



בס"ד, ג' ניסן תשע"ב
26 מרץ 2012
תיק מס' 71082, בעפ"ר

פסק דין ביניים

בעניין שבין

התובע – מזמין עבודה

לבין

הנתבע – מפקח בניה

א. רקע עובדתי:

התובע, שכר את הנתבע, על מנת שיפקח על עבודות בניה והרחבה שעשה התובע בביתו ובחצרו.

במהלך העבודות נפצע אחד הפועלים של הקבלן, והתברר שלא היה מבוטח ע"י הקבלן. הפועל תבע בבית משפט את התובע, שישלם לו פיצויים על פציעתו, התביעה עדיין תלויה ועומדת בבית המשפט.

בחורף הראשון שלאחר עבודות הבנייה, שכללו גם בניית טרסות, נסחפו על ידי הגשם חלק מהאבנים מהן בנויות הטרסות, ונגרם נזק לתובע. תמונות של הנזק מצורפות לתיק.

ב. טענות ותביעות הצדדים:

טענות התובע:

התובע טוען שהנתבע נשכר כמומחה. התובע טוען שהוא לא מכיר את עבודות הבנייה ואת כל הכרוך בהם, כמו כן הוא אינו יודע לזהות ליקויים בבניה, וגם לא את הפרוצדורות של ביטוחי העובדים וכד'. על מנת להתמודד עם כל אלו, שכר את הנתבע. על כן הנתבע אחראי לכל תקלה שיש לתובע בעקבות הבניה. בנוסף, לטענת התובע, הנתבע הוא שהמליץ על הקבלן, ואף התנה את קבלת העבודה בכך שדווקא קבלן זה יועסק.

על פי האמור הנתבע צריך לשאת באחריות לעניינים הבאים:

א. נזקים שנגרמו בעקבות קריסת הטרסות.

במכתב ששלח התובע, הוא תובע על סעיף זה 12, 500 ₪ שלטענתו זה החלק של הטרסות בחוזה.

ב. נזקים שיגרמו לתובע במקרה ובית המשפט יחייב את התובע לשלם פיצויים לפועל שנפצע.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא חייא St. corner of Rabbi Chiya St. Brurya St. 2 Main Office:

ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותת רשומה מס' 580120780 עמוד 1 מתוך 22
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org beitedin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois



טענות הנתבע

הנתבע מודה שנשכר כפקח בניה. תפקידו מוגדר על פי החוזה שנחתם ביניהם (רצ"ב כנספת). הנתבע מכחיש שהתנה את העבודה בהעסקת קבלן זה או אחר.

תשובותיו לתביעות הן:

א. **ביטוח הפועלים** - אין זה מתפקידו של המפקח לדאוג לביטוח הפועלים ע"י הקבלן, תפקידו של המפקח (כפי שהוגדר בחוזה ביניהם) הוא לייצג את התובע מול הקבלן, ולוודא את איכות העבודה ואיכות החומרים.

ב. **קריסת הטרסות** - הנתבע טוען שהתריע בפני התובע שהאיכות של הבנייה ירודה, וכמו במקרים אחרים בהם התריע על טיב האיכות, התובע לא דרש לשנות או להפסיק את הבנייה אלא הסתפק באיכות הקיימת שתאמה את יכולותיו הכלכליות. כיוון שהנתבע התריע בפני התובע מילא הנתבע את התחייבויותיו כלפי התובע ולכן אין הוא חייב לשאת בתוצאות של קריסת הטרסות. לטענתו, בשעת בניית הטרסות היה סכסוך כספי בין הקבלן לבין התובע, ובגלל שהתובע לא הגיע עם הקבלן לעמק השווה, הקבלן עשה עבורו עבודה גרועה, בבחינת "לגמור וללכת".

התובע – מכחיש את טענת הנתבע שהתריע בפניו על האיכות הירודה והבעייתיות של בניית הטרסות באופן בו הן נעשו.

ג. נקודות לדיון:

א. מהם היסודות ההלכתיים לחיוב של מפקח שהתרשל בתפקידו?

ב. כיצד לדון במצב של הכחשה: הנתבע טוען שמילא את תפקידו והתריע, והתובע מכחיש וטוען שלא התריעו בפניו?

ג. האם הדאגה לביטוח רפואי לפועלים היא חלק מהגדרת תפקידו של המפקח?

ד. האם המלצת הנתבע (במידה שהיתה) על קבלן זה מטילה עליו אחריות כלשהי לכשלים בעבודת הקבלן?

ד. דיון:

א. היסודות ההלכתיים לחיוב של מפקח שהתרשל בתפקידו

1. חיוב מצד דיני שמירה

בפסק דין שפורסם בקובץ שערי צדק (כרך ו מעמ' 213 ואילך), דן הרב גדעון פרל שליט"א ביסודות חיובו של מפקח בניה. להלן נביא מדבריו ונדון בהם.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא ברוריה St. corner of Rabbi Chiya St. 2 Brurya St. Main Office:

ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותת רשומה מס' 580120780 עמוד 2 מתוך 22
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.eretzhemdah.org beitdin@eretzhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

כאפשרות ראשונה מציע הרב פרל, שניתן לחייב אותו מדין שומר שכר שחייב בגניבה ואבידה, וק"ו בפשיעה.

ואלו דבריו שם –

מפקח לפי דיני שומרים, כיון שהוא נשכר כדי לשמור ולפקח על עבודת הקבלן ופועליו. שומר שכר מקבל פקדון לשמירה, שלא יארע כל נזק, ואחריותו היא על גניבה ואבידה ופשיעה, שאם קרה דבר מאלו הרי הוא חייב לשלם למפקיד את ערך הפיקדון. הוא הדין ביחס למפקח, שקיבל על עצמו אחריות לשמור על הבניה, שתהיה בשלימות ללא נזקים. אם התרשל במלאכתו, הרי זו פשיעה בשמירה המחייבת אותו תשלום על הנזק שהוא אחראי עליו כשומר שכר.

בהמשך הוא מביא מתשובת החת"ס (ה, קמ) ששומר חייב גם בנזקים שקרו בגרמי ובגרמא –

האמת יורה דרכו דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באיניש דעלמא המזיק חברו אבל מי שבא הדבר לידו בתורת שמירה או שליחות חייב אפ"י על צד רחוקה ונפלאה וכל פשיעת השומרים ועיוות שליחות כד מעיינת בהו איננו אלא גרמא בעלמא.

ואכן לשיטה זו, ששומר חייב גם בנזקי גרמא ישנם שותפים רבים. למשל בשו"ת שאילת יעבץ (א, פה) נשאל על מקרה שאדם שלח לנציגו באמסטרדם פתקים שעל ידם יש לו זכויות מסוימות. על מנת לשמור על אותן הזכויות, הנציג צריך להחליף מדי פעם את הפתקים במשרד המתאים. אם לא מחליפים את הפתקים בזמן הזכויות יורדות לטמיון. הנציג "שכח או הזיד" ואיחר את המועד ולא החליף את הפתקים, וממילא המשלח איבד את כל זכויותיו, ותובע את הנציג לפצות אותו על כך. היעב"ץ השיב –

והשבתי לכאורה פטור. דאינו אלא גרמא בניזקין דהא לא קעבד מעשה בידים. ולא מיקלי קלי להו אפ"י בדיבורא. אלא ממילא פסדי. ואפ"י פשע מיפטור. איברא כמן ימא לטיגנא הדרנא בי ופשיטא לי דחייב לשלומי דמי שטרי מעליי (דהיינו מה שהיו שווין לימכר בשוק לפי שומת הבקיאין) דודאי שאני שאר מזיק דלא קיבל שמירת הנזק עליו. משו"ה פטרינן ליה בגרמא. ואפ"י משום קנסא לא מחייבין ליה במידי דלא שכיח. משא"כ שומר שהזיק ודאי חייב אפ"י בגרמא בעלמא בין שוגג בין מזיד. כיון שקיבל עליו השמירה נתחייב דבר תורה. כל א' מהשומרין כדינו. ותדע דאפילו שומר חנם כהאי גוונא חייב. דהא קיי"ל שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות בחנם ולא קדם חייב. והא כהאי גוונא אפילו גרמא לא הוי. דלא מידי עבר. וקצת אנוס נמי הוי. אפילו הכי חשיב כמזיק בידים. . .

אך בהמשך דבריו הרב פרל שם דחה את האפשרות הזו כבסיס לחיוב מפקח בניה, כיוון שכלל נקוט בידינו ששומר פטור כאשר נשוא השמירה היא קרקע (שו"ע חו"מ שא, א). אם כן לא ניתן לחייב את המפקח מדין שומר.

אמנם יש להעיר, שנחלקו הראשונים, האם הפטור של שומר בקרקע (וביתר הדברים ששומר פטור עליהם) הוא רק בגניבה ואבידה או גם בפשיעה.



