

# עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637

גליון חודש אב ה'תשע"ח | 104

## פסקי דינים

הרב יוסף פליישמן שליט"א

### שכירות פועלים 7 - פועל שחזר בו בדבר האבד

#### חיוב תשלום כשהפסיד את המעסיק או כשהיה הסכם מראש

##### חיובי הפועל שגרם הפסד למעסיק בהתפטרותו

1. פועל שחזר בו בדבר האבד, והמעסיק לא שכר פועל חילופי במקומו, אם לא היה הפסד ממוני למעסיק בגלל חזרת הפועל, וכגון שהזמין 'חזן' שישייר פרקי חזנות בחתונה, והחזן חזר בו סמוך לחתונה ולא הזמינו משהו חילופי, הפועל מפסיד רק את שכרו, ואינו צריך לשלם כלום למעסיק מאחר שלא הפסיד ממון.<sup>1</sup>

2. ואם חזרת הפועל גרמה הפסד ממון למעסיק, וכגון שהמעסיק שכר רכב הובלות על סמך הבטחה של סבל שיבוא להעמיס ולפרוק את הדברים, וכיון שהסבל חזר בו הפסיד המעסיק את דמי שכירות הרכב, נחלקו הפוסקים האם וכמה אפשר לחייב את הפועל, וכלהלן:  
(א) יש ראשונים הסוברים שהפועל חייב לשלם את כל הפסד המעסיק מדין מזיק בגרמי', וכן פסק הרמ"א.<sup>2</sup>  
(ב) יש ראשונים הסוברים שא"א לחייב את הפועל מדין גרמי, אבל מ"מ הוא חייב לשלם מכיסו על הפסד המעסיק כפי גובה השכר שהיה אמור לקבל על המלאכה. כמו"כ אם הפועל מסר משכון למעסיק, יכול המעסיק להשתלם מהמשכון על ההפסד, ואפילו על מניעת הרווח שנגרמה עקב חזרת הפועל.<sup>3</sup>

ציננים והערות

1. כ"כ הרמב"ן (ב"מ עה, ב ד"ה והוי יודע), וכן הביא הדרכי משה (שלג, ה) מהנימוק", וכן פסק ברמ"א (שלג, ו).  
2. זו שיטת המהרי"ח המובאת בהגהות אשרי (ב"מ ו, ב), וסברתו היא, שכמו שאם המעסיק גרם הפסד לפועלים הוא חייב לשלם להם את הפסדו, וכגון ששכר אותם לעבודה ובסוף לא נתן להם לעבוד, כך הדין אם הפועל חזר בו מהעבודה וגרם בזה היזק למעסיק שהוא חייב לשלם. דברי המהרי"ח הובאו בתרוה"ד (א, שכט) שגם פסק כמותו, ושניהם כתבו להדיא שחיוב התשלום הוא מדין גרמי, והד"מ (שלג, ה) הביאו, וברמ"א (שלג, ו) פסק כמותו בלי שום חולק.

והנה אחת הדוגמאות במישנה של דבר האבד, היא השוכר את הפועל להעלות פשתנו מן המשרה, שאם חזר בו הפועל והפשתן הופסד אפשר לשכור פועל אחר על חשבון הפועל שהתפטר, והקשה המהרי"ח על עצמו, מדוע לא חייבה הגמ' את הפועל בכל ההפסד כיון שהוא גרם להפסד, ויישב שהגמ' מדברת רק במקרה שהמעסיק השרה את הפשתן בצבע עוד לפני ששכר את הפועל, והמעסיק לא היה יכול למצוא אז פועל אחר זולת הפועל שנשכר וחזר בו, וא"כ כיון שגם לולא הפועל היה המעסיק מפסיד, א"א לחייב את הפועל בהפסד כיון שלא הוא גרם את ההפסד, ולכן אפשר רק לשכור עליו.

הש"ך (סקל"ט) כתב שנראה שאין מי שחולק על המהרי"ח, ואף שמלשון הנימוק"י (הובא בהערה הבאה) נראה שחולק שהפועל פטור מההפסד, מ"מ העמיד אותו הש"ך שהוא מדבר דווקא כשההפסד היה קורה גם לולא הפועל, וכמו שהעמיד המהרי"ח בגמ', ובנוסף כתב הש"ך (סקל"א) שגם המהרי"ק פוסק כמהרי"ח. הגר"א (שלג, מ) לא הסכים עם דברי הש"ך, וכתב שגם הרמ"א מודה שהנימוק"י חולק על המהרי"ח, אלא שהרמ"א פסק כמהרי"ח ולא כנימוק"י.

גם הנתיחה"מ (סקל"ד) חלק על הש"ך, וטען שמוכח מהמחבר שחלק על המהרי"ח ופסק שהפועל אינו חייב לשלם את ההפסד, כיון שהמחבר פסק בפועל ששוכר להעלות פשתן מן המשרה שהמעסיק יכול רק לשכור עליו ולא יותר מזה, ובמחבר א"א ליישב כמו שהקים המהרי"ח בגמ' שההפסד היה קורה גם לולא הפועל, כי באופן הנ"ל פוסק המחבר שהפועל פטור לגמרי וא"א אפילו לשכור עליו, וא"כ כשהמחבר פוסק ששוכר עליו, בהכרח שהוא מדבר גם באופן שהפועל גרם את ההפסד, ועכ"ז כתב שאפשר רק לשכור על הפועל ואינו חייב במלוא ההפסד.

גם המחנ"א (שכירות פועלים סי' ז) חלק על הש"ך וכתב ששאר הראשונים חולקים על המהרי"ח, וכך הוכיח גם החזו"א (ב"ק כג, כה) ששאר הראשונים חולקים על המהרי"ח, והוסיף שאפילו הריטב"א (המובא בהערה הבאה) חולק על המהרי"ח, ובאמת מפו' בריטב"א שהפועל אינו חייב יותר מכדי השכר שהיה אמור לקבל או מכדי המשכון, וכלהלן בהערה הבאה.

ולענין הטעם שחלקו הראשונים על סברת המהרי"ח שהפועל חייב מדין גרמי, ראה להלן בהערה הבאה דברי החזו"א, ובהערה 13 דברי המחנ"א והמהר"ל.

3. כן כתב הריטב"א בהדיא (עה, ב ד"ה להביא) "כל שלא שכר עליהן ולא הטען בסיפא דאיכא הפסד ממון, משתלם מהן כדי שכין או כדי החבילה שבאת לידו", וביאר טעם החיוב: "הטעם בתשלומין אלו הוא ממה שאמרנו למעלה, דכל שהבטיח לחברו וסמך חברו עליו ואלמלא הבטחתו לא היה בו לו שום הפסד, חייב לשלם לו אם פשע בדבר", והוסיף לבאר: "וא"ת, אם כן למה אינו שוכר עליהם אלא כדי כפל שכרן בלבד או כדי חבילה

### תוכן הענינים:

א | פסקי דינים - שכירות פועלים 7  
- פועל שחזר בדבר האבד / תשלום  
כשהפסיד את המעסיק וכשהיה הסכם  
ב | תורת המשפט - מטפלת שלקחה  
לעצמה שבוע חופש

### בית דין לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף  
ניתן לקבוע תור לדיונים בבתי הדין:

בירושלים:

בפ"ל: 052-7642-346 (בשעות 18:30-20:00)

בבית שמש:

בטל: 02-502-3637 (בשעות 18:30-20:00)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית  
ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות  
הדיינים דלהלן:

יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א /  
הגאון הרב אברהם בוטרמן שליט"א

יום ב' - צהריים

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

יום ב' - ערב

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א  
(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

יום ג'

הגאון הרב אברהם דרברמדיקר שליט"א

יום ד'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

יום ה'

הגאון הרב צבי ברוורמן שליט"א

בבית שמש - יום ה':

הגאון הרב שלמה שלזינגר שליט"א /  
הגאון הרב ברוך רובנוביץ שליט"א

### "עלון המשפט"

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה"  
בעריכת הר"ר ש. רוטמן  
© כל הזכויות שמורות.

תגובות והערות ניתן לשלוח לדוא"ל  
maanesimcha@gmail.com

ג) אכן דעת רוב הפוסקים שהפועל פטור לגמרי וא"א לחייבו כלל בהפסד המעסיק.<sup>4</sup> ולהלכה, החזו"א פסק שא"א לטעון 'קים לי' כשיטה הראשונה, וכתב שאפשר שניתן לחייב את הפועל לשלם מכיסו לכה"פ כפי השכר שהיה אמור לקבל על העבודה, או עד שווי המשכון שמסר הפועל בתחילה<sup>5</sup>, ולכן נראה שבסכום הזה יכול המעסיק לטעון לכה"פ 'קים לי' כמחייבים - אם המעסיק תפוס בממון הפועל.<sup>6</sup>

3. גם לדעת המחייבים את הפועל, היינו דווקא כשהפועל ידע מתחילה שהוא נשכר לדבר האבד<sup>7</sup>, וגם רק אם בשעה שנשכר היה

#### צינונים והערות

אפשר למצוא פועל אחר<sup>8</sup>, או במקרה שלא היה אפשר למצוא פועל אחר, אבל המעסיק לא היה מתחיל להתעסק עם הדבר בלי שהיה לו פועל<sup>9</sup>. בנוסף, אם בשעת התפטרות הפועל הראשון היה המעסיק יכול למצוא פועל חילופי, אלא שלא הזדרז לעשות כך ובסוף שוב אינו מוצא פועל אחר, אינו יכול לחייב את הפועל לשלם את כל ההפסד<sup>10</sup>.

4. יש אומרים שהמחלוקת בסעיף 2 היא רק באופן שבזמן ההתפטרות לא היה ברור שלא ימצא פועל חילופי, אבל אם בזמן ההתפטרות היה ברור לפועל שלא ימצא פועל חילופי והמעסיק יפסיד את הדבר, לכל

את הפועל בהפסד המעסיק, כי הרמב"ן (עו, ב) כתב בהדיא על הדין של שוכר עליהן "ומיהו אם לא שכר עליהן אלא הפסיד בהמתנתם אינם משלמים, שהרי לא קבלו עליהם לשלם, וכל זמן שלא נעשו שומרים אף על פי שפשעו פטורין", וכ"כ הנמוק"י (מו, ב) "אם לא שכר עליהם אלא הפסיד בהמתנתם אינם משלמים, שהרי לא קבלו עליהם לשלם, אלא שאם רצה בעל הבית שוכר עליהם".

הבית מאיר (שו"ת י) לא חילק בשיטת הריטב"א שא"א לחייב דמי כל ההפסד ואפשר לחייב רק כדי שכרו, והבין הריטב"א סובר שמחייבים את הפועל בדמי כל ההפסד, וכשיטת המהרי"ח (וצ"ע, כי מפורש בריטב"א שא"א לחייב יותר מכדי שכרו וכנ"ל, וכנראה הבית מאיר ראה את דברי הריטב"א רק בסוגיא דזולשפט שבריטב"א כתב שם שכך הדין גם בדין דבר האבד, ולא ראה את דברי הריטב"א בדבר האבד שכתב להדיא שא"א לחייב יותר מכדי שכרו), והבי"מ הסכים עם הש"ך הנ"ל שגם הנמוק"י מסכים עם המהרי"ח.

4. זו שיטת הראשונים שאינם סוברים שניתן לחייב מטעם גרמי, וגם אינם סוברים שיש כאן חיוב משום ערבות, וראה בהערה הקודמת שכך הוא לפי פשוטות לשונם של הרמב"ן, הר"ן והנימוק"י, [לולא האוקימתא של הש"ך המובאת בהערה 2].

