

12 מרץ 2024
ב' אדר ב תשפ"ד

לכבוד
חברי התאחדות הקבלנים בוני הארץ

שלום רב,

הנדון: עיכובים במסירת בדירות בעקבות מלחמת 'חרבות ברזל'

אנו מביאים לפניכם את עמדת התאחדות הקבלנים בוני הארץ באשר להשלכות מלחמת 'חרבות ברזל' על שוק הדיור בישראל וההשלכות באופן ספציפי על עיכובים בעבודות ועיכובים צפויים במסירת דירות.

יובהר כי האמור במכתב הוא בבחינת סקירה כללית ואינו מהווה המלצה לדרך פעולה או חוות דעת משפטית באשר לנסיבות פרטניות של כל חבר. כל העושה שימוש במידע הכלול במסמך זה עושה זאת על דעת עצמו ואין ההתאחדות תהיה אחראית לתוצאות השימוש במידע.

כידוע, עם תחילת מלחמת חרבות ברזל ירד משמעותית היקף העבודה בענף הבנייה עקב עזיבת העובדים הפלסטינים וחלק מהעובדים הזרים המהווים את עיקר כוח האדם בעבודות הרטובות, עקב הנחיות פיקוד העורף ועבודת הרשויות המקומיות. כמו כן, ישנם אזורי לחימה בהם עדיין לא מתאפשרות עבודות בנייה.

עמדתנו כוללת התייחסות לנושאים הבאים:

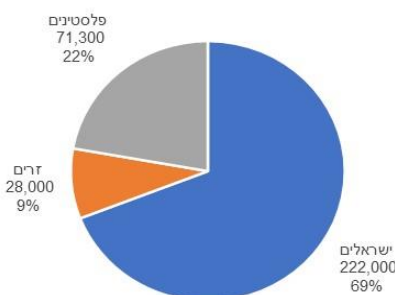
המחסור בעובדים:

בעקבות אי כניסתם של עובדים פלסטינים עד מועד בלתי ידוע ועזיבת כ- 4,000 עובדים זרים פחתו תשומות העבודה הפוטנציאליות בעבודות הרטובות בצורה משמעותית.

השינוי במספר עובדי העבודות הרטובות בענף הבניה



התפלגות כלל עובדי ענף הבניה לפי לאום טרם המלחמה



- ההשגות

ארגון הקבלנים והבונים מחוז תל אביב והמרכז
- הגות

ארגון הקבלנים ברחובות והסביבה
- התאמה והסדר

ארגון הקבלנים נתניה
- התפלגות כלל עובדי ענף הבניה לפי לאום טרם המלחמה

ארגון הקבלנים מחוז דן
- התפלגות כלל עובדי ענף הבניה לפי לאום טרם המלחמה

ארגון הקבלנים והבונים בחולון
- התפלגות כלל עובדי ענף הבניה לפי לאום טרם המלחמה

ארגון הקבלנים והבונים מחוז חיפה
- התפלגות כלל עובדי ענף הבניה לפי לאום טרם המלחמה

ארגון הקבלנים והבונים סניף אשקלון

הגדלת מכסות העובדים הזרים:

בעקבות המחסור החמור בעובדים, אנו פועלים מול משרדי הממשלה להגדלת מכסות העובדים הזרים וכן, הוסכם על מסלול חדש שבמסגרתו ניתן להביא לישראל עובדים זרים המאושרים על ידי המדינה שלא במסלול הבילטראלי.

סך המכסות של העובדים הזרים נכון להיום הינו 55,000 אלף (הוגדלה המכסה מסך של 30,000). מתוכם ניתן להביא לישראל 10,000 עובדים זרים שלא במסלול הבילטראלי.

מתחילת המלחמה ועד היום התאחדות הקבלנים בתנה כ-20 אלף מועמדים אשר עברו את המיונים, מהודו, סרילנקה, אוזבקיסטן ומולדובה. לצערנו עד כה הגיעו רק מאות עובדים זרים לישראל. אנו פועלים מול כל הגורמים בניסיון להביא לישראל את העובדים הזרים שמוינו בהצלחה.

כלומר, המחסור בעובדים לעבודות הרטובות נשאר וברור כי המחסור בעובדים הביא ועוד עתיד להביא לעיכובים בעבודות הבנייה באתרי בנייה שלא היו להם עובדים.

חוק המכר - תשלום פיצויים בעקבות איחורים במסירה:

בהתאם להוראות חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, נדרשים מוכרי הדירות לשלם פיצויים לרוכשים, בגין איחורים במסירת דירות.

עקב המלחמה והמחסור האדיר בעובדים נוצרו בנסיבות בהן לא היו עובדים באתר הבנייה ונגרמו עיכובים בעבודות ובמסירת הדירות עקב כך, משכך אין הצדקה להשית על הקבלנים לשלם פיצויים מכוח חוק המכר. כל זאת בהתאם ובכפוף למבחני החקיקה והפסיקה.

ראו ניתוח משפטי מפורט בהרחבה במכתב המצ"ב כנספח א'.

העיכובים הצפויים:

על מנת לכמת את העיכובים הצפויים במסירת דירות כתוצאה מהמלחמה, התייחסנו בעמדתנו למחסור בכוח האדם בעבודות הרטובות ובעקבות גיוס המילואים.

עד תום ינואר 2024 הצטברו כ-80 ימי איחור פוטנציאליים בממוצע במסירת דירות (91 יום עד אמצע פברואר).

חלק ניכר מחברות הבניה נשענו טרם המלחמה על עובדים פלסטינים בלבד בעבודות הרטובות ו/או שפעלו באזורים מסוימים נאלצו לסגור את אתריהן לחלוטין ולכן דחיית המסירה המצטברת בחברות אלו משמעותי יותר (הקו הכחול).

דרישותינו מהמדינה:

התאחדות הקבלנים בני הארץ, דורשת מהמדינה לקדם פתרון חקיקתי כולל אשר יבטיח ודאות, ימנע פנויות מרובות לבתי המשפט, יאפשר את המשך קיום החוזים. כל זאת תוך יצירת הסדר מאוזן לחלוקת אחריות ונזקים.

ההסדר יכלול את עיקרי הנושאים הבאים (לפירוט מלא ראו נספח א'):

א. בהתאם לנתונים העובדתיים תקבע תקופת ארכה מוכרת למועד המסירה החוזי. ברור כי משבר הידיים העובדות יוותר עמנו עוד מספר לא מבוטל של חודשים. לכן, בשלב זה ההתאחדות מעריכה את תקופת הארכה הנדרשת בשבעה חודשים (קרי, עד ליום 7.4.2024). יש לעדכן את תקופת הארכה בהתאם לקצב הגעת העובדים לישראל.

ב. כל עוד האיחור במסירה הוא במהלך תקופת הארכה המוכרת, הוא לא ייחשב כהפרת חיובי הקבלן לפי חוק המכר, לענין מסירת הדירה ולענין החיוב בתשלום פיצויים.


נמשיך לעדכנכם בעבודתנו, אנו זמינים עבורכם לכל שאלה.

מצ"ב למכתבי זה:

נספח א' – "השלכות מלחמת 'חרבות ברזל' על שוק הדיור בישראל - עיכובים במסירת דירות" – מכתבם של עוה"ד ארז קמיניץ ועדי בן הרוש בשם התאחדות הקבלנים בני הארץ.

בברכה,

ניצן פלדמן, סמנכ"לית


ומנהלת אגף יזמות ובנייה

ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות' | EBN&CO

עם המבורגר עברון

מגדל המוזיאון, ברקוביץ' 4,

תל-אביב 6423806

ט. 03 7770111 פ. 03 7770101

WWW.EBNLAW.CO.IL

29 בפברואר, 2024

כ' באדר א', תשפ"ד

לכבוד:

יהודה מורגנשטרן, מנכ"ל משרד השיכון

שלומי הייזלר, מנכ"ל משרד האוצר

כרמית יוליס, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט אזרחי)

מתן יגל, סגן הממונה על התקציבים, משרד האוצר

אפרת פרוקצ'יה, היועצת המשפטית, משרד השיכון

הנדון: השלכות מלחמת 'חרבות ברזל' על שוק הדיור בישראל - עיכובים במסירת דירות

התאחדות הקבלנים בוני הארץ, (להלן: "ההתאחדות") מילאה את ידנו לפנות אליכם כדלקמן:

פתח דבר

1. ביום 7.10.2023, היא "השבת השחורה", ביצע ארגון הטרור חמאס מתקפת טרור רצחנית ביישובי עוטף

עזה ובפסטיבל המוזיקה 'נובה' וגרר את מדינת ישראל למלחמה מהקשות בתולדותיה. מתקפת הטרור, שבמסגרתה נרצחו כ-1200 ישראלים ונחטפו מאות לרצועת עזה, הגיעה כהפתעה גמורה לקובעי המדיניות ולכלל גורמי הביטחון לרבות אמ"ן, המוסד והשב"כ. הפתעה זו של מתקפת הטרור הרצחנית, הן בעוצמתה והן בהיקפה, השפיעה על שורה ארוכה של תחומי החיים, ובכלל זה גם על המגזר העסקי בכלל ועל ענף הבניה בפרט.

2. עם פרוץ המלחמה, החליטה ממשלת ישראל לאסור על כניסת פועלים פלסטינים לישראל מיהודה, שומרון ועזה. להחלטה זו, מוצדקת ככל שתהיה, ויצוין כי אין בחוות דעת זו כדי להביע עמדה בדבר נחיצותה, השפעה מידית ומשמעותית על שוק הדירות בישראל, ועל שירותי קבלנות בכלל, כפי שיפורט להלן.

3. בקצירת האומר יצוין, כי המחסור בעובדים הביא ועוד עתיד להביא לעיכובים בעבודות הבנייה, התכנון והרישוי וכך גם לאיחורים משמעותיים, הנאמדים במאות ימים, במסירת דירות מגורים לרוכשים. זאת, כאשר לכאורה בהתאם להוראות חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק המכר דירות"), נדרשים מוכרי הדירות לשלם פיצויים, לרבות פיצויים שלהם רכיב עונשי, לרוכשים, בגין כל חודש איחור החל מהחודש השני לאיחור.

