



הרב יצחק דביר

מעשרות מזיתי ערבים שאינם רשאים למוסקם

הקדמה

סמוך ליישובים יהודים ביהודה ושומרון מצויים כרמי זיתים רבים שעל פי רשויות החוק הם שייכים לערבים.¹ מחמת קרבתם של עצים אלו ליישובים נאסר על הערבים לבוא ולמסוק מהם את הפירות, מחשש ביטחוני (הדבר נכון על אחת כמה וכמה בעצים שבתוך היישוב עצמו), בשל כך פעמים רבות תושבים יהודים מוסקים את הזיתים שעל העצים. הפוסקים נחלקו האם מותר לקטוף מן העצים הללו ללא רשות של הערבים המוגדרים כבעליהם: לדעת הרב יעקב אריאל² אסור לקטוף מן הפירות הללו מכמה סיבות: א) אין ייאוש לקרקע, ויש אומרים שאף בפירות שמחוברים לקרקע. ב) מצד חובת השבת אבדה לנכרי.³ מנגד, לדעת הרב דב ליאור⁴ הקרקע אמנם שלהם, אך הפירות הפקר מכיוון שהם אינם יכולים לקוטפם. לאור האמור נבקש לבחון את חיובם של הזיתים הללו בתרומות ומעשרות.⁵

א. פירות שאינם נשמרים אך אינם הפקר

כך אומרת המשנה (מעשרות פ"א מ"א): 'כלל אמרו במעשרות: כל שהוא אוכל, ונשמר, וגידולו מן הארץ, חייב במעשרות'. השמירה על הפירות היא תנאי לחיוב בתרומות ומעשרות, וממילא עצי זית שבתחומי ההתיישבות ובעליהם הערבים אינם יכולים לשמור עליהם יהיו פטורים, גם לשיטות הסוברות שמבחינה ממונית אסור לקטוף מהם. אלא שבגמרא⁶ מבואר שהפטור נאמר על הפקר: 'ונשמר - למעוטי הפקר', הפקר הוא מושג ממוני, ואם כן לשיטת הסוברים שלא הופקעה הבעלות על הפירות מן הערבים יש לדון

1. לא נדון במסגרת זו בשאלות הקשורות לקניין כיבוש או לגזלת הקרקע על ידי גויים, מאחר שלמעשה המדינה רושמת את הקרקעות בבעלותם, ויש בכך 'דינא דמלכותא'.
2. הרב יעקב אריאל, 'מסיק זיתי נוכרים הנטועים בתחום ישוב יהודי', תחומין, כרך כג. דבריו פורסמו בתמציתיות בגיליון צהר כרך יג.
3. במאמר שם מופיעה טענה נוספת: בעלי הפירות בטוחים ביושרתם של התושבים היהודים ומעריכים שלא יקטפו מעציהם ולכן אינם מתייאשים, אלא שכמדומני שבמבחן המציאות טענה זו אינה מתקיימת במקומות רבים שבהם הקטיף על ידי היהודים הפך לנוהג קבוע.
4. שו"ת דבר חברון, ח"ג סי' נה-נז.
5. חשוב להעיר, שישנן סוגיות נוספות הקשורות ליישום דין זה למעשה: איסוף פירות הפקר רבים בגורן, ותערובות עם פירות שאינם הפקר בבית הבד.
6. שבת סח ע"א; נדה נ ע"א. במסכת שבת הדברים התפרשו לגבי מתנות עניים, אך בנדה השוו בין המשניות ומשמע שפרשנותן שווה.



האם כוונת הגמרא שדווקא הפקר הלכתי פוטר ממעשרות, או שדי בכך שהפירות אינם נשמרים בדומה להפקר? נבקש לבחון שאלה זו בעיון במקורות לפטור הפקר ממעשרות. בירושלמי (מעשרות פ"א ה"א) הובאו לכך שני מקורות:

(א) 'ראשית דגנך - ולא של הפקר'.

(ב) 'ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך - ממה שיש לך ואין לו אתה חייב ליתן לו, יצא הפקר שידך וידו שווין בו'.

מקור נוסף הביא הרמב"ם בפירושו למשנה (מעשרות פ"א מ"א): 'שנאמר: זרעך - המיוחד לך, לא המופקר לכל אדם שאין לו בעלים'.⁷

בפשטות, המקורות הדורשים 'דגנך' או 'זרעך' דורשים הפקר ממוני, וכלשון הרמב"ם 'שאיין לו בעלים', וממילא אי אפשר לפטור פירות שבבעלות ערבים. הדיון מתאפשר לפי המקור השני ('ובא הלוי') שממנו יש שהבינו שגם פירות שאינם 'הפקר' מבחינה ממונית פטורים מתרומות ומעשרות כאשר כל אחד רשאי לקטוף מהם. אלא שהיתר זה נובע מכך ש'יד הלוי' שווה בפירות הללו והוא רשאי לקטוף ממנו, וממילא כאשר ההלכה אוסרת לקטוף מן הפירות, אין מקור לפוטרם מתרומות ומעשרות.⁸ אלא שלכאורה יש מקום לתלות שאלה זו במחלוקת אמוראים המובאת במסכת ראש השנה (טו ע"א), שם דנה הגמרא בעניין חיוב תרומות ומעשרות באתרוג בשנת השמיטה. דעת רבה שאתרוג בתחילת השמיטה (שהתחיל לגדול בשישית) פטור ממעשרות, למרות שעדיין לא חלים עליו דיני שביעית. הוא מנמק זאת כך: 'יד הכל ממשמשין בה, ואת אמרת תיחייב במעשר?', ומסביר שם רש"י:

נהי דלא מחייב לאפקורה דלא נהגא בה שביעית, מיהו כל שדות ופרדסות הפקר הן בשביעית, ואין אתרוג זה נשמר בה לבדו, ועל כרחו הכל ממשמשין בו, והפקר פטור מן המעשר.

