

בסוגיית התופס לבע"ח במוקום שחב לאחרים ובענין אשלד"ע

(ב"מ י' ע"א וע"ב)

אשלד"ע. וכן עיין בשו"ת רעק"א (סי' קל"ג) שהביא כן בשם ה"בית מאיר" עיי"ש.

והנה ב"תשובה מאהבה" (ח"א סי' קפ"ה) חקר הא דאשלד"ע האם הוא דוקא היכא דאם המשלח יעשה המעשה עובר עבירה, אבל במקום שאם יעשהו המשלח אינו עובר ורק כשהשליח עושהו יש בו עבירה, בזה אמרינן יש שליח לד"ע או לא פלוג, דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, שייך נמי בכגון דא, עיי"ש שהאריך בזה וס"ל דאשלד"ע. והנה מדברי הפנ"י הנ"ל נמי מוכח כה"תשובה מאהבה" דאשלד"ע, דהא הכא אם המשלח תפס אין שום עבירה ורק ע"י השליח הוי העבירה.

אולם ה"קצות החושן" (סי' ק"ה סק"א) הביא לת"י של הפנ"י והקשה עליו וז"ל: „וגם אפי' אם היה השליח עובר עבירה בשליחותו, כיון דלמשלח אינו עבירה אינו ענין לשליח לד"ע, אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דעבירה היא למשלח. וראיה להא מדברי התוס' בפ"ק דגטין (דף י"ב) גבי פלוגתא דר"א ורבנן במי שליקט את הפאה ואמר זו לפלוני עני, דר"א אמר זכה, וחכ"א יתננה לעני הנמצא ראשון. ואמרי' שם בטעמיה דרבנן משום דכתיב לא תלקט לעני לא תלקוט לעני. והקשו בתוס' למ"ד בפ"ק דתמורה, כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני, א"כ ליקני העני, עיי"ש, ואע"ג דהשליח עבר אמימרא דרחמנא. וא"כ נימא אשלד"ע (דהא אפילו דמהני מ"מ ע"י שליח אשלד"ע), אלא ודאי היכא דאין עבירה למשלח (העני דהוא מותר ללקוט). אלא לשליח בענין כזה הוי שליחות וז"ב, עכ"ל (ועיין

א) במס' ב"מ (דף י' ע"א) אי' רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרווייהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו מ"ט הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה עיי"ש.

וכתב רש"י ז"ל (בד"ה לא קנה) וז"ל: „כדאמר בכתובות דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו מאחר שלא עשהו אותו הגושה שליח לתפוס, עכ"ל. משמע מדברי רש"י דאם עשהו שליח אע"פ שחב לאחרים קנה. והקשו תוס' (בד"ה תופס לבע"ח) וז"ל: „מה שפירש"י משום דלא עשהו שליח אין גראה דבפ' הכותב משמע גבי עובדא דיימר בר חשו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קני אפי' עשהו שליח, ע"כ.

והנה הפנ"י בכתובות (דף פ"ד ע"ב בד"ה את תופס לבע"ח) כתב בתו"ד וז"ל: „ובאמת אף דכל הפוסקים חולקים על רש"י ז"ל, מ"מ ללמוד אני צריך ולא זכיתי להבין דבריהם בזה דאמאי נימא דלא מהני תפיסה היכא שעשאו שליח בפירוש שיזכה עבורו דהא קיי"ל בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו וידו כיד משלחו בין בגטין בין בקדושין אע"ג דמחייב לאחרני וכו' ואפי' לד"ע הו"א דיש שליח אי לאו דמיעטיה הכתוב בפ"ה אפ"ה במעילה וטביחה ומכירה מהני אע"ג דאיכא חוב לאחרני וכו'. ות"י וז"ל: אם לא שנאמר דה"נ בהא דשמעתין נמי הוי כדבר עבירה דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, כיון דאי אתא קמן לדינא לא הוו נותנין אלא ליורשין וכו', עיי"ש. נמצא לפ"ד דהטעם דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים בשליח לא קנה מטעם

השואל בתשובת נוב"י מהדו"ב אהע"ז סי' קי"א, עיי"ש).