כך כתב הרמב"ם (שכירות ב, ג) -

יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון, וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריות בין בשמירות חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה חייב כמי שהפסיד בידים וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים.

דהיינו, לדעת הרמב"ם שומר קרקע חייב בפשיעה, שכן פשיעה בשמירה שקולה לנוק בדיים.

ואכן הראב"ד השיג שם על חידושו של הרמב"ם -

יראה לי שאם פשע השומר וכו' עד המזיק מטלטלין וכו'. א"א ואם אמת הוא זה שומר חנם למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם . . . ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל.

הבית יוסף (סו, מ) הביא את דברי הרמב"ם, ושכן כתב גם הרמב"ן, אך הביא שהרי"ף בתשובה כתב שגם בפשיעה פטור ושכן הכריע הרא"ש.

השו"ע (סו, מ) הביא את שתי השיטות -

אם היה שומר שכר עליהם, ונגנבו או אבדו, אפילו בפשיעה, פטור מלשלם, אבל מפסיד שכרו עד שישבע ששומר כראוי. (וכל שכן ששומר חנם פטור מפשיעה). ויש מחייבים בפשיעה.

יש לציין שגם לפי הדעה שהפטור כולל גם פשיעה, אך באופן כזה הוא לא יקבל את שכרו, שכן הוא שכרו ע"מ לשמור ואת זאת הוא לא עשה.

ממשמעות הדברים ולפי כללי הפסיקה של השו"ע נראה שהכריע כדעה הפוטרת וכך פסק הרמ"א במפורש שם.

אך הש"ך שם (ג) האריך לדחות את ראיות החולקים על הרמב"ם ולהוכיח כדבריו -

והסברא הראשונה היא עיקר כו' - באמת כן דעת הרבה פוסקים מאד, ובפרט הרא"ש בתשובה + כלל צ"ד סי' ה' + שכתב שאין לפסוק כהרמב"ם (פ"ב משכירות ה"ג) אלא כהתוספות שהביאו ראיות ידועות לדבריהם, וגם הבי"י גופיה פסק לקמן סימן ש"א [סעיף ב'] דלא כהרמב"ם, וכן פסק בשו"ע לקמן ריש סימן צ"ה [סעיף א'] בסתם. אבל מה אעשה שלפע"ד דברי הרמב"ם עיקר ומוכרחים בש"ס, וראיות



התוספות והפוסקים שהשיגו עליו לפע"ד אינם ראיות וכמו שאבאר, ופשיטא דאין הולכים אחר רוב הפוסקים במקום שנראה לעינים בש"ס שהדין עם המועטים, ובפרט כי הפוסקים לא פסקו כן אלא מכח ראיותיהם, וכיון שנסתר הענין נפל הבנין. . . ויהיה איך שיהיה, העיקר לפע"ד כהרמב"ם וכמו שכתבתי במקום הניחו לי להתגדר בו.

התומים שם (סז) דחה את דברי הש"ך וסיכם –

ולכן לא מצינו מקום שמצא הש"ך להתגדר כאשר התפאר שמקום הניחו לו להתגדר ובכל מה שכתבנו ראיות ברורות לדברי התוס' וסייעתם.

ואם כן נראה לפי זה, שאם היינו מגדירים את רשלנותו של המפקח כפשיעה, לדעת הש"ך הוא היה חייב בתשלומים, כשיטת הרמב"ם, ואילו לדעת השו"ע, הרמ"א והתומים הוא היה פטור מתשלומי הנזק, אך המזמין היה פטור מלשלם לו את שכרו.

אם המזמין היה תפוס בנכסי המפקח, ייתכן שהוא היה יכול לומר קים לי כדעת הש"ך ולהשאיר בידו את נכסיו. בכל אופן אם המזמין כבר שילם למפקח, עליו להחזיר לו את משכורתו, ונדון בכך לקמן.

כל האמור הוא להבנה שדין מפקח כדין שומר. אלא שנראה שיש לפקפק בכך, כיוון שדיני שמירה חלים כאשר ניתן חפץ כלשהו (ואם ניתן קרקע לשמור, כאמור הוא שומר, אך התורה פטרה אותו מחיובי השמירה) למישהו לשמור. אך הרי המפקח לא קיבל שום דבר לשמור עליו. אין כאן עדיין כלום. הקבלן בונה, ותפקיד המפקח לדאוג שיעשה את תפקידו כדבעי. על מה הוא שומר? על הקרקע? הרי אין הטענה שהוא הזיק לקרקע, אלא שבנה משהו לא טוב. בפשטות אין זה שייך כלל לדיני שמירה. ולכן מטעם שמירה לא ניתן לחייבו אפילו לצאת ידי שמים.

אכן יש מקום לחייב את המפקח, למצער בצורה חלקית וזאת על פי דברי האמרי בינה (הלכות פסח ה"ד"ה ויש מקום) -

ויש מקום לומר דהנך דמיעטה התורה מדין שמירה דאף אם פטור אף מפשיעה מ"מ בדיני שמים חייב לשלם למ"ש הריטב"א בתשובה המובא ב"י ח"מ (סי ס"יו) וז"ל ודעת הרי"ף דאפילו יש עדים שפשע בהן פטור וכן דעת כל רבותי האחרונים ודקי"ל פושע מזיק הוא וחייב שלא מדין שומר הא ליתא, דפשיעה גרמא בנזקין הוא שפטור מדיני אדם אלא שהתורה חייבה שומרין בפשיעה מפני שסמך עליהם בעל הפקדון והבטיחו שומר לשמרו עכ"ד.

ומשמע מדבריו דאף בשטרות דפטור מפשיעה מ"מ חייב בדיני שמיים, כמו שהדין גרמא.

אם כן, כיוון שישנו חיוב בדיני שמים לשלם בכהאי גוונא גם לדעת השולחן ערוך, בית הדין מוסמך במקרה של רשלנות פושעת להטיל חיוב זה על הנתבע.

2. חיוב מצד הסתמכות

כאפשרות שניה מציע הרב פרל (שם) לחייב את המפקח מצד דין "חזי דעלך קא סמיכנא", דהיינו, מעצם העובדה שמזמין העבודה שכר את שירותיו של המפקח תוך הסתמכות על הביקורת שלו לניהול תקין של הפרויקט.

השו"ע כתב בדין זה (שו, ו) -

המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד.

ואם בחנם ראהו, פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם,

והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. (ויש אומרים דאפילו סתמא נמי חייב (טור בשם רבינו יצחק והרא"ש). ומכל מקום הסברא הראשונה נראה עיקר).

כלומר, במקרה שסומך על איש מקצוע שעבד בתשלום, ואיש המקצוע טעה ובגלל טעותו נגרם נזק, הוא חייב בתשלום. כל זאת במקרה שנאמר לו במפורש שמסתמכים עליו או שהיה ברור מנסיבות הענין שמסתמכים עליו.

לכאורה, במקרה שאדם לוקח מפקח, ברור שהוא סומך עליו. דהיינו, בשונה ממצב בו אדם מראה דינר לחו"ד של מומחה, המומחה אינו יודע שהוא האדם בו שם השואל את מבטחו. שמא הוא מציג את המטבע גם לאחרים, או שמא מדובר במטבע שהוא של השואל, ואינו מסתמך עליו כלל, אלא מבקש את חוות דעתו לדעת איכותה. בשונה מכך, במפקח בניה, ברור למפקח שהוא האדם עליו מסתמך בעל הבית, ואם כן הוא טעה ובעקבות כך נגרמו נזקים למזמין עליו לפצותו.

הרב פרל דוחה אפשרות זו, כיוון "שהמומחים הם פעילים שעל ידי דיבורם נעשה מעשה ונגרם הנזק. . . מה שאין כן ביחס למפקח שלא עשה שום מעשה, לא ביד ולא בדיבור, איך אפשר לחייבו מדינא דגרמי, שהרי נתבע על כך שלא עשה ולא פיקח כראוי. שהרי גרמי וגרמא הם נזקים עקיפים שנעשו כתוצאה ממעשה כלשהו ולא מחוסר מעשה".

יש לעיין בדבריו. כשם שבמקרה של השולחני, הוא נשאל לפני שהוציא את המטבע, כך גם במפקח בניה, בשלב שהוא נשאל היה ניתן לתקן, והוא אישר להמשיך, אם כן לא ברור ההבדל.

ניתן לחלק בין מקרה שהמפקח לא שם לב למום בבניה, ולא העיר עליו אך גם לא אישר במפורש את המשך הבניה, שאז ניתן לקבל את סברתו שכיוון שלא אמר כלום לא ניתן לחייב אותו, לבין מקרה בו אישר את הבניה, בין בכתב ובין בעל פה, שאז לכאורה ניתן לחייב את המפקח מצד "חזי דעלך קא סמיכנא".

