



יד בכסלו תשע"ח  
תיק מספר : 78026

בס"ד

## פסק דין - נזקים שנגרמו כתוצאה מעבודות עפר

בעניין שבין :

**התובעת**  
בעלי מגרש הסמוך לאתר בנייה של חברת בנייה  
החברה  
**א. רקע**

במהלך שנת 2013 שכרה חברת בנייה (להלן 'הנתבעת') קבלן עבודות עפר (להלן 'הקבלן') לצורך ביצוע חפירות לקראת בנייה, במגרש המצוי בבעלותה בעיר ה'. ההסכם עם הקבלן כלל פינוי העפר מהמגרש, והוא אכן פונה ממגרש הנתבעת והונח במגרש סמוך שהיה נתון בבעלות פרטית. כשנתיים לאחר מכן, חלק מהמגרש בו הונח העפר, נרכש על ידי חברת ח' (להלן 'התובעת'). לתובעת יש הסכם קומבינציה עם הבעלים של החלק השני של המגרש, לפיו היא אמורה לבנות על כל המגרש. לאחר קבלת היתרי הבנייה, ניגשה התובעת לבצע מדידות במגרשים וגילתה שהם מלאים בעפר שפונה ממגרש הנתבעת. התובעת פנתה לנתבעת בדרישה לפנות את העפר שהונח בשני המגרשים, אשר מנע ממנה להחל בעבודות הבנייה. לאחר שדרישה זו לא נענתה, פינתה התובעת את העפר על חשבונה. עלות הפינוי כללה מדידת השטח לצורך הפינוי בסך : 2000 ₪, והפינוי עצמו בסך 64,000 ₪. סך התביעה : 66,000 ₪, ובנוסף הוצאות משפט. להוכחת הוצאות הפינוי הוגשה חשבונית.

### ב. טענות התובעת

1. פינוי העפר למגרשנו נעשה ללא הסכמת הבעלים הקודמים ויש לנו על כך אישור בכתב.
2. הקבלן פעל מטעם הנתבעת, והיא מודה שהיא הייתה מודעת לכך שהעפר פונה ממגרשה למגרשנו. הפינוי נעשה במשך כחודשיים ועליה היה לעצור את הקבלן.
3. משלא עצרה את הקבלן, היה עליה לכל הפחות לעכב את התשלום אליו כדי שהוא יאלץ לפנות את העפר.
4. היות והיא הסכימה שהקבלן יפנה את העפר למגרש התובעת, הרי שיש לחייבה לפי "פקודת הנזיקין" סעיף 15 סעיף קטן 3, בעניין חבותו של בעל חוזה המאשר מעשה הגורם לנזק. לחוק זה יש תוקף הלכתי מכוח מנהג המדינה. בפרט כאשר מדובר בחברה הרשומה ברשם החברות המחייב אותה לנהוג על פי החוק.
5. גם מבחינה הלכתית נפסק שהמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב, ולאחר נפילת אונס אף שהוא פטור מהנזק הוא חייב לפנות את הנזק, ואם לא פינהו חייב בדיני שמים. לטענת התובעת, אף שדין זה אמור לגבי מפקיר נזקיו ברה"ר, הוא תקף גם למפקיר נזקיו ברה"י.



6. אף אם נניח שהנתבעת העניקה את העפר במתנה לקבלן, אין דין זה שונה מדין מפקיר נזקיו, ולכן היה עליה לפנות הנזק ממגרש התובעת.

7. אין לומר שהקבלן זכה בעפר עוד קודם הנחתו במגרש התובעת, והוא זה שהזיק את התובעת. זאת משום שלא נעשתה פעולת קניין מצד הקבלן. כמו כן, סביר להניח שהמשאיות לא מושכרות לקבלן אלא שהן נותנות שירות כמו נהג מונית. ועל פי זה העפר לא הגיע לרשות הקבלן. בנוסף, אין לומר שהעפר נקנה לקבלן בקניין משיכה ע"י משיכת העפר ממגרש התובעת, משום שיתכן שנהגי המשאיות היו גויים, ואם אכן כך, דין זה תלוי בשאלה האם פועל שאינו בר שליחות כגון גוי יכול לבצע קניין עבור הקבלן. בנידון זה הפנה ב"כ התובעת למספר מקורות. הוא ציין, שאף שמדברי המחנה אפרים (הלכות מכירה קנין מעות סימן טו) עולה שיד פועל כיד בעה"ב, ולכן הוא יכול לזכות עבור בעה"ב גם אם הוא אינו בר שליחות. דין זה נאמר בפועל ולא בקבלן ובעלי משאיות דינם כקבלן היות והם מקבלים שכרם בהשלמת עבודתם ולא על פי שעה, ולפיכך אין הם זוכים לבעל הבית. אך, הוא הסתפק בכך על פי הנתבות (ביאורים ריש סימן קפח) ממנו עלה שלגבי משיכה די בכך שנמשך על ידו, ועל פי זה יתכן שדין זה אמור גם בקבלן.

#### ג. טענות הנתבעת

1. פינוי העפר נעשה בשנת 2013 קודם שהתובעת קנתה את המגרש בשנת 2015. לכן, לא ברור כלל שיש לתובעת דין ודברים איתה.
2. ההסכם עם הקבלן היה שהוא מפנה את העפר לאתרים מורשים.
3. לאחר שנציגי הנתבעת ראו שהקבלן מפנה את העפר למגרש התובעת, הם דרשו ממנו לפנותו משם, אך הקבלן טען שהוא קיבל את רשות מבעל המגרש.
4. מקובל שקבלנים מפנים עפר לאתרים זמנים והוא אף פינה למגרשים נוספים, והיא הניחה שמדובר בצעד זמני.
5. לפני התשלום האחרון, וכתנאי לתשלום, היא דרשה מהקבלן שיפנה את העפר, משום שהיא חששה שהעירייה תדרוש זאת ממנה. אולם הקבלן העביר לה התחייבות בכתב שהוא אחראי בלעדי על החומר; אמר לה 'החומר עכשיו הוא שלי'; וכן הציג לפניה מסמך מהעירייה שהוא רשאי לאחסן את העפר עד חודשיים. בעקבות זאת הנתבעת העבירה לו את התשלום.
6. משעה שהקבלן הוציא את החומר מהמגרש שלה החומר הוא באחריותו.
7. הנתבעת לא הרוויחה מאומה מכך שהקבלן הניח את העפר במגרש התובעת, שכן המחיר היה קבוע מראש, ומבחינתה לא היה הבדל בין פינוי לאתר קרוב לבין פינוי לאתר רחוק.
8. התביעה צריכה להיות מופנית כלפי הקבלן, והנתבעת הציעה לתובעת לסייע לה בכך. ואף שאחד מקבלני העפר פשט את הרגל, יש אפשרות לתבוע את השני.
9. במענה לטענת התביעה על כך שהנתבעת פעלה בנגוד לחוק, כתבה הנתבעת לבית הדין: "לא הייתה לנו ידיעה או הערכה כי יגרם נזק למגרש התובעת, שכן הקבלן התחייב לפנות את החומר. בניגוד לנטען, אנו סבורים שלא פעלנו בניגוד לחוק והתנהגותנו היא נורמטיבית בהחלט".



10. בהתייחס לדיון האם היא הקנתה את החומר לקבלן, כתבה הנתבעת לבית הדין: "חברתנו לא הפקירה את החומר ולא נתנה אותו במתנה לקבלן".
11. בעניין בעלות המשאיות, טוענת הנתבעת שהן היו בבעלות הקבלן.

