

שליח לדבר עבירה

[א]

טעם וגדר הדבר

כן תרימו גם אתם תרומת ה' מכל מעשרתיכם אשר תקחו מאת בני ישראל ונתתם ממנו את תרומת ה' לאהרן הכהן:
(במדבר פרק יח, כח)

קידושין (מא, א) שליחות מנלן דתניא (דברים כד) ושלה מלמד שהוא עושה שליח ושליחה מלמד שהיא עושה שליח ושלה ושליחה מלמד שהשליח עושה שליח. ואלא הא דתנן האומר לשלוחו צא תרום תורם כדעת בעל הבית, ואם אינו יודע דעת בעל הבית תרום בבינונית אחד מחמשים פחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה. מנלן, וכי תימא דיליף מגירושין מה לגירושין שכן ישנן חול, אמר קרא אתם (במדבר יח) גם אתם לרבות את השליח.

סברת הסמ"ע בדברי הרב קסבר שלא ישמע לו

והנה הסמ"ע (חו"מ סי' קפב, ב) מסביר היסוד של דברי הרב ודברי התלמוד וכו' וז"ל, ויכול המשלה לומר סברתי שלא ישמע לי לעשותו, לכך אין המשלה חייב, אבל אם אין השליח בר חיובא, לא שייך האי טעמא.

שליח לדב"ע בנכרי

הגמ' (ב"ק נא, א) דנה היכי משכחת לה בור של שני שותפין, ובתחילה רצתה הגמ' לומר דמיירי ששותפין עשו שליח לכריית הבור, אבל הגמ' דוחה את זה, דא"כ לא היו חייבים, משום דאין שליח לדבר עבירה.

והק' הרשב"א דלמה לא מוקמינן ליה דשויה לשליח נכרי, ותי' משום דאין שליחות לנכרי, ואפילו אינהו לדידן, כדאמרינן בפרק איזהו נשך (עא, ב). וצ"ע מ"ש ישראל מנכרי לענין שליחות לדבר עבירה.

ובאמת בשו"ת מהרי"ט (חו"מ סי' ק) מבואר שגם בנכרי אין שליח לדבר עבירה. עי"ש שדן האם מי שהפר ברית בדבור בעלמא בלי מעשה, נחשב כמיפר הברית. ורצה להוכיח מהא דהביא הרמב"ן ז"ל בהשגותיו בסוף ספר המצוות, כששלח דוד את יואב לארם נהרים וארם צובה, פגע בעמון ומואב וביקש לזנבן, הוציאו לו אצטליות שלהם שכתוב "אל תצר את מואב", וישב דוד ודן והלא הם פרצו הגדר תחילה, שנאמר וישלח מלאכים אל בלעם בן בעור. הרי לן דקרו ליה פרצו גדר, מחשבתו הרעה ששכר את בלעם לקלל, אע"ג דלא עביד מעשה, כי הנה בירך ברוך. וכתב עוד דדוחק לומר משום דמחשבה של נכרי הקב"ה מצרפו למעשה, א"כ נחשב כמעשה, דזהו דווקא בדיני שמים שיהיו נענשים, אבל שיהא חבירו מותר גם במעשה לעבור על השבועה לא. ועוד דאפילו אהני מעשים שהיה בלעם מקלל, **איהו לא עביד כלום ואין שליח לדבר עבירה**. הרי לן להדיא דגם בנכרי אומרים שאין שליח לדבר עבירה. וכדבריו ס"ל גם החיד"א בספרו פני דוד שדן בוויכוח בין בלעם לבלק, שבלעם טען שלא יעזור לו שהוא רק שליח שהרי קי"ל אין שליח לדב"ע.

ולדברי הסמ"ג מובן שיטת הרשב"א למה בנכרי יש שליח לדבר עבירה, שאצל נכרי אין סברא לומר "סברתי שלא ישמע לי לעשותו". וא"כ אפשר לומר שהחולקים סוברים, שהא דאין שליח לדבר עבירה, אינו אלא גזיה"כ (עי' לקמן מה שהבאנו דברי הריטב"א) ולכן שייך גם בנכרי.

אבל זה לא פשוט כלל, בדברי הרשב"א, דיעוין שם שכתב בתחילת דבריו וז"ל אין שליח לדבר עבירה, כלומר דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, **הוי אומר אין מניחין דברי הרב ועושין דברי התלמיד**. והיה אפשר לבאר כוונתו שהיות ו"אין מניחין דברי הרב ועושין דברי התלמיד" אז יכול המשלה לטעון לא חשבתי שישמע לי, אבל הלשון אין מניחין דברי הרב וכו' יותר משמע שישוד דברי הרב וכו' הוא מצד השליח, שאין לו ללכת אחרי דברי התלמיד במקום דברי הרב.

