

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין

ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES

ABRAHAM NEEMAN B"M (1933-2018)
PROF. RON A. SHAPIRA, LL.B., LL.M., PhD., ADV.
GILAD NEEMAN LL.B. ADV.
AMIR BERGER LL.B. ADV.
ROY DVIR LL.B. ADV.
MADLEN ONGIL LL.B. ADV. (BS.C.)
MICHAL M. PLOSK LL.B. ADV. & NOTARY
STAV DADON MAROM LL.B. ADV.
DANA BEN-ATIYA LL.B. ADV.
DR. KEREN SHAPIRA-ETTINGER LL.D., ADV.
SHAI TAKO LL.B. ADV. (ECONOMIST)
AMIR BLANC LL.B. ADV. & NOTARY
DR. CHAIM V. KATZ LL.M. ADV.
ALUMA R. KATZ LL.B. ADV.
SAM KATZ LL.B. ADV.

TEL-AVIV OFFICE:

72 PINHAS ROZEN ST.
TEL-AVIV 6951294
TOP DAN BLDG., 6th FL.
TEL. +972-3-6078400
FAX. +972-3-6078401

משרד תל-אביב:

רח' פנחס רוזן 72
תל-אביב 6951294
בניין טופ דן, קומה 6
טל. 03-6078400
פקס. 03-6078401

office@neemanab.co.il
http://www.neemanab.co.il

אברהם נאמן ז"ל (1933-2018)

פרופ' רון שפירא, עורך דין

גילעד נאמן, עורך-דין

אמיר ברגר, עורך דין

רועי דביר, עורך-דין

מדלן אונגיל, עורכת-דין (מהנדסת)

מיכל מ. פלוסק, עורכת-דין ונוטריון

סתיו דדון מרום, עורכת-דין

דנה בן-עטיה, עורכת-דין

ד"ר קרן שפירא-אטינגר, עו"ד

שי טאקו, עורך-דין (כלכלן)

אמיר בלנק, עורך-דין ונוטריון

ד"ר חיים כ"ץ, עורך-דין

אלומה כ"ץ, עורכת-דין

שמואל כ"ץ, עורך-דין

TEL-AVIV

OUR REF:

מספרנו:

תל-אביב כ"ז באב, תש"פ

17/08/2020

לכבוד

התאחדות בעלי אולמות וגני אירועים בישראל (ע"ר)

נכבדי,

הנדון: חוות דעת באשר להצעת חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע פרטי (נגיף הקורונה החדש)

הגדרת הבעיה

התבקשנו לחוות דעתנו בשאלת החוקתיות של הצעת חוק פרטית פ/ 1709/23, אשר יוזמיה חברי הכנסת הילה שי וזאן, יעקב מרגי ומשה גפני, אשר כותרתה "הצעת חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע פרטי (נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020".

עיקרה של הצעת החוק הוא בקביעה כי:

"על אף האמור בכל דין או חוזה, מי שהתקשר בחוזה לקיום אירוע פרטי באולם אירועים ושילם מקדמה לפי אותו חוזה למפעיל אולם האירועים, והאירוע בוטל בשל הגבלות נגיף הקורונה, ישיב לו מפעיל האולם את המקדמה בתוך שלושה חודשים ממועד האירוע המקורי או עד ליום י"ג בתשרי התשפ"א (1 באוקטובר 2020), לפי המאוחר מביניהם; הוצאו הוצאות מיוחדות לשם קיום האירוע לפי החוזה שאינן הוצאות שוטפות של מפעיל אולם האירועים, יופחתו הוצאות אלה מסכום החזר ובלבד שסכום ההוצאות שיופחת לא יעלה על 500 שקלים חדשים."

הוראות אלה לא יחולו, על פי ההצעה:

U.S. OFFICE:
THE HEIDEMAN LAW GROUP, P.C.
1146 19th Street, NW
WASHINGTON, D.C. 20036
TEL. 1-202-463-1818
FAX. 1-202-463-2999
<http://www.hnklaw.com>

משרד ירושלים:
ד"ר חיים כ"ץ ושות'
רח' עמק רפאים 24 ת.ד. 8306
ירושלים 9108201
טל. 972-2-5612111
פקס. 972-2-5662541
office@drkatzlaw.com

GERMANY OFFICE:
Rechtsanwälte Wild & Pfisterer
Königstr. 58
D-70173 Stuttgart
Tel: +49 (0)711 645 609 19
Fax: +49(0)711 645 609 20
[Pfisterer@wild-pfisterer.de](mailto:office@wild-pfisterer.de)

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-2-

"אם ניתן לקיים את האירוע הפרטי במועד אחר שלא יאוחר משלושה חודשים מהמועד המקורי של האירוע".

ייאמר בפתח הדברים, כי הדיון הציבורי בשאלת המקדמות ששולמו לבעלי אולמות האירועים לוקה בהצגה חלקית ומעוותת של מפת האינטרסים המעורבים בו. התבוננות שטחית בצדדים המעורבים משני צדי המתרחש רואה מצד אחד אנשים פרטיים רבים שנפגעו מתשלום מקדמות ומן הצד השני – מספר קטן-יחסית של בעלי עסקים, ונטיית הלב היא אפוא להעדיף את הרבים על פני המעטים ואת סבלם של השחקנים המזדמנים והבלתי-מודעים על פני זה של השחקנים הקבועים, עובדיהם והספקים שלהם. הצגת הדברים באופן זה דוחקת לקרן זוויית את הצדדים העיקריים המושפעים מתוצאות הדיון, למרות שהם נעדרים ממנו: הציבור הרחב, מזמיני אירועי-השמחות בשנים הבאות, בעלי העסקים בתחומים אחרים והמשק בכללותו. לרעיון **להתערב בדיעבד בכללים הנוגעים בחוזים שכבר נחתמו**, לאחר שהצדדים להם ניהלו משא ומתן אינדיווידואלי על תנאיהם, נודעת משמעות הרת-אסון ליתר השחקנים במשק. הציבור הרחב, בסופו של דבר, יישא בעיקר הנזק שייגרם במקרה שחוזים יבוטלו או ישונו בדיעבד מכוח גזירה שלטונית, בעקבות לחץ סקטוריאלי זה או אחר. נבאר להלן בעיה זאת, לאחר שנעמוד על עקרונות היסוד החולשים על הסוגיה.

חקיקה רטרואקטיבית ונזקיה

הקושי החוקתי העיקרי שהצעת החוק נתקלת בו נוגע ליומרתה של הצעת החוק לשנות למפרע את דיני החוזים, כך שהשינוי יחול למפרע על מערכות יחסים חוזיות, שעוצבו טרם כניסת החוק המוצע לתוקף. עניין זה נוגע לשאלת התחולה הרטרואקטיבית, האקטיבית או הפרוספקטיבית של החוק המוצע [ראו Rodger, "A Time For Every Thing Under The Law: Some Reflections On Retrospectivity", 121 L.Q.R. 57 (2005); Tur, "Time and Law" 22 Oxford J.L. Stud. 463 (2002); א' ברק, פרשנות במשפט 609 (כרך שני, 1993); רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נגד עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל (27.2.2006); ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל מו (2) 765].

הכלל הוא, שמעשי חקיקה חלים מכאן ולהבא. כפי שציטט נשיא בית המשפט העליון של ארה"ב, Antonin Scalia:

"retrospective laws are ... generally unjust; and ... neither accord with sound legislation nor with the fundamental principles of the social compact"

[בציטוט של שופט בית המשפט העליון של ארה"ב, Joseph Story מתוך: Commentaries on the Constitution of the United States 1398 (2), at p. 251 (Boston, Charles C. Little & James Kaiser Aluminum & Chem. Corp. v. Bonjorno, 494 Brown 2nd ed., 1851) Stephen R. Munzer, "A Theory of Retroactive Legislation", U.S. 827, 855 (1990) 61 Texas Law Review 425, 425 (1982) "This view rests on the ideas that it is undesirable to upset expectations and that **it is contrary to the rule of law to change legal rules in the middle of the game.**" (ההדגשות שלנו – ר.ש., ק.ש.א.).

וכך הוסברו הדברים מפי השופט א. ברק בפסק הדין ארביב הנ"ל:

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-3-

"חקיקה למפרע נוגדת עקרונות יסוד של השיטה, ואין להניח, כי המחוקק ביקש להשיג תכלית העומדת בניגוד לעקרונות יסוד אלה. תפיסת היסוד הינה, כי 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... חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק"... והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט..." [ע"א 1613/91, שם, בעמוד 776].

"חקיקה למפרע 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. [שם, בעמוד 777].

ובלשונה של כב' השופטת פרוקצ'יה :

"החלת נורמה חדשה על פעולות שנעשו קודם להיכנסה לתוקף עלולה לגרום עוול ואי-צדק, שהרי החוק נועד לקבוע מה מותר ומה אסור, ולכוון בכך את הפעילות האנושית. לפיכך, מוחזקת חקיקה למפרע כחקיקה הפוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות, בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו, ובאמון הציבור במוסדות השלטון".

[דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, תק-על 2011(3), 7108, פסקה 32 לפסק הדין (14.7.2011)].

האיסור על חקיקה רטרואקטיבית, המשנה למפרע את מאזן הזכויות והחובות הוא עקרון משפטי אוניברסלי. כך, למשל, פסל בית הדין האירופי לזכויות האדם, המוקם מכוח האמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד, חוק של ממלכת בלגיה, שאף אושר בבית המשפט החוקתי הבלגי, שסייג באופן רטרואקטיבי את אחריות המדינה בנוזיקין כלפי נוטים בכלי שיט. בית הדין האירופי (שבשטרסבורג) פסק כי מדובר בפגיעה לא מידתית בזכויות מוקנות Pressos Compania Naviera S.A. and Others v Belgium, App. No. 17849/91, 21 Eur. H.R. Rep. 301] (1995), pp. 38-44.

במשפט האזרחי והמסחרי, בפרט, נודעת לאיסור על חקיקה רטרואקטיבית חשיבות מיוחדת, משום בני אדם ותאגידים מבססים את חישוביהם העסקיים על הדין הקיים, ואילו שינוי רטרואקטיבי פוגע קשות באפשרות לערוך תכנון עסקי ולבצע עסקאות. הרשות המחוקקת חייבת להתחשב בגורם ההסתמכות, כנגזר מתפקידה לפעול בסבירות והגינות. וכך פסק בית המשפט העליון :

"אינטרס ההסתמכות עובר במשפט הישראלי כחוט השני. חלקים ניכרים של המשפט הפרטי מבוססים עליו ... כך היה הדין בעבר עת נהג עקרון המניעות, המבוסס על עקרון ההסתמכות. כך הדבר כיום, שעה שניתן לראות בהגשמת אינטרס ההסתמכות חלק מעקרון תום-הלב. מהמשפט הפרטי הועבר אינטרס ההסתמכות למשפט הציבורי ... אכן, הרשות הציבורית היא נאמן הציבור. מנאמנותה של הרשות הציבורית נגזרת חובתה לפעול בהגינות, ביושר, בסבירות ובמידתיות. מאלה נלמדת חובה להתחשב באינטרס ההסתמכות של הפרט. על בסיס זה נבנו דיני ההבטחה המנהלית, דיני המכרזים, דיני הסופיות המנהליים, דיני ההנחיות המנהליות ודיני הבטלות היחסית ... הם הבסיס לצורך להבטיח בחקיקה (בין

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-4-

חקיקה ראשית ובין חקיקת משנה) הוראות מעבר כדי להגן על האינטרסים של מי שסמכו על הדין הקודם. בוודאי כך כאשר האדם מסתמך על זכות שהוענקה לו ... וזו נשללת ממנו לא רק מעתה ואילך (ובלא הוראת מעבר כלשהי) אלא אף למפרע. הפגיעה באינטרס ההסתמכות מגיעה במצב דברים זה לשיאה. ביסוד ההגנה על אינטרס ההסתמכות מונחים שיקולים מוסריים ותועלתניים כאחד. כמובן, כוחו של אינטרס ההסתמכות אינו מוחלט. אין הוא שיקול יחיד. יש לאזן בינו לבין אינטרסים אחרים, הפועלים לכיוונים אחרים, עם זאת לעולם יש להתחשב בו ולתת לו את משקלו היחסי הראוי".

