

כבוד האדם ותרופתו

מאת

רון פוליאק*

הטענה המרכזית במאמר היא כי בנסיבות מסוימות יש טעמים טובים להכיר בעילת תביעה פסיקתית במסגרת ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקתיות החוק שעל בסיסו התבצעה פגיעה שלטונית שלא כדין בפרט. היעדרה של עילת תביעה במשפט הפרטי בגין פגיעה שלטונית כזו איננה שוללת את העובדה שנגרמה פגיעה בזכות חוקתית של הפרט המחייבת סעד חוקתי. בבסיס טענה זו מצוי רעיון "הזכות לסעד". הגשמת הזכות לסעד נעשית בשלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית, שבגדרו קיים מתחם של תרופה חוקתית הולמת. כאשר המענה שמעניקה השיטה המשפטית לפגיעה נופל ממתחם זה, ובחינת התשתית הנורמטיבית מלמדת על מחדל של הרשות המחוקקת בהענקת המענה הדרוש, יש הצדקה להכרה בעילת תביעה פסיקתית כסעד חוקתי המכוון לפרט לצד סעדים חוקתיים אחרים המכוונים לרשות המחוקקת או לרשות המבצעת, אשר ניתנים אף הם בשלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית.

א. הקדמה: הצורך במודל חדש של סעד חוקתי כספי. ב. הלכת ישועה ומשמעותה.
ג. המהלך התאורטי: זכות לסעד. 1. ההצדקה הרעיונית ותכלית הסעד החוקתי הכספי;
2. יישום ההצדקה הרעיונית. ד. המהלך הפוזיטיבי: חסר בהגנה ראויה לזכות החוקתית.
1. הדין התת-חוקתי אינו שולל הכרה בעילת תביעה פסיקתית כסעד חוקתי; 2. מודל מעשי להגשמת סעד חוקתי כספי. ה. דיון ביקורתי. 1. המישור התאורטי; 2. המישור המעשי.
ו. סיכום.

א. הקדמה: הצורך במודל חדש של סעד חוקתי כספי

היש להכיר בעילת תביעה יציר הפסיקה בגין הפרה שלטונית של זכות חוקתית כסעד חוקתי משלים לסעד של בטלות החקיקה? שאלה זו, אשר העסיקה את המשפט הישראלי מאז המהפכה החוקתית,¹ עלתה לאחרונה לדיון בפני הרכב מורחב בבית המשפט העליון. בהלכת ישועה נפסק כי אין לשלול הכרה כזו, אך הבסיס הרעיוני שלה נותר בצריך עיון.² במאמר זה אציע הצדקה רעיונית למהלך זה כחלק מן השלב השלישי של ביקורת שיפוטית

* ד"ר למשפטים, זוכה פרס גורני לחוקר צעיר בתחום המשפט הציבורי של העמותה למשפט ציבורי בישראל (2015). בעת כתיבת המאמר עמית-מחקר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לפרופ' אהרן ברק ולפרופ' ברק מדינה על הערות מועילות ועל שיחות מרתקות בשלבים השונים של כתיבת המאמר וכן לעורכי כתב העת משפטים על תרומתם למודל המוצע.

1 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 791 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

2 ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע (פורסם בנבו, 18.6.2014).

חוקתית על חוקתיות החוק שעל בסיסו בוצעה הפגיעה בפרט.³ כשם שיש להבחין בין שלב הגדרת הזכות החוקתית (השלב הראשון) לבין שלב קביעת הפרתה לפי תנאי פסקת ההגבלה (השלב השני), יש להבחין בין שני שלבים אלה לבין שלב הסעד. הטענה היא כי ההכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה אפשרית כתרופה חוקתית. בכך מבקש המאמר לתרום לספרות בעניין תרופות חוקתיות, אשר נטתה להתמקד עד כה בסעדים המכוונים למחוקק⁴ אך לא דווקא לפרט הנפגע. העיסוק בסוגיה זו בישראל התרכז בעיקר בהקשרים של ציווי או בטלות יחסית באשר לחקיקה⁵ וכן בהקשרים פרשניים של קריאה לתוך החוק.⁶ תרופות חוקתיות אלה מכוונות אל החוק עצמו, אל המחוקק או אל הרשות המבצעת אך לא דווקא אל הפרט שזכותו נפגעה שלא כדין. התרופות החוקתיות בישראל עדיין מצויות בשלבי התפתחות, וטרם התגבשה מסגרת רעיונית לפסיקתן.⁷ במאמר זה אינני מתיימר לערוך סקירה פרטנית של מגוון הסעדים החוקתיים הקיימים או הראויים בישראל.⁸ הטענה ממוקדת רק בנורמה הראויה לגיבוש תרופות חוקתיות המכוונות לפרט. אטען כי הלכת ישועה – לפי הפרשנות שאציע לה – מעמידה לראשונה מסגרת רעיונית לעיצוב תרופות חוקתיות המכוונות לפרט. על בסיס הלכה תקדימית זו, הקובעת עיקרון שלפיו יש להימנע ממצב שבו אדם שזכותו החוקתית הופרה יוותר נטול סעדים, אבקש לאפיין רעיון של "הזכות לסעד" כקונספציה מאחדת לתרופות החוקתיות המכוונות לפרט.

לפי רעיון הזכות לסעד, כאשר בג"ץ עורך ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומגיע למסקנה כי החוק כולו או חלקו הוא לא חוקתי, הוא מוסמך בשלב הסעד החוקתי להעניק תרופה חוקתית המכוונת לטובת הפרט. אפשר לתת תרופה זו במצטבר עם תרופות אחרות המכוונות ליעדים אחרים. לפיכך רשאי בית המשפט לקבוע כי הוראה מסוימת בחוק (כגון הוראת ייחוד העילה לפיצוי מפוני ההתנתקות) היא לא חוקתית ובטלה וללוות קביעה זו, המכוונת למחוקק, בקביעת תרופה חוקתית בדמות הכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה לפיצוי הולם מעל ומעבר לחוק. קביעה כזו מותנית בהערכה של בג"ץ שנעשית בגדרי הביקורת השיפוטית החוקתית, ושלפיה הפגיעה שלא כדין בפרט שנעשתה על בסיס החוק הלא חוקתי (ולו בחלקו) מקימה פגיעה עצמאית ונפרדת בזכות לסעד של הפרט. במקרה כזה, כך אטען, ניתן לדבר על "מתחם" של תרופה חוקתית הולמת לתיקון הפגיעה שלא כדין בפרט. אם המענה שהשיטה מעניקה לפגיעה זו נופל ממתחם התרופה החוקתית ההולמת,

- 3 להבחנה בין שלושת השלבים של ביקורת שיפוטית חוקתית ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 342–340 (2004).
- 4 עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 435, 433 (1998).
- 5 יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).
- 6 בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס' 36 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 18.9.2014).
- 7 אריאל בנדור "המעמד החוקתי של זכויות נפגעי עברה" עיוני משפט לו 605 (2015) (עיינו בה"ש 21: "הסעדים על הפרת חוקייסוד מצויים עדיין בשלבי התפתחות, ולעת הזאת טרם התגבשה בישראל תורה מלאה של סעדים חוקתיים").
- 8 ראו גרוס, לעיל ה"ש 4 (התמקדות בתרופות "שפעולתן מופנית כנגד המחוקק"); לירון דוד "החיפוש אחר 'סעדים חברתיים' מעשי משפט ד 109, 110, 122 (2011) (התמקדות בתרופות בויקה לפגיעה בזכויות חברתיות).

רשאי בג"ץ לקבוע סעד חוקתי בדמות הכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה שמטרתה להשלים את ההגנה הניתנת לפרט כדי שתעמוד ברמת הסף של המתחם האמור כחלק מסמכותו הרחבה של בג"ץ לפסוק סעד מן הצדק. מדובר בהכרה בעילת תביעה שיש לה מעמד חוקתי, והיא אינה מותנית בהכרה חקיקתית.

רעיון הזכות לסעד, אשר מכיר בהצדקות ייחודיות להכרה בעילת תביעה כתרופה חוקתית, עולה בקנה אחד עם הזרם אשר מבקש לחדד את ייחודיותו של המשפט הציבורי למול המשפט הפרטי.⁹ בדרך זו מציע המאמר חלופה לתיעול הדיון בשאלה שהוצגה בפתח הדברים לדוקטרינת העוולות החוקתיות,¹⁰ אשר מניחה גבול מטושטש בין המשפט הציבורי לפרטי¹¹ ורותמת את המסגרת הרעיונית של דיני הנזיקין להסדרת הסוגיה.¹² לפיכך היא שוללת הכרה בעילות חדשות יציר הפסיקה ומחייבת עיגון סטטוטורי לתביעה אישית אשר מתועלת להתדיינות אזרחית.¹³ בספרות קיים דיון מתמשך בטעמים השונים לתמיכה¹⁴ בדוקטרינה זו או להתנגדות לה.¹⁵ המאמר הנוכחי אינו עוסק בה במישרין כיוון שהוא מבקש לבחון את שאלת ההכרה בעילה פסיקתית בכלים של המשפט החוקתי.

מדוע עד כה טרם פותח מודל כזה, המבוסס על זכות לפיצוי מן המשפט החוקתי? ניתן לטעון כי מודל כזה לא פותח בשל היעדר צורך בו: כאשר בית המשפט מבטל חוק לא חוקתי, הוא מפסיק את הפגיעה בפרט. אולם תשובה זו אינה מדויקת. סעד בטלות החקיקה אינו מספק מענה בשלושה מצבים עיקריים:

מצב 1: הגישה המקובלת בבית המשפט העליון היא כי סעד בטלות החקיקה מחייב קביעה משלימה בדבר תחולתה של הכרזת הבטלות (רטוראקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית).¹⁶ כאשר הכרזת הבטלות היא פרוספקטיבית, היא אינה פועלת למפרע

9 יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים 17 ו (2011). בניגוד למוצע במאמר הנוכחי, השופט עמית נטה במאמרו לגזור מחידוד ההבחנה בין התחומים דווקא צמצום של פוטנציאל ההכרה בעילות תביעה ישירות מן המשפט החוקתי. לגישה שונה הנוטה להדגיש את החפיפה בין התחומים ראו דפנה ברק-ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה 95 (1999).

