

חדושי ר' שמואל מסכת קידושין סימן יג

בענין שליחות במעילה ודין נזכר בעה"ב ולא נזכר שליח

א) ברמב"ם פ"ז ממעילה ה"א, מי ששגג ולקח הקדש או מעות הקדש ונתנו לשליח להוציאו בתורת חולין אם עשה השליח שליחותו המשלח הוא שמעל, ואם לא עשה שליחותו אלא עשה השליח מדעת עצמו השליח הוא שמעל, כיצד וכו' אמר לשלוחו תן לאורחים חתיכה חתיכה של בשר הלך השליח ואמר להן, טולו שתיים שתיים בעה"ב מעל שהרי נעשה דברו והשליח פטור מפני שהוא מוסיף על שליחות בעה"ב ולא עקר השליחות, אבל אם אמר להם השליח טולו שתיים שתיים מדעתי שניהן מעלו וכו', נמצא חברו חייב לפי שנעשו דבריו ולא נעקרה השליחות, והוא חייב ע"ז שהוסיף מדעתו עכ"ל. והדברים צ"ב, דאמאי ברישא פטור השליח לגמרי, הא אף על גב דעל חתיכה קמא עשה שליחותו, דאמרינן מוסיף על השליחות הוא ולא הוא עקירה, מ"מ אחתיכה בתרא אמאי לא יתחייב השליח, הא ע"ז לא ציווהו ולא שלחו כלל [ובעה"ב ודאי אינו חייב עליה אלא אחתיכה קמא] ולא הוא שליח ע"ז כלל ואמאי פטור.

והנה הכס"מ שם תמה בזה מסוגיא דמעילה ז"ל, שם במשנה (כ א) אמר תן להם חתיכה חתיכה והוא אמר להם טלו שתיים שתיים וכו' כולם מעלו. ובגמ' (כ ב) ש"מ מוסיף על שליחותו הוא שליח, אמר רב ששת דאמר שליח טלו אחת מדעתו ואחת מדעתי, פי' ש"מ מוסיף על שליחותו הוא שליח ותפשוט הא דאיבעיא לן בפ' אלמנה ניזונית (כתובות צח ב) האי מאן דאמר לשלוחו זיל זבין לי ליתכא דארעא ואזל זבין ליה כורא שהוא פי שנים, מי אמרינן מוסיף על דבריו של משלח הוא וליתכא מיהא קנה, או דילמא מעביר על דבריו הוא וליתכא נמי לא קנה וכו', [פי'] מדקתני דבעה"ב נמי מעל דייק, דאת"ל מעביר על דבריו הוא לא מעל בעה"ב, ושני רב ששת דמהא לא תפשוט דאפי' את"ל דמוסיף על שליחותו לא הוא שליח [דאמרי' מיעקר עקר] שאני הכא דאמר להם טלו אחת מדעתו ואחת מדעתי וכו', אבל אם היה אומר סתם טלו שתיים אפשר דהו"ל מעביר על דבריו של בעה"ב ולא מעל בעה"ב, והכי אמרי' בהדיא בפ' אלמנה ניזונית, והשתא כיון שרבינו פסק דמוסיף על דבריו הוא (כאן, וכן בפ"א משלוחין), כשפסק דבעה"ב חייב בכל גווני שפיר אבל מה שפסק ברישא שהשליח פטור קשה דהא אפי' אי הוא מוסיף מעל על מה שהוסיף עכ"ל. וכוונתו דמסוגיא דהתם משמע בפשוטו דאוקימתא דרב ששת לא איצטריך אלא לדחויי הא דבעינן למיפשט דשליח מוסיף הוא, אבל להאמת דמוסיף הוא לא צריך להאי אוקימתא דאמר אחת מדעתו וכו' אלא מיירי דאמר סתם טלו שתיים שתיים, וקתני מתני' כולם מעלו והיינו גם השליח, ולמה פסק הרמב"ם דהשליח פטור.

