

הרב מאיר ברקוביץ

דין בשבת

ראשי הפרקים

- א. הדין בשבת דינו דין
- ב. שער משפט – קסברי דמצוה קעבדי
- ג. עבירה דרבנן ללא מכת מרדות
- ד. קיבלו עליהו
- ה. מאיזו שעה נפסל עובר עבירה?
- ו. גזרות ואיסורים עצמאיים
- ז. שליחות לדבר עבירה
- ח. אי עביד לא מהני

א. הדין בשבת דינו דין

א. המחבר (ח"מ ה,א) פסק שאסור לדון בשבת ויו"ט אלא שאם עבר ודן, דינו דין. והקשה שער משפט, [לאחר שהביא דברי הרי"ף (ביצה כ,ב בדפיו והרא"ש (פ' משילין אות ב) בשם ירושלמי שדינו דין – בין בשוגג ובין במזיד], דצ"ב אמאי דינו דין, כיון שרבנן אסרו לדון בשבת - גזירה שמא יכתוב – אי"כ כשדן בשבת יהא פסול לעדות (מדרבנן) ולדון כדין עובר עבירה שנפסל ושוב יתבטל הדין מטעם זה שנמצא הדין פסול? (ופשיטא ליה דמוכר ולוקח בשבת ויו"ט בודאי נפסלים מדרבנן).

ואין לומר דפסולי דרבנן בעי הכרזה,¹ שכן הנמו"י (סנהדרין ד,ב בדפיו) כתב שלאותה עדות שנפסל בעבורו לא בעי הכרזה (הו"ד בסמ"ע לד,נו ובש"ך שם כג) ויש לומר דה"ה להכא שבאותו דין שמחמתו נפסל לא בעי הכרזה.² אמנם, י"ל שהנמו"י איירי בעדות לאחר מעשה על המעשה שמחמתו נפסל ואילו כאן מדובר על שעת הדין עצמו ודוק.

¹ בצירוף ההנחה שאף לפסול לדין בעי הכרזה, כמשתמע בהגהות השו"ע לרע"א (ח"מ ז,ט) המובא בפת"ש (ז,כא) וכן מבואר בספר עזרת נשים (סי' יז ס"ק ל).

² ע"י או"ת לד,כב שנוקט שלהלכה אין לפסוק כנמו"י, לאחר שהראה, שיש מחלוקת ראשונים בדבר. וע"ע נתה"מ שם.

והנה לדעת הרמ"א (חו"מ לד, ג) דלפסול דרבנן בעינן שיעבור מחמת חימוד ממון ניחא, שכן לגבי דיינים דידן ליכא חימוד ממון, אך לשיטת המחבר שבפשטות לא חילק בכך (עי' כנה"ג שם הגב"י אות ג) עדיין קשה.

וכיוצ"ב הקשה רע"א בדרו"ח למסכת ביצה וז"ל:

קשה לי, דמ"מ בהאי דאין דנין אמאי במזיד מה שעשו עשוי, הא כיון דעברו על איסור דרבנן לדון בשבת נעשו פסולים; מדרבנן ואין דיניהם דין, ואף אם נימא כמו דפסולי עדות דרבנן צריך הכרזה, ה"נ לענין פסול דיינים, מ"מ הא לאותו דבר שנפסל א"צ הכרזה, כמ"ש בני"י (הביאו הסמ"ע סימן לד) וצלע"ג.

ב. שער משפט – קסברי דמצוה קעבדי

ביישוב קושייתו כתב שער משפט, שהדיינים שדנו בשבת לא נפסלו לעדות הואיל וסברי דמצוה קעבדי ולא מפסלי דומיא דקוברי המת ביו"ט ראשון (ראה חו"מ לד, ד).³

אך יעוי' במש"כ הצ"ח לפסחים מט, א שעשה דוחה ל"ת רק בשני ענינים, אבל אם הם באותו ענין – כגון לאו דלא תשחט על חמץ ועשה דפסח בכה"ג לא שייך לומר עשה דוחה ל"ת (ועי' תוס' רע"א פסחים ג, ז שצ"י לקושיית הטו"א ריש חגיגה דמבואר דפליג), וטעמו שבכה"ג אין כאן עשה כלל.