5. החזו"א (ב"ק כג, כה) טען כמו הנת' הנ"ל שמוכח במחבר שחלק על המהרי"ח, והוכיח שגם שאר הראשונים חולקים על המהרי"ח, ופסק שאפילו אם המעסיק תפוס בממון הפועל אינו יכול לטעון 'קים לי' כהמהרי"ח, אבל סיים "ומיהו חלק ההפסד שכנגד שכרו אפשר דחייבין", והיינו בגלל שיטת הריטב"א. וכ"פ המלבושי יו"ט (שם) כהריטב"א. ונראה שכן סובר גם הנת' (שו, ו) כי פסק כמו הריטב"א, וכן הביא את שיטתו בעוד מקומות (קעו, לח. קפג, א).

6. כך נראה פשוט, כי בזה בנוסף לדעת הריטב"א [שהחזו"א כתב שאפשר שניתן לחייב על פין מצטרפת דעת המהרי"ח והתרוה"ד שהרמ"א פסק כמותם. אמנם אם הפועל מת והנידון הוא אם לחייב את היורשים, לפי הריטב"א היורשים חייבים כיון שהחוב הוא מדינאי, אבל לפי המחייבים משום גרמי, הדין תלוי במחלו' הפוסקים אם היורשים חייבים לשלם ממון שחיובו הוא משום גרמי [הש"ך פוטר את היורשים, לעומת הרמב"ן והמהרש"ל המחייבים].

7. ראה בעלון הקודם הערה 1 שהבאנו שכך פסקו המלוא הרועים והושב הכהן. 8. כי אם גם לולא שהפועל היה נכנס לעבודה היה הדבר אבד, א"א להאשים את הפועל בהפסד הדבר. וראה לעיל (הערה 2) שהמהרי"ח כתב שמה שימבו' בגמ' שאפשר לשכור עליו רק עד כדי שכרו [ולא יותר מדין גרמי] מדובר באופן כזה שהפועל אינו אשם בהפסד, והיינו שלדעתו גם באופן שההפסד היה קורה גם לולא הפועל המתפטר הוא מחויב עכ"פ עד כדי שכרו, אולם רוב הראשונים חולקים עליו שבכה"ג פטור הפועל לגמרי וכן פסק השו"ע, וכמו שהובא בעלון 100 דין 12 שבאופן זה א"א נחשב דבר האבד. ומ"מ גם המהרי"ח מסכים שאינו חייב לשלם ההפסד, אלא שלדעתו אפשר לכה"פ לשכור עליו והאחרים חולקים שא"א.

9. כי אם המעסיק לא היה מתחיל להתעסק עם זה כלל לולא שהיה לו פועל, אזי גם אם מתחילה לא היו פועלים אחרים, אבל סו"כ"ס הפועל אשם בהפסד המעסיק. וכגון בדוגמה שכתבנו בסעיף הקודם, שאף אם גם לולא הפועל המתפטר לא היה סבל אחר, אבל לולא שהפועל היה מסכם שיעשה את העבודה לא היה המעסיק שוכר את הרכב כלל.

10. כי אם היה אפשר למצוא פועל אחר אלא שהמעסיק לא הזדרז לשכור, ודאי שא"א לחייב את הפועל בהפסד המעסיק, וכך העמיד הש"ך (סקל"ט) את הרמב"ן והנמוק"י הפוטרים את הפועל, הגם שלפי הש"ך הם מסכימים עם המהרי"ח שפועל החוזר בו בדבר האבד חייב לשלם את כל ההפסד. ועיין בחזו"א (כג, כד ד"ה ש"ך) שנטוה לומר שהפועל יהיה חייב לשלם מצד שוכר עליהם כמה שהמעסיק היה צריך לשלם לפועל חילופי - אילו היה שוכר אותו בזמן.

(ולא דמי כל ההפסד), "ל דמסתמא היינו דאסיקו אדעתיהו שאם לא יוכלו לעשות שימצא לעולם פועלים בכפל שכרן ועל זה בלבד הבטיחוהו, וא"כ נתנו לו חבילה, דמסתמא הקנו לו חבילה שלהן להתחייב לו עד כדי דמיה".

ביאור דבריו. שהריטב"א סבר שכל מקום שמישהו שוכר פועל וע"ס דברי הפועל בא המעסיק לידי הפסד, חייב הפועל לשלם משום 'ערבות', והיינו שבהיא הנאה שיש לפועל שהמעסיק סומך עליו, הוא מתחייב בעצמו לשלם למעסיק את ההפסד שייגרם לו אם לא יעבוד. וכוונת הריטב"א במש"כ "והטעם בתשלומין אלו הוא ממה שאמרנו למעלה", הוא למש"כ בסוגיא של זולשפט (עג, ב) במי שמסר כסף לחבירו שיתעסק וירוויח בהם, ש"כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמך עליה ונותן לו ממנו משתעבד ליה משום ערב, וזה ענין שכירות פועלים דפרקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן", ולכן היה קשה לו שאם הפועל מקבל ע"ע להתחייב בהפסד של המעסיק, מדוע א"א לחייבו בכל ההפסד, ותרין שמון הסתם הפועלים אינם מחייבים את עצמם אלא בכדי השכר שהוטח להם, כיון שהם חושבים שהמעסיק לא יפסיד יותר מזה.

ולכא' צריך להבין בשיטת הריטב"א, מה החילוק בין סוגיא דזולשפט שמחייבים את השליח בכל דמי הרווח שהפסיד למשלח, לבין דין דבר האבד שמחייבים את הפועל רק כדי שכרו ולא יותר (שהרי בשני המקרים הפועל מתחייב שהמעסיק לא יפסד על ידו ודמי ההפסד הם יותר מכדי שכרו, וא"כ למה רק בזולשפט מחייבים את דמי כל ההפסד אף שהם יותר מכדי שכרו), וביאר החזו"א (שם), שבזולשפט השליח מתחייב מתחילה בדמי כל ההפסד כיון שהמשלח אינו יכול לדעת כלל שאינו מרוויח עם הכסף, ולכן הפועל אינו חושב שהמשלח יקח פועל אחר, אבל בדבר האבד, כיון שהפועל צמוד למעסיק והמעסיק ידע מיד כשהפועל יחזור בו, לא מתחייב הפועל מתחילה אלא כמה שבדד"כ עולה פועל חילופי, והיינו כפל משכרו, והוא לא חושב שהמעסיק לא ימצא פועל אחר במקומו וההפסד יהיה גדול יותר, ואף שבסוף לא מצא המעסיק פועל אחר וההפסד הוא יותר מכדי שכרו, אולם מתחילה לא חשב על כך הפועל כיון שבדד"כ יש פועלים אחרים, ולכן לא התחייב אלא כדי שכרו. (ולפי"ז ייצא, שבזמננו שיש קשר רציף בין המשלח לשליח אפילו אם נשלח לעבוד במקום אחר, גם הריטב"א לא יפסוק שמי שנשלח להרוויח בכסף חבירו כמו בזולשפט יהיה חייב בדמי כל ההפסד, כיון שבדד"כ המשלח ידע מיד שהשליח אינו עובד ויסדר שליח אחר, ורק אם ידעו מראש שהמשלח לא יצליח להשיג שליח אחר יהיה השליח חייב בדמי כל ההפסד, וכמו שכתבנו להלן בדין 5).

ובדרך האמורה ביאר החזו"א גם את הטעם שהרבה ראשונים (וכמו הרמב"ן, הר"ן והנימוק"י שניבא להלן) חולקים על המהרי"ח וסוברים שא"א לחייב את מלוא ההפסד מטעם גרמי, שכיון שבדד"כ אפשר למצוא פועל חילופי, לא עלה מתחילה על דעת הפועל שהמעסיק יפסיד, ולכן א"א לחייבו מדין גרמי. [והיינו שמה שכתב הריטב"א לבאר למה א"א לחייב מדין ערבות יותר מכדי שכרו, בזה הסביר החזו"א גם למה א"א לחייב כל ההפסד מדין גרמי]. אמנם, אין לחזו"א שום הוכחה שזו הסיבה למה אין לחייב משום גרמי, והוא דבר מחודש למאוד, כי בשלמא מש"כ הריטב"א מובן, כי כל הטעם של ערבות הוא מצד שהפועל מקבל ע"ע התחייבות, ולכן שייך לדון על מה התכוון להתחייב ועל מה לא, אבל חיוב גרמי אינו מצד התחייבותו של המזיק, אלא הוא חיוב או מדין אדם המזיק או מדין קנס, וא"כ קשה מאוד לומר שמתתייחסים לכונת הפועל.

המלבושי יו"ט (א, חו"מ ז ד"ה אמנם (ב)) כתב שכדעת הריטב"א שאפשר לחייב את הפועל מדין ערבות סוברים גם הרמב"ן, הר"ן והנמוק"י, אולם לא הביא שום הוכחה לדבריו שהראשונים האלו סוברים כן, ואדרבא, בדבריהם מפורש להיפך שא"א לחייב

הדעות אפשר לחייבו בכל ההפסד מדין 'מזיק בגרמי' כיון שההיזק היה ברור<sup>11</sup>, אבל יש הרבה חולקים שגם בזה א"א לחייב מצד גרמי, ולכן לדינא אי אפשר להוציא מן המוחזק<sup>12</sup>.

5. אם כבר מתחילה - משעת שכירת הפועל - היה ברור שאם הפועל שהתחיל לא ישלים את המלאכה היא תופסד בוודאי, דעת

#### ציונים והערות

הרבה ראשונים שאפשר לחייב את הפועל החוזר בו בכל ההפסד של המעסיק<sup>13</sup>.

דוגמאות לדין זה: (א) סופר סת"ם ששכרו אותו לכתוב ספר תורה שלם, שמכיון שידעו מתחילה שאם הס"ת יהיה עם שתי צורות כתב ירד הערך של הס"ת, לכן אם הסופר חוזר בו הוא חייב לשלם את הערך שהס"ת

מפראג והצמח צדק הסבירו שהטעם של החולקים על המהרי"ח הוא בגלל שהם פוטרם בגרמי בשוא"ת, וא"כ גם לדבריהם לא שייך דברי המלבושי יו"ט, וכן גם להסבר החזו"א שהבאנו שם למה לא שייך בניד"ד דינא דגרמי, ורק לדברי המחנ"א שהבאנו (שם) יהיה אפשר לומר כדבריו.

ואחר כל הנ"ל נראה, שגם מצד הנידון של המלבושי יו"ט המוחזק יכול לומר "קים לי", כי כבר נתבאר שרעק"א מביא שאפשר לומר קים לי כאלו שמחייבים גרמי בשוא"ת גמור, אפילו במקרה של כובש עדותו שאינו חייב גמור אלא חיוב מכוח השבת אבידה, ומצד כל החולקים שהבאנו ושהרמ"א (ס"ס קנה) נראה שפוסק כן, נראה ודאי שאפשר לומר "קים לי" שיהיה פטור, ולכן א"א להוציא ממון על סמך המלבושי יו"ט.

13. הנה זה פשוט שלדעת המהרי"ח שמחייב בכל דבר האבד משום דינא דגרמי, גם כאן יהיה הפועל חייב בכל ההפסד. אלא שבאופן זה יש מקום לדון שיתכן שגם ראשונים נוספים יסכימו שהפועל חייב מדין גרמי.

ומצאנו שרעק"א הסתפק בדין זה, שהנה הרמ"א פסק שסופר שמתפטר באמצע העבודה נחשב לדבר האבד, והסמ"ע (ס"ק כ) הסביר "דספר הנכתב בכתיבת יד שני סופרים הוא מנומר ומיקרי מקולקל", וכתב רעק"א על הרמ"א "למה דכתב בהגהת שו"ע לקמן ס"ו דאם לא שכר אחרים א"צ לשלם הזיקו, והכא בספר דאין לתקן המעוות ע"י סופר אחר, ואם לא ישכור הוי כנאבד החפץ דא"צ לשלם הזיקו... ואולי בזה כיון דידוע שא"א לתקן הוי כקבל עליו לשלם גוף הדבר הנאבד, וצ"ע לדינא", והיינו שרעק"א הקשה על הרמ"א, שהרי כל הדין בדבר האבד הוא שאם המעסיק מוצא פועל אחר הוא יכול לשכור אותו על חשבון הפועל שהתפטר, אבל אם לא שכר פועל חילופי פטור הפועל הראשון, ואפילו אם החפץ הלך לאיבוד בגללו, וא"כ מאחר שבס"ת א"א לשכור סופר אחר כי הס"ת ייראה מנומר, בכל מקרה יהיה הפועל פטור שהרי א"א לשכור עליו, וא"כ למאי נפק"מ מה שכתב הרמ"א שזה נקרא דבר האבד, ותיריך רעק"א בדרך אפשר, שאולי כיון שהסופר ידע מראש שאם לא יסיים יפסיד המזמין, לכן הוא מתחייב מתחילה שאם יפסיק ישלם את ההפסד, ולכן כתב הרמ"א שזה נחשב דבר האבד.

ובדברי הריטב"א הנ"ל (הבאנו לשונו בהערה 3) נפשט ספיקו של רעק"א, כי הריטב"א חילק בין דין הסוגיא של זולשפט לבין דין פועל החוזר בו בדבר האבד, שאף שבשניהם החיוב הוא מדין ערבות, מ"מ בזולשפט חייב השליח בכל הפסד המשלח, משא"כ בדבר האבד סובר הריטב"א שהפועל חייב רק כדי שכרו, וטעם החילוק ביניהם כתב הריטב"א שבדבר האבד **דמסתמא היינו דאסיקו אדעתיהו שאם לא יוכלו לעשות שימצא לעולם פועלים בכפל שכרן ועל זה בלבד הבטיחוהו**, והיינו שכיון שהפועל חשב שהמעסיק ימצא פועל אחר לכן לא התחייב יותר מלכתחילה, וא"כ באופן שהפועל ידע מראש שלא יהיה לו מחליף, סובר הריטב"א שהדין הוא כמו בזולשפט שהפועל מתחייב בכל ההפסד. וכן הבין החזו"א (כג, כה ד"ה ולכאורה) בשיטת הריטב"א, וא"כ נפשט ספקו של רעק"א לדעת הריטב"א, שהסופר באמת חייב לשלם את מלוא הפסד של המזמין.

והנה אף שכתבנו לעיל שהראשונים חלקו על הריטב"א שאין בדבר האבד חיוב מצד ערבות, אכן בנידונו יש משמעות בר"ן ובנימוק"י שסיכמו לריטב"א שהפועל מתחייב לשלם ההפסד, וכפי שנסביר. שהנה בסוגיא דזולשפט חלקו הר"ן והנימוק"י על הריטב"א, וכתבו שהשליח אינו חייב לשלם את הפסד המשלח אלא א"כ חייב את עצמו בפירוש, וביארו הטעם בזה, שהשליח אינו מזיק ממש את המשלח אלא רק מונע ממנו רווח, וז"ל הנימוק"י (מד, א) "ודוקא בשהתנה עמו שאם לא יקנה לו ישלם כמו שנמכר בזול, אבל אי לא אתני, אף על גב דפשע ולא זבן פטור, דמבטל כיסו של חברו הוא", וכ"כ הר"ן. מאידך, בפועל שחזר בו בדבר האבד כתבו הראשונים הנ"ל שהפועל אינו חייב בהפסד מטעם שבאופן זה אין הפועל מתכוון להתחייב בהפסד, וכמש"כ הנימוק"י (מו, ב) "אם לא שכר עליהם אלא הפסיד בהמתנתם אינם משלמים, שהרי לא קבלו עליהם לשלם, אלא שאם רצה בעל הבית שוכר עליהם". ומעתה כיון שכל הסיבה שחלקו על הריטב"א בזולשפט היא מכיון שאין כאן אלא מניעת רווח, והסיבה שחלקו עליו בדבר האבד היא מכיון שלא חייבו את עצמם כי חשבו שהמעסיק יוכל לשכור פועל חילופי, א"כ באופן שכתבנו למעלה שהפועל

11. כ"כ המלבושי יו"ט (שם), מטעם שב'ברי הזיקא' כו"ע מודים שאפשר לחייב מדין גרמי, ובזה העמיד את הרמ"א שפסק כמו המהרי"ח, שמדובר במקרה שהיה ברור שהמעסיק יפסיד בגלל התפטרותו של הפועל, ובזה דחה גם את הוכחת הנתי' (ראה בהערה 2) שהמחבר אינו פוסק כהרמ"א, כי המחבר אינו מדבר במקרה של ברי הזיקא ולכן לא חייב אלא כדי שכרו.

12. כי הנה על אף שהמלבושי יו"ט כתב בפשיטות שכיון שהוא ברי הזיקא חייב מדין גרמי, אולם עדיין הדין תלוי במחלו' ראשונים גדולה אם אפשר לחייב מדין גרמי ב'שב' ואל תעשה', והיינו שההיזק לא נבע מפעולה אקטיבית בקום ועשה, וכלהלן. ישנם ראשונים שכתבו שמי שידוע עדות בחבירו ואינו מעיד חייב מדין גרמי, אף שלא עשה מעשה היזק בקום ועשה, כ"ד הריא"ז (הובא בשלטי הגיבורים ב"ק כד, א אות ב) וכ"פ רבינו ירוחם, וכתב רעק"א (גליון סי' כח, ש"ך ס"ק ב) "בתשובת משאת משה חח"מ סי' ס"ג כתב דהכא יכול לומר ק"ל כריא"ז ורבינו ירוחם שכ"כ עדים שכובשין עדותן דחייבין בדיני אדם לשלם".

וכן פסק הרמ"ה בציור אחר, והובאו דבריו בטור (ריש סי' קנז) "מאן דמתחייב למגדר בינו ובין חבירו ולא גדר, ואתו גנבי וגנבי ליה מידי דרך הגדר, חייב לשלומי ליה, וכן כל הגורם לאפסודי ממונא דחבריה כי האי גוונא, אף על גב דלא עביד מעשה", ולמד כן מדין מחיצת הכרם שנפרצה, שאם בעל הכרם לא גדר וגדלו כלאים אצל השכן הוא חייב לשלם משום גרמי, וכמבואר בגמ' (ב"ק ק, א) "רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי... הי רבי מאיר... מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדר, נפרצה אומר לו גדר, נתייאש ממנה ולא גדרה ה"ז קידש וחייב באחריותו", והסבר איית הרמ"ה כתב הקה"י (ב"ב ג, ג), שהרמ"ה סובר שכיון שטעם חיוב ההרחקה הוא משום עבודת הכרם של בעל הכרם, לכן בעל הכרם הוא גם האחראי על התוצאות מזה שלא גדר והרחיק. הגם שבעל הכרם מזיק רק בשוא"ת, וא"כ רואים שסובר שגרמי חייב גם בשוא"ת. והב"ח (קנז, ה) פסק כמו הרמ"ה, והרמ"א הביא את דעת הרמ"ה (ס"ס קנה, ועיי"ת בביאור הגר"א ס"ק קל שהביא גם את החלק הזה שסובר שהוא חייב לשלם על הגניבות שקרו בגלל שלא גדר), ולפי דבריו גם בניד"ד הפועלים יהיו חייבים, שכיון שהיו חייבים להמשיך לעבוד הם חייבים לשלם את התוצאות מזה שלא עבדו, הגם שהזיקו באופן של שוא"ת. וכן יהיה הדין לפי הש"ך (סו, נד) הסובר שירוש שאינו נשבע שבועת הירשים חייב משום גרמי.

אבל יש גם הרבה שחולקים על הראשונים הנ"ל וסוברים שאין חיוב גרמי בשוא"ת. ואחד מהם הוא המאירי (פירושו לב"ק נו, א) שכתב "הידוע עדות לחברו ואינו מעיד, בין שהם שנים שכבישת עדותם מפסדת ממון, בין שהוא אחד שכבישת עדותו מפקעת שבועה, פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים, שאף גרמא אין כאן הואיל ואין כאן מעשה... ושמא תאמר והלא במחיצת הכרם שנפרצה (ב"ב ב' ב') אם נתיאש בעל הכרם ולא גדרה חייב באחריותה, יראה לי בו שמ"מ יש כאן מעשה שלו, והוא שגפניו מתפשטים מתוך גדולם ומקדשים את התבואה", ולשיטתו גם בניד"ד יהיו הפועלים פטורים כיון שהם גורמים את ההיזק בשוא"ת, ואין לומר שכאן חמור יותר כיון שאסור להם להתפטר בדבר האבד, כי גם במחיצת הכרם אסור להשאיר בלי מחיצה, ובכ"ז לדעת המאירי בעל הכרם אינו חייב מחמת זה אלא בגלל שהכרם שלו מזיק בפועל.

גם הרא"ש (ב"ק, יג) סובר שאין דין גרמי בשוא"ת, כי כתב שהגדר של גרמי הוא "והיכא דהוא בעצמו עושה היזק לממון חבירו וברי הזיקא הוא הנקרא דינא דגרמי", וכתב לבאר למה חייב בנפרצה הכרם ולא גדרה כי זה שהתייאש "הוי כעושה מעשה בשל חבירו", (וכן הוא לשון האו"ז ב"ק קלג, והמרדכי ב"ק קיט), וגם חלק על הרמ"ה בדין הנ"ל וטען (הובא בטור שם) "דאפילו פורץ גדר בפני בהמת חבירו בידים פטור מדיני אדם על הבהמה", והרמ"א (ס"ס קנה) הביא את דעתו.

גם הרמב"ן (קונטרס גרמי) נראה שסובר כן, כי כתב בטעם החיוב בנפרצה הכרם "דלא מתטר מחמת ערבות לחודיה, אלא מפני שנתיאש מלגדור, ויאושו הוא הגורם האיסור והוא הגורם לו להתחייב... ויאושו ומחשבתו הוא שאסרו והוא שחייבו לשלם", והוא כמו במפגל שהכהן חייב משום מחשבתו. ועכ"פ רואים מדבריו שאין חיוב בשוא"ת ממש.

גם הקצוה"ח (סו, כא) כתב "דינא דגרמי לא שייך אלא היכא שעשה היזק במעשה או בדבור", והשיג בכך על הש"ך הנ"ל. והנה להלן (בהערה הבאה) הבאנו שהמהר"ל

## אם היה הסכם מפורש למקרה שהפועל יחזור בו

6. כל מה שכתבנו בסעיפים הקודמים, מתי וכמה מחייבים את הפועל החוזר בו לשלם את הפסד המעסיק, היינו רק אם לא היה הסכם מפורש ביניהם למקרה כזה, אבל אם היה ביניהם הסכם מפורש שמחייב את הפועל בפיצויים למעסיק אם יחזור בו, הדין תלוי<sup>16</sup>, וכלהן בסעיפים הבאים.