ותי' הכס"מ ז"ל, וכתב הר"י קורקוס ז"ל שאפ"ל שדעת רבינו דאוקימתא דרב ששת לאו לדחויי דלא תילף דמוסיף הוא אמר כן, אלא כי היכי דלא תיקשי כיון שזה לא עקר השליחות למה מעל, דהא תנן עשה שליחותו בעה"ב מעל ולא השליח, ומשמע ליה אפי' הוסיף על מה שציוה דלאו דווקא ציוה כן אלא שלא יפחות, לזה העמידה כשאמר טלו אחת מדעתי וכיון שכן ראוי שימעול גם השליח, ובגמ' קבע אותה למידיחי דלא תיפשוט דמוסיף הוא, דכיון דבהכי מיירי מעתה לא דמיא מתני' לבעיין עכ"ל. ואכתי צ"ב בטעמא דמילתא, דמש"כ המהר"י קורקוס "דלאו דווקא ציוה כן אלא שלא יפחות" אינו מבואר, דהא סו"ס אחתיכה בתרא ודאי לא הוא שליח אלא מוסיף על שליחותו הוא, וכן מבואר להדיא בסוגיא דאלמנה ניזונית דאיבעיין לא הוא אלא אי ליתכא קנה, אבל כל הכור ודאי לא קנה, וא"כ אמאי לא מעל השליח כיון דעכ"פ לא הוא שלוחו אחתיכה בתרא. וצ"ל בכונת הר"י קורקוס דמ"מ כיון דהשליח סבר דציווהו לתת ב' ועל דעת בעה"ב נתן ולא אדעתא דנפשיה, להכי ס"ל להרמב"ם דפטור אף על גב דבאמת לאו שליח הוא אחתיכה בתרא. ועדיין הדבר תמוה דמנין הוציא הרמב"ם דין מחודש זה, והא בהו"א סבר הש"ס דשפיר קתני במתני' כולן מעלו אי שליח מוסיף הוא, וא"כ מהכ"ת נימא דרב ששת פליג על סברת ההו"א בזה. וביותר קשה דבסוגיא דאלמנה ניזונית קאי הכי גם למסקנא, דהתם לא מייתי כלל הך אוקימתא משמיה דרב ששת אלא סתמא דגמ' דחי ומשני הב"ע דאמר להם טלו אחת מדעתו וכו', והתם ודאי ל"ש לומר דבעלמא איתמר ולא משום האי דחיה גרידא מוקמינן הכי, דסתמא דהש"ס ודאי משמע דלא מוקי הכי אלא כדי לדחויי לסייעתא, וא"כ מנין לקח הרמב"ם לחלוק על סוגיית הגמ' ולהמציא פלוגתא דרב ששת בזה, וגם עיקר הסברא תמוה וצ"ב.

ב) ובכתבים בשם הגר"ח (בענין מעילה ע"י שליח) הוסיף להקשות על הרמב"ם ממתניתא דמעילה (כא א) דמייתי בסוגיין (נ א) נזכר בעה"ב ולא נזכר שליח שליח מעל, הרי להדיא דשליח מעל אף על גב דסבר דע"ד בעה"ב ובשליחותו הוא עושה.

ותירץ הגר"ח (שם) דהרמב"ם ס"ל דאי בחולין כה"ג הוא הקנאה מעליא בשליחותו א"כ במעילה נמי איכא מעשה הוצאה וגזלה מן ההקדש, ואי בחולין כה"ג לא הוא הקנאה ליכא מעשה הוצאה בהקדש. ואשר ע"כ חלוק בזה היכא דעשאו שליח באמת, מהיכא דאיהו מעצמו היה סבור שעושה ע"ד בעה"ב ובשליחותו, דהיכא דעשאו שליח ליתן שפיר מצי מעל השליח [אי בעה"ב פטור מאיזה טעם וכדלהלן] משום דאיכא בכה"ג מעשה הוצאה וגזלה מן ההקדש, דהא בחולין כה"ג הוא מתנה מעליא וא"כ לגבי ההקדש נמי חשיב זה מעשה הוצאה ושפיר מעל השליח ואף על גב שעשה ההוצאה בשביל בעה"ב ובשליחותו אפ"ה הו"ל מעשה הוצאה וגזלה דידיה. אבל היכא דלא שלחו בעה"ב אלא דהשליח סבר דשלחו וע"ד בעה"ב עשה, בכה"ג ליכא מעשה הוצאה מן ההקדש כלל, דהא בחולין כה"ג היכא דנתן בשביל בעה"ב ובשליחותו מדסבר שעשאו שליח, ובאמת לא שלחו, לא חלה המתנה כלל, כיון דשליח לאו אדעתא דנפשיה עבד אלא ע"ד בעה"ב ובעה"ב באמת לא שלחו כלל, וא"כ אין כאן נתינה, וממילא ה"ה בהקדש כה"ג ליכא מעשה הוצאה ומעילה כלל.

ובזה מבוארין דברי הרמב"ם דהכא גבי נזכר בעה"ב שפיר איכא מעילה דהרי בעה"ב שלחו להוציא המעות, ואף על גב דנזכר בעה"ב אח"כ דהוא של הקדש מ"מ לא בטליה לשליחותיה, דהא הרמב"ם שם (פ"ז ממעילה ה"ה) כתב דטעמא דבעה"ב פטור משום דכיון דנזכר הו"ל מזיד, ולא פירש כרש"י בחגיגה (י ב) שכתב דכיון דנזכר אן סהדי דתו לא ניח"ל בשליחותיה דהיאך ומהשתא לאו שליח הוא עכ"ל, ומשמע מהרמב"ם דבעה"ב באמת לא ביטל השליחות, וכיון שכן שפיר איכא הכא מעשה הוצאה ומעילה מן ההקדש דבחולין כה"ג הוי מתנה, ומש"ה מעל השליח. אבל בההיא דא"ל בעה"ב תן חתיכה חתיכה ונתן שתיים שתיים, הרי על השני באמת לא שלחו כלל אלא דהשליח סבר דבעה"ב אינו מקפיד ומסכים לתרי וכדכתב הר"י קורקוס, ולא אדעתא דנפשיה עבד אלא ע"ד בעה"ב ובשליחותו, וכיון דבאמת לא שלחו ליכא בכה"ג מעשה הוצאה מן ההקדש כלל, דבחולין כה"ג נמי לא הוי מתנה, ולהכי כתב הרמב"ם בזה דלא מעל השליח, הואיל ואין כאן מעשה מעילה כלל.

