



מחקרי רגולציה

כרך ה
קורונה

עורכת ראשית
השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוק

כתב העת של מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל

אדר א' התשפ"ב, פברואר 2022

מחקרי רגולציה

מנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוק

מנהלים אקדמיים
פרופ' אורית פישמן-אפורי
ד"ר עידו באום

עורכת ראשית
השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוק

מערכת כתב העת
עו"ד עדי סדרינה
עמיתת מחקר בכירה כרמל אליצור
דניאל בן אלישע
טל אברהם פלח
עמית רז

עריכה לשונית עברית
עו"ד דבורית הרכבי

עריכה לשונית אנגלית
עו"ד סוזן דורון

אופן הגשת הצעות מחקר ומאמרים :
אנו מזמינים חוקרות וחוקרים להגיש מאמרים והצעות מחקר בתחומים שונים,
ביניהם: משפטים, כלכלה, ניהול ומדעי החברה הקשורים להיבטים של תחרות ורגולציה
והעומדים על סדר היום החברתי-כלכלי בישראל. על הרוצה לפרסם מאמר להיות נכון לקבל הערות
המערכת ולהחזיר תיקונים תוך זמן סביר. עבודת המערכת תכלול קבלת חוות דעת של קורא חיצוני
אנונימי. יש לשלוח העתק של המאמר או הצעת המחקר לכתובת הדואר האלקטרוני בצירוף קורות
חיים ופרסומים אחרים (אם ישנם).

כתובת המערכת :

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל
שד' רבין 7, ת"ד 25072
ראשון לציון 7502501
דואר אלקטרוני: hethcenter@colman.ac.il
אתר האינטרנט: www.colman.ac.il/heth_center
דף הפייסבוק: www.facebook.com/hethcenter
טלפון: 03-9634104



כל הזכויות שמורות
למרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל
ISSN 2664-6307



סדר: ענת זקון

ניתן לרכוש את כתב העת באמצעות נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 43, צפרירים 9983000

טל' 02-9992099, פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

נבו



פרופ' מאיר חת

מייסד מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל



תוכן העניינים

9	השאלה בדבר חובת ההתחסנות : דבר המערכת.....	איריס סורוקר
		קורונה
15	דברי ברכה.....	ארז קמיניץ
17	דברי ברכה.....	יובל רויטמן
21	על קורונה, משפט ודיני החוזים – דברי הקדמה.....	אפי צמח
27	השפעת יציאה לחל"ת בזמן משבר הקורונה על מאפייני הקשר שבין עובדים לבין מעסיקים ועל נטיות לעזיבה בקרב העובדים.....	גלית קליין ומריאנה דלגין
105.....	ממשבר האיגוח לאיגוח כמענה למשבר : לקראת שוק איגוח ציבורי בישראל.....	דב סולומון ועידו באום
139.....	התדיינות אגרטיבית – מודל אלטרנטיבי בהליך האזרחי.....	אלון קלמנט
177.....	יחסים במשבר : משבר הקורונה וכוחם של שחקנים ביחסי העבודה בישראל – ארגוני עובדים ומעסיקים במשבר.....	אסף ש' בונדי
211.....	השימוש בתקנות שעת חירום בישראל בתקופת הקורונה ובמבט היסטורי, 1948–2020.....	ניר קוסטי ויואב מחוזאי
247.....	ניהול סיכונים מלווים ולווים במשבר הקורונה : ניתוח השוואתי בארצות הברית, שוודיה וישראל.....	ענבר מזרחי-בורוכוביץ ודוד לוי-פאור

השאלה בדבר חובת ההתחסנות דבר המערכת

האומיקרון שוטף את ישראל ואת העולם כולו. בפתח, זן חדש של נגיף הקורונה שכבר זכה לכינוי: BA.2. נתוני ההדבקה מבהילים: ממוצע ההדבקה בארצות הברית, מאז פרוץ הגל החמישי של המגפה בנובמבר 2021, עומד על כ-700,000 נדבקים וכ-2,000 מתים בכל יום.¹ בישראל, לפי נתונים יומיים שמפרסם משרד הבריאות, ממוצע המאומתים ביום 21 לינואר 2022 עמד על 62,662.² מצב החולים מושפע באופן ישיר מרמת ההתחסנות: הנתונים מלמדים כי הבלתי-מחוסנים חשופים הרבה יותר לא רק לעצם ההידבקות, כי אם גם לסיכון לחלות במחלה המוגדרת קשה.³ על הרקע הזה עולה השאלה אם יש להטיל חובת התחסנות על תושבי המדינה. זו אינה שאלה קלוטה מן האוויר. בפברואר 2022 אוסטרליה אימצה חוק חדש המחייב את אזרחיה להתחסן, חובה אשר הפרתה צפויה לגרום קנס כספי בסכום של מאות אירו.⁴ התקשורת עמוסה בדיווחים על אודות ממשלות המבקשות לצעוד בדרך זו: נשיא צרפת עמנואל מקרון הבטיח "למרר את החיים" לבלתי-מחוסנים;⁵ בגרמניה, הקנצלרית היוצאת מרקל ומחליפה שולץ הודיעו שתוטל חובת התחסנות כללית;⁶ נציבת האיחוד האירופי, אורסולה פון דר לייך, ציינה שעל מדינות האיחוד לשקול חובת חיסון כמהלך "מוכן וראוי" על רקע כוח ההדבקה של האומיקרון.⁷ גם הממשל בארצות הברית מחבק את חובת החיסונים: בנובמבר האחרון הוצאה תקנה המחייבת את עובדי מערכת הבריאות הפדרלית להתחסן, וסירוב עשוי להוביל לפיטורין.⁸ ובישראל, פרויקטור הקורונה פרופ' סלמאן זרקאן ציין שלדעתו ראוי לשקול לחייב את אזרחי ישראל להתחסן.⁹

- 1 נכון ליום 21 לינואר 2022. הנתונים מתפרסמים באופן שוטף בעיתון THE NEW YORK TIMES, ראו באתר: <https://nyti.ms/3sl2BYG>.
- 2 נתונים יומיים מתפרסמים באתר משרד הבריאות: <https://bit.ly/3LzqqEC>.
- 3 ראו משרד הבריאות "השפעת ההתחסנות על התחלואה" <https://bit.ly/3GRnxeS>.
- 4 ראו דיווח בעיתון THE NEW YORK TIMES: <https://nyti.ms/3ry64Ug>.
- 5 "מקרון: התוכנית היא למרר את חיי הלא-מחוסנים" **הארץ** כותרת ראשית עמ' 3 (6.1.2022).
- 6 ראו Jon Henley, *Germany: Mandatory Covid Jabs a Step Closer as Unvaccinated Face Lockdown*, THE GUARDIAN (Dec. 2, 2021), <https://bit.ly/3LhgfEE>.
- 7 ראו למשל "מנהיגת האיחוד האירופי על האומיקרון: לשקול חובת חיסונים, להיערך לגרוע מכול" **Ynet** (1.12.2021) <https://bit.ly/3Jtx1P4>.
- 8 כפי שיפורט בהמשך, תקנה זו לא עמדה במבחן הביקורת השיפוטית. ראו State of Louisiana et al. v. Xavier Becerra et al, US District Court of Louisiana (case 3:21-cv-03970, 30th Nov. 2021), <https://bit.ly/3rMLgsl>.
- 9 "בעקבות התפשטות וריאנט האומיקרון, באירופה ובישראל קוראים לשקול להטיל חובת חיסונים" **הארץ** כותרת ראשית עמ' 3 (2.12.2021).

חיסונים כנגד הקורונה נמצאים איתנו מאז ינואר 2021, ונראה שהם מסייעים במידה שאינה מבוטלת למיתון ההשלכות הבריאותיות של המגפה. דו"ח של המרכז האמריקאי לבקרת מחלות ומניעתן ניתח נתוני תחלואה בניו יורק ובקליפורניה בחודשים מאי עד נובמבר 2021. נמצא, באופן בלתי מפתיע, כי הבלתי-מחוסנים מצויים בסיכון הגבוה ביותר לאשפוז ולתמותה.¹⁰ ההשפעה החיובית של החיסונים אינה נעצרת במישור הבריאותי: מחקר שפורסם לאחרונה על ידי הקרן המוניטרית העולמית מציג נתונים על אודות היקף המחוסנים בארבעים ושש מדינות, החל מדצמבר 2020 ועד יוני 2021, במטרה לבחון אם קיימת זיקה בין חיסונים לבין פעילות כלכלית. המסקנה היא חד-משמעית: ככל שהיקף החיסונים גדול יותר, כך הביצועים הכלכליים של המדינה טובים יותר, לפי מדדים מקובלים (תנועה וזיהום אוויר). המחקר מראה כי בד בבד עם התחסנות האזרחים, צריך לצמצם את מגבלות הקורונה המוכרות היטב, כמו סגירת עסקים, שכן אלה פוגעות בכלכלה. נתון מעניין נוסף הוא שמדינה המחסנת את תושביה משפרת לא רק את מצבה שלה, אלא גם את מצב המדינות השכנות, משום שהשיפור אצלה מאפשר הקלה בתנועה ובמסחר.¹¹ ההשפעה החיובית של החיסון מבוטאת גם במישור הנפשי: מחקר שבוצע בנובמבר האחרון באוניברסיטת ורוויק באנגליה מצביע על זיקה ישירה בין התחסנות לרווחה אישית. למשך כחודשיים מהחיסון, המדדים הפסיכולוגיים הראו שיפור, משום שהמתחסן חש מחוזק יחסית מול סיכונים המחלה וכן משום שהחיסון הרחיב את אפשרויות ההשתתפות בפעילות חברתית. ההשפעה הורגשה פי 1.5 יותר אצל אנשים עם מדדי לחץ גבוהים.¹²

שיטת המשפט בישראל מקנה לשלטון סמכות להורות על חובת התחסנות בעת מגפה. פקודת בריאות העם המנדטורית, משנת 1940, מסמיכה את "מנהל שירותי הרפואה" לחייב אזרחים להתחסן כנגד "מחלה מדבקת" אשר "מהווה סכנה לבריאות הציבור".¹³ הסרבן עלול להיענש בקנס ואף במאסר עד חודש ימים. ייאמר מיד: זוהי סמכות מרחיקת לכת. במדינה דמוקרטית, סמכות שלטונית כזו לעולם אינה מוחלטת, אלא מחויבת לעמוד באמות מידה חוקתיות של סבירות ומידתיות. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את האוטונומיה של הפרט להחליט בעצמו על גופו, וזאת כנגזרת של כבוד האדם. כידוע, סעיף 2 לחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". התרגום המעשי של נורמה חוקתית זו מצוי בסעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, לפיו "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת". "טיפול רפואי" כולל גם חיסונים, בהיותם "טיפול רפואי מונע", לפי ההגדרה שבסעיף 2 לחוק. כתמיד, לפנינו שאלה של איזון

- 10 ראו באתר המרכז האמריקאי לבקרת מחלות ומניעתן: <https://bit.ly/3LxyohS>
- 11 ראו Deb Pragian et al., *The Effects of COVID-19 Vaccines on Economic Activity* (October 2021), <https://ssrn.com/abstract=3960286>
- 12 ראו Manuel Bagues & Velichka Dimitrova, *The Psychological Gains from COVID-19 Vaccination: Who Benefits the Most?* (November 2021), <https://ssrn.com/abstract=3960298>
- 13 סעיף 19 לפקודת בריאות העם מס' 40 לשנת 1940.

