

דהוצאה לא נלמד מתרומה אלא מע"ז, ולפיכך מתחייב על תלוש ולבסוף חיברו, דומיא דזע"ז, ואילו דין מעילת הנאה נלמד מתרומה דחשיב מחובר, ע"ש. והקרא ברך כ' ע"א (ד"ה והנה) תמה על דבריו דהא ניחא לדעת תוס' דאיכא ב' פרשיות דמעילה, אבל לדעת הרמב"ם דאף מעילה דהוצאה היא משום הנאה לא שייך החילוק הנ"ל, דאף דין מעילה דהוצאה נלמד מתרומה, וצ"ע^ט.

ולפי הנ"ל ניחא, דאף לדעת הרמב"ם דבעינן הנאה איכא פרשה נפרדת של מעילת הוצאה, דעיקר המחייב הוא על הפגם וילפינן ליה מעבודת כוכבים, וא"כ שפיר יש לומר דכיון דנלמד בעיקר מעבודת כוכבים דינו כעבודת כוכבים דתלוש ולבסוף חיברו לא מעל^ס.

ט. מעילה בקנין כסף לר' יוחנן

בגמ' בב"מ מ"ז ע"ב פליגי ר' יוחנן ור"ל בקנין מטלטלין, דר' יוחנן סובר דדבר תורה מעות קונות ומדרכנן אמרו דמשיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעלייה, וריש לקיש אמר משיכה מפורשת מן התורה. ושם בדף מ"ח ע"א מייתי הגמ' ראייה לר' יוחנן מהא דתניא נתנה לסיטון מעל, דמעל בנתינת מעות אע"ג דלא משך פירות.

והנה בגמ' בע"ז ס"ג ע"א, איתא דבא עליה ואח"כ נתן לה טלה עבור אתננה הוי אתנן דקניא בקנין כסף [דהביאה הוי הכסף], ומקשה הגמ' והא מחסר משיכה, ומשני הגמ' בזונה עכו"ם דלא קניא במשיכה, ע"ש.

ותוס' שם (ד"ה והא) ביארו דקושיית הגמ' והא מחסר משיכה דלא הוי אתנן בקנין כסף לחודיה, קאי אפילו לר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות^{סא}, והעירו דלכאור' מאי שנא מהא דנתנה לסיטון מעל לר' יוחנן ע"י נתינת המעות, וביארו התוס' דאיכא חילוק בין אתנן למעילה, דגבי אתנן כיון דהפקיעו חכמים הקנין דאין המעות קונות ואוקמה אמשכינה גם ממנה הפקיעו ואין כאן אתנן כלל, ולא דמי

דלית ליה הנאה כלל, ולזה ילפינן מתרומה דבעינן נמי הנאה, דפגימה לחודיה בלא הנאה אינה מחייבת, דכמו דגבי תרומה אין חייב על פגם לחוד ובעינן שיפגום ויהנה, ה"ה לענין מעילה אינו חייב על מה שפגם ע"י מעשה שינוי רשות, אלא בעינן אף שיהנה מהמעילה, ואי לא נהנה מהחפצא, כלפי המועל הוא נידון כמעשה איבוד, ולא כמעשה שינוי.

והנה את עיקר היסוד המבואר בשיטת הרמב"ם דאין מתחייב על הוצאה מרשות לרשות בלא הנאה מצינו גם בראב"ד (בפי' לתו"כ פרשה י"א, ד'), דהקשה הראב"ד שם דכיון דבעינן פוגם ונהנה, מי שנתן פרוטה של הקדש לחבירו למה מעל, והלא הפוגם את ההקדש אינו נהנה, ותירץ הראב"ד דאיכא למימר דכיון דמתנה אית בה טובת הנאה לבעלים, הנותן פרוטה לחבירו הוא פוגם ונהנה, ואע"פ שאין בטובת הנאה שוה פרוטה, הרי אנו אומרים לפנינו שהנאת חבירו והנאתו מצטרפין, עכ"ד.

מבואר בראב"ד כשיטת הרמב"ם דהנותן פרוטה של הקדש לחבירו אינו מועל משום מעילת הוצאה בלא הנאה, אלא משום מעילת פוגם ונהנה, והיכא דנותן לחבירו מתחייב על מה שפגם ההקדש ועל הנאת חבירו, אך הני מילי היכא דלמשנה יש הנאה ממה שאיהו מהנה או מאכיל את חבירו, דרק באופן שהנאת חבירו גורמת לו טובת הנאה, אפשר לדרון שמעשה ההנאה של חבירו לא הוי מעשה איבוד כלפיו, ומיקרי שאיהו משתמש בקודש לשימוש חול [ע' בסימן ט"ז שהארכונו בגדר הדברים].

ונמצא דבכה"ג דשינוי ההקדש מתיחס אליו, לא צריכים דהטובת הנאה תהיה שוה פרוטה, דהחויב על מה ששינה שוה פרוטה מההקדש, וכיון דאית ליה לחבירו הנאה של ש"פ מהשינוי, ואית למשנה טובת הנאה משינוי זה, נמצא דשינוי ההקדש מתיחס אליו, ומיחשב ששינה שוה פרוטה מההקדש.