בג"צ 9098/01 ילנה גניס ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון ואח', פ"ד נט(4) 241, 283. באותו מקרה נפסק, כי למרות קביעה מפורשת של החוק לתחולה רטרואקטיבית מוחלטת, פרשנות תכליתית ועקרונית-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. בעקבות פסק הדין היו שסברו, שלנוכח השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות לחקיקה רטרואקטיבית, יש להתייחס לאיסור הרטרואקטיביות כאל עיקרון חוקתי עצמאי [יניב רוזנאי, "רטרואקטיביות – יותר מאשר רק ענין של זמן!" מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס משפט ועסקים ט (תשס"ח) 395].

חשוב לציין, כי החוק המוצע מציע חקיקה רטרואקטיבית ממש, במובחן מחקיקה שתחולתה תוארה בע"א 91/1613 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1992) כ"אקטיבית", כלומר: כזאת שניתן לומר עליה שהיא חלה על מצב הדברים כפי שהוא במועד כניסתו של החוק לתוקף ומשנה רק את המצב המשפטי של פעולות או מצבים קיימים שטרם הסתיימו בעת כניסת החוק לתוקפו. החוק המוצע מתיימר להפקיע את תוקפם של חיובים שכבר נוצרו ועילות תביעה שכבר התגבשו לפניו. הוא מתיימר לשנות את הכללים שחלו על עשייתו של חוזה או על פרשנות אומד דעתם של הצדדים לו, ולהחיל את השינוי לאחר שהמשא ומתן החוזי הסתיימו באופן שהצדדים סברו בשעת מעשה שהוא מחייב את שניהם. לפיכך, מדובר בשינוי רטרואקטיבי ממש, ללא כחל ושרק, ולא בשינוי שניתן לתארו בדרך כלשהי כ"צופה פני עתיד".

"חיקוק הוא רטרואקטיבי אם הוא משנה לעבר את מעמדה המשפטי, תכונותיה המשפטיות, או תוצאותיה המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני כניסתו של אותו חיקוק לתוקפו".

[בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל פ"ד סד(1) 453, 468].

החוק הנוכחי הוא, אם כן, רטרואקטיבי מכל בחינה.

לאחרונה ניתן פסק הדין בבג"ץ 2529/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש תק-על 2020(2), 6361 שבמסגרתו הוציא השופט מלצר "התראת בטלות" לגבי הצעת "החוק הנורבגי המדלג". השופט מלצר קבע, כי גם אם החוק יאושר בכנסת, הוא צפוי להיות מוכרז כבטל בין היתר בשל רטרואקטיביות פסולה [שם, בסעיף 14 לפסק דינו של השופט מלצר]. לכל הפחות יש להסיק מ"התראת הבטלות" ניסיון למנוע מחברי הכנסת ללכת בנתיב פסול על מנת להשיג תוצאה ראויה בעיניהם. כך גם במקרה שלפנינו: אין זה ראוי לשנות מושכלות בסיס בחיי המסחר ובמערכת היחסים הכלכליים במשק בשל הרצון לספק מזור זריז למעטים על חשבון פגיעה כלכלית קשה באחרים.

חופש החוזים

חופש החוזים עומד בבסיסו של המשק החופשי. זהו העיקרון שמאפשר את קיומה של הכלכלה התחרותית וחיי מסחר תקינים, מתוך ההבנה, כי תוצאת הגשמת האוטונומיה של הפרט ובמיוחד רצונו החופשי, היא השאת הרווחה

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-5-

החברתית הכוללת. לחופש החוזים יש שני מאפיינים יסודיים: חופש ההתקשרות, כלומר החופש להחליט למי להציע סחורות ושירותים וממי לקבל אותם וחופש העיצוב של תנאי החוזה. מכוחו של חופש העיצוב מחליטים הצדדים לחוזה על התוכן, התנאים והאופן שבו יפעלו היחסים בין הצדדים. [בג"ץ 6133/14 גורביץ' טניה ואח' נ' כנסת ישראל תק-על(1)2015, 13363, פסקה ס].

עקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 הקובע:

"תכנון של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים".

חופש העיצוב של תנאי ההתקשרות החוזיים הוא העומד בבסיס חוות דעת זאת, ועיקר הפגיעה של הצעת החוק נובעת הפגיעה בעקרון זה.

מכוחו של חופש החוזים, היינו החופש להחליט על ההתקשרות ולקבוע את תנאיה, נגזר כוחו המחייב החוזה. חוזה שנכרת בהסכמה וכדין – תוקפו מחייב את הצדדים ומונע פגיעה או התערבות בחוזה שנכרת [גבריאלה שלו, אפי צמח, דיני חוזים (מהדורה רביעית, 2019) 21].

חופש החוזים הוא זכות יסוד חוקתית במשפט הישראלי [ע"א 8163-05 הדר חברה לביטוח בעמ' נ' פלונית תק-על 2007(3), פסקה 23 לפסק דינה של השופטת ארבל; ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ פ"ד (מג)1) 441, 478, 486; רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל פ"ד מה(5) 139, 143; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מו(2) 508, 464, 533; דנ"א 5783/14 ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ תק-על 2017(3), 11572]. חופש החוזים נהנה ממעמד של זכות חוקתית מוגנת, כנגזרת של עקרון "כבוד האדם", המגלם בקרבו גם את ההגנה על האוטונומיה של הרצון הפרטי [בג"ץ 93/1683 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 279, 271; גבריאלה שלו "שוויון דיני החוזים" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) 115, 118]. לצד זאת, נהנה חופש החוזים, כאמור, גם מהגנה חוקתית – קניינית: "בישראל נגזר אופיו החוקתי של חופש החוזים מזכות היסוד בדבר כבוד האדם והקניין" [אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ד (תשנ"ד) 78]. אכן, עיגונו של חופש החוזים ובעניינו – החופש לקבוע בהסכמה את תניות החוזה ללא התערבות חיצונית – כחלק מההגנה החוקתית על זכות הקנין, קבועה בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההגנה החוקתית על הקנין היא חזקה במיוחד בכל הנוגע לזכויות חוזיות בעלות ערך רכושי [ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי פ"ד מט(4) 221 וכן אצל יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג) 74 שם מראה המחבר כי גם בארצות הברית הורחבה ההגנה החוקתית על הקניין והוחלה על כל זכות בעלת ערך רכושי].

על בסיס חופש החוזים מעצבים הצדדים לחוזה את ההסדר החוזי שביניהם כרצונם, ואולם דיני החוזים מספקים להם מסגרת, דיספוזיטיבית על פי רוב, של כללי ברירת-מחדל. מסגרת זאת כוללת, בין השאר, את הוראת סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, הקובעת מהו הדין במקרה של חוזה שאיננו ניתן לביצוע מחמת מניעה שאיננה בשליטת הצדדים, ולעתים הצדדים לחוזה מתנים על הסדר זה באמצעות הוראה חוזית ספציפית המחלקת ביניהם את סיכוני השפעתו של "כוח עליון" (force majeure). לעתים, מוצדקת הפגיעה בחופש של הצדדים לעצב את הוראות החוזה ביניהם כרצונם באמצעות כללים שנועדו לתקן חוסר סימטריה ביכולת המיקוח של הצדדים או בגישה שלהם למידע, ופתרון קיצוני לכך הינו, על פי רוב, קביעה של תנאים קוגנטים בחוזה, שהצד החלש במערכת היחסים החוזיים איננו רשאי לוותר עליהם.

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-6-

בענייננו, מכל מקום, אין מדובר בשאלה הכללית של "חופש החוזים" או "חופש ההתקשרות החוזית", כי אם בשאלה מצומצמת יותר של התערבות שלטונית בחוזים קיימים. עניינו הרגיל של חופש ההתקשרות הוא בשאלה עד כמה ראוי לקבוע תנאים כופים (קוגנטים) המגבילים את יכולתם של הצדדים לעצב את מתכונת ההתקשרות ביניהם **מלכתחילה**, ואילו השאלה כאן היא באיזו מידה ובאילו תנאים רשאי המחוקק לשנות את תוכנה של התקשרות חוזית **שכבר נעשתה**. ברור, כי הפגיעה המוצעת בחופש החוזים כתוצאה משינוי למפרע של חוזה שהוא מעשה עשוי רבה מן המגבלה על ניסוח תוכנו לכתחילה. כמסבר להלן, גם במקרים הנדירים שבהם ישנה הצדקה להתערב בחופש העיצוב של החוזה כדי לתקן לכתחילה פערים שבין הצדדים למשא ומתן החוזי, אין, ככלל, סיבה לשנות את תוכנה של הסכמה ביניהם, שהייתה תקפה בעת שנוסחה על ידיהם על פי דיני החוזים התקפים באותה עת.

הבחנות מקדמיות חשובות

למען הדיוק המושגי חשוב לעמוד, כבר בפתח הדברים, על טיבה המדויק של השאלה נושא חוות דעת זאת, ועל הקשר החלקי שיש בינה ובין שיקולי המדיניות בשאלות משפטיות הקרובות אליה.

ראשית, שאלת היכולת של המחוקק לשנות בדיעבד יחסים **חוזיים** אמנם קרובה, אך שונה, מן השאלה של תחולה רטרואקטיבית של הוראות חוק **פליליות**. הצד השווה לשתי השאלות היא הפגיעה ביכולתו של אדם לכלכל מראש את צעדיו על סמך הדין הידוע לו במועד קבלת ההחלטה, ברם שיקולי המדיניות הנוגעים בדבר הם שונים לעתים. מצד אחד, יש להחמיר, לכאורה, באיסור על רטרואקטיביות של חקיקה פלילית, משום שדיני נפשות חמורים, דרך כלל, מדיני ממונות. מן הצד השני, המשפט הפלילי, בהיותו חלק מן המשפט הציבורי, קובע נורמות בעלות תחולה כללית, ומשום כך, כאשר מתעורר הצורך לשנותן או להעמיד את ההלכה הנוגעת להן על מכונה, הצורך הזה עשוי להצדיק החלה בלתי מסויגת של השינוי אף באשר לאירועים קודמים. לעומת זאת, בדיני החוזים הצדדים עצמם "כותבים את החוק של עצמם" [ראו: 11 Sydney Law Review 514, "Certainty in Contract" John Goldring, (1988) 534], הם מחלקים ביניהם מראש את הסיכונים והסיכויים של מצבי דברים אפשריים, מתמחרים אותם על פי הדין החל באותה עת, ועל כן יש טעם בסברה שהתערבות מאוחרת בחלוקת סיכונים זאת תשבשב *ex ante* את יכולתם לעשות כן.