ג) והקשה א' מבני החבורה דאכתי הא גבי נזכר בעה"ב נמי בטלה שליחותו [וכדפירש"י בסוגיין נ א] דהא באמת אין שליח לדבר עברה ובחולין כה"ג דאיכא עברה בטלה השליחות, ואף על גב דבמעילה יש שלד"ע היינו היכא דבעה"ב שוגג ומתחייב במעילה אבל הכא דנזכר בעה"ב ומזיד הוי תו ליכא הכא הגזיה"כ דיש שלד"ע במעילה, וממילא בטלה שליחותו לגמרי ואינו שליח כלל ושוב אין כאן מעשה הוצאה. וי"ל דאפשר דהרמב"ם ס"ל כתירוץ קמא דהתוס' (ב"מ י ב) דאף אם אשלד"ע לא בטלה השליחות, דלא אמרינן אשלד"ע אלא לגבי חיוב עונשין דהמשלח פטור אבל השליחות עצמה לא בטלה, וממילא שפיר איכא הכא מעשה הוצאה דגם בחולין כה"ג אפי' איכא עברה חיילא המתנה. ועי"ל דס"ל להרמב"ם דאף היכא דבעה"ב פטור ממעילה כגון דמזיד היה מ"מ בעברה דמעילה איכא גזה"כ דיש שלד"ע, והא דמעל השליח כה"ג אף על גב דהשליחות קיימת, י"ל דהרמב"ם ס"ל כשיטת התורי"ד (מב ב) דאף אי יש שלד"ע מ"מ השליח נמי חייב על מעשיו, והא דפטור השליח היכא דבעה"ב שוגג הוה ומתחייב במעילה, היינו משום דליכא תרי חיובי מעילה. והטעם בזה נראה עפ"י דהתוס' בפסחים (כט. ד"ה רבי נחוניא) דליכא קרבן מעילה אלא היכא דאיכא חיוב תשלומין, והרי חיוב תשלומין לא שייך שתי פעמים, ולזה היכא דבעל הבית שוגג ומתחייב בתשלומי הקרן הרי השליח פטור מן התשלומין דהא פעמיים א"צ לשלם להקדש וממילא פטור נמי מקרבן, אבל היכא דבעה"ב מזיד הוה ופטור מן התשלומין, שפיר חייב השליח מעיקרא דדינא, ולא משום דבכה"ג אשלד"ע אלא דאפי' אי ישלד"ע נמי חייב השליח וכהתורי"ד הנ"ל. [וכ"ה משמעות לשון הרמב"ם שם (פ"ז ממעילה ה"ה) שלא הזכיר כלל מהא דאשלד"ע אלא שבעה"ב פטור משום מזיד. - ה. ה.], ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ*. וכ"ז לענין נזכר בעה"ב משא"כ בההיא דמוסיף על שליחותו דעל התוספת אינו שליח כלל וליכא מעשה הוצאה ולהכי פטור השליח.

אלא דאכתי קשה מאי דאקשינן לעיל דמנין לקח הרמב"ם לומר כן ואין לומר דמסברא הוי פשיטא ליה הכי, דהא חזינן בסוגיא דמעילה (כא ב) דבהו"א סבר הש"ס דשפיר שניהן מעלו אי מוסיף הוי, ומהכ"ת נימא דבמסקנא הדר ביה מהאי סברא, ובפרט דבסוגיא דאלמנה ניזונית (צח ב) משמע הכי גם למסקנא וכמש"כ לעיל, ומנין לקח הרמב"ם לחלוק על סתמא דגמ' ולומר דרב ששת פליג ע"ז, ועי' ח' הגר"ח שם שהניח ג"כ בצ"ע מסוגיא דכתובות הנ"ל.

