

בענין שליחות לדבר עבירה כשהשליח שוגג

א. בקצה"ח סימן שמ"ח, הקשה על שיטת התוס' ב"מ י, בדין שליח לדבר עבירה בשוגג, שהשולח שליח לדבר עבירה והיה השליח שוגג, יש שליח לדבר עבירה שכל שהשליח שוגג הרי זה כחצר שנעשה שליח לדבר, כיוון שאין השליח בר חיובא כך שוגג אינו בר חיובא, וכן למ"ד שחצר נעשה שליח לדבר עבירה כיון שבע"כ עושה, כך שליח שוגג ג"כ עושה בע"כ. על זה הקשה הקצה"ח ממה שנאמר בב"ק: "מתלב רבא הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה. אמר רב שימי מנהרדעא דטעי במינינא. טפח ליה רבה בסנדלא אמר ליה אטו הוא מונה והתניא גדול שבדיינים קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו אלא אמר רב שימי דטעי דיינא גופא" ע"ש ואי נימא דהיכא דהשליח לא ידע, שלוחו כמותו אפילו לדבר עבירה, א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיוון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא המשלח, ואע"ג דהמשלח נמי לא ידע וכדמוכח בתוס' קידושין שהקשה למה לי קרא גבי מעילה דמשלח מעל, תיפוק ליה דשליח לא ידע ע"ש. ואע"ג דהתם המשלח נמי לא ידע וא"כ בשליח ב"ד יגלה המשלח, אלא ודאי אפילו בשוגג אין שליח לדבר עבירה וכו' וזה ראייה בתורה עכ"ל.

ב. ובנוב"ק אהע"ז סימן ע"ה ד"ה "ואף", כתב וז"ל: "אך לגוף הדין כבר הכריע הש"ך בחו"מ סימן שמ"ח ודבריו כראוי מוצקים [שגם בשליח שוגג, אין שליח לדבר עבירה] ואני אוסיף ראייה גדולה דהנה בקדושין דף מ"ג אמר רבא את"ל סבר שמאי שני כתובים הבאים כאחד מלמדים [שיש שליח לדבר עבירה] והא ההוא לא דרש, מודה באומר לשליח צא ואכול חלב ובעול הערוה שהוא חייב ומשלחו פטור, שלא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב. והנה כמה דחוקים הוצרך רבא להקדים בדרך את"ל וכו' וגם אם יהבינא כל את"ל משכוני נפשיא אדשמאי, למה יקח דרך מרווח לפניו לומר חידוש דין זה אליבא דהלכתא, באומר לחבירו אכול חלב זה והיו סבורים שהוא שומן דבזה לא שייך שליח לדבר עבירה, כיון דלא ידע שהוא עבירה ואכל, שהאוכל חייב חטאת ושלוחו פטור שלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב אלא ודאי דאפילו בלא ידע שהוא עבירה גם כן אין שליח לדבר עבירה" עכ"ל.

ג. עוד מקשים על תוס' בטורי אבן חגיגה ד"ה "וכן", ממה שהקשו בב"ק נ"א, א אמר בור של שני שותפים היכי משכחת לה? אי דשוו שליח תרויהו ואמרי ליה זיל כרי לן ואזל כרה להו אין שליח לדבר עבירה. ואם כהתוס' שבשוגג יש שליח לדבר עבירה, אפשר לאוקמי שהיה השליח שוגג ולכן הבור הוא של שני שותפין, כגון שלא ידע שהוא רשות הרבים כסבור רשותו. אי נמי כסבור בענין שהוא רשאי לחפור את הבור בגווי דליכא עבירה כדאמרינן בההוא פירקא דאיכא כמה גוונא דרשאי לחפור בור אי נמי שטעה ולא ידע שאסור לחפור בור ברה"ר אלא ש"מ דאפילו היכא דהשליח שוגג נמי אמרינן אין שליח לדבר עבירה.

ד. עוד יש להקשות על מה ששנינו ריש שבת, "פשט בעל הבית את ידו לחוץ ונתן לתוך ידו של עני בעל-הבית חייב, ועני פטור". וקשה, הרי העני ביקש צדקה

מבעל הבית, וכמו שכתב הרע"ב במשנה, וא"כ מהבעל הבית שנתן לעני, שלוחו של עני הוא ויתחייב העני ויפטר הבעל הבית, והרי המשנה מדברת מחיוב חטאת וא"כ מדובר בשוגג ונאמר יש שליח לדבר עבירה, ואף שבעל הבית לא כיון להיות שליח מ"מ כל שעושה על פי בקשת השני שליח הוא, וכמו צא הרוג הנפש שנחשב שלוחו משום שעושה בקשת המבקש כך הבעל הבית עושה בקשת העני.

ה. ולענ"ד נראה ליישב, שהנה הסברה שבשוגג יש שליח לדבר עבירה, כתבו התוס' ב"מ שבשוגג אין השליח בר חיובא. ונראה שסברה זו שייך רק אם המשלח מזיד הוא והשליח שוגג. בזה אנו אומרים יש שליח שהרי אין השליח בר חיובא שהרי אינו עובר במזיד ולכן האומר לשלוחו צא הרוג הנפש והשליח שוגג והמשלח מזיד חייב המשלח מיתה, שהרי השליח אינו בר חיובא שאינו חייב מיתה בשוגג, אבל אם היה המשלח שוגג איך נחייב למשלח גלות והרי אין שליח לדבר עבירה. ולענין עונש גלות השליח בר חיובא שהרי הורג נפש בשוגג חייב בגלות. ומה שהוכיח הקצה"ח שהבאנו באות א' מהתוס' קידושין מ"ב ב', שהקשו שם למה צריך חידוש במעילה שיש שליח לדבר עבירה, תיפוק ליה שהשליח שוגג ובשוגג יש שליח לדבר עבירה ומוכח מדבריהם שגם במשלח שוגג והשליח שוגג יש שליח לדבר עבירה, לענ"ד יש ליישב שהנה יש לעיין למה לא הקשו התוס' קושיא זו ממעילה בב"מ י. ששם חדשו שליח לדבר עבירה בשוגג, וכן בתוס' קידושין לא הזכירו כלל הסברה שכתבו התוס' במס' ב"מ שלכן בשוגג יש שליח לדבר עבירה משום שהשליח אינו בר חיובא אלא הזכירו סברה אחרת למה יש שליח לדבר עבירה בשוגג, משום שלא שייך הסברה של דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כיוון שהשליח בשוגג ולא ידע מה שהרב אומר. ולסברה זו, גם אם המשלח שגג נמי יש שליח לדבר עבירה, ולכן מובן מה שהקשו על זה למה צריך חידוש במעילה. והרי במעילה השליח שוגג, אבל בתוס' ב"מ שכתבו הסברה שיש שליח לדבר עבירה בשוגג, משום שאין השליח בר חיובא לא קשה ממעילה, שהרי במעילה החיוב על השוגג קרוב מעילה.

והנה לפי האמת יש לומר שאין הלכה כסברה זו שדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וכמו שכתב הש"ך בסימן שמ"ח שסברה זו לא קיימא במסקנה, ומה שבגמרא לא הקשו על סברה זו קושית הקצה"ח, למה שליח ב"ד גולה ולא הדיין, יש לומר שיש לתרץ שהשליח לא טעה אלא הוסיף לו רצועה אחת, אלא ששגג ולא ידע שימות וסובר כמ"ד ששוגג קרוב למזיד חייב בגלות.

