

חוזה קבלני לביצוע עבודות בניין

הרב אלעזר גולדשטיין

הקדמה	ה. תרעומת – הגדרתה ודיניה
א. הגדרת קבלן ודיניו	ו. קבלן בניין שהמעסיק רוצה לסלק אותו
1. ההבדל בין קבלן לבין עובד	1. עילות הסילוק
2. הגדרה – הבדל בין התחייבות לזמן לבין התחייבות לתוצאה	2. זכות התיקון
3. מהות הסכם קבלנות והסכם עבודה	ז. קנסות, פיגורים ואונסים
4. יצירת הקבלנות	1. אסמכתא
5. אחריות על נזקים	2. אונס
ב. מעמדו של קבלן בניין	3. התחייבות לפיצוי על נזקים עקיפים ומניעת רווח (גרמא)
1. קנסות על השבתת עבודה	ח. שינויים וליקויים
2. זכות הפיקוח	1. תוספות: סוגיית יורד לשרה חברו ונטעה
3. קנסות על איחור בסיום העבודה	2. ליקויים: סוגיית אומן ששינה מה שסוכם איתו
ג. תרופות הפרה מצד המזמין	3. מתי זכותו של מזמין לדרוש פירוק?
1. איחור בתשלומים	4. תוספות בלתי רצויות
2. סילוק הקבלן	5. סיכום והמלצות
ד. תרופות על הפרה מצד הקבלן – קבלן בניין	ט. סיכום ומדריך הלכתי מעשי לדיני קבלן בניין
שהפסיק לעבוד	
1. כאשר לא נכרת חוזה	
2. לאחר התחלת עבודה	
3. אחרי חתימת חוזה או מעשה קניין אחר	

ליזכרון

ידיד אמת הרב מיכאל-מיכיל מרק הי"ד
היה שותף בליבון הדברים
ולא זכיתי שיברך על המוגמר

הקדמה

חוזה קבלנות בניין הוא מהחוזים הנפוצים ביותר, בשונה מחוזה מכר הוא עוסק בעבודה עתידית ונתון להשפעת גורמים רבים שלעתים קשה לצפות אותם בזמן כריתת החוזה. על כן צריך להגדיר מנגנונים של פיקוח וכן יש להגדיר באופן ברור כיצד להתמודד עם שינויים שמתרחשים לאחר חתימת החוזה.

נבחן תחילה מהי הגדרת קבלן בהלכה ואת ההשלכות של הגדרה זאת, בשלב השני נבחן במה קבלן בניין דומה לקבלן המופיע בהלכה ובמה הוא שונה ממנו. לאחר מכן נדון

* הרב אלעזר גולדשטיין מכון משפטי ארץ, עפרה; ראש המכון התורני "גילוי" בישיבת עתניאל.

בתרופות במקרה של הפרת חוזה מכל צד, ונבחן כמה מהסוגיות המרכזיות שיש להתייחס אליהן בעת עריכת חוזה עם קבלן בניין. יובהר, כי המונח "קבלן" במאמר זה פירושו קבלן באופן כללי, וזאת, במובחן מקבלן בניין.

א. הגדרת קבלן ודיניו

1. ההבדל בין קבלן לבין עובד

ישנם כמה הבדלים מהותיים בין קבלן לבין עובד. ההבדל המרכזי הוא הזכות להפסיק את העבודה באמצע החוזה. לגבי עובד נפסק:

...אם התחיל הפועל במלאכה וחזר בו אפילו בחצי היום חזר שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים¹

כלומר עובד רשאי להפסיק את עבודתו בכל זמן, לעומת זאת קבלן אינו זכאי לחזור בו באמצע עבודתו (בהמשך נדון בתוצאות הממוניות של הבדל זה). ההבדל המהותי בין השניים נובע ממה שאמר רב בגמרא:

אמר רב: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום!... כי הדר ביה – טעמא אחרינא הוא, דכתיב כי לי בני ישראל עבדים – עבדי הם, ולא עבדים לעבדים.²

כלומר עובד יכול לחזור בו מהסכם עבודה אפילו בחצי היום ולקבל את מלוא התמורה על מה שעשה, מפני שללא הזכות להתפטר העובד ייחשב כ"עבד" של המעסיק השולט בזמנו. לעומת זאת, קבלן אינו מוגדר כ"עבד", כפי שהסביר רש"י:

דגבי שכירות איתא להא טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות – אין זה עבד אלא לעצמו...³

בדומה לכך כתב הסמ"ע:

ואם הוא קבלן שקיבל עליו מלאכה בכך וכך נפירוש, ואינו כעבד דמלאכת רבו מוטלת עליו לעסוק בה כל היום בלי הפסק, אבל זה גומר מלאכה שקיבל עליו איזה שעה ביום שירצה, וכדרך כל בעל הבית העושה במלאכה שלו למכור ולהשתכר בה, משום הכי גם הוא אינו יכול לחזור בו ואם חזר בו ידו על התחונת...⁴

כלומר השליטה בזמנו של העובד לעומת ההתחייבות של קבלן לתוצר, היא המבדילה בין קבלן לעובד, והיא גם המגדירה את החשש שעובד יעסק כעבד. במילים אחרות, חולשתו של העובד ביחס לקבלן, היא זו הגורמת לכך שהוא מקבל זכויות יתר.

1. רמב"ם שכירות ט, ד.

2. בבא מציעא י, א.

3. רש"י בבא מציעא עו, א, ד"ה שאני ליה.

4. סמ"ע שלג, טו. בדברי הסמ"ע ועוד אחרונים מפורש שקבלן "אינו יכול לחזור בו". אולם, ערוך השולחן חו"מ שלג, ח; שם יב, סבר שמדובר בעיקרון כללי בדיני פועלים ולכן אין הבדל מהותי בין קבלן, עובד ובעל הבית, וכולם יכולים לחזור בהם, אלא שכל הדיון הוא רק כיצד לפצות על ביטול ההתחייבות, וכן נראה בדברי נתיבות המשפט (שלג, ו).

לאחר שעמדנו על ההבדל המהותי בין דיני עובד לדיני קבלן יש להגדיר את תוכן ההסכמות בשתי צורות העבודה. נבחן תחילה מה מגדיר אדם כקבלן.

2. הגדרה – הבדל בין התחייבות לזמן לבין התחייבות לתוצאה

במשנה אנו מוצאים חלוקה בין אומן לפועל, אומן הוא בעל מקצוע ייחודי (כגון חמר, קדר וכד') ואילו פועל הוא שכיר יום למלאכה, והגדירו התוספות⁵ שפועל המוזכר במשנה הוא לעולם עובד, ואילו אומן לעתים יחשב כקבלן ולעתים כעובד. מדברים אלו (ומדברי פוסקים נוספים)⁶ מוכח שהיותו של האדם בעל מקצוע או לא-מקצועי אינה משפיעה על הגדרתו כעובד או קבלן. מה שמגדיר אותו כעובד או כקבלן הוא תוכן ההתחייבות שקיבל על עצמו. על פניו נראה שקבלן הוא מי שהתחייב להגיע לתוצאה מסוימת כגון לצבוע בגד, או לייצר כלי חדש. ולכן החוזה מולו הוא חוזה התחייבות להביא מוצר מוגמר ללא תלות בדרך הביצוע ובזמן בו התבצעה העבודה (בתנאי שהיא הסתיימה במועד שנקבע), ועל כך הוא מקבל את שכרו. לעומתו, עובד נשכר לבצע פעולה בזמן קצוב, כגון לבצע עבודה חקלאית על פי הוראות המעביד במשך יום עבודה. כך עולה מדברי רש"י:

קבלנות – אומן שקבל עליו לעשות מלאכה בכך וכך, ולא לשכירות ימים.⁷

הגדרה דומה המבחינה בין שכירות לזמן לבין התחייבות להשגת תוצאה מובאת אצל ראשונים רבים.⁸ לאור זאת מובנים דברי רש"י שראינו לעיל על קבלן "אין זה עבד אלא לעצמו", זאת כיוון שזמנו בידו להחליט מתי ימלא את התחייבותו והמזמין אינו יכול לומר לו מתי לעבוד.

כאמור "אומן" יכול להיות עובד או קבלן. הגדרתו אינה תלויה בהכרח בתחום המקצועי בו הוא עוסק, אלא בהתחייבות שקיבל על עצמו: אם הוא נשכר להשיג תוצאה מסוימת הוא קבלן, ואם הוא נשכר לעבוד במשך זמן מסוים הוא עובד. דוגמה למקצוע שדנו בו הפוסקים שיכול להיות קבלן או עובד היא "מלמד תינוקות". המהר"ם מרוטנבורג דן בשאלה האם מלמד שנשכר ללמד ילד נחשב לעובד או קבלן:

אשר אמרת יש בני אדם חלוקים להחזיק מלמד תינוקות כקבלן... לא ידעו פשוט ההלכה במה מחלקין פועל מקבלן. דבר פשוט לכל כי פועל שאינו רשאי להתבטל כמו שכיר [יום] או שכיר חדש או שכיר שנה באותו אמר רב... מטעם עבדי הם ולא עבדים לעבדים אבל קבלן שקבל עליו קמה לקצור או בגד לארוג והוא רשאי להתבטל כשהוא רוצה... ודכותיה (=וכמוהו) גבי מלמד תינוקות אם שכרהו ללמוד

5. תוספות בבא מציעא עה,ב, ד"ה השוכר את האומן. עם זאת, פעמים רבות מפרשים סתם אומן כקבלן, ראו לדוגמה רש"י בבא מציעא קיא,א, ד"ה קבלנות; מאירי שם; וכך סבר ערוך השולחן חו"מ שו, ב: "שם אומן חל יותר על קבלן"; שם שלג, כז: "אומן הוי קבלן", ונראה שהנוהג של בעלי מקצוע לקבל על עצמם עבודה בקבלנות ולא בשכירות לזמן, אולם כאמור להלן הדבר תלוי בהגדרת התנאים לעבודתם.

6. לדוגמה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), תעו (ובדפוס קרימונה, עא), שיובאו להלן.

7. רש"י בבא מציעא קיב,א, ד"ה קבלנות.

8. מגיד משנה שכירות ט, ד; הגהות מיימוניות שם; בית הבחירה למאירי בבא מציעא קיב,א.

כל הספר או חציו ולא קבעו לו זמן ללמוד בו ויכול להתבטל כשהוא רוצה אז הוא חשוב כקבלן.⁹

לדברי המהר"ם, מלמד שקבעו לו זמן ללמוד דינו כעובד ואילו מלמד שנקבע לו הספק של חומר ללמד הוא קבלן. מעבר לכך ניתן לראות שהמהר"ם מתמקד בשוני המהותי: מי שזמנו בידו ויכול להתבטל כשרוצה נחשב קבלן ומי שאין זמנו בידו נחשב עובד. דברי המהר"ם הובאו על ידי ראשונים נוספים¹⁰ וכן פסק הרמ"א.¹¹

לאור דברים אלו יש מי שהגדיר שההבדל המהותי בין קבלן לבין עובד הוא "זכות הפיקוח"¹² של המעסיק על העבודה. אולם, כפי שנראה בהמשך יש מצבים שגם בקבלן יתאפשר פיקוח. אמנם, נראה שאכן יש ללמוד מיסודות הדין שפיקוח הדוק מדי עשוי להפוך את הקבלן לעובד על כל זכויותיו.

3. מהות הסכם קבלנות והסכם עבודה

אחת השאלות הבסיסיות לגבי כמעט כל מצב משפטי היא, האם מדובר על התחייבות או על קניין. בנוגע לקבלן השאלה היא האם המזמין קונה את הקבלן כמעין-עבד כדין שכירות פועלים או שמדובר על התחייבות של הקבלן להגיע לתוצר. תשובה לכך ניתן למצוא בדיני אונאת מחיר. לגבי עובד כתב הרמב"ם:

השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה...
נראה לי שהקבלן יש לו הונאה... וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר.¹³

דהיינו, הרמב"ם מבחין בין עובד שגופו קנוי למעסיק,¹⁴ לבין קבלן שמוכר מוצר מסוים למזמין. מהבחנה זו הוא גוזר נפקות הנוגעת לדיני אונאת מחיר: לעובד אין אונאה, כשם שאין אונאת מחיר לעבדים, ואילו לקבלן יש אונאה, כשם שיש אונאה בכל מכר אחר, וכך פסק בשולחן ערוך.¹⁵

9. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), תעז (ובדפוס קרימונה, עא).

10. אור זרוע ג, בבא מציעא, רמב; הגהות אשרי בבא מציעא ו, ו; הגהות מרדכי בבא מציעא תנו, הגהות מיימוניות שכירות ט, ד.

11. רמ"א חו"מ שלג, ה.

12. שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי (מהדורה שנייה, תשמ"ב), עמ' 69.

13. רמב"ם מכירה יג, טו; שם, יח.

14. הרב משה פיינשטיין שו"ת אגרות משה, חו"מ א, פא, כתב שישנן שלוש שיטות כיצד להגדיר את החוזה שבין עובד למעסיק: לשיטת קצות החושן שלג, ה, מדובר ב"קניין בגוף", לשיטת הש"ך חו"מ שלג, ב; יד, כה, מדובר ב"קניין להתחייבות", ולשיטת נתיבות המשפט שלג, ו, מדובר על "חיוב בעלמא" (וכן נלע"ד דעת ערוך השולחן חו"מ שלג, ח ראו להלן הע' 19). אולם הדברים מתייחסים להגדרת עובד כחלק מביאור דברי רב: "עבדי הם" לפי פירוש הבבלי והירושלמי. אך לעניין קבלן נראה מוסכם לכל השיטות כדברי הרמב"ם שאין "קניין הגוף" כלל.

15. שולחן ערוך חו"מ רכו, לו.

לעומת זאת, הרמב"ן כתב שאין אונאת מחיר בעובד ובקבלן כיוון שבשניהם לא מדובר על מכירה:

ובשכירות ישראל כגון ששכר פועלים יש אומרים שאין בהם אונאה דלא ממכר הוא וכן בקבלנות.¹⁶
מסתבר שכוונתו שמדובר על התחייבות לעבוד ולא על קניין.

4. יצירת הקבלנות

כלל יסוד בהלכה הוא שאין התחייבות או קניין נוצרים ללא מעשה קניין.¹⁷ מעשה הקניין הרגיל בעובד הוא תחילת העבודה, וליתר דיוק יציאה לדרך למקום העבודה. הסביר זאת רב האי גאון כך: "בהאי הנאה שהוא הולך ובה בצרכו גמר ומשעבד נפשיה".¹⁸ דהיינו, בתמורה להנאה הממונית שיש למעביד מיציאתו של העובד למקום העבודה המעסיק מתחייב לשלם לו את שכרו. כך עולה מדברי השולחן ערוך:

ראובן שכר נער לשמשו, ואמר לו שמעון לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו, אף על פי שלא היה קנין בדבר, חייב, כי כל תנאי שכירות אינו צריך קניין.¹⁹

16. רמב"ן בבא מציעא נו,ב, ד"ה הא.

17. שולחן ערוך חו"מ קפט, א.

18. חמדה גנוזה, ט"ו קלה, וראו עוד הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, ההתחייבות עמ' 234.

19. שולחן ערוך חו"מ שטו, ד.

לכאורה דברי השולחן ערוך יכולים להתפרש באחד משני מובנים: א. לא צריך מעשה קניין נוסף כיוון שתחילת העבודה היא מעשה הקניין. ב. אין צורך במעשה קניין, כיוון שממילא לא ייכרת חוזה מחייב בין הצדדים. וביתר פירוט, תוצאת חוזה היא המחויבות של כל צד למלא את חלקו, אולם אצל עובד ההלכה מאפשרת לכל צד לבטל את החוזה תמיד והשאלה היחידה היא רק שאלת גובה הפיצוי ("יד מי על העליונה"). לכן לא צריך מעשה קניין כיוון שמדובר בתחום משפטי חריג שבו כלל לא ניתן לכרות חוזה. הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 63-64, כתב ששאלה זאת תלויה במחלוקת ראשונים: לדעת התשב"ץ, שו"ת התשב"ץ, א, סד, אין צורך כלל במעשה קניין בשכירות פועלים: "דע כי שכירות פועלים אין צורך לקניין כלל אלא בדברים בעלמא הם נשכרין", ולדעת הרמב"ן בבא מציעא עו,ב, כן צריך: "כשם ששאר הדברים נקנין בקניין כך שכירות פועלים נקית בהתחלת מלאכה".

אולם לענ"ד על אף שלשון השולחן ערוך כאן קרובה ביותר ללשון התשב"ץ ניתן להוכיח את שיטתו מתוך מחלוקת ראשונים נוספת: המחלוקת בשאלה האם חובת הפיצוי לפועל שהתחיל בעבודתו נובעת רק מדיני נזיקין (גרמי, חו שיטת התוספות בבא מציעא עו,ב, ד"ה אין) או שהיא נובעת מהתחייבות (שיטת הרמב"ן בבא מציעא עו ע"ב שהוכר לעיל). הכרעת השולחן ערוך חו"מ שלג, ב, בזה כדעת הרמב"ן שלאחר תחילת מלאכה חייב לשלם פיצוי גם אם לא הייתה לפועל מלאכה אחרת, כלומר, החיוב נובע מהתחייבות ולא מדיני נזיקין. ממילא, מוכח שלדעת השולחן ערוך יש "קניין תחילת מלאכה". למרות זאת מלשון השולחן ערוך כאן משמע שאין צורך במעשה קניין, כלומר שאין צורך במעשה נוסף וכך ניתן להבין את דברי התשב"ץ הנ"ל.

יש לציין שיטה נוספת על פיה אין כאן חוזה רגיל והיא שיטת ערוך השולחן, שביאר שהביטוי קניין תחילת מלאכה, שמקורו כאמור ברמב"ן, איננו כפשוטו (ערוך השולחן חו"מ שלג, ח): "התחלת המלאכה באמת אינו קניין כלל, וזהו גזירת התורה שהתחלת המלאכה לא תהא קנין כלל מטעמא דילי בני ישראל

מדברי הפוסקים ומלשון השולחן ערוך מוכח שאין הבחנה בעניין זה בין עובד לקבלן.²⁰ עם זאת יש לדון האם מעשה קניין נוסף יגרום לשינוי תנאי החוזה שבין הצדדים? כפי שראינו לעיל עובד יכול לחזור בו בחצי היום, כדי שלא ייחשב כעבד. לאור זאת רבים מהפוסקים כתבו שמעשה קניין נוסף לא יועיל כדי ליצור התחייבות שממנה העובד לא יוכל להשתחרר.²¹

לעומת זאת, בנוגע לקבלן שאינו נחשב ל"עבד" לזמן, אלא רק התחייב לתוצר, הדין שונה. כאן חידש רבנו תם, שניתן לעשות מעשה קניין היוצר התחייבות בלתי-חוזרת מצד הקבלן:

והא בעי לממשך תספורת – מכאן אומר רבנו תם דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם. ואם תאמר מאי שנא (=במה הוא שונה) מפועל דיכול לחזור בו? ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה "עבדי הם" ולא עבדים לעבדים יכול לחזור בו, ולא קבלן.²²

רבנו תם מסביר שההבדל המהותי בין עובד שנחשב "עבד" לבין קבלן שאינו נחשב ל"עבד", הוא הגורם להבדל ביניהם. וכן פסק הרמ"א:

ויש אומרים דאם משך בעל הבית כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן; אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור כמו שנתבאר.²³

עבדים' שאינו יכול לשעבד עצמו ע"י מלאכתו כעבד, וזה שהפוסקים קוראים לזה קנין הוא רק בשם המושאל".

ערוך השולחן מבאר שהמושגים של קניין בפועלים נוגעים רק לשאלת הפיצוי – ידו "על העליונה" או "על התחתונה" ולא לעניין כריתת חוזה בלתי הדיר, שהרי ההלכה מאפשרת לעובד לחזור בו, משמע שכלל לא נכרת חוזה. על אף שאפשר להבין מדבריו שם שניתן לעשות חוזה שלא ניתן יהיה להפר אותו, לענין אין לדייק כך וכונת דבריו רק שגם פועל יכול לעשות חוזה כך שאם יחזור בו ידו תהיה על התחתונה כפי שעולה מדברי באר הגולה אותו הוא מצטט (ראו להלן הע' 21).

שיטה דומה עולה בדברי **נתיבות המשפט** שלג, ו, כפי שביאר אותם בשו"ת אגרות משה שהובא לעיל הע' 14 (וראו שם את הדיון גם על הגדרת הקניין).

מנגד, הש"ך חו"מ שלג, יד, סבר שישנו חוזה אלא שהוא מוגבל לפי הגדרות התורה, ולכן בשכיר שאינו קבלן לא מועיל מעשה קניין נוסף כדי למנוע ממנו להפר את החוזה אם ירצה.

20. כך עולה מכלל הסוגיות העוסקות בקניין תחילת מלאכה וקניין נוסף שהושוו בהם שכיר וקבלן לעניין תוקף תחילת מלאכה, ראו **שולחן ערוך** חו"מ שלג, א"ד.

21. לדעת הריטב"א, שו"ת הריטב"א, קיז, קניין נוסף מועיל גם בשכיר, והובאו דבריו בבית יוסף חו"מ שלג, א, ובדרכי משה הארוך. אולם הש"ך חו"מ שלג, יד, חלק על דבריהם, וכתב ששאר הפוסקים לא כתבו כך כיוון שזה כמתנה כנגד דרשת התורה "עבדי – ולא עבדים לעבדים". יתר על כן, אפילו עבד עברי יוצא בגרעון כסף כלומר גם עבד עברי הוא רק שיעבוד ממון ואיננו חוזה בלתי הדיר, וכתב שכן מוכח משו"ת ריב"ש, תעב. **קצות החושן** שלג, ה, דייק מהשולחן ערוך שסבר כש"ך.

