

בין רעהו להקדש

נזיקין והנאה כתנאי למעילה / יואב אטדגי

פתיחה
 פטור הקדש בנזיקין
 מהי מעילה?
 בהן ובמה שבתוכן
 שלא יהנה אדם בלא מעילה
 סיכום

פתיחה

במוקדים שונים במסכת שיש בהם עיסוק בנכסי הקדש אפשר לשים לב שקיימים הבדלים בין ממון הקדש לממון בעלים מהצד הממוני – נזיקי שבהן. במאמר הבא נצלול לעומקן של הסברות הרעיוניות בסוגיות השונות העוסקות בממון הקדש, ונשים דגש על נושא המעילה שיהיה גורם מכריע בדיון שלנו. החקירה שלנו בנושא תתחלק לשני חלקים, כאשר החלק הראשון יעסוק באדם המזיק את ההקדש והחלק השני באדם הנהנה מן ההקדש.

פטור הקדש בנזיקין

נתחיל מההבדל הנזיקיממוני בין נכסי הדיוט להקדש. הסוגייה העיקרית במסכת בבא קמא העוסקת בזה היא 'פטור הקדש בנזיקין' המופיע במספר מוקדים במסכת, אך אנו נסקור רק שני מוקדים עיקריים. המקור הראשון שמופיע בו ההבדל בין נכסי הדיוט להקדש לעניין נזיקין הוא במשנה ברך ט ע"ב, משנה יסודית בהיקף החיוב על נזק:

כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו
כהכשר כל נזקו. **נכסים שאין בהן מעילה** נכסים שהן של בני ברית נכסים המיוחדים.
(משנה, בבא קמא א, ב)

רש"י על אתר פירש את הביטוי "נכסים שאין בהם מעילה" בתור נכסי הדיוט, שהרי
בהבנה פשוטה הם אינם "ברי מעילה", ולכן הם נכסי הדיוט. יוצא מכאן שאדם חייב
לשלם על נכסי הדיוט משום ש"אין בהם מעילה", ואילו על נכסי הקדש "שיש בהם
מעילה" הוא אינו חייב לשלם. שאלה מרכזית העולה מהמשנה היא מדוע השתמשה
המשנה בביטוי "נכסים שאין בהם מעילה", ולא אמרה בפשטות נכסי הדיוט? מה
באה המשנה להשמיענו? לשאלה הזו נחזור בהמשך.

המקור השני העוסק בפטור הקדש בנזיקין הוא במשנה בדף לז ע"ב במקרה של
שור שנגח:

שור של ישראל שנגח שור של הקדש ושל הקדש שנגח לשור של הדיוט פטור,
שנאמר: "שׁוֹר רְעֵהוּ" – ולא שור של הקדש.

(בבא קמא לז ע"ב)

נוכל לשים לב שבמשנה כאן יש התייחסות דו צדדית לנזקי הקדש, דהיינו כאשר
הקדש הזיק או הוזק, ואולם במשנה בדף ט ע"ב יש התייחסות רק לאדם המזיק
הקדש. בנוסף, במשנה כאן מובא לימוד מפסוק שהוא למעש מעין נימוק לפטור,
לעומת המשנה בדף ט ע"ב ששם אין נימוק לפטור.¹ אם כן, מה חידשה המשנה הזו
שלא חידשה לנו המשנה בדף ט ע"ב?

כמו שאמרנו, ההסבר היחידי שראינו עד עתה לפטור הקדש בנזיקין הוא
מדרשת הפסוק: "שור רעהו ולא שור של הקדש" כפי שמופיע במשנה בדף לז ע"ב,
ששם התורה דיברה על נכסי ממון של אדם פרטי ולא נכסים השייכים לקודש. כמובן

¹ רש"י בדף ט ע"ב ד"ה 'נכסים שאין בהם מעילה' מניח שהסברה שהמזיק נכסי הקדש פטור בגלל
הלימוד מהפסוק "שור רעהו ולא שור של הקדש", אך כפי שנסביר בהמשך המאמר קשה על הנחה זו
של רש"י שהרי המשנה בדף ט ע"ב לא דיברה על שאלת הבעלות אלא על עניין המעילה, וצ"ע
לפירושו.

