

שליח ב"ד שהרג בשוגג

וישלח משה לקרא לדתן ולאבירם בני אליאב ויאמרו לא נעלה: (במדבר טז, יב)

(מועד קטן טז, א) אמר רבא מנלן דמשדרין שליחא דבי דינא ומזמנינן ליה לדינא, דכתיב וישלח משה לקרא לדתן ולאבירם בני אליאב וכו', ומנלן דאי מתפקר בשליחא דבי דינא ואתי ואמר, לא מיתחזי כלישנא בישא, דכתיב העיני האנשים ההם תנקר, ומנלן דמשמתינן וכו', ומנלן דמחרמינן וכו', ומנלן דפרטינן חטאיה בציבורא, דכתיב כי לא באו לעזרת ה'.

שליח ב"ד שהרג

כתוב במשנה (מכות ח, א) אבא שאול אומר מה חטבת עצים רשות אף כל רשות, יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו, ושליח ב"ד. וכתב הרמב"ם (רוצח ושמירת הנפש ה, ו) וז"ל כן הרב המכה את תלמידו או שליח בית דין **שהכה את בעל דין הנמנע מלבוא לדין** והמיתו בשגגה פטורין מן הגלות שנ' לחטוב עצים, לדברי הרשות, יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה. והשיג עליו הראב"ד דזו לא שמענו מעולם, אלא שליח ב"ד שהוא מלקה ממה שאמדוהו ב"ד ומת תחת ידו, והא דאמרינן (מו"ק טז) דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה הנהו לבעלי עבירות עד שיחזרו בהן.

ובספר שער משפט (סימן ח, א) כתב שהרמב"ם למד מההיא דר"פ המניח (כח, א) דשליח בית דין יכול להכות המסרב לבוא לדין, כמו שהוכיח הנמוקי יוסף (שם), וממילא נשמע דפטור מגלות, דכיון דעביד ברשות בית דין הוי כאב הרודה את בנו והרב הרודה את תלמידו דפטורים כיון דברשות קעבדי.

ועי' בערוך לנר (מכות כב, ב) שתמה על הראב"ד שמיירי בשליח ב"ד שמלקה החוטא ופטור מגלות, הרי מבואר במשנה שהיכי שהלקה יותר משאמדוהו דגולה. היינו מהא דתנן התם "הוסיף לו עוד רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו". ואין לומר דמה דפטור הוא כשטעה הדיין במנינא, אבל בשהלקה הוא מעצמו יותר אינו גולה דקרוי למזיד הוא. דזה אינו, דהך יצא האב וכו', ושליח ב"ד ע"כ ליכא לפרש דפטור משום דקרוי למזיד, שהרי אמרינן דטעם הפטור כיון דליכא רשות אלא מצוה, וא"כ על כרחך איירי שמת במנין שאמדוהו וכמו שפי' רש"י.

רופא שהרג את הנפש

נפסק בשו"ע (יו"ד ש"ל, א) שנתנה התורה רשות לרופא לרפאות ומצוה היא... ואם מונע עצמו, הרי זה שופך דמים.... ומיהו לא יתעסק ברפואה אא"כ הוא בקי וכו'. ואם ריפא ברשות ב"ד, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית, ונודע לו ששגג, גולה על ידו.

ותמה היד אברהם בשם ספר מעשה רקח, מדוע שונה דין הרופא מדינו של שליח בית דין שהכה בעל דין שסירב לבוא לבית הדין, שפטור מגלות. ומה ההבדל בין הרופא לאב שהכה את בנו או רב שהיכה את תלמידו, שפטורים מגלות משום שעסקו במצוה, ורופא שהרג בשוגג ג"כ המית בשעת עשיית מצוה.

ותירץ היד אברהם דשליח בית דין שהכה את בעל הדין הסרבן, קיים מצוה בהכאתו, ואף על פי

שמת, אין חייב גלות, כיון שאין המיתה מבטלת את המצוה של עשיית דין ומשפט בעולם, ומטרה זו הושגה, למרות שהנתבע מת. אך רופא שהמית את החולה, לא קיים מצוה, ואף על פי שטרח והשתדל לרפא, בכל זאת אם לא עלתה בידו, לא קיים מצוות "והשביתו לו", המתקיימת רק אם אכן זכה להשיב לחולה את גופו, אולם כאשר לא זכה והחולה מת, עם כל רצונו הטוב של הרופא, לא נתקיימה המצוה ומשום כך חייב הרופא גלות.

