

## הרב אלעזר גולדשטיין

# מדריך מעשי להתקשרות בין קבלן בניין ובין מזמין עבודה

## הקדמה

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

המדריך המעשי יתמקד במשמעות הזיקה המשפטית שבין קבלן ובין לקוח, לעומת התקשרות בין עובד ובין מעסיק. נדון בתרופות במקרה של הפרת חוזה מכל צד, ונבחן כמה נקודות מרכזיות שיש להתייחס אליהן בעת עריכת חוזה עם קבלן בניין.

חוזה עם קבלן לביצוע עבודות בנייה המבוסס על עקרונות אלו מובא במאמרי בספר משפטי ארץ ח"ד חוזים ודיניהם, עמ' 289–302. המאמר זמין להורדה בקובץ וורד באתר דין תורה.<sup>1</sup>

יובהר כי המונח 'קבלן' במאמר זה פירושו קבלן באופן כללי, וזאת במובחן מקבלן בניין.

## 1. הגדרת קבלן ודיניו

א. קבלן הוא מי שהתחייב כלפי מזמין להגיע לתוצר מסוים, ולמזמין אין שליטה על ניהול זמנו. לעומתו עובד הוא מי שלמעסיק יש שליטה על ניהול זמן עבודתו.

ב. לעובד ישנן זכויות שמטרתן להגן על חירותו ולמנוע מצב שבו הוא יועסק כ'עבד'. זכויות אלה אינן ניתנות לקבלן.<sup>2</sup>

ג. מעמדו הבסיסי של קבלן בניין הוא כשל קבלן ולא כשל עובד, כיוון שהוא מתחייב להגיע לתוצר מוסכם בזמן מסוים ואינו מקבל שכר לפי שעות העבודה.<sup>3</sup> גם אם לא

1. בכתובת: <http://www.dintora.org/article/509>.

2. ראו: בבא מציעא י ע"א; רש"י בבא מציעא עז ע"א, ד"ה שאני ליה.

3. רש"י, בבא מציעא קיב ע"א, ד"ה קבלנות; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סי' תעז (ובדפוס קרימונה סי' עא); אור זרוע ג, בבא מציעא, סי' רמב; הגהות אשרי, בבא מציעא פ"ו סי' ו; הגהות מרדכי, בבא מציעא סי' תנו; הגהות מיימוניות, הל' שכירות פ"ט ה"ד; רמ"א, חו"מ סי' שלג סעי' ה.

נקבע מועד לסיום העבודה, על קבלן הבניין להשלים את המלאכה בזמן סביר כפי המקובל.<sup>4</sup>

ד. יש בהסכם עם קבלן בניין מרכיב נוסף של מכירה וקנייה של חומרי הבנייה, ולכך יש משמעויות הלכתיות כמבואר בהמשך.<sup>5</sup>

ה. ההתחייבות של המזמין כלפי קבלן הבניין היא לשלם את שכרו. על כן, החוזה ביניהם מחייב את המזמין לשלם לקבלן, אך הוא לא מחייבו לתת לו להשלים את העבודה.<sup>6</sup>

ו. מועד חיוב תשלום התמורה לקבלן הינו רק במסירת התוצר,<sup>7</sup> 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 תמורת החומרים יכול שיתבצע בעת ההזמנה שלהם או בעת סיום שלב הבנייה.

ח. חוזה קבלנות נכרת בהתחלת העבודה עם הקבלן או עם פועליו.<sup>8</sup> ניתן גם לחתום על חוזה בכתב שמהווה 'מעשה קניין נוסף', אשר לו השלכות על דיני קבלן כפי שיפורט בהמשך.<sup>9</sup>

## 2. פיקוח וקנסות

ט. ישנם תנאים הנוגעים לזמן עבודה או לצורתה המחייבים קבלן ואינם פוגעים בחירותו ובהגדרת ההסכם כקבלנות. ואולם פיקוח הדוק מדי יהפוך את הקבלן לעובד, ולכך משמעות הלכתית גדולה.<sup>10</sup>

י. לאור האמור ניתן לקבוע בהסכם קבלנות בניין מועד לסיום העבודה, אולם אין לקבוע שעות עבודה מדויקות ולפקח עליהן (פיקוח המאפיין עובד).<sup>2</sup>

---

4. שו"ת מהריא"ז ענזיל, סי' טו, עמ' יד טור א; מהרי"ל דיסקין (פסקים סי' רטו); משפט הפועלים, עמ' רנח; הרב אורי סדן, כתר י, עמ' 48.