ד) והנראה בזה דמקורו הוא בסוגיין דהנה באמת קשיא לי טובא בהא דפירש"י בחגיגה (י ב) בטעמא דנזכר בעה"ב ולא נזכר שליח שליח מעל ובעה"ב פטור, משום דאן סהדי דתו לא ניחא ליה בשליחותיה ומהשתא לאו שליח הוא והו"ל איהו מוציא, [ומבואר שם מדברי רש"י דזהו הטעם בין לפטור בעה"ב ובין לחיוב השליח, והוא סותר בפשוטו לדברי רש"י בסוגיין בתרתי*]. ובאמת צ"ב למ"ל האי טעמא לענין פטורא דבעה"ב, הא בפשוטו תיפו"ל דמזיד הוא בשעת המעילה וכמש"כ רש"י בסוגיין וצ"ע*], ומתבאר מזה דס"ל לרש"י דאע"ג דבטלה שליחותו ובחולין כה"ג לא היתה מתנתו קיימת, אפ"ה הוי זה שפיר מעשה מעילה, ודלא כסברת הגר"ח בשיטת הרמב"ם***. ולפי"ז נמצא בשיטת רש"י דשליחות דמעילה הוי "שליחות מעשה" גרידא, ולא "שליחות קנינים" של מסירת כח לעשיית חלות, דהא אמרינן דאפי' אי בטליה לשליחותיה נמי הוי מעשה מעילה מצד עצמו בלא כח שליחות דבעה"ב, וא"כ אין השליחות באה אלא בשביל לייחס המעשה אל המשלח, אבל אין בזה שום מסירת כח בשביל שיתקיים המעשה עצמו כמו בשליחות קנינים, דהא המעשה קיים מצד עצמו אף בלא כחו של בעה"ב כלל, וע"כ דאין השליחות אלא לייחס המעשה להמשלח וכעין שליחות דצא והרוג את הנפש, ודו"ק.

מעשה צ"ע טובא מש"כ רש"י דיועיל בזה ביטול השליחות שלא בפניו, דהנה בשליחות דצא והרוג את הנפש לשמאי הזקן דס"ל דיש שלד"ע (במכילתין מג א), נראה ברור דלאחר שהלך ממנו לא יוכל לבטלו שלא בפניו, דהא ס"ס השליח עפ"י ציוויו ובשליחות עשה, ומאי איכפת ליה במה שהודיע לאחרים שביטל את השליחות****. דבשלמא בשליחות קנינים דצריך השליח לקבל מן הבעלים כח המעשה לקדש או לגרש, דבלא"ה אינו יכול לגרש אשת שמעון, בזה שפיר מבטל חלות השליחות וכח הגירושין שמסר לו ושוב אינו יכול לפעול עבורו [*****] דענין שליחות לקנינים הוא "מינוי" שליחות, דע"י שממנה אותו להיות במקומו ולפעול חלות עבורו מקבל השליח כח לעשות מעשה ולפעול עבור המשלח, ולהכי כשמבטלו בטל כח השליחות, דמבטל מינוי השליחות. משא"כ בשליחות מעשה שאין בזה שום חלות שליחות כלל, רק דהמעשה מתייחס על המשלח כיון דעשה המעשה בשליחותו ועפ"י ציוויו]. ואפי' נימא דליכא תרי מיני שליחות, אלא דבין שליחות מעשה ובין שליחות קנינים יסודם חד דין שליח הוא, [דע"י ששולחו ומצווה לעשות מעשה פלוני בשליחותו עי"ז מקבל ממילא את הכח שיהיה המעשה קיים ולא מטעם מינוי ומסירת כח הוא. - ה. ה.], מ"מ בשליחות קנינים כיון דסו"ס ע"י השליחות מקבל השליח כח לפעול המעשה ונעשה דין שמעשה דידיה פועל עבורי, שפיר מצי מבטל לחלות דין זה דשוב לא יוכל לפעול, ואף דהשליח לא ידע מהביטול אפ"ה שפיר מהני. אבל בשליחות מעשה כל מציאות השליחות הוא שהמעשה מתייחס אליו משום דנעשה עפ"י ציוויו, ומה יועיל בזה ביטול שלא בפניו, הא ס"ס השליח עשה על פי שליחותו וצויו וזהו

כל ענין השליחות, ואיזה חלות דין הוא מבטל, ולא שייך ביטול בזה א"כ יודיענו שמבטל ציווי הראשון, וזה פשוט. ואשר לפי"ז תמוה טובא פרש"י בחגיגה הנ"ל דאנן סהדי דבטליה לשליחותיה. דהא כיון דהוכחנו מרש"י דמעילה הוי שליחות מעשה א"כ א"א לבטלו שלא בפניו וצע"ג*.

