיתר של התורה, יהושע אוסר לקחת משלל יריחו בשל הרצון להחרימה לה'

4 במדבר לא

5 שמואל א, ל, כד-כה

כביכוריה וכחלתה של ארץ ישראל⁶. מכאן מוכיח הרמב"ן את סמכותו של המלך להטיל עונשים שאינם על פי דין תורה, יכולת המבוססת על דין חרם המפורש בתורה. לדעת רבי אברהם מקובנא⁸, זהו יסוד דינא דמלכותא בכלל. ואכן פסק הרמ"א שדינא דמלכותא בתחומים אלו מחייב גם על פי ההלכה; ועל אף דברי הגמרא שנפסקו בשולחן ערוך⁹ לפיהם "המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושלוליתו של נהר, הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח" אם החוק קובע אחרת יש לו תוקף הלכתי:

מכל מקום טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'. ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או בית־דין חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר. ולכן פסקו ז"ל בספינה שטבעה בים, שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה היא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן (שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רנט ז)

החוק במדינת ישראל – חוק השיפוט הצבאי – אוסר באופן נחרץ על חיילים לקחת שלל ואף קובע עונש חמור על כך. וכך קובע החוק החל על חיילי צה"ל: "חייל שבו ביזה, או שפרץ לבית או למקום אחר כדי לכזו ביזה, דינו – מאסר עשר שנים"¹⁰

הנימוק המקובל לחוק אינו איסור גזל שכן תוך כדי לחימה מותר אף לשרוף את רכוש האויב אם הדבר נדרש, וכן המביא שלל ומפקיד אותו במעבר הגבול השלל נשרף במקום, אלא בעיקר החשש הגדול מהפיכת המלחמה לעניין אישי ופרטי הפוגע באופן משמעותי בסערת הקרב ובמוסריותו, ומטשטש את העובדה שהמלחמה נערכת לשם הצלת ישראל וכיבוש הארץ.

על פי האמור חוק זה מחייב גם על פי ההלכה ולפיכך לקיחת שלל על ידי חיילי צה"ל אסורה גם על פי ההלכה.

אמנם, החוק מתיר לקיחת שלל שנדרש לצורך הלחימה מזון טרי וזהו אכן מושא הדיון.

6 ראו במדבר רבה נשא יד, א: "אמר ר' יודא הלוי בר שלום לימד לישראל מה שאמר הקדוש ברוך הוא (במדבר טו) ראשית עריסותיכם חלה תרימו תרומה אמר יהושע הואיל וכבשנו אותה תחלה נקדיש את כל שללה לגבוה"

7 רמב"ן משפט החרם.

8 שו"ת דבר אברהם א, א.

9 שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רנט ז

10 סעיף 74 לחוק השיפוט הצבאי

מעמד המשפטי של הפירות

על מנת לענות על השאלה האם הפירות חייבים בתרומות ומעשרות יש לבדוק מהו מעמד הקניני של הפירות בעת לקיחתם על ידי החייל. לכך ניתן להעלות על הדעת שלש אפשרויות עקרוניות:

1. מהרגע בו צה"ל שחרר אזור מסויים משלטון המחבלים המקום כולו, על פירותיו שייך לעם ישראל.
2. מהרגע בו תושבי המקום, המחבלים או תומכיהם, עזבו את בתיהם וחצרותיהם והבינו שלא יוכלו לחזור לשם הפירות הופקרו על ידיהם, ודינם כפירות הפקר.
3. הפירות של הגוי, אך החוק כמו ההלכה מתירים ליטול זאת ממנו.

מאפשרויות אלו מושפע החיוב בתרומות ומעשרות:

על פי האפשרות הראשונה גמר מלאכתן של הפירות היה ברשות מדינת ישראל ולכן הם חייבים בתרומות ומעשרות כפי שפוסק השולחן ערוך:

פירות העובד כוכבים שגדלו בקרקע שקנה בארץ ישראל, אם נגמרה מלאכתו ביד העובד כוכבים, ומרחן העובד כוכבים, פטורין מכולם. ואם לקחן ישראל אחר שנתלשו, קודם שתגמר מלאכתן, וגמרן ישראל, חייבים. ומפריש תרומה ומעשר ראשון ותרומת מעשר, ומשייר לעצמו מעשר ראשון, והוא שלו, מפני שהוא אומר ללוי: אני באתי מכח איש שאין אתה יכול ליטול ממנו.

