

יש להעיר שמדרבנן, המזיק את ההקדש – חייב (עתוס' בב"ק ו' ובגיטין מט. וי"א שאף מדאורייתא תלוי בפלוגתא דרב ושמואל בב"ק שם – ע' בשו"ת אור לציון, וע"ע בית זבול ח"ד ו' ועוד.

דף כ

'וכיון דבני לה מיהת מעל, לימא מסייע ליה לרב דאמר רב: המשתחוה לבית אסרו. אמר ליה רב אחא בריה דרב איקא: הנאה הנראית לעינים אסרה תורה'. ברש"י ותוס' מבואר ש'הנאה הנראית לעינים' היא סיבה להחמיר; רש"י פרש שלכך אפילו אם תלוש ולבסוף חיברו דינו כמחובר, יש מעילה בעצם הבניה והחיבור – לפי שבנייתו היא הנאה הניכרת והרי מעל בשעת החיבור גופא, טרם נעשה מחובר.

והתוס' פרשו שלכך יש מעילה אפילו במחובר, באופן שהקדיש תחילה את האבנים ואחר כך בנה – לפי שהיא הנאה הנראית לעינים.

ובאור הדבר – כתב החזו"ן-איש (מעילה לח, א) – הנאת קרקע לא החשיבה תורה למעילה, לפי שאין ניכר כל כך שנוהג בעלות בדבר של הקדש, כי קרקע בחזקת בעליה עומדת. ולפיכך אם נטל דבר תלוש של הקדש וחיברו לצורך עצמו ואחרי כן הוא דר תחתיו – מעל, שהרי נטל את של הקדש לעצמו בעודו תלוש ועכשיו גמר מעשהו, וניכר שנוהג בעלות בשל גבוה. וזהו תירוצו של ריש לקיש שהקדישו ולבסוף בנאו. ודוקא אם נטל את האבנים בשוגג לצורך עצמו ובנה בית [ולא סתת אבנים, כי אז מעל בסיתות], אבל אם בנה לצורך הקדש, הדר בו אחר כך לא מעל, שאין כאן הנאה הנראית. מפרוש רבנו גרשום נראה פירוש אחר; נראה מדבריו שהשאלה היתה מדוע לא מעל בעצם חיבורו לבנין, והלא בכך שמחבר את האבן הוא משנה אותה להיות חלק מבנין. ומכך שלא מעל עד שיהנה משמע כרב, שהבנין נחשב כתלוש, ולכן אין בבנייתו שינוי גמור באבן. ודוחה, לעולם כמחובר הוא, ואעפ"כ לא מעל בבנייתו כי לא אסרה תורה אלא הנאה הנראית לעינים, דהיינו שידור תחת הקורה או תסוך על פירותיו שמתחת לארובה.

(בשערי ישר ג, כד) כתב שכנראה הרמב"ם מפרש כפרש"י. ואולם בובה תודה צידד לפרש בדברי הרמב"ם פירוש אחר.

'בשהקדישו ולבסוף בנאו, אבל בנאו ולבסוף הקדישו מאי, לא מעל...'. היה עולה על הדעת לפרש חילוק זה, שדין 'אין מעילה במחובר' אינו נקבע לפי שעת ההנאה מן ההקדש אלא בחלות ההקדש מעיקרו, הלכך כל שחלה עליו קדושה בעודו תלוש, חל בו דין מעילה גם אם יהא אחר כך מחובר. [ומה שיש מעילה בעוקר חוליה מבור ונהנה ממנה, הגם שתחילת ההקדש היתה בעודו מחובר – משום ריבוי הכתוב הוא, בשגגה – ע' תוס' סנהדרין טו, לענין שער העומד ליגזז].

ואולם אין נראה לפרש כן, כי אין דין זה נובע מצד חסרון הקדושה [כענין קדשים קלים וכדו'], אלא דין הוא שאין שייכת מעילה בהנאת מחובר. וטעם החילוק בין הקדיש ולבסוף בנה ובין בנה ולבסוף הקדיש הוא, שכל דבר שהיה תלוש וחלו עליו דינים באותה שעה, אף על פי שלבסוף חיברו, נשאר עליו דין תלוש [ולא רק לענין הקדש, אלא הוא הדין להלכות אחרות. וע' שו"ת עמודי אור קח].

ונראה, שאם הקדיש שבולת ושתלה, אף על פי שהקדושה חלה עליה בעודה תלושה – ודאי אין בה מעילה, כי לא שייך דין 'תלוש ולבסוף חיברו' בזריעה כמו שכתבו התוס' (בחולין טז). כן כתב בשו"ת אחיעזר (ח"ב ג).

