סימן א.

הש"ך בח"מ (סי' ס"ה ס"ק ל"ג) תמה על הטור דפסק במצא שטר שחרור אם האדון מודה יחזירנו לעבד אך העבד צריך להביא ראי' שהגיע לידו מזמן הכתוב בו, דהא למאי דקיי"ל עדיו בחתומיו זכין לו וזכות הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות, א"כ זכו עבורו למפרע מעת החתימה, וכן תמהו הב"י והב"ח ע"ש.

ולפעד"נ לתרץ בהקדם מה דקיי"ל בגיטין (דף כ"ג) דשליח הולכה אינו יכול להיות שליח קבלה, משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל, והטעם מבואר בריטב"א (שם) דזה הוי כמו טלי גיטך מע"ג קרקע ע"ש, ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בח"מ (סי' קפ"ה ס"ק א'), ובשחרור אי מהני טלי גיטך מע"ג קרקע מצאתי בריטב"א לקדושין (דף כ"ג) דכתב דלא מהני, [וע' בנתיבות (סי' קפ"ה) אבל מהריטב"א מוכח דלא ס"ל כוותי' ע"ש], ולפ"ז י"ל דלא שייך כלל עדיו בחתומיו זכין לו בשחרור, משום דהא אין כאן נתינה מיד האדון ליד העדים, אך יש לדון בזה אומדנא, דמן הסתם רוצה שתקוים הזכיי', והוי כמו דאמר להם בפירוש שמתחילה יהיו שלוחים להולכה ואח"ז יהיו שלוחים לקבלה בתורת זכיי' עבורו, ולכן אמרו בש"ס לדון בשטר שחרור להך מלתא דעדיו בחתומיו זכין לו, אך מ"מ ז"א אלא למאן דס"ל דאף דלא חזרה שליחות אצל הבעל מ"מ יכול להיות שליח קבלה, כדמצינו לר"נ דס"ל כן בגיטין (שם), והסוגיא דב"מ אזלא אליבא דהך מ"ד, אבל לדינא דקיי"ל דאין שליח הולכה יכול להיות שליח קבלה משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל דהוי טלי גיטך מעל גבי קרקע, ע"כ לא שייכא הך מלתא דעדיו בחתומיו זכין לו בשחרור אלא בשטרי ממון דמהני אף טלי מעל גבי קרקע, ונכונים דברי הטור הנ"ל, וע' בב"מ (דף כ') בתוס' ד"ה שובר בזמנו כו' ואכמ"ל.

וזה כמה שנים שאמרתי בהך איבעיא דיבמות דבעי רבא המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו, והוי ספיקא דדינא, ורב אחד רצה להקל אף בגט בלא תנאי היכא שיש יבם קטן דאז י"ל דהוי זכות, בפרט לפמש"כ היש"ש דהאידנא דאין יבום נוהג יש לדון דהוי זכות במזכה גט במקום יבם כו' ע"ש. ונשאלתי בזה.

ומצאתי בעז"ה ברדב"ז (ח"א סי' ע"ה) שכתב דהך דהמזכה גט במקום יבם מיירי בעשה גט בתנאי אם מתי ואם לא מתי, דאל"כ הוי חוב לה, דהא בעת הזיכוי הוי ספק דלמא יעמוד מחליו וטב למיתב טן דו, ואין זה זכות, ובע"כ מוכח דהש"ס מיירי בתנאי אם מתי כו' ע"ש ברדב"ז, ויש להביא ראי' לדבריו מגיטין (דף ע"ז) ההוא שכ"מ דכתב גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא כו' אתו לקמי' דרבא א"ל לקניי' ניהליה להההוא דוכתא דיתיב בי' גיטא ותיזול איהי ותיחוד ותפתח כו', א"ל רב עילש לרבא מה שקנתה אשה קנה בעלה איכסיף כו', וקשה אמאי איכסיף רבא הא מבואר בהרא"ש בב"מ (דף כ') דרבא ס"ל כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ע"ש, א"כ לפמש"כ התוס' בגיטין דהך עובדא דתיזול ותיחוד מיירי במקום יבם, ואי נימא דהמזכה גט במקום יבם הוי זכות לא היתה צריכה להחזיק במקום שהי' מונח הגט דבלא"ה זכו העדים בעת החתימה עבורה, אך י"ל בזה דהא קיי"ל בהמזכה גט לאשתו במקום יבם דהוי ספיקא דדינא אם מקרי זכות או לא, ולכן כדי לצאת מחשש איסור דאורייתא צוה רבא דתיחוד כו', אבל עדיין קשה דהא באשה שנתגרשה ספק גירושין אין הבעל אוכל פירות, ואף אי תפס נראה לי ברור דמפקינן מיני', והטעם הוא דהא פירות תחת פרקונה וכיון דהבעל מפטר מספק לפדותה, ממילא אין לו זכות כלל בהפירות, ומבואר בתוס' (גיטין שם) דמה שקנתה אשה קנה בעלה הוי משום

זכות פירות שיש להבעל ע"ש, א"כ אמאי אכסיף רבא, דהא שפיר קאמר דתיחוד ותפתח דכיון דנעשתה ספק מגורשת בעת שחתמו העדים ע"פ האיבעיא דבעי רבא גופא במזכה גט במקום יבם ועידיו בחתומיו זכין לו והפסיד הבעל זכות הפירות מעת שחתמו, דהא בספק מגורשת ג"כ אין לו זכות פירות כלל, ושפיר מועלת הך עצה דתיחוד ותפתח דהוי שפיר רשותה, ואינו קשה עליו כלל מה שהקשו מה שקנתה אשה קנה בעלה.

ואין לתרץ דהא בעינן מטא לידה, דז"א, דהא כתב הקצה"ח (בסי' קפ"ח) דאף בצוה הניתן למסור השטר לאחר מותו ג"כ מקרי מטא לידו, דכיון דנתקיים התנאי אף לאח"מ, ממילא זכו עבורו מעת שחתמו, א"כ הי' יכול השכ"מ לצוות שימסרו לה הגט לאח"מ כדי שתקוים האומדנא שאמרו חז"ל דלא נתכוון שיזכו העדים עבורו אלא כשיהא מטא לידו, והוי כמו כל תנאי דמועיל אף בנתקיים התנאי לאח"מ, ולכן עדיין תקשה אמאי איכסיף רבא, אבל לפמש"כ הרדב"ז דבלא התנה אם מתי ואם לא מתי בודאי הוי חוב, והתם הוי בלא התנה כנ"ל, בפרט דרבא לשיטתו דאמר בגיטין (דף פ"ד) להנהו דכתבי גיטא שתוקו לבעל עד דכתביתו לי' לגיטא דאסור להתנות בתנאי מקודם הכתיבה, אך אין אנו צריכין לזה, די"ל דהתם הוי בלא תנאי הנ"ל, ולכן אינו שייך התם לומר עידיו בחתומיו זכין לו, ושפיר הקשו לרבא מה שקנתה אשה קנה בעלה, ומוכח כהרדב"ז הנ"ל.

אמנם לפמש"כ לדון דהיכא דבעינן נתינה מידו לידה אז אינו שייך עדיו בחתומיו זכין לו דהוי כמוטלי גיטך מע"ג קרקע, דהא בעת שמצוה להם לכתוב ולחתום אין בזה נתינה מידו לידה, ומבואר בגיטין (דף ס"ג) דרבא ס"ל בפשיטות דהיכא דלא חזרה שליחות אצל הבעל לא מהני, א"כ נדחתה ראייתי הנ"ל.

אך באמת דברי הרדב"ז נכונים מאוד אף בלא ראי' מוכרחת, ולרווחא דמילתא יש להוכיח ממק"א כדבריו, והוא דבגיטין (דף י"ג) במשנה שם דאמר תן גט זה לאשתי לא יתנו לאח"מ, וע' בתוס' שם בד"ה האומר תנו גט זה לאשתי כו', שכתבו לחד גירסא דגרסי תן גט זה דאתי כר"מ דחיוב הוא לעבד שיוצא מת"י רבו לחירות, דאל"כ קשה אי תן כזכי כו', ועדיין תקשה בתן גט זה לאשתי דהא בע"כ מיירי במקום יבם, דאל"כ ל"ל להגט כיון דמת הבעל ממילא מיתה מתרת, וכדמצינו בכולי ש"ס דפי' רש"י דמיירי במקום יבם, וכמו בריש כתובות וכה"ג, א"כ תקשה מאי איבעי' לרבא ביבמות במזכה גט לאשתו במקום יבם מהו, הא הוי מצי למפשט מהך משנה דהוי חוב, דאל"כ אמאי לא יתנו לאח"מ באמר תן גט זה [ודוחק לומר דהך משנה מיירי שלא במקום יבם אך נ"מ גבי שארי דברים אם היא גרושה או לא כגון בקטלנית], ומוכח מזה כשיטת הרדב"ז דבלא תנאי לא נסתפקו כלל, ואז הוי חוב בפשיטות, ולכן לא יתנו לאח"מ משום דמיירי בלא תנאי הנ"ל.

וכה"ג ראיתי בריטב"א (קדושין דף ס') במה דאמרו שם ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת נתנה אינה זקוקה ליבם כו', רשב"ג אומר נותנת לאחיו או לאביו או לא' מהקרובים כו', שהקשה איך יוצאת התנאי במה שתתן לא' מהקרובים, דהא בע"כ מיירי שיש כאן יבם, דאל"כ למה צריכה לקיים התנאי, וכדקאמר שם ברישא נתנה אינה זקוקה ליבם, והיכא דיש יבם, אחיו הוא היורש אבל לא הקרובים, ואין זה בכלל לי וליורשי, ע"ש בריטב"א, ולי נראה לתרץ קושיתו ע"פ מה דמבואר בח"מ (סי' רפ"ג) דמומר אינו יורש ותנתן הירושה לבניו ע"ש, ומומר זוקק ליבום כמבואר באה"ע (סי' קנ"ז), א"כ משכחת לה בנפלה לפני אחיו מומר דהקרובים הם

היורשים וסגי בנותנת לקרוביו לקיים התנאי לי וליורשי ובגוף הענין אם מועיל זיכוי הגט בתנאי במקום יבם קטן כתבתי תשובה ארוכה בעז"ה לכמה רבנים אשר שאלו ממני נידון זה, ולא באתי כעת רק לפרסם דברי הרדב"ז הנ"ל כדי שלא יבואו לידי מכשול ח"ו, וכשיזכני השי"ת להוציא לאור יתר חידושיי אז תבוא בתוכם תשובה ארוכה בנידון זה בעז"ה, וה' יסיר מכשול מעמו, ויראנו נפלאות בתורתו.

סימן ב. בתשובת הגאון רע"א זצ"ל (סי' קל"א) תמה על מש"כ הר"נ (פ' מי שהי' נשוי) בהא דאמרי' דתפסה מטלטלי מפקינן מינה דבמעות מהני' תפיסה דהרי כבר נפרעה עכ"ל הר"נ, מהא דכתובות (דף צ"ב).

ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות כו' יכולין לומר מטלטלי שבק אבוהן גבך ומטלטלי לא משתעבדי כו' ולדברי הר"נ דבמעות מהני' תפיסה לאח"מ משום דכבר נפרעה. כש"כ בתופס החוב עצמו שהוא חייב לאביהם וודאי דמבעי להיות התפיסה מועלת, ונשאר בצע"ג, וכן תמה הגאון הנ"ל בדרוש וחידוש לכתובות (דף נ"ב), ובמשניות (דפוס אלטונא) בגליון של הגאון הנ"ל נשאר ג"כ בצע"ג.

ונלע"ד לתרץ, דהא בח"מ (סי' ק"ז) הובאה שם שיטת הרמב"ן בירשו מטלטלי דאם ב"ד רוצים לכופן הרשות בידם, ותמה האו"ת (שם) א"כ אמאי בתפס המלוה מטלטלי מפקי ב"ד מיני' כמבואר בפ' הכותב הא מבעי הב"ד להיות בשב ואל תעשה ולא יכופו למלוה, והנתיבות תי' דכיון דאינן מזדקקין לעשות שומא משום שצריכין לכתחלה להיות בשב ואל תעשה ממילא חייב המלוה להחזיר דכ"ז דהב"ד אינן מזדקקין לעשות שומא הוי ממילא גזל בידו, וחייב מן הדין להחזיר עכ"ד, ושאני הא דמהני' תפיסה בקנס, משום דהתם עכ"פ ב"ד סמוכים מצי לגבות, ולפ"ז נכונים דברי הר"נ שכתב דבמעות מהני' תפיסה [דלכאורה צ"ע איך, מועלת תפיסה בהמעות דהא לאו בני שיעבוד נינהו, אכן לשיטה זו ניחא], דהא עיקר הטעם דב"ד כופין להוציא מן המלוה היינו משום דכ"ז דלא שמו הוי גזל בידו, ומבואר בח"מ (סי' ע"ב) דמעות לא צריכי שומא, וכן מבואר באהע"ז (סי' צ"ו), ולכן בתפס מעות אין הב"ד מוציאין מן המלוה משום דג"כ מבעי להיות בשב ואל תעשה מחמת המצוה המוטלת עליהן, ואף דלא יזדקקו לעשות שומא עכ"ז יתפוס בהיתר ולא הוי גזל בידו, כן הוא הסבר דברי הר"נ הנ"ל.