10 דפנה ברק-ארו עוולות חוקתיות (1993).

11 דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך א 434-435 (2010).

12 בפסיקה מקובל לאפיין את דוקטרינת העוולות החוקתיות כחלק מן המשפט הפרטי. ראו למשל בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה פ"ד (2) 530, פס' לד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (2011).

13 ראו ברק-ארו עוולות חוקתיות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 175-178; דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך ג – משפט מנהלי כלכלי 415 (2013) (להלן: ברק-ארו כלכלי) ("דרך המלך ליישום הרעיון של עילת תביעה מיוחדת מן המשפט הציבורי במקרה של פגיעה בזכויות על-ידי השלטון צריכה להיות מבוססת על חקיקה שתכיר בה").

14 דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 133 (2006) (אפיון היעדרה של הלכה מנחה התומכת בדוקטרינת העוולות החוקתיות כ"תוצאה מאכזבת"). לתמיכה בדוקטרינה זו ולהצעות לפיתוחה בגדרי דיני הנזיקין בין היתר בשימוש במתודות פמיניסטיות ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 150, 171, 178 (2006).

15 אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012).

16 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202, 350 (2006) (להלן: עניין עדאלה נ' שר הפנים).

באשר לעותר. הסעד מפסיק את הפגיעה העתידית אך אינו נותן מענה לפגיעה הלא חוקתית בפרט כפי שהתרחשה בעבר ועד תחולתה של הכרזת הבטלות. פגיעה זו אינה זוכה למענה באמצעות סעד בטלות החוק.

מצב 2: כאשר בית המשפט קובע את מועד תחילתה של הכרזת הבטלות ומורה על השעיית תחילתה (במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית), שאלת דין זכויותיהם של בעלי הזכות הנפגעת בתקופת ההשעיה מחייבת התייחסות נפרדת. בית המשפט יכול לקבוע כי החוק יתבטל מיום חקיקתו (תחולה רטרואקטיבית), ועם זאת להוסיף כי תוצאה זו תושעה עד למועד מסוים.¹⁷ במקרה כזה הציפייה היא כי בתוך תקופת ההשעיה יחוקק חוק חדש. אך אם לא נחקק חוק כזה, ואם כן נחקק חוק כזה, אך הוא אינו מכסה את תקופת הביניים שבין מתן פסק הדין לבין כניסתו של החוק החדש לתוקף, הפגיעה שלא כדין שנגרמה בעבר או בתקופת ההשעיה מהחוק שבוטל, בהתאמה, אינה זוכה למענה.

מצב 3: גם כאשר מדלגים מעל משוכות אלה, וניתן מענה לפגיעה בעותר הספציפי, בהליך המשפטי שבו ניתן הסעד של בטלות החוק לא נדון עניינם של נפגעים דומים שלא עתרו לבית המשפט. הפגיעה בהם אינה זוכה למענה בגדרי ההליך החוקתי. במקרים רבים היא גם אינה זוכה למענה בגדרי המשפט הפרטי. זה המצב כאשר דיני הנזיקין אינם מכירים בקיומה של חובת זהירות, ולא הוכח אשם בהתנהלות הרשות השלטונית על בסיס החוק שבוטל. ודאי כך הדבר כאשר בטלות החוק היא פרוספקטיבית, כי אז בכל התקופה שקדמה לכך יכולה הרשות להסתמך על חזקת החוקתיות.

בכל אחד מהמצבים הטיפוסיים האלה יש משמעות מעשית לעילה חדשה המבוססת על עצם הפגיעה בזכות החוקתית. מקרה מבחן המדגים את הצורך במודל המוצע נוגע לעניינם של מפוני תוכנית ההתנתקות. השתלשלות העניינים בפרשה זו מלמדת עד כמה סעד של בטלות חוק איננו מספק כאשר אין הוא מושלם בסעד של פיצוי הפרט הנפגע. בפרשת **חוף עזה**¹⁸ ביטל בית המשפט העליון כמה הוראות בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, ובהן הוראת ייחוד העילה שקבעה בלבדיות להסדר הפיצוי הקבוע בחוק עצמו.¹⁹ ביטול הוראת ייחוד העילה הוא סעד של בטלות. בית המשפט לא קבע סעד חוקתי משלים של פיצוי. בית המשפט קבע כי הסדר הפיצוי הקבוע בחוק – שאותו הגדיר "תרופת פיצויים" שנועדה לתת מענה כספי לפגיעה הקשה במפונים²⁰ – עלול להעניק במקרים מסוימים פיצוי חסר.²¹ חרף קביעה זו לא הכיר בית המשפט העליון בסעד חוקתי של פיצוי משלים אלא הסתפק בהפניית הנפגעים לעילות הקיימות בדין הכללי לצורך השלמת הפיצוי.²² במצב עניינים זה הפגיעה בחלק מהמפונים – אלה שבעניינם היה הפיצוי

17 בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 323 (2003).

18 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

19 שם, בעמ' 621.

20 שם, בעמ' 582.

21 שם, בעמ' 618–619 ("הסדר שיאפשר פנייה לדין הכללי יביא את הפגיעה בזכויות הישראלים המפונים לרמה ראויה מבחינת אפשרויות הפיצוי שלהם [...] המודל [...] שעליו מבוסס הפיצוי בחוק, הבנוי על היבטים סטנדרטיים ועל היבטים אינדיווידואליים, עשוי במקרים מסוימים להביא לפיצוי שנופל מהפיצוי ההוגן והראוי הנדרש על-פי אמות מידה חוקתיות").

22 שם, בעמ' 621 ("האפשרות להשלמתו של פיצוי-חסר באמצעות הדין הכללי").

הסטטוטורי בבחינת פיצוי חסר – לא זכתה למענה בפסק הדין. על פי הטיפולוגיה לעיל, הפגיעה נותרה על כנה בחלק מהעותרים (מצב 1) ובדומיהם (מצב 3). כל אלה נדרשו לתבוע את הפיצוי לאחר מתן פסק הדין באמצעות פנייה פרטנית לוועדות הזכאות הסטטוטוריות²³ ולערכאות.²⁴

כיום ניתן לומר כי לא היה בסעד החוקתי שניתן באותה פרשה כדי לתת מענה הולם לנפגעי ההתנתקות. ייתכן שבית המשפט העליון ציפה לפיתוח עילה חדשה בערכאות הדיוניות, כדי הסעד החוקתי "יצמח מלמטה", אך ציפייה זו נכזבה. ועדת החקירה הממלכתית שבחנה את הטיפול המדינתי במפונים²⁵ קבעה בשנת 2010 כי גם בחלוף חמש שנים מאז ביצוע התוכנית טרם הושלם הטיפול בחלק מהתביעות.²⁶ לגישת הוועדה, ההשלמה הנדרשת לפיצוי החוקתי הייתה צריכה להינתן למפונים הנפגעים מייד וללא תנאים.²⁷ על רקע זה ולפי ממצאים נוספים קבעה הוועדה כי "מדינת ישראל כשלה בטיפול במפונים. חמש שנים לאחר הפינוי ומבחן התוצאה חושף תמונה עגומה ביותר [...] יש שעדיין מתדיינים בערכאות השונות מול המדינה באשר לגובה הפיצוי [...] מלאכת שיקומם של המפונים רחוקה מסיומה".²⁸ תביעות שמקורן בתוכנית ההתנתקות ממשיכות להעסיק את הרשות השופטת עד עצם היום הזה.²⁹

לגישתי היה ניתן למנוע חלק מקשיים אלה אילו היה בית המשפט הולך צעד נוסף וקובע לצד הסעד החוקתי של בטלות החוק סעד חוקתי של הכרה בעילת תביעה חדשה של פיצוי חוקתי שאינו מותנה בהוראות הדין הכללי. בשל היעדר הכרעה כזו נותרה השאלה במשך כעשור תלויה ועומדת בדיונים בוועדות הזכאות ובערכאות השונות ללא מתן מענה הולם לפגיעה במפונים. זאת, עד לפסק הדין בעניין ישועה, שעסק בשאלה העקרונית המשותפת להליכים הרבים שהתנהלו בערכאות הדיוניות, ואף הוא, כפי שאטען מייד, אינו סוף פסוק בסוגיה. אומנם הכרה עקרונית בסעד חוקתי כספי אינה מייתרת התדיינות קונקרטי של הנפגעים, אך הכרה עקרונית כזו בעילת תביעה חדשה, המלווה בפסיקת קווי מתאר לגבולותיה, הייתה יכולה לייתר מחלוקות משפטיות תאורטיות ולמקד את ההתדיינות בערכאות הדיוניות במישור העובדתי, ובכך לקצר את מתן המענה ההולם לפגיעה בפרט. השתלשלות הטיפול במפוני ההתנתקות מספקת לנו אפוא דוגמה כואבת לצורך המעשי באימוץ המודל המוצע במאמר זה. יודגש כי הצורך המעשי דוחק עוד יותר במקרה שבו

23 מנגנון ועדות הזכאות מתווה את ההליך לקבלת פיצויים למי שקיבל, עקרונית, את הסדר הפיצויים שבחוק, ראו שם, בעמ' 582.

24 למי שלא קיבל, עקרונית, את הסדר הפיצויים שבחוק ותבע על בסיס עילה מחוץ לחוק. ראו שם, בעמ' 621.

25 ראו ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון דין וחשבון (בראשות המשנה לנשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) השופט אליהו מצא, 6.6.2010).

26 שם, בעמ' 328.

27 שם, בעמ' 419–420.

28 שם, בעמ' 466.

29 ראו לאחרונה ע"ם 1185/15 נתיב נ' הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005 (פורסם בנבו, 5.5.2016).

