

שליחות

[א]

שליחות בנכרי

ועתה לכה נא ארה לי את העם הזה כי עצום הוא ממני אולי אוכל נכה בו ואגרשנו מן הארץ כי ידעתי את אשר תברך ומברך ואשר תאר יואר (במדבר כב, ו) לא אוכל לעבר את פי יקוק אלהי לעשות קטנה או גדולה (כב, יח)

בלעם כשליח

עי' בספר פני דוד (למרחן החיד"א) שרוצה להסביר הוויכוח בין בלעם לבלק, שבלק ביקש מבלעם שיקלל את בני ישראל, בלעם טען שלא יכול לעבור על פי ה', היינו שבלק טען שבלעם אינו אלא שלוחו של בלק, ולכן הוא לא יענש, אז אין לו שום סיבה שלא לקלל אותם. ואע"פ שאין שליחות לנכרי, א"כ אין העבירה נחשב על בלק, אבל ידועים הם דברי השו"ת משאת בנימין (סי' צז) שנכרי לנכרי יש שליחות. ועי"ש (במ"ב) שנימוקו הוא דרך אנן לדידהו הוא דלא מצי מצי משהו שליח, משום דכתיב "אתם" "גם אתם", ודרשינן מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית, אבל נכרי שפיר מצי משהו נכרי חבירו לשליח, דהא תרווייהו לאו בני ברית הן והוי שלוחכם דומיא דאתם.

לגבי עיקר דברי המשאת בנימין עי' בש"ך חו"מ סי' רמג שמביא שיטת המ"ב, א"כ משמע שמסכים אתו. אבל עי' במ"א (סי' תמח, ד) שחולק עליו עפ"י הירושלמי, עי"ש. (וכ"ה במל"מ הל' שלוחין ושותפין פרק ב, א) ועי"ע בבית שמואל (אבה"ע ססי' ה') שגם כן חולק עליו. ועי"ש שמוכח מהרמ"א שפסק שמותר ליתן לנכרי בהמה אע"פ שיסרו, אם לא יעשה הסירוס בעצמו אלא ע"י נכרי אחר. והטעם משום דאז אין כאן לפני עור, אלא "לפני דלפני". וכ' שם שאפילו אם יעשה נכרי אחר שלוחו הרי אין שליחות לעכו"ם. ואם כדברי המ"ב כאן לכו"ע יש שליחות לנכרי.

שליחות לנכרי היכא שמקבל כסף

על הפסוק וקסמים בידם כתב התרגום ירושלמי ואיגרין חתימין בידיהון. ויש שרצו לפרש (פרד"י החדש בשם ס' פענח רזא) דהיינו שכר בשביל בלעם. ועי"ע באבן עזרא בשם ר' שמואל הנגיד, שטעמו ודמי הקסמים, וראייתו מהא דנקט וקסמים בידם, אבל עי"ש שהוא עצמו חולק עליו. ועי' בחזקוני שמפרש דברי התלמוד ירושלמי כרש"י, דאיגרין פירושו ספרי קסמים.

א"כ לפי אלו שמדבר על שכר בלעם, יש לדון לפי המחנה אפרים הידועה (הל' שלוחין ושותפין סי' יא) שהיכא שמשלם כסף אז יש שליחות לנכרי, משום דיד פועל כיד בעל הבית, א"כ כאן לכו"ע יש שליחות לנכרי, אפילו לישראל. אבל לכאורה מדברי הרשב"א (עי' לקמן) מבואר דלא כדבריו, שהרי הקשה שמשכחת לן בור של שני שותפין כגון שעשו שליח נכרי לכריית הבור, ותי' שאין שליחות לנכרי, ואם איתא, שבמשלם לנכרי כסף לכו"ע יש שליחות לנכרי, הוי ליה להקשות שמשכחת לן בשותפין ששכרו נכרי לכריית הבור, אלא ע"כ שגם בכה"ג אין שליחות לנכרי.

[ב]

שליח לדבר עבירה בנכרי

ממשיך החיד"א שטענת בלעם נגד בלק היה, שלא יועיל בזה דהוי שלוחו, משום דאין שליח לדבר עבירה. ויש בזה דבר חידוש, שאינו מוסכם לכל, (כמבואר בהמשך) דגם בנכרי אומרים אין שליח לדבר עבירה.

