

בדין אדם שאמר לחבירו בטעות לקחת כליו של השני

הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א
 אב"ד 'הישר והטוב' לענייני ממונות
 וחבר בית הדין הרבני הגדול

שאלה:

ראובן השכיר בית לשמעון, ושמעון הניח כלי פסח על העליה שבתוך הבית (הנקרא 'בוידעם'), וראובן עצמו גם היו לו כלים שם, ושמעון אחר שגמר ימי שכירותו הציע לראובן שישכיר הבית ללוי, וכך עשה. ולוי נתן רשות לשמעון שישאיר כליו שיהיו על העליה, ובתוך ימי שכירותו של לוי מכר ראובן הבית ליהודה ופתח הדלת של הבית במפתח שהיה לו, והראה ליהודה את הבית ואמר לו שיש לו כלים מונחים על העליה והוא אינו צריך לזה ונותן רשות ליהודה לעשות בהם מה שירצה, ואחר כך לקח יהודה כל הכלים שהיו על העליה גם של שמעון וחילקם לאחרים ואין ידוע כעת מי הם. ועכשיו תובע שמעון שישלמו לו מה שהפסידו לו כליו.

א

תשס"ח/תשס"ט

מביא המבואר בשו"ת תרומת הדשן בנוגע לשומר שהניח לאחר לקחת הפיקדון

בראשית הדברים יש להקדים, דדין לוי הינו כשומר חנם (שהרי לא קיבל שכר על שמירתו), וא"כ פטור על גניבה ואבידה (כדתנן בב"מ צג, א), אך לכאורה הי' ניתן לומר שנחשב כפשיעה שחייב עלי' (כמ"ש שם), דכיון שידע שיש לראובן מפתח לדירתו היה לו לשמור הבית שלא יכנסו אחרים.

ולכאורה יש להביא רא' לזה מנידון דומה. דהנה בשו"ת תרומת הדשן (סי' של"ג) הביא מקרה דומה (בפרט זה) לנדו"ד, ותוכן המקרה: ראובן הפקיד אצל שמעון מאתים זהובים מונחים בכד, והלך שמעון והצניע בחדרו במקום רחוק מאד שאין דרך הילוך בנ"א לחפש שם מעות. וימים רבים אח"כ, ברחה תרנגולת אחת של לוי לאותו החדר דרך החלון, ובא לוי ובקש משמעון לפתוח לו חדרו לחפש התרנגולת וכן עשה שמעון, ולוי חיפש אחר התרנגולת בכל הזוויות גם תחת המיטה, ושמעון לא שם ליבו לכד עם הזהובים. ואח"כ ראה שנעלמו הזהובים. וראובן טוען אתה פשעת בשלי שלא סגרת פקדוני בתיבתך, וגם במה שהנחת ללוי לחפש במקום שהי' פקדוני.

אוצר החכמה

ובתרומת הדשן שם דן בנוגע לשני הפרטים – האם ניתן לחייבו ע"כ שלא הניח את הזהובים בתיבה, והאם ניתן לחייבו ע"כ שנתן ללוי לחפש שם. ובתחילה דן בנוגע לכך שלא הניח את הזהובים בתיבה, ומוכיח שאין לומר שנקרא פושע על כך, עיי"ש.

אך בנוגע לפרט השני כותב, דמה שטען ראובן שפשע שמעון שהניח את לוי לחפש בחדרו, נראה דטענתו בהא טענה היא. ולא מבעיא אי לוי מוחזק לגנוב דהיה לו לחוש על גניבתו, (וכמבואר ברי"ף (שבועות מו, ב) וברא"ש שם שבמקרה שמוחזק אדם לגנוב לא נאמר עליו הכלל "אחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקי" ואינו נאמן לומר שהכלים שלו נגד אדם אחר), אלא אפי' אי לוי אינשי בינוני הוא מ"מ נראה דחשיב פשיעה במה שהניח לחפש בחדר בכל הזוויות כדרך שמחפשין אחר תרנגולת שדרכה להיות בורחת ונשמטת תחת המטות והתיבות.

ובהמשך הדברים כתב: "אבל אין נראה להביא ראיה מהא דכתב אשר"י פ' המפקיד גבי שומר שמסר לשומר, שאפילו שומר השני מוחזק לאדם כשר דלא מצי למימר את מהימנת לי בשבועה ולא אידך, משום דאין לו עליו להאמין בשבועה לאדם שאין לו עסק עמו, אלמא אפי' לאדם כשר אין לסמוך עליו בשביל אחרים, דשאני התם שהוא מוסר ממון ליד מי שלא האמינו לו הבעלים ודאי כה"ג מיקרי פשיעה, אבל מה שאינו חושש ומשמר מפני אדם מוחזק בכשרות שלא יגנוב הממון, כה"ג איכא למימר דלא פשיעה היא".

ומבאר הסברא לחילוק זה: "דיש חילוק בין בהיתירא אתי לידיה ובין באיסורא אתי לידיה. דסברא הוא, המוחזק בכשרות לא יחשוב לשלוח ידו בשל אחרים לגנובו, אבל אי אתי לידו בהיתירא וצריך להחזיר, או דפשע ובעי לשלומי יש לחושדו דילמא לא קאי בהימנותיה".

ומסקנת הדברים, דחייב שמעון לשלם הפיקדון משום שלא שמרו כדרך השומרים, שהניח את לוי לחפש במקום הפקדון.

ב

מחלק בין זה לנדו"ד ומוכיח שגם א"א לחייבו מדין "מתוך שאינו יכול לישבע משלם"

ולכאורה יוצא בנדו"ד שניתן לחייב את לוי שפשע שהניח לבעל הדירה ליכנס לביתו, וכן מה שנתן ליהודה ליכנס לביתו ולהוציא הכלים. ואף שסגר הדלת במנעול, אבל כיון שידע שיש ללוי מפתח הרי זה כאילו לא סגר הדלת בעד שמעון.

והנה אף שלוי ויהודה לא גנבו הכלים רק יהודה חילק לצדקה, ולגבי ענין זה נחשב כאונס ולא כפשיעה, מ"מ יש לחייבו על זה משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב (ב"מ לו, ב), והאונס בא מחמת הפשיעה שאילו החליף המנעול לא היה קורה האונס.

אכן נראה שבנדו"ד אין כאן פשיעה, חדא שיתכן שלא היה רשאי להחליף המנעול בדירה שלא ברשות בעל הדירה, וגם יתכן שיש רשות לבעל הבית ליכנס לדירה. וביותר כיון שראובן ידע שיש לבעל הדירה מפתח ואעפ"כ הפקיד הכלים בדירה הרי שלא חשש מבעל הדירה, ולכן אין כאן פשיעה ואין לחייב את לוי.

מיהו לכאורה הי' ניתן לחייבו מטעם אחר. דהנה יש לעיין במקרה שיש ספק בדין, אם ניתן לחייב את השומר כדין פשיעה או שלא. והספק הוא, דהרי הדין הוא (ב"מ צח, א) שאדם שחייב שבועה ואינו יכול לישבע חייב בתשלומין ("מתוך שאינו יכול לישבע משלם"), וכ"ה בשומר (שחייב לישבע שבועת השומרים), וא"כ מכיוון שאין יודעים מה הדין א"כ אין לו לישבע ומחוייב מתוך שאינו יכול לישבע. או שמא י"ל שלא נאמר דין "מתוך" אלא כשאנו יודעים מה היה, אבל כשיודע מה שהיה במציאות אלא שאנו יודעים הדין בזה ישבע שכך היה המעשה אף שאנו יודעים הדין.

והנה בתרומת הדשן שם כתב שאם לא ידוע אם פשע או לא פשע, או שאנו יודעים אם מתה מחמת מלאכה חייב מתוך שאינו יכול לישבע.

והקשה שם ע"ז מדברי התוס' בב"מ (פ, א ד"ה ואי דוכתא) שכתב שא"א לומר (כדעת רש"י שם) שכאשר יש ספק מי פשע שניהם משלמים, שהרי הוא ממון המוטל בספק וההלכה בזה היא שהמוציא מחבירו עליו הראי' (ב"ק מו, א). ולכאורה קשה, מ"מ יתחייבו תרומתו משום שאינם יכולים לישבע שלא פשעו, ואינם יכולים לישבע כיון שספק ולכן שניהם משלמים.