מכר העובד כוכבים הפירות שלו לישראל כשהן מחוברים לקרקע, אם עד שלא באו לעונת המעשרות, ונגמרו ביד ישראל, חייב בכל ונותן כל מעשר ראשון ללוי. ואם מכרן אחר שבאו לעונת המעשרות, מפריש תרומות ומעשרות ונותן המעשר ללוי לפי חשבון. (שולחן ערוך יורה דעה שלא, ד-ה)

על פי האפשרות השניה שהפירות מעמדם כהפקר, הרי שהם פטורים מתרומות ומעשרות כפי שפוסק השולחן ערוך "ההפקר פטור מתרומה ומעשרות"¹¹.

על פי האפשרות השלישית שהפירות של הגוי והחיילים הם שמירחו אותם, הדבר נתון

במחלוקת מה הדין כאשר הפירות לא לקחן ישראל, אלא שרק עשה את פעולת המירוח בעוד הם ברשות מי שאינו יהודי. לדעת התוספות, הולכים אחר הבעלים בשעת המירוח והפירות פטורים מתרומות ומעשרות: "דמרחינהו ישראל ברשות עובד כוכבים - פירש הקונטרס ישראל אריס של עובד כוכבים וקשה לפירושו אי בחלק עובד כוכבים היינו מריחת עובד כוכבים אי בחלק ישראל אין זה לוקח טבלים"¹²

לעומתם, סבור בעל ספר חרדים שהולכים אחר מבצע המירוח, והואיל והוא יהודי הם חייבים בתרומות ומעשרות:

מוכח מלשונו (של הרמב"ם, א"ס) בסימן זה אפילו שכר הנכרי ישראל לגמור פירותיו או גמרן לו באונס כיון דעל-ידי ישראל נגמרו חייבות בתרומה ומעשר שהרי אין קנין לנכרי להפקיע וכשמרחן הנכרי בידו פטורות לא מפני שיש לו קנין אלא שגזרת הכתוב הוא דמירוח הנכרי פוטר ואפילו היה הקרקע של ישראל וזה הוא לשונו שם פירות הנכרי שגדלו בקרקע שקנה בארץ ישראל אם נגמרה מלאכתן ביד הנכרי ומירחן הנכרי פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דיגון נכרי ע"כ משמע בהדיא דדוקא גמרן הנכרי בידו אבל גמרן לו ישראל חייבין (ספר חרדים מצוות התלויות בארץ ישראל, הקדמה)¹³

אחרי שהצגנו את המסקנות ההלכתיות לשאלה המשפטית בדבר הבעלות על הפירות יש לברר מהו אם כן מעמד המשפטי; של עם ישראל, של הפקר או של הגוי.

קנין כיבוש

נחלקו הראשונים בשאלה כיצד גוי קונה בחזקה, וכיצד ניתן להוכיח את הדברים מעמון ומואב שטהרו בסיחון. לדעת רש"י¹⁴ אין לחלק בין המושג קנין חזקה במלחמה לקנין חזקה המוכר לנו בדיני ממונות. לעומתו סבור התוספות¹⁵ שכיבוש קונה מדין חקה אך אין זה באופן של "נעל גדר ופרץ" אלא קנין חזקה מסוג אחר: "בחזקה של כבוש מלחמה איירי". כלומר עצם הכיבוש קונה את השטח הכבוש כקנין חזקה.

12 תוספות בכורות יא ע"ב ד"ה דמרחינהו

13 ובדעת הרמב"ם ומרן יש להסתפק, וראו באריכות במחלוקת הרב עזיאל והרב צבי פסח פרנק שתובא בהמשך.

14 רש"י גיטין לח ע"א ד"ה בחזקה

15 גיטין לח ע"א ד"ה אבל בחזקה

לכאורה מחלוקת זו היא ספקו של רבי אברהם מקובנא:

נסתפקתי בהא דכובש קונה בכיבוש מלחמה... אם הוא עצמו כלומר הכיבוש הוי גם מעשה קניין חדש נוסף על הקניינים הרגילים שנתחדש רק במלחמה ומיד שנכבשה הארץ לפני המנצח כדרך הכבישה כבר קנה את הארץ וכל אשר בה, וזהו שנקרא חזקת מלחמה ואין צריך לעשות עוד שום קניין חזקה בקרקע, וכן האנשים המה לו לעבדים בלא שום קניין אחר לכלל חד וחד כדינו.

או דלמא, עיקר החידוש בכיבוש הוא רק שמסתלק דין הגזל דבמלחמה לאו גזל הוא וכן מסתלק דינא דשאינו שלו, שאין קניין תופס לאדם בכל מקום בדבר שאינו שלו בעל כורחו של בעלים, אבל קניין מיהא בעי לכלל דבר ודבר כהלכות קניינו כקונה מן ההפקר, לפי שאין הכבישה מצד עצמה מעשה קניין וכל כמה דלא עשה קניין עדיין לא קנה הכובש.

ולמעשה, בעקבות דברי רבנו תם מסיק הדבר אברהם כצד הראשון שהכיבוש כשלעצמו הוא קניין חזקה:

אי אפשר לומר כמ"ש שקנו הכובשים אח"כ בקנין חזקה כדינא דהא מבואר בב"ב (דף נ"ג) דהא דמכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן הוא רק בדעת אחרת מקנה אבל בנכסי הגר דאין דעת אחרת מקנה אפילו מיצר מפסיק ואותה קנה חברתה לא קנה ושמואל סבר דלא קנה אלא מקום מכושו בלבד וא"כ ליכא למימר דקנו הכובשים כל הארץ בחזקה דבודאי א"א לומר שהחזיקו בכל חלק וחלק קטן ממנה או לשמואל בכל מכוש ומכוש, והרי חזינן דאף נהרות א"י נתקדשו דתנן (חלה פ"ב) עפר חו"ל הבא בספינה לארץ כו' ובמה החזיקו בנהרות כל מכוש ומכוש והיאך קנוה הכובשים כולה והרי אין דעת אחרת מקנה בכיבוש ודמי לנכסי הגר. (שו"ת דבר אברהם א, י')

מעמד שטח שנכבש על ידי צה"ל

ראינו אם כן, כי כיבוש קונה מדין קניין חזקה מבלי צורך לבצע פעולות קניין נוספות. אולם האם הדבר נכון גם במלחמות אותן אנחנו מקיימים בימינו עם שכנינו הערבים הקמים לכלותינו? בשאלה זו נחלקו הפוסקים בזמן מלחמת העצמאות. במהלך המלחמה הערבים שניסו להשמידנו הפסידו ונסו על נפשם והשאירו אחריהם "כְּרָמִים וְיַתִּים אֲשֶׁר

לֹא נִטְעַתָּה¹⁶. זיתים אלו נמסרו על ידי הממונה על נכסי נפקדים לפועלים שימסקו אותם ויפיקו מהם שמן ועלתה שאלה האם שמן זה חייב בתרומות ומעשרות. מחלוקת הפוסקים היתה בשאלת מעמדו הקנייני של השטח.

הראשון לעסוק בשאלה היה הרב הרצוג אשר נשאל אותה בעיצומם של הקרבות (טבת תש"ט, לפני מבצע עובדה ולפני חתימת הסכמי הפסקת האש הראשונים). הוא מסתמך על דברי הרב קוק והמאירי וקובע כי אחרי כיבוש השטח על ידי צה"ל חל קניין כיבוש והשטח בבעלות עם ישראל:

שאלה: אודות הפרשת תרו"מ מזיתים שנותרו בשטחים שכבש צה"ל - האם הכיבוש הצבאי היווה קניין של הרכוש וממילא מתחייבים ישראל בתרו"מ, או שמא אין לכיבוש הצבאי דין כיבוש מלחמה.

תשובה: דעתי, שקנינו בכיבוש מלחמה. שאעפ"י שאין מוציאים למלחמת הרשות אלא על פי ב"ד של שבעים ואחד ואף למלחמת מצווה אין מוציאים אלא עפ"י מלך ישראל (רמב"ם הל' מלכים פ"ה ה"ב), הרי כבר הכריע קודמי הגאון החסיד ז"ל במשפט כהן (סימן קמד טו א) ובזה כיוון לדעת המאירי ז"ל (סנהדרין נב ע"ב) שבזמן שאין לא מלך ולא סנהדרין ראשי הציבור עומדים במקומם. (הרב יצחק אייזיק הרצוג, פסקים וכתבים, ח"ג סימן לו. תשובה מיום י"ט טבת תש"ט)