הבחנה שנייה שיש לעשותה, כבר בפתח הדברים, היא בין ההלכות הנוגעות להתערבות רטרואקטיבית **בהסכמים פרטיים** ובין הלכת השתחררות **מחוזה שלטוני**. בחוזים שלטוניים ישנו טעם מיוחד המצדיק, לעתים, השתחררות מן החוזה בנימוקים של טובת הציבור. אולם במקרה הנוכחי מדובר בשינוי רטרואקטיבי של הקצאת תחומי האחריות שנעשתה בין אנשים פרטיים, שאל לו למחוקק חסר-פניות להעדיף מי מהם על פני רעהו.

והבחנה חשובה, שלישית במספר, היא בין ההלכות הנוגעות **להפקעות שלטוניות** או takings לבין אלה הנוגעות להתערבות בדיעבד **בתוכנו של חוזה בין פרטים**. דיני ההפקעות בוחנים מתי צורך ציבורי להעביר או לחלק מחדש משאבים כלכליים מצדיק את הפגיעה בוודאות הקניין וכן בוחנים, על סמך שיקולי יעילות וצדק, מתי ובאיזו מידה לפזר את העלות של העברת הנכס בין כל בני-החברה ומתי להטילו על בודדים מקריים, שברשותם מצוי הנכס, שאותו הצורך הציבורי מחייב להעביר [Michael A. Heller & James E. Krier, "Deterrence and Distribution in the Law of Takings", 112 Harv. L. Rev. 997 (1999) Frank Michelman, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, 80 Harv. L. Rev. 1165 (1967)]. כמו כן ראו: William A. Fischel & Perry Shapiro, "Takings, Insurance, and Michelman:"]

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-7-

[Comments on Economic Interpretations of Just Compensation Law," 17 J. Legal Stud. 269 (1988)] הפקעות שלטוניות מבוצעות באמצעות איתור פרטני של נכס שיש בו צורך ציבורי, המצדיק את הפגיעה בחירות הקניין של בעליו, ואילו המקרה שבפנינו נוגע לקביעה כללית, גורפת, הנוטלת זכויות מקבוצת אנשים בלתי מסוימת ומעניקה אותה לקבוצה בלתי מסוימת של אנשים אחרים. מצב דברים זה דומה אפוא להנהגה של דיני הגנת דייר, לרפורמה אגררית ולצעדים מהפכניים כיוצא באלה, שברור שניתן לנקוט בהם אך ורק תחת מגבלות חוקתיות חמורות וקיצוניות.

המגבלות המיוחדות על התערבות רטרואקטיבית בדיני החוזים

על אף הקושי שבחקיקה רטרואקטיבית בדרך-כלל, במקרים מתאימים ניתן להחיל מעשי חקיקה גם למפרע, כשהצורך הציבורי לעשות כן גובר על הפגיעה באינטרסים אינדיבידואלים. כך פסקה השופטת ט' שטרסברג-כהן בבג"ץ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547, 573 (2000):

"מן הראוי להימנע מחקיקה רטרואקטיבית ככל האפשר. מן הראוי כי חקיקה כזו תיעשה במקרים חריגים. אך אין באלה כדי לקבוע כי חקיקה רטרואקטיבית כשלעצמה פסולה היא בכל מצב ובכל הנסיבות... יש לבחון כל חקיקה לגופה על-פי נסיבות העניין ולבדוק אם היא עומדת במבחן הסבירות. בבחינת סבירות דבר החקיקה יש לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, וביניהם מידת ההסתמכות על החוק הישן, מטרת ההחלה הרטרואקטיבית, מידת ההחלה הרטרואקטיבית, מידת הפגיעה בזכויות מוקנות וכל שיקול רלוונטי".

ברם, שינוי רטרואקטיבי של דיני החוזים, בפרט, הוא מקרה חמור במיוחד של דין רטרואקטיבי, ולא בכדי ראתה בו חוקת ארצות הברית מקרה יוצא דופן, המצדיק סטנדרט חוקתי אחר, כפי שיתואר להלן.

נקודת המוצא להבהרת עניין זה הוא התובנה המיקרו-כלכלית הבסיסית, שעל פיה אם נניח לצדדים לעסקה לחלק ביניהם, בעוד מועד (ex ante) את האחריות לסיכונים עתידיים בלתי צפויים, מנגנון ההתמחרות שביניהם יביא להקצאת הסיכון למי מהם שיודע טוב יותר להעריך אותו, להתגונן בפניו, לפזר את הסיכון או לרכוש ביטוח זול יותר. אם, לעומת זאת, שניהם (בדוגמה של שני שחקנים) יהיו חשופים לסיכון של 50% שיישאו במלוא הנזק, ובהינתן שהם שונאי סיכון מפאת קמירות של עקומת התועלת שלהם, שניהם יחדיו יוציאו סכום מצטבר גדול מדי על אמצעי התגוננות וביטוח, יתמחרו הוצאות אלה במחיר המוצר או השירות, ואזי המוצר יתייקר וכמות העסקאות תקטן שלא לצורך. הצעת החוק הנוכחית חותרת תחת היכולת לחלק סיכונים מראש, ועל כן פוגעת ברווחה המצרפית של כלל השחקנים.

ההבדל החשוב שבין החלה רטרואקטיבית של הוראה המטילה על פרטים חיוב כלפי הציבור (למשל, הגדלת נטל המס, שינוי רגולטורי, הטלת מגבלת תכנון ובנייה, החמרה בתקני ייצור, הטלת הגבלה על ייצור לצורך שמירה על איכות הסביבה, וכיו"ב) לבין החלה רטרואקטיבית של שינוי דיני החוזים נובע מכך שבמקרה השני, אך לא במקרה הראשון, ישנם שני גורמים פרטיים שהקימו ביניהם מראש מנגנון המקצה לכל אחד מהם את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בעסקה שביניהם, ואשר המשחק ביניהם הוא "משחק סכום אפס" (הווה אומר: כל שקל שמרוויח אחד מהם נגרע מחלקו של חברו).

ניקח, לדוגמא, חוק דמיוני המטיל על בעלי אולמות אירועים להתקין באולמות שלהם מתקן לסינון שפכים. החלה של חוק דמיוני כזה על בעלי אולמות קיימים בוודאי פוגעת באינטרס ההסתמכות שלהם, שהרי הם כבר הקימו אולם

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-8-

אירועים ללא מתקן כזה והתקנתו באולם בנוי תסב להם הוצאות רבות יותר. אף על פי כן, הדעה המקובלת היא שאין מניעה עקרונית להחיל חוק כזה גם על בעלי אולמות קיימים, וכי אין כל הכרח חוקתי לתת פטור לבעלי עסקים קיימים (פטור זה מכונה לעתים grandfathering provision) (Daniel Shaviro, When Rules Change: An J (Economic and Political Analysis of Transition Relief and Retroactivity (2000) Louis Kaplow, "An Economic Analysis of Legal Transitions", J (1986) 509, at pp. 511-12, 598, 99 Harv. L. Rev.]: חובת ההתקנה של מתקן הטיהור נועדה להגן על הציבור הרחב, כלומר, למנוע מבעלי האולם ומן הלקוחות שלו גם יחד "להחצין הוצאות" של פעילותם (כלומר, לחסוך בהוצאות תוך שהציבור הרחב נושא בהן). והנה, משהתברר הצורך בשינוי החוק לצורך הפנמה של הוצאות חיצוניות, נשאלת השאלה האם בעלי האולמות הקיימים צריכים לשאת בהוצאה הכבדה הנגרמת מחמת הצורך לעבור מן המצב המשפטי הישן למצב המשפטי החדש. הוצאות אלה מכונות "הוצאות מעבר" (transition costs). קפלוו עומד על כך שאין כל הבדל, מנקודת ראות של השחקנים בשוק, בין הסיכון שהדין ישתנה בעתיד ויוטלו עליהם "הוצאות מעבר" ובין כל סיכון מסחרי אחר (למשל, החשש שתפרוץ מגיפה) [קפלוו, עמ' 512]. ואולם, השוק החופשי מספק, ברגיל, מנגנון טוב יותר להערכת הסיכון של שינוי משפטי שיסב הוצאות מעבר מאשר המחוקק או הממשלה. ועל סמך עקרון-היעילות הקובע היות שסיכון צריך ליפול בחלקו של מעריך הסיכון הטוב ביותר, יש להטיל על בעלי האולמות לתמחר מראש את החשש שיוטלו עליהם בעתיד מגבלות נוספות, ולא לבקש מן הציבור הרחב לפצות אותם בדיעבד כשמתגלה הצורך בשינוי הרגולציה [קפלוו, עמודים 529-550]. מנגנון הפטור את בעלי האולמות (בדוגמא הדמיונית שלנו) מן החוק החדש יהיה בלתי יעיל, יטיל על הציבור הרחב עלות רבה מדי, ועל כן יהיה גם בלתי צודק [קפלוו, עמודים, 599, 602]. במאמר מוסגר יוער, כי גם בסיטואציה שקפלוו מטפל בה, מסקנתו איננה נכונה בכל מצבי הדברים. Steven Shavell, "On Optimal Legal Change Past Behavior, and Grandfathering", 37 Journal of Legal Studies 37 (2008) עמד על כך ששיקוליו של קפלוו מעריכים בחסר את הוצאות ההסתגלות של יצרנים לרגולציה חדשה].

במקרה של **התערבות רטרואקטיבית ביחסים חוזיים**, לעומת זאת, שונים פני הדברים. כאן, ניצבים זה מול זה שני צדדים פרטיים: מזמין שירותים וספק שירותים, המחלקים ביניהם את האחריות לסיכונים ולסיכויים הנובעים מחוסר הוודאות באשר למצבי דברים עתידיים, אשר נוגעים לצדדים החוזיים בלבד. אינטרס ציבורי חיצוני, צדדים שלישיים שעליהם מוטלות "הוצאות חיצוניות", אינם מעורבים כלל, לא בשלב ההתקשרות ולא בשלב הביצוע של החוזה. כאמור, שני צדדים אלה מעצבים את ההסדר החוזי שביניהם כרצונם, על רקע כללי ברירת-מחדל שמספק להם דיני החוזים, אשר קובעים, בין השאר, מתי ייחשב חוזה כמופר ומתי ניתן יהיה לקיימו בדרך של "ביצוע בקירוב", וכן מהי תוצאת הפרת חוזה כתוצאה מגורמים שלצדדים אין שליטה עליהם. לעתים קרובות הצדדים משנים את כללי ברירת-המחדל במפורש ומוסיפים בחוזה סעיף ספציפי הן באפשרות התרחשותו של "כוח עליון". על גב החקיקה הדיספוזיטיבית והרובד ההסכמי המפורש, מצויים, כמובן, גם כללים משפטיים המאפשרים התערבות בחופש העיצוב החוזי מטעמים של חוסר סימטריה ביכולת המיקוח של הצדדים, בגישה שלהם למידע וכל כיוצ"ב. במערכת משפטית רב-שכבתית זאת אין בעלי האולמות מציעים לשנות מאומה, ויתכן שיש בה כדי להקנות סעד לרבים ממזמיני האירועים: הצדדים, ובהיעדר הסכמה ביניהם - בתי משפט, יקבעו האם חוזה סוכל, מה היקף ההשבה שבעקבות ביטול במקרה שהחוזה סוכל, מה היקף תחולתו של סעיף "כוח עליון", כפי שנוסח בכל אחד מן החוזים האינדיווידואליים וכן הלאה.

