

מאורות תורת המשפט

תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

גליון מספר 11

נשלח **חינם** מידי שבועיים, להצטרפות: meorothamishpat@gmail.com

י' בטבת תשע"ה

תשלום על ביטול תור לרופא שיניים

המקרה:

אדם הזמין טלפונית תור אצל רופא שיניים, ונקבע לו תור בתחילת היום כראשון המוזמנים. ערב קודם המועד ביקש לבטל את התור והתקשר לקליניקה ולא נענה, והותיר הודעה בתא הקולי. הרופא הגיע בהשכמה למרפאתו, שמע את הודעה הקולית ויצר קשר עם המטופל וביקש לחייב אותו בתשלום.

טענת המטופל: מעולם לא חתם על התחייבות לשלם על ביטול תור. הוא ניסה להתקשר ככל המוקדם להודיע לרופא על ביטול התור באמצעי היחיד שהיה בידו, בהודעה טלפונית.

טענת הרופא: בהזמנת תור, מפנה הרופא את זמנו לטיפול במזמין, ולא יכול להזמין מטופל אחר בזמן זה, ונמצא שבביטול התור נפסד ממלאכה ומשכר.

ביה"ד ביקש לברר מהמטופל לסיבת ביטול התור, והבין שהביטול לא היה ממניע של אילוץ ואונס.

ומהרופא ביקשו לברר אם ביטל הזמנה לטיפול, בשל התור ש'תפס' המזמין. ואם ניסה להזמין לקוח תחתיו.

תשובה

המבטל תור ונתבע ע"י המרפאה לשלם על תורו, אם לא עשה כן בשל אונס, יהא חייב לשלם רק אם נפסד בעל המלאכה מחמתו (כשנמנע מלקבל לקוחות אחרים בשל תורו, וכשידע מהביטול לא מצא לקוח תחתיו), מלבד האיסור שכרוך בכך (מד"ן 'מחוסרי אמנה', עפ"י גדריו). כשלא ארע כל הפסד ממוני, אין אפשרות לחייב את המטופל לשלם לרופא כפועל בטל בשל כך שהרופא כבר הלך למקום עבודתו (בשל כמה ספיקות אם נוהג דין זה בנידון דידן).

אמנם כשנהוג לשלם על כך, יהא חייב לשלם על פי הנהוג (אם דרשו לשלם, ואינו צריך מדינא לשאול ולהזכיר המנהג).

נימוקי הדין

פסק השו"ע בסי' שלג סעי' א עפ"י הגמ' בב"מ בדף עה: 'השוכר את הפועלים והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותם, אין להם זה על זה אלא תרעומת'. כל זאת כל עוד לא התחיל הפועל את פעולתו, כפי שהמשיך השו"ע שם: 'בד"א, בשלא הלכו. אבל הלכו... נותן להם שכר כפועל בטל'.

הרמ"א הוסיף: 'ויש אומרים, דאם משך בע"ה כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן'. כלומר, קניין מועיל שלא יוכלו לחזור בהם.

אולם ישנם שני סייגים לכל זאת, כפי שכתב השו"ע בסעי' ב: 'בד"א שאין להם עליו אלא תרעומת בשלא הלכו, דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעל הבית זה, אבל אם היו נשכרים אמש (בעת שסיכם איתם) ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל (אף שלא התחילו ללכת)'.

וכן הוסיף השו"ע, שאין לחייב את בעה"ב לשלם לפועל אם חזר בו בשל אילוץ ואונס, שלא היה מודע לו בעת ששכר וסיכם עם הפועל: 'אבל אם לא היתה פשיעת בעל הבית בדבר כלל, הרי זה אונס, ונפטר'.

יש לבחון את המקרה שלנו לאור פסק השו"ע, כדלהלן;

המטופל הינו בעה"ב, שמזמין את הרופא להיות פועל עבורו וליתן לו שירות רפואי. כל עוד לא התחיל הרופא את מלאכתו, אין לחייב את המטופל בכך שחזר בו, אם לא ניזוק הרופא מכך שבשל תור זה נמנע מלקבוע תור לאחר, או לחלופין שकेת יכול למצוא (גם אם כרוך במאמץ של הרופא ומזכירתו) מטופל אחר שיכנס לטיפול. אולם אם התחיל הרופא במלאכתו של המטופל, לא יוכל לחזור בו הלקוח, ויהא חייב לשלם לרופא דמי מלאכתו בפועל בטל. וזאת בתנאי שלא ביטל המטופל את תורו בשל אונס לא צפוי (כגון כאב חד שהתעצם ודרש טיפול מהיר).

גדר הדין שאין לו אלא תרעומת

כשלא ניזק הפועל כתוצאה מחזרת בעה"ב, אמרו שאין לפועל לחייב את בעה"ב חיוב ממון, אלא רק תרעומת. רש"י בב"מ בדף ע: בד"ה 'אין להן': 'תביעת ממון ליכא, דהא דברים בעלמא נינהו'. ובתפארת ישראל ב"מ פ"ו סק"ג כתב שאף חיוב דיני שמים אין עליו. אלא שבמסכת כלה רבתי פ"ה ה"כ נאמר: 'והוצא עצמך מן התרעומת', ובחידושי תלמיד הרשב"א ב"מ שם נאמר שממדת חסידות ראוי שישלם. ובחידושי החת"ס ב"מ בדף עו. ובחזון יחזקאל על תוספתא ב"מ פ"ז ה"א באר שכשיש תרעומת מותר להתרעם עליו.

אולם הש"ך סי' שלג סק"א עפ"י סיעת ראשונים הבדיל בין תרעומת של הפועל בשל חזרת בעה"ב, שזוהי עובדה שמצריכה אותו לחפש לקוח אחר, לבין פועל שחוזר בו מהעבודה ומצריך את בעה"ב לחפש פועל אחר: 'דוקא בע"ה על הפועלים (יש תרעומת) משום שאין דרך בע"ה לטרוח ולהשכיר פועלים אחרים, אף שמוצא לשכור. אבל אם פועלים מוצאין בע"ה אחר להשתכר, אין להן עליו אפי' תרעומת'. אך הביא מה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א והשו"ע בסעי' ב, שגם לפועלים יש תרעומת על בעה"ב. הרי שתלה את התרעומת בטירחה במציאת חלופה כביאור הטור שם, ומשום כן סבר שלא יהא תרעומת כשמצא חלופה ללא טורח רב.

ברם הריטב"א בב"מ עה: סבר שהתרעומת אינה בגין הטירחה, אלא משום הגנאי והתדמית שנפגעו, או שנאלצים להחליף סגנון התנהלות בעבודה מול לקוח חדש: 'משום דמיחזי כחוכא, או משום דקפדי על שינוי דעתא כשנשכרין לאחרים... או משום לזות שפתים, שסבורין העולם דעילה מצאו זה בזה'. להבנה זו גם בלא נזק ממוני תהיה תרעומת, ואף לפועל תהיה תרעומת על חזרת בעה"ב, אך יותר מסתבר שלא יהא כרוך בכך חיוב ממוני. נפק"מ לטעמי הדין תהיה במקרה שלנו, שטרם התחיל לעבוד ואין עדיין הרגלי עבודה ושינוי דעתא, שלא יהא לו אפי' תרעומת.