יש לציין ש**ערוך השולחן** חו"מ שלג, ח"א, לשיטתו שקניין כאן משמעותו רק לעניין פיצוי (ידו על העליונה"), מבאר את שיטת הריטב"א שגם בפועל ניתן לעשות מעשה קניין נוסף ומשמעותו שידו של הפועל תהיה על התחתונה אם יחזור בו, וכן הוא מדייק בבאר הגולה חו"מ שלג, ח.

22. תוספות בבא מציעא מח, א ד"ה והא בעי; רא"ש בבא מציעא ד, ט; **טור ושולחן ערוך** חו"מ שלג, א.

23. רמ"א חו"מ שלג, א.

הרמ"א פוסק שלגבי עובד גם אם ייעשה מעשה קניין נוסף לא תיווצר התחייבות בלתי-חוזרת מצד העובד. לעומת זאת לגבי קבלן, אם ייעשה מעשה קניין יוצר חווה בלתי הדיר ושני הצדדים לא יוכלו לחזור בהם.²⁴

האחרונים הסיקו מדברי רבנו תם שלא רק משיכת כלי עבודתו של הקבלן מועילה ליצירת חווה בלתי הדיר, אלא גם מעשי קניין אחרים, ובכלל זה חתימת חווה.²⁵ ביחס לשאלה כיצד ניתן לאכוף את העמידה בחווה נרחיב בהמשך בפרקים על תרופות לאי עמידה בחווה קבלנות (עמ' 284 והלאה).

5. אחריות על נזקים

הבדל נוסף שניתן למצוא בין קבלן לעובד הוא בעניין אחריות לנזקים. קבלן מוגדר כשומר שכר שחייב גם על גניבה ואבידה, וודאי שהוא חייב על נזקים שעשה.²⁶ לעומת זאת, יש מחלוקת האם עובד מוגדר כשומר חנם שחייב רק בפשיעה אך פטור באונס ובגניבה ואבידה, או שמא דינו כשומר שכר שפטור רק במקרה של אונס.²⁷

24. מכאן ניתן לראות שאין כאן מכר של כוח העבודה אלא של תוצר העבודה (סמ"ע רכז, סו), דבר התואם את שיטת הרמב"ם מכירה יג, יח, בדין אונאה שהובאה לעיל עמ' 254.

25. פתחי תשובה חו"מ שלג, א, בנוגע לקניין סודר ושטר.
 לגבי תשלום מקדמה, ישנה מחלוקת עקרונית האם קניין כסף מועיל בפועל כעבד או שמא יש לדמות את הפועל למכירת מטלטלין שגורו חכמים שקניין כסף לא יועיל בהם שמא לאחר העברת הבעלות תמורת הכסף יאמר המוכר לקונה "נשרפו חטיף בעליה" והקונה יפסיד את המיטלטלין (ראו נתיבות המשפט שלג, א; חכמת שלמה שלג, ג; חזון איש בבא קמא כג, א). קצות החושן שלג, ה, דייק בשולחן ערוך חו"מ שלג, ג, שמקדמה לא יוצרת חיוב בלתי הדיר אלא רק "חוב הוא לו". יתר על כן, יש מי שכתב שבקבלן שייכת הסברה "נשרפו חטיף בעליה" ולכן לא יועיל בו קניין כסף (הרב אורי סדן, כתרי י (תשע"ה), עמ' 70-71). אולם למעשה חידש הרב סדן (שם, עמ' 72) שגם מי שסובר שאין קניין כסף בפועל או בקבלן, יודה שיש כאן קניין סיטומתא.

26. שולחן ערוך חו"מ שו, א"ב.

27. הכוונה למחלוקת הסמ"ע והש"ך. להלן הרקע למחלוקת ופרטיה: במשנה בבא מציעא פ"ב, מבואר שדין האומן הוא כשומר שכר, ורש"י, שם, מבאר שהאומן הוא "קבלנים המקבלים עליהם לעשות מלאכה בבתיהן" וכן כתב בביאורו לגמרא, שם, ד"ה דקא יהיב ליה טפי, וכן כתב הטור חו"מ, שו: "כל האומנין שנותנין להן לתקן בקבלנות...".

בגמרא בבא מציעא פ"ב, הושווה דין זה לשיטת רבי מאיר שדין שוכר כשומר חנם, והובאו בגמרא שלושה טעמים כדי לחלק בין שוכר לאומן: א. האומן נעשה שומר שכר בשכר שנתן את העבודה דווקא לו. ב. האומן נעשה שומר שכר בתוספת על שכרו שאינו ניתן באופן מדויק. ג. האומן נעשה שומר שכר בהנאה שיש לו מהחזקת החפץ כאמצעי לגבות את התשלום מבעל הבית. שני התירוצים הראשונים נדחו לדעת רבי מאיר שהרי כולם קיימים גם בשוכר, והשלישי נשאר למסקנה.

הסמ"ע שו, א, כתב שדין המשנה נאמר דווקא על אומן-קבלן ואילו שכיר יום דינו כשומר חנם כפי שמדויק מפשט לשונם של רש"י וטור שהובאו לעיל.

בפרישה חו"מ שו, א, ציין שהטעם הראשון המובא בגמרא תקף גם בשכיר ולא רק בקבלן, ואילו הטעמים השני והשלישי אינם חלים על שכיר. אולם, למעשה הוא הכריע שיש להגדיר רק קבלן כשומר שכר כיוון שעד יצירת התוצר המזמין לא יכול לתת את המלאכה לאף אחד אחר, לעומת זאת בשכיר, בכל יום המעסיק יכול לשכור אדם אחר.

דין זה עוסק בחובת השמירה של קבלן מפני נזקים חיצוניים, אולם מוכח שהוא הדין ביחס לנזקים שעושה הקבלן עצמו לרכושו של המעסיק. לכן נפסק שקבלן שהזיק לאבנים של המזמין חייב לפצותו. וגם בדין זה מצינו בראשונים שבשונה מקבלן שמקבל אחריות מלאה לכל דבר שנעשה בשטח שתחת אחריותו, עובד אינו נושא באחריות מלאה לרכושו של המעסיק. וכך כתבו באופן מפורש הר"י מלוניל והמאירי:

הבנאי שקבל עליו לסתור את הכותל ושבר את האבנים חייב לשלמן שכך קבל עליו מן הסתם שלא לשברן. וכן אם הזיק בסתירתו שמועד הוא לעולם ובעל הבית כבר נסתלק משמירה זו הואיל וזה קבל מלאכה זו בדרך קבולת. הא אם עשה בה שכיר יום לא נסתלק בעל הבית משמירתה ושניהם משלמין.²⁸

כלומר קבלן אחראי לאתר כולו והרי הוא כשומר על האתר, והמזמין סילק את ידו. ואילו בעובד ישנה אחריות משותפת לנזקים של העובד והמעביד.

בקבלן בניין ישנה בעיה נוספת והיא היחס בין אחריות עובד לאחריות קבלן: מעיקר הדין כאשר שומר מסר לשומר, במקום שכך רגילים לעשות – השומר הראשון פטור.²⁹ ולכן לכאורה כאשר קבלן בניין מסר לקבלני משנה או לפועלים את העבודה, אזי הפועלים הם האחראים ולא הקבלן. עם זאת ודאי שאם סוכם עם המזמין שקבלן הבניין הראשי אחראי גם לנזקים שגרמו הפועלים – הסיכום מחייב. מעבר לכך, המנהג המקובל כיום הוא שקבלן הבניין אחראי לתוצאה המלאה ואין קשר ישיר בין המזמין לפועלים, ולכן גם אם הדבר לא הותנה במפורש יש לראות בזה מנהג המדינה.³⁰

למעשה בחוזה קבלנות בניין מקובל לדרוש מהקבלן לדאוג לביטוח. אולם מעיקר הדין גם אם הוא לא דואג לביטוח, אם הקבלן עובד באתר פעמים רבות לבדו, מסתבר שיש לו אחריות מלאה לכל מה שקורה באתר, עד לרגע המסירה.³¹

הש"ך חו"מ שו, א, חלק על הסמ"ע כיוון שלהלכה דינו של שוכר כשומר שכר (שלא כדעת רבי מאיר שהובאה לעיל), ומכיוון ששכיר דומה לשוכר (על פי הטעמים שהובאו בגמרא, לעיל) הרי גם שכיר הוא שומר שכר. עוד כתב שלשון הטור "הוא לאו דווקא", ושלא מצא בין הפוסקים מי שסבר כסמ"ע. **בפתחי תשובה** חו"מ שו, א, דייק מהמחנה אפרים שיש לחלק בין קבלן לשכיר כדעת הסמ"ע. לדעתו, העיקר הוא הטעם השלישי המובא בגמרא – "הנאת התפיסה", לפיכך, הוא חל רק אם המזמין משאיר את החפץ בידי הקבלן. הוא מגדיר שקבלת השמירה נעשית בסילוק ידי בעל הבית "וסתם שמירה הוי כשמסלקים הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד" כלומר רק אם האחריות עוברת לקבלן הוא נעשה שומר שכר.

גם **ערוך השולחן** חו"מ שו, ד, כתב שהלכה כסמ"ע, ששכיר יום הוא כשומר חינוך וקבלן כשומר שכר. והוא דוחה את דברי הש"ך לאור ההבנה שסתם "אומן" בחז"ל הוא קבלן דווקא, כפי שהוזכר לעיל הע' 5. לאור דברי המאירי והר"י מלוניל בשיטה מקובצת (בהערה הבאה) ניתן להוכיח כשיטת הסמ"ע, מקור זה דוחה לטענת הש"ך ש"לא מצא לשום פוסק שחילק בכך". וכך כתב בשו"ת **קול אליהו** ב, חו"מ, כח.

28. דברי המאירי, **שיטה מקובצת** בבא קמא צח, ב, ד"ה הבנאי, הר"י מלוניל מובא שם לפניו, ודבריהם קרובים זה לזה. לכאורה מקור זה מהווה ראיה לשיטת הסמ"ע במחלוקת האחרונים שהוצגה לעיל הע' 27.

29. **בבא קמא** נו, ב; **שולחן ערוך** חו"מ רצא, כב; ש"ך שם, לב.

30. ראו הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 435.

31. לגבי היחס בין אחריות הפועלים לאחריות הקבלן ראו בהרחבה הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 433-440.

ב. מעמדו של קבלן בניין

אין ספק שמעמדו הבסיסי של קבלן בניין הוא של קבלן ולא כשל עובד,³² שהרי הוא מתחייב להגיע לתוצר מוסכם ואינו מקבל שכר לפי שעות העבודה. מעבר לכך מבחינה חוקית מקובל להוסיף סעיף שמגדיר שאין יחסי עובד ומעביד בין הקבלן למזמין העבודה.³³ על אף הקביעה הפשוטה שקבלן בניין נחשב "קבלן" ולא "עובד", צריך לדון בכמה סעיפים מקובלים שלכאורה עלולים להיתפס כנוגדים את ההגדרה היסודית: קנסות על השבתת עבודה, זכות הפיקוח, וקנסות על איחור בסיום העבודה.

1. קנסות על השבתת עבודה

מקובל בחווי קבלנות בניין רבים להוסיף קנסות במקרה שקבלן הבניין לא יעבוד באתר מספר ימים, וזאת, במטרה למנוע מראש איחור במסירת הנכס. לכאורה, סעיף זה נוגד באופן מהותי את הקביעה שקבלן איננו שכיר לזמן, שהרי במקרה שנקבע קנס על השבתת עבודה אין זמנו בידו. אלא שיש להבחין בין עובד שצריך לעבוד בזמנים מסוימים, לבין קבלן, גם אם האחרון התחייב שלא לבצע הפסקות ארוכות בעבודה. במילים אחרות, הגדרת קבלן כמי שהתחייב לתוצאה ויכול להחליט מתי לעבוד איננה מחייבת שכל התחייבות הנוגעת לרציפות העבודה הופכת אותו לעובד.

בדומה לכך, כותב מהריא"ז ענזיל, תלמידו של בעל קצות החושן, בנוגע להגדרת שוחט כקבלן:

ואע"ג שקבעו זמן להמשך הקבולת ההוא שנה או יותר אין זה אלא תנאי בעלמא ואין זה מעיקר ועצם השכירות, אלא כמי שהתנה שיעשה המלאכה במקום פלוני או על צורה פלונית וכיוצא בו, דתנאי כי האי מילתא אחריתא היא, ואין עצם הקבלנות משתנה בזה.³⁴

דהיינו, העובדה שסוכם עם השוחט שהוא יועסק במשך תקופה מסוימת אינה מגדירה אותו כעובד (ובלבד ששכרו ישולם לפי הספק). מדברי מהריא"ז ענזיל עולה שגם אם יהיו תנאים הנוגעים לזמן או לצורת עבודה, אין הם פוגעים בהכרח בהגדרת ההסכם כקבלנות.

32. אף שברור שאין דין קבלן בנייה כשכיר, יש שכתבו שגם אין לראות בו קבלן, כיוון שהוא מביא את החומרים ושוכר את הפועלים. וממילא חלק גדול מהשכירות היא בעצם קנייה של סחורה או התחייבות למכירה (פתחי חושן ז, הע' ד, ט, ט, הע' כח; י, הע' ט; משפט הפועלים עמ' מא-מב). אולם עיקר הנפקות היא לגבי צורת החישוב של שכרו במקרה של הפרת החוזה, ולעניין זה ברור שדינו כקבלן ולא כשכיר.

33. לגבי השוואת ההגדרות של עובד ונותן שירות בחוק לעומת הגדרת קבלן ושכיר בהלכה, ראו בהרחבה: הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 54-55.

34. שו"ת מהריא"ז ענזיל, טו, עמ' יד, טור א. שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 65; הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 48.

אולם, חשוב להדגיש שכדי שקבלן בניין לא יוגדר כעובד מסתבר שההסכם צריך לכלול הגדרות זמן כלליות ולא שעות עבודה מדויקות או מספר פועלים מסוים שעל קבלן הבניין להביא לאתר, שהן ממאפייני עובד (הדומה ל"עבד").³⁵

לפיכך, מסתבר שתנאי בחוזה הקובע שקבלן בניין שלא בא לאתר הבנייה בכלל במשך כמה ימים במידה הגורמת לחשש שהמסירה תתאחר – ייקנס, איננו פוגע במהות הקבלנות. לעומת זאת, תנאי המחייב לעבוד בשעות עבודה מסוימות כפי שנהוג אצל עובדים חותר תחת הגדרת ההסכם כקבלנות, והופך אותו לעובד.

2. זכות הפיקוח

כאמור, ההגדרה של קבלנות היא התחייבות להגיע לתוצאה בדרך הנראית לקבלן. לכאורה על פי זה אין למעסיק זכות לפקח על דרך ביצוע העבודה. ואכן כפי שראינו לעיל (עמ' 254) יש מי שהגדיר שההבדל בין קבלן לעובד הוא ב"זכות הפיקוח".³⁶

אלא שבחווה עם קבלן בניין, בשונה מאומנים אחרים (כדוגמת מוסך), מקובל מאוד להוסיף סעיפי פיקוח. הסיבה לכך נובעת מהחשש לנזקים במקרה של ביצוע לא-תקין. לדוגמה, אם בעת יציקת הבטון לא יערבלו אותו, ייווצרו בבטון בועות שלא יהיה ניתן לתקן, וכן אם יציקה תתבצע בצורה עקומה, ועוד.

האם פיקוח כזה משנה את ההגדרה הבסיסית של החווה? מסתבר שלא, ובלבד שהזכות תהיה מוגדרת ומוגבלת. כך למשל, הפיקוח לא יוכל לשלוט בדרך ביצוע העבודה, כלומר

35. הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 49-50, מביא מחלוקת בשאלה האם הדמיון של עובד לעבד לעניין השליטה בזמנו הוא **סימן** או **סיבה**. כלומר, האם הגדרת המהר"ם שקבלן "יכול להתבטל" (שהחוכרה לעיל ליד ציון הע' 9) מהווה **סימן** לכך שהוא נשכר כדי להגיע לתוצר מסוים, ובשל כך הוא מוגדר קבלן, או שמא זאת ה**סיבה** להגדרתו כקבלן ולולי זה הוא יוגדר כעובד גם אם הוא נדרש להגיע לתוצר מסוים. לאור חקירה זאת ניתן לבחון עד כמה ניתן להגביל את הקבלן: אם הגדרת המהר"ם היא מהותית (**סיבה**), ממילא קבלן שנדרש להביא לתוצאה מסוימת אך בנוסף מוגבל לשעות עבודה ואינו יכול "להתבטל" יהיה דינו כעובד. אולם, אם זכות "הבטלה" היא רק **סימן** שלא נשכר לשעות אלא כדי להגיע לתוצר, כל עוד הקבלן נדרש להגיע לתוצר יהיה ניתן לעשות תנאי ולהגבילו לעבודה לפי זמנים. עם זאת, לענ"ד כיוון שמהר"ם התייחס באופן מפורש לקריטריון העולה מ"עבדי הם" לא ניתן להגדיר קריטריון זה רק כסימן. כך עולה מדברי רבנו תם (שהחוכרו לעיל ליד ציון הע' 22) שלא ניתן לעשות קניין מחייב בשכיר אך ניתן לעשותו בקבלן כיון שאין בו חשש ל"עבדי הם". באופן דומה כאן, כיוון שהמהר"ם הגדיר שמי שיכול להתבטל: "אין שייך לומר עבדי הם", ממילא אם הוא לא יכול להתבטל חוזר דינו להיות "כעבד", ונצטרך להגדירו כעובד, שלא יכול להתחייב שלא לחזור בו. וכן עולה בדברי הש"ך (ח"מ שלג, יד) שהובאו לעיל הע' 21.

לאור זאת נקטנו בדרך אמצע לפיה יש להתחשב בשתי ההגדרות: א. קבלן הוא מי שהתחייב להגיע לתוצר. ב. גם כשישנה התחייבות לתוצר, פיקוח הדוק מדי יהפוך אותו לעובד.

36. שילם ורהפטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, עמ' 69-70. אולם אין להגדרה זאת מקור ברור ומפורש, ומסתבר שהוא הושפע מהדברים שהוא ציטט בשם באטט שהגדיר את ההבדל בין שכיר לקבלן בשאלת ה"שליטה בעבודה" (controlling the work), אותו תירגם ורהפטיג שם עמ' 68 הע' 29, למונח "הכוח לפקח". אולם מסתבר שעל אף שאין זכות לקבוע לקבלן שעות עבודה ולא את צורת העבודה, עם זאת אין הגבלה לפקח שהעבודה נעשית בדרך תקינה כפי שעולה בדברי המהרי"א^ז עניול שצוטט לעיל.

לא ניתן לומר לקבלן כיצד לפעול בכל שלב ושלב, וודאי שלא ניתן להורות לו כיצד לנהל את העבודה. ולכן נראה שיש להגביל את זכות הפיקוח לשני מרכיבים:
 א. איסוף של ראיות מהשטח כדי לדעת האם קבלן הבניין גרם נזק או ביצע באופן לקוי עבודות שלא יהיו גלויות בשלבים מתקדמים יותר (כגון, בועות בבטון).
 ב. מניעת ביצוע לקוי, ובוודאי כזה שאת תוצאותיו קשה יהיה לתקן, כגון, יציקה עקומה.
 כל זאת, תוך שמירה על חירותו של קבלן הבניין להחליט על אופן ומועד ביצוע העבודה (ובלבד שהוא אינו מזיק במעשיו). כמו גם על התנהלותו העסקית או על מוסר העבודה של הקבלן ופועליו: לדוגמה כמה פועלים מועסקים, כמה זמן הם מועסקים ובאיזה שלב עושים כל פעולה.
 על כן, נוסף בחוזה סעיף העוסק בזכות פיקוח והיקפה, והשלכה של הפרת הוראות הפיקוח.

3. קנסות על איחור בסיום העבודה

האמור בנוגע לזכות הפיקוח נכון גם לסעיף המחייב את קבלן הבניין לסיים את העבודה במועד מסוים, שבדומה לסעיף העוסק בהפסקת עבודה, שנדרש לעיל, אינו פוגע במהות הקבלנות.³⁷ בהמשך לכך ניתן לסכם על קנס שישלם קבלן הבניין במקרה שלא יעמוד במועד עליו סוכם. לגבי איחור בסיום הפרויקט יש עוד להרחיב ולדון במקרה של איחור מחמת אונס כפי שנפרט בהמשך.

ג. תרופות הפרה מצד המזמין

עד כה עסקנו בסעיפים שמגדירים את מהותו של חוזה קבלנות הבניין ודיניו. כעת יש לדון בשאלה מהן התרופות הניתנות לכל צד בחוזה במקרה של הפרה. בשלב הראשון נסקור מה מוגדר כהפרה של החוזה, ובשלב השני מה התרופות לכל הפרה. ככלל יש לדון בשלוש תרופות: א. ביטול – זכות הפסקת החוזה עם פיצוי ובלעדיו. ב. פיצוי – על נזקים. ג. אכיפה – כפייה על השלמת החוזה.³⁸
 יכולות להיות שתי הפרות חוזה מרכזיות מצדו של המזמין:

1. איחור בתשלומים המגיעים לקבלן הבניין – כאן מדובר על הפרת חלק מהחוזה מצד המזמין.
2. סילוקו של קבלן הבניין והפסקת עבודתו – כאן מדובר על הפרה מלאה של החוזה מצד המזמין.

37. עצם הרעיון שניתן להסכים על זמן פשוט לאור דברי המהרי"א עניול שהובאו לעיל. וכן כתבו למעשה בספר **משפט הפועלים**, עמ' רנח; הרב אורי סדן, **כתר י (תשע"ה)**, עמ' 48. מעבר לכך פשוט שהזמן לא נתון כולו בידי הקבלן עד סוף ימיו, וכתב המהרי"ל **דיסקין פסקים**, רטו, שבמקרה שלא נקבע זמן ייתכן שהולכים לפי העיקרון של "זמן בית דין שלושים יום", אולם הוא הכריע שיש ללכת לפי ראות "עיני הדיין" – כלומר זמן סביר. על כן ודאי שניתן לקבוע זמן סיום מוסכם בעריכת החוזה.
 38. ראו עוד בספר זה, במאמר "תרופות על הפרת חוזה", עמ' 153.