ואולם החזו"א כתב שהשותל אילן של הקדש ואחר כך נהנה ממנו – מעל משום 'הנאה הנראית לעינים', וכפי סברתו הנ"ל שניכר הדבר שנוהג בעלות בשל גבוה, שלוקח דבר תלוש של הקדש ומחברו ונהנה ממנו. אך יש לומר שדבריו אמורים רק לשיטת התוס', אבל לפירוש רש"י ור"ג בגמרא כנ"ל, אין מקור לסברה זו (וע"ע בשערי ישר – ג, כד).

פרק ששי

(ע"ב) 'ולתנא קמא, מאי שנא בבשר עופות משום דרגיל איניש דאמר לא אשכחי בשרא דחיותא ואתאי בשרא דציפרא, אי הכי, הכי נמי עביד איניש למימר לא אשכחי בשרא דחיותא ואתאי דגים? אמר רב פפא: ביום הקזה עסקינן...' משמע ממשקנת הסוגיא שאין חילוק בין בשר עופות לדגים לענין הנודר מן הבשר. וכבר תמהו הראשונים על דברי הרמב"ם (נדרים ט,ו) שמחלק ביניהם, שהעוף בכל מקום הוא בכלל בשר, ובדג – רק במקום שהשליח נמלך עליו. כמה תירוצים נאמרו בשיטת הרמב"ם; יש שכתבו שהרמב"ם סמך שיטתו על סתם משנה בחולין המסמיכה דין הנודר מן הבשר לדין בשר בחלב, שהעוף אסור בחלב (מדרבנן – כשיטת רב אשי שם) והדג מותר. ושם בסוגיא לא הקשו 'מאי שנא' כמו כאן, וסבר הרמב"ם שלפי הסוגיא היא יש חילוק בין עוף לדג, שלכן לא אסרו חכמים בשר דגים בחלב כי אם עופות (מהרי"ק קעו. וכעין זה בר"א מן ההר – נדרים נה).

כעין תירוץ זה יש אומרים שקושית הגמרא באה ליישב את שיטת רבי יוסי הגלילי שהתיר עוף בחלב אף מדרבנן, שלשיטתו אין העוף בכלל בשר בשום פנים, אבל להלכה, העוף נקרא 'בשר', שהרי דינו כמוהו לענין דין בשר בחלב (לחם משנה).

והגר"א כתב (יו"ד ריו, יא) ששפת הדיבור השתנתה, ועכשו [וכן בזמן הרמב"ם ובמקומו] רגילים להימלך רק בעוף, שאף הוא קוראים לו קצת 'בשר', ולא בדגים (וכ"כ בפירוש מראה הפנים לירושלמי נדרים ז,א. וכדבריהם משמע בפרוש המשנה להרמב"ם חולין רפ"ח. וע"ע דוגמא נוספת כעין זו, לישיב דברי הרמב"ם שפסק כפי הלשון הנהוגה בזמנו – במובא במנחות ס:).

וראה תירוץ נוספים בנושאי כלים על הרמב"ם; ים של שלמה וחידישי חת"ס רפ"ח דחולין; ב"ח ובית מאיר יו"ד ריו, ה; שלמי נדרים וחידישי בתרא נדרים נה ועוד.

'אמר לו תן לו חתיכה כו' – שמע מינה מוסיף על שליחותו הוי שליח; אמר רב ששת: דאמר שליח טול אחת מדעתו ואחת מדעתי, מהו דתימא עקר שליח שליחותיה דבעל הבית ולא למעול, קמ"ל. מפשטות הדברים נראה (וביותר משמע כן מהסוגיא בכתובות צה) שאם אנו נוקטים שהמוסיף על שליחותו – שליח הוי, מובנת המשנה כפשוטה ללא אוקימתא שאמר 'אחת מדעתו ואחת מדעתי' ואף על פי כן שניהם מעלו, המשלח מעל בחתיכה ששלח ליטלה והשליח מעל בחתיכה שהוסיף. ורק לפי ההנחה שההוספה מהוה עקירה לשליחות, צריך להעמיד שאמר 'מדעתו ומדעתי'.

ואולם הרמב"ם פסק (מעילה ז,א) שהשליח המוסיף על שליחותו – לא עקר את שליחותו, ורק אם אמר 'מדעתי' – שניהם מעלו (לשון הרמב"ם: 'טולו שתיים שתיים מדעתי'. ואין הכוונה שמבטל השליחות גם כלפי החתיכה הראשונה, ועושה הכל ע"ד עצמו אלא כלומר: השני שאני מוסיף – מדעתי, ונמצאתם נוטלים שתיים על פי דעתי ולא על פי

דעתו של בעה"ב, אבל אם לא אמר כן – מעל בעל הבית שהרי נעשה דברו, והשליח פטור מפני שהוא מוסיף על שליחות בעה"ב ולא עקר השליחות.