וכדברי החיד"א כתוב ג"כ להדיא בשו"ת מהרי"ט, (חלק חו"מ סי' ק) 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 פרצת גדר, מחשבתו הרעה ששכר את בלעם לקלל, אף על גב דלא עביד מעשה, כי הנה בירך ברך. 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.

והנה הגמ' בבא קמא (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, ותל' משום דאין שליחות לנכרי, ואפילו אינהו לדידן, כדאמרינן בפרק איזהו נשך (עא,ב).

ואם נאמר כדברי החיד"א ומהרי"ט, הרי גם בנכרי אין שליח לדבר עבירה, ומה קשה ליה להרשב"א, אלא ע"כ שהרשב"א סובר שבנכרי לכו"ע יש שליח לדבר עבירה. וצ"ב במה נחלקו הרשב"א ומהרי"ט.

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 המשלח לומר סברתי שלא ישמע לי לעשותו, לכך אין המשלח חייב, אבל אם אין השליח בר חיובא, לא שייך האי טעמא. ולפי"ז מובן דברי הרשב"א למה בנכרי לכו"ע 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, דיעוין ברשב"א 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 המשלח לטעון לא חשבתי שישמע לי, אבל הלשון אין מניחין דברי הרב וכו' יותר משמע שיסוד דברי הרב וכו' הוא מצד השליח, שאין לו ללכת אחרי דברי התלמיד במקום דברי הרב. והיינו כדברי הגרע"א למסכת 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', משום שאע"פ שחטא ישראל הוא, ואין לו להיות שליח לדבר עבירה. וזה יותר מתאים בלשונו של הרשב"א, "שאין 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.

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 דנזכר השליח קאמר דמעל בעל הבית, והשתא פריך אמאי מעל נימא אין שליח לדבר עבירה, דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. ואע"ג דנזכר 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 הר' שהשליח אינו יודע שיש כאן איסור.

ועי"ע ברש"י למסכת בבא מציעא (י,ב) באד"ה בר חיובא הוא - 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.

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 דאשולד"ע כיון שלא היה לו לשמוע, ממילא השליחות בטל. ואולי יש ליישב בשביל הסמ"ע, שאע"פ שגונב לעצמו מאן יימר שיגנוב בשביל חברו, הרי אין אדם חוטא ולא לו.

משלח שאינו בר חיובא

הקצות החשן (סי' קה,א) מביא דברי הפנ"י (כתובות פד,ב ד"ה את תופס לבע"ח) 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 בכהן 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.

טענת נחש הקדמוני 'דברי הרב'

עי' בספר פרשת דרכים (דרוש ב) שמביא מדרש רבה (פרשת נח פרשה לד סימן יג) וז"ל מיד כל חיה, זה המוסר את חבירו לחיה להרגו, מיד איש אחיו, זה השוכר את אחרים להרוג את חבירו. והר"ש יפה מפרש, שאע"פ שבדיני ישראל מי ששלח שליח להרוג את הנפש פטור, משום שאין שליח לדבר עבירה, אבל בני נח נהרגין בב"ד.

והק' עליו הפרשת דרכים מההיא דפרק זה בורר (סנהדרין כט,א) אמר רבי שמואל בר נחמן אמר רבי יונתן מנין שאין טוענין למסית, מנחש הקדמוני, דאמר רבי שמלאי הרבה טענות היה לו לנחש

לטעון ולא טען, ומפני מה לא טען לו הקדוש ברוך הוא לפי שלא טען הוא. מאי הוה ליה למימר, דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין, דברי הרב שומעין. א"כ רואין שגם אצל ב"נ אין שליח לדבר עבירה.

אבל לכאורה דבריו תמוהים דשם לא היה שליחות בכלל, שחווה לא אכלה מהעץ הדעת בשביל הנחש, אלא בגלל הנחש. והיה נראה לומר שאין כוונתו שיש ממש דין שליחות, אלא שכמו ששם קיים הסברא של דברי הרב וכו' אפילו בב"נ, א"כ ממילא יש פטור של אין שליח לדבר עבירה ג"כ, שהרי הפטור מבוסס על המושג של דברי הרב וכו' כנ"ל.