ה) וכע"ז יש להקשות בסוגיין (נ א) דבעי לאוכוחי מההיא דהאומר לשלוחו הבא לי מן החלון או מן הדלוסקמא והביא לו, אף על פי שאמר בעה"ב לא היה בלבי אלא ע"ז וכו' בעה"ב מעל, ואמאי הא קאמר בלבי, אלא לאו משום דאמרינן דברים שבלב אינם דברים. והנה אי נימא דשליחות דמעילה הוי שליחות מעשה וכדהוכחנו מדברי רש"י בחגיגה הנ"ל, תמוה מאד מאי שייכא האי לדברים שבלב, הא אפי' נימא דדברים שבלב הוו דברים, מ"מ כיון דהשליח שמע ממנו ציווי סתם להביא מן החלון, אשר יש במשמעות לשונו מכל מה שבחלון, ועשה השליח עפ"י ציווי זה, ודאי מעל בעה"ב, דהא כך ציווה וכך הורה וכך עשה, ומה לי בדברים שבלבו אפי' אי הוי דברים, הא העיקר תלוי בדברים ששומע ממנו השליח. הגע בעצמך, אטו לשמאי הזקן גבי צא והרוג את הנפש יוכל לומר בלבי היה רק באופן זה ובתנאי זה אי דברים שבלב הוו דברים, הא ודאי הכל תלוי במה ששמע ממנו השליח ועשה עפ"י ציווי, ולא שייכי דברים שבלב אלא בשליחות קנינים, אשר בזה תליא בדידה דסו"ס לא מסר לו הכח אלא באופן זה ובתנאי זה, אבל בשליחות מעשה אשר כל ענין השליחות הוא מה דהשליח עושה על פיו כפי מה ששמע ממנו, לא שייכי דברים שבלב כלל אפי' אי הוי דברים.

ו) והנראה דזהו אשר הוקשה לו להרמב"ם, והכריח מזה דשליחות דמעילה לא הוי שליחות מעשה אלא שליחות דקנינים, דבעינן מסירת כח על ההקנאה דאל"ה אין כאן מעשה הוצאה כלל כיון דבחולין כה"ג לא היתה מתנתו קיימת, וכסברת הגר"ח הנ"ל, ומש"ה שפיר מוכיח הש"ס מינה דדברים שבלב אינן דברים, דאי הוי דברים לא מעל בעה"ב, כיון דלא הוה חייל כח השליחות אלא על מה שחשב בלבו, ולא היה כאן הוצאה מן ההקדש כלל. וזהו דהכריח להרמב"ם לומר כמש"כ הר"י קורקוס דרב ששת דמוקי למתני' דמעילה באמר אחת מדעתו ואחת מדעתי, אפי' אי שליח מוסיף הוי צריך לאוקמי הכי, כי היכי דלא תיקשי אמאי מעל השליח, כיון דאדעתא דבעה"ב עבד ואיהו לא שלחו א"כ ליכא מעשה הוצאה כלל, דהא לית ליה כח שליחות על ההקנאה וכסברת הגר"ח.

וזהו שהקדים הרמב"ם שם (פ"ז ממעילה ה"א) להביא בתחילת ההלכה הך דינא דהבא לי מן החלון וכו' ואמר לא היה בלבי אלא ע"ז בעה"ב מעל, וכתב ע"ז טעמא דדברים שבלב אינם דברים, ואח"כ כתב ההלכה הנ"ל דאמר בעה"ב חתיכה חתיכה ואמר השליח ב' פטור השליח, ומשום דזהו מקור הדברים, דכיון דהתם הוי טעמא משום דברים שבלב, א"כ מוכח דהוי שליחות קנינים וכמבואר לעיל, וכיון שכן בע"כ דהיכא דהוסיף על שליחותו ליכא מעשה הוצאה ומעילה כלל ופטור השליח, וסוגיא דמעילה ודאלמנה ניזונת בע"כ צ"ל כהר"י קורקוס, דרב ששת פליג עליה. וההיא דנזכר בעה"ב לא מפרש הרמב"ם כרש"י דבטליה לשליחותיה אלא מטעם דמזיד הוי וכמבואר בדבריו פ"ז ממעילה ה"ה*.

ב.

ז) והנה עד הנה ביארנו דברי הרמב"ם עפ"מ שהובא בכתבים בשם הגר"ח בדעת הרמב"ם. מיהו באמת תמיהא לי הך פירושא טובא, דהנה ברמב"ם שם (ה"ב) כתב עלה וז"ל, בד"א [דיש שליחות במעילה] כשהיו החתיכות מקדשי בדה"ב, אבל אם היו מבשר עולה וכו' לא מעל אלא האוכל בלבד, שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה, ובכל התורה כולה אשלד"ע אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר עכ"ל. כלומר דכיון דאיכא איסור אחר דאמרינן לגביה אשלד"ע, שוב בטל כאן הדין שליחות גם ממעילה. וכבר הוכיחו מזה הגר"ח גופיה בספרו פ"ח ממעילה ובהמקנה (מג. בתד"ה שלא מצינו) דהרמב"ם מיירי במעילה דאכילה שמועלין מצד שנהנו מן ההקדש ולא במעילה דהוצאה, דאי המעילה בהוצאה הא ליכא בזה איסור בפ"ע משום עולה, ומאי איכפת לן דנתערב איסור אחר באכילה, הא כבר מעל משעת הגבהה, אלא ע"כ דהרמב"ם מיירי דהמעילה כאן היא באכילה. [ועיי"ש בהמקנה שרוצה לפרש עוד באופן אחר אבל הוא מוקשה מאד].