ומבואר בטור ח"מ (סי' ק"ח) והובא שם בסמ"ע (ס"ק מ"ב) דבמוכר שדה באחריות ליכא שום מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן אף דירשו מטלטלין משום דעביד אינש דזבין ארעא ליומא, ע"כ אף בהתנה חוב אחריות ליכא מצוה עליהם, ומצות עשה דכיבוד לא שייכא רק בלוה וכתובה וכה"ג, ולכאורה תמוה מנלן לחלק מסברא מעצמנו בזה, אמנם בירושלמי (חגיגה סוף ה' א) איתא גבי האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשים עולתה ואמ' שמואל והוא שהפרישה מחיים [כדאי' בקידושין (דף י"ג)] וריו"ח פליג על דעתי' דשמואל בירשו קרקע לתבוע אין תובעין ולמשכון אין ממשכנין, ועל דעתי' דריו"ח בירשו קרקע למשכון ממשכנין דשעבודא דאורייתא, ובירשו מטלטלי ע"ד דריו"ח לתבוע תובעין ולמשכון אין ממשכנין וע"ד דשמואל אף לתבוע אין תובעין עכ"ל הירושלמי, ויש להסביר מהו לשון תובעין וממשכנין [וע' בירושלמי שקלים פ"א ה"ג] דתובעין היינו משום מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן אף במה דליכא שעבוד נכסי, דלריו"ח בירשו קרקע אף ממשכנין משום שעבודא דאורייתא, ולשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא למשכון אין ממשכנין בתורת שעבוד ואף לתבוע אין תובעין הכוונה

לתבוע במילי משום מצוה ג"כ אין תובעין משום דלאו בכל מילי דיינינן למצוה זו, וריו"ח ס"ל דגם התם שייכא מצוה הנ"ל לכן במטלטלי ג"כ תובעין במילי, ושמואל ס"ל דהתם בחוב עולת ראי' לא שייכא בי' מצות כיבוד משום דלא שייך בזה לוה רשע ולא ישלם וליכא בזה קלון אביהם כ"כ [וע' בתוס' כתובות (פ"ו ע"א) ד"ה פריעת בע"ח מצוה כו', ובח"מ (סי' ל"ז ש"ך ס"ק י"א), עכ"פ מוכח מירושלמי הנ"ל דלאו בכל מקום אמרו למצוה על היורשים כו', ויש לי להאריך בביאור הירושלמי הנ"ל ואכ"מ, ולכן שפיר כתב הטור ג"כ דבמוכר באחריות לא שייכא מצוה הנ"ל כי כן מצינו בירושלמי הנ"ל דלאו בכל מקום שייכא מצוה זו.

וכיון דנתבאר דסברת הר"נ היא דלכן מהני' התפיסה במעות משום המצוה המוטלת עליהם וכן מצינו באבק ריבית דחייב להחזיר לצאת י"ש דס"ל להרבה ראשונים דמהני' תפיסה, ועיין בח"מ (סי' ע"ה וסי' כ"ח) גבי א"י אם הלויתני ואכמ"ל, לכן מתורצת קושית הגאון הנ"ל די"ל דהא דכתובות בראובן שמכר שדה לשמעון באחריות אינו יכול לעכב דמי המכירה עבור חיוב אחריות משום דהא בחוב אחריות ליכא מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן כמש"כ הטור, ועיקר הטעם של הר"נ דמהני' תפיסה הוא משום מצוה הנ"ל וכיון דהתם ליכא מצוה לכן לא מהני' תפיסת מעות ג"כ, דמאיזה טעם תהא מועלת תפיסתו כיון דלאו בני שעבוד הוי ומצוה ליכא וע"כ חייב להחזיר, אכן עדיין תקשה מהא דכתובות (ד' ק"י) דאמר רמי ב"ח הכא ביתמי עסקינן דמגבא גבי ואגבויי לא גבינן מנייהו משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וקשה הא התם בשנים שהוציאו שט"ח זע"ז דמיירי בחוב מלוה ואיכא מצוה על היורשין ואפ"ה לא מהני', תפיסתו ותקשה קושית הגאון הנ"ל על הר"נ הנ"ל.

ויש לומר דהא מצוה על היורשין לא שייכא רק בבני הלוה משום מצות כיבוד אב אבל ביורשין קרוביושל המת לא שייכא מצות כיבוד עליהם לפרוע מטלטלי שירשו בוודאי לא מהני' תפיס', ולכן בכתובו' (ד' נ"ב) גבי ראובן שמכר שדה לשמעון דאי' שם דא"ל בני ראובן דשייכא לכאורה התם ג"כ מצות כיבוד הנ"ל, ע"כ שפיר הקשה הגאון הנ"ל מהתם, ולא מכתובות (ד' ק"י), משום די"ל דהתם מיירי ביורשין קרובי המת ולא בניו כנ"ל ומ"מ לפמש"כ בשם הטור הנ"ל מתורצת גם קושיות הגאון הנ"ל על הר"נ מהא דכתובות (ד' צ"ב) ג"כ וברור.

סימן ג. המ"מ והש"ך (ח"מ סי' שמ"א ס"ק ו') תמהו על הרמב"ם (ה' שאלה) שפסק בהיתה לו פרה שאולה וטבחה בשבת דפטור אלמא דנכסי שומר מעת פשיעה אשתעבדו, ובהניח לבניו פרה שאולה פסק דאם הניח להם אחריות נכסים חייבין לשלם במתה אלמא דמעת משיכה אשתעבדו וסתרי פסקיו אהדדי, ובכתובות (דף ל"ד) אמרו בהא דאמר רבא הניח להן אביהן פרה שאולה כו' הניח להן אחריות נכסין כו' מאן דמתני לה ארישא כש"כ אסיפא ופליגא דר"פ ונלע"ד לתרץ בהקדם מה שנסתפק הב"י בח"מ (סי' ר"ז) בהא דקיי"ל דעל מנת כמעכשיו דמי, וכן קיי"ל דאם לא הוי כמו מעכשיו.

א"כ היכא דאין הכרע בלשונו דלא אמר ע"מ ולא אמר אם, כגון שאמר בלשון על תנאי, מה דינו, אי הוי כמו מעכשיו או דאינו מתחיל אלא בעת שיחול התנאי, והמחנה אפרים (ה' זכיי' ומתנה סי' ט"ו) כתב להוכיח מהא דקידושין (דף ח') דאמר ר"א התקדשי לי במנה ונתן לה פרוטה ה"ז מקודשת וישלים דכמאן דאמר ע"מ דמי, אלמא דסתם הוי כמעכשיו ודוקא לשון אם דפשטות הלשון הוא דיחול בעת קיום התנאי אבל היכא דאין הכרע בלשונו אמרינן דקנה מעכשיו עכ"ל, וקצת יש לחלק די"ל דשאני קדושין דלקרובה אתי כדאי' בקידושין (דף נ"ט ודף ס' ע"ב).

הג"ה [ובירושלמי גיטין (פ"ז ה"ד) איבעיא להו לרבנן דס"ל מהיום ולאח"מ גט ואינו גט אם אף בקדושין כן, והפני משה נדחק שם בביאור הספק ההוא ע"ש, ובאמת כוונת הירושלמי לחלק ביניהם הוא משום סברת הש"ס דילן דשאני קדושין דלקרובי קאתי]. ולענ"ד נראה לומר אם סתם הוי כמו מעכשיו או לא היא פלוגתת אמוראי בנדרים (דף מ"ח) בעובדא דאי' התם ההוא גברא דה"ל ברא אסרינהו לנכסי עלי' וא"ל ליקני הדין ואי הוי בר ברי' צורבא מרבנן לקנויי כו', וע' בר"נ (שם) בד"ה וההיא שעתא הדר לי' סודר למרי' כו' ורב נחמן ס"ל התם דכיון דלא אמר בהדיא דלא ליקני עד דהוי צורבא מרבנן ואמר סתם כמאן דאמר מעכשיו דמי, ורב אשי דחי לי' דכיון שלא רצה להקנותה אלא כי היכי דלקניי' לבר ברי' לא נתכוין שיקנה עד אותה שעה ע"ש, וסברת רב נחמן היא דאף דקיי"ל דאם לא הוי כמעכשיו עכ"ז שא"ה דהא אמר סתם למקני הדין בלא שום תנאי אמר דאי הוי בר ברי' צורבא מדרבנן יקנה לו, ודוקא בה"ז גיטך אם לא באתי וכה"ג חל התנאי בהגט, אבל לא בזה דאמר מתחלה סתמא, ותנאי אם שייך למה שאמר אח"ז שיקנה לו כשיהי' צורבא מרבנן, לכן ס"ל לרב נחמן דהוי כמעכשיו, א"כ לפי' הר"נ פליגי בזה אמוראי אם סתם הוי כמעכשיו, [אך הרמב"ם והמחבר ביו"ד (סי' רכ"ג) כתבו בלשון אחרת להך עובדא דאמר אם יהי' בן בני ת"ח יקנה בני זה נכסי ע"ש, ואפ"ה פסקו דקנה, ואף דקיי"ל דאם לא הוי כמעכשיו ע"כ מוכח דשא"ה דכל קנין חליפין הוי כמעכשיו, ויש עדיין לעיין בזה].

ויותר נלע"ד דהך מילתא אי סתם הוי כמעכשיו או דאמרינן כיון דלא רצה להקנות ולהתחייב רק בתנאי דהיתה כוונתו שיחול בעת קיום התנאי, היא פלוגתת הני תרי לישני בב"מ (דף ל"ד) דרבא בלישנא קמא אמר דנעשה כאמר לו פרתי קנוי' לך מעכשיו כשתגנב ותשלם לי, ובלישנא בתרא אמר רבא נעשה כאומר לו פרתי קנוי' לך סמוך לגניבה, ובתוס' (שם) ד"ה א"נ כו' הקשו אמאי לא אמר נעשה כאומר קנוי' לך מעכשיו סמוך לגניבה עכ"ל, ולעד"נ לתרץ קושייתם משום די"ל דהנך ב' לישני אליבא דרבא אזלי לשיטתם בנדרים (שם) דאי' (שם) במשנה לישנא יתירא דכל מתנה שאם הקדישה כו' אינה מתנה ואמרו בגמ' שם דלחד לישנא דרבא אתי זה לרבויי להך עובדא דנדרים דסתם לא הוי כמעכשיו וכפי' הר"נ בנדרים שם, ולחד לישנא דרבא מרבה ענין אחר ע"ש, ולכן אם אמרינן דסתם לא הוי כמעכשיו בהא דנדרים, ע"כ בהך מילתא דאמדוהו רבנן לדעתו של המפקיד דמקנה הכפל לכשתגנב וישלם, א"כ לא עדיף מן פי' בפירוש, דאם בפירש לא הוי כמעכשיו כש"כ בסתם אומדנא דלא הוי כמעכשיו, אבל לשון א' דרבא ס"ל דסתם הוי כמעכשיו, וכמו דס"ל לחד לשון לרבא בנדרים שם, א"כ לכן אין לומר דהקנה מעכשיו סמוך לגניבה משום דהא לל"ב דאמר סמוך לגניבתה ס"ל דסתם לאו כמעכשיו ע"כ לא מצי לומר דהוי כמאן דאמר מעכשיו ולכשתגנב, וע"כ אמרינן דסמוך לגניבתה הקנה משום דאחר שתגנב לא הוי בר קנין כלל דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, ולכן אף דסתם לאו כמעכשיו אפ"ה אמרינן דהקנהו בעת הגניבה דזה ידוע לכל דאחר שתגנב לא מצי להקנותה ומתורצת קושית התוס' הנ"ל בעז"ה.

ואף לפמש"כ לעיל בשם הרמ ב"ם והמחבר ביו"ד (סי' רכ"ג) דכתבו בלשון אחרת להך עובדא דנדרים, עכ"ז י"ל דזהו ענין בפ"ע דהני תרי לישני דב"מ פליגי בזה גופא אי סתם הוי כמעכשיו או לאח"ז, דאל"כ מאי טעמייהו דהני ב' לישני הנ"ל. ובב"מ (צ"ד ע"א) אי' בגמ' על הא דמתנה שואל להיות כש"ח דלא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה משום דמעיקרא לא שעבד נפשי', ובתוס' (כתובות דף נ"ו) ד"ה ה"ז כו' כתבו דכוונתם היא משום דהא דחייבה התורה לד' שומרים הוא משום דירדה התורה לסוף דעתן שמשעבדין א"ע לכל הכתוב בפ' לכל שומר כדינו, וש"ש

משעבד א"ע לכשיגנב ישלם, ובשיטה מקובצת לב"מ שם ביאר זה ביתר ביאור ע"ש, נמצא כל שומר מחייב א"ע לכשיגנב ישלם, ואף דדברים שבלב לא הוי דברים עכ"ז במקום שיש אומדנא דמוכחת הוי כמפרש כמבואר בכמה דוכתי, אך נולד לנו ספק בחיוב שלו דכיון דעיקר חיובן הוי בתנאי אם יגנב ישלם, איך היא כוונתו אם מתחייב מעכשיו לכשיגנב או דאינו מתחייב רק מעת הגניבה ולא מעכשיו, ולמאי דפסקינן בב"מ (דף ל"ד) כל"ק דרבא דאמר נעשה כאומר פרתי קנוי' לך מעכשיו כשתגנב אלמא דסתם הוי כמעכשיו, משום דסתם דעת המתחייב הוי להתחייב מעכשיו כיון דלא אמר בפי' דלא יקנה עד אותו הזמן שיקויים התנאי וכפי' הר"נ בנדרים הנ"ל, א"כ ה"ה בכל שומרים שמחייבים א"ע לכשיגנב דישלמו ע"פ אומדנא כנ"ל אמרינן ג"כ דכוונתו היתה במעכשיו מעת דמשכה.