מעתה י"ל, שאין לדמות דין בשבת לקבורה ביו"ט. קבורת המת ביו"ט לא נאסרה בפירוש ואילו דין בשבת נאסר בפירוש. הדין בשבת ביו"ט עובר על ציווי חז"ל בדבר עצמו – לדון בשבת וביו"ט, הרי שלא ניתן לומר שמצוה קעבדי. (ראה ברור הלכה, שבסוף הלכה פסוקה).

ובניסוח אחר - ההשוואה בין הדין בשבת/ יו"ט לקוברי המת צ"ב. אם הדין בשבת שוגג היה ממילא אינו נפסל. ואם מזיד היה איך ניתן לומר שסבר שמצוה קעבדי – הרי יודע שדבר זה אסור. אצל קוברי המת – ידוע להם שיש במעשיהם משום מלאכת שבת אך סבורים שלצורך קבורת המת נכון לעשות זאת.

³ ועי' חשבונות של מצוה (לאדר"ת) מ' עה, שהעיר שאולי לא שייך 'זכות זו' דמצוה קעבדי אלא בעמי ארצות בלבד ולא במי שיושב כדיין.

ג. עבירה דרבנן ללא מכת מרדות

הפרי מגדים (פתיחה כלל א, כד ובשושנת העמקים כלל ט) נוקט כדבר פשוט שכשם שהעובר עבירה דאורייתא שיש בה מלקות נפסל לעדות בגלל שם רשע, כך בעבירה דרבנן נפסל לעדות – אם אך מחוייב הוא מכת מרדות, דחשיב רשע מדרבנן. וחיליה דיליה מדברי הרמב"ם (עדות י, ג):

עבר עבירה שחייבין עליה מלקות מן התורה הרי זה פסול מן התורה, ואם היה החיוב שבה מדבריהם הרי זה פסול מדבריהם וכו'.

ולשון הרמב"ם "ואם היה החיוב שבה מדבריהם" – לא איסור אלא חיוב.

ולכן כתב הפרי מגדים, שנחוץ להגדיר באילו עבירות דרבנן יש מכת מרדות. ובלשונו: "צריך חקירת חכם על איזה עבירה חיי מכות מרדות ועל איזה פטור ולא מפסל אף מדבריהם".

בספר מעשה בצלאל (סביב תשובות ריקאנטי תלא)⁴ תרץ קושיית שער משפט הנ"ל – מדוע הדין בשבת דינו דין – שיתבטל מחמת פיסולו של הדיין - על פי דברי הפרמ"ג שרק בעבירה דרבנן שחייב בגינה מכת מרדות נפסל לעדות. ואלו תו"ד:

יש לעיין אם הדין בשבת חייב מכת מרדות. עי' רמב"ם שבת כג, יד:

אין דנין בשבת ולא חולצין ולא מיבמין ולא מקדשין גזירה שמא יכתוב...

ובתחילת הלכות שבת (א, ג) כתב הרמב"ם:

... וכן כל מקום שנאמר אין עושין כך וכך או אסור לעשות כך וכך בשבת העושה אותו דבר בזדון מכין אותו מכת מרדות.

נמצא שלפי ניסוח הלכות סבור הרמב"ם שמי שדן בשבת חייב מכת מרדות. אמנם בהמשך ההלכות כתב הרמב"ם (שם ו, ח):

ישראל שאמר לגוי לעשות לו מלאכה זו בשבת אף על פי שעבר ומכין אותו מכת מרדות מותר לו ליהנות באותה מלאכה לערב...

וצ"ב מדוע ציין מכת מרדות, מאחר ובראש פרק זה כתב:

אסור לומר לגוי לעשות לנו מלאכה בשבת...

⁴ וראה בספר אורחות פתיחה סי' עד בכיוון זה.

והרמב"ם יכול היה להסתפק בכלל שכתב בתחילת ההלכות. מעתה י"ל שהכלל שהציב הרמב"ם שלשון 'אסור לעשות כך וכך' מרמז לחיוב מכת מרדות אינו אלא ביחס למלאכות שבת, ולכן לענין אמירה לנכרי צריך לציין בפירוש יש מכת מרדות, ולגבי גזירה לא לדו בשבת שלא צויין דבר מסתבר שאין מכת מרדות.

