



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

06.04.2020

בדואר רשום ובמייל:
sar@justice.gov.il

לכבוד
מר אמיר אוחנה, עו"ד
שר המשפטים
משרד המשפטים
צאלח א – דין 29
ירושלים 9711052

הנדון: השלכות משפטיות (חוזיות) של מגיפת ה-COVID-19 (סיכול, התאמת חוזה לנסיבות משתנות, תום לב, פרשנות וכוח עליון)

א. מבוא

א(1). רקע

1. בסוף שנת 2019 התרחשה התפרצות של דלקת ריאות בעיר ווהאן שבסין. מספר החולים החריג, שחלקם הגיעו למצב אנוש, העלה חשש מחזרתו של נגיף הסארס, שהתפשט בסין בשנת 2002. לאחר ביצוע בדיקות מעמיקות יותר, רשויות הבריאות בסין הודיעו לארגון הבריאות העולמי על התפרצות נגיף חדש שכונה נגיף קורונה החדש (Novel Coronavirus) ובהמשך כונתה המחלה לה הוא גורם: COVID-19. תחילה נצפתה רוב התחלואה בסין, אך מאז אמצע פברואר 2020 החל הנגיף להתפשט במהירות והגיע בתחילת מרץ למעל 100 מדינות וכיום לכל מדינות העולם.
2. ביום 31.1.2020 ארגון הבריאות העולמי הודיע כי הנגיף מהווה "מצב חירום בינלאומי לבריאות הציבור" (Public Health Emergency of International Concern)¹ וביום 12.3.2020 הכריז ארגון הבריאות העולמי על "מגיפה עולמית" (Pandemic)².
3. עד היום נדבקו מעל 1.2 מיליון אנשים ברחבי העולם בנגיף וקצב ההתפשטות לא מראה סימני האטה. קרוב ל-250,000 איש החלימו וקרוב ל-70,000 נפטרו. מוקדי התחלואה היום הם - ארה"ב, איטליה, ספרד, גרמניה וצרפת והמספרים עולים במהירות. בסין ודרום קוריאה ישנם סימנים

¹ הגם שמדובר במצב חריג, חשוב לציין כי בשש הזדמנויות שונות בעשור האחרון הוכרז מצב זה על-ידי ארגון הבריאות העולמי.
² הכרזה על מגיפה עולמית ע"י ארגון הבריאות העולמי גוררת הפעלת פרוטוקולים שונים אשר לא יסוקרו בנייר עמדה זה.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

- עקביים לפי התקשורת של השתלטות והאטה בקצב התפשטות הנגיף. מספר החולים בסין נמצא בירידה, נכון למועד השלמת נייר עמדה זה.
4. בישראל התגלו נכון להיום קרוב ל-8,600 חולים מאומתים נשאי הנגיף, רובם הגדול במצב טוב. מעל 50 חולים נפטרו מסיבוכי הנגיף וכרגע המספרים עולים בקצב מהיר.
5. ביום 30.03.2020 החליט משרד המשפטים להקים צוות של משפטנים בכירים, בראשות ארז קמיניץ – המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ובשיתוף כרמית יוליס – ראש אשכול נדל"ן וחקיקה במשרד המשפטים, על מנת לגבש תיקוני חקיקה שיתמודדו עם אחד האתגרים המשפטיים הגדולים שמונחים בימים אלה לפתחה של החברה בישראל (וביתר שאת בשבועות ובחודשים הקרובים) – תחום השכירות המסחרית וענף המשרדים, על רקע תקנות לשעת חירום אשר אילצו לסגור עסקים ומוסדות רבים.

א(2). מטרה

6. נייר עמדה זה נועד להציג תמונה משפטית ביחס להשלכות החוזיות האפשריות של המגיפה העולמית הנגרמת על-ידי נגיף הקורונה החדש (להלן: "**מגיפת הקורונה**") על התקשרויות חוזיות מסחריות בכלל ועל הסכמי שכירות בפרט, וזאת בהתאם לדין הישראלי. כמובן שעל התקשרויות שונות יכולות לחול מערכות דינים שונות ויש לבחון את הדברים לפי העניין. בדומה, הנסיבות הספציפיות של כל עניין צפויות להשפיע באופן מהותי על המצב המשפטי החל על התקשרות או הפרת חוזה מסוימת. נייר עמדה זה לא מתיימר לכלול או להתייחס לכל מגוון המצבים האפשריים; ויש לבחון כל מקרה בהתאם לנסיבותיו.

א(3). פטור מאחריות וגילוי נאות

7. יודגש – מטרת נייר עמדה זה היא לא לחזות את הפסיקה העתידית, אלא להעניק כלים לניתוח הסוגיות שיועלו על ידי משרדי הממשלה הרלוונטיים ובכלל. נייר עמדה זה הוכן לצורך דיון ציבורי בדבר אפשרויות הטיפול המשפטי בתוצאות המשבר. **אין בו בשום פנים ואופן משום יעוץ משפטי. החותמים על מסמך זה אינם נוטלים אחריות כלשהי כלפי צדדי ג' שיבחרו להסתמך על הניתוח המשפטי המובא להלן.**
8. ועוד יודגש – עורכי דין בשוק הפרטי מייצגים לקוחות שונים, בעלי אינטרסים מנוגדים בסוגיות המשפטיות המובאות להלן. בכלל זה, החותמים על מסמך זה מייצגים שוכרים וגם משכירים, והם עצמם שוכרים של שטחי נדל"ן למשרדים.

א(4). השלכות וגורמי הפרת חוזה אפשריים



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

9. השלכות מגפת הקורונה על חברות מסחריות מרובות פנים: החל מהשפעות שוליות יחסית כגון חוסר יכולת להשתתף בכנסים, תערוכות ופגישות עסקיות, דרך קושי (או חוסר יכולת) לשנע כוח אדם וצמצום כוח אדם בשל הנחיות בידוד, עוצר או איסור כניסה (לרבות האטה בפעילות העסקית והיכולת לבצע התחייבויות) ועד להשבתה חלקית או מוחלטת של הפעילות העסקית והמסחרית כמובן השפעות משניות והשלכות של מצבים אלה.

10. בשלב זה, ההשפעה של הנגיף בישראל באה לידי ביטוי בכמה אופנים:

(א) ישראל:

(1) ביום **27.1.2020** פורסם בתקנות (קובץ התקנות 8334) צו שניתן על-ידי שר הבריאות, מכוח סמכותו על-פי סעיף 11א לפקודת בריאות העם מס' 40 לשנת 1940, המוסיף את נגיף הקורונה החדש לרשימת המחלות בעלות חשיבות בין-לאומית המחייבות הודעה מידית. הדבר אפשר למנכ"ל המשרד ולראש שירותי בריאות הציבור, וכן לרופאי המחוזות, לנקוט במידת הצורך בכל הצעדים הנדרשים להתמודד עם הנגיף.

(2) משרד הבריאות הוציא הוראות כניסה לבידוד ביתי, תחילה לחוזרים ממדינות מסוימות³ או מכנסים בינלאומיים והחל מיום 10.3.2020 לכלל הישראלים החוזרים מחו"ל ולאזרחים זרים הנכנסים לישראל. החל מיום 15.3.2020 בוטלו כל אירועי התרבות והפנאי, נסגרו המסעדות, בתי הקפה, הקניונים, וחדרי הכושר והושבתה לחלוטין מערכת החינוך, החל מגני ילדים וכלה באוניברסיטאות. כן ניתנו הנחיות בידוד ספציפיות לשהים במקומות בהם היו חולי קורונה לפני כניסתם לבידוד.

(3) ביום **15.3.2020** פורסמו תקנות שעת חירום (אכיפת צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה)), התש"ף-2020, בהן נקבעה הוראת מאסר של שישה חודשים או קנס למפר את הוראות הבידוד. עוד קודם לכן, ביום **4.2.2020**, פורסם צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראות למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראות שעה) התש"ף-2020, המטיל חובה על המעסיק לא להכניס עובד שנדרש להיות בבידוד למקום העבודה, האוסר עליו לפטרו והקובע ששהייה בבידוד דינה כדין מחלה. ביום **12.2.2020** פורסם צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (בידוד בבית חולים) (הוראת שעה), התש"ף-2020, הקובע הוראות לכפיית בידוד על חולים.⁴

(4) ביום **12.3.2020** הודיע משרד הבריאות כי אין לקיים אירועים של למעלה מ-100 איש (צו בריאות העם (נגיף קורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות)(הוראת שעה) (תיקון

³ ביום 2.2.2020 לחוזרים מסין, מיום 22.2.2020 גם לחוזרים מסינגפור, מקאו, תאילנד והונג קונג, מיום 27.2.2020 גם לחוזרים מאיטליה ומיום 5.3.2020 גם לחוזרים משוויץ, גרמניה, אוסטריה, צרפת וספרד.
⁴ צווי בריאות העם ניתנו מכוח הוראות סעיף 20 לפקודת בריאות העם מספר 40 לשנת 1940.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

מס' 9), התש"ף-2020) והחל מיום **15.3.2020** נאסרו התכנסויות של למעלה מ-10 אנשים (צו בריאות העם (נגיף קורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות)(הוראת שעה) (תיקון מס' 10), התש"ף-2020).

(5) החל מה-**22.3.2020** הוטלו בתקנות שעת חירום הגבלות על יציאה מהבית למעט לצורך הגעה לעבודה, הצטיידות במזון ותרופות ומספר פעילויות מוגדר ומצומצם. בנוסף, הוטלה חובת שמירה של 2 מטר בין אנשים במרחב הציבורי (תקנות שעת חירום) (נגיף הקורונה החדש - הגבלת פעילות), התש"ף-2020). מיום **25.3.2020** נסגרו חנויות שאינן מוגדרות כחנויות חיוניות והתחבורה הציבורית הופחתה באופן דרמטי (תקנות שעת חירום) (נגיף הקורונה החדש - הגבלת פעילות) (תיקון), התש"ף-2020).

(6) כמו כן צומצמה – בתקנות שעת חירום – נוכחות עובדים במרבית מקומות העבודה ל-30% או 10 עובדים, לפי הגבוה (תקנות שעת חירום) (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020); והחל מיום **1.4.2020** נוכחות העובדים צומצמה ל-15% או 10 עובדים, לפי הגבוה. בהתאם, מרבית מקומות העבודות פועלים באופן חלקי בלבד או מושבתים (תקנות שעת חירום) (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש) (תיקון), התש"ף-2020).

(7) ביום **3.4.2020** פורסמו תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020, המאפשרות הטלת סגר (עוצר) על איזורים שונים במדינה. מכוחן של תקנות אלה הוטל, ביום **2.4.2020**, סגר על העיר בני ברק ויש אפשרות שיוטל סגר על ערים או איזורים נוספים.

(8) התקנות, הצווים וההנחיות השונות גוררות השבתה מלאה או חלקית של כוח אדם, מגבלה, האטה או חוסר יכולת לקיים תהליכי ייצור או להעניק שירותים וחוסר יכולת – מלאה או חלקית – לעשות שימוש בנכסים שונים.

(9) לאור ההוראות העדכניות ממשרד הבריאות, חברות תעופה רבות הודיעו על כוונתן לעצור את טיסותיהן לישראל ומישראל. חברת אל על הודיעה כי תפעל לביטול או קיום טיסות בהתאם לביקוש (ר' דוח מיידי מיום **8.3.2020**) ובהמשך הודיעה כי תקיים טיסות לארבעה יעדים בלבד. בעקבות ההחלטה של משרד הבריאות, העבירה רשות שדות התעופה (רש"ת) את נתבי"ג למתכונת יום כיפור.⁵ מטעמים אלו, בשל אזהרות המסע ובשל הוראות הבידוד, היכולת לצאת מישראל או להיכנס אליה מוגבלת ביותר עד לא קיימת.

⁵ בשל הוראות משרד הבריאות, חברות זרות רבות עצרו את הטיסות שלהן לישראל (בנייהן): לופטהאנזה, סוויס, אוסטראליין איירליינס ואחרות.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

(ב) **מדינות זרות** – צעדים הננקטים במדינות זרות עקב מגיפת הקורונה וכן צעדים הננקטים בישראל ביחס למדינות אלו, עלולים אף הם להשפיע על היכולת לבצע התחייבויות חוזיות. כך, משך תקופה ארוכה של כחודשיים הוטל עוצר מלא על אזורים נרחבים בסין בהם גרים עשרות מיליוני בני אדם ומתקיימים מאות אלפי עסקים (או למעלה מכך). מגבלות אחרות הוטלו באזורים שונים של סין. גם באיטליה הוכרזה שורה של הגבלות חמורות במסגרת המאבק בהתפשטות הנגיף, החלות על כל 60 מיליון תושבי המדינה. החל מיום **10.3.2020**, תושבים המעוניינים לנוע ברחבי המדינה נדרשים לקבל אישור מיוחד מהרשויות ותנועה מתאפשרת רק במקרי חירום. בתי הספר והאוניברסיטאות בכל המדינה סגורים. מדינות רבות נוספות באירופה נקטו באמצעים בדרגות חומרה שונות ליצירת Social Distancing, לרבות עוצר בדרגת הידוק כזו או אחרת, בידוד לאוכלוסיות מסוימות, עבודה מהבית ועוד. גרמניה, ספרד ומדינות נוספות סגרו את גבולותיהן היבשתיים.

בארה"ב הוכרז ב-**11.3.2020** מצב חירום לאומי. נמנעת כניסה של תיירים מאירופה ובידוד לאזרחים השבים משם. ניו יורק סגרה את מערכת החינוך הציבורית. במהלך חודש מרץ ננקטו צעדים ואלה הוחמרו בהדרגה עד למצב של סגר באזורים מסוימים.

הדבר גרם וגורם להשבתת תהליכי ייצור במדינות השונות (בין בשל השבתה ישירה ובין בשל מחסור בעובדים), האטה של תהליכים וחוסר יכולת לשנע עובדים בתוך המדינה ומחוצה לה.

(ג) סגירת הגבולות עלולה לפגוע בפעילות המבוצעת בישראל באמצעות כוח אדם מיומן מאותן מדינות (כגון פרויקטים של בניה, מנהור וכיו"ב). מעבר לכך, חברות המתבססות על הליך ייצור חלקי או מלא באותן המדינות, או חברות המתבססות על ציוד או חומרי גלם מאותן המדינות או על מוצרים המיוצרים באותן המדינות – צפויות להימצא במצב של חוסר יכולת לעמוד בהתחייבויותיהן. עיכוב באספקת הציוד, המוצרים או חומרי הגלם בשל הסגר במדינות שונות או בשל חסימת הגבולות, עלול למנוע את היכולת של אותן חברות לעמוד בהתחייבויותיהן (לרבות ובפרט עמידה בלוחות זמנים).

11. מטעמים אלה ונוספים, הלכה למעשה מגפת הקורונה משפיעה בצורה רחבה על כל הפעילות העסקית והמסחרית ובפרט על (1) כזו אשר כוללת – במישרין או בעקיפין – ייצור או פעילות מסחרית אחרת במדינות שנפגעו באופן דרמטי מהתפשטות הנגיף (סין, איטליה, ספרד, ארה"ב וכיו"ב) או אשר מתבססת על חומרי גלם או עובדים ממדינות אלה, או (2) פעילות עסקית ומסחרית הנפגעת בשל התקנות והצווים השונים שהוצאו בישראל, לרבות סגירת בתי עסק או הגבלת פעילותם, הגבלת כמות העובדים במקום העבודה וכן השפעות משניות. בנוסף, קיימת פגיעה דרמטית בשוק התיירות לרבות ובמיוחד המלונאות, חברות התעופה וחברות השיט. זאת לצד האטה כלכלית כללית הצפויה במשק והכבדה קשה ביותר על תזרים המזומנים.

12. להלן ייבחנו ההיבטים המשפטיים החוזיים של השלכות מגיפת הקורונה, ובאופן ספציפי:



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

- (א) פטור בשל סיכול בהתאם לדין (ר' פרק ב' שלהלן).
- (ב) דוקטרינת התאמת החוזה לנסיבות המשתנות (ר' פרק ג' שלהלן).
- (ג) פרשנות חוזה ובמיוחד פטור בשל 'כוח עליון' על-פי תניות חוזיות שונות (ר' פרק ד' שלהלן).
- (ד) יישום ההשלכות המשפטיות על ההפרות החוזיות האפשריות בשל מגיפת הקורונה (ר' פרק ה' שלהלן).
13. יצוין כי למגיפת הקורונה היבטים משפטיים נוספים רבים ובכללם כאלה הקשורים לזכויות עובדים ומעסיקים וחובותיהם (לרבות חובות זהירות), פגיעה בזכויות אדם, פגיעה בחופש התנועה, פגיעה בפרטיות, פגיעה בזכות לבריאות, אחריות בנזיקין כלפי מי שחלה או בשל אי-נקיטת צעדי מניעה ועוד ועוד. היבטים אלו לרבות המשמעות על החזרה לעבודה לאחר התקופה האמורה לא יבחנו במסגרת נייר עמדה זה.
14. ההדגשות בציטוטים המובאים להלן אינן במקור אלא אם נאמר במפורש אחרת.

ב. דיני הסיכול

15. פרק זה כולל סקירה דסקריפטיבית של דיני הסיכול בישראל – היינו הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות") וחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (להלן: "חוק השכירות") העוסקות בחוסר האפשרות לבצע התחייבות חוזית בשל נסיבות בלתי צפויות.
16. בפתיחת האומר, יש לזכור כי דיני הסיכול, בדומה לחלקים נרחבים מתוך מערכת דיני החוזים, הם **דינים דיספוזיטיביים** – כלומר, דינים הניתנים להתנאה על-ידי הצדדים (ר' סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). משכך, צדדים לחוזה רשאים להתנות מראש על מאורעות חיצוניים חריגים ולהחליט על חלוקת הסיכון ביניהם, במקרה של התרחשות מאורעות כאלה. במקרים בהם מוסדרת סוגיית הסיכול באמצעות תניית "כוח עליון", בתי המשפט נוטים לפרש אותה בהתאם לכללי הפרשנות (המעניקים מעמד בכורה ללשון ההסכם) ולעתים מפרשים אותה בהתאם לאופן בו הם מפרשים את דוקטרינת הסיכול החוזי (להרחבה ראה פרק ד' שלהלן).⁶ כפועל יוצא, תוכנו של פרק זה רלוונטי בעיקר ביחס לאותם המקרים שבהם לא שולבה תניית "כוח עליון" בהסכם בין הצדדים (או כל סעיף אחר המסדיר או המתייחס להפרה הספציפית או נסיבותיה).
17. עוד יש לזכור כי ביסוד דיני החוזים עומד עיקרון **חופש החוזים**, מתוכו נגזרת במישרין נורמה

⁶ ראו, למשל, ע"א 345/89 דברת נ' מעליות ישראל יפ"ט י. מ. ש. אילן ניהול והשקעות בע"מ, פ"ד מו(3) 350, 354-357 (1992), שם קבע בית המשפט העליון כי בפירוש תניה בהסכם קומבינציה, לפיה הקבלן לא יחוב בגין איחור בלוח זמנים מתוך "סיבות שלקבלן אין שליטה עליהן", יש מקום להיעזר (בין כאלוניה ובין כפירוש) בהוראות הסיכול שבסעיף 18 לחוק התרופות וכי יש לנסות ולרדת לסוף דעתם של הצדדים להסכם כאנשי עסקים סבירים המבקשים להשיג מטרה מסחרית משותפת. כן נקבע כי יש לפרש תניית פטור כאמור, בעיקרה, כצופה פני העתיד וכמתייחסת לסיבות, לגורמים ולמניעות שיוולדו בעתיד ואשר אין הצדדים יודעים עליהם בעת כריתת ההסכם.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

יסודית נוספת לפיה "חוזים יש לקיים" (ראו גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 21-22 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: "שלו וצמח")). ברי, כי דיני הסיכול הינם בגדר החריג לכלל ורק בהתקיימם ייסוגו עקרונות אלו מחמת סיכול החוזה.

18. יתרה מזו, יש להבהיר כי כעיקרון קושי כלכלי כשלעצמו אינו מהווה אירוע מסכל. הווה אומר: קושי או חוסר כדאיות כלכלית – גם אם משמעותית – לא יוכל להצדיק את ההפרה ולבסס את טענת הסיכול. כך הנסיבות החריגות המשפיעות על מצבם הכלכלי של הצדדים לחוזה אינן מונעות או מסכלות את עצם אפשרותו של אותו צד לחוזה לבצע את התשלום, וודאי שלא הופכות את קיום ההסכם ל"בלתי אפשרי" או לשונה ביסודו מהמוסכם כנדרש על פי דין הסיכול הכללי.

ב(1). סיכול חוזה לפי חוק התרופות

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

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

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

ב(1).1. תנאי סעיף 18 לחוק התרופות

20. בהתאם לקבוע בסעיף 18(א) לחוק התרופות, על הטוען לסיכול לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:

(א) היעדר צפיות: היעדר ידיעה או יכולת של המפר לצפות (סובייקטיבית ואובייקטיבית) במועד כריתת החוזה את הנסיבות המסכלות;⁷

(ב) בלתי נמנע: היעדר יכולת של המפר למנוע את הנסיבות המסכלות;

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

21. בהתאם לדין הקיים טענת הסיכול נטענת כטענת הגנה. ההנחה המשתמעת מהוראות הסעיף היא

⁷ זהו התנאי המהווה בדרך כלל את המכשול העיקרי לקבלתה של טענת הסיכול.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

שהצד הטוען אותה הוא הצד "המפר" וזאת למרות קיומן של נסיבות שאינן מאפשרות את ביצוע החיוב. על גישה זו נמתחה ביקורת רחבה בספרות המשפטית. מבחינה מושגית נכון יותר לראות את מצבי הסיכול כמפקיעים את החוזה, ולא כיוצרים הפרה "מוגנת" המקנה פטור ממתן תרופות. בהתאם לכך, צד שאיננו מקיים את התחייבותו מחמת סיכול יוכל לתבוע השבה בלא שזכותו זו תותנה בנקיטת יוזמת ביטול של הצד השני לחוזה, ובהתאם תוכל טענת הסיכול לשמש גם כטענת תקיפה. הדבר יושם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים שניתן בת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 ב. יאיר חברה קבלנית בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 31.7.2008) (להלן: "עניין ב. יאיר").

ב(1).2. מבחן הצפיות

22. הפירוש שניתן בפסיקה לפטור שניתן בשל סיכול הוא דווקני ומצומצם. כך, לאורך השנים, בתי המשפט לא ראו באירועי קיצון כגון מלחמה, נזקי טבע, מחלה קשה (אישית) ואפילו פטירה (במקרים מסוימים) כאירוע מסכל (להוציא חוזה לקבלת שירות אישי). בהקשר זה נקבע כי אי-הידיעה, כמו גם אי-הראיה מראש, צריכות להתקיים הן בפועל (לא ידע או לא ראה) והן בכוח (לא היה עליו לדעת או לא היה עליו לראות מראש). מכאן שמבחן הצפיות עצמו כולל שני תנאים מצטברים – בחינת ידיעתו או צפייתו בפועל של המפר, וכן בחינת ידיעתו או צפייתו בכוח של המפר על פי אמת המידה של האדם הסביר (אובייקטיבית); כאשר די בכך שאחד מהם יתקיים על מנת לדחות את טענת הסיכול.⁸

23. הגישה הרווחת בפסיקה היא כי כמעט "הכל צפוי" והנטייה היא לראות מפר כמי שהיה צריך לצפות אירועים מסכלים שכיחים או אירועים מסכלים שהיה ניתן לצפות בנסיבות העסקה. בעבר, פסקי דין מסוימים אף ייחסו למפר את היכולת לצפות גם אירועים חריגים ונדירים במיוחד. כך למשל, בע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוף) בע"מ, פ"ד ל(3) 661, 667 (1976) נקבע על-ידי כב' השופט לנדוי כי גירוש ישראלים משטח מדינת אוגנדה בשל ההפיכה השלטונית שם וכן הלאמת הציוד של הקבלנים שגורשו, אינם אירועים בלתי צפויים במדינה מסוג זה ("בעלת השלטון הדיקטטורי החשוך" שבה "עלולות להתרחש מהפיכות ותהפוכות פתאומיות"), לאנשי עסקים המתנהלים בה. כב' השופט לנדוי המשיך לנקוט במגמה זו גם בע"א 715/78 כץ נ' נצחוני, פ"ד לג(3) 639 (1979) (להלן: "עניין כץ")⁹ שם קבע כי:

"אמנם פרוץ המלחמה, כאשר זו פרצה ביום הכפורים, הפתיע את הנהגתה הצבאית והמדינית של המדינה ומה שאלה לא חזו מראש, סתם אזרח בוודאי לא חייב לראות מראש. אבל השאלה היא לדעתי אם, כל עוד השלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה, סכנה של פרוץ מלחמה במועד כלשהו, קרוב או רחוק, אינה קיימת תמיד, כך שבעניני מלחמה

⁸ ר' למשל ע"ע (ארצי) 256/08 קוקא נ' יוסי שורץ, פס' 52 (פורסם בנבו, 13.2.2011).
⁹ בפסק דין זה נדון מקרה בו עליית מחירים כתוצאה ממלחמת יום הכיפורים גרמה לכך שהסכם שהתחייב המערער לבצע הפך בן לילה להסכם ב-מחיר פהיטת רגלי. המערער פנה למשיבים וביקש להעלות את המחיר בעקבות עליית המחירים והאינפלציה במשק. לאחר שנדחתה בקשתו, חדל מביצוע העבודות בהתאם להסכם.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

ושלום הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל; והאם
אין די בסכנה צפויה כזאת כדי שתישלל טענת הסיכול עקב פרוץ
מלחמה?¹⁰

24. פסק דין זה קיבע את התפיסה הרווחת לפיה דיני החוזים בישראל אינם מאפשרים, דה פקטו, העלאת טענת סיכול, שכן "הכל צפוי" או לפחות ניתן לצפייה. בהתאם לכך, במקרים רבים (האינתיפאדה הראשונה או סגר בשטחים), לא אפשרו בתי המשפט לבעלי דין שטענו לסיכול להתגבר על תנאי היעדר הצפייה ומאורעות משבשים מובהקים נחשבו בגדר הצפוי.¹¹

דין דומה הוחל על מצבי חירום לאומיים הנובעים מפרוץ מלחמה¹², הטלת סגר על השטחים שלא אפשרה הגעת פועלים למקום עבודתם¹³, מחדלים בפעילויות הרשויות הרגולטוריות, המונעים השגת היתרים או ביצוע טרזאקציות משפטיות¹⁴, פגעי מזג אוויר¹⁵ וכיו"ב.

25. עם השנים, התפתחו בפסיקה ניצנים מסוימים – הגם שמוגבלים מאוד – לאפשרות שמבחן הצפיות ירוכך. כך, בע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000) (להלן: "עניין רגב"), קבע כב' השופט אנגלרד, בהערת אגב, מבחן מרוכך לצפיות (אף שבמקרה זה ניתן משקל להלכת ההשתחררות המנהלית, שכן משרד הביטחון זנח את טענת הסיכול), לפיו יש לבחון את רכיב הצפיות לא ביחס לעצם התרחשות האירוע המסכל, אלא ביחס להשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים:

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

¹⁰ שופטי הרוב (כהן וכן פורת) דחו את טענת המערער לעניין יכולת הצפיות והתמקדו בכך שאף אם המלחמה אינה צפויה, הרי שאינפלציה או עליית מחירים (קיצונית ככל שתהא), צפויה היא.

¹¹ ר' למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2975/82 לרר נ' עיריית חולון, פ"ד התשמ"ד(1) 459, 462 (1983) שם נקבע כי מבצע שלום הגליל היה צפוי בכוח ולפיכך נדחתה טענת הסיכול.

¹² ראו עניין כץ לעיל.

¹³ ת"א (ת.א.) 651/92 בלוק אמריקה בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ (לא פורסם); ע"ע 256/08 בשיר קוקא ואח' נ' שורץ ואח' (פורסם ביום 13.02.11).

¹⁴ ע"א 291/82 פישברג נ' דים, פ"ד לט(2) 625.

¹⁵ ע"א 736/82 כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 (להלן – חוק התרופות). ראה ברוח זו ע"א 13/75 בלומנפלד נ' חברת הדר פלסט בע"מ.

26. מבחן מרוכך זה אומץ ברבות השנים בפסקי דין שונים בערכאות הדיוניות, בהם התקבלה טענת הסיכול בשל אירועים שהשלכותיהם לא היו בגדר צפיית הצדדים במועד כריתת החוזה. כך, למשל, בת"א (מחוזי ירושלים) 3531/01 בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 21.7.2002) (להלן: "עניין בן אבו"), אשר עסק בטענת סיכול של חוזה בנייה בשכונת גבעת זאב בירושלים כתוצאה מעצמתה והתמשכותה של "אינתיפאדת אלאקצא" והשפעתה הקשה על המשק בכלל ועל האכלוס באזור בפרט, התקבלה טענת הסיכול, תוך שנקבע כי:

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

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

"הגיעה העת לומר באופן מפורש כי בהקשרים חוזיים מלחמה אינה בגדר הצפוי, גם באזור כמו אזורנו. עצם האפשרות הקיימת באזור בו לא שורר שלום מלא, כי תפרוץ מלחמה, אינה מביאה צדדים לחוזים לקחת עניין זה במסגרת השיקולים העסקיים שלהם בעת כריתת חוזה. מעבר לעלויות העיסקה המרובות שהדבר יגרור, אין הגיון כלכלי בהסדרת כל התרחישים האפשריים: בהחלט סביר כי לא תפרוץ כלל מלחמה, יתכן, כי גם אם תפרוץ מלחמה היא תהיה מוגבלת בהיקפה ומשכה וכלל לא תשפיע על החיובים החוזיים, אפשרות אחרת היא כי החיובים החוזיים ידחו לתקופה מוגבלת שלא יהיה בה כדי להשפיע על החוזה באופן מהותי, ותרחישים אחרים רבים. מהותו של דין הסיכול, לבחון כיצד אירוע בלתי צפוי בנסיבותיו והיקפו כמו מלחמה, משפיע על החוזה הספציפי. אין הגיון כלכלי בהסדרת כל התרחישים האפשריים מראש. לאור האמור, במקרה זה הודעת החברה השוויצרית כי לא תעביר את המימון בשל מלחמת לבנון השנייה, מהווה סיכול של חוזה המימון."¹⁶

28. יחד עם זאת, מפסק הדין שניתן בע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' אמסטר, פ"ד סו(1) 480 (2013) משתמע שההלכה הנושנה בנוגע למבחן הצפיית עודנה ההלכה התקפה (אך לאור פסק הדין בעניין רגב שוב אין מדובר בהלכה בלתי מעורערת).¹⁷ כך, למשל, קבע כב' השופט עמית

¹⁶ פסק דין זה, שדחה את התביעה על יסוד טענת הסיכול, בוטל בהסכמת במסגרת פסק הדין מיום 23.5.2011 שניתן בערעור (ע"א 3531/10 גדעון נ' פוקס (פורסם בנבו, 23.5.2011)), בו פסק בית המשפט העליון, על יסוד הסמכה בהתאם לסעיף 79א' לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, כי הנתבעים ישלמו לתובעים 350,000 ש"ח (כאשר התביעה הייתה ע"ס 2.5 מיליון ש"ח).
¹⁷ "באשר לתנאי השני – מבחן הצפיות, השאלה הרלבנטית היא כלום ניתן היה לצפות את התרחשות האירוע המסכל. הגישה הרווחת בפסיקה קבעה, כי כמעט כל אירוע ניתן לצפייה, בחינת "הכל צפוי" ... עם זאת, דומה, כי בפסק הדין בעניין רגב ... נקבע מבחן גמיש יותר המחיל את מבחן הצפיות לא על עצם צפיית האירוע המסכל, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים. במקרה דנא, בין אם יוחל המבחן המקובל, או בין אם המבחן המרוכך שנקבע בפרשת רגב, יש לדידי לקבוע כי לא התרחש אירוע מסכל" (פסקה 36).



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

בפסק הדין שניתן בע"א 4893/14 זועבי נ' מדינת ישראל - משרד האוצר (פורסם בנבו, 3.3.2016)
(להלן: "עניין זועבי"):

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

ניצנים לשינוי גישה, אנו מוצאים בע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000) (להלן: עניין רגב). השופט יי אנגלרד הציע באותו מקרה לא לבחון את יכולת צפיית האירוע החריג כשלעצמו, אלא את יכולת צפיית השפעתו של האירוע החריג על היחסים החוזיים...

כשלעצמי, אף אני נוטה לדעה כי יש מקום 'לרכך' את הפרשנות הנוקשה שניתנה לרכיב 'הצפיות בכוח' בסעיף 18 בחוק התרופות, אך אני רואה לקבוע מסמרות בעניין, מפני שאיני נדרש לכך לצורך המקרה דנן.

"ודוק: סעיף 15 לחוק השכירות נסב על נסיבות הקשורות במושכר, להבדיל מנסיבות הקשורות "במצב הכללי, כמו בצורת, מגפה, שביתת מסחר כללית, מצב מלחמה"..."¹⁸

29. פסקי דין מאוחרים יותר יישמו בדרכים שונות את האופן בו נבחנת הצפיות והתייחסו הן לגישה המרוככת והן לגישה הדווקנית, מבלי להכריע בין הגישות. עם זאת, בחינת פסקי דין של הערכאות הדיוניות השונות (ובעיקר אלו של בתי משפט השלום) מראה כי פעמים רבות נבחנת אפשרות הצפייה את ההשלכות המעשיות של האירוע המסכל על היחסים החוזיים ולא דווקא צפיית האירוע המסכל עצמו וכי ישנם מקרים בהם בתי המשפט קיבלו את טענת הסיכול.¹⁹

30. חשוב לציין בהקשר זה כי במקרים שבהם ניתן לטעון שהאירוע המסכל עצמו לא היה צפוי, יתכן שבית המשפט יקבע שאומנם האירוע המסכל לא היה צפוי אולם השלכותיו על ביצוע ההסכם היו צפויות.²⁰

¹⁸ בהקשר זה יש לעשות בפסק הדין שימוש מאבחן: פסק הדין לא דן במגפה בסדר גודל עולמי כדוגמת דן, ולא דן במגפה שבעקבותיה הוטלו מגבלות שימוש חמורות מכוח חוק.

ייתכן וניתן לעשות שימוש באמור במשנה בהקשר זה: "המקבל שדה מחברו ואכלה חוב או נשדפה, אם מכת מדינה היא, מנכה לו מן חכורו. אם אינה מכת מדינה, אינו מנכה לו מן חכורו. רבי יהודה אומר: אם קיבלה הימנו במעות, בין כך ובין כך אינו מנכה לו מחכורו..." [משנה, בבא מציעא ט, ה]

¹⁹ להלן דוגמאות למקרים נוספים בהם התקבלה טענת סיכול: בת"א (ס-8) 869/93 כהן נ' כהן (פורסם בנבו, 6.2.2000) הכיר בית המשפט בסיכול שנוצר בשל הופעת מחלת נפש; בת"א (חי') 14721/05 הרשקוביץ נ' איסתא ישרי חברת נסיעות של הסטודנטים בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2007) נקבע כי ביטול טיסה לאנטליה עקב התרעה של המטה ללוחמה בטרור בעקבות איום קונקרטי, הוא בגדר אירוע מסכל; בעניין ב. יאיר הכיר בית המשפט בכך שהחברות לא צפו את השפעת האינתיפאדה על קניית הדירות; בת"א (ת"א) 11714/07 אברהם נ' אשדור חברה לבניה בע"מ (פורסם בנבו, 1.7.2009) התקבלה תביעת השבה של סכום ששולם על חשבון רכישת דירה כאשר מספר ימים לפני מועד התשלום השני עבר התובע תאונת דרכים קשה; בעניין גידעון נקבע שחוזי מימון ורכישה של חברה בהם התקשרו הנתבעים סוכלו ע"י צד ג' בשל מלחמת לבנון השנייה, הנתבעים לא נהנו מפירות ההתקשרות, ולכן סוכל גם חוזה התוודך עם התובע; בת"א (רמ') 2887-05 זבידה נ' גינשר "יוזמות וניהול פרויקטים בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2011) נקבע כי הנתבעים לא ידעו ולא יכלו לדעת כי בשכנות לבניין פועלת תחנה של עבריינים למכירת סמים מסוכנים שלא כדין; בת"א (קריית) 8393-09-11 זיך נ' ק.ש.ר. קידום שרותים חברתיים בע"מ (פורסם בנבו, 27.8.2014) הוכרה טענת סיכול בנסיבות של אירועים אלימים מתמשכים הטומנים בחובם סכנה עתידית; בתא"מ (כ"ס) 12761-06-14 קרול נ' לוי (פורסם בנבו, 1.10.2015) נקבע כי לא ניתן היה לצפות את מותה של שוכרת הדירה.

²⁰ ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' עו"ד יעקב אמסטר, פ"ד (סו1) 480 (2013) שם נקבע שגם אם חקירה פלילית לא צפויה, הרי שהשלכותיה – הקפאת תב"ע – צפויה.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

31. יצוין גם כי בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: "הצעת חוק דיני ממונות") – אשר טרם הפכה לדין מחייב בישראל – מוצע שינוי מהותי בעמדה כלפי מוסד הסיכול. הכוונה היא לאפשר להכיר במקרים רבים יותר כמקרים של סיכול חוזה באמצעות החלפת מבחן הצפיות במבחן הסיכון, היינו האם מדובר באירוע הנופל בגדרי "מתחם הסיכון" של התחייבויותיו של צד להסכם.²¹ שינוי מוצע זה עשוי להשליך על פרשנות הדין הקיים ולא מן הנמנע שיאומץ באופן כזה או אחר במסגרת פסיקה עתידית, עוד בטרם יאומץ הקודקס האזרחי.

3.(1). היעדר היכולת למנוע את הנסיבות המסכלות

32. היסוד השני הנדרש להתקיים לשם קבלת טענת הסיכול הוא היעדר היכולת למנוע את הנסיבות המסכלות. יסוד זה מתייחס למפר הספציפי ולא למפר הסביר. בהקשר זה, ישנן שתי גישות בפסיקה לבחינת יכולת המניעה: בהתאם לגישה המקלה, על המפר הספציפי להראות כי עשה הכל כדי למנוע את הנסיבות המסכלות. בהתאם לגישה המחמירה, אפילו יראה המפר כי לא היה בידו למנוע את הנסיבות האמורות, טענת הסיכול תכשל ככל שלא יצלח המפר להראות כי לא היה יכול למנוע את השפעתן של הנסיבות על אפשרות קיום החוזה.

33. בחינת הפסיקה מראה כי לאורך השנים גם מבחן זה הופעל בדווקנות וכי הפירוש שניתן להיעדר יכולת המניעה היה מצומצם. כך, נדחתה טענת סיכול בגין הטלתו של סגר על השטחים, אשר מנע את הגעתם של פועלים לעבודה, לאור הקביעה כי ניתן היה להיערך מראש לשם מניעת השפעת הטלת הסגר על אפשרות ביצוע ההסכם.²² בת"א (חי') 437/00 גרניט הגליל בע"מ נ' שיש אלוני בע"מ, פס' 14 (פורסם בנבו, 2.3.2006) דחה בית המשפט את טענת הסיכול, בין היתר משום ש"הנתבעת לא עשתה כל מאמץ לפתור את הבעיה שנוצרה, אלא העדיפה, משיקוליה, להתיר את ההסכם".

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

4.(1). קיום החוזה בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי מהמוסכם

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

²¹ ראו עמודים 763-765 להצעת חוק דיני ממונות.
²² ת"א (תל-אביב) 651/92 בלוק אמריקה בע"מ נ' גזית ושחם, עמ' 709 (תקדין מחוזי, כרך 1193), תשנ"ג/תשנ"ד 1993 (להלן: "עניין בלוק אמריקה").



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

ב.4.(1).4.(א). ביצוע החוזה בלתי אפשרי

36. היעדר אפשרות לקיים את החוזה כוללת בחובה פגיעה פיזית בנכס מושא ההסכם כתוצאה מכוח עליון (שריפה, הצפה וכיו"ב), פגיעה באמצעי או במכשיר ייחודי לביצוע ההסכם (רק באותם מקרים בהם לא קיים מכשיר או אמצעי ייצור חליפי כלשהו), או מחלה, מוות או חוסר כשירות של צד להסכם או של מבצע על-פיו (בעיקר כאשר מדובר בחוזה לביצוע אישי).²³

37. בהקשר זה, נקבע כי הקטנת התועלת הכלכלית מההסכם ואף הפיכתו ללא כדאי לא תהווה עילה לקבלת טענת סיכול. עוד נקבע, כי **המניעה צריכה להתייחס לאפשרות השגת התוצאה המובטחת ולא לאופן ביצוע כזה או אחר**.²⁴ בדומה המניעה לא יכולה להתייחס לאמצעי ייצור מסוים כאשר קיימים אמצעי ייצור חלופיים.²⁵ כך למשל, נקבע כי במקרים בהם חל עיכוב של מספר חודשים בקבלת היתרי בניה באופן שחייב את הקבלן לבצע את התחייבותו באופן מואץ ויקר יותר מהמתוכנן, אין לראות בכך כעיכוב ההופך את ביצוע החוזה לבלתי אפשרי או המשנה את ביצועו באופן יסודי ממה שהוסכם עליו.²⁶ במקרה אחר נדחתה טענת הסיכול ביחס לסירוב לקבל חומרי גלם שהוזמנו בשל השבתה זמנית של המפעל ונקבע כי העלות הנוספת הכרוכה באחסון חומרי הגלם עד לחידוש העבודות אינה הופכת את ההסכם לבלתי אפשרי לביצוע.²⁷

38. ביצוע בלתי אפשרי של חוזה מתקיים גם כאשר קיום החוזה הופך בלתי חוקי בשל מניעה משפטית. בע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נז(1) 14 (2002) (להלן: "עניין מרקין") ישנה התייחסות לשינוי יסודי בתנאי ההסכם לאור פעולותיהן של רשויות שלטוניות שונות:

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

39. כך נקבע גם מקום בו נמנעה יכולת ביצוע החוזה בשל צו שיפוטי. בע"א 6450/93 ענבר נ' דנגור (פורסם בנבו, 26.2.1997) נקבע כי יש להכיר בטענת סיכול שהועלתה על ידי השוכרים, מקום בו צו מניעה שהוצא לבקשת צד שלישי מנע את אפשרות השימוש במושכר למטרה עליה הוסכם בחוזה.

40. אם כן, דומה כי אין בקיומו של קושי, או אי-נוחות בביצוע ההסכם, או העדר כדאיות כלכלית לבצעו, כדי לבסס את טענת הסיכול. בדומה, נראה כי היווצרותו של סיכון כזה או אחר (בין סיכון אפיידמולוגי ובין סיכון פיננסי) – למעט סיכון קיצוני המשנה באופן מהותי את תנאי ההתקשרות (ר' להלן) – לא יהווה אף הוא נסיבה ההופכת את קיום ההסכם לבלתי אפשרי.

²³ פרידמן וכהן, 420-416.

²⁴ שם, 415.

²⁵ שם, 420-419.

²⁶ ע"א (תי"א) 583/84 גורי ואייזיקוביץ נ' חברת רובינשטיין בע"מ, פ"ד תשמ"ו(3) 359, 362 (1984).

²⁷ עניין בלוק אמריקה.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

ב.4.(1).4.(ב). ביצוע החוזה שונה באופן יסודי

41. בגדר נסיבות מסכלות נכללות לא רק נסיבות ההופכות את קיום החוזה לבלתי אפשרי אלא גם נסיבות המשנות באורח יסודי את קיום החוזה. מבחן השוני היסודי מחייב השוואה בדיעבד בין קיום החוזה נוכח הנסיבות שנוצרו לבין הסכמתם החוזית המקורית של הצדדים. מקום שבו קיים פער משמעותי, "יסודי", בין השניים, מתקיים מבחן השוני היסודי. עם זאת, תנאי זה מתקיים רק מקום בו קיים **שינוי נסיבות קיצוני ומרחיק לכת** בין ההסכמה המקורית לבין קיום החוזה לאור הנסיבות שנוצרו (ר' ע"א 13/75 **בלומנפלד נ' חברת הדר פלסט בע"מ**, פ"ד כט(2) 452, 456 (1975); וע"א 748/80 **גולדשטיין נ' גוב-ארי חברה לבנין ולהשקעות**, פ"ד לח(1) 309, 323-324 (1984) (להלן: "עניין גולדשטיין").

42. משכך, ייתכנו מקרים שבהם הנסיבות המסכלות אינן עולות כדי נסיבות שהופכות את ביצוע החוזה "לבלתי אפשרי", אך יש בהן כדי "לשנות באופן יסודי" את ביצוע החוזה באופן המקיים את התנאי השלישי להוכחת טענת הסיכול.

43. בהקשר זה יצוין כי כאשר קיומו של הסכם הופך לא רק לבלתי רווחי אלא לכבד מנשוא לצד שעליו מוטלת החובה לקיימו, ניתן יהיה להחיל על הצד המבקש לקיים את ההסכם כלשונו את דוקטרינת העמידה הדווקנית על זכות חוזית, בניגוד לעקרון תום הלב (להרחבה בעניין זה ראו פרק ג' להלן).²⁸

44. הכרה בטענת הסיכול מותנית **בכך שמדובר במניעות קבועה**. מקרה של מניעה זמנית אינו מאפשר טענת סיכול אלא אם כן הדחיה תגרום לכך שהביצוע יהיה שונה באופן יסודי מהמוסכם ובהתקיים **יתר תנאי הסיכול**. עם זאת, הדבר עשוי להצדיק את התאמת החוזה לנסיבות החדשות (ר' פרק ג' להלן).

45. מצב נוסף שהוכר בפסיקה הוא מניעות חלקית לביצוע ההסכם וסיכול חלקי.²⁹ כך, בת"א (מחוזי ת"א) 21374-03-15 **כהן נ' קטן** (פורסם בנבו, 28.11.2017), ציין כב' השופט אטדגי כי ניתן להכיר בסיכול חלקי באמצעות החלת סעיף 19 לחוק התרופות המאפשר ביטול חלקי של חוזה, **על מצב שבו סוכל חלק מהחוזה**. לעניין זה, ראו בהרחבה חלק ג' להלן.

ב.4.(1).5. הנפקות להוכחת טענת הסיכול

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

²⁸ יובהר כי בכוחו של עיקרון תום הלב (על-פי סעיף 39 לחוק החוזים) לשמש לבדו – גם במנותק מדיני הסיכול – כטענת הגנה של מפר, בנסיבות בהן עוסק נייר עמדה זה. יש מקום להעמיק בבחינת טענה זו.
²⁹ ר' עניין **מריקין**, בעמ' 24.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

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

ב(2). סיכול לפי חוק השכירות

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

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

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

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

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

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

"דעתי לכאורה כי סעיף 15 לחוק השכירות מעניק פטור בעיקר עקב מניעת שימוש הנובעת מכוח עליון: וכי מכל מקום מותנה הפטור במניעה מוחלטת, כגון: כאשר דרכי הגישה למושכר נחסמו, המושכר הוחרם או נהרס.

... אולם בהיות הרעיון ביסוד שני הסעיפים דומה [סעי' 18 וסעי' 15], ובהעדר צורך בהכרעה, מוכנה אני לצאת מתוך הנחה, כי סעיף 15 לחוק השכירות מעניק לשוכר פטור גם כאשר קיום החוזה בנסיבות הקיימות "שונה באופן יסודי ממה שהוסכם", כלשון סעיף 18 לחוק התרופות וכן כי הפרעה מפרק לפרק, כל אימת שהמגרסה הופעלה, אכן היוותה



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

נסיבות כאלה, חרף האפשרות להפעיל את המצבעה בימים בהם המגרסה לא פעלה וכן בשעותה ערב והלילה.

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

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

...

הרעיון המונח ביסודו של סעיף 15 הנ”ל הוא פשוט בתכלית: חוסר אפשרות להפיק מן המושכר את התועלת המוסכמת, פוטר את השוכר מחובת תשלום דמי השכירות. לא ראיתי צידוק, לא בדין ולא בהיגיון, להבדיל בהקשר זה בין מניעת ההנאה עקב גורם במושכר עצמו לבין מניעת ההנאה עקב חוסר אפשרות של גישה למושכר, או עקב עילה חיצונית אחרת כגון זו בענין דנן.”

51. בעניין זועבי, אשר עסק בין היתר בשאלת הסיכול של חוזה שכירות על רקע התרחשות מספר ארועי אלימות חמורים בקרבת המושכר, עמד כב' השופט עמית בהרחבה על פרשנותו של סעיף 15 לחוק השכירות (ואף הזכיר בהסכמה את דעת המיעוט של כב' הנשיא זוסמן בעניין שלמה כרמל שלעיל), כדלקמן:

(א) סעיף 15 מגן על השוכר בסיטואציות של סיכול מטרת הסכם השכירות כאשר הנסיבות המסכלות קשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו.³⁰ בכך הסעיף רחב יותר מסעיף 18 לחוק התרופות שחל רק על סיכול החוזה, להבדיל מסיכול מטרת החוזה.

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

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

³⁰ כד, למשל, בת"ק (ראשל"י) 19-14343-02 שחר נ' שיר (פורסם בנבו, 26.7.2019) נקבע כי הרטיבות שנוצרה בדירה גרמה לכך שהדירה לא היתה ראויה למגורים ומשכך השוכרת זכאית להשבת דמי השכירות ששילמה בגין התקופה בה לא שהתה בדירה; ובת"א (בייש) 25811-06-16 קבוצת מ.א.ל.מ נכסים בע"מ נ' מ.מ. מסטיקס בע"מ (פורסם בנבו, 25.10.2018) ניתן פטור מדמי שכירות בעד החודשים בהם הושבת המפעל בגין חדירת מים אליו.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

(ד) המשכיר הוא האחראי לכך שהשוכר יוכל להשתמש במושכר. לכן חלה על המשכיר חובה מוגברת לצפות אירועים העלולים לסכל את חוזה השכירות וליידע את השוכר אודותיהם. בנייתוח כלכלי של חלוקת האחריות במסגרת חוזה השכירות, ראוי להטיל על המשכיר את הסיכון למקרה של סיכול מטרת החוזה, מטעמים הקשורים במושכר או בדרכי הגישה אליו.

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

(ו) עצם העובדה שנוצרה מניעות אובייקטיבית להשתמש במושכר, מקימה לשוכר זכות לבטל את ההסכם ולפטור עצמו מתשלום דמי השכירות - ואין להטיל אשם כלשהו במשכיר.

(ז) בצד האפשרות שניתנת לשוכר לקבל פטור מתשלום דמי שכירות כל אימת שנמנע ממנו להשתמש במושכר למטרת השכירות, רשאי המשכיר, בחלוף זמן סביר בנסיבות העניין, לבטל את החוזה ובכך להתיר את הקשר החוזי בין הצדדים. זאת, במטרה למנוע מצב דברים בו השוכר נמנע מלבטל את החוזה אך ממשיך להחזיק בנכס מבלי לשלם דמי שכירות.³¹

(ח) פרשנות מרחיבה לסעיף 15 עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב בביצוע חוזים. עמידה דווקנית של המשכיר על ביצוע החוזה כאשר חל שינוי מהותי בתשתית החוזית, עשויה להיתפס כפעולה בחוסר תום לב.

52. כעולה מהפסיקה לעיל, מקום בו לא ניתן להגיע למושכר ולהשתמש בו למטרת השכירות, עקב צו משפטי או עקב סכנה, ניתן לטעון לפטור מחובת תשלום דמי השכירות. זה היה המצב בעניין אלבראנס, זו היתה דעת הרוב והמיעוט בעניין שלמה כרמל וזו היתה דעת כל שופטי בית המשפט העליון בעניין זועבי. בכל אחד מהמקרים, המושכר עצמו היה תקין. השאלה היתה אם הפרעה חיצונית, אשר מקשה על הגישה, פוטרת מדמי השכירות, והתשובה היתה חיובית.

53. יסוד נוסף לצורך ביסוס הפטור מתשלום דמי השכירות, הוא התנאי הקבוע בסעיף 15(ב) לחוק השכירות, קרי ש"לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען". בעניין שלמה כרמל בית המשפט העליון פסק נגד השוכר משום שישוד זה לא התקיים, אך בעניין זועבי גם יסוד זה הוכר (וכך במשתמע גם בעניין אלבראנס, למרות שזה נדון קודם לחקיקת חוק השכירות).

54. אולם חשוב לומר, כי המניעות שבה עוסק סעיף 15 חייבת להיות מניעות שנוגעת באופן ספציפי לנכס: אמנם הפסיקה הרחיבה את תחולת הסעיף מעבר לפרשנותו הלשונית הצרה, גם למניעות

³¹ ר', למשל, תא"ח (ת"א) 5642-06-12 מתחם השלושה בע"מ נ' נבון (פורסם בבנו, 20.11.2013).



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

הקשורה בסביבתו של המושכר, אולם הסעיף עדיין לא יכול לחול כאשר עסקין במניעות כללית, שאין לה כל נגיעה ספציפית לנכס או לסביבתו המידית. כאשר המניעה היא כללית ולא נוגעת לנכס, נשמט הבסיס תחת הטלת האחריות על המשכיר לדאוג לכך שהשוכר יוכל להשתמש במושכר.

55. עוד חשוב לומר כי **הדין לא מכיר בסיכול או מניעות חלקיים**: המונחים סיכול ומניעות הם מונחים בינאריים והדין לא מכיר בסיכול או מניעות חלקיים. לפיכך, כל זמן שהשוכר מפיק הנאה מהמושכר, גם אם רק הנאה חלקית, לא ניתן להחיל את סעיף 15 או את סעיף 18 לחוק התרופות, ודין הסיכול (להבדיל מעקרון תום הלב אליו נתייחס מיד להלן) אינו יכול להוות בסיס משפטי לקבלת פטור חלקי או מלא מתשלום דמי השכירות.

ג. דוקטרינת התאמת החוזה לנסיבות המשתנות

56. שאלה חשובה שיש לנתח בהקשר של מגיפת הקורונה היא מה הדין באותם מקרים בהם, בשל נסיבות של כוח עליון, אין אדם יכול למלא **זמנית** את חיובו. האם ניתן לעשות שימוש בדיני הסיכול או בתניית כוח עליון?

57. הפסיקה קובעת במפורש שעוכב בביצועו של חיוב איננו מאפשר הגנה בטענת סיכול, אלא אם העיכוב משמעותי ומקיף כל כך עד שהחוזה יחשב לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם (עניין **גולדשטיין**, ע' 324). מניעה זמנית עשויה להביא לסיכול החוזה כאשר העיכוב גורם לדחייה בלתי סבירה במועד הקיום שעליו הוסכם בחוזה או כאשר מועדי הביצוע הם מעיקרי החוזה, כך שקיום מאוחר הופך את החוזה לשונה באופן יסודי מזה המוסכם.³² **אולם דחיה שאיננה כזו – לא תאפשר, ככלל, שימוש בטענת הסיכול.**

58. **דרך המלך אפוא במקרים מסוימים של מניעות זמנית או חלקית היא הפעלת דוקטרינת התאמת החוזה לנסיבות משתנות מכוח עיקרון תום הלב**³³ (בהקשר זה יצוין כי במסגרת הספרות והפסיקה יש שהתייחסו לדוקטרינה זו גם תחת הכותרת של 'ביצוע בקרוב'). דוקטרינה זו התקבלה בפסיקה ובספרות בישראל והיא מעוגנת היטב במשפט הקונטיננטלי ובמסמכים בינלאומיים. היא מחייבת צדדים להיכנס למו"מ בתום לב, בעקבות אירוע קיצוני, על מנת להתאים את החוזה באופן מוסכם להתפתחויות חדשות. בהיעדר הסכמה כזו, ביהמ"ש מוסמך לבצע בעצמו את ההתאמה, או לבטל את החוזה. הסמכות להורות על התאמת החוזה לנסיבות המשתנות קמה מכוחה של דרישת תום הלב, מכוחה של החובה לפרש חוזה על-פי תכליתו האובייקטיבית ומכוח סמכותו של בית המשפט להתנות את אכיפת החוזה בתנאים "המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין" (סעיף 4 לחוק התרופות), להימנע מאכיפה כאשר "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין" (סעיף 3 לחוק התרופות) ולפסוק פיצויים רק בגין אותו נזק שהמפר צפה במועד הכריתה (סעיף 10 לחוק

³² פרידמן וכהן, בעמ' 421.
³³ שלו וצמח, בעמ' 785; וכן ראו ת"א (מחוזי י-ם) 2259-08 יורו ישראל נ' משרד הבינוי והשיכון (פרסם בנבו, 04.03.2012).



34. (התרופות).

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

"במצב המשפטי הקיים אין אפשרות להשעיה זמנית של החוזה מכוח דין הסיכול. ... מצב של מניעה זמנית עשוי למצוא את פתרונו, בהתחשב בנסיבות כל מקרה ומקרה, בדחיית קיום החיוב עד להסרת אי-האפשרות, הן בהתאם לחובת תום-הלב, הן באמצעות פירוש החוזה פי על תכליתו האובייקטיבית, הן בדרך של אכיפה דחויה והן מכוח סעיף 43(א) לחוק החוזים".³⁵

60. ודוק, עמידה דווקנית של צד לחוזה על קיומו, על אף השינוי המהותי שחל בו בשל נסיבות קיצוניות, יכול שתחשב לפעולה בחוסר תום לב.³⁶ יפים בעניין זה דבריו של כב' השופט אנגלרד בעניין רגב:

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

לכן, למשל, אין לראות התנהגות בתום-לב מצד בעל חוזה הדורש מן הצד האחר לקיים את החוזה תמורת המחיר החוזי המקורי אף שעלות הביצוע גדלה בשל אירוע חיצוני חריג עשרת מונים. נמצא, כי המוסד של סיכול הוא גם ביטוי לעקרון תום-הלב בחוזים. על רקע דברים אלה, אפשר ומן הראוי לשוב ולעיין בגישתו המצמצמת של בית-המשפט בפרשת כץ [2]."

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

"פרשנות מרחיבה לסעיף 15 אף עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב בביצוע חוזים. עמידה דווקנית של המשכיר על ביצוע החוזה כאשר חל שינוי מהותי בתשתית החוזית, עשויה להיתפס כפעולה בחוסר תום לב [...]. מצד שני, כאמור, דרישת תום הלב מחייבת כי לא יתאפשר לשוכר

³⁴ דוד רונן, בספרו **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** (תשס"א), מבהיר בעמודים 264-265 מספר נקודות המאפיינות את דוקטרינת התאמת החוזים לנסיבות משתנות, על יסוד פסק הדין שניתן בע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862 (1994): **"הראשונה**, חוק החוזים (תרופות), ובכלל זה סעיף 3(4) הנו דין "ציבורי", באותו מובן שמוריס כהן הצביע עליו, כלומר התחשבות בשיקולים ציבוריים שאינה מוגבלת למישור היחסים בין הצדדים. במתכונתו זו רשאי בית-המשפט להפעיל שיקולי מדיניות הנוגעים לאופן אכיפת החוזה, ובכללם שיקולים בדבר הגשמת יעדים ראויים בעיני המדינה, כגון התאמת חוזים לנסיבות משתנות; דין חוזים ציבורי, מטבע הדברים, גובר על הסדרים שהצדדים קבעו בחוזה. **השנייה**, שלא כמו בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), (שאזכר במחצבות חיפה ככלי אפשרי להתאמת חוזים), עלפי הלכת לוינ' אין תחולה למבחני הצפיית והשליטה על סעיף 3(4). ... **השלישית**, מועד הכריתה איבד מחשיבותו; שינויי הנסיבות שהתפתחו לאחר מועד הכריתה אינן נופלות בחשיבותן מהנסיבות שהיו במועד הכריתה. ... **הרביעית**, ניתן להתעלם מהסכמה מפורשת של הצדדים, ובכלל זה התנאות על אופן ביצוע, או תניית פטור, ולהעדיף תחתיהן שיקולי צדק "אישי". **החמישית**, הצדק ה"ציבורי" מהווה מקור משפטי להתחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים. להשקפתנו, מאפיינים אלה מהווים את מכלול היסודות הנדרשים מן הדין לשם התאמת החוזה לנסיבות משתנות".

³⁵ שלו וצמח, בעמ' 783-784.

³⁶ גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 625 (תשס"ה).



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

לאחוז בחבל בשני קצותיו ולהשעות את תשלומי דמי השכירות עד קץ הדורות, ולכן קובע סעיף 15(א) לחוק כי בחלוף זמן סביר בנסיבות העניין, רשאי המשכיר לבטל את החוזה בעצמו [...]” (עניין זועבי, פסי' 40).

61. ואולם, מדובר בדוקטרינה שאינה חפה מקשיים. חיובו של צד לקיים את התחייבויותיו באופן שונה ממה שנקבע בחוזה, הוא צעד מרחיק לכת שיש בו כדי לפגוע בחופש החוזים. שינוי תנאי החוזה או 'התאמתו' מחמת שינוי מחייב זהירות רבה מחמת הפגיעה האפשרית בחופש החוזים.³⁷ בעניין ב. יאיר נקבע כך:

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

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

62. גישה דומה היא זו של פרידמן וכהן על-פיה:

”במקרה של מניעה זמנית, בהתקיים שאר התנאים של טענת הסיכול הופכים החיובים מכוח החוזה 'רדומים', והם 'יקיצו' עם חלוף המניעה לביצוע. מניעה זמנית עשויה להביא לדחייה במועד קיום החוזה, עד להסרת המניעה.”³⁸

63. אם כן, על-פי הדין הקיים ניתן להצדיק לעיתים שימוש בעיקרון תום הלב על מנת להתאים את ההסכם לנסיבות המשתנות, במקרים בהם ישנו שינוי נסיבות קיצוני המשפיע על החיובים המהותיים של הצדדים לחוזה. עם זאת, לא ניתן יהיה לעשות שימוש בדוקטרינה זו מקום

³⁷ פרידמן וכהן, בעמ' 463-465. ³⁸ פרידמן וכהן, בעמ' 421; ושלו וצמח, בעמ' 783. במקרה כזה, רשאי בית המשפט להורות על עיכוב ודחיית קיום בהתאם להוראות ס' 43(א) לחוק החוזים.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

שההתאמה הנדרשת היא מרחיקת לכת והיא משנה את מהות ההסכם, את תכליתו ואת הגיונו הכלכלי.

64. חשוב לציין שקיימת פסיקה של בית המשפט המחוזי (שלא בהכרח מתיישבת עם פסיקה אחרת) על-פיה אפשרות ההתאמה של ההסכם לנסיבות המשתנות איננה שוללת את זכותו של הנפגע לבטל את ההסכם.³⁹

ד. הוראות "כוח עליון" – Force Majeure –

בהסכמים מסחריים

65. הוראות "כוח עליון" בחוזים – Force Majeure – הן יציר הסכמת הצדדים, במסגרת חופש החוזים. ככאלה, יש להתייחס לכל הוראה והוראה על פי נוסחה הספציפית. הסדר חוזי לכוח עליון יבוא במקום דיני הסיכול שבחוק התרופות, ובהתרחש אירוע כוח עליון שמונע את ביצוע התחייבות, הוא ייבחן על פי ההסדר החוזי – נוסח הסעיף, מהות האירוע והשלכתו על ביצוע ההתחייבות. דוקטרינת ההסדר החוזי של כוח עליון בין הצדדים, מושתתת על הדין האנגלי:

The doctrine of force majeure is a creature of contractual innovation, the precise extent of which will be agreed between the parties in the terms of the ... Agreement. Force majeure is not a term of art in English law and the Gas Sales Agreement ... will therefore need to define carefully the parameters of the force majeure relief which is available to the parties."⁴⁰

66. יש שתי גישות עיקריות להגדרת כוח עליון – גישה של הגדרה כללית הקובעת יסודות שיש להוכיח על מנת שתוכר טענת כוח עליון, כאשר בסוף ההגדרה, מפורטת רשימת דוגמאות לאירועי כוח עליון. לכאורה, על פי גישה זו, די שהוכח קיום יסודות ההגדרה כדי שתוכר טענת כוח עליון גם אם האירוע המסכל אינו כלול ברשימת הדוגמאות (הגם שתתכן טענה שאם האירוע לא נכלל ברשימת הדוגמאות – הצדדים לא התכוונו אליו).

הגישה השנייה מפרטת רק רשימת דוגמאות למקרי כוח העליון או שכוללת הגדרה כללית אך מוסיפה רשימת דוגמאות שהיא מחייבת, זאת אומרת האירוע המסכל חייב ליפול לאחת הדוגמאות וההגדרה הכוללת טפלה לה.

67. להלן דוגמה לגישה הראשונה:

³⁹ ה"פ (ת"א) 2103/96 מצלאוי חברה לבנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם); וה"פ (נצ' 452/97 אייזנקוט נ' הועד המקומי אילניה (פורסם בנבו, 31.12.1997).

⁴⁰ Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice, Peter Roberts, pg 267



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

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

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

בהסכם עם הגדרה לפי גישה זו, אם יוכחו היסודות הכלליים, תתקבל טענת כוח עליון אף אם נגף הקורונה או מגיפה לא כלולים בדוגמאות. כמובן שהכללת המקרה בדוגמאות יכולה לסייע.

68. לעתים, סעיפי כוח עליון כוללים התייחסות מפורשת למגיפה:

"כח עליון" לעניין סעיף זה וסעיף 11.2.2.13 להלן - מצב מלחמה, בין אם הוכרז כזה באופן רשמי ובין אם לאו, מבצע צבאי, גיוס כללי או גיוס נרחב שיש בהם כדי להשפיע על שוק העבודה ו/או התיירות, שביתה ארצית או שביתה מגזרית שיש בה כדי להשפיע על ענף המלונאות או התיירות, אסון טבע או **מגיפה**, והכל אם אין באפשרות המפעיל למנועם במאמצים סבירים ו/או מפאת כל גורם כח עליון אחר שאין באפשרות המפעיל למנועו במאמצים סבירים.

10. **FORCE MAJEURE** No party shall be liable for the delay in performance or failure to perform this Agreement if such delay or failure is due to any occurrence beyond the control of the parties including, without limitation, fire, explosion, weather, **disease**, war, insurrection, civil strife, riots, government action or power failure; provided, however, that the party who is unable to perform resumes performance as soon as possible following the end of the occurrence causing delay or failure.

16.5 Force Majeure.

- (a) Except for payments due to Hospira from Distributor, any obligations of the Parties will be excused during an event of *force majeure* including, but not limited to, strikes, lockouts, labor disputes, acts of God, war, civil commotion, fire, flood, earthquake, pandemic, **epidemic**, embargo, acts of the public enemy, or acts of any U.S. or foreign government with jurisdiction over any of the Parties to this Agreement. If the period of force majeure takes two (2) months or is expected to take two (2) months, then either party is entitled to terminate this Agreement with immediate effect without being liable against the other party.
- (b) If payments due to Hospira from Distributor are prohibited by law temporarily or for an extended period, the Parties will agree upon an alternative method of payment that achieves the same economic effect.

69. באותם הסכמים בהם מופיעה תניית כוח עליון הכוללת התייחסות מפורשת למגיפה, דומה שלא יהיה ל"מפרר" קושי להתגונן בטענת תחולת הסעיף. במקרים בהם נכללה בהסכם התייחסות מפורשת לגורם מסכל מסויים (כגון מלחמה), בתי המשפט נתנו תוקף לתניית ה"כוח העליון" וקבעו



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

שלא מדובר בהפרה חרף קיומה של צפיות.⁴¹

70. בפסיקה פורשו מעת לעת סעיפים חוזיים בנדון. כך, למשל, בע"א 345/89 **נאות דברת נ' מעליות ישראל** **י. מ. ש. אילן נהול והשקעות בע"מ**, מו(3) 350, פירש בית המשפט העליון תניה בהסכם קומבינציה, לפיה הקבלן לא יחוב בגין איחור בלוח זמנים מתוך "סיבות שלקבלן אין שליטה עליהן".⁴² ברור שיש לפרש תניית פטור כאמור כצופה פני העתיד וכמתייחסת לסיבות, לגורמים ולמניעות שיוולדו בעתיד ואשר אין יודעים עליהם בעת כריתת ההסכם.⁴³

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

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

73. לא ניתן לשלול את האפשרות לפיה יתכנו מצבים בהם סעיפי "כוח עליון" אף ירעו את מצבו של המפר: בית המשפט עלול לקבוע שמקום שצדדים מתוחכמים ניסחו הסכם עם תניית כוח עליון אולם לא כללו במקרים המפורטים בה גם "מגיפה" או "מחלה", יש לראות בכך אינדיקציה לכוונתם שלא לראות במגיפה מקרה של כוח עליון (מעין "הסדר שלילי").

74. התוצאה של הוכחת כוח עליון: **פטור מאחריות** על פי ההסכם בשל הפרת התחייבות, לגביה הוכר כוח עליון (relief from liability). אם אין אחריות, ברור שאין גם זכות לתרופות בשל הפרת חוזה. יחד עם זאת, ההסדרים החוזיים, בדרך כלל יקבעו שלאחר תקופה ממושכת של כוח עליון, לנפגע תהיה זכות ביטול (ללא פיצויים) – extended force majeure.

75. כמו כן, ההסדר החוזי בדרך כלל יכפיף את הזכות לפטור, לפרוצדורה של הודעה על כוח עליון ונקיטת אמצעים לצמצום השלכות האירוע. ההסדר החוזי גם יכלול הסדר של הכרה בטענת כוח עליון של צד שלישי שהמפר התקשר עמו בנסיבות מסוימות.

ד(1). "כוח עליון" כמשמעותו בסעיף 5א (ג) לחוק המכר (דירות) התשל"ג-1973

76. סעיף 5א לחוק המכר (דירות) עניינו "פיצוי בשל איחור במסירה". הסעיף קובע מהם התנאים לקבלת פיצוי ע"י רוכש דירה במקרה של איחור במסירתה ע"י הקבלן.

⁴¹ ר', למשל, ע"א 1781/90 **דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות בנין ופיתוח בע"מ נ' פרטוש**, פ"ד מז(2) 621 (1993).
⁴² כבי' השופט חשין הבחין בין גשמים בעתם לבין גשמים שלא בעתם (או גשמים קיצוניים) וקבע שבעוד הראשונים צפויים, האחרונים אינם צפויים.
⁴³ וראו קביעות דומות תוך הפניה לדיני הסיכול הכלליים גם ע"א 3849/09 **הר נשגב נ' ברוך ובר** (6.7.2014).



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

77. 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”.

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

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

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

81. כאשר עולה טענה כי נסיבות חיצוניות גרמו לעיכוב במסירת הדירה, יש לבחון האם קיים קשר סיבתי בין אותן נסיבות לבין האיחור במסירה. כאשר הטענה היא כי נגרם עיכוב בבנייה, דרך המלך היא להגיש חוות דעת שתצביע על הקשר הסיבתי בין הנסיבות לבין העיכוב בבנייה. ודאי שכך הוא כאשר מדובר בתקופה ארוכה. כמו כן, לצורך הכרעה האם הנסיבות המעכבות היו בשליטתו של המוכר או לא, יש להתייחס הן לשאלה אם המוכר היה יכול למנוע את התרחשות אותן נסיבות והן לשאלה אם הוא היה יכול, לאחר התרחשותן, לבטל או למתן את השפעתן.

82. יש קשר בין פרשנות המושג “כוח עליון” לבין דיני הסיכול, בהיותם המכשיר המשפטי העיקרי בדין הישראלי לטיפול בהשפעתם של אירועים לא צפויים על החיוב החוזי. בענין זה נפנה לחלק ב' לעיל.

83. כמפורט לעיל בחלק ב', באופן מסורתי, הפרשנות שניתנה על ידי הפסיקה בישראל לסעיף 18 הייתה קרובה באופייה לגישה הסטטית (בשונה מהגישה הדינמית), הרואה במחויבות החוזית אחריות מוחלטת ולכן תבקש שלא להכיר בהשפעתם של אירועים בלתי צפויים על המחויבות החוזית. משום כך צמצמה מאוד הפסיקה את הנסיבות שמאפשרות שימוש בסעיף זה. הביטוי המובהק לכך הוא בפרשת כץ נ' נצחוני שהוזכרה לעיל. כמו כן ראו ח"א (חוזים אחידים ירושלים) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 06.12.2011)

84. מגיפה כדוגמת מגפת הקורונה, אשר התפשטה במהירות ובאלימות במדינות רבות בעולם (ראה ההקדמה למסמך זה) היא ללא ספק ארוע חריג. בעינינו, בכפוף לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, והניסוח הספציפי של הוראות “כוח עליון” השונות בחוזים השנים, ניתן לטעון שמגפת הקורונה היא ארוע בלתי צפוי, שיש בו לשמש בסיס לטענת “כוח עליון”.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

85. ראוי לציין, שסעיפי "כוח עליון" בנוסחם המקובל בחוזי מכר ע"י קבלנים, כוללים אירועים "פחותים" ממגפת הקורונה, בהיעדר היכולת לצפותם (כגון: מלחמה, גיוס כללי, פעולות איבה, מהומות, שבתות ו/או השבתות כלליות בענף הבנייה או במשק, מחסור כלל ארצי בחומרי בניה, מחסור כלל ארצי בכוח אדם וכד'). עובדה זו מחזקת את הטעון שגם ארוע דרמטי דוגמת מגפת הקורונה נכלל בהגדרת "כוח עליון". מאידך, כאמור לעיל בפרק הקודם, מקום בו אין התייחסות למגפה בהגדרת "כוח עליון" יתכן וניתן לראות בכך משום הסדר שלילי.

86. ואולם, וכפי שהקדמנו, אף אם תתקבל הקביעה כי מגפת הקורונה תיחשב ככוח עליון, אין בכך כדי לפטור את הקבלנים באופן אוטומטי מתשלום פיצוי בגין איחור במסירה.

87. שכן, סעיף 5א(ג) לחוק המכר דורש כי יוכח קשר סיבתי בין המגיפה לאיחור. נטל ההוכחה הינו על הקבלן.

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

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

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

90. לאור האמור לעיל, גם אם נניח שמגפת הקורונה נכללת בהגדרת "כוח עליון", צריך יהיה הקבלן להוכיח איך וכיצד השפיעה המגיפה, באופן קונקרטי, על מלאכת הבנייה הרלוונטית. האם הוחרג ענף הבניה מתקנות שעת החירום? האם העובדים הזרים המשיכו לשהות בישראל ולעבוד בענף, גם במהלך מרץ-אפריל 2020? האם הקבלן האיץ את הבניה והגביר את מאמציו לאחר חלוף השפעות הקורונה? האם לקבלן יינתן פיצוי מיוחד מטעם רשויות המדינה בגין תקופת המגיפה? כל אלה הן בבחינת שאלות רלוונטיות שהדיון בהן הכרחי.

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

ה. יישום ההשלכות המשפטיות על הפרות החוזיות



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

האפשרויות בשל מגיפת הקורונה

ה(1). הערות כלליות

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

93. אכן, "**חוזים יש לקיים**". זה עקרון היסוד בדיני החוזים. עקרון זה יונק מאוטונומיית הפרט ומחופש החוזים, והוא מבטיח יציבות מסחרית וכלכלית. התערבות חיצונית בחוזה, בדיעבד, עלולה לגרום עוול של ממש, להמיט נזק כלכלי בלתי מוצדק על צד לחוזה, ולשחוק את האמינות המסחרית. יש אפוא להזהר עד מאוד בהתערבות חיצונית מעין זו. עם זאת, אין להתעלם מלעשות שימוש מושכל ונכון בכלים המשפטיים הקיימים בדיני החוזים שלנו מזה שנים רבות, קרי דין הסיכול ועקרון תום הלב, במקרים המתאימים ובהתאם לדרכן הסלולה של הפסיקה והספרות המשפטית.

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

95. בפרט על רקע האמור לעיל בדבר השפעתה הנרחבת של המגפה, ראוי להזכיר שמערך החובות והזכויות של צדדים להסכם, והאינטרסים הכלכליים שלהם, שלובים ותלויים זה בזה ככלים שלובים. קבלת טענת סיכול של צד האחד לחוזה, לא מעלימה את הנזק, אלא מסיטה אותו, כולו או חלקו, לעבר צדו האחר. שימוש בדיני הסיכול במצב הנוכחי מסיט את הנזק, או לפחות את חלקו, מקבוצת אוכלוסייה אחת לאחרת, מבלי שבהכרח יהא בכך בראייה כוללת ומערכתית משום הצדקה פיננסית ו/או חברתית. כשמדובר בחוזי שכירות, למשל, הכרה בנורמה הפוטרת שוכרים מסויימים מתשלום דמי שכירות מטילה את נזקי המגיפה, לפחות ברובם, על המשכירים. אלו, בתורם, קשורים בהסכמי הלוואה ומימון עם גורמים מממנים (בנקים, גופים מוסדיים, ציבור). חלק מן המשכירים הגדולים הם גופים ציבוריים נסחרים, שמניותיהם מוחזקות בידי הציבור. הסטת הנזק אליהם עלול אפוא לגרום נזק לציבור המשקיעים (במניות ובאג"ח), נזק לציבור הנשען על חסכון פנסיוני המנוהל ע"י גופים מוסדיים, **נזק הנובע מירידת מדדים בבורסה וערעור היציבות והוודאות הכלכלית**. הכרה



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

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

ה(2). יישום דיני הסיכול על הפרות אפשריות בשל מגיפת הקורונה

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

ה(2)1. יישום מבחני הצפיות על הפרות אפשריות בשל מגיפת הקורונה

97. נשאלת השאלה האם קיומה של מגיפה עולמית הוא בגדר אירוע מסכל צפוי? על-פי הפסיקה בעניין כץ, ובשים לב לעובדה שבמהלך העשור האחרון ארעו לא פחות משישה מקרים של מגיפות עולמיות (במידת חומרה כזו או אחרת, לרבות סארס, זיקה, אבולה, כולרה ושפעת) ועוד מקרים רבים במהלך המאה ה-20, ניתן בהחלט לטעון שפרוץ מגיפה **אינו** בלתי צפוי. על פי הגישה הרווחת בפסיקה לפיה "הכל צפוי", לא בנקל יוכר אירוע חיצוני לחוזה כבלתי צפוי. לפי גישה זו קשה לומר כי צדדים לחוזה לא היו יכולים לצפות כי תפרוץ מגיפה עולמית. אין היא שונה במהותה מאירועים מסכלים קיצוניים כגון מלחמה, נזקי טבע, מחלות אישיות קשות ואפילו מקרי פטירה, שהוזכרו בפסיקה כצפויים.

98. יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי **מגיפה בהיקף הדומה להיקף הנוכחי של מגיפת הקורונה, שנפוצה בכל מדינות העולם, אשר גוררת מצבי סגר, בידוד וסגירת גבולות, היא בהחלט מצב חסר תקדים**. הטענה שלא ניתן היה לצפות התפרצות מגיפה עולמית שגוררת שיתוק מוחלט של מדינות שלמות וניתוק קשרי מסחר, בתוך שבועות ספורים, היא לא בלתי סבירה, גם בהתאם להלכה המסורתית, וודאי שכך הדבר בהתאם לריכוך המסתמן בשנים האחרונות. **ניתן לומר שגם אם מגיפה, באופן כללי, היא צפויה, הרי שמגיפה בעוצמה והיקף כזה ובעיקר בעלת השלכות מסוג זה, אינה צפויה וכי לא ניתן היה לצפות את ההשלכות המעשיות שתהיינה לה על היכולת לעמוד בהתחייבויות חוזיות כאלה ואחרות**. קשה להלום אפוא כי מעצם הצפייה של פרוץ מגיפה, יכלו צדדים לחוזה לצפות או כי היה עליהם לצפות את קשת הנסיבות המסכלות הדרמטיות שנגרמו כתוצאה מאותה המגיפה. זאת, בייחוד כאשר גם בימים אלו העתיד מעורפל, קצב ההתפשטות אינו ידוע ועוצמת המגיפה והיקף השפעתה טרם התבררו.

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



ה(2).2. יישום יסוד חוסר יכולת המניעה על הפרות הקשורות במגיפת הקורונה

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

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

ה(2).3. יישום יסוד חוסר היכולת לבצע את החוזה על הפרות הקשורות במגיפת הקורונה

102. כעיקרון קיומו של קושי או אי-נוחות בביצוע ההסכם לא יוכלו לבסס טענת סיכול. ברי הוא, כי קושי כלכלי כשלעצמו אינו מהווה אירוע מסכל, ואירוע כאמור צריך לנבוע מנסיבות פיזיות ו/או משפטיות היוצרות מניעה קבועה לבצע את ההסכם. משכך אף על פי שמגיפת הקורונה טומנת בחובה השפעות כלכליות דרמטיות, ועל אף שאנשים ותאגידים רבים מאוד נקלעו למצוקה כלכלית קשה שלא באשמתם, אין בכך כדי להפוך את קיום החוזה ל'בלתי אפשרי' או משנה אותו באורח יסודי, וכל פרשנות אחרת של הדין תיצור קטגוריות אינסוף של הפרות חוזה החוסות תחת דיני הסיכול. בדומה, היווצרותו של סיכון כזה או אחר, להוציא סיכון קיצוני המביא לשינוי מהותי של תנאי ההתקשרות, לא יהווה אף הוא נסיבה ההופכת את קיום ההסכם לבלתי אפשרי.

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

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



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

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

ה(2).4. סיכום ההתייחסות לטענת סיכול ביחס להפרות הקשורות במגיפת הקורונה

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

107. יש להניח כי האופי הרחבי והמקיף של תופעת הקורונה, המשפיע באופן קיצוני על כל תחומי החיים בישראל ובעולם, יוביל את בית המשפט העליון לגיבוש מדיניות שיפוטית כוללת המתייחסת לאופי המיוחד של תופעה זו. אולי אף המחוקק ידרש לגיבוש חקיקה לאור ההשפעה הכוללת של תופעת הקורונה. קשה להעריך מראש את "כיווני התנועה" בנדון. כללית, כיוון שהכל מושפעים מהקורונה, אפשר, מחד גיסא, כי הגישה העקרונית הכוללת תחתור להגמשה מרבית של האחריות החוזית והתכנים החוזיים, ברוח הפסיקה בעקבות ההתפרצות האינפלציונית של מאות אחוזים בשנה בישראל בשנות ה-80. מאידך גיסא, תיתכן עמדה הפוכה, אשר לאור האינטרס המשותף ביציבות חוזית בהינתן המשבר החריף, והפגיעה בכל הגורמים במשק, תעדיף להימנע מ"שבירת כלים משפטית" ותצמצם את הפגיעה בוודאות המשפטית. "דרך אמצע" אשר עשויה להינקט היא שמירה על יציבות החבויות החוזיות הראשוניות, תוך ריכוך התרופות בשל הפרת חוזה. **גם התערבות רגולטורית בעניין זה אפשרית.**

ה(3). השימוש בעקרון תום הלב והתאמת החוזה לנסיבות המשתנות

108. בצד דין הסיכול נחזור ונזכיר את חובת תום לב, והדבר חל, וביתר שאת, בתקופת משבר כדוגמת מגיפת הקורונה. עיקרון תום הלב שולל עמידה דווקנית על זכות חוזית תוך התעלמות משינוי נסיבות דרמטי ועשוי לחייב, בנסיבות חריגות המצדיקות זאת, התאמת החוזה לנסיבות החדשות (לתקופת תחולתן, ועל יסוד מו"מ בין הצדדים). יחד עם זאת יש להדגיש שהתאמת החוזה היא חריג לכלל הבסיסי לפיו יש לכבד הסכמים כפי שנכרתו על-ידי הצדדים, ויש לעשות כן רק במצבים חריגים בהם הדבר הכרחי. שימוש נרחב בטענה זו עלול לגרור ריבוי התדיינות ומחלוקות, שכן תפיסת מושג "תום הלב" היא סובייקטיבית והיקף תחולתו לא ברור.

109. באשר לחוזים שהמדינה היא צד להם, לדעתנו על המדינה לגלות בימים אלה תום לב מוגבר



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

והתחשבות מירבית בצדדים שכנגד לחוזים מולה. מידת תום לב מוגבר זו, מן הראוי שתשמש בניתוח שאלות הסיכול והתאמת תנאי החוזה כמתואר לעיל.

ה(4). השלכות משפטיות מעשיות: מקרה בוחן של הסכמי שכירות

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

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

ה(4)1. חוזי שכירות למגורים

112. תחיקת החירום שהוחלה בישראל בעקבות מגיפת הקורונה החל מפברואר 2020 ועד להשלמת נייר עמדה זה, לא הטילה מגבלות כלשהן על זכות השימוש של אנשים פרטיים במושכר למטרת מגורים. אדרבא, מרבית ההנחיות של משרד הבריאות מורות על כניסה לבידוד ביתי ומטילות הגבלות על עצם האפשרות לצאת מהבית.

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

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



ה(4).2. חוזי שכירות לעסקים שתחיקת החירום השביתה את פעילותם

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

116. בנוסף לעסקים שהושבתו מחמת מהות פעילותם, יש להתחשב בעסקים שהושבתו מחמת שהם ממוקמים באזורי סגר. למועד נייר עמדה זה מוטל סגר מלא על העיר בני-ברק, לרבות אזור המשרדים בעיר. סעי' 15 לחוק השכירות מתייחס מפורשות לסיכול הנובע מנסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר. מקום בו עקב סגר לא ניתן להגיע אל הנכס, הרי לכאורה מתקיימים תנאי סעי' 15.

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

ה(4).3. חוזי שכירות לעסקים שתחיקת החירום לא השביתה את פעילותם, אך צמצמה את אפשרותם להעסיק עובדים

118. הוראות תחיקת החירום שהותקנו לאור משבר הקורונה המגבילות את נוכחות העובדים במקומות העבודה (תחילה ל-30% או 10 עובדים, לפי הגבוה וכיום ל-15% או 10 עובדים, לפי הגבוה), מסכלות את אפשרות בעלי עסקים אלו לעשות שימוש במושכר, לפחות ב-85%.

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

120. שאלת קיומה של מניעות לממש את מטרת הסכם השכירות לא נגזרת רק מהגבלת מספר העובדים במושכר, שכן ההנאה מהמושכר מתבטאת במספר אופנים נוספים. סוגיה זו, הרלבנטית גם לדיני הסיכול הכלליים, עשויה להיגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה. לצורך כך, יש לבחון את סוג



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

השימוש במושכר (מסחר מול משרדים) ואת השימושים שנעשים בו חרף המגבלות, למשל: החזקת ציוד משרדי, הפעלת שרתים, אחסון וכד'. בעניין זה ניתן אף לטעון כי עצם ההחזקה של מערכות מחשב במושכר, היא המאפשרת את ביצוע העבודה מהבית. כמו כן, גם האפשרות לחדש את הפעילות העסקית "מהיום למחר" עם הסרת המגבלות, מהווה הנאה מהמושכר ומימוש מסוים של מטרות ההסכם. בנוסף, יש לבחון האם קיימת במושכר אפשרות לשמור על כללי הריחוק שנקבעו על-ידי משרד הבריאות.

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

122. בעינינו, בכפוף לבחינת כל מקרה ומקרה, לרבות תנאי ההתקשרות הספציפיים, ובכפוף לסייג הכללי שדיני החוזים הם דיספוזיטיביים, נראה שבהעדר קביעה אחרת, נכון יהיה להתאים, לתקופת החירום את תנאי חוזה השכירות לאותם נכסים שהשימוש בהם הוגבל באופן חלקי (אך ניכר) באופן שבמהלך תקופת החירום ישאו השוכרים ב-50% מדמי השכירות ודמי הניהול, מבלי שהדבר יחשב להפרת חוזה.

123. פטור חלקי זה מתשלום דמי שכירות, משקף כאמור לעיל את אפשרות השימוש במושכר בנסיבות החדשות שנוצרו במדינה לאור מגיפת הקורונה: מחד, מגבלת שימוש חמורה המונעת מהשוכרים את עיקר השימוש בנכס, ומאידך אפשרותם להמשיך להפעיל את התשתית הארגונית של העסק (כתלות בנסיבות כל עניין).

124. יודגש, שהאמור לעיל מתייחס אך ורק לתקופת החירום, אך ורק כל עוד רובצת מגבלת השימוש החמורה (30%-15) על הנכסים האמורים, ואך ורק לאותם נכסים שתחיקת החירום חלה עליהם במישור. נכסים מושכרים, שתחיקת החירום לא מגבילה את פעולתם, אין מקום ככלל להפחית מדמי השכירות שלהם, אף אם תשלום דמי השכירות מכביד מבחינה כלכלית על שוכריהם.

ה(4). חוזי שכירות לעסקים חיוניים שתחיקת החירום לא אוסרת עליהם לפעול והוראות אחרות מאפשרות להם להעסיק עובדים

125. עסקים שהוגדרו בתחיקת החירום כעסקים חיוניים' ובשל כך הותר להם להמשיך בפעילותם העסקית הרגילה ולא הוטלו עליהם מגבלות באשר למצבת העובדים, אינם באים בגדר שוכרים שזכות השימוש שלהם במושכר נמנעה – לא במלואה ואף לא בחלקה. מקום שבו זכות השימוש של בעלי עסקים אלו בנכס לא נמנעה והם ממשיכים להפיק הנאה מהמושכר, הרי שמטרת הסכם השכירות לא סוכלה. ברי כי עסקים אלו ממשיכים להפעיל את פעילותם העסקית מתוך המושכר



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

ולא מתקיימות נסיבות מסכלות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו.

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

ה(4).5. חוזי שכירות לעסקים שעיקרם אינו מבוסס על הון אנושי

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

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

בכבוד רב ובברכה,

אבי חימי, עו"ד

ראש לשכת עורכי הדין בישראל

אברהם ללוס, עו"ד

יו"ר (מנהל) פורום קניין ומקרקעין
לשכת עורכי הדין בישראל

אילן בומבך, עו"ד

אילן בומבך
משרד עורכי ד
רה' ויצמון 2 ת"א
יו"ר (משותף) פורום בתי המשפט
לשכת עורכי הדין בישראל

לירז ראש עו"ד

יו"ר (משותפת) פורום קניין ומקרקעין
לשכת עורכי הדין בישראל

העתקים:

מר אורי אלפרסי - מנכ"ל לשכת עורכי הדין.