החוק הלא חוקתי מלכתחילה אינו כולל הסדרי פיצוי לפרט. תכליתה של עילה חדשה כזו היא לקרב את הנפגע מן החוק הלא חוקתי למצב שבו היה אילו לא נחקק חוק זה.³⁰ חשוב להוסיף כי המודל במאמר זה עוסק, בעיקרו, בסעד חוקתי של פיצוי בזיקה לבטלות חקיקה. אין מדובר בפיצוי בגין הפרה שלטונית של נורמות של המשפט המנהלי שבעניינן חלה הלכת הפיצויים בבג"ץ.³¹ הלכת הפיצויים בבג"ץ קדמה למהפכה החוקתית, ואין עניינה בסעדים חוקתיים, וודאי לא סעדים חוקתיים המשלימים סעד של בטלות חקיקה. כמו כן הפיצוי במודל המוצע איננו מבוסס על הלכת אדמה.³² גם הלכה זו, כידוע, קדמה למהפכה החוקתית, ואין עניינה בסעדים חוקתיים. יתרה מזאת: בסיסה העובדתי מלמד שהיא מעוגנת ביחסים שבין שני פרטים ולא ביחסים שבין הפרט לרשות השלטונית. הבסיס הרעיוני למודל המוצע במאמר זה מעוגן בחוקי היסוד בעניין זכויות האדם. מטרתו לפתח את השלב השלישי של הבחינה החוקתית. ההלכות הללו, שקדמו למהפכה החוקתית, עשויות לתמוך במודל המוצע, אך זה אינו תלוי בהן. המודל המוצע ייחודי להקשר של בטלות חקיקה. הוא לא נועד "לטפל" בהקשרים אחרים של פגיעה שלא כדין בפרט שיש בהם כדי להצדיק פיצוי של הפרט מטעמים אחרים.

עוד יש להבהיר כי לא תמיד יביא שיקול הדעת השיפוטי בשלב השלישי של הבחינה החוקתית לקביעה בדבר בטלות החוק. ייתכנו תרופות חוקתיות אחרות. גם בנוגע לתרופות אלה יש לבחון אם הן מביאות להפסקת הפגיעה בפרט, בדומה לטיפולוגיית המצבים שהצעת לעיל. ככל שהפגיעה בפרט נמשכת כיוון שהחוק לא בוטל, וככל שהפגיעה הנמשכת וכן הפגיעה שהתרחשה בעבר אינן זוכות למענה תרופתי הולם על פי אמת המידה שאציע במאמר זה, קיים צורך מעשי במודל של סעד חוקתי כספי לפיצוי הפרט הנפגע.

המאמר בנוי כך: תחילה אציג את הלכת ישועה כפתח לדיון התאורטי. לאחר מכן אבקש לבסס את רעיון הזכות לסעד לאור שני מהלכים: הראשון הוא מהלך תאורטי אשר מבקש לבסס קונספציה של זכות לסעד במשפט החוקתי; השני הוא מהלך פרשני שבא לפרש את ההסדרים הקיימים במשפט הפרטי כחסר הטעון השלמה ולא כהסדר שלילי. התוצר של מהלכים שלובים ומצטברים אלה מאפשר לגזור, בנסיבות מסוימות, ישירות מחוקי היסוד בעניין זכויות האדם עילת תביעה יציר הפסיקה כחלק מתורת התרופות של הביקורת השיפוטית החוקתית. ניתן לכנות תרופה חוקתית כזו "עוולה חוקתית ללא אשם", במובן זה שהיא אינה תלויה באמות המידה של דיני הנזיקין ובקיומה של רשלנות שלטונית. חשוב להדגיש שאין מדובר בתרופה בגין פגיעה כדין בפרט. התרופה החוקתית המוצעת מבוססת על הפרדיגמה המקובלת בדבר שלושה שלבים של ביקורת שיפוטית חוקתית, והיא מותנית בהוכחת פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית של הפרט. במסגרת הדיון במהלך הפרשני אתיחס לביקורת אפשרית נגד ההצעה להכיר בעילה חדשה, ביקורת התומכת ב"היצמדות" לחלופת העולות החוקתיות.

30 זוהי אמת המידה שנקבעה בעניין חוף עזה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 621 ("פגיעה זו תהא חוקתית אם היא תלויה בהסדר פיצויים מספק שיקרב את המפונים למצב שבו היו אילו לא הפינוי").

31 בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 96 (1982).

32 ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666 (1955).

ב. הלכת ישועה ומשמעותה

עד הלכת ישועה הסתייגה הפסיקה מן האפשרות להכיר בעילת תביעה ישירות מחוקי היסוד בעניין זכויות האדם. אומנם בעניין טננבוים³³ נפסק כי "הנטייה המסתמנת היא כי יש מקום להכיר בתרופה חוקתית עצמאית במקום שבו נפגעה זכות המעוגנת בחוקי היסוד", אך נטייה זו לא באה לידי מימוש, ובפסקי דין מאוחרים יותר התייצבה ההכרה הפסיקתית בדוקטרינת העוללות החוקתיות סביב פרשנות מרחיבה של עילות מוכרות קיימות במשפט הפרטי.³⁴ הסתייגות מפיתוח עולה חוקתית ישירות מן המשפט החוקתי נומקה בין היתר "בהתחשב בכך שטרם פותחו מנגנוני איזון דוגמת אלה שקיימים במסגרת דיני הנזיקין המסורתיים (דוגמת ההגנות השונות)"³⁵ כמו גם החשש מפני "פריצת גבולות רבתי בין דיני הנזיקין לדיני המשפט החוקתי".³⁶ בהיעדר רשלנות שלטונית הייתה התפיסה המקובלת עד הלכת ישועה כי הכרה בעילת תביעה חדשה היא "אתגר הניצב לפתחו של המחוקק",³⁷ לפי פסק בג"ץ בעבר כי "אין ספק שבית המשפט הגבוה לצדק לא ידון בטענות מתחום המשפט הפרטי".³⁸ פסיקה זו שיקפה מגמה "בדלנית" של הגנה על זכויות חוקתיות באמצעות כלים של המשפט הפרטי ולא באמצעות פיתוח של תורת סעדים חוקתיים המכוונים לטובת הפרט.

הלכת ישועה היא נקודת מפנה בעיסוק המשפט הישראלי בסוגיה זו.³⁹ החידוש בהלכת ישועה מצוי בהכרה באמת מידה למקרים שבהם תקום עילה חוקתית. בפרשה מוקדמת יותר – הלכת חוף עזה – הכיר בג"ץ באפשרות של מפוני תוכנית ההתנתקות לתבוע פיצוי נוסף מעל ומעבר לחוק יישום תוכנית ההתנתקות⁴⁰ מכוח עילות מוכרות "בדין הכללי".⁴¹ בעקבות הלכה זו פנו העותרים למדינה בבקשה לפיצוי מוגדל. בקשתם נדחתה, ובבית המשפט המחוזי, אשר ערך ביקורת שיפוטית על ההחלטה, נפסק כי אין עילה מוכרת בדין הכללי להגדלת הפיצוי. הלכת ישועה אישרה קביעה זו אך הותירה את הפתח להכרה בעילה חדשה יציר הפסיקה כאשר העילה הקיימת בדין הכללי מותירה את התובע "נטול סעדים".⁴² המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור, שכתבה את פסק הדין העיקרי, הייתה נכונה

- 33 ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 377, 383 (2003).
- 34 יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145, 159–162 (2008).
- 35 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (2012).
- 36 שם, פס' 72 לפסק דינו של השופט עמית.
- 37 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1207 (2012).
- 38 בג"ץ 5889/08 עזבון פורמן נ' קרן קיימת לישראל, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.10.2011).
- 39 עניין ישועה, לעיל ה"ש 2, פס' 20 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור ("השאלה אם ניתן להכיר בפגיעה בזכות חוקתית כפגיעה המקימה כשלעצמה עילה לפיצויים טרם הוכרעה במשפטנו").
- 40 חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005.
- 41 עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 744–745.
- 42 עניין ישועה, לעיל ה"ש 2, פס' 27 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור ("יצירת עילת תביעה חוקתית על-ידי הפסיקה נועדה, בדרך כלל, למקרים שבהם ללא פסיקת פיצויים מכוח עילה פסיקתית, ישאר הנפגע נטול סעדים [בדין מיוחד או בדין הכללי]").

להניח⁴³ כי עילת תביעה פסיקתית הייתה יכולה להיות מוצדקת אילו הוכיחו התובעים כי הסדרי הפיצויים בחוק יישום תוכנית ההתנתקות "לקויים מיסודם, במובן זה שהם נסמכים על עקרונות יסוד בלתי סבירים או שהם אינם מפצים בגין ראשי נזק שמן הראוי היה לפצות בגינם".⁴⁴ בנסיבות העניין דחה בית המשפט העליון את התביעה בקובעו כי אמת מידה זו לא הוכחה, שכן ההסדר הסטטוטורי העניק לתובעים פיצוי שהוא "ראוי והוגן".⁴⁵ בכך נקבעה לראשונה אמת מידה עקרונית חדשה הפותחת פתח להכרה בעילה פסיקתית יציר הפסיקה מקום שבו הדין מותיר את האדם שזכותו החוקתית נפגעה "נטול סעדים", או כאשר קיימת עילה בדין, אך אין בכוחה להביא לפיצוי שהוא "ראוי והוגן".⁴⁶ בעיני בית המשפט מצבים אלה עלולים להיחשב ל"כשל יסודי"⁴⁷ שבו לוקה ההסדר הקיים, אשר מצדיק התערבות שיפוטית בדמות הכרה בעילת תביעה פסיקתית.

חרף קביעה עקרונית ותקדימית זו, הקובעת אמת מידה חדשה למקרים שבהם תקום עילה חוקתית, לא הרחיב בית המשפט בשאלת הבסיס הרעיוני לאמת המידה האמורה, שכן בנסיבות העניין נדחתה כאמור התביעה הנקודתית להכיר בעילה חדשה יציר הפסיקה. מהו אפוא הבסיס הרעיוני להכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה? יש להבין את אמת המידה העקרונית שנקבעה בהלכת ישועה כמכוונת לרעיון של זכות לסעד כחלק מתורה של תרופות חוקתיות. מהלך תאורטי זה מבצבץ מבין דפי הלכת ישועה, אך אין הוא זוכה לדיון מפורש בו. לביסוס המהלך התאורטי יוקדש החלק הבא במאמר.

ג. המהלך התאורטי: זכות לסעד

1. ההצדקה הרעיונית ותכלית הסעד החוקתי הכספי

תכלית חשובה של ביקורת שיפוטית חוקתית, על כל שלביה, היא הגנה על זכויות חוקתיות של פרטים.⁴⁸ זוהי אחת התכליות של המהפכה החוקתית בישראל⁴⁹ ושל דיני זכויות האדם

43 שם, פס' 26 ו-27 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.

44 שם, פס' 32 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.

45 שם, פס' 59 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.

46 אמת המידה של "ראוי והוגן" מוכרת בקנדה על בסיס Candian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, C 24(1): "Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances." ליישום אמת מידה זו (and "appropriate") נelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170, 196 (Can.); או: just" בפסיקת בית המשפט העליון בקנדה ראו: Vancouver (City) v. Ward, [2010] 2 S.C.R. 28 (Can.).

47 עניין ישועה, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.

48 TOM CORNFORD, TOWARDS A PUBLIC LAW OF TORT 17 (2008); גרשון גונטובניק "זכויות

חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים טו 57, 66-67 (2013).

49 אהרן ברק "המהפכה החוקתית" מבחר כתבים כרך א 349, 350-351 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

במשפט הבין-לאומי בכלל.⁵⁰ בישראל ההגנה על זכויות חוקתיות נעשית בין היתר באמצעות עקרון המידתיות בשלב השני של הבחינה החוקתית, וכידוע במשפט הישראלי קיים בו עיסוק נרחב.⁵¹ התזה המוצעת עוסקת בהגנה על זכויות חוקתיות באמצעות השלב השלישי של הבחינה החוקתית – שלב הסעד החוקתי. בשלב זה כבר נקבע כי הפגיעה בפרט היא לא מידתית, קרי שלא כדין. שלב זה מעורר את שאלת התרופה החוקתית בגין הפגיעה שלא כדין. הכרה בעילת תביעה של הפרט לתיקון הפגיעה בו עשויה להיחשב לתרופה חוקתית.⁵² הכרה בעילה כזו איננה חלק מיישום עקרון המידתיות, שכן היא לא נועדה להפוך את הפגיעה בפרט למידתית. היא לא נועדה לשמש הצדקה או "הכשרה" לפעולה הבלתי חוקתית.⁵³ היא סעד חוקתי לתיקון הפגיעה החוקתית שלא כדין בפרט.⁵⁴ כיצד תרופה שכזו משתלבת בפרדיגמה המקובלת של סעדים חוקתיים בישראל?

רעיון "ילך הסעד אחר הזכות", אשר מוכר בשיטות של משפט מקובל,⁵⁵ נחשב לבסיס הרעיוני של תורת התרופות החוקתיות בישראל.⁵⁶ השאלה היא כמובן מהי הדרך הנאותה

DINAH L. SHELTON, *ADVANCED INTRODUCTION TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW* 1, 50
121 (2014); Jason N.E. Varuhas, *The Public Interest Conception of Public Law: Its Procedural Origins and Substantive Implications*, in *PUBLIC LAW ADJUDICATION IN COMMON LAW SYSTEMS: PROCESS AND SUBSTANCE* 26 (John Bell et al. eds., 2016) (להלן: "[T]he function of human rights law [...] is concerned to ensure the (Varuhas, *Public Law* (strong protection of individual interests").

51 אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* (2010).
52 John C. Jeffries, *Compensation for Constitutional Torts: Reflections on the Significance of Fault*, 88 MICH. L. REV. 82, 90 (1989) ("A right without a remedy is, if not meaningless, at least incomplete [...] Possible remedies include criminal prosecution, declaratory or injunctive relief, administrative discipline, and civil fines, as well as compensatory damages"); Alfred Hill, *Constitutional Remedies*, 69 COLUM. L. REV. 1109, 1149 (1969) ("[T]here may be constitutional entitlement to a particular remedy for redress of a particular constitutional wrong if general authority to grant such remedies (for example, injunctions, damages) exists under the law constituting the court (federal or state); and [...] there is no reason to believe that, as a general proposition, certain remedies or classes of remedies do not qualify for such constitutional entitlement"); LISA TORTELL, *MONETARY REMEDIES FOR BREACH OF HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY* 167 (2006) ("once it has been established that a right has been breached, the monetary remedy is considered as one of a number of remedial options")

53 אי לכך הכרה בעילת תביעה פסיקתית על פי המודל המוצע ברשימה זו אינה חשופה לחשש שמא הפיצוי שיינתן בעקבות הוכחת עילת תביעה כזו יעניק לגיטימציה להחלטה שלטונית שהיא בבסיסה החלטה שלטונית שלא כדין. לחשש זה ראו ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 395.

54 John C.P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 YALE L.J. 524, 593 n. 359 (2005)

55 ROBERT E. RODES Jr., *CLASSIC PROBLEMS OF JURISPRUDENCE* 94 (2005) ("the maxim *ubi jus ibi remedium* [is] among the principles of Anglo-American law")

56 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 725; גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 436. רעיון זה קיים גם בבסיס דיני התרופות של המשפט הפרטי (נילי כהן "תרופות בשלב הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 57, 78 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)). ככלל דיני התרופות של המשפט הפרטי חלים כידוע גם על המדינה (לתחולה זו ולקשייה ראו יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס

להגשים רעיון זה. שלא כתרופות חוקתיות המכוונות למחוקק, כגון ביטול החוק או קריאה לתוך החוק, בכל הנוגע לשאלת תיקון נזקו של הפרט עסקה השיטה הישראלית בהגשמת הרעיון באמצעות הדוקטרינה של "עוולה חוקתית", אשר משתמשת בדיני הנזיקין לצורך הגשמת ההגנה על זכויות חוקתיות. דרך זו מבטאת תפיסה של דואליות נורמטיבית אשר אינה מבחינה בבירור בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי. הזכות מוכרת במשפט החוקתי, אך הפיצוי כסעד נקבע במונחים של צדק מתקן האופייניים לשיח התרופתי של המשפט הפרטי.⁵⁷ דיני התרופות של המשפט הפרטי אינם מחייבים קיומה של פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית דווקא, והם לא עוצבו סביב רעיון הזכות החוקתית.⁵⁸ לידתם בצורך להסדיר את מערכות היחסים בין פרטים ולא דווקא את התרופה ההולמת לפרט אל מול השלטון.⁵⁹ לכן הם מבוססים על עיקרון בין-אישי של אשם.⁶⁰ בשיטה הישראלית וכן בארצות הברית⁶¹ קיים דיון מתמשך בדוקטרינת העוולות החוקתיות מבוססות-האשם. כאמור, הרשימה אינה עוסקת בסוגיה זו במישרין. התזה המוצעת עוסקת ברובד שניתן לכנותו רובד משלים לדוקטרינה זו, הוא הרובד של תרופות חוקתיות. השאלה היא אם יש הצדקה להכיר בעילת תביעה בגין פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית גם כאשר זו אינה עולה כדי עילה מוכרת במשפט הפרטי כפי שמתחייב מדוקטרינת העוולות החוקתיות.

אבקש לבחון שאלה זו מנקודת מבט שהיא "פנימית" למשפט החוקתי. נקודת מבט זו אינה מחויבת לתובנות של גישת הדואליות הנורמטיבית, לרבות השאיפה ל"קוהרנטיות של שלמות"⁶² בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי. לכן התשובה איננה תלויה בקיומה של עילת תביעה מוכרת במשפט הפרטי. עילת התביעה שבה עוסק המאמר הנוכחי עניינה פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית בנסיבות שבהן לא קמה עילת תביעה מוכרת במשפט הפרטי. השאלה שאני מבקש לבחון היא אם ניתן להכיר בעילת תביעה כזו, ביצירה

האזרחי" משפט ועסקים ה' 347, 371–378 (2006). ואולם, השיקולים החלים בדיני התרופות של המשפט הפרטי אינם זהים לשיקולים החלים בדיני התרופות של המשפט החוקתי, בין היתר בהתחשב בכך שעוצמת ה"זכות" במשפט הפרטי מוכרעת בראש ובראשונה על ידי הצדדים, שרשאים להתנות על התרופות (כהן, שם, בעמ' 70; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד' 612 (2011)).

57 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז' 469, 511 (2005); Tortell, לעיל ה"ש 52, בעמ' 169–170.

58 Hanoch Dagan, *Remedies, Rights, and Properties*, 4 J. TORT L. 1, 10–14 (2011)

59 Jenny Steele, *Damages in Tort and Under the Human Rights Act: Remedial or Functional Separation?*, 67 CAMBRIDGE. L.J. 606, 616–617 (2008)

60 Stephen R. Perry, *Loss, Agency, and Responsibility for Outcomes: Three Conceptions of Corrective Justice*, in TORT THEORY 24, 40 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., 1993).

61 Gene R. Nichol, *Bivens, Chilicky, and Constitutional Damages Claims*, 75 VA. L. REV. 1117 (1989).

62 למושג זה ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 48, בעמ' 70. לגישתו הציפיה ל"קוהרנטיות של שלמות" בין ענפי המשפט הציבורי והפרטי אינה ריאלית בחברה הישראלית, שלעת הזו אין בה קונסנווס ממשי בדבר ערכי היסוד של החברה (שם, בעמ' 77–78), וכי על רקע זה מתאימה לחברה הישראלית התפיסה של "קוהרנטיות של שלום" (שם, בעמ' 78–81) מבוססת פשרות ואיזונים שתוצאתה, בין היתר, שוני בתוצאות המשפטיות המתקבלות בכל ענף משפטי (שם, בעמ' 91).