אך הדבר צריך ביאור, דהנה הגמ' בגטין (דף י"א ע"ב) בהו"א ס"ל דפלוגתא דר"א ורבנן תליא בפלוגתא דהתופס לבע"ח קנה או לא קנה, דלחכמים לא קנה ולר"א קנה. ותי' הגמ' דלעולם כ"ע סבירי התופס לבע"ח קנה, וטעמא דחכמים יתננה לעני ראשון הוא משום דכתיב לא תלקט. וע"ז הקשו התוס' לאביי דס"ל דמהני למה לא זכה. ולפ"ד הנ"ל צריך לעיין, דהנה תוס' בגטין (דף י"א ע"ב בד"ה התופס לבע"ח) הקשו על רש"י דס"ל דבשליח קנה, הא דהקשו בתוס' בב"מ. והוסיפו עוד להקשות וז"ל: „ודלא כפירש"י דפי' (בפ"ק דב"מ) דבעשאו שליח לכ"ע קנה. דאין חילוק דאפי' לא עשהו שליח שלוחו הוא דזכיה מטעם שליחות כדמוכח בפ"ק דב"מ (דף י' ע"ב) ובפ' אין בין המודר (גדרים דף ל"ו ע"ב), עכ"ל. ולפ"ד דלעיל דהתוס' ס"ל בסוגיה דהכא, דהא דאשדל"ע אין המעשה בטל אלא לגבי העונש הוא דאין שלד"ע, א"כ למה הקשו התוס' קושי' זו בסוף הסוגי' דלחכמים הטעם הוא לא משום דלא קנה אלא משום דכתיב לא תלקט לעני, הו"ל לתוס' להקשות בהו"א דטעמא דחכמים הוא משום תופס לבע"ח לא קנה, מ"מ זכיה מטעם שליחות כדברי התוס' הנ"ל לאביי דס"ל דמהני למה לא זכה העני ואם תקשי אשדל"ע מ"מ המעשה קיים וא"כ יזכה העני.

ולכן נלע"ד ליישב באופן אחר, דלכאורה צריך להבין דברי הפנ"י דכתב דהא דלא קנה משום אשדל"ע, א"כ מה סברתו דמ"ד תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, הלא אין שליח לד"ע, ובפשיטות אפשר לומר דהמחלוקת אי הוי עבירה או לא, אולם זה דוחק לומר שהמחלוקת במציאות המעשה אי אית ביה עבירה או לא. ולכן נראה לומר דהמחלוקת הוא בחקירת ה, תשובה מאהבה" הנ"ל, אי היכא דהמשלח אינו עובר אם היה עושה את המעשה ורק ע"י השליחות נעשה בדבר עבירה אי אמרינן בזה אשדל"ע או יש שליח לד"ע. דמ"ד תופס לבע"ח וכו' לא קנה

בשו"ת רעק"א סי' קצ"ד בתו"ד שגם כתב דהיכא שאין המשלח עובר עבירה, אם עשהו, בזה יש שליח לד"ע. והביא ראיה ממסכת גטין הנ"ל. וצ"ע דהנה (בסי' קל"ג) הביא ל, בית מאיר" דסבר דהא דתופס לבע"ח וכו' לא קנה בשליח, משום אשדל"ע. והקשה עליו משוגג, עיי"ש, ולמה לא הקשה לסברתו בסי' קצ"ד הנ"ל, דעיקר הדין אינו נכון).