### ציננים והערות

הדין, בדר"כ אנו אומרים שמכיון שבאמת לא היה מחויב בזה בוודאי לא הייתה לו סמיכות דעת גמורה להתחייב, והנידון אצלנו הוא, האם במקרה שחזרת הפועל גורמת הפסד למעסיק אנו כן אומרים שהייתה לו סמיכות דעת להתחייב בזה, וכלהן. והמקור שממנו באו הפוסקים לדון במקרה שהחזרת הפועל גרמה הפסד למעסיק, הוא במשנה (ב"מ קד, א) שכתבה "המקבל שדה מחבירו והובירה [פשע ולא טיפל בה], שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו, שכן כותב לו, אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", ומבו' בגמ' (שם ע"ב) "ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר, אי מוברנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי... רבא אמר, אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ולרבא מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, התם לא קא גזים, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא גוזמא בעלמא הוא דקגזים". בנוסף דנה בזה הגמ' במקו"א (עג, ב) בסוגיא דזולשפט, והיינו מי ששלח את חבירו שיקנה בשבילו יין במקום הזול, ובסוף לא קנה השני את היין והפסיד המשלח את הרווח, ואמר רב אשי שהשליח פטור משלום, "מאי טעמא, אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, התם בידו, הכא לאו בידו". ומבו' בסוגיית הגמ' הנ"ל שיש שני תנאים כדי שתחול התחייבות לשלם כשאינו מחויב בכך: תנאי אחד, שהוא מתחייב כך תמורת דבר שהוא אמור לעשות ושבידו לעשות זאת. תנאי שני, שהוא אינו מגזים בהתחייבות שלו - ביחס להפסד - אם לא יעשה את הדבר.

והנה הראשונים דנו מה הסיבה שאם התקיימו התנאים הנ"ל שחלה חובת תשלום במשנה "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", ויש מזה נפק"מ לדינא האם וכמה אפשר ללמוד מהדין הזה למקומות אחרים, וכלהן.

שיטה א'. ר' האי גאון (ספר המקח משפטי התנאים סעיף ז) יש לו דרך מיוחדת בגדר החיוב, והוא שהפועל חייב מעיקר הדין לשלם את הפסד בעל השדה מדין מזיק, ולדעתו אין חילוק אם התנו מתחילה שהפועל מתחייב בכך או לא, [ואדרבה, אם היינו צריכים להגיע לתנאי ולא היה חובה מעיקר הדין, לא היה מועיל התנאי כיון שזו אסמכתא, ומש"כ במשנה שכן כותבים, היינו רק לומר שהתנאי אינו מגרע], וז"ל: "זה שאמרו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ופי' הדבר כי מי שקבל שדה מחבירו לעבדה ובאה ברשותו על אופן שקבלו ממנו, חייב להשלים כל מה שקבל, ואם פשע נעשה מזיק ונתחייב במה שאמר הכתוב מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם". וכ"כ המהר"ם מרוטנברג (פראג רצח) "ומה"ט נמי לא דמי למבטל כיסו של חבירו, דהתם בידו לעובדה ומזיק בגוף הקרקע במה שהובירה", וכן המאירי (עג, ב) הביא פשט כזה "ויש מפרשים התם בידו, ומאחר שבידו היה ולא עשה הרי הוא כמזיק בידים".

ביאור שיטה זו נראה, שכיון ששדה חרושה שווה יותר משדה בורה, א"כ בזה שהפועל לא עבד והוריד את ערך השדה הזיק את השדה בידיים, ולכן הוא חייב כמזיק רגיל, אפילו אם לא סיכמו כלל מתחילה שהוא מתחייב לשלם. ולפי זה א"א ללמוד מכאן למקרה אחר של פועל שחוזר בו בדבר שאין בו הפסד ממש, ואפילו בדבר האבד של ממון, מ"מ ברוב המקרים אין הפועל גורם בהתפטרותו שום נזק ממוני ממש, וכגון מלמד שחוזר בו בזמן שא"א למצוא מלמד אחר כמוותו, שאף שהוא דבר האבד כי התלמידים נשארים בלי מלמד, אולם אין כאן דבר ממשי שניזוק. אמנם, האבן האזל (מכירה יא, א) הבין שרה"ג הגדיר את הפועל כמזיק בגלל עצם הדבר שהמעסיק סמך עליו שיעבוד, ולפי"ד כל דבר האבד של ממון יהיה לרה"ג בגדר מזיק גמור, וצ"ע.

שיטה ב'. המרדכי (ב"ק ס' קטו) למד בדומה לרה"ג שחיוב הפועל ב'אם אוביר' הוא מטעם מזיק, אבל אינו מזיק ממש אלא בגדר 'גרמא', ולכן כדי לסלק את הפסד של 'גרמא' בניזיקין פטור צריך שהפועל יתחייב מפורשות, והיינו שבניגוד לרה"ג שסבר שאין חילוק אם הפועל מתחייב או לא, לדעת המרדכי בלי התחייבות יהיה הפועל פטור, אבל התחייבות לבדה אינה מספיקה אלא צריך שיהיה לכה"פ בגדר גרמא, ולמד מזה יסוד לכל גרמא "ומכאן אתה למד לכל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום לו הפסד שהוא חייב". ואחרי שהמרדכי למד מזה לכל מקרה של גרמא ולא רק לשכירות פועלים, רואים שסבר שהגדר הוא מדינא מהל' מזיק, שהגם שגרמא בנזקין פטור, אבל אם קיבל עליו לשלם הוא חייב, ואי"ז תקנה רק למקרה זה. כמו"כ, לפי"ד אפשר להתחייב בתשלום אפילו באמירה בעלמא ול"צ קנין דווקא. אמנם, גם לפי"ד א"א ללמוד מזה לדבר האבד שאינו של ממון וכמו בדוגמה הנ"ל של

יורד, ואפילו אם קיבל את התשלום מראש הוא צריך להחזיר כשיעור הנ"ל לפטור אינם שייכים, יסכימו גם הם שהפועל חייב אפילו אם לא התנה במפורש מראש, ולא מטעם שהזיקו בגרמי, אלא בגלל התחייבות וכו"ל. והנה דברי הנימוק"י הנ"ל בזולשפט הם העתק לשון הרא"ש (ב"מ ה, ט), וא"כ נראה שגם הוא יחייב בכה"ג כיון שזה לא רק מניעת רווח אלא הפסד ממש, אלא שבדבריו אין מבואר אם החיוב הוא מטעם גרמי או מטעם התחייבות. בנוסף לכל הנ"ל יש להוכיח שבנידוננו אפשר לחייב את הפועל, כי דברי המפרשים נאמרו כמה הסברים למה סברו רוב הראשונים שאין דין גרמי בפועל החוזר בו בדבר האבד ודלא כדעת המהר"ח, ולפי כמעט כל הטעמים יהיה שייך דין גרמי במקרה שהיה ברור מראש שהמעסיק יפסיד אם הפועל יחזור בו. וכלהן.

א) הנה כבר הבאנו לעיל הערה 3 שהחז"א ביאר הטעם שאין בדבר האבד חיוב גרמי, כיון שהפועל לא חשב מתחילה שישלם בזה שמתפטר, כי היה בטוח שהמעסיק ימצא פועל חילופי, ולפי"ז בנידון דנן כו"ע יסכימו שכיון שההפסד היה ברור מראש חייב הפועל מדינא דגרמי.

ב) טעם נוסף כתב המחנ"א (שכירות פועלים ס' ז ד"ה אבל לענ"ד), שזה שאין בדבר האבד דינא דגרמי הוא מכיון שהנזק אינו נעשה מיד (ותירוץ זה נכון רק לפי התוס' (ב"ב כב, ב ד"ה זאת אומרת) והרא"ש (ב"ב ב, יז) שסוברים שהגדר של גרמי הוא היזק מיידי, אבל לחולקים על התוס' אינו מיישב), ולפי טעם המחנ"א, אם ההיזק מחזרת הפועל הוא מיד, אכן חייב הפועל מדין גרמי. וא"כ הדין שאין חיוב גרמי בדבר האבד הוא רק באופן שלא היה ידוע מראש שאם הפועל יחזור בו יפסיד המעסיק, אבל אם היה ידוע מראש שאם הפועל יחזור בו יפסיד המעסיק, חייב הפועל מדין גרמי, שמכיון שהמעסיק סמך על הפועל והוציא ממון על סמך הבטחתו, ודאי נחשב שהפועל הפסיד אותו מיד כשהוציא את הממון ולא בשעת ההתפטרות.

ואת היסוד הזה כתב המשפט המזיק (חלק ב' טו, ב), והביא לזה הרבה ראיות, וביניהן תשו' הרא"ש (קד, ו) שנפסק ברמ"א (שלג, ח) שכתב שאם אחד הזמין כלי אצל אומן ואח"כ ביטל הזמנתו, חייב המזמין לשלם את הוצאות האומן מדין גרמי, הגם שההיזק לא נעשה מיד, והרא"ש הוא בעל השיטה שכדי לחייב משום גרמי צריך שההיזק יהיה מיד, וע"כ שכיון שהאומן סומך על המזמין ומוציא הוצאות על פיו נחשב שההיזק נעשה מיד בשעת ההזמנה ולא בזמן הביטול.

ג) הצמח צדק (חי' ב"מ ריש פ"ו) והמהר"ל מפראג (חי' לב"מ עו, ב ד"ה אין) כתבו שאין בדבר האבד דינא דגרמי בגלל שהוא היזק ב'שב ואל תעשה', ולמעשה היא מח' ראשונים וכפי שהארכנו בהערה הקודמת. וגם לפי טעם זה, כיון שנחשב שההיזק נעשה מיד מתחילה וכו"ל, א"כ ההיזק הוא בקום ועשה. (הטעם הנוסף שכתב המהר"ל צ"ע, שהרי אסור לפועל לחזור בו בדבר האבד).

14. ובזה יסכימו גם החולקים על הריטב"א בסוגיא דזולשפט, כיון שלא מדובר במניעת רווח בלבד אלא בהפסד ברור.

15. והגם שלא היה בטוח שהרעיון יצליח ויתכן שבכל מקרה היה יורד הכסף לטמיון, מ"מ אם היזם חוזר בו באמצע הוא צריך לשלם למשקיע, כיון שגרם למשקיע להוציא כסף על חינם. וראיה לזה יש להביא מהרמ"א (יד, ה), שכתב בדין בעל דין שאמר לצד השני "לך ואני אבוא אחרך", והיינו שאמר לצד השני שיוציא ממון כדי ללכת לבי"ד ובסוף הוא עצמו לא בא, שהוא חייב לשלם לצד השני את כל הוצאות הדרך שהיו לו, והגם שיתכן שהצד השני היה מפסיד בדין תורה, מ"מ כיון שגרם לו להוציא ממון לחינם הוא חייב להחזיר לו, וא"כ ה"ה בנידוננו שכיון שהיזם גרם שהמשקיע יוציא כסף לחינם הוא חייב לשלם לו.

ועיין רעק"א (סוף תשו' קלד ד"ה ולזה) שכתב שגם הראב"ד (זו"מ י, כד) שכתב במקרה שצד הכלה ביטלו את השידוך שהם פטורים מלהחזיר את דמי מסיבת השידוך לצד החתן, מ"מ יודה בדין הנ"ל שהפועל חייב, כיון שבדין הראב"ד לא אמרו צד הכלה לחתן לעשות את הסעודה, אבל במקרה הנ"ל שאמר לו בפירוש להוציא ממון, לכו"ע (היינו לדעת הראב"ד הנ"ל וכו"ש לדעת הרמב"ם שחולק על הראב"ד שהכלה חייבת) כיון שגרם שההוצאות יהיו לשווא חייב לשלם.

16. הנידון בסעיפים הבאים - לגבי התחייבות הפועל לשלם פיצויים למעסיק, הוא נידון בהלכות 'אסמכתא', והיינו שאם אדם מקבל על עצמו חיוב שאינו מחויב מעיקר

ולעניין סוג ההסכמה הנדרשת כדי שתחול התחייבות הפועל לשלם פיצויים, נחלקו בזה הראשונים והאחרונים<sup>17</sup>, י"א שצריך שהתחייבות

#### צינונים והערות

מלמד, כיון שאין כאן גרמת הפסד ממון.

שיטה ג'. בניגוד לשיטות הנ"ל, התוס' (ב"מ סו, א ד"ה ומניומי) ועוד ראשונים סוברים שהחוב באם אוביר אינו בגדר מזיק כלל, והחוב הוא רק מצד ההתחייבות של הפועל, והסיבה שאין בזה בעיה של אסמכתא, היא מכיון שהפועל גורם הפסד למעסיק והוא מתחייב פיצוי הגיוני להפסד שגרם, והם כתבו במפורש שההתחייבות תקפה גם במקרה של הפסד שאינו ממוני וכמו מלמד שהתפטר, כי גם בזה הוא גורם הפסד למעסיק בזה שהתלמיד אינו לומד.

שיטה ד'. הרבה ראשונים מביאים בשם ר' האי דרך אחרת, ובדומה לדרך הראשונה - גם לפי הדרך הזאת מעיקר הדין אין חילוק אם הפועל התחייב מתחילה או לא, שהרי ממילא אין תוקף להתחייבות כיון ש"כל דאי לא קני", אלא שבניגוד לדרך הראשונה ברה"ג שהחוב הוא מעיקר הדין גם בלי שהתחייב, לדרך השנייה החוב ב"אם אוביר" אינו מעיקר הדין אפילו אם התחייב, אלא הוא תקנת חז"ל לחייב את הפועל, וז"ל הרמב"ן (עג, ב ד"ה ולרבא) "פירש רבינו האי גאון ז"ל, דלא למימרא דהתם לא הוי אסמכתא מדינא, דודאי אסמכתא הוא, דהא אסיקנא לעיל (ס"ו ב') כל דאי לא קני, לא שנא בידו ולא שנא לאו בידו, אלא מתנאי (אם אוביר) משום תנאי ב"ד הוא דמתחייב", וכדבריו סתם הרשב"א (שם ד"ה משלם ליה), ובח' הר"ן (ד"ה התם בידו) ביאר יותר "היינו טעמא, משום דכיון דהאי גברא סמיך עליה, קנסי ליה רבנן לחיוביה כנגד הפסדו של זה", והכסף משנה (מכירה יא, ז) ר"ל שגם הרמב"ם סובר כן. אמנם, גם לפי השיטה הזאת ברה"ג אין התקנה מצומצמת רק למקרה של פועל בשדה, כי הגמ' הקשתה למה אין הדין כן בסוגיא דזולשפט, וביאר הרמב"ן את קושיית הגמ' "מאי שנא דלא תקון רבנן הכא דלישלם ומאי שנא התם דמשלם", וא"כ מפורש שהתקנה היא גם בכל הדומה לפועל בשדה וחייב לשלם. וכ"כ הר"ב (רז, טז יח) "ולכך נראה לי דהא ודאי מודה רבינו האי דכל היכא דהוי בידו ולא גזים משלם, אלא שהוא סובר שאינו מן הדין אלא מן התקנה". (הרמב"ן ב"מ קד, א) והמגיד משנה (שכירות ת, יג) הביאו שהדרך הזאת מבו' בתשו' לרה"ג המובאת ע"י הר"י אלברצלוני, והאבן האזל מקשה את הסתירה בדברי רה"ג, וכתב שבהכרח שרה"ג חזר בו ולא ידוע מה סבר באחרונה).

והנה ישנה הנהגה קדומה של "קנס בשידוכין", והיינו שנהגו ששני הצדדים מתחייבים בשעת השידוך, שאם אחד מן הצדדים יבטל את השידוך הוא מתחייב בקנס לצד השני, ודנו הראשונים והפוסקים למה הקנס תקף ואין בזה חסרון של אסמכתא, והשוו את המנהג בזה לגדרים הנ"ל שנאמרו ב"אם אוביר", וכלהן. התוס' (הנ"ל) כתבו וז"ל: "מיהו קנס שעושין בשעת שידוכין מהני... דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו, וכן אם קבל עליו המלמד בשעה שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אין זה אסמכתא, דלא חשיב גזום כיון שמפסידו, והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דלאו אסמכתא היא". וכן מובא גם במרדכי (ב"מ ס' שפט) בשם האו"ז (ב"מ ס' קפח, והוא מביא כן בשם הר"ש) והסמ"ג. וזוהי שיטת התוס' הנ"ל שכל שהוא מתחייב בפיצוי תמורת הפסד שהוא גורם לשני אין בזה חסרון אסמכתא, והחידוש בדבריהם, שאף שלא גרם הפסד ממוני לשני, מ"מ כיון שהוא דבר האבד לשני אין ההתחייבות בגדר אסמכתא.

לעומת התוס', הרמב"ם (מכירה יא, יח) כתב וז"ל: "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין, ואחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זו היינו עושין בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומין להם".

והנה מזה שהרמב"ם הוצרך להגיע לפתרון הנ"ל של חכמי ספרד כדי לתת תוקף לקנס בשידוכין, נראה ברור שלא סבר כהתוס' שאין כלל חסרון אסמכתא בקנס בשידוכין, ולדעתו לא מספיק הנזק של הבושה כדי שההתחייבות לא תהיה בגדר אסמכתא, אלא שמכיון שק"ל דין "אם אוביר ולא אעביד", ע"כ שהרמב"ם מחלק בין הפסד ממוני ממש שאז החוזר בו חייב, לבין דבר האבד שלא בממון ששם החוזר בו פטור, ולכן הבושה אינה מספקת כדי שלא יהיה בזה חסרון אסמכתא.

גם בטור משמע שהרמב"ם חולק על התוס', כי אחר שהביא את הרמב"ם כתב שאביו הרא"ש כתב שהנזק של הבושה מספיק שלא יהיה אסמכתא וכדברי התוס'. וכך משמע ברור גם בשו"ע (רז, טז), כי מתחילה העתיק המחבר את דברי הרמב"ם הנ"ל, ואח"כ הוסיף בשם י"א "שקנס שעושים בשידוכים לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא" ומטעם הבושה. וכן משמע ברמ"א באבה"ע (ג, ו), כי שם הביא המחבר

תהיה בקניין דווקא, וי"א שלא צריך קנין. ולכל הדעות מועילה התחייבות בשטר<sup>18</sup>, וכן מועילה התחייבות אם היא כתובה בחוזה<sup>19</sup>.

רק את דעת הרמב"ם שצריך לעשות כחכמי ספרד "בענין שלא יהא אסמכתא", והוסיף ע"ז הרמ"א "ויש אומרים דכל קנסות שעושים בשידוכין אין בהם משום אסמכתא". גם הנחלת שבעה (סי' ח עמ' קה) הבין שהב"י והרמ"א למדו שלדעת הרמב"ם יש חסרון אסמכתא בקנס בשידוכין, אלא שהנחלת שבעה רצה לחלוק עליהם ולומר שגם לרמב"ם אין בעיה של אסמכתא. אכן לרעק"א (תניינא עה ד"ה לענ"ד) היה פשוט כנ"ל שהרמב"ם חולק.

וכ"כ הרשב"ש (שפז ד"ה כתבת) במפורש שדעת הרמב"ם שהקנסות בשידוכין הן אסמכתא, וכתב שלא רק הרמב"ם סובר כך, אלא כך גם דעת רה"ג שכתב שכל דאי"י הוא אסמכתא. וכן הרמב"ן, הרשב"א והר"ן וכו' הסוברים ש"אם אוביר" מועיל רק מחמת תקנה (כדעת תשו' רה"ג שהובאה בר"י אברצלוני), גם לדעתם יש חסרון אסמכתא בקנסות בשידוכין. ומדבריו נסתר חידוש הדברי מלכאל (ג, קנה), שכתב בדעת רה"ג [בדרך הרמב"ן וסיעתו] שכיון שהתקנה היא גם בדומה לפועל בשדה וכו', א"כ זה גם הטעם שמועיל הקנס בשידוכין ומשום הבושה, וז"ל "שהתקנה היא תקנה כללית דהיא דאיכא שמין הפסד שוב אין דנים דין אסמכתא". והנה דבריו נסתרים מהריב"ש שכתב שלפי ההסבר של תקנה אין זה שייך בשידוכים, וע"כ שכיון שאין הפסד ממוני הרי זה אסמכתא, אכן מלבד זה צ"ע מנין לו שרה"ג וסיעתו סוברים את הטעם של בושה שנאמר בתוס' לפי שיטתם.

והנה הב"י מביא שבנוסף לטעם של בושה נאמרו דרכים נוספות ליישב זה שחלים הקנסות שעושים בשידוכין, וצ"ע בדעתם מה הדין בכל פועל החוזר בדבר האבד שאינו של ממון אם יש בזה חסרון אסמכתא. אכן גם התוס' הנ"ל הביאו דרך אחרת למה חלים הקנסות [מדין סיטומתא], ובכ"ז פסקו שמלמד החוזר בו חייב וכמו בשידוכים מטעם דבר האבד. ומ"מ הטעם של בושה הובא בשו"ע ונפסק ברמ"א.

17. דנו בזה: הרמ"א (רז שם), הש"ך (סק"ד) והקצות (סק"ז) והשער משפט (סא, ב), שהנהגה על דברי התוס' בשידוכין שהביא המחבר, הוסיף הרמ"א "מיהו קנין צריך", והש"ך חלק עליו וכתב שא"צ קניין, ראשית שהרי מקור הדין הוא "אם אוביר ולא אעביד" ושם לא נזכר שצריך קניין, ושנית שמבו' בראשונים (כמו התוס' המובא בהערה הקודמת) שפועל יכול לחייב עצמו בקנס ולא כתבו קניין. אבל השער משפט והקצו' הסכימו עם הרמ"א ודחו את הראיה מאם אוביר, כי שם כתב הפועל את ההתחייבות בשטר כמבו' במשנה, והתחייבות בשטר נחשבת לקניין כמבו' בשו"ע (ס' מ), ומכיון שהחוב אינו משום היזק או גרמא אלא משום התחייבות פשוטה לכן צריך כתיבה דווקא, או במקום שנהגו לכתוב שנחשב כאילו כתבו אף שלא כתבו, וכמבו' בשו"ע (מב, טו) "לשון שרגילים לכתוב בשטרות אף על פי שאינו מתיקון חכמים אלא לשון שנהגו ההדיוטות לכתוב במקום ההוא הולכים אחריו ואפילו לא נכתב דנין אתו כאילו נכתב". ואת הראיה השנייה של הש"ך דחה הקצו', שאצל פועל התחלת המלאכה היא הקנין וזה מה שמחייב את הקנס.

אכן צ"ע בדברי הקצו' והשער משפט, א', לא כל הראשונים סוברים שמועיל כתיבה כדי להתחייב וכמש"כ הש"ך (מ, ב), ולשיטתם לפי הקצו' והש"ך צריך הסבר אחר במשנה. ב', הש"ך (מ, ד) כותב שאפילו בכתיבה בשטר, ההתחייבות חלה רק כשעושים את ההתחייבות באופן מוחלט, אבל אם תולים את ההתחייבות בתנאי אחר יש חסרון של אסמכתא, וז"ל "ולי נראה לדעת הר"י והרמב"ם, דדוקא הכא מהני כשהייב עצמו בשטר או באתם עדי כיון שמחייב עצמו מיד בלי תנאי... וכן מדוקדק למעיין בלשון הרמב"ם שהתחיל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל כו' חייב". ואין לתרץ (בקושיה ב') שחלוק פועל שהוביר את השדה מנידון הש"ך כיון שהפועל גרם הפסד למעסיק, וא"כ זה מסלק את החסרון של אסמכתא רק בעצם ההתחייבות אלא גם בזה שכתב לשון תנאי ולכן מועילה התחייבות בשטר, שהרי נידון הש"ך הוא לגבי שומר שמתחייב בחיובי שמירה בקרקע, ואף ששם השומר ג"כ הביא נזק לבעלים (ולכן במטלטלים הוא חייב מעיקר הדין) מ"מ כתב הש"ך שצריך קניין דווקא ולא מועילה התחייבות בשטר, ומוכח שגם אם מדובר באופן שמזיק את הבעלים אינו מספיק להוריד את הבעיה של אסמכתא בהתחייבות על תנאי בשטר. ויש לציין שלשיטת המרדכי בשם המהר"ם שהבאנו לעיל (הערה הקודמת) וכן לדרך המאירי א"צ קנין באם אוביר ולא אעביד, (אמנם זה לא נוגע למחלו' הש"ך והקצו' החולקים בשיטת התוס' שאינה כשיטת המרדכי והמאירי).

18. כי ע"ז יש הוכחה מאם אוביר שמפורש במשנה שמדובר שכך כתבו (או כנ"ל שנהגו לכתוב) ביניהם, אלא שלפי הש"ך זה לא מועיל מטעם קנין, ולפי הקצו' והשער משפט הוא בגלל שכתבה נחשבת קנין וכנ"ל.

19. האריך בזה ידידנו הגר"ב שובקס בגליון 68 ותו"ד שעריכת חוזה אצל עו"ד והדין שדינא דמלכותא דינא אינם פוטרים מהחוב להקפיד על דיני אסמכתא.

7. במקרה שהיה הסכם שאם הפועל יחזור בו הוא ישלם את ההפסדים שיגרום למעסיק, תלוי איזה הפסד היה למעסיק: אם היה הפסד ממוני למעסיק, לכל הדעות חייב הפועל לשלם את כל ההפסד<sup>20</sup>. ואם ההפסד לא היה ממוני אבל מדובר בדבר האבד, וכגון חזן שביטל הופעה שלו בחתונה [שלא מחמת אונס] בזמן שא"א למצוא מיישהו אחר<sup>21</sup>, והיה הסכם מפורש שבמקרה כזה ישלם פיצויים למזמין<sup>22</sup>, לפי הפוסקים האשכנזים הפועל חייב לשלם פיצויים כפי הסכום שהתחייב<sup>23</sup>, אם הסכום אינו מוגזם<sup>24</sup>, ולפי הפוסקים הספרדים, כיון שלא מדובר בהפסד כספי לא מועילה בזה ההתחייבות<sup>25</sup>, אלא א"כ נעשתה בקניין בבית דין חשוב<sup>26</sup>.

8. אם היה הסכם מפורש שאם הפועל יחזור בו הוא מתחייב באופן כללי לשלם למעסיק כל רווח שיפסיד בגללו, דעת הרבה פוסקים שהפועל יהיה חייב לשלם את מלוא הרווח שברור שהמעסיק הפסיד בגללו, ואפילו רווח משני, הגם שבהסכם לא פירוט רווח מסוים<sup>27</sup>. ואם דובר בהסכם על רווח ספציפי שהפועל מתחייב לשלם אותו אם יחזור בו, לכל הדעות חייב הפועל לשלם את הסכום הזה<sup>28</sup>.

#### ציונים והערות

רווח (ורק עבור הפסד אפשר להתנות).  
 אכן השער משפט (סא, ב) והדברי מלכיאל (ג, קנה) הקשו, שהרי גם 'אם אוביר ולא אעביד' הוא רק מניעת רווח, ובכ"ז כתוב בהדיא שאפשר להתחייב (והב"ח משמע שמחלק בין אם ההפסד הוא בדבר שבו התנה, ובין אם ההפסד הוא רק תוצאה, וכמו במקרה של הרשב"א שהפסיד את הרווחים שהיה אפשר להרויח בעסק אחר), והם יישבו את הרשב"א שכלל לא יקשה עליו כמו שהקשה הד"מ, ולדבריהם הד"מ והב"ח לא הבינו נכון את תשו' הרשב"א, שהרי הרשב"א לא פטר את הלווה בגלל שהוא אסמכתא, אלא מכיון שהתנאי היה שהלווה ישלם את ההפסד של המלווה, ומניעת רווח אינה נקראת הפסד, וז"ל הדברי מלכיאל "דכיון שנתחייב סתם לשלם הפסדו יד בעהש"ט על התחנות, ואמרינן שכוונתו רק לשלם לו הפסד גמור ולא מניעת הרויח, אכן אם נתחייב בפירוש לשלם מניעת הרויח בוודאי חייב ולא הוי אסמכתא וכמו באם אוביר". וכך מדויק מאוד ברשב"א, כי כתב וז"ל: "נראה לי שהדין עם ראובן הנתבע, לפי שאין בכלל ההוצאה והפסד מניעת הרויח", וכן מבואר בהמשך התשו', כי הוכיח מהל' חוה"מ שמי שאינו מרויח לא נקרא שמפסיד שייקרא דבר האבד. עכ"פ לפי הנ"ל מתבאר מהרשב"א שאם התנו שהפועל מתחייב גם על מניעת רווח ההתחייבות חלה, וכן כתבנו למעלה.

הערה"ש (סא, יא) הלך בדרכו של הב"ח שהרשב"א פטר בגלל אסמכתא, ויישב הקושיא מ"אם אוביר" שיש הבדל בין פרנסה קבועה לבין רווח מזדמן, ורק בפרנסה קבועה א"י אסמכתא, וז"ל "דדוקא מניעת הרויח מעסק שאינו קבוע אצלו למחיתו לא מקרי היזק, אבל מעסק קבוע אצלו למחיתו שפיר מקרי היזק ולא הוי אסמכתא, וכן אם הפסיד לו ע"ז זה מסחור יריד הקבוע מזמן לזמן שפיר מקרי היזק", אבל אין רמז כחידוש זה לא בגמ' ולא ברשב"א, כי בגמ' יתכן שהיו לו לבעל השדה עסקים אחרים, וברשב"א יתכן שבעל השטר היה מלווה ברבית וזו הייתה פרנסתו. וישנן דרכים נוספות באחרונים ליישב את קושיית הד"מ, והובאו במאמר בעלון השפט (גליון 9), אבל מ"מ לפי כל הדרכים וגם לפי הערה"ש הנ"ל כשזה עסק קבוע של המעסיק יהיה הפועל חייב לשלם גם מניעת רווח, ורק לפי הב"ח יהיה הפועל פטור, אבל דבריו צריכים יישוב מה החילוק המדויק לשיטתו בין אם אוביר לשאר מניעת רווח.

28. כבר כתבנו (בהערה הקודמת) שלא ברור לנו בגדרו של הב"ח למה "אם אוביר ולא אעביד" אינו נחשב כשאר מניעת רווח שלפי שיטתו זה אסמכתא, אכן זה בוודאי נראה מדבריו שאם ההסכם ביניהם היה על מניעת רווח ספציפי שא"י אסמכתא, ואולי זו כוונתו במש"כ שאם אוביר ולא אעביד זה "הפסד מזדמן".

29. והנה הבאנו לעיל (הערה 3) שלפי הריטב"א בסוגיא דזולשפט הפועל חייב אפילו אם לא התנו בפירוש, כיון שהוא חייב מדין ערבות (ולפי דבריו יהיה הדין כך בכל הדוגמאות שהבאנו כאן), אכן יש שחולקים על הריטב"א (הריטב"א עצמו מביא כן בשם הר"ן וכ"כ המרדכי (ב"ק קטו) והרא"ש (ב"מ ה, סט) והר"ן (בחי' עג, ב ד"ה משלם)) ולומדים שהיינו דווקא בהתנה בפירוש, ולכן כתבנו רק שלכו"ע אם התנו חייב הפועל לשלם.

30. כמו שרואים בקנס בשידוכין, שאפילו שההיזק הוא בושה בכ"ז ההתחייבות מועילה שלא תיחשב כאסמכתא.

31. ואפילו אם ע"פ דין לא היה חייב לשלם, אבל אחרי שהתנו ודאי שצריך לשלם כמו באם אוביר לכל שיטה כדאית לה.

20. כי זה ק"ו מאם אוביר ולא אעביד שחייב, כי זה היזק ממש ולא רק מניעת רווח.  
 21. דוגמא זו היא כעין הדין שכתבו התוס' במלמד החוזר בו, שמובא בשו"ע (בדעה השנייה) "אם המלמד קבל עליו בעת שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזדמן, אינו אסמכתא", ומה שהתנה ש"לא נמצא מלמד אחר", הוא בגלל שאם אפשר למצוא מלמד אחר כדוגמת הראשון א"י נחשב דבר האבד, וז"ל הסמ"ע (ס"ק מח) "דג"כ מפסיד הבעה"ב שיהיה בנו בטל, ופסידא דלא הדר הוא".  
 22. לעיל (הערה 16) כתבנו שהדין שאפשר להתחייב פיצוי על דבר האבד שאינו הפסד ממוני שייך רק לפי שיטת התוס', ולשיטתם הפועל חייב בפיצוי רק אם התחייב במפורש כמו שמב' במשנה של אם אוביר, וזו כוונת הרמב"ן שהבאנו לעיל שכתב באופן שלא היה הסכם מפורש וז"ל "ומיהו אם לא שכר עליהו אלא הפסיד בהמתנתם אינם משלמים, שהרי לא קבלו עליהם לשלם, וכל זמן שלא נעשו שומרים אף על פי שפשעו פטורין".  
 23. זו שיטת התוס' הנ"ל שהביאה המחבר (רק בחו"מ) כדעת "א, והרמ"א פסק כמותו.  
 24. מפ' בגמ' שהבאנו לעיל (הערה 16) שאם הוא מגזים הרי זה אסמכתא אפילו באם אוביר ולא אעביד, ונפסק ברמ"א (רז, יג) "אי גזים ואמר אם לא אעבוד אשלם אלפא זוזי הוה אסמכתא ולא קניא". וצ"ע בדבר האבד שאינו של ממון איך משערים מהו הפסד ומה נחשב כבר כגוזמא. ונראה שהדבר נקבע עפ"י דעת הציבור מהו סכום הגיוני וסביר לפיצוי, כי כל החיסרון של אסמכתא הוא שאין למתחייב גמירות דעת, ולכן אם הוא מגזים אין לו גמירות דעת, אבל אם בעיני הציבור זה סכום סביר יש לו גמירות דעת, וכמש"כ המהרי"ק (סי' קצג) בקנס בשידוכין "אף על גב דפשיט' דלפעמים אין דמי הבשת עולה כמו סך הקנס, אפ"ה לא הוי אסמכתא, דלא חשיב גוזמא אלא דבר שהוא רחוק מהדעת, אבל הכא אפילו את"ל דמסתמא דלא הוה ניחא ליה, מ"מ דכיון דמתני לאו גוזמא הוא ולא הוי אסמכתא".  
 25. זו דעת הרמב"ם הנ"ל והיא הדעה היחידה שהביא המחבר באבה"ע (ג, נ).  
 26. כמבואר בשו"ע (רז, טו) שבאופן זה אין בעיה של אסמכתא.  
 27. הדין באם אוביר ולא אעביד הוא שהפועל חייב לשלם את כל הרווח שבעל השדה היה אמור להרויח, וכן מפורש בגמ' בסוגיא דזולשפט (שהיא ממש כדוגמה הראשונה שהבאנו בפנים).  
 והנה הב"י (סי' סא) הביא בשם הרשב"א וז"ל "כתב עוד הרשב"א (בתשו' ח"ג סי' רכז) שנשאל על שטר שכתוב בו שאם לא יפרענו לזמן פלוני קבל עליו ליתן לו כל הוצאה והפסד שיבא לו ויעשה מחמת חוב זה, ותובע המלווה שהיתה לו סחורה מזדמנת לקנות שהיה בה ריוח, ובשביל שלא פרעו הפסיד אותו ריוח, ורוצה שיפרענו לו, והשיב שאינו חייב". והקשה הד"מ (סא, ד) על הרשב"א "וצ"ע, דהרי לא הוי אסמכתא אלא בדבר קנס שמשלם לו מה שאינו חייב לו, אבל כאן שמפסידו לא הוי אסמכתא, ודמיא להאי דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דחייב לשלם", ותירץ הב"ח את קושת הד"מ "נראה דלא דמיא הך אם אוביר ולא אעביד כו' להך דהיתה לו סחורה מזדמנת לקנות, דבאוביר ולא אעביד ההפסד מזדמן, אבל מניעת הרויח בסחורה איתא בירושלמי (ב"מ פ"ט ה"ג) הביאוהו הפוסקים המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בניזקין דפטור, ותו, דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח, דילמא אף היה מגיע הפסד", והביאו הש"ך (ס"ק י). והיינו שלדעת הב"ח ברשב"א יש חסרון של אסמכתא אם התנאי היה שהוא מתחייב לשלם מניעת

## מטפלת שלקחה לעצמה שבוע חופש

### שאלה

מטפלת קיבלה תינוקות לשנה שלמה, וסיכמה עם ההורים על תשלום של 600 ש"ח לחודש, עבור 5 ימים בשבוע 6 שעות ביום. במהלך השנה הודיעה המטפלת להורים שהיא יוצאת לחו"ל למשך שבוע לרגל שמחה משפחתית, ומכיון שלא הצליחה למצוא מטפלת מחליפה, יצטרכו ההורים למצוא סידור אחר בעצמם, והיא תנכה שבוע אחד מהתשלום, והיינו שבחודש הזה ישלמו 450 ש"ח במקום 600 ש"ח. עכשיו טוענים חלק מההורים, שמכיון שמטפלת לטווח קצר דורשת מחיר גבוה יותר, הם נאלצו לשלם 240 ש"ח עבור השבוע הזה, והם שואלים אם מותר להם לקזז סכום זה מהמשכורת של המטפלת הקבועה, ולשלם לה בחודש זה רק 360 ש"ח.

### תשובה

הפוסקים חלוקים אם המטפלת חייבת בתשלום פערי המחירים שגרמה להורים, וכיון שהדין מסופק יכולים ההורים לטעון 'קים לי' כדעה המחייבת את המטפלת, ומאחר שהם מוחזקים לא יוכלו להוציא מהם יותר מ-360 ש"ח. אכן באופן שההורים מודים שגם אם היו יודעים זאת בתחילת השנה היו לוקחים את המטפלת הזאת, נראה להלכה שהם חייבים לשלם 450 ש"ח ואינם יכולים לקזז את הפער משכר המטפלת.

### מקור הדין

(שם סק"ג).

ובנידון שלנו שהפרש שההורים צריכים לשלם הוא 90 ש"ח, שזה פחות מכפול משכר המטפלת הראשונה על שאר החודש, ודאי שהוא בכלל הדין שאפשר לגבות זאת מהראשונה, ובפרט אם ההורים עדיין לא שילמו על החודש הזה, הרי זה כממונם ביד בעל הבית שיכול לשכור אף ביותר. אכן גם בדבר האבד, אם הפועל נאנס ועל כן הוא חוזר בו מעבודתו, מבואר בגמ' (ב"מ עז:) ובשו"ע (סי' שלג ס"ה) שאינו מפסיד כלום ומקבל כל שכרו על מה שעבד, אבל הנידון שלנו ודאי אינו מוגדר כאונס, כי מה שהיא נוסעת לחו"ל הוא מרצונה החפשי בשביל מטרה לא דחופה.

### ד. גדר דבר האבד

אלא שיש לדון האם מקרה זו מוגדר כדבר האבד. שהנה במשנה (ב"מ עה:): הובאו ב' דוגמאות לדבר האבד: א. שכר פועלים להעלות פשתן מכלי ששורים אותו בו, ואם לא יעלוהו מיד הוא יתקלקל. ב. שכר פועלים להביא חלילים לחתונה או לליה. המקרה הראשון הוא הפסד ממון, והמקרה השני אינו הפסד ממון, אבל הוא הפסד ענין הנצרך לבעל הבית. ודבר שאינו אבד פירושו, שאפשר להמשיך את הפעולה לאחר זמן.

ובנידוננו, לכאורה יש לחלק בין הורים ששכרו את המטפלת מאחר והם יוצאים לעבודתם, שאם יצטרכו להשאיר עם התינוק בבית יש להם הפסד ממון שאינן יכולים ללכת לעבודתם, לבין הורים שהאמא עקרת בית, ושכרה את המטפלת שתטפל בתינוקה רק לנוחותה, שגם אם המטפלת חוזרת מעבודתה, אין להורים הפסד ממון, אולם מכל מקום יש כאן הפסד ענינם.

ולכאורה האופן השני דומה למשרתת אצל בעל הבית, שפסק הרמ"א (חו"מ סי' שלג ס"ה) שאם המשרתת חוזרת בה חשוב הוא כדבר האבד, כיון שהוא רגיל בכך שאינו עושה מלאכתו אלא על ידי משרתים, וכשאינן לו משרתת יכול להגיע לידי הפסד. אולם דין זה הוא מדברי התרומת הדשן (סי' שכט) והניחו בצריך עיון, ובשו"ע (סק"ח) תמה על הרמ"א שפסק דין זה בפשיטות. אולם כבר כתב הנתיות המשפט (שם סק"ח) שלא הסתפק התרומת הדשן אלא לענין אם הוא חשוב הפסד ממון לענין שיוכל לשכור עליהם גם ביותר מכדי דמיהן אף אם אין לו בידו מהם, אבל לענין שוכר עליהם כדמי שכרן או שיש לו בידו, ודאי חשוב הוא דבר האבד, כמבואר במשנה שגם בלא הפסד ממון חשוב דבר האבד.

### ה. דין יש לו פועלים אחרים ביוקר

אלא שגם בדבר האבד, אמרו בברייתא (ב"מ עו:): שרק אם אינו מוצא פועלים אחרים שוכר עליהם, אבל אם יש שם פועלים אחרים אין לו על הראשונים אלא תרעומת, ויש לדון האם הכוונה למצוא פועלים באותו המחיר שהיה צריך לשלם לפועלים הראשונים, אבל אם מוצא פועלים אחרים ביוקר, בין אם באמצע היום התייקרו הפועלים, ובין אם המחיר לחצי יום הוא יותר מחצי ממחיר ליום שלם, (כגון שהתשלום ליום שלם הוא 500 ש"ח ולחצי יום התשלום הוא 300 ש"ח), חוזר הדין שיכול בעל הבית לשכור עליהם עד כדי שכרן, או שגם באופן שיכול לשכור ביוקר נחשב שמוצא פועלים לשכור. ובאופן שהתייקרו הפועלים יש סברה שנחשב שמוצא פועלים לשכור, שהרי עתה זהו מחיר הפועלים, וגם באופן שמחיר של חצי יום הוא יותר מחצי מיום שלם יש מקום לומר שהוא

### א. גדר דין מטפלת

המטפלת נחשבת כ'פועל' לגבי ההורים, שהרי שוכרים אותה לפעולות הטיפול בתינוק, ומשכך יש אצלה כל דיני שכירות פועלים הרגילים. והדין בשכירות פועלים הוא, שהפועל נקנה לבעל הבית לענין זה שמחוייב לעבוד בכל הזמן שסיכמו, וקנין זה נעשה על ידי כסף או שטר, כשכירות קרקע, וכמו שכתב הנתיות המשפט (סי' שלג סק"א).

כמו כן יש אצל פועל קנין אחר של 'התחלת מלאכה', והיינו שמיד שמתחיל לעבוד הוא נקנה לבעה"ב והוא מחוייב לעבוד, כמבואר בגמ' (ב"מ עו:): לענין חיוב תשלום השכירות, ולשון הרמב"ן (שם) "שכשם ששאר הדברים נקנין בקנין, כך שכירות פועלים נקנית בהתחלת מלאכה", ובערך שי (סי' רנט ס"ז) ביאר, שכשבעל הבית התחייב בתשלום שכר הפעולה הרי זה כאילו שילם כסף על הפעולה, וקנה את הפעולה בקנין כסף, ועל ידי זה מתחייב הפועל להשלים הפעולה.

### ב. דין פועל יכול לחזור בו

אף שהפועל מחוייב לעבוד, מכל מקום הדין הוא שיכול לחזור בו בכל זמן שירצה, וכמבואר בגמ' (ב"ק קטז: ב"מ י). שפועל הרי הוא כעבד עברי, וכיון שאמרה תורה (ויקרא כה נה) 'כי לי בני ישראל עבדים' ודורשים 'עבדי הם ולא עבדים לעבדים', על כן אמרו חז"ל שפועל יכול לחזור בו בחצי היום. ונפסק דין זה בשו"ע (חו"מ סי' שלג סעיפים ג-ד), שפועל יכול לחזור בו באמצע עבודתו, ובעל הבית צריך לשלם לו על כל מה שעבד. ואם כן גם מטפלת זו, אף שנשכרה לעבוד, יכולה לחזור בה באמצע עבודתה.

אכן בשו"ת חוות יאיר (סי' קו) צידד, שדין זה שפועל יכול לחזור בו נאמר רק על איש, אבל אשה אינה בכלל זה, וביאר זאת בשתי דרכים: א. שרק איש המחוייב בכל מצוות עשה, כשנעשה עבד לאחרים יש בכך חסרון לגבי 'עבדי הם', משום שזה יכול לפגום בעבודת ה' שלא יוכל לקיים את כל המצוות כשהוא תחת רשות ושעבוד אחר, אבל אשה שפטורה ממצוות עשה שהזמן גרמן, אין עבודתה אצל אחרים מגרע בעבודת ה' שלה. ב. שרק איש שיכול למכור את עצמו לעבד, אמרו שיוכל לחזור בו כדי שלא יהא דומה לעבד, אבל אשה שכלל אינה יכולה למכור את עצמה לשפחה, גם אם לא תוכל לחזור בה לא תהא דומה לשפחה. אולם למעשה כתב החוות יאיר, שמאחר ולא מצינו חילוק זה בשום פוסק, אין לסמוך על זה.

### ג. דין דבר האבד

אמנם, מבואר בגמ' (ב"מ עה: עו:): שמה שהתירו לפועל לחזור בו, הוא רק בדבר שאינו אבד, אבל אם נשכר לפעולת דבר האבד, ועל ידי שחוזר בו נמצא בעל הבית מפסיד, אין הפועל יכול לחזור בו, ואם הוא חוזר בו, יכול בעל הבית לשכור פועלים אחרים ביוקר ויגבה זאת מהפועלים. ומבואר בגמ' (עה:): שבעה"ב יכול לשכור על חשבון הפועל הראשון עד כפול משכרו, ואם יש לו בידו מממונו, יכול לשכור אפילו יותר מכפול.

ויסוד החיוב הוא או מדין מזיק וגרמי כמו שכתבו התוספות (קידושין ח: ד"ה מנה), או שהוא השתעבודת של הפועלים להשלים המלאכה עד כדי שכרן, כמו שכתב הריטב"א (ב"מ עה: ד"ה להביא), וכן כתב הקצות החושן (סי' שלג סק"ג), או שהוא תקנת חכמים שתקנו שיתחייב לשלם וכמו שכתב הנתיות המשפט

בכלל מוצא פועלים לשכור, שהרי זה המחיר לחצי יום.

והנה רש"י (ד"ה אבל) פירש שמונת לשכור על הראשון רק אם אינו מוצא פועלים אפילו במחיר שהתייקרה המלאכה, ורק על זה אמרו שוכר עליהם במחיר גבוה יותר ממה שהם שוים כדי שלא יפסיד, ומשמע שכל שמוצא פועלים במחיר שהעבודה שווה עכשיו, אף אם התייקרה, נחשב זה שמוצא פועלים, שאז אין לו על הראשונים אלא תרעומת. אולם ברא"ש (ס' ב) מבואר, שרק אם מוצא בשכר שהיה צריך לשלם לפועלים הראשונים על החצי השני, אז אין הראשונים מפסידים, [והרא"ש הבין כך גם ברש"י], והקשה מהו חידוש הברייתא שדוקא אם אינו מוצא פועלים אחרים אז שוכר עליהם, והלא פשיטא שאם מוצא אחרים באותו המחיר שהפועלים הראשונים אינם מפסידים, ועל כן פירש את דברי הגמרא לענין 'מטען' ולא לענין 'שוכר עליהם', ע"ש. אולם בדעת רש"י מבואר שאף אם התייקר שכר הפועלים אומרים לו צא ושכור מאלו והראשונים אינם מפסידים לפי שזה המחיר עתה, וזה ודאי חידוש שהוצרכה הברייתא לחדש.

הרמב"ם (שכירות פ"ט ה"ד) כתב דין זה, "בד"א שאין שם פועלים לשכור בשכרן להשלים המלאכה, אבל יש פועלים לשכור בשכרן ואמרו לו צא ושכור מאלו להשלים מלאכתך ולא תאבד, בין שוכר בין קבלן אין עליהן אלא תרעומת, ושמן לשוכר מה שעשה ולקבלן מה שעתידי לעשות", וכן הוא בשו"ע (ס' שלג ס"ז). ומבואר בדבריהם, שגם בדבר האבד, במוצא פועלים אחרים לשכור יש חילוק בין פועל לקבלן - שהפועל אינו מפסיד והקבלן מפסיד, והאופן שדיברו הוא כשהפועלים השניים לוקחים יותר מחצי ממחיר הפועלים הראשונים, שפועל שמונת לו לחזור בו מקבל כל חצי השכר שקצצו, ובעל הבית יפסיד לשלם לפועלים האחרים את ההפרש, וקבלן שחוזר בו מקזזים לו את מה שנשאר לשלם לאחרים. וכן מבואר בסמ"ע (שם ס"ק כט), וגם הש"ך (ס"ק כ"ו) הביא דברי הסמ"ע אלו. וכן דעת המחנה אפרים (שכירות פועלים ס' ז).

אולם החזון איש (ב"ק ס' כג סק"ל) תמה על זה, וכתב שכל שבעל הבית צריך להוסיף משלו, אינו בכלל מוצא פועלים לשכור, וכדברי הרא"ש הנ"ל, וזה בכלל דבר האבד שהדין הוא שגם בפועל יכול בעל הבית לקזז לו מדמי שכירותו, ואין חילוק בזה בין פועל לקבלן, ודחק לפרש דברי הרמב"ם והשו"ע שלא יחלקו על הרא"ש.

בתלמיד הרשב"א כתב גדר חדש, שהדין תלוי כמה יקרים יותר הפועלים האחרים, ואם הם לוקחים רק ביוקר מעט מן הראשונים, אין לו עליהם אלא תרעומת. (עוד כתב, שבנתייקרו הפועלים בדבר שאינו אבד אינו שוכר עליהם כלל אלא נותן להם כל מה שעשו. וכן הוא ברמב"ן (שם ד"ה והוי יודע), שאם אינו דבר האבד, אפילו התחילו במלאכה אינו שוכר עליהן אלא ממה שעשו בקבלנות וכו', דוסא, ומשמע שפועלים שחוזרים בהם אינו מנכה משכרם. וכך נפסק בטור ובשו"ע (ס' של"ג ס"ד) שאפילו אם התייקר שכר הפועלים מקבל הראשון את מלוא השכר על מה שעשה).

נמצא שבנידון דין זה הוא דבר האבד אלא שיכול למצוא פועלים אחרים ביוקר, לדעת רש"י, וכן לדעת הסמ"ע והש"ך והמחנה אפרים בדעת הרמב"ם והשו"ע, הפסד על ההורים, ואין בזה דין דבר האבד לפי שסוף סוף מצאו פועלים אחרים כפי מחירם עתה. ולדעת תלמיד הרשב"א יתכן שההפרש בנידון דין זה הוא בגדר 'יוקר מעט' ולכן לא תפסיד המטפלת. אולם לדעת הרא"ש וכן הסכמת החזון איש, אף זה בכלל דבר האבד, ואין ההורים מפסידים אלא יכולים לקזז את ההפרש מהשכר שמגיע למטפלת על שאר החודש. ולכאורה ההורים המוחזקים יכולים לומר קים לנו כדעת הרא"ש והחזון איש.

## 1. דין אם לא היה מוצא פועלים אחרים

אכן גם אם נניח שזה נחשב לדבר האבד ואינו יכול למצוא פועלים אחרים, ויכול הוא לקזז משכר החודש שבידו את המחיר ששוים עתה פועלים לפי שעות,

מכל מקום כבר כתבו הרשב"א (ב"מ עו: ד"ה כללא), הריטב"א (שם עה: ד"ה השוכר) והאור זרוע (ב"מ ס' רמב), שדין זה של דבר האבד הוא רק במקום שאילו לא היה שוכר פועלים אלו מתחילה היו לו פועלים אחרים לשכור, אבל אם בכל מקרה לא היו לו פועלים אחרים לשכור, אין הפועלים חייבים לשלם גם בדבר האבד, וכן נפסק בשו"ע (ס' שלג ס"ה).

אכן הש"ך (שם ס"ק כח) הביא שיש ראשונים החולקים על דין זה, והם תלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן המובא בבית יוסף<sup>1</sup>, והגהות אשר"י (פ"ו ס' ב). אלא שאת טעם הדבר פירשו בב' דרכים. התלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן פירש, שכיון שהוא דבר האבד אין אדם רואה ממנו אובד ושותק ובוודאי היה מוצא פועלים ביוקר מעט, ונמצא שהם גורמים לו הפסד. והגהות אשר"י פירש, שאף אם לא היה מוצא פועלים אחרים כלל ולא גרמו לו הפסד כלל, מאחר ונשכרו לו בדבר האבד הם מחוייבים לעבוד, ואם חוזרים בהם שוכר עליהם. הש"ך הניח בצ"ע לדינא על השו"ע שהשמיט את דעת תלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן ושכן מוכח מדברי ההגהות אשר"י, ובפתי תשובה (ס"ק יא) הביא דברי פוסקים רבים שנוקטים לדינא כדעת השו"ע, ושכאופן זה שמתחילה לא היו הבעלים יכולים למצוא פועלים אחרים, יכולים הפועלים לחזור בהם לכתחילה, ושכן כתב הש"ך עצמו (שם ס"ק כ"ו).

ואם כן גם בנידוננו יש לברר, שלו יצוייר שההורים היו יודעים בתחילת השנה שבחודש אחד תקח המטפלת חופשה לשבוע, האם היו שוכרים מטפלת אחרת עבור ילדיהם או לא, כי אם ההורים מודים שבכל מקרה היו שוכרים דווקא אותה, או כי לא היו מוצאים מטפלת אחרת, או שמסיבה כלשהיא היו מעדיפים מטפלת זו דווקא, הרי זה כלא היו להם פועלים אחרים, שלדעת רוב הראשונים והפוסקים אף בדבר האבד אין לחייב את הפועלים הראשונים בהפסד שנגרם מחמת חזרתם.

ואף לדעת תלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן שאנו מניחים שוודאי היה מוצא פועלים אחרים ביוקר יותר, אם כן בנידוננו שבמחיר זה מוצא גם עתה, אין שייך לומר שמפני זה ייחשב דבר האבד, ורק לדעת הגהות אשר"י גם זה בכלל דבר האבד ויכולים ההורים לקזז משכרם, אולם צ"ע אם יכולים לומר קים לי כדעת הגהות אשר"י שהיא דעה יחידאה, וגם הש"ך לא הביאה אלא כסיוע לדעת תלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן, ובנידוננו שגם לדעת תלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן אין יכולים לקזז, דעת הגהות אשר"י היא יחידאה ממש<sup>2</sup>.

אולם אם נראה להורים שאכן היו לוקחים מטפלת אחרת, הם יכולים לקזז משכר המטפלת הקבועה כפי הפער שהוסיפו למטפלת השניה, והיינו שיצטרפו לשלם לקבועה רק 360 ש"ח.

ואף אם לא היה להם מטפלת אחרת ומעיקר הדין אין יכולים לקזז משכרם, מכל מקום יתכן שיש מנהג בזה, שהמטפלת מתחייבת לדאוג לממלאת מקום, ועליה לשאת בהוצאות ממלאת המקום, ואזי יש לילך אחר המנהג.

1 דברי תלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן לא נמצא מקורם אלא בדברי הבית יוסף. ובשיטת תלמיד הרשב"א המובא בשיטות הקדמונים הביא דברי הרשב"א, ולא הביא דעה החולקת, אלא כתב לחלק, שכל החילוק אם היו פועלים אחרים מתחילה הוא רק במקום שלא גרמו הפסד, כגון שהפשתן כבר היה שריו קודם שבאו, אבל אם הם גרמו את הפסד, שהם שרו את הפשתן, אף אם לא היה מוצא פועלים אחרים, יש לזה דין דבר האבד ושוכר עליהם.

2 אף המחנה אפרים (שכירות פועלים ס' ז ד"ה איברא) דעתו כהגהות אשר"י, שאף אם לא היה מוצא פועלים אחרים שוכר עליהם, כי מאחר והתחילו לעבוד חייבים הם לסיים את העבודה. אולם בנידוננו יתכן שאין לצרף את דעתו ולומר קים לי כדבריו, שהרי לדעתו (שם ד"ה אבל) כל שאפשר למצוא עתה פועלים אף שהם ביוקר, אם זהו המחיר שדורשים עתה פועלים, חשוב הוא כיש לו פועלים לשכור, ואינו שוכר עליהם, וכמובא לעיל, ואם כן בנידון זה שעתה מוצאים לשכור כפי המחיר לפי שעות, יכולה המטפלת לחזור בה וההפסד על ההורים. ואף למה שנתבאר לעיל שגם באופן שאין הפסד ממון יש דין דבר האבד, כמו השוכר הלילים לכלה או למת, זהו דווקא מפני שלולי שהיו מקבלים עליהם להביא את החלילים, היה בעל הבית לוקח פועלים אחרים להביא לו חלילים, אבל כאן שמכל מקום היה לוקח מטפלת זו דווקא, אין כאן גדר הפסד של דבר האבד.

## בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דיני בית הדין ובית ההוראה ● סיוע בעריכת צוואות וחוזים ● בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית ● בית ההוראה פתוח בימים א-ה בין השעות 13:40-15:30 ובימים שישי בין השעות 11:15-13:00  
Les lundis et mercredis nous traitons vos questions en francais ● טלפון 02-502-3637 דוא"ל: beisdin@neto.net.il