והנה השעה"מ (פ"ג דאישות) כ' לחדש בדעת הרמב"ם דאיכא חילוק בין מעילה דהוצאה למעילה דהנאה ברין תלוש ולבסוף חיברו, דדין מעילה

נט. וע"ע באבן האזל פ"ה מהל' מעילה.

ס. ע"ע מש"כ בזה בסימן ס"ד.

סא. אמנם יעוין ברמב"ן שם, שביאר דקושיית הגמ' דוקא לר"ל אבל לר' יוחנן דמעות קונות מדאורי' הוי אתנן, דאיסור אתנן מדאורי' ע"ש.

דהלוקח לא קנה החפץ ממילא ג"כ לא קנה המוכר המעות וצריך להחזירם לו, היינו גבי ממון, אבל לענין מעילה מי יפקיע המעילה כיון שלא הפקיעו חכמים כח המוכר כי אם כח הקונה, אבל גבי אתנן אינו נאסר אלא מעות שנקנה להאשה שהיא הלוקח, וכיון שהפקיעו חכמים כל כח הלוקחים גם ממנה הפקיעו שלא נקנה לה הטלה, וא"כ אין כאן אתנן כלל, עכ"ד.

ונראה ביאור דבריו, דבכל קנין כסף לר' יוחנן איכא ב' חלקים, דראשית קונה המוכר את המעות, ומכח זה שקונה את המעות הוא מקנה תמורתם את הפירות, ונקנים לקונה הפירות בקנין כסף, וביאר המהר"ם דמה שחז"ל הפקיעו הוא את קנין הלוקח בפירות, אבל מה שהמוכר קנה את המעות לא הפקיעו חז"ל, וממילא מעל מחמת דעביד מעשה הוצאה במעות¹⁰, משא"כ באתנן דכל השם אתנן חל ע"י שקונה את הטלה בקנין כסף וחז"ל הפקיעו את קנין הטלה, ולכן ליכא כלל אתנן.

אך הקשה המהר"ם דאמנם חז"ל לא הפקיעו את קניית המוכר במעות, אך כיון דכל קנינו הוא עבור שיקנה הלוקח הפירות, ואי הלוקח לא קנה, דין הוא דיתבטל קנין המוכר במעות, על זה השיב

לנתנה לסיטון מעל שקניית הכסף מועיל, דכיון דמעל מן התורה מי יפקיע המעילה ממעות הקדש, עכ"ד, וחילוק התוס' צ"ב³⁰.

וביאר בזה הגרא"ו (קובץ הערות סי' נ"ה אות ד'), דאיכא חלוק יסודי בין דין אתנן למעילה, דאתנן תלוי בחלות הקנין, דאם לא קנתה מצד שהפקיעו חכמים הקנין לא הוי אתנן, אבל במעילה אינו תלוי בחלות הקנין, רק במעשה ההוצאה דעשה מעשה קנין בממון הקדש, דלא בעינן במעילה אהנו מעשיו אלא דהתורה חייבה על מה דעביד מעשה הוצאה³⁰, והפקעת חכמים אינה אלא על חלות הקנין, אבל מעשה ההוצאה לא שייך שיתבטל ע"י הפקר ב"ד הפקר³⁰, ומשום הכי במעילה כיון דמדאורייתא יש כאן מעשה הוצאה, אף שלא הועילו מעשיו מחמת הפקר ב"ד מ"מ מעל, אבל לענין אתנן בעינן שיועילו מעשיו, וכיון שלא קנתה את הטלה מפני הפקעת חכמים לא נעשה אתנן³⁰.

ויעוין במהר"ם בע"ז (שם) שכ' לפרש דברי התוס' באופן אחר, דלא הפקיעו חכמים שלא יקנה המוכר המעות אלא שלא יקנה הלוקח החפץ, וכיון שנתן המעות של הקדש לסיטון נקנו לו המעות ויצא לחולין, ומיד מעל מן התורה ובמה יפקע המעילה, ואע"ג דנהי דלענין מקח וממכר אמרינן דהואיל

סב. וע' בלח"מ (פ"ג מכירה) שביאר חילוק התוס' וז"ל, ונ"ל פ' לפירושם דשאני מעות הקדש כיון דחל בהם קדושה מן התורה וזה בא להוציאה מדין תורה מעל, ואין כח ביד חכמים להפקיע, אבל גבי אתנן קודם שהיה אתנן חכמים עקרו הקניה ומעולם לא היה אתנן, אע"ג דהביאה במקום כסף ומן התורה מעות קונות, מ"מ חכמים עקרו אותו קודם שיבא לאתנן, עכ"ד וצ"ב כונתו. וע' בקר"א מעילה כ' ע"א (ד"ה נתנה) שכ' בזה"ל, ותוס' חילקו דהתם גבי אתנן כיון דתקינו רבנן דמעות אין קונות א"כ לא הוי אתנן כלל כיון דלא קניא ליה, אבל גבי מעילה הרי הוציאן מרשות הקדש ע"פ ד"ת ומש"ה מעל ולא פקע מעילתו בתקנת חכמים עכ"ד, וצ"ב.

סג. ע"ש שחקר בזה לעיל מיניה, וע' סימן ד' מש"כ בנדון זה.