נהג אמבולנס שהרג את הנפש

ולפי הסבר זה של היד אברהם כתב הגר"י זילברשטיין שליט"א, דיש מקום לפטור נהג אמבולנס שדרס עובר אורח תוך כדי הובלת חולה לבית חולים, משום שהנהג קיים מצוה בהובלת החולה, ומה שהמית תוך כדי עשיית מצוה, פטור הוא משום שקיים מצוה, ודומה הוא לשליח בית דין שהמית, דפטור מגלות. משא"כ רופא שהמית אין כל מצוה בידו ולכן חייב גלות.

ואין לומר דשאני הכא שההצלה בחולה שבאמבולנס וההריגה בההולך רגל, דאמרינן במכות (שם) אמר ליה ההוא מרבנן לרבא, ממאי דמחטיבת עצים דרשות, דלמא מחטיבת עצים דסוכה ומחטיבת עצים דמערכה, כלומר מנין לנו לפרש שהפסוק "ואשר יבא את רעהו ביער", עוסק בחטיבת עצים של רשות, אולי כוונת התורה לחטיבת עצים לצורך מצות סוכה או עצי המערכה, ואף על פי שמצוה היא, בכל זאת חייב ההורג גלות. ותירצה הגמרא שחטיבת עצים אין היא גוף המצוה כי אם מכשירי מצוה, והמצוה עצמה היא בניית הסוכה. ובנ"ד נהג האמבולנס בנסיעתו מקיים מצוה בכל רגע ורגע, ולא רק מכשירי מצוה. ומביא ראיה מהנמוק"י (ב"מ טז, א מדפי הרי"ף) שתמה איך יעלה על הדעת שמותר לכהן להטמא בבית קברות כדי להשיב אבידה לבעליה, מטעם יבוא עשה של השבת אבידה וידחה לא תעשה של טומאת כהנים, הרי באותה שעה שעובר על הלאו בכניסתו לבית הקברות עדיין אינו מקיים את העשה של השבת אבידה. ותירץ, שכל זמן שמתעסק בהשבה, מקיים הוא מצות עשה של השבת אבידה, אף על פי שהמצוה נגמרת רק בסוף, ולכן היה בכוחה לדחות את הלאו של טומאת כהנים. א"כ ה"ה בנ"ד עצם נסיעתו של נהג האמבולנס מצוה היא, שהוא מתעסק בהשבת אבידה, שהיא השבת גופו של החולה. וכשם שאילו היתה חטיבת עצי סוכה מצוה ולא רק מכשירי מצוה, היתה פוטרת את ההורג מגלות, ואף על פי שהמצוה בסוכה היא ואילו העבירה בגופו של הנהרג, כך גם בנהג האמבולנס מאחר ועצם הנסיעה מצוה היא, פוטרת היא אותו מגלות אף שהעבירה היא ביחס לאחר, וביחוד כאשר הנהג חייב היה להסיע את החולה בחפזון ובבהילות.

בעיקר דין המחבר שרופא שהרג גולה, כבר הבאנו קושיית היד אברהם מההיא דמכות שהעוסק בהכאת מצוה פטור מגלות, ובאמת כבר קדמוהו הרשב"ץ בתשובותיו (ח"ג סימן פ"ב) עי"ש שמביא התוספתא (ב"ק פ"ט ה"א) שהביא הרמב"ן (שער הסכנה עמ' מא - מב) שרופא אומן שריפא ברשות ב"ד והרג הרי זה גולה, וכתב וז"ל, ושם בגמרא הזכירו הרב הרודה את תלמידו וכו', ותימה שהרי הרופא ג"כ במצוה קעסיק, דהא אבידת גופו היא, ואיכא לאפלוגי בינייהו כדמוכח התם. הרי שהתקשה בקושיית המעשה קורח אבל סתם החילוק

שביניהם. (בספר יד אברהם ר"ל שכוונתו לחילוק הנ"ל בין אם עשה מצוה או לא, אבל כבר תמהו עליו שהתשב"ץ כתב להדיא שהרופא ג"כ במצוה קעסיק.)