ו. כתב הרמב"ם בפ"ז ממעילה ה"א: "מי ששגג ולקח הקדש או מעות הקדש ונתנו לשליח להוציאו בתורת חולין, אם עשה השליח שליחותו, המשלח הוא שמעל וכו'. 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 ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר" עכ"ל ונראה שיש ללמוד מדברי הרמב"ם שזה שאין שליח לדבר עבירה, היינו שלא חל חלות שליחות על השליח, שאם נאמר שגם לדבר עבירה חל חלות שליחות אלא שאין מענישים לעובר עבירה על ידי שליח, קשה מה סברה יש בזה שאם נתערב עוד איסור שוב אין מענישים גם על עבירות מעילה, אלא על כרחך שבטל חלות שליחות וכל שיש עבירה ולכן אם השליחות בטלה מחמת איסור אחר, שוב אינו שליח כלל ואינו חייב גם על מעילה,

ומעתה קשה מה שהעלינו שאם היה השליח שוגג, יש שליח לדבר עבירה לחייב את המשלח על עבירת מזיד משום שהשליח אינו בר חיובא, וקשה כיון שלגבי עבירת שוגג בטלה השליחות נמצא שאין חלות שליחות ולא יתחייב גם על עבירת מזיד.

ז. ויש לתרץ בשתי דרכים. דרך אחד שעד כאן לא אמרו שאם נתערב איסור שמחמתה בטלה חלות שליחות, היינו רק כששתי העבירות הם עבירות גם למשלח וגם לשליח. אבל השולח שליח לעבור עבירה והמשלח מזיד והשליח שוגג, בזה כלפי עבירות מזיד אין השליח בר חיובא וכלפי עבירת שוגג אין למשלח עבירה זו שיתחייב עליה גלות או קרבן ולכן יש שליח לדבר עבירה וחל חלות שליחות שעבודת השליח אינה מעכבת השליחות וכמו שהעלה רע"א בתשובה סימן קצ"ז בעבירת לפני עיוור או בעבירת לא תלקט לעני שאינה מבטלת השליחות כיון שאין עבירה למשלח, ולכן חלה השליחות וחייב המשלח ופטור השולח. עוד יש לומר שכל שיש עונש על השגגה כמו רציחה שחייבין בשוגג גלות או עבירה שחייבים עליה חטאת בשוגג, נחשב השליח בר חיובא וחייב השליח ופטור המשלח, שעבירות שוגג ג"כ גורמת שלא יחול השליחות אבל עבירה שאין חייבין על שגגתה, בזה אין עבירה כלל בשגגתו ולכן חייב המשלח שהשליח אינו בר חיובא כלל.

ח. ולפי זה, הדרך השניה, יש ליישב קושית הנוב"י שבאות ב' שהקשה למה לא אמר רבא האומר לשלוחו צא אכול חלב ובעול הערוה, שהשליח חייב אם היה שוגג והמשלח פטור, שלא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב, ולפי הדרך השניה מיושב, כיוון שבאכילת חלב ובעילת ערוה יש קרבן על שגגתם, שוב אין שליח לדבר עבירה ובטלה שליחות ואין המשלח חייב, גם לא מחמת הסברה שזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן. וגם לדרך הראשונה, יש ליישב שמדובר באומר לשליח צא אכול חלב, והיה המשלח שוגג והשליח שוגג, שאם המשלח מזיד והחידוש של רבא שאין המשלח חייב מלקות, קשה שגם בלי סברה זו שזה נהנה וזה מתחייב לא יתכן שילקו למשלח, שזו התראת ספק אולי לא יעשה השליח שליחותו, וכמו שכתב הנוב"י בעצמו, ולכן מהאי טעמא הכרח שהמשלח גם כן היה שוגג ולענין חטאת קאמר, וממילא מיושב שבזה אין שליח לדבר עבירה, ומה שלשמאי הזקן חייב מיתה ואינו נפטר מחמת התראת ספק, הנוב"י שם פירש שרק בדוד שצוה ליואב ויואב בודאי ישמע לו ולכן נחשב התראת ודאי. ולענין דקשה, שהרי לא היה התראה אצל דוד וכוונת הגמ' שחייב בדיני אדם יש לומר שהכוונה שחייב לענין גואל הדם, ולכן יש לומר שלכן נקט שמאי הזקן צא הרוג הנפש ולא נקט סתם האומר לשלוחו לעבור עבירה, משום שרק ברציחה ניתן לחייבו מדין גואל הדם ואין צריך התראה, אבל בעבירות אחרות שצריך התראה לא משכחת לה שיתחייב בעונש. אכן אין הכרח שיתכן שנקט צא הרוג הנפש שהפסוק מדבר מזה.

ט. ועתה נבוא לתרץ קושיות הטורי אבן שהבאנו באות ג'. מה מקשה הגמ' איך משכחת לה בור של שני שותפין, נוקמי שעשו שליח שהיה שוגג. ולפי דרכנו יש לתרץ: שהנה רש"י פירש שם בב"ק במה שאמרו שעל ידי שליח אין שליח לדבר עבירה. פירש רש"י שהעבירה היא שאסור לקלקל רשות הרבים והנה המקלקל רשות הרבים חייב לשלם לרבים מדין אדם המזיק, וקיימא לן שבאדם

המזיק, אדם מועד לעולם, וכל שיש עבירה על השוגג שוב אומרים אין שליח לדבר עבירה, וכיון שלא חל השליחות על ההיזק של רשות, שוב אין הבור שלהם ואינם חייבין על נזקי הבור. וגם לפי הדרך הראשונה שכתבנו באות ו', שבשליח שוגג, השליחות חלה לענין מזיד ולא להתחייב המשלח כמזיד, אבל לא חלה השליחות לענין חיובי שוגג, מ"מ בשליח שוגג לחפור בור שחייב על השוגג כמזיד לענין קלקול רשות הרבים, בזה מתבטלת השליחות מכל, שהרי אין הבדל בין שוגג למזיד לענין עונש מזיק ומתבטלת השליחות וממילא גם לענין חיובי היזק של הבור חייב השליח ולא המשלח.

י. מטעם זה יש לומר הסבר למה הזכיר רש"י ב"ק שם שעבירת חפירת הבור הינו קלקול רשות הרבים, ובמל"מ פ"ב מרוצח ה"ב הוכיח מרש"י, זה שאין שליח לדבר עבירה, הוא גם בעבירה דרבנן. וקשה למה לא פירש רש"י שהעבירה היא מה שעושה מזיק, והרי חייב לשלם כשהזיק, וכל שחייב לשלם דינו כעבירה שאין בזה שליחות, וכמו בעבירת עשית בור המזיק, אילו היה השליח שוגג, היה הוא פטור והמשלח חייב, וא"כ משכחת לה בור של שני שותפים שהיה השליח שוגג ולכן המשלחים חייבים. ואף לפי הדרך השניה שכתבנו באות ו', נראה שהיה המשלחים חייבים, שאף שאדם מועד לעולם, אינו אלא באדם המזיק לו ולא בממון המזיק, וא"כ נראה שגם בעשיית המזיק לא נאמר אדם מועד לעולם. אכן מתוס' ב"ק כ"ח ב, ד"ה "והתניא", מוכח שגם בעשית מזיק אומרים אדם מועד לעולם, ורק באונס גמור פטור, אבל לא נתפרש הטעם והרי בממון המזיק לא אתרבי שוגג כמזיד. וצריך לומר כי בעשית המזיק בזה אומרים אדם מועד לעולם, ורק כשהממון מזיק ושמרו הבעלים כשמירת שומר חנם בזה פטור השומר, אבל בעשית 'הממון' המזיק בזה אומרים אדם מועד לעולם, וא"כ נדחה מה שכתבנו בדעת רש"י בדרך השניה. אכן בשיט"מ מק ב"ק שם ד"ה "וז"ל תלמיד הר"פ" נראה שסובר שגם בעשית מזיק לא אתחבי שוגג כמזיד. ע"ש.

