

תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון

עדנה קפלן-הגלר*

- א. מבוא
- ב. מה השתנה מאז הלכת מרחצאות מוריה?
התפתחות בחקיקה
התפתחות הפסיקה
- ג. מסקנות ביניים
- ד. סקירת הדין האמריקאי בהתפתחויות אחרונות בסוגיה זו
- ה. תם ולא נשלם

א. מבוא

במאמר קודם משנת תשל"ט: "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון"¹ תרנו אחר פתרון לתוצאות מצב בו הלכת בית המשפט העליון מבטלת את הלכתו הקודמת. זאת – כאשר המדובר בהלכות הזוהות מבחינה מטריאלית וכאשר ההלכה המבוטלת אמורה הייתה לשמש תקדים לעניין הנדון; זאת – כאשר הפועל היוצא אפוא מביטול הלכה קודמת כזו הוא פגיעה בזכויות אשר קנה לו הציבור בתקופה שבין ההלכה הקודמת לביטולה על ידי ההלכה האחרונה תוך הסתמכותו על ההלכה המבוטלת. זאת – משום ששינוי בהלכה שיפוטית נורמטיבית מהווה, לעולם, שינוי מחייב מאותה זווית ראייה אליה הסתכל הציבור, פעל על פיה ושינה מערכת זכויותיו וחובותיו בהסתמך עליה.

וכך כתבתי:

"...דרך בחירת הפתרון תהא תלויה משום כך בגישת שיטת המשפט לנפקות הפעולה השיפוטית: אם תראה השיטה המשפטית את הלכה א' כמשפט שנוצר על ידי בית המשפט העליון באותה עת או שמא תאמר כי המשפט רק נתגלה והוצהר בהלכה ב'. צא וראה: אם ייאמר כי התיאוריה שתשלוט תהא התיאוריה

* ד"ר, שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב.
1 ע' קפלן, משפטים ט (תשל"ט) 221.

הדקלרטיבית – הרי כל שעשתה ההחלטה המאוחרת היה לתקן החלטה קודמת מוטעית. דבר זה אין בו כדי לפגוע באופיו של הכלל המשפטי שהיה קיים כביכול למן מתן החוק ואשר קיבל בהלכה האחרונה ביטוי נכון. פועלה המעשי של הסתכלות זו יהיה, שהלכה ב' תחול למפרע. זאת, מתוך שיראו את תוצאתה הנורמטיבית כקיימת בכל הזמנים, למרות שרק ההחלטה האחרונה "העמידה דברים על דיוקם", משמע – השופט לא קבע נורמה אלא הצהיר על נורמה קיימת בלבד.

אם, לעומת זאת, תאמר כי התאוריה שתשלוט תהא התאוריה הקונסטיטוטיובית – נראה בבית המשפט שקבע את ההלכות האמורות גוף יוצר, אשר החלטותיו מהוות משפט; מתוך כך, הלכתו המאוחרת אינה יכולה לפעול למפרע. זאת, כפועל יוצא מרעיון היסוד כי גם ההחלטה הקודמת יצרה משפט הקיים באופן נורמטיבי כל עוד לא בוטל. מכאן, כי על פי החלופה השנייה, הלכה א' היתה משפט בזמן נתינתה ועד לביטולה, ואין לחייב אדם למפרע על פעולה שעשה כדין בין שתי ההלכות מתוך שהיא כזכות מוקנית בידיו כנגד שינוי.

בדוק ותמצא, כי החלופה השנייה, שתוצאתה תחולה צופה פני עתיד להלכה השיפוטית, מעוגנת בשלוש הנחות, הבאות כנדבכים אחד על רעותה: (1) כי בית המשפט העליון בדונו בהלכה א' יצר יצירה חדשה; (2) כי אותה הלכה יוצרת, מלבד היותה פסק הלכה לעניינם של הצדדים הנוגעים בו ושעמדו לדיון, מהוות הלכה פסוקה למקרים הבאים, דהיינו בעלת סמכות גבוהה המוכרת בדיון; (3) כי אותה הלכה פסוקה יוצרת שימשה כבסיס לפעולת הציבור וקניית זכויותיו, ומכוחה מנוע בית המשפט שנתנה לשנותה באופן שיש בו משום פגיעה למפרע באותן זכויות².

במסגרת הדיון בשאלה מה כוחן של ההלכות היוצאות מבית המשפט העליון, הבאנו באותו מאמר מחלוקת יוריספרודנציאלית בין שתי אסכולות שונות החלוקות ביניהן בגיזרה זו של נפקות ההליך השיפוטי.

אסכולה אחת דוגלת בגישה הדקלרטיבית, לפיה בית המשפט מצהיר בלבד על המשפט הקיים, הא, ותו לא מידי. לאמור, הלכה פסוקה מאוחרת היוצאת מבית המשפט העליון אינה מבטלת את ההלכה הפסוקה הקודמת אלא היא מתקנת את הדרוש תיקון. מתוך כך, הלכה מאוחרת תחול למפרע על כל המשתמע מכך³.

לעומתה קיימת אסכולה אחרת הדוגלת בשיטה הקונסטיטוטיובית. לאמור, בית המשפט פועל כמחוקק בבטלו הלכה פסוקה קודמת על-ידי הוצאתה לאור של הלכה פסוקה חדשה. לפי אסכולה זו, משמע, שהלכותיו של בית המשפט אינן הצהרה

2 שם, בעמ' 223–224 והאזכורים שם.

3 אלה הם למעשה יסודותיו של הדין הקונטיננטלי. ראו, שם, הערה 1 בעמ' 225 לסקירת המצב המשפטי בסוגיה זו בדין הגרמני והצרפתי.

על מצב משפטי קיים אלא כינונו של משפט חדש. על פי גישה זו – הלכתו המאוחרת של בית המשפט העליון אינה יכולה לפעול למפרע. זאת – בהקבלה לדין האנגלו-אמריקאי אשר ביסודו מעמיד את ההלכה השיפוטית "כגבירה השלטת בהסתכלות החוזרת של השופט"⁴.

בין שתי האסכולות ניתב בית המשפט העליון בישראל את דרכו: הכרה גוברת והולכת בכוחו הנורמטיבי של בית המשפט במחוזותינו, מחד גיסא; על אף היצמדותו של בית המשפט העליון מאידך גיסא, בתחילת הדרך, לגישה הדקלארטיבית⁵. כדברים האלו כתב השופט המנוח אגרנט (כתוארו אז) באחד מפסקי דינו, וכלשונם:

"...תפקיד ראשוני ומסורתי של בית המשפט, הוא התפקיד של עשיית דין צדק בין המתדיינים בדרך של הטלת החוקים הקיימים על הסכסוך הבא לפניו. אכן, תהליך השיפוט מתקיים, כידוע, על ידי מתן פירוש וביאור, לחוקים הקיימים ועל ידי מיצוי מובנם של אלה בצורה מלאה, אך אין משמעות הדבר, כי בית המשפט רשאי לשים לפניו, כמטרה מיוחדת, הרמת תרומות מקוריות לתורת המשפט, וחלילה לו – זאת אי אפשר להדגיש יתר על המידה – להעלים עינו מהוראת חוק העומדת בתקפה אותה שעה, אפילו סבור הנהו כי החלת ההוראה במקרה הנדון לא תהא עשויה להביא לתוצאה הנראית בעיניו כצודקת. גם בשטח אשר בו כביכול קובעים השופטים, אגב פסיקת הדין במשפטים המסויימים המתבררים לפנייהם, הלכות 'חדשות', הרי אין הם אלא מקישים את הדינים הקיימים, כפי שנדרשו ופורשו בעבר, על תנאי החיים החדשים, המשתקפים במקרה הקונקרטי הנדון, בחינת הגדת דבר המשפט על ידי השופטים בימים ההם. מן הראוי להוסיף כי כל הרואה את פסיקת ההלכה החדשה באור של מעשה חקיקה מטעם בתי המשפט, בעל כורחו הופך הוא את תפקיד השיפוט במקרים רבים לבלתי אפשרי, בשם לב לכלל שאין מעניקים תוקף למפרע לחוקים חדשים"⁶. (ההדגשה שלי – עק"ה.)

ההכרה בכוחו של בית המשפט העליון הינה הכרה שבדין. הלכותיו מהוות נורמה. כך נקבע עוד לפני חקיקת סעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957 אשר, כידוע, העניק להלכה פסוקה של בית המשפט העליון תוקף נורמטיבי כלפי כולי עלמא זולת הוא עצמו. לאמור:

I "בית המשפט יונחה על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו;

4 שם, לעיל הערה 1, בעמ' 227, הערת שוליים 36.

5 שם, בעמ' 235.

6 ע"פ 95, 99/51 ש. פודמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 341, 348–349.

II הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט זולת בית המשפט העליון?⁷

גם בחלוף השנים לא פסה ההתחבטות ובית המשפט העליון לא שינה ממדיניותו השיפוטית להקנות כוח נורמטיבי להלכותיו הוא כלפי עצמו.⁸ מדיניות שיפוטית שכזו, מטבע הדברים, יצרה קושי רעיוני כל אימת שבית המשפט העליון נדרש לשינוי הלכה פסוקה ישנה, מהיותה רעה, או מוטעית, או מיושנת או בלתי הולמת; זאת – מתוך וביטול הלכה משפטית ישנה, בד בבד עם היותה דקלרציה של החוק העומד לפירוש מבחינה משפטית טהורה – פגיעתה רעה בציבור אשר הסתמך על ההלכה הפסוקה הישנה והסתגל אליה⁹ ככל וההלכה הישנה השתרשה וקנתה לה "שביתה" בציבור – כך הקושי הולך וגדל. מכאן ניתן להסיק, כי ההלכה הפסוקה, לפי האסכולה הדקלרטיבית, יכולה להוות מכשול חמור לעשיית הצדק מאחר ומראש היא מכריזה כי אינה יכולה לשמש מקור להסתמכות עליה לאלו הרוצים לילך באמת ובתמים בדרכה ולנהוג על פיה, ואינה יכולה אפוא לשמש מכשיר עזר הולם לעשיית הטוב המשפטי.

עניינו של מאמר זה הוא בחינת אשר קרה מאז כתיבת המאמר הקודם ועד עתה בסוגייה זו וסקירת גישתו של בית המשפט העליון בפסקיו החדשים מאז. זאת, בכדי לקבוע מה דרך נבחרה בישום נורמה, נורמה אשר יצירתה מוקנית לבית המשפט העליון מכוח החוק: האם הצהרה על המצב המשפטי הנכון לפי האסכולה הדקלרטיבית בלבד? או הכרזה על יצירת נורמה שיפוטית חדשה לפי האסכולה המתחרה הנורמטיבית? או אולי יצירת תמהיל מסוים בין האסכולות המתחרות בבחינת "אור וצל משמשים בערבוביה" השיפוטית?

נפתח אפוא בפרשת מלון מרחצאות מוריה ים המלח נ' המועצה האזורית תמר נווה זוהר (להלן: "פרשת מרחצאות מוריה")¹⁰ שנידונה עוד בשנת 1986. שם – קבלו העותרים על כי בהחלטת המשיבה 1, המועצה, בדבר היטל מסים לשנת 1986 החליטה להעלות שיעורי הארנונה הכללית החלה על בתי המלון שלהם בשעור 312% לעומת שיעורי הארנונה אשר הוטלו בשנה הקודמת עת משיבים 2 ו-3 הגבילו שעור העלייה ל-300% מכוח סמכותם. השופט ש. לוין (כתוארו דאז) – דחה טענות העותרת על נימוקיהן בפירושי החקיקה לגופה על מטרותיה ותכליתה. נימוקיו של השופט ש' לוין לגופם אינם מנושא מאמר זה ולא נדון בהם.

7 ס"ח 148. וראה, ע' קפלן "אמת ויציב בראי הפסיקה" עיוני משפט ו (תש"ם) 576; וראה היום, סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח 1110, כלשון הסעיף הקודם.

8 וראה ע' קפלן, שם, שם.

9 ובאשר לכוחו של בית המשפט העליון לא רק לסטות מתקדימיו, אלא לבטלם ראה, הערה 1, לעיל, בעמ' 239, והערה 97 שם. "משום שסעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט קובע שההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון אינה מחייבת אותו, אם כי מחייבת היא כל בית משפט אחר, פשיטא שבית המשפט העליון רשאי לסטות מתקדימיו ואף לבטלם ולכך אין צורך במעשה חקיקה".

10 בג"צ 716/86, פ"ד מא(2) 389.

אך יושם אל לב לדברי הנמקתו של השופט ברק (כתוארו אז) בפרשה זו¹¹. וכך אמר:

"מסכים אני לפסק דינו של חברי, השופט ש' לוי. בעתירה שלפנינו נתתי משקל ניכר לכך, כי הנוהג הקיים והמקובל ברשויות המקומיות מקדמת דנא הוא, כי אין מפרסמים החלטה בדבר הטלת ארנונות ברשומות. שינוי בנוהג עלול לגרום לחוסר ודאות וחוסר יציבות, שאם ניתן רצוי למנעו (וראה בג"צ 547/84 מח(1) 113). בדרך אגב ברצוני לציין, כי אילו סברתי, כי במסגרת האפשרויות החוקיות יד הפירוש שבו דוגלים העותרים על העליונה, הייתי מוכן לשקול את האפשרות להצהיר על פירוש כדעתם לעתיד לבוא בלבד, בלא להחילו למפרע. העליתי אפשרות זו בעת הטיעונים לפנינו היום, אך אין לנו צורך להכריע בכך, שכן סבור אני, כי במסגרת האפשרויות הפרשניות החוקיות העומדות לפנינו, הפירוש של העותרים אינו מגשים את מטרת החקיקה, אין בו הגיון, ואין לנו ללכת על פיו" (הדגשות שלי, עק"ה).

העולה עד הנה מדברי השופט ברק במקובץ הוא:

א. כי ברגיל ובררך השגרה אין פוגעים בנוהג רווח מחשש פגיעה ביציבות או בוודאות.

ב. כאשר סבור השופט כי הפירוש הנוהג פחות בחוקיותו מהפירוש המוצע – ינקוט בפירוש האחרון¹².

במסגרת אמירת אגב, מציע השופט ברק תחולה עתידית להלכה השפוטית היוצאת מפי בית המשפט העליון. לדעת ברק, הוראת סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, באה להסדיר את שאלת התקדים בישראל. במסגרת הוראת סעיף 20(ב) דן ברק בשאלה כלום ניתן לפרש את הלכתו הפסוקה של בית המשפט העליון כחלה באופן פרוספקטיבי (צופה פני עתיד), ברק פנה בדין הישראלי לפירושים שהוצעו בעבר להוראת סעיף 20(ב) בעבר.

ברק, נדרש אפוא לשתי עמדות מנוגדות שהובעו בעבר¹³: האחת, של פרופסור טדסקי, אשר לדידו, הוראת סעיף 20(ב) אינה מאפשרת מתן תוקף פרוספקטיבי לפסיקת בית המשפט העליון; והשנית, של כותבת מאמר זה, לפיה בית המשפט מוסמך ליתן לפסק דינו תוקף פרוספקטיבי. דעתו של ברק נטתה לדעת כותבת המאמר.

11 לעיל שם, עמ' 392.

12 וראה א' ברק שקול דעת שיפוטי (פפירוס, תל-אביב, תשמ"ז-1987) בעמ' 120-123, 311, 392-397 באשר להתרת "רצועת התקדים", באלו מקרים חובת סטיה מתקדים או שמא חובה להשאר במסגרתו כחוקיותו, אל תחום בחירה בין אפשרויות חוקיות משקולים שונים. וראה בג"צ 84/547 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי ואח', פ"ד מ(1) 113, 146.

13 פרשת מרחצאות מוריה, לעיל הערה 10. וראה גם א' ברק, שם, בעמ' 419-421.

לדעת השופט ברק, פרופ' טדסקי במאמרו סבור כי בית המשפט העליון מוסמך ליתן "הצהרת הינתקות", אשר משמעותה היא, כי בעתיד הוא מבקש לסטות מתקדים פלוני, כאשר תעשה הסטייה בעתיד; אם תעשה, יהא תוקפה למפרע. תועלתה של ההכרזה הוא מעשי, שכן הציבור מוזהר בפני שינוי אפשרי בהלכה, ובכך נמנעת הסתמכותו על הדין הישן¹⁴.

בספרו שיקול דעת שיפוטי¹⁵ משנת 1987, מביא פרופ' ברק את רעיון התחולה הפרוספקטיבית של תקדימי בית המשפט העליון ובד בבד מציע דרכים נוספות משלו ליישום התוקף הפרוספקטיבי של ההלכות הפסוקות במקרים ההולמים.

דרך אחת, כלשונו: "פרוספקטיבית טהורה" שמשמעה כי כל סטייה של בית משפט העליון מהלכתו תחול רק בעתיד ובעתיד בלבד. לפי דבריו משמע, כי היא לא תחול על הצדדים להתדיינות עצמם שמהם צמחה הסטייה, ואף לא על מתדיינים אחרים אשר עניינם תלוי ועומד בשעת פרסומה של ההלכה הפסוקה הסוטה.

הדרך השנייה, כלשונו: "פרוספקטיבית פרוספקטיבית" הקובעת רק מועד עתידי לכניסתה של ההלכה החדשה לתוקף.

הדרך שלישית כינוייה: "פרוספקטיבית – רטרואקטיבית" ("צופה פני עתיד – צופה פני עבר"), המחילה ההלכה חדשה, סוטה, רק לעתיד לבוא, כלפי כולי עלמא, ולא בנוגע למתדיינים עצמם שמהם יצאה ההלכה הסוטה. לגביהם – תחול הלכה זו למפרע¹⁶. דרך זו – כמו דרכים אחרות הדוגלות בפרוספקטיביות מ"ת מנינים" שונים – תחול לפי קביעת השופט הדין בערעור לפי שיקול דעתו המבוססת על מהות המקרה.

מגוון דרכים מוצעות אלו על ידי פרופ' ברק, יש בהן אכן להרחיב דרך יישומו של התקדים במקרים ההולמים רק לתחולה עתידית. זאת – בגמישות ההולמת טיב המקרה, הסתמכות הציבור, הזכויות המוקנות העלולות להיפגע, שקולי מדיניות משפטית, אינטרס כלכלי וחברתי וכו'¹⁷.

אמור מעתה: כי אליבא פרופ' ברק – בחינת פעולת רשות שופטת עליונה במסגרת סעיף 20(א) לחוק יסוד השפיטה – הוא בעל ערך חוקתי, אחד מאבני

14 ראה, א' ברק, לעיל, הערה 12 בעמ' 419, הערה 217.

15 א' ברק, לעיל, הערה 12, בעמ' 124, 237, 238, 239, 284, 389–391, ובמיוחד עמ' 418–419 פסקאות 465, 466 ועמ' 420–423.

16 וראה, בפירוט, שם, בעמ' 421–423 הן באשר לדרכים הנקובות המוצעות על תשתית החוק ומגוון טעון אשר בעד ונגד.

17 יש בדרכים חלופיות אלה – כדי למנוע עקרון אחד, נוקשה, במאמרנו, לעיל, הערה 1, בעמ' 243 הערה 121 – סברנו, כי שותפים אנו לדעתו של טדסקי לגבי "אבן החוכמה" שבדרך הביטול צופה פני העתיד לעניין החקיקה הקודיפיקטיבית בדין האזרחי בפרט. זאת, במיוחד לאור מגוון האפשרויות הקיים בפתרון הסוגיות שהושארו לשיקול הדעת השיפוטי, אולם, לא קיבלנו דעתו כי דרך הביטול העתידי אינו יכול להתממש בדין הישראלי מתוך הסתכלות על לשון סעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט גופו, כאשר אוטונומית הפירוש לו – נשאר במסגרת הסעיף. (המעיין יעיין שם, עמ' 242–243).

יסוד חוקתיים. ברק מעריך אפוא את כוחו של בית המשפט העליון כעוסק לא רק בשפיטה טהורה אלא גם בחקיקה שפוטית גלויה. ברק אף נותן ביטוי מפורש בספרו לאותו מודל של חקיקה אגב שפיטה, וזה לשונו:

“... מודל זה המכיר במרכזיותה של ההכרעה בסכסוך בהליך השיפוטי. עם זאת, הוא מודה בקיומה של חקיקה שיפוטית “במקרים הקשים”. הוא משקף בדרך כלל נכונה את המציאות. הוא מהווה מודל ראוי שיש לשאוף אליו”¹⁸.

לאמור, לפי דעת פרופ' ברק, פעולת השופט בתורת מחוקק – ולו אף בהגדרת “מחוקק נכה”¹⁹ – היא בחירה של אותן אמיתות הנובעות מעקרונות יסוד של השיטה וכלליה, כאז – לפני חוק בתי המשפט, כהיום – לאור הוראת סעיף 20 לחוק יסוד השפיטה. בית משפט העליון לא רק ביכולתו לפרש בסטייה דבר חקיקה בניגוד להלכה פסוקה קודמת²⁰, אלא ביכולתו, שלו, לקבוע הלכה חדשה וכמחוקק להסדיר אף את מועד תחולה לעתיד בלבד, או לעתיד עם השלכות רטרואקטיביות לפי שיקול דעתו במקרים המיוחדים והראויים.

אכן, פעולתו של השופט כמחוקק במסגרת שפיטתו תיבחן בגזירה שווה לדברי חקיקה אחרים ראשיים ומשניים. וכשם שבדברי חקיקה נותן המחוקק דעתו אם דבר חקיקתו תחול מכאן ולהבא או מעתה ולמפרע, כך ישקול השופט בדעתו מתי להחיל את דבר שפיטתו למפרע באופן מושלם ובאילו מקרים מיוחדים ראוי הוא שיחול מכאן ולהבא ולא למפרע²¹, במגוון אפשרויות העומדות לרשותו.

ולא זו אף זו, ביודענו כי המחשבה היוריספרודנציאלית העומדת ביסודן של הוראות חקיקה באשר לפעולת חוק תהא נקוטה גם לגבי הלכה שיפוטית – נוכל גם להסיק, כי כשם שמימים ימימה נורמות חקיקתיות אינן מוחלות רטרואקטיבית כדבר שבשגרה ורובן דרובן צופות רק פני עתיד – כך תהינה הנורמות השפיטתיות היוצרות משפט חדש (*New Law*), בתחולתן בעיקרן רק מכאן ואילך ולא לעבר.

כך יצא כי נפקותה של ההלכה השיפוטית כלפי כולי עלמא תהא כדברי חקיקה עצמם במקרים המיוחדים רק מכאן ולהבא: בין אם נאמר כי תחול מכאן ולהבא באופן גורף ובשום אופן לא בתחולה הצופה פני עבר; בין אם נאמר באופן מהוסס יותר כי תהא תחולה רטרואקטיבית לגבי הצדדים המתדיינים עצמם; בין אם נאמר כי תיגזר התחולה הרטרואקטיבית על פי הנדרש מדבר חקיקה רגיל, היינו, עד לנקודת

18 א' ברק, לעיל, הערה 12, בעמ' 309.

19 א' ברק פרשנות במשפט (כרך ב: פרשנות החקיקה, נבו הוצאה לאור, תשנ"ג-1993), בעמ' 674, 675.

20 שם, הערה 18, שם במקרים הנוכחים.

21 שם, הערה 18, בעמ' 616-617.

זמן עבר; בהשוואה נדרשת לנפקות הלכה לחוק במקרים המיוחדים, והכל – באופן בו לא תביא לפגיעה בזכות, בצפייה או בהסתמכות של הציבור הרחב. הווה אומר, כי ככל שעוצמת הפגיעה בציבור מן התקדים הסוטה מההלכה הפסוקה הישנה תהא קשה ורעה יותר – כך תבוא גם ריכוכה של הפגיעה הרעה בתרופה אשר תקבע מועד עתידי לתחולתה. קביעה זו תהא בתחום כוחו של בית המשפט על-פי דין בהצבת גבולותיה של הלכה פסוקה בנקודה מסוימת, בציר זמן נכון וראוי לאותו מקרה.²² לרוב – מכאן ולהבא; אך לעיתים – אף בהליכה אחורה על פני ציר הזמן.

יתירה מזאת, בין אם תאמר כי הזכות לשוויון כלולה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין אם תאמר שאינה כלולה²³ – לא תעמוד זו כמכשלה בנקיטת קביעת תחולה עתידית בלבד כלשהו. תילקח זכות זו כאחד ממרכיבי בחינת היקף תחולת הנורמה השפיטתית הסוטה ותחיימתה במרחב הזמן. והכל – מבלי לפגוע בשאר המרכיבים, כצדק כהגינות או כהסתמכות וכיוצא באלה. אותו אוביטר של השופט ברק כהינתנו בפרשת מרחצאות מוריה – הווה תמרור אזהרה עתידי, *caveat*,²⁴ באיתותו על בואו של שנוי עקרוני²⁵. האוביטר בפרשת

22 וראה הערה 51 להלן, קביעת בית המשפט האמריקאי ב-381 U.S. 293 *Linkletter v. Walker* (1967) (להלן: "פרשת לינקלטר" או "case Linkletter").

23 ואין זו הרשימה העוסקת בכך על חלוקי דעות שבפסיקה לעניין זה. וראה דברי ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה" משפטים כח (תשנ"ז) 21, בעמ' 135 כמו גם ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257 בעמ' 258 – בשלילה, וראה בג"צ 454/94, 453 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501, בעמ' 521–522, 534–536; בג"צ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נב(5) 167, בעמ' 177–179. כך ככך – זכות חוקתית אשר באי פגיעה בקנינו של אדם, חירותו – בפעולה רטרואקטיבית המשנה לבוש חוקי או הלכתי, וראה גם הוראות חוק לעיל. פרשת מרחצאות מוריה, לעיל, הערה 10.

25 וראה גביון, לעיל, הערה 23, בעמ' 144–145: "...חדושי הלכה מפליגים נקבעים בעניינים שבהם הם אינם נדרשים להכרעה, אולם אחרי-כך הם זמינים להחלטות עתידיות ומשמים בהן במעמד של עקרונות שכבר הוכרעו ומקובלים אצלנו מאז ומתמיד"; ובהביאה מדברי השופט י' זמיר עצמו בבקורתו לעניין הבאת דברים בדרך אמירת אגב, בהערת שוליים 291. וראה מאמרו של ח' ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא (תש"ס) 415, בעמ' 428 כי "בפרשה שלפנינו הוסרו גבולות האוביטר, וההגינות חוגגת" (והכוונה לבג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר ואח', פ"ד נב(1) 289, 301).

וראה: M. Friedland "Prospective and Retrospective Judicial Lawmaking" *U. Toronto L. J.* 170, 182: "Prospective lawmaking is also indirectly applied in what Professor Karl Llewellyn calls 'two-stage' lawmaking. this simply means that a court gives notice by an obiter statement in a case that it may reconsider a decision at a later time and therefore it may be unsafe to rely on it in the meantime."

וראה, *ibid*, at p. 90, הערת שוליים 82.

מרחצאות מוריה, הפך לו לרציונל, בעשיית שימוש גלוי בו, בהלכה שלאחריו, כהתפתחותה.

ב. מה השתנה מאז הלכת מרחצאות מוריה?

ההתפתחות בחקיקה:

אל השוני הגדול באשר לפעולת ההלכה הפסוקה ונפקותה למן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁶. החל בה פרופ' ברק בספרו, שנכתב עובר לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו – בקובעו כי "מבחינה נורמטיבית עשוי חוק לבטל תקדים המפרש אותו ואילו תקדים – בהעדר חוקה – אינו יכול לבטל חוק המתפרש על ידו"²⁷. יכולת עשייה זו כיום "בתרופות כנגד חוק הפוגע שלא כדין בזכות אדם חוקתית"²⁸. במקביל, יש לזכור את הוראת סעיף 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 הקובעת סייגים לכוחו של ביטול הדין. כך נאמר:

"ביטולו של דין אין כוחו יפה –

- (1) להחיות דבר שלא היה לו תוקף בשעה שהביטול נכנס לתוקפו
 - (2) להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה לפיו
 - (3) להשפיע על זכות או חיוב שלפני הדין המבוטל
- "הלכה פסוקה" – שלא ממין "הדין" היא²⁹ אף-על-פי-כן יש בה כדי ללמדנו על הלכה ראויה.

גם בהצעת חוק זכויות האדם, התש"ס 1999³⁰, מופיע הניסוח בסעיף 3 לגבי היקף התחולה:

"(א) אין אדם חייב בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק בשעת המעשה או המחדל".

הצעת חוק יסוד החקיקה משנת 1993³¹ קובעת בהוראת סעיף 5: "חוק לא ישנה ולא יסתור חוק יסוד". והוראת סעיף 7(ב) שם, מלמדתנו כי: "כי (ב) הוראת עונשין בחוק לא תחול לחומרא על מעשה שנעשה לפני פרסומה".

26 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

27 א' ברק, לעיל, הערה 12 בעמ' 443.

28 וראה א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו הוצאה לאור, תשנ"ד) בעמ' 713, 714, 734 ואילך והמעין יעין שם.

29 סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

30 הצעת חוק זכויות האדם, התש"ס-1999, ה"ח 1145 (תשנ"ט).

31 הצעת חוק יסוד החקיקה, התשנ"ג-1993, ה"ח 2167 (תשנ"ג).

הווה אומר, כי באשר למעשה חקיקה – הלכה היא כי אין מחילים אותו ברגיל רטרואקטיבית. נראה לי כי אף באשר למעשה השפיטה – יש למנוע תחולתה הרטרואקטיבית במקרים הראויים.

וביאור הדברים: הצעת חוק יסוד החקיקה זכתה לשתי מהדורות: האחת משנת 1968, והשנייה, כאמור, משנת 1993. מהשוואת נוסח הצעת החוק משנת 1993 למקבילתה – היא הצעת חוק יסוד החקיקה משנת 1968, נמצאנו למדים כי הוראת סעיף 14 שהופיעה בניסוח של ההצעה משנת 1968 – כי "פסק בית המשפט לחוקה שהחוק או הוראה בו אינם תקפים, תחול קביעתו מיום פסק הדין והלאה, זולת אם הורה בית המשפט אחרת, ועל העניין שלפניו" – אינה קיימת עוד בהצעת החוק עכשיו³². ומה חבל על דאבדין. הוראת סעיף 14 בהצעת חוק יסוד החקיקה משנת 1968 לעיל – טובה ונכונה היא בעיקרון המונח ביסודה: לא רק נורמה חקיקתית יש מקום להגביל תחולתה רטרואקטיבית, אלא אף את פרשנות הנורמה החקיקתית בהלכה פסוקה היוצאת מבית המשפט העליון, שאף תחולתה למפרע, המביאה לביטולה של נורמה נוהגת – גורמת לפגיעה רעה על המסתמכים עליה, המתדיינים. ומה באשר להענשה רטרואקטיבית בשל הלכה פסוקה חדשה? בסעיף 4 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 שנינו³³:

"נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה – תבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם – יופסקו; ניתן גזר דין – יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה."

ובסעיף 34 יט לחוק העונשין, נקבע כי:

"לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באופן סביר."

מִהְצָבֵר החוקים אפשר להסיק כי הלכה פסוקה במישור הפלילי אינה יכולה לגרום להרשעתו הרטרואקטיבית של אדם בפלילים, בשל הטענה כי הייתה פה טעות בדבר קיומו של איסור פלילי, שכן ההסתמכות על הלכה פסוקה ישנה או על המצב המשפטי שנהג לפני צאתה של ההלכה הפסוקה הסוטה, היא טעות "בלתי נמנעת". בדברים אלו דוגל פרופ' ע' פרוש³⁴:

"ברור כי יש מקרים שבהם אין הנאשם אחראי מבחינה מוסרית לכך

32 ה"ח 1364, תשל"ח–1968, 326, וראה גם קודם לכן, אי ציון תחולת הלכות בית המשפט לחוקה בה"ח 1221 תשל"ו–1966, 135.

33 חוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן: "חוק העונשין").

34 ע' פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 87.

שלא ידע כי החוק אוסר לעשות את המעשה שעשה, ובמקרים אלה אין הוא ראוי כלל לביקורת או לעונש בגין המעשה שעשה. אני מתכוון למקרים שבהם הנאשם נקט אמצעים סבירים לברר מה הוא החוק, אלא נשען על הצגה מוטעית של החוק על ידי גורם רשמי (כאשר, לדוגמה, בית המשפט העליון נותן לחוק פירוש שונה מזה שנתן לו קודם לכן או קובע שחקיקה משנית מסוימת, שעליה נשען הנאשם, חסרה תוקף משפטי...).³⁵ וגו'.
 העולה מן המקובץ – כי עקרון היסוד בסוגיה זו שהנחנו במאמר הקודם נכון כאז כן עתה, אף בחדושי הלכה מאז, לאמר: "קביעה נורמטיבית – מן הראוי שלא תפגע בסדר הציבורי המושגת על יציבות ותכנון פעולות משפטיות. מכאן, כי רק לעתים נדירות יש להפר סדר זה באמצעות שנוי בעל כפל פנים, אשר תוקפו הנורמטיבי מכל סוג שהוא יהא מאוחר יותר"³⁶.

התפתחות הפסיקה

למן שנת 1987 ניתנה הכרה בבית המשפט העליון לתחולה הפרוספקטיבית. נסקור הפסיקה:

* בבג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון³⁷ נידונה עניינה של הצהרה של בית המשפט העליון בדבר אי-תחולת חוק מתקן, הקובע תקופת מעצר מרבית של 96 שעות, בהיותה סותרת את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו: בית המשפט אמר מפורשות, כי "כידוע, הצהרה של בית המשפט על בטלות חוק, או הוראה בחוק אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי. היא יכולה להיות עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות"³⁸.

* בפרשת בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר³⁹ נידונה תוקפה של הצהרת בטלות של דבר חקיקה משני בשל פגיעה בחופש העיסוק לפי התובנה של חוק יסוד חופש העיסוק. השאלה הנוספת הייתה כלום ראוי כי בית המשפט ישעה את הצהרת הבטלות עד למועד קבוע, שבו יתבטל דבר החקיקה המשני, בלתי אם הכנסת לא תחוקק עד אז הוראות חוק חדשות שלא יחרגו מן המידתיות הנדרשת בחוק היסוד. בית המשפט העליון למד בגזירה שווה מהדין הקנדי בדבר השהיית מועד כניסתה לתוקף של הצהרה בדבר בטלות חקיקת משנה החורגת

35 שם, בעמ' 103; וראה גם מ' קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109.

36 לעיל, הערה 1, בעמ' 243, הערה 121, 122.

37 בג"צ 6055, 7083/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(5) 241. על דעת כל חברי ההרכב בן 11 שופטים.

38 שם, בעמ' 284.

39 בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא(4) 367, 415–418 (להלן: "פרשת מנהלי ההשקעות").

מסמכות באומרו כי "דין דומה חל בישראל". בהוסיפו, כי "למותר לציין כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות ההשעיה הנתונה לו רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת. המקרה שלפנינו נופל לקטגוריה זו".

ומכאן – מהצהרת בית משפט עליון בדבר בטלות חוק כצופה פני עתיד, בדרך הנקובה בפתיל השהיה נקוב – בואך אל תחולת הלכתו הפסוקה כצופה פני עתיד באשר לביטולה של הלכה קודמת באופן דומה. הווה אומר: הלכה פסוקה סוטה בתחולה עתידית, פרי ביטולו של חיקוק אשר הוצהר על בטלותו עקב חוק-על בדמותו של חוק יסוד, או הלכה פסוקה סוטה בתחולה עתידית, פרי בטולה של ה"הלכה פסוקה" הקלאסית, הסוטה בפרשנות דבר החקיקה או ההלכה מהמקובל בעבר. זאת – בהיותה, להבנת בית המשפט, נכונה יותר, ערכית יותר, בגבולות הזמן, המקום והעלילה.

* פסיקתו של השופט מישראל חשין, בבג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים⁴⁰, מגבילה את חדשנות בית המשפט העליון לאור נסיבות המקרה הנתון, בפרשנות של הוראה בחוק השבות, התש"י-1950, הוראה שהתפרשה שנים רבות באופן שונה על-ידי פקידי משרד הפנים.

השופט חשין שואל, מה משקל יש לפירוש שלו, כהלכה פסוקה, מול הפירוש שהיה רווח עד כה בין פקידי המשרד, ועל כך עונה: "כשאני לעצמי, דומני כי המשקל הנודע לפירושה של הרשות – באשר הוא – הינו משקל קל כנוצה: קל כנוצה ובה בעת אף כבד כנוצה"⁴¹. בהמשך, נותן הוא פירושו לדבריו אלה, פירוש שיש לו תרומה ישירה לענייננו:

"...כל הדברים שאמרנו – באשר לפירוש בית משפט המכה פירושה של רשות מינהל – טובים ויפים הם ככל שיהיו, אין פניהם – לענייננו שלנו-אלא לאירועים שלעתיד לבוא בלבד; והעתירות המונחות לפנינו להכרעה בהן, בכלל העתיד הן. אכן, לא נוכל להעלים עין מן ההשלכות שהיו לפרקטיקה שנהגה במשך שנים רבות, ולא יהא זה נכון אם נפגע – ולו בעקיפין – בזכויות שקנו יחידים על-פי פירושה הקודם של הרשות לחוק השבות. פירושנו לחוק אינו צופה פני עבר, ומציאות שנוצרה לא נבחש בה, שבשתא, כיוון דעל – על"⁴².

* ובמקום אחר, בהלכת מדינת ישראל נ' קליין כותב השופט חשין⁴³: "האמנם כן?

40 בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2) 728, לעניין פרשנות רשות, משרד הפנים, במשך שנים רבות את חוק השבות.

41 שם, בעמ' 743.

42 שם, בעמ' 746.

43 רע"פ 1127/93, פ"ד מח(3) 485, 503-504 פסקה 20.

האמנם נאמר – כנדרש מהחלטתו של בית המשפט המחוזי – כי מעשים שנעשו משך ארבעים שנה לא היו כלל בתוקף – אף שנהגו על פיהם – ואנו בוקה ומבוקה ומבולקה? דומני כי עוגמת נפש זו נחסכה מאיתנו, וזאת על-פי המחוקק אשר הורנו הדרך...".
ומוסיף הוא:

"...משנמצא לנו כך, שוב אין צורך שנחפש פתרונות חלופיים למצוקה. לו ניצבנו על קצה הסלע אפשר היינו נדרשים לפתרונות חלופיים, כגון לדוקטרינה של ביטול חוקים פרוספקטיבי ורטרוספקטיבי (השווה: טדסקי, "הלכה לעתיד", מסות במשפט (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ח) 25, 1978; ד"ר ע' קפלן, "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון, משפטים ט' (תשל"ח-ל"ט) 221; א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 417; בג"צ 716/86 מלון מרחצאות מוריה ים המלח נ' המועצה האזורית תמר נווה זוהר ואח', פ"ד מא (2) 389, 392".

אכן, הדוקטרינה לא היתה תופשת במשיבים שלפנינו אלא לעתיד לבוא בלבד, ואולם אפשר היה בה כדי לחלץ את הכל ממצוקה שבעטיה ביקשה המדינה כי ניתן דעתנו ונכריע בשאלות העומדות לפנינו לדיון. ואולם, כאמור, באמור המחוקק את שאמר, שוב אין צורך שנעמיק-חקר ונרחיק-לכת. עד כאן – שאלה אחת שבית משפט קמא נדרש לה. שאלה – ותשובה בצידה⁴⁴. (הדגשה שלי עק"ה).

• גם השופט יעקב טירקל עומד על ההלכה באשר לתחימתה של ההלכה הפסוקה בפרשת ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר מרכז גביה ממוחשבת נ' עירית נשר⁴⁵ כותב השופט טירקל:

"בסכום הדברים. יש לכבד, לדעתי, את התקדימים הקיימים, ובכלל זה לאשר את המכרז הנדון, וזאת בעיקר בשל גורם ההסתמכות. עם זאת קיימים טעמים משכנעים לסטות בעתיד מתקדימים אלה, בעיקר בשל החששות הנזכרים. במצב דברים זה נראה לי שיש מקום לשקול את השימוש בטכניקת הסטיה הפרוספקטיבית (הכוללת בחובה מספר טכניקות שונות) שעליה עמד פרופ' א' ברק בהרחבה בספרו שקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 417 ואילך). טכניקה זאת מאפשרת פסיקה לפי הדין הקיים תוך הצבעה על כך שהוא עומד להשתנות בעתיד. כפי שאמר פרופ' ברק, בספרו

44 וראו, קפלן, לעיל, הערות 1, 2, 3, אשר בנפקות פרוספקטיביים להלכות בית המשפט העליון אשר עניינן בביטול פרוספקטיבי, ושם – של הלכות ולא של חוקים.

45 ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עירית נשר ואח', פ"ד נ(4) 206, 220.

הנ"ל, בעמ' 423: "בסופו של דבר, שיקול הדעת בשלב זה מכוון בעיקר על ידי אישיותו של השופט, פרי נסיונו, והפילוסופיה השיפוטית שלו. כל שנותר לי הוא להביע את השקפתי שלי. לדעתי, מן הראוי הוא לנסות שיטה זו".

• ובבג"צ 5070/95 נעמת נ' שר הפנים⁴⁶ אומר השופט טירקל:

"הטרודה אותי השאלה מה יהיה דין רישומם של הקטינים והמשיבים שלפנינו שענייניהם מתגלגלים בערכאות מזה שנים. סבורני כי לאור שנוי ההלכה שאני מציע – שהוא, ללא ספק קיצוני – אין להחיל את תוצאת השינוי עליהם, אלא להורות את ההלכה החדשה רק מכאן ולהבא... וגו".

ג. מסקנת ביניים

ניתן אפוא לסכם את מקבץ ההלכות שנסקרו, כי פסיקת בית המשפט העליון, למן המחצית השנייה של שנות התשעים, הכירה ביכולתה להחיל הלכות פסוקות מחדשות שלה בתורת תקדים מחייב בתחולה פרוספקטיבית בטכניקות שונות. זאת – תוך השארת "מרחב מחייה" לשופט הדן בעניין לסטות היכן שנראה לו ולהחיל את ההלכה הפסוקה רטרואקטיבית. זאת – בין אם תאמר כפי שהשופט טירקל אמר, להחילה בצורה פרוספקטיבית טהורה אשר דייה ב"הצהרת כוונות" לעתיד לבוא, בבטול הלכה, ב-Caveat אשר מעבר לאוביטר, ובין אם תאמר בנוסחו של השופט חשין, אשר אפשר לו בהחלת ההלכה הפסוקה לעתיד, כפיתרון אחרון למצוקה, ושלא, כנראה, על המתדיינים שלפניו, מכשיר המאפשר אי פגיעה בהסתמכות או בזכות קנויה של הציבור.

ונציין, שלא דעת כל השופטים כך.

השופט ש. לוי (כתוארו אז) בפרשת אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה.⁴⁷, סבור כי יש להחיל את ההלכה הסוטה רטרואקטיבית, וכך דוחה הוא את טענת הפרקליט באותו דיון נוסף שלא להחיל רטרואקטיבית, שינוי בהלכה קודמת מושרשת, בעקבות הלכת בית המשפט העליון המחודשת, בבקשתו לדחות תחולתה לעתיד לבוא:

"טענתו הראשונה של הפרקליט המלומד היא, שבדיון נוסף זה מתבקש בית המשפט לשנות הלכה קודמת, מושרשת, בדיני החוזים, ואין זה מן הראוי לתת לשינוי האמור תחולה רטרואקטיבית: ד"נ 25/80 [20]. טענה זו יש לדחות כבר

46 בג"צ 5070/95 נעמת נ' שר הפנים, תקדין עליון 2002 (1) 634 פסקה 6.

47 ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין נ' הרלו את ג'ונס (Harlow & Jones G.M.B.H), פ"ד מב(1) 221.

מן הטעם, שבדיון נוסף זה נותנים אנו את פסק הדין שבית המשפט המחוזי אמור לתתו, ואין הוא מהווה שינוי הלכה אלא קביעה של הדין הקיים ופיתוחו – פונקציה המוטלת על בית משפט זה מימים ימימה⁴⁸.

ד. סקירת הדין האמריקאי בהתפתחויות אחרונות בסוגיה זו

במאמרי הקודם עסקתי בדין הזר כרקע השוואתי למצב הנוהג בישראל. מטבע הדברים סקירת פסקי הדין הזרים בשיטות משפט שונות – לרבות הדין האמריקאי – הייתה נכונה לאז, עד לשלהי שנות השבעים, ולא נחזור עליהם בסקירת הדינים הזרים נכונים להיום. כפי שעסקנו במשפט הישראלי – נעסוק בדין הזר: בהפניה אל דין אשר חוקה ביסודו⁴⁹, בפניה אל דעות מלומדים שם בעקבות פסיקה רלבנטית אחרונה ועוד. נתמקד אפוא במחלוקת השופטים מבית המשפט העליון האמריקאי באשר ליישום התחולה באופן פרוספקטיבי, כפי שהתגלעו בהלכת *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia* (1991)⁵⁰, בניתוחה⁵¹. כדי להבין את עומק המחלוקת שומה עלינו לסקור את המצב המשפטי עובר לה למן מחצית המאה ה-20.

בהלכת *Linkletter v. Walker*⁵² משנת 1965, נדונה סוגיה בהליך הדיון הפלילי. שם דנו השופטים במשמעות תוצאותיה של הלכה פסוקה סוטה, חדשה, אשר התחובה לדעת השופטים באותו מקרה. השופטים שם נתנו דעתם כי לו היו מחילים הלכה פסוקה זו באופן הרגיל, בתחולה רטרואקטיבית – הייתה זו גורמת במישורין לתוצאה קשה אשר בספק הרשעות באלפי מקרים. מתוך כך – קבע בית המשפט העליון את תחולתה של ההלכה הפסוקה הסוטה שלא בתחולתה רטרואקטיבית, תוך הצבת קו זמן ומהות: זמן

48 שם, בעמ' 245.

49 וראה, קפלן, לעיל הערה 1, בעמ' 227–230.

50 *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 111 S. Ct. 2439 (1991) (להלן: "פרשת בים" או "Beam case").

51 ראה במיוחד סקירתו המקפת של Prospective Overruling של D. Steele: Recent Developments: "Prospective Overruling and the Judicial Role after *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*" 45 *Van. L. Rev.* (1992); וראה גם Treanor & Sperlign: "Prospective Overruling and the Revival of Fellon & Meltzer: "New Unconstitutional Statutes" 93 *Colum. L. Rev.* (1993); Law, Non Retroactivity and Constitutional Remedies", 104 *Harvard L. Rev.* (1991) 1733; וראה גם J. B. Corr: "Retroactivity, A Study in Supreme Court Doctrine As Applied" *N. Carolina L. Rev.* (1983) 745.

52 *Linkletter case, supra note 20*; וראה קפלן, לעיל הערה 1, בעמ' 234 באיזכור ההלכה עמ' 234 הערה 73. וראה קביעת העקרון למעשה בפסיקה האמריקאית כבר מפי השופט קרדוזו ב: *Great No. Ry. v. Sunburst Oil Ref. Co.*, 287 U.S. 358 (1932), ולא ב-*Linkletter case*, לראשונה.

— להלכה קודמת אשר מועדה אחורה, לשנת 1961, ומהות — אשר עניינה בהרשעות חלוטות⁵³.

בדומה, ננקט בהלכת *Stoval v. Denno* משנת 1967⁵⁴ שם נקבע כי לא מחילים רטרואקטיבית את הלכה החדשה, באשר למקרים אחרים, קודמים⁵⁵.

הלכה זו עמדה בעינה עד שנת 1987, מועד הלכת *Griffith v. Kentucky*⁵⁶, הלכת גריפית היוותה מהפכה — כפי שהכתיר סטיל את מאמרו עם יציאתה⁵⁷: "סוף תחולה עתידית במשפט הפלילי". בית המשפט בפרשת גריפית⁵⁸ קבע באופן נחרץ כי יישום פעולה שיפוטית שלא באופן רטרואקטיבי הוא ענינו של המחוקק בלבד הוא ולא אחר ובוודאי שאין זה מכוחו של השופט בשפיטתו.

קביעה נחרצת זו של הלכת גריפית לאי-תחולה פרוספקטיבית — עסקה במשפט הפלילי, בדינים הפליליים ולא יושמה באשר לדין האזרחי⁵⁹, זאת — נכון לשנת 1990 כביטויה בהלכת *American Trucking Associations v. Smith*⁶⁰.

והנה — קריאה בהלכה האחרונה, הלכת *Beam* משנת 1991, מפגישה את הקורא עם קשת דעות שונות ומגוונות, בינותם מתגלעות בגלוי, ללא כחל וסרק, מחלוקות חריפות בין שופטי בית המשפט העליון האמריקאי. זאת, בהתייחס לדרך נפקות ההלכה השיפוטית, כוחותיו של בית המשפט העליון לקבוע עמדה לגבי היקף תחולתן של הלכותיו הפסקות ומסגרת סמכויותיו של בית המשפט העליון הפדרלי:

דעה אחת — חזרה לגישה הבלקסטוני, הדקלארטיבית, הרואה בתפקיד השופט כמצהיר בלבד⁶¹; דעה זו פנתה אחורה לחלוקה המסורתית של הפרדת רשויות על הנובע ממנה, לפיה מוגבל השופט לפרשנות שיפוטית גרידא ואין בכוחו לעסוק ביצירה שפוטית⁶².

"Under Justice Scalia's theory, judicial power is limited to declaring

Linkletter case, supra note 20, at p. 633 53

Stoval v. Denno, 388 U.S. 293 (1967) 54

ראו, לעיל, הערה 46. 55

Griffith v. Kentucky 479 U.S. 314 (1987) (להלן: פרשת גריפית או *Griffith case*). 56

Steele, supra note 49, at p. 1351 57

Griffith case, supra note 54, at p. 322–323 58

וראה עוד ב-*Chevron Oil v. Hudson* 404 U.S. 97 (1971) 59

American Trucking Associations v. Smith 496 U.S. 167 (1990) (להלן: "פרשת סמית" או 60

"*Smith case*" וראה סקירת דרכו של בית המשפט העליון — *Fllon & Meltzer, supra note*

49; וראה, *Steele, supra note 49, at p. 1350–1351* הערות שוליים 79–97.

וראה, בבקורתם החריפה של פלון ומלצר, 1760–1763 *Fellon & Meltzer, supra note 49, at p.* 61

62 חרף חלוקי דעות בין שופטי הרוב (שם) הרי אליבא *Scalia, Marshall* ו-*Blackmun* — תחולה

פרוספקטיבית "טהורה" או "סלקטיבית" — הינה מעבר לכוחו של בית המשפט העליון, כנגזר

ממשפט חוקתי פדרלי. שופט הרוב, *White* בטא דעה המכירה ביכולת בית משפט שלא להחיל

New Law באופן רטרואקטיבי לכל ההחלטות השפוטיות בשיטה הפדרלית. וראה, *Beam case,*

supra note 48, at p. 2439–2440, 2443

what the law is, as Justice Marshall wrote in *Marbury v. Madison*. While claiming not to be so naïve as to be unaware that judges do make law, Justice Scalia argued that they must make it only in the Blackstonian sense, as if they were finding it”⁶³

מול דברים נחרצים אלה באו דבריה החולקים של השופטת אוקונור, בדעת מיעוט. בדבריה – התייחסה לאמירותיה היא בהלכת *Smith*’⁶⁴,

“Prospective overruling forces courts and commentators to admit that judges do in fact make law. Only with this admission made can theorists determine the most appropriate parameters and responsibilities of judicial power. Hence, once an accurate understanding of the actual function and power of judges is formulated, judges can be more effectively criticized. The result will be increased effectiveness and accuracy of judicial rulemaking by increasing the amount of information the Court receives regarding belief as to the appropriate methodology in rulemaking.”

”Prospective overruling is a valuable method of insuring that the Supreme Court is able to change the law as society changes yet not upset the settled expectations of parties who have relied on the old law. Objections that prospectivity is unconstitutional ignore the reality of judicial rulemaking and the function that the Court actually plays in the American constitutional scheme. The Blackstonian ideal of declaratory decision-making is outdated. Prospective overruling allows the Court to reach the equitable result without interfering with the role of the legislature. Prospectivity should be judged by its ability

63 Steele, *supra* note, 49 at p. 1354 ; וראה דעה “בלקסטוניית” אצל הש' לויץ בפרשת אדרס, לעיל, הערה 45.

64 – *Smith case*, *supra* note 58, at p. 2451

“I reiterate, however, that precisely because this Court has “the power to ‘say what the law is’ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 177, 2, L. Ed. 60 (1803),” ante, at 549 (Scalia, J., concurring in judgment), when the Court changes its mind, the law changes with it. If the Court decides, in the context of a civil case or controversy, to change the law, it must make the subsequent determination whether the new law or the old is to apply to conduct occurring before the law-changing decision. *Chevron Oil* describes our long-established procedure for making this inquiry.”

וראה בקורת אצל 183, at p. 49, *Fellon & Meltzer*, *supra* note 49.

to reach an equitable result, not by how well it fits together with rigid, outdated models of the judiciary.”⁶⁵

ה. תם ולא נשלם

יום קביעת הנורמה השיפוטית החדשה – הבאה בין על יסודו של חוק ערום, בין על יסוד הלכה שיפוטית קודמת המושתתת על יסודו של חוק, בין על יסוד הלכה שיפוטית יצירת הפסיקה – נקראת היא, כמצב המשפטי החדש בלבדו השיפוטי, ה-*New Law*.

לגבי הציבור – “הלכת בית המשפט העליון בפירוש חוק מהווה אותם משקפיים דרכם עתיד הוא לבחון הסוגיה המשפטית מכאן ואילך. מכאן, ששינוי בהלכה השיפוטית הנורמטיבית מהווה לעולם שינוי בזווית הראייה אליה התרגל הציבור, פעל על פיה ושינה את מערכת זכויותיו וחובותיו בהסתמך עליה”⁶⁶.

אותה קביעה הנובעת מסטייה מתקדים, – אכן, משמעה חקיקה במובן פונקציונלי⁶⁷.

הווה אומר מעתה: לצד מכשיר ביטול הלכה רעה, לא נכונה לזמנה, ב-*caveat* אשר באמרת אגב⁶⁸; לצד אמרות-אגב נשנות וחוזרות המונעות סטייה חדה הנובעת מביטול הלכה ישנה; לצד קשת דעות המאפשרות בנייה של הדין אשר בהתפתחות *Case Law* – מהלכה להלכה מתייצב לו הביטול העתידי כמכשיר הולם בנסיבות הנכונות⁶⁹. ראוי הוא מכשיר הביטול העתידי להתייצב ככלי שיפוטי בידם

65 P. Hogg, “Constitutional Law of Canada” (3 Ed.) (1992) 1241. Steele, *supra* note 49, at p. 1365–1366. באשר לדין הקנדי, ראה P. Hogg, “Constitutional Law of Canada” (3 Ed.) (1992) 1241. בדונו בתוצאת חוק בלתי חוקתית. באמירתו כי בטול עתידי מעולם לא התקבל על ידי בתי המשפט הקנדיים.

“...however attractive it may appear in practice...for a Canadian court, a constitutional restriction operates of its force, even if judicial recognition of the fact has been delayed”
וראה שם הערת שוליים 5.

Friedland, *supra* note 23, at p. 171, 178–182, כי חרף העובדה כי לא הוכר בטול עתידי בגלוי בפסיקה אנגלית או קנדית – הרי הגיעה לישום, כנראה אף ללא מודעות כי הדבר מהווה תפנית חדשה. לדעת המחבר, הרי בתי המשפט פתחו טכניקות של מעין תחולה פרוספקטיבית “למנוע השפעתן הרטרואקטיביות של הלכות נדונות”; וראה ברק, לעיל, הערה 27, בע’ 728, 729.

66 קפלן, לעיל, הערה 1, בעמ’ 240.

67 שם, בעמ’ 399.

68 א’ ברק, לעיל, הערה 12 בעמ’ 238 והערת שוליים 106. וראו, לעיל, הערה 27 למאמר.

69 ידעה פסיקה דרך משל, לבחון שאלת המחשבה הפלילית הנדרשת על פי סעיף 20(א) לחוק העונשין (עלפי תיקון 39 לחוק תשנ”ד–1994) באשר לעבירת ההריגה ממקרה למקרה, שלא בעקירת הרים, תוך הצבת תמרורי אזהרה.

ראה ע”פ 1713/95 בוריס פרידמן נ’ מ”י, פ”ד נ(1) 265, 267 בהבאת דברי השופטים: “קדמי,

של שופטי בית המשפט העליון בהצהירם על בטלות חוק כפי אשר נעשה בפרשת מנהלי ההשקעות⁷⁰; הם – כוחם אשר בהצהרה זו. להם, ולהם בלבד, אותו כוח נורמטיבי ראשון במעלה אשר בקביעת הלכה פסוקה, נורמה מחייבת על פי סעיף 20 לחוק יסוד השפיטה.

בתזמור העדין בין רשויות מדינה – קיימת היכולת להצהיר על בטלות נורמה שבחקיקה באמצעות נורמה אשר בשפיטה. נראה לי כי בקונטרפונקט אשר בנגינה הולמת, בשילוב כלים, ביצירה אחת – קיימת היכולת להכיר בגלוי בכוחה של השפיטה, בתרופה המאפשרת זמן שהיה, פתיל הסדר אשר בין זמנים, במניעת פגיעה בכללי הגינות צדק ושוויון; במניעת פגיעה עד כמה שניתן בהסתמכות הציבור על פרשנות נוהגת. זאת – בין מכוח הלכה קודמת של בית המשפט העליון ובין בהיעדרה – עולה קיומו של מכשיר נפלא במקרים הנדונים והראויים, בדמות ביטול עתידי אשר פני יאנוס המיתולוגי של תקדים שוב לא יאובחנו בו.

כאשר דן פרופ' ברק, בסקירת המודלים על הכרזת הבטלות, אומר הוא בספרו⁷¹ כי "מתן אפקט פרוספקטיבי להצהרת הבטלות – מעניק זמן למחוקק לפעול לתיקון המעוות בתקופת הזמן שנותרה עד לשכלול הביטול. בכך נמנע חלל חקיקתי ומתאפשרת פעילות של המחוקק הדמוקרטי".

ואכן, כוחו של שופט בית משפט עליון – בהלכתו. לא כוח אשר נוטל הוא לעצמו, אלא כוח המוקנה לו במסגרת הדין. במלכויות של חקיקה ושל שפיטה שחברו אליו יחדיו, הנושקים זה לזה במעגלים – נכנסים הם זה לתחמומו של זה בהוראת הריבון ומכוחו; במקרים הראויים – בהכרזת בטלות הלכה. בהכרזת בטלות חוק. בגלוי. באימון ציבור בגלוי, במוצהר על יצירה ותרופה בצדה. הלכה שיפוטית המתחשבת בנסמך, במי אשר זכות מוקנית בידו, מי אשר עלול להיפגע מתחולה אוחרת-עוכרת.

אכן, בהכרה הגלויה בכוחו המחוקק של בית המשפט העליון מגיעה פעולתו הנגזרת מכך במסגרת הפיתרון בסכסוך הספציפי המגיע לדין. זאת – מעצם המוענק לו בחוק יסוד השפיטה בהלכת התקדים⁷². בית המשפט העליון – מחוקק

ג' בך, בהפניה לדעה אחרת מאת השופט ט' שטרסברג כהן בהביאה מע"פ 2598/94 דנינו נ' מ"י, תקדין עליון 95(4) 120; מפ"י השופט א' גולדברג כמו גם מפ"י בע"פ 4639/93 ירון מלכה נ' מ"י, פ"ד נ(2) 661, 667 (להלן: "פרשת מלכה"); בהביאו מע"פ 1100/93 יוסף סובאח נ' מ"י, פ"ד מז(3) 635 (וגם שם – בהבאת דברים מפרשת מלכה) בהתרעת אקדמיה מפ"י ש' ז' פלר "סוף פסוק לאבחנות בדבר שלוב של היסוד הנפשי ביסוד העובדתי שבעבירת ההריגה" (בעקבות ע"פ 1100/93 סובאח נ' מ"י) הפרקליט מא (1993) 410, בואך אל ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מ"י, תקדין עליון 99 (1) 284, פסקא – 1, כמו גם ע"פ 7159/98 מ"י נ' פלוני, פ"ד נג(2) 632, ובהבאת המחלוקת מפ"י השופט קדמי בע"פ 1196/99 ממדוב נ' מ"י, פ"ד נה(1) 700, 801.

70 פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל, הערה 37.

71 א' ברק, לעיל, הערה 26, וראה פתרונות מוצעים בע' 741, 745.

72 אכן, כדברי גביון, לעיל, הערה 21, בע' 144–145 בזהירות ובצמצום, אך באלה הנדרשים לענין – ברחבות, בגלוי, בהכרת ערך עושה ומענה – דבריה של גביון כי "קשה להשתחרר מן

הוא בפועלו השיפוטי, ועת נדרש הדבר – יורשה הוא לקבוע החלה פרוספקטיבית על מגוון דרכיה בתחומי הסתמכות מובהקים כגון קניין, חוזים או פלילי. "בטייאה הכפולה" שבכובע בית המשפט העליון פועל כשופט וגם כמחוקק בשיטה הישראלית כהתפתחותה. בהגבלותיו מכוח דין, בהגבלתו עצמו בחישוקיו הוא, בזהירות, בהליכה – לעתים עקב בצד אגודל, בשנוי, כאמור, באימרות אגב, בדעות שונות עד לגיבושה של הלכה ושנויה שוב, במדרגות, אף בקפיצת פתע, במעקב הקורא לאורך פסיקה; ועת צריך הוא – בביטול עתידי, על דרכיו.

אל דרך בטלות עתידית באשר לחוק כתוצאה מאותו שנוי אליבא חוק כבוד האדם וחירותו המאפשר הצהרת בית משפט על בטלות חוק. ההצהרה – קביעה שיפוטית; ההצהרה – הלכה מפי בית משפט עליון על פי סעיף 20 לחוק השפיטה. מביטולה של חקיקה – והצורך, על פי גזירת במקרה, באותה תחולה עתידית, בת מרחב נשימה. אותה הצהרה, באותם מקרים אשר בשנוי או בטול הלכה שיפוטית, "בטכניקות" הנמנות על פי המקרה הנדון.

ובחזרה אל דברי חזונו, אכן, של *Benjamin Cardozo* כהבאתו היום⁷³:

"In the end, the virtues of this mode of analysis are those lauded by Benjamin Cardozo, a pioneering advocate of prospective decision making, though one whose analysis and conclusions differ from ours in many respects. Within a remedial framework, the question whether to deny retroactive effect to a relatively unpredictable decision is properly governed 'not by metaphysical conceptions of the nature of judge-made law, not 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'"⁷⁴

הרושם כי את מרכז הבמה מתחיל לתפוס תפקיד מעין חקיקתי או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה. "ולא היא במעשה שפיטה, אשר לצרכיה ולעתים אף לאגבה, באזהרת תמרור – בקביעות העשויות לכלול, על פי מהות ענין נורמות ראויות, באיזון, בדעות שונות.

73 B. Cardozo, *Fellon & Meltzer, supra* note 49, at p. 1: כי:

"We think the Federal Constitution has no voice upon this subject...The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges pf her courts, their conceptions of law, its origin and nature."

וראה גם דעות השופטים Renquhist, Kennedy.

74 *Fellon & Meltzer, supra* note 49, at p. 1833.