לסיכום, במקום בו אישר המפקח במפורש את תקינות הבניה או חלק ממנה, יש לחייב את המפקח על ליקויי בניה.

במקרה דנן, התובע טוען שהמפקח אישר את הטרסות, והנתבע מכחיש את דבריו. אילו היינו יודעים בוודאות שאכן אישר את הבנייה היינו מחייבים אותו בנוזקים (באופן שלא ניתן לחייב את הקבלן, וכדלקמן ; כמו כן, לעניין נטל הראיה, נדון להלן).

3. חיוב מצד אחריותו של הפועל

כאפשרות שלישית מביא הרב פרל שניתן לבסס את חיובו של מפקח על סוגיית הגמרא (בבא מציעא עג, ב) -

אמר רב חמא : האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט.

אמר אמימר : אמריתא לשמעתא קמיה דרב זביד מנהרדעא. אמר : כי קאמר רב חמא - הני מילי בין סתם, אבל בין זה - לא, מי יימר דמזבני ליה ניהליה?

רב אשי אמר : אפילו יין סתם נמי לא, מאי טעמא? אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא.

ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן : אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא! - התם בידו הכא לאו בידו.

מסוגיה זו עולה, שאם אדם התחייב לקנות לחברו משהו בזול, והוא פשע ולא עשה כן, הוא היה מחוייב לפצות את המשלח לולא שהיה כאן חסרון של אסמכתא.

הראשונים מקשים, איך ניתן לחייב את השליח, הרי נזקו הוא רק מניעת רווח בגרמא -

כך למשל בחידושי הריטב"א (שם) -

ק"ל למה חייב לשלם לו כלום ומאי שנא ממבטל כיסו של חברו שהוא פטור מפני שאין היזקו אלא גרמא וכן אם הוביר שדהו אינו חייב לשלם לו אלא כשקבל עליו כן בפירוש. . .

הריטב"א כתב בשם מורו -

ומורי הרב תירץ דהכא אע"פ שלא קבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבההיא הנאה דסמיך עליה ונתן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב, וזה ענין שכירות פועלים דבפרקין דלקמן שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול.



מדברי הריטב"א עולה חידוש גדול שכאשר אדם התחייב, והשני סמך עליו, הוא מחוייב לעמוד בדבריו, ואם לא עמד בהם, וגרם להפסדי רווחיו של המשלח, הוא צריך לפצות את מקבל ההתחייבות גם אם ההפסד נגרם בגרמא או גם על מניעת רווחיו. בודאי שניתן להסיק מדבריו, שאם לא רק גרם להפסד רווחים אלא גרם לנזק ממש, ודאי שיהיה חייב בתשלומים.

נתיבות המשפט בכמה מקומות פוסק כשיטת הריטב"א. עיין בנתיבות קפג, א; קעו לא; שו, ו; בכל המקומות הללו רואים את שיטת הנתיבות לחייב בכהאי גוונא. לדעתו, פועל או שליח חייב גם על נזקים שנגרמו ממעשיו. גם בשו"ת חתם סופר (חלק ה' (חושן משפט) סימן קעח) הסכים לדברי הריטב"א הללו ואף הוסיף –

ונראה דלדינא לא יחלוק אדם אהריטב"א דהא ראיתו נכונה מפועל. . .

לדעת הרב פרל, מכאן יש מקור ברור לחייב את המפקח על נזקים שגרם הקבלן.

אך לעני"ד יש מקום לעיין באפשרות מכחל הסתמך על שיטת הריטב"א לחייב מעיקר הדין. שכן, רוב הראשונים חלקו על הריטב"א ביישוב הקושיה הנ"ל. הריטב"א עצמו הביא את תירוצו של ר"י –

ותירץ ר"י דהכא נמי כשהתנה כן בפירוש שאם לא יקח לו שישלם לו פסידא שלו, ולא הזכיר התלמוד כן מפני דהא פשיטא דבלאו הכי לא מחייב ולא הוצרך אלא לפרש כיצד ישלם לו ולאזיזה חשבון ישלם לו.

כלומר, באמת אין חיוב על האדם שלא עמד בהתחייבותו לקנות יין בזול, וניתן לחייב אותו רק אם התנה כך במפורש.

כתירוץ הזה כתבו ראשונים נוספים –

רא"ש (בבא מציעא ה, סט) -

אמר רב חמא האי מאן דיהיב ליה זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם כדאזיל אפרוותא דזולשפט. . ומיירי כשהתנה עמו שאם לא יקנה שימציא לו יין משלו. . .

חידושי הרשב"א (בבא מציעא עג ב) -

משלם ליה כדאזיל אפרוותא דבלשפט, ואע"ג דאמרי, בירושלמי דהמבטל כיסו של חברו פטור מלשלם, הכא בשהתנה בפירוש שאם לא יקנה לו שישלם כדאזיל בשוקא דבלשפט.

חידושי הר"ן (בבא מציעא עג ב) -

משלם כדאזיל אפרותא דבלשפט. פי' דוקא כשהתנה עמו שאם לא יקנה לו ישלם כמו שנמכר במקום הזול והיינו דאמרינן דאע"ג דאתני בהכי אסמכתא היא, אבל אי לא אתני אע"ג דפשע ולא זבן פטור דמבטל כיסו של חברו הוא:

נימוקי יוסף (בבא מציעא מד, א) -

משלם ליה. יין לפי דמים הקלים שקונים אותו באפרותא דזילשפט הוא שם מקום שהיין נמכר ונקח לשם לרוב הלוקחי יין בימות הבציר ודוקא כשהתנה עמו שאם לא יקנה לו ישלם כמו שנמכר בזול אבל אי לא אתני אע"ג (דלא) [דפשע ולא] זבן פטור [ירושלמי פ"ה הל"ג] [ג] דמבטל כיסו של חברו הוא [אשר"י]:

ועיין חזון אי"ש (בבא קמא כב, א) שכתב (לאחר שהביא את המחלוקת הנ"ל, ושרוב הראשונים חולקים על הריטב"א) – "וכולהו סבירא להו שאין כאן חיוב מדין ערב". כלומר כל הראשונים חולקים על הריטב"א ולדבריהם לא ניתן למצוא מקור מערב לחיוב כאשר אדם התחייב לפעול לחברו, ולא עמד בדבריו.

אף הנצי"ב (משיב דבר ג טו) חולק על הנתיבות, וסובר שלא ניתן לחייב את הפועל על נזקים שגרם בדרך גרמא -

אך באמת עיקר דברי הנתיבות שהוכיח זה מב"מ (ע"ג) דישלם לו כדאזיל אפרותא דזול שפט ואף דהוי מניעת הריוח דע"כ מוכח דשותף חייב על מניעות הריוח ומזה הוכיח הנ"מ דין מחודש הנ"ל. וגם בסי' (קפ"ג) כתב כן.

אך באמת כבר כתב הרא"ש שם לתרץ זה וכתב דמיירי בהתנה שישלם ואלי"כ פטור מלשלם יעו"ש. אלמא להדיא דאף שותף פטור על מבטל כיסו של חברו. וכן מוכח מב"ב גבי שתלא טבחא כו' מותרין ועומדין הוי. והקשה הנימוק"י הא ישלם ההיזק ותירץ משום דהריוח שיהיו מהנטיעות פטור וא"צ לשלם רק כעת ההיזק יעו"ש. אלמא להדיא דפועל פטור לשלם על גרה"ז. ולא כמ"ש הנתיבות דשותף ופועל חייב אף על מניעת הריוח א"כ בני"ד פטור השותף לפענדי"ה. ואין לנו כח להוציא מהשותף.

גם באמרי בינה (הלואה לט) חלק על הנתיבות והחתם סופר -

. . . וכמעט מכל הראשונים מבואר דרק בהתנה לחייב את עצמו אם לא יעשה חייב וכמו שכתבתי וכן בריטב"א שם מבואר כן וראיתו מפועל כבר כתבו גדולי אחרונים טעמים בזה עיין בספר מחנה אפרים ובקצוהי"ח ונתיבות (סי' שס"ג) או מטעם שבת או מטעם תקנתא, אבל מדינא כל זמן שלא התנה אין לחייבו אף בריווח ברור שהפסידו וגם בדברי רא"ש המובא בש"מ שם ובחידושי הריטב"א דאם נתן לו יין להוליך ולא הוליך דחייבו לשלם מה שהפסידו באותו יום השוק שאותו יום אין לו תשלומין ביום השוק אחר גם כן יש חולקין על זה ובודאי מספיקא אין מוציאין ממון.



