

## סימן יא \* תשלום שכר לימוד והסעות בזמן מלחמה

- ראשי פרקים
- א. שיטת הרא"ש בדין פועלים שנאנסו.
  - ב. מזל המוציא גרם.
  - ג. תפיסה מהמוחזק.
  - ד. שכר בית ומת.
  - ה. ההבדל בין פועל לשדה.
  - ו. הקדמת שכר.
  - ז. ההבדל בין ספינה לפועל.
  - ח. מכת מדינה בפועלים.
  - ט. שיטת המרדכי במכת מדינה בפועל.
  - י. שיטת הנתיבות בדין מכת מדינה במלמדים.
  - יא. המחלקים בין מכת מדינה לאונס פרטי.
  - יב. הגדרת "כסף".
  - יג. מוחזק בשטר ומוחזק בשיק.
  - יד. שטר שאין בו אחריות נכסים.
  - טו. מוחזקות בשיקים באונס פועלים לשיטת הרא"ש.
  - טז. שכירות הגן- חודשית או שנתית.
  - יז. שכר מלא או כפועל בטל.
  - יח. גובה שכרו של פועל בטל.
  - יט. שכר של פועל בטל בדין פועל שנאנס.
  - כ. סיכום השיטות.
  - כא. מנהג מדינה ודינא דמלכותא.
  - כב. פשרה- לפני משורת הדין.
  - כג. התשלום להסעות- דינו של קבלן שנאנס.

בזמן מלחמת המפרץ, שבתו מוסדות החינוך מלימודים בפקודת הג"א. פרק הזמן נקבע בהתאם למידת הסיכון שבחידוש הלימודים [אזורי הארץ וגיל התלמידים]. בעקבות זאת עלתה שאלת תשלום שכר הלימוד בזמן ההשבתה מאונס. שאלה זו נגעה לחינוך שאינו במסגרת "חינוך חובה". השאלה דלהלן מתיחסת לגני הילדים, מאחר ושאלה זו הופנתה בעיקר כלפיהם, אך כוחה יפה לכל מסגרת לימודית הממומנת ע"י ההורים.

- השאלות שנשאלו הן :
- א. האם חייבים ההורים לשלם על פרק הזמן שבו לא למדו ?
  - ב. מה הדין לגבי חודש ינואר שכבר שילמו על כולו בתחילת החודש, ע"א שבפועל הגן פעל רק במחצית הראשונה של החודש?
  - ג. מה הדין לגבי החלק הראשון של חודש פברואר ?

ד. האם משתנה הדין בגלל שנתנו המחאות בתחילת השנה על כל השנה, ומה הדין אם בקשו ההורים שלא לפדות את המחאות חודש פברואר ובניגוד לבקשתם נפדתה ההמחאה ?  
ה. כנ"ל, לענין תשלום ההסעות.

#### א. שיטת הרא"ש בדין פועלים שנאנסו

איתא בב"מ עז, א: אמר רבא האי מאן דאוגיר אגירי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא, אי לא הוי רגיל דפסיק, פסידא דפועלים. וכתב הרא"ש שם (ה"ג), וז"ל:

"דכל אונסא דלא איבעי לאסוקי אדעתייהו, לא פועל ולא בעה"ב, אי נמי תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתייהו, פסידא דפועלים, דהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה. הוה רגיל דפסיק, אי בני מתא נינהו- פסידא דפועלים. בני מתא אחריתא- פסידא דבעה"ב, דאיבעי ליה לבעה"ב לאיתנויי. ומכאן פסק רבינו יואל, מי ששכר מלמד לבנו וחלה התלמיד, אי לא שכיח דחלה פסידא דמלמד, ואי שכיח דחלה או שכיח מלמד במתא ומכיר ענין התלמיד, פסידא דמלמד, ואי לא שכיח במתא, פסידא דבעה"ב ויהיב ליה שכרו משלם ולא כפועל בטל, דכל לומדי תורה דמי לאוכלוסי דמחוזא, שהבטלה גורם להם שכחה וכובד איברים."

מדברי הרא"ש עולה שבכל ביטול פעולת שכירות באונס, אם פועלים ובעה"ב שוים בידיעת האונס, הפועל הוא שמפסיד את שכרו, שיד פועל על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה, ורק במציאות שיש לבעה"ב ידיעה על האונס ולפועלים אין ידיעה, על בעה"ב לשלם שכר לפועלים, אף שלא עשו מלאכתם. ויש להבין בדברי הרא"ש בטעמא דפסידא דפועלים מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, האם מכיון ששני הצדדים שוים הרי זה כממון המוטל בספק שמעמידים על חזקתו, ולפי"ז אם יהיה הפועל מוחזק כעת בפועל בשכרו, יהיה בעה"ב המוציא ממנו ועליו הראיה. או אפשרות אחרת- שמכיון שבשעת שכירות הפועל היה בעה"ב מוחזק, לא היה מוטל עליו להתנות עם הפועל שאם יארע אונס שיפסיד הפועל, כיון שידע שהוא המוחזק והפועל הוא הבא להוציא ממנו, ויד המוציא על התחתונה ועליו להתנות. לפי"ז ישתנה הדין בהתאם למוחזקות שבשעת השכירות ולא בהתאם למוחזקות בשעת האונס או בשעת ההתדיינות, שאם הפועל מוחזק בשכירות ויש מצב של אונס שלשניהם יש ידיעה שוה, על בעה"ב מוטל להתנות, כיון שבמקרה של אונס הוא יצטרך להוציא מהפועל את דמי שכירותו שכבר ניתנו לו. וכחשבר השני נראה לכאורה מכפילות הלשון ברא"ש, "יד פועל על התחתונה, והמוציא מחבירו עליו הראיה". אם כוונת הרא"ש לדון על המוחזקות הנוכחית ולאוקמי ממון בחזקתו, היה לו לומר המוציא מחבירו עליו הראיה בלבד, ולא להוסיף שיד פועל על התחתונה. אלא כוונת הרא"ש לומר שמכיון שבזמן השכירות ידו על התחתונה, מאחר שלא קבל עדיין שכירותו, הוא המוציא מבעה"ב וע"כ הו"ל לאתנויי, ומדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה.

ובעיקר נראה מדברי הרא"ש שיש לדון על שעת המוחזקות בזמן השכירות, ממש"כ בטעם הפסד בעה"ב, כשהוא ידע מהאונס והפועלים לא

ידעו, "דהו"ל לאתנוי", וא"כ חזינן דעיקר הטעם הוא מפני שהיה לו לידוע להתנות, וה"ה כשידיעת שניהם שוה ויש ספק על מי היה להתנות, מטילים אנו את חובת ההתנאה על המוציא.

ברם, מדברי הגר"א נראה שפירש את דברי הרא"ש דאזלינן בתר המוחזקות בפועל, וככל חזקת ממון. וז"ל (ח"מ שלד, ה):

"... אבל במרדכי שם איתא להדיא כן, שכתב, אם לא נתנה כל השכירות היורשים פטורים וכו', וכ"נ לפי מש"כ הרא"ש דטעמא דהוי פסידא דפועלים משום המע"ה, אלא דהרב סובר דטעמא משום דהו"ל להתנות וכמש"כ במרדכי שם, וכמש"כ למעלה, והו"ל להתנות, ולכן לא חילק ברישא בדין פועל באם נתן או לא, וא"כ אפי' נתן יחזיר..."

מדברי הגר"א מבוארות שתי נקודות. א- שלמד בשיטת הרא"ש דהוי מוחזקות רגילה ללא כל קשר לענין ההתנאה המוזכרת בדבריו, ולכן ס"ל לגר"א דהמרדכי פליג ארא"ש. ב- מה שסובר הגר"א דאף לשיטות הסוברות שהטעם הוא מפני דהו"ל לאתנוי, לא תועיל הקדמת שכר בפועל אלא רק בבית. אמנם את הנקודה השניה ניתן לבאר דהגר"א מיירי שנתן לו את שכרו אחר זמן השכירות וקודם זמן האונס, דלא שייך במצב כזה להחזיק ביד הפועל, שהרי בזמן ההתנאה לא היה בידו, ושייך רק טעם מחילה שהוא הטעם בהקדמת שכירות הבית, (וכדמשמע מסוף דברי הגר"א שציין לתוס' עט, ב בספינה הסובר שהוא מטעם מחילה וכמו שיובא להלן), וס"ל לגר"א דטעם מחילה לא שייך בפועל.

אך מדברי תרומת הדשן (סי' שכט) מבואר דאזלינן בתר מוחזקות של שעת השכירות. וז"ל:

"... והיה נראה דאפי' בנדון דידן שקבל שכרו אח"כ, היה לומר דפסידא דפועלים וצריך להחזיר, כדפרישנא לעיל הטעם משום דהו"ל לאתנוי הואיל והוא צריך להוציא, וא"כ כיון דלא אתני בתחילת השכירות, איהו דאפסיד אנפשיה מעיקרא ומחל על האונס..."

ומה שדחה תה"ד סברא זו, היינו רק לפי שיטת התוס' בספינה המובא לקמן. ומ"מ חזינן מדבריו בדין אונס בידיעה שוה שההפסד הינו על המוציא בשעת השכירות, דהואיל והוא המוציא, הו"ל לאתנוי. וכן נראה מדברי הסמ"ע שי, יב בהסבר דברי הרא"ש בתש' (צב, ג) במי ששכר בהמה ללכת עמה למקום מסוים וארע לו אונס בדרכו חזרה, ואינו יכול להחזיר את הבהמה בזמן הקצוב, וז"ל:

"כללא דהאי דינא, דכל ששניהם הו"ל למידע ולהתנות, כגון שרגיל להתגדל, או ששניהם לא הו"ל למידע, כגון שאינו ראוי להתגדל, בשניהם הוא פסידא דמשכיר דהוא בא להוציא השכירות מיד השוכר ועליו מוטל להתנות, דהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחונה, וצריכים שיהיה דבר שהשוכר ידע והמשכיר לא הו"ל למידע, דבזה ודאי על השוכר להתנות..."

מדבריו עולה שהדין תלוי במוחזקות שבזמן השכירות, ועל המוציא חלה חובת ההתנאה, ואין נפק"מ לדינא במוחזקות בשעת ההתדיינות או שעת לידת האונס.

ומדברי השבות יעקב (ח"א סי' קעו) נראה דאזלינן בתר המוחזקות של שעת ההתדיינות. השבו"י לומד בדברי הרא"ש הנ"ל דכל שהמשכיר מוחזק בפועל הוי פסידא דשוכר, שהוא המוציא מחבירו המשכיר. ואף שניתן להסביר את השבו"י באופן שונה, עיין בדברי משפט (סי' שי)

שלמד כן בדבריו, ועדיין צ"ע.

#### ב. מזל המוציא גרם

המהר"ם פאדווה בתש" ס"י פו כתב בענין אונס המלמד, וז"ל:  
"... אי נמי תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתייהו, ששויים  
בידיעה, אז הוי פסידא דפועל, דהמוציא מחבירו עליו הראיה  
ונאמר שמזל הפועל גרם ..."

היוצא מדבריו שסברת המוציא מחבירו וכו', הוא מפני שמזלו הרע של  
זה שעליו להוציא את הממון גרם לאונס. ע"כ מי שאינו מוחזק בשעת  
לידת האונס ועליו להוציא מחבירו, הוי האונס מזל רע שלו ופסידא  
דידיה. ע"כ אם הטעם הוא שמזל רע דידיה גרם לאונס, עלינו להסתכל  
על שעת לידת האונס, ומי שהוא מוחזק בשעה זו הוי האונס רוח  
דידיה ומזלו הטוב. כמו כן לא תועיל לשיטתו תפיסה לאחר לידת  
האונס, שהרי אין כאן דין של ספק ממון אלא ספק מזלו של מי גרם.  
וכאשר אין שניהם שויים בידיעת האונס, אמרינן שאי ההתנאה כמוה  
בפשיעה ומחייבין את היודע, משא"כ בידיעה שוה, הכל תלוי במזל,  
ומזלו הרע של המוציא מחבירו, גרם לו הפסד.

#### ג. תפיסה מהמוחזק

וכן מבואר בדברי ערוך השולחן (ח"מ שלד ס"א), וז"ל:  
"... ואפי' תפיסה לא מהני בזה, דאין זה דומה לכל מוציא  
דמהני לפעמים תפיסה, דבכאן מעיקר הדין כן הוא דכשניהם  
ידעו, כיון שגם הפועל פושע למה ישלם לו, ואם שניהם לא  
ידעו כיון דגם בעה"ב אנוס, משמיא הוא דגזרי עליה דפועל  
שלא ירויח."

מדבריו עולה שטעם הפסד הפועל, שמשמים גזרו על הפועל שלא ירויח  
ולא מטעם דהו"ל לאתנווי, ונפק"מ שאפי' היה מוחזק בזמן השכירות  
תהיה ידו על התחתונה, וכן נפק"מ שלא תועיל תפיסה, ודבריו מטיים  
לסברת כמהר"ם פאדווה הנ"ל.

ועיין בשער המשפט (ס"י שלד) מש"כ על דברי הראש יוסף, בראובן  
שנתן לשמעון עשרים ר"ט עבור שיתקן לו הבגדים שלו עשרים חתיכות  
להוציא מהם את הכתמים, וכאשר עשה שמעון חצי מלאכה חזר בו ראובן  
ואומר שאין לו עוד בגדים לתת מאחר ונפסדו העשרה האחרים באונס,  
ורוצה שיחזיר לו שמעון את העשרה ר"ט. ופסק שעהמ"ש דכיון דהוי  
אונס שתרוייהו שויים בידיעה, ההפסד הוא על הפועל. אולם כשכבר  
הקדים לו שכרו, וכעובדא דידיה, אין צריך להחזיר לו שכרו. וז"ל  
שער המשפט:

"אבל כיון שנתן ראובן לשמעון המעות קודם, דמי לה הוא דסי'  
שיא ס"ד, דאם אמר לו ספינה זו אני משכיר לך, והשוכר אמר  
לו יין זה וטבעה בחצי הדרך, דאם נתן לו השכר דאין צריך  
להחזיר לו ... והכי נמי כיון שראובן נתן כבר המעות, אף  
שאינן בגדים, מפסיד, כיון ששמעון מוכן לקיים תנאו וראובן  
אין לו בגדים מפסיד, וזה פשוט וברור."  
ואם ילפינן לה מדין ספינה, א"כ דוקא כשהקדים לו שכרו מצי למימר  
שמוכן לקיים תנאו, אבל בתפיסה לא שייך למימר הכי, כדמוכח לקמן.  
וא"כ לא מהני תפיסה לענין אונס.

וע"ע בתש" חוות יאיר (סי' קנא), במי שהשכיר סוס לחי' ימים והתעכב יותר מחמת אונס, ותפס המשכיר מהשוכר שלא בעדים את תוספת הימים שהתעכב. לאחר שהוכיח החוות יאיר שהשוכר פטור מעיקר הדין, כתב וז"ל:

"ואחר דפטור מצד הדין ואין כאן טענה לכפירה, מעתה אין מקום לזכות ראובן בתפיסתו כלום, רק חייב להחזיר מה שתפס, ולוי נותן לו שכירות של חי' ימים, ותו לא מידי."

בעובדא דידיה מיירי שתפס אחרי האונס וע"כ לא מהני תפיסתו, אולם אם היה מוחזק בזמן השכירות, אפשר שהיתה מועילה מוחזקותו. עוד י"ל ששם מיצה את כל זמן שכירותו, ועל הזמן ששכר אכן משלם, והדיון הוא על תוספת הזמן שאינה מכלל השכירות, ולא דמי לנאנס ולא יכול לקיים השכירות, וע"כ יש לדון בנדון דידיה מדינא דגרמא ומדין מבטל כיסו, וכמש"כ החות יאיר עצמו, אבל לא מדין אונס בשכירות פועלים.

לפ"ז נראה דלא קשה קושיית השבות יעקב (ח"א סו"ס קעו) על החוות יאיר, וז"ל:

"... אכן ראיתי בתש" חוות יאיר סי' קנא שנשאלה לפניו שאלה כזו והמשכיר היה תפוס משל שוכר, ואפי' הכי פסק שהוא פסידא דמשכיר, ודימה דין זה בדמיונות רחוקות אשר לא קרב זה אל זה, ובודאי תקפה עליו משנתו שנעלם ממנו מקור הדין בסי' שי, דברי הרא"ש הטור והשו"ע, כי הדין ברור מצד הסברא והמופת מדברי הראשונים כמש"כ, (דמהני תפיסת המשכיר להוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה)."

לאמור לעיל אין לפרוץ מדברי הרא"ש את דברי החוות יאיר, דהרא"ש מיירי לענין מוחזקות בשעת השכירות, ואילו החות יאיר מיירי מתפיסה לאחר מכן, וכן אין לדמות הדינים להדדי, דהא כאן מיירי מאונס שמאריך את זמן השכירות ולא אונס בביצוע השכירות, וע"כ דברי החוות יאיר ברורים בטעמם. ומ"מ יוצא מדברי השבות יעקב דס"ל דמהני תפיסה, וזה דלא כאף אחת מהשיטות הנז'. וכן הקשה על השבות יעקב הגאון ר' מאיר אריק במנחת פיתים ריש סי' שלד, דמהיכי תיתי תועיל תפיסה, עיי"ש.

