

בס"ד

## **קבלן שעבודתו הושלמה על ידי אחרים ללא הסכמתו-תביעת שכר**

בעניין שבין

**הנתבע**

הנתבע

**התובע**

התובע

### **פסק דין**

#### **רקע:**

הנתבע הינו קבלן מזגנים, ששכר בקבלנות משנה את התובע ושותפו לבצע עבודת הכנה להתקנת חמישים מזגנים, בארבעה בנינים המצויים בשלבי בניה. על פי מה שהוסכם ביניהם העבודה כללה קידוחים בקירות והציבת תעלות ולאחר מכן הנחת צנרת של מזגנים בתעלות. מתווה העבודה נקבע על פי תוכניות שנקבעו מראש. עוד סוכם שהעבודה תבצע בשלבים בהתאם להתקדמות בניית הבנין, באופן שהנתבע-השוכר היה מודיע לתובע מספר ימים קודם הזמן, שעליהם להתייבב לעבודה ביום מסויים להמשך העבודה. התובע ושותפו, עם פועל נוסף שנשכר על ידם, עשו הכנות למספר מסויים של מזגנים, במהלך מספר ימים. בשלב מסויים, באמצע הפרוייקט, הנתבע הביא פועלים אחרים מטעמו וסיים את הפרוייקט מבלי לזמן את התובע ושותפו. במועד מאוחר יותר נפגשו הצדדים לסיכום התשלום, התפתח ויכוח ביניהם לגבי גובה התשלום עבור העבודה. הנתבע הצליח לשכנע את שותף התובע לקבל את הסכום שהציע והתובע לא הסכים, ובעקבות כך הגיעו לבית הדין.

#### **טענות הצדדים:**

א. טוען התובע: הנתבע הפר את ההסכם בכך שסיים את העבודה מבלי לקרוא לנו לסיימה, ולפיכך הוא מחוייב לשלם את מלוא הסכום שסוכם, אף שלא עבדנו.

הנתבע השיב על כך, שהוא ניסה מספר ימים ליצור קשר טלפוני עם התובע והתובע לא ענה לו. אשר על כן, הוא נאלץ להכניס פועלים אחרים לסיים את העבודה, ולפיכך, עליו לשלם אך ורק עבור העבודה שבוצעה. יצויין, כי הנתבע מחוייב לסיים את העבודה בהתאם לזמנים שנקבע לו על ידי קבלן הבנין, ואין הוא יכול לדחות את מועד העבודה.

התובע הכחיש את דברי הנתבע מכל וכל, לדבריו, הנתבע לא התקשר וגם בטלפון הסלולארי שלו לא הופיעו שיחות שלא נענו, המעידות שהתובע התקשר אליו וגם אל שותפו לא הגיעו שיחות.

ב. הצדדים נחלקו גם לגבי הסכום שנקבע מראש עבור כל העבודה. לדעת התובע נקבע שישולם להם 5000 שקל עבור העבודה,

הנתבע טוען שסוכם כי עבור כל מזגן ישלם להם 100 שקל, ויש 48 מזגנים לפיכך הסכום לא יכול היה לעלות מעל 4800 שקל. יצויין שהתובע הודה שהשותף אינו זוכר כמה בדיוק סיכמו.

ג. עוד טוען התובע: לא דובר על כך שחלק מהחציבות אמורות להעשות בקירות בטון. על כך, מקובל לגבות תשלום נוסף, לפיכך יש לשלם לו עבור שתיים עשרה חציבות שנעשו, ועל כל חציבה מגיע לו לפחות 125 שקל.

כנגדו טוען הנתבע, כי לא היו שום חציבות בטון, כפי שמופיע בתוכניות הבניה, ואם היה בטון, מדובר בבלוק שהתמלא בבטון, ואין דינו כחציבת בטון, ולפיכך אין מקום לדרישות נוספות. יצויין, שהתובע הזמין את הנתבע לבוא לאתר ולראות בעיניו, והנתבע סירב והציע שיפגשו בזמן שהוא נמצא ממילא באתר.

ד. הצדדים נחלקו לגבי מספר ההכנות שבוצעו. לדעת התובע נעשו הכנות ל-32 מזגנים הכוללים הנחת צנרת בתעלות. בנוסף, נעשו הכנות לעוד 7 מזגנים הכוללות חציבות ללא הנחת צנרת. לדעת הנתבע נעשו הכנות ל-25 מזגנים עם הנחת צנרת, ולגבי 7 המזגנים שנעשו חציבות הוא אינו יודע ואינו מכחיש לפיכך מוכן לשלם להם תוספת 200 שקל. לדעת התובע תוספת זו היא נמוכה ממה שצריך לשלם, וצריך הוא לשלם כשבעים אחוז מהכנה עם צנרת.

ה. עוד טוען התובע: על פי ההסכם היינו צריכים לקבל שטח נקי לעבודה. בפועל נמצאו שתי קומות עם חציץ בגובה 1 מטר, שפוננו על ידם. לדבריו, הם לא יכלו לדעת על כך מראש, כיון שביום הראשון שהגיעו לאתר החלו לעבוד.

תגובת הנתבע: אכן, ראיתי זאת והבטחתי להם שבסוף הפרוייקט אפצה אותם. הואיל והם לא סיימו את הפרוייקט, איני מוכן לפצותם על כך.

ו. טענה נוספת, טוען התובע: באחד מימי העבודה, הם הוזמנו ליום עבודה הכולל, תיקון של צנרת והמשך עבודה. ואכן, הוא הגיע עם שותפו בבוקר, אך, היתה אפשרות רק לתקן את הצנרת ולא הוכנה להם אפשרות להמשיך ולעבוד באותו יום. התיקון לקח כעשר דקות ולאחר מכן לא היה להם מה לעשות וכתוצאה מכך, הפסידו יום עבודה.

תגובת הנתבע: היתה הכנה חלקית של עבודה, והיה להם מה לעשות. הם החליטו שלא לעבוד. בנוסף, הם הגיעו באחת עשרה בבוקר. (יצויין שבתחילה טען שהגיעו באחת).

תגובת התובע: הגענו בין תשע לעשר, כי ממילא הפועל היה צריך לנסוע כדי להביא צנרת. הוכחה שהיינו שם, שהרי הפועלים של התובע הביאו צנרת בתשע וחצי ואנו עזרנו להם.

יצויין שביחס לטענה זו, לא בא התובע בתביעה ברורה. גם כשנתבקש לסכם טענותיו לא ציין שיש לו תביעה בנוגע לטענה זו.

מתוך הדין ודברים שבין הצדדים, יצויין שהנתבע הודה מיוזמתו שמדובר במחיר נמוך להכנת מזגן, ורק בגלל שמדובר בפרוייקט גדול, לא מפסידים מכך, אך, גם לא מרויחים.

בנוסף, לנתבע היתה טענה כללית שהתובע לא היה רציני בעבודה ויצר לו נזק תדמיתי שהיה צריך להשקיע בשיקומו. בנוסף, חלק מהעבודה שעשה היתה צריכה תיקונים.

התובע מכחיש דבריו מכל וכל.

