

נושא העבודה

חוזה בקבלנות

תאריך: ינואר 2017

העבודה מוגשת בחסות העמותה לנוער שוחר משפט עברי

הקדמה אישית

בחירתי בנושא "חוזה בקבלנות" נובעת מהעובדה (לפחות מבחינת) שהנושא מורכב, מרתק ומאוד מעניין.

אני שואפת להיות עורכת דין לענייני חוזים מסחריים ונדל"ן. אני סבורה כי עשיית פרוייקט בנושא זה יעשיר את הבנתי ואת הידע שלי ויתרום לי רבות במקצוע שבחרתי לחיים. בנוסף, אני רוכשת הבנה מעמיקה יותר בחוקים והלכות ולומדת ליישם כלים משפטיים וזאת באמצעות ניתוח סוגיות חוזה קבלנות, חקירתו תוך השוואתו לכמה

דיסרטציות משפטיות העוסקות בנושא זה, ומגלה את ההבדל בין משפט עברי למשפט
ישראלי בתחום הנ"ל.

כאשר למדנו במסגרת "נוער שוחר משפט עברי", על דיני חוזים ודיני מקרקעין, מיד הבנתי
שנושא זה מאוד מעניין ומרתק אותי. אמנם למדנו על הנושא בתמציתיות, ומכיוון שכך,
הדבר גרם לי לסקרנות ולהתעניינות יתר.

תוכן עניינים

4	מבוא	פרק ראשון
5	גישת המשפט העברי	פרק שני
8	גישת המשפט הישראלי	פרק שלישי
19	השוואה בין המשפט העברי למשפט הישראלי	פרק רביעי
20	סיכום	פרק חמישי
21		ביבליוגרפיה

פרק ראשון- מבוא

חוק חוזה קבלנות מתייחס לזכויות ולחובות שיש לקבלן כלפי המעסיק ולהיפך. הוא כולל בתוכו פגם שנפל במלאכה או בשירות שהקבלן התחייב לספק ללקוח, זכות העיכבון של הקבלן, קבלת הנכס בחזרה על ידי הלקוח ונכס שאבד או ניזוק בהיותו בידי הקבלן.

הנושא בו עוסקת העבודה הוא חוזה קבלנות. חוזה לספק שירות שלא כולל יחסי עובד מעביד בין הצדדים, ומה הדין כאשר אחד הצדדים רוצה להפר את החוזה מסיבה

מסוימת. בעבודה אביא דוגמאות לסוגיות שונות הן מהמשפט העברי והן מהמשפט הישראלי ואדון בהן.

הפרק השני בעבודה מתמקד בגישת המשפט הישראלי לגבי סוגיות בנושא חוזה בקבלנות. אתייחס לחוק ככלל, ולפסקי דין ישראליים שניתנו בהשראת החוק.

הפרק השלישי כולל את התפתחות המשפט העברי במשך השנים, תוך בחינת מקורות המשפט העברי, החל במקורות הראשונים הקלאסיים הקדומים ביותר המהווים את בסיס הנושא, עבור דרך המקורות התלמודיים, מפרשיו, רמב"ם ושו"ע וכלה בספרות המחקר המודרנית (חכמי הדור שלנו) במשפט העברי בסוגיה הנידונה.

הפרק הרביעי עוסק בהשוואה בין הפרקים הנ"ל.

פרק שני - גישת המשפט העברי

תנ"ך :

"לא-תעשק את-רעך, ולא תגזל; לא-תלין פעלת שכיר, אַתְּד--עַד-בְּקָר"1.

"לא תעשוק" - לא לקפח את חברך ע"י שתסרב או שתדחה לתת לו את המגיע לו. "לא

תגזול" - לא תיקח מחברך בכח את אשר שייך לו.

¹ ויקרא י"ט, י"ג

תלמוד ומפרשיו :

מתני' השוכר את האומנין והטעו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תרעומות שכר. את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה, וכל דבר שאבד וחזרו בהן מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען השוכר את האומנין וחזרו בהן ידם על התחתונה.

רמב"ם :

שהקבלנות כשכירות היא וחייב ליתן לו בזמנו².

ארבעה שומרים נאמרו בתורה, ושלושה דינין יש להם ; ואלו הן הארבעה שומרין- שומר חניס, והשואל, ונושא שכר, והשוכר. אלו הן שלושה דינין שלהן : שומר חניס שנגנב הפיקדון ממנו, או אבד, ואין צריך לומר אם נאנס הפיקדון אונס גדול, כגון שהייתה בהמה ומתה או נשבת- הרי זה נשבע ששמר כדרך השומרין, ופטור : שנאמר "וּגֹנֵב, מִבֵּית הָאִישׁ וְנִקְרַב בְּעַל הַבַּיִת אֶל הָאֱלוֹהִי"³.

שולחן ערוך :

התחיל הפועל במלאכה וחזר בו בחצי היום - חוזר. ואפילו קיבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעל הבית - יכול לחזור בו והמעוות חוב עליו שנאמר "כי לי בני ישראל עבדים"⁴, "ולא עבדים לעבדים"⁵.

והא בעי לממשך תספורת. מכאן אומר ר"ת שהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו, אין יכולים שוב לחזור בהם. ואם תאמר מ"ש מפועל שיכול לחזור בו ויש לומר שפועל דווקא שכתוב היה עבדי הם ולא עבדים לעבדים יכול לחזור בו ולא קבלן⁶.

² רמב"ם הלכות שכירות פרק א הלכה א

³ שמות כב, ו-ז

⁴ ויקרא כה, נה

⁵ שו"ע, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ג.

⁶ בבא מציעא דף מח ע"ב.

ספרות מחקר

חוזה עבודה :

"השוכר את האומנים והטו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תרעומות"⁷.

ומפרשת הגמרא שהנאמר במשנה "הטעו" הכוונה היא שחזרו בהם, בעל הבית או האומנין (לפני שהתחילו לעבוד, ובאופן שאין הפסד כספי במניעת העבודה). אע"פ שהם יכולים לחזור בהם, מכל מקום "יש להם תרעומות זה על זה". עליהם לטרוח עכשיו למצוא פועלים או מעסיק.

אע"פ שהלכה זו שייכת בכל הבטחה לתת או לעשות דבר מה, מכל מקום לא נאמר עניין "תרעומת" אלא ביחסי עובד- מעביד ואריס בעל קרקע. אפשר שהדבר נובע מצורת ההתקשרות המקובלת בשכירות פועלים בדיבור בלבד, ולכן התייחסו להתקשרות זו ביתר רצינות מאשר להבטחה אחרת.

לדוגמא – כאשר פועל מבקש לחזור בו, מפני שיכול להשיג עתה תנאים טובים יותר אצל מעסיק אחר, והמעסיק פייס אותו שלא לעשות כן - אין הפועל יכול לומר, הסכמתי לקיים את החוזה על דעת שתפצה אותי, ותשלם לי כמו שיכולתי להשיג במקום אחר. הואיל ואם היה חוזר בו, היה עליו 'תרעומות'. לפיכך, הסכמתו לחזור הייתה לפי התנאים המקוריים של החוזה. כן להיפך, אם המעסיק רוצה לחזור בו, מפני שיכול להשיג עתה פועלים בשכר נמוך יותר, והפועל פייס אותו שימשיך להעסיק אותו, אין המעסיק יכול לומר שעשה כן על דעת שישלם לו שכר נמוך יותר. אלא משלם לו לפי השכר החוזי שקבעו ביניהם בתחילה.

⁷ המשנה 73.

פרק שלישי - גישת המשפט הישראלי

חוק חוזה קבלנות

סעיף 1 לחוק חוזה קבלנות פותח ומגדיר מהו בעצם חוזה קבלנות - "חוזה קבלנות הוא חוזה לעשיית מלאכה או למתן שירות בשכר כשהקבלן אינו עובדו של המזמין".⁸ סעיף זה מגדיר כי כל חוזה לעשיית מלאכה או למתן שירות בשכר, כאשר הקבלן, דהיינו - מי שעושה את המלאכה או נותן את השירות, איננו עובד שכיר של המזמין, הינו למעשה

⁸ חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974.

חוזה קבלנות.

הגדרה זו חלה על סוגים רבים ושונים של חוזים שנערכים כיום בין אם מודעים לכך ובין אם לאו. למעשה, כל הסכם שנערך בין בעל עסק עצמאי ללקוחותיו לצורך מתן שירות עבורם, הינו חוזה קבלנות, ולא דווקא רק חוזה שנערך עם קבלן בניה לדוגמא. המדובר למשל בשירותים שנותנים עורכי דין, בעלי מוסך, מעצבי שיער, חייטים, אדריכלים ועוד רבים אחרים.

בכל הקשור לאופן תשלום התמורה עבור השירות שמעניק **הקבלן העצמאי** ללקוח שלו, קיימים שלושה סוגים עיקריים של חוזי קבלנות:

- הסכם פאושלי: הסכם הקובע מראש תשלום כולל וסופי שישולם לקבלן עבור כל העבודות שהוא מבצע עד להשלמתן.
- הסכם לפי זמן עבודה: הסכם שבו התשלום לקבלן מחושב לפי שעות העבודה שהוא השקיע בפועל.
- הסכם למדידה: הסכם שבו התשלום לקבלן מחושב לפי כמויות החומרים והעבודה שהוא השקיע בפועל.

פגם שנפל במלאכה או בשירות שהקבלן התחייב לספק ללקוח:

החייבים העיקריים של הצדדים במסגרת הסכם חוזה הקבלנות, מוגדרים במסגרת סעיף 2 לחוק, אשר קובע בפשטות כ" הקבלן חייב לעשות את המלאכה או לתת את השירות והמזמין חייב לשלם את השכר, הכל לפי המוסכם בין הצדדים."

לפיכך, על הקבלן לספק את המלאכה או השירות כפי שהוא התחייב כלפי הלקוח ובהתאם למוסכם ביניהם. אולם, מה קורה והם סופקו שלא בהתאם למוסכם בין הצדדים, והלקוח אינו מרוצה מכך?

מבחינת החוק, כאשר המלאכה או השירות סופקו ללקוח שלא בהתאם למוסכם, הדבר יוגדר כפגם, כאמור ברישא סעיף 3(א) לחוק. במקרה כזה על הלקוח להודיע לקבלן על הפגם זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו, כאמור ברישא של סעיף 3(א) לחוק. כלומר, בכל מקרה בו הלקוח איננו שבע רצון מהמלאכה או השירות שניתן לו,

מאחר ולדעתו הם נעשו שלא בהתאם למוסכם, עליו להודיע על כך לקבלן וזאת תוך זמן סביר.

במידה ונפל פגם כאמור, הטיפול החוקי בו יעשה בהתאם למספר אבחנות. תחילה יש לבחון האם הפגם ניתן לתיקון או לאו. במידה והפגם לא ניתן לתיקון, הלקוח זכאי לנכות מהשכר את הסכום שבו פחת שווי המלאכה או השירות עקב הפגם לעומת השכר לפי המוסכם, וזאת כאמור בסעיף 4(ג) לחוק⁹.

במידה והפגם כן ניתן לתיקון אזי יש להבחין בין מצב בו מדובר בפגם שתיקונו דחוף לבין פגם שתיקונו אינו דחוף:

אם המדובר בפגם שתיקונו דחוף עד כדי כך שאין לדרוש מהלקוח שימתין לתיקונו בידי הקבלן, אזי הלקוח רשאי לתקן את הפגם בעצמו וכן לדרוש מהקבלן את החזר הוצאותיו הסבירות, וזאת מבלי להודיע על כך לקבלן ו/או מבלי לתת לו הזדמנות נאותה לתקן את הפגם - כך קובע סעיף 4(ב) לחוק¹⁰.

אם המדובר בפגם שתיקונו אינו דחוף, על הלקוח לתת לקבלן הזדמנות נאותה לתקנו, כאמור בסיפא של סעיף 3(א) לחוק.

במידה והלקוח לא נתן לקבלן הזדמנות נאותה לתקן את הפגם או אף לא טרח להודיע לקבלן תוך זמן סביר על קיומו של הפגם, והקבלן לא ידע על כך מעצמו, הוא לא יהיה זכאי להסתמך על הפגם.

בנוסף, הלקוח לא יהיה זכאי להסתמך על הפגם במידה והפגם נגרם מסיבה שהוא עצמו אחראי לה, כאמור בסעיף 3(ב) לחוק¹¹.

הודיע הלקוח לקבלן על קיומו של פגם שניתן לתיקון ונתן לו הזדמנות נאותה לתקן את

⁹ "לא ניתן הפגם לתיקון, זכאי המזמין לניכוי מן השכר כאמור בסעיף קטן (א)2" שקובע: "לא תיקן הקבלן את הפגם תוך זמן סביר לאחר שהמזמין עשה כאמור בסעיף 3(א), רשאי המזמין לנכות מן השכר, כל עוד לא תוקן הפגם, את הסכום שבו פחת שווי המלאכה או השירות עקב הפגם לעומת השכר לפי המוסכם."

¹⁰ "פגם שתיקונו דחוף עד שאין לדרוש מן המזמין שימתין לתיקונו בידי הקבלן, רשאי המזמין לתקנו כאמור בסעיף קטן (א)1 גם בלי שעשה כאמור בסעיף 3(א)2" שקובע: "לא היו המלאכה או השירות בהתאם למוסכם (להלן - פגם), על המזמין להודיע לקבלן על הפגם זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו, ואם הפגם ניתן לתיקון - לתת לקבלן הזדמנות נאותה לתקנו."

¹¹ אין המזמין זכאי להסתמך על הפגם -

(1) אם לא קיים את המוטל עליו לפי סעיף קטן (א) זולת אם ידע הקבלן על הפגם;

(2) אם בא הפגם מסיבה שהמזמין אחראי לה.

הפגם, על הקבלן לתקן את הפגם תוך זמן סביר לאחר מכן, כאמור בסעיף 4(א) לחוק¹². במידה והקבלן לא תיקן את הפגם תוך זמן סביר כאמור, אזי הלקוח יהיה רשאי לבחור בין שתי החלופות הבאות, כאמור בסעיף 4(א) לחוק: לתקן את הפגם ולדרוש מהקבלן את החזר הוצאותיו הסבירות, או לנכות מן השכר, כל עוד לא תוקן הפגם, את הסכום שבו פחת שווי המלאכה או השירות עקב הפגם לעומת השכר לפי המוסכם.