#### ד. שכר בית ומת

והנה המרדכי (ב"מ שמה) הביא שאלה שנשאל המהר"מ בלאה ששכרה בית ומתה, ואין יורשיה רוצים לפרוע את מלוא השכירות אלא לפי מה שדרה בבית. והשיב המהר"מ, שאם לא נתנה כל השכירות, היורשים פטורים מלשלם עבור הזמן שלא דרה, והטעם - דמיתה חשיבא לאונס ועל בעה"ב לאתנויי. ואילו הרשב"א בתש" (סי' אלף כח) פליג על המהר"מ, וז"ל:

"בראובן שהשכיר בית לשמעון, ומת שמעון אחר שנים ושלושה חודשים שדר בקרקע, אם בנו יכול לומר לו ביתך איני רוצה ושכירות איני משלם לך אלא לפי חשבון שדר בו אבי. והשיב, שהראב"ד פסק שהדין עם המשכיר, דכיון ששכר שמעון הבית הרי הוא כמכר גמור ונתחייב בדמים, בין ידור בין לא ידור, ואע"ג דקיי"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, מ"מ אין השוכר רשאי לצאת משם בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות, אלא מחויב הוא שלא להניח ביתו לפני זה עד זמנו, ואפי' באומר

לו טרח והבא דיורין אחרים לאו כל כמיניה, דאדרבה- במשכיר  
סתם לשנה אין השוכר רשאי להניח לו ביתו, אא"כ הודיעו  
מתחילה לפי שהוא בית או חנות, או מאותם הנזכרים בפרק  
השואל (קא, ב)."

ועיין בב"י סו"ס שיב שפסק כרשב"א, והביא ראייה מדברי התוס' בב"ב  
נא, ב (ד"ה במתנה), וז"ל:

"... ואומר ר"ת, דגדול קנינו של שוכר מזה, שאפי מת בתוך

הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן..."

והב"ח דחה את ראייתו, וכתב דכוונת התוס' דאין המשכיר יכול  
לדחותם, אבל הם עצמם יכולים לחזור בהם.

ולפי דברי הרשב"א צ"ב, מאי שנא שכירות פועלים משכירות בית,

דבשכירות בית אמרינן ששכירות ליומא ממכר הוא ומחויב הוא לשלם

את כל שכרו על כל הזמן ששכר אפי' נאנס, ואילו פועלים שנאנסו

אמרינן דפסידא שלהם כל היכא שלא התנו, ומדוע לא נאמר דמכיון

ששכרם, התחייב לשלם להם שכרם משלם ואפי' יארע אונס, וכדאמרינן

בבית. ואפשר שהרשב"א מחלק בין שכירות פועל שיכול הפועל לחזור

בו מטעם "כי לי בני עבדים"- עבדי הם ולא עבדים לעבדים (ב"מ

י, א), ע"כ לא שייך בו מש"כ שאין השוכר רשאי לצאת בכל יום

ולחשוב עמו לשעות, דכיון דהמשכיר עצמו רשאי לחזור, אמרינן

דשכירותו אינה מוחלטת ובאונס מחשב עמו לשעות.

ועיין בתשי' פרח מטה אהרון ח"א סי' צד שהביא בשם מהר"ש הלוי

שהקשה על הב"ח דאין סברא לחלק בין כח קנין השוכר לכח קנין

המשכיר, וכמו שאין המשכיר יכול לדחות ליורשים ה"ה שאין היורשים

יכולים לחזור. ועי' בדברי משפט סי' שלד ס"ק א' משי"כ לישב,

דדוקא ביורשים רוצים לדור חייבים לשלם כל מה שהתחייב, אבל אם

אינם רוצים לדור, יכולים לומר אבינו היה חייב רק לדור ואם היה

דר היה חייב לשלם, אבל קודם שדר אין עליו חוב שכירות, דשכירות

אינה משתלמת אלא לבסוף, וע"כ פטורים מלשלם, אבל אה"נ, שני

הצדדים אינם יכולים לחזור בהם. ומש"כ הוא דוקא ביתמי, אבל

בשוכר ומשכיר וקרה אונס [לא של מיתת השוכר], תרוייהו אינם

יכולים לחזור. ודוקא בשכירות כלים וקרקע, אבל בשכירות פועלים,

כשם שיכול הפועל לחזור כך בעה"ב יכול לחזור.

הרמ"א בחו"מ שלד, א פסק שרק אם קבל כבר השכירות אין צריך

להחזיר, והיינו כדעת המרדכי, וכ"ד הש"ך בס"ק ב שדחה את דעת

הרשב"א וס"ל דרק אם כבר שילם שכירותו אין צריך להחזיר, וכ"ה

דעת תרומת הדשן בס"י שכט (עי' בסמ"ע ס"ק ד). ועיין במהרש"ד

(סו"ס רצה) שמשמעות דעתו לדינא כדעת הרשב"א, וכ"כ בס"י תטו,

וצ"ע לדינא.

## ה. ההבדל בין פועל לשדה

במשנה ב"מ קה, ב תנן: המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה,

אם מכת מדינה- מנכה לו מן חכירו. וכ"ה בגמ' שם קג, ב, דאי יבש

נהרא רבה מנכה לו מחכירו, דנימא ליה מכת מדינה היא. ולכאורה

קשה, מאי שנא שדה דאמרינן דהיכא דאינו מכת מדינה נותן לו השוכר

כל שכרו אפי' שהמשכיר הוא המוציא, ואילו בשכירות פועלים קיי"ל

דיד המוחזק על העליונה, וכל מי שצריך להוציא מחבירו הו"ל

לאתנויי, ומדלא התנה הפסיד. שאלה זו שאל המחנה אפרים (הל'

שכירות סי' ה), ותירץ, דפועלים שכרם בעה"ב שיעשו עמו מלאכה פלונית וכשאינם עושים מלאכה זו אינם שכורים לו, שהרי לא קיימו המעשה, אבל המשכיר בית שדה או ספינה, בשעה שהחזיק בהם השוכר נתחייב לשלם שכירותו והסתלק המשכיר, ובין יממש את יכולתו להשתמש בשדה ובין אם לא יממש חייב לשלם שכירותו, עיי"ש. אכן ראיתי לחקרי לב ח"ב סי' פא שכתב לחלק בין קרקע לפועל, דקרקע בחזקת המשכיר קיימא וחשיב בעל הקרקע כמוחזק לגבי השוכר אף להוציא, כדמוכח בב"מ קב,ב ובשו"ע חו"מ שיב,טו. ותירוצו צ"ע, דמה דמצינו דמהני חזקת בעלים בקרקע היינו לגבי חודש יג, וזה דוקא בספק בעצם השכירות, האם דירת חודש יג לשוכר או למשכיר כשאמר לשון לא ברורה, ואפי' גר כבר השוכר והדיון הוא על תשלום השכר, מ"מ בסיס הספק הוא בעצם השכירות, עיין ברש"י ב"מ קב,ב ד"ה קרקע שכתב דמה שבא בסוף החודש כולו למשכיר הוא מפני שהספק לא נולד כעת אלא מתחילת החודש, והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חברו וצריך להעלות לו שכר, ועי"ע בנתיבות סי' קלז ס"ק ב. אולם כאשר הספק על גובה דמי השכירות לא מהני מה שהקרקע בחזקתו, וכמו שמצינו לענין שכר הדירה כששוכר אומר נתתי, דנאמן אחר זמנו (ב"מ קב,ב), וה"ה לענין מקרה אונס ויש ספק על מי חלה חובת ההפסד, על המשכיר וינכה לו משכרו או על השוכר וישלם כל שכירותו, בכגון זה לא שייך לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת. וכאשר חולקים משכיר ושוכר על משך זמן שכירות מטלטלין, המשכיר מוחזק, ע"פ מש"כ התוס' בב"ב סא,ב (ד"ה ארעתא), וז"ל:

"... וי"מ דהתם יד המשאיל על התחתונה דשואל מוחזק, אבל הכא יד לוקח על התחתונה שמוכר מוחזק. ואין נראה לר"י, דהתם נמי הואיל וסופה לחזור לבעליה הוי משאיל מוחזק, כדאמר רב נחמן (ב"מ קב,ב) קרקע בחזקת בעליה עומדת הואיל וסופה לחזור לבעליה. ואין לומר דיש לחלק בין קרקע למטלטלין דאין חזקת השוכר חשובה בקרקע כמו במטלטלין ... דאין נראה לחלק, דהא מיירי התם רב נחמן אפי' בא בסוף החודש שנגמרה חזקתו שדר בה, אפילו הכי מוקמינן בחזקת בעלים..."

א"כ לדברי התוס' חשיב משכיר המטלטלין כמוחזק לגבי השוכר, ואף שלענין דמי השכירות הוא המוציא, מ"מ כיון דלענין החפץ הוא המוחזק, דהספק הוא על משך זמן השכירות, כלי-אימתי צריך החפץ לחזור לבעלים, הוי החפץ בחזקת הבעלים. ברם, למש"כ החקרי לב, ה"ה לענין ספק בדמי שכירות החפץ, ואתי שפיר הקושיא מספינה. ועי"ע בקצה"ח סי' מב ס"ק ב שנראה מדבריו שלענין חפץ מושאל או מושכר, ס"ל שהינו בחזקת בעליו, משא"כ לענין מעות. אך בנתיבות שם ס"ק י ס"ל דאף חפץ דינו כמעות והוי בחזקת המוחזק, וכשיטת התוס' בב"מ ס"פ השואל קג,א (בד"ה פרדיסי), ואכמ"ל.

#### ו. שיטת התוספות

התוס' ב"מ עט,ב (ד"ה אי), כתב וז"ל:

"... דהמוחזק יאמר לחבירו לית לך גבאי ולא מידי דקיים תנאך. וא"ת, דמ"מ אם נתן כל השכירות אמאי לא יטול השוכר שכר דחצי הדרך שלא הלך, וכי בשביל שמשכיר מוחזק ירויח, ועוד דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ולמה יפסיד השוכר

שכר חצי דרך שלא הלך. וי"ל כיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר, אע"ג ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר אם לא ישאר בו."

ושיטת הריב"ם שם בתוס' בפי' הגמ', דשכר חצי דרך שלא הלך לא יתן כיון שהוא אנוס. ונראה דשיטת התוס' התוס' דבכ"ע על המוציא להתנות, אלא שכאשר הקדים לו שכרו, לא מיבעיא אם הקדים בשעת השכירות דאז הו"ל לאתנויי וכמש"כ, אלא אפי' נתן לו שכרו במהלך השכירות הרי הוא כאילו מוחל לו ונותן לו את שכרו בכ"ע, אפי' לא יוכל להשתמש בחפץ מסיבת אונס. ונפק"מ שלא יוכל המשכיר לתפוס ולהיות מוחזק בתפיסתו, דדוקא בנתן לו מדעתו חשיב כנתרצה לתת לו אפי' לא ישתמש. וכן נפק"מ שאפי' באונס שהיה לפועל למידע ומעבד לא הו"ל למידע, הקדמת המשכורת כמוה כמחילה, ואין צריך הפועל להחזיר שכרו.

והנה בדין השוכר ספינה ואבדה באמצע הדרך, הביא מדברי הרי"ף דהיכא ששכר ספינה סתם לייך זה שאע"פ שלא נתן יתן, דמצי א"ל הב לי ההוא חמרא ואנא מייתניא ספינה אחריתי, דיהיב ליה כוליה אגרא ולא רק את שכר חצי הדרך, הקשה הרא"ש בפ"ו דב"מ הי"א, וז"ל: "... ולא נהירא מה שפירש ויהיב ליה כוליה אגריה, דהא לעיל (בה"ג) משמע דכל אונסא שאירע לבעה"ב שלא היה לו לידע יותר מן הפועלים פסידא דפועלים, ... הלכך לא יתן אלא שכר חצי הדרך."

וכדעת הרי"ף פסק הרמב"ם פ"ה משכירות ה"ג, וז"ל:

"אמר ליה ספינה סתם אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליד בה יין זה, אע"פ שלא נתן לו מן השכר כלום חייב ליתן כל השכר ..."

וכ"פ במחבר חו"מ שיא, ג. וא"כ לכאורה דין פועלים שנאנסו תליא במחלוקת ראשונים זו, דלדעת הרי"ף והרמב"ם יצטרך לתת להם כל שכרם, ואילו לדעת הרא"ש תלוי מי היה מוחזק בשעת השכירות, ולדעת התוס' תלוי אם נתן לו במהלך השכירות את כל שכרו, וכמש"נ. ועיין בסוף ספר באר יצחק לגאון רי"א (חחו"מ סי' ו ענף ד) שנראה מדבריו שפירש את דברי הרא"ש כדברי התוס' - מטעם מחילה, וע"כ כל היכא שהפועל מוחזק, הו"ל הבעה"ב מוציא ופסידא דידיה, ואפי' מוחזק לאחר תחילת השכירות יחשב כמוחזק. ועוד כתב, דשיטת תרומת הדשן (המובא לעיל בס"ק א) היא כשיטת התוס'. ולענ"ד נראה ששיטת הרא"ש חלוקה משיטת התוס', ונפק"מ - כשמוחזק לאחר תחילת השכירות, דלרא"ש לא מהני כיון שדנים אנו על המוחזקות בשעה שבה היה צריך להתנות, משא"כ לתוס' שהוא מטעם מחילה, אפי' מוחזק לאחר מכן הו"ל בעה"ב מוציא. גם מש"כ ששיטת תרומת הדשן היא כשיטת התוס', אפשר דכן הוא במסקנת הדברים, אך בהסבר שיטת הרא"ש נראה בדעת תה"ד דאזלין בתר שעת השכירות.

## ז. ההבדל בין ספינה לפועל

ובתוס' עט, א (סד"ה אלא) כתב שריב"ן מחלק בין ההיא דפועלים לההיא דספינה, דפועלים שלא איבדו כלום רק נתבטלו אין נותן להם כלום, אבל כשהמשכיר הפסיד ספינתו, כפועל בטל מיהא אית ליה, כיון שמזומן לקיים תנאו. ובתוס' מבוארות שתי נקודות המחלקות בין פועלים לספינה, א- מה שלא הפסידו הפועלים דבר, בניגוד לבעל



הספינה שהפסיד ספינתו. ב- כיון שבעל הספינה מזומן לקיים תנאו בספינה אחריתי והמעכב הוא היין הזה של השוכר, משא"כ בפועלים באתא מיטרא, שא"א לקיים השכירות כלל. ועיין בשי"ך סי' שיא ס"ק ב שחילק כתוס' בין היכא שהפסיד ספינתו וכו', והסיק ע"כ בספינה כדעת הרמב"ם והמחבר שצריך לתת כל שכרו.

ועיין במחנה אפרים הל' שכירות סי' ה שכתב על ראית הרא"ש משכירות פועלים, דלא דמי, דהתם הבעה"ב ג"כ מוכן לקיים תנאו דיכול לומר לפועל הרי השדה לפניך בא והשקהו, ונמצא דאין הפועל יכול לקיים תנאו שנתחייב לעשות, משא"כ בשוכר ספינה סתם ואמר לו לייך זה, דהמשכיר יכול לקיים תנאו ולתת לו ספינה אחריתי והשוכר אינו יכול לקיים תנאו ע"כ צריך לתת לו כל שכרו, והן הן דברי התוס' "דמזומן לקיים תנאו", וכמש"כ. אך במה שהמשיך להוכיח כדעת הרמב"ם מההיא דשכירות ליומא ממכר הוא, עיין בחקרי לב חח"מ ח"ב (כרך ג) סי' סד שהביא מהמהר"ם פאדווה בתש"י דאפי' מום שנולד אחר שהשכיר, חוזר, דאף דשכירות ליומא ממכר הוא, מ"מ למשכיר שייכא שהגוף שלו, וע"כ לא נוטל שכירותו שלא עשה, עיי"ש.

עוד כתב המחנה אפרים לחלק בין ההיא דספינה לפועל, דפועלים שכרם בעה"ב על מנת שיעשו לו מלאכה וכי אינם עושים, אפי' הוי מחמת אונס, תו אינם שכורים שלו, כמש"כ התוס' בגיטין עד, ב (בד"ה רבה) שהרי לא קיימו המעשה שקבלו לעשות, אבל משכיר בית או ספינה וכלים, משעה שהחזיק בהם השוכר כבר קיים תנאו המשכיר משעה שמסרן בידו, ותו אין על המשכיר להטפל אם יעשה בהם השוכר מלאכתו או לא, וכן מצא בחידושי מהר"ר בצלאל שהביא מהרמב"ן דדוקא בפועלים אמרינן הכי. עוד י"ל בישוב הקושיא מספינה, לפמש"כ לעיל בדברי הרשב"א בתש"י לחלק בין פועל לשכירות בית, דכיון דפועל יכול לחזור בו בחצי יום ממילא שכירותו אינה כמכר לענין זה שאם יהיה אונס יצטרך בעה"ב לשלם לו, דכל מאי דאמרינן בספינה ובבית [לרשב"א] שצריך לשלם לו גם אם נאנס, היינו מפני דהוי כמכירה ואינו יכול לחזור אם קרה אונס לקונה שאינו יכול להשתמש, אבל בפועל, מכיון שיכול הפועל לחזור בו, קנין השכירות אינו קנין גמור בכ"ע, ובאונס מתבטל השכירות מצד בעה"ב, וע"כ בספינה הוי כמכר מוחלט ואפי' נאנס השוכר, משא"כ פועל, כשם שיכול הוא לחזור בלא אונס, כך יכול בעה"ב לחזור בסיבת אונס, וכמש"כ הפרח מטה אהרון בבאור דברי התוס' בב"ב.

[ אך כ"ז לסוברים דאין גופו של פועל קנוי לבעה"ב, אבל לחולקים הסוברים שגופו קנוי דינו כספינה, עיין במחנה אפרים הלכ' שכירות פועלים סי' א, ועיי' במש"כ לעיל סי' חגג. ]  
ברם, מצאתי בדברי משפט (שי ס"ק ד) שכתב דלא מהני מוחזקות המשכיר, מההיא דספינה דקיי"ל כדעת הרי"ף והרמב"ם דצריך לשלם כל שכירותו, ולא מהני מוחזקותו, וה"ה בפועלים אפי' הם מוחזקים לא מהני מוחזקותם וצריכים להחזיר השכר שנטלו. ומוכח מדבריו דאינו מחלק בין ההיא דספינה לפועל, וכ"י מדברי תה"ד הנ"ל שמדמה שני הדינים להדדי ולא חילק ביניהם, ועיי' דברי התוס' הסיק לענין אונס פועלים. וכן כתב במהר"ח אור זרוע בתש"י סו, דהיכא דהקדים לו שכרו הוי מחילה גם במלמד. אלא שהמהר"ח או"ז חידש שם שכשהקדים לו שכרו מפני שהמלמד לא הסכים להשתכר א"כ יקדים לו שכרו, לא שייך טעם מחילה, וכשנאנס צריך להחזיר לו שכרו. ונראה דלשיטת הרא"ש שבהקדים לו שכרו הו"ל לאתנויי, אפי' הקדים לו בעל

כרחו של משכיר, כ"ש דהו"ל לאתנויי. וחילוקו של האו"ז הוא רק לשיטת התוסי ולטעם מחילה, אבל לשיטת הרא"ש אין לחלק.

#### ח. מכת מדינה בפועלים

הרמ"א בחו"מ שכא, א הביא מהמהר"ם פאדווה בתש" (סי' לט) דהא דאמרינן דאם מכת מדינה היא מנכה לו מחכירו, ה"ה בכל כיוצב"ז, דכל מקום שנפסד הענין לגמרי והוי מכת מדינה מנכה לו משכירותו, ואם אפשר לתקנו ע"י טורח ותחבולות, אינו מנכה לו. והוסיף הרמ"א, דכל מקום שמנכה לו, אין חילוק בין מה שעבר או להבא, וכן פסק מהר"ם על מלמד שגזר המושל שלא ילמוד דהוי מכת מדינה וכל ההפסד על בעה"ב, ויש חולקים וסוברים דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי, ואם לא חזר איהו דאפסיד אנפשיה ומחל, ופסק הרמ"א כסברא ראשונה.

והנה על מה שהביא מהמרדכי ר"פ האומנים דמושל שגזר שלא ילמדו הוי מכת מדינה וכל ההפסד על בעה"ב, הקשה בסמ"ע ס"ק ו דאין טעם לדבר, דכיון דהוי דבר לא שכיח ולא הו"ל למידע לא לבעה"ב ולא למלמד, הוי פסידא דמוציא, והיינו פועל ובעה"ב, ואדרבא יש לנו לומר יותר במכת מדינה מבאונס רגיל דהו"ל למוציא לאתנויי, דכיון דשניהם שוים בזה ואין לנו לתלות במזל האי יותר, יש יותר סברא דעל המוציא עליו הראיה או לפחות יהיה ההפסד על שניהם ולא על בעה"ב בלבד. וכתב הסמ"ע, דנ"ל בכוונת המרדכי בשם מהר"ם, דגם לבעה"ב יהיה הפסד ולא רק למלמד ויחלוקו בהפסד. אך דבריו במסקנה קשים, דאיך נאמר שהמרדכי יסבור שבמכת מדינה יחלוקו ההפסד ובאונס פרטי אזלינן בתר המוחזק, דהא הסברא נותנת יותר במכת מדינה שיהיה יד המוחזק על העליונה, וכמש"כ הסמ"ע עצמו. וכן קשה מש"כ הסמ"ע בסי' שלד ס"ק ב שבמכת מדינה לפעמים יד הפועל על העליונה.

#### ט. שיטת המרדכי במכת מדינה בפועל

ובישוב הדברים נראה הסבר שונה בדברי המרדכי. וז"ל המרדכי (ב"מ שמג):

"מלמד החוזר בו ומורד בבעה"ב ואינו רוצה לגמור מלאכתו, יד של בעה"ב על העליונה, שוכר עליו או מטעהו. וכתב רבינו חיים ברבי משה, דאם קבל כבר המלמד שכרו צריך להחזיר עד כדי שיוכל להשכיר אחר, וכן פירש ראבי"ה דלימוד דבר האבד הוא כדאמר רב לקמן פרק המקבל ופ"ב דב"ב, האי מקרי דדרדקי פסידא דלא הדרא הוא, וכ"פ ר"י ור"ש דדבר האבד הוא ואין יכול לחזור. אבל רבינו יואל הלוי פסק דמלמד כפועל ויכול לחזור בחצי היום. ורבינו מאיר אומר דהלכה למעשה דדבר האבד הוא. וכתב דה"ה לסופר, דהרבה מזיק לספר שהוא משתי כתיבות, והו"ל כדבר האבד. ואם הביטול של המלמד מחמת גזירת המושל שבעיר וא"א למלמד ללמוד, הוי מכת מדינה ויהא ההפסד של בעה"ב..."

מדברי המרדכי נראה שכל הדיון נסוב על דיני חזרה של מלמד. ובתחילה הביא המרדכי דמלמד הוא דבר האבד על כל הנפק"מ שבזה, והיינו שאינו יכול לחזור בו, ואם חוזר בו שוכר עליהם או מטען

ויד בעה"ב על העליונה, ואפי' קבל כבר את שכרו צריך להחזיר בכדי שיוכל לשכור מלמד אחר, והוסיף ע"ז המרדכי, דאם המלמד לא חזר בו אלא הוצרך שלא ללמד מחמת גזירת המושל, לא אמרינן דיד בעה"ב על העליונה ושוכר עליהם או מטען, אלא ידו של המלמד על העליונה ושל בעה"ב על התחתונה ואינו יכול לשכור עליו או להטעותו, וכן נפק"מ לענין שומה של מה שעשה, ששמין לו וידו על העליונה כפועל וכמבואר בחו"מ שלג, ד, ואף דבמכת מדינה שכל המלמדים לא יכולים ללמד לא שייך לומר "שוכר עליהם או מטען", מ"מ נפק"מ לאם נתן בעה"ב למלמד שכרו, וכמש"כ הרחב"מ במרדכי, "דאם קבל כבר המלמד שכרו צריך להחזיר עד כדי שיוכל להשכיר אחר", והייתי חושב דכשאינו יכול ללמד מחמת מכת מדינה עליו להחזיר שכרו שקבל ולא לימד, [אף שצריך להחזיר רק את החלק היחסי ולא בכדי להשכיר אחר, דהא לא שייך במכת מדינה בכדי להשכיר אחר], קמ"ל דההפסד על בעה"ב אם כבר נתן לו את שכרו, אבל היכא שעדיין לא נתן לו את שכרו, אין צריך לתת לו שכרו, וככלל הנהוג בשכירות פועלים. ע"כ לא קשה הסתירה שהקשה הסמ"ע מהמרדכי בסוף אות שמג, דהיכא דתרוייהו לא הו"ל למידע הוי פסידא דפועלים, דמש"כ בסוף כוונתו לענין מה שלא עשה שהוי פסידא דמלמד, ומש"כ דבמכת מדינה הוי פסידא דבעה"ב היינו לענין מה שכבר קבל, וכן לענין שוכר עליהן או מטען במקום שהדבר שייך. וממילא לא קשה קושיית הסמ"ע, ואין צריך לומר שעל מה שלא עשה במכת מדינה, יחלוקו את ההפסד. ובזה א"ש מה שהביא הרמ"א את דברי המרדכי אחר שכתב שאין חילוק בין מה שעבר לעתיד, דכוונתו דאף שהמלמד יכול לחזור בו מהמשך הלימוד ויהיה ידו על התחתונה, היינו בחוזר בו אבל אם גזר המושל שלא ילמדו הוי פסידא דבעה"ב לענין שיהיה ידו של המלמד על העליונה. [וע"ע במהרש"ג ח"ג סי' קכב מש"כ בהסבר דעת המרדכי].

#### י. שיטת הנתיבות בדין מכת מדינה במלמדים

ומש"כ שאין חילוק בין מכת מדינה לאונס פרטי, נראה כן גם מדברי הנתיבות סי' שלד ס"ק א שתמה על דברי הסמ"ע בס"ק ב שבמכת מדינה לפעמים יד פועל על העליונה, דמהיכי תיתי יהיה עדיף מכת מדינה מאילו איתרמי ליה אונס רגיל דהוי פסידא דבעה"ב, ואדרבא- מצינו שמכת מדינה מגרע כח המשכיר דמנכה לו השוכר מחכירו. והסביר הנתיבות דכוונתו דבמכת מדינה יכול כל אחד לכופף את השני שיעבוד בפחות מהמחיר שקבעו, משא"כ באונס אחר שאינו מכת מדינה, אינו יכול לכופפו לעבוד בפחות, ובדין חזרה קאי. ומה שהביא הרמ"א את דברי המרדכי, כוונתו להוכיח שמכת מדינה שייך גם בלהבא ולא רק בעבר, דלא כמהר"מ פאדווה. ובזה ישב הנתיבות את דברי הרמ"א, אולם דברי המרדכי דכתב שהוא פסידא דבעה"ב קשים בעינינו, וע"כ כתב לתרץ דדוקא מלמד שאסור לו ליטול שכר על לימוד התורה וכל שכרו הוא על השימור, והגזירה היא על הלימוד ולא על השימור, ועל מה שנשכר לא נאנס, ע"כ הוי ההפסד על בעה"ב, עיי"ש.

היוצא מדברי הנתיבות דבכל שכירות פועל או מלמד אין חילוק בין מכת מדינה לאונס פרטי, ורק כשגזר המושל שלא ילמדו חייב בעה"ב לתת את שכרם, מכיון שביכולתם לשמור על הילדים, וע"ז מקבלים הם את שכרם, אבל כשגזר המושל גם שלא ישמרו דינו ככל אונס. ועיין בחתם סופר חחו"מ סי' קסא (ד"ה ואמנם) שכתב דסברתו שמקבלים שכר

על השמירה רחוקה מן הדעת, וגם לא קיי"ל הכי אלא שכר פיסוק טעמים כר"י בנדרים לז, א, עיי"ש.  
כדעה הזו שאין חילוק בין מכת מדינה לאונס פרטי נמצא גם במהרי"ל בתש"י סי' מא [ב], וז"ל:  
"ועל אודות המלמד ... או אם הוה בענין זה שבעה"ב והמלמד לא הוה להו לאסוקי אדעתיהו, כגון שהתחיל באמצע הזמן פתאום, ובכל פרווהא לא היה דבר בעת השכירות, הא נמי פסידא דמלמד ..."  
מדבריו עולה דגם במכת מדינה, כעובדא דידיה שהיתה פורענות על כל האזור כמבואר בגוף התש"י, מ"מ הוי פסידא דפועל ולא פסידא דבעה"ב, וככלל הרגיל באונס בשכירות פועלים. אך עדיין אפשר דלא חשיב מכת מדינה ע"פ מש"כ במהר"מ פאדווה סי' פו, דהיכא שלא ברחו כולם לא חשיב מכת מדינה, ולא מבורר בדברי המהרי"ל אם בנדון דידיה ברחו כולם, או אפשר דלא ס"ל כחילוק המהר"מ פאדווה, ועדיין צ"ע.

יא. המחלקים בין מכת מדינה לאונס פרטי

אלא דנמצא לקמאי ובתראי שחילקו בין אונס למכת מדינה. המהר"מ פאדווה בתש"י סי' פו, כתב וז"ל:  
"בענין שאלתך על מלמד שברח תלמידו מעירו כאשר החל הנגף בוניזייה, אם חייב התלמיד לתת שכר משלם או לנכות ימי הביטול. הלא אהובי דבר פשוט הוא והלכה רווחא בישראל מפרק האומנים, שכל אונסא דמקרי למלמד או לפועלים לבטלם ממלאכה, אז הוי פסידא דפועל, דהממע"ה ונאמר שמזל הפועל גרם. ונידון דידן דומה ממש להא, דזה שברח מאימת הנגף יקרא אונס בודאי, ושניהם שוים בידיעה המלמד והתלמיד. ואשר מרי דעובדא תלה זייניה בהגהה דאשרי דבמכת מדינה נותן לו כל שכרו [כוונתו למרדכי הנ"ל], לא שמיע לי, כלי לא סבירא לי לכנות נדו"ד מכת מדינה, וכי כל הדרים בוניזייה ברחו ונתבטלו מלמודם, הלא מיעוטא דמיעוטא ברחו ... והיינו טעמא שלא יקרא מכת מדינה רק השוה לכל אדם, כמו גזירת המושל שלא ילמדו התלמידים שכולם בטלים ..."  
נראה מדבריו דפירש את דברי המרדכי הנ"ל דבמכת מדינה הוי פסידא דבעה"ב ויש לו לשלם למלמד כל שכרו. וכ"ה דעת ש"ך סי' שכא ס"ק א דיש לבעה"ב ליתן למלמד כל שכרו, דלא דמי למש"כ במהר"מ פאדווה סי' לט המובא ברמ"א ובסמ"ע בענין אנשים שהיה להם חנות ורשות מהשלטון להלוות בריבית, והחכירו חזקת אותה חנות לאחרים, ואסרה המלכות להלוות בלי משכונות, ועקב כך ירדה כדאיות החזקת החנות וממילא גם דמי השכירות. וכתב המהר"מ פאדווה דאף שבמכת מדינה מנכה לו מחכירותו, כאן מכיון שיכול לחזור בו מיד מהחכירות, אם לא חזר הפסיד השוכר, עיין בסמ"ע שהביא את הדברים באריכות והסיק דלא כרמ"א שכתב דאין לחלק בין עבר לעתיד. וכתב ע"ז בש"ך דדוקא בחזקת חנות שיכול לחזור אמרינן דמדלא חזר מחל, והיכא דחזר מכאן ולהבא מנכה לו מחכירותו, אבל במלמד שאינו יכול לחזור כמבואר במרדכי דהוי כדבר האבד, חשיב כסוף הזמן והוי כלעבר שנותן לו כל שכרו, וה"ה בבית שנשרף. מ"מ חזינן מדבריו דבמכת מדינה נותן לו כל שכרו, ולמד הש"ך את דינו מהמהר"ם פאדווה ומהמרדכי כפשטות

לשונו, וס"ל לחלק בין אונס למכת מדינה.  
וכ"נ מדברי החת"ס בתש' חחו"מ סי' קסא (ד"ה והנה), וכ"ה בתש'  
שאלת שלום [הבוטשאנר] סי' עג, וז"ל:  
"ועיקר הטעם דבמכת מדינה מאלם כח הפועל, הוא משום דהא  
דבשניהם אינם יודעים אמרינן דהוי פסידא דפועל ולא  
דבעה"ב, משום דהוא המוציא וידו על התחתונה ואומר לו  
בעה"ב דמזלו גרם, משא"כ במכת מדינה דליכא למיתלי במזלו  
דפועל כיון שהוא מכת מדינה, לכן הוי פסידא דבעה"ב..."  
הרי שסובר בדין פסידא דפועל דהוא מטעם "מזלו גרם", וכמהר"מ  
פאדווה הני"ל, וע"כ במכת מדינה דליכא למימר הכי אמרינן דהוא  
פסידא דבעה"ב. אך קשה, דאף שלא שייך למימר מזלו דפועל גרם, מ"מ  
ג"כ א"א לומר מזלו של בעה"ב גרם, וא"כ מזל תרוייהו שוה ואמאי  
לא נימא המוציא מחבירו עליו הראיה, וכקושיית הנתיבות והסמ"ע.  
וע"ע בתש' זקן אהרון (לגאון ר' אהרון וולקין רבה של פינסק-  
ח"ב סי' קמג) שכתב ג"כ לחלק בין מכת מדינה לאונס, אך גם במכת  
מדינה גופא חילק בין שני סוגים. כשהמלאכה התבטלה והפועל מוכן  
לעשות מלאכתו הוי ההפסד על בעה"ב, אבל כשהגזירה היא על המלמד  
והוא אינו יכול לעשות מלאכתו, ואינו יכול לומר הריני מוכן  
לעשות מלאכתו, ההפסד על הפועל. וצ"ע לנידון דידן אי חשיב  
כגזירת מלאכה או גזירת פועל.

יב. הגדרת "כסף"

היות ומצאנו מחלוקות הפוסקים אם דין מכת מדינה כאונס  
פרטי, ובפולוגת הפוסקים אזלינן בתר המוחזק, והוא הדין לסוברים  
שמכת מדינה דינה כאונס פרטי, אם גם באונס פרטי אזלינן בתר  
המוחזק כעת, יש לדון מי המוחזק בנדון דידן. וכמש"כ בגוף השאלה,  
מוחזקות הגנת בהמחאות שנתנו לה ההורים בתחילת החודש [או בתחילת  
השנה]. ברצוני להדגיש שהדברים דלהלן נכתבו בטרם העליתי את  
האפשרות לתת לשיק תוקף של מעמד שלושתן ע"י כתב, עיין במש"כ  
בסימן כא בענין תוקפם של השיקים. היות והגישה המקובלת בין  
הפוסקים היא להתיחס לשיק כאל ממרני, נקטתי בגישה זו בשעת כתיבת  
הדברים.

שתי נקודות מבט יש לבעיה זו. א- האם דינן של ההמחאות כדין  
כסף, שהרי מקובל במסחר (בפרט במסחר הסיטונאי) לשלם בהמחאות  
(שיקים) וא"כ אפשר שדינן ככסף עובר לסוחר, מה עוד שניתן  
להעבירן לצד שלישי ולקבל תמורתן כסף או סחורה, ומבחינת כללי  
המסחר והנוהג המשפטי יש לשיק תוקף של פרעון מיידי. ב- אף אם לא  
נתיחס אל ההמחאות כאל כסף, מ"מ לא גרע השיק משטר, ויש לדון האם  
מוחזקות בשטר כמוהו כמוחזקות בגוף הממון.

החתם סופר דן בשלוש תשובות שונות על דינן של שטרות הכסף  
(שבהן אנו משתמשים בחיי היום יום), אם דינן ככסף או לא. בחחו"מ  
סי' קנג (ד"ה וגם בחליפין), כתב וז"ל:

"...וגם נ"ל דבאנקא צעטיל ניקנים בחליפין, כי אין גופן  
מטבע אלא שעבוד ניכסי הקירה והם ניקנים בחליפין."  
מדבריו עולה שהיות ואין לשטרות שווי עצמי אלא הוי רק שעבוד  
ניכסי הבנק, דינן כשטרות וניקנים בחליפין. אמנם דבריו צ"ע, א-  
מי יימר דכסף היינו דוקא דבר שיש לו שווי עצמי, לכאורה הגדרת

מטבע כסף היינו מטבע או שטר בעלי כח קניה. ב- דאף אי נימא  
דדינו כשטר שיש בו שעבוד נכסי הבנק, עדיין צ"ע לקנות בו  
בחליפין, עיין בב"ב עז, א תוס' ד"ה אמר, בש"ך סי' סו ס"ק י  
ובקצוה"ח שם סוס"ק ג.

אמנם בתש"א אחרת (חו"מ סי' קפז) כתב החת"ס דעה שונה, וז"ל:  
"... ונידון הבאנקי ... אך עיקר החקירה בזה מה בין שטרות  
למטבע, הלא פשוט דשטר שנחקק על טבלא של זהב וכמו שרגילים  
על טס נחושת, מ"מ דין שטר יש לו אע"פ שגופו שוה הרבה,  
מ"מ לענין הראיה שבו אין לו אלא דין שטר. וגם זה פשוט,  
דכל מטבע דמסגי בעלמא ע"פ מלך ושרים, אפי' השווי שבו  
פחות בהרבה ממה שהוטבע מהמלך, ורוב מעות נחושת כך הוא  
וכל מעות התוגר אינו שוה אפי' הרביעי, מ"מ דין מטבע יש  
לו, דמה בין זה לזה. וקיי"ל בענין מטבעות דינא דמלכותא  
דינא מן התורה והוא גזר אומר שתצא המטבע בכך, והממאן  
ליקח חייב ראשו למלך, הרי זה גופו ממון אפי' אינו שוה  
החצי ..."

מדברי החת"ס בתש"א זו עולה שבכל מציאות שיש חיוב על המוכר לקחת  
את שטר הכסף כתמורה למכר, מדינא דמלכותא יש על השטר או המטבע  
דין כסף, בין אם השטר נכתב על נייר ואין לו כל ערך עצמי ובין  
אם הוטבעה המטבע על חתיכת זהב וערכה הנקוב פחות בהרבה משוויה  
הממשי.

כך גם כותב החת"ס סופר בתש"א נוספת (יור"ד סו"ס קלד סד"ה ותו),

וז"ל:

"... אבל גדר מטבע הוא, שגזר המלך עליו שתצא ומי שממאן  
מלמכור וליקח באותו מטבע יחייב ראשו למלכות, ודינא  
דמלכותא דין אמת ומשפט צדק הוא בזה, ולא מלכותא דארעא  
לחוד גזר עליו אלא גם מלכותא דרקיע ית"ש, והיינו מטבע  
שגופו ממון ... משא"כ שטר אפי' על עשיר היותר גדול,  
ואפי' על המלך בימי עשרו אשר בודאי יהיה עובר לסוחר לכל  
אדם, מ"מ אינו אלא מפני הראיה שבו שיודעים שזה הוא אדם  
בטוח, אבל אין גופו ממון, שאם ירצה שלא ליקחו מי יכוף על  
זה. וכן כל (הבאמאשקא וקופפר אמבוט) אין אדם מוכרח ליקח  
אותם בתשלומים, משום הכי אינם אלא שטר בעלמא."  
א"כ לפי הכלל שטבע החת"ס במטבעות, אין להמחאות דין של כסף,  
מאחר ואין הסוחר או כל מוכר חפץ חייב לקבל שיקים ויכול הוא  
לדרוש מזומנים בלבד כתשלום. ואף שבדרך המסחר הרגילה מקובל לקבל  
המחאות, מ"מ אין זה בגדר חובה, משא"כ שטרות כסף מחויב כל סוחר  
לקבל מדינא דמלכותא והתנגדות לקבלם הינה בגדר עבירה על החוק,  
משא"כ המחאות. לפ"ז אין המוחזק בהמחאות יחשב כמוחזק לענין דין  
המוציא מחבירו.

לפ"ז יצא דבר חידוש לענין מטבע זר, שע"פ החוק לא רק שאין  
חובה לקבלו, אלא אדרבא- יש איסור לסחור בו, אין המחזיק בו נחשב  
כמחזיק בכסף אלא כמחזיק במטלטלין ששוים מוערך בהתאם לשער  
המטבע. ואילו בהמחאה, אף שניתן ג"כ לסחור בה, מ"מ אינה דומה  
למטלטלין או למטבע זר, שהרי מימוש שווים של מטלטלין או מטבע זר  
נעשה ללא יצירת כל קשר עם המרא קמא, ויכול המחזיק בהם לממש את  
רוחיהם ללא שליטת הבעלים, משא"כ המחאה, היות ויכולים הבעלים  
לבטלה והמימוש הסופי שלה נעשה מחשבון הבנק השייך למתחייב, אין

המוחזק בהם נחשב כמוחזק במטלטלין. דוגמא נוספת למוחזקות מעין זו היא מוחזקות בשטר חוב, שאף שניתן למוכרו ולסחור בו, מימוש הסופי עובר דרך המתחייב, וביכולתו גם למחול על שעבוד החייב, ע"כ אין המוחזק בשטר חוב או המחאה דומה למוחזק במטלטלין. [וע"ע בש"ך סי' סד ס"ק ד במש"כ לענין תופס שטרות כמשכון לאחר מיתה].

#### יג. מוחזק בשטר ומוחזק בשיק

אך אפי' אם נאמר שהמוחזק בהם אינו כמוחזק בממון, יש לדונו כמוחזק ממקום אחר. דהנה בעה"ת (שער כא ח"ג אות ב), כתב וז"ל: "אבל אי מודה מלוה דתנאי הוה ביניהון, מיהו לא קיים תנאו והוא חייב בשטרו, הואיל והודה לדברי הלוה והוא מוציא והלוה מוחזק במעותיו, עליו לברר שזכה במעותיו ולא מיהמנין ליה במיגו, דלא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא. ואע"ג דאמרינן הני מילי בשטרא זייפא אבל בשטרא מעליא אמרינן מיגו, וכמש"כ בשער יז, האי שטרא נמי כיון דקא מודי ליה דעל תנאי הוה ואי מקיים תנאיה הא לא חייל שעבודה, ולוה טעין דקיים תנאיה ולא חייל כלל, הלכך משתבע לוה ומפטר."

מדברי בעה"ת עולה שאין מוחזק בשטר על תנאי יכול לטעון מיגו להוציא, ואף שהוא מוחזק בשטר, היותו ושעבוד השטר מותנה, אין הוא מוציא מכלל "מוציא".

דינו של בעה"ת משער כא, הובא בטור בסי' פב ונפסק שם להלכה בשו"ע בסעי' יב. ובסמ"ע שם ס"ק מה ובש"ך ס"ק כח האריכו להקשות על בעה"ת ועל המחבר שפסק כוותיה, דהא כל היכא דאית ליה שטרא הו"ל כגבוי בידו ואינו נחשב מוציא, וודאי אמנה גרע טפי משום דעקרי שטרא מעיקרא, משא"כ בתנאי, דשטרא מעליא הוא ותנאי מילתא אחריתא הוא, ובלא"ה הרמב"ן והרשב"א חולקים גם על דינא דאמנה דהיכא דבא עם שטר מקוים לא נחשב מוציא, כמבואר בההיא סוגיא דחזקת הבתים ובשו"ע חו"מ פג, ד ובש"ך שם ס"ק ט. ומבואר בסמ"ע ובש"ך דאין מחזיק השטר נחשב כמוציא.

ובשער יז סוף ח"ב, כתב בעה"ת וז"ל:

"ודוקא היכא דהוה שטרא זייפא הוא דלא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא, הא אי הוה שטרא מעליא אמרינן מיגו לקיומי שטרא ולאפוקי ממונא, וכדאיתא בשבועות מב, א בעובדא דההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בדך והא שטרא, א"ל ולאן פרעתיך, וא"ל הנהו סטראי נינהו, ואסיקנא דאיתרע שטרא. והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא, אבל פרעיה בין דיליה לדיליה, מיגו דיכיל למימר להד"ם, יכיל למימר סיטראי נינהו. אלמא דלקיומי שטרא מעליא אמרינן מיגו, ואכתי איתיה לשעבודא דשטרא. והא דאמרינן במילתא דר"י בחזקת הבתים דבזוזי לא אמרינן מיגו, משום דהאי שטרא חספא בעלמא הוא, וכגון הא לא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא." הרי שלדעת בעה"ת, כשיש ביד המלוה שטרא מעליא ורוצה הלוה להרע השטר בטענת פרעון, יכול המלוה לקיים את השטר בטענת סיטראי מיגו דלהד"ם, ולא תחשב טענת מיגו זו כמיגו להוציא. והסבר הדברים נראה, דכיון שבידו שטר מעליא שניתן לגבות באמצעותו מהלוה, ובא הלוה לסתור את השטר, אין טענת מיגו לקיום השטר נחשבת כטענה על

גוף הממון שבו מוחזק הלוה אלא כטענה לקיום השטר שבו מוחזק המלוה, וע"כ לא הוי מיגו להוציא אלא מיגו להחזיק. וכך היא גם דעת הריב"ם בתוס' (ב"ב לב, ב ד"ה אמאי), וז"ל: "תימה, דליהמניה במיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא. ותירץ ריב"ם, דלא אמרינן מיגו להוציא ממון מחזקתו, דמה שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום, דקרקע בחזקת בעליה קיימא כיון שאין לו שטר או חזקה אלא בדברים בעלמא שאומר שטרא מעליא הוה לי ואירכס, ולא אמרינן מיגו אלא להחזיק ממון שיכול לפטור עצמו עם מיגו. אי נמי, אם יש לו שטר או חזקה וזה בא לפסול ראיתו, אז זה יכול לקיימו ע"י מיגו, כמו קמי דידי זבנה מינד, מיגו דאי בעי אמר מינד זבינתה ואכלתיה שני חזקה."

מתרצו השני של ריב"ם מבואר שמיגו לקיום השטר אמרינן, אף שאין מחזיק השטר מוחזק בגוף הקרקע או המעות. שאין כאן הדיון על הממון או הקרקע, שבהם מוחזק שכנגדו, אלא על השטר, אם טוב הוא אם לאו, ובשטר מוחזק הטוען טענת מיגו, וע"כ אין מוחזקות שכנגדו בממון מגרעת לטענת מיגו להחזיק השטר. ובתירוץ הראשון מתרץ ריב"ם שמוחזקות בקרקע בדברים בלבד, ללא שטר או חזקה, אינה מוחזקות, וע"כ הוי מיגו להחזיק.

ובהמשך מביאים התוס' את תירוץ ר"י על הקושיא הנ"ל, וז"ל: "ואין נראה לר"י, מדלא מפרש טעמא הכי בהדיא, משמע דלאו משום הכי הוא. ונראה לר"י, דטעמא דרב יוסף דלא אמרינן מיגו הכא, כיון דלית ליה הכא מיגו ... אי נמי ... משום דהוי חוזר וטוען."

ואין נראה לפרש בשיטת ר"י, דאי הוה ליה מיגו היה יכול לטעון אף אם היינו דנים על הממון שאינו מוחזק בו, דא"כ הו"ל לר"י לומר זאת בהדיא. וע"כ מסתבר דכוונת ר"י דקושיא מעיקרא ליתא, כיון שבמציאות אין לו מיגו, אך אין בדבריו משמעות מה הדין אם היה לו מיגו.

א"כ לדעת בעה"ת והריב"ם אמרינן מיגו רק כשדנים על השטר ולא על הממון, וע"כ הוי להחזיק. ברם, טעם אחר נמצא בדבר הרמב"ן (בתש" המיוחסות ס"י ק) בשאלה שנשאל על שטר שנמצא גרר בין שיטה לשיטה, אי נמי מאחריו, אי חוששין שמא שובר היה כתוב בו וגררו, וז"ל:

"נראה ודאי שאין חוששין בו לכלום, ולא מרעינן ליה בשטרא בחשש כזה, לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאילו הממון הכתוב בו הוחזק בידו, כדמשמע בהדיא דשבועת הדיינים ... ואע"ג דקיי"ל מיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן, טעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקמי ממונא הוא"

מדברי הרמב"ן מפורש יוצא, שהמלוה המוחזק בשטר הרי הוא כמוחזק בגוף הממון. ובניגוד לדעת בעה"ת והריב"ם שאין הוא מוחזק בממון אלא רק בשטר שעליו מתיחסת טענת המיגו, הרי שלדעת הרמב"ן דינו כמוחזק בגוף הממון ממש.

כדעת הרמב"ן נמצא לרבינו יונה בעליותיו (לב, ב), וז"ל: "ועוד דודאי מתחילה כשטוען הב לי מאה זוזי והא שטרא, הרי הוחזק בדין אותו ממון, דכל מאן דנקיט שטרא כהוחזק דמי. והיכא דאית ליה דינא במיגו, לא חשיב מיגו לאפוקי ממונא



"...

מדברי רבינו יונה מבואר דס"ל כדעת הרמב"ן, דאם היה סובר כדעת בעה"ת והריב"ם, הרי שהמוחזקות היתה קשורה בדין מיגו דוקא, ובדבריו הגדיר רבינו יונה את מחזיק השטר כמוחזק, ללא קשר לדין המיגו. וכך מדויקים דבריו, "הרי הוחזק בדין אותו ממון", וכן ממש"כ דלא חשיב כמיגו לאפוקי ממונא, אי הוה ס"ל כבעה"ת, הו"ל למימר דלא חשיב כמיגו "לאפוקי", שהרי אין דנים על הממון. וע"כ נראה דדעת הרבינו יונה דדינו כמוחזק בגוף הממון, וכדעת הרמב"ן. ועיין ברמב"ן בחידושו לב"ב לב, בההיא קושיא מהגמ' דשבועות,

וז"ל:

"... לאו קושיא הוא, דאיהו נאמן על מה שהוא תפוס סטראי נינהו, ואין נאמנותו על מנה שבשטר אלא על מה שפרע לו שהוא אומר סטראי נינהו, ואע"ג דממילא מהני ליה מיגו לגבות מנה שבשטר."

מדברי הרמב"ן בחידושו עולה דרך נוספת בבאור המיגו. לדעת הרמב"ן- אין כאן דיון לא על השטר ולא על הממון שבשטר אלא על טענת פרעון של הלוח, ורק כנגד טענה זו מהני טענת מיגו, אף שגבית השטר תהווה תוצאה ישירה מנאמנותו במיגו, מ"מ אין זה בכלל מיגו להוציא.

ודבריו בחידושים סותרים למיחוס לו בתשובות. דמדבריו בחידושים עולה דאמרינן מיגו להוציא כשיש לו שטר, מפני שאינו מוציא ע"י המיגו אלא ע"י השטר והמיגו רק מסלק את טענת פרעתיך, אך כשטוען טענה להוציא ממון ורוצה שנאמינו בטענה זו במיגו, חשיב המיגו כמוציא אף שמוחזק בשטר, משא"כ שלא הטענה עם המיגו מוציאה אלא השטר, והמיגו רק מסלק טענה צדדית של הנתבע, חשיב השטר כמוציא. מ"מ מדבריו בחידושים מבואר, דאין מחזיק השטר חשיב כמחזיק בממון, דלא כמש"כ בתש"י דמהני המיגו דהוי מיגו להחזיק, כיון שמחזיק השטר חשיב כמחזיק בגוף הממון הכתוב בשטר. דאם כדבריו בתש"י היה לו לתרץ בפשיטות דמהני מיגו, כיון שמוחזק בשטר כמוהו כמוחזק בגוף הממון. [ועיין בקצוה"ח סי' פב ס"ק י מש"כ בדברי הרמב"ן, ובנתיבות שם בכללי המיגו ס"ק א].

והנה הרא"ש שבועות פ"ו הי"ט, כתב וז"ל:

"כתב הרי"י יוסף הלוי ז"ל, ודוקא דמסהדי סהדי דבתורת פרעון יהביה ניהליה, ולא ידעי אי מהאי שטרא אי משטרא אחרינא, דהשתא ודאי אמרינן איתרע שטרא דליכא מיגו, אבל אי מסהדי דיהב ליה זוזי ולא ידעי אי בתורת פרעון או פקדון או מתנה, לא איתרע שטרא ויכול למימר סיטראי, במיגו דאי בעי אמר במתנה ... כי דייקת בה שפיר לאו להוציא הוא, דהני סהדי לאו אגופא דשטרא קמסהדי ולא ידעי לשום מאי קיהיב להו, הלכך השטר במקומו עומד לגבות, ועל המעות מהימן במיגו להחזיק המעות בידו."

והרמב"ן פליג וס"ל דמתנה לא שכיחא ואיתרע שטרא. ונראה דס"ל לר"י הלוי כשיטות שבשטר אמרינן מיגו דהוי להחזיק, ורק כשאיתרע שטרא, כגון שנתן לו לשם פרעון בפני עדים, לא חשיב השטר כשטר טוב שיוכל להוציא עמו במיגו. וע"כ כשלא ידעינן אם נתן לו לשם פרעון או לשם מתנה לא איתרע שטרא והוי שטר טוב לגבות בו בטענת מיגו. והרמב"ן פליג וס"ל דמתנה לא שכיחא, וע"כ איתרע שטרא ולא מהני מיגו בשטר לא טוב, אבל אי הוי שטר טוב אפשר דהיה יכול

להוציא עמו במיגו. ולא דמי למש"כ הרמב"ן בחידושו שמהם הסקתי שסובר דלא אמרינן מיגו להוציא אף במקום שטר, דהא הרמב"ן אי הו" ס"ל דחשיב מיגו להחזיק, לא היה לו לתרץ כפי שתירץ בחידושו, אלא הו"ל למימר דחשיב להחזיק. אבל לדעת הר"י מיגאש, לא הו" להוציא מפני שלא גרע את כח השטר אלא להחזיק כיון דאין כאן שטר עם ריעותא. ע"כ נראה דס"ל לר"י הלוי כשיטה דאמרינן מיגו להוציא בשטר. אלא שראיתי לזקני הגה"ח ר' חיים יעקב נפתלי זילברברג זצ"ל בספרו ענפי זית עמ"ס שבועות (סי' קצו) שכתב דר"י הלוי דס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא אפי' במקום שטר, עיי"ש בדבריו, ולענ"ד נראה כמש"כ.

והנה הנודע ביהודה (מהדו"ק חחו"מ סי' ה), כתב וז"ל: "ואומר אני, שהן אמת שהלוח לא נקרא מוחזק ואין המלוח נקרא מוציא מיד הלוח כיון ששטרו בידו, ולזה נחשב כגבוי דלא מיחשב איהו מוציא, אבל ג"כ אין הלוח נקרא מוציא מיד המלוח וכמו שאוכיח לקמן. ולכן שם בדיני הש"ך שיש להם ספיקא דדינא ממקום אחר והלוח רוצה לתפוס חוב זה ולטעון קים-לי, והא ודאי דטענת קים-לי לא מהני אלא היכא שהוא תפוס ועומד, אבל אם אינו תפוס, אף שחבירו ג"כ אינו תפוס, לא שייך למימר קים-לי ... ומנא אמינא לה ... ממה דמבואר בחו"מ סי' פה ס"ה שאפי' היתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד ולא יגבו מהם עד שיגדלו, כיון שתפס בחיי אביהם, וכתב הסמ"ע בס"ק יט דהא דאין נזקקין הוא דוקא במקום שבא להוציא מהם, אבל לא במקום שבא לתפוס ולהחזיק במה שבידו. והא ודאי שאילו היו שניהם בחיים הדין נותן שזה גובה וזה גובה, וא"כ נימא כיון שאין שום ספק על השטר שביד היתומים, הרי הוא כגבוי ונקראו היתומים מוחזקים, וא"כ הרי הוא בא להוציא מהיתומים ואין נזקקין לנכסי קטן. אלא ודאי הא דמהני להיות כגבוי הוא שלא יהיה נקרא המלוח מוציא, אבל גם הלוח אינו נקרא מוציא ..."

היוצא מדבריו שאף לדעת הסוברים דמוחזק השטר דינו כמוחזק בגוף הממון, אין כוונתם דהוי מוחזק ממש אלא כוונתם שאינו נקרא מוציא, דאין שכנגדו חשיב מוחזק, אולם גם מחזיק השטר אינו נחשב כמוחזק. ומסתבר דנדון הממע"ה דינו דוקא כשמוחזק בגוף הממון, וכמש"כ הנודע ביהודה לענין טענת קים-לי, דהא גם בטענת קים-לי אתינן עלה מדין המוציא מחבירו.

ונדו"ד, אם המוחזק בשטר כמוהו כמוחזק בגוף הממון, יהיה תלוי לכאורה בשלושת שיטות הראשונים הנ"ל. לדברי בעה"ת, הריב"ם, ר"י הלוי והרמב"ן בחידושים, וכ"פ המחבר, וכ"ה דעת הנוב"י, אין ראייה שמוחזק בשטר כמוהו כמוחזק בגוף הממון, וממילא חובת הראייה על הגנת הצריכה להוציא ממון. ואילו לדעת הרמב"ן בתש"י ורבינו יונה, וכ"פ הסמ"ע והש"ך, מוחזק בשטר כמוהו כמוחזק בגוף הממון, וממילא חובת הראייה בנדו"ד היא על ההורים, ודינה של הגנת כמוחזקת בגוף הממון.

יד. שטר שאין בו אחריות נכסים

ודאתינן להכא יש לדעת את דינה של ההמחאה. אף שמהצד הטכני שונה שטר מהמחאה, דשטר הינו התחייבות אישית ושעבוד נכסי הלוח

למלוה, ואילו שיק, נייר המורה לבנק - שהוא בגדר של נפקד - לתת את כספי פיקדון המפקיד למחזיק ההמחאה, מ"מ אין סברא לחלק בין מחזיק שטר- שדינו כגבוי, אף שלעיתים הדרך לגביה רצופה במכשולות רבים, לבין שיק שהבנק מחויב לתת למחזיקו את הסך הכתוב בו בתנאים מסוימים, דלענין היותו גבוי ומוחזק אין סברא לחלק ביניהם.

אלא שבקצוה"ח סי' פג ס"ק ה (וסי' פב ס"ק ח) כתב, דדוקא שטר שגובה בו ממשועבדים חשיב כגבוי, כיון דאית ביה אחריות נכסים, אבל שטר שאין בו אחריות נכסים, אפי' לבית שמאי לא חשיב כגבוי, כדמוכח בגיטין לו, א דדוקא שטר שיש בו אחריות נכסי אליבא דבית שמאי אינו משמט. וא"כ בהמחאות שאין שעבוד נכסים, אין דינו כמוחזק בממון. אמנם אילולי דברי הקצוה"ח היה נראה לומר, דלא תליא בשעבוד נכסי אלא ביכולת הלוה לטעון פרעתי, דכל שאינו יכול לומר פרעתי ולהתחמק מהפרעון וחייב לשלם, חשיב השטר כגבוי אף שאין בו שעבוד נכסים, כיון שלא יכול הלוה להתחמק מפרעון. ועיין בכנסת הגדולה בכללי המיגו (סי' פב) אות נז שהקשה, איך שטר יכול להחשב כגבוי, הא אנו קיי"ל לבית הלל ששטר העומד להגבות לאו כגבוי דמי. ותירץ כמה תירוצים. וכתב, דעוד נ"ל לומר, והוא הנכון, דכל שטר היכא דאית ליה ריעותא מצד הדין או התקנה, דומיא דסוטה, כיון דמצד הדין היה להן לשתות ומתו בעליהן, איתרע שטרא, כיון שעדים מעידים שנשתרה ואפשר שהיא טמאה, דומיא דמת לוח בחיי מלוה, דכיון דלא על פיהם איתרע שטרא, לאו כגבוי דמי, אבל בסטראי דלא איתרע שטרא אלא על פיו, חשיב כגבוי. וכללם של דברים - כל היכא דהשטר לא הוי שטרא מעליא אלא בטענת מיגו, הוי מיגו להוציא, אבל היכא דהוי שטרא מעליא בלא המיגו, חשיב כגבוי. מדבריו עולה דלא בכל גוונא קיי"ל לבית הלל שטר העומד להגבות לאו כגבוי דמי אלא דוקא כשיש ריעותא בשטרא. אמנם נראה מסברא דגם כשיש ריעותא בשטר ע"י פרעון לא חשיב כגבוי, דהא בכתובה איכא למיחש לצררי, וע"כ המוחזקות בשטר לא מחייבת את הפרעון, אבל כשחייב לשלם מכח השטר ואינו יכול לטעון טענת פרוע, חשיב השטר כגבוי. והוא הדין בשטר פקדון שיכול לדחות את המפקיד בטענת החזרתי, היכא דאית ליה מיגו של נאנסו או בטענת נאנסו עצמה, לא נחשב מחזיק השטר כמחזיק הממון, אך כשאין המתחייב יכול להתחמק מחובת התשלום וחייב לשלם למוציא השטר, חשיב המוחזק בשטר כמוחזק בממון.

ומצאנו מחלוקת ראשונים אם יכול הלוה לטעון פרעתי, כנגד שטר הכתוב בכתב ידו ואין עליו עדים, עיין בנימוק"י ב"ב (פב, ב ד"ה מתני' - בעמודי הרי"ף, ולו, ב שם), ובחומ"מ סט, ב במחבר ברמ"א, בסמ"ע ס"ק ח, בש"ך ס"ק יד, ובקצוה"ח שם ס"ק ג. אך נ"ל דהמחאה עדיפא לענין זה מכתב ידו, דבהמחאה ודאי יכול למימר שטרך בידי מאי בעי ואין שכנגדו יכול לטעון פרעתיך, שהרי יכול ללכת לבנק ולגבות עם שטר כזה או לפנות להוצאה לפועל אם לא ישלמו לו בבנק, ופשיטא דשטר כזה לא מניח הלוה ביד המלוה לאחר שפרע לו, וע"כ אינו יכול לטעון פרעתיך, והוי לסברא הנ"ל כמוחזק בגוף הממון. והגאון ר' יצחק אלחנן בספרו נחל יצחק (סי' יב ענף ה) הקשה על קצוה"ח, והוכיח דאף כשאינו גובה ממשעבדי חשיב כגבוי, והסיק דדין זה תליא במחלוקת הראשונים שהביא הריטב"א בגיטין לו, א, דלדעת ר' פנחס הלוי אף שטר שאין בו אחריות נכסים חשיב לבית

שמאי כגבוי, ואילו לדעת רש"י דוקא אית ביה אחריות נכסים, עיי"ש, וע"ע בנחל יצחק סי' פג ס"ג ובבאר יצחק חאה"ע סי' טז ענף ד. ומ"מ כיון דלדעת קצוה"ח אין מחזיק השיק חשיב כמוחזק, וה"ה בכ"ע לדעת בעה"ת, הריב"ם, ר"י הלוי, והרמב"ן בחידושו, וכ"פ המחבר דאף שטר גמור אינו כגבוי, ועיין בנחל יצחק סי' פב ס"ח שהצדיק את סברת המחבר ובעה"ת, ע"כ מכל הלין נראה דאינו נחשב כמוחזק.

ועיין בתומים סי' פב ס"ק ט שכתב לחלק בין כשיש ויכוח אם התנאי כבר התקיים, כגון אם קבע זמן לקיום התנאי וכעת כבר אחרי הזמן שנקבע, לבין כשלא נקבע זמן לתנאי או שנקבע ועדיין נמצאים בתוך הזמן, שאפשר לקיים את התנאי (או לבטלו כגון אם התנאי היה ע"מ שלא תעשה). דכל מאי דאמרינן דהשטר הוא כגבוי הוא רק אם זמן התנאי עבר, שלדברי התובע שטרו ודאי וגם שעבודו ודאי, אבל היכא דהוא תוך זמנו ויכול עדיין לקיים את השטר ע"י קיום התנאי או לבטלו ע"י אי קיומו, הרי שעבודו שבשטר עדיין בספק, ובכה"ג אינו כגבוי. ועפ"ז נראה בנותן המחאות בתנאי שיעשה עבודה עד זמן מסוים או לקבל סחורה לזמן מוגבל, ואחרי הזמן נולד ויכוח אם עשה את העבודה או קבל את הסחורה, בכגון זה יחשב המחזיק בהמחאות כמוחזק. אולם אם שעבודו בספק, כגון שבתוך הזמן התעורר ויכוח על גובה המחיר וכד', אין מוחזקותו בהמחאות מועילה. וה"ה בנדו"ד שהגנת עדיין בתחילת החודש ועדיין לא עשתה את מלאכתה, והתעוררה בעיה אם מגיע לה שכר על פרק הזמן שבו לא למדו, מוחזקותה בהמחאות אינה כמוחזקות בגוף הממון.

#### טו. מוחזקת בשיקים באונס פועלים לשיטת הרא"ש

אלא שיש מקום לחלק לשיטת הרא"ש, תה"ד, והסמ"ע, להסבר שכת' לעיל בס"ק א, בין מוחזקות רגילה שיהיה כנגדו מוציא מחבירו ועליו הראיה, למוחזקות דידן. מוחזקות רגילה אזלינן בטר מי שמוחזק בפועל, וע"כ מוחזקות בהמחאות אינה מוחזקות, ואילו מוחזקות דידן שהיא רק לענין דהו"ל לאתנויי, דכל היכא שידו על התחטונה הו"ל לאסוקי אדעתא ולא תנויי. הנפק"מ, שאם הוציא המחאות מתחת ידו, אפי' שאין בזה מוחזקות ממשית יש בה מוחזקות מספקת שהיה לו לנותן השיקים לאסוקי אדעתיה ולא תנויי. ע"כ נראה שבנידון דידן שהגנת דורשות בתחילת השנה המחאות לכל השנה או לחלקה, גם מפני שמעונינות להבטיח לעצמן להשאר עם אותו מספר של ילדים, כדי שלא ימצאו את עצמן במהלך השנה עם מספר נמוך של ילדים, ומנגד- הוצאות שוטפות, כגון, שכר דירה ושכר עוזרת לגנת, שיעלו על ההכנסות, וכן מסיבות של נוחיות הגביה. ואף שבפועל אין זה מוחזקות וכמשי"כ, מ"מ מכיון שבידיעה על אונס המלחמה ההורים והגנת שוים, על ההורים היתה מוטלת חובת ההתנאה, כיון שהוציאו את ההמחאות מתחת ידם, מה עוד שמבחינת חוקי המדינה יכולה הגנת להפקיד את ההמחאות ואסור לנותן השיק מבחינת החוק לבטל את ההמחאה. ע"כ נלענ"ד שלשיטות הנ"ל חובת ההתנאה היתה על ההורים, ואם לא התנו- ההפסד עליהם.

טז. שכירות הגן-חודשית או שנתית

כל הסברא דלעיל וכל הדיון בשיטת הרא"ש והאוחזים בשיטתו, בנויה על ההבנה כי שכירות הגן היא שנתית, כלי בתחילת השנה למשך כל השנה, ולא שכירות המתחדשת כל חודש וחודש. אם נאמר שהשכירות מתחדשת כל חודש, א"כ כשההורים מתנים הוי פסידא של הגנת, וכאן שאמרו ההורים בתחילת החודש שאינם מוכנים לשלם על ימי המלחמה, הרי זה כהתנו. אך אם נאמר שהשכירות הינה שנתית, אי התנאת ההורים בתחילת השנה לאחר שנתנו את ההמחאות, גורמת שידם תהיה על התחנתונה במקרה של אונס. והסברא נותנת שהשכירות היא שנתית, דאף שמצד תנאי הגן יכולים הורים להוציא את ילדיהם בסוף כל חודש, מ"מ הוי רק כבעה"ב שחוזר בו תוך הזמן ושמין לו וידו על התחנתונה, אבל מעצם השכירות דינה כשכורה בתחילת השנה לכל השנה, שהרי הכניסה לגני הילדים היא בדר"כ בתחילת השנה והסיום הוא בסופה, ומה שמוציאים הורים המכניסים את ילדיהם או מוציאים אותם מהגנים באמצע השנה, הוא בגדר של דבר היוצא מן הכלל.

סמך לכך נמצא בחתם סופר בתשי' (חוו"מ סי' קסא בד"ה והנלע"ד) שכתב דשכירות מלמד היא לשנה שלמה, כי בתחילת עבודתו יותר קשה לחנך את הנער ע"פ דרכי לימודו, ולעומת זאת- שבח לימודו טוב יותר ושוה יותר בכל שבוע וחודש, וטוב אחריתו מראשיתו. גם אינו דומה לשאר פועל ואריס, שאם יחזור בו באמצע קנינו יעמיד אחר במקומו, שבמלמד ידוע שהדבר מזיק לילד, וגם המלמד אינו מוצא להשכיר את עצמו באמצע השנה, כי כל בעה"ב יש לו מלמד לזמן ידוע וכו', עיי"ש. חזינן מדבריו דשכירות מלמד היא לשנה שלמה. והטעם- שנוח למודו יותר בסוף השנה, ואילו הלימוד בתחילת השנה קשה יותר למלמד. והיה ראוי שיטול שכר גדול יותר בתחילת השנה מבסופה, אלא מכיון שנשכר לשנה ממצעים את שכרו. ואפשר דטעם זה שייך אף בגן ילדים שתחילתו קשה מסופו. גם מה שכתב שמזיק לילד, וגם המלמד לא ימצא להשכיר עצמו, נראה דשייך אף בגני ילדים.

ועי"ע בחזו"א (ב"ק סי' כב ס"ק ב), שכתב וז"ל:

"ויש לעיין לפי"ז, בשכר פועלים וקצב להם כך וכך ליום ולא פירש להם על כמה ימים שוכר אותם. והנה אם סתמא הוא שכירות לכל הזמן שיצטרך בעה"ב לפועלים, א"כ אם בעה"ב חוזר, צריך לשלם להם שכירות של כל יום ויום אם אינם מוצאים להשתכר, אע"ג שבשעה ששכר אותם ג"כ לא היה להם להשתכר. ונראה דסתמא אין דעת בעה"ב לכך שיהיה קשור לפועל זה כל הימים, אלא כל יום ויום הוא שכירות בפני עצמו, אם קבעו השכירות כו"כ ליום, ואם קבעו לחודש, כל חודש הוי שכירות לעצמו, ואפי' קבעו השכירות לכל יום, אפשר דחשיב כל ל יום לשכירות אחת, וכעין דאמרו ר"ה ז, בבתים דלפחות מלי יום לא אוגיר אינש, ותלוי לפי ראות עיני הדיינים, וכן אם הוא בקבלנות, שכר כך וכך בשביל אריגת בגד זה, תלוי לפי ראות עיני הדיין, אם השכירות לכל בגד או ליום או לחודש."

יוצא מדברי החזו"א שבאופן עקרוני, מי שמסכם עם פועל על שכר חודשי, דינו כל חודש כשכירות חדשה ויכול להתנות, ואם שוכרו בשכר יומי, כל יום ויום הוא שכירות חדשה, ונפק"מ לדין שיכול להתנות עמו תנאים חדשים. אך למעשה קובע החזו"א שהדבר תלוי כל מקרה ומקרה לגופו לפי ראות עיני הדיין. ולמשי"כ נראה דשכירות הגנת היא שנתית אף שהשכר נקבע לפי מודד חודשי, הרי שהשכירות

היא שנתית, ואף שיכולים ההורים לחזור בהם ולהוציא את הילד מהגן באמצע השנה, דינו כחוזר בו מהשכירות, ואין הדבר משנה את מהות זמן השכירות.

יז. שכר מלא או כפועל בטל

במציאות או בדין, שההפסד באונס הוא על בעה"ב ועליו לשלם לפועל את שכרו, האם יקבל הפועל שכר מלא או חלקי ?  
הרשב"א בתש" (סי' תרמג), כתב וז"ל :

"בראובן ששכר מלמד ללמד בניו ובני חבריו, והודה לו חברו לפרוע חלקו, ואח"כ בחצי הזמן קם חברו ושכר אחר. והשיב דחייב לפרוע לראשון ... ולענין הפרעון, תלוי בראיית הב"ד, אם מלמד זה נהנה בלימודו יותר מהיותו בטל, נותן לו שכרו משלם, ואם לאו, נותן לו כפועל בטל כאותה מלאכה דבטל ממנה, וכדאמרינן התם (ב"מ עז, ב), אינו דומה הבא טעון לבא ריקם, עושה מלאכה ליושב בטל ... כי קאמר רבא באכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי, וכן הדין לנדון זה."

וכ"כ הרשב"א בתש" אחרת סי' אלף מב, הביאם הרמ"א חו"מ שלה, א. ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ד שכתב שני טעמים למלמד שנהנה יותר מלימוד מאשר מבטלה, א- דפקודי ה' ישרים משמחי לב, ב- משום דסתם מלמדים רגילים לעסוק במלאכת למוד הנערים כל היום, ואי לא מיעסקי הו"ל כשינוי וחלשי דומיא דפועל. הנפק"מ בין שני הטעמים יהיה בגנות שאינה מלמדת בהכרח דברי תורה, דטעם פקודי ה' ישרים לא שייך בה, ואילו הטעם השני שייך גם בה. ומ"מ נראה ששני הטעמים אמת לדינא, וגם כששייך רק אחד הטעמים יקבל העובד שכר מלא. אך הדבר יהיה תלוי בראיית ובהבנת בית הדין שאכן נח לגנות יותר לעבוד מלהתבטל, והדבר מצריך אומדן דעת בכל מקרה ומקרה לגופו.

ברבינו ירוחם במישורים (נתיב כט ח"ג) כתב כתב טעם נוסף לדין שנותנים למלמד שכרו משלם ולא כפועל בטל, "כי הבטל גורם להם שכחה וכובד איברים". והסיק כן בפשיטות ולא תלה את הדין בכל מקרה לגופו. ונראה שאין כוונתו לחולשה גופנית אלא לכושרו הלימודי ויכולתו ללמד, וזה שייך לא רק בדברי תורה אלא בכל מקצוע הדורש ידע מקצועי, שבטלה ארוכה מעבודה פוגמת באיכות המקצועית, וזה שייך בכל מלמד בבחינת "אם תעזביני יום, יומיים אעזבך". ומעין זה מצאתי ברדב"ז בתש" (סי' תשנ), שהקשה על דברי הרשב"א הנ"ל, שדימה מלמד לאוכלוסי דמחוזא, דהרי הלימוד מתיש כוחו, ולהכי נקרא שמה תושיה מפני שמתשת כוחו של אדם. ותירץ הרדב"ז דעיקר הטעם הוא שבזמן שהמלמד יושב בטל נחלש כח לימודו, וכשירצה לחזור ללמודו יקשה עליו וחלשי ממלאכתו, ולכן נח לו להיות עוסק במלאכתו תדיר. והיינו כמש"כ בדברי רבינו ירוחם דמיירי לענין כושרו הלימודי.

[ והסתפקתי לטעם הראשון הנ"ל שכיון ש"פקודי ה' משמחי לב" ונח לו לעסוק במלאכת הלימוד, מה דינה של מורה או גנת שאינה מצווה על מצות ת"ת, אי שייך בה הטעם של משמחי לב. ונראה מסברא דאף שאינה מצווה הוי בגדר שמחה, וכמו שלא חלקו הפוסקים לענין לימוד תורה בתשעה באב או באבילות בין איש לאשה. ]

יח. גובה שכרו של פועל בטל

רש"י בב"מ ע"ב, (ד"ה אבל אינו דומה), כתב וז"ל:  
"ואומדים את החמרים כמה אדם רוצה לפחות משכרו של אותה  
דרך, לבא ריקם מלבא טעון."

לשיטת רש"י הדבר תלוי באומד הדעת, כמה שכר היה מוכן אותו עובד  
לקבל כדי לא לעבוד את אותה עבודה ולישב בטל. שכר הבטלה תלוי  
בקושי העבודה וביכולת הסבל של העובד. ככל שהעבודה קלה יותר  
ויכולת הסבל של הפועל גדולה יותר, שכר הבטלה יהיה גבוה, וכן  
להפך, עבודה קשה וכושר סבל נמוך, שכר הבטלה נמוך יותר, שהרי  
יהיה מוכן לפחות הרבה משכרו על מנת לא לסבול עבודה קשה זו.  
וכדעת רש"י פסק הרמ"א סי' שלג סוף סעיף א, ועיי"ש בגר"א סי"ק ה.  
ועי"ע בהל' אבידה חו"מ רסה, א ובסמ"ע שם סי"ק א בענין מחלוקת  
הרמב"ם והרמ"א, מהו שעור פועל בטל בשכר השבת אבידה. ובנדו"ד,  
אף הרמ"א הסובר שם ששכר בטלה של משיב אבידה מורכב גם משכר  
השבתה, ולא רק מכמה אדם רוצה לישב בטל, מודה כאן דשכרו מורכב  
רק מהתחשיב הנ"ל בדברי רש"י, שהרי בנידון פועל לא שייך שכר  
השבתה. וכן לא שייך מש"כ הטור בהלכות ריבית (יור"ד קעז, א) לענין  
שכר עיסקא.

יט. שכר של פועל בטל בדין פועל שנאנס

בטעם שכר כפועל בטל ולא שכר מלא, כתב הרא"ש בפרק האומנין ה"ב

וז"ל:

"... וה"ה נמי אם לא הלכו וכבר שכרו כל בעלי בתים פועלים,  
ואינן מוצאים עוד להשתכר, נותן להן שכרן כפועל בטל,  
דקיי"ל כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי, ועל ידו נתבטלו  
היום. מיהו נפק"מ במאי דהלכו במקום שאין פועלים מוצאים  
להשתכר ושכרן בעה"ב זה היום, אם הלכו דהוי התחלת מלאכה,  
נותן להם שכרן כפועל בטל."

מדברי הרא"ש עולים שני טעמים לשכרן כפועל בטל, א- מדינא דגרמי.  
וזה שייך אם אמש יכלו להשכיר עצמם וכתוצאה מזה שהם נשכרו לו  
אינם יכולים קצת לעבוד, וע"כ תחשיב הנזק הוא כפועל בטל. ב-  
אפי' לא יכלו להשכיר עצמן, כיון שהלכו ובעה"ב פשע, ככה"ג אינו  
יכול לחזור בו, ואם חוזר בו משלם כפועל בטל. ועי"ע בהסבר הדין  
בסי' שלג בסמ"ע סי"ק ו, בש"ך שם סי"ק ז, ובקצוה"ח סי"ק ב באריכות  
דבריו. ועי"ע בנימוק"י (מו, ב- בעמודי הרי"ף למעלה) דנראה מדבריו  
דחייב בעה"ב כפועל בטל הוא מפני דחשיב כדבר האבד. ועי"ע בדברי  
חיים (צאנז- חחו"מ תשי"ב).

ע"כ נלענ"ד דכל זה שייך בשוכר שפשע ובאים הפועלים להוציא  
ממנו, דמחשבין לפי פועל בטל, אבל כשנאנסו תרוייהו ושניהם שוים  
בידיעת האונס והיה הפועל מוחזק, דאמרינן דעל בעה"ב היה להתנות  
ואם לא התנה הפסיד, זכה הפועל בכל מה שבידו ואפי' שכרו המלא,  
דזה שבעה"ב לא התנה- איהו דאפסיד אנפשיה, דהרי אין הדיון כאן  
נזק מדינא דגרמי או דין חזרה או דבר האבד, אלא כאן הדיון על מי  
חובת ההתנאה, ומי שהדבר מוטל עליו ולא התנה- הפסיד. וכנ"ל  
לשיטת התוס' דס"ל דהיכא דנתן לפועל מחל לו, אי"כ כשנתן לו כל  
שכרו, הרי זה כנותן לו כל השכר אפי' לא יעבוד. וה"ה לשיטת  
המהר"ם פאדווה דהמוציא מזל רע שלו גרם לאונס, כשהפועל מוחזק

הרי מזלו הטוב גרם לו שאינו צריך לעבוד. ע"כ נראה דבאונס פועל כשהפועל מוחזק בשכרו, אין צריך להחזיר את ההפרש מפועל בטל. ברם, על סברא זו יש להקשות מדברי המרדכי (בב"מ אות שמה- הנ"ל בדין שוכר בית ומת השוכר באמצע זמן שכירותו), דמבואר שם דאף שהקדים לו שכרו, מנכה לו כפועל בטל כשלא השתמש. ואפשר דמשום הסברא הנ"ל השמיט הרמ"א בחו"מ שלד, א דמנכה לו כפועל בטל. אך למה שפסק הש"ך שם בס"ק ב דמנכה לו, קשה, אמאי מנכה לו בהקדים לו השכר. ועיי"ש בש"ך שכתב דבהקדים אין צריך להחזיר, דהו"ל כמחל וכשיטת התוס' בספינה, וזה מחזק את הקושיא. ואפשר לישיב ע"פ מש"כ הש"ך עצמו בסוף ס"ק ב דמה שמנכה לו כפועל בטל הוא מפני שמשאיר לו הבית לעשות בו מה שירצה. וא"כ י"ל דבעלמא אין מנכה לו שכר על הבטלה בהקדים לו שכר, אבל כאן אין מנכה על הבטלה אלא על אפשרות השימוש. וכסברא זו נמצא בקצוה"ח סי' שטז סוס"ק א, וז"ל:

"... והא דמשמע מדברי המרדכי הנז' דגם בבית מנכה לו כפועל בטל, היינו משום דיכול המשכיר בעצמו להשתמש בו ובזה מרויח קצת ונהנה, אבל התם דהוכרחו כולם לברוח אין לו הנאה כלום במה שהבית פנוי."

מדברי קצוה"ח עולה דאין מנכה לו שכר הבטלה אלא שכר השימוש. אך עדיין צ"ע בפועל, אם שייך שכר שיכול הפועל לעשות מה שלבו חפץ. ויותר נראה דשכר בטלה דידיה הוא על אי טורח ולא על אפשרות השימוש, וע"כ נראה לחלק כמש"כ.

ומ"מ לשיטות המחלקות בין אונס פרטי למכת מדינה וס"ל דבמכת מדינה נותן לו כל שכרו משלם, נראה דבעה"ב ישלם לו רק כפועל בטל, דכיון דהוא בא להוציא מבעה"ב שכרו, ותרווייהו שוים בידיעה וא"א לומר מזלו של המוציא גרם, ובכ"ז צריך בעה"ב לשלם, א"א לחייבו יותר מפועל בטל, ולא שייכות הסברות שכתבתי לעיל בדין אונס פרטי.

#### כ.סיכום השיטות

בשאלה שלפנינו יש פרטים אחדים שיש לתרגמם משפת המעשה לשפת ההלכה, כדי שניתן יהיה להבין את הסיכום דלהלן. תשלום ההורים בהמחאות בתחילת השנה מהוה מוחזקות של הגננת בשיקים בלבד ולא בממון, אך זוהי מוחזקות שבתחילת השכירות. המחאת חודש ינואר שנפדתה, הופכת את הגננת למוחזקת בממון, אך אין זו מוחזקות מתחילת השכירות אלא מוחזקות של אמצע השכירות, קודם שנולד האונס, אם ההמחאות נפדו לפני ה-15 בחודש, ואם נפדו אחרי התאריך הנ"ל הרי זה כמוחזקות שהחלה אחר שנולד האונס. לענין חודש פברואר הרי שהגננת מוחזקת בשלב ראשון רק בהמחאות. פדיון של ההמחאות תהפוך את הגננת לתופסת ברשות ולמוחזקת בממון לאחר לידת האונס, באם ההמחאות נפדו ברצון ההורים. פדיון ההמחאות בנגוד לדעת ההורים הופכת את הגננת לתופסת שלא ברשות. [להבנת החילוק בין תופסת ברשות לתופסת שלא ברשות, עיין בש"ך ב"תוקפו כהן" סי' נז-סד.

ועתה אבוא לסכם את השיטות ע"פ מה שנתבאר לעיל.

א. הרא"ש, תה"ד, המרדכי והסמ"ע- הכל תלוי במוחזקות בשעת השכירות, כלי בתחילת השנה. ואפשר שאף מוחזקות בשיקים נחשבת



למוחזקות.

- ב. לגר"א- לשיטת הרא"ש הכל תלוי במוחזקות העכשויות.
- ג. התוס' אפי' מוחזקות שאחר זמן השכירות מועילה מטעם מחילה, ולשיטתם אם נתן בעה"ב לפועלים ואח"כ תפס משלהם, אפי' קודם לידת האונס, לא הוי בעה"ב מוחזק בכך. ואפי' תפסו הפועלים קודם לידת האונס לא מהני, ורק בנתן להם בעה"ב מדעתו, חשיב מחילה.
- אמנם כל זה דוקא אם לא נחלק בין ספינה לפועל, וכמש"כ בתה"ד, במהרה"ח אור זרוע ובדברי משפט, אך כבר כתבו התוס' לחלק ביניהם, וכמש"כ במחנה אפרים ובגר"א.
- ד. מהר"מ פאדווה- הכל תלוי במוחזקות בשעת לידת האונס, [מזלו של מי גרם]. בדרכו נקטו ערוך השולחן והשאלת שלום.
- ה. השבות יעקב- מהני תפיסה, אף אחר לידת האונס. כל הנ"ל מתיחס לאונס פרטי, אך לענין מכת מדינה נחלקו האחרונים אם דינה שוה לאונס פרטי:
- א. הסמ"ע סובר שאין חילוק ביניהם, ובתרוייהו ההפסד על המוציא, ולכל הפחות יחלוקו. [וכ"ז בהסתמך על המרדכי].
- ב. התיבות סובר ג"כ דאין חילוק ביניהם, אך יש לשלם למלמד שכרו כיון שהגזירה על הלימוד והשכר על השימור, וע"כ במלמד ס"ל למרדכי] לפי דעת התיבות] דיש לתת למלמד שכרו משלם בגזירה על הלימוד, אך בנידו"ד שהגזירה גם על השימור, דינו ככל אונס.
- ג. למש"כ במרדכי, יש זהות מוחלטת בין מכת מדינה לאונס פרטי, ודינו כמו בפועל, וכ"נ בדעת המהרי"ל.
- ד. למהר"מ פאדווה, לש"ך, לחתם סופר, לשאלת שלום ולזקן אהרון- במכת מדינה נותן למלמד כל שכרו, דלא דמי לאונס פרטי. [ולזקן אהרון צ"ע בנידו"ד, וכמש"כ].

כא. מנהג מדינה ודינא דמלכותא

בהתייחסות כללית לנושא, היה נראה לכאורה שעפ"י החוק א"א לנכות את ימי ההשבתה מחמת מלחמה מימי החופשה השנתית. סעיף (א5) 6() לחוק החופשה השנתית (תשיא- 1951) קובע כי ימי שבתה והשבתה לא יובאו במנין ימי החופשה. אף שהחוק לא מדבר במפורש על מלחמה, נראה כי על ימי ההשבתה מאונס בזמן המלחמה חל המינוח "השבתה". ואף שהגנים וכלל מוסדות הלימוד כלולים בהסכם נפרד, מ"מ אין הסכם כזה יכול לגרוע את זכויות העובד אלא רק להוסיף עליהן, [סעיף 21 לחוק הסכמים קיבוציים (תשיז- 57)כל זה אם המילה "השבתה" היתה כתובה לבדה, אך מכיון שהסעיף (א6) הנ"ל מדבר על "שבתה או השבתה", יש אפשרות להסביר שכוונת החוק להשבתה הדומה לשבתה, היינו שהמעביד השבית את עובדיו וכד', וע"כ אפשר שאין בחוק הנ"ל התייחסות להשבתה מסיבות מלחמה.

בעיצומה של המלחמה, דובר על הוראה מחייבת של משרד החינוך. במידה והיתה ניתנת הוראה כזו, נראה כי יהיה על הגנת לנהוג לפי הוראת משרד החינוך, הן מכח מנהג המדינה והן מדינא דמלכותא.

הדברים מבוארים במשנה ר"פ הפועלים (ב"מ פג, א):

"השוכר את הפועלים, ואמר להם להשכים ולהעריב ... מקום שנהגו לזון יזון ... הכל כמנהג המדינה ... רשב"ג אומר

אינו צריך, הכל כמנהג המדינה."

ואיתא בירושלמי (ב"מ פ"ז ה"א): "זאת אומרת מנהג מבטל הלכה." ואין לבוא ולומר דדוקא לענין אכילה ושתיה וכד', דמאי שנא תנאי עבודה של להשכים ולהעריב משאר תנאי העבודה. גם מדברי הג"א (שם ה"א) נראה דקאי על כל תנאי עבודה, וז"ל:

"דהולכין אחר המנהג בדיני ממונות, והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג, עליו להביא ראיה, וכגון שהוא מנהג קבוע ע"פ חכמי המקום ... וכתב הרב רבי ברוך מריגנשבורג בשם פי"ח ושערים דר"ה גאון, לשנות המנהג אפי' במיגו אינו נאמן, ואפי' תפס- לא מהני לשנות המנהג, אם טוען שעשו מעשה ושינו המנהג, אבל אם טוען שנאנסו ולא עשו המנהג, לזה תפיסה מהני."

ובפשטות, דברי הג"א מתייחסים לכל תנאי העבודה הנוהגים בשכירות פועלים, ולא דוקא שתיה ואכילה שהזכירה המשנה.

וכ"כ הריב"ש בסי' תעה לענין פטור חזן ממיסים, וז"ל:

"... ואם זה לא יתברר כדבריו אלא ששכרוהו סתם, אז צריך לעיין אל המנהג, דבעניני שכירות פועלים ודאי הולכים אחר מנהג המדינה, אע"פ שהשכירות נעשה בסתם, כדתנן בפרק השוכר את הפועלים, מקום שנהגו לזון יזון, הכל כמנהג המדינה ... ובנדון זה יש לעיין ג"כ במנהג העיר, ואם יש בעיר מנהג שפורעים גם החזנים, גם זה על דעת כן נכנס, דאל"כ היה לו להתנות, ואם מנהג העיר לפטרם, גם זה פטור מן הסתם כי השוכרים היה להם להתנות. ומ"מ נראה שבכגון זה צריך שיהיה המנהג ברור לפטור, אם בהסכמת הקהל או שנהגו כן משנים קדמוניות ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא, דהא לא דמי למנהג פועלים שכמה מהם נשכרים בכל יום ויכול אדם לראות איך נוהגים. אבל בפטור החזן שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג מה שלא שאלו מס לחזן אחד או שנים, אא"כ ידוע ומפורסם בעיר, שמחמת מנהג העיר לפטור החזנים פטרום."

הרי לנו דעת הריב"ש שמס החזן תלוי בתנאי שבשכירותו, ואם אין תנאי, אזלינן בתר מנהג העיר. אך מש"כ בענין מנהג קבוע וידוע כמה פעמים, ונדו"ד אינו לכאורה בגדר הזה, נראה דמכיון שכל נושא החופשות ומספר ימי הלימודים נקבע ע"י משרד החינוך, ה"ה לכל עניני החופשות באונס. מה עוד שלא דומה ענין המס בחזן שצריך מנהג קבוע וידוע, לנדו"ד, דהא עניני מס קיימים בכל עת, ורק מס החזן הוא הנדיר שנלך על פיו, ע"כ כשלא התנה א"א לומר שהתכוון אדעתא דמנהג של חזן שאינו מנהג קבוע, אלא אמרינן שהתכוון אדעתא דמנהג רגיל של תשלום מיסים, משא"כ ביטול לימוד בגן מחמת מלחמה, לא שייך לומר שהתנה אדעתא דמנהג רגיל, כיון שמעולם לא היה מקרה כזה, וע"כ י"ל שכוונתו אדעתא דתקנות הוראות משרד החינוך שיש להם תוקף של מנהג מדינה ושל דינא דמלכותא.

וראיתי לכמה מגדולי הפוסקים היושבים על מדין שפסקו לפי חוקי המדינה בנושאי שכירות פועלים, לענין פיצויים, תוספת יוקר וכד'. הגר"א וולדינברג שליט"א בספרו ציץ אליעזר ח"ב סי' כג, וכן בח"ז סי' מח פ"י. וכ"פ הגר"ש ורנר זצ"ל בספרו משפטי שמואל סו"ס לח, וכ"פ הגר"י בלוי שליט"א בספרו פתחי חושן (שכירות פ"ז סעי' ז ס"ק יז), וז"ל:

"ובזמנינו נהגו בתי הדין לדון בקצת דיני ממונות ע"פ חוקי

המדינה. ולכאורה יש לדון כן מצד דינא דמלכותא, ואף במקום דלא שייך דינא דמלכותא, כגון בארץ ישראל שיי"א שלא אמרינן כן, וכן לדעת כמה אחרונים שבדיני ממונות שבין ישראל לחבירו לא אמרינן דינא דמלכותא (עיין בקצוה"ח סי' קד ס"ק ו ובנתה"מ שם), יש מקום לדון עפ"י החוק משום מנהג, וכן נהגו בתי דינים שבאר"י לדון בהרבה דיני שכירות ע"פ המנהג המבוסס על החוק, כגון דמי מפתח, פיצויי פיטורין וכד'. ולכן נראה שבדברים שאינם שכיחים יש לדון ע"פ דיני תורה ולא ע"פ החוק."

ומש"כ דדוקא דבר שכיח, כבר כתבתי לעיל שנדו"ד לא שייך לכלל הזה (שהובא גם ברמ"א חו"מ שלא, א), אך היוצא מבורר מדבריו דיש תוקף לחוקי העבודה במדינה, לכל הפחות כמנהג מדינה. ולפוסקים שבארץ ישראל יש דינא דמלכותא, יש לחוקים אלו גם תוקף של דינא דמלכותא. וע"ע בפסקי דין רבניים כרך א עמ' 330 כרך ג עמ' 93, כרך ד עמ' 128, כרך ח עמ' (164 לענין פטורי עובדת בזמן הריונה בניגוד לחוק עבודת נשים תשי"ד), ושם עמ' 211 וע"ע בירחון סיני כרך נ עמ' קעז במש"כ הגרש"ת רובינשטיין שליט"א, בענין בעית הפיצויים בהלכה.

על כפיפותם של הגנים הפרטיים למשרד החינוך בנושא ימי הלימודים בכלל וחופשת המלחמה בפרט, למדתי מחות דעתו של מ"מ מנהל המינהל הפדגוגי, שהבהיר כדלהלן:

- א. הגנים הפרטיים חייבים בסכום מסוים של ימים במהלך השנה. הגנת יכולה להחליט על יום מסוים כעל יום חופש, אבל יחד עם זאת היא חייבת להשלים את אותו יום, כדי שבסוף השנה יגיעו ימי הלימודים לסכום הימים השנתי שנקבע ע"י משרד החינוך. ע"כ באופן עקרוני משרד החינוך יכול לכוף את הגנים להשלים ימי הלימודים שחסרו מסיבה כזו או אחרת, על מנת שהגן יגיע לסכום הימים שנקבע בתחילת השנה.
  - ב. במהלך המלחמה, כתוצאה מלחץ של איגוד הגנים הפרטיים, כונסה ועדה שישבו בה נציגי משרד החינוך, נציגי הגנים הפרטיים ונציגי ההורים. הועדה סיכמה שההורים ישלמו את שכר הלימוד, ובסוף השנה יוחזר להורים כסף או ימי לימודים. לא הוחלט כמה כסף או כמה ימים. אפשר לומר שהסיכום היה למעשה יותר בגדר המלצה בלתי מחייבת.
  - ג. עד לסוף השנה לא הוחלט בצורה מחייבת כמה כסף יוחזר להורים.
  - ד. לדעתו, כל גן יכול למעשה לנהוג כישר בעיניו.
  - ה. ידוע על מספר גנים שאימצו את ההסדר שהונהג בבתי הספר היסודיים, על הארכת שנת הלימודים בחמישה ימים. אימוץ ההסדר לא נעשה בכפייה של החוק או של משרד החינוך, אלא רק מרצונם הטוב של הגנים.
- לאור דבריו ניתן להסיק, שאין כל הוראה מחייבת מצד משרד החינוך (או כל רשות אחרת, ממשלתית או שיפוטית), וכן א"א לקבוע שיש מנהג מדינה אחיד בענין זה.

כב. פשרה-לפנים משורת הדין

היות ולא ניתנה כל הוראה מחייבת ממשרד החינוך, נראה כי למעשה יש לנהוג לפני משורת הדין בענין סבוך שיש בו שיטות רבות וקשה להכריע ביניהן. מה עוד שאפי' נכריע את הדין, יהיה הדין שונה בכל מקרה ומקרה, דמקצתם שלמו מראש ומקצתם לא וכו'. במידה ונפסוק לחלק בין מכת מדינה לאונס פרטי, נצטרך להעריך אם לגנות נח יותר ללמד מלהתבטל, כדי לקבוע אם לשלם לה שכר מלא או כפועל בטל, וכן את שעור גובה שכר הבטלה המשתנה אצל כאו"א. גם אם לא יוכרע הדין, והדבר יוגדר כספיקא דדינא בפלוגתת הפוסקים, הרי שבמצב כזה אזלין בתר המוחזק ומועילה בו תפיסה, עיין בש"ך בספרו "תוקפו כהן" סי' עט-צא. נושא שיש לו השלכות ציבוריות רחבות, א"א להשאירו במצב של "ספיקא דדינא" שיוכל המוחזק או התופס לומר קים-לי, וכל אחד ילך ויתפוס מכנגדו וכל דאלים גבר, ואין שלום וברכה יוצאים מתוך מריבה של מלחמה. ע"כ כדי לעשות הישר והטוב יש להנהיג הוראה אחידה לכל הגנים ולפשר בין הצדדים, שכל גן יחזיר בסוף השנה מחצית מהימים בהם לא למדו, כל גן לפי מספר הימים בהם שבת מלימודים.

כך נהג החתם סופר, כפי שמובא בספר הזכרון שכתב בעצמו בכתב יד קודשו, בזמן מלחמת נפולאון בקיסר אוסטרייך. כשהגיע צבא נפולאון לנהר דאנוי מול פרשבורג, ברח החת"ס יחד עם תלמידיו ורוב קהילתו לעירה יערגען הסמוכה. אחרי גלות של ארבעים ושתיים יום [שזה גם הזמן המדויק של מלחמת המפרץ], שב החת"ס לביתו וכתב את ספר הזיכרונות על מאורעות המלחמה, על הדרשות שנשא, על התפילות שהתפלל, על הגילויים שגילו לו בחלום ועל המאורעות שקרו לו ולקהילתו. מענין לציין שבמהלך המלחמה נהרג מכל הקהילה של החת"ס יהודי אחד, אבל להוציא אותו אחד לכל קהילתו לא ארע רע, בניגוד לתושבי העיר הנכריים שנפל מהם רב, עוד נקודה למחשבה ודמיון. בין השאלות שהתעוררו בזמן המלחמה היתה שאלת המלמדים. וכך כותב החת"ס בספרו (עמ' נא):

"ורבו עתה המלמדים והתלמודים אשר שאלו לנפשם מה לעשות בדין זמן הזמנים שבטלו מלימודם, אם יתחייבו שכרם משלם או לא. ואני בעניי אמרתי, דין תורה לא ידעתי, ואני משלם לשכירים שלי שכרם מושלם בלי ניכוי כלל. ואתם תבצעו הדין על דרך הפשר, לשלם חצי ויפסיד המלמד חצי ... ע"כ הואיל ומסברא נראה דמזל שניהם גרם, ע"כ עשיתי פשר מרצון שניהם וחפצם שיהיה ההפסד על שניהם. אבל דין תורה לא ידעתי, עד שיבוא מי שלבו שלם ויוציא דין לאמיתו."

אף שסובר החת"ס שיש לחלק בין מכת מדינה לאונס, ובמכת מדינה עליו לשלם כל שכרו, מ"מ מהיות טוב כתב לפשר בין הצדדים, ומרצונם ישולם למלמדים מחצית שכרם. מדברי החת"ס עולה דאף שהפועל [המלמד] מפסיד מפשרה זו, דהרי הדין נוטה [לפי החת"ס] לדעת הש"ך, מ"מ בגלל הקושי שבפסיקת הדין ומאי רצונו להכריע את הדין, יש לפשר ולבצוע ולנהוג מהיות טוב לפני משורת הדין. במקרה שונה נהג הגאון ר' שלום טויביש (הבוטשאנר) לפני משורת הדין בשכר המלמדים, וז"ל (בתש' שאילת שלום סי' עג):

"... והמלמדים הוציאו מכיסם להשיג רשיון ללמוד, א"כ ודאי גם בזמן הזה אדעתא דהכי השכירו עצמם, דהוצאות הרשיון יהיה עליהם, ואם כעת ההוצאה יותר מרובה, ודאי י"ל דמזלם גרם וההפסד שלהם הוא, ולכן איני רואה שום זכות למלמדים

בזה ע"פ דעת תורתנו הקדושה, זולת משום ועשית הישר והטוב  
מהנכון לבעלי הבתים לכנס עמהם לפני משורת הדין ולפיסם  
ברצי כסף, איש איש כפי ערכו וכוחו לאלוקים. "  
מדבריו משמע דיש לנהוג עם המלמד לפני משורת הדין משום עשית  
הישר והטוב, אף שע"פ דין תורה אין לו כל זכות בממון. וע"ע  
במש"כ הגאון ר' חיים רפפורט (תשי"מ מים חיים חו"מ סי' ו) בענין  
שוחט שאינו יכול לשחוט בגלל גזירת המושל, דע"פ דין תורה הקהל  
פטורים, מ"מ ראוי ונכון שינהגו הקהל עם השוחט לפני משורת הדין  
כי הוא איש עני. ואע"פ שנימוקו לא שייך בהכרח בנדו"ד, ואפשר  
דגם השאלת שלום מיירי דוקא בעובדא דידיה, מ"מ נראה דע"פ מש"כ  
החת"ס יש לנהוג גם בנדו"ד ולשלם לגנים מחצית משכר ימי הבטלה  
מאונס.

### כג. התשלום להסעות-דינו של קבלן שנאנס

לענין שאלת ההסעות של תלמודי התורה. מדובר בנהג פרטי שההורים  
משלמים לו ישירות תמורת ההסעה, וכעת בזמן המלחמה במשך שבועיים  
לא עבד כלל, ובמשך שבועיים נוספים הסיע רק פעמיים (במקום ארבע  
פעמים). יש להגדיר את הנהג כקבלן [ראה מש"כ בהגדרת החילוק בין  
פועל וקבלן לעיל סי' חואן]. השאלה הנשאלת; האם יש חילוק בדין  
הנ"ל בין פועל לקבלן.

איתא בגיטין עד, ב: ההוא דאמר ליה לאריסיה, כ"ע דלו תלתא  
ושקלי ריבעא ואת דלי ארבעה ושקול תלתא, לסוף אתי מיטרא. אר"י  
הא לא דלה. רבה אמר הא לא איצטריך, ומפרש טעמא דרבה משום  
דמשמאי רחימי עליה. וכתבו התוס' בב"מ עז, א (ד"ה דאגר) דמוכח  
התם דהלכה כרבה. והקשו התוס', מאי שנא מפועל. ותירצו התוס',  
דדוקא באריס שיורד לקרקע באריסות נותן לו השליש. ועיין במהרש"א  
שם שבאר את דברי התוס', דאריס דינו כשותף, וכמש"כ בנימוק"י שם.  
ומעתה יש לברר האם דינו של קבלן כאריס או כפועל.  
השטמ"ק בב"מ עט, א (ד"ה ועדיין), כתב בשם הריטב"א וז"ל:  
" ... דכי אמרינן פסידא דפועלים, דוקא פועל או קבלן דעלמא  
שלא נשכר אלא בדיבור בעלמא, אבל קבלן שנתחייב לגמרי  
להוליך דבר ידוע או לעשותו ומשך הדבר, ודאי כל שאין  
העכבא מצידו ואירע בו שום אונס, אין להפסיד משכרו כלום  
..."

ולכאורה נראה דכ"ה דעת הראב"ד (הובא בדברי הנימוק"י מו, ב-מז, א-  
בעמודי הרי"ף), דלא כרמב"ן החולק, וז"ל:

"... והראב"ד כתב דלא מיבעי אריס, דאפי' קבלן ואפי' פועל  
כל זמן שהתחיל במלאכה כך הוא דינו שמאותה שעה זכה  
בשכירותו, ואע"פ שלא נעשית על-ידו, רווחא דידיה הוא, וכי  
אמרינן הכא פסידא דפועלים, דוקא בשלא התחילו במלאכה,  
וראיה לדבר, מדאמרינן בסמוך במאן דאגיר אגירא לעבידתא  
ושלים עבידתא בפלגא דיומא, דאי לית ליה דכוותה, נותן להם  
שכרם משלם, כלי של כל היום, אלמא דאפי' פועל כל שהתחיל  
במלאכה, אע"פ שלא טרח בה כפי מה שנשכר, נוטל שכרו משלם.  
והרמב"ן ז"ל חולק בשניהם, דפועל כל שלא עשה שליחותו,  
אע"פ שהתחיל במלאכה ונעשית מלאכתו מאליה, לא זכה בשכרו,  
וראיה לדבר, מדאמרינן בהגוזל בתרא קטז, א גבי שטף נהר

חמורו ... איתביה, השוכר את הפועל להביא לו כרוז  
ודורמסקנין לחולה, ומצאו שמת או הבריא, נותן לו שכר  
משלם, ושני ליה, התם עביד שליח שליחותיה הכא לא עביד  
שליח שליחותיה, אלמא טעמא דשליח עביד שליחותיה, הא לאו  
הכי, אע"פ שנעשית מאליה, כגון שבאו לו דורמסקנין ממקום  
אחר, הפסיד שכרו, וש"מ דאפי' בקבלן נמי הפסיד, דמסתמא הך  
ברייתא דמצאו שמת, קבלן הוא ... וכיון שכן בעה"ב דהוי  
ליה לאתנויי ולא אתני, איהו דאפסיד אנפשיה, דכולה  
פשיעותא דידיה הוא דאיהו הוא דידיע, אבל פועל לא ידע ולא  
הו"ל אתנויי."

ונראה דשונה דעת הריטב"א מדעת הראב"ד. דהב"י בחו"מ סי' שלג  
הביא מהריטב"א שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו  
באמירה, אבל כל שנשתעבד בקנין, לטפויי מילתא אתא שלא יוכל  
לחזור בו. ועיין בש"ך שם סי"ק יד שכתב שכל הפוסקים חולקים על  
הריטב"א. אך בפתחי תשובה (שם בס"ק ב) הביא מהמהר"א ששון,  
מהרדב"ז ומהשבות יעקב המסכימים לריטב"א. ונראה דהריטב"א הסובר  
שכל שעשה קנין מקבל כל שכרו כמובא בשטמ"ק, לשיטתו אזיל,  
שכשמקבל כל שכרו אינו יכול לחזור בו, ולפמשי"כ לעיל, כל שאינו  
יכול לחזור בו דמי לספינה ובית ושכירותו כמכר, וזכה בשכר  
השכירות אפי' קרה אונס שלא יוכל לקיים השכירות, וכמש"כ בהסבר  
דעת הרשב"א דלעיל. אך בדעת הראב"ד א"א לומר כן, דהא הראב"ד  
מיירי שרק התחיל במלאכה ולא עשה קנין, ובכה"ג יכול לחזור לכ"ע.  
אך נראה דמה שהביא הנימוק"י בשם הראב"ד, אינו מדברי הראב"ד  
עצמו אלא מה שהביא בשם אחרים, וכדמוכח מדברי הר"ן בגיטין  
(לה, ב-לו, א- בעמודי הרי"ף) דדוקא קבלן שקבל קמה לקצור ובאו  
אחרים וגמרוה או נמלים וכרסמוה, זכה בשכירותו, דדוקא פועל הוא  
דאמרינן דפסידא דידיה, לפי ששכרו אינו אלא לפי טורחו, וכל  
שאינו טורח אינו נוטל, אבל קבלן אין שכרו תלוי אלא בגמר מלאכה,  
וכל שנגמר בין על ידו ובין ע"י אחרים, נוטל קבלנותו. וא"כ  
חזינן דדעת הראב"ד לחלק בין פועל לקבלן, אבל אין החילוק כמש"כ  
בין יכול לחזור לאין יכול לחזור, אלא החילוק בין פועל ששכרו  
לפי טרחו לקבלן ששכרו לגמור המלאכה, וכיון שאין המלאכה צריכה  
לעבודתו, או מפני שגמרוה אחרים או מפני שכרסמוה נמלים, הרי זה  
נוטל כל שכרו. ואח"כ הביא הר"ן שהראב"ד הביא בשם אחרים, שאפי'  
פועל כל שהתחיל במלאכה זכה בשכרו, אע"פ שלא נעשה על ידו.  
אך נראה ששיטת הראב"ד נדחית מהלכה, דכ"י מדברי המחבר בחו"מ  
שלד, ג שחילק בין אריס לפועל כשיטת הרי"ף בגיטין, ומשמע דוקא  
אריס דהוא כשותף אבל קבלן דינו כפועל ומנכה לו משכרו. וכ"פ  
המגיד פ"ט משכירות סה"ו, כרמב"ן ולא כראב"ד. גם בנתיבות סי'  
שלה סי"ק א כתב דלא קיי"ל כראב"ד. ועיין בחידושי הרמב"ן ב"מ  
עז, א שמסקנתו שפועל דינו כקבלן. וע"ע במהר"מ פאדווה סי' סג  
באחד שנשלח לפדות שבויים והם נפדו ללא עזרתו, שאין צריך לשלם  
לו שכרו, וא"כ גם למהר"מ פאדווה דינו כפועל.  
ברם, אף אם אין דינו כאריס, צ"ע אם דינו לגמרי כפועל שהרי  
סו"ס לא עשה מלאכתו. ואינו דומה לפועל שנשכר לזמן שאם הוא  
מוחזק ובעה"ב לא התנה, כיון שבזמן שלשמו נשכר הוא מוכן לעבוד,  
הוי פסידא דבעה"ב, אך קבלן שנשכר למלאכה, כיון שלא ביצע את  
המלאכה פשיטא שאפי' הוא מוחזק צריך להחזיר לבעה"ב את שכרו.

והיה מקום לחלק בין כשנעשית המלאכה מאליה, כגון שהיה נהג אחר שהסכים להסיע חינם אין כסף, שאם הוא מוחזק דינו כפועל שאין צריך להחזיר, לבין כשלא נעשית המלאכה כלל מפני שלא היה בה צורך או סיבה אחרת, דכיון שלא נעשית המלאכה צריך להחזיר את שכרו, ועיין במהרשד"ם חחו"מ סי' שמג. אך מדברי הרמב"ן דקיי"ל כוותיה נראה דדינו לגמרי כפועל.

לאור זאת כל הדברים שכתבתי לעיל בענין הגנת שייכים גם בנדון זה. וכבר כתבתי לעיל דקשה מאד להכריע הדין בנידון זה, ולמש"כ החת"ס בספר הזכרון, טוב ונכון לפשר בין הצדדים ולבצוע את הדין. ע"כ ישלמו ההורים על השבועיים הראשונים מחצית מהשכר, ועל השבועיים שאחריהם, שבהם נסעו שתי נסיעות במקום ארבע, שלושה רבעים.

### מסקנות

- א. כשהתבטלה פעולת שכירות הפועל, אם אפשרות האונס היתה ידועה רק לאחד מהצדדים, ההפסד עליו, מאחר והיה עליו להתנות. ברם, אם שניהם שוים בידיעת אפשרות האונס, יד המוציא על התחתונה.
- ב. כאשר שניהם שוים בידיעת האונס ויד המוציא על התחתונה, י"א שהדבר תלוי במוחזקות של שעת שכירת הפועל, וי"א שהדבר תלוי במוחזקות בשעת הדין.
- ג. למהר"מ פאדווה- כששניהם שוים, מזלו הרע של המוציא גרם לאונס, וע"כ הדין תלוי במוחזקות בשעת האונס.
- ד. מדעת רוב פוסקים נראה שלא תועיל תפיסה בנידוננו.
- ה. מי ששכר בית ומת, נחלקו הראשונים, י"א שהיורשים פטורים משכר דירה על הזמן שמורישם לא דר בדירה, וי"א שחיבים לשלם שכר מלא.
- ו. יש לחלק בין שכירות בית לשכירות פועל. בבית- שכירות ליומא ממכר הוא, משא"כ בפועל שיכול לחזור בו במהלך זמן שכירותו.
- ז. יש לחלק בין ספק בעצם השכירות, דמעמידים בחזקת מרא קמא, לדין ספק בגובה תשלומי השכירות, שאין שייך לגביו הכלל של "קרקע בחזקת בעליה עומדת".
- ח. נחלקו הראשונים מי נקרא מוחזק בחפץ מושאל או מושכר, כשנולד ספק על משך זמן השכירות, המחזיק בפועל- השוכר, או הבעלים- שאליהם אמור לחזור החפץ.
- ט. כאשר נתן המעביד לעובד את שכרו בטרם סיים את מלאכתו, הרי הוא כמוחל לעובד את השכר, אם בסיבת אונסין לא ניתן יהיה לבצע את העבודה, אף אם לפועל היתה ידיעה על אפשרות האונס ואילו למעביד לא היתה ידיעה על כך.
- י. יש לחלק בין פועלים שנאנסו ואינם יכולים לבצע את העבודה עקב ירידת גשם, לבין ספינה מושכרת שטבעה. א- הפועלים לא הפסידו דבר, בניגוד לבעל הספינה שהפסיד ספינתו. ב- בעל הספינה מזומן לקיים שכירותו בספינה אחרת, משא"כ פועלים שאינם יכולים לקיים שכירותם. ג- פועלים שכורים למלאכה מסוימת, משא"כ בספינה בשעה שהחזיק בה השוכר קיים המשכיר את תנאו. ד-

י.א. נחלקו הפוסקים אם מכת מדינה דינה כאונס פרטי. מקור מחלוקתם בדברי המרדכי (ב"מ שמג). ברם, ניתן להסביר בדברי המרדכי שאינו מחלק בין מכת מדינה לאונס פרטי.

י.ב. לדעת הנתיות [וכן לדעת המהרי"ל] - אין חילוק בין מכת מדינה לאונס פרטי. אמנם אם היתה גזירה על המלמדים שלא ילמדו אך הותר להם לשמור על התלמידים, כיון ששכרם על השימור, אין דינם כאנוסים. ולדעת החת"ס - שכרם על הלימוד, ודינם בכגון זה כאנוסים.

י.ג. אך נמצא לרבים מהאחרונים שסוברים שבמכת מדינה על המעביד לשלם לעובד את שכרו, דלא כבאונס פרטי.

י.ד. הגדרת כסף - כל דבר שחלה חובה לקבלו במסגרת תשלומים. לפ"ז אין להגדיר את השיק ככסף, וכן מטבע זר מוגדר כמטלטלין. רק שטרות כסף ומטבעות חוקיים היוצאים בהוצאה, מוגדרים ככסף, אף שאין גופן ממון.

י.ו. נחלקו הראשונים, אם מוחזקות בשטר כמוה כמוחזקות בגוף הממון. טז. י"א שאף שאין דין מוחזק השטר כדין מוציא מחבירו, מ"מ גם דין מוחזק אין לו.

י.ז. לדעה זו שמוחזקות בשטר דינה כמוחזקות בגוף הממון, י"א שדין זה דוקא בשטר שיש בו אחריות נכסים, היינו שיכול לגבות ממשועבדים, ויש חולקים.

י.ח. יש לחלק בדין שטר על תנאי, בין אם תם מועד קיום התנאי, שהמחזיק בו נאמן בטענת מיגו, לבין אם לא תם מועד קיום התנאי או ביטולו, שלכ"ע אינו נאמן במיגו.

י.ט. באונס בשכירות פועלים י"ל, שגם מוחזקות בשיקים דינה כמוחזקות המטילה את חובת ההתנאה על שכנגדו.

י.כ. אף ששכר הגננות מחושב חודשית, מ"מ מסתבר טפי שיש לראות את שכירות הגן כמתחדש בכל שנה ושנה ולא בכל חודש.

י.כא. מלמד שהתבטל מחמת אונס, באופן שעל המעביד לשלם לו שכרו, נוטל המלמד שכר מלא ולא כפועל בטל. שני טעמים נאמרו בדין זה. א- פקודי ה' ישרים משמחי לב. ב- נח לו ללמד מאחר והבטלה גורמת לו לחולשה.

י.כב. שכר פועל בטל, נמדד לפי שני מרכיבים. א- קושי העבודה, ב- כושר העבודה של הפועל.

י.כג. באונס ששניהם שוים בידיעתו, י"ל דלכ"ע נותן לו שכר מלא ולא כפועל בטל.

י.כד. בשכירות פועלים, בתנאי שכרם ועבודתם, יש ללכת אחר מנהג המדינה וחוקיה.

י.כה. בהשבתה מחמת מלחמה, יש לפשר בין הצדדים, ועל ההורים לשלם מחצית משכר הלימוד של זמן ההשבתה.

י.כו. אריס אינו מפסיד מחלקו, אם ארע אונס ולא נצרכו למלאכתו, מאחר ודינו כשותף.

י.כז. נחלקו הראשונים אם דין קבלן, כאריס או כפועל. להלכה נראה שדינו כפועל.

י.כח. לאור זאת יש לשלם לנהגי ההסעות מחצית משכרם, וכמש"כ בדין גני הילדים.