

אין שליח לדבר עבירה

הרב אהרון איזנטל

ראשי פרקים:

א. כניסה

ב. מקור הכלל

שיטת ריטב"א וה"פני יהושע"

שיטת רי"ף, רש"י ותוספות

ג. "דברי הרב ודברי התלמיד"

שיטת הסמ"ע

שיטת רבי עקיבא איגר

ביאור סברות המחלוקת בין הסמ"ע ורע"א

"השותפין שגנבו" - הוכחה לרע"א?

דעת התוס' בקידושין

ד. משמעותו ההלכתית של הכלל

ה. סיכום

א. כניסה

"שליח לדבר עבירה" הינו מושג תלמודי המתאר מקרה בו אדם שלח שליח לקיים שליחות שביצועה כרוך בעבירה. לאור הכלל ש"שלוחו של אדם כמותו", נשאלת השאלה האם גם במקרה זה, ביצוע השליחות והעבירה הנגררת עמה ייוחסו למשלח. כלל זה נידון בשתי סוגיות בתלמוד: במסכת קידושין החל מדף מב, ב ובמסכת בבא מציעא בדף ח, ב, אגב בירור האם קניין חצר מועיל מדין יד או מדין שליחות.

למסקנת הסוגיה בקידושין, אין שליח לדבר עבירה (מעשה, כשיוזכר המושג במוכן של הכלל התלמודי, יצויין: אש"לד"ע). כלומר, העבירה שנעשתה בקיום השליחות ותוצאותיה לא תיוחסנה למשלח, אלא השליח הוא הנושא באחריות. במהלך הבירור בסוגיה עולה כי ישנם שלושה מקרים יוצאים מן הכלל שאותם החריגה התורה, ובהם יש שליח לדבר עבירה, והמשלח הוא שחייב ויישא באחריות,

- נערך על ידי יחיאל לב מתוך שיעורים שהועברו בישיבה.

והם: א. מעילה בנכסי הקדש; ב. מכירה וטביחה - מושגים המשתייכים למערכת דיני גניבה; ג. שליחות יד - מושג המשתייך לדיני פיקדון.¹

בהמשך הסוגיה מוזכרת דעתו של שמאי הזקן, שהשולח שליח לרצוח, מתחייב בעצמו. ישנם שני הסברים בשיטתו: לפי ההסבר הראשון, גם שמאי מסכים באופן רחב לעצם הכלל של אשלד"ע, אלא שהוסיף פריט רביעי לרשימה דלעיל. לפי ההסבר השני, שמאי סובר שהכלל הוא שונה, ולמעשה יש שליח לדבר עבירה, אלא שבמקרים בהם השליח נהנה מן השליחות, יתחייב הוא ולא המשלח, לפי שלא מצאנו ש"זה נהנה וזה מתחייב".

ב. מקור הכלל

הדיון בסוגיה נפתח בדינו של השולח שליח להבעיר דבר מה, ושני מקרים בדבר. אם השליח הוא חרש שוטה וקטן, המשלח פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. ברם, אם השליח היה פיקח, חייב השליח ופטור המשלח. הגמרא מבארת שזאת בשל העיקרון שאשלד"ע, ומוסיפה סברא: "דאמרינן: דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין?!". כלומר, הקב"ה ציווה דבר אחד, והמשלח שלח לעשות דבר מה שמנוגד לכך, ומובן למי ראוי היה לציית.

בהמשך הגמרא מציעה אפשרות אחרת, ולפיה הכלל אשלד"ע נשען על מקור מהתורה ולא על סברא. לעיל הזכרנו רשימה של מקרים חריגים שבהם השמיעתנו התורה שיש שליחות לדבר עבירה, וכיוון שכך, לאור הכלל "שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדים", משמע שזהו לא בניין אב לכל התורה. פירושו: קיים עיקרון תלמודי, ולפיו כשהתורה משמיעה דין יותר מפעם אחת, היא רוצה לומר שהוא תקף רק במקרים המסוימים שבהם הדבר פורש, ולא במקרים אחרים. כיוון שהתורה השמיעה יותר מפעם אחת שיש שליח לדבר עבירה, משמע שבשאר המקרים אין שליח לדבר עבירה. וכיון שיש בידינו מערכת של הלכות שבהם יש שליח לדבר עבירה, הרי שהיא משמשת מקור לכך שחוץ מהמקרים שנזכרו אין שליח לדבר עבירה.

כיוון שהובאו בפנינו שתי אפשרויות למקורו של הכלל אשלד"ע, הסברא והלימודים, נשאלת השאלה מה המקור למסקנה? קיימות שלוש אפשרויות: א. אם

1 אם הופקד פיקדון בידי שומר והוא נהנה מהחפץ, מכאן ואילך הוא ייחשב כשומר ברמה גבוהה יותר, ויהיה חייב אף באונס, וזאת בין אם הוא עצמו נהנה מן החפץ, ובין אם אחר נהנה בשליחותו.