אינטרסים: בין זכות הפרט על גופו ועל חירות החלטותיו, לבין האינטרס הכללי לשמור על בריאות הציבור בכללותו. ונדויק: זה אינו רק אינטרס ציבורי לשמור על הבריאות במדינה, כי אם גם זכותם של הפרטים בחברה להגן על עצמם מפני הבלתי-מחוסנים המסתובבים בקרבם ואשר עלולים להדביקם במחלה בעלת פוטנציאל קטלני. צריך לזכור שהפגיעה אינה רק בריאותית, אלא יוצרת שרשרת עלויות: עומס על מערכת הבריאות; פגיעה בכושר ההשתכרות והפרנסה; לחץ על התא המשפחתי; והכבדה כלכלית וכללית על הבריאים. אכן, הבלתי מחוסנים יוצרים אדוות מתפשטות של השפעות חיצוניות שליליות, המקרינות על הסביבה. זאת ועוד: מי שאינו מחוסן עשוי להיחשב כנוסע חינם (טרמפיסט) הנהנה מכך שאחרים מתחסנים בעוד שהוא עצמו אינו מוכן לטרוח ואולי אף ליטול את הסיכון הכרוך בחיסון.

בית משפט פדרלי בארצות הברית ביטל את הצו הממשלתי האמור, שהטיל על עובדי מערכת הבריאות חובה להתחסן. נפסק כי אין לשלטון סמכות לפגוע בזכות הפרט להחליט על גופו וכי עקרון הפרדת הרשויות מחייב שפגיעה כזו תתקבל בחוק של הקונגרס.¹⁴ פסיקה חשובה זו נשנתה בבית המשפט העליון של ארצות הברית: בינואר דנא נבחנה עתירה שהגיש ארגון עסקים כנגד תקנה שהוציא שר העבודה האמריקאי, המחייבת עובדים במקומות עבודה גדולים, מעל 100 אנשים, להתחסן או להציג בדיקת קורונה שבועית. בית המשפט העליון הוציא צו מניעה כנגד תקנה זו, בנימוק שלפיו הרשות המבצעת נעדרת סמכות לפגיעה בזכויות עובדים חוקתיות.¹⁵ אלה הם פסקי דין חשובים המציבים את זכויות הפרט בראש סדר העדיפויות, גם שעה שהקורונה משתוללת, והם עשויים להנחות גם בישראל.

הוויכוח אצלנו, כרגיל, הוא סוער. פרופ' ברק מדינה כתב ש"אין טיעונים טובים המצדיקים הימנעות מקביעה בחוק של החובה להתחסן, בלי עונש בגין הפרתה".¹⁶ לדעתו, "החוק מכונן התנהגות בדרכים מגוונות. בין היתר, הוא מצהיר על דרך התנהגות שנמצאה ראויה. בהקשר של החיסונים, קביעה בחוק של חובת התחשנות תיעשה לאחר הליך חקיקה בכנסת, שבו יוצגו מכלול הממצאים המדעיים בדבר התועלות והסיכונים שבחיסונים, וישמעו הדעות השונות. ... הקביעה של חובה בחוק להתחסן תשקף ותעצים נורמה חברתית, ותטיל על מתנגדי החיסונים חובה להצדיק לא רק את בחירתם שלא להתחסן, אלא גם את הבחירה שלא לציית לחוק. הטלת חובה כזו יכולה להיות מלווה גם בהכרה באחריות המדינה לנזק שייגרם עקב תופעות לוואי של החיסון".¹⁷ מורת רוח עזה כנגד דעה זו הובעה על ידי פרופ' בעז סנג'רו, בהתבססו על זכויות אדם בסיסיות במשטר דמוקרטי.¹⁸ בשולחן עגול שהתקיים במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה נשמעה עמדתו הליברלית של פרופ' רוני גמזו – מנהל המרכז הרפואי סוראסקי ומי שניהל כפרויקטור הקורונה הראשון: ככלל, אין מקום לכפות חיסונים, אלא שיש לתת לפרט

14 ראו פרשת *Xavier Becerra*, לעיל ה"ש 8.

15 ראו *Nat'l Fedn. of Indep. Bus. v. DOL*, 2022 U.S. LEXIS 496, S.Ct., 2022 WL 120952.

16 ברק מדינה "חוק חובת חיסון" הארץ – דעות (16.12.2021) <https://bit.ly/3HQO79g>.

17 שם.

18 ראו למשל דבריו שנשמעו בשולחן עגול וירטואלי מיום 31 לינואר 2022 בנושא חובת התחשנות

שהתקיים במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, זמין בכתובת <https://bit.ly/3h0N1w9>.

לבחור במודע אם להתחסן; עם זאת, מותר במצבים מסוימים להבחין בין מחוסנים לבלתי-מחוסנים, למשל במתן גישה למקומות רגישים ובמטרה להגן על אוכלוסייה בסיכון. כך, מותר לבית חולים שלא להעסיק עובד במחלקה רפואית רגישה אם אינו מחוסן (ולמצער נמצא שלילי בבדיקת קורונה תקפה).¹⁹ גישה מידתית ברוח דומה מציעה קבוצת חוקרים מהאוניברסיטה העברית, המצדדת ביצירת הבחנות בין מתחסנים לבין אלה שבחרו שלא להתחסן:

“מדיניות חיסונים להתמודדות עם מגפת הקורונה ונזקיה היא עניין הנוגע לבריאות הציבור ולא עניין רפואי פרטי, ולכן המסגרת הנורמטיבית הכללית שיש להחיל על הסוגיה היא פקודת בריאות העם, אשר מעניקה סמכות חוקית לגופים המקצועיים במשרד הבריאות להטיל הגבלות על לא-מתחסנים ואף להטיל חובת חיסון במקרים מתאימים [...] ארבע תכליות שיכולות להצדיק הבחנות בין מתחסנים ללא-מתחסנים: (1) מניעת תחלואה וצמצום נזקיה; (2) שיקום הכלכלה וחזרה לחיי שגרה; (3) השתת עלויות ההחלטה שלא להתחסן על מקבליה; (4) מתן תמריצים להתחסנות [...]”

אנו דוחים את הטענה שהבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים פוגעת בשוויון. בין שתי הקבוצות קיים שוני רלוונטי וענייני בכל האמור בפתיחת המשק ובנוגע למגוון רחב של פעילויות שהיו סגורות במשך מרבית השנה החולפת בשל המגפה. פתיחת המשק למחוסנים אינה מריעה את מצב הלא-מחוסנים לעומת המצב הנוכחי, אלא מיטיבה את מצב המחוסנים. אין חסם מובנה המונע מהלא-מחוסנים לשנות את בחירתם ולעבור לקבוצת המחוסנים. מובן שכל מתווה חייב לכלול הסדרים למי שאינם יכולים להתחסן שלא מבחירתם, וראוי שיכלול גם “מנגנון חריגים”, שיאפשר החרגה ממגבלות ספציפיות בנסיבות מצומצמות ומוצדקות שקשה לצפותן מראש”.²⁰

ד"ר נילי קרקראייל מונה סיבות אפשריות לתופעה של הססנות חיסונים: חשש מפני השפעות מזיקות, התנגדות עקרונית להתחסן, ספק בדבר יעילות החיסון, הערכת חסר של הסיכון הכרוך במחלה, גילוי זנים חדשים וחוסר אמון בממסד.²¹ דומה שקשה לקבל סרבנות אידאולוגית כעילה המצדיקה סירוב תקף, וזאת נוכח ההשלכות החברתיות הרחבות הנובעות מאי-התחסנות. מצד שני, שאלת הסיכון הכרוך בחיסון היא מטרידה ועלולה לטרוף את הקלפים

19 ראו הקלטת שולחן עגול מיום 31 לינואר 2022 בנושא: רגולציה של חיסונים, במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, זמין בכתובת <https://bit.ly/3JrPMT4>.

20 דוד אנוך ואח' "חיסונים, התניות ונשיאה בעלויות" **משפטים על אתר** יז 1 (2021) <https://bit.ly/3gLhrSI>.

21 נילי קרקראייל "הזכות לסרב להתחסן נגד קורונה: בין חוק זכויות החולה לפקודת בריאות העם" **חוק זכויות החולה המהפכה שטרם הושלמה** 159 (יהושע (שוקי) שמר, שמוליק בן יעקב ויוסי וייס עורכים 2021).

כנגד חובת התחסנות. לא ניתן שלא לשים לב לטענות המתגברות בעת האחרונה, כי מערכת הבריאות בישראל אינה עושה די כדי לגלות תופעות לוואי הכרוכות בחיסונים ולעקוב אחריהן.²² גם אם הסיכון אינו גדול או מובהק, יש להתחשב בעמדה שמציגים לאחרונה מדענים בדבר חיסונים חוזרים ונשנים. צוות מומחים המייעץ לארגון הבריאות העולמי WHO הביע דעה שלא ניתן לסמוך על חיסונים תכופים לאורך זמן, מחשש להחלשה של המערכת החיסונית; בדומה, מנהל תחום החיסונים בסוכנות התרופות האירופית EMA, ד"ר מרקו קולרי, הביע דעה כי חיסונים מרובים בטווחי זמן קצרים אינם מהלך בריקימה הראוי לאימוץ.²³

משפטנים אמונים על מלאכת איזון האינטרסים, בין זכויות הפרט לאינטרסים חברתיים. המקרה של הקורונה מציב אתגר קשה, משום שבשני צידי המאזניים מוטלים משקלות כבדים: מצד האינטרס הציבורי, יש להתחשב בעוצמת המגפה והשלכותיה; בצד זכותו של הפרט, יש לזכור שמדובר בחירות הבסיסית ביותר של אדם על גופו. בדיון חוקתירגולטורי זה, ראוי בעיניי לנקוט גישה ליברלית הנותנת משקל מרבי לזכותו הטבעית של אדם על גופו. ביסוד ההימנעות מלהתחסן עומדת זכותו הלגיטימית של הפרט להחליט אם ומה יעשה בו עצמו. שלא כמו בדוגמה המפורסמת של המפעל המזהם את סביבתו, כאן אין מדובר בעסק מסחרי, אלא בבני אדם ובעצם מושא חייהם – גופם. דמוקרטיה מחייבת שבמיוחד שעה שאנו בפני משבר, נרומם את זכויות הפרט ונכרסם בהן במידה הפחותה ביותר. מה אם כן ניתן לעשות? אני מציעה לגבש מדיניות חיסונים מתוך ראייה כוללת, המתחשבת בשלושה פרמטרים: רמת התחלואה במדינה; יעילות החיסון לצד סיכונים הכרוכים בו; וטיב הפעילות האנושית הנבחנת. (א) רמת התחלואה בישראל צריכה להמשיך ולהיבחן כל העת, תוך ניטור היקף הנדבקים, עוצמת המחלה (קלה או קשה) והיקף התמותה. ראוי להקדיש משאבים לפילוח הנתונים לפי מאפייני חולים, על מנת לבחון מדיניות חיסונים מובדלת לקבוצות אוכלוסייה מיוחדות המצויות בסיכון. (ב) יעילות החיסון כנגד זני הקורונה צריכה להימצא אף היא במעקב שוטף, תוך מתן דגש על ניטור תופעות לוואי וסיכונים. המידע הנצבר בקשר לכך עשוי לפזר שמועות, לפוגג חדשות כוזב ולסייע בידי הפרט לקבל החלטה מושכלת בדבר התחסנותו. (ג) במישור טיב הפעילות האנושית: עיצוב הרגולציה כלפי אלה שאינם מתחסנים צריך להיעשות בשים לב לאופי הפעילות ולרמת החשיפה של הפרט לקהל. כך, ראוי להבחין בין פעילות חיונית, כמו עבודה, לבין פעילות הנחשבת מותרות, כמו ביקור במוזאון או בתיאטרון. ככלל, אין מקום לאיים על עובד בפיטורין שעה שניתן להעסיקו בתנאים מותאמים, כמו עבודה מרחוק ובדיקות

22 ראו למשל מירב ארלוזורוב "מערכת הבריאות לא הסתירה תופעות לוואי של החיסון, אך לא התאמצה לגלותן" **דהמרקר** (24.1.2022). <https://bit.ly/3GHGVuZ>. בשולחן עגול בנושא חובת התחסנות שהתקיים במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה ביום 31 לינואר 2022 נשמעו דבריו של עו"ד מאיר לפלר אשר תיאר כי חלה במחלת ג'יליאן ברה, לטענתו בסמיכות לחיסון. לסרטון היכנסו: <https://bit.ly/3Jud6zx>.

23 ראו למשל David Mayer, *Europe's Drug Regulator Warns Excessive COVID Boosters Could Lead to 'Problems with Immune Response', Joining WHO in Pushback*, FORTUNE (Jan 12, 2022), <https://bit.ly/3gKmpiG>.

קורונה תכופות. כמו כן, מדיניות חיסונים נכונה צריכה לעולם להתחשב בחלופות שניתן לאמץ כדי להקטין סיכוני הדבקה, כגון מניעת התקהלות המונית במקומות סגורים וקביעת כללי ריחוק חברתי בבתי עסק. ככל הניתן, יש לבכר אמצעי זהירות חלופיים, כמו עטית מסכות, בדיקות קורונה תקופתיות, ומניעת גישה של בלתי-מחוסנים למקומות רגישים לתחלואה (כמו בתי חולים ובתי אבות). בקביעת הכללים הפרטניים, העיקרון המנחה שאני מציעה הוא זה: יש לדחוק את החובה להתחסן לתחתית סל הכלים ולהוציאה משם רק במצבים הקיצוניים ביותר. סרבני חיסונים עשויים אומנם להרגיז, אך זו אינה עילה טובה לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר
פברואר 2022

דברי ברכה

ארז קמיניץ*

לעיתים נדרשים אנו לחלוף הזמן כדי שנוכל להביט על האירועים במבט מפוכח. תחילתה של שנת 2020 לא בישרה טובות, והחדשות המבהילות טיפסו ובאו במעלה התדהמה שאחזה בכולנו.

דרמת המגפה הורכבה למעשה מריבוי דרמות בודדות, שכל אחת מהן כשלעצמה יכולה לפרנס שוכני סלונים וטורי מאמרי דעות במשך שנה שלמה. דרמות כלכליות, חברתיות, אנושיות וכמובן אף משפטיות ליוו את העיסוק במגפה ולמעשה מלוות אותנו גם כיום. כמו עולם המשפט כולו, אף אנו המשפטנים בשירות הציבורי נדהמנו נוכח הסוגיות המשפטיות שבהן נדרשנו לעסוק, נוכח ההסדרים המשפטיים שבהם טיפלנו ונוכח ההגבלות על זכויות חוקתיות, אשר בצוק העיתים נאלצנו לאשר ולפעמים אף להמליץ לייצר. מה קשה לאדם להסתגל למציאות חייו המשתנה באחת, כך קשה למשפטן להפוך את הדגלים שנשא בגאון בשמן של חירויות היסוד ולהצדיק, הגם שבקדושת החיים עסקינן, הגבלות בסיסיות על חירות, חופש תנועה, משלח יד ועוד ועוד.