אחרי הסתלקותו של השותף מהתביעה, הרי שהתביעה היא חצי מהסכומים שהוזכרו. ברם, מאוחר יותר, בישיבה השניה, טען התובע שביחס לחציבות הבטון כיון שכלי העבודה שלו, מגיע לו את מלוא סכום החציבות, ולטענתו, זהו הנוהג הקבוע בינו לשותפו.

**סיכום התביעה על פי התובע:**

**חצי מ-5000 שקל שהוא הסכום הכולל של העבודה.**

**12 חציבות בטון כפול 125 שקל.**

**חצי מעלות עבודה של פינוי ערמת חצץ.**

**לגבי אובדן יום העבודה, לא היתה תביעה ברורה מצידו של התובע.**

**הנתבע מוכן לשלם לשני השותפים, 2500 שקל עבור הכנה של 25 מזגנים ובנוסף 200 שקל עבור החציבות נוספות שנעשו.**

**מסקנות פסק הדין**

**הנתבע חייב לשלם לתובע 2208 ש"ח ולהלן הפירוט:**

א. הפסקת העבודה מצד הנתבע נעשתה שלא כדין, ברם, אין בכך עילה לחייב את הנתבע על עבודה שלא נעשתה על ידי התובע, אך, יש משמעות לביטול העבודה בכדי להעריך מחדש את גובה השכר לכל הכנה של מזגן, כיון שהתובע הסכים לסכום הראשוני על דעת כך שיבצע עבודה גדולה יותר ממה שביצע בפועל.

לאחר בירור עם אנשי מקצוע הוחלט שיש להוסיף כשליש על הקצבה הראשונה ולהעמיד את התעריף החדש בשיעור של 130 שקל לכל הכנה. עולה מכך, שהנתבע מחוייב לשלם לתובע מחצית מ-130 שקל עבור כל הכנה (שהוא מחצית השותפות) כפול 25 הכנות שעליהן יש הודאת הנתבע. עולה לסך: 1625 ש"ח.

ב. לגבי חציבות הבטון- הנתבע לא הצליח להוכיח שהיה שם 12 חציבות כפי שטען, וגם העד של התובע לא ידע לומר בדיוק אלא רק אמר שהיו חציבות, לפיכך, על הנתבע להוסיף לתובע עבור שתי חציבות בלבד.

סכום כל חציבה על פי התובע הוא: 125 שקל, שמבדיקת בית הדין, נראה כסכום סביר. התובע, כאמור, טען בישיבה השניה שסכום החציבה, על פי ההסכם שלו עם שותפו, אינו מתחלק לשניים, לפיכך זכותו לקבל את מלוא הסכום לעצמו.

ברם, התובע לא הוכיח טענה זו. על כן דינה להידחות.

**על כן המסקנה היא שעל הנתבע לשלם לתובע עבור חציבות סך: 125 ש"ח (מחצית חלקו כשותף).**

ג. התובע טען שעשו הכנות ל-32 מזגנים וכנגדו טוען הנתבע שנעשו הכנות ל-25 מזגנים בלבד. התובע לא הוכיח טענה זו, ולפיכך יש לנתבע דין של מודה במקצת המחוייב שבועה. בנדוננו, נראה שיש לנכות מחצית עבור שבועה זו, שהיא מהתורה, כפי הדעה הרווחת. לפיכך, כיון שהפער ביניהם הוא 910 שקל, הרי שיש לקזז מחצית מהסכום עבור פדיון השבועה, ומחצית מכך צריך הנתבע לשלם לתובע (מחצית חלקו כשותף).

**עולה לסך: 228 ש"ח.**

ד. לגבי הטענה שנעשו הכנות ל-7 מזגנים ללא הנחת צנרת, יש הודאת בעל דין, וכאמור הוא מוכן להוסיף על כך לשניהם, סך 200 שקל. לדעת התובע מגיע על כך 70 אחוז מהכנה עם צנרת ולדעת הנתבע מגיע רק 20 אחוז. בית הדין מדין פשרה, מחייב את הנתבע בשיעור של 45 אחוז (האמצע שבין 20 ל-70). אם כן, החישוב הוא: 45 אחוז מ-130 שקל (השיעור המחודש של העבודה) כפול 7 לחלק ל-2.

**סך הכל: 205 ש"ח.**

ה. לגבי טענה ה'-הימצאות ערמת חצץ שהפריעה לעבודה. טענה זו, עקרונית הודה בה הנתבע ואושרה על ידי העד. על פי עדותו של העד מדובר בשעה עד שעתיים עבודה. לפיכך יש להוסיף לתובע תוספת של 25 ש"ח, עבור מחצית שעת עבודה (מחצית חלקו כשותף).

## **פסק הדין:**

א. ראשית, יש לדון האם יש לקבל את טענת התובע שהואיל וההסכם הופר, על הנתבע לשלם עבור כל העבודה.

בנידון זה, בית הדין שוכנע שהאחריות להפסקת העבודה מוטלת על הנתבע. טענת הנתבע שלא הצליח ליצור קשר עם התובע אינה סבירה, כיון שאם היה מתעקש, מן הסתם היה מוצא את התובע או שותפו באמצעות טלפון סלולארי או טלפון קבוע או באמצעות מייל. על פי התרשמות בית הדין לא היה שום סכסוך בין הצדדים, או כל סיבה הנראית לעין שבגללה התובע לא היה עונה לנתבע. וניכרים דברי אמת של התובע שהוא ציפה בכל העת שהנתבע יתקשר אליו. בנוסף, הנתבע במהלך הישיבה השניה אמר שלא רצה בהמשך עבודתו של התובע כי לא היה מרוצה. עובדה זו מוכיחה את התרשמות בית הדין שהנתבע לא עשה מאמץ אמיתי להשיג את התובע, והעדיף משיקוליו להמשיך בעבודה בכוחות עצמו.

## **קבלן שחזר בו באמצע עבודה**

על כן יש לדון מה מחויבותו של השוכר קבלן וחזר בו באמצע העבודה, לגבי העבודה שלא נעשתה.

דין בעל הבית ששכר קבלן לעבודה, וחזר בו קודם שהושלמה המלאכה, נפסק במשנה (בבא מציעא דף עה ע"ב) וזה לשונה: "השוכר את האומנין...אם בעל הבית חוזר בו - ידו על התחונה". רש"י (ד"ה 'השוכר את האומנין') מבאר שמדובר בעובדים שנשכרו בקבלנות [וכן תו' (ד"ה 'השוכר את האומנין') אף שלדעתו מדובר גם בשכירי יום]. מביאור רש"י עולה כי ידו על התחונה משמעו, שאם הוזלה העבודה במהלך יום העבודה ולאחר חזרת בעל הבית, אין האומנין יכולים למצוא עבודה על פי התעריף הגבוה שנשכרו בתחילת היום, מחוייב בעל הבית, מלבד התשלום עבור העבודה שנעשתה, לשלם להם את ההפסד שנובע מחזרתו, כדי שבסוף יום העבודה יקבלו כפי שסיכמו עימו. לדוגמה, אם התחייב לשלם להם שמונה זוזים עבור המלאכה, וחזר בו באמצע היום, ועתה האומנין אינם יכולים להישכר לחצי העבודה שנותרה אלא בשיעור של שני זוזים, מחוייב בעל הבית לשלם ששה זוזים.

הרמב"ן (בחידושו ב"מ דף עו ע"ב) הקשה על המשנה מבריייתא (דף עו ע"ב) ממנה עולה כי בעל הבית ששכר אומנין ולבסוף לא יכול היה לספק להם עבודה, מחוייב הוא לשלם להם עבור כל יום העבודה בשיעור של פועל בטל. וזו לשון הבריייתא: "אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה - נותן להן שכרן משלם, אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב ובטל". ומיישב הרמב"ן: במשנה מדובר שמוצאים הקבלנים להשכיר עצמם לעבודה אחרת, ולפיכך אין בעל הבית מחוייב לשלם עבור העבודה שלא עבדו, אך, באופן שהעבודה הוזלה ואין הם מוצאים להשכיר עצמם באותו סכום שנשכרו על ידו, ידו של בעל הבית על התחונה, כפי שנתבאר לעיל. לעומת זאת הבריייתא דנה במקרה שאין הפועלים יכולים למצוא עבודה תחליפית, לפיכך מחוייב בעל הבית לשלם להם את

מלוא שכרם בשיעור של פועל בטל. ההסבר להבדל זה נובע מכך, שלדעת הרמב"ן אף שנוצרת מחויבות של בעל הבית לפועלים אם הלכו, כדין קניין בדברים אחרים, חיובו הוא באופן שיש בחזרתו דבר האבד, כפי שמבארת המשנה (בדף עה ע"ב). באופן שמוצאים להשכיר עצמם, הרי שאין כאן דבר האבד. יצוין שמהרמב"ן עולה שהחובה למצוא מלאכה אחרת מוטלת על הפועלים. שכן כתב: "ומיהו אם מוצאין להשכיר עצמן משכירין".

כדעה זו, כתב גם הר"ן (הובאו דבריו בשיטה מקובצת בבא מציעא דף עו ע"ב ד"ה 'נותן להן שכרן').

דינים אלו נפסקו בטור חושן משפט סי' שלג. בתחילה כותב הטור שעל בעל הבית לשלם שכרם גם עבור עבודה שלא נעשתה. וזה לשונו: "...אבל אם התחילו במלאכה אין בעל הבית יכול לחזור ואם חוזר נותן להם שכרם כפועל בטל". ובהמשך כותב שבעל הבית מחוייב לשלם רק עבור עבודה שנעשתה, אלא שידו על התחטונה, כפי שנתבאר לעיל: "וכן הדין בבעל הבית החוזר בו שידו על התחטונה שאם הוזלה המלאכה ויכול לגומרה בשני דינרין צריך ליתן לו ששה דינרין על מה שעשה ולא ישאיר לו אלא ב' דינרין כדי שיוכל לגמור בהן מלאכתו כפי תנאו ואם הוקרה צריך ליתן לו ד' דינרין".

מלשונו שכתב 'ויכול לגומרה וכו', נראה שיש לחלק כפי שחילק הרמב"ן, בין אם יכול למצוא להשכיר עצמו לבין אם אינו יכול להשכיר עצמו.

דין זה הושמט מהשולחן ערוך והשלימו הרמ"א (חו"מ סי' שלג, ד) וזה לשונו: הגה: ובעל הבית החוזר בו דינו כקבלן, שידו על התחטונה (טור).

ברם, יש דעות החולקות על האמור, ולדעתן, מעמדו של קבלן עדיף על פועל. כך נראה מדברי הדרישה (חו"מ סי' שלג ס"ק ב) בבבאור דברי המרדכי שהובאו על ידי הבית יוסף (שם). לפי הסברו של הדרישה, המרדכי סובר "דבקבלן אף על פי שמוצא להשתכר יכול למימר זו קבלתי ואגמור אותה כי גנאי הוא לקבלן שלא יגמור המלאכה שקיבל אותה לגמרה, דכי לוקחים אותה מידו אומרים עליו שלא היה נאמן או אינו אומן כראוי". מדבריו משמע שנשללת היכולת של בעל הבית לחזור בו, ואם חזר בו מחוייב הוא לשלם עבור כל העבודה כפועל בטל, גם אם הקבלן מוצא עבודה אחרת. ברם, הדרישה עצמו כותב שאין דבריו של המרדכי מוכרחים ואין הם מוסכמים שכן הרא"ש והטור חולקים עליו, והוא מיישב דעתם ודוחה דברי המרדכי. [יצוין עוד שפרשנותו של הדרישה אינה הכרחית דן בדבריו הר"א. ורהפטיג, תחומין ז עמ' 438].

דעה נוספת הסוברת שגם אם הקבלן מוצא להשכיר עצמו, מחוייב בעל הבית שחזר בו לשלם לו שכרו כפועל בטל היא דעת הנתיבות (סי' שלג ס"ק ז). לדעתו, יש לחלק מסברא בין פועל שמוצא להשכיר עצמו לבין קבלן. פועל שמוצא להשכיר עצמו אין לו יותר הפסד, שהרי העבודה החדשה ביום זה, מילאה את החסרון של העבודה הראשונה. אך, קבלן שאינו מושכר לזמן קצוב, הרי יכול לקבל באותו זמן עבודה אצל אחר ולעשותה כשיתפנה ממלאכתו הראשונה.

דברי הנתיבות חולקים על הראשונים שהוזכרו לעיל. וע' בספר תהלה לדוד (חושן משפט, הלכות שכירות סי' קמו על הרמ"א בסעיף ד') שדחה דבריו מכוח הראשונים הנ"ל, וכן בספר מנחת פיתים (סי' שלג) דחה דבריו.

יצויין שבנידון זה, יש דעה הפוכה הסוברת שמעמדו של קבלן לאחר חזרת בעל הבית, נחות מפועל. כך סובר בעל חקרי לב (חלק ג, חושן משפט סי' שלג, הלכות שכירות פועלים סי' עז) ולדעתו, בעל הבית אינו מחוייב לשלם לו עבור העבודה שלא עשה, כיון שלקבלן אין הפסד ברור, שהרי לעולם יתכן שימצא עבודה חליפית. והדין בברייתא שמשלם בעל הבית כל השכר כפועל בטל, אמור דווקא בפועל ולא בקבלן. דבריו מתבססים על דברי ר"י המוזכרים בריטב"א המבאר את המשנה (דף עה:): באופן שונה מרש"י, ולדעתו בקבלן גם אם הוזלה העבודה ישלם בעל הבית רק על פי מה שעשה ולא יקבל פיצוי על העבודה שלא נעשתה, משום שכלפי קבלן שאינו 'ברי היזקא' אין מחוייבות של בעל הבית לפצותו.

מן האמור עד כה, נראה שהשיטה המרכזית בנידון היא דעת הראשונים שנזכרה, שבפשטות נפסקה על ידי הרמ"א, המשווה בין פועל לקבלן. ובאופן שהקבלן מוצא להשכיר עצמו לעבודה אחרת, אין מחוייבות של בעל הבית לפצותו, כלפי החלק שלא עבד. לעומת זאת, דעות הדרישה והנתיבות, הסוברות שיש לפצות קבלן בעקבות חזרת בעל הבית גם אם הוא מוצא להשכיר עצמו, מלבד מה שאינן מוכרחות, חלקו עליהם האחרונים.

לנדוננו נראה, שאף שחזרת הנתבע היתה שלא בצדק, אך, מאחר והיתה לתובע באותו זמן עבודה חלופית, כפי שעלה מהדברים בבית הדין, שהתובע היה מפסיק עבודתו במקום אחר כדי לבצע את העבודה האמורה. וכמו כן מן הסתם, יכול היה התובע למצוא עבודות נוספות באותו זמן, הרי שאין הנתבע מחוייב לשלם עבור העבודה שלא נעשתה. ונראה שגם אם יטען הקבלן שלא ניתן היה למצוא עבודה אחרת באותה עת, חובת הראיה מוטלת עליו, כפי שכתב בפתחי חושן (הלכות שכירות פ"י הערה ד).

הוסף על האמור, שיכול הנתבע לטעון קים לי כדעת בעל חקרי לב, שגם אם הקבלן לא יכול היה למצוא עבודה, אין מחוייבות לשלם לו עבור העבודה שלא נעשתה. (יעויין בתחומין ד' עמ' 376 וכן שם עמ' 370 שסברו הר' מסעוד אלחדד והר' יעקב אליעזרוב, שיוכל הנתבע לומר קים לי כחקרי לב, אף כנגד הרמ"א).  
**לפיכך יש לדחות טענה זו של התובע.**

## **ב. ביטול הקציצה**

מתוך האמור, יש לבחון טענה נוספת, בנוגע לתעריף העבודה שנעשתה, הנובעת מחזרת הנתבע. היות והיקף העבודה נשתנה באופן משמעותי, הרי שיכול היה ההתובע לטעון שמתחילה הוא הוזיל את המחיר לכל מזגן, מתוך ידיעה שמדובר בעבודה בהיקף גדול. אך, עתה משהתברר שהיקף העבודה צומצם באופן משמעותי, הרי שיש לבטל את המחיר שנקבע ולקבוע מחיר גבוה יותר לכל מזגן, כפי שמקובל.

נראה כי טענה זו רלוונטית לנדוננו, שהרי הנתבע עצמו אמר מיוזמתו שמדובר במחיר נמוך להכנת מזגן, ורק בגלל שמדובר בפרוייקט גדול, לא מפסידים מכך, אך, גם לא מרויחים. וכן קיבלה אישור נוסף מבעלי מקצוע, שבית הדין התייעץ עימם, שהביעו פליאה על המחיר הנמוך.

#### הזקקות לטענה שהתובע לא טענה באופן מפורש

ויש לבחון האם על בית הדין להזקק לטענה זו, שכן התובע לא טען אותה. ועל כגון זה כתב הרמב"ם (סנהדרין כא, י-יא): "מנין לדיין שלא יעשה מליץ לדבריו של בעל דין שנאמר מדבר שקר תרחק אלא יאמר מה שנראה לו וישתוק, ולא ילמד אחד מבעלי דינין טענה כלל...שלא יהיה כעורכי הדיינין". ונפסק דין זה בשולחן ערוך (חושן משפט סי' יז, ח).

וכתב עוד הרמ"א (שם, סעיף יב): "הגה: בעל דין שתבע חבירו בעד דבר מועט, והדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע, אין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע; ואם פסק לו יותר, הוי טעות בדין, וחוזר". (דעת עצמו מפ"ק דב"ב רוניא אקפיה רבינא וכו', וכ"כ הריב"ש בסמ"ק רכ"ז).

ברם, למרות האמור לעיל, נראה שבנדוננו, אף שהתובע לא טען טענה זו באופן מפורש, העקרון שעומד מאחורי טענה זו, עלה מדבריו בבירור, שהרי טען שאילו היה יודע מתחילה שזהו היקף העבודה, לא היה נכנס לכך. ובנוסף, הוא חזר וטען שעל פי התשלום שמוצע על ידי הנתבע, יוצא שהפועל הרויח יותר ממנו. ונראה שהוא העדיף לטעון טענה כללית שמגיע לו כל הסכום, כפי שנתבאר לעיל. כעת, משנדחתה טענתו הכללית, נראה שיש להזקק לטענה זו, שהיא עיקרה של התביעה. ואדרבה נראה שממחוייבותו של בית הדין לסייע לו ויש בכך משום פתח פיה לאילם, וכפי שפסק הרמב"ם (שם): "ראה הדיין זכות לאחד מהן ובעל דין מבקש לאמרה ואינו יודע לחבר הדברים, או שראהו מצטער להציל עצמו בטענת אמת ומפני החימה והכעס נסתלק ממנו או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו מעט להבינו תחלת הדבר משום פתח פיה לאילם, וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינין". ונפסק בשולחן ערוך (שם סעיף ט).

**כעת נתייחס לגוף הטענה:** דין זה נידון על ידי בעל חקרי לב (חושן משפט סי' עז) בבארו את הרמב"ם בפירוש המשנה (פרק ו משנה ב). וזה לשון הרמב"ם: "ואם בעל הבית חזר בו ידו על התחונה, ונותן להם מה ששוה עבודתם אם ראוי להם יותר על הדינר". פירוש הרמב"ם אינו ברור, כיון שמשמע שהפועלים מקבלים על פי מה שראוי להם, ולא על פי מה שסוכם. ומבאר החקרי לב כוונתו, שאם חזר בעל הבית ומדובר באופן שהפועלים נשכרו עמו בזול על כל המלאכה, בשעה שחזרו במקצתה בטל קציצתם וגובים כשער השוק ולא כפי השער הזול שקצצו.

דין זה שלאחר ביטול הקציצה יש לשלם על פי שער השוק, ניתן לבארו בשני אופנים (ראה דיון בענין בתחומין כרך ז' עמ' 453, הר' איתמר ורהפטיג):



אופן אחד, מאחר ומקובל להזיל את שיעור הקציצה כשמדובר בעבודה גדולה, הרי יש אומדנא דמוכח שהקבלן לא היה מסכים לשיעור שנקבע, אם היה יודע שלבסוף יקבל עבודה קטנה. ולכן יש להעריך את ערך העבודה, על פי היקפה הנוכחי, כפי שמקובל בשוק.

אופן שני יש לומר, שהיקף העבודה הוא תנאי יסודי בהסכם, וחזרת הנתבע, משמעה ביטול ההסכם. ניתן להגדיר את מעמדו החדש של העובד לאחר ביטול ההסכם בשתי דרכים. דרך אחת להגדירו כיורד ברשות לשדה חבירו העשויה ליטע, שנתבאר דינו בשולחן ערוך (חושן משפט סי' שעה, ד') ששמין וידו על העליונה, ואם ההוצאה יתירה על השבח יטול ההוצאה ואם השבח יתר יטול השבח (מעין הסבר זה הוצע על ידי הר' ורהפטיג שם).

אך, נראה שיש לדחות הבנה זו, משום שאין מדובר שירד לשדה חבירו מדעת עצמו, אלא חבירו שכרו לעבוד אצלו, ואף שלא השתוו על השכר, אין לדונו למפרע כיורד מדעת עצמו, ולהתנות את שכרו בשיעור ההוצאה והשבח.

ועל כן נראה לבאר בדרך שניה, שיש להגדיר את מעמדו לאחר ביטול ההסכם, כקבלן שנשכר לעבודה מבלי שפסקו את שיעור השכר. באופן זה נראה שצריך לו לשלם על פי מנהג המדינה, כפי שנפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סי' שלא, ב') וזה לשונו: "מקום שנהגו לזון, יזון; לספק בגרוגרות או בתמרים וכיוצא בהם, יספק; הכל כמנהג המדינה". ונראה שאם אין מנהג קבוע, ויש שערים שונים, יד הפועל תהיה על התחוננה ויתן לו כפחות שבשכירות.

בספר קצות החושן (סי' שלט ס"ק ג) הביא את דברי הריטב"א ממנו עולה, שגם אם יש מיעוט שנוטלים פחות, והרוב יותר, יתן לו כשיעור הנמוך, מכיון שאין הולכים בממון אחר הרוב. וע' בספר פתחי חושן (ה' שכירות פרק ח הערה יא) שרצה להגביל זאת ולומר שהולכים אחר סוג העבודה והמקצוע ולא כפחות ממש.

בבואנו לתמחר מחדש את העבודה שנעשתה על פי היקפה הנוכחי, יש לדון האם להעריך את המחיר החדש על פי המחירים המקובלים בשוק, במנותק מההסכם שנעשה, או שיש להתחשב בהסכמה הראשונה כבסיס למחיר החדש, ואם השכר בהסכם הראשון נקבע על פי תעריף נמוך, הרי שגם בתעריף החדש, דרגת השכר תהיה נמוכה. ותעשה הערכה כמה אחוזים להוסיף להסכם הישן.

היה מקום לומר, שדיון זה אחוז בנימוקים לביטול הקציצה הראשונה, שהוזכרו לעיל. אם נאמר ששינוי ההסכם הביא לביטולו, הרי שיש מקום לקבוע את מחיר העבודה על פי שער השוק, בלי קשר להסכם הראשון שכבר אינו קיים. ואם נאמר שמדובר באומדנא, שהיא כתנאי בהסכם הקודם, הרי שההסכם הקודם קיים ומכוחו פועלים להגדיר מחדש את המחיר, לאחר השינוי, לפי זה המחיר הקודם יהווה הבסיס למחיר החדש.

ברם, יתכן שלשתי האפשרויות, סביר שהמחיר החדש יקבע על בסיס ההסכמה הראשונה. משום שגם אם ההסכם נתבטל, באופן שיש גילוי דעת ספיציפי שקבלן זה מוכן היה להשכיר עצמו ברמת מחיר מסויימת, ומן הסתם על בסיס מחיר זה היה משכיר עצמו לעבודה בהיקף אחר, אין הצדקה להתעלם מכך ולקבוע לו רמת מחיר שאין הוא רגיל לקבל. כשם שאם היה מדובר בקבלן שידוע שהוא נוהג לקחת את התעריף

הגבוה ביותר בשוק, אין הצדקה לקבוע לו את השיעור הנמוך בשוק בגלל ביטול הקציצה. אלא שיש להתחשב בדרגת השכר שהוא רגיל לקחת ועל פיה לקבוע את המחיר החדש.

לאור האמור, בית הדין התייעץ עם בעלי מקצוע בתחום זה. השאלה שהופנת אליהם היתה: כמה אחוזים לדעתך סביר לדרוש עבור עבודה בהיקפה הנוכחי, לעומת היקפה הקודם? התשובות שנתקבלו: א. עשרים וחמשה אחוז. ב. חמישים אחוז. כאמור, שניהם הביעו פליאה על המחיר הראשוני הנמוך ולפיכך, אין ספק שעיקר ההסכמה הראשונית היתה על דעת זה שמדובר בעבודה בהיקף גדול.

**מסקנה: נראה שיש להוסיף כשליש על הקצבה הראשונה ולהעמיד את התעריף החדש בשיעור של 130 שקל לכל הכנה. עולה מכך, שהנתבע מחוייב לשלם לתובע מחצית מ-130 שקל עבור כל הכנה (שהוא מחצית השותפות) כפול 25 הכנות שעליהן יש הודאת הנתבע. עולה לסך: 1625 שקל.**

#### **ג. טענה ב' של התובע**

הדיון שנידון עד כה, נותן מענה גם לגבי טענה ב'-(הסכום שנקבע עבור כלל העבודה): גם בהנחה שגירסת התובע היא הנכונה, שסוכם עבור כלל העבודה סך 5000 שקל, נראה שאחר שנעשה שיערוך מחודש של שווי העבודה על פי היקפה הנוכחי, בעקבות הפסקתה, אין מקום לשיערוך מחודש עקב טענה זו. שכן נראה, שהבסיס לחישוב של העבודה היה אכן 100 שקל לכל הכנה, כפי שעלה מדברי התובע עצמו בהציגו את טענותיו, אלא שהנתבע, על פי התובע, הסכים לעגל את הסכום ל-5000 שקל עבור כל העבודה, כבנוס כללי. ברם, לאחר שהעבודה הופסקה, הרי נותר הבסיס העקרוני והוא 100 שקל לכל הכנה, שעל בסיסו חושבה ערכה הנוכחי של העבודה, ואין רלוונטיות לתוספת. הוסף לכך, שהתובע עצמו הודה ששותפו אינו זוכר שסוכם מעבר לסכום שהודה בו הנתבע, המעמיד טענה זו בעמדה חלשה.

**על כן דין טענה זו להידחות.**

#### **נפנה לדון בטענותיו הנוספות של התובע.**

ביחס לטענות ג-ד, נדרש התובע להביא הוכחות לדבריו. התובע ביקש להביא את הפועל שעבד עימם להעיד.

#### ד. כשרות עדות הפועל

בית הדין נזקק להחליט האם הפועל כשר להעיד לטובת התובע, שהרי הוא נשכר על ידי התובע ומן הסתם יתכן שיישכר על ידו גם בעתיד, ולפיכך עלתה השאלה האם לפוסלו מדין נוגע בעדות.

על פי מה שהובהר לבית הדין, הפועל קיבל את שכרו, עבור העבודה שביצע. ולפנינו שתי נקודות לדיון: (א) האם קודם שהפועל קיבל שכרו, היה פסול מלהעיד, כיון שעלול לרצות להשיב טובה למיטיבו. אם אכן כך, הרי שיתכן כי עדות זו תחילתה בפסול, שכן בשעת ראיית המעשה היה פסול מלהעיד. וצריך לבחון האם דין זה מתיישב עם הכלל העקרוני המתבאר בגמרא (בבא בתרא קכח ע"א) "זה הכלל: כל שתחלתו או סופו בפסלות – פסול".

אמנם, לגבי תחילתו בפסול וסופו בכשרות בדיני ממונות, נפסק בשולחן ערוך (חו"מ סי' לג, א) ששותף יכול להעיד עבור שותפו, אם הסתלק השותף מהשותפות, וכפי שנתבאר בגמ' בב"ב מג ע"א וביאר שם תוספות (ד"ה 'וליסלקו') ובראשונים נוספים, שתחילתו וסופו בכשרות הוא דווקא בפסול הגוף ולא לגבי דיני ממונות. אם כן, לנדוננו שבשעת העדות העד כבר קיבל שכרו, הרי שאין לפוסלו משום תחילתו בפסול.

ברם, הש"ך (חו"מ סי' לו ס"ק לב) חלק על מסקנה זו וכתב וזה לשונו: "ודעת רבינו ברוך ומהר"מ והגהות מיימוניות פרק ט"ו מה' עדות [אות א'] דדוקא בדיינים מהני סילוק ולא בעדות, דבעינן תחילתו וסופו בכשרות, והלכך כיון דבשעת ראיית העדות היה פסול לא מהני השתא סילוק... וכ"כ התוס' בנדה פרק בא סימן [דף נ' ע"א ד"ה ורבי] וכ"כ בתשובת הרא"ש ריש כלל נ"ח [סי' א'] בשם מהר"מ ור"י מפרי"ש..." ומסקנת הש"ך: "בנדון דידן דאיכא הר"מ ז"ל ותוס' דנדה וה"ר ברוך, ודאי דיכול המוחזק לומר קים ליה".

ברם, בנדוננו נראה שאין להגדירו כתחילתו בפסול, כיון ששכרו קצוב מראש ואינו תלוי כלל בעדותו, וכפי שביאר הרי"ף בתשובה (ח"א סי' קנז, הובא במרדכי בבא קמא סי' עז ובבעל התרומה שער נ ח"ד ס"ק ה) ונפסק בשולחן ערוך (חו"מ סי' קכא) וזה לשון השו"ע:

סעיף י: מורשה שהורשה בשכר ידוע אפילו אם לא יוציא הממון מיד הנתבע, קרוביו כשרים בין לעדים בין לדיינים, שאין לו חלק לא בהפסד ולא בהנאה.

סעיף יא: ומטעם זה נראה לי שגם הוא כשר להעיד.

(ב) יש לדון, האם יש צד של נגיעה, מכיון שבעתיד יתכן וירצה שהקבלן ישכור אותו. לענין זה נזקק תו' (בבא בתרא דף מה ע"א ד"ה 'מאי נפק"מ') ומבאר שאם אין הנאה עכשווית בעדות, אין לפוסלו מצד האפשרות שבעתיד עשוי להרויח. וכן כתב הרשב"א (בחידושים בב"ב מג ע"א) וזה לשונו: "ונראה דכל שאין לו בו עכשו כלום נסתלקה נגיעתו ואין אנו חוששין לו שאם אתה אומר כן ניהוש לכל העדים שמא שכורין הן".

ואף שפסק השו"ע (חו"מ סי' לז, כא) וזה לשונו: "דברים אלו תלויים בדעת הדיין ועוצם בינתו, שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר, ויעמיק לראות אם ימצא לזה העד צד הנאה בעדות זו, אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, הרי זה לא יעיד בה, לו וכן לא יהיה דיין בדבר".

נראה שיש ליישב כפי שמחלק הש"ך (חו"מ סי' קכא ס"ק כב) בין חשש עתידי שאינו קיים כעת, לבין חשש להתפתחות עתידית שתניב לו רווח בנוגע לעדות זו. לנדוננו, נראה שמאחר ולגבי עדות זו לא יצמחו רווחים לפועל, הרי שאין לפסול עדותו, בגלל שהתובע עשוי לשכור אותו בעתיד.

#### **ולפיכך אין לפסול את העד.**

#### **ה. ראיות התובע והנתבע:**

הפועל בעדותו אישר את טענת התובע וסיפר שהוא ביצע חציבות בבטון ובמהלך החציבות הם נתקלו בברזלים שהיו בתוך הבטון. אך, העד לא זכר כמה חציבות היו, וגם לא ידע להשיב מה היה מספר המינימום של החציבות שנעשו.

כמו כן, הוא העיד שבשתי קומות היו ערמות של בטון שאילצו אותם להוסיף עבודה של שעה עד שתיים. בנוסף, התובע הציג תמונות מאתר הבניה והקלטה של מנהל האתר המעידות שקיימת אפשרות שהחציבות נעשו בבטון. יצויין שהתמונות וההקלטה לא היו ברורות דיין.

הנתבע לעומתו, הביא תוכניות בניה על מנת להוכיח שעל פי המתווה שנקבע, לא היו קירות של בטון שהיה צריך לחצוב בהם. ברם, על פי התוכניות לא היה ניתן להתרשם בבירור, שאין אפשרות שהיה צורך בחציבות בטון.

#### **ו. לאור האמור יש לקבוע:**

לגבי טענה ג'-(הדרישה לתוספת תשלום עבור החציבות).

אמנם, העד העיד שהיו חציבות בטון, אך, לא ידע כלל מה היה מספרן. הראיות הנוספות שהביא התובע, לא הועילו לפשוט שאלה זו. מנגד, הנתבע לא הצליח לשכנע שאין אפשרות שהיו חציבות בטון. לפיכך, לא ניתן לחייב את הנתבע מעבר לשתי חציבות, שכן, מיעוט רבים-שניים.

#### **(א) שבועת עד אחד**

כוחה של עדות זו, ליצור מחויבות של הנתבע להשבע שבועה מהתורה להכחיש את העד. ברם, נראה שאין הנתבע יכול להשבע שלא היו חציבות בטון, שכן הוכחתו היא מכוח התוכניות, וגם אם נקבל דבריו, יתכן שבפועל הקבלן בנה חלק מהקיר מבטון. לפיכך, יש לדונו כמחוייב שבועה שאינו יכול להשבע שעליו לשלם.

ונראה שגם לשיטת הראב"ד והרשב"א, שנידונו בהרחבה על ידי הש"ך (חושן משפט סי' עב ס"ק נא), שדין 'מתוך שאינו יכול להישבע משלם', הוא דווקא במקום דהוה ליה למידע, בנדוננו יש לומר שהיה על הנתבע לדעת כשהוא שוכר קבלן לעבודה, מהי טיבה של העבודה, האם מדובר בחציבה בבלוקים או בבטון. וגם אם שיער בתחילה על פי התוכניות שאין קירות בטון, אחרי שטענו כלפיו התובע ושותפו

שנאלצו להצוב בבטון והזמינו אותו לבוא ולראות, יכול היה ללכת ולראות. ולכן דינו הוא שמתוך שאינו יכול להשבע-משלם, לכולי עלמא. ומחוייב הוא בתשלום עבור שתי חציבות.

### **(ב) שבועת ר' חייא קמייתא**

כעת, יש לדון אחרי שהנתבע התחייב לשלם עבור שתי חציבות, האם מכוחן יש לחייבו שבועה להכחיש את טענת התובע שהיו חציבות נוספות, מדין שבועת ר' חייא קמייתא (בבא מציעא דף ג ע"א), וכיון שאינו יכול להשבע, מחוייב לשלם עבור כל החציבות שנעשו על פי טענת התובע.

נבאר את הדברים: ר' חייא למד מדין שבועת מודה במקצת, שכשם שהודאת פיו במקצת הטענה-מחייבת שבועה ביחס לכפירה, כך גם אם נתחייב על פי שני עדים במקצת הטענה, עליו להשבע על השאר. וזה לשונו(שם): תני רבי חייא: מנה לי בידך והלה אומר: אין לך בידי כלום. והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז - נותן לו חמשים זוז, וישבע על השאר, שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, מקל וחומר".

השאלה, האם לאחר שנתחייב על ידי בית הדין לשלם עבור שתי החציבות מכוח העובדה שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע, מכוח חיוב זה יש לחייבו שבועת מודה במקצת, כפי ששני עדים מחייבים (על פי דינו של ר' חייא) ביחס לשאר החציבות שהוא כופר בהן. ומכיון שגם לגביהן אינו יכול להשבע, חייב הוא לשלם את סך כל 12 החציבות.

דיון בענין עולה בעקבות הרמ"א (חושן משפט סי' עה, ה'). וזה לשון השו"ע שם:

מנה לי בידך מהלואה פלונית ומנה מהלואה אחרת שהלוייתך בזמן אחר כך וכך, והנתבע משיבו: אין לך בידי כלום לפי שמהלואה ראשונה פרעתך כך וכך ומהלואה שניה פרעתך כך וכך, ומתוך טענתם הכירו הבית דין שעדיין חייב לו מאותם שתי הלואות עשרים דינרים, הוה ליה כשנים מעידים אותו שיש בידו חמשים, שהרי הבית דין עדים במה שהודה שנשאר עליו, וישבע שבועה מן התורה על השאר.

ומחדד הרמ"א וזה לשונו: "הגה: ודוקא שהכירו הבית דין שהודה עדיין במקצת, לפי חשבוננו, אבל אם נתחייב במקצת לפי שאינו נאמן בדבריו, לא מקרי הודאה במקצת" (ב"י בשם רשב"א).

נראה שהסמ"ע (סי' פז ס"ק טז) ביאר את ההבחנה בין אם החיוב במקצת נוצר כתוצאה מהודאת פיו, באופן שלדוגמה, טעה בחשבון, דבכי האי גוונא חייב שבועת מודה במקצת, לבין אם החיוב נוצר על ידי בית דין, שאינו חייב שבועת מודה במקצת.

לעומתו טוען הש"ך (סי' עה ס"ק יט) מכוח דברי הגאונים שהובאו ברמב"ם (הלכות גולה פ"ד הט"ז) וכן הגמרא בבבא מציעא שהוזכרה וממקורות נוספים, ששבועת מודה במקצת היא גם מכוח חיוב של בית דין, שלא יהיה גרוע מהודאת פיו.

ברם, בהמשך דבריו מבהיר הש"ך, שחיוב זה קיים רק באופן שהחיוב מבורר לבית הדין, אך, אם אין החיוב מבורר לבית הדין אלא הכרעתם היא במצב של ספק, כגון במחוייב שבועה שאינו יכול להשבע שמשלם, אין לחייבו שבועת מודה במקצת.

אם כן בנדוננו, שהחייב אינו מבורר, עולה שגם לש"ך אין לחייב שבועת מודה במקצת לגבי חציבות נוספות שלטענת התובע בוצעו על ידם.

על כן המסקנה היא שאין לחייב את הנתבע בתשלום עבור שאר החציבות שלגביהן טוען התובע, מדין מתוך שאינו יכול להשבע.

לפיכך, על הנתבע להוסיף לתובע עבור שתי חציבות בלבד.

סכום כל חציבה על פי התובע הוא: 125 שקל, שמבדיקת בית הדין, נראה כסכום סביר. התובע, כאמור, טען בישיבה השניה שסכום החציבה, על פי ההסכם שלו עם שותפו, אינו מתחלק לשניים, לפיכך זכותו לקבל את מלוא הסכום לעצמו. ברם, התובע לא הוכיח טענה זו. על כן דינה להידחות.

**על כן המסקנה היא שעל הנתבע לשלם לתובע עבור חציבות סך: 125 שקל (מחצית חלקו כשותף).**

ד. לגבי טענה ד' - (מספר ההכנות שנעשו):

טענה זו נחלקה לשתיים:

1) התובע טען שעשו הכנות ל-32 מזגנים וכנגדו טוען הנתבע שנעשו הכנות ל-25 מזגנים בלבד. התובע לא הוכיח טענה זו, ולפיכך יש לנתבע דין של מודה במקצת המחוייב שבועה.

לגבי דין זה יש לדון, האם לפטור את הנתבע משבועה מדין 'הילך'. שכן הנתבע היה מוכן לשלם בפגישה לתובע את הסכום שסבר שמגיע לו, כפי ששילם לשותפו של התובע.

בדין 'הילך' נחלקו האמוראים (בבא מציעא דף ד ע"א): "דאמר רבי חייא: מנה לי בידך, והלה אומר: אין לך בידי אלא חמישים זוז, והילך - חייב. מאי טעמא - הילך נמי כמודה מקצת הטענה דמי...ורב ששת אמר: הילך פטור. מאי טעמא - כיון דאמר ליה הילך, הני זוזי דקא מודי בגוייהו - כמאן דנקיט להו מלוה דמי, באינך חמשים - הא לא מודי, הלכך ליכא הודאת מקצת הטענה".

נפסקה הלכה בשולחן ערוך (סי' עה, ו, וס' פז, א) כדעת רב ששת.

מנימוק הפטור לדעת רב ששת: "הני זוזי דקא מודי בגוייהו - כמאן דנקיט להו מלוה דמי", יתכן להבין שגם אם באופן מעשי לא העביר הלווה למלווה את הכסף, אלא רק איפשר לו לקחתם, הוי הילך.

ברם, לא כך עולה מדברי הגאונים שהובאו בבית יוסף (חושן משפט סי' פז) :

"ואין כן דעת הגאונים שהם הסכימו דהילך איתיה בין במלוה בין בפקדון דבמלוה כל שהן בידו והוא מזומן לתת לתובע הוה ליה הילך ופטור".

ונפסק בשולחן ערוך (שם):

"...ואינו נקרא הילך אלא אם כן יהא המקצת שהוא מודה לו מוכן בידו בפני בית דין ליתנו לו מיד, אבל אם אמר: הרי הוא בביתי ואתנו לך, לא".

וכן פסק השולחן ערוך (שם סי' עה, ו), שמחוייבת נתינה מיידית:  
"המודה במקצת ונתנו מיד, ואמר: אין לך בידי אלא כך והילך, פטור משבועת התורה אבל נשבע היסת".

והיה מקום להמשיך ולטעון, הרי הנתבע במפגש ביניהם היה מוכן לשלם, כפי ששילם לשותפו של התובע, והתובע הוא זה שלא רצה לקבל את התשלום, ולמה יחוייב הנתבע שבועה אחר שהיה מוכן ומזומן לשלם! ברם, סביר שהנתבע התנה את התשלום בכך שיסתיימו כל התביעות מצידו של התובע, ולפי זה, אין לראות זאת כמוכנות מצידו לשלם.

הוסף על האמור, שיש חבל ראשונים שדין הילך אמור דווקא בפקדון ולא במלווה, שכן רש"י (בבא מציעא דף ד ע"א ד"ה 'והילך') כותב שהנתבע אומר שלא הוציא את המעות, והם שלו בכל מקום שהם, ועל כן כותבים הרשב"א, הריטב"א והר"ן שדין 'הילך' נוגה רק בפקדון הנמצא תמיד ברשות הבעלים, ובמילואה בשטר משום שהקרקעות משועבדים לכתוב בשטר, אך לא במילואה על פה שאינה ברשות המלוה לא לחזרה ולא לאונס, ואפילו מעות ראשונות בעין, כפי שאמרו בקידושין (דף מז, ב) לגבי המקדש במילואה שאינה מקודשת אפילו כשהמעות בעין.

ואף שלדינא כתב הב"י כאמור, כשיטת הגאונים שדין 'הילך' קיים גם במלווה, ניתן להתחזק במסקנתנו שאין בנדוננו 'הילך' גם על ידי שיטתם.

עולה מהאמור שהנתבע מחוייב שבועת מודה במקצת.

### **פדיון שבועה במזון**

לגבי חיוב שבועה פסק השולחן ערוך (חושן משפט סי' יב, ב):  
"ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה".

ונהגו בתי הדין להמיר את השבועה בתשלום. לגבי שיעור התשלום נכתב בפסקי דין - ירושלים (דיני ממונות וביורורי יוחסין ט עמוד קד) שנאמרו בכך מספר אפשרויות:

אפשרות א' וזה לשונם: "וכתב בס' תרשיש שהם (חו"מ סי' עא) שבמחוייב שבועת הנפטרים אם זו שבועה דאורייתא נוהגים לפשר לחצאין, ובשבועה דרבנן נותן שלישי. ובבעי חיי (חו"מ ח"ב סי' ע) כתב לגבי שבועה דאורייתא דמפשרין על חצי. (ובדברי מלכיאל ח"ב סי' קלג) כתב שמנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שלישי מכפי הטענה".

אפשרות ב' (הובא בדברי מלכיאל הנ"ל): "לשום כמה שווה השבועה לאיש הזה, היינו כמה היה נותן להיפטר ממנה, וזה תלוי בערך האיש המחוייב השבועה ובערך השבועה".

אפשרות ג' (שם): לפי ראות עיני הדיינים, לפי הענין, כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש, או להיפך שהנתבע כופר בשקר. וכן כתב באגרות משה חו"מ ח"א סי' לב: "לכן תלוי בעיני הדיין, אבל אם לא ניכר כלום כמדומני שנוהגין בניכוי שלישי בעד השבועה, בין נפטר בין נוטל".

בנדוננו, נראה שיש לנכות מחצית עבור שבועה זו, שהיא מהתורה, כפי הדעה הרווחת. לפיכך, כיון שהפער ביניהם הוא 910 שקל, הרי שיש לקזז מחצית מהסכום עבור פדיון השבועה, ומחצית מכך צריך הנתבע לשלם לתובע (מחצית חלקו כשותף).

**עולה לסך: 228 שקל.**

(2) לגבי הטענה שנעשו הכנות ל-7 מזגנים ללא הנחת צנרת, יש הודאת בעל דין, וכאמור הוא מוכן להוסיף על כך לשניהם, סך 200 שקל.

לדעת התובע מגיע על כך 70 אחוז מהכנה עם צנרת ולדעת הנתבע מגיע רק 20 אחוז. בית הדין מדין פשרה, מחייב את הנתבע בשיעור של 45 אחוז (האמצע שבין 20 ל-70). אם כן, החישוב הוא: 45 אחוז מ-130 שקל (השיעור המחודש של העבודה) כפול 7 לחלק ל-2. **סך הכל: 205 שקל.**

ו. לגבי טענה ה' - הימצאות ערמת חצץ שהפריעה לעבודה. טענה זו, עקרונית הודה בה הנתבע ואושרה על ידי העד. על פי עדותו של העד מדובר בשעה עד שעתיים עבודה. **לפיכך יש להוסיף לתובע תוספת של 25 שקל, עבור מחצית שעת עבודה (מחצית חלקו כשותף).**

ו. לגבי טענה ו' - (הטענה שהוזמנו לעבודה ולא היתה עבודה): לגבי טענה זו התובע בסוף דבריו כשנתבקש לסכם תביעותיו, לא תבע לגביה תביעה מוגדרת. וגם לא בהזדמנות אחרת.

על פי דברי הרמ"א (חושן משפט סי' יז, יב) שהוזכרו לעיל, נראה שאין לבית הדין להזקק לטענה זו. וזה לשונו: "הגה: בעל דין שתבע חבירו בעד דבר מועט, והדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע, אין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע; ואם פסק לו יותר, הוי טעות בדין, וחוזר". (דעת עצמו מפ"ק דב"ב רונאי אקפיה רבינא וכו', וכ"כ הריב"ש בסימן רכ"ז).

סברתו של הרמ"א היא שיתכן שהתובע מחל על התביעה ולפיכך לא תבעה. ואף שהסמ"ע (שם ס"ק כו) וקצות החושן (שם ס"ק ג) חלקו עליו, יש לצרף לנדוננו את דעת הש"ך (שם ס"ק טו) והנתיבות (שם ס"ק א) שדווקא אם ברור לבית הדין שהתובע לא תבע משום שאינו יודע את הדין, יש לחייב את הנתבע, אך, בנידוננו אין סיבה לומר שלא ידע שיכול לתבוע, עבור הזמן שאבד. ולפיכך לא יצאנו מידי ספק ויש מקום להניח שהוא החליט שלא לתבוע תביעה זו ולמחול עליה.

זאת ועוד, שגם אם התובע היה תובע תביעה בנוגע לטענה זו, יש לומר: אף שבית הדין התרשם שאכן התובע ושותפו איבדו זמן באותו יום, שהרי הגיעו ליום עבודה מלא ובפועל לא עבדו מעבר לזמן של



התיקון. ואין לקבל את טענת הנתבע שהם לא רצו לעבוד, משום שנראים דברי התובע שאם הגיעו שניהם, מסתמא באו לעבוד. ברם, בפני בית הדין לא הובאו הוכחות, כמה זמן הפסידו התובע ושותפו כתוצאה מכך, ולא הוכח שלא היו יכולים להמשיך יום עבודה זה במקום אחר. לפיכך, נראה שבכל מקרה יש להפעיל את הכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה.

ואף שיש מקום לומר, לאידך גיסא, וזאת על פי חוות דעת של קבלן מזגנים, שיש לראות בעבודה חלקית ביום עבודה כעבודה של יום מלא, מכיון שמן הסתם הם תיכננו את יום העבודה בהתאם למה שנאמר להם. ואף טען התובע שבאו עם ציוד המתאים לעבודה המדוברת. האפשרות באמצע היום לעבור למקום אחר, במקרים רבים אינה מעשית או אינה כדאית.

על כל פנים, מכיון שהתובע לא תבע כל זאת, אין להזקק לטענה זו.

### סיכום:

על הנתבע לשלם את הסכומים הבאים:

א. עבור הכנות ל-25 מזגנים, סך: 1625 שקל.

ב. 125 שקל עבור חציבות.

ג. 228 שקל עבור פדיון השבועה של מודה במקצת לגבי 7 מזגנים שבמחלוקת.

ד. 205 שקל עבור הכנות ל-7 מזגנים ללא הנחת צנרת.

ה. 25 שקל עבור שעת עבודה נוספת.

- סך הכל הנתבע ישלם סך של 2208 ₪.

---

הרב משה רוזנבאום

---

הרב ציון כהן

---

הרב יצחק הלוי אב"ד