וכנראה הבין הרמב"ם שדברי רב ששת אמורים בכל אופן, ולא רק כדי לדחות הראיה שהמוסיף אינו כעוקר, אלא כל שלא אמר 'מדעתי' אין מעילה כלל מצד השליח.

[ומבואר בשם הגר"ח ז"ל במה שונה דין זה מהדין דלקמן; נזכר בעל הבית ולא נזכר שליח – שליח מעל, הרי משמע שאעפ"י שעושה בשליחות בעה"ב, השליח חייב. וגם כאן, מדוע ייפטר השליח על החתיכה השניה מפני שסובר שעושה בשליחות, הלא סוף סוף בעה"ב לא נתן את השני –

יש לחלק; כאן לפי האמת אינו שליח על השניה, וחסר ב'הוצאה' מן ההקדש שהרי השליח אינו מתכוין להוציא מרשות ההקדש בשביל עצמו אלא בשביל בעה"ב והרי בעה"ב לא שלחו לכך הלכך אין כאן מעשה הוצאה [וכהאי גוונא בגזלת חולין אין כאן נטילה והוצאה מרשות, וכל שבחולין אינו 'גזול' בהקדש אינה 'מעילה'], אבל בעה"ב שנזכר סובר הרמב"ם שלא בטלה השליחות (ונחלקו המפרשים בשאלה זו. ע' להלן) הלכך יש כאן 'הוצאה', ואעפ"י שהשליח עושה עבור אחרים ולא עבור עצמו, גם בגזלה מן ההדיוט נחשב אופן זה כגזלה, כשנוטל בשביל אחר ולא בשביל עצמו.

נראה פשוט לפי זה שמה שכתב הרמב"ם בעל הבית מעל – לא מעל אלא בחתיכה האחת. (וע"ע מו"מ בדברי הגר"ח בשיעורי ר' שמואל רוובסקי – קדושין ג, ס' שצה-שצט).

צריך עיון לדברי הגר"ח, בדין המובא במשנה בסמוך, 'הבא לי מן החלון והביא לו מן הדלוסקמא – השליח מעל', והרי לא הוציא בשביל עצמו אלא בשביל בעה"ב, וגם לא היה שלוחו בדבר אם כן אין כאן הוצאה? ועל כרחו לחלק שכשהביא לו ממקום אחר, הרי עקר שליחותו גם אם לא נתכוין לשנות אלא סבור שכך אמר לו בעה"ב, ושוב אינו שליח כלל ועיקר, והרי יש כאן הוצאה גם כשמתכוין בשביל אחרים, אבל כאן הרי לא עקר את שליחותו, אלא שהוסיף דבר אחר כסבור שגם זה בכלל השליחות, הלכך אין כאן הוצאה שהרי הוא רק 'שליח' ואין לו יד עצמאית.

ואם חילוק זה נכון, אפשר לישב השאלה מדין 'נזכר בעה"ב' באופן אחר; אם ננקוט שבעה"ב אכן מבטל השליחות כשנזכר (כדברי רש"י בחגיגה י:), נמצא שאין כאן 'שליח' הלכך מעל, שהרי נעקרה שליחותו, וכדין הבא לי מן החלון והביא מן הדלוסקמא].

דף כא

'שלח ביד פקח ונזכר עד שלא הגיע אצל חנווני – חנווני מעל לכשיוציא' – אבל קודם שהוציא, לא מעל בקבלת המעות ובזכייתן – כיון שיש כאן אדם שנותן לו, אין המקבל מועל על ידי קבלתו, שיכול לומר 'אין נוח לי לקנות איסור' כמו שאמרו בנדריים לה. (הגרעק"א). טעם נוסף: כשנזכר המשלח הרי ביטל את שליחותו, נמצא שלא זכה החנווני במעות כלל ואין כאן הוצאה מרשות הקדש עד שיוציאן (שפת אמת. ותמה לפי"ז על תמיהת רעק"א, ע"ש).

'נזכר בעל הבית ולא נזכר שליח – השליח מעל'. טעם הדבר שהשליח מעל, פרש רש"י (בקדושין ג.), לפי שהלימוד המחודש שלמדנו במעילה שהמשלח חייב על מעשה השליח, לימוד זה נאמר רק כשמתקיים דין מעילה כלומר בשגגה, אבל כשנזכר בעל הבית ואין מעילה במויד, חזר הדין להיות כבכל התורה שאין שליח לדבר עבירה, הלכך השליח מתחייב. אכן, טעם זה אינו שייך אלא לפי הסברה שגם כשהשליח שוגג בעבירה אומרים 'אין שליח לדבר