

סימן ט"ז

שליחות לדבר עבירה בשוגג (לב ע"ב)

א. שוגג קרוב למזיד

הגמרא (לב ע"ב) דנה בחיוב גלות לרוצח בשוגג הקרוב למזיד:

ת"ר: הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה על פניו ומת – פטור; ואם נכנס ברשות – חייב. מאי חייב? א"ר יוסי בר חנינא חייב בד' דברים ופטור מגלות... אלא אמר רבא: מאי פטור מגלות? דלא סגי ליה בגלות, והיינו טעמא דרבי יוסי בר חנינא: משום דהוי ליה שוגג קרוב למזיד.

מבואר בגמרא, כי שוגג הקרוב למזיד אינו גולה, משום שאינו מתכפר בכך. הרמב"ם (פ"ו מהל' רוצח ושמה"נ ה"ב) אף סובר, שלרוצח כזה אין הגנה של עיר מקלט, ומותר לגואל הדם להורגו.

בהמשך הגמרא, מקשה רבא משליח ב"ד: "מתלב רבא: הוסיף לו רצועה אחת ומת – הרי זה גולה על ידו; והא הכא דשוגג קרוב למזיד הוא... וקתני: הרי זה גולה!". ומתרת: "אלא אמר רב שימי מנהרדעא: דטעה דיינא גופיה". וביאור הדברים: אם טעה הדיין ואמד את האדם בכמות מלקות שלא היה מסוגל לקבל, ומת – השליח של ב"ד נחשב רוצח בשוגג וגולה.

ב. שיטת התוס' דישלד"ע בשוגג

הדין היוצא מדברי הגמ', הוא הכלל הידוע: "אין שליח לדבר עבירה". מאחר שהדיין טעה ולא אמד כראוי, הרי יש בהכאת הנידון עבירה. מכיוון שכך, אין השליח יכול לומר שרק עשה את שליחותו – ולכן גולה בעצמו, כאחראי הבלעדי על מעשיו, שהרי ס"ס הרג בשוגג.

אך מכאן קשה על שיטת תוספות בקידושין ובב"מ, הסוברים שיש שליח לדבר עבירה בשוגג, ונבאר הדברים:

הגמרא בב"מ (י ע"ב) מביאה ברייתא:

והתניא: [אם המצא תמצא] בְּיָדוֹ [הַגִּנְבָּה] (שמות כב, ג) – אין לי אלא ידו. גגו חצירו

וקרפיו מנין¹? תלמוד לומר "הַמְצֵא תְּמַצֵּא" – מכל מקום.

על מימרא זו, מקשה הגמרא: "ואי סלקא דעתך חצר משום שליחות איתרבאי² – אם כן מצינו שליח לדבר עבירה³, וקיימא לן: אין שליח לדבר עבירה!".

על קושיה זו, מתרצים האמוראים שני תירוצים:

א. רבינא: הכלל "אין שליח לדבר עבירה" נכון רק במקום שבו השליח הוא בר-חובא. אך אצלנו, ה'שליח' היא החצר ואינה בת-חובא, ובאמת יש שליח לדבר עבירה.

ב. רב סמא: הכלל "אין שליח לדבר עבירה" נכון רק במקום שבו השליח יכול לבחור אם לעשות את הפעולה או לא. אך אצלנו, כשה'שליח' היא החצר ואינה בת בחירה: באמת "יש שליח לדבר עבירה".

נפק"מ, אומרת הגמרא, במקרה שכהן אמר לישראל לקדש לו גרושה:

• **לרבינא:** הרי ישראל אינו בר חובא, שהרי מותר לו לקדש גרושה! לכן, אמרין ש"יש שליח לדבר עבירה" והכהן עובר איסור במעשה הקידושין.

• **לרב סמא:** מאחר שהישראל אינו מחוייב לבצע שליחותו, הרי שגם במקרה זה "אין שליח לדבר עבירה", והאשה אינה מקודשת⁴.