יא. אכן יש לומר דרך אחרת ברש"י. שלא פירש שעבירה היא בעשית בור המזיק, שהרי יתכן שהמשלחין אמרו לשלוח לחפור בור והם יכסו את הבור, שבאופן כזה אין כאן עשית מזיק ויש שליח, וחייבים המשלחים לשלם אם לא כיסו הבור. והנה יש לומר שני טעמים למה אין באופן כזה משום שליח לדבר עבירה. טעם אחד כיון שחפר הבור ע"מ לכסותו, אין עבירה בזה וממילא גם אם לא כיסה לבסוף, אין השליחות מתבטלת ודבר זה יתבאר להלן (אות יז). טעם ב' יש לומר שאף אם נאמר שגם באופן כזה יש כאן עבירה, ואין שליחות חלה, מ"מ אין השליח חייב, שהרי זה כמסר בורו לשומר שחייב השומר ולא הבעלים, וכמו שנפסק בחו"מ סימן ת"י ס"ל, המוסר בורו לשומר חייב בנזיקין, וא"כ אם אומר לאחד שיחפור בור עבורם והם ישמרו, לכאורה לא גרע ממסר בורו לשומר שחייבים השומרים. אכן לפי טעם השני שכתבנו, קשה א"כ משכחת לה בור של שני שותפים, באופן כזה שאמרו לו לשליח שיחפור, או אפילו חפר מעצמו בלי שליחות, אבל מסר הבור לשנים לשמור שאז חייבים שניהם. ואולי קשה להגמ' מלשון המשנה: "בור של שני שותפים", נראה שהבור של שנים, ולא שנעשו שומרים. אמנם מסברה יש לומר שלא אמרו שבור שמסרו לשומר חייב השומר, אלא בבור ברשותו של אדם ששייך למנות שומר, ואף שאין שמירה על קרקע, היינו שאין חיובי שמירה על קרקע, דהיינו שאם יגנב או יפשע אינו חייב לשלם,

אבל בודאי שחייב השומר לשמור, כמו כל פועל ששכרו אותו שחייב לעשות המלאכה. אבל כל זה בבור ברשותו, שהוא בעל הבור, אבל בור ברשות הרבים שאינו שלו ולא ניתן למוכרו, או ליתנו במתנה לאחר, גם שומר אין מקום לומר שנעשה שומר על הבור וצ"ע אם יתכן לקבל שמירה על שור של הפקר, ואם יזיק יצטרך לשלם. עוד יש לעיין מה שאמרו בב"ק נ"א ב, "כתנאי המדלה מים מן הבור ובא חבירו ואמר לו הנח לי ואני אדלה מים כיוון שהניחו משתמש פטור ר"א בן יעקב אומר משימסור לו דליו. במה פלגי? ר"א בן יעקב סבר יש ברירה. האי מדידה קא ממלא והאי מדידה קא ממלא". [ולא היה שני שואל על חלקו של ראשון שיהא כולנו מוטל עליו לשומרו, הלכך אם הזיק שניהם חייבים, אבל מסר לו את הדלי נעשה שומר שקיבל עליו לכסותו]. והנה אם מדובר בבור ברה"ר שחפרו שניים, קשה להבין איך יתכן שנאמר יש ברירה וכל המים שייכים לזה שממלא, והרי אין הבור שלהם, ואיך יקנו המים, ואולי יש לומר על פי שאיתא בירושלמי פ"א דמעשרות והביאה ר"ח הלוי בפכ"א ממלוה ולוה הלכה י"א וז"ל: "דהנה בירושלמי פ"א דמעשרות איתא ר' זעירא ר' יוסא בשם ר' אליעזר, הזורע שדה הפקר חייב במעשרות וכן הוא ברמב"ם פ"ב מתרומות הי"א. הרי להדיא, דאע"ג דבירוד לתוך שדה חבירו הוי רק כאריס לפי חלקו, הרי צריך להיות טבל וחולין מעורבין זה בזה, ובע"כ דכל השבח של הזורע" עכ"ל ולפ"ז יש לומר שגם רשות הרבים דינו כהפקר לענין זה, שכל השבח של היורד. תדע שרה"ר כהפקר, שהרי החופר בור ברשות חבירו חייב לשלם לחבירו וחבירו חייב בנזקים של הבור וכמו שפסק הרמ"א בסימן ת"י ס"ד וז"ל: "וכן אם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל החצר, חייב בעל החצר לכסותו, ואם לא כיסה הוי כאלו חפרה בעצמו, והכורה חייב לשלם לו נזקי חצר" עכ"ל ולפי סברה זו יש לומר שהחופר בור ברה"ר ונתמלא מים, המים נידונין כפירות ושוייכים למי שחופר הבור, ואם נאמר כן מובן שלמ"ד יש ברירה שייכים כל המים למי שמשמש בהם וכן היה מתיישב מה שמסר הבור לשומר חייב כיון שמה שהבור משביח שייך לחופר אותו. וגם נאמר שרה"ר נידון לענין זה כהפקר. אכן נראה שבור המתמלא מים, אינו נידון כפירות הצומחים מהארץ, וכמו שחזינן שהמקדיש בור ונתמלאו מים אין מועלים במים, וכתב הרשב"ם ב"ב ע"ט שלכן אין מעילה במים, שאין הקדש קונה את המים בחצר, שאין חצר להקדש. והשתא אם נאמר שמים באים מחמת הבור, כמו פירות שבאין מחמת הקרקע, א"כ יקנה הקדש המים כדרך שקונה פירות, וגם יש מד"א שמועלים בגידולים וע"כ המים אינם נחשבים כנוצרו מחמת הבור, זולת אם נאמר שהחופר בור בשדה הפקר, זכה בשבח החפירה שעשה בקרקע לענין לקנות בבור כאילו שלו וזכה מכת חצר וצ"ע בזה. עכ"פ אם נאמר שאין איסור בזה לחפור בור שישמור המשלת, א"כ לא יתכן לומר שהעבירה היא משום שעושה מזיק. לכן פירש רש"י שהעבירה היא מה שמזיק לרה"ר.

יב. עתה נבוא לקושיה הרביעית שהבאנו באות ד', שאם נאמר שיש שליח לדבר עבירה כשהשליח שוגג, א"כ יתחייב הבעה"ב המוציא מרשות היחיד לרשות הרבים ונותן לתוך ידו של עני, שהרי הבעה"ב שוגג ואלא על כרחך, הוא שליח של העני ויתחייב העני, ולפי מה שכתבנו שלענין חיוב קרבן חטאת, השליח בר חיובא מיושבת הקושיא. אכן אי קשיא הא קשיא: "פשט בעל הבית את ידו לחוץ ונטל העני מתוכה וכו' שניהם פטורים" [שלא עשה שום אחד מהם מלאכה

שלמה אבל אסורים לעשות כן שמא יבואו כל אחד בפני עצמו" רע"ב] וקשה אמאי לא יתחייב העני חטאת, אף שהוא לא עשה כל המלאכה, מ"מ חייב כיון שגמר המלאכה והתחלת המלאכה עשה הבע"הב בשליחותו, א"כ עשה מלאכה שלמה ויתחייב חטאת! וזה קשה גם להחולקין על תוס' וסוברים, ששליח בשוגג לדבר עבירה אין שליח, אכן כל זה בשעשה השליח עבירה אף שיעשהו בשוגג, אבל כל שלא עשה עבירה שלמה אלא רק התחיל העבירה ואין בזה איסור תורה, נאמר יש שליח ואף לדעת הש"ך שפסק כרב סמא, שגם אם השליח אינו בר חיובא אין שליח, אי השליח בעי עבד ואי לא עבד, מ"מ כל זה במעשה עבירה אלא שהוא לא נצטטה בעבירה זו, אבל העושה דבר שאינו עבירה אצל כל אדם, לכו"ע יש שליח לדבר עבירה, ואם כן יתחייב העני, אף שיש עדין איסור דרבנן וכבר הבאנו באות ח' מהמל"מ שגם בעבירה דרבנן אומרים אין שליח לדבר עבירה, אמנם לא נתבאר אם הכוונה לומר שמדברנן הוא דאין שליח לדבר עבירה דרבנן, אבל מן התורה יש שליח, או שכל שיש עבירה דרבנן בטלה השליחות ואינו שליח מן התורה. ואף שממה שהוכיח המל"מ מרש"י ב"ק ששנים העושים שליח לחפור בור אין שליח לדבר עבירה לקלקל רשות הרבים שהיא עבירה דרבנן, וא"כ מוכיח לכאורה שעבירה דרבנן גורמת שלא יהיה שליח מן התורה, שאם מן התורה יש שליחות יתחייבו השולחין. אכן יש לדחות שלא מצינו זה רק בממון שבזה הפקר ב"ד הפקר, וכיון שמדברנן אין שליח ממילא נפטרו המשלחין גם מן התורה וחייב השליח, אבל באיסורים לא שמענו עדין. אכן ממה שכתב הנובי"ק אהע"ז סימן ע"ה ד"ה "ואם" והוכיח מתוס' שהקשו בב"מ, י, ב, ד"ה "באמר לישראל" שהקשו למה כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה שיש שליח, שהשליח אינו בר חיובא, הרי כאן עבירה של "לפני עיוור", וקשה מה קשיא להם, והרי אפשר להעמידו במקום שהכהן עצמו יכול לקדש והרי זה כחד עברי דנהרה שאין איסור "לפני עיוור" מן התורה רק מדברנן אסור, שאסור לסייע ידי עוברי עבירה, ובע"כ שסוברים תוס' שגם באיסור דרבנן אומרים אין שליח לדבר עבירה. לפי"ז גם אנו נאמר שיש ראייה מכאן שאין שליח לדבר עבירה לעבירה דרבנן, גורם שלא תחול השליחות וגם מן התורה אין כאן שליחות, ואין הגרושה צריכה גט הרי שעבירה דרבנן גורם, שתבטל השליחות גם מן התורה.

יג. נראה שקושית התוס' שגם בשליח ישראל שאינו בר חיובא, מ"מ מחמת האיסור "לפני עיוור" לא תבטל השליחות, ובזה מובנת קושית התוס' שגם בשליח ישראל שאינו בר חיובא, מ"מ מחמת האיסור "לפני עיוור" תבטל השליחות וממילא יחולו הקידושין. אבל לפי תירוץ הראשון, שהנ"מ הוא אם לוקה המשלח על מעשי השליח, אבל הקידושין חלין גם אם השליח בר חיובא, א"כ מה קשה לתוס' מאיסור "לפני עיוור", מ"מ באיסור לא ליקח גרושה אין שליח לדבר עבירה, ומזה יש ראייה לסברת הנובי"ק שם, הסובר שגם לתירוץ הראשון השליחות מתבטלת כשיש עבירה, אבל בקידושי גרושה לכהן שאין עבירה בקידושין, בזה לא מתבטלת השליחות, ולכן הקשו מאיסור "לפני עיוור" שזה צריך לגרום לקידושין שיתבטלו, שאף שאין איסור בקידושין מ"מ "לפני עיוור" יש גם בקידושין, שהרי בזה שקידש גרם שיעבור המשלח באיסור כשיבוא על הגרושה, ועובר מיד ב"לפני עיוור" וכמו שהוכיח ה"יד מלאכי" שהמכשיל

עיוור עובר בלאו מיד בשימו המכשול, אף שעדיין לא עבר העיוור ולפניו קושיית התוס' היא גם לתירוץ הראשון שם.

מעתה יוצא לפי מה שפירש הנוב"י שיש כאן רק "לפני עיוור" דרבנן, וגם זה גורם שיתבטלו הקידושין. אמנם צריך טעם איך יתכן שמן התורה מקודשת ומדרבנן אינה מקודשת, והרי בכל מקום שמן התורה מקודשת ומדרבנן אינה מקודשת צריכה גט, כמו שמצינו במקדש בפסולי עדות דרבנן שצריכה גט, וכמו שפסק הרמ"א חו"מ סימן ל"ג ס"א ובאהע"ז סימן מ"ב [אמנם דעת הרי"ף שרבנן הפקיעו לקידושין מניה] יש לומר, לפי מה שפסק הרמב"ם ה"א מנערה בתולה ה"ה, "היתה אנוסה זו אסורה עליו אפילו מחייבי עשה ואפילו שניה לא ישאנה וכו' שנאמר ולא תהיה לאשה אשה הראויה לו" ובמל"מ פ"ב מסוטה ה"ח, ד"ה "ואפילו" כתב על מה שפסק הרמב"ם שם: "ואפילו בא על ארוסתו בבית חמיו שאסור מדברי סופרים ואין המים בודקין את אשתו, שנאמר "ונקה האיש מעון והאשה ההיא תשא עוונה בזמן שהאיש מנוקה מעון אשה נושאת את עוונה" ועל זה כתב המל"מ וז"ל: "דהא אמרינן דאפילו בועל ארוסתו אין המים בודקין, הוא לאחר שאסרו חכמים את הדבר הזה דקרא סתמה כתיב ונקה האיש מעון, כלומר שצריך שהבעל לא יהיה בו שום עון מביאה אסורה, לא שנא מן התורה ולא שנא מדבריהם. וכשבאו חז"ל ואסרו לבעול בלי חופה, נכנס איסור זה בכלל מאי דכתיב ונקה האיש מעון דומה למה שכתב רבינו לעיל פ"א מהלכות נערה דין ה', היתה אנוסה זו אסורה עליו ואפילו שניה וכו' שנאמר ולא תהיה לאשה אישה הראויה לו, הרי דמעטינן מקרא שניה שאין איסורה אלא מדברי סופרים, וטעמא דמלתא, דקרא סתמא כתיב דבעינן שתהא אנוסה זו ראויה אליו וכל שאינה ראויה אליו בין שתהיה מדברי תורה ובין שתהיה מדברי סופרים, שפיר ממעיט מקרא דלא תהיה לאשה" וכו' עכ"ל והמתבאר מדברי המל"מ שכל שכתבה התורה דין בכללות אין איסור דרבנן בכלל, ולכן מקדש בפסולי עדות דרבנן הקדושין חלין משא"כ כשכתבה התורה דין בכללות אין איסור דרבנן בכלל, ולכן מקדש בפסולי עדות דרבנן הקדושין חלין, משא"כ כשכתבה תורה כלל, כמו נקה האיש מעון או אשה הראויה לו גם איסורי דרבנן נתמעטו. ולא מבעי לדעת הרמב"ם הסובר שכל שעובר איסור דרבנן עבר על איסור תורה מלאו דלא תסור, בודאי מובן למה אינו בכלל מנוקה מעון ואין האשה ראויה לו, משא"כ פסולי עדות דרבנן כיוון שמן התורה כשרים. אי"כ נודע לנו האמת שנתקדשה ונמצא שקודש באופן שניתן להתברר, וא"כ אף שחייבין לשמע בקול חכמים ולא להוציא ממון על פי עדים פסולים דרבנן, מ"מ אין מציאות הקידושין מתבטלת בכך. ואפילו לדעת הרמב"ן הסובר שכל איסור דרבנן אינו עובר באיסור תורה, מ"מ נחשב לו עון מן התורה אלא שאינו מצווה בכך, וכמו שנתבאר בשערי יושר שער א', שלדעת הרמב"ן מה שחייבין לקיים דברים מדרבנן, יודעים מסברה ואין על זה ציווי ולכן גם מה שיודעים מסברה אינם נחשבים מנוקים מעון וראויים אליו.