מהן התרופות העומדות לזכותו של קבלן הבניין במקרה שהמוזמין סילק אותו והפסיק את עבודתו או במקרה שהמוזמין לא שילם לו כפי שהתחייב?
 באופן כללי יש להתייחס כאן לכל שלוש התרופות: א. ביטול-נגדי של החוזה על ידי קבלן הבניין, ב. פיצוי – על נזקים שנגרמו כתוצאה מהביטול, ג. אכיפת החוזה – חיוב תשלום מלא כפי שהוסכם בחוזה. ביטול-נגדי רלוונטי רק להפרה הראשונה – איחור בתשלומים, שהרי בהפרה השנייה המוזמין כבר ביטל את החוזה.
 חשוב להדגיש שאכיפת החוזה כלפי המוזמין משמעה חיובו בתשלום השכר בלבד, ללא חיוב להעסיק בפועל את קבלן הבניין, כפי שכתב מהריא"ז ענזיל:
 ...זה לא עלה על דעת תוספות שיהיו כופין את הבעל הבית לקבל מלאכת הפועל בעל כורכו. דנהי דאשתעבד בעל הבית לשכירותו של הפועל או הקבלן. ממונו הוא דאשתעבד אבל לא גופו והא לא אצטריך רב לאשמעינן.³⁹
 כלומר, התחייבות המוזמין היא לשלם לעובד או לקבלן (שעבוד ממון), ואין לו חובה להעסיק אותם בפועל (שעבוד הגוף).

1. איחור בתשלומים

אם לא סוכם אחרת קבלן זכאי לקבל את שכרו רק לאחר מסירת התוצר, וכך ניתן ללמוד מדיני הלנת שכר.⁴⁰ אולם, בקבלן בנייה, העבודה מתבצעת בשטח השייך למוזמין ולכן מסתבר שכל שלב בבנייה נמסר באופן מיידי למוזמין, ולכן מקובל לחלק את התשלומים לשלבי הבנייה השונים, מתוך הבנה שכל שלב שהסתיים נמסר ויש לשלם עליו. לאור זאת, יש לראות כל שלב שהסתיים כגמר מלאכה של אותו שלב, והחיוב לתשלום עליו בעת הסיום הוא חיוב מן הדין.

בנוגע למקרה בו המוזמין אינו משלם במועד, זהה דין קבלן הבניין למוכר קרקע שלא קיבל את התשלום במועד. לגבי מוכר שכאשר שולם רק חלק מהתשלום עבור הקרקע יכול המוכר לבחור בין ביטול כל העסקה (ואז עליו להחזיר את הכסף שקיבל), לבין ביטול יתרת העסקה ולהסתפק במכירת החלק עליו קיבל תמורה.⁴¹ כל האמור לעיל נכון במקרה שבו המוכר מנסה לגבות את יתרת התשלום, כלשון השולחן ערוך: "יוצא ונכנס ותובע". אולם, במקרה שהמוכר לא רודף אחר הכסף, יתרת החוב הופכת להלוואה והמכר חל על כל הקרקע.

מכאן נלמד, שאם קבלן הבניין מוחל למוזמין על העיכוב בתשלום הוא מגלה דעתו שברצונו להמשיך לעבוד למרות העיכוב והחוב נעשה כמלווה שהוא זכאי לתבעו בהמשך. אולם,

39. שו"ת מהריא"ז ענזיל, טו, טור א. בהמשך נדון האם במקרה של הפרת החוזה מצד הקבלן ניתן לחייב אותו בפיצוי בלבד או שמא גם לכפות עליו לבצע את העבודה.

40. שולחן ערוך חו"מ שלט, ו. וראו קצות החושן עב, כג, ממנו עולה שאומן "מוחל לו על תשלום כל זמן שהוא בידו".

41. שולחן ערוך חו"מ קצ, י"א; על פי הסוגיה בבבא מציעא ע"ב. יש לציין שדברי הגמרא נאמרו כביאור לדברי המשנה העוסקת ביחסי פעלים ובעל הבית: "וכל החור בו ידו על התחונה".

זכותו של קבלן הבניין גם לתבוע לקבל את התשלום במועד, ואז לכאורה דינו יהיה כדין מוכר, שיכול לבחור בין עצירת המשך העסקה, לבין ביטול העסקה כולה.

יישום דיני מכר בנוגע לקבלן בניין ייתן את התוצאות הבאות:

עצירת המשך העסקה, פירושה גביית מה שהובטח לו בחווה עד אותו שלב שבוצע.

ביטול העסקה, פירושו במקרה זה איננו מובן מאליו, כיוון שחלק מהעבודה כבר בוצע. לפיכך, ניתן לומר שיש להחיל כאן את דין מזמין שחזר בו וסילק את קבלן הבניין שלא כדין, ואז הקבלן יקבל את מה שסוכם עמו על כלל העבודה בניכוי עלות השלמת העבודה, או תשלום על מה שבוצע – הגבוה מבין שניהם.⁴² לחילופין ניתן לומר שהחווה כולו בטל וקבלן הבניין יקבל תשלום כפי המקובל בשוק כדין "יורד ברשות" (ראו לקמן בפרק על תוספות, עמ' 287). אפשרות זאת טובה לקבלן בניין במקרה שהסכים מלכתחילה למחיר הנמוך ממחיר השוק, וכעת יקבל יותר.

בכל מקרה ברור שקבלן הבניין אינו חייב להמשיך לעבוד כל עוד לא קיבל תמורה במועד על מה שכבר ביצע, וזכותו לעצור את העבודה עד לקבלת תשלום על מה שכבר נעשה.

בחוק הישראלי ישנה הבחנה בין תנאי יסודי בחווה שהפרה שלו מאפשרת לצד השני לבטל את החווה ללא צורך בהתראה, לבין תנאי שאיננו יסודי שהפרה שלו מאפשרת ביטול של החווה רק לאחר התראה. הפרה יסודית נקבעת לפי מבחן האדם הסביר, האם לא היה כורת את החווה בלעדיה, או אם הוגדר במפורש שסעיף מסוים מהווה תנאי יסודי בחווה.⁴³ הדעת נותנת שביצוע התשלומים במועד המדויק איננו תנאי יסודי, וביטול החווה מחמת איחור קטן מצריך התראה. זאת, כיוון שפעמים רבות העיכובים בתשלום הם זמניים או שיש להם הצדקה. ולכן בחווה שלפנינו מוצע נוסח שמחד גיסא, נותן ארכה קצובה לתשלום החוב גם אחרי המועד המוסכם (וכל הארכה נוספת תלויה בהסכמת קבלן הבניין), ומאידך גיסא, לאחר התראה מצד הקבלן, זכאי קבלן הבניין שלא לעבוד בזמן העיכוב והוא יהיה זכאי לתוספת זמן במסירת הבית. זאת, כדי למנוע מצב שבו הארכה תפגע בקבלן. על פי הצעה זו, לאחר התראה מצד קבלן הבניין על עיכוב בתשלום, כל יום של עיכוב בתשלום יגרור אחריהם איחור מתאים במועד מסירת הבית. בנוסף, רשאי הקבלן להתרות במזמין שאם לא ישלם לו אזי החווה יתבטל, כפי שהוסבר לעיל.

42. כן מפורש בלשון הטור חו"מ, שלג: "וכן הדין בבעל הבית החוזר בו שידו על התחנתונה שאם הווליה 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." דבריו הובאו בסמ"ע שלג, טז. כעין זה כתב הטור חו"מ, שלג, בנוגע לפועל שחזר בו, שידו על העליונה. הש"ך חו"מ שלג, יט, חלק עליו, אולם קצות החושן שלג, ח, צידד בדעת הטור והסמ"ע בנוגע לפועל שחזר בו.

יש לציין שהש"ך חלק על הטור רק בנוגע לפועל שחזר בו, אך הסכים איתו בנוגע למזמין שחזר בו. ראייה לכך מכך שהוא דוחה את הוכחת הב"ח שהשווה בין חזרת פועל לחזרת מזמין: "גם מה שכתב הב"ח דכן כתב הרא"ש דהוא הדין הווליה המלאכה – ליתא. דלא כתב כן הרא"ש שם רק דהוא הדין אם הווליה וחזר בו בעל הבית כו' עיינו שם. מה שאין כן הכא", כלומר אין ללמוד מדברי הרא"ש על דין מזמין החוזר בו לדין פועל. משמע שבנוגע למזמין הוא מקבל את דעת הטור, ורק לגבי פועל הוא חולק על הטור.

43. סעיפים 7-6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה), תשל"א-1970.

2. סילוק הקבלן

כאשר המזמין מבטל את החוזה ומסלק את קבלן הבניין יש לדון בשתיים מהתרופות:
 א. אכיפת החוזה – דהיינו, חיוב המזמין לשלם את כל מה שהובטח לקבלן הבניין בחוזה (במקרה כזה המזמין יוכל לבחור האם לאפשר לקבלן לעבוד או לוותר על העבודה).
 ב. פיצוי – מתן פיצוי לקבלן הבניין על הנזק שנגרם לו מביטול החוזה.
 בדיון יש להבחין בין שלושה שלבים שונים הנוגעים לכריתת החוזה: כאשר לא נכרת חוזה, כאשר נכרת חוזה בתחילת עבודה, כאשר בוצע מעשה קניין נוסף (כגון חתימת חוזה כתוב), כפי שנראה להלן (על אף שחלק מהמקורות עוסקים בעובד ניתן להסיק מהם לדיניו של קבלן).

א. כאשר לא נכרת חוזה

לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה נפסק לגבי עובדים כך:

השוכר את הפועלים והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותם, אין להם זה על זה אלא תרעומת.⁴⁴

דהיינו, כאשר המעסיק חוזר בו טרם לכריתת חוזה, לא ניתן לאכוף את החוזה (כיוון שזה לא נכרת), למעט תרעומת שיש לעובד על המעסיק (לגבי משמעותה של תרעומת נדון בהמשך עמ' 270). דין זה חל גם בנוגע לקבלן.

על פניו, דין זה מתבסס על העיקרון ההלכתי שחוזה נכרת רק במעשה קניין (כפי שנראה עוד להלן),⁴⁵ זאת בשונה מתפיסת החוק הישראלי, על פיו חוזה נכרת בסיכום בעל פה, וניתן משקל משמעותי לתום הלב.⁴⁶

גם במקרה שלא נכרת חוזה, ייתכן שהמעסיק יחויב לשלם לעובד את שכרו, וזאת, כאשר מחמת הסיכום עם המעסיק העובד איבד עבודה אחרת, וכך נפסק:

במה דברים אמורים שאין להם עליו אלא תרעומת בשלא הלכו? דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעל הבית זה; אבל אם היו נשכרים אמש, ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל; ואם נשכרים בפחות, משלם הפחת.⁴⁷

במקרה כזה ישלם המעסיק לעובד פיצוי כחלק מדיני נזיקין ("דינא דגרמי"), וגובה הפיצוי יהיה "כפועל בטל", כלומר כשיעור השכר החלופי שהפסידו בניכוי מה שאדם יהיה מוכן לוותר כדי לקבל שכר מבלי לעבוד. אם העובד מצא עבודה אחרת בטלה חובת הפיצוי, ואם הוא מצא עבודה בשכר נמוך יפצה אותו המעסיק על ההפרש בין גובה השכר שבוטל לבין מה שהרוויח בפועל.

44. שולחן ערוך חו"מ שלג, א.

45. ראו להלן, וכן אצל הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 59-60.

46. סעיפים 2-3, **לחוק החוזים (כללי)** תשל"ג-1973. וראו עוד בנוגע להשוואה בין הגישות אצל הרב דוד בס, **כתר א** (תשס"ו), עמ' 60, הע' 91.

47. שולחן ערוך חו"מ שלג, ב.

ישנה שאלה האם פיצוי על אבדן עבודה אחרת קיים גם בקבלן. אפשר שדין זה נכון דווקא בעובד, כיוון שיש למעסיק שליטה על זמנו של העובד וממילא מנוע העובד לקחת עבודה אחרת במקביל לעבודתו. לעומת זאת, לכאורה, קבלן יכול היה לקבל על עצמו עבודות אחרות במקביל.

השולחן ערוך לא הבחין בדין זה בין עובד לקבלן.⁴⁸ עם זאת כיוון שדין זה לא נובע מכריתת חוזה אלא כפיצוי על הנזק מ"דינא דגרמי" יש לבחון כל מקרה לגופו: כאשר קבלן לא יכול לקחת במקביל שתי עבודות והוא יכול להוכיח שהוא ויתר על עסקאות נוספות, הוא יהיה זכאי לפיצוי על הפסד העבודה החלופית. ואילו במקרים שהקבלן יכול לקחת יותר מעבודה אחת במקביל הוא לא יהיה זכאי לפיצוי.⁴⁹

ב. לאחר התחלת עבודה

כאמור לעיל, תחילת העבודה היא מעשה הקניין שכורת את החוזה בין הקבלן והמוזמין, ובין העובד והמעסיק. מה חובתו של המוזמין במקרה שהוא מפר את החוזה לאחר כריתתו? בנוגע לפיטורי עובד, מפורש בשולחן ערוך⁵⁰ שהוא זכאי למלוא השכר שהובטח לו כ"פועל בטל" (דהיינו, בניכוי התועלת שיש לו מכך שלא עבד בפועל). זאת, לפי שיטת הרמב"ן שלאחר תחילת עבודה נכרת חוזה בין הצדדים, לפיכך, ניתן לאכוף על המעסיק את חלקו בחוזה (לשלם שכר) והדבר לא תלוי בשאלה האם העובד היה מוצא עבודה אחרת. אמנם, מהתשלום יש להפחית את השכר שהעובד יכול לקבל מעבודה אחרת שימצא לאחר שפוטרו.

דברי השולחן ערוך עוסקים בעובד, אולם, לא נראה שהוא מבחין בין עובד לקבלן בעניין זה. דהיינו, מסתבר שלאחר התחלת עבודה, גם מוזמין שסילק קבלן, יחויב לשלם לו את מלוא שכרו. לעומת זאת, בנוגע לקבלן, הרמ"א כתב:

הגה: ובעל הבית החוזר בו דינו כקבלן, שידו על התחוננה (טור).⁵¹

48. וכך פירש את דעתו שלם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 627.

49. מנחת פתים שלג א, כתב שאין לקבלן זכות פיצויים, ובספר פתחי חושן שכירות י, הע' ט, כתב שהדבר תלוי בהפסד שנגרם לקבלן, ולכן במקרה שהקבלן לא היה יכול לקחת עוד מלאכה חייב בעל הבית לפצותו. אך הוא הוסיף שבכל מקרה התשלום הוא רק על שכר הקבלן ולא כולל את עלות החומרים שהקבלן יצטרך לרכוש.

בהמשך תובא דעת נתיבות המשפט (להלן, ליד הע' 52) שחידש שאם המוזמין חוזר בו לאחר תחילת מלאכה, הקבלן זכאי לקבל את מלוא שכרו גם אם הקבלן מצא עבודה אחרת. לכאורה, משמע מדבריו שהתשלום לקבלן אינו תלוי בהפסד אלא בסיכום עמו. ובכל זאת, כתב בספר פתחי חושן (שם) שגם לשיטת נתיבות המשפט, אם הקבלן הפסיד עבודה אחרת בגלל החוזה שכרת עם המוזמין, יהיה חייב המוזמין לשלם לו פיצוי על הנזק שגרם לו.

50. שולחן ערוך חו"מ, שלג, ב. יש לציין שהשולחן ערוך לא מתייחס באופן מפורש לשאלה האם מדובר רק על שכיר או גם על קבלן. אולם במקום אחר מובאת דוגמה מפורשת שכללים אלו קיימים גם במקרה של שוכר ספינה (שולחן ערוך חו"מ שי"א, ו, עפ"י הגמרא בבא מציעא ע"ב), במקרה זה מדובר בקבלן וניתן לראות שאין הבדל בינו לעובד רגיל.

51. רמ"א חו"מ שלג, ד.

נראה שכוונתו שהמוזמין חייב לשלם את מלוא השכר רק על מה שכבר נעשה, או את מה שהובטח בניכוי עלות השלמת העבודה – הגבוה מבין שניהם. מדבריו נראה, שלא ניתן לאכוף על המעסיק את חלקו בחוזה ולחייב אותו לשלם את מלוא התשלום שהובטח בחוזה.

לאור זאת הקשה בספר נתיבות המשפט⁵² על דברי הרמ"א, מדוע מוזמין שחזר בו חייב לשלם רק על מה שנעשה ולא את מלוא שכרו?

לפיכך, הוא מעמיד את דברי הרמ"א במקרה שבו הקבלן לא מעוניין שהמוזמין ימשיך להעסיק אותו, ולכן הוא זכאי לתשלום רק על מה שנעשה. אבל אם הקבלן דורש להמשיך ולעבוד יחויב המוזמין במלוא שכרו. מעבר לכך הוא מדייק שכיוון שקבלן יכול לקבל כמה עבודות במקביל, ממילא גם אם הקבלן מצא עבודה אחרת לאחר שסולק, יתחייב המוזמין לשלם לו את מלוא שכרו (בניגוד לעובר, כאמור).

חשוב להדגיש שגם לשיטת נתיבות המשפט יקבל קבלן בניין תשלום מלא בניכוי עלויות שנחסכו, כגון חומרים, פועלים וקבלני משנה.⁵³ בנוסף נראה שכאשר מדובר על קבלן בניין שלא יכול לעבוד בשני מקומות במקביל ומצא עבודה אחרת, הוא יקבל את מה שהובטח לו בניכוי רווחיו מהעבודה שמצא כדין עובד.⁵⁴

למעשה שיטת נתיבות המשפט נתונה במחלוקת,⁵⁵ מעבר לכך דרישה זאת לשלם לקבלן בניין את מלוא שכרו גם אם ימצא עבודה אחרת יוצרת חוזה בלתי הדיר מבחינת המוזמין, שהרי לא ישתלם לו גם לשלם לקבלן הבניין את מלוא שכרו וגם לדרוש ממנו להפסיק לעבוד. חוזה בלתי הדיר אינו מומלץ כיוון שהוא כובל שני צדדים זה לזה אף שאינם מעוניינים בכך, מה שיביא למחלוקות נוספות ביניהם. בחוזה שלפנינו נקטנו במגמה שלא ליצור חוזה בלתי הדיר, אלא לאפשר היפרדות תוך תשלום פיצוי הוגן.

ג. אחרי חתימת חוזה או מעשה קניין אחר

כפי שכבר הוזכר לדעת הרמב"ן תחילת מלאכה מהווה מעשה קניין ובריתת חוזה, וכן נראה שסבר גם השולחן ערוך.⁵⁶ מעבר לכך הוזכרה שיטתו של רבנו תם שבמקרה של קבלן אם נעשה מעשה קניין נוסף אין המוזמין יכול לחזור בו, וכך מכריע הרמ"א:

ויש אומרים דאם משך בעל הבית כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן; אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור כמו שנתבאר.⁵⁷

52. נתיבות המשפט שלג, ז.

53. פתחי חושן שכירות י, הע' ט.

54. כן כתב בספר משפט הפועלים טו, הע' לט, וכן מוכח לענ"ד מדין הספינה (שולחן ערוך חו"מ שיא, ו) שהזכר לעיל.

55. מנחת פתים שלג, א, שהזכר לעיל (בהע' 49) הביא את דין נתיבות המשפט וחלק עליו.

56. ראו לעיל הע' 19. כפי שהובא שם, לדעת ערוך השולחן ה"קניין" בכל דיני פועלים הוא "שם המושאל" לכך שהתוצאה היא שהחזר בו ידו על התחונה. זאת, כיוון שלדעתנו הכלל שפועל לא יהיה עבד אינו מאפשר בריתת חוזה כלל, ולכן משמעות "הקניין" היא רק לשאלה יד מי תהיה על העליונה (ערוך השולחן חו"מ שלג, ט"ז).

בפתחי תשובה⁵⁸ הוסיף בשם הנודע ביהודה שהוא הדין אם נעשה אחד ממעשי הקניין האחרים ובכלל זה שטר. מכאן, שלאחר חתימה על חוזה, מזמין שחזר בו חייב לשלם לקבלן את מלוא שכרו, כלומר הקבלן זכאי לתרופה של אכיפת החוזה. במקרה של קבלן בניין נראה שמוסכם על כל הפוסקים שניתן לגבות מהמעסיק את התשלום שהובטח על כל העבודה ולא רק שכר בטלה אך גם כאן מדובר על שכרו של הקבלן לאחר קיזוז ההוצאות שלו, כגון, עלות החומרים.

משמעות הדברים היא שזהו חוזה בלתי הדיר, שכפי שכתבנו לעיל, אינו מומלץ. לכן נקטנו דרך אחרת על פיה ניתן יהיה להפר את החוזה תוך תשלום פיצויים הוגנים.

ד. תרופות על הפרה מצד הקבלן – קבלן בניין שהפסיק לעבוד

עד כה עסקנו בהפרות מצד המעסיק, כעת נבחן את ההפרות האפשריות מצד קבלן הבניין. ההפרה הבסיסית היא במקרה שהקבלן חזר בו והפסיק לעבוד. במקרה כזה יש להבחין בין שלושת השלבים שנדונו לעיל. מקרים נוספים נוגעים לטיב העבודה ובהם נעסוק בנפרד בפרק על "סילוק יד", זכות התיקון וקנסות.

1. כאשר לא נכרת חוזה

כאמור לעיל, במקרה שלא נכרת חוזה ואחד הצדדים חזר בו "אין זה על זה אלא תרעומת". עם זאת מבואר במשנה⁵⁹ שגם כשעובדים יכולים לחזור בהם אם מדובר על "דבר האבוד", כלומר שייגרם נזק למעסיק עד שהוא ימצא עובדים אחרים במחיר המקובל, אזי המעסיק "שוכר עליהן או מטען". הכוונה לכך שהמעסיק רשאי לשכור בשכר שהוא כבר חייב להם, עובדים אחרים בשכר גבוה. כמו כן, הוא רשאי להטעות את העובדים ולהבטיח להם סכום נוסף אם ישוּבו לעבוד, הבטחה שהמעסיק לא יצטרך לקיים.