אלא שלא רק עוצמתן של זכויות היסוד עמדה למבחן. לא עבר זמן רב מעת שממשלת ישראל החליטה על סגר מחמיר, עד שהחלה ההכרה לחלחל, והקהילה המשפטית הפנימה, כי בעולם המודרני יש למגפות השלכות אדירות לא רק על חיי המסחר והשווקים עצמם, אלא גם על ביטויי המשפטי, המגולם כמובן בדיני החוזים. מאות אם לא אלפי חוזים הופרו – מפעלים נסגרו ולא יכלו לעמוד באספקת מוצרים שאליה התחייבו, קניונים ננעלו ולא אפשרו את המשך פעולתן של חנויות, שמצידן לא יכלו לעמוד בתשלומי שכירות בהיעדר פדיון, אירועים התבטלו ממש בסמוך לקיומם המתוכנן וגני ילדים נסגרו ומעבר לעובדה שלא כל כך נעים לראות גן סגור, ההורים דרשו השבה של כספים ששולמו עבור השירות, שלא ניתן.

כשעלתה שוועת ההפרה ובאה במסדרונות השלטון, החלטנו במשרד המשפטים על הקמת צוות שיעסוק בהשלכות משבר הקורונה על קיום חוזים. השבועות הבאים עברו עלינו בניסיונות להבין את המצב לאשורו מזה, והאם, ואם כן כיצד, על המדינה להתערב במצב מזה. לכולנו ברור היה ומובן, כי הדין הקיים אינו נותן מענה מוצלח למדי לסוגיה החוזית כבודת המשקל הנוגעת למצבי שינוי נסיבות קיצוני. חוק החוזים תרופות וחוק השכירות מספקים פתרון ארכאי, חלקי ובעייתי למדי. ועדיין, מה צריך לעשות כעת ואיך לקדם את פני הרעה? מי יורגו דרך? מה נכון לעשות בעולם חסר ודאות שכזה?

* לשעבר משנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי).

פנינו לרבים על מנת להתייעץ עימם – פרופסורים ידועי שם, לשכת עורכי הדין, משרדי ממשלה שונים, ארגונים עסקיים ובעלי עסקים מובילים מהשוק הפרטי ואף האוחזים בעסקים קטנים יותר, וכמובן גם מקומם של מכוני מחקר שונים לא נפקד. במענה לפניותינו, שלח לנו מכוון חת את חוות דעתו המפורטת ואת הצעותיו להתמודדות עם הקשיים המשפטיים הצפויים, תוך ניתוח מצבם של שווקים רבים במשק הישראלי. את עיקרי הדברים בחוות הדעת המפורטת איני זוכר על פה, אבל זכורה לי היטב תחושת הרגיעה שנחתה עליי למקראם. לא ניכרה בעורכי חוות הדעת תחושת ההיסטריה שליוותה את תגובתם של חלק מהגורמים המשיבים האחרים. ההצעות נכתבו במתינות ובשום שכל, ללמדנו שאין בהכרח לראות במגפה זו כסופו הממשמש ובא של העולם החוזי כפי שהכרנוהו. משנה חשיבות יחסנו לחוות דעת זו, שניתנה מגוף מחקרי, נטול פניות ומקצועי לעילא.

בסוף הוחלט את שהוחלט – וימים יגידו אם מתוך המשבר הגדול תצמח גאולה בדמות פתרון משוכלל למצבים עתידיים דומים, שנקווה שלא יגיעו.

אין כל ספק שעל מנת לבחון תיקון נורמטיבי מושכל ומשוכלל, יש לבצע הליך סדור של הסקת מסקנות משפטיות מאירוע הקורונה הגדול, על אף שטרם הסתיים. כיצד על המערכת המשפטית להתמודד עם שינוי נסיבות כה קיצוני וקולוסלי? האם יש לייצר פתרון גנרי בסוגיה או אולי להתמודד עם קשייו של כל שוק בפני עצמו? האם לא להתערב כלל ולאפשר לשווקים "לתקן את עצמם" ללא התערבות משפטית? האם ראוי לשנות את דין הסיכול החוזי לדין שהוצע בקודיפיקציה? כיצד לקדם את פניה של הרעה הבאה? חלוף הזמן, המציידנו במבט מפוכח, יעזור כמובן, אך על מנת ליתן תשובות מושכלות לשאלות שלעיל נדרשת בחינה מחקרית תאורטית ואמפירית עמוקה. אך רווח והצלחה לנו, כי יש גופי מחקר במדינת ישראל שזו בדיוק מלאכתם.

קובץ המאמרים שבפניכם הוא תחילתה של עבודה מחקרית ברוכה, שבלעדיה אי אפשר. אני מקווה ומאמין כי היא תועיל עד מאוד לקובעי המדיניות בכואם להחליט, במהרה בימינו, האם וכיצד לשנות את דין הסיכול החוזי, כך שנוכל להתמודד נכונה עם התרחשותו המפתיעה של האירוע הקולוסלי הבלתי צפוי הבא.

דברי ברכה

יובל רויטמן*

בשנים האחרונות הולכת ומתרחבת ההכרה בחשיבות תופעת הרגולציה, בישראל ובעולם. נטען כי זהו "תור הזהב" של הרגולציה;¹ וכי אנו חיים בעידן "המדינה הרגולטורית".² בד בבד, התגבר העיסוק האקדמי בתחום זה. אם בתחילה הכתיבה בתחום נחלקה בין דיסציפלינות שונות, כדוגמת מדעי הכלכלה, המדינה, הסוציולוגיה והמשפט, הרי שבשנים האחרונות ניתן לזהות את התפתחותה של דיסציפלינה מדעית חדשה, בין-תחומית, המוקדשת לחקר הרגולציה.³ במסגרת פיתוחה של דיסציפלינה חדשה זו, ניתן גם לזהות מיסוד קורסי מבוא העוסקים ברגולציה בבתי הספר המובילים למשפטים, בישראל ובעולם, מעניינת בהקשר זה הדוגמה של בית הספר למשפטים באוניברסיטת הרווארד שמחייב את כלל הסטודנטים לתואר J.D. בקורס שכותרתו Legislation and Regulation.⁴ מרכזיות תחום הרגולציה באה לידי ביטוי גם בהקשרים נוספים: בשינויים מבניים בעבודת הממשלה בישראל, כדוגמת הקמת אגף מדיניות רגולציה במשרד ראש הממשלה, מינוי מובילי מדיניות רגולציה במשרדי הממשלה השונים ומיסוד אשכול רגולציה במחלקה למשפט כלכלי ביעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים; ואף במגזר הפרטי, בהקמת מחלקות רגולציה במשרדי עורכי הדין הגדולים.

כתב העת **מחקרי רגולציה**, המוצא לאור על ידי מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה שבמכללה למינהל, מהווה במה אינטרדיסציפלינרית חשובה, בעברית, לעיסוק בתופעת הרגולציה. כתב העת מהווה רכיב נוסף באקוסיסטם שהולך ומתהווה בישראל בתחום הרגולציה.⁵ בדומה לכתבי עת נוספים מהעולם,⁶ כתב העת מתבונן על ביטויים קונקרטיים של

- * דוקטור למשפטים. ראש אשכול רגולציה במחלקה למשפט כלכלי במחלקת ייעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים. האמור בטקסט משקף את דעתו של הכותב בלבד.
- 1 David Levi-Faur *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, 598 ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCES 12 (2005)
- 2 Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 WEST EUR. STUD. 77 (1994); יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 220 (2017).
- 3 David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 3, 11 (David Levi-Faur ed., 2011).
- 4 קורס דומה בשם "חקיקה ורגולציה" מועבר כקורס חובה לתלמידי השנה הראשונה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.
- 5 וראו ההתייחסות להרחבת העיסוק של בתי המשפט בתחום הרגולציה: איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים**

תופעת הרגולציה, כאשר מעניין לזהות את קווי המתאר הכלליים של התופעה עצמה מבעד לעיסוק בסקטורים השונים שבהם היא באה לידי ביטוי.

כך זה של כתב העת, שהוא חמישי במספר, מתמקד באתגרי הרגולציה שנלוו להתפרצות העולמית של מגפת הקורונה. המגפה הציבה אתגרים משמעותיים בפני מערכות הרגולציה בעולם ובישראל. אתגרים אלו חייבו את המדינה לנקוט קשת רחבה של התערבויות, מרביתן רגולטוריות (ובפרט, בתחומי בריאות הציבור והכלכלה). מתבקש כי תופעה חברתית בעלת השפעות מרחיקות לכת שכאלה, וההתערבויות השלטוניות שנלוו לה, יהיו מוקד למחקר אקדמי המבקש לנתח, להעריך ולתת פשר. זה רק טבעי כי כתב העת **מחקרי רגולציה**, שמאז היווסדו מרים תרומה משמעותית להעשרת השיח בישראל על אודות תופעת הרגולציה והעמקתו, נענה לאתגר ועוסק בהתמודדות הרגולטורית עם מגפת הקורונה. יישר כוח בהקשר זה למר מאיר חת, מייסדו של המרכז, לד"ר איריס סורוקר, המנהלת את המרכז ולכל העוסקים במלאכה.

כאמור, במסגרת ההתמודדות עם מגפת הקורונה נחשף מקומה המרכזי של המדינה במתן מענה לאתגרים מהסוג האמור. הדבר מהווה תשובה לטענה שעלתה בשיח האקדמי בדבר ירידת קרנה של המדינה. בהקשר זה נשמעו טענות כי זהו תום עידן המדינה (government) וכי זהו עידן הממשליות (governance)⁷, ואף הממשליות החדשה (new-governance)⁸. בהקשר הרגולטורי נטען כי התערער המונופול שהיה מסור לגופי הרגולציה השלטוניים ונוצרה מציאות חדשה של "מרחב רגולטורי"⁹.

אכן, לא ניתן לדבר כיום – וככל הנראה לא ניתן היה לדבר אף בעבר – על בלעדיות של המדינה בכל הנוגע לשימוש בכלי הרגולציה. המציאות הרגולטורית מעוצבת כיום בעולם מורכב הכולל שחקנים רבים. כלי ההשפעה הרגולטוריים אינם עומדים לרשותה של המדינה המנהלית בלבד. הם מבוזרים בין גופי מדינה לבין גופים פרטיים. כך, גופים פרטיים מחזיקים לעיתים במידע בשיעור ובאיכות שעולים על המידע המוחזק על ידי המדינה. כך, לגופים פרטיים יש יכולות ארגוניות שבהקשרים מסוימים אינן נופלות מהיכולות הארגוניות של המדינה. כך, גופים פרטיים מחזיקים במשאבים כספיים ניכרים, שלהם נלווה חופש פעולה רחב יחסית לעשות שימוש בכספים אלה, לשם קידום יעדים הנתפסים כרצויים בעיניהם. נכונה אם

רגולציה: משפט ומדיניות 425 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2015) (הספר להלן: **מסדירים רגולציה**).

- 6 ראו לדוגמה כתבי העת REGULATION & GOVERNANCE ו-YALE JOURNAL ON REGULATION
7 John Braithwaite, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, 40
BR. J. CRIMINOLOGY 222, 224 (2000); DONALD F. KETTL, THE TRANSFORMATION OF
GOVERNANCE: PUBLIC ADMINISTRATION FOR TWENTY-FIRST CENTURY AMERICA xi (2002)
8 David M. Trubek & Loise G. Trubek, *New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation*, 13 COLUM. J. EUR. L. 539 (2007)
9 Colin Scott, *Analyzing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, 9
PUB. L. 329 (2001)

כן האמירה שציונה לעיל כי מתקיים כיום "מרחב רגולטורי" שבו שותפים גורמי מדינה שונים וגורמים חוץ-מדינתיים, בעלי יכולות רגולטוריות משמעותיות.

אלא שלטעמי, התהליכים האמורים, שוודאי מתרחשים, אינם גורעים מהדומיננטיות של הרשות המבצעת ושל גופי הרגולציה השלטוניים, ודאי שלא בישראל. גם אם המדינה אינה מופקדת במישרין על הספקת מצרכים או שירותים לציבור ואף אינה מופקדת באופן בלעדי על הפיקוח על אלה המספקים שירותים ומצרכים כאמור, **האחריות על המסגרת הכוללת להספקת המצרכים והשירותים לציבור מוטלת עליה**. היא הציר שמניע את פיתוח הכלכלה והמשק.¹⁰ זאת ועוד, ההתמודדות עם משבר הקורונה שבה והוכיחה, למי שהיה זקוק להוכחה, כי המדינה הייתה ונתרת המוצא האחרון, בנסיבות מעין אלה. בהקשר זה נאמר, כי "הציבור [...] תמיד פונה לממשלה עם הסימן הראשון של משבר".¹¹ זאת ועוד, בהקשרים רבים התמודדות עם סוגיית מדיניות מחייבת שיתוף פעולה מרובה משותפים, הכולל רשויות מדינה שונות לצד גורמים פרטיים. לרוב, הציר המלכד את השחקנים השונים הוא המדינה. דווקא ריבוי השחקנים המעורבים מחדד את תפקידה של המדינה ואת מיקומה, לרוב, במוקד רשת ההשפעה המתגבשת.¹²

הבנת מרכזיות המדינה במלאכת הרגולציה היא שעמדה גם במסגרת מהלך נוסף שעמד במוקד תשומת הלב הציבורית בשנה החולפת, והוא קידומה של הרפורמה ברגולציה ובמסגרתה חקיקת חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021. חוק תשתיתי זה מהווה צעד חשוב בקידומה של גישת הרגולציה המיטבית (Better Regulation) בישראל.¹³ הורתו של החוק בעבודה מקצועית משותפת במשרדי ראש הממשלה, המשפטים והאוצר.¹⁴ הבשלתו בהליכים שעירבו גורמי ממשלה וחברה אזרחית רבים וסופו בהליך חקיקה מעמיק ומקיף שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. החוק קובע לראשונה בחקיקה הישראלית את העקרונות המנחים שעליהם מבוססת אסדרה מיטבית; מטיל חובות פרוצדורליות שונות על מאסדרים, ובכלל זאת, החובה לפרסם רגולציה במרשם אסדרה, לבחון מחדש רגולציה קיימת ולפרסם תוכנית אסדרה שנתית; ומורה על הקמתה של רשות האסדרה. לרשות זו תפקידים מגוונים, ובין היתר, ייעוץ לממשלה בענייני מדיניות אסדרה; מתן ייעוץ שוטף, ליווי והדרכה למאסדרים; קידום תהליכי תכנון בתחום האסדרה; סיוע בהנגשת אסדרה לציבור וכן קידום תיאום ושיתוף פעולה בין מאסדרים; ייעוץ למאסדרים בעניין איכות תהליכי הערכת השפעות אסדרה (דוחות RIA); וביצוע בחינה, מדידה והערכה של אסדרה קיימת שקבעו מאסדרים ומתן המלצות עקרוניות בעניינה.

- Gerald E. Frug, *Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees?*, 10
124 U. PENN. L. REV. 942, 943 (1976).
- KETTL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27. 11
- PHILIP B. HEYMANN, *THE POLITICS OF PUBLIC MANAGEMENT* 14 (1987). 12
- לסקירה ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" **מסדירים רגולציה**, לעיל
ה"ש 5, 47. 13
- המלצות הצוות בין - משרדי לרגולציה חכמה תכנית לאומית למדיניות רגולציה – ככלי לשיקום
המשק ביציאה ממשבר הקורונה (יולי, 2021).** 14

אתגר עיקרי לשנה הקרובה הניצב בפני העוסקים במלאכה במשרדי הממשלה הוא הקמתה בפועל של רשות האסדרה, איוש בעלי התפקידים בה ותחילת פעולתה. הציפייה היא כי רשות האסדרה תהיה שחקן מרכזי ודומיננטי באקרוסיסטם המתהווה שתואר לעיל בתחום הרגולציה בישראל. ניתן לקוות כי רשות זו תקיים את הציפיות הגבוהות העומדות ביסוד הקמתה ותביא תועלת ניכרת למשק ולחברה בישראל. כדרכם של דברים, ניתן להניח כי הכתיבה האקדמית תעסוק אף היא בחוק עקרונות האסדרה ובהמשך אף בפעילותה של רשות האסדרה.

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 כללי 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 לשים 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 מפיקי 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 וכמושגת על הקצאת סיכונים אל עבר ראיית החוזה כמכשיר המיועד לקדם ערכים חברתיים וציבוריים המתחייבים מאופייה המיוחד של התקופה. זאת נאמר, כמוכר, 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.