אמנם בסוגיה הזו, הריטב"א חידש, ובעקבותיו התייבות, שניתן לחייב פועל אף על הפסד רווחיו של המעסיק, ועל נקודה זו הראשונים חלוקים עליו, אך בהחלט ייתכן שכאשר יש נזקים כתוצאה מאי פעילותו של הפועל, גם אותם ראשונים יסכימו, שעל הפועל רובצת אחריות לשלם גם על נזקים שנגרמו בגרמא. ואכן מצאנו בפוסקים ששומר, שליח ופועל חייב גם על נזקי גרמא.

בפתחי חושן (שכירות ז, כג) כתב –

יש אומרים שפועל חייב בנזק שגרם לבעה"ב אפילו בגרמא.

ובהערה שם (נג) הפנה למש"כ במקום אחר (פקדון יב, יג) שבשליח חייב גם בגרמא. והוסיף שהוא הדין בפועל. ושם (הערה לג) אכן הביא כמה וכמה מקורות שבשומר ובשליח חייב גם בגרמא. ובצורה ברורה כתב הדבר בשו"ת חתם סופר (חושן משפט קמ) -

האמת יורה דרכו דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באיניש דעלמא המזיק חברו אבל מי שבא הדבר לידו בתורת שמירה או שליחות חייב אפי' על צד רחוקה ונפלאה וכל פשיעת השומרים ועיוות שליחות כד מעיינת בהו איננו אלא גרמא בעלמא ואפי"ה חייב.

אמנם בדבריו שם הוא לא הביא מקורות לכך שגם בפועל הדין כן. ואכן יש חילוק בין שומר ושליח לבין פועל. שכן בשומר ואף בשליח, כאשר יש בידו מנכסי המשלח, מצאנו שחייב גם על נזקים שנגרמו למושא השמירה, אך מניין לנו שגם בפועל שאין לו שום דבר מנכסי המעסיק הוא גם חייב על נזקי גרמא?

בפתחי חושן (בהערה נג שם) עצמו הקשה על דבריו מדברי הרמ"א (ח"מ שפו, ג) :

סופר שכתב שטר וכתב מנה במקום מאתים, . . . כולם פטורים, דלא היו אלא גרמא בנזקין.

והקשה שם הפתחי חושן, למה לא יהיה חייב מדין פועל, ונשאר בצ"ע.

ניתן היה לתרץ שמדובר בסופר שכתב בחינם, או לחילופין, כאשר קיבל את שכרו מאת הלווה, כך שהוא לא היה פועל של המלווה. אך יותר נראה לומר שבאמת באופן זה פטור למרות שהוא פועל שלו, בגלל שאין כאן נכס של המעביד שהוא נהיה שומר עליו, וכפי שמצאנו כך בתשובת לחם רב סימן קפ (לרבי אברהם ברבי משה די בוטון, בעל הלחם משנה). בעל לחם רב דן במקרה מורכב, שאחד מהצדדים שלו הוא שהפקיד האחראי על קבלת הסחורות טעה וכתב י"ג במקום ט"ו. השואל רצה לפטור על פי הרמ"א שהובא לעיל.

כנגד זה משיב הלחם רב –

אבל מה שטען שכתב לו י"ג במקום ט"ו בזה יש מקום עיון, דהשואל דמה אותו לסופר שטעה וכתב מאה במקום מאתיים, ואין הנדון דומה לראיה. . . אבל נדון דידן שלפנינו שנא ושנא, דטובא איכא לחלק בין

ספר הכותב שטרות לאדם המוסר לחברו ממון לשמור או להוליכו לאחר, דמי שנותן ממון לשמור או להוליכו לחברו, אם פשע שום מין פשיעה אפילו שיהא גרמא בעלמא מחייבין ליה דלא נתן לו המפקיד הממון אלא על דעת (אולי חסר כאן המפקיד), וכיון ששנה מדעת המפקיד או השולח הרי הוא חייב באחריותו, ואפילו שיהיה גרמא בעלמא דכל שומר שפשע שחייב להרחיק בידים אלא גרמא בעלמא הוא, ואפילו הכי חייביה רחמנא, ושומר שכר משום דלא נטר נטירותא יתירתא אפילו שלא פשע מחייבין ליה בגניבה ואבידה. טעמא משום דמי שנותנין לו ממון על דעת כן קבלו לחייב באחריותו אם פשע או הוא שומר שכר לחייבו בגניבה ואבידה אפילו שלא יהיה נמוק אלא גרמא בעלמא דהא בפרק המפקיד גבי ההוא דאפקיד כשותא גבי חבריה. . . ואפילו הכי מחייבין ליה משום דהוי שומר שכר ואע"ג דהוי פחות מגרמא אלא ודאי טעמא כדכתיבנא, דכל נותן מעות לחברו אם פשע בו שום מין פשיעה אפילו שיהיה גרמא חייב, אבל התם גבי סופר שלא נתנו לו ממון לשמור אלא שעשה מעשה ואבד למלוה כיון דלא הוי דינא דגרמי אלא גרמא בנזקין פטור, וזה דבר פשוט מאד ואין צריך לפנינו. ואם כן בנדון דידן ודאי שראובן זה הפקיד פשע במה שכתב י"ג במקום ט"ו, ואף על גב שטעה איבעי ליה למידק. . .

אם כן הלחם רב מחלק במפורש בין אם היה חפץ תחת שמירתו של הפועל – שליח, שאז חייב כדין שומר אף בגרמא, לבין מצב בו רק היה עליו לבצע פעולה מסויימת שפטור מכלום. נמצא, שהלחם רב חולק על התיבות, לא רק במצב בו יש מניעת רווח, אלא אף במקום הפסד גמור אין לחייב פועל על כך שלא מנע הנזק, כל שהחפץ אינו ברשותו שאז דינו כשומר. לפי זה לא ניתן לחייב את המפקח שרק היה עליו לפקח על מעשיו של הקבלן, ולא היה ברשותו מנכסי המזמין.

לעומת זאת הפוסקים הפנו לתשובת מהר"א ששון (תורת אמת סימן קח). מדובר במקרה שאדם שלח את חברו לבטח את סחורותיו, הסחורות אבדו, והוא אכן נזקק לממש את הביטוח. השליח לא הזדרז לגבות מהמבטח את המגיע לו, ובינתיים פשט המבטח את הרגל, ולא היה לו לשלם את דמי הביטוח. ואלו דבריו שם:

על ענין פאטור (סוכן מכירות) שצוהו הבעל הבית שיבטיח את סחורותיו והבטיחם ואח"כ בהגעת הזמן שהיה לו לגבות מה שהבטיח הרויח לו הזמן ונשבר המבטיח, אם יקרא הפאטור פושע או לא.

תשובה נר' דודאי ראובן הפאטור הזה חייב לשלם שהרי המנהג הפשוט הוא שהשכר שמקבל הפאטור אינו לבד בעבור טורח המכירה אלא גם בעבור גביית המעות וכיון שכן כל זמן שלא נגבה החוב עדין הוא בשמירתו וכיון שפשע שהניח את המבטיח לעבור זמן הרבה והיה יכול לגבות הימנו קודם שנשבי' המבטיח והוא הרויח לו כמו שכתב השואל בהא ודאי דפושע מיקרי וזה דבר פשוט אין צורך לראיה. והאריכות בו יגיעת בשר ודמי לרועה שהיה יכול להציל וכו' ועדיפא מינה וכו'.

בפשטות בגביית הכספים מהמבטח, הפועל אינו שומר, אלא רק פועל ובכל זאת המהר"א ששון חייב את השליח. אך נראה שגם זו אינה ראייה, כיוון שהמשלח נתן לפאטור – סוכן, בתחילה סחורה אותה צריך היה לבטח, הוא נהיה שומר על הסחורה. . כך נראה מלשונו שהוא נוקט: "עדיין הוא בשמירתו", וכן כל ההתאמצות להגדירו כפושע, שזהו מושג הלכות מדיני שומרים, אם כן נראה שהוא תופס שעדיין שם שומר עליו. ואם כן, אין בדבר המהר"א ששון ראייה לכך שפועל מתחייב בנזקים עקיפים, גם במצב שאינו שומר על חפץ מסויים אך בפועל שלא קיבל שום דבר לשמירה, אין מכאן ראייה לחייבו כאשר הזיק בגרמא.

אמנם ייתכן שהמושג "בשמירתו" הוא מושאל, בכל אופן המציאות עליה דיבר המהר"א ששון לא ברורה.

אמנם גם אם לא נוכל לחייב מצד זה את המפקח בנזקי המזמין, אך עדיין צריך לדון לגבי משכורתו של המפקח, ונדון בכך לקמן.

4. חיוב מטעם מנהג

אפשרות נוספת היא לחייב את המפקח בנויה על המנהג. מקובל בפוסקים¹ שכאשר אדם מתקשר עם חברו הוא עושה זאת על דעת המנהג, אלא אם כן התנו שהמנהג לא יחול במקרה זה.