#### ד. תגובת התובעת

1. כתגובה לטענה שאין לה סמכות בתביעה זו כי המגרש לא היה בבעלותה, המציאה התובעת ייפוי כוח מבעל המגרש הקודם שהוא מייפה כוחה לדון בתביעה זו גם בשמו.
2. מהודאת הנתבעת שהיא לא הפקירה את החומר ולא נתנה אותו במתנה, עולה שהחומר בבעלותה והיה עליה לסלקו ממגרש התובעת.
3. התובעת ניסתה לתבוע את הקבלן. לחברה זו שני בעלים אחד בשם ש' שפשט את הרגל, והשני בשם פ' שהם פנו אליו ולא זכו למענה ממנו. בכל מקרה, לטענתם, מי שצריך לתבוע אותם זו הנתבעת. מבחינת התובעת האחראית לנזק היא הנתבעת.

#### ה. שאלות לדיון

1. עפר המונח במגרש שכן ומפריע לשימוש בו, הגדרת הנזק.
2. חיוב הבעלים על בור שיצר אדם אחר בממונם.
3. האם ניתן להשית על הנתבעת את הוצאות הפינוי.
4. האם העפר היה בבעלות הנתבעת לאחר שהוצא ממגרשה.
5. האם לנתבעת יש חיוב לצאת ידי שמים, מדין "מפקיר נזקיו".
6. האם מעסיק אחראי לנזקים שגרם קבלן המועסק על ידו.
7. האם לחייב את הנתבעת על פי "פקודת הנזיקין".

### דיון

#### 1. חיוב מטעם ממון המזיק

##### א. עפר המונח במגרש שכן ומפריע לשימוש בו, הגדרת הנזק

הטענה הבסיסית של התובעת היא, שמוטל היה על הנתבעת לפנות את עפרה ממגרש התובעת. נעסוק בביאור דין זה תחילה מההיבט של חיוב הבעלים לסלק ממון הגורם לנזק. מהמשנה (ב"מ קיז, ב) למדנו שמוטל על אדם לסלק ממנו מגינת חבירו גם באופן שהוא נפל לשם מאיליו:

**מי שהיה כותלו סמוך לגינת חבירו ונפל, ואמר לו: פנה אבניך, ואמר לו: הגיעוך**

**- אין שומעין לו.**

כלומר, בעל הכותל חייב לפנות את אבני הכותל שנפלו לגינת חבירו, והוא אינו יכול לכפות על בעל הגינה לזכות באבנים ולפנותם.



ראשונים בסוגיה הבינו בפשטות, שבאמירת 'הגיעוך', בעל הכותל גילה דעתו שהוא מפקיר את האבנים, ואף על פי כן חובה עליו לפנות אותן. ועל כן הקשו, שדין זה סותר לאמור בבא קמא (דף כט, ב) שהמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס – פטור.

התוספות (שם, ד"ה אמר ליה) בתירוצם, חוזרים בהם מהבנתם הראשונה ומבארים שמהקשר הדברים נראה, כי אין בכוונת בעל הכותל להפקיר אבניו אלא בכוונתו רק להשתמט מחובתו לפנותו, לכן חובתו לפנות נזקו. ומוסיף לבאר בעין יהוסף (ד"ה ואין להקשות) שלעומת זאת, בבבא קמא הגמרא מניחה שאם לאחר נפילת הכד הוא לא פינה את שבריו, מן הסתם דעתו להפקירם, משום שמדובר בנפילה ברה"ר והוא יודע שאם הוא לא ייטול את נזקו מיד, עלולים אחרים לקחתו או לפנותו משם.

לעומת התוספות, תירץ תוספות הרא"ש (ד"ה ואמר ליה) שהפטור של מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס הוא באופן שההפקרה קדמה לנזק, כגון המפקיר חרסיו ולאחר מכן ניזוק בהם אדם אחר. ואילו במשנתנו, כבר בשעת הנפילה נעשה הנזק, 'כי נתמלאת גינתו אבנים ועפר ואינו יכול לזרעה', ומשעה שחלה עליו החובה לסלק נזקו אין הוא רשאי להפקירו.

עולה, אפוא, שיש הסכמה בין הראשונים, שכל עוד יש בעלים לאבנים מחובתו לפנות את אבניו מהטעם שהוא מונע מהבעלים שימוש בגינתו. אך, אם בעל האבנים הפקיר את האבנים, דעת התוספות (וכדעתם כתבו גם הר"ן [שם, קיז, ב ד"ה מתניתין], ונמוק"י [דף עב, א מדפי רי"ף ד"ה פטור מלשלם]) שלא מוטלת עליו חובה לפנותו. ואילו לתוספות הרא"ש, חובתו לפנות את האבנים נותרה בעינה.

אחרונים דנו בהגדרתו של חיוב זה. לדעת ה'ברכת שמואל' (ב"ק סימן ב סק"ב) יש לאבנים דין בור ולכן חובה לפנותם. ואף שאין לחייב מדין בור תשלום על נזקי קרקע, מוכח מהמשנה שמוטל על בעל הבור לסלק נזקו משום שלכתחילה יש איסור בחפירת בור גם אם התורה לא חייבה על נזקו. והוסיף על כך הברכת שמואל, שאף שבספק ממון הולכים לקולא ולא מוציאים מיד המוחזק, בסילוק היזק שהוא הסרת איסור, ספיקו לחומרא.

יש להעיר על דבריו, שיש בהגדרתו חידוש, שיש מציאות של בור שאין חיוב תשלום על הנזק שהוא גורם, ובנוסף, אין הוא בהכרח מהווה פוטנציאל נזקי לגבי אחרים, כגון, שניתן לדרוך על אבני הכותל מבלי להנזק. זאת בשונה מבור שחייבה עליו התורה מהסיבה שהוא מהווה פוטנציאל נזקי לאנשים ובעלי חיים ההולכים בסביבתו. כמו כן, יש שוני מהותי בין כותל המזיק באופן קבוע וסטאטי לבור העלול להכשיל אנשים ובעלי חיים.

אחרת היא דעת החזו"א (ב"ב סי' יד אות טז) שכתב שאין לחייב פינני אבנים מטעם בור משום שמדין בור אין לחייב על נזקי שדה. וכך אין לחייב מדין אש לאחר נפילת אונס משום שחיוב אש הוא בדרך הליכתו ואילו על נפילת אונס אין לחייבו על עצם הנפילה אלא על החובה לסלקו לאחר מכן. על כן מסיק החזו"א שהחיוב הוא מדיני שכנים שאף שהוא מזיק בדרך שימושו ונזקו נעשה בגרמא, עליו להרחיקו.



מהאמור עולה, שקיימת חובה על בעלים של עפר המונח במגרש שכנו לפנות את עפרו, אף באופן שהעפר נפל לשם מאיליו, מבלי שנעשתה שום פעולה על ידי הבעלים. החיוב מטעם נזקי שכנים או מטעם בור.

באופן שהעפר הופקר לאחר נפילת אונס, נחלקו הראשונים האם בעל העפר חייב לפנותו. על כך יורחב בהמשך.

### ב. חיוב הבעלים על בור שיצר אדם אחר בממונם

בדיון שלפנינו, מדובר שהעפר הונח במגרש התובעת ללא מעורבות של הנתבעת. מתוך הנחה שהעפר נותר בבעלותה, יש לדון האם קיימת חובה על הבעלים לסלק עפרם, כפי שעלה מהדיון הקודם, או שמא, הואיל ויש גורם אחר אשר יצר את הנזק, אין לבעלים אחריות עליו. כתב הרמב"ם (נזקי ממון יג, ז):

הקדרין והזגגין וכיוצא בהן שהיו מהלכין זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהן יש לו לעמוד ולא עמד... והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני, אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל פטור, שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאי אין אני הכורה אותנו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו.