ולפ"ז לאור דברי הפרמ"ג, הדין בשבת, הואל ואינו לוקה מכת מרדות, אף אינו נפסל לעדות ולדין.

ד. קיבלו עליהו

החכמת שלמה (בסי' ט) כתב שדינו של הנוטל שכר לדון, בטל רק אם דן בכפייה, אבל אם באו מעצמם לדון וידעו שדרכו ליטול שכר, בעמידתם לפני לקבל פסק דינו סברו וקבלואותו עליהם ולכן דינו דין כקיבלו עליהו קרוב או פסול (והוסיף דהנוטל שכר פסול רק מקנסא ולכן ה'קיבלו עליהו' בנדונו פשוט ואינו תלוי בחילוקי דינים בקיבל עליו קאו"פ) ומעתה י"ל דה"ה בבאו לדין בשבת הוי כקיבלו עליהו את הדין אף שהוא פסול מדרבנן.⁵

לפי דברים אלו יש להעמיד ההלכה בשו"ע שהדין בשבת דינו דין רק בבאו לפניו מרצון ולא בדם מכפייה.

ה. מאיזו שעה נפסל עובר עבירה?

הרי"ם בחידושין (ח"מ ה) ובעל דמשק אליעזר (רבי איעזר ניצברג) כתבו עפ"י תוס' ור"ן (חולין יד) לענין שחיטת מומר, דהשחיטה בה נעשה מומר אינה נפסלת כשחיטת מומר.⁶

אמנם יש לדקדק מה כלול באיסור לדון בשבת. הסמ"ע כתב שגזרו לא לדון בשבת שמא יבואו לכתב הטענות אך רש"י (ביצה לו, א) כתב שמא יכתבו את פסק הדין, וי"ל בדעת רש"י שכתבת טענות אינה שכיחה (אא"כ יבקשו בעלי הדין) ולכן נקט פסק דין. נמצא שלסמ"ע בעת גמר דין כבר עברו על האיסור,

⁵ כיוצ"ב כתב בספר בית יהודה (עפ"י הבי"ח), שאם באו מנפשיהו לדון בשבת, הוי כקיבלוהו והוסיף שזו כונת השו"ע כאן. וכ"כ בספר משפט ליעקב (מסקין חו"מ סי' ה).

⁶ וכיוצא בזה ע"י מהרי"ט ח"א סי' קלח; וראה מאמרו של מו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א בקובץ זה.

נמצא גמר דין בדיונים פסולים ואילו לרש"י י"ל שרק בגמר דין עבדי איסור ונפסלו לאחר גמר דין.⁷

לפי זה, צריך לבאר כונת הנמו"י שילאונה עדות שמחמתה נפסל אי"צ הכרזה, שהמכוון למה שמעיד אח"כ שכבר נפסל על ידו. ועי' בשו"ת עמודי אור סי' צט ובשואל ומשיב קמא ח"ב סי' נט.

ו. גזרות ואיסורים עצמאיים

בספר אמרי ירוחם (סי' כג) סבור שיש לחלק בין שני סוגי איסורי דרבנן: יש איסורים עצמאיים ויש האסורים שמא יבוא להכשל באיסור אחר. האיסורים במשנה במסכת ביצה דף לו בהם נזכר להדיא שהם גזירה שמא ייכשל בדאורייתא הם לכתחילה בלבד ובדיעבד אם עברו המעשה תופס, וכן העובר לא נפסל וכשר הוא לעדות ולשבועה וכו'. [ועי' רש"י ביצה לו שני פירושים לענין מקח וממכר בשבת – מצד ממצוא חפצך או מגזירה שמא יכתוב (כמו דין) ולאור הנ"ל, נפ"מ גדולה ביניהם – אם העובר נפסל לעדות מדבריהם, אם לאו.