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-9-

כעת, מציעים מגישי הצעת החוק שינוי רטרואקטיבי בחלוקת הסיכונים שבין שני הצדדים. השינוי המוצע שולח את ידו של השלטון לכיסו של צד אחד ומעביר ממנו כסף לכיסו של צד שני, בלי כל השפעה על עניינם של צדדים שלישיים. שינוי זה אומר שיהיה אשר יהיה ניסוחו של ההסכם בין הצדדים, מכל מקום ספקי השירות יצטרכו להשיב את הכספים שקיבלו כמקדמה. אם, למשל, בעל אולם אחד הציע ללקוחותיו דמי ביטול נמוכים (ותמחר זאת בנפרד במסגרת שיקוליו) ואחר הציע דמי ביטול גבוהים (בתמחר שונה) – אמור החוק המוצע לבטל את ההבדלים ביניהם ולהעניק ללקוחות של שניהם אותו סעד בדיוק. ואם, בדוגמא נוספת, בעל אולם אחד הציע ללקוחותיו "לרכוש ביטוח", כלומר, לשלם מעט יותר תמורת זכות ביטול והשבה מלאה, הוא יהיה מחויב לתת כעת את הביטוח הזה ללא תמורה לכל לקוחותיו הקודמים, על פי גזירת הכתוב.

השוואת שתי הדוגמאות מבליטה מדוע ההחלה הרטרואקטיבית של ההסדר המוצע היא חסרת הגיון, מנקודת ראות של רווחה מצרפית. בשונה מדוגמת השינוי הרגולטורי שזכרה לעיל, שבה ניתן היה לשער שהצדדים יכולים לתמחר מראש את הסיכון לשינוי, כאן מדובר בשינוי של כללי המשחק עצמם, המונע לחלוטין מן הצדדים כל אפשרות של תמחר מוקדם. משמעותו הכללית של ההסדר המוצע היא חמורה מאד מבחינת הוודאות לקיום עסקאות במשק בכלל, והיא עלולה להסב נזק מעל ומעבר לשוק השירותים הספציפי הנוכחי. אם השלטון רשאי, בכל עת ובכל שעה שהוא נתקל בלחץ ציבורי מתאים, לשנות את חוקי המשחק תוך כדי מהלכו, צדדים נבונים יתמחרו מראש את הסיכון שהוא יעשה כן לפני שהם מציעים לספק שירות או מוצר כלשהו. עקומות ההיצע של שירותים ומוצרים ינועו שמאלה מיניה וביה, משום שהיצרנים יאלצו להוסיף לעלויות הייצור פרמיית ביטוח-עצמי לסיכוני שירות-לב שלטונית. היות שלא ניתן לרכוש ביטוח כזה [ראו: Steven Shavell, "Risk Aversion and the Desirability of Attenuated Legal Change" 16(2) American Law Econ. Review (2014) 366, chapter 2]. ככל הנראה הסיבה לכך היא ששינוי בחוק חל על כלל המבוטחים הפוטנציאליים יחדיו, ומשום כך חברות הביטוח אינם מפזרים סיכון לגביו, הביטוח העצמי של יצרנים שונאי סיכון יתמחר פרמיית סיכון יקרה מאד. תועלתם של מזמיני אירועי השמחות בשנת 2020 תושג, אם כן, במחיר עלייה במחיר של מוצרים ושירותים (בתחומים שונים ומגוונים) לעתיד לבוא, ולמעשה, במחיר של הקטנת הצמיחה.

בחינת הפגיעה החוקתית- פסקת ההגבלה

הפגיעה החוקתית שיוצרת הצעת החוק היא, כמוסבר לעיל, בשני מישורים: פגיעה בחופש החוזים, בהיבט של החופש לעצב את החוזה בהתאם לאומד דעת הצדדים, ופגיעה הנובעת מתחולתו הרטרואקטיבית של החוק. פגיעה זו נוגעת בלא ספק לאוטונומיה של הרצון החופשי, לכבוד האדם ולקניינו, ולכן יש לבחון האם היא עומדת בנוסחת האיזון שנקבעה בפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי נוסחה ידועה זו, אין לפגוע בזכויות יסוד המעוגנות בחוקי-יסוד אלו "אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

א. **ערכיה של מדינת ישראל:** עצם הפגיעה בחופש החוזים והחקיקה למפרע, הגם שהיא חריגה, אינה מחייבת את המסקנה כי החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. הדבר נגזר מתוכן החוק. כך למשל נקבע בפרשת בג"צ 4562/92 ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד (2) 793 כי למחזיקי מקלטי טלוויזיה שנהנים מהשידורים אין צפייה סבירה שלא תגבה אגרה על השירות שהם צורכים.

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-10-

לעומת זאת, הצעת החוק פוגעת באופן ישיר בהסתמכות הצדדים, בהקצאת הסיכונים שסיכמו ביניהם מראש ובהסכמות, אשר התייחסו במרבית המקרים גם לאפשרות של סיכול או כוח עליון. נוסף לפגיעה באוטונומיה וברצון החופשי, התערבות החקיקה באופן רטרואקטיבי מהווה גם פגיעה בזכות הקניין של מי שהסתמך על המצב החוקי הקיים ופעל על פיו. יש טעם רב בסברה, כי פגיעה כזו אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שכן היא משבשת את עקרונות היסוד של השיטה, היציבות המשפטית, בטחון הציבור והסתמכותו על "כללי המשחק" המסחריים והמשפטיים והיא גורמת עוול ואי צדק. ראוי כי הרשות המחוקקת בבואה לשנות הסדרים קיימים תתחשב בהסתמכות הצדדים ותמנע פגיעה חמורה כמו זו המוצעת בהצעה.

ב. **תכלית ראויה:** לאמתו של דבר, תכליתו של החוק המוצע איננה מוגדרת בדברי ההסבר שלו ובדבריהם של חברי הכנסת הנכבדים שהציעו אותו. ניכר במנסחי ההצעה כי הם רוחשים סימפטיה למתכנני האירועים, אשר "נאלצו להתמודד עם בעלי אולמות, בנוסף על הקושי הרגשי הכרוך בביטול האירוע". אולם סימפטיה (מוצדקת בבירור) למצוקה אנושית איננה תכלית מוגדרת-כהלכה של הסדר חוקי. תכליות מתקבלות על הדעת כרוכות, על פי רוב, באיזון בין אינטרסים שונים, בהשאת אושרם של בני אדם, בהגשמת ציווים אוניברסליים או מאוויים לאומיים וכד'. שומה על מחוקק, המבקש ליטול רכוש מקבוצת אנשים ולהעביר אותה לאנשים אחרים, להגדיר מה הוא חפץ להשיג במעשה זה, מעבר לעצם סיפוק רצונותיהם של מקבלי הרכוש: שיפור בכלל אושרם של כלל האנשים? תיקונו של עוול או מעשה עוולה? הכוונת התנהגויות של בני אדם? הצעת החוק איננה מנסה כלל להגדיר "תכלית" במובנים אלא, כי אם אך לציין בפשטות שישנם אנשים שסבלו נזק, אשר החוק מבקש להקל עליהם, וזאת - מבלי ניסיון כלשהו לברר במה כרוכה ההטבה וכיצד הענקתה (על חשבון אנשים מזהים אחרים) אמורה לשפר את מצב כלל האזרחים.

האנשים שסבלו נזק במקרה זה, מתכנני האירועים, אינם קבוצת אוכלוסייה מוחלטת או מקופחת (כמו, דרך משל: ניצולי שואה, עניים, נכים או עולים חדשים). הם משקפים, ככל הנראה, קיבוץ מקרי של פרטים באוכלוסייה, שאין להם מאפיין מיוחד, חוץ מאשר העובדה שלרוע מזלם אירוע השמחה שלהם, שתוכנן בחדשים מסוימים בשנת 2020, נדחה מחמת מגיפה. הצעת החוק איננה מציגה שום דבר המבדיל בין סבלם לבין זה של מפעילי אולמות האירועים, עובדיהם וספקיהם, או בינם לבין כל מגזר אוכלוסייה או תחום צרכני אחר. אכן, גם בעלי האולמות משתתפים בצערם של לקוחותיהם המאוכזבים, ומצוקתם בוודאי ראויה להתחשבות, אך התחשבות זאת היא, לכל היותר, נקודת המוצא לניסוח תכלית חקיקתית, ולא סיומו.

עיקרה של הצעת החוק הוא בשינוי של דיני החוזים או בסיוג של תחולתם במקרים מסוימים. ככל שדיני החוזים הקיימים מספקים פתרון, במסגרת דיני הסיכול וההשבה שבעקבות סיכול, או במסגרת פרשנותם של סעיפי "כוח עליון" שבחוזים מסוימים ועל רקע דוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" של דיני החוזים – אין הצעת החוק נחוצה כלל. אם כן, כדי להציג "תכלית ראויה" לפגיעה בזכויות הנהנו מהגנה חוקתית צריכים מנסחי הצעת החוק לבאר מהו, לשיטתם, החיסרון בדין הקיים. מהו הדבר הפסול או הראוי לתיקון, לדעתם, בעקרונות הכלליים של דיני החוזים, המאפשרים התחשבות בשיקולי תועלת מצרפית ובשיקולי אוטונומיה אישית, בשיקולי צדק מתקן ובשיקולי תכנון לכתחילה.

דברי ההסבר להצעת החוק אמנם מאזכרים את הצורך לסייע למפעילי האולמות, השרויים במצוקה כלכלית קשה, אך הצעת החוק מתעלמת בפועל ממצוקה זו ומציעה סיוע אך ורק למתכנני האירועים שביטלו אותם

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-11-

על בסיס נטילת סכומי כסף מבעלי האולמות. ההצעה מנוסחת באופן חד צדדי ומחייבת השבת תשלומים אם אירוע בוטל או שלא ניתן לקיימו בתוך שלושה חודשים. בין היתר, ההצעה אינה מתייחסת לשאלות, שדיני החוזים הקיימים יודעים לטפל בהן, כמו: האם ביטול האירוע הוא מטעמו של המזמין, האם מפעיל האולם הציע למזמין חלופה סבירה לקיום האירוע, האם הצדדים ניהלו מו"מ פרטני בדבר מועדי הביטול האפשרי, עילותיו והחשש לביטול מחמת גורם שאיננו בשליטת הצדדים, וכל כיו"ב. בהינתן פשטנות זאת של הפתרון, קשה לשער את תכליתו, וספק אם מסתתרת מאחוריו "תכלית ראויה" כלשהי, מעבר לריצוי קבוצת צרכנים שהשכילה להתארגן באופן אפקטיבי למשיכת תשומת לב לצרכיה.

תכלית אפשרית שניתן, לכאורה, לייחס לחוק המוצע, הגם שאיננה מנוסחת באופן זה בדברי הצעת החוק, היא חסכון בהוצאות התדיינות וניהול מו"מ. על פי השערה זאת, המחוקק נתקל בקבוצת תובעים פוטנציאלים בתביעה צרכנית, בסכומים משתנים של אלפי או עשרות אלפי שקלים, במקרה הטיפוסי, ואשר יש חשש שלא יוכלו לממש את זכויותיהם. על פי השערה זאת, אולי המחוקק לא ביקש לתקן את דיני החוזים או לסייג אותם, כי אם לפשט אותם כדי לחסוך בהוצאות התדיינות ובכך להגדיל את הסיכוי שהתובעים הפוטנציאליים יזכו לפיצוי המגיע להם.

אם זאת תכליתו של החוק, ברור כי הוא נכשל באופן נחרץ במבחני "הקשר הרציונלי" שבין תכליתו המשוערת והצעדים שבהם הוא נוקט ובמבחן "המידה הפחותה", כמפורט להלן בפסקת ה"מידתיות".

ג. מידתיות:

במידתיות יש לדון, כמקובל מאז בג"צ 96/5016, 96/5025, 96/5090, 96/5434 ליאור חורב ואח' נגד שר התחבורה ואח', פ"ד נא (4) 1 (1997), על סמך שלושה מבחני-משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן הפגיעה הפחותה ומבחן המידתיות במובן הצר.

1) **מבחן הקשר הרציונלי:** נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי שהשלטון נוקט בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אותה השלטון מבקש להשיג, ולהוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה. כאמור, מטרת החוק המוצע איננה ברורה, ובפרט לא ברור מן ההצעה מה פסול מצא המחוקק בהסדרים הרגישים-להקשר שמספקים דיני החוזים הקיימים.

ככל שמטרת החוק המוצע הייתה, בפשטות, להושיט סיוע לקבוצת צרכנים שמצאה את עצמה במצב קשה, וככל שתכלית זאת תיתפס כתכלית ראויה בפני עצמה, על רקע קיומן של קבוצות צרכנים רבות אחרות שנפגעו (כגון, רוכשי כרטיסי טיסה, מנויי חדרי כושר, תלמידים בחוגים ובקורסים ועוד), לא ברור מדוע הפתרון לה לא נמצא בסיוע ישיר למזמיני האירועים שבוטלו, חלף הטלת המטלה ההומנית הזאת על שכמם של ספקי השירות, שמצבם הכלכלי קשה בלאו הכי.

לעומת זאת, ככל שמטרת החוק המוצע היא פישוט ההליכים המשפטיים או חיסכון בליטיגציה, על אף שלא כך תוארה המטרה בידי מגישי ההצעה, ברור כי לא נובעת ממנה קביעת כלל גורף, המוחק לחלוטין את ההבחנות בין סוגי אירועים וסוגי אולמות, הסדרים חוזיים שונים, הסכמות פרטניות שונות, והקובע – באופן חד-צדדי – כי תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, בכל מקרה ידו של מזמין האירוע תהיה על העליונה. מטרה כזאת ניתן להשיג במגוון של דרכים חלופיות, האמורות להתמודד ישירות בבעיית הוצאות ההתדיינות (אם זו אכן הבעיה שהמחוקק ביקש לפתור). כך, ניתן לחשוב על סיוע לוגיסטי

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-12-

ומשפטי בבירור תביעות, הקמת מנגנון בוררות יעיל, מתן פטור מאגרת בית משפט, תעדוף בירורם של תיקי בית משפט הנוגעים בבעיה זאת, מתן יעוץ משפטי או שירותי שמאות בחינם ועוד.

(2) **מבחן הפגיעה הפחותה** : על האמצעי השלטוני לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. האמצעי השלטוני הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, שפגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר. מבחן הפגיעה הפחותה נגזר אף הוא, בדומה למבחן הקשר הרציונלי, מניתוח של "התכלית הראויה", שאותה מתיימר החוק המוצע להגשים. כאמור לעיל, ביחס לכל התכליות שניתן לייחס לחוק המוצע, ישנם אמצעים רבים ומגוונים שביכולתם לממש אותן, תוך פגיעה מועטה יותר בזכויות מוגנות. כל המנגנונים האפשריים שתיארנו בפיסקה הקודמת, ורבים אחרים שלא תיארונו, יכולים להשיג אותה תוצאה מבלי להפוך את דיני החוזים על פניהם ומבלי להפקיע זכויות חוזיות שכבר נקבעו במשא ומתן בין שני צדדים בשוק החופשי.

(3) **מבחן המידתיות במובן הצר** : האמצעי שהשלטון בוחר אינו ראוי, אם פגיעתו בזכות הפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת, שהוא מביא בהגשמת התכלית. במקרה דנן, הפגיעה במפעילי אולמות האירועים וגני האירועים היא אנושה, עד כדי כך שהיא מאיימת להביא לחיסולו המוחלט של הענף, לגל של פירוקים ופשיטות רגל, ואגב כך – לריקון מתוכן כלכלי של הזכויות שהחוק המוצע מבקש להעניק.

אפליה ושרירותיות

תיקונו, לאחרונה ממש, של חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) (נגיף הקורונה החדש – הוראת שעה – תיקון), התש"ף-2020, אשר יידון להלן, מבליט את אופיו השרירותי של החוק המוצע. לולי דמסתפינא, היינו אומרים שהחוק המוצע נראה כגחמה בלתי מוסברת כלל.

בתקופת קורונה מצאו עצמם צרכנים רבים של מוצרים ושירותים בחסרון כיס. מהם הזמינו שירות שלא ניתן לספק לפי שעה ומהם הזמינו מוצר או שירות שאין להם עוד צורך בו, איש איש על פי נסיבותיו הכלכליות וצרכיו. והנה, בעניין מזמיני כרטיסי טיסה בחר המחוקק לשעות לסבלם של ספקי השירותים, דווקא, ולשלול מן הצרכנים פיצוי שהיו זכאים בעבר לקבלו על פי חוק, בעניינים רבים (כגון, מזמיני חבילות תיירות ובתי מלון, מנויי חדרי הכושר, תיאטרונים, קונצרטים, קורסים שונים ועוד) בחר שלא להתערב כלל, ובעניין אולמות האירועים מוצע כעת להתערב לרעת ספקי השירות ולטובת הצרכנים. לא ברור מה טעם מוצא המחוקק להתערב בעניינם של אלה ולא של אלה, ולהתערב בעניין אחד לטובת הצרכנים, אך במשנהו לרעתם. אורח התנהלות זה מעלה, בכל הכבוד הראוי, חשש שהמחוקק מונע בידי שיקולים מקריים של לחצים מקומיים, כאלו ואחרים, המופעלים עליו בידי שתדלנים או קבוצות אזרחים מאורגנות, חלף עיון שיטתי בשיקולי המדיניות הנוגעים בדבר, ניסוח מדיניות מושכלת וחתירה להגשמתה.

האיסור המפורש על התערבות חקיקתית בחוזים בחוקת ארצות הברית

Article I, Section 10, Clause 1 של חוקת ארצות הברית של אמריקה קובע :

"No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a

Tender in Payment of Debts; **pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.**"

החוקה האמריקאית ייחדה אפוא לאיסור הרטרואקטיביות של איסורים פליליים פיסקה נפרדת (האיסור על " ex post facto law"), לא אסרה באופן כללי על חקיקה רטרואקטיבית בתחום האזרחי, אולם **אסרה באופן נחרץ על חקיקה רטרואקטיבית המתערבת בחוזים שכבר נחתמו** [הבחנה זאת בוססה כבר בחוות דעתו של השופט Chase c פסק הדין ההיסטורי של Calder v. Bull 3 US 386, 400 (1798)].

וכך הוסבר הגיונה של "פיסקת החוזים" בחוקה האמריקאית בלשונם של האבות המייסדים של האומה האמריקאית: אלכסנדר המילטון, הנשיא ג'יימס מדיסון ונשיא בית המשפט העליון ג'ון ג'יי:

"חוקים להפקעת זכויות, חוקים שתחולתם מראש, וחוקים הפוגעים בהתחייבות חוזית, מנוגדים לעקרונות הראשוניים של האמנה החברתית ולכל עיקרון של חקיקה בריאה.... בניה המפוכחים של אמריקה נלאו מן המדיניות ההפכפכה שהנחתה את המועצות הציבוריות. בצער ובהתמרמרות ראו ששינויי פתע והתערבויות מצד הרשויות המחוקקות, שבמקרים ידועים השפיעו לרעה על זכויות הפרט, היו למכשירים בידי ספסרים בעלי יוזמה ורבי השפעה, ובתוך כך היו לפח יקוש לחלק החרוץ יותר והמלומד פחות שבציבור. הם גם נוכחו לראות שהתערבות אחת מצד הרשות המחוקקת אינה אלא חוליה ראשונה בשרשרת ארוכה של התערבויות חוזרות, שכל אחת מהן באה בדרך הטבע כתוצאה מקודמתה."

[הפדרליסט (1787-1788) בתרגום אהרן אמיר, מבוא: רות גביון ואלן שפירא (הוצאת שלם, ירושלים התשס"ד – 2004), עמ' 226].

הבנת הרקע לחקיקת האיסור החוקתי על התערבות מדינתית בחוזים שנכרתו עשויה אף היא לתרום להבנת הקושי שביסוד הצעת החוק הנדונה. פסקת החוזים בחוקה האמריקאית נכתבה על רקע מיתון עמוק בו היו שרויות מדינות ארצות הברית בעקבות מלחמת העצמאות. חלק מהמדינות ניסו להקל על המצוקה הכלכלית על-ידי חקיקת חוקים, אשר ביטלו התחייבויות חוזיות. תוצאת ההתערבות הייתה פגיעה חמורה בחיי המסחר מחמת הפגיעה באמון הציבור בכלכלה. אנשי עסקים סרבו להיכנס להתחייבויות חוזיות, אשר כללו תניות מימון או חוב מחשש להתערבות מדינתית באמצעות חקיקה שתבטל אותן התחייבויות. הכנסת הסעיף לחוקה נועדה לאפשר יציבות ביחסים החוזיים ולמנוע התערבות חקיקתית עתידית [Janet Irene Levine, "The Contract Clause: A Constitutional Basis for Invalidating State Legislation" 12 Loyola of L.A. Law Review 927 (1979) 928. וכן בפרק "Origins and Early Development" של James W. Jr. Ely The Contract Clause: A Constitutional History 51 (University Press of Kansas, 2016)].