ובטעמא דמילתא דלא מעלו מטעם הוצאה, והא לכאורה מכח ב' צדדים שייך כאן מעילה דהוצאה, חדא משום מעשה הנתניה שנתן השליח את הבשר לאורחים, דהוי כנותן לחברו דבר של הקדש במתנה דמעל הנותן. ותו משום הגבהת האורחים עצמם את הבשר ע"מ לאכול, אשר זה נמי הוי מעשה הוצאה אף בלא כוונת זכיה, דאין לך מעשה גזלה גדול מזה, דאפי' נימא דמגביה ע"מ לאבד לא חשיב גזלן [ודלא כהראשונים ב"ק דצ"ח], מ"מ במגביה ע"מ לנסך [גיטין נב ב] לכו"ע הוי גזלן, מדגביה ע"מ להשתמש בו לעצמו, וה"נ הכא דהגביהו ע"מ לאכול ודאי דהוי מעשה גזלה והוצאה, וא"כ מעל בזה השליח כיון דאיכילל באמירתו לאורחים שיגביהו ע"מ לאכול, דהא אין כוונתו שיהיו גחין ואכיל בלא הגבהה, אלא שיגביהו ויאכלו כדרך בנ"א. [וממילא מעל בעה"ב כיון דהוא שלוחו ע"ז]. וא"כ קשה בתרתי אמאי לא מעל בעה"ב מצד מעילה דהוצאה. ונראה בזה בפשיטות דמצד נתינה י"ל דהרמב"ם ס"ל כהר"ן בנדריים (לד: וכו' שיטת הרא"ש בפסקיו שם) דאורחים משל בעה"ב קאכלי ולא מדידהו, דאין בעה"ב מקנה להם האוכל, אלא נותן להם רשות לאכול משלו, ונמצא דאין כאן מעשה נתינה כלל. ואפי' נימא דבאורחים דעלמא יסבור הרמב"ם דבעה"ב מקנה להם האוכל, אבל הכא י"ל דמיירי להדיא שלא נתן להם במתנה רק שיאכלו משל בעה"ב. ואי מצד הגבהת האורחים עצמם ע"מ לאכול, י"ל דהרמב"ם לשיטתיה אזיל דס"ל בפ"ו דמעילה ה"ח דנטל אבן או קורה של הקדש לא מעל שהרי לא נהנה עדיין, ומבואר מדבריו דדוקא היכא דנתנה לאחר איכא מעילה דהוצאה ע"י הזכיה, אבל בנטילה לעצמו לא מעל עד שיהנה, ולהכי ליכא אלא מעילה דהנאה ואכילה לחוד.

ח) מעתה כיון דהרמב"ם מיירי במעילה דאכילה ולא במעילה דהוצאה והקנאה כלל, א"כ הרי זהו שליחות מעשה בעלמא ולא שליחות קנינים כלל, ומאי שייכא הכא סברת הגר"ח דאין כאן הוצאה כיון דבחולין כה"ג לא היתה מתנתו קיימת, הא הכא לאו בהוצאה ונתינה איירינן אלא באכילה, וא"כ כל עיקר הביאור הנ"ל שכתבו בשם הגר"ח בטעות יסודו ואין לו מקום כלל. מעתה הדק"ל על הרמב"ם אמאי פטור השליח לגמרי אי מוסיף הוי, הא על חתיכה הב' לא הוי שליח כלל.

[ואגב, מוכח מדברי הרמב"ם כן דאף בשליחות מעשה מהני אומר אמרו, דהנה לענין שליח עושה שליח דנו האחרונים דבפשוטו ל"ש זה בשליחות מעשה [דאין כאן מסירת כח. - ה. ה.], אלא שיש שכתבו בזה מטעם אחר, משום דמעשה לוי מתייחס לשמעון וממילא מתייחס המעשה משמעון לראובן כיון דשמעון שליח ידידיה, ואינו מוכרח, אבל עכ"פ לענין אומר אמרו מוכח מהרמב"ם דמהני, דהא הכא הוי כאומר אמרו, כיון דנתבאר דכל השליחות היא על מעשה האכילה, דהיינו שבעה"ב ציוה להשליח לאמר לאורחים שיאכלו, ומבואר ברמב"ם דיש בזה דין שליחות. ונמצא לפי"ז דלשמאי הזקן (מג א) דישלד"ע, אם יאמר ראובן לשמעון אמור ללוי צא והרוג את הנפש, יתחייב ראובן בהריגתו של לוי ודו"ק].