והנה בטור ח"מ (סי' ס"ו סעי' ל"ה) פסקו במוכר שט"ח או בית וקיבל אחריות ומחלו או שרפו המוכר דאינו מקרי מזיק רק משעה דמחלו ושרפו ואינו גובה ממשעבדי אף מלקוחות שלקחו לאחר מכאן, משום דסתם קבלת אחריות אינו רק במה שבלא אחריות הי' פטור וע"כ קיבל אחריות ע"ע בזה, אבל במה שגם בלא קבלת אחריות הי' חייב דלא גרע מאחר דמזיקו ודאי לא קיבל אחריות ע"ז וע"כ אינו גובה ממשעבדי ע"ש, וכמו כן בכל שומרים דמקבלים ע"ע לשמור ולהתחייב דזה הוי ג"כ משום לא שדי זוזי בכדי, כמש"כ הפוסקים והנ"י בב"מ דמשום זה אמרו בכל השומרים דמחייבים א"ע בכל חיוב אחריות כל אחד כדינו, וכמש"כ התוס' בכתובות הנ"ל, לכן אינו צריך להתחייב רק בפשיעה וכה"ג דבלא קבלתו עליו הי' פטור כמו במי דלא קבל שמירה על עצמו דפטור אף מפשיעה לכן השומר דחבירו סמך עליו מחייב א"ע בחיוב אחריות, אבל במזיק ממש כמו בטבחה דאף אם לא הי' שומר ג"כ הי' חייב א"כ כיון דלא צריך לקבל חיוב זה על עצמו לא נכלל בהאחריות שקיבל עליו ולכן במתהפסק הרמב"ם שפיר דמשתעבד ממשיכה, משום דכיון דקבל האחריות עליו וסתם הוי כמעכשיו כנ"ל לכן משתעבד ממשיכה, אבל טבחה דהזיק בידים ולא נכלל זה בקבלת האחריות אינו מתחייב רק מעת שהזיק ואינו משתעבד רק מעת פשיעה ואונסין, והא דקאמר הגמ' דפליג רבא על ר"פ היינו דוקא אליבא דרבא דס"ל בחד לישנא בב"מ הנ"ל דסתם לא הוי כמעכשיו, ומ"מ חזינן דרבא פסק דנכסי שומר ממשיכה אשתעבדו, ואף דמחמת חיובו לא שייך לחייבו מעכשיו, בע"כ מוכח דסברתו היא דלכן ממשיכה אשתעבד משום דס"ל דהתורה חייבה מעת המשיכה, ומשום חיוב התורה לא שייך לחלק בין מתה לטבחה בידים לכן קאמר בש"ס ופליגא דר"פ, אבל אליבא דדינא דקיי"ל דסתם הוי כמעכשיו יש לתרץ הני תרי לישני דלא פליגי אהדדי, ויש לי כמה ראיות לזה ואכמ"ל, ודברי הרמב"ם הנ"ל מתורצים, וע' בגיטין (דף ע"ה) בתוס' ד"ה אלא אמר רבא כו'.

ועפמש"כ ניחא קושיית הגאון בעל קהלת יעקב (פסחים דף ו') שהוכיח דמזיק הקדש חייב מה"ת ולא כמש"כ התוס' בב"ק דאינו חייב רק מדרבנן מדאיצטריך קרא דרעהו למעט הקדש מדין שומרים ואם איתא דמזיק הקדש פטור פשיטא דפשיעה פטור דאטו גרע ממזיק בידים עכ"ל, ולפמש"כ בשם התוס' דכתובות דעיקר חיוב התורה בשומרין מחמת דירדה לסוף דעתו של אדם שמשעבדים א"ע לכל הכתוב בפרשה, ובפרט בהקדש דקיי"ל גמר בלבו א"צ להוציא בשפתיו כדאיתא בשבועות (דף כ"ו), א"כ לולא דנכתב בפי' רעהו למעוטי הקדש משומרין הי' מקום לומר דאף דמזיק הקדש פטור מ"מ שומרין חייבין משום דחייבו א"ע לכל הכתוב בפרשה ואמירה להקדש כמסירה דמי' אף במחשבה, ובפרט דיש כאן אומדנא דמוכחת דזו הוי' כפי' בפירוש, וע'

בח"מ (סי' ש"א סעיף א') דמבואר שם דגם עוד ענין א' נתמעט מדין רעהו זולת הקדש הנ"ל, ויש להאריך בכ"ז הרבה.

סימן ד. שיטת הראב"ד (פ' כ"א מה' אישות) דאשה ששברה כלי מלאכתה פטורה משום פשיעה בבעלים, ופי' המל"מ (שם) דס"ל דמזיק שלא בכוונה שאני גבי זה אבל מזיק בכוונה חייב אף בבעלים, וקשה לי ע"ז מהא דב"ק (ג' ע"ב) דקאמרי תולדותיהן לאו כיוצא בהן אהי אילימא אמבעה לרב דאמר מבעה זה אדם אב ניעור תולדה מאי ניהו ישן והתנן אדם מועד לעולם, ופי' התוס' דהוי כיוצא בו, ולהראב"ד הא הוי מצי לומר כן דאב ניעור תולדה ישן ולאו כיוצא בהן קאי על זה גופא דאב ניעור היינו בכוונה חייב אף בבעלים.

וישן שהוא בלא כוונה פטור בבעלים. ונלע"ד לתרץ דבב"מ (דף צ"ה) מבואר דפליגי רב אחא ורבינא בפשיעה בבעלים, דמאן דס"ל מקרא נדרש לפני פניו ס"ל דפשיעה בבעלים פטור, ומאן דס"ל לפניו ולא לפני פניו ס"ל דפשיעה בבעלים חייב, ולרב מצינו (ריש פ' העור והרוטב) דס"ל מקרא נדרש לפניו ולא לפני פניו, והובא זה בתוס' (ב"מ שם) גבי פשיעה בבעלים, א"כ ס"ל לרב דפשיעה בבעלים חייב, ולכן שפיר מקשה הגמ' לרב דאמר מבעה זה אדם דהתולדה ישן הוי' כיוצא בו דגם בבעלים מבעי להיות חייב אף שלא בכוונה, אבל למאי דקיי"ל דפשיעה בבעלים פטור שפיר פסק הראב"ד דמזיק שלא בכוונה פטור כפי המל"מ שם.

ולכאורה קשה מהא דב"ק (דף ל"ב) דאיבעיא להו המזיק אשתו מהו כיון דברשות עבד פטור או דלמא איבעי לעיוני כו') וקשה הא הוי בבעלים כמבואר בב"מ (דף צ"ו) ולא עדיף מכל מזיק שלא בכוונה דמיפטר, ויש לחלק דשאני נזקי גופו מנזקי ממונו, דקרא דבעליו עמו נאמר בנזקי ממונו, ונזקי גופו חמירי, כדמצינו גבי ד' דברים דליכא אלא בנזקי גופו וכן מוכח מב"ק (דף פ"ז) דחובל בע"ע שלו חייב ואין זה מקרי מזיק בבעלים, משום דנזקי גופו שאני, אך י"ל דהתם קאי על הזיק בכוונה, אכן כבר כתבתי הוכחה נכונה מב"ק הנ"ל, ויש להאריך בכ"ז הרבה.

סימן ה. מה שנשאלתי מאת הרב הגאון המנוח מו"ח אייזיק זצ"ל האב"ד דק"ק סאוויל: מבואר בב"מ (דף ז') דבעי בקנין חליפין שלש על שלש ופי' רש"י משום דבציר מן שלש על שלש לאו בגד הוא כדאשכחן גבי טומאה, וכן מבואר בח"מ (סי' צ"ה), והא קיי"ל דדוקא בצמר ופשתן סגי שלש על שלש, אבל שארי מינין בעי שלשה על שלשה טפחים, א"כ אם החליפין הוא בחפץ של שארי מינין מסתבר דבעי שלשה טפחים וסיים רומעכ"ת כי זהו דבר חדש ולא מצא לשום פוסק שיעורר בזה, והאריך כ"ת לפלפל הרבה בעוצם פלפולו ובקיאותו בדברי הרמב"ם (פ' כ"ג מה' כלים) שפסק דלאחיזה בכל שהוא היינו שלש אצבעות ענף א תשובה, בעז"ה, מבואר בב"ב קע"ג ע"ב) בתוס' סד"ה חסורי מחסרא כו' שכתבו וקונין בכליו של קונה וכגון דנקט בי' שלש על שלש דבציר מהכי לא מהני ואין חילוק בין עור לשק כדאמרינן בב"מ כיון דנקט שלש על שלש כו' עכ"ל, וכן כתוב בפסקי תוס' שם וז"ל קונים בכלי של קונה וכגון דנקט שלש על שלש ואין חילוק בין עור ומפץ ושק עכ"ל, וכן מבואר בהגהות אשר"י לב"ב (דף קע"ד) וז"ל דכיון דנקט שלש על שלש סגי ואין חילוק בין עור ומפץ ושק כדאמר בשנים אוחזין כו' עכ"ל, הרי להדיא מבואר בכל הראשונים הנ"ל שכתבו בפי' דאין לחלק ביניהם, ולכן אף בשק דשיעורו לטומאה ד' טפחים ועוד דשיעורו חמשה ומפץ ו על ו' מ"מ לענין חליפין סגי בכל המינים הנ"ל שלש על שלש, משום דהא הש"ס מסתם סתם ואמר דנקט שלש על שלש, ושפיר סתמו הפוסקים בח"מ (סי' קצ"ה) ולא חילקו בזה.

ועיקר הענין שהעיר כ"ת נלע"ד לבאר, משום דהא הרמב"ם (פ' כ"ב מה' כלים ה' כ"א) כתב דמטליות שאין בהן שלשה על שלשה אינן מקבלות טומאה ואם חישב עליהן והכינן מקבלות טומאה ופחות משלש על שלש אע"פ שהכינן אינן מקבלות טומאה עכ"ל, וכן מבואר בזבחים (דף צ"ד) דאי' התם גבי דם הניתז דת"ל בגד מה בגד הראוי לקבל טומאה אף כל הראוי לקבל טומאה דר"י ר"א אומר כו' מה בגד דבר המקבל טומאה כו' ואמר אביי מטלית פחות מג' א"ב דמאן דאמר ראוי הא נמי ראוי היא אי בעי חשיב עלה כו' אלמא דפחות משלשה ראוי לקבל טומאה אם חשב עליו, ואף דמן רש"י דהתם מוכח דגם פחות משלש אצבעות מהני' מחשבה עכ"ז מהרמב"ם הנ"ל מוכח דגרס התם שלשה וכדמשמע מהכ"מ שם, ובאמת מצאתי להצ"ק שם שכתב להקשות בהא דמשמע מרש"י התם דגם פחות משלש מועלת מחשבה, ותי' דרש"י מיירי בהך גוונא שכתב הר"ש (פ' כ"ח ממסכת כלים משנה ח') ע"ש, ובאמת בשבת (כ"ט ע"א) בפחות מג' על ג' שהתקינה דהוא משנה דכלים (פ' כ"ח משנה ב') מבואר התם בלשון פחות משלשה שלשה כו' משמע ג"כ דפחות משלש על שלש לא מהני' מחשבתו, וכן אמר רב המנונא בשבת התם בזה"ל ע"ש.

וכן מוכח לפמש"כ התוס' (שבת קכ"ג ע"א) ד"ה מלענין טומאה כו' דמה דמועיל יחוד לטומאה חשיב כלי לגבי שבת לענין טלטול ע"ש, א"כ תקשה אמאי אמרינן (שם דף קכ"ה) דמטליות שאין בהם שלש על שלש, אסור לטלטלן בשבת, הא מהני יחוד גבי' להיות כלי לטומאה א"כ אמאי אסור לטלטלן, אע"כ מוכח דפחות מן שלש לא הועילה מחשבתו וייחודו כלל, אך לפמש"כ התוס' בזבחים (דף צ"ד) [והובא במג"א (סי' ש"ח ס"ק כ"ד)] דאף מה שמועיל יחוד לטומאה עכ"ז לא הוי כלי לענין טלטול בשבת נדחתה ההוכחה הנ"ל, וכן מוכח לפמש"כ התוס' בשבת (דף כ"ו) ד"ה אין בו משום שלש כו' דשאני אריג דאין בדעתו לארוג יותר ולכן כ"ש טמא והכא מיירי כשיש בדעתו לארוג יותר כו', משמע ג"כ דפחות משלש לא מהני' מחשבתו, דאל"כ קשה מ"ש אריג דהא גם שארי חפצים שהי' בדעתו לארוג יותר מ"מ אם מחשב עליהן להשתמש בהם כמו שהוא ג"כ מקבל טומאה, אע"כ מוכח דפחות משלש לא מהני' מחשבה, ושאני אריג, כמש"כ התוס'.

ובשבת (קכ"ז ע"ב) בתוס' ד"ה כיון דחזי כו' כתבו דשלש על שלש דמטלטלין היינו לעניים אבל לא לעשירים, א"כ מוכח דס"ל כמש"כ בזבחים (דף צ"ד) דאף מה דמועיל יחוד לטומאה עכ"ז לא הוי כלי לשבת, או די"ל דאזלי לשיטתם בסוכה (ט"ז ע"א) ד"ה דלא חזי כו' דהתם בפחות מג' על ג' דמועיל יחוד משום דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו, אלמא דיחוד לבד לא מהני ולכן אסור לעשירים לטלטל שלש על שלש בשבת, ובתוס' (נדה דף ס') משמע דמחשבה מועלת אף לפחות משלש על שלש וע' רש"י כלים (פ' כ"ח), ויותר אכ"מ להאריך בזה.

ענף ב נחזור לענייננו, דלפמש"כ דהרמב"ם ס"ל דמחשבה מהני' בשלש על שלש לכן שפיר מועיל חליפין בשיעור זה, משום דהא התוס' כתבו (ב"מ מ"ה ע"ב) בד"ה אין מטבע נעשה חליפין דמטבע מקרי כלי משום שראוי לשקול משקולת או לתלותו בצואר בתו ע"ש, והא מטבע לא הוי כלי לטומאה כמבואר (שם דף נ"ב) דסלע שנפסלה והתקינה לשקול בה משקולת טמאה, וע' בתוס' (שם) שכתבו לחד תי' דבעינן מעשה, וכן קיי"ל (ח"מ סי' קצ"ה סעיף ב') דמטבע שנפסל מקרי כלי וקונין בו, ואף דלטומאה אינו מקבל טומאה עד שתקנו לשקול בו משקולת אפ"ה גבי ק"ס הוי כלי, וע"כ מוכח דגבי חליפין סגי במה שראוי להיות כלי, א"כ ה"ה

בשלש על שלש בשארי בגדים דהא ראוי להיות כלי כשיחשוב עליו, כמו דאמרו בזבחים (דף צ"ד) דזה מקרי ראוי להיות בגד, ה"ה בחליפין דמהני מה"ט דכיון דראוי עכ"פ להיות כלי, וכמו במטבע כנ"ל.

