

שליחות

[א]

שליחות בתרומה

כן תרימו גם אתם תרומת ה' מכל מעשרתיכם אשר תקחו מאת בני ישראל ונתתם ממנו את תרומת ה' לאהרן הכהן: (במדבר פרק יח, כח)

קידושין (מא, א) שליחות מנלן דתניא (דברים כד) ושלח מלמד שהוא עושה שליח ושלחה מלמד שהיא עושה שליח ושלח ושלחה מלמד שהשליח עושה שליח. ואלא הא דתנן האומר לשלוחו צא תרום תורם כדעת בעל הבית, ואם אינו יודע דעת בעל הבית תורם בבינונית אחד מחמשים פחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה. מנלן, וכי תימא דיליף מגירושין מה לגירושין שכן ישנן חול, אמר קרא אתם (במדבר יח) גם אתם לרבות את השליח.

שליחות או ניהותא

בפשטות מבואר בסוגיא שצריך שליחות להפרשת תרומה, אבל אין זה פשוט כלל, דהנה תנן (גיטין דף סו עמוד א) מי שהיה מושלך לבור ואמר כל השומע את קולו יכתוב גט לאשתו הרי אלו יכתבו ויתנו, משמע שנחשב שלוחו אע"פ שאינו ממנה למישהוא מיוחד, והקשו הראשונים מהא דאמרינן (נדרים דף לו עמוד ב) שהמודר הנאה מחבירו תורם את תרומותיו ואת מעשרותיו לדעתו, ומקשה הגמ' במאי עסקינן אילימא מן בעל הכרי על של בעל הכרי ולדעתו דמאן אילימא לדעתו דיליה מאן שוויה שליח, אלא לדעתו דבעל הכרי הא קמהני ליה דקעביד שליחותיה, ומסיק כדאמר רבא באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום, דמשמע שאינו שלוחו דא"כ היה אסור במודר הנאה משום דקמהני ליה.

ותי' בתוס' (גיטין דף סו עמוד א) דהתם לאו משום דכי אמר הכי לאו שליחותיה עביד דבתרומה בעינן שליחות, אלא לענין מודר הנאה דוקא לא חשיב שליחות שיחשב בכך כמהנה ליה כיון שלא צוה לו לעצמו. אבל הרמב"ן (שם) תי' דהתם כל הרוצה לתרום קאמר מדעתו ואינה אלא כנותן רשות לאו שליחותיה הוא וגבי תרומה אפילו גילוי דעתא נמי מהני, כדאמרינן בפ' אלו מציאות (כ"ב א') כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה.

הר"ן (לב עמוד ב בדפי הרי"ף) תמה עליו דהתם בפ' ואלו מציאות (שם) קא אמינא דהיא כלך אצל יפות דוקא דשוויה שליח, דאמרינן התם תרגמה אביי אליבא דרבא דשוויה שליח, וה"נ מסתברא דאי לא שוויה שליח מי הוי תרומתו תרומה אתם גם אתם לרבות שלוחכם, מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, אלא כגון דשוויה שליח וא"ל זיל תרום ולא אמר מהני תרום וסתמיה דבעל הבית כי תרום מבינונית תרום ואזל איהו ותרום מיפות ובא בעל הבית ומצאו וא"ל כלך אצל יפות, אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה. ועי' בחי' הגרע"א (בבא מציעא שם) שדן באריכות ליישב קושיית הר"ן, ואכמ"ל.

אפוטרופוס

ונראה שהרמב"ן במקום אחר הולך לשיטתו, דכנראה נחלקו הראשונים האם מועיל הפרשת תרומה לאחרים מדין זכייה. דהנה תנן (גיטין נב, א) יתומין שסמכו אצל בעל הבית או שמינה להן אביהן אפוטרופוס חייב לעשר פירותיהם. ורמינהו אתם ולא שותפין אתם

ולא אריסין אתם ולא אפוטרופין ולא התורם את שאינו שלו, אמר רב חסדא לא קשיא כאן להאכיל כאן להניח.