יד. ולפי זה יש לומר שכיון שאין שליח לדבר עבירה. לא מבעי אם מקורו מסברה של דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים, בודאי יש לומר שגם דברים האסורים מדרבנן בכלל הסברה. תדע שהרי הפני"י כתב טעם למה תופס לבעל חוב לא קנה במקום שחב לאחרים, משום שהוא שליח לדבר עבירה, הרי

שגם דברים שאינם עבירה גמורה, בכלל דברי הרב, ולכן גם דברים שחייב אדם לקיים מסברה שיך הסברה של דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. גם אם מקור הדין של אין שליח לדבר עבירה, מקורו מחמת ששני כתובים כאחד אין מלמדים. גם כן מובן שאין ללמוד דבר שאסור מסברה שיהיה בו דין שליחות, שהנה שליחות בכל התורה נלמדת מפסח ותרומה וגיטין וכמו שאמרו ריש האיש מקדש, ועשו בגמ' צריכותא לזה. צריך שיהיה כתוב שליחות בג' מקומות, מעתה אם באנו ללמוד עבירה דרבנן שתהיה שליחות, אין ללמוד מג' המקומות שנאמר בהם שליחות, שאין ללמוד גם מה שאסור מדרבנן מדברים שאין עבירה כלל, ומטעם שכתבנו לעיל, לא מבעי לדעת הרמב"ם שכל דרבנן עוברים בלאו דלא תסור, בודאי אין ללמוד מהג' מקומות שנאמר בהם שליחות, שאין ללמוד גם מה שאסור מדרבנן מדברים שאין עבירה כלל ומטעם שכתבנו לעיל, שלא מבעי לדעת הרמב"ם שכל דבר בן עוברים בלאו דלא תסור בודאי אין ללמוד מהג' מקומות שיש שליחות, וגם אם האיסור אינו אלא דרבנן ומקורו מסברה מ"מ אינו דומה לג' מקומות שיש בהם שליחות ומיילא לא אתרבאי איסורים אף דרבנן שמ"מ נחשב ^{לדבר עבירה} רכה על המה מצינו.

טו. ובעיקר דברי הנוב"י שהעמיד מה שאמרו כהן שאומר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה. שמדובר ב"לפני עיוור" דרבנן, ובאופן שהיה יכול הכהן לקדש בעצמו, קשה ממה שכתב הנוב"י בדגול מרבבה יור"ד סימן קנ"א בד"ה "בשפסקו", שאין איסור לסייע לדבר עבירה אלא כשעובר בשוגג, אבל בעובר במזיד אין איסור מסייע, ^{החכמה 23/08/2018} ומעתה חזרה קושית הנוב"י: מה הקשו התוס' מאיסור לפני עיוור שעובר השליח, נוקמי שהיה יכול לקדש המשלח בעצמו ואין לפני עיוור, וגם נוקמי שהיה המשלח מזיד שאז אין השליח עובר כלל ובע"כ שקושית התוס' מזה שסתמה הגמ' ואמרה שכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה יש שליח לדבר עבירה, ולא הזכירו שזה דווקא בחד עברי דנהרה, אבל בתרי עברי דנהרה אין שליח לדבר עבירה וא"כ נדחית ראית הנוב"י.

אכן גם לדעת הנוב"י שאין שליח לדבר עבירה דרבנן, עדיין קשה מה שהקשינו באות ד' למה אין העני חייב אם לא עשה הוא עצמו עקירה והרי בעל הבית עקר עבורו ונאמר שלוחו של אדם כמותו, אף שעבר בעל הבית עבירה דרבנן וא"כ אין שליח לדבר עבירה, עדיין קשה כיוון שבעל הבית שוגג, ובשוגג יש שליח לדבר עבירה, ואף שגם העני שוגג מ"מ צריך להיות שליח לפי מה שהעלנו לעיל כיוון שהעני שוגג באיסור שבת שחייבין עליו חטאת ואילו בעה"ב שוגג באיסור דרבנן ובזה צריך להיות שליח.

טז. ונראה ליישב לפי מה שכתבו התוס' שהבאנו באות יד, שכהן שאמר לשליח כהן צא וקדש לי אשה גרושה, לדעת רבא שכהן שקידש גרושה אינו לוקה, אם אחר כך בעל הכהן אינו לוקה, כיוון שהקידושין בפני עצמם אינם עבירה, ולכן חל השליחות, אבל אין לוקין כשישלים העבירה, כיוון שחלק מן העבירה נעשה על ידי שליח. ותירוץ השני סובר שגם הקידושין לא חלו, אף שאין עבירה בקידושין מ"מ כיון שחלק מן העבירה, כשישלים כל העבירה, היא גם הקידושין, לכן גם חלק מן העבירה גם דאינו משלים את העבירה אין השליחות חלה, ולפי"ז נראה שגם בעושה שליח לעקור חפץ מרה"י, גם בזה, לתירוץ השני, לא חלה השליחות. ולתירוץ הראשון חלה השליחות, אבל אין עונשים על עבירה זו. אכן

לענין עקירה בשבת, אין נ"מ אם השליחות חלה או לא חלה ויש למצוא באמר לחבירו שיגביה מציאה ברה"ר ותנהו לי בידי כדי להביאו לרה"י, והגביה חבירו המציאה, ובזה יש נ"מ. לתירוץ הראשון קנה המציאה. לתירוץ השני לא קנה. אכן אם אמר לו הגבה המציאה ותן לי, ולא אמר לו שבדעתו להוליכה לרה"ר, בזה לכו"ע קנה, שהרי באופן כזה אין איסור כלל לא לשליח ולא למשלח, ואין זה דומה לאומר "צא וקדש לי אשה גרושה" שאינה מקודשת, שבקידושין גם בסתם הרי זה כמפרש שבדעתו להוציא. תדע שהרי מפורש במשנה ששניהם פטורים אבל אסורים, ואילו להגביה חפץ עבור חבירו בסה"כ בשבת, מותר מלכתחילה שאין מקום לתלות שיעבירה ד' אמות ברה"ר ולכן אין השליחות בטלה.