בספר קצות החושן⁶⁰ כתב (על פי נימוקי יוסף)⁶¹ שדין "שוכר עליהן או מטען" קיים גם אם העובדים עוד לא התחילו במלאכה (זאת, במקביל לחיוב של המעסיק שחזר בו טרם התחלת מלאכה, לפחות את העובד על עבודה אחרת שהפסיד). מסתבר שהחיוב נובע מדיני הנזיקין שאינם מותנים בכריתת חוזה. למעשה, טרם התחלת עבודה המעסיק יכול רק להטעות את העובדים אך לשכור עליהם אינו יכול, שהרי הוא עדיין לא חייב שכר לעובדים.

בנוגע ליישום דין זה בקבלן נחלקו אחרונים:

- 57. רמ"א ח"מ שלג, א.
- 58. פתחי תשובה ח"מ שלג, ב, בשם נודע ביהודה מהדורה קמא ח"מ ל, ח.
- 59. בבא מציעא עה, ב.
- 60. קצות החושן שלג, ג, וכן נראה פשוט בדעת הש"ך שיובאו להלן.
- 61. נימוקי יוסף בבא מציעא מו, ב, בדפי הרי"ף.

הש"ך⁶² דייק מדברי הרא"ש, שבקבלן גם אם אין הפסד וגם לפני תחילת מלאכה, ניתן להשתמש בפתרון של "שוכר עליהן או מטען" במקרה שהקבלן חזר בו ממה שסיכמו. לעומתו, בעל קצות החושן⁶³ כתב שלא ייתכן שללא הפסד ולפני כריתת חוזה ניתן יהיה להטעות את הקבלן כדי שיעבוד, שהרי מן הדין מותר לקבלן לחזור בו לפני כריתת חוזה (קצות החושן מבאר שדברי הרא"ש מתייחסים דווקא לחזרה לאחר תחילת מלאכה). בעל נתיבות המשפט⁶⁴ חלק על כך אף יותר, שהרי קבלן יכול לחזור בו גם לאחר תחילת מלאכה כלומר לאחר כריתת החוזה אלא ש"ידו על התחונה". לכן, הוא ביאר שניתן ליישם דין "שוכר עליהן או מטען" רק במקרה שנעשה מעשה קניין נוסף עם הקבלן, וזאת, לפי שיטת ר"ת שבמקרה זה ניתן לאכוף את החוזה, ונדון במקרה זה בהמשך. יש לציין שבכל מקרה לא ניתן לנסח בחוזה מראש תניות המאפשרות למזמין להטעות את קבלן הבניין (שהרי מדובר בהטעיה). ולכן ההטעיה עשויה להתקבל רק בדיון בדיעבד בבית הדין, ותלויה בהכרעת הדיינים במחלוקת האחרונים.

2. לאחר התחלת עבודה

לגבי מקרה כזה נפסק בשולחן ערוך כך:

כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל... ואם קבלן הוא, שמין לו את שעתיד לעשות, בין שהזולה בעת ששכרו בין שלא הזולה, בין שהזולה המלאכה אחר כך בין שלא הזולה, שמין לו מה שעתיד לעשות. כיצד, קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים, קצר חציה והניח חציה; בגד לארוג בשתי סלעים, ארג חציה והניח חציו; שמין לו מה שעתיד לעשות, אם היה שוה ו' דינרים נתן לו שקל או יגמרו את מלאכתן; ואם היה הנשאר יפה שני דינרים, אינו נתן אלא סלע, שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה.⁶⁵

כלומר קבלן שמתפטר זכאי לקבל את התשלום שהובטח לו לאחר קיזוז עלות השלמת העבודה, ולא יותר מהשווי של מה שכבר ביצע. כלומר יש כאן תרופה של פיצוי על הנוזקים למזמין עקב הגידול האפשרי בעלות השלמת עבודה שכבר החלה, אך אין תרופה של אכיפה, קרי כפייה על הקבלן להמשיך בעבודה.

הסמ"ע⁶⁶ הוסיף שאם עלות השלמת המלאכה גדולה מכל השכר שהובטח לקבלן, הקבלן לא יקבל כלום (ויחזיר את מה ששולם), אך בכל מקרה לא יידרש לשלם מכיסו פיצוי למזמין.

62. ש"ך חו"מ שלג, כט.

63. קצות החושן שלג, יא.

64. נתיבות המשפט שלג, י. הדברים תואמים את שיטתו (שלג, ו), כפי שביאר אותה הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה חו"מ א, פא, שהן בפתל והן בקבלן אין מדובר בקניין ממש כלומר אין "חוזה" אלא רק "חיוב בעלמא" וכל הנ"מ היא רק השאלה "יד מי על העליונה", ראו לעיל הע' 14 והע' 19.

65. שולחן ערוך חו"מ שלג, ד.

66. סמ"ע שלג, טו. מקור הדברים בטור חו"מ, שלג, וכן הסכים הבית יוסף, שם, וכתב שכן מובא ברא"ש וברמב"ן ו"פשוט הוא".

במקרה כזה, במקום הפסד, מוסכם שניתן להשתמש בפתרון של "שוכר עליהן או מטען", כאמור לעיל. וכאמור לעיל, לדעת בעל קצות החושן והש"ך במקרה זה הפתרון רלוונטי גם כשאין הפסד.

3. אחרי חתימת חווה או מעשה קניין אחר

במקרה זה ברור שעומד למזמין הסעד שקיים לאחר תחילת עבודה. אולם בנוסף לכך בנוגע לקבלן כתבו התוספות:

והא בעי לממשך תספורת – מכאן אומר רבנו תם דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם. ואם תאמר מאי שנא מפועל דיכול לחזור בו ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה 'עבדי הם – ולא עבדים לעבדים' יכול לחזור בו ולא קבלן.⁶⁷

כלומר לא רק שהקבלן חייב לפצות את המזמין, אלא ניתן אף לאכוף על קבלן להשלים את מלאכתו (וזאת כיוון שהוא אינו דומה ל"עבד"), וכאמור לעיל כך פסק הרמ"א.⁶⁸ אולם נחלקו האחרונים כיצד נעשית הכפייה למימוש החווה:

לדעת הש"ך⁶⁹ (בעקבות הגהות אשרי⁷⁰) הקניין הנוסף מאפשר כפייה בגופו, כלומר כפייה פיזית ("בשוטים") על ידי בית דין לממש את החווה ולבצע את העבודה.⁷¹

לעומת זאת הנודע ביהודה⁷² מדייק שלדעת הסמ"ע מעשה קניין נוסף מועיל רק לכך שניתן לגבות מהקבלן את עלות השלמת החווה גם מעבר לסכום שסוכם עמו, אך אין לכפות על הקבלן לעבוד. וכן כתב מהריא"ז ענין:

ואפילו במקום שהיה קנין לדעת רבנו תם וסייעתו כגון שמשך כלי המלאכה שמשתעבד קבלן ואינו חוזר כלל. היינו לומר שנשתעבדו כל נכסיו ואפילו לא התחיל במלאכה ולית ליה גבי בעל הבית מידי... ואילו הוי דיניה דידו על התחנתונה בלחוד. לא הי' נפסד כלום. דהיכא דידו על התחנתונה אין צריך לשלם מביתו כמבואר ברא"ש וטור ושאר פוסקים. להכי מהני קנין לדעת רבנו תם דיכול בעל הבית לכופף אותו למלאכתו רוצה לומר שיורדין לנכסיו להשלים לבעל הבית כל מה שיוסיף לאחרים אפילו אינו דבר האבד אבל לא עלה על הדעת לומר שכופין אותו

67. תוספות בבא מציעא מח, א, ד"ה והא בעי.

68. שולחן ערוך חר"מ שלג, א.

69. ש"ך חר"מ שלג, ד; שם, לד.

70. הגהות אשרי בבא מציעא ו, ו.

71. על פניו הכוונה לכפייה פיזית ("בשוטים") וכך כתבו מקצת האחרונים. אולם, יש לציין שהרב גריינמן, חידושים וביאורים, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה ואפשר, כתב שלא ייתכן לפרש כך: "ואם כי הדבר מצריך דחיקת לשונות ברבותינו ז"ל, על כרחינו לומר איהו דחיק ומוקי אנפשיה. ואם פועל נתמעט מדין 'עבדי הם', שיכול לחזור בו, הרי לעניין כפיה בשוטים, גם קבלן ראוי לאותה איצטלא, שאין לך עבד לאחרים יותר מזה שהאדון כופהו בשוטים".

72. דרוש וחידוש בבא מציעא עט, א, ד"ה בהש"ך.

בגופו ע"י נדוי ושוטים. דלא גרע מנוטל ממון חבירו שלא כדין דאמרינן אם ממון נתחייב לך נדוי מי נתחייב לך...⁷³

כלומר לשיטתו כל חוזה עבודה הוא חוזה ממוני, ולכן רק הממון משתעבד ולא הגוף. לפיכך, לא ניתן לכפות על הקבלן להשלים את מלאכתו, אלא רק לגבות מכיסו של הקבלן את עלות ההשלמה, אפילו מעבר לשכר שהובטח לו.

בעל ערוך השולחן⁷⁴ צמצם את הדברים אף יותר, וכתב שכל חידושו של רבנו תם הוא שגם לפני תחילת מלאכה תהיה ידו של קבלן על התחנתונה אך לא יצטרך לשלם מביתו.

כפי שצינינו לעיל, לדעת נתיבות המשפט⁷⁵ רק לאחר מעשה קניין נוסף כתב הרא"ש שניתן להשתמש בדרך של "שוכר עליהן או מטען" גם כשאין הפסד.

למעשה, כפי שכתבנו לעיל, לא מומלץ ליצור חוזה בלתי הדיר שקושר שני צדדים בעל כורחם, כיוון שיהיה קשה מאוד לאכוף אותו ויש חשש סביר שהתוצאות לא תהיינה רצויות. לכן מומלץ לקבוע בחוזה פיצוי ראוי בלבד ולא להשתמש באפשרות הכפייה.

ה. תרעומת – הגדרתה ודיניה

כאמור לעיל, מעסיק או קבלן שחזרו בהם לפני כריתת חוזה "אין להם זה על זה אלא תרעומת"⁷⁶, ומבאר הטור: "איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו שיכול לומר הבעל הבית לעובד: 'השכר עצמך במקום אחר', אלא שיש על החוזר תרעומת בשביל הטורח"⁷⁷.

כעת יש לברר מה המשמעות של "התרעומת" והאם מותר לגרום לה לכתחילה?

הסמ"ע התייחס לדברי הטור שראינו "איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו" והשווה בין דין זה לדין "מחוסר אמנה" שחל על מי שחוזר בו מסיכום לא מחייב במקח וממכר. לגבי מחוסר אמנה ישנה מחלוקת האם אדם רשאי לחזור בו כאשר השער השתנה והוא חוזר בו כדי לקנות את המוצר במחיר הזול (או כדי למכור במחיר היקר). כאשר לדעת הטור מותר לחזור במקרה זה ולא חל עליו דין "מחוסר אמנה", ואילו הרמ"א⁷⁸ הביא את דעת החולקים שאוסרים לחזור גם במקרה כזה.

לאור מחלוקת זו כתב הסמ"ע:

...וכתבתי בפרישה [שם] דממה שכתוב הרשות בידו לחזור, משמע דלית ביה אפילו משום מחוסרי אמנה. דסבירא ליה (=לטור) דלא אמרו כן (=שהחוזר בו הוא מחוסר אמנה) אלא כשחוזר מדבריו בדבר שאין בו תועלת, וכמו שכתב הטור ומור"ם ז"ל לעיל סוף סימן ר"ד [סעיף י"א] דכשנשתנה השער לית ביה משום מחוסרי אמנה.

73. שו"ת מהריא"ז ענזיל טו, טור א.

74. ערוך השולחן חו"מ שלג, יא.

75. נתיבות המשפט שלג, י.

76. בבא מציעא עה, ב.

77. טור חו"מ, שלג.

78. רמ"א חו"מ רד, יא.

והכי נמי כשחוזר בעל הבית משום שאינו צריך להם או שנמצאו פועלים בזול יותר (=הוא אינו בגדר מחוסר אמנה).

ולפי זה, החולקין שם וכמו שכתב מור"ם ז"ל שיש חולקין בזה, חולקין גם כאן. ומה שכתבו אין להם אלא תרעומת, רוצה לומר לאפוקי תביעת ממון, אבל ממחוסרי אמנה ג"כ נינהו.⁷⁹

הוא דייק מלשון הטור, שכתב "הרשות בידו לחזור", שאפילו מחוסר אמנה אין כאן, אלא רק תרעומת. הוא נימק זאת בכך שכאמור לדעת הטור אין דין "מחוסר אמנה" כאשר אדם חוזר בו מסיכום לשם תועלת, ולכן כאן, כאשר המעסיק חוזר בו מסיבה כלשהי הוא איננו בגדר מחוסר אמנה, אלא שיש לעובד תרעומת עליו.

לשיטתו, הוא כתב שלדעת הרמ"א שגם אם השתנה השער נחשב החוזר בו למחוסר אמנה, גם מעסיק ועובד החוזרים בהם יהיו בגדר מחוסר אמנה, הוזהר ל"תרעומת" המוזכרת בעניינם. במילים אחרות, לדעת הטור אין כל פגם לחזור כשאין נזק ויש רק "תרעומת" ולשיטת הרמ"א גם כשאין נזק לא ראוי לחזור ויחשב החוזר למחוסר אמנה,⁸⁰ עם זאת מוסכם שאין פיצוי כספי.

לכל השיטות, כאשר יש "תרעומת" הכוונה שמותר לצד הנפגע "להתרעם" ולספר לאחרים על העוול שנעשה לו כדי לגרום לצד השני לעמוד בדיבורו, אולם, הוא לא זכאי לכל סעד משפטי אחר.⁸¹

בספר תפארת ישראל אף כתב שאין חובה לפצות אפילו לצאת ידי שמים.⁸² ובערוך השולחן הביא את דברי הסמ"ע אך הוסיף שלמרות דברים אלו כאשר יש סיבה מוצדקת לאחד משני הצדדים, כגון כשכבר אין תועלת במלאכה או שהמעסיק רואה שהעובדים הללו אינם מיומנים מספיק אין דין תרעומת, ואין כל פגם מוסרי לחזור.⁸³

79. סמ"ע שלג, א.

80. **בפתחי חושן** שכירות י, הע' ה, הביא את שיטת הסמ"ע, וכתב שמדברי **קצות החושן** רכא, א, נראה שיש זהות מלאה בין מחוסר אמנה לתרעומת. אך בהמשך, הוא דחה אפשרות זו, ודחק בדברי קצות החושן כדעת הסמ"ע, שבמקרה בו יש מחוסר אמנה יש גם תרעומת (ולזה התכוון קצות החושן), אך ייתכנו מקרים שיש תרעומת ואין מחוסר אמנה. יש להעיר שבפתחי חושן דייק שלדעת הסמ"ע אין תלות כלל בין תרעומת למחוסר אמנה, אולם לפי דברינו לעיל, הסמ"ע תולה את זה במחלוקת בין הטור לרמ"א בעניין מקח וממכר, וכן נראה בדברי **ערוך השולחן** חו"מ שלג, א.

81. הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 275, הע' 10-11, מביא את דברי **הדרכי חושן** א, עמ' ש, עפ"י **רש"י** בבא מציעא נב, ב, ד"ה אם לחסיד, שגם במקרה שאין כל רווח מהתלונה אין איסור לשון הרע. אולם, הרב סדן כותב שלפי פשט **החפץ חיים**, כלל י, יש בדבר איסור, ולכן לדעתו התרעומת מותרת רק כאמצעי לחץ על הפוגע שיחזור בו כיוון שאו אין זה אלא "לשון הרע לתועלת".

82. **תפארת ישראל** בבא מציעא ו, ג; הובא **בפתחי חושן** שכירות י, הע' ז. במקרה זה מדובר כשאין מחוסר אמנה, שהרי במחוסר אמנה יש חיוב לצאת ידי שמים. ונראה שיש לכך נפקות לעניין חובת הפיוס ודין פשרה ראו דברי הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", **משפטי ארץ א** – **דין, דיין ודין**, עמ' 82. וראו עוד הרב אורי סדן **כתר י** (תשע"ה), עמ' 275, הע' 14; הרב אריאל בראלי, "מהי תרעומת", **אמונת עתיך** 101, עמ' 116-119.

83. **ערוך השולחן** חו"מ שלג, א. הובאו דבריו **בפתחי חושן** שם, שכתב לפי זה שאדם שהזמין מונית וחיכה זמן סביר יכול "לבטל את החווה" ולעלות על מונית אחרת.

ו. קבלן בניין שהמעסיק רוצה לסלק אותו

עד כה עסקנו בהפרות חד צדדיות של ההסכם, קצתו או כולו. כעת יש לדון האם ומתי יכול מזמין לסלק קבלן בניין עקב טענות על התנהלותו וביצועיו, ובמקרה שהסילוק מוצדק לאיזה תשלום יהיה זכאי הקבלן.

ו. עילות הסילוק

להלכה נחלקו שו"ע ורמ"א האם ניתן לסלק בעל מקצוע שמזיק, וכך נכתב בשולחן ערוך:

הנוטע אילנות לבני המדינה, שהפסיד, **ויש אומרים דהוא הדין ליחיד** (טור), וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקוץ דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות שפשע בתנוקות ולא למד (אפילו רק יום או יומים) (מרדכי שם), או למד בטעות, וכל כיוצא כאלו, והאומנים **שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו**, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם.

הגה: **ויש אומרים דאף על פי שאין צריכין התראה**, מכל מקום בעינין חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו.⁸⁴

בשולחן ערוך פסק שרק עובד ציבור שגרם נזק שאינו ניתן לתיקון מפוטר ללא התראה.⁸⁵ לעומתו, הרמ"א כתב שהוא הדין בעובד של אדם פרטי, והוסיף שרק מי שהוחזק לקלקל ניתן לפטר בלי התראה, ולא מי שקלקל באופן חד פעמי. בספר נימוקי יוסף⁸⁶ התבאר שהוחזק פירושו שקילקל שלוש פעמים.⁸⁷

יש לשים לב שמדובר כאן על אומנים, קרי על קבלנים (כגון, שוחט שמקבל שכר לפי מספר השחיטות שביצע).

לגבי הגדרת קלקול שאינו ניתן לתיקון כתבו התוספות⁸⁸ שמדובר דווקא בהפסד לא כספי שאין עליו פיצוי, כגון, שוחט שהטריף את הבהמה וגרם עגמת נפש בכך שלא יהיה אוכל

84. **שולחן ערוך ח"מ שו, ח.**

85. **החזון איש** בבא קמא כג, ב, כתב שהחידוש הוא שלמרות שמינוי של הציבור הוא לעולם, במקרה זה ניתן לפטר. בספר **פתחי חושן שכירות י, הע' לג**, כתב שמחמירים יותר עם עובדי ציבור כיוון שאין מי שישגיח עליהם אם הם עובדים כראוי.

86. **נימוקי יוסף**, בבא בתרא סו, א, בדפי הרי"ף, ד"ה וטבחא.

87. מקורו של הנימוקי יוסף הוא הראב"ד, דברי הראב"ד צוטטו גם ב**שו"ת הריב"ש**, קיג, שכתב עליהם: "רוצה לומר, שיהיו מוחזקין בכך שעשו כן שנים או ג' פעמים...". לא ברור האם הוא מכריע שמספיק שתי פעמים או שלוש. אולם כיוון שעיקר דבריו נועדו לחלק בין מקרה שלא נצרכת בו חזקה, לבין המקרים שבהם צריך חזקה, אי אפשר לענ"ד לדייק מדבריו שהוא חלק על הנימוקי יוסף וסבר שדי בשתי פעמים. מסתבר שהגדרת החזקה תלויה במחלוקת התנאים (**כתובות** מג, ב) האם חזקה ב"תרי זמני", והכרעת הפוסקים בדרך כלל היא שחזקה בשלוש (ראו למשל, ט"ז י"ד ק, ו) ובדאורייתא מחמירים לעתים שחזקה בשתיים, זאת בנוסף לכך שלעניין ממונות מובא **בתוספות** (יבמות סה, א, ד"ה נישאת) שגם רבי מודה שחזקה בשלוש פעמים, וכן כתב ב**שו"ת חתם סופר** ד, ב.

88. **תוספות** בבא בתרא כא, ב, ד"ה שתלא, וכן כתב בנימוקי יוסף.

בסעודה וכדומה. אולם, הריטב"א כתב שהדברים אמורים גם אם מדובר על נזק שניתן לפצות עליו בפיצוי כספי.⁸⁹

בעקבות כל זאת כתב בספר פתחי חושן לגבי עובד כך:

פועל המתרשל במלאכתו וגורם הפסד לבעל הבית, יכול לסלקו לאחר שהתרה בו ולא הועיל.⁹⁰

כלומר, אם המעסיק התרה בעובד ניתן לפטרו.⁹¹ ובהערות שם⁹² הרחיב וביאר שכאשר התרה בעובד לכל הדעות ניתן לפטר גם עובד של אדם פרטי. עוד כתב שאם התרה בעובד יכול לפטרו גם כאשר "אינו מפסידו ממש אלא מתרשל במלאכתו", אולם, חייב לשלם לו את שכרו על מה שעבד בניכוי פיצוי על נזקים שגרם.

עילת פיטורין נוספת הביא הרמ"א: "מי שיש לו משרת, וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות".⁹³ כאן מדובר על עילת פיטורין עקב חשש שהעובד יגנוב, לכך ניתן להוסיף שגם אם יש חשש שבעל מקצוע השתמש בחומרים לא תקינים וכדומה הדין זהה. זאת, כיוון שמדובר על מעשה שאיננו בגדר רשלנות אלא בגדר הפרת אמון חמורה.

מסתבר שכאשר מדובר בחשש לגניבה אין צורך בהתראה, שעיקרה להסב את תשומת לב העובד לקיומו של הליקוי. לעומת זאת, במקרה של גניבה, מדובר במעשה מודע וחמור במידה כזו שדי בפעם אחת כדי להפסיק את ההסכם. אף שדין זה נאמר לגבי עובד אין סיבה להבחין בינו לבין קבלן.

תרופות למזמין – לאור כל הדברים הללו, במקרים שקבלן בניין מתרשל בתפקידו וגורם נזקים שלא יהיה ניתן לתקנם, והמזמין התרה בו שלוש פעמים, המזמין יכול לסלקו. גם כאשר המזמין יכול לסלק את קבלן הבניין הוא חייב לשלם לו על מה שכבר עשה בניכוי עלות הנזק.⁹⁴

89. הריטב"א בבא בתרא כא, ב, ד"ה ואמר, כתב: "ואפילו תימא שחייבים לשלם אין בני העיר רוצים שיקלקלו וישתלמו מהם". כלומר, גם כאשר הנזק ניתן לתיקון ניתן להפסיק את ההסכם כיוון שאדם אינו רוצה להעסיק אומן לא מקצועי על דעת זה שהוא יפצה על הנזקים שיעשה.

90. פתחי חושן שכירות י, ט. וכן כתב הראי"ה קוק, שו"ת אורח משפט, כ: "דבלא התראה אי אפשר לסלקו ביחיד (=כאשר עובד אצל יחיד ואינו עובד ציבור) בתוך הזמן".

91. לגבי תוכן ההתראה נראה שהכוונה לכך שהתרו בשכיר שיש ליקויים בעבודתו ועליו לתקן אותם, אולם, אין צורך להתרות בו שאם לא יתקן – יפטר. ראייה לכך מדברי הר"ן, בבא מציעא קט, א, ד"ה שם וטבחה, שכתב כך על הראב"ד: "וכתב הוא ז"ל (דניהו) [דנהי] דלא צריכי התראה חזקה בעינין ועד שיהי' מוחזקים תלתא זמנא או שיתרה בהו לא מסלקי' להו וכי אמרינן בבבא קמא גבי הנהו עיזי דשוקא דמתרין בהו תרתי תלת זמני דאלמא בעינן התראה תרתי ותלתא זמני התם פסידא דהדר היא דלשחיטה קיימי". כלומר, הצורך בהתראה שלוש פעמים נלמד מסוגיית "עיזי דשוקא". שם ביאר בשולחן ערוך חו"מ שצו, א, את מהות ההתראה: "יכול בעל השדה להתרות בבעל הבהמה שישמור בהמתו, וצריך לשומרה". כלומר, ההתראה מתמקדת במה שצריך המותרה לעשות ולא בתוצאות של אי השמירה.

92. פתחי חושן שכירות י, הע' כד.

93. רמ"א חו"מ תכא, ו. לגבי השאלה מהי רמת הראיות הנדרשת במצב כזה ראו פתחי חושן שכירות י, הע' כו, ובמקורות המוזכרים שם.

94. פתחי חושן שכירות י, הע' כד, וכן מפורש בשו"ת אגרות משה חו"מ א, מז. לגבי הערכת הנזק ראו עוד לקמן לעניין תוספות וליקויים.

2. זכות התיקון

כאשר קבלן הזיק או ביצע את העבודה באופן לקוי ברירת המחדל היא לאפשר לו לתקן. בעניין תיקון ליקויים בכתיבת ספר תורה כתב הרמ"א:

הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ספר תורה ונמצא בו טעות, וצריך לשכור אחר שיגיה אותו, אם הם טעויות שדרך סופרים לטעות, אין הסופר חייב כלום. אבל אם טעה כל כך שאין דרך לטעות, חייב. ומכל מקום אולינן בתר המנהג, אם מנהג המקום שכותבי ספרים מגיחים, אף זה צריך להגיה. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו, חייבים הבעלים לשלם לו.⁹⁵

מדברי הרמ"א ניתן ללמוד כמה דברים:

- א. כאשר מדובר על טעויות סבירות אין הסופר חייב לתקן, ואם תיקן יש לשלם לו על כך.
 - ב. כאשר מדובר בטעויות בלתי סבירות הסופר חייב בעלות התיקון.
 - ג. על הסופר לבצע הגהה אם כך מקובל.
- בספר ערוך השולחן העיר על כך:

ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה אם עמד והגיה מעצמו חייבים הבעלים לשלם לו עכ"ל, דהוה כיווד לשדה חבירו שלא ברשות שנתבאר בסי' שע"ה, ודוקא כשרצונו לסמוך על הגהתו אבל אם אין רצונו לסמוך עליו ונותן למגיה אחר אין צריך לשלם לו [נ"ל].⁹⁶

כלומר כאשר אין חובת תיקון על הסופר, אולם הסופר ביצע מיוזמתו הגהה, אזי המזמין צריך לשלם לו על ההנאה הממונית מעבודתו. אולם, אם המזמין אינו סומך על הסופר ומוטר את הספר להגהה לסופר אחר, אזי המזמין אינו צריך לשלם לסופר על ההגהה שביצע. זאת, כיוון שלא הרוויח ממנה דבר, שהרי ביצע הגהה נוספת. מתוך דברים אלו דייק בפתחי חושן:

ונראה דהוא הדין בכל אומן שיכול לתקן הקלקול חייב לתקן, ואם אינו יכול לתקן, ישכור אחר על חשבון האומן... ובערוך השולחן כתב שהוא הדין אם הבעלים אינו רוצה לסמוך על הגהתו ותיקונו, פטור מלשלם לו שכרו.⁹⁷

כלומר, זכות התיקון תלויה בהסכמת הבעלים, ואם הבעלים אינם סומכים על הקבלן הם זכאים שלא לתת לו לתקן את הנוקים, ויהיה על הקבלן לשלם את עלות התיקון. אולם, כאמור לעיל, על פניו, פשט דברי ערוך השולחן אינם כך, והוא עוסק במקרה אחר בו אין חובת תיקון בכלל. ממילא אי אפשר ללמוד מדין זה למקרה בו ישנה חובת תיקון.⁹⁸ לפיכך, נראה שאם מקובל לתת לקבלן לתקן, והמזמין מעדיף שאדם אחר יתקן, הקבלן לא יספוג את עלות התיקון.

95. רמ"א חו"מ, שו, ח.

96. ערוך השולחן חו"מ שו, טו.

97. פתחי חושן שכירות יג, הע' מא.

98. וכך כתבו לחלוק על דבריו בפס"ד ארץ חמדה גזית 1-74003, פרק י.

זכות התיקון של הקבלן היא ברירת המחדל, אולם, במקרים בהם ניתן לבטל את החוזה ניתן לתת לאדם אחר לתקן. מקרים אלה נדונו בפרק "קבלן בניין שהמעסיק רוצה לסלק אותו" (עמ' 272).⁹⁹ אשר על כן, במקרים בהם ניתן לסלק קבלן (כגון, לאחר התראה בנוק שלא ניתן לתקן, או בהפרת אמון חמורה) יכול המעסיק לסלק את קבלן הבניין באופן מיידי, והוא יקוז מהשכר המגיע לקבלן עבור מה שביצע את עלות השלמה של העבודה וכן את עלות הנזקים והליקויים.

ז. קנסות, פיגורים ואונסים

כפי שכתבנו לעיל, ברור שניתן לדרוש מקבלן בניין לסיים את העבודה בתוך זמן מוגדר, ולכן מקובל להגדיר תאריכים וקנסות בחוזה במקרה של איחור. חשוב להדגיש שגם אם לא נכתבו תאריכים אין זה אומר שקבלן הבניין רשאי להתעצל ולהימנע מלעשות את העבודה וחובה עליו להשלים את המלאכה בזמן סביר כפי המקובל.¹⁰⁰ במקרה שהוגדר קנס על איחור בסיום העבודה יש לדון במספר שאלות: האם להתחייבות זו יש תוקף לאור דין "אסמכתא", ומהו הדין במקרה שקבלן הבניין היה אנוס ומנוע מלעמוד במועדים שנקבעו בחוזה?

1. אסמכתא

נושא זה נדון בספר זה, במאמר מבוא לדיני חוזים (עמ' 40). לענייננו, כל עוד בידו של קבלן הבניין לעבוד ולהימנע מתשלום הקנס והקנס איננו מוגזם ההתחייבות תקפה ואין היא בגדר אסמכתא.¹⁰¹ מלבד הכלל האמור, בקבלן ישנו טעם נוסף לתוקף של ההתחייבות, והוא שכיוון שהכסף עדיין לא שולם ומדובר על קנס שמשמעו פטור של המזמין מתשלום, יש אומרים שבכל מקרה אין בעיה של אסמכתא.¹⁰² אולם כדי להבטיח את תקפות החוזה על פי כל השיטות ייכתב בחוזה שנעשה מעשה קניין בפני בית דין חשוב כדי לחסן את ההתחייבויות מפני בעיית אסמכתא.

2. אונס

עיקרון חשוב בהלכה הוא ש"אונס רחמנא פטריה". הגמרא קובעת שעיקרון זה פוטר גם מהתחייבויות ממוניות ולא רק מעונש על איסורים.¹⁰³ ולכן בהעדר תנאים מיוחדים אין לחייב קנס כנגד התחייבות שהופרה כתוצאה מאונס.

99. ראו עוד בפס"ד שהובא בהערה הקודמת.

100. מהרי"ל דיסקין פסקים, רטו.

101. רמ"א חו"מ רו, יג.

102. דעת הרמב"ם מכירה יא, ד, היא שבמחילה על ערבון אין בעיית אסמכתא, וכן פסק השולחן ערוך חו"מ רו, יא, ואילו לדעת הטור כאשר מדובר על קנס מוגזם יש בעיית אסמכתא גם במחילה, וכן פסק הרמ"א, שם. בפתחי תשובה חו"מ רו, יד, הביא בשם הנודע ביהודה שהמוחזק יכול לומר קים לי כדעת הרמב"ם, ולפטור עצמו מתשלום.

103. נדרים כו,א; כתובות ב,א; שולחן ערוך אה"ע נו, ג.

לאור עקרונות אלו כתב הרב יעזר אריאל¹⁰⁴ מצד אחד, שכל עוד לא התנו אחרת קבלן בניין נפטר מקנס פיגורים במקרה של אונס, בין באונס מצוי (כגון תנאי מזג האוויר שאינם מאפשרים עבודה) ובין באונס שאינו מצוי.

מצד שני כותב הרב יעזר אריאל¹⁰⁵ שגם במקרה של איחור מחמת אונס שבו קבלן הבניין לא יתחייב בקנס, יוכל המזמין להפסיק את ההתקשרות ולשלם לקבלן את שכרו על מה שכבר עשה.¹⁰⁶ זאת, על פי העיקרון שאונס פוטר מחיוב אבל אין בו כדי להגדיר את מי שהיה אונס כמי שעמד בהתחייבות שלו. כפי שכתב הש"ך:

מי שחייב עצמו נגד חבירו בדבר שלא היה חייב, ע"מ שיעשה לו חבירו איזה ענין ליום פלוני, ואירעו אונס לחבירו, אין המתחייב חייב בשביל אונסו של זה, דאונס רחמנא פטריה אמרינן אבל אונס רחמנא חייביה לא אמרינן, ומזה לו בזה שאירעו לחבירו אונס. הרי לא קיבל על עצמו חיוב זה אלא על תנאי זה, וכיון שלא קיים חבירו התנאי, אף שהוא מחמת אונס למה יתחייב הוא...¹⁰⁷

כלומר, הכלל "אונס רחמנא פטריה", יוצר פטור מהתחייבות ולכן המתחייב לא חייב לפצות את חברו על כך שלא עמד בהתחייבות שלו. אולם, גם חברו לא חייב לעמוד בהתחייבות שלו, כיוון שגם במקרה של אונס אין לראות את מי שהיה אונס כמי שעמד בהתחייבות שלו. ולענייננו, גם כאשר קבלן הבניין אונס יוכל המזמין להפר את ההסכם איתו.

למעשה, מומלץ לקבוע בחוזה שאונס מצוי¹⁰⁸ (כגון, ימי גשם המעכבים את העבודה) לא יפטור את קבלן הבניין מקנס במקרה של איחור במסירה, וממילא לא יאפשר למזמין להכניס קבלן אחר. במקרה של אונס שאינו מצוי תינתן ארכה קצובה לקבלן הבניין שלאחריה יוכל המזמין לסלקו. זאת, כדי לאזן בין הגנה סבירה על קבלן שנאנס, לבין הגנה על המזמין שלא יתעכב ללא גבול.¹⁰⁹

104. הרב יעזר אריאל, **תורת המשפט**, עמ' 28-31, מסכם שני הסברים לפטור מאונס: אומדן דעת המתחייב שעל דעת כן לא התחייב, או גזרת הכתוב. למעשה לעניין קנס פיגורים הוא מכריע (שם, עמ' 31) שלשני הטעמים באונס הקבלן פטור, אולם, הצד השני יכול לחפש קבלן אחר כדברי הש"ך חו"מ כא, ג, שיובאו לקמן.

105. הרב יעזר אריאל **תורת המשפט**, עמ' 50.

106. בדומה לפועל שנאנס שידו על העליונה, **שולחן ערוך** חו"מ שלג, ה.

107. ש"ך חו"מ כא, ג.

108. **שולחן ערוך** חו"מ רכה, ג. ושם מוכח שאין במקרה זה חשש אסמכתא: "וכל תנאי ממון אומדין דעת המתנה ואין כוללן באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה". אולם, הרב יעזר אריאל, **תורת המשפט** עמ' 41-42, מדייק שמדובר שם דווקא על אונס מצוי.

109. על אף שגם בתנאי כזה אין אסמכתא כפי שמפורש בשולחן ערוך, ובמיוחד במחילה על קנס, אולם גם כאן כדי למנוע טענות "קים ליי" אנו מוסיפים בשטר שהוא נעשה בפני "בית דין חשוב שלא כאסמכתא".

3. התחייבות לפיצוי על נזקים עקיפים ומניעת רווח (גרמא)

לעתים כתוצאה מאיחור במסירה נגרמים למזמין נזקים עקיפים, כגון, תשלום שכר דירה עד להשלמת העבודה, או מניעת רווח כגון אובדן שכר הדירה שטרם הושלמה.¹¹⁰ מבלי להאריך נציין שישנן דעות שונות בהלכה באילו מקרים הגורם לנזק חייב ובאילו הוא פטור.¹¹¹

לאור זאת, נכון להתייחס לכך בחוזה, ולקבוע שאם המסירה תתעכב יפצה קבלן הבניין את הלקוח גם על נזקים עקיפים¹¹² וגם על מניעת רווח, זאת, למעט מקרה בו הקבלן היה אנוס. זה המקום לציין שחוק המכר (דירות) עוסק במתן פיצויים על איחור במסירה למי שקנה דירה מקבלן, אולם הוא אינו עוסק במי ששכר קבלן שיפוצים, או מי ששכר קבלן שיבנה לו בית על מגרש השייך למזמין.

ח. שינויים וליקויים

כאמור בהקדמה, אחד מהמאפיינים של הסכם לביצוע עבודות בנייה הוא הצורך להיערך לאפשרות של שינויים. לעתים שינוי נדרש בשל תנאי השטח ולפעמים הצורך נובע מרצון להוסיף פריטים נוספים. חשוב להגדיר בחוזה כיצד ייקבע מחיר השינויים. דבר זה חשוב לשני הצדדים, כיוון שלעתים צד אחד מנסה לגרום לצד השני להסכים לשינויים באופן בלתי הוגן.

נענין תחילה ביסודות ההלכה, ולאחר נציע את הנוסח הראוי בחוזה. יש לחלק את השינויים לשלושה תחומים: א. תוספות, ב. ליקויים, ג. שינויים שיש מחלוקת האם הוסכמו או לא.

1. תוספות: סוגיית יורד לשדה חברו ונטעה

שאלת תשלום על תוספות שלא סוכמו במפורש נדונה בסוגיית יורד לשדה חברו ונטעה ללא סיכום, וכך סיכם זאת הרמב"ם:

היורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמיין לו וידו על התחונה...

110. כן מוכח מדברי הרא"ש בבא קמא ב, ו, שכתב: "דאפילו גירש חברו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא".

111. לדעת הרמ"א חו"מ שפ"ג, והסמ"ע שפ"ח, נראה שמקרה זה ייחשב לגרמי ויהיה חייב, אך לדעת הש"ך חו"מ שפ"ג, כד, רק מקרים שנמנו בתלמוד ונכתב שבהם חייב, נחשבים לגרמי, וכיוון שמקרה זה איננו מפורש בתלמוד הרי שלשיטת הש"ך יהיה פטור.

112. יש להעיר שבנוגע לפיצוי על נזק עקיף אין חשש לאסמכתא, כיוון שבכל מקרה ישנו חיוב בדיני שמים (מורדכי בבא קמא, קטו), וראו הרב יעזר אריאל, תורת המשפט, עמ' 47-48.

היורד לשדה חברו ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח...¹¹³

כלומר ישנם שלושה מצבים:

א. אם אדם נטע בשדה חברו **שאינה ראויה לנטיעה שלא ברשות** – אזי בעל השדה חייב לשלם לנוטע וידו של הנוטע על התחונה. דהיינו הוא צריך לשלם עבור ההוצאות שלו או עבור השבח (התועלת הכספית שהסב לבעל השדה) – הנמוך מבין שניהם.¹¹⁴

ב. אם אדם נטע בשדה חברו **שראויה לנטיעה שלא ברשות**, אזי הוא יקבל תשלום כפי המקובל.

ג. אם אדם נטע בשדה חברו **ברשותו של בעל השדה**, אזי למרות שלא סוכם מה יהיה שכרו של הנוטע, הוא זכאי לקבל תשלום וידו על העליונה, דהיינו הוא יקבל את החזר ההוצאות שלו או על תשלום על השבח – הגבוה מבין שניהם.

דינים אלה מבוססים על ההנחה שאדם שקיבל הנאה ממונית חייב לשלם עליה למרות שלא סוכם מראש על תשלום.¹¹⁵

בנוגע לנוטע שלא ברשות כתב הרמב"ם שזכותו של בעל השדה לדרוש מהנוטע לעקור את עציו ואז הוא לא יקבל כל תשלום:

אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע.¹¹⁶

כלומר לדעת הרמב"ם זכותו של בעל השדה לדרוש מהנוטע לעקור את הנטיעות, אולם, הנוטע אינו רשאי לעקור אותן. יסוד דין זה בגמרא בבא מציעא,¹¹⁷ וכן פוסק למעשה השולחן ערוך.¹¹⁸

2. ליקויים: סוגיית אומן ששינה מה שסוכם איתו

במקרה של אומן ששינה ממה שסוכם מצאנו ברמב"ם הבחנה בין שני מצבים:

113. רמב"ם גולה ואבדה י, ד; ז.

114. רש"י בבא מציעא קא, א, ד"ה ידו על התחונה; סמ"ע שעה, ב.

115. בעקבות עיקרון זה נחקק חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. "הסעיף הראשון של החוק קובע, בעקבות המקורות היהודיים, כי מי שנהנה מחברו, חייב להשיב לו את מה שנהנה ממנו. החוק החדש זנח את התיאוריה המלאכותית שאמרה, כי המהנה הוא 'מתנדב', ומשום כך אינו זכאי לקבל דבר מן הנהנה". נחום רקובר, פתח דבר לספר חוק לישראל: הרב יהונתן בלס, עשיית עושר ולא במשפט (ירושלים, תשנ"א).

116. רמב"ם גולה ואבדה י, ה.

117. בבא מציעא קא, א, קא, ב.

118. שולחן ערוך חו"מ שעה, א, ד.

נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם. כיצד? נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לקבוע בהן מסמר ושברו, או שנתן לו את העצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ונשברו אחר שנעשו – משלם לו דמי שידה תיבה ומגדל...

נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה – נותן לו דמי צמרו. צבעו כעור או נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום, נתן עצים לחרש לעשות מהן כסא נאה ועשה כסא רע או ספסל – אם השבח יתר על ההוצאה נותן בעל הכלי את ההוצאה, ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד.¹¹⁹

מדברי הרמב"ם המבוססים על המשנה בבא קמא¹²⁰ ניתן לראות שישנם שני מצבים:

א. אם הליקוי הרס את החפץ לגמרי האומן חייב על הנזק ולא זכאי לתשלום כלל.
 ב. אם האומן שינה ממה שסוכם עמו או ביצע את העבודה באופן לקוי אזי ידו על התחתונה – דהיינו הוא יקבל תשלום על השבח (התועלת הכספית שיש למזמין העבודה) או על ההוצאות שהיו במהלך העבודה – הנמוך מבין שניהם.
 נשאלת השאלה האם במצב השני בעל הכלי יכול לדרוש מהאומן תשלום על חומרי הגלם מאחר שהאומן לא ביצע את מה שסוכם איתו. על כך כתב הרמב"ם:

אמר בעל הכלי איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר או דמי העצים אין שומעין לו, וכן אם אמר האומן הא לך דמי צמרך או דמי עצך ולך אין שומעין לו שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה.

השגת הראב"ד: נתן צמר לצבע וכו' נתן עצים לחרש וכו' ואם ההוצאה יתירה, וכו' אמר בעל הכלי וכו' עד אין שומעין לו. א"א אין לזה טעם עכ"ל.

כלומר לפי הרמב"ם אין אפשרות לאף אחד מהצדדים לדרוש שהאומן יקבל את התוצר וישלם למזמין על חומרי הגלם. ואילו לדעת הראב"ד המזמין רשאי לדרוש תשלום עבור חומרי הגלם והתוצר יישאר בידי האומן.