גם במקרים של חיוב פיצויים חל הכלל הזה שהולכים אחר המנהג. כך מצאנו למשל בפסקו של הרה"ג אשר וייס שליט"א (דרכי הוראה ו עמ' קיב) בענין חיוב רופא בפיצויים על נזק שגרם לחולה, גם מעבר למה שחייבה תורה, וגם בדברים שאין דנים בזמן הזה, כצער בושת וכד' :

אף שאין התחייבות מפורשת של קופת החולים לפצות את המבוטח על נזקיו, עצם התחייבות הקופה 'לספק טיפול רפואי נאות', תמורת תשלום המשולם לה, יש בכללה מעין התחייבות לפצות את המשלם כשלא קיבל טיפול נאות. דאטו לשוא שילם! ואכן, בפסקי דין רבים קיבלו בתי משפט את הטיעון שהקופה מחוייבת לפצות את הניזוק ברשלנות רפואית לא רק מצד דיני נזיקין (ההדגשה במקור) אלא אף מצד דיני חוזין. מצד דאגן סהדי שמתחייב בחוזה לספק שירות ראוי למי שמשלם עבורו, מתחייב גם לפצות את הזכאי אם יצא ניזוק מהפרת החוזה.

¹ כך כתבו הרבה ראשונים. עיין בחידושי הרמב"ן בבא מציעא קד א, ד"ה ר' מאיר; חידושי הרשב"א בבא בתרא קמד ב, ד"ה 'הא דאמרין[נן]'; שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף סח; ח"ב, סי' רסח; ח"ג, סי' יז; ח"ד, סי' קכה; ח"ו, סי' רנד; ועוד. גם הרמב"ם נקט דרך זו עד כדי כך שכתב (מכירה כו, ח) "וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג. . . עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלוי" ונימק את הדין בכך "שכל הנושא ונותן סתם – על מנהג המדינה הוא סומך" (שם טו, ה).

במקרה דנן, אין הוראה מפורשת בחוק לגבי החובות של המפקח, ובאופן עקרוני ההתקשרות בין המזמין לבין המפקח היא חוזית (פרטית), אך צריך לבדוק אם יש מנהג בדבר הזה.

בפסיקת בתי המשפט מצאנו שנהגו לחייב את המפקח כאשר התרשל וכתוצאה מכך נגרם נזק. למשל בתיק ת. א 2882/94 ת. א 2889/94 שמחוני דני וסקגיו אייזיק נגד אלי עמיר בפני בית המשפט בנהריה (ב- 1991) קבע השופט א' שחורי, במקרה דומה לשלנו שיש לחייב את המפקח. אם כן לכאורה ניתן גם במקרה דנן לחייב את המפקח על ליקויי הבנייה.

אכן יש מקום לומר שהנתבע דינן, לא היה מודע למנהג שלמפקח הבניה אחריות על ליקויים בבניה. שכן, הנתבע אינו מפקח במקצועו אלא מהנדס, ורק הסכים לקבל על עצמו את עבודת הפיקוח לבקשת המזמין באופן חד פעמי. אילו היה מודע לאחריותו, מסתבר שהיה דואג לבטח את עצמו, כפי שרגילים בענף זה. ואם כן לא ניתן לומר שההתקשרות בין הצדדים היתה על דעת מנהג, אשר אחד הצדדים לא היה מודע אליו.

כך כתב הריב"ש (תעז):

כל שיש חק קבוע בעיר, ומוסכם מן הקהל: שכל הבאים מחוץ לעיר, לקבוע דירתם בעיר, יהיו חייבים בחובות הקהל הקדומים; בזה י"ל: שכל הבא לשם, בא על דעת הסכמת הקהל, וחכם. וידע: ומחיל כל שיראה לבי"ד, שנודע אליו החק והתקנה. אבל אם לא נודע אליו, וכשידע זה: רצה לצאת מן העיר; נראה: שאין כח ביד הקהל לחייבו. שמאחר שאינו מחוייב מן הדין, אלא מכח הסכמתם: כל שלא ידע זה, אין ראוי לחייבו. דהא לא ידע: דמחיל.

כמו כן, ייתכן שאין לחייבו מצד המנהג מסיבה נוספת. הנוהג המקובל הוא שבחזרה קיים סעיף בו המפקח מצהיר שיש לו ביטוח המבטח את המפקח למקרה שייגרם נזק כתוצאה ממעשיו. במקרה דנן, החוזה לא דן בכך. ייתכן שהתשלום הוא רק כאשר הובהר העניין בחוזה.

5. סיכום חיוב המפקח על הנזקים לפי טענת התובע

כפי שראינו לא ניתן לחייב את המפקח מדיני שמירה, וכן לא מצד המנהג. לדעות מסוימות ניתן לחייבו מצד היותו פועל שהזיק, וכן אם אכן אמר שעבודת הקבלן תקינה, ניתן לחייבו מדין הסתמכות.

ב. הדין במקרה של הכחשה בין הצדדים האם התריע על הבעיה?

בהנחה שיש מקום לחייב את מפקח על הנזקים מאחת הסיבות שהבאנו לעיל, צריך לברר מה הדין כאשר ישנה הכחשה בין הצדדים אם הייתה התראה. שני צדדים העלנו כאן:

צד א' – לכאורה על פניו נראה שהתפקיד לא בוצע כראוי, שהרי טרסות הרוסות לפנינו, ואם כן על הנתבע להוכיח שעשה את תפקידו כראוי והתריע. בפסק הדין של השופט א' שחור הנ"ל אכן כתב כך.



צד ב' – אין שום הוכחה מכך שהטרסות הרוסות לכך שהתובע לא ביצע את תפקידו, משום שייתכן שאכן התריע, ואילו הנתבע לא שעה להתרעתו, ואם כן המוציא מחברו עליו הראיה. במכתב של הנתבע (13. 11) הוא טען - לא נדרשתי לכתוב את הערותי, אלא להסבירן בע"פ, וכך אמנם עשיתי, לומר לאחר מעשה "שלא נאמר דבר", זו היתממות, ואולי גרוע מכך, במיוחד כשאין דרך להוכיח זאת. ניתן לפרש תשובה זו בשני אופנים שונים:

א' - כוונת הנתבע היא שסוכם מראש שאין צורך בהתרעה כתב אלא די בדברים על פה. אם אכן כך סוכם, נראה שיש כאן נאמנות שהמזמין נתן למפקח, שהוא יהיה נאמן לומר שאכן מסר את המידע. אך דבר זה כשלעצמו, שהוא קיבל נאמנות, הוא דבר שצריך להוכיח.

ב' - ייתכן שכוונתו היא שבגלל שלא סוכם בחוזה על כך שיהיה בכתב, ממילא ברירת המחדל היא שדי בכך שיביע את הסתייגותו בעל פה. על מנת שנקבל טענה זו, צריך לבדוק את המנהג בדבר זה.

נראה שהמנהג בזה הוא שבפרויקטים גדולים תמיד הדבר מתנהל בכתב. ישנו יומן שהמפקח ממלא בקביעות ומגיש אותו למזמין, והמזמין חותם על היומן, אך בפרויקטים קטנים, כמו מקרה דנן, הרבה פעמים הדברים נסגרים בעל פה. בכל אופן, הצורך בדבר כתוב אם ישנו כזה, הוא לצורך הוכחה, אך ודאי שאילו היתה קיימת עדות על כך שהמפקח אמר את הדברים לבעל הבית, היינו מקבלים את דבריו והיינו פוטרים אותו מאחריות.

אם כן, במקרה דנן, שישנה הכחשה ביניהם, והמזמין טוען שלא נאמר לו, ואילו המפקח לעומתו אומר שהוא הזהיר את המזמין. גם אילו היינו אומרים שעל המפקח חובת הראיה, ואם לא יביא, המזמין יכול להוציא מהמפקח את הנזקים, הרי המפקח היה יכול לחייב את המזמין לקבל חרם שלא נאמר לו, וכיוון שבית הדין משתדל להימנע מקבלת חרם לא נוכל לחייב את המפקח בכל הנזק (עיין למשל בפד"ר ב עמ' 294), וכאשר נבוא להכריע את הדין נצטרך להביא נתון זה בחשבון.