מדובר ב"תאונת שרשרת" בה היו מעורבים שלושה סבלים. הסבל הראשון נפל, ובכך גרם לסבל השני ליפול. אם משאו של הסבל השני נפל והכשיל את הסבל השלישי – אזי הסבל השני פטור מנזקי הסבל השלישי. זאת משום שמשא זה מוגדר כ"בור". את הבור יצר הסבל הראשון ולא הסבל השני – שהרי הראשון הכשיל את השני.

הראב"ד בהשגה שם, לאחר שראה שכדברי הרמב"ם כתב גם הרי"ף, הוסיף לבאר דין זה, שפטור השני על נזקי משאו, למרות שהוא לא הפקיר את משאו:

...אבל שני שמחמת ראשון נפל אף על גב דלא הפקיר משאו ההיא שעתא מיהת בורו של ראשון הוא, וראשון פטור דהא לאו בורו הוא ומפקיר נזקי אונסין פטור.

דין זה נפסק בשו"ע (חו"מ סי' תיג, ב).

ברם, ראשונים אלו לא ביארו האם הפטור של השני הוא גם באופן שלשני הייתה אפשרות לפנות משאו לאחר מכן. התייחס לכך הרמב"ן (מלחמת ה' ב"ק דף טו, א), ולאחר שהביא את הדין הנ"ל, הוסיף את הדימוי הבא:

הא למה זה דומה לאבנו סכינו ומשאו שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהשני חייב ולא הבעלים ואף על פי שהיה להם לסלקן זה הדין אינו נוהג בבור שיהיה זה חופר בור וזה מתחייב שיהא עליו מוטל לכסותו ומשום הכי שני פטור. וראשון נמי פטור אממונו דשני משום דסבירא לן נתקל אנוס הוא ולא מחייב אלא בשאינו מפקיר וזה כמפקיר דמי שהרי אינו שלו וזהו דעת רבינו הגדול ז"ל וכל הפורש ממנו כפורש מחיים.



כלומר, הבעלים של חפץ, שהונח על ידי אחר ברשות הרבים, פטור אף שהיה יכול לפנות את החפץ, "זה הדין אינו נוהג בבור שיהיה זה חופר בור וזה מתחייב שיהא מעליו מוטל לכסותו".  
הגר"א (ח"מ סי' תיג סק"ה) כתב שאף הראב"ד הנ"ל בביאור דעת הרי"ף והרמב"ם שצוטט לעיל, סוברים כהבנה זו ברמב"ן. והוא מציין שהטור (ח"מ סי' שצ) בשם הרא"ש והב"י שם, כתבו כדעת הרמב"ן בדין נוסף, אשר נפסק ברמ"א (שם סעיף י):

**...וכל זה [=חבל שנקשר ברגלי תרנגול והזיק] בנקשר מאליו, אבל אם קשרו אדם**

**ברגל התרנגול אז הקושר חייב בכל ענין, אפילו יש לחוט בעלים (טור).**

כנגד דעה זו, מציין הגר"א שהתוספות (ב"ק כט, א ד"ה פליגי) חולקים וסוברים שאם אחר הניח תקלתו ברה"ר, בעל התקלה חייב משעה שנודע לו שממונו מהווה מכשול. והוסיף הגר"א שהתוספות (שם מח, א ד"ה אע"ג) הסתפקו בכך ונשארו בצ"ע. גם הרמ"א (שם סי' תי, ד) פסק כדעה זו:

**הגה: וכן אם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל החצר, חייב בעל החצר לכסותו, ואם**

**לא כיסה הוי כאילו חפרה בעצמו, והכורה חייב לשלם לו נזקי חצירו (טור).**

יעויין עוד בגר"א שם המציין למקורות נוספים. ומיישב את דעת הרא"ש ממקומות שונים וכן את דעת התוספות. מדבריו עולה שהכרעת הרא"ש לבסוף היא כדעת הרמב"ן.

מהאמור עולה, שבהנחה שהעפר נותר בבעלות הנתבעת גם לאחר שהונח במגרש התובעת, יש מחלוקת בראשונים ובפוסקים האם לחייבה. דעת השו"ע שיש לפוטרה ואילו דעת הרמ"א שלאחר שנודע לה שהקבלן מניח העפר במגרש התובעת יש לחייבה. לדעת הגר"א, הדעה העיקרית במחלוקת זו היא שאין אחריות לנתבעת, מאחר והתקלה נעשתה על ידי גורם אחר. בהשלכה לנדוננו, עולה שגם אם העפר נותר בבעלות הנתבעת, כיון שגורם אחר יצר את הנזק, אין לחייבה.

### ג. האם ניתן להשית את הוצאות הפינוי על הנתבעת

אף אם נקבל את דעת הראשונים והרמ"א שלמרות שהעפר הוכנס על ידי הקבלן, כיון שהעפר נותר בבעלות הנתבעת, מוטל היה עליה האחריות לפנותו, יש לדון, לאחר שהעפר פונה על ידי התובעת, האם היא זכאית לדרוש את הוצאות הפינוי.

נבחן האם ניתן לברר דין זה מסוגיית הגמרא (בבא מציעא קא, ב):

ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא, לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר לה לה היא איתתא: אית לך דוכתא לאוגרי? אמרה ליה: לא. אזל קדשה, יהבה ליה דוכתא לעייליה. אזל לביתה, כתב לה גיטא, שדר לה. אזלא איהי, אגרא שקולאי מיניה וביה, אפיקתיה ואותביה בשבילא. אמר רב הונא בריה דרב יהושע: כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו, לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא, אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה: לכולי עלמא - ניחא לי לאוגרי ולך לא ניחא לי, דדמית עלי כי אריא ארבא.

מהגמרא עולה שזכותה של האשה לפנות את החביות ואף לשלם את עלות הפינוי מתוך דמי החביות. נחלקו הראשונים האם דין זה אמור רק באופן שנעשתה הטעייה או גם בהכנסה שלא ברשות. דעת הרמב"ם (ה' שכירות פ"ז, ז) שאין לחלק:



מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו או שהטעהו עד שהכניס פירותיו והניחם והלך יש לבעל הבית למכור לו מאותן הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותן ומשליכין אותם לשוק.

ברם הטור (ח"מ סי' שיט) כתב דין זה רק באופן שהטעהו:

מי שבקש מחבירו שישכיר לו ביתו להכניס בו פירותיו ולא רצה והטעהו עד שהכניסם לביתו רשאי בעל הבית ליקח מהפירות לשכור פועלים שישליכום לשוק.

דייק הדרישה (שם, סק"א) שדעת הטור היא, שהזכות לשכור פועלים על חשבון בעל הפירות היא רק בהטעה ולא בהכנסה שלא ברשות. הובאו דבריו בסמ"ע (שם, סק"א) על דברי השו"ע (שם) שהעתיק לשון הרמב"ם. זה לשון הסמ"ע:

כן הוא לשון הרמב"ם שהשוה הכנסה שלא מדעת בעל הבית להטעה את הבעה"ב... ובדרישה [סעיף א'] כתבתי דמהרא"ש [ב"מ פ"ח סי' כ"ו] והטור משמע דס"ל דאפילו בחצר דלא קיימא לאגרא, נהי דמצי למיעבד דינא לנפשו ולהוציא מבייתו, אבל אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיה פועלים להוציא.

ברם, יש לעיין האם ניתן להשליך מדין זה לנדוננו, שכן, לא נתברר מה הדין אם פינתה על חשבונה והיא תובעת החזר הוצאותיה. מדיוק הדברים נראה שאין מדובר בטענה ניזקית, שכן דין זה הוא גם בחצר הקיימא לאגרא והשוכר משלם דמי שכירות, אלא שמדובר בתגובה הולמת למעשה רמיה "כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו". זכותם של הבעלים שלא להשכיר ואף להוציא את המושכר מרשותו, בתורת קנס. לפיכך הובאה הלכה זו ברמב"ם ובשו"ע בהלכות שכירות. ומסתבר שאין לך בו אלא חידושו, ואם הייתה האישה מפנה את החביות על חשבונה, לא הייתה יכולה לתבוע החזר.

מקור נוסף ממנו ניתן להסיק לדיוננו הוא הגמ' בבא קמא (דף מח, א):

**אמר רבא: הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות, וחפר בה בורות שיחין ומערות - בעל השור חייב בנזקי חצר, ובעל חצר חייב בנזקי הבור;**

בביאור הדין כתבו תו' (ד"ה אע"ג):

**ונראה דאפי' אם חפרו אדם דבר חיובא הוא חייב בעל החצר בנזקי בור ועליה דידיה למלוייה והחופר משלם בנזקי החצר וצ"ע.**

מדבריהם עולה שהחייב של הכורה הוא תשלום בגין הנזק וחובת המילוי מוטלת על הבעלים. בתו' במקום נוסף (שם, דף מט, ב ד"ה ברה"י) מבואר שהסיבה לחיובו של בעל הבור לסתום את הבור נובעת מכך שהמזיק שילם. זה לשונו:

**כיון שהחופר משלם נזקי החצר על בעל חצר למלוייה.**

נראה מדבריו, שאם החופר לא ישלם את הנזק, בעל החצר אינו חייב למלא את הבור והחובה תוטל על החופר. גם מדברי הראב"ד (שטה מקובצת ב"ק מח, א) עולה שחובת המילוי מוטלת על הכורה ובתשלום שהוא משלם הוא ממלא חובה זו:

**דהא בעל השור שלים ליה לבעל החצר נזקי החפירה וכמאן דמלייה דמי ובעל חצר דשבקיה ולא מלייה הוי ליה כאלו חפריה איהו ומחייב ודוקא כשהפקיר רשותו.**



באר דעתו המנחת חינוך פרשת משפטים מצוה נג

**מבואר להדיא מדבריו דדוקא לאחר ששילם בעל השור לבעל החצר נזק החצר חייב בעל החצר בנזקי הבור דעלי' דידי' רמיא למלווי אבל כ"ז שלא שילם לו מחויב בעל הבור בנזק ולא בעל החצר דמוטל על בעל הבור למלאות.**

ברם, בדין זה יש פרשנות אחרת בראשונים ובפוסקים, הסוברים שאין לכורה הבור חובה כלל למלא את הבור אלא רק לשלם על נזקי החצר. כך לדוגמה, כתב הר' יונה (הובאו דבריו בשיטה מקובצת ב"מ דף ה,א) שאף שהכורה הזיק את קרקע החצר ואין נשבעים על קרקעות, התביעה היא תביעת ממון שיש עליה שבועה. והוסיף לבארו החזו"א (ב"ק סי' ו אות ג) שאין עיקר חיובו כלל למלא את הבור, שאם עיקר חיובו למלא החפירה אלא שפודה עצמו בדמים הדין נותן שכל זמן שלא שילם יהא חייב בנזקי הבור **אלא עיקר חיובו ממון כשאר נזקין**. מדבריהם עולה שמכוח העובדה שבעל החצר מחויב בנזקי הבור, עליו מוטלת החובה לסתום הבור ולא על הכורה. דין זה נפסק ברמ"א (ח"מ סי' תי, ד), הובאו דבריו לעיל:

**הגה: וכן אם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל החצר, חייב בעל החצר לכסותו, ואם לא כיסה הוי כאילו חפרה בעצמו, והכורה חייב לשלם לו נזקי חצירו (טור).**

מדבריו לא נתבאר האם יש חובה לכורה לסתום את הבור. ויתכן שיש לעמוד על דעתו מפסיקה אחרת כדעת הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם (טוען ונטען פרק ה הלכה ב) זה לשונם:

**...וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידה והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי... הרי זה נשבע היסת על הכל.**

**השגת הראב"ד: וכן החופר בשדה וכו' עד הרי זה נשבע היסת על הכל. א"א נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת.**

מהראב"ד עולה שזכאי בעל השדה לתבוע מהחופר למלא את החפירה או לשלם בגין הפחת. דין זה נפסק ברמ"א (ח"מ סי' צה, ו):

**הגה: וי"א דוקא שתבעו למלאות החפירות, אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי זה כשאר תביעות ממון (טור בשם הראב"ד).**

בביאור דעת הראב"ד כתב הש"ך (שם סק"ח):

**דאע"ג דקי"ל לקמן סימן שפ"ז דשמין למזיק, היינו היכא דאי אפשר לתקן הנזק, אבל היכא שאפשר לתקן מסתברא שחייב המזיק לתקן הנזק.**

המנחת חינוך (שם) קישר את דבריהם לסוגייתנו:

ובגוף סברת הראב"ד נ"ל דהראב"ד לשיטתו בהלכות טוען ומבואר בח"מ סי' צ"ה בתבעו למלאות החפירות בס"ו בהגה"ה שם וע' בש"ך שם שכ' דדעת הראב"ד נהי דקי"ל שמין למזיק מ"מ דוקא בדבר שא"א לתקן אבל בדבר שאפשר לתקן כגון למלאות החפירות חייב המזיק ע"ש. א"כ סברתו טובה מאוד דהיכי דשילם וא"כ נתרצה בעל החצר בתשלומין וימלא הוא א"כ על בעל החצר רמיא למלווי אבל בלא שילם עדיין כיון דהרשות ביד בעל החצר לתבעו למלאות החפירות א"כ רמיא על בעל השור דהיינו המקלקל ע"כ הוא חייב





**אבל לשאר פוסקים עיין מגיד משנה ומובא בש"ך שם שא"י לתבוע למלאות החפירות רק דמים. א"כ בודאי מוטל על בעל החצר אפי' לא שילם עדיין כי עלי' מוטל לתקן ואין לו ע"ח רק תביעת ממון.**

מביאורו עולה שהחובה הבסיסית למלא את הבור מוטלת על הכורה ואם נתרצה בעל החצר בתשלומין, אזי החובה מוטלת על בעל החצר. ניתן להסיק מכך שאם הכורה מסרב למלא חובתו, זכאי בעל החצר למלא את הבור ולתבוע מהכורה תשלום בגין כך.

מדיון זה ניתן להשליך לנדוננו, על פי הראשונים שחובה על כורה הבור למלא את הבור או לשלם נזקיו, בדומה לכך, מוטל על הנתבעת לסלק את העפר ממגרש התובעת או לשלם לתובעת עבור הוצאות הסילוק. מהשוואה זו עולה שחייב הנתבעת לסלק את העפר הוא מדין אדם המזיק, בשונה מדין כותל שנפל לגינה שנתבאר לעיל<sup>1</sup>.