שיפוטית, כחלק אינטגרלי מן השלב השלישי של ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקתיות החוק.⁶³

במענה לשאלה זו חשוב להקדים ולומר כי במישור סמכות השיפוט סעד כזה אינו מעורר קושי. הסעד החוקתי המוצע נתון לסמכות בג"ץ כחלק מסמכותו הרחבה לפסוק סעדים חוקתיים⁶⁴ בעתירות החוקתיות המוגשות לפניו.⁶⁵ הפעלת הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בבג"ץ – במתודולוגיה שהוכרה במהפכה החוקתית⁶⁶ – מכוונת את הסעד החוקתי לרוב אל הנורמה הכללית הלא חוקתית, בין שהיא קבועה בחקיקה ראשית ובין בחקיקת משנה.⁶⁷ כאשר נבחנת החוקתיות של חקיקה ראשית, ולאחר שנקבע כי נפל בה פגם חוקתי, מכוון הסעד החוקתי כלפי החוק: בטלות החוק שהיא לעיתים מושעית⁶⁸ או "קריאה לתוך

63 המאמר הנוכחי אינו עוסק בביקורת שיפוטית מנהלית על החלטות של הרשות המבצעת. עילה "מנהלית" בזיקה לפגיעה שלא כדין בפרט אינה תלויה בקביעה כי זכות חוקתית נפגעה. בגדרי התדיינות מנהלית אפשר שתעלה טענה כי הפעלת הסמכות – מכוח חוקתי או כזה שחוקתיותו טרם בשלה להכרעה – נעשתה בניסיונות מסוימות באופן הפוגע בפרט שלא כדין (קרי קיימת עילת ביקורת שיפוטית מנהלית). טענה כזו עשויה לבסס הצדקה לסעד של ציווי או פיצוי, אך זאת מטעמים אחרים, שדיון בהם חורג ממסגרת רשימה זו.

64 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 163 (מהדורה שישית, 2005). ("סמכויות השיפוט [של בג"ץ] אינן מוגבלות למעשה, וכך גם הסעדים שהוא רואה עצמו מוסמך להעניק").

65 רוב רובן של הטענות בדבר אי-חוקתיות החוק מתבררות בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף החוק" ספר אליהו מצא 167, 168, ה"ש 3 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015). המאמר אינו עוסק בפסיקת סעדים חוקתיים בערכאות דיוניות. שיקולים מוסדיים וכן השוני באופן התקיפה (עקיפה ולא ישירה), עשויים להצדיק ריסון במימוש סמכותן של הערכאות הדיוניות לפסוק סעדים כאלה. דיון מפורט בסוגיה זו חורג ממסגרת המאמר. אתייחס לכך בקצרה בהמשך המאמר, בחלק הדן בהקשרים יישומיים של המודל המוצע (סביב ה"ש 204 ואילך).

66 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 340–342.

67 אני מבחין כאן בין הביקורת השיפוטית החוקתית בבג"ץ לבין הביקורת השיפוטית המנהלית בבג"ץ ובבתי המשפט לעניינים מנהליים אשר מכוונת לתקיפת פעולות, החלטות או מחלטים של הרשות המבצעת על פי עילות הביקורת הנהוגות במשפט המנהלי (ראו לעיל ה"ש 48). כיוון שלהתדיינות המנהלית יש לרוב צד קונקרטי מובהק, בהינתן החלטה או פעולה מסוימת של הרשות המבצעת שאותה תוקף העותר, ניתן בפסיקה ביטוי מפורש – אך לא נפוץ – לסעדים המכוונים לטובת העותר (למשל בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (2006)). הנטייה היא ללוות את הקביעה בדבר אי-החוקיות שנפלה בהחלטה השלטונית בהפניית העותר להתדיינות נפרדת בערכאות הדיוניות על בסיס עילות תביעה במשפט הפרטי מבלי להכריע בקיומה של עילת תביעה "מנהלית" כחלק ממסגרת הסעדים של המשפט המנהלי (למשל בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2010)).

68 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 417 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 671 (2002); עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 18, פס' 474 לפסק הדין של דעת הרוב; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה נ' שר הביטחון); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 59 ו-65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פס' 34–35 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010); בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1)

החוק".⁶⁹ כאשר נבחנת החוקתיות של הנורמה הכללית הקבועה בחקיקת משנה, ולאחר שנקבע כי נפל בה פגם חוקתי, מכוון הסעד החוקתי כלפי חקיקת המשנה: בטלות שהיא לעיתים מושעית⁷⁰ או קריאה לתוך חקיקת המשנה⁷¹ (בשונה מפרשנות הנורמה – מהלך שאיננו סעד חוקתי, שכן אין הוא נעשה בעקבות קביעה כי הנורמה היא לא חוקתית⁷²). בפסקי הדין שבהם נפסק סעד חוקתי של ביטול הוראת חקיקה ראשית ניכר היעדר דיון בסעד המכוון לטובת הפרט שזכותו נפגעה מן הנורמה הלא חוקתית.⁷³ לכאורה, אדם שטוען כי נפגע מחוק או מחקיקת משנה שנפל בהם פגם חוקתי יכול להגיש תביעה בערכאה הדינית האזרחית אם קיימת עילת תביעה אישית מוכרת בדין הקיים לתיקון הפגיעה והשבת המצב לקדמותו. מתווה זה הוא אפשרי על פי דוקטרינת העוללות החוקתיות,⁷⁴ אך כאמור

142, פס' 54–51 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 64 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד (1) 728, פס' 71–73 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 54 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 118–116 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 43–44 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 16.9.2013) (ביטול תוך החלת הסדר סטטוטורי קיים); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 188–191 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 61 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 15.4.2015).

69 עניין נסר, לעיל ה"ש 68, פס' 55–60 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש; עניין משה, לעיל ה"ש 6, פס' 35–39 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

70 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד (3) 122, פס' 67–68 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011); בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, פס' 18, 31–32 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 715, פס' 6, 14, 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

71 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד (5) 749, 764–767 (1994) (קריאה לתוך הסדר קיבוצי). השוו לסעד של הכרזה מושעית על בטלות תקנות עקב פגם חוקתי. ההכרזה מלווה בקביעת הסדרי ביניים חוקתיים בבית המשפט עד תום תקופת ההשעיה, שנועדה לאפשר למחוקק לקבוע הסדר המקיים את דרישת החוקתיות: בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פס' 28 ו-46 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.6.2011). לרעיון דומה – בנוגע לבטלות חוק עקב פגם חוקתי – ראו עניין אדם, לעיל ה"ש 68, פס' 117–118 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 43–44 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

72 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח). ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 435 ("פרשנות מצמצמת אינה תרופה בגין פגיעה בלתי-חוקתית, שכן פרשנות מצמצמת מובילה למסקנה שהחוק אינו בלתי-חוקתי").

73 חריג לכך הוא עניין חסן, לעיל ה"ש 68, שבו הוסיפה הנשיאה ביניש כי "העתירות שלפנינו התנהלו ברמה העקרונית. לא נדרשנו לענייני הפרטני של העותרות והעותרים [...] עם זאת, בהתחשב במאבק שניהלו העותרות לשינוי המצב המשפטי לאורך שנים, ונוכח התוצאה אליה הגענו, מן הראוי כי יאופשר לעותרות, ככל שהדבר עדיין אקטואלי, להביא את עניינן מחדש בפני [הרשות המנהלית]" (שם, פס' 72 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

74 ברק-ארו "עוללות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 14, בעמ' 114; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 779.

הוא מותנה במסגרתה בקיומה של עילת תביעה מוכרת במשפט הפרטי (כגון רשלנות). בג"ץ לא פיתח בעצמו קורפוס של דיני תרופות חוקתיות בבג"ץ לתיקון הנזק הקונקרטי שנגרם לפרט. הדבר נותר מחוץ לגדרי ההתדיינות החוקתית (על חוקתיות החוק או חקיקת המשנה) חרף התובנה המקובלת שלפיה מערך השיקולים בהתדיינות החוקתית איננו חופף בהכרח את מערך השיקולים של ההתדיינות האזרחית.⁷⁵

הדוגמה המובהקת לכך היא השתלשלות העניינים בהלכת חוף עזה, שקבעה פיצול של הדיון בין שלב הביקורת השיפוטית החוקתית על חוקתיות החוק (הלכת חוף עזה), לבין השלב של בירור עילת התביעה האישית בערכאות הדיוניות ובערכאת הערעור (הלכת ישועה). לגישתי, מתווה מפוצל זה איננו מתחייב מנקודת המבט של הביקורת השיפוטית החוקתית, ובעיקר לאור רעיון הזכות לסעד שאותו אציג במאמר זה. הפיצול המשתקף בדיון הקיים מלמד על החסר בשיטה החוקתית הישראלית אשר לא גיבשה עד כה קונספציה ברורה של תרופות חוקתיות המכוונות לטובת הפרט. תרופות אלה ניתן – וכפי שאטען גם רצוי – לפסוק כבר במסגרת הביקורת השיפוטית החוקתית. בהיעדר קונספציה כזו, שממנה ניתן לגזור קביעה מפורשת באשר לדינו של העותר שזכותו החוקתית נפגעה שלא כדין מגורמה לא חוקתית, שלב הסעד החוקתי איננו שלם: הקביעה העקרונית בנוגע לאי-חוקתיות הנורמה אינה מלווה בקביעה קונקרטית בנוגע לעותר שהביא את העתירה לפתחו של בית המשפט.⁷⁶ הזכות החוקתית מוקנית לאדם – כבוד האדם⁷⁷ – ולכן מתבקש שהסעד הראוי בגין הפרת הזכות יופנה לאדם. זוהי תרופתו.⁷⁸ פסיקת סעד המכוון כלפי הפרט מתבקשת מן התכלית הכללית של דיני התרופות החוקתיות (לשולל את הפגיעה בזכות החוקתית על כל מרכיביה ורבידיה⁷⁹) וכן מן התכלית של הזכות החוקתית המסוימת

75 אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליהו ברוקאווסקי 363, 408 סטפן אדלר ואח' עורכים, (2012) (להלן: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי") ("היקפה של הזכות החוקתית של הפרט כנגד רשויות השלטון רחבה יותר מהיקפה של הזכות התת-חוקתית של פרט כנגד פרט [...] הדמיון הרב בין השתיים [...] אינו מביא לזהות. הטעם לכך הוא בשוני בין העקרונות והערכים המצויים על כפות המאזניים").