3. מתי זכותו של מזמין לדרוש פירוק?

לכאורה ישנה סתירה ברמב"ם, שהרי בדין יורד לשדה חברו ובנה שם, יכולים הבעלים לתבוע מהבונה שיפרק את מה שבנה, ואז הבעלים פטורים מתשלום. לעומת זאת, מזמין אינו יכול לומר לאומן ששינה ממה שסוכם שהוא אינו מעוניין בעבודתו, אלא עליו לשלם. מה אם כן ההבדל בין שני המקרים? על כך השיב בעל קצות החושן:

והרמב"ם לא אתי עלה אלא משום תקנה. ודברי הרמב"ם ושו"ע פשוט וברור כמו שכתבתי וכמבואר להדיא מדבריו בפירוש המשניות. דקאי בעבר על דעת בעל הכלי ואיכא נמי שבחא אלא דבעל הכלי אינו רוצה ליתן לו היציאה או שבח וכמו שכתבתי.¹²¹

119. רמב"ם שכירות י, ד.

120. משנה בבא קמא ט, ד.

121. קצות החושן שו, ו.

כלומר לפי דעת קצות החושן אכן יש להשוות בין המקרים, ולכן שורת הדין היא שבשני המקרים יכולים הבעלים לסרב לשלם ולדרוש מבעל המלאכה להסיר את מה שביצע. אלא שלדעת הרמב"ם לגבי אומן שביצע עבודה בהוראת מזמין ישנה תקנה הדדית. מטרתה להגן, במקרה שהתוצאה תהיה לקויה, הן על האומן שיקבל תמורה מסוימת, והן על המזמין שלא ישלם יותר ממה שהעבודה שווה (שבח). כיוון שהתקנה הדדית לא ניתן לומר "אין רצוני בתקנה שתקנו לי". לעומת זאת, אדם שביצע עבודה מיוזמתו (יורד לשדה חברו) אינו חוסה בצל התקנה, ובעל השדה רשאי להורות לו לסלק את העבודה שביצע (קצות החושן ביאר שלדעת הראב"ד התקנה קיימת בשני המקרים בשווה).
נתיבות המשפט חלק על כך:

אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך. נראה דדוקא בכהאי גוונא שיכול ליקח האילנות (במה) [כמה] שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו.¹²²

לדבריו, ההבדל תלוי אך ורק בשאלה האם אפשר להחזיר את הגלגל לאחור: כאשר מדובר על פירוק מבנה או עקירת שתילים – הדבר אפשרי, ולכן בעל השדה יכול לדרוש זאת ולהיפטר. לעומת זאת, כיוון שאי אפשר להסיר צבע מבגד, חייב בעל הבגד לשלם לצבע. מדבריו עולה שאם מדובר על תוספת בנייה או ליקוי בנייה שכוללים חומרים שניתן להשתמש בהם שוב לאחר פירוק, כגון כוירים אסלות וכד', אזי יכול מזמין לדרוש שיפרק אותו. אולם, אם לא יהיה לחומרים ערך לאחר הפירוק, כגון חלון אלומיניום שהותאם לפתח בגודל מסוים, קרמיקה, לבנים, בטון וכד', אזי המזמין לא יוכל לדרוש פירוק. למעשה יוצא שקבלן בניין שביצע עבודה שהתבקש אך באופן לקוי, והעבודה אינה ניתנת לפירוק – זכאי לקבל החזר הוצאות או תשלום על שווי העבודה – הנמוך מבין שניהם, והמזמין אינו יכול להיפטר מתשלום. אם ביצע עבודה שלא התבקש והעבודה ניתנת לפירוק – המזמין יכול להורות לו לפרק את מה שביצע והמזמין ייפטר מתשלום. בשאר המקרים יש מחלוקת.

4. תוספות בלתי רצויות

כאמור, לכאורה, ישנם מצבים בהם המזמין יחויב בתשלום (גם אם נמוך) על תוספות שקבלן הבניין ביצע מיוזמתו. מה יהיה הדין במקרה שהמזמין יטען שאין הוא מעוניין בתוספת כלל, כיוון שאין לו כסף לכך, או כיוון שמדובר בדבר שאין לו שום ערך בעיניו? החזון איש כתב שאכן יש מקרים שמזמין ייפטר:

ושבחה דאי אפשר להסירו כמו צבע, נמי העיקר תלוי בניחותיה של הבעלים, ואם יש מעשה מוכיחה על נחותיה דיינינן ליה כעשויה ליטע, ואם נחותא דידיה רק

122. נתיבות המשפט שעה, ב.

דיעבד, הוי לי כאינה עשויה ליטע, ואם בעל הבית טוען שאינו נהנה כלל ואין רצונו בזה והדבר ספק בעיני הבי"ד, נשבע היסת דלא נחא ליה ומפטר.¹²³

כלומר לפי דעת החזון איש אם המזמין טוען שאין הוא מעוניין כלל בתוספת אזי הוא פטור מלשלם. נראה שהוא הדין במקרה שהמזמין יאמר שאין לו כסף לשלם על התוספת, ולכן לא היה בונה אותה. במקרה כזה המזמין יהיה פטור וקבלן הבניין יהיה רשאי לפרק את התוספת אם ירצה.

כדי למנוע מחלוקות עובדתיות והלכתיות, בחוזה נוסף תנאי מפורש שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמה לא תהיה חובת תשלום.

5. סיכום והמלצות

לאור האמור לעיל נסכם את ההלכה ונוסיף המלצות לניסוח החוזה בשאלת התוספות והליקויים.

א. ליקויים

על פי שורת הדין, כאשר קבלן בניין ביצע עבודה באופן לקוי הוא זכאי להחזר ההוצאות שלו או לתשלום על השבח – הנמוך מבין שניהם. כל זאת, כאשר מדובר על ליקוי שלא ניתן לתקן, או שלא סביר לתקן (כגון, קיר עקום).

כאשר מדובר על ליקוי שמקובל לתקן דינו של קבלן בניין כמי שלא סיים את עבודתו וחלה עליו חובת תיקון. אם הוא יסרב לתקן או במקרה שלמזמין יש זכות לסלק אותו מהעבודה, אזי הוא יחויב בעלות התיקון.

כאן המקום להעיר שחוק המכר (דירות) מגדיר תקופת בדיק שבה על קבלן בניין לתקן כל ליקוי שיימצא, אלא אם כן הוא יוכיח שהליקוי אינו באחריותו. בנוסף, ישנה תקופת אחריות שבה על המזמין להוכיח שהקבלן אחראי. אף שהחוק אינו חל על חוזה קבלנות, בחוזה המוצע נקבע כי הצדדים מקבלים אותו על עצמם.

ב. תוספות ושינויים בהסכמת המזמין

ברור שאם סוכם עם קבלן בניין שהוא יקבל תשלום על תוספת מסוימת, והוא ביצע את התוספת – הוא זכאי לקבל את התשלום שסוכם.

כאשר קבלן בניין מבצע שינוי או תוספת בהוראת הלקוח, גם אם לא היה סיכום בכתב, דינו כדין "יורד לשדה חברו ברשות". במקרה זה המזמין חייב לשלם לקבלן וידו של קבלן "על העליונה", והוא זכאי לקבל תשלום על השבח או החזר הוצאותיו – הגבוה מבין שניהם.

כדי למנוע מחלוקת על גובה התשלום מומלץ להגדיר בחוזה שיש לקבל מהמזמין הסכמה בכתב לכל שינוי באופן מסודר, ועל שינוי שתמורתו לא הוסכמה בכתב ישלם המזמין לפי מחירון מוסכם (בדרך כלל מחירון דקל בתוספת או בהפחתה מסוימת). בכל מקרה מומלץ מאוד לשני הצדדים לתעד את ההסכמה כדי למנוע ויכוחים בשאלה מה הוסכם.

123. חזון איש בבא בתרא ב, ו.

ג. שינויים שלא בהסכמה

מעיקר הדין חובה לשלם גם על תוספות שלא הוסכמו אם המזמין נהנה מהם הנאה ממונית (כדין יורד לשדה חברו שלא ברשות), כלומר, על מזמין לשלם על השבח או על ההוצאות – הנמוך מבין שניהם. אם מדובר בתוספת שיכולים לפרק אותה ולהשתמש בה שוב, יכול המזמין לדרוש פירוק. אולם אם אין דרך להשתמש שוב לאחר פירוק נראה שמעיקר הדין חובתו לשלם. אולם אם המזמין מוכיח שהוא לא היה בונה תוספת זאת הוא פטור.

כדי למנוע מקבלן בניין להוסיף פריטים שאין הלקוח רוצה בהם, מומלץ להוסיף סעיף תנאי בחוזה שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמת הלקוח (בכתב או בעל פה), הלקוח יהיה פטור מתשלום. וממילא תהיה על הקבלן חובת ההוכחה שהייתה הסכמה לתוספת זאת.

ג. שינויים ותוספות כאשר הצדדים חלוקים מה סוכם

לעתים הצדדים חלוקים בשאלה האם הייתה הסכמה. כל אחד מהצדדים יכול לנצל מצב כזה כדי לפגוע בצד השני: קבלן הבניין יכול להוסיף פריטים ללא כל תיאום ולדרוש עליהם תשלום, וכן המזמין יכול לבקש מהקבלן פריטים ולטעון שהם נוספו ללא ידיעתו.

כדי למנוע מצב זה ניתן להוסיף תנאי בחוזה שעל כל תוספת שלא תתועד בכתב יהיה המזמין פטור. נוסח זה יגן על המזמין, אולם עלול לאפשר פגיעה בקבלן הבניין. לכן מוצע שייקבע שעל כל תוספות או שינוי שלא הוסכם עליהם כלל יהיה המזמין פטור. אולם, אם הקבלן יוכיח שהם נעשו תוך תיאום עם המזמין ואפילו בעל פה – יהיה קבלן הבניין זכאי לתשלום כפי שסוכם. כאשר, אם היה אישור בעל פה לביצוע ללא הסכמה על הסכום יהיה הקבלן זכאי לתשלום כדין תוספת שלא בהסכמה (יורד שלא ברשות), קרי, תשלום על ההוצאות או על השבח – הנמוך מבין שניהם.

ט. סיכום ומדריך הלכתי מעשי לדיני קבלן בניין

1. הגדרת קבלן ודיניו

- א. קבלן הוא מי שהתחייב כלפי מזמין להגיע לתוצר מסוים, ולמזמין אין שליטה על ניהול זמנו. לעומת זאת, עובד הוא מי שלמעסיק יש שליטה על ניהול הזמן שבו הוא עובד.
- ב. לעובד ישנן זכויות שמטרתן להגן על חירותו ולמנוע מצב שבו הוא יועסק כ"עבד", זכויות אלה אינן ניתנות לקבלן.
- ג. מעמדו הבסיסי של קבלן בניין הוא כשל קבלן ולא של כעובד, כיוון שהוא מתחייב להגיע לתוצר מוסכם בזמן מסוים ואינו מקבל שכר לפי שעות העבודה. גם אם לא נקבע מועד לסיום העבודה על קבלן הבניין להשלים את המלאכה בזמן סביר כפי המקובל.
- ד. יש בהסכם עם קבלן בניין גם מרכיב של מכירה וקנייה לגבי חומרי הבנייה, ולכך יש משמעויות הלכתיות כמבואר בהמשך.
- ה. ההתחייבות של המזמין כלפי קבלן הבניין היא לשלם את שכרו, אין לו חובה לאפשר לקבלן לבצע את העבודה.
- ו. מועד חיוב תשלום המזמין בקבלנות הוא רק במסירה, אולם בקבלן בניין כיוון שהעבודה נעשית על קרקע של המזמין, ממילא ניתן (וכך מקובל) לבצע את המסירה בסיום כל אחד משלבי הבנייה, ואז יש לשלם.
- ז. התשלום של המזמין עבור החומרים יכול שיתבצע בעת ההזמנה שלהם או בעת סיום שלב הבנייה.
- ח. חווה קבלנות נכרת בהתחלת העבודה על ידי הקבלן או פועליו. ניתן גם לחתום על חווה בכתב שמהווה "מעשה קניין נוסף", אשר לו השלכות על דיני קבלן כפי שיפורט בהמשך.

2. פיקוח וקנסות

- ט. ישנם תנאים הנוגעים לזמן או לצורת עבודה המחייבים קבלן שאינם פוגעים בחירות הקבלן ובהגדרת ההסכם כקבלנות. אולם, פיקוח הדוק מדי יהפוך את הקבלן לעובד, ולכך משמעות הלכתית רבה.
- י. ניתן לקבוע בהסכם קבלנות בניין מועד לסיום העבודה, אולם אין לקבוע ולפקח על שעות עבודה מדויקות (פיקוח המאפיין עובד).

יא. בהמשך לאמור בס"ק הקודם ניתן לקבוע בחוזה קנס על קבלן בניין במקרה של איחור במסירה. כמו גם במקרה שקבלן לא עבד במשך כמה ימים, כיוון שהקנס נועד למנוע איחור במסירה.

יב. תנאי בחוזה קבלנות המאפשר פיקוח על איכות התוצאה – אפשרי, אולם אין לקבוע פיקוח ששולט בקבלן כיצד לפעול בכל שלב ושלב, ואין להורות לו כיצד לנהל את העבודה.

יג. למעשה יש להגביל את זכות הפיקוח לשלושה מרכיבים: א) איסוף ראיות מהשטח כדי לדעת האם הקבלן גרם נזק שלא יהיה גלוי בשלבים מתקדמים יותר. ב) מניעת ביצוע לקוי, שתוצאותיו יצריכו תיקון, וודאי שניתן לפקח באופן שנועד למנוע בעיות שלא יהיו ניתנות לתיקון (כגון יציקה עקומה). ג) מעקב וקנסות כדי למנוע מראש אי עמידה במועד המסירה.

3. תרופות על הפרת חוזה קבלנות בניין – מבוא

יד. בנוגע לתרופות על הפרת חוזה יש הבחנה בין שלושה שלבים שונים של כריתת החוזה: א) כאשר הוסכמו דברים בעל פה אך לא נכרת חוזה, ב) כאשר נכרת חוזה בתחילת עבודתו של קבלן הבניין (זאת, ע"פ העיקרון ההלכתי שחוזה נכרת רק במעשה קניין). ג) כאשר ברצע מעשה קניין נוסף (כגון חתימת חוזה כתוב).

טו. לכל הפרה ישנן שלוש תרופות אפשריות: א) ביטול החוזה, ב) פיצוי על הפרת החוזה, ג) אכיפה – כפייה על השלמת החוזה.

טז. אכיפת החוזה כלפי המזמין משמעה חיובו בתשלום השכר בלבד, ואין המזמין חייב לתת לקבלן הבניין לבצע את העבודה. לגבי אכיפת חוזה על קבלן הבניין הדבר נתון במחלוקת אחרונים. אולם, למעשה לא מומלץ לכפות על אדם לעשות דבר לא רצוי שיוליד בהכרח בעיות נוספות בעתיד, ולכן למעשה נקטנו בחוזה שבמקרה שיש אכיפה החיוב הוא תשלום כספי.

4. סעדים על הפרת חוזה מצדו של המזמין – איחור בתשלומים

יז. במקרה בו המזמין אינו משלם במועד, קבלן הבניין יכול לבחור בין שתי אפשרויות: א. עצירת העסקה וקבלת תשלום על מה שסוכם עמו על כלל העבודה בניכוי עלות השלמת העבודה, או תשלום על החלק שבוצע – הגבוה מבין שניהם. ב. לבטל את העסקה כולה, שמשמעה, קבלת תשלום על מה שבוצע לפי שווי העבודה המקובל בשוק (במקרה שהוא גבוה מהמחיר שסוכם).

יח. הדעת נותנת שביטול החוזה מחמת איחור קטן מצריך התראה.

יט. אם קבלן הבניין לא דורש את התשלום במועד הוא מגלה דעתו שברצונו להמשיך לעבוד למרות העיכוב, והחוב נעשה כמלווה אותו הוא זכאי לתבוע בהמשך.

כ. קבלן בניין יכול לדרוש ארכה לסיום העבודה בהתאם למשך האיחור בתשלום, אולם, ללא דרישה מפורשת הוא לא יהיה זכאי לארכה.

5. סעדים על הפרת חוזה מצדו של המזמין – הפסקת החוזה

כא. **לפני כריתת חוזה** – כאשר מזמין הפסיק את החוזה וסילק את קבלן הבניין לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה – לא ניתן לאכוף את החוזה (כיוון שזה לא נכרת), אולם, יש לקבלן "תרעומת" על המזמין (כאשר יש מחלוקת האם משמעותה ביקורת מוסרית) ללא פיצוי כספי.

כב. כאשר מחמת הסיכום עם המזמין קבלן הבניין הפסיד עבודה אחרת, המזמין צריך לפצות אותו על ההפסד כ"פועל בטל", דהיינו, בניכוי התועלת שיש לקבלן מכך שהוא לא נדרש לעבוד בפועל. למעשה יש לבחון בכל מקרה את הנזק הממשי שנגרם לקבלן עקב חזרת המזמין.

כג. **לאחר כריתת חוזה בתחילת עבודה** – נחלקו אחרונים:

כד. לדעת הרמ"א המזמין חייב לשלם לקבלן את השכר היחסי על מה שכבר נעשה, או את מה שהובטח בניכוי עלות השלמת העבודה – הגבוה מבין שניהם.

כה. לדעת בעל נתיבות המשפט אם הקבלן דורש להמשיך ולעבוד יחויב המזמין במלוא השכר שהובטח. אולם יש לנכות עלויות שנחסכו כגון, חומרים, פועלים וקבלני משנה. מסתבר שכאשר מדובר על קבלן שלא יכול לעבוד בשני מקומות במקביל ומצא עבודה אחרת, יש לנכות את רווחיו מהעבודה החדשה שמצא.

כו. **אחרי מעשה קניין נוסף, כגון חתימה על חוזה** – לאחר חתימה על חוזה, מזמין שחזר בו חייב לשלם לקבלן הבניין את מלוא השכר שהובטח על כל העבודה, בניכוי עלויות שנחסכו כגון, חומרים, פועלים וקבלני משנה.

כז. למעשה, המלצתנו היא לקבוע בחוזה שהמזמין רשאי להפסיק את החוזה תוך פיצוי הוגן לקבלן הבניין, כדי לאפשר היפרדות במקרה של מחלוקת.

6. סעדים על הפרת חוזה מצדו של קבלן בניין – הפסקת החוזה

כח. **לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה** – ניתן לבטל את החוזה, וגם כאן יש למזמין "תרעומת" על קבלן הבניין (כאשר יש מחלוקת האם משמעותה ביקורת מוסרית).

כט. במקרה שנגרם למזמין נזק מחמת חזרתו של קבלן הבניין, רשאי המזמין לאכוף את ההסכמה באמצעות מה שמכונה "שוכר עליהן או להטען", כלומר המזמין רשאי לשכור קבלן אחר על חשבון מה שהוא כבר חייב לקבלן (אם אכן ישנו חוב כזה), וכן הוא רשאי להטעות את הקבלן ולהבטיח לו סכום נוסף אם ישוב לעבוד, הבטחה שהמזמין לא יצטרך לקיים.

ל. נחלקו אחרונים האם ניתן להשתמש בדרך של "שוכר עליהן או מטען" כלפי קבלן שחזר בו לפני תחילת מלאכה במקרה שלא נגרם למזמין הפסד, והדבר יוכרע בבית הדין.

לא. **לאחר כריתת חוזה בתחילת עבודה** – לא ניתן לאכוף על הקבלן את המשך העבודה, וקבלן הבניין יקבל תשלום על החלק שביצע או את מה שהובטח לו בניכוי עלות השלמת העבודה (אולם, הקבלן לא יצטרך לשלם מכיסו אלא לכל היותר לא יקבל תשלום) – הנמוך מבין שניהם. בכך מובטח למזמין שההוצאות שלו לא יגדלו עקב חזרת הקבלן.

לב. במקום הפסד למזמין מוסכם שניתן להשתמש בפתרון של "שוכר עליהן או מטען".

לג. **אחרי מעשה קניין נוסף כגון חתימת חוזה** – מלבד הפיצוי האמור לעיל, ניתן לאכוף על קבלן את ההסכם.

לד. לגבי תוכן האכיפה נחלקו אחרונים: לדעת הש"ך ניתן לאכוף את הקבלן בגופו. ואילו לדעת הסמ"ע (לפי הנודע ביהודה) ומהרי"א ענין לא ניתן לבצע אכיפה בעין, אלא רק לגבות מהקבלן את עלות השלמת החוזה גם אם היא גבוהה יותר ממה שסוכם איתו, ויתכן שהקבלן ייאלץ לשלם מכיסו עבור עלות ההשלמה.

לה. למעשה, גם כאן המלצתנו היא שלא ליצור חוזה בלתי הדיר שקושר שני צדדים בעל כורחם, ולכן מומלץ לקבוע בחוזה פיצוי ראוי בלבד.

7. תיקונים וסילוק ידו של קבלן בניין

לו. כאשר קבלן הזיק או ביצע את העבודה באופן לקוי זכותו לתקן את הליקוי ולא להתחייב בפיצוי.

לז. לאחר שמוזמין התרצה בקבלן על נזקים שלוש פעמים הוא רשאי לסלקו.

לח. במקרה שמדובר על עובד ציבור שגרם נזק שאינו ניתן לתיקון ניתן לסלקו מיידיית ללא התראה. לדעת השולחן ערוך ההיתר קיים רק בעובד ציבור. ולדעת הרמ"א כן הדין גם בעובד של אדם פרטי.

לט. במקרה של מעשה מודע וחמור (כגון גנבה או שימוש בחומר באופן לא תקני בניגוד להסכם או באופן המזיק לתוצאה) אין צורך בהתראה וניתן לסלק את הקבלן לאחר אירוע בודד.

מ. כאשר המזמין יכול לסלק את הקבלן הוא לא חייב בפיצויים אך הוא עדיין חייב לשלם על מה שכבר עשה בניכוי עלות השלמת העבודה, הנזקים והליקויים.

8. קנסות פיגורים

מא. מקובל לקבוע בחווה קנס למקרה שקבלן הבניין לא יבצע את העבודה במועד, וכן קנס על המזמין במקרה שזה לא ישלם לקבלן במועד.

מב. כדי להבטיח את תוקפו של הקנס מבחינה הלכתית יש לוודא שהוא אינו בגדר "אסמכתא". למעשה, המקובל הוא לקבוע בחווה סעיף כללי המחסן את כל החווה מפני בעיה זו.

מג. **פטור מחמת אונס** – עיקרון חשוב בהלכה הוא שאונס פטור מחובותיו, ולכן בהעדר תנאים מיוחדים אין לחייב קנס כנגד התחייבות שהופרה כתוצאה מאונס. כל עוד לא התנו אחרת הפטור קיים בין באונס מצוי (כגון עיכובים בשל תנאי מזג האוויר שאינם מאפשרים עבודה) ובין באונס שאינו מצוי (כגון עוצר על פועלים וכד').

מד. העיקרון שאונס פטור מחיוב אין בו כדי לחייב את הצד השני, ולכן אם הצד השני בוחר להפסיק את ההסכם אין לחייב אותו בפיצוי. לדוגמה, במקרה של איחור של קבלן הבניין מחמת אונס, יוכל המזמין להפסיק את ההתקשרות ולשלם לקבלן את שכרו על מדה שכבר עשה.

מה. למעשה, מומלץ לקבוע בחווה שאונס מצוי לא יפטור את קבלן הבניין מקנס (למשל, איחור במסירה בגלל ימי גשם), וכן לא יאפשרו למזמין להכניס קבלן אחר. במקרה של אונס שאינו מצוי לא יהיה קנס, אולם, במקרה של עיכוב גדול יוכל המזמין לסלקו.

9. תוספות שינויים וליקויים

מו. **תוספות** – מעיקר הדין אסור לעשות "עושר ולא במשפט" ולכן יש לשלם על כל תוספת, גם אם לא סוכמה מראש. ולכן, אם קבלן בניין ביצע עבודה מיוזמתו במקום שאינו מיועד לכך והמזמין מעוניין בעבודה, אזי הקבלן יקבל החזר הוצאות או את שווי העבודה (השבח) – הנמוך מבין שניהם. אם העבודה בוצעה במקום המיועד לכך, וכן אם היא בוצעה על פי בקשת המזמין ללא סיכום מראש על התמורה – הקבלן זכאי לתשלום המקובל.

מז. במקרה שהמזמין לא מעוניין בתוספת ולא ניתן לפרק את התוספות ישנה מחלוקת האם המזמין חייב לשלם.

מח. במקרה שהמזמין לא ביקש את העבודה ומוכח שהוא אינו מעוניין בה (כגון, שהוא הבהיר לקבלן הבניין מראש שאין לו כסף לתוספות), לדעת החזון איש הוא פטור מתשלום.

מט. כדי למנוע מחלוקות עובדתיות והלכתיות וכן למנוע ניצול לרעה מצד אחד הצדדים, נוסף בחווה תנאי מפורש שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמה לא תהיה חובת תשלום.

- נ. **ליקויים** – על פי שורת הדין, כאשר קבלן בניין ביצע עבודה באופן שונה ולקוי ממה שסוכם הוא זכאי להחזר ההוצאות שלו או לתשלום על השבח – הנמוך מבין שניהם. כל זאת, כאשר מדובר על ליקוי שלא ניתן לתקן, או שלא סביר לתקן (כגון, קיר עקום).
- נא. כאשר מדובר על ליקוי שמקובל לתקן דינו של הקבלן כמי שלא סיים את עבודתו וחלה עליו חובת תיקון. אם הוא יסרב לתקן או במקרה שלמזמין יש זכות לסלק אותו מהעבודה (ע"פ המפורט בפרק 07 למדריך זה), אזי הוא יחויב בעלות התיקון.
- נב. במקרה שמדובר על תוספת לא רצויה שלא ניתן לסלקה, חייב המזמין לשלם עליה. אלא שכאמור הומלץ לקבוע בחוזה שלא תהיה חובת תשלום על תוספת שלא הוסכמה.
- נג. **שינויים** – דין שינוי המטייב את הבניה כדין תוספת. במקרה שמדובר על שינוי שמרע את הבניה ביחס למתוכנן דינו כליקוי.
- נד. מחלוקות עובדתיות – סיבה נוספת לקביעת נוהל תוספות בחוזה היא שלעתים ישנה מחלוקת בין הצדדים האם המזמין ביקש את התוספת או לא.

הסכם קבלני לביצוע עבודות בנייה עם הערות מבארות

שנערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____ (/ /)
למניינם)

בין:

1. שם _____ ת.ז. _____

2. שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

שניהם יחד וכל אחד לחוד¹²⁴ להלן: "המזמינים" מצד אחד

ובין:

שם _____ ת.ז./ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

להלן "המבצע" מצד שני

מבוא

והואיל: והמזמינים הנם בעלי הזכויות והמחזיקים כחוק בקרקע (/ הבעלים ומחזיקים כחוק בבית) הנמצא/ת בכתובת _____ (להלן, אתר הבנייה).

והואיל: והמזמינים מעוניינים להזמין אצל המבצע את עבודות הבנייה (/ השיפוץ) באתר הבנייה (להלן "עבודות הבנייה"), כאמור בהסכם זה ובנספחים המצורפים לו.

והואיל: והמזמינים מצהירים כי קיים היתר בנייה בתוקף לביצוע עבודות הבנייה שעותק ממנו נמסר למבצע, אם יש צורך חוקי בהיתר בנייה.

והואיל: והמבצע, מעוניין לבצע את עבודות הבנייה עבור המזמינים, לאחר שביקר באתר הבנייה באור יום, ראה את מצבו והבין את כל הנדרש ממנו לביצוע עבודות הבנייה בתנאים המפורטים בהסכם זה ובנספחיו.

והואיל: והמבצע מצהיר כי הוא בעל הידע, הניסיון והיכולת הפיננסית לבצע את עבודות הבנייה וכי הוא קיבל לידייו את כל תכניות הבנייה, הבין, למד ובחן אותם ומסוגל לבצען.

124. מאפשר לתבוע מכל אחד מהמזמינים את מלוא ההתחייבויות.

והואיל: והמבצע מצהיר כי [רשות] הוא קבלן רשום מס' _____, ו[עובדיו בעלי מקצוע מיומנים ומוסמכים כדין לביצוע עבודות הבנייה.

לפיכך, הוסכם והוצהר על ידי הצדדים כדלקמן:

1. המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו ותנאי מתנאיו.
2. תנאי תשלום (נספח א), תכניות העבודה, תכנית מהנדס קונסטרוקציה, תכנית אדריכל, נספח טכני, היתר בניה, מפרט, סקיצות וכתבי הכמויות הנם חלק בלתי נפרד מהסכם זה [ויש לחתום על כל אחד מהם בנפרד].
3. הצדדים מודים ומצהירים בזאת, שחתמו על חוזה זה ברצון חופשי, בדעה צלולה וביישוב הדעת, אחר שקראו את החוזה או שהוא הוקרא בפניהם והם הבינו את תוכנו.¹²⁵
4. הגדרות
 - א. "המבצע" – לרבות עובדיו ו/או שלוחיו ו/או קבלני משנה ו/או כל פועל ו/או עובד עברו ו/או מטעמו בביצוע העבודה.
 - ב. (<סעיף רשות) "המזמינים" – הם ו/או בני זוגם.¹²⁶
 - ג. "העבודה" – כל העבודות הכרוכות בבניית הבית באתר (/ בשיפוץ הבית) עד לסיומן בהתאם לתכנית המתכננים ובהתאם להסכם זה, לנספחים המצורפים אליו והתאמתם למגורים לפי דרישת המפקח.
 - ד. "מפקח" – המהנדס או האדריכל, ו/או כל בעל מקצוע אחר, אשר ימונה ע"י המזמינים לצורך פיקוח על ביצוע עבודות הבניה.
 - ה. "אתר הבניה" – המגרש עליו יבנה המבנה (/ הבית – המבנה בו מתבצעות עבודות השיפוץ).
5. המבצע מאשר כי ראה ובחן את אתר הבניה והסכם זה וכי הוא מתחייב לבצע את העבודה לשביעות רצונם של המזמינים והמפקח, וזאת במיומנות מקצועית, תוך שימוש באבזורים, בציוד ובחומרים תקינים ובהתאם לתכנית. המבצע אף אחראי להתאמת הבניה למידות על פי התכניות. בכל מקרה שתתגלה סתירה או אי התאמה של המידות לאתר הבניה יהיה עליו להפסיק העבודות ולקבל הנחיות מתאימות מהמפקח.

125. בשולחן ערוך חו"מ מה, ג, נפסק שמי שחתם על שטר שלא הבין את תוכנו חייב בכל האמור בחוזה. הפוסקים דנו במקרים שונים בהם נראה שהחותם לא גמר בדעתו להתחייב באמור בשטר, ראו בספר זה, במאמר "החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: 'חוזה אחיד' בהלכה", עמ' 77 והלאה. הטוב ביותר הוא כמובן שהחותמים על השטר יבינו את תוכנו לפרטיו.

126. סעיף זה נועד למקרה בו רק אחד מבני הזוג חתם על החוזה, והוא מעוניין שגם בן זוגו יהיה שליח שלו לעניין החוזה.

6. א. הצדדים מצהירים ומאשרים כי המבצע ו/או עובדיו ו/או שלוחיו לא יחשבו כעובדי המזמינים, בין היתר משום שאינם משולבים במערך העבודה של המזמינים. לפיכך, המבצע ו/או עובדיו ו/או שלוחיו לא יהיו זכאים לשכר עבודה מהמזמינים ו/או לפיצויי פיטורין ו/או לכל תשלום אחר.
- ב. אם תוגש תביעה נגד המזמינים על ידי עובד מעובדי המבצע, ישפה המבצע את המזמינים על כל סכום אשר ישלמו המזמינים לעובד כתוצאה מתביעה כאמור אשר תוגש על ידי העובד.
7. המבצע מצהיר כי הנו בעל האחריות הבלעדית כלפי העובדים וקבלני המשנה שיעסקו בביצוע העבודה, ולא תהיה למזמינים כל התחייבות כלפיהם.¹²⁷ כן מתחייב המבצע לשלם לעובדים את כל התשלומים המגיעים להם בהתאם לדין.
8. המבצע מתחייב לבטח ולהיות אחראי לכל מקרה נזיקין (גוף ורכוש) שיתרחש באתר הבניה, לו לעובדיו ולכל צד ג'. בפוליסה יקבעו המזמינים כצד ג'. טרם תחילת עבודות הבניה ימציא המבצע למזמינים עותק של פוליסת הביטוח שלו, ובכלל זה אישור מהמבטחת כי הפוליסה לא תבוטל מבלי שתינתן התראה למזמינים 60 יום טרם לביטול.
9. המבצע מתחייב לבצע ולמלא אחר כל הוראות הבטיחות לפי כל דין ו/או הוראות משרד העבודה ו/או כל הוראות של כל גוף מוסמך אחר ובהתאם למקובל ולנקוט בכל אמצעי הזהירות והבטיחות הדרושים והמקובלים בביצוע עבודות הבניה באתר הבניה ובקרבנות. בכלל זה, המבצע מתחייב לספק במסגרת העבודה: שמירה, גידור, תמרוורים ושאר אמצעי זהירות לבטיחותו ונוחיותו של הציבור, בכל מקום שיהיה צורך בכך, בהתאם להוראות המפקח.
10. המבצע אינו רשאי להמחות זכויותיו עפ"י הסכם זה ואף אינו רשאי להסב הסכם זה לאחר.
11. המבצע מתחייב לבצע את עבודות הבניה בהתאם להסכם זה על נספחיו, ובנוסף מוסכם במפורש כי:
 - א. כל הכלים וחומרי הבניה אשר יידרשו לעבודה עפ"י התכניות כלולים במחירה והם ירכשו ויסופקו על ידי המבצע. כל חומרי הבניה יהיו בעלי תו תקן של מכון התקנים. מוסכם על הצדדים שאספקת החומרים כוללת גם את כל הוצאות העמסת החומרים, הובלתם, פירוקם ואחסנתם באתר הבניה.
 - ב. מוסכם ומוצהר על ידי הצדדים שאם ירכשו המזמינים כלים סניטרים, מרצפות או מוצרים אחרים הדרושים לעבודות השיפוץ, הם יזוכו ועלותם תופחת מהמחיר הסופי לפי הטבלה בנספח ב'.

127. לגבי האחריות של שומר שמסר לשומר ראו עוד להלן הע' 135.

ג. כל החומרים, הציוד, האמצעים והפועלים הדרושים לביצוע עבודת הבניה כלולים בתמורה שישלמו המזמינים ויסופקו על ידי המבצע ועל חשבונו, לרבות הובלתם לאתר הבניה. המבצע מתחייב לרכז את כל החומרים, ובכלל זה חומרי בניה שסופקו על ידי המזמינים, בתוך שטח מגודר תוך שהוא נושא בכל האחריות לגביהם.

ד. התמורה הנקובה להלן אינה כוללת את הוצאות הבדיקות, אשר ידרשו בנספח, או שידרשו על ידי המפקח, כאמור לעיל. הבדיקות תערכנה ככל שהדבר ניתן במכון התקנים הישראלי והמזמינים יישאו בהוצאות הבדיקה. גילתה הבדיקה פגם בביצוע העבודה ו/או באיכות החומרים הנובע ממעשה ו/או ממחדל של המבצע, ישא המבצע בהוצאות הבדיקה.

ה. הוראות הפיקוח מטעם המפקח, כהגדרתו להלן, ודרישותיו מהמבצע מחייבות את המבצע וכלולות בתמורה, אולם, אין בהן כדי ליצור יחסי עובד-מעביד בין המזמינים והמבצע.¹²⁸

12. תקופת העבודה ומשכה:

א. המבצע מתחייב להתחיל בביצוע העבודה בתוך _____ יום (מחקו את המיותר): מיום חתימת החוזה / מהיום שיומצאו היתרי הבניה מהרשות המקומית, ולסיימה עד ולא יאוחר מתום _____ יום מיום תחילת העבודה עד תאריך _____.¹²⁹

חל עיכוב בנסיבות התלויות במזמין יידחה יום סיום העבודה בהתאם.

ב. עיכובים באונס המצוי כדוגמת ימי גשם כלולים בימי העבודה ולא מאפשרים דחייה במועד המסירה.¹³⁰

ג. עיכובים באונס שאינו מצוי שאינו בשליטת המבצע, כגון, בעיות בריאות שמונעות ממנו לעבוד, ימי עוצר, וכד' מאפשרים דחייה של מועד המסירה עד 30 יום, אם האונס ממשיך רשאים המזמינים להפסיק את ההסכם ולמצוא קבלן אחר שישלים את העבודה, במקרה כזה הם ישלמו למבצע על העבודה שכבר בוצעה בלבד.¹³¹

128. אף שהפיקוח הוא תנאי בהסכם, אולם כדי שהוא לא ישלול את הגדרת הקבלן כקבלן, מובהר לצדדים שהפיקוח הוא מקצועי בדברים שיש להם השפעה על התוצאה ולא על ניהול העובדים ושעות העבודה (ראו במאמר המקדים עמ' 260).

129. בחוזה מובא הן מספר הימים והן התאריך המדויק שבו הם נגמרים זאת על מנת שיהיה ברור לצדדים מתי בדיוק הם מתחילים להתחייב בקנסות. כתיבת התאריך יכולה למנוע פרשנויות רחבות למספר הימים (ראו למשל פס"ד ארץ חמדה-גזית 74027, בכתובת: <http://www.dintora.org/article/285>).

130. מעיקר הדין "אונס רחמנא פטריה" (נדרים כז,א; כתובות ב,א; שולחן ערוך אה"ע נו, ג) על כן במקרי אונס הקבלן פטור מהחובה לעמוד בזמנים שנקבעו בחוזה, מאידך האונס לא מונע מהמזמין להפסיק את ההתקשרות (ש"ך חו"מ כא, ג) ממילא יוצא שבמקרה אונס שיגרור דחיה בסיום העבודה יש לאפשר למזמין להעביר את העבודה לקבלן אחר (הרב יעזר אריאל, תורת המשפט, עמ' 50). לכן למעשה כדי למנוע מחלוקות מומלץ לשקלל מראש ימים התלויים באונס המצוי כפי שפירטנו במאמר המקדים עמ' 276.

131. סעיף זה מנסה לאזן בין הגנה סבירה על קבלן שנאנס, לבין הגנה על המזמין שלא יתעכב ללא גבול. ראו עוד במאמר המקדים עמ' 277.

ד. המבצע מתחייב לעבוד מיום תחילת העבודה, בכל ימי העבודה המקובלים בישראל להוציא חגי ישראל, ולבצעה בשקידה ובקצב התקדמות ראוי ובכפוף לתקופת העבודה המפורטת בסעיף 12 לעיל.

ה. הפסקת עבודה תיחשב כל הפסקה של 7 ימי עבודה במצטבר ומעלה, החל מיום תחילת העבודות ועד ליום סיום העבודות, ללא סיבה מאושרת ע"י המפקח ו/או המזמינים.

איחור במסירה ייחשב כל איחור מעבר ל-7 ימי עבודה במצטבר מהתאריך שנקבע בחוזה זה.

ו. במקרה של הפסקת עבודה מצד המבצע, או במקרה של איחור במסירה מתחייב המבצע לשלם למזמינים סך של 500 ש"ח לכל יום מעבר ל-7 ימי העבודה האמורים בס"ק ה', זאת בנוסף לכל פיצוי אחר להם יהיו זכאים המזמינים בהתאם להחלטת הבורר.¹³²

ז. במקרה של הפסקת עבודה יהיו המזמינים רשאים גם לבטל את החוזה, והם ישלמו למבצע עבור מה שביצע או עבור מה שסוכם לאחר הפחתת הפיצוי המוזכר בס"ק ו' ועלות ההשלמה – הנמוך מבין שניהם. במקרה של ביטול כדין של החוזה, כל חומרי הבנייה שנמצאים במגרש יהיו בבעלותם הבלעדית של המזמינים מיום מסירת הודעת הביטול.

13. נהלי עבודה

א. את עבודות הבנייה ילווה מפקח מטעם המזמינים (אשר אף יישאו בשכרו), אם ירצו בכך המזמינים. המבצע מתחייב להישמע להוראות המפקח ולפעול על פיהן.

ב. המבצע או מנהל עבודה מטעמו יהיו נוכחים באתר הבנייה בכל השעות בהן מתבצעת עבודה על ידם ו/או מי מטעמם. ההוראות או ההסברים שינתנו למנהל העבודה ע"י המפקח, ייחשבו כאילו ניתנו למבצע. מנהל העבודה יהיה בעל ניסיון מוכח בתחום ובעל הסמכה מתאימה על פי החוק. המבצע יהיה אחראי לדאוג כי כל עבודות הבנייה יבוצעו אך ורק בשעות העבודה המקובלות.

ג. העתק מהסכם זה על **נספחיו** ולרבות התכניות יחזקו דרך קבע באתר הבנייה, בין השאר לשימושם ועיונם של הפיקוח הצמוד והפיקוח העליון בשעות העבודה באתר.

ד. המבצע יהא כפוף בביצוע העבודה למפקח, ויפעל על פי הוראותיו והנחיותיו. בכלל זה, ומבלי לפגוע בכלליות האמור יהא המבצע חייב לתקן כל פגם וליקוי ולבצע כל שינוי כנדרש ע"י המפקח – לפי העניין. המבצע אף מתחייב לפנות מיידית למפקח בכל עניין או שאלה העולים בקשר עם עבודות הבנייה וכאשר לא ברור לו כיצד עליו לפעול, ולקבל על כך הנחיות ואישורים מראש ובכתב מהמפקח.

132. קנס כזה עלול להחשב בגדר אסמכתא וריבית דרבנן וכדי לאפשר אותו נקבע בסעיף 25 כי הסכם זה נעשה במסגרת דיתר עסקא.

ה. המזמינים ו/או המפקח זכאים לדרוש בכל עת בדיקת טיב וסוג החומרים ו/או האביזרים ו/או העבודה, והמבצע מתחייב לבצע את הבדיקה מיד עם קבלת הדרישה ולסלק ו/או לתקן ו/או להחליף כל חומר ו/או אביזר ו/או לבצע את העבודה מחדש, כפי שיידרש על ידי המפקחים, הכול על חשבונו של המבצע בלבד.

14. אחריות לטיב העבודה

א. בתמורה כלולה אחריות המבצע לתיקון של כל פגם או אי התאמה אשר יתהוו בתקופת הבדק (כמוגדר להלן), וכן יישא בכל נזק אשר נגרם ישירות מתוך קיומו של הפגם או אי התאמה.

ב. האמור בסעיף זה מותנה בכך, כי התהוות הפגם, אי התאמה והנזק נובעים יהיו מעבודה גרועה של המבצע ו/או כל העובד מטעמו ו/או מתוך שימוש בחומרים גרועים ו/או מתוך הפרת ההסכם על נספחיו.

ג. עד לסוף תקופת הבדק יבצע המבצע גם את התיקונים שנדרשו ממנו על ידי המפקח. ד. במקרה של התהוות ליקוי ו/או אי התאמה הנמצאים באחריות המבצע כפי שהוגדר לעיל, יבוצע התיקון מוקדם ובסמוך ככל האפשר לפניית המזמינים ו/או המפקח ולכל המאוחר תוך 7 ימים מיום קבלת הפנייה של המזמינים ו/או המפקח.