5. פתחי חושן, פרק ז הערות ד, ט; שם, פרק ט הערה כח; שם, פרק י הערה ט; משפט הפועלים עמ' מא-מב.

6. שו"ת מהריא"ז ענזיל, סי' טו, עמ' יד טור א.

7. שו"ע, חו"מ סי' שלט סעי' ו; וראו קצות החושן, סי' עב ס"ק כג.

8. שו"ע, חו"מ סי' שלג סעי' א-ד.

9. רמ"א, חו"מ סי' שלג סעי' א; פתחי תשובה, חו"מ סי' שלג ס"ק א; הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה) עמ' 71-70.

10. שילם ורפהטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 69-70 טען שאין זכות לפקח על קבלן, כיוון שזאת ההגדרה המבדילה בין קבלן לשכיר; לעומתו הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 49-50, הביא מחלוקת אם הדמיון של עובד לעבד לעניין השליטה בזמנו הוא סימן או סיבה. לענ"ד (חוזה קבלני לביצוע עבודות בניין, משפטי ארץ ד, עמ' 260) יש לצדד בגישת בנייים המאפשרת תנאים שיש בהם פיקוח על התוצר, אך תנאים הדוקים מדי ישנו את ההגדרה מקבלן לשכיר על זכויותיו השונות.



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

יב. תנאי בחוזה קבלנות בניין המאפשר פיקוח על איכות התוצאה – אפשרי, אולם פיקוח שמכתיב לקבלן כיצד לפעול בכל שלב ושלב, או כיצד לנהל את העבודה, עלול להפוך אותו לעובד.

יג. למעשה יש להגביל את זכות הפיקוח לשלושה מרכיבים: א) איסוף ראיות מהשטח כדי לדעת אם הקבלן גרם נזק שלא יהיה גלוי בשלבים מתקדמים יותר. ב) מניעת ביצוע ליקוי שתוצאותיו יצריכו תיקון, וודאי שניתן לפקח באופן שנועד למנוע ליקויים שלא יהיו ניתנים 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:

1. כאשר הוסכמו דברים בעל פה אך לא נכרת חוזה.
2. כאשר נכרת חוזה בתחילת עבודתו של קבלן הבניין (זאת ע"פ העיקרון ההלכתי שחוזה נכרת רק במעשה קניין).
3. כאשר בוצע מעשה קניין נוסף (כגון חתימת חוזה כתוב).

טו. לכל הפרה תיתכנה שלוש תרופות אפשריות:

- 1) ביטול החוזה.
- 2) פיצוי על הפרת החוזה.
- 3) אכיפה – כפיית השלמתו של החוזה.<sup>11</sup>

טז. אכיפת החוזה כלפי המזמין משמעה חיובו בתשלום השכר בלבד, ואין המזמין חייב לאפשר לקבלן הבניין להמשיך לבצע את העבודה בפועל.<sup>6</sup>

יז. האפשרות לאכוף את ביצוע העבודה על קבלן בניין בניגוד לרצונו נתונה במחלוקת אחרונים.<sup>12</sup> אולם למעשה לא מומלץ לכפות על אדם לעבוד בניגוד לרצונו, כיוון שיש סבירות גבוהה שהדבר יוליד בהכרח בעיות נוספות בעתיד. לכן מומלץ להוסיף בחוזה שבמקרה של הפרה מצד קבלן הבניין, הסעד יהיה פיצוי כספי ולא אכיפת ביצוע.

11. הרב דניאל כ"ץ, תרופות בשל הפרת חוזה, משפטי ארץ ד, עמ' 153.

12. ראו לקמן סעיפים לד-לו.

## **4. סעדים להפרת חוזה מצידו של המזמין – איחור בתשלומים**

יח. במקרה שבו המזמין אינו משלם במועד, קבלן הבניין יכול לבחור בין שתי אפשרויות:<sup>13</sup>

(1) עצירת העסקה וקבלת תשלום על מה שסוכם עימו על כלל העבודה בניכוי עלות השלמת העבודה, או תשלום על החלק שבוצע – הגבוה מבין שניהם.<sup>14</sup>

(2) ביטול העסקה כולה, שמשמעו קבלת תשלום על מה שבוצע לפי שווי העבודה המקובל בשוק (במקרה שהוא גבוה מהמחיר שסוכם).<sup>15</sup>

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

כ. אם קבלן הבניין לא דורש את התשלום במועד, הוא מגלה דעתו שברצונו להמשיך לעבוד למרות העיכוב, והחוב נעשה כמלווה שהוא זכאי לתבוע בהמשך.<sup>13</sup>

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

## **5. סעדים להפרת חוזה מצידו של המזמין – הפסקת החוזה**

כב. 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, כלומר זכות להתלונן על העוול במטרה למנוע את החזרה,<sup>16</sup> אך ללא דרישה לפיצוי כספי (נחלקו הפוסקים אם יש ביקורת מוסרית על המבטל על כך שנהג שלא כדין).<sup>17</sup>

כג. 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

13. זאת מתוך השוואה בין דין התשלומים לדין מוכר ששילם חלק מעסקה, ראו: בבא מציעא עו ע"ב; שו"ע חו"מ סי' קצ סעי' י-יא.

14. טור, חו"מ סי' שלג; סמ"ע, סי' שלג ס"ק טז; קצות החושן, סי' שלג ס"ק ת.

15. כדין 'יורד ברשות' ראו לקמן סעיף מז.

16. נחלקו האחרונים אם יש איסור לשון הרע בתרעומת או לא, ראו: חוזה קבלני לביצוע עבודות בניין, משפטי ארץ ד, עמ' 270-271; הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה) עמ' 275.

17. בבא מציעא עה ע"ב; שו"ע, חו"מ סי' שלג סעי' א; ונחלקו מבחינה מוסרית: לדעת הטור, חו"מ סי' שלג, נראה שאין כל מניע לחזור, והסמ"ע, סי' שלג ס"ק א, דייק שהרמ"א סבר שיש בכך 'מחוסר אמנה'.



נדרש לעבוד בפועל.<sup>18</sup> למעשה יש לבחון בכל מקרה את הנזק הממשי שנגרם לקבלן עקב חזרת המזמין.<sup>19</sup>

כד. לאחר כריתת חוזה בתחילת עבודה – נחלקו אחרונים:  
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.<sup>20</sup>  
לדעת בעל 'נתיבות המשפט' אם הקבלן דורש להמשיך ולעבוד, יחויב המזמין במלוא השכר שהובטח,<sup>21</sup> אולם יש לנכות עלויות שנחסכו, כגון חומרים, פועלים וקבלני משנה.<sup>22</sup> מסתבר שכאשר מדובר על קבלן שלא יכול לעבוד בשני מקומות בו זמנית ומצא עבודה אחרת, יש לנכות מחובו של המזמין את הרווחים של הקבלן מהעבודה החדשה שמצא.<sup>23</sup>  
כה. 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.<sup>9</sup>  
כו. למעשה, המלצתנו היא לקבוע בחוזה שהמזמין רשאי להפסיק את החוזה תוך פיצוי הוגן לקבלן הבניין, כדי לאפשר היפרדות במקרה של מחלוקת.

## 6. סעדים להפרת חוזה מצידו של קבלן בניין – הפסקת החוזה

כז. לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה – ניתן לבטל את החוזה, וגם כאן יש למזמין 'תרעומת' על קבלן הבניין (כאמור יש מחלוקת אם משמעותה ביקורת מוסרית).<sup>16</sup>

כח. במקרה שנגרם למזמין נזק מחמת חזרתו של קבלן הבניין, רשאי המזמין לאכוף את ההסכמה באמצעות מה שמכונה 'שוכר עליהן או מטען', כלומר המזמין רשאי לשכור קבלן אחר על חשבון הסכום 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.<sup>24</sup>

18. שו"ע, חו"מ סי' שלג סעי' ב (לעניין פועלים); ולעניין קבלן ראו: שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 627.