ומכאן הוא מגיע למסקנה שהפירות חייבים בתרו"מ, אך שבוע לאחר מכן הוא מעלה ספק בהכרעתו: "[...] אם כי גליתי דעתי שקנינו בכיבוש מלחמה, נודע לי עכשיו שממשלת ישראל עוד לא הכריזה על קניין כיבוש, שהדבר עוד מוחלט ותלוי ועומד בהחלטת האומות בסידור השלום".¹⁷

מאי דמסתפק הרב הרצוג, פשט אחרי ארבעה חודשים הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל. לדעתו עמדת הממשלה מוכיחה שהיבולים נשארו ברשות בעליהם הגויים:

הדבר ברור שהקרקעות אלה של הערבים הם בבעלותם וקניינם של בעליהם הערבים [...] והנה מר ש. זגורסקי מנהל מחלקת הכפרים, האוצר האפוטרופוס לנכסי נפקדים,

16 דברים ג, יא

17 שם, סי' לו התשובה מיום כ"ד טבת תש"ט.

בשם מדינת ישראל מיום כ"ט ניסן תש"ט כותב שזיתים אלה הם של בעלים ערבים ומוסקים אותם פועלים ערבים. מכאן ברור שרכוש זה אינו הפקר אלא ברשות בעליו הערבים הוא עומד, ודבר זה ידוע לנו שהרי הממשלה אוסרת ומענישה את כל אדם הלוקח לעצמו מתבואה זאת וא"כ המדינה בהיותה אחראית על רכוש האויב מסדה שמירתו והכנסת פירותיו למחלקה מיוחדת שהיא מכניסה את הכל תחת ידה ושומרת את הכנסותיה בחשבון מיוחד של רכוש האויב עד חתימת השלום ושיבתם של הפליטים הערבים לרכושם או שתיתן להם המדינה פיצויים תמורתם במזומן או בנכסים אחרים של ישראל בארץ ובגולה. (שו"ת משפטי עוזיאל חלק ו סימן 189)

ממסקנה משפטית זו נראה ברור שאם המירווח נעשה על ידי גויים הפירות פטורים מתרו"מ, אולם הרב הרצוג הוסיף לחלוק והכריע כי גם כאשר גמר המלאכה והמירווח נעשים על ידי ישראל הם עדיין ברשות בעליהם ולכן הם פטורים מתרומות ומעשרות.

וכיון שכן לא נפקא לן מידי אם מסיק אותם גוי בשביל ישראל או אפילו אם מסיק אותם ישראל שאפילו אם נניח שהמסיקה היא גמר מלאכתן אין מסיקתן ע"י ישראל מחייבת בתרומה ומעשר הואיל ובשעת המסיקה אומדת בכעלותם וקנינים של הערבים

כזכור, בשאלה זו אמנם נחלקו הפוסקים, אך הרב הרצוג מחליט לאמץ את דעת התוספות הסבור שהולכים אחר הבעלים בשעת המירווח, ולדחות את דעת ספר חרדים הסובר שהולכים אחר האדם המבצע את המירווח.

הרב עוזיאל מוסיף ודוחה את האפשרות שמדובר בהפקר:

אין בנידון דידן דין הפקר אלא דין נכסי רטושים שהרי הבעלים הערבים לא הפקירו לא את הקרקעות ולא את פירותיהם אלא נטשו אותם על דעת לשוב ולהיאחו בהם בשעת הכושר הראשונה שהם האמינו שזה יהיה אחרי ימים אחדים ועודם מצפים לשוב ולהיאחו בהם ולתבוע את נזקם ואת פירותיהם מממשלת ישראל.

לכן נקראים כל הנכסים האלה רכוש האויב שהממשלה מטפלת בהם מדין אפוטרופוס על נכסי רטושים וכמו שכן נקראת מחלקה זאת בשם האפוטרופוס לנכסי נפקדים. ולפי זה ברור ומחוויר שאין כאן הפקר לפי שלא הפקירו בעליו וממילא אין כאן זוכה

מן ההפקר שהרי הממשלה שמחזיקה בהם אינה זוכה בהם ואינה יכולה לזכות בהם שאין הכיבוש מפקיע בעלות היחידים.

כאשר הרב צבי פסח פרנק נשאל אותה שאלה בדיוק, הוא סבור מלכתחילה שהפירות הללו פטורים מדין הפקר:

בטרם באו צבאות ישראל נפל פחד היהודים עליהם ובכרחם לנפשם השאירו את כל נכסיהם שדותיהם ופירותיהם עזובים ורטושים אם כן הרי הפקירו אותם והפקר הרי הוא פוטר ממעשר אפילו אם חוזר וזוכה בעודו מחובר... והוא הדין הפקרו של גוי מפקיע ופוטר מתרו"מ (רמב"ם תרומות א, יא) ולפי זה פטורים הם מתרו"מ מדין הפקר דפוטר (שו"ת הר צבי זרעים ח"א סי' יז, עמ' מג)

אולם תוך כדי עיסוקו בשאלה מגיעה לידי תשובתו של הרב עוזיאל עוד בכתב ידו, אותו הוא מכנה בשם "גדול מפורסם" והוא חולק עליו. לדבריו, גם אם נקבל את דברי הרב עוזיאל כי השטחים והגידולים עדיין שייכים לגויים, הרי שסוף סוף המירוץ נעשה על ידי יהודי ואם כן לחלק מהשיטות (ספר חרדים ועוד) די בכך בשביל להתחייב בתרו"מ. בנוגע לטענה שהשטחים מוחזקים על ידי צה"ל ומונעים אחרים מלהגיע אליהם, מה שמוכיח על בעלות הערבים, עונה הרב פרנק:

מה שכתב (הרב עוזיאל) לדבר ברור שרכוש זה עומד ברשות הערבים וטעמא יהיב שהרי יש עונש ממשלתי לכל הפושט יד ברכוש אויב, זה אינו ממין הטענה. כי חוק הממשלה הוא רק לעכב שלא יהא כל אחד ואחד הולך וחוטף לעצמו אבל לא שהממשלה שומרת על הרכוש בעד הערבים וכנראה שאיזה פקיד מאלה הממונים על רכוש האויב אמר כן, אבל לא מפיו אנו חיים כי המציאות סותרו על פיו, שהרי אי אפשר לערבים לחזור לרכושם והפירות נלקטים בפקוח הממשלה כדי לחלקם לתושבים והרי כל אדם יודע, וגם הערבים יודעים, שהם יצאו נקיים מנכסיהם המטלטלים ולא יהיה להם הנאה מגוף הפירות כלום. וא"כ, הפירות בחזקת ישראל הן עומדין ופירות ישראל חייבין בתרו"מ ולא כמו שפסק בתשובה הנוכרת¹⁹.

הרב עוזיאל מקבל את תשובת הרב פרנק, וחוזר ומתדיין איתו בנושא ומקשה: "אשאל ויודעני במה זכתה הממשלה בקרקעות ובפירות אלו כי לא מצינו שמוציאין רכוש של

אדם כשהוא צווח ואומר שלי הוא.²⁰

פניה זו של הרב עוזיאל גורמת לו לחדד את דעתו ובמובן מסויים לחזור בו מתשובתו הראשונה ולאמץ למסקנה את דברי הרב הרצוג הראשונים לפיהם השטח נכבש על ידי צה"ל ובכך התחייב בתרומות ומעשרות.

אעתיק כאן מאמרו של הגאון רבי דוד מקארלין בספרו פסקי הלכות (ב, לח ע"א) "מצינו ממונו של אדם יוצא מרשותו לרשות חבירו בעל כרחו על כמה דרכים הדרך האחד היותר גדול מכולם הוא כיבוש מלחמה וזה הוא הקנין הגדול שהנרכש במלחמה נקנה להכובש ואף קרקע שאינה נגזלת ולא מהני לה שום יאוש לעינן שיקנה אותה הגולן עם כל זה נקנית היא בכיבוש מלחמה וזה מבואר בגיטין עמון ומואב טהרו בסיחון" הרי לפנינו דברים ברורים... וענין זה מפוזר בש"ס ופוסקים דכיבוש מלחמה הוא אחד מקניני תורה²¹

אם נסכם, נאמר שלדעת הרב עוזיאל השטח והפירות עדיין בבעלות נכרי, ולפיכך לדעתו הם פטורים מתרו"מ גם אם יהודי מסק ועצר את השמן. לעומתו, סבורים הרב פרנק והרב הרצוג שהשטח והפירות נקנו מדין כיבוש ולפיכך הם חייבים בתרומות ומעשרות. אולם, אם מסיבה כלשהי לא חל דין כיבוש אין זה אומר שהעצים שייכים לערבים אלא שהפירות הפקר והם פטורים מתרומות ומעשרות, מדין הפקר.

