22/10/2023

**לכבוד:**

שר המשפטים חה"כ יריב לוין, עו"ד

שר האוצר חה"כ בצלאל(יואל) סמוטריץ', עו"ד

משרד המשפטים: צלאח א – דין 29 **ירושלים 9711052**

בדואר רשום ובמייל: levin@justice.gov.il

bezalels@knesset.gov.il

הנדון: **השלכות משפטיות (חוזיות) – "חרבות ברזל"**

**חוזים בזמן מלחמה: סיכול, התאמה, תום לב וכוח עליון במשפט הישראלי**

**מבוא ורקע:**

ביום **07.10.2023** פתח ארגון חמאס במתקפה משולבת בשטחי ישראל בדגש על יישובי עוטף עזה.

המתקפה כללה ירי רקטות מסיבי לעבר יישובי הדרום, ירושלים וגוש דן במקביל לכניסה רגלית תוך חדירת חוליות בנות מאות מחבלים מרצועת עזה אשר התפרשו לאורך ערים ויישובים שבגבול הרצועה.

תוצאת חדירת חוליות המחבלים הובילה לרציחתם האכזרית של למעלה **מ-1,300 אזרחים ואנשי ביטחון ישראלים. נוסף על כ-199 אזרחים וחיילים אשר נחטפו והועברו לשטחה של הרצועה. במהלך ביצוע ההתקפות נפצעו כ-3,000 אזרחים ואנשי כוחות הבטחון.**

ביום **8.10.2023** אישר הקבינט המדיני - ביטחוני את מצב המלחמה המתחוללת בשטחה של ישראל. מלחמה זו קיבלה את שמה המבצעי "**חרבות** **ברזל**". בד בבד הכריז הקבינט כי מדינת ישראל תנקוט ב"**פעולות צבאיות משמעותיות**" וזאת "**בשל המלחמה שנכפתה על מדינת ישראל באופן מפתיע**".

**לאור הכרזת מצב מלחמה ולשם פעולות הגנה,** ישראל פתחה בגיוס נרחב של אנשי ונשות מילואים. על פי הפרסומים גויסו תוך 48 שעות מתחילת מועד הגיוס כ-300,000 אנשי מילואים (אשר מרביתם עדיין בשירות פעיל).נכון להיום, מספר המגויסים עלה לכ-350,000 אשר מרביתם התייצבו מכל קצוות תבל לצורך הגנה על המולדת ושמירה על ביטחונם של אזרחי ישראל.

בשים לב למצב המלחמה הוטלו **מגבלות** שונות במשק הישראלי לשם שמירת הביטחון בקרב אזרחי ישראל. ההגבלות שהוצבו השפיעו רבות בתחום העבודה והתעסוקה וכן בפעילויות מסחריות שונות. היקף תחולת ההגבלות הושפעה במרבית האזורים בארץ.

יחד עם זאת, אף הופסקה באופן מעשי פעילות מערכת החינוך במרבית הארץ. זאת ועוד שעסקים רבים (לדוגמא: בתחום המסחר, התיירות וכו') אינם פועלים כלל או פועלים בהיקף מצומצם ביותר מכורח הנסיבות, גם בהיעדר מגבלה חוקית על פעילותם.

**מטרת הפניה ותמצית חוות הדעת:**

 **השלכות המלחמה על חברות מסחריות מרובות פנים:** החל מהשפעות שוליות, לדוגמא: חוסר יכולת להשתתף בכנסים, תערוכות ופגישות עסקיות ועד להיווצרות קושי ממשי (או חוסר יכולת של ממש) בשינוע כוח אדם ואף צמצומה באזורים בהם הוטלו הנחיות מיוחדות ומגבלות שונות המונעות פעילות עסקית תקינה וביצוע התחייבויות במועד.

במצבים קיצוניים אף הושבת באופן חלקי או מוחלט פעילות עסקית ומסחרית. הפסקת או השבתה חלקית בפעילות עסקית עלולה להשפיע באופן בלתי סביר על פעילות החברה, ואף להוביל ולגרום השפעות משניות במסגרת הפעילות העסקית.

מכל האמור, ניתן לומר כי הלכה למעשה המלחמה משפיעה בצורה רחבה על כל הפעילות העסקית והמסחרית במישרין או בעקיפין לרבות ייצור או פעילות מסחרית אחרת שנפגעה באופן דרמטי מהמלחמה.

פניה זו, מהווה חוות דעת פרטית המבוססת בין היתר על חוות דעת שלה הייתי שותף בהליך הניסוח והכתיבה במסגרת לשכת עו"ד בתקופת הקורונה[[1]](#footnote-1).

מטרת חוות הדעת הינה הצגת תמונה ראשונית ביחס להשלכות החוזיות האפשריות של המלחמה מכוח הדין הישראלי(להלן: "**המלחמה**"):

1. השלכות חוזיות במסגרת התקשרויות חוזיות מסחריות.
2. השלכות חוזיות במסגרת הסכמי שכירות.

יצוין כי פנייה זו, ממוקדת בנתיב משפטי שעניינו התייחסות המשפט לנסיבות שהתרחשו עקב המלחמה, להבדיל מנתיב כלכלי שעניינו במתן סיוע ומענקים כספיים.

במסגרת חוות הדעת נסקור את מצב הדברים המשפטי הנובע ממצב המלחמה על פי הכלים הקיימים ובאופן ספציפי:

פטור בשל סיכול בהתאם לדין.

דוקטרינת התאמת החוזה לנסיבות המשתנות.

פרשנות חוזה ופטור בשל 'כוח עליון', וזאת על-פי תניות חוזיות שונות.

יישום ההשלכות המשפטיות על ההפרות החוזיות האפשריות בשל המלחמה.

יצוין כי למלחמה היבטים משפטיים נוספים רבים ובכללם כאלה הקשורים בזכויות עובדים ומעסיקים וחובותיהם (לרבות חובות זהירות), פגיעה בזכויות אדם, פגיעה בחופש התנועה, פגיעה בפרטיות, פגיעה בזכות לבריאות, אחריות בנזיקין כלפי מי שחלה או בשל אי-נקיטת צעדי מניעה וכיוצ"ב. כל המוזכרים לעיל, לרבות המשמעות על החזרה לעבודה לאחר התקופה האמורה, לא יבחנו במסגרת פנייה זו.

יודגש כי חוות דעת זו נסמכת על המצב החוקי הקיים. כך שככל שיחוקקו כאמור הסדרים משפטיים שונים בעקבות מצב המלחמה, הרי שהסדרים ממין אלה יכולים כמובן להשפיע מהותית על הניתוח המשפטי להלן[[2]](#footnote-2).

יודגש כי ההתייחסות להלן הינה התייחסות כללית בלבד ואינה מתיימרת ליתן מענה לכל מגוון המצבים החוזיים והחוקיים האפשריים. לכן, יש לבחון כל מקרה בהתאם לנסיבותיו[[3]](#footnote-3). ההדגשות בציטוטים המובאים להלן אינן במקור אלא אם נאמר במפורש אחרת.

**פטור מאחריות וגילוי נאות:**

אבהיר כי מסמך זה הוכן לצורך העלת דיון בדבר אפשרויות הטיפול המשפטי מכורח תוצאות המלחמה בכל הקשור להסכמי שכירות בדגש על שוק המשרדים. **אין בו בשום פנים ואופן משום יעוץ משפטי**. **החתומים על מסמך זה אינם נוטלים אחריות כלשהי כלפי צדדי ג' שיבחרו להסתמך על הניתוח המשפטי המובא להלן**.

לשם הגילוי הנאות יובהר כי החותמים על מסמך זה מייצגים שוכרים ומשכירים, והם עצמם שוכרים של שטחי נדל"ן למשרדים.

**דיני הסיכול:**

דיני הסיכול בישראל מוסדרים בעיקרם בהוראות:

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א- 1970(להלן:"**חוק התרופות**")וחוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971 (להלן:"**חוק השכירות**").

שתי ההוראות אלה עוסקות בחוסר האפשרות לבצע התחייבות חוזית בשל נסיבות בלתי צפויות.

בפתיחת האומר, יש לזכור כי דיני הסיכול, בדומה לחלקים נרחבים מתוך מערכת דיני החוזים, הם **דינים דיספוזיטיביים** – כלומר, דינים הניתנים להתנאה על-ידי הצדדים[[4]](#footnote-4) משכך, צדדים לחוזה רשאים להתנות מראש על מאורעות חיצוניים חריגים ולהחליט על חלוקת הסיכון ביניהם במקרה של התרחשות מאורעות כאלה.

הסדרת סוגיית הסיכול מחמת "כוח עליון"- במקרים בהם מוסדרת סוגיית הסיכול באמצעות תניית "כוח עליון", בתי המשפט נוטים לפרש אותה בהתאם לכללי הפרשנות ולהלכות הנוהגות ביחס לדוקטרינת הסיכול החוזי[[5]](#footnote-5) (ראה להלן הרחבה בחלק של סיכול חוזי).כפועל יוצא, במקום שבו נקבעה תניית "כוח עליון" הרי שהתוצאה המשפטית תיגזר בעיקר מהקבוע בתניה זו ומפרשנות בית המשפט לתניה.

אולם, ישנם כמובן מקרים רבים בהם לא הוסדרה תניה כאמור ו/או לא התייחסה לנסיבות הקונקרטיות, או לחלופין, במקרים בהם עלול בית המשפט למצוא כי אין ליתן תוקף לתניה מסוג זה גם אם נקבעה בחוזה (למשל מכוח דיני החוזים האחידים). עוד יש לזכור כי ביסוד דיני החוזים עומד עיקרון **חופש החוזים**, אשר מתוכו נגזרת במישרין נורמה יסודית נוספת לפיה "**חוזים יש לקיים**"[[6]](#footnote-6) ברי, כי דיני הסיכול הינם בגדר החריג לכלל ורק בהתקיימם ייסוגו עקרונות אלו מחמת סיכול החוזה.

כעיקרון **קושי כלכלי כשלעצמו אינו מהווה אירוע מסכל**. הווה אומר: קושי או חוסר כדאיות כלכלית – גם אם משמעותית – לא יוכל להצדיק את ההפרה .יובהר כי גם בשל נסיבות חריגות המשפיעות על מצבם הכלכלי של הצדדים לחוזה אינן כשלעצמן מונעות או מסכלות בהכרח את עצם אפשרותו של אותו צד לחוזה לבצע את התשלום. וודאי שלא הופכות את קיום ההסכם ל"בלתי אפשרי" או לשונה ביסודו מהמוסכם כנדרש על פי דין הסיכול הכללי.

**סיכול חוזה לפי חוק התרופות**

סעיף 18 לחוק התרופות, שעניינו "**פטור בשל אונס או סיכול החוזה**", קובע כדלקמן:

"18. **(א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, 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.**

**(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט**, **בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו**, **לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות העניין ובמידה שנראה לו**."

**ס' 18 (א) לחוק התרופות קובע אפוא כי** על הטוען לסיכול לעמוד **בשלושה תנאים מצטברים**:

**היעדר צפיות**: היעדר ידיעה או יכולת של המפר לצפות (סובייקטיבית ואובייקטיבית) **במועד כריתת החוזה** את הנסיבות המסכלות;

**בלתי נמנע**: היעדר יכולת של המפר למנוע את הנסיבות המסכלות;

**התרחשות נסיבות מסכלות**: בזמן המיועד לביצוע החוזה, הביצוע **איננו אפשרי** או **שהביצוע שונה באופן יסודי** מכוונות והסכמות הצדדים במועד כריתת החוזה.

בהתאם לדין הקיים טענת הסיכול נטענת כ**טענת הגנה**. ההנחה המשתמעתמהוראות הסעיף היא שהצד הטוען אותה הוא הצד "המפר" וזאת חרף קיומן של נסיבות שאינן מאפשרות את ביצוע החיוב- על גישה זו נמתחה ביקורת רחבה בספרות המשפטית. דוגמא לכך נשמעה הדעה כי מבחינה מושגית נכון יותר לראות את מצבי הסיכול **כמפקיעים** את החוזה, ולא כיוצרים "**הפרה מוגנת**" המקנה פטור ממתן תרופות. בהתאם לפרשנות זו אפוא, צד שאיננו מקיים את התחייבותו מחמת סיכול יוכל לתבוע השבה בלא שזכותו זו תותנה בנקיטת יוזמת ביטול של הצד השני לחוזה, ובהתאם תוכל טענת הסיכול לשמש גם כטענת תקיפה[[7]](#footnote-7)

**מבחן הצפיות**

בהתאם להוראות ס' 18(א) כאמור אי-הידיעה, כמו גם אי-הראיה מראש, **צריכות להתקיים הן בפועל** (לא ידע או לא ראה) **והן בכוח** (לא היה עליו לדעת או לא היה עליו לראות מראש).

**מכאן שמבחן הצפיות עצמו כולל שני תנאים מצטברים:**

1. בחינת ידיעתו או צפייתו בפועל של המפר.
2. בחינת ידיעתו או צפייתו בכוח של המפר על פי אמת המידה של האדם הסביר (אובייקטיבית)**[[8]](#footnote-8)**

ככלל הפירוש שניתן בפסיקה לפטור שניתן **בשל סיכול הוא דווקני ומצומצם**. הגישה הרווחת בפסיקה היא כי כמעט "הכל צפוי" והנטייה היא לראות מפר כמי שהיה צריך לצפות אירועים מסכלים שכיחים או אירועים מסכלים שהיה ניתן לצפות בנסיבות העסקה.

לאורך השנים, בתי המשפט לא ראו גם באירועי קיצון כגון מלחמה, נזקי טבע, מחלה קשה (אישית) ואפילו פטירה (במקרים מסוימים) כאירוע מסכל (להוציא חוזה לקבלת שירות אישי).