סד. וכע"ז ביאר במשנת הגרא"ק (מעילה אות ר'), דחכמים יש בכחם רק להפקיע הקנין על הממון אבל לא לשנות הדין בשורשו, ר"ל, דאין בכחם לומר דמעות אינן קונות, היינו דיעקר קנין כסף ממקומו, דזה לא שייך לדין הפקר ב"ד, רק עוקרים את הזכייה בפועל בכסף, ע"ש.

סה. וע' בקוב"ש (פסחים אות קל"ה) שביאר באופן נוסף, דהיכא דקונה מדאורייתא אין כח ביד חכמים לומר שלא יחול הקנין מתחלתו, אלא אע"פ שקנה הפקיעו חכמים ממנו לאחר שקנה מטעם הפקר ב"ד, ונמצא שהזכיה חלה ונפקעת תיכף, דוגמא לזה מוכר שדהו בשנת היובל דמכורה ויוצאה לחר מ"ד, ומשום הכי מעל כיון שיצא הקודש לחולין, אבל באתנן דהוא חייב לה שכר ביאה, לא הוי פירעון חוב בכה"ג.

סו. והנה יש לעיין לדעת ר' יוחנן דמשיכה אינה קונה מן התורה, באיזה קנין קונה המוכר את המעות, ויעוין בדברי התומים שהובאו בסה"ז עולת שלמה (ח"ב עמ' צ') דמבואר מיניה דאף קנין המוכר במעות חל ע"י הקנין כסף, דע"י שמקנה המוכר את החפץ תמורת הכסף קונה את גוף הכסף, ע"ש. ואי נימא הכי לא שייך לומר כדברי המהר"ם דהפקעת חז"ל רק על קנין הלוקח ולא על קנין המוכר, ומוכח דלפי המהר"ם קונה המוכר את הכסף בשאר קנינים, כמו קנין יד הגבהה או חצר.

המהר"ם דהני מילי במקח וממכר אבל במעילה מי יפקיע המעילה, וצ"ב כונתו בזה.^{סז}

ונראה ביאור דבריו, דכיון דכבר חל תחילה קנין המוכר במעות הקדש, הרי דמעל ויצא לחולין, ותו לא שייך להפקיע המעילה מחמת שנתבטל המקח, דלא שייך להפקיע המעילה שכבר נעשתה.^{סח}

והנה נחלקו הראשונים לדעת ר' יוחנן דתיקנו רבנן דמשיכה קונה אי הפקיעו לגמרי קנין כסף, דדעת הרז"ה (בפ' הזהב) דרבנן לא ביטלו לגמרי קנין מעות, רק תיקנו דהלוקח יכול לחזור ממקחו בראותו האונס ממשמש ובא, אבל אי כבר בא האונס ולא חזר הלוקח שוב אינו יכול לחזור, וברשותו נאנס דמעות קונות, ולא הפקיעו לגמרי קנין המעות דלוקח^{סז}, ולשיטה זו אתי שפיר בפשיטות הא דנתנה לסיטון מעל, דכל זמן שלא חזר בו קנין כסף קונה ונקנים לו הפירות במעות הקדש ומועל, אך לפי"ז בפשטות ה"ה דלגבי אתנן יש לומר דמהאי טעמא לא מיקרי אתנן, וא"כ לא יתפרש עי"ז חילוק התוס' בין אתנן למעילה.^צ

אמנם נראה דיש לומר דאיכא חילוק יסודי בין מעילה לאתנן, דבאתנן אין מה שהיא קנתה משוי את השם אתנן, אלא שם האתנן חל ע"י מה שנותן לה האתנן, ולפיכך כל שיכול לחזור בו לא מיקרי נתינה, דליחשב נתינה בעינן שתהא נתינה מוחלטת בלא אפשרות חזרה, וכל זמן שיכול לבטל את הנתינה לא מיקרי נתינה ולית ליה שם אתנן, מה

סז. וע' ברש"ש שכ' דבריו אינן מחוורין.

סח. ולכאור' היה אפשר לומר באופן דומה, דחז"ל לא הפקיעו קנין המוכר, רק קנין הקונה, ואע"ג דאחר שנתבטל קנין הקונה בחפץ דין הוא דיתבטל אף קנין המוכר במעות, לענין מעילה ליכא טענה זו, דהרי אף היכא דעביד קנין גמור בממון הקדש לא חלה המכירה כיון דהממון אינו שלו, וחייב התורה על שעשה מעשה הוצאה [כדיבאר הגרא"ן], ולכן לעולם לא מתבטל המעשה הוצאה, ומועל משום מעשה ההוצאה שקנה המוכר את מעות הקדש נולפי"ז אין צריך לומר דאין כח לחכמים לבטל המעשה הוצאה כמו שכ' הגרא"ן, אלא אפשר לומר דאע"ג דיש להם כח לבטלו, כיון דהפקעתם היתה רק על קנין הקונה לא בטל המעשה הוצאה, אך לשון תוס' מי יפקיע המעילה דחוק לפי"ז, וכנראה לפיכך ביאר המהר"ם באופן אחר.

סט. אמנם הרמב"ן במלח' האריך לחלוק על דבריו.

ע. אי ס"ל להתוס' כרז"ה.