ושיטת רש"י בב"מ (דף מ"ה) דמטבע לא הוי עליו שם כלי, וי"ל דלפמש"כ לעיל דפשטות לשון רש"י בזבחים (דף צ"ד) דמחשבה מועלת לטומאה אף פחות משלש אצבעות, א"כ שפיר הוכיח רש"י מזה דגבי חליפין בעי שם כלי ממש ולא סגי בראוי להיות כלי, דאל"כ קשה אמאי לא סגי פחות משלש על שלש, דהא ראוי להיות כלי כשיחשוב עליו.

אבל למאי דפסק הרמב"ם דלא מהני' מחשבה לפחות משלש כו' שפיר י"ל כשיטת התוס' דמטבע מקרי כלי לפי דחליפין סגי במה שראוי להיות כלי, דהא לא כתיב כלי רק נעל, וכמש"כ הריטב"א בב"מ (ט"ו ע"ב) דלא בעי רק דבר המתקיים כנעל משום דכתיב שלף איש נעלו דמידי דמקיים כנעל בעינן, ומה"ט גם בהמה מקרי כלי משום שראוי' להשתמש למלאכה כדס"ל כן להרבה פוסקים, אלמא דראוי סגי בזה וה"ה בשלש על שלש דראוי להיות כלי.

גם י"ל דמה דסתמו הר"ש והרא"ש במסכת כלים (פ' כ"ז משנה ב') גבי שלש על שלש לטומאת מת ולא חילקו בין צמר ופשתן לשארי מינים, משום די"ל דהא בשבת (דף כ"ו וכ"ז) דמחלקי בין צו"פ לשארי מינין אינו רק לר' ישמעאל דס"ל דסתם בגדים הוי צו"פ, אבל לרבנן דס"ל דבבגד נכלל כל מיני בגדים כדאי' ביבמות (דף ה') וא"כ י"ל דהא דשלש על שלש לטומאה קאי על כל המינים, ודאי דאין לחלק בחליפין בין צו"פ לשארי מינים.

ואף להרמב"ם דמחלק בין צו"פ לשארי מינים, עכ"ז שפיר סתמו הפוסקים גבי חליפין, דהא לשיטת הרמב"ם דמחשבה מועלת בשלש על שלש א"כ דומה למטבע כנ"ל, וע' במנחות (ל"ט ע"ב) בתוס' ד"ה ורב נחמן כו' שכתבו דר"ת ורש"י פסקו כרבא דהוי בתראה, וע' באו"ח (סי' ט'). ועוד י"ל דכיון דשלש על שלש חזי לעניים דמה"ט נתרבה לטומאה כמש"כ הברטנורה בכלים (פ' כ"ז משנה ב') וע"כ נתרבה לטומאה אף לעשירים, וכמש"כ התוס' בזבחים (דף צ"ה) וע"כ יש עליו שם כלי ע"ש, א"כ י"ל דאף דבשארי בגדים לא נתרבה שלש על שלש עכ"ז שם כלי עליו משום דעכ"פ חזי לעניים, אך דנתמעט כלי כזה בשארי בגדים וכמש"כ הרמב"ם (ה' כלים פ' כ"ב ה' א') דמפי השמועה למדו דהא דכתיב או בגד לרבות שלשה על שלשה טפחים בשארי בגדים אבל לא לרבות שלש על שלש בשארי בגדים, משום דהא חד מ"ד ס"ל שם (שבת דף כ"ז) דאף בגדים שלימים נתמעטו בשארי מינים מגזה"כ לכן אף לדידן דנתרבו שארי בגדים י"ל דלא אתרבי רק שלשה על שלשה טפחים אבל לא שלש על שלש, ומ"מ שם כלי עליו לעולם ולא איבד שמו ולכן מועיל בחליפין, דאטו להתנא דס"ל דשארי בגדים אינן מטמאין [וע' בפ"י (שבת דף כ"ח) שהביא בשם הרשב"א שכתב בשם רב האיי גאון זצ"ל דפסק כהך תנא דס"ל דשארי מיני בגדים אינן מטמאין ע"ש] סברא לומר דבחליפין לא תהא תורת כלי עליהן, ולמה להגמ' בב"מ (ד' מ"ו) לדחוקי ולומר דמיירי בגברא ערטילאי כו' ולית לי' סודר [כפי' רש"י באדם ערום], יותר הו"ל להגמ' לאוקמי דמיירי בלבוש בגדים שאינן של צמר ופשתים וע"כ לא מהני בחליפין דס"ל כהך תנא הנ"ל, וע"כ מוכח דאף דנתמעטו לטומאה עכ"ז שם כלי עליהן גבי שארי מילי.

ועוד דאטו סברא לומר דהבגדים שנעשו מעורות של בריות הים לא יעשו חליפין כיון דכל מה שבים טהור כמש"כ הרמב"ם (פ"א מה' כלים) ואמאי לא מוקי בב"מ להא דהי' עומד בגורן

דמיירי דהי' לבוש בגדים כאלו, וע"כ מוכח דג"ז לא נתמעט מלשון נעלו דגם אלו מקרי נעלו. והנה בב"מ (דף מ"ז) אמרו דכשר למעוטי מוריקא היינו כלי העשוי מגללי בקר, ומשמע דוקא כלי גללים אתמעט מחליפין וכמש"כ הטור משום דבעי שיהא עשוי מדבר חשוב, אבל כלי אבנים אף דלא נקראו בשם כלי לטומאה עכ"ז בחליפין שם כלי עליו [ודוקא גבי טומאה אין שם כלי עליהן] דהא חזינן דכלי אבנים וכלי אדמה שם כלי עליהן גבי קידוש מי חטאת כדאי' בפרה (פ"ה משנה ה'), וכן גבי נטילת ידים כמבואר באו"ח (סי' קנ"ט), וכמש"כ התשב"ץ (ח"א סי' קכ"א) דדוקא לטומאה אין שם כלי על כלי גללים ע"ש, משום דלא גמרינן מטומאה לענין לקרות שם כלי עליהן בשארי מילי, וה"ה י"ל בשלש על שלש דכיון דחזינן בצו"פ יש שם כלי עליו משום דחזי לעניים, לכן אף דנתמעט בשארי מינים מ"מ יש עליו שם כלי עדיין.

ורש"י בב"מ שכתב דמדאשכחן גבי טומאה י"ל דכוונתו דבציר מן שלש אצבעות לאו בגד הוי כמו בטומאה דחזינן דפחות משלש לא אתרבי לטומאה משום דלא חזי לעניים, וע"כ לא אתרבאי אף פחות משלש בצו"פ, ושיעור הפחות הוי שלש אצבעות, אלמא דבציר משלש לאו שם כלי עליו בשום מקום, אבל שלש הוי שם כלי עליו גם בשארי מינים רק דגזה"כ דכלי כזה לא נטמא בשארי מינים, וראי' לזה משבת (דף קכ"ה) דאי' שם דשירי פריזמקאות אסור לטלטלן בשבת ואמר אביי במטליות שאין בהם שלש דלא חזי לעניים, ומדלא מוקי בשארי מינים ויש בהם שלש אך דאין בו שלשה טפחים דהא ליכא שם כלי עליו אף לעניים דהא נתמעט לטומאה והוי רבותא יתירה, ע"כ מוכח דכיון דיש בהם שלש אצבעות הוי שם כלי עליו גבי טלטול דלא מקרי שבר כלי דהא חזי לעניים לאיזה שימוש, ולכן שפיר סתמו באו"ח (סי' ש"ח סעי' י"ג) דשירי מטליות שיש בהם שלש כו' מותר לטלטלן, ולדעה קמייתא (שם) דס"ל דסגי בשלש אצבעות דמשמע אף בבגד שאינו של צו"פ, ואף דעשירים אינן רשאים לטלטל באיזבו שלשה טפחים וכמש"כ התוס' (שם דף קכ"ז), י"ל דשא"ה דכיון דלא חזי גבי' א"כ מקצה מדעתו והוי שם מוקצה עליו, אבל גבי חליפין דקונין אף בכלי שאין בו ש"פ, וכמש"כ התוס' דלא בעינן רק נתינת מנעל ולא נתינת ממון ולא בעי נתינה חשובה, לכן הוי שם כלי על ג' אצבעות לכ"ע בין לעניים בין לעשירים כנלע"ד, אך העיקר כמש"כ מתחלה דזה דומה למטבע דראוי להיות שם כלי עליו במחשבה ולכן סגי בכל מינים שלש אצבאות.

הג"ה [ולא אמנע להודיע למעכ"ת מה שהקשיתי בהא דב"מ (דף ט"ו) הנ"ל גבי הי' עומד בגורן כו' וחוזר ואומר הרי הן מחוללין על מעות שיש לי דמשני דמיירי בגברא ערטילאי ופי' רש"י באדם ערום, משום דבלא פירוש רש"י יש לפרש דמיירי בלבוש בגדים שאולים וכמש"כ החו"ק, א"כ קשה איך יכול לחלל, הא הפודה מעשר שני צריך לברך כמבואר ביו"ד (סי' של"א סעיף קל"ז) ולכן ערום אינו תורם כדאי' (פ"א דתרומות), ואין לומר דמיירי במעשר של דמאי, דהא דמאי אין לו חומש כמבואר בב"מ (דף נ"ד), אכן לפמש"כ הר"ש (כלים פ' כ"ח מ"ח) דטלית עני שבלתה אם אין רוב שפתי' קיימות טהור כשאין בו שלש על שלש בטק"א, ניחא, די"ל דמיירי בלבוש בגד כזה דלא הוי ערום גבי ברכה אבל בחליפין לא עהני, וע' במגילה (דף כ"ד), ובסוכה (י' ע"ב) גבי הי' ישן בכילה מוציא ראשו חוץ כו' ובמג"א (סי' ע"ד), ויש לתרץ זה עוד בכמה גווני].

ענף ג' ולכאורה יש לדון לדברי מעכת"ה דלעשירים לא יהא מועיל שלש על שלש אף בצו"פ, דכיון דלעשירים לא חזי א"כ אין שם חשיבות עליו, ואף דלגבי טומאה לא

מחלקינן בין עניים לעשירים, היינו מגזה"כ וכמש"כ התוס' בשבת (דף מ"ז) דהא בקראי לא מפליג מידי, משא"כ בחליפין דבעינן דבר חשוב, וכדמצינו גבי טלטול בשבת דעשירים אסורים לטלטל אף שלש על שלש, וכן מוכח במש"כ התוס' (שם דף קכ"ז) שתירצו להא דמשמע דשירי מטליות מותר לטלטל כשיש בהם שלש דהיינו לעשירים דבבית עניים, ולא כתבו דמיירי בצו"פ דאז יש שם כלי עליו בטומאה אף בעשירים, וע"כ מוכח דאף דנתרבה לטומאה עכ"ז אין שם כלי עליו בטלטול, וה"ה בחליפין כיון דכלי מוריקא אינו מועיל בחליפין משום דלא הוי דבר חשוב, לכן מבעי להיות שלשה טפחים משום דפחות משלשה אינו חשוב בעשירים, ומה"ט אינו מועיל בחליפין ג"כ שלש כנ"ל.

אכן לפמש"כ מתחלה דבחליפין סגי בראוי להיות כלי, ואף דכתיב נעל, עכ"ז מה שראוי להיות כלי כמו נעל סגי, י"ל דה"ה בדבר חשוב דבעי בחליפין דומיא דנעל דכיון דאף פחות משלשה טפחים אם חשב עליו מטמא דמקרי ראוי להיות חשוב סגי בחליפין, משא"כ כלי מוריקא דאינו ראוי להיות כלי חשוב כי הוא עשוי מגללי בקר כפי' רש"י.

ולכאורה יש להקשות על הא דפסלו כלי מוריקא וטעמם משום דבעי חשיבות, הא קיי"ל קונין בכלי שאינו ש"פ, וכמש"כ, התוס' בגיטין (דף כ') ד"ה דילמא נתינת גט כו' דדוקא בהקדש צריך נתינה חשובה משא"כ בחליפין ע"ש, וכ"כ הריטב"א בב"מ שם], א"כ קשה אמאי לא יהיו קונין במוריקא, ואיסורי הנאה שאני דלא הוי שלו, אך לפמש"כ הטור בח"מ (סי' קצ"ה) בזה"ל ובלבד שיהא עשוי מן דבר חשוב לאפוקי מוריקא עכ"ל, ניחא, משום די"ל דעיקר הקפידא הוא בחליפין דיהא נעשה מן דבר חשוב, משא"כ בכלי מוריקא דלא נעשה מדבר חשוב שאני, ולכן שלש על שלש אצבעות סגי בחליפין דהא עכ"פ נעשה מן דבר חשוב, ושם כלי עליו משום דראוי להיות כלי, לכן סגי בחליפין אף לעשירים.

וכן מוכח ממש"כ המרדכי בב"מ (פ' הזהב) וז"ל קונין בכלי אע"פ שאין בו ש"פ והא דבעי ג' על ג' דיהא כלי דומיא דנעל דמקרי כלי עכ"ל, ומדלא תי' דלכן בעי ג' על ג' דבעינן דבר חשוב, ופחות מג' לא הוי דבר חשוב, ע"כ מוכח בעז"ה כמש"כ דלא בעינן רק דיהא נעשה מדבר חשוב ולכן אין לפסול פחות מג' משום דבר חשוב, אלא משום ראוי להיות כלי, וכן מוכח ממש"כ רש"י בב"מ שם דלכן בעי ג' על ג' משום דכלי בעינן ולא נקט הטעם משום דבעי דבר חשוב, ומוכח כמש"כ, והעיקר תלוי רק במה דראוי להיות כלי, ע"כ שפיר סתמו הפוסקים וכתבו דשלש אצבעות מועיל גבי חליפין, ולכן נהגו כל בתי דינים שפיר שאינן מקפידים ע"ז.

