

שתקנה לו, מטעם מניעת מריבות בין בעל החצר לשאר הרודפים אחר המציאה, ואילו בהקדש, לא תיקנו כן חכמים. והואיל ומים אלו, הם מציאה, לא קנתה החצר להקדש מטעם שליחות, כיון שהוא חב לאחריני. וכן כתב החתם סופר בהגהותיו לשולחן ערוך [אורח חיים סימן קנד מגן אברהם ס"ק כג].

והאחרונים דנים הרבה בכל פרטי הסוגיא הזאת.

ונחזור לדברי התוס' יום טוב.

ברצונו להוכיח שיש שליחות להקדש, מביא ראיה מהגמרא נדרים [לה ב] שנאמר שם שהכהנים המקריבים קרבנות ישראל הם שלוחי ה'. הרי שיש שליחות להקדש, כשם שהכהנים הם שלוחי הקדש.

הצאן קדשים תמה איך יתכן לומר זאת, שהרי גמרא לא פשטה אם הכהנים הם שלוחי דרחמנא, או שלוחי בעלי הקרבן. [ועיין שם עוד], וכיון שכן, אם תמצוי לומר שהם גם שלוחי דידן, כלומר, של המקדיש, אף על גב שהגזבר יעמוד בצד השדה, מכל מקום, למי יקנה החצר, הרי אין כאן דעת הבעלים?

הקצות החושן, אינו מסכים לדברי הצאן קדשים. דאף אם הגמרא מסופקת בכהנים אם הם שלוחי דידן או שלוחא דרחמנא, היינו דוקא בכהנים המקריבין קרבנות הבעלים, אבל הגזבר, ודאי שהוא שליח ההקדש ולא של המקדיש? ומה שהתוס' יום טוב הביא את הגמרא לגבי כהנים, הוא רק להוכיח שיש מושג שליחות בהקדש. וכן כתב הקרן אורה. ועיין בקהלת יעקב למהר"י אלגאזי [אות קמ].

ועוד מקשה הקצות החושן: הרי מדובר במים של הפקר, ומי מעכב בעד הגזבר לזכות בהם? ועל איזה בעלים כתב הצאן קדשים שצריכים את דעתם?

עוד כתב התוס' יום טוב "ודוחק לומר

ובקובץ שיעורים [שם] מבאר מחלוקת התוס' והרשב"ם עם הרמב"ן, שהתוס' סוברים, ששורש דין מעילה הוא מדין גזילה, אלא, דבגזל מן ההקדש, וכתוצאה מכך, חייבתו התורה קרן חומש ואשם. הילכך, לא שייך לומר שיש כאן חסרון שלא הקדישו בקדושת פה כי סוף סוף גזל מהקדש. ואילו הרמב"ן סובר, ששורש האיסור הוא משום שנהנה מקדשי ה' על כן, שייך לומר שכל זמן שלא הוקדש בקדושת הפה, אף על פי שקנוי להקדש, אין מועלים.

על תירוץ הרשב"ם והתוס', הקשה התוס' יום טוב, דהרי מסקנת הגמרא [בבא מציעא יא ב] היא, שאף על גב שחצר התרבה מטעם יד, מכל מקום לא גרעה משליחות. אם כן, אף אם אין יד להקדש, תקנה חצר להקדש מטעם שליחות, והרי יש שליחות להקדש? [כמו שמוכיח שם, ויבואר לקמן].

וכמוכן, שאם החצר תקנה מטעם שליחות, אזי צריך שהגזבר יעמוד בצד השדה, די שתהיה חצר המשתמרת מבואר שם בבבא מציעא, ואם כן, על כל פנים, כשהגזבר עומד בצד החצר, למה לא תקנה החצר מטעם שליחות?

ותירץ הקצות החושן [שם], על פי דברי תוס' [גיטין כא א] שחצר מהלכת לא קנה, אף מטעם שליחות, כיון שאינה קונה מטעם יד. כלומר, כשחצר אכן קונה מטעם יד, אלא שיש חסרון ביד, כגון, שהוא שלא בפניו וכדומה, אז מתרבה מדין שליחות,

מה שאין כן, כשאינה מועילה מטעם יד, לא מועילה גם מטעם שליחות. וכן תירץ השפת אמת.

והנתיבות המשפט מתרץ [שם]: שחצר אינה קונה להדיוט מטעם שליחות, במקום שהוא עושה רעה לאחרים ["חב לאחריני"] כגון במציאה, שאם תקנה לו המציאה לא יוכלו אחרים לזכות בה. אלא, שבהדיוט תיקנו חכמים