יחד עם זאת, יש לזכור כי סעיף 7 לחוק קובע כ"י: אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתרופה אחרת בשל הפרת חוזה."

משמעות סעיף זה הנה כי התרופות שמופיעות בחוק בכל הקשור להפרת חוזה קבלנות, הינו תרופות שבאו להוסיף על התרופות האחרות הקיימות בדין הכללי בגין הפרת חוזה ולא במקומן. המדובר למשל בתרופות הקיימות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, כגון הזכות לבטל את ההסכם ולתבוע פיצויים, לרבות פיצויים בגין עוגמת נפש ועוד.

זכות העיכבון של הקבלן

על פי סעיף 5 לחוק¹³, במידה והלקוח מסר לקבלן נכס כלשהו על מנת שהקבלן יבצע מלאכה או שירות כלשהו לגביו, ועם זאת הלקוח איננו עומד בתשלומים המוטלים עליו על פי חוזה הקבלנות, אזי הקבלן יהיה רשאי לעכב תחת ידיו את אותו הנכס עד שהלקוח ישלם לו סכומים אלו.

כך לדוגמא, במידה והלקוח מסר את רכבו לקבלן, בעל מוסך, על מנת שבעל המוסך יתקן את התקלה שאירעה ברכב, ועם זאת הלקוח איננו משלם לבעל המוסך את התמורה אותה הוא התחייב לשלם לו על פי המוסכם ביניהם, אזי בעל המוסך רשאי לעכב את הרכב תחת ידו, עד שבעל הרכב ישלם לו את התשלומים הללו.

¹² לא תיקן הקבלן את הפגם תוך זמן סביר לאחר שהמוזמין עשה כאמור בסעיף 3(א), רשאי המוזמין – (1) לתקן את הפגם ולדרוש מהקבלן החזרת הוצאותיו הסבירות; (2) לנכות מן השכר, כל עוד לא תוקן הפגם, את הסכום שבו פחת שווי המלאכה או השירות עקב הפגם לעומת השכר לפי המוסכם.

¹³ לקבלן תהא זכות עכבון על נכס שמסר לו המוזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המוזמין עקב עסקת הקבלנות.

קבלת הנכס בחזרה על ידי הלקוח

על פי סעיף 6 (א) לחוק¹⁴, במידה והלקוח מסר לקבלן נכס כלשהו על מנת שהקבלן יבצע מלאכה או שירות כלשהו לגביו, והקבלן סיים לבצע זאת, על הלקוח לקחת את הנכס בחזרה.

במידה והצדדים הסכימו על מועד מסוים בו ייקח הלקוח את הנכס בחזרה, על הלקוח לקחת את הנכס במועד זה. במידה והצדדים לא הסכימו על מועד כזה, על הלקוח לקחת את הנכס תוך זמן סביר לאחר שהקבלן הודיע לו שהוא סיים לבצע את המלאכה או השירות.

נכס שאבד או ניזוק בהיותו בידי הקבלן

במקרה בו הנכס אבד או ניזוק בזמן שהוא היה עדיין בידי הקבלן, יחול סעיף 6(ב) לחוק¹⁵, אשר מחלק את האחריות בין הצדדים כך: הקבלן יהיה אחראי לענין חוק השומרים, תשכ"ז-1967, כשומר שכר ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו. הלקוח יהיה פטור מתשלום השכר לקבלן, אלא אם כן הנכס אבד או ניזוק לאחר שהלקוח היה חייב לקבלו, וזאת מסיבה שהקבלן אינו אחראי לה.

פסיקות

פס"ד- המשבר הישן בע"מ נ' לוגיסטיקר בע"מ: 16

עובדות:

המשביר הישן, רשת כולבו, חתמה חוזה עם חברת לוגיסטיקר שתספק לה שירותי אחסון,

¹⁴ נעשו המלאכה או השירות בנכס בידי הקבלן, חייב המזמין לקבלו במועד שהוסכם עליו, ובאין הסכם - תוך זמן סביר לאחר שהקבלן הודיע לו שגמר את המלאכה או השירות.

¹⁵ אבד או ניזק הנכס בעודו בידי הקבלן -

(1) אחראי הקבלן, לענין חוק השומרים, תשכ"ז-1967, כשומר שכר ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו;

(2) פטור המזמין מתשלום השכר, זולת אם אבד או ניזק הנכס אחרי שהמזמין היה חייב לקבלו ומסיבה שהקבלן אינו אחראי לה.

ניהול מלאי, הפצה ומשלוחים של סחורות, מטענים וטובין שונים. החוזה נחתם לשלוש שנים עם אפשרות להארכה. בשנת 2004 הייתה חייבת המשביר ללוגיסטיקס סכום של יותר משלושה מיליון שקלים. לוגיסטיקס הודיעה למשביר על ביטול החוזה נוכח אי קיום ההתחייבויות הכספיות כלפיה, ובנוסף על מימוש זכות העיכבון ביחס לסחורות של המשביר אשר היו מצויות במחסניה, עד אשר תשלם המשביר את חובה ללוגיסטיקס.

השאלה המשפטית:

האם בין הצדדים נחתם חוזה שהוא חוזה קבלנות שבעקבותיו תוכל לוגיסטיקס להשתמש בזכות העיכבון¹⁷, או שמדובר בחוזה רגיל/חוזה לפי חוק השומרים¹⁸ ואז זכות העיכבון לא עומדת ללוגיסטיקס.

החלטה שיפוטית:

השופט רובינשטיין¹⁹, בהסכמת השופטים נאור²⁰ וחשין²¹, קבע שהחוזה נכנס לגדר "חוזה קבלנות". במקביל חלים גם חוק החוזים (תרופות) וחוק השומרים. לנושא (לוגיסטיקס) יש סמכות להשתמש בכל אחת מן התרופות שמקנים לו החוזים ובתוכם זכות העיכבון. השופט טוען שיש חשיבות רבה לאבחנה בין עסקה אחת למספר עסקאות בין הצדדים, ובכל מקרה יש לבחון את המקרה לפי נסיבותיו. בענייננו טיב היחסים בין הצדדים הוביל לכריתת חוזה מסגרת ארוך טווח של סיפוק שירותים לאורך זמן, ולכן יש סמכות לנותן השירותים להפעיל את זכות העיכבון.

פס"ד - ליבוביץ נ' אוברזון (ערעור אזרחי):

עובדות:

¹⁷ סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות

¹⁸ חוק השומרים, תשכ"ז-1967

¹⁹ אליקים רובינשטיין (נולד ב-13 ביוני 1947) הוא המשנה לנשיאת בית המשפט העליון. היה מזכיר הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה. במאי 2004 הושבע כשופט בית המשפט העליון. כיהן כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19.

²⁰ מרים נאור (נולדה ב-26 באוקטובר 1947) היא נשיאת בית המשפט העליון במדינת ישראל. נאור מכהנת בתפקיד זה מינואר 2015 והיא שופטת בית המשפט העליון משנת 2003. כיהנה כיושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, מדצמבר 2011 עד יוני 2012.

²¹ מיץאל חשין (16 בפברואר 1938 - 19 בספטמבר 2015) משפטן ישראלי ודוקטור למשפטים, אשר כיהן כשופט בבית המשפט העליון בשנים 2006-1992 ומתוכן בשנים 2005-2006. כיהן כמשנה לנשיא בית המשפט העליון.

לליבוביץ הייתה מתפרה שעסקה בתפירת בגדי ים בעבור חברת גדעון אוברזון שפשטה רגל. אוברזון הייתה מעבירה לליבוביץ גזרי בד ומהם הייתה תופרת ליבוביץ בגדי ים. בתחילת כל עונה הן הגיעו לסיכום על מספר בגדי הים שליבוביץ תתפור. בקיץ האחרון, טרם הסכסוך, הם סיכמו שעל כל יחידת בגד ים תשלם אוברזון לליבוביץ \$9. הונהג ביניהם שאוברזון היה משלם לליבוביץ את השכר 15 ימים אחרי שליבוביץ הוציאה חשבונית מס. החל מחודש מאי 1996 העבירה ליבוביץ לאוברזון שני משלוחים אך לא קיבלה עליהם תשלום. ליבוביץ עיכבה את המשלוח השלישי ודרשה מבית המשפט שיכריח את אוברזון לשלם את שכרה על כל שלושת המשלוחים ולא רק על המשלוח השלישי שנמצא בידה.

השאלה המשפטית:

האם זכות העיכבון שנמצאת בסעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, חלה על עסקת קבלנות שהוא מונח רחב ומקיף יותר מאשר חוזה הקבלנות- האם יכולה ליבוביץ לדרוש את זכות העיכבון על שלושת המשלוחים למרות שבידיה המשלוח השלישי בלבד?

הכרעה שיפוטית:

השופט טירקל²², בהסכמת השופטים אילן²³ וברק²⁴, פסק שעסקת קבלנות אחת היוצרת זכות עיכבון כוללת היא עסקה מסחרית העומדת בפני עצמה וניתנת לניתוק מעסקאות אחרות בין הצדדים, אך במקרה שלנו, יצרו הצדדים מסגרת של עסקה עונתית שכללה תפירת קולקציה מסוימת של בגדי ים לצורך עונה שלמה. הם קבעו מחיר אחיד לכל בגד ים, ולא נעשה תמחור נפרד ושונה לבגדי הים שבכל אחד משלושת המשלוחים. לפיכך יש לראות את כל המשלוחים כחלק מאותה עסקת קבלנות. "אני מציע כי זכות העיכבון שיש לה (ליבוביץ) לגבי המשלוח השלישי אינה רק בגין המגיע לה בעבור משלוח זה, אלא גם בעבור המגיע לה מהמשלוח הראשון והשני"²⁵.

²² יעקב אבי ברוך טירקל (נולד ב 24-במרץ 1935) היה שופט בית המשפט העליון בשנים 2005-1995 כיום, ממלא שורת תפקידים שונים כמו יושב ראש הוועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות המדינה.

²³ מנחם אילן (נולד 1931) היה נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב בשנים 1999-2000.

²⁴ אהרן ברק (נולד ב 16-בספטמבר 1936) הוא פרופסור למשפטים ישראלי, שכיהן כנשיא בית המשפט העליון-1995) (2006) היועץ המשפטי לממשלה (1975-1978) וכדיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. חתן פרס ישראל למדעי המשפט (1975). כיום מרצה במרכז הבינתחומי הרצליה ובאוניברסיטת ייל האמריקנית.

²⁵ שם, עמוד 68 לסיכום של השופט טירקל.

פס"ד- זיקית :

עובדות :

לזיקית היו מפעלי צביעה והדפסה של טקסטיל. היה לה חוזה עם חברה בשם אלדיט שעסקה במסחר בדים וטקסטיל. אלדיט שלחה לזיקית כמות של כמעט שלושה טון בד מסוג מולטילובל כדי שזיקית תדפיס על בד זה דוגמאות. מתוך הכמות שהודפסה, טון מהבד היה מקולקל. החברות סיכמו ביניהם על החזר כספי לאלדיט לחומר המקולקל. כאשר החלו להשתמש בבגדים שהודפסו, התגלה שהצבע המודפס יורד מהבדים.

השאלה המשפטית:

האם בין הצדדים חלות הוראות חוק המכר²⁶ או מכיוון שאלדיט סיפקה לזיקית את עיקר החומרים הדרושים להפקת הנכס, חל על המקרה הוראות חוק חוזה קבלנות.

הכרעה שיפוטית:

השופט אלון²⁷ טוען שאם עיקר החומרים אינם מגיעים מאחד הצדדים, מדובר בחוק חוזה קבלנות. השופט מציג את דעת המשפט העברי, שעל המעביד לשלם לעובד את שכרו בגמר עבודתו ואסור להלין את שכרו. השופט קובע שזיקית עשתה עבודה לקויה וקלקלה את הבד שנמסר לה ולכן היא חייבת בנזקי אלדיט. השופטת בן פורת מסכימה עם השופט אלון כי מדובר בחוזה קבלנות ולא מכר אך מגיעה לפיתרון אחר באמצעות חוק החוזים (תרופות)²⁸.

ספרות אקדמית

אמות המידה להבחנה בין חוזה מכר לחוזה קבלנות:

²⁶ חוק המכר, תשכ"ח-1968.

²⁷ מנחם אלעזר אלון, כ"א בחשוון ה'תרפ"ד, 1 בנובמבר 1923 - כ"ו בשבט ה'תשע"ג 6, בפברואר (2013) היה פרופסור למשפטים והיסטוריון של ההלכה, כיהן כשופט בית המשפט העליון (1977 - 1993) וכמסנה ה-11 לנשיא בית המשפט העליון (1988 - 1993) חתן פרס ישראל למשפט (1979) וראש משפחת אלון. היה מועמדה של הקואליציה לכהונת נשיא מדינת ישראל בשנת 1983.

²⁸ חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

בבואנו להציג את המבחנים השונים, מוטב לפצל את הדיון לשני סוגי עסקאות. בסוג הראשון נכלול את המקרים בהם עבודתו של הספק מושקעת בחומריו או בחומרים של הצדדים; לעומת הסוג השני, בו החומרים של הספק ושירותו מהווים אלמנטים נפרדים. לגבי הסוג הראשון הוצעו שלושה מבחנים:

1. מבחן "עיקר החומרים"- המאפיין מבחן זה הוא, שלצורך סיווגו של החוזה שוקלים את חלקו היחסי של כל אחד משני הצדדים בחומרים, בהתעלם לחלוטין ממרכיב העבודה והמיומנות שהשקיע הספק בייצור הנכס. למושג "עיקר החומרים" ניתן לייחס משמעויות שונות כגון: מבחינת ערכם או כמותם או חשיבותם וחיוניותם. בהמשך דברינו, בדיון בסעיף 2 לחוק, בו אימץ המחוקק מבחן זה, נעמוד, בין היתר, גם על נקודה זו.

2. מבחן "עיקרו ומהותו של החוזה"- כללו של מבחן זה נוסח בפרשת Clay, בזו הלשון:

"The true rule is this, whether the work and labour is of the essence of the contract, or whether it is the materials that are found."

אכן, כשמונים שנה לאחר מכן, בפסה"ד Robinson V. Graves בעניין הזמנת ציור דיוקן, בדק ביהמ"ש את מהותה של ההתקשרות, ומסקנתו היתה שהחוזה הוא שכירות אומן לעשיית מלאכה, והמזמין שהפר את החוזה חוייב בתשלום שכרו של הצייר. (בניגוד לחוזה מכר אשר לפי חוק המכר האנגלי משנת 1893, לא היה בראכיפה מכיוון שלא נערך בכתב). וכך נימק ביהמ"ש את הכרעתו:

"...The substance of the matter was an agreement for the exercise of skill, and it was only incidental that some materials would have passed from the artist to the gentleman who commissioned the portrait".

ואולם, סביר להניח שכאשר המזמין קיבל על עצמו לתת את עיקר החומרים, לכולי עלמא החוזה הוא שכירות אומן לעשיית מלאכה. נראה אפוא כי כאשר שני הצדדים לחוזה קבלו עליהם לספק את החומרים הדרושים לייצור הנכס, הקביעה בדבר עיקרו של החוזה תיעשה בשני שלבים. בתחילה עלינו לבדוק מי נתן את עיקר החומרים. אם היה זה המזמין, הרי הגענו לסוף הדרך - החוזה הוא לעשיית

מלאכה. ואילו כאשר הספק נתן את עיקר החומרים, נעבור לשלב השני, היינו :
הצבת החומרים מול העבודה, לשם קביעת מהותו של החוזה עלפי החלוקה של
"העיקר והטפל" שבין שני המרכיבים. נמצא כי גם הדוגלים בשיטת הבדיקה של
"מהותו ועיקרו של החוזה" אינם יכולים להתעלם מן המבחן של "עיקר
החומרים". על המבחן של "עיקרו ומהותו של החוזה" נמתחה ביקורת בהיותו
מלאכותי ובלתי הגיוני : כפי שכותב המלומד Benjamin :

"It is not logical to ask whether in such a case the parties contracted primarily or substantially for the performance of work or for the transfer of a chattel; they contracted for both... This statement, with respect, overlooks the fact that what passes to the client is not materials but the finished picture, of which both the work and the materials are components"

לעומת זאת, כאשר העבודה והחומר מהווים אלמנטים נפרדים עד הסוף, ניתן לבדוק מהו
העיקר והטפל, מכיוון שבסוג הזה של החוזים :

"The determination of 'The substance' is a matter of degree, involving an assesment of the relative importance of the two elements...".

לדוגמא- חוזה להתקנת אנטנה על גג ביתו של פלוני נראה לנו כחוזה מכר, כאשר עבודת
ההרכבה נספחת וטפלה לו.

מנגד, עבודות גינון, הדבקת טפטים וכד' נוטות יותר לעבר חוזה לעשיית מלאכה.
וכבר העיר Benjamin על הקושי ליישם את התיאוריה של "עיקר וטפל" הלכה למעשה.
ואולם, כאשר הספקת הנכס היא פרק במכלול השירותים, מן הדין הוא לקבוע את מהותו
של החוזה לפי המכלול. כך לדוגמא נקבע בפסיקה האנגלית כי הספקת אוכל

printer printing a book would most probably fall within the same category ... I do not think that the test to apply to these cases is whether the value of the work exceeds that of the materials used in its execution; for, if a sculptor were employed to execute a work of art, greatly as his skill and labor, supposing it to be of the highest description, might exceed the value of the marble on which he

worked, the contract, would in my opinion, nevertheless be a contract for the sale of the chattel.

משמע - כי בכל מקרה שהתוצאה של ההתקשרות היא נכס, העובר לבעלות המזמין, הרי זו עסקת מכר, מבלי להתייחס למרכיב העבודה והמיומנות שהושקעו ביצירת הנכס. ואולם, קשה להבין מדוע לא יחול אותו דין על מסמך שהוכן על ידי עורך־דין או על תכנית אדריכלית- הרי גם במקרים אלה משתכלל "התוצר" לדבר העובר מיד ליד.