יז. הנה באות ט' כתבנו שהשולח שליח לחפור בור ע"מ שהמשלח יכסנו, אין כאן שליח לדבר עבירה מחמת איסור מזיק, שהרי בדעתו לכסותו. לפי מה שהעלינו באות ט"ז יש לעיין בזה כיון שחפירת הבור היא חלק מן העבירה, ואם ישלים העבירה על ידי שלא יכסנו ישלים העבירה, אם כי גם זה אין שליח לדבר עבירה, וא"כ גם כשהמשלח אמר לו שיכסנו יש שליח לדבר עבירה. אמנם אינו דומה. שהמשלח שליח לעקור חפץ לתת לו תוך ד' אמות בזה אין כלל עבירה בשליחות זו, משא"כ בחופר בור גם אם מכסה יש כאן מעשה עבירה, רק שיכול לבטל העבירה על ידי הכיסוי משא"כ בעקירה כל שאינו מעביר ד' אמות אין כאן מעשה עבירה, ולכן יתכן שבבור יש כאן שליח עבירה וצ"ע. ומטעם זה נראה שגם באמר המשלח שיעקור חפץ ויתן לו ולא גילה לו שבדעתו להעביר ד' אמות ברה"ר, בזה יש שליח לדבר עבירה. משא"כ בשולח לחפור בור ולא אמר לו שיכסנו שבזה אין שליח לדבר עבירה. עוד יש לעיין בבונה בית על ידי פועלים ולא עשה מעקה, אם עבר בעל הבית בלאו ד"לא תשים דמים בביתך", לפי מה שכתבו התוס' קידושין ל"ד א' ד"ה, "מעקה" שהבונה בית ע"מ לעשות מעקה ולא עשה, אינו עובר בלאו דלא תשים דמים אלא שעובר בעשה, "ועשית מעקה לגגך", ומעתה אם בנה בית על ידי פועלים, ולא היה בדעתו לעשות מעקה, אם נחשב כבנה בעצמו מכח שליחות, או כיוון שלא חשב לעשות מעקה שוב אין כאן שליחות שהוא שליח לדבר עבירה, אכן בזה נאמר שיש שליח, כיון שהשליח הוא שוגג שדימה שהמשלח יעשה מעקה לפי שיטת התוס' שבשוגג יש שליח לדבר עבירה.

יח. יש לעיין בשולח שליח שיגביה לו חפץ המונח ברה"ר, ולא גילה המשלח שבדעתו להוציאו לרה"י, בזה העלינו באות ט"ז שחייב המשלח, משום שהעקירה נעשית על ידי שליח, מ"מ יש לדון שיפטר כיון שלא הגביה ע"מ להעבירו ד' אמות, א"כ הרי זה כמפנה חפצים מזוית לזוית ונמלך להוציאו דפטור, משום שלא היה עקירה משעה ראשונה לכך ופטור, וכמפורש בגמ' שבת ה', ב', שפטור אלא שיש לומר שכיון ששלוחו של אדם כמותו, וא"כ הרי זה כאילו הגביה המשלח, והרי המשלח דעתו להוציא לרה"ר ויתחייב המשלח, אלא שאז חזרנו לסברה שכתבנו, שכיון שצריך גם מעשה עקירה כדי להתחייב וכל שעשה חלק מהעבירה על ידי שליח שוב אין המשלח חייב. אכן לדעת התוס' שבאם השליח שוגג, יש שליח לדבר עבירה, שוב יתחייב המשלח שהרי השליח שוגג הוא שהרי אין דעתו שיוציאו החפץ ואינו אלא שליח להגביה וא"כ יתחייב המשלח. אכן לפי מה שכתבנו באות ט"ז בעני שבקש מבעל הבית שיתן לו ע"מ להוציאו, ששם הבעה"ב

שוגג אבל לגבי חיוב חטאת שחייבין בשוגג הרי הוא עושה חלק ממלאכה שחייבין עליה חטאת, ואין שליח לדבר עבירה ונמצא שחסר למשלח חלק עבירה וא"כ גם בלא כיוון השליח שיוציאו החפץ. מ"מ מעשה העקירה הוא חלק מעבירה, וכל שעושה חלק מעבירה שוב אין אומרים בזה שיש שליח וממילא פטור המשלח ועיין להלן אות כג'.

יט. בתשובת חת"ס אור"ח סימן פ"ד, כתב סברה שלענין מלאכה בשבת לא שייכת שליחות, שיהיה שלוחו כמותו, דהתורה הקפידה על מנוחת גופו של ישראל ולא אגוף של המלאכה, ומסיים שדעת רש"י אינה כן וסובר שגם לגבי מלאכה בשבת שייכת שליחות ע"ש. והנה לסברה ראשונה מיושבת הקושיה שהקשנו למה העני אינו חייב אם בעל הבית נתן לתוך ידו והוציא העני, שיתחייב מדין שליחות ולדברי החת"ס לא קשה, כיון שלא שייכת שליחות באיסור שבת. ונראה שיש להביא מהנמוק"י ב"ק שלא סבר סברת החת"ס, שהרי בפרק כיצד הרגל הקשה לר"י הסובר שאשו משום חיצין, איך מותר להדליק נרות בערב שבת וממשיך לדלוק בשבת, והרי מה שדולק ככוחו שעושה מלאכה בשבת, ואם איתא דסובר שבשבת לא הקפידה תורה לא על המלאכה אלא על גוף הישראל שלא יעשה מלאכה, לא קשה מאשו משום חיצין, שאף שכוונו עושה מלאכה, מ"מ גופו של הישראל נח ולא עשה הכח בשבת אלא בערב שבת אלא ע"כ שסובר הנמוקי יוסף שגם בשבת הקפידה היא על המלאכה. ונראה שעיקר סברת החת"ס צריך עיון. תינה העשה שכתבה תורה "למען ינוח", אבל איסור מלאכה שנלמד מקרא "דכל מלאכה לא יעשה", שם לא הוזכר ענין של מנוחה, וצריך לומר שהחת"ס סובר שכיון שהאיסור למען ינוח כתוב בדרך טעם למצוה, ולכן גם האיסור "לא תעשה מלאכה", הוא גם על המנוחה, ובדעת החולקין צריך לומר שאין למדים מהטעם והולכין אחר הוציאו ושם האיסור הוא על המלאכה.

כ. באות ג' הבאנו מהטורי אבן שהקשה על שיטת התוס' שבשליח שוגג יש שליח לדבר עבירה. א"כ נוקמי שמשכתת לה בור של שני שותפים באופן שהשליח היה שוגג, שלא ידע שאסור לחפור בור ברה"ר ולענ"ד נראה ששוגג כזה אינו פטור מתשלומים. גם אם נאמר שלא נתרבה שוגג כמזיד אלא באדם המזיק בגופו, אבל בעושה מזיק בשוגג פטור, כל זה בשוגג בעשית המזיק, אבל בשוגג באיסור מזיק נראה שחייב, שלא מצינו שיפטר גנב בטענה שלא ידע שכתוב בתורה איסור גניבה. ונראה בטעם הדבר משום שמצינו בכל דיני התורה "אין עונשין אלא א"כ מזהירין, זולת עונש ממון שאינו צריך אזהרה וכמו שכתבו התוס' במסית ד', א', ד"ה "לוקין" וכיוון שלא צריך אזהרה, זה מוכיח שלא מחמת העבירה נתנה תורה העונש אלא כעונשי הגוף, אלא יתכן עונש ממון גם בלי עבירה ולכן גם בלא ידע שיש איסור לחפור רשות הרבים, מ"מ חייב בתשלומים ולתקן רשות הרבים וממילא אין שליח לדבר עבירה, שגם זה שחייב לשלם הינו נגדר כעבירה לענין אין שליח לדבר עבירה, ולכן גם בשוגג שלא ידע מאיסור שאסרה תורה לגנוב, חייב הגנב לשלם, שהרי גם אם היה האמת שאין לאו בתורה לא לגנוב, היה מתחייב כש"כ שוגג בעבירה שחייב, ומהאי טעמא נראה שהאומר לחבירו לעשות נזק כמו להניח אבן ברשות הרבים, שאינו מקלקל רשות הרבים, או אומר לו לעשות אש ג"כ אין שליח לדבר עבירה וחייב השליח, ולכן השולח הבעירה ביד פקח, הפקח חייב ולא המשלח ואף שהזיק באש לריש לקיש הסובר שאשו משים

ממונו וממילא אין איסור לעשות מזיק ומ"מ חייב שליח, הרי שגם אם חייב לשלם, אף אם אין איסור, נגדר כדבר עבירה לענין שליחות וא"כ קשה על הטורי אבן שכתב שאם לא ידע שאסור לחפור בור ברה"ר נחשב שוגג.

כא. אכן יתכן שהחופר בור ברשות הרבים אינו חייב לשלם שרשות הרבים נידון כממון שאין לו תובעין והמזיק ממון שאין לו תובעין פטור כדקיימא לן: המזיק מתנות כהונה פטור. וא"כ לא יתכן לומר שעבירה היא מה שחייב לשלם, אלא ע"כ העבירה היא מה שאסור שהזיק, ונלמד מלאו דלא תגזול וכמו שכתב הטור ריש הלכות נזיקין ומקורו מרבינו יונה, וא"כ מובן שאם לא ידע מאיסור זה, נחשב כשוגג ופטור המזיק את הרבים אלא שוגג. ואם נאמר כן, נדחה מה שתירצנו באות ט' שלכן גם אם השליח החופר הבור שוגג, מ"מ כיון שאדם מועד לעולם וחייב על השוגג כמזיד, ושוב נחשב השליח כבר חיובא. ונראה שכל זה נכון אם נאמר שהחופר בור ברה"ר חייב לשלם שוגג כמזיד, אבל אם נאמר שדין רה"ר כמתנת כהונה שאינו חייב לשלם, רק יש איסור בדבר, מסתבר שלענין האיסור אין אומרים שוגג כמזיד, שלא מסתבר שחמור איסור מזיק מכל איסורי תורה שאינו עובר בשוגג ומה שבמזיק קיימא לן שחייבה תורה על השוגג כמזיד, היינו טעמא שחייבו לשלם הוא משום שלא שמר גופו מלהזיק, וכמו שבארתי במקום אחר, ולכן אף שוגג חייב שאף שהוא שוגג על ההזיק, אבל הוא מזיד על מה שלא שמר גופו, ונראה שבזה אין איסור, שהרי לא מצינו איסור על מה שאינו שומר גופו מלהזיק וממילא אינו בר חיובא כשאומר לו להזיק בשוגג מתנות כהונה וא"כ יתחייב המשלח.

כב. ואין להקשות שא"כ גם אם מזיק ברה"ר חייב לשלם, יש לדון אם שלח שליח להזיק בגרמא, שבזה אינו חייב למשלח. אם נאמר יש שליח לדבר עבירה, וא"כ אכתי משכחת לבור של שני שותפין, שציוו לשליח שיחפור בור בגרמא בור, כגון שיקשר האבן לבהמה וגער בבהמה והוציאה האבן ונחפר הבור שבאופן כזה אם השליח שוגג, נאמר יש שליח, כיון שאין כאן חיוב תשלומים ואיסור מזיק אין בשוגג וממילא יש כאן שליחות וחייב לשלם. אכן נראה שאינו כן, שהרי קיימא לן בריש הכונס שהמזיק בגרמא חייב לשלם בדיני שמים, וא"כ בדיני שמים נחשב עבירה, וגם בשוגג נראה שחייב לשלם בדיני שמים ובדיני שמים גרמא כמעשה וממילא גם אם היה השליח שוגג וגרמא, אכתי אין שליח לדבר עבירה. אכן אם נאמר שמה שבגרמא חייב בדיני שמים, הוא מטעם שהאיסור להזיק גם בגרמא אסור. ואיסור להזיק נלמד מגזילה ולכן נאמר שגם איסור גזילה עוברים על גרמא, ורק בחיובא תשלומים חילקה תורה בין גרמא למעשה ומה שחייב לשלם בדיני שמים היינו לכפר על העבירה שעבר על איסור מזיק. אם נאמר כן נראה שבשוגג הזיק בגרמא פטור גם בדיני שמים, אבל יותר מסתבר שחיובו מדיני שמים הוא חייב תשלומים, ולא כדי לכפר העבירה, שהרי מצינו ברמב"ם פ"ב מרוצח ה"א וה"ב וג' שהרוצח בגרמא חייב בדיני שמים ולכן מלך יכול הורגו עי"ש הרי שבדיני שמים גרמא כמעשה.

כג. ובזה שכתבנו יש ליישב קושית רע"א בדו"ח ב"מ י"ב, על מה שהקשו בגמ' שם, "אלא מעתה שאם השליח אינו בר חיובא, יש שליח לדבר עבירה, אמר לאשה ועבד צאו גנבו אלי דלאו בני חיובא נינהו [לשלם כתנן הם שחבלו באחרים פטורים רש"י] הכי נמי דמחייב שולחן. אמרת אשה ועבד בני חיובא נינהו והשתא

מיהא לית להו לשלומי, דתנן נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם". ע"כ. והקשה הרע"א איך אמרו שאשה ועבד לאו בני חיובא, והרי מוזהרין באיסור גניבה, שהקיש הכתוב אשה לאיש לכל עונשים שבתורה. ולפי מה שכתבנו יש ליישב. שהכוונה שהאשה והעבד לא ידעו מה שכתוב בתורה שאסור לגנוב וממילא יש שליחות כשהשליח שגג ובגניבה לא אתרביא ושגג כמזיד. כמו שכתב הקצ"ח ריש סימן כ"ה. וגם לגבי האיסור אין שוגג כמזיד, רק לגבי חיוב תשלומים. אלא שאם שלח שליח איש לגנוב בזה אין שליח לדבר עבירה, בעבירה שהיא מכח חיוב תשלומים שבזה בר חיובא גם בשאין אזהרה וממילא שוגג גם כן חייב. אבל אשה ועבד שפטורין מתשלומים יתחייב שולחן ומיושב קושית רע"א. ולדעת החולקין על תוס' וסוברים שגם בשליח שוגג אין שליח לדבר עבירה, יש לתרץ שכוונת הגמ' שאמר לעבד ואשה צאו וגנובו, היינו שציווס להזיק או לעשות מזיק, ומצינו בגמ' בעבד ואמה שהזיקו שהאדון פטור, ריש ב"ק וברמב"ם הביא דין זה גבי עבד שגנב, הרי שניתן לפרש גנב במקום מזיק, או שאמר לעבד ואשה לחבול בחבירו, וחבירו אינו עושה מעשה עמך שאינו עובר בלאו דלא יוסיף, ומ"מ חייב בתשלומים של חבלה, ובזה עבד ואשה לאו בני חיוב. וכן מפורש בהגהות חת"ס לאורח חיים סימן קס"ט מג"א סק"א. אכן יש לעיין אם באינו עושה מעשה עמך וחבל בו אם עבר באיסור מזיק כמזיק ממון או לא עבר.