**לסיכום, על פי התוספות הראב"ד ופסיקת הרמ"א יש לחייב את הנתבעת הוצאות פינוי העפר, כל זאת בהנחה שהעפר נותר בבעלותה.**

#### **ד. האם העפר היה בבעלות הנתבעת לאחר הוצאתו**

נבחן כעת את ההנחה שהעפר נותר בבעלות הנתבעת וההשלכות העולות מכך. על פניו, מהעובדות שהובאו בפני בית הדין נוצרה מבוכה מסויימת. מחד, על פי הצהרת הקבלנים שצוטטה לעיל, נראה שלנתבעת 'אין שום קשר' לעפר והוא היה נתון לאחריותו של הקבלן. מאידך, בתגובתה לטענות ב"כ התובעת, שדן בשאלה האם הנתבעת הפקירה את העפר והאם הקבלן קנה את העפר, כתבה הנתבעת:

**אנו טוענים כי אין ללמוד מהמובא בסעיף זה, שכן בענייננו לא מדובר במקרה שמישהו ניזוק מהחומר וכן חברתנו לא הפקירה את החומר ולא נתנה אותה במתנה לקבלן.**

ממשפט זה ניתן להבין שהעפר נותר בבעלותה. אך, במשפט לאחריו כתבה הנתבעת:

**מאחר ואין לנו הבנה בסוגיה ההלכתית אנו מפנים את בית הדין למסמך שהצגנו בדיון שבו הקבלן לוקח אחריות על החומר ומצהיר שהחומר בבעלותו הבלעדית.**

עולה שיש סתירה מיניה וביה בדברי הנתבעת, על כן עלינו להעריך את אשר קרה שם. על פי מכלול הדברים נראה שרצונה של הנתבעת מלכתחילה היה שהעפר יפונה ממגרשה ויועבר למקום מורשה. כלומר, מבחינתה העפר הוא פסולת וכל מי שהיה זוכה בעפר זה היה זוכה מן ההפקר. גם מהתנהלותה בהמשך ניכר כך. שהרי הנתבעת חששה שהעירייה תדרוש ממנה לפנות את העפר

<sup>1</sup> יש לעיין בדימוי זה שכן, התביעה כנגד הכורה היא מדין אדם המזיק שהחסיר את חצר חבירו בחפירת הבור, לעומת מילוי עפר, שהנזק לא נעשה בשינוי בקרקע עצמה אלא במניעת שימוש בקרקע, ויתכן שמדובר בנזק עקיף, שהתביעה לפנותו נובעת מההסברים שנתבארו לעיל בדין כותל גינה שנפל. אם אכן כך, הרי שדין זה מהגמ' ב"ק, לא מהווה מקור להחזר הוצאות לנדוננו. ברם, יש להסתפק בכך, משום שגם בהנחה שמדובר בממון המזיק, סוף סוף הוא גרם להפחתת שווי הקרקע, ועליו להשלים חיסרון זה כדין תביעת ממון.



ממגרש התובעת, ועל כן היא החתימה את הקבלנים על ההצהרה הנ"ל שאין לה שום קשר עם העפר, ואף התנתה את התשלום בכך.

אף מבחינה הלכתית יש להכריע שהעפר היה הפקר משעה שהוצא ממגרשה. כך ניתן ללמוד מהגמרא ב"מ (דף כא, א) ממנה עלה כי המותר מדעתו פירות מפוזרים במקום הגרנות וניכר שאין הוא מעוניין בהם, דינם הפקר. כך פוסק השו"ע (חו"מ סי' רס, ט):

**מצא פירות מפוזרות במקום הגרנות, אם היו כמו קב בתוך ד' אמות או ביותר על ד' אמות, הרי אלו שלו, מפני שאין הבעלים מטפלים באסיפתן.**

ברם, יש ליישב דין זה עם פסיקה נוספת של השו"ע (חו"מ רסא, ד) בעקבות הרמב"ם בדין אבידה מדעת:

**המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו. כיצד, הניח פרתו ברפת שאין לה דלת, ולא קשרה, והלך לו... השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, הרי זה איבד ממונו לדעתו, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר, שנאמר: אשר תאבד (דברים כב, ג), פרט למאבד לדעתו.**

מהשו"ע עולה שאם השליך כיסו לרה"ר אסור לאחר ליטול אותו לעצמו. וקשה, מה בין פירות מפוזרים שהמוצא רשאי לזכות בהם, לבין אבדה מדעת שהמוצא לא רשאי לזכות בה לעצמו? בישוב שיטת הרמב"ם והשו"ע, כתב המחנה אפרים (הלכות זכיה מהפקר סי' ו):

**ונראה על פי דבריהם (של הרמב"ם ודעימיה) דיש חילוק באבידה מדעת בין היכא דגמר בדעתו לאפקורי כגון ההיא דפרק אלו מציאות דאנן סהדי דקב בד' אמות דנפיש טרחייהו לא טרח איניש ולא הדר אתי ושקיל להו דכהאי גוונא הוי הפקר גמור ודאי, אבל כל דליכא אומדנא כל כך לא הוי הפקר לגמרי.**

וקדמו הש"ך (סי' רסא סק"ג) שכתב:

**ומה שהכריע הב"ח מלקמן סי' רע"ג ס"ג ומהו ההפקר שיאמר אדם נכסים אלו הפקר כו' לאו מלתא היא, דודאי הוא הדין בדבר שניכר מחשבתו שמפקירן הוי הפקר**

מהדברים עולה שבמקום שברור שדעתו של אדם להפקיר – גם הרמב"ם והשו"ע מודים שהוי הפקר ומותר למוצא לזכות. והזוכה בממון זה הרי אלו שלו, גם אם לאחר מכן ינסו הבעלים הקודמים לחזור בהם (יעויין במחנה אפרים שם שדן במקרה דומה שהבעלים התחרטו). לאור זאת, נראה שבנדון שלפנינו, אכן סהדי שדעת הנתבעת היה להפקיר את העפר מלכתחילה, ובפרט שניכר ממעשיה לאחר הוצאת העפר שהיא השתדלה לוודא שהאחריות לעפר עברה לקבלנים באופן מלא. ניתוח זה מתחזק מכך, שעל שאלת בית הדין את התובעת: "ומה היה קורה אם מישהו היה קונה מהם חול, ואז היה שופך אצלך?" (פרוטוקול עמ' 5 שורה 11), הגיב ב"כ הנתבעת: זה בעצם מה שהיה. (נשמט מהפרוטוקול).

לכן מסתבר שמה שהנתבעת אמרה שלא הפקירה ולא נתנה במתנה, כוונתה הייתה לומר, שהיא לא הסירה אחריות וניסתה לדאוג לפנינו תקין של העפר על ידי כך שהיא הציבה דרישה כלפי הקבלן לפנות את העפר ממגרש הנתבעת. אף שבמישור הקנייני, כפי שהובהר, העפר יצאה מבעלותה.



מהאמור עולה, שדעתה של הנתבעת היה להסתלק מהבעלות על העפר ובמידה והיה אדם אחר זוכה בעפר זה, לא הייתה הנתבעת זכאית להוציא מידו. על כן, אין לחייבה על נזקי העפר מדין ממון המזיק.

#### ה. האם לנתבעת יש חיוב לצאת ידי שמים מדין מפקיר נזקיו

ב"כ התובעת הוסיף לטעון, שגם בהנחה שהעפר הופקר ע"י הנתבעת, דינה כמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, ואף שפטור מתשלום יש לו חובה לפנות כדי לצאת ידי שמים, כפי שפסק השו"ע (ח"מ תיב, ד).

נראה שטענה זו הייתה רלוונטית, אילו העפר היה נותר במקומו. אך גם אם היה העפר נותר במקומו יש לדחות טענה זו, שכן דין זה אמור באופן שההפקרה נעשתה לאחר שנוצרה מציאות של תקלה. אולם אם בשעת ההפקרה לא נוצרה עדיין מציאות של תקלה, ברור שאין לדון דין זה כמפקיר נזקיו. אף בנדוננו, מאחר ומבחינת הנתבעת העפר היווה פסולת המיועדת לזריקה, הרי משעה שהעפר יצא מרשותה, היא הפקירה אותו והייתה מוכנה לתיתו לכל דורש. לכן נראה שההפקר חל עוד קודם שנוצר הנזק במגרש התובעת, ואין באחריותה לפנות את העפר.

על כך יש להוסיף, שמהעובדות שלפנינו עולה, שיתכן שלא רק שהנתבעת הפקירה את העפר אלא היא אף הקנתה אותו לקבלן. כך נכתב בהצהרה עליה חתומים שני הקבלנים בהסכמת הנתבעת:

**לקבלן נתנה האפשרות להשתמש בעודפי העפר והסלע שנחצבו באתר ומתוך כך**

**כל מקום בו הניח הקבלן החומר הן באופן קבוע והן באופן זמני באחריותו**

**הבלעדית ולמזמין העבודה אין כל קשר לדבר.**

בהמשך לאמור לעיל, נראה שהנתבעת שראתה בעפר פסולת, העניקה לקבלן הפינוי זכות שימוש בעפר ולפיכך יתכן שהעפר נקנה לו בקניין משיכה עם הוצאתו מרשות הבעלים. ואף שיש לדון האם יש תוקף לקניין זה, כפי שדן ב"כ התובעת, לנדוננו, די בהבעה זו כדי לבסס את התפיסה שלכל הפחות הנתבעת לא הייתה מעוניינת בבעלות על עפר זה וממעשיה מתברר שהיא הפקירה אותו. עניין זה היה ידוע מלכתחילה ובכך מוסבר מדוע הקבלן העדיף להניח את העפר במגרש התובעת כדי שיוכל להשתמש בו בהמשך, כפי שבא לידי ביטוי בהצהרה הנ"ל.

לבסוף, במקרה דנן ישנה סיבה נוספת שלא לחייב את הנתבעת מדיני שמים: במקרה של מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, סוף סוף הנתקל הוא זה שיצר את המזיק (שברי הכד המפוזרים בדרך), ולכן חייב לפנות כדי לצאת ידי שמים, אף שהיה אונס. אולם בנדון דידן, לא הנתבעת שפכה את העפר במגרש של התובעת, אלא הקבלן.

למה הדבר דומה? למקרה בו העפר היה מגיע למקום מורשה ומופקר שם, והיה אחר נוטלו משם ומניחו במגרש אחר או ברה"ר, שוודאי שאין אחריות לבעלים הראשונים.

**לסיכום, לא הייתה על הנתבעת חובה לפנות העפר לצאת ידי שמים כדין המפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס משני טעמים: שכן, ההפקר חל קודם שנוצר הנזק במגרש התובעת ואין בכך דין 'מפקיר נזקיו'; שכן לא הנתבעת עשתה את מעשה הנזק אלא הקבלן**



## 2. חיוב מטעם אדם המזיק

### ו. האם מעסיק אחראי לנזקים שגרם קבלן המועסק על ידו

אחר שהוברר שאין לחייב את הנתבעת מן ההיבט של נזקי ממון, נדון בשאלה, האם לחייבה מן ההיבט של אדם המזיק.

המזיק חצר חבירו חייב לפצותו. כך פוסק הרמ"א (ח"מ סי' תי, ד) בדין הכורה בור בחצר חבירו: הגה: **וכן אם כרה אחר ברשותו... והכורה חייב לשלם לו נזקי חצירו (טור).**

אמנם, יש מקום לחלק בין נדון זה למקרה שלפנינו, שכן בנדוננו, אין מדובר בנזק בגוף המגרש אלא במניעת שימוש בו עקב הנחת העפר. בדין זה, נחלקו הרמ"ה והרא"ש האם לחייב אדם המונע מחבירו שימוש בביתו, והכריע הרמ"א (ח"מ סי' שסג, ו) כרא"ש שפטור:

הגה: **מיהו אם לא היה דר בו, אלא שגזלו ממנו, פטור לשלם השכירות (טור ס"ו בשם הרא"ש ולאפוקי מהרמ"ה).**

בטעם ההלכה כתב הגר"א (שם, סק"ט):

**דק"ל גרמא בנזקין פטור... ואמרינן בירושלמי זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור.** ברם, הפטור בגרמא בנזקין הוא לגבי נזק שכבר נעשה, אך לגבי נזק שעתידי להעשות כופין אותו לסלקו, כפי שפסק הרמ"א (ח"מ סי' שפו, ג):

**...כולם פטורים, דלא היו אלא גרמא בנזקין. מיהו משמתינן ליה עד דמסלק היזיקא. וכן**

**בכל גרמא בניזקין (תשו' רשב"א סי' אלף נ"ב ותשובת רמב"ן סי' ר"מ ור"י ונ"י פ' לא יחפור)<sup>2</sup>.**

עולה, אפוא, שיש לחייב אדם המונע מחבירו להשתמש במגרשו, לסלק הזקו.

בנדון שלפנינו, פינוי העפר למגרש התובעת נעשה ע"י הקבלן שנשכר ע"י הנתבעת. ויש לדון – האם יש לחייב את הנתבעת על כך שהקבלן שהועסק על ידה גרם לנזקים. מהעובדות שהובאו בפני בית הדין עולה ששפיכת העפר במגרש התובעת הייתה בניגוד לרצונה של הנתבעת. כך נכתב בהצהרה מתאריך 13/11/13 שכתבו שני הקבלנים שפינו את העפר:

**להלן הצהרה בנושא עבודות העפר במגרש הנ"ל.**

**הקבלנים ה' וח' ביצעו עבודות חפירה ופנוי במגרש זה, העבודות כללו את פנוי החומר כמופיע בחוזה שנחתם בינינו.**

**הקבלן פינה את החומר לפי צורכו ונייד אותו למקומות אחרים לפי החלטתו.**

**לקבלן נתנה האפשרות להשתמש בעודפי העפר והסלע שנחצבו באתר ומתוך כך כל מקום בו הניח הקבלן החומר הן באופן קבוע והן באופן זמני באחריותו הבלעדית ולמזמין העבודה אין כל קשר לדבר.**

**על כן באו על החתום:**

**המזמין מנהל הפרוייקט בשם הנתבעת.**

**הקבלן: מנהל חברת חפירות העפר**

<sup>2</sup> בדומה לכך נפסק בשו"ע חו"מ סי' קעה, מ, וברמ"א חו"מ סי' נה, א.



המחלוקת בתביעה שלפנינו היא בשאלה, האם הנתבעת אחראית על נזק שיצר הקבלן בניגוד לרצונה.

מפסיקת השו"ע (ח"מ שפד, ג) וכן הרמ"א (שם, שו, ב) על פי המשנה ב"ק (צח, ב) עולה שהאחריות לנזקים שגרם קבלן במהלך עבודתו מוטלת על הקבלן<sup>3</sup>:

### **הבנאי שקבל עליו את הכותל לסותרו, ושבר את האבנים או הזיק, חייב.**

ברם, חיוב זה הוא על נזק שנגרם תוך כדי עבודה, מבלי שלבעל הבית הייתה שליטה עליו. בנדון שלפנינו מדובר בנזק מתמשך שנוצר כתוצאה מעבודת הקבלן, ושבזמן התהוותו הייתה לנתבעת אפשרות למונעו, ולאחר מכן הייתה לה אפשרות ללחוץ על הקבלן לסלקו. עלינו לדון בשאלה האם האחריות לפינוי העפר שהונח על ידי הקבלן, הייתה מוטלת על הנתבעת.

לטענת התובעת, פעילותו של הקבלן היה מטעם הנתבעת ולמענה, ולכן יש לה אחריות שילוחית למעשיו. מנייתוח הדברים שהתבאר לעיל עולה שהנתבעת לא הייתה מעוניינת בהנחת העפר במגרש הסמוך והכנסת העפר למגרש התובעת ע"י הקבלן נעשתה בניגוד לדעתה. לפיכך, אין לומר שמעשה הקבלן נעשה בשליחותה ואין לה אחריות לנזק זה.

זאת ועוד, שגם אם היה הקבלן פועל בשליחותה של הנתבעת, לא היה מקום לחיובה, שהרי, כלל גדול בדין הוא ש"אין שליח לדבר עבירה", ואין לחייב את המעסיק על נזקים שגרם עובד שלו. הלכה זו נשנתה ונפסקה לא פעם ולא פעמיים<sup>4</sup>.

**על כן, דינה של טענה זו להדחות.**

## **ז. האם לחייב את הנתבעת על פי "פקודת הנזיקין"?**

### **הוראות פקודת הנזיקין**

ב"כ התובעת טען שיש לחייב את הנתבעת מכוח פקודת הנזיקין סעיף 15 המטילה על בעל חוזה אחריות על חיובים בהם חב מי שהועסק על ידו, שכן, שיש לה תוקף מחייב כמנהג המדינה. לשם הנוחות נביא את לשון סעיפים 13 ו-15 העוסקים באחריות מעביד ובעל חוזה לנזקים שגרמו המועסקים על ידם:

### **חבות מעביד**

13. (א) לענין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו –

(1) אם הרשה או אישר את המעשה;

(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;

<sup>3</sup> ראו מנחת אשר ח"א ס"י קיג, שכתב: "ובאמת מצינו שלש שיטות בהלכה זו שם בשיטה מקובצת (ב"ק צח ע"ב). בדברי הר"מ מסרקסטה חזינן שלדעת מי שמחייב את הבעלים חייבים רק הבעלים ולא הפועל, וזה ודאי תימה גדולה. דעת רבינו יהונתן שחייבים גם הבעלים, ודעת הר"מ מסרקסטה דאין הבעלים חייבים כלל אלא הפועל שהזיק. ולהלכה נראה דאין להוציא מן המוחזק כיון שיש מחלוקת בדבר".

<sup>4</sup> עיין סקירת ההלכות בחוק לישראל: נזיקין סעיף 13 פרק שלישי, עמ' 71. שם מוזכרים המקורות הבאים: ב"מ קיח ע"ב; טור חו"מ שט, ד; שו"ע חו"מ תי, ח; שו"ת נופת צופים (בירדוגו) חו"מ שצה; ועוד.



(ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לענין המעביד.

(ג) לענין סעיף זה, מעשה – לרבות מחדל.

#### חבותו של בעל חוזה

15. לענין פקודה זו, העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה; הוראה זו לא תחול באחת מאלה:

- (1) הוא התרשל בבחירת בעל חוזהו;
- (2) הוא התערב בעבודתו של בעל חוזהו באופן שגרם לפגיעה או לנזק;
- (3) הוא הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק;
- (4) הוא היה אחראי מכוח חיקוק לעשיית המעשה שביצעו מסר לקבלן עצמאי;
- (5) הדבר שלעשייתו נעשה החוזה היה שלא כדין.

#### האם אומרים דינא דמלכותא דינא לגבי סעיפים 13-15 לפקודת הנזיקין?

ראשית, יש לבחון את הנחת המוצא לטענת ב"כ התובעת, שיש תוקף הלכתי לפקודת הנזיקין. אף שהלכה רווחת היא בקרב רוב הפוסקים שיש תוקף הלכתי עקרוני לחוקי המדינה מכוח דינא דמלכותא, או מכוח תקנות הקהל<sup>5</sup>, אך, נחלקו הפוסקים לגבי היקף תחולתו של דין זה. נחלקו ראשונים האם יש תוקף לדינא דמלכותא בענינים שבין אדם לחבירו<sup>6</sup>, ולהלכה נקטו רבים מהפוסקים כפסיקת הרמ"א (חו"מ סימן שסט, יא): **"אמרינן דינא דמלכותא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה"**. כן פסק החת"ס (חו"מ סימן מד) ועוד, וכדעתו נפסק לדוגמה, בבית הדין גדול (פד"ר ו עמ' 382).

לדעת הש"ך (חו"מ סי' עג, ס"ק לט) אף להסוברים שדינא דמלכותא דין גם בדברים שאינם לתועלת המלך אלא בין אדם לחברו, **"היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל"**.

הגר"ש ישראלי (עמוד הימיני סי' ח אות ח) מבאר שיש לחלק בין חוקים שמטרתם "למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק", ובהם לא אומרים דינא דמלכותא דינא, מפני שאנו הולכים אחר מידת האמת והצדק שהתורה מגדירה; לבין חוקים שעיקרם התיקון שיצמח מזה לחברה במקום ובזמן מסוים "שלא שייך בהם הכרעה שכלית, אלא קביעת נוהג וחוק, בהתאם ליסודות

<sup>5</sup> נושא זה נידון במקומות רבים, ואין להאריך בכך במסגרת זו. לדוגמה, הר' אלישיב והר' ז'ולטי בפד"ר ה, רנח, הרב עובדיה יוסף, יחוה דעת ה, סד. הרב מרדכי אליהו, תחומין ג, 242, הר' אברהם שפירא, שם עמ' 238, הרב עוזיאל, בצומת התורה והמדינה כרך א, 84, הרב עובדיה הדאיה, ישכיל עבדי ח"ו, חו"מ סי' כח. ועוד. וכך היא דרכה של רשת בתי הדין 'ארץ חמדה-גזית' לפסוק על פי דינא דמלכותא, וכן נקבע גם במדיניות ההלכתית של הרשת.

<sup>6</sup> מקורות והרחבה יעויין באנציקלופדיה תלמודית, דינא דמלכותא דינא, ליד הערות 46, 50.

<sup>7</sup> למקורות נוספים עייין באנציקלופדיה תלמודית שם הערה 56.



הכלליים של הצדק", ובוזה אומרים דינא דמלכותא דינא. לשון אחרת, יש להבחין בין קביעות משפטיות המכריעות מהו "הצדק", לבין תקנות שנועדו להסדרת תיקון המדינה. בהמשך לדבריו נראה, שלגבי החוקים שעומדים בתשתית המשפט – כגון חוק החוזים, פקודת הנזיקין, וכדו' – אין אומרים דינא דמלכותא דינא, אלא דנים לפי דיננו. ואילו לגבי החוקים הנושאים אופי של תקנה וחורגים מהכללים הבסיסיים – למשל חוקים המגבילים את חופש החוזים (חוק מכר דירות, חוק ריבית חוץ בנקאית, חוק שכר מינימום ועוד), חוק הגבלים עסקיים, חלקים מחוק העונשין ועוד – יש לומר דינא דמלכותא דינא.

על פי האמור יש לבחון מהם הנימוקים להטלת חובה על המעביד ובעל החוזה, בנוסף לחובה המוטלת על העובד והמועסק. סקירה תמציתית להנמקות מלמדת שמדובר בשילוב של טעמים, חלקם עקרוניים ומהותיים, וחלקם מתמקדים בתועלת הכלכלית שתצמח לחברה מהטלת חובה גם על המעסיקים<sup>8</sup>. לכן יתכן שהיה מקום לחייב את המעביד לפי סעיפים אלו, במקום שיש בכך תועלת לתיקון המדינה<sup>9</sup>.

אחר הבהרה עקרונית זו, נראה שגם אם נקבל את הטענה העקרונית שיש תוקף לפקודת הנזיקין מבחינה הלכתית, יש לדחות את הבנת ב"כ התובעת בסעיפי החוק כפי שנראה להלן.

#### חבות הנתבעת לאור סעיפים 13 ו-15 לפקודת הנזיקין

סעיף 13 עוסק בחבות מעביד על נזקים שגרם עובד שלו, והוא מחייב את המעביד באחריות שילוחית על מעשי העובד. דהיינו, אפילו אם המעביד פעל בצורה סבירה וראוייה, הוא עדיין נושא באחריות על מחדלי העובדים הכפופים לו. בנדון שלפנינו לא התקיימו יחסי עובד מעביד בין הנתבעת לקבלנים, ולכן אין לחייב לפי סעיף זה.

<sup>8</sup> עיין 'חוק לישראל: נזיקין' עמ' 70. שם מסוכמים ארבעה נימוקים לסעיפים אלו. חלקם עקרוניים – המעביד נהנה מהעסקת העובד, ועל כן עליו לשאת גם במעמסה הכספית הנובעת מן הנזקים שנגרמו על ידו. וחלקם פרקטיים – הטלת אחריות על המעביד מבטיחה קיום אמצעי בטיחות מוגברים על ידו; ביד המעביד יכולת לפצות את הנזק יותר מאשר ביכולת עובדיו; ביד המעביד לבטח עצמו ובכך 'לפזר את הנזק'.

<sup>9</sup> עיין 'חוק לישראל: נזיקין' עמ' 74-75, שכתב: "על אף האמור, שמצד הדין אין חיוב על המעביד, בכל זאת, יש לציבור כוח להתקין תקנות שונות, ואפשר שראוי לתקן תקנה לחייב את המעביד, ולקבוע שכל מי שמעסיק פועל אחראי לנזיקין שייגרמו. יש בזה תקנה גדולה לכלל, כיוון שעל ידי הטלת אחריות גם על המעביד, הוא ידקדק יותר בבחירת הפועלים, וישגיח יותר על אופן ביצוע העבודה".

ועיין עוד מנחת אשר ח"א סי' קיז שכתב: "אמנם מטעם אחר נלענ"ד דיש לחייב את הבעלים. דלא יעלה על הדעת שפועליו יזיקו לשכנים... ואין מי שיש באחריות לפצותם... וכל כה"ג אנו סהדי דלא הסכימו השכנים לתוספת הבניה אלא על מנת שהשכן שבונה יקבל על עצמו אחריות כלפי שכניו שלא יזקו... כל זה נראה ברור מאד בעיני, אמנם אף אם יש לדון ולפקפק בסברה זו, כך יש להורות למעשה, ובפרט שכך הוא עפ"י חוק המדינה וכל כה"ג דינא דמלכותא דינא... אמנם נראה דאין זה אלא כשהזיק הפועל לשכן הדר בבנין זה, אבל כשהזיק לעובר אורח או לשכן מבנין אחר, לכאורה אין לחייב את בעה"ב".



סעיף 15 עוסק במעשה שנעשה למען בעל החוזה, בין היתר ע"י קבלן המועסק על ידו. ב"כ התובעת טען כי יש לחייב את הנתבעת לפי סעיף קטן (3), המחייב את בעל החוזה במקרה שהוא הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק.

נדון בפירושו של סעיף זה בפקודת הנזיקין: ברירת המחדל בעניין אחריותו של בעל החוזה היא, שהוא אינו נושא באחריות על הנזקים שגרם הקבלן. תהיה לו אחריות רק במקרים המפורטים בסעיפים (1)-(5) לחוק, שבתמציתם עוסקים "במקרים של התרשלות או מעורבות אישית של בעל החוזה, כלומר מדובר במקרה פרטי של אחריות אישית"<sup>10</sup>, ולא באחריות שילוחית מורחבת (בניגוד לאמור בסעיף 13 הנ"ל).

במקרה של "הרשאה" שניתנה על דרך השתיקה, דהיינו שבעל החוזה ידע על המחדל ולא מחה על כך, אך מאידך לא הורה לפעול כך באופן אקטיבי, נפלה מחלוקת אם יש לחייב את בעל החוזה. השאלה היא האם שתיקה שכזו היא בגדר הרשאה או אישור. בפס"ד של השופטת בן פורת ע"א 804/77 נימרו נ' מתקני מתכת בע"מ נסקרו כמה שיטות משפט בעניין זה, והיא הותירה את ההכרעה בצריך עיון. דומה שבפסיקות אחרות של בתי המשפט נפל קו פרשת המים בשאלה האם היה (או צריך היה להיות) גורם מפקח מטעם המזמין. שתיקתו של הגורם המפקח נחשבת כהרשאה, בעוד שתיקה של מזמין 'סתם' אינה נחשבת להרשאה (ראו ת"א 1536-05 פורת מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות שיתופית בע"מ ואח' נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ ואח'; ת"א 30172-06-11 דיאב ואח' נ' עירית טמרה ואח' ובפרט בסעיף 10.ג).

בפס"ד של השופט בך ע"א 273/80 מדינה נ' כהן ואחרים נדונה אחריותו של בעל חוזה, במקרה שקבלן בנייה שהועסק על ידו גרם להתמוטטות קיר בבית סמוך. ביהמ"ש סבר שיש לחייב את המזמין לפי סעיף 15 (5) לפקודת הנזיקין, משום שלתוכנית הבנייה לא ניתן היתר בוועדת התכנון והבנייה. כאשר לא ניתן היתר בנייה, קיים קשר ישיר בין הפרת החוק למחדל שגרם להתמוטטות המבנה, משום שאישור ההיתר מציב גם מבחן של נקיטת אמצעי הבטיחות הנדרשים כדי למנוע נזק לבניינים סמוכים.

נראה שמתוך הן נשמע לאו: אילו ניתן היתר לתוכנית הבנייה, והקבלן היה פועל לפי ההיתר, היה מזמין העבודה פטור על הנזקים להם גרם הקבלן (אף במקרה שהקבלן עצמו היה חייב על נזקיו), ככל שהמזמין לא נהג בהתרשלות.

ומכאן לנדון דידן: להבנתנו, הנחת העפר במגרש הנתבעת לא נעשתה למען הנתבעת-בעל החוזה, והיא לא הפיקה תועלת מפינוי קרוב או רחוק. הנתבעת דרשה שהקבלנים ימציאו לה אישור מהעירייה שמותר להם להשאיר את העפר במקום בו הוא הונח, ואישור כזה הומצא לה. להבנתנו בכך עשתה הנתבעת את המוטל עליה, והיא יכלה להסתמך על האישור מהעירייה, אף שהעירייה אינה מייצגת את בעלי הזכויות במגרש. לכן אין לחייב את הנתבעת מכוחו של סעיף 15 לפקודת הנזיקין.

<sup>10</sup> מתוך דברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות התשע"א-2011, סעיפים 368 ו-369.





מכל האמור עולה שעל פי פקודת הנזיקין אין מקום לחייב את הנתבעת. על כן, דינה של טענה זו להדחות.

**ח. הוצאות משפט**

הנוהל הרגיל ברשת ארץ חמדה גזית הוא, שכאשר שני הצדדים מתנהלים בהגינות במהלך הדיון המשפטי, אזי שני הצדדים נושאים בהוצאותיהם, ושניהם מתחלקים באגרה ובהוצאות בית הדין בשווה. לא מצאנו מקום לחרוג מנוהל זה, ועל כן הנתבעת תשלם לתובעת מחצית מאגרת בית הדין, ובסה"כ 630 ₪ (1260/2 = ש"ח)

**ט. החלטות**

1. התביעה נדחית.
2. הנתבעת, חברת הבנייה, תשלם לתובעת 630 ₪ עבור חלקה באגרת בית הדין. התשלום יועבר בתוך 35 יום מהמועד הנקוב על גבי פסק הדין.
3. ניתן לערער על פסק הדין בתוך 30 יום.

**האמת והשלום אהבו**

ניתן ביום יד בכסליו תשע"ט 22 בנובמבר 2018

**על החתום**

הרב אהרן פלדמן

הרב ציון כהן, אב"ד

הרב אבשלום בידני