כך למשל, בע"א 101/74 **חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ**, פ"ד ל(3) 661, 667 (1976) נקבע על-ידי כב' השופט לנדוי כי גירוש ישראלים משטח מדינת אוגנדה בשל ההפיכה השלטונית שם וכן הלאמת הציוד של הקבלנים שגורשו, אינם מהווים אירועים בלתי צפויים במדינה מסוג זה לאנשי עסקים המתנהלים בה.

כב' השופט לנדוי המשיך לנקוט במגמה זו גם בע"א 715/78 **כץ נ' נצחוני**, פ"ד לג(3) 639 (1979) (להלן: **"עניין כץ"**)[[9]](#footnote-9) שם קבע כי:

"אמנם פרוץ המלחמה, כאשר זו פרצה ביום הכפורים, הפתיע את הנהגתה הצבאית והמדינית של המדינה ומה שאלה לא חזו מראש, סתם אזרח בוודאי לא חייב היה לראות מראש. **אבל השאלה היא לדעתי אם, כל עוד השלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה, סכנה של פרוץ מלחמה במועד כלשהו, קרוב או רחוק, אינה קיימת תמיד, כך שבעניני מלחמה ושלום הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל; והאם אין די בסכנה צפויה כזאת כדי שתישלל טענת הסיכול עקב פרוץ מלחמה**?".[[10]](#footnote-10)

פסק דין זה קיבע את התפיסה הרווחת לפיה דיני החוזים בישראל אינם מאפשרים, *דה פקטו*, העלאת טענת סיכול, שכן "הכל צפוי" או לפחות ניתן לצפייה.

לאור זאת, במקרים רבים (האינתיפאדה הראשונה או סגר בשטחים), לא קיבלו בתי המשפט טענות סיכול ובפרט קבעו כי לא התקיים התנאי של **היעדר הצפייה**.[[11]](#footnote-11)

פרשנות מסוג זה הוחלה כאמור על מצבי חירום לאומיים הנובעים מפרוץ מלחמה[[12]](#footnote-12) כגון: הטלת סגר על השטחים אשר לא אפשרה הגעת פועלים למקום עבודתם[[13]](#footnote-13). בין היתר גם מחדלים בפעילויות הרשויות הרגולטוריות המונעים השגת היתרים או ביצוע טנרזקציות משפטיות[[14]](#footnote-14), פגעי מזג אוויר[[15]](#footnote-15) וכיו"ב.

יש לציין כי במרוצת השנים, התפתחו בפסיקה גם ניצנים מסוימים –אף שמוגבלים – לאפשרות שמבחן הצפיות ירוכך בנסיבות מתאימות.

כך למשל, בע"א 6328/97 **רגב נ' משרד הביטחון**, פ"ד נד(5) 506 (2000) (להלן: "**עניין רגב**")[[16]](#footnote-16), קבע כב' השופט אנגלרד, בהערת אגב, מבחן מרוכך לצפיות (אף שבמקרה זה נקבע הפסיקה בפועל על יסוד הלכת ההשתחררות המנהלית, שכן משרד הביטחון זנח את טענת הסיכול), לפיו יש לבחון את רכיב הצפיות לא ביחס לעצם התרחשות האירוע המסכל, **אלא ביחס להשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים**:

 "הערתי הראשונה היא כי **אין לומר שתפיסה זו בדבר צפיות המלחמה, כפי שבאה לידי ביטוי בחוות-דעתו של מ"מ הנשיא השופט לנדוי, היא בבחינת הלכה פסוקה**. שני טעמים לדבר זה: ראשית, השופט לנדוי עצמו מציב את העניין כשאלה, **שאותה הוא משאיר במפורש בצריך עיון**. שנית, בית-המשפט בפרשה זו יצא מן ההנחה כי שאלת הסיכול אינה מתעוררת, **משום שהקבלן, בעל החוזה, קיבל על עצמו במפורש את הסיכון של עליית מחירים**. לגופו של עניין, **גישתו הכללית של בית-משפט זה – כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת כץ** [2], **על נסיבותיה המיוחדות – נראית בעיניי נוקשה מדי**. מבחינה עקרונית, **יש, לטעמי, לבחון בכל מקרה ומקרה את השפעתו של אירוע חריג, כגון פרוץ מלחמה, על מהותם של היחסים החוזיים**. **כלומר, את מבחן הצפיות יש להחיל לא על עצם פרוץ המלחמה,** **אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים**. לכן מן הראוי היה, בנסיבות המקרה של פרשת כץ [2], **לבחון אם עליית המחירים שבאה בעקבות מלחמת יום כיפור הביאה לכך שקיום החוזה '...שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים...',** כלשון סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 (להלן – חוק התרופות). ראה ברוח זו ע"א 13/75 **בלומנפלד נ' חברת הדר פלסט בע"מ.**"

מבחן מרוכך זה אומץ ברבות השנים בפסקי דין שונים בערכאות הדיוניות, בהם התקבלה טענת הסיכול בשל אירועים **שהשלכותיהם המעשיות** אינם בגדר צפיית הצדדים במועד כריתת החוזה.

בת"א (מחוזי ירושלים) 3531/01 **בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 21.7.2002) (להלן: **"עניין בן אבו**")[[17]](#footnote-17), אשר עסק בטענת סיכול של חוזה בנייה בשכונת גבעת זאב בירושלים כתוצאה מעצמתה והתמשכותה של ״אינתיפאדת אל-אקצה״ והשפעתה הקשה על המשק בכלל ועל האכלוס באזור בפרט, התקבלה טענת הסיכול, תוך שנקבע כי:

"**הדגש אינו צריך להיות על צפיית האירוע המסכל, אלא על השלכותיו על היחסים החוזיים**. ובענייננו, הדגש אינו על יכולת הצדדים לצפות את ההדרדרות הקשה במצב הבטחוני, **אלא האם צפו או יכלו לצפות שלא יהיו רוכשים לדירות חדשות בשכונה חדשה בגבעת זאב עקב פרוץ האינתיפאדה**."

בת"א (מחוזי ת"א) 1072/07 **גדעון נ' פוקס** (פורסם בנבו, 7.3.2010) (להלן: "**עניין גדעון**")[[18]](#footnote-18), קבעה כב' השופטת אגמון-גונן כי אין ללמוד מעצם הצפייה של פעולות איבה או מלחמה (מלחמת לבנון השניה) כי הצדדים צפו **את כל קשת הנסיבות המסכלות שעלולות להיגרם כתוצאה מפעולות האיבה**:

"**הגיעה העת לומר באופן מפורש כי בהקשרים חוזיים מלחמה אינה בגדר הצפוי, גם באזור כמו אזורנו**. עצם האפשרות הקיימת באזור בו לא שורר שלום מלא, כי תפרוץ מלחמה, **אינה מביאה צדדים לחוזים לקחת עניין זה במסגרת השיקולים העסקיים שלהם בעת כריתת חוזה**. מעבר לעלויות העסקה המרובות שהדבר יגרור, **אין הגיון כלכלי בהסדרת כל התרחישים האפשריים: בהחלט סביר כי לא תפרוץ כלל מלחמה, יתכן, כי גם אם תפרוץ מלחמה היא תהיה מוגבלת בהיקפה ומשכה וכלל לא תשפיע על החיובים החוזיים, אפשרות אחרת היא כי החיובים החוזיים ידחו לתקופה מוגבלת שלא יהיה בה כדי להשפיע על החוזה באופן מהותי, ותרחישים אחרים רבים. מהותו של דין הסיכול, לבחון כיצד אירוע בלתי צפוי בנסיבותיו והיקפו כמו מלחמה, משפיע על החוזה הספציפי. אין היגיון כלכלי בהסדרת כל התרחישים האפשריים מראש**. **לאור האמור, במקרה זה הודעת החברה השוויצרית כי לא תעביר את המימון בשל מלחמת לבנון השנייה, מהווה סיכול של חוזה המימון**."[[19]](#footnote-19)

יחד עם זאת, מפסק הדין שניתן בע"א 5054/11 **ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' אמסטר**, פ"ד סו(1) 480 (2013)[[20]](#footnote-20) משתמע שההלכה הנושנה בנוגע למבחן הצפיות עודנה ככלל ההלכה התקפה (גם אם ניתן כאמור לרככה בנסיבות מסוימות).[[21]](#footnote-21)

כך למשל, קבע כב' השופט עמית בפסק הדין שניתן בע"א 4893/14 **זועבי נ' מדינת ישראל - משרד האוצר** (פורסם בנבו, 3.3.2016) (להלן: "**עניין זועבי**"):

"מרכיב צפיות הסיכול "בכוח" זכה לפרשנות מרחיבה ביותר בפסיקה, כך שהגנת הסיכול כמעט נתרוקנה מתוכנה. כך, למשל, העלה השופט לנדוי את השאלה האם 'כל עוד השלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה', סכנה של פרוץ מלחמה הינה תמיד בגדר הצפוי....

ניצנים לשינוי גישה, אנו מוצאים ב[ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/case/6059723)(5) 506 (2000) (להלן: עניין רגב)). השופט י' אנגלרד הציע באותו מקרה לא לבחון את יכולת צפיית האירוע החריג כשלעצמו, אלא את יכולת צפיית השפעתו של האירוע החריג על היחסים החוזיים...

**כשלעצמי, אף אני נוטה לדעה כי יש מקום 'לרכך' את הפרשנות הנוקשה שניתנה לרכיב 'הצפיות בכוח'** [**בסעיף 18**](http://www.nevo.co.il/law/71887/18) **בחוק התרופות, אך איני רואה לקבוע מסמרות בעניין, מפני שאיני נדרש לכך לצורך המקרה דנן.**"
"ודוק: סעיף 15 לחוק השכירות נסב על נסיבות הקשורות במושכר, להבדיל מנסיבות הקשורות "במצב הכללי, כמו בצורת, **מגפה**, שביתת מסחר כללית, מצב מלחמה...""

פסקי דין מאוחרים יותר יישמו בדרכים שונות את האופן בו נבחנת הצפיות והתייחסו הן לגישה המרוככת והן לגישה הדווקנית, **מבלי להכריע בין הגישות**. עם זאת, בחינת פסקי דין של הערכאות הדיוניות השונות (ובעיקר אלו של בתי משפט השלום) מראה כי פעמים רבות נבחנת אפשרות הצפייה את ההשלכות המעשיות של האירוע המסכל על היחסים החוזיים ולאו דווקא צפיית האירוע המסכל עצמו וכי ישנם מקרים בהם בתי המשפט קיבלו את טענת הסיכול.[[22]](#footnote-22)

יצוין גם כי בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: "**הצעת חוק דיני ממונות**") – אשר טרם הפכה לדין מחייב בישראל – הוצע שינוי מהותי בעמדה כלפי מוסד הסיכול. הכוונה היא לאפשר להכיר במקרים רבים יותר כמקרים של סיכול חוזה באמצעות החלפת מבחן הצפיות במבחן הסיכון. היינו, האם מדובר באירוע הנופל בגדרי "מתחם הסיכון" של התחייבויותיו של צד להסכם.[[23]](#footnote-23) שינוי מוצע זה עשוי להשליך על פרשנות הדין הקיים ולא מן הנמנע שיאומץ באופן כזה או אחר במסגרת פסיקה עתידית, עוד בטרם יאומץ הקודקס האזרחי.

**היעדר היכולת למנוע את הנסיבות המסכלות**

היסוד השני הנדרש להתקיים לשם קבלת טענת הסיכול הוא היעדר היכולת למנוע את הנסיבות המסכלות.

יסוד "היעדר יכולת מניעה את הנסיבות המסכלות"-יסוד זה מתייחס למפר הספציפי **ולא** למפר הסביר. בהקשר זה, ישנן שתי גישות בפסיקה לבחינת יכולת המניעה:

1. בהתאם לגישה המקלה- על המפר הספציפי להראות כי עשה הכל כדי למנוע **את הנסיבות המסכלות**.
2. בהתאם לגישה המחמירה- אפילו יראה המפר כי לא היה בידו למנוע את הנסיבות המסכלות, עליו להוסיף ולהראות כי **לא היה יכול למנוע את השפעתן של הנסיבות על אפשרות קיום החוזה**.

בחינת הפסיקה מראה כי לאורך השנים גם מבחן זה הופעל בדווקנות וכי הפירוש שניתן ל"היעדר יכולת המניעה" היה מצמצם. כך, למשל נדחתה טענת סיכול בגין הטלתו של סגר על השטחים, אשר מנע את הגעתם של פועלים לעבודה, גם לאור הקביעה כי ניתן היה להיערך מראש לשם מניעת השפעת הטלת הסגר על אפשרות ביצוע ההסכם.[[24]](#footnote-24)

כך גם למשל בת"א (חי') 437/00 **גרניט הגליל בע"מ נ' שיש אלוני בע"מ**, פס' 14 (פורסם בנבו, 2.3.2006) דחה בית המשפט את טענת הסיכול, בין היתר משום ש"**הנתבעת לא עשתה כל מאמץ לפתור את הבעיה שנוצרה, אלא העדיפה, משיקוליה, להתיר את ההסכם**".

הפסיקה אינה קובעת הוראות כלליות ואף אינה מרבה לפרט במקרים הספציפיים מהם האמצעים הסבירים שהיה על המפר לנקוט כדי למנוע את האירוע המסכל ו/או את השפעתו של האירוע המסכל על החוזה.

יחד עם זאת, ניתן לעמדתנו להקיש לעניין זה מהאופן בו מנותחת טענת חובת הקטנת הנזק המוטלת על הנפגע מההפרה (סעיף 14 לחוק התרופות). כך, ניתן לומר כי אף אם ניתן היה למנוע את השפעות האירוע המסכל על החוזה, הרי שמניעה תוך שימוש באמצעים בלתי סבירים ובהוצאות ניכרות (המנוגדות להגיון הכלכלי של ההתקשרות באותו הסכם והמעקרות מתוכן את המטרה לשמה נכרת ההסכם) אינה עולה בקנה אחד עם הגישה בפסיקה בעניין נטל הקטנת הנזק.