ה. לעניין תקופת האחריות, תקופת הבדק ופיצוי על איחור, הצדדים מקבלים על עצמם את הוראות חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 או כל חוק אחר אשר יחליף בעתיד את החוק האמור, כאילו מדובר על הסכם לרכישת דירה. בכלל זה, משך התקופות והגדרת נטל הראייה, כפי שמוגדר בחוק שם.¹³³

ו. במקרה של ליקוי שלא ניתן לתקנו מתחייב המבצע לשלם פיצוי כפי שיוסכם בין הצדדים; ובהעדר הסכמה – כפי שיקבע הבורר המוסכם.¹³⁴

15. אחריות המבצע לנזק

א. המבצע יהא אחראי יחידי כלפי המזמינים לכל נזק אשר יתהווה תוך כדי ביצועה של העבודה לגופו ו/או לרכושו של צד ג' כלשהו, לרבות המזמינים ו/או עובדי המבצע ו/או העובדים עבורו ו/או מטעמו והוא משחרר בזה את המזמינים מכל אחריות ו/או מכל חובה לפי כל דין בקשר לתאונה, חבלה או נזק שנגרמו כנ"ל, ובלבד שהאמור לעיל נבע ממעשה ו/או ממחדל של המבצע ו/או מי מטעמו.¹³⁵

133. החוק נותן סעדים לרוכשי דירה בנויה או שעתידה להיבנות, אולם החוק לא חל על חוזה קבלנות, מטרת סעיף זה להחיל את אותם סעדים גם על חוזה קבלנות שבו אנו עוסקים.

134. כפי שמובא למעלה הקבלן אחראי לתקן את כל הליקויים, אולם אחריות זאת לא מסירה ממנו את החובה לפצות את המזמין במקרה של ליקוי שאינו בר תיקון, בכך עוסק סעיף זה. דין זה מבוסס על דין אומן שהיה צריך לעשות מלאכה נאה ועשה מלאכה רעה (משנה בבא קמא ט, ד; רמב"ם שכירות י, ד; וראו בהרחבה במאמר המקדים עמ' 279). התשלום יהיה לפי התועלת הכספית שיש למזמין מהתוצאה או בהתאם להוצאות שהיו במהלך העבודה – הנמוך מבין שניהם.

135. מעיקר הדין כאשר שומר מסר לשומר, במקום שכך רגילים לעשות – השומר הראשון פטור (בבא קמא נו, ב; שולחן ערוך חו"מ רצא, כב; ש"ך שם, לב). ולכן לכאורה כאשר קבלן מסר לקבלני משנה או לפועלים את העבודה, אזי הפועלים הם האחראים ולא הקבלן. עם זאת ודאי שאם סוכם עם הקבלן הראשי שהוא

ב. בכל מקרה בו ייתבעו המזמינים בגין פעולה או מחדל ו/או נזק האמור בסעיף א) לעיל, הם יודיעו על כך למבצע כדי שהלה יוכל להצטרף כנתבע נוסף. סירב המבצע להצטרף כנתבע, הרי שהמבצע מתחייב לשפות את המזמינים במלוא הסכום אשר ייקבע בפסק דין סופי של בית משפט או בית דין לממונות.

ג. שילמו המזמינים תשלום שהיה על המבצע לשלמו מכוח כל הסכם או דין, ישפה המבצע את המזמינים בגין כל תשלום שחויבו בו מכוח פסק דין בקשר עם עבודות הבנייה ובקשר עם הסכם זה, לרבות תשלומים בגין הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

ד. המזמינים יהיו רשאים לקזז ולנכות מסכום כלשהו המגיע למבצע לפי הסכם זה – כל סכום שלדעת המפקח מגיע מהמבצע למזמינים ו/או לכל צד ג' עפ"י כל הסכם או דין, כל זאת מבלי לפגוע בכל סעד או תרופה לה זכאים המזמינים על פי כל דין או הסכם.

16. התמורה

א. תמורת עבודות המבצע כמפורט בנספח להסכם זה ישלמו המזמינים למבצע סך של _____ ש"ח (_____ ש"ח + מע"מ, סה"כ _____) (להלן: "התמורה"). במקרה ששיעור המע"מ יעלה או ירד יחושב המע"מ לפי שיעורו ביום ביצועו בפועל של כל תשלום. בכפוף לתנאים ולסייגים הבאים:

ב. התמורה היא עבור כלל העבודה (פאושלי) / התמורה היא עבור ביצוע כתב הכמויות המופיע בנספח (מחקו את המיותר).

ג. אם מדרד תשומות הבניה יעלה או ירד בין יום חתימת הסכם זה לבין יום הביצוע של תשלום על פי ההסכם, ישתנה סכום התשלום בהתאם.

ד. המחיר שניתן עבור העבודה כולל את בניית / שיפוץ הבית לפי המפרט הטכני המצ"ב בנספח להסכם והוא יכול גם את הכנת אתר הבנייה, גידור לעבודה, יסודות, רצפה, קירות, תקרה, טיח פנים וחוף, ריצוף וחיפוי קירות, עבודות אלומיניום ותריסים, עבודות עץ ודלתות, ביוב וסניטריה, חשמל, מטבח וזאת לפי תכניות ומפרט אדריכל וקונסטרוקטור ולפי התכניות (נספח להסכם זה).

ה. כל תמורה תשולם, רק לאחר אישור המפקח שאכן בוצעו במלואן העבודות המתוארות, במועדים המופיעים בנספח התשלומים.

17. איחור בתשלומים

אחראי גם לנזקים שגרמו הפועלים – הסיכום מחייב. מעבר לכך, המנהג המקובל כיום הוא שהקבלן אחראי לתוצאה המלאה ואין קשר ישיר בין המזמין לפועלים, ולכן גם אם הדבר לא הותנה במפורש יש לראות בזה מנהג המדינה (ראו: הרב אורי סדן **כתר י** (תשע"ה), עמ' 435). למעשה בחוזה זה נכתב במפורש שהמבצע (הקבלן) הוא האחראי הבלעדי לכל הנזקים וממילא אין צורך להידרש למנהג. (ראו בהרחבה במאמר המקדים עמ' 258).

א. אם יאחרו המזמינים לשלם את התמורה במועדים שנקבעו, רשאי המבצע להפסיק את העבודות זמנית באתר או לאחר את מועד המסירה הסופי כנגד הימים בהם איחרו המזמינים לשלם, ועליו להודיע על כך למזמינים בכתב.¹³⁶

ב. אם יאחרו המזמינים לשלם את התמורה במועדים שנקבעו ונתבעו לכך על ידי המבצע, לאחר דחייה של 7 ימים שלא בהסכמה הם ישלמו למבצע כקנס סך 500 ש"ח עבור כל יום איחור נוסף.

18. תוספות ושינויים

א. תוספות ושינויים מעבר לקבוע במפרט המצורף להסכם זה, כגון, מטבח גדול יותר, החלפת אסלות, שינוי ריצוף, הוספת/החלפת קרמיקה וחלונות מיוחדים ישולמו כהשלמה לתמורה על פי התוספת המבוצעת ועל פי מחיר שיקבע מראש ובכתב בין המזמינים למבצע.

ב. הפרטים הבאים: _____ לא נכללים במחיר וככל שהמזמינים יהיו מעוניינים בביצועם מחירים יהיה כלהלן: _____, והמזמינים יהיו רשאים להורות בכתב למבצע לבצעם במחירים אלו ואז המחיר יצטרף לתמורה הקבוע למעלה.¹³⁷

ג. המזמינים יהיו רשאים להפחית מעבודות המבצע על פי הסכם זה עבודות עד 10% מעלות כלל העבודה. המזמינים יהיו רשאים להוסיף על עבודות הבנייה עבודות נוספות דומות לאלה שנקבעו בהסכם ובשיעור 10% מעלות כלל עבודות הבנייה.¹³⁸

ד. ההוראות בדבר שינויים יעשו במסמך בחתימת המבצע והמזמינים / והמפקח (מחקו את המיותר) תוך התייחסות לעלות השינוי.

ה. בוצעו שינויים ע"פ הוראת המזמינים ללא הסכם בכתב או ללא התייחסות לעלות השינוי יחויבו המזמינים או יזוכו בהתאמה בסכום הראוי על בסיס מחירון דקל ללא תוספות בניכוי 10%.¹³⁹

136. על אף שככלל קבלנות משתלמת בסופה, כלומר, רק במסירה, בבנייה אנו מתייחסים לכל שלב כאילו הוא נמסר בנפרד כיוון שהוא נעשה על קרקע של המזמין. לאור זאת נקבע שהיעדר תשלום זהה להיעדר תשלום בקניית קרקע (בבא מציעא ע"ב; שולחן ערוך חו"מ קצ, י"א) שם נפסק שהמוכר יכול לחזור בו. אך אם הוא לא חוזר בו נעשה החוב כמלווה, ראו מאמר מקדים עמ' 262.

137. סעיף זה הוא סעיף אופציה ומטרתו להגדיר מרכיבים המופיעים בתכניות שלא נכללים בתמורה שנקבעה מראש. מטרתו להגדיר מראש תמורה לתוספות אלו, כאשר הקבלן יהיה מחויב לבצע אותם במחיר שסוכם אם ירצו בכך המזמינים.

138. מטרת סעיף זה לאפשר שינוי מוגבל בהיקף הפרויקט, הן אם מדובר בהרחבתו והן אם מדובר בצמצומו. זאת מתוך הנחה ששינוי היקף הפרויקט מתבקש תוך כדי עבודה ולכן לא ניתן למנוע זאת מהמזמין, ומאידך, יש להגביל את היקף השינוי כדי שלא לפגוע בקבלן שבדרך כלל קובע את המחיר בהתאם להיקף הפרויקט ולכן שינוי בהיקף הפרויקט עלול לגרום לו להפסדים.

139. בכל מקרה שאדם נהנה בזכות חברו ברשות חייב הנהנה לשלם מחיר מלא. כך נלמד מדין "יורד לשדה חברו ברשות" (בבא בתרא מ"ב, רמב"ם גולה ואבדה י, ז; שולחן ערוך חו"מ שעה, ד) שמקבל שכר על ההוצאות שלו או על שבח שהסב לבעל השדה – הגבוה מבין שניהם (וראו במאמר עמ' 278). סעיף זה בא לקבוע תמחור קבוע למקרה שלא הוסכם על מחיר.

ו. בוצעו שינויים שלא ע"פ הוראת המזמינים, ללא הסכמה בכתב או בעל פה, המזמינים יהיו פטורים עליהם מכל תשלום.¹⁴⁰

19. אחריות המזמינים

א. המזמינים יהיו אחראים לכך שלא יבוצעו עבודות שאינן קשורות בעבודת הבנייה ואשר יעכבו או יפריעו לעבודות המבצע.

ב. המזמינים יהיו אחראים להיתרי בנייה, ככל שיידרשו.

20. סילוק יד

א. המזמינים רשאים להפסיק את ההתקשרות עם המבצע במקרה שהמבצע לא עמד בתנאי החוזה, ובכלל זה במקרים הבאים: כאשר ברור שהמבצע לא יוכל לסיים את העבודה במועד שנקבע בתוספת 7 ימי עבודה,¹⁴¹ כאשר המבצע אינו מציית להוראות המזמינים / הפיקוח, כאשר המבצע פועל באופן שיש בו סכנה לקריסת המבנה או סכנה לסביבה או משתמש בחומרים שאינם תקינים, וכד'.¹⁴²

ב. מוסכם בין הצדדים כי המזמינים יהיו רשאים לבטל את ההסכם מיידית גם במקרים הבאים:

1. מונה למבצע כונס נכסים מכוח כל דין, ו/או הוכרו כפושט רגל, או – אם הנו תאגיד – ניתן לגביו צו פירוק.

2. נגד המבצע או מי ממנהליו הוגש נגדו כתב אישום, או הורשע בנוגע למעשים שההרשעה לגביהם הנה בבחינת עבירה שיש עמה קלון.

3. הוכח למפקח ו/או למזמינים כי המבצע אינו מסוגל לעמוד בדרישות ההסכם מסיבה מקצועית, כספית, טכנית וכדומה.

חשוב להדגיש שבמקרה של מחלוקת בין הצדדים האם המזמין הסכים לביצוע העבודה, תהיה חובה על הקבלן להביא ראיה לכך שהייתה הסכמה (כדין המוציא מחברו). בלא ראיה, הוא ייחשב כ"יורד שלא ברשות", אשר הוסכם בסעיף הבא שהוא לא יהיה זכאי לכל תמורה. אשר על כן מומלץ לקבלן לתעד את הסכמת המזמין.

140. בהלכה נפסק ש"היורד לשדה חברו שלא ברשות" וגרם הנאה ממונית לבעל השדה – חייב בעל השדה לשלם לו, וידו של בעל השדה על העליונה. עם זאת, בחוזה זה נוסח תנאי מפורש שנועד למנוע ניצול לרעה של הלכה זו על ידי הקבלן, כפי שפירטנו במאמר המקדים עמ' 281. אולם התנאי מוגבל רק למקרים שלא הייתה כל הסכמה בכתב או בעל פה שאליה מתייחס החוזה בסעיפים הקודמים.

141. איחור ידוע מראש יכול להיות עילה לביטול החוזה, כפי שעולה בבס"ף הקדשים חו"מ שעה, א.; "פועל שעשה ועבר על תנאי הגבלת הזמן... יש לומר שהוא ליה כיוורד שלא ברשות ומגיע לו רק הוצאה שיעור שבח. ואם אי אפשר לומר דהוה ליה שלא ברשות... מגרעין ממה שקצב ומשלם כשווי פעולתו ע"פ בקיאים." וכן הסיק מדבריו בספר פתחי חושן שכירות יג, ד: "יש מי שאומר שהנותן לאומן חפץ והגביל לו זמן שעליו לגמרו ואיחר האומן הזמן המוגבל. דינו כיוורד לשדה חברו שלא ברשות ואינו משלם לו רק הוצאה שיעור שבח." ופשוט שכן יהיה הדין לכל הדעות כאשר מתנים כך באופן מפורש בחוזה.

142. התנהגות עבריינית מהווה עילה להפסקה מיידית של החוזה, בדומה לדברי הרמ"א חו"מ תכא, ו, ביחס למשרת שגנב שניתן לפטרו ללא צורך בהתראה. וראו עוד במאמר המקדים עמ' 274.

4. מובהר בזאת כי אין המקרים המנויים לעיל כעילות ביטול ההסכם בבחינת רשימה סגורה וכי אין במנייתם בכדי לגרוע מזכות המזמינים לבטל ההסכם מכוח כל עילה שבדין, ובכלל זה לבטל ההסכם עקב הפרתו על ידי המבצע.

ג. כאשר המזמינים רשאים להפסיק את החוזה או כאשר המבצע הפסיק את החוזה ללא סיבה מוצדקת ע"פ דין, יקבל המבצע תמורה עבור מה שביצע או את ההפרש בין מה שסוכם עמו לבין עלות השלמת העבודה ע"י קבלן אחר – הנמוך מבין שניהם.¹⁴³
 ד. כאשר המזמינים הפסיקו את ההתקשרות ללא סיבה מוצדקת ע"פ דין או ע"פ החוזה, הם ישלמו למבצע את מלוא התמורה על מה שבוצע כפי שנקבע בחוזה זה, למעט עלות חומרים שטרם נקנו.¹⁴⁴ ומוסכם שהמזמינים לא יפצו את המבצע על הפסד הרווח כתוצאה מהפסקת העבודה למעט תשלום נזקים ישירים הנובעים מביטול החוזה.¹⁴⁵

21. פרשנות

א. במקרה של סתירה בין הוראה מהוראות הסכם זה לבין הוראה ברורה ומפורשת במסמך אחר מהמסמכים המהווים את ההסכם, יכריע המפקח בשאלה איזו הוראה מבין ההוראות תהא עדיפה על רעותה, (אשר על כן יש לנהוג על פיה). לבורר תהיה סמכות לבקר את החלטתו של המפקח.

ב. גילה המבצע סתירה בין הוראות ההסכם או שהיה המבצע מסופק בפירושו הנכון של מסמך ממסמכי ההסכם או מסמך אחר הנוגע לו יפנה מיד לבורר ו/או למפקח לשם קבלת הנחיות כיצד לנהוג.

22. כתובות הצדדים יהיו כמופיעות בראש ההסכם. כל הודעה שתישלח על ידי צד למשנהו, בדואר רשום תחשב כמתקבלת כעבור 7 ימים מתאריך המשלוח אלא אם נמסרה ביד שאז תיחשב שהתקבלה במועד מסירתה.

23. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בורות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.¹⁴⁶

143. כדין קבלן שהחליט להפסיק לעבוד (שולחן ערוך חו"מ שלג, ד).

144. ע"פ רמ"א חו"מ שלג, ד. אמנם יש שכתבו שיש לחייב על הפסד הרווח של הקבלן (נתיבות המשפט שלג, ז; פתחי חושן שכירות י, הע' ט), אולם, כדי להימנע מחוזה בלתי הדייר לא הלכנו בדרך זו. וראו על כך בהרחבה במאמר המקדים עמ' 267-265.

145. יש להבחין בין נזקים מיידיים כגון ביטול יום עבודה של טרקטור, שבמקרים מסוימים יהיה ניתן לתבוע אותם, לבין מניעת הרווח העתידי (שנידון בסעיף הקודם).

146. סעיף הבוררות נוסח כשטר בורות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.

24. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,¹⁴⁷ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראייה שהבורר רואה אותה כמספקת.¹⁴⁸

25. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.¹⁴⁹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב לו חוב לפי חוזה זה, והבורר לא השתכנע שהחוב נפרע, נאמן כשני עדים על הצד השני, יורשיו או חליפיו, לטעון שהחוב טרם נפרע. במקרה כזה, יפרע הנתבע את החוב באופן מידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.¹⁵⁰

26. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,¹⁵¹ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים,¹⁵² ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.¹⁵³ כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל¹⁵⁴ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁵⁵

147. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.

148. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.

149. מן הדין שטר שניתן להוסיף בו פרטים לאחר שנחתם, מבלי שניתן יהיה לדעת על כך – פסול (שולחן ערוך חו"מ סימן מב) לפיכך, יש צורך להגביל את היכולת להוסיף סעיפים ללא חתימת שני הצדדים.

150. כאשר יש לתובע שטר בחתימת הנתבע, נחלקו ראשונים האם הנתבע נאמן לטעון שפרע את החוב, וכן נחלקו בעניין זה השולחן ערוך והרמ"א חו"מ סט, ב. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבויותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.

151. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצח; עמק המשפט ב, עמ' תקב).

152. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).

153. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". בשולחן ערוך חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב רמ"א אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש חלקת מחוקק אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מייתר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

154. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

155. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם הודה המתחייב

27. הסכם זה מסכם ומגבש כל הסכמה בין הצדדים ועם חתימתו אין ולא יהיה כל תוקף לכל הסכם ו/או הסכמה אחרים שנעשו בין הצדדים ולא יהיה תוקף לכל שינוי ו/או הסכמה ו/או תיקון ו/או תוספת ו/או גריעה ו/או הארכה ו/או ויתור בקשר לכל דבר ו/או עניין הקשור ו/או הכרוך בהסכם זה, אלא אם יעשו בכתב שיחתם על ידי הצדדים.

28. לא השתמש ו/או השתהה צד להסכם זה מלהשתמש בזכות מהזכויות המוקנות לו על פיו, לא יראו בכך ויתור על זכות מזכויותיו.

חתימת המבצע: _____

חתימת המזמינים: _____

שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

הסכם קבלני לביצוע עבודות בנייה עם הערות מבארות ♦ 301

נספח א – לוח תשלומים מוצע (אפשר לשנות בהתאם למוסכם)

הבונה ישלם רק לאחר ביצוע השלב ולא לפניו למעט המקדמה במעמד כריתת החוזה.
התשלום יהיה בגמר השלבים הבאים:

שלב הבנייה	אחוז התשלום	באלפים
יציקת יסודות +רצפה ראשונה	15%	
יציקת קירות	10%	
יציקת תקרה	10%	
טיח פנים	7.5%	
טיח חוץ	7.5%	
ריצוף+חיפוי קירות	10%	
אלומיניום	15%	
דלתות+מטבח	10%	
סניטריה וכלל האביזרים	5%	
ניקיון אתר הבנייה, מסירה מלאה	7%	
בדק	3%	
סה"כ	100%	

נספח ב' – טבלת זיכויים

המזמינים זכאים לדרוש מהמבצע להביא את כל הפריטים, אם המזמינים ירכשו את אחד מהפריטים הם יהיו זכאים לקבל עליהם זיכוי מהתמורה בהתאם לשלב התקנתם, לפי הטבלה הבאה.

טבלת זיכויים – לעריכה בזמן החוזה (יש לעדכן את המחירים בהתאם למקובל)

מוצר	סה"כ זיכוי
כיור מטבח	1000 ש"ח/יח'
כיור מקלחת	500 ש"ח/יח'
כיור כביסה	250 ש"ח/יח'
אמבטיה	800 ש"ח /יח'
אסלה תלויה קומפלט	1200 ש"ח /יח'
ברז מטבח	300 ש"ח /יח'
ברז כיור מקלחת	250 ש"ח /יח'
אינטרפון 3 דרך	250 ש"ח /יח'
אינטרפון 4 דרך	350 ש"ח /יח'
ברז סוללה	150 ש"ח /יח'
דלתות פנים	1500 ש"ח/יח'
דלתות חוץ משניות	1,700 ש"ח/יח'
דלת חוץ ראשית	2,500 ש"ח /מ"ר
ריצוף פנים	80 ש"ח /מ"ר
ריצוף חוץ	50 ש"ח /מ"ר
דוד שמש 200 ליטר+קולטים	3,600 ש"ח/יח'

הערה:

- * העבודה לא כוללת מטבח, סורגים, מזגנים, מערכת סינון מ"מ, חיבור גז.
- * העבודה תכלול תיאום ושיתוף פעולה עם בעלי המקצוע הרלוונטיים בהתאם להתקדמות העבודה ועפ"י סדר ההגעה המקובל (תיאום עם נגר לאחר גמר טיח וכדו').