ונראה לכאורה ליישב בפשיטות דהאחרונים האריכו בהא דאשדל"ע, שיש בו שתי משמעויות: (א) דאין חיוב על המשלח בדיני אדם (דבדיני שמים יש מחלוקת בין הפוסקים. עיין ב, תומים" סי' ל"ב סק"ב ובט"ז יור"ד סי' ק"ס סק"א ועוד, די' עבירה בדיני שמים למשלח, עיי"ש), וכיון שאשדל"ע אין חיוב על המשלח. אבל עצם המעשה קיים; (ב) דאין המעשה מתייחס אל המשלח וממילא המעשה בטל, דהיינו לגבי חלות המעשה. ואי אשדל"ע אין הוא שלוחו דבטלה שליחותיה. ותלו את החקירה הנ"ל בב' תירוצי' התוס' בב"מ (דף י' ע"ב) תוד"ה דאמר לישראל וכו' דלתי' א' דכי בעל אח"כ לוקה אף הקידושין המעשה קיים, דאל"כ למה לוקה. ולתי' הב' המעשה בטל דכתבו בפ"י, „א"נ י"ל דאף לרבא וכו' דאי יש שליחות חלין הקידושין ואי אין שליחות אין חלין הקידושין", ע"כ. והביאו דיותר מבואר חילוק זה בשיטמ"ק בתוס' שנ"ץ שם, עיי"ש (ועיין בנוב"י מהדו"ק אהע"ז סי' ע"ה ע"ו ע"ז וכו') שהאריך בזה. וכן בשו"ת רעק"א (סי' קכ"ט) דכתבו שאין ראיה מתוס' עיי"ש).

וא"כ לפי"ז שפיר דברי הפנ"י וה, תשובה מאהבה" דלעולם לא קנה, משום אשדל"ע וכת' הב' של תוס' דהמעשה בטל באשדל"ע (ותוס' הכא בב"מ ס"ל כתי' הב') ומה שהקשו תוס' בגטין (דף י"ב ע"א) ולא תירצו אשדל"ע קאי אליבא דתירוצ' הראשון בתוס' ב"מ הנ"ל, שסובר שהמעשה קיים. וא"כ לאביי דס"ל דמהני למה לא יזכה. ולכאורה נראה דבזה מיושב דברי הפנ"י הנ"ל (שו"ר שהוזכר בדומה לזה דהיינו שהתוס' בגטין סוברים שהמעשה קיים בסברת

בידו, בשלמא למ"ד אי עביד לא מהני, הרי היא כמו שעדיין לא נלקטה, כן נלענ"ד נכון וברור, עכ"ל, עיי"ש.

ודבריו צ"ע, דהנה ידוע שיטת המוהרי"ט בח"א (סי' ס"ט) דמחלוקת אביי ורבא, דלרבא אי עביד לא מהני, דווקא בשעשה המעשה היפך מה שאמרה תורה לא מהני ליה ומעשיו בטלים ודברי תורה קיימים. אבל במקום שע"י שלא מהני לא יתוקן האיסור ל"א אי עביד לא מהני א"כ בנ"ד שע"י שלא מהני לא יתוקן האיסור שהוא לקט כבר ועבר על לא תלקט. א"כ בזה גם רבא ס"ל אי עביד מהני. וא"כ מ"ט הקשו התוס' רק לאביי הלא לרבא נמי מהני.

אך ז"א דהנה בשו"ת רעק"א (סי' קכ"ט) גם כתב סברא זו מנפשיה, וכתב שם הכרח דשיטת התוס' במקומות אחרים לא ס"ל להאי כללא. וכן בשו"ת גוב"י מהדו"ב או"ח (סי' קל"ו) כתב לבנו שכתב ג"כ סברא זו, דהתוס' במקומות אחרים לא נחתי לסברא זו (והביא שם, שער המלך, עיי"ש היטב). וממילא אין שום קושיה על התוס', אך אפשר להביא מדברי התוס' בגטין לפי דברי הנוב"י ראייה שהתוס' לא נחתי לסברא זו.