עא. יסוד הדברים כ' בחי' חת"ס ע"ז ס"ג, וע"ע באבי עזרי (הל' מעלה פ"ו ה"י ד"ה ונראה) שכ' עיקר החילוק בין אתנן למעילה, אך כתב כן אפילו לשיטות דרבנן הפקיעו לגמרי קנין מעות, ולשיטות אלו לכאור' אינו כ"כ מובן אמאי מיקרי מעילה, דהרי למעשה לא קנה המוכר המעות, וצ"ע.

עב. ויעוין בתוס' ב"מ כ"ט ע"א (ד"ה והוי), דבעצם הכונה דנעשה ליה.

שארין כן לענין מעילה אינו תלוי בשם נתינה, אלא על ידי שהדיוט קונה חפץ של הקדש מיקרי שיצא מרשות הקדש, ולפיכך כל שלא חזר בו קנה המוכר את המעות ויצאו המעות מרשות הקדש ומועל, ומעתה אי נימא דתוס' סברו כשיטת הרז"ה אתי שפיר חילוק התוס' בין אתנן למעילה.^{צא}

והנה בב"מ מ"ג ע"א דעת רב הונא דהמפקיד מעות מותרין אצל שולחני נעשה שואל עליהו^{צב} [נאפילו קודם שהשתמש בהם] ואי נאנסו חייב באונסין, ומבואר בגמ' דמהאי טעמא אי הפקיד מעות הקדש מותרין אצל שולחני, מועל המפקיד משום מעילה דהוצאה מרשות.

והקשו תוס' שם (ד"ה מאי) דבגמ' בב"מ מ"ח ע"א הוכיחו מהא דנתנה לספר לא מעל, דהלכה כר"ל דמעות אין קונות ולפיכך לא מעל בנתינת המעות, ומוכח מזה דאין רשות למוכר להשתמש במעות ולא נעשה המוכר שואל על המעות, דאי היה נעשה שואל היה צריך למעול משום הכי, ומעתה הקשו תוס' מה הועילו חכמים לדעת ר' יוחנן במה שביטלו קנין מעות בכדי שלא יאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, השתא נמי יאמר המוכר נשרפו מעותיך בעליה כיון דלא נעשה שואל עליהו.

ותירצו תוס' בתי' הב', דאיכא בזה חילוק בין ר' יוחנן לר"ל, דלדעת ר"ל באמת אין המוכר רשאי להשתמש במעות ולא נעשה שואל עליהם, אבל לדעת ר' יוחנן דאית ליה דבר תורה מעות קונות, לא

הפקיעו כח שיש לו למוכר במעות שיכול להשתמש בהם, כיון דקונות מן התורה והוי שואל עליהו, ע"ש.

וכ' הגרעק"א (ח"י ע"ז ס"ג) דלפי דברי התוס' הנ"ל מיושבת בשופי קושית התוס' בע"ז, דאיתי שפיר החילוק בין מעילה לאתנן, דכיון דנעשה שואל על המעות שפיר מעל^ע, אבל לענין אתנן הנדון אינו לגבי המעות אלא לגבי הטלה, ואת הטלה הוא לא קנה ולא הוי אתנן^ע.

והנה כ' הרמב"ם (פ"ו מהל' מעילה ה"י), קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל, ואם מן ישראל לא מעל. הרי דמבואר ברמב"ם דלא מעל ע"י נתינת מעות של הקדש עבור קנין, והכס"מ תמה על פסק הרמב"ם דהרי בסוגיא בב"מ מבואר דלדעת ר' יוחנן דמעו קונות מעל מהתורה, והרמב"ם (בהל' מכירה פ"ג ה"א) פוסק כר' יוחנן דדבר תורה מעות קונות, ואמאי לא מעל, וצ"ע.

וביאר הגר"א (חור"מ סי' קצ"ד ס"ק י"א) בזה"ל, אע"ג דסוגיא דב"מ שם דלר"י דד"ת מעות קונות מעל, מ"מ סוגיא דע"ז ס"ג א' משמע כיון דהפקיעו חכמים קנין מעות בלא משיכה אינו כלום אף לדבר שהוא מדאו', וא"צ למה שחילקו תוס' [בע"ז] עכ"ד^ע.

למדנו דהגר"א ביאר דלשיטת הרמב"ם איכא מחל' הסוגיות אי לאחר שהפקיעו חכמים קנין מעות, מהני הקנין לדבר שהוא מדאו', דבסוגיא בב"מ מבואר דמועל מהתורה ומיקרי קנין לענין דאו', ובסוגיא בע"ז מבואר דלא מהני אף לענין דאו' ולכן לא חשיב אתנן, והרמב"ם פסק כסוגיא דע"ז, ולית

ליה סברת תוס' בע"ז דאיכא חילוק בין מעילה לאתנן.

והאחרונים^ע ביארו דהרמב"ם אזיל בזה לשיטתו, דיעוין בסימן כ"ה אות ח' שנתבאר דשיטת הרמב"ם היא דאין חיוב מעילה על הוצאה מרשות לרשות בלא הנאה, ולכן אין יכול הרמב"ם לסבור חילוק התוס', דאף אי נימא דקנין כסף לא נתבטל או קנין המוכר במעות לא נתבטל ומיקרי מעשה הוצאה, כל דבטל גוף הקנין בפירות, הרי דאין לקונה הנאה מנתינת מעות הקדש למוכר ואינו מועל, ולהכי הוכרח הרמב"ם לפרש דאיכא מחלוקת הסוגיות בזה.