76 השוו בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, פס' 37 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (2008) ("בית המשפט אינו יכול להסתפק בקביעת בטלות ולהותיר את תוצאותיה של קביעה זו לעבר ולעתיד ללא התייחסות וללא מענה. בקובעו כי הסדר מסוים בטל [...] על בית המשפט ליתן דעתו להשלכות האפשריות הכרוכות בכך וכן לדרכים המתאימות ליישום קביעתו").

77 הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוענקות רובן ככולן ל"אדם". רק אחת הזכויות – הזכות להיכנס לישראל – נתונה לאזרח (ס' 6(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). הזכות לחופש העיסוק, הקבועה בחוק-יסוד: חופש העיסוק נתונה לאזרח או תושב (ס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

78 ניתן להבחין כאן בין ה"סעד" החוקתי, שמתייחס לסמכותו של בית המשפט לפסוק סעדים חוקתיים בגדרי השלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית, לבין ה"תרופה" החוקתית, שמתייחסת לזכותו של הפרט הנפגע – הזכות לסעד. השוו להבחנה בין סעד לתרופה במשפט הפרטי: אורי ידין חוק החווים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 26-27 (גד טרסקי עורך, 1979). אך אלו שני צדדים של אותה מטבע.

79 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 708, 768-769; גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 484 ("תרופה חוקתית נועדה לשלול את הפגיעה בזכות חוקתית"), 482-483 ("הגנה מקסימלית על זכויות-האדם מחיבת, שלכל פגיעה בזכות-אדם חוקתית תמצא תרופה מתאימה"); דוד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 110.

שנפגעה.⁸⁰ אפשר שבמסגרת ההתדיינות החוקתית תינתן תרופה חוקתית זו נוסף על תרופות חוקתיות אחרות ובמצטבר להן.⁸¹ מנגד ניתן לטעון כי הלכה למעשה מדובר בהכרעה מהותית של השיטה אשר שוללת הכרה בעילת תביעה חוקתית ישירה על בסיס חוקי היסוד, והדין הוא שיש לפנות לעילה מוכרת בדין המשפט הפרטי.⁸² כאמור אני סבור כי גם אם זה היה הדין עד לאחרונה, הלכת ישועה, שהוכרעה בהרכב מורחב בבית המשפט העליון, הציבה ליד דין זה סימן שאלה. הלכת ישועה לא שללה, כזכור בנסיבות מסוימות, הכרה בעילת תביעה בעלת הצדקה "חוקתית" הרבה יותר מעילות התביעה המוכרות בדין הקיים הכללי. הפתח לדיון תאורטי נפתח. האתגר הוא להכניס דרך פתח זה תוכן אשר מציב חלופה לגישה שהייתה נהוגה עד כה, אשר בחנה את הסוגיה דרך משקפי הדואליות הנורמטיבית ותורת העוולות החוקתיות. חוזרת השאלה למקומה: מהו המהלך התאורטי שמצדיק תרופה חוקתית שכזו? ראשית תשובה מצויה בהלכת ישועה, שבה הוצג הרעיון שיש להימנע ממצב שבו הפרט – העותר זוכות החוקתית נפגעה שלא כדין – ייוותר "נטול סעדים". זוהי אכן פינה לתזה רחבה יותר שאבקש לכנות "זכות לסעד". חשוב להדגיש כי התזה המוצעת לא באה לטשטש את העובדה שהיחס בין הזכות החוקתית לבין הסעד הוא מורכב.⁸³ הכרה בזכות לסעד אין משמעה זהות בין הזכות לבין הסעד.⁸⁴ כידוע יש הסבורים – בעיקר בקרב הריאליסטים – כי

80 בהקשר זה יש לתת משקל לאופי הזכות החוקתית שנפגעה, לרבות ההבחנה בין הממד השליילי לבין הממד החיובי של הזכות החוקתית (גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 484; דוד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 115). דיון בהבחנה בין ממד שליילי לממד חיובי בזכויות חוקתיות חורג ממסגרת המאמר. לאופי הזכות הנפגעת יש חשיבות כמובן גם בדיני התרופות של המשפט הפרטי. ראו כהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 84 ("שיקולים התחלתיים הנוגעים לסוג הזכות ושיקולים מאוחרים הנוגעים לטיבה של ההפרה משפיעים על שאלת התרופה").

81 לשילוב תרופות במשפט החוקתי ראו גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 485 ("לתרופה [של ביטול החוק] עשויות להילוות תרופות מתקנות, כגון פיצוי בגין פגיעה בזכות שנעשתה על-סמך החוק הבטל, או השבת נכסים שנתפסו מכוחו"). במאמרו זה אומנם התייחס פרופ' גרוס לפיצוי כתרופה חוקתית אך הביע עמדה השוללת הכרה בה מחוץ לגבולות עוולת הרשלנות, בציינו כי ההיצמדות לעילות המוכרות בחקיקה "הולמת שיטה המצויה בראשית דרכה החוקתית" (שם, בעמ' 477). השוו לשילוב תרופות במשפט הפרטי: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 536 ("ניתן לצרף לאכיפה פיצויים בשל נזקים שאינם נרפאים על ידי האכיפה [...] לעיתים אף [...] פיצוי בשל נזקים בלתי ממוניים"). לגישתי ניתן לשלב במסכת עובדתית אחת הן תרופות מן המשפט הציבורי הן תרופות מן המשפט הפרטי מבלי שהדבר ייחשב לכפל פיצוי. ראו להלן, הטקסט בין ה"ש 160–162.

82 ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013) ("חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אכן מהווה מקור זכות לכבוד ולפרטיות, אך שימוש ישיר בזכות זו כעילת תביעה, בבחינת 'עוולה חוקתית' טרם הוכר במשפטנו"). פסק הדין ניתן לפני עניין ישועה, לעיל ה"ש 2.

83 כהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 73–77; מישאל חשין "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראל" משפטים א 346, 370–366 (1969).

84 John C. Jeffries, *The Right-Remedy Gap in Constitutional Law*, 109 YALE L.J. 87, 87 (1999) (להלן: Jeffries, *Right-Remedy Gap*: "there will always be some shortfall between the (aspirations we call rights and the mechanisms we call remedies")

הזכות נגזרת דווקא מן הסעד.⁸⁵ יש הסבורים כי מדובר ביחסי הדדיות ובהשפעה הדדית.⁸⁶ התזה המוצעת אינה נדרשת לנקוט עמדה כלפי גישות אלה. היא מחויבת לגישה המקובלת במשפט הישראלי,⁸⁷ ובשיטות אחרות⁸⁸ – היא הגישה כי הזכות קודמת לסעד. לפי גישה זו, יש להימנע ממצב שבו העותר נותר נטול סעדים. אומנם ניתן לטעון שבשם הנחת חוקתיות החוק ועל מנת שלא לעודד עתירות נגד חוקתיותן של נורמות, למשל מתוך תפיסה המתנגדת לביקורת שיפוטית ברמה כזו, ניטה דווקא לאפשר מצב שבו העותר ייוותר נטול סעדים. אולם יהיה קשה לטעון טענה זו בשיטתנו, שבה המתודולוגיה החוקתית מבוססת של שלושה שלבים של ביקורת שיפוטית חוקתית. שעה שבית המשפט קבע כי הוכחה הפרה של זכות חוקתית, יש להשלים קביעה זו באמצעות סעד חוקתי. אומנם לבית המשפט יש שיקול דעת לצמצם סעד זה או להשעותו, אך נקודת המוצא כי הסעד הוא חלק אינטגרלי וחשוב בביקורת שיפוטית חוקתית והימנעות ממנו מחייבת "הצדקה מיוחדת".⁸⁹ לגישתי, בעקבות הלכת ישועה ניתן לומר כי גישת "ילך הסעד אחר הזכות" איננה משקפת רק עקרון יסוד של השיטה החוקתית בישראל,⁹⁰ שהוא בעל מעמד חוקתי,⁹¹ אלא יותר מזה: יש בה בסיס להכרה בזכות חוקתית עצמאית לסעד.⁹² רעיון הזכות לסעד ברשימה זו עולה בקנה אחד עם גישת "ילך הסעד אחר הזכות" ומבקש להשלים אותה בניסיון לעמוד באתגר הכרוך בזיהוי היקף התרופות הנובע טבעית מעצם ההפרה. מדובר ברעיון קונקרטי שלפיו כאשר בג"ץ עורך ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומגיע

Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 COLUM. L. REV. 857, 873 (1999) ("constitutional rights are inevitably shaped by, and incorporate, remedial concerns")

John C. Jeffries, *Disaggregating Constitutional Torts*, 110 YALE L.J. 259, 281 (2000) ("Rights cannot sensibly be crafted apart from remedies, or vice versa. Each depends on, interacts with, and helps define the other")

ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 703.

Richard H. Fallon, *Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies*, 93 COLUM. L. REV. 309, 337 (1993) (Fallon, *Some Confusions* (להלן: "Claims of")) entitlement to judicial review, whether statutory or non-statutory, often presuppose the existence of rights to remedies"; Hill, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1112–1113.

מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 79. הצדקה כזו מצויה לרוב בשיקולים של "דיאלוג חוקתי". ראו Kent Roach, *Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience*, 40 TEX. INT'L L.J. 537, 546–547 (2005)

עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 590.

ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 768 ("הזכות קבועה בחוקי-היסוד. התרופה נגזרת מהזכות, ואף היא בעלת מעמד חוקתי").

יוער כי בארצות הברית מדובר במהלך רעיוני פשוט יותר, כיוון שהזכות לסעד נתפסת כזכות-בת של הזכות החוקתית להליך הוגן אשר מנויה במפורש בתיקון 14 לחוקה. ראו David Schuman, *The Right to a Remedy*, 65 TEMP. L. REV. 1197, 1198 n. 6 (1992) על רקע זה המהלך של אפיון העיקרון של "ילך הסעד אחר הזכות" כזכות חוקתית עצמאית מוכר בארצות הברית, וכך גם בשיטות אחרות של המשפט המקובל, ראו Tracy A. Thomas, *Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy under Due Process*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1633, 1637 (2004) ("the right to a remedy was expressly recognized in Anglo-American law"); Donald H. Zeigler, *Rights, Rights of Action, and Remedies: An Integrated Approach*, 76 WASH. L. REV. 67, 71 (2001)

למסקנה כי החוק כולו או חלקו הוא לא חוקתי, הוא מוסמך להעניק בשלב הסעד החוקתי תרופה חוקתית המכוונת לפרט. במילים אחרות, הצדקה אינה מופנית לזכות לסעד המוכרת בשיטה אלא להרחבה שלה, ואותה אני מבקש לבסס לצורך התזה.

הזכות לסעד תכליתה הענקת סעד הולם לפרט אשר נפגע מחוק שהוא לא חוקתי. זכות זו קמה בגדרי התדיינות חוקתית לאחר שבית המשפט קבע כי החוק הוא לא חוקתי. לפי גישה זו, קביעה בדבר אי-חוקתיות החוק אינה צריכה להיות מלווה רק בסעד המכוון לרשות המחוקקת או לרשות המבצעת אלא גם בסעד המכוון לפרט הנפגע מן החוק הלא חוקתי. התכלית העיקרית שבבסיס חוקי היסוד בעניין זכויות האדם – הגנה מיטבית על זכויות האדם⁹³ – תומכת בהכרה בזכות עצמאית לסעד. ההצדקה לסעד חוקתי המכוון לפרט מתיישבת עם הרצון לחזק את ה"קול" של הפרט במשפט החוקתי.⁹⁴ היא מדגישה את נוכחותו של הפרט לא רק בשלב זיהוי הפגיעה בזכות ובבחינת מידתיותה אלא גם בשלב התרופה החוקתית. אומנם ניתן לטעון כי הסעד המכוון כלפי הרשות המחוקקת (ביטול החוק למשל) הוא גם סעד מסוים, ולו חלקי, עבור הפרט, שהרי דבר מה שפגע בו בעבר לא יוכל להמשיך בכך. אולם אין בכך לאיין את הפגיעה שכבר התרחשה בעבר. יתרה מזאת, לא בהכרח יוצא הפרט נשכר, או מושפע כלל, מביטול החוק. מכל מקום, הפרט מושפע מן הסעד החוקתי רק בעקיפין. בית המשפט יכול לבחור להסתפק בסעד המכוון למחוקק. אולם הדבר תלוי בנסיבות המקרה, ואין לראות בסעד המכוון לרשות המחוקקת או המבצעת סעד הנותן בהכרח מענה גם לפגיעה בפרט מנקודת מבטה של הזכות לסעד, אשר מדגישה את ה"קול" של הפרט במשפט החוקתי.

המודל המוצע מבסס את הסעד החוקתי הכספי, בעיקרו, בזיקה לסעד חוקתי של בטלות החוק. אולם אין לומר כי המודל המוצע מוגבל רק להקשר זה, וכי הוא מחייב, כתנאי הכרחי, קביעה מקדמית בדבר בטלות החוק. המודל מחייב קביעה מקדמית בדבר אי-חוקתיות החוק. קביעה זו היא פועל יוצא של השלב השני של הבחינה החוקתית. אולם בגדרי השלב השלישי של הבחינה החוקתית "גזירת" תמהיל הסעד החוקתי המתאים אינה מחייבת קביעה בדבר בטלות החוק. גזירת הסעד החוקתי נתונה לשיקול דעת שיפוטי. בנקודה זו המודל המוצע מבוסס על הבחנה בין שני ממדים עצמאיים של שלב הסעד החוקתי – ממד המכוון כלפי רשויות השלטון לעומת ממד המכוון כלפי הפרט. יישום רעיון הזכות לסעד מחייב בחינה אם הסעד השיפוטי, דוגמת בטלות החוק, מגשים את שני הממדים האמורים. טענתי לעיל כי לרוב סעד בטלות החוק מגשים רק את הממד הראשון (המכוון כלפי רשויות השלטון). אך ייתכן סעד שיפוטי אחר, דוגמת אימוץ פרשנות חדשה

93 אשר לזכות חוקתית מסוימת הכוונה היא להגשמת האידיאל שאותו הזכות נועדה להגשים אגב קביעת היקפה של הזכות על פי התכלית הנתנת לה את ההיקף הרחב ביותר ראו אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 294 (2014).

94 לתמיכה בחיזוק הקול הפרטי במשפט הציבורי ראו שולמית אלמוג ועילי זלצברגר "הקול הפרטי במשפט הציבורי" משפט וממשל ה 9 (1999); ראו גם באחרונה דפנה ברק-ארו "פתח-דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט לט 5, 22 (2016) ("מקומו של היחיד במשפט משפיע גם על עיצובם של דיני הסעדים").

לחוק בדרך של קריאה לתוך החוק,⁹⁵ שיגשים את שני הממדים. ואם אכן כך, סעד כזה מגשים את רעיון הזכות לסעד. ואם לא, יש להגשים את רעיון הזכות לסעד באמצעי אחר, דוגמת פיצוי ישיר של הפרט או קבוצת הנפגעים (אם כי גם סעד זה אינו תמיד מתאים).⁹⁶ ייתכנו סעדים נוספים שאף הם מכוונים לפרט. דוגמה לסעד כזה היא פסילת יישום מסוים של החוק על ידי הרשות המבצעת ("קריאה אל מחוץ לחוק")⁹⁷ או פסילת פרשנות לא חוקתית כפי שאומצה ברשות המבצעת ואימוץ פרשנות אחרת תחתיה.⁹⁸ אם סעד זה מכוון הן לרשויות השלטון והן לפרט בדרך של מתן הגנה לו ולדומים לו מפני פעולה או מחדל שלטוני שיצרו את הפגיעה בו, הוא עשוי להגשים את רעיון הזכות לסעד. תכלית הסעד החוקתי הכספי מתמקדת במתן מענה לפרט, קרי בממד המכוון לפרט. הגשמת הזכות לסעד בממד המכוון כלפי הפרט הולכת יד ביד עם זכות הגישה לערכאות, כיוון שבמישור המעשי דרוש מנגנון מסוים שיעניק את הסעד ויאכוף אותו.⁹⁹ אך הזכות לסעד אינה נגזרת של זכות הגישה לערכאות דווקא אלא של כל זכות וזכות חוקתית שבעניינה הוכחה פגיעה שלא כדין בפרט.¹⁰⁰ המטאפורה היא כי "זכות חוקתית ללא סעד חוקתי, כמוה כאדם ללא צל".¹⁰¹ המשמעות היא שהכרה בזכות לסעד היא מרכיב הכרחי בכל מודל של ביקורת שיפוטית חוקתית אשר נערכת ברשות שופטת עצמאית.¹⁰² חשוב להדגיש כי מאחורי המטאפורה המופשטת ניצבים שיקולי מדיניות נורמטיביים כבדי משקל.

- 95 ליישום סעד חוקתי זה בישראל ראו עניין נסר, לעיל ה"ש 68, פס' 57–60 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש.
- 96 John C. Jeffries Jr. & George A. Rutherglen, *Structural Reform Revisited*, 95 CAL. L. REV. 1387, 1405 (2007) ("Money damages are most likely to prove effective against extreme or egregious constitutional violations").
- 97 להצעת סעד חוקתי זה בישראל ראו אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אחר ח 33, 62 (2016).
- 98 זאת, שלא כמצב שבו בית המשפט מאמץ פרשנות "מקיימת" באופן שהביקורת השיפוטית החוקתית מסתיימת לפני שלב הסעד החוקתי. לפרשנות מקיימת ומגבלותיה ראו עניין אדם, לעיל ה"ש 68, פס' 42 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 99 Goldberg, לעיל ה"ש 54, בעמ' 605.
- 100 זכות עצמאית לסעד מוכרת במגוון הקשרים במשפט הבין-לאומי (דוד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113–114; SHELTON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 179–186) והיא נחשבת לנורמה של המשפט הבין-לאומי המנהגי (שם, בעמ' 186). על הסעד הכספי במשפט הבין-לאומי הפלילי ראו Yahli Shereshevsky, *Monetary Compensation as a Remedy for Fair Trial Violations under International Criminal Law*, 18 NEW CRIM. L. REV. 71 (2015). על הזכות לסעד כזכות חוקתית בארצות הברית ראו למשל Schuman, לעיל ה"ש 92; Thomas R. Phillips, *The Constitutional Right to a Remedy*, 78 N.Y.U. L. REV. 1309 (2003).
- 101 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 780. השופט הולמס הציע מטאפורה אחרת אשר מדגישה את אכיפת הזכות: "Legal obligations that exist but cannot be enforced are ghosts that are seen in the law, but that are elusive to the grasp" (*Ex parte United States*, 257 U.S. 419, 433 (1922)).
- 102 לזיקה ההדוקה בין הזכות לסעד לבין רשות שופטת עצמאית בעריכת ביקורת שיפוטית ראו Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1638. השוו לפרשנות של ס' 13 של האמנה האירופית (Art 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, September 3, 1953, 213 U.N.TS 222): "[A]rt 13 of the European Convention on Human Rights [...] require that the grievance handler is independent of the public body" (Andrew Le Sueur, *Designing Redress: Who Does It, How and Why?*, 20 ASIA PACIFIC L. REV. 17, 42 (2012)).

מאמר זה נשען על שיקולים אלה, ואינני מתיימר להציע כאן חידוש בשיח סביב השיקולים השונים להצדקת סעדים חוקתיים, ובהם שיקולי צדק מתקן¹⁰³ והכוונת התנהגות והרתעה.¹⁰⁴ מטרת המאמר היא להציג מודל תאורטי המציע נדבך נוסף על המובן המוכר של זכות לסעד בתוך כדי יציקת תוכן לדרישה לסעד "ראוי והוגן" בהקשר החוקתי הישראלי. לפי המודל המוצע, משמעות הדרישה לסעד "ראוי והוגן"¹⁰⁵ היא כי קיים רף מינימלי של סעד חוקתי הולם.¹⁰⁶ סעד שניתן במשפט הפרטי אשר נופל מזה מהווה פגיעה בזכות החוקתית לסעד.¹⁰⁷ רף מינימלי זה נקבע בכל מקרה לגופו לפי חשיבות הזכות החוקתית המסוימת שנפגעה¹⁰⁸ (קניין, חופש ביטוי וכו') ועוצמת הפגיעה בה.¹⁰⁹ כשם שקיימת "רצפה" של סעד חוקתי הולם, התזה המוצעת מכירה גם ב"תקרה" של סעד חוקתי הולם.¹¹⁰ תרופה חוקתית הולמת אינה מחייבת מענה מלא לפגיעה בפרט.¹¹¹ ככל זכות חוקתית גם הזכות לסעד כפופה לעקרון המידתיות, והיא אינה זכאית להגנה כדי מלוא היקפה. לפיכך ההגנה על הזכות החוקתית לסעד מצויה במתחם שהוא בטווח שבין הרצפה לתקרה. השילוב בין הזכות לסעד מצד אחד לעקרון המידתיות מצד שני יוצר את מה שניתן לכנות "מתחם התרופה החוקתית ההולמת" בגין פגיעה שלא כדין בפרט מחוק לא חוקתי.¹¹²

מה ייחשב למתחם "הולם" שכזה? התשובה היא נגזרת של עקרונות המשפט החוקתי. עקרונות אלה – אשר תומצתו בהלכת ישועה כעניין של צדק – אינם מתעלמים כמובן מן הנורמות הנהוגות ברמה התת-חוקתית. אכן, המענה הראשוני לפגיעה שלא כדין בפרט ניתן במשפט הפרטי באמצעות חקיקה תת-חוקתית שמגדירה את היקף הסעד בגין הפגיעה בזכות

- Bernard P. Dauenhauer & Michael L. Wells, *Corrective Justice and Constitutional Torts*, 35 103
GA. L. REV. 903 (2001).
- Levinson, לעיל ה"ש 85, בעמ' 889. להכרה פסיקתית בשיקול ההרתעה כאחת ההצדקות להכרה 104
בעילת השבה כלפי רשויות ציבור (וכך גם לסעד של השבה) ראו ע"א 4708/14 י.ח. דמרי בניה ופיתוח
בע"מ נ' המועצה המקומית גן יבנה, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.8.2015).
- עניין ישועה, לעיל ה"ש 2, פס' 59 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור. 105
- Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1641 ([T]he Court established a constitutional floor entitling the) 106
"A meaningful remedy is one that (plaintiff to a minimum of adequate relief")
"is minimally adequate and effective at ensuring the protection of the attendant right"
- השוו Fallon, *Some Confusions*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 362 (the Due Process Clause should be) 107
recognized as imposing a general duty on government officials to behave 'rationally' in their
selection of both ends and means, and state tort law should be deemed inadequate if it fails to
(meet this minimal requirement"
- Jean C. Love, *Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights*, 67 CAL. L. REV. 108
.1242, 1269 (1979).
- Goldberg, לעיל ה"ש 54, בעמ' 613–614. 109
- שם, בעמ' 613. 110
- Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1642 ("A meaningful remedy [...] requires an adequate remedy) 111
(that is satisfactory although it need not be complete relief, or the plaintiffs preferred relief"
- Fallon, *Some Confusions*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 360–358; Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1642 (A) 112
meaningful remedy ensures a base minimum requiring some modicum of relief in a case
(beyond the simple statement of a violation of law"

החוקתית המסוימת בגדרי עילת תביעה מוכרת כמשפט הפרטי.¹¹³ חוק הקובע עילת תביעה נזיקית בגין פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, למשל, הוא חוק שמעניק הגנה תת-חוקתית לזכות החוקתית לפרטיות. כידוע, בישראל חקיקה עדכנית בנושאים אלה כפופה לביקורת שיפוטית חוקתית,¹¹⁴ וכך נהוג גם בשיטות אחרות.¹¹⁵ אם פרשנות הסעד התת-חוקתי מלמדת על קיומו של מענה "הולם", ניתן לומר כי הזכות לסעד מוגשמת כדבעי, ואין הצדקה לגזור ממנה תרופה חוקתית משלימה.¹¹⁶ אולם המענה שניתן בגדרי חקיקה תת-חוקתית זו עלול להיות מענה לא הולם מנקודת המבט של הזכות לסעד, בין מבחינת היקף האינטרסים המוגנים במסגרתו לעומת היקף האינטרסים המוגנים בהיקף הזכות החוקתית המסוימת שנפגעה כפי שהוגדרו במשפט החוקתי, ובין מבחינת עוצמת ההגנה שניתנת במסגרתו אשר נופלת מרף המינימום החוקתי של הזכות למענה הולם.¹¹⁷ בנסיבות אלה קמה הזכות לסעד ובשילוב עם עקרון המידתיות היא מבססת הצדקה להענקת מענה "הולם" לפגיעה שלא כדין בפרט כבר בגדרי ההתדיינות החוקתית. בהתחשב בעקרון המידתיות, הגשמתה של הזכות לסעד יכולה להיעשות בדרכים שונות. אחת מהן – ולה מוקדש המאמר הנוכחי – היא באמצעות יצירה שיפוטית המכירה בעילת תביעה חדשה שתכליתה לתקן את הפגיעה בפרט, וכך תיכנס ל"מתחם התרופה החוקתית ההולמת". ייתכנו גם דרכים אחרות.¹¹⁸ כך או כך, המאפיינים המקובלים של הסעד החוקתי בישראל (כעניין הנתון לשיקול דעת שיפוטי וכעניין שניתן להגשמה באמצעים מגוונים ואף להישלל מטעמים שונים כגון השעיית הכרזת הבטלות) ומאפייניו האוניברסליים (קשיים באכיפה)¹¹⁹ אינם שוללים את ההכרה המוצעת בזכות לסעד. מאפיינים אלה משתלבים בגישה המוצעת שלפיה הזכות החוקתית לסעד, ככל זכות חוקתית, היא יחסית ואינה מוגנת

John C. Jeffries, Jr., *The Liability Rule for Constitutional Torts*, 99 VA. L. REV. 207, 243 (2013) (להלן: Jeffries, *Liability Rule*).

114 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 705 ("דבר חקיקה אשר יקבע הסדר בעניין תרופות [...] תוקפו החוקתי יהא מותנה בשאלה אם הוא עצמו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה"). ראו גם Nichol, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1143 (The asserted congressional authority to bar constitutional damages [...] is inconsistent with our traditions of judicial review").

115 שם, בעמ' 1135.

116 שם, בעמ' 1133–1134 (many constitutional wrongs [...] do have either direct common law analogues or are the types of individualized injuries that have traditionally provided the bases for compensatory damages awards).

117 שם, בעמ' 1142.

118 בנסיבות מסוימות של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון אפשר שיינתן סעד חוקתי השקול להכרה בעילת תביעה פסיקתית: שלילת הטבת מס או תמיכה ממשלתית מן הגוף הפוגע. השוו בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, פס' 83 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008); גונטובניק, לעיל ה"ש 48, בעמ' 84–85, 100–101. לדיון בדרכים נוספות ראו להלן ה"ש 123.

119 Barry Friedman, *When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies*, 65 S. CAL. L. REV. 735, 753 (1992).

כדי מלוא היקפה.¹²⁰ לכן היא אינה זוכה למלוא ההגנה החוקתית, וניתן לשלול אותה בתנאים שונים אשר מקיימים את עקרון המידתיות.

2. יישום ההצדקה הרעיונית

ביישום הגישה המוצעת יש לתת את הדעת לכך שהפער בין ההגנה ההולמת על הזכויות החוקתיות מנקודת מבט חוקתית לבין הגנה שניתנת להן בפועל בכלים של המשפט הפרטי ידוע בשיטות של משפט מקובל.¹²¹ פער זה, כשלעצמו, אינו מצדיק סעד חוקתי בדמות הכרה בעילת תביעה חדשה. החוק אשר קובע את הסעד התת-חוקתי עשוי להיות חוקתי כשלעצמו או מוגן מפני ביקורת שיפוטית חוקתית. ההצדקה הרעיונית שפורטה בחלק הקודם מכוונת לכך שלצידו של חוק זה (שהוא חוקתי) אפשר שיתבקש סעד חוקתי משלים בגין אי-חוקתיות של חוק אחר, שבעניינו נערכת הביקורת השיפוטית החוקתית, ושבעניינו נפסק סעד חוקתי של הכרה בעילת תביעה חדשה. במילים אחרות, כדי שתקום ההצדקה בדבר זכות לסעד, על הפער האמור להיות בעל זיקה לפגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מסוימת, שהיא הבסיס להתדיינות החוקתית. אין די בפער כשלעצמו, שכן הוא תוצר טבעי של השוני במושג ההסדרה המשפטית: זכויות חוקתיות נועדו בראש ובראשונה להסדיר את היחסים בין הפרט לשלטון. מנגד, הזכויות במשפט המקובל התת-חוקתי נועדו בראש ובראשונה להסדיר את היחסים בין פרטים.¹²² כפי שכתב לאחרונה פרופ' אהרן ברק, "האינטרסים והערכים הנלקחים בחשבון בגיבוש משפט תת-חוקתי שעניינו היחסים בין פרט לרשויות השלטון עשויים להיות שונים מהאינטרסים והערכים הנלקחים בחשבון בגיבוש משפט תת-חוקתי שעניינו היחסים בין פרט לפרט".¹²³

המודל המוצע כאן לתרופות חוקתיות עניינו רק באינטרסים המובאים בחשבון ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון. עילת התביעה שאותה אני מבקש לבסס חלה ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון בגדרי התדיינות חוקתית ולא ביחסים בין פרטים. לפיכך הכרה שיפוטית בעילה המוצעת אינה חלה ביחסים בין פרטים. היא רלוונטית למישור היחסים בין פרט לשלטון. בשל המעמד החוקתי של עילה כזו – כנגזרת של הזