

סימן מו

**מסיק זיתי נוכרים הנטועים בתחום ישוב יהודי\***

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>3. קנין הנכרי בא"י מדין כיבוש מלחמה</p> <p><b>ג. השבת אבידה לנכרי</b></p> <p>1. אסור, מותר או מצוה?</p> <p>2. כשמשיב על מנת לקדש שם שמים</p> <p>3. כיצד למנוע חילול השם?</p> <p><b>ד. מניעת הכניסה לישוב</b></p> <p>1. חילול השבת ע"י יהודים</p> <p>2. סמכותו של הרבש"ץ מטעמי בטחון</p> <p><b>ה. שכר הפועל המוסק את זיתי הנכרים</b></p> <p><b>ו. סיכום</b></p> | <p>ראשי פרקים</p> <p><b>א. יאוש הנכרים מזיתיהם</b></p> <p>1. יאוש במחובר לקרקע</p> <p>2. יאוש מדבר העומד להיתלש מהקרקע</p> <p>3. יאוש במכירה הנעשית על מנת שייתלשו הפירות</p> <p>4. חלות היאוש על הפירות שבפועל ייתלשו</p> <p><b>ב. האם נחשבים הפירות לאבידה?</b></p> <p>1. אבידה של פירות המחוברים לקרקע</p> <p>2. שייכות הגידולים בא"י לנוכרים</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

\* \* \*

כניסתם ללא רשות של הערבים לתוך שטח הישוב.

ג. ישראל נשכר כפועל למסוק זיתים. אחרי המסיק נודע לו שהזיתים הם זיתי נוכרים, אלא שבגלל מניעת כניסתם של הנוכרים התיר לעצמו ישראל למסוק את זיתיהם, ושכרו כפועל. האם מותר לו ליטול את שכרו?

**א. יאוש הנוכרים מזיתיהם**

**1. יאוש במחובר לקרקע**

כיון שנאסר על בעל הזיתים להיכנס לתחום הישוב, בוודאי התייאש מפירותיהם, אולם כל עוד מחוברים הזיתים לעץ, היאוש הוא במחובר. נחלקו

בשטחו של אחד הישובים בשומרון מצויים מטעי זיתים של ערבים. מאז החלה המלחמה בראש-השנה תשס"א חייבו הוראות הבטחון למנוע גישתם של ערבים למסוק את זיתיהם, בגלל חשש לחדירת מחבלים לישוב (ואכן, לדאבונו, היו מספר מקרים שבמסווה של מסיק זיתים אירעו מקרי חבלה חמורים). את פעולת המניעה הטיל הצבא לעתים על התושבים. בקשר לכך הועלו כמה שאלות:

א. האם מותר לישראל למסוק את הזיתים וליטלם לעצמו?

ב. ערבי שנכנס ללא רשות למסוק את זיתיו גורש מהמקום. האם מותר להחרים את הזיתים שהספיק למסוק? לעיתים רק נקיטת אמצעי חריף מסוגלת להרתיע את

\* פורסם בתחומין כג.

האם בשל כך ניתן לומר שהיאוש חל כבר **מעתה**, כאשר הזיתים עדיין מחוברים לעץ. הדבר תלוי בשאלה מה גידרם של פירות העומדים לנשור – האם דינם כקרקע, ויאוש לא יכול לחול עליהם; או שמא דינם כמטלטלין, והיאוש יכול לחול עליהם בעודם מחוברים. דין זה שנוי במחלוקת התנאים, אם כל העומד ליבצר כבצור דמי או לא, כמובא בסנהדרין (טו ע"א):

רבי מאיר אומר: יש דברים שהן כקרקע ואינן כקרקע, ואין חכמים מודים לו. כיצד? עשר גפנים טעונות מסרתי לך, והלה אומר אינן אלא חמש – רבי מאיר מחייב; וחכמים אומרים: כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע. ואמר רבי יוסי בר חנינא: בענבים העומדות ליבצר עסקינן – מר סבר: כבצורות דמיין; ומר סבר: לאו כבצורות דמיין.

הרמב"ם פסק בהלכות טוען ונטען פ"ה ה"ד:

טענו ענבים העומדות ליבצר ותבואה יבשה העומדת להקצר, והודה במקצתן וכפר במקצתן – הרי זה נשבע עליהם כשאר המטלטלין. והוא שאינן צריכין לקרקע, שכל העומד להבצר הרי הוא כבצור לענין כפירה והודייה. אבל אם היו צריכים לקרקע, הרי הן כקרקע לכל דבר, ואין נשבעין עליהן אלא היסת.

על כך השיג הראב"ד:

המחבר פוסק כרבי מאיר, והרב (=הרי"ף) פוסק כחכמים. ואולי מפני מה שאמרו בכתובות: סוף סוף כל העומד לגדור כגדור דמי. והרב ז"ל הלא ראה כל זה. ואפשר שאין למדין שבועה לשאר

הראשונים אם יאוש זה מועיל, כמובא בתוספות ב"ב (מד ע"א ד"ה דוקא):

פירש הקונטרס [רשב"ם]... דאין מועיל יאוש בקרקע. וקשה לר"י, דבירושל' (כלאים פ"ז) אמר דיאוש מועיל בקרקע – דאע"פ שאינה נגזלת, מ"מ מהני בה יאוש. וגבי עבד משמע בהשולח (גיטין לט, ב) דמהני ביה יאוש, אע"ג דאיתקש לקרקע. ובשמעתי דסיקריקון (שם נח, ב) אור"י דמוכח נמי כן...

נמצא שלדעת הרשב"ם אין יאוש בקרקע, ולדעת ר"י יש בה יאוש. בהגהות מיימוניות (הל' גזילה ואבידה פ"ח ה"ד) כתב שזו מחלוקת בבלי וירושלמי, והלכה כבבלי שאין יאוש בקרקע.

מיהו בנידוננו י"ל שהדיון איננו על מעמד הקרקע עצמה, אלא על מעמדם של הפירות; ואם סופם להיתלש ולהינטל ע"י אחרים, אולי יש להם דין מטלטלין, וחל עליהם דין יאוש. אלא שבהא גופא יש לדון: הרי הזיתים ייתלשו וייהפכו למטלטלין רק אם נתיר לישראל למוסקם לעצמו; וההיתר לישראל למוסק את הזיתים הוא רק לאחר שהיאוש יחול. ונמצא שהא בהא תליא – היתר המסיק תלוי ביאוש, והיאוש תלוי במסיק. ודוחק לומר שהיאוש והמסיק באין כאחד. (ר' רשב"א גיטין נה ע"א ששינוי רשות והקדש באים כאחד, וצ"ע האם אומר זאת גם ביאוש ושינוי רשות.)

## 2. יאוש מדבר העומד להיתלש מהקרקע

מיהו, גם אם יאסר לישראל למוסקם, הרי סופם לנשור ולהרקב, שהרי בעליהם לא הורשו ליטלם; וכאשר ינשרו, יחול היאוש גם אם לא יטלם איש. השאלה היא

ב. כל העומד ליתלש וצריך לקרקע –  
ובזה נחלקו ר"מ ורבנן.  
וצ"ע מה גדרם של זיתים?

### 3. יאוש במכירה הנעשית על מנת שייתלשו הפירות

עוד חילק הרמב"ם בין שומרים לבין מוכרים ומלווים – בשומרים איננו אומרים 'כל העומד', משום ששומר קיבל עליו אחריות על הקרקע וכל המחובר לה, כולל על העומד ליבצר; משא"כ מוכרים וקונים, שעל דעת לתולשם מכרו וקנו. וצ"ע לפי"ז מהו גדר יאוש – האם לדמותו לשומרים או למוכרים?

נראה לכאורה, שמכיון שהפרי עומד להיתלש ולהינטל, חל עליו יאוש אע"פ שעל הקרקע לא חל יאוש, כי היא אינה עומדת להינטל ממקומה. ובנידון דידן, אע"פ שהפרי עדיין אינו עומד להנטל, שהרי זוהי גוף שאלתם של התושבים, אך מכיון שהפרי עומד לנשור מן העץ, ואם לא יטלוהו יירקב – א"כ חל יאוש על הזיתים.

לפי הש"ך (ח"מ סי' צה ס"ט) שני הסברים אלו בדעת הרמב"ם חולקים זה על זה – אם הרמב"ם מחלק בין שומרים לבין מוכרים, אין הוא זקוק עוד לחילוק שבין פירות הזקוקים לקרקע לאלו שאינם זקוקים לה. אולם הש"ך חולק על עצם דברי הרמב"ם:

ולי נראה עיקר, דאינו נשבע עליהן, דדין קרקע יש להן. ונראה שמה שהביאו להר"י הלוי לחלק בכך, הוא הך דאמרינן בפרק נערה שנתפתתה [ריש דף נא] גבי הא דזיל הב לה מתמרי דחזי לבודיא: "סוף סוף כל העומד ליגדר כגדור דמי..." וזה דחקו

דברים, שהרי עבדים של יתומים נדונין כמסלטלין, ולענין שבועה אין נשבעין עליהן.

המגיד-משנה תירץ את קושית הראב"ד, שהרמב"ם פסק כחכמים, אלא שמחלוקתם היא רק בשצריכים קצת לקרקע. אולם בשאין צריכים לקרקע כלל, גם חכמים מודים לר"מ, שכל העומד ליתלש כתלוש דמי.

אבל בהל' שכירות פ"ב ה"ד פסק הרמב"ם:

המוטר לחבירו דבר המחובר לקרקע לשמור – אפילו היו ענבים העומדות להבצר, הרי הן כקרקע בדין השומרין.

כאן לא הבחין הרמב"ם בין פירות הצריכים לקרקע לבין פירות שאין צריכים לקרקע; אלא כל סוגי הפירות דינן כקרקע, גם אלו העומדים להיתלש. המגיד-משנה בהל' טו"נ (שם) כתב, שהרמב"ם מחלק בין שומרים לשבועה, אך הוא לא ידע טעם נכון לחילוק זה.

וכבר עמד על כך הרמב"ם עצמו בפירוש המשנה פרק שבועות הדיינים (משנה ו):

מחלוקת חכמים ור' מאיר היא בענבים העומדים ליבצר, והלכה כחכמים, אבל כשימסרם לו בתורת שמירה. ולענין מקח וממכר ודיני האונאה והודיה במקצת – כשיהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה המכוון עליו, שהם כמסלטלין, שכל העומד ליבצר כבצור דמי, ושמור זה הלשון.

וזוהי שיטת רבו הר"י מיגאש.

נמצא שלדעת הרמב"ם – עפ"י המ"מ והר"ן – יש שתי דרגות בכל העומד:

א. כל העומד ליבצר בענבים כל כמה דקיימי מכחשי, ואינם צריכים לקרקע – ובזה גם רבנן מודים לר"מ.

אך לעניין יאוש י"ל שהבעלים מתייאשים, כיון שסוף סוף הפרי ייתלש ויאבד להם. אלא שצ"ע, איך חל יאוש, אם הפרי אינו נגזל כלל? מרש"י סוכה (ל ע"ב) משמע שדין יאוש בקרקע תלוי בדין גזל בקרקע; ומכיון שאין גזל בקרקע, אין גם יאוש בקרקע. לפי"ז אם פירות העומדים להיתלש אינם נגזלים, כדן קרקע, ממילא גם יאוש לא יחול עליהם. חזרנו אפוא למחלוקת הראשונים שפתחנו בה, האם יש יאוש לקרקע או לא?

#### 4. חלות היאוש על הפירות שבפועל ייתלשו

מיהו י"ל, שאעפ"כ כיון שהפרי הוא בר גזילה מצד המציאות, ורק בגלל שכל עוד הוא מחובר לקרקע, מצד הדין בלבד הוא אינו נחשב לגזול לענין יאוש, י"ל שיאוש חל עליו. ועיין אנציקלופדיה תלמודית (כרך כא, ערך יאוש, ציון 609), שהביאו בשם ברית-יעקב (ח"מ סי' קז ד"ה עתה) שאע"פ שאין יאוש חל על הקרקע בכ"ז הוא חל על הפירות העומדים ליתלש ממנה. וכ"כ בשערי-יוסף ה', יב, שהוכיח זאת מסוגיית אוונכרי בסוכה ל ע"ב (מיהו בביורר הלכה לב"ב לג ע"ב הוכיחו מרש"י בסוכה להפך). ועיין אוצר מפרשי התלמוד סוכה שם, שהביאו בשם תוס' הרא"ש, שכתב במפורש שעל הפירות חל היאוש. וא"כ היאוש חל כאן על הזיתים העומדים להימסק.

מיהו בברכי-יוסף (או"ח סי' תרמט ס"ק ב) כתב בטעם הדבר שיאוש אינו מועיל בקרקע, ואילו בפירות הוא מועיל – כי הקרקע נמצאת ברשותו של הנגזל ולא ברשותו של הגזלן, משא"כ הפירות שהם ברשותו של הגזלן, שיכול ליטלם בכל עת ובכל שעה. לדבריו, אם נניח שהישראלים יכולים ליטול את הזיתים ללא רשותם של

להר"י הלוי. אך מה שמחלקין הר"י הלוי והרמב"ם בין שומרים לשאר דברים, אינו נראה.

מסקנת הש"ך היא אפוא, שכל העומד ליתלש כמחובר דמי.

ועיין תומים, שהכריע שהוא ספיקא דדינא, ואין להוציא מיד המוחזק. והרי קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואין עוררין על כך שהקרקע רשומה על שם בעליה ולא הופקעה מידיהם, אלא שהם מנועים להיכנס אליה.

מיהו גם הש"ך מחלק בין שבועה, שאדם לא נשבע גם על העומד ליתלש משום שנחשב למחובר, לבין חוב שאינו גובה מכל העומד ליתלש משום שנחשב לתלוש, שהרי אין המלוה סומך על הפרי העומד ליתלש ולהימכר לאחרים. בתוך דבריו הזכיר גם גזל, וז"ל:

ומה שכתב הראב"ד אין למדין שבועה לשאר דברים – לאו דוקא שבועה קאמר, אלא הוא הדין אונאה וקנין וגזל וכל דכוותיה, השייכים לדין תורה. ושאר דברים דקאמר, היינו בעל חוב ומזוני... וכהאי גוונא דפרק נערה, דלא סמכא דעתיהו. והיינו דקאמר שהרי עבדים של יתומים נידונים כמטלטלין כו'. והיינו נמי לענין בעל חוב בפרק קמא דבבא קמא [יב,א]. והתם נמי נראה דטעמא משום דלא סמיך דעתיה עליה, כיון דיכול לברוח העבד.

וכע"ז כתבו התוס' (ב"ק יב ע"א ד"ה אנא) לענין עבדי כמקרקעי. עכ"פ בגזל נשאר הדין שכל העומד ליתלש כמחובר דמי.

ואולי לא התכוון הש"ך לומר אלא באיסור גזל עצמו, שהגזול אילנות ובהם פרי העומד ליתלש, אין כאן גזל – שכשם שהקרקע אינה נגזלת, כך גם הפרי לא נגזל.

ומותר אפוא לישראלים ליטול את הזיתים לעצמם.

אולם ניתן להגדיר את הזיתים כאבידה, רק לאחר שנתלשו מהעץ המחובר לקרקע. כל עוד הם מחוברים לעץ, אע"פ שסופם ללכת לאיבוד, עדיין לא יצאו מרשות הבעלים. הם נחשבים לדבר האבוד רק אם הם בתהליך של איבוד, כגון שריפה או שטפון, אבל זיתים המחוברים לעץ אינם בתהליך של איבוד עדיין. ואפילו לר"מ, הסובר כל העומד ליתלש כתלוש, צ"ע אם הפירות נחשבים כאבידה. מכל מקום פשיטא שלמ"ד כל העומד ליתלש לאו כתלוש דמי, אין זו אבידה עדיין. ורק פירות שנשרו והחלו להירקב דינם כאבידה.

## 2. שייכות הגידולים בא"י לנוכרים

בקיצור שו"ע עם הערותיו של הגר"מ אליהו (קלו, ט) כתב הגר"מ אליהו, שבארץ ישראל כל הקרקעות שבידי הנוכרים בחזקת גזולות הן, ולכן אסור לישראל לתלוש לולב מדקל של נוכרי, אפילו ברשות, בעצמו, אלא על הנוכרי לתלוש ולתתו לישראל. אולם נראה שלא נכתבו הדברים אלא לחומרא, כי מעיקר הדין הפירות שייכים לנוכרים, כמובא בברכי-יוסף (או"ח סי' תרמט ס"ב):

יש ליהדר שלא יקצץ הישראל וכו'. לפום ריהטא נראה, דאי ידעינן דהעכו"ם הזה הוא נטע גנה זו, יכול ישראל לקצץ. דאף דהקרקע גזולה, מ"מ מה שזרע הוא שלו, וכמ"ש התוס' בר"ה יג, א ד"ה ולא קציר נכרי, דאע"ג דירושה להם מאבותיהם, מ"מ יש לו

הבעלים הנוכרים, היאוש חל. אולם מכיון שהתושבים הישראלים שואלים אם מותר להם ליטלם לעצמם, ממילא אין עדיין יאוש, אלא א"כ נאמר שהבעלים הערבים רואים בתושבים הישראלים גזלנים ומתייאשים מהזיתים. אך יש להניח שידוע להם שהתושבים הישראלים הם שומרי הלכה ונשמעים לרבותיהם, וכל עוד לא תיפסק הלכה שמותר להם למסוק את הזיתים, הם לא ייטלום לעצמם; וא"כ אין הבעלים מתייאשים מהם. הרי לא פעם אירע שערבים תבעו ישראלים בדין תורה, וזכו<sup>1</sup>; הם יודעים אפוא שיש א-לקים בישראל.

## ב. האם נחשבים הפירות לאבודים?

### 1. אבידה של פירות המחוברים לקרקע

אלא שא"כ יש להתייחס אל הזיתים כאל אבידה ולא כאל גזילה, שהרי אסור לערבים להיכנס לכרמם, וגם אם הישראלים לא יטלום וסופם להירקב. ממילא אין מצוה להשיב אבידת נוכרים, שהרי נאמר "השב תשיבם לאחיק". גם אילו היו הפירות של ישראל אין חיוב להשיב אבידה, כאשר המוצא צריך לטרוח ולעמול למסוק את הזיתים ולהובילם לביתם של הבעלים, אלא א"כ יתנה בפני בי"ד ויגבה את החזר הוצאותיו מהבעלים. ועיין שערי-יושר שם שכתב שאין יאוש בקרקע, כי לא חל עליה שם אבידה; אך על הפירות חל שם אבידה, ולכן יאוש חל עליהם. וא"כ יש כאן יאוש של אבידה,

1. ראה לדוגמא תחומין יד עמ' 259-265.

נשתקע שמו של כל אחד ואחד מקרקעו, ורק השם הכללי של 'ארץ ישראל' לא נשתקע. ואע"פ שהגויים רצו לשקעו בשם 'פלשתינה', עם ישראל, כעם, מעולם לא התיימש מארצו (וגם לא יכול היה לעשות כן, עיין גליוני-הש"ס ב"ב מד ע"ב) והמשיך לכסוף אליה תכלית הכוסף, ושמר את שמה – 'ארץ ישראל'. אולם הבעלות הפרטית של כל אחד ואחד נשכחה.

### 3. קנין הנכרי בא"י מדין כיבוש מלחמה

מהסמ"ג משמע, שדין כיבוש מלחמה שכבשו הנוכרים את א"י בזמנו הוא בר תוקף. ומצינו לענין קדושה ראשונה שפקעה, משום שאתי כיבוש ומבטל כיבוש. אולם דבר זה נכון רק ביחס לקדושת הארץ, ולא באשר לבעלות הממונית שלה. שווה בנפשך – הרי א"י מוחזקת לנו עוד מימי אברהם, וכי בטלה חזקה זו אי פעם?! הרי אברהם אבינו ע"ה עצמו היה תחת כיבוש כנעני שהיה אז בארץ, ובכל זאת הארץ היתה כבר מוחזקת בידינו. ועיין גיטין לח ע"א, שלדעת רש"י כיבוש קונה מדין יאוש בעלים, ולדעת התוס' כיבוש קונה מגזירת הכתוב<sup>2</sup>; ולשניהם אין כיבושו של הנכרי מועיל בא"י, כיון שיאוש אינו חל על הארץ, וכיבוש אחר לא מוכר ע"י התורה בא"י לעניין ממון, כנ"ל, כי א"י מוחזקת לנו מהבטחת ה' בברית בין הבתרים, והיא מבטלת כל כיבוש אחר בארץ. וצריך לחלק לדעת הסמ"ג בין כיבוש כללי, שלא חל בא"י (להוציא ביטול הקדושה), לבין כיבוש פרטי של כל נחלה ונחלה.

במה שזרע. אף אנן נמי נימא, דגנה זו שנטעה עכו"ם זה, הגם דקרקע גזולה היא בידו, מ"מ יש לו במה שזרע והזרעים שלו. ואם כן יכול ישראל לקצץ ממנה.

אך ראיתי לרבינו... שכתב דהרמב"ם (הל' תמידין ז, ה) שלא כתב הא דקציר נכרי, ס"ל דלא כהתוס', וסבר דסוגיין פליגן בהדייהו, ונקיט כסוגיית ע"ז (נג, ב), ודחה סוגיית ר"ה... ולפ"ז יש להחמיר.

ודע דהרדב"ז, בתשובה סי' תקיד, התיר לישראל לקצץ. וכתב דהכי עביד מעשים בכל יום. והיה טעמו, דכיון דבעל הקרקע יש לו שטר בערכאות של גויים, ומלכא אמר מאן דאית ליה דסקא ליכול ארעא, דינא דמלכא דינא, ונמצאת הקרקע שלו. וק"ק על הרב ועל האחרונים, דלא זכרו מ"ש הסמ"ג בסוף עשין קלג, בענין מעשרות, וד"ל: ואין להחמיר ולומר שעכו"ם גזלי קרקע הם וקרקע אינה נגזלת, שהרי קנאום בכיבוש. ואע"ג דחיישין פרק לולב הגזול בענין הושענא, יש לחלק שהיו ישראל מרובים, והיו לישראל קרקעות, והיו גזלין ומאנסין מהם, וגם היו העכו"ם יותר אנסים ממה שהם עכשיו. א"כ הדבר שנוי במחלוקת התוס' והרמב"ם אם יש לנוכרים בעלות על פירותיהם או לא. ולדעת הרמב"ם, אין להם בעלות, ואין איסור לישראל ליטלם מהם. נראה שבא"י כיום, גם הרמב"ם יודה לתוס' שהפירות הם של הנוכרים, שהרי

2. ראה על כך עוד במאמרי 'גזל מגוי במלחמה' להלן בסימן נח.

א. על דרך התוס' המובא בר"ן הנ"ל: אמנם הארץ אינה בבעלותו החוקית של המלך הנוכרי, אולם בפועל הוא השליט בארץ, והוא יכול להתנות עם האזרחים שיסורו למרותו.

ב. על דרך הרמב"ם (הל' גולה ה, יח) והרשב"ם (ב"ב נה ע"ב): מכיון שבפועל הציבור מכיר בשלטונו של השליט בארץ, הוא מקבל את מרותו ואת חוקיו.

ולפי"ז צ"ע אם דין זה תקף גם במדינת ישראל דהיום<sup>3</sup>. ונראה שלפי ההסבר הראשון (לדעת התוס') החוק לא תקף, כי לפי חוק השבות לכל יהודי זכות לגור בארץ, ואין המדינה רשאית לגרשו מכאן. אך לפי ההסבר השני י"ל, שדינא דמלכותא תקף גם במדינת ישראל. אמנם היינו מצפים ממדינת ישראל שתתנער ממורשת המשפט הזר, ותשתית את חוקיה על אדני התורה, אך בינתיים כל עוד המדינה מאמצת לצערנו את המשך המצב המשפטי הקודם, זוהי המציאות המשפטית הנוהגת דה-פקטו במדינה.

אלא שכל הדיון אינו רלבנטי לנידון דידן. כאמור, יש להבחין בין בעלות כללית על הארץ, שהיתה הווה ותהיה תמיד ישראלית, לבין הבעלות הפרטית על הקרקעות. על הבעלות הכללית לא חל יאוש ולא קנין כיבוש; אך על הבעלות הפרטית, גם אם נגיד שדין כיבוש לא חל, דין יאוש בוודאי חל, שהרי אף אחד

הדבר מסתבר יותר לדעת רש"י, שכיבוש קונה מדין יאוש, ויאוש פרטי לכל אחד מנחלתו מועיל אפילו בקרקע, שהרי נשתקע השם, אע"פ שיאוש כללי של עם ישראל מארצו לא היה ולא יוכל להיות. אך לשיטת התוס', שכיבוש קונה מגזה"כ, מסתבר שהתורה לא נתנה לגוי תוקף של כיבוש בא"י. וכנראה שהסמ"ג סובר בענין זה כרש"י.

ולפמש"כ הרדב"ז, שבערכאות של גויים יש להם בעלות ודינא דמלכותא דינא, צ"ע האם גם בנידון דידן כך, שהרי ב"ה זכינו למדינת ישראל. אמנם המצב המשפטי הקיים בישראל הוא המשך למצב המשפטי הקודם עוד מימי שלטונם של הנוכרים בארץ, אולם הא גופא צ"ע אם ההלכה מכירה במצב משפטי זה. ועיין ר"ן נדרים דף כח, בשם התוס', שבא"י לא חל דינא דמלכותא, משום שהארץ אינה שייכת למלך, אלא לכולנו. ומשמע שגם מלך גוי אינו יכול להיות בעלים על אדמת א"י. אלא שבמקום אחר (באהלה של תורה ח"ד סי' טז) הוכחתי שגם לדעה זו בא"י חל דינא דמלכותא מכוח הסכמת העם. והשאלה היא האם העם הכיר או יכול להכיר בחוק הנותן תוקף לכיבוש נוכרי בא"י.

ועיין מעדני-ארץ, (שביעית פרק כ) שה"ר שלמה זלמן אורבך הוכיח מדין סיקריקון שיש דינא דמלכותא של מלך גוי בארץ. ונלענ"ד לומר בהסבר דין זה שני אופנים:

3. הרש"ז אורבך כתב את ספרו בשנת תש"ד, לפני קום המדינה. אם כי לא שינה דבר במהדורה ב, שנדפסה אחרי קום המדינה, וצ"ע.

אין צריך לעשות לפני משורת הדין. מבואר אפוא שרק כלפי ישראל יש לנהוג לפני משורת הדין, ולא כלפי נוכרים. בפרט לא בנידון דין שאיננו יודעים אם בעלי הזיתים הם לנו או לצרינו.

יתרה מזאת, יתכן שאף אסור להחזיר לנוכרי את אבדתו, כמבואר בסנהדרין עו"ב, ש"המחזיר אבידה לנכרי – עליו הכתוב אומר 'למען ספות הרוה את הצמאה, לא יאבה ה' סלח לו'. רש"י פירש שם: "השווה וחיבר נכרי לישראל, ומראה בעצמו שהשבת אבידה אינה חשובה לו מצות בודאו, שאף לנכרי הוא עושה כן, שלא נצטווה עליהם."

מיהו הרמב"ם (הל' גולה ואבידה פ"א ה"ג)

כתב:

אבידת הגוי מותרת, שנאמר "אבידת אחיך". והמחזירה הרי זה עובר עבירה, מפני שהוא מחזיק ידי רשעי עולם. ואם החזירה לקדש את השם, כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה, הרי זה משובח. ובמקום שיש חילול השם, אבידתו אסורה וחייב להחזירה. ובכל מקום מכניסין כליהם מפני הגנבים ככלי ישראל, מפני דרכי שלום. וכן נפסק בשו"ע (ח"מ סי' רסו ס"א). ועיי"ש בבאר-הגולה, שלגוי המוחזק כהגון מותר להחזיר אבידה. וממילא במקום קידוש השם יש אף מצוה בכך. לכאורה הרמב"ם והשו"ע, שחייבו להחזיר אבידה לנכרי במקום קידוש השם, לשיטתם

מישראל אינו יודע היכן נחלתו הפרטית, וכבר נשתקע שמו הפרטי מנחלה זו<sup>4</sup>. וממילא הקרקע, ולפחות הזיתים שהנוכרים נטעו בה, הם בחזקתם.

ועוד, נניח שהקרקע והזיתים גזולים בידי הנוכרי, באיזו זכות נוטל ישראל מסויים זה את הזיתים לעצמו? וכי שלו הם?! הרי אף אחד אינו יודע היכן נחלתו הפרטית. לכל היותר רשאית המדינה ליטול זיתים אלו לעצמה, ולתיתם למי שהיא רוצה (כולל לנוכרים). אך לאדם פרטי אין שום זכות ליטול זיתים אלו לעצמו, אלא רק מדין מציאת אבידה לאחר יאוש, וכנ"ל<sup>5</sup>.

### ג. השבת אבידה לנוכרי

#### 1. אסור, מותר או מצוה?

וצ"ע האם יש מקום לפני משורת הדין להחזיר לבעלים הנוכרים את אבדתם. שהרי לפני משורת הדין מחזירים אבידה גם לאחר יאוש, כמבואר בב"מ כד ע"ב. אלא ששם מדובר להחזיר לישראל, ואילו כאן מדובר בנוכרים, שאנו פטורים בכלל מלהחזיר להם אבידה, כמבואר בשו"ע (ח"מ סי' רנט ס"ה):

אע"פ שמן הדין במקום שרוב עכו"ם מצויים אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפני משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן. ואם הוא עני, ובעל אבידה עשיר,

4. אבל במקום שנקנה ע"י יהודים וידועה הבעלות היהודית, והערבים גרשו את הבעלים היהודים בעל כרחם כגון בחברון וכד' לכו"ע אין כאן יאוש.
5. בספרי "באהלה של תורה" ח"א סי' קיג, הארכתי בהבחנה זו שבין הבעלות הפרטית לזו הציבורית בא"י.

הגון שאיבד, או בישראל הגון שמצא. לדעת הרמב"ם והשו"ע, אם המדובר בגוי הגון, מותר לכל ישראל להחזיר; ולשיטת רש"י, רק לישראל הגון המתכוון לשם שמים יהיה מותר להחזיר. וא"כ בנידוננו – מצד אחד, איננו יודעים מי הם הנוכרים הנפגעים, אולי הם גויים הגונים שאינם אויבינו, ורק בגלל היותם חלק מהחברה הערבית הם סובלים בגללה; מאידך, כיון שהתושבים הישראלים שואלים שאלת רב, ופועלים עפ"י הנחיות ההלכה, גם רש"י יודה שהם רשאים להחזיר, שהרי אין הם עושים זאת עפ"י שיקול דעתם האישי, אלא עפ"י הדרכה תורנית. וא"כ הם עושים זאת לשם מצות ה', ולא בגלל שהם משווים נוכרי לישראל.

מיהו י"ל להיפך, שגם לדעת הרמב"ם אינם חייבים להשיב את האבידה לבעליה. שהרי בעלים רבים יש לזיתים, ולא ידוע מי מהם לנו ומי לצרינו. והשעה היא שעת מלחמה, ויש הכרח לא רק למנוע את כניסתם של בעלי הזיתים לכרמם מפני הסכנה, אלא גם להימנע מלהשיב להם את זיתיהם, שמא חלק מהם, ואולי רובם, מסייעים לאויבינו להשמידנו. ובמלחמה, לצערנו, גם הירא את דבר ה' סובל, כמבואר ברש"י שמות יד, ז – ועיי"ש בגור-אריה למהר"ל, והדברים מבוארים עפ"י דבריו בגור-אריה בראשית לד, כה, שבמלחמה העימות הוא בין ציבור לציבור – ולכן גם הפרט, שהוא חלק מהציבור, עלול לסבול עקב כך. לצערנו, איננו יכולים לקדש שם שמים כרגע, שלא באשמתנו, כי יתכן שבכך ניתן חרב ביד אויבינו להורגנו, והם האשמים בכך. וכמו שפירש מרן הרא"ה קוק: "וירעו אותנו המצרים" – לא וירעו לנו; הם עשונו רעים.

שאיסור השבת אבידה לגוי משום החזקת רשעים, שפירושה החזקת הרשעה בעולם, ממילא כשהמטרה היא תיקון העולם והשבתו למוטב ע"י מעשה של קידוש השם – החזרת האבידה מותרת. אך רש"י לשיטתו, שטעם האיסור הוא משום שהמחזיר אינו מתייחס להחזרת אבידה כאל מצוה שמיימת, יאסור את ההשבה בכל מקרה.

## 2. כשמשיב על מנת לקדש שם שמים

ונלענ"ד, שלמרות רש"י לא נקט את טעמו של הרמב"ם, אין הכרח לומר שהוא חולק למעשה על הרמב"ם ועל השו"ע. רש"י הרי הוא פרשן ולא פוסק; ולדעתו, המדובר בסתם גוי בימיו, שהיה רשע. השבת כל אבידה לכל גוי, רק בגלל שהיושר מחייב זאת, עלולה לגרום לעתים לעוולה. יש צורך איפוא להימנע מספונטניות במקרה כזה, אלא להתכוון לשם מצוה בלבד. רק כאשר הדבר יותר עפ"י כללי ההלכה, תותר השבת אבידה לגוי. כשתגיע שאלה מעשית בגוי הגון ובמקום קידוש ה', והמוצא יכוון לשם שמים, ולא רק למצוא חן בעיני הגוי – גם רש"י יודה שההשבה תותר.

ראיה לכך המעשים המובאים בירושלמי ב"מ פרק ב, על ר' שמעון בן שטח ורבי חנינה ואבא אושעיה איש טורייא ורבי שמואל בר סוסרטי שהחזירו אבידות לנוכרים משום קידוש השם. ואין לומר שכל גדולי עולם אלו עשו שלא כהלכה; אדרבה – מעשה רב. אלא ע"כ אדם גדול העושה לשם שמים רשאי להשיב אבידה לגוי.

הנפ"מ בין רש"י והרמב"ם תהיה בשאלה, מתי יש להשיב אבידה לגוי – האם בגוי

ואינם מסייעים להם. וכשם שאין לאל ידינו למנוע לצערנו חילול שבת בכל אתר ואתר, כך איננו מזהרים על כך בי"ש"ע. ובוודאי שאיננו רשאים לטלטל נשק מחוץ לעירוב שבת לשם מטרה זו.

### 2. סמכותו של הרבש"ץ מטעמי בטחון

בעקרון נראה שאין זו סמכותו של הרבש"ץ להטיל סנקציות על כל הנכנס ללא רשות למסוק זיתים ולהחרים את זיתיו. יש לנו ב"ה מדינה וצבא, ולהם הסמכות להפקיע ממון מבעליו, ולא לכל רבש"ץ בישובו. אלא שלצערנו המצב מעורפל – המדינה אינה מתערבת תמיד בנעשה; הצבא אמנם אוסר על התקרבות לישובים, אך הטיל את תפקיד ההרחקה על התושבים עצמם. להם אין ברירה אלא להגן על עצמם, ולפעול עפ"י הבנתם.<sup>6</sup>

מכיון שהצבא אינו מתערב בהחלטותיו של הרבש"ץ, ומאפשר לו לפעול לפי הבנתו, נראה שבסמכותו להטיל סנקציות מהסוג הנ"ל, ואז יחול גם על הזיתים המוחרמים דין האבידה שכתבנו לעיל. אך מן הראוי שהרבש"ץ לא יפעל רק עפ"י שיקול דעתו האישית, אלא יטול עצה מתלמידי חכמים שקולים בדעתם.

מאותה סיבה יש גם הכרח להטיל סנקציות על הנכנס לתחום בטחונו של הישוב, שאם לא כן ההרתעה לא תועיל ותיגרם סכנה חמורה למתיישבי המקום. מיהו נלענ"ד שגם אם תוטל הסנקציה של ההחרמה, אל יטלו זאת היהודים לעצמם, משום חילול השם.

### 3. כיצד למנוע חילול השם?

עם זאת, נלענ"ד שיש למנוע חילול השם, כאילו עיניהם של התושבים נשואות אל הבצע, וכל מטרתם היא ליטול את הזיתים לעצמם בתואנות בטחוניות. לכן, כדי להיות נקיים מה' ומישראל, אל להם לתושבים ליטול את הזיתים לעצמם, אלא לפעול בכמה דרכים: כגון, למצוא פועלים בשכר מועט שימסקו את הזיתים עבור הנוכרים, ולתיתם לבעליהם תמורת החזר הוצאות. ואם יעשו כן, ממילא לא יחול על הזיתים יאוש, כי הנוכרים לא יתיאשו מהם, ואז יהיה אסור לישראלים לגזול את הזיתים מעיקר הדין. או לאפשר ליהודים המוכנים למסוק את הזיתים עבור בעליהם, שיעשו זאת עבורם, ומהם הרי לא נשקפת סכנה לישוב.

### ד. מניעת הכניסה לישוב

#### 1. חילול השבת ע"י יהודים לצורך מסיק הזיתים

יש יהודים המסייעים לבעלי הזיתים לבוא ולקטוף עבור בעלי הזיתים. הם עושים זאת בשבתות כאשר הם פנויים. מסיק בשבת הוא איסור תורה, האם מוטלת עלינו החובה למונעם?

בעקרון חובה עלינו למנוע מיהודים לחלל שבת, בפרט במקומות שהדבר בידינו ובתוך ישובינו. אולם לצאת בנשק אל מחוץ לישוב על מנת למנוע חילול שבת מיהודים הבאים בשבת למסוק זיתים עבור הבעלים הנוכרים – נראה שאין זו חובתנו. התושבים לא הזמינו אותם לבוא בשבת,

6. עיין "באהלה של תורה" ח"א סי' ת, שם הבאתי דוגמא למצב זה, מפרשת דוד ונבל הכרמלי.

**ה. שכר הפועל המוסק את זיתי הנכרים**

לכתחילה אסור לאדם להשכיר את עצמו כפועל בדבר הגזול – הן משום מסייע לדבר עבירה, אם הוא רק נוקף במקל על הזיתים ומפילם ארצה; והן משום גנב ממש, אם הוא קוטף או אוסף את הזיתים במו ידיו<sup>7</sup>. אולם לאחר שכבר מסק את הזיתים ולא נטלם לעצמו, אלא מסרם למעבידו, נלענ"ד שמותר לו ליטול את שכרו, שהרי עתה אינו גוזל את הנוכרי; ולא מצינו שאסור ליטול שכר בדיעבד עבור עבודה בחפץ גזול. וצ"ע.

**ו. סיכום**

נשיב על שלוש השאלות שהועלו בתחילת דברינו:

**שאלה א:** האם מותר לישראל למסוק את הזיתים וליטלם לעצמו?

**תשובה:** מעיקר הדין לא נראה שהנוכרים התייאשו מפירות זיתיהם. עם זאת, חובת השבת אבידה לא חלה לגביהם. אולם כדי למנוע חילול השם ראוי לאפשר את מסיק הזיתים באופן שאינו מהווה סכנה בטחונת (ע"י פועלים או מתנדבים יהודים), ולמסור את היבול לבעליו הנכרי תמורת כיסוי ההוצאות.

**שאלה ב:** ערבי שנכנס ללא רשות למסוק את זיתיו גורש מהמקום. האם מותר להחרים את הזיתים שהספיק למסוק?

**תשובה:** אם הצבא הסמין את הרבש"ץ לפעול לפי הבנתו בעניינים אלו, ולדעתו

מטעמים בטחוניים הדבר נחוץ – הדבר מותר. אולם כיון שהדבר נתון לשיקול דעתו ולהבנתו, ראוי שיתיעץ עם תלמידי חכמים שקולים בדעתם קודם למעשה.

**שאלה ג:** ישראל נשכר כפועל למסוק זיתים. אחרי המסיק נודע לו שהזיתים הם זיתי נוכרים – האם מותר לו ליטול את שכרו?

**תשובה:** גם אם לכתחילה אסור היה לו להשכיר עצמו לצורך דבר גזול, הרי בדיעבד מותר לו ליטול את שכרו.

**בשולי התשובה**

המציאות המשתקפת בתשובה זו מורכבת. עם ישראל חזר ב"ה לארצו. הארץ שהיתה שוממה ברובה היתה מיושבת בחלקה ע"י קבוצות שונות שהגיעו הנה, רובן בדורות האחרונים. הבעלות המשפטית על הקרקעות אינה ברורה דיה. יש מקומות שבהם היה רישום מסודר. אולם הוא עצמו נעשה ע"י כובש זר (הטורקים שלטו בארץ כ-400 שנה). שלטון זה פקע, וכן הבא אחריו (הבריטי) וגם הבא אחריו (הירדני). הבעלות החוקית על הארץ היא בעקרון של עם ישראל. (יזכר לטוב השופט אדמונד לוי שקבע זאת גם עפ"י המשפט הבין-לאומי), אלא שלצערנו המדינה טרם הכירה רשמית בכך. המצב המעורפל יוצר תסיסה לא בריאה הן אצל הערבים והן אצל היהודים ומכאן יוזמות פרטיות. כל עוד לא הוחלט אחרת הזכויות הפרטיות של התושבים המקומיים במקומן עומדות.

7. עיין גיטין סא ע"א. מיהו גם אז נראה שאינו עובר בעצמו על איסור גניבה, שהרי לא התכוין ליטול לעצמו, וסבר לתומו שמותר למוסקם. ועיין ב"ק עט ע"א.

## נספח – מסיק זיתים במטעי נכרים

### הערות הרב אהוד אחיטוב על מאמרו של הרב יעקב אריאל

קראתי את דבריו של הרה"ג יעקב אריאל בענין מסיק זיתים של נכרים, ובו הסיק שלמעשה אסור למסוק זיתי עצים אלו, כשהנימוק העיקרי הוא איסור גזל נכרי. ברצוני לדון בנושא כתלמיד לפני רבו, ולא באתי להכריע למעשה בשאלה זו, שהיא כבודת משקל מבחינה ציבורית, ולשאול בנוגע למעמד הקרקעות ומעמד הפירות במקרים הנדונים. ואפתח במשמעות הכלל ש"קרקע אינה נגזלת" ביחס לקרקעות שבידי הנכרים בימינו.

#### א. בעלות נכרית על קרקע בארץ ישראל

בסוף פרק ב במאמרו כתב הרב אריאל (אות א):

כאשר "נשתקע שם הבעלים" יש יאוש גם לקרקע וקרקע נגזלת. וכאן, השם הכללי – ארץ ישראל – לא נשתקע מעולם; אולם השם הפרטי של כל אדם על נחלתו הפרטי נשתקע ובעלותו פקעה.

אכן לדעת חלק מן המפרשים יש מחלוקת בין הירושלמי (כלאים פ"ז ה"ה, ערלה פ"א ה"ב) המזכיר את המושג "נשתקע שם הבעלים" לבין הבבלי (סוכה ל"ב), שאינו מזכיר את המושג הזה כלל.

אלא שבדברי הרמב"ם והשו"ע קיים קושי, מכיון שמצד אחד, בדיני גזל פסקו הרמב"ם (גזילה ואבידה ח, יג) והשו"ע (ח"מ שע"א, ב) שקרקע אינה נגזלת, ואינה קנויה לגזלן. מאידך, לענין כלאי הכרם פסקו שניהם (רמב"ם כלאים פ"ה ה"י; שו"ע יו"ד סי' רצו ס"ו) שאם נשתקע שם הבעלים מן הכרם, הרי הוא של הגזלן והכלאים שזרע אסורים מהתורה, וז"ל:

האנס שזרע כלאים בכרם חברו, אם נשתקעו הבעלים – אף על פי שלא נתייאשו – הרי זה קדש מן התורה...

ומדבריהם שם מוכח שאף אם אין יאוש לקרקע, הרי שאם נשתקע שם הבעלים נחשבת הקרקע לבעלות הגזלן. ומכאן ש'נשתקע שם הבעלים' יוצר בעלות אף לענין איסורים על הקרקע. וקשה: מדוע השמיטו זאת מדבריהם בעניני גזילה?<sup>8</sup>

#### 8. הערת המחבר:

יתכן לומר שנשתקע השם אינו קניין גמור לגזלן, הוא רק מוציא את הקרקע מבעלות הנגזל. ונ"מ אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, במקרה זה הכלאים שזרע הגזלן אוסרים את הכרם. (אמנם ברכוש הפקר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, אך בנד"ד אינו הפקר לכל אלא מצב ביניים בין הבעלות של הנגזל לבעלות של הגזלן). וכן לענין מצוה הבאה בעבירה, לולב הגדל בקרקע כזו אינו מצוה הבאה בעבירה. לכן הפוסקים לא הביאו דין זה בהל' גזלה אלא רק בהלכות כלאים.

בשאלה זו נתקשה הכפות תמרים (סוכה ל, ב ד"ה עוד נתבאר), והסיק שאכן אם נשתקע שם הבעלים, יש קנין גזילה גם בקרקעות.

אלא שאף אם נקבל זאת כשיטת הרמב"ם והשו"ע, זהו רק בנוגע לשאלה אם יתכן קנין גזילה בקרקע. אך אין להסיק כמובן מאליו, שהנכרים שכבשו את הארץ מישראל זכו בבעלות פרטית עליה. שהרי על השוואה זו יש לשאול שתי שאלות:

1. כידוע, קיימת מחלוקת בין הראשונים, אם בכלל נכרי יכול לקנות בקנין כיבוש קרקע של ישראל. לדעת התוס' (גיטין לז ע"ב ד"ה אבל), הפסוק (במדבר כא, א): "וישב ממנו שבי" האמור במלחמת הכנעני מלך ערד בישראל, מוכיח שיש לנכרי קנין כיבוש מלחמה בשל ישראל, וכן כתבו תוס' (ב"מ מח ע"ב ד"ה נתנה) והרשב"א (הוצאת מוסד הרב קוק גיטין לז ע"ב ד"ה וקשיא; יבמות מו ע"א ד"ה דיהבי).

אולם מדברי רש"י (שם ד"ה בחזקה) משמע שאין לנכרי קנין של כיבוש מלחמה בכלל, ובוודאי לא בישראל. והדבר תואם את שיטת תלמידיו בספר האורה (ח"ב סי' קנה) בשם הגאונים: דאין לך כל אחד מישראל שאין לו קרקע בארץ ישראל. שהרי גויים שהחזיקו בה ולכדוהו אין להם חזקה, דקיימא לן קרקע אינה נגזלת ואינה נחמסת לעולם, וארץ ישראל בחזקתנו עומדת לעולם, ואף על פי שאין אנו שולטין בה.

ואף לדעת הראשונים הסוברים שיש קנין כיבוש מלחמה לנכרים בשל ישראל, הדבר מותנה לדעתם ביאוש הבעלים. ולאור זאת הסיק הדבר אברהם (ח"א סי' יא ס"ק טז) שלדעת רוב הראשונים אין לנכרים בשל ישראל קנין של כיבוש מלחמה.

ולכאורה, לדברי הרב אריאל אין כלל נפק"מ משאלה זו, שהרי לדעתו באופן פשוט נשתקע שם הבעלים הפרטיים מכוח הכיבוש, וממילא קנאום הנכרים מצד שנשתקע שם הבעלים.

2. גם אם נאמר שבאופן עקרוני כיבוש שבעקבותיו נשתקע שם הבעלים נחשב לקנין נכרים בשל ישראל, זה אכן היה מועיל אם ח"ו היתה קמה עצת אדריאנוס שלא ייזכר שם ישראל עוד מהארץ. אך ה' הפר עצת רשעים, והדבר לא צלח בידו, שהרי היא נמשכה להיקרא על ידי עם ישראל בשם "ארץ ישראל", וממילא כל הכיבוש לא תפס. לפיכך אף אם אין אנו יכולים לומר לאיזה אדם מישראל שייכת הקרקע, ברור לנו שהיא אינה שייכת לנכרים היושבים בה, ולסוברים שכיבוש נכרי בשל ישראל קונה רק לאחר ייאוש – גזל היא בידם. וכיון שדעת רוב הראשונים שאין לנכרים קנין כיבוש בשל ישראל, כפי שמציין הדבר אברהם (שם), הרי שלהרבה פוסקים קרקעות אלו כגזולות בידי הנכרים, גם כיום.

ותנא דמסייע לדברים אלו ראיתי בספר תורת הארץ (ח"ב, דף מז, ב) שכתב שכל הדיון אם יש קנין לנכרי בארץ ישראל או 'אין קנין' – קיים רק לסוברים שכיבוש של נכרים בשל ישראל קונה, אך לסוברים שכיבוש נכרי בשל ישראל אינו קונה, שוב אין משמעות לדיון אם "יש קנין" או "אין קנין" אלא אם כן קנאה מישראל בקנין כסף. וז"ל תורת הארץ (שם):

הקרקעות שכבשו עכו"ם מישראל בארץ ישראל בכיבוש מלחמה – י"א דהוי כגזל בידם, ולכו"ע אמרינן אין קנין. וי"א דהוי כאילו קנו הקרקע מישראל בכסף, ושייך בזה הפלוגתא דיש קנין ואין קנין.

ושם בהערות (ס"ק סה ד"ה ו"כ הכ"פ) הביא את דברי הכפתור ופרח שתלה את חסרון קנין הנכרי בקרקע ארץ ישראל, בכך שעם ישראל לא התיימש מארצו. וז"ל: "והאמת שיש שינוי רשות, אבל יאוש אין שם; ונוסחאות תפילתנו וברכותינו יוכיחו". ומבאר בעל 'תורת הארץ': והיינו שתמיד אנו מתפללים להשי"ת שיחזירנו לארצנו וגם אנו מברכים בונה ירושלים וכדו'. וע"כ שאין אנו מתיימשים מארץ ישראל. ולפי זה גם מ"ד יש קנין בא"י היינו בקרקע שלקח הגוי מישאל בכסף אבל בשאר קרקעות שביד העכו"ם כו"ע ס"ל דאין קנין.

דברים אלו שכתב הכפתור ופרח בקצרה וביארו תורת הארץ, ברור מללו שאין לנתק בין הבעלות הכללית על הקרקע לבין הבעלות הפרטית. ואם עובדה היא שלא נשתקעה הבעלות הכללית של ישראל מהארץ, ממילא גם הבעלות הפרטית לא נשתקעה. ולפיכך הוא כותב שלסוברים שאין כיבוש מלחמה חל בבעלות הנכרים בארץ ישראל, גם הקרקעות הפרטיות נחשבות כגזולות בידם. ולאותן דעות, כל הדיון אם יש קנין או אין קנין להפקיע מידי מעשה, הוא רק באופן שנכרי קנה קרקע מישאל בקנין גמור.

ניתן היה להוכיח מהמנהג הקדום בארץ ישראל מתקופת מרן הב"י שלא לנהוג קדושת שביעית בפירות נכרים, שהב"י והבאים אחריו התייחסו לקרקעות שכבשום הנכרים כקניינם הפרטי. שהרי לא מצאנו בכל דברי החולקים בשאלה זו מי שהזכיר שמה שאין קדושת שביעית נוהגת בפירות הנכרים, זה אמור דוקא בקרקע שהנכרי קנה מישאל ולא בקרקע כבושה. יתירה מזו, הכס"מ (הל' שמיטה ויובל פ"ד הכ"ט, בסוף דבריו) מבאר את המעשה המובא בירושלמי (שביעית פרק ט) ביחס ל'גינתא דסיסרא', שאין לנהוג קדושת שביעית גם בגידולי נכרים מקרקעות שכבשו הנכרים. אך נראה שאין מכאן ראיה שיש לנכרים קנין כיבוש בגוף הקרקע, וכפי שנוטה דעתו של החזו"א (שביעית כא, ה) לומר, שבעלות הנכרים על הקרקע לאחר החורבן אינה בעלות גמורה אלא לקנין פירות, כפי שהיתה בעלותם מאז הבטחת ה' את הארץ לאברהם אבינו כניסת ישראל לארץ, כפי שכתבו התוס' (ר"ה יג, א ד"ה ולא). יתכן שזו שיטת הב"י ודעימיה שיש לנכרי קנין פירות מכוח הכיבוש, אך אין להם קנין בגוף הקרקע (עי' 'שבת הארץ עם תוספת שבת' פ"ד הכ"ט הע' 17).

## ב. זכותו של יהודי פרטי בקרקע

עוד כתב הרב אריאל שם בסוף פרק ב:

אף אם נאמר שהבעלות הפרטית של כל יהודי לא פקעה מנחלתו, אין זה מתיר ליהודי פרטי לקחת אותה או את הפירות שגדלו בה. שכן מי הסמיך אותו לראות את עצמו כיורשו של אותו יהודי? אולי יורשיו של אותו יהודי מזדהים דווקא עם השמאל, ואולי התבוללו בין העמים? רק מדינת ישראל יכולה לקחת אחריות זו. אך מדברי תורת הארץ (שם ד"ה ונראה) נראה שסבר שאנו תולים בסתמא שניחא ליה לכלל ישראל שהקרקע הגזולה תגיע לידי ישראל, וז"ל:

אף לדעה זו דס"ל דהקרקע בארץ ישראל נחשבת כגזילה ביד העכו"ם, מכל מקום מותר לישראל לקנות הקרקע מהעכו"ם, וכן הפירות במחובר; דוודאי ניחא לכל ישראל שתהיה ביד ישראל.

כוונתו – שמכיון שלא ידוע לנו מי הצאצאים של בעלי הקרקע, אך ידוע שהיא של עם ישראל ולא של נכרי – ניחא לכל ישראל שתהיה ביד ישראל. אך לא מוטל עלינו לברר מי הם יורשיו של אותו בעל קרקע מלפני אלפיים שנה, ואם פעולה זו אכן נוחה לו באופן אישי. אכן מסתבר שלאחר קום המדינה, ממשלת ישראל, מכוח סמכותה, היא זו שיכולה וצריכה לקחת אחריות על גאולת הקרקעות, אך היא אינה רשאית ואינה יכולה מכוח אותה סמכות לעשות פעולה הפוכה ולהחליט שהיא מעבירה את הבעלות לידי נכרים.

### ג. המציאות כהוכחת הבעלות על הקרקע

עוד כתב הרב אריאל שם:

‘דינא דמלכותא דינא’ בכה”ג, שגם השלטונות הקודמים שהיו בארץ וגם מדינת ישראל הכירו בבעלות זו, אף ההלכה מכירה בה. הרב מתייחס למקרים שיש לנכרים שטר בעלות על הקרקע (“קושאן”). אולם במציאות, בהרבה מקומות אין הדבר כן. בכדי למנוע אי דיוקים בנתונים השונים ששמעתי מאנשי מקצוע ומאנשים שבררו את הדבר, אציין שבאופן כללי חלק ניכר מהקרקעות בישראל הן אדמות מדינה שהערבים יושבים עליהן ללא שטרי בעלות. צורה זו של שימוש מתמשך או תשלום מסי קרקע, היווה בתקופת התורכים והירדנים, במקרים ובאופנים מסויימים, הכרה באותם אנשים כבעלי הקרקע. תקנות אלו קיבלו הכרה על ידי ממשלת ישראל, באמצעות צו של אלוף הפיקוד.

ועל כך יש לשאול: האם ניתן לומר שאם מדינת ישראל מכירה בבעלות זו, גם ההלכה מכירה בה כבעלות גמורה? הרי מסתבר שלזה היתה כוונת הרמ”א (ח”מ שסט, א בהג”ה): דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו”ם, דאם כן, בטלו כל דיני ישראל. לדבריו, ניתן לומר שלכל היותר, הממשלה רשאית להשאיר בפועל את הקרקע בידי הנכרים בכדי למנוע עימותים וכדו’, אך האם ההלכה אכן מכירה בקביעת בעלות נגד דין תורה באופן כוללני?

### ד. גדרו של כיבוש מלחמה

כפי מה שהובא לעיל, זכותו של הערבי באותו מטע הנה מכוח ההכרה דה-פקטו של הצבא בישיבתו בקרקע. לאור זאת יש לשאול: האם לאחר שהם גורשו מן השטח מטעמי ביטחון לא פוקעת זכות זו והקרקע חוזרת לבעלות המדינה והצבא? אמנם באופן רשמי, ברשימות של המנהל האזרחי הדבר נשאר כמות שהיה, אך האם ניתן להתעלם מכך שבגירוש אותם ערבים על ידי הצבא יש הרחבה של הכיבוש שהתחיל לפני כ-35 שנה ככיבוש מדיני, והורחב מעתה גם על הרכוש הפרטי? ואם כן, הרי שחל כאן קנין של כיבוש מלחמה. כראיה לכך ניתן אולי להביא מדברי הגרצ”פ פרנק זצ”ל בשו”ת הר צבי (או”ח ב סי’ עד) ביחס למובא להלן: בראשית מלחמת השחרור היה מחסור גדול במרור (חסה) לפסח, ורבים מתושבי ירושלים ירדו לכפר הערבי הנטוש דיר-יאסין שנלכד בידי היהודים כדי ללקוט שם.

ונשאלתי ע"י הגאון רבי עזרא עטיה ראש ישיבת פורת יוסף, אם אפשר לצאת במרור זה ידי חובה, דלכאורה הוי גזל עכו"ם ובמרור הגזול לא יוצאים ידי חובה. בתשובתו נטה הגרצ"פ פרנק לומר ששטחים אלו נקנו בכיבוש ויוצאים ידי חובה במרור זה. באופן דומה ואף יותר החלטי הוא פסק בתשובה מאוחרת יותר, ביחס לפרדסים של נכסי נפקדים אחר מלחמת השחרור.

הרי לפנינו דברים ברורים דא"נ דשפיר נמצא שלפעמים מוציאין רכוש של אדם וחבירו נוטלה חזקה בה בעל כורחו ושלא בטובתו של בעל החפץ, ואע"פ שבעל החפץ עומד וצווח שלי הוא – לא משגחינן בו, וענין זה מפורז בש"ס ופוסקים כדבר פשוט, דכיבוש מלחמה הוא אחד מקנייני התורה.

בתשובה נוספת ביחס לטבילת כלים של נפקדים (הר צבי י"ד סי' קט) גם קבע הגרצ"פ שאין בהכרח משמעות לעובדה שהנכסים נחשבים בעיני המדינה כנכסי נפקדים, וחל עליהם גדר של כיבוש מלחמה. ושם הוא מסכם:

ולדידי מה שהממשלה מצביעה עליהם שהם רכוש האויב, רשום זה אינו משמש כלום להתיש כחו של כיבוש מלחמה שהוא קנין גמור על פי התורה, ומעשה מוציא מידי דיבור,

לכאורה, לאור דברים אלו אף במקרה הנידון, מדוע אם הצבא השתלט על השטח מחדש וגרש את הערבים ממנו, ועושה בו כבתוך שלו בטווח הנראה לעין – שלא יחשב הדבר כקנין כיבוש? כגון: אם לאחר שהצבא גרש את בעלי המטעים הורחבו שטחי הישוב על ידי גידור וכדו' בהסכמה בדיעבד של הצבא, מדוע שלא יחשב הדבר כ'קרקע ישראל', גם כשהפליחים לא נתייאשו?

כמו כן, לכל הפחות במטעים הנמצאים בתוך אדמות מדינה, הרי הצבא מעוניין שהערבים יסתלקו משם והמצב המשפטי יחזור לקדמותו. אם כן מדוע יש כאן גזל הנכרי, הרי מדינת ישראל כבשה אותם והם בבעלות הצבא, שהוא הממונה על כך מטעם המדינה? ואם אכן הצבא אינו מסכים שיקחו את הזיתים, הרי זה גזל של המדינה. אולם אם הצבא אינו מקפיד על כך, לכאורה אין כאן גזל כלל!

#### ה. השבת אבידה לנכרי

ביחס למה שכתב הרב אריאל, שבכל מקרה אין הפירות מוגדרים כאבידה, ברצוני לשאול: הרי אף אם ברור לנו שהעצים והזיתים הם של הנכרי, הרי כאשר הזיתים הולכים לאיבוד על העץ הם אבודים מהנכרי ומצויים אצל היהודים. לפי זה, אף אם הקרקע והזיתים הם שלו באופן מוחלט, ניתן היה למסוק את הזיתים על מנת להחזיר את תמורתם, שהרי אם הפירות הם של הערבי, הרי יש קידוש השם בכך שההתיישבות אינה באה על חשבוננו הפרטי של הפאלח הערבי, ובכך גם אולי היתה נמנעת העזרה וההתגייסות המתוקשרת לעזרת בעלי הזיתים, ועוד תוך חילול שבת המוני.

כאמור לעיל, לא באתי בדברים אלו לחלוק על מסקנת כב' הרב אלא לבוא במשא ומתן של הלכה כדרכה של תורה.

מה עוד, שכפי הידוע, הצבא אוסר במפורש לקחת מהזיתים ויש כאן גזל של רשויות הצבא, שהם האחראים על השטח. כמו כן קיימים גם שיקולים מעשיים נוספים להימנע מלקיחת הזיתים, ואין כאן המקום לפרטם.

### סיכום

1. לדעת הכפתור ופרח, אף שנשתקע שם הבעלים הפרטיים מהקרקע, כיון שישראל לא נתייאשו מהקרקע – מונע הדבר את יכולתם של הגויים לתפוס בעלות על קרקעות בארץ.
2. לדעת בעל תורת הארץ, נוח לכלל ישראל שקרקעות ישראל יהיו בידי ישראל ולא בידי נכרים, ובאופן עקרוני כל אחד מישראל יכול לעשות כן, כשלא ידוע מי היו בעלי הקרקע. אמנם פשוט שלאחר קום המדינה זו סמכות הממשלה.
3. בפשטות, 'דינא דמלכותא דינא' לענין זה אינו מקנה לממשלה סמכות להעביר קרקעות לבעלות הנכרים, אלא לכל היותר להשאירה לשימושם.
4. קיימת מחלוקת ראשונים אם בכלל יש לנכרים בעלות על קרקע שכבשו בארץ ישראל, ומידי מחלוקת לא יצאנו.
5. במציאות, חלק ניכר מהקרקעות אינם בבעלות ממונית של הנכרים, אלא הן מוחזקות בידיהם זמן רב; והדבר קיבל הכרה מסויימת על ידי התורכים והירדנים, שלאחר מכן גם הצבא אימץ אותה.
6. הסכמה של הצבא על גידור שטח שהיה ביד נכרי, מהווה הוכחה לכאורה על קנין כיבוש עם כל ההשלכות הנובעות מכך.
7. שינוי במצב באדמות מדינה בשנתיים האחרונות, מהווה גם הוא לכאורה השלמת קנין הכיבוש, והפירות אינם שייכים לנכרי אלא לצבא. וכשהצבא אוסר הרי הוא גזל הצבא.
8. גם אם הפירות הם של הנכרים, נראה שמסיק הזיתים על מנת לשלם תמורתם לנכרים יוכל להיחשב כהשבת אבידה לנכרי, שהרי לולא זאת הם בוודאי ילכו לאיבוד.

## תשובה המחבר לרב אהוד אחיטוב

- עיקרי דברי נסבו סביב הבעלות על הפירות ולא בבעלות על הקרקע, שהוזכרה רק דרך אגב. אולם מכיון שהרב אחיטוב מיקד את טיעונו בשאלת הקרקעות, נתייחס בתחילת דברינו לנושא הבעלות על הקרקעות, ולאחר מכן נדון בשאלת הבעלות על הפירות. שאלת הבעלות על פירותיהם של הנכרים ברחבי ארץ-ישראל נידונה באריכות
- בשו"ת באהלה של תורה (ח"א סי' קיג). דברינו הבאים מבוססים על האמור שם.
- א. האם יש כיום לגוי קנין פרטי בארץ ישראל?**
- טענתו העיקרית של הרב אחיטוב היא שהקרקעות בארץ ישראל שייכות לעם ישראל והן נגזלו מאתנו על ידי הנכרים שכבשו את ארץ ישראל; ולגוי אין קנין

לאו בני כיבוש נינהו – לא ניתנה ארץ לכבוש כי אם לישראל, שאף לישראל לא הותר יפת תואר אלא במלחמה על ידי כיבוש.

אך אפשר לומר בדעתו שגוי שכובש ארץ ונוטל שבויים – אין לו קנין בגוף הקרקע והאדם אלא רק קנין לפירות (בקרקה) ומעשה ידים (באדם). ולכן אין לו דין יפת תואר; כי נפילתה בשבי של גויים אינה מפקיעה את אישותה הקודמת, והיא אסורה לכבוש. אלא שאם כן, אין הסבר מניח את הדעת לכיבוש נבוכדנצר ולעמון ומואב שטהרו בסיחון<sup>9</sup>.

### ב. הבחנה בין בעלות כללית לבעלות פרטית

כפי שרמז גם הרב אחיטוב (וכן הרב מיכאל אברהם במאמר תגובתו), יש להבחין בין בעלות כללית על הארץ לבין בעלות פרטית. באשר לבעלות הכללית, אין סמכות לעם ישראל להתיימשך מנחלתו. גם המציאות ההיסטורית היא שעם ישראל לא התיימשך מעולם מארצו ושאר לחזור אליה, וגם שמה של הארץ לא נשתקע מעולם בישראל אלא נשאר "ארץ ישראל", למרות מאמציו של אדריאנוס קיסר להפוך את שמה ל"פלשתינה".

אולם באשר לבעלות הפרטית, אין להכחיש את המציאות שאיש אינו יודע היכן נחלתו, ובקרקע שנשתקע שם בעליה ממנה אכן יש יאוש. אלא שדבר זה תלוי במחלוקת שבין הגאונים לבין הרמב"ם. וכך כותב

כיבוש בארץ ישראל.

הדבר אינו מוסכם. מצינו לגוי כיבוש גם בארץ ישראל. לשם כך נעיין בדברי הרמב"ם (הל' בית הבחירה פ"ו הט"ז) שהסביר מדוע קדושה ראשונה בטלה:

אבל חיוב הארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כיבוש רבים; וכיון שנלקחה הארץ מידיהם, בטל הכיבוש ונפטרה מן התורה ממעשרות. ואם נאמר שכיבוש נכרי אינו חל בארץ, כיצד כיבושו של נבוכדנצר ביטל את כיבושו של יהושע בן נון?

ובמסכת גיטין (לח ע"א) אמר רב פפא: "עמון ומואב טהרו בסיחון". כלומר כיבושו של סיחון בעבר הירדן, שהוא חלק מארץ ישראל, הפקיע את בעלותם של עמון ומואב. על כורחך צריך אתה לומר שכיבושו קנה את המקום. שאם לא כן, כיצד פקעה בעלותם של עמון ומואב? ודוחק לומר שעמון ומואב גויים היו, ואף להם לא היה קניין בארץ – לכן כיבושו של סיחון הפקיע את בעלותם, מה שאין כן בכיבוש של נכרי מישראל. שהרי עמון ומואב זכו בארץ ישראל מכוח היותם בני לוט, שאר בשרו של אברהם אבינו, והיה אסור לישראל לרשת אותם (עי' דברים ב, יח-יט). ומשמע שהיתה להם בעלות על ארץ ישראל לפחות כל עוד היה אסור לישראל להורישם. אמנם ממסכת סנהדרין (נט ע"א) עולה שאין לנכרים דין כיבוש כלל. ופירש שם רש"י:

9. ועי' נמוק"י (לרי"ף יבמות טו, ד"ה אבל עובד כוכבים) שכתב שגוי קונה עבד גם לגופו ולא רק למעשה ידיו. ועי' גיטין מז, א, שם נראה שבשאלה זו עצמה, אם יש לגוי קנין הגוף בארץ ישראל או רק קנין פירות, נחלקו רבה ור' אלעזר. והדברים צריכים עדיין עיון. ועי' אנציקלופדיה תלמודית כרך כז, [כבוש מלחמה] טור קלא פ"ב מלחמה וכיבוש.

המהר"ם מרוטנברג (שו"ת, חלק ד, דפוס פראג, ס' תקלו):

קים להו לרבנן דאין כל אחד מישראל שאין לו ד' אמות בארץ ישראל. וא"ת: נטלוה הגויים ואנן בגלות! קיי"ל לרבנן דקרקע אינה נגזלת ובחזקת ישראל היא, וארץ ישראל נקראת על שם ישראל, דאפילו בזמן שישראל שרויין על אדמתן אין להם רשות למכור שדותיהן לצמיתות, שנאמר: "והארץ לא תימכר לצמיתות" וגו', וכתוב: "לד' הארץ ומלואה", ועתידין אנו לחזור עליה ולירש אותה... הכי אמר רב נחשון גאון.

ובגליוני הש"ס (להר"י ענגיל, ב"ב מד ע"ב) כתב בהסבר הדברים:

א"י היא עדיין של השי"ת ולא ניתנה גם לישראל נתינה חלוטה... וע"כ כיון שהארץ של השי"ת... ולמי שאין ה' נותנו ה"ל לגביה של השי"ת לגמרי וא"א שיזכה בו כלל... א"נ כיון שיש דעות דיאוש מועיל גם בגזלת קרקע, לכן כתב דאין כאן יאוש כיון דעתידין אנו לחזור אליה.

אולם הרמב"ם חולק על רב נחשון גאון בהל' שלוחין ושותפין (פ"ג ה"ז):

הגאונים תקנו... שאם הרשהו ליטול מעות שיש לו ביד חברו או לתבוע ממנו הלוואה ולא היתה למקנה קרקע, מקנהו ארבע אמות מחלקו שבארץ ישראל, ומקנה לו המעות על גבן. ודברים אלו – דברים קלים הן עד מאוד ורעועים, שזה, מי יאמר שיש לו חלק בארץ ישראל? ואפילו הוא ראוי, אינו ברשותו!

וכן בעלי התוס' בבא בתרא (מד ע"ב ד"ה לא) חלקו על המהר"ם והגאונים:

מכאן תשובה לאומרים דמה שנהגו לכתוב בהרשאות "ונתתי לו ארבע אמות בחצרי" אף על גב דלית ליה קרקע משום דאין לך אדם שאין לו ארבע אמות בארץ ישראל דקרקע אינה נגזלת, אי נמי דאין לך אדם שאין לו ד' אמות לקברו; דהכא משמע דאפשר דאין לו קרקע.

והחזו"א (שביעית כא, ה) כתב בהסבר דעתו של הרמב"ם:

אמרו בגמ' (ע"ז נג, ב) דארץ ישראל ירושה היא להם, ובראש השנה (יג ע"א) קרי להו "קציר נכרים". ופירשו בתוס' שם דניתנה לאברהם אבינו ע"ה גוף מהיום ופרי לכשישלם עון האמורי... ויש לעיין, לאחר שגלו ישראל וקנו האויבים הארץ בכיבוש מלחמה ויאוש ונשתקע שם בעלים, אי חשיבא הארץ של ישראל מצד הבטחתו, יתברך שמו, להחזירה אלינו, והגוף שלנו; והלכך, אע"פ שכל יחיד כבר פקע קניינו מחלקו. ומדברי רבנו כאן משמע שמתנת אברהם אבינו ע"ה קיימת לעולם וחשיב גם השתא גוף של ישראל. ומה שכתב רבנו דחשיב אינו ברשותו אע"ג דבקרקע אמרינן (ב"מ ז, א) דחשיב ברשותו – היינו דווקא ביכול להוציאה בדיינים.

החזו"א מבחין אפוא בין הקניין הכללי בארץ ישראל, שהוא שייך לעם ישראל עוד מברית בין הבתרים, שקניין זה הוא קניין הגוף ולא קניין פירות, והוא אינו יכול לפקוע לעולם, לבין קניין פרטי של כל אחד

וחתום בערכאותיהם. ונמצא כל המחזיק בקרקע – כדין מחזיק. ואפילו תאמר שגזל אותו הוא או אבותיו – מכל מקום, כיון שיש בידו 'מכתוב', הרי הוא שלו, ודינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר שכל מי שיש בידו 'מכתוב' יהיה הקרקע שלו. הלכך אין כאן גזל. אלא שלדעתו יש להבחין בין קרקעות מוסדרות לבין קרקעות שאינן מוסדרות, שאין למחזיקים בהם מסמך רשמי המאשר את בעלותם. אולם גם אם נניח שקרקעות אלו אינן שלהם, הרי בעצם שנטעו בהן יש להם בעלות – חלקית או מלאה – כפי שיבואר להלן.

אמת נכון הדבר שיש קרקעות רבות שהערבים השתלטו עליהן שלא כדין ומן הראוי שיושלט בהן סדר. אולם הדבר מסור בידי המדינה ולא בידי כל אחד ואחד. וגם אם המדינה אינה עושה את המוטל עליה, האם רשאי כל אזרח פרטי לעשות דין לעצמו וליטול לעצמו דבר שאינו שלו? גם אם היתה המדינה נותנת גושפנקה חוקית לגזל הקרקעות יש מקום לטענה שדינא דמלכותא אינו תקף כאשר הוא נוגד את דין התורה. אלא שהשאלה היא מהו דין התורה במקרה זה? אין ספק שהגזילה אסורה ויש להשיב את הגזילה לבעליה. אולם מי הם הבעלים? כבר כתבנו שאין הבעלים הישראלים הפרטיים של הנחלות בארץ, צאצאיהם של יורשי הארץ בימי יהושע בן נון, מכירים בבעלותם. וע"כ יש להחזיר את הגזילה לכלל ישראל, שהמדינה היא המייצגת אותו. ואם המדינה מכירה בבעלותם של הגזלנים אנו יכולים רק לזעוק חמס אולם לא לערער על סמכותה במקרה זה ודינא דמלכותא דינא.

מישראל, שעליו חלים כללי הדין הרגילים שאם אי אפשר לו להוציאו בדיינים הוא אינו ברשותו.

### ג. האם קרקעות הנכרים בחזקת גזולות?

לדעת הגר"מ קלירס בתורת הארץ (שהובא בדברי הרב אחיטוב), כל הקרקעות המוחזקות בידי נכרים גזולות הן בידיהם, ובעצם יש להחשיבן כקרקעות ישראליות. אלא שאם נמשיך בעקביות את קו המחשבה שלו נגיע למסקנה שכל התוצרת הערבית תתחייב בשמיטה ובמעשר. הוא עצמו רומז לכך שאין אנו נוהגים כן אלא מתייחסים לתוצרת נכרית כמי שמופקעת מקדושה. כלומר, למעשה, אנו מכירים בבעלותם של הנכרים על אדמותיהם. (שמעתי מבני משפחתי שהם באמת התייחסו בשמיטה לפירות הנכרים כפירות ישראל).

הגר"מ קלירס לא הבחין, כמו החזון איש, בין בעלות פרטית לציבורית. ואכן כל ראיותיו הן מהתחום הציבורי, ואינן נוגעות לתחום הפרטי, שבו יש לנכרי בעלות לפחות של קניין פירות.

הכפתור ופרח, עליו מסתמך תורת הארץ, הכותב שלא התייחסנו מארצנו ולכן אין לגוי קניין בארץ – אומר גם את ההפך (פרק ד, הוצאת לונץ עמ' לד; הוצאת גרוסברג עמ' ז) בשם הירושלמי (גיטין ד, ט), שיש לגוי בעלות על הקרקע שהוא מחזיק בארץ ישראל (ועי' משך חכמה לך לך יג, טו; יז, ז).

הרדב"ז בוודאי חולק על בעל תורת הארץ, ואלו דבריו בתשובה (ח"א סי' תקיד): דע כי אין במחוז הזה לא בית ולא גינה ולא שדה שלא יהיה לו שטר קניין הנקרא אצלם 'מכתוב', והוא כתוב

## ד. לא כל הקרקעות גזולות

ההנחה שכל הקרקעות המוחזקות בידי נכרים גזולות הן – טעונה הוכחה. אין ספק שהרבה קרקעות נגזלו בכוח מידי בעליהן הישראלים על ידי כובשים זרים. אולם יש סבירות לכך שחלק מהקרקעות נמכרו על ידי בעליהם הישראלים לנכרים לפני שנאלצו לרדת מן הארץ. קרקעות אלו אינן גזולות. וגם על חלק מאלו שנלקחו בכוח חל דין 'סיקריקון', המבואר במסכת גיטין (נה, ב):

לא היה סיקריקון ביהודה בהרוגי מלחמה, מהרוגי המלחמה ואילך יש בה סיקריקון. כיצד? לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית – מקחו בטל, מבעל הבית וחזר ולקח מסיקריקון – מקחו קיים... זו משנה ראשונה. בית דין של אחריהם אמרו: הלוקח מסיקריקון נותן לבעלים רביע; אימתי? בזמן שאין בידן ליקח, אבל יש בידן ליקח – הן קודמין לכל אדם. רבי הושיב בית דין ונמנו, שאם שהתה בפני סיקריקון שנים עשר חודש – כל הקודם ליקח זכה, אבל נותן לבעלים רביע.

ופירש רש"י:

לא דנו דין סיקריקון בהרוגי המלחמה, דקני לגמרי, והלוקח ממנו מקחו קיים. הלכך, אגב אונסיה, כי אמר ליה: שא קרקע זו והניחני – אקנייה ניהליה בלב שלם, וקיימא לן: תלאו זבין, זביניה זבינא (ב"ב מז, ב).

וכן פסק הרמב"ם (הל' גזילה ואבידה פ"י ה"א):

הגויים המציקים לישראל ומבקשים להרוג אותנו עד שיפדה עצמו מיד הגוי בשדהו או בביתו ויתננה למציק ואחר כך יניחנו, כשירצה המציק למכור אותה הקרקע – אם יש ביד הבעלים ליקח מן המציק, הן קודמין לכל אדם, ואם אין ביד הבעלים ליקח או ששהתה הקרקע ביד המציק שנים עשר חדש, כל הקודם ולקח מן המציק זכה; ובלבד שיתן לבעלים הראשונים רביע הקרקע או שלישי המעות.

כלומר, הקרקעות שבעליהן הישראלים נאלצו למוכרן על מנת להציל את חייהם, נחשבות על פי ההלכה כרכושם של הקונים. ומסתבר שחלק ניכר של הקרקעות בארץ עבר לבעלות נכרית בדרך זו.

## ה. הפירות, של מי?

כאמור בפתיחת דברינו, מיקדנו את הדיון במאמרנו הקודם בפרי ולא בקרקע. כי גם אם נניח שהקרקע שייכת לנו – הרי העצים אינם שלנו, שהרי לא אנו נטענו אותם, והם שייכים למי שמחזיק בהם. מקור הדברים – בבעלי התוס' (ר"ה יג, א ד"ה ולא), שכתבו:

אף על גב דירושא היא להם מאבותיהם (=וא"כ התבואה שגדלה בארץ, של ישראל היא ולא של נכרי)... מ"מ יש לו במה שזרע (ויש לגוי בעלות על התבואה שזרע בארץ ישראל)<sup>10</sup>.

10. הטורי אבן (על אתר) סובר שהפרי צריך להתחלק בין בעלי הקרקע לבין בעלי העצים. אך גם לדעתו אין היתר לישראל ליטול את כל הזיתים לעצמו.

נעשה לפעמים 'סיפוח זוחל' למטרות ביטחוניות ויישוביות בהעלמת עין ובהסכמה בדיעבד של השלטונות; אולם זה נעשה בדרך כלל באדמות מדינה שהשכנים נאחזו בהן באופן בלתי חוקי, וכאשר אין פגיעה של ממש ברכוש פרטי של אחרים. ועוד, אם הדבר נעשה מתוך העלמת עין – ניחא, אך כאשר ישנה הוראה הפוכה – הדבר אסור.

2. גם אם נאמר שאין לנכרי טענת בעלות על הקרקע, עלינו להכיר בכך שגם ליהודי פרטי אין זכות טענה כזו. וכי הקרקע היא הפקר? לכל היותר היא שייכת למדינה, והמדינה לא הפקירה את קרקעותיה לכל מאן דבעי. אמנם לצערנו, המדינה גם לא הכריזה שהיא הבעלים החוקיים של הקרקע, בהיותה הסמכות הציבורית היהודית הבלעדית הקיימת כן והרואה את עצמה המשך ישיר של עם ישראל שהוגלה מאדמתו לפני כאלפיים שנה. אולם עם כל כאב הלב והצורך לשכנע את המדינה להכיר בישותה ובזוהותה הישראליות, עדיין אין לישראל פרטי שום מעמד משפטי בענין. מסיק פרטי – אם נניח שאינו גזל הגוי, הוא גזל ישראל!

3. הצבא אוסר על הערבים להתקרב לגדרות הישוב מסיבות ביטחוניות גרידא, אך לא הפקיע את בעלותם מהפירות, ולעתים הוא אף מתיר להם לקטוף את פירותיהם תחת השגחה צבאית.

הברכי יוסף (או"ח סי' תרמט ס"ב) כתב על פי דברי התוס' הנ"ל, שמה שאסר רב הונא ל'אוונכרי' (סוכה ל ע"א) לקטוף בעצמם את ההדסים – מדובר בהדסים שהיו נטועים בקרקע מקדמת דנא. אך אם ידוע לנו שהגוי הוא שנטע את ההדסים בקרקע הגזולה – עלינו לומר שאכן ההדסים שייכים לו<sup>11</sup>.

לדעתו של הברכי יוסף עלינו לומר שגם באותן קרקעות שהן שלנו ללא כל ספק, העצים שהם נטעו שייכים להם, ולפחות יש להם חלק בהם ובפירותיהם, והלוקח את הפירות צריך לפצותם כדין "היורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות". וכל עוד לא שלמו להם פיצויים, ספק אם מותר ליטול את פירותיהם, כי אולי הם נחשבים לבעלים עד לרגע התשלום<sup>12</sup>.

המהר"י זאבי ("אורים גדולים", דרשה לפרשת קרח) כתב שהרמב"ם חולק על בעלי התוס', וסובר שגם הגידולים שייכים לישראל. וא"כ לכל היותר יש לנו ספק מי הבעלים על העצים. ומספק – העמד דבר על חזקתו, ואין לגזול את הזיתים ממי שמוחזק בהם.

#### ג. המעמד המשפטי של הקרקעות

1. לצערנו החוק הירדני תקף עדיין ביש"ע, ובהעדר סמכות משפטית ישראלית אין לאדם פרטי זכות להשתלט על קרקעות הנמצאות בבעלותם של ערבים. אמנם אין להתעלם מתופעה קיימת שבה

11. ועי' חלקת יואב חו"מ סי' י.

12. בשו"ת באהלה של תורה (ח"א סי' קיג) תליתי שאלה זו במחלוקת הרמב"ן והרא"ש (ב"מ קא, א) בסוגיית היורד לשדה חבירו שלא ברשות.

ישראל תמורת החזר הוצאות<sup>13</sup>. בעצם, זו היתה גם הצעתו. אלא שלדעתי מן הראוי שלא המתיישבים יעשו זאת בעצמם, בכדי למנוע לזות שפתיים, אלא אחרים יעשו זאת על פי בקשתם. על כל פנים, כל מי שירצה להשיב אבידה ולקבל החזר הוצאות חייב לעשות זאת באמצעות בית דין, שיעריך את מחירם הזיתים ואת תחשיב ההוצאות וידאג לשלם לבעלים את מה שמגיע להם, כאשר המוסקים יקבלו שכר רק כפועל בטל. האם המתיישבים מוכנים לסידור כזה? והאם הבעלים הנכרים יהיו מוכנים לשלם למוסקים הישראלים שכר לפי ערכים המקובלים במשק הישראלי? אילו המתיישבים היו מעלים הצעה כזו לפחות לדיון היו יכולים למנוע חילול השם. אולם מסיק הזיתים ללא התייעצות הלכתית מוסמכת – לא הוסיף קידוש השם, בלשון המעטה. יישובינו ברחבי ארצנו יוכלו להתפתח ולהתרחב דווקא אם ישמרו על ערכי המוסר שלנו.

4. המרור שהתיר הגרצ"פ פראנק להשתמש בו בפסח של מלחמת השחרור שונה מהזיתים בנדון דידן. שם הבעלים נטשו את מקומם, התייאשו סופית מהחסה שגידלו, ובמקומם בא צבא ישראל על מנת לשלוט בשטח **שליטה ישראלית מלאה**. זהו "כיבוש"; וגם ללא אמירה מפורשת חל על המקום קניין ישראלי. אולם במקום בו הצבא אומר בפירוש שאינו רואה את עצמו בעלים על הרכוש, ורק אוסר לערבים להיכנס לשטח על מנת לקחת אותו, אין כאן בעלות ישראלית ואי אפשר להגדיר זאת כקניין בעל כורחו של הצבא. ומכיון שכך, הבעלים גם לא התייאשו לגמרי מן הזיתים שלהם.

#### ז. השבת אבידה

לבסוף, הרב אחיטוב מתיר מסיק זיתים בידי ישראל כאשר הכוונה היא להשיב אבידה; כי אם המתיישבים לא ימסקו את הזיתים, הם ינשרו וירקבו, והבעלים בוודאי יהיו מעוניינים במסיק הזיתים על ידי

**"מי יעלה בהר ה' ומי יקום במקום קדשו? – נקי כפים ובר לבב".**

13. במאמרי הארוך דנתי בשאלת השבת אבידה לנכרי, יעו"ש.