19. מנחת פתים, סי' שלג סעי' א; פתחי חושן, שכירות פרק י הע' ט.

20. רמ"א, חו"מ סי' שלג סעי' ד.

21. נתיבות המשפט, סי' שלג ס"ק ז.

22. פתחי חושן, שכירות פרק י, הע' ט.

23. כן מוכח לענ"ד מדין השוכר ספינה, שו"ע, חו"מ סי' שיא סעי' ו; ראו: משפט הפועלים, פרק טו הע' לט.

24. בבא מציעא עה ע"ב.

כט. נחלקו אחרונים אם ניתן להשתמש בדרך של 'שוכר עליהן או מטען' כלפי קבלן שחזר בו לפני תחילת מלאכה במקרה שלא נגרם למזמין הפסד,<sup>25</sup> והדבר יוכרע בבית הדין.

ל. לאחר כריתת חוזה בתחילת עבודה – לא ניתן לאכוף את המשך העבודה על הקבלן, וקבלן הבניין יקבל תשלום על החלק שביצע או את מה שהובטח לו בניכוי עלות השלמת העבודה<sup>26</sup> (אולם הקבלן לא יצטרך לשלם מכיסו אלא לכל היותר לא יקבל תשלום) – הנמוך מבין שניהם.<sup>27</sup> בכך מובטח למזמין שההוצאות שלו לא תגדלנה עקב חזרת הקבלן.

לא. במקום שיש הפסד למזמין, מוסכם שניתן להשתמש בפתרון של 'שוכר עליהן או מטען'.<sup>23</sup>

לב. אחרי מעשה קניין נוסף כגון חתימת חוזה – מלבד הפיצוי האמור לעיל, ניתן לאכוף את ההסכם על הקבלן.<sup>28</sup>

לג. לגבי תוכן האכיפה נחלקו אחרונים: לדעת הש"ך ניתן לאכוף את הקבלן בגופו לבצע את העבודה.<sup>29</sup> לדעת הסמ"ע לעומת זאת לפי ר' עקיבא איגר ומהרי"א ענזיל לא ניתן לבצע אכיפה בעין, אלא רק לגבות מהקבלן את עלות השלמת החוזה, גם אם היא גבוהה יותר ממה שסוכם איתו, וייתכן שהקבלן יאלץ לשלם מכיסו בעבור עלות ההשלמה.<sup>30</sup>

לד. למעשה גם כאן המלצתנו היא שלא ליצור חוזה בלתי הדיר, שהרי קבלן שלא רוצה לעבוד לא יוביל לתוצאה טובה, ומאידך גיסא כל עוד המזמין יכול לכפות את הקבלן, לא משתלם לו להביא קבלן אחר, וכך שני צדדים קשורים זה בזה בעל כורחם, ולכן מומלץ לקבוע בחוזה פיצוי ראוי בלבד.

25. קצות החושן, סי' שלג ס"ק ג; ש"ך, חו"מ סי' שלג ס"ק כט; נתיבות המשפט, סי' שלג ס"ק י.

26. שו"ע, חו"מ סי' שלג סעי' ד.

27. טור, חו"מ סי' שלג; ביום יוסף שם; סמ"ע, סי' שלג ס"ק טז.

28. תוספות, בבא מציעא מח ע"א; רמ"א, סי' שלג סעי' א.

29. ש"ך, חו"מ סי' שלג ס"ק ד; שם, ס"ק לד (בעקבות הגהות אשרי בבא מציעא פ"ו סי' ו); זאת אף שהרב גריינמן, חידושים וביאורים, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה ואפשר, כתב שלא ייתכן לפסוק 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'.

30. ר' עקיבא איגר, דרוש וחידוש בבא מציעא עט ע"א, ד"ה בהש"ך, מתוך דברי בעל הסמ"ע, בדרישה, חו"מ סי' שלג, ובסמ"ע, סי' שלג ס"ק טו; שו"ת מהרי"א ענזיל, סי' טו, טור א; וכן נראה בדברי ערוך השלחן, חו"מ סי' שלג סעי' יא.



## 7. תיקונים וסילוק ידו של קבלן בניין

לה. כאשר קבלן הזיק או ביצע את העבודה באופן לקוי, זכותו לתקן את הליקוי ולא להתחייב בפיצוי.<sup>31</sup>

לו. לאחר שמזמין התְּךָ בקבלן שלוש פעמים על קיומם של נזקים או ליקויים שונים שאינם מצויים, על אף שהנזק בר תיקון, כיוון שהוא מוחזק כרשלן הוא רשאי לסלקו.<sup>32</sup> לז. יש מחלוקת אם במקרה שמדובר על נזק שאינו ניתן לתיקון ניתן לסלקו באופן מיידי וללא התראה.<sup>33</sup>

לח. במקרה של מעשה מודע וחמור (כגון גנבה או שימוש בחומר באופן שאינו תקני בניגוד להסכם או באופן המזיק לתוצאה וכדומה), אין צורך בהתראה, וניתן לסלק את הקבלן לאחר אירוע יחיד.<sup>34</sup>

לט. כאשר המזמין יכול לסלק את הקבלן, הוא לא חייב בפיצויים, אך עדיין הוא חייב לשלם על מה שכבר עשה בניכוי עלות השלמת העבודה, הנזקים והליקויים.<sup>35</sup>

## 8. קנסות פיגורים

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

מא. כדי להבטיח את תוקפו של הקנס מבחינה הלכתית, יש לוודא שהוא אינו בגדר 'אסמכתא'.<sup>36</sup> למעשה, המקובל הוא לקבוע בחוזה סעיף כללי המחסן את כל החוזה מפני בעיה זז.<sup>37</sup>

מב. פטור מחמת אונס – עיקרון חשוב בהלכה הוא שאנוס פטור מחובותיו, ולכן בהיעדר תנאים מיוחדים אין לחייב קנס כנגד התחייבות שהופרה כתוצאה מאונס.<sup>38</sup> כל עוד לא

31. כפי שעולה בדברי הרמ"א לעניין סופר, ע"י רמ"א חו"מ סי' שו סעי' ח; וראו ערוך השלחן שם טו; פתחי חושן, שכירות פרק יג, הע' מא; וכנגדו בפס"ד ארץ חמדה גזית 1-74003 פרק י.  
 32. על פי נימוקי יוסף, בבא מציעא סו ע"א בדפי הרי"ף.  
 33. שו"ע, חו"מ סי' שו סעי' ח. לדעת השו"ע, ההיתר קיים רק בעובד ציבור, ולדעת הרמ"א כן הדין גם בעובד של אדם פרטי.  
 34. על פי דברי הרמ"א, חו"מ סי' תכא סעי' ו; וראו פתחי חושן, שכירות פרק י, הע' כו.  
 35. ראו על כך שו"ת אגרות משה, חו"מ א, סי' מז; פתחי חושן, שכירות פרק י, הע' כד.  
 36. ככלל בהתחייבות הניתנת לקיום, אין חשש אסמכתא (רמ"א, חו"מ סי' רז סעי' ג); נוסף לכך בפטור מתשלום נחלקו: לדעת הרמב"ם, הל' מכירה פי"א ה"ד, אין בעיה של אסמכתא, וכן דעת השו"ע, חו"מ סי' רז סעי' יא, ואילו לדעת הטור והרמ"א, חו"מ סי' רז, יש בעיה. ובפתחי תשובה, חו"מ סי' רז סעי' יד כתב שהמוחזק יכול לומר 'קים לי' כדעת הרמב"ם.  
 37. שו"ע, חו"מ סי' רז סעי' טו; ראו עוד: הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מבוא לדיני חוזים, משפטי ארץ ד, עמ' 41-40.  
 38. נדרים כז ע"א; כתובות ב ע"א; שו"ע, אה"ע סי' נו סעי' ג.

התנו אחרת, הפטור קיים בין באונס מצוי (כגון עיכובים בשל תנאי מזג האוויר שאינם מאפשרים עבודה) בין באונס שאינו מצוי (כגון עוצר על פועלים וכד').<sup>39</sup>

מג. העיקרון שאונס פוטר מחיוב אין בו כדי לחייב את הצד השני, ולכן אם הצד השני בוחר להפסיק את ההסכם, אין לחייב אותו בפיצוי.<sup>40</sup> לדוגמה, במקרה של איחור של קבלן הבניין מחמת אונס, יוכל המזמין להפסיק את ההתקשרות ולשלם לקבלן את שכרו על מה שכבר עשה.<sup>41</sup>

מד. למעשה מומלץ לקבוע בחוזה שאונס מצוי לא יפטור את קבלן הבניין מקנס (למשל, איחור במסירה בגלל ימי גשם), אך גם לא יאפשר למזמין להכניס קבלן אחר. מאידך גיסא במקרה של אונס שאינו מצוי לא יהיה קנס, אולם במקרה של עיכוב גדול יוכל המזמין לסלקו.

## 9. תוספות שינויים וליקויים

מה. תוספות – מעיקר הדין אסור לעשות 'עושר ולא במשפט', ולכן יש לשלם על כל תוספת, גם אם לא סוכם עליה מראש. לכן 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.<sup>42</sup>

מו. במקרה שהמזמין לא מעוניין בתוספת ולא ניתן לפרק אותה, ישנה מחלוקת אם המזמין חייב לשלם.<sup>43</sup>

מז. במקרה שהמזמין לא ביקש את העבודה ומוכח שהוא אינו מעוניין בה (כגון שהוא הבהיר לקבלן הבניין מראש שאין לו כסף לתוספות), לדעת ה'חזון איש' הוא פטור מתשלום.<sup>44</sup>

מח. כדי למנוע מחלוקות עובדתיות והלכתיות וכן למנוע ניצול לרעה מצד אחד הצדדים, מומלץ להוסיף בחוזה תנאי מפורש שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמה (בכתב או בעל פה) לא תהיה חובת תשלום.

39. הרב יעזר אריאל, תורת המשפט, עמ' 28-31.

40. ש"ך, חו"מ סי' כא ס"ק ג.

41. הרב יעזר אריאל, תורת המשפט, עמ' 50.

42. בבא מציעא קא ע"א-קא ע"ב; רמב"ם, הל' גזלה ואבדה פ"י ה"ד; שפ ה"ז; שו"ע, חו"מ סי' שעה סעי' א-ד.

43. קצות החושן, סי' שו סעי' ו; נתיבות המשפט, סי' שעה סעי' ב.

44. חזון איש, בבא בתרא סי' ב ס"ק ו.





מט. 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).<sup>45</sup>

ג. 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 7), אזי הוא יחויב בעלות התיקון.

גא. במקרה שמדובר על תוספת לא רצויה שלא ניתן לסלקה, חייב המזמין לשלם עליה, אלא שכאמור מומלץ לקבוע בחוזה שלא תהיה חובת תשלום על תוספת שלא הוסכמה.

גב. שינויים – דין שינוי המטייב את הבנייה כדין תוספת. במקרה שמדובר על שינוי שמרע את הבנייה ביחס למתוכנן, דינו כליקוי.

גג. מחלוקות עובדתיות – סיבה נוספת לקביעת נוהל תוספות בחוזה היא שלעיתים ישנה מחלוקת בין הצדדים אם המזמין ביקש את התוספת או לא.<sup>46</sup>



45. משנה בבא קמא פ"ט מ"ד; רמב"ם, הל' שכירות פ"י ה"ד.

46. במקרה כזה כאשר ישנו סעיף הדורש הסכמה. בית הדין ינקוט על פי רוב לפי הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה', ולכן מומלץ לגבות כל הסכמה על תוספת בכתב.