חומרת הבעיה משפיעה על הציפייה מן המפקח

אלא שבמקרה דנן נראה שוודאי שהיתה פשיעה מטעם המפקח. במקרה שהקבלן עשה טעות קלה ניתן להסתפק באמירה בעל פה למזמין שיש כאן ליקוי בבניה. אך במקרה שמדובר בטעות חמורה שיכולה לגרום לנזק גדול כמו במקרה שלנו, לא ניתן להסתפק באמירה בעלמא, אלא על המפקח לנצל את סמכותו ולעצור את העבודה, ולא לאפשר את המשך העבודה עד שהדבר יתוקן. לחילופין אם כדברי הנתבע שהזהיר את התובע על איכות הבניה, עליו להחתים את המזמין שהוא פוטר את המפקח מאחריות, והוא מודע לנזק שיכול להיגרם. ואף על פי שאין ראייה לדבר אך זכר לדבר בדין התראה על העבירה, שאין די בכך שהמתרה אומר לאדם שעומד לעבור איסור שהדבר אסור, אלא עליו לומר לו, שדין עבירה כזו במיתה, ואף לפרט את המיתה. גם בכך לא די, אלא זה שעובר את האיסור צריך לקבל עליו ולומר "על דעת כן". כך בענייננו לא די בכך שהמפקח אמר לו שהבניה אינה תקינה, אלא חובת המפקח לוודא שהמזמין מודע לחומרת הבעיה.

מתוך פרוטוקול הדין (ב' אלול תשע"א 01.09.2011), ניתן ללמוד האם הנתבע עמד בדרישה של התראה ברורה:

נתבע:

הדרישות היו של התובע. הטרסות היו בסוף הרשימה. אני אמרתי שזה לא ראוי שיהיו טרסות פשוטות במקום שהוצע. חלקו עלי ואפילו לא ידעתי איפה זה יהיה – איני יודע כמה שילמו עליו. היו פתרונות שהוצעו במשך העבודה שכולם היו של התובע. התפקיד שלי היה לבוא שניים שלוש פעמים בשבוע, וכך העבודה התנהלה. ולפי היכולות הכספיות של התובע בוצעה העבודה – היא לא הייתה טובה. הטרסות נבנו כשהיה מתח בין התובע לקבלן על בסיס כספי – התובע לא שילם, ואז בניית הטרסות בוצעה בעצלתיים ע"י ארבע פועלים שונים מנוסים פחות מנוסים יותר, כמעט שום דבר לא בוצע בשלמותו.

הסיכוי שבשיטפון טרסות מהסוג הזה יעמוד לא גדול.

אב"ד:

באת והערת?

נתבע:

כן, ושום דבר לא בוצע.

אב"ד:

ומה מפקח עושה כשלא מקשיבים לו?

נתבע:

הלכתי לתובע. והוא הוביל את העבודה והכול היה בידיעתו. אני ניסיתי שהמוצר יהיה שלם – אבל זה לא עזר. הערתי הערות למרות שאף פעם לא בניתי טרסות כאלה גבוהים – והתובע סגר את הדברים האלה בזול. ושוב היה מתח כספי בין התובע לקבלן שזה תוצאה של חוסר תשלום – הקבלן היה מתקן את זה היום אם התובע היה משלם.

. . . אבל אמרתי להם שהעבודה לא מבוצעת בצורה נכונה והסיבה שלא אמרתי – כי התובע אמר כן,

והסכים לעבודה שלא לפי התקן וזו הייתה בחירה מודעת לאיכות גרועה תמורת הוזלה כספית.

גם לדברי המפקח לא נאמרו הדברים והסיכונים באופן ברור חריף וחד משמעי. אלא לטענתו הוא אמר, שבגלל ויכוחים כספיים הקבלן לא רצה לעשות עבודה טובה. אין הצדקה בדבריו לכך שתתאפשר בניית טרסות שלא יחזיקו אפילו עונת גשמים אחת, ועוד יגרמו נזק שיכול להיות מאד משמעותי גם למזמין, וגם לשכנים.

אם כן נראה, שהמפקח אינו יכול לפטור את עצמו מאחריות בכך שהוא אמר לתובע שהבניה אינה תקינה, ובוודאי חלק מהאחריות לנזק מוטל גם עליו. דבר זה נכון גם אם הסיבה לעבודה הלקויה של הקבלן היא בגלל ויכוח כספי בין התובע לקבלן, כפי טענת הנתבע. עדיין היה צריך להבהיר בצורה שלא משתמעת לשני פנים שהטרסות לא יחזיקו מעמד.

ג. האם הדאגה לביטוח רפואי היא חלק מחובותיו של מפקח הבנייה?

ישנם בעלי תפקידים בתהליך הבנייה שהחוק, במסגרת תקנות הבניה, קבע את תחומי אחריותם (כמו מנהל העבודה). אך החוק לא קבע את תחומי אחריותו של המפקח, והוא נקבע על פי הסכמות חוזיות ונוהג מקובל. על כן, יש לעיין בחוזה, ועל פיו לקבוע את אחריותו של המפקח לבטיחות העובדים ולביטוח העובדים.

מעיון בלשון החוזה שבין התובע לנתבע, שם מוגדר תפקידו של המפקח, נראה שהדאגה לביטוח רפואי של הפועלים אינה כלולה בחובותיו של המפקח. להלן ציטוט מהחוזה של המזמין עם המפקח –

ב. עבודת המפקח כוללת:

1. עזרה בהכנת החוזה והמפרט, עד לרמה שתהיה מובנת לקבלן ולמזמין.
 2. פיקוח על עבודת הקבלן והתאמה למידות שבתכניות.
 3. פיקוח על טיב חמרי הבנין.
 4. נוכחות בשטח בכל עת שידרש ולפחות 3 פעמים בשבוע.
 5. בשנת הבדק 3 ביקורים נוספים.
 6. בין המפקח לבין הקבלן אין קשר מחייב כלשהוא, וכל עבודתו היא לייצג את המזמין כדי להגיע לאיכות בניה טובה.
- לא מוזכרת אם כן אחריות כלשהי בעניין העובדים של הקבלן.

זאת ועוד, יש בסיס בחוזה לכך שאחריות זו מוטלת על כתפי המזמין. מהמשך החוזה שבו מובאים התחייבויותיו של התובע, נראה שהוא זה שאחראי להשגת כל מעטפת האישורים, והמפקח אחראי רק על עמידה בתכנית העבודה ועל איכות העבודה.

וכך היא לשון המשך החוזה:

ג. אחריות המזמין:

1. חתימה על החוזים עם הקבלן ו/או קבלני המשנה.
 2. המזמין יעמוד בכל ההתחייבויות הכספיות עליהן חתם, ובהתאם ללוח הזמנים המצורף.
 3. המזמין ידאג לאישורי הבניה ולסידורי השמירה באופן עצמאי.
- מכך שברשימת תפקידי המפקח אין אזכור לחיובו לדאוג לביטוח, ואף לא משהו דומה לזה ומאידך כתוב שהמזמין צריך לדאוג לחתימת החוזים ולאישורי הבניה, נראה שגם האחריות להסדרי הביטוח, עד כמה שהיא מוטלת על מאן דהו שאינו הקבלן, מוטלת על המזמין ולא על המפקח.

ד. האם המלצת הנתבע (במידה שהיתה) על קבלן זה מטילה עליו אחריות כלשהי לכשלים בעבודת הקבלן?

בשולחן ערוך חושן משפט (קכט, ב) פסק:

אמר להם בשעת מתן מעות: הלוהו ואני ערב, נשתעבד הערב ואינו צריך קנין.

והוסיף על כך הרמ"א:

ואפילו לא נתערב בהדיא, רק שאומר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא, ועשאו על פיו והיה שקר, חייב לשלם לו, דהוי כאילו נתערב לו (מהרי"ו סימן פ').

משמע שע"י שהמליץ על לווה כאדם שבאפשרותו לפרוע את החוב, והתברר שכבר בעת ההלוואה הלווה היה במצב שאינו יכול לפרוע חובותיו (כדברי הסמ"ע ז שם), הרי נעשה ערב.

ישנם מהאחרונים שבארו שהכוונה ממש לדין ערבות (עיין שו"ת ראשי בשמים חו"מ צה ד"ה ועל גוף הדין; שו"ת שואל ומשיב מהדורא רביעאה ח"א מה ד"ה והנה בערב), אך רוב האחרונים הבינו שאין הכוונה ממש דין ערב אלא דין של גרמי כמו מראה דינר לשולחני ונמצא רע שחייב משום גרמי.

כך כתב בביאור הגר"א שם (ה) – "ואפי' לא כו'. כמו מראה דינר לחבירו... " וכ"מ שם בש"ך (ז) ובנתיבות (ב).

בדין מראה דינר לשולחני כתב השו"ע (שו, ו):

המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד. ואם בחנם ראהו, פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. (יש אומרים דאפילו סתמא נמי חייב (טור בשם רבינו יצחק והרא"ש). ומכל מקום הסברא הראשונה נראה עיקר).

כלומר לדעת השו"ע היועץ חייב דווקא אם אמר השואל במפורש "חזי דעלך קא סמיכנא", ואילו הרמ"א מביא דעה שאפילו ללא זה חייב, אך להלכה פסק כשו"ע.

הש"ך (שם) אומר שבמקרה דידן (של המלצה על לווה) לכו"ע צריך לומר 'חזי דעלך קא סמיכנא'. והקשה על הרמ"א שבסימן שו פסק שצריך לומר "חזי דעלך קא סמיכנא" וכאן לא הזכיר, והסיק שצ"ל שגם כאן הרמ"א התכוון כמו שכתוב שם.

אך בענייננו יש להזכיר את דברי הערוך השולחן (קכט, ג) שמתרץ את קושיית הש"ך על הסתירה ברמ"א –

וני"ל להכריע דאם המלוה שאל ממנו אם בטוח הוא פלוני המבקש הלואה ממנו והשיבו בטוח הוא, אם לא א"ל המלוה ראה שאני סומך עליך א"א לחייבו דדרך העולם כן הוא ויכול להיות שבאמת היה סבור שהוא בטוח ולא דקדק אחריו יפה. אבל אם בא אל המלוה וא"ל הלוה לפלוני כי איש בטוח הוא וודאי

דחקר היטב, וחייב אם לא היה בטוח אז אף כשלא אי"ל ראה שאני סומך עליך. וראיה לזה ממה שיתבאר בסעי' י"ג ע"ש וכן משמע לי דעת רבינו הרמ"א בסעי' ב' [ואתי שפיר מה שהקשה עליו הש"ך מסי' ש"ו].

כלומר, יש להבחין בין מצב בו הממליץ מנדב את המידע, לבין מצב בו התבקש המייעץ לחוות את דעתו. אם הוא נידב את המידע מיוזמתו, אין צורך שיאמר "חזי דעלך וכו'", ורק אם שאלו אותו והמליץ צריך לומר "חזי דעלך קא סמיכנא".

לעומת זאת, ישנם מקורות שרואים שאינם סבורים כחילוקו של ערוה"ש.

בספר דברי גאונים הביא תשובה מבעל קצה"ח שממנה משתמע שצריך לומר "חזי דעלך קא סמיכנא" גם כאשר האדם לא נשאל:

איש אחד בא לחנות אחת ליקח סחורה בהקפה. והיה שם בחנות האיש אחר. ואמר לבעל החנות בזה הלשון: "לדעתי יוכל להקיף לזה הסחורה ואם היה לי סחורה הייתי נותן לו בהקפה". וביום מחר הקיף בעל החנות הסחורה לאיש הנזכר. ולבסוף לא שילם לו האיש. ועתה בעל החנות רוצה לעכב המעות שחייב לאיש היועץ אות להקיף באמרו שסמך עליו. עיין בשאלות ותשובות ספר יהושע להגאון מטארניפאל סימן

ק"י שהציע שאלה זאת באורך לפני דודו זקנו בעל קצות החושן. ושם בסימן קי"א תשובת דודו זקנו שהשיג עליו בכמה דברים. ולדינא הסיכס עם הגאון השואל דבעל החנות חייב לשלם מה שחייב לאיש היועץ כיון דהפוסקים רובם ככולם מסיכס דצריך המקיף לומר חזי דעלך קא סמיכנא, וזה לא אמר כוכמבואר בש"ך סימן קכ"ט ס"ק ז.

גם בפתחי חושן (הלוואה יג, הערה ד) הביא את דברי ערוה"ש וכתב עליו – "ומ"מ נראה שתלוי באומדנא שהרבה פעמים בא אחד להשתדל הלוואה עבוד פלוני, ואף ממליץ עליו שהוא בטוח, ואינו עולה על דעתם שכוונתם לשם ערבות".

אם ננסה להשליך מכל הנ"ל על מקרה דנן, נראה שלטענת התובע הנתבע המליץ על קבלן מסויים, שהוא המתאים לעבודה המבוקשת והתברר שכתוצאה מעבודת הקבלן נגרמו נזקים, בגלל שעשה עבודה לא מקצועית. אילו היה אומר התובע לנתבע "חזי דעלך קא סמיכנא", לכאורה ניתן היה לחייב אותו בנזקי הקבלן במקרה שא"א לגבות את התשלום מהקבלן, מדינא דגרמי (שכן חוסר מקצועיותו, או יושרו מסתבר כבר היו כך בזמן ההמלצה). אך אם הוא לא אמר "חזי דעלך קא סמיכנא" לכאורה אין לחייב את הנתבע. אכן מסתבר לומר, שאם אכן הנתבע התנה את עבודתו בכך שהתובע יעסיק דווקא את הקבלן הזה, יש לראות זאת כ"חזי דעלך קא סמיכנא", כיוון שכפי שהוזכר לעיל בשו"ע החיוב אינו דווקא כאשר אמר בפירוש "חזי דעלך קא סמיכנא" אלא אף אם הדברים מוכיחים שלכך כוונתו – "והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. " אם כן לכאורה כאשר הוא מוכן לעבוד רק איתו, יש כאן דברים המוכיחים שדעתו שניתן לסמוך עליו בצורה ברורה.

יתירה מזאת, מובא בכסף הקדשים (בוטשאטש) שו, ו –

אחד אמר אני מכיר בעלי מלאכות מי כשר, תן לי ממון לשכור לך אחד מהם ונתן ואח"כ ברח הבעל מלאכה ואי אפשר לגבות י"ל דהו"ל כאמירת חזי דעלך קא סמיכנא כיון דקיבל הממון בידו. אילו אמר רק פלוני בטוח אין ערבות כי אולי אינו סמוך על מאמרו, משא"כ כשהוא נתן וצל"ע.

כלומר לדעתו אם הממליץ היה גם הצינור להעברת הכספים לבעל המלאכה המומלץ, ודאי יש לראות בו אחראי.

במקרה דן הנתבע לא היה מעורב בהעברות הכספים בין השנים, אך כיוון שגם לו היה מה להפסיד מכך שהקבלן לא יעשה עבודתו כדבעי, יש לראות את המלצתו כ"חזי דעלך קא סמיכנא".

כל זה אילו לא היתה הכחשה בהתניה, אך הנתבע מכחיש שהיתה התניה, אם כי הוא לא מכחיש שהוא המליץ עליו. אם כן, כיוון שרק באמר "חזי דעלך קא סמיכנא" ניתן להוציא מהממליץ, על התובע להמציא הוכחות לכך שהנתבע התנה את העסקתו בכך שייקח את אותו הקבלן.

ה. כנגד מי התביעה הראשונית

במקרה דן מוסכם על הצדדים שהקבלן הוא שעשה את הנזק הישיר, ולא הנתבע. עם זאת, התובע טוען שהמפקח הוא אחראי לכך.

נראה שגם אם הדבר נכון שיש אחריות למפקח, אין זה יותר מאחריותו של ערב, שצריך לתבוע קודם את הלווה. כך גם כאן צריך לתבוע קודם ישירות את הקבלן, ורק אם התובע לא יצליח להוציא מהקבלן פיצוי על הנזק, מסיבה זו או אחרת, יוכל לתבוע את המפקח (וגם כאן הדבר תלוי בכל מה שהזכרנו לעיל).

התובע אמר וכתב כמה פעמים שהקבלן התנער מאחריות בכך שהוא אמר שכל מה שהוא עשה היה על פי המפקח. בין אם אכן כך ארע, ובין אם לא, פניה זו לא נחשבת לתביעה מהקבלן. לכן על מנת שתהיה לתובע זכות תביעה כנגד הנתבע דידן, עליו לתבוע קודם את הקבלן שיתקן את הנזק שיפצה את הנתבע. רק אם יוכיח התובע שהוא לא הצליח להוציא ממנו את הנזק, יכול לתבוע את המפקח על הנזק שנגרם בעקבות ההתרשלות שלו.

כך עולה מדברי שיטה מקובצת (בבא קמא צט, ב) -

ברם צריך את למידע דכי אמרי המראה דינר לשלחני ונמצא רע חייב, הני מילי כגון דשקליה בדמי זבינא אי נמי כמלוה ופקדון וגזל דהוה להו גבי חבריה דאלו אמר ליה שלחני דבישא הוה לא מקבל ליה בדמי טבא והוה מחליף ליה דהוה מחייב בגויה ומחמת דאמר ליה שלחני דטבא הוה דלא בעי האיך לקבוליה מיניה, אי נמי כגון דמית האיך או אזל למדינת הים ולא אפשר לשדורי ליה דאשתכח דשלחני הוה דאפסדיה להאי דינר מבעל הבית. אבל היכא דיכול לאהדוריה למריה ומחלי ליה ניהליה אי נמי לא יכול לאהדוריה ניהליה ולא מחמת דאמר ליה שלחני דטבא הוה אלא מחמת מידי אחרינא לא מחייב שלחני לשלומי ליה אפילו

הדיוט שבהדיוט אף על פי דעביד בשכר דאמר ליה מאי אפסדתיך מיהו אגריה מיהא מפסיד כדמוכח בפרק האומנין גבי בני העיר ששלחו את שקליהן.