יש לציין שמלבד הפן הממוני הכרוך בחזרת צד אחד לאחר שסוכם על השכירות, ישנו פן איסורי, כמבואר בשו"ע בס"ד סעי' ז עפ"י הגמ' בב"מ בדף מח: 'הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, אע"פ שאינו חייב לקבל מי שפרע ה"ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו'. אומנם רש"י שם באר: 'אין נחת רוח לחכמי ישראל במעשיו של זה, אין דעתם נוחה עליהם... ואין לנו קללה אחרת, אלא אינו הגון בעיני חכמים'. בפרוש הר"ש במשנה שביעית פ"י מ"ט כתב שאין במעשה זה איסור, אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו. ובשטמ"ק ב"מ מט. ד"ה עוד כתב בשם הראב"ד שאינו נעשה רשע בכך. אך הט"ז ביו"ד בס"י סק"ה הביא את דברי הב"י שם בשם הריב"ם: 'משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב, ומותר לקרותו רשע'. ובמשפטי שלום הביא משמיה דהראנ"ח שיש לבי"ד למנוע חזרה זו ולקרותו עבריינא, ויתרו בו ויביישוהו ברבים. ומדינא סבר שמכים אותו עד שתצא נפשו, אלא שבזה"ז אין כח ביד יפה, ודלא כעין יצחק תניינא אהע"ז ס"ס' לד ס"ק כז שאין כופין על כך אף במילי.

הדברים אמורים כשחוזר בו בלא סיבה מיוחדת, אלא שמעדיף פועל אחר, אך ישנם מצבים שמותר לחזור בו מהסיכום עם הפועל, למשל כשלא נצרך עוד למלאכה, ואף אם צריך מלאכה אך נוכח שיכול לעשותה לבדו או בסיוע שלא כרוך בהוצאה ממונית (הסמ"ע בס"י שלג סק"א תמה שמלשון הטור נראה שהתיר לחזור לכתחילה 'איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו', ובאר שדבריו נסבו על אופנים אלה שציינו).

ואם מוצא פועל בזול יותר (בגמ"א בס"י רד ס"ק יח מבואר כשמדובר בהפרש של שתות ביניהם), נחלקו הראשונים בדבר; הראב"ד הר"ן והרשב"א הובאו בנימוק"י סברו שאף במקרה של שינוי שער יש בדברים משום מחוסרי אמנה, וראייתם הינה מכך שמחלוקת רב ורבי יוחנן לגבי מחוסרי אמנה הובאה אגב מעשה דרב כהנא (הובא בגמ' שם) וש"מ שאף במציאות כזו איכא משום מחוסרי אמנה. אולם בעה"מ והרא"ש ב"מ פ"ד סי' יד והטור סברו שבמקרה של שינוי שער אין משום מחוסרי אמנה, והר"ן כתב שלשיטה זו צריך לומר דמחלוקת רב ורבי יוחנן הובאה אגב מעשה דרב כהנא, אבל במעשה דרב כהנא גופא לכו"ע יכול לחזור בו. השו"ע בס"י רד סעי' יא פסק לדינא לאיסורא כשיטת רוב הראשונים הראשונה, וכן הכריע הרמ"א. הש"ך בסעיף יא ציין לדברי הב"ח שנסתפק בדין זה מאחר דמהירושלמי משמע שסבר כדעת הבעה"מ והרא"ש (כן הבין קצוה"ח בס"י רכא), וכן הקל בסמ"ע שם ס"ק יב וכן בס"י שלג סק"א ובביאור הגר"א ס"ק יח. וכן נקט בשבט הלוי ח"ד סי' רו להקל.

אמנם בקבלן אפ"י שימצא עבודה אחרת, יהא חייב בעה"ב לשלם לו, שכן סיכם עימו.

כשהיה קניין עם הפועל – בעה"ב אינו רשאי לחזור בו

אם עשו קניין עם הפועל על מלאכתו, חייב בעה"ב לשלם שכרו, אף אם לא היה לו אפשרות למצוא עבודה בשעה שהזמינו, אך מחוייב הפועל למצוא כעת עבודה אחרת, ואם לא ימצא או שימצא בזול יותר, חייב להשלים בעה"ב את חסרונו כפי שסיכם עימו מתחילה. ונבאר מהם קנייני הפועל;

קניין כסף: אם הקדים ונתן לו שכרו קנאו (ש"ך סי' שלג ס"ק כה, והנתי"מ שם סק"א באר שאף שחכמים הפקיעו את קניין המעות, לא ביטלוהו במקום שאין חשש שיאמרו נשפרו חיטיך בעליה, והפועל הלא יברח כשתהיה שריפה, ועוד שפועל הוקש לקרקע שנקנית בכסף. וכ"כ במחנה אפרים סי' ג, וכן הוכיח המהרש"ם ח"ב סי' כט מדברי הריטב"א בע"ז עא. והשטמ"ק בב"ק צט: בשם הרמ"ה, וכ"כ הלחם משנה מכירה פ"ג ה"א והחכמת שלמה בסי' שלג סעי' ג). ואומנם החכמת שלמה בסי' שלג סעי' ג הצריך שיתן הכסף בשעת השכירות ובכך מורה שנועד לקניין. והערך ש' בסי' קצב סעי' יג סבר שכיון שהתחיל במלאכתו התחייב לו שכרו, והיו ננתן לו כסף לפועל, ואינו יכול לחזור, וכ"כ החזו"א בסי' כא ס"ק לב שהתחלת מלאכה היא מדין קניין כסף.

קניין שטר: כתבו הצדדים חוזה עבודה וחתמו עליו, מהווה קניין (הש"ך ונתי"מ דלעיל, שכן פועל כקרקע. וראה רמ"א בסי' שכ סעי' ב לגבי מקבל שדה מחבירו לעבדה: 'אין כותבין שטר ביניהם, אלא מדעת שניהם, שמשנכתב השטר אין יכולין לחזור בו', ובפת"ש שם ובסי' שלג סק"ב הביא מהנוב"י סי' ל סק"ח שדי בשטר זה ללא קניין נוסף).

קניין חזקה: כעבד נקנה אף הפועל בחזקה (ש"ך סי' שלג ס"ק כה. ראה רמב"ם הל' מכירה פ"א הט"ו שאכילת פירות מהני לקנין קרקע, ודין פועל כקרקע כדחזינו בדיני הונאה, והינו נקנה גם בחזקה, וכן הבין בנחל יצחק סי' לט סעי' יז שהתחלת מלאכתו קונה חזקה. וכ"כ האור שמח בהל' שכירות פ"ט ה"ד). אך באגר"מ חו"מ ח"א סי' פא ענף ג שלל זאת והבין שפועל אינו נקנה בחזקה, וכן סבר החזו"א ב"ק סי' כג סק"ז בסוגריים המרובעות.

קניין סיטומתא: אם נהגו בעיר לקנות פעולה בדרך כלשהי, מהווה כקניין של הפועל.

קניין סודר וחליפין: אם עשה בעה"ב קניין סודר עם הפועל הוא קניין (הב"י בסי' שלג הביא תשובת ריטב"א שכל שעשו קניין לאפושי הוא, שלא יוכל לחזור בו, והש"ך בסי' שלג סק"ד הביא שכן הוא בהגה"א אש"י. וכ"כ בנחל יצחק סי' לט סעי' יז. החזו"א ב"ק סי' כג ס"ק כח כתב שאמנם קניין סודר אינו קונה גופו של פועל וקבלן כשם שאינו קונה עבד, אך מתפרש הקניין סודר שישנו שיעבוד נכסים להשלמת המלאכה. יש לציין שבפועל קטן לא יועיל סודר, שהתמעט מקניין זה). אולם יש שסברו שלא מהני לקנות פועל כך (הש"ך שם הבין שהיו קניין דברים ולא מועיל קניין).

משיכת כלי אומנות: אם משך בעה"ב כלי אומנות של הפועל, קונה בכך את שכירות הפועל רמ"א בסעי' א. אומנם הנתי"מ בסי' שלג סק"ב חולק וס"ל שלא נקנה פועל כך.

אומנם ישנן מציאויות שכלל אין צריך קניין; אם נשכר הפועל ע"י רבים, אף בלא קניין אינו יכול עוד לחזור בו. (הב"י בסוסי' שלד הביא מרדכי ב"מ רמז תנז, וכ"כ נתי"מ בסי' שלג סק"א. ובטעם הדין כתב המרדכי: א. כל הנעשה ברבים א"צ לקניין. ב. חשיב לרבים כמתנה מועטת שא"א לחזור בו מכך (ולפי"ז הוא רק מחוסרי אמנה ולא קניין). ג. כששכרוהו רבים הוא כהעמידו ערב, וערב משתעבד ללא קניין). רעק"א תניינא סי' טז צידד שכשם שהרבים אינם יכולים לחזור כן הפועל אינו יכול לחזור בו.

כששוכר פועל עני, בעה"ב אינו יכול לחזור בו אף שלא עשה קניין, כנדרי צדקה (קצוה"ח בסי' רסד סק"ד ובסי' פא סק"ג. וראה פת"ש י"ד סי' רנח ס"ק יג). אומנם יש שחלקו וסברו שרק נדרי צדקה זוכה העני ללא קניין שכן ניתן בנדבה, אך תשלום לפועל על מעשי פעולתו אינו נדבה ונתינה ובעיא קניין (שו"ת צמח צדק חו"מ סי' לט וראה כן במנחת יצחק ח"ב סי' לט סק"ב שאין הבטחה ליתן למוסד בעבור שילמדו וידליקו נר לעילוי נשמתו בתורת נדבה, אלא היא שכירות על פעולתם).

הלך הרופא לקליניקה, האם נחשב כתחילת מלאכה

הגמ' בב"מ בדף עו: אמרה שאם הלכו פועלים מכבר למקום עבודם, נחשב הדבר כתחילת קניינם, ובעה"ב לא יוכל לחזור בו אף לו יכלו למצוא לקוח אחר (אך ישלם לו רק כפועל בטל). וצריך לבאר מדוע הליכתו מהווה כקניין. תינח אם נימא שהווה כקניין כסף, או חזקה או חליפין (כנתבאר לעיל), אך יש שבארו כי כשהתחיל לילך השתעבד לו.

הרמב"ן שם באר בטעם הדין שאם הלכו אינם יכולים לחזור: 'הלכו דוקא קתני, שאע"פ שלא היו יכולין מתחלה להשכיר עצמן... כיון שהתחילו במלאכה נתחייב מעכשיו ליתן להם שכר... כך שכירות פועלים נקנית בהתחלת מלאכה... וכבר נשתעבד לו בעה"ב בהתחלת מלאכה'. וכ"כ הרשב"א שם: 'כיון שהתחילו במלאכתם נתקיים השכירות, ונשתעבד להם בעה"ב... והליכת פועלים למלאכתן היא התחלת מלאכתן'. וכ"כ הריטב"א שם: 'ואם התחילו במלאכה ואפ"י התחלת הליכה'.

הריטב"א בב"מ צט. בד"ן שואל קרדום ובקע בו קנאו, הקשה כיצד קנה במלאכתו זו. והשיב: 'וי"ל דהא תקנתא דרבנן היא מפני תיקון העולם, שלא יהא אדם משאיל או משכיר כליו לחברו, ואחר שיתחיל במלאכתו שיחזור בו, ויניח מלאכתו מותחלת'. וכן חזר על יסוד זה בקידושין בדף מז: 'והא דמיקני בביקוע לאו דינא הוא אלא תקנתא דרבנן שתקנו כן כדי שיהא קיום לדבריהם, שלא יחזור בו בחצי מלאכתו של זה ויפסיד פעולתו, כדתקינו בפועלים שהתחילו במלאכה'. הביאם הנחל יצחק בס"י לט סעי' יז. ובערך שי' בס"י רנט סעי' ז דן עפ"י שבפועל גוי לא תיקנו חכמים כן.

יש לדון במציאות שלנו, האם רופא שיוצא מביתו לעבודתו נחשב כהתחלת מלאכה למטופל. אמנם וודאי שלא משלמים כיום לעובד משעה שיצא מביתו, אך היציאה מהבית לעבודה נחשבת כתחילת עיסוק במלאכה בעה"ב. ועל כן הבין הש"ך ס"ק יד בשם הריב"ש בס"י קעו שאין חילוק בין שכיר יום לקבלן והליכתו מהווה כקניין. אך האבני נזר חו"מ בס"י נב מחודש ד סבר שהדין אמור רק בפועל שיציאתו משל בעה"ב (ב"מ בדף פג:). וההליכה נכללת בשכרו (שו"ע ס"י שלא), אך קבלן מקבל שכרו רק על שנטל על עצמו לבצע, ואין להליכתו לעבודה זיקה למעסיקו. ולדבריו, כיון שהתשלום לרופא אינו כולל את הזמן הגעתו לעבודה, לא יהא נכון להחשיב את הליכתו לעבודה כתחילת מלאכה, אף אם הוא פועל ולא קבלן. ובמשפטי החושן עמ' עו הסתפק, שכיון שמדינא יציאות הליכת פועל הינה על בעה"ב אף שלמעשה נהגו היום לא ליטלו ולא לשלם על כך, מ"מ נחשב שעובד עבור בעה"ב, וחזר הדין להחשיבו כתחילת מלאכה עבורו. וצ"ע.

עוד יש לדון אם הליכה בדווקא מהווה כהתחלת מלאכה, או שמא גם שאר הכנות שנדרשו לפעולתו, כגון שהיה צריך לקנות חומרים למטופל זה (בדברי מלכאל ח"ה ס"י רכט צידד שרכישת מכונה לעבודתו לא נחשבת כתחילת מלאכה, אא"כ נעשה על פיו וחייב כמוציא מעות עפ"י דברו), או שהכין את החדר עבורו או שלבש בגדי עבודתו, או שתיקן מכשור רפואי שיזדקק לטיפול. הנה לאבנ"ז דלעיל, רק פעולות שעליהן נוטל שכר מבעה"ב נחשבות כהתחלת מלאכה. וכן להבנות שתחילת מלאכה הוי כחזקה, חליפין או קנין כסף שאין לראות בהכנות אלו כקניין, כיון שהמטופל אינו חייב לו דבר בשל כך. וביביע אומר ח"ה ס"י כה סק"ח דן בדברי ערוך השולחן או"ח ס"י שו אם הכנתו של החזן בחול מספקת בכדי ליטול עליה שכר, וימנע בכך משכר שבת, וסבר שאין להתיר מטעם זה שכן שכרו ניתן רק על שיתפלל ויתקע בציבור.

יש לעיין בכמה ספקות בהקשר של הליכתו של הרופא לקליניקה; האמנם תחשב הליכתו תחילת מלאכה עבור לקוח ומטופל ספציפי, והלא הרופא הולך כל יום לעבודתו לכלל המטופלים, ובלאו הכי היה צריך לילך לשם, ואין לראות זו כהתחלת עבודה למטופל זה. ושמא כיון שהזמין מטופל זה תור בתחילת היום, נחשבת הגעת הרופא עבורו, או שהקדמתו להגיע למרפאה הינה ג"כ נחשבת התחלת מלאכה. ואז יהא נכון לחלק בין שהזמין תור בתחילת היום, לבין זה שהזמין למשך היום. והאם כשקנה חומרים ותיקן את מכשור הרפואי גם עבור רבים נוספים, יכול לטעון המטופל שלא למענו בלבד התחיל במלאכה. והאם כשנאלץ הרופא לקצר טיול שערך ולהגיע לאיזור המרפאה יום קודם בשל שעת הטיפול המוקדמת, תחשב הליכתו זו כתחילת מלאכה. וצ"ע.

תשלום לרופא כשנפסד מחמת הזמנת המטופל

נותר לן לברר, משום מה יש לחייב את בעה"ב בתשלום⁸⁴ כשחזר בו, כשיש לפועל הפסד. ומצאנו ג' ביאורים ביסוד דין זה;

א. יש לשלם על הפסד זמן עבודה של הרופא – דין שבת

התוס' בב"מ בדף עו: ד"ה 'אין' והרא"ש בס"י ב הבינו שיש לשלם לפועל מדינא דגרמי על הפסד עבודת הפועל ובכך נמנע ממנו להרוויח את לחמו. המשנה בב"ק בריש פרק החובל מגדירה את נזק ביטול זמן עבודה של חברו כ'שבת', ששבות ובטל ממלאכתו, וכך אמרה הגמ' שם בדף פה: 'שבת, דהדקיה באינדרונא (רש"י: 'סגרו במסגר') ובטליה'. הרי שמצאנו, שיש לחייב אדם על ביטול זמן מלאכתו של חברו שנטל ממנו, והתוס' בב"ק שם בדף פה: בד"ה 'רואין' והרא"ש חילקו בגובה התשלומין שזכאי לו מחמת גרמת השבתתו לפי סוגי המלאכות והמומחיות של הנפגע, וכן כתב הרמ"א חו"מ ס"י תכ סעי' יז אמנם בשו"ע לא חילק כן. ולדברים אלו, הרופא שהפסיד לקוח בשל כך הזמנת תור ע"י המטופל, היה צריך להיות זכאי לפיצוי אם אכן נגרם לו נזק מחמת כן, כלומר שהיה לו ביקוש לבצע טיפול לאחר, ומשום

⁸⁴ נפק"מ יהא לכך אם חוב זה אינו בגדר שכר פועל, אינו כרוך כגדריו לשלם ביומו שכרו, ואין בו איסור 'בל תלין', ויכול לשלם לו חובו בסובין ובמטלטלין ולאו דווקא במעות. אולם החזו"א בס"י כג ס"ק לו סבר כי רק תשלום על התחלת מלאכה הינה מדין פועל ומחוייב לכל דינים אלו.

ששמר את הזמן לראשון לא קיבל אחר כלל (למעט, שקיבל את הלקוח בזמן אחר, שאז לא נחשב שהפסיד לקוח), וכן שכעת לא יוכל למצוא לקוח אחר אף שכרוך במאמץ לא מבוטל.

אלא שיש להקשות על דין זה מכמה סוגיות בהם מבואר שאין לחייב ממון על כך שמנע רווח לחבירו.

הב"ח בס' שסג וקצוה"ח בס' שלג סק"ב הקשו מדוע חייב על שגרם 'שבת' לחברו, והלא גרמא בנזיקין פטור, והנועל ביתו של חבירו ומפסידו את הרווח הצפוי פטור (כשלא נהנה מכך, ב"ק כ. ושו"ע סי' שסג. מלבד שיטת הרמ"ה שהביא הנמוקי יוסף בב"ק בדף ת: בדפי הרי"ף ד"ה ונצח דקימא לאגרא שחייב אף בהכי מדין מזיק: 'דכשדר בה חייב, מידי דהוה אכל נזקים דעלמא... וכל היכא דקימא לאגרא, וגרם לאפסודיה, כגון דגזלה מינה, אף על גב דלא דר בה - חייב, ואפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי, וכל שכן למאן דדאין), וכן המבטל כיסו של חבירו פטור⁸⁵ ואין לו אלא תרעומת (תוספתא בירושלמי ב"ק ט, ג, הובא בתוס' ב"ק נח. ורא"ש פ"ב סי' ו). וכן היה צריך להיות הדין בדיננו, שהמטופל הזמין תור ומנע בכך מהרופא להזמין לקוח אחר, הזיק בגרמא את הרופא מלעבוד ולהרויח, וגרמא בנזיקין פטור בדיני אדם. ואכן באר קצוה"ח כי מטעם זה בארו הראשונים טעם אחר לחייב את בעה"ב על הפסד הפועל. והביא מהר"ם מרוטנבורג שפטר לדינא את בעה"ב אם חזר בו קודם התחלת מלאכה, אף שהפסידו פועל ממון באופן וודאי, שכן הוי רק מניעת רווח (הקצוה"ח סבר שהפועל אינו יכול להוציא מבעה"ב כנגד דעת המהר"ם. ובתהלה לדוד תמה שחש לדעה 'יחידאה, והנתי"מ בדיני תפיסה בעדים קיצור כללי דיני תפיסה סק"כ כתב משמיה דהחוות יאיר: 'דבמקום שסתמו המחבר והר"ב בהג"ב ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אינו יכול לומר קים לי כפוסק אחר, ולפי"ז אין להכריע כלל כמהר"ם).