4. ההתאחדות סבורה, כי מתקפת הטרור, מלחמת "חרבות ברזל" שנפתחה בעקבותיה וההשלכות הדרמטיות שלה על המשק והחברה הישראלית בכלל ועל ענף הבניה בפרט עונות על התנאים להתקיימות

הוראות סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים (תרופות)" או "חוק התרופות")

כפי שיפורט להלן, מסקנה זו נובעת, לא רק מהנסיבות החריגות, אלא גם נוכח מגמת הפסיקה בבית המשפט העליון, המבקשת לרכז את התנאים להתקיימותו של אירוע מסכל לפי סעיף 18(א) לחוק התרופות. למגמה זו ניתן לראות סימנים בשאר הערכאות אשר עסקו בשאלה דומה, בהקשר של משבר הקורונה, ובהקשרים נוספים של מבצעים ומלחמות עבר.

5. התקיימות התנאים לסיכול חוזים לפי סעיף 18(א) לחוק החוזים תרופות גוזרת השלכות גם על חוזים נוספים בענף הבנייה, ובכלל זה חוזים של יזמים או קבלנים עם המדינה, חברות ממשלתיות או הרשויות המקומיות, וכן חוזים קבלניים אחרים בהתקשרויות פרטיות. חוזים אלה הם ענין לפנייה אחרת של ההתאחדות שתועבר במקביל.

6. לאור כל האמור במכתבנו שלהלן, ולעמדתנו ברור כי נכון לקדם פתרון חקיקתי כולל אשר יבטיח ודאות בשוק, ימנע פניות מרובות לביהמ"ש, יאפשר המשך קיום החוזים, תוך הותרת המחלוקת באשר למועד קיומם מאחור, ותוך יצירת הסדר מאוזן לחלוקת אחריות ונזקים.

רקע עובדתי

7. עובדים פלסטיניים מועסקים בישראל בהתאם לסעיף 1יג' לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 בו נקבע כי העסקתם מחייבת קבלת אישור העסקה מאת הממונה במשרד הפנים. עוד נקבע בסעיף כי היתר יכול שייקבע למכסה מסוימת וכך קובעת הממשלה בהחלטותיה את מכסת הפועלים הפלסטיניים והעובדים הזרים שכניסתם תותר לישראל בכלל הענפים לרבות בענף הבנייה. העסקתם של פועלים פלסטיניים תלויה בגורם נוסף – המנהל האזרחי ביו"ש אשר אמון על מתן היתר הכניסה הבטחוני לישראל. עוד יוער, כי העסקתם של פועלים פלסטיניים בישראל נעשית באופן ישיר על ידי המעסיק ובהתאם למשפט העבודה החל במדינת ישראל ובכלל זה, הוראות הדין וכן צווי הרחבה והסכמים קיבוציים.

8. עבודות הבנייה הבסיסיות ("עבודות רטובות") של ענף הבנייה בישראל מתבססות בחלקן הגדול על העסקתם של עובדים זרים. למעשה, מכסות העובדים הזרים, שאותן ניתן להעסיק לעבודות רטובות בענף הבנייה מתחלקות לשתי קטגוריות: עובדים מהרשות הפלסטינית ועובדים ממדינות אחרות. ערב המלחמה, כ-72% מהעובדים בעבודות רטובות הלא ישראלים היו עובדים מהרשות הפלסטינית, וכ-28% היו עובדים זרים ממדינות אחרות. לפי החלטות רשות האוכלוסין וההגירה, עובדים זרים ועובדים מהרשות הפלסטינית רשאים לעבוד בעיקר בעבודות "רטובות": ברזלנות, טפסנות, טייח וריצוף – כאשר בסוף שנת 2023 שיעור העובדים הישראלים במקצועות אלה היה כ-10%¹ בלבד.

9. להווה ידוע, כי ההפתעה שהכתה את ישראל ב 7/10 גררה שורה של צעדים משמעותיים לרבות פתיחה במבצע אווירי וקרקעי ברצועת עזה, הגבלות של פיקוד העורף על כלל האוכלוסייה, פינוי יישובים ועוד. בין היתר, ומטעמים ביטחוניים, החליטה הממשלה על מספר צעדים שלחלקם השלכה ישירה על שוק

¹ עיבוד הלמ"ס לטובת משרד הבינוי והשיכון ופרסומים של רשות האוכלוסין וההגירה

הנדל"ן בישראל: ראשית, הוחלט על סגר מלא ביהודה ושומרון ועזה, כך שגם בעלי היתרי עבודה לא יכלו להכנס לישראל². שנית, במסגרת הנחיות פיקוד העורף הושבתו מרבית אתרי העבודה, בין היתר, בשל הצורך במרחב מוגן תקני, ואף לזמן ממושך יותר עקב החלטת חלק מהרשויות המקומיות שלא לאפשר את פתיחת האתרים³. צעד נוסף עליו החליטה הממשלה הוא גיוס מילואים נרחב כאשר כ-5% מכלל עובדי חברות הבנייה גויסו בצו⁴. נוסף על צעדים אלה עליהם החליטה הממשלה, ובשל המלחמה, עזבו את ישראל עובדים זרים רבים ששבו למדינותיהם

11. הנסיבות האמורות לעיל הביאו לכך, שהפגיעה בענף הבנייה עקב מלחמת 'חרבות ברזל' היא הקשה ביותר במשק!⁵

12. ויודגש, להחלטה על איסור מוחלט ומתמשך של כניסת פועלים פלסטינים מיהודה ושומרון השפעה דרמטית על ענף הבנייה. מדובר בסגר מוחלט וחריג שלא היה כמותו, בוודאי לא בשנים האחרונות. הסגר הנוכחי החל עוד בתחילת חג שמחת תורה⁶, ונמשך עד למועד כתיבת שורות אלה, למעשה כ-5 חודשים! לשם השוואה, מנתונים שנאספו על ידי ארגון בצלם עולה כי בשנים 2021 ו-2020, שנים בהן הוטל סגר אף בשל התפרצות נגיף הקורונה ימי הסגר המוחלט עמדו על 13 ו-14 ימים בלבד⁷. יתרה מכך, הסגר הנוכחי חריג אף ביחס למבצעים קודמים ברצועת עזה, אשר הם אבן הבוחן לצורך בחינת צפיותו של האירוע הנוכחי. כך, בשנת 2014, השנה בה יצאה ישראל למבצע 'צוק איתן', עמד סך ימי הסגר המוחלט על 29 ימים בלבד⁸!

13. אל מול נתונים אלה, חשוב לציין, כי התלות של חברות הבנייה בישראל בעובדים מהרשות הפלסטינית הלכה וגדלה עם השנים. כך למשל, בין השנים 2015 ל-2022 מספר העובדים הישראלים ירד ב-10.4% ומספר העובדים מהרשות הפלסטינית ועובדים זרים ממדינות אחרות עלה בכ-17.5%.

14. בהמשך לאמור, ההתאחדות ערכה בדיקה לצורך גיבוש אומדן של ימי העבודה שאבדו עקב המחסור בפועלים לעבודות רטובות.

נדגיש, כי למרות שהחלטות הממשלה הגדילו את מכסת העובדים הזרים ל-65,000, רק מספר זניח של עובדים בלבד הגיעו לישראל לפי החלטות אלה, נכון למועד זה.

15. מבדיקה זו עולה עוד, כי בעקבות אי כניסתם של עובדים פלסטינים עד מועד בלתי ידוע ועזיבתם של כ-4,000 עובדים זרים ממדינות אחרות, פחתו תשומות העבודה הפוטנציאליות בעבודות הרטובות

² למעשה, הוארכה ההחלטה על הטלת סגר בחג שמחת תורה עד למועד לא ידוע.

³ חלק מהרשויות המקומיות הודיעו לקבלנים כי אין הם רשאים לפתוח את האתרים. בעקבות עתירה שהוגשה בענין, הסתמן פתרון כלשהו אבל ישנן רשויות אשר ממשיכות להקשות על פתיחת אתרים.

⁴ ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה סקר מצב העסקים בזמן מלחמת חרבות ברזל: נתונים מתוך סקר בזק לחודש נובמבר 2023 (6.11.2023).

⁵ לעניין זה ראו: נמרוד בוסו "הלמ"ס: הפגיעה בענף הבנייה היא הקשה ביותר, 62% מהעסקים בפחות מ-20% מההיקף הרגיל" מרכז

הנדל"ן-הבית של ענף הנדל"ן (1.11.2023) <https://www.nadlancenter.co.il/article/8634>

⁶ יואב זיתון "במהלך חג שמחת תורה: סגר כללי יוטל על יהודה ושומרון" ynet (5.10.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/bjh8q9ngp>

⁷ "נתונים על ימי סגר מוחלט בשטחים" בצלם (1.5.2021) https://www.btselem.org/hebrew/freedom_of_movement/siege_figures

⁸ ראו שם.

⁹ ראו בדו"ח שערך מרכז המחקר והמידע של הכנסת: בת חן רוטנברג אומדן משקל העסקת עובדים מהרש"פ בישראל מהתוצר(הכנסת), מרכז המידע והמחקר (18.12.2023)

בהתאם לכך, ובדו"ח שערך מרכז המחקר והמידע של [REDACTED] הכנסת, נכתב, כי: "מחסור בעובדים שאינם ישראלים פוגע בעבודות הרטובות והופך אותן לצוואר בקבוק שמעכב תהליכי בנייה אחרים"¹⁰.

16. בפועל, לפי נתוני הלמ"ס במהלך חודש אוקטובר הושבתו 77% מאתרי הבנייה באופן מוחלט, במהלך חודש נובמבר הושבתו 50% וכן במהלך חודש דצמבר הושבתו 39%. כל אלה מצביעים על כך שלאיסור המוחלט על כניסת פועלים פלסטינים משטחי יהודה ושומרון השפעה ישירה ובלתי ניתנת לערעור על היכולת של חברות הבנייה לעמוד בהתחייבויות הנוגעות למועדי המסירה¹¹. יש להדגיש, כי גם אתרי בניה שנקבע לגביהם שהם פעילים, הרי שבמציאות הם עובדים באופן חלקי בלבד. בהמשך לכך, מובן, כי באזורי הלחימה, בדרום ובצפון, אשר פונו מיושביהם, אין כמובן כל פעילות שהיא באתרי הבניה, אשר עומדים בשיממון.

עוד יצוין, כי הבדיקה שערכה ההתאחדות אינה מבחינה בין אתרים שנשענו באופן מלא על עובדים פלסטינים לעבודות רטובות טרם המלחמה, לבין אלו, שרק חלק מהעובדים בעבודות רטובות היו פלסטינים. ברי כי בראשונים, האיחור צפוי להיות גדול אף יותר, כפי שצוין לעיל, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

חישוב זה [REDACTED] מסתכם בכ-9 מיליון ימי עבודה במצטבר עד אמצע פברואר 2024. לכך, יש להוסיף גם חודשי התארגנות של האתר ושל הכשרת העובדים הזרים שיגיעו להחליף את העובדים הפלסטינים. [REDACTED]

כאמור, הצפי לחידוש הפעילות באתרים והטמעת העובדים בהם, מותנה בקצב הגעתם של העובדים הזרים. החישוב נעשה לפי ההנחה המקלה שלפיה העובדים הזרים יגיעו לארץ בקצב ממוצע של 500

¹⁰ לעיל ה"ש 1.

¹¹ כפי שצוין לעיל השבתת אתרי העבודה אכן נוגעת ישירות למיעוט ידיים עובדות, אך גם לנסיבות נוספות שמקשות על עבודת הקבלנים, כמו התנאות פתיחת אתרים, אחרי סגירתם ע"י הרשויות המקומיות, בקיומו של מאבטח חמוש, ריבוי עובדים ומנהלים בשירות מילואים פעיל ועוד.

עובדים בשבוע. כך למשל, החל מתחילת מרץ ועד סוף יוני, יגיעו בסה"כ כ- 8,500 עובדים זרים עד אמצע שנת 2024, וזאת ללא חזרת פלסטינים כלל.

למעשה, ועד אמצע שנת 2024 יאבדו

במצטבר כ- 16.5 מיליון ימי עבודה!

ויודגש, הנחות מוצא אלה אינן לוקחות בחשבון עיכובים נוספים דוגמת עיכוב בעבודת ועדות התכנון והבנייה בענייני רישוי בעקבות המלחמה והבחירות ברשויות המקומיות.

19. לבסוף יצוין, כי נדמה שאנו ניצבים בפני תקופה ארוכה נוספת של סגר, חוסר הוודאות הוא רב ואי קבלת החלטות בנושא לאורך תקופה ארוכה, מנע ואינו מאפשר גם כעת קידום פתרונות קבע שימנעו את הנזקים הגדולים לחברות הבנייה ועקב כך גם למשק הישראלי כולו. הממשלה אמנם החליטה, אף לאחרונה, על הגדלת מכסת העובדים הזרים על מנת לפתור את משבר הידיים העובדות, אולם המימוש של החלטות אלה טרם נותן את אותותיו וקשה להעריך את האפקטיביות שלהן. בהקשר זה יצוין, כי החלטת הממשלה הראשונה על הגדלת מכסת העובדים הזרים ניתנה כבר ב-27.10.2023 ועד כה הגיעו עשרות בודדות של פועלים בלבד!

20. מן הנתונים האמורים לעיל משתקפת עצמת משבר הידיים העובדות, אשר מדינת ישראל בכלל ושווקי הקבלנות בפרט, לא חוו כמוהו מעולם. בפרט, יש לנתונים השפעה דרמטית על החיובים החוזיים של חברות הבנייה בגין איחור במסירת הדירה, כפי שיפורט להלן.

המסגרת הנורמטיבית:

בדברים שלהלן נבקש לפרוש את הוראות הדין, ולנתח את הוראות החקיקה הראשית והפסיקה ביחס לאירוע המלחמתי החרגי והשלכותיו, כפי שתוארו לעיל, בהקשרי דיני סיכול חוזים. את עיקר הדברים נבקש לייחד להוראות חוק המכר דירות הן בנוסחו הישן לפני תיקון מספר 9 והן בנוסחו החדש שלאחר התיקון. עם זאת, חשוב לציין כי עניינה של ההתאחדות אף בחוזי קבלנות אחרים, שאינם חוסים תחת הוראות חוק המכר דירות, אלא תחת דין החוזים הכללי, אשר משפיעים הן על חוזים לביצוע עבודות תשתית ומבני ציבור מול השלטון המרכזי והמקומי, והן על קבלני הביצוע שלהם התקשרויות פרטיות. לגביהם תיחד התייחסות נפרדת בפניה מקבילה לפניה זו.

חוק המכר (דירות)

21. בחוק המכר (דירות) נקבעו הוראות למתן פיצויים בשל איחור במסירה של דירה, כאשר מועד המסירה מוגדר גם הוא בחוק. סעיף 5 לחוק המכר דירות התווסף לחוק בשנת 2011 ותוקן בשנת 2022 (תיקון מס' 9), כאשר במסגרת התיקון נחקקה הוראת מעבר הקובעת, כי תיקון זה לא יחול על דירה שחזרה המכר לגביה נכרת לפני תחילתו של התיקון, ועל דירה כאמור יחולו הוראות חוק המכר (דירות) כנוסחו ערב יום התחילה¹².

22. למען שלמות הדברים, במסגרת חוות דעת זו, נתייחס לשתי הגרסאות לחוק, שכן מרבית חוזי מכר דירות שמסירתן מתעכבת כבר כעת נחתמו לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 9. עם זאת, העיכוב בהתקדמות

¹² לעניין זה ראו סעיף 11(ד) לחוק המכר (דירות).

פרויקטים שחוזים לגביהם נחתמו לאחר תיקון 9 כבר קיים, ואף יעמיק בשל התארכות הסגר,

23. סעיף 5א בגרסתו ערב כניסתו לתוקף של תיקון מס' 9 (להלן גם: "חוק המכר הישן") קבע, כי במקרה של איחור של שישים יום ומעלה במסירת הדירה זכאי הקונה לפיצויים ללא הוכחת נזק בסכומים הבאים: (1) סכום השווה לדמי שכירות של דירה דומה בגודלה ובמיקומה כשהם מוכפלים פי אחד וחצי החל ממועד המסירה החוזי ועד לתום שמונה חודשים מאותו מועד (כלומר הסנקציה נגד קבלן המאחר ב- 61 ימים או יותר מחייבת פיצוי מוגדל מהיום הראשון לאיחור); (2) סכום השווה לדמי שכירות כשהם מוכפלים פי אחד ורבע החל מתשעה חודשים ממועד המסירה החוזי ועד למסירה עצמה. לצד זאת נקבע בסעיף 5א(ג) לחוק בנוסחו הישן כי:

"על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), הצדדים לחוזה המכר רשאים להסכים כי

הסעיפים הקטנים האמורים לא יחולו על איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות שאינן

בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו".

על אף ההקלה הקבועה בסעיף, אשר מאפשרת התניה על חיובי המסירה במצבי "כח עליון", הרי שיש בנוסח זה כדי להגביל את כוחם של מוכרי הדירות להסיר מעליהם אחריות לאיחורים במסירה של דירות, שכן מבחני השליטה והסיכון קבועים בחוק ולא ניתן להתנות עליהם. בכל זאת, רבים רואים בהוראה זו כמחמירה פחות עם המוכר החייב בהעמדת הדירות בזמן, יחסית להוראות סעיף הסיכול בדיני החוזים הכלליים, לפי סעיף 18(א) לחוק התרופות¹³. בעיקרו של דבר ההוראה בסעיף בחוק המכר מתמקדת במבחן הסיכון, בעוד הוראת הדין הכללי עוסקת במבחן הצפיות¹⁴.

24. ככלל, אין ספק כי חוק המכר דירות קבע מנגנון פיצוי חריג למנגנוני הפיצוי הקיימים בחוק החוזים הכללי או בחוקי חוזים פרטיקולאריים אחרים. זאת, הן בשל סטנדרט ההוכחה הנמוך המבוקש מתובע הפיצוי, שלא נדרש בהוכחת קיומו והיקפו של נזק כדי לקבל פיצוי, והן בשל העובדה שפיצוי זה מכיל רכיב עונשי משמעותי שמטרתו הרתעה מפני איחור¹⁵. יחד עם זאת, "סעיף השסתום" שאפשר לקבלנים לקבוע הוראות המחריגות את חובת הפיצוי בהינתן אירוע מסכל, העלה תהיות באשר לאפקטיביות של סעיפי הפיצוי וההרתעה שהם נושאים בחובם.

25. בתיקון מס' 9 ביקש המחוקק להתמודד עם הטענות האמורות לענין האפקטיביות של סעיפי הפיצוי, וביקש להחמיר עם מוכרי הדירות אשר לשיטתו עשו "שימוש נרחב בסעיף 5א(ג) וטוענים במקרה של איחור במסירה, שהאיחור נבע מנסיבות שאינן בשליטתם, וכך לרוכש יש יכולת התנגדות מוגבלת המביאה לכך שיכולתו לקבל פיצוי היא רק לאחר הליך משפטי ממושך"¹⁶. לטענת מציעי החוק, השימוש בסעיף הפטור היה נרחב מדי ולכן בקשו לבטל את האפשרות להישען עליו. לאחר הדיונים בכנסת, רוכך הנוסח, ותוקן כך שהמוכר לא יידרש לשאת בפיצוי במקרה שהאיחור הוא תוצאה של פטור בשל אונס או סיכול החוזה לפי סעיף 18(א) לחוק החוזים תרופות בלבד. ואולם, ברי כי מטרת הצעת החוק ותכלית

¹³ אריאל כורם "עידן הקורונה – עידנו של סעיף 5א לחוק המכר דירות" משפט וממשל כד 209, 217 (2022).

¹⁴ גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים, 767-777 (מהדורה רביעית 2019).

¹⁵ ורי בענין זה משרד המשפטים מסקנות הצוות הבין-משרדי לבחינת השפעות משבר הקורונה על קיום חוזים (7.7.2020) (להלן: "דו"ח הקורונה") וכך ראו עמ' 4 לנספח א' לדו"ח הקורונה: משרד המשפטים הצוות לבחינת השפעות משבר הקורונה על קיום חוזים – חוזי מכר דירות: המלצות (להלן: "דו"ח הקורונה למכר דירות").

¹⁶ דברי ההסבר להצעת חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 9), התשפ"ב-2022.

התיקון לא השתנתה, ובעיקרה הקשחת הדרישות מן הקבלן המבקש לפטור את חיובו בשל אירוע בלתי צפוי, והכללתו במבחני הסיכול הקשיחים יותר ממבחני הטלת הסיכון, כפי שחוקקו בנוסח הישן.
26. מן האמור לעיל ניתן להסיק, כי **במצב דברים בו מתקיימות נסיבות העולות כדי סיכול לפי סעיף 18(א) לחוק החוזים תרופות, אזי ומתורת קל וחומר שמתקיימות הנסיבות הפוטרות מחיוב כפי שהוגדרו בסעיף 5א(ג) בנוסחו הישן.** על כן נפנה כעת לבחינת עיקרו של סעיף זה, ופרשנותו המודרנית בפסיקה.

סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות):

27. להווה ידוע, כי טענת הסיכול המנויה בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), היא טענת הגנה שיכול בעל החיוב החוזי להעלות נגד הטוען להפרת החיוב, במצב של שינוי נסיבות בין מועד כריתת החוזה לבין מועד ביצועו.¹⁷ בשל חשיבותה של ההוראה, נביאה כלשונה:

”18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנוען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.”

28. ומסתברא שלתחולתה של הגנת הסיכול שלושה תנאים מצטברים: (1) בעת כריתת החוזה הצד המפר לא צפה ולא היה עליו לצפות את הנסיבות המסכלות (להלן גם: **”מבחן הצפייה”**); (2) למפר לא היתה יכולת למנוע את הנסיבות המסכלות; (3) התרחשות הנסיבות מונעות את קיום החוזה או שמשנות אותו באופן יסודי.¹⁸

בהינתן התקיימות המבחנים האמורים, רשאי החייב לטעון כי אין לחייבו בקיום החוזה כלשונו או בפיצוי קיום. בית המשפט הוא שקובע את הסעד המתאים, שבדרך כלל יכול השבה הודית של מה ששולם ע”י כל אחד מהצדדים.¹⁹

29. **המבחן הראשון – מבחן הצפייה**, הוא מבחן נורמטיבי שבמסגרתו אמור בית המשפט לקבוע האם המפר צריך היה לצפות את הנסיבות המסכלות ואילו סיכונים ראוי שייקח על עצמו.²⁰ בעבר, בתי המשפט פירשו את המבחן פרשנות צרה ודווקנית בגדר **”הכל צפוי”**. אולם, כיום, כפי שיפורט בהמשך, הפסיקה נוטה לרכז את מבחן הצפייה, ולהחיל אותו על **השלכותיו והשפעותיו** של האירוע ולא על עצם התרחשותו.²¹ כלומר, כדי לעמוד במבחן הראשון על הטוען להתקיימות הגנת הסיכול להוכיח כי לא יכל נורמטיבית לצפות את השלכות של האירוע המסכל ולא בהכרח את האירוע המסכל עצמו.

¹⁷ ע”א 4893/14 **וליד חמודה זועבי נ’ מדינת ישראל - משרד האוצר**, פס’ 27 לפסק דינו של השופט י’ עמית (נבו 03.03.2016) (להלן: **”עניין וליד חמודה זועבי”**); ע”א 5054/11 **ספיר וברקת נדל”ן (הולילנד) בע”מ נ’ עו”ד יעקב אמסטר**, סו(1) 480, פס’ 34 (2013).

¹⁸ ת”א (מחוזי חי’) 67155-03-17 **עדירון פיורה השקעות (1996) בע”מ נ’ עדירון פיורה השקעות**, פס’ 3 (1996); ד”ח הקורונה, סעיף 10. סעיף 18(ב) לחוק התרופות; אגב סעיף זה בית המשפט מוסמך לקבוע מגוון רחב של סעדים.

¹⁹ עניין **וליד חמודה זועבי**, לעיל הי”ש 17, בפס’ 30.

²¹ ת”א (מחוזי ירושלים) 4205/02 **ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע”מ נ’ משרד הבינוי והשיכון**, פס’ 21 (נבו 31.07.2008); ע”א 6328/97 **עזרא רגב נ’ משרד הביטחון**, נד(5) 506, 518 (2000); חדל”ת (מחוזי תל אביב-יפו) 26076-02-20 **עו”ד ישראל בכר- נאמן של עמודי שלמה אחים ידגרום סחר בע”מ נ’ מערכות נוחות (2007) בע”מ** (נבו 08.07.2020); עניין **וליד חמודה זועבי**, לעיל הי”ש 17.

30. **המבחן השני** – מתנה את תחולת הגנת הסיכול בכך שהמפר היה נעדר יכולת למנוע את הנסיבות המסכלות. המבחן מטיל חובה פוזיטיבית על המפר לעשות כל שביכולתו כדי למנוע השפעת הנסיבות המסכלות על קיום החוזה²².
31. **המבחן השלישי** – הוא מבחן עובדתי בו בוחן בית המשפט את עצם התרחשות הנסיבות המסכלות את אפשרות קיום החוזה. מבחן זה מטיל חובה על המפר להוכיח כי ביצוע ההתחייבות איננו מעשי עוד, כי קיים שיבוש יסודי באפשרות לקיים את החוזה, ושהדבר נגרם כתוצאה מהאירוע המסכל. חוסר מעשיות כאמור עשוי לקום גם במקרים בהם חל עיכוב באפשרות ביצוע החוזה²³. למעשה מדובר במבחן של קשר סיבתי בין התרחשות הנסיבות ובין אי היכולת לקיים את החוזה.

מן הכלל אל הפרט:

מצויידים בתובנות כלליות אלה נבקש לבחון את מידת ההשפעה של מלחמת חרבות הברזל, המלחמה עצמה, וההשלכות שלה, על חיובים הנוגעים למכר דירות. ניתוח פרטיקולארי זה יוביל לדרכים שלדעתנו יש לנקוט כדי להתמודד עם המשבר.

יישום סעיף 5א(ג) לחוק המכר הישן

32. ראשית יאמר, כי ניתוח הוראות הסעיף נעשה למעלה מן הצורך, שכן, כפי שנרמז לעיל ויתואר להלן, אנו סבורים כי בענייננו חל דין הסיכול כמשמעו בסעיף 18א(א) לחוק התרופות. משכך, כפי שהוסבר לעיל ובתורת קל וחומר, מתקיימים גם מבחניו של סעיף 5א(ג) הישן אשר כאמור בא להקל עם המוכרים בהוכחת קיומן של נסיבות מסכלות. עם זאת, ולו בשל הסיכוי שיהיה מי שיטען אחרת, או במענה לאותם מצבים שבהם לא נקבעו בחוזה המכר סעיפי "כח עליון", נפרט להלן אודות התקיימותם של מבחני סעיף 5א(ג) בנוסחו הישן.

33. סעיף 5א(ג) בנוסחו הישן מכיל שלושה תתי מבחנים לבחינת אחריותו של מוכר לאיחור במסירה של דירה: מבחן נטילת הסיכון להתקיימות הנסיבות, מבחן השליטה בנסיבות ומבחן הקשר הסיבתי בין הנסיבות לאיחור במסירה²⁴.

34. לכאורה, הכוונה העומדת מאחורי המבחן המרכזי בסעיף, הוא מבחן הסיכון, היא שהמוכר קיבל על עצמו מערכת של סיכונים שאם יתממשו הוא לא יוכל לקיים את התחייבותו ולמסור את הדירה במועד שנקבע – ובשל העובדה שבהתאם לסעיף 7א לחוק המכר לא ניתן להתנות על הוראה זו אלא לטובת הרוכש – הרי שהסיכונים הללו מוטלים עליו. המדובר במבחן עובדתי – האם המוכר הספציפי לקח על עצמו את הסיכון המדובר (במקרה זה בהתאם לסקירת התניה החוזית הקיימת) וכן, במבחן נורמטיבי – אם הקבלן לא לקח את הסיכון על עצמו כאמור, אך הוא גם לא הוטל במפורש על הקונה, האם מדובר בסיכון שראוי לראותו ככזה המוטל על המוכר?

35. בענייננו, גם אם סיכון של מלחמה זו או אחרת ראוי כי יוטל על המוכר, קשה עד מאוד לומר שראוי להטיל עליו סיכון לקיומו של סגר כה ארוך וממושך בשטחי יהודה ושומרון, עקב מבצע שאת היקפו אפילו גופי המודיעין לא צפו. מאליו מובן, כי משך הסגר שהגיע בעקבות המלחמה אינו סיכון שאותו

²² לעיל ה"ש 14, בעמ' 776-777.

²³ עניין **ב.י.איר חברה קבלנית**, לעיל ה"ש 21, פס' 8, בו ציינה השופטת כנפי שטייניץ כי "חוסר מעשיות עשוי לקום גם כאשר חל עיכוב ממושך באפשרות ביצוע החוזה, שאיננה תלויה בצד הנוגע בדבר".

²⁴ לעיל ה"ש 13, עמ' 229.

לקחו בחשבון חברות הבנייה בישראל בעת שהתקשרו בחוזים למכר דירות, ובהיותו קולוסאלי כ"כ גם אין זה ראוי להטיל סיכון זה עליהן. בנוסף, הגידול בעובדים הפלסטינים בענף הבנייה, כפי שפורט לעיל, מצביע גם הוא על כך שלא ראוי לראות בסיכון בדבר קיומו של סגר תקדימי ככה שיש להטילו על המוכר. מדינת ישראל עודדה את דבר הסתמכות חברות הבנייה על פועלים מהרשות הפלסטינית לטובת העבודות הרטובות, ובהתחשב בכך כלכלו חברות הבנייה את צעדיהן ולא נטלו סיכון שמדינת ישראל בעצמה תמנע מאותם עובדים לבצע את עבודתם לתקופה ארוכה שכוז.

36. גם ביחס למבחן הקשר הסיבתי, המגמה בפסיקה נוטה לכיוון הקלה עם המוכר, והכרה בכך שסגר על שטחי יהודה ושומרון, שמשמעותו אי הגעת פועלים, עשוי לגרום לעיכוב בבנייה שאינו בשליטת המוכר, ואשר המוכר לא צריך להיות אחראי לו. כך, למשל, נקבע כי אין די בטענה כי מבצע 'צוק איתן' הביא לדחייה במועד מסירת הדירות, אלא שיש להוכיח קשר סיבתי בין המבצע והשלכותיו, לרבות אי הגעה של פועלים בשל סגר בשטחי יהודה ושומרון, לאיחור, שנאמר-

"אכן, מבצע צוק איתן, אם הוא השפיע, יכול היה להביא לדחיית מועד המסירה... כך לדוגמא, אי הגעה של פועלים, מחמת סגר, הייתה נרשמת. אולם, אם העבודות נעשו על ידי עובדים ישראלים או זרים מהמזרח הרחוק, לדוגמא, אין לסגר השפעה, והדבר היה בא לידי ביטוי ביומן...".²⁵

ומשמע, כי בית המשפט היה נכון להשתכנע בקיומו של קשר סיבתי בין האירוע והשלכותיו ובין העיכוב שנגרם במסירת הדירות, בכפוף להוכחה עובדתית.

37. יתרה מכך, הפסיקה כבר הביאה בחשבון על דרך האומדן, ימי סגר מועטים בתקופת החגים לצורך חישוב תקופת העיכוב המוצדק, הביאה בחשבון ימי לחימה²⁶ כימי איחור מוצדק, ואף הכירה בימי סגר שנגרמו בשל מגפת הקורונה²⁷, שנקבע:

"בסופו של יום, על יסוד מכלול הנתונים והעדויות שעמדו בפניי, כשהבאתי בחשבון את הנתונים הקונקרטיים שהוכחו בתצהירו ובעדותו של שביט לגבי חוסר בעובדים עקב מגפת הקורונה, שהביאו לעיכוב בבניה – אני קובע כי הבניה התעכבה ב-20 יום עקב נסיבות שאינן בשליטת הנתבעת ואין להטיל עליה את הסיכון לכך".

38. מקל וחומר, כאשר מדובר בארבעה חודשי סגר מוחלט וחריג, אשר סופו מי ישרנו. אין חולק כי נסיבות האירוע כאן חריגות בהרבה מכל אשר הוכר ע"י בית המשפט עד כה כאיחור מוצדק. ואל כל אלה יש להוסיף את העובדה, כי מדובר בעובדים שאחראים על מרבית העבודות הרטובות בשוק (כאמור, כ-70%), אשר בלעדיהן לא ניתן להשלים את הבנייה.

39. חשוב להדגיש, כאשר עסקינן בהעסקת פועלים זרים וככלל, המדינה היא זו שקובעת מהיכן יגיעו הפועלים, לכמה זמן ובאילו תנאים. הדבר נכון כפליים כאשר מדובר בפועלים פלסטינים, אשר המדינה היא שקובעת האם ייכנסו לישראל או לא, הן במובנים של חוקי ההגירה הישראלים, והן וחשוב מכך במובן הבטחוני.

40. מן המקובץ עולה, כי בנסיבות שבהן נקבעו בחוזי מכר דירות סעיפי "כח עליון", קיימת לקבלנים טענת הגנה נגד הטענה לחיוב בתשלום פיצויים בגין איחור. טענה זו קיימת לאור ניתוח התנאים לתחולת

²⁵ רת"ק 15816-11-16 אחים אום נ' חיים ואח' (נבו, 31.3.2017).

²⁶ ת"ק (תביעות קטנות ק"ג) 22499-12-14 רחל אודליה שרון נ' זיו ישראל בע"מ, פס' 13-12 (נבו 09.06.2015)

²⁷ ת"א (שלום ב"ש) 31066-04-21 גדעון פנר משרד עורכי דין בע"מ נ' י.משעל ובניו יזמות בע"מ (נבו 24.11.2022)

הסעיף, אשר בהתאם לניסוחם, קלים יותר להחלה, יחסית לתנאי סעיף 18(א) לחוק התרופות. להלן נבקש להראות כי עסקינן גם באירוע מסכל כמשמעותו בחוק התרופות. ודוק, מסקנה זו יכול שתחול הן בדרך של קל וחומר, כאמור לעיל, על חוזים לפי חוק המכר הישן, שיש בהם סעיפי כח עליון, הן על חוזים כאמור שאין להם סעיפי כח עליון, ולכן יש להפנותם לדין הסיכול הכללי, וכמובן גם על חוזים לפי חוק המכר החדש, אשר לגביהם חלה ההוראה החדשה הפוטרת מתשלום רק אם חל סעיף 18(א) לחוק התרופות, המפנה לדין הסיכול הכללי, תוך נטישת מבחן הסיכון.

התקיימות התנאים לקיומן של נסיבות מסכלות לפי סעיף 18(א):

41. כאמור, המבחן המרכזי לקיומו של סיכול הוא מבחן הצפייה, שלו היבט אובייקטיבי והיבט סובייקטיבי. בעבר, הפסיקה פירשה את מבחן הצפיות באופן דווקני ביותר, כך שלמעשה סעיף הסיכול הפך לאות מתה; בראיית הפסיקה כמעט כל אירוע נחשב כאירוע צפוי או שניתן לצפותו, ובכלל זה מלחמה. עם השנים החלה פרשנות קטגורית זו והתרככה. כך למשל, בענין זועבי קבע כבוד השופט י" עמית: **"כשלעצמי, אף אני נוטה לדעה כי יש מקום "לרכך" את הפרשנות הנוקשה שניתנה לרכיב "הצפיות בכוח" בסעיף 18 בחוק התרופות, אך איני רואה לקבוע מסמרות בעניין, מפני שאיני נדרש לכך לצורך המקרה דנן"**.²⁸

42. כפי שסיכמו המלומדים שלו וצמח:

"כשני עשורים לאחר שנדונה פרשת רגב ניתן להצביע על התחזקות הנטייה שניכרה בפרשה זו לריכוך מבחן הצפייה. ריכוך זה בא לידי ביטוי בהגמשת הפרשנות של רכיב הצפיה בכוח ובהכרה כללית בכך שדין הסיכול אינו נוקשה כבעבר. בפסיקת בתי המשפט נכרת מגמה להתחשב באירועים מסוימים – כמו מלחמה, פרוץ אינתיפאדה, או אף תאונת דרכים – כחורגים מיכולת הצדדים לצפותם ולהכיר בהם, ולא רק בהשלכותיהם, כגורמים לסיכול החוזה".²⁹

43. הנטייה בפסיקה לראות במלחמה כאירוע בלתי צפוי החלה בתקופת מלחמת המפרץ, כאשר בית המשפט בחר להתייחס לא רק לעצם המלחמה אשר אותה אין לצפות בפועל או בכוח, אלא גם להשלכותיה ולתוצאותיה. כפי שנקבע בפרשת רגב -

"את מבחן הצפיות יש להחיל לא על עצם פרוץ המלחמה, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים".³⁰

44. התחזקות המגמה בפסיקה לראות במלחמה כאירוע בלתי צפוי באה לידי ביטוי במספר הקשרים. כך, למשל, בית המשפט קבע כי חוזי בנייה בין צדדים סוכלו עקב קשיי שיווק לאור פרוץ האינתיפאדה, שכן הצדדים לא צפו את כל קשת הנסיבות המסכלות שעלולות להגרם מהאינתיפאדה³¹, וכן כי חוזי מימון ורכישה בהם התקשרו הצדדים סוכלו עקב אי קבלת מימון מצד ג' בשל מלחמת לבנון השנייה³².

²⁸ ע"א 4893/14 וליד חמודה זועבי נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, 30 (נבו 3.3.2016).

²⁹ לעיל ה"ש 14, בעמ' 771.

³⁰ ע"א 6328/97 עזרא רגב נ' משרד הביטחון, נד(5) 506 (2000) (להלן: "פרשת רגב");

³¹ עניין ב.יאיר חברה קבלנית, לעיל ה"ש 21.

³² ת"א (מחוזי ת"א) 1072/07 מורן גדעון נ' ציקי פוקס (נבו 07.03.2010).

45. בענייננו, גם אם נניח כי באזורנו מלחמות הן אירועים צפויים, אין בכך כדי להביא למסקנה כי השיבושים באפשרות העמידה בהתחייבות הם בגדר הצפוי³³. על אחת כמה וכמה כשמדובר במלחמה הארוכה בתולדות המדינה לבד ממלחמת הקוממיות, אשר במסגרתה ולמשך חודשים רבים הוטל איסור מוחלט על כניסת פועלים פלסטינים מהשטחים באופן חריג מאוד בשנים האחרונות.

46. לא זו אף זו, הפסיקה כבר הכירה בנסיבות הספציפיות של מחסור בפועלים עקב סגר ממושך על השטחים, כבענייננו, כאירוע בלתי ניתן לצפייה לצורך התקיימותם של תנאי סעיף 18:

”האירוע של הסגר, ובעיקר הסגר המוחלט היה בבחינת כוח עליון וניתן לראותו כסיכול במובן סעיף 18 לחוק התרופות. אמנם גם בעבר היו אירועים בטחוניים שמנעו כניסת פועלים מהשטחים לישראל ומבחינה זו תקלות זמניות בהתייצבות פועלים לעבודה בשל המצב הבטחוני הרעוע, היה בגדר הציפיות הסבירה של צדדים לחוזה בניה בשנת 93 [...] אך הכל הוא ענין של מידה ולדעתי, מצב של סגר כללי ומוחלט לתקופה ממושכת, להבדילו מסגרים מקומיים בני מספר ימים, לא היה צפוי מראש. [...] ער אני אמנם לכך שהגישה של הפסיקה בארץ נטתה לעבר קביעה, כי במציאות הבטחונית והחברתית במדינת ישראל מאורעות משבשים קלסיים, כגון מלחמות, פגעי טבע, גיוס פתאומי ומצבי חירום אחרים הינם בגדר הצפוי לענין סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), אך על גישה נוקשה זו נמתחה ביקורת ונאמר שגישה זו אינה הולמת את התפיסות החברתיות והכלכליות המודרניות לאור ביקורת זו אני סבור, שהאבחנה שעשיתי בין ”סגר רגיל” שהוא בגדר הציפיות הסבירה במדינת ישראל, לבין סגר מוחלט וממושך, כפי שקרה בענייננו, שאינו בגדר צפיות כזו

- יש לה בסיס”³⁴.

47. אנו סבורים כי המגמה בפסיקה מצביעה על כך שבסכסוכים עתידיים, בתי המשפט יראו בחברות הבנייה כמי שלא צפו ולא היה עליהן לצפות את מלחמת חרבות הברזל והשלכותיה ובפרט את הסגר המתמשך על שטחי יהודה ושומרון. זאת, בייחוד כאשר בשנים האחרונות חלה מגמת עלייה בכמות הפועלים הפלסטינים אשר עובדים בענף הבנייה, וזאת על פי החלטתה ובעידודה של המדינה, אשר העדיפה פועלים פלסטינים על עובדים זרים. משכך, הציפייה שנוצרה אצל חברות הבנייה השונות היא שניתן להסתמך על פועלים אלה, בייחוד בעבודות הרטובות, ובכך מנייה וביה, לא צפו ולא היה עליהם לצפות שהמדינה תגביל כל כך את כניסתם לעבודה בישראל לתקופה כה ממושכת.

48. מן המקובץ עולה, כי בראייה כלל משקית, הקבלנים עומדים במבחן הראשון של העדר צפיות בפועל ובכוח, באשר לא יכלו לצפות נורמטיבית את ההשלכות הדרמטיות של המלחמה והסגר הממושך הבא בעקבותיה.

49. **באשר למבחן השני – בחינת יכולתו של המפר למנוע את הנסיבות המסכלות** – אנו סבורים כי בראייה כלל משקית, חברות הבנייה ואף ההתאחדות עשו ככל שביכולתן, ועל אף שהדבר אינו מתחייב משורת הדין, ובמסגרת מגבלת המכסות על עובדים זרים בענף הבנייה, כדי לקדם הבאת עובדים זרים לישראל לצורך פתרון משבר הידיים העובדות, אך זאת ללא הצלחה ממשית. זאת, היות שכאמור המדינה היא

³³ עניין ב.יאיר חברה קבלנית, לעיל ה"ש 21; עניין וליד תמודה זועבי, לעיל ה"ש 17.
³⁴ ת"א (מחוזי חיפה) 613/94 נוה הרודיון בע"מ נ' פ.ד.ד. חברת מגורים ובענין בע"מ, פס" 8 (נבו) 21.08.2000.

זאת שאמונה על ההחלטה בדבר מתן היתר להכנסת פועלים זרים לענף הבנייה בישראל, היא זו שקובעת את כמות הפועלים הנכנסים ואף את תנאי העסקתם. על כן, לחברות לא הייתה כל השפעה על ההחלטה המדינית - ביטחונית בהטלת הסגר הכללי על שטחי יו"ש כמו שלא הייתה בידי החברות היכולת להשפיע על ההחלטה שהביאה להסתמכות הכה משמעותית של הענף על פועלים פלסטינים לצורך ביצוע עבודות רטובות. למעלה מכך, כל ניסיון לעודד העסקת עובדים ישראלים לשוק כשל על אף המשכורות הגבוהות! 50. כאמור לעיל, במסגרת מבחן זה מבקש ביהמ"ש לראות כי הקבלן עשה ככל יכולתו להשלים את הפער ולמנוע הפרה של חיוב המסירה. נדמה הדבר, שבענייננו הנתונים מדברים בעד עצמם. המחסור הוא כל כך משמעותי וקולוסאלי, שהסיכוי למצוא ידיים עובדות הוא אפסי. בנתונים שכאלה אין טעם לדרוש נורמטיבית מהקבלנים עצמם להשלים את החסר, אף על פי שנעשים ניסיונות ברמה המערכתית וע"י ההתאחדות עצמה לגייס עובדים זרים. בענין זה קשה לומר כי יש עזרה מדינתית או יד מכוונת כלשהי המבקשת לפתור את הבעיה; לעתים דווקא נראה כי ההפך הוא הנכון, והחסם שהועלה באשר להעסקת עובדים זרים בדרך של התקשרות ישירה בין חברות פרטיות – יוכיח.

51. בהמשך לאמור, יושם אלי לב כי יש אי ודאות רבה בסוגיית משבר הידיים העובדות, הן בשל התמשכות הלחימה והן בשל הצורך בחתימה על הסכמים בילטראליים עם מדינות שונות לצורך הבאת עובדים בצורה מסודרת ובהיקפים הנדרשים, ואין פתרון אפקטיבי הנראה באופק.

52. **באשר למבחן השלישי – קיומן של נסיבות המסכלות את קיום החוזה** – גם מבחן הקשר הסיבתי בין האירוע, הנסיבות המסכלות, ובין העדר האפשרות למסור את הדירות בזמן נדמה שחל בענייננו. כאמור לעיל ובהקשרים פרטניים רבים, קבעה הפסיקה, כי מחסור בעובדים הביא לעיכוב מוצדק במסירת הדירה ואף ימים אלה לא הובאו בחשבון בחישוב הפיצוי³⁵. כך גם המצב בענייננו.

53. כמפורט בפרק העובדתי לעיל, ההתאחדות ערכה בדיקה מקיפה אודות ימי העיכוב הפוטנציאליים במסירת דירות בהסתכלות ענפית. בדיקה זו הביאה בחשבון משתנים דוגמת סגירת האתרים לתקופה ממושכת בחודשים אוקטובר ונובמבר וכמובן את העדרם של הפועלים הפלסטינים המהווים 77% מהעובדים בעבודות הרטובות בענף הבנייה בישראל. במובן הרחב, הבדיקה מצביעה על קיומו של קשר סיבתי מובהק בין אי הגעת הפועלים ואובדן ימי העבודה בשל כך לעיכוב במסירת הדירות. בהינתן משבר הידיים העובדות במספרים המשמעותיים כל כך כפי שעולה בבדיקה, אין ספק כי ההשפעה על העיכוב במסירה היא מיידית ומובהקת.

54.

המסקנה העולה מהתנהלות המדינה – חוזים והחלטות מנהליות

55. דומה כי אף המדינה, על שלל גופיה, צופה כי יחולו עיכובים משמעותיים, הקשורים במלחמה, בעולמות התכנון והבנייה והקניין בכלל, ובמסירת דירות בפרט. לכן ניתנו הקלות מתאימות לזמים.

³⁵ ראו למשל לעיל הי"ש 25, 26, 27.

כך, למשל, הנהלת רמ"י החליטה על דחיית מועדי התשלום ליזמים שכבר זכו במכרזי קרקעות³⁶; עוד הוחלט על הקפאת התקופות שנקבעו בחוק התכנון והבנייה במסגרת הוראת שעה³⁷ וכן הוחלט על הארכת תוקפם של אישורים רגולטוריים למיניהם (בעניינו, למשל, הוארך תוקפם של היתרים). פעולות אלה מגלות את עמדתה של המדינה, שלפיה ראוי ונכון לדחות קיום חיוביים נוכח המלחמה. 56. עוד ובנוסף, ראוי לציין בהדגש, כי המדינה הכירה עקרונית בנסיבות של מלחמה, גיוס כללי והגבלת כניסת פועלים לישראל ככאלה המקימות זכות ליזם לדחות את מועד המסירה של דירות לפרטיים.

למשל, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

ומשמע, שכאשר מדינת ישראל בחנה את חוזי המכר, שיש לה שליטה עליהם, במסגרת תוכנית מחיר מטרה או מחיר בהנחה, היא סברה כי נכון להתחשב בנסיבות ועל כן ניסחה בהתאם, סעיפים המאריכים את תקופת המסירה לרוכש, בשל מצבי מלחמה. מובן כי בהינתן ניסוח החוזים על ידי המדינה, מוטלת עליה חובה מוגברת לעמוד על פרשנותם, ולהבהיר את עמדתה המפורשת בהתייחס לנסיבות הקיימות כעת. פרשנות זו אפשרית כמובן גם במסגרת מהלך חקיקתי מובהק שיחול גם על חוזים אלה. ויודגש, המדינה היא ששולטת בניסוח הוראות החוזה שבין הקבלן לרוכשים במסגרת תוכנית מחיר מטרה, והיא זו שמפרסמת את תנאיו כלפי הרוכשים הפוטנציאלים במסגרת המכרז, לרבות ביחס למועד המסירה! כלומר, מחויבותה של המדינה בעניין היא כפולה ומכופלת, הן כלפי הקבלנים או היזמים והן כלפי הרוכשים. נוכח האמור ולמעשה, גם במערכת היחסים המחייבת בינה לבין הרוכשים המדינה רואה במלחמה כאירוע מסכל המקים זכות לדחיית מועד המסירה. 57. עם קביעת המסקנה כי דין הסיכול חל בעניינו, תשאל השאלה, משכך – כיצד על המדינה להתמודד עם סיטואציה זו. בשאלה זו נעסוק בפרק הבא.

הפתרון הראוי

58. מן הניתוח האמור לעיל עולה, כי במסגרת יחסיים חוזיים שצד להם קבלן, אירועי מלחמת "חרבות הברזל" ייחשבו בסבירות גבוהה כאלה אשר הוראות הדין ביחס לסיכול חוזים חלות עליהם. מניתוח הוראות החוק, הפסיקה והספרות שהתפתחו לאורך השנים, עולה, כי באם תבוא לפנייהן דרישה לתשלום פיצויים תעמוד לחברות הבנייה הגנת הסיכול שנקבעה בסעיף 18(א). עקב כך, עשויים להיפתח הליכים רבים ובתי המשפט יוצפו בתביעות. יתרה מכך, אם וככל שסכסוך בעניין יגיע לפתחו של ביהמ"ש הוא יכריע, כי סעיף 18(א) לחוק התרופות על כל מרכיביו ותנאיו חל בסוגיה, וביחס לחוזי מכר לפי חוק המכר

³⁶ לעניין זה ראו החלטת מועצת רמ"י מיום 22.11.2023 : <https://www.gov.il/he/departments/news/moaatsa-pr-22112023>
³⁷ חוק הארכת תקופות ודחיית מועדים (הוראת שעה - חרבות ברזל) (תכנון ובנייה ומקרקעי ציבור), תשפ"ד-2023
³⁸ ההדגשה לא במקור ראו סעיף 2.ב. (2) לנספח ב'.

הישן, גם הוראות "כח עליון" ככל שנוספו לחוזי המכר יחולו, נוכח תחולת הוראות סעיף 5א(ג) לחוק המכר הישן.

59. ואולם, בכך לא תם המסע המשפטי, שכן בהמשך לאמור יש לבחון ולשאול – מה יהיה הדין נוכח החלת דין הסיכול? מה הצפי לפסיקות ביהמ"ש ביחס לתוצאת תחולת דין הסיכול? מה הצפי להתנהגות הצדדים לעת "סכסוך קבלני"? ובהינתן צפי כאמור האם ראוי כי המדינה תתערב ובאיזו דרך?

פתרון מוצע לאיחור במסירה של חוזי מכר דירות

60. נקדים ונאמר כי בניגוד לתפיסה הרווחת בחלק ממסדרונות השלטון, לקבלנים, בין שהם יזמים ובין שהם קבלנים מבצעים, אין כל עניין בעיכוב סיומן ומסירתן של דירות לרוכשים ופרויקטים למזמינים. **נהפוך הוא, לכל יזם וקבלן יש אינטרס מובנה ברור לסיים ולמסור את הדירות או הפרויקטים מוקדם ככל הניתן.** מסירת הדירה או הפרויקט משחררת את היזם ו/או הקבלן מהמשך הוצאות התקורה, מנשיאה בעול הריבית על הלוואות ומקימה לזים או לקבלן את הזכות לשחרר את ההון העצמי המושקע בפרויקט, לשחרר את הערבויות, לקבל את יתרת ההכנסות, לפרוע את האשראי לבנקים המלווים, למשוך את הרווחים הגלומים בפרויקטים ולהתקדם לפרויקטים הבאים. **אשר על כן, כל יזם וקבלן יעשה כל מאמץ ויעדיף בכל מצב למסור את הדירות והפרויקטים עפ"י לוח הזמנים המוסכם, או למצער, במינימום תקופת פיגור ומוקדם ככל הניתן על מנת למזער את נזקיו ולבצר את יכולתו לשרוד בנסיבות המלחמה שנכפו עליו.** דחיית המועדים תחול רק על קבלן או יזם שמצוקתו אכן נגרמה בגלל נסיבות מלחמת "חרבות ברזל" בכללותן, לרבות המחסור בכח אדם בין פלסטיני או זר שנגזר ממנה, הגבלות פיקוד העורף, גיוס המילואים, וההגבלות שהוטלו על הפעלת אתרי בניה ע"י השלטון המקומי.

61.

לשון אחר, מבחינת הקבלנים, הניתוח האמור לעיל מגלה, כי עמדתם המשפטית העקרונית מוצקה היא, ועל כן, גם אם יש מתחם מסוים של חוסר ודאות, הם יעדיפו להתמודד עם דרישות הצרכנים בביהמ"ש.

ודוק,

בניגוד לניתוח המשפטי שאפיין את אירועי הקורונה, ושבזאת מתחם חוסר הודאות ביחס לפסיקתו הצפויה של ביהמ"ש היה רחב יחסית³⁹, באירועי "חרבות ברזל" התמונה המשפטית מובהקת הרבה יותר והתוצאה המשפטית נוטה בבירור לכך שהקבלנים יוכלו להתגונן בטענת סיכול ביחס לחיוב בתשלום לרוכשים אגב איחור, וזאת הן לפי חוק המכר החדש והן לפי נוסחו הישן.

62. יכולנו לסיים כאן, להביע את עמדתנו המשפטית, כי בהינתן הקולוסאליות של האירוע, התמשכותו והשלכותיו, בהינתן הקשר המובהק בין השלכות האירוע לאיחורים במסירה ובהינתן אחריותה ואזלת ידה של המדינה לספק מיידית פתרון חלופי למשבר הידיים העובדות אשר היא עצמה יצרה, אין ספק כי הקבלנים יוכלו לטעון לסיטואציה של סיכול ולהימנע מכל תשלום כפיצוי על איחור במסירה. יחד עם זאת, ההתאחדות סבורה כי אין זה ראוי להותיר לשוק החופשי "לעשות את שלו" ביחס להחלת דין

³⁹ ר' דו"ח הקורונה, לעיל ה"ש 15, בסעיף 23. ודו"ח הקורונה למכר דירות, לעיל ה"ש 15, סעיפים 13-16.

הסיכול וראוי כי המדינה תתערב, תמליץ על ההסדר הראוי ואף תעגנו בחקיקה מתאימה. מספר נימוקים לדבר.

63. ראשית, ברמה העקרונית ההתאחדות סבורה כי אין זה נכון מערכתית שהקבלנים יתמודדו עם דרישות הרוכשים בבתי משפט ויש לחתור לפתרון מחוץ לכתליו. כעולה מן האמור לעיל, וללא התערבות כלשהי מצד המדינה, החשש הוא כי יהיו לא מעט רוכשים פרטיים שיבקשו לתבוע את דמי האיחור מהקבלן, ולנסות את מזלם בביהמ"ש. לטובתם יגייסו שורה של פס"ד, שבהם ביהמ"ש נתן סעד נגד קבלנים, שאיחרו במסירה, אגב טענות לקיומם של אירועים מסכלים; אלא שכפי שתואר לעיל, ולטעמנו, ברוב רובם של המקרים, תביעות כאלה ידונו לכישלון בגלל השוני בין האירועים המסכלים שהיו בעבר ובין האירוע המסכל שבפנינו, ובהינתן טיעון מצוין לקבלנים נגד תביעות אלה, הם ימנעו גם בחתירה להסדרי פשרה. התוצאה שתיווצר היא תמריץ לא נכון לבירור תביעות רבות בביהמ"ש, [REDACTED] ואם כך הוא, נראה כי מוטלת חובה על המדינה לנסות ולמנוע פנייה רבתי של רוכשים בתביעות נטולות סיכוי ממשי. מבחינת ההתאחדות, ועל אף שהיא משרתת את הקבלנים בטווח הקצר, תוצאה גורפת זו סותרת את האינטרס הציבורי – הגם שהצפי הוא להצלחה בשדה המשפטי, בראיה כלל מערכתית ההתאחדות אינה תומכת בריבוי תביעות נגד קבלנים.

64. שנית, ההתאחדות סבורה, כי יש לפעול מהר ככל הניתן להחזרת השוק לפסים של שגרה עסקית. ריבוי תביעות, אשר צפוי לקרות אם לא תהיה התערבות מדינתית, לא רק יגדיל את הוצאות המערכת השיפוטית ללא הצדקה של ממש, אלא ירחיק את החזרה לשגרה ויטיל אף על המערכת העסקית שורה של הוצאות נוספות. זו תוצאה גרועה לשוק מכר הדירות בפרט, ולמשק בכלל, אשר משווע ליצירת מתחמי ודאות משפטית – כלכלית בתקופה של חוסר ודאות קיצונית. מנגד, הסדר קבוע ומוגדר מראש יאפשר לצדדים להותיר סכסוך פוטנציאלי מורכב מאחוריהם ולהמשיך ביחסים החוזיים לצורך המשך קיום החוזה. להווה ידוע, כי אינטרס זה של המשך קיום החיובים החוזיים, על אף השיבוש שחל במועדי המסירה, הוא אינטרס ציבורי מערכתי בעל חשיבות עליונה.

65. משכך ובכל הנוגע לחוק המכר דירות, ההתאחדות סבורה, כי יש לקדם הסדר משולב המורכב ממספר נדבכים –

א. בהתאם לנתונים העובדתיים **תקבע תקופת ארכה מוכרת** למועד המסירה החוזי (אורכה של התקופה ייקבע בהתאם לנתונים העובדתיים שהוצגו לעיל והיא תחל מיום 7.10.2023). בשלב זה ברור כי משבר הידיים העובדות יוותר עמנו עוד מספר לא מבוטל של חודשים. זאת שכן פתרון אפקטיבי למשבר הידיים העובדות לא נראה באופק, וגם הסדרים למציאת עובדים במדינות אחרות בהתבסס על שיח של השוק הפרטי ללא מעורבות מדינתית, הולך ומתרחק. גם אם תמצא המדינה שתאפשר העברת עובדים בין אם מדובר בהסכם בילטרלי, ובין אם מדובר בהסכמים פרטניים בין חברות פרטיות, הבאת העובדים בהיקף שיוכל להשפיע על השוק ולהיענות באופן סביר לצרכים אינה ענין של מה בכך ותארך זמן ממושך. **בשלב זה ההתאחדות מעריכה את תקופת הארכה הנדרשת בשבעה חודשים** (קרי, עד ליום 7.4.2024). בנוסף מוצע, כי נוכח היות נתון זה בלתי סופי ומשתנה כל העת, ובהתאם ליכולת לגייס עובדים חלופיים ולאור התארכות המלחמה, התקופה תהיה בת הארכה באופן גמיש, ועל פי החלטת שר השיכון לאחר התייעצות עם הגורמים המקצועיים במשרד.

- ב. כל עוד האיחור במסירה הוא במהלך תקופת הארכה המוכרת, הוא לא ייחשב כהפרת חיובי הקבלן לפי חוק המכר, לענין מסירת הדירה ולענין החיוב בתשלום פיצויים בשווי דמי שכירות חודשיים. מניה וביה, החיוב בתשלום תוספת על שווי של 100% מדמי השכירות לנכס חלופי, אשר נכנס לתוקפו לאחר מספר חודשי איחור, כל נוסח חוק מכר לפי תנאיו, לא יחול. יצוין, כי תוספת התשלום על דמי השכירות הסטנדרטיים מהווה הוראה מעין עונשית מרתיעה מפני איחור, כאשר ברי כי בנסיבות האירוע המסכל כאן, אין להרתעה זו כל הצדקה⁴⁰. עוד יצוין בהקשר זה, כי יש להחיל דין זהה גם ביחס לחוזים שבין היזם לקבלן המבצע, אשר מכילים בד"כ סעיף שמעביר את החיוב בנוק שנגרם בשל עיכוב במסירה מהיזם לקבלן המבצע. מעת שלא תושת חובת הפיצוי על היזם ועפ"י ההוראה שתקבע בחוק, יש לשרשר העדר פגיעה זו גם לחוזים אלה, ולמנוע הגשת תביעות בשל איחור מצד יזמים נגד קבלנים המבצעים.
- ג. בתום תקופת הארכה המוכרת, יחזור החיוב הקבוע בחוק המכר לחול וזאת בהתאם להוראה החלה על חודש העיכוב שבו חדלה התקופה המוכרת. היינו, אם וככל שהיה איחור עוד לפני חודש אוקטובר 2023, התקופה המוכרת לא "תמרק" אותו, ובתום התקופה המוכרת, תמשיך תקופת העיכוב להימנות מהמועד שבו הושהתה בשל המלחמה. משמעות הדבר היא כי בהתאם לתחולת חוק המכר הישן או החדש, הקבלן יחוב כלפי הקונה בדמי פיצויים בהתאם לקבוע בהוראת אותו חוק ביחס לחודש העיכוב. לא יהיה חיוב רטרואקטיבי כפי שקבוע בחוק המכר הישן.
- ד. כמצוין לעיל, נסיבותיו המיוחדות של אירוע מלחמתי זה, מעמידות הצדקה לקבלנים לאיחור בתקופת המסירה ללא שיאלצו לשאת בתשלום לרוכשים, לא לפי חוק המכר החדש, קל וחומר שלא לפי חוק המכר הישן. אין משמעות הדבר כי הקבלן לא נושא בנוק, שכן, ככלל, העיכוב במסירה מייצר לו שורה של נזקים. כך למשל, הקבלן ממשיך לשאת בעלויות הצורך בהעמדת ערבויות חוק המכר, בעלויות מימון שנטל לצורך קידום הפרויקטים (בסביבת ריבית גבוהה), תקורות אתר וניהול, ובעיכוב תשלומים על ידי הרוכשים, בוודאי תשלומים אחרונים התלויים במסירה. מובן, כי גם לרבים מרוכשי הדירות נגרם נזק עקב העיכוב, וזאת נוכח הצורך לשלם עבור שכירות וזאת ברבים מהמקרים בנוסף על עלויות החזרי הלוואות לדירור. משמעו של דבר הוא כי סיכול הקיום של החיוב החוזי למועדי מסירה, מייצר לשני הצדדים נזק, אשר באנלוגיה מסעיף 18(ב) לחוק התרופות, מורה למעשה על כך שאין לחייב אף אחד מהצדדים בתשלום נוסף, וכל צד נושא בנוקיו. עם זאת, חשוב להדגיש, כי **ההתאחדות מסכימה שגם התשלומים שאותם נדרש הקונה לשלם לקבלן, בין אם מדובר בתשלום האחרון ובין אם מדובר בתשלומים אחרים לאורך תקופת החוזה יידחו בהתאם לעיכוב בבנייה ולדחיית מועד המסירה.**
- ה. סעיפי כח עליון לפי חוק המכר הישן – כפי שתואר לעיל, קבלנים אשר במסגרת החוזים שלהם נקבעו סעיפי כח עליון, נמצאים תיאורטית במצב ודאי יותר באשר ליכולתם להפעיל את הסעיף. לרשותם עומד כלל קל יותר להפעלה בדמות מבחן הסיכון. עם זאת, מוצע להפעיל את המתווה האמור לעיל גם ביחס לחוזים לפי חוק המכר הישן שבהם לא נקבע סעיף כח העליון. הסיבה לכך היא כי בכל מקרה ההסדר השיורי למצבי סיכול, גם ביחס לחוזים כאמור, הוא ההסדר של דיני הסיכול הכלליים, שלפיהם יש להחיל את הוראות סעיף 18(א) לחוק התרופות.

⁴⁰ דו"ח הקורונה למכר דירות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 7.

ו. **לטעמנו יש חשיבות מכרעת לכך שהמתווה האמור לעיל יקודם במסגרת מהלך של חקיקה ראשית.**
מספר טעמים לדבר-

ראשית, בהעדר חקיקה ראשית יהפוך המתווה המוצע לוולונטרי. צד לחוזה שהמתווה לא יטיב עמו, ירצה לנסות את מזלו ולפנות לביהמ"ש בטענות לפי חוק המכר, השוללות את הניתוח שלעיל ומבקשות פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק כקבוע בחוק המכר הישן ובחוק המכר החדש. כאמור תוצאה זו של פנייה, לביהמ"ש, סותרת גם את האינטרס הציבורי. חסימה של פעולה כאמור יכולה להיעשות רק באמצעות חקיקה ראשית הקובעת את התנאים להפעלת דיני הפיצוי עקב איחור לפי החוק, וקובעת את חובת השהיית החיובים ואת המועד שבו מסתיימת השהייה, והכל באופן קטגורי וסופי.

שנית, העדר קביעה כאמור בחקיקה ראשית אלא כמתווה וולונטרי בלבד, תפגע קשות ברצון לייצר ודאות בשוק מכר הדירות, ולמנוע ריבוי סכסוכים לא רצוי לעת הזו. אמת, נכון הדבר, כי גם מתווה וולונטרי מייצר ודאות מסוימת, שכן יש לו משקל בהיערכות הצדדים ובאופן שבו הם מעריכים את סיכוייהם בהתמודדות משפטית; ואולם, ודאות מוחלטת ניתן להשיג רק בקביעה חקיקתית קטגורית.

קשה להעריך מה אחוז הרוכשים שיעדיפו בכ"ז לפנות לביהמ"ש בדרישה לסעדים לפי חוק המכר. ניתן אך להצביע על תובנות מסוימות מהתנהלות השוקים השונים אגב דו"ח הקורונה בכלל והדו"ח לענין חוק המכר בפרט. כידוע, יש שווקים שככלל אימצו את מסקנות הדו"ח, כמו למשל שוק גני הילדים; ואולם יש שווקים שהמלצת הדו"ח לא הסדירה אותם, והכנסת נאלצה לחוקק הסדרה מיוחדת בחקיקה ראשית כמו שוק האירועים⁴¹. בכל הנוגע לשוק מכר הדירות, ומנתונים שבידי ההתאחדות עולה, כי התמונה אגב הקורונה היתה מורכבת. אמנם בחלק מהמקרים אימץ השוק את המלצת משרד השיכון, ואולם היו גם תביעות פרטניות שהוגשו לביהמ"ש בסעדים המנוגדים להמלצה.

ז. אפשרות בירור הסכסוך לפי דיני החוזים הכלליים – להווה ידוע, כי בדו"ח הקורונה לענין חוק המכר נקבע כי האפשרות העומדת עפ"י הדין לרוכשי הדירות, כמו גם לקבלן, לבירור סכסוכים בהתאם לדיני החוזים הכלליים, שרירה וקיימת. ברור כי מי שמבקש לפנות לדין הכללי לא יוכל לזכות מהסדרי החקיקה המיוחדים שייקבעו בהקשר חוק המכר כמתואר לעיל. לטעמנו, ועל אף הנוקמים שיש בדבר, אין לשלול אפשרות זו וכל צד שמבקש לנסות להפעיל את דיני החוזים הכלליים יהיה רשאי לעשות כן. עם זאת, חשוב לציין כי הניתוח שלעיל לענין התקיימות מרכיבי סעיף 18(א) לחוק התרופות שרירים וקיימים כמובן, ללא קשר לנתיב המשפטי שבו יבחר הטוען להלך. משכך, גם בהקשר הדין הכללי אנו סבורים כי ראוי לייצר תשובה גנרית, ועל כך נפרט במכתב אחר.

סיכום

66. הנסיבות החלות על שוק הדירות למגורים החל מפרוץ מלחמת "חרבות ברזל", לא מותרות מקום לספק, כי תנאי סעיף 18(א) לחוק התרופות מתקיימים במלואם. האירוע אינו צפוי נורמטיבית, ובלשון חוק המכר הישן גם הסיכון להתקיימותו לא חל על הקבלן (וגם לא על הרוכש); האירוע משפיע ישירות

⁴¹ חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע (נגיף הקורונה החדש), תשפ"א-2020.

על העיכוב במסירת הדירות נוכח היותו מייצר משבר ידיים עובדות; לקבלנים אין כל דרך אפקטיבית להתמודד עם המשבר, ופתרון לא נראה באופק. כמפורט בהרחבה לעיל, חשוב להדגיש כי גם אם הכרזת המלחמה תסתיים, ועל אף ההחלטות שנתקבלו לענין הבאת עובדים זרים, אין משמעות הדבר כי הפערים ניתנים לצמצום או יצטמצמו בפועל גם לכשתתמלא מכסת העובדים, שכן את חלוף הזמן לא ניתן להשיב. זאת ועוד, בהתאם לבדיקה שעשתה ההתאחדות, יארך עוד זמן רב להשבת הפעילות לדרגה סבירה.

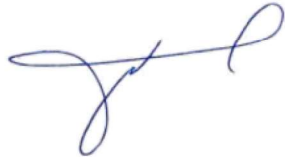
67. **בנסיבות אלה, ראוי כי המדינה תידרש לאמירות ברורות באשר למצב המשפטי, על מנת לתמרץ ודאות, למנוע ריבוי פניות לבהימ"ש, ולאפשר את המשך קיום החוזים ללא המהמורה של בחינת הנושא באחריות לאיחור בקיום החיובים. תחת זאת ייקבע בחקיקה מתווה ברור, מובהק ומפורש, שכל בעלי הדין הפוטנציאליים יוכלו להיאחז בו.**

68. הפתרון מחייב קביעה להשהיית חיוב הקבלן למסירת הדירות ותשלום פיצוי למשך התקופה המוכרת שלא תפחת משבעה חודשים, ותהא בת הארכה באמצעות החלטת השר או גורם מקצועי במשרד השיכון, אשר יבחן את הפרמטרים הרלוונטיים השונים – קיומה של מלחמה או מצב חירום, כמות העובדים הזרים שהחלו לעבוד בארץ, והצפי לקליטתם של נוספים לצורך השלמת המכסה המאושרת.

69. גם בחוזי קבלנות, שאינם חוזי מכר דירות, יש לפעול ברמה החקיקתית לייצר הסדר סיכול מפורט ומפורש שימנע חוסר ודאות ופניות מרובות לבית המשפט. כאמור, בענין זה פונה ההתאחדות בפניה מקבילה.

70. נוכח מורכבות הנושא, נשמח לפרט ולהרחיב בכל ישיבה שתקבע בענין.

בברכה,



ארז קמיניץ, עו"ד



עדי בן הרוש, עו"ד

ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות'
עם המבורגר עברון

העתק:

התאחדות הקבלנים בוני הארץ.