

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

20 במרץ 2024

לכבוד:

מר שלומי הייזלר, מנכ"ל משרד האוצר
מר יהלי רוטנברג, החשב הכללי במשרד האוצר
מר משה בן זקן, מנכ"ל משרד התחבורה
מר יהודה מורגנשטרן, מנכ"ל משרד השיכון
מר רונן פרץ, מנכ"ל משרד הפנים
מר מאיר שמעוני, מנכ"ל משרד החינוך
גב' כרמית יוליס, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט אזרחי)
מר חיים ביבס, יו"ר מרכז השלטון המקומי

הנדון: השפעת מלחמת 'חרבות ברזל' על חוזי קבלנות בענף התשתית והביצוע החוזי

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

מבוא – תקציר מנהלים

- 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 שוק הבנייה למגורים ולתשתיות בפרט.
- עם פרוץ המלחמה, החליטה ממשלת ישראל לאסור על כניסת פועלים פלסטינים לישראל מיהודה ושומרון ועזה. להחלטה זו, מוצדקת ככל שתהיה, ויצוין כי אין בחוות דעת זו כדי להביע עמדה בדבר נחיצותה, השפעה מיידית ומשמעותית על המשק הישראלי בכלל, ובייחוד על הוצאתם לפועל של פרויקטי תשתית רבים.
- בקצירת האומר יצוין, כי המחסור בעובדים הביא ועוד עתיד להביא לעיכובים בלוחות הזמנים ליישום פרויקטי תשתית ופרויקטי בניה חוזית שונים ומגוונים הנאמדים כעת במאות ימים. זאת, כאשר בהתאם לחוזה מדף 3210, לתנאי מכרזים ולחוזים פרטניים רבים מול המדינה, רשויות מקומיות וחברות ממשלתיות, קבלני התשתיות והביצוע החוזי (להלן: "הקבלנים") נדרשים לעמוד בלוחות זמנים אשר אי עמידה בהם גוזרת הטלת קנסות, אי תשלום וחילוט ערבויות שונות שבידי מזמין הפרויקט. יצוין, כי להתאחדות הגיעו מספר תלונות, שלפיהן ישנה דרישה דווקנית מצד רשויות המדינה או רשויות מקומיות לעמוד בתנאי ההסכם על מנת להימנע מהפעלת סנקציות חוזיות ובכלל זה חילוט ערבויות.

זאת, ללא כל התחשבות במצב, ובהפרה בוטה של חובת תום הלב המוגברת החלה על המדינה ורשויות שלטוניות אחרות.

4. דוק, כפי שיפורט בהרחבה להלן, [REDACTED]

בחינה מהותית של [REDACTED] המערכת החוזית מעלה כי דווקא המדינה, או חברות ממשלתיות המשמשות כזרוע ביצוע שלה (להלן גם יקראו יחד: "המדינה") הן הנמצאות בצד המפר של חוזי התשתית והבניה החוזית. זאת, היות שאי עמידתם של הקבלנים בלוחות הזמנים היא נגזרת של החלטת המדינה שלא לאפשר את כניסתם של פועלים פלסטינים, כאשר לאורך השנים המדינה היא זו שהחליטה על המכסות להעסקתם בענף התשתית והבניה החוזית. לכן, [REDACTED] המדינה [REDACTED] ינה מקיימת את חיובה כמשמעות המונח בסעיף 43(א)(3) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") – כלומר, [REDACTED] המדינה לא מקיימת את חיובה ונותנת מענה הולם למחסור בעובדים, [REDACTED]

לחלופין, ניתן לראות את המדינה כמי שמנעה ומונעת מהקבלנים לקיים את חיובם בשל הטלת הסגר ואי מציאת חלופה ולכן, בהתאם לסעיף 43(א)(1) לחוק החוזים – יש להשהות את חיובי הקבלנים כלפיה, [REDACTED]

5. זאת ועוד, כפי שיפורט להלן, לשיטתנו ראוי שיחול על חוזי קבלנות לתשתית ובניה חוזית עם רשויות מקומיות וכן על חוזי קבלנות בין פרטיים דין הסיכול: בנסיבות שיתוארו להלן, עומדת לצד הנחשב כמפר חוזה הגנת הסיכול לפי סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים (תרופות)" או "חוק התרופות"). משמעותה של ההגנה כאמור היא השבה הדדית ושיפוי הנפגע בהתאם לשק"ד בית המשפט – בהתאם להוראות סעיף 18(ב) לחוק החוזים תרופות, בית המשפט יהיה רשאי לחייב את הצדדים בהשבה הדדית וכן לחייב את מזמיני העבודה לשפות את הקבלנים בעבור ההוצאות הסבירות שהוציאו ועל ההתחייבויות שהתחייבו בהן באופן סביר לשם קיום החוזה. יצוין, כי אם וככל שהטענות [REDACTED] בכל הנוגע לחוזים עם המדינה או עם חברות ממשלתיות שהן זרוע ביצוע שלה, לא תתקבלנה, הרי שברי כי הגנת הסיכול תעמוד לקבלנים גם מול המדינה.

6. כבר כאן יצויין כי לעמדתנו, ועל אף אישיותן המשפטית הנפרדת, יש לראות בחברות הממשלתיות, שהן זרוע ביצוע של המדינה בפרויקטי תשתית, כאילו היו המדינה עצמה. משכך, דינן בהקשרי חיובים שלובים או הגנת הסיכול צריך שיהיה זהה.

7. כפי שיפורט להלן, [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
להווה ידוע, כי המשמעות של אי בניית תשתיות היא נרחבת הן בכל הנוגע לקידום פרויקטי מגורים התלויים בתשתית כאמור, והן בכל הנוגע לשיפור התשתית הקיימת, תוך פגיעה [REDACTED] בקידום תשתיות כבישים, אנרגיה, מים וכד' ואף בבניה הציבורית בפיתוח של גני ילדים, בתי ספר ובתי חולים – שלא יקידומם יש משמעות ברורה.

למעשה ניתוב הקשיים האדירים שחווים הקבלנים עקב "משבר הידיים העובדות" למישור בירור הסכסוך המשפטי בערכאות, יוביל, מניה וביה, להשלכות רוחב משמעותיות, תוך [REDACTED] פגיעה חמורה בציבור כולו.

8. לעמדתנו ולפי הפירוט שלהלן, לאור הנסיבות המיוחדות הנוגעות למלחמה ולאור השלכות הרוחב המשמעותיות, ברור כי נכון לקדם פתרון כולל אשר יבטיח ודאות בשוק, ימנע פניות מרובות לביהמ"ש, יאפשר את המשך קיום החוזים, תוך הותרת המחלוקת באשר למועד קיומם מאחור, ותוך יצירת הסדר מאוזן לחלוקת אחריות ונזקים. על כן, ההתאחדות תציע, כי בדומה להצעה שהובאה במסגרת מסקנות הצוות הבין-משרדי לבחינת השפעה הקורונה על קיום חוזים¹, תינתן הוראה כוללת, לפיה יש לפעול לקיום משא ומתן בתום לב ובשיתוף פעולה לצורך קיום החוזה בקירוב. [REDACTED]

[REDACTED]
ביצוע זה בקירוב רלוונטי עד למועד הגעתם של פועלים זרים חדשים ותוך התחשבות במספר חודשי התארגנות שיידרש להתאקלמותם. עוד מצופה [REDACTED]

רקע עובדתי

9. ענף התשתיות והבנייה החוזית כולל פרויקטים שונים המבוצעים בהזמנה, כאשר המזמין הוא גוף ציבורי כלשהו. כך, פרויקטים אלה מבוצעים בהזמנתם של משרדי ממשלה, יחידות סמך, חברות ממשלתיות ורשויות מקומיות. הניסיון מלמד, שבעוד הפרוייקטים המבוצעים עבור רשויות מקומיות הם בנייה של מבני ציבור שונים לרבות גני ילדים ובתי ספר ובניית תשתיות לצורכי פרויקטי מגורים, בעבור חברות ממשלתיות הפרוייקטים המבוצעים הם פרויקטי תשתית גדולי ממדים דוגמת מחלפים או תשתיות תחבורה שונות. היות שמדובר במזמינים בעלי אופי ציבורי, ההזמנות נעשות לרוב על ידי מכרזים שיויונים, ועל המציע לעמוד בתנאי המכרז אשר יכולים להקשות עליו לזכות באפשרות לבצע את הפרוייקט.

10. בהתחשב בעובדה זו וכפי שיפורט בהמשך, היחסים החוזיים בין המזמין לבין המציע או המבצע שונים ממצב של יחסים חוזיים בין פרטיים המתקשרים בחוזה. בפרט, במקרים בהם מדובר בחוזים לבניית פרויקטי תשתית (עבודות הנדסה בנאות) שהמזמין בהם הוא משרד ממשלתי או חברה ממשלתית, ואשר לגביהם קיים חוזה מדף המחייב את הצדדים – חוזה מדף 3210 (מצ"ב כנספח א').

11. חשיבותם של פרויקטי התשתית והבנייה הציבורית – מובנת מאליה ואין צורך להכביר במילים לגביה. ובכל זאת, רק לשם ההדגשה, בשנת 2022 ההשקעות בתשתיות בישראל הסתכמו ב-51,693 מיליון ₪!

¹ משרד המשפטים מסקנות הצוות הבין-משרדי לבחינת השפעות משבר הקורונה על קיום חוזים (7.7.2020) (להלן: "דו"ח הקורונה").

למרות זאת, נוצר צורך להבהיר לגורמי המדינה השונים את המצב הכאוטי אליו נכנסו הקבלנים המבצעים של פרויקטי התשתית והבניה החוזית עקב מלחמת 'חרבות ברזל' ובפרט עקב הסגר שהוטל על שטחי יהודה ושומרון, ואת העובדה כי עד כה, ולמרות חשיבותם הרבה של פרויקטים אלה, **אף לא גורם ממשלתי אחד עסק בנושא באינטנסיביות הראויה² ופעל ליצירת מתווה כולל לענף**, [REDACTED], הכל כפי שיפורט להלן.

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

13. מספר הפועלים הפלסטינים בענף הבנייה בהתאם למכסות שקבעה המדינה עמד בסוף שנת 2022 על כ-73,000 בעוד כמות העובדים הזרים עמדה על כ-20,000 (לא כולל עובדים זרים לטובת קבלני ביצוע). מתוכם, כ-10,000 הם עובדים ש [REDACTED] ענף התשתית [REDACTED]

14. להוזה ידוע, כי המלחמה 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 הנדל"ן בישראל: ראשית, הוחלט על סגר מלא ביהודה ושומרון ועזה, כך שגם בעלי היתרי עבודה לא יכלו להכנס לישראל³. 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 האתרים⁴. צעד נוסף עליו החליטה הממשלה הוא גיוס מילואים נרחב כאשר כ-5% מכלל עובדי חברות הבנייה גויסו בצו 58⁵, בענף התשתיות בפרט גויסו גם כלי עבודה (כלי צמ"ה) לצרכי המלחמה. נוסף על צעדים אלה, שעליהם החליטה הממשלה, ובשל המלחמה, עזבו את ישראל עובדים זרים רבים ששבו למדינותיהם, כאשר ההערכה היא ש4,000 מהם הועסקו בענף הבנייה.

15. **וידגש, להחלטה על איסור מוחלט ומתמשך של כניסת פועלים פלסטינים מיהודה ושומרון השפעה דרמטית על ענף הבנייה. מדובר בסגר מוחלט וחרוג שלא היה כמותו, בוודאי לא בשנים האחרונות. הסגר הנוכחי החל עוד בתחילת חג שמחת תורה⁶, ונמשך עד למועד כתיבת שורות אלה, למעשה למעלה**

² החלטת ממשלה לענין הבאת עובדים זרים לענף התקבלה רק לאחרונה ביום 17.3.2024, רק בחלוף כחמישה חודשים מפרוץ המלחמה. ³ למעשה, הוארכה ההחלטה על הטלת סגר בחג שמחת תורה עד למועד לא ידוע.

⁴ חלק מהרשויות המקומיות הודיעו לקבלנים כי אין הם רשאים לפתוח את האתרים, אלא אם כן יש שומר חמוש באתר. בעקבות עתירה שהוגשה בענין, הסתמן פתרון כלשהו אבל הוא עדיין לא מיושם בחלק מהרשויות, אשר ממשיכות להקשות על פתיחת אתרים.

⁵ ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה סקר מצב העסקים בזמן מלחמת חרבות ברזל: נתונים מתוך סקר בזק לחודש נובמבר 2023 (6.11.2023).

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>

[REDACTED]

23

24. מכל האמור לעיל ניתן לראות כי על אף המשבר החמור, שנוצר בשל החלטה של המדינה אשר לקבלנים אין כל שליטה או השפעה עליה והיא ההחלטה על סגר הרמטי על שטחי יהודה ושומרון, כעת הקבלנים ניצבים בפני התעקשות חסרת תום לב על קיום החוזים בהתעלם מהמצב – ואין גורם מדינתי כלשהו הנדרש לפתרון. כפי שיפורט להלן, אנו סבורים כי לא רק שעמידה על קיום החיובים החוזיים בחוזים לבניית פרויקטי תשתית ובניה חוזית בעת הזו היא חסרת תום לב, [REDACTED] אי קיום החיובים החוזיים נגרם בשל החלטתה של המדינה על הטלת הסגר. על כן, ובהתאם להוראות סעיף 43(א) לחוק החוזים, המדינה היא זו המפרה את חיוביה החוזיים [REDACTED].

25. עוד ובנוסף ובהתייחס לחוזים עם הרשויות המקומיות, כמו גם בהתקשרויות "רגילות" בין מזמיני עבודה לקבלנים, עומדת לקבלנים הגנת הסיכול שבסעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות), ולכן אין באפשרות הצד הנפגע לאכוף את החוזה כפשוטו, הכל כפי שיפורט להלן.

התייחסות לחוזים שהמדינה צד להם:
המסגרת הנורמטיבית:

26. בהקשר הסוגייה שבפנינו, ראוי כי נדון באבחנה המקובלת בדיני החוזים, בין סוגים של חיובים: חיובים עצמאיים – חיובים בהם כל צד חייב לקיים את חלקו בלא קשר לקיום או אי קיום על ידי הצד האחר; חיובים מותנים – בהם קיום חיוב אחד מותנה בהתקיימותו תחילה של החיוב הנגדי; וכן חיובים מקבילים – חיובים אשר יש לקיימם בד בבד.⁹

27. אבחנה זו מהווה יסוד לקביעת סט כללים למצבים השונים המאפשרים לדחות את החיוב, בהתקיים מספר מצבים שונים, וזאת במסגרת סעיף 43 לחוק החוזים, שמפאת חשיבותו יובא להלן במלואו:

⁹ ראו גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים, עמ' 576-575 (מהדורה רביעית 2019).

43. (א) המועד לקיומו של חיוב נדחה –

(1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה – עד שהוסרה המניעה;

(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה – עד שקויים אותו חיוב;

(3) אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד – כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב

המוטל עליו...".

28. למעשה, הסעיף קובע כי ניתן לדחות חיובים של צד לחוזה אם הנושה הטוען לקיום החיוב, אינו מוכן לקיים את חיובו שלו, המהווה תנאי לקיום החיוב הנדרש, או שהוא אינו מוכן לקיים תנאי השלוב בחיוב הנדרש. עוד ובנוסף, החיוב הנדרש יושעה אם יתברר כי הוא אינו יכול להתבצע בשל התנהגות הנושה, אשר גורמת להשעייה. בענייננו נתמקד בהוראות סעיף 43(א)(1) ו-43(א)(3) המתייחסות לחיובים שלובים או למניעת מימוש חיוב בשל סיבה התלויה בנושה.

29. אשר לסעיף 43(א)(3), ראוי להדגיש, כי זיהויים של חיובים שלובים אינו כה טריוויאלי ופשוט. בהתאם לפסיקה, ולעתים מזומנות, נחזו חיובים שלא נקבעו כשלובים באופן מפורש בחוזה ככאלה, וזאת לאור עקרון תום הלב¹⁰. כך, למשל, קבע כב' השופט מלצר בע"א 440/14 וילאר נכסים 1984 בע"מ נ' דני קליין¹¹, כי:

"בכל הזהירות הנדרשת בפרשנות בדבר חיובים שלובים, נסיבות המקרה הייחודיות בענייננו, כמו גם עיקרון תום הלב, תומכים בכך שיש לראות את חיובו של דני לשלם את תשלומי הלוואה במועדם – כחיוב השלוב בחיובה של וילאר לשמור בידיה את הבטוחה שהופקדה אצלה להבטחת אותם תשלומים עד למועד פירעון החוב. וילאר הפרה את חובתה זו למן הרגע שבו היא כפרה בכך כי בינה לבין דני נכרת חוזה הלוואה, שכן בכך היא כפרה גם בחובתה להשיב לדני את מניותיו ב-KPT עם פירעון הלוואה. אין זה הגון להתכחש לעצם קיומה של הלוואה, לטעון כלפי הצד השני כי גם אם הוא ישלים את כל חיוביו הוא לא יזכה לרכוש חזרה את הבטוחה שהפקיד, ולצפות ממנו כי ימשיך לשלם את תשלומי הלוואה במועדם".

30. ביחס למדינה – כלל ידוע הוא כי חובת תום הלב החלה על רשויות ציבוריות היא חובה מוגברת, גם ביחסיים חוזיים-אזרחיים מתוקף תפקידה כנאמן הציבור. כך, נקבע בע"א 9073/07 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ¹²:

"כך, בשלב הטרם חוזי כמו גם בשלב קיום החוזה מוטלת על הרשות חובה מוגברת להתנהל בתום לב ולקיים סטנדרט גבוה של הגינות".

וכן בבג"ץ (ירושלים) 4422/92 שלמה עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל¹³, נקבע, כי:

"חובתה של הרשות המינהלית לנהוג בתום-לב בהתקשרויותיה החוזיות נגזרת הן מן המשפט האזרחי, המטיל חובת תום-לב על כל מתקשר, והן מן המשפט הציבורי, המחייב רשות ציבורית לנהוג בהגינות וביושר כלפי אזרחיה בכל מגעיה עמם. ואולם חובת ההגינות

¹⁰ שם, עמ' 579 – 580.

¹¹ ראו ע"א 440/14 וילאר נכסים 1985 בע"מ נ' דני קליין, פס' 108 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו) 01.11.2018; ע"א 6276/95 מגדלי באך בע"מ נ' עמוס חוזה, (1) 562, פס' 9 לפסק דינו של השופט דורנר (1996).

¹² בע"א 9073/07 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ (נבו) 03.05.2012. פס' 18 לפסק דינה של השופטת א' חיות.

¹³ בבג"ץ (ירושלים) 4422/92 שלמה עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל¹³, מז' (3) 853 (1993) פס' 12 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר.

המינהלית - שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור - מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי.

31. בפרט, בשאלת קביעת חיובים כשלובים על אף שהחיובים לא נקבעו ככאלה באופן מפורש בחוזה, כאשר המדינה היא צד לחוזה קבע כב' השופט עמית בע"מ 1659/09 משרד הבינוי והשיכון נ' אליהו מלכה¹⁴, כי:

"חלה על המערערים, כרשויות מינהליות, חובת הגינות מוגברת, המחייבת אותם לעמוד ברמת תום לב גבוהה יותר מזו הנדרשת מצד רגיל לחוזה, ובמסגרת זו להימנע מהתנהגות שעולה ממנה אבק של חוסר הגינות... אף במסגרת יחסים חוזיים בין שני פרטים, הכירו – הן החקיקה והן הפסיקה – בכך שצד אחד עלול להיות מנוע מלדרוש מן הצד השני לקיים חיוב, כאשר הוא עצמו אינו מקיים חובה המוטלת עליו, אף אם שני החיובים אינם שלובים זה בזה".

ולכן, נקבע, כי:

"ייתכנו נסיבות שבהן רשות מינהלית תהיה מנועה, מכוח עיקרון תום הלב, לדרוש מן הפרט למלא חיוב המוטל עליו עד לתאריך הנדרש, בעת שבאותו מועד – הרשות עצמה לא התכוונה ממילא למלא את החיובים המוטלים עליה".

32. בהינתן העובדה שבמקרה פלוני אכן מדובר בחיובים שלובים, סעיף 43(א)(3) קובע למעשה, כי בהיעדר מוכנות של צד אחד לקיים את חיובו לא תחול על הצד השני חובה לקיים את חיובו השלוב¹⁵. משכך, אין זה ראוי לתבוע מצד אחד לקיים את חיובו כל עוד אין הצד השני מוכן לקיים את חיובו הנגדי¹⁶. וככל שצד אחד נכון לקיים את חיובו והצד השני אינו נכון לעשות כן, אזי הצד המסרב הוא מפר את החוזה¹⁷.

33. **אשר לסעיף 43(א)(1) – הסעיף עוסק במצב ייחודי בו הנושה הוא שאחראי ליצירת המניעה של החייב לקיים חיוב מחיובי החוזה. כלומר, אין מדובר בהכרח בחיוב שלא התמלא על ידי הנושה, אלא למצב שבו נדרש מהנושה שיתוף פעולה כלשהו לצורך קיום החיובים החוזיים¹⁸.**

34. כך, למשל, בע"א 2147/90 פרץ נ' בוכמן¹⁹, קבע בית המשפט כי אי סילוקה של משכנתא הרובצת על דירה מונע מהרוכש לקבל הלוואה שתאפשר לו את רכישת הדירה ולכן, רוכשי הדירה אינם חייבים בתשלומים מכוח הוראת סעיף 43(א)(1). דוגמא נוספת ניתן לראות בפסק הדין בעניין ת"א (חי) 18650/98 קידוחי הצפון ניסור וקידוח בבטון מזוין 1992 בע"מ נ' יוסף פשרמן²⁰, בו נדון חוזה בין התובעת לנתבע במסגרתו התחייב הנתבע להכשיר מכונה לניסור בטון. לטענת הנתבע היצרן סרב לשתף פעולה עמו בשל אי תשלום של התובעת. בית המשפט קבע, כי:

"עקב חוב התובעת וחברת דרך ליצרן בגינו סירב האחרון לשתף פעולה נבצר מהנתבע לקיים את התחייבותו לפי זכרון הדברים וגם לא במועד מאוחר יותר עד להסרת העיכוב. מצב

¹⁴ פסי' 18 לפסק הדין של כב' השופט עמית.

¹⁵ דיני חוזים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 578.

¹⁶ שם, בעמ' 579; ע"א 204/91 שלמה זרי (סולמין) נ' ציון זרי, מו(3) 552, פסי' 4 לפסק דינו של שמגר (1992), שם בית המשפט העליון

קבע כי "בהיעדר נכונות מצד הנושה לקיים את חיובו, אין הוא זכאי לתבוע מן החייב את קיום החיוב השלוב".

¹⁷ שם, בעמ' 578.

¹⁸ דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים עמ' 85 (כרך ג, 2003).

¹⁹ ע"א 2147-90 חנן פרץ נ' שרה בוכמן (נבו), 31.12.1990.

²⁰ ת"א (חיפה) 18560-98 קידוחי הצפון ניסור וקידוח בבטון מזוין 1992 בע"מ נ' יוסף פשרמן, פסקה 31 לפסק הדין (נבו, 22.1.2004).

דברים זה נכנס בגדר הוראות סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 לפיו נדחה מועד קיום חיוב החייב עקב מעשה של הנושה. במקרה דנן, לא שילמו התובעת וחברת דרך (הנושה ביחסים עם הנתבע) את מלוא חובן ליצרן. מעשה זה מנע מהנתבע להתחיל בהכשרת המכונה. בנסיבות אלו, כל עוד לא שולם החוב או לא הושג הסדר עם היצרן אין לראות באי-קיום חיוב הנתבע כהפרת חוזה מצדו".

35. מן האמור לעיל ניתן לומר כי המסגרת הדיונית היא בין שני מצבים חלופיים – האחד הוא מצב בו קיימים שני חיובים שלובים (או שייקבע כי הם שלובים בשל עקרון תום הלב) ואחד מהם לא מבוצע על ידי מי מהצדדים, אז לא קמה חובה על הצד השני לקיים את חיובו שלו; השני הוא מצב בו מעשה של הנושה הוא שגורם לחייב שלא לקיים את חיובו כצד לחוזה, גם אם אין מדובר בחיובים שלובים, שאז נדחה מועד קיומו של החיוב החוזי.

36. תוצאת התקיימותם של מי מהמצבים המתוארים לעיל נקבעה בסעיף 43(ב) לחוק החוזים, אשר גם לגבי ובשל חשיבותו, ראוי לציין כלשונו:

"(ב)נדחה המועד לקיום החיוב כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה, ואם היה על החייב לשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב שמועדו נדחה – לפטור אותו מתשלומים אלה בתקופת הדחיה".

37. למעשה הסעיף מקנה לבית המשפט את הסמכות להשית פיצויים על החייב, הצד שלכאורה לא הפר את החוזה, תוך הנחה כי היה על הנושה להתנהג באופן אחר, שכן התנהגותו עיכבה את יכולתו של החייב לקיים את חיובו²¹. סמכות זו ניתנת לבית המשפט אם לא קיים הנושה את חיובו ובכך הפר את החוזה, אך גם אם אין במעשי הנושה משום הפרת חוזה; עם זאת, חשוב להדגיש, כי למעשה ולפחות בהיבט דיני הפיצויים, יש בתוצאה של אי קיום החיוב על ידי הנושה או במניעת קיומו של חיוב בשל התנהגות הנושה, זמיון רב לתוצאה של הפרת חוזה.

מן הכלל אל הפרט :

38. כפי שפורט לעיל, מדינת ישראל היא שקבעה וגרמה להסתמכות של ענף הבנייה בכללותו וענף התשתיות בפרט על פועלים פלסטינים הנכנסים לישראל במסגרת המכסות שנקבעו על ידה. הגדלת המכסות, תוך ידיעה ברורה כי מרבית השוק נסמך על עובדים זרים יצרה בפני הקבלנים מצג כאילו ניתן להמשיך ולהעסיקם וכי לא עתידה להתעורר כל בעיה בנושא – נהפוך הוא. כעת, משהחל הסגר המוחלט על שטחי יהודה ושומרון, לא נראה פתרון משמעותי באופק²², ודאי שלא לענף התשתיות, שזכה להתעלמות כמעט מוחלטת מצד קובעי המדיניות, ה

²¹ לעיל הי"ש 18.

²² ולראייה, החלטת הממשלה הראשונה על הגדלת המכסות לענף הבנייה (החלטה 1002) התקבלה כבר ב-27.10.2023 ועד כה נכנסו לישראל עשרות בודדות של פועלים בלבד. אמנם לאחרונה תוקנו החלטת הממשלה באופן שמאפשר גם כניסת עובדים על דרך של התקשרות עם תאגידי כוח אדם, אך גם פתרון זה מתקדם בעצלתיים. עוד יצוין, כי נכון למועד כתיבת שורות אלה נכנסו לישראל כ- עובדים זרים בלבד שיועדו לביצוע עבודות רטובות (טייחים, ברזלנים, טפסנים ורצפים) שאינן רלוונטיות לענף התשתיות אלא רק עבור ענף הבניה למגורים.

45. לפני סיום פרק זה, וכפי שפורט בראשית הדברים, נבקש להדגיש, כי לטעמנו על חברות ממשלתיות, המשמשות זרוע ביצוע של המדינה, יש להחיל את הדין החל על המדינה ולקבוע כי גם הן לא עמדו בחובתן החוזית לאור דיני החיובים השלובים וכמפורט לעיל, או למעשה, כי התנהלות החברות הממשלתיות בהקשר זה מחייבת את המדינה. אכן לחברות הממשלתיות אישיות משפטית נפרדת; ואולם, נוכח השליטה התאגידית המוחלטת של המדינה בחברות אלה, נוכח הסמכויות הנרחבות שיש למדינה להורות לחברות הממשלתיות לתשתית כיצד יש לנהוג בהקשרים מסוימים, ובכלל זה השליטה בפעילות החברות הממשלתיות העוסקות בתשתית ותחבורתית, ואף נוכח סמכויות המדינה בפיקוח על חברות התשתית, יש לראות בפעילותן בהקשרים החוזים שבענייננו [REDACTED] כאילו הן פועלות מטעם המדינה²³ והמדינה אחראית חוזית לפעילותן.

46. לחילופי חלופין, גם אם הטענות האמורים לעיל לא יתקבלו ביחס למדינה או ביחס לחברות הממשלתיות, והקבלנים יתפסו כמי שהפרו את התחייבותיהם החוזיות לעמוד במועדים לביצוע הפרוייקטים – הרי שלטעמנו עומדת להם הגנת הסיכול, הכל כפי שיפורט להלן בפרק העוסק בחוזי קבלנות תשתית מול הרשות המקומית.

התייחסות לחוזים שבין הרשויות המקומיות לקבלנים ולחוזים פרטיים:

47. להלן נתייחס למערכת ההסכמית הנוגעת לחוזי קבלנות לתשתיות, כאשר הצדדים לחוזה הם הקבלנים מזה והרשויות המקומיות מזה. אמנם גם על רשויות מקומיות חלות חובות מהמשפט הציבורי, ובכלל זה חובת תום לב בבלושה המוגבר כמתואר לעיל, אלא שככל הנראה לא ניתן לומר כי ישויות משפטיות נפרדות אלה מן המדינה, חבות בחיוב חוזי שלוב כלפי הקבלנים לאפשר כניסת עובדים זרים. ועוד, מובן כי מזמינים פרטיים אינם חבים בכך. משכך ובמצבים אלה ראוי לנתח את השפעות מלחמת חרבות הברזל על קיום החיובים של הקבלנים על רקע הניתוח הכללי של טענת הסיכול. יצוין כבר בראשית הדברים, כי לטעמנו בנסיבות המיוחדות שהציבה מלחמת חרבות הברזל, ונוכחות תוצאותיה שגרמו במישרין למשבר הידיים העובדות, [REDACTED] כי ככלל דין הסיכול חל על המערכת החוזית שבין הקבלנים לרשויות ואף בחוזי תשתיות שבהתקשרות עם יזמים פרטיים, ובכפוף לנסיבות הנוגעות לכל התקשרות.

²³ ור' בענין זה פסה"ד בענין שתיל (ע"א 10078/03 אורי שתיל נ' מקורות חברת ים בע"מ (פורסם בנבו, 19/3/07)) שבו קבע ביהמ"ש בשל מכלול שיקולים, כי גם המדינה חייבת בנזיקין, על מחדל שרביץ לפתחה של חברת "מקורות". בקובעו את האחריות התייחס בית המשפט לא רק לשליטה המלאה בחברה הממשלתית, אלא אף לסמכויות המדינה הסטוטוריות אגב החקיקה הקשורה לפעילות הנבחנת, למכלול הנסיבות שם, שגילה, כי המדינה ראתה עצמה כמי שנושאת ולו בחלק מהאחריות לפעילות, וכן נוכח העובדה כי יש ריבוי רשויות הפעולות בנושא שנבחן שם, אשר המדינה נדרשת לתכלולה (שם, סעי' 35-36 לפסה"ד). ומה בענין שתיל, [REDACTED] – המדינה אחראית סטוטורית על פעילות התשתית לפי מגוון הוראות חוק בתכנון תשתיות, בהקמה ובפיקוח על תשתיות, ואף רואה את עצמה בוודאי כקובעת את המסגרת לביצוען, לרבות בהיבטים התקציביים. [REDACTED] המדינה אף נדרשת לא אחת לתכלול פעולתן של חברות תשתיות שונות אגב פרויקט זה או אחר, וחוק הרכבת התחתית (מטר), התשפ"א- 2021 יוכיח.

המסגרת הנורמטיבית:

סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות):

48. 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.²⁴ 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 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.”

49. 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.²⁵

בהינתן התקיימות המבחנים האמורים, רשאי החייב לטעון כי אין לחייבו בקיום החוזה כלשונו או בפיצויי קיום. בית המשפט הוא שקובע את הסעד המתאים, שבדרך כלל יכלול השבה החדדית

26.

50. **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.²⁷ בעבר, בתי המשפט פירשו את המבחן בפרשנות צרה ודווקנית בגדר "הכל צפוי". אולם, כיום, כפי שיפורט בהמשך, הפסיקה נוטה לרכז את המבחן הצפייה, ולהחיל אותו על השלכותיו והשפעותיו של האירוע ולא על עצם התרחשותו.²⁸ כלומר, כדי לעמוד במבחן הראשון על הטוען להתקיימות הגנת הסיכול להוכיח כי לא יכל נורמטיבית לצפות את ההשלכות של האירוע המסכל ולא בהכרח את האירוע המסכל עצמו.

51. **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 החוזה.²⁹

52. **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

²⁴ ע"א 4893/14 וליד חמודה זועבי נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, פס' 27 לפסק דינו של השופט י' עמית (נבו) 03.03.2016; ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדליין (הולילנד) בע"מ נ' עו"ד יעקב אמסטר, סו(1) 480, פס' 34 (2013).

²⁵ ת"א (מחוזי חי') 67155-03-17 עדין פיורה השקעות (1996) בע"מ נ' עדין פיורה השקעות, פס' 3 (1996); לעיל ה"ש 1, סעיף 10.

²⁶ סעיף 18(ב) לחוק התרופות; אגב סעיף זה בית המשפט מוסמך לקבוע מגוון רחב של סעדים, למעט פיצויי קיום.

²⁷ עניין וליד חמודה זועבי, לעיל ה"ש 23, בפס' 30.

²⁸ 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 ידגורב סחר בע"מ נ' מערכות נוחות (2007) בע"מ (נבו) 08.07.2020; עניין וליד חמודה זועבי, לעיל ה"ש 23.

²⁹ לעיל ה"ש 9, בעמ' 776-777.

כאמור עשוי לקום גם במקרים בהם חל עיכוב באפשרות ביצוע החוזה³⁰. למעשה מדובר במבחן של קשר סיבתי בין התרחשות הנסיבות ובין אי היכולת לקיים את החוזה.

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

53. 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 אני רואה לקבוע מסמרות בעניין, מפני שאיני נדרש לכך לצורך המקרה דנן"³¹.

54. 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 הצפייה 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"³².

55. 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"³³.

56. 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 מהאינתיפאדה³⁴, וכן כי חוזי מימון ורכישה בהם התקשרו הצדדים סוכלו עקב אי קבלת מימון מצד ג' בשל מלחמת לבנון השנייה³⁵.

57. בענייננו, גם אם נניח כי באזורנו מלחמות הן אירועים צפויים, אין בכך כדי להביא למסקנה כי השיבושים באפשרות העמידה בהתחייבות הם בגדר הצפויים³⁶. 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.

³⁰ עניין ב.יאיר חברה קבלנית, לעיל ה"ש 28, 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".

³¹ ע"א 4893/14 וליד חמודה זועבי נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, 30 (נבו 2016.3.3).

³² לעיל ה"ש 9, בעמ' 771.

³³ ע"א 6328/97 עזרא רגב נ' משרד הביטחון, נד(5) 506 (2000) (להלן: "פרשת רגב"):

³⁴ עניין ב.יאיר חברה קבלנית, לעיל ה"ש 24.

³⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 1072/07 מורן גדעון נ' ציקי פוקס (נבו 2010.03.07).

³⁶ עניין ב.יאיר חברה קבלנית, לעיל ה"ש 24; עניין וליד חמודה זועבי, לעיל ה"ש 20.

58. 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 בהתייחסות 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”³⁷.

59. מגמה בפסיקה מצביעה על כך שבסכסוכים עתידיים, בתי המשפט ■■■ בקבלנים כמי שלא צפו ולא היה עליהם לצפות את מלחמת חרבות הברזל והשלכותיה ובפרט את הסגר המתמשך על שטחי יהודה ושומרון. זאת, בייחוד נוכח העובדה ששנים האחרונות חלה מגמת עלייה בכמות הפועלים הפלסטינים אשר עובדים בענף הבנייה בכלל, וזאת על פי החלטתה ובעידודה של המדינה, אשר העדיפה פועלים פלסטינים על עובדים זרים. משכך, הציפייה שנוצרה אצל הקבלנים היא שניתן להסתמך על פועלים אלה, בייחוד בעבודות הרטובות או בעבודות התשתית, ובכך מנייה וביה, לא צפו ולא היה עליהם לצפות שהמדינה תגביל כל כך את כניסתם לעבודה בישראל לתקופה כה ממושכת.

60. ■■■
■■■

61. באשר למבחן השני – בחינת יכולתו של המפר למנוע את הנסיבות המסכלות – אנו סבורים כי בראייה כלל משקית, הקבלנים ואף ההתאחדות עשו ככל שביכולתם, 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, ■■■, זאת, היות, שכאמור, המדינה היא שאמונה על ההחלטה בדבר מתן היתר להכנסת פועלים זרים לענף הבנייה בישראל, היא זו שקובעת את כמות הפועלים הנכנסים ואף את תנאי העסקתם. ויתרה מכך, עד לאחרונה המדינה לא עשתה דבר על מנת לקדם פתרון מתאים וקביעת מכסות להבאת עובדים לענף התשתית. זאת, על אף פניות חוזרות ונשנות של ההתאחדות. בהינתן העובדה שלקבלנים לא הייתה כל השפעה על ההחלטה המדינית-ביטחונית בהטלת הסגר הכללי על שטחי יו"ש, כמו שלא הייתה בידיהם היכולת להשפיע על ההחלטה שהביאה

³⁷ ת"א (מחוזי חיפה) 613/94 נוה הרודיון בע"מ נ' פ.ד.ד. חברת מגורים ובענין בע"מ, פס" 8 (נו 21.08.2000)

להסתמכות הכה משמעותית של הענף על פועלים פלסטיניים לצורך ביצוע עבודות בענף הבניה החוזית והתשתיות, ובהינתן העובדה שכל ניסיון לעודד העסקת עובדים ישראלים לשוק כשל [REDACTED]

62. באשר למבחן השלישי – קיומן של נסיבות המסכלות את קיום החוזה – מבחן הקשר הסיבתי בין האירוע, הנסיבות המסכלות, ובין העדר האפשרות לקיים את לוחות הזמנים לבניית פרויקט התשתית ובהקשרים פרטניים רבים קבעה הפסיקה, כי מחסור בעובדים הביא לעיכוב מוצדק בקיום חיוביים חוזיים³⁸. [REDACTED]

63. [REDACTED]

בהינתן [REDACTED] משבר הידיים העובדות במספרים המשמעותיים כל כך כפי שעולה בבדיקה, אין ספק כי ההשפעה על עיכוב הביצוע היא מיידית ומובהקת.

64. היוצא מן האמור הוא כי בכל הנוגע לחוזים עם רשויות מקומיות וכן חוזים עם מזמינים פרטיים הגנת הסיכול עומדת לקבלנים כנגד טענות להפרת החוזה. [REDACTED]

65. עוד ובנוסף, כפי שצוין לעיל, גם אם דיני החיובים השלובים לא חלים על המדינה או החברות הממשלתיות, הרי שבוודאי הגנת הסיכול תחול על הקבלנים בהתקשרויות החוזיות עמן.

66. חשוב להדגיש בהקשר זה כי המדינה עצמה ראתה במלחמה כאירוע מסכל לצורך חוזים לבניית פרויקטי תשתית ובניה חוזים ואף קבעה את הפתרון למצבי הקצרה [REDACTED]

[REDACTED]

³⁸ ראו למשל רת"ק 15816-11-16 אחים אום נ' חיים ואח' (נבו, 31.3.2017); ת"ק (תביעות קטנות ק"ג) 22499-12-14 רחל אודליה שרון נ' זיו ישראל בע"מ (נבו 09.06.2015); 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).

67.

למעשה המדינה עצמה הודיעה מראש שהיא תקיים את תנאי סעיף 18 (ב) לחוק החוזים תרופות המאפשר לביהמ"ש לקבוע, כי תעשה השבה הדדית של התשלומים שהשתלמו לפי החוזה, ואף לחייב את מי שלא עמד בחיוב לשאת בהוצאות נוספות של הנפגע.

סיכום ביניים

68. וכפי שפורט לעיל, חלים על המדינה והחברות הממשלתיות דיני החיובים השלובים המפורטים בסעיף 43 (א) ו-(ב) לחוק החוזים. למצער, ומכל מקום, הן על המדינה והחברות הממשלתיות, הן על השלטון המקומי והן ביחסים שבין מזמין העבודה ובין הקבלנים בשוק הפרטי, חלים דיני הסיכול.

כידוע, דין הסיכול הישראלי הוא ואינו מציע פתרונות המאפשרים את קיום החוזים בנסיבות משתנות³⁹, אלא שההתאחדות סבורה כי ראוי למצוא פתרונות אחרים, שאינם מחייבים פנייה לבתי המשפט, ואינם מייצרים פתרונות דוגמטיים. להלן נרחיב בעניין זה.

הפתרון הראוי:

69. בדברים שלעיל הרחבנו באשר לניתוח המצב החוזי בין הקבלנים ובין המדינה, החברות הממשלתיות והשלטון המקומי, וכן הזכרנו את ההתקשרויות הפרטיות בין הקבלנים למזמיני העבודה הפרטיים. כל אחת ממערכת ההתקשרויות שלעיל שונה מרעותה.

70. כאשר המדינה היא צד לחוזה, חלה עליה חובה, במסגרת מערכת ההתקשרויות החוזית, לקיים את החיוב מצדה, שכן ללא קיומו לא יוכלו הקבלנים לקיים את חלקן, בבחינת חיובים שלובים כשהנושה אינו מקיים את חלקו או הנושה מונע בהתנהגותו מהחייב לקיים את הח

כאשר הרשויות המקומיות הן צד לחוזה, אמנם לא ניתן לטעון נגדן להפרת החוזה בשל מניעת כניסת עובדים⁴⁰, אך בוודאי ניתן להחיל עליהם את דיני הסיכול הכלליים, תוך ציון שחלות עליהן חובות תום לב מוגברות. בקבוצת החוזים הנוספת – בין מזמיני עבודה והקבלנים "בשוק הפרטי", יחולו דיני הסיכול כפשוטם.

71. דא עקא, שעל אף המדרג השונה בניתוח המצב החוזי, כי יש לחתור לפתרון אשר תחת נסיבות לקעקע את יסודות החוזה, לבטלו ואף לקבל פיצויים בשל הפרתו, יאפשר מציאת נתיבים המקיימים את החוזה גם אם בקירוב. למעשה, הן בחוזים שהמדינה צד להם והן בחוזים בהם הרשויות המקומיות הן המזמינות של הפרוייקט, ואף בחוזים עם מזמינים פרטיים, הצדדים עומדים במרבית המקרים בפני מבוי סתום – מחד המזמינה אינה יכולה לעמוד על קיום החיוב החוזי במועדו

³⁹ ראו למשל, לעיל ה"ש 9 בעמ' 765.

⁴⁰ אם כי נגד רשויות מקומיות מסוימות וביחס לתקופה מסוימת במהלך המלחמה ניתן לטעון לקיומן נסיבות סעיף 43(א)(1), נוכח העובדה כי הורו על סגירת אתרים.

בשל הנסיבות שפורטו לעיל (ותהא זו תחולת סעיף 43 לחוק החוזים או תחולת הגנת הסיכול); מאידך, הן המדינה, השלטון המקומי, והחברות הפרטיות מצד אחד, והן הקבלנים מן הצד השני מעוניינים בהמשך קידום הפרויקטים. זאת ועוד, כפי שפורט לעיל קיום חוזה התשתית הוא גם אינטרס ציבורי משמעותי, באשר עיסוקם של פרויקטים בשל סכסוך משפטי, עלול לפגוע אסטרטגית בקידום תשתיות ציבוריות ומבני חינוך וציבור הכרחיים, אשר אקוטיות לקידום פתרונות לדיור, ולצרכים משקיים אחרים.

72. ודוק, כפי שפורט בעניין זה בעבר, המשפט הישראלי מצא דרכים להתמודד עם היותו של דין הסיכול דוגמטי ומוגבל, המאפשר התמודדות רק עם טענת הפרת חוזה המגיעה לדיונים משפטיים, שמתייחס לצדדים כמפר ונפגע בלבד, ואינו מציע גמישות בפתרונות לקיום החוזה. כך למשל, שימוש בחובת תום הלב האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, שממילא היא מוגברת בהתייחס לצד לחוזה שהוא רשות שלטונית,⁴¹ מאפשר קביעה כי עמידה דווקנית על זכות חוזית לביטול עקב הפרה בסיטואציה חריגה זו של שינוי נסיבות, היא חסרת תום לב. בהמשך לכך ניתן באמצעות דרישת תום הלב לחתור לקיום החוזה על אף הנסיבות המשתנות על דרך של ביצוע בקירוב. לדרך זו של קיום החוזה תחת הפרתו ניתן להגיע גם באמצעות כלים של פרשנות החוזה, אשר בעזרתם ניתן להתחקות אחר כוונת הצדדים לקיום בקירוב של חוזה תחת ביטולו.⁴²

73. **בהינתן כלים אלה, ראוי לחתור לפתרון שלפיו מרבית חוזהי הקבלנות שטרם קוימו לא יבוטלו והרשויות השונות אף לא יאיימו בביטולם, אלא יחויבו לפתרון אחר המקיים את החוזה גם אם תוך שינוי תנאים והכל כמפורט להלן.**

74. לשיטת ההתאחדות, הפתרון האולטימטיבי אשר יאפשר את קיומם של החוזים הוא חיוב של הצדדים לחזור לשולחן המו"מ (renegotiation) על מנת למצוא פתרונות הוגנים,

אופציה זו, אם תבחר, תאפשר לצדדים מספר פתרונות, כל עוד הם מגיעים אליהם בהסכמה. היא אמנם רחבה יותר ועל כן ודאית פחות מדין הסיכול, אך מייצרת יותר אפשרויות הכלה ופשרה בין צדדים לחוזה, אשר נדרשים למעשה להמשיך ולקיימו גם לאחר האירוע המסכל. פתרון ברוח זו הוצע ע"י המדינה אגב הטיפול הממשלתי בבחינת ההשפעות של משבר הקורונה על קיום חוזים. הפתרון שם הומלץ, בין היתר, אגב חוסר הוודאות בשאלה האם דיני הסיכול יחולו על הסיטואציה.

, ההתאחדות סבורה כי צמצום הפתרונות המשפטיים האפשריים לאלה שמעמיד דין הסיכול, ולהרחיב את האופציות לקיום החוזים בקירוב כמתואר לעיל. להלן נבקש לפרט על הדרך הראויה שבה יוסכמו פתרונות אלה.

75. **ביחס לחוזה תשתית ובניה חוזית שנחתמו עם המדינה –**

. בהקשר החוזים עם המדינה יצוין, ראשית, כי לא

⁴¹ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי - משפט מינהלי כלכלי כרך ג, פרק 23 (2013).
⁴² ורי בעניין זה דו"ח הקורונה, לעיל ה"ש 1, בסעי' 18-22 והמבואות האמורות שם.

ולא להתמודד עם הליכי חקיקה [REDACTED] ואולם, אם וככל שהמלצה לא תתקבל [REDACTED] ראוי כי תישקל אופציית החקיקה בשנית. נוסחו של חוק כאמור כבר קיים עלי ספר⁴³.

סיכום

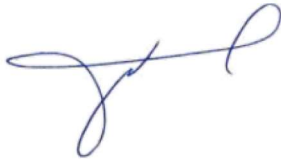
78. מלחמת חרבות הברזל מעמידה אתגרים רבים בפני החברה הישראלית, אתגרים שאותם לא הכירה עד כה ובהקשרים מגוונים. כך, הסיטואציה שבפניה עומדים הקבלנים העוסקים בתשתיות היא מורכבת ביותר והיא חריגה בעוצמתה ובהשלכותיה, נוכח הפגיעה האנושה ביכולות שלהם לפעול לביצוע התשתיות, בשל משבר הידיים העובדות. עם זאת, וכמפורט לעיל, אין משמעות הדבר, כי על פי הדין הקבלנים ייחשבו כמפרי חוזה וכי יש להפעיל נגדם סנקציות חוזיות רגילות. נהפוך הוא, [REDACTED] את [REDACTED] גם ביחס לשלטון המקומי, ניתן לומר, כי **דין הסיכול יחול** [REDACTED] מסקנה זו תתגבר נוכח חובת תום הלב המוגברת שלרשויות השלטון, אם כי גם ביחס לחוזים עם מזמינים פרטיים, נדמה שיש לקבלנים הגנה טובה במסגרת סעיף 18(א) לחוק התרופות.

79. **ראוי כי נוכח הצורך הכלל משקי לקיים חוזי תשתית ובניה חוזית ולהימנע מפקיעתם, וביתר שאת נוכח האינטרס הציבורי בקיום וקידום פרויקטים לתשתית ובניה חוזית – תאומץ גישה אחרת, אשר שמה לנגד עיניה את הצורך בקיום בקירוב של החוזים, תחת ביטולם. על המדינה לתמרץ פרקטיקות של קיום מו"מ מחודש, אשר מבקש להגיע לביצוע בקירוב של חוזים לביצוע עבודות תשתית ובניה חוזית, ובוודאי בכל הקשור לחוזים שהיא צד להם,** [REDACTED]

80. לא נוכל לסיים חוות דעת זו מבלי להדגיש בפני גורמי המדינה השונים הנוגעים לענין ובפני הרשויות המקומיות את חומרת המצב. ההתאחדות עומדת בקשר שוטף עם קבלני תשתית ובינוי חוזי רבים, ומנסה לעזור להם ככל יכולתה בהתמודדות עם אתגרי התקופה. ואולם, ללא הירתמות מיידית של המדינה על משרדיה השונים לצורך מתן מענה מיידית לבעיות המתוארות לעיל, יש חשש כבד, כי [REDACTED] חברות קבלניות רבות לא ישרדו את התקופה, או שלא יצליחו להמשיך בביצוע תשתיות חיוניות גם לאחר מציאת פתרון למשבר הידיים העובדות.

⁴³ ר' נספח ד' לחו"ד קורונה.

כמוצע על ידי ההתאחדות, יש לפעול מיידית כדי לאשר פלטפורמה מקצועית-משפטית לקיום מו"מ מחודש עם הקבלנים לצורך קיום החוזים בקירוב, מתן אפשרות לדחיית מועדי ביצוע והקדמת תשלומים לקבלנים על מנת שיוכלו לצלוח תקופה קשה זו. מכתבנו זה נועד להתחיל שיח מיידי בנדון, ואנו נכונים לקיימו עמכם בכל עת שתבחרו לעשותו.



ארז קמיניץ, עו"ד



עדי בן הרוש, עו"ד

בברכה,

ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות'
עם המבורגר עברון

העתק:

עו"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי של משרד האוצר
עו"ד יעל כהן, היועצת המשפטית של משרד התחבורה
עו"ד אפרת פורקצ'יה, היועצת המשפטית של משרד השיכון
עו"ד יהודה זמרת, היועץ המשפטי של משרד הפנים
עו"ד אילת כהן מקלמן, היועצת המשפטית של משרד החינוך
שלמה דולברג, מנכ"ל מרכז השלטון המקומי
עו"ד מירה סלומון, ראש מנהל משפט וכנסת של מרכז השלטון המקומי