בשלב השני בגמרא מובא לימוד מפסוקים, משמע שהגמרא נסוגה מהסברא שהובאה בראשית הסוגיה. ב. בדרך כלל אנו אומרים "סברא היא למה לי קרא", כלומר הסברא היא העיקרית. ג. הסברא והלימודים משמשים יחד, כאשר אפשר שהסברא תשפיע על היקף הכלל הנלמד מהפסוקים.

שיטת ריטב"א וה"כני יהושע"

הריטב"א (קידושין מב, ב ד"ה "שאני") סובר שלמסקנת הגמרא מקור הדין הוא לימוד מהפסוקים, והסברא באה אך להטעים את הלימוד: "פירוש, טעמא קאמרינן שהוא כן על הרוב". ממילא, אם הסברא נכונה רק ברוב המקרים, היא אינה מגבילה את הלימוד מהפסוקים, וההלכה לא תהיה תלויה ביכולת להחיל את הסברא על מקרה נידון.

הנפקא מינה תהיה במקרה של שליח ששגג: אם עיקר החיוב של השליח היא הסברא "דברי הרב ודברי התלמיד" – הרי במקרה זה אין לחייבו כיון שאי אפשר לטעון נגדו מדוע שמעת בקול המשלח ולא בקולו של הקב"ה שהרי הוא היה שוגג וממילא המשלח יהיה חייב, אבל כיוון שהלימוד מהפסוקים הם העיקר לפיכך גם במקרה זה נאמר שאשלד"ע.

ראייה לדבר מהסוגיה בב"מ, הקובעת שהכפילות של לשון הצורה "המצא תמצא" באה על מנת לחייב את הגנב גם כשגנב באופן פאסיבי, כגון כשנעל את חצרו כשהתגלגל אליה חפץ שאינו שייך לו. הגמרא מעמתת את הדין הזה עם הכלל שאשלד"ע, שלפיו לכאורה הנועל צריך להיות פטור, שהרי הוא לא פעל פעולה ישירה בחפץ, אלא נעל רק את חצרו, והיא החייבת, כביכול, וממילא הוא צריך להיות פטור. הגמרא מציעה שני תירוצים לכך שבעל החצר חייב ולא החצר: או מפני שהיא איננה ברת חיוב, או מפני שהיא איננה ברת בחירה. הגמרא מוסיפה ואומרת שהנפקא מינה בין שני התירוצים תהיה במקרה של הקפת ראשו של קטן על ידי אישה שהקיפה בשליחות איש, וכן ככהן ששלח את ישראל לקדש לו אישה גרושה. אם פטור השליח וחיובו של המשלח תלויים בהיות השליח מי שהוא לאו בר חיובא, הרי שבשני המקרים הללו המשלח יתחייב, מפני שהמקדש והאישה המקיפה אינם בכלל האיסורים הנידונים ולגביהם הרי הם כמי שאינם ברי חיוב. ברם אם פטור החצר הוא מפני היותה לא בעלת בחירה, הרי לעומתה השניים הללו הם בעלי בחירה, ויתחייבו על פי העקרון אשלד"ע, והמשלח יהיה פטור. זאת למרות שבשני מקרים אלו לא ניתן לומר את סברת "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין", שהרי הם אינם מצווים על איסורים אלו. מכאן יש להסיק שעיקר

הטעם הוא הלימוד מן המקורות, ולפיכך אפשר להחיל את דין אשלד"ע גם בשני מקרים אלו.

בעל ה"פני יהושע" (שם ד"ה "והדתניא") צועד בדרכו של הריטב"א ואף הוא סבור כי מקור הלימוד למסקנה הוא מן הפסוקים ולא מהסברא, אלא שהוא סבור שהסברא משמשת חלק מאופן הלימוד של הדין והיא אינה סברא בעלמא שבאה רק להטעים את הלימוד כפי שאמר הריטב"א. וביאר הפנ"י: מתחילת הפרק השני עולה שמקור דין שליחות הינו בלימוד שהגמרא עשתה בהשתמשה בכלל של "במה הצד" כדי ללמוד את הדין מהלכות גירושין, תרומה וקדשים, ובאה הסברא והגבילה את הלימוד ואמרה שמקורות אלו יכולים ללמד רק על שכמותם, דהיינו רק על פעולות שאינם כרוכות בביצוע עבירה, אבל בכל מקום שבו השליחות כרוכה בביצוע עבירה לא יחול דין שליחות. נמצא שתפקיד הסברא לשמש כעין פירכא לגבי מקרים מסוימים על המלמד של דין שליחות, ולהוכיח שאכן אין שליח לדבר עבירה כפי שלמדה הגמרא מהפסוקים בסוגייתנו.