ובספר ברכ"י (שם) רצה ליישב כפשוטו, שהאב, הרב והשליח ב"ד הכו כדרך אחרים המכים ולא טעו כלל, אבל הכא זה טעה ברפואתו או בחולי, ואחר מעשה הבין שטעה והחולי לא הכירו, א"כ אף שנתכוון למצוה, עבר עבירה וחב בדמו של זה בשוגג, דהו"ל למידק ולהתבונן יפה. אבל הרב והאב מאי עבוד ומאי הו"ל למעבד, ששם עלו שבטים ליסר בן ותלמיד כראוי וכדרך העולם, ולא יצאו מההקש להיות להם למוקש, ולא טעו, ומשום הכי פטירי.

ועי"ש בהערות על הברכ"י (הערה ז) שהביא לשון התוספתא למס' מכות, וז"ל האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו, וכולן שהכו ושהזיקו הרי אילו פטורין, חבלו יותר מן הראוי להן הרי אילו חייבין, שליח בית דין שהכה ברשות בית דין והזיק פטור, יתר מן הראוי לו הרי זה חייב, רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק פטור, חבל יתר מן הראוי לו הרי זה חייב. הרי להדיא דדין כולם שווה רב ואב ושליח בי"ד ורופא אומן, ואינם פטורים רק אם עשו כהוגן, אבל אם הוסיפו על המדה כולם חייבים.

וכתב דכל זה נכלל בלשון השו"ע שכתב וז"ל "ואם המית ונודע לו ששגג גולה", דאיירי ששגג ונתן רפואה שאינה ראויה, ודכוותה אב ושליח בי"ד שהוסיפו רצועה שלא כדין ג"כ חייבים.

האם הבבלי חולק על התוספתא

בשו"ת ציץ אליעזר (ח"ד סימן יג) מביא דבספר דברי שאול מהגאון רי"ש נאטאנזאהן ז"ל (יו"ד סי' של"ו) ג"כ עומד על הקושי בדברי התוספתא דלמה יתחייב הרי הוא נתכוין לעשות מצוה לרפאותו, ורוצה להוכיח שגמ' דידן חולקת על התוספתא, והוא מהא דאיתא בסנהדרין (פד, ב) דיליף מכה אדם ממכה בהמה, מה מכה בהמה לרפואה פטור אף מכה אדם לרפואה פטור, ומשמע דפטור לגמרי, דא"ל דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, דא"כ לא דמי למכה בהמה. וכותב ששוב מצא את שאהבה נפשו בחידושי הר"ן לסנהדרין שכותב בהדיא דמכה אדם לרפואה פטור ומותר, והא דרב לא שביק לבריה למשקל סלוא אין הטעם שמא יטעה, **שהרופא המומחה כשיטעה אינו כשוגג אלא כאונס**, כיון שנתנה לו תורה רשות לרפאות ולבו אנסיה ופטור ומותר, רק לגבי בן חיישינן שמא יעשה חבורה לאביו ללא צורך, שיחשוב ליטול הסלוא במקום אחר ויחבל אותו שלא לצורך רפואה.

הבדל בין רופא פנימי למנתח

התשב"ץ (שם) כתב דכל זה הוא דוקא ברופא אומן שרופא החבורות במלאכת היד, אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלים וכו' אינו בכלל זה, ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב ונתכוון לרפאות ולא נתכוון להזיק פטור הוא אף מדיני שמים, שאין לו אלא מה שעיניו רואות. וכתב הברכ"י שהרמב"ן והטור ומרן סתמו דבריהם. ויש לדון בדברי הרשב"ץ, כמבואר למעיין היטב.

שפכה נפט במקום יי"ש והמיתה

מעשה אירע בימי החתם סופר, באדם בליעל שהבעית נערה משרתת, ומפחד פתאום נתעלפה, וגבירתה נבהלה מאד ושלחה ידה לקחת צלוחית יי"ש לשפוך לתוך פיה כדי לעורר את

החמימות הטבעית ולהקימה מעלפונה, ונדחה ידה לצלוחית נפט ושפכה לתוך פיה, ומתה. ונשאל החת"ס (או"ח סימן קעז) האם הגבירה צריכה כפרה או לא. ועי"ש שכתב שהיה לדבר מצוה להצלת נפש, ועדיפא מאב הרודה בנו ומשליח בית דין, שלפרש"י (מכות ח, א) שליח ב"ד מיירי שמת בתוך מספר מ', ותמה עליו החת"ס דאין זה חידוש שפטור, כיון שאמדהו שיכול לסבול, ואם טעה הרופא שאמדו, מה עשה השליח שהוא אנוס בציווי בית דין. וגם פירוש הרמב"ם שנמנע לשמוע לקול שליח ב"ד קשה, דפשיטא כיון שדינא הוא שעושיין הרדפה ומכות ועונשים, ואפילו באיסור דרבנן מכין אותו עד שתצא נפשו, כשיש לפניו לעשות ציוויים ואינו רוצה. אבל כתב שפירוש הראב"ד אתי שפיר שהכהו מכה א' יותר מהאומד, (וכבר העירו שאין זה הגירסא שלנו בראב"ד) וצ"ל שטעה השליח במספר והיה סבור שעדיין לא כלה מספרו, ואפילו הכי כיון שתחלת כניסתו לענין הכאה היה למצוה אף על פי שכבר כלתה מצותו מ"מ פטור, אף על פי שלא נעשית מצותו לא של אב ולא של רב ולא של שליח ב"ד שהרי מת תחת ידם, (ודלא כהיד אברהם שנחשב שפיר שנעשית המצוה) מ"מ פטורים מגלות, והדברים ק"ו בן בנו של ק"ו, דהתם מת באותו העסק עצמו שעסקו להלקותו בדבר הראוי להמית מתחלתו, וטעו בו בשיעור ואומד והמיתו פטורים, מכ"ש הכא דעסקה בלהחיות ונזדמן דבר הממית דבשארי חייבי חטאת מקרי זה מתעסק ופטור.

כפרה

אבל כתב שהיא צריכה קצת כפרה הואיל ואירע מכשול על ידה, והרי מהרי"ו (סי' קכ"ה) הצריך קצת תשובה למי שהשכיר שליח ונהרג בדרך, ולמד ממ"ש פ' חלק (צה, א) שדוד המלך ע"ה נענש על שעל ידו נהרגה נוב עיר כהנים ודואג. והצמח צדק (סי' ו) כתב שאין דומה, התם דוד המלך ע"ה גרם, דלא היה לו ליקח לחם מכהן הגדול, והו"ל לאסוקי דעתיה דדואג שם ויסבור שהכה"ג מורד במלכות, נמצא היה הוא בעצמו קצת גרמא, משא"כ בשוכר שליח דמצוה קא עביד דתנן יהיו עניים בני ביתך, וכיון שמצוה להשכיר עניי ישראל לפועלים, וכתוב (דברים כד, טו) "ואליו הוא נושא את נפשו" נמצא כל פועל נכנס על דעת כן, ואפ"ה מצוה להשכיר לו פועלים ישראל, א"כ לא יתכן להצריכו תשובה. וצ"ל דמ"מ צריך קצת תשובה משום מגלגלים זכות ע"י זכאי וחובה ע"י חייב (שבת לב, א) וה"נ דכוותיה. אך אין להעמיס עליה הרבה, כיון שעסקה בהצלות נפשות, וגם היתה בהולה, ואם נחמיר נמצא מכשילן לעתיד לבא בפקוח נפש.

גלות בזמה"ז

בעיקר מה שנפסק בשו"ע שרופא שהרג חייב גלות, תמה בשו"ת מנחת יצחק (ח"ג סימן קד, ו) הרי אין דרכו של המחבר להביא רק דינים הנוהגים בזמן הזה, וכבר כתב בטור (חו"מ סי' תכ"ה) בשם רב נטורנאי גאון דלא דנין דין גלות בזמן הזה, וכ"כ הרמ"א שם, וכ"כ החינוך (מצוה ת"י), דמצוה זו נוהגת רק בזמן שישראל על אדמתן, וסנהדרין של ע"א יושבים במקומם המוכן להם בירושלים, וכ"כ בתשו' רעק"א (מהד"ת ג) והוכיח כן מהרמב"ם (רוצח ושמירת הנפש ה, א) שאין גלות נוהג אלא בזמן שיש ערי מקלט, והוא ממ"ש הרמב"ם וז"ל כל ההורג בשגגה גולה ממדינה שהרג בה לערי מקלט, ומצות עשה להגלותו שנאמר (במדבר לה, כח) וישב בה עד מות הכהן הגדול וכו'.

ודוחק לומר דנ"מ לענין גואל הדם, עי' תומים וקצוה"ח (סי' ב') שמסופק בזמן הזה אי שייך דינא דגואל הדם, כיון דעכ"פ בעינן קבלת עדים להודיע אמיתת הדבר שהרגו הרוצח, ואנן הדיוטות אנן ואין אנו רשאים לקבל עדות נפשות. או דילמא כיון דלדעת הרמב"ם אפילו הכחישו עצמם בבדיקות נמי רשות ביד גואל הדם, וכמ"ש בכסף משנה שם, ועיקר שלמדוהו דלא גרע מהורג שלא בכוונה, א"כ גם אנו למידן בזמן הזה דלא גרע מהורג שלא בכוונה, ונשאר בצ"ע.

עוד העיר המנח"י מדברי הרמב"ן משמע דאינו חייב גלות רק מדיני שמים, ולא מדיני אדם, וז"ל רמב"ן (תורת האדם שער המיחוש - ענין הסכנה) אף כאן מדיני אדם פטור מן התשלומין, אלא שאינו פטור מדיני שמים עד שישלם הנזק ויגלה על המיתה, הואיל ונודע שטעה והזיק או המית בידים. וכן אמרו בתוספתא דב"ק (פ"ו ה"ו) גבי פטורים מדיני אדם וחייבין בדיני שמים, רופא אומן שריפא ברשות ב"ד פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים. א"כ אמאי לא שמעינן זאת המחבר, ות"י המנ"י דקושיא חדא מתורצת בחברתה, דלא היה צריך המחבר להשמעין דהוי רק מדיני שמים, דמהא בלבד דכתב בשו"ע דין שאין נוהגת בזמן הזה, מוכח דלא היה לזה דין גלות ממש, לגלות לערי מקלט, רק דין גלות בדיני שמים, דנפ"מ גם בזמן הזה, לסדר לו דרכי התשובה במשקל הגלות, וכדאיתא הרבה מזה בספרי הבעלי תשובות, וכמבואר בתשו' מהר"ם מלובלין (סי' מ"ג מ"ד), ובתשו' רעק"א (שם) ובמה שהזכיר החת"ס (שם) מדברי מהרי"ל והצ"צ.

מלמד שכעס על תלמידו

בשו"ת שבו"י (ח"ג קמ) נשאל במלמד שהכה את התלמיד בשביל למודו עד שחבל בו, האם חייב בד' דברים או פטור. והשיב דפטור מכולם כדאיתא להדיא בפ' אלו הן הגולין מה חטבת עצים רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד, הרי להדיא דפטור כיון דמצוה קעביד. ואין לומר דהיינו פטור מגלות אבל חייב בד' דברים, ואל תתמה על זה דאם מעונש מיתה וגלות פטור וכ"ש מד' דברים, זה אינו דהרי כן מצינו כמה פעמים בש"ס (ב"ק כו, ב ועוד) דאע"ג דפטור מגלות חייב בד' דברים. אבל מכיון דמבואר דאלו פטורים משום דמצוה קעביד, א"כ מה"ט יש לפטור מכולם כיון דעסק במצוה, וכדאמרין גבי רץ בע"ש בין השמשות דפטור, כיון דרץ ברשות דמצוה, וכ"ש כאן. זאת ועוד דהא הני תלתא מדמה הש"ס להדדי, ובשליח ב"ד פטור אפילו אם הזיקו, כמבואר בחו"מ (ס"ס ח' בהג"ה) בלי חולק.

והנה כתוב בשו"ע (חו"מ תכד, ז) וז"ל החובל בבניו הגדולים, אם אינם סמוכים על שלחנו, נותן להם מיד, והקטנים, ילקח קרקע בנזקן והם אוכלים פירותיו. וכן באחרים שחבלו בהם. ואם היו סמוכים על שולחנו, פטור בין שהיו גדולים בין שהיו קטנים. ואם אחרים חבלו בהם, בגדולים יתן להם מיד, בקטנים, ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירותיו עד שיגדלו. וכתב בפתחי תשובה (ס"ק ד) שלדברי השבו"י צ"ל דאלו הדינים שבסעיף זה מיירי שלא הכהו ליסרו, אולם בתשובת קרית חנה (סי' כ"ב) לא כתב כן, אלא דהכא מיירי אפילו במכהו ליסרו, ומה דאמרו יצא האב המכה את בנו כו' הוא רק דפטור מגלות, משא"כ לענין ד' דברים דאיתרבו שוגג כמזיד כו', והאריך בזה ע"ש וצ"ע.

אשה המקללת הוריה

ועי"ש שהביא מת"ה (סימן רי"ח) דלאו דוקא בנו ותלמודו, אלא אפילו לכל אדם שכפוף תחת ידו ראוי להכותו ולהפרישו מן העבירה. ויעוי"ש (בת"ה) שדן במי ששמע אשתו מקללת ומזלזלת באביה ואמה, והוכיחה בדברים על זה כמה פעמים ולא הועיל, האם מותר להכותה כדי לייסרה שלא תעשה כן. וכתב דבכה"ג שרי, ואף על גב דכתב במרדכי (פ' המדיר), בתשובת רבינו שמחה, דהמכה את אשתו עובר בלאו דפן יוסיף, מ"מ לאפרושי מאיסור חמור כזה ודאי שרי. ומביא ראיה מהא דאיתא פרק המניח (ב"ק כח, א) דנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת ולא יצא וחבל בו פטור, ומוקי לה רב נחמן ברבי יצחק כשמסרו לו שפחה כנענית וחבל בו כדי לאפרושי מאיסורא, דמשיצא לחירות אסור. ופרש"י דרשאי לחבל בו משום דאין עושה דינא לנפשיה רק לשמים. הא קמן כל מי שהוא תחת ידו של אדם ורואה בו שעושה דבר עבירה רשאי להכותו ולייסרו כדי להפרישו מן העבירה, ואין צריך להביאו לב"ד שיפרישוהו המה בכחם בגזירותם, דאל"כ גבי נרצע אמאי רשאי לחבול בו יביאנו לב"ד.

מוסיף השבוי"י שלא נעלם ממנו מה שכתב בתשובת הרנא"ח (ח"א סי' קי"א) דבשליח ב"ד שהכה מפני כעס וחמה חייב, מ"מ בת"ח "דאורייתא הוא מרתחא", בפרט שהוא צער גדול כשלומד עם התלמיד ואין משגיח לתת לב על למודו יש לפטור מכל. אבל מ"מ כדי שלא יהא רגיל לעשות כן כי לא נאה לחכם להיות כועס, "ולא קפדן מלמד", כי "כעס בחיק כסילים ינוח" (קהלת ז, ט), למגדר מילתא שלא לעבור על דברי חכמים רק בערקתא דמסאני, פסק שישלם לרופא לרפאות.

שליח לדבר עבירה

על ההיא דאמרין שאם הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו, מק' הגמ' (ב"ק לב, א) והא שוגג קרוב למזיד הוא, דאיבעי לאסוקי אדעתיה דמייתי אינשי בחדא רצועה וקתני הרי זה גולה, אמר רב שימי מנהרדעא דטעי במנינא, טפח ליה רבא בסנדליה אמר ליה אטו הוא מני, והתניא גדול שבדיינין קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו, אלא אמר רב שימי מנהרדעא דטעה דיינא גופיה. והק' בקצוה"ח (סימן שמח) אמאי גולה השליח ב"ד, כיון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא המשלחו, א"כ יגלו הם. ומכאן רוצה להוכיח דאפילו היכא דהשליח שוגג נמי אין שליח לדבר עבירה, ודלא כשיטת התוס' בכמה מקומות (ב"ק עט, א ועוד) שהיכא שהשליח הוא שוגג, יש שליח לדב"ע, ומשו"ה שליח ב"ד גולה.

אבל הנתיה"מ כתב דאין ראיה משם, דהא כתב הש"ך (חו"מ רצב, ד) דאף במקום שיש שליח לדבר עבירה, לא חידשה רחמנא רק לחייב המשלח ולא לפטור השליח. ובשליחות יד דפטור השליח, הוא משום דריבה רחמנא חיובא דהמשלח ושליחות יד בעי קנין, וממילא כיון שנקנה להמשלח שוב ליכא קנין להשליח ולכך פטור, וכן במעילה פטור השליח דבמעילה כיון שמעל המשלח נפק לחולין ופטור השליח, וכן בטביחה ומכירה אין חיוב כלל על השליח דאין הטובח ומוכר אחר הגנב משלם ד' וה', אבל במקום שיש חיוב על השליח אילו עשאו מעצמו בלא שליחות, אף ששלחו אחר לעשות מ"מ יש חיוב על השליח, דרחמנא לא לפטור השליח בא רק לחייב המשלח. ולכן אתי שפיר מה שחייב השליח ב"ד גלות.

ובעיקר חידוש של הש"ך והנתיה"מ שאפילו אם יש שליח לדב"ע אין השליח פטור, נראה שנחלקו בזה רש"י ותורי"ד. שרש"י (קידושין מב, ב) כתב בד"ה נימא שלוחו של אדם כמותו דיתחייב שולחו ולא השליח, משמע שהיכא שיש שליחות פטור השליח, ודלא כדברי הש"ך

ונתיה"מ. אבל התוספות רי"ד (שם) בההיא דאמרינן שילח ביד פיקח הפיקח חייב, כתב וז"ל אמאי נימא שלוחו של אדם כמותו וליחייב המשלח, פי' ואף על גב דשליח לא מצי לאיפטורי כיון דהוא פיקח, נפקא מינה דאי ליכא לאישתלומי מיניה מפרע מן המשלח.

עשרה שהרגו את הנפש

על עיקר קושיית הקצוה"ח דנימא שהב"ד יתחייבו גלות, כתב בשו"ת פרי יצחק (ח"ב סי' סו) שזה אינו, דהא קיי"ל (ב"ק י, ב) עשרה בני אדם שהכהו בעשרה מקלות, בין בב"א בין בזה אחר זה פטור, ובודאי בגלות נמי פטור אם הכהו עשרה בני אדם בשוגג דאיתקש למיתה, א"כ ניחא דהב"ד אינם גולים דרבים הם, ואם היו כולם מכים אותו היו פטורים מגלות א"כ גם שלוחם פטור, דשליח היה מכולם והוי כאלו הרגו כולם, ומי איכא מידי דאלו עביד אינהו ולא מחייבהו ועביד שליח ומחייבא.

שליח של ב"ד או דין של עצמן

עוד הביא בשם הגר"י סלנטר שתמה על קושיית הקצוה"ח, כי השליח ב"ד אינו כלל שלוחם של הב"ד, הב"ד פוסקים דינם וכפי מה שיפסקו להלקותו שוב מוטל על כל ישראל להלקותו, וכי עביד לאו בשליחותא דבי דינא עביד, "ודבריו מתוקים מנופת".

שליח לדב"ע היכא שהשליח שוגג

בעיקר הנידון האם יש שליח לדב"ע היכא שהשליח הוא שוגג, הביא הפר"י שהנוב"י (מהדו"ק אה"ע סי' ע"ה) האריך לדחות שיטת התוס' דבשוגג יש שלד"ע, והביא ראיה מסוגיא דקדושין (מג, א) דס"ל לשמאי הזקן דהאומר לשלוחו צא והרוג את הנפש דחייב שולחיו, ואיך אפשר לדונו והא הוי התראת ספק שמא לא ישמע לו השליח, אלא ודאי דמיירי שלא ידע השליח ובזה מחייב שמאי, ובע"כ דחכמים פטרו אפילו בלא ידע השליח שהוא דב"ע. הפר"י חולק דזה לא מקרי התראת ספק, כמו דלא מקרי התראת ספק אם אמרינן ליה שלא יעבור אם לאו יהרג, שמא לא יעבור, אלא דמתרינן ליה אם יעשה, וה"נ שלוחו כמותו, ואנן מתרינן ליה שאם יצוה לשליח ושלוחו יהרוג אח"כ על פיו יהיה הוא חייב, ואין נכנס זה בגדר התראת ספק.

ומה שהעיר עוד מהא דמודה שמאי באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב, דלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, ואם נימא דבשוגג יש שלד"ע הו"ל לאשמעינן גם לדידן, דאם עשה שליח בשוגג לאכול חלב ולבעול את הערוה, אף דבשאר איסורים יש שליח הכא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן. וכתב הפר"י דלפמ"ש הנתה"מ (סי' שמ"ח) דבמיתה מודה דלא אמרינן בשוגג יש שלד"ע, דהטעם הוא משום דכל דלא ידע דמי לחצר, ובחצר הוא דוקא גבי מלקות, ומיתה ממלקות לא גמרינן, א"כ לק"מ קושיית הנוב"י דבחלבים ועריות לענין מיתה או כרת ל"ש בשוגג יש שלד"ע, ולכן קאמר אלא לשמאי הזקן.