אך האחרונים בארו כמה יישובים בשיטת המחייבים לשלם לפועל מדינא דגרמי.

הפולפולא חריפתא אות ד חילק בין נזק רווח ודאי כפועל שוודאי היה מוצא מי שישכירנו ולכן חייב הבעלים בנזקו, לבין חצר שקיימא לאגרא שיש פעמים הרבה עיכובים בהשכרה, ולא חייב על מניעתו מהבעלים להשכירה. וכן באר המחנה אפרים דיני גזילה סי' יא שבביטול פועל יש ברי הזיקא ולכן חייב, וכ"כ שער המלך בהלכות גזילה פ"ג ה"ט והחוות יאיר סי' קנא הובא בקצוה"ח בס' שי סק"א. וכן פירש המשאת בנימין סי' כח: 'וכמאן דמנח בכיסיה דמי... ולהכי לאו מניעת הרויח הוא, אלא ממוניה ממש דחסרוהו השותפין ולא דמי למבטל כיס חבירו דלא ברי הזיקא דשמא לא היה מרויח כלום'. אולם הקצוה"ח והנתי"מ שם לא קיבלו זאת, וכן נראה מהש"ך בס' רצב ס"ק טו בשם המהרש"ל שפטור אף שמבטל כיס חבירו כשהרווח ברור.

הקצוה"ח הכא ובס' שסג סק"ג באר שרק בנזקי אדם חידשה תורה שחייב על נזק זמנו שנוטל ממנו, ולא על נזק שגורם שממונו לא יפיק את הרווחים הצפויים. ולכן חייב על שהשבית אדם ממלאכתו ולא על שלא יכול להשכיר ביתו. וכן כשחזר בעה"ב ומנע בכך מהפועל לעבוד ולהרויח, הוי כנועל את האדם בבית וחייב מדין שבת. ועל כן נקט שאם הזמין פועל עם בהמותיו וחזר בו, חייב על ביטול שכר הפועל ולא ישלם על ביטול הבהמות ממלאכתם. וכן בדיננו, יהא חייב על ביטול הרופא ממלאכתו, אך לא על מיכשור שיכל להשכיר בשעה זו, אך על ששכר הרופא לצורך הטיפול יהא חייב, כדין הוציא הוצאות עפ"י חבירו. אלא שלדעת המחנה אפרים דיני גזילה סי' יא יש לשלם גם על ביטול בהמות הפועל, כיון ששכר את האומן עם כליו, יש להחשיב את כל הרווח כשכר הפועל.

הג"ר שמעון שקופ בחידושי ב"ב באר באופן שונה, והסביר כי הבית והכסף שבכיס אינם עושים רווחים בטרם שעשו אותם, אלא שטמון בהם פוטנציאל לרווח שניזוק, והוי גרמא בנזקים ופטור בדיני אדם. אך תוצרת של מעשה האדם הגדירה תורה כרווח ממשי שכבר קיים, והוא ניזוק כעת, ועל כך חייבה תורה.

ב. חיוב לשלם על הפסד הפועל הינו מתקנת חכמים, כדבר האבד

הרמב"ן הרשב"א הנימוק"י והר"ן בארו שבעה"ב צריך לשלם לפועל על שנפסד מחמתו, כדין החוזר בו בדבר האבד.

הנתי"מ בס' שלג סק"ג סבר שיסוד הדין אינו חיוב מדינא: 'לאו דינא דאורייתא הוא, וע"כ הוא מצד תקנת חז"ל או שאמדו חז"ל דעתן שבכך מחייבין עצמן זה לזה להשלים ההיזק עד כדי שכרן. ועל תקנת חכמים ואומדנא שלהן אין להקשות כלל'. והוכיח טעמו: 'תדע דתקנת חכמים היא, דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו וחזר בו הלוקח, אף שהפסיד הסוחר ע"י זה אפ"ה פטור, וכאן חייב. אלא ודאי דתקנת חכמים היא בפועל'. הנתי"מ צידד שיש

⁸⁵ יש הסבורים שאף שפטור מדינא כשמנע מחבירו רווח, מ"מ חייב בדיני שמים, כן כתב הרדב"ז ח"א סי' פד, ושער המשפט סי' שיש סק"ב, אמרי יושר ח"א סי' קמט והאבני נזר יו"ד בס' קלג סק"ג קלד דן ביכולת לתפוס משום כן שהרי בש"ך ובריב"ש מבואר שלא מהני תפיסה בדיני שמים. והב"ח בס' לח סעי' יז כתב שעבירה בידו ובכלל גזל את חבירו כשהפסיד ממון חבירו בגרמתו. אך בבית מאיר סי' י הסתפק בכך, שכן משמע ברמב"ן שפטור אף לצאת ביד"ש.

להבין כן אף בדעת התוס' הנ"ל, ואינו חיוב גמור מדינא. וכ"כ באולם המשפט ס' שלג סק"א. ועיין באמרי בינה קניינים ס' טו שדן האם נאמרה תקנת חכמים גם בגוי.

המהר"ם שי"ף בב"מ בסוף דף עו: ד"ה בתוס' הביאו קצוה"ח בס' שלג סק"ב הקשה שמצאנו בדין שהפסידו דבר האבד שאינם חייבים לשלם מכיסם אם לא הטעו, ואילו כשבעה"ב חזר בו, אנו מחייבים אותו לשלם מכיסו. ויישב הקצוה"ח שם שתלוי הדבר באומדנת המבטל, וכשנשכרו פועלים לא התחייבו לשלם מכיסם אם ינזק בעה"ב בדבר האבד, לעומת אמדן דעת בעה"ב בכגון דא: 'דפועלים לא קיבלו עליהם אלא לגמור המלאכה ונשתעבדו לגמור מלאכתן עד כדי שכרן, ומש"ה בדבר האבוד אפילו לא התחילו במלאכה כיון דקיבלו עליהם לעשות מלאכתן נשתעבדו עד כדי שכרן... אבל אם אינו שוכר עליהן לא בעי שלומי, כיון דלא קיבלו עליהם תשלומין. אבל בעל הבית החוזר בפועלים, עיקר חיובו דבעל הבית הוא לשלומי לפועלים... מש"ה בדבר האבוד צריך לקיים תנאו ובעי שלומי. וכי היכי דפועלים בדבר האבוד מחוייבין לקיים התנאי, שהוא לגמור המלאכה ומש"ה שוכר עליהן, וא"כ בעל הבית בפועלים שהוא להיפך, דעיקר תנאו לשלומי, א"כ בדבר האבוד בעי שלומי.'

מעין זה כתב המרדכי ב"ק רמז קטו בשם רבנו יקיר, שאמנם הזיק רק בגרמא, אך קיבל על עצמו לשלם על כך: 'שקיבל עליו בפירוש אם לא אקנה לך אשלם ממיטב... ומכאן אתה למד לכל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרם לו הפסד שהוא חייב, והיינו טעמא נמי... השוכר חמריו ופועליו וגורם להפסיד שחרם במקום אחר, הואיל וקיבל עליו לשלם חייב, דכולם גרמות נינהו, ואי לאו שקיבל עליו היה פטור'. הובאו דבריו במחנ"א בהלכות פועלים ס' ז, שכירות ס' תי, שומרים ס' ח ובדברי חיים חו"מ ח"א ס' כח.

ג. חיוב לשלם על הפסד הפועל מדין ערבות

איתא בגמ' בב"מ בדף עג: 'אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא (הביא לו מעות שיקנה יין בשער זול), ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט (משלם לו כשער שרצה להרוויח שהיה מוכרו ביום השוק).'

הריטב"א שם הקשה על דין זה: 'למה חייב לשלם לו כלום, ומאי שנא ממבטל כיסו של חברו שהוא פטור מפני שאין היזקו אלא גרמא. וכן אם הוביר שדהו אינו חייב לשלם לו אלא כשקבל עליו כן בפירוש'. והשיב הריטב"א בתירוץ השני: 'ומורי הרב תירץ, דהכא אע"פ שלא קבל עליו תשלומין כלל, 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 ונתן לו ממונו, משתעבד ליה משום ערב. וזה ענין שכירות פועלים... שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו. וזה דין גדול'. נמצא שכל חיוב תשלום לפועל הוא מדיני ערבות, וכן כתב הריטב"א זאת שוב בהמשך שם בדף עה:.

הנתי"מ בס' שו"ס ק"ו הביא את ביאור זה, ופסק כן: 'נראה דמחוייבין לשלם בדבר האבוד כל מה שהיה יכול להרוויח... דפעולת פועל בידו הוא, וכל דבר שבידו לעשות ולא עשה מחוייב לשלם אף היזק הריח שהיה יכול להרוויח'. כן החת"ס חו"מ בס' קעח כתב שאין חולק על יסוד זה של הריטב"א, וכל שלא עשה כפי שנשלח חייב לשלם מדין ערב, וכ"כ בחידושי רעק"א בחידושי לב"מ בדף עו:.

אומנם יש הרבה מהראשונים שביארו דין זה של הגמ' חמרא דזולשפט מבוסס על כך שסוכם מראש עם השליח להיות אחראי על המקח וכי התחייב לשלם באם לא יקנה. אך בלא שיקבל על עצמו, אין דין ערב מחייבו לשלם. כ"כ המהרש"ם ח"א ס' עז והביא מראה פנים על ירושלמי שאין דין ערב מחייב ממון. וכן פסק הבית מאיר חדש ס' י, האמרי בינה הלוואה ס' לט והחזו"א בריש ס' כב. והנחלת צבי בס' רצב סעי' ז כתב שאין להוציא ממון עפ"י סברא זו.

נפק"מ בין השיטות⁸⁶ יהא כבנידון דידן, על מי מוטלת חובת ההוכחה אם יכל הרופא למצוא מטופל אחר חלף ביטול הראשון.

⁸⁶ ישנם מספר נפק"מ למחלוקת בטעמי הדין כפי שליקט בספר משפטי החושן עמ' פט - צ;

א. כתב רעק"א בחידושי לב"מ בדף עו. אם יכול הפועל למצוא מעסיק ולוקח אחר, אלא שהשער הוזל מאתמול. אם חיובו הינו מדינא דגרמי ההיזק שהיטב לו, לא יהא חייב לשלם כשמוציאים עבודה אחרת, ומשמיא הפסיד הפועל. ברם אם חיוב התשלום להם בשל דבר האבד בהפסד של שהבטיח להם, אזי יהא חייב לשלם להם כל שהבטיח תחילה. ובספר דבר למשפט ס' ה סק"ח הוסיף שאף לו חזר בו בעה"ב בזמן שיכל למצוא פועל, ולא מצא, לא חייב מדין גרמי, היות ובעה"ב לא היסב לו כל נזק ומזיילתו של הפועל גרם, אך מדין דבר האבד שסמך על דבריו, יהא חייב לו כשלא מצא לבסוף.

הערוך השולחן בסי' שלג סעי' ב כתב שכשיש הכחשה בין בעה"ב והפועל אם יכל אתמול למצוא עבודה – על הפועל להביא ראיה: 'כדין מוציא מחבירו, ואם לא הביאו ראיה נשבע הבעה"ב היסת ונפטר'. נראה שהבין שהחיוב הוא מדינא דגרמי, שכן אם חיובו משום דבר האבד או מכח היותו ערב היכא שמסתמא היה יכול למצוא פועל, יתחייב בעה"ב לשלם. במקרה דידן, הרופא טען שההודעה נקלטה נתקבלה ונקלטה אחר שיצא מהעבודה, ובבוקר הגיע פרק זמן קצר לפני הזמן המיועד, ולא היה די שהות לזמן מטופל בהתראה כה קצרה.

ביטול תור בהשארת הודעה למזכירה טלפונית

יש לברר אם ניתן לבטל את השכירות רק בידיעת השכיר, וכל עוד לא ידע הרופא מביטול התור, הליכתו למשרדו היתה לטובת המטופל, או שיש ביד בעלים לחזור בהם מההסכם גם בלא ידיעת הפועל, והתברר מפרע שהליכתו לעבודה לא היתה מכח המטפל, ולא התחייב בכל המלאכה כדין 'אם הלכו' (וישלם רק הוצאות הליכה אם היו ושגורמו לו בשל הליכתו מחמתו, מדינא דגרמי).

המהר"ל דיסקין פסקים אות רכב דן כשבעה"ב חזר בו וביקש משליח להודיע לפועל, והתרשל השליח ולא הודיע לפועל, וסבר שחייב בעה"ב לשלם לפועל, שכן אמנם נאנס בעה"ב בהודעתו לפועל, אך הפועל עשה עפ"י ציווי בעה"ב ולא יגרע שכרו בשל אונס בעה"ב.

במשפטי החושן עמ' צה למד מדין הפת"ש בסי' קפב בתשובת מים חיים חו"מ סי' יח ששלח למכור לו חפץ, וקדם והקנהו לאחר בקניין סודר. וסבר שהשליח לא מתבטל אם אינו יודע מביטולו. אך הביא מתהלה לדוד סי' קפב שהשיג על הבנה זו וסבר שכל שביטלו בעה"ב אינו שליחו עוד הגם שלא ידע מביטולו, ומכירת המשלח קיימת.

אולם אם הפועל חוזר בו ללא ידיעת בעה"ב, כתב בשו"ת זרע אמת י"ד סי' צז חזרתו חזרה. אומנם יהא חייב לבעה"ב אם יפסד.

בנידון דידן יש לדון עוד בשל כך שהודעתו נקלטה לאחר שעת העבודה במשרד, ולאחר זמן הנהוג לבטל תור, ואין לומר שחל הביטול מעיקרא.

כמה משלם לפועל בטל

בעה"ב שחזר בו לאחר שהתחיל הפועל מלאכתו, אינו משלם את כל שכרו שקצץ עימו, אלא מחשבים כמה היה מתרצה לפחות משכרו אם היו מציעים לו לשבת בטל ולקבל שכר בלא שיעסוק במלאכה וישלם לו זאת. על כן יש לשער את טורח המלאכה, והכדאיות שלו להבטל ממנה⁸⁷ (כן בארו הטור והרמ"א בסי' שלג סק"א, הסמ"ע סק"ז וש"ך סק"ח).

ב. עוד כתב רעק"א אם רוב פועלים נשכרים בד' ומיעוט בג', ובעה"ב שכר בד' וקעת אינו יכול למצוא עבודה אחרת. שמדינא דגרמי חייב לשלם רק ג' ולטעון שבין כה לא היו מוצאים עבודה אלא בג', אך מדין דבר האבד הפסידו ד', וישלם כן. ומדין ערב לא יתחייב אא"כ התחייב בפירוש כך.

ג. בעה"ב שגג בחזרתו ולא נהג כן במזיד (שטעה ביום או שח), לש"ך בסי' שפ"א אין לחייב בדינא דגרמי אלא מקנסא ובמזיד ולא בשוגג, אך מדין דבר האבד יש לחייב אף כששגג מלבד באונס.
ד. מת בעה"ב קודם שעמד בדין, אם חייבים היורשים לשלם לפועלים את הפסדם. שכן לש"ך שדינא דגרמי הוא קנס אין לקנוס בנו אחריו ואם החיוב משום דבר האבד, יש לחייב את היורשים ככל חובות האב.

ה. אם גובה הפועל מעידית ככל גבייה ממזיק כפי שצידד הש"ך בסי' שפ"א שפ"ק יב שגרמי גובה מעידית, או מבינונית ככל חוב ממון אם חיובו מטעם ערבות.

ו. שנים ששכרו פועל, לטעם ערבות היו כשנים שערבו שגובה ממי שירצה, כסי' קלב, ג. אבל אם מחיוב גרמי אינו גובה ממי שירצה.

⁸⁷ רש"י מסכת בכורות דף כט: בד"ה 'כפועל בטל' באר מושג זה, כך: 'דאם היה נוקב מרגליות שעבודתה נוחה לעשות ושכרו מרובה אם אומר לו טול כך וכך ותבטל היום ממלאכה אינו פוחת משכרו אלא דבר מועט שהרי נוחה ואין בה טורח ואי מלאכה קשה היא כמו נגר אם אומר לו אתה נוטל עכשיו שלשה זוזים טול זוז והבטל היום מאותה מלאכה ועשה מלאכה קלה זוז נוח לו להבטל וליטול זוז והכא נמי כי הוא אגרא יהיב ליה שהרי מבטלו ממלאכתו וכוליה אגרא לא יהיב ליה שהרי אינו עסוק במלאכה קשה אצלו'. וכיוצא ברמב"ם בפירוש המשנה בבכורות פרק ד באר בביאור חיוב כפועל בטל: 'אבאר לשון זה וענינו, כי אני הרבה שמעתי בו דברים בלתי מספיקים ואף אינם מביאים אל המטרה כלל. והוא, כגון שהיה האדם בעל יכולת באומנותו ומומחה בה מכניס ביומו סכום מרובה, הרי לא נאמר יתן לו שעור מה שבטל אדם זה, אלא רואים מלאכה זו על הרוב, ונאמר כמה עשוי אדם להכניס במלאכה זו ביום אחד, וזהו ענין אמרם באותה מלאכה. אבל ענין בטל של אותה מלאכה, הרי הוא תלוי ביגיעה שיש באותה המלאכה או המנוחה, לפי שיש מלאכות שיש בהן יגיעה רבה כעבודת הברזל וכריית המחצבות, ואם נתנת הברירה לאדם בין שיעשה אותה העבודה המיגיעת או ינוח כל היום, בודאי שיעדיף את המנוחה, ואף על פי שיהא לו סכום קטן על היגיעה ויקבל הסכום הידוע. אבל המלאכות הקלות אשר עושהו כבטל כגון השלחני שהוא פורט ומקבל שכר וכיוצא בו לא יהא

הט"ז בריש ס' שלג הביא מקובץ ישן ותשו' רש"י ומהר"ח או"ז בשם ר"ח סברו שיש לו לשלם לפועל חצי משכורתו. וכ"כ גינת ורדים י"ד כלל ו ס' ו מהרש"ם ח"ב ס' רז, ח"ט ס' קעב, משפט שלום בס' קעו ס"ק מד האולם המשפט ס' רסה סק"א והחזו"א ס' כג סק"ד.

אך הרשב"א בתשובות ח"א ס' תתקפז כתב שפוחתים מעט, ולפי ראות הדיין.

בספר ילקוט דינים חו"מ של הגר"נ קרליץ שליט"א עמ' כד הובא שיש אומרים שהוא חצי משכורת וי"א שהוא שני שלישי ממשכורתו, ותלוי באופי העבודה.

יש פוסקים (הגר"ר שריאל רוזנברג, הישר והטוב ח"ד עמ' לח) שכתבו כי דין זה אמור רק בפועל בטל בעבודות מזדמנות, שכדאי לו להפסיד חצי עבור בטלתו, אך אין לשער כן בפועל בעבודה קבועה, שזוהי פרנסתו המוסדרת, שכן אז יהא נשבר מטה לחמו, והוא מעוניין בקיום העבודה לפרנסתו, ואז יש להפחית רק מעט משכרו, כאומדן הדיין.

הרופא אמר בדין שבפועל עשה בזמן זה פעולות שעושב בדרך כלל תוך כדי טיפול בלקוחות. מתקשר עם מטופלים, מזמין סחורה, החלפת שקית אשפה, אך לא ביצע דברים שעושה לאחר סיום המטופלים כניקוי יסודי וסידורים שונים. ולא חסך זמן בשהות שלו באותו בוקר במרפאתו.

בתשלום על טיפול שנייים מגולם אף מחירים של החומרים שנדרשים לטיפול עצמו, והם נחסכו מהרופא בהעדר הטיפול. על כן מלבד קיזוזם של החומרים שכלולים במחיר הטיפול, יש למטופל לשלם לרופא כפועל בטל בלבד.