מעמד שטח שנכבש על ידי צה"ל במלחמת שמחת תורה

האם השטח ברצועת עזה אכן נכבש שוחרר ונקנה לעם ישראל בקנין חזקה? האמת היא שבסבב הלחימה הראשון שהיינו ברצועה במהלכו גם שוחררו עשרות חטופים היינו בטוחים אולי בתמימות שמדינת ישראל הבינה ששגתה כאשר יצאה מגוש קטיף והשאירה את ארץ ישראל לרוצחים שפלים, ובעוד אנחנו נוסעים בהאמרים דמיינו לעצמנו מסיימים את המילואים ומקימים ישובים על חופה של עזה ומתפללים בבית הכנסת העתיק שנמצא במעגנה שבעיר. אולם בסבב השלישי, כשנכנסתי לרפיח הייתי כבר מפוקח יותר והבנתי שעם ישראל עוד צריך להתבשל עם הרעיון. ובכן, מהו מעמדו ההלכתי של השטח שנכבש

20 הציטוט מובא בתוך תשובתו של הרב פרנק, שם.

21 שו"ת הר צבי שם סימן יח עמ' מט

על ידי צה"ל בעזה? האם חל דין כיבוש על השטח שנכבש בעזה?

על שאלה דומה עונה הרב ישראלי שכותב בעקבות הסכמי קמפ־דיוויד שב־עקבותיהם נסוגה ישראל מסיני. מציאות זו העלתה מחדש את המחשבה על מושג הכיבוש מבחינה קניינית - האם עצם כיבושו הצבאי של השטח הופך אותו לשטח שנמצא בבעלות ישראל, או שרק כאשר מדינת ישראל מחליטה על כך הופך השטח לבעלות ישראל? כלומר, האם כיבוש הוא מושג דה־פקטו או החלטה דה־יורה:

נראה, שכיבוש מלחמה אינו שונה מכל קניין אחר שאינו קונה אלא אם כן הקונה רוצה לקנות. ומכיון שממשלת ישראל עדיין לא החילה על המקומות שנכבשו את החוק הישראלי ושטחים אלה עדיין מוגדרים כשטח כיבוש, אין מעשה הכיבוש מהווה קניין, וממילא גם דין הקדושה שכרוכה בקניין הכיבוש לא חלה. (הרב שאול ישראלי ארץ חמדה, עמ' קלו)

הנפקא מינה לשאלה היא שיטתו כי כיבוש בזמן הזה גם מחיל קדושה על המקום, אולם ניתן ללמוד מדבריו גם לעניינינו: תמצית תפיסתו היא כי אין קנין ללא כוונת קנין והוא הדין לכיבוש שאינו קונה בחוקה אם המדינה לא התכוונה להשאיר ברשותה. אם הדברים נכונים ביחס לשטחים שכבשה ישראל במלחמת ששת הימים, לצערנו הדברים נכונים שבעתיים ביחס לשטחים שנכבשו במלחמת שמחת תורה; שלמרות האופטימיות ששררה אצלנו ביחידה, הרי שבהסתכלות מפוקחת אין לראות במקום עדיין כמקום שנכבש ועבר לבעלות ישראל.

אולם עדיין עולה השאלה האם הפירות הופקרו כמו שכתב הרב הרצוג בתשובתו הראשונה, או שמעמדם כנכסי רטושים כמו שכתב הרב עוזיאל ביחס לנכסי נפקדים ממלחמת השחרור? למעשה במהלך הלחימה היה ברור שהפירות הופקרו. העזתים ברחו על נפשם והשאירו את רכושם מאחור אך בסריקות בכל בית נמצא בנוסף לפירות ומזון גם תשתית טרור, מטענים, תחמושת ונשק. יתר על כן, גילינו כי מחבלים מסתתרים בבתיים אותם כבשנו, ניזונים מאוכל שנשאר בבית ותוקפים את כוחותינו לא אחת ולא שתיים. כל הפירות הראויים לאכילה הפכו אם כן למקור סכנה מידי לכוחותינו וחובה היה עלינו למנוע מהם את הגישה למקורות אספקה אלו. במצב שכזה מסתבר מאד שהפירות הם הפקר גמור, אפילו לדעת הרב עוזיאל.