נראה מדבריו שלמרות שלציבור אסור לקטוף מן הפירות הללו, הם אינם חייבים במעשרות משום שהם אינם 'שמורים'.⁹ מנגד, דעת רב המנונא שם שאתרוגים בתחילת השמיטה חייבים במעשר. את דבריו נימקו ראשונים רבים כך: 'משמוש יד הכל שבה אינו אלא גזל, ואין הפקר כזה פטורה מן המעשר'.¹⁰ כלומר רשות השימוש היא תנאי להחלת פטור הפקר ממעשרות. למעשה, לתוספות¹¹ היה פשוט שכאשר אסור לקטוף, הפירות חייבים במעשרות אף אם הבעלים מתייאשים מהם, משום שפטור הפקר נלמד מן הפסוק

7. לימוד זה העתיק גם, מעשרות פ"א מ"א. כעין זה כתב רש"י חולין קלד ע"ב - פטור מתנות עניים ממעשרות נובע מלשון הפסוק 'כרמך' ולא כתב זאת מדין הפקר.

8. ראה משנה ראשונה, מעשרות פ"א מ"א, שכתב שאם היה הזוכה מביא פירות מרחוק, ממקום שהלוי אינו יכול להביא ממנו, לא ייפטרו הפירות מדין 'ובא הלוי'. וראה עוד בפירוט במאמר נוסף בגיליון זה: 'חיוב מעשרות מפירות שכל אחד רשאי לקטוף'.

9. ייתכן שגם רבה אינו סובר שגם כשאסור לקטוף הפירות נפטרים ממעשרות, אלא שלדעתו המצב ש'יד הכל ממשמשין' גורם לכולם להתייאש ולהפקיר, וממילא מותר לקטוף.

10. לשון רש"י, ראש השנה טו ע"א, וכ"כ רשב"א, שם, תוספות ר"ד, שם, חידושי הר"ן, שם.

11. תוס', בבא קמא סט ע"א ד"ה כל שלקטו. אכן ראה שם שתוספות הוסיפו תירוץ נוסף, וצ"ע אם לתירוץ זה גם הפקר של גזל ייחשב כהפקר. אכן בחידושי ר' נחום שם פשוט לו שמחמת 'ובא הלוי' יש לפטור את הפירות, והעמיד שם את דברי התוספות באופן אחר.

'ובא הלוי' וכאן אין לו חלק בפירות שהרי אסור לזכות בהם.¹² וכן להלכה פסקו הרמב"ם¹³ והשלחן ערוך¹⁴ שאתרוג בתחילת השמיטה חייב במעשרות. יתרה מזו, הרמב"ם (שם) חייב את האתרוג בתחילת השמיטה במעשר, למרות שהחיל עליו דיני שביעית. רבים התקשו והלא אם חלים עליו דיני שביעית הרי הוא הפקר, ומדוע חייב במעשרות?¹⁵ יש שהסיקו מכך שהוא אכן לא חייב להפקיר.¹⁶ אמנם ה'חזון איש' (שביעית סי' ז ס"ק יד) כתב: 'ואע"ג שאין הוא רשאי לעכב על מי שבא לזכות דהוי ספק איסורא מ"מ אין אחר רשאי לזכות מספק'. מכל הנ"ל אנו למדים שכדי לפטור ממעשרות לא די בכך שהפירות אינם נשמרים על ידי בעל הבית, אלא צריך שיהיה מותר לאחריים לקטוף מהם. וממילא בנידון דידן לשיטת הסוברים שאסור לקטוף מן הפירות הם לא יפטרו ממעשר אף שבעליהם אינו יכול לשומרם.¹⁷

ב. פירות שהופקרו בניגוד לרצון בעליהם

לשיטת המתירים לקטוף מן הפירות משום שבעליהם הערבים מתייאשים מהם, עלינו לברר האם עצם הייאוש די בו כדי לפוטרו ממעשרות, או שמא יש צורך בהפקר מפורש מצד הבעלים? בגמרא¹⁸ נאמר שתאנים שנותרו בשדה לאחר הקטיף פטורות מן המעשרות, אף שלא הפקירן בפירוש. וכך ביאר זאת ה'חתם סופר' (יו"ד סי' טז):
והכלל: כל שסתמא מופקר, כמו סופי תאנים, ע"כ צריך שיעשה מעשה שיהיה משומר (על מנת שיתחייבו הפירות). מה שאין כן כל שסתמא משומר, צריך להפקירו ממש.

עולה מכאן שפירות שברור לכול שהם מופקרים, פטורים ממעשרות אף שבעליהם לא הפקירו אותם בפירוש. כך גם נראה מדברי המשנה (מעשרות פ"ג מ"ד) שכתבה שתאנים הנופלות בדרך 'מותרות משום גזל ופטורות מן המעשר', וביארו רבים שמכיוון שהבעלים התייאשו מהתאנים הנופלות הרי הן הפקר ופטורות ממעשר.¹⁹ ההשוואה של הלכות גזל ודיני מעשר מצויה במקורות נוספים,²⁰ והיא מחזקת את ההבנה שבכל מקרה שמותר

12. וראה גם באפיקי ים, ח"ב סי' כו שנטה לומר שכאשר הכהנים והלוויים מודרים מנכסיו והפקירם אינו פוטר ממעשר כיוון שאסור להם לזכות בהם, למרות שהם הפקר גמור.

13. רמב"ם, הל' שמיטה פ"ד הי"ב.

14. שו"ע, יו"ד סי' שלא סעי' קכד.

15. ראה שער המלך, על רמב"ם, הל' שמיטה פ"ד הי"ב; ערוה"ש, זרעים סי' כג סעי' ו; אפיקי ים, ח"ב סי' כד, ועוד.

16. חזרי דעה, יו"ד סי' שלא סעי' כו; מקדש דוד, חנטה סי' ט; דרך אמונה, הל' שמיטה פ"ד הי"ב בבה"ל שם, וכעין זה בשואל ומשיב, מהדו"ג ח"א סי' שצט.

17. יש מקום לחלק שבענין שמיטה מאחר שכולם אינם רשאים לקטוף, יישארו הפירות על העץ ויעמדו לשימוש של בעל הבית, שבפועל הוא היחיד שרשאי לקטוף מהם. לעומת זאת בנידון דידן הפירות ממילא לא יגיעו לבעליהם. אולם קשה לומר שחילוק זה ישנה את הדין, מאחר שדין 'נשמר' אינו שונה ביניהם, ובשניהם הבעלים אינו שומר על הפירות.