דין מנהג המדינה

אמנם מנהג המדינה ברוב המזמינים תור בגופים שונים שמחייבים עבור ביטול תור עפ"י תעריף קבוע, ואף תשלום מלא. ויש שגם כותבים זאת ע"ג כרטיס ההזמנה, ומיידיעים את הלקוח. ואף שקבע את התור טלפונית ולא יידע את המטופל בכך, מנהג המקום מחייב, ויש למטופל לשלם עפ"י הנהוג.

המשנה בב"מ בדף פג. נאמר שהמנהג מחייב בדיני פועלים, ובירושלמי ב"מ פ"ז ה"א נאמר בהקשר זה שמנהג אף מבטל הלכה.

האור זרוע ב"מ בס' רפ הובא במרדכי ב"מ רמז שסו ובב"י י"ד ס' רנט שדווקא מנהג ותיקין בכוחו לבטל הלכה, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה, אינו אלא שטועה בשיקול דעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור, וכ"כ המאירי בר"ה בדף טו. והחקרי לב אהע"ז ס' מה כתב שאם התנו ע"כ בני העיר או שבעה טובי העיר, דינם כותיקין. ובתורה"ד בס' שמב הגביל דברי האו"ז והצריך שיעשה עפ"י חכמים רק בדברים הנוגעים לכל בני העיר כמחיצות בחצר ותנאי שכירת פועלים, אבל בדברי רבים כמיסי העיר, מנהג מבטל הלכה ודין תורה⁸⁸.

אולם הרשב"א בתשובה ח"ב ס' רסח לא הצריך שיהא המנהג עפ"י ותיקין, וכל שנהגו מעצמם ופשט המנהג הוי מנהג. וכ"כ הריב"ש בס' תעה הביאו הרמ"א בס' קסג, ב ובסוסי' שלא, א והנמוק"י ב"מ בדף סא: מדפי הרי"ף. וכן שלל המהרי"ק שורש קב מסברא זו: 'ודאי פשיטא דלא עלה על לב שום פוסק לומר דלענין ממוין יצטרך מנהג וותיקין, ולענין איסורא היא דאומר דבעינן מנהג וותיקין'. וכן הביא הפת"ש בס' קסג ס"ק טז בשם שו"ת נאות דשא.

ובמנהג שאינו מבטל הלכה כלל ואינו משנה מדין תורה, ודאי שיש לנהוג כן אם פשט, כן כתב החזו"א ב"ב ס' ד סוף ס"ק יג (כשלא נוגע לדין בני העיר) והאגר"מ חו"מ ח"א ס' עה.

ואם לא ידע צד אחד מהמנהג, יש לתלות זאת בחקירה מדוע מנהג מחייב. אם משום שאומדים דעת הצדדים לעשות עפ"י הנהוג (כן הוא בתשובת הרשב"א ח"ב ס' רסח: 'העושה סתם על דרך המנהג הפשוט הוא עושה, ואף על פי שלא התנה הרי הוא כמתנה ועומד'. וכ"כ הר"א מזרחי בס' טז: 'אנ"ס דאדעתא דמנהג עשה מה שעשה'), הרי בהעדר ידיעה לא קיבל על עצמו

בין הבטל והמתעסק בה הבדל גדול, שאם היה מגיע לנפח דרך משל שתי מעין ליום ולשלחני שתי מעין והיה החכם הזה נפח ובטלו ממלאכתו יום בהוראותיו ודיניו הרי זה משלם לו חצי מעה, כי אף על פי שבטלו הרי נח מעמל רב, ואם היה שלחני הרי זה משלם לו מעה ומחצה דרך משל, לפי שהוא בטלו מדבר שלא היה לו בו טורח. והבן ענין זה כי נפלא הוא ונכון.

⁸⁸ וכ"כ שם: מ"מ נראה לומר דבעניני מסים וכה"ג כולוהו מודו דאזלינן בתר מנהגם דבני העיר או בני המדינה שנהגו בו מקדם, אפי' אי לא הוקבע ע"פ חכמים... דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, מש"ה מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה, וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו'. ובשו"ת רדב"ז ח"ג ס' תעב הביאו, והוסיף שגמ' מפורשת היא בב"ב בדף קמג. ושו"ע בחו"מ בס' קכח סע"ב. ואכמ"ל. וכן פסק המהר"ם אלשיך בס' נו והבאר שבע בס' כב, התורת חיים ח"ב ס' יט, המהריט"ץ חדשות ס' קפט והדברי חיים ח"ב ס' נו.

מנהג זה, וכן נראה שהבין הש"ך בסי' מב ס"ק לו בסי' סא סק"ט ובסי' עא ס"ק לג. ברם, אם משום תקנת חכמים שיש לנהוג עפ"י הנהוג (כן עולה מתשובת הרא"ש בכלל נה סק"י, המהרי"ק שורש טו, שו"ת באר שבע סי' כב והחזו"א בב"ב סי' ה סק"ד), הרי אף בלא ידיעתו יש להחיל את הכרעת המנהג, וכן נראה שהבין הסמ"ע בסי' שכח סק"ב.

בביאור תקנת חכמים כתב בתשובת הרא"ש כלל נה ס"י י שמועיל מטעם שיש כח ביד חכמים להפקיע ממון והוא מדין הפקר ב"ד הפקר ולכן לא מהני רק בתקנה שנעשה ע"י ב"ד, ובחזון איש בב"ב סי' ה סק"ד כתב לענין מנהג שותפין בנכנס לחצר שיש ב' ציורים מה שהולכים אחר המנהג או משום שנכנס אדעתא דמנהגא, והשני מפני שהסכמת הציבור הוי ככח ב"ד, והדבר מבואר יותר בתרומת הדשן סי' שמב שכתב: 'וכל דבר שרבים מצורפים יחד, צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו וכפי הסדר שעושים לעצמם לפי צרכיהם לפי ענינם, דאי מצטרקתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר, לעולם תהא מריבה ביניהם, מש"ה מעיקרא מחלי אהדדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר מנהג דידהו'. והדבר מובן כאשר ישנה השתתפות בין שותפים ובני העיר, דאמרינן דגמרי ומקני אהדדי.

אמנם פעמים רבות לא מטילים בעלי המלאכה את היטל זה ומוותרים ואף לא מזכירים את חיוב התשלום בגין ביטול תור, אך במקום שביקשו לשלם, הינם זכאים עפ"י דין לדוש זאת. אולם במציאות שלא דרשו, אין צורך מדינא למבטל את התור ליזום ולשאול אם כרוך ביטול התור בתשלום, אלא שאם יפנה אליו בעל המלאכה בעתיד בדרישה לשלם, יהא זכאי בכך, אם לא מחל לו בפירוש.