י. אי קנין דרבנן מהני לענין מעילה דהוצאה

ב"מ צ"ט ע"א, אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו, לא בקע בו לא קנאו. למאי אילימא לאונסין מאי שנא פרה דמשעת שאילה, אלא לחזרה, בקע בו לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו מצי משאיל הדר ביה. ופליגא דרבי אמי, דאמר רבי אמי המשאיל קרדום של הקדש מעל לפי טובת הנאה שבו, וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ואי לא קנאו אמאי מעל ואמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ניהדריה ולא ליקנייה ולא לימעול, ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים.

והנה יש לעיין אי הקונה חפץ של הקדש בקנין דרבנן מועל מדאו', והנפק"מ אי לדעת ר' אלעזר דתיקנו משיכה בשומרין, המשאיל קרדום לחבירו מעל מדאו' או דילמא לא מעל אלא מדרבנן, ואי נימא דמועל מדאו' אפשר לומר דר' אמי סובר כר' אלעזר דתיקנו משיכה בשומרין.

אוצר החכמה
36395

אוצר החכמה
36395

עג. ובשו"ת חת"ס יו"ד (סי' שי"ח) כתב דמה שכ' המהר"ם בביאור דברי התוס' בע"ז, הן הנה דברי תוס' בב"מ מ"ג הנ"ל. אמנם בחי' החת"ס (השלם על ע"ז ד"ה אך) כ' בנוסח אחר, דלפי דברי תוס' בב"מ מיושב היטב קושיא דשמעתין, אולי גם לזה נתכוון מהר"ם לובלין בשמעתין, אבל קשה לכיון בלשון תוס' דשמעתין, כי מה בין הקדש לאתנן לענין זה, אבל הדבר תלוי כיון שיכול להוציא המעות, ע"כ.

עד. וע"ש עוד מה דרצה ליישב לפי שיטת הראב"ד, דכל תקנת חכמים היתה במכר ולא בשכירות מטלטלין, אך דחה תי' זה.

עה. וכ"כ הקר"א מעילה כ' (ד"ה נתנה), וע"ע בלח"מ (פ"ג מכירה ה"א) שיישב פסק הרמב"ם באופן אחר, דס"ל דליכא חשש דנשרפו חיטין במעות שכירות, ולפיכך בסוגיא בב"מ דמייירי בשכירות לר' יוחנן מעל בנתינת מעות, נוע"ש עוד דפירש דלדעת הרמב"ם סיטון הוא סרסור ולכן לא תקנו חכמים בזה, וע"ע בנתיח"מ (ריש סי' של"ג).

עו. קר"א (שם) ומקור מים חיים (תשרי סי' ל"א), וע"ע אור שמח (פ"ו דמעילה ד"ה ולפ"ז) ואבי עזרי (ורביעאה מעילה פ"ו ה"י).

ויעוין בריטב"א (בב"מ שם) שכתב, וא"ת ולדין דסבירא לן דמשיכה קונה בשואל היכי מעל דהא משיכה זו אינה אלא מדרבנן שתקנו משיכה בשומרים, וי"ל דאפ"ה איכא מעילה דהפקר ב"ד הפקר וקנין דרבנן כקנין דאורייתא חשיב לענין זה, עכ"ד.

הרי דמבואר להדיא בריטב"א דכיון דתיקנו רבנן שיקנה במשיכה, מחמת הפקר ב"ד הפקר מיקרי קנוי לו מדאו' ומעל מדאורייתא, ומתבאר דהריטב"א סובר דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומיקרי ממונו מדאורייתא, וא"כ שפיר מעל מדאו' וחייב קרבן ויוצא לחולין, ולחבירו מותר לבקע בו, וא"כ לדעתו שפיר יכול ר' אמי לסבור כר' אלעזר דקנה מחמת תקנת חכמים דתיקנו משיכה בשומרים.

וכן מוכח מדברי השטמ"ק במעילה (דף י"ט ע"ב) בשם תוס' ר"פ, דכתב דמדברי ר' אליעזר דקי"ל דתיקנו משיכה בשומרים, חזינן דלא כרב הונא, דהיינו דמהאי טעמא דתיקנו משיכה דין הוא דמשאל קרדום לחבירו מועל אף בלא ביקוע, ומוכח דהוי זה מעילה דאורייתא, דאל"כ ליכא ראייה דפליגי, ע"ש היטב.

וכן היה נראה לפרש בדעת הרמב"ם, דבהל' שכירות (פ"ב ה"ח) פסק כר' אלעזר, דכדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים, ובהל' מעילה (פ"ו ה"ד) פסק כר' אמי, דהמשאל קרדום של הקדש הוא מעל לפי טובת הנאה שבו וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ומתבאר דר' אמי יכול לסבור כר' אליעזר, וכדלעיל.

אמנם העירו האחרונים דמדברי הרמב"ם בהל' לולב נראה דהרמב"ם סובר דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, דשם (פ"ח ה"י) פסק שלא להקנות לולב

לקטן ביו"ט ראשון של סוכות, כיון דהקטן קונה מהתורה ואינו מקנה אלא מדרבנן, וא"כ גדול שיקנה ממנו הלולב יהא קנוי לו הלולב רק מדרבנן ולא יצא יד"ח, ומבואר דקנין מדרבנן שהקטן מקנה לא מהני ליחשב קנוי מהתורה, וא"כ צ"ע היאך פסק כר' אמי דמעל וחבירו מותר לבקע בו, דאי אינו קנוי לו אלא מדרבנן לכאו' אינו מועל אלא מדרבנן, ואינו חייב בקרבן וחומש ואינו יוצא לחולין, וצ"ע יי.

וביאר המחנה אפרים (קנין משיכה סי' ב') דיש לומר דבאמת סובר הרמב"ם דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, ושואל שקנה בקרדום הקדש ע"י משיכה אינו קנוי לו אלא מדרבנן, אך אפילו הכי מעל מדאורייתא, דגבי מעילה כל שהוציאו מרשות לרשות אפילו בקנין דרבנן הרי יצא מרשות הקדש, ע"ש ע"ח.

ונראה ביאור הדברים, על פי מה שבארנו בסימן א' דיסוד חיובא דמעילה הוא על ששינה היעוד של הקדש, ולא בעינן בדוקא שהחפץ יקנה לרשות הדיוט, דכל דחשיב דנשתנה היעוד של החפץ סגי בזה לחיובא דמעילה. וביארנו שם דאיכא ב' אופנים לשנות היעוד, ע"י שנהגה מההקדש וע"י דעביד ביה שינוי רשות, וא"כ לפי"ז המחייב במעילה דשינוי רשות אינו מה דנקנה לרשות הדיוט, אלא מה דשינה החפץ מיעודו ע"י שהעמידו ברשות שענינה שימוש חול, דמתחילה היה החפץ מונח ברשות הקדש שמיעודת לשימוש קודש, וע"י מעשה המעילה העביר החפץ לרשות שענינה שימוש חול, ולפיכך כל דמיקרי שהחפץ עומד ברשות חול, דין הוא דימעול משום מעילת שינוי רשות, אף אי אינו קנוי לרשות חול ע"ט.

ולפי"ז מיושב שפיר הא דהיכא דקנה בקנין דרבנן מועל משום דעביד שינוי רשות, דאף אי ע"י קנין דרבנן לא מיקרי החפץ קנוי לו בקנין דאורייתא,

עז. וע' בדבר אברהם (ח"א סי' א' ענף ה') שכ' לחדש, דהעושה מעשה קנין כמנהג הסוחרים קונה מדאו', ולפי"ז ביאר דברי הרמב"ם דקנין משיכה מהני משום דקנין שרבנן חידשו לא גרע ממנהג הסוחרים וקונה מדאו', אבל בקניינו של קטן ליכא חסרון במעשה הקנין אלא דהגברא לאו בר הקנאה, ולהכי אינו קונה מדאו'.

עח. וע' בשער המלך (גזילה פ"ב ה"י) שלפי יסוד זה רצה לישב שיטת רש"י ב"ק כ' ע"ב, דגובר שקבע קורה על גבי בנין מעל, והקשו תוס' דכי קבעה אמאי מעל והרי שינוי החזור לברייתו הוא דלא קני בשינוי, וכ' השעה"מ דלפי"ז יש לומר דכיון דכיון דקבעה בבנין קנוי לו מדרבנן מפני תקנת השבים (כמבואר בב"ק צ"ה) הילכך שפיר מעל, דכל שקנאו אפילו מדרבנן יצא מרשות הקדש ומעל.

עט. וכמו שביארנו בסימן כ"ה אות ד' דהמפקיר הקדש מועל וכש"כ הכא.

אך הא מיהא ודאי דלא מיקרי גזלן מדאו^פ, דרבנן הפקיעו את הקנין של הראשון בחפץ, ואית למקבל רשות אף מדאו' להחזיק החפץ, רק לא מיקרי קנינו מדאו', וא"כ לגבי מעילה שפיר מיקרי מדאו' שהעמיד את החפץ של הקדש ברשות חול^{פא}.

והנה תוס' בב"ק ע"ט (ד"ה תיקנו) כתבו דלענין משאל קרדום לחבירו איכא ג' מחלוקות בדבר, דלרב הונא לא תקנו משיכה בשומר, ולר' אליעזר תקנו והיינו דמדאורייתא יכול לחזור בו אלא שחכמים תקנו דלא מצי ביה משעת משיכה, ור' אמי פליג גם על ר' אליעזר, דאמר ר' אמי המשאל קרדום של הקדש לחבירו מעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, משמע דסבר דקנה מדאורייתא דאי מדרבנן ומעל משום דמדרבנן אין יכול לחזור כמו נתנה לבלן בפרק הזהב (כ"מ דף מח ושם), א"כ הוי חומרא דאתי לידי קולא דחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, עכ"ד.

הרי דמבואר בתוס' דר' אמי פליג אר' אלעזר, וסובר דשומר שמשך אית ליה קנין דאורייתא, דאי נימא דכל קנינו אינו אלא מדרבנן מחמת דתיקנו משיכה בשומרין, לא הוי אמר ר' אמי דחבירו מותר לבקע בו לכתחילה כיון דהוי חומרא דאתי לידי קולא, ומבואר דלר' אלעזר ע"כ אין חבירו מותר לבקע בו.