שלא נוכל להסתפק בהסבר זה, שהרי דרשה זו מושתתת על הנחת יסוד בסיסית הקשורה בהבנה של מה המשמעות של החסרה ממנית-נזיקית של ההקדש. לשם כך נעצור את דיוננו לצורך הגדרת המושג "מעילה", שינחה את כל הדיון שלנו ויעזור לנו להבין את סברת פטור ההקדש בנזיקין, וגם את מהות ההבדל בין נכסי הדיוט להקדש באופן כללי.

מהי מעילה?

המקום הראשון שמצאנו בו מעילה במקרא הוא בפרשת הקורבנות בתחילת ספר ויקרא:

וַיְדַבֵּר יְהוָה אֶל מֹשֶׁה לֵאמֹר. נֶפֶשׁ כִּי תַמְעַל מֵעַל וְחִטָּאָה בְּשִׁגְגָה מִקְדָּשֵׁי יְהוָה וְהֵבִיא אֶת אֲשָׁמוֹ לַיהוָה אֵיל תְּמִים מִן הַצֹּאן בְּעֶרְכָּךְ כֶּסֶף שְׁקָלִים בְּשֶׁקֶל הַקֹּדֶשׁ לְאֲשֶׁם. וְאֵת אֲשֶׁר חִטָּא מִן הַקֹּדֶשׁ יִשְׁלַם וְאֵת חֲמִישְׁתּוֹ יוֹסֵף עָלָיו וְנָתַן אֹתוֹ לַכֹּהֵן וְהִכְהֵן כִּכְפַר עָלָיו בְּאֵיל הָאֲשֶׁם וְנִסְלַח לוֹ.

(ויקרא ה, יד—טז)

הפסוקים הללו הם למעשה המקור למעילה בקודשים במסגרת החיוב על קורבן אשם. הדרך שבה מעילה באה לידי ביטוי אינה ברורה עד הסוף, אך הכוונה כנראה לאדם המחסיר מהקודש. הרש"ר הירש בפירושו על התורה, מביא משל מרתק שדרכו ניתן להגדיר באופן מדויק מהי "מעילה":

"מעל" קרוב ל"מעיל", הבגד העליון של הכהן הגדול. בדומה לכך "בגד" [להיות לא נאמן], קרוב ל"בגד" [לבוש]. הרי לנו כאן דוגמה מצוינת להיגיון ההרמוני עליו מיוסדים שורשי המילים בלשון הקודש. "בגד" הוא לבושו של האדם; ו"בגידה" היא הפרת אמונים בענייני האדם הרגילים (עיין פירוש, שמות כא, ח ד"ה בבגדו בה). "מעיל" הוא הבגד העליון שלובש הכהן הגדול; ו"מעילה" היא הפרת אמונים בענייני קדושה וכהונה. נראה אפוא שה"בוגד" מתנהג כ"בגד", וה"מועל" מתנהג כ"מעיל". הבגד שאדם לובש מורה על אופיו האנושי. אם משהו נותן בי אמונו כאדם ואני בוגד באמון זה, נמצא שהראיתי עצמי כ"בגד חיצוני" גרידא של אדם. כלפי חוץ יש

לי מראה של אדם, אך זו אינה אלא מסכה. וכמו כן ה"מועל": **ניתן היה לצפות ממני בצדק שרוח כהונה תפעם בקרבי, אך איני אלא לובש מסכת כהונה.**
(רש"ר הירש על התורה, ויקרא ה, טו)

הרש"ר מציע הגדרה לשונית המסבירה את המושג מעילה באופן כללי. מעילה היא הפרת אמונים, דהיינו כאשר אדם מבצע מעשה הונאה תוך בגידה באמון שניתן לו. כאשר אדם מועל הוא משתמש בסמכויות או בחפצים שניתנו לו ועושה בהם שימוש בניגוד ליעוד המקורי שלהם. למשל, אדם בעל משרה ציבורית שהשתמש בכספי ציבור לצרכיו האישיים למעשה מעל בהם, משום שיעודם של כספים אלו הם לצורכי הציבור ואילו הוא השתמש בהם לצרכיו האישיים, והוא עשה זאת מתוקף סמכותו. הוא פעל בניגוד למצופה.

כנ"ל בקודשים, כאשר אדם מועל בקודש הוא למעשה עושה שימוש בקודש ה' בניגוד ליעוד המקורי שלהם. אדם שעושה שימוש חולין בנכסים שהם הקדש אזי הוא פוגם ביעודם של אותם נכסים, וזה מה שיוצר את המעילה המסמלת את חילול הקודש.

ההגדרה הזו תעזור לנו בהמשך להגדיר את ההבדלים המהותיים בין נכסי הדיוט לנכסי הקדש בניזקין ובהנאה.

בהן ובמה שבתוכן

עכשיו נחזור לסברת הפטור של הקדש בניזקין כפי שראינו במשניות בדרף ט ע"ב ובדרף לז ע"ב. נעייץ בסוגיית "בהן ובמה שבתוכן" ממסכת בבא בתרא ובדיוני האחרונים שם. דרך העקרונות שיעלו מהסוגייה נוכל להבין את הרעיון מאחורי הפטור של הקדש בניזקין.

בגמרא במסכת בבא בתרא מובאת משנה ממסכת מעילה העוסקת בשאלה אם יש מעילה בדברים שהשביחו:

כל הראוי למזבח ולא לבדק הבית לבדק הבית ולא למזבח לא למזבח ולא לבדק הבית מועלין בהן ובמה שבתוכן כיצד הקדיש בור מלאה מים אשפות מלאות זבל

שובך מלא יונים שדה מלאה עשבים אילן נשוי פירות מועלין בהן ובמה שבתוכן אבל הקדיש בור ואחר כך נתמלא מים אשפה ואחר כך נתמלאה זבל שובך ואח"כ נתמלא יונים אילן ואחר כך נשא פירות שדה ואחר כך נתמלאה עשבים מועלין בהן ואין מועלין במה שבתוכן דברי רבי יהודה רבי יוסי אומר המקדיש את השדה ואת האילן מועלין בהן ובגידוליהם מפני שהן גידולי הקדש.

(בבא בתרא עט ע"א)

מחלוקתם של ר' יוסי ור' יהודה במשנה היא סביב השאלה מה הדין לגבי מה שקרה אחר כך. למשל, המים שבתוך הבור שהוקדש או הפירות שצמחו על העץ שהוקדש, האם גם הם הקדש ויש בהם דין מעילה או לא? להלכה נפסק שמועלים בהם אך לא במה שבתוכם, כפי שפסק הרמב"ם בהלכות מעילה ה, ו. הראשונים הרחיבו בסוגייה הזאת.

הרשב"ם (בבא בתרא עט ע"א, ד"ה 'הכי קאמר') מסביר שהסיבה שלא מועלים במה שבתוכם היא שצריך שיהיה קניין חצר כדי שהמים שבבור יהפכו להקדש (כמו שלומדים מהמשנה בגיטין שחצרו של אדם קונה לו), ולכן הבור שבחצרו שהוקדש צריך לקנות את המים כדי שיהיו ברשות ההקדש, אך במקרה של הקדש אין קניין חצר. מי שמדייקים יותר הם התוספות (מעילה יג ע"א, ד"ה 'אקבל אם הקדיש בור') שמסבירים שהבור אינו קונה משום שלהקדש אין יד (כמו בלימוד מהמשנה בגיטין שאמרה שחצר של אישה היא כמו היד שלה), ומשום שלהקדש אין יד אזי קניין חצר לא קיים בהקדש.

הרמב"ן (שם, ד"ה 'והא דאמרינן') מביא את הצעת הרשב"ם ובעלי התוספות, אך לקראת הסוף מסייג ואומר שאולי באמת אכן יש קניין חצר, אבל עצם זה שהחצר קנתה את המים שבבור אין פירושושיש כאן מעילה. כלומר הרמב"ן מפריד בין שאלת הקניין לבין שאלת המעילה. מי שמפתח את זה הוא רבינו יונה (שם, ד"ה 'אבל הקדיש בור') שסובר שאכן המים בבור ניקנו, אך מכיוון שהאדם לא הקדיש את המים בפיו אזי אין בהם מעילה. כך מסבירים גם הריטב"א (שם, ד"ה 'בור ואח"כ') והרשב"א (שם, ד"ה 'בור ואח"כ'), בעצם אין קשר בין קניין החצר להקדש אלא שאין בזה מעילה משום שהאדם לא הקדיש את המים או הפירות בפיו.