כבר בפרשת Ogden v. Sanders 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827) נקבע כי האיסור החוקתי הוא על התערבות רטרואקטיבית בחוזים קיימים. מאז נעשה שימוש רב בפסקה כדי לקבוע בטלות חוקים מדינתיים ופדרליים על רקע התערבות ביחסים חוזיים.

במאמר מוסגר יוער, כי בספרות המחקרית הובעו דעות רציניות המבקשות לראות ב-Contract Clause לחוקה בסיס להגבלת המחוקק אפילו מפני התערבות בחוזים עתידיים, שטרם נחתמו עובר לקבלת החוק [Richard Epstein, "Toward a Revitalization of Contract Clause" 51 University of Chicago Law Review 703, 724-730].

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-14-

[(1984)], אולם פרשנות זאת נדחתה בפסיקה מקדמת דנא [Ogden v. Saunders, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827)], והפסיקה לא קיבלה טענות ביקורת אלו.

בפרשת Energy Reserves Group v. Kansas P. & L. Co., 459 U.S. 400 (1983) קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית ניתוח תלת-שלבי של פעולת "פיסקת החוזים" בחוקה: החוק פוגע באופן מהותי ביחסים החוזיים; המדינה פועלת מתוך מטרה לגיטימית ומשמעותית על מנת לתקן בעיה חברתית או כלכלית; החוק צריך להתבסס על תנאים סבירים ומתאימים למטרה שהצדיקה את התערבות המדינה.

נראה, כי הדיונים בפסיקה האמריקאית במקרים של התערבות מדינתית במערכת יחסים חוזית מעולם לא התייחסו לפגיעה דוגמת זו הצפויה, אילו הצעת החוק תתקבל. הצעת החוק מבקשת להתערב באופן חזיתי בחוזים שנכרתו בעבר בין צדדים פרטיים, תוך שהמדינה מתערבת באופן חד צדדי לטובת צד אחד לחוזה על דרך חקיקה, השומטת את התחייבויות אותו צד. לפחות מאז החקיקה שקדמה ליצירת החוקה האמריקאית, המקרים שנדונים בפסיקה בארצות הברית מתייחסים לחוזים שבהם המדינה היא צד להתקשרות או למצבים בהם שינוי בחקיקה (שאינה קשורה למערכת החוזית) גורר אחריו שינוי בתוצאה החוזית.

כך, למשל, נפסל כבלתי חוקתי חוק של מדינת ארקנסו שאסר על עיקול כספי ביטוח חיים כנגד חוב (בדומה להוראות דומות הקיימות בישראל מכוח סעיף 8 של חוק הגנת השכר). מספר ימים עובר לחקיקת החוק, הגיש התובע לחברת הביטוח צו עיקול על כספי ביטוח חיים של בן זוגה של הנתבעת, כנגד חוב של דמי שכירות שהתובעת ובן זוגה המנוח חבו לו. הנה כי כן, השינוי בחקיקה שביקשה מדינת ארקנסו להכניס לא נגע ישירות לסכסוך החוזי, אך תחולתו על חוב שכבר התגבש נפסלה כבלתי חוקתית [W.B. Worthen Co. v. Thomas 292 U.S. 426 (1934)]. לעומת זאת, בפרשת City of El Paso v. Simmons 379 U.S. 497 (1965) ביקש המחוקק לשנות חקיקה שאפשרה לרוכשי קרקע של המדינה, אשר פגרו בתשלומים, להשלים בכל עת את רכישת הקרקע אם לא נפגעו זכויות של צד שלישי. השינוי בחקיקה הגביל את אפשרות הרכישה אחרי הפיגור בתשלומים לחמש שנים. התובע באותו מקרה רכש את הקרקע לאחר שינוי החקיקה, אך בקש לקבוע כי מגבלת חמש השנים איננה חוקתית בגלל התערבות המדינה בחוזה. פסק הדין קבע כי תחולת החוק איננה רטרואקטיבית ולכן החוק לא נפסל.

פסיקה מהשנים האחרונות מראה מגמה דומה. כך למשל בשנת 2016 פסל בית המשפט העליון של צפון קרוליינה חוק של המדינה שבקש לבטל את הקביעות של מורי בתי ספר ציבוריים. בית המשפט קבע, כי שלילת הקביעות והמרתה בחוזה נקוב בשנים מהווה פגיעה מהותית בהטבה חוזית, שנוגעת לביטחון וליציבות בעבודה. טענתה של המדינה, כי מדובר באמצעי, שיאפשר להיפטר ממורים שאינם מתפקדים בהתאם למצופה, נדחתה על-ידי בית המשפט. באותו מקרה נפסק, כי אומנם המטרה הציבורית שביסוד החוק היא מוצדקת, אך האמצעי להשגתו על דרך ההתערבות החוזית איננה סבירה. נעיר, כי בית המשפט פסל את החוק ככל שתחולתו הייתה רטרואקטיבית, כלומר בנוגע לחוזים קיימים, אך התיר להחיל את החוק על מורים שלא זכו לקביעות עד מועד כניסתו של החוק לתוקף [North Carolina Ass'n of Educators v. State 786 S.E.2d 255 (N.C. 2016)]. בית המשפט העליון של איידהו פסל חקיקה רטרואקטיבית שבקשה לשנות את הנוסחה לחלוקת כספי פיצויי פיטורין של עובדים, בקביעה שהחקיקה איננה חוקתית [CDA Dairy Queen, Inc v. State Ins. Fund 299 P.3d 186 (Idaho 2013)]. בפרשת Society Insurance v. Labor & Industry Review Commission 786 N.W.2d 385 (Wis. 2010) בית המשפט העליון של וויסקונסין פסל כבלתי חוקתי שני חוקים, אשר ביטלו את תקופת ההתיישנות של 12 שנים לקבלת פיצויי פגיעה בעבודה ואשר ניסו להחיל חוקים אלה על פוליסות ביטוח שפקעו טרם חקיקת החוקים אך תוקפם הוארך בחקיקה.

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-15-

בפסק הדין שניתן לאחרונה בפרשת Sveen v. Melin 138 S.Ct 1815 (2018) דן בית המשפט העליון בארצות הברית בחוק של מדינת מינסוטה, אשר שלל מעמד של מוטב בפוליסת ביטוח חיים מבן זוג לאחר גירושים. החוק נחקק בשנת 2002, אחרי ש Sveen רכש את פוליסת ביטוח החיים שלו וקבע את אשתו כנהנית. הזוג התגרש בשנת 2007 ואחרי גירושיו Sveen לא עשה דבר. בשנת 2011 הוא נפטר. בית המשפט העליון פסק ברוב דעות, כי החלת החוק של מינסוטה על הפוליסה הזאת לא מנוגדת לסעיף החוזים שבחוקה.

במונחי המשפט הישראלי מדובר במקרה של Sveen בהחלת חוק אקטיבית, שאיננה פסולה בדרך כלל, ולא רטרואקטיבית, בשונה מן המצב בהצעת החוק הנדונה כאן. דעת הרוב, מפי השופטת Elena Kagan, פסקה שמדובר באיתור אומד דעתו של מנסח הפוליסה (שנפטר) ושאינן לה שום קשר למשא ומתן שבינו ובין חברת הביטוח, שעמה ניהל מו"מ חוזי. חברת הביטוח אדישה לגמרי לשאלה מיהי הנהנית על פי הפוליסה, והמחוקק ביקש לקבוע שחוקה על מתגרשים, אם לא הביעו דעה אחרת לאחר גירושיהם, שלא התכוונו להוריש את כספי הביטוח למי שהתגרשו ממנו.

לעומת זאת, הצעת החוק דן מבקשת להחיל שינוי באופן רטרואקטיבי לגמרי על תשלומים שכבר חולטו בהתאם לתנאי הסכמים שקודמים לחקיקה. החלה רטרואקטיבית, במובן שבו הצעת החוק יוצרת, הייתה נפסלת מניה וביה על ידי המשפט החוקתי האמריקאי.

מכל מקום, נבחן את פסיקת בית המשפט בעניין Sveen כדי לראות את התנאים שהוא מחיל גם על שינוי חקיקה אקטיבי. שני התנאים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בארה"ב, הדומים לאלו שזכרו לעיל בעניין Energy Reserves Group, הם:

(1) Whether the law "operated as a substantial impairment of a contractual relationship";

(2) Whether the law is drawn in an "appropriate" and "reasonable" way to advance "a significant and legitimate public purpose".

לגבי התנאי הראשון – **מידת הפגיעה ביחסים החוזיים**, נקבע בדעת רוב, כי יש להביא בחשבון את מידת הפגיעה בציפיות הסבירות של הצדדים ואת יכולתם להגן על עצמם מפני פגיעה בזכויותיהם. שינוי החוק של מינסוטה, קבע בית המשפט, דווקא בקש לעמוד על כוונתם המשווערת של בעלי הפוליסה, שבמקרה של גירושין אין רצון שבו הזוג הקודם ייחנה מהפוליסה. על כן, השינוי בחוק מכבד את רצון הצדדים ולא פוגע בו. נוסף על כך, בזמן גירושין יש שיקול דעת רחב לבתי משפט לחלק רכוש ולשנות מוטבים בפוליסות ביטוח כך שאין משמעות לצפיות הסבירות של בעל הפוליסה בעת כריתת ההסכם לגבי זהות המוטבים בעת גירושין. לבסוף, נקבע כי השינוי בחוק הוא רק שינוי בברירת המחדל ובעל הפוליסה יכול בקלות להשיב את הנהנה על-ידי משלוח טופס פשוט לחברת הביטוח. מכיוון שהתנאי הראשון לא התקיים, בית המשפט לא נכנס לבחינת השאלה האם האמצעי שנבחר בחקיקה הוא **סביר ומתאים כדי לקדם מטרה ציבורית משמעותית ולגיטימית**. השופט Gorsuch, בדעת מיעוט, בקש לפסול את החוק ומתח ביקורת חריפה על האפשרות להחיל שינוי חקיקה שיחול על הסכמים קיימים. ביקורת נמתחה גם בספרות המשפטית [למשל אצל § 8 James W.Eley "Still in Exile? The current Status of the Contract Clause" (2019) Brigham-Kanner Property Rights J. 93, 104].

הנה כי כן, הצעת החוק הנדונה כאן הייתה נפסלת כבלתי חוקתית במשפט האמריקאי בשל תחולתה הרטרואקטיבית. גם אם ההצעה הייתה מגבילה את עצמה לחוזים שנתרו בתוקף, כלומר לתחולה אקטיבית, היא לא הייתה עומדת

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-16-

בכללים שקבע בית המשפט העליון בארצות הברית: ראשית, ההצעה פוגעת באופן מהותי ביחסים החוזיים. היא מטה את הקצאת הסיכונים החוזית, אשר במרבית המקרים כוללת התייחסות למצבים של סיכול או כוח עליון, הטיה שהיא חד צדדית באופן קיצוני. שנית, האמצעי שננקט בהצעה איננו סביר ואיננו מקדם כל מטרה ציבורית ראויה. כמפורט לעיל, אין להבין מדברי ההסבר להצעה מדוע הטלה רטרואקטיבית של הנזק, שנגרם כתוצאה מההגבלות שהוטלו בתגובה להתפרצות הקורונה, כולו על צד אחד של החוזה מקדמת איזו תועלת ציבורית או שפועלה עשוי להפחית מההשלכות הכלכליות העצומות של מגיפת הקורונה. לא ניתן אף להבין מדוע השינוי הרטרואקטיבי של דיני החוזים היא הדרך הראויה להשיג את תכליתו המשוערת של החוק, שאיננה מוגדרת בפני עצמה בדברי ההסבר של ההצעה.

איבחונם של מקרים שונים מענייננו

מן הראוי לאבחן את החוק המוצע מן החוק אשר אושר בבג"צ 687/15 ידיד ואח' נ' הכנסת ואח', תק-על 2015(3), 1453: **חוק נכי רדיפות הנאצים** (הגבלת שכר טרחה בטיפול בתביעה לקביעת זכאות לתגמולים לפי החלטה מנהלית) (תיקון מס' 20), התשע"ה-2014, שעניינו החמרת ההגבלה (שהייתה קיימת אף קודם לאותו חוק) על שכר הטרחה, אשר משלמים ניצולי שואה לעורכי-דין ולגורמים נוספים המטפלים בתביעותיהם לקבלת פיצויים.

בית המשפט העליון פסק, כי החוק האמור אמנם פוגע בזכויות הקניין של המטפלים בתביעות, אולם באופן מידתי, שאינו מונעת את קבלת החוק. **בראש ובראשונה**, נומקה ההחלטה באופיים החריג של המוגנים על ידי החוק המתקן, ניצולי שואה בערוב ימיהם:

"בתיקון זה ביקש המחוקק למנוע גביית שכר טרחה מופרז מניצולי שואה, לעתים עד כדי יצירת נטל כלכלי של ממש על הניצולים, שאף הוביל לנקיטת הליכי הוצאה לפועל נגד חלקם. גביית שכר טרחה מופרז, אף אם חוקית היא, לעולם אינה צודקת – קל וחומר בנידון דידן. נתן אל לבנו, כי התגמולים בהם עסקינן נועדו לפצות את הניצולים בגין אותן רעות רבות וצרות אשר מצאום בימי המלחמה הקשים, פיצוי שאין בו ולו מעט מזעיר כדי לכפר ולהקל על סבלם הרב. לדאבון הלב, תחת אשר ינהגו בהם ביתר הגינות וביתר חמלה, היו מי שראו לנצל ניצולים וביקשו להתעשר על חשבונם. לכך אמר המחוקק – לא עוד."

[מפי כבי' השופט סולברג, בסעיף 35 לפסק דינו].

מבלי לזלזל בעוגמת הנפש והנזק הכלכלי, הנגרם למי שאירוע-שמחה שלו נדחה או בוטל, ואף מבלי להקל ראש בכל מי שחוזה, שהוא היה צד לו, סוכל – לא ניתן להשוות את היחס הראוי לקשישים ניצולי שואה לזה הנגרם לצרכני שירות אחר. אדרבא, אם הלכת ידיד, שנועדה – על פי הכתוב בה במפורש – למקרים חריגים ונדירים, תורחב אף לשינוי בדיעבד של חוזים צרכניים במקרים אחרים שונים, ייווצר בכך מדרון חלקלק, בבחינת "שבשאת כיוון דעל עלי".

הבדל שני בין המקרים נעוץ בשוני בין סוגי השירותים שבהם מדובר בשני המקרים. השירות של טיפול בקבלת תגמולים של ניצולי שואה הוא שירות אדמיניסטרטיבי ומשפטי, שקל, יחסית, לרגולטור לתמחר אותו באופן אחיד. בסופו של דבר המדובר בנותני שירותים שאינם זקוקים למיתקנים, להשקעות במכשירים ובנכסי נדל"ן, למלאי של חומרים ומוצרים מתכלים, להחזקת סגל עובדים גדול וכן הלאה. לפיכך, קל יחסית לקבוע חסם עליון לשכר סביר של עורך דין או ספק-שירותים מסוג זה, הנגזר, בראש ובראשונה, משכר ראוי עבור שעות עבודתו שלו. לעומת זאת,

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-17-

אולמות אירועים מצריכים השקעות גדולות בציוד ובעובדים, והם שונים מאד זה מזה: יש מהם שהעלות של הפעלתם גבוהה מונים רבים (ולעתים עשרות מונים) על אלו של אחרים. משום כך, בשירות מן הסוג הזה, אין כל דרך שבה רגולטור יוכל לקבוע תמחור אחיד או כללים אחידים של נטילת סיכונים, המתאימים לכל ספקי השירות ולכל מזמיניו.

הבחנה שלישית, חשובה אף משתי הראשונות, נובעת מהדגשתו של בית המשפט העליון, בפסק דינו בעניין ידיד, כי "הגבלת שכר הטרחה של עורכי הדין כבר היתה מעוגנת בחוק עוד בטרם חקיקתו של התיקון, ובמובן זה התיקון אינו משנה 'סדרי עולם'" [מפי כב' השופט סולברג, בסעיף 27 לפסק דינו]. הבדל זה הוא מהותי ועקרוני: השירות שאותו נותנים עורכי הדין והמטפלים לניצולי שואה היה שירות מפקח לכתחילה, וההנחה כי השוק החופשי מסדיר את התמחור שלו נשללה מעיקרה על ידי המחוקק עצמו. הדבר דומה להתערבות בחוזה לרכישת לחם אחיד או מוצר מפקח אחר כיוצ"ב. במקרה הנוכחי, לעומת זאת, מדובר בהתערבות בתחום-עיסוק שהוסדר קודם לכן על ידי השוק החופשי, והחוק המוצע מתיימר להפתיח את הפעילים בו באופן שלא ניתן היה כלל להיערך אליו קודם לכן.

לאחרונה (בתאריך כ"ג באב תש"ף, 13/8/20) התקבל בכנסת **חוק שירותי תעופה** (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) (נגיף הקורונה החדש – הוראת שעה – תיקון), התש"ף-2020. חוק זה, שלפי שעה לא ידוע אם יש חולק על חוקתיותו, אכן מתערב ביחסים חוזיים קיימים בשל נגיף הקורונה, אולם עושה זאת בנסיבות שונות, ובמגמת התערבות הפוכה, מאשר החוק המוצע כאן. על פי חוק זה רשאית חברת תעופה בישראל, שנפגעה בשיעור של יותר מ-70% במחזור ההכנסות של הרבעון השני השנה לעומת הרבעון המקביל אשתקד, להימנע מתשלום פיצויים במזומן על כרטיסים שהיא מכרה, אך לא סופקו בעקבות משבר הקורונה, אך להשיב את כספי הלקוחות או לאפשר להם לקבל שובר זיכוי חלף השבת הכספים.

נקדים ונציין, כי ההיגיון הכלכלי שביסוד החוק מנוגד לחלוטין לזה שביסוד ההצעה הנוכחית, דהיינו, הוא מתערב ביחסים החוזיים לטובת הספקים, ולא לטובת הצרכנים, מתוך הנחה שהתמוטטות עסקית של ענף כלכלי שלם תסב למשק כולו, ואף לצרכנים, נזק גדול בהרבה מן הנזק הנמוך-יחסית ועוגמת הנפש שייגרמו לאלפי הצרכנים שהשירות שבעבורו שילמו לא סופק. הרקע לקבלת החוק הוא השבתת ענף התעופה לאורך כל תקופת משבר הקורונה ויצירת משבר תזרימי בענף, המאיים להביא את חברות התעופה לפשיטת רגל. מדינת ישראל החליטה, אם כן, על נקיטת אמצעים להצלת חברת התעופה הלאומית "אל על" על דרך הלאמתה, למעשה, ובמקביל – על הנהגתו **בחוק של מין "הסדר נושים" כפוי לגבי כל חברות התעופה בישראל המצויות במצב כלכלי דומה**. לפיכך, ביטל החוק את האפשרות לקבל פיצוי בשל ביטול טיסות בתקופת "עוצר הטיסות" שבין חודש מרס לחודש אוגוסט, אולם חייב את חברות התעופה להשיב את דמי הטיסה או לספק שובר זיכוי במקומו, בהסכמת הלקוחות.

על פני הדברים, התיקון לחוק שירותי תעופה אמנם פוגע בהתקשרות חוזית באופן רטרואקטיבי, שכן למזמיני הכרטיסים שלא סופקו עדיף, מן הסתם, לקבל פיצוי כספי בנוסף להשבת הכספים או הבטחה לקבלת שירותים עתידיים, שהיכולת לספקם סובלת מאי וודאות. ואולם, **התערבות זאת נעשית בתחום שאף קודם לכן לא פעל בתנאי שוק חופשי, כי אם בשוק מתוכנן, מפקח ומאוסדר באופן אינטנסיבי**. שוק שירותי התיירות בכלל ושוק התעופה בכלל נתונים לרגולציה כבדה, המסייגת את עקרון חופש החוזים, והם שונים במובן מן השוק התחרותי המשוכלל, שבמסגרתו פועלים אולמות האירועים. תנאי ביטול עסקת תיירות קבועים בסעיף 14 (ג) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ואילו התנאים הנוגעים לפיצוי של נוסע בשל ביטול טיסה קבועים לכתחילה בחקיקה ראשית קונגנטית, השואבת את כוחה מאמנה בינלאומית, שכל כולה החרגה של העקרונות הכלליים של חופש חוזים ומניעת הגבל עסקי

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-18-

[חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב–2012]. התיקון לחוק אך שינה קמעא את אופן ההסדרה הכופה של תחום משקי שלא פעל מלכתחילה תחת ההנחות הרגילות של שוק חופשי.

בנוסף, **השירות שבו מדובר, כרטיס טיסה, הוא סטנדרטי לחלוטין**, קל לרגולטור ולגורמים חיצוניים לעסקה לכמת את שווי ולהעריך את תנאי הספקתו, והוא איננו נרכש על סמך משא ומתן אינדיווידואלי ומפורט הקובע את טיבו בכל מקרה בנפרד. נוסע המזמין כרטיס טיסה, בשונה ממזמין של אירוע באולם שמחות, איננו מבקר קודם להזמנה במטוס, מגיע לסיכום נפרד בדבר איכות המזון, כמות הדיילים, איכות מיזוג האוויר, איננו מכניס ספקים משלו לתת שירותים נלווים (כגון, מוסיקה או צילום), ובמיוחד – איננו יכול לנהל משא ומתן הכולל בין השאר דיונים פרטניים על גובה המקדמה שישלם ועל חלוקת הסיכונים של התערבות כוח עליון. משום כך, ההתערבות בחוזה שהוא עושה מוצדקת, לדעת המחוקק, הן מראש והן בדיעבד.

ומעבר לכל אלה, בולט כי התערבות המחוקק במקרה זה לא נעשתה משיקולים של צדק מתקן ברמה הפרטנית (שלכאורה עומדים מאחורי הצעת החוק דידן), כי אם משיקולים פרקטיים של ניסיון להגיע להסדר בתנאי חדלות פירעון של ענף עסקי שלם. זאת גם הסיבה שההתערבות החוקית הייתה לטובת הספקים ולא לטובת הצרכנים, כפי שמוצע במקרה הנוכחי. הסברה, שניכרת גם בהתבטאויות של גורמי הממשלה שהיוו רקע להצעת החוק, הייתה כי חברות התעופה, וחברת התעופה אל על בפרט, לא יוכלו ככל הנראה לעמוד בתשלום הפיצויים לבעלי הכרטיסים במקרה של דרישה מרובם לפיצויים כספיים, שתיצור תהליך הדומה לrun on banks, המזין את עצמו ביצירת פניקת-עדר המונית. חובותיה של חברת אל על בגין כרטיסים שלא סופקו מוערכים, עובר לחקיקת החוק, בכ-400 מיליון דולר, והם יכולים להעביר את ההון העצמי שלה לערכים שליליים בנקל. חלופה הריאלית לחקיקה החריגה הזאת הייתה, אם כן, כניסת החברה להליך של הקפאת הליכים, שלאחריו פירוק, ואשר בסופו עוגמת נפש מרובה לנושים, עובדים, ומחזיקי כרטיסים גם יחד. **הגיונו של החוק נבע, אם כן, מהגיונם של דיני חדלות הפירעון, ולא מזה של דיני החוזים שבשוק החופשי. אילו היה החוק המוצע כעת עקבי לאותו קו מחשבה, אמורה הייתה הצעת החוק להגביל את יכולת מזמיני האירועים לדרוש את כספם בחזרה, ולא להחמיר את הפגיעה העסקית בכל הענף.**

לפיכך, ערך החוק החדש איזון בין הגורמים הניזוקים השונים, ואימץ נוסחת אמצע, שיש בה כדי לצמצם את נזקיהם של לקוחות החברה מחד גיסא ולאפשר את שרידותן הכלכלית של חברות התעופה מאידך גיסא. בכך, יוצר החוק שיפור ברווחה המצרפית ביחס למצב שהיה קיים בלעדיו, ומוצא נקודת איזון Pareto טובה יותר מבחינת כל הצדדים להתקשרות החוזית.

הגישה המקובלת במדינות אחרות

לא ניתן להתעלם מן העובדה שמשבר ה-covid-19 הוא תופעה עולמית, שמשפיעה באופן דומה על צרכנים ברחבי העולם. על רקע זה, חשוב להדגיש כי **הפתרון של הסדרה הנושא בחקיקה רטרואקטיבית איננו מקובל במדינות דמוקרטיות**. לא מצאנו בשום מדינה מערבית חקיקה דומה לזאת המוצעת כאן, כלומר, כזאת המשנה בדיעבד את מערך היחסים המשפטיים שבין מזמיני אירועים ובין ספקי השירותים. מדינות המערב כולן, למיטב ידיעתנו, הותירו את הנושא הזה לשיקול דעתן של ערכאות השיפוט בכל מקרה לגופו.

המדינה היחידה שבה המחוקק התערב בנושא זה, ובאופן מתון בהרבה מזה שמוצע בחוק הנוכחי, היא סינגפור, ששיטת המשפט בה נוטה – במידה ידועה – להתערבות נרחבת בפעילות המסחרית ובחירויות הפרט. בסינגפור התקבלה באחרונה חוק הדומה לבוררות חובה בנושאים אלה: COVID-19 (Temporary Measures for

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-19-

Solemnization and Registration of Marriages) Act. על פי חוק זה, יש להעביר למעריך-מחלוקות כל מחלוקת הנוגעת לפיקדון ששולם בעת בהזמנת חתונה, קביעת המעריך היא סופית ויש לו שיקול דעת להכריע במחלוקת על פי שיקולי הצדק הנוגעים בדבר. ואולם, אם החתונה בוטלה לגמרי חלק מהפיקדון לא יוחזר. ראו לעניין זה:

<https://singaporelegaladvice.com/covid-19-wedding-venue-cancellations-hdb/#relief>

דעתנו היא כי החקיקה בישראל צריכה להתאים, מבחינת עקרונותיה, לזאת אשר ביתר המדינות שהמשטר שלהן מבוסס על עקרונות השוק החופשי. מכל מקום, אפילו החוק בסינגפור, ששיטת המשטר שלה שונה משלנו, ואשר מהווה סמן קיצוני בהתערבות מדינתית בנושא זה, לא ביקשה הסדר דומה לחוק המוצע, כי אם הסדר של בוררות חובה.

הליכי החקיקה

נדמה כי הצעת חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע פרטי (נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 מבטאת את מאווייה של קבוצת לחץ מסוימת בציבור הישראלי - קבוצת מזמיני האירועים קודם לפרוץ המגיפה. על פניה, הצעת החוק איננה כוללת איזון ראוי או שקילת הנזק שיגרם לקבוצה גדולה אחרת - קבוצת בעלי האולמות, העובדים בענף, הספקים והמשכירים וכן קבוצת מזמיני האירועים העתידיים, ויתר השחקנים בשוק המסחרי כולו, שעתידים לשאת בעצמם בעלות הנזק כולו.

הליכי החקיקה ואיכות השיח הציבורי לגביהם, לפחות עד למועד זה, מעידים, בכל הכבוד הראוי, על טיבם. אין מתקיימות בהם מושכלות יסוד שנקבעו בפסיקה לגבי הליכי חקיקה, ובראשן עקרון ההשתתפות, המשקף, בין היתר, את הצורך לשמוע מגוון דעות של כל מי שעלול להיפגע מההצעה, מומחים בתחום וכל מי שיש לו נגיעה בעניין [בג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל תק-על 2017(3), 5731]. זאת, על מנת שתיחשף לפני חברי הכנסת התמונה המלאה וההשלכות העתידיות בטרם קבלת החלטה על התערבות חריפה וחריגה בחיי המסחר במדינה.

הצעת החוק פוגעת באופן חמור בעקרון חוקתי המגביל את אפשרות המחוקק לשנות בדיעבד את תוכנם של הסכמים מחייבים שכבר נכרתו בין אנשים פרטיים. בעלי האולמות ומזמיני האירועים היו כפופים, בשעה שכרתו את החוזה ביניהם, לדיני חוזים המאפשרים להם, עקרונית, לעצב את ההסדר החוזי שביניהם כרצונם. בין השאר, קובעים דינים אלה מתי נחשב חוזה כבלתי ניתן לקיום מחמת אירוע בלתי-צפוי ומה הדין במקרה של ביטול חוזה כזה במקרה של ביטולו. הצדדים לחוזה גם חופשיים לשנות את הכללים החלים על ביטול חוזה במקרה של מקרה בלתי צפוי, באמצעות סעיף חוזי המכונה "סעיף כוח עליון", המנוסח בכל חוזה באופן שונה בהתאם לנסיבותיו.

החוק המוצע מבקש להתעלם מן ההסדר שהצדדים קבעו ביניהם, ולקבוע במקומו כלל גורף, המחייב את בעל האולם להשיב את המקדמה שקיבל ממזמין האירוע, יהיה אשר יהיה ניסוח סעיף ה"כוח העליון" שבחוזה. החוק המוצע שולח, למעשה, את ידו של השלטון לכיסו של אחד מבין הצדדים לחוזה ומעביר ממנו, לאחר מעשה, כסף לכיסו של צד שני. משמעות השינוי היא, שאם, למשל, בעל אולם אחד הציע ללקוחותיו דמי ביטול נמוכים (ותמחר זאת בנפרד במסגרת שיקוליו) ואילו בעל אולם אחר הציע דמי ביטול גבוהים (בתמחר שונה) – החוק המוצע יבטל את ההבדלים ביניהם ויעניק ללקוחות של שניהם אותו החזר. ואילו אם, בדוגמא נוספת, בעל אולם אחד הציע ללקוחותיו "לרכוש ביטוח", כלומר, לשלם מעט יותר תמורת זכות ביטול והשבה מלאה, הוא יהיה מחויב לתת כעת את הביטוח הזה ללא תמורה לכל לקוחותיו הקודמים.

אברהם נאמן

משרד עורכי-דין ונוטריון
ABRAHAM NEEMAN
LAW OFFICES & NOTARY

-20-

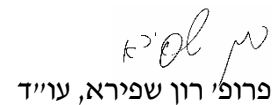
הצעה כזאת מנוגדת לחופש הקניין ולחופש החוזים, פוגעת ביכולת לנהל חיי מסחר תקינים ובערכים של וודאות משפטית ויציבות, שבלעדיהם לא ניתן להפעיל משק בשיטה של שוק חפשי. המחוקק נכשל בבחינת חלופות להצעה זאת, הפוגעות פחות באינטרסים של וודאות ויציבות מסחרית. חלופות אלה עשויות להתבסס על סיוע ישיר למזמיני האירועים שבוטלו או על סיוע לוגיסטי ומשפטי בבירור תביעות (כגון, הקמת מנגנון בוררות יעיל, מתן פטור מאגרת בית משפט, תעדוף בירורם שלתיקים הנוגעים בבעיה זאת, מתן יעוץ משפטי חינם וכיו"ב).

יש לקוות כי חברי הכנסת יבחנו את הנושא היטב מכל היבטיו, וימנעו מפגיעה בלתי מידתית ובלתי מוצדקת בבעלי האולמות, עובדיהם וספקיהם, וחשוב מאלה – בעקרונות הוודאות המסחרית, המשפיעים על כלל המשק הישראלי. למצער, יש לקוות כי הצעת החוק תתוקן כך שלא תחול באופן רטרואקטיבי אלא תהווה סעיף קוגנטי בחוזים עתידיים, אשר עתידים להיחתם אחרי קבלת החוק וכל עוד נגיף הקורונה מוסיף להשפיע על חיי המסחר במדינה. זאת, ברוח הדברים בבג"צ 3734/11 חיים דודיאן ואח'י נ' כנסת ישראל, תק-על 2012(3), 6475 שעסק בהגדלת המיסוי על רווחי גז. באותו מקרה נקבע, כי שינוי משטר המיסוי הוא פרוספקטיבי מכיוון שהוא חל מיום חקיקת החוק ואילך ואילו הפגיעה בצפיות המשקיעים להתנהל לפי משטר המס שהיה קיים בעת חתימת ההסכמים איננה ענין של רטרואקטיביות. כך גם במקרה זה: שוכרי אולמות ובעליהם אינם רשאים לסמוך על כך שדיני החוזים לא ישתנו. ככל שהמחוקק מבקש לעשות זאת, ייטיב לעשות אם יחיל את השינוי באופן פרוספקטיבי ויאפשר לשוק להתאים את ציפיותיו ולהקצות את הסיכונים בין הצדדים בהתאם לשינוי.

שינוי כללי המשחק במהלך המשחק חותר תחת יסודות השוק החופשי, והוא הרסני לכל פעילות של ייצור ומסחר. תקוותנו היא שהכנסת תשכיל לפעול על סמך כללי פעולה בעלי תחולה רחבה, שהם הבסיס להגינות שלטונית.

בכבוד רב,


ד"ר רון שפירא-אטינגר, עו"ד


פרופ' רון שפירא, עו"ד