18. פסחים ו ע"ב.

19. כך הבינו את דברי המשנה שם ראשונים רבים: רש"י בבא מציעא כא ע"ב; המאירי ורוב הפרשנים בגמרא שם, וכן כתב הראב"ד, הל' מעשר פ"ג הכ"ד, וכן דעת הר"ש והרא"ש (מעשרות שם) והר"א פולדא, מעשרות פ"ג מ"א. גם תוספות, בבא קמא סט ע"א כתבו בפירוש שייאוש פוטר ממעשרות.

20. תוספתא, כלאים פ"ה ה"א; תוספתא, מעשרות פ"ב הי"ח-הי"ט.



ליטול את הפירות בלא רשות, הם פטורים ממעשרות, אף שלא הופקרו על ידי בעליהם בפירוש. אולם, מקורות אחרים מלמדים על הבחנה בין היתר נטילת הפירות לפטור ממעשר:

(א) כך נאמר בתוספתא (מעשרות פ"ב ה"ט):²¹ 'מצא תבואה ממורחת העשויה כרי אסורה משום גזל, מפוזרת מותרת משום גזל, בין כך ובין כך עושה אותה תרומה ומעשרות'.

(ב) וכך נאמר במשנה (דמאי פ"ג מ"ג): 'המוצא פירות בדרך ונטלן לאוכלן ונמלך להצניע - לא יצניע עד שיעשר'.²²

יש שיישבו שהמקורות הללו עוסקים בפירות שאבדו לאחר שנגמרה מלאכתם, והפקר לאחר גמר מלאכה אינו פוטר ממעשרות.²³ אלא שתירוץ זה מבוסס על ההנחה שפירות שהופקרו לאחר גמר מלאכה חייבים במעשרות,²⁴ אך מלשונו של הרמב"ם (הל' מעשר פ"ג ה"כ) שכתב שאחר גמר המלאכה 'לא יפקיר' דייקו רבים שבדיעבד פירות שהופקרו לאחר גמר מלאכתם פטורים ממעשרות.²⁵ ואכן, הרמב"ם²⁶ כתב שהמוצא תאנה תחת העץ חייב לעשר אותה, למרות שמותר לו ליטול ממנה (אלא שיעשר אותה רק מספק, שמא נפלה ממשהו שכבר עישר אותה). הרדב"ז²⁷ מסביר שהפירות שמצא אינם פטורים ממעשרות משום שבעל השדה 'לא מפקר לה', וכעין זה ביאר ה'פני משה'²⁸ את התוספתא שהובאה לעיל.²⁹ מדבריהם נראה לכאורה שדיני גזל שונים מדיני תרומות ומעשרות: איסור גזל פוקע בכל מצב שאין אדם מקפיד על הפירות, ובשביל לפטור

21. הובאה גם בירושלמי, מעשרות פ"ג ה"א.

22. גם במשנה הקודמת שם (משנה ב) נאמר שהזורק ממשאו ירק צריך לעשר קודם לכן. אולם במקרה זה מדובר בהפקר מודע, ולכאורה נהיה מוכרחים לומר שמדובר לאחר גמר מלאכה ועליו להפריש כדי שלא לפטור את הפירות שהתחייבו ממעשרות (לשיטת הסוברים שהפקר לאחר גמר מלאכה פוטר), או כדי שלא להכשיל אחרים (לשיטת הסוברים שהפקר לאחר גמר מלאכה אינו פוטר).

23. כך יישבו את התוספתא במנחת ביכורים שם; מאירי, בבא מציעא כא ע"ב; ר"א פולדא, מעשרות פ"ג ה"א. ואת המשנה במסכת דמאי כך ביארו תוספות יו"ט ומשנה ראשונה שם.

24. כשיטה זו סוברים התוספות, רבנו חננאל, הרשב"א והמאירי (בבא מציעא כא ע"ב), וכן כתב רבנו מנוח, הל' לולב פ"ח ה"ב (והאריך בשיטתו בספר שער המלך בהלכות לולב) וכך סובר גם המהר"ם חלאווה, פסחים לה ע"א. הרידב"ז, תוספות הרי"ד, דמאי פ"ג ה"א, תלה מחלוקת זו במחלוקת הבבלי והירושלמי. והגרש"ז אויערבך, מעדני ארץ, הל' תרומות פ"ב ה"א, אות א, הסכים לדבריו. ושם אות ב נקט למעשה שהפקר אחר גמר מלאכה אינו פוטר. וכן פסק ערוך השלחן, זרעים ס' נח סעי' יא.

25. רדב"ז, הל' מעשר פי"א ה"ז; ר"ש סירלאו, פאה פ"א ה"ו; מראה הפנים, מעשר שני פ"ג ה"ו; ר' איסר זלמן מלצר, כרם ציון, ח"י עמ' מח (בהמשך המאמר יובאו דעות שביארו שגם לדעת הרמב"ם הפקר לאחר גמר מלאכה אינו פוטר). כך הציע גם במנחת חינוך, מצווה שצה. וכך גם דייק בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"ג ח"א ס' שצט מהש"ך, יו"ד ס' שלא ס"ק קטז, שכתב שאיסור ההפקר אחר גמר מלאכה הוא משום גזל השבט, משמע שבדיעבד הפקרו פוטר וגוזל את השבט.

26. רמב"ם (פירוש המשנה מעשרות פ"ג מ"ד; הל' מעשר פ"ג הכ"ד).

27. רדב"ז, הל' מעשר פ"ג הכ"ד.

28. פני משה, מעשרות פ"ג ה"א.

29. הוא מסביר שסיבת החיוב במפוזרים מפני שלא הפקירם, זאת למרות שמותרים משום גזל.