ולפי"ז דברי התוס' יתיישבו עפ"י הנוב"י הנ"ל (בלי להכנס לדברי הפנ"י) ועפ"י הרעק"א והנוב"י הנ"ל. דתוס' לא נקטו בשיטת מוהרי"ט. אמנם מ"מ בלא דברי מהרי"ט קשה להבין דברי הנוב"י, דמפשטות לשון הנוב"י נראה דכוונתו דאיסור לא תלקט הוא איסור שחל על בעה"ב במעשה הלקיטה ואפי' בלי שום חלות והכנסה לרשותו רק עצם הלקיטה אסורה ואחר שלקט כבר עבר את האיסור וכל מעשה שיעשה אח"כ אינו נכנס בגדר איסור, ואין לזה שום שייכות לדין אשלד"ע, ולכן שפיר הקשו התוס' לאביי דאחר שלקט כיון דמהני א"כ כל מעשה שיעשה אינו איסור, משא"כ לרבא דלא מהני הרי היא כמו שעדיין לא נלקטה. ודברים אלו צריכים להבין, דאפי' נאמר דהתוס' והמהרי"ט מחולקים בדעותיהם, היינו דוקא במקום שאין חילוק בהגדרת המציאות שנוצרה דלתרווייהו נוצרה

ס"ל דבזה האופן אשלד"ע ומ"ד קנה סבר דישלד"ע בזה האופן. ולפי"ז מיושב שפיר קושיית הקצוה"ח ודברי הפנ"י אמת. דבהו"א דס"ל לגמרא דמחלוקת ר"א וחכמים תלויה אי תופס לבע"ה במקום שחב לאחרים קנה או לא קנה אין להקשות קושיית התוס' לחכמים אליבא דאביי דס"ל דמהני, כיון דלחכמים התופס לבע"ה לא קנה משום אשלד"ע והמעשה בטל כתי' הב' דתוס' (דתי' הזה שתירצתי קאי לשיטה הסוברת דהמעשה בטל), ולכן יתננה לעני הראשון. אבל למסקנא דאפי' לחכמים קנה, וטעמא דקנה אע"פ שאשלד"ע, משום דהכא לא שייך אשלד"ע דהא המשלח לא היה עובר עבירה בעשייתו את המעשה ובוזה אמרינן שפיר ישלד"ע, וא"כ שפיר הקשו התוס' לאביי דס"ל דמהני למה לא זכה העני, ואין לתרץ אשלד"ע דהא במעשה שאין המשלח עובר אמרינן ישלד"ע ולעולם באשלד"ע המעשה בטל.

(ב) והנה בשו"ת נו"ב מ"ב חאה"ע (סי' קי"א) כתב בדברי התוס' האלו וז"ל: „דע בני וכו' כי אין כאן עבירה לא בגוף הדבר ולא בשליחות והעבירה שבכאן הוא ענין בפני עצמו אינה נוגעת לשליחות והנה התורה הזהירה לבעה"ב שלא ילקט לעצמו וכו' וממילא לרבנן בכל ענין יש איסור על בעה"ב ללקט כלל משדהו, שהרי אין רשאי לא ללקט לעצמו ולא לעניים אפי' אינו פורט לצורך איזה עני הוא מלקט דסתם הזהירה התורה לא תלקט לעני יהיה איזה עני שיהיה וכו' ומעתה לרבנן העבירה עשה בעה"ב בשעת לקיטתו ומה דהוה הוה וכאן שכבר ליקט וכבר נעשה העבירה אפי' יתננה לאיזה עני שיהיה כבר עבר על הלאו דלא תלקט וכאן במשנה דפיאה אמרו זו לפלוני עני ואז שכבר היא בידו שוב אין כאן עבירה ובידו ליתנם לאיזה עני שירצה. ועדיין לא זכינו למה שחידשו התוס' בתירוצם דהתורה אמרה תעזוב וכו' להזהיר גם אחר הלקיטה. ונמצא עתה בסברת הקושי' בתוס' שוב אחר שהוא בידו למה לא קני העני. והבעה"ב זוכה בשבילו במה שהוא

עבור העני, ואם נאמר אשלד"ע בטל מעשה, א"כ הזכיה לעני לא חלה וממילא לא נכנס לרשותו. וא"כ אפי' לאביי לא מהני ומה הקשו בתוס', אלא ראייה דהיכא דאשלד"ע המעשה קיים.

ולכן נראה לבאר דהנהא הא דאשלד"ע או ישלד"ע הוא ברור בדין המשלח, זאת אומרת אם המשלח נקרא עובר עבירה או לא, דאם יש שליח לדבר עבירה, המשלח עובר את העבירה, ואי אין שלד"ע אין המשלח עובר, א"כ נמצינו למדין דלענין המשלח שיהא לו דין עובר עבירה הוא רק בנוי ומיוסד על מעשה השליחות ובלי השליחות אין שום יסוד לומר דהמשלח יעבור עבירה, אלא השליחות הוא המברר והוא העושה ומחיל שם עבירה על שולחו. משא"כ בג"ד, שעל המשלח אין אנו דנין כלל וכלל, דהא הוא אין לו עבירה בדבר כג"ל, אלא דנין אנו על זכיית המשלח במעשה העבירה, שעשה השליח, וא"כ לפי"ז נראה לחלק מלעיל, דהנהא ביררנו לעיל בדעת הנוב"י דאיסור לא תלקט הוא עצם הוצאה מרשות לקט ונתינה לעני, אלא שאין יכול לזכות משלו לעני, לכן מוכרחים אנו לומר שהדבר בא ע"י שזכה מיד לעני. אולם אם היה מכניס לרשותו ונותן לעני לא מתורת זכיה ולא מתורת שליחות, גם היה עובר על האיסור לא תלקט, ע"י שהכניס לרשותו לתת לעני, א"כ לגבי המלקט אין חילוק לאיסורו אם הוא מטעם שליחות או לא, דהא בלי שליחותו גם עובר עבירה, דהא העבירה הוא עצם הכנסה לרשותו בלי זכיה לעני, ולכן בזה אין אומרים שהמעשה בטל, דהא אין השליחות גורמת העבירה, דבלא שליחות עובר עבירה, ולכן בזה אמרינן דהמעשה קיים לכו"ע, ולא דמי לדין אשלד"ע, דשם עצם העבירה שאנו דנין עליה אם המשלח עובר תלוי בדין השליחות. ולכן שפיר כתב הנוב"י דהכא האיסור הכנסה לרשותו ולכן אין בזה דין אשלד"ע, כג"ל.

וא"כ לפי"ז לכאורה יוצא לנו דשיטת הנוב"י הפוכה משיטת הפנ"י, כי גם בג"ד אם התופס לבע"ח היה תופס ונותן לבע"ח בלי דיני הזכיה

מציאות מסויימת ופליגי איזה שם נותנים לה. אבל במקום שבין לתוס' בין למוהרי"ט א"א להחיל על מעשה העבירה שם אחר בודאי ובודאי אף לתוס' אליבא דרבא מהני. וא"כ לפי"ז לדברי הנוב"י שהאיסור לא תלקט הוא רק על עצם מעשה הלקיטה וכיון שלקט כבר עבר, למה לרבא לא מהני. ומש"כ דהרי היא כמו שעדיין לא נלקטה והוה כמונח על העץ, לא מובן דהרי המציאות נעשית בו הלקיטה וא"א להחיל שם אחר על האיסור דהוא על העץ, דהרי הוא גטול ממנו ומונח בפנינו, וא"כ לפ"ד דלעיל אין בזה מחלוקת הפוסקים, דלכ"ע מהני אף לרבא.

ולכן נראה בבירור ובפ"י דברי הנוב"י דס"ל דהאיסור דלא תלקט הוא לאו דווקא מעשה הלקיטה אלא ההוצאה מרשות לקט והכנסה לרשותו ולא דווקא לרשותו, אלא דאם הכניס לרשות העני ג"כ שייך האיסור. רק שאינו הכרחי דוקא בהכנסה לרשות העני. ויכול להיות גם בהכנסה לרשותו. אמנם אם יכניס לרשותו לא יוכל לזכות עבור העני, דאין אדם זוכה משלו לחבירו, לכן זכה מיד לעני. ולכן לרבא דס"ל אי עביד לא מהני, הרי פעולת הזכיה בממון לא חלה ונשאר עליו האיסור לא תלקט, אבל לאביי דס"ל אי עביד מהני, א"כ יצא מרשות לקט ושוב אין ע"ז שם לקט ויכול לזכות עבור העני. ובוה מיושב שפיר הקושיא דלעיל משום דהעבירה אינה על עצם הלקיטה אלא על הכנסה לרשות וא"כ אפשר להחיל ע"ז שם לקט, אבל לא נעשה מעשה האיסור ואפי' לדעת מוהרי"ט הג"ל לרבא לא מהני, דהא נתקן מעשה האיסור, כיון שלא הכניס לרשותו.

אולם לפי"ז שפיר מיושבת קושית הג"ל. אולם הדרא קושית בן הנוב"י שם דהא אשלד"ע והמעשה בטל, דהא א"א לומר לאביי דמקודם מכניס לרשותו ואח"כ זוכה לעני ובשעת זכיה לעני כבר עבר העבירה, דא"כ איך יוכל לזכות לעני, דהא אין אדם זוכה משלו לאחרים. ואם נאמר דזוכה ישר מהלקיטה לעני, א"כ במעשה הזה עובר על עצם העבירה של לא תלקט, דכל מהות העבירה והכנסה לרשותו באה ע"י הזכיה

מאחר. היכי דמי, אי דלא שלחה ליה אין כלום במעשיו. ואי שווייתה שליח הלא אשלד"ע. וא"כ המעשה בטל וממילא לא ביטל הבעל שום דבר. וא"כ היכי משכחת לה בטלו ולא בטלו. ודוחק לומר דרב שימי סובר דבכל התורה כולה יש שליח לד"ע.

ולפי מה שכתבתי לעיל (בסוף אות א') דלפנ"י חולקים בדין תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אי קנה אי לא קנה. אי אמרינן היכא דהמשלח אינו עובר עבירה במעשה השליחות ורק השליח עובר. אם גם בזה הדין ישלד"ע או לא. אפשר לתרץ דרב שימי סובר דישלד"ע, א"כ בנ"ד שהמשלח דהיא האשה אינה עוברת עבירה אם מעשי השליח קיימים כנ"ל, בזה ישלד"ע ושפיר מצינן בטלו דלקי אעשה, ורב פריד דאפי' אי ישלד"ע, הא איהי קא מבטלה ליה ולא הוא. אלא דלפי הנוב"י והפנ"י שכתבתי (בסוף אות ב') יהיה קשה דהכא שאני מהתם, דהתם אין מעשה השליחות פועל בעבירה ולא הוא הגורם לעבירה לכן ישלד"ע, משא"כ הכא דכל העבירה נעשית רק בפעולת השליחות, דבלי השליחות אין כאן בטלו כנו' בקושיית רבא הנ"ל.

ונראה ליישב ע"פ מה שכתב ה"אבני גזר" חלק חו"מ (סי' ס"ו) בקושיית ה"קצות" על הפנ"י מהתוס' מגיטין הנ"ל. וז"ל ולדידי אין ראיה מהתוס', דהא אביי דאמר אי עביד מהני דאי לא מהני אמאי לקי. ובמקום דליכא מלקות אמאי עבר בלאו, וא"כ מזה גופא בלאו דלא תלקט, דאין מעשה בטל משום אשלד"ע, דאי בטל איך עבר בלאו. וכי אמרינן אשלד"ע לבטל המעשה היכי שהעבירה הוא בעושה עצמו בזה אמרינן דע"י שליח בטל ובאמת לא עבר, אבל במקום שכל העבירה ע"י השליח א"א שיתבטל במעשה לאביי ומאחר שאין הוכחה לסתור דברי הפנ"י נקטינן כדבריו, עכ"ל.

ולפי"ז מיושב שפיר, דהא הכא בגמ' איתא היכי משכחת לה בטלו ולא בטלו דלקי, וע"ז אומר רב שימי דקבל לה קידושין מאחר. א"כ ז"א דהמחלוקת שהתורה מחייבת אותו הוא רק באופן כזה שנעשה שליח ובוזה אמרינן דהמעשה

והשליחות אלא כשתפס לא עלה בדעתו ליתן לבע"ח ונתן אח"כ לבע"ח ודאי ובודאי עבר עבירה, א"כ העבירה שלו לא מתיחסת אליו מדיני השליחות, ולכן בדין זה אין השליחות גורמת העבירה ולא שייך דין אשלד"ע כנ"ל, וא"כ הדרא קושיית ה"קצות", אולם נראה ליישב דאע"פ שהנוב"י והפנ"י מחולקים בדין זה דלנוב"י כו"ע ס"ל דהמעשה קיים. אולם לפנ"י אפשר לומר דהא קשה להפנ"י דבשלמא סברת מ"ד לא קנה שפיר אלא מ"ט דמ"ד קנה הא אשלד"ע (ועיין מה שכתבתי לעיל). והשתא דאחינא להכי נראה דהפנ"י יסבור דמחלוקת בתופס לבע"ח וכו' תליא אי בנ"ד שאין השליחות פועלת מעשה העבירה אי אמרינן שהמעשה בטל פליגי בזה, דמ"ד קנה סבר המעשה קיים, ומ"ד לא קנה סבר המעשה בטל. א"כ מיושב כנ"ל דלמסקנא דאמרינן כ"ע סבר קנה ושאני הכא דכתיב לא תלקט והטעם דקנה דהמעשה קיים באופן הנ"ל, וא"כ שפיר מקשים התוס' דהא אמרינן המעשה קיים. ואביי סובר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני, ולמה לא זכה העני.

ג) והנה יש להקשות דבמס' מכות (דף ט"ו ע"ב) א"י דמתי לוקים אעשה, תני ביטלו ולא ביטלו (בטל עשה שבה חייב, לא בטל עשה שבה פטור, רש"י). ורשב"ל אומר קיימו ולא קיימו (קיימו פטור, לא קיימו כשאומרים לו קיים מלקין אותו וכו') עיי"ש, ולהלן (דף ט"ז ע"א) איתא בתוך הדברים: „דתניא אונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה, ואם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר, הניחא למאן דתני קיימו ולא קיימו, אלא למ"ד ביטלו ולא ביטלו וכו' אלא אונס בטלו ולא בטלו היכי משכחת לה וכו'. אמר רב שימי מחזונא כגון שקיבל לה קידושין מאחר. אמר רב אי שווייתי שליח איהי קא מבטלא ליה. אי לא שווייתה כל כמיניה ולא כלום".

ולכאורה קשה על רב שימי מה היתה סברתו לומר דבטלו משכחת לה בקבל לה קידושין

ובעצם יסוד זה אפשר לומר דגם הנוב"י מסכים לזה, אך הוא לומד שבלא תלקט אין העבירה צריכה לחול רק ע"י שליחות אלא העבירה יכולה לחול על עצמו בהכנסה לרשותו. לכן היה קשה לו דאם זכה לעני ע"י שליחות למה יזכה אפי' לאביי, הלא אשלד"ע. ולכן תירץ כנ"ל.

קיים, אע"פ שאשלד"ע, דכל דין של אשלד"ע שהמעשה בטל היכא שהעבירה יכולה לעשות האדם עצמו בלי שישלח שליח לעשותו אז אם הוא שולח בטל המעשה מטעם אשלד"ע. אבל היכי שכל העבירה אינה יכולה לחול בלא מעשה שליחות ורק ע"י שליחות חלה העבירה והתורה חייבה ע"ז, בזה וודאי ישלד"ע, כנ"ל.