עידן הקורונה – עידנו של סעיף 5א לחוק המכר דירות

אליאור כורם*

מגפת הקורונה השפיעה ועדיין משפיעה על המשק בישראל, וההנחה היא שהשפעתה לא פסחה גם על פעילותו של ענף הבנייה במדינה. עקב כך קיימת הסתברות גבוהה שבתקופה הקרובה יתעוררו מחלוקות רבות בין מוכרים לקונים בנוגע לאיחור במסירה של דירות. לפי סעיף 5א לחוק המכר דירות, הקונה זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק אם חלפה תקופת חסד של 60 ימים מהמועד שנקבע בחוזה המכר למסירת הדירה. סעיף 5א נחקק בשנת 2011 ומאז עומד במוקד של סכסוכים רבים הנוגעים לאיחור במסירה של דירה. כעת, בתקופת הקורונה, הדיון סביבו צפוי להתרחב. מאמר זה מבקש אפוא לדון בהוראות סעיף 5א. המאמר דן בנושאים הבאים: הרקע לחקיקתו של סעיף 5א ותכלית הפיצויים ללא הוכחת נזק הקבועים בו; היכולת להתנות על זכות הקונה לפיצויים ללא הוכחת נזק באמצעות סעיף 5א(ג), העוסק בנסיבות המסכלות את מסירת הדירה במועד; השאלה אם ניתן להתנות על תרופות הקונה מחוץ לחוק המכר דירות; אפשרויות הקונה לתבוע תרופות בגין איחור במסירה, בצירוף ולחלופין; ורכיביו של סעיף 5א(ג) – מבחן הסיכון, מבחן השליטה ומבחן הקשר הסיבתי.

מבוא. א. הרקע לחקיקתו של סעיף 5א לחוק. ב. תכלית הפיצויים בסעיף 5א(א) לחוק. ג. התניה לפי סעיף 5א(ג) לחוק – התניה חלקית ומלאה. ד. היחס בין תרופת סעיף 5א לחוק ליתר תרופות הדין. ה. איחור במסירת דירה – צירוף תרופות ותרופות חלופיות. ו. האנטומיה של סעיף 5א(ג) לחוק. ז. סיכום.

מבוא

הניסיון לעצור ולהכיל את התפרצות מגפת הקורונה בישראל לווה בצעדי חקיקה חריגים, ואלה השפיעו ועדיין משפיעים על המשק. כדי להתמודד עם התפשטות המגפה הוחלו מעת לעת הגבלות משמעותיות על השהייה במקומות העבודה, פתיחת בתי עסק ובתי ספר, היציאה

---

* עו"ד, שותף במשרד עורכי הדין קריספין, רובינשטיין, בלכר ושות'. אני מודה למערכת כתב העת **משפט וממשל**, לעורכי הגיליון ולמומחה/ית האנונימי/ת על הערותיהם לשיפור המאמר.

למרחב הציבורי וההתקהלות בו, תנועת התחבורה הציבורית, היציאה לחו״ל והכניסה לישראל ועוד.[1] אף על פי שענף הבנייה הוגדר על ידי הממשלה כענף חיוני במשק,[2] והוחרג מהמגבלות הזמניות שהוחלו על מצבת העובדים במקומות העבודה, ההנחה היא שהפעילות בענף זה הושפעה אף היא מהמגבלות שהושתו על הציבור וממצב הפעילות במשק. לראיה, בתום ״סגר הקורונה הראשון״ פרסם משרד הבינוי והשיכון הערכה שלפיה ״משבר הקורונה הביא לדחייה של 70 עד 90 ימים בממוצע באתרי הבנייה ברחבי ישראל״.[3] לאור זאת, גבוהה ההסתברות שבתקופה הקרובה יגיעו לפתחם של בתי המשפט מחלוקות רבות בנוגע לאיחור במסירה של דירות.[4]

סעיף 5א לחוק המכר דירות[5] מסדיר את זכותם של קוני דירות לפיצויים ללא הוכחת נזק בשל איחור במסירה של דירה. מאז חקיקתו, בשנת 2011, משמש הסעיף כציר המרכזי שסביבו מתנהלים סכסוכים הנוגעים לאיחור במסירה.[6] משהתרגשה עלינו הקורונה, יקבלו כעת הדברים משנה תוקף. מאמר זה מבקש להציע ניתוח מעמיק של הוראת סעיף 5א, כמצע לדיונים שיבואו בפני בתי המשפט בנוגע לאיחור במסירה של דירות בהקשר של מגפת הקורונה. בפרק הראשון והשני של המאמר מובאת סקירה רחבה של הרקע לחקיקתו של סעיף 5א, שנועדה לעמוד על תכליתו הכללית של הסעיף ועל תכלית הפיצויים הקבועים בו. בפרק השלישי מבקש המאמר לחלוק על הפירוש המקובל ליכולת הצדדים להתנות על זכות הקונה לפיצויים לפי סעיף 5א. בפרק הרביעי דן המאמר בשתי הגישות לשאלה אם ניתן להתנות בחוזי מכר דירות על התרופות שמחוץ לחוק המכר דירות. בפרק החמישי עומד המאמר על האפשרויות לצרף תרופות שונות בתביעה בגין איחור במסירה של דירה ולתבוע תרופות באופן חלופי. בפרק השישי והאחרון ״צולל״ המאמר לרכיביו של סעיף 5א(ג) ודן ביישומו של מבחן

---

1 למשל צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש״ף–2020, ק״ת 516 ותיקוניו; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש״ף–2020, ק״ת 812 ותיקוניהן; תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש״ף–2020, ק״ת 820 ותיקוניהן; רשות האוכלוסין ״בעקבות המלצות משרד הבריאות – החל מהיום לא תתאפשר עוד כניסת זרים לישראל גם אם הוכיחו אפשרות לשהות בבידוד״ (הודעת דוברות 18.3.2020) https://did.li/4inTY.

2 ראו הודעת הממשלה ב״סגר הקורונה הראשון״: משרד הבינוי והשיכון ״ענף הבנייה הוחרג מן ההגבלות וימשיך לעבוד במתכונת מלאה״ (הודעת דוברות 17.3.2020) https://did.li/BFhaa.

3 משרד הבינוי והשיכון ״משבר הקורונה הביא לעיכוב העבודה באתרי בנייה למשך 70 עד 90 ימים״ (הודעת דוברות 10.6.2020) https://did.li/02brl.

4 בעניין זה ראו הצעתו של צוות משרד המשפטים לבחינת ההשפעות של משבר הקורונה על קיום חוזי מכר דירות, להסדר שנועד לצמצם את המחלוקות בנושא: משרד המשפטים **המלצות הצוות לבחינת השפעות משבר הקורונה על קיום חוזים – חוזי מכר דירות** (2020) https://did.li/qdE5q; יובל ניסני ״התקופה המוכרת לעיכובים בשל משבר הקורונה – 60 ימים״ **מרכז הנדל״ן** (24.6.2020) https://did.li/Ho7Hw. ראו גם ההודעה על החלטת משרד הבינוי והשיכון בנושא: משרד הבינוי והשיכון ״הוכרע סופית: 40 ימי עיכוב במסירת דירות בעקבות משבר הקורונה״ (הודעת דוברות 25.6.2020) https://did.li/fL1YH.

5 חוק המכר (דירות), התשל״ג–1973, ס״ח 196 (להלן: החוק או חוק המכר דירות).

6 חיפוש במנוע המשפטי ״נבו״ מעלה מעל 250 אזכורים בפסיקה של ס׳ 5א.

הסיכון, ביחסו של מבחן הסיכון למבחן השליטה וביסוד הקשר הסיבתי. חידושו של המאמר אינו בכך שהוא מבקש להכריע במחלוקות בין קונים למוכרים בקשר לאיחור במסירת דירות בתקופת הקורונה. חידושו טמון ב״ארגז הכלים״ שהוא מבקש להניח בפני הצדדים ובית המשפט לצורך הדיון במחלוקות אלה.

א. הרקע לחקיקתו של סעיף 5א לחוק

מטרתו של חוק המכר דירות היא להתגבר על פערי המידע והכוחות הקיימים בין קוני דירות למוכרי דירות, זאת על רקע חשיבות העסקה לקונה וחשיבותה הציבורית.[7] כדי לגשר על פערים אלה קובע החוק הוראות המחייבות את המוכר לספק מידע רב לקונה במסגרת חוזה המכר. כמו כן, הוא קובע הוראות המסדירות את תוכן החוזה בין המוכר לקונה.

ביום 6.4.2011 תוקן חוק המכר דירות והוסף לו סעיף 5א, שכותרתו ״פיצוי בשל איחור במסירה״. זה נוסחו:

> א.(א) לא העמיד המוכר את הדירה לרשות הקונה לאחר שחלפו שישים ימים מתום המועד הקבוע לכך בחוזה המכר (בסעיף זה – המועד החוזי), זכאי הקונה לפיצויים, בלא הוכחת נזק, בסכום כמפורט להלן, בעבור כל חודש או חלק ממנו מהמועד החוזי ועד להעמדת הדירה לרשותו, או לפיצויים בסכום שהוסכם עליו בחוזה המכר בשל איחור במסירת הדירה, לפי הגבוה:
>
> (1) סכום השווה לדמי שכירות של דירה דומה בגודלה ובמיקומה כשהם מוכפלים ב־1.5 – בעבור התקופה שתחילתה במועד החוזי וסיומה בתום שמונה חודשים מאותו מועד;
>
> (2) סכום השווה לדמי שכירות של דירה דומה בגודלה ובמיקומה כשהם מוכפלים ב־1.25 – בעבור תקופה שתחילתה תשעה חודשים לאחר המועד החוזי ואילך.
>
> (ב) הפיצויים הקבועים בסעיף זה ישולמו בתום כל חודש בעד אותו חודש; הפיצויים בעד שישים הימים שתחילתם במועד החוזי ישולמו בתום שישים הימים האמורים.
>
> (ג) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו־(ב), הצדדים לחוזה המכר רשאים להסכים כי הסעיפים הקטנים האמורים לא יחולו על איחור במסירה שנגרם

---

7 על תכליות חוק המכר דירות ראו איל זמיר **חוק המכר (דירות), תשל״ג–1973** 48–96 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג׳ טדסקי 2002) (להלן: זמיר חוק המכר דירות); איל זמיר ״הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)״ **משפטים** ל 459 (1999); רע״א 6605/15 **שמש נ׳ ספייס בניה ויזמות בע״מ**, פס׳ 21–22 (נבו 21.2.2016); ע״א 7260/12 **עמליה פרנק כהן נכסים והשקעות בע״מ נ׳ חברת ״וזוב נכסים בע״מ״**, פס׳ 31 (נבו 20.11.2016).

> כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו.

את הרקע לחקיקתו של סעיף 5א יש להבין על רקע המצב המשפטי שקדם לו, אשר הסדיר את חלוקת האחריות בין צדדים לחוזה במקרים שבהם מתרחשים אירועים המונעים את קיומו. מדובר במקרים שבהם מתרחשות נסיבות המסכלות את קיום חיוביו של מי מהצדדים לחוזה – נסיבות מסכלות.

טרם חקיקתו של סעיף 5א, הוראת החוק היחידה שהסדירה את חלוקת האחריות בין מוכר דירה לקונה דירה, במצב של נסיבות מסכלות, הייתה הוראת סעיף 18 לחוק התרופות.[8] הוראה זו עניינה ״פטור בשל אונס או סיכול החוזה״. הוראה זו קובעת כי ״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״. ה״צרה״ היא שבית המשפט העליון פירש הוראה זו במידה רבה של צמצום עד כדי קביעה כי ניתן לצפות מלחמות ומזג אוויר קיצוני.[9] לאמיתו של דבר פירושה של הוראת הסיכול הסטטוטורית היה כה מצמצם עד שלא נותר הרבה הימנה. כך סוכם מצב הדברים על ידי שלו וצמח:[10]

> הפירוש שניתן לתנאי היעדר הצפייה, ואשר לפיו גם אירועים מסכלים שרמת ההסתברות לקיומם קלושה הם בגדר הצפייה הפוטנציאלית של צדדים לחוזה, קרב את האחריות החוזית בארץ לאחריות מוחלטת, ורוקן מתוכנם את סעיף 18 לחוק התרופות ואת הגנת הסיכול הטמונה בו.

ניתן לומר שבמודע או שלא במודע הפך בית המשפט העליון את הוראת הסיכול הסטטוטורית לכלל ברירת מחדל עונשי (penalty default rule), אשר תמרץ את הצדדים לעוקפו ולהסדיר בחוזה את חלוקת האחריות ביניהם במקרה של נסיבות מסכלות.[11] הדברים נכונים בעיקר ביחס לאותו צד לחוזה שחיוביו חשופים ביתר שאת לסיכון של נסיבות מסכלות. ואומנם, הכללתה של תניה המתנה על הוראת הסיכול הסטטוטורית – תניית ״כוח עליון״ – הפכה לדבר שגור בחוזים.[12] בפרט, מוכרי דירות שחיובם למסור את הדירה במועד היה חשוף במיוחד לנסיבות

---

8 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל״א–1970, ס״ח 16 (להלן: חוק התרופות).

9 דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 443 (2003).

10 גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 770 (מהדורה רביעית 2019).

11 Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 97 (1989): "Penalty defaults, by definition, give at least one party to the contract an incentive to contract around the default."

12 ראו לדוגמה תניות ״כוח עליון״ בחוזי מכר בפסקי הדין הבאים: ע״א 1781/90 **דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות בנין ופיתוח בע״מ נ׳ פרטוש**, פ״ד מז(2) 621, 623–624 (1993); ע״א (מחוזי ת״א) 583/84 **ואייזיקוביץ נ׳ חברת רובינשטיין בע״מ**, פ״מ התשמ״ו(3) 359, 363–364 (1984); ת״א (מחוזי נצ׳) 520/80 **וינטר נ׳ שווקים חברה לפיתוח ובנין בע״מ**, פ״מ התשמ״ב(2) 520, 522 (1980).

מסכלות דאגו לכלול בחוזי המכר תניית "כוח עליון", המפרטת את הנסיבות שבהן יהיו פטורים מאחריות לעיכוב במסירת הדירה.[13] כך למשל כתבו לוסטהויז ושפניץ:[14]

> ככלל, הפסיקה נמנעה מלהכיר בטענת סיכול של צד מפר: המבחנים הקבועים בסעיף 18 הם נוקשים, ומעטים הם המקרים המתאימים להיכלל במסגרת הסעיף. ברוב פסקי הדין שדנו בסוגיה זו, בית המשפט מצא כי ניתן היה לצפות מראש את הנסיבות שגרמו להפרת החוזה – ובכך נשמטה הקרקע מתחת לבסיס טענת הסיכול. לא ייפלא אפוא רצונו של הספק לעגן בחוזה אחיד הוראה המונה את הנסיבות המצדיקות איחור במסירה ושוללות את ראייתו כהפרה. ואמנם, ברוב חוזי מכר דירות שנדונו בבית הדין [לחוזים אחידים] נכללה הוראה בנושא זה.

הבעיה היא שבחוזה אחיד עיצוב תנאי החוזה נשלט על ידי אחד הצדדים. במקרה כזה התגובה לכלל ברירת מחדל עונשי יכולה להיות בבחינת "תגובת יתר", המתאפיינת בהכללת תניה בחוזה העלולה להקנות יתרון בלתי הוגן לצד שידו על העליונה בעיצובה.[15] כך התאפיינה תגובת מוכרי הדירות: ראשית, מוכרי הדירות התנו על מבחן הצפייה הקבוע בהוראת הסיכול הסטטוטורית. ההתניה שהפכה למקובלת בחוזי מכר דירות הייתה שהמוכר יהיה פטור מאחריות בשל עיכוב במסירת הדירה אם נגרם העיכוב כתוצאה של נסיבות שאינן בשליטתו,[16]

---

13 ראו לדוגמה תניות "כוח עליון" בחוזי מכר דירות בפסקי הדין הבאים: ת"א (מחוזי ת"א) 1560/01 **אולבן עבודות ומסחר בע"מ נ' מרכז ראשונים (1993) בע"מ**, פס' 26 (נבו 20.3.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 220/95 **יוסתר נ' ארא חברה לעבודות הנדסה ובנין** (נבו 15.1.2007); ת"א (מחוזי נצ') 1028/04 **חוא נ' לוקי בניה ופיתוח בע"מ**, פס' 27 (נבו 7.9.2006); ע"א (מחוזי חי') 2346/04 **חזן נ' ריאד איספניולי בע"מ**, פס' 13 (נבו 14.6.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 1494/97 **סרביה נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פס' 3 (נבו 20.8.2003); ה"פ (מחוזי י-ם) 684/01 **קול נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ**, פס' 11 (נבו 22.5.2002); ת"א (מחוזי י-ם) 978/95 **מילון נ' שיכון עובדים בע"מ**, פס' 12 (נבו 24.4.2001); ת"א (מחוזי חי') 281/95 **הראל נ' אחים רויכמן (שומרון) בע"מ**, פס' ג(4) (נבו 21.6.2000); ת"א (שלום י-ם) 1934/05 **בזק נועם נ' אליהו ובני**, פס' 3 (נבו 12.3.2006); ת"א (שלום חי') 6209/02 **סגל נ' ח.מ.גבהים מלניום חברה לבניין בע"מ**, פס' 12 (נבו 21.7.2005); ת"א (שלום ת"א) 16276/00 **הרצברג נ' שיכון בע"מ** (נבו 7.1.2004); ת"א (שלום י-ם) 17180/00 **כהן נ' מנשה לוי חברה לבנין בע"מ**, פס' 2 (נבו 31.8.2003).

14 ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 277 (התשנ"ד).

15 השוו לנאמר בע"א 6916/04 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 94 (נבו 18.2.2010) (להלן: פרשת **בנק לאומי**): "ככל שהדברים אמורים בחוזה הרגיל (שאיננו חוזה אחיד), חופש ההתנאה על דין הסיכול הסטטוטורי, שכמעט ואינו מתקיים למעשה, הינה הדרך הראויה והרצויה להסדרה מוסכמת של אירועים חריגים ומסכלים במהלך חיי החוזה, ובמיוחד שעה שמדובר בחוזים המתמשכים והולכים לתקופה ארוכה. צדדים להסכם הבוחרים בהסדרה חוזית שכזו, מונעים בכך את הניגוד המובנה שבין דוקטרינת החוזה הקלאסית לבין דוקטרינת הסיכול, תוך הסדרת סוגיית הסיכול במסגרת חוזית אוטונומית בגדרו של ההסכם שביניהם. אולם, לא הרי 'החוזה האחיד' כהרי 'החוזה הרגיל'. בחוזה האחיד מוכתבים התנאים שקבע הספק על הלקוח, ומתעמעמת ההנחה החוזית בדבר חופש ההתנאה וההתקשרות".

16 לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 277.

זאת בין אם המוכר יכול היה לצפות את התרחשות הנסיבות ובין אם לאו; שנית, מוכרי הדירות פירטו במסגרת ההתניה שורה של מקרי ״כוח עליון״ אשר אם יתרחשו ויגרמו לעיכוב במסירת הדירה, יהיה המוכר פטור מאחריות לעיכוב. להלן דוגמה לתניית ״כוח עליון״ שעמדה במוקד אחת הפרשות שהגיעו לבית המשפט:[17]

> מועד המסירה הנזכר בסעיף 6(ב) לעיל, ו/או העברת רישום הזכויות בממכר ע״ש הרוכש כמפורט בסעיף 6(ה) לעיל, יהיו ניתנים לדחייה ע״י החברה לתקופה נוספת, בגלל עיכובים הנעוצים בכוח עליון, בחוק, תקנה, צו, פריצת מלחמה, גיוס כללי ו/או פגעי טבע ו/או גשמים רבים במיוחד ו/או איסור או הגבלה על בניה ע״י רשות מוסמכת ו/או הקפאת בניה עפ״י דין ו/או שביתה ו/או השבתה ו/או מחסור בחומרי בניה ו/או בפועלי בניה מקצועיים ו/או בשירותי ציוד ו/או הובלה ו/או מסיבה אחרת כלשהיא שאינה תלויה בחברה ו/או אשר לחברה אין שליטה עליה. במקרה של עיכוב כנ״ל, למרות שהחברה עשתה מאמצים סבירים למסור את הממכר במועד, ידחה מועד מסירת הממכר לתקופה שבה לא התנהלה העבודה כסדרה או לא נעשו דברים כסדרם מהסיבות הנ״ל בתוספת של עד 30 יום.

כפי שניתן להיווכח, תניה זו כוללת נסיבות כלליות (״בגלל עיכובים [...] מסיבה אחרת כלשהיא שאינה תלויה בחברה ו/או אשר לחברה אין שליטה עליה״) ונסיבות ספציפיות (״בגלל עיכובים הנעוצים בכוח עליון, בחוק, תקנה, צו, פריצת מלחמה, גיוס כללי ו/או פגעי טבע ו/או גשמים רבים במיוחד ו/או איסור או הגבלה על בניה ע״י רשות מוסמכת ו/או הקפאת בניה עפ״י דין ו/או שביתה ו/או השבתה ו/או מחסור בחומרי בניה ו/או בפועלי בניה מקצועיים ו/או בשירותי ציוד ו/או הובלה״), שנועדו לפטור את המוכר מאחריות לאיחור במסירת הדירה במקרה שבו יתרחשו.[18]

״תגובת הנגד״ לתגובתם של מוכרי הדירות באה בדמות התערבותו של בית הדין לחוזים אחידים בתניות אלה. בפסקי דין אחדים שעסקו בתנאים מקפחים בחוזי מכר דירות מצא בית הדין לנכון לדאוג כי תניות הפטור מאחריות בשל עיכוב במסירת דירה יכללו שני סוגים של סייגים כדי להסיר כל קיפוח: האחד, שעל אף הנסיבות המסכלות יעשה המוכר מאמצים סבירים לצמצם את העיכוב במסירה; האחר, שבכל מקרה לא תישלל זכותו של הקונה לבטל את חוזה המכר אם תקופת העיכוב במסירה תתארך מעבר לסביר.[19]

ברם, המחוקק סבר כי בזאת לא היה די. הסיבה לכך הייתה שתניות הפטור בגין איחור במסירה נותרו להשקפתו בלתי מאוזנות. אומנם בית הדין לחוזים אחידים הקפיד כי תניות הפטור לא יפטרו את המוכר מאחריות במצבים שבהם נגרם העיכוב כתוצאה של נסיבות שבשליטתו, אך הדבר לא צמצם את נוהגם של מוכרי הדירות להמשיך ולכלול בתניות אלה

---

17 פרשת **אולבן**, לעיל ה״ש 13.

18 להבחנה בין נסיבות כלליות לספציפיות בתניית ״כוח עליון״ ראו ע״ש (חוזים אחידים י-ם) 5017/98 **מגדל הזהב בע״מ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פס׳ 36 (נבו 11.12.2003).

19 לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 281.

שורה רחבה של מקרי "כוח עליון", שאם יתרחשו, הם יהיו פטורים מאחריות בגין איחור במסירת הדירה. בראותו נוהג זה סבר המחוקק כי אין זה ראוי לפטור את המוכר מאחריות בכל מקרה, וכי יש לפרוס את אחריותו אף על מקרים שבהם מתרחשות נסיבות שאינן בשליטתו. הלך המחשבה של המחוקק היה, כך נראה, שאין זה ראוי לפטור את המוכר מהאחריות בגין נסיבות מסכלות כאשר ברור שהן היו בידיעתו או בגדר צפייתו במועד כריתת החוזה, וזאת גם אם לא הייתה לו שליטה על התרחשותן.[20]

בנקודה זו הגיעה "תגובת יתר" דווקא מכיוון המחוקק. בשנת 2002 יזמה הממשלה הצעה לתיקון חוק המכר דירות.[21] בהצעת החוק הוצע לאפשר למוכר ולקונה להסכים כי המוכר יהיה פטור מתשלום פיצויים בגין איחור במסירת הדירה "בשל קיומו של אירוע הקשור לחוזה והמונע את ביצועו" (עילת האיחור), ובהתקיים הסייגים שפורטו לעיל שהתגבשו בפסיקת בית הדין לחוזים אחידים, אך נוסף על כך בהתקיים הסייג המרכזי הבא: "עילת האיחור במסירת הדירה אשר התקיימה בפועל נקבעה במפורש בחוזה המכר והיא לא הייתה ניתנת לצפייה בעת כריתת החוזה". הקושי בהצעה זו היה שהיא הציגה קו מחמיר מאוד כלפי מוכרי הדירות. שילובו של מבחן הצפייה הציף חשש שתניות הפטור יפורשו באופן המצמצם שפירשה הפסיקה את מבחן הצפייה בהוראת סעיף 18 לחוק התרופות. יותר מזאת, מכיוון שלא ניתן

---

20 ראו ע"א 345/89 **נאות דברת נ' מעליות ישראליפט י. מ. ש. אילן נהול והשקעות בע"מ**, פ"ד מו(3) 350, 355–356 (1992): "השאלה הנשאלת היא, אם עניינו ב'סיבות שלקבלן אין שליטה עליהן', כהוראת הדיבור בהסכם בין הצדדים: מה הוא גדר פריסתן של אותן 'סיבות שלקבלן אין שליטה עליהן', והאם כולל צירוף תיבות זה סיבות הידועות בעת עריכת ההסכם או רק סיבות שתיוולדנה בעתיד ואשר אין יודעים עליהן בעת עריכת ההסכם? [...] יש לפרש את תניית הפטור, בעיקרה, כצופה פני עתיד – כקביעתו של בית־משפט קמא – והשכל הישר מחייב, לכאורה, כי הצדדים כיוונו דעתם לסיבות, לגורמים ולמניעות שייוולדו בעתיד ואשר אין יודעים עליהם בעת כריתת ההסכם; ממילא אין אותן 'סיבות' שבהסכם כוללות (למצער) סיבות הידועות היטב בעת כריתת ההסכם או מניעה המתקיימת לידיעת הצדדים באותה עת".

21 הצעת חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 3), התשס"ג–2002, ה"ח 18: "5ב.(א) לא העמיד המוכר את הדירה לרשות הקונה לאחר שחלפו שישים ימים מתום המועד הקבוע לכך בחוזה המכר (בחוק זה – המועד החוזי), זכאי הקונה לפיצויים, בלא הוכחת נזק, בסכום השווה לדמי שכירות של דירה דומה בגודלה ובמיקומה, בעבור כל חודש או חלק ממנו מתום שישים ימים לאחר המועד החוזי (בחוק זה – מועד תחילת הפיצויים) ועד להעמדת הדירה לרשותו, או לפיצויים בסכום שהוסכם עליו בחוזה המכר בשל איחור במסירת הדירה, הגבוה מביניהם. (ב) הפיצויים הקבועים בסעיף זה ישולמו בתום כל חודש בעד אותו חודש החל בסיום החודש שתחילתו במועד תחילת הפיצויים. (ג) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאים הצדדים לחוזה המכר להסכים על דחיית מועד תחילת הפיצויים, בשל קיומו של אירוע הקשור לחוזה והמונע את ביצועו (בסעיף זה – עילת האיחור), עד לחלוף עילת האיחור, בהתקיים כל אלה: (1) עילת האיחור במסירת הדירה אשר התקיימה בפועל נקבעה במפורש בחוזה המכר והיא לא הייתה ניתנת לצפיה בעת כריתת החוזה; (2) המוכר הוכיח כי הנסיבות שהביאו לקיומה של עילת האיחור לא היו בשליטתו; (3) המוכר הוכיח כי לא יכול היה למנוע את קיומה של עילת האיחור; (4) המוכר הוכיח כי על אף קיומה של עילת האיחור, עשה כל מאמץ להשלמת הבניה ולהעמדת הדירה לרשות הקונה; (5) נקבע במפורש בחוזה המכר שהקונה רשאי, בכל מקרה של איחור במסירת הדירה, לבטל את החוזה לאחר שחלפה תקופה סבירה מקיומה של עילת האיחור, בלא תשלום פיצויים למוכר".
הצעה זהה לנוסח הסעיף פורסמה ביום 1.11.2006 (הצעת חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 5), התשס"ז–2006, ה"ח 140. ההצעה המאוחרת היא ששימשה כהצעה לתיקון חוק המכר דירות.

להתנות על הוראות חוק המכר דירות אלא לטובת הקונה,[22] המשמעות הייתה שבניגוד לדיספוזיטיביות של הוראת סעיף 18 לחוק התרופות, לא יוכלו מוכרי הדירות להתנות עוד על הוראת הסיכול המוצעת בחוק המכר דירות ועל מבחן הצפייה הכלול בה.

לא ייפלא אפוא שהצעת החוק לא קודמה במהירות. רק בשנת 2011, כמעט עשור לאחר פרסומה, היא הגיעה לדיון ממשי בוועדת הכלכלה של הכנסת. בדיון שהתקיים בוועדה ביום 1.2.2011 הציג עו״ד אמיר פז, מהלשכה המשפטית של משרד הבינוי והשיכון, את הקו המחמיר שננקט בהצעת החוק:[23]

> מן הראוי היה שכאשר חותמים על החוזה הקבלן יביא בחשבון את כל מה שצפוי בהתחשב בניסיון שלו, במה שקורה במשק, בהיסטוריה, וכו׳ וכו׳ [...] החריג שמצאנו לנכון לקבוע הוא באמת רק בנסיבות מצומצמות. לא היה לנו ספק שאלה נסיבות מצומצמות ואנחנו חושבים שכך צריך להיות.

את משקל הנגד לדברים אלה נתן עו״ד אהוד נדב, מהייעוץ המשפטי של התאחדות הקבלנים והבונים בישראל, אשר הסביר כי הקו מחמיר מדי ויביא להחלה אוטומטית של אחריות על המוכר:[24]

> זה מה שאנחנו עושים כאן – אוטומטית, לא משנה מי שאשם, הקבלן ישלם. גם אם הוא לא אשם בכלל, למשל – היתה מלחמה [...] הפסיקה במדינת ישראל – יודעים כאן לפחות כל המשפטנים, אומרת שמלחמה זה דבר צפוי במדינת ישראל. זאת אומרת, פרצה, חלילה וחס, מלחמה, זו הפרת חוזה, בגלל המלחמה. לא יכול היה הקבלן לבנות בצפון כי נופלות שם קטיושות – לפי החוק הזה הוא היה צריך לצפות. לפי החוק הזה בתוספת הפסיקה הקיימת במדינת ישראל הוא היה צריך לצפות את הדבר הזה. האם אנחנו באמת חושבים שהקבלן לא בסדר והוא צריך לשאת בפיצויים?

מי שהתווה לבסוף את הפשרה בין העמדות היה פרופ׳ איל זמיר, שהשתתף בדיון. נוכח הבעייתיות הידועה של מבחן הצפייה הציע פרופ׳ זמיר לזנוח את מבחן הצפייה, שנכלל בהצעת החוק, ולהחליפו במבחן הסיכון, הנכלל בהצעת חוק דיני ממונות:[25]

> בהצעת הקודקס האזרחי נעשתה רפורמה בהוראת הסיכול, באופן שזנחו את מבחן הצפייה ועברו למבחן של הקצאת סיכונים. אז אני חושב שצריך לבקש ניסוח מחדש של פסקה (ג) ברוח הניסוח הנוכחי, אבל להוריד מכאן את הצפייה, כי זה היא לא לעניין [...] הניסוח של (ג) צריך להיות צמוד יותר

---

22 ס׳ 7א(א) לחוק.

23 פרוטוקול ישיבה מס׳ 436 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה־18, 25 (1.2.2011) (להלן: פרוטוקול ועדת הכלכלה).

24 שם, בעמ׳ 29.

25 שם, בעמ׳ 43.

> לניסוח של הוראת הסיכול בהצעת הקודקס, שזה סעיפים 130 ואילך, זה יפתור לנו גם את הבעיה של מבחן הצפיות.

כך, בסופו של דבר, אושר סעיף 5א בנוסחו הנוכחי, ומבחן הצפייה הוחלף במבחן הסיכון.

אם לסכם, השתלשלות חקיקתו של סעיף 5א מראה שהוא תוצר של פשרה ומבטא איזון עדין בין הרצון להגן באופן ראוי על קוני הדירות מפני נזקים הנובעים מאיחור במסירה של דירתם, ובין הרצון שלא להותיר את מוכרי הדירות ללא הגנה ראויה מפני חבות בגין איחור במסירה של הדירה הנגרם כתוצאה של נסיבות מסכלות. אין לכחד שעידן הקורונה מעמיד איזון זה במבחן. במחלוקות שיבואו בפני בתי המשפט בנוגע לאיחור במסירת דירות צפוי כי מוכרי דירות יטענו להגנתם כי אין הם חבים בפיצויים, מכיוון שהאיחור במסירה נגרם כתוצאה של מגפת הקורונה. סקירת חקיקתו של סעיף 5א מצביעה על כך שהמחוקק ביקש לסייג ולהגביל את כוחם של מוכרי הדירות להסיר מעליהם אחריות לאיחורים במסירה של דירות. עם זאת ביקש שלא להותיר את ידיהם של מוכרי הדירות כבולות להוראת הסיכול הסטטוטורית, אשר פורשה בפסיקה באופן מצמצם מאוד. האתגר בעידן הקורונה יעמוד בסימן מציאתה של נקודת האיזון בין מטרות אלה, כדי להגשים את תכליתו של סעיף 5א.

ב. תכלית הפיצויים בסעיף 5א(א) לחוק

סעיף 5א(א) קובע את התנאים שעל פיהם קמה לקונה זכות לתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. הפיצויים הם בסך השווה ״לדמי שכירות של דירה דומה בגודלה ובמיקומה כשהם מוכפלים ב־1.5 – בעבור התקופה שתחילתה במועד החוזי וסיומה בתום שמונה חודשים מאותו מועד״, או ״כשהם מוכפלים ב־1.25 – בעבור תקופה שתחילתה תשעה חודשים לאחר המועד החוזי ואילך״.

להוראת חוק הקובעת כי ישולמו פיצויים ללא הוכחת נזק יכולות להיות מטרות שונות. לעיתים קיים קושי לכמת את הנזק בשל אופיו המיוחד. במקרים מסוג זה, חקיקת הוראה שלפיה ישולמו פיצויים ללא הוכחת נזק נועדה להגן על האינטרס של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו.[26] כמו כן, לעיתים קיימת בעיית אכיפה המביאה לכך שהמזיק אינו נושא באחריות לכל הנזקים שהוא גורם. חקיקת הוראה שלפיה במקרים כאלה ישולמו פיצויים ללא הוכחת נזק מטרתה להגן על אינטרס ההרתעה היעילה של המזיק, כך שזה ״יפנים״ את כל הנזקים הנגרמים על ידיו.[27] לעיתים גם מבקש המחוקק להוקיע, לשרש ולהעניש התנהגות חמורה של המזיק, וזאת ללא קשר לנזק שנגרם או שלא נגרם על ידי התנהגותו. חקיקת הוראה שבמקרים אלה

---

26 בג״ץ 5239/11 **אבנרי נ׳ הכנסת**, פס׳ 36 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 15.4.2015); ע״א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ׳ בית שוקן להוצאת ספרים בע״מ**, פס׳ 33 (נבו 20.6.2011); ע״א 3853/11 **רונית דגלי אומות בע״מ נ׳ שטן**, פס׳ 70 (נבו 13.5.2013).

27 Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869, 887–888 (1998); ע״א 140/00 **עיזבון אטינגר נ׳ החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע״מ**, פ״ד נח(4) 486, 564 (2004).

ישולמו פיצויים ללא הוכחת נזק נועדה להגן על אינטרס ההרתעה המלאה של המזיק, כך שזה לא ינהג באופן בזוי מבחינה חברתית.[28]

מהי מטרת ההוראה שבסעיף 5א(א), אשר לפיה יהיה הקונה זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק העולה על שכר דירה של דירה דומה? הדיון שנערך בוועדת הכלכלה מגלה שתי מטרות.

בדיון שהתקיים הביע היו״ר כרמל שאמה את דעתו, פעמים מספר, כי הוא חותר לכך שהפיצוי שייקבע בחוק ישקף את הנזק האמיתי שנגרם לקוני הדירות בשל איחור במסירה. אלה חלק מאמירותיו בדיון:

> בדרך כלל כשהוא הולך לחוזה כזה הוא כבר לא ישכור דירה לשנה, כי הוא לא יודע מתי הקבלן ייתן לו את זה – עוד חודש? עוד חודשיים? עוד שלוש? שכירות לטווח קצר היא בדרך כלל יותר יקרה מהשכירות הרגילה בענף. לדעתי צריך לתת פה איזה מקדם בעניין הזה [...] אני לא מחפש להעניש אף אחד. אני מחפש שאותו אדם ירגיש בסופו של דבר בסדר [...] אני לא אומר פיצוי לדוגמה. אני אומר – פיצוי אמיתי [...] באפקט של האיחור של מכירת דירה יש תחושות לא חיוביות [...] ועלויות נוספות, שלא קשורות – של העברה, של התאמה של ריהוט, של נזק שנגרם לדברים בדרך ובחזרה, דברים שהולכים לאיבוד. אלה דברים שיש להם עלויות שקשה לכמת אותן בצורה ישירה, וצריך לפצות עליהם [...] אולי נשלב – נעשה שבחצי השנה הראשונה, ההוצאות הראשונות והגדולות, אם האיחור הוא חמישה־שישה חודשים, אז יש הוצאות שלא תחזורנה על עצמן – כמו המעבר, התאמה של ריהוט, אז נקבע פיצוי יותר גבוה בשישה החודשים הראשונים של האיחור, ואחרי שישה חודשים – נרד למשהו נמוך יותר.

מדברים אלה ניתן להסיק כי הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) מטרתם לפצות את קונה הדירה על הנזק המלא שנגרם לו בשל איחור במסירת הדירה, לרבות על נזקים שאינם ממוניים, והשבת מצבו לקדמותו אילולא האיחור במסירה.

מטרה אחרת שעולה מהדיון בוועדת הכלכלה היא שהפיצויים מגינים על אינטרס אחר, הוא **אינטרס הקיום בפועל**. בדברי ההסבר של חקיקת סעיף 5א נכתב כי הוא נועד להתמודד עם ״אחד הנושאים החשובים לרוכשי דירות מקבלנים הוא קבלת הדירה במועד המוסכם בחוזה המכר״. לפי זאת, מטרתו של סעיף 5א היא להפחית את היקף המקרים של איחורי מסירה של דירות בשוק. על עמדה זו חזר חבר הכנסת נחמן שי בדיון:

> אני חושב שהסעיף משמעותי להרבה קוני דירות שתולים תקוות באספקה במועד מסוים של הדירה, וכמעט באופן קבוע מסירת הדירות היא מאוחרת. זה מן המפורסמות. זה מעין ריטואל [...] אני חושב ששכר הדירה וכו׳ זה פיצוי דל. הוא לא משמש זרז מספיק כדי לספק את הדירה במועד, וחייהם של אנשים משתבשים [...] אני הייתי לפחות מכפיל את זה. אם הקבלן לא יידע – ואני לא

---

28 ע״א 2144/13 **עזבון מנטין נ׳ הרשות הפלסטינאית**, פס׳ 117 (נבו 6.12.2017).

> אומר דבר על יושרם או הגינותם של קבלנים, אני בטוח שהקבלן רוצה לסיים את העבודה, הוא לא נהנה מהעובדה שהוא לא מוסר את הדירה, ברור שהוא רוצה למסור ולהמשיך הלאה. אני אומר את זה, אבל צריך להיות לו תמריץ משמעותי שידרבן אותו. ואני מכיר את כל הקשיים בשוק העבודה – עובדים באים ועובדים לא באים – צריך משהו שידרבן אותו לגמור במועד ולמסור.

על רקע הדרך שבה נקבע גובה הפיצויים בסעיף 5א(א), מטרה זו, כמטרת הפיצויים, מעלה קושי. כדי שהמוכר יתומרץ למסור את הדירה במועד, הפיצוי שיהיה חייב לשלם לקונה במקרה של איחור צריך להיות גבוה יותר מעלות קיום החוזה על ידיו, היא עלות קיום ההתחייבות למסור את הדירה במועד. כאשר המוכר חווה עיכובים בבניית הדירה, הוא נתקל בצומת של קבלת החלטה. על כף המאזניים עומדת העלות שעליו להשקיע כדי למסור את הדירה במועד אל מול הפיצויים שיהיה עליו לשלם אם ימסור את הדירה באיחור. אם העלות הכרוכה במסירת הדירה במועד, לאחר שחלו עיכובים בלוח הזמנים של מסירת הדירה, גבוהה מהפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א), המוכר לא יתומרץ למסור את הדירה במועד. ואולם, חישוב הפיצויים שנקבעו בסעיף 5א(א) עוגן בכוונה להיטיב את נזקם של קוני הדירות, ולא מתוך כוונה ברורה להלום ולעלות על עלות מסירתה של הדירה במועד על ידי המוכרים. אם כן, קשה להניח כי הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) יכולים להשיג את המטרה האחרונה במלואה. על כל פנים, עיון בדיון בוועדת הכלכלה מעלה כי בסופו של דבר הביעו היו״ר שאמה וחבר הכנסת שי את הדעה שהפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) נועדו **גם** לפצות את הקונה על נזקיו **וגם** לתמרץ את המוכר למסור את הדירה במועד.[29]

קיימת זווית נוספת שממנה ניתן להשקיף על מטרת הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א). לפי אפשרות שלישית זו, הפיצויים באים להגן על **אינטרס הקונה בקיומה של ״עסקה מתקנת״**. נפגע מהפרת חוזה זכאי לתרופת האכיפה. קיומה של תרופה זו בידי הנפגע עשוי לעודד ביצוע של ״עסקה מתקנת״.[30] ״עסקה מתקנת״ יכולה להתרחש כאשר עלות הקיום למפר גבוהה מערך הקיום לנפגע. במצבים אלה, אם הצדדים מגיעים להסכמה שלפיה ישלם המפר לנפגע סכום העולה על ערך הקיום עבורו ונמוך מעלות הקיום למפר, כדי שהנפגע יפטור את המפר מקיום החוזה בפועל ולא יעשה נגדו שימוש בתרופת האכיפה, שני הצדדים יוצאים נשכרים.

לשם הדוגמה, נניח שעלות העמידה במועד מסירת הדירה תעלה למוכר 50,000 ₪, ואילו מסירת הדירה במועד תחסוך לקונה 35,000 ₪. במצב זה למוכר יש אינטרס להציע לקונה סכום כספי הנע בין 35,000 ₪ ל־50,000 ₪ על מנת שיוסכם ביניהם שהקונה לא יאכוף עליו את העמידה במועד המסירה, ולקונה יש אינטרס לקבל את הצעת המוכר. מכיוון שהסכום

---

29 פרוטוקול ועדת הכלכלה, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 37, 39–40; פרשת **שמש**, לעיל ה״ש 7, פס׳ 25: ״דומה כי באמצעות הסדר זה ביקש המחוקק להקטין את פערי הכוחות בין הצדדים ולחזק את מעמדו של רוכש הדירה, באופן שיבטיח את זכאותו של הרוכש לפיצוי ויתמרץ את הקבלן להימנע מאיחור במסירת הדירה״.

30 עמרי בן שחר ויובל פרוקצ׳יה **״חוזים״ הגישה הכלכלית למשפט** 153, 204, 208 (אוריאל פרוקצ׳יה עורך 2012).

המוצע נמוך מעלות הקיום למוכר ועולה על ערך הקיום לקונה, לשני הצדדים משתלם לבצע את ה״עסקה המתקנת״.

אלא מאי – הנחת היסוד בתרחיש זה היא שעומדת לנפגע תרופת אכיפה.[31] ואולם, במקרה של איחור במסירת הדירה עומדת לקונה **תרופת אכיפה בלתי אפקטיבית**. הסיבה העיקרית לכך היא שמשך הזמן שחולף בין גילוי דבר האיחור הצפוי במסירת הדירה ובין המועד שבו הדירה נמסרת בפועל הוא לרוב קצר ממשכו של הליך משפטי. במצב זה אין משמעות מעשית לפנייה לבית המשפט בבקשה למתן סעד של אכיפה המורה למוכר להאיץ את עבודותיו כדי שהדירה תימסר במועד.[32] סיבה נוספת להיעדר האפקטיביות של תרופת האכיפה היא שקיים קושי אינהרנטי במתן סעד של האצת עבודות. סעד זה יכול שלא להיות בר־ביצוע גם אם יינתן, להיות בלתי צודק או להצריך מידה רבה של פיקוח מצד בית המשפט.[33] בנסיבות אלה, שבהן תרופת האכיפה העומדת לקונה אינה אפקטיבית, ניתן לראות את הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) כפיצויים הבאים לשקף את המחיר שהיה משלם מוכר לקונה ב״עסקה מתקנת״, לו הייתה בידי הקונה תרופת אכיפה אפקטיבית.

המסקנה המרכזית שראוי לקחת מדיון זה אל הדיונים שיתקיימו בבתי המשפט בנוגע לאיחור במסירה של דירות בעידן הקורונה היא שהפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) אינם מתת (windfall) עבור קוני הדירות ולא נועדו להעניש את מוכרי הדירות. מטרתם לפצות את קוני הדירות על הנזק האמיתי שנגרם להם, ובה בעת לנסות ולתמרץ את מוכרי הדירות לעמוד במועדי המסירה של דירות.[34] נוכח זאת, יש להקפיד שלא להכניס לגדרי הדיונים בעידן הקורונה שיקולים הבאים ״להקל בענישה״ של מוכרי הדירות או ״להפחית מהתעשרותם״ של קוני הדירות. בשים לב לתכלית הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א), שלא נועדה להעניש את המוכרים או להעשיר את קוני הדירות, לשיקולים אלה אין מקום.[35]

---

31 רועי קרייטנר ״הערעור נתקבל בחלקו: תרופות-אמצע בשל הפרת חוזה״ **עיוני משפט** ל 265, 307 (2007). **ראו באופן כללי** Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. CHI. L. REV. 351 (1978).

32 גם בקבלת סעד זמני קיים קושי רב שכן הסעד הזמני חופף את סעד האכיפה הסופי, וניתן לכמת את הנזק לקונה בכסף (ראו לדוגמה רע״א 9213/12 **רשת נגה בע״מ נ׳ ישראל 10 – שידורי הערוץ החדש בע״מ**, פס׳ 32 (נבו 20.1.2013)). אף יכולה להיות רתיעה מצד הקונה מפני הגשת בקשה לסעד הזמני נוכח החשש כי ייאלץ לפצות את המוכר על נזקים גבוהים שייגרמו לו בשל מתן סעד זמני (ראו באופן כללי רע״א 9308/08 **אלול נ׳ רביב** (נבו 21.4.2009)).

33 איל זמיר **חוק חוזה הקבלנות, תשל״ד–1974** 679–684 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג׳ טדסקי 1994) (להלן: זמיר **חוק חוזה קבלנות**); גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות** 196–200, 213–243 (2009).

34 ת״א (שלום ת״א) 40202-11-15 **שושן נ׳ גינדי ישראל 2010 בע״מ** (נבו 10.11.2020): ״מנגנון הפיצוי שעוגן בחוק אינו עונשי. אכן, אין להתעלם מן המטרה המניעתית הגלומה בו, אך זו נשזרה במסגרת תהליך החקיקה בהטבת הנזקים הנגרמים לרוכשי הדירות כתוצאה מהאיחור במסירת הדירה, שכן העיכוב הבלתי צפוי טורף את תכניותיהם ומחבל בסדר יומם האישי, המשפחתי, והכלכלי [ראו דברי חברי הכנסת בפרוטוקול דלעיל]״.

35 ראו למשל הערת בית המשפט בתא״מ (שלום פ״ת) 42039-06-16 **אליהו נ׳ פלסים חברה לפיתוח ובנין בע״מ**, פס׳ 35 (נבו 3.5.2018): ״אפשרות אחרת של חלוקה הוגנת של הסיכון, יכולה לבוא לידי ביטוי באמצעות הגבלת הפיצוי לנזק שנגרם בפועל לרוכש הדירה כתוצאה מהעיכוב. לעניין

ג. התניה לפי סעיף 5א(ג) לחוק – התניה חלקית ומלאה

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". הפסיקה פירשה את סעיף 5א(ג) כסעיף המתיר לצדדים להגיע להסכמה שלפיה המוכר יהיה פטור מתשלום של הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) אם מסר את הדירה במהלך תקופת החסד (grace period) של 60 הימים הקבועה בסעיף, **ונוסף על כך** יהיה פטור מתשלום הפיצויים בגין כל איחור במסירה שנגרם "כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו", כלשון סעיף 5א(ג).[36]

פירוש הדבר הוא שבמקרה לדוגמה שבו התנו הצדדים על סעיף 5א(א) באמצעות סעיף 5א(ג), ונסיבות מסכלות גרמו לאיחור של 45 ימים במסירת הדירה, ונסיבות **שאינן** מסכלות גרמו לאיחור נוסף של 30 ימים, אזי יחויב המוכר בפיצויים, שכן חלפה תקופת החסד של 60 הימים, אך זאת רק בגין איחור של 30 ימים. כמו כן, פירוש הדבר הוא שבמקרה שבו התנו הצדדים על סעיף 5א(א) באמצעות סעיף 5א(ג), ונסיבות **שאינן** מסכלות גרמו לאיחור של 45 ימים במסירת הדירה, אזי כלל לא יחויב המוכר בפיצויים, שכן **לא** חלפה תקופת החסד של 60 הימים.

פרשנות זו אינה מתבקשת מלשונו ומתכליתו של סעיף 5א(ג). הסעיף פותח במילים "על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו־(ב) הצדדים לחוזה המכר רשאים להסכים כי הסעיפים הקטנים האמורים לא יחולו". במילים אחרות, סעיף 5א(ג) מאפשר לצדדים להסכים כי סעיף 5א(א) לא יחול על איחור במסירה הנגרם כתוצאה של נסיבות מסכלות. לסעיף 5א(א) היבט שלילי והיבט חיובי (מנקודת מבטו של הקונה). מן ההיבט השלילי, הסעיף פוטר את המוכר מתשלום פיצויים אם נמסרה הדירה בתוך תקופת החסד של 60 הימים. מן ההיבט החיובי,

---

זה, מטעמי הגינות ויעילות, ניתן לשקול להכיר בחזקה של גרימת נזק בפועל בגובה דמי השכירות החודשיים (ללא התוספת של 50% או 25%) ובמתן אפשרות לצדדים להוכיח אחרת. הגבלת הפיצוי לנזק שנגרם בפועל, בשילוב חלוקת נטל ההוכחה באופן האמור, מאזנת בין זכויות הצדדים ביחס להתרחשות נסיבה מעכבת שאינה בשליטת אף אחד מהם, ומגינה על כך שאיש מהם לא ייפגע במידה העולה על הנדרש כתוצאה מהסדר הסיכול".

36 ראו למשל שם, פס' 8, 13: "אם דירה נמסרה באיחור של חודשיים וחצי, המורכבים מעיכוב של חודש בגין גורם חיצוני לקבלן, וחודש וחצי בגין מחדלים עצמאיים ומצטברים של הקבלן, הקבלן עשוי להיות זכאי לפטור בגין חודש עיכוב בלבד (בכפוף לעמידתו בייתר תנאי הפטור). זאת, חרף העובדה שאלמלא הגורם החיצוני הקבלן היה מוסר את הדירה בתקופת ה'גרייס' הסטטוטורי ולא היה נדרש לשלם פיצוי"; ת"א (שלום חי') 28653-05-16 **רייטבורט נ' כדורי**, פס' י (נבו 25.11.2020); תא"מ (שלום ראשל"צ) 39450-03-17 **נכסי יונט יגאל אלון תל אביב בע"מ נ' יקותיאל ביזנס סנטר בע"מ**, פס' 25 (נבו 4.9.2018); תא"מ (שלום צפת) 10703-09-14 **ענבל נ' דקל אחר בינוי והשקעות בע"מ**, פס' 5 (נבו 26.12.2016); תא"מ (שלום ת"א) 32540-07-16 **מוסקוביץ' השקעות בע"מ נ' עתידים איילת השחר בע"מ**, פס' 8, 15 (נבו 3.9.2017); ת"ק (שלום פ"ת) 46445-01-18 **חנוך נ' יעקבי יוניברסל ייזום והשקעות בע"מ**, פס' 5א.1.ב (נבו 4.11.2018).

הסעיף מחייב את המוכר בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק אם נמסרה הדירה לאחר תקופת החסד, והחל מיום האיחור הראשון. הבחנה זו מובילה להבחנה נוספת. פירוש הפסיקה לסעיף 5א(ג) מאפשר למוכר להתנות **התניה חלקית** בלבד על הסעיף. הפירוש מאפשר למוכר להתנות על ההיבט החיובי של סעיף 5א(א) אך לא על ההיבט השלילי שלו. הוא מאפשר למוכר להתנות על החיוב לתשלום פיצויים כך שאלה לא ישולמו בהתרחשות נסיבות מסכלות, אך גם מאפשר למוכר שלא להתנות על תקופת החסד כך שזו עדיין תפטור אותו מתשלום פיצויים, אם איחור, **שלא עלה על תקופת החסד**, נגרם כתוצאה של נסיבות **שאינן** מסכלות.

אחיזתה של התניה חלקית בלשון סעיף 5א(ג) מוטלת בספק. סעיף 5א(ג) מאפשר למוכר להתנות על סעיף 5(א)(א) כולו וללא כל סייג. אין בלשון סעיף 5א(ג) כל סימן לכך שהמוכר רשאי להתנות רק על זכות הקונה לפיצויים הקבועה בסעיף 5א(א). לשון סעיף 5א(ג) מאפשרת **התניה מלאה** על סעיף 5א(א). לא יותר ולא פחות. אם כן, אם המוכר מתנה על זכות הקונה לפיצויים לפי סעיף 5א(א), אין הוא יכול שלא להתנות גם על זכותו שלו לתקופת חסד לפי סעיף 5א(א). זוהי המשמעות של התניה מלאה על סעיף 5א(א).

לסעיף 5א(א) היגיון פנימי של ״שטר ושוברו בצידו״. היתרון למוכר הוא שהוא נהנה מתקופת חסד, והחיסרון למוכר הוא שאם הוא מוסר את הדירה לאחר תקופת החסד, עליו לשלם לקונה פיצויים ללא הוכחת נזק על כל תקופת האיחור. התניה חלקית על סעיף 5א(א) מפירה היגיון זה. אם מתאפשר למוכר להתנות על הזכות לפיצויים מבלי להתנות על הזכות לתקופת חסד, אין כל סיבה שיוותר על התניה חלקית זו. התניה חלקית תמיד תשפר את מצבו על חשבון מצבו של הקונה. מדוע אפוא שיפסח עליה? האפשרות להתנות חלקית על סעיף 5א(א) מובילה למצב שבו המוכר נהנה גם מתקופת חסד וגם מפטור מתשלום פיצויים בגין איחור במסירה בשל נסיבות מסכלות. אם לכך כיוון המחוקק, מדוע לא קבע כך בחוק? מדוע השחית את מילותיו על ידי הפרדה בין הוראת סעיף 5א(א) להוראת סעיף 5א(ג), וקבע באחרונה כי ניתן להתנות על סעיף 5א(א) כולו ללא סייג?[37]

יוטעם כי האפשרות להתנות באופן מלא בלבד על סעיף 5א(א) יכולה להגביר את התחרות בין המוכרים על אחריותם למסירה של דירות במועד, ולצד זאת לשפר את רווחת הקונים. במצב של התניה מלאה יכולים המוכרים להציע לקונים אחד משני מסלולים: ״מסלול **ללא** נסיבות מסכלות״ קרי התחייבות למסירה במועד החוזי **עם** תקופת חסד, כאשר איחור מעבר לכך יחויב בפיצויים מתחילת תקופת החסד, או ״מסלול **עם** נסיבות מסכלות״, קרי התחייבות למסירה במועד החוזי **ללא** תקופת חסד, כאשר כל איחור מן המועד החוזי הנגרם כתוצאה של נסיבות מסכלות יהיה פטור מפיצויים. לכל מסלול יתרון וחיסרון, אך ההנחה היא שהגברת התחרות בשוק על האחריות למסירה של דירות במועד, על ידי מתן האפשרות לבחור בין המסלולים, יכולה להגדיל את רווחת הקונים.

---

37 מן העניין לציין כי במעבר מנוסח הצעת החוק (לעיל ה״ש 21) לנוסח שהתקבל הושמטה התיבה שלפיה ״רשאים הצדדים לחוזה המכר להסכים על דחיית מועד תחילת הפיצויים״. אילו נותר נוסח זה בעינו, הכוונה לאפשר התניה חלקית הייתה נהירה יותר. מן העבר יש לזכור שבנוסח הצעה זו נכלל מבחן הצפייה, אשר הושמט מהנוסח הנוכחי של החוק.

עידן הקורונה מעורר את שאלת פירושו הראוי של סעיף 5א(ג) במלוא עוזה. כפי שצוין בפתח הדברים, משרד הבינוי והשיכון פרסם הערכה שלפיה "משבר הקורונה הביא לדחייה של 70 עד 90 ימים בממוצע באתרי הבנייה ברחבי ישראל". הערכה זו פורסמה ביום 10.6.2020, כבר לאחר "סגר הקורונה הראשון" שהחילה הממשלה. היום, הערכה זו אף עשויה להיות משום "הערכת חסר". בכל אופן, הואיל וההערכה היא שמגפת הקורונה הביאה ותביא לאיחורים של 60 ימים ויותר במסירה של דירות, הרי שהשאלה אם סעיף 5א(ג) מאפשר התניה חלקית או מלאה על הוראות סעיף 5א(א) עשויה לצוף ולהידון בבתי המשפט.

ד. היחס בין תרופת סעיף 5א לחוק ליתר תרופות הדין

סעיף 5א קובע כי הקונה יהיה זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק אם העמיד המוכר את הדירה לרשותו לאחר שחלפו 60 ימים מהמועד שנקבע לכך בחוזה. השאלה העקרונית היא: מהו היחס בין התרופה שנותן סעיף 5א ובין התרופות שנותן הדין בגין איחור במסירה?

השאלה הראשונה העולה בעניין זה היא: האם התרופה שנותן סעיף 5א שוללת מהקונה קבלת תרופות הקיימות מחוץ לחוק המכר דירות? התשובה הפשוטה לכך מצויה בסעיף 7 לחוק, הקובע כי "חוק זה אינו גורע מזכויות הקונה או קונה המשנה הניתנות לו לפי כל דין". הזכות לקבלת פיצויים ללא הוכחת נזק בגין איחור במסירה אינה שוללת אפוא מהקונה את הזכות לקבלת תרופות אחרות שבדין בגין איחור במסירה, כגון תרופות המוקנות בחוק התרופות ובחוק המכר הכללי.[38]

השאלה השנייה והמורכבת יותר היא: האם מוכר דירה רשאי להתנות בחוזה המכר על התרופות המוקנות לקונה לפי כל דין בגין איחור במסירה, באופן המסייג, מגביל או שולל אותן? התשובה לשאלה זו מורכבת יותר, מכיוון שהחוק מוסיף על סעיף 7 וקובע בסעיף 7א כי "אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה או קונה המשנה". בשים לב להוראות סעיפים 7 ו־7א לחוק, ניתן לאמץ בעניין זה שתי גישות פרשניות: לפי **הגישה הראשונה**, שילובם של סעיפים 7 ו־7א קובע איסור הן על התניה על הוראות חוק המכר דירות והן על התניה על זכויות הקונה הניתנות לו לפי כל דין, אלא לטובת הקונה. בהתאם לגישה זו, אם "החוק אינו גורע מזכויות" הניתנות לקונה לפי כל דין, אזי כל גריעה במסגרת חוזה המכר מזכויות הקונה לפי כל דין, כמוה כהתניה על הוראות החוק שלא לטובת הקונה. לפי **הגישה השנייה**, שילובם של סעיפים 7 ו־7א קובע איסור על התניה על הוראות חוק המכר דירות שלא לטובת הקונה, אך אינו אוסר להתנות על זכויות הקונה הניתנות לו לפי כל דין, **אם ההתניה היא כדין**. לפי גישה זו, אין חוק המכר דירות בא לגרוע מהזכויות הניתנות לקונה לפי כל דין, אך גם אינו בא לשפרן.

בגישה הראשונה תומך זמיר. לדבריו, "מתן תוקף להתנאה על תרופות הקונה עלולה לרוקן את החוק מתוכנו, ולכן ראוי לפרש את סעיף 7א כשולל התנאה גם על התרופות שמחוץ

---

38 חוק המכר, התשכ"ח–1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר הכללי).

לחוק״.[39] דאגה זו מתבקשת. עיקר התרופות שלהן זכאים קוני דירות מצויות מחוץ לחוק המכר דירות, בגדרי חוק התרופות וחוק המכר הכללי. כך למשל צוין בהצעת החוק המקורית של חוק המכר דירות, בהתייחס לאי־התאמה: ״במקרה של שוני בין מרכיבי הדירה שנקנתה לבין המפרט ייחשב הדבר בבחינת אי התאמה כמשמעותה בחוק המכר, תשכ״ח–1968, ולקונה יעמדו כל התרופות על פי חוק המכר, בלי לפגוע בזכויות האחרות של הקונה לקבל סעדים אחרים״. התניה על תרופות אלה על ידי מוכרי דירות עלולה להפוך את הוראות חוק המכר דירות לחסרות משמעות.

ואולם, ניתן לגרוס שגישה זו קשיחה מדי. הגם שיש מקום לחשש שמעלה **זמיר**, נראה שעדיפה גישה מרוככת יותר, המאפשרת לבחון בכל מקרה נתון אם חשש זה מתגשם. הסיבה לכך היא שחוק המכר דירות הולך כברת דרך כלפי קוני הדירות. הוא יוצר הגנות רבות להבטחת עניינם ברכישה מושכלת ובקבלת דירה התואמת את תקני איכות הבנייה ואת חיובי המוכר. הגנות אלה הן גם הגנות קוגנטיות, שכן סעיף 7א אוסר על התניה עליהן לרעת הקונה. קביעה גורפת שלפיה יש לשלול כל התניה על תרופה מחוץ לחוק המכר דירות עשויה להפר את האיזון שאליו ביקש המחוקק להגיע בין עניינם של קוני הדירות לזה של מוכרי הדירות. זהו גם חשש שבו יש להתחשב. אם המחוקק ביקש לשלול כל התניה על הוראות חוק המכר דירות, וגם על תרופות מחוץ לחוק המכר דירות, יכול היה לנסח את סעיף 7א באופן שיהיה כתוב בו בדיוק כך. אלא שהמחוקק הסתפק בניסוח מצומצם, השולל את יכולת המוכר להתנות על הוראות חוק המכר דירות בלבד. גישה גמישה יותר המאפשרת לבתי המשפט לבחון התניות של מוכרי דירות על תרופות מחוץ לחוק המכר דירות, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תותיר לבית המשפט שיקול דעת להחליט אם ההתניה אכן מרוקנת מתוכן הוראה כלשהי בחוק המכר דירות, או שמא אינה מפירה את האיזון שביקש המחוקק להשיג במסגרת החוק בין עניינם של קוני הדירות לזה של מוכרי הדירות. לבית המשפט יש מספיק ״כלים״ מחוץ לחוק המכר דירות כדי להתמודד עם התניות של מוכרים על התרופות שמחוץ לחוק המכר דירות. בית המשפט יכול לבחון אם התניות אלה נעשו כדין ב״עיניים״ של חוק החוזים האחידים[40] וכלל תקנת הציבור.[41] בית המשפט אף יכול לבחון התניות אלה ב״עיניים״ של הפרשנות התכליתית וכלל הפרשנות נגד המנסח, כדי להכריע מה דינן. קוני הדירות אינם נותרים אפוא נתונים ל״חסדיהם״ של מוכרי הדירות. הדין שמחוץ לחוק המכר דירות ממשיך לספק להם די הגנה מפני התניה על זכויותיהם.

הפער בין הגישה הראשונה לשנייה התחדד דווקא לאחר חקיקתו של סעיף 5א.[42] הסעיף מקנה לקוני הדירות זכות לקבלת פיצויים ללא הוכחת נזק בגין איחור במסירה של דירה. מכיוון שהסעיף נותן בידי קוני הדירות תרופה ייחודית וחדשה שלא הייתה בידיהם טרם חקיקתו, קיים קושי בהבעת עמדה מקדמית שלפיה כל התניה על תרופה של קוני הדירות בגין

---

39 זמיר **חוק המכר דירות**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 440–441, 792. ראו גם איל זמיר ״תיקון תש״ן לחוק המכר (דירות): צעדים עקלקלים בנתיב נכון״ **עיוני משפט** יח 201, 227–228 (1993).

40 חוק החוזים האחידים, התשמ״ג–1982, ס״ח 8.

41 ראו גם זמיר **חוק המכר דירות**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 788.

42 גישתו של זמיר הובעה טרם חקיקת ס׳ 5א.

איחור במסירה, המצויה מחוץ לחוק המכר דירות, אינה כדין. מוטב כאמור להותיר את ההחלטה בעניין לכל מקרה וגופו.

עידן הקורונה מזמן דיון בגישה הראשונה ובגישה השנייה. הנחה סבירה היא שבחוזים שיידונו בפני בתי המשפט, בהקשר של איחור במסירה של דירות בשל מגפת הקורונה, יימצאו התניות על תרופות קוני הדירות בגין איחור במסירה, שמצויות מחוץ לחוק המכר דירות. קוני דירות שיבקשו להיבנות מתרופות שמחוץ לחוק המכר הדירות עשויים להיתקל בהתניה על תרופות אלה בחוזי המכר ובטענות הגנה בעניין מצד מוכרי הדירות. או אז יידרשו בתי המשפט להכריע בין הגישות.

ה. איחור במסירת דירה – צירוף תרופות ותרופות חלופיות

הרשאי קונה לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק בשל איחור במסירה לצד תרופה אחרת? שאלה זו עניינה הכללים הנוגעים לצירוף תרופות. לפי כללים אלה, ניתן לצרף תרופה אחת לאחרת אם צירופן אינו יוצר סתירה בין ההנחה העומדת ביסוד הבחירה בכל אחת, ואם צירופן אינו מוביל לכפל תרופה.[43]

הקונה יכול לצרף לתרופת הפיצויים ללא הוכחת נזק את תרופת הביטול. הנחות היסוד שבבחירה בכל אחת מתרופות אלה אינן עומדות בסתירה. הראשונה נוגעת לאכיפת החיוב **השניוני** של המוכר לפצות את הקונה בגלל הפרת החיוב **הראשוני** שלו למסור את הדירה במועד. השנייה נוגעת לביטול החיובים הראשוניים של המוכר והקונה לפי החוזה.[44] סתירה מובנת הייתה יכולה להיווצר אילו תבע הקונה את ביטול החוזה ואת אכיפתו. במקרה כזה מדובר בתביעה המבקשת לבטל את החיובים הראשוניים בחוזה, ובכלל זה את חיוב המוכר למסור את הדירה, ומנגד מבקשת לאכוף את אותו החיוב. זוהי סתירה בין הנחות היסוד שבבחירה בכל תרופה.

האינטרס העיקרי שעליו מגינה תרופת הפיצוי ללא הוכחת נזק הוא אינטרס הקיום. זהו אינטרס הקונה להעמידו במצב שהיה עומד בו אלמלא הפר המוכר את החוזה וחל איחור במסירת הדירה. הואיל וכך, אין הקונה יכול לצרף לתרופה זו תרופה אחרת המגינה על אינטרס הקיום. הקונה אינו יכול לתבוע הן פיצויים **ללא** הוכחת נזק לפי סעיף 5א לחוק והן פיצוי קיום **עם** הוכחת נזק לפי סעיף 10 לחוק התרופות. צירוף תרופות אלה יכול להוביל למתן פיצוי כפול בגין פגיעה באינטרס מוגן אחד. הרשאי קונה לצרף לתביעת פיצויים ללא הוכחת נזק, תביעה לפיצויים בגין נזק לא ממוני לפי סעיף 13 לחוק התרופות? נראה שגם התשובה לכך שלילית. כפי שנלמד מכוונת המחוקק, הפיצויים הקבועים בסעיף 5א לחוק נועדו לפצות את הקונה על

---

43 ד״נ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע״מ נ׳ הרלו אנד גונ׳ס ג.מ.ב.ה.**, פ״ד מב(1) 221, 270 (1988); שלו ואדר, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 71–89; יהודה אדר ומשה גלברד ״השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוזים״ **משפטים** מ 827, 843–854 (2011).

44 השוו ע״א 1846/92 **לוי נ׳ מבט בניה בע״מ**, פ״ד מז(4) 49, 56–58 (1993).

מלוא הנזק שנגרם לו בשל איחור במסירת הדירה, ובכלל זה נזקים בלתי ממוניים. לכן צירוף תרופות אלה גם הוא עלול להוביל למתן פיצוי כפול.[45]

עם זאת, קונה הסבור שנגרם לו נזק הגבוה מהפיצויים הקבועים בסעיף 5א יכול להגיש תביעה לפיצויים לפי סעיף 10 (וסעיף 13) לחוק התרופות, ולחלופין, למקרה שתביעה זו תיכשל, לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק לפי סעיף 5א. אפשרות זו מבוססת הן על הוראת סעיף 7 לחוק המכר דירות, המורה כי אין החוק בא לגרוע מזכויות הקונה לפי כל דין, והן על כוונת המחוקק שהובעה בדיון בוועדת הכלכלה, שלפיה סעיף 5א אינו בא לשלול תביעת פיצויים רגילה.[46] אלא שיש לבאר: תביעה לפיצויים לפי סעיף 10 לחוק התרופות אינה נעשית על פי חוק המכר דירות. אם כן, היא אומנם לא תהיה כפופה לתקופת החסד הקבועה בסעיף 5א, אך כן תהיה כפופה להתניה (כדין) על ידי המוכר באמצעות תניית ״כוח עליון״ ולצידה אף תקופת חסד שונה, וכן לחובה של הוכחת נזק על כל המשתמע מכך. מכאן שתביעת פיצויים רגילה לפי סעיף 10 לחוק התרופות יכולה להיתקל במשוכה גבוהה יותר מתביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק, שמשוכתה כפופה רק לנטל הוכחתו של גובה דמי השכירות של דירה דומה[47] ולהתניה אפשרית בהתאם לסעיף 5א(ג).

יודגש כי האפשרות להגיש תביעה לפיצויים מכוח סעיף 5א לצד האפשרות להגישה מכוח סעיף 10 לחוק התרופות עלולה ליצור קושיות פרשניות בחוזים שבהם לא נעשתה הבחנה מספקת בין האפשרויות. לקושיות אלה יש להיות ערים בתביעות שיידונו בבתי המשפט בעידן הקורונה. נניח שחוזה קובע מועד מסירה של דירה, וכל שהוא מוסיף לצד זאת הוא חזרה על האמור בסעיף 5א(ג) (למשל כי ״סעיפים 5א(א)–(ב) לחוק המכר דירות לא יחולו על איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו״). במצב זה ניתן להגיע למסקנה שהצדדים התנו רק על סעיפים 5א(א)–(ב), וכלל לא התנו בחוזה על סעיף 10 לחוק התרופות בצורת תניית ״כוח עליון״. במצב זה ייוותר המוכר תלוי בהוראת הסיכול שבסעיף 18 לחוק התרופות, על הפירוש המצמצם שניתן לה, כדי להדוף תביעת פיצויים הנסמכת על סעיף 10 לחוק התרופות. מקרה פרשני סבוך יותר (ואולי גם שגור יותר) הוא זה של חוזה הקובע מועד מסירה של דירה ומוסיף לצידו תניית ״כוח עליון״ המפרטת נסיבות כלליות וספציפיות המיועדות לפטור את המוכר מאחריות לאיחורים במסירת הדירה במקרה שאלה יתרחשו. מצב זה יכול להוביל לשלוש תוצאות פרשניות: הראשונה היא

---

45 השוו ע״א 628/87 **חורי נ׳ חברת החשמל לישראל בע״מ**, פ״ד מו(1) 115, 123–124 (1991). למחלוקת בפסיקה הנוגעת לס׳ 5א ראו תא״מ (שלום רמ׳) 42317-11-17 **סוואיד נ׳ קחם חברה להשקעות בע״מ**, פס׳ 75–79 (נבו 1.7.2019); ת״א (שלום ראשל״צ) 14461-05-17 **נג׳ר נ׳ רום רימון נכסים ובנין בע״מ**, פס׳ 94 (נבו 12.2.2020). בעניין זה נכון להבחין בין נזקים בלתי ממונים הנגרמים עקב איחור במסירת הדירה ובין נזקים בלתי ממוניים אחרים שגורם המוכר לקונה. באשר לאחרונים הדרך לתביעה פתוחה.

46 פרוטוקול ועדת הכלכלה, ליעל ה״ש 23, בעמ׳ 25, 30–31, 48–49. והשוו לאפשרות לתבוע פיצויים מוסכמים באופן חלופי לתביעה לפי ס׳ 10 לחוק התרופות (שלו ואדר, ליעל ה״ש 33, בעמ׳ 521).

47 נטל הוכחת גובה דמי השכירות של דירה דומה עדיין מוטל על הקונה. ראו ע״א (מחוזי ב״ש) 14808-08-19 **כ. כוכב הנגב – חברה לבנין ופתוח (1990) בע״מ נ׳ שמלוב**, פס׳ 13 (נבו 16.12.2019); ת״א (שלום עפ׳) 22594-08-14 **צ׳קול נ׳ אלהרר**, פס׳ 113 (נבו 11.2.2019).

שהצדדים כלל לא התנו על סעיפים 5א(א)–(ב) לחוק;[48] השנייה שהתנו רק על סעיפים 5א(א)–(ב) לחוק;[49] השלישית שהתנו **גם** על סעיפים 5א(א)–(ב) לחוק המכר דירות **וגם** על סעיף 10 לחוק התרופות.

באשר לפיצויים מוסכמים, סעיף 5א(א) קובע כי קונה זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק "או לפיצויים בסכום שהוסכם עליו בחוזה המכר בשל איחור במסירת הדירה, לפי הגבוה". היש טעם לתבוע תרופות אלה באופן חלופי? נראה שהדבר תלוי בנוסח התנאים שבסעיף הפיצויים המוסכמים בחוזה המכר. נניח, לדוגמה, שהצדדים מסכימים ביניהם כי במקרה של איחור במסירה יהיה זכאי הקונה ל**סכום קבוע** בסך 6,000 ₪ בעבור כל חודש איחור. במקרה זה, אם הקונה סבור כי הפיצוי שיקבל לפי סעיף 5א(א) יהיה גבוה יותר, מכיוון שדמי השכירות של "דירה דומה בגודלה ובמיקומה", כאשר הם מוכפלים ב־1.5 או ב־1.25, גבוהים מ־6,000 ₪, קיים טעם מצד הקונה בתביעת פיצויים לפי סעיף 5א(א) ובתביעת חלופית לפיצויים מוסכמים. לא הצליח הקונה להוכיח כי הפיצויים המגיעים לו לפי סעיף 5א(א) גבוהים יותר מהפיצויים המוסכמים, עדיין יהיה זכאי לפיצויים המוסכמים.[50] בדוגמה אחרת, שבה תניית הפיצויים המוסכמים מנוסחת כך שהקונה יהיה זכאי לסכום של דמי שכירות של "דירה דומה בגודלה ובמיקומה" בעבור כל חודש איחור, כאשר הם מוכפלים **במקדמים גבוהים יותר** מאלה הנקובים בסעיפים 5א(א)(1)–(2) (למשל 1.8 ו־1.4 בהתאמה), אין טעם בתביעה חלופית שכזו, שכן בהגדרה הפיצויים המוסכמים תמיד יהיו גבוהים מהפיצויים לפי סעיף 5א(א).

מקום חשוב בדיון שמור לתרופת הניכוי. שאלה מהותית היא אם ניתן לראות איחור במסירה של דירה כאי־התאמה של הנכס הנמסר. לכאורה, הוראות סעיף 11 לחוק המכר הכללי אינן מוציאות אפשרות זו מכלל תחולה. ניתן לראות הפרה של חיוב למסור דירה במועד כמסירת נכס שונה או בתיאור שונה מן המוסכם,[51] או כמסירת נכס שאינו מתאים "מבחינה אחרת למה שהוסכם".[52] דומה שלשון הוראות אלה רחבה מספיק על מנת "לתפוס ברשתה" הפרה מסוג זה וראייתה כאי־התאמה של הממכר.[53] גם לפי ההיגיון המסחרי אין טעם למנוע

---

48 לתוצאה הראשונה ניתן להגיע אם לא נעשה כל "קישור" בחוזה בין תניית "כוח עליון" לזכות לפיצויים לפי חוק המכר דירות.

49 לתוצאה השנייה ניתן להגיע אם המוכר "הגדיל לעשות" והבהיר בחוזה כי הקונה יהיה זכאי אך ורק לפיצויים מכוח חוק המכר דירות כתרופה בלבדית. ניסיון מעין זה יכול להיות בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת". לא זו בלבד שתניה זו לא "תתפוס" משום שס' 7 לחוק קובע כי אין החוק גורע מזכויות הקונה לפי כל דין, אלא שהיא יכולה להיות ראיה לכך שהצדדים כלל לא התנו על ס' 10 לחוק התרופות באמצעות תניית "כוח עליון".

50 יכולה להיות אפשרות ביניים שלפיה סכום של 6,000 ₪ יהיה נמוך מדמי השכירות כאשר הם מוכפלים ב־1.5, אך גבוה מדמי השכירות כאשר הם מוכפלים ב־1.25. במקרה חריג זה נראה שאין מניעה לתבוע פיצויים לפי ס' 5א(א)(1) בעבור שמונת החודשים הראשונים של האיחור, ולתבוע פיצויים בסך 6,000 ₪ בעבור כל איחור החל מהחודש התשיעי ואילך, חלף תביעה לפי ס' 5א(א)(2).

51 ס' 11(2) לחוק המכר הכללי.

52 ס' 11(5) לחוק המכר הכללי.

53 איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח–1968** 252–253, 275 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי 1987) (להלן: זמיר **חוק המכר**). השוו ע"א 276/83 **טרקטורים ומכון בע"מ נ' אספלט ופתוח בע"מ**, פ"ד לח(4) 375, 382–383 (1984), ופסק הדין האנגלי המאוזכר שם: Macpherson Train

מקונה את תרופת הניכוי מקום שבו הפרת החיוב מפחיתה משווי הנכס שקיבל. זהו המקרה באיחור במסירת דירה. הנחה סבירה היא שערכה של דירה הנמסרת במועד מוקדם עולה על ערכה של דירה זהה הנמסרת במועד מאוחר יותר.[54]

ואולם, בהקשר של חוק המכר דירות, אין להתעלם מהעובדה שבסעיף 4 לחוק קבע המחוקק הוראות ספציפיות הנוגעות לאי־התאמה של הדירה. להתייחסות דומה לא ״זכה״ סעיף 5א. היש לראות בכך שתיקה מדברת מצד המחוקק? היש לראות בכך כוונה שלא לראות הפרת חיוב של מסירת דירה במועד כאי־התאמה? שני נימוקים נוגדים מסקנה זאת. ראשית, מכיוון שסעיף 4 לחוק מתערב בתוכנו של חוזה מכר הדירה וקובע חיובים ה**נכפים** על המוכר, נכון היה להבהיר שגם הפרה של חיובים אלה היא ״אי־התאמה כמשמעותה בחוק המכר״, שכן, לעומת זאת, אי־ההתאמה בחוק המכר הכללי עוסקת באי־קיום של חיובים **מוסכמים**. שנית ועיקר, סעיף 7 לחוק המכר דירות מורה כאמור כי אין החוק בא לגרוע מזכויות הקונה לפי כל דין. על כן אם אכן זכאי הקונה לתרופת הניכוי לפי חוק המכר הכללי, בשל איחור במסירה, אין חוק המכר דירות בא לשלול זאת.

בחירה של קונה דירה בתרופת הניכוי נמצאת ב״אמצע הדרך״ בין הבחירה בתרופת הביטול לבחירה בתרופת האכיפה. לקונה עומדת האפשרות לבחור בתרופה זו כאשר אינו מעוניין לבטל את החוזה בשל הפרת החיוב אך גם אינו מעוניין לאכוף את החיוב.[55] תרופת הניכוי מאפשרת לקונה להתאים את מחיר החוזה לאי־ההתאמה של הנכס, על ידי ניכוי השווי שבו פחת הנכס בשל אי־ההתאמה מהמחיר החוזי.[56] קונה הבוחר בתרופת הניכוי מגלה את דעתו שאין הוא מעוניין בביטול או באכיפה של החוזה, אלא בהתאמת החוזה. לכן הוא אינו יכול לצרף את תרופת הביטול או האכיפה לתרופת הניכוי. לתרופת הניכוי גם לא ניתן לצרף תרופה של פיצויי קיום. קונה דירה שבחר לנכות ממחיר החוזה את השווי שבו פחתה הדירה בשל אי־ההתאמה בחר להשלים עם המצב **בפועל** של אי־ההתאמה של הדירה ומהסכום הכספי שנותר בידו (או הושב לו). על כן אין הוא יכול לבחור ״ליהנות״ נוסף על כך מסכום כספי שבא להעמידו במצב **אלמלא** הייתה אי־התאמה של הדירה. ההנחות שביסוד שני המצבים נמצאות בסתירה, והתעלמות מהסתירה מביאה לכפל תרופה.[57] משכך, הקונה אינו יכול לעשות שימוש בתרופת הניכוי ולתבוע נוסף על כך פיצויים לפי סעיף 5א או לפי סעיף 10 לחוק התרופות.

אם המוכר מוצא הגנה בהוראת סעיף 5א(ג) או בהוראת סעיף 18 לחוק התרופות, אין הדבר שולל מהקונה את תרופת הניכוי. כניסה לתחולת סעיף 5א(ג) פוטרת את המוכר מתשלום הפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א), אך לא מתרופת הניכוי. כמו כן, הוראת הסיכול הסטטוטורית

& Co. Ld. v. Howard Ross & Co. Ld. [1955] 1 W.L.R. 640. וראו ס׳ 165 להצעת חוק דיני ממונות, התשע״א–2011, ה״ח 712.

54 פרשת **נגיר**, לעיל ה״ש 45, בפס׳ 52.

55 ראו ס׳ 28 לחוק המכר הכללי.

56 דוד אלקינס ומשה גלברד ״אי-ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי״ **משפטים** מ 183, 195 (2010). השוו ס׳ 497(ג) להצעת חוק דיני ממונות.

57 איל זמיר **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** 336–337 (התש״ן). השוו לסתירה בין תרופת האכיפה לתרופת הניכוי אצל אדר וגלברד, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 844–845.

אינה שוללת את תרופת הניכוי אלא רק את תרופות האכיפה והפיצויים.[58] על אף האמור, תרופת הניכוי יכולה להיות מסויגת על ידי התניה בחוזה. דינה של התניה זו ייקבע כמוטעם לעיל לפי הדין שמחוץ לחוק המכר דירות.[59] יש לציין כי בית הדין לחוזים אחידים כבר קבע כי התניה גורפת בחוזה מכר דירות על תרופת הניכוי, או במילים אחרות שלילתה ״מכל סיבה שהיא״, היא מקפחת.[60] ואולם, שאלה נכבדה ופתוחה היא אם התניה קונקרטית על תרופת הניכוי במקרה של נסיבות מסכלות תימצא גם היא כמקפחת. שאלה זו יכול ותבוא לדיון ולהכרעה בעידן הקורונה.

ו. האנטומיה של סעיף 5א(ג) לחוק

סעיף 5א(ג) 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״. במרכזו של סעיף 5א(ג) נמצאים שלושה מבחנים לבחינת אחריותו של המוכר לאיחור במסירה של דירה: מבחן נטילת הסיכון לנסיבות, מבחן השליטה בנסיבות ומבחן הקשר הסיבתי בין הנסיבות לאיחור במסירה. מדבריו של פרופ׳ זמיר בדיון בוועדת הכלכלה למדים כי נוסח הוראת סעיף 5א(ג) הוא ״פלגיאט[61] לאיך שמנוסח הסיכול בהצעת הקודקס האזרחי״,[62] וכי מבחן הסיכון יובא מהצעת חוק דיני ממונות ומבחן השליטה יובא מפסיקת בית הדין לחוזים אחידים.[63] ואולם, מה בין מבחן הסיכון בהצעת חוק דיני ממונות למבחן הסיכון בסעיף 5א(ג)? מה בין מבחן הסיכון למבחן השליטה? ומה בינם ובין איחור במסירת הדירה? שאלות אלה יידונו עתה.

כאשר מניחים את סעיף 131 להצעת חוק דיני ממונות[64] לצד סעיף 5א(ג), ניכר כי לא יובאו לתוכו מבחני המשנה שבסעיף 131(ב), המנחים כיצד ייקבע כי ״צד לחוזה ייחשב לנושא

---

58 זמיר **חוק חוזה קבלנות**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 539; זמיר חוק המכר, לעיל ה״ש 53, בעמ׳ 568.

59 לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 395–396.

60 ח״א (חוזים אחידים י-ם) 18647-03-15 **היועץ המשפטי לממשלה – מח׳ ייעוץ וחקיקה נ׳ אחים דוניץ בע״מ**, פס׳ 32–37 (נבו 25.1.2017).

61 גְּנֵבָה סִפְרוּתִית.

62 פרוטוקול ועדת הכלכלה, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 48.

63 שם, בעמ׳ 43, 57–58.

64 הוראת הסיכול בהצעת חוק דיני ממונות מנוסחת כדלקמן: ״׳אירוע מסכל׳ – כל אחד מאלה: (1) התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה הוא בלתי אפשרי, בלתי חוקי, או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים. (2) התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה. 131.(א) התרחש אירוע מסכל והסיכון להתרחשות אירוע כאמור ולתוצאותיו אינו מוטל על מי שחיוביו סוכלו – יפקע החוזה במועד התרחשותו של האירוע המסכל. (ב) צד לחוזה ייחשב לנושא בסיכון כאמור בסעיף קטן (א), אם הוא נטל על עצמו את הסיכון, במפורש או במשתמע, או אם מן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור״. אין שינוי מהותי בין הנוסח בהצעת חוק דיני ממונות משנת 2011 לנוסח בתזכיר חוק דיני ממונות, התשס״ו–2006, https://did.li/UQJNf.

בסיכון״. סעיף 131(ב) להצעת חוק דיני ממונות נוקב בשני מבחני משנה לטובת העניין: מבחן האוטונומיה ומבחן הצדק. על פי מבחן האוטונומיה, אם צד לחוזה קיבל על עצמו בחוזה את הסיכון או הסיר מעליו את הסיכון, במפורש או במשתמע, מן הראוי לתת תוקף להסכמה זו בין הצדדים.[65] בשונה, מבחן הצדק שואל אם ראוי להטיל את הסיכון על צד לחוזה. מכיוון שמבחני המשנה בהוראת סעיף 131 להצעת חוק דיני ממונות לא יובאו כמות שהם אל תוך הוראת סעיף 5א(ג), יש לשאול, האם קיים שוני במהותו של מבחן הסיכון שבשתי ההוראות?

בדיון בוועדת הכלכלה הסביר פרופ׳ זמיר, שהציע להחליף את מבחן הצפייה בסעיף במבחן הסיכון, כי ״מבחן הסיכון פה מותיר שיקול דעת גדול לבית המשפט. הפעלה סבירה של שיקול הדעת תאמר – הדברים שבהם אנחנו חושבים שהקבלן צריך להיערך אליהם מראש, או שיכול להתגבר עליהם זה דברים שהסיכון מוטל עליו״. אמירות אלה מראות כי קיימת קרבה בין מבחן הסיכון בהצעת חוק דיני ממונות למבחן הסיכון בסעיף 5א(ג). בסופו של דבר, ברמת ההפשטה הגבוהה, בשני המבחנים נשאלת השאלה אם נכון יהיה כי צד לחוזה יישא בסיכון להתרחשותן של נסיבות מסוימות. ואולם, הקִרבה אינה זהות. ביישום המבחנים קיים גם הבדל מהותי. ההבדל נעוץ באופיים הדיספוזיטיבי של דיני הסיכול הכלליים,[66] אל מול אופיו הכופה של חוק המכר דירות. במסגרת מבחן הסיכון שבסעיף 131 להצעת חוק דיני ממונות, מבחן המשנה של הצדק הוא מבחן שיורי.[67] הוא מובא בחשבון רק לאחר שלא נמצאה הבעת רצון של הצדדים לכך שהצד שלא קיים את חיובו יישא או לא יישא בסיכון להתרחשות הנסיבות שגרמו לאי־הקיום.[68] במילים אחרות, מבחן המשנה של הצדק מובא בחשבון רק לאחר בדיקת מבחן האוטונומיה, כלומר רק לאחר בדיקה שהצדדים לא הסכימו על הטלת הסיכון על צד לחוזה.

סדר הדברים שונה בתכלית ביישומו של מבחן הסיכון שבסעיף 5א(ג). סעיף 5א(א) כופה על הצדדים הסדר של פיצויים ללא הוכחת נזק בגין מסירה של דירה שלא במועד החוזי, ולאחר תקופת חסד. סעיף 5א(ג) מאפשר לצדדים להסכים כי סעיף 5א(א) לא יחול על איחור במסירה שנגרם כתוצאה של נסיבות שהסיכון להתממשותן אינו מוטל על המוכר. לא בכדי סעיף 5א(ג) נוקט לשון הווה (״שהסיכון [...] אינו מוטל עליו״). ההנחה המקדמית הגלומה בסעיף 5א(ג) היא שקיימת התחייבות של המוכר למסור את הדירה במועד החוזי, ועל התחייבות זו רשאים הצדדים להתנות. מכאן נגזרת הנחת יסוד אחרת, שלפיה משקיבל על עצמו המוכר התחייבות למסירת הדירה במועד החוזי, הוא נטל על עצמו מערכת של סיכונים, שאם יתממשו, הוא לא יצליח לקיים את התחייבותו. מכיוון שסיכונים אלה מוטלים על המוכר, אין הוא רשאי להתנות עליהם. כך מכתיב סעיף 5א(ג) וכך מתחייב מסעיף 7א לחוק, הקובע שאין להתנות על הוראות החוק אלא לטובת הקונה. כל שרשאי המוכר לעשות הוא להתנות על סעיף 5א(ג) לטובתו של הקונה. משמעות התניה זו תהא שהמוכר יקבל על עצמו אחריות גם

---

65 גבריאלה שלו ״לקראת דיני סיכול חדשים״ **ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי** 607, 616 (התשנ״ו).

66 פרשת **בנק לאומי**, לעיל ה״ש 15, בפס׳ 94.

67 השוו גד טדסקי ״סיכול החוזה״ **מסות במשפט** 106, 124 (התשל״ח).

68 שלו, לעיל ה״ש 65, בעמ׳ 617, 624.

לאיחור במסירה שנגרם מהתממשות של סיכון שהוא **לא** נטל על עצמו וש״אינו מוטל עליו״ בשל התחייבותו למסור את הדירה במועד החוזי. לפני בית המשפט פתוחה אפוא ״דרך קיצור״. אם קבעו הצדדים בהסכם, במפורש או במשתמע, כי הסיכון של התרחשות הנסיבות המסכלות מוטל על המוכר, הרי שנמצאה תשובה לשאלה אם הסיכון מוטל על המוכר.[69] ואולם, אם לא איתר בית המשפט הסכמה כזו, עליו להעמיד את השאלה המהותית במבחן – האם יש לראות את הסיכון ככזה שמוטל על המוכר? ויודגש, אף אם מצא בית המשפט הסכמה מפורשת, שלפיה הסיכון של התרחשות הנסיבות המסכלות **אינו** מוטל על המוכר, עליו להתעלם מכך ועדיין להמשיך ולשאול אם יש לראות את הסיכון ככזה המוטל על המוכר, ללא קשר להתניה זו.[70] הסיבה לכך היא, כאמור, שהמוכר אינו רשאי להתנות על הסיכונים המוטלים עליו (או על הסיכונים שיש לראותם כמוטלים עליו), בשל התחייבותו למסור את הדירה במועד החוזי.

בדיון שהתקיים בוועדת הכלכלה הדגיש פרופ׳ זמיר כי מבחן הסיכון ״מותיר שיקול דעת גדול לבית המשפט״. דברים אלה מתכתבים עם האמור בהצעת חוק דיני ממונות שלפיו ״במסגרת מבחן זה ניתן להתחשב באופן גמיש בשיקולים שונים״. מבחן הסיכון הוא אפוא רחב, ואין מניעה אמיתית לשקול במסגרתו גם את מבחן השליטה.[71] אם כן, מדוע הפריד המחוקק בין מבחן השליטה למבחן הסיכון בסעיף 5א(ג)? התשובה היא שהמחוקק בחר לאמץ את המקובל בפסיקת בית הדין לחוזים אחידים.[72] לאורך השנים לא נמצא שבית הדין נהג לאשר תניות הנוגעות לאיחור במסירה שפטרו את המוכר מאחריות לאיחור שנגרם בשל נסיבות שהיו בשליטתו. הוא נהג לאשר רק תניות שפטרו את המוכר מאחריות לאיחור בשל נסיבות **שלא** היו בשליטתו, ואף זאת תוך סיוג תניות אלה בכך שהמוכר מתחייב לעשות מאמץ סביר לצמצם את האיחור ובכך שלא נשללת תרופת הביטול. רק תניות אלה נמצאו ככאלה שאינן מקפחות או כסבירות.[73] המסקנה היא שהמחוקק ביקש להפוך את המקובל בפסיקת בית

---

69 אין זה משנה אם הסיכון שאליו התייחסה ההסכמה היה מוטל על המוכר טרם ההסכמה אם לאו. אם לא היה מוטל, אזי ההסכמה התנתה על כך; היה מוטל, ממילא תוצאת ההסכמה תהיה כתוצאה ללא ההסכמה.

70 פרשת **אליהו**, לעיל ה״ש 35, פס׳ 9; ע״א (מחוזי י-ם) 27638-07-19 **אזורים בנין (1965) בע״מ נ׳ פלד**, פס׳ 25 (נבו 19.3.2020); ת״א (שלום כ״ס) 10580-09-17 **דיין נ׳ יקותיאל ביזנס סנטר בע״מ**, פס׳ 29 (נבו 15.12.2019); ת״א (שלום פ״ת) 24143-12-14 **קאניאס נ׳ אאורה ישראל – יזמות והשקעות בע״מ**, פס׳ 20 (נבו 20.6.2018).

71 למשל במסגרת מבחן המשנה של הנושא העדיף בסיכון (superior risk bearer). ראו שלו וצמח, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 760; פרידמן וכהן, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 446–453; Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83 (1977); George G. Triantis, *Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*, 42 U. TORONTO L.J. 450 (1992).

72 פרוטוקול ועדת הכלכלה, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 43, 57.

73 ראו למשל ע״א 449/85 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ גד חברה לבניין בע״מ**, פ״ד מג(1) 183, 190 (1989); ע״ש (חוזים אחידים י-ם) 49/96 **א. לוי השקעות ובנין בע״מ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פס׳ 6 (נבו 17.10.1999); ע״ש (חוזים אחידים י-ם) 90/96 **עמותת סניגור קהילתי נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פס׳ 19–21 (נבו 19.11.2001); ע״ש (חוזים אחידים י-ם) 195/97

הדין לחוזים אחידים לכלל נוקשה וגורף. המחוקק ביקש להחילו על כל החוזים למכר דירות – אחידים או לא. משנתן המחוקק מעמד עצמאי למבחן השליטה, אין הוא יכול עוד לבוא בגדר שיקוליו של מבחן הסיכון שבסעיף 5א(ג). הוא נגרע מהמשוואה של מבחן הסיכון. אם כן, אם נמצא כי איחור במסירת הדירה נגרם כתוצאה של נסיבות **שלא** היו בשליטת המוכר, יש להמשיך ולבחון אם מוטלת עליו האחריות לקרות הנסיבות לפי מבחן הסיכון אם לאו.

המבחן השלישי לבחינת אחריותו של המוכר לאיחור במסירת הדירה עניינו הקשר הסיבתי שבין הנסיבות שאירעו ובין האיחור במסירה. מבחן הקשר הסיבתי נעוץ בלשון סעיף 5א(ג), הקובעת שהמוכר והקונה רשאים להסכים כי המוכר יהיה פטור מאחריות לתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק רק בנוגע ל״**איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות**״ שאינן בשליטתו ושהסיכון בנוגע אליהן אינו מוטל עליו. במילים אחרות, כדי שהמוכר יהיה פטור מאחריות, חייב להתקיים קשר סיבתי בין האיחור במסירה ובין הנסיבות שהמוכר טוען כי הן לא היו בשליטתו וכי הסיכון בנוגע אליהן אינו מוטל עליו. מבחן הקשר הסיבתי מחייב בדיקה של כל השרשרת העובדתית שגרמה לאיחור במסירת הדירה. כך משתמע ומתחייב מהסיפא של סעיף 5א(ג), המבחינה בין התרחשות הנסיבות ל״תוצאותיהן״. נראה שהבחנה זו, מעבר לשאילתה מנוסח הצעת חוק דיני ממונות, יסודה בגישה שנקט השופט אנגלרד בפרשת **רגב**,[74] שסימנה שינוי גישה בדיני הסיכול. באותה פרשה כתב השופט כי לגישתו, יש ״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״.[75] פירושה של הגישה הוא שיש להחיל את מבחן האחריות הרלוונטי **לאורך כל השרשרת העובדתית** (במקרה זה, מבחן השליטה ומבחן הסיכון), שראשיתה בחוליית המקור (מלחמה, מזג אוויר, שביתה כללית וכדומה), ושסופה בחוליה העובדתית האחרונה שגרמה לאיחור במסירת הדירה (מחסור בעובדים, סגירת אתר הבנייה, אי־קבלת היתרים, מחסור בחומרים וכדומה).[76]

כפי שמציינים המלומדים שלו וצמח,[77] גישה זו אינה מבטאת בהכרח גישה מרוככת כלפי בעל החיוב. היא אומנם מגמישה את האחריות להתרחשות הנסיבות בחוליית המקור, אך יש בה כדי להקשיח את האחריות להתרחשות הנסיבות בחוליות ההמשך ב״מורד הזרם״. גישה זו מחמירה עם המוכר כפי שיש בה כדי להקל עימו. כך, ייתכן שהמוכר יהיה פטור מאחריות

היועץ המשפטי לממשלה נ׳ בנק לאומי, פ״מ התשס״ג(1) 481, 594–595 (2004). וראו הסקירה בח״א (חוזים אחידים י-ם) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ שיכון ופיתוח לישראל בע״מ**, פס׳ 62–72 (נבו 6.12.2011).

74 ע״א 6328/97 **רגב נ׳ משרד הביטחון**, פ״ד נד(5) 506 (2000).

75 שם, בעמ׳ 517.

76 השוו רת״ק (מחוזי ב״ש) 15816-11-16 **אחים אום שותפות רשומה נ׳ חיים** (נבו 31.3.2017); רע״א (מחוזי ת״א) 44422-09-17 **אאורה ישראל – יזמות והשקעות בע״מ נ׳ ליכטנשטיין** (נבו 27.9.2017); ת״א (שלום חי׳) 15423-01-16 **בלנקי נ׳ נאות חן הגורן בע״מ**, פס׳ 82 (נבו 17.10.2019); ת״א (שלום ת״א) 10674-11-13 **אקטע נ׳ יוסף צליח בע״מ**, פס׳ 33 (נבו 25.1.2017). וראו האסמכתאות המפורטות בת״א (שלום ת״א) 36510-08-16 **כהן נ׳ גינדי מגדלי הלאום בע״מ**, פס׳ 16 (נבו 29.6.2017).

77 שלו וצמח, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 770–771.

להתרחשות הנסיבות בחוליית המקור, מכיוון שלא שלט עליהן, אולם ייתכן שיימצא כי הוא אחראי להתרחשות הנסיבות (התוצאתיות) באחת החוליות בהמשך השרשרת העובדתית, כיוון שעליהן הייתה לו שליטה. וכך, ייתכן שיימצא כי על המוכר לא מוטל הסיכון להתרחשות הנסיבות בחוליית המקור, אך מוטל עליו הסיכון להתרחשות הנסיבות (התוצאתיות) בחוליה האחרונה, שגרמו במישרין לאיחור במסירה.[78]

מבחן הקשר הסיבתי יעמוד במוקד המחלוקות הנוגעות לאיחור במסירה של דירה בתקופת הקורונה. מצד אחד של המתרס צפוי שיהיו מוכרים שיתלו את האיחור במסירת הדירה במגפת הקורונה, ומן הצד האחר יעמדו קונים אשר צפוי שיטענו כי לא מגפת הקורונה גרמה לאיחור במסירה. כמי שמבקש לפטור עצמו מחובת הפיצויים, על המוכר הנטל להוכיח כי התקיים קשר סיבתי בין האיחור במסירה ובין נסיבות שלא היו בשליטתו ושהסיכון בנוגע אליהן לא היה מוטל עליו.[79] בעניין זה לא יהיה די ב״זעקת קורונה״. המוכר יידרש להציג ראיות שלמגפת הקורונה אכן הייתה השפעה על המועד למסירת הדירה. יהיה עליו לרדת לפרטים. כך נכתב בפרשת **אחים אום**:[80]

> אכן, מבצע צוק איתן, אם הוא השפיע, יכול היה להביא לדחיית מועד המסירה. אולם, המבקשת לא פרטה כיצד הייתה השפעה זו, ולא הוכיחה כי יש ממש בעניין. המדובר במידע המצוי תחת ידה של המבקשת, ולו באמצעות יומני העבודה באתר, אשר ניתן היה להביאם לבית המשפט כדי להוכיח הטענה. כך לדוגמא, אי הגעה של פועלים, מחמת סגר, הייתה נרשמת. אולם, אם העבודות נעשו על ידי עובדים ישראלים או זרים מהמזרח הרחוק, לדוגמא, אין לסגר השפעה, והדבר היה בא לידי ביטוי ביומן. לא פורט, אם בכלל הייתה עבודה בפועל בתקופה הרלוונטית בבניין המסוים עוד לפני המבצע, או שמא ריכז הקבלן מאמציו במקום אחר באותה עת. לא ידוע אם עבדו באתר או לא בתקופת המלחמה, אם הגיעו חומרים, ואם בכלל שיבש המבצע את העבודות, ואם כן עד כמה.

ואומנם, לא כל השפעה של מגפת הקורונה על המוכר מספקת בהכרח את מבחן הקשר הסיבתי. כך למשל, בהקצנה, אם מגפת הקורונה השפיעה רק על מועד שתילתם של הפרחים מסביב לבניין דירות, לא הייתה בכך משום השפעה על קצב התקדמות הבנייה ומועד מסירתן של הדירות. היא לא השפיעה על מה שמכונה בעגה המקצועית ה״נתיב הקריטי״ של פרויקט הבנייה. כך למשל, אם מגפת הקורונה גרמה למחסור בעובדים, אין הכרח במסקנה שהמוכר עצמו ניצב בפני מחסור בעובדים. אם אכן כך היה, עדיין על המוכר להוכיח כי מילוי המצָבה

---

78 השוו ע״א 5054/11 **ספיר וברקת נדל״ן (הולילנד) בע״מ נ׳ אמסטר**, פ״ד סו(1) 480, פס׳ 36 (2013).

79 השוו ע״א 291/82 **פישברג נ׳ דים**, פ״ד לט(2) 625, 629 (1985).

80 פרשת **אחים אום**, לעיל ה״ש 76.

החסרה לא היה בשליטתו, וכן כי המחסור בעובדים, כפי שאירע, לא היה סיכון המוטל עליו, אם יונח שמחסור מסוים בעובדים במהלכו של פרויקט בנייה הוא סיכון מקובל וידוע בענף. דוגמאות אלה אך ממחישות שבעידן הקורונה ה״עובדות מדברות״ ועל המוכר להוכיחן.

ז. סיכום

עידן הקורונה צפוי להביא עימו התדיינות רבות בנוגע לאיחור במסירה של דירות. במוקד של אלה יעמוד סעיף 5א לחוק המכר דירות. ברשימה זה נסקרה ההשתלשלות שהובילה לחקיקתו. סקירה זו הצביעה היטב על כך שהסעיף משקף פשרה ואיזון בין האינטרס של קונה הדירה לאינטרס של מוכר הדירה בכל הקשור לנשיאה באחריות לאיחור במסירת הדירה. הדיון בתכלית הפיצויים הקבועים בסעיף הראה כי עיקר מטרתם היא לפצות את הקונה על נזקו המלא וכן לתמרץ את המוכר למסור את הדירה במועד שנקבע לכך בחוזה. מטרה נוספת שנדונה היא ההגנה על אינטרס הקונה בקיומה של ״עסקה מתקנת״, נוכח היעדרה של תרופת אכיפה אפקטיבית בידו. המאמר דן גם בפירוש שלפיו מתקיימת התניה חלקית בלבד על הוראת סעיף 5א(א) לחוק. פירוש זה מביא לכך שהמוכר מתנה על זכות הקונה לפיצויים ללא הוכחת נזק במקרה של נסיבות מסכלות, אך זכותו לתקופת חסד נותרת בעינה, זאת כאשר התניה מלאה יכולה להגדיל את רווחת הקונה. נוסף על כך נבחנו במאמר שתי הגישות הנוגעות להתניה על התרופות שהקונה זכאי להן מחוץ לחוק המכר דירות. העמדה שבה מצדד המאמר היא שחוק המכר דירות אינו אוסר להתנות על התרופות המוקנות לקונה לפי כל דין, אם ההתניה היא כדין. מכאן הגיע הדיון במאמר לשאלת האפשרות לצרף תרופות במקרה של איחור במסירה או לתבוע אותן באופן חלופי. המסקנה שעלתה היא שאין מניעה לתבוע פיצויים עם הוכחת נזק לפי סעיף 10 לחוק התרופות, ולחלופין לתבוע את הפיצויים ללא הוכחת נזק הקבועים בסעיף 5א. עם זאת, לא ניתן לתבוע תרופות אלה במצטבר. הוא הדין באשר לצירוף תביעה לפיצויים הקבועים בסעיף 5א לחוק לתביעה לפיצויים בגין נזקים בלתי ממוניים שנגרמו עקב האיחור במסירה. הדיון הצביע גם על כך שאם רואים את האיחור במסירת דירה כאי־התאמה כמשמעותה בחוק המכר הכללי, אין מניעה לעשות שימוש בתרופת הניכוי, אך לא בהצטרף לתביעה לפיצויים, עם הוכחת נזק או בלעדיה. בסופו התכנס המאמר לדיון במבחניו של סעיף 5א(ג) לחוק. המאמר עמד על ההבדל בין מבחן הסיכון בהצעת חוק דיני ממונות למבחן הסיכון בסעיף 5א(ג) לחוק. כמו כן, המאמר הסביר מדוע הוצא מבחן השליטה ממבחן הסיכון, ומדוע קיבל מעמד עצמאי ומכריע. לבסוף, הדיון במבחן הקשר הסיבתי הראה כי את מבחן השליטה ואת מבחן הסיכון שבסעיף 5א(ג) לחוק יש להחיל לאורך כל השרשרת העובדתית, החל מהמקור הנטען לאיחור במסירת הדירה ודרך כל השלכותיו ותוצאותיו. עקב כך, אם יימצא כי המוכר שלט על התרחשות הנסיבות באחת מן החוליות בשרשרת העובדתית שהובילה לאיחור במסירת הדירה, או שמוטל עליו הסיכון להתרחשותן, יהיה זכאי הקונה לפיצויים הקבועים בסעיף 5א(א) לחוק.

nevo.co.il