

רטרואקטיביות – יותר מאשר "רק עניין של זמן"! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס*

יניב רוזנאי**

"לו להשיב ניתן את מחוגי הזמן,
איזה עולם נפלא הוא היה בונה לו
רק להשיב ניתן את שחלף מזמן, איך
העולם אז היה משתנה..."
אהוד מנור, בלדה לשוטר אזולאי

האם המחוקק רשאי לשנות את כללי המשחק למפרע? האם הדבר צודק? בעיית הרטרואקטיביות בחקיקה העסיקה את בתי המשפט ואת הכתיבה המשפטית במשך מאות שנים. אף-על-פי-כן, ניתוח נושא הרטרואקטיביות לוקה בחוסר קוהרנטיות, בעיקר לנוכח המחסור בהגדרה סדורה של רטרואקטיביות. במאמר זה המחבר מציג את השיקולים השונים העומדים בבסיס ההתנגדות לחקיקה רטרואקטיבית, ואת דרך הניתוח המקובלת של חקיקה רטרואקטיבית, שניתן לחלקה לשני שלבים: שלב פרשני, שבו בית המשפט נדרש לזהות את חלותו בזמן של החוק; ושלב חוקתי, שבו נבחנת חוקתיותו של החוק הרטרואקטיבי. בישראל, בניגוד לקיים במדינות מסוימות, אין איסור חוקתי ישיר ביחס לחקיקה

* הרעיון לשם לקוח מהמאמר: Nicole Bussy, *Only a Matter of Time*, 64 Mod. L. Rev. 489 (2001).

** עורך-דין, בוגר תואר ראשון במשפטים (LL.B.) ובמשל (B.A.), המרכז הבינתחומי הרצליה, תלמיד התואר השני ב-London School of Economics and Political Science ולשעבר עובד הלשכה המשפטית של הכנסת ועוזר-הוראה במרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לליבי שפרלינג, לתמר ולדמן, לעידו עשת ולניר ימין על שיחות מועילות. כמו-כן, תודתי העמוקה נתונה לעורכים גיא זיידמן וארו שחם ולחברי המערכת של משפט ועסקים – ובעיקר ליונדב בובר, ליעל לירן פרל ולאריה שפניה – על הערותיהם הענייניות והמועילות ועל עבודת העריכה היסודית. נוסף על כך ברצוני להודות לקורא האנונימי על הערותיו החשובות. תודה מיוחדת לאמנון רובינשטיין ולליאב אורגד על עידוד בלתי-פוסק לכתיבה ולפרסום.

רטרואקטיבית, ודרכי ההגנה החוקתיות מפני חקיקה כאמור נגזרות מחוקי-היסוד הקיימים בדבר זכויות האדם. בהתאם לכך, המחוקק רשאי – אם זה רצונו – להעניק לחוק תחולה למפרע, וככל שהחוק פוגע בזכויות-יסוד מוגנות, ייבחנו הוראותיו במסגרת המגבלות של חוקי-היסוד הקיימים, והתחולה למפרע תהווה מאפיין נוסף של הפגיעה בזכויות. על-אף כללים פשוטים אלה, קבע בית-המשפט העליון, בבג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, כי למרות קביעה מפורשת של החוק לתחולה רטרואקטיבית מוחלטת, פרשנות תכליתית ועקרונות-היסוד מאפשרים לקבוע כי יש לפצל את הוראת החוק כך שתחול רק על מי שלא הסתמך על הבטחת המחוקק ולא שינה את מצבו בהתאם לה. פסק-דין זה משקף, לדעת המחבר, את מעמדה האיתן של חוקת הפרוספקטיביות.

המחבר סבור כי לנוכח השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות לחקיקה רטרואקטיבית, יש להתייחס לאיסור הרטרואקטיביות כאל עיקרון חוקתי עצמאי, ולא לראות ברטרואקטיביות מאפיין של אי-חוקתיות ותו לא. לכן המחבר מציע פתרון כפול לבעיית הרטרואקטיביות: ראשית, בעת פרשנות חלותו בזמן של דבר חקיקה, על בתי-המשפט לאמץ את "כלל הציון המפורש", קרי, כדי לסתור את החזקה נגד תחולה למפרע, יידרש המחוקק להביע את רצונו באופן מפורש בגוף החוק; שנית, יש לקבוע הוראה חוקתית שתאסור חקיקה רטרואקטיבית, להבדיל מחקיקה רטרוספקטיבית, אלא ברוב של חברי-הכנסת בקריאה השלישית, כלומר, רק כאשר קיים קונסנזוס מלא שהרטרואקטיביות הכרחית. לדעת המחבר, אף שגם חקיקה רטרואקטיבית וגם חקיקה רטרוספקטיבית נוגדות עקרונות של שלטון החוק, אי-אפשר להשוות בין חקיקה אשר פוגעת או משנה תוצאות משפטיות עתידיות של פעולות עבר לבין חקיקה אשר כותבת מחדש את ההיסטוריה וקובעת כי החוק – כפי שהובן בעבר – שונה. לכן המחבר מציע כלל מחמיר יותר לגבי חקיקה רטרואקטיבית.

מבוא

פרק א: הגדרות

פרק ב: מה רע בחקיקה רטרואקטיבית?

פרק ג: ניתוח חקיקה רטרואקטיבית

1. השלב הראשון: בחינה פרשנית

(א) החזקה הפרשנית נגד תחולה למפרע

(ב) חריגים לחזקה הפרשנית נגד תחולה למפרע

2. השלב השני: בחינה חוקתית

פרק ד: בג"ץ גניס – האומנם הלכה חדשה בניתוח רטרואקטיביות?

1. עובדות ונימוקים

2. החידוש שבהלכת גניס בניתוח חקיקה רטרואקטיבית

משפט ועסקים ט, התשס"ח רטרואקטיביות – יותר מאשר "רק עניין של זמן":

- פרק ה: הצעה לפתרון – פתרון משפטי ופוליטי
1. מדוע יש להבחין בין חקיקה רטרואקטיבית לבין חקיקה רטרואקטיבית?
 2. מדוע יש לאמץ את "כלל הציון המפורש" כדי לסתור את החזקה נגד תחולה למפרע?
 3. מדוע עלינו להעדיף פתרון פוליטי שיוחד לרטרואקטיביות, ולא פתרון משפטי?
 4. מדוע לא לאסור באופן מוחלט חקיקה רטרואקטיבית?
- פרק ו: סיכום

מבוא

"Time is always necessary in the law", כתבה פרופ' Rebecca R. French.¹ אכן, הזמן מהווה מושג חברתי חשוב במשפט, אך בד בבד מעלה בעיות רבות לעניין תפיסתו ומעמדו של הזמן במשפט, לעניין התנגשות בין נורמות מהיבט הזמן וכיוצא בהן. כך, בין היתר, המשפט משתנה על ציר הזמן ומעורר את הסוגיה המרכזית של חקיקה רטרואקטיבית – סוגיה מורכבת המשפיעה על כל ענפי המשפט כמעט. בעיית הזמן בחוקים אינה חדשה, אלא בעלת היסטוריה עתיקה ועשירה כשל החוק עצמו, והיא הדידה את שנתם של משפטנים במשך יותר ממאתיים שנות ליטיגציה ויותר מאלף שנות תורת משפט.² אפרים קישון כתב בזמנו מערכון בשם "הפוקר", שבו ארבינקא משחק "פוקר יהודי". במשחק זה ארבינקא משנה את הכללים לטובתו למפרע, מבלי ליידע מראש את יריבו על הכללים החדשים, ומבטיח בכך את נצחונו בכל מצב.³ האם המחוקק רשאי לשנות את כללי המשחק למפרע? האם זה צודק?

ההיסטוריה המשפטית, בפרט למן המאה השמונה-עשרה, מגלה גישה אנטגוניסטית חריפה כלפי חקיקה רטרואקטיבית. זו נתפסת כגוררת אי-צדק, חוסר הוגנות, שרירות וחוסר ודאות, ומעוררת חששות מפני משטרי דיכוי טירניים. התרחיש שלפיו אדם יעשה פעולה תוך הסתמכות בתום-לב על המצב החוקי הקיים, ובבוקר המחרת ימצא עצמו נפגע בשל כך שבינתיים שונו התוצאות המשפטיות של אותה פעולה, נתפס כתרחיש המנוגד

1 Rebecca R. French, *Time in the Law*, 72 U. COL. L. REV. 663 (2001).

2 Jackie M. McCreary, *Retroactivity of Laws: An Illustration of Intertemporal Conflicts Law Issues through the Revised Civil Code Articles on Disinheritance*, 62 LA. L. REV. 1321 (2002). לעיתים מכנים סוגיה זו "ניגוד הדינים הבינ-זמניים" – "Intertemporal Conflicts".

3 אפרים קישון ארבינקא 13 (2007).

לחושיו הטבעיים של האדם.⁴ חקיקה רטרואקטיבית – אם היא מותרת – גוררת עימה חוסר ודאות, בעודה מאפשרת לשלטון לתפקד באופן חופשי יותר. באופן כללי, חברה כלכלית מודרנית רוצה התערבות מינימלית ביסודות החוקיים המאפשרים חי מסחר וחברה, ואילו השלטון חפץ לעיתים קרובות להתערב בנושאים כאמור. לדילמה בסיסית זו אין כיום פתרון, פוליטי או משפטי, וגם הכתיבה המשפטית הישראלית בנושא זה מועטה באופן יחסי.

בחלק א למאמר זה מוצגות הגדרות שונות של תחולת חקיקה בזמן. בהתאם לאמור בחלק זה, יש לאמץ את ההבחנה בין חקיקה רטרואקטיבית לחקיקה רטרואקטיבית. הראשונה פועלת אחורה בזמן ומשנה למפרע את הדין ששרר לפני חקיקתה, ואילו האחרונה פועלת לעתיד, אך מסתכלת אחורה ומעניקה תוצאות שונות בעתיד לפעולות שהתרחשו בעבר. בחלק ב למאמר מוצגים השיקולים העיקריים המונחים בבסיס ההתנגדות לחקיקה רטרואקטיבית: שיקולי הגינות וצדק; מניעת פגיעה במטרת החוק המכוון פעולות עתידיות; יציבות, ודאות וביטחון ביחסים החברתיים והאישיים; אמון הציבור במוסדות השלטון; שיקולים כלכליים ופסיכולוגיים.

בחלק ג למאמר מוצגת דרך הניתוח המקובלת של חקיקה רטרואקטיבית, שניתן לחלק לשני שלבים. השלב הראשון הוא פרשני, ותפקידו לבחון אם נסתרת החוקה הפרשנית נגד תחולה למפרע. בהתאם לחוקה פרשנית זו, אשר נועדה להגשים את השיקולים המנויים לעיל, נקודת המוצא היא כי תחולתו של חוק היא מכאן ולהבא, ולא למפרע, אלא אם כן יש הוראת מעבר אחרת בחוק.⁵ השלב השני הוא שלב חוקתי, שבו נבחנת חוקתיותו של החוק הרטרואקטיבי. בניגוד למדינות מסוימות, אין בישראל הוראה חוקתית האוסרת חקיקה רטרואקטיבית כשלעצמה, ודרכי התקיפה החוקתיות הקיימות תלויות בחוקי-היסוד הקיימים בדבר זכויות האדם ובזכויות הנגזרות מהם.

בחלק ד נסקור בקצרה את בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון⁶ ואת החידוש שהוא מביא עימו. בפסק-דין זה, הדין בשלילה רטרואקטיבית של הטבות כספיות שישנה שבוועות לאחר שהוקנו בחוק, קבע בית-המשפט העליון, בדעת רוב של ארבעה מול שלושה שופטים, כי למרות הקביעה המפורשת לתחולה רטרואקטיבית מוחלטת, פרשנות תכליתית ועקרונות-היסוד מחייבים לקבוע כי יש לפצל את הוראת החוק כך שתחול רק על מי שלא הסתמך על הבטחת המחוקק ולא שינה את מצבו בהתאם לה. לפי ראות עיניי, לאחר עידן גניס, התחזק מעמדה של החוקה הפרשנית נגד תחולה למפרע, אולי אף למעמד של עקרון-יסוד חוקתי.

בחלק ה מוצע פתרון כפול לבעיית הרטרואקטיביות, המשלב יסוד משפטי ויסוד

4 ראו: Carl Seeman JR, *The Retroactive Effect of Repeal Legislation*, 27 Ky. L.J. 75 (1938–1939).

5 ראו בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד (נט) 241 (2004) (להלן: בג"ץ גניס); בג"ץ 7159/02 מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן (לא פורסם, 23.11.2005).

6 בג"ץ גניס, שם.

פוליטי. בהתאם למוצע, יש לאמץ את ההבחנה כאמור בין חקיקה רטרוספקטיבית לחקיקה רטרואקטיבית, ולהפעיל כלים שונים לגביהן. כיום ההבחנה בין רטרואקטיביות לרטרוספקטיביות, הגם שהיא מוכרת במשפט הישראלי, אינה זוכה בנפקות משפטית, ואין חלים כיום כללים שונים לגבי כל אחת מן התחולות. לדעתי, אף שהן חקיקה רטרואקטיבית והן חקיקה רטרוספקטיבית נוגדות עקרונות של שלטון החוק, אי־אפשר להשוות בין חקיקה אשר פוגעת או משנה תוצאות משפטיות עתידיות של פעולות עבר לבין חקיקה אשר כותבת מחדש את ההיסטוריה וקובעת כי החוק – כפי שהובן בעבר – שונה. מוצע לקבוע, בראש ובראשונה, כי בעת פרשנות חלותו בזמן של דבר חקיקה, ישמרו ויחזקו בתי־המשפט את החוקה בדבר אי־תחולה למפרע. כלומר, כאשר הוראת דין עומדת לפרשנות, תחולתה תהא פרוספקטיבית, וכדי לסתור את החוקה, יידרש המחוקק להביע את רצונו באופן מפורש בגוף החוק, ולא יהיה די בהכנה משתמעת של רצון המחוקק. באשר לחקיקה רטרואקטיבית, מוצע לקבל את אחת מההצעות שעלו בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במהלך הכנתה של החוקה העתידית של המדינה, ולקבוע איסור חוקתי ביחס לחקיקה רטרואקטיבית אלא ברוב של חברי־הכנסת בקריאה השלישית. איסור כזה יגן נאמנה על השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות לרטרואקטיביות ועל עקרונות־היסוד כפי שבאו לידי ביטוי בבג"ץ גניס, ובמקביל יאפשר פתח צר לרטרואקטיביות במקרים המתאימים. הוא מבטא איוון ראוי בין השיקולים השונים המונחים על כפות המאונניים בסוגיית החקיקה הרטרואקטיבית, ותואם את התנאים המשפטיים השוררים בישראל.

פרק א: הגדרות

אחד הקשיים בניתוח חקיקה רטרואקטיבית – ואולי הסבוך מכל, כפי שהתרה ההוגה Lon Fuller – הוא לדעת מתי חיקוק ייחשב רטרואקטיבי.⁷ בכתיבה המשפטית בנושא נטוש ויכוח אם בניתוח הרטרואקטיביות יש לפרט תחילה מהם הטעמים העומדים בבסיס ההגבלה של חקיקה כאמור ורק לאחר־מכן לזהות מתי יש לתייג חוק כרטרואקטיבי, או לחלופין, להקדים את הבהרת המונח "רטרואקטיביות" לבחינה הנורמטיבית.⁸ מאחר שאני סבור כי

7 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 59 (Yale Law School, 1963).

8 פרופ' Munzer סבור כי יש להבהיר את המונח "רטרואקטיביות" לפני ניתוחה של חקיקה רטרואקטיבית, מפני שהפיכת הסדר נושאת עימה סיכון שהשקפות נורמטיביות ישפיעו על הניתוח הקונספטואלי. לעומתו, פרופ' Eule סבור כי אם רוצים להבחין בין רטרואקטיביות לפרוספקטיביות, אין זה אלא משום שהראשונה פוגעת בנורמה חוקתית. בלא יכולת לזהות נורמה כזו, סוגיית הרטרואקטיביות אינה יכולה להוות בסיס לגיטימי לביקורת שיפוטית. ראו את עיקרי הוויכוח אצל: Julian N. Eule, *Temporal Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity*, 1987 Am. B. Found. Res. J. 379, 436 (1987). ראו

הדרך לפתרון סדור מצויה בעצם ההגדרה של רטרואקטיביות, אפתח ואנתח ראשית את ההגדרות השונות.

פרופ' Paul Roubier מציג שלושה זמני תחולה אפשריים לחוק: רטרואקטיבית (כאשר החוק החדש פועל כלפי העבר), מיידית (כאשר החוק חל בהווה) ונדחית (כאשר החוק החדש מאפשר לחוק הישן לחול לגבי תוצאות משפטיות שעתידות לנבוע מפעולות שהתרחשו לפני פרסומו של החוק החדש).⁹

רטרואקטיביות ניתנת לחלוקה לשתי קטגוריות, אשר לעיתים אין הפסיקה והספרות המשפטית מבחינות ביניהן:¹⁰ תחולה רטרואקטיבית ותחולה רטרואקטיבית.¹¹ מהי אותה

גם: CHARLES SAMPFORD, *RETROSPECTIVITY AND THE RULE OF LAW* 16 (Oxford University Press, 2006).

9 PAUL ROUBIER, *LE DROIT TRANSITOIRE: CONFLICTS DES LOIS DANS LE TEMPS* 177–181 (2nd ed. 1960). השוו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 405–406 (1997); ELMER A. DRIEDGER, *ON THE CONSTRUCTION OF STATUTES* 486 (Toronto, 3rd ed. 1994).

10 ראו SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 17–23, 37; C.S. Bobett, *Retroactive or Retrospective?* 37, 23–17 *A Note on Terminology*, 1 B.T.R. 15 (2006); Paul J. Salembier, *Understanding Retroactivity: When the Past Just Ain't What It Used to Be*, 33 H.K.L.J. 99, 100, 104–105 (2003); Geoffrey T. Loomer, *Taxing Out of Time: Parliamentary Supremacy and Retroactive Tax Legislation*, 1 B.T.R. 64, 65 (2006). חוסר סדר קיים גם בפסיקה הישראלית, והמונח "למפרע" אינו עדין דיו להבהיר הבחנה זו. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 623 (1994).

11 יש המכנים זאת "רטרואקטיביות ראשונית" (primary retroactivity) ו"רטרואקטיביות משנית" (secondary retroactivity). ראו: Jan. G. Laitos, *Legislation Retroactivity*, 52 WASH. U. J. URB. & CONTEMP. L. 81, 86–91 (1997); Ann Woolhandler, *Public Rights, Private Rights, and Statutory Retroactivity*, 94 GEO. L.J. 1015, 1023 fn. 38 (2006); Matthew P. Harrington, *Retroactivity of Law: Foreword – The Dual Dichotomy of Retroactive Lawmaking*, 3 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 19, 19–20 fn. 1 (1997). יש המבחינים בין "רטרואקטיביות שיטתית" (method retroactivity) לבין "רטרואקטיביות של זכויות מוקנות" (vested rights retroactivity). ראו: W. David Slawson, *Constitutional and Legislative Considerations in Retroactive Lawmaking*, 48 CAL. L. REV. 216, 217–218 (1960). יש המכנים זאת "פרשנות חזקה" ו"פרשנות חלשה" של רטרואקטיביות. ראו: Stephen R. Munzer, *Retroactive Law*, 6 J. LEGAL. STUD. 373, 382–384 (1977). בספרו על חקיקה רטרואקטיבית, מגדיל TROY ומסווג חקיקה למפרע לארבע קטגוריות שונות: חקיקה רטרואקטיבית, המחולקת ל"רטרואקטיביות מחוקת" (חוקים שתוקפם חל אף לפני כניסתם לתוקף) ול"רטרואקטיביות מוחלשת" (חוקים אשר מתייחסים לתוצאות משפטיות של מעשי עבר או משנים אותן, אולם רק ממועד הפרסום ולעתיד); וחקיקה רטרואקטיבית, אשר מחולקת גם היא לשתי קבוצות – "רטרואקטיביות משתמעת" (חוקים שאינם מזכירים אירועי עבר אולם משנים את התוצאות המשפטיות שלהם) וחוקים הפועלים כלפי העתיד אולם פוגעים בציפיות מגובות השקעה. ראו: DANIEL. E. TROY, *RETROACTIVE LEGISLATION*.

משפט ועסקים ט, התשס"ח רטרואקטיביות – יותר מאשר "רק עניין של זמן":

הבחנה? מילון אבן-שושן מגדיר: "רטרואקטיבי" – שכוחו יפה לאחור, מפרעי, שתקפו למפרע (מכאן ולעבר)". המונח "רטרואקטיבי" מוגדר שם כדבר "המתאר את העבר, הפונה מן ההווה לעבר". על-אף שוני זה, קיבע לעצמו המינוח המשפטי האנגלי את המונח "רטרואקטיבי" כדי לתאר חקיקה המשנה מצב חוקי שקדם לתחילתה,¹² ובשנים האחרונות השתמשו כמה ערכאות שיפוטיות במונח "רטרואקטיבי" כמילה נרדפת ל"רטרואקטיבי".¹³ לעומת בתי-המשפט האנגליים, בתי-המשפט בקנדה אימצו הבחנה בין המונחים בהתבסס על ניתוחו הרגיש של Driedger:

"A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. A retroactive statute operates backwards. A retrospective statute operates forwards, but it looks backwards in that it attaches new consequences for the future to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was, a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event."¹⁴

הודות לבתי-המשפט הקנדיים, לבית-המשפט האירופי לזכויות אדם ולשימוש הכללי במונח "רטרואקטיביות" בצפון אמריקה, השימוש במונח "רטרואקטיביות" לתיאור פעולה המשפיעה על העבר נעלם לו אט-אט.¹⁵ נראה כי ההבחנה המוצעת מקובלת גם על השופט ברק, המגדיר חקיקה כרטרואקטיבית:

-
- 12 The AEI Press, 1998) 6–8. לטעמי, חלוקה לשתי קבוצות עדיפה שכן היא ברורה יותר ומקילה את ההבחנה מבחינה מעשית.
- 12 בפסק-דין West v. Gwynne, [1911] 2 Ch 1,12 (C.A.) אמר השופט Buckley כי השימוש במונח "רטרואקטיבי" יפה לטעמו במקרה שבו חוק משנה את המצב החוקי שקדם לתחילתו, ומאז השתמשו בתי-המשפט באנגליה במונח זה כמעט תמיד כדי לתאר חקיקה המשנה את העבר. ראו Bobett, לעיל ה"ש 10, בעמ' 15–16; וכן Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 66. גם ב" Halsbury's Laws of England, תחת המונח "רטרואקטיביות", מצוין כי מדובר בחקיקה המשנה מצב משפטי עם תחולה מוקדמת למועד תחילתה. ראו: Halsbury's Laws of England (1995) 44 1283–1285 (4th ed.).
- 13 למשל, [2004] 1 AC 816; [2003] UKHL 40, Wilson v. First Country Trust, אצל Bobett, לעיל ה"ש 10, בעמ' 16.
- 14 Elmer A. Driedger, *Statutes: Retroactive Retrospective Reflections*, 56 CAN. BAR. REV. 264, 268–269 (1978). ראו, למשל, [1997] 1 Benner v. Canada (Secretary of State), S.C.R. 358, אצל Bobett, לעיל ה"ש 10, בעמ' 17; וכן Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 66.
- 15 Bobett, לעיל ה"ש 10, בעמ' 17–18. שימוש במונח "רטרואקטיבי" במשמעות זו רווח עדיין באוסטרליה ובניו-זילנד.

"אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף."¹⁶

לשם ההבחנה, חיקוק הוא רטרואקטיבי אם הוא משנה לעבר את מעמדה המשפטי, תכונותיה המשפטיות או תוצאותיה המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני כניסתו של אותו חיקוק לתוקפו.¹⁷ ודוק, חוק רטרואקטיבי הוא חוק אשר פועל לעתיד אך מסתכל אחורה ומעניק תוצאות שונות לעתיד לפעולות שהתרחשו בעבר, ואילו חוק רטרואקטיבי הוא חוק אשר פועל אחורה בזמן ומשנה למפרע את הדין ששרר לפני חקיקתו.¹⁸ ייתכן כי מבחינה אנליטית שני המושגים "זורמים יחדיו", וזו הסיבה מדוע רוב המלומדים ובתי המשפט מתייחסים אליהם באופן זהה,¹⁹ אולם אני סבור כי אין מדובר רק בהבחנה מינוחית, כי אם בהבחנה בעלת נפקות משפטית שאותה אציע בהמשך.

נוסף על מושגים אלה יש להתייחס גם לתחולה פרוספקטיבית ולתחולה אקטיבית. חוק הוא פרוספקטיבי אם הוא מוחל לגבי פעולות או מצבים שיתקיימו רק בעתיד.²⁰ חוק

16 ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 777 (1992). באותה פרשה נתן השופט ברק דוגמות אחדות כדי להבהיר מתי חוק הוא רטרואקטיבי: חוק מס יא רטרואקטיבי אם הוא ישנה את המעמד, התכונות או התוצאות המשפטיות של "אירוע מס" שהתרחש לפני חקיקתו, ופרוספקטיבי – אם הוא יקבע את התוצאות המשפטיות של אירוע מס שהתרחש לאחר חקיקתו; חוק שעניינו חוזים יהיה רטרואקטיבי אם הוא ישנה את דין החוזה (למשל, קביעת הפרה לדבר שלא היה הפרה), ויחיל עצמו על חוזים שנכרתו לפני היכנסו, ופרוספקטיבי – אם הוא יחול רק על חוזים חדשים; חוק ירושה יהיה רטרואקטיבי אם הוא יחול על יורשים שמורישם נפטר בטרם צאת החוק, ופרוספקטיבי – אם הוא יחול על יורשים שמורישם נפטר לאחר צאת החוק. על ההבחנה בין מצב לבין פעולה ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 626–630.

17 ראו בג"ץ 334/85 גל נ' מנהל בתי המשפט, פ"ד מ(3) 729, 741 (1986); ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 623–624.

18 ברק מבהיר כי חוק יכול להיות רטרואקטיבי מבלי שיהיה רטרואקטיבי – חוק שנכנס לתוקפו היום פועל מעתה ואילך, אך קובע כי מעתה ואילך זכויות מסוימות שנרכשו בעבר משתנות. חוק זה הוא רטרואקטיבי אך אינו רטרואקטיבי, שכן הוא אינו קובע כי המציאות הנורמטיבית של העבר משתנה לגבי העבר. באותו אופן בדיוק חוק יכול להיות רטרואקטיבי מבלי להיות רטרואקטיבי אם הוא קובע כי זכויות שנרכשו בעבר ישונו לגבי העבר אך לא לגבי העתיד. ראו ברק, לעיל ה"ש 10, ה"ש 84.

19 Gregory J. DeMars, *Retrospectivity and Retroactivity of Civil Legislation Reconsidered*, 10 OHIO N.U. L. REV. 253, 257 (1983).

20 זאת, להבדיל מחוק "פרואקטיבי", אשר חל קדימה ומכיל גם חקיקה רטרואקטיבית וגם חקיקה פרוספקטיבית.

אקטיבי²¹ הוא חוק המוחל על מצב־דברים המתקיים ביום כניסתו לתוקף.²² במצב זה, כאשר תכלית החוק היא הסדרת מצב קיים ונמשך, חוקה נגד תחולה למפרע אינה קמה שכן השפעתה המרכזית היא על ההווה, ולא על פעולות מן העבר, ומכאן שהיא אינה פוגעת בעקרונות של צדק, הגינות ויציבות.²³

הגדרות אלה משחררות אותנו מהמונח "זכויות מוקנות", שאליו קושרים פעמים רבות חקיקה רטרואקטיבית ורטרואקטיבית.²⁴ תיאוריית הזכויות המוקנות שלטה ב"דינים הבין־זמניים" עד לשנות העשרים של המאה הקודמת, ופגיעה בזכויות מוקנות הייתה לעיתים תכופות מבחן לחוקתיותו של חוק רטרואקטיבי.²⁵ גם במשפט הישראלי הייתה

21 יש המכנים זאת חקיקה "סימולאקטיבית" או חקיקה בעלת "השפעה סימולטנית". ראו: Benjamin Alarie, *Retroactivity and the General Anti-Avoidance Rule – Symposium: The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule* 4 (2005)

available at www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax_Alarie.pdf

22 כך, למשל, חוק המטיל מס על כל מי שהוא בעל זכות בעלות ביום חקיקתו הינו בעל תחולה אקטיבית, שכן הוא תופס ברשותו כל מי שמקיים את דרישות החוק ביום חקיקתו (עניין ארביב, לעיל ה"ש 16). לדוגמות נוספות ראו ע"א (נצ') 1175/04 רודמן נ' ועדת השחרורים, פ"מ מינהליים (התשס"ג) 625, 633–634 (2004); ענמ"ש 5228/04 דן תיכון – יו"ר הכנסת לשעבר נ' חשב הכנסת, פ"ד נט(6) 944, 956–957 (2005); רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל נ' חזן ואח', פ"ד נו(5) 385, 411–412 (2003); בג"ץ 7134/99 סלימאן נ' שר הפנים, פ"ד נד(1) 420, 428 (2000). קיימת טענה שלפיה אי־אפשר לדבר על תחולה אקטיבית מבחינה כלכלית לגבי חוק המשנה את ערכו של נכס, שכן כל שינוי אקטיבי בערכו של נכס הוא למעשה רטרואקטיבי, משום שהוא משנה תוצאות משפטיות של רכישת בעלות – פעולה שנעשתה בעבר. ראו: Michael J. Graetz, *Legal Transitions: The Case of* Retroactivity in Income Tax Revision, 126 U. PA. L. REV. 47, 49 (1977); יורם מרגליות

"אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא 529 (2001).

23 ראו עניין ארביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 780; רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל נ' חזן ואח', פ"ד נו(5) 385, 411 (2003).

24 THEODORE SEDGWICK, A TREATISE ON THE RULES WHICH GOVERN THE INTERPRETATION AND CONSTRUCTION OF STATUTORY AND CONSTITUTIONAL LAW 160–175, 638–643 (Fred B. Bryant Smith, *Retroactive Laws and Vested Rights*, 2nd ed. 1980). Rothman & Co., 2nd ed. 1980) Rights, 5 TEX. L. REV. 231 (1926–1927) (hereinafter: Smith 1926); Bryant Smith, *Retroactive Laws and Vested Rights II*, 6 TEX. L. REV. 409 (1927–1928) (hereinafter: Smith 1927).

25 H. Campbell Black, McCreary, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1324; SEDGWICK, שם, בעמ' 160; James L. Kainen, *Historical Framework – וכן בהרחבה* – REG. 681, 685–686 (1886) for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights, 79 CORNELL L. REV. 87, 102–114 (1993). L. REV. 87, 102–114 (1993) "Not only operates retrospectively and thus contradicts the essence and nature of law, but in thus attempting to deprive one man of a vested right for the

מקובלת הגישה שלפיה חוק הפוגע בזכויות מוקנות הוא חוק רטרואקטיבי.²⁶ הן פרופ' Roubier והן פרופ' ברק סוברים כי יש להבחין בין בעיית הרטרואקטיביות לבין בעיית הזכויות המוקנות, וכי אין להגדיר את המושג "רטרואקטיביות" באמצעות המושג "זכויות מוקנות", משום שזכויות מוקנות יכולות להיפגע לא רק על-ידי חקיקה רטרואקטיבית, אלא גם על-ידי חקיקה אקטיבית או פרוספקטיבית.²⁷ אף אני סבור כי יש להתייחס לשתי התיאוריות בנפרד, הואיל ועירוב של שני המושגים עלול ליצור חוסר דיוק – למשל, כאשר בית-משפט מנתח את המושג "זכויות מוקנות" במקרה העוסק בציפייה בלבד – וכן חוסר עקביות, משום שעל בית-המשפט לזהות בכל מקרה מחדש אם מדובר בזכות מוקנית ומתי היא נתונה לאדם.²⁸ אכן, חוסר עקביות הוא המאפיין השולט בפסיקותיהם של בתי-המשפט לאורך ההיסטוריה בדונם בשאלה אם זכות היא מוקנית אם לאו.²⁹ זאת ועוד, תיאוריית הזכויות המוקנות מתמקדת ב"זכויות", ואילו חקיקה רטרואקטיבית יכולה לשנות מצב קודם או סטטוס משפטי קודם מבלי לשלול זכות או לפגוע בה.

-
- benefit of another, it violates the natural and inalienable rights of humanity rights .which are superior to and beyond the reach of any earthly authority whatever" Simeon. Nash, *The Constitutionality of Retrospective Statutes*, 2 W. L.J. 170, 177 (1844–1845). מפורסמים גם דבריו של השופט Story בפסק-דין Society for the Propagation of the Gospel v. Wheeler, 22 F.Cas. 756, 767 (C.C.D.N.H. 1814), שציין כי רטרואקטיביות מתייחסת לא רק לחוק שמוחל לגבי זמן אשר קודם לכניסתו לתוקף, אלא גם ל"all statutes, which, though operating only from their passage, affect vested rights and past transactions". ראו Slawson, לעיל ה"ש 11, בעמ' 218.
- 26 השופט לנדוי בע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד (1) 295, 300 (1964): "חוק נחשב לרטרואקטיבי אם הוא מבטל או פוגע בזכות קנויה שנרכשה לפי חוקים קיימים". ראו גם ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי שפסלס, פושט רגל, פ"ד כ(1) 401, 405 (1966): בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596, 600 (1973); ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 633.
- 27 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 633–635; ROUBIER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 181–205. זו גם דעתו של Salembier, המבדיל בין חוקת אי-רטרואקטיביות לבין חוקת אי-התערבות בזכויות מוקנות. חקיקה רטרואקטיבית משפיעה על כל פעולה שנעשתה בעבר ממועד כניסתו לתוקף של החוק הרטרואקטיבי, ללא הבחנה אם במועד חקיקתו קיימת עדיין זכות מוקנית. לכן, גם אם חקיקה רטרואקטיבית פוגעת בסופו של דבר בזכות מוקנית, אין לערוב בין שתי החוקות השונות. ראו Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 117–119.
- 28 בג"ץ 334/85 גל נ' מנהל בתי-המשפט, פ"ד מ(3) 729 (1986). והשוו Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' 685; McCreary, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1325; Daniel E. Troy, *Toward a Definition and Critique of Retroactivity*, 51 ALA. L. REV. 1329, 1334 (1999–2000).
- 29 Seeman, לעיל ה"ש 4, בעמ' 90–92.

פרק ב: מה רע בחקיקה רטרואקטיבית?

קיימת סלידה מחקיקה רטרואקטיבית, והדעה הרווחת היא כי זו אינה צודקת, שרירותית ונוגדת את עקרון שלטון החוק.³⁰ לחקיקה רטרואקטיבית אף הוצמד כינוי "הגנאי" חקיקה ברברית.³¹ אחת הסיבות לכך היא שכאשר אנו חושבים על חקיקה רטרואקטיבית, אנו מקשרים אותה באופן טבעי לחקיקה פלילית³² ולמשטרים טוטליטריים שאנו מתנגדים להם, מה שמגביר את הסלידה מחוקים אלה.³³ בחלק זה אפרט את השיקולים המרכזיים העומדים במרכז ההתנגדות לחקיקה רטרואקטיבית.

1. שיקולי הגינות המבוססים על עקרונות של צדק³⁴ – חקיקה רטרואקטיבית נתפסת על-ידי החברה שלנו כבלתי-צודקת³⁵ מפני שראוי שנדע מהם כללי המשחק שאנו כפופים להם לפני שאנו מתחילים לשחק, ויש משהו מדאיג באפשרות שהמחוקק עלול לשנות את הכללים במהלך המשחק.³⁶ אף אם כפי שמעיר 'Somlo', מדובר בשאלה של

30 ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 619; ע"א 10/55 "אל-על" בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד י 1586, 1589 (1956) ("בדרך כלל אין הדעת נוחה מחקיקה רטרוספקטיבית"); בג"ץ 98/53 ציגלמן נ' יושב ראש וחברי בית הדין הרבני בת"א, פ"ד ז 606, 613 (1953) ("המחוקק, בדרך כלל, אינו מחבב חוקים רטרואקטיביים (או: 'רטרוספקטיביים'), ונפשו סולדת מהם").
כן ראו אצל Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 72.

31 כדברי השופט Willes בפסק-הדין Phillips v. Eyre, (1870) 6 LR QB 1, 25 (Ex Ch), אצל Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 74.

32 A.D. Woolley, *What is Wrong With Retrospective Law?* 18 PHIL. Q. 40, 42 (1968)
33 Woolley, שם. אכן, משטרים טוטליטריים היו משתמשים בחקיקה רטרואקטיבית ככלי שרירותי שיש בידו לסייע להם במימוש מטרותיהם. ראו דוגמות לגבי הדיקטטורה הגרמנית אצל קארל דיטריך בראכר הדיקטטורה הגרמנית 330 (2002) וכן אצל FULLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 68. לגבי הדיקטטורה של פרנקו בספרד ראו אצל שלמה בן-עמי ספרד: בין דיקטטורה לדמוקרטיה 1936-1977-67-68 (2002).

34 Jill E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 HARV. L. REV. 1055, 1067 (1997); John Prebble, Rebecca Prebble & Catherine Vidler Smith, *Retrospective Legislation: Reliance, the Public Interest, Principles of Interpretation and the Special Case of Anti-Avoidance Legislation*, 22 NZU. L. REV. 271, 291 (2006).

35 ראו את דבריו של השופט זוסמן בעניין רימון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 405: "החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה נוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק"; ואת דבריו של השופט ח' כהן בע"פ 290/63 נאסף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 570, 577 (1963): "חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית נוגדת 'מושגים מקובלים של צדק'". ראו גם ע"א 687/69 אבו גזאלה נ' אבו טאעה, פ"ד כד(2) 460, 476 (1970).

36 Woolley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 43. כפי ש-Troy מיטיב להמחיש, מגיל צעיר אנו לומדים לא לשנות כללים במהלך המשחק, אנו מוחים אם הורינו מענישים אותנו ללא אזהרה,

- הוגנות בלבד, ואין דבר בטבע של החוק עצמו שיסביר מדוע הוא אינו יכול להיות רטרואקטיבי,³⁷ אין הדבר אומר שחקיקה כזו מחויבת, שכן "justice is concerned not with what can be done but with what ought to be done"³⁸.
2. מניעת פגיעה במטרת החוק לכוון פעולות עתידיות – ביסוד החזקה נגד תחולה למפרע של חוק מונחת התפיסה כי החוק בא לכוון התנהגות אנושית עתידית. הוא נועד לקבוע מה מותר ומה אסור, לאילו מפעולותיו תהא נפקות משפטית ואילו יחסרו נפקות זו.³⁹ אין משמעות לחובה לעשות משהו בעבר, ולכן ברור כי חובה מוכרחה להתייחס לעתיד.⁴⁰
3. שיקולים של יציבות, ודאות וביטחון ביחסים החברתיים והאישיים – לאנשים בחברה חופשית צריכה להיות היכולת לתכנן את מעשיהם עם מידה סבירה של ודאות לגבי תוצאות מעשיהם. חוק המשנה את כללי המשחק באופן רטרואקטיבי נוטל מהאזרחים את הידיעה מה החוק שיחול על מעשיהם, ופוגע בציפיות ראויות של צדדים אשר פעלו בהתאם לכללי המשחק הקודמים. כחברה יש לנו רצון להגן על ציפיות אלה,⁴¹ שהרי כפי ש־Woozley מתאר: "Social life, indeed biological survival, would be impossible unless human behavior in society were reasonably predictable."⁴² במישור הפלילי, הכרזה על התנהגות כעברה פלילית באופן רטרואקטיבי משמעותה יצירת חוסר ביטחון גמור ביחסים החברתיים ופגיעה קשה בתחושת היציבות המבוססת

-
- ואנו מצפים לאזהרה לפני אירועים דרמטיים. ראו Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 17. ראו גם Harrington, לעיל ה"ש 11, בעמ' 19.
- 37 של 'Somlo' אצל Fuller, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66. ראו התייחסות לדבריו של 'Somlo' אצל Fuller, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66.
- 38 MARTIN LOUGHLIN, SWORD AND SCALES: AN EXAMINATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLITICS 13 (2000).
- 39 אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות תכליתית 426 (1992). ראו גם Nash, לעיל ה"ש 25, בעמ' 172.
- 40 Nash, Dwartis ודינשטיין מתייחסים לכך, בצדק, כאל "אבסורד", ופרופ' Marmor מכנה זאת "אוקסימורון". ראו Nash, לעיל ה"ש 25, בעמ' 173; POTTER'S DWARRIS, ON STATUTES; 162 (1885), מצוטט אצל Smith 1926, לעיל ה"ש 24, בעמ' 236; יורם דינשטיין יסודות המשפט 19-20 (מהדורה שלישית, 1993); Andrei Marmor, *The Rule of Law and Its Limits* (2003), available at ssrn.com/abstract=424613; GEOFFREY WALKER, THE RULE OF LAW — FOUNDATION OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 315 (Melbourne University Press, 1988).
- 41 בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד (3) 141, 153 (1983); בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד (4) 540, 553-554 (2001); Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 437; Harold. J. Krent, *The Puzzling Boundary Between Criminal and Civil Retroactive Lawmaking*, 84 GEO. L.J. 2143 (1995-1996).
- 42 Woozley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 43.

על דיני המדינה.⁴³ במישור האזרחי, המערך החוקי של הדין הקיים מהווה את הבסיס שעליו צדדים משתימים את מערכת היחסים ביניהם.⁴⁴ לפיכך עקרון הוודאות ביחסים בין בני-אדם בפעולותיהם היומיומיות הוא יסוד לחיי משפט תקינים בחברה.⁴⁵

4. שיקולים של אמון הציבור במוסדות השלטון – כפרטים בחברה וכנתינים, אנו נוטים בקלות להיות חסרי אמון בשלטון, ולחשוד בו בכל הנוגע לניצול הכוח שברשותו. חקיקה רטרואקטיבית אינה מאפשרת לאדם להסתמך על החוק, ומערערת את ידיעתו בדבר ההשלכות הצפויות של מעשיו. לכן, בניגוד לחקיקה פרוספקטיבית, אשר מאפשרת לאדם לצפות את ההשלכות של מעשיו ומחזקת את כיבוד שלטון החוק, רטרואקטיביות משולחת-רסן מובילה למשבר אמון במערך היחסים שבין הפרט לבין המדינה,⁴⁶ לחוסר רצון להסתמך על החוק⁴⁷ ולהבנת החוק כשימוש שרירותי של השלטון בכוחו.⁴⁸ עמד על כך Woolley:

"We find, as subjects, being in the subject-authority relationship only tolerable as long as there are rules of the game; it is bad enough having the rules made up by the authority, and from time to time changed by it; but if it is liable to change them backwards in time as well as forward, our distrust of authority becomes even stronger."⁴⁹

- 43 ש"ו פלר יסודות בדיני עונשין: כרך א 223-225 (1984); בג"ץ 220/51 אסלן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה(2) 1480, 1486: "יש לשמור שמירה מעולה על קיום אחד מכלליה הגדולים של כל חקיקה, אשר מצא את ביטויו בסעיף 10 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, דהיינו, כי אין לך חוק אלא אם הוא הובא לידיעת הרבים בדרך שהחוק קבע בעצמו, כי אם לא כן ייוצר מצב של אנדרלמוסיה שאיש לא יוכל לדעת מה מותר ומה אסור..."
- 44 בג"ץ 122/73 עבאדי נ' שר הפנים, פ"ד כח(2) 253, 280 (1974).
- 45 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 470-471: "אכן, ההסדרים המשפטיים חייבים לקיים רמה מינימלית של ביטחון וודאות, שתאפשר לפרט לתכנן את מעשיו בעתיד. בלא יכולת לצפות מראש מה קובע המשפט, מאבד המשפט את בסיסו הנורמטיבי." ראו גם: NORMAN S. MARSH, THE RULE OF LAW IN A FREE SOCIETY 211 (1959).
- 46 בג"ץ 2832/96 יוסף בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(2) 582, 594 (1996); ראו גם Troy, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1342.
- 47 Matthew A. Schwartz, *A Critical Analysis of Retroactive Economic Legislation: A Proposal for Due Process Revitalization in the Economic Arena*, 9 SETON HALL CONST. L.J. 935, 973 (1999).
- 48 Harrington, לעיל ה"ש 11, בעמ' 29.
- 49 Woolley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 42. Maher, לעומתו, טוען כי חקיקה רטרוספקטיבית מצמצמת אומנם את כיבוד החוק, אך במקרים של משבר חמור היא דווקא מחזקת את האמון בשלטון. ראו: Frank Maher, *The Ghost in the Machin: Myths and Facts About Retrospectivity*, 57 L. INST. J. 183, 191 (1983). עוד נטען כי העובדה שמערכת משפטית מפרה את עקרון שלטון החוק על-ידי כך שמפעם לפעם היא מחוקקת חקיקה רטרוספקטיבית אינה מעידה בהכרח על מערכת משפטית גרועה, שכן עקרון שלטון החוק מהווה רק עיקרון

נוסף על כך, בהחלה רטרואקטיבית של חוק ידוע בדיוק איזו קבוצת אנשים תיפגע, והדבר מגדיל את האפשרות שהמחוקק יכוון את החוק כלפי יחידים או קבוצות מסוימות. בכך החוק חדל מלהיות כללי, האזרחים כבר אינם שווים לפני החוק, והמחוקק חשוף לפיתוי גדול יותר למשוא-פנים ולשחיתות.⁵⁰ הנורמה שלפיה תחולתו של חוק הינה כללית מוכרת בדמוקרטיה כצורך חיוני במסגרת ההגנה על זכויות היסוד של הפרט ועל המיעוט.⁵¹ על-כן מתעורר החשש שמתן כוח לקבוצת הרוב לשנות זכויות וחובות באופן רטרואקטיבי מסכן את קבוצות המיעוט, שכן דיכוי יכול להיעשות כך ביתר קלות.⁵²

5. שיקולים כלכליים – שינוי משפטי מתרחש בשל הקביעה כי הכלל החדש מהווה שיפור, וראייה זו תומכת ביישום הכלל באופן רחב ככל האפשר.⁵³ למחוקק הנוכחי,

אחד בין עקרונות רבים אחרים, כגון צדק, זכויות אדם, דמוקרטיה ועוד. ראו: Andrew Palmer & Charles Sampford, *Retrospective Legislation in Australia: Looking Back at The 1980's*, 22 FED. L. REV. 217, 281 (1994)

50 Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2159; J.W. Bridge, *Retrospective Legislation and the Rule of Law in Britain*, 35 U.M.K.C. L. REV. 132, 147 (1967); Smith 1927; לעיל ה"ש 24, בעמ' 417. Smith מסייג את דבריו ואומר כי ההבחנה בין חקיקה רטרואקטיבית לחקיקה פרוספקטיבית בהקשר זה היא רק עניין של מידה, משום שגם מחוקק לעתיד בלבד יכול, אם הוא ממש רוצה, לבחור את הקבוצות – ולעיתים את היחידים – אשר יישאו בנטל החוק. זו גם דעתו של Bell – ראו: Bernard W. Bell, *In Defense of Retroactive Laws*, 78 TEX. L. REV. 235, 264 (1999). לפי Walker, לעיל ה"ש 40, בעמ' 321, גם אם נכיר בכך שחקיקה רטרואקטיבית צריכה להיעשות רק במקרים קיצוניים, יהיה זה בגדר תירוץ קל לניצול, אולם החוק מעולם לא התייחס לפיתוי כאל הצדקה.

51 Bell, שם, בעמ' 326; הנס קלזן על מהותה וערכה של הדמוקרטיה 67 (2005).

52 TROY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 19-20, 23-24. Bell, לעומתו, טוען כי תיאוריית הבחירה הציבורית מלמדת כי דווקא קבוצות הניתנות לזיהוי נהנות מנגישות רבה של הליך קבלת ההחלטות בהליך הפוליטי, ומיכולת שכנוע גבוהה בו. ראו Bell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 264. מבלי להכריע אם תיאוריה זו נכונה, יש לבדוק את עצם השימוש בטענה זו בדיון על רטרואקטיביות. פרופ' Sampford סבור כי אם המחוקק עושה שימוש לרעה בסמכותו, אזי יש לתקוף היבט זה, ולא את היבט הרטרואקטיביות. ראו SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 288. איני מסכים עם ביקורת זו, שכן היא יכולה להישמע גם לגבי כל הקשר אחר – פגיעה בזכויות אדם, יעילות ועוד. כל עוד הטיעון נובע ישירות ממאפייניה של החקיקה הרטרואקטיבית, הוא לגיטימי. עם זאת, אני סבור כי טענת ה"שחיתות" משמשת בדיון כהרב-פיפיות, שכן חקיקה רטרואקטיבית יכולה דווקא לסייע במאבק בשחיתות פוליטית, הואיל והיא משמשת תזכורת למחוקק שכל הטבה הניתנת למקורבים או לבעלי-ברית עלולה להישלל בעתיד גם למפרע. ראו Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2174-2183.

53 SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 232-234; FRIEDRICH C. VON SAVIGNY, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS, AND THE LIMITS OF THEIR OPERATION IN RESPECT OF PLACE AND TIME 344 (Rothman Reprints, Inc., 2nd ed. 1972); Saul Levmore, *The Case for Retroactive Taxation*, 22 J. LEGAL STUD. 265, 306 (1993). אם אכן כך הדבר, אזי כל חוק חדש – אשר

שצבר מידע רב מקודמיו ואשר יכול ללמוד מטעויותיהם, יש עמדת יתרון של ידע עדיף בר־השגה, שכן ההיבט הספקולטיבי שבחקיקה עתידית פג בחקיקה רטרואקטיבית. אין מדובר בידע בלבד – משפט מפורסם הוא כי בני־אדם נבונים יותר לאחר מעשה מאשר לפניו.⁵⁴ למרות תפיסה בסיסית זו, קיימים טיעונים כלכליים כבדי־משקל נגד חקיקה רטרואקטיבית. חקיקה רטרואקטיבית מטילה הוצאות כלכליות על החברה, שכן היא מפחיתה את אפשרות הניבוי או את היכולת להסתמך על ציפיות אשר קובעות החלטות ופעולות בכלכלת שוק.⁵⁵ יכולת הניבוי מאפשרת כוונן של התנהגות היחיד, אשר מגדיל את הרווחה החברתית ומפחית עלויות הקשורות לקבלת החלטות.⁵⁶ יכולת הניבוי הכרחית גם להמשך השקעה ביוזמות יצרניות. מאחר שחקיקה רטרואקטיבית מגדילה את מתחם התוצאות האפשריות, היא פוגמת בחברה בדרך של הפחתת השקעות. כלומר, חברות ישקיעו פחות מהרמה המיטבית בשל החשש שהממשלה תשנה את קווי מדיניותה למפרע.⁵⁷ לכן, לא רק שהסתמכות על הדין הקיים היא ערובה לחיי מסחר שוטפים, היא גם מסייעת בהגשמת יעדיה הכלכליים של המדינה, ולמדינה יש אינטרס שהפרטים יסתמכו על מדיניותה.⁵⁸ יתר על כן, חקיקה רטרואקטיבית עלולה ליצור הוצאות ציבוריות בלתי־צפויות, כך שגם אם אין ספק שכלל משפטי מסוים מהווה שיפור, ההוצאות הנלוות להמרת הכלל הישן בכלל החדש עלולות ליצור מחסום מפני שינוי.⁵⁹ בסיכומו של דבר, חיסרון ארוך־טווח בוודאות המשפטית גורם להיסוס של יחידים או של קבוצות אם להתחיל בפעילות יצרנית המחייבת השקעה של כסף, זמן ומאמץ. ההשפעה החברתית של חקיקה רטרואקטיבית היא אם כן הרתעה מפני פעילות יצרנית ועיכוב בצמיחה הכלכלית.⁶⁰ פרופ' Hayek הבהיר כי שגשוגן של ארצות המערב, ביחס

חוקה עליו שהוא טוב מקודמו – היה מוחל רטרוספקטיבית. ראו עניין ארביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 785.

54 Smith 1927, לעיל ה"ש 24, בעמ' 417; Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2158.

55 GREGORY J. SIDAK & DANIEL F. SPULBER, DEREGULATORY TAKING AND THE REGULATORY CONTRACT: THE COMPETITIVE TRANSFORMATION NETWORK INDUSTRIES IN THE UNITED STATES 104–108 (1997), מצוטט אצל Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20–21.

56 Ronald A. Cass, *Judging: Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making*, 75 B.U. L. Rev. 941, 960–961 (1995). ראו גם Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20–21; Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 973, ה"ש 241.

57 Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20–21.

58 דפנה ברק־ארוז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז 17, 31–32 (1996).

59 שינוי רטרואקטיבי בסטנדרט של אחריות אזרחית, לדוגמה, עלול לחייב עריכת משפטים חוזרים במאות מקרים. ראו Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1091. שינוי מצב קיים תוך התעלמות מנזקי הסתמכות, למשל, עלול להביא לידי החצנת עלויות ובזבוז משאבים חברתיים. ראו ברק־ארוז, שם, בעמ' 32–33.

60 ראו בהרחבה: David A. Harper, *Foundations of Entrepreneurship and Economic Development* 67–71 (Routledge, 2003).

לארצות המזרח, התאפשר בעיקר הודות לוודאות היחסית של החקיקה⁶¹. אשר על-כן הוטעם בפשטות כי: "Making laws prospective is simply more effective than making them retrospective"⁶².

6. שיקולים פסיכולוגיים – מחקרים בתחום של קבלת החלטות מלמדים כי אנשים נרתעים מפני פרידה מנכס השייך להם, ומתמחרים אותו במחיר גבוה מזה שהיו מוכנים לשלם תמורתו אילו קנו אותו לראשונה.⁶³ רתיעה זו מובילה בדרך-כלל להעדפת יציבות על שינוי, וממחישה במדויק את ההבדל בין חקיקה רטרואקטיבית לחקיקה פרוספקטיבית. אין דומה, מבחינה פסיכולוגית, שלילה עתידית ללקיחה בדיעבד, או כפי ש-Troy מיטיב להמחיש בספרו – כל ילד יודע את ההבדל החווייתי בין לקיחת צעצוע לבין אי-קבלת צעצוע נוסף.⁶⁴

61 (FRIEDRICH AUGUST HAYEK, THE POLITICAL IDEAL OF THE RULE OF LAW 36 (Cairo, 1955) מצוטט אצל: MARTIN LOUGHLIN, PUBLIC LAW AND POLITICAL THEORY 91–92 (Oxford, 1992). ראו גם פרידריך האייק הדרך לשיעבוד 52 (1998). באופן דומה העיר Max Weber כי מה שהחזיק את מדינות המזרח בעוני לא היה קיומם של חוקים נגד יזמות כלכלית, אלא חוסר הוודאות באשר לתכולתם ותחולתם של החוקים. ראו אצל WALKER, לעיל ה"ש 40, בעמ' 235. Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2164, מחוק טענה זו בצטטו כותבים שונים המשערים כי השתרכותה של רוסיה מאחור מבחינת השקעות, באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת, היא תוצאה של חוסר היכולת של יחידים להסתמך על התקנות והכללים, אשר השתנו ללא הרף.

62 Prebble, Prebble & Smith, לעיל ה"ש 34, בעמ' 273. חשוב לציין כי אין באמירה זו משום קביעה שכל חוק רטרואקטיבי אינו יעיל כלכלית. כפי שמציין Daniel Shaviro, עדיף לנתח כל שינוי מוצע לחוק מס נתון באופן עצמאי ולפי הקשרו. ראו: DANIEL SHAVIRO, WHEN RULES CHANGE: AN ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS OF TRANSITION RELIEF AND RETROACTIVITY 51, 227–228 (University of Chicago Press, 2000). ראו גם: Frederick A. Ballard, *Retroactive Federal Taxation*, 48 HARV. L. REV. 592, 594, 619 (1934–1935). למרות גישה זו של SHAVIRO, אין מדובר לדעתי בניתוח כלכלי טהור גרידא. בניגוד לאינטרס הממשלתי, שהוא בר-כימות, האינטרס של משלמי המיסים אינו ניתן למדידה. ודוק, ניתן לשערך את ההוצאות הישירות של משלמי המיסים, שכן שוויין זהה לסכום שאותו תקבל הממשלה אם החוק החדש יהיה רטרואקטיבי. אולם אי-אפשר להעריך את ההוצאות שינבעו מאיבוד האמון של משלם המיסים במערכת המס, בשל חוסר הצדק וחוסר ההגיונות הנובעים מרטרואקטיביות. ראו: Note, *Setting Effective Dates for Tax Legislation: A Rule of Prospectivity*, 84 HARV. L. REV. 436, 441 (1970).

63 זהו "אפקט ההענקה" ("endowment effect") – מונח שהוטבע לראשונה על-ידי: Richard Thaler, *Towards a positive theory of consumer choice*, 1 J. ECON. BEHAV. ORG. 39–60 (1980). ראו גם: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, 39 AM. PSYCH. 341, 348 (1984). הבעלות, שנאת הפסד והטיית המצב הקיים" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות, הוגנות, אושר 90–103 (מיה בר-הלל עורכת, 2005).

64 Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 23.

אם כן, "חקיקה למפרע", כפי שציין השופט ברק, "פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות ובביטחון הציבור במשפט. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות, ובאמון הציבור במוסדות השלטון."⁶⁵

פרק ג: ניתוח חקיקה רטרואקטיבית

ניתוח חקיקה רטרואקטיבית נעשה בדרך-כלל בשני שלבים. השלב הראשון הוא פרשני, ונועד לקבוע אם כוונתו של המחוקק היא שהחוק החדש יחול באופן רטרואקטיבי. אם התשובה לשאלה זו שלילית, אזי בכך הניתוח מסתיים. אם התשובה לשאלה זו חיובית, עוברים לשלב השני, שהוא הבחינה החוקתית.⁶⁶

1. השלב הראשון: בחינה פרשנית

השלב הראשון בניתוח חקיקה רטרואקטיבית הוא זיהוי התחולה בזמן של הנורמה המשפטית. כאשר הנורמה המשפטית היא חוק, ניתן להסדיר את תחולתו בזמן באופן מפורש. יש להבחין בין מועד תחילתו של החוק לבין מועד תחולתו. מועד התחילה עוסק בשאלה מתי החוק נכנס לתוקפו, בעוד מועד התחולה עוסק בשאלה על אילו פעולות מבחינת הזמן החוק חל.⁶⁷ אם התחולה לא הוסדרה באופן מפורש, היא תיקבע על-פי פרשנותו של החוק: "השאלה היא, בראש ובראשונה, שאלה של פרשנות."⁶⁸ כדי לעמוד על הפרשנות הנכונה

65 ראו עניין ארביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 775-776.

66 ראו McCreary, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1323-1324.

67 מועד תחילת החוק נקבע לעיתים באמצעות סעיף תחילה (למשל: "תחילתו של חוק זה 60 ימים מיום פרסומו"), בעוד תחולת החוק מוסדרת על-ידי סעיף תחולה והוראת-מעבר (למשל: "הועסק אדם עם מוגבלות במקום תעסוקה רגיל ערב תחילתו של חוק זה, יחולו לגביו הוראות אלה..."). ראו ס' 16 ו-17 לחוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ו-2007, ס"ח 450.

68 ר"ע 231/86 "הדר" חברה לביטוח בע"מ נ' פוני, פ"ד (4) 160, 162 (1986). עוד ראו עניין ארביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 775-776: "בהעדר נורמה חוקתית... חופשי המחוקק הרגיל לקבוע במפורש כי חלותו בזמן של החוק היא רטרואקטיבית או רטרואספקטיבית... זאת ועוד: אפילו לא נקבע בחוק במפורש כי חלותו בזמן היא רטרואספקטיבית, עשויה מסקנה זו להשתמע... התשובה לשאלה, אם אכן משתמעת כוונה שכזו, נקבעת על-פי פרשנותו של החוק בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים." ראו גם את דבריו של השופט זוסמן בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד (כו) 596, 600 (1973): "הכלל לפיו אין תקפו של חיקוק אלא מכאן ולהבא אינו אלא כלל של פרשנות"; וכן את דבריו בעניין רימון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 405: "אין זה אלא כלל של פרשנות". ראו בהרחבה אצל ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 616-617.

לעניין תחולתו בזמן של החוק, על הפרשן לבחון את תכלית החוק; האם הוא נועד להשפיע על המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של פעולות או אירועים שהתרחשו בעבר, או על מצבים (נסיבות או תכונות) שהתקיימו בעבר?⁶⁹ אם התשובה לכך חיובית, אזי מדובר בתחולה למפרע.

(א) החזקה הפרשנית נגד תחולה למפרע

קיימת חזקה פרשנית עתיקת-יומין שלפיה חוק הינו פרוספקטיבי, קרי, צופה פני עתיד. ייתכן שניתן לראות את ניצניה של חזקה זו במשפט העברי.⁷⁰ מכל מקום, לחזקה פרשנית זו יש שורשים עוד במאות הרביעית והחמישית לפני הספירה ביוון העתיקה, שם שניים ממאפייניו הבולטים של כל חוק היו כלליות ופרוספקטיביות.⁷¹ כלל הפרוספקטיביות בא לידי ביטוי גם בתקופת הרפובליקה הרומית.⁷² משפטני האימפריה הרומית אף הציגו את צמד המימרות: "nula pena sine crimine" ("אין עונש בלי עברה") ו-"nulla crimen sine lege" ("אין עברה

- 69 ראו עניין ארביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 783; ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 629-630.
- 70 מנחם אלון המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 312, 625-629 (מהדורה שלישית, התשמ"ח); ע"פ 63/89 מאיר בן יוסף מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 388, 394 (1989); אביעד הכהן "צדק ויושר בדיני המס - וישימו עליו שרי מסים למען ענותו בסבלתם?!" פרשת השבוע 105 (התשס"ג).
- 71 הפוליטיאה האתונאית שהקימו סולון וקליסטנס הייתה מבוססת על אידיאל האיסונומיה ("זכויות פוליטיות שוות"), כך שבני-האדם יישלטו באמצעות כללים ידועים. ראו WALKER, לעיל ה"ש 40, בעמ' 93; SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10. עקרון הפרוספקטיביות בא לידי ביטוי גם בדבריהם של ההוגים היוונים הגדולים. אפלטון, למשל, הגדיר חוק כ"דין לעתיד", ואריסטו התייחס לחוק כאל "פרוספקטיבי וכללי". בהודמנות אחת גינה דמוסטנס חקיקה רטרואקטיבית באומרו כי זו הולמת שלטון חסר חוק של אוליגרכייה. ראו אצל: FRANCIS D. WORMUTH, THE ORIGINS OF MODERN CONSTITUTIONALISM (Harper & Brothers, 1949) [available at www.constitution.org/cmt/wormuth/wormuth.htm](http://www.constitution.org/cmt/wormuth/wormuth.htm).
- 72 המדינאי סולה, למשל, התעקש שעברות ועונשים מסוימים יפורטו באופן מדויק בחוק שלפיו מענישים אדם. ראו בהרחבה: Jerome Hall, *Nulla Poena Sine Lege*, 47 YALE L.J. 165-166 (1937-1938). אפילו ה-"Lex de Repetundis", אשר חוקק בלהט מריבה במפלגת Gracchan, כלל הוראה האוסרת תחולה רטרואקטיבית. ראו: S.I. Oost, *The Date of the Lex Iulia de Repetundis*, 77 AM. J. PHILOLOGY 19-28 (1956). מקאלוג האזרח הראשון ברומא 840-842, 944 (1991). גם קיקרו, באחד מנאומיו, תקף צו רטרואקטיבי שהפקיע קניין, וכינה אותו "רשעות מפלצתית ונתעבת". ראו WALKER, לעיל ה"ש 40, בעמ' 316. בתקופה מאוחרת יותר מתואר לגנאי מנהגו של הקיסר קליגולה לכתוב את חוקיו באותיות קטנות ולתלותם על עמודים גבוהים, כדי שנתניו לא יוכלו לראותם. ראו Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 83. פרופ' SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 11, מציין בצנינות כי מנהג פרסום החקיקה בצורה זו מלמד שאפילו קליגולה הבין כי חוקים פליליים רטרואקטיביים אינם רצויים.

בלי חוק",⁷³ ומאוחר יותר קבעו ב־Corpus Juris Civilis כי חוקים יפעלו לעתיד, ולא לעבר, אלא אם כן תחולתם על זמן עבר או על פעולות תלויות ועומדות מצוינת מפורשות.⁷⁴ עיקרון זה של המשפט הרומי מצא את דרכו אל המשפט המקובל האנגלי בתיווכו של Bracton, אשר קבע בשנת 1250 כי: "Likewise time is to be taken into account, since every new constitution ought to impose a form upon future matters, and not upon things past"⁷⁵ וחלחל לבתי־המשפט במאה השבע־עשרה הודות ל־Sir Edward Coke, שהכריז כי אֵל לפרלמנט לחוקק חוק רטרואקטיבי לרעתו של אדם.⁷⁶ חוקה זו, הבאה לידי ביטוי גם אצל Blackstone,⁷⁷ הינה אחת החזקות ה"חזקות" ביותר במשפט המקובל, וגם כיום אין בתי־המשפט האנגליים רואים בעין יפה חוקים רטרואקטיביים, ויוצאים מנקודת־הנחה שהחקיקה "speaks only as to the future".⁷⁸ עם זאת, לנוכח דוקטרינת הריבונות הפרלמנטרית, חקיקה רטרואקטיבית מותרת אם הביע הפרלמנט כוונה מפורשת לכך.⁷⁹ סקירת החלטותיהם של בתי־המשפט האנגליים מלמדת כי הצלחה או כישלון של טענה המבוססת על חוקת המשפט המקובל תלויה באופן קריטי בבהירות של שפת החוק, וככל שהתחולה למפרע פוגענית יותר כן יצפה בית־המשפט שכוונת המחוקק תהא ברורה יותר.⁸⁰

- 73 SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10; Hall, שם.
- 74 Elmer E. Smead, *The Rule Against* Corpus Juris Civilis, Code, 1, 14, 7 ראו אצל: *Retroactive Legislation: A Basic Principle of Jurisprudence*, 20 MINN. L. REV. 775 (1935–1936).
- 75 בתרגומו של Twiss, ובמקור: "Item tempus spectandum erit, cum omnis nova constitution futuris formam imponere debeat et non praeteritis" כפי שמצוטט אצל Smead, שם, בעמ' 776.
- 76 להרחבה ראו Smead, שם, בעמ' 776–777; Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 101; TROY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 25–26.
- 77 אשר הצביע על כך שחוקים צריכים לפעול לעתיד, משום שהדרישה לפרסום מחייבת שתחילתם תהא מאוחרת לחקיקתם. ראו אצל Smead, שם.
- 78 West v. Gwynne, [1911] 2 Ch 1, 12 (C.A.), מצוטט אצל Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 73. ראו בהרחבה אצל Bridge, לעיל ה"ש 50, בעמ' 135–137.
- 79 A.W. BRADLEY & K.D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 652 (13 ed. 2003). ראו גם Gillmore v. Shooter, (1678) 2 Mod. 310, 2 Lev. 227, מצוטט אצל Smead, לעיל ה"ש 74, בעמ' 778; Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 73; TROY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 26.
- 80 Lauri v. Renad, [1892] 3 Ch 402, 421 (Eng. C.A.); וכן Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 74–77. Loomer מביא כדוגמה את פרשת Wilson v. First County Trust Ltd., [2003] UKHL 40, [2004] 1 AC 816 (No. 2), שבה דן בית־הלורדים בשאלה אם חוק זכויות האדם (Human Rights Act 1998 (Eng.)) מאפשר לבית־המשפט להצהיר על חוק המסדיר הסדרי אשראי שנעשו בינואר 1999, לפני כניסתו לתוקף של חוק זכויות האדם, כעומד בסתירה אליו. בהחלטה שניתנה פה אחד הפך בית־הלורדים את החלטת בית־המשפט לערעורים, וקבע שחוק זכויות האדם לא התכוון לחול רטרואקטיבית, אף שישום רטרואקטיבי של החוק

החוקה נגד תחולה למפרע מקובלת גם בארצות־הברית,⁸¹ שם תוארה כ"עיקרון המוכר לכל סטודנט למשפטים."⁸² כדי לסתור את החוקה, נקבע בפרשת *Landgraf v. USI Film Prods.*, על המחוקק לבטא כוונה ברורה ("clear intent") לתחולה רטרואקטיבית – כוונה שתבוא לידי ביטוי רק כאשר החוק מצריך על פניו רטרואקטיביות או כאשר כלולה בגוף החוק הוראה מפורשת בדבר תחולה כאמור. אם החוק שותק וההיסטוריה החקיקתית מעורפלת, תגבר החוקה נגד תחולה למפרע.⁸³ החוקה הפרשנית מקובלת גם במשפט האירופי, שם בית־המשפט האירופי לזכויות אדם, בבואו לפרש דבר חקיקה, מסתמך על עקרונות כלליים של משפט, ביניהם עקרון הוודאות המשפטית ועקרון המידתיות. לכן, בין היתר, אימץ בית־המשפט גישה נוקשה לגבי חקיקה רטרואקטיבית מרעה, שלפיה תחילתה של חקיקה מיום פרסומה אלא אם כן בלעדי התחולה הרטרואקטיבית לא תושג מטרת החוק, ובלבד שיכובדו ציפיות לגיטימיות של הצדדים המעורבים.⁸⁴ חוקה זו מקובלת גם בקנדה,⁸⁵ בשוודיה⁸⁶ ובמדינות רבות נוספות,⁸⁷ ומצאה את דרכה גם לשיטת המשפט הישראלית. אכן, בית־המשפט העליון קבע, במספר רב של פסקי־דין, חוקה פרשנית שלפיה

- היה מחוק את ההגנה על הזכויות והחירויות המובטחות על־ידי החוק. בית־הלורדים קבע כי יש לראות את הפרלמנט – אלא אם כן הביע כוונה נוגדת – כמי שאינו מחוקק כדי לשנות תוצאות משפטיות של אירועי עבר, שכן פעולה כזו מובילה לחוסר צדק ולחוסר הוגנות.
- 81 ראו מובאות אצל Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' Woolhandler; 685, לעיל ה"ש 11, בעמ' McCreary; 1016–1015, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1324.
- 82 United States v. Security Industrial Bank, 459 U.S. 70, 79–80 (1982).
- 83 Landgraf v. USI Film Products, 511 U.S. 244, 270–273, 278, 280, 286 (1994), available at www.law.cornell.edu/supct/html/92-757.ZC.html (להלן: פרשת *Landgraf*). ראו Laitos, לעיל ה"ש 11, בעמ' 128–126.
- 84 ראו: Case 224/82 Meiko-Konservenfabrik v. Federal Republic of Germany, מצוטט אצל: Ulf Bernitz, *Retroactive Legislation in a European Perspective – On the Importance of General Principles of Law* (2000), available at www.bernitz.se. עיגון נוסף לחוקת הפרוספקטיביות ניתן למצוא בהוראת ס' 191.1 לאמנת רומא (Treaty of Rome), שלפיה (March 25, 1957, available at www.hri.org/docs/Rome57/Part5Title1.html), שלפיה תקנות, דירקטיבות והחלטות ייכנסו לתוקפן ביום שנקבע בהן, או בהעדר קביעה – ביום העשרים לאחר פרסומן הרשמי.
- 85 ראו, למשל, פרשת Gustavson Drilling (1964) Ltd v. Department of National Revenue, 1 S.C.R. 271, 279–280 [1977], שבה מציין השופט Dickson כי יש לפרש חוקים כבעלי תחולה פרוספקטיבית, אלא אם כן משתמע בהכרח אחרת מלשון החוק או שהמחוקק קבע אחרת באופן מפורש; Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' Loomer; 115–114, לעיל ה"ש 10, בעמ' 74.
- 86 בפסק־דין מרכזי משנת 1996 נקט בית־המשפט המנהלי העליון בשוודיה עמדה המתנגדת לחקיקה רטרואקטיבית, וקבע כי כללים מהותיים לא יחולו באופן רטרואקטיבי, למעט כאשר החוק מציין זאת במפורש, וגם אז רק בתנאי שיכובדו ציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים. ראו RA 1996 ref 57, אצל Bernitz, לעיל ה"ש 84.
- 87 ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 618; ברק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 426.

"רואים כל חוק שהוא פרוספקטיבי, כלומר: צופה פני העתיד, ולא רטרוספקטיבי, כלומר: חל למפרע.⁸⁸ נוסף על החוקה הפרשנית, קיימים כלים חוקיים אחדים המעגנים את עקרון הפרוספקטיביות. סעיף 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע כי חקיקתו של חוק חדש אינה משפיעה על זכויות, חובות או פעולות שהשתכללו על-ידי החוק הישן.⁸⁹ כמו-כן, סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948,⁹⁰ קובע כי תחילת תוקפה של פקודה הוא ביום פרסומה ברשומות, אלא אם כן נקבע בה תוקף מוקדם או מאוחר מיום הפרסום. חיווק לחוקה זו ניתן ללמוד מסעיף 17 לפקודת הפרשנות,⁹¹ הקובע כי תחילת תוקפן של תקנות בנות פועל תחיקתי ביום פרסומן ברשומות, אם אין הוראה אחרת בעניין זה, וכן מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר חקיקה רטרואקטיבית, שלפיה יש להימנע ככל האפשר מהצעת הצעות חוק שיש בהן שינוי רטרואקטיבי לרעתו של אדם.⁹²

ראוי לשים לב להבחנה הקיימת בין רטרואקטיביות במישור האזרחי לבין רטרואקטיביות במישור הפלילי. במישור הפלילי, נוסף על החוקה הפרשנית, שחלה גם לגבי נורמה פלילית,⁹³ קבע המחוקק הישראלי איסור מפורש לגבי ענישה פלילית רטרואקטיבית.⁹⁴

88 השופט חשין בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 38 (1954); ראו גם בג"ץ 98/53 ציגלמן נ' יושב ראש וחברי בית הדין הרבני בתל-אביב, פ"ד ז(1) 606, 613 (1953); עניין בדר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 300; עניין רימון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 405; בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596, 600 (1973); ע"א 41/76 ציפר נ' טורקניץ, פ"ד לב(2) 589, 595 (1978); עניין ארביב, לעיל ה"ש 16; בג"ץ 3480/91 ברגמן נ' רבינוביץ, פ"ד מז(3) 716, 724 (1993); ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581, 616-621 (1993); בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 424 (1997); ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ ואח', פ"ד נד(2) 433, 451 (2000); רע"א 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נו(3) 49, 67 (2003); ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 619-617.

89 ס"ח 302; ראו ע"א 261/70 דוידוף נ' חברת אילת השחר 5 בתל-אביב-יפו בע"מ, פ"ד כה(1) 520, 523 (1971); בג"ץ 329/71 בירון נ' חברה קדישא גחש"א – קהילת ירושלים, פ"ד כז(1) 381, 384 (1972); ע"א 261/72 "עזריאל" מושב עובדים בע"מ נ' ללצ'ק, פ"ד כז(2) 462, 467 (1973); ע"פ 1/75 מדינת ישראל נ' בתי מרגוע ומלונות היוזם בע"מ, פ"ד כט(2) 93, 96 (1975). ראו בהרחבה ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 614-616.

90 ע"ר 2, תוס' א', עמ' 1 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט).

91 דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 1, התשי"ד, 2 (להלן: פקודת הפרשנות [נוסח חדש]).

92 הנחיה 60.22, שהוסרה מקובץ הנחיות המעודכן. כן עמדו בתוקפן שתי הנחיות בדבר חקיקת-משנה למפרע (21.752; 60.200), שהוחלפו בהנחיה מעודכנת (2.3100), בעמ' 35-37.

93 אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347, 351 (2002).

94 פרק א בחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 266, ובמיוחד ס' 1 לעניין ענישה לפי חוק וס' 3 לעניין איסור ענישה למפרע. פרק ב לחוק, המתייחס לתחולתם של דיני העונשין לפי מועד עשיית העבירה, קובע הוראות באשר לביטול עבירה לאחר עשייתה, ומעגן את הכלל בדבר החלה רטרואקטיבית של נורמה מקילה. ראו בג"ץ 1618/97 סצי נ' עיריית תל-אביב-יפו,

בניגוד לכך, אין הוראות מיוחדות לעניין רטרואקטיביות במישור האזרחי, למעט שתי הוראות חוק בתחום המיסוי המאפשרות תיקון שומה רטרואקטיבי במסגרת זמן מוגבלת.⁹⁵ בתחום חיובי המס נקבע עוד כי החוקה הפרשנית נגד רטרואקטיביות נכונה במיוחד.⁹⁶ בהתאם לכלים פרשניים אלה, בהעדר הוראה מפורשת יתפרש החוק פרוספקטיבית, אולם המחוקק רשאי, אם זה רצונו, לקבוע אחרת: "אם רוצה הכנסת לחוקק חוק עם תוקף רטרואקטיבי זה עניינה ובית-משפט לא יכתוב לה את רצונו שלו."⁹⁷ כאן אנו נדרשים לשאלה אם על-מנת לסתור את החוקה הפרשנית נדרשת לשון ברורה, קרי אמירה מפורשת של המחוקק, או שמא כוונה משתמעת מספיקה לעניין זה. בנושא זה ניתן לזהות בפסיקה שתי גישות שונות: גישה המקילה עם המחוקק, שלפיה ניתן לסתור את החוקה באמצעות כוונה משתמעת בלבד – "מקום בו משתמעת מדבר החקיקה הגדון כוונה, שהוראה תהיה רטרואקטיבית למרות היותה מהותית, נוהגים לפי כוונת המחוקק ולא לפי כללי פרשנות גרידא";⁹⁸ וגישה מחמירה שלפיה כדי לסתור את החוקה יש צורך באמירה מפורשת וברורה של המחוקק.⁹⁹ פרופ' ברק סבור – ואני מסכים עימו¹⁰⁰ – כי יש להעדיף את הפרשנות

- פ"ד נב(2) 542 (1998); ע"פ 63/89 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 388 (1989); ע"פ 4002/01 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 241 (2002); ע"פ (י"ם) 9147/05 מדינת ישראל נ' חברת בשיר ר.מ. לבנייה בע"מ (לא פורסם, 26.6.2005).
- 95 ראו ס' 85 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה, ורכישה), התשכ"ג-1963, וס' 147 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. ראו גם עת"מ (חי') 459/02 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' המועצה האזורית זבולון (לא פורסם, 26.10.2003); עניין עילבון, לעיל ה"ש 88, בעמ' 451.
- 96 למשל, לגבי ריבית (ע"א 216/74 ד"ר ה' צ' ויגל נ' אצט מפיצים (1956) בע"מ, פ"ד כט(1) 141, 144 (1974)), לגבי מס שבח מקרקעין (ע"א 730/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלברט אלקוני, פ"ד לט(3) 169, 176-177 (1985)) ולגבי ארנונה (עניין עילבון, לעיל ה"ש 88; עת"מ (מחוזי ת"א) 2476/05 רשות שדות התעופה נ' עיריית הרצליה (לא פורסם, 10.4.2006)).
- 97 דברי השופט בך בבג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273, 279 (1984). ראו גם עניין ארביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 775; בג"ץ 14/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 97, 103-104 (1998).
- 98 דברי השופט לוין בבג"ץ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד ואח', פ"ד לה(1) 292, 303 (1980). ראו גם את דבריו של השופט לנדוי בעניין בדר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 300; את דבריו של השופט ויתקון בע"א 12/68 עיריית ראשון לציון נ' ויולר, פ"ד כב(2) 256, 259 (1968); ואת דבריו של השופט זוסמן בעניין רימון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 405. כן ראו אצל ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 644-645.
- 99 ראו את דבריו של השופט כהן בע"א 62/69 חיים נ' שטרנברג, פ"ד כג(2) 665, 667 (1974): "כלל גדול הוא בפרשנות החוק שאם אין המחוקק קובע אחרת בלשון מפורשת שאיננה משתמעת לשתי פנים, אין נותנים לשום הוראה שבחוק משמעות רטרואקטיבית." ראו גם ע"א 410/76 ציפר נ' טורקניץ, פ"ד לב(2) 589, 595 (1978); דברי השופט קיסטר בעניין ויגל, לעיל ה"ש 96, בעמ' 149; דברי השופט קיסטר בע"א 687/69 אבו גזאלה נ' אבו טאעה, פ"ד כד(2) 476, 460 (1970); וכן ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 645.
- 100 ראו את נימוקי לעניין זה בהרחבה בתת-פרק 2 להלן.

המחמירה, היות שהיא "עולה בקנה אחד עם ההלכה הכללית לגבי סתירת החזקות בעלות תחולה כללית", ומשום שגישה זו מגשימה את הערכים הדמוקרטיים העומדים בבסיסה של חזקת אי-התחולה למפרע.¹⁰¹ בין שנעדיף את הגישה המקילה ובין שנעדיף את המחמירה, החזקה כי פניו של חוק מועדות אל העתיד הינה חזקה ותו לא, וניתנת לסתירה בפירושו של דין חרות.

(ב) חריגים לחזקה הפרשנית נגד תחולה למפרע

1. חיקוק מיטיב – לעיתים חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית יכולה להיטיב עם אלה המושפעים ממנה.¹⁰² חוק המיטיב עם יחיד ללא הטלת מעמסה על אחר אינו נתפס במסגרת החזקה נגד תחולה למפרע, מפני שבמקרה כזה רוב השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות לרטרואקטיביות אינם קמים.¹⁰³ Woolzley מצייין בצדק כי חוסר ההגינות שבחקיקה רטרואקטיבית אינו מתקיים כל אימת שחל שינוי ביחס לציפיות של אדם, אלא רק כאשר השינוי הוא לרעה. כלומר, הטיעון הוא לא שאדם ידע מה יהיה מחיר מעשיו, אלא שהוא ידע מהו המחיר המרבי.¹⁰⁴ דוגמה מובהקת מצויה במשפט הפלילי, שבו איסור הרטרואקטיביות אינו חל כאשר מדובר בנורמה מאוחרת שמקילה עם אדם, שכן אז אין ההחלה פוגעת בזכויות היסוד של הפרט ואין היא מעמידה בסכנה את יציבותם של היחסים התברתיים.¹⁰⁵ בעיה מרכזית שאני רואה בחריג "החיקוק המיטיב" היא הזיהוי אימתי חיקוק הוא מיטיב. שהרי חקיקה המיטיבה עם אחד עלולה לפגוע באחר.¹⁰⁶ למעשה, כדי שחוק ייחשב "מיטיב" באמת, עליו להיטיב עם כל הצדדים המעורבים.
2. חיקוק מרפא/מתקן או מבהיר – לעיתים החקיקה הרטרואקטיבית מיועדת לתקן

101 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 645.

102 Woolzley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 53; SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 118-121.

103 ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 635-636; בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד (3) 837, 863 (1996); בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 210 (1998); ע"פ 348/67 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ כב(1) 225, 231 (1968). והשוו Woolzley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 53; SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 118-121; Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' 686-687. לכלל האמור לעיל בעניין חיקוק מיטיב ומקל קיים חריג אחד, והוא כאשר כל תכלית החקיקה נועדה להיטיב עם אדם מסוים. Jeremy Waldron, Retroactive law: How Dodgy Was Duynhoven? 10 OTAGO L. REV. 631, 641-642 (2004). חקיקה כזו – על-אף היותה מיטיבה ואף שלכאורה אין מניעה שתחול למפרע – פוגמת בשלטון החוק. ראו בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 29/55 הרב דוד דיין נ' שר הדתות, פ"ד ט(2) 997, 1001 (1955).

104 Woolzley, לעיל ה"ש 32.

105 פלר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 225-226; יעל אריאלי "התחולה בזמן של הנורמה הפלילית (תחולה רטרואקטיבית של נורמה מקלה)" משפטים יא 547 (1981). ראו, למשל, ע"פ 348/67 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ כב(1) 225, 231 (1968); ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.2.2006).

106 Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 126.

טעות או "לרפא" פגם. במקרה כזה נהוג לאשר את התחולה הרטרואקטיבית, שכן היא מובילה לאותה תוצאה שהייתה מתקבלת אילו פרסם המחוקק את הכלל המקורי בצורה הנכונה.¹⁰⁷ בדומה לכך נקבע כי תחולתו של תיקון שתכליתו הבלעדית היא "הבהרת" חוק קיים יכול שתהא למפרע.¹⁰⁸

3. דין דיוני¹⁰⁹ – בעבר קבע בית-המשפט העליון, ברשימה ארוכה של פסקי-דין,¹¹⁰ כי החוקה נגד תחולה למפרע אינה חלה ביחס לחוק הקובע סדרי דין, אלא דווקא להפך – לדין דיוני יש תחולה למפרע.¹¹¹ כיום מקובלת ההשקפה כי כלל זה שגוי, וכי תחולת החוק הדיוני היא למעשה אקטיבית, ולא רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית.¹¹²

107 חיקוק "מרפא" רטרואקטיבי יאושר בדרך-כלל בשני המצבים הבאים: (1) כאשר הוא מאשר התנהגות רשמית קודמת של פקיד ממשל שפעל בלי סמכות; (2) כאשר הוא מרפא פגמים במערכת המנהלית. הוראה שתכליתה תיקון טעות היא בדרך-כלל רטרוספקטיבית באופייה. ראו Laitos, לעיל ה"ש 11, בעמ' 95; והשוו SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 104-115; Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2156; Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 120-121; Charles B. Hochman, *The Supreme Court and the Bridge*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 138; *Constitutionality of Retroactive Legislation*, 75 HARV. L. REV. 692, 704-706 (1960). ראו גם דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 673, 688 (2003). כך, למשל, ס' 10א לפקודת סדרי השלטון והמשפט מאפשר לכנסת לתקן טעות לשונית-טכנית שנפלה בנוסח, ולקבוע כי תחילתו של התיקון תהא רטרואקטיבית מיום תחילת החוק המקורי.

108 Laitos, לעיל ה"ש 11, בעמ' 95; Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 121-123. כך, למשל, נקבע כי חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 29), התשס"ב-2002, ס"ח 504 – אשר קבע, למען הסר ספק, רשימת מעשים שאין לראותם כחוסים תחת החסינות המהותית – הינו תיקון "מבהיר" (דקלרטיבי) המשקף את המצב המשפטי ששרר גם קודם לו. ראו פסק-דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 1.2.2006).

109 באשר למבחני ההבחנה בין דין דיוני לבין דין מהותי ראו מרים בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5, 16-17 (1988).

110 ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457, 460 (1981); ע"פ 340/73 בצלה נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 838, 840 (1974); ע"א 238/53 כהן ובוטליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(1) 4, 16, 39 (1954); ע"א 350/74 חברת מ.ל.ט. בע"מ נ' ממך, פ"ד כט(1) 208, 213-214 (1974); ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 636.

111 זאת, בשל התפיסה כי בניגוד לחוק מהותי – אשר משנה את מצבו המשפטי של הפרט בכך שהוא גורע מזכויותיו או מוסיף עליהן – חוק דיוני משפיע רק על דרכי מימושו של הזכויות והחובות המוקנות על-ידי החוק המהותי. ראו יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין (חלק ראשון)" עיוני משפט ד 34 (1974). השוו Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' 690; SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 122-123; Bridge, לעיל ה"ש 50, בעמ' 137.

112 ש"ו פלר "ההתיישנות בפלילים לאור משפט המעבר" הפרקליט כג 217 (1967). פרופ' פלר מציין כי אומנם אין לאדם זכות קנויה שבמשפט על עברה שעבר יידון עניינו לפי דיני הראיות שהיו בתוקף בעת העברה, אולם בשעת ההליך של הבאת הראיות, גבייתן

2. השלב השני: בחינה חוקתית

אם החוקה נגד תחולה למפרע נסתרה, יש לעבור לשלב השני – הוא שלב הבחינה החוקתית. מדינות שונות קבעו בחוקותיהן הוראות מגוונות האוסרות חקיקה רטרואקטיבית. ההוראה הנפוצה ביותר היא זו האוסרת חקיקה רטרואקטיבית פלילית, כלומר, הקביעה כי אין להעניש אדם בשל מעשה שלא היה עברה בשעת עשייתו.¹¹³ חלק מהמדינות קבעו בחוקותיהן איסור לקוני לגבי חקיקה רטרואקטיבית המאפשר פרשנות רחבה מצד בתי-המשפט,¹¹⁴

והערכתן, יש לו זכות לדעת מהי הנורמה הדיונית הקובעת, כדי שיוכל לארגן את הגנתו. לכן יש להיזהר מן הקביעה הגורפת כי לדין הדיוני יש תחולה רטרואקטיבית, וכי הכלל הוא אי-רטרואקטיביות גם של הנורמות הדיוניות, אך החלתן הרגילה היא מיידי. ראו ש"ז פלר "רטרואקטיביות – מהי ואימתי?" משפטים יב 136 (1982). פרופ' ברק מסכים לכך, ומוסיף כי כאשר חוק דיוני נכנס לתוקף, הוא משנה את הדין הדיוני מעתה ואילך, ולכן פעולתו אקטיבית. ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 638–639; ראו גם ע"א 135/63 כורי נ' כורי, פ"ד יז(3) 1855, 1874–1870 (1964) (הכלל שחוק דיוני חל למפרע אינו מייחס למחוקק כוונה להתערב בשלבים קודמים של הדיון, אלא לומר כי חוק המשנה את סדרי הדין תופס מיד, וחל על כל דיון המתנהל בבית-המשפט אחרי כניסת החוק לתוקפו); בג"ץ 20/50 שלמה שוורץ נ' נשיאות בית-הדין הצבאי העליון, פ"ד ד(1), 185, 189 (1950) (אין לנאשם זכות קנויה שהרכב בית-המשפט או בית-הדין שמשפטו תלוי ועומד לפניו לא ישונה על-ידי מעשה חקיקה שהוחק אחרי תחילת משפטו, כי אין לאדם זכות קנויה בדרכי הדין של בית-המשפט שלפניו הוא מובא); ע"פ 1/75 מדינת ישראל נ' בתי מרגוע ומלונות היוזם בע"מ, פ"מ כט(2) 93, 97 (1975).

113 ראו, למשל, ס' 20(1) לחוקת הודו (ראו בהרחבה: MAHENDRA P. SINGH, CONSTITUTION OF INDIA 151–153 (2004); ס' 11(g) לצ'רטר הקנדי; ס' 14 לחוקת פרגוואי; ס' 15 לחוקת רומניה; ס' 23 לחוקת אסטוניה; ס' 46 לחוקת אלג'יריה; ס' 189 לחוקת אנגולה; ס' 103(2) לחוקת גרמניה (ראו: SABINA MICHALOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 355–360 (1999); ס' 12 לחוקת קרואטיה; ס' 39 לחוקת קפריסין; ס' 40 לחוקת צ'כיה; ס' 57 לחוקת הונגריה; ס' 25 לחוקת איטליה; ס' 39 לחוקת יפן; ס' 21 לחוקת ליבריה; ס' 14 לחוקת לוקסמבורג; ס' 35 לחוקת דרום-אפריקה; ס' 16 לחוקת הולנד; ס' 26 למגילת הזכויות של ניו-זילנד (ראו בהרחבה: MAI CHEN & GEOFFREY PALMER, PUBLIC LAW IN NEW ZEALAND: CASES, MATERIALS, COMMENTARY AND QUESTIONS 17–19 (1993); וכן Prebble, Prebble & Smith לעיל ה"ש 34, בעמ' 274); ס' 54 לחוקת רוסיה; ס' 50 לחוקת סלובקיה; ס' 32 לחוקת תאילנד; ס' 13 לחוקת תוניסיה; ס' 38 לחוקת טורקיה; ס' 46 לחוקת תימן; וס' 42 לחוקת פולין. לרשימת חוקות נוספות ראו אמנון רייכמן, ליאור אבו, עומר בכמן, שרית יקוטי, אלעד כץ, אילת לוי, נורית ענבל וענבל רובינשטיין "הזכות להליך הוגן: מגבלות מהותיות על הדין", מסמך-רקע שהוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (2005)–H20-02-2005_8-58-11_halichfull.pdf.

114 למשל, ס' 4 לחוקת מרוקו, הקובע בקצרה כי לחקיקה לא יהיה תוקף רטרואקטיבי; ס' 83 לחוקה הספרדית, הקובע כי לא ייקבעו בחוק רגיל הוראות חוק בעלות אופי רטרואקטיבי; וס'

וחלק קבעו הוראת שריון צורנית הדורשת רוב מיוחד לשם חקיקה רטרואקטיבית.¹¹⁵ מדינות שונות קבעו בחוקותיהן איסורים לגבי שלילה רטרואקטיבית של קניין או הגבלת זכויות,¹¹⁶ ובחוקות אחדות קבועות אף הוראות ספציפיות באשר לחוקי מס רטרואקטיביים.¹¹⁷ סעיף 1 ופסקה 9(3) לחוקת ארצות-הברית משנת 1787 קובע בקצרה כי: "No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed".¹¹⁸ במבט ראשון נדמה כי מדובר בכלל הבא לבטא באופן טכני את הרעיון כי חוק יהא כללי ופרוספקטיבי, מכיוון שהמונח הלטיני "אקס פוסט פקטו" כולל באופן מילולי כל חוק שעבר "לאחר מעשה", ויריעתו רחבה דייה לכלול את כל החקיקה הרטרואקטיבית – אזורחית ופלילית כאחד.¹¹⁹ אף-על-פי-כן קבע בית-המשפט העליון האמריקאי, בפסק-הדין המפורסם *Calder v. Bull*,¹²⁰ כי איסור זה חל

97 לחוקת נורווגיה, הקובע כי לא יינתן לחוק תוקף רטרואקטיבי, אולם נראה כי שם מדובר בסטנדרט משפטי הבא לבטא כלל מרכזי, אף שבפועל ייתכן שיהיו לו חריגים. ראו *Bernitz*, לעיל ה"ש 84.

115 הדבר נפוץ במיוחד בחוקותיהן של מדינות ערב, המנוסחות, כידוע, באופן ליברלי לעילא. כך, למשל, חוקת בהריין קובעת בס' 124 כי אין לחוקק חקיקה רטרואקטיבית. הסעיף מסייג ופותח פתח לחקיקה רטרואקטיבית – למעט בחקיקה פלילית – בהסכמת רוב של "הבית העליון" ו"הבית התחתון" של הפרלמנט. קביעה כזו מצויה גם בחוקת כווית, בס' 179, וגם בחוקה המצרית, בס' 187. הסדר מחמיר יותר, בצורה של הוראת שריון ברוב של שני שלישים מחברי הפרלמנט, ניתן למצוא בס' 40 לחוקת קטאר, בס' 11(3) לחוקת סוריה ובס' 103 לחוקת תימן. מעניין שדווקא מדינות אלה קובעות בחוקותיהן הסדר מחמיר בהקשר של חקיקה רטרואקטיבית. ייתכן שניתן להסביר זאת באמצעות איסור החקיקה הרטרואקטיבית הפלילית המצוי בקוראן. ראו *SAMPFORD*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 11-12. אולם יש להדגיש כי מדובר רק בנוסח הכתוב, ואיני מתייחס לאיכות היישום.

116 למשל, ס' 18 לחוקת פורטוגל קובע כי חקיקה המגבילה זכויות או חירויות לא תחול רטרואקטיבית, וס' 13(2) לחוקת קוריאה הדרומית קובע כי חקיקה רטרואקטיבית לא תשולל זכויות קניין של אדם.

117 למשל, החוקה היוונית קובעת בס' 78.2 כי מיסוי או חיוב פיננסי לא יחולו רטרואקטיבית לפני השנה הפיסקלית הקודמת להטלת המס. ס' 75 לחוקת צומן אוסר תחולה רטרואקטיבית של חקיקה פלילית, חקיקת מיסוי וחקיקה המטילה חובות כלכליות. החוקה הפורטוגלית קובעת גם היא, בס' 103.3, כי איש לא יאולץ לשלם מס שהוטל רטרואקטיבית, ואילו החוקה הרוסית קובעת, בס' 57, כי אין לחקיקת מס תוקף רטרואקטיבי. ההוראה המקיפה ביותר היא זו המצויה בס' 10 לחוקת שוודיה, האוסרת באופן מוחלט רטרואקטיביות בתחום הפלילי, ומונעת הטלת מס או אגרה ממשלתית בשיעור גבוה מזה שהיה קבוע בחוק בעת התרחשות הנסיבות שבגינן המס או האגרה מוטלים. עם זאת, האיסור אינו מוחלט. ראו גם *Bernitz*, לעיל ה"ש 84.

118 איסור פדרלי זה הוחל בסעיף 1 ופסקה 10(1) גם על חקיקה מדינתית: "No State shall... pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts".

119 *Krent*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2151; *Changes in Procedural Law as Ex Post Facto Legislation*, 74 U. PA. L. REV. 400 (1926).

120 3 (1798) 386, 390-391, 396-397, 399-400 (U.S. (3 Dall.) 386, 390-391, 396-397, 399-400 (1798) 3). (להלן: עניין *Calder v. Bull*).

רק על חקיקה פלילית.¹²¹ בהעדר מענה לחקיקה רטרואקטיבית אורחית בפסקת ה"אקס פוסט פקטו", נדרשו בתי המשפט לפנות להגנות חוקתיות אחרות נגד חקיקה רטרוספקטיבית, כגון פסקת ה"Contracts",¹²² פסקת ה"Takings",¹²³ פסקת ה"Due Process",¹²⁴ דוקטרינת ההשתק מן היושר (equitable estoppel) ועקרון הפרדת הרשויות (separation of powers).¹²⁵ חשוב לציין כי מדינות אחדות קבעו איסור מפורש בחוקתיהן לגבי חקיקה אורחית רטרואקטיבית, אולם בעוד האיסור לגבי חקיקה "אקס פוסט פקטו" מעוגן בחוקתיהן של שלושים ואחת מדינות, חקיקה רטרואקטיבית אורחית אסורה רק במדינות ספורות.¹²⁶

לסקירה מקיפה ראו Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' 681; Breck P. McAllister, *Ex Post Facto*, 15 CAL. L. REV. 269 (1926–1927). דעת הרוב טענה כי לא ייתכן שהאיסור התכוון לחול על חקיקה אורחית, לנוכח ההוראה האוסרת על חקיקה מדינתית לפגוע בחוזים. הוראה זו, כך נטען, מספקת הגנה וזה נגד חקיקה רטרוספקטיבית בקשר לזכויות קנייניות. פרשנות אחרת מרוקנת את פסקת ה"Contracts" מתוכן ומייתרת אותה. חשוב לציין כי אין זה ברור כלל כי זו אכן הייתה כוונתם של מנסחי החוקה, וביקורת רבה הוטחה בהחלטה זו. ראו Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 427, ה"ש 219 והאזכורים המובאים שם; Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2145–2153; Laura Ricciardi & Michael B.W. Sinclair, *Retroactive Civil Legislation*, 27 U. TOL. L. REV. 301, 316 (1995–1996). כך, למשל, הפרופסורים Field ו"Crosskey טוענים כי בהתאם לכוונת המנסחים ולהבנתם של האנשים באותה תקופה, המשמעות הרגילה של המונח "אקס פוסט פקטו" במאה השמונה עשרה הקיפה באופן ברור גם חקיקה אורחית. ראו: Oliver P. Field, *Ex Post Facto in the Constitution*, 20 MICH. L. REV. 315 (1921–1922); William W. Crosskey, *The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws*, 14 U. CHI. L. REV. 539 (1947). גם Selinger מבקר את הנימוק של דעת הרוב, וטוען כי הוא רחוק מלשכנע, שכן אין מניעה שפעולה תיאסר בחוקה הן על ידי סעיף כללי והן על ידי סעיף ספציפי יותר. חוק אשר פוגע בחוזים הינו סוג אחד של חוקי "אקס פוסט פקטו", אך אין הוא הסוג היחיד, מה גם שאיסור הפגיעה בחוזים חל רק על מדינות, ולא ברמה הפדרלית. כמו כן, בניגוד לאיסור החקיקה הפלילית הרטרואקטיבית בחוקות אחרות, בחוקה הפדרלית אין התייחסות מפורשת לכך, ומכאן שהמחוקק באותו זמן בחר מפורשות לא להגביל את האיסור למקרים פליליים, אף שידע בבירור כיצד ליצור איסור כזה. עוד מוסיף Selinger כי מקובל לחשוב שההבחנה בין משפט פלילי למשפט אורחי היא שהפרת חוק פלילי – להבדיל מהפרת חוק אורחי – יכולה להוביל לעונש מאסר, אך טענה זו אינה קמה לדעתו, שכן מאסר בשל הפרת המשפט האורחי היה נהוג בתקופה הקולוניאלית כאשר נכתבה החוקה האמריקאית. ראו: Steve Selinger, *The Case Against Civil Ex Post Facto Laws*, available at www.cato.org/pubs/journal/cj15n2-3-4.html.

U.S. CONST. art. I, §10, cl. 1 122

U.S. CONST. amend. V 123

U.S. CONST. amend. V, §1; U.S. CONST. amend. XIV, §1 124

ראו בהרחבה Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 82–56; Laitos, לעיל ה"ש 11, בעמ' 145–155; Woolhandler, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1017; Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2150–2149.

ראו, למשל, את חוקת ניו־המפשייר, ס' I, פס' 23: "Retrospective laws are highly" 126

בישראל אין הוראה חוקתית מפורשת האוסרת חקיקה רטרואקטיבית – לא במישור האזרחי ולא במישור הפלילי.¹²⁷ עם זאת, למן חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, חקיקה ראשית רטרואקטיבית אינה יכולה לפגוע בזכות חוקתית מבלי לעמוד בתנאים הקבועים בחוקי-היסוד.¹²⁸ השלב הראשון, אם כן, הוא בחינה אם החוק הרטרואקטיבי פוגע בזכות חוקתית.¹²⁹ אכן, חקיקה רטרואקטיבית עלולה לפגוע בכמה זכויות חוקתיות. כך, שיקול מרכזי המונח בבסיסו של איסור הרטרואקטיביות בתחום הפלילי כרוך בזכויות-היסוד של הפרט, מאחר שזכותו של אדם לדעת מראש מה מותר ומה אסור לו לעשות, ובאיזו אחריות הוא מסתכן אם יפר את האיסור.¹³⁰ מכאן שתחולה רטרואקטיבית פוגעת בכללי ההגיינות ובזכות לקיומו של הליך הוגן. נוסף על כך, רטרואקטיביות מצמצמת את התחום שבו אנשים יכולים לקבוע את גורלם מתוך בחירה.¹³¹ היא פוגעת ביכולת להסתמך

injurious, oppressive, and unjust. No such laws should, therefore, be made, either for the decision of civil cases or the punishment of offences" ראו גם את חוקת אוהיו (ס' II, פס' 28); חוקת טקסס (ס' I, פס' 16); חוקת ג'ורג'יה (ס' I, פס' I, פסקת-משנה X); חוקת מיזורי (ס' I, פס' 13); חוקת קולורדו (ס' II, פס' 11); חוקת איידהו (ס' XI, פס' 12); חוקת מונטנה (ס' I, פס' 13) וחוקת טנסי (ס' I, פס' 20). ראו Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' 682-683; Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 434.

127 ברוב הצעות החוקה שהתפרסמו קיימת התייחסות לעקרון הפרוספקטיביות, אולם הוראה מוחלטת מופיעה רק בהקשר הפלילי. ראו ס' 7 להצעת חוקי-יסוד: זכויות במשפט התשנ"ד-1994, ה"ח 335; הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח, התשל"ג-1973, ה"ח 448; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה [נוסח ועדת נאמן], המטילה איסור על חקיקה רטרואקטיבית, למעט אם מצוין אחרת; ס' 9 ו-10 להצעת חוקי-יסוד: החקיקה, התשל"ו-1976, ה"ח 135; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, התשל"ח-1978, ה"ח 328; ס' 10 להצעת חוקי-יסוד: החקיקה, התשנ"ב-1992, ה"ח 149; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, התשנ"ג-1993, ה"ח 91; ס' 13 (7) להצעת החוקה של יהודה כהן משנת 1948; ס' 14 להצעת החוקה של פרופ' אקצין משנת 1964; הצעת החוקה של פרופ' בנדור משנת 2000; ס' 26 ו-133 להצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה. ראו רייכמן ואבו, לעיל ה"ש 113.

128 אהרון ירון "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג 55 (1994).

129 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997). בשלב זה החוק נהנה מחוקת חוקתיות, ולכן נטל השכנוע כי החוק פוגע בזכות חוקתית מוטל על מי שטוען זאת. ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 267 (1999).

130 פלר מצוין כי איסור הרטרואקטיביות "מהווה ערובה חשובה לזכויות וחירויות היסוד של האדם בפני שרירות השלטון. [הוא מעניק] לאדם את תחושת הביטחון הדרושה בכל חברה נאורה וחפשית. תכונות אלה של חברה מתקדמת קשורות קשר הדוק בדיעתו של האדם בכל זמן, לפי לשינו הברורה של החוק, מה קו הגבול בין המותר לבין האסור, והוא יכול לבטוח כי התנהגותו המותרת היום לא תיחשב מחר לבת-עונשין ותוטל עליו אחריות פלילית". ראו ש"ו פלר "בחינת אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" משפטים א 23 (1968).

131 Dan M. Kahan, *Some Realism About Retroactive Criminal-Lawmaking*, 3 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 95 (1997).

על החוק ובהגנה על ציפיותיו הלגיטימיות של האזרח, ולכן פוגעת ברכיבי־מפתח בחירות האישית של האדם.¹³² לכן גם ניתן לראות את איסור הרטרואקטיביות במשפט הפלילי כחלק מעקרונות החוקיות המעוגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³³

רטרואקטיביות פוגעת גם בזכותו של אדם לכבוד. אנשים זכאים שתייחסו אליהם בדרך מכובדת ושקולה. טענה זו יפה בוודאי בהקשר הפלילי, שכן הענשת אדם בשל מעשה שלא היה עברה פלילית בעת עשייתו פוגעת פגיעה קשה בכבוד האדם,¹³⁴ אך גם בהקשר האזרחי. חקיקה רטרואקטיבית אינה נותנת את הכבוד הראוי לערך האדם כפרט, היות שהיא מתייחסת לבני־אדם כאילו הם אדישים לחוק ואינם מסוגלים לקבל החלטות רציונליות, ולכן מוזלת בהם פוגעת בכבודם.¹³⁵ ממשלה המכבדת את שלטון החוק צריכה להתייחס לאזרחיה כאל אנשים אחראיים שמסוגלים לקבל החלטות לגבי חייהם בהתאם לחוק.¹³⁶

מאחר שחקיקה רטרואקטיבית משבשת את ציפיותיהם של בני־האדם, פוגעת בפעולות שעשו בעבר ומונעת מהם תכנון תוכניות והוצאתן לפועל, היא פוגעת למעשה באוטונומיה של הרצון הפרטי¹³⁷ – ערך חוקתי שביסודו ההכרה כי כל פרט זכאי ל"מרחב מחיה" שבו יוכל לבטא את עצמו ולהגשים את רצונו מבלי שהמדינה או פרטים אחרים ימנעו זאת ממנו.¹³⁸ באשר לחוקים כלכליים רטרואקטיביים, אלה עלולים כמובן לפגוע בזכות לקניין ובזכויות אחרות, כגון חופש כלכלי וחופש העיסוק.¹³⁹ שאלה מרכזית בעניין זה היא אם הטלת מס כשלעצמה מהווה פגיעה בקניין, אולם שאלה זו שנויה במחלוקת בספרות המשפטית ובפסיקה שלנו, ונותרה, לעת הזו, ללא מענה.¹⁴⁰

אם החוק הרטרואקטיבי פוגע בזכות חוקתית, ייבחנו הוראותיו במבחני פסקת ההגבלה,

- 132 Prebble, Prebble & Smith, לעיל ה"ש 34, בעמ' 272.
- 133 ראו אצל אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 286 (מהדורה שישית, 2005) והאזכורים המובאים שם.
- 134 Marmor, לעיל ה"ש 40.
- 135 Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 18; Woolley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 43.
- 136 FULLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 162; JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW – ESSAYS ON LAW AND MORALITY 210, 221–222 (Clarendon Press, Oxford, 1979).
- 137 ראו רע"ב 433/07 עמירם הוכברג נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 2.12.2007) והשוו Troy, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1341–1342; Kaiser Aluminum & Chem. Corp. v. Bonjorno, 494 U.S. 827, 855–857 (1990); Stephen. R. Munzer, *A Theory of Retroactive Legislation*, 61 TEX. L. REV. 425, 427 (1982).
- 138 ראו ברק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 312–314.
- 139 יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" הפרקליט מו 11, 31 (2002). בית־המשפט העליון בע"א 730/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלברט אלקוני ואח', פ"ד לט(3) 169, 176–177 (1985), ציין כי חקיקת מס פיסקלית רטרואקטיבית שוללת מאדם זכויות קנייניות שכבר הוקנו לו.
- 140 ראו דיון נרחב אצל הלל סומר, דן אדר ועמית אלימן "הזכות החוקתית לקניין", מסמך־רקע שהוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת 9, 40–43 (2004) [huka.gov.il/wiki/material/ \(2004\) 43–40](http://huka.gov.il/wiki/material/data/H05-12-2004_9-49-52_kinianlong.pdf).

כאשר קיימת בחוק היסוד הוראה מגבילה כזו, או אולי אף באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית אם חוק היסוד "שותק".¹⁴¹ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובעים, בהתאמה, כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד או בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

תחילה נשאלת השאלה אם חוק רטרואקטיבי מהווה בכלל "חוק". שאלה זו נבחנת באספקלריה של ההיבט התורתי של שלטון החוק. מקובל לראות את איסור החקיקה הרטרואקטיבית כאחת מדרישות המינימום שבלעדיהן אין מתקיימת שיטת משפט.¹⁴² ניתן לטעון כי "בחוק" משמעו שהחוק צריך להיות כללי, פומבי וידוע, וכשם שחוק נסתר אינו מאפשר לאדם לתכנן את צעדיו, גם חוק רטרואקטיבי אינו מאפשר זאת ועל כן אינו ראוי להיחשב חוק.¹⁴³ היסוד התורתי, אשר מעמיד דרישות מינימום לשלטון המשפט, מכונה

141 ראו בג"ץ 92/03 מופז נ' יושבי ראש ועדת הבחירות לכנסת הששעשרה, פ"ד (נז) 373 (2003); אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק יסוד" הפרקליט מח(2) 293 (2006).

142 ראו אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375, 385-395 (2000); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 116, 119-120 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 133, בעמ' 284-285.

143 D.J. Carmichael, *Hobbes on Natural Right in Society: The "Leviathan" Account*, 23 CAN. J. POLITICAL SCIENCE 3-21 (1990). בפרקים 26 עד 28 לספרו לויטן, מצייין הובס הגבלות בנוגע למרות החוק, ומונה פקודות שאינן בגדר "חוקים אמיתיים" ("genuine laws") גם אם הריבון התכוון שיהיו כאלה. פקודות אלה כוללות, בין היתר, חקיקה רטרואקטיבית. ראו תומס הובס לויטן 288, 307 (1997). גם John Rawls, המתייחס לתנאים חיוניים לשלטון המשפט, שאותם הוא מכנה "צדק פורמלי" ("formal justice"), מצייין כי אל לו לחוק הפלילי להיות רטרואקטיבי אם הוא מרע לאלה שהוא מוחל עליהם. JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 235. בעיני John Austin, המתייחס לחוק כאל פקודה שבצידה סנקציה, חקיקה רטרואקטיבית אינה יכולה להדריך אדם: "For unless the party knew that he was violating his duty, the sanction could not operate, at the moment of the wrong, to the end of impelling him..." JOHN AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE, OR THE PHILOSOPHY OF POSITIVE LAW 469 (The Lawbook Exchange, Ltd., 2005). זו גם דעתו של Joseph Raz, הקובע כי חוקים צריכים להיות פרוספקטיביים. ראו Raz, לעיל ה"ש 136, בעמ' 214. אולם ראו גם את הסתייגותו שם: "All laws should be prospective... One cannot be guided by a retroactive law. It does not exist at the time of action. Sometimes it is then known for certain that a retroactive law will be enacted. When this happens retroactivity does not conflict with the rule of law" Jeremy Bentham הביע אף הוא את סלידתו מחקיקה רטרואקטיבית במכתב ששלח לנשיא ארצות הברית James Madison בשנת 1811. ראו: JEREMY BENTHAM, LEGISLATOR OF THE WORLD: WRITING ON CODIFICATION, LAW, AND EDUCATION 20 (P. Schofield & J. Harris eds., Clarendon Press, Oxford, 1998). חקיקה רטרואקטיבית מהווה דוגמה מצוינת למשל "דין הכלבים" ("dog law") שלו, שבו הוא מדמה את המשפט המקובל לענישתו של כלב במהלך אילוף, כאשר המאלף ממתין שהכלב יבצע פעולה ורק לאחר מכן מצליף בו. ראו:

אצל Lon Fuller "המוסריות הפנימית של המשפט".¹⁴⁴ לדידו, "a retroactive law is truly a monstrosity" [t]o speak of governing or directing conduct today by rules that will be enacted tomorrow is to talk in blank prose" שהרי אין יסוד רציונלי להניח כי על אדם מוטלת חובה מוסרית לציית לכלל משפטי שאינו קיים או שהחל להתקיים רק לאחר המעשה.¹⁴⁶ לשיטתו של Fuller, שימוש בחקיקה רטרואקטיבית אינו מוביל ל"חוק רע", אלא יוצר משהו שאינו בגדר "חוק" כלל. ודוק: חוק חייב לקיים את הדרישות הללו (או לכל הפחות להתקרב באופן משמעותי לקיומן), שאם לא כן הוא אינו בגדר חוק.¹⁴⁷

פרופ' Sampford, בספרו שראה אור לאחרונה RETROSPECTIVITY AND THE RULE OF LAW, דוחה את הטענה שלפיה חוק רטרואקטיבי אינו בגדר חוק. לטענתו, התיאוריה

Jeremy Bentham, *Truth v. Asshurt*, in 5 WORKS OF JEREMY BENTHAM 235 (Bowring ed., 1962), available at www.law.mq.edu.au/Units/law420/LAW203S/Ashhurst.htm. ראו גם אצל ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 621.

144 FULLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 33. לפי Fuller, החוק צריך להיות כללי, ידוע ומפורסם, ברור וניתן להבנה, ויציב; יש לאסור חקיקה רטרואקטיבית; חוקים חייבים לא לסתור זה את זה, ולא לדרוש ביצוע מעשים שאין אפשרות פיזית לבצעם; וצריכה להתקיים אכיפה ראויה של החוק.

145 שם, בעמ' 66.

146 Lon L. Fuller, *American Legal Realism*, 82 U. PA. L. REV. 429, 439 (1934) ברם, גם Fuller מסייג את דבריו בכך שלעיתים חקיקה רטרואקטיבית רצויה כאמצעי מתקן – למשל, כדי לפתור כשל בדרישה נחוצה אחרת הכלולה במוסריות הפנימית של החוק. ראו FULLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 67; Barry Macleod-Cullinane, *Lon L. Fuller and the Enterprise of Law, Libertarian Alliance*, available at www.libertarian.co.uk/lapubs/legan/legan022.pdf. פרופ' Marmor משתמש בדוגמה של Fuller באופן כללי כדי להבהיר מתי חוק רטרואקטיבי הינו מוצדק: לעיתים, גם אם כוונתו טובה, חוק עלול ליצור בעיה שניתן לפותרה רק באמצעות חקיקה רטרואקטיבית. נאמר שחוק התנה את תוקפה של פעולה משפטית בדרישת מרכיב מסוים, E, בהנחה ש-E אכן נגיש לאלה שהפעולה מתייחסת אליהם; אולם מתברר כי הנחה זו הייתה שגויה וכי E אינו נגיש. יותר מכך, נניח שהאנשים לא היו מודעים לכך שנוקו ל-E לשם תיקוף פעולותיהם, ופעלו ללא E. כאשר הטעות מתגלה, על החוק לתקנה, והדרך ההגיונית היחידה תהיה לחוקק חוק חדש אשר מבטל באופן רטרואקטיבי את הנחיות של E לשם תוקפה של הפעולה המשפטית. ראו Marmor, לעיל ה"ש 40, בעמ' 26.

147 נראה כי התיאוריה של Fuller מציעה דרך שלישית בשיח בין הפוזיטיביזם לבין המשפט הטבעי. במקום לפנות לעקרונות נורמטיביים כלליים שהחוק חייב לקיים, הוא פונה ל"תורת משפט פרוצדורלית". הדרישות של פלליות, פרסום וכולי הינן דרישות פרוצדורליות אוניוורסליות, שמהוות את המוסריות הפנימית של החוק ואשר הן חלק מהגדרתו. ראו: James Boyle, *Legal Realism and the Social Contract: Fuller's Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance*, 78 CORN. L. REV. 371 (1993)

של Fuller מתייחסת לשיטת משפט, ולא לחוק יחיד. כלומר, אין דבר לא-תקין בחוק רטרואקטיבי יחיד במסגרת כללית של שיטת משפט פרוספקטיבית.¹⁴⁸ גם אורן גזל סבור כי חוק הפוגע רטרואקטיבית בזכות-יסוד מוגנת הוא "חוק", אולם מצייין כי ייתכן שחוק כזה לא יהלום את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – למשל, אם הוא קובע ענישה רטרואקטיבית.¹⁴⁹ אכן, המבחן השני הוא מבחן ההתאמה של דבר החקיקה לערכיה של מדינת-ישראל, וניתן לטעון כי חקיקה רטרואקטיבית אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה דמוקרטית בהתייחס לשני היבטים של דמוקרטיה – פורמלי ומהותי.¹⁵⁰ לגבי ההיבט הפורמלי, חקיקה רטרואקטיבית מחזקת אומנם את עקרון ריבונות העם, משום שהיא מנתקת את רצון הרוב הנוכחי מכבלי המחוקק הקודם, אולם ניתן לטעון כי מחוקק רטרואקטיבי חורג מייפוי-הכוח שנתן לו העם.¹⁵¹ אבי גישה זו הוא פרופ' Julian N. Eule, אשר הציג בשנת 1987 את תיאוריית ה-"Temporal Limits on the Legislative Mandate", שלפיה את נושא הרטרואקטיביות יש לנתח במסגרת הסוגיה של מגבלות הזמן של ייפוי-הכוח שניתן למחוקק. לדעת Eule, קיים מכנה משותף בין איסור הכבילה העצמית לבין איסור הרטרואקטיביות, והוא הטבע הזמני של ייפוי-הכוח שקיבלו המחוקקים מן הציבור. אם יחסיו של נבחר הציבור נבחנים בדרך-כלל מול המפלגה או מול הציבור, מוסיף מימד נוסף – של זמן – ובוחר את יחסיו של נבחר הציבור מול המחוקקים שקדמו לו ומול אלה הבאים אחריו. ניתוח זה מתמקד בנוק שחקיקה רטרואקטיבית גורמת להליך הדמוקרטי יותר מאשר בהערכת הנוק הנגרם לזכויות, לציפיות סבירות או להסתמכות בעקבות חקיקה כאמור. לפי ניתוח זה יש להגדיר "נציג" לא רק במונחים של מרחב, אלא גם במונחים של זמן, מפני שהאנשים בוחרים את נציגיהם בבחירות תקופתיות ולזמן מוגדר, כלומר, ייפוי-הכוח שקיבל הנציג מוגבל בזמן,¹⁵² ואין הנציג יכול שמעשה החקיקה שלו

148 SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 68. לדעת SAMPFORD, חוק אינו בלתי-מוצדק באופן אוטומטי אם הוא אינו תואם את עקרון שלטון החוק, שכן יש מטרות ראויות אשר יצדיקו, במקרים מסוימים, סטייה ממנו. כך שגם אם רטרואקטיביות אכן מנוגדת לעקרון שלטון החוק, אין בכך כדי לקבוע כי כל החוקים הרטרואקטיביים הם בלתי-מוצדקים. לא זו בלבד, אלא שלטענתו רטרואקטיביות אף מוצדקת לעיתים לאור עקרון שלטון החוק, מעצם יכולתה לקדם ערכים כגון דמוקרטיה, יעילות והוגנות. ראו שם, בעמ' 63-64, 256.

149 אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381, 422 (1998).

150 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 142, בעמ' 90-91.

151 לעניין ייפוי-הכוח שהמייצג מקבל משולחו ראו סוזי נבות "חבר הכנסת כנאמן הציבור" משפטים לא 433, 446, 450-452 (2001); יגאל מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות THE INTER-PARLIAMENTARY UNION, PARLIAMENTS: A COMPARATIVE (2005) 130-129, 127 STUDY ON THE STRUCTURE AND FUNCTIONING OF REPRESENTATIVE INSTITUTIONS IN FORTY-ONE COUNTRIES 48 (New York, 1963).

152 בדיוק כשם שאין בכוחם של חברי הקונגרס להאריך את תקופת כהונתם מעבר לזו הקבועה בחוקה, אין הם רשאים לחתור תחת רוח החוקה בכך שללא שינויה יאריכו את השפעתם מעבר לתקופה זו. באופן טבעי, החוקים שיחוקקו ימשיכו לחול גם לאחר תום תקופה זו, אולם

יחרוג ממסגרת הזמן של ייפוי הכוח שניתן לו:

"Each set of elected officials ought to be viewed as endowed by their sovereign with the mandate to make policy choices only within a bracketed temporal zone."¹⁵³

אוסף כי כשם שלעניין כבילה עצמית אין אנו מכירים בצידוק להעניק לדור אחד את הסמכות להכתיב את דרכי ההתנהגות של הדור הבא אחריו,¹⁵⁴ קל וחומר שאין הצדקה לדור נוכחי להכתיב את מעשיו של דור העבר. אבהיר נקודה זו. בעוד כבילה עתידית

זאת רק בשל "שתיקה בהסכמה" של יורשיהם, ולא בשל סמכות "חזן-זמנית" של המחוקק. הבחורים אינם מעניקים לשלטון סמכות לשכתב את ההיסטוריה, ולכל נבחר מוענק ייפוי-כוח לקבוע מדיניות רק בתקופת זמן מוגדרת. Eule מדגיש כי אף שגם איסור הכבילה העצמית וגם איסור הרטרואקטיביות הם תוצרים של גבולות הזמן שציבור הבחורים מצרף לייפוי-הכוח שהוא מעניק, הם נועדו לשרת מטרות שונות ולענות על צרכים חברתיים שונים: הגבלת הכבילה נועדה להגן על הגמישות – היא משמרת את זכותו של המשטר לשנות את דעתו; הגבלת הרטרואקטיביות, לעומת זאת, מגינה על היציבות. לפי תיאוריה זו, בתי-המשפט צריכים להעביר את מרכז הביקורת מהגבלות חיצוניות תחת שבטו של ההליך ההוגן אל תחום סמכותו של הנציג המחוקק. גישה זו מתירה לפיכך חקיקה רטרואקטיבית מתקנת, שכן זו מסייעת למחוקק הנוכחי בהגשמה מלאה יותר של כוונת קודמיו, ולכן אין בכך פגיעה בריבונות הפרלמנט הקודם. ראו Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 382-383, 403-405, 445-448, 459. ראו גם Troy, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1333.

153 Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 445. תיאוריה זו מעלה כמה תהיות סבוכות. ראשית, לפיה, חקיקה רטרואקטיבית במהלך אותה כנסת הינה לגיטימית, שכן המחוקקים משפיעים בתוך מסגרת הזמן של ייפוי-הכוח שהוענק להם. נוצרת כאן אנומליה, שכן מחוקק שרק נבחר, בכנסת חדשה, אינו יכול לחוקק רטרואקטיבית, אף לא לזמן קצר, ואילו לקראת סופה של תקופת הכהונה חבר-הכנסת יכול לחוקק רטרואקטיבית אף לשנים מספר. נוסף על כך, תיאוריה זו אינה מספקת מענה לכמה מצבים: מה אם, באופן תיאורטי, הכנסת הנבחרת זהה מבחינת הרכבה לכנסת שקדמה לה? האם או חקיקה מבעד ל"גבולות" הכנסת הקודמת לגיטימית? ומה לגבי חוק שהליך חקיקתו החל בכנסת קודמת, עבר שלבי חקיקה מתקדמים אך לא הסתיים, וכעת מוחל עליו "דין רציפות" בהתאם לחוק רציפות הדיון בהצעות חוק, התשנ"ג-1993, ס"ח 60? האם במקרה כזה יהיה לגיטימי יותר להעניק לחוק תחולה רטרואקטיבית? תיאוריית מסגרת הזמן של ייפוי-הכוח אינה מעניקה פתרונות לשאלות אלה, אך מספקת טיעון חשוב נגד חקיקה רטרואקטיבית.

154 לעניין זה ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221, 288-293 (דברי השופט שמגר, הסבור כי אין מניעה הגיונית לכך שהכנסת תכבול את עצמה במישור הצורני); 410-411 (דברי השופט ברק, המשאיר זאת בצריך עיון); 529-546 (דברי השופט חשין, הסבור כי הכנסת אינה יכולה לכבול את עצמה, אך אינו רואה בדרישה לרוב של 61 משום כבילה, אלא רק דרישה לנוכחות של חברי-הכנסת בהצבעה) (1995).

ניתנת בכל-זאת לשינוי על-ידי פרלמנט עתידי – גם אם נדרש ממנו לעמוד ברוב המיוחד שנקבע – "פרלמנט העבר" כבר אינו יכול לומר את דברו. זוהי הבחנה משמעותית. לכן פרלמנט אשר מחוקק חקיקה רטרואקטיבית פולש למעשה לריבונותו של הפרלמנט שקדם לו.¹⁵⁵ עוד ייתכן שחקיקה רטרואקטיבית סותרת את ההיבט המהותי, שכן היא אינה משקפת ערכים ראויים של שלטון חוק, צדק והתנהגות, כגון סבירות.¹⁵⁶ בעניין מבחן זה נאמר בפרשת זנדברג כי חקיקה אורחית רטרואקטיבית, כשלעצמה, אינה נוגדת את ערכיה של מדינת-ישראל, וכי הדבר תלוי בתוכן החקיקה.¹⁵⁷ אם החוק הולם את ערכיה של מדינת-ישראל, יש לבחון אם הפגיעה הרטרואקטיבית נועדה לשרת תכלית ראויה, משמע, אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה אשר רגישה לזכויות האדם או שהצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות חברתית או לאומית.¹⁵⁸ כך, בפרשת זנדברג האמורה נקבע כי מניעת קריסתה של רשות לשידור ציבורי מהווה תכלית ראויה המצדיקה רטרואקטיביות.¹⁵⁹ למאפיין הרטרואקטיביות תהא השפעה מכרעת בעיקר בשלב של מבחני המידתיות:¹⁶⁰

- 155 ראו Waldron, לעיל ה"ש 103.
- 156 ראו את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(2) 582, 594 (1996): "אדם נוטה לסמוך על המצב הקיים, הוא מתאים עצמו לדין החל. אכן, הוא אינו מוגן מפני שינוי המצב והדין... אך הוא רשאי לצפות כי השינוי יונהג בסבירות ובהגינות."
- 157 בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 815-816 (1996).
- 158 ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נ(3) 817, 838 (1999); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52 (1997).
- 159 פרשת זנדברג, לעיל ה"ש 157, בעמ' 816.
- 160 השוו Ricciardi & Sinclair, לעיל ה"ש 121, בעמ' 376 (המציעים כי חקיקה רטרואקטיבית תהא חייבת להיות מידתית והכרחית להגשמת תכלית ראויה, וכי ניתוח המידתיות יתמקד בהסתמכות ובהתראה, מה שמטיל נטל הן על הממשל והן על מושאי הפגיעה); Andrew C. Weiler, *Has Due Process Struck Out? The Judicial Rubberstamping of Retroactive Economic Laws*, 42 DUKE. L.J. 1069, 1126-1131 (1993) (המציע לנתח רטרואקטיביות באמצעות ארבע אמות-מידה: התראה, הסתמכות, צדק ומתינות הנטל, כאשר אמת-המידה של צדק בוחנת את הרציונליות של תכלית החקיקה אל מול התנהגות היחיד, ואמת-המידה של מתינות הנטל קובעת כי על הממשלה להראות שהמחוקק ניסה לצמצם את חומרת השינוי ואת הנטל המוטל על היחיד, ולהוכיח כי משך הנטל הרטרואקטיבי הכרחי להגשמת תכלית החוק); Hochman, לעיל ה"ש 107, בעמ' 697-727 (המציע שלושה משתנים כדי לבחון את חוקתיותה של חקיקה רטרואקטיבית: (1) אופיו ועוצמתו של האינטרס הציבורי המוגשם באמצעות החוק; (2) קיצוניותו של השינוי בזכויות קיימות ובהסדר המשפטי הקיים; (3) מהותה או מעמדה הנורמטיבי של הזכות המשתנה – ככל שמעמדה הנורמטיבי גבוה יותר, השיקול נגד רטרואקטיביות גובר); DeMars, לעיל ה"ש 19, בעמ' 273 (המציע מבחן ובו המישה משתנים: (1) הסתמכותם של הצדדים על הכלל הקודם; (2) יציבות ויכולת הניבוי של החוק; (3) האינטרס היחסי שהיה לכל צד בחוק הקודם; (4) הימנעות מחוסר צדק משווע לצדדים; (5) חשיבותה של תכלית החקיקה).

מבחן-המשנה הראשון (מבחן ההתאמה) דורש קשר רציונלי של התאמה בין האמצעי שנבחר לבין המטרה, ולא תמיד התחולה הרטוראקטיבית היא שתגשים את המטרה;¹⁶¹ מבחן-המשנה השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) בודק אם אין אמצעי אחר פוגעני פחות, כלומר, אם הרטוראקטיביות הכרחית או שניתן להשיג את המטרה בעזרת אמצעי פוגעני פחות, דוגמת תחולה אקטיבית, הוראת-מעבר או הפרדה בחוק בין אלה שהסתמכו על המצב הקודם לבין אלה שלא הסתמכו עליו;¹⁶² ומבחן-המשנה השלישי (מבחן המידתיות במובן הצר) דן בתועלת שתצמח מיישום החוק אל מול הנוק הנגרם לפרט, וזה המקום שבו בית-המשפט יכול לשקול את פגיעתה של התחולה הרטוראקטיבית באינטרס ההסתמכות ובציפיות הסבירות של האזרח אל מול תועלתה.¹⁶³

161 ראו, למשל, בג"ץ 7159/02 אברהם מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן (לא פורסם, 23.11.2005) (התכלית של חיסכון תקציבי אינה מסבירה כשלעצמה מדוע יש צורך והכרח ברטוראקטיביות). חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, ס"ח 953, שמטרתו הייתה לאסור הגשת תביעות נזיקין בגין אירועים שהתרחשו למן פרוץ האינתיפאדה השנייה בספטמבר 2000, קבע תחולה רטוראקטיבית של חמש שנים, שכן נטען כי בלא התחולה הרטוראקטיבית החוק מתרוקן כמעט מתוכנו. ראו את חוות-הדעת הממשלתית לגבי הצעת החוק, נגיש ב-www.knesset.gov.il/huka/FollowUpLaw_2.asp. בג"ץ קבע כי ס' 25 לתיקון, אף שתכליתו ראויה, אינו מידתי, באשר הוא אינו נוקט אמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה ועל-כן בטל. לעניין התחולה הרטוראקטיבית הוסיף בית-המשפט כי ההוראה אינה מידתית – "בוודאי כך לאור אופייה הרטוראקטיבי". ראו פס' 35 לפסק-דינו של השופט ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (לא פורסם, 12.12.2006).

162 ראו בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5.

163 השוו: Elizabeth Edinger, *Retrospectivity in Law*, 29. U.B.C. L. Rev. 5, 17 (1995) (המציעה לבחון את השפעת החוק הרטרוספקטיבי על היחיד שעליו הוא מוחל אל מול המדיניות הציבורית שהחוק מקדם. ההשפעה על היחיד יכולה להיות רחבה אם הוא "סומן" באופן פרטני או חשוף לסנקציות פליליות. שיקולי המדיניות הציבורית כוללים הן את התוצאות הצפויות מהחוק במובן התברתי הרחב והן את מידת הפגיעה האפשרית באמון הציבורי במערכת המשפט אם החוק הרטרוספקטיבי לא יחוקק); Edward. S. Stimson, *Retroactive Application of Law – A Problem in Constitutional Law*, 38 Mich. L. Rev. 30, 56 (1939–1940) (חקיקה אזרחית רטוראקטיבית אסורה כאשר שינה צד את מצבו בהסתמך על חוק קיים); Ray. H. Greenblatt, *Judicial Limitations on Retroactive Civil Legislation*, 51 NW. U. L. Rev. 540, 566–567 (1956–1957) (כאשר סביר להניח שהחוק הקיים נעשה בסיס להסתמכות מוצקה על-ידי אנשים ששינו את מצבם על-מנת ליהנות ממנו, השיקולים נגד שינוי רטוראקטיבי חזקים).

פרק ד: בג"ץ גניס – האומנם הלכה חדשה בניתוח רטרואקטיביות?

1. עובדות ונימוקים

הסוגיה של ניתוח חקיקה רטרואקטיבית עמדה למבחן מסקרן בפרשת גניס.¹⁶⁴ תחילתה של הפרשה בחוק הלוואות לדיור (תיקון מס' 5), התשס"א-2001 (להלן: תיקון מס' 5),¹⁶⁵ אשר התקבל בכנסת ביום 13.2.2001 ופורסם ברשומות ביום 15.2.2001. תיקון מס' 5 קבע מענק מיוחד לזכאים בשל רכישה או הרחבה של דירה בירושלים, כדי לעודד מגורים בירושלים ולהיאבק בתופעת ההגירה השלילית ממנה. כחודש וחצי לאחר-מכן, ביום 28.3.2001, התקבל בכנסת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון, ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות), התשס"א-2001 (להלן: "חוק ההסדרים"),¹⁶⁶ שתכליתו דחיית מועד תחילתם של חוקים אחדים שלא היה להם כיסוי בתקציב המדינה, וביניהם גם תיקון מס' 5.¹⁶⁷ פסק-הדין נסב סביב סעיף 20 לחוק ההסדרים, אשר השעה, בסעיף קטן (א) שבו, את תוקפו של תיקון מס' 5 עד ליום 31.12.2001. ההשעה האמורה הוחלה למפרע, בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג), ליום 15.2.2001, כלומר, תחילה רטרואקטיבית של החוק מיום תחילתו של תיקון מס' 5.¹⁶⁸

בעתירה לביטול המשפט הגבוה לצדק טענו אלה אשר רכשו דירה או הרחיבו דירה קיימת בירושלים במהלך אותם שישה שבועות שבין יום פרסומו של תיקון מס' 5 לבין יום פרסומו של חוק ההסדרים, בהסתמך על ההטבות הכספיות המוענקות לפי הוראותיו של תיקון מס' 5, כי סעיף 20 לחוק ההסדרים שלל מהם זכויות מוקנות באופן רטרואקטיבי ובניגוד להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל-כן יש לבטלו. כנגד זה טענה המדינה כי העובדה שטרם הותקנו כללים המסדירים את ביצוען של הוראות תיקון מס' 5 מנעה את גיבושה של זכות העותרים למענק.¹⁶⁹ טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט, שקבע כי מי שענה על התנאים הקבועים בחוק קנה לו זכות מכוונת דין, וכי אין באי-קביעתם של

164 בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5.

165 ס"ח 140.

166 ס"ח 236. חוק ההסדרים פורסם ברשומות ביום 4.4.2001.

167 לגבי תיקון מס' 5 נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק כי עלותו התקציבית הישירה היא כ-160 מיליון שקלים חדשים לשנה, וכי יש לו השלכות תקציביות עקיפות אשר עלולות להגדיל את העלות במאות מיליוני שקלים חדשים נוספים. לכן מוצע "להתלות את תוקפם של החוקים האמורים עד סוף שנת 2001. כמו-כן, לאור העובדה כי בתקופת תוקפם הקצרה של חוקים אלו טרם ניתנו ההוראות לביצועם, מוצע לקבוע גם כי גם בתקופת תוקפם של החוקים האמורים לא ניתן לרכוש זכויות מכוונתם". ראו ה"ח 582, 587-588.

168 ס' 20 לחוק ההסדרים.

169 בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 254.

כללים כאמור כדי לפגוע בזכות המהותית של הזכאים למענק.¹⁷⁰ משנדחתה טענה זו, ניגש בית-המשפט למלאכתו בניתוח סוגיית הרטרואקטיביות.

השופט חשין פותח את ניתוחו בחוקת הפרוספקטיביות: "חוקה היא, חוקה מן הדין ומן ההלכה, כי פניו של חוק פני-עתידי הם – פני-עתידי ולא פני-עבר.¹⁷¹ השופט חשין מכיר בכך שמדובר בחוקה הניתנת לסתירה, וכי מדובר בשאלה פרשנית. לשאלה אם הוראת סעיף 20 לחוק ההסדרים ביקשה להחיל את עצמה באורח רטרואקטיבי הוא משיב בחיוב, שכן המחוקק ציין, בשלושה סעיפים שונים (20(א1), 20(ב) ו-20(ג)), כי תחולתו של החוק למפרע. השופט חשין אף מציין כי כוונה חד-משמעית זו עולה גם מדימויה של ועדת הכספים, שכן במהלכם נדחתה הצעה שתחולת החוק המתלה תהא פרוספקטיבית בלבד, לנוכח התנגדותו של נציג האוצר.¹⁷²

כאן למעשה היה אמור להסתיים השלב הפרשני, שכן נקבע מפורשות כי כוונת המחוקק היא שהחוק החדש יחול באופן רטרואקטיבי. במילים אחרות, נסתרה באופן מוחלט החוקה הפרשנית נגד תחולה למפרע, ויש לעבור לשלב השני – הוא הבחינה החוקתית. אולם השופט חשין מוסיף כאן שלב נוסף בסולם הפרשני שיש לטפס עליו, בקובעו כי אם התשובה לשאלה בדבר כוונה רטרואקטיבית של המחוקק הינה חיובית, יש לשאול שאלה פרשנית נוספת, והיא אם התחולה הרטרואקטיבית חייבת להיות מלאה או שניתן לפרשה כתחולה חלקית בלבד, ובענייננו: "על אילו פעילויות אמורה הוראת סעיף 20 להחיל עצמה?" כתשובה, מציב השופט חשין שני פירושים אפשריים: פירוש מילולי, שלפיו מדובר בתחולה רטרואקטיבית מלאה; ופירוש תכליתי, המביא בחשבון את תכלית החקיקה ואת האירועים שהתרחשו באותם שישה שבועות יחד עם ערכי-היסוד העומדים בבסיסם של שיטת המשפט והסדר החברתי.¹⁷³ השופט חשין מבכר את הפרשנות האחרונה, התכליתית. אי-אפשר להתעלם לדעתו מן ההיבטים המוסריים והחברתיים הכרוכים בהפרת התחייבותה של המדינה להעניק מענקים,¹⁷⁴ ובהתבסס על שיקול ההסתמכות כשיקול קובע בפסילת חקיקה רטרואקטיבית,¹⁷⁵ הוא מגיע למסקנה כי התחולה הרטרואקטיבית נועדה רק למי שלא הסתמך על הבטחת המדינה.¹⁷⁶ לדידו, פרשנות זו מגשימה את תכליתו של תיקון מס'

170 שם, בעמ' 255, 256.

171 שם, בעמ' 258.

172 שם, בעמ' 259: "פירושו של סעיף 20 לחוק ההסדרים בנושא הרטרואקטיביות פירוש חד-משמעי הוא. המחוקק היטיב – היטיב והיטיב – להודיענו כוונתו כי פועלה של שלילת ההטבות נועד להיות מלמפרע, למיום תחילת החוק שהעניק אותן הטבות, וכך נסתרה במלואה חוקת האי-רטרואקטיביות."

173 שם, בעמ' 260–261.

174 שם, בעמ' 262.

175 השופט חשין מביא מפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 1149/95 ארקן תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5), 547, 574 (2000): "שיקול חשוב הוא קיום פגיעה בעצם ההסתמכות על החקיקה הקיימת ובמידת ההסתמכות עליה." ראו שם, בעמ' 262.

176 שם, בעמ' 263: "הוראת התחולה מלמפרע נועדה לחול רק על מי שלא הסתמך על הבטחת

5, שהיא מניעת הגירה שלילית מירושלים ועידוד זכאים לדיור לרכוש דירה או להרחיב דירה דווקא בירושלים, שכן אם ביקש אדם לרכוש או להרחיב דירה בירושלים ללא כל קשר להטבות שביקש המחוקק להקנות בחוק, אזי אין בשלילת ההטבות למפרע משום פגיעה בתכלית החוק. לעניין הטענה של דעת המיעוט כי פרשנות זו חורגת מגבולותיה של פעילות פרשנית לגיטימית, וכי תוצאה זו שמה את בית-המשפט למחוקק, משיב השופט חשין כי זו גם התוצאה שהייתה מתקבלת מביטולו של חוק. עוד דוחה השופט חשין את הצעתו של השופט מצא להשעות את בטלותו של סעיף 20 לחוק ההסדרים למשך שישה חודשים, כדי לאפשר למחוקק לחוקקו מחדש תוך הבחנה בין אלה שהסתמכו על החוק המזכה לבין אחרים, שכן ניתן לדעתו להגיע לתוצאה זהה כבר בהכרעת הדין.¹⁷⁷

הנשיא ברק מקבל את נימוקיו של השופט חשין, ומפרש את הדיבר "לא יהא אדם זכאי להטבות" באופן מצמצם, כך שלא יחול על מי שרכש דירה בהסתמך על החוק. יש מקרים, לדעת הנשיא, שבהם נדרשת פרשנות מצמצמת ללשונו הכללית של החוק כדי להגשים את ערכי-היסוד של שיטת המשפט, המהווים את תכליתו הכללית. בחינת ההיסטוריה החקיקתית מובילה את הנשיא ברק למסקנה ששאלת גורלם של אלה שהסתמכו על הוראות החוק לא נבחנה כלל על-ידי חברי-הכנסת, וכי אין לומר כי תכליתו הסובייקטיבית של הסעיף היא למנוע את המענק גם מזכאים מסתמכים.¹⁷⁸ לגבי תכליתו הכללית של סעיף 20, טוען הנשיא ברק כי הגנה על אינטרס ההסתמכות – אחד מערכי-היסוד של שיטתנו, בצד ההגנה הכללית על הקניין – מאפשרת לפרשן לצמצם את היקף הפגיעה בזכאים שרכשו דירה בירושלים אך לזכאים שלא הסתמכו על החוק המזכה.¹⁷⁹

השופטת פרוקצ'יה מסכימה עם השופטים ברק וחשין, והשופטת ביניש – אף שהיא מציינת כי התלבטה לא-מעט, ובתחילה אף נטתה לגישתו של השופט מצא – מעדיפה לבסוף אף היא את הדרך הפרשנית שמציע השופט חשין.¹⁸⁰

בדומה לשופטי הרוב, שופטי המיעוט – מצא, טירקל וריבלין – מתחילים את ניתוחה של סוגיית הרטרואקטיביות בנתיב המקובל, ובוחנים את כוונת התחולה של הסעיף. הם סבורים כי פירוש תחולתו הרטרואקטיבית של סעיף 20 לחוק ההסדרים הינו חד-משמעי, אולם בניגוד לשופטי הרוב, הם סבורים כי אי-אפשר להתגבר על ההוראה בדרך פרשנית.¹⁸¹

המדינה כהוראת סעיף 26. הנימוק למהלך פרשני זה מתבסס על כך שמיצא דבר חקיקה מבית-המחוקקים, מלאכת פרשנותו נתונה לבית-המשפט, וכי במלאכה זו השופט מסתייע "במטען של מוסר והגינות וצדק ויושר ויעילות. באים אנו ועמנו לשון ושפה, פירושים ומשמעויות, מנהגות חברה, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, עיקרי-יסוד ודוקטרינות." שם, בעמ' 266-267.

177 שם, בעמ' 263-269.

178 שם, בעמ' 279-283.

179 ראו שם, בעמ' 284.

180 שם, בעמ' 291.

181 ראו את דבריו של השופט מצא, שם, בעמ' 271: "לדידי אין זה סביר לצפות מהמחוקק כי יבהיר את רצונו באופן נחרץ יותר משעשה בסעיפים 20(א), 20(ב) ו-20(ג). המדובר בציווי ברור וגורף, ואינני רואה כל אפשרות לשונית לצמצמו באופן שיחול רק על חלק מהזכאים

אין לטעות – גם שופטי המיעוט מכירים בכך שיש לפנות לפתרונות פרשניים כל אימת שניתן להימנע מהתערבות חוקתית, אולם הם סבורים כי "גם לפרשנות יש גבול לשוני", וכי במקרה זה אין כל אפשרות לפרשנות מצמצמת של תחולת סעיף 20 לחוק ההסדרים. פרשנות כזו תהא פרשנות תכליתית המנותקת מלשון החוק.¹⁸² לכן אין מנוס, לדעת שופטי המיעוט, מבחינה חוקתית של החוק. בחינה זו מובילה את השופטים למסקנה כי קמה לעותרים זכות קניינית מהותית. לדעתם, שלילת הזכות ממי שלא שינה את מצבו לרעה בהסתמך על החוק הקיים עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד, שכן "בהיעדר אינטרס לגיטימי של הסתמכות חזקה היא כי היד החקיקתית שנתנה רשאית גם לקחת, ובכך אין לראות משום פגם חוקתי". זאת, להבדיל ממי ששינה את מצבו לרעה תוך הסתמכות על החוק הקיים, שכן גם אם שלילת הזכות הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל ומיעודת להשגתה של תכלית ראויה, היא אינה מידתית, מאחר שהיא אינה מתחשבת באינטרס ההסתמכות. אשר על-כך יש לבטל את הוראותיו הרטרואקטיביות של סעיף 20 לחוק ההסדרים.¹⁸³ כך, על חודו של קול, ניצל חוק ראשי מפסילה על-ידי בית-המשפט העליון.

2. החידוש שבהלכת גניס בניתוח חקיקה רטרואקטיבית

כפי שראינו, הכלי העיקרי המקנה לנו הגנה מפני חקיקה רטרואקטיבית הוא החוקה נגד תחולה למפרע, כלומר, נקודת המוצא היא שחקיקה אינה צופה פני עבר, והנטל להוכיח אחרת מוטל על כתפי המחוקק. מאחר שאין בישראל הוראה חוקתית האוסרת חקיקה רטרואקטיבית, תקפותה המשפטית של חקיקה ראשית רטרואקטיבית מפורשת אינה מוטלת בספק, למעט כאשר היא פוגעת בזכות מוגנת לא בהתאם לפסקת ההגבלה. בשים לב לכללים פשוטים אלה, מקרה גניס מהווה לכאורה מקרה קל, שכן החוק התכוון לחול למפרע. המחוקק לא נטל במקרה זה סיכונים מיותרים, והביע את כוונתו בצורה הברורה ביותר. למרות קביעה מפורשת זו, קבע בית-המשפט העליון כי התחולה הרטרואקטיבית תהא מצומצמת, ותחול רק על מי שלא הסתמך על הבטחת המחוקק ולא שינה את מצבו בהתאם לה. הכיצד ניתן להסיק מסקנה זו כאשר המחוקק התכוון באופן מפורש וברור – הן מהכתוב והן מההיסטוריה החקיקתית – שתחולת החוק תהא רטרואקטיבית, ושאיש לא

למענק...". ראו גם את דבריו של השופט טירקל, שם, בעמ' 285; ואת דבריו של השופט ריבלין, שם, בעמ' 286–289.

182 דברי השופט מצא, שם, בעמ' 271–272; דברי השופט טירקל, שם, בעמ' 285; דברי השופט ריבלין, שם, בעמ' 286–289.

183 דברי השופט מצא, שם, בעמ' 272. השופט מצא משעה את תוקפה של הכרות הבטלות למשך שישה חודשים ממועד מתן פסק-הדין, כדי לאפשר למחוקק לתקן את הפגם החוקתי תוך שקילת סוגיית ההסתמכות הקשורה להתלייתו של החוק המזכה – סוגיה שאותה לא שקל בעת חקיקתו של חוק ההסדרים. שם, בעמ' 273–274. ראו גם את דבריו של השופט טירקל, שם, בעמ' 285; ואת דבריו של השופט ריבלין, שם, בעמ' 290.

יהיה זכאי להטבות בתקופה האמורה? הייתכן שהמחוקק יאמר "לבן" ובית-המשפט יפרש זאת כ"שחור"?

ראשית, לגבי תכליתה הסובייקטיבית של הוראת סעיף 20 לחוק ההסדרים – בניגוד לעמדותיהם של שופטי בית-המשפט, בחינת הליכי החקיקה מציגה תמונה ברורה למדי שלפיה חברי ועדת הכספים היו מודאגים בהחלט מעניין ההסתמכות, וכי זה עמד לנגד עיניהם. הביטוי המובהק ביותר לכך היה של חבר-הכנסת יעקב ליצמן: "החוק עבר והתפרסם. אנשים קנו דירות על סמך הידיעה שיש הלוואה מוגדלת. אי אפשר עכשיו להגיד שזה יתחיל יותר מאוחר. קודם כל צריכה להיות הצהרה של האוצר, לפני שממשיכים, ועד לרגע זה – החוק קיים."¹⁸⁴ לפיכך לא ברורה המסקנה כי לא הייתה כוונה לשלול את ההטבות ממי שכבר הסתמך על החוק, שהרי אילו זו הייתה הכוונה, לא היה כל צורך לנקוט מועד תחילה רטרואקטיבי, שכן מועד תחילה פרוספקטיבי בלבד היה משיג תוצאה זהה: מי שלא קנה דירות בהסתמך על החוק לא היה קונה לעצמו את הזכות להטבות; ומי שהסתמך על החוק במהלך אותם שישה שבועות – לא היו נשללות ממנו ההטבות המובטחות. ברם, כדי להדגיש את השלילה למפרע, הוסיף המחוקק גם את סעיף קטן (ג), הקובע כי "על אף הוראות סעיף 6 לחוק הלוואות לדיוור... לא יהא אדם זכאי להטבות לפי הסעיף האמור בתקופה שמיום כ"ב בשבט התשס"א (15 בפברואר 2001) עד יום תחילתו של חוק זה". כלומר, גם אם מאן דהוא היה זכאי להטבה במהלך חייו הקצרים של תיקון מס' 5, זכאותו בטלה מרגע כניסתו לתוקף של סעיף 20 לחוק ההסדרים.

שנית, לגבי התכלית האובייקטיבית של החוק – בחלק המאמר שעסק בחוקה הפרשנית נגד תחולה למפרע דנו בשאלה אם על-מנת לסתור את החוקה נדרשת לשון מפורשת או משתמעת. פרשת גניס מהווה מהפכה של ממש בהקשר זה, שכן גם כאשר החוק קבע בלשון המפורשת ביותר כי תחולתו למפרע, פרשנות ראווה המבוססת על שיקולים חוקתיים וערכיים¹⁸⁵ של השיטה – ובענייננו, שיקול ההסתמכות, המהווה "אחד מערכי היסוד של שיטתנו"¹⁸⁵ – הובילה לתוצאה שהחוק לא יחול על מי שהסתמך על החוק הקודם. המסקנה המתבקשת, אם כך, היא כי חוק שותק או חוק שניתן להבין ממנו רק באופן משתמע כי הוא חל למפרע, בוודאי אין להחילו רטרואקטיבית ולפגוע באלה אשר הסתמכו על המצב הקודם. החוקה הפרשנית נהפכה אם כן ליותר מחוקה פרשנית רגילה. לא רק שהיא אינה חוקה "חלשה" הניתנת לסתירה באופן משתמע, בנסיבות מסוימות היא אף יותר מחוקה "חזקה" הניתנת לסתירה באמצעות אמירה מפורשת. ניתן לראות בכך עליית מדרגה במעמדה של החוקה הפרשנית נגד רטרואקטיביות, אולי אף למעמד של עקרון-יסוד חוקתי. ממסקנה זו בדיוק חוששים שופטי בית-המשפט, ולפיכך נוהרים בלשונם. הנשיא ברק, למשל, מסייג

184 עמ' 30–31 לפרוטוקול מס' 246 משיבת ועדת הכספים מיום 27 במרס 2001. כך גם, למשל, לשאלתו של חבר-הכנסת יצחק כהן, אם זה בסדר שתחילתו של החוק תהא ביום 1.5, השיב אוהד מראני, הממונה על התקציבים במשרד האוצר, בשלילה. בהמשך ציין חבר-הכנסת אבשלום וילן כי אנשי משרד האוצר אומרים שהחוק כבר עובד. פרוטוקול השיבה נגיש ב"www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/ksafim/2001-03-27.rtf".

185 בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 283–284.

במעט את דבריו לעניין עקרון ההסתמכות, ומוסיף כי אינטרס ההסתמכות אינו מוחלט, וכי יש לאזן בינו לבין אינטרסים נוגדים אחרים.¹⁸⁶ בדומה לכך מוסיף השופט ריבלין כי הוא אינו משוכנע שיש מקום לראות בהסתמכות משום קניין הראוי להגנה חוקתית בכל מקרה ומקרה.¹⁸⁷ מגדילה לעשות השופטת ביניש, המציינת מפורשות כי:

"לשיטתי במקרה דנן איננו נדרשים להכריע בשאלת מעמדו של עקרון ההסתמכות במשפטנו ובשאלה אם נמנה הוא עם עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית... מן הטעם שבמקרה דנן אין מתעוררת השאלה אם יש בעקרון ההסתמכות כשלעצמו כדי לחייב פרשנות מצמצמת המתיישרת עמו. במקרה שלפנינו מהווה ההסתמכות נסיבה שהופכת את הפגיעה בקניין לבלתי מידתית... כאשר הקניין הוא עקרון היסוד הדומיננטי שלאורו מתבקשת הפרשנות המצמצמת."¹⁸⁸

גם אם נסכים כי הפרשנות המצמצמת שנקטה דעת הרוב מתבקשת לנוכח הפגיעה בקניין, עדיין המהלך הפרשני נסב על ההבחנה בין אלה שהסתמכו על החוק לבין אלה שלא הסתמכו עליו. גם חוסר המידתיות שמצאה דעת המיעוט נגרם לנוכח הפגיעה באינטרס ההסתמכות. מכאן שעקרון ההסתמכות מהווה את הציר המרכזי בפסק־הדין. ברי כי בדומה לכל זכות או אינטרס אחרים, אין אינטרס ההסתמכות מוחלט, ויש לאזן מול שיקולים נוגדים אחרים. עם זאת, המקרה הנידון ברור – התחולה הרטרואקטיבית הינה חד־משמעית, והחוקה הפרשנית נגד רטרואקטיביות נסתרת במהירות הבזק. אולם לנוכח חשיבותו, גבר במקרה זה עקרון ההסתמכות על דבר החקיקה המפורש, ונוצרה הפרדה בין אלה שהסתמכו על החוק הקודם לבין אלה שלא הסתמכו עליו. איני רואה מסקנה אחרת מלבד זו שהחוקה נגד תחולה למפרע קיבלה חיוק משמעותי, מעין העלאת דרגה חוקתית, ושוב אי־אפשר לסתור אותה, בקלות יחסית, באמצעות דבר חקיקה מפורש.

חשוב להעיר כי דעת הרוב נקטה במקרה דנן שיטת פרשנות, אולם אי־אפשר להתעלם מביקורתם של שופטי המיעוט על כך שתוצאה זו מחמירה אף יותר מביטול של חוק.¹⁸⁹ אני מסכים אומנם עם נקודת המוצא כי פרשנותו של חוק רטרואקטיבי צריכה להיות זו המצמצמת ביותר, כפי שמציין Pierre-André Côté בחיבורו על פרשנות חוקים: "The general principle calls for restrictive interpretation of retroactive legislation. When in doubt, the meaning which most limits a statute's retroactive effect should be preferred."¹⁹⁰ אולם במקרה של גניס לא היה אף ספק קטן בדבר תחולתו של החוק. אני

186 שם, בעמ' 283–284.

187 שם, בעמ' 289.

188 שם, בעמ' 293.

189 השופט מצא סבור כי פעולה פרשנית זו "חורגת מגבולותיה הלגיטימיים של הפעילות הפרשנית". ראו בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 271. ראו גם את דבריו של השופט טירקל, שם, בעמ' 285; וכן את דבריו של השופט ריבלין, שם, בעמ' 287–289.

190 PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, THE INTERPRETATION OF LEGISLATION IN CANADA 513 (Carswell, 2000), כפי שמצוטט אצל Alarie, לעיל ה"ש 21.

גם מבין בהחלט לליבם של שופטי הרוב, אשר אינם מרוצים, בלשון המעטה, מהמסקנה המתקבלת כתוצאה מניתוח מקובל של רטרואקטיביות, שהיה מביא לידי סתירת החוקה הפרשנית. השופט חשין, למשל, מכיר בכך ש"מבחינת מעשה החקיקה באשר הוא – שמא נאמר: מבחינה נורמטיבית גרדא – אין כל קושי בדבר",¹⁹¹ אולם לא הבחינה הנורמטיבית מטרידה את מנוחתו, כי אם השלכתה על המציאות:

"נוצרת אפוא מעין דיכוטומיה: 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. וכך היה בענייננו: בתקופת תלונתו הרטרואקטיבית של החוק אירעו אירועים שהיו בני-משמעות משפטית על-פי הדין ששרר אותה עת, ואירועים אלה איש לא יוכל לשנות. נוכח כל זאת השאלה הנשאלת היא אם המחוקק, ואנו כפרשני החוק, גם הוא גם אנו יכולים ורשאים אנו להתעלם מאותם אירועים כמו-לא-היו."¹⁹²

עם זאת, עם כל ההבנה לליבם של שופטי העליון, סבורני כי את מצוקתו של השופט חשין אין לרפא באמצעות הפתרון הפרשני האקרובטי שנגקט – אשר מהווה, למיטב הבנתי, מהפכה בניתוח רטרואקטיביות – אלא על-ידי פתרון חדש לניתוחה של סוגיית החקיקה הרטרואקטיבית.

פרק ה: הצעה לפתרון – פתרון משפטי ופוליטי

סוגיית הרטרואקטיביות במשפט נעדרת קוהרנטיות ולוקה בחסר, וזאת בעיקר בשל מחסור בהגדרה מקובלת של רטרואקטיביות ושל סטנדרטים שעל בית-המשפט להפעיל בעת קבלת החלטה באשר לסוגיות רטרואקטיביות.¹⁹³ חוסר זה בהנחיה סדורה וברורה הביא לידי כתיבה ענפה בתחום, שהמטירה עלינו מבול של תיאוריות ופתרונות מוצעים.¹⁹⁴ תיאוריות

191 בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 265.

192 שם, בעמ' 266.

193 לדוגמות להחלטות סותרות של בתי-המשפט באשר לחקיקה רטרואקטיבית ראו: Note,

Judicial Treatment of Retrospective Legislation, 44 YALE L.J. 358–262 (1934–1935).

194 חלקן הגדול של העבודות הנוגעות בחקיקה רטרואקטיבית מוזכרות ברשימה זו. להלן עבודות

מרכזיות של שלושה מחברים המציגים תיאוריות של חקיקה רטרואקטיבית. פרופ' Stephen

Munzer (Munzer), לעיל ה"ש 11; Munzer, לעיל ה"ש 137, בעמ' 425–438, 458–459,

780–472) מנסה לספק בסיס נורמטיבי לחקיקה רטרואקטיבית, ומתייחס לשני היבטים:

האחד נוגע בציפיות משפטיות ובשאלה מתי יש להגן עליהן; והאחר מתייחס למסגרת אשר

מתארת כללים הקשורים לחקיקה רטרואקטיבית וקובעת מתי יש להגבילם. לפי תיאוריה זו,

אלה מושגות ברובן על מבחני איוון למיניהם ועל ניתוחים המבוססים על משתנים שונים. לדעת, גישה המבוססת על כללים ברורים עדיפה על תיאוריות אלה, שכן גישה כזו, גם אם היא אינה מושלמת, מגבירה את הוודאות ויכולת הצפייה, וכן את האחידות והלגיטימיות המוסדית, הואיל והיא מצמצמת, בין היתר, את שיקול-הדעת השיפוטי.¹⁹⁵ במאמר זה אני מציע נוסחה שמשלבת פתרון משפטי עם פתרון פוליטי, ואשר מצריכה חשיבה בשני שלבים: השלב הראשון הוא הטמעת ההבחנה בין חקיקה רטרואקטיבית לחקיקה רטרוספקטיבית; השלב השני הוא הנהגת כללים שונים לגבי כל אחד מסוגי החקיקה.

הפתרון המוצע מבוסס על הצעתו של Daniel Troy. בספרו משנת 1998, *RETROACTIVE*,

חוקים רטרואקטיביים המשפיעים על קניין, חוזים ומיסוי – מוצדקים לעיתים. לעומת זאת, חוקים רטרואקטיביים המתייחסים לתקופות התיישנות ולהליך פלילי, לפחות כאשר הם לרעת נאשמים בפלילים, מוצדקים פחות. פרופ' Munzer מכיר בכך שחוקים רטרואקטיביים מסכלים את מטרת החוק כמדריך התנהגות ומשבשים ציפיות ופעולות שנעשו תוך התבססות עליו, ולדעתו יש להגן על ציפיות רציונליות ולגיטימיות, אולם עקרונות של תועלת וצדק גוברים עליהן. הוא מסכם בכך שאין מקום לאיסור מוחלט של רטרואקטיביות, אך צריכה להיות חוקה נגד רטרואקטיביות שתיסתר כאשר חוקים קיימים מוערכים כבלתי-צודקים. Munzer אינו מניח מראש תפיסה מיוחדת של צדק, אולם מביע אהדה להשקפת צדק הקרובה לזו של John Rawls, שלפיה מוסדות החברה המרכזיים צריכים להתארגן לשם יצירת מספר קטן ככל האפשר של בעלי-יתרון יחידים (או קבוצות) אמידים. בהתאם לכך, יש לסנן מקרים המערבים רטרואקטיביות במסגרת של חלוקה-מחדש. אם החקיקה הרטרואקטיבית מעדיפה עניים או מקפחת עשירים בעוד החברה כולה מרוויחה, אזי קיים טיעון חזק בעדה.

פרופ' Fisch מציגה את גישת "שיווי-המשקל", שלפיה ניתוח רטרואקטיביות ייעשה באמצעות מודל של שינוי משפטי אשר עורך אנלוגיה בין משטרים משפטיים לבין שיווי-משקל פיזיקלי. כאשר מצב משפטי מתקיים בשיווי-משקל יציב, אין מקום לשינוי רטרואקטיבי; אולם כאשר שיווי-המשקל אינו יציב, השינוי צריך להיות רטרואקטיבי. לפי מודל זה, על בית-המשפט לנתח סוגיות רטרואקטיביות על-ידי התמקדות במידה שבה הכלל החדש משבש את ההקשר המשפטי שאליו הוכנס. יש להסתייג מהצגת כלל משפטי חדש מקום שהוא משבש מצב משפטי יציב באופן יחסי. אולם כאשר המצב המשפטי אינו יציב, השינוי המשפטי רצוי, ולכן מותר בשיעור נרחב יותר. פרופ' Fisch נעזרת בתיאוריה זו בגורמים נוספים, כהתראה, הסתמכות ויעילות. ראו Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1084-1094, 1105-1108, 1100-1101.

Woolhandler (לעיל ה"ש 11, בעמ' 1020-1021, 1023-1027, 1027-1035, 1063) סבורה כי יש לנתח חקיקה רטרואקטיבית לפי ההבחנה המסורתית בין קטגוריות של זכויות פרטיות (private rights), הכוללות את זכותו של הפרט לקניין, לשלמות הגוף ולאכיפת חוזים, לבין זכויות ציבוריות (public rights), הכוללות אינטרס קנייני של הממשלה, כגון אדמות ציבוריות ובניינים ציבוריים, אינטרס בהפעלת סמכויות ממשלה, ואינטרס ממשלתי באכיפת חוקי עונשין, ברגולציה ובמיסוי. לפי ניתוח זה, המשפט האמריקאי מיאן לאורך השנים להתיר חקיקה רטרואקטיבית השוללת זכויות פרטיות, והתיר ביתר קלות חקיקה רטרואקטיבית השוללת זכויות ציבוריות.

195 Troy, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1339-1340; Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of*, Rules, U. Chi. L. Rev. 1175, 1178-1179 (1989).

LEGISLATION, מספק Troy פתרון כפול לבעיית הרטרואקטיביות: משפטי ופוליטי. הפתרון המשפטי הוא שעל בית המשפט לאמץ את "כלל הציון המפורש" (clear statement rule) שבו דגל השופט Scalia בדעת הרוב שלו בפרשת *Landgraf*,¹⁹⁶ שלפיו תחולתו של חוק תהא פרוספקטיבית אלא אם כן גוף החוק כולל הוראה מפורשת המציינת אחרת. נוסף על כך, על בית המשפט האמריקאי להשתמש יותר בפסקת ה-Takings, ולפצות את נפגעי הרטרואקטיביות שהוכיחו כי פעולתם הקניינית נעשתה בהסתמך על הכלל המשפטי ששונה. אז תיווצר הפנמת עלויות, והמחוקק ישתמש ברטרואקטיביות במידה המיטבית.¹⁹⁷ הפתרון הפוליטי הוא שחקיקה רטרואקטיבית (להבדיל מרטרואקטיבית) תהא כפופה להוראת רוב מיוחד (super-majority provision). עוד מציע Troy כי כדי לפתור את נושא התחולה הרטרואקטיבית, על הקונגרס להטיל על כל ועדה מחוקקת חובה לאמוד את השפעתה של החקיקה המוצעת על ציפיות המגובות בהשקעה (investment-backed expectations), ולבחון את התנהגות העבר המושפעת מהחקיקה החדשה, שכן אם מדובר בהתנהגות המצריכה הסתמכות, דין החקיקה החדשה להיפסל.¹⁹⁸

אני מקבל את התיאוריה המוצעת באשר לשני העקרונות המרכזיים שבה: אימוץ "כלל הציון המפורש" על ידי בתי המשפט בעת פרשנות חלותו בזמן של דבר חקיקה, וקביעת הוראה חוקתית המצריכה רוב מיוחד של חברי הכנסת לשם חקיקת חוק רטרואקטיבי. הצעה זו מעוררת שלוש שאלות עיקריות: (1) מדוע יש להבחין בין חקיקה רטרואקטיבית לבין חקיקה רטרואקטיבית? (2) מדוע יש לאמץ את "כלל הציון המפורש" כדי לסתור את החזקה נגד תחולה למפרע? (3) מדוע לגבי חקיקה רטרואקטיבית יש לנקוט פתרון פוליטי, ולא משפטי?

196 פרשת *Landgraf*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 464.

197 *TROY*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91-92. ראו גם: James L. Huffman, *Retroactivity, the Rule of Law, and the Constitution*, 51 ALA. L. REV. 1095, 1119 (1999-2000), הסבור כי מתן פיצוי למי שנפגע כתוצאה מחקיקה רטרואקטיבית יוביל להפנמת עלויות ולקבלת החלטות ציבוריות טובות יותר, שכן הוצאות אלה יובאו בחשבון במהלך קבלת ההחלטה. בניגוד לדעות אלה, Bell סבור כי אין מקום להפנמת עלויות, משום שגם "הנפגעים הפוטנציאליים" מהשינוי הם חלק מההליך הפוליטי, ובכוחם לאיים על מחוקקים התומכים בחקיקה רטרואקטיבית כי לא יבחרו בהם בבחירות הבאות. נוסף על כך, גם אם הפנמת העלויות תגביר את היעילות, היא עלולה ליצור חלוקה-מחדש של עושר בדרך שרבים יתפסו אותה כלא-רצויה (למשל, כספים יועברו מהציבור בכללותו לתאגידי גדולים מזהמים). ראו Bell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 328-267.

198 "התנהגות שאינה מצריכה הסתמכות" היא התנהגות שאדם סביר נוהג מבלי ללכת לספר החוקים. רוב ההתנהגויות הן כאלה. התנהגויות המצריכות הסתמכות הן אלה שאנשים אינם נוקטים בדרך-כלל בלי ייעוץ משפטי ותכנון. התנהגויות כאלה כוללות, בין היתר, תכנון מס ונדל"ן, העברת בטחונות וכן רוב ההשקעות. ראו Ricciardi & Sinclair, לעיל ה"ש 121, בעמ' 341; *TROY*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 93-95.

1. מדוע יש להבחין בין חקיקה רטרואקטיבית לבין חקיקה רטרוספקטיבית?

מאמר זה דן באופן כללי בהבחנה בין שלושה מצבי תחולה: רטרואקטיביות, רטרוספקטיביות ופרוספקטיביות. כפי שראינו בפרק ההגדרות, חוק הוא פרוספקטיבי אם הוא מוחל לגבי פעולות או מצבים שיתקיימו רק בעתיד; הוא רטרוספקטיבי אם הוא פועל לעתיד, אך מסתכל אחורה ומעניק תוצאות שונות לעתיד לפעולות שהתרחשו בעבר; והוא רטרואקטיבי אם הוא פועל אחורה בזמן ומשנה למפרע את הדין ששרר לפני חקיקתו. נקודת-הבסיס להבחנה בין התחולות השונות בזמן מתבססת על התפיסה שלפיה אנשים מסתמכים על החוק וצופים מערך של זכויות וחובות בהתאם להוראותיו. לכן, בטרם ניגש להבחנה בין התחולות, נדרש דיון קצר בסברה שלפיה אנשים מסתמכים על החוק. יש הטוענים כי "חוקת ידיעת החוק" – או בניסוחה על-דרך השלילה: אי-ידיעת החוק אינה פוטרת (Ignorantia Legis Neminem Excusat) – הינה פיקציה. זאת, מפני שהפרסום הרשמי ברשומות אינו מגיע לידיעת הציבור, וגם אם כן – הוא מנוסח בלשון משפטית שקשה להבינה ללא סיוע משפטי, ומכל מקום שפתו הכללית ורבת-המשמעות מותרת מקום רב לפרשנותו של בית-המשפט.¹⁹⁹ אם אכן מדובר בפיקציה, ורוב החוקים מיושמים ללא התראה ממשית ומבלי שאנשים מסתמכים על החוק, אזי גם ההבחנה בין חקיקה רטרוספקטיבית ורטרואקטיבית לבין חקיקה פרוספקטיבית מבוססת על פיקציה.²⁰⁰ התשובה לכך היא כי ברור לכל שידיעת מכלול החקיקה הקיימת אינה אפשרית. אולם היות ש"ההסתמכות היא חלק בלתי-נפרד מן ההתנהגות האנושית והחברתית",²⁰¹ אנשים מסתמכים על הדין במעשיהם וצופים מערך מסוים של זכויות וחובות. הסתמכות על מצב חוקי הינה אפוא תנאי בסיסי בכל מערכת משפט המתפקדת באופן יעיל.²⁰² חשיבות ההגנה

199 ראו Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2161; דוד משען "ידיעת החוק – פיקציה או אידיאל?" פרשת השבוע 37 (התשס"א) נגיש ב-www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5258B0F5-9A8A-4CD3-AB03-A97D959D1EE6/10345/37.rtf, למשל, כותב כי עקרון ידיעת החוק נשמר חרף מורכבותו של החוק המודרני ולמרות הקושי בהטבעתו בזכרונו של כל אדם. ראו LOUGHLIN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 25.

200 Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 21-22. זו גם הסיבה שבגינה Kelsen לא היה כה מוטרד מחקיקה רטרואקטיבית. מכיוון שאי-ידיעת החוק אינה פוטרת, חוק יכול להיות מוחל על מי שלא ידע עליו. חוק רטרואקטיבי לוקח זאת רק צעד אחד קדימה, בכך שהוא מוחל על מי שלא היה ביכולתו לדעת עליו. ראו: HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 43-44, 73, (1945) 146, 149, מצוטט אצל FULLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66, ואצל Woolley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 44.

201 ברק-ארז, לעיל ה"ש 58, בעמ' 19 (הסבורה כי הגנה על אינטרס ההסתמכות היא אחד מעקרונות-היסוד שצריכים לעצב את המשפט המנהלי, וכי יש להגן על הסתמכותם של אזרחים על פעולות מנהליות).

202 Harrington, לעיל ה"ש 11, בעמ' 30-31. ראו באופן כללי: William L. Fishman, *Property, Reliance, and Retroactivity Under the Communication Act of 1934*, 50 FED. COMM. L.J. 2 (1997).

על ההסתמכות נעוצה בעובדה הפשוטה שגם אם לא כולם ניגשים לספר החוקים לפני ביצוע מעשה, פרסום החוק נותן לאזרחים למצער את היכולת והאפשרות לעשות כן, ולתכנן את צעדיהם בהתאם לחוק.²⁰³ זו בכל אופן ההתנהגות שאנחנו, כחברה, היינו רוצים לעודד. גם אם נניח שאנשים אכן מסתמכים על החוק, עדיין נטען כי אין כלל מקום להבחנה בין חקיקה הצופה פני עבר לבין חקיקה הצופה פני עתיד. ראשית, כך נטען, מדובר ב"טענה מעגלית" שלפיה ציפייתם של אנשים לתוצאות משפטיות מסוימות יוצרת לכאורה זכויות המצדיקות את הציפייה. בדיוק כפי שלא נקבל טענה שלפיה הסטטוס-קוו החוקי צריך להיות מוגן מפני שינוי חקיקתי רגיל, מהסיבה שאנשים מצפים לשינויים בחקיקה, כך אם כולם יפנימו מלכתחילה כי ייתכן שציפייתיהם ישובשו, אזי לא יהיו ציפיות בלתי-מיושבות.²⁰⁴ שנית, עולה הטענה ("טיעון הדמיון") כי אם הפגיעה בציפייה היא המפריעה לנו, אזי מדוע להגביל את הביקורת רק לחקיקה רטרואקטיבית? כל שינוי של חוק כלכלי, בין פרוספקטיבי ובין רטרואקטיבי, משבש מטבעו ציפייה, וכל שינוי כאמור גם יוצר מנצחים ומפסידים כלכליים. חוקים רטרואקטיביים, כך נטען, אינם עולים בהכרח יותר מאשר חוקים פרוספקטיביים.²⁰⁵ לכן שורה של מלומדים טוענים כי אין משמעות כלכלית להבחנה בין רטרואקטיביות לפרוספקטיביות, וכי יש לעודד צדדים לצפות שינויים חוקיים, בין פרוספקטיביים ובין רטרואקטיביים.²⁰⁶ טיעון זה כולל בחובו גם את הראייה שלפיה כל חוק

203 ראו ברוך ברכה "פירסום חקיקת-משנה: בדיקת הדין הקיים והמוצע במשקפיים השוואתיים" עיוני משפט 168 (1979). עקרון הפומביות קבוע בס' 10 (ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, בס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] ובס' 2 לחוק המעבר, התש"ט-1949. עצם פרסומה של חקיקה מעודד הסתמכות עליה, ומי שמעודד הסתמכות אינו רשאי להתעלם מקיומה. ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 58, בעמ' 36-37.

204 Michael Graetz, *Retroactivity Revisited*, 98 HARV. L. REV. 1820, 1823 (1984-1985). ראו גם Graetz, לעיל ה"ש 22, בעמ' 49-63, TROY; לעיל ה"ש 11, בעמ' 21-22. ברק-ארוז מזכירה טענה זו בהקשר של הגנת ההסתמכות, באומרה כי "אנשים מסתמכים על אותן פעולות אנושיות, שהמשפט מאפשר להן להסתמך עליהן", וגם היא מסכימה כי "הגנת המשפט על ההסתמכות תורמת לנכונות להסתמך, ולהיפך: כאשר הדין נמנע מלהגן על ההסתמכות, ניתן לצפות לכך שהנכונות ליטול סיכוני הסתמכות תפחת". ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 58, בעמ' 21-22.

205 Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1069 (לחוק המטיל אחריות בסך מיליון דולר בגין פעילויות מזהמות שנעשו בעבר יש השפעה כלכלית וזה לזו של אימוץ פרוספקטיבי של אמצעי פיקוח על פליטה המפחיתים את ערך המפעל במיליון דולר).

206 Louis Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 HARV. L. REV. 509, 511, 515-519 (1986). ראו גם Graetz, לעיל ה"ש 22, בעמ' 49-63. התובנה הכללית, כפי שהיא מוסברת על-ידי Graetz, היא כדלקמן: "Because all changes in law, whether nominally retroactive or nominally prospective, will have an economic impact on the value of existing assets or on existing expectations, the distinctions commonly drawn between retroactive and prospective effective dates are illusory", ראו Graetz, לעיל ה"ש 204, בעמ' 1822. ראו גם אצל Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1067, TROY; לעיל ה"ש 11, בעמ' 21-22, Woolhandler; לעיל ה"ש 11, בעמ' 1016, 1055, Eule; לעיל ה"ש

הוא למעשה טרואקטיבי מטבעו, שכן איש אינו יודע מה ההשלכות המשפטיות של מעשיו עד שבית-משפט יבחן אותם בעתיד ובראייה לאחור.²⁰⁷ כתגובה על טיעונים אלה אטען כי קיימת הבחנה מהותית בין סוגי החוקים השונים, המתבססת על שלושה פרמטרים: תדירות השינוי; דרגת הציפייה; ויכולת התיקון או השינוי. להלן אדון בפרמטרים אלה.

תדירות השינוי החקיקתי – בתגובה על "הטיעון המעגלי", גם אם כל האנשים יפנימו כי ייתכן שציפיותיהם ישובשו, קיימת בכל-זאת הבחנה בין שיבוש ציפייה על-ידי חקיקה טרואקטיבית או רטרואקטיבית לבין שיבוש ציפייה על-ידי חקיקה פרוספקטיבית, והיא התדירות שבה סוגי החקיקה השונים משנים את הסטטוס-קוו. מבין שלושת סוגי החקיקה, חקיקה פרוספקטיבית היא הנפוצה ביותר. אכן, ציפייה להגנה מפני כל שינוי אינה לגיטימית. אי-אפשר להגן באופן מוחלט על כל ציפייה של יחיד בהסדרת ענייניו לפי החוק, שכן אז תיווצר סטגנציה. עם זאת, מכיוון שחקיקה רטרואקטיבית נדירה יותר – אף יותר מחקיקה רטרואקטיבית – מרכיב ההפתעה בה גדול יותר.²⁰⁸ האם זה אומר שככל שהמחוקק משבש יותר ציפיות כן הוא רשאי יותר לעשות כן? בהחלט לא! מדובר, למעשה, באיזון בין הגמישות שאנו רוצים להעניק למחוקק כדי להימנע מאותה סטגנציה לבין הצורך של פרטים בוודאות במשפט. גם אם נניח שאין זה רציונלי לצפות כי חקיקה לא תשתנה בעתיד, יהיה זה בגדר אבסורד להציע כי שינוי בחוק צריך להיות תמיד צפוי. לעולם יהיה זה רציונלי להסתמך על חקיקה, שהרי מטרת קיומו של חוק היא שמושאי הוראותיו יצייתו לו, ולא שהם יעסקו בספקולציות בדבר פקיעתו.²⁰⁹ זו אולי תמימות לא לצפות לשינוי חקיקה, אולם אין בכך דבר שאינו רציונלי, ובוודאי אין בכך כדי להביא לידי דה-לגיטימציה של ציפייה לגיטימית, קל וחומר כאשר מדובר בציפייה שהחוק לא ישנה לא רק את המצב הנורמטיבי העתידי, אלא גם את זה שהיה בעבר.

דרגת הציפייה שהחוק לא ישתנה – אכן, כל שינוי של חוק כלכלי, בין באופן פרוספקטיבי ובין באופן רטרואקטיבי, משבש מטבעו ציפייה. אולם כאשר מדובר בציפיותיהם של אנשים ביחס למצב החוקי הקיים, ניתן לזהות מעיין מדרג של ציפיות: ברמה החלשה ביותר – ציפייה שהחוק לא ישתנה לעתיד; ברמה חזקה – ציפייה שגם אם ישתנה החוק באופן שישפיע על אירועי עבר, יהיה זה רק לגבי תוצאות עתידיות של אותם אירועים; וברמת הציפייה הגבוהה ביותר – ציפייה שהחוק לא ישתנה לעבר, קרי, ששינוי החוק לא ישפיע על תוצאות עבר של אירועי עבר. אכן, ציפייה של אדם שהחוק לא ישתנה

8, בעמ' 438; Saul Levmore, *Changes, Anticipations, and Reparations*, 99 COLUM. L. REV. 1657, 1658 (1999); Kyle D. Logue, *Legal Transitions, Rational Expectations, and Legal Progress*, 13 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 211, 242 (2003).

207 Seeman, לעיל ה"ש 4, בעמ' 77.

208 Eule טוען בהקשר זה כי חוק פרוספקטיבי, גם אם עצם חקיקתו צפויה יותר, יכול שיהיה מפתיע ובלתי-צפוי בתוכנו אף יותר מחוק רטרואקטיבי. כלומר, לחוקים רטרואקטיביים אין מונופול על מרכיב ההפתעה. ראו Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 440. ראו גם Troy, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1347.

209 Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 976-977.

באופן רטרואקטיבי לגיטימית יותר מציפייה שהחוק לא ישתנה באופן רטרואקטיבי, ובוודאי לגיטימית יותר מהציפייה הכללית שהחוק לעולם לא ישתנה לרעתו.²¹⁰ אם ניקח את דבריו של אחד המלומדים – "It is intolerable that through use of retrospective legislation, not only the future but also the past, is put at risk"²¹¹ – ונמקם אותם בהתאם להגדרות שהוצגו ברשימה זו, אזי זו בדיוק ההבחנה בין רטרואקטיביות לרטרואקטיביות: שימת העתיד בסכנה (הכולל גם תוצאות משפטיות עתידיות של מעשי עבר באמצעות רטרואקטיביות) אל מול שימת העבר בסכנה (באמצעות רטרואקטיביות). נוסף על כך, "טיעון הדמיון" כמוהו כטענה, למשל, כי אין לאזרחים אלא "להמר" על משטר המס העתידי בבואם לעסוק בפעילות כלכלית, מכיוון שהחלטות חייבות להתקבל ללא כללים צפויים, מה שעלול כמוכח להוביל לחוסר תפקוד של השוק.²¹²

יכולת תיקון בהתאם להוראות השינוי החוקי – אי אפשר לבחון את ההשפעה של רטרואקטיביות בריק. ייתכן שבמישור הכלכלי חקיקה רטרואקטיבית מסוימת יעילה יותר מבחינה כמותית/פיסקלית הניתנת למדידה, אולם מבחינה איכותנית היא פוגענית הרבה יותר. חקיקה רטרואקטיבית מתנגשת באוטונומיה של האדם, בכך שהיא מונעת ממשותפים בשוק את האפשרות לשנות התנהגות קודמת שלהם. בעקבות חקיקה כלכלית פרוספקטיבית אדם יכול לסלק השקעה או לשנות ציפייה לעתיד, אולם אפשרות זו אינה קיימת בחקיקה רטרואקטיבית, המתייחסת להשקעה שכבר הושקעה ולפעולות שכבר הושלמו.²¹³ הבחנה דומה קיימת בין חקיקה רטרואקטיבית לרטרואקטיבית. בניגוד לחקיקה רטרואקטיבית, הפועלת אחורה בזמן ומונעת שחקנים מלשנות התנהגות קודמת, חקיקה רטרואקטיבית, הגם שהיא פוגעת בציפייה ובהסתמכות מכיוון שהיא חלה לגבי אירועי עבר, משנה את התוצאות המשפטיות רק לגבי העתיד, ובכך מותירה לאדם אפשרות לתקן השקעה או לשנות ציפייה לעתיד.

נמחיש את ההבחנה המוצעת באמצעות דוגמה. חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 22), התשס"ח-2008,²¹⁴ קובע כי בעסקה לתקופה קצובה, לתנאי בחוזה הקובע כי ההתקשרות בעסקה תמשך לאחר סיום התקופה לא יהיה תוקף ללא הסכמה מפורשת של הצרכן, וכן כי על העוסק להביא לידיעת הצרכן את מועד סיומה של העסקה הקצובה באמצעות הודעה שתימסר לצרכן בתקופה קבועה לפני מועד הסיום. אילו קבע החוק בסעיף התחולה כי הוא יחול רק על עסקות או התקשרויות שיחלו ביום תחילתו או לאחוריו, אזי היה זה חוק פרוספקטיבי: לא רק שהוא היה צופה פני עתיד, אלא גם פעולתו הייתה עתידית בלבד. זו הייתה ככל הנראה המסקנה גם אילו שתק החוק באשר לתחולתו, ובתנאי שתכלית החוק וההיסטוריה החקיקתית שלו לא היו מובילים למסקנה אחרת, שכן החוקה הפרשנית נגד תחולה למפרע מנחה אותנו כי על החוק לחול לעתיד בלבד. במצב זה היה העוסק נמצא

210 Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 438.

211 Bridge, לעיל ה"ש 50, בעמ' 147.

212 ראו Alarie, לעיל ה"ש 21, בעמ' 21; Laitos, לעיל ה"ש 11, בעמ' 101.

213 ראו אצל Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 974.

214 ס"ח 490.

במצב הטוב ביותר. לא הייתה נפגעת ציפייה לגיטימית שלו, וגם אם כן, היה מדובר בציפייה חלשה ביותר שהחוק לא ישתנה לעתיד. השינוי לא היה מפתיע, והיו פתוחות לפניו כל הדרכים לפעול בהתאם לחוק: הוא היה יכול להתאים את חווייו העתידיים להוראות החוק ולשלוח את ההודעה הרלוונטית רק לצרכנים עתידיים, והוא היה ממשיך ליהנות בעתיד מהארכות אוטומטיות שנקבעו בחוזים שנחתמו לפני תחילתו של החוק. כלומר, עלויות המעבר שהיו מושתות על העוסק במצב זה היו מופחתות.

המצב השני הוא זה המוגדר בנוסחו המקורי של החוק, הקובע בסעיף התחולה שלו (סעיף 4(ב)) כי "חוק זה יחול גם על התקשרויות שנעשו לפני יום התחילה, ובלבד שמועד סיום העסקה או ההתחייבות שלהן חל ביום התחילה ואילך". תחולה זו הינה רטרואקטיבית. החוק חל אומנם גם על התקשרויות קודמות שהתרחשו בעבר, אך צופה פני עתיד ומבהיר כי אין מדובר בהתקשרויות שהסתיימו עובר לכניסתו של החוק לתוקף. במצב זה מצבו של העוסק הורע לעומת המצב הראשון, שכן נפגעת ציפייה לגיטימית שלו כי ההוראה החדשה תחול רק על עסקות חדשות, ולכן יש בהוראת התחולה מרכיב מסוים של הפתעה. לעניין יכולת התיקון בהתאם להוראות השינוי החוקי – כאשר חתם העוסק עם הצרכן על עסקות קודמות, הוא לא הביא אומנם בחשבון את הוראות התיקון לחוק ולכן לא שכלל את העלויות הכלכליות המושתות עליו, אולם מאחר שהחוק פועל רק לעתיד, העוסק יכול לעמוד בהוראותיו בנקל. הוא יכול לשלוח את ההודעה בזמן, שכן הוא מודע לעצם החובה לשלוח לפני שליחתה, ויש לו זמן, לפני שחווה ההתקשרות האוטומטית עם צרכן מסוים פוקע, לקבל את הסכמתו להארכה נוספת של החוזה.

אילו קבע החוק כי הוא יחול גם על התקשרויות שנעשו לפני יום התחילה גם אם מועד סיום העסקה חל לפני תחילתו, או אילו שתק החוק באשר לתחולת החוק אך קבע בסעיף התחילה כי תחילתו של חוק זה במועד המוקדם לפרסומו, כ־אז הייתה זו תחולה רטרואקטיבית. נוסח כזה של החוק היה מציב את העוסק במצב הגרוע ביותר. מבחינת תדירות השינוי, מדובר בתחולה חריגה שקשה לצפותה. הציפייה הנפגעת כאן היא הגבוהה ביותר – מדובר בפגיעה בעסקות ובהתקשרויות שכבר הסתיימו, ואי־אפשר לשער את עלויותיהן של ההוצאות הנלוות. נוסף על כך, אין ביכולתו של העוסק להתאים את מעשיו להוראות החוק. הארכות חוזים אוטומטיות שהיו בעבר – בטלות, והודעות שהיו אמורות להישלח בהתאם לחוק בוודאי לא נשלחו, כי החובה לא הייתה קיימת בעבר. הנוק הכלכלי כאן הוא הגבוה מכל, שכן אותו עוסק השוץ עתה לתביעות בשל הפרת חוק אשר בעת עשיית המעשה לא היה בגדר הפרה. נמחיש זאת בטבלה.

פרמטרים/ חקיקה	תדירות השינוי	דרגת הציפייה שהחוק לא ישתנה	יכולת תיקון בהתאם לשינוי החוקי
פרוספקטיבית	גבוהה	נמוכה	גבוהה
רטרוספקטיבית	בינונית	בינונית	בינונית
רטרואקטיבית	נמוכה	גבוהה	נמוכה

ניתן לראות בבירור שחקיקה רטרואקטיבית פוגעת באינטרס הציפייה (וכן בעקרונות ההסתמכות והוודאות המשפטית) בצורה הקשה ביותר, וכי יכולתו של האדם מושא הוראות החוק להתאים את פעולותיו לחוק היא הנמוכה ביותר. ההבחנה המוצעת בין רטרואקטיביות לרטרופקטיביות מתבססת למעשה על מידה או רמה של רטרואקטיביות.²¹⁵ הבחנה זו יכולה להיות תשובה הולמת גם למי שמנסה למצוא פתרונות לרטרואקטיביות במסגרת התיאוריה הנוגעת בריבונות הפרלמנט ובמסגרת הזמן של ייפוי הכוח, שכן בעוד חקיקה רטרואקטיבית משפיעה על העבר ועלולה לחדור לתחום ריבונותו של הפרלמנט הקודם, חקיקה רטרופקטיבית יכולה דווקא לעלות בקנה אחד עם עקרונות דמוקרטיים, בכך שהיא מאפשרת לרוב נוכחי להיות חופשי מכבילה של רוב קודם מבלי לחדור לתחום ריבונותו.

אף שקיימים הבדלים בין סוגי החקיקה השונים – רטרואקטיבית, רטרופקטיבית ופרוספקטיבית – יש להתמודד עדיין עם הטענה כי מאחר שהסיכון של שינוי כלל משפטי דומה פונקציונלית לסיכונים אחרים בשוק, ומרכיב של "חוסר ודאות" קיים לא רק בשוק הכלכלי כי אם גם במערכת הפוליטית ובחיים בכלל, שחקנים כלכליים צריכים להביא בחשבון את האפשרות של שינוי חקיקה בדיוק כפי שהיו מעריכים סיכונים שוק, כשם שאין הגנה מפני סיכונים שוק, כך גם אין סיבה שתהא הגנה מפני שינויי חקיקה.²¹⁶ לכן יש לעודד צדדים לצפות שינויים בחוק, בין פרוספקטיביים ובין רטרואקטיביים, ו"לתמחר" את הסיכון של שינויים חקיקתיים בדרכים שונות, מפני שבראייה כלכלית, השוק מספק מנגנון טוב יותר לטיפול בסיכון מאשר הממשלה.²¹⁷

האומנם שינוי חקיקה הוא ככל שינוי אחר בשוק? אי אפשר להשוות אי-ודאות חקיקתית עם שינוי שוק בשל ההבדלים התהומיים בין השניים. כאשר שחקן כלכלי משקיע, הוא עושה הערכת סיכון, ויכול לתחום את מקומו באמצעות ניתוח ומחקר מפורטים. יכולת הגנה זו מפני שפל בעסקים בשוק אינה קיימת לגבי סיכון חקיקתי. הפרט יכול אומנם להעריך כי בעתיד ישונו חוקים, אולם קשה מדי להעריך ברמת דיוק סבירה איזה חוק ישונה ובאיזה אופן.²¹⁸ כפי ש-Huffman מציין, יש לנו, כבני-אדם, תקווה סבירה להשתמש בחוק

215 כך, למשל, בפסק-דין *United States v. Carlton*, 512 U.S. 26, 39–40 (1994), רמז השופט Scalia כי חקיקה רטרופקטיבית עלולה להיות פסולה אם היא תהיה "יותר מדי רטרואקטיבית". ראו Harrington, לעיל ה"ש 11, בעמ' 31. פרופ' Laitos אף סבור כי עצם העובדה שחוק הוא רטרואקטיבי די בה להביא לידי בטלותו, להבדיל מחקיקה רטרופקטיבית, שיכולה להיות קבילה במקרים מסוימים. ראו Laitos, לעיל ה"ש 11, בעמ' 108–120. גם Selinger, לעיל ה"ש 121, בעמ' 3, מציע להתנגד לחקיקה רטרואקטיבית כאשר זו משפיעה על פעולות שנשלמו או כאשר ההשפעה על הפעולות העתידיות הנותרות היא משמעותית.

216 Kaplow, לעיל ה"ש 206, בעמ' 512; Graetz, לעיל ה"ש 204, בעמ' 1825; Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 974.

217 Graetz, לעיל ה"ש 22, בעמ' 63–49; Graetz, לעיל ה"ש 204, בעמ' 1822–1824; Alarie, לעיל ה"ש 21, בעמ' 21; Kaplow, לעיל ה"ש 206, בעמ' 599, 602.

218 לא זאת בלבד, שינויים בחקיקה מזוורים לעיתים באמצעות שתדלנות של תאגידים גדולים, המפעילים לחץ נכבד על הפוליטיקאים. ראו Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 974.

על-מנת להפחית את חוסר הוודאות הקיים בפעולות-הגומלין האנושיות, אולם אין לנו תקווה רבה לשלוט בחוסר הוודאות של מזג-האוויר ושוק המניות. לאמיתו של דבר, מטרה מרכזית של חוק היא להפחית את חוסר הוודאות בקיום החברתי. היינו עושים אותו דבר עם מזג-האוויר ושוק המניות אילו יכולנו לעשות כן. החוק, גם אם אינו מושלם, מוכיח את עצמו כאמצעי חברתי מצוין לשליטה בהתנהגות העתידית של עמיתינו בחברה.²¹⁹

לסיכום, חשוב להבין שגם חוקים רטרואקטיביים וגם חוקים רטרואקטיביים פוגעים בעקרון שלטון החוק. שני סוגי החקיקה אינם מדריכים בני-אדם, פוגעים בציפיות ראויות שלהם ואינם מאפשרים להם לארגן את ענייניהם בהתאם להוראות החוק.²²⁰ חשוב גם להדגיש כי חקיקה רטרואקטיבית אינה בהכרח חמורה יותר מחקיקה רטרואקטיבית.²²¹ חקיקה רטרואקטיבית יכולה במקרים מסוימים להיות אף מיטיבה או לקבוע הסדר שהפגיעה בו פחותה מזו הגלומה בהסדר שנקבע בחוק רטרואקטיבי. עם זאת, קיים הבדל – בוודאי בעוצמה, אם לא בסוג – בין חקיקה המשנה תוצאות משפטיות עתידיות של פעולות עבר לבין חקיקה אשר כותבת את ההיסטוריה מחדש וקובעת כי החוק, כפי שהוכן בעבר, שונה. כפי ש-Loomer תיאר זאת: "The whole purpose of enacting laws is to create and vary rights and obligations. This is different from undoing or altering the law as it existed in the past."²²² חוק רטרואקטיבי נכנס לעבר ומשנה את החוק ממועד עבר והלאה. הוא משפיע גם על פעולות ומצבים שהושלמו ועל זכויות שנרכשו או הופסדו. חקיקה כזו חותרת תחת יציבותו וודאותו של המשפט, ומובילה לשיטת משפט הוגנת פחות ויעילה פחות. אומנם לאיש אין זכות מוקנית שהחוק יישאר כפי שהיה בעבר,²²³ אולם לכל אדם יש בוודאי זכות שהחוק שהיה יישאר כפי שהיה בעבר. היטיב לבטא זאת Salembier: "It is one thing for the future not to turn out as you thought it was going to be; it is"²²⁴ quite another for the past to be not what you thought it was"

2. מדוע יש לאמץ את "כלל הציון המפורש" כדי לסתור את החזקה נגד תחולה למפרע?

כפי שראינו, קיימת מחלוקת בפסיקת בתי-המשפט אם על-מנת לסתור את החזקה הפרשנית נגד תחולה למפרע נדרשת לשון ברורה, קרי אמירה מפורשת של המחוקק, או שמא כוונה משתמעת מספיקה לעניין זה.²²⁵ לדידי, יש לשמר ולחזק את החזקה בדבר שלילת תחולה

219 ראו Huffman, לעיל ה"ש 197, בעמ' 1115.

220 Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 106-107.

221 ראו Waldron, לעיל ה"ש 155.

222 Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 67.

Gostavson Drilling (1964) Ltd v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271, 273-279-282.

224 Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 138.

225 ראו דיון לעיל ליד ה"ש 67.

למפרע, קרי, בבואו לפרש הוראת דין, על בית-המשפט להניח כי תחולתה, ככלל פרשני, היא פרוספקטיבית, וכדי לסתור חוקה זו, על המחוקק להביע את רצונו באופן מפורש בגוף החוק ("כלל הציון המפורש").²²⁶ כלומר, הבנה משתמעת של רצון המחוקק מההיסטוריה החקיקתית או מפרשנות תכליתית של החקיקה לא יהיה בה כדי לסתור את החוקה האמורה. ל"כלל הציון המפורש" יש יתרונות ברורים: בראש ובראשונה, כלל זה יצמצם באופן משמעותי חקיקה למפרע.²²⁷ נוסף על כך, הדרישה לציון מפורש עולה בקנה אחד עם תפקידם המוסדי של השופטים, ותבטיח את הלגיטימיות השיפוטית, שכן החלטות שיפוטיות המתחייבות משפת החוק מסכלות את הפיכת הפרשנות השיפוטית לחקיקה שיפוטית.²²⁸ צמצום זה של שיקול-הדעת השיפוטי משקף – וגם מחייב – את התפיסה שהמחוקק מקבל החלטות שקולות, שבאות לידי ביטוי בגוף הטקסט. כלומר, פתרון זה יקנה לבתי-המשפט את הביטחון הראוי שהמחוקק יודע מה הוא עושה, ועל-ידי כך יצמצם את הדחף השיפוטי לפרשנות ליברלית. לכן לא רק שדרישה זו תגביל חקיקה למפרע מבלי לכפות את ידי המחוקק, היא אף תחזק את מעמדו של המחוקק ותחייב פרשנות שהולמת את כוונתו.²²⁹ כל שנדרש מהמחוקק הוא ציון מפורש של רצונו האמור בגוף החוק. דרישה זו תבטיח כי התערבות רטרואקטיבית באינטרסים ובזכויות של צדדים הובאה לתשומת-ליבו של המחוקק, וכי זו נעשית רק לאחר הליך נאות של התדיינות פוליטית.²³⁰ נוסף על כך, הסתמכות על ציון מפורש של המחוקק עדיפה על פרשנות המגלה את "כוונת המחוקק" מתוך דיוני הוועדה, למשל, משום שהסתמכות זו מוכיחה באופן מוחלט כי ההחלטה נשענת הלכה למעשה על הסכמה פוליטית, ולא על אמירה כזו או אחרת של חבר-כנסת.²³¹ פתרון זה יקדם אפוא אחריותיות (accountability), מפני שחברי-הכנסת יהיו חייבים לקבל החלטות ולשאת באחריות למעשי-ידיהם, ולא יוכלו להסיר אחריות זו ולהטילה על בתי-המשפט, כאילו האחרונים טעו בפרשנות של כוונותיהם.²³² פתרון זה גם יסייע במניעת מחלוקות חוקתיות כאשר העתירה החוקתית מבוססת על תחולה רטרואקטיבית של דבר חקיקה.²³³ פתרון זה עומד בקנה אחד גם עם עקרון שלטון החוק, מפני שהוא יוביל למינימום תחולה

226 ראו: Alec Samuels, *The Interpretation of Statutes*, 1980 STATUTE L. REV. 86, 94 (1980).

227 ראו בהרחבה: Nelson Lund, *Retroactivity, Institutional Incentives, and the Politics of*, 1995 PUB. INTEREST L. REV. 87, 95 (1995) מצוטט אצל TROY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 92.

228 Note, *Intent, Clear Statements, and the Common Law: Statutory Interpretation in the Supreme Court*, 95 HARV. L. REV. 892, 902–903 (1981–1982).

229 ראו אצל Scalia, לעיל ה"ש 195, בעמ' 1183–1185.

230 Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 107, 138; TROY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91.

231 ראו את דבריו של השופט Scalia בפרשת *Landgraf*, לעיל ה"ש 83.

232 TROY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 92.

233 ראו, למשל, בג"ץ 7159/02 מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן (לא פורסם, 23.11.2005), במיוחד פס' 26.

למפרע, ויבטיח אחידות, ודאות, אפשרות חיזוי ויעילות: לא יהא צורך להמתין עד שהחוק יגיע לפתחי בית-המשפט כדי לדעת אם הוא חל על מעשה מסוים אם לאו, ואם הגיע לבית-המשפט – יישומו יהיה פשוט ביותר. אם כן, "כלל הציון המפורש" הוא לא רק הכלל ההוגן ביותר,²³⁴ אלא גם הכלל שיישומו הוא הפשוט ביותר.²³⁵

3. מדוע עלינו להעדיף פתרון פוליטי שייוחד לרטרואקטיביות, ולא פתרון משפטי?

"דלית דרור: אני יכולה להגיד בשם המשנה ליועץ המשפטי לחקיקה, שהוא לא רוצה לעגן פה מגבלה בחוק. אייל זנדברג: אבל האם הייתם מוכנים לשקול? אמנון רייכמן: ...שמענו כרגע, שהמשנה ליועץ המשפטי לענייני חקיקה לא רוצה להגביל בעניין חקיקה רטרואקטיבית. ברמה החוקתית. אבל אני חושב שברמה החוקתית ראוי שתובע גם עמדה נוגדת, שזו עמדה שאומרת שהכנסת לא יכולה לחוקק חקיקה רטרואקטיבית. חקיקה רטרואקטיבית זה פגום. זה ממש פגום."²³⁶

החוקה נגד תחולה למפרע היא חזקה פרשנית בלבד, ואינה מונעת את המחוקק מלחוקק חוק רטרואקטיבי.²³⁷ גם איסור חקיקה רטרואקטיבית שיעוגן בחוק רגיל אינו מספק, שכן הוא מהווה אולי הנחיה למחוקק ויוצר הרמוניה חקיקתית שלא לפרש דבר חקיקה חדש למפרע, אולם כל עוד הוא אינו מעוגן בחוקה או בחוק-יסוד, אין בכוחו לבטל חוק מאוחר הקובע תחולה למפרע.²³⁸ מהגיתוח בחלק הראשון של המאמר נראה כי לחזקת הפרוספקטיביות יש חיים משלה, אף שבת-המשפט אינם מספקים לנו רציונל הולם לכלל כזה היכן שמעצורים חוקתיים אינם ממלאים תפקיד. מדוע להעדיף פרוספקטיביות כאשר אין הפרה של סעיף מסוים בחוקה או סתירה לחוקי-יסוד? האם הסיבות להעדפת פרוספקטיביות ספוגות דיין בהשקפות ההיסטוריות שלנו לגבי הפסול שברטרואקטיביות

234 ראו אצל ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 645: "רק בדרך זו [דרישת לשון מפורשת – י' ר'] ניתן

יהא להגשים את הערכים הדמוקרטיים אשר חוקת האי-הרטרוספקטיביות נגזרת מהם."

235 אין מניעה לקבוע כלל פרשנות שונה מזה שהיה נהוג בבתי-המשפט בעבר, שהרי כללי הפרשנות משתנים מזמן לזמן. ראו: Hans. W. Baade, *Time and Meaning – Notes on the Intertemporal Law of Statutory Construction and Constitutional Interpretation*, 43 *Am. J. Comp. L.* 319, 322–323 (1995).

236 מתוך פרוטוקול מס' 229 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 30.5.2004, בנושא פרק החקיקה. נגיש באתר הוועדה – huka.gov.il.

237 Salembier, לעיל ה"ש 10, בעמ' 101.

238 שם.

וכן לגבי תפקידו של המחוקק, ואם כן – מדוע לא לתת להן עיגון חוקתי?²³⁹ האומנם נגזר עלינו להסכים עם ההוגה שהזוהרנו כי "כל ניסיון להתייחס לרטרואקטיביות כאל קטגוריה מיוחדת שיש להחיל עליה כללים מיוחדים הוא מאמץ מבובז?²⁴⁰

בעידן שלאחר בג"ץ גניס, לנוכח אינטרס ההסתמכות, התחזק מעמדה של החוקה הפרשנית נגד תחולה למפרע. אם כך, מדוע בעצם לא להעלות את מעמדה של החוקה הפרשנית לרמה של עקרון יסודי חוקתי שיסודו בעקרון שלטון החוק? פרלמנטריות דמוקרטית הרי מבוססת על עקרון שלטון החוק, ומכיוון שחקיקה רטרואקטיבית פוגעת בעיקרון זה, נדרש מכשיר חוקתי שיגן מפניה, אם בדרך של הוראה חוקתית ואם בצורת עקרון יסודי חוקתי יציר הפסיקה.²⁴¹ ברם, אין די במעמד של עקרון יסודי חוקתי, שכן לפי שיטת המשפט הישראלי דהיום, אי אפשר לבטל דבר חקיקה הסותר עקרונות יסודי אשר אינם מעוגנים בחוקה או בחוקי יסוד,²⁴² ולכן נדרש עיגון חוקתי לאיסור זה. בקביעת האיסור, עלינו לשאוף לקבוע כלל אשר ישקף את ערכי שלטון החוק, יגביל את שיקול הדעת של בית המשפט בהחלטות חוקתיות²⁴³ ובה בעת יאפשר גמישות למחוקק. לשם כך יש להיעזר בחלוקה המוצעת בין חקיקה רטרואקטיבית לחקיקה רטרואקטיבית. כפי שראינו, לגבי חקיקה רטרואקטיבית יש לאמץ את "כלל הציון המפורש". לגבי חקיקה רטרואקטיבית יש לקבוע איסור חוקתי שימנע חקיקה רטרואקטיבית אלא ברוב של חברי הכנסת בקריאה השלישית. הוראת שריון צורני אינה זרה לספר החוקים הישראלי,²⁴⁴ והוראה כמו זו המוצעת כאן מצויה גם באחת מן ההצעות של ועדת החוקה, חוק ומשפט.²⁴⁵ נקודה חשובה בהקשר זה היא החשש הקיים כי בהתמודדות עם פרשנותה העתידית של החוקה, אם זו תכונן, יראו בתי המשפט את העדר ההתייחסות לרטרואקטיביות אורחית, לאחר בג"ץ גניס, כהסדר שלילי.²⁴⁶ יש הטוענים כי אין מקום לפתרון פוליטי שייחוד לחקיקה רטרואקטיבית, שהרי

239 Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 434.

240 Slawson, לעיל ה"ש 11, בעמ' 216.

241 ראו אצל Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 82-90.

242 ראו את דבריו של השופט ברק בבג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990).

243 Huffman, לעיל ה"ש 197, בעמ' 1099.

244 ראו, למשל, ס' 7 לחוק יסוד: חופש העיסוק; ס' 4, 9א, 20(ד), 34, 45 ו-45א לחוק יסוד: הכנסת; ס' 44 לחוק יסוד: הממשלה; ס' 33 ו-33 לחוק יסוד: משק המדינה וס' 7 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.

245 ראו ס' 13 לפרק החקיקה, נגיש ב- huka.gov.il/wiki/index.php.

246 ראו את דבריו של ד"ר אמנון רייכמן בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא הזכות להליך הוגן, פרוטוקול מס' 418 מיום 20.2.2005: "האם אנחנו רוצים להגיד בחוקה שחקיקה רטרואקטיבית מוסיפה עוד משהו לגבי זכויות שנפגעו... בית המשפט יגיד: ישבה ועדת החוקה, חוק ומשפט על המדוכה, פסק דיין גניס היה מונח לפניו; אם היא היתה רוצה להגיד משהו על אינטרס ההסתמכות היא היתה אומרת, ואז אולי היה אפשר להקיש הסדר שלילי בעניין הזה..." פרוטוקול הישיבה נגיש באתר הוועדה - huka.gov.il.

אם חוק פוגע בזכות חוקתית, הוא נדרש ממילא לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה, והתחולה הרטוראקטיבית תהווה נסיבה שיש להתחשב בה בעת בחינת הפגיעה.²⁴⁷ איני סבור כך.

ראשית, ייתכן שבהעדר איסור חוקתי, לא ימהר בית-המשפט לפסול הוראת חוק בשל תחולה רטוראקטיבית, שהרי גם כך הרוחות סוערות באשר ליכולתו של בית-המשפט לבטל חוקים.²⁴⁸ מאידך גיסא, אם רטוראקטיביות תהווה מאפיין מרכזי בעת הבחינה החוקתית, אזי קיים חשש לביטול נרחב של חקיקה, שכן חקיקה אזרחית רטוראקטיבית הינה פרקטיקה נהוגת.²⁴⁹ מצב זה אינו מתקבל על הדעת, שכן ביטול חוק הינו "נשק יום-הדין" שיש להפעילו רק במקרים חריגים.²⁵⁰ המערכת השיפוטית הישראלית חוקה דייה (ויש שיאמרו אף חוקה

247 ראו את דבריו של עו"ד איל זנדברג בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט: "פגיעה רטוראקטיבית בזכויות היא פגיעה בזכויות, ולכן הפגיעה תיבחן דרך פסקת ההגבלה על-ידי הרשות השופטת. נאמר שהרטוראקטיביות היא רק נדבך; היא מאפיין, אולי מאפיין מחמיר, של פגיעה בזכויות. לכן הוחלט שככל שדי בפסקת ההגבלה, היא טובה גם לעניין הרטוראקטיביות." ראו פרוטוקול מס' 418 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, שם.

248 ראו, למשל, תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), המצמצם את סמכותם של בתי-המשפט לפסול חוק העומד בסתירה לחוק-יסוד. לפי התזכיר, רק לבית-המשפט העליון תינתן הסמכות לפסול חוק, וגם זאת רק בהרכב של תשעה שופטים לפחות וברוב של שני שלישים מההרכב. עוד מוצע שלכנסת תהיה סמכות לגבור על החלטתו של בית-המשפט העליון, ולהקנות תוקף לחוק שנפסל.

249 לדוגמות של חקיקה רטוראקטיבית ראו חוק הגזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, שנידון בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (לא פורסם, 12.12.2006); חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 5), התשמ"ב-1982, שנידון בבג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141 (1983); חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון), ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות, התשס"א-2001, אשר השעה את תוקפו של חוק הלוואות לדיור (תיקון מס' 5), תשס"א-2001, שנידון בבג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5; ס' 12 לחוק הסדרים במשק המדינה (היטלים וארנונה), התשנ"א-1991, שנידון בבג"ץ 4472/90 מועצה מקומית אורנית נ' שר האוצר, פ"מ מו(1) 95 (1991); חוק רשות השידור (אישור תקפן של אגרות רדיו וטלוויזיה), התשנ"ג-1992, שנידון בבג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996); יהושע פרוידנהיים "חוקי התשריר ושלטון החוק" הפרקליט כג 381 (התשכ"ו).

250 כאמרתו של השופט ריבלין בבג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 286. ראו גם את דבריו של השופט חשין בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 548 (1997), שלפיהם במקרה של בחינת חוקתיות "כל הממעט הרי זה משובח"; את דבריה של השופטת ביניש בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 263 (2002); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68 (1996); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996); בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 809 (2001); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 349 (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות

מדי, ²⁵¹ והענקת האפשרות לבית-המשפט למלא תפקיד פעיל בפיקוח על רטרואקטיביות יעלה את כוחה של הרשות השופטת מול הרשויות המחוקקת והמבצעת. ²⁵²

שנית, חשוב לזכור כי בחינה חוקתית נערכת רק לעניין פגיעה בזכויות חוקתיות. עובדה זו מחזירה אותנו לדיון אם זכות פלונית מוגנת אם לאו. לגבי שלילה רטרואקטיבית של הכרה בנישואים, למשל, יכולה להיות מחלוקת אם היא פוגעת בזכות חוקתית אם לאו, וכך גם לגבי מיסוי רטרואקטיבי, שכן כפי שראינו, אין עמדה ברורה אם מיסוי כשלעצמו מהווה פגיעה בזכות החוקתית לקניין. יתר על כן, חקיקה רטרואקטיבית יכולה לשנות מצב או סטטוס משפטי קודם מבלי לשלול זכות או לפגוע בזכות – למשל, שינוי רטרואקטיבי של הגדרת המונח "רוב". ²⁵³

שלישית, מבט אל ארצות-הברית מלמדנו לקח חשוב – השימוש בכמה כלים חוקתיים לתקיפת חקיקה רטרואקטיבית אינו מספק, ²⁵⁴ ויוצר חוסר קוהרנטיות בבחינת חקיקה רטרואקטיבית. לדוגמה, בפרשת *Eastern Enterprises v. Apfel*, ²⁵⁵ שבה פסל בית-המשפט אחריות רטרואקטיבית לקצבת בריאות של עובד לשעבר שהוטלה על-ידי "חוק הפחם" משנת 1992 ²⁵⁶ על חברת הפחם התובעת, התמקדו כל שופטי בית-המשפט בבעיית הרטרואקטיביות, אולם לא היו תמימי-דעים באשר לניתוח המשפטי. ²⁵⁷ אף לא

- בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 418 (1997); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 544-545 (2005).
- 251 ראו ברכיהו ליפשיץ "מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית" עלי משפט ו 75 (2007); הלל סומר "ריצ'רד פונר על אהרן ברק: 'דברים שרואים משם – לא רואים מכאן'?" הפרקליט מט 528-531 (2008).
- 252 השוו Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 94-95; Bell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 245.
- 253 ראו McCreary, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1325.
- 254 פסקת ה-Contracts מכוונת רק כלפי השלטון המדינתי, ואינה חלה לגבי זכויות שאינן חוזיות. פסקת ה-Takings חלה הן על השלטון המדינתי והן על הפדרלי, אולם ההבחנה בין אינטרס קנייני לבין אינטרס חוזי הינה בעייתית. פסקת ה-Due Process, שנהפכה לימים להוראה החוקתית העיקרית לתקיפת חקיקה כלכלית רטרואקטיבית, אינה מציבה ביקורת נוקשה מדי לחקיקה רטרואקטיבית, בעיקר כאשר נטל ההוכחה מונח על כתפיו של הטוען להפרה. ראו Eule, לעיל ה"ש 8, בעמ' 428-431; Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2150.
- 255 *Eastern Enterprises v. Apfel*, U.S. 498 (1998) 524.
- 256 *Coal Industry Retiree Health Benefit Act of 1992*, 26 U.S.C. §§9701-9722.
- 257 השופטים Scalia, Thomas, Rehnquist ו-O'Connor סברו, בדעת רוב, כי ההשפעה הרטרואקטיבית של "חוק הפחם" מהווה לקיחת רכוש פרטי (Takings) תוך הפרת התיקון החמישי; השופט Kennedy (דעת הרוב אך במיעוט בחלק מפסק-דינו) סבר שהרטרואקטיביות של החוק מפרה את סעיף ה-Due Process, ולא את סעיף ה-Takings. השופט Breyer, שהיה בדעת מיעוט (ואשר אליו הצטרפו השופטים Stevens, Souter ו-Ginsburg), סבר כי ההוראה החוקתית המתאימה לניתוח סוגיה זו היא ה-Due Process. השופט Thomas אף הרחיק לכת והציע כי גם אם אין ברטרואקטיביות של "חוק הפחם" כדי להפר את פסקת ה-Takings, ייתכן שיש בה כדי להפר את פסקת ה-"אקס פוסט פקטו": "...In an appropriate case, therefore, I would be willing to reconsider Calder and its progeny

אחד משופטי ההרכב מעלה ספקות באשר לתחולתו הרטרואקטיבית של החוק. עם זאת, שופטי הרוב, שמצאו כי החוק אינו חוקתי, חלוקים באשר להנמקתם, ואילו ארבעת שופטי המיעוט, המסכימים כולם כי החוק הוא חוקתי, מסכימים גם כי קיימות נסיבות שבהן חקיקה אזרחית רטרואקטיבית מייצרת בעיה חוקתית.²⁵⁸ ניתוח זה אינו קוהרנטי. לדעת פרופ' Randall Trahan, אף-על-פי שההוראות החוקתיות הקיימות קשורות במידה כלשהי לתחולת זמן של חקיקה חדשה, הן אינן חלק מ"הדינים הבין-זמניים", וככל שהן מסדירות רציפות חוקים, הן עושות כן בצורה אינצידנטלית למטרתן העיקרית.²⁵⁹ לכן נדמה כי סעיף חוקתי אשר ייוחד לרטרואקטיביות עדיף על שימוש בכמה כלים חוקתיים עקיפים. רביעית, בדומה לארצות-הברית ולאירופה, בתי-המשפט בישראל נרתעים מהתערבות בחקיקה כלכלית, ומותירים למחוקק כר-פעולה פיסקלי וכלכלי נרחב.²⁶⁰ לכן, מבחינת הפרדת רשויות, עדיף שהמחוקק ייטול על עצמו את הריסון הראוי בהקשר של רטרואקטיביות בתחום הכלכלי. הגנה על זכויות כלכליות בהקשר של רטרואקטיביות חשובה לא רק מפני שזכויות כלכליות חשובות לא-פחות מחירויות הפרט ואף מהוות לעיתים תנאי מוקדם להנאה מהן, אלא מפני שחקיקה כלכלית רטרואקטיבית מפרה את תחושת ההגינות, חותרת תחת ציפיותיהם של השחקנים הכלכליים ופוגעת בצמיחה הכלכלית.²⁶¹

חמישית, רטרואקטיביות הינה פעמים רבות בעיה פוליטית. לדוגמה, שר המקדם רפורמה חשובה במשרדו עשוי להיות מעוניין שהחוק החדש יחול מוקדם ככל האפשר;²⁶² וממשלה, שהיא המרוויחה הישירה ממיסים, עשויה להיות מעוניינת בהגשמת יעדים פוליטיים באמצעות מיסוי רטרואקטיבי, המקנה לה יתרונות כלכליים גדולים יותר מאשר מיסוי פרוספקטיבי בלבד.²⁶³ לחצים פוליטיים כאלה עלולים להוביל לשימוש בהוראות-

to determine whether a retroactive civil law that passes muster under our current Takings Clause jurisprudence is nonetheless unconstitutional under the Ex Post Facto Clause." פסק-הדין נגיש ב- www.law.cornell.edu/supct/html/97-42.ZS.html. ראו Huffman, לעיל ה"ש 197, בעמ' 1103; Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 971-957. ראו בהרחבה סימפוזיון בנושא - *When Does Retroactivity Cross the Line?* - *Winstar, Eastern Enterprises and Beyond*, 51 ALA. L. REV. 932 (2000) - שהתקיים על רקע פסק-דין זה ופסק-דין *United States v. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839 (U.S. 1996).

Huffman, לעיל ה"ש 197, בעמ' 1101.

Randall J. Trahan, *Conflicts of Laws in Time: A Critical Overview*, delivered to the Louisiana Judicial College (June 2001), מצוטט אצל McCreary, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1330, ה"ש 49.

השופט לוי מציין, בפס' 4 לפסק-דינו (דעת מיעוט) בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (לא פורסם, 12.12.2005), כי אין זה תפקידו של בית-המשפט לקבוע עמדה באשר לתבונתה של מדיניות כלכלית.

Schwartz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 939 (המציע להגן על זכויות כלכליות באותה מידה שבה מגינים על חירויות הפרט).

Bernitz, לעיל ה"ש 84.

Prebble, Prebble & Smith, לעיל ה"ש 34, בעמ' 275; Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2157.

מעבר חסרות ולתחולה רטרואקטיבית.

שישית, וחשוב מכל, ניתוח ראוי של רטרואקטיביות אינו מתמצה בשאלת הפגיעה בזכויות. אכן, חוקים רטרואקטיביים עלולים לפגוע בזכויות אדם, אולם התייחסות לחקיקה רטרואקטיבית כפוגעת בזכויות אדם מחמיצה את מרכז הדיון, וטיעונים נגד רטרואקטיביות במסגרת הדיון על זכויות אדם פשוט לא יצלחו, כפי שמלמד הניסיון הקנדי.²⁶⁴ כפי שראינו, בבסיסו של איסור החקיקה הרטרואקטיבית מונחים שיקולים מרכזיים אחדים שהינם היעדר פגיעה לנפשו של זכויות אדם; שיקולי הגינות וצדק; מניעת פגיעה במטרת החוק המכוון פעולות עתידיות; שיקולים של יציבות, ודאות וביטחון ביחסים החברתיים והאישיים; שיקולים של אמון הציבור במוסדות השלטון; שיקולים כלכליים; ואפילו שיקולים פסיכולוגיים.²⁶⁵ אשר עלי-כן, אין לראות ברטרואקטיביות מאפיין של אי-חוקתיות ותו לא, אלא יש להכיר באיסור הרטרואקטיביות כעיקרון חוקתי עצמאי.

4. מדוע לא לאסור באופן מוחלט חקיקה רטרואקטיבית?

אם כך, יש שיאמרו, בואו נאסור חקיקה רטרואקטיבית באופן מוחלט! כאן אני מסכים עם טענתו של פרופ' Sampford כי אין מקום לאיסור מוחלט של חקיקה רטרואקטיבית, אך לא משום שהטיעונים נגד חקיקה רטרואקטיבית אינם מצדיקים זאת,²⁶⁶ אלא היות שקיימים שיקולים נכבדים אחדים התומכים בחקיקה כאמור: בראש ובראשונה, חשוב לשמור על ריבונות המחוקק ורצון הרוב, וחקיקה רטרואקטיבית מקדמת את העיקרון הדמוקרטי בכך שהיא משקפת טוב יותר את רצון הרוב.²⁶⁷ כמו-כן, בנסיבות מסוימות חקיקה רטרואקטיבית

264 ראו אצל Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 80-81.

265 ראו בהרחבה לעיל בפרק ב. אכן, חקיקה יכולה להיות רטרואקטיבית מבלי שתהיה לה נגיעה באזרח. למשל, נניח שהתקבל חוק הקובע כי תקנות ראשונות יותקנו עד יום 1.1.2007, אך השר לא הספיק להתקין את התקנות עד למועד זה. לפיכך, ביום 8.1.2007 הכנסת מקבלת תיקון לחוק, שלפיו ניתן להתקין את התקנות עד ליום 1.3.2007, ומועד התחילה של התיקון נקבע - רטרואקטיבית - ליום 1.1.2007. יש כאן חקיקה רטרואקטיבית שבאה לסייע לשר בביצוע עבודתו, ובהנחה שהיא אינה פוגעת בהסתמכות של צדדים נוספים על התקנות העתידיות, היא אינה פוגעת באזרח. אולם גם בדבר חקיקה כזו אני מוצא טעם לפגם. היכולת לתקן חקיקה באופן רטרואקטיבי, ללא הגבלה וכל אימת שנדרש, מרוקנת את הוראות החוק מתוכן. איסור או הגבלה של חקיקה רטרואקטיבית יהוו תמריץ נוסף לעבודה יעילה ולעמידה בהוראות החוק. הדבר דומה ליכולת לתקן טעויות בחקיקה ולהחיל את הוראות התיקון באופן רטרואקטיבי. טכניקה זו מובילה ליחס סלחני למדי לטעויות ול"הקפדת-חסר" בעת הליכי החקיקה, על שלביהם השונים. ראו באופן כללי אורה שמליץ "תיקון טעויות בחוקים בדרך מקוצרת" משפטים יז 642 (1988).

266 Sampford, לעיל ה"ש 8, בעמ' 101.

267 גם אם עקרון ריבונות המחוקק אין משמעו בהכרח כנסת כל-יכולה (ראו יזהר טל "מחוקק כל-יכול - האמנם?" עיוני משפט י 361 (1984)), ואף שמעמדו של עיקרון זה נשחק במשך השנים (ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד - מקומו

- גם אם אינה רצויה - היא "רע הכרחי", והחלופה היחידה לה עלולה להיות גרועה בהרבה ולפגוע בעקרונות של צדק, דמוקרטיה וכולי.²⁶⁸ נוסף על כך, כפי שראינו, חקיקה רטרואקטיבית יכולה להיטיב עם אזרחים ולתקן עוולות עבר; לתקן טעות או "לרפא" פגם; וכן להבהיר חוק קיים.²⁶⁹

חשוב לזכור כי איסור חקיקה רטרואקטיבית שולל מן המחוקקים כלי שימושי להשגת יעדים חברתיים ופוליטיים,²⁷⁰ ולעיתים האינטרס הציבורי בשימוש ברטרואקטיביות הוא ראוי ואף הכרחי.²⁷¹ רטרואקטיביות מסייעת גם בהחלת מדיניות חדשה על אלה שכבר חלה עליהם המדיניות הקודמת, כך שכולם יחסו תחת משטר משפטי זהה. השלטת כללים שונים על קבוצות שונות עלולה לגרום מעמסה ביורוקרטית, חוסר עקביות והפליה.²⁷² חקיקה רטרואקטיבית מעניקה למחוקק את היכולת להתגבר על החלטה שיפוטית שאינה נוחה לו; היא מאפשרת לו להעניק לחוק את המשמעות שהוא סבור שהייתה לו מאז ומעולם;²⁷³ והיא

של בג"ץ בחברה הישראלית 5, 29 (2000), עדיין יש למחוקק סמכות לחוקק לעבר כשם שיש לו סמכות לחוקק חוקים לעתיד. ראו Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2158; SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 234-235.

268 Woolzley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 53; SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 229-232. פרופ' Smith מציין כי כשם שלעיתים עדיף לחוקק חוק מאוחר מאשר לעולם לא, כך חוק רטרואקטיבי עדיף לעיתים מאשר לא לחוקק חוק כלל. Smith 1926, לעיל ה"ש 24, בעמ' 237.

269 ראו בהרחבה לעיל בס' 11 (ב) למאמר.
270 Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2152, 2156. גמישות ביישום הופכת את החוק לכלי אפקטיבי של שליטה חברתית, וקיים חשש שהנוק שייגרם במערכת משפטית שאינה מאפשרת גמישות ביישום חוק יהיה חמור מזה שייגרם עקב שימוש ברטרואקטיביות. ראו Marmor, לעיל ה"ש 40, בעמ' 32.

271 ראו Prebble, Prebble & Smith, לעיל ה"ש 34, בעמ' 277.

272 Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2155. טענת ההפליה בין שתי קבוצות - אלה שחל עליהם החוק הקודם ואלה שחל עליהם החוק החדש - התעוררה ברע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי (לא פורסם, 20.6.2005), שעסק בשינוי חקיקתי בסיווגן של דרגות נכות שנקבעו לנכי צה"ל. השופטת פרוקצ'יה, בדעת מיעוט, סברה כי החלת התקנות החדשות על כל הנכים (ותיקים כחדשים) תקיים את עקרון השוויון כהלכתו, בעוד החלת תקנות ותיקות על נכים ותקנים ותקנות חדשות על נכים חדשים - כך שהותיקים יזכו יותר מן החדשים - תפגום בעקרון השוויון. ראו שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. השופט חשין, לעומתה, סבר כי אם על אירוע פלוני מחילים את הדין שחל בעת אותו אירוע פלוני, ואילו על אירוע אלמוני מחילים את הדין שחל בעת האירוע האלמוני, אין בכך משום פגיעה בשוויון המהותי. ראו שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט חשין.

273 ראו בהרחבה: J. Richard Doidge, *Is Purely Retroactive Legislation Limited by the Separation of Powers? Rethinking United States v. Klein*, 79 CORNELL L. REV. 910 (1993-1994). ראו גם SAMPFORD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 115-118; Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 69-71. עם זאת, יש מי שיטען כי במתן סמכות לחוקק חקיקה רטרואקטיבית יש משום חזירה לסמכותה הבלעדית של הרשות השופטת ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. ראו Nash, לעיל ה"ש 25, בעמ' 174. בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושברדאש מפלגת העבודה הישראלית,

מקדמת את עקרון הצדק המתקן, הואיל והיא מבטיחה שאלה שגרמו נזק, שלא היה אפשר לצפות אותו, יישאו באחריות למעשיהם.²⁷⁴

טענה אחרונה, שאי-אפשר להתעלם ממנה, היא כי בידי בית-המשפט כבר נתונה הסמכות לפעול רטרואקטיבית. אם כך, אם החברה מכירה בכך שלעיתים יש לשבש ציפיות על-ידי יצירת כלל רטרואקטיבי, אזי לא ברור מהו הרציונל לשלילת סמכות דומה מהמחוקק. הותרת כל היכולת לפעול בצורה רטרואקטיבית בידי גוף שאינו נבחר תגרום לאובדן זכותם הקולקטיבית של אזרחים בחברה דמוקרטית למשילות באשר לאותן סוגיות בלתי-צפויות. המחוקק מצויד טוב יותר למשימה זו, יש לו ידע רחב יותר בעניין, ומבחינה דמוקרטית עדיף שסוגיות הנוגעות ברטרואקטיביות ילובנו בדיון דמוקרטי שהציבור שותף לו.²⁷⁵ יש בטענה אחרונה זו טעם רב, אולם – מבלי להיכנס לדיון נרחב בסוגיית תחולתה הראויה של הלכה שיפוטית²⁷⁶ – איני מקבלה, וזאת בהתבסס על ההבחנות הקיימות בין חקיקה לפסיקה.

- פ"ד מט(1) 758, 778, 784 (1995), נקבע כי אין חולק על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים הבאים לשנות הלכות פסוקות, וזהו ביטוי לשיתוף-פעולה פורה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. עם זאת, קביעה מראש כי פסיקה של בית-המשפט הסוטה מהסטטוס-קוו תבוטל באמצעות חקיקה יש בה כדי לפגוע באיזון הראוי בין שלוש רשויות השלטון.
- 274 זהו טיעון מוסרי בעיקרו, אך יש לו גם פן כלכלי. שימוש בחקיקה רטרואקטיבית מבטיח כי מחירה של פעילות ישקף את ההוצאות החברתיות הקשורות אליה במלואן. ראו Bell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 248-254. באיזון הכולל, גם אם איסור של חקיקה רטרואקטיבית המטילה חבות עלול להוביל להחצנת הוצאות ולהקרכת מעט הרתעה (חיסיון מנוק עתידי), יש להשוות את חוסר ההוגנות וחוסר היעילות של תוצאה זו לחוסר ההוגנות וחוסר היעילות של שיטת משפט המתייחסת לחקיקה רטרואקטיבית כאל חקיקה נורמלית. ראו Woolhandler, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1063.
- 275 Bell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 258-263. ראו גם Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 11-12; Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1110.
- 276 לדיון נרחב בנושא זה ראו עדנה קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון" משפטים ט 242 (1979); עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" מאזני משפט ד 125 (2005); אברהם סהר "על פרוספקטיביות ורטרוספקטיביות ועל עיקרי מוסר, צדק, הגינות ובטחון משפטי" רפואה ומשפט 34, 140 (2005); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 237-238, 417-423 (1987); גד טדסקי מסות במשפט 30, 40 (1978); ע"א 4335/01 עיריית צפת נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נח(2) 17, 22-23 (2003); בג"ץ 653/83 מבע מוציאים לאור בע"מ נ' סגן נציב מס הכנסה, פ"ד לט(3) 29, 34 (1985); רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אהמד עבד אלחמיד ז"ל (לא פורסם, 27.2.2006).
- השוו Prebble, Prebble & Smith, לעיל ה"ש 34, בעמ' 276; Fuller, לעיל ה"ש 7, בעמ' Francis X. Beytagh, *Ten Years of*; 24-22, בעמ' 71-70, Harrington, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1557 (1975); Walter V. Schaefer, *Prospective Rulings: Two Perspectives*, 1982 Sup. C. Rev. 1 (1982); Martin L. Friedland, *Prospective and Retrospective Judicial Lawmaking*, 24 U. T. L.J. 170 (1974); Kermit Roosevelt, *A Little Theory is a Dangerous Thing: The Myth*

ראשית, במישור הצר נקודת-המבט השיפוטית היא אומנם א־פריורית, אולם ראייה זו אינה מצויה בחלל ריק. בעת עשיית הפעולה כבר הייתה נורמה שעל־פיה היו הצדדים צריכים לפעול.²⁷⁷ שנית, היקף השתרעותה של החלטה שיפוטית שונה מהיקף השתרעותו של חוק. בעוד חקיקה הינה כללית ומופנית כלפי כולי עלמא, פסיקה מופנית כלפי הצדדים במשפט. זאת, בין היתר, משום שההליך השיפוטי מסוגל לפתור טוב יותר בעיות המשפיעות על מספר צדדים קטן, ואילו המחוקק מותאם להתייחסות לסוגיות מורכבות ורבות־פנים המערבות מגוון רחב של צדדים ואינטרסים.²⁷⁸ שלישית, לגבי הטענה כי גם החלטות שיפוטיות פוגעות בציפיות ולכן אין מקום להבדלה בין המחוקק לשופט, Bayles סבור כי כאשר המצב המשפטי אינו יוצר הדרכה ברורה ו"התשובות הנכונות" נתונות במחלוקת, ציפיות לגיטימיות אינן נפגמות. החלטה שיפוטית אינה פוגעת בציפיות לגיטימיות של האזרחים, משום שאם הנסיבות חייבו התערבות שיפוטית, אזי הייתה ככל הנראה מחלוקת בשאלות משפטיות מהותיות.²⁷⁹ רביעית, תנאי הסכיבה המוסדיים והתמריצים שונים. בניגוד לחקיקה, כללים שיפוטיים נוצרים, לפחות בתיאוריה, על־ידי גוף א־פוליטי וחסר תלות.²⁸⁰ הבחנה זו מפחיתה כביכול את הסיכוי שדעה משוחדת או גורמים שאינם רציונליים ישלטו בקבלת ההחלטה, ולכן רטרואקטיביות שיפוטית כרוכה במידה פחותה של שימוש לרעה ומגדילה את התועלת במידה רבה יותר בהשוואה לחקיקה רטרואקטיבית.²⁸¹ חמישית, יש הסוברים כי רטרואקטיביות מוצדקת ביתר קלות אם היא מעודדת התנהגות מיטבית במהלך

- of Adjudicative Retroactivity*, 31 CONN. L. REV. 1075 (1999), available at ssrn.com/abstract=160408; Richard Fallon & Daniel Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1777-1797 (1991)
- 277 ראו, למשל, בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 798 (1994). עם זאת, יש הטוענים כי מדובר במיתוס או בפיקציה. ראו Friedland & Woolzley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 47; Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1082. כאן המקום להזכיר את אמרתו של השופט Holmes, שלפיה שופטים יוצרים משפט חדש, אך עושים זאת בין הסדקים של הנורמות שהמחוקק יוצר. ראו: Southern Pacific Co. v. Jensen, 224 U.S. 205, 220-221 (1917): "judges do and must legislate, but they can do so only interstitially".
- בית-המשפט נותן פרשנות לחוק כפי שהיה בעת עשיית הפעולה, והדבר נבדל מחקיקה רטרואקטיבית, אשר קובעת נורמה חדשה במבט לאחור, כדברי השופט Scalia בפסק־דין Harper v. Virginia Dep't of Taxation, 509 U.S. 86, 107 (1993). ראו גם Black, לעיל ה"ש 25, בעמ' 689; Prebble, Prebble & Smith, לעיל ה"ש 34, בעמ' 275.
- 278 ראו Harrington, לעיל ה"ש 11, בעמ' 22.
- 279 ראו: MICHAEL BAYLES & LAWRENCE ALEXANDER, HERCULES OR PROTEUS? THE MANY THESES OF RONALD DWORKIN, THE LEGAL ESSAYS OF MICHAEL BAYLES 85, 105 (Kluwer Law International, 2002).
- 280 ראו ס' 2 לחוק־יסוד: השפיטה; שמעון שטרית על השפיטה – מערכת הצדק במשפט 206 (2004); BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 120-121 (1949); J.A.G. GRIFFITH, THE POLITICS OF THE JUDICIARY (1997) לדעה נוגדת ראו בהרחבה; Woolhandler, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1059.
- 281 ראו Slawson, לעיל ה"ש 11, בעמ' 245.

פיתוח המשפט, בהשוואה לשינוי רטרואקטיבי הנובע מ"תנודת רוחות פוליטיות". פיתוח זה מתקבל יותר על הדעת בקבלת החלטות שיפוטיות מאשר בחקיקה.²⁸² הבחנה אחרונה היא שבת־המשפט הינם סבילים.²⁸³ אין להם מנגנון לייזום ביקורת על מדיניות, ובסמכותם להכריע רק במחלוקות אשר מובאות לפניהם על־ידי עותרים. המחוקק, לעומת זאת, רשאי לקבוע את סדר־יומו. בהינתן מאפיין זה, כוחה של החקיקה הרטרואקטיבית מסוכן.²⁸⁴ קיימים אפוא כמה טיעונים בדבר חשיבותה של חקיקה רטרואקטיבית, אולם למעט אותם חריגים ונסיונות מוצדקות (למשל, בהקשר של חקיקה מיטיבה או מתקנת), אני סבור כי חקיקה רטרואקטיבית נוגדת עקרונות של שלטון החוק, ויש להתנגד לה. ברם, הגם שאין בכוחם של הטיעונים בזכותה של החקיקה הרטרואקטיבית לשכנע באופן מוחלט בדבר תכונותיה החיוביות של הרטרואקטיביות – או במלים אחרות, לשכנע מדוע יש לעודד חקיקה רטרואקטיבית – מקובלת על־י הטענה שיש בהם כדי לשכנע מדוע אין לאסור באופן מוחלט רטרואקטיביות של חקיקה.

פרק ו: סיכום

המלומדים Palmer & Sampford טוענים כי עצם העובדה שחוק מוגדר כרטרואקטיבי הינה רק נקודת הפתיחה של הדיון, ולא נקודת הסיום.²⁸⁵ אני מסכים עימם לגבי אמרה זו, אולם אנו חלוקים לגבי נקודת הפתיחה. אין דינה של חקיקה רטרואקטיבית כדין חקיקה רגילה, ואי־אפשר לשפוט אותן באותם כלים. חקיקה רטרואקטיבית קוראת תיגר על הנחות־היסוד העומדות בבסיסה של מערכת דמוקרטית ושל חברה בעלת עקרונות של צדק.²⁸⁶ עם זאת, לאיסור מוחלט של חקיקה רטרואקטיבית עלולות להיות השלכות קשות, הרוֹת־גורל, וייתכן שאיני צופה את כולן.²⁸⁷ עצם העובדה שחקיקה הינה רטרואקטיבית אינה צריכה לסתום את הגולל על עצם קיומה. יש להשאיר מרחב תמרון, צר ככל האפשר, כדי להגן

282 ראו Logue, לעיל ה"ש 206, בעמ' 247; Woolhandler, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1060.
 283 לא במובן של "סבילות שיפוטית", אלא במובן של קביעת סדר־היום. לדיון בנושא סבילות ההחלטות שיפוטיות ראו: Daniel J. Meltzer, *The Supreme Courts Judicial Passivity*, 2002 Sup. C. Rev. 343 (2003).
 284 Bell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 260; Fisch, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1107; Woolzley, לעיל ה"ש 32, בעמ' 49-50; Troy, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20.
 285 Palmer & Sampford, לעיל ה"ש 49, בעמ' 217.
 286 Krent, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2143; McCreary, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1321.
 287 ראו את דבריו של השופט Chase בפסק־הדין בעניין *Calder v. Bull*, לעיל ה"ש 120, בעמ' 393, אשר הוהיר כי החלת פסקת ה־*ex post facto* גם על חקיקה אורחית "will greatly restrict the power of the federal and state legislatures; and the consequences of such a construction may not be foreseen".

על עקרון שלטון החוק, על זכויות האזרחים, על ציפיותיהם הלגיטימיות ועל הסתמכותם על החוק הקיים, אך רחב דיו לאפשר לממשלה גמישות מסוימת במקרים חריגים ובחקיקה מתקנת, מבהירה ומיטיבה.

לפי ראות עיניי, כיבוד שלטון החוק חשוב יותר לשגשוגה של החברה הישראלית מאשר אינטרס ציבורי, כפי שהוא נתפס על-ידי מחוקק או נציג ציבור כזה או אחר,²⁸⁸ ומתן קדימות לעקרון שלטון החוק על הבנה "רובית" מסורתית משקף טוב יותר את טבעו של המשפט הציבורי המודרני.²⁸⁹ אף-על-פי-כן, לטיעונים מפוארים בזכות עקרון שלטון החוק אין תוקף עליון, אלא יש לבנות מסגרת המורכבת מכללים פורמליים המבוססים על פרקטיקה פוליטית.²⁹⁰ לכן, במקום לעמוד ולחכות לפתרונות יצירתיים של בית-המשפט, יש לדעתי, בראש ובראשונה, לבנות קונסנזוס פוליטי נגד חקיקה טרואקטיבית בדמותה של הוראת שריון צורני המתירה חקיקה טרואקטיבית רק ברוב של חברי-כנסת בקריאה השלישית. כלומר, חקיקה כזו תאפשר רק אם קיים קונסנזוס מלא שהטרואקטיביות הכרחית. לגבי חקיקה טרוספקטיבית, ההחלטה להעניק תוצאות שונות לעתיד לפעולות שהתרחשו בעבר צריכה להיות מצוינת מפורשות בגוף הטקסט, ולא רק משתמעת, על-מנת לסתור את החוקה נגד תחולה למפרע.

הפתרון המוצע, מחד גיסא, יגן נאמנה על זכויות האדם, על אינטרס ההסתמכות כפי שהוא בא לידי ביטוי לאחרונה בבג"ץ גניס²⁹¹ ועל ציפיות לגיטימיות של האזרחים, ומאידך גיסא, ישמור על הפרדת הרשויות, יותיר למחוקק כר-פעולה נרחב וישמור על ריבונותו, יאפשר – למרות הסתירה הנראית לעין במבט ראשון – את הגשמת יעדיה הכלכליים של המדינה, ולא יאלץ את בתי-המשפט להשתמש בפרשנות לוליינית בפתרון בעיות של טרואקטיביות.

לא נותר אלא לסיים בדבריו של השופט חשין, שיהדהדו במוחנו כל אימת שנרצה להשפיע על העבר:

"את העבר אין ביכולתנו לשנות (כך הוא, למגינת לבם 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 הוא פרי רוחו של האדם. נורמות שהיו בעבר – ובהן עקרונות משפט וכללי משפט – לא נוכל

288 ראו Huffman, לעיל ה"ש 197, בעמ' 1121.

289 Loomer, לעיל ה"ש 10, בעמ' 86.

290 MARTIN LOUGHLIN, THE IDEA OF PUBLIC LAW 156–157 (2003).

291 בג"ץ גניס, לעיל ה"ש 5.

לשנותן לעבר: מה שהיה היה ומה שלא היה לא היה. עוולה שנעשתה לא נוכל
לכחד כי נעשתה, וטקס נישואין שהוכר על-פי דין כיוצר קשר בין בני-זוג
יישאר כקשר שהוכר בעבר. עד שנגיע לעשיית צדק עלינו לומר אמת, ואמת
בעבר היא אחת.²⁹²

292 ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581, 619 (1993).