ט) וע"כ נראה לומר בזה בדרך אחר, עפ"מ ש"כ הרמב"ם בפיה"מ על ההיא מתני' דמעילה (כ א) רפ"ו וז"ל, אף על פי שעיקר בידו אישלד"ע אבל במעילה אם שגג בעה"ב וציוה השליח להטפל בנכסי הקדש ונטפל השליח כמו שציוה והוא לא ידע ג"כ ולא שינה שום דבר מכל מה שנצטווה, הרי בעה"ב מעל הואיל והוא ציוהו, סמך זה למה שנאמר ואשמה הנפש "ההוא" רומז אל מי ששגג תחילה ודימה שזה חולין וציוה להטפל בו עכ"ל. והנה עצם דברי הרמב"ם צ"ב, וכבר תמה הרש"ש שם דהאי קרא לא כתיב גבי מעילה רק בגזל הגר בפר' נשא. ובתו"ט הקשה עוד דבפ"ב דקדושין (מב ב) ילפינן לה מקרא אחריןא דחטא חטא מתרומה. ומיהו בזה יש ליישב עפ"י"מ דהקשה הקצוה"ח (ס' רצ"ב סק"א) להסוברים דאפי' היכא דישלד"ע היינו רק לחייב המשלח אבל השליח אינו נפטר, דאמאי במעילה קתני דהשליח פטור*. ולהנ"ל י"ל דלזה הוצרך הרמב"ם לילפותא נוספת מקרא דאשמה הנפש ההיא דמינה ילפינן דהשליח פטור, דמשמע הנפש ההיא דווקא דהיינו בעה"ב ולא אחר. אלא דאכתי קשה למאי איצטרך כלל ילפותא דחטא חטא מתרומה, הא מהאי קרא דאשמה הנפש ההיא איכא למילף לתרווייהו גם דבעה"ב חייב וגם דשליח פטור. ועוד דמפשטות דברי הרמב"ם משמע דמואשמה הנפש ההיא ילפינן נמי לחיובא דבעה"ב, וזהו היפך המבואר בסוגיא דקדושין וכמו שהקשה התו"ט, ומסתמא היה להרמב"ם מקור לזה וצ"ע. ועכ"פ נראה דאף אי הוי ילפותא על עיקר חיוב המשלח מ"מ נאמר בזה גם פטורא דהשליח וכמ"ש כ.

י) והנה ברמב"ם פ"ז ממעילה ה"י וז"ל, הפקידו אצל שולחני או חנווני ולא היו חתומין ולא קשורין קשר משונה, הואיל ויש לו מן הדין להשתמש בהן אם הוציאו שניהם פטורין. בעל הפקדון פטור שהרי לא אמר לו להשתמש בהן, והחנווני פטור מפני שאין קשורין קשר משונה ולא חתומין וכאילו השתמש ברשות עכ"ל. ובכס"מ שם בשם הר"י קורקוס תמה ע"ז דהוא היפך הברייתא דהמפקיד (ב"מ מג א) דתני התם המפקיד מעות אצל שולחני אם צורין לא ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל הגזבר, ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר, הרי להדיא דבמותרין כיון דרשאי להשתמש מעל הגזבר המשלח, וכדפרש"י שם וז"ל דהו"ל כנותן רשות והו"ל שלוחו עכ"ל. ועיי"ש בכס"מ שתי' דאיכא מתנייתא אחרני' דפליגי אהך ברייתא ופסק הרמב"ם כוותיהו. והסברא בזה, דכיון דמשום שליחות אתה בא לחייבו, אין אתה יכול לחייבו אלא היכא דשלחו להדיא וציווהו להשתמש בהן, אבל משום מאי דנתן לו רשות גרידא להשתמש בהן אם ירצה אכתי לא הוי שליח, ומש"ה בעה"ב פטור. [ובאמת צ"ב דאמאי לא ימעול משום הנתינה עצמה להשולחני דלכאורה כיון דיש לו רשות להשתמש בהן הרי קנאן רגע לפני שהוציאן, ונמצא שנתן המעות במתנה להשולחני, וצ"ע. אמנם גם רש"י לא פי' דמעל משום הנתינה עצמה דהויא כהקנאה אלא משום שליחות וצ"ב, ואכמ"ל בזה*].

מיהו אכתי קשיא טובא דא"כ אמאי השולחני פטור הא מאחר דאינו שלוחו של בעה"ב א"כ מעל הוא כשהוציאן, והטעם שכתב הרמב"ם דהואיל ואין קשורין קשר משונה הו"ל כאילו השתמש ברשות, אינו מובן כלל מהו הפטור בזה דאטו פטור אונס הוא. וביותר קשה מברייתא מפורשת דנזכר בעה"ב ולא נזכר שליח שליח מעל, הרי להדיא דאע"ג דהיה השליח סבור דהוא של המשלח והוציא ברשותו ובציוויו המפורש אפ"ה מעל השליח, א"כ כש"כ הכא דלא ציוהו להשתמש בהן אלא שהרשהו ע"ז בלחוד דודאי מעל, כיון דעכ"פ לא הוי שליח ע"ז והו"ל מעילה גמורה בשוגג. וכבר תמה בזה הרש"ש במעילה (כא ב) ובסוגיין, והיא תמיה רבתא.

