

אין שליח לדבר עבירה - דוד הנשקה

קדושין מ"ג, א. : "אמר רבא: אם תמצא לומר סבר שמאי שני כתובים הבאים כאחד מלמדים ו"הוא" "ההוא" לא דריש - מורה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב".

מדברי רבא אלו הקשו רבותינו האחרונים כמה קושיות. שנים מהן תובאנה כאן:

א. התוס' (קדושין מב, ב. ד"ה אמאי) סוברים שהכלל אין שליח לדבר עבירה חל רק במזיד, אבל אם השליח שוגג - יש שליח לד"ע, שלא שייך לומר בכה"ג דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שדמעין. הקשה ה"נודע ביהודה" (מהדור"ק, אה"ע, עה.) למה לרבא להדחק כל כך כרי לומר את דינו, דהיינו ששמאי סובר יש שד"ע בכה"ת, ושאינו דורש "הוא ההוא", ואפילו לא הי' זה דוחק - למה לו לומר את דינו אליבא דשמאי ודלא כהלכתא, יאמר את דינו אליבא דכו"ע ובלא דוחק באופן שאמר לשלוחו צא אכול את החלב והיו סבורים שהוא שומן, דשליטת תוס' אמרינן בזה יש שלד"ע, ומ"מ במקרה זה השליח חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכה"ת כולה זה נהנה וזה מתחייב. "אלא ודאי", מסיק הנו"ב, "דאפילו דלא ידע שהוא עבירה ג"כ אין שלד"ע", ו"ראי' גדולה" הוא. וכן הקשו קושיא זו רבנו עקיבא איגר ז"ל בחדושיו לקדושין (שם) ונשאר בצע"ג, והגאון הנצי"ב ז"ל ב"מרומי שדה" לקדושין (שם) ולא תירץ.

ב. ה"קצות החושן" (קפד, א) הסביר לאור קושיית הרי"ד ז"ל בתוספותיו לקדושין (שם), שבמצוות כהנחת תפלין, ישיבת סוכה וכיו"ב לא שייכת שליחות, שבמצוות אלו יש דין בגופו של מקיימן, שהתפלין יהיו מונחות על ראשו. ושגופו ישב בסוכה, ועל זה לא שייכת שליחות. והקשה ה"אור שמח" (פ"א מהל' שלוחין ה"א) מדוע רבא נימק את דינו שאין שליחות בבעילת ואכילת איסור בדין זה נהנה וזה מתחייב, הרי אפילו אמרינן "זה נהנה" וכו', כאן לא שייכת כלל שליחות משום שזהו דין בגופו, שגופו יהנה מבעילת אי אכילת האיסור, ובזה לא שייכת שליחות. אלא ע"כ שזו עצמה כונת הדין "זה נהנה" וכו', היינו שאם האיסור הוא בהנאת גופו לא שייכת שליחות. (ואכן ה"ברכת שמואל" לקדושין סי' כ'), אשר מסביר בשם הגר"ח ז"ל מבריסק את הדין שאין שליחות במצוות שבגופו כעין הסברו של ה"קצות" - מבאר כן את דברי רבא בענין זה נהנה וזה מתחייב). אך א"כ, מקשה האי"ש, למה לרבא להשמיעו דין זה אליבא דשמאי ודלא כהלכתא, יאמר כן אליבא דכו"ע במצוות אכילת פסח או מצה, שאין כאן שליחות משום שהמצוה היא הנאת גופו ובזה לא שייכת שליחות, דזה נהנה וזה יוצא ידי חובה לא אמרינן. והנראה לומר בזה הוא, דהנה יש לחקור לשיטת שמאי שיש שלוח לד"ע, האם כונתו שיש תורת שליחות גם לד"ע, או דילמא יש שלוח לד"ע לענין זה שיתחייב שולחו, אך כלל לא מתורת שליחות, אלא מתורת גורם, שהמשלח גרם לעבירה שתיעשה, וזהו המחייבו מגזרת הכתוב דשני כתובים.

ובפשוטו נראה כהצד השני, דהנה הטעם להא דאמרינן איך שליח לד"ע הוא משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. והסבר הדבר לפי הסמ"ע (קפב, ב) וסיעת ראשונים ואחרונים שהמשלח יכול לומר שסבור הי' שהשליח לא ישמע לו לעבור על דברי הרב ולפיכך לא גמר בדעתו לשלחו והשליחות לא חלה. ולפי"ז, שסברת דברי הרב הוא סברא מציאותית, הרי קשה מאוד לומר שגזה"כ דשני כתובין חידשה לדעת שמאי שתמציא שונה, ולכן יש לומר דס"ל לשמאי שגזה"כ דשני כתובין חידשה שהתורה מחייבת את המשלח מתורת גורם, אף שאין כאן כלל תורת שליחות מחמת המציאות של דברי הרב.

ואם ננקוט כך, שלשמאי מתחייב המשלח ללא תורת שליחות, תתישבנה בנקל שתי הקושיות החמורות הנ"ל.

קושית הנ"ב וסיעתו על שיטת התוס' שישלד"ע בשוגג מדוע לא אמר רבא את דינו אליבא דידן - לפי האמור, יש לומר שרבא רצה להשמיענו חידוש גדול יותר: לא זו בלבד שלדעת רבנן אין באכילת איסור ובבעילת איסור בשוגג שליחות לד"ע בניגוד לשאר עבירות שבשוגג ישלד"ע, משום שבבעילת ואכילת איסור לא שייכת שליחות; אלא אפילו לדעת שמאי שאינו דורש תורת שליחות כדי לחייב את המשלח, מ"מ אין המשלח מתחייב בכה"ג, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב. כלומר לשמאי התחדש מגזה"כ שאין צורך בתורת שליחות כדי לחייב את המשלח, אך כל זה אמור דוקא כאשר מעיקר הדבר שייכת תורת שליחות אלא שמחמת החסרון המציאותי - צרדי של "סבור הייתי שלא ישמע לי" לא חלה למעשה שליחות; אבל במקרה שכלל לא שייכת שליחות מעיקרא, כבביעלת ואכילת איסור, ששם זה דין בגופו של העובר, - מודה שמאי שאין המשלח מתחייב, שלא מצינו בכל התורה כולה, היינו אף מחוץ לפרשת שליחות, זה נהנה וזה מתחייב.

ובאותה דרך עצמה מתיישבת קושית ה"א ר"ח שמח" על הקצוה"ח, כמבואר. (ואף שהתוס' הנדונים חולקים על סברת הסמ"ע כדהוכיח בפשיטות ה"קהילות יעקב" לקדושין (סי' לה), מ"מ יש לומר דס"ל שסברת דברי הרב היא שאנן סהרי שאין השליח עושה שליחות למען המשלח, ואין השליחות חלה, כדכתב החת"ם סופר בחדושו לכתובות (לד, א), וסברא זו גם היא סברא מציאותית, ולפיכך גם לפיה יש לומר את כל האמור. ולפי סברת הסמ"ע יש להסביר את הראשונים דס"ל כוותיה ודס"ל שבשוגג ישלד"ע וממילא קשה עליהם כהנ"ל. פי האמור מיושבים דברים נוספים בסוגיא זו אך אבמ"ל).