אפשר לומר שיש שתי שיטות בראשונים המתחלקות לשיטת רבני ספרד ורבני אשכנז. ניתן להבין את נקודת המחלוקת בין רבני אשכנז לרבני ספרד בדברי המשנה כך: ההסתכלות של רבני אשכנז על המשנה היא ממונית בלבד, כלומר האם יש כאן בעלות או לא. לעומת זאת, לשיטת רבני ספרד, הדיון הוא לא האם יש קניין חצר, אלא האם הייתה כאן מעילה או לא. כלומר, בנוסף לקניין הממוני צריך שתהיה גם הקדשה בפה, שהיא למעשה מחילה קדושה על החפץ בפועל.

אחרי שהגדרנו מהי מעילה, וראינו את שיטות הראשונים בסוגייה בבבא בתרא, נוכל ליישם כעת את כל זה בהבנת עניין פטור ההקדש בנזיקין בסוגיות שלנו. אפשר להציע שההבדל ההשקפתי בין רבני ספרד לרבני אשכנז זהה להבדל בין המשניות בדף ט ובדף לז במסכת בבא קמא. שאלנו על המשנה בדף ט, מדוע היא השתמשה בביטוי 'נכסים שאין בהם מעילה' ולא אמרה בפשטות 'נכסי הדיוט'? התשובה לכך תלויה בדרך ההסתכלות על המשנה. מהמשנה ברור שהדגש הוא על המעילה ולא על העניין הממוני. המשנה מנתה נכסים שמשלמים עליהם ממון כאשר אדם מחסיר אותם, ולכן נכסי הקדש לא נמנים בתוכם, משום שאדם חייב עליהם לא מתוקף החיוב הממוני שבחיסרון, אלא מתוקף המעילה שעשה בו. כלומר, הדגש פה הוא על החפצא של הדבר, שהרי על החפצא לא חלה תורת נזיקין מפני שההסתכלות על ההקדש הוא מצד המעילה (אם נוצל לשם שמים או לא) ולא מצד הנזק הממוני-נזיקי שבו.

במשנה בדף לז שאלנו מה חידשה המשנה שלא מצאנו במשנת "כל שחבתי" בדף ט. אם נלך בשיטת רבני אשכנז בסוגיית "בהן ובמה שבתוכן" נוכל לומר שהמשנה בדף לז עסקה בשאלת הבעלות. ניתן להוכיח את זה מאותה הדרשה מהפסוק "שור רעהו ולא שור של הקדש", שהכוונה היא לשאלה: למי השור שייך, להקדש או לבעלים?

לאור הדברים הללו, נוכל להבין יותר טוב את סברת הדרשה מהפסוק. שהרי הסיבה שהקדש פטור מנזיקין היא משום שאדם לא יכול לתבוע ממונית את ההקדש. אם שור של הקדש נגח שור הדיוט, את מי הניזק יוכל לתבוע? את ההקדש? ברור שלא. דיני הנזיקין לא שייכים בדיני הקדש ולכן גם במקרה של אדם המזיק את

ההקדש הוא יהיה פטור, משום שההקדש איננו בתורת הנזיקין כפי שאמרנו. במילים אחרות, כשם שאינו יכול לתבוע את ההקדש כך ההקדש אינו יכול לתבוע את המזיק משום שאינו צד בתורת הנזיקין.²

בואו נסכם את מה שראינו עד עכשיו. היסוד העיקרי שמאחורי החיסרון הממוני בנכסי הקדש הוא המעילה. כאשר אדם מחסיר מנכסי הקדש נחלק את הדיון: אם אנו שואלים על עניין הבעלות בנזיקין אזי הפטור יהיה הדדי לשני הצדדים, משום שיחסי מזיק וניזק אינם קיימים בהקדש, ומעילה גם כן אינה שייכת פה. אך אם שואלים על החפצא של הדבר, אזי יש להסתכל על המקרה במשקפיים של מעילה, דהיינו אני מחייב בנזק לא מצד המעילה שבו אלא מצד החיוב הנזיקי הפשוט. אלה שתי הסתכלויות שונות, של חפצא וגברא בעניין נזקי הקדש.

שלא יהנה אדם בלא מעילה

אחרי שראינו את ההבדל בין הקדש לממון בעלים לעניין נזיקין, עכשיו נראה הבדל נוסף בין ממון הקדש לממון בעלים לעניין הנאה.

בגמרא במסכת בבא קמא בדף כ ע"א מתחילה סוגיית "זה נהנה וזה לא חסר" בעקבות השאלה האם אדם הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך לשלם או לא. להלכה נפסק שאדם הנהנה מממון חברו שלא מדעתו אינו צריך להעלות לו שכר. אך מה לגבי אדם הנהנה מן ההקדש? האם גם הוא יהיה פטור מלשלם? מה ההבדל בין הנהנה מן ההקדש לבין הנהנה מממון חברו?

ההשוואה שהצגנו מופיעה כמו שאמרנו לעיל בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר" בגמרא בדף כ ע"א שעלתה בעקבות דברי רב חסדא לרמי בר חמא האם הדר בחצר חברו שלא מדעתו חייב להעלות לו שכר או לא. במהלך הדיון בגמרא אומר רבי אבהו משמו של רבי יוחנן שהדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר,

² נסייג את דברינו ונאמר שיש דעה בגמרא של רבי שמעון בן מנסיא שמחייב באופן חד צדדי, כלומר הקדש שהזיק פטור אך המזיק את ההקדש חייב. בנוסף ישנה גם שיטת רבי יוסי הגלילי בקדשים קלים, המחשיב אותם כנכסי בעלים. עיין בבא קמא יב.

ורב פפא מסייג ואומר שרבי אבהו אמר את מה שאמר לא מפני ששמע הלכה פסוקה מרבי יוחנן אלא בגלל דברים בעלמא ששמע מרבי יוחנן, ומכך הסיק מסקנה זו. רבי אבהו מסתמך בפסיקתו על משנה ממעילה המובאת בגמרא:

נטל אבן או קורה של הקדש הרי זה לא מעל נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל
בנאה לתוך ביתו הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שוה פרוטה.
(בבא קמא כ ע"ב)

המשנה עוסקת בגזבר של בית המקדש³ שנטל קורה או אבן של הקדש לעצמו. אומרת המשנה שהוא לא מעל, אך אם נתן לחברו אזי הוא מעל וחברו לא מעל. אך אם אדם משתמש לאחר מכן באבן או בקורה ובונה אותה לתוך ביתו, רק כאשר הוא נהנה ממנה בשווה פרוטה נחשב כמועל. לכן מעמיד שמואל את המקרה שלנו כשהעמיד את האבן או הקורה על פי הארובה, דהיינו הוא לא החסיר מהקורה אלא הוא רק סותם את הארובה, אך רק כאשר הוא נהנה מן ההקדש שווה פרוטה ייחשב כמועל. לכאורה, יוצא שאדם הנהנה מההקדש זה כמו הדר בחצר חברו שלא מדעתו, וכמו שזה יהיה חייב משום מעילה שהרי נהנה שווה פרוטה, כך גם הדר בחצר חברו יהיה חייב להעלות לו שכר כי הנה הוכחה שזה נהנה ומשלם.

הגמרא דוחה את דברי רבי אבהו:

איהו סבר מדשתיק מודה ליה ולא היא אשגוחי לא אשגח ביה כדרבה דאמר רבה
הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי.

(שם)

למעשה יוצא שהנהנה מן ההקדש אינו כמו הנהנה מממון חברו ולכן זו אינה הוכחה לחייב אדם להעלות לחברו שכר, משום שהקדש שונה בכך שהנאת הקדש שלא מדעת היא כמו הנאת הדיוט מדעת.

³ בהכרח מדובר בגזבר של הקדש, אך אילו אדם אחר היה נוטל את ההקדש אזי הוא היה מועל. ניתן להבין זאת מהסברה שידו של הגזבר היא כיד הקדש, ולכן אינו גוזל את ההקדש משום שינוי רשות, ולכן גם אין כאן מעילה. ראה רש"י בבא מציעא צט ע"ב ד"ה 'נטל' ומעילה כ ע"א ד"ה 'בגזבר'.

הנחת היסוד בסוגייה היא שההנאה שלא מדעת, ומתשובתו של רבה אפשר להבין שבהקדש תמיד יש דעת. ננסה לדייק את הדברים על פי דברי התוס':

פ"ה דדעת שכינה איכא וקשה דשלא מדעתו לאו דוקא אלא אורחיה דמילתא נקט וה"ה מדעתו אלא נראה כהדיוט מדעת דמי כלומר דדעת שכינה איכא **שלא יהנה אדם בלא מעילה.**

(שם, תוס' ד"ה 'כהדיוט מדעת דמי')

תוספות מסבירים שהרי במקרה של ההקדש יש דעת שכינה, ומדייקים שכוונת "שלא יהנה אדם בלא מעילה" היא שכאשר אדם נהנה מן ההקדש בהכרח מתבצעת פה מעילה, מתוקף ההנאה שלו.

המונח "דעת" אינו ברור דיו בסוגייה שלנו, ובפרט בדוגמה של ההקדש. פירוש שמוכח בשיטמ"ק מסביר שהכוונה היא להסכמה או מיחוי: "אלא הכי פירושו הקדש שלא במחאה כהדיוט במחאה דמי שכבר מיחה הכתוב שלא יהנו מן ההקדש (שם, שיטמ"ק).

בפשטות תמיד יש דעת שכינה, דהיינו השכינה יודעת כל הזמן אם אדם נהנה או לא, השכינה לא מסכימה לכך שאדם ייהנה מהקדש, ואם נהנה הרי זה מעל. זאת בניגוד לנהנה מממון חברו, גם מתוקף ההנחה שחברו אינו מודע לעובדה שהוא נהנה ממנו, וגם מצד הסברה שגם אם היה יודע יכול היה למחול לו ולאפשר לו ליהנות בלא שטר, בניגוד להקדש.

זה יכול להתחבר עם אופן הגדרת המעילה שהגדרנו לעיל, שמעילה היא ניצול אמצעי מסוים בניגוד למצופה. שהרי הבעיה בהנאה מאותה קורת הקדש היא מעצם העניין שאדם משתמש בחפץ של הקדש ועושה בו שימוש אישי להנאתו בכך שבונה את אותה הקורה לתוך ביתו, שהרי אותו חפץ לא מיועד לכך. הבעיה במעילה כמו שהגדרנו היא מוסרית, שהרי היא מבטאת הפרת אמונים בין שני צדדים בכך שצד אחד מנצל את סמכויותיו ואת משאבי השני בניגוד ליעוד שלו. בהקדש לא יכול להיות שאדם ייהנה מן ההקדש, משום שהשכינה לא יכולה 'להתפשר' על אותה הפרת האמונים שחלה מצד האדם הנהנה מן הקודש ולא קיימת מחילה. לכן אדם

המועל בקודש צריך להביא חומש ואשם לכפרתו, משום שממון הקדש אינו בתורת מחילה.

סיכום

בואו נאסוף את מה שראינו עד עכשיו. בתחילת המאמר הנחנו שישנם הבדלים דיניים בין ממון בעלים ובין ממון הקדש. חקרנו את הנושא דרך שני אופנים: נזיקין והנאה. הגדרנו את המושג "מעילה" בתור הפרת אמונים, דהיינו כאשר אדם עושה שימוש במשאב מסוים בניגוד ליעוד המקורי שלו, ובכך הוא למעשה מעל בו. הגדרה זו עזרה לנו לדייק את ההבדלים בין הקדש ובין ממון בעלים.

בסוגיית פטור הקדש בנזיקין ראינו את המשניות במסכת בבא קמא ואת שיטות הראשונים במסכת בבא בתרא, והצענו שתי סיבות לפטור הקדש בנזיקין: ראשית, שבהקדש לא שייך להכניס את תורת הנזיקין משום שעיקרון הבעלות אינו קיים בהקדש כך שאין משמעות לתבוע את ההקדש בנזיקין. שנית, שבהקדש העניין הממוני אינו שייך מפני שהדגש הוא על עיקרון המעילה ולא על הפגיעה הנזיקית-ממונית שבו.

בנוסף, עמדנו על הבדל נוסף בין הקדש לממון בעלים בתחום ההנאה. ראינו את המשנה ממעילה בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר" שמסקנתה היא שבהקדש אסור לאדם ליהנות, או כדברי התוס': "שלא יהנה אדם בלא מעילה". הסברנו שעניין הנאה בהקדש הוא מצד הסברה הרעיונית שההקדש "לא מסכים" לאדם ליהנות ממנו, שהרי הנאה זו נחשבת כניצול לא נכון של נכסי הקדש לדברים אחרים, ולכן גם יוצא שההקדש אינו "בר מחילה" בניגוד לממון בעלים, שהרי אדם יכול למחול לחברו ולהסכים לו ליהנות בדיעבד אם נהנה מממונו.