ויותר נראה לפרש דבריו על פי דברי הגרע"א (ב"מ י, ב) שכתב וז"ל לכאורה נראה דהך סברא (דברי הרב), היינו שהיה לו לשמוע לדברי הרב, **והוי שליחות באיסור ואין שליח בזה**, כדאמרינן בקידושין רפ"ב דאין שליח לדבר

עבירה, היינו דאינו יכול להעשות שליח לזה, דיותר צריך לשמוע לדברי הרב. היינו שאין החסרון במנוי השליחות כדברי הסמ"ע, אלא שמצד השליח אסור לו לעשות כדברי המשלח, ולכן אין כאן שליחות.

ולפי"ז כתב הגרע"א שאפילו בישראל מומר להכעיס, שייך בו דברי הרב וכו', שאע"פ שחטא ישראל הוא, ואין לו להיות שליח לדבר עבירה. וזה יותר מתאים בלשונו של הרשב"א, "שאינ מניחין דברי הרב ועושין דברי התלמוד", היינו שמצד השליח אסור לו לעשות כדברי המשלח. אבל א"כ צ"ע למה בנכרי אמרינן יש שליח לדבר עבירה, הרי גם הנכרי אסור לו לעשות נגד "הרב", וצע"ג.

שליחות במעילה היכא שנוכר השליח

ומצאנו כעין זה בדברי הקה"י למס' קידושין (סי' לט), דהנה הגמ' בקידושין (מב, ב) מק' על הא דאמרינן אין שליח לדבר עבירה, מהא דתניא (לגבי מעילה) שליח שלא עשה שליחותו שליח מעל, עשה שליחותו בעל הבית מעל, כי עשה שליחותו דבעל הבית, בעל הבית מיהא מעל, אמאי נימא אין שליח לדבר עבירה. והקשו בתוס' ד"ה אמאי, תימה הא ע"כ מיירי בשוגג, דאי במזיד ליכא מעילה דאין מעילה במזיד, א"כ יש שליח לדבר עבירה, דלא שייך למימר דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעים כיון שהוא שוגג. ואומר ר"י דהכא מיירי אפילו דנוכר השליח קאמר דמעל בעל הבית, והשתא פריך אמאי מעל נימא אין שליח לדבר עבירה, דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. ואע"ג דנוכר השליח מעל בעל הבית כדמוכח במעילה (כא, א) דתני נזכר בעל הבית ולא נזכר שליח השליח מעל נזכרו שניהם חנוני מעל. והטעם לפי דמעילה אינו אלא בשוגג כדפרישית, לפיכך מעל אותו שלא נזכר, ואותו שנזכר מזיד הוא.

והק' הקה"י שלפי הסמ"ע איך אפשר לומר שאם נזכר השליח ובעה"ב שכח שאין שליח לדבר עבירה, הרי אין שום סיבה שבעה"ב יחשוב שהשליח לא ישמע לו, שהוא הרי שכח שהוי של הקדש, א"כ לכו"ע יש שליח לדבר עבירה. אלא ע"כ צריך לומר שהגדר של דברי הרב וכו' הוא שהיות ואסור לו לשמוע למשלח, אז אומרים שזה שהוא עושה העבירה אדעתיה דנפשיה הוא דעביד, ולכן היכא שהשליח יודע שהוא של הקדש אע"פ שבעה"ב שכח, שפיר כתבו התוס' שאין שליח לדבר עבירה. והיכא שהשליח הוא שוגג אז ס"ל לתוס' שיש שליח לדבר עבירה, משום דאז לא שייך דברי הרב שהשליח אינו יודע שיש כאן איסור.

ועי"ע ברש"י (ב"מ, ב) וז"ל דאמרינן ליה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ולא היה לו לעשות. גם לשון זה משמע כדברי הגרע"א הנ"ל, שתלוי בשליח ולא במשלח, ודלא כהסמ"ע.

שותפין שגנבו

בעיקר דברי הסמ"ע עי' בחי' הגרע"א (שם) שתמה עליו מההיא דב"מ (ח, א) לגבי שותפין שגנבו שהקשו בתוס' נימא אין שליח לדבר עבירה. ולכאורה מה הקושיא, כיון דביחד גנבו והיה רואה שעושים הגניבה לעצמו, מהיכי תיתי לא ישמע לו להיות שלוחו להגבות בשבילו, אע"כ דכל עיקר הסברא דאשדל"ע כיון שלא היה לו לשמוע, ממילא השליחות בטל. ואולי יש ליישב, שאע"פ שגונב לעצמו מאן יימר שיגנוב בשביל חבירו, הרי אין אדם חוטא ולא לו.

משלח שאינו בר חיובא

הקצות החשן (קה, א) מביא דברי הפנ"י (כתובות פד, ב) שהיינו טעמא דמ"ד הטופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, משום שאין שליח לדבר עבירה, שאסור לתפוס לבע"ח. והשיג עליו הקצוה"ח שאפילו אם היה שליח עושה עבירה בשליחותו, כיון דלמשלח אינו עבירה אינו ענין לשליח לדבר עבירה, דלא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא ככהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, דעבירה הוא למשלח. הקצוה"ח יסד לנו יסוד שהכלל שאין שליח לדבר עבירה, אינו אלא היכא שיש עבירה למשלח.

ואם נאמר כדברי הסמ"ע שגדר אין שליח לדבר עבירה הוא משום דקסבר שלא ישמע לו, אז מה זה משנה אם המשלח עובר או לא, אם השליח מוזהר אז יכול המשלח לטעון קסבר שלא ישמע לי, אלא ע"כ שהקצוה"ח סובר כמו הריטב"א שאין כאן אלא גזיה"כ, ולכן אפשר לחדש שלא מיירי אלא היכא שהמשלח הוא זה שמצווה על האיסור.

שליח שמוחזק כמוסר

לפי דברי הסמ"ע אפשר להבין ג"כ דברי הב"י (חו"מ סי' שפח) בשם שו"ת תשב"ץ (סי' קנו), שדן על שמעון שמסר

שטר חוב שיש לנכרי על ראובן, לזקן הקהל, הזקן חזר ומסרו לשר העיר, ושר העיר תבע את ראובן אע"פ שכבר שילם להנכרי. וכתב התשב"ץ שאם היה הזקן מוחזק במסור ואנס, היה חייב שמעון לשלם לראובן כל מה שהפסידו מחמת מסירת השטר ההוא. וגם אם מסרו הזקן לשר על פי שמעון חייב, ולא תימא אין שליח לדבר עבירה, דלא מיפטר בהאי טעמא אלא בישראל, אבל אם הוחזק במסור ובאנס לאו ישראל הוא, וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות עדות (פי"א, י) המוסרים הם פחותים מהנכרים, וז"ל המוסרין והאפיקורוסין והמומרים לא הצריכו חכמים למנותן בכלל פסולי עדות שלא מגו אלא רשעי ישראל, אבל אלו המורדין הכופרין פחותין הן מן העכו"ם, שהעכו"ם לא מעלין ולא מורידין ויש לחסידיהן חלק לעולם הבא, ואלו מורידין ולא מעלין ואין להן חלק לעולם הבא. וכיון שכן אין למשלח טענה לפטור משום דברי הרב וכו', **שזה מפורסם הוא שאינו שומע דברי הרב**. היינו כנ"ל שיסוד הפטור של אין שליח לדבר עבירה הוא משום שיכול לטעון קסבר שלא ישמע לי, וכאן אין לו טענה זו.

וכן מבואר בתוס' (ב"ק עט, א) שהק' על הא דאיתא שם, שאם גנב ונתן לבכורות בנו חייב, והא אין שליח לדבר עבירה, ותירצו בתוס' וי"ל דהנהו לא ידעי דאתי לידיה באיסורא, אלא סבורין שהיה שלו, ובין ללישנא דמפרש בפ"ק דב"מ (י, ב) טעמא דאין שליח לדבר עבירה משום דשליח בר חיובא הוא, ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ובין ללישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אין שייך לכאן, **דהתם אין יודע שהשליח יעבור, אבל כאן יודע הוא שיקח מאחר שהוא סבור שהוא שלו**. הרי לן שוב כדברי הסמ"ע, שהיות ויסוד הדין שאין שליח לדבר עבירה הוא משום שחשב שלא ישמע לו, אז כאן שהשליח הוא שוגג אין למשלח טענה.

שיטת הריטב"א

אבל עי' בחי' הריטב"א לקידושין (מב, ב) שחולק על כל הנ"ל, שאע"פ שבגמ' כתוב הטעם של דברי הרב, אבל אין זה עיקר הטעם, **אלא דינא דאורייתא הוא כדלקמן**, אפילו היכא דליתיה להאי טעמא, כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה. ועי"ש שמוכיח היסוד מההיא דב"מ, דהנה נחלקו אמוראים למה יש שליח לדבר עבירה בחצר, לפי רב סמא הטעם הוא משום דרק היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אמרינן אין שליח לדבר עבירה, אבל חצר שאין לו ברירה אז יש שליח לדבר עבירה, ולפי רבינא הטעם הוא משום שהחצר אינו בר חיובא. ואמרינן שם מאי בינייהו, כהן שאמר לישראל קדש לי גרושה, אי נמי איש דאמר לאשה אקפי לי קטן, למאן דאמר שליח בר חיובא, הא נמי לאו בר חיובא ומיחייב משלח, למאן דאמר אי בעי לא עביד, הני נמי אי בעי לא עביד ומיפטר משלח.

והק' הריטב"א הרי לא שייך למימר בהו דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים, דהא לא מיפקדו כלל שלא לקדש גרושה לכהן ושלא תקיף אשה קטן, דהא ליתה בבל תקיף. אלא ע"כ שאפילו היכא שלא שייך הטעם של דברי הרב וכו', עדיין קיים הדין שאין שליח לדבר עבירה. ועי"ש דאין לומר שעדיין קיים הסברא של דברי הרב מחמת האיסור של לפני עור, דזה אינו שאפילו משום לפני עור לא תתן מכשול ליכא כדפרישית (ב"מ שם), דאפילו בכהן שקדשה לעצמו ליכא איסור עד דבעיל, וכיון דכן ליכא משום לפני עור, והיינו דאמרינן דשליח לאו בר חיובא, אלא ודאי כדאמרן והכי נמי מוכח בכל דוכתא עכת"ד.

בעיקר דברי התוס' שהיכא שהשליח הוא שוגג, אומרים יש שליח לדבר עבירה. כבר הק' עליו הגרע"א (קידושין מב, ב) מהא דאמר רבא את"ל סבר שמאי שני כתובים הבאים כאחד מלמדין, והוא ההוא לא דריש, מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב. וק' אמאי נקט זה לב"ש שלא אליבא דהלכתא, לנקוט לדינא דאף דבשוגג יש שליח לדבר עבירה, מ"מ באומר לשלוחו צא ובעול, והשליח שוגג לא מחייב משלח, דלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב וצע"ג.

עוד הקשו מההיא דמס' ב"ק (נא, א) שהבאנו לעיל דלא משכחת לן בור של שני שותפין משום שאין שליח לדבר עבירה, ואם איתא הרי משכחת לן היכא שהשליח הוא שוגג, וזה קושיא אלימתא.

[ב]

ביטול השליחות

האם בשליח לדבר עבירה בטלה השליחות

גדולי האחרונים דנים באריכות היכא שהדין הוא שאין שליח לדבר עבירה, האם עצם השליחות בטילה, או דילמא שהשליחות קיים רק שאין המשלח עובר עבירה.

ע"י בשו"ת נו"ב (אה"ע סי' עה-עז) שדן במי ששלח שליח לגרש אשתו, וגירשה בע"כ ועי"ז עבר על חרם דרבינו גרשום, ופסק הנו"ב שלא חל הגירושין משום דאין שליח לדבר עבירה. עי"ש שנימוקו הוא משום דס"ל שלא לבד שאין איסור למשלח, אלא שבטילה השליחות לגמרי. ועי"ש עוד שכ' שע"כ צריך לומר כן שהרי לשון הגמ' הוא **אין שליח לדבר עבירה**, היינו כפשוטו שלא חל השליחות כלל.

ועי' בקצוה"ח (קפב, ב) שמחלק בין היכא ששלח לו לגרשה בע"כ, דאז לא חל הגט כנ"ל, לבין היכא ששלח לו לגרש סתם, והיא סירבה לקבל הגט ונתן לה בע"כ, דאז שפיר חל הגט שהוא לא עשה שליח לדבר עבירה. אבל לפי דברי הגרע"א נראה פשוט שאין לחלק, משום שאין שליח דבר עבירה הוא מצד השליח שלא היה לו לעשות, א"כ גם כאן לא היה לו לגרשה בע"כ, וממילא אין שליחות על זה.

והנה כבר הזכרנו דברי הגמ' (ב"מ י, ב) שנחלקו רבינא ורב סמא, רבינא סובר שהיכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה, היכא דשליח בר חיובא הוא. ורב סמא סובר היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה, היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד. ואומרת הגמ' שיש נ"מ ביניהם, כגון כהן דאמר ליה לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, להך לישנא דאמר כל היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחו, הכא נמי אי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחו, להך לישנא דאמרת כל היכא דשליח לאו בר חיובא מיחייב שולחו, הני נמי כיון דלאו בני חיובא נינהו מיחייב שולחו. והקשו בתוס' (שם י, ב) וז"ל וא"ת מאי נ"מ, בין למ"ד אי בעי עביד ובין למ"ד שליח בר חיובא, לא לקי על הקדושין, לרבא דאמר בעשרה יוחסין (קדושין עח, א) קידש אינו לוקה בעל לוקה. וי"ל דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין, כדמוכח בריש תמורה (ה, א), א"נ י"ל דאף לרבא נפקא מינה, **דאי יש שליחות חלין הקדושין ואי אין שליחות אין חלין הקדושין**.

לפי תי' השני הדבר מפורש שמשום שאשלד"ע בטל השליחות לגמרי, כדברי הנו"ב. ויש לדון האם התי' הראשון חולק על היסוד, או דילמא משום סיבה אחרת נמנע מתי' זה. ועי' בשו"ת רע"א (סי' קכט) שרצה לומר שגם התי' הראשון מודה שהשליחות בטל לגמרי, אלא דבתירוץ א' ניחא להו לומר דהנ"מ לענין מלקות, משום דלשון הגמ' הוא "מחייב שולחו", משמע שיש נ"מ לגבי חיוב המשלח ולא רק לגבי ביטול הקידושין, אבל לדינא ס"ל דמעשה השליחות בטל.

אבל עי' בשטמ"ק (שם) בשם הר"ש משאנץ, כשמביא תי' הראשון של תוס' כתב וז"ל ולכולהו לישני דהכא חיילי הקידושין כשמקדשה על ידי שליח, אלא דלענין העבירה פליגי אי מתחייב משלח או לא. הרי לן להדיא שלתי' הראשון באמת חל הקידושין, ורק בתי' השני נתחדש שאם אין שליח לדבר עבירה בטל עצם הקידושין. ועי' בשו"ת נו"ב שנדחק בזה.

ועי' בס' קה"י (ב"מ סי' טז) שמביא באריכות כל השיטות בזה. ועי"ש שמביא דברי ההפלאה (כתובות לד) שרוצה להוכיח מהרמב"ם והראב"ד שהשליחות בטילה. והוא ממש"כ הרמב"ם (מעילה ז, ב) שאע"פ שלגבי מעילה אמרינן דיש שליח לדבר עבירה, במה דברים אמורים כשהיו החתיכות מקדשי בדק הבית, אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו לא מעל אלא האוכל בלבד, **שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה**, שבכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה **אלא במעילה לבדה, שלא יתערב עמה איסור אחר**. והראב"ד הסכים בזה להרמב"ם עפ"י תוספתא.

וכתב ההפלאה שאם נאמר שבשליח לדבר עבירה בטלה השליחות, אז מובן למה המשלח אינו עובר על איסור מעילה, שכבר בטלה השליחות מחמת העבירה השנייה. אבל אם נאמר שלעולם קיים השליחות, אלא שאם אין שליח לדבר עבירה אין המשלח עובר עבירה, א"כ אע"פ שאינו עובר על העבירה השנייה, למה פטור ממעילה, הרי לגבי מעילה קי"ל דיש שליח לדבר עבירה. וזו ראייה נפלאה.

אבל הגר"י מהמבורג (הובא דבריו בנו"ב שם סי' עז) חולק על הנו"ב וסובר שבאין שליח לדבר עבירה השליחות קיימת, רק המשלח אינו עובר, וכן דעת הנתי"מ (שם).

וכתבו האחרונים שלכאורה תלוי בעיקר היסוד של אין שליח לדבר עבירה, שאם יסודו משום דברי הרב וכו' (בין לפי הסמ"ע שקסבר שלא ישמע לו, בין לפי רע"א שאין להשליח לעשות נגד רצון ה') א"כ אין כאן שליחות כלל וממילא לא חל המעשה. אבל אם נאמר כדברי הריטב"א שאין כאן אלא גזיה"כ, אז אפשר לומר שכל הדין לא נאמר אלא לגבי איסור, אבל לעולם השליחות לא בטלה. ואולי י"ל שגם לפי הסמ"ע יתכן שאין השליחות בטילה, ומה

שטוען קסבר שלא ישמע לי, אין הנקודה שמשום כן לא התכוונתי לעשותו שליח, אלא שמשום כן אין כאן סיבה שיענש משום מעשיו של השליח

שליח לדבע היכא שנהנה

(קידושין מג, א) האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש הוא חייב ושולחיו פטור, שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב שנאמר (שמואל ב, יב) אותו הרגת בחרב בני עמון. אמר רבא את"ל סבר שמאי שני כתובים הבאים כאחד מלמדין, והוא ההוא לא דריש, מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב.

זה נהנה וזה מתחייב במעילה

יש להסתפק לדין שאין שליח לדב"ע, אבל במעילה אמרינן יש שליח לדב"ע, האם קיים גם לדין סברא זו של לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, ואם עשה שליח למעילה, במעילה של הנאה שהשליח ימעול ולא המשלח.

ועי"ש בתוס' שהקשה והא איכא מעילה שאם אמר הגזבר לשליח אכול ככר זה של הקדש והשליח לא ידע שהוא של הקדש דחייב המשלח, ואמאי זה נהנה וזה מתחייב הוא. ות' בתוס' דמעילה לא מתחייב המשלח ע"י הנאת השליח אלא ע"י הגבהה דשליח, דמיד דאגבהיה שליח קנייה וההיא שעתא חייב משלח.

ועי"ש שר"י היה מסופק באומר לשליח הושט ירך לך של שמן ותהנה מן הסיכה, או שבעל עורות של הקדש, או התחמם בגיזי עולה, והשליח לא ידע דהם של הקדש דהשתא לא עשאו שליח אלא מן ההנאה אם יתחייב המשלח כדאמרינן גבי מעילה, או דילמא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן.

מתעסק בחלבים ועריות

וצ"ב במה מסופק הר"י. והנה ידועים הם דברי האחרונים (אתוון דאורייתא סי' כד ועוד) לפרש הא דקי"ל שאע"פ שמתעסק בכל התורה פטור אבל בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, שמתעסק הוא פטור ב"מעשה" עבירה שלא נחשב כאילו הוא עשה המעשה, [וכן מבואר בדברי המקור חיים סי' תלא שלא שייך פטור מתעסק באיסור בל יראה ובל ימצא, משום שאין כאן "מעשה" איסור], אבל בחלבים ועריות האיסור הוא עצם הנאה, א"כ אין פטור מתעסק, דסוף כל סוף נהנה.

הם הוכיחו כדבריהם מסוגיין שה"ט שאפילו לשמאי הזקן שיש שליח לדב"ע מודה באומר לשלוחו צא בעול הערוה וכו' חייב המשלח שלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, היינו כנ"ל שלא מצינו שליחות אלא במעשה וכאן שהעבירה היא ההנאה אז לכו"ע לא שייך שליחות. עוד הוכיחו מההיא דשבועות (יז, ב) היה משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי ופירש מיד חייב מפני שיציאתו הנאה לו כביאתו, ומסיק משום שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת ופירש בהנאה מרובה. הרי לן שהאיסור הוא ההנאה, ולכן חייב משום שפירש בהנאה מרובה, דאי מצד המעשה בכל מקרה הוא חייב לפרוש.

גדר חיוב מעילה

ולפי"ז יש להספק לגבי מעילה, דהנה ידועים הם דברי הגר"ח (מעילה ח, א) שגדר חיוב מעילה הוא גזילה מהקדש ולא איסור הנאה, עי"ש שמוכיח כדבריו מהא דהשיעור של מעילה הוא פרוטה, דאם נאמר שגדר האיסור הוא הנאה מהקדש, א"כ למה פרוטה, אבל אם נאמר דהוי גדר של גזילה ניהא שפרוטה הוא שיעור בממון. ועי"ש עוד שהוכיח מהא דצריך קרא במס' מעילה (יג, א) שפועל אסור לאכול בשעת עבודתו להקדש, ונפסק ג"כ ברמב"ם (שכירות יב, ה) וז"ל אין הפועלים אוכלין בשל הקדש שנאמר בכרם רעך עכ"ל, ואם נאמר שאין כאן אלא איסור הנאה גרידא, מה הה"א שיהיה מותר לו לאכול וכי תעלה על הדעת שנזיר שעובד בענבים יהיה מותר לו לאכול, אבל אם אין כאן אלא איסור גזילה ניהא דה"א שהיות ויש לפועל זכות ממון לאכול בשעת עבודתו, א"כ ה"א שאפילו בהקדש מותר משום דאין כאן "גזל" קמ"ל שאפ"ה אסור.

קלב"מ בתרומה והקדש

ויש להוכיח כדבריו מדברי התוס' (כתובות ל, ב) שדן לגבי הדין של קם ליה בדרכה מיניה, שמי שעבר עבירה שיש בו שני עונשים, שנותנים רק העונש היותר חמור, שיש הבדל בין מי שאכל תרומה שחייב לשלם למי שאכל הקדש

שפטור, וז"ל וי"ל דשאני שוגג דתרומה משום דתשלומין דידיה כפרה ולא ממנא כדאמרין (תרומות פ"ו מ"א) דאם רצה כהן למחול אינו יכול למחול משום דלא הוי ממון אלא כפרה, ואפילו אוכל תרומת עצמו דלא גזל מידי משלם כפרה לעצמו וחומש לכהן, ולכך לא שייך קים ליה בדרכה מיניה לפוטרו מכפרה, אבל קרן וחומש של הקדש אינו משום כפרה אלא משלם ממון שגזל הקדש. הרי לן ראייה מוכחת לדברי הגר"ח.

שיעור פרוטה בשאר איסורי הנאה

אבל יש לדון על ראיותיו שהרי הגרע"א (פסחים כא, ב) מסופק בדינו של רבי אבהו "שכל מקום שנאמר לא יאכל לא תאכל לא תאכלו אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה משמע", אם אינו עובר אלא בנהנה מכזית הואיל ונלמד מ"אכילה", או דילמא שיעורו בפרוטה. מבואר מדבריו שנקט כדבר פשוט ששיעור הנאה אינו אלא פרוטה. א"כ לדבריו אין ראייה מהא דשיעור מעילה הוא פרוטה שגדר מעילה הוא גזל הקדש. ואדרבה יש להוכיח מהגרע"א דלא כהגר"ח שלכאורה מקורו ששיעור איסור הנאה הוא פרוטה, הוא ממעילה ששיעור מעילה הוא פרוטה, ואם כדברי הגר"ח אין ראייה ששם הוא איסור גזל ולא איסור הנאה, אלא ע"כ שהגרע"א סובר שגם במעילה האיסור הוא הנאה.

ומה שהוכיח מהא דצריך קרא למעט אכילת פועל מהקדש, כבר הק' כן הריטב"א (ב"מ פז, ב) וז"ל וא"ת של הקדש למה לי קרא למיסריה והלא יש בו מעילה מן התורה מכיון שתלשו, י"ל דאתיא אפילו כשהתנה שלא יחול עליו הקדש אלא בדמיו, וכההיא שאמרו בונין בחול ואח"כ מקדישין. א"כ יש להוכיח מדברי הריטב"א דלא כהגר"ח, שהיה חייב לעשות אוקימתא שמירי שעדיין לא חל הקדושה על הפירות.

ביאור בספיקת תוס'

ולפי"ז י"ל שזה הספק בתוס' שאם נאמר שגדר איסור מעילה הוא גזל אז אפשר לומר ששפיר מעל ע"י הנאת השליח, ולא אמרינן לא מצינו שזה נהנה וזה מתחייב, דכלל זה לא נאמר אלא היכא שהאיסור הוא ההנאה כחלבים ועריות, אבל במעילה שהאיסור הוא הגזילה וההנאה אינו אלא היכ"ת לגזילה שפיר חייב ע"י שלוחו. אבל אם נאמר שגדר מעילה הוא איסור הנאה אז גם במעילה שייך הכלל ש"לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב".

חילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף

לגבי עיקר הנידון בגדר איסור מעילה ע"י בנתיבות המשפט (ביאורים סימן כח, ב) שמחלק ין מעילה בקדושת בדק הבית למעילה בקדושת הגוף, ע"ש שדן על ההיא דאמרין (כריתות יג, ב) דיש אוכל אכילה אחת וחייב עליה ארבע חטאות ואשם, ר' מאיר אומר אם היתה שבת והוציאו בפיו, ואחד מהם איסור נותר, וחייב גם משום מעילה, וקשה דבפסחים (כט, א) מוכח דכל היכא דהוא לאו בר דמים שהוא איסור הנאה אין בו חומש ואשם, ונותר איסור הנאה הוא כמו חמץ, ולא בר דמים הוא. ותי' דשאני התם בפסחים דהוא קדושת דמים, ומעילה דקרן וחומש הוא משום גזילת הקדש, כמו שכתבו התוס' בכתובות (ל, ב) בד"ה זר שאכל תרומה, משום הכי בעינן שיהיה בר דמים, מה שאין כן הכא מיירי בקדושת הגוף דמעילה דידה לא תליא בדמים כלל.