3. דרגת האינדיבידואליות של הביצוע:

זמיר מונה מבחן זה, המופיע בסעיף 1467 לקודקס הפיליפיני והקובע: "שאם הנכס הושג או נוצר על־ידי המוכר במהלך הרגיל של עסקיו, לשם מכירה לציבור לא מסוים, כי אז המדובר במכר: ואילו אם הנכס נוצר במיוחד עבור הקונה המסוים, על־פי הזמנתו המיוחדת, ולא לציבור סתם, הרי שזהו חוזה קבלנות". בשולי המבחן מציין זמיר: "עיון בעובדות של פסקי־הדין שבהם עוצב מבחן מרכז־הכובד, בדוגמאות שמביאה השופטת ובדוגמאות שכנגד, מגלה שייתכן ומאחורי המבחן של פסק־דין רובינזון עומד בן־פורת בעצם מבחן האינדיבידואליות של הכנת הנכס". ברם, לא נתפרש מה טיבה של "הייחודיות" הנדרשת כדי לשוות את התקשרות הצדדים לעסקה של קבלנות. גדר הספק הוא, האם די בכך שהנכס נוצר על־פי הזמנה מיוחדת של קונה מסוים, או שמא הדגש הוא בייחודיותו של המוצר המותאם לצרכי מזמינו. טול לדוגמא מפעל המייצר מוצר מסוים בצורה סטנדרטית שווה לכל דורש, אך התפוקה היא על־פי הזמנה של קונה מסוים. האם די בכך כדי להטביע חותם של ייחודיות על העסקה? אם אכן, כאמור לעיל, פסק־דין רובינזון משקף את מבחן האינדיבידואליות, הרי בדומה לנושא הדיון שם (ציור פורטרט), הייחודיות מתאפיינת כדוגמת הזמנת אביזרים אורתופדיים - במוצר עצמו, "הגזור לפי מידותיו" של המזמין- 45 צילומים משפחתיים וכדומה, או שמפאת הנסיבות אין המוצר ראוי לשימושם של אחרים פרט למזמין, כגון הזמנת "קייטרינג" לאירוע מסוים.

פרק רביעי- השוואה בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי

נראה שעמדת המשפט העברי מקלה אם השתחררות מתנאי החוזה מאפשרת לצדדים, לפני שהתבצעה העבודה, להפר את החוזה מבלי שיהיה להם תרעומות. "מתני' השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומות שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה, וכל דבר שאבד

וחזרו בהן מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען השוכר את האומנין וחזרו בהן ידם על התחתונה"²⁹ - היא מאפשרת לפועל להשתחרר אפילו באמצע היום או לעצור את המלאכה ולחזור בו ממנה והוא בהמשך יהיה חייב חוב למעסיק. המשפט הישראלי מעניק תוקף משמעותי לחוזה בין הצדדים. הוא מחייב את הקבלן להשלים את המלאכה ולתקן את כל הפגמים תוך זמן סביר, ומאפשר להפר את חוזה הקבלנות ולפנות לתיקון עצמי של הפגם רק במקרה חריג. לדעתי גישת המשפט הישראלי נכונה יותר לימינו, יש ריבוי של הפרות חוזה מצד קבלנים ונכון שהחוק ייתן כלים לצדדים לקיים את העסקה גם אם אחד הצדדים רוצה להפטר ממנה.

פרק חמישי - סיכום

העבודה מתייחסת לגישת המשפט העברי ולגישת המשפט הישראלי במתן פסק הדין בנושא חוזה קבלנות. נוכחנו כי גישת המשפט העברי מקלה עם הקבלן ואילו גישת המשפט הישראלי מקשה עימו.

²⁹ תלמוד בבלי, בבא מציעא, ע"ה, ב

בעבודה נחשפתי למקורות מהמשפט העברי. למדתי שמעבר לאגדות וסיפורים יש במקורות הקדושים חשיבה כלכלית, חברתית, שבימינו ניתן ללמוד ממנה. בנוסף, בעבודה התעמקתי בלימוד חוק והכרת פסיקות וספרות אקדמית משפטית שנכתבה על החוק. חוויה זו נתנה לי טעימה מעבודת המשפטן אליה אני שואפת להגיע.

רשימה ביבליוגרפית

חקיקה

חוק חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א- 1970.

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג- 1973.

חוק חוזה קבלנות תשל"ד- 1974.

פסיקה

ע"א 368/77 זיקית מפעלי צביעה והדפסה בע"מ נ' סריגי אלדיט בע"מ, לב (3) 49.

ע"א 1776/97 ליבוביץ - בית מלאכה לתפירה נ' אוברזון תעשיות אופנה בע"מ, נד (3) 49.

ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיסטיקר בע"מ, (פורסם בנבו 13.12.2006).

ספרות אקדמית

יעקב רייניץ "על ההבחנה בין חוזה מכר לבין חוזה קבלנות" מחקרי משפט ז (193)
(תשמ"ט).

אייל זמיר, חוק חוזה קבלנות תשל"ד-1974 פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד טדסקי
(1994).

משפט עברי

ויקרא י"ט 13.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא דף ע"ה עמוד ב'.

משנה תורה, הלכות שכירות פרק א' הלכה א'.

שו"ע, חושן משפט, סימן של"ג סעיף ג'.

תלמוד בבלי בבא מציעא דף מ"ח עמוד ב'.

ספרות מחקר על המשפט העברי

אברהם שיינפלד, תרופות בשל הפרת חוזה- הזכות לאכיפה בעריכת נחום רקובר.