

אך לפי טענת ר' לייב בעצמו לא השיב השליש שמקבל עליו הסך 50 מרק בתורת מע"ש [אולי = מעות שמירה] או בקנס, רק שהשיב שהבית בטוח שמכור אין כאן קנס כלל, ואף ששפרה צותה מרצונה להשליש ע"ו, אבל הש"ך הכריע בסי' קכ"ו דאינו בע"כ, ומכיון שלא הוציא מפיו שמושלש ע"ו הסך הנ"ל אינו כלום והנה רק פטומי מילי כהך דב"מ דף סז, א את ונוולא אחי ובסי' ר"ז שם, וא"כ הבית קאי לר' לייב ואין כאן קנס.

ומה שטוענת עוד שפרה שנתאנתה על המקח, והנה אף שבקרקע לא שייך אונאה כמו"ש סי' רכ"ו ס"ט הנ"ל, ובעל מחצית השנים יש פלוגתא דרבוותא כמו"ש למעלה, ורשד"ם ס"ל דספיקא דדינא הוא, וש"ך בסי' ס"ו הנ"ל כתב להכריע דוקא כהר"ף, וכל כה"ג דפוסק א' יאמר דמצי טעין קים לי והשני ס"ל דלא מצי טעין קים לי בקרקע כתב בפ"ת סו"ס כ"ה דבקרקע בטל הקים לי ע"ש, אבל עכ"פ כאן בנד"ד לא באנו לידי מדה זאת שיהא אונאה בתצו או יותר מחציו. אך נחזי אנו, הרי הבית שייך ליורשי בעלה, והיא לא נשבעת על כתובתה, ואין לה כח למכור באונאה, דאע"ג דיתומים שסמכו על בעה"ב דינו כאפוטרופוס, אבל כאן הגדולים הם באמצעיקא והם גדולים וא"צ לאפוטרופוס והיא רק כשליח, ואפי' אם אפוטרופוס שנתאנו בכל שהוא מקחן בטל כמו"ש סי' רכ"ז ס"ל ע"ש בב"י ובבה"ג, וא"כ לתקוני שדריה ולא לעותי. ואפי' אם נאמר דמכרה מחמת דוחק, מ"מ זה טעות, דזהו במאנה לאחרים ולא בנתאנה לעצמו, דלא מצינו כן ובפרט ע"י שליח או אפוטרופוס שאין לו כח בזה, ואף שי"ל שמא נתנו לה רשות למכור בין לתקן ובין לעות זה אינו, וע"י ש"ך סי' קפ"ה סק"ח דכיון שהלוקח טוען ספק והמשלח ודאי אין ספק מוציא וכו', ושם בנתיבות. ולכן אם אמת הוא שנתאנתה בטל המקח והדין עמה, ואע"פ שעוד הדין מפוקפק בידי פשרתי ביניהם.

והנה עיקר הקנין ע"י כסף, וק"ג [=וקנין גמור] מהני אף באתרי דכתיבי וכמו"ש לעיל מזה, וגם כתבתי במקום אחר וגם למעשה כן הוא, וע"י בערוך השולחן סי' קצ"א סי"ג ובסי' ק"צ סכ"ה דכתב דאפי' בחליפין לחודיה גמי קני אף באתרי דכתיבי וע"ש סקצ"ב, ועכ"פ בתרומיהו קני. ודין דערבון שהוזכר בסק"צ סי"י בהגה לא שייך הכא, ע"י גם בסי' כ"ז פ"ת סק"ב גם בסי' ק"ז בפ"ת סק"א. ולפמ"ש בר"ס ר"ו דלא מהני כה"ג דהרי לא הותנה בשעת המכירה, וגם אומדנא דמוכח שפסק רמ"א שם בס"ד דמהני לבטל המקח גמי אין כאן, דמי יודע מפני מה מוכרת, וכבר כתבתי לעיל ועוד בשאר מקומות דההבדל שבין תנאי שאינו כפול דלא מהני לגלוי דעת הוא באופן זה שכל מה שהעולם מבינים אף בלא טענותיהם שכן הוא אז נקרא גילוי דעת ואומדנא דמוכח, אבל אם אין העולם מבינים בלא טענותיהם הנה רק כתנאי שאינו כפול. וע"י מ"ש פ"ת סר"ז סק"ט ובסי' רכ"ה ס"ג וסי' ק"ב ס"ה ובשו"ת משפטים ישרים ח"א סי' רנ"ח וסי' שס"א.

ואם הקנס שתתן כנ"ל ע"פ טענת לייב פוטרת מהמכירה, ע"י ש"ך סי"ב סקט"ו בשם הח"מ וב"ש אה"ע סי"ו ס"ג דוקא בשאמר שמקבל על עצמו בקנין ובקנס, אבל אם אמר אם לא אקיים אשלם קנס, אז הקנס הוא שובר על הקנין ואז אפי' נעשה הקנס באופן שיש בו אסמכתא צריך לקיים הפשר או לשלם הקנס, עכ"ל. והנה זה הוא התביעה של ר' לייב הנ"ל או הקנין או הקנס. ומה שנשאלתי ע"ז מהרב הג' ר' אברהם ראבינאוויץ מכבר על דברי הנתיבות הללו, במה שרמז הנתיבות לאה"ע סי"ג, ושם אינו נמצא כלל מענין זה, וגם בעצמות הדין צ"ע, ואמר כי גם בב"ד של עיר קאוונא שאלוהו ע"ו ושנתחבטו שם, ותהלה לאל אנכי ישבתי הדברים הללו, ואמת נכון הדבר בדין זה, וגם הארכתי בסעיפים המסתעפים מזה בשאר ענינים באריכות בספרי מגן שאול חלק ראשון סי"ב בחו"מ ע"ש.

סימן קיז

בענין קצב שמכר עור בהמה השייך לחוזר

ובחו"מ סי' רכ"ט [ס"ב], הבורר צרור מגרנו של חברי משלם דמי חטים, דשאני התם שכבר נתערב ומוכרם בדמי חטים, ולערב אחרים אינו רשאי, משא"כ הכא שעדיין לא נתערב ביד הקצב. והרי התם אילו יצויר שהצרור עומד בפני עצמו ויכול למכרו לא"י הכי נחייב לו בדמי חטים, פשיטא דפטור, אלא בהיה מעורב מיירי כמו"ש שם. דבנד"ד אם נאמר דרשאי לערב העור הקטן בהצוירים ואינו כמפרס המבואר בסי' רכ"ח [ס"ט] יען שהלוקח עיניו במקחו, הרי לא הפסידו, דסוף סוף היה

נסתפקתי במעשה שקצב אחד שמכר עור מגסה שהיה שייך לחוזר, ותובע החוזר בעד זה ארבעה רז"כ, בטענתו שהוא מוכר כל טעכער מחכירה חתימה בסך ארבעים רז"כ לטעכער בין קטן ובין גדול בשוה ונמצא שהפסידו 4 רז"כ, והקצב טוען שלא היה שוה רק 3 רז"כ ובעד זה מכרו ג"כ.

ונראה לי, דבאופן זה אינו חייב רק 3 רז"כ לאחר שיתברר שכן היה המכירה או ששוה רק 3 רז"כ. דאף דאמרינו בביצה דף ל"ח [ע"ב] וב"ב דף צ"ג [ע"ב]

הנה טעם הסמ"ע הוא מגמ' ב"מ דף צ"ט ע"ב, וע"ש תוס' ד"ה באותה וכו'. אבל העיר שרשן הוסיף עוד טעם שם בסו"ס ס"ב דו"ל: הגזול אשכול תמרים וכו' אינו משלם אלא מ"ט, ואין הגזול יכול לומר אני הייתי יכול למוכרם אחד אחד, דהרי גזול כאחד וכל הגזולים משלמין כשעת הגזלה, עכ"ל. וע"ש ערוך השלחן. וזה הסבר יפה מפני קרשית התוס', דאיך מדמה מטלטלין לקרקע ע"ש, וגם בתזיק בהמתו או בקוצץ פירות דקל כשלא היו ראויין בס"י שצ"ד ס"ו וכו', ג, משא"כ כאן במטלטלין שהם פירות גמורין ולכן הסביר הערוך השלחן מטעם הנ"ל.

ואילו הטעם ע"פ מ"ש הרשב"א בחי' בבא קמא דף מ"ה ע"ב ד"ה השתא אתפסתיה לתוראי וכו' [עפ"י ד הרשב"א שם], דבחמץ בפסח נמי יטעון אי אהדרייתה הוה מזבנינא ליה א"נ אכילנא ליה, וגבי שור ושומר יטעון המפקיד לומר אי אהדרייתה הוה שחיטנא ליה עד שלא נגמר דינו, ומתוך הראב"ד דמערקנא לאגמא הוא בלי שום מעשה וכו', אבל ע"י מעשה חדש מאן לימא לן שהיה עושה כן, עכ"ל הרשב"א. וא"כ נד"ד נמי גבי אשכול תמרים, וכן בעור [אומר] הרי שלך לפניך דמחוסר מעשה המכירה לאחדים, משא"כ בצרורות שחסר תיכף לאכילה מקום הצרורות וההיזק ניכר לכן חייב, ועדיין צ"ע למעשה.

ובס"י ש"ד [ס"ה] גבי סבל ששקר ע"ש בקצות ונתיבות, וע"ש קצות סק"ב שהקשה שם גבי חבית דאף אם אינה שיה ביום השוק רק ע"י מכירה לאחדים חמש מ"ש מחביצא דתמרי [בב"מ צט, ב] הנ"ל, וישב בצ"ע דשומר חיובו על אשר לא שמר כראוי ומשו"ה חייב על כאו"א משא"כ גזול וכו', וע"ש דזה אינו מובן. וע"ש בנתיבות [ס"ק ב] שמ"ש הקצות דהיכא דהריוח ברור שיבוא חייב מדינא דגרמא, והוא מחלק, שחמץ אינו שוה כלום עתה ועיקר השומא כלאחר הפסח, משא"כ בחבית שאפשר שימכור במקח זול ע"ש. ולפ"ו [ה"ה] בצרורות שאינם שוים כלום ועיקר שוים רק בתבואה, משא"כ באשכול ובעור הנ"ל שיש להם גם עתה שווי. סוף דבר אינו מוכרע עוד להלכה למעשה בזה.

הקונה מעיין על העור הקטן. ואם נאמר דאינו רשאי לערב מטעם הנ"ל, א"כ לא הפסידו יותר משויו. (ויש להסתפק, אם יתברר שהחוכר עשה פסיקה עם הקונה על משך שנה מכל העורות בסך כך וכך, דאז אחרים אינו רשאי לערב, וזה הפסידו ממקחו, מהו). כי קמבעי ליה אם הוה כבר מעורב היה הקטן, ובא אחד וגנבו מהו, ואעפ"כ מסתברא דכיון דהעורות לא תלוין זה בזה וכל עור בפ"ע הוא, מי יימר דהקונה לא יעיין בהקטן להמעיט דמי המכירה. אך בכה"ג בכרך מש"ס אם גנבו או הויקו, שעתה נפחת שויו של כל הש"ס כידוע ואין להשיג כרך כזה מבית הדפוס, מי בקרא היזק ניכר או לא. ונראה לי שוהו היזק ניכר. וכעין זה כתבו הפוסקים בטבח אומן בס"י ש"ו [ס"ד] שצריך לשלם אע"ג שאינו ניכר שטרפה הוא מ"מ מחיים למיתה ניכר, והוא הדין הכא. וראיתי בספר שו"ת כנף רננה בהקדמה בסופה, שחולת שומר שקיבל זוג נזמי זהב ואבד אחד והשני אינו שוה מחצית השווי, מ"מ להנשאר הוה היזק שאינו ניכר ואומר לו הרי שלך לפניך, עכ"ל. וגם זה לא נראה לי, אלא דהיזק ניכר הוא גם בשומתו.

והנה בס"י שס"ב סי"ב איתא [עפ"י השו"ע הגו'] : הגזול אשכול של תמרים וכו' תמרים ואם ימכרו כולם ביחד אינו שוה אלא מ"ט פרוטות וכל אחד בפני עצמו שוים ג' אינו משלם רק מ"ט. ובסמ"ע [ס"ק כב], דילפינן ממ"ש ס"י שצ"ד ס"ד גבי בהמה ששמין בס', שהתורה הקילה להקל על המזיק והגזול, ע"ש. וא"כ ה"נ בנד"ד נשום להקל על הגנב והמזיק כאילו מכר לכל אחד ואחד בפ"ע שיפחתו דמיהם. ולא שייך לומר דגזה"כ הוא דוקא ביחד ולא לשום כאו"א בפ"ע, ואף אם הגזול דרכו בכך למכור בפרוטות נמי הכי הוא, דלא מצינו חילוק בזה, וכ"כ בערוך השולחן. ואין להקשות לפי"ו מ"ש מצרורות הנ"ל דחייב לשלם דמי חטים מלאים, דשאני הכא דאיך נשום להם כצרורות הלא יפטר לגמרי וזה א"א, משא"כ בנד"ד. ואפשר דבבורר כה"ג שעורים מתוך חטים דג"כ נקל עליו אם השעורין אינם בעין, וצ"ע גדול בזה.

סימן קיח

בענין משרתת שנחשדה בגנבה

על גניבה, וגם טוען שכן בעיר הזאת אומרים שהבנות מבית אמה גנבים הם, וגם טוען שבוואיינוטא [=שם עיירה] ששרתה שם גירש אותה תבעה"ב מפני זה שנחשדה, ותובע ג"כ את היאקעל שניתן לה בחזרה, וטוען ששכרה רק על חדשים ולא על שנה שלמה והשכר הזה הוא רק 10 ר"כ על י"ב חדשים אם תהיה, ואם

ראובן שכר למשרתת קטנה כת י"ב שנה על בגדי עצמה, גם שלשה ר"כ נתן לה כבר, וגם אחות אשתו של ראובן נתנה לה מתנה יאקל [=סודר, מעיל] מין בגד אחד חדש ע"י ראובן הנ"ל, והיתה אצלו מתנוכה עד אחר פסח ואח"כ הלכה אצל אמה, ובחזירתה לבית ראובן לשבת כמקודם לא קבלה ראובן וטוען שחשודה