עוד דרך בביאור דברי תוס'

א"נ י"ל שהתוס' מסופקים בזה גופא, האם הכלל ש"לא מצינו וכו'" יסודו משום שהאיסור הוא הנאה, או שאפילו אם האיסור הוא המעשה לא מסתבר שהמשלח יעבור היכא שהשליח הוא זה שנהנה מהאיסור.

שכן נהנה לגבי מצ"כ

דהנה על עיקר היסוד של האחרונים שגדר האיסור של חלבים ועריות הוא ההנאה, יש לפקפק עליו טובא, דלכאורה מרש"י (ר"ה כח, א) מבואר דלא כדבריהם, שכתב שאפילו ללמ"ד מצוות צריכות היכא שאכל מצה בלי כוונה יצא משום דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, ואם כדבריהם מה השייכות בין זה שחייב במתעסק בחלבים ועריות שהאיסור הוא הנאה למצוות צריכות כוונה, אלא ע"כ שהגדר הוא שהיכא ש"נהנה" הוי כאילו התכוון. ואין לומר שגם באכילת מצה המצוה היא ההנאה, שזה אינו דיעויין בפסחים (קטו, ב) בלע מצה יצא, וכתב הרשב"ם ולא לעסה יצא שהרי קיים בערב תאכלו מצות (שמות יב), שהרי אכילה היא לו, ומיהו לכתחלה טעם מצה בעינן.

בדברי הר"ן בסוגיא דריחא

עוד דנו האחרונים מדברי הר"ן בחולין בסוגיא דריחא מילתא (לב, א בדפי הרי"ף) שיצא לחדש שיסוד המחלוקת האם ריחא מילתא או לא הוא האם ריחא נחשב לאכילה, שמצד הנאה לא היה אסור משום דקי"ל כר"ש דדבר שאינו מתכוון מותר, וכ"ת שואל הר"ן דהוי פסיק רישיה וקי"ל (שבת עה, א) דמודה ר"ש בפסיק רישיה ולא ימות, תי' הר"ן דלענין הנאה ודאי אע"ג דהוי פסיק רישיה שריא דהא אמרינן התם (פסחים כו, א) מוכרי כסות מוכרין כדרכן ובלבד שלא יכוונו בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים, והא התם ודאי מטי ליה הנאה אלא דכיון דלא מיכוין לה לא חשבינן לה מידי. אלא ע"כ פלוגתייהו דאביי ורבא בהנאה דאכילה תליא דאביי סבר ריחא מילתא כלומר דכשמניח פיו עליה ושואף הריח הרי הוא כאילו שתה ממנו דריחא מילתא היא וכאכילה חשיבא, הילכך אע"ג דלא מיכוין כלל אסור דקי"ל (סנהדרין סב, ב) המתעסק בחלבים ועריות חייב שכבר נהנה, ורבא סבר ריחא לאו מילתא היא כלומר דלא חשיבא ליה אכילה הילכך כיון דלא מיכוין שרי. הרי לן בדברי הר"ן שלגבי איסור הנאה לא שייך מתעסק, ודוקא באיסור אכילה. ודלא כאחרונים הנ"ל שכל הדין של "שכן נהנה" לא נאמר אלא היכא שהאיסור הוא הנאה.

שכן נהנה במלאכת שבת

עוד יש להזכיר שלא כדבריהם מדברי התוספות (סנהדרין סב, ב) שהקשו על הא דאמר שמואל שמתעסק בשבת פטור משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה, תיפוק ליה ממתעסק בכל התורה שנלמד מ"בה", ותי' בתוס' דבא לחדש שבשבת פטור אף על פי שנהנה, משום מלאכת מחשבת. משמע דבלא"ה אפילו במלאכת שבת היה חייב במתעסק משום שנהנה, ואת"ל שכן נהנה אינו מחייב אלא היכא שהאיסור הוא הנאה, הרי בשבת לכו"ע האיסור הוא המעשה.