ותירץ בזה, דהתם גבי מנהיג ואוחז לדידהו ליכא ספק, דכל אחד טוען ברי שלא פשעתי ורק לב"ד הוה ספק, ועל זה סברי תוס' ששניהם נשבעים, ודלא כבן ^{ננס} (בשבועות מה, א) דאחד מהם נשבע לשוא ושניהם פטורים וכו' עיי"ש.

ונראה שבעובדא דגמרא שהספק מי פשע ואילו גם להם היה ספק אינם יכולים לישבע ומשלמים שיש ספק בעובדא, אבל בנדו"ד שהעובדא ידועה ויש ספק בדין יכולים לישבע שכך היה העובדא.

ג

דין עוד לפטור מכיוון שלא קיבל עליו שמירה

עוד יש לדון לפטור את לוי לפי מה שכתב הנתיבות המשפט (סימן רצ"א ס"ק ב'): "מעשה בא לפנינו ברעש המלחמה, נתן אחד לחבירו להניח במטמון שיש לו בקרקע בביתו, ואחר כלות הרעש חפר הנפקד הקרקע להוציא שלו וכו', ואח"כ נגנב הפקדון. ופסקינו, שאפילו שבועה אינו חייב, דלא

נעשה שומר כלל, כיון שלא אמר שמור לי, והמקום אינו צריך שמירת בעלים, ולא מוכח מענינו שנתכוון לשמירה, "עכ"ל.

ויסוד סברתו הוא, שאם לא אמר שמור לי לא קיבל עליו שמירה רק שנותן לו רשות להניח ברשותו. אכן כל זה בשאין המקום נחוץ לשמור כמו מטמון שנשמר מעצמו, ובוה כל שלא קיבל לשמור אינו שומר, אבל אם אמר הנח על חמורי, בזה כיון שנחוץ גם שמירה מסתמא כיון בעל החמור לשמור.

אכן יש לומר שרק בהניח במטמון אינו מקבל עליו שמירה כיוון שאינו צריך שמירה, שהרי גם בלא שמירה אין גנב מגיע לשם כיוון שאינו יודע מקום החפץ, אבל בבית שאם לא ישמור הבית יגנב, במקרה זה מקבל עליו לשמור.

אמנם ממה שכתב הנתיות שם (סק"ח) נראה שגם בבית פוטר, דו"ל שם: "ולזה כתב הטור, דהטעם בהא ביתא קמך דלא הוה שומר חנם כיון דהבית מקום המשתמר הוא, א"כ יש לומר שלא היה כוונתו רק שיהיה משתמר מכח הבית שהוא משתמר, משא"כ במנעלים וכו'" עכ"ל.

הן אמת שהש"ך שם (בס"ק ח') כתב שבאומר הנח בביתי נעשה שומר, אבל מספק בודאי אין להוציא ממון וגם שבועת השומרים אין לחייב בספק אם נעשה שומר.

ד

מביא דברי הקצות והנתיבות ששליח לגניבה אינו חייב בשוגג

ועתה נבוא לדון האם ניתן לחייב את ראובן שאמר ליהודה שנותן לו רשות לחלקם, והאם אפשר לחייב את יהודה.

הנה הקצות"ח (סימן כ"ה סק"א) העלה שיש הבדל בין מזיק לגנב, שמזיק בשוגג חייב (שנתרבה בב"ק (כו, ב) מ"פצע תחת פצע" (שמות כא, כה) שאדם מועד לעולם), אבל בגנב לא נתרבה שוגג, ולכן רק מזיד חייב ולא שוגג.

ומביא לכך ראייה מדעת הנמוק"י (ב"ק פ' מרובה) שהאומר לשני, קח לי שור שהוא בבית פלוני שהשור שלי (ובאמת לא הי' השור שלו), ולקח השליח השור, ומת השור, שדעת הנמוק"י ששניהם פטורים - המשלח פטור שאין שליח לדבר עבירה, והשליח פטור משום שהוא שוגג הרי ששוגג פטור על הגניבה.

ומוסיף, שאין לומר שלכן השליח פטור משום שהוא אנוס, ואונס פטור גם במזיק, דאינו נראה שיהיה אונס גמור כיון שיש חזקה כל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי שלו, וא"כ לא היה לו לשליח

ליקח חפץ מבית בעלים. ומביא שדעת התוס' (שם עט, א ד"ה נתנו) שהמשלח חייב, שכל שהשליח שוגג יש שליח לדבר עבירה וחייב המשלח. עד כאן תוכן דברי הקצוה"ח.

