

שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב -

For we do not find anywhere in the entire תורה; that this one benefits and this other one is liable

Overview

יש שליה לדבר עבירה ב"ש maintains that even if we assume that רבא stated that if the משלה told the שליה, 'go and eat חלב', the שליה would be חייב (but not the משלה), since we never find a case where one person has הנאה from איסור, and another (the משלה) should be liable. תוספות questions this premise.

asks:

ואם תאמר והא איכא מעילה שאם אמר הגזבר לשליח אכול בכר זה של הקדש -

And if you will say; but there is the case of מעילה where we do find זה נהנה וזה שחית, for if the treasurer of הקדש said to a שליח, ‘eat this loaf’ of הקדש,

והשליח¹ לא ידע שהוא של הקדש² דחייב המשלח³ ואמאי זה נהנה וזה מתחייב הוא -

and the שליה (and the משלח) did not know that the loaf belonged to הקדש; the rule is that the משלח (the גזבר) is liable for מעילה; but why is the משלח חייב since it is a case of זה (the שליה) נהנה and זה (the משלח) מתחייב, which רבא states that לא מצינו בכל התורה כולה

תוספות answers:

ויש לומר דמעילה לא מתחייב המשלח על ידי הנאת השליח אלא על ידי הגבהה דשליח -

And one can say that regarding מעילה, the משלה is not חייב on account of the שליח deriving benefit from the הקדש (for that would be considered מתחייב וזה נהנה וזה), rather the משלה is חייב through the שליח lifting up the הקדש item (the ככר) -

דמיד דאגבהיה שליח קנייה וההיא שעתא⁴ חייב משלח -

For as soon as the שליה lifted the הקדש item, the שליה acquired it (and thus removed it from הקדש) **and at that moment the משלה is חייב במעילה.**

¹ The מהרש"א amends this to read והמשלה (instead of והשליח [but the שליח knew, עי"ש]). The מהרש"ל interprets תוס' to mean that both the שליח and the משלה did not know that it was הקדש.

² The מעילה חיוב is only by שוגג, not by מזיד. See מבב תרד"ה אמאי (TIE footnote # 4).

³ We learnt on the previous עמוד that by מעילה there is שליחות לדב"ע. See תוס' הרא"ש who proves that this is true (ישלד"ע) even in a case of עיי"ש מתחייב. זה נהנה וזה מתחייב.

⁴ The phrase *הוא לא עשה ככר* is not later when the *שליח* eats the *קדש* of *ככר* (for that is *וכו'* *זה נהנה וכו'*), but rather as soon as the *שליח* picked up the *ככר*, when he did not derive any *הנאה* from it yet, but since he picked it up he acquires it and thereby removes it *ממשות הקדש* which constitutes *מעילה*, for which the *משלה* is *חייב*. [However by *אכילת חלב* the *איסור* is only the *אכילה* (there is no *איסור* for picking up *חלב* [as there is by *הקדש*]), therefore the *משלה* is *פטור* since it is a case of *זה נהנה וזה ממתחייב*.]

poses a dilemma:

אמנם מסופק⁵ היה רבינו יצחק באומר לשליח הושט ידך לכד של שמן ותהנה מן הסיכה -
The ר"י was doubtful, however, in a case where one said to a שליח, 'stick your hand into a pitcher of oil and enjoy the massage' -

או שב על עורות של הקדש או התחמם בגיזי עולה והשליח⁶ לא ידע דהם של הקדש -
Or he told the שליח, 'sit on hides of הקדש, or warm yourself with the shorn wool of a עולה', and the שליח did not know that they belong to הקדש -

דהשתא לא עשאו שליח אלא מן ההנאה -

So now in this case he did not make him a שליח to acquire הקדש, but merely to derive benefit from הקדש; the question is -

אם יתחייב המשלח כדאמרינן גבי מעילה או⁷ דילמא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן:
Whether the משלח will be חייב as we normally say regarding מעילה that ישלד"ע, or perhaps we do not say מתחייב וזה נהנה וזה even by מעילה?

Summary

There is הנאה, the קונה the שליח was מעילה by שליחות לדב"ע the question is if there is שליחות when there is only הנאה (and no קנין prior to the הנאה).

Thinking it over

לא say רבא seems to be contradicting himself. Initially תוספות asked how can רבא say לא מעילה is possible when we find it by מעילה. The answer was that מעילה requires (only) הנאה there would be no שליחות. So how can תוספות be doubtful⁸ whether there is מעילה when there is only הנאה. And if תוספות considers that there can be שליחות by מעילה, this contradicts the ruling of רבא that לא מצינו זה נהנה וכו'!⁹

⁵ See 'Thinking it over'.

⁶ See footnote # 1.

⁷ There is שליחות by תרומה where there is no הנאה for the שליח. By חלבים ועריות we assume there is no שליחות since זה נהנה וכו'. We derive שליחות by מעילה from תרומה. By מעילה there are two possibilities either the שליח has הנאה (like שב) or he has no הנאה. The question of the ר"י may be, do we compare it completely to תרומה (where there is no הנאה for the שליח) so similarly the שליחות by מעילה is only where there is no הנאה prior to the מעילה (like מונה ומינה), or do we say that once we derive שליחות by מעילה and by מעילה is it possible for there to be הנאה at the time of מעילה, so the לימוד (from תרומה) teaches us that in all cases of מעילה there is שליחות even if there is הנאה at the time of מעילה (for מונה ואוקי באתרה) in contrast to וכו' נהנה וכו'.

⁸ See footnote # 5.

⁹ See # 251-2. אוצר מפרשי התלמוד and חי' רע"א.