עזה ומזרח רפיח וגבולות ארץ ישראל

היכולת להשוות בין דין הכיבוש בעזה לכיבוש במלחמת העצמאות צריך בחינה מחדש לאור מעמדה היחודי של רצועת עזה. בעניין גבולות הארץ בתחום עזה, ברור שרצועת עזה כלולה בגבולות עולי מצרים, שכן כולה צפונית לוואדי אל-עריש שהוא נחל מצרים לשיטות המצמצמות. אמנם בתחום עולי בכלל אנו מכירים שני מקורות. האחד הוא משנה בגיטין הקובעת את אשקלון כגבול הדרומי של ארץ ישראל: "מרקם למזרח ורקם כמזרח מאשקלון לדרום ואשקלון כדרום מעכו לצפון ועכו כצפון"²²; השני הוא תוספתא שביעית המדייקת את הגבול הדרום מערבי של ארץ ישראל "תחום ארץ ישראל פרשת אשקלון... וגינייה דאשקלון ודרך הגדולה ההולכת למדבר"²³. כלומר פרשת הדרכים ליד אשקלון היא נקודה על הגבול אולם הגבול נמשך ממנה ודרומה ל"דרך הגדולה ההולכת למדבר". מעיון במפות הרומיות עולה כי מספר דרכים יוצאות מאשקלון למדבר - יש היוצאות לכיוון דרום מזרח לכיוון באר שבע, והמערבית ביותר היא כביש 4 (המכונה על ידי הערבים בשם צלאח א דין ובמפות הקוד בשם טנצ'ר). כלומר כל מה שמערבית לכביש זה ודאי מחוץ לגבול עולי בכל, ומה שמזרח לו מסופק. לענייננו, המקומות בהם שהינו בסבב הראשון היו ממערב לציר ולכן הם היו בוודאי מחוץ לגבול עולי בכל אולם בסבב השלישי שהינו ברפיח ממזרח לציר ולפיכך יש להסתפק האם השטח היה כלול בגבולות עולי בכל.

בנוגע לחיוב תרומות ומעשרות בתחום עולי מצרים נחלקו הפוסקים בהבנת הרמב"ם; יש הפוטרם מכל וכל,²⁴ יש המחייבים תמיד למעט בבית שאן,²⁵ ויש החולקים על הרמב"ם ומחייבים רק בדגן תירוש ויצהר²⁶. למעשה המנהג בגוש קטיף ששכנה ממערב לציר, היה להפריש על פירות שאינם דגן תירוש ויצהר בלא ברכה²⁷.

22 גיטין א, א

23 תוספתא שביעית ה, יא

24 מהר"י קורקוס תרומות א, ה; שו"ת אבקת רוכל י

25 רמב"ן ורשב"א חולין ו ע"א

26 רש"י חולין ו ע"א

27 הרב יהודה עמיחי אמונת עיתך גליון 32

מסקנות להלכה

לדעת הרב ישראל, כל עוד מדינת ישראל לא התכוונה לכבוש את השטח באופן מוחלט אין זה קנין המועיל. כמדומני שכאן אפילו לדעת הרב פרנק לא היתה כאן אפילו כוונה זוטא, ומה שקיווינו בחנוכה התבדה בפורים כאשר יצאנו מהמקום והתברר שמדינת ישראל לא התכוונה כלל לקנות מדין כיבוש ואפילו לדעת הרב פרנק אין זה כיבוש. בכל מקרה הגענו למסקנה כי אם לא היה כאן כיבוש אזי מדובר בהפקר גמור הפוטר מתרו"מ. מכיוון שמדובר במקום בארץ ישראל בו גם כן הפרשת תרו"מ נתונה בספק הן בשאלה האם המקום נכלל בגבול עולי מצרים הן בשאלה האם מפרישים תרומות ומעשרות מפירות שגדלו בתחום עולי מצרים, הרי שמסתבר שמצד הדין אפשר להקל ולאכול מהפירות ללא הפרשת תרו"מ כלל. ובעז"ה כאשר עם ישראל יכבוש את המקום באופן אמיתי ושלם ויחיל עליו את קדושת ארץ ישראל במלוואה נפריש תרו"מ בברכה.