ממעשרות נדרש הפקר מפורש.³⁰ אולם קביעה זו קשה לאור דברי הגמרא לעיל שפטרה בפירוש 'סופי תאנים', למרות שלא הופקרו במפורש.³¹

1. ייאוש אינו כהפקר

בשו"ת 'שואל ומשיב' (מהדו"ג ח"א סי' שצט) ביאר מדוע חייב הרמב"ם חייב אבדה במעשרות: 'דבאמת שם לא הפקיר בפירוש רק דמה שפטור משום גזל הוא משום שנתייאשו הבעלים וייאוש לאו היינו הפקר גמור'. פוסקים נוספים הסכימו שייאוש אינו פוטר ממעשרות, וזאת משום שהייאוש אינו מפקיע מהבעלים את הפירות עד שהזוכה זוכה בהם, וממילא מעולם לא היו חסרי בעלים.³² לדבריו יש ללמוד לכאורה שפירות הערבים אינם פטורים ממעשרות, למרות שהבעלים התייאשו מהם. ה'מרחשת' תמה על שיטה זו, שהרי גם אם נסכים שהבעלות אינה עוברת אלא בשעת הזכייה, הרי לדעת רבים, כדי לפטור ממעשרות אין אנו זקוקים להפקר ממש, אלא די בכך שתהינה ידו ויד הלוי שווים, ומכיון שכל אחד יכול לזכות באבדה / בפירות שהתייאשו מהם הבעלים יש לפוטרו ממעשרות.³³

ניתן ליישב את דברי הרמב"ם בכמה אופנים:

(א) הגרא"ז מלצר³⁴ ביאר שאכן ייאוש פוטר ממעשרות מחמת הפסוק 'ובא הלוי, אך פטור זה נאמר רק בתנאי שהבעלים התייאשו לפני המירווח, אך פירות שהתייאשו מהם הבעלים לאחר המירווח כבר התחייבו בשעת המירווח ואינם נפטרים.³⁵ לביאור זה, בענייננו, שעוד לפני המירווח היה ייאוש בעלים, נפטרו הפירות ממעשרות אלא שאם כך הוא אינו מיישב את דעת הרמב"ם שלא פטר מתרומות ומעשרות תאנה שנשרה לקרקע, אף שגם ממנה בוודאי התייאשו לפני גמר המלאכה.³⁶

(ב) ביאור נוסף אפשר ללמוד מפירושו של הרב חיים סופר³⁷ שהבין שהפסוק 'ובא הלוי

-
30. אכן ראה בספר שם משמעון (סטרליץ), מעשרות פ"ג ה"ד שביאר שהרמב"ם סובר שאינו הפקר אך בעל הבית אינו מקפיד עליהם ונחשב כנותן מתנות לכל המעוניין.
31. בתוספות הרי"ד, דמאי פ"ג ה"א הוסיף לדחות את האפשרות שצריך הפקר מפורש לפטור ממעשרות, מהכרעת הירושלמי (דלהלן) שאף הפקר בית דין פטור ממעשרות.
32. סברה זו נאמרה כבר בנתיבות המשפט, סי' רסב ס"ק ג (אלא שהזכיר זאת כשהייאוש היה בידי הגזלן, וצ"ע אם כוונתו בדווקא). וכ"כ בנחל יצחק, חו"מ סי' ו; שו"ת בית שערם מכת"י, סי' נד; שם משמעון (סטרליץ), מעשרות פרק ג, משנה ד, כתבי קהילות יעקב החדשים, גיטין לז אות כז. וכעין זה בחזו"א, שביעית סי' יט ס"ק כד, שהסביר שספק הירושלמי בקשר לפטור מעשרות בהפקר בית דין הוא האם הפירות מופקעים רק בעת הזכייה וממילא לא נפטרו ממעשרות.
33. מרחשת, ח"א קונטרס בענין יאוש אות ה; כדבריו כתבו גם מהר"ם שיק, יו"ד סי' שפט; נטע הארץ, עמ' רעט; מנחת שלמה, בבא קמא סט ע"א; אמונת יוסף, דמאי פרק א הלכה א; הגרא"ז מלצר, כרם ציון, ח"י עמ' מט. וכ"כ גם אפיקי ים, ח"ב סי' כו ד"ה ושבת. אלא שבקונטרס אחרון בסוף התשובה שם כתב שדבר שאין מקפידים עליו דינו כמתנה ואינו פטור מהפקר, וצ"ע בדעתו.
34. כרם ציון, ח"י עמ' מט, ושב על דבריו בכרם ציון השלם, ח"ב פ"ג הלכה כ.
35. הגרא"ז מלצר לא כותב את דבריו ביחס לשואל ומשיב, אכן בשואל ומשיב התייחס גם הוא להפקר לאחר מירווח, אך מלשוננו שם ומהמשא ומתן בדבריו לא נראה שהבין שדווקא לאחר המירווח אינו מועיל.
36. ראה להלן בשם מקדש דוד שסבר שהרמב"ם החשיב נפילת שתי תאנים יחד לגמר מלאכה. אך דבריו מחודשים.
37. מתלמידי החת"ס. קול סופר, מעשרות פרק א משנה א אות שד.



אינו פוטר כל מצב המתיר ליטול מן הפירות אלא דווקא כשהפירות מוגדרים כהפקר גמור מבחינה הלכתית, אך פירות שמותר ליטול מהם ואינם מוגדרים כהפקר אין ללוי 'חלק ונחלה עמו' בשווה.³⁸ לדבריו, הפטור ממעשרות במקרים שאינם הפקר גמור אך בעל הבית אינו מקפיד עליהם נלמד מן הפסוק שהביא הרמב"ם - 'זרעך - המיוחד לך'.³⁹ למקור הלימוד יש משמעות רבה למעשה. משום שמקור הלימוד 'זרעך' נאמר ביחס לפטור לקוח ממעשרות, ושם פסק הרמב"ם שאם הלקוח מירח את הפירות בעצמו הם יהיו בגדר 'זרעך' ויתחייבו, ממילא הוא הדין לענייננו - פירות שלא הופקרו ממש והם פטורים רק מצד 'זרעך' יתחייבו אם הזוכה יעשה את גמר המלאכה.⁴⁰ לפי זה מובן מדוע הרמב"ם פסק שתאנים שנשרו מן העץ חייבים במעשרות, וכוונתו שיתחייבו לאחר גמר המלאכה. מביאור זה יש להסיק לענייננו שהזוכה שיכין מהזיתים את השמן יתחייב במעשרות.