**קיום החוזה בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי מהמוסכם**

היסוד השלישי הנדרש להוכחת טענת הסיכול דורש קיומן של נסיבות בהן קיום החוזה הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים.

היעדר אפשרות לקיים את החוזה כוללת למשל בחובה פגיעה פיזית בנכס מושא ההסכם כתוצאה מכוח עליון (שריפה, הצפה וכיו"ב); פגיעה באמצעי או במכשיר ייחודי לביצוע ההסכם (אך רק במקרים בהם לא קיים מכשיר או אמצעי ייצור חליפי כלשהו[[25]](#footnote-25)); או מחלה, מוות או חוסר כשירות של צד להסכם או של מבצע על-פיו (בעיקר כאשר מדובר בחוזה לביצוע אישי).[[26]](#footnote-26)

בהקשר זה, נקבע כי הקטנת התועלת הכלכלית מההסכם ואף הפיכתו ללא כדאי לא תהווה עילה לקבלת טענת סיכול. עוד נקבע, כי **המניעה צריכה להתייחס לאפשרות השגת התוצאה המובטחת ולא לאופן ביצוע כזה או אחר.**[[27]](#footnote-27)

כך למשל, נקבע כי במקרים בהם חל עיכוב של מספר חודשים בקבלת היתרי בניה באופן שחייב את הקבלן לבצע את התחייבותו באופן מואץ ויקר יותר מהמתוכנן, אין לראות בכך כעיכוב ההופך את ביצע החוזה לבלתי אפשרי או המשנה את ביצועו באופן יסודי ממה שהוסכם עליו.[[28]](#footnote-28) במקרה אחר נדחתה טענת הסיכול ביחס לסירוב לקבל חומרי גלם שהוזמנו בשל השבתה זמנית של המפעל ונקבע כי העלות הנוספת הכרוכה באחסון חומרי הגלם עד לחידוש העבודות אינה הופכת את ההסכם לבלתי אפשרי לביצוע.[[29]](#footnote-29)

התנאי של ביצוע בלתי אפשרי של חוזה יכול להתקיים גם מכוח **מניעה** **משפטית** כאשר קיום החוזה הופך בלתי חוקי או כאשר נמנעת יכולת ביצוע החוזה בשל צו שיפוטי. כך למשל נקבע במקרה מסוים כי יש להכיר בטענת סיכול שהועלתה על ידי השוכרים, מקום בו צו מניעה שהוצא לבקשת צד שלישי מנע את אפשרות השימוש במושכר למטרה עליה הוסכם בחוזה[[30]](#footnote-30).

מבחן השוני היסודי מחייב השוואה בדיעבד בין קיום החוזה נוכח הנסיבות שנוצרו לבין הסכמתם החוזית המקורית של הצדדים ובחינה האם קיים פער משמעותי, ״יסודי״, בין השניים.

גם מבחן זה יושם בפסיקה באופן מצמצם כך שנקבע כי הוא מתקיים רק מקום בו קיים **שינוי נסיבות קיצוני ומרחיק לכת** בין ההסכמה המקורית לבין קיום החוזה לאור הנסיבות שנוצרו[[31]](#footnote-31)

יחד עם זאת בנסיבות מסוימות התקבלה הטענה כי השינוי הינו כזה המשנה את ההסכם באופן יסודי, וכך למשל בע"א 5628/99 **מרקין נ' משה**, פ"ד נז(1) 14 (2002) (להלן: "**עניין מרקין**"):

"באופן עקרוני, ייתכן מצב שבו ההפקעה הפוגעת באופן בלעדי בחלקו של המוכר **תהפוך בנסיבות המקרה את קיום חוזה המכר לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים**. הוראת סעיף 18 לחוק התרופות רואה במצב דברים זה משום סיכול חוזה."

הכרה בטענת הסיכול מותנית **בכך שמדובר במניעות קבועה**. מקרה של מניעה זמנית אינו מאפשר טענת סיכול **אלא אם כן הדחיה תגרום לכך שהביצוע יהיה שונה באופן יסודי מהמוסכם ובהתקיים יתר תנאי הסיכול**. יתרה מזו, הדבר עשוי להצדיק את התאמת החוזה לנסיבות החדשות.

כך למשל בע"א 5628/99 **מרקין נ' משה**, פ"ד נז(1) 14 (2002) (להלן: "**עניין מרקין**"):

"**באופן עקרוני, ייתכן מצב שבו ההפקעה הפוגעת באופן בלעדי בחלקו של המוכר תהפוך בנסיבות המקרה את קיום חוזה המכר לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים. הוראת סעיף 18 לחוק התרופות רואה במצב דברים זה משום סיכול חוזה**."

מצב נוסף שהוכר בפסיקה הוא מניעות חלקית לביצוע ההסכם וסיכול חלקי.[[32]](#footnote-32) כך, בת"א (מחוזי ת"א) 21374-03-15 **כהן נ' קטן** (פורסם בנבו, 28.11.2017), ציין כב' השופט אטדגי כי ניתן להכיר בסיכול חלקי באמצעות החלת סעיף 19 לחוק התרופות המאפשר ביטול חלקי של חוזה, **על מצב שבו סוכל חלק מהחוזה**.

**הנפקות של קבל טענת הסיכול החוזי**

עמידה של המפר בסעיף 18(א) לחוק התרופות שוללת את זכותו של הנפגע לאכיפה או פיצויים. יחד עם זאת, בעוד שהנפגע שומר על זכותו לבטל את החוזה, הסיכול אינו מקנה למפר עילה לביטול ההסכם (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 755 (2003)( (להלן: "**פרידמן וכהן**")). כך, גם מניעה זמנית לא מונעת מהנפגע לבטל את ההסכם (ר' הרחבה להלן).

**סעיף 18(ב)** לחוק התרופות מוסיף וקובע כי במקרים בהם הוכחה טענת הסיכול, רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב את הצדדים בהשבה בעין או בשווי של מה שקיבלו על פי החוזה, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא בנוסף להתחייבויות הסבירות אותן נטל על עצמו לשם קיום החוזה.

**סיכול לפי חוק השכירות**

סעיף 15 לחוק השכירות, שעניינו "**פטור מחובת התשלום**", קובע:

**"15.  (א)  היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.**

**(ב)  הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען.**"

בדברי ההסבר להצעת חוק השכירות, התש"ל-1970, הוגדרה מניעה של השוכר לעשות שימוש בנכס כאירוע מסכל:

"[...] **כשנמנע מהשוכר להשתמש במושכר, יש לראות את חוזה השכירות כמסוכל** והשוכר פטור מהחובה לשלם את דמי השכירות, במידה שהשימוש נמנע ממנו. במקרה זה אין לראות באי־תשלום דמי השכירות הפרת חוזה השכירות".

עוד טרם חוקק חוק זה, קבע בית המשפט העליון בע"א 16/49 **אלבראנס נ' שמטרלינג**, פ"ד ד', 573 (1950) (להלן: "**עניין אלבראנס**") כי שוכר פטור מתשלום דמי שכירות עבור תקופה במהלכה אירעו אירועים אלימים בסביבת המושכר כך שדרכי הגישה למושכר היו מסוכנות עבור השוכר. בהמשך, ב[ע"א 240/77 **שלמה כרמל בע"מ נ' פרפורי ושות' בע"מ**, פ"ד לד](http://www.nevo.co.il/case/17915815)(1) 701 (1979) (להלן: "**עניין שלמה כרמל**") נדון חוזה שכירות לשם הקמת מפעל לצביעת בדים, כאשר לאחר כריתת הסכם השכירות ותשלום דמי השכירות לשנתיים מראש התברר שקיימת בקרבת מקום מגרסה, שהאבק שהיא מעלה פוגע בצביעת הבדים. שם נאמרו ב**דעת רוב** על ידי כב' השופטת **בן-פורת** הדברים הבאים:

**"דעתי לכאורה כי** [**סעיף 15**](http://www.nevo.co.il/law/5149/15) **לחוק השכירות מעניק פטור בעיקר עקב מניעת שימוש הנובעת מכוח עליון: וכי מכל מקום מותנה הפטור במניעה מוחלטת, כגון: כאשר דרכי הגישה למושכר נחסמו, המושכר הוחרם או נהרס.**

**... אולם בהיות הרעיון ביסוד שני הסעיפים דומה** [סע' 18 וסע' 15 – הח"מ]**, ובהעדר צורך בהכרעה, מוכנה אני לצאת מתוך הנחה, כי** [**סעיף 15**](http://www.nevo.co.il/law/5149/15) **לחוק השכירות מעניק לשוכר פטור גם כאשר קיום החוזה בנסיבות הקיימות "שונה באופן יסודי ממה שהוסכם", כלשון** [**סעיף 18**](http://www.nevo.co.il/law/71887/18) **ל**[**חוק התרופות**](http://www.nevo.co.il/law/71887) **וכן כי הפרעה מפרק לפרק, כל אימת שהמגרסה הופעלה, אכן היוותה נסיבות כאלה, חרף האפשרות להפעיל את המצבעה בימים בהם המגרסה לא פעלה וכן בשעותה ערב והלילה."**

**בדעת המיעוט** של כב' הנשיא **זוסמן**, נאמרו הדברים הבאים:

**"בהבדל מחוזה מכר, מיועד חוזה שכירות להעניק לשוכר את ההנאה המוסכמת מן הקשר במשך כל תקופת ההתקשרות, והמשכיר אינו נקי מכל התחייבות כלפיו, כבמכר, אם מסר לשוכר נכס שבעת המסירה היה מתאים למטרת ההשכרה, אבל במשך תקופת ההתקשרות, אפילו לא באשמת המשכיר, איבד את התכונות הדרושות כדי לשמש את המטרה המוסכמת.**

**...**

**הרעיון המונח ביסודו של** [**סעיף 15**](http://www.nevo.co.il/law/5149/15) **הנ"ל הוא פשוט בתכלית: חוסר אפשרות להפיק מן המושכר את התועלת המוסכמת, פוטר את השוכר מחובת תשלום דמי השכירות. לא ראיתי צידוק, לא בדין ולא בהיגיון, להבדיל בהקשר זה בין מניעת ההנאה עקב גורם במושכר עצמו לבין מניעת ההנאה עקב חוסר אפשרות של גישה למושכר, או עקב עילה חיצונית אחרת כגון זו בענין דנן."**

בעניין **זועבי,** אשר עסק בין היתר בשאלת הסיכול של חוזה שכירות על רקע התרחשות מספר אירועי אלימות חמורים בקרבת המושכר, עמד כב' השופט עמית בהרחבה על פרשנותו של סעיף 15 לחוק השכירות, והבהיר כי פרשנות מרחיבה [לסעיף 15](http://www.nevo.co.il/law/5149/15) עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב בביצוע חוזים. עמידה דווקנית של המשכיר על ביצוע החוזה כאשר חל שינוי מהותי בתשתית החוזית, עשויה להיתפס כפעולה בחוסר תום לב.

בכלל זאת נקבע כי [סעיף 15](http://www.nevo.co.il/law/5149/15) מגן על השוכר בסיטואציות של סיכול **מטרת** הסכם השכירות כאשר **הנסיבות המסכלות קשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו**.[[33]](#footnote-33) בכך הסעיף **רחב** **יותר** מסעיף 18 לחוק התרופות שחל רק על סיכול החוזה, להבדיל מסיכול מטרת החוזה.

עוד הובהר כי כאשר לא ניתן להשתמש בנכס למטרת השכירות, **המשכיר נחשב כמפר** חיוב והשוכר הוא הנפגע הרשאי לבטל את החוזה. סעיף 15 מקנה לשוכר זכות נוספת, מעבר לזכות הביטול, והיא הפטור מתשלום דמי שכירות בתקופת המניעות. גם בכך זכות זו **רחבה** **יותר** מהזכות המוקנית בסעיף 18 לחוק התרופות, אשר ככלל אינו חל בסיטואציות של מניעות זמנית.

עיקרה של השכירות לפי החוק הוא **זכות השימוש** ולא החזקה שהשוכר מקבל. משום כך אם נמנעה מהשוכר אפשרות השימוש במהלך תקופת השכירות, הוא מופטר מתשלום דמי השכירות. זוהי חובתו המתמשכת של המשכיר להבטיח שהשוכר יוכל להשתמש במושכר. כאשר השימוש מסוכל "מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו" רואים זאת כהפרה של המשכיר.

אחראיות המשכיר כלפי השוכר הינו לכך שהשוכר יוכל להשתמש במושכר לצרכיו, כפי שמצוין בהסכם השכירות. לכן **חלה על המשכיר חובה מוגברת לצפות אירועים העלולים לסכל את חוזה השכירות וליידע את השוכר אודותיהם**. בניתוח כלכלי של חלוקת האחריות במסגרת חוזה השכירות, ראוי להטיל על המשכיר את הסיכון למקרה של סיכול מטרת החוזה, מטעמים הקשורים במושכר או בדרכי הגישה אליו.

לפיכך, יש לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות כאשר אין באפשרותו להפיק מן המושכר את התועלת המוסכמת, **גם עקב נסיבות חיצוניות הקשורות בסביבת המושכר** ולא רק "במושכר או בדרכי הגישה אליו". מניעת השימוש יכולה להיות גם משפטית, כגון צו מניעת שימוש שהוצא כנגד המושכר, ולאו דווקא מניעה פיזית.

חשוב עם זאת להדגיש כי בצד האפשרות שניתנת לשוכר לקבל פטור מתשלום דמי שכירות כל אימת שנמנע ממנו להשתמש במושכר למטרת השכירות, **רשאי המשכיר, בחלוף זמן סביר בנסיבות העניין, לבטל את החוזה** ובכך להתיר את הקשר החוזי בין הצדדים. זאת, במטרה למנוע מצב דברים בו השוכר נמנע מלבטל את החוזה אך ממשיך להחזיק בנכס מבלי לשלם דמי שכירות.[[34]](#footnote-34)

יסוד נוסף לצורך ביסוס הפטור מתשלום דמי השכירות, הוא התנאי הקבוע בסעיף 15(ב) לחוק השכירות, קרי ש"**לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען**".

**בעניין** **שלמה** **כרמל** למשל בית המשפט העליון פסק נגד השוכר משום שיסוד זה לא התקיים, אך **בעניין** **זועבי** גם יסוד זה הוכר (וכך במשתמע גם בעניין אלבראנס, למרות שזה נדון קודם לחקיקת חוק השכירות).

עוד חשוב לומר, כי **המניעות המוזכרות בסעיף 15 חייבות להיות מניעות הנוגעת לנכס הספציפי**: אמנם הפסיקה הרחיבה את תחולת הסעיף מעבר לפרשנותו הלשונית הצרה, גם למניעות הקשורה בסביבתו של המושכר, אולם הסעיף עדיין לא יכול לחול כאשר עסקינן במניעות כללית, שאין לה כל נגיעה ספציפית לנכס או לסביבתו המידית. זאת מהטעם שכאשר **המניעה היא כללית ולא נוגעת לנכס,** נשמט למעשה הבסיס תחת הטלת האחריות על המשכיר לדאוג לכך שהשוכר יוכל להשתמש במושכר.

כמו כן יש לציין כי הדין לא מכיר בהקשר זה ב"מניעה חלקית", דהיינו כל זמן שהשוכר מפיק הנאה מהמושכר, גם אם הנאה חלקית, לא ניתן להחיל את סעיף 15 או את סעיף 18 לחוק התרופות. דיני הסיכול (להבדיל למשל מעקרון תום הלב) אינו יכול להוות בסיס משפטי לקבלת פטור חלקי או מלא מתשלום דמי השכירות.

**דוקטרינת התאמת החוזה לנסיבות המשתנות:**

שאלה נוספת העולה בהקשר של מצב המלחמה היא מה הדין באותם מקרים בהם, בשל נסיבות המלחמה (המהוות יש להניח גם "כוח עליון" כהגדרתו במרבית ההסכמים הנדרשים לסוגיה), אין אדם יכול למלא **זמנית** את חיובו.

הפסיקה קובעת במפורש שעיכוב בביצועו של חיוב **אינו** מאפשר הגנה בטענת סיכול. זאת למעט במקרה בו העיכוב משמעותי ומקיף כל כך עד שהחוזה יחשב לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם (עניין **גולדשטיין**, ע' 324). כך למשל מניעה זמנית עשויה להביא לסיכול החוזה כאשר העיכוב גורם לדחייה בלתי סבירה במועד הקיום שעליו הוסכם בחוזה או כאשר מועדי הביצוע הם מעיקרי החוזה, כך שקיום מאוחר הופך את החוזה לשונה באופן יסודי מזה המוסכם.[[35]](#footnote-35) **אולם דחיה שאיננה כזו – לא תאפשר, ככלל, שימוש בטענת הסיכול.**

דרך המלך אפוא במקרים של מניעות זמנית או חלקית שלא ניתן להם מענה בגדרי ההסכם (למשל במסגרת תנית כוח עליון אליה נידרש להלן) היא הידרשות לדוקטרינה של **"ביצוע בקירוב"** או **"התאמת החוזה לנסיבות משתנות"** מכוח עיקרון תום הלב[[36]](#footnote-36).

דוקטרינה זו התקבלה בפסיקה ובספרות בישראל והיא מעוגנת היטב במשפט הקונטיננטלי ובמסמכים בינלאומיים. **היא מחייבת צדדים להיכנס למו"מ בתום לב, בעקבות אירוע קיצוני, על מנת להתאים את החוזה באופן מוסכם להתפתחויות חדשות**. בהיעדר הסכמה כזו, ביהמ"ש מוסמך לבצע בעצמו את ההתאמה, או לבטל את החוזה.

הסמכות של בית המשפט להורות על התאמת החוזה לנסיבות המשתנות קמה מכוחה של דרישת תום הלב גם במהלך קיומו של החוזה (ס' 39 לחוק החוזים) וניתן לעגנה, בין השאר, גם בסמכותו של בית המשפט לפרש חוזה על-פי תכליתו האובייקטיבית; בסמכותו של בית המשפט להתנות את אכיפת החוזה בתנאים "המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין" (סעיף 4 לחוק התרופות); בסמכותו להימנע מאכיפה כאשר "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין" (סעיף 3 לחוק התרופות); ובסמכותו לפסוק פיצויים רק בגין אותו נזק שהמפר צפה במועד הכריתה (סעיף 10 לחוק התרופות).[[37]](#footnote-37)

לשם ההמחשה בת"א (י-ם) 748/95 **דורי – חברה קבלנית לבניין וכבישים בע"מ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים** (פורסם בנבו, 15.4.1998), נקבע ביחס למועד השלמת עבודות בניה כי "סטייה קיצונית" מתנאי מזג האוויר המקובלים מצדיקה התחשבות מיוחדת. בהתאם, נפסק כי חורף ובו 67 ימי גשם, לעומת ממוצע של 37 ימי גשם בלבד, אכן הופך את הביצוע במועד המוסכם ל"בלתי מעשי". בית-המשפט קבע כי הארכת מועד הביצוע ב- 25 ימים היא סבירה בנסיבות העניין ובכך התאים את החוזה לנסיבות החריגות. **שלו וצמח** מבהירים בספרם כי:

"**במצב המשפטי הקיים אין אפשרות להשעיה זמנית של החוזה מכוח דין הסיכול. ... מצב של מניעה זמנית עשוי למצוא את פתרונו, בהתחשב בנסיבות כל מקרה ומקרה, בדחיית קיום החיוב עד להסרת אי-האפשרות, הן בהתאם לחובת תום-הלב, הן באמצעות פירוש החוזה פי על תכליתו האובייקטיבית, הן בדרך של אכיפה דחויה והן מכוח סעיף 43(א) לחוק החוזים**".[[38]](#footnote-38)

אכן, עמידה דווקנית של צד לחוזה על קיומו ללא שום התאמה חרף נסיבות קיצוניות, יכול שתחשב לפעולה בחוסר תום לב.[[39]](#footnote-39) יפים בעניין זה דבריו של כב' השופט **אנגלרד** בעניין **רגב**:

"[...] **לטעמי, קיימת קירבה רעיונית גדולה בין עקרון הסיכול בנסיבות של שינוי מהותי בתשתית החוזית לבין הדרישה לתום-לב בביצוע החוזה (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973). מתקשר העומד על ביצוע דווקני של החוזה על-אף השינוי המהותי שחל בו בשל נסיבות חיצוניות – מתקשר כזה אינו נוהג בתום-לב**.

לכן, למשל, התנהגות בתום לב מצד בעל חוזה הדורש קיום חוזה תמורת המחיר החוזי המקורי וזאת חרף הגדלת עלויות הביצוע בשל אירוע חיצוני חריג עשרת מונים. נמצא, כי המוסד של סיכול הוא גם ביטוי לעקרון תום-הלב בחוזים. מכוח דברים אלה, אפשר ומן הראוי לשוב ולעיין בגישתו המצמצמת של בית-המשפט בפרשת כץ".

דברים דומים נאמרו גם בהקשרו של סעיף 15 לחוק השכירות בעניין **זועבי**:

"**פרשנות מרחיבה לסעיף 15 אף עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב בביצוע חוזים. עמידה דווקנית של המשכיר על ביצוע החוזה כאשר חל שינוי מהותי בתשתית החוזית, עשויה להיתפס כפעולה בחוסר תום לב** [...]. מצד שני, כאמור, דרישת תום הלב מחייבת כי לא יתאפשר לשוכר לאחוז בחבל בשני קצותיו ולהשעות את תשלומי דמי השכירות עד קץ הדורות, ולכן קובע סעיף 15(א) לחוק כי בחלוף זמן סביר בנסיבות העניין, רשאי המשכיר לבטל את החוזה בעצמו [...]" (עניין זועבי, פס' 40).

יחד עם זאת יש להבהיר ולהדגיש כי התערבות בית המשפט בחוזה שבין הצדדים ובפרט חיובו של צד לקיים את התחייבויותיו, או להסכים לקיום התחייבויות הצד שכנגד, באופן שונה ממה שנקבע בחוזה, הוא צעד מרחיק לכת שיש בו כדי לפגוע בחופש החוזים. שינוי תנאי החוזה או 'התאמתו' מחמת שינוי מחייב אפוא זהירות רבה מחמת הפגיעה האפשרית בחופש החוזים.[[40]](#footnote-40) בעניין **ב. יאיר** נקבע כך:

"לאמיתו של דבר, הפער בין עמדות הצדדים איננו נעוץ בשאלת קיומן של נסיבות מסכלות, שכן פעולותיהם של הנתבעים מעידים עליהם כי הכירו בקיומם של אלה. הפער נעוץ בהשלכות הנסיבות המסכלות על החוזים שבין הצדדים. בעוד שלדעת התובעות, יש באלה כדי להביא לפקיעתם של החוזים, העדיפו הנתבעים, בהתנהגותם, פיתרון של 'התאמת' החוזים לנסיבות החדשות. **אכן, החובה לנהוג בתום לב עשויה לחייב צד לחוזה להסתפק בקיום החוזה בדרך חילופית, או על דרך של 'ביצוע בקירוב' במקרה של סיכול, תוך שינוי החוזה והתאמתו לנסיבות שהשתנו. ואולם, 'התאמתו' של חוזה לנסיבות חדשות מחייבת זהירות רבה. התאמה כזו עשויה לערוך לצדדים חוזה חדש שכלל לא התכוונו אליו.** לשינוי מועדי הביצוע בחוזה קבלנות עשויה להיות משמעות כלכלית מרחיקת לכת. ... שינוי זמני הביצוע משלוש שנים לשש שנים, בלא הסכמת התובעות, יש בו כדי לערער לחלוטין את אותה תחזית כלכלית ולשנות את מצבן של התובעות לרעה בכפיית חוזה שמעולם לא התכוונו אליו ...

**לא מצאתי כי הנתבעים פעלו בחוסר תום לב. אכן, עמידה על קיום דווקני של הוראות החוזה, חרף שינוי מהותי של הנסיבות, יכול ותהווה התנהגות שאינה בתום לב...** ואולם, בענייננו אין מדובר במי שעמד על קיום דווקני של החוזה. המדינה הכירה בשינוי הנסיבות, והייתה נכונה לסייע לתובעות ולהקל עמן הקלות נכבדות, מעל ומעבר להקלות שאפשר חוזה הבנייה. בד בבד פעלה במקביל למלא אחר חלקה בעסקה. **איני סבורה כי יש בניסיונה 'להתאים' את החוזה למציאות המשתנה, תחת להפקיעו, משום פעולה בחוסר תום לב**".

גישה דומה עלתה מפי המלומדים פרידמן וכהן:

"**במקרה של מניעה זמנית, בהתקיים שאר התנאים של טענת הסיכול הופכים החיובים מכוח החוזה 'רדומים', והם 'יקיצו' עם חלוף המניעה לביצוע. מניעה זמנית עשויה להביא לדחייה במועד קיום החוזה, עד להסרת המניעה.**"[[41]](#footnote-41)

אם כן, על-פי הדין הקיים ניתן להצדיק לעיתים שימוש בעיקרון תום הלב על מנת **להתאים את ההסכם לנסיבות המשתנות**, במקרים בהם ישנו **שינוי** **נסיבות** **קיצוני** המשפיע על **החיובים** **המהותיים** של הצדדים לחוזה.

**למותר אף לציין שבשום מקרה לא יתאפשר שימוש בדוקטרינה ככל וההתאמה איננה סבירה ומשנה באופן מרחיק לכת את מהותו, תכליתו והגיונו הכלכלי של החוזה.**

עוד נציין כי בחלק מפסיקת בית המשפט המחוזי נקבע כי אפשר שהתאמה של ההסכם לנסיבות המשתנות איננה שוללת את זכותו של הנפגע לבטל את ההסכם, [[42]](#footnote-42) ואולם למיטב הידיעה גישה זו טרם עוגנה בהלכה מחייבת (ואף סותרת פסיקות אחרות), תוך שלעמדת הח"מ ככל אף אינה מוצדקת במרבית המקרים ובכפוף לכך שהתאמת ההסכם כאמור הינה רק כאשר אין בכך כדי לשנות את תכליתו, מהותו והגיונו הכלכלי של ההסכם.

**הוראות "כוח עליון" – Force Majeure – בהסכמים מסחריים**

הוראות "כוח עליון" בחוזים – Force Majeure – הן יציר הסכמת הצדדים, במסגרת חופש החוזים, ומהווה למעשה התניה דיספוזיטיבית על דיני הסיכול שבחוק התרופות. דוקטרינת ההסדר החוזי של כוח עליון בין הצדדים, מושתתת על הדין האנגלי:

The doctrine of force majeure is a creature of contractual innovation, the precise extent of which will be agreed between the parties in the terms of the …Agreement. Force majeure is not a term of art in English law and the Gas Sales Agreement … will therefore need to define carefully the parameters of the force majeure relief which is available to the parties."[[43]](#footnote-43)

ישנן שתי גישות עיקריות להגדרת כוח עליון –

1. גישה אחת הינה ליתן **הגדרה** **כללית** הקובעת **יסודות** שיש להוכיח על מנת שתוכר טענת כוח עליון, בדרך כלל בצירוף **רשימת דוגמאות** לאירועי כוח עליון. גישה זו מאפשר עקרונית לטוען לכוח עליון להעלות טענה מסוג זה גם במקרים שלא נחזו מראש ופורטו בהסכם ובלבד, שהמקרים עומדים באותם יסודות שהוגדרו.
2. גישה אחרת, מצמצמת יותר, הינה קביעה רשימה **סגורה** **ומחייבת** של מקרים או דוגמאות שיוכר ככוח עליון, לכאורה ללא מתן פתח לקביעת מקרים נוספים (אף אם הינם דומים במהותם).
3. יחד עם זאת יש להבהיר כמובן כי כמו כל תניה חוזית גם "תנית כוח עליון", תוגדר כפי שתוגדר, כפופה לחובת תום הלב החלה על הצדדים להסכם ונתונה גם לפרשנות בית המשפט בכלים הפרשניים הנתונים לו.

להלן דוגמה לגישה הראשונה:

“**Force Majeure**” means any act, event or circumstance that is beyond the reasonable control of the Party claiming Force Majeure resulting in or causing the failure of a Party to perform any one or more of its respective obligations under this Agreement, which failure could not have been prevented or overcome by the exercise by such Party of the standard of a Reasonable and Prudent Operator. Acts, events or circumstances which, subject to the aforesaid, may constitute Force Majeure **include but shall not be limited to**:

fire, lightning, flood, drought, explosion, storm, hurricane, cyclone, typhoon, tornado, earthquake, landslide, perils of the sea;

בהסכם עם הגדרה לפי גישה זו, אם יוכחו היסודות הכלליים, תתקבל טענת כוח עליון אף אם הנסיבות הספציפיות (ובענייננו למשל מצב מלחמה) לא כלולות בדוגמאות.

יחד עם זאת, ברי כי נסיבות הכלולות בדוגמאות קלות יותר להוכחה ויכולות למנוע מחלוקות גם בנושא זה.

כך למשל במקרים בהם נכללה בהסכם התייחסות מפורשת לגורם מסכל מסויים (כגון מלחמה), בתי המשפט נתנו תוקף לתניית ה"כוח העליון" וקבעו שלא מדובר בהפרה חרף קיומה של צפיות.[[44]](#footnote-44)

בפסיקה פורשו מעת לעת סעיפים חוזיים בנדון. כך למשל:

בע"א 345/89 **נאות דברת‎ ‎נ' מעליות ישראליפט י. מ. ש.** **אילן נהול ‏והשקעות בע"מ**, מו(3) 350, פירש בית המשפט העליון תניה בהסכם קומבינציה, לפיה הקבלן לא יחוב בגין איחור בלוח זמנים מתוך "סיבות שלקבלן אין שליטה עליהן".[[45]](#footnote-45) ברור שיש לפרש תניית פטור כאמור כצופה פני העתיד וכמתייחסת לסיבות, לגורמים ולמניעות שייוולדו בעתיד ואשר אין יודעים עליהם בעת כריתת ההסכם.[[46]](#footnote-46)

בת"א (נצ') 520/80 **וינטר נ' שווקים חברה לפיתוח בניין בע"מ** תשמ"ב(2) 520 (1980) הסתמך בית המשפט על תניית הכוח העליון בהסכם גם כאשר חל החלק הכללי שלה בלבד ("**גורמים שאין לחברה שליטה עליהם**") וזאת מבלי לדון בסוגיית הצפיות (וראו באופן דומה ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 583/84 **גורי ואייזיקוביץ נ' חברת רובינשטיין בע"מ**, תשמ"ו(3) 359 (1984)).

ובע"א 6916/04 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (18.2.10); תא (י-ם) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 6.12.11) התערבו בתי המשפט בתניות כוח עליון בחוזים אחידים אשר היו, לדעת בית המשפט, גורפות מדי.

ודוק. לא ניתן לשלול את האפשרות לפיה יתכנו מצבים בהם סעיפי "כוח עליון" אף ירעו את מצבו של המפר: בית המשפט עלול לקבוע שמקום שצדדים מתוחכמים ניסחו הסכם עם תניית כוח עליון **ולא** כללו מקרים מסוימים, מהווה הדבר משום "הסדר שלילי" ואינדיקציה לכך **שאין** להתייחס לאירוע זה כמקרה של כוח עליון (ובלבד שניתן היה כמובן לצפות את המקרה במועד כריתת ההסכם).

התוצאה של הוכחת כוח עליון

ככלל תוצאת תנית כוח עליון נקבעת אף היא בהסכם שבין הצדדים, ויכולה למשל להוביל להארכת מועד לקיום התחייבויות מסוימות או אף לפטור למי מהצדדים מקיום התחייבות מסוימת. כך או כך במקום בו הוכח כח עליון בהתאם לתניה חוזית הרי שלא מדובר בפועל ב"הפרה" של התחייבויות הצד ולא ניתן לראות בו כאחראי לאי קיום ההתחייבות באופן שנקבע מראש. ממילא אין גם זכות לתרופות בשל הפרת חוזה. יחד עם זאת, ההסדרים החוזיים, בדרך כלל יקבעו שלאחר תקופה ממושכת של כוח עליון, לנפגע תהיה זכות ביטול (ללא פיצויים).

על זאת נציין כי ככלל ההסכמים, כמו גם עקרון תום הלב, מחייבים את הצד הטוען לקיומו של כוח עליון ליתן על כך הודעה מפורשת לצד השני, ואף לנקוט באמצעים סבירים הנדרשים לצמצום השלכות האירוע ככל הניתן.

**"כוח עליון" כמשמעותו בסעיף 5א (ג) לחוק המכר (דירות) התשל"ג-1973**

הסדר חקיקתי ספציפי הנוגע ל"כוח עליון" ניתן לראות בסעיף 5א לחוק המכר (דירות) עניינו "פיצוי בשל איחור במסירה" קובע מהם התנאים לקבלת פיצוי לרוכש דירה במקרה של איחור במסירתה ע"י הקבלן.

סעיף 5א(ג) לחוק קובע 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".**

כידוע, חוק המכר (דירות) הינו **חוק** **קוגנטי** בעיקרו, מתוך שמטרתו הגנה על רוכשי הדירות. על אף זאת, סעיף 5א(ג) מתיר לצדדים להתנות על הוראות סע' 5(א) ו-5(ב), ובמובן זה חוזר לכלל הרגיל של **דיספוזיטיביות** דיני החוזים.

הקבלן רשאי אפוא לכלול בחוזה המכר הוראה על פיה חובת הפיצוי לרוכש הדירה לא תחול, מקום בו מתקיימים תנאי הסעיף: (א) איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטתו ו-(ב) הסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו. **הנטל להוכחת היסודות מוטל על הקבלן.**

ראוי לציין, שסעיפי "כוח עליון" בנוסחם המקובל בחוזי מכר ע"י קבלנים, כוללים אירועים מפורטים, שלכאורה ניתן היה לצפותם (כגון: מלחמה, גיוס כללי, פעולות איבה, מהומות, שביתות ו/או השבתות כלליות בענף הבנייה או במשק, מחסור כלל ארצי בחומרי בניה, מחסור כלל ארצי בכוח אדם וכד').

יחד עם זאת המונח "כוח עליון" בהקשר של חוזה מכר דירה נתפרש בפסיקת בתי המשפט כמושג שיחול רק על **נסיבות חיצוניות ההופכות את קיום החוזה לבלתי אפשרי**. לעומת זאת, נקבע למשל כי קריסת קבלן מבצע היא נסיבה "**פנימית**" שהסיכון להתממשותה צריך להיות מוטל על מזמין העבודה שהתקשר בחוזה מכר דירה עם רוכש.

עוד הובהר בפסיקה כי כאשר עולה טענה כי נסיבות חיצוניות גרמו לעיכוב במסירת הדירה, יש לבחון האם קיים אכן קשר סיבתי בין אותן נסיבות לבין האיחור במסירה. כך למשל כאשר הטענה היא כי נגרם עיכוב בבנייה, דרך המלך היא להגיש חוות דעת שתצביע על הקשר הסיבתי בין הנסיבות לבין העיכוב בבנייה. ודאי שכך הוא כאשר מדובר בתקופה ארוכה.

ביישום לענייננו, נדמה כי ניתן לראות בפרוץ המלחמה, ובפרט באופן המפתיע בו פרצה, כנסיבה חיצונית ההופכת את קיום ההסכם באופן שנקבע לבלתי אפשרי, ומצדיק דחיה מסוימת של החיובים.

יחד עם זאת, במקום שבו נקבעה תנית כוח עליון אך לא ניתנה התייחסות למלחמה עלול בית המשפט כאמור לראות בכך משום הסדר שלילי, המטיל את הסיכון על הקבלן. יתר על כן, גם כאשר נקבעה התייחסות כזו, יהיה על הקבלן להוכיח **קשר סיבתי בין המלחמה לאיחור**. נטל ההוכחה הינו על הקבלן/יזם במיוחד לאור מחלוקת קיימת לגבי האפשרות לחזרה לעבודה לגבי התקופה הנוכחית בין הרשויות המקומיות לבין המדינה.

כך למשל בע"א (מחוזי י-ם) 27638-07-19 **אזורים בנין (1965) בע"מ נ' איתי פלד** (פורסם בנבו, 19.03.2020) נקבע כי:

"סעיף 5א(ג) קובע מפורשות שלא די בכך שלמוכר אין שליטה על הנסיבות אלא בנוסף יש להראות כי "הסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן" אינו מוטל עליו. קביעת בית המשפט כי בכוחה של הנתבעת היה להשפיע על קידום עבודות הפיתוח והיא לא פעלה במועד על מנת למנוע עיכוב זה, נלמדת מן הראיות ואין עילה להתערב בה. אך גם אם אצא מנקודת הנחה כי האיחור בעבודות הפיתוח על ידי המועצה לא היה בשליטתה של המערערת, **הרי שמדובר בסיכון אותו ראוי, בנסיבות רגילות, להשית על הקבלן ולא על רוכש הדירה**".

כך גם נקבע בהליך רת"ק (מחוזי ב"ש) 15816-11-16 **אחים אום שותפות רשומה נ' ידידיה חיים** (פורסם בנבו, 31.03.2017) נקבע, לעניין מבצע צוק איתן, כי אמנם למבצע הייתה השפעה על המשק, אך **המבקשת** **לא הרימה נטל להוכיח אם וכיצד השפיע המבצע באופן קונקרטי על הבנייה נשוא התובענה**.

לסיכום נושא זה, המצב הסטטוטורי הנוכחי מאפשר, לדעתנו, לגשת לסוגיית "**כוח עליון**" בצורה מאוזנת ומידתית, מבלי לשלול מראש את אפשרות החלת חריג ה"כוח עליון", אך מנגד, תוך הטלת נטל הוכחת הקשר הסיבתי על כתפי הקבלן/יזם.

**יישום ההשלכות המשפטיות על ההפרות החוזיות האפשריות בשל המלחמה:**

בפתח הדברים ראוי לחזור ולהדגיש שהדין הכללי הנוגע לסיכול הוא **דין** **דיספוזיטיבי**. על פי עקרונות דיני החוזים צדדים לחוזה רשאים להחליט מראש על חלוקת הסיכונים ביניהם ולהסדיר את סוגיית הסיכול באמצעות תניית "כוח עליון" או כל סעיף אחר המתנה מראש את קיום החיובים הצומחים בחוזה על מאורעות חיצוניים חריגים. חלוקת סיכונים בין הצדדים עומדת בלב כל חוזה, ואין למהר להתערב בו. באותם מקרים בהם הצדדים נתנו דעתם לנושא זה וחילקו את הסיכונים ביניהם, יש מקום לטענה שלא ניתן לעשות שימוש בדיני הסיכול הסטטוטוריים.

אכן, עקרון היסוד המצוי בראש דיני החוזים הינו **"חוזים יש לקיים"**. עקרון היונק מאוטונומיית רצון הפרט וחופש החוזים, ובד בבד מבטיח יציבות מסחרית וכלכלית. התערבות חיצונית בחוזה, בדיעבד, עלולה להוביל לעוול ונזק כלכלי בלתי מוצדק לצד בחוזה. התערבות זו אף עלולה להוביל לשחיקת האמינות המסחרית. נראה אפוא, שיש להיזהר מהתערבות חיצונית מעין זו. אך, אין להירתע מלעשות שימוש מושכל ונכון בכלים המשפטיים הקיימים בדיני החוזים, קרי דין הסיכול ועקרון תום הלב וזאת במקרים מתאימים תוך קביעת דרכן של הפסיקה והספרות המשפטית.

עוד חשוב להדגיש שאיננו דנים בטענת סיכול של חוזה בודד, כדרך שבתי המשפט דנו בעבר. עניין לנו בארוע כלל-ארצי, אשר משפיע כמעט על כל התקשרות חוזית. מדובר בכשל שוק, ולא רק בכשל חוזה. תופעה זו יכולה למשוך לכיוונים שונים בבואנו לדון במשמעויות הכשל על התקשרויות. מחד, מדובר בארוע דרמטי בעל השפעה עמוקה ונרחבת. מאידך, יתכן שדווקא בעיצומו של משבר, ודווקא בהתחשב בהיקפו הנרחב, מן הראוי לשמור על יציבות מסחרית וכלכלית. משכך יתכן גם שאין זה נכון לדון במשמעויותיו המשפטיות **הסופיות** של האירוע כאשר אנו בעיצומה של המלחמה, ומן הראוי להסתפק בדיון באותם מקרים אשר דורשים פתרון דחוף אד הוק.

בפרט על רקע האמור לעיל בדבר השפעתה הנרחבת של המלחמה, ראוי להזכיר שמערך החובות והזכויות של צדדים להסכם, והאינטרסים הכלכליים שלהם, שלובים ותלויים זה בזה ככלים שלובים. קבלת טענת סיכול של צד האחד לחוזה, **לא מעלימה את הנזק**, אלא מסיטהאותו, כולו או חלקו, לעבר צדו האחר. שימוש בדיני הסיכול במצב הנוכחי מסיט את הנזק, או לפחות את חלקו, מקבוצת אוכלוסייה אחת לאחרת, מבלי שבהכרח יהא בכך בראייה כוללת ומערכתית משום הצדקה פיננסית ו/או חברתית.

כשמדובר בחוזי שכירות, למשל, הכרה בנורמה הפוטרת שוכרים מסוימים מתשלום דמי שכירות מטילה את נזקי המלחמה, לפחות ברובם, על המשכירים. אלו, בתורם, קשורים בהסכמי הלוואה ומימון עם גורמים מממנים (בנקים, גופים מוסדיים, ציבור). חלק מן המשכירים הגדולים הם גופים ציבוריים נסחרים, שמניותיהם מוחזקות בידי הציבור. הסטת הנזק אליהם עלול אפוא לגרום נזק לציבור המשקיעים (במניות ובאג"ח), נזק לציבור הנשען על חסכון פנסיוני המנוהל ע"י גופים מוסדיים, **נזק הנובע מירידת מדדים בבורסה וערעור היציבות והוודאות הכלכלית**.

הכרה בסיכול חוזה, או התאמת החוזה מכוח עקרון תום הלב , עלולה גם לגרום לתגובת שרשרת כלכלית, ולהמשך טענות סיכול. השוכר יטען לביטול או דחייה של תשלומי השכירות, המשכיר יטען לביטול או דחייה של החזר הלוואותיו, הבנק יטען לצורך בהעלאת הריבית וכן הלאה. בכל אלה ראוי להתחשב, ולדון על פי הדין הקיים.

הפועל היוצא מכל אלה היא שלטעמנו הדרך הראויה והנכונה להתמודד עם מצב הדברים הנוכחי הינה דווקא דרך של הידברות בין הצדדים לחוזה והגעה לפתרונות **שאינם** בינאריים, ואשר חלף השטת מלוא הנזק והסיכון על אחד הצדדים, תאפשר חלוקה הוגנת של הנזק ומקסום התועלת לשני הצדדים. כך למשל, ברי כי פתרון בדמות דחיה מסוימת של תשלומים או אפילו ויתור **חלקי** על תשלום לתקופה מוגבלת עדיף במקרים רבים על פתרון בינארי שעלול לפגוע מהותית באחד הצדדים או אפילו בשניהם (למשל במקרה בו ייקבע כי על השוכר לשלם את מלוא דמי השכירות ללא דיחוי עלול הדבר להוביל לקריסתו ולאי תשלום סכומים כלשהם, באופן שיזיק לבסוף אף למשכיר).

**יישום דיני הסיכול על הפרות אפשריות בשל המלחמה**

 כזכור, טענת הסיכול מכוח הדין הכללי נשענת על שלושה אדנים שרק בהצטברותם תתקבל הטענה, והכל כמפורט להלן:

**יישום מבחני הצפיות על הפרות אפשריות בשל המלחמה**

האם המלחמה היא בגדר אירוע מסכל צפוי? על-פי הפסיקה בעניין **כץ**, ובשים לב לעובדה שבמהלך העשור האחרון ארעו מספר אירועים גדולים ומבצעים צבעיים, ניתן בהחלט לטעון שפרוץ המלחמה **אינו** בלתי צפוי. על פי הגישה הרווחת בפסיקה לפיה "**הכל צפוי**", לא בנקל יוכר אירוע חיצוני לחוזה כבלתי צפוי. לפי גישה זו קשה לומר כי צדדים לחוזה לא היו יכולים לצפות כי תפרוץ מלחמה. אין היא שונה במהותה מאירועים מסכלים קיצוניים כגון מלחמה בכמה חזיתות ומתקפה כפי שפורט במבוא לפנייה זו, ואין המדובר במקרים של - נזקי טבע, מחלות אישיות קשות ואפילו מקרי פטירה, שהוזכרו בפסיקה כצפויים.

יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי **מלחמה בהיקף הדומה להיקף הנוכחי של המלחמה, אשר גוררת פינויים מערים וסגירת אזורים שלמים, היא בהחלט מצב חסר תקדים.** הטענה שלא ניתן היה לצפות מלחמה שגוררת שיתוק מוחלט של כל המדינה וניתוק קשרי מסחר, בתוך ימים ספורים, היא לא בלתי סבירה, גם בהתאם להלכה המסורתית, וודאי שכך הדבר בהתאם לריכוך המסתמן בשנים האחרונות.

**ניתן לומר שגם אם מלחמה, באופן כללי, היא צפויה, הרי שמלחמה בעוצמה והיקף כזה ובעיקר בעלת השלכות מסוג זה, אינה צפויה וכי לא ניתן היה לצפות את ההשלכות המעשיות שתהיינה לה על היכולת לעמוד בהתחייבויות חוזיות כאלה ואחרות**. קשה להלום אפוא כי מעצם הצפייה של פרוץ מלחמה, יכלו צדדים לחוזה לצפות או כי היה עליהם לצפות את קשת הנסיבות המסכלות הדרמטיות שנגרמו כתוצאה מאותה המלחמה. זאת, בייחוד כאשר גם בימים אלו העתיד מעורפל, קצב ההתפשטות של המלחמה לחזיתות רבות אינו ידוע ועוצמת המלחמה והיקף השפעתה טרם התבררו.

בעינינו, בהתחשב בהשפעתה העמוקה, הנרחבת והפתאומית של המלחמה על חיי המסחר בארץ, ובצרוף תחיקת החירום שהשביתה הלכה למעשה את הפעילות המשקית, או חלקים נרחבים ממנה, ובהתחשב במגמת הפסיקה, **יש מקום לטענה שאירועי החודש האחרון היו בלתי צפויים ובלתי ניתנים לצפייה**. **בהכרה זו יש משום צעד גדול לכיוון הכרה בקיומו של סיכול**, ועם זאת יש לבחון בקפידה את קיום התנאים האחרים (ואת ההשפעה הפרטנית של המלחמה בכל מקרה ומקרה).

**יישום יסוד חוסר יכולת המניעה על הפרות הקשורות במלחמה**

בענייננו, נדמה כי הנטל להוכיח שלא ניתן היה למנוע את ההשפעות וההשלכות של המלחמה לא יהיה כבד והוא די ברור, אך הדבר תלוי, כמובן, בנסיבות הספציפיות של כל מקרה. יתכן שבמקרים מסוימים תתקבל הטענה שבשלב מסוים של התפתחות המלחמה (שהינה בבחינת 'אירוע מסכל מתגלגל') היה האדם 'הזהיר' מחויב לראות את הנולד ולצפות כי יינקטו צעדים של סגר, סגירת גבולות וביטול טיסות וכי באותה נקודת זמן יכול היה להיערך באופן שהיה מונע את הנסיבות המסכלות או מצמצם את השפעתן על החוזה (הקדמת ביצוע, הקדמת שינוע כוח אדם או סחורה, שימוש באמצעי ביצוע אלטרנטיביים או כל היערכות אחרת). דיני הסיכול לא יחולו במצב דברים בו צד לחוזה בוחר שלא לפעול, בגבולות הסביר, למניעת הנסיבות המסכלות תהיינה אשר תהיינה.

לכך יש להוסיף, שכאשר ניתן לבצע את ההתחייבות באמצעים אחרים (אשר עלותם איננה בלתי סבירה ואשר אינם עולים כדי איון ההיגיון הכלכלי שביסוד ההתקשרות החוזית), לא ניתן יהיה להעלות טענת סיכול. זאת, לרבות באותם מקרים בהם תתכן התאמה של ההתחייבות החוזית לנסיבות המשתנות.

**יישום היסוד לפיו קיום החוזה הינו בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי מהמוסכם**

כפי שכבר הובהר עצם קיומו של קושי או אי-נוחות בביצוע ההסכם לא יוכלו לבסס טענת סיכול וגם קושי כלכלי כשלעצמו אינו מהווה אירוע מסכל. משכך אף על פי שהמלחמה טומנת בחובה השפעות כלכליות דרמטיות, ועל אף שאנשים ותאגידים רבים מאוד נקלעו למצוקה כלכלית קשה שלא באשמתם, אין בכך כדי להפוך את קיום החוזה ל"בלתי אפשרי" או משנה אותו באורח יסודי. רק מקרים בהם קיים קשר ישיר בין מצב המלחמה לבין חוסר היכולת לקיים את החוזה הם אלה שיכולים לחסות תחת ייסוד זה.

כל פרשנות אחרת של הדין תיצור קטגוריות אינסוף של הפרות חוזה החוסות תחת דיני הסיכול. בדומה, היווצרותו של סיכון כזה או אחר, להוציא סיכון קיצוני המביא לשינוי מהותי של תנאי ההתקשרות, לא יהווה אף הוא נסיבה ההופכת את קיום ההסכם לבלתי אפשרי.

כך למשל בענייננו ניתן יהיה להכיר בטענת סיכול כאשר הסיכול נגרם מפגיעה באמצעי ייצור הכרחי ובלעדי (לרבות כוח אדם שאינו בר החלפה) או בשל חוסר כשירות של צד לחוזה (לרבות עובדיו) בשל מחלה או, חלילה, מוות (בהנחה שאין אפשרות ביצוע באמצעות אנשים אחרים). נראה שהיעדר קיומם של אמצעים לשינוע מוצר או חומר גלם, או לשינוע כוח אדם יהוו פגיעה מסכלת באמצעי ייצור, מקום שאין אלטרנטיבה סבירה.

יתכן אף שהנסיבות המסכלות תהיינה תוצאה ישירה של החלטות הממשלה ו/או הרשויות השונות בארץ ובעולם בקשר עם איסור פעילותם של עסקים רבים, הגבלת תנועה, כינוס, הטלת סגר על אזורים מסוימים, איסור כניסה, יציאה ותנועה בין מדינות וכיוצא באלו, דבר אשר ייצור מניעות משפטית וחוקית לקיום ההסכם. סביר מאוד להניח **שמניעה כזו תחשב כחוסר אפשרות לביצוע ההסכם.** כאמור לעיל, מניעה משפטית עשויה לעלות כדי חוסר אפשרות לבצע הסכם.

אף אם ההגבלות שנקבעו לאור המלחמה אינן עולות כדי נסיבה בגינה "בלתי אפשרי" לבצע את ההסכמים השונים, ייתכן ובמקרים מסוימים ניתן יהיה לראות בחסימת נתיבי סחר, הגבלתן של טיסות ממדינות מסוימות או דילול של אמצעי התחבורה השונים ונדירותם, עליית מחירים משמעותית של חומרי גלם, שינויים בערך המטבע במדינות שונות ובוודאי בהצטברות האירועים האמורים בהסכמים ספציפיים, כ-"שינוי יסודי" המקיים את התנאי השלישי להוכחת טענת הסיכול.

**סיכום ההתייחסות לטענת סיכול ביחס להפרות הקשורות במלחמה**

למרות קיומו של קושי עקרוני לשכנע בתי משפט בטענת סיכול, נראה כי השימוש בטענה זו עשוי להיות אפשרי בנסיבות מסוימות הקשורות במלחמה, בשים לב לעובדה שמדובר באירוע חסר תקדים, ואשר כבר עתה ברור שהשפעתו חריגה בכל קנה מידה (הגם שהשפעתו המלאה טרם הובררה).

יש להניח כי האופי הרוחבי והמקיף של המלחמה, משפיע באופן קיצוני על כל תחומי החיים בישראל, יוביל את בית המשפט העליון לגיבוש מדיניות שיפוטית כוללת המתייחסת לאופי המיוחד של תופעה זו. אולי אף המחוקק ידרש לגיבוש חקיקה לאור ההשפעה הכוללת של תופעת המלחמה. קשה להעריך מראש את "כיווני התנועה" בנדון.

**השימוש בעקרון תום הלב והתאמת החוזה לנסיבות המשתנות**

בצד דין הסיכול נחזור ונזכיר את חובת תום לב, והדבר חל, וביתר שאת, בתקופת כדוגמת המלחמה. בענייננו אנו סבורים כי נכון לצדדים, ובפרט נכון לחוזים שהמדינה היא צד להם, לגלות בימים אלה תום לב מוגבר והתחשבות מירבית בצדדים שכנגד לחוזים מולה. מידת תום לב מוגבר זו, מן הראוי שתשמש בניתוח שאלות הסיכול והתאמת תנאי החוזה כמתואר לעיל.

**השלכות משפטיות מעשיות: מקרה בוחן של הסכמי שכירות**

מאחר ש"**לא כל החוזים נולדו שווים**" (ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 20.11.2019)), נתייחס להלן למספר מקרים ספציפיים ובפרט לסוגים שונים של הסכמי שכירות.

ככלל נאמר, שיש בעינינו להבחין היטב בין מקרים בהם הוטלה מגבלה שלטונית על השימוש בנכס המושכר לבין מקרים בהם מגבלה כזו לא הוטלה, וטענת הסיכול או הדרישה להתאמת החוזה עולה מקושי כלכלי כללי. כמו כן, יש להבחין בין סוגי נכסים בהם השימוש קשור בהתגודדות אנושית לבין אלה שמלכתחילה לא כרוכים בכך. לבסוף, לאור אופיו המתפרץ של המשבר, שכולנו תקווה שיסתיים במהרה, יש להבחין בין התקשרויות לטווח קצר, לבין אלו לטווח ארוך.

**חוזי שכירות למגורים** - בעקבות המלחמה החל אוקטובר 07 ועד להשלמת מסמך עמדה זה, לא הוטלו מגבלות כלשהן על זכות השימוש של אנשים פרטיים במושכר למטרת מגורים. אדרבא, מרבית אנשים נמצאים בתקופה זו יותר בנכסים פרטיים.

במצב דברים זה, ככלל, לא נמנעת מהשוכרים האפשרות להשתמש בנכסים למטרת מגורים במהלך תקופת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר, בסביבתו או בדרכי הגישה אליו. משכך אין לראות במשכיר כמי שהפר את חיובו להתיר לשוכר להשתמש בנכס למטרתו, ולא תקום לשוכר האפשרות לבטל את החוזה או לקבל פטור מתשלום דמי השכירות. הפרה כאמור ותוצאותיה בדמות אפשרות ביטול החוזה או קבלת פטור מתשלום דמי שכירות, יתרחשו רק כאשר אין באפשרותו של השוכר להפיק מן השוכר את התועלת המוסכמת – ולא כך הם פני הדברים כיום.

אם כן, תחת הוראות התחיקה הנוכחיות לא ניתן לומר כי מטרת הסכמי השכירות למגורים מסוכלת. מכאן שהסכמי שכירות אלה לא הופרו באופן המצדיק מתן פטור לשוכרים מתשלום דמי שכירות. ודוק, הדין לא מכיר במניעות או בסיכול חלקי ומשכך כל זמן שהשוכרים ממשיכים להפיק הנאה מהמושכר למטרת מגורים – אף אם במקרים מסוימים המדובר הוא בהנאה חלקית – אין הצדקה להחיל את סעיף 15 לחוק השכירות או את סעיף 18 לחוק התרופות וליתן פטור מלא או חלקי מתשלום דמי השכירות. לעניות הדעת, במצב דברים בו השוכר עושה שימוש במושכר למטרת השכירות באופן מלא, אין גם הצדקה לשינוי הסכם השכירות מכוח חובת תום הלב. עם כל ההבנה, מצב כלכלי קשה כשלעצמו אינו עילה לשינוי תנאי חוזה או להכרה בסיכולו. הכרה כזו עלולה לפגוע באופן קשה בוודאות המסחרית והכלכלית והשפעותיה עלולות להיות חמורות. אין לכך בסיס בדין.

**חוזי שכירות לעסקים שתחיקת החירום השביתה את פעילותם** - בשונה מהמצב המשפטי לעניין הסכמי שכירות למטרת מגורים, הוראות תחיקת החירום שהורו על השבתה מוחלטת של עסקים מסוימים (בתי קפה ומסעדות שאינן יכולות להפעיל take away, קניונים, חדרי כושר וכיו"ב) מסכלות באופן מלא את אפשרות השוכרים הללו לעשות שימוש במושכר. משוכרים אלו נמנעת האפשרות להפיק מן המושכר את התועלת המוסכמת (לקיים את פעילותם העסקית מתוך הנכס). על פי הפסיקה העדכנית (עניין **זועבי** שתואר לעיל), מניעה משפטית לעשות שימוש במושכר יכולה לבסס טענת סיכול, הגם שהמושכר עצמו כשיר לשימוש.

בנוסף לעסקים שהושבתו מחמת מהות פעילותם, יש להתחשב בעסקים שהושבתו מחמת שהם ממוקמים באזורים שפונו או היו חלק מהלחימה. סע' 15 לחוק השכירות מתייחס מפורשות לסיכול הנובע מנסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר. מקום בו עקב סגר לא ניתן להגיע אל הנכס, הרי דה פקטו מתקיימים תנאי סע' 15.

במצב דברים זה, מאחר שחובת המשכיר היא לאפשר שימוש במושכר לאורך תקופת השכירות, המשכיר נתפס בעיני הדין כמפר הסכם השכירות, הגם שלא באשמתו. עצם המניעות המשפטית להשתמש במושכר, אף בהיעדר אשם מצד המשכיר, מקימה לבעלי העסקים הנ"ל את הזכות לבטל את ההסכם או לפטור עצמם מתשלום דמי שכירות עד להסרת המניעה. כלומר, כל זמן שהוראות התחיקה מונעות את אפשרות הגישה למושכר (כתוצאה מהלחימה) ואת אפשרות בעלי העסקים להשתמש בו לפעילותם העסקית לשמה נועד ההסכם. לנוכח האמור, יהיו השוכרים מופטרים מחובת תשלום דמי השכירות מבלי לבטל את ההסכם. במאמר מוסגר, יצוין כי בתוך תקופה מסוימת ("זמן סביר") המשכיר יהיה רשאי לבטל את חוזה השכירות, אילולא הודיע השוכר קודם לכן על וויתור הפטור.

**חוזי שכירות לעסקים שמצב החירום לא השבית את פעילותם, אך צמצמה את אפשרותם להעסיק עובדים ולנהל את הפעילות הקבועה -** הוראות תחיקת החירום שהותקנו לאור משבר המלחמה המגבילות את נוכחות העובדים במקומות העבודה, מסכלות את אפשרות בעלי עסקים אלו לעשות שימוש במושכר.

עסקינן במניעות חלקית שאינה שוללת שימוש מלא בנכס, אך בהחלט שוללת את עיקרו. המגבלות שהוטלו וגיוס כללי אינן מסכלות את מטרת ההסכם ואינן מונעות לגמרי את ההנאה מהמושכר, ועם זאת הוראה חוקית האוסרת על השוכר להכניס למושכר את הרוב המכריע של עובדיו או שלמעשה לאור מצב החירום להעסיק את כלל עובדיו, שוללת את עיקר זכות השימוש אותה רכש בהסכם השכירות.

שאלת קיומה של מניעות לממש את מטרות הסכם השכירות לא נגזרת רק מהגבלת מספר העובדים במושכר, שכן ההנאה מהמושכר מתבטאת במספר אופנים נוספים. סוגיה זו, הרלבנטית גם לדיני הסיכול הכלליים, עשויה להיגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה. לצורך כך, יש לבחון את סוג השימוש במושכר (מסחר מול משרדים) ואת השימושים שנעשים בו חרף המגבלות, למשל: החזקת ציוד משרדי, הפעלת שרתים, אחסון וכד'. בעניין זה ניתן אף לטעון כי עצם ההחזקה של מערכות מחשב במושכר, היא המאפשרת את ביצוע העבודה מהבית. כמו כן, גם האפשרות לחדש את הפעילות העסקית "מהיום למחר" עם סיום המלחמה, מהווה הנאה מהמושכר ומימוש מסוים של מטרות ההסכם. בנוסף, יש לבחון האם קיימת במושכר אפשרות בכללים הנדרשים מבחינת מיגון וכד'

כנזכר לעיל, דיני הסיכול אינם מכירים בסיכול הנובע ממניעות חלקית. עם זאת, **נראה בעינינו שהמקרה דנן הינו מקרה מובהק בו יש מקום להתאמת החוזה מכוח חובת תום הלב בביצוע חוזה**. כאן מדובר במקרה בו עיקר אפשרות השימוש מעוקר מכוח חובה חוקית, ומטרת השימוש משתנה מהותית. כמפורט לעיל, התאמת תנאי החוזה מכוח חובת תום הלב אפשרית ואף מחויבת במקרים המתאימים, ודומה שבמקרה זה עמידה דווקנית של המשכיר על ביצוע החוזה בנסיבות בהן חל שינוי מהותי בתשתית החוזית יהיה בה משום פעולה בחוסר תום לב.

בעינינו, בכפוף לבחינת כל מקרה ומקרה, לרבות תנאי ההתקשרות הספציפיים, ובכפוף לסייג הכללי שדיני החוזים הם דיספוזיטיביים, נראה שבהעדר קביעה אחרת, נכון יהיה להתאים, לתקופת החירום את תנאי חוזה השכירות לאותם נכסים שהשימוש בהם הוגבל באופן חלקי (אך ניכר) באופן שבמהלך תקופת החירום יישאו השוכרים ב-50% מדמי השכירות ודמי הניהול, מבלי שהדבר יחשב להפרת חוזה. פטור חלקי זה מתשלום דמי שכירות, משקף כאמור לעיל את אפשרות השימוש במושכר בנסיבות החדשות שנוצרו במדינה לאור המלחמה: מחד, מגבלת שימוש חמורה המונעת מהשוכרים את עיקר השימוש בנכס, ומאידך אפשרותם להמשיך להפעיל את התשתית הארגונית של העסק (כתלות בנסיבות כל עניין).

יודגש, שהאמור לעיל מתייחס אך ורק לתקופת החירום, וזאת ככל שרובצת מגבלת השימוש על הנכסים האמורים, ואך ורק לאותם נכסים במישרין. נכסים מושכרים, שאין להם כל הגבלה בקשר לפעולתם, אין מקום ככלל להפחית מדמי השכירות שלהם, אף אם תשלום דמי השכירות מכביד מבחינה כלכלית על שוכריהם.

עסקים שעובדים כרגיל ולא הוטלו עליהם מגבלות באשר למצבת העובדים, אינם באים בגדר שוכרים שזכות השימוש שלהם במושכר נמנעה – לא במלואה ואף לא בחלקה. מקום שבו זכות השימוש של בעלי עסקים אלו בנכס לא נמנעה והם ממשיכים להפיק הנאה מהמושכר בין היתר בהתאם לתחום הפעילות, הרי שמטרת הסכם השכירות לא סוכלה. ברי כי עסקים אלו ממשיכים להפעיל את פעילותם העסקית מתוך המושכר ולא מתקיימות נסיבות מסכלות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו.

לפיכך, **דיני הסיכול אינם חלים ביחס להסכמי שכירות אלו ואף אין, לכאורה, הצדקה להפעיל את דוקטרינת התאמת החוזה לנסיבות המשתנות**, מאחר והחיובים המהותיים של הצדדים לחוזה לא הושפעו בהיבט זה מהמלחמה (כמובן שכל מקרה צריך להיבחן על-פי נסיבותיו וייתכנו חריגים לכלל).

בדומה לחוזי שכירות לעסקים חיוניים, גם חוזי שכירות לעסקים שעיקר פעילותם נסמכת על אוטומציה של מכונות או על אחסון, להבדיל מעל כוח אדם אנושי (מחסנים, מרלו"גים, מפעלים תעשייתיים וכיוצ"ב), לא ייחשבו כהסכמים שמטרתם סוכלה בשל המלחמה ואפשרותם להפיק **הנאה מלאה מהמושכר לא נמנעה**. נכסי המקרקעין ממשיכים לשרת אפוא את בעלי העסקים מסוג זה למטרת השכירות המוסכמת וכל זמן שלא נמנע מהם להשתמש במושכר מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו, הסכמי השכירות לא הופרו ו**אין הצדקה לפטור את בעלי העסקים הנ"ל מתשלום דמי השכירות** (כמובן שכל מקרה צריך להיבחן על-פי נסיבותיו וייתכנו חריגים לכלל).

 משכך גם ביחס להסכמי שכירות אלה, אין תחולה לדיני הסיכול (לא מכוח סעיף 15 לחוק השכירות וודאי שלא מכוח הדין הכללי שבסעיף 18 לחוק התרופות) ואין הצדקה להתאמתם לנסיבות המשתנות מכוח עיקרון תום הלב.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תמונה שמכילה קו  התיאור נוצר באופן אוטומטיאלעד אופק, עו"דשותף בפירמת עוה"ד אברהם ללום ושות' |  | אברהם ללום, עו"דראש פירמת עוה"ד אברהם ללום ושות' |

בכבוד רב ובברכה

1. ראה חוות דעת בנושא "**סיכול לאור משבר הקורונה**": עו"ד אילן בומבך, עו"ד לירז ראש, עו"ד אבי חימי, עו"ד אברהם ללום ואח'. [↑](#footnote-ref-1)
2. [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. כך למשל ראה הצעת חוק דחיית מועדים (הוראת שעה- חרבות ברזל) (חוזה, פסק דין או תשלום לרשות), התשפ"ד- 2023, שהתקבלה בקריאה ראשונה ןהמציעה פתרון משפטי מוסדר למשפחות אשר בשל מצב המלחמה אינן מנהלות שגרת חיים רגילה ואינן יכולות לעמוד בהתחייבויותיהן המשפטיות במועד. על אי-לאור חוסר הבהירות השוררת במשפט הישראלי כיום בכל הנוגע לדין הסיכול, יעידו פסיקות סותרות שניתנו כבר בעיצומו ובעניינו של משבר הקורונה: חלק מחד היו שסברו כי "'קורונה' איננה מילת קסם" ואין בכוחה לפטור את הצדדים מאחריותם החוזית המוחלטת. , ולעומת מאידך, סברו זאת חלק סברו כי משבר הקורונה הוא בגדר מצב חריג המצדיק לפטור צד לחוזה ממילוי חובותיו על פי ההסכם. משמע, ואין לעמוד בו על מימוש החוזה במתכונתו המוסכמת. ראו והשוו: ה"פ )תל אביב-יפו ( 12741-04-20 רב בריח ) 08 ( תעשיות בע"מ נ' פ.ל.א.ר ניהול נכסים בע"מ )נבו, 16.4.20 ;) ת"א )שלום ירושלים( 10815-04-20 טוראי קליבר בע"מ נ' די. ג'יי אסושיאטס )נבו, 19.4.20 ;) ת"א 25129-04-20 ריקושט בע"מ נ' שיש האלונים בע"מ )נבו, 23.4.20 ; תא"ח )שלום, תל אביב( 4492-05-20 מ.ג. יצחקי נכסים בע"מ נ' ח.י.א. שותפויות בע"מ )נבו, 23.6.2020 . ס' 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג- 1973 [↑](#footnote-ref-4)
5. ראו, למשל, ע"א 345/89 **דברת נ' מעליות ישראליפט י. מ. ש. אילן ניהול והשקעות בע"מ**, פ"ד מו(3) 350, 357-354 (1992). בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון כי בפירוש תניה בהסכם קומבינציה, לפיה הקבלן לא יחוב בגין איחור בלוח זמנים מתוך "סיבות שלקבלן אין שליטה עליהן". מכאן, יש מקום להיעזר (בין כאנלוגיה ובין כפירוש) בהוראות הסיכול שבסעיף 18 לחוק התרופות וכי ישנה חשיבות רבה להגיע לסוף דעתם של הצדדים להסכם כאנשי עסקים סבירים המבקשים להשיג מטרה מסחרית משותפת. כן נקבע כי יש לפרש תניית פטור כאמור, בעיקרה, כצופה פני העתיד וכמתייחסת לסיבות, לגורמים ולמניעות שייוולדו בעתיד ואשר אין הצדדים יודעים עליהם בעת כריתת ההסכם. [↑](#footnote-ref-5)
6. גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 22-21 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: "**שלו וצמח**") [↑](#footnote-ref-6)
7. ##  ת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 **ב. יאיר חברה קבלנית בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 31.7.2008) (להלן: "**עניין ב. יאיר**"))

 [↑](#footnote-ref-7)
8. ר' למשל ע"ע (ארצי) 256/08 **קוקא נ' יוסי שוורץ**, פס' 52 (פורסם בנבו, 13.2.2011); ע"א 4893/14 **וליד חמודה זועבי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.3.2016) (להלן:" **עניין** **זועבי**") [↑](#footnote-ref-8)
9. פסק דין זה דן במצב של עליית מחירים כתוצאה ממלחמת יום הכיפורים אשר גרמה לכך שהסכם שהתחייב המערער לבצע הפך בן לילה להסכם ב-"מחיר פשיטת רגל". המערער פנה למשיבים וביקש להעלות את המחיר בעקבות עליית המחירים והאינפלציה במשק. לאחר שנדחתה בקשתו, חדל מביצוע העבודות בהתאם להסכם. [↑](#footnote-ref-9)
10. בפסק דין זה שופטי הרוב (כהן ובן פורת) דחו את טענות המערער לעניין יכולת הצפיות והתמקדו בכך שאף אם המלחמה אינה צפויה, הרי שאינפלציה או עליית מחירים (קיצונית ככל שתהא), צפויה היא. [↑](#footnote-ref-10)
11. ר' למשל ת״א (מחוזי ת״א) 2975/82 **לרר נ׳ עיריית חולון**, פ"ד התשמ"ד (1) 459, 462 (1983) שם נקבע כי מבצע שלום הגליל היה צפוי בכוח ולפיכך נדחתה טענת הסיכול. [↑](#footnote-ref-11)
12. ראו עניין כץ לעיל. [↑](#footnote-ref-12)
13. ת"א (ת.א.) 651/92 **בלוק אמריקה בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ** (לא פורסם); ע"ע 256/08 **בשיר קוקא ואח' נ' שוורץ ואח'** (פורסם ביום 13.02.11) [↑](#footnote-ref-13)
14. ע"א 291/82 **פישברג נ' דים**, פ"ד לט(2) 625 [↑](#footnote-ref-14)
15. ע"א 736/82 **כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם**, פ"ד לט(2) 490 [↑](#footnote-ref-15)
16. ע"א 6328/97 **רגב נ' משרד הביטחון**, פ"ד נד(5) 506 (2000 [↑](#footnote-ref-16)
17. ת"א (מחוזי ירושלים) 3531/01 **בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 21.7.2002) (להלן: **"עניין בן אבו**") [↑](#footnote-ref-17)
18. ת"א (מחוזי ת"א) 1072/07 **גדעון נ' פוקס** (פורסם בנבו, 7.3.2010) (להלן: "**עניין גדעון**") [↑](#footnote-ref-18)
19. פסק דין זה, שדחה את התביעה על יסוד טענת הסיכול, **בוטל בהסכמה** במסגרת פסק הדין מיום 23.5.2011 שניתן בערעור (ע"א 3531/10  **גדעון נ' פוקס** (פורסם בנבו, 23.5.2011)), בו פסק בית המשפט העליון, על יסוד הסמכה בהתאם לסעיף 79א' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, כי הנתבעים ישלמו לתובעים 350,000 ש"ח (כאשר התביעה הייתה ע"ס 2.5 מיליון ש"ח). [↑](#footnote-ref-19)
20. בע"א 5054/11 **ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' אמסטר**, פ"ד סו(1) 480 (2013) [↑](#footnote-ref-20)
21. "באשר לתנאי השני – מבחן הצפיות, השאלה הרלבנטית היא כלום ניתן היה לצפות את התרחשות האירוע המסכל. **הגישה הרווחת בפסיקה קבעה, כי כמעט כל אירוע ניתן לצפייה, בחינת "הכל צפוי"** ... עם זאת, דומה, כי בפסק הדין בעניין רגב ... נקבע מבחן גמיש יותר המחיל את מבחן הצפיות לא על עצם צפיות האירוע המסכל, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים. במקרה דנא, **בין אם יוחל המבחן המקובל, או בין אם המבחן המרוכך שנקבע בפרשת רגב,** יש לדידי לקבוע כי לא התרחש אירוע מסכל" (פסקה 36). [↑](#footnote-ref-21)
22. ##  להלן דוגמאות למקרים נוספים בהם התקבלה טענת סיכול: בת"א (י-ם) 869/93 **כהן נ' כהן** (פורסם בנבו, 6.2.2000) הכיר בית המשפט בסיכול שנוצר בשל הופעת מחלת נפש; בת"א (חי') 14721/05 **הרשקוביץ נ' איסתא ישיר חברת נסיעות של הסטודנטים בע"מ** (פורסם בנבו, 20.11.2007) נקבע כי ביטול טיסה לאנטליה עקב התרעה של המטה ללוחמה בטרור בעקבות איום קונקרטי, הוא בגדר אירוע מסכל; בעניין **ב. יאיר** הכיר בית המשפט בכך שהחברות לא צפו את השפעת האינתיפאדה על קניית הדירות; בת"א (ת"א) 11714/07 **אברהם נ' אשדר חברה לבניה בע"מ** (פורסם בנבו, 1.7.2009) התקבלה תביעת השבה של סכום ששולם על חשבון רכישת דירה כאשר מספר ימים לפני מועד התשלום השני עבר התובע תאונת דרכים קשה; בעניין **גדעון** נקבע שחוזי מימון ורכישה של חברה בהם התקשרו הנתבעים סוכלו ע"י צד ג' בשל מלחמת לבנון השניה, הנתבעים לא נהנו מפירות ההתקשרות, ולכן סוכל גם חוזה התווך עם התובע; בת"א (רמ') 2887-05 **זבידה נ' "גינשר" יוזמות וניהול פרויקטים בע"מ** (פורסם בנבו, 21.9.2011) נקבע כי הנתבעים לא ידעו ולא יכלו לדעת כי בשכנות לבניין פועלת תחנה של עבריינים למכירת סמים מסוכנים שלא כדין; בת"א (קריות) 8393-09-11 **זיך נ' ק.ש.ר. קידום שרותים חברתיים בע"מ** (פורסם בנבו, 27.8.2014) הוכרה טענת סיכול בנסיבות של אירועים אלימים מתמשכים הטומנים בחובם סכנה עתידית; בתא"מ (כ"ס) 12761-06-14 **קרול נ' לוי** (פורסם בנבו, 1.10.2015) נקבע כי לא ניתן היה לצפות את מותה של שוכרת הדירה.

 [↑](#footnote-ref-22)
23. ראו עמודים 765-763 להצעת חוק דיני ממונות. [↑](#footnote-ref-23)
24. ת"א (תל-אביב) 651/92 **בלוק אמריקה בע"מ נ' גזית ושחם**, עמ' 709 **(**תקדין מחוזי, כרך 93(1), תשנ"ג/תשנ"ד 1993) (להלן: "**עניין בלוק אמריקה**"). [↑](#footnote-ref-24)
25. שם, 420-419. [↑](#footnote-ref-25)
26. פרידמן וכהן, 420-416. [↑](#footnote-ref-26)
27. שם, 415. [↑](#footnote-ref-27)
28. ע"א (ת"א) 583/84 **גורי ואייזיקוביץ נ' חברת רובינשטיין בע"מ**, פ"ד תשמ"ו(3) 359, 362 (1984). [↑](#footnote-ref-28)
29. עניין **בלוק אמריקה**. [↑](#footnote-ref-29)
30. בע"א 6450/93 ענבר נ' דנגור (פורסם בנבו, 26.2.1997). [↑](#footnote-ref-30)
31. ##  ע"א 13/75 **בלומנפלד נ' חברת הדר פלסט בע"מ**, פ"ד כט(2) 452, 456 (1975); וע"א 748/80 **גולדשטיין נ' גוב-ארי חברה לבנין ולהשקעות**, פ"ד לח(1) 309, 324-323 (1984) (להלן: "**עניין גולדשטיין**"))

 [↑](#footnote-ref-31)
32. ר' עניין **מרקין**, בעמ' 24. [↑](#footnote-ref-32)
33. כך, למשל, בת"ק (ראשל"צ) 14343-02-19 **שחר נ' שיר** (פורסם בנבו, 26.7.2019) נקבע כי הרטיבות שנוצרה בדירה גרמה לכך שהדירה לא היתה ראויה למגורים ומשכך השוכרת זכאית להשבת דמי השכירות ששילמה בגין התקופה בה לא שהתה בדירה; ובת"א (בי"ש) 25811-06-16 **קבוצת מ.א.ל.מ נכסים בע"מ נ' מ. מסטיקס בע"מ** (פורסם בנבו, 25.10.2018) ניתן פטור מדמי שכירות בעד החודשים בהם הושבת המפעל בגין חדירת מים אליו.  [↑](#footnote-ref-33)
34. ר', למשל, תא"ח (ת"א) 5642-06-12 **מתחם השלושה בע"מ נ' נבון** (פורסם בנבו, 20.11.2013). [↑](#footnote-ref-34)
35. פרידמן וכהן, בעמ' 421. [↑](#footnote-ref-35)
36. שלו וצמח, בעמ' 785; וכן ראו ת"א (מחוזי י-ם) 2259-08 **יורו ישראל נ' משרד הבינוי** **והשיכון** (פורסם בנבו, 04.03.2012). [↑](#footnote-ref-36)
37. #  דוד רונן, בספרו **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** (תשס"א), מבהיר בעמודים 265-264 מספר נקודות המאפיינות את דוקטרינת התאמת החוזים לנסיבות משתנות, על יסוד פסק הדין שניתן בע"א 3833/93 **לוין נ' לוין**, פ"ד מח(2) 862 (1994): "**הראשונה**, חוק החוזים (תרופות), ובכלל זה סעיף 3(4) הנו דין ״ציבורי״, באותו מובן שמוריס כהן הצביע עליו, כלומר התחשבות בשיקולים ציבוריים שאינה מוגבלת למישור היחסים בין הצדדים. במתכונתו זו רשאי בית המשפט להפעיל שיקולי מדיניות הנוגעים לאופן אכיפת החוזה, ובכללם שיקולים בדבר הגשמת יעדים ראויים בעיני המדינה, כגון התאמת חוזים לנסיבות משתנות; דין חוזים ציבורי, מטבע הדברים, גובר על הסדרים שהצדדים קבעו בחוזה. **השנייה**, שלא כמו בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), (שאוזכר ב**מחצבות חיפה** ככלי אפשרי להתאמות חוזים), על־פי הלכת **לוין** **אין תחולה למבחני הצפיות והשליטה** על סעיף 3(4). ... **השלישית**, מועד הכריתה איבד מחשיבותו; שינויי הנסיבות שהתפתחו לאחר מועד הכריתה אינן נופלות בחשיבותן מהנסיבות שהיו במועד הכריתה. ... **הרביעית**, ניתן להתעלם מהסכמה מפורשת של הצדדים, ובכלל זה התנאות על אופן ביצוע, או תניות פטור, ולהעדיף תחתיהן שיקולי צדק "אישי". **החמישית**, הצדק ה"ציבורי" מהווה מקור משפטי להתחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים. להשקפתנו, מאפיינים אלה מהווים את מכלול היסודות הנדרשים מן הדין לשם התאמת החוזה לנסיבות משתנות".

 [↑](#footnote-ref-37)
38. שלו וצמח, בעמ' 784-783. [↑](#footnote-ref-38)
39. גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 625 (תשס"ה). [↑](#footnote-ref-39)
40. פרידמן וכהן, בעמ' 465-463. [↑](#footnote-ref-40)
41. פרידמן וכהן, בעמ' 421; ושלו וצמח, בעמ' 783. במקרה כזה, רשאי בית המשפט להורות על עיכוב ודחיית קיום בהתאם להוראות ס' 43(א) לחוק החוזים. [↑](#footnote-ref-41)
42. ה"פ (ת"א) 2103/96 **מצלאוי חברה לבנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל** (לא פורסם); וה"פ (נצ') 452/97 **אייזנקוט נ' הועד המקומי אילניה** (פורסם בנבו, 31.12.1997). [↑](#footnote-ref-42)
43. Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice, Peter Roberts, pg 267. [↑](#footnote-ref-43)
44. ר', למשל, ע"א 1781/90 **דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות בנין ופיתוח בע"מ נ' פרטוש**, פ"ד מז(2) 621 (1993). [↑](#footnote-ref-44)
45. כב' השופט חשין הבחין בין גשמים בעתם לבין גשמים שלא בעתם (או גשמים קיצוניים) וקבע שבעוד הראשונים צפויים, האחרונים אינם צפויים. [↑](#footnote-ref-45)
46. וראו קביעות דומות תוך הפניה לדיני הסיכול הכלליים גם ע"א 3849/09 **הר נשגב נ' ברוך ובר** (6.7.2014). [↑](#footnote-ref-46)