לזה נראה ברור דהרמב"ם אזיל לשיטתיה בפיה"מ הנ"ל דילפינן מואשמה הנפש ההיא דאינו חייב אלא "מי ששגג תחילה", וזוהי ילפותא מיוחדת דהיכא ששניהם שוגגין אין חייב אלא בעה"ב ששגג תחילה, ולפ"ז הא דהשליח פטור אינו משום חיובו של בעה"ב דזה לא היה פטור לדעת הרמב"ם, אלא דאיכא פטור מיוחד וילפותא מיוחדת דאם אינו השוגג תחילה הר"ז פטור, וא"כ אפי' היכא דבעה"ב פטור מאיזה טעם, אפ"ה אי בעה"ב הוי נמי שוגג הרי השליח פטור משום דאינו השוגג תחילה, וז"ב בדעת הרמב"ם.

מעתה שוב לא קשה מברייתא דנזכר בעה"ב, דכיון דנזכר בעה"ב א"כ השתא מזיד הוא, והו"ל השליח שוגג תחילה, ואף על גב דבשעת צויו להשליח שוגג הוה, והשליח מכח אותו צויו דהוה בשגגה עשה, אפ"ה כיון דעכ"פ השתא בשעת מעשה המעילה דין מזיד אית ליה (אף על גב דכבר אינו יכול להשיב את השליח), הו"ל השליח בעת המעילה שוגג תחילה, ושפיר חייב השליח. אבל בההיא דהרמב"ם דנתן לו מעות מותרין, כיון דהשתא נמי המפקיד שוגג הוא, שפיר פטור השולחני משום דאינו שוגג תחילה, דאע"ג דבאמת לא הוי שליח ידידיה, מ"מ כיון דהרשהו להשתמש במעות, הו"ל המפקיד שוגג תחילה ולהכי השולחני פטור. וזהו מש"כ הרמב"ם דהוי כאילו השתמש ברשות, היינו דאי"ז שגגה שלו אלא שגגה של בעה"ב שקדם לו. ודו"ק.

יא) ולפי"ז מבואר סברת הרמב"ם גבי מוסיף על שליחותו דשפיר פטור השליח גם על התוספת, דכיון דסבר דבעה"ב אינו מקפיד אלא שלא יפחות וכמבואר בכס"מ שם, ועל דעתיה דבעה"ב קעביד, א"כ לא חשיב השליח כמי ששגג תחילה אפי' אחתיכה הב' אלא הבעה"ב, דאע"ג דאליבא דאמת לא הוי שליח אחתיכה הב', מ"מ כיון דאינו אלא מוסיף על השליחות של החתיכה הא' ועל דעת הך שליחות קעביד, לא מיקרי איהו שוגג תחילה אלא הבעה"ב ששלחו על החתיכה הא'. ואפי' למי שימאן לקבל סברא זו ותיקשי ליה דס"ס על חתיכה הב' הוי איהו שוגג תחילה, י"ל דמיירי שהיתה ערימה של חתיכות באופן שהספק הוא בכל הערימה אי כולה הקדש או כולה חולין ול"ש לחלק בין החתיכות, דבכה"ג הוי שגגת בעה"ב בכל החתיכות יחד, דשגגתו אינה נדונית על חתיכה זו בפרטות אלא על הערימה כולה, והו"ל איהו שוגג תחילה על כל החתיכות, רק דאי הוי השליח מיעקר עקר א"כ נמצא דלאו שליח הוא כלל וע"ד עצמו עשה, אבל מכיון דמוסיף הוי ובתורת שליחות עשה שפיר אמרינן דאינו שוגג תחילה ופטור. ואזיל הרמב"ם לשיטתיה בפיה"מ ובההיא דנפקד דאיכא פטור בפ"ע משום דלא שגג תחילה וכש"נ*. ולפי"ז נמצא דבההיא דנפקד נמי אם נזכר בעה"ב יתחייב השולחני אף על גב דל"ה שלוחו כלל, דכיון דנזכר בעה"ב שוב הוי השולחני שוגג תחילה, והוא חידוש. אולם לפירוש זה הדק"ל דמנין המקור להרמב"ם לפסוק דלא כפשטות הסוגיא בהס"ד דמעילה (כ ב) ובאלמנה ניזונית אף במסקנא, דמשמע דאי מוסיף הוי שפיר קתני במתני' דשניהן מעלו דהיינו השליח נמי וכדלעיל, וצ"ע.