ובמרדכי (דפוס סלאוויטא) מצאתי שכתב (בפ"ד דב"מ) בפי' וצריך שלשה על שלשה דהוי כלי דומיא דנעלו עכ"ל, וזהו כסברת מעכת"ה, ומ"מ הפוסקים דסתמו וכתבו דסגי בשלש אצבעות ס"ל כמש"כ ולא כדעת המרדכי. הג"ה [ובט"ז ח"מ (סי' מ"ב סעיף ה') כתב המגיה דלא חיישינן שמא קנה בפחות מש"פ או בטוריקא עכ"ל, ותמיהני הא קיי"ל קונין בכלי אע"פ שאינו ש"פ].

ענף ד וראיתי להנ"י בב"מ (דף ז') שכתב דלכן בעי שלש על שלש דכתיב נעלו בחליפין שהוא דבר חשוב ובציר מג' אצבעות לאו בגד הוי כדאשכחן בטומאה עכ"ל, וכן כתב הריטב"א (שם) דע"כ בעי ג' על ג' דפחות מכאן לאו דבר חשוב הוא ואנן דבר חשוב בעינן דומיא דנעלו עכ"ל, ומדכתבו הטעם דע"כ בעי ג' על ג' משום דפחות מזה לאו דבר חשוב הוא [ואף דהריטב"א גופא כתב (פ"ד דב"מ) דע"כ קונין בכלי שאינו ש"פ משום דדוקא בהקדש בעי נתינה חשובה משא"כ בחליפין כו'] בע"כ מוכח דמ"מ חשוב קצת בעינן, ולכן פחות מג' פסול כמו כלי

מוריקא, וכמש"כ התוס' בב"מ (מ"ז ע"א) בד"ה בכליו של מקנה כו' דבעי קבלת דבר חשוב דומיא דנעל כו', אלמא דגם התוס' כתבו דגבי חליפין בעינן דבר חשוב, א"כ לפ"ז י"ל דשלש על שלש בעשירים דלא חשיב גבייהו דפסול בהם גבי חליפין כמו בכלי מוריקא, וכמש"כ התוס' בשבת (דף קכ"ז) דעשירים אינן מטלטלין שלש על שלש משום דלא חזי גבייהו ואף בצו"פ דמטמא מגזה"כ מ"מ אין זה דבר חשוב, ואנן בעינן כלי חשוב בחליפין, ואף דהנ"י כתב דע"כ פסול פחות מג' משום כדאשכחן בטומאה, עכ"ז מזה אין להוכיח דצו"פ דטמא שלש אצבעות אף בעשירים דיהא כלי בחליפין די"ל דהא בשבת (ע"ט ע"א) אי' הבגד והשק והעור כשיעור לטומאה כך שיעור להוצאה, וזה ברור דבגד צו"פ בעשירים אינו חשוב פחות משלשה להתחייב ע"ז, כדמוכח בתוס' (שם קכ"ז) כנ"ל כיון דאינו חשוב גבייהו ואפ"ה תנו בלשון כשיעור לטומאה כך שיעור להוצאה, דלכאורה משמעות הלשון מורה דמה דמטמא אף בעשירים חשוב להתחייב עליו משום הוצאה גבייהו, ובאמת אין סברא כלל לומר כן, דהא כיון דלא חזי גבייהו ואסור לטלטל משום מוקצה ואין חשיבות כלל גבם א"כ מה בכך דהוי כלי בטומאה, וע"כ מוכח דכוונת הגמ' דכשיעור לטומאה כו' היינו בטומאת מדרס דבעניים מטמא משום מדרס אף.

שלש אצבעות כמש"כ התוס' (שם דף מ"ז) וזבחים (דף צ"ה), ובעשירים אינו מטמא משום מדרס אף צו"פ רק בשלשה טפחים, וכן מורה לשון הגמ' דשבת (שם) דקאי על טומאת מדרס הא דכשיעור לטומאה כו', ולפ"ז י"ל דגם הריטב"א והנ"י דכתבו לפסול פחות מג' כדאשכחן בטומאה דג"כ כוונתם על טומאת מדרס כמו בהא דשבת הנ"ל ובמדרס, אף צו"פ אינו מטמא בעשירים רק בשלשה טפחים כמבואר בזבחים דף צ"ה) בתוס' ד"ה מעיל שנטמא כו' בשם ר"ת ע"ש.

א"כ לפ"ז יש לדון דלהריטב"א והנ"י הנ"ל דכתבו לפסול אף פחות מג' משום דבעי דבר חשוב י"ל דבעשירים פסול שלש אצבעות אף בצו"פ משום דלא הוי דבר חשוב גבייהו, והא דלא אמרו בב"מ (דף מ"ז) בהא דכתבינן במנא דכשר למקני בי' דלא ממעטינן שלש אצבעות בעשירים, משום די"ל דכיון דאמרו שם מתחלה דכשר למעוטי כלי מוריקא, והטעם משום דבעי חשוב קצת, א"כ ממילא ידעינן דשלש אצבעות פסול בעשירים מה"ט, וכש"כ פחותא"כ לפ"ז עדיין צ"ע על מה דלא דייקינן בעשירים להצטרך שלשה טפחים, וכפשטות השו"ע דסתמו בזה ולא חילקו, ואף שמחשיבו ועושה בו החליפין מ"מ מה בכך הא כלי מוריקא דפסלו ג"כ הא מחשיבו, ודימו לי' הא דפחות משלש אצבעות, וקשה כנ"ל, והנלע"ד בזה דהא בזבחים (צ"ה ע"א) אי' דאמר ר"ל מעיל שנטמא מכניסו פחות משלש על שלש ומכבסו מתיב רב אדא כו' העבים והרכים אין בהם משום שלש על שלש ומשני אגב אביהם חשיבי, ופי' רש"י כשהוא מחובר בבגד חשוב שלש על שלש דידי' עכ"ל, ואף שאינו מכניסו בפנים רק שלש אצבעות עכ"ז הוי חשיבות עליו לפי שמחובר לבגד א"כ י"ל דה"ה בחליפין שתופס המקנה מקצת הבגד ושאר הבגד הוי ביד הקונה, ע"כ סגי אף שאינו אוחז רק שלש אצבעות, משום דהא מחובר לבגד שלם והוי שם חשיבות עליו, וע"כ לא דייקינן בזה משום דמן הסתם יש בהבגד שעושין ממנו החליפין שלשה טפחי' ובח"מ והפוסקים כתבו בלשונם שיאחוז ממנו שיעור ג' אצבעות ואע"פ שלא תפס המקנה כל הכלי רק קצתו ונשאר קצתו ביד הקונה קנה, אלמא דמיירי שאינו תופס רק מקצתו, לכן שפיר סתמו וכתבו דיאחוז ג' אצבעות, דכיון דאינו אוחז רק קצתו ע"כ י"ל דכל הבגד יש בו שלשה טפחים, וכיון דמחובר לבגד שלם הוי דבר חשוב אף לעשירים, כמו בהא דזבחים הנ"ל ובגדי כהונה עשירין הן כמש"כ התוס' שם ד"ה מעיל שנטמא כו', וכן מורה לשון הש"ס דאמרו

האי סודר כיון דתפס בי' ג' על ג' אלמא דמיירי בבגד שלם, וכן מורה הלשון בחו"מ שכתבו אע"פ שלא תפס כל הכלי כו' לנתק כל הכלי כו' אלמא דמיירי בשם כלי [וכבר כתבנו דאריג כ"ש שלא הי' בדעתו לארוג יותר טמא א"כ אף אם אין בכל הכלי שלשה טפחים ג"כ חשוב כשלא נארג יותר] והכלי בפ"ע הא יש עליו חשיבות.

ואין לחלק דשאני הא דזבחים הנ"ל שאי אפשר לקורעו משום שנא' לא יקרע, אבל בחליפין דאמרו כמאן דפסק דמי, ע"כ אף שמחובר לבגד שלם לא חשיב למחובר, דהא גם גבי חליפין קיי"ל דאינו רשאי המוכר לעכב ולחתוך מקצתו כמבואר בח"מ (סי' קצ"ה), ואף דכמאן דפסק דמי עכ"ז הא מחובר לבגד שלם וחשוב, וע' בתוס' (שבת שם) ד"ה מכניסו פחות משלש כו' הואיל ויכול לחותכו כו' וכמאן דפסק דמי דאמרו היינו דמחמת זה מקרי דבר מסויים, כמש"כ התוס' בב"מ (דף מ"ז) ד"ה לאפוקי חצי רמון כו' הג"ה [ואפשר דהמרדכי שכתבתי דס"ל דצריך שלשה טפחים כפי הגירסא (בדפוס סלאוויטא) הנ"ל, י"ל דאזיל לשיטתו דפסק דיכול לחתוך מקצתו מהכלי ולעכב אצלו, לכן לא מהני מה שמחובר לבגד, משום דיש לחלק בין הא דזבחים כנ"ל, משא"כ לדידן דקיי"ל דאינו יכול לפסוק דומה מעט להא דזבחים הנ"ל].

ושפיר נהגו כל באי דינין דאינן מקפידין להצריך בעשירים לאחוז בידו שלשה טפחים, משום די"ל כנ"ל, ולפ"ז בעי עכ"פ דיהא בכל הבגד שלשה טפחים או שם כלי מחמת שלא נארג יותר, אכן לפמש"כ מתחלה דסגי בראוי להיות חשוב, ודאי דניחא מה דסתמו הפוסקי' ולא מחלקי בין עשירים לעניים, ולכן סגי שלש אצבעות אף בבגד שאינו של צו"פ ואף בעשירים אף אם אין בכל הבגד רק שלש לבד, כן נלע"ד ברור בכ"ז ובכ"מ (פ"ה מה' מכירה ה' ו') ראיתי שכתב א"נ שלא מקרי כלי אלא דבר חשוב דהוא כלי לטומאה ע"ש ולפמש"כ מתחלה מוכח דזהו לאו דוקא כמו שהוכחתי מהא דהי' עומד בגורן כו' דמשני בגברא ערטילאי כנ"ל.

ויש להאריך עוד בכ"ז וגם לפלפל בדבריו הנחמדים, רק מפני טרדותי הוכרחתי לקצר, ועוד חזון למועד אי"ה, א"ד ידידו או"נ הדוש"ת יצחק אלחנן בהרב מוה' ישראל איסר זצ"ל חופ"ק ניעשוויעז. סימן ו.

שאלה באחד שנתן מעות לבעהע"ג שיקנה עבורו סחורה בווילנא ולהביא לעירו, והשכירות סילק לו קודם נסיעתו, ובחזרתו נגנבה הסחורה בדרך, אם דינו כש"ש או לא. ענף
א תשובה, בעז"ה, גרסינן בב"מ (פ' ע"ב) כל האומנין ש"ש הן כו' לימא דלא כר"מ דתניא שוכר ר' מאיר אומר כש"ח כו' אפילו תימא ר"מ בההיא הנאה דתפס לי' אאגרי' הוי ש"ש, ולפי מסקנת הגמ' דאומן הוי ש"ש משום דתפס לי אזוזי, היכא דהקדים לו שכרו דלא שייך לומר דתפס אאגרי' לכאורה נראה דלא נעשה ש"ש, כי שכרו שנותן לו אין זה שכר שמירה אלא שכר טרחא כמו באומן כמש"כ התוס' (שם) בד"ה נימא תנן סתמא כו'.

אמנם י"ל דדוקא למאן דס"ל שוכר כש"ש דמי דאומן לא הוי ש"ש רק בשביל דתפס אאגרי' ע"כ בהקדים לו שכרו לא הוי ש"ש, אבל לדידן דקיי"ל דשוכר כש"ש דמי משום דלהנאתו עומד החפץ אצלו ה"ה אומן ג"כ נעשה ש"ש הואיל דלהנאתו עומד אצלו כדי שיהא לו ממה להשתכר כמבואר בגמרא שם, ולפ"ז גם בהקדים שכרו נעשה ש"ש, וכה"ג כתב הש"ך בח"מ (סי' ש"ו סק"א) וז"ל דלמאי דקיי"ל שוכר כש"ש הוי אומן ש"ש מטעם שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו מלאכה ליטול שכרו ע"ש, והנה מצאתי במחנה אפרים (סי' מ"א מה' שומרים) שכתב בשם שאלתות דרב אחאי גאון והמרדכי והנ"י וראב"ן שכתבו דאומן נעשה ש"ש בשביל דתפס לי'

אאגרי' ע"כ בהקדים לו שכרו דלא שייך הך טעמא פטור מדין ש"ש, ולא דמי לשוכר, דשאני שוכר שמשתמש בגוף הפרה משא"כ אומן שאינו משתמש בגוף החפץ כו' עכ"ל וכן מצאתי בברטנורה במשנה הנ"ל שכתב ג"כ הטעם דאומן נעשה ש"ש בשביל שתפס אזוזי, וכן כתב שם הברטנורה מתחלה בד"ה כל האומנין כו' שמקבלים לעשות המלאכה בבתיהם, ומוכח כהסמ"ע שכתב דדוקא בקיבל האומן לביתו נעשה ש"ש משום דתפס על אגרי' משא"כ בעושה מלאכה בבית בעה"ב משום דעיקר הטעם הוי בשביל שתפס אזוזי, ולא דמי לשוכר וכסברת המחנה אפרים הנ"ל.

ולפי דברי המח"א הנ"ל יש לדון בנ"ד דאף בלא הקדים לו שכרו ג"כ לא הוי כש"ש, לפי מש"כ התוס' (שם) בד"ה דקא תפס לי' כו' וא"ת שוכר נמי בהאי הנאה דתפס לי' אשכרו להוי ש"ש וי"ל דאומן ודאי הוי ש"ש במאי דתפס אאגרי' לפי שרוב אומנין עושין מלאכה בבית בעה"ב ואינם תופסים כלום בשכרם וזה שעושה בביתו ותפוס בכלי נהנה הרבה אבל שוכר אין לו הנאה שכל שוכרים תפוסים בדבר ששכרו דאינם יכולין לעשות מלאכתן אם לא שיהא ברשותן עכ"ל, ולפ"ז יש לדון בנ"ד דלא הוי כש"ש דהא עיקר אומנתו של בעהע"ג שלא יהא החפץ בבית בעה"ב רק לנסוע עם הסחורה להביא לביתו וזוהי אומנתו שתהא הסחורה על העגלה, ע"כ דומה לשוכר דלא נעשה ש"ש בשביל דתפס אאגרי' כמש"כ התוס', ודוקא אומן באופן שיכול לעשות המלאכה בבית בעה"ב ונתן לביתו חשוב הנאה, משא"כ בנ"ד דאין יכול לעשות מלאכתו אם לא שיהא ברשותו, והא דשוכר נעשה ש"ש הטעם משום דמשתמש בגוף החפץ, כמש"כ המח"א דלמסקנת הגמ' הא דשוכר כש"ש משום שמשתמש בגוף החפץ, ולפ"ז בנ"ד יש לדון לכאורה דפטור אף בלא הקדים שכרו דהא אומן אינו משתמש בגוף החפץ.

ולמאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי דזה מקרי קנין בגוף הכלי כמש"כ הר"ן (פ' כל הנשבעין) גבי שכיר נשבע ונוטל [בשם הרמב"ן] דלמאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי כטוען על גוף המשכון דמי וגם יכול לקדש בו האשה ובהאי הנאה הוי ש"ש כמש"כ הרמב"ן [והובא בש"ך (סי' ע"ב סק"ט)] לכן יש לחייבו בדין ש"ש, וכ"ז היכא דאיכאשבחא, אבל היכא דליכא שבחא כמו הא דב"ק (דף צ"ט), או בהקדים לו שכרו דלכ"ע אין אומן קונה בשבח כלי כמש"כ השלטי הגבורים [והובא בש"ך (סי' ש"ו סוף סק"ג] וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת, או לפמש"כ הרשב"א בב"ק (דף צ"א) דאף למאן דס"ל אומן קונה אינו קונה אלא שיהא פטור אם הזיקו ובלא קלקל שבחא דבעה"ב הוא דאדעתא דבעה"ב אשבח ע"ש, לכן יש לדון בנ"ד לכאורה דאין דינו כש"ש עפ"י סברת המח"א הנ"ל, אמנם יש להוכיח מב"ק (דף צ"ט) דאמר ר' זירא הרוצה שיתחייב לו טבח יקדים לו דינר, אלמא דאף בהקדים לו שכרו ג"כ הוי ש"ש, א"כ מוכח דלא כהמחנה אפרים הנ"ל, אך יש לדחות ולומר דכוונת הגמרא דיהדר להתחייב לו שכרו ואינו נותן לו רק בגמר מלאכה, או י"ל דשא"ה דזהו בכלל אומנתו משא"כ חיוב שמירה דהוי ענין בפ"ע.

ענף ב אמנם נלע"ד להוכיח בנ"ד דחייב בדין ש"ש אף היכא דלא שייך לומר בהאי הנאה דתפס לי' אאגרי', דהא איתא בב"מ (דף נ"ח) שומר חנם אינו נשבע ורמינהו בני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו או שאבדו נשבעין כו' אמר שמואל הכא בנושא שכר עסקינן ונשבעין ליטול שכרם כו' אמר רבה נשבעין לבני העיר במעמד גזברין כו' והא נגנבו או שאבדו קתני וש"ש בגניבה ואבידה חייב והכא נמי נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו לפסוד אמר רבה נגנבו בלסטים מזוין אבדו שטבעה ספינתו בים, ופי' רש"י בד"ה אגרייהו כו' שהרי נשתעבדו לשומרן

מגניבה ואבידה ועמ"כ נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל, וקשה על קושית הגמ' שהקשו הא נגנבו קתני וש"ש חייב בגניבה כו' הא י"ל דשכרם שנוטלין הוי שכר טרחן ולא שכר שמירה, ואף דאומן הוי ש"ש אף דאינו נוטל אלא שכר טרחו כמש"כ התוס' (שם דף פ') שאני אומן דתפס לי' אזוזי וכ"כ רש"י בסוגי' שם, אבל בשקלי הקודש דלא שייך לומר דתפס לי' אאגרי' דהא שכרן אינו על הקדש רק על בני העיר כפי' רש"י (שם) בד"ה נשבעין לגזברין, ומיד דהפריש השקלים הרי הן הקדש ואינו יכול לתפוס מהקדש עבור שכרו דמועיל בהקדש, וגם הא השליח זכה עבור הקדש משום דיש זכי' להקדש כמבואר ברמב"ן בב"ב (דף ע"ט) דיש יד להקדש, ודלא כהתוס' דס"ל אין יד להקדש, וכן שיטת הש"ך בח"מ (סי' רנ"ה) דאחר שמטא ליד גזבר לא מהני' שאלה משום דיכול לזכות עבור הקדש, ועוד דאף בלא זיכוי השליח נעשו השקלים הקדש מדין אמירה לגבוה מיד כשהפרישו השקלים להקדש, ואף דאכתי יכולים הבעלים לשאול על הקדשם, עכ"ז הא אין זה ביד השליח דלמא לא ירצו הבעלים לשאול על נדרם, ואף דהבעלים לא ישלמו לו השכירות מ"מ מחוייב להחזיר השקלים להקדש, ולכן ברור ופשוט דלא שייך התם לומר האי הנאה דתפס לי' אאגרי' וכש"כ לפי מש"כ לעיל דהיכא דאין יכול לעשות מלאכתו בבית בעה"ב כי אם ברשותו דלא שייך בזה לומר בהאי הנאה דתפס אאגרי', כמש"כ התוס' שם בשוכר, בודאי אין שייך בשלוחים לדון האי הנאה דתפס אאגרי' דהא אומנתם היא תמיד דיהיו המעות ברשותן עד שיביאום למקומם, וא"כ קשה איך אמרו שם דאגרייהו לפסוד דש"ש בגניבה חייב, וי"ל דנשבעין שלא פשעו ליטול שכרן כפי' רש"י בד"ה נשבעין כו', ומוכח מזה דכונת הגמרא דנעשה השליח ש"ש מן דין שוכר וכמו דשוכר הוי ש"ש בשביל הריוח שיש לו מן החפץ דלהנאתו עומד אצלו, וה"ה בשלוחו דיש לו הנאה בשמירת החפץ שירוויח שכרו דאם יאבד החפץ יפסיד שכר חצי הדרך שלא הלך עדיין, ואף היכא דלא שייך בהאי הנאה דתפס לי' אאגרי' ג"כ הוי ש"ש.

ועדיין קשה מאי מקשה הגמ' אגרייהו מיהא ליפסוד, הא י"ל דהך משנה אתי' כר' מאיר דס"ל שוכר כש"ח דמי, כי כן סתם מתניתין ר"מ הוא, וכמו דמהדר הש"ס בב"מ (דף פ') לתרץ המשנה דאומנין ש"ש הן דתהא אתי' כר"מ וכפי רש"י שם, וריו"ח תי' שם דהך משנה דשקלים אתי' כר"ש דקדשים שחייב באחריותן יש להם אונאה], ויש לתרץ לפי מה דאיתא ביומא (דף ס"ה) בהך משנה דבני העיר ששלחו שקליהן בסיפא נמצאו או שהחזירום אלו ואלו שקלים הן ואין עולין להן לשנה הבאה ר' יהודא אומר עולין להן לשנה הבאה, אלמא דר' יהודא דפליג בסיפא שם מודה ברישא דנגנבו דנשבעין לגזברין, א"כ תקשה לר' יהודא דס"ל שוכר כש"ש דמי דאגרייהו לפסוד דיש להשלוחין דין ש"ש כמו שוכר כמו שנתבאר, וגם לרבה בר אבוה דמחליף ותני שוכר כש"ח לר' יהודא ור"מ ס"ל כש"ש, מ"מ שפיר הקשו דאגרייהו לפסוד (דהא כתבו התוס' בכתובות (דף צ"ו) ד"ה ואם איתא כו' דר"מ הוי בר פלוגתא דר' יהודא כדמוכח בב"מ (דף צ"ד) דהקשה הגמרא מאן שמעת לי' מעשה קודם לתנאי אינו תנאי ר"מ כו' ולא מתרץ דר"י ס"ל בזה כר"מ, וכן מצינו זה בש"ס בכמה מקומות] דהא ר' יהודא פליג בסיפא דבני העיר הנ"ל ומסתמא הת"ק דפליג על ר"י וס"ל דאין עולין לשנה הבאה הוי ר"מ, וס"ל לר"מ דנשבעין לגזברין בנגנבו, ור"מ הא ס"ל דשוכר כש"ש.

וכ"ז לשיטת הטור והש"ך שכתבו דהש"ס לא הדר בי' ממאי דאמרו מעיקרא דאי שוכר כש"ש אומן ג"כ הוי ש"ש מה"ט, אבל לפי מש"כ המחנה אפרים לשיטת כמה ראשונים דס"ל לחלק בין שוכר לאומן, ולסוף דמסיק הטעם דתפס לי' אאגרי' אינו דומה אומן לשוכר, א"כ מאי מקשה

הגמרא לשמואל מרבה דאגרייהו יפסידו הא י"ל דאינו דומה לשוכר לפי שאינו משתמש בגוף החפץ ואין השליח מחוייב בגניבה ולא הי' צריך לתרוצי דנגנבו בליסטים מזויין ואבדו דטבעה ספינתו בים, ואין לומר דהשליח הוי ש"ש משום פרוטה דר' יוסף דהוי עוסק במצוה כשומר אבידה, דהא רבה מתרץ לקושי' הנ"ל [וכן מתחלה אמר שם רבה נשבעין לבני העיר כו'] ורבה ס"ל דשומר אבידה ש"ח הוי, ועוד דהא מבואר בב"מ שם בשוכר הפועל לשמור הזרעים דאם אין נותנים לו שכר פטור, אלמא דבכה"ג לא הוי ש"ש בשביל פרוטה דר"י, וע' בנתיבות (סי' ע"ב ס"ק י"ט), וע' בהגהת מרדכי (סוף ב"מ) שכתב דהני שלוחים לא עבדי מצוה דכיון דנוטל שכר על טרחתו לא מקרי עוסק במצוה, ויש להאריך בכ"ז, ותקשה על כמה ראשונים מסוגי' זו כנ"ל.

והעיקר נלע"ד להוכיח מזה דשליח שמקבל שכר טירחא לנסוע עם הסחורה למקום פ' דחייב מדין ש"ש לכ"ע אף היכא דאינו שייך תפס אאגרי', משום דעיקר השכר שנותנים לו הוא בשביל שיוליך את החפץ למקום פלוני וישמרנו ואף היכא שאין נותנים לו את השכר אלא מה שראוי לתת בעד הנסיעה למקום פ' בלא שום הולכת חפץ או מעות, עכ"ז אמרינן דנכלל בזה שכר שמירה ג"כ, ונחית לקבל שמירה עליו ואזולי קמוזיל, דאל"כ עדיין קשה דהוי לי' להגמ' לתרץ דמיירי כה"ג דאינו חייב בגניבה ואבידה משום דמיירי דאין נותנים לו רק שכר טרחתו, ומוכח דלא מחלקינן בזה, והטעם כיון דאומנתו הוי' להוליך חפץ למקום פ' והיכא דלא שמרו כראוי ונאבד ממנו הרי לא עשה אומנתו וכמו טבח אומן שקלקל דחייב בנוטל שכר כדאיתא בב"ק (דף צ"ט) ואם לא שמרו כראוי מקרי קלקול באומנתו וחייב כמו ש"ש ממש, ונראה דזוהי כוונת רש"י במתק לשונו בסוגיא הנ"ל במאי דהקשו דאגרייהו לפסוד וז"ל שהרי נשתעבדו לשומרן מגניבה ואבידה וע"מ כן נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל, הרי דרש"י נתכוין למה שהקשיתי דאיך חיוב כש"ש דהא לא שייך בזה תפס אאגרי', לכן כתב דהשליח נוטל שכר גם על השמירה דזוהי אומנתו לילך עם החפץ ולשמור אותו בשמירה מעולה כדין ש"ש, והא דכתבו דאומן לא הוי ש"ש אלא משום דתפס אאגרי' מיירי באומן דעיקר אומנתו לתקן בגוף החפץ כמו צורף וחייט וכה"ג, משא"כ בשליח או בבעהע"ג דעיקר אומנתו להוליך החפץ למקום פ' ואם לא שמרו כראוי לא קיים אומנתו המוטלת עליו, והא דפטור לשלם התם בבני העיר ששלחו שקליהם, הוא משום דאתמעיט מרעהו, אבל שכירות הפסיד כמ"ש רש"י.

ועוד יש להביא ראי' לזה מב"מ (דף פ"ב) במעביר חביות ממקום למקום ר"י אומר שומר חנם ישבע ונושא שכר ישלם משום דנתקל לאו פושע, וש"ש חייב אף באונס קרוב לגניבה, כמש"כ התוס' התם, וקשה לרבה בר אבוה דמחליף ותני דר' יהודא ס"ל שוכר כש"ח דמי כדאיתא בב"מ (פ' ע"ב) וס"ל שם האיב"א דלא אמרינן הך סברא דתפס אאגרי' וכמו בשוכר ס"ל לר' יהודא דלא הוי אלא ש"ח וה"ה באומן ולא מחלקינן ביניהם, א"כ תקשה אמאי ס"ל לר' יהודא במעביר חבית בשכר ושיברה דחייב מדין ש"ש הא אינו נוטל שכר שמירה אלא שכר טרחתו, ואף דהוי מזיק בידי', עכ"ז הא זה הוי אונס קרוב לגניבה כמש"כ התוס' שם, ואין סברא לומר דהך איבעית אימא פליג על ברייתא דתנו רבנן הנ"ל, ומוכח מזה דכה"ג דנוטל שכר על טרחתו לישא את החבית דג"כ מחוייב לשומרה שלא ישברנה כי זוהי אומנתו, וה"ה בבעהע"ג שאומנתו להוליך החפץ למקום פ', ע"כ מחוייב לשמור כדין ש"ש דזה הוי קלקול באומנתו כמו טבח אומן שקלקל, דבשכר חייב כדין ש"ש כנ"ל, אכן ראי' זו יש לדחות משום דיש לחלק דשא"ה במעביר חבית ושברה דזה נכלל שפיר בכלל אומנתו דנותנים לו שכר עבור זה, משא"כ חיוב בגניבה ואבידה

דהוי חיוב שמירה ענין בפ"ע, וזה לא נכלל בכלל אומנתו, אכן מהא דב"מ (דף נ"ח) דבני העיר ששלחו את שקליהם דחייבין בגניבה ואבידה ראי' ברורה לנ"ד דגם גניבה ואבידה הוי בכלל אומנתם ולשמור כדין חיוב ש"ש כנ"ל, וע"כ אף בהקדים שכרו ג"כ חייב הבעהע"ג לשלם כדין ש"ש וגם בזה דומה למעביר חבית הנ"ל ולטבח אומן שקלקל: ענף ג וראיתי בשאלתות (פ' ויצא) וז"ל ומאן דיהבי לי' מאנא למיעבד עובדא ש"ש הוי מ"ט בהאי הנאה דתפס לי' עד דשקל אגרי' הוי ש"ש ואי א"ל שקול מנך והבא מעות ש"ח דתנן כל האומנין שומרי שכר וכלן שאמרו טול שלך והבא מעות ש"ח עכ"ל השאלתות, ומזה הוכיח המחנה אפרים דבהקדים שכרו לא הוי רק ש"ח מדלא נקיט רק טעם של תפס אזוזי ולא משום שלהנאתו הוא אצלו כמו בשוכר, אבל באמת יש לדחות ראי' זו, משום דיש להקשות על השאלתות דמסיים דאם א"ל טול שלך והבא מעות הוי ש"ח אמאי לא כלל דגם באמר גמרתיו הוי ש"ח כדמסיק הסוגי' דהתם כמו שפסק הרי"ף וש"פ, ומוכח מזה דהשאלתות ס"ל דבגמרתיו הוי ש"ש, משום דהתוס' הקשו שם אמאי בגמרתיו הוי ש"ח הא הוי תפס אזוזי, ותי' דבעינן שמשתכר באומנתו ותפס אזוזי, אכן הש"מ והר"ן בחדושיו לב"מ (שם) הביאו בשם הרמב"ן שתי' לקושי' התוס' הנ"ל דהגמ' מיירי אליבא דפירוקא בחדא דאמרו כדמתליף רבה בר אבוה, אבל ללישנא קמא גמרתיו הוי ש"ש משום דשייך בי' ג"כ הך הנאה דתפס אאגרי' עכ"ל, לכן י"ל דהשאלתות ס"ל להלכה כהך טעמא דאמרי בהאי הנאה דתפס אאגרי', כדמצינו בב"ק (דף ל"ו) גבי שור תם דתפס לי אנזקיו הוי ש"ש, ויש לחלק, ומהאי טעמא דתפס אאגרי' הוי ש"ש גם בגמרתיו, ולכן נקט השאלתות הך טעמא דתפס לי' אאגרי' להורות לנו דדוקא בטול שלך והבא מעות הוי ש"ח, דמוכח מזה דבגמרתיו משמע דהוי ש"ש כמו שמסיים הך טעמא להא דטול שלך והבא מעות כו' והך טעמא דלהנאתו הוא אצלו לא הוצרך לכתוב, דזה ידוע בפשיטות מהא דקיי"ל דשוכר הוי ש"ש, כמו שהי' פשוט להש"ס לדמות אומן לשוכר, לכן אין ראי' מן השאלתות לפטור בהקדים לו שכרו די"ל דלדידן דקי"ל שוכר הוי כש"ש דמהך טעמא אומן ג"כ הוי ש"ש וכמש"כ הש"ך: גם י"ל דנ"מ היכא שיכול האומן להשתכר במקום אחר דמצוי שוכרים שיתנו לו שכירות ביותר ובנדרים (דף ל"א) וביו"ד (ס' רכ"ז) מבואר דזבינא חריפא הוי הנאת לוקח ולא הנאת מוכר ומותר במודר הנאה, ואף דקיי"ל וויתור אסור במודר הנאה, עכ"ז מותר בנדרים דזה לא חשוב הנאה כלל, וה"ה היכא דמצוי קופצים הרבה על האומן יש לדון דזה לא מקרי להנאתו עומד אצלו לחייבו כדין ש"ש, וזהו כש"כ מנדרים דהא וויתור אסור במודר הנאה ואפ"ה זבינא חריפא לא נחשב להנאה כלל, כש"כ בש"ש דבעינן דיהא שכירותו שוה פרוטה (כמבואר בח"מ (סי' ש"ג)] כש"כ דכהאי גוונא לא מקרי הנאה לחייבו בדין ש"ש, אכן מחמת דתפס אזוזי הוי ש"ש בשביל דהא רוב אומנין עושין המלאכה אצל בעה"ב כמש"כ התוס' שם, ואז אינו בטוח במעותיו, דכל אשראי ספק אתי ספק לא אתי, לכן בכה"ג הוי ג"כ ש"ש בשביל הנאתו שנותנין לו הכלי לביתו ותפס לי', ע"כ נקט השאלתות הך טעמא דתפס לי' להורות לנו דגם כה"ג חייב בדין ש"ש, ומצאתי במרדכי (פרק האומנין) שכתב ג"כ דהיכא שיכול האומן להשתכר במקום אחר מ"מ חייב בדין ש"ש בשביל דתפס אזוזי מדפסיק ותני סתמא כל האומנין ש"ש ע"ש, ויש להאריך בדבריו הרבה, וכמו כן י"ל בכוונת השאלתות דכיון דפסק ותני כל האומנין ש"ש דמשמע בכל גווני כמש"כ המרדכי לכן נקט השאלתות טעם הלז, ואידך טעמא דלהנאתו הוא אצלו לא הוצרך להזכיר כמו שנתבאר לעיל, ואפשר לומר לפמש"כ התוס' בד"ה הא גמרתיו כו' דתרתי בעינן שמשתכר באומנתו ותפס אאגרי' יש לדון דהיכא דמצוי עליו קופצים הרבה בדמים יתרים אפשר דכה"ג

אינו חשוב כלל מה שמשתכר באומנתו, אכן ז"א דכיון דאשראי ספק אתי כנ"ל חשוב זה שפיר למשתכר, וכש"כ לשיטת רש"י (שם) דלכן בגמרתיו לא הוי ש"ש דכל כמה דלא גלי אדעתא דתפס אאגרי' כלתה שמירתו, וכן כתב הש"מ בשם הרא"ש דגמרתיו משמע דאינו מעכבו על שכרו ע"ש ולא ס"ל הכלל של התוס' הנ"ל, וכן מצינו בח"מ (סי' ע"ב) לכ"פ דס"ל דמשכון שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש בשביל דתפס אזוזי, די"ל דלא ס"ל הכלל של התוס' דכתבו דבעינן תרתי שמשתכר ותפס אזוזי, ויש להאריך בזה הרבה, לכן בודאי אתי שפיר מה שכתבתי ומן השאלתות אין ראי' כפי שני האופנים שכתבתי, והעיקר כאופן הא' הנ"ל: ומן הנ"י והברטנורה שכתבו הטעם בשביל דתפס אזוזי ג"כ אין ראי', די"ל דמפרשי להמשנה אליבא דכ"ע אף למאן דס"ל שוכר כש"ח, ומש"כ רש"י והברענורה על כל האומנין ש"ש וקבלו לעשות המלאכה בבתיהן י"ל ג"כ כנ"ל, ועוד יש לדון בזה דבעושין המלאכה בבית בעה"ב אפשר דלא נעשה שומר כלל, דהא בעינן דיהא מוכח דמקבל שמירה על עצמו ונסתלקו לקו הבעלין משמירתן, או שיאמר הנח לפני כמבואר בה' שומרין, ובעושה בבית בעה"ב אינו מוכח ממנו דמקבל שמירה עליו, ואף להסוברים דלא בעי משיכה בשומרין, מ"מ בעינן שיסתלקו הבעלין משמירתן כמבואר (בסי' ש"ג), ואח"כ מצאתי במח"א שכתב כן על דברי רש"י שכתב שקיבלו המלאכה בבתיהן ע"ש: ומש"כ המח"א בשם המרדכי שכתב בפי' דבהקדים שכרו לא הוי אומן ש"ש, ג"כ אין ראי', דז"ל המרדכי בשם תשובה אחת דאם אמר לו גמרתיו וטול שלך והבא לי מעות או שהקדים לו שכרו לא הוי ש"ש כו' עכ"ל, אלמא דמיירי בגמרתיו וס"ל להך תשובה דגמרתיו הוי ג"כ ש"ש כמש"כ לעיל, אכן באמר לו טול שלך כו' לא הוי ש"ש, מדלא נקט או טול שלך, כמו דנקט אח"ז או שהקדים לו שכרו, אלמא דוטול שלך קאי אגמרתיו דלמעלה, ואשמעינן דאף בגמרתיו בעינן דוקא טול שלך והבא לי שכרו, ומש"כ אח"ז או שהקדים לו שכרו, י"ל דקאי ג"כ על גמרתיו דמיירי לעיל, דלא הוי ש"ש בזה, דהא לא שייך טעמא דתפס אזוזי כיון דכבר הקדים שכירותו, והך טעמא דלהנאתו הוא אצלו אינו שייך בגמרתיו ע"כ לא הוי ש"ש, אבל בלא גמרתיו הוי שפיר ש"ש אף בהקדים לו שכרו משום דדומה לשוכר דהוי ש"ש משום הנאתו שיש לו מזה החפץ ואין ראי' מן המרדכי וכן י"ל שגם הראב"ן שהביא המח"א קאי על גמרתיו דמיירי שם לעיל מזה ע"ש : ונתבאר דאין הכרח לראיות של המחנה אפרים הנ"ל לחלק בין אומן לשוכר, וכיון דהש"ס מדמה אומן לשוכר ע"כ אין לנו לחדש מדעתנו ולחלק בין אומן לשוכר: ענף ד ועדיין יש להסתפק בזה, דאף דאומן דומה לשוכר וגם בו שייך לומר דלהנאת שכר אומנתו הוא אצלו כמש"כ רש"י בב"מ (דף פ') ד"ה ר"מ אומר כו', מ"מבקיבל כבר שכרו מקודם שמשך החפץ לרשותו יש לדון לכאורה דלא הוי ש"ש, משום דיש לחלק בין שוכר לאומן בזה ועקר הסברא דאמרינן באומן ג"כ דלהנאתו הוא עומד אצלו היא משום דאם יאבד החפץ לא יהא לו ממה להשתכר אבל מה שטרח כבר נוטל, כמבואר בב"מ גבי בני העיר ששלחו שקליהם דנשבעין ליטול שכרם.

אכן במה שלא טרח עדיין אינו נוטל, משום דקי"ל דכל אונסא הוי פסידא דפועלים, וכיון דאם יאבד החפץ לא ירויח לכן רוצה שיהא החפץ קיים כדי שישתכר, ושייך שפיר בזה להנאת שכר הוא אצלו כמו בשוכר, אכן בהקדים שכרו לא שייך כן, דהא מבואר (שם דף ע"ז) גבי האי מאן דאגר אגירי' לדוולא ופסק הנהר דהוי פסידא דפועלים ופי' הרא"ש הטעם משום דהממע"ה וידו על התחתונה דהוי לי' להתנות וכן כתב הטור (בסי' של"ד), וז"א שייך אלא בלא סילק שכירות להאומן דאז הוי הפועל מוציא מבעה"ב, אבל בסילק לו שכירותו דהוי הפועל מוחזק ותפס

ברשות ובעל הבית הוא המוציא, הדין נותן בזה דאם יארע איזה אונס בחפץ של בעה"ב דיכול הפועל לומר אנא הא קאימנא לקיים מה שמוטל עלי רק האונס הוי בחפץ שלך, ואין מוציאין מן האומן, די"ל להיפך כיון דהבעל הבית הוא המוציא הוי לי' לאתנויי וידו על התחתונה, וכמ"ש התוס' (שם דף ע"ט) ד"ה אי אתה מוצא אלא ביין זה וספינה זו וא"ת מפני מה אם נתן השכירות לא יטול וכי בשביל שהמשכיר מוחזק ירויח ועוד דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וי"ל כיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר עכ"ל וכש"כ בנ"ד דהוי כמו יין זה וספינה סתם דהא בהאומן גופא לא קרה שום אונס ויכול לומר אנא הא קאימנא לכן אם מוחזק בהשכירות אין צריך להחזיר דלא שייך בזה טעם של הרא"ש והטור הנ"ל, ואדרבה הו"ל לבעה"ב להתנות: וכן מצאתי תה"ד (סי' שכ"ט) באירע אונס שלא הי' יכול לתת יין להפועל דאם הקדים לו שכרו אין מוציאין ממנו ונתרצה שיהא שלו כדברי התוס' הנ"ל עכ"ל, ועכשיו שנתבאר דהיכא דנתנו לו שכרו אף אם יהא אונס בחפץ של בעה"ב מ"מ שייך השכירות להאומן, לכן אפשר דלא שייך בזה לומר דהוי ש"ש משום דלהנאתו הוא אצלו כמו בשוכר, משום דיש לחלק דשאני שוכר דיש לו הנאה מהחפץ כ"ז שהחפץ אצלו משא"כ באומן שהקדים שכרו דלא הי' לו שום הנאה מעולם ממה שמונח החפץ אצלו, ואדרבה יותר טוב דיאבד החפץ דאז לא יצטרך לטרוח והשכירות כבר קיבל לידו, והא דמנכין לו כפועל בטל לא נחשב להנאה דהא הטעם משום דנוח לו מה שישב בטל דירויח טרחתו, וכש"כ באוכלפי דמחוזא כו', ומבואר במח"א (ה' שכירות פועלים סי"ג) דשכירות פועל נקנה בכסף ואף דקבלן דינו כמטלטלין כמבואר (בסי' רכ"ז) מ"מ הא גם שכירות מטלטלין נקנה בכסף כמבואר בח"מ (סי' קצ"ח) ע"ש, לכן מיד דהקדים השכירות אין יכול בעה"ב לחזור אף מקודם שהתחיל האומן במלאכתו ועיקר חיוב שומרים מתחלת מעת משיכה להחפץ כמבואר בה' שומרים, ובנ"ד לא היה שום הנאה להאומן בעת שמשך החפץ לרשותו דהא אף אם הי' נאנס מקודם שהגיע לידו ג"כ אינו צריך להחזיר השכירות כנ"ל, לכן אף דמצינו בש"ס דאומן דומה לשוכר, מ"מ אפשר דז"א שייך אלא בלא קיבל שכרו כנ"ל, אבל בהקדים לו שכרו י"ל דאינו דומה לשוכר, והא בלא"ה מצינו להמח"א דמחלק בין אומן לשוכר ואף שכתבתי דלא כהמח"א בזה, מ"מ בהקדים שכרו יש לחלק כנ"ל: אמנם היכא שהאומן משך החפץ מתחלה ואח"ז נתנו לו שכרו ונגנב, י"ל דחייב כדין ש"ש, משום דבעת שמשך החפץ לרשותו נתחייב כש"ש דהי' לו הנאה אז ממה שהחפץ אצלו, לכן חייב אף אחר שנתנו לו שכרו כמבואר בכה"ג בש"ך ח"מ (סי' ע"ב סק"י) ע"ש, וכן באם התחייב האומן לעשות אומנתו בקגא"ס ואח"ז נתנו לו שכרו מקודם שמשך החפץ לרשותו, ג"כ אפשר לומר דהוי ש"ש, משום דבעת שהתחייב על אומנתו התחייב ג"כ בדין שמירה דהי' לו אז הנאה מהחפץ דהא אם יאבד מקודם שנתנו השכירות לא יהא לו ממה להשתכר, והא אינו מחוייב ליתן לו השכירות מקודם דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף [וגם זה אינו ברור דהא עיקר חיוב השומרים הוי בעת משיכה ונסתלקו הבעלים משמירתן ויש להאריך בזה], אכן היכא שהקדימו לו שכרו בעת ששכרו אותו ועיקר התחייבות האומן הי' בעת שנתנו לו כל שכרו דלא הי' לו מעולם שום הנאה במה שהחפץ יהא קיים אחר התחייבותו, דהא אף אם יאבד אחר התחייבותו ג"כ לא יצטרך להחזיר השכירות יש לדון בזה לכאורה דכה"ג לא הוי ש"ש משום דלא שייך בזה מש"כ רש"י דאומן דומה לשוכר שלהנאת שכר אומנתו הוא אצלו וכנ"ל, דהא בנ"ד לא הי' לו מעולם שום הנאה כלל על עת שיהא החפץ אצלו: ולכאורה י"ל במש"כ להוכיח מהתו"ס דב"מ בספינה זו כו' שכתבו דאם קיבל השכירות לא יחזור, דשא"ה כמש"כ התוס' התם בד"ה אלא בספינה סתם כו' בשם הריב"ן לחלק דשאני

בפועלים דלא אבדו כלום רק נתבטלו ממלאכתן כו' אבל הכא שהמשכיר הפסיד ספינתו כו' עכ"ל, וכ"כ יש לחלק ולומר דדוקא היכא שהפסיד ספינתו אם קיבל שכרו לא יחזיר, משא"כ בפועל דאין לו הפסד רק ביטול מלאכה, לכן אפשר דמחוייב להחזיר שכרו שקיבל, אמנם באמת אילו כן לפי מש"כ לעיל בשם הרא"ש והטור, דס"ל דלכן כל אונסא הוי פסידא דפועל משום דהפועל הוא המוציא ולכן ידו על התחתונה, ע"כ היכא שהפועל הוא המוחזק ברשות לא שייך כן, ואמרינן דה"ל לבעה"ב להתנות וכמש"כ לעיל בשם התה"ד שפסק כך בפירוש, ועוד דלאו כ"ע ס"ל הך חילוק שכתבו התוס' בין ספינה לפועל, דהא הרא"ש לא ס"ל (שם) לחלק בין פועל לספינה ע"ש בב"מ (דף ע"ט): ובחידושי לח"מ (סי' רס"ד סעיף ד') כתבתי במש"כ שם הסמ"ע (ס"ק י"ב) בהתנה לשלם דמי חמורו אם יציל חמור חבירו והלך חמור חבירו מאיליו דפסק מהר"ם פאדווה דאין לו אלא שכרו, והסמ"ע סיים דבתשובה האריך וערך מערכה נגד דברי מור"ם ומהר"ם פאדווה והעלה דבהלך חמור חבירו מאיליו אחר התנאי והי' לו הפסד ע"י הצלתו צריך לשלם לו כל דמי חמורו, ולא זכינו לתשובתו, ולפענ"ד נראה דזה תלוי בפלוגתת התוס' עם הרא"ש בב"מ (דף ע"ט) גבי ספינה סתם ויין זה ונטבעו שניהם דהתוס' ס"ל דחייב לשלם כל שכירותו אף מחצי דרך שלא הלך, דאינו דומה לפועל דקיי"ל דכל אונסא הוי פסידא דפועל, משום דשאני בספינה דהפסיד ספינתו וכיון דיכול המשכיר לומר אנא הא קאימנא והאונס אירע בשלך לכן חייב לשלם לו כל שכירותו, והרא"ש ס"ל דבעבור חצי דרך שלא הלך פטור מלשלם משום דכל אונסא הוי פסידא דפועל ואף שנפסדה ספינתו עכ"ז לא מחלקינן בין פועל לספינה והובאה פלוגתתם בח"מ (סימן שי"א סעיף ג')], ולפ"ז נראה בנידון של הסמ"ע הנ"ל דעלה חמור חבירו מאליו והתנה עמו לשלם לו כל דמי חמורו, דלשיטת התוס' הנ"ל חייב לשלם לו דמי חמורו כמו התם דחייב לשלם לו אף מחצי דרך שלא הלך משום פסידא דהמשכיר דהפסיד ספינתו דמחוייב לשלם לו כפי מה שהתנה עמו, וה"ה בנידון דהסמ"ע כיון דהי' להפועל פסידא דנטבע חמורו ולולי שירד להציל חמור של חבירו הי' מציל חמורו [וכמש"כ הסמ"ע דהי' ל' פסידא ע"י הצלתו אלמא דמיירי באין מקום להסתפק בזה דלמא לא הי' יכול להצילו] לכן מחוייב לשלם לו כל מה שפסק ליתן דמי חמורו דיכול הפועל לומר אנא הא קאימנא רק הסיבה אירע בחמורך שעלה מאיליו וירד להציל ולא הציל דאין לו אלא שכרו ולא כפי מה שהתנה עמו, שאני התם, דכיון דירד להציל י"ל דגם חמורו לא הי' יכול להציל כדחזינן דגם חמור חבירו לא הציל ולא מקרי הפסיד חמורו ע"י חבירו אכן לשיטת הרא"ש דס"ל שם דאף דהפסיד הספינה מ"מ אינו חייב לשלם אלא עבור טרחתו ובחצי דרך שלא הלך פטור לשלם משום דאמרינן גם בזה פסידא דפועלים, לכן גם בנידון דהסמ"ע הנ"ל אינו חייב לשלם רק טרחתו ולא שכירותו כפי מה שהתנה עמו, משום דהוי פסידא דפועל, כן נראה לפענ"ד, ועיין במח"א (ה' שכירות סוף סימן כ"ג) ויש להאריך בזה הרבה: ענף ה נחזור לענייננו, דעדיין יש להסתפק באומן היכא שהקדים שכרו בעת שהתחייב על אומנתו וישלדון דז"א דומה לשוכר דשאני שוכר דיש לי הנאה מהחפץ בעת שהוא אצלו, אכן בנ"ד נראה דהבהע"ג חייב כדין ש"ש אף בהקדים לו שכרו, ואף שיש לדחות ההוכחה שהוכחתי לעיל מב"מ (דף נ"ח) אחר שנתבאר דלכ"ע אומן דומה לשוכר, וי"ל דהשלוחים חייבים משום דהוי כשוכר, אכן כבר הוכחתי מפי' רש"י בב"מ (שם) ד"ה אגרי' לפסוד שהרי נשתעבדו לשומרן מגניבה ואבידה ועמ"כ נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל, אלמא דז"א דומה לאומן דפי' רש"י בב"מ (דף פ') ד"ה ר"מ אומר כו' דאומן אינו נוטל שכר שמירה אלא שכר פעולה ע"ש ואלו כאן פי' רש"י דע"מ כן נוטלין שכר

כו', ומוכח דאמרינן בשלוחים דשכרם שנוטלין להביא השקלים למקום פ' דנכלל בזה גם חיוב שמירתן דזהו בכלל אומנתן דמחוייבין להביא למקום פ', וה"ה בנ"ד בהבהע"ג, ולכן ניחא מאי דהקשה הש"ס שם בפשיטות דהוי ש"ש ולא מתרץ דאתי כהך מ"ד דשוכר אינו חייב כש"ש כמו דמתרץ התם הא מני ר"ש כו' ע"ש, ומש"כ לעיל לדחות זה הוא דוחק, אכן לפמש"כ ניחא הסוגיא הנ"ל בפשיטות: ולכן העגלון חייב בדין ש"ש אף כשהקדימו לו שכרו, אכן באומן ממש יש להסתפק כמו שנתבאר, ומש"כ דשכירות קבלן נקנה בכסף משום דגם שכירות מטלטלין נקנה בכסף כמבואר בח"מ (סי' קצ"ח סעי' ו') ובאמת יש לתמוה בזה על המחבר דהא מבואר בטור (סי' ש"י) גבי משכיר חמור סתם דחייב להעמיד חמור אחר, דכתב הטור שם בשם הראב"ד דדווקא בקנה בחליפין אבל בכסף לבד אין כאן אלא מי שפרע וכיון שמת אין כאן מי שפרע ע"ש, אלמא דס"ל דשכירות מטלטלין אינן נקנין בכסף, וכן מצאתי במראות הצובאות (בסוף לקוטיו) שכתב לתמוה על המחבר הנ"ל לפי שהרבה פוסקים חולקים וס"ל דשכירות מטלטלין ג"כ אינן ניקנין בכסף ע"ש ודברי הטור הנ"ל לא הזכיר שם, ויש להאריך בזה, ואכ"מ ולהנך פוסקים דס"ל דשכירות מטלטלין ג"כ אינן ניקנין בכסף, יש לדון דה"ה בהקדים השכירות לאומן דיכול בעה"ב לחזור, דהא קבלן דומה למטלטלין, ומטלטלין הא אינן ניקנין בכסף, ודווקא היכא דליכא מה למשוך מהפועל אז קנהו במעות כמבואר בב"מ (דף מ"ח), אבל היכא דמחסרא משיכה לא קנהו במעות, ועיקר הקנייה נעשתה בעת שמשך האומן את החפץ, ושפיר י"ל בזה דלהנאתו משכו ונעשה אז ש"ש דהא אם לא הי החפץ לא הי' מרוויח כלל, אמנם נלע"ד דכיון דמספיקא אין מוציאין השכירות מהאומן בהקדים לו שכרו, דיכול לומר קים לי כהנך דס"ל דשכירות מטלטלין נקנה בכסף א"כ אין לו שום הנאה עכשיו בעת משיכת החפץ דהא מכבר שייך השכר לו, וכן נראה מתשובת הרא"ש (כלל ק"ב סימן י"א) דבהקדים שכרו לפועל זכה מיד ואין יכול הבעה"ב לחזור בו ע"ש, [ובודאי אין סברא לומר שהא אם יתפוס הבעה"ב מהאומן יכול לטעון קים לי דשכירות מטלטלין אינן ניקנין בכסף ע"כ יהא חשוב זה להנאה לחייבו בדין ש"ש]: וגם אף להסוברין כנ"ל יש מקום לדון עדיין דהא אחר שמשך החפץ לרשותו כלתה הנאתו דלא שייך בזה לומר דלהנאת שכר אומנתו עומד אצלו כמו בשוכר, דהא אחר שקיבל שכירותו ומשך להחפץ אין בעה"ב יכול לחזור, ואף אם יאנס החפץ לא יצטרך להחזיר שכרו כנ"ל, ע"כ בזה יש עדיין להתיישב, אכן בבעהע"ג דנ"ד ברור דחייב בגניבה כן נלע"ד ברור: ברוך ה' אשר הפליא חסדו ואמיתו עמדי, והביאני עד הלום, כן יוסיף לעזרני ברוב רחמיו וחסדיו להוציא לאורה יתר חידושי הרבים על אהע"ז וח"מ אשר חנני בם החונן לאדם דעת והנם בכתובים עמדי, ובו בטחתי כי ימצאו חן בעיני כל רואיהם, וה' אלהי הצבאות, יראנו מתורתו נפלאות, ויישם בלבנו אהבתו ויראתו, ויאיר עינינו בתורתו, כאשר התפלל דהמע"ה גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך: