

על קורונה, משפט ודיני החוזים דברי הקדמה

אפי צמח*

ספק אם יש אירוע שהשפיע בשנים האחרונות על חיי בני אדם רבים כל כך במישורים רבים כל כך כמו מגפת הקורונה. השפעותיה חצו את כל תחומי החיים: החל מחיי המשפחה, עובר להתנהלות המשק, לחיי הכלכלה ולסולידריות החברתית וכלה בספרות המדינית והבינלאומית. השלכותיה של מגפת הקורונה לא פסחו מטבע הדברים גם על המשפט. קשה, כנראה לא ניתן, להצביע על ענף משפטי מרכזי שלא הושפע ממגפת הקורונה. כך, למשל, המשפט החוקתי נדרש להתמודד עם סוגיית הפגיעה בזכויות יסוד בשורה של הקשרים, דוגמת הגבלות שונות שהוטלו עקב המגפה, הסמכת שירות הביטחון הכללי להסתייע ביכולות טכנולוגיות שבידיו כדי למנוע את התפשטות המגפה וצעדים שנקטו על ידי קובעי מדיניות על בסיס הבחנה בין מחוסנים לשאינם מחוסנים; במשפט המנהלי נדונה בשנתיים האחרונות שורה של החלטות שלטוניות שהתקבלו לצורך התמודדות עם התפשטות המגפה; המשפט הפלילי נדרש להתמודד לא רק עם מציאות של הפרת הנחיות שניתנו במטרה להתמודד עם המגפה, אלא עם השלכות עמוקות יותר של המגפה, דוגמת השפעתה על היקף מקרי עבריינות, על מדיניות הענישה ועל זכויות עצורים; בתחום דיני העבודה נדונו סוגיות שבבסיסן הצורך לאזן בין זכותו של העובד לאוטונומיה, לפרטיות ולחופש עיסוק לבין זכויותיו של הציבור לחיים ולבריאות וחובת המעסיק לספק סביבת עבודה בטוחה. ולבסוף: המשפט האזרחי נדרש לתת מענה להשלכות המשבר על מערכות יחסים שבין פרטים בחברה ועל זכויותיהם במסגרת המשפט הפרטי. מטבע הדברים, מגפת הקורונה עוררה גם מגוון שאלות של מדיניות והצמיחה דיונים מנקודת מבט תאורטית, מוסרית, פילוסופית, התנהגותית ועוד. הניסיון להתמודד עם השלכות משבר הקורונה הציב אפוא אתגרים משפטיים ומוסריים חסרי תקדים בפני משרדי ממשלה, גופים ציבוריים שונים, מחוקקים, שופטים, מומחים ומעצבי מדיניות אחרים ועורר עניין רב בקרב מלומדים, אנשי אקדמיה והציבור הרחב.

דיני החוזים משמשים דוגמה לאתגרים שהציב משבר הקורונה בפני המשפט. מאורע קיצוני זה הביא לשיבוש נרחב באפשרות ביצועם של חוזים והפר את האיזון הפנימי של אינסיפור חוזים, בכללם חוזים עסקיים, חוזים פרטיים וחוזים צרכניים. האיסורים השונים על

* ד"ר למשפטים, עמית הוראה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ומחבר שותף של הספר **דיני חוזים** (מהדורה רביעית 2019) יחד עם פרופסור גבריאלה שלו.

התקהלויות; ביטולן של הופעות; סגירת עסקים, קניונים, בתי מלון ואתרי נופש; איסור על קיום חתונות או איסור התקהלויות בתקרה שלא אפשרה קיום אירועים כמתוכנן; ביטול טיסות וחופשות; השבתת מוסדות לימוד וחוגים – כל אלה ועוד, גררו הפרות רבות של חוזים.

מן ההיבט הדוקטרינרי, האתגרים במשבר הקורונה היו נעוצים לפחות בשלושה קשיים. 1. קושי מסוג אחד נבע מהסדר הסיכול המעוגן כיום בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, המהווה ערוץ מרכזי שדרכו מתמודדים דיני החוזים עם שינוי נסיבות המכשיל את ביצוע החוזה. פסיקות, מאמרים ודיונים משפטיים רבים סיווגו את המקרים שהתעוררו בתקופת הקורונה, כמעט באופן טבעי, לקטגוריה של דין הסיכול. אלא שהפנייה העקבית לסיכול בתקופת הקורונה אינה אלא פנייה לכלי משפטי ישן, המשקף נוקשות, כדי לפתור בעיות חדשות, המחייבות גמישות. לא כאן המקום להרחיב בענייניו של הסדר הסיכול, בקשיים הגלומים בו ובגישה הנוקשה שהשתרשה לגביה בפסיקה.¹ די אם נעמוד כאן על דוגמאות אחדות הממחישות כי הכלל הנוקשה והפירושו הצר שניתן לסיכול ולתוצאותיו הביאו לא אחת לתוצאות בעייתיות.

כך אירע, למשל, במצבים שבהם חוזה הופר עקב השלכות המשבר, אך לא בוטל, וההפרה לא הגיעה, לדעת בתי המשפט, לכדי סיכול. בהקשר זה נבחן את הדוגמה המייצגת הבאה. בין ספק לבין סוחר נכרת חוזה שבמסגרתו התחייב הספק למכור לסוחר סחורה. התשלום לספק הותנה בכך שיספק את כל הסחורה בתוך חודש. הספק סיפק רק חלק מהסחורה, אך נוכח פרוץ המשבר לא יכול היה להשלים את הביצוע במלואו ולספק את הכמות החסרה (וככל הנראה גם לא יוכל לעשות כן בעתיד הנראה לעין). בכך הפר את החוזה, וזכותו לקבל תשלום לפי החוזה טרם התגבשה. הסוחר מעדיף להימנע מביטול החוזה ומנקיטת פעולה ולמעשה מוכן מצידו לדבוק בחוזה משום שהדבר כדאי מבחינתו, שהרי הוא כבר הפיק תועלת מהביצוע החלקי. כל עוד רעהו אינו משלים את הביצוע, הוא אינו חייב לשלם את המחיר החוזי. האתגר שהתעורר במקרה זה, ובמקרים קרובים, נגע בסוגיית ההשבה: האם עומדת למפר שהעביר לרעהו כספים, נכס או טובת הנאה על פי החוזה הזכות להשבה למרות היעדר פעולת ביטול מצד הנפגע וכאשר ככל הנראה אין באפשרותו של המפר להשלים את הביצוע כמוסכם ולזכות במחיר החוזי המוסכם? (יש להדגיש כי בעיה זו איננה ייחודית לתקופת הקורונה דווקא, אך יש בסיס לסברה שהיא התעצמה בתקופה זו, שבה נכשל המשך ביצועם של חוזים רבים).

עיקר הקושי נעוץ בכך שברירת הביטול וההשבה ההדדית הנלווית לה נתונות ברגיל לצד הנפגע. המפר, הוא הספק בדוגמה הנוכחית, אינו יכול לכפות באופן חד-צדדי את ביטול החוזה ולזכות בהשבת שווי של מה שכבר העביר מכוחו. גישה נוקשה שאומצה לא אחת במשפטנו שלפיה אייחכולת לבצע את החוזה לא הגיעה כדי סיכול (למשל נוכח אייחתימות תנאי היעדר הצפייה שבהסדר הסיכול) הביאה לתוצאה בעייתית: בכוחו של צד אחד, הלא הוא

1 הדברים נדונו בהרחבה בספרנו: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 757 ואילך (מהדורה רביעית 2019).

הנפגע, למנוע השבה על ידי כך שהוא נמנע מביטול החוזה. בכך למעשה הוא זכה חנם במה שכבר הספיק לקבל לפי החוזה והתעשר על חשבון רעהו.

אף שניתן להעלות על הדעת אפשרויות שונות לפתרון קושי זה במסגרת דיני החוזים, הן אינן בגדר הברור מאליו. פתרון מובהק לבעיה זו יימצא בנקיטת גישה גמישה בכל הנוגע להכרה בסיכול במקרים מסוג זה (שבהם נמנע מהמפר להשלים את הביצוע כמוסכם נוכח המשבר), שהרי במקרה של סיכול רשאי בית המשפט להורות על השבה גם בהיעדר ביטול. גמישות כזו בהפעלת דין הסיכול התחייבה בתקופת הקורונה, אך לא תמיד ניכרה בפסיקות השונות, שהוציאו את המפר וידיו על ראשו.

מצבים נוספים שעוררו קושי ודרשו פרשנות גמישה יותר לרכיבי הסיכול הם מצבים שבהם הענקת סעד הולם חייבה את ראייתו של הסיכול כמקיף גם נסיבות שבהן קיום החוזה הוא אומנם אפשרי, אולם צד לחוזה אינו יכול להפיק מן הקיום את התועלת שהחוזה נועד לה. נבחן את הדוגמה הטיפוסית הבאה: לפני שפרץ משבר הקורונה התקשרו בני זוג מבוגרים בחוזה להזמנת נופש. זמן קצר לפני המועד שנקבע לנופש פרץ משבר הקורונה, והמזמינים בחרו להימנע מלצאת לנופש מאחר שחששו לבריאותם; הנופש התקיים בסופו של דבר כמתוכנן, והמזמינים נדרשו לשלם עבור חוזה שלא יכלו לזכות בטובת ההנאה שציפו להפיק ממנו (אלא אם היו בוחרים לשלם את נפשם בכפם). אומנם, לא הייתה שום מגבלה שהפכה את קיום החוזה ל"בלתי אפשרי", כלשון סעיף 18, מבחינתם של המזמינים, ועל כן סיכול במובנו הנוקשה והצר לא התקיים. ובכל זאת, קשה להתעלם מכך שנסיונות הקורונה שללו מהמזמינים את התועלת שהחוזה נועד להעניק להם. גם במצבים מעין אלה, נדרשה גישה מעודנת יותר מן התפיסה המקובלת של סיכול כדי לפתור את הבעיה.

דוגמה אחרת לבעיות שעורר דין הסיכול הנוהג קשורה בתוצאותיו של הסיכול במשפטנו. במצבים של סיכול אומנם עומדת למפר טענת הגנה מפני תביעות אכיפה ופיצויים הבאות מצד הנפגע, אך בידי הנפגע נותרת הזכות לביטול החוזה. ברירת הביטול הנתונה לנפגע נובעת מנקודת המוצא שלפיה סיכול מהווה הפרה, גם אם הפרה מסוג מיוחד. תפיסה זו ומה שנובע ממנה לגבי זכות הביטול העומדת בכל מקרה לנפגע עוררו לא אחת קושי, בפרט משום שהיא אפשרה לנפגע לעשות שימוש טקטי בזכות הביטול, כלומר לאיים בשימוש בזכות זו. כך התאפשר כאשר משמעות הביטול מבחינתו של המפר הייתה מרחיקה לכת. נבחן את הדוגמה הבאה: רשת בתי מלון בין לאומית התקשרה בחוזה זכיינות עם בעל מבנה מסחרי, שלפיו יקים האחרון במבנה בית מלון, יפעילו תוך שימוש בשמה המסחרי של הרשת ושירותיה ובתמורה ישלם לרשת סכום מסוים. לפי תנאי הזיכיון יופעל המלון על פי הסטנדרטים הגבוהים של הרשת, ובכללם, בין היתר, הדרישה כי המלון יהיה פתוח ויעניק את שירותיו בכל ימות השנה. נוכח משבר הקורונה, נותר המלון סגור במשך חודשים רבים, ובכך הפר בעל המבנה את החוזה. הרשת איימה שתבטל את החוזה. ברור כי ביטול החוזה, מנקודות ראותו של בעל המבנה, משמעו הורדת השקעתו לטמיון ובזבוז משווע. במצבים כאלה המפר, המעוניין לחמוק מהשלכות הביטול, עלול לבקש "לקנות" את אי-ביטול החוזה, לעיתים אף בתשלום מחר העולה על מה שמגיע לנפגע על פי החוזה (כלומר במחיר המעמיד את הנפגע במצב טוב יותר מזה שבו היה נתון אילו קיים החוזה). כמובן, אין התוצאה האמורה מהווה בהכרח סוף פסוק, שכן תוצאה כזו, בהיותה סחטנות מצידו של הנפגע, עשויה להישלל לפי עקרון תום הלב ולפי

דיני הפגמים בכריתה. אולם לפחות ככל שהדברים נבחנים מנקודות ראותו של דין הסיכול הכללי, המותיר כאמור את זכות הביטול בידי הנפגע, התוצאה דלעיל אינה נשללת מאליה. לסיכום נקודה זו ייאמר כי הדברים אינם משמיעים כי אין לדיני החוזים די כלים להתמודד עם אתגרי הקורונה, ובכללם עם כל אחד מן המצבים שנדונו כאן. אלא שהנטייה שניכרה למסגר מצבים רבים דווקא במסגרת דין הסיכול (והתפיסה הקיימת שבבסיסו) עוררה יותר קשיים מאשר הציעה פתרונות.

2. קושי מסוג אחר הוא חוסר הוודאות שנוצר בקרב מתקשרים חוזיים בתקופת הקורונה. חוסר הוודאות נבע לא רק מעמימותו של דין הסיכול ומאיהבהירות לגבי עצם תחולתו או לגבי תוצאותיו בפועל. חוסר הוודאות נבע גם מכך שבתי המשפט יכולים להשתמש במגוון רב של ערוצים משפטיים, לבד מדין הסיכול, במטרה להתחשב בקשיים המתעוררים במהלך חי החוזה. בין אלה ניתן למנות את פירוש החוזה, חובת תום הלב, ההסדר בדבר תנאי מתלה ומפסיק, סייגים לתרופת האכיפה וסמכותו של בית המשפט להתנות את אכיפת החוזה בתנאים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין. כוחו של בית המשפט להשתמש במערכת מגוונת של נורמות, שחלקן אף מושגות על מושגי סתום מופשטים, מעצים את שיקול דעתו של בית המשפט ומרחיב את קשת התוצאות המשפטיות הניתנות להשגה במצבים עובדתיים שונים. דבר זה בוודאי גרם לתסכול בקרב מי שחפץ בוודאות ובביטחון משפטיים.

יש גם בסיס לסברה כי העובדה שצדדים פעלו בתקופת המשבר ברמת ודאות נמוכה הכשילה את הדרך לצמצום המחלוקות. כמדומה, איהבהירות לגבי תוצאות הדין ומרחב שיקול דעתו של בית המשפט תרמו לכך שצדדים לחוזה התבצרו בעמדתם ודבקו בגרסתם, שכן הדין הנוהג למעשה עשוי עקרונית לתמוך בכל אחת מגרסאות הצדדים. דוגמה לכך ניתן למצוא בסכסוכים, שזכו בעיסוק ציבורי נרחב למדי, בין בעלי אולמות אירועים לבין מזמיני אירועים ובין מפקי הופעות לבין רוכשי כרטיסים בכל הנוגע להשבת כספים ששולמו על ידי המזמינים (כאשר האירוע בוטל עקב מגבלות הקורונה). תופעה זו נבעה, בין היתר, מכך שלנוכח ריבוי האפשרויות הניתנות להשגה מכוח הדין, כל צד סבר – ולא בלי תימוכין לכך – שידו על העליונה.

עם זאת, הדברים ראויים לסיוג. בניגוד למקובל לסבור, ספק אם יש קשר ישיר או הכרחי בין היקף שיקול דעתו של בית המשפט ועמימות הנורמות המשפטיות לבין ודאות משפטית וצמצום מחלוקות.² לאמיתו של דבר, הניסיון בתקופת הקורונה לימד שגם כללים ספציפיים, קונקרטיים ומפורטים שנקבעו בתקופה זו בחוק אינם משיגים בהכרח ודאות רבה יותר. דוגמה לכך עשוי לשמש חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע (נגיף הקורונה החדש), התשפ"א – 2020, שנועד לטפל בהשבת כספי מקדמות למזמיני אירועים שבוטלו. אף כי החוק, על שבעת סעיפיו ותתי-סעיפיו, ביקש לתרום לוודאות המשפטית על ידי כך שקבע שורה של כללים מפורטים ומדוקדקים בסוגיה זו, הוא למעשה זימן מחלוקות חדשות בין הצדדים בכל הנוגע לפרטי הדינים שנקבעו בו, היקף תחולתו ודרכי פירושו. משום כך נראה שהיה היגיון רב

2 דאו גם איל זמיר בהרחבה במאמרו "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5 (2012).

בטקטיקה שאותה נקט משרד המשפטים בתקופת הקורונה, של מיעוט בחקיקת הסדרים קונקרטיים המסדירים מצבים עובדתיים מוגדרים ועידוד הצדדים לחוזה להגיע לפתרונות מוסכמים בדרך של משא ומתן והתחשבות הדדית (גילוי נאות: כותב שורות אלה היה חבר בצוות הבין-משרדי לבחינת השלכות משבר הקורונה על התקשרויות חוזיות).

3. קושי אחרון הראוי להיזכר כאן מתמצה באמרה הנודעת *hard cases make bad law*. נוכח המציאות הדרמטית שחולל משבר הקורונה ועם הימשכותו, חלק מהפסיקות הונעו על ידי הדחף להשיג תוצאות "הוגנות ומאוזנות" בין הצדדים ובכך לרפא את תחלואי המשק החורגים מדלת אמות עניינם של הצדדים לסכסוך. אולם השאיפה "לעשות צדק", שהחלה מתגברת כאמור בפסיקות השונות, הביאה לא אחת להכרעות שאינן נקיות מקשיים. כך, למשל, במקרים אחדים, במטרה להתחשב בהפסד הכבד שנגרם למפר חוזה שעסקו הושבת עקב המגפה, חייב בית המשפט את הנפגע לשפות את המפר, בעל העסק, על הוצאותיו. עובדה זו אינה מעוררת קושי כשלעצמה מאחר שעל פי דין הסיכול הנוהג, על אף שהמפר אינו זכאי לתבוע שיפוי על הוצאותיו, הוא עשוי לזכות בשיפוי כזה באופן עקיף במסגרת החלטתו של בית המשפט בעניין היקף ההשבה (כאשר כבר שולמה למפר התמורה החוזית או חלק ממנה). הקושי הוא ששיפוי מעין זה, המהווה למעשה פסיקת פיצויי הסתמכות, נעשה גם כאשר למעשה לא נמצא כל קשר סיבתי בין הוצאות ההסתמכות שנפסקו לטובת המפר לבין ההתקשרות בחוזה, מאחר שדובר בהוצאות שלא נעשו כלל בהסתמך על החוזה הנדון (אלא הוצאות שהוציא המפר בטרם הצדדים נפגשו זה עם זה. למשל: הוצאות שיווק ופרסום). ברור כי הוצאות מעין אלה אינן חלק מהוצאות ההסתמכות על החוזה עצמו. במצבים כאלה, שבהם חויב הנפגע לשלם "פיצויי הסתמכות", נאלץ הוא למעשה "לסבסד" את הוצאותיו השוטפות של המפר, בהיעדר הצדקה לכך, לפחות מנקודת מבטם של דיני התרופות בשל הפרת חוזה. הדברים עוררו קושי רב אף יותר במצבים שבהם הנפגע היה בגדר צרכן.

בסיכומו של דבר, השלכותיו הנרחבות של המשבר על התקשרויות כה רבות חיזקו את התובנה שבניגוד לתפיסה הקלאסית של דיני החוזים, מערכת היחסים שבין הצדדים לחוזה אינה מערכת יחסים מקובעת שכל תכליתה הגשמת רצון הצדדים כפי שהוא נבחן במועד הכריתה. ערכים של רצון הצדדים וראיית החוזה כמכשיר לחלוקת סיכונים אינם ממלאים, או לפחות אינם ממלאים תמיד, תפקיד מכריע. לצידם נועד מקום של כבוד לערכים חברתיים וציבוריים ולרעיונות של הוגנות וסבירות, סולידריות והתחשבות הדדית.

ואכן, בחינת פסקי הדין שניתנו בבתי המשפט בתקופת הקורונה מצביעה על תהליך של מעבר הדרגתי מתפיסת החוזה כמבוסס על רצון חופשי וכמושתת על הקצאת סיכונים אל עבר ראיית החוזה כמכשיר המיועד לקדם ערכים חברתיים וציבוריים המתחייבים מאופייה המיוחד של התקופה. זאת נאמר, כמוכן, בזהירות המתחייבת מהסקת מסקנות רחבות על בסיס פסיקות שאינן רבות מדי ובחינה המתייחסת לפרק זמן תחום למדי. כך או אחרת, יש בסיס לסברה שבעוד שבתחילת המשבר התאפיינו הפסיקות בפורמליזם, בעמידה קפדנית על דקדוקי הדוקטרינה ועל הרעיון של "חוזים יש לקיים", בהימנעות מהכרה במגפת הקורונה כמצדיקה הכרה בטענת סיכול ובהדגשת מקומו של רעיון האחריות החוזית המוחלטת, הרי בחלוף זמן חל פיחות ניכר בביטוייה של תפיסה נוקשה זו. תחתיה באה תפיסה גמישה המדגישה את הממד הערכי של המשפט ומתאפיינת במאמץ להתאים את החיובים החוזיים לנסיבות או למתן את

תוצאת הפרתם ולהסיט את הדיון אל עבר עקרון תום הלב ופירוש חוזים, תוך קידום ערכים של הוגנות ושיתוף פעולה בין הצדדים.

יתר על כן, על רקע ריבוי הסכסוכים החוזיים בתקופת הקורונה נערכו על ידי משרד המשפטים סקרי שוק שבחנו את התנהלות צדדים לחוזי שכירות זה עם זה בתקופה זו. ההשערה שבבסיסם הייתה, שבניגוד לתובנה רווחת, לא חלה עלייה בהיקף הסכסוכים החוזיים בתקופה זו. ואכן, הממצאים לימדו שלפחות החל משלב מסוים של המשבר, יותר ממה שצדדים לחוזה פעלו לפי תמריצים כלכליים ומשפטיים הם פעלו ממניעים חברתיים ומתפיסות מוסריות רווחות בתקופה ועשו מאמץ להגיע להסכמות ולצמצם מחלוקות. בכך זכינו גם להדגמה (נוספת) של תבונתה של אסכולת חוזי היחס.

* * *

בעת שנכתבות שורות אלה מצויים אנו בישראל בעיצומו של גל הדבקה נוסף של נגיף הקורונה, שהמידע בעניין היקפו והשלכותיו עדיין חלקי. דבר אחד ניתן לומר בבירור: המשפט עוד ימשיך להתמודד עם השלכותיה של המגפה, אלה הידועות כיום ואלה שתתבררנה בעתיד. יש אפוא לברך על גיליון איכותי ומקיף זה המשקף מחויבות נמשכת להעמקת הידע בכל הנוגע ליחסי הגומלין שבין הקורונה לבין המשפט ובין האקדמיה לבין מציאות החיים.