אבל א"א לומר שלזה התכוון הפרשת דרכים, שהרי יעוין שם שמתרץ שני תירוצים. אחד דהא דאיתא במדרש שיש שליח לדבר עבירה בב"נ לא מיירי אלא ברציחה, שהרי אפילו בישראל אנחנו רואים שיש חומרא ברציחה. דהכי איתא בקידושין (מג,א) האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש, הוא חייב ושולחיו פטור. שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב, שנאמר אותו הרגת בחרב בני עמון. מאי טעמיה דשמאי הזקן קסבר שני כתובים הבאים כאחד מלמדין. ואיבעית אימא, שאני התם דגלי רחמנא אותו הרגת בחרב בני עמון. הרי לן לפי צד אחד בגמ' ברציחה לבד ס"ל לשמאי הזקן דיש שליח לדבר עבירה, א"כ לגבי ב"נ נמי י"ל שרק ברציחה החמירה עליהם, ולא בשאר עבירות.

עוד תי' הפרשת דרכים שיש הבדל בין מילי דאכילה לשאר עבירות. ודווקא לגבי אכילה ס"ל להגמ' שאין שליח לדבר עבירה אפילו בב"נ, דגם אצל ישראל מצאנו הבדל בין אכילה לשאר עבירות. שהרי בקידושין (שם) אמר רבא שאפילו אי ס"ל לשמאי יש שליח לדבר עבירה, מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב, שהוא חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב. א"כ ה"נ בב"נ אין המשלח חייב באכילת השליח, ולכן אע"פ שאצל ב"נ אין פטור של אין שליח לדבר עבירה, בכל זאת אצל הנחש היה פטור, שהנחש הסית אותה בדבר אכילה.

אז לפי תי' השני מבואר שהיה ק' לו לפרשת דרכים שהנחש היה לו פטור מצד אין שליח לדבר עבירה, שהתי' הוא שמצד גדרי אין שליח לדבר עבירה גם הנחש פטור. דאילו לפי תי' הראשון, היה אפשר לומר שהראיה מהנחש לא היה אלא שקיים הסברא של דברי הרב, והתי' הוא שאה"נ אבל רציחה שאני.

שו"מ בספר עין זוכר (לחיד"א מערכת א אות נד) שמשגיג על ספר ארעא דרבנן שהביא ראייה מהגמ' בסהדרין לדברי המשאת בנימין, והק' עליו החיד"א כנ"ל דשמה לא מדבר על שליחות. אבל עי"ש שמביא דברי הפרשת דרכים וכו' לפרש דבריו שלא התכוון לומר שאצל הנחש היה ענין של שליחות, אלא שרוצה להוכיח שקיים היסוד של דברי הרב, וצ"ע כנ"ל.

בר שליחות

כתבו התוס' (שבועות ג,א) דאפילו רב אדא (שסובר שמותר להקיף קטן, משום שאינו בר חיובא) מודה דהיכא דניקף בר חיובא אע"ג דמקיף לאו בר חיובא דחייב, ולא פטר אלא היכא דניקף לאו בר חיובא הוא. עי"ש שמביאים ראייה מדלא קאמר (ב"מ י,ב) איש דאמר לקטן או לנכרי אקיף לי גדול והוי נפקותא לרב אדא.

והק' הנתיה"מ (ביאורים סימן קפב,א) הרי אין שליחות לקטן, ואין שליחות לנכרי. ותי' דעל כרחך צ"ל דבשליח לדבר עבירה טעמא אחרינא איכא, דנחזי אנן במעילה וטביחה ומכירה ושליחות יד דרבי בהו רחמנא שליחות לדבר עבירה (קדושין מב,ב ומג,א), דחייב אפילו עשאו ע"י קטן כמבואר במעילה (כא,א), ועל כרחך צ"ל הטעם, דכיון דבהנך דנתרבה בהו שליחות לדבר עבירה לאו מאתם גם אתם (במדבר יח,כח) ילפינן אלא מקראי אחרינא דכתיבא בהו, ממילא לא צריכין בהו שיהיה השליח דומיא דמשלח, דהנך דוקא דילפינן שליחות דידהו מתרומה, בעינן שיהיה השליח דומיא דמשלח מקרא דאתם גם אתם, משא"כ במעילה ואידך.

ולפי"ז י"ל גם בהא דנפקי להו (ב"מ י, ב) מחצר שליח לדבר עבירה כגון באינו בר חיובא לרבינא, או במידי דבעל כרחיה מותיב בה לרב סמא, דאפילו אם עשאו ע"י חרש שוטה וקטן ונכרי שאינו בר שליחות דחייב המשלח. ועי"ש בסוף שמוסיף הסבר, שהא דאמרינן שאין שליחות לקטן, היינו דוקא לענין שאין המעשה של שליח קטן ונכרי קיים כגון בקדושין וקנין, אבל בדבר שהמעשה א"א להתבטל כגון שאמר לקטן אקפי לי גדול, חייב המשלח.

וכדברי נתיה"מ סובר הריטב"א לב"מ (י, ב), שמבואר בדבריו שאם אמר לקטן להזיק, אז חייב המשלח למ"ד שתלוי בבר חיובא, הרי לן להדיא כדברי הנתיה"מ שאע"פ שאין שליחות לקטן, היכא שהדין הוא שיש שליח לדבר עבירה, לא צריך שהשליח יהיה בר שליחות.

ועי' בספר קה"י (מעילה סי' י) שרוצה לפרש דברי הנתיבות עפ"י יסוד שכבר קבעו רבותינו שיש שני גדרים בשליחות, הראשון הוא שליחות של חלות, דהיינו דבר שצריכים כח בעלים להפעיל, והפרשה של שליחות מחדש לנו שהבעלים יכולים למסור לשליח הכח הנצרך לעשיית החלות. הגדר השני בשליחות, הוא שליחות על מעשה בעלמא, שאין צריכים כח בעלים לעשייתו, וכל דין שליחות הוא שמיחסים עשיית המעשה למשלח. ולכן סובר הנתיה"מ שהיכא שנתרבה שליח לדבר עבירה אז לא צריך בר שליחות, שרק בדבר כמו גיטין וקידושין שצריך להפעיל חלות צריך בר שליחות.

ועי"ש (בקה"י) שרוצה להוכיח מדברי המדרש (הנ"ל) שסובר דבב"נ לא קיים הכלל של אין שליח לדבר עבירה, וק' שאע"פ שאין בעיא מצד העבירה, אבל נכרי אינו בר שליחות, אלא ע"כ צ"ל כדברי הנתיה"מ שהיכא שיש שליחות לדבר עבירה לא צריך שהשליח יהיה בר שליחות.

ולפי המשאת בנימין שסובר שאע"פ שאין שליחות לנכרי, אבל נכרי לנכרי יש שליחות, אין ראייה מהמדרש לדברי הנתיה"מ דשם מיירי שנכרי משלח נכרי אחר, ואז הוי בר שליחות.

וגם לפי המחנה אפרים שהיכא שמשלם לשליח, אז לכו"ע יש שליחות לנכרי, מטעם יד פועל כיד בעל הבית, אין ראייה מהמדרש לדברי נתיה"מ, דשם כתוב "זה השוכר את אחרים להרוג את חברו".

[ג]

שליח לדבר עבירה במומר

שליח שמוחזק כמוסר

לפי דברי הסמ"ע אפשר להבין ג"כ דברי הב"י (חושן משפט 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 (קידושין מב, ב), 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. 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' למסכת בבא קמא (עט, א) ד"ה נתנו לבכורות בנו, 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 דבבא מציעא (דף י: ושם) 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 שמוכח היסוד מההיא דמס' ב"מ (י,ב), 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 עכ"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 ושולחו 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.

[ד]

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.

עי' בשו"ת נו"ב (אה"ע סי' עה-עז) שזן 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 כך שהרי לשון הגמ' הוא **אין שליח לדבר עבירה**, היינו כפשוטו שלא חל השליחות כלל.

ועי' בקצוה"ח סי' קפב, שרצה לחלק 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' (מסכת בבא מציעא י, ב) ד"ה דאמר לישראל 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 שמשום סיבה אחרת נמנע מתי' זה. ועי' בשו"ת רע"א (סי' קכט) שרצה לומר שגם התי' הראשון מודה שהשליחות בטל לגמרי, אלא דבתירוצם 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. (ועי' הנו"ב שם שדוחה בענין אחר)

אבל עי' בשטמ"ק (שם) בשם הר"ש משאנן, 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 מהר"מ והראב"ד שהשליחות בטילה. והוא ממש"כ הר"מ (הלכות מעילה פרק 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 להר"מ 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 קיי"ל דיש שליח לדבר עבירה. וזו ראייה נפלאה.

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