ונחלקו בזה הראשונים האם הא דאפוטרופוס מפריש ליתומים, הוא מה"ת או אינו אלא מדרבנן. עי' בחידושי הרמב"ן שכתב וז"ל י"ל דתקנת חכמים היא שהעמידו הפירות ברשות האפוטרופוס כדי שיוכל לעשר ויאכילם והפקר ב"ד הפקר, דאי לא כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו היאך אוכלים יתומים טבל. הרמב"ן עצמו חולק וסובר שכל מה שעושה האפוטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה דזכין לאדם שלא בפניו הוא, כדאמרינן בפ' האיש מקדש בלישנא קמא מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד נשיא אחד והתם קטנים הוו.

ועי' בחידושי הרשב"א שג"כ מביא הטעם של הפקר ב"ד, שהפקירו את הפירות לגבי האפוטרופוס לתקנת היתומין ומשום חייהן, ולכן אין יכולין להפריש להניח, משום דאין כאן תקנת היתומין ולא הפקירום לכך, אבל כתב שאי נמי איכא למימר דמדינא תורמין בין להאכיל בין להניח, דיד אפוטרופוס כיד היתומין, אלא כדי שלא יראה כמזלזל בנכסי היתומין שמא לא ידקדקו יפה בדבר אסרו להן לתרום כדי להניח, כיון שאין צורך להן בדבר זה אבל להאכיל העמידה אדיניה.

הרי לן שנחלקו הרמב"ן והרשב"א האם מועיל הפרשת תרומה מדין זכייה, דעת הרמב"ן שמועיל, אבל דעת הרשב"א שאפוטרופוס אינו יכול להפריש מדין זכייה אלא משום דידו כיד הקטנים. ונראה שהם הולכים לשיטתם שהרמב"ן לשיטתו שלא צריך שליחות בהפרשת תרומה, ודי בניחותא דבעלים, א"כ פשוט שמועיל מדין זכייה [ואולי יש לדחוק ונאמר דס"ל זכייה מטעם שליחות] אבל הרשב"א לשיטתו שסובר שצריך שליחות ממש, כמו שיבואר בסמוך, סובר שלא מועיל זכייה.

תורם משלו על של חבירו

(נדרים לו,ב), איבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעתו או לא צריך דעת מי אמרינן כיון דזכות הוא לו לא צריך דעת, או דלמא מצוה דיליה היא וניחא ליה למיעבדיה. והק' הרשב"א דהא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה, אלא גזירת הכתוב דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצאו תרום, למ"ד אין חזקה שליח עושה שליחותו אמרינן בפ"ק דחולין (יב, א) דלמא שמע אינש אחריני ותרום ורחמנא אמר (במדבר יח, כח) אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ואף על גב דהתם ניחא ליה שתיקן כריו, תי' הרשב"א דתורם משלו על של חבירו שאני, דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי, אבל בתורם משלו על של חבירו כיון שאינו של בעל הכרי לא בעינן שליחותו ממש, ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו, או לאו זכות דמצוה דנפשיה עדיף עכ"ל. הרי לן להדיא דעת הרשב"א שכדי לתרום משל חבירו צריך שליחות.

זכין מאדם

דברי הרשב"א אלו הם היסוד שהקצוה"ח בונה עליהם במחלקתו עם תרוה"ד, האם אומרים "זכין מאדם" או דווקא "זכין לאדם". שהקצוה"ח (סימן רמג ס"ק ח) מביא בשם תרומת הדשן (סי' קפ"ח) מעשה באשה בעלת הבית שלשה לה משרתת שלה עיסה, והלכה לחוץ קודם שהפרישה חלה, וקודם שחזרה נתחמצה העיסה כל צורכה שאם עוד תשהה שלא תאפה תתקלקל העיסה, ובשביל כך רוצה המשרתת להפריש חלה בלי רשות בעה"ב, וכתב התרה"ד דשפיר דמי למיעבד הכי, דכיון דמתקלקל זכות הוא לבעה"ב וקי"ל זכיה

מטעם שליחות אתרבי וכו', וה"נ המשרתת נעשית שלוחה אפילו שלא מדעתה מטעם דזכות הוא לה, ואפילו אין כאן אלא חשש קלקול העיסה כו'. הקצוה"ח חולק עפ"י דברי הרשב"א הנ"ל שהיכא שתורם משל חבירו על של חבירו לא מועיל ניחותא וצריך שליחות ממש. אבל לפי מה שהבאנו מהרמב"ן מבואר שסובר שמועיל הפרשת תרומה מדין "זכין", א"כ מוכח שמועיל גם "זכין מאדם" כדברי התרה"ד.

הפרשת תרומה לירקן גוי או מומר

הרי שנחלקו הראשונים האם צריך שליחות להפרשת תרומה או לא, ולפי"ז דן מרן הגריש"א שליט"א, שמשגיח כשרות שרוצה לתרום פירותיו של הירקן, אם הוא גוי ואינו בר שליחות צריך לקנות ממנו כל הפירות, דבלא"ה אינו יכול לתרום בשבילו לדעת הר"ן ודעימיה שצריך שליחות להפרשת תרומה והגוי נתמעט מפרשת שליחות.

ויש לדון לפי"ז מה יהיה הדין אם בעל החנות הוא חילוני שהרי נחלקו האחרונים האם מומר הוא בכלל שליחות. דעת מגן אברהם (סימן קפט ס"ק א) שאינו בכלל שליחות, עי"ש שמביא דברי התוס' (סנהדרין דף עב עמוד ב) כששואלין העדים ישראל הוא בן ברית הוא, ר"ל ישראל ולא כותי בן ברית ולא מומר לעבודת כוכבים, דמורין לעבודת כוכבים היו מורידין ולא מעלין. הרי לן טוען המ"א שמומר אינו נחשב "בן ברית". ולכן תמה על הרמ"א (א"ע סימן קמ"א סס"ג) שכתב שהפסולים בעבירה מדברי תורה, פסולים להבאת הגט, אא"כ נתקיים הגט בחותמיו, (ויש פוסלים אף בנתקיים בחותמיו). ודין מומר, כדין פסולי עדות מדאורייתא. משמע (טוען המ"א) שאם הגט התקיים בחותמיו מותר לשלחו עי"י מומר, והק' עליו המ"א דתיפוק ליה דאינו נעשה שליח משום דאינו בן ברית, וכדאי' בגיטין (דף כ"ג ע"ב).

ותי' המ"א דהתוס' מיירי במומר להכעיס וכדמסיים טעמיה דמורידין ולא מעלין, וזהו דוקא בלהכעיס כמ"ש ביו"ד (סי' קנ"ח) ואפשר דרמ"א מיירי בלתיאבון וצ"ע. ומסיים המ"א שמי שיצא מן הכלל הוי כלהכעיס. ולפי"ז י"ל שחילוני שמחלל שבת בפרהסיא דנחשב למומר לכל התורה כולא ודינו כמומר להכעיס, א"כ אינו בר שליחות לדעת מ"א אז יהיה בעיא לתרום לו תרומותיו. (אם לא שנאמר שיש לו דין כקטן שנשבע בין העכו"ם, אבל אין זה פשוט כלל בפרק אלו שיש להם שייכות לאנשים דתיים)

אבל עי' באבן העוזר שחולק על המ"א על פי דברי התרומת הדשן (סימן רל"ז) שדן במומר הבא לגרש את אשתו עי"י שליח למרחקים היאך מתקנין הדבר שלא יבא לידי מכשול. עי"ש שדן באריכות דאולי אפשר לזכות לה הגט עי"י משום דנחשב זכות לה לקבל הגט וזכין לאדם שלא בפניו.

וכתב התרה"ד וכן עשיתי מעשה במשומד אחד שהיה ממיר וכופר וגם בשכבר בהיותו ביהדות היה סופר לגיטין דהיה יודע הלכות הגט, וחששתי לעשות שליח להולכה לבד פן יבטל הגט והשליחות, לכך אמרתי אל המומר צריך אתה לתת הגט על שני דרכים הראשון עיקר והשני לרווחא דמילתא, וככה תעשה תמסור הגט ליד פלוני שיקבלו ויזכה בו לאשתך ותתגרש בו מיד בקבלתו של זה, ואולי יש קצת גמגום בדבר אם תועיל קבלה זאת ולכך תחזור ותקח הגט ותמסרנו ליד השליח להולכה בהליכתו. ובדרך זה מתקנים כמעט כל הספיקות דממ"נ אם בקבלה יש די כמו שסוברים הרבה גאונים דלעיל, תו לא צריכנא למידי ואפילו אם אינו די, מ"מ המומר אסח דעתא מלבטל השליחות כי יאמר שנסמוך על הקבלה לחודיה בשעת הדחק. הרי לן דעת התרה"ד ברור מללו שמומר כשר לעשות שליח, א"כ ע"כ שהוי בתורת שליחות.

[ב] שליחות לדבר עבירה

(קידושין דף מג עמוד א) האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש הוא חייב ושולחו פטור, שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא שולחו חייב שנא' (שמואל ב' יב) אותו הרגת בחרב בני עמון. אמר רבא את"ל סבר שמאי שני כתובים הבאים כאחד מלמד, והוא שהוא לא דריש, מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב ושולחו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב.

זה נהנה וזה מתחייב במעילה

יש להסתפק לדידן שאין שליח לדב"ע, אבל במעילה אמרינו יש שליח לדב"ע, האם קיים גם לדידן סברא זו של לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, ואם עשה שליח למעילה, במעילה של הנאה שהשליח ימעול ולא המשלח.

ועי"ש בתוספות (ד"ה שלא מצינו) שהקשה והא איכא מעילה שאם אמר הגזבר לשליח אכול ככר זה של הקדש והשליח לא ידע שהוא של הקדש דחייב המשלח, ואמאי זה נהנה וזה מתחייב הוא. ותי' בתוס' דמעילה לא מתחייב המשלח ע"י הנאת השליח אלא ע"י הגבהה דשליח, דמיד דאגבהיה שליח קנייה וההיא שעתא חייב משלח.

ועי"ש שר"י היה מסופק באומר לשליח הושט ירך לך של שמן ותהנה מן הסיכה, או שב על עורות של הקדש, או התחמם בגיזי עולה, והשליח לא ידע דהם של הקדש דהשתא לא עשאו שליח אלא מן ההנאה אם יתחייב המשלח כדאמרינן גבי מעילה, או דילמא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן.

מתעסק בחלבים ועריות

וצ"ב במה מסופק הר"י. והנה ידועים הם דברי האחרונים (אתון דאורייתא סי' כד ועוד) לפרש הא דקי"ל שאע"פ שמתעסק בכל התורה פטור אבל בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, שמתעסק הוא פטור ב"מעשה" עבירה שלא נחשב כאילו הוא עשה המעשה, [וכן מבואר בדברי המקור חיים סי' תלא שלא שייך פטור מתעסק באיסור בל יראה ובל ימצא, משום שאין כאן "מעשה" איסור] אבל בחלבים ועריות האיסור הוא עצם הנאה, א"כ אין פטור מתעסק, דסוף כל סוף נהנה.

הם הוכיחו כדבריהם מסוגיין שה"ט שאפילו לשמאי הזקן שיש שליח לדב"ע מודה באומר לשלוחו צא בעול הערוה וכו' חייב המשלח שלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, היינו כנ"ל שלא מצינו שליחות אלא במעשה וכאן שהעבירה היא ההנאה אז לכו"ע לא שייך שליחות. עוד הוכיחו מההיא דשבועות (דף יז, ב) היה משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי ופירש מיד חייב מפני שיציאתו הנאה לו כביאתו, ומסיק משום שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת ופירש בהנאה מרובה. הרי לן שהאיסור הוא ההנאה, ולכן חייב משום שפירש בהנאה מרובה, דאי מצד המעשה בכל מקרה הוא חייב לפרוש.

גדר חיוב מעילה

ולפי"ז יש להספק לגבי מעילה, דהנה ידועים הם דברי הגר"ח (הל' מעילה פ"ח ה"א) שגדר חיוב מעילה הוא גזילה מהקדש ולא איסור הנאה, עי"ש שמוכיח כדבריו מהא דהשיעור של מעילה הוא פרוטה, דאם נאמר שגדר האיסור הוא הנאה מהקדש, א"כ למה פרוטה, אבל אם נאמר דהוי גדר של גזילה ניהא שפרוטה הוא שיעור בממון. ועי"ש עוד שהוכיח מהא דצריך קרא במס' מעילה (דף י"ג ע"א) שפועל אסור לאכול בשעת עבודתו להקדש, ונפסק ג"כ ברמב"ם (בפי"ב מהל' שכירות הל"ה) וז"ל אין הפועלים אוכלין בשל הקדש שנאמר בכרם רעך עכ"ל, ואם נאמר שאין כאן אלא איסור הנאה גרידא, מה הה"א שיהיה מותר לו לאכול וכי תעלה על הדעת שנזיר שעובד בענבים יהיה מותר לו לאכול, אבל אם אין כאן אלא איסור גזילה ניהא דה"א שהיות ויש לפועל זכות ממון לאכול בשעת עבודתו, א"כ ה"א שאפילו בהקדש מותר משום דאין כאן "גזל" קמ"ל שאפ"ה אסור.

קלב"מ בתרומה והקדש

ויש להוכיח כדבריו מדברי התוס' (כתובות דף ל עמוד ב) שדן לגבי הדין של קם ליה בדרבה מיניה, שמי שעבר עבירה שיש בו שני עונשים, שנותנים רק העונש היותר חמור, שיש הבדל בין מי שאכל תרומה שחייב לשלם למי שאכל הקדש שפטור, וז"ל וי"ל דשאני שוגג דתרומה משום דתשלומין דידיה כפרה ולא ממונא כדאמרינן במסכת תרומות (פ"ו מ"א) דאם רצה כהן למחול אינו יכול למחול משום דלא הוי ממון אלא כפרה, ואפילו אוכל תרומת עצמו דלא גזל מידי משלם כפרה לעצמו וחומש לכהן, ולכך לא שייך קים ליה בדרבה מיניה לפוטרו מכפרה, אבל קרן וחומש של הקדש אינו משום כפרה אלא משלם ממון שגזל הקדש. הרי לן ראייה מוכחת לדברי הגר"ח.

שיעור פרוטה בשאר איסורי הנאה

אבל יש לדון על ראיותיו שהרי הגרע"א (פסחים כא, ב) מסופק בדינו של רבי אבהו "שכל מקום שנאמר לא יאכל לא תאכל לא תאכלו אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה משמע", אם אינו עובר אלא בנהנה מכזית הואיל ונלמד מ"אכילה", או דילמא שיעורו בפרוטה. מבואר מדבריו שנקט כדבר פשוט ששיעור הנאה אינו אלא פרוטה. א"כ לדבריו רין ראייה מהא דשיעור מעילה הוא פרוטה שגדר מעילה הוא גזל הקדש. ואדרבה יש להוכיח מהגרע"א דלא כהגר"ח שלכאורה מקורו (ששיעור איסור"ג הוא פרוטה) הוא ממעילה ששיעור מעילה הוא פרוטה, ואם כדברי הגר"ח אין ראייה ששם הוא איסור גזל ולא איסור"ג, אלא ע"כ שהגרע"א סובר שגם במעילה האיסור הוא הנאה.

ומה שהוכיח מהא דצריך קרא למעט אכילת פועל מהקדש, כבר הק' כן בחידושי הריטב"א (מסכת בבא מציעא דף פז עמוד ב) ד"ה רעך ולא של הקדש, וז"ל וא"ת של הקדש למה לי קרא למיסוריה והלא יש בו מעילה מן התורה מכיון שתלשו, י"ל דאתיא אפי' כשהתנה שלא יחול עליו הקדש אלא בדמיו, וכההיא שאמרו בונים בחול ואח"כ מקדישין. א"כ יש להוכיח מדברי הריטב"א דלא כהגר"ח, שהיה חייב לעשות אוקימתא שמירי שעדיין לא חל הקדושה על הפירות.

ביאור בספיקת תוס'

ולפי"ז י"ל שזה הספק בתוס' שאם נאמר שגדר איסור מעילה הוא גזל אז אפשר לומר ששפיר מעל ע"י הנאת השליח, ולא אמרינן לא מצינו שזה נהנה וזה מתחייב, דכלל זה לא נאמר אלא היכא שהאיסור הוא ההנאה כחלבים ועריות, אבל במעילה שהאיסור הוא

הגזילה וההנאה אינו אלא היכ"ת לגזילה שפיר חייב ע"י שלוחו. אבל אם נאמר שגדר מעילה הוא איסור הנאה אז גם במעילה שייך הכלל ש"לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב".

חילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף

לגבי עיקר הנידון בגדר איסור מעילה ע"י בנתיבות המשפט (ביאורים סימן כח, ב) שמחלק בין מעילה בקדושת בדק הבית למעילה בקדושת הגוף, ע"ש שדן על ההיא דאמרין (כריתות י"ג ע"ב) דיש אוכל אכילה אחת וחייב עליה ארבע חטאות ואשם, ר' מאיר אומר אם היתה שבת והוציאו בפיו, ואחד מהם איסור נותר, וחייב גם משום מעילה, וקשה דבפסחים (כט, א) מוכח דכל היכא דהוא לאו בר דמים שהוא איסור הנאה אין בו חומש ואשם, ונותר איסור הנאה הוא כמו חמץ, ולא בר דמים הוא. ותי' שהחילוק הוא מבואר, דשאני התם בפסחים דהוא קדושת דמים, ומעילה דקרבן וחומש הוא משום גזילת הקדש, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף ל' ע"ב) בד"ה זר שאכל תרומה, משום הכי בעינן שיהיה בר דמים, מה שאין כן הכא מיירי בקדושת הגוף דמעילה דידה לא תליא בדמים כלל.

עוד דרך בביאור דברי תוס'

א"נ י"ל שהתוס' מסופקים בזה גופא, האם הכלל ש"לא מצינו וכו'" יסודו משום שהאיסור הוא הנאה, או שאפילו אם האיסור הוא המעשה לא מסתבר שהמשלח יעבור היכא שהשליח הוא זה שנהנה מהאיסור.

שכן נהנה לגבי מצ"כ

דהנה על עיקר היסוד של האחרונים שגדר האיסור של חלבים ועריות הוא ההנאה, יש לפקפק עליו טובא, דלכאורה מרש"י (ר"ה כח, א) מבואר דלא כדבריהם, שכתב שאפילו ללמ"ד מצוות צריכות היכא שאכל מצה בלי כוונה יצא משום דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, ואם כדבריהם מה השייכות בין זה שחייב במתעסק בחלבים ועריות שהאיסור הוא הנאה למצוות צריכות כוונה, אלא ע"כ שהגדר הוא שהיכא ש"נהנה" הוי כאילו התכוון.

בדברי הר"ן בסוגיא דריחא

עוד דנו האחרונים מדברי הר"ן בחולין בסוגיא דריחא מילתא (דף לב עמוד א בדפי הרי"ף) שיצא לחדש שיסוד המחלוקת האם ריחא מילתא או לא הוא האם ריחא נחשב לאכילה, שמצד הנאה לא היה אסור משום דקי"ל כר"ש דדבר שאינו מתכוון מותר, וכ"ת שואל הר"ן דהוי פסיק רישיה וקי"ל (שבת דף עה א) דמודה ר"ש בפסיק רישיה ולא ימות, תי' הר"ן דלענין הנאה ודאי אף על גב דהוי פסיק רישיה שריא דהא אמרינן התם (פסחים דף כו א) מוכרי כסות מוכרין כדרכן ובלבד שלא יכוונו בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים, והא התם ודאי מטי ליה הנאה אלא דכיון דלא מיכוין לה לא חשבינן לה מידי. אלא ע"כ פלוגתייהו דאביי ורבא בהנאה דאכילה תליא דאביי סבר ריחא מילתא כלומר דכשמניח פיו עליה ושואף הריח הרי הוא כאילו שתה ממנו דריחא מילתא היא וכאכילה חשיבא, הילכך אף על גב דלא מיכוין כלל אסור דקי"ל (סנהדרין דף סב ב) המתעסק בחלבים ועריות חייב שכבר נהנה, ורבא סבר ריחא לאו מילתא היא כלומר דלא חשיבא ליה אכילה הילכך כיון דלא מיכוין שרי. הרי לן בדברי הר"ן שלגבי איסור הנאה לא שייך מתעסק, ודווקא באיסור אכילה. ודלא כאחרונים הנ"ל שכל הדין של "שכן נהנה" לא נאמר אלא היכא שהאיסור הוא הנאה.

דכן נהנה במלאכת שבת

עוד יש להוכיח שלא כדבריהם מדברי התוספות (סנהדרין דף סב עמוד ב ד"ה להגביהה) שהקשו על הא דאמר שמואל שמתעסק בשבת פטור משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה, תיפוק ליה ממתעסק בכל התורה שנלמד מ"בה", ותי' בתוס' דבא לחדש שבשבת פטור אף על פי שנהנה, משום מלאכת מחשבת. משמע דבלא"ה אפילו במלאכת שבת היה חייב במתעסק משום שנהנה, ואת"ל שכן נהנה אינו מחייב אלא היכא שהאיסור הוא ההנאה, הרי בשבת לכו"ע האיסור הוא המעשה.

דחיית הראיה מסוגיא דשבועות

ומה שהביאו מההיא דשבועות (יז, ב) היה משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי ופירש מיד חייב מפני שיציאתו הנאה לו כביאתו, ומסיק משום שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת ופירש בהנאה מרובה. עי' בספר קה"י (קידושין סי' מ) שדוחה הראיה עפ"י דברי הרא"ש (פרק הבא על יבמתו סימן א) בסוגיא דאין קישוי אלא לדעת, שכתב שקישוי דעביד חשיב כעושה מעשה וחייב למסור עצמו, ואף על גב דאיכא מ"ד המשמש מת בעריות חייב נמצא דאפילו לא יתקשה תיעשה העבירה, מ"מ רבא דהכא סבר דפטור (שבועות דף יח א) ואפילו למ"ד נמי חייב כיון שנתרבה הנאתו ע"י קישויו שעושה חשיב כאילו עושה כל המעשה מדעת, כדאמר בפ"ב דשבועות (שם) שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת ופירש בהנאה מרובה. למדנו מדבריו פירוש חדש בהא דהיה לו לפרוש בהנאה מועטת, והיינו דעי"ז נתבטל שם האונס הואיל והוסיף הנאה בהמעשה, דגלי דעתא דניחא ליה. [וכבר דנו האחרונים מה הדין היכא שאונס ורצון משתמשים בערבוביא, ואכמ"ל]. אבל לפי"ז כתב הקה"י נדחה ראית האחרונים שגדר איסור עריות הוא ההנאה, שהטעם שחייב היכא שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת היא משום שפרישתו בהנאה מרובה מבטל האונס, ולכן חייב.