ומעתה בנדו"ד בהשאלה, יש לדון מה שחילק יהודה את הכלים לאחרים אם נגדירו כגנב בשוגג או מזיק בשוגג, ואם נגדירו כמזיק יש לדון אם יהודה נחשב כשוגג או כאנוס.

אחרי החכמה 14/08/2018

והנה הנתיבות (בסימן כ"ה סק"א) כתב על דברי הקצוה"ח, וז"ל: "ותמוהין דבריו מאד, דאדרבה להיפוך כתב שם הנ"י בשם האחרונים, דס"ל אין שליח לדבר עבירה, דהשליח חייב. רק שהש"ך מסיק בסימן שמ"ח, דאף השליח פטור כשלא ידע.

ומ"מ נראה, דשאני התם דמיירי שהשור נאנס ביד השליח וכו' ובאונסים ודאי דאין יכולים לחייבו מדין מזיק רק מטעם גזלן, ובודאי דלא נעשה גזלן להתחייב באונסים כשלא נתכוין לגזולו כלל, דהא לא נתכוין לקנותו לגזילה. אבל כשנתנו לגנב, ואילו לא היה לא היה הגנב נוטלו מעצמו כגון שקאי בתרי עברי דנהרא, ומחמת גרמת הנתינה אי אפשר להחזיר השור, חייב מטעם גורם להזיק, דמזיק אפילו שוגג חייב, כמו במראה דינר לשולחני. דמה לי אם זרקו לים או מסרו לגנב כשאי אפשר להוציא מתחת ידו, ואין לך מזיק גדול מזה, וזה ברור מאד", עכ"ל הנתיבות.

ולכאורה אין נפק"מ בין הקצוה"ח להנתיבות, דלשניהם פטור השליח שהיה שוגג וגנב ונאנס, אלא שלדעת הקצות טעם הפטור משום שאין חיוב גנב על שוגג, ולדעת הנתיבות טעם הפטור משום שלא נתכוין לקנות לעצמו, ולכן אין לו קנייני גזילה.

והנה לדעת הנתיבות יוצא שגם בזמן שהשליח לגנוב היה מזיד, מ"מ לא קנה קנייני גזילה וממילא אין חיוב השבה, והרי זה כגזילת קרקע. ולכאורה קשה ממה שאמרו בגמ' ב"ק (צח, א): "אמר רבה, הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור. מאי טעמא, אמר הא מנח קמך, אי בעית שקליה. והני מיילי בצלולין דקא חזי ליה, אבל עכורין¹ דלא קחזי ליה לא. והני מיילי דאדייה אדויי, אבל שקליה בידיה מיגזל גזליה השבה בעי מיעבד²".

וחזינן מגמ' זו שגם אם לוקח דבר של אדם אחר לא לעצמו אלא לזורקו לים נעשה גזלן וחייב בהשבה ואינו כגזילת קרקע, וא"כ גם בגונב בשביל אחר יעשה הוא עצמו הגנב ויתחייב בהשבה וכל שחייב בהשבה חייב באונסין, וא"כ למה באמת השליח פטור. ואף שהשליח שוגג, מ"מ להנתיבות שגם גנב בשוגג הוא גנב, צריך לכאורה להתחייב, וצ"ע.

1. עכורים וצלולים לאו דוקא, אלא אפי' עכורין אי מצי בר אמורא למשקלינהו הוו כצלולין, ואפי' צלולין אי לא מצי למשקלינהו חייב. והא דנקט צלולין ועכורין משום דסתם צלולין מצי שקיל להו בר אמורא, וסתם עכורין לא מצי שקיל בר אמורא – כ"כ בתוס' שם (ד"ה עכורין).

2. והנה להלכה נפסק (בסי' שפ"ו ס"א) שגם בזורק מטבע של חבירו לתוך מים צלולים חייב מדינא דגרמי, ומזה יש להוכיח שבעכורים חייב גם למאן דלא דאין דינא דגרמי (ראה ב"ק צח, ב ובכ"מ) משום שזה כמזיק גוף המטבע.

וכן יש לעיין, דמלשון הנתיבות נראה שבאם מסר השליח לגנב או זרקו לים חייב משום גרמי, ולפי מה שמוכח מגמ' שהבאנו נראה שכל שאינו יכול להחזירו אפילו על ידי בר אמוראה חיובו משום מזיק בידים ולא משום גרמי. זולת אם הנתיבות יסבור שכל שיודעים הגנב שהשליח מסר לו הרי זה כמים צלולים שיש אפשרות להוציא מידו על ידי הוצאות, ולכן חיובו רק משום גרמי ולא מדין מזיק. תתקכ"ח/14/08/2018

ה

מבאר דבנדו"ד יש לומר שנחשב כמזיק באונס ואזי פטור לשיטת התוס'

ומעתה בנידון דידן שיהודה מסר כלים של שמעון לאחרים, הנה אם נגדיר ליהודה כמזיק, שזה שמוסר לאחרים זהו היזק (כזורק לים שמימיו עכורים ואין בר אמוראה יכול להוציאם) נמצא שחייב, דהרי במזיק חייב שוגג כמזיד, זולת אם נגדירו כאונס ואזי פטור גם מחיובי מזיק – עכ"פ לדעת התוס' (ב"ק כז, ב ד"ה ושמואל אמר) שאונס גמור פטור במזיק. (ולדעת הרמב"ן ראה לקמן).

והנה אף שהבאנו מהקצה"ח, שראובן שאמר לשמעון קח חפץ שלי המונח בחצר של לוי, ולקח, והאמת שהחפץ של לוי – ששמעון שוגג ולא אנוס, מאחר שיש חזקה שכל מה שמונח תחת ידו של אדם הרי הוא שלו. ולפי"ז יש לדון בנדו"ד אם נאמר שיהודה שוגג, או אפשר שכיון שאמר לו ראובן, שהוא בעל הבית לקחת הכלים ממילא נחשב יהודה כאנוס.

ואף שראובן השכיר הבית, מ"מ לא נדון בזה חזקה שכל מה שמונח בבית שהוא של השוכר ולא של המשכיר, שהרי הדרך שגם המשכיר מחזיק חפצים בבית שהשכירו, והרי האמת שגם כלים של ראובן היו בעליה, ולכן בטלה חזקה שהכלים של השוכר, וממילא יש מקום לומר שנחשב יהודה כאנוס.

והנה בתשובת רע"א (סימן קל"ג) דן במשכיר בית לשוכר, והשוכר לא שילם דמי השכירות, ומת, והשאר מטלטלים, ויש על השוכר חיוב לשלם לאשתו כתובה. והרע"א דן לומר שהמשכיר נחשב כתופס המטלטלים כיון שהמשכיר קונה בחצר שהשכיר ולכן נחשב מוחזק.

אמנם נראה לענ"ד, שאין דברי הרע"א אלא בענין תפיסה שאין יסודה בהוכחה אלא בהלכות מוחזק, ומוחזק נחשב מי שהחצר קונה עבורו. אבל בנידון דידן שאנו דנים בהוכחה, וזה בנוי על חזקה שכל מה שנמצא תחת ידו של אדם או בחצירו הרי זה שלו, בזה צריך לדון בדרך העולם, דאם המשכיר משאיר חפציו בבית שהשכיר שוב יש להחשיב את יהודה כאנוס, ובפרט כלים שבעליה שרגילים הבעלים להשאיר כליו. וצ"ע.

ו

מביא שלדעת הרמב"ן משמע יותר שחייב יהודה אך ההלכה כדעת התוס'

[מקור]

והנה בתוס' שם הביאו ראי' מדברי הירושלמי (ב"ק פ"ב ה"ח), שאומר שאם ישן על יד כלים ושרם חייב, אבל אם ישן והביאו כלים אצלו ושרם פטור דהם גרמו לו, וכן אם ישן והלך חבירו וישן על ידו והזיקו זה את זה הראשון פטור והאחרון חייב.

והרמב"ן (בב"ק שם) נחלק על התוס' וסובר שמזיק באונס חייב אף באונס גמור. ובסוף פ' האומנים (פב, ב ד"ה ואתא) מביא ראיית התוס' וכותב לדחותה, וז"ל: "דהתם (בישן והביאו כלים אצלו) משום דשני פשע בעצמו, וכן מה שאמרו (שם לא, א) ב'אם היה בעל קורה ראשון ובעל הבית אחרון', וכן מה שאמרו (שם כז, ב) 'אין דרכם של בני אדם להתבונן בדרכים', כולם כשאם אדם המזיק משום פשיעת ניזק פטור אותו וכו'", עכ"ל.

ועפ"ז יש לעיין מה הדין בראובן שהניח כלים של שמעון אצל לוי הישן, ושרם לוי, אם לוי חייב כיון שלא פשע בעל הכלים, או כל שהניזק נגרם בגלל אחר אין המזיק חייב, ובנדו"ד הניזק נעשה בפשיעת ראובן, ויש לדון אם זה פוטר ליהודה לדעת הרמב"ן.

והנה להלכה פסק הרמ"א (סי' שע"ח ס"ב) בדעת התוס' שאונס גמור פטור. וגם בדעת השו"ע משמע מביאור הגר"א (שם אות י) שפסק כהתוס'.

ולענ"ד יש לעיין לדעת הרמב"ן למה דקיימ"ל יש אומד לניזקין וכמו שפסק הרמב"ם (בפ"א מהל' חובל ומזיק הי"ח) וכ"ה בשו"ע (סימן ת"ב סכ"ח), וקשה, אם גם באונס גמור חייב, א"כ למה בהכרח הכאה שאין בה להזיק והזיק פטור, הא אונס חייב.

וצריך לחלק בין אם האונס היא במזיק, ובין אם האונס בניזק. אכן בעלה בסולם ונשמטה שליבה בריאה שפטור כתב השו"ע הטעם שזה מכה בידי שמים, ועל זה כתב בביאור הגר"א שזה אונס גמור, ולולא דבריו יש לומר שמכה בידי שמים הוא פטור אחר וגם הרמב"ן מודה שפטור, וכמו בהכרח באין בו כדי להזיק. אכן לפי מה שכתבנו שכל שהאונס במזיק חייב א"כ גם בנשברה השליבה צריך להיות חייב.

היוצא מדברינו, שלדעת התוס' פטור יהודה ולדעת הרמב"ן נוטה לחייב. והרמ"א (וכן השו"ע לפמ"ש הגר"א) פוסק כדעת התוס'.

ז

שקו"ט באם חייב המשלח בדיני שמים במזיד ובשוגג

ואכתי יש לעיין, באם ראובן היה אומר בלשון זה קח כל הכלים וחלק לאחרים, שאזי אמר לו בפירוש לקחת (ג"כ) חפציו של השני ללא רשותו - האם ניתן לחייב את אחד משניהם, את ראובן על השליחות, או את שמעון על מעשה הגניבה.

והנה לדעת הנמוק"י (שהובאה לעיל) שאין שליח לדבר עבירה אפילו כשהשליח היה שוגג, נמצא שפטור ראובן. ונראה דאף לא ניתן לחייבו בדיני שמים, שהרי דעת התוס' (ב"ק נו, א ד"ה אלא) שהשולח שליח לדבר עבירה פטור מדיני שמים, ולכן רק שובר עדים להעיד שקר חייב בדיני שמים אבל לא אומר. ומטעם זה השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן חייב בדיני שמים, אבל שלח ביד פקח הפקח חייב והמשלח פטור. וכן פסק הרמ"א (חו"מ סימן ל"ב ס"ב), וכן נראה ממה שפסק הרמב"ם (פ"ב מהל' רוצח ה"ב), ועיין שם במל"מ. א"כ גם בנידון דידן פטור ראובן.

וגם לדעת הש"ך (סי' ל"ב סק"ג) שחולק על תוס' וסובר שגם באומר לעדים להעיד שקר חייב האומר בדיני שמים, מ"מ מודה הש"ך בשולח בעירה ביד פקח שהמשלח פטור גם מדיני שמים, וטעם הדבר שכיון שהשליח חייב א"כ כבר נשתלם נזקו ואין חיוב על המשלח. ונראה שכל שיכול לתובעו אף שלא תבעו לשליח אין המשלח חייב כיון, שביד הניזק לתבוע מהשליח, וא"כ בנידון דידן אם יהודה חייב בדין ממילא ראובן פטור מדיני שמים, אבל אם יהודה פטור מהדין חייב ראובן בדיני שמים.

ויש לדון אם ראובן היה אנוס האם פטור מדיני שמים, ומסתבר שאינו חייב בדיני שמים שכמו שאנוס פטור מדיני אדם כשהזיק בעצמו כך אנוס פטור כשהזיק על ידי שליח גם בדיני שמים, כיוון שיסוד חיוב בדיני שמים כששלח שליח היינו שבדיני שמים יש חיוב על מעשי עבירה של השליח, וא"כ לא חמיר מהעושה בידים לענין לחייבו בדיני אדם.

אכן אם השליח היה אנוס ופטור, בזה יש לחייב למשלח לדעת הש"ך (שהרי סובר שאם השליח נפטר אזי החיוב על המשלח בדיני שמים). אכן יש לומר, שאין דין חיוב בידי שמים רק בשוכר עידי שקר במזיד, אבל כל ששכר בשוגג יתכן שלא אמרו בדיני שמים אדם מועד לעולם, ואין חיוב אלא על המזיד ולא השוגג.

ויש להוכיח שאין בשוגג דין חיוב בשמים, דהנה במשנה ב"ק (צב, א): "אע"פ שהוא נותן לו אין נמחל לו עד שיבקש ממנו, שנאמר (בראשית כ, ז) 'ועתה השב אשת האיש כי נביא ויתפלל בעדך וחי'", ובגמ' שם מקשי': "דאשת נביא בעי אהדורי, אשת אחר לא בעי אהדורי? אמר ר' שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן, 'השב אשת האיש' מכל מקום, ודקא אמרת (שם, ד) 'הגוי גם צדיק תהרוג, הלא הוא אמר לי אחותי היא והיא גם היא אמרה אחי הוא', נביא הוא, וכבר לימד, אכסנאי שבא לעיר על

עסקי אכילה ושתייה שואלין אותו או על עסקי אשתו שואלין אותו, אשתך היא או אחותך היא. מכאן לבן נח שנהרג שהיה לו ללמוד ולא למד". ע"כ.

הרי נתבאר כאן שרק בן נח שהיה לו ללמוד ונחשב כמזיד הוא צריך לבקש מחילה, אבל בשוגג גמור אין צריך לבקש מחילה, ולפי"ז מה שהמשנה אמרה "אע"פ שנתן לו אינו נמחל לו" היינו שחבל בו במזיד, אבל חבל בשוגג אינו צריך לבקש ממנו מחילה. ולפי"ז יש לומר שגם בשוגג המשלח אינו חייב לשלם בדיני שמים, וצ"ע בזה.

ח

מחדש שגם לדעת התוס' אין המשלח חייב בדיני שמים אם שניהם היו שוגגים

וכל זה לדעת הנמוק"י הסובר שאין שליח לדבר עבירה גם בשליח שוגג, אבל לדעת התוס' הסוברים שיש שליח לדבר עבירה בשוגג יש לדון שיתחייב ראובן המשלח מדין שלוחו כמותו, והרי זה כאילו ראובן הזיק וחייב.

אכן כבר הארכתי במקום אחר, שיש לומר שהתוס' לא כתבו כן אלא בשהיה המשלח מזיד והשליח שוגג, ובאופן זה נחשב השליח כאינו בר חיובא שהדין הוא שנעשה שליח לדבר עבירה, אבל כששניהם שוגגים המשלח והשליח הרי אתה בא לחייב המשלח על השוגג, ובעבירת שוגג הרי אין שליח לדבר עבירה שהרי השליח בר חיובא בעבירה זו.

ובזה ישבנו קושית הקצה"ח שהקשה מהדין שהוסיף לו רצועה אחת הרי זה גולה (ב"ק לב, ב), והקשה למה השליח המכה גולה הרי הדין אומר לו הכה, ויעשה השליח שלוחו כיון שהשליח שוגג. ולפי מה שכתבנו מיושב שכל ששניהם שוגגין המשלח והשליח הרי השליח נחשב בר חיובא שהרי בשוגג חייבין גלות.

מיהו לכאורה יש להוכיח ממה שכתבו תוס' קידושין (מב, ב ד"ה אמאי), שהקשו שם למה אמרו שבמעילה נתחדש יש שליח עבירה, תיפוק ליה שבמעילה יש שליח כיון שהשליח מזיד ע"כ. דלכאורה מוכח מהתוס' שגם כשהיו המשלח והשליח שניהם שוגגין ג"כ יש שליח לדבר עבירה.

ונראה לומר, שהתוס' בקידושין לא הזכירו הטעם שבשוגג יש שליח לדבר עבירה משום שבשוגג אינו בר חיובא כמו שכתבו בתוס' ב"מ (י, א אשה), אלא כתבו טעם אחד למה בשוגג יש שליח משום שלא שייך דברי הרב ודברי התלמיד מי שומעין, ולסברא זו גם בשניהם שוגגין יש שליח לדבר עבירה. אבל להלכה לא קיי"ל כסברא זו, וכמו שכתב הש"ך.

ט

מוכיח שגם אם השליח הי' אנוס והמשלח שוגג פטור המשלח

אכן אם השליח היה אנוס והמשלח שוגג, בזה יש לדון שיהיה שליח לדבר עבירה, כיון שהשליח אינו בר חיובא לענין תשלומים, וממילא יש שליח לדבר עבירה. אכן לדעת הנמוק"י הסובר שגם בשליח שוגג אין שליח לדבר עבירה, נראה שגם בשלח שליח להזיק והשליח עשה המעשה באנוס גמור מ"מ לא יהיה שליח. ואף שיש לומר שמודה הנמוק"י בשליח אנוס שאינו בר חיובא, מ"מ נראה שלגבי איסור מזיק אינו נחשב אנוס מה שסמך על הבעל הבית שאמר לו שהחפץ שלו, ולא עדיף משני עדים שהעידו על הברש שאינו חלב ואכל על פיהם שחייב בקרבן.

אברהם

וכמפורש במשנה פ' האשה רבה (יבמות פז, ב) בעדים שהעידו לאשה שמת בעלה ונשאת וחזר בעלה שחייבת, הרי שאינה נחשבת אנוסה, וא"כ כ"ש מה שסמך יהודה על דברי ראובן שאינו נחשב אנוס.

ובטעם הדבר נראה לבאר, שאין אנוס פוטר מקרבן אלא רק באופן שלא ניתן לדעת הדבר, כמו ברואה מחמת תשמיש שלא בשעת ווסתה, וכמו ששחט הפסח בשבת ונודע אחר כך שהיה טריפה בבני מעיים, שבאופנים אלו לא ניתן לדעת הדבר בשום דרך, אבל הנשאת על פי עדים הרי היתה לה דרך לברר יותר והי' מתגלה שבעלה חי, ולפי"ז יהודה אינו נחשב בר חיובא.

אכן נראה שכל זה להתלמד במקום אחר, אבל בנדו"ד לא אמר ראובן ליהודה שיחלק הכלים, אלא נתן לו רשות לחלק הכלים המונחים על העליה, ולא ציווהו בכך, והרי האומר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום דעת הרמב"ן שהביא הר"ן (גיטין לב, ב בדפי הר"ן) שאינו לשון שליחות, ומ"מ מועיל בתרומה רק מדין זכיה שכיון שגילה דעתו שרוצה שיתרמו לו תרומה שוב נעשה זכות, וא"כ נתינת רשות אינה לשון שליחות, ומסתבר שנתנת רשות אינה הוכחה שהדבר זכות לו אלא שלא איכפת לו ואינה זכות.

ונראה שגם לדעת הר"ן החולק על הרמב"ן וסובר שכל הרוצה לתרום יתרום הוא לשון שליחות, מ"מ כל זה באמר יתרום, אבל כל שאמר לו בלשון אתה יכול לחלק כלים אין כאן בקשה וציווי לחלק אלא נתינת רשות, ואפילו כל הרוצה לחלק יחלק היה נחשב לשון שליחות אבל כל שאמר אתה יכול לחלק אינו לשון שליחות. ונראה שבמקום שמגלה דעתו והדבר זכות מ"מ בזה ודאי לא נאמר יש שליח לדבר עבירה.

ומכל מה שנתבאר נראה שאין לחייב על כלי שמעון לא את יהודה ולא את ראובן ולא את לוי, ובידי שמים גם כן אין לחייבם.