באופן דומה כתב האדר"ת בספרו של חשבונות של מצוה (מ' עה). וז"ל:

...נראה דגם בלא זה אינם נפסלים [=הדנים בשבת מ.ב.], דדבר זה הוא כמו שופר שבראש האילן שאסור לעלות עליו כדי ליטלנו או סוכה שבראש האילן ועי' בהמה וכסוכה כג, א ור"ה לב, וכי ס"ד שאם תקע בו או עלה לא יצא ידי חובתו זה אינו ומפורש להדיא דיצא והלא באמת גם לכתחילה היה ראוי לומר שתדחה עשה דשופר וסוכה ללא תעשה דיו"ט⁸ אלא משום דעשה ולא תעשה הוא וכמשי"ש בר"ה וא"כ בדיעבד אם כבר עבר תו יוצא שפיר המצוה... ה"י בדין ביו"ט ושבית דמן התורה מצוה קעבדי אלא שחז"ל גזרו גזירה שמא יכתוב א"כ מה בין זה לגזירה שמא יתלוש ושלא יעלה באילן ליקח את השופר ולישב בסוכה שאם עבר ועלה יצא ידי חובתו וא"כ ה"י יצא.

יש להעיר שאף אם נקבל חילוק זה, יש מקום ליישמו לגבי חלות המעשה, שהעובר על גזירת חכמים, בדיעבד מהני, אך מדוע שלא ייפסל לעדות כרשע

⁷ עי' מג"א שלט ס"ק ג דחיישינן שמא יכתוב טענות ובמחצית השקל כתב שהוא מהשלטי גיבורים (סנהדרין פרק שלישי) ועי' נתה"מ ר"ס ה ובפרישה אבה"ע סד ס"ק יד.

⁸ לאור דברי הצ"ח לעיל אות ב לא שייך בכה"ג עשה דוחה ל"ת.

שעובר על מצות חכמים? מדברי האדר"ת נראה שסבר שלא יעלה על הדעת שיפסל לעדות בגלל איסור דרבנן שאינו מעכב – בדיעבד. בלשונו של הרב ירוחם ורהפטיג:

ונ"ל לחדש דכל הני איסורים שרבנן אסרו משום גזירה שלא יבוא לידי איסור דאורייתא, ואמרו בהדיא דאסרו משום גזירה, הני איסורים לא אסרו כי אם לכתחילה, מעיקרא מוכח מאיסור זה, שבדיעבד אם עברו לא נפסלו העוברים וכשרים הם בין לעדות בין לשבועה כו'.

נראה, אם כן, שיסוד הענין הוא שיהם אמרו והם אמרו. ומעיקרא היה העובר על דברי חכמים להפסל לעדות – מדרבנן, אלא שגזירות אטו דבר אחר הם אמרו שאסור והם אמרו שלא יפסל לעדות (לכה"פ היכא דמצוה קעבדי). וכיוצ"ב בסוף ברור הלכה לסימן ה סעיף א עפ"י שו"ת ברית אברהם אבה"ע קכא אות יב. בבחינת הם אמרו והם אמרו.

עוד יש להעיר, שטעם הגזירה – שמא יכתוב – אינו טעם מוסכם. בהגהות אשל אברהם לאו"ח שלט כתב בזה"ל:

ירושלמי (סנהדרין ד,ו) בכל מושבותיכם (שמות לה,ג) מכאן לבעלי דינים שלא יהיה דנין בשבת, ספר החינוך פרשת ויקהל (מי קיד) ולמג"א (ס"ק ג) אישתמיט זה [ר"ל במה שהמג"א הציע רעיון זה מדנפשיה מ.ב.]. והטעם בספר החינוך, שרצה השם יתברך לכבד יום זה שימצאו בו מנוחה הכל, גם החוטאים והחייבים, משל למך גדול שקרא לבני מדינה יום אחד לסעודה כו"ל.

לטעם החינוך (שלהבנת הא"א אינו לגבי ענישה בשבת אלא אף לדון בשבת) אין כאן גזירה אלא דין עצמאי⁹ ולכן שפיר יש לומר שאף בדיעבד אינו דין.¹⁰ ולשיטתו יש לחזור לתירוצים הקודמים.

⁹ בהערות להלכה פסוקה כתבו בדעת החינוך (והרמב"ם בספר המצוות) שמאחר ואיסור לדון בשבת הוא מדרבנן - כמפורש במשנה בביצה, י"ל שהמשתמע מהירושלמי שיש איסור דאורייתא מתייחס לדיון בדיני נפשות. נראה שהאשל אברהם לא הבין כך.

¹⁰ יש מי שכתב שנפ"מ בין הטעמים – אם האיסור על הדיינים בלבד (שמא יבואו לכתוב) או גם על בעלי דינים (להיות יום זה יום מנוחה). ונפ"מ לדון בין בן א"י לבין בן חו"ל שהתארח בא"י בחג השבועותביום טוב שני. (ראה שו"ת אבן פינה לרב נשר).

ז. שליחות לדבר עבירה

יש מגדולי הדורות¹¹ שהקשו כיצד מהני בעבר ודן בשבת, הרי כשרות דין בזמן הזה, שאין דיינים סמוכים מבוסס על דין שליחותיהו דקמאי. ויש שתפסו שיש כאן שליחות לפי גדרי שליחות [הגם שהמשלחים כבר אינם בחיים וכפי שהקשה בשו"ת גו"ר או"ח (כלל ג סי' טו)], אא"כ נאמר שבעבירה דרבנן יש שליחות לד"ע ואכמ"ל.

הערך שי הציע, מכח קושיא זו שדברי הירושלמי שהדן בשבת דינו דין נאמר רק בדיינים סמוכים אך הדנים מכח שליחותיהו שידונו בשבת – דינם אכן בטל (ולא כמשתמע מהשו"ע).

באופן אחר שאלה זו תיושב לאור מה שהובא לעיל, שהדין לא בטל, דהוי כקיבלו עליהו בעלי הדין דיין קרוב או פסול, וממילא אף שאלת ביטול הדין מכח הכלל שאין שלי"ד מיושבת (ערך שי שם).

האמרי בינה (דיני דיינים סי' יג) יצא לתרץ עפ"י דברי המל"מ (גניבה פ"ג), שאם עשאו שליח לטבוח והלך השליח וטבח בשבת לא חשיב שליחות לד"ע דלא מינהו על כך, וי"ל ה"ה כאן 'שליחותיהו' פירושו מנוי לדון אך אין בדין בשבת משום שלד"ע כי ההחלטה לדון באיסור (=בשבת) אינה מכח מינוי השליחות.¹² וכ"כ בשו"ת עין יצחק.

עבירה שאינה חלק ממינוי השליחות

השימוש בדברי המל"מ הנ"ל, דורש הרחבה:

¹¹ שו"ת באר יצחק אבה"ע טז ענף ה ובשו"ת עין יצחק יו"ד טו ס"ק ה ; ערך שי חו"מ סי' ה ; אמרי בינה דיני דיינים סי' יג ועוד.

¹² ראיתי ממחברי זמנינו שהביא בשם האמרי בינה תירוץ אחר : שחז"ל הסמוכים נתנו רשות לדון בשליחותיהו לכל העניינים כמו שמהני דין של סמוכים – אף אם עבדי שלא כדין. והוכיח כן מכמה מקומות בשו"ע - הנ"ל, שאסרו חכמים לדון בשבת וביו"ט ואעפ"כ הדין דין ; בסי' ז באוהב ושונא שכתב הרמ"א, שאם דנו דיניהם דין (וציין לסוברים שהדין כן אף אם דנו בכפייה), ולא דק אותו מחבר. האמרי בינה מיישב הקושיא כנ"ל בגוף המאמר לאור דברי המל"מ כשהמינוי לא מתייחס בפירוש לאיסור. האמרי בינה הוסיף שלא תימא דבטלה ההשליחות כי מוכח שעברו על רצון המשלחים, קמ"ל דמוכח דמהני וחכמים לא הטילו הגבלה זו. ועי' תומים סי' ג כסברא זו ליישב דברי הרמב"ם שאף אם מדאורייתא חד כשר לדו, לדינא נקט ששנים שדנו אין דיניהם דין. ובר האו"ת בטעמא דמילתא דאדעתא דהכי לא מינוהו, והאמרי בינה הוכיח דלא כדבריו וכנ"ל.

נחלקו האחרונים אם מותר למכור קרקע לגוי באופן זמני על מנת להפקיע ממנה את איסור העבודה בה בשנת שמיטה. נתמקד בנקודה אחת העולה מתוך דיון זה. בחזו"א (שביעית סימן כד) מובאות באורך שיטות הראשונים בעניין זה, והוא נוקט כי ישנו איסור לא תחנם במכירת קרקעות לגוי. לאחר הבאת שיטות הראשונים הוא מסיים: "ולפיכך אין מקום להתיר למכור לנכרי בשביל להפקיע קדושת שביעית, ואדרבה איסור שביעית דרבנן בזה"ז ומכירה לאו דאורייתא כטריפה ובשר בחלב וכיו"ב, וכ"כ במשיב דבר סי' נ, והמוכר ע"י שליח ודאי לא חל המכירה מדין אין שליח לד"ע ומיהו עפ"ז נצולים מאיסור המכירה".

לעומתו, הראי"ה קוק (שו"ת משפט כהן, הלכות שמיטה ויובל סימן ס) נקט כי גם אם נניח שהמוכר את הקרקע לגוי עובר על איסור לא תחנם,¹³ מכל מקום אין הדבר נחשב שהמוכר בשליחותו של בעל הקרקע הוא שליח לדבר עבירה, מאחר שמינוי השליחות הוא רק למכור את הקרקע ולא מופיע כלל במינוי שהמכירה היא לגוי. לכן אין המינוי לעבירה עצמה אלא השליח הוא שבחר לבצע את השליחות בצורה של עבירה על איסור 'לא תחנם'. הרב מתבסס על דברי המשנה למלך (הלכות גניבה ג,ז),¹⁴ המדייק מלשון הרמב"ם שאם העבירה אינה חלק ממינוי השליחות אין השליחות בטילה. הרמב"ם כותב: "עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי ארבעה וחמשה, שהרי זה הגנב לא עשה עון מיתת בית דין וכבר ביארנו שהשחוט על ידי שליח חייב בתשלומין (למרות שאין שליח לדבר עבירה)". לשון הטור (חו"מ שו) היא "עשה שליח לשחוט לו בשבת", הרי שבדבריו תוספת על מה שכתב הרמב"ם והקשה מכאן המל"מ שאם השליחות היתה לשחיטה בשבת בדוקא הרי שאין השליחות מתייחסת למשלח כלל כי אין שליח לדבר עבירה.¹⁵ אם השליחות היא רק לשחוט,

¹³ הרב סבר שאין איסור לא תחנם במכירת קרקע לזמן. אך רצה להוסיף, שאף לחושש לאיסור זה, לאחר שהמכירה התבצעה אין לו סיבה להחמיר ולהימנע מלאכול מהפירות שיצמחו הואיל והם פירות נכרי.

¹⁴ עיין גם במל"מ מעילה ז,ב.

¹⁵ וצ"ב בדעת הטור, שנקט שהשליחות לא תבטל והגנב יתחייב בתשלומי ד' וה' כאילו הוא שחט אף אם השליחות היתה ממש לעבור עבירה- לשחוט בשבת: ניתן לומר שהטור ס"ל שכאשר ריבתה תורה חיוב ד' וה' אף ע"י שליח נתחדש שהגנב חייב ד' וה' גם על גרימת שחיטה או מכירה ולמעשה אינו חייב בגין מעשה השליח כדין שלוחו של אדם כמותו ולכן אף דבר עבירה נוסף שיצטרף לטביחה לא יבטל השליחות. באופן אחר יש לומר שהטור ס"ל בשליחות לד"ע השליחות לא בטלה אלא שאין ענישה בגינה והכא נענש רק בגין

והשחיטה נעשתה ע"י השליח בשבת, אין השליחות בטילה. מכאן מוכח שאם אין העבירה חלק ממינוי השליחות בעצמו הרי שמעשה השליחות כן מיוחס אל המשלח.¹⁶ ויש להעיר, שבדברי המל"מ אנו מוצאים סיוע לגישת הנוב"י לפיה בשליחות לדבר עבירה, השליחות בטלה.

אך נראה שגם החזו"א קיבל את דברי המל"מ, ובכל זאת סבר כי אין ראייה בדבריו לדיון לגבי מכירת הקרקע לגוי ע"י שליח. הגרצ"פ פראנק (הר צבי זרעים ח"ב, סי' נ) טוען כי אין ראייה לדברי הרב קוק מהמל"מ: המל"מ עוסק במצב בו כל מעשה העבירה יכול להתבצע אף ללא מינוי השליחות, כי אדם ששחט בשבת אף אם היה זה בהמה שאינה שייכת לו, ולא קיבל רשות לשחוט, הרי שהשחיטה היא שחיטה מעליא ועבר הוא בכך על איסור שבת. במצב כזה לא נכון להביא בחשבון את העובדה שהשחיטה נעשתה בשבת מכיוון שהעבירה כלל אינה שייכת לשליחות. אולם במקרה בו מינוי השליחות היה למכור קרקע והמכירה נעשתה באופן אסור, הרי שכל היכולת לעבור עבירה נובעת היא מעצם זה שישנה יכולת לשליח למכור, שהרי אם אין לו רשות למכור אין המכירה תקיפה וממילא לא עבר הוא על איסור לא

הטביחה ולא בגין הבת ויש לעיי' בסברה זו. באופן אחר יש לבאר דברי הטור על פי דברי החתם סופר המקשה על השיטות שיש שליחות לגוי לחומרא, מדוע אמירה לנכרי בשבת אסורה רק מכח 'ודבר דבר' וכו'? היא צריכה להיות אסורה ללא ספקות! ועונה החת"ס (שבת קנ"א בשם הבית מאיר סי' ד) כי בשבת לא שייך לומר זאת מאחר שהציווי הוא לשבות, ואף אם מעשה השליח מתייחס אל המשלח אין זה נחשב שהוא עשה אותו בידים, ונחשב שהוא באמת שבת ונח. כך גם יש להסביר את דברי הטור: כל שליחות לחלל שבת אינה מבטלת את עצם השליחות מאחר שמעשה העבירה קשור רק לשליח העושה ולא למשלח, וממילא מה שנותר במקרה שלנו זהו חלק השליחות של הטביחה של הבהמה והגניבה, וע"כ המשלח משלם ד' וה'. אמנם יש להעיר כי לכאורה הרמב"ם שלא נקט כך אינו מקבל את יסודו של החת"ס.

¹⁶ בשעה"מ מעיר כי מהרמב"ם בפיהמ"ש (ב"ק ז, ב) משמע כדעת הטור, שאף אם השליחות היתה לשחוט בשבת עצמה אין השליחות מתבטלת ואין זה נחשב שליחות לדבר עבירה, דז"ל הרמב"ם: "אבל יתחייב תשלומי ארבעה וחמשה אם מסר לאחר לשחוט לו ביום הכפורים", ומשמע שהשליחות היא 'לטבוח ביו"כ' ולא רק שהשליח בחר לבצע את השחיטה באותו היום.

¹⁷ הסבר דומה מופיע גם בדבר אליעזר (לבעל הציץ אליעזר, סימן ב אות ח בהגה"ה): "...ולעני"ד נראה דלא דמי כלל לטביחה משום דבשלמא גבי טביחה, היכי דהשליח טבח מדעת עצמו בשבת שייך שפיר למימר דכיון דעשאו שליח לשחוט בסתם – גוף השליחות לא בטל, משום דכיון דטביחה היה שם והרי השור שחוט לפניך... אבל גבי גט כיון דלענין הנתינה בע"כ הלא אין שליח לדבר עבירה והמעשה בטל דכל היכי דאמרינן אשלד"ע המעשה בטל... וא"כ ל"ש תו למימר דגוף השליחות לא בטל משום דכיון דהנתינה בע"כ בטלה שוב לא נשאר כאן שום נתינה כלל".

תחנם. במצב כזה הרי שהעבירה אינה מנותקת מן השליחות ונכון לומר כאן אין שליח לדבר עבירה, וממילא השליחות תתבטל.¹⁸

מחלוקת זו בין הרב קוק לגרצ"פ והחזו"א, יסודה במחלוקת קדומה יותר:

הנודע ביהודה (אהע"ז קמא סי' עה) פסק כי אדם שמינה שליח לגרש את אשתו, והשליח נתן את הגט לאשה בעל כרחו, השליחות בטילה ואין הגט תקף. הסיבה לכך היא שישנו חרם דרבינו גרשום שלא לגרש את האשה בע"כ, ומכיוון שאין שליח לדבר עבירה הרי שהשליחות בטילה ואין הגט תקף. אולם קצות החושן (קפב,ב) חולק: "ולענ"ד נראה דהיכא דעושה שליח סתם לגרש ושיהיה ידו כידו ועשייתו כעשייתו והשליח נתן לה הגט בעל כרחו, דכה"ג שפיר הוי גט כיון דיד השליח כיד המשלח בעיקר הגט, ומה שנתן לה בעל כרחו ועבר בחרם רבינו גרשום הו"ל כאילו עשה עבירה מדעתו דכל כה"ג עיקר השליחות לא בטל, וכמ"ש כיוצא בזה במשנה למלך...". כלומר: מאחר שהשליחות היא רק לעצם הגירושין ולא לעשותם בעל כרחו של האשה, הרי שלא אמרינן בזה אין שליח לדבר עבירה, ולכן במקרה זה השליחות תשאר בעינה והאשה מגורשת.

ונראה שגם הנוב"י מסכים לכך, אלא סובר הוא כי למרות שאין העבירה כלולה במינוי המשלח לשליח, מאחר שאין השליח יכול לעבור על חרם דרבינו גרשום שאסר לגרש אשה בעל כרחו מבלי שיקבל מינוי מהבעל לגרש את האשה, הרי שהעבירה במצב כזה נחשבת היא חלק מהשליחות ושייך לומר "אין שליח לדבר עבירה". קצוה"ח בודאי נקט כמשי"כ בדברי הרב קוק שכל היכא שאין מעשה העבירה כלול בעצם השליחות הרי שלא אומרים אין שליח לדבר עבירה, והעבירה מתייחסת לשליח בלבד, בעוד השליחות ניצבת בעינה.

האמרי בינה, שהשתמש בדברי המל"מ בנדון דידן, וסבר אף הוא, כקצוה"ח והרב קוק, שכן כל הכח לדון נובע הוא מהשליחותיהו'.

¹⁸ במקום נוסף מתייחס הגרצ"פ פראנק לחילוק זה שהעלה כאן. עיי' שו"ת הר צבי זרעים (ח"א סי' סד) אודות שליח להפריש תרו"מ שהקדים מע"ר לתרומה גדולה אי אמרינן בזה אשלד"ע. ורצה בתחילה לדמות זאת למל"מ, ולבסוף חזר על חילוקו הנ"ל.

ח. אי עביד לא מהני

לאור חלק מן ההסברים הנ"ל לכך שהדן בשבת דינו דין, יש לבדק ענין 'אי עביד לא מהני' ביחס לנדו"ד. מדוע לא נאמר 'כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני' ויתבטל הדין. וכבר הקשה כן השלטי גיבורים על דברי הרי"ף סוף ביצה (והוסיף דבודאי קיי"ל כרבא וכו' ואכמ"ל). ומצד זה שמדובר באיסור דרבנן עיי' סמ"ע וש"ך חו"מ רח לגבי מוכר בשבת שנקטו דאף בדרבנן אמרינן אי עביד לא מהני ועיי' מרדכי סופ"ג דשבועות ויש ראיות לכאן ולכאן.

לדברי הנו"כ בחו"מ רח, שבמקום שניתן להגיע לתוצאה בהיתר לא אמרינן לא מהני הכא נמי היה אפשר לדון ביום חול ולהסיק אותן מסקנות ממילא בכה"ג לא שייך לומר אי עביד לא מהני.

ולט"ז חו"מ רח ועוד, דהיכא דיומא קגרים אמרינן דמהני, אף הכא א"ש.

יש לתרץ על פי מהרי"ט (א, סט) לגבי השוחט בשבת דשחיטתו כשרה (חולין יד, א), דס"ל שלא אמרינן 'לא מהני' אלא במקום שבזה האיסור יתוקן. בנדון דידן, לכאורה, האיסור לא יתוקן, הדן בשבת עבר על ציווי חכמים – או במשא ומתן, או בקבלת העדות או בגמר הדין.

למובא לעיל דיהם אמרו והם אמרו' ולכך העובר על דברי חכמים ודן בשבת לא נפסל, דהוא דין לכתחילה בלבד מסתבר שאף לסוברים דברבנן אמרינן אעל"מ, הכא שאני, כאמור, דהם אמרו והם אמרו.