ג) ה'קהילות יעקב'⁴¹ יישב את דברי הרמב"ם באופן אחר. לדבריו יש שני סוגי ייאוש: כאשר אדם אינו יכול לממש את בעלותו על הפירות ולכן הוא מתייאש מהם - נפטרים הפירות ממעשרות. אך כאשר אדם יכול לממש את בעלותו אלא שהדבר כרוך בטירחה (כמו: תאנים הנושרות מתחת לעץ) ייאושו הוא כעין נתינת רשות לכול לזכות בפירות, ואינו כהפקר לפטור מתרומות ומעשרות.⁴² לדבריו, זיתי ערבים שאינם יכולים לממש את בעלותם פטורים מתרומות ומעשרות גם לשיטת הרמב"ם.

2. הפקר בעל כרחו

הר"ש סירלאו (דמאי פ"ג ה"ג⁴³) כתב:

שאני הפקר דגול מהפקר דמעשר, הפקר לאפקועי איסור גזל מהני אפילו מציל מן הגיס, דאע"ג דעומד וצווח... אבל לאפקועי איסור מעשר - הפקר דמדעתיה מהני

38. בסברה פשוטה נראה להיפך, שהפסוק 'ובא הלוי' אינו דורש הפקר ממש אלא אפשרות לכל אחד לקחת. אך ראה בר"ש סירלאו, שקלים פ"א מ"ב שאף הוא הבין שפסוק זה מורה דווקא על הפקר הנעשה מדעתו. וראה עוד בהערות החתם סופר לירושלמי, פאה פ"ה ה"א שנקט יותר מכך שמו"בא הלוי' לומדים רק הפקר שהפקירה התורה, כשמיטה ומתנות עניים.

39. כך הוא מסביר מדוע הרמב"ם הביא לימוד זה דווקא על משנה זו, כדי לבאר את דין 'נשמר'. אכן דבריו קשים בלשון הרמב"ם שכתב 'לא המופקר לכל אדם שאין לו בעלים', וגם בשו"ת שבט הלוי, ח"א סי' קעה שתמה שמהמילה 'זרעך' משמע יותר שדווקא מה שאינו שייך לו מבחינה ממונית פטור.

40. מקורה של דרשת 'זרעך' בבבא מציעא פח ע"ב לעניין חיוב לקוח: 'זרעך - ולא לוקח'. הרמב"ם, הל' מעשר פ"ב ה"ב פוסק שאם הלוקח מירח את הפירות ברשותו הם נחשבים ל'זרעך', ובהקבלה לענייננו יש ללמוד שאם הזוכה מן ההפקר מירח את הפירות לאחר שזכה בהם - הם חייבים במעשרות. ואמנם הראב"ד (שם) הקשה על הרמב"ם שחייב פירות שהתמרחו על ידי לקוח, שהרי הפקר (שאף הוא נלמד מ'זרעך') פטור ממעשרות אפילו אם מירח הזוכה, מדבריו נראה שהיה לו ברור שהרמב"ם יסכים בוודאי שלגבי הפקר הלימוד מ'זרעך' יהיה נכון גם אם הזוכה מירח, ולפיכך התקשה מדוע לא יהיה הדין בלוקח שווה. אך בספר בתי כהונה, ח"ב סו"ס א, אכן השיב שהרמב"ם פוטר פירות שנתמרחו ברשות הזוכה על סמך הפסוק 'ובא הלוי' ולא מצד 'זרעך'. משמע שהבין ש'זרעך' האמור לעניין הפקר אף הוא אינו נוהג לאחר מירוח.

41. כתבי קהילות יעקב החדשים, גיטין לז אות כז.

42. תירוצו דומה לקול סופר ולחת"ס בכך שהוא לא רואה בפסוק 'ובא הלוי' מקור לפטור ממעשרות כאשר הפירות אינם הפקר מבחינה הלכתית.

43. העתיק את דבריו מהר"ם בן חביב, פני משה, על הירושלמי דמאי פ"ג ה"ג.

והפקר דבעל כרחיה לא מהניא.

כלומר, אף שפירות נפטרים ממעשרות גם כאשר לא הפקיר אותם בעליהם בפועל, הדבר נכון רק כאשר דעתו מסכימה לכך, אך הפקר שחל בניגוד לדעת הבעלים אינו פוטר ממעשרות. חילוק זה מיישב אמנם את דברי הרמב"ם, ולפיו מובן מדוע אבדה אינה פטורה ממעשרות, אך צריך ביאור מה המקור לחילוק זה, ומה ההיגיון שבו? נראה שהר"ש סירלאו למד זאת מן הירושלמי⁴⁴ שדן אם הפקר בית דין פוטר ממעשר והביא לכך ראיות שונות. בירושלמי לא מפורש מדוע יש מקום לחלק בין הפקר בית דין להפקר רגיל (שהרי לא ערערו על חלותו של הפקר בית דין ועל כך שלאחריו כל אחד רשאי לזכות בפירות). אך הר"ש סירלאו (שקלים פ"א ה"ב) מסביר את סיבת הספק:

דבשלמא הפקר דידיה דמדעתיהו נפקא לן בפ"ק דחלה מדכתיב ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך, אלא הפקר ב"ד דעל כרחיה דאיהו עומד וצווה דדידיה נינהו היכן שנינו במשנה או בברייתא דתקון רבנן דבכה"ג נמי ליפטר מן המעשרות? קשה להתעלם מהדמיון בביטויים שבין שני המקורות בר"ש סירלאו, ובפשטות ניתן להסיק שהוא מבין שהירושלמי עצמו הסתפק האם הפקר בעל כרחו פוטר ממעשר, ומדבריו במסכת דמאי עולה שלדעתו למעשה הוכרע שהפקר בית דין אינו פוטר ממעשרות, וממילא גם הפקר בעל כרחו אינו פוטר.⁴⁵ אמנם מאידך, קשה ללמוד משם הלכה למעשה משתי סיבות:

(א) רבים הבינו שלהלכה נפסק שהפקר בית דין פוטר ממעשרות.⁴⁶
 (ב) במסכת פאה מוזכר שוב הדיון בקשר לפטור הפקר בית דין ממעשרות, גם שם הר"ש סירלאו⁴⁷ מפרש באופן דומה אך הוא מוסיף: 'דכיון דבעל הבית עומד וצווה נראין כעוקרין דבר מן התורה', משמע שמבין שמעיקר הדין ההפקר פוטר ממעשרות גם

44. ירושלמי, פאה פ"ה ה"א; שקלים פ"א ה"ב.

45. כך גם הבין מקדש דוד, חנטה ס' ט את הכרעת הרמב"ם, וכך הוא מיישב את שאלת שער המלך, שמיטה פ"ד ה"ב על הרמב"ם (שם) שחייב במעשרות אתרוג שנכנס לשביעית, למרות שהחיל עליו דיני שביעית, וממילא לכאורה הרי הוא מופקר. המקדש דוד מסביר שחכמים גזרו להתייחס לפרי כהפקר מחמת הספק, ולפיכך מוגדר הדבר כהפקר בית דין שלדעת הרמב"ם אינו פוטר ממעשרות. כעין זה ניתן לבאר את דעת הרמב"ם שסובר שיש דיני שביעית על גבולות עולי מצרים, אך מנגד סובר שחייבים בהם בתרומות ומעשרות (ראה קהילות יעקב, זרעים ס' ב, ושביעית ס' ג). ישנם אכן תירוצים רבים אחרים לקושיית שער המלך על הרמב"ם, וכן יש שנתנו טעמים אחרים לחיוב המעשרות בגבולות עולי מצרים, אך אין ראיה מהם שגם הפקר בעל כרחו מפקיע ממעשרות, משום שאחר שקבעו חכמים להפקיר ייתכן שזהו רצונו, כמובא בהערה הבאה.

46. רדב"ז ור"י קורקוס, מתנות עניים פ"ד ה"ו; תוספות הרי"ד, דמאי פ"ג מ"א, ורבים ממפרשי המשנה, פאה פ"ה מ"א. אמנם נראה שאין להוכיח מכך שגם הפקר בעל כרחו חייב, וייתכן שלהפקר שקובעים חכמים יש מעמד מיוחד, ועוד שרצונו של אדם לקיים מצוות חכמים, וכעין 'כופין אותו עד שיאמר רוצה אני'. יש מקום לומר ששאלת הפקר בעל כרחו היא העומדת ביסוד מחלוקת המב"ט והב"י לעניין שמיטה: הב"י סובר שבשביעית אדם מפקיר בעצמו, סובר שפטור תרומות ומעשרות בשמיטה נובע מדין הפקר (מפני שהפקירו מדעתו), ואילו המב"ט סובר שמדובר ב'אפקעתא דמלכא' סובר שהפטור בשמיטה אינו נובע מן ההפקר (מפני שהוא בעל כרחו). אמנם מעיון בדברי המב"ט, שו"ת המב"ט, ח"א ס' כא ובדברי המהרי"ט, ח"א ס' מב נראה שהם אינם פוסלים את ההפקר כמקור לפטור מעשרות בשמיטה, אלא שהם סוברים שיש לימוד נוסף שפוטר (אין ללמוד מכאן להיפך, שאף הפקר בעל כרחו מועיל, שאפשר לומר שמצוה אינה נחשבת בעל כרחו, כאמור לעיל).

47. רש"ס, פאה פ"ה ה"א.



כשעומד וצווה, ורק כשהפקר מתקנת חכמים הסתפקו שמא יש בכך טעם לפגם.⁴⁸ לפיכך נראה שיש למצוא מקור אחר לקביעת הר"ש סירלאו ש'הפקר בעל כרחו' אינו פוטר ממעשרות, נראה שמקורו מן המחלוקת המובאת במסכת ראש השנה⁴⁹ ביחס לחיוב תרומות ומעשרות באתרוגים בתחילת שנת השמיטה. רבה פטר ממעשר את האתרוגים הנכנסים לשמיטה משום ש'יד הכל ממשמשין בה, ואת אמרת תיחייב במעשר?' ומסביר שם רש"י:

נהי דלא מחייב לאפקורה דלא נהגא בה שביעית, מיהו כל שדות ופרדסות הפקר הן בשביעית, ואין אתרוג זה נשמר בה לבדו, ועל כרחו הכל ממשמשין בו, והפקר פטור מן המעשר.

כמה ראשונים הדגישו בפירוש שרבה פוטר מן המעשר 'אף על פי שהוא הפקר שלא מדעת'.⁵⁰ ואולם, רב המנוגא חולק על רבה, ומחייב במעשר אתרוגים הנכנסים לשביעית. וביאר בתוספות רי"ד (לירושלמי פאה פ"ה ה"א):

ורב המנוגא פליג עלי' דרבה ואמר כיון דאיהו לא אפקריה מדעתיה ורחמנא נמי לא אפקריה אינו דין שיפטור מן המעשרות מפני משמוש הידים שגזל הוא בידן. כמה אחרונים הבינו שהמחלוקת בין האמוראים היא אם הפקר בעל כרחו נחשב להפקר לפטור מן המעשרות.⁵¹ אם כך הם פני הדברים, יש להכריע שהפקר בעל כרחו אינו נחשב להפקר, משום שהרמב"ם פסק שאתרוגי שישית שנכנסו לשביעית חייבים במעשרות. ומסתבר שמכאן למד הר"ש סירלאו את דינו.

אמנם, למעשה אין הכרח להכריע כך מדברי הרמב"ם מכמה סיבות: (א) רוב הראשונים שביארו את דברי רב המנוגא הסבירו שלדעתו אין זה הפקר אלא 'גזל'. נראה שדווקא בנידון זה שהלוקטים מן האתרוגים נוהגים שלא כדין, ואינם יכולים לתלות היתר בייאוש הבעלים ש'ליסטים שכמותך כבשוה' אין זה בכלל 'ובא הלוי' משום שאין הלוי רשאי ליטול מהפירות. אמנם אין ללמוד מכאן למצב שבו ישנה סיבה חיצונית הגורמת לבעלים להתייאש, כמו אבדה או כאשר הבעלים אינו יכול להגיע אל הפירות. (ב) יש שביארו שרב המנוגא חייב במעשרות מטעמים אחרים, ולא משום שחלק על דין הפקר בעל כרחו.⁵²

נוסף על כל הנ"ל, הר"ש סירלאו סתר את דבריו בכמה מקומות והתייחס לפירות שהתייאשו מהם הבעלים כהפקר הפוטר ממעשר.⁵³ ובפירושו במסכת דמאי (שם) כתב בתחילה שהפירות שנמצאו אינם פטורים מדין הפקר משום שידוע שנגמרה מלאכתם וראו פני הבית, ובפירוש 'אמונת יוסף' (דמאי שם) הבין שלדעתו דווקא הפקר לאחר גמר מלאכה אינו פוטר כשהוא הפקר בעל כרחו, אך הפקר לפני גמר מלאכה פוטר אפילו אם

48. נראה שזו גם כוונת לשונו במסכת שקלים 'היכן שנינו דתקון רבנן דבכהאי גוונא...'

49. ראש השנה טו ע"א.

50. ראה רשב"א, ריטב"א ור"ן ראש השנה שם.

51. גן נעול, כפתור ד פרח יא אות ג ד"ה ואפתח; שו"ת שבט הלוי, ח"א סי' קעה, וכן הציע באפיקי ים, ח"ב סי' כו.

52. ראה צל"ח ראש השנה שם; אפיקי ים, ח"ב סי' כו, וראה רע"א, ראש השנה שם שהעיר שמדברי התוספות משמע שסברת 'יד הכל ממשמשין' היא סברת תנאים שלא מצאנו מי שחולק עליה.

53. ראה ר"ש סירלאו, מעשרות פ"ה ה"ג ד"ה משום יאוש, שם הלכה ב ד"ה ופטורות מן המעשר, וכן משמע מדבריו בהלכה א שם ד"ה שעד עכשיו.

הוא שלא מדעתו. וממילא בנדון דידן הפקר יועיל.⁵⁴

3. הבנות נוספות בדעת הרמב"ם

האמור עד כה התבסס על ההבנה הפשוטה ברמב"ם, שהוא פוטר פירות שהופקרו לאחר גמר המלאכה. אלא שאחרונים רבים הבינו שגם הרמב"ם אינו פוטר פירות שהופקרו לאחר גמר מלאכה,⁵⁵ ואם כן בכל המקרים שבהם חייבו במעשר למרות ההפקר ניתן ליישב שמדובר לאחר גמר המלאכה. עדיין קשה מפסיקת הרמב"ם (הל' מעשר פ"ג הכ"ד): 'מצא תאנים תחת התאנה הרי הם ספק... שמא מתאנה זו נפלו או מתאנים שנתעשרו'. מלשון הרמב"ם 'או מתאנים שנתעשרו' עולה שאם ברור למוצא שנפלו התאנים מעץ זה יהיו חייבים בוודאי, למרות שהתירו לו לקחת והפירות הפקר. כאן מדובר בפירות שנשרו מהעץ ולא בפירות שנגמרה מלאכתם, וממילא מבואר שגם פירות כאלה אינם נפטרים בהפקר שאינו מפורש. אמנם קשה להכריע את ההלכה לפי דיוק זה מכמה סיבות:

(א) הרמב"ם בהלכות אבדה⁵⁶ כתב בפשטות שהמוצא תאנה תחת העץ פטור ממעשר, ולא הזכיר כלל חיוב מספק, וכתב שם ה'מגיד משנה' בפשטות: 'ופטור המעשר הוא כדין הפקר שפטור'.

(ב) ה'כסף משנה' (הל' מעשר פ"ג הכ"ד) השיב על דברי הראב"ד שתמה מדוע הרמב"ם לא פטר ממעשר את פירות האבדה מחמת ההפקר, וכך כתב: 'ואין בזה השגה על רבינו דאיכא למימר חדא מתרי טעמי נקט'. יש שכתבו שלהבנתו גם לדעת הרמב"ם פירות שנשרו מן האילן והתייאשו מהם הבעלים פטורים ממעשרות.⁵⁷

(ג) יש שהבינו מדברי הרמב"ם שהצורך לעשר מספק הוא שמא הגיעו מבחוץ פירות שאינם מעושרים, אך אם יודע בוודאות שנפלו מהאילן, אינו צריך לעשר אותם כדין הפקר.⁵⁸

(ד) ב'מראה הפנים'⁵⁹ דקדק בלשון הרמב"ם שלא הזכיר שמדובר בתאנה שמצויה ברשות

54. לדבריו פירושו אינו מיישב את הרמב"ם. יש להעיר שאם לא נתעלם מההקשר של דברי הרש"ס לעניין הפקר בית דין, מוכח שדבריו אמורים גם לעניין פירות שלא נגמרה מלאכתם. ואת דברי הרש"ס שם אפשר לבאר שכוונתו שרק בשל כך שידוע שנגמרה מלאכתם אסור לאוכלם וחייב לעשר מהם.

55. ר"י קורקוס, הל' מעשר פי"א ה"ז; חזון איש, דמאי סי' ז ס"ק ח; מרכבת המשנה, מעשר פ"ג הכ"ד; קהלות יעקב, מקדש דוד מעשרות סי' ו; כתבי קהילות יעקב החדשים, גיטין סי' לז.

56. רמב"ם, הל' גולה ואבדה פט"ו הט"ו.

57. אין בכך הכרח, משום שהראב"ד אינו טוען שהפירות הפקר, אלא שהספק היה צריך להיות 'שמא הפקירם', ובפשטות הכוונה שאין ההפקר מועיל אלא מדעת, והספק שמא הפקיר מדעת.

58. מרכבת המשנה, מעשר פ"ג הכ"ד; שער המלך, מאכלות אסורות פ"ח הי"א, כך עולה גם מן הסוברים להלן שמדובר בחצר פרטית והספק הוא מחמת הפירות שהגיעו ממקום אחר, וכך עולה מדברי מחנה אפרים, הל' מעשר פ"ג הכ"ד שהבין שלשיטת הרמב"ם הפירות אינם מופקרים ואם היו מופקרים היו הפקר (משמע שהספק להחמיר מחמת הפירות דאתו מעלמא). וראה בספר הלכה למשה, גזילה ואבדה פט"ו הט"ו; ערוה"ש, זרעים סי' ק סעי' יד; חזו"א, דמאי סי' ז ס"ק ח; חוט שני, הל' מעשר פ"ג אות לד שתמהו על לשון הרמב"ם. בפירוש יד פשוטה לרמב"ם מעשר שם הבין שהמילים 'שמא נתעשרו' הם יסוד הספק, דהיינו שכל הספק הוא שמא נפלו פירות ממקום אחר שמעמדם הוא 'שמא נתעשרו' ולא 'ודאי נתעשרו'. ובדרך אמונה, הל' מעשר פ"ג ס"ק רנד ביאר שלפי הרמב"ם יש שני ספקות: ספק אם נפל מהתאנה והבעלים התייאשו, ואף אם נפל מאחרים ספק אם עישרו.

59. מראה הפנים, הל' מעשרות פ"ג ה"ב ד"ה לא אמרו.



הרבים, אלא בחצרו, ועל כן אין כאן ייאוש כלל ופירות האילן חייבים בוודאי, אלא שיש ספק שמא אלו פירות אחרים שאינם מעושרים. כדבריו כתבו כמה אחרונים.⁶⁰ ולדבריהם הרמב"ם כלל אינו חולק שאם הפירות נפלו והופקרו נפטרו בכך. (ה) בספר 'דברי חיים'⁶¹ כתב שהרמב"ם בהלכות מעשר דיבר על מצב שבעל העץ הוא זה שאוסף את הפירות שנשרו, ולכן לא חל עליהם דין הפקר, משום שהיאוש מתבטל. אולם אם זכו אחרים חל עליהם דין הפקר ונפטרו ממעשרות. וכן כתב ה'קהלות יעקב'.⁶² (ו) הרב חרל"פ הביין שהרמב"ם החמיר דווקא במקרה זה, משום שייתכן שהזוכה לקח מן הפירות לפני שידעו הבעלים והתייאשו.⁶³

4. הכרעה למעשה

דברי הרמב"ם שחייב להפריש תרומות ומעשרות מספק מפירות שנמצאו תחת העץ - לא הובאו ב'שלחן ערוך', וכאמור, רבים מן האחרונים יישבו את הרמב"ם באופנים שונים משום שהיה ברור להם שייאוש פוטר ממעשרות.⁶⁴ כך גם עולה מדברי פוסקים שונים בני דורנו שדנו בקשר לחיוב מעשרות בגידולים המצויים בשטחים שנכבשו מן הערבים, ולכולם היה ברור שאם מעמדם כהפקר הרי הם פטורים, אף שהופקעו מהם הפירות בעל כרחם.⁶⁵

סיכום

לשיטת הסוברים שמותר לקטוף מן הזיתים מחמת ייאוש הבעלים, הם יהיו פטורים מתרומות ומעשרות. ואף שיש שביארו שייאוש או הפקר בעל כרחו אינם פוטרים ממעשרות, נראה שלדעת רוב האחרונים והפוסקים הם פטורים. לשיטת הסוברים שאסור לקטוף מן הזיתים, הפירות חייבים בתרומות ומעשרות, למרות שהבעלים אינם יכולים לשומרם.



60. אברהם יגל, הל' מעשר פ"ג הכ"ד; הראי"ה קוק, טוב רואי פסחים ו ע"ב אות מ; חידושי הגרא"ז מלצר, זרעים הל' מעשר פ"ג הכ"ד; עשר תעשר, הלכה רה. הם מבארים שהרמב"ם בהלכות גזלה דיבר על תאנה ברשות הרבים ולכן פטר בפשטות. הקושי בביאור זה שהרמב"ם בפירוש המשנה כתב על תאנה שבדרך שחייב להפריש ממנה דמאי. הרב קוק שם יישב שלמעשה הרמב"ם חזר בו מפירוש המשנה. גם במקדש דוד, מעשרות סי' ו הבין שמדובר בתאנה שבחצר, אלא שבעקבות זאת ביאר שהצטברות שתי תאנים נחשבת לגמר מלאכה (כמו שאיסוף של שניים בחצר מתחייב), ועל כן נפילת שאר התאנים נחשבת להפקר לאחר גמר מלאכה.

61. דברי חיים (אורבך), ח"ב דיני אבדה סי' א.

62. כתבי קהלות יעקב החדשים, בבא מציעא סי' לד.

63. בית זבול, בבא מציעא סי' יט אות ו.

64. וכן רבים נוספים פשוט להם שייאוש פוטר ממעשרות, ראה: מהר"ם שיק, יו"ד סי' שפט; תרומת הכרי, חו"מ סי' רסב ס"ק ה; אפיקי ים, ח"ב סי' כו; מרחשת, ח"א קונטרס בענין יאוש, אות ה.

65. ראה משפטי עזיאל, ח"ו סי' צו (שלמעשה סבר שהכיבוש אינו הפקר ורק משום כך לא פטר), הרב הרצוג, פסקים וכתבים ח"ג סי' לו אף הפנה לגמרא בראש השנה טו כדי להוכיח שייאוש פטור ממעשרות. משמע שהבין שדברי רבה 'יד הכל ממשמשי' לא נדחו מהלכה. גם בשו"ת הר צבי, זרעים ח"א סי' יז יצא מנקודת הנחה שאם הערבים ברחו נחשבים נכסיהם להפקר ופטורים ממעשרות, אך בסוף התשובה כתב: 'יש לדון אי מיפטרי מטעם הפקר', ולא ביאר מהם צדדי הדיון.