

בבית המשפט העליון

רע"א 8925/04

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט י' עדיאל

המערעות :

1. סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ
2. אריה חב' לביטוח בע"מ

נגד

המשיבים :

1. עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל
2. עבד אלחמיד מודיב
3. ח'תאם מוחמד ח'לף
4. אינג'ינר דב יהלום
5. נגה חברה לבטוח בע"מ
6. פריד עטאללה

ערעור ברשות על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בחיפה מיום 16.8.2004 בתיק בר"ע 1494/04 שניתן
על-ידי כבוד השופטת ב' בר-זיו

תאריך הישיבה :

ט"ז באדר ב' התשס"ה (27.03.2005)

בשם המערעות :

עו"ד יוסף אסולין

בשם המשיבים מס' 1-3 :

עו"ד גסאן טנוס ; עו"ד ראני טנוס

בשם המשיב מס' 4 :

עו"ד ט' טנצר

בשם המשיבה מס' 5 :

עו"ד צבי רפפורט

בשם המשיב מס' 6 :

עו"ד דוקאן עטאללה

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

בית המשפט העליון פסק כי אדם שניזוק עקב עוולה, ונתקצרה תוחלת חייו, זכאי לפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות בשנים בהם קוצרה תוחלת חיי העבודה שלו. כן זכאי העזבון לפיצוי בראש נזק זה, במקום בו קוצרה תוחלת חייו של הניזוק והוא נפטר במהלך מעשה העוולה או בסמוך לאחריה. זוהי הלכת "השנים האבודות". היא נפסקה בפרשת אטינגר. בפרשה זו סטה בית המשפט העליון מהלכה שנפסקה עשרים שנה לפני כן בפרשת גבריאלי (ע"א 295/81 עיזבון המנוח שרון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533). בעת פסיקת הדין בפרשת אטינגר היה מספר רב של תביעות בעניין פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות תלוי ועומד בבתי המשפט לערכאותיהם. מה השפעה יש להלכה החדשה על תביעות אלה? זו השאלה הכללית המתעוררת לפנינו. השאלה הספציפית היא, מה השפעתה של פרשת אטינגר על הסכם פשרה בעניין שיעור הפיצויים בין ניזוק למספר מזיקים שניתן לו תוקף של פסק דין חלקי, תוך שהתביעה נמשכת לעניין היחסים בין המזיקים בינם לבין עצמם.

העובדות וההליכים

1. המנוח אחמד אלחמיד מודיב אבו סהון ז"ל נהרג בתאונת עבודה. בגין מותו הוגשה תביעת העזבון והתלויים כנגד המעביד, בעל האתר שבו עבד והמבטחים. במהלך הדיון בתביעה הגיעו הצדדים, בהמלצת בית המשפט, להסדר ביניהם. על פיו ישולם לתובעים סך של 100,000 ₪. המשפט יימשך לעניין החלוקה בין הצדדים. להסדר זה – שכונה בהחלטת בית המשפט "הסדר דיוני" – ניתן (ביום 22.2.2004) תוקף של החלטת בית המשפט.

2. ביום 15.3.2004 ניתן פסק הדין בפרשת אטינגר (ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486). הבקשה לדיון נוסף נדחתה (דנ"א 4011/04 עיריית ירושלים ואח' נ' עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל (טרם פורסם)). בעקבותיה הגישו התובעים (ביום 5.4.2004) בקשה לבטל את ההסדר הדיוני ולתקן את כתב התביעה. הנתבעים התנגדו לכך. בית משפט השלום (השופט א' גנון) נעתר לבקשה. נקבע על ידו כי החלטתו

(מיום 22.2.2004) היא בגדר "הסדר דיוני", ואינה "פסק דין חלקי". אין זה ראוי ואין זה צודק למנוע מהתובעים את ביטול ההסדר. הנתבעים ערערו לבית המשפט המחוזי. הערעור נדחה. נקבע (מפי השופטת ב' בר-זיו) כי החלטתו של בית משפט השלום מהווה פסק דין חלקי. מטעמים של צדק – ועל פי ההלכה הפסוקה – ניתן לחזור מפסק דין חלקי זה. נעתרנו לבקשת הנתבעים ונתנו רשות ערעור. לאור חשיבותן של השאלות המתעוררות בפנינו הורחב המותב.

השאלות הדורשות הכרעה

3. הערעור שלפנינו מעורר שתי שאלות עיקריות. האחת, האם פרשת אטינגר חלה באופן פרוספקטיבי בלבד (מעטה ואילך) או שמא יש לה גם תחולה רטרוספקטיבית (שינוי המצב לעבר). אם לפרשת אטינגר אין תחולה רטרוספקטיבית, אין היא חלה על התאונה שלפנינו, וממילא אין כל טענה המאפשרת חזרה מהסכם שבין הצדדים. אם לעומת זאת לפרשת אטינגר יש תחולה רטרוספקטיבית, קמה ועולה השאלה השנייה: עניינה של זו השפעתה של פרשת אטינגר על ההסכם שבין הצדדים. נפנה לבחינת השאלה הראשונה.

א. תחולתה של פרשת אטינגר בזמן

הזמן והמשפט

4. האם חלה הלכת אטינגר על מעשי נזיקין שהתרחשו בטרם נפסקה? האם תחולתה היא רטרוספקטיבית? התשובה לשאלה זו טמונה במעמד הזמן במשפט. אכן, כל נורמה משפטית חלה לא רק במקום אלא גם בזמן. על רקע זה יש לבחון מיגוון רחב של בעיות, אשר הזמן, ביסוד המשפט, משותף להן. קבוצת בעיות אחת עוסקת בדינים החלים כאשר המשפט משתנה על ציר הזמן. אלה הם הדינים הבין-זמניים (droit transitoire; intertemporal law). במסגרתם של אלה תופסת מקום מרכזי שאלת התחולה הרטרוספקטיבית, האקטיבית או הפרוספקטיבית של הדין החדש (ראו Rodger, "A Time For Every Thing Under The Law: Some Reflections On Retrospectivity", 121 L.Q.R. 57 (2005); Tur, "Time and Law" 22 Oxford J.L. Stud. 463 (2002); ראו גם א' ברק, פרשנות במשפט 609 (כרך שני, 1993)). כך הדבר לעניין תחולתה בזמן של חקיקה חדשה; כך הדבר לעניין תחולתה בזמן של פסיקה חדשה – בין זו הסוטה מפסיקה קודמת ובין זו הקובעת הלכה חדשה. בכל אלה מתעוררת שאלת תחולתה של הנורמה החדשה במרחב הזמן. אנו נתמקד בפתרונה של שאלה זו למקרה שבו הלכה שיפוטית חדשה נתנה פירוש חדש לחוק, תוך סטייה

מהלכה קודמת. מה תחולתה בזמן של ההלכה החדשה? האם היא חלה הן מעתה ואילך (פרוספקטיבית) והן למפרע (רטרוספקטיבית)? או שמא היא חלה רק מעתה ואילך (פרוספקטיביות טהורה)? ואם כן, מה דין המקרה בו נפסק הדין החדש, האם תחול ההלכה החדשה לגביו (מעין פרוספקטיבית כללית ורטרוספקטיביות ספציפית)? והאם היא תחול גם לגבי כל המקרים האחרים שלגביהם מתנהלים הליכים בבתי המשפט? שאלה זו אינה חדשה עמנו. יש לגביה עיון אקדמי בישראל (ראו ג' טדסקי, "הלכה לעתיד", מסות במשפט 25 (1978); קפלן, "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון", משפטים ט' 221 (1979); א' ברק, שיקול דעת שיפוטי 417 (1987); קפלן, "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון", ספר אבנר חי שאקי 125 (מאזני משפט ד', 2005)). היא התעוררה בעבר במספר פסקי דין, ונקבעו לגביה מספר אימרות אגב (ראו בג"ץ 716/86 מלון מרחצאות מוריה ים המלח נ' המועצה האזורית תמר נווה זוהר, פ"ד מא 389, 392; רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 504; ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, 220; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 746; מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

נקודת המוצא: תחולה רטרוספקטיבית ופרוספקטיבית

5. נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית (ראו בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 480). בצדק ציין השופט הולמס כי "החלטות שיפוטיות פועלות למפרע קרוב לאלף שנים" (בפרשת Kuhn v. Fairmont Coal Co. 215 U.S. 349, (372), כך הדבר לעניין פיתוח המשפט במסגרת המשפט המקובל, וכך הדבר במקום שהפסיקה מפרשת הוראה חקוקה (חוקה, חוק, תקנה), או משלימה בה חסר (להבחנה בין אלה, ראו ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט לט 267 (1990); א' ברק, מבוחר כתבים 755 (בעריכת ח' ה' כהן ו-י' זמיר, כרך א', 2000)). ביסוד גישה זו מונחים שלושה טיעונים (ראו ברק, שיקול דעת שיפוטי, עמ' 421): טיעון תורתי, טיעון חוקתי וטיעון מעשי.

טיעון תורתי

6. הטיעון התורתי הוא זה: באשר בית המשפט פוסק את הדין – אם במסגרת המשפט המקובל ואם במסגרת פרשנותו של חיקוק או השלמת חסר בו – הוא מצהיר על הדין. הוא אינו יוצר אותו. כאשר בית המשפט סוטה מפסק דין קודם, הוא קובע כי

הפסק המוטעה מעולם לא היה דין. פסק הדין המבטל אינו יוצר דין חדש. הוא מצהיר על מה שהיה תמיד הדין. זו התורה הדקלרטיבית של המשפט. היא פותחה על ידי בלקסטון (Blackstone). ידועה אימרתו, לפיה:

“[I]f it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law” (1 Blackstone, Commentaries 71 (1769)).

מהתורה הדקלרטיבית של המשפט מתבקשת המסקנה, כי הפסק המבטל פועל רטרופקטיבית. אם הפסק המבוטל מעולם לא היה דין, והדין מעולם היה כפי שהוצהר בפסק המבטל, הרי משמעות הדבר הינה תמיד כי הפסק המבטל פועל, במישור הזמן, למפרע. טיעון תורתי נוסף הוא זה: כאשר שינוי ההלכה הוא פרוספקטיבי בלבד, והוא אינו פועל לטובת הצדדים במשפט (פרוספקטיביות טהורה), ההלכה החדשה היא אימרת אגב, ואין היא מחייבת כלל.

טיעון חוקתי

7. הטיעון החוקתי, המבסס את תחולתה הרטרופקטיבית של ההלכה החדשה, הוא זה: יסוד מרכזי בכל חוקה דמוקרטית, הוא הפרדת הרשויות. על פיה הרשות המחוקקת מחוקקת חוקים, והרשות השופטת מכריעה בסכסוכים. בחוקקה חוק, מוסמכת הרשות המחוקקת לקבוע את תחולתו בזמן. קביעה זו תהא לרוב – משיקולים חוקתיים ואחרים – פרוספקטיבית. אם גם פסק הדין יוכל לקבוע תחולה פרוספקטיבית של ההלכה הפסוקה, הוא יקרב את זו לחקיקה, ללא היכר. היטיב להביע זאת השופט דבלין (Devlin), בציינו כי תחולה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה החדשה –

“[C]rosses the Rubicon that divides the judicial and the legislative powers. It turns judges into undisguised legislators” (Devlin, “Judges and Lawmakers”, 39 M.L.R. 1, 11 (1976)).

השמירה על ההפרדה הראויה בין חקיקה לשפיטה מובילה להכרה בתחולתה הפרוספקטיבית בלבד של החקיקה, אך לא של הפסיקה. שינוי פרוספקטיבי בלבד של הפסיקה הופך את השופט למחוקק (ראו Freeman, “Standards of Adjudication, Judicial Law, Making and Prospective Overruling”, 26 Curr. L.P. 166, 204 (1973)). בנוסף לשיקול חוקתי זה של הפרדת הרשויות, קיים שיקול חוקתי נוסף. כפי

שנראה, שיטות פרוספקטיביות שונות מבחינות בין בעל הדין שביקש לסטות מהלכה קודמת – עליו תחול ההלכה החדשה למפרע – לבין בעלי דין אחרים, שעניינם נדון בפני בתי המשפט וטרם הוכרע – עליהם לא תחול ההלכה החדשה. בכך נוצרת הפליה אסורה הפוגעת בעקרון השוויון. באמריקה התעורר שיקול חוקתי נוסף הפועל כנגד הביטול הפרוספקטיבי בלבד, ואשר עניינו הדרישה החוקתית כי בתי המשפט יפסקו אך ב-"cases" וב-"controversies". כאשר להלכה החדשה ניתן רק תוקף פרוספקטיבי טהור, אותה הלכה חדשה אינה מכריעה בסכסוך שלפניה; היא מהווה חוות דעת מייעצת לגביה, ועל כן היא אסורה.

טיעון מעשי

8. בצד הטיעונים התורתיים והחוקתיים, ניתן לבסס את תחולתה הרטרופקטיבית של ההלכה החדשה על מספר טיעונים מעשיים. ראשית, נטען כי היכולת לתת תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה החדשה המבטלת את קודמתה, משחררת את השופט מהמוסרות העוטפים את שיקול דעתו, אם לסטות מהלכה קודמת, אם לאו. על פי גישה זו, רטרופקטיביות הפסיקה משמשת מחסום מסטיות יתר. עם הסרת מחסום זה, קיים חשש של פריצת המסגרת הראויה, תוך הגברת הסטיות מהלכות קודמות (ראו J. Stone, Social Dimensions of Law and Justice 663 (1966); Mishkin, "Foreword: The High Court, The Great Writ, And The Due Process of Time and Law", 79 H.L.R. 56, 70 (1965). שנית, קיימות מספר שיטות של סטייה פרוספקטיבית בלבד (ראו ברק, שם, עמ' 420, וכן G. Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes 280 (1982)). הבחירה בין השיטות היא סבוכה. המתדיינים לא ידעו לרוב באיזו שיטה יבחר בית המשפט. כתוצאה מכך משתבש ההליך השיפוטי כולו; שלישית, אם תיבחר מבין מגוון השיטות, זו הדוגלת בסטייה פרוספקטיבית טהורה – לפיה ההלכה החדשה אינה חלה אף לא על בעל הדין שזכה בטענתו לשינוי ההלכה הקודמת – יחליש הדבר את המוטיבציה של מתדיינים לטעון לשינוי ההלכה, שכן ממילא לא יהנו מפרי השינוי. זו תוצאה שלילית, שיש בה הקפאה של ההתפתחות ההלכתית (ראו R. Dworkin, Law's Empire 156 (1986)). רביעית, לעתים קרובות פוגעת החלה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה השיפוטית החדשה בציפיות הציבור מהשפיטה. בכך נפגע אמון הציבור בשפיטה, עליו יש לשמור מכל משמר (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 49 (2004)).

ביקורת הטיעון התורתי

9. הטיעון התורתי אינו משכנע. אמת, לעתים קרובות פסק דין אך מצהיר על הדין, ואינו יוצר אותו. כמו כן, לעתים פסק דין קודם הוא מוטעה מיסודו, ויש לבטלו למפרע. כל אלה נכונים לעתים, אך לא תמיד. לעתים פסק הדין החדש יוצר דין חדש, המתאים לזמן ולמקום. פסק הדין הקודם – ממנו סוטה הפסק החדש – אינו מוטעה מיסודו. יתכן והוא היה טוב ונכון לשעתו, ואילו עתה הגיע הזמן לשנותו. בנסיבות אלה, אין כל סיבה תורתית שלא ליתן להלכה החדשה תחולה פרוספקטיבית בלבד. טול חוק שפורש בעבר בדרך מסויימת, ועתה סוטה בית המשפט מפירוש זה תוך שהוא קובע פירוש חדש. סטייה זו אינה מבססת עצמה תמיד על טעותו הראשונית של פסק הדין הראשון. היא מבססת עצמה על צרכיה וערכיה העכשוויים של החברה. אכן, הפרשנות היא דינמית (ראו א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט 200, 412 (2003); ראו גם (R. Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation (1994)). "החוק מדבר תמיד" (ראו (F.A.R. Bennion, Statutory Interpretation: A Code 687 (3rd ed., 1997)). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"החוק משתלב במציאות החדשה. כך מדבר חוק ישן אל האדם המודרני... הפרשנות היא תהליך מתחדש. יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה. בכך יקטן הפער בין החוק לבין החייב. על רקע זה נכון לומר, כפי שאמר רדברוך, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק לעולם חכם מיוצרו. מכאן הגישה הפרשנית המקובלת באנגליה, לפיה יש ליתן לחוק פרשנות שהיא updating... אכן, החוק הוא יצור חי. פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית" (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 32. ראו גם בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 629; בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705; ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309).

הוא הדין בפרשנותם של חוקה וחוקי יסוד. אלה מהווים מסמכים חיים. לערכים המעוגנים בהם יש ליתן מובן מודרני. גישה דומה חלה בפיתוח המשפט המקובל. מאז תחולתו חלו בו שינויים מפליגים, אשר יצרו דינים הלכתיים חדשים, התואמים לצרכי הזמן והמקום. עמד על כך השופט ניקולס (Lord Nicholls), בציינו:

“[J]udges themselves have a legitimate law-making function. It is a function they have long exercised. In common law countries much of the basic law is still the common law. The common law is judge-made law. For centuries judges have been charged with the responsibility of keeping this law abreast of current social conditions and expectations. That is still the position. Continuing but limited development of the common law in this fashion is an integral part of the constitutional function of the judiciary. Had the judges not discharged this responsibility the common law would be the same now as it was in the reign of King Henry II” (National Westminster Bank Plc. v. Spectrum Plus Limited [2005] UKHL 41, sec. 32) (להלן – פרשת National Westminster Bank).

במצבים אלה, בהם השינוי במשפט המקובל נועד לגשר על הפער בין המשפט לחיים, התקדים הישן מתבטל לא משום שהוא היה מוטעה בשעתו, אלא משום שהוא אינו מתאים למציאות החדשה. למצב דברים זה אין התורה ההצהרתית נותנת תשובה ראויה. כמובן, ניתן תמיד לומר כי ניצני השינוי טמונים באדמתו הפורה של המשפט המקובל, וכי השופט מוציא את הפוטנציאל הטמון בה מהכוח אל הפועל. אפילו כך הם פני הדברים, יש בכך יצירה שיפוטית. כשם שחוק חדש, המוציא מהכוח אל הפועל את הטמון בחוקה, מהווה יצירה חדשה, כך גם הלכה שיפוטית חדשה הנובעת באדמת המשפט, מהווה יצירה חדשה. אכן, התיאוריה הדקלרטיבית אינה מסוגלת להסביר את מלוא הפעילות השיפוטית. אבד עליה הכלח. היא מבוססת על פיקציה, שאין להכיר בה (ראו פרשת אקסטרוד, פסקה 10). יש לקוות כי חרף מותה היא לא תשלוט בנו מקברה (כאימרתו של מיטלנד על צורות התביעה (ה-forms of action): ראו F.W. Maitland, The Forms of Action of Common Law 2 (1941)).

ביקורת הטיעון החוקתי

10. הטיעון החוקתי כנגד תחולה פרוספקטיבית בלבד של הלכה שיפוטית חדשה אינו משכנע גם הוא. הטעם לכך הוא זה: תוך כדי הכרעה בסכסוך חייב בית המשפט לקבוע את הדין על פיו יוכרע הסכסוך. לעתים מהווה קביעה זו אך הצהרה על הקיים. לעתים מהווה קביעה זו יצירת דין חדש, אם במסגרת המשפט המקובל ואם בדרך של פרשנות והשלמת חסר בחקיקה. יצירת דין חדש זה, מהווה “חקיקה שיפוטית” (ראו ברק, “חקיקה שיפוטית”, משפטים יג 25 (תשמ”ג), מבוחר כתבים 821 (בעריכת ח’ ה’

כהן ו-י' זמיר, 2000)). אין היא "חקיקה" במובנה המוסדי. זו נתונה למחוקק בלבד. היא מהווה "חקיקה" במובנה הפונקציונלי, שכן היא יוצרת נורמה שלא היתה קיימת בעבר. חקיקה פונקציונלית זו אינה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. הכרה בה אינה מטשטשת הגבול בין חקיקה (במובנה המוסדי) לבין שפיטה. מתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה החדשה הוא ביטוי ליצירה השיפוטית. אין בה כל חציה של הרוביקון המפריד בין חקיקה לשפיטה (ראו פסק דינו של השופט קרדוזו ב- Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company 287 U.S. 358, 366 (1932)). אשר לטענה כי תחולה פרוספקטיבית של הלכה חדשה פוגעת בשוויון, הרי זו תופסת רק אם אין מאמצים את שיטת השינוי הפרוספקטיבי הטהור. בזו האחרונה אין כל פגיעה בשוויון. ואשר לשיטות האחרות, אף שיש בהן פגיעה בשוויון, הרי נדרש לבחון אם פגיעה זו ראויה היא. השוויון אינו זכות מוחלטת. ניתן לפגוע בו למטרות ראויות ובאמצעים מידתיים (ראו בג"ץ 1113/99 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164).

השיקול המכריע – השיקול המעשי

11. הגעתי, איפוא, למסקנה כי הטענות התורתיות והחוקתיות, אין בכוחם לשלול את כוחו של בית המשפט לסטות מהלכתו הקודמת בלא ליתן להלכה החדשה – תחולה רטרופקטיבית. תחולה פרוספקטיבית, בצורתה השונות, עולה בקנה אחד עם מעמדה התורתי והחוקתי של השפיטה (ראו Selmand, On Jurisprudence 127 (12th ed., 1965); Diplock, The Courts as Legislators 17 (1965); (1966)). אכן, ההכרעה בשאלה אם על בית המשפט לשלול, במקרים מתאימים, תחולה רטרופקטיבית להלכתו החדשה, לא תוכרע על ידי שיקולים תורתיים או חוקתיים. היא תוכרע באיזון הראוי בין שיקולים מעשיים. היטיב להביע זאת השופט קרדוזו (Cardozo) בציינו, כי שאלת הרטרופקטיביות של ההלכה הפסוקה:

“will be governed, not by metaphysical conception of the nature of judge-made law, nor by the fetich of some implacable tenet, such as that of the division of governmental powers, but by consideration of convenience, of utility, and of the deepest sentiments of justice” (B.N. Cardozo, The Nature of The Judicial Process 148 (1921)).

עמדנו על מספר שיקולים מעשיים התומכים בתחולה רטרוספקטיבית של ההלכה השיפוטית החדשה. מהם השיקולים המעשיים התומכים בגישה האחרת, לפיה ניתן לשלול את התחולה הרטרוספקטיבית של הלכה חדשה? ידם של אלו שיקולים על העליונה? לבחינתן של שאלות אלה נפנה עתה.

12. שלילת התחולה הרטרוספקטיבית והכרה בתחולה פרוספקטיבית בלבד (על פי אחת מצורותיה) נתמכת במספר שיקולים מעשיים: ראשית, הצורך בשלילת התחולה הרטרוספקטיבית להלכה החדשה מתעורר לרוב כאשר בית המשפט בוחן את ההלכה הקודמת ומגיע למסקנה כי ראוי לסטות ממנה. עם זאת, הוא חושש מהנזק שהסטייה תגרום לכל אותם אנשים וגופים אשר סמכו עצמם על ההלכה הקודמת, והסדירו את יחסיהם מתוך הסתמכות זו. במצב דברים זה עומד השופט בפני הדילמה הבאה: להשאיר על מכונה הלכה בלתי ראויה בשל אינטרס ההסתמכות, או לשנות ההלכה ולקבוע תחתיה הלכה חדשה וטובה ממנה, תוך פגיעה באינטרס ההסתמכות. במצב דברים זה יבחר השופט באחת משתי האפשרויות האלה. כל בחירה גוררת אחריה נזק (אם בהשארת ההלכה בלתי ראויה על מכונה ואם בפגיעה באינטרס ההסתמכות). הגישה, לפיה שינוי בהלכה לא יהא רטרוספקטיבי, ויפעל באופן פרוספקטיבי בלבד, מוציאה את השופט מהדילמה בה הוא מצוי. היא מאפשרת לו להביא לשינוי הלכה מוטעית והצבת הלכה ראויה תחתיה, וזאת מבלי לפגוע באינטרס ההסתמכות. בכך נשמרים הביטחון והיציבות בצד התאמת המשפט לשינויים החברתיים. לפנינו מעין "תרופת פלא" המאפשרת יציבות ותנועה גם יחד (ראו ברק, שיקול דעת שיפוטי, עמ' 421, וכן Traynor, "Quo Vadis Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility", 28 Hastings L.J. 533, 542 (1977); להלן – טריינור, קוו ואדיס).

13. שנית, אמת הדבר כי מוכרות מספר שיטות של תחולה פרוספקטיבית (ראו פסקה 8 לעיל). אין בריבוי זה כדי להביא לסיבוך או למבוכה. תוך זמן לא רב ייקבע באלו תנאים תינקט שיטה פרוספקטיבית אחת, ומתי ינקוט בית המשפט בשיטה אחרת. "מאגר" השיטות הפרוספקטיביות אינו רב, וניתן ללא קושי לקבוע את "ברירת הדין" בעניין זה.

14. שלישית, החלה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה השיפוטית החדשה תואמת את חוש הצדק. היא מאפשרת קביעה של הלכה חדשה וצודקת, בלא לפגוע באינטרס ההסתמכות. היא מונעת את הצורך לקבל הכרעה – כפי שזו התקבלה על ידי הנשיא

זמורה לעניין התקדים – לפיה "אמת ויציב – אמת עדיף" (ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב' 235, 254). היא מאפשרת להשיג הן את "האמת" והן את "היציב". בכך היא מגבירה את האמון במערכת השפיטה. אמון זה היה נפגע אילו שינוי ראוי לא היה מתרחש רק בשל אינטרס ההסתמכות, או אילו השינוי היה מתרחש תוך פגיעה באינטרס ההסתמכות.

15. השיקולים המעשיים מובילים למסקנות נוגדות. כיצד נכריע או נאזן בין השיקולים הנוגדים? ייאמר מיד, כי כל שיטת משפט ונקודות ההכרעה או האיזון המאפיינות אותה. הדבר ייגזר מעוצמתם של השיקולים התורתיים והחוקתיים באותה שיטת משפט. כן תושפע ההכרעה מתפיסתה של אותה חברה את התפקיד השיפוטי, ומנכונותה לבחון הסדרים מעשיים, תוך איזונים פרקטיים. כל אלה משתנים משיטת משפט לשיטת משפט. הם גם משתנים במשך הזמן במסגרתה של אותה שיטת משפט. דוגמא טובה לכך הוא המשפט האמריקני. במסגרתו של זה הכירו תחילה בתי המשפט של המדינות השונות בסטייה הפרוספקטיבית כבר בתחילת המאה התשע-עשרה (ראו Currier, "Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling", 51 Va. L. Rev. 201 (1965)). היא מצאה הכרה במישור הפדרלי בשנות הששים ותחילת שנות השבעים בפסקי הדין בפרשת Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965); משנות השמונים חלה נסיגה ניכרת בתחום זה. כיום הפסיקה של בית המשפט העליון שוללת את התחולה הפרוספקטיבית בלבד של הלכות חדשות (ראו United States v. Johnson, 457 U.S. 537 (1982); Griffith v. Kentucky, 479 U.S. 314 (1987); James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529 (1991); Fallon and Meltzer, "New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies", 104 H.L.R. 1731 (1991); Harper v. Virginia Dept. of Taxation, 509 U.S. 86 (1993); Fisch, "Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach", 110 H.I.R. 1055 (1997); Shannon, "The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision", 26 H.J.L. & Pub. Pol'y 811 (2003); Katz, "Plainly Not 'Error': Adjudicative Retroactivity on Direct Review", 25 Cardozo L. Rev. 1979 (2004)). הגישה האמריקנית המקורית – זו שהכירה באפשרות של שינוי הלכתי פרוספקטיבי – מקובלת בהודו (ראו Golak Nath v. State of Punjab [1967] 2 S.C.J. 262; India Cerment Ltd. v. State of Tamil Nadu [1990] 1 S.C.C. 12; Orissa Cement Ltd. v. State of Orissa [1991] Supp (1) S.C.C. 430). הגישה האמריקנית המקורית הוחלה גם על ידי בית המשפט האירופאי (ה-European Court of Justice) שבלוקסמבורג (ראו Defrenne v. Sobena [1976] E.C.R. 455; Deutsche Telekom A.G. v. Vick and

(2000) Conze, ובית המשפט האירופאי לזכויות האדם שבשטרסבורג (ראו Marckx [1979] 2 EHR 330, 353 (v. Belgium)).

16. המשפט האנגלי התלבט תקופה ארוכה בשאלת התחולה הפרוספקטיבית של הלכות חדשות (לניתוח העמדות השונות, ראו פסק דינו של השופט ניקולס בפרשת National Westminster Bank). באותה פרשה – שנפסקה לפני מספר חודשים בלבד – נפסק, בדעת רוב, כי השאלה אם לנקוט בביטול פרוספקטיבי בלבד נתונה לשיקול דעת בית המשפט (פיסקה 39). נקבע כי עשויות להיות נסיבות בהן בית המשפט ינקוט בגישה זו. כותב השופט ניקולס:

“[T]here could be circumstances in this country where prospective overruling would be necessary to serve the underlying objective of the courts of this country: to administer justice fairly and in accordance with the law. There could be cases where a decision on an issue of law, whether common law or statute law, was unavoidable but the decision would have such gravely unfair and disruptive consequences for past transactions or happenings that this House would be compelled to depart from the normal principles relating to the retrospective and prospective effect of court decisions” (פסקה 40).

באותה פרשה הוחלט לתת להלכה החדשה תוקף רטרוספקטיבי, שכן לא התמלאו התנאים לתחולה פרוספקטיבית בלבד.

17. מה הדין בישראל? נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית. יחד עם זאת, הנני סבור כי אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית המשפט העליון ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד. התורה ההצהרתית של המשפט לא נקלטה בעוצמה רבה בישראל; אין מניעה חוקתית להכיר באפשרות זו. הקהיליה המשפטית בישראל לא תראה בכך פעילות שיפוטית שאינה תואמת את אופייה של השפיטה. האפשרות לאמץ גישה זו הועלתה במספר פסקי דין (ראו פיסקה 4 לעיל) ונראה לי כי משפטה של ישראל בשל לקליטתה. השאלה אינה, איפוא, האם להכיר עקרונית באפשרות זו. על כך התשובה היא בחיוב. השאלה הינה, באלו תנאים ובאלו נסיבות לפעול על-פיה. לבחינתה של שאלה זו אפנה עתה.

הגנה על אינטרס ההסתמכות

18. ביסוד הצורך להיזקק לביטול פרוספקטיבי בלבד של ההלכה השיפוטית החדשה עומד אינטרס ההסתמכות של יחידים וגופים (פרטיים ושלטוניים) אשר ניהלו את ענייניהם על בסיס ההלכה השיפוטית הישנה. "כחוט השני עובר אינטרס ההסתמכות במשפט הישראלי" (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (טרם פורסם, פסקה 19 לפסק הדין)). אכן, אינטרס ההסתמכות הוא מהאינטרסים המוגנים במשפט. כך בתחומי המשפט המינהלי (ראו ברק-ארז, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", משפטים כז 17 (1996)). וכך בתחומי המשפט הפרטי (ראו ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים 151; ג' שלו, דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 247 (2005); ראו גם Fuller and Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 Yale L.J. 52 373 (1936)). הילכת התקדים המחייב מבוססת אף היא, בחלקה, על ההגנה על אינטרס ההסתמכות (ראו ברק, שיקול דעת שיפוטי, עמ' 441). התפיסה בעניין תחולה פרוספקטיבית בלבד להלכה המשנה דין קודם נגזרת אף היא מהצורך להגן על אינטרס ההסתמכות. אכן, שינוי רטרופספקטיבי של ההלכה הקיימת עשוי לפגוע קשות במי שהסתמך עליה, עד כי יהיה בכך כדי למנוע את שינוי ההלכה. נמצא, כי הבחינה העיקרית צריכה להתרכז באינטרס ההסתמכות (ראו פרשת סטמקה, עמ' 746; ראו גם Stephens, "The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis" 48 Syracuse L. Rev. 1515 (1998)). על כן, אם הסוגיה היא חדשה ולא הוכרעה כלל בעבר, אין לומר כי קיים אינטרס ההסתמכות הראוי להגנה. הוא הדין אם ההלכה הישנה לא יצרה, הלכה למעשה, כל ההסתמכות של ממש, או אם ההסתמכות לא היתה סבירה, או אם אין ליתן לה משקל ניכר בהתבסס על הסוגיה הנדונה ומהותה של אותה ההסתמכות. בכל המקרים האלה ובאחרים אין ליתן משקל כבד לשיקול ההסתמכות, ויש מקום להפעלה רטרופספקטיבית של ההלכה החדשה (ראו Schaefer, "The Control of 'Sunbursts'; Techniques of Prospective Overruling", 42 N.Y.U.L. Rev. 631, 638 (1967)). דוגמאות למצב דברים זה ניתן למצוא במצבים הבאים: ההלכה הקודמת לא היתה של בית המשפט העליון; ההלכה הקודמת לא היתה ברורה, וניתנו לה פירושים שונים; ההלכה הקודמת לוותה בהתנגדות ובהצעות לשינויים; במספר אימרות אגב הסתייגו שופטים מההלכה הקודמת; ההלכה הקודמת לא היתה כלל ידועה לצדדים; הצדדים הסתמכו על הדין הישן תוך שכל אחד נוטל הסיכונים הכרוכים בשינויו (ראו: Note, "Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts", 71 Yale L.J. 907 (1962)). במצבים אלה ורבים אחרים, כל המסתמך על ההלכה הקודמת נוטל על עצמו סיכון ועל

כן ניתן לתת להלכה החדשה תוקף רטרואפקטיבי. אכן, ברבים מהמקרים השינוי בהלכה אינו בא בהפתעה. הוא אינו בא – בלשונו של השופט דבלין – “Out of a blue sky” (דבלין, שם, עמ' 10). בצדק ציין קרדוזו כי:

“The picture of a bewildered litigant lured into a course of action by the false light of decision, only to meet ruin when the light is extinguished and the decision overruled, is for the most part a figment of excited brains” (B.N. Cardozo, The Growth of The Law 122 (1924).

ראו גם: Schaefer, “Precedent and Policy”, 34 U. (Chi. L. Rev. 3, 15 (1966).

אכן, מקרי ההסתמכות, המצדיקים מתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה חדשה, מטבע הדברים אינם רבים (ראו טריינור, שם, עמ' 542).

19. קיומו של אינטרס ההסתמכות ופגיעה בו הם תנאים הכרחיים לתחולה פרוספקטיבית בלבד של הלכה חדשה. אין הם תנאים מספיקים. יש להמשיך ולבחון, אם לא ניתן להתגבר על בעיית ההסתמכות בלא לנקוט בתחולה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה החדשה. אכן, אינטרס ההסתמכות זוכה להגנה רחבה במשפט. באותם מקרים בהם הדינים הכלליים מגינים על אינטרס ההסתמכות, אין מקום להעניק לאינטרס כל הגנה נוספת בדמות התחולה הפרוספקטיבית. דוגמא לכך משמשת הדוקטרינה של עובד ציבור “דה פקטו”. על פי דוקטרינה זו, כאשר עובד ציבור פעל במקום שהאמין בתום לב כי הוא פועל מכוח חיקוק אשר בית המשפט הכריז עליו כבלתי חוקתי או בלתי חוקי, יש ליתן תוקף לפעולות שביצע בתקופת אי החוקיות (ראו בג”ץ 19/56 ברנדווין נ’ מנהל בית-הסוהר ומלה, פ”ד י’ 617, 630). במצב דברים זה, יינתן תוקף לאינטרס ההסתמכות באמצעות הדוקטרינה של עובד ציבור דה-פקטו בלא שיהא צורך להכריז על ביטול פרוספקטיבי של דבר החקיקה. לפנינו דוגמא מגישה כללית יותר, שעניינה הבטלות היחסית (ראו רע”פ 2413/99 גיטמן נ’ התובע הצבאי הראשי, פ”ד נד(4) 673, 684; ברק-ארז, “הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות”, ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 283 (י’ דותן וא’ בנדור (עורכים), 2005)). דוקטרינה זו מבחינה בין הפרת הדין לבין הסעד בגין ההפרה. במסגרת הסעד ניתן להתחשב בעיקרון ההסתמכות.

20. דוגמא אחרת ניתן למצוא במקרה שמש שולם מכוחו של חיקוק שבוטל בשל היותו נוגד לחוק יסוד או לחוק. השבת המסים שניגבו פוגעת כמובן באינטרס ההסתמכות של הגוף השלטוני אשר גבה את המס. הגנה על אינטרס זה ניתן למצוא

בטענה כי הגוף השלטוני זכאי להסתמך על ההגנה הכללית שמעניקים דיני עשיית עושר ולא במשפט, בדבר השבה בלתי צודקת (סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979). עד כמה שהגנה זו עומדת לגוף השלטוני, יש בכך כדי לפתור את בעיית ההסתמכות, בלא צורך לקבוע כי ההכרעה בעניין אי חוקתיות או אי חוקיות של המס אינה פועלת רטרואקטיבית. אכן, תחולת הגנה זו על השבת תשלומי מס משתנה משיטת משפט אחת לשיטה אחרת. בשיטתנו טרם נקבעה הלכה בעניין. הדבר הושאר בצריך עיון במספר הזדמנויות וגם בערעור זה לא נקבע בסוגיה זו כל עמדה (ראו ע"א 180/99 מנהל מס קניה נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נז(3) 625, 644; ע"א 3602/97 נציבות מס הכנסה ומס רכוש נ' שחר, פ"ד נו(2) 297, 337).

21. בדוגמאות אלה ורבות אחרות, אין מקום להיזקק לביטול פרוספקטיבי בלבד כדי להגן על אינטרס ההסתמכות, שכן דוקטרינות משפטיות אחרות יש בהן כדי להעניק הגנה מספקת לאינטרס זה. כמובן, יש לבחון בכל מקרה אם ההגנה על אינטרס ההסתמכות, אשר דוקטרינות אחרות אלה מעניקות, תואמות את ההגנה שאינטרס ההסתמכות היה זוכה לה מכוח הביטול הפרוספקטיבי בלבד. לעתים אין חפיפה בין השניים: לעתים מחיר ההיזקקות לדוקטרינות הכלליות הוא כה כבד – אם מנקודת מבט הנוגעים בדבר ואם מנקודת מבטה של מערכת בתי המשפט – שראוי יותר הוא ליתן לדין החדש תוקף פרוספקטיבי בלבד.

22. לבסוף, לעתים יהא מקום ליתן תוקף רטרואקטיבי להלכה החדשה, גם אם יש בכך פגיעה באינטרס ההסתמכות. כידוע, אינטרס זה אינו בעל כוח מוחלט. יש לאזן בינו לבין הערכים והעקרונות המתנגשים עימו. לעתים עשוי בית המשפט לסבור כי השיקולים התומכים בשינוי הדין, משקלם עולה על השיקולים התומכים בהלכה הישנה, ועל הנזק הנגרם לאינטרס ההסתמכות מעצם השינוי (ראו ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374, 384; רע"א 1287/92 בוטקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 172; עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז(3) 505). אכן, ההכרעה בשאלה אם ליתן להלכה החדשה אך תוקף פרוספקטיבי חייבת לקחת בחשבון את מלוא השיקולים הנוגעים בדבר; על השופט לאזן ביניהם, תוך מתן משקל לשיקולים הנוגדים, בנסיבותיו של המקרה שלפניו. כל זאת, כאשר נקודת המוצא העקרונית הינה תוקף רטרואקטיבי ופרוספקטיבי של ההלכה החדשה.

אינטרס ההסתמכות ודיני הנזיקין

23. מה משקל יש ליתן לאינטרס ההסתמכות בשינוי הלכתי בתחום דיני הנזיקין? כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון כל סוגיה לגופה. יש לבדוק עד כמה סמכו עצמם הצדדים על ההלכה הישנה, ועד כמה נפגמת הסתמכות זו בשינויה של אותה הלכה. הדעה המקובלת בספרות הינה כי ככלל הסתמכות בתחום דיני הנזיקין היא מועטה. עמד על כך השופט טריינור (Traynor) בציינו:

“[N]either the tortfeasor nor the victim nurses any reasonable expectations about injury that has yet to occur. When everyone’s daily life is prone to risk, it is hardly realistic to suppose that people are assiduously studying current rules of liability so that they may set out to hit or be hit advantageously” (Traynor, “The Limits of Judicial Creativity” 29 Hastings L.J. 1025, 1036 (1978).
ראו גם טריינור, קוו ואדיס, עמ' 545).

עם זאת, גם בתחום דיני הנזיקין, יש מקום להתחשב באינטרס ההסתמכות. בעיקר כך לענין הטלת חובות חדשות שלא היו מוכרות בעבר. היה זה דווקא בתחום דיני הנזיקין בו הכירו בתי משפט באמריקה לראשונה באפשרות של ביטול פרוספקטיבי בלבד של הלכה קודמת. הם עשו כן בעבר באותם המקרים בהם ההלכה הישנה לא הכירה באחריות בנזיקין (כגון ההלכה שקבעה כי בתי חולים חסינים מאחריות בנזיקין), ואילו ההלכה החדשה הכירה באחריות (תוך ביטול החסינות). בתי המשפט קבעו תחולה פרוספקטיבית בלבד להלכה החדשה, שכן בתי החולים לא ביטחו עצמם בסמכם על הדין הישן (ראו Currier, “Time and Change in Judge – Made Law: Prospective Overruling”, 51 Va.L.Rev. 201 (1965)). כמובן, שיקולים אלה אינם חלים במקום שקיים ביטוח. בדרך כלל אין לתת משקל ניכר לטיעון כי היקפה של ההלכה הישנה קבע את שיעור דמי הביטוח (ראו R. Keeton, Venturing To Do Justice 42 (1969)). השיקולים על פיהם נקבעים דמי הביטוח הם רבים ומגוונים, והיקפה של החבות מכח ההלכה השיפוטית הוא רק אחד מהם. על כל פנים, כוחן של חברות הביטוח “לפזר את הנזק” על כל המבוטחים מקטין את משקלו של אינטרס ההסתמכות שלהן. יכולים להיות, כמובן, מצבים יוצאי דופן, בהם לשיעור הפיצויים השפעה מכרעת על הביטוח, אך זה אינו המקרה הרגיל.

פרוספקטיביות בלבד לפרשת אטינגר?

24. על רקע מכלול השיקולים עליהם עמדנו, הנני סבור כי אין כל טעם של ממש שלא ליתן לפרשת אטינגר תוקף רטרוספקטיבי. היא תחול, איפוא, הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית. היא תחול על כל מעשה נזיקין שהתרחש לפני ולאחריה. זוהי נקודת המוצא העקרונית ואין מקום לסטות ממנה בפרשת אטינגר. לעניין פרשה זו הטעם המרכזי המונח ביסוד גישתי הינו, כי החלה רטרוספקטיבית של פרשת אטינגר לא תיפגע באופן ממשי באינטרס ההסתמכות. המזיקים והניזוקים הפוטנציאליים לא סמכו על פרשת גבריאל, אותה ביטלה פרשת אטינגר, בקביעת סדרי התנהגותם. פרשת אטינגר לא הטילה חובות חדשות, וכל השפעתה על שיעור הפיצויים, ואף כאן השפעתה אינה ניכרת. זאת ועוד: אחריותו של המזיק מכוסה לרוב על ידי ביטוח. גם אם חברת הביטוח סמכה עצמה בצורה זו או אחרת על פרשת גבריאל, בקביעת הפרמיה, היא מסוגלת לספוג את התשלומים הנוספים שפרשת אטינגר גוררת אחריה. בהתייחסו למשקלו של אינטרס ההסתמכות בדיני הנזיקין במקום שקיים ביטוח, מציין קיטון, כי הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות במצב זה הוא קטן, שכן הפגיעה באינטרס ההסתמכות של מבטח ספציפי, או מבוטח ספציפי, היא פחות רצינית. כן מציין קיטון כי בדרך כלל קשה לקבוע את השפעתה של דוקטרינה משפטית על שיעור הפרמיה (ראו קיטון, שם, עמ' 42). על כל פנים, לא הובאו בפנינו כל נתונים כי גישה זו אינה תופסת לעניין הלכת "השנים האבודות". הנטל בעניין זה מוטל על הטוען לתחולה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה החדשה.

25. זאת ועוד: הזמן כרסם בפרשת גבריאל. באנגליה, בקנדה, באוסטרליה ובארצות-הברית לא התקבלה הגישה שמצאה ביטוייה בפרשת גבריאל. במספר מדינות נקבעות בעניין זה הוראות סטטוטוריות מפורשות (ראו פרשת אטינגר, 528 ואילך). בפסיקה נמתחה עליה ביקורת (ראו פסק דינו של השופט ח' אריאל בע"א 110/86 גברעם נ' יורשי המנוח שלום מנג'ם ז"ל, פ"ד מב (2) 193, 199). גם בספרות המקצועית בישראל נמתחה עליה ביקורת (ראו ד' קציר פיצויים בשל נזקי גוף 381 (מהדורה חמישית 2003); א. פורת, "דיני נזיקין", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 301, 347 (בעריכת א' רוזן-צבי, 1994); א. פורת "דיני הנזיקין", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 221, 250 (בעריכת א' רוזן-צבי, תשנ"ב)). בהצעת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (2004) הוצע לסטות ממנה (ראו סעיף 544). השופט ריבלין הצביע בפרשת אטינגר על "שינוי באקלים המשפטי", אשר הביא לצורך לשינוי מפרשת גבריאל (ראו פרשת אטינגר, עמ' 559). שינוי באקלים זה משפיע, מטבע הדברים, על עצם

ההסתמכות, על עוצמתה ועל סבירותה. על רקע זה, דומה שמשקלו של אינטרס ההסתמכות של מבטחים על הלכת גבריאל אינו מצדיק מתן תוקף פרופספקטיבי בלבד לפרשת אטינגר. על כל פנים, אין לנו כל יסוד להניח כי המעמסה הכספית, שפרשת אטינגר עשויה להטיל על חברות הביטוח, אינה נופלת לגדר הסיכונים המקצועיים שחברות הביטוח צריכות לשאת בהם.

26. עד כמה שהפעלתה הרטרופקטיבית של פרשת אטינגר פוגעת באינטרס ההסתמכות, יש להיזקק לדינים הכלליים המגינים על אינטרס זה, כדי למצוא בהם תרופה. על כן יש לאפשר לצדדים בערכאה הדיונית – אשר הגישו כתבי בית-דין לפני פרשת אטינגר – לתקן אותם בעקבות אותה פרשה. כן יש לאפשר להעלות טענות בעניין זה במסגרת הערעור, כל עוד פסק הדין לא הפך לסופי.

27. בטרם נסיים סוגיה זו ברצוננו לציין כי גישתנו באשר לשינוי הפרוספקטיבי בלבד אינה קשורה ואינה משפיעה על אותם מצבים, בהם נקבע כי חוק הוא בלתי חוקתי תוך שנפסק כי כניסתה לתוקף של אי החוקתיות מושעת זמנית למועד עתידי (ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נו (5) 241, 284; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367. ראו גם מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט' 39 (תשס"ו)) בכל המצבים הללו, ההכרזה על בטלותה של הוראת החוק פעלה רטרופקטיבית. כל שהוחלט עליו הוא להשעות זמנית את ההכרזה בדבר הבטלות הרטרופקטיבית. ננקטה, אפוא, גישה המחילה את ההלכה החדשה רטרופקטיבית, תוך צירוף "פתיל השעיה" לכניסתה לתוקף של ההצהרה. השיקולים המונחים ביסוד גישה זו שונים הם בעיקרם מהשיקולים עליהם עמדנו בפסק דיננו.

ב. השפעתה של פרשת אטינגר על ההסכם בין הצדדים

28. העיזבון והתלויים כרתו הסכם עם המזיקים לתשלום סכום פיצויים פלוני לסיום הסכסוך ביניהם. להסכם זה ניתן תוקף בהחלטת בית המשפט. ההסכם ומתן התוקף השיפוטי התקיימו בטרם נפסק הדין בפרשת אטינגר. עתה באה פרשה זו ושינתה את דיני הפיצויים רטרופקטיבית. על פי הדין החדש, יתכן והעיזבון והתלויים זכאים לפיצויים נוספים. על רקע זה מתעוררת השאלה אם העיזבון והתלויים רשאים להשתחרר מן ההסכם, לאור השינוי בהלכה שהתרחש בפרשת אטינגר. זו השאלה השנייה הניצבת בפנינו בערעור זה. את התשובה לשאלה זו יש למצוא בדין הטעות שבחוזים. אמת, ההסכם בין הצדדים עוגן בהכרעה שיפוטית, אך הדין הוא כי לעניין ביטולו של הסכם שכזה בשל טעות שבו, יש לפנות לדיני החוזים (ראו ע"א 2495/95 בן

לולו נ' אטרדאש, פ"ד נא (1) 577; ע"א 3203/91 אזולאי נ' אזולאי (לא פורסם); ע"א 4272/91 ברבי נ' ברבי, פ"ד מח (4) 689, 699. הנה כי כן, השאלה הינה, אם עומדת לעיזבון ולתלויים הטענה כי הוטעו לחשוב כי הדין בעניינם נקבע בפרשת גבריאל ועל כן "רשאי בית המשפט... לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן" (סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ז – 1973 (להלן: חוק החוזים))?

29. לדעתנו, התשובה היא בשלילה. טעותם של העיזבון והתלויים הינה "בכדאיות העסקה" וטעות שכזו אינה מסמיכה את בית המשפט לבטל את החוזה (סעיף 14(ד) לחוק החוזים). אכן, כל אחד מהצדדים להסכם נטל על עצמו את הסיכון כי לאור "השינוי באקלים המשפטי" עשוי לחול שינוי בדיני הפיצויים בכל הנוגע לשנים האבודות. במצב דברים זה, אין משתכללת טעות "אופרטיבית" (ראו פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459, 466-471 (התשמ"ט)). עמד על כך השופט צ' טל:

בהסכמי פשרות הצדדים נוטלים על עצמם את הסיכון בדבר מצב משפטי. לשום צד אין ודאות שאם יזכה בדין, ואפילו יזכה, שמא הזמן וההוצאות אינם כדאים לו, ולפיכך הוא מתפשר. לא רק זאת, אלא שהמתפשר נוטל על עצמו סיכון שמא הדין ישתנה למפרע, ועל דעת כן הוא מתפשר (ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח (2) 513, 527).

וברוח דומה ציינו ד' פרידמן ונ' כהן:

מניחים כי צדדים לפשרה נוטלים לעצמם את הסיכון של פסיקה חדשה אף שזו עשויה לשנות את הדין למפרע (רטרואקטיבית) (ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים 729 (כרך ב', תשנ"ז).

אכן, הן העיזבון והתלויים והן המזיקים (חברת הביטוח הניצבת מאחוריהם) אינם יכולים להשתחרר מהחוזה שכרתו בשל שינוי למפרע בדיני הפיצויים. כל אחד מהצדדים נטל על עצמו את הסיכון שהלכה חדשה עשויה להגדיל הפיצויים או להקטינם.

הערעור מתקבל. החלטת בית משפט השלום (מיום 29.4.2004) ופסק דינו של בית המשפט המחוזי – מתבטלים.

ה נ ש י א

השופט י' עדיאל:

אני מסכים לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

קראתי את חוות-דעתו של חברי הנשיא ברק והיתה זו בעיניי כ"נקודה סינגולרית" שהכל בה ובדחיסות שלא תיאמן. חברי מציג את הנושא הסבוך של "פרוספקטיביות-רטרוספקטיביות", בבהירות ובנקיון-דעת, והצגה זו מקילה עימי בהצגת גירסה שונה במעט מגירסתו של חברי הגם שמסכים אני למסקנתו הסופית.

הערות פתיחה

2. חברי קובע (בפיסקה 5 לחוות-דעתו; ראו גם בפיסקה 17), כי בדין ישראל "נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית", ולאחר בחינה ובירור הדברים לגופם בא הוא לכלל מסקנה כי הלכה חדשה שנקבעה בענייננו "תחול ... הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית. היא תחול על כל מעשה נזיקין שהתרחש לפני ולפניה. זוהי נקודת המוצא העקרונית ואין מקום לסטות ממנה ..." (פיסקה 24 לחוות-הדעת). על אמירות אלו, וקודם היכנסנו אל הטרקלין, ביקשנו להעיר שתי הערות.

3. ראשית לכל, הגם שחברי מדבר על הלכה משפטית חדשה הפועלת "הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית", פירוש הדברים לאמיתם הוא, שאליבא דגירסתו פועלת הלכה חדשה רטרוספקטיבית. שהרי איש לא יחלוק כי בין-כך ובין-כך הלכה חדשה תפעל בכל מקרה פרוספקטיבית. חברי מבקש אפוא לקבוע חזקה - חזקה הניתנת

לסתירה, אמנם - כי נורמה חדשה שנקבעה בפסיקה וביטלה נורמה שקדמה לה, תוקפה של הנורמה החדשה הוא מלמפרע; כי חלה היא כמו מעצמה על מעשים שנעשו בתקופת שילטונה של הנורמה הוותיקה שבוטלה. בגיזרה זו אחלוק על חברי, שלדעתי נורמה חדשה שנקבעה בפסיקה תחול על אירועים שיארעו לאחריה, ואילו חלותר על מקרי-עבר תהא החרוג. תחותר של נורמה חדשה תהא אפוא פרוספקטיבית, ועל המבקש להחילה רטרופקטיבית - על מקרי-עבר - יוטל הנטל להוכיח כי נכון וראוי להחיל אותה נורמה חדשה על מעשים שנעשו לעת מלכותה של הנורמה הקודמת ובהסתמך על קיומה. יתר-על-כן: כפי שאסביר בהמשך דבריי להלן, דעתי היא כי קביעתו של כלל רטרופקטיבי גורף אינו עולה בקנה אחד עם אופיו המגוון של המשפט, והרי ידענו כי לעת שעוסקים אנו בהחלתה הרטרופקטיבית של נורמה אין דומה המשפט האזרחי למשפט הפלילי, אין דומים דיני החוזים לדיני הנזיקין, ואפילו אין דומה סוגיה פלונית מדיני הנזיקין לסוגיה אלמונית בהם. כל גיזרת דין תיבחן לעצמה, וקביעתו של כלל אחיד לא תצלח.

שנית, והוא עיקר: באומרו כי "נקודת המוצא העקרונית" היא כי הלכה חדשה פועלת הן רטרופקטיבית הן פרוספקטיבית, סומך חברי דבריו לדבריה של המישנה לנשיא מרים בן-פורת בבג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה (פ"ד מא(1) 469, 480). אלא שלמיטב ידיעתי לא בחנה ההלכה עד-כה, לעומקה, את השאלה העומדת עתה לפנינו להכרעה - שאלת ה"פרוספקטיביות-רטרופקטיביות" של הילכות בית המשפט העליון - ומתוך שהמותב שאנו יושבים בו מותב מורחב הוא, דומני שלא יהא זה נכון אם נקבע "נקודת מוצא עקרונית" למסע התהיה והפרשנות שאנו פותחים בו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן שגירסת המשפט המקובל הושפעה לא-במעט, בשורשיה, מתורת בלקסטון (Blackstone) שלפיה בתי-המשפט אינם יוצרים דין אלא מגלים דין בלבד. תורה זו - ידענו - טעמיה היו בצידה והם אינם טעמינו כהיום הזה. וראו עוד דבריו הנוקבים על פרופ' טדסקי במאמרו "הלכה לעתיד" אשר נתפרסם בסיפרו מסות במשפט (תשל"ח-1978) 25. (המאמר נזכר גם בדבריה של המישנה לנשיא בן-פורת, בפרשת כנפי).

דעתי היא, אפוא, כי באים אנו אל-החלק, ואת אשר נחרות באבן הוא שייחרת.

4. בראשית אומר, כי בכפיפות לדברים שייכתבו להלן, אני מסכים עם חברי כי טיעונים תורתיים, דוקטרינות משפט אפריריות וטיעוני חוקה אינם אוצרים כוח להכריע במחלוקת. חברי נדרש לטיעונים אלה ודעתו מקובלת עליי במלואה (ראו עוד את דבריו של בנג'מין קרדוזה המצוטטים בפיסקה 15 להלן). ואולם, השאלה שהוטל

עלינו להכריע בה אינה אלו שיקולים לא יכריעו אלא אלו שיקולים כן יכריעו את הכף. חברי סובר כי שיקולים מעשיים יכריעו, ובביקעה זו נחליף דברים. אוסיף עם זאת, כפי שנראה עוד להלן, כי המושג שיקולים מעשיים מניח, כמובנים מאליהם, עיקרי יסוד במשפט, שאף הם מצידם מייסדים עצמם, בין השאר, על שיקולי מעשה.

השאלה שלעניין

5. וזו היא השאלה שבדעתי לענות בה: בית-המשפט העליון קובע הלכה - כבענייננו - בסוגיה שבעיקרה מצויה היא בתחום משפט ההלכה, קרא, בתחום שלא הוסדר מפורשות בחוק. לאחר שנים נדרש בית-המשפט שוב לאותה סוגיה, ולאחר שקלא-וטריא הופך הוא על-פיה את ההלכה שנקבעה. מה דין יחול על אירועים שאירעו בין הלכה ראשונה לבין הלכה שנייה, ועולים הם להחלטה בהם לאחר הלכה שנייה? האם יחול עליהם הדין ששרר בעת האירוע, דהיינו, ההלכה הראשונה, או שמא יחול עליהם הדין שנקבע בהלכה החדשה? ניתן דעתנו, ונוסיף ונעמוד על-כך בהמשך דברינו להלן, כי היצגנו את השאלה הטורדת את מנוחתנו ברמת הפשטה נמוכה (יחסית). אין אנו מדברים על דרך הכלל בהלכה שקבע בית-המשפט - אם פועלה פועל פרוספקטיבי הוא בלבד או אם פועלה פועל רטרופקטיבי הוא גם-כן - אלא בהילכת "משפט מקובל" בלבד. אכן, יכולנו להנמיך את רמת ההפשטה ולצמצם את דברינו לדין הנזיקין, אך מטעמים שיתבהרו בהמשך דברינו להלן נעדיף להידרש לשאלה בדרך שהיצגנוה.

אירועי עבר ונורמות רטרופקטיביות

6. אירועי עבר שונים מאירועי הווה (ההופך עבר כהרף-עין) ומאירועי עתיד. העבר קפא על מקומו ואין הוא ניתן לשינוי. כך הוא בעולם הפיזי וכך הוא בעולם הנורמטיבי. ואם ישאל השואל: מהי אפוא נורמה רטרופקטיבית? אף אנו נשיב ונאמר לו כך: נורמה רטרופקטיבית היא נורמה שעם תחילתה, ולעתיד לבוא, לא עוד נשפוט את העבר על פי הנורמות ששררו לעת אירועם של אירועים אלא על-פי אותה נורמה. על עבר, על נורמות המחילות עצמן לעבר ועל שאלות נלוות לאלו עמדנו בפרשת ירון תלמי נ' מדינת ישראל (ע"פ 4912/91, פ"ד מח(1) 581, 619-620), וכך אמרנו שם:

... את העבר אין ביכולתנו לשנות (כך הוא, למגינת ליבם של אחדים ולשמחת-לב אחרים). מעשים שהיו - היו, מחדלים שנחדלו - נחדלו, מאורעות שאירעו - אירעו, נדרים שננדרו - ננדרו, נדרים שהופרו - הופרו. כל אלה כמו קפאו על מקומם והיו לנציבים, ואת הנעשה אין להשיב. אין בכוחנו אלא לתאר ולתעד דברים שהיו - או

שלא היו - ולשנותם לא נוכל. חופש הבחירה והברירה והמיון עשוי להתקיים אך באשר לעתיד, ואילו באשר לעבר הבחירה כבר נעשתה, והברירה והמיון - כברירה ומיון - אינם עוד.

כך בעולם הגשמי וכך בעולם הנורמות, בעולם שבראנו אנו והוא פרי רוחו של האדם. נורמות שהיו בעבר - ובהן עקרונות-משפט וכללי-משפט - לא נוכל לשנותן לעבר: מה שהיה היה ומה שלא היה ...

מה היא איפוא נורמה רטרוספקטיבית, ומה הוא חוק החל מלמפרע? האם אין בכוחם של אלה לשנות את העבר, ולו בעולם הנורמות? ... תשובתנו לשאלה היא בשלילה. וכך נאמר: פירושה של נורמה האומרת להחיל עצמה מלמפרע הוא זה, שהחל ביום תחילתה של הנורמה - ולעתיד - לא עוד נשפוט דברים מן העבר לפי הנורמות שחלו עליהם בעתם אלא כפי שתורה אותנו אותה נורמה. ... כל הנורמות כולן הן פרוספקטיביות - על-פי עצם הגדרתן - צופות הן פני-עתיד, אך יש מהן שהן צופות אף פני-עבר לעניין תחולתן בעתיד על מעשים או על מחדלים של עבר ...

הנה-כי-כן, כתחנת מוצא לחשיבה, העבר היה כאשת לוט, שלא נוכל להשיבה לחיים. לא כן הוא במישור הנורמטיבי: אם אך נבקש זאת, נוכל לשנות בעתיד יחסנו לאשר אירע בעבר. ואולם אם כך נבקש, יהא עלינו להסביר מה טעם, על מה ולמה, נאמר להתעלם ממה שאירע בפועל בעבר ומן הנורמות שחלו בעת מעשה, ולהחיל על העבר, לעתיד-לבוא, נורמות שונות מאלו ששררו בעת האירוע.

7. כל מעשה, כל מחדל, כל עיסקה וכל דברים אחרים שנודעת להם משמעות משפטית, נעשים ונחדלים בחיקה של שיטת משפט מסוימת בזמן ובמרחב נתונים. ובו-ברגע שאותם דברים באים לעולם מתגבשות ונוצרות זכויות וחובות מסוימות. אותם דברים נולדים במעבה שיטת משפט פלונית, אותה שיטת משפט אופפת אותם סביב-סביב, ומוסיפה ומציידת היא אותם באופי מסויים, ב"סטטוס" מסויים. אותה מערכת של זכויות וחובות נולדת, כביכול, בעלת אופי משפטי-גנטי מסויים. פיזית אין אותה מערכת ניתנת לשינוי. נורמטיבית - לעתיד-לבוא - ניתנת היא לשינוי, והדבר בידינו הוא. בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221) הזכרתי את האמירה כי הפרלמנט בווסטמינסטר יכול לעשות הכל חוץ מאשר להפוך אשה לגבר וגבר לאשה, ועל אמירה זו הערתי הערה זו (שם, :527)

אמירה זו אינה מדוייקת, כמובן. אם כוונת האומר היא, שאין בכוחו של הפרלמנט להפוך גבר לאישה ואישה לגבר - משמעם של דברים כפשוטם - ודאי שהדברים נכונים. ואולם כך נעדרים הם כל משמעות שהיא, שכן בה במידה אין בכוחו של הפרלמנט להזיז עיפרון מצדו האחד של השולחן אל צדו האחר. פרלמנט - בתורת כזה - אינו מעסיק עצמו כלל בעשייה פיזית, ואין בכוחו לעשות במישרין שינויים פיזיים בעולם הסובב אותנו. הפרלמנט אינו מעסיק עצמו אלא בנורמות ובעשייה נורמאטיבית, ובתחום זה כוחו וסמכותו. אם כוונת האומר היא אפוא שהפרלמנט אינו "יכול" - מבחינה נורמאטיבית - להפוך אישה לגבר וגבר לאישה, פשוט הוא שהאמירה אינה נכונה. בעולמן המופלא של הנורמות - אותו עולם שאינו נתפס בחמשת החושים אך שולט הוא בחיינו - "יכולה" ומוסמכת היא הכנסת "להפוך" גבר לאישה ואישה לגבר. שאלה לעצמה היא אם אלה שהנורמות אמורות לחול עליהם יישמעו להן. שאלה זו למותר לומר היא מחוץ לתחומנו.

(ראו עוד: בג"ץ 5843/97 יונה ברגור נ' שר הביטחון, פ"ד נב(2) 462, 473). "ובכן", הוספתי ואמרתי בפרשת ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (בג"ץ 9098/01, טרם פורסם; בפסקה 38 לחוות-דעת): "בבריאנתן של נורמות אל עולם הנורמות - הפרלמנט הוא כל-יכול. איזמל-מנתחים מקיז-דם אין - ומעולם לא היה - בידו של הפרלמנט, אך איזמל-מנתחים נורמטיבי היה, הווה ויהיה בידו כל הימים". אכן, "מבחינת מעשה החקיקה, באשר הוא - שמא נאמר: מבחינה נורמטיבית גרידא - אין כל קושי בדבר. משיכת קולמוס אחת, וחוק שנחקק היום מסייע עצמו לְעָבֵר כאוות-נפשו של מחוקק. כן הוא מעשה החקיקה" (שם, בפסקה 29 לחוות-דעת). וכפי שהוספתי ואמרתי (שם, שם): "נוצרת אפוא מעין דיכטומיה: מבחינת המציאות, מעשים ואירועים מן העבר אין בכוחנו לשנות, ואילו מבחינה נורמטיבית, מוצאים אנו דבר-חקיקה המבקש להשתלט על אירועי עבר שבזמנם נשלטו על-ידי דין אחר".

8. ואולם, כל עוד לא נתחולל שינוי בנורמה, הנורמה ששררה בעת שאירע האירוע היא הנורמה שהאירוע יישפט לפיה, והיא שתקבע אלו זכויות וחובות נולדו ומה יחסי הגומלין ביניהן. כך הוא במשפט וכך הוא במינהגות חברה, במוסר חברתי, בהתנהגות אנוש, ביחסי בני-אדם ביניהם לבין עצמם. כל מעשה וכל התנהגות יישפטו לזמנם ולמקומם. קיסר "נאור" היה נאור ביחס לתקופתו ולתקופות שקדמו לו. כך ולא אחרת. ולא יהא זה לא נכון ולא ראוי כי נשפוט - לשבט או לחסד - אנשי עבר ומעשי עבר בכלים שבידינו כיום. יפתח בדורו - כשמואל בדורו (בבלי, ראש השנה, כה ע"ב).

9. הכל מסכימים - אין חולק - כי מעמדם המשפטי של מעשים ושל מחדלים בני-משמעות משפטית, ייקבע - בראש ובראשונה - על-פי הדין השורר בעת היעשות המעשה ובעת היחדל המחדל. הסכמה זו היא אף אף-ההורחה של דוקטרינת הזכויות המוקנות. ובלשונו של סעיף 22 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981:

<p>22. ביטולו של דין אין כוחו יפה - (1) להחיות דבר שלא היה לו תוקף בשעה שהביטול נכנס לתקפו; (2) להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה לפיו; (3) להשפיע על זכות או חיוב שלפי הדין המבוטל ועל עיצום בשל עבירה עליו.</p>	<p>סייגים לכוח של ביטול</p>
---	--

הנה-הינו עקרון הפרוספקטיביות: חוק חדש כוחו מיום תחילתו ולעתיד-לבוא, ומכאן שחוק מאוחר המבטל חוק מוקדם, אין בו בביטול כדי לפגוע בזכויות ובחבויות (במובנם הרחב של מושגים אלה) שנולדו מכוחו של החוק המוקדם. והוא, כמובן, "אם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב" עם הוראה זו (סעיף 1 לחוק הפרשנות), דהיינו, כלל זה לא יחול במקום שהחוק החדש מעיד על עצמו כי מבקש הוא לחול מלמפרע (ובהנחה מובנת מאליה כי התחולה למפרע נעשתה כדין).

הנחת-יסוד זו, כי פועלו של חוק הוא - לכאורה - פרוספקטיבי, נותנת ביטוי לתחושתנו האינטואיטיבית ולחוש ההגינות הטבוע בנו כי כך ראוי שיהיה. וכפי שנאמר בפרשת תלמי (שם, 621):

התורה שעניינה "זכויות מוקנות" הינה מכשיר מועיל בחיי המשפט, ועל הרוב נותנת היא ביטוי משפטי לתחושתו האינטואיטיבית של המשפטן-המומתח, ולחוש ההגינות הטבוע בנו; לא כל שכן שכל אלה עולים בקנה אחד עם הסדר הציבורי והביטחון המשפטי. חוזה שנכרת והוא מחייב על-פי הדין שחל בעת כריתתו, יחייב את הצדדים לו גם אם נשתנה לאחר מכן החוק ועימו נשתנו התנאים המוקדמים לכריתתו של חוזה (ובכפוף לתקנת הציבור); עוולה שנעשתה לא תיפסק מהיותה עוולה אך באשר לאחר מעשה בוטל אותו ראש-עוולה, ולהיפך: מעשה שלא עלה כדי עוולה בעת עשייתו, לא יהפוך עוולה אך באשר לאחר מעשה קבע המחוקק אותו מעשה כעילה לעוולה; ועוד ועוד.

כך הוא בזכויות ובחובות שצמחו בחיקו של משפט ישראל. כך הוא גם בזכויות ובחובות שצמחו בחיקה של שיטת משפט חוצה-לישראל, במקום שאותה שיטת משפט היא שיטת המשפט שכללי המשפט הבינלאומי פרטי השוררים בישראל מפנים אליה. כך הוא באשר לקיומה - או לאי קיומה של זכות או חובה - וכך הוא באשר להיקפה של זכות או חובה. זו תיאוריית הזכויות המוקנות, הגם שיש בה בתיאוריה זו כדי לסחרר אותנו במעין מעגל שוטה (פרשת תלמי, 622). נוסף עוד זאת, כי הקניית זכויות וחבויות על-פי הדין ששרר בזמן המעשה או המחדל, לא זו בלבד שנדרשת היא על-פי השכל הישר וההיגיון, אלא שקביעה זו - והיא בלבד - יש בכוחה להשרות ביטחון בחיי המעשה. כך קונים אנשים זכויות, כך מוטלות עליהם חובות. כך זוכים אנשים בחסינות וכו'.

10. זהו אפוא הכלל הראשון בחקיקה - כלל הפרוספקטיביות. חוק הוא, כעיקרון, בעל תחולה פרוספקטיבית; ייעודו הוא ליצור זכויות וחבויות לעתיד-לבוא. והגם שניתן להעניק לחוק תחולה מלמפרע (במיגבלות הכלליות של הדין), הנטל הוא על הטוען כי כך אמנם נעשה.

כל כך בחקיקה. ומה באשר לפסיקה ולהלכה?

נורמה שנקבעה בפסיקה

11. זה מכבר הותרנו מאחורי גבנו את תיאוריית בלקסטון כי בתי המשפט אך "מגלים" דין ואינם "יוצרים" דין. מה לנו שנרחיק לכת, הנה הוא ענייננו-שלנו: בפרשה המוקדמת של גבריאל (ע"א 295/81 עזבון המנוח שרון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533) יצר בית המשפט דין, וכך היה גם בפרשה המאוחרת של אטינגר (ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, טרם פורסם). כך הוא בכל פסק דין של בית המשפט העליון, בוודאי כך בפסקי-דין שבמודע ובכוונת-מכוון קובעים הילכות-משפט: בין הלכות שנודעת להן השפעה מרובה ובין הלכות שהשפעתן אינה רבה. הלכה שבפסק-דין - בין אם הלכה חשובה היא בין אם לאו, בין אם בעיקרה הצהרתית היא ובין אם בעיקרה קונסטטיטיוטיווית היא - הלכה היא הנוצרת ביום מתן פסק הדין. באותו יום נוצרה, הלכה למעשה, זכותו של בעל הדין. באותו יום נקבעה ההלכה. בפסקי דין ובהחלטות היוצאים מלפניו, יוצר בית משפט חוק ("חקיקה שיפוטית") וזכויות, ועל דרך העיקרון לא ימצא לי טעם טוב להבדיל בין מערכת שבה חוק המבטל חוק לבין מערכת שבה

הלכה המבטלת הלכה. ומה חוק חדש המבטל חוק ישן, אין בו בחוק החדש - לכאורה - כדי לפגוע בזכויות ובחובות שנוצרו בחוקה של החוק הישן, כן יהיה בהלכה המבטלת הלכה, שלא יהיה בה בהלכה החדשה - לכאורה - כדי לפגוע בזכויות ובחובות שנוצרו בחיקה של ההלכה הישנה. בכפיפות לדברים שנאמר להלן, אין הבדל - לכאורה - בין מקרה החוק לבין מקרה ההלכה, לא מבחינת חיי המעשה, לא מבחינת הצדק, לא מבחינת המוסר החברתי ולא מכל בחינה אחרת. כאן בוטלה נורמה בידי נורמה מאוחרת לה, ואותו היגיון החל במקרה האחד יחול במקרה האחר אף-הוא.

12. כבכל הכתבים שנכתבו על נושא הרטרופקטיביות, מעלה חברי הנשיא אף-הוא את יסוד ההסתמכות (שהוא בן משפחה לדוקטרינת הזכויות המוקנות) כיסוד התומך בעקרון הפרוספקטיביות. אני מסכים לדבריו, ובלבד שנדע כי מכוונים אנו לא להסתמכות פרטנית ואינדיווידואלית, במקרה זה או אחר, אלא ליסוד של הסתמכות "קונסטרוקטיבית". מדברים אנו בתופעת הסתמכות הנובעת מהתבוננות בדרכיהן של הבריות; הסתמכות שמקורה בנסיון שנרכש בחיי המעשה; הסתמכות הנסמכת אל האדם הממוצע והמקרה הממוצע. יסוד לבר-משפטי זה עבר תהליך של קריסטליזציה, עיקרו נתגלגל ונתגבש בכלל משפטי, ומעת ההתגבשות ישרור הכלל ואין אנו נדרשים עוד לשאלה אם במקרה פלוני או אלמוני נתקיים בפועל יסוד ההסתמכות. במילים אחרות: יסוד ההסתמכות ה"קונסטרוקטיבית" הביא ליצירת כלל במשפט, וניתן לומר - וכך נאמר אנו - שכיום חי עימנו כלל מוסדי ולפיו תחולתן של נורמות במשפט - בין אם בדין חרות בין אם בהלכה הפסוקה - היא לעתיד לבוא. פירושו: אין בכוונתם של חוק חדש או של הלכה חדשה לפגוע בזכויות או בחבויות שנולדו ונוצרו בחיקו של הדין או של ההלכה ששררו ושנתקיימו לפני החוק או ההלכה החדשים; והוא, כמובן, בכפיפות לכלל-שכנגד ולפיו נחליט ונקבע כי בנסיבותיו של מקרה פלוני או של סוג מקרים פלוני, תחולתה של נורמה פלונית יהא מלמפרע, ולא יזו תקופת-זמן יחול מלמפרע.

13. לסיכום ביניים נאמר אפוא כך: זכויות וחובות חיות ומתקיימות מכוחה ובחיקה של שיטת משפט; ובמקום שבו פוסק בית-המשפט הלכה פלונית, חיות ומתקיימות זכויות וחובות - בתחומיה של אותה הלכה - בחיקה ומכוחה של אותה הלכה. ההלכה שנפסקה היא דין המדינה - אין דין מדינה אחר - ועל-פיה אמורים הכל לנהוג. ואם לימים עומד בית-המשפט על ההלכה והופכה על-פיה, כוחה של ההלכה החדשה הוא מיום הפסקה ולעתיד-לבוא. ההלכה החדשה אינה פוגעת, לכאורה, בזכויות ובחובות שנולדו בחיקה ומכוחה של ההלכה הישנה. ואם יטען מי כי פועלה של ההלכה החדשה הוא רטרופקטיבי; כי בכוחה לשנות ולהצמיח זכויות או חבויות שנוצרו ונתקיימו מכוחה ובחיקה של ההלכה הישנה; על הטוען כן הנטל להצדיק

ולחסיביר על-מה ולמה וכיצד יש בכוחה של ההלכה החדשה לבטל זכויות וחבויות שנוצרו ונתקיימו לפי ההלכה הישנה. ראו עוד, והשוו: אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז-1977) § 283; מאמרה המשובח של ד"ר עדנה קפלן: "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון", משפטים ט (תשל"ט-1978/9) 221, ומאמר שכתבה בבחינת revisiting: "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון", בספר אבנר חי שאקי, מאזני משפט ד (תשס"ה-2005) 125. דומני שד"ר קפלן ואנוכי, שנינו צועדים באותו נתיב, כל אחד מאיתנו על רגליו-שלו.

14. עד כאן - חציו האחד של הסיפור. חציו השני - והוא לענייננו עתה - עניינו בשאלת תחולתה של נורמה באורח רטרוספקטיבי. ככל שהמדובר הוא בחוק חרות, שאלת חלותו הרטרוספקטיבית תיחתך ותוכרע בפירושו של החוק ועל יסוד הנחה שהחוק עומד במיבחני החוקה. (במשפטנו - עומד במיבחני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק). וכך, אם נועד החוק על-פי המחוקק להיותו רטרוספקטיבי - קרא: לשנות לעתיד-לבוא זכויות וחובות שנוצקו בחיק הדין ששרר עובר לחוק - ויעודו זה עולה מפירושו על-פי כללי הפרשנות המקובלים, כי-אז כן יהי. השאלה הנשאלת היא, מה דינה של הלכה חדשה שהפכה על-פיה הלכה שקדמה לה? האם אפשר וכוחה של ההלכה החדשה יהיה רטרוספקטיבי, דהיינו, שלעתיד-לבוא תשנה ההלכה, מלמפרע, זכויות שנרכשו וחובות שהוטלו על-פי ההלכה הקודמת?

15. פשוט וברור הוא, שבהיעדר חוק חרות המורה אותנו כך או אחרת - וחוק חרות לעניין זה אין, אמנם, בנמצא - שאלת תחולתה הרטרוספקטיבית של הלכה, אף-היא שאלה של הלכה היא. כיצד נפסוק אפוא הלכה? בצומת דרכים זה נתקשה ללמוד היקש מ"חוק מבטל חוק" ל"הלכה מבטלת הלכה". טעם הדבר הוא, ששיקולים רבים ושונים הם השיקולים המניעים מחוקק לחוקק או להעניק תחולה רטרואקטיבית לחוק חרות, בהם שיקולים הזרים על-פי עצם טיבם לדרכי פעילותו של בית-משפט. ובלשונו של Roger J. Traynor במאמרו "Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility", 28 *Hastings L.J.* 533, 537-538 (1976-1977):

... In the legislative process there is neither beginning nor end. It is an endless free-wheeling experiment, without institutional restraints, that may have rational origins and procedures and goals or that may lack them. ...

המחוקק, אפוא, שיקוליו הם מאופק-אל-אופק. שלא כמותו הוא בית-המשפט, ששיקוליו שיקולים הם המייחדים עצמם לעולם המשפט, בראשם שיקולי צדק, סבירות ויעילות.

THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS

בסיפרו

(BENJAMIN N. CARDOZO) נדרש בנג'מין קרדוזו (Yale University Press, 1921) לשאלה אם יש להבחין - לעניין פרוספקטיביות-רטרוספקטיביות - בין הלכה המשנה הלכה קודמת בנושא תקפותו של חוק (ביחס לחוקה), לבין הלכה המשנה הלכה קודמת בנושא פירושו ותחום התפרשותו של חוק ולבין הלכה המשנה הלכה קודמת באשר לפירושו או לתחום התפרשותו של כלל מן המשפט המקובל. ואמר על-כך המחבר (שם, : (149-148

... Where the line of division will some day be located, I will make no attempt to say. I feel assured, however, that its location, wherever it shall be, will be governed, not by metaphysical conceptions of the nature of judge-made law, nor by the fetich of some implacable tenet, such as that of the division of Governmental powers, but by considerations of convenience, of utility, and of the deepest sentiments of justice.

ומתוך ששיקוליו של מחוקק בהחילו חוק באורח רטרוספקטיבי שונים הם משיקוליו של בית-משפט בהחילו הלכה באורח רטרוספקטיבי, ממילא נתקשה ללמוד היקש ממקרה החוק למקרה ההלכה.

16. הקושי העיקרי העומד על דרכנו בהחלטה של הלכה באורח רטרוספקטיבי טמון באותן זכויות שניקנו וציפיות שנולדו בחסותה של ההלכה הקודמת – זכויות וציפיות במובנם הרחב של מושגים אלה - ואשר ההלכה החדשה מבקשת לבטלן או לקצץ בהן. לעת האירוע דין המדינה היה כהלכה קמא, והנה מבקשים אנו שלא להחיל על האירוע אותו דין המדינה אלא הלכה שנקבעה לימים ואשר הפכה על פיה את ההלכה הקודמת. פגיעה זו אל נקל בה ראש, והרי יש בה כדי להפוך מערכות יחסים משפטיים על פיהן כדי גרימת עוול. וכפי שאמר לורד דיפלוק (Lord Diplock) בהרצאה משנת 1965 על הנושא "The Courts as Legislators":

(J)udge-made law... is in theory retrospective. A precedent which reverses or modifies a previous precedent is applicable to all such cases which

are tried subsequently even though they arise out of acts done before the new precedent was laid down. This is unjust, and because it is unjust it is itself a factor which makes the courts more hesitant than they would otherwise be to correct previous errors or to adapt an established rule of conduct to changed conditions. And yet the rule that a new precedent applies to acts done before it was laid down is not an essential feature of the judicial process. It is a consequence of a legal fiction that the Courts merely expound the law as it has always been. The time has come, I suggest, to reflect whether we should discard this fiction.

(מצוטט במאמרו של טריינור, שם, 535 ה"ש 7): ראו עוד: דבריו של לורד ניקולס (Lord Nicholls) בפרשת *National Westminster Bank plc. V. Spectrum Plus Limited* [2005] UKHL 41.

17. המסקנה המתבקשת - מתבקשת מאליה - היא אפוא זו, שבמקום שבו שררה הלכה א' ובאה הלכה ב' והפכה אותה על-פיה, נידרש לטעם מהותי כבד-מישקל עד שנסכים להחיל באורח רטרואספקטיבי את הלכה ב' על אירוע שאירע בחיקה של הלכה א', דהיינו, על אירוע שאירע לאחר הלכה א' וקודם הלכה ב'. בתיתנו דעתנו לכך שעיקר ייעודו של בית-משפט הוא לעשות צדק, נדע מעצמנו כי אותו טעם מהותי וכבד-מישקל אשר יורה אותנו להחיל באורח רטרואספקטיבי הלכה חדשה, חייב שיהא זה טעם הטובל עד לשפתו בצדק. שאם לא יהא אותו טעם ספוג כל-כולו בצדק, לא יהא בכוחו להתגבר על הנחת המוצא כי אירוע שאירע בחיקה של הלכה פלונית, אותה הלכה היא שראוי לה - וראוי לנו - כי תעצב את אופיו המשפטי. אותו צדק שנבקש יכול שיהא צדק פרטני, אינדיווידואלי, בין תובע לבין נתבע, ויכול שיהא זה צדק הפורש עצמו על-פני גיזרה משפטית רחבה. וכעומקו של הצדק כן יהא עומק הרטרואספקטיביות. ואולם צדק חייב שיימצא לנו, שהוא הכוח המניע את החלטת הרטרואספקטיביות.

18. אמרנו בראשית דברינו (בפיסקה 4), כי נידרש בחוות-דעתנו זו אך לטיפוס המקרה המונח לפנינו, קרא, להלכה ההופכת הלכה בתחום ההלכה (משפט מקובל נוסח ישראל). כך אמרנו, ולא בכדי. טעם הדבר הוא, שתחום זה של "הלכה הופכת הלכה" פורש עצמו על-פני ענפי משפט שונים ועל פני טיפוסים כה-שונים של מקרים. הוא כה רחב בתחומי תחולתו, עד כי לא יהא זה לא נכון ולא ראוי כי נדבר בנוסחה כל-כוללת האמורה לפרוש את חסותה על כל סוגי המקרים כולם. ואם תימצא לנו נוסחה כל-כוללת מעין-זו, ניסוחה יהא כה כללי וכה דליל עד שלא נוכל להיעזר בה ככלי לבחינה

ולבדיקה. אכן, ככל שהמכנה המשותף יקטן וילך כן יישחקו ויילכו גלגלי הביקורת והתבונה.

19. היקש לענייננו נוכל ללמוד מסוגיית חופש הביטוי. חופש הביטוי, כך אמרנו במקום אחד (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 854), אין הוא עשוי מעשה מיקשה. יִקָּסוּ בו אינטרסים מאינטרסים שונים, מהם אינטרסים בעלי-עוצמה רבה ומהם אינטרסים בעלי עוצמה מעטה, ולא יהא זה ראוי ונכון כי נעניק הגנה שווה ויחס שווה לכל אותם אינטרסים כולם:

... מושג חופש הביטוי (וכמוהו חירות היצירה) אין הוא מעשה-מיקשה; מעין פדרציה הוא, פדרציה של זכויות ואינטרסים. יש כרוניקה ויש נאום, יש מאמר פרשנות ויש סיפורת ושירה, יש ביקורת השלטון ויש פירסומת מסחרית, יש תהלוכה ויש הפגנה, יש מחזה ויש סרט. כל אחת מדרכי התבטאות אלו משקפת אינטרס מסוים, ולא הרי אינטרס אחד כהרי אינטרס אחר. כך, למשל, פירסומת מסחרית לא תזכה - ואין היא ראויה שתזכה - לאותה הגנה שכרוניקה תזכה לה. מכאן: תחת אשר נדבר על חופש הביטוי - כך על דרך הסתם - שומה עלינו ליטול את אגד חופש הביטוי לידינו ולברור מתוכו בזהירות אותו שריג שלעניין. אין ענייננו, כמובן, בתוויות גרידא - סיפורת או כרוניקה, שיר או הפגנה. שומה עלינו להעמיק חקור עד-השורש, לנסות ולעשות כמיטבנו כדי לעמוד על טיבו של האינטרס המבקש הגנה, על תוכה ועל תוכנה המהותי של הזכות המוצגת לפני בית-המשפט.

ראו עוד: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 601, 689; בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1991) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 25; דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 78. אכן, לו ראינו את אינטרס חופש הביטוי כאינטרס מעשה מיקשה, כי-אז היינו מערבים מין בשאינו מינו. שכן הכל יסכימו - גם החסידים הלהוטים ביותר של חופש הביטוי - שלא הרי ביקורת השילטון כהרי פירסומת מסחרית.

20. וכחופש הביטוי כן הוא ענייננו שלנו, שסוגיית ה"הלכה הופכת הלכה" אין היא מעשה מיקשה ואין היא עשויה חומר אחד. כך, למשל, לא הרי השיקולים הקובעים בהליך הפלילי כהרי השיקולים הקובעים בהליך האזרחי, וכל קטן יבין וידע זאת. אין פלא בדבר אפוא שבמאמרם של Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer, "NEW LAW, NON-RETROACTIVITY, AND CONSTITUTIONAL REMEDIES", 104 *Harv. L.R.* 1733 (1991), מדברים המחברים, בנפרד, בסוגיית הרטרואקטיביות

במשפטים פליליים, בחסינות מסוייגת במשפטי נזיקין חוקתיים ובהליכים להטלת מיסים. לא עוד, אלא שדנים הם, בנפרד, בגישות השונות של בית-המשפט העליון בנושא הרטרואקטיביות במשפטים פליליים, בתקופתו של הנשיא Warren ובתקופתו של הנשיא Rehnquist (לדוקטרינה ששררה בתקופתו של הנשיא וורן, ראו עוד: מ' חשין, "עוד על העיון מחדש על ידי נציב מס הכנסה", רבעון לענייני מיסים, תשכ"ח-1968, 3). יתר-על-כן: המשפט האזרחי אף-הוא אינו עשוי חומר אחד. כך, למשל, לא הרי משפט החוזים כהרי משפט הנזיקין, והרי גורם ההסתמכות - כגורם החותך את ענף המשפט לרוחבו - גורם ראשון במעלה הוא בדין החוזים בעוד אשר כוחו כוח-מישנה הוא בדין הנזיקין. ואפשר יש אף להבחין - בתחום בין הנזיקין - בין עוולות קניין לבין עוולות לגוף האדם. הוא הדין בשאלה אם במערכת של "הלכה הופכת הלכה" יחול אותו כלל בנושא שמתחום המשפט המקובל, קרא, בנושא שאינו מוסדר מפורשות בחוק חרות; בנושא של הצהרה על חוק פלוני להיותו חוק נוגד חוקה ובטל; ובנושא הנסוב על פירושו ותחומי התפרשותו של חוק. כל מקרים אלה, ואחרים זולתם - כך לימדנו בנג'מין קרדוזו (ראו פסקה 15, לעיל) - ישלטו בידי אותם כללי-יסוד: צדק, יעילות וכו', ואולם משתועלה לפנינו להכרעה מערכת ספציפית בתחום של "הלכה הופכת הלכה", נטל הוא המוטל עלינו להעמיק חקר בטיבה של המאטריה. ונכריע בדין רק לאחר בחינת עוצמתם הספציפית של האינטרסים המתגושים.

21. יתר-על-כן: כפי שאמרנו לעיל, הלכה שנקבעה הופכת להיותה דין המדינה, וממילא אמורה היא לכוון דרכיהן של הבריות. גם אם יפסק לימים כי הלכה שנפסקה - בטעות נפסקה, בכל זאת היתה אותה הלכה דין המדינה עד שנהפכה על פיה. וכבר לימדונו חז"ל כי "שֶׁשֶׁפְּתָא, כיוון דעל - על" (בבלי, בבא בתרא כא ע"א): שיבוש שאירע, דרכו שהוא משתרש ומתקיים. הנה היא הלכה שנפסקה (הלכה א'), ולימים עומד עליה בית-המשפט ומחליט (בהלכה ב') להופכה על פיה. כך אירע בענייננו, שהילכת אטינגר הפכה על-פיה את הילכת גבריאל. השאלה הנשאלת היא באשר לתקופת הביניים, קרא: מה דינם של אירועים שאירעו בתקופת הביניים, בין הלכה להלכה, ועלו לדיון ולהכרעה לאחר הלכה ב'? (למעשה מתעוררת השאלה גם באשר לאירועים שאירעו לפני הלכה א' ועלו לדיון ולהכרעה לאחר הלכה ב'). הנחת המוצא לענייננו היא, כי הן בהלכה הראשונה (לענייננו: הילכת גבריאל) הן בהלכה השניה (לענייננו: הילכת אטינגר) יצר בית-המשפט דין - הן דין לבעלי-הדין הן דין בעל אופי נורמטיבי לכולי עלמא.

22. ככל שההלכה החדשה אומרת להחיל עצמה על אירועים שיארעו לאחר הינתנה, לא ניתקל בכל קושי. לא כן הוא בבקשנו להחיל את ההלכה החדשה באורח רטרופקטיבי על תקופת הביניים שבין הלכה להלכה. ניתוח מערכת זו של "הלכה הופכת הלכה" על רקע ההכרה וההסכמה כי גם הלכה ראשונה גם הלכה שניה יצרו דין, חייב להוליכנו למסקנה כי בשוקלו אם תוחל ההלכה השניה - הלכה יוצרת דין - באורח רטרופקטיבי, שומה עליו על בית-המשפט להביא במניין שיקולים-שכנגד, שיקולים הנוגדים את המגמה להחיל את הדין החדש מלמפרע. שיקולי-נגד אלה יכולים להוליכנו לכלל מסקנה כי אין להחיל את הדין החדש מלמפרע - בין בכלל, בין בסוג מקרים, בין במקרה זה או אחר - וכן יכולים הם להוסיף ולייצר גם סייגים והגנות, בין סייגים והגנות בני תוקף נורמטיבי הנדרשים מתוך הזכויות החדשות, בין סייגים והגנות הנדרשים מן הדין הכללי. הנה-כי-כן, בתקופת הביניים שרר דין ההלכה הראשונה, ונתקשה לקבל כי לאחר תקופת חודשים או שנים - לעיתים תקופה ארוכה למדי - יעלה הכוונה על ההלכה הראשונה, מלמפרע, בלא שתינתן הדעת על מה שאירע בתקופת הביניים. היסוד החשוב ביותר לענייננו כאן הוא, כמובן, יסוד ההסתמכות.

23. אוסיף בהקשר זה, בזהירות המתחייבת, שניתן לטעון כי הסתמכות בהקשר ענייננו כאן אין עניינה אך במקרה של פלוני המסתמך על הדין הקיים (לפי ההלכה הראשונה) ומשנה מצבו; כי הסתמכות במקום זה עניינה אף בסידרי החיים המקובלים, בציפיה הסבירה כי שינוי בחוק יודע עליו מראש, כי היחיד ייחנה מביטחון משפטי על דרך הכלל. ראו עוד: פרופ' אהרן ברק, "חקיקה שיפוטית", משפטים יג (תשמ"ג-1983) 73, 25. גם אם אדם אינו משנה מצבו באורח ספציפי בהסתמכו על הדין הקיים, החלה רטרופקטיבית של דין יש בה כדי לבלבל ולחסר מאמונו של היחיד במערכת השילטון. חוק, ידענו מכבר, יש להודיע עליו מראש, וגם שינוי דרכי ההליכים לקבלתו של חוק יש להחליט להודיע עליו מראש. ראו: פרשת בנק המזרחי, שם, 533-534. וכפי שכבר ציינו בדברינו למעלה, היסוד העיקרי במאבק שבין הקיים לבין השינוי הוא יסוד הצדק וההגינות - בעיקרו צדק חלוקתי - ובצידו יסודות הסדר הטוב והיעילות.

רטרופקטיביות - אימתית?

24. פשוט וברור הוא, שבהיעדר חוק חרות המורה אותנו כך או אחרת - וחוק חרות לעניין זה אין בשיטת המשפט בישראל - שאלת תחולתה הרטרופקטיבית של הלכה פלונית, שאלה היא הנתונה להכרעתה של שיטת המשפט שלעניין, בין באורח נורמטיבי בין באורח פרטני. והשאלה שאלה היא של קביעת כלל והצבת חריג בצידו: מה יהא הכלל ומה יהא החריג. המשפט המקובל, למשל, לא פיקפק מעולם בחלוקתה

הרטרוספקטיבית של הלכה חדשה - זה היה הכלל שקבע - בעיקר כנגזרת מן הדוקטרינה שטבע בלקסטון ואשר על-פיה אין בתי-המשפט יוצרים דין אלא מגלים דין בלבד. בה-בעת היו בתי המשפט באנגליה ערים לעוול העלול להיגרם בהחלטה של הלכה חדשה באורח רטרוספקטיבי, וביקשו לרפוא לפגם זה על דרך קביעתה של נוסחת-איזון המביאה במניין חריג לכלל. ראו, למשל, פסקה 40 לפסק דינו של הלורד ניקולס בפרשת ווסטמינסטר (מצוטטת בפסקה 16 לחוות דעתו של חברי הנשיא).

25. חברי הנשיא ברק נדרש למשפט משווה, ובחוות-דעתו סוקר הוא פסיקה ענפה בארצות אלו ואחרות. גם בפרשת ווסטמינסטר נדרשו שופטי בית הלורדים באורח מקיף למשפט משווה, ועל ההלכות השונות שנפסקו במדינות השונות ובמהלך השנים ניתן לומר כי היו בהן מכל הסוגים והמינים. המיגוון רחב וכל המבקש ליטול בא ונוטל. ראו למשל: Pamela J. Stephens, "THE NEW RETROACTIVITY DOCTRINE: EQUALITY, RELIANCE AND STARE DECISIS", 48 *Syracuse L. Rev.* 1515 (1998). המבוכה רבה במיוחד בארה"ב, והכתיבה על הנושא רבה ומייגעת. קשה להימנע מהתרשמות כי דרכי הפסיקה בארה"ב - פסיקה המשנה כיוון מעת לעת - מושפעות בעיקר מהשקפות עומק של שופטי בית-המשפט העליון באשר למקומו של בית-המשפט במערכת השילטונית. ראו עוד, והשוו: RETROACTIVITY AND LEGAL CHANGE: AN EQUILIBRIUM APPROACH, 110 *Harv. L. Rev.* 1055 (1977). אשר לנו, נאמנים לדרכנו נאמר כי ב"הלכה הופכת הלכה" תחול ההלכה השניה לעתיד לבוא, אך יכול הוא בית-המשפט - מעשה מחוקק - להחילה רטרוספקטיבית תוך שהוא נותן דעתו לחלוקת הצדק בין הזוכים לבין המפסידים על-פי ההלכה המאוחרת.

26. שאלה ראשונה היא, מה דינו של התובע שזכה במשפט המאוחר (בהלכה ב') והביא להפיכתה של ההלכה על-פיה? לדעתנו, השאלה הנסבה על חלוקת הצדק בין תובע לבין נתבע תישאל אף בעניינו של תובע זה, כשם שתישאל בעניינם של תובעים שיבואו אחריו ויבקשו ליהנות מן ההלכה החדשה. נוסף עם זאת, כי נתקשה למצוא מקרה שאותו תובע לא יימצא זכאי ליהנות מפריה של ההלכה החדשה. ראשית לכל ייאמר - וכבר עמדו על כך אחרים - כי אם התובע במשפט המאוחר לא יזכה להחלת ההלכה על עניינו - אותה הלכה שהוא עצמו חוללה - לא יימצאו תובעים שיביאו לשינוי בהלכה שראוי היה לשנותה, ונמצא הציבור נפסד. שנית, הצדק תובע כי ההלכה החדשה תוחל על מי שחולל את השינוי, וזהו שכרו בעמלו. ואולם, נדגיש, במקום שבו יימצא כי אינטרס הנתבע ואינטרס הכלל עולים על אינטרס התובע, לא תוחל ההלכה החדשה גם על התובע שהביא להולדתה. כוחה של ההלכה יהא אך לעתיד-לבוא - קרא: ההלכה תוחל על אירועים שיארעו לאחר הינתנה - ובלשון אנשי-המשפט האמריקנים

ייאמר, כי ההלכה תהא *purely prospective*. למותר לומר כי אם עומדת לו לנתבע הגנה ספציפית כנגד הזכות שבית-המשפט מכונן לראשונה, זכאי הוא להעלות אותה הגנה ממש כשם שלעתיד-לבוא יהיו נתבעים זכאים להעלות טענות הגנה ספציפיות כנגד הזכות החדשה שנתכוננה בפסק הדין השני. כל כך - באשר לתובע שחולל שינוי בהלכה. ומה דינם של אחרים שעניינם זהה או דומה-במאוד לעניינו של מחולל השינוי?

27. תשובתי לשאלה היא, כי "נטל משפטי" מוטל על שיכמו של התובע האחר, לשכנע את בית-המשפט כי ראוי להחיל את ההלכה החדשה באורח רטרופקטיבי, דהיינו: כי נכון לשנות סדרים שנהגו ומערכות של זכויות-חובות שנתכוננו קודם ההלכה החדשה, ובעיקר: כי צודק - בחלוקת הצדק בין תובע לנתבע - להחיל את ההלכה באורח רטרופקטיבי. אכן, שלא כחברי - הסובר כי ההלכה החדשה חלה רטרופקטיבית אלא אם יחליט בית-המשפט כי לא כן יהיה - דעתי היא כי ההלכה החדשה לא תחול רטרופקטיבית אלא אם יחליט בית-המשפט אחרת. הנטל לשכנע את בית-המשפט כי יש להחיל את ההלכה רטרופקטיבית, על שיכמו של התובע מוטל הוא.

28. בהקשר זה ביקשתי להקשות על חסידי התחולה הרטרופקטיבית. הילכת אטינגר הכירה - שמא נאמר: יצרה - ראש נזק שקודם לכן שללה ההלכה את קיומו, ובכך שינתה את המשפט המהותי בדין הנזיקין שעניינו נזקי גוף. ונדגיש: אין המדובר בשינוי בפרוצדורה אלא בשינוי במשפט המהותי. ראו: DICEY AND MORRIS on *THE CONFLICT OF LAWS* (13th ed., 2000, ed. Lawrence Collins), vol. 1, Rule 17, § 7-034 ff. ומכאן שאלה: נניח שהמדובר בענייננו לא היה ביצירת ראש נזק אלא ביצירת אב-נזיקין (או "בן נזיקין"), דהיינו, ביצירתה של עילה חדשה שבית-המשפט שלל בהלכה קודמת את קיומה. האם היינו מחליטים להחיל הלכה זו רטרופקטיבית?

והדין בישראל - מה הוא?

29. משהארכנו עד-כה בדברים, נוכל עתה לקצר. חברי הנשיא סובר כי הרטרופקטיביות היא הכלל ושלילת הרטרופקטיביות היא החריג. ובלשונו (בפיסקה 17 לחוות-דעתו): "נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית. יחד עם זאת, הנני סבור כי אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית המשפט העליון ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד". דעתי אחרת היא. שלא כחברי, המניח - כהנחת פתיחה - כי הלכה חדשה פועלה הוא

רטרוספקטיבי אלא אם ייאמר אחרת, הנחתי-שלי היא, כי הלכה חדשה פועלה הוא פרוספקטיבי אלא אם ייאמר אחרת. לשון אחר: לדעתי, התחולה הפרוספקטיבית היא הכלל ואילו התחולה הרטרוספקטיבית היא החרוג. ומשכך, הנחת הפתיחה היא שהלכה חדשה חלטה היא פרוספקטיבית, וממילא הנטל מוטל על הטוען להחלטה הרטרוספקטיבית, וכך יש לשפוט.

ומן הכלל אל הפרט

30. הילכת אטינגר, כהלכה יוצרת דין וכהלכה הופכת הלכה, מחילה עצמה על אירועים שיארעו לאחריה. על כך מסכימים הכל. השאלה הנשאלת היא, אם יש וניתן להחיל אותה הלכה גם למפרע, על אירועים שאירעו בחיקה של הילכת גבריאלי. ניתנת אמת להיאמר שהשאלה לא הקלה עימנו. הילכת אטינגר הפכה על פיה את הילכת "השנים האבודות" כפי שנפסקה בפרשת גבריאלי, ובמעשה שעשתה חוללה רעידת אדמה בתחום מסוים זה של דין הנזיקין. נתחוללה "מהפכה זוטא", בלשונו של הנשיא יצחק פֶהן בפרשת גבריאלי (שם, בעמ' 570). האם ראוי הוא להחיל הלכה זו באורח רטרוספקטיבי?

השאלה אם הילכת אטינגר נכיר בה כבעלת תחולה רטרוספקטיבית או כבעלת תחולה פרוספקטיבית בלבד, תוכרע בהתגוששות בין השיקולים המושכים לצדדים, ובנושא זה נתרשמתי במיוחד מן החום המוסרי הבוקע מפסק-דינו של בית-המשפט בפרשת אטינגר - פסק-דין שכתבו חברנו השופט ריבלין והסכימו לו הנשיא ברק, המישנה לנשיא אור והשופטים מצא ודורנר - ומן העוצמה שבה ביטא השופט ריבלין את זכותו של הנפגע לזכות בצדק, קרא, בפיצוי תמורת השנים האבודות. נביא קטעים אחדים מחוות-דעתו של השופט ריבלין בפרשת אטינגר:

... הפיצוי בגין "השנים האבודות" יש בו ... כדי לתקן את מצב העניינים הלא שוויוני, שנוצר עקב המעשה העוולתי. הוא מציע מענה לאי-הצדק, הכרוך בשלילת הזכות לפיצויים, ממי שאינו יכול לממש את כושר השתכרותו, בשל קיצור תוחלת חייו בעוולה, בה-בעת שנפסקים פיצויים למי שאי-יכולתו לממש את כושר השתכרותו נובעת מפציעתו בעוולה – בבחינת "זול יותר להרוג מאשר לפצוע". ודוק: לא בענישת המזיק אנו עוסקים כאן, כי אם בעיון המאזניים ובהימנעות מהפחתה בלתי-מוצדקת של הפיצוי אך בשל העובדה, שבנוסף לפגיעה ביכולת ההשתכרות של הניזוק גרם

המזיק גם לקיצור תוחלת חייו. (בפיסקה 16 לחוות-הדעת).

... כסף אינו יכול לבוא תחת אבר-גוף שניזוק, תחת הצער הכרוך באובדן מקום עבודה, ובוודאי שלא תחת שנות-חיים שאינן עוד. אולם, בכך לבד אין כדי לרפות את ידיהם של בתי המשפט מלפסוק פיצויים, ככל שהדבר דרוש כדי לקרב את הניזוק למצב בו היה אלמלא קרות הנזק. ... הפיצוי לא ימנע את הסבל, אך יכול ויהפוך את הסבל לנסבל. (בפיסקה 18).

בלא פסיקת פיצויים בגין "השנים האבודות", התוצאה המתקבלת מהוראת סעיף 78 לפקודה, במקרים בהם לא עומדת לניזוק, שעה שמת, תביעת פיצויים – היא, מבחינת התלויים, קשה ובלתי-צודקת. טלו אדם, אשר היו צפויות לו עשרות שנות-עבודה, ובשל מעשה נזיקין קוצרה תוחלת חייו לשנתיים בלבד. רוב רובן של שנות ההשתכרות הפוטנציאליות, שלא יבואו לכלל מימוש בשל עוולת המזיק, לא יקבלו כל ביטוי בפסיקת הפיצויים, והתלויים, אפילו יירשו את שזכה בתביעתו, יותרו מול שוקת שבורה, זולת אם יבחר הניזוק – בחירה שהעמדתה בפניו אינה מתיישבת עם אמות-מידה של צדק והיגיון – שלא להגיש תביעה בגין נזקיו. (בפיסקה 29).

...פסיקת הפיצויים בגין אובדן ההשתכרות "בשנים האבודות" מתקנת – אמנם לא במלוא מובן המילה אך במובנים חשובים – את הסטייה החדה במאזניים החיצוניות, שנגרמה עקב עוולתו של המזיק. מן הניזוק נשללה, בעוולה, היכולת להפיק הכנסות ולעשות בהן שימוש לצרכיו ולצרכי משפחתו. מתן הפיצוי עונה על הצורך ליתן לכך ביטוי, ומבטיח כי חוסר האיזון שנגרם בעוולה לא יותר בעינו דווקא במקרים בהם נתאפיינה תוצאת המעשה העוולתי בחומרה יתירה ...

... פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" מונעת את התוצאה השרירותית, לפיה אין נפסקים פיצויים בגין אובדן השתכרות לניזוק שתוחלת חייו קוצרה, ובה בעת נפסקים פיצויים בראש-נזק זה לניזוק-הצמח, או פיצויים לעיזבון בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים, הכל – בלא הצדקה מהותית מספקת להבחנה. ... ואולי חשוב מכל, פסיקת הפיצויים בגין "השנים האבודות" (לניזוק-החי) מבטיחה, כי לא ייווצר מצב שבו, על אף שנשללה מן התלויים תמיכת הניזוק עקב מעשה העוולה – תמיכה שהיתה קנויה להם אלמלא אותו מעשה – יעמוד נזק זה בלא כל תרופה. (בפיסקה 70).

ואם זה הצדק העומד לזכותו של התובע - שמא נאמר: של הניזוק או של התלויים בו - הופיע הצדק במלוא הדרו בחוות-דעתו של השופט ריבלין בפרשת אטינגר. צדק זה, צדק אנושי חם, נודע לו מישקל רב - אפשר אף מישקל מכריע - בהכרעה בשאלת הרטרופקטיביות. עוד נתתי דעתי לכך, שהמדובר היה בחילוקי דעות שבין חברת ביטוח לבין עובד שנהרג כמהלך עבודתו, והתובעים היו התלויים במנוח ובעיזבונו. בחלוקת הצדק בין שני אלה שאינם שווי-כוחות, ובתיתי דעתי ליכולתה של חברת הביטוח להביא לפיזור הנזק, פְּכָדָה כף המאזניים לזכותו של הניזוק והתלויים בו. היו ימים - ימים רחוקים מאיתנו - שבהם אסור היה לבא-כוחו של תובע להזכיר - בעיקר לפני חבר מושבעים שישב לדין - כי הנתבע מבוטח וכי בדמי הנזק תישא חברת הביטוח ולא הנתבע אישית. ימים אלה חלפו-עברו, ואנו בימינו.

31. בסיכומם של דברים אני מצרף דעתי למסקנתו של חברי הנשיא כי יש להחיל את הילכת אטינגר באורח רטרופקטיבי, אך בכפיפות לטיעונים ספציפיים - בהם טיעוני הסתמכות וטיעונים אחרים - שעשויים נתבעים להעלות בהליכים נגדם.

ההסכם בין בעלי-הדין והילכת אטינגר

32. על יסוד הנחה שהילכת אטינגר חלה על עניינם - וכך אמנם פוסקים אנו - מעלים הנתבעים טענת הגנה הנסמכת אל הסכם שנכרת ביניהם לבין התובעים ואשר זכה לקבל תוקף של החלטת בית-משפט. הילכת אטינגר נפסקה ביום 15.3.2004 אלא שזמן קצר קודם לכן כרתו בעלי-הדין הסכם פשרה שלפיו ישלמו הנתבעים לתובעים סך 100,000 ש"ח לסילוק התביעה. ביום 22.2.2004 - דהיינו: כשלושה שבועות לפני פסיקתה של הילכת אטינגר - קיבל הסכם זה תוקף של החלטת בית-משפט. השאלה הנשאלת היא, אם יש בו באותו הסכם שזכה לתוקף של החלטת בית-משפט, לעמוד לשטן על דרכם של התובעים ולסתום את הגולל על זכותם (הרטרואקטיבית). חברי הנשיא ברק סובר כי יש בו בהסכם כדי לחסום את תביעתם של התובעים, ואני מסכים למסקנתו. אלא שדרכי שונה מדרכו.

33. לדעת חברי יש להכריע בשאלה על-פי הוראת סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (חוק החוזים), הקובעת ומורה אותנו כך:

(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

הוראת-חוק זו עניינה ב"טעות", והשאלה הנשאלת היא, אם אמנם נתפשו התובעים לכלל "טעות" אופרטיבית שעה שחתמו על הסכם הפשרה. כשאני לעצמי, מתקשה אני לגלות אותה "טעות" שהתובעים נתפשו לה, כביכול.

34. אין ספק כי לעת כריתתו לא ניגע ההסכם בכל טעות שהיא. אלא מאי? הילכת אטינגר, כפסיקת חברי, יש לראותה כהלכה ששינתה את דין הפיצויים מלמפרע – לענייננו: למיצער למתחילת יום כריתת ההסכם - ואם כך, יש לראות את התובעים כמי שנתפשו לכלל טעות בעת כריתת ההסכם: התובעים כמו סברו כי הילכת גבריאלי חלה עליהם בעוד שהיתה זו הילכת אטינגר ששלטה על המאטריה (כפי שלמדנו לימים). הלוך מחשבה זה אינו מקובל עליי. טעות שהוראת סעיף 14(ב) לחוק החוזים מדברת בה, טעות היא הנוכחת לעת כריתת ההסכם, דהיינו: מושג ה"טעות" בחוזה, על-פי עצם טיבו, מחיל עצמו על יום כריתת החוזה. טעות מעין זו לא נמצאה לנו. ואילו אם תאמר כי חלותה למפרע של הילכת אטינגר הפכה הסכם שלא ניגע בטעות בזמנו ("בזמן אמת", כלשון הבריות) להסכם שניגע בטעות, כביכול, כי-אז דומני שמותחים אנו את קרום המעטפת של מושג ה"טעות" עד להתפקע, ותוכנו של מושג ה"טעות" יישפך ארצה. ראו: רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253. ובפראפראזה על דברים שנכתבו בפרשת רוקר נ' סלומון (שם, 254) נאמר אנו כך: המושג טעות נבנה על גרעין של "טעות", וסביבו של אותו גרעין יחוגו-יסובו אירועים ומקרים הנמשכים אל מרכז הכבידה שלו. המשמעות הגרעינית היא שתקבע את תחום הפרישה של המושג, הדי.אן.אי. הוא שיכריע. הַכְנָסַת אלמנט אובייקטיבי למערכת זו של טעות תשבש את הסדרים מעיקרם (ראו והשוו: סיפרם של פרידמן וכהן הנזכר בפיסקה 38 להלן, עמ' 727, סעיף 14.57).

35. ולענייננו-שלנו נאמר כך: אין ספק שהתובעים לא "טעו" לעת כריתת ההסכם - כהוראתו הגרעינית והמקובלת של מושג ה"טעות" - ולא מצאתי הצדק לייחס (to impute) להם טעות - לאחר היוולד הילכת אטינגר - תוך עיוות הלשון. כך - אם נאמץ לנו את הגירסה הרטרופקטיבית. ואילו לפי גישתנו שלנו, בוודאי לא נפלה טעות בהסכם, הואיל וכוחה מלמפרע של הילכת אטינגר ניתן לה בידי בית-המשפט ולא אוטומטית, כביכול, בידי הדין הכללי. ואם לא נפלה טעות בהסכם ממילא אין מקום לתחולתה של הוראת סעיף 14(ב) לחוק החוזים.

36. דומה כי דבריו של השופט צבי טל בע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513 עולים בקנה אחד עם דברינו. בעמ' 522 ואילך לפסק-הדין מתמודד השופט טל עם סוגיית התחולה הרטרופקטיבית של פסיקה המפרשת דין ועם נושא טעות ש"בחוק" כפוגמת בחוזה (כהוראת סעיף 15(ד) לחוק החוזים) ובסיכום דבריו קובע הוא (בעמ' 524) כי "פרשנות מאוחרת יותר של 'החוק', ששינתה את משמעותו מכפי שחשב המתקשר בשעתו, אינה יכולה להיחשב טעות 'בחוק'". בהמשך דבריו (בעמ' 525) מוסיף השופט טל וקובע כי "קשה להעלות על הדעת שניתן לפתוח עניין שנסתיים, כגון חוזה שכבר בוצע, בטענה כי הייתה לאחד הצדדים טעות שבדין, וזאת עקב פסיקה חדשה, אולי לאחר שנים, ששינתה את הדין הקודם."

37. אוסיף עוד ואעיר, כי לו נתקיים יסוד הטעות בהסכם הפשרה שבענייננו - ולדעתי, כאמור, לא ניגע בהסכם בטעות - נוטה הייתי לשקול בכובד ראש את בקשת התובעים - בקשה הנסמכת אל הוראת סעיף 14(ב) לחוק החוזים - לבטל את הסכם הפשרה "מן הצדק". אכן, לו היסכמנו כי ההסכם ניגע בטעות, כי-אז היתה ניצורה שאלה אם טעותם של התובעים היתה טעות אופרטיבית, דהיינו, טעות פוגמת חוזה, או שמא לא היתה זו אלא טעות "בכדאיות העיסקה" בלבד (כהוראת סעיף 14(ד) לחוק החוזים), ובמקרה זה לא היתה מתקיימת עילה לביטול החוזה. חברי הנשיא סבור שהטעות בענייננו היתה טעות "בכדאיות העיסקה", ומסקנה זו כבדה עליי.

38. בעלי-הדין שלפנינו כרתו ביניהם הסכם פשרה, ונסכים, כמובן - כיצד נוכל אחרת - כי פשרה משמיעה אותנו ויתורים הדדיים מצידם של שני בעלי-הפשרה על סיכוי לזכות ביותר ממה שמעניקה להם הפשרה, או כפי שנוהגים לכנות ויתור זה: "קניית סיכון" (ואנו נוסיף - "מכירת סיכוי") או "קניית הדין". ראו: דניאל פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות", עיוני משפט יד (תשמ"ט-1989) 459, 469 (פרידמן); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב (תשנ"ג-1992) 736 (פרידמן וכהן); בג"ץ 57/67 גרוס נ' נציב מס הכנסה, פ"ד כא(1) 558, 559-560 (השופט זילברג).

השאלה אינה אלא על איזה סיכוי ויתרו בעלי-הפשרה, איזה סיכון נטלו על עצמם, איזה דין קנו? בשאלה זו טמונה אף התשובה לשאלה: "טעות בכדאיות" - מהי. מקובלת עלינו הגדרתם של פרידמן וכהן, כי "טעות בכדאיות היא ... טעות ביחס לסיכון שהצד נטל על עצמו, בין במפורש ובין לפי פירושו הנכון של החוזה או לאור ההבנה שיש לנו לגבי חוזים מסוג זה" (פרידמן, 466; פרידמן וכהן, 727). אשר לאותו סיכון שצד "נטל על עצמו", מוסיף ומלמדנו פרידמן (שם, שם) כי:

... אין הכוונה בהכרח שהצד נטל על עצמו סיכון זה מרצונו וביודעין. פעמים אכן כך הדבר, אולם במקרים אחרים מייחס לו הדין את נטילת הסיכון שמדובר בו. במילים אחרות, נוכח התפיסה שיש לנו ביחס לאופי החוזה ולאור הבנתנו בדבר הסיכונים הרגילים הכרוכים בו, אנו מניחים (אם לא נקבע אחרת) שסיכון מסוים מוטל על צד פלוני, אף אם לא היה אותו צד ער לכך ממש.

השאלה בפשרה היא, אפוא, איזו עובדה, הלכה משפטית או התפתחות אפשרית בעתיד היו שנויות במחלוקת בין בעלי-הפשרה (פרידמן וכהן, 736). פשרה היא קניית סיכון, ואולם "השאלה היא תמיד מהו הסיכון שנקנה ומהן הנחות היסוד ששימשו לצורך אותה פשרה" (פרידמן, 470). וכך, טעות היא טעות "בכדאיות העיסקה" - אין היא טעות אופרטיבית - אם מקומה הוא בגדירות הסיכון שנטל כל צד על עצמו. ולהיפך: טעות שמחוץ לגדירות הסיכון לא תהא טעות "בכדאיות העיסקה". בלשונו של פרידמן (שם, 466):

... אין מקום לטענת טעות ביחס לסיכון שצד נטל על עצמו במסגרת חוזה (אפשר, אם רוצים, לכנות טעות זו "טעות בכדאיות"), אך יש מקום לטענת טעות לגבי נושא שאינו נכלל בגדר הסיכון שנטל הצד על עצמו.

וכדבריהם של פרידמן וכהן בנושא הפשרה (שם, 737):

... מקום שפשרה מושתתת על טעות יסודית, נקודה שלא היתה שנויה במחלוקת ואשר לגביה לא התפשרו הצדדים, ניתנת הפשרה, כמוה ככל הסכם אחר, לביטול בתנאי שהתמלאו התנאים הדרושים לשם כך. ואפילו קיבלה הפשרה תוקף של פסק דין, ניתנים הפשרה ופסק הדין, המושתת עליה, לביטול מחמת טעות... פשרה היא

אמנם קניית סיכון, אולם השאלה היא תמיד מהו הסיכון שנקנה ומהן הנחות היסוד ששימשו לצורך אותה הפשרה.

39. לענייננו-שלנו נאמר, כי לעת כריתתו של הסכם הפשרה - "בזמן אמת" - היה נושא "השנים האבודות" רחוק מתחומי הסיכון שבעלי-הדין נטלו על עצמם או מתחומי הסיכוי שכל אחד מהם השתעשע בו. אכן, כבכל הסכם פשרה על נושא כספי, התפשרו בעלי-הדין על גובה סכום הפיצוי שעל המעביד לשלם לעובד, ואולם שאלת "השנים האבודות", כשאלה לעצמה, היתה רחוקה מהם. חייבים אנו להניח – כך תורה אותנו הבינה הסבירה - כי לעת חישוב הפיצויים שיוו בעלי-הדין נגד עיניהם את הילכת גבריאלי, ועשו הלכה זו תשתית למשא-ומתן שהיה ביניהם.

והנה הופיעה הילכת אטינגר. הילכת אטינגר לא היתה "עוד הלכה" בדין הנזיקין. לא היתה זו הלכה מן המניין, הלכה מסוג ההלכות שאנו נתקלים בהן מדי יום ביומו. היתה זו הלכה שהביאה לעולם אב-פיצויים חדש - יצרה יש-מצאין, שמא נאמר: יצרה כן מלא - כמוה כהלכה היוצרת עילת נזיקין חדשה שלא היתה כלל בנמצא לעת הסכם הפשרה (לא עוד, אלא עילת נזיקין שקיומה נשלל מפורשות בפסיקה). הדבר בא לידי ביטוי בדבריו של השופט ריבלין בפרשת אטינגר, באומרו (בפיסקה 70 לחוות-דעתו) כי בעקבות הילכת גבריאלי, ובחלוף השנים, ציפינו לחקיקה שתשנה את ההלכה, אלא שהימתנו עד בוש והמחוקק בושש לבוא ולחוקק. אכן, לדעתנו חוללה הילכת אטינגר מהפכה זוטא בתחום דין הפיצויים במשפט הנזיקין; ולו היתה הילכת אטינגר ההלכה השלטת לעת כריתת הסכם הפשרה, כי-אז בהניחם כי הילכת גבריאלי דווקא היא ההלכה הקובעת, נקלעו בעלי-הפשרה לכלל טעות אופרטיבית. טעותם לא היתה אך טעות "בכדאיות העיסקה", הואיל ונושא "השנים האבודות" היה אל-מחוץ לגדירת הוויתורים שוויתרו והסיכונים שנטלו על עצמם אהדדי. התובעים לא הביאו במניין שיקוליהם את הסיכוי להפיכתה של הילכת גבריאלי על-פיה. במעשה הפשרה הם לא "ויתרו" על אפשרות שינוי ההלכה, ואין זה צודק כי נייחס להם ויתור על סיכוי לשינוי ההלכה.

40. כפי שצינו בדברינו לעיל, הילכת אטינגר נמשלה בעינינו להלכה שייצרה עילת תביעה חדשה, לא עוד אלא עילת תביעה שקיומה נשלל בעבר. ומה במקרה זה האחרון - לו אירע - נושא קיומה של אותה עילה היה, כך ניתן להניח במקרה הרגיל, אל-מחוץ לגדירות הסיכונים והסיכויים, כן יהיה בענייננו-שלנו. וכך, יסוד הצדק שהביא אותנו להחלתה של הילכת אטינגר באורח רטרוספקטיבי, אותו יסוד צדק עצמו יורנו להכיר

ב"טעות" - ככל שנפלה טעות - כטעות אופרטיבית, כטעות שאינה אך "בכדאיות העיסקה", כטעות מתירה עיסקה ומפרקת פשרה. אלא שלדעתנו, כאמור, לא נפלה טעות בעיסקת הפשרה. דוקטרינת ה"טעות" דלה מכדי שתעמוס על כתפיה מערכת עובדות שלא נפלה בה טעות של-אמת ב"זמן אמת", ומטעם זה אני מסכים למסקנת חברי הנשיא - מסקנה המסיבה לי צער - כי הסכם הפשרה סתם את הגולל על תביעתם של התובעים, המשיבים שלפנינו.

כללם של דברים

41. אני מסכים כי הילכת אטינגר ראוי לה כי תחול, על דרך העיקרון, באורח רטרוספקטיבי, אך בכפיפות לטענות הגנה שזכאי נתבע להעלותן בנסיבותיו הספציפיות של עניינו. כאמור בראש חוות-דעתי, אני מסכים לחברי הנשיא כי יש לקבל את הערעור ולבטל את פסק-דינו של בית-משפט קמא.

המישנה לנשיא (בדימ')

השופט א' ריבלין:

קראתי את חוות-הדעת מאירות העיניים של חברי הנשיא א' ברק מזה, ושל חברי המישנה לנשיא מ' חשין מזה. מסכים אני לתוצאה אליה הגיעו חברי, כי יש לקבל את הערעור ולבטל את פסק-דינו של בית המשפט קמא. במחלוקת העקרונית שנפלו בין חברי, הנסבות על הדרך המובילה אל התוצאה, דעתי כדעתו של הנשיא ומטעמיו.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט:

אני מצרף דעתי לדעתו של חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

חבריי, הנשיא ברק והמישנה לנשיא חשין, פרשו יריעה רחבה בשאלת תחולתה בזמן של הלכה חדשה ובחוות דעתם הוצגה שאלת התחולה הפרוספקטיבית והרטרוספקטיבית על כל היבטיה ומורכבותה. מצרפת אני את דעתי לדעתם באשר לתוצאה, לפיה יש לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא. לענין המחלוקת העקרונית אוסיף אך מעט באשר לעמדתי.

אין מחלוקת בין חבריי כי תחולתה של הלכה חדשה יכול ותהיה רטרוספקטיבית. צודק כמובן המישנה לנשיא בציינו כי השאלה האמיתית והיחידה היא שאלת התחולה הרטרוספקטיבית של הלכה חדשה, שכן תחולה פרוספקטיבית לעולם מתקיימת. עוד מסכימים חבריי שלא הרי תחולתה של חקיקת הכנסת, אשר בדרך כלל תהא פרוספקטיבית אם לא נאמר אחרת, כתחולתה של ההלכה הפסוקה, הלא היא ה"משפט המקובל" בשיטתנו. המחלוקת סבה סביב השאלה מהי נקודת המוצא העקרונית: מהו הכלל ומהו החריג.

במחלוקת זו מקובלת עלי דעתו של הנשיא ברק, לפיה "נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית". הגישות השונות הובאו, כאמור, על ידי חבריי באופן ממצה ורהוט ונמצא כי כל המוסיף גורע. בחוות דעתו הגדיר הנשיא את "השיקול המעשי" כשיקול המכריע למסקנתו ופירט טעמיו לענין זה. אכן, גם בעיני השיקול המעשי גובר על יתר השיקולים ונוגע הוא ללב ליבו של התפקיד השיפוטי ולמהותה של היצירה השיפוטית.

נשוב ונזכיר את המוסכמות המשפטיות בשיטתנו ולפיהן לא בנקל יסטה בית המשפט העליון מתקדימיו. הלכות חדשות נוצרות על רקע של נסיבות חדשות, ובדרך כלל אלה אינן דבר שבשגרה במלאכת השיפוט. הלכה חדשה נקבעת כאשר שוכנע בית המשפט כי ההלכה הקודמת היתה שגויה או כאשר פג תוקפה בשל שינוי העתים. צורך בהלכה חדשה מתקיים כאשר מתחייבת התאמת הדין למציאות, בין אם למציאות החברתית, המעשית או המשפטית. רק אז עשויה הלכה להשתנות ולקדם בכך את המשפט.

השינוי בהלכה כרוך בשקילת המצב הקיים ובמידת התאמתו למציאות, אל מול מידת הפגיעה ביציבות המשפטית ותוצאותיה. משהגיע השופט לנקודת הכרעה ובא

לידי מסקנה כי יש לשנות את המציאות המשפטית, הרי מכאן ואילך יתקשה הוא מאד ליתן הכרעה בעלת תחולה פרוספקטיבית בלבד. תהא זו משימה מורכבת ביותר, אם לא קשה מנשוא, להמשיך וליתן במסגרת היישום היומיומי של הדין הכרעות שיפוטיות המעוגנות בהלכה שפג תוקפה, או להתמודד עם הצורך לבחון את תוקפה של ההלכה החדשה ממקרה למקרה. קושי זה בא על פתרונו כאשר הכלל הוא שהלכה חדשה תחול רטרופקטיבית.

מסקנה זו אינה מתעלמת ממכלול ההיבטים והקשיים שעלולים להתעורר. היא אינה מתעלמת מקיומן של נסיבות בהן יש ליתן משקל מכריע לצורך לכבד זכויות וחובות שהתגבשו בזמן עבר ולהימנע מפגיעה קשה באינטרסים מוגנים. אין המסקנה האמורה מחייבת התעלמות מההבדלים בין ענפי המשפט השונים, הפרטי והציבורי, העשויים להצדיק התייחסות מיוחדת, כפי שציין המישנה לנשיא חשין בחוות דעתו. הגישה המכירה ברטרופקטיביות של הלכה חדשה ככלל קובעת תפיסה עקרונית בסיסית אך היא אינה גוזרת עלינו התעלמות מנסיבות חריגות בהן אין להחיל הלכה חדשה רטרופקטיבית בשל מידת הפגיעה בזכויות מוקנות או באינטרס הסתמכות מוגן. ההכרעה מתי לסייג הלכה חדשה ולהעמידה על תחולה פרוספקטיבית בלבד, או רטרופקטיבית מושהית, היא הכרעה תלויה נסיבות והקשר. נקודת האיזון הראויה בכל מקרה קונקרטי תוכרע בדרך כלל מנקודת מבטה של ההלכה החדשה ולפיה, וסייגיה ייקבעו אף הם מתוכה ובה. מצבים בהם נידרש לצמצם את תחולת ההלכה ולהעמידה על פרוספקטיביות בלבד ייבחנו באמצעות דוקטרינות משפטיות החוצות את השיטה לרוחבה ועל כל תחומיה, ועמד על כך הנשיא ברק בהציגו דוגמאות, שאינן ממצות, לפתרון מצבים קשים.

על דרך ההכללה ניתן, אפוא, לומר כי משחצה בית המשפט את "מחסום היציבות" שמציבה הלכה קיימת וראה צורך לקבוע הלכה חדשה מתאימה לזמן ולמצב החברתי והנורמטיבי השורר בעת קביעתה, מתחייבת גם התייצבותה של הפסיקה על-פי ההלכה כפי שהיא עומדת על מכונה בעת הכרעת הדין, והכל תוך התאמה לפתרונות קונקרטיים שהיא מציעה במקרים חריגים, כדי למנוע נזק ופגיעה שאינם מידתיים על-פי עקרונות השיטה.

לפיכך, מצרפת אני דעתי לדעתו של הנשיא ברק.

1. לדעתי בנסיבות הענין שבפנינו קיים בין מי שהיו התובעים לבין מי שהיו הנתבעים הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין ביום 22.2.2004 (אף שפסק הדין כונה "החלטה"). ההליך בין התובעים לבין הנתבעים הסתיים, איפוא, לפני שניתנה הלכת אטינגר. די בכך כדי לקבוע שלא היה מקום לאפשר לתובעים לחזור בהם, בנסיבות אלה, מהסכמתם לפשרה (ראו: ע"א 2495/95 בן לולו נ' אליאס, פ"ד נא (1) 577; בג"צ 4157/98 "צוות" אגודת גימלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח (2) 769, 791-790; ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז (4) 817, 843). על כן, ובשל עקרון סופיות הדיון, שאלת התחולה הרטרואקטיבית של הלכה חדשה אינה מתעוררת כלל במקרה זה, בדיוק כשם שהיא אינה מתעוררת לגבי תיקים אחרים שכבר הסתיימו בפשרה או בפסק דין חלוט לפני שניתנה הלכת אטינגר.

2. שאלת התחולה הרטרואקטיבית של פסקי דין משני הלכות ככלל, ופסק הדין בענין אטינגר בפרט שאלה חשובה היא. המחלוקת בין חברי הנשיא ברק וחברי המשנה לנשיא חשין היא בסופו של יום בשאלה מהו הכלל ומה החריג. לא חברי הנשיא ולא חברי המשנה לנשיא מציעים קביעת כלל מוחלט שאין עמו חריגים (והשוו, בימים אלה ממש פסק הדין שניתן בהרכב מורחב ב-ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ (טרם פורסם)). כיוון שלשיטתי הדיון הוא בבחינת למעלה מן הצורך אצטמצם לדיון בשאלת תחולתה בזמן של הלכת אטינגר עצמה.

3. בענין זה, גם אני סבורה, כמו כל חברי, שראוי להחיל את הלכת אטינגר רטרואקטיבית על תיקים התלויים ועומדים בערכאות השיפוט. הלכת אטינגר לא באה לעולם בחטף ורוחה ריחפה על פני הליכים משפטיים זמן רב לפני שניתנה. צדדים רבים ביקשו לתקן כתבי תביעה ולטעון כי זכאים הם לפיצוי בגין השנים האבודות עוד בטרם באה הלכת אטינגר לעולם. תיקים רבים, בכל הערכאות, המתינו לסיום ההתדיינות בהלכת אטינגר, ואין זה ראוי שעזבון אטינגר יהיה היחיד הזוכה משינוי ההלכה. מעבר לכך, וכפי שציין חברי המשנה לנשיא חשין, להלכת אטינגר עוצמה רבה, ובצדק רב קרא חברי השופט ריבלין בפסק דינו בפרשת אטינגר, לפסוק פיצוי בגין "השנים האבודות".

4. אשר על כן, אני מסכימה כי יש לקבל את הערעור ולבטל את פסקי הדין של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי ולהחזיר על כנו את פסק הדין (המכונה "החלטה") מיום 22.2.2004.

ש ו פ ט ת

הוחלט, כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק, לקבל את הערעור. החלטת בית משפט השלום (מיום 29.4.2004) ופסק דינו של בית המשפט המחוזי – מתבטלים.

ניתן היום, כ"ט בשבט התשס"ו (27.02.2006).

ה נ ש י א ה מ י ש נ ה ל נ ש י א (ב ד י מ') ש ו פ ט ת ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ת ש ו פ ט