כד. באות יח' כתבנו שהמבקש מחבירו שיגביה לו חפץ בשבת, ודעת האומר להוציא החפץ לרה"ר, אבל לא גילה זאת לחבירו, והגביה השליח ונתן למשלח והוציא המשלח החפץ, אם חייב המשלח? כתבנו שגם בזה פטור המשלח, שהרי חלק מהעבירה דהיינו העקירה לא עשה בעצמו אלא על ידי שליח ופטור. וגם אם היה השליח שוגג, מ"מ כיון שלענין חייב חטאת עשה השליח חלק מן העבירה, שוב אומרים בזה אין שליח לדבר עבירה. אכן קשה: למה משלח מזיד שאמר לשליח שוגג שיגנוב חייב המשלח, נאמר ג"כ כיוון שחלק מן העבירה עשה השליח, אלא שאנו אומרים כיוון שהשליח שוגג שוב הוא בר שליחות לענין עבירה וא"כ גם אם השליח לא כיון ע"מ להוציא, ג"כ נאמר שאינו בר חיובא וכמו ששוגג נחשב אינו בר חיוב לגבי עבירת מזיד, כך מי שאינו מכוון כשמגביה ע"מ לפנות חפצים מזוית לזוית, יחשב כאינו בר חיובא, כך מי שאינו מכוון כשמגביה ע"מ לפנות חפצים מזוית לזוית יחשב כאינו בר חיובא. אכן נראה שמסתבר שאינו דומה זה שנתכוון לפנות חפצים מזוית לזוית, לשוגג עושה מלאכה שלמה ופטורו הוא מהלכות שוגג בעבירה ולכן נגדר השוגג כאינו מחויב בדבר ואינו נגדר כעושה חלק מן העבירה שהרי עשה כל העבירה ופטור מטעם אחר ולכן חייב משלחו משא"כ במשלח שעשה שליח לעקור והשליח עקר ע"מ לפנות חפצים מזוית לזוית שאף שהשליח פטור מקורבן, גם אם היה עושה כל המלאכה, מ"מ נחשב בר חיובי כיון שפטורו הוא מטעם שלא עשה המלאכה במחשבה ובשבת אינו מלאכה, אלא כשהוא מלאכת מחשבת ונמצא שזה שעשה המלאכה בלי מחשבה, כלא השלים המלאכה שזה נחשב כבר חיובא וכמו שהוכחנו מכהן שאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה, שנחשב כבר חיובי ופטור המשלח אף שבקדושין לבד אין כל העבירה הרי שמי שאינו גומר כל העבירה נחשב בר חיובי, שאלו גמר העבירה היה חייב כך כשעשה המלאכה בלי מחשבה, הרי זה כעושה חלק ואילו עשה הכל היה בר חיובי ופטור המשלח.

כה. במ"ב סימן תרי"ח בביאור הלכה ד"ה "כמלוא לוגמיו" כתב וז"ל: "עייין תשובת בנין ציון סימן כ"ד דבכל אכילה ואכילה אף אם הותר לו לאכול פעם אחת יותר מכשיעור ממעל אכילה שניה, אם היה די לו בפחות משיעור, והוא יאכל כשיעור חייב כרת, ולכן צריך לשער בכל אכילה ואכילה אם די לו בפחות וקשה מאוד לשער כן וצריך לזה זריזות ובקיאיות" עיי"ש. מתוך לשונו נראה שחולה מסוכן שדי לו באכילת פחות מכשיעור ואכל כשיעור חייב כרת. ולעני"ד קשה שהרי חצי שיעור הראשון אכל בהיתר, ואיך יצטרף להיות שיעור שלם להיות חיוב כרת, והרי לא אכל באיסור שיעור שלם, והרי מה שחצי שיעור אסור מן התורה שאם מותר איך יתחייב על שיעור שלם והרי החצי הראשון היתר היה, וא"כ גם באכל חצי הראשון בהיתר מחמת פיקו"נ, ג"כ לא יתחייב כשישלים על זה עד שיעור שלם והנה הרע"א בתשובה קנ"ד ד"ה "ואף", דייק מלשון הרמב"ם פ"ה ה"ו משבועות, שהנשבע לא לאכול נבלות כל שהוא ואכל פחות מכזית חייב על השבועה. אבל אם אכל כזית לא עבר על שבועתו כיוון שמושבע מהר סיני לא לאכול כזית, לא עבר על שבועתו ולא אמרינן כיון דאכל חצי שיעור נתחייב משום שבועה, וכשגמר לאכול לא פקע החיוב שבועה, דבאמת ממעט רק לאכול כזית ובלע בבת אחת לא מחייב משום שבועה וכו' עכ"ל ולעני"ד מלשון רש"י יומא ע"ג ב', נראה כהצד הראשון וז"ל: "נתן שבועה שלא אוכל ואכל נבלות וכו' חייב וכו' והוינן בה אמאי חייב מושבע ועומד מהר סיני וכו' וריש לקיש אמר אי אתה מוציא אלא כמפרש חצי שיעור ואליבא דרבנן אי בסתם אליבא דר' עקיבא, ואליבא דר' עקיבא דאמר אדם אוסר עצמו בכל שהוא בדין שליח לדבר עבירה בשוגג. אי בסתם מצית לאוקמי, ומיהו כשאכל לא אכל אלא חצי שיעור שאינו מושבע עליו מהר סיני ועל ידי שבועה שלא אוכל סתם נאסר בו עכ"ל רש"י ומלשון זה נראה שגם אם אכל חצי זית נבלה, ובכדי אכילת פרס אכל עוד חצי שיעור, אגלאי שלא עבר על שבועתו ומזה מוכח שגם לר"ל שחצי שיעור מותר מן התורה, זה רק בלא אכל יותר, אבל באם השלים השיעור אגלאי שגם חצי הראשון היה בכלל האיסור וא"כ כלש"כ לרבי יוחנן שאינו חייב עד שיאכל גם חצי הראשון באיסור וא"כ איך יתחייב על מה שהשלים עוד חצי שיעור על מה שאכל חצי הראשון בהיתר משום פיקוח נפש.

כו. וכן נראה מה שתירץ ה"תומים" על קושית העולם: איך אמרו בירושלמי שהביא תוס' קידושין ל"ח, שמקשה: למה לא אכלו ישראל בליל פסח הראשון שנכנסו לארץ ישראל מזה משום איסור חדש, הרי נאמר עשה דוחה ל"ת. והקשו: והרי בימי אבלו של משה רבינו ע"ה נשכחו שיעורים, וכמו שאמרו במסכת תמורה, וא"כ איך יאכלו חדש אולי כזית לא תחייב למצוה ועברו על איסור חצי שיעור. ותירץ התומים שממ"נ יש היתר לאכול כזית חדש, שאם השיעור כזית מותר לאכול שעשה דוחה לא תעשה, ואם השיעור הוא יותר, אין איסור חדש שלא אכל כשיעור. מאי אמרת מ"מ עבר על איסור חצי שיעור, זה אינו שאין כאן איסור חצי שיעור שלא חזי לאיצטרופי, שגם אם יאכל עוד חצי זית מחדש שאינו מצה מ"מ לא יעבר, כיוון שהחצי הראשון שאכל היה בהיתר שהרי היה יכול להשלים עוד חצי זית מצה וממילא גם לא יאכל אלא חדש, שאינו מצה לא יעבר ואולי כוונת המ"ב שיאכל עוד שיעור שלם יותר ממה שנחוצ לו וצ"ע.