וכפשוטו כונת תוס' דקנין דרבנן לא מהני לדאו', ולכן אי משיכה קונה רק מדרבנן אינו מועל מהתורה, ומה דהוכיחו תוס' דלר' אמי משיכה מהניא מדאו' מהא דחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ולא הוכיחו כן מגוף הא דנקט ר' אמי דמעל ואי אינו קנוי אלא מדרבנן דין הוא דלא ימעול, היינו משום דיש לפרש דהכונה דמועל מדרבנן ואינו חייב קרבן וחומש^{פב}, לכן הביאו הראיה דלר' אמי מועל

מדאו' מהא דחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, דאי המעילה אינה אלא מדרבנן, ודאי דאין יוצא ההקדש לחולין ע"י מעילתו, ואמאי חבירו מותר לבקע בו.

אמנם יש מהאחרונים שנקטו דכיון דר' אמי נקט דמעל, כפשוטו הכונה למעילה דאורייתא, דפשטות לשון מעל משמע מעילה דאו' דמתחייב קרן חומש ואשם, ומהא דמעל מדאו' לא יכלו תוס' להוכיח דאית ליה קנין מדאו', משום דאיכא למימר דקנין דרבנן מהני לדאו' או דכביארנו לעיל דע"י קנין דרבנן מיקרי מעשה הוצאה, וחשיב מעילה דאו', אך הא מיהא לא היה ניחא להו לתוס' דיהא חבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ולכאו' דבריהם צ"ב, דאי סברי דמחמת קנין דרבנן איכא סיבה שיתחייב במעילה מדאו', אמאי אין בזה טעם שיצא אף החפץ לחולין, וצ"ע^{פג}.

ובתשו' ראש לראובני (סי' ח' בהג"ה) ביאר בזה, דתוס' סברו דאע"ג דע"י קנין דרבנן מיקרי מעשה הוצאה להתחייב במעילה, אכתי אין יוצא לחולין, כיון דמדאו' לא יצא מרשות הקדש^{פד}.

ונראה ביאור הדברים, ע"פ מה דחקר הגרא"ו (קובה"ע סי' נ"ה) בגדר יציאה לחולין דמעילה, האם מחמת שקנה החפץ של הקדש בקניני גזילה יצא ההקדש לחולין, דקנינו של ההדיוט מפקיע ההקדש, או דילמא הוא דין בחיוב מעילה דמחמת חיוב מעילתו יוצא החפץ לחולין [ע' סימן כ"ט]. ומעתה יש לומר דהתוס' בב"ק סברי דהיציאה לחולין היא מחמת קנינו, ולכן היכא דקנה חפץ של הקדש רק בקנין דרבנן לא שייך שיצא החפץ לחולין, דאינו קנוי לו מדאו', ומ"מ לענין חיובא דמעילה סגי במה דהחפץ עומד ברשות הדיוט, וכיון דאית ליה ביה קנין מדרבנן שפיר מיקרי שהחפץ עומד ברשות הדיוט, וכמו שנתבאר לעיל.

פ. ע' בס' שערי ישר (ש"ה פ"ט) דיש מקומות שלא הוצרכו חז"ל להקנות החפץ, אך הא מיהא נתנו רשות השתמשות שלא יהא חשוב גזלן.

פא. וכע"ז כ' בשו"ת ראש לראובני (סי' ח' בהג"ה), דכיון דמדרבנן קנה השואל להשתמש, א"כ הרי המשאל עשה פעולה בחפץ של הקדש שמועילה לענין זה שחבירו יוכל לשתמש בו, ולכן מעל מדאורייתא.

פב. כמבואר במעילה ב' ע"ב.

פג. וע' בתשו' שאילת שמואל סי' פ"ו (ד"ה אולם) מה שביאר בזה.

פד. אך לשון תוס' שם דהוי חומרא דאתי לידי קולא צ"ב, דבכל דוכתא דאיתא האי לישנא, הכונה דכיון דהחומרא מביאה לידי קולא דין הוא דלא נחמיר כלל, אבל הכא לדבריו באמת אין סיבה שלא יכולין להחמיר לחייב מעילה מהתורה, דכל הבעיה שאין הקרדום יכול לצאת לחולין, ולכאו' אין בזה טעם שלא יתחייב במעילה.

להקדש, דמכירתו לא אהני ולא נעשה כלל שינוי רשות בחפץ של ההקדש.

וכתבו האחרונים^פ דיש מקום לבאר דין זה בתרי אנפי, דיש לומר דכיון דעל ידי דין המעילה יוצא ההקדש לחולין, נמצא דאהנו מעשיו ובאמת יצא החפץ מרשות הקדש, ועל זה גופא התורה חייבתו, והיינו דמתחייב על השינוי רשות שנתהווה מחמת מעילתו, דע"י המעשה מעילה יצא לחולין ויצא מרשות הקדש. ולפי"ז כל זה שייך דוקא בקדושת דמים דשייך בה דין יציאה לחולין, מה שאין כן בקדושת הגוף שאין החפץ יוצא לחולין [אפילו ע"י מעילה], הרי דלא אהנו מעשיו, ולא שייך לחייבו על מה שרצה למכור את ההקדש, דכיון דבפועל לא אהנו מעשיו ולא חלה המכירה, לא אתעבידא מעילה דשינוי רשות, ולא שייך לחייבו משום מעילת שינוי מרשות לרשות.

ובאופן שני אפשר לומר דלעולם התורה לא חייבה על מה שאהנו מעשיו במכירה ויצא החפץ לרשות אחרת, אלא כל היכא דעשה מעשה שבהדיט מהני, חייב משום זה גופא דעשה מעשה הוצאה, דלולא שהיה החפץ של הקדש [דאינו שלן] היה מועיל להוציאו מרשותו, ולפי"ז אין החיוב תלוי ביציאה לחולין, ואף בקדושת הגוף דאין יוצא לחולין, יכול למעול משום המעשה מכירה דמיקרי מעשה שינוי רשות^פ.

והנה הרמב"ם (פ"ו מהלכות מעילה ה"ה) כתב, בהמת קדשי מזבח וכו' יש בה מועל אחר מועל עד כמה פעמים, כיצד תלש מן החטאת ובא חבירו ותלש וכו' כולן מעלו, וכן אם נתנה לחבירו וחבירו לחבירו כלן מעלו, ויראה לי שדין המנחות והעופות והנסכים וכלי שרת כדין הבהמה שכולן קדושת הגוף הן^פ.

וכתב השער המלך (שם) דמסתמיות דברי הרמב"ם משמע דבקדושת הגוף וכלי שרת אפילו נתנה לחבירו בלתי שיהנה ממנו מעל משום הוצאה מרשות

והנה הראש לראובני שם כ', דהתוס' בב"ק הנ"ל חולק על התוס' בב"מ צ"ט ע"א דכתבו בסו"ד סברא אמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחילה, וביאר בהג"ה [לנכד המחבר] דכונתו דתוס' בב"מ הקשו אמאי חבירו מותר לבקע בו והרי משתמש בגוף הקדרום דשייך להקדש, ותירצו תוס' דיצאה כל הנאת ביקוע לחולין ולכן מותר לבקע בו, הרי דחזינן מדבריהם דיוצא לחולין יותר מאשר קנה בקנין השאלה, ואילו בתוס' בב"ק מבואר דאין יוצא לחולין יותר מקנין שקנה, ולכן היכא דקנה מדרבנן אין יוצא גוף הקדרום לחולין מדאו', ע"ש.

הרי דלפי"ד יוצא דפליגי התוס' בגדר היציאה לחולין דמעילה, דדעת תוס' בב"ק דהיציאה לחולין היא מחמת קנינו, והתוס' בב"מ סובר דהיא הלכה מהלכות המעילה, דמחמת שמעל איכא דין יציאה לחולין, וכיון דמעילתו מתיחסת לכל הנאת הביקוע [ע' מה שביארנו בגדר הדברים בסיון כ"ז], לכן יוצאת כל הנאת הביקוע לחולין אע"ג דלא קנה כולו.

יא. מעילת הוצאה בקדושת הגוף

הנה בקדושת דמים ובדק הבית איכא ב' דיני מעילה, מעילת הנאה דחיובו משום שנהנה מן ההקדש, ומעילת הוצאה דחיובה משום שהוציא את הקדש מרשות הקדש לרשות אחרת, ויש להסתפק אי בדבר שיש בו קדושת הגוף דאין יוצא לחולין ע"י פדיון, נוהגין ג"כ ב' דיני מעילה הנ"ל, או דילמא רק היכא דנהנה מהקדש נוהג ביה דין מעילה, אבל היכא דהוציאו מרשותו ע"י מכירה או נתינה, לא מעל.

ושורש הספק תלוי בעיקר גדר מעילה דהוצאה מרשות לרשות, דהנה בכל מעילה דהוצאה מרשות לרשות יש לעיין היאך תחילת הדין, דהרי החפץ שייך להקדש, ואינו שלו למוכרו או לנותנו לחבירו, וא"כ לכא' היכא דמוכרו לא עביד מידי

פה. קובץ הערות (ריש סי' נ"ה) ומשנת רבי אהרן (קדשים).

פו. אלא דמהלכות המעילה שיוצא ההקדש לחולין, ובקדושת הגוף אע"ג דמועל אין יוצא לחולין.

פז. והשיג הראב"ד וז"ל, וכן אם נתנה לחבירו, א"א דבר זה לא נמצא לו יסוד, שמצא בתוספתא נטל פרוטה של הקדש ואמר הרי היא שלי לא אמר כלום עד שיוציאנה לחולין נתנו לספר אע"פ שלא סיפר מעל ובעולה נתנו לחבירו וחבירו לחבירו כולן מעלו, זאת מצא ואיני סומך עליה כי לא באה על דרך מתוקן ואפשר מפני שהיא קדושת הגוף אינה יוצאה לחולין לא בפגימה ולא בנתינה, אבל קשה לי מ"ש עולה, ע"כ. וע' בכס"מ מה שיישב דברי הרמב"ם, ווע' בחזו"א מה שביאר דברי הראב"ד.