ו. החזר המשכורת

אמנם, כאמור, גם אם לא נוכל להוציא מהמפקח את הנזקים שנוצרו בגלל רשלנותו (במידה והיתה), עדיין נראה שלא מגיע לו משכורתו, כיוון שלמעשה לא עשה את העבודה עליה הוסכם. ואפילו שעדיין לא נתבע הקבלן, אין הוא זכאי למשכורתו, כמבואר בשיטה מקובצת לעיל. ועיין ב"מ פג, א שאם היה מדובר בפועל עני, היינו מחייבים את המעסיק לשלם לו שכרו לפני משורת הדין, אך באופן עקרוני אם לא עשה את מלאכתו, כגון כאן שלא פיקח ולא דאג שלא יהיו נזקים הרי שאין חייבים לשלם לו משכורתו.

אמנם, לכאורה לא היה עליו להחזיר את כל משכורתו, אלא רק את החלק היחסי של העבודה שלא עשה כראוי. אבל על הפיקוח על הבית, לא נטען שלא עשה כדבעי, ועל כן חלק זה אין עליו חיוב להחזיר.

בקביעת החלק מתוך המשכורת שעליו להחזיר אין זה נכון לדעתנו לחשב את היחס בין החלק הפנימי לחלק החיצוני בחוזה. שכן, כאשר אדם לוקח מפקח, עבודתו היא לדאוג שהכל יהיה בסדר. על כן, גם כאשר רוב

העבודה נעשתה כראוי וחלק 'קטן' (שהנזק בו גבוה) לא כראוי, אותו חלק קטן פוגע בכל שכרו אין זה נכון שהוא צריך לקבל את כל משכורתו חוץ מאחוז קטן.

במקרה דנן נראה לנו שעליו להחזיר מחצית משכרו, כלומר 2500 ₪, וזאת בהתחשב בכך שאכן חלק מהפיקוח נעשה כדבעי, וכן משום שלא הוכח שהוא לא התריע כלל, אלא רק שלא התריע כפי שהיה צריך.

חיוב בעילה שלא נתבעה במפורש

נשאלת השאלה, האם ניתן לחייב את המפקח להחזיר את משכורתו, כאשר התובע לא תבע כלל את המשכורת אלא רק את הנזק.

כתב הרמ"א (ח"מ יז, יב) – "בעל דין שתבע חבירו בעד דבר מועט, והדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע, אין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע; ואם פסק לו יותר, הוי טעות בדין, וחוזר".

אם כן לכאורה הוא הדין כאן, למרות שבית הדין יודע שעל פי הדין המזמין יכול לתבוע גם את משכורתו של המפקח, אין לו לפסוק זאת כיוון התובע לא תבע זאת.

אך כאשר נבוא לעיין בסוגיה זו, נראה שאין לבית הדין להימנע מלפסוק לטובת התובע בנקודה זו, וזאת מכמה טעמים.

א. בטעמה של הלכה זו ברמ"א נחלקו האחרונים:



לדעת הסמ"ע (שם כו) אין כח ביד הדיין לפסוק יותר ממה שתבע התובע, ואפילו אם טעה התובע לא ניתן לחייב יותר ממה שתבע. הטעם לכך הוא שיש כאן מחילה, ולמרות שהמחילה היתה בטעות, מחילה בטעות הוי מחילה (כך הבין נתיבות המשפט ביאורים א בדעתו, וכן כתב קצות החושן ג בדעת הריב"ש שהוא מקור הדין).

הש"ך (שם טו, וכן הנתיבות שם) חלק על כך, ובוודאי מחילה בטעות לא הוי מחילה, אלא שאנחנו מניחים שאם לא תבע את כל מה שהיה יכול לתבוע שמשום מה מחל לו. וכן הבינו רוב הפוסקים (או"ת שם טו; לבוש שם יב; ערוה"ש שם יט). ועל פי זה כתבו שאם נשער שלא מחל ובטעות לא תבע ודאי על בית הדין לחייב את כל מה שמגיע על פי דין.

אם כן בנידון דידן, אכן נראה שהתובע לא ידע שהיה בידו לתבוע את משכורתו של המפקח (או את חלקה) ולכן לא התייחס אליה, לכן בית הדין יכול לחייב את המפקח להחזיר את משכורתו. התומים שם מחלק בין אם התובע הוא תלמיד חכם שמסתבר יותר שהוא יודע את כל זכויותיו, ואם כן נראה שאם לא תבע שמחל, לבין אדם שאינו בקי בזכויותיו שאין ללמוד מכך שלא תבע שמחל.

ב. ייתכן שהתובע לא התייחס למשכורת, כיוון שהוא תבע את כל הנזק, ואם אכן היה המפקח מחוייב לשלם לו, מגיעה משכורת למפקח, כיוון שהמשכורת היא על האחריות שלו, והיא ממומשת ע"י תשלום על הנזק. אך אילו ידע התובע שלא יקבל את הנזק, אם כן היה טוען שלא מגיעה לנתבע משכורתו.

ג. ברמ"א כתוב שאם "הדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע אין לו לפסוק יות ממה שתבע". במקרה דנן אין אנו פוסקים יותר ממה שתבע, אלא פחות, אלא שאנחנו מחייבים אותו מטעם אחר. נראה שאין זה כלול בדברי הרמ"א. וכך מצאתי שכתב הגר"ש אלישיב שליט"א (ה' ישלח לו רפוי"ש) בקובץ תשובות (א, עמ' שעג). בנדון של הרב אלישיב, מדובר באישה שגירשה את בעלה מלגור בביתו. הבעל הגיש תביעה לתשלום דמי לינה עבורו, דבר שאינו מגיע לו מן הדין, אבל אילו היה תובע דמי שכירות מהאשה בדירה שיש לו זכות מגורים היה מקבל. וכתב הרב אלישיב:

במקום שאם נלך על פי טענותיו, אין לו מה לסמוך, ואם נדון על פי סיפור המעשה הדין עמו... ואילו היה לו מושג בחוקי ההלכה היה מבסס את תביעתו ומכיוון את דבריו כהלכה והיה זוכה בדין, נראה פשוט שרשאי וגם חייב הדיין לפסוק את המגיע לו לפחות עד שווי דמי לינה".

דהיינו, אין לחייב יותר מן התביעה, אך אפשר לחייב סכום שבגבול התביעה, גם בעילה שונה ממה שתבע התובע.

אשר על כן נראה שעל בית הדין לחייב את המפקח להחזיר את משכורתו או חלק ממנה, למרות שהתובע לא תבע זאת במפורש.

ז. סיכום

הנתבע פטור מאחריות על נזקים שיגרמו לתובע בשל תביעת הנזיקין של הפועל.

בעניין האחריות על בניית הטרסות באופן לקוי, כפי שראינו יש מקום לחיוב של המפקח על הנזק שנגרם, כערב לכך שהקבלן יקיים את חיוביו. על כן, התובע יוכל לתבוע את המפקח רק אחרי שהוכיח שניסה להוציא את הנזק מהקבלן.

בשלב זה אין אנו מחייבים את המפקח על הנזק, אך גם איננו פוטרים את אותו. אם במשך שמונה חודשים מהוצאת פס"ד זה לא יצליח התובע להוציא מהקבלן וימציא לבית הדין ראיות על כך שמיצה את המאמצים הנדרשים לכך, נשוב לדון במידת אחריותו של הנתבע ואם ובאיזה אופן עליו לפצות את התובע.

בעניין משכורתו של המפקח, הוא חייב להחזיר חלק ממשכורתו. אמנם על חלק מעבודתו לא היו תלונות ותביעות (החלק של הבית עצמו), אך על העבודה החיצונית אין הוא זכאי למשכורתו במלואה. ההכרעה היא שישב מחצית משכרו.

ח. החלטה

1. על הנתבע לשלם לתובע סכום של סך של 2500 ₪ תוך שלושים יום מתאריך פסק זה.
2. אם ירצה התובע יוכל לתבוע את הקבלן. אם יוכיח התובע בפני בית הדין שעשה מה שניתן על מנת לתבוע את הקבלן, ולא עלתה בידו, יוכל לפנות אל בית הדין לפסוק בעניין חיוב נזקים על המפקח.
3. בית הדין יקבל פניה כאמור בסעיף 2, עד שמונה חודשים ממתן פסק הדין.
4. בתום תקופה זו, אם לא ימציא התובע הוכחות לבית הדין על כשלון התביעה מהקבלן, יוחלט פסק דין זה כסופי.

ניתן ביום ג' ניסן תשע"ב

בזאת באנו על החתום

הרב חיים בלוך

הרב דביר גרינצווייג

הרב אברהם גיסר, אב"ד