שיטת רי"ף, רש"י ותוספות

הרי"ף בפסקיו (טז, ב בדפיו) הביא רק את הסברא של "דברי הרב ודברי התלמיד" בלא הלימוד מהפסוקים, וברור שלשיטתו המקור העיקרי היא הסברא. לשיטתו מצטרף גם רש"י, שהמשיך לבכר את הסברא והזכירה גם בשלב הלימוד מהפסוקים (מג, א ד"ה "ולמ"ד אין מלמדין"): "ולית לן למילף ממעילה וטביחה שיש שליח לדבר עבירה, ומסברא אין שליח, דאית לן למימר שיש לו לשמוע דברי הרב והני ההוא ההוא מאי דריש בהו".

וכן התוס' (מב, ב ד"ה "אמאי") צעד בדרך זו, שתמה על מהלך הגמרא בשלב הלימוד ממעילה, והקשה:

תימא, הא ע"כ מיירי בשוגג, דאי במזיד ליכא מעילה במזיד, א"כ יש שליח לדבר עבירה, דלא שייך למימר דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעים, כיון שהוא שוגג...

לצורך המשך הדברים ובהירותם, נאמר את המובן מאליו, והוא שבאופן קטגורי ניתן לחלק בין הגישות, ולומר שהסובר שמקור הכלל הוא מסברא של "דברי הרב ודברי תלמיד", משווה לכלל אופי אנושי סובייקטיבי הניתן לבחינה בכל מקרה לגופו, ואופן החלתו של הכלל יהיה יותר גמיש. לעומת זאת, הסובר שמקור הכלל הוא מלימוד הפסוקים הרי שהכלל מקבל אופי אובייקטיבי ולא ניתן לחלק בין מקרים, אלא אם לימדה אותנו התורה אחרת.

ג. "דברי הרב ודברי התלמיד"

כאמור, הסוגיה מעלה אפשרות לומר שמקור הכלל הינו מסברא – "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין". בפירושה של סברא זו נחלקו האחרונים, וממחלוקת זו נגזר אופיו והיקפו של הכלל "אין שליח לדבר עבירה".

שיטת הסמ"ע

ביסוד סברת הגמרא, מסביר הסמ"ע (חושן משפט סי' קפב, סק"ב) שאין בעיה בעצם השליחות וזו שליחות תקפה מצד הדין, אלא שהמשלח טוען טענה הפוגמת בעצם השליחות. לטענתו של המשלח, כיוון שהוא לא חשב שהשליח אכן יפעל על פי דבריו נגד ציווי התורה, ממילא מינוי השליחות לא תקף כלל. לפיכך בכל מקום בו טענת המשלח לא שייכת, ממילא תחזור השליחות למקומה ותהיה תקפה ככל שליחות. הסמ"ע מביא שלוש דוגמאות למסקנה זו. האחת במקרה של שליח שאינו בר חיובא באותו ציווי, במקרה זה לא יוכל לטעון המשלח שהשליח לא אמר היה לציית לו, שהרי השליח לא מצווה על כך וזו לא עבירה בשבילו. עוד נפק"מ תהיה כאשר השליח נאנס לעשיית השליחות ולא היה באפשרותו לבחור "לשמוע לדברי הרב", וכמו כן במקרה שהשליח מוגדר כישאל מומר שידוע שיעבור את העבירה, או אז לא שייך לומר שהמשלח לא ידע שהשליח ישמע לו ויעשה את שליחותו.

שיטת רבי עקיבא איגר

רע"א (בדרוש וחדוש, בבא מציעא י, ב ד"ה "אמר רבינא") לא מוכן לקבל את ההסבר הזה והוא מתבטא בחריפות: "אבל לא ידעתי מנא ליה להסמ"ע זה". לשיטתו, הסברא אותה מציגה הגמרא איננה טענה שכביכול טוען המשלח, אלא זו סברא עקרונית שמכוחה שליחות לדבר עבירה לא חלה מעיקרה. הגמרא מגדירה את השליחות כשליחות של איסור, ולכן אין כאן בכלל כח שליחות לכתחילה. ניתן לומר בהסבר דבריו שכיוון שדין שליחות הינו בגדר חידוש של התורה, אזי התורה לא חידשה דין זה במקרה בו מטרת השליחות הינה ביצוע עבירה. הסבר זה מרחיב באופן משמעותי את המקרים האפשריים בהם יחול הכלל אשלד"ע. בכל המקרים שהבאנו לעיל שלשיטת הסמ"ע לא יתקיים בהם הכלל אשלד"ע, הרע"א יחלוק ויאמר שגם שם הכלל תקף. לכן בשליח שוגג או אנוס, או ישראל מומר שקיבל שליחות לדבר עבירה, לדעת רע"א השליחות מעיקרה לא תקפה והשליח יהיה חייב.