וכן מביאה הגמרא נפק"מ נוספת, במקרה שבו אדם אמר לאישה להקיף את פאת ראשו של קטן⁵. גם כאן, לרבינא, שתולה את העניין בחיוב השליח – באמת "יש שליח לדבר עבירה", שהרי נשים אינן חייבות על הקפת פאת הראש. לעומתו, לשיטת רב סמא, מאחר שלאשה יש בחירה לגבי ביצוע הפעולה – "אין שליח לדבר עבירה".

תוספות שם (ד"ה "אי בעי") מקשים על דעת רב סמא מן המשנה בב"ק (עט ע"א), שם מובא הדין הבא: "היה מושכו ויוצא [ומת ברשות בעלים] – פטור. הגביהו [או הוציאו מרשות בעלים, ומת] – חייב". וביאור הדין: במקרה שבו גנב רימה אדם וגרם לו לגזול בהמה – מתחייב המושך רק אם הוציאו מרשות בעלים או אם הגביהו. ולכאורה, מוכח כאן להדיא שאם מת ברשות בעלים ללא הגבהה – חייב המשלח, דהיינו הגנב.

¹ ומסביר רש"י: "שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה, שהוא חייב".

² ומסביר רש"י: "מדרכי רחמנא שליחות לאדם... אתרבאי נמי חצרה, דהויא לה כשלוחה".

³ שהרי הבעלים של החצר מתחייבים על מעשה הגניבה שעשתה החצר עצמה. אך צריך לסייג ולומר שעדיין צריך רצון בעלים לגזול, שהרי פשוט שאם אדם זרק חפץ אל תוך חצרו של חבירו אין חבירו מתחייב משום גנב.

⁴ ועיין תוספות ד"ה "דאמר".

⁵ קטן לאו דווקא, ועיין רש"י בד"ה "וקדש לי".

והרי לשיטת רב סמא השליח היה יכול לסרב, ומדוע "יש שליח לדבר עבירה"? ומתמצים התוספות: מכיוון שהשליח אינו יודע שהבהמה גנובה, וגונב אותה בשוגג, הרי זה כמי שלא הייתה לו ברירה, ולכן "יש שליח לדבר עבירה", כמו בחצר דאתרבי משום שליחות.

אך על פי מה שראינו לעיל בשליח ב"ד, קשה על שיטת התוס': הרי שם, בשליח ב"ד, השליח עשה בשוגג, ומדוע אמרינן ד"אין שליח לדבר עבירה" והוא גולה ולא הדיין שטעה?

ג. ישלד"ע בשוגג רק לעונש מזיד

בכדי לתרץ קושיה זו, נראה לומר, שכל דברי התוס' ד"יש שליח לדבר עבירה" בשוגג, היינו כאשר על עצם המעשה לא קיים חיוב בשוגג. ומאחר שאי אפשר לחייב את השליח, מחייבים את המשלח. אך במקום שבו על עצם המעשה קיים חיוב בשוגג – אכן נשתמש בכלל הידוע ונאמר ש"אין שליח לדבר עבירה", ויתחייב השליח בלבד.

ואם תאמר, דהרי בנידון של תוספות מב"ק (עט ע"א) מדובר על אדם שגנב בשוגג, ומחייבים את המשלח, ומדוע לא אומרים "אין שליח לדבר עבירה", ויתחייב השליח? ונראה לתרץ על פי יסוד המובא בקצות החושן (סי' שמח סק"ד), שהלוקח חפץ בשוגג – אין זה נחשב כגניבה. החיוב אף על שוגג, הוא רק במקומות שבהם פירש הכתוב, כמו בנזיקין מדתנא דבי חזקיה (לעיל כו ע"ב). אם כן, באמת יוצא שלא קיים חיוב למושך, ולכן אמרינן "יש שליח לדבר עבירה" ומתחייב המשלח.

ועפ"ז אתי שפיר סוגיית שליח ב"ד: מאחר שעל עצם מעשה רצח בשוגג קיים חיוב – "אין שליח לדבר עבירה", ומתחייב שליח ב"ד לגלות.

ד. שיטת התוס' בקידושין

כל המהלך לעיל שריר ובריר וקיים רק על פי הסבר התוספות בב"מ הנ"ל לגבי דין "אין שליח לדבר עבירה". אך ע"פ שיטת התוספות בקידושין – עדיין קשה:

הגמרא בקידושין (מב ע"ב) אומרת, שהסיבה שאין שליח לדבר עבירה היא משום ש"דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?" בהמשך, מביאה הגמרא רשימה של דוגמאות שבהן דורשים מפסוקים ש"יש שליח לדבר עבירה", בניגוד לשאר המקומות.⁶

⁶ ואין לומר שנלמד מאותם מקומות על כל התורה, שהרי אלו שני כתובין הבאים כאחד, ואיתא בפסחים

אחד מן היוצאים מן הכלל שמביאה הגמרא הוא דין מעילה. תוספות על אתר (ד"ה "אמאי") מקשים על כך:

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!

וביאור הקושיא: אם ברור שבמעילה "יש שליח לדבר עבירה", מדוע הגמרא לומדת את זה מפסוק?

ומתרצים תוספות בשם ר"י: "ואומר ר"י, דהכא מיירי אפילו דנזכר השליח". דהיינו, שבאמת המשלח שלח את השליח בשוגג למעול. אך לפני המעילה עצמה, נזכר השליח שאסור, ובאמת עשה זאת במזיד. ולכאורה, "דברי הרב ודברי התלמיד" ויתחייב השליח! מחדשת הגמרא, שבמקרה כזה חייב המשלח.⁷

היוצא משיטת תוספות הוא, שבאמת במקום שבו השליח עשה מעשה בשוגג "יש שליח לדבר עבירה" ויתחייב המשלח. אך א"כ הדרא קושיא לדוכתה על הגמרא בב"ק לגבי שליח ב"ד.

הש"ך (חו"מ סי' שמח סק"ו) כותב, שלמסקנת הסוגיה אין משתמשים בסברת "דברי הרב ודברי התלמיד". על פי זה ניתן לומר, שכל קושייתנו על תוספות מב"ק לעניין שליח, היא רק מהה"א, אך למסקנה לא קשיא מידי.

ה. קושיית הנודע ביהודה על התוס'

בהמשך הגמרא בקידושין (מג ע"א) מובאת דעת שמאי הזקן, הסובר כי "יש שליח לדבר עבירה"⁸, ולומדים זאת בבנין אב ממעילה וחייב תשלומי ד' וה', על אף שהן שני כתובים הבאים כאחד.⁹ סימוכין לשיטתו מביא שמאי הזקן מן העובדה שנתן הנביא האשים את דוד על רצח אוריה החתי: "וְאֵתוּ הַרְגַת בְּחָרֵב בְּנֵי עֲמוֹן" (שמואל ב' יב, ט). אך אפילו לשיטה זו אומר רבא: "מודה [שמאי הזקן] באומר לשלוחו 'צא בעול את הערוה ואכול את החלב', שהוא חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב".

דף כו ע"א: "וכל שני כתובין הבאין כאחד אין מלמדין".
⁷ והתוס' הוכיחו זאת מדברי הגמרא במעילה כא ע"א, עיי"ש.

⁸ ע"פ ההסבר הראשון בגמרא.

⁹ ולשיטתו שני כתובים הבאים כאחד מלמדין.

על שיטת התוספות¹⁰, מקשה בשו"ת נודע ביהודה" (מהדור"ק אה"ע סי' עה, ד"ה "ואף שבמעילה") ע"פ הגמרא לעיל: מדוע מחדש רבא את דין "זה נהנה וזה מתחייב" רק לשיטת שמאי הזקן? מה מנע ממנו לומר את דין זה אליבא דהלכתא – שיטת רבנן¹¹? וביתר ביאור: אם נאמר כשיטת תוספות שיש שליח לדבר עבירה בשוגג – מדוע לא חידש רבא את דינו גם לשיטתם?¹²

מכורח קושיה זו, דוחה הנודע ביהודה את שיטת התוספות, וז"ל: "אלא ודאי דאפילו בלא ידע¹³ שהוא עבירה גם כן אין שליח לדבר עבירה"¹⁴.

ו. ביאור שיטת התוס'

אך לפי ביאורנו בדברי התוספות בב"מ, ניתן לתרץ את קושיית הנו"ב: לעיל סייגנו, שדברי תוספות דיש שליח לדבר עבירה בשוגג, היינו רק כאשר אין חיוב על שוגג. מאחר שאין אפשרות לחייב אדם שוגג על המעשה – אמרינן דיש שליח לדבר עבירה ומחייבים את המשלח. אך מאחר שבמקרה דידן פשוט שמדברת הגמרא על מעשה בשוגג¹⁵, הן מצד המשלח והן מצד השליח – גם לרבנן פשוט שיתחייב השליח, שהרי יש חיוב בשוגג על עצם המעשה ואין הו"א לחייב את המשלח. לכן, לא מצא רבא מקום לחדש דין זה לשיטת רבנן, דפשיטא ליה.

אך עדיין ניתן להקשות, על דרך קושיית הנו"ב: מדוע לא השמיע רבא את דינו גם אליבא דרבנן במקרה שבו המשלח שילח במזיד, והשליח עשה בשוגג?¹⁶

בכדי לתרץ קושיה זו, יש להזכיר את דברי הרמב"ם לגבי "שליח לדבר עבירה" (פ"ז מהל' מעילה ה"ב), וז"ל:

במה דברים אמורים [דיש שליח לדבר עבירה]? כשהיו החתיכות מקדשי בדיק הבית. אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו – לא מעל אלא האוכל בלבד [דהיינו: אין שליח לדבר עבירה] שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה, ובכל התורה כולה

¹⁰ שאמנם אמרינן ד"אין שליח לדבר עבירה", אך "יש שליח לדבר עבירה" בשוגג.

¹¹ ועיין עוד נו"ב מהדור"ת אבן העזר סימן קיב, ובפרט בד"ה "ומה שהוכחתי".

¹² והיינו, דאף דאמרינן "יש שליח לדבר עבירה" בשוגג, היינו כאשר לא נהנה השליח. אך אם נהנה – "אין שליח לדבר עבירה".

¹³ דהיינו בשוגג. ודלא כשיטת תוספות לעיל בקידושין ובב"מ.

¹⁴ ועתה, מוכן חידושו של רבא. שהרי לרבנן תמיד "אין שליח לדבר עבירה", בפרט במקום שבו נהנה השליח.

¹⁵ שעליו יתחייב האדם קרבן, ולא כרת. וראה רמב"ם פ"א מהל' מעילה ה"ג.

¹⁶ נפק"מ: לפטור את המשלח מחיוב מיתת בי"ד ("בעול את הערוה") או כרת ("אכול את החלב"). וראה רמב"ם שם, וכן רמב"ם פ"א מהל' איסורי ביאה ה"א.

אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבריה שלא יתערב עמה איסור אחר.

והנראה מדברי הרמב"ם הוא, שמה שחידשה התורה ד"יש שליח לדבר עבירה" במעילה, היינו מאחר שבפשטות כשאדם עובר על איסור – "אין שליח לדבר עבירה".

א"כ, אתי שפיר: בגניבה, כשיטת הקצה"ח שהובאה לעיל, מאחר שאין איסור בעצם מעשה השליח – פשוט שחייב המשלח. אך במעילה, שבעצם מעשה השליח יש איסור – הייתה צריכה התורה לחדש ולומר שיש שליח לדבר עבירה בכדי לחייב את המשלח. עתה, מאחר שלא חידשה זאת התורה לעניין עריות ("בעול את הערוה") ולעניין חלב ("אכול את החלב") – פשוט דלא אמרינן יש שליח לדבר עבירה כרבא, ולא היה לו לחדש זאת לרבנן.