אמנם יש צורך לבאר בשיטתו, כיצד יסביר את פשט המילים של הגמרא "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין", שכן פשוטם של מילים אלו נוטה לכאורה להסברו

של הסמ"ע שיש כאן טענה הנאמרת מצידו של המשלח, אבל לומר שכוונת חז"ל בדבריהם אלו היא שלא שייך דין שליחות במקום בו ישנה עבירה – פירוש זה זקוק לביאור. ר' אשר וויס (מנחת אשר קידושין, סי' מט) מסביר ששיטת הרע"א היא כסוברים שהמקור לכך שלא חלים דיני שליחות במקום בו יש עבירה הינו מסברת חז"ל, והם ביטאו זאת באומרים "דברי הרב ודברי התלמיד...". כדי להבין כיצד מתפרש ביטוי זה לאור דבריו, יש לעיין בגמרא במקום נוסף בו הובא ביטוי זה.

הגמרא בתמורה (כה, א) מביאה את ספקו של אילפא בדיני לקט. כאשר פירות נושרים מן העץ הם מקבלים דין של לקט, שהינו אחד מארבע מתנות עניים המקנות להם את הפירות מדין תורה. אילפא הסתפק במקרה בו הבעלים הפקיר את הפירות ברגע נשירתם מן העץ, האם כוח ההפקר הנתון בידי האדם יוכל לגבור על דין התורה לפיו פירות אלו שייכים לעניים? והוא פשט את הספק ע"י הכלל "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים", דהיינו מעשי האדם לא מועילים כנגד מצוות התורה, ולכן ברור שהפירות יישארו בתורת לקט. כך גם ניתן להסביר את פירושו של כלל זה בסוגייתנו: "דברי הרב ודברי התלמיד" איננה טענה הנאמרת מצידו של המשלח, אלא זהו יסוד שקבעו חז"ל ולפיו שליחות (דברי התלמיד) שעומדת כנגד ציווי התורה (דברי הרב), נתקלת בחומה של "דברי מי שומעים", דהיינו היא לא יכולה לחול. הסבר זה איננו כזה שאומד את דעתו של המשלח שלא התכוון שהעבירה תיעשה בידי שלוחו כדברי הסמ"ע, אלא יש כאן יסוד עמוק הקובע כי כוחו של האדם מוגבל כנגד ציווי התורה, וחז"ל ביטאו זאת באומרים "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים".

ביאור סברות המחלוקת בין הסמ"ע ורע"א

לכאורה נראה שדבריו של הסמ"ע יותר מתקבלים על הדעת. לדבריו, חז"ל הציגו סברא אנושית הגיונית, ובמקרים בהם היא לא שייכת, המשלח יתחייב באחריות לעבירה שנגרמה בשליחותו. הסברא אומרת שכאשר השליח הינו בר דעת ובחר לעשות את העבירה מבחירתו החופשית, מסתבר לומר שהוא אינו יכול לתלות את אחריות מעשיו על משלחו, אלא אך ורק על הדעת הקיימת בו. אעפ"י שהמשלח הוא זה ששלחו לכך, עדיין מסתבר לומר שאדם שלא רוצה לעשות עבירה לא

יעשה אותה אך ורק בגלל ששלחו אותו לכך, ולכן נראה שבחירתו של השליח לעשות את העבירה נבעה מרצונו הוא בלי קשר לציויי המשלח.²

לעומת זאת, דבריו של רע"א קצת קשים בסברא פשוטה, שהרי הוא קובע כי זהו דין הפועל בכל המקרים ללא חילוק. דבר זה מעורר קושי בסברא, כיצד ניתן לומר שבכל המקרים המשלח לא יתחייב באחריות על העבירה שנעשתה בשליחותו? למשל, במקרה בו השליח שוגג, כיצד ניתן לומר שהשליח חייב באחריות על מעשה העבירה ומשלחו שהזיד יהיה פטור? שיטה שכזו שאינה מחלקת בין סוגי המקרים מעוררת קושי בכך שכוח הסברא איננו זה שקובע מתי יחול הדין ומתי לא, וממילא ישנם מקרים בהם הסברא לא קיימת והדין נותר חסר היגיון.

מכח קושי זה, עלינו לבאר מהו היקף הפטור אותו קובעת הגמרא ביחס למשלח לדבר עבירה, וכך יובנו דבריו של רע"א. צריך לומר שהפטור של המשלח בשליחות לדבר עבירה הינו אך ורק פטור מעונשים בבי"ד של מטה, אך ברור לכל כי בדיני שמיים המשלח אכן חייב, והוא יישא באחריות על מעשה העבירה שנגרם מיוזמתו. וכן כתב הרמב"ם (הל' רוצח ב, ב-ג): "אבל השוכר או הורג להרוג את חברו. שופך דמים הוא ועון הריגה בידו... וחייב מיתה בידי שמיים ואין בהם מיתת בי"ד". על פי זה אפשר לומר שהפטור מעונש מכח הכלל אש"ל"ע הוא ללא התחשבות בסברא, וזאת מפני שהחוקים הרשמיים של בית הדין לא יכולים להתאים בסברא לכל המקרים בעולם, והגיויני אפוא לומר שנקבע באופן מוחלט שלעולם לא יחול דין שליחות בשליחות לדבר עבירה לחייב את המשלח בבית דין של מטה. אבל כמובן במקרים שהזכיר הסמ"ע כגון במקרה שבו השליח שגג או נאנס וכדומה, משלחו יתחייב בעונש בידי שמיים, למרות שבבית הדין לא ניתן להענישו.

² בשליחות רגילה בה נשלח האדם לעשות מעשה מסוים עבור משלחו ואין לו במעשה זה שום עניין מיוחד, לא עבירה ולא מצווה, ברור שהגורם היחיד לכך שהשליח ביצע את המעשה הוא מכח ציווי המשלח. אדם שנשלח לקדש אישה לחברו, לא היה עושה זאת סתם כך על דעת עצמו, אלא כל מעשהו נבע מרצונו למלא אחר ציווי משלחו ולרצונו. אלא שכאשר אדם נשלח לבצע עבירה, מסתבר לומר שאם הוא אדם כשר הוא לא יסכים לביצוע השליחות שבעקבותיה ייזקף לחובתו ביצוע עבירה. ואם בכל זאת השליח נתרצה לעשות שליחות שכזו, ברור שזה לא רק בגלל רצונו לרצות את משלחו ולקיים דבריו, אלא שבאופן כללי הוא אינו נרתע מלעבור עבירות, וממילא לא ניתן לומר שהמשלח הוא הגורם העיקרי לכך שנעשתה העבירה ע"י שלוחו.

“השותפין שגנבו” - הוכחה לרע“א?

רע“א מביא הוכחה לשיטתו מדברי התוס' בבבא מציעא (ח, א ד"ה "תדע"). הסוגיה שם מביאה מחלוקת אמוראים האם אדם יכול לזכות לחברו במקום שחב לאחרים. רמי בר חמא סבר שאדם יכול לזכות לחברו במקרה שכזה ולכן לשיטתו "המגביה מציאה לחברו - קנה חברו", אע"פ שחב לאחרים. הוא הוכיח זאת מדין המשנה הקובע כי שניים שהגביהו מציאה ביחד יכולים לקנותה במעשה זה. ואם נאמר שאדם לא יכול לזכות לחברו, לא מובן כיצד הם קונים ביחד את המציאה, הרי כל אחד הגביה רק חציה וחסר בקניינו של כל אחד, אלא על כורחנו עלינו לומר שכל אחד שהגביה חצי זכה גם לחברו בחצי זה ולכן ניתן לומר שכל אחד מהם נחשב כמי שהגביה את כל המציאה. מכאן מוכח בפשטות שניתן לזכות לחברו אפילו במקום שחב לאחרים, שהרי מכוח זכייה זו נמנע מאחרים לזכות במציאה. רבא חולק וסובר כי לא ניתן לזכות במקרה שכזה. א"כ, נשאלת השאלה כיצד אחד זוכה לחברו בחצי הטלית? צריך לומר שזכייה זו פועלת מכח "מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה" - במקום בו אדם זוכה לעצמו, הוא יכול לזכות בכך גם לחברו, אפילו אם חב לאחרים. זהו הכלל מכוחו פועל האדם הזוכה לחברו בחצי הטלית, ואין מכאן הוכחה לשיטת רמי בר חמא. רבא הביא ברייתא ממנה עולה כי הכלל שהוא הביא אכן קיים: "תדע שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנוב - פטור, ושותפין שגנבו - חייבין. מאי טעמא? לאו משום דאמרינן מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה? שמע מינה".

מהו ציור המקרה של שותפין שגנבו? האם שניהם ממש הגביהו את החפץ בפועל בשעת הגניבה? התוס' שם כותב שאכן כן, השותפות בגניבה הינה שותפות מלאה הכוללת אף את מעשה הגניבה עצמו שנעשה ע"י שניהם. א"כ, רבא קובע כי למרות שכל אחד הגביה רק חצי מהחפץ, כיוון שכל אחד זכה לחברו בחצי שהרים מכח הכלל הנ"ל, שניהם נחשבים כאילו גנבו את כל החפץ וחייבים בגניבה.

כעת יש לשאול, מדוע רבא מכריח לומר כי הזכייה של האחד עבור חברו הינה מכח הכלל הנ"ל?! שמא ניתן לומר שיש כאן דין שליחות - כל אחד מן השותפים נעשה שליח של חברו לזכות לו בחצי השני, וכך יוצא שכל אחד מהם גנב את כל החפץ. התשובה לשאלה זו לכאורה פשוטה, אין שליח לדבר עבירה, ולכן אי אפשר להסביר בדרך זו. אלא לשיטת הסמ"ע שהפעלת הכלל תלויה באם המשלח יכול לטעון שסבור היה שלא ישמע לו, עדיין יקשה, הרי אם שניהם הרימו ביחד את החפץ הגנוב, לא יכול לטעון כל אחד שהוא פטור כיוון שהוא סבר שחברו ישמע לו ויגנוב את החפץ, ואם כך ברור שהכלל אשד"ע כלל לא יחול במקרה שכזה

ולכן במקרה זה אכן יהיה שליח אף לדבר עבירה. והדרא קושיה לדוכתא, מדוע רבא מכריח לומר שחברו זכה לו מכח המיגו ולא מדין שליחות? מכח קושי זה, מוכיח רע"א שדבריו של הסמ"ע אינם נכונים. ברם לשיטתו שלו לפיה דין שליחות לא שייך בשום מקום בו יש עבירה, ברור מדוע רבא הכריח לומר שלא מתקיים כאן דין שליחות.

ברם יש להוסיף שקושיה זו של רע"א על הסמ"ע איננה משמשת כלל וכלל הוכחה לשיטתו, שהרי הוא דחה את דברי הסמ"ע לפי שיטת התוס' בסוגיה, אבל רש"י הסביר אחרת ולפי שיטתו מתיישב אף פירוש הסמ"ע. רש"י פירש: "והאחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חירו". הציור שהוא מציג שונה לגמרי מהתוס', השותפים לא היו ביחד במעשה הגניבה עצמו, אלא אחד מהם גנב את החפץ לבדו, אלא שעשה זאת על דעת חברו ובהסכמתו. שניהם חייבים בגניבה בגלל שנעשתה ברצון ולדעת שניהם ולא בגלל ששניהם הגביהו בפועל את החפץ בשעת הגניבה. לפי הסבר זה, ברור מדוע לא ניתן לומר שיש כאן שליחות אף לשיטת הסמ"ע. אמנם האחד ביצע את מעשה הגניבה על דעת חברו, אבל חברו לא היה שם בשעת מעשה, ולכן יכול חברו לטעון שהוא לא התכוון ששותפו אכן יגנוב את החפץ, שהרי "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים" וממילא שייך לומר אשלד"ע. א"כ מובן מדוע רבא הכריח לומר שחברו זכה לו בחפץ דווקא מכח "מיגו דזכי לנפשיה" ולא מדין שליחות שכלל לא שייך פה.

היוצא מדברינו, שמחלוקת האחרונים בהסבר הסברא העומדת מאחורי הכלל התלמודי הינה מחלוקת קדומה שנחלקו בה כבר הראשונים: רש"י סבר כשיטת הסמ"ע, ואילו התוס' סבר כשיטת רע"א.

דעת התוספות בקידושין

כעת נחזור לסוגיה בקידושין שהביאה את הכלל הנידון, ונבחן את שיטת התוס' שם, האם סבר כדעת הסמ"ע או רע"א.

לאחר שהגמרא מביאה את הכלל אשלד"ע, היא מקשה עליו מברייתא העוסקת בדיני מעילה. הברייתא אומרת שאם אדם השתמש בכסף של הקדש לצורכי חולין וקנה בו דבר מה באמצעות שליח - האדם המשלח חייב בקורבן מעילה, כדין אדם שמעל בכספי הקדש. מקשה על כך הגמרא, מדוע בעל הבית חייב בקרבן מעילה, הרי אשלד"ע ולכן השליח הוא זה שאמור להתחייב? ומתרצת שמעילה זהו דין מיוחד יוצא דופן שבו אכן יש לימוד שיש שליח לדבר עבירה.

התוס' על אתר (ד"ה "אמאי מעל") מעלה תימה על קושיית הגמרא:

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 התלמיד דברי מי שומעים כיוון שהוא שוגג...

הקושי שהוא מעלה על דברי הגמרא מעיד בבירור שהוא הלך בשיטת הסמ"ע בהבנת הסברא של הגמרא. כיוון שהשליח היה שוגג, לא יכול לטעון המשלח שהוא לא התכוון שהשליח אכן יעבור את העבירה, שהרי השליח בעצמו שגג ולא ידע שיש כאן עבירה ולכן ברור לכל שהוא אכן יבצע את השליחות כפי ציווי משלחו. לעומת זאת, לדבריו של רע"א, גם במקרה של שוגג יחול הכלל, שהרי בכל שליחות בה יש עבירה התורה הפקיעה את דיני השליחות.

אלא שבתירוצו לקושיה נראה כי התוס' חזר לסבור כשיטת רע"א. הוא תירץ לפי דברי ר"י שהברייתא עוסקת אף במקרה בו השליח נזכר תוך כדי השליחות שהכסף שייך להקדש, וכך יוצא שהוא הזיד בעבירה זו. כאן הסברא של אשלד"ע בהחלט שייכת, ולכן שואלת הגמרא, מדוע המשלח מתחייב במעילה. אלא שבהתבוננות נוספת נראה שתירוץ זה כלל לא מועיל אם אכן נסבור כשיטת הסמ"ע כפי שהלך בה התוס' בקושייתו. אמנם תירוצו של ר"י חידש שמדובר במקרה בו השליח הזיד, אבל סו"ס המשלח עדיין נשאר שוגג. א"כ, כיצד יכול לטעון המשלח שהוא לא התכוון ששלוחו יעשה את מעשה השליחות הכרוך בביצוע עבירה, הרי הוא בעצמו לא ידע שיש כאן עבירה ולכן הוא וודאי התכוון ששלוחו יעשה את מעשה השליחות בדיוק כפי שציווהו! דווקא לשיטת רע"א, תירוץ זה כן מסתדר. כיוון שיש כאן שליחות לדבר עבירה דיני השליחות לא תקפים, אף אם המשלח שוגג. א"כ, כיצד ניתן ליישב את שיטת תוס', באיזה אופן הוא למד את יסוד הסברא של "דברי הרב"?

ניתן להסביר כיצד תירוצו של התוס' מתיישב עם שיטת הסמ"ע. לשיטת הסמ"ע הטענה שהמשלח לא התכוון ששלוחו יבצע את מעשה השליחות הכרוך בעבירה, איננה בהכרח טענה מצידו של המשלח, זו טענה שבי"ד טוענים בשבילו. לכן, גם במקרה בו המשלח שגג ולכן הוא אכן התכוון ששלוחו יבצע את מעשה השליחות, עדיין בי"ד יכולים לטעון בשבילו שאם הוא היה יודע שיש כאן מעשה עבירה, ברור שהוא לא היה מתכוון ששלוחו יבצע את מעשה השליחות. סברת "דברי הרב ודברי התלמיד" איננה סברא שבהכרח מנסה לחשוף מה חשב המשלח בעת השליחות הספציפית הזו, אלא זו טענה עקרונית הנובעת מאומדן דעתו של

המשלח והיא הקובעת מה הייתה כוונתו אם היה יודע ששליחו הולך לבצע עבירה מכח ציוויו.

ד. משמעותו ההלכתית של הכלל

ישנה חקירה באחרונים בשאלה מהי התוצאה המשפטית היוצאת מכך שאין שליח לדבר עבירה: האם בשליחות הכרוכה בעבירה, השליחות כלל לא חלה ואין לה שום משמעות משפטית, או שמא מעשה השליחות אכן חל, אלא שהעבירה לא תיוחס למשלח והעונש יוטל על שלוחו. הנפק"מ הפשוטה בחקירה זו היא בשליחות בה יש מעשה של חלות משפטית, כגון שליח קידושין לקדש אישה האסורה על המשלח. לפי הצד הראשון השליחות בטלה והקידושין לא יחולו, ולפי הצד השני הקידושין אכן יחולו אלא שהמשלח לא יתחייב בעונש. ניתן לומר שבשאלה זו נחלקו הסמ"ע ורע"א. לשיטת רע"א התורה קבעה שבמקום בו יש עבירה השליחות בטילה לגמרי, ואילו לדעת הסמ"ע יש כאן רק סברא שמכוחה המשלח לא נענש על העבירה, אבל מעשה השליחות וודאי חל.

לכאורה ניתן אף לומר ששני הצדדים של חקירה זו מוצגים בשתי תירוצי התוס' בסוגיה בבבא מציעא ובוזה הם נחלקו. בגמרא בב"מ (י, ב) מובאת מחלוקתם של רב סמא ורבינא בשאלה מתי חל הכלל אשלד"ע. רב סמא סובר כי חלות הכלל תלויה בשאלה האם השליח עשה את מעשה השליחות מדעתו או בעל כורחו, ורבינא סובר כי זה תלוי בשאלה האם השליח בר חיובא באותה עבירה. הנפק"מ תהיה בכהן ששלח ישראל לקדש לו אישה גרושה, בעוד שלרב סמא השליח עשה מדעתו והכלל אשלד"ע יחול, הרי שלרבינא הכלל לא יחול כיוון שהשליח אינו בר חיובא והוא אינו מצווה שלא לשאת גרושה. מקשה התוס' (ד"ה "דאמר לישראל") לדעת רבא הסבור כי לא לוקים על מעשה קידושין שכזה אלא רק על הבעילה, יוצא שאין עונש למשלח בכל מקרה, אז מה הנפק"מ אם יש כאן שליחות או לא? הוא מתרץ שני תירוצים:

"...ויש לומר דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקידושין...א"נ יש לומר דאף לרבא נפק"מ דאי יש שליחות חלין הקידושין ואי אין שליחות אין חלין הקידושין". התירוץ הראשון מחדש שאמנם אין מלקות על מעשה קידושין לבדו, אבל אם אח"כ בעל - ילקה למפרע אף על הקידושין. בכל אופן ברור שלפי תירוץ זה הקידושין יחולו אף אם נאמר שאין שליחות, והנפק"מ נוגעת אך ורק לשאלת העונש. התירוץ השני סבור כהצד השני של החקירה, שאם אין שליח לדבר עבירה, ברור שמעשה הקידושין לא יחול וזו הנפק"מ הפשוטה בין רבינא לרב סמא.

ה"נודע ביהודה" (מהדורה קמא אה"ע, סי' עה) דוחה בתוקף את הצד האומר כי מעשה השליחות חל והדין הוא אך ורק בשאלת העונש. לשיטתו ברור שמשמעותו של הכלל היא שמעשה השליחות לא חל. וכך כתב:

לא עלה על לבי שום ספק בעניין אשלד"ע דהיינו שגוף המעשה אינו קיים במידי שהמעשה בעי שליחות... ואי אפשר לחלוק על דבר אמת היוצא מפשטן של דברי הגמרא אין שליח לדבר עבירה וכיון שאינו שליח לא נעשה המעשה בשליחותו.

בהמשך דבריו הוא טוען כי שני תירוצי התוס' שהבאנו לעיל מסכימים בדבר זה ומחלוקתם היא בעניין אחר. התירוץ הראשון גם הוא סבור כי אם יש עבירה מעשה השליחות לא חל, אלא שהוא סבור שלדעת רבא קידושין שכאלו אינם מוגדרים כעבירה, ולכן לא לוקים עליהם. אמנם, אם הכהן יעשה לאחר מכן מעשה ביאה אף הקידושין יחשבו עבירה למפרע והוא ילקה עליהם, אבל הקידושין כבר חלו ולא ניתן להפקיעם למפרע. לכן תירוץ זה לא עסק בשאלת חלות הקידושין אלא אך ורק בשאלת העונש. התירוץ השני חולק בנקודה זו, הוא סבור כי העבירה חלה כבר בעת הקידושין ולכן שייך לומר לשיטתו שאכן הקידושין לא יחולו אם נאמר שהכלל תקף במקרה זה.

ה. סיכום

פתחנו את דברינו בהצגת מחלוקת הראשונים בשאלה מהו מקור הכלל אשלד"ע למסקנת הגמרא. האם מקורו הוא מפסוקים או מסברא. ראינו כי המחלוקת בשאלה זו יוצרת לכאורה הבדל עקרוני בין שתי גישות הראשונים. לשיטת הריטב"א הלומד שמקור הדין הוא מפסוקים, הדין מקבל אופי אובייקטיבי ויחול בכל המקרים ללא יוצא דופן. ולשיטת אלו החולקים (הרי"ף ודעימיה) מקור הדין הוא מסברא, ולכן במקום בו לא שייכת הסברא (כגון ביב השליח שוגג) יחזור דין שליחות למקומו ולתוקפו.

לאחר מכן עסקנו במחלוקת הסמ"ע ורע"א בבירור עומק דברי חז"ל באמרו "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים" ומה פשר סברא זו. הבאנו הוכחות לכל אחת מן השיטות, ועל ידי התבוננות בסוגיות שונות העמקנו בבירור דבריהם של אחרונים אלו לעומקם.

כעת אף נוסף ונאמר שלאור מחלוקת זו, ניתן להציע ולומר שהשוני בשיטות הראשונים בשאלת מקור הכלל, לא בהכרח משליך על חלותו של הכלל כפי שרצינו לומר בפתח דברינו, ואולי אף לא תהיה נפק"מ להלכה במחלוקת זו. שהרי, לשיטת אלו הסבורים כי מקור הדין הוא מסברא וממילא הדין יחול רק במקום בו שייכת

הסברא, אם יצעדו בדרכו של רע"א לפיו בגוף הסברא מונח יסוד הקובע כי דין שליחות לא שייך לעולם במקום בו ישנה עבירה, יוצא שגם לשיטתם דין זה יחול בכל המקרים ללא יוצא דופן. כך ניתן לומר שגם הרי"ף ודעימיה יסכימו לדברי הריטב"א ויחילו את הכלל אשלד"ע בכל מקום, אפילו אם השליח שוגג, ישראל מומר וכו'. א"כ, רק ההכרעה בשאלת אופייה של הסברא היא זו שתכריע באילו מקרים ובאיזה אופן חל הכלל אשלד"ע.

בסוף דברינו, הבאנו את חקירת האחרונים בשאלה מהי התוצאה המשפטית במקרה של שליחות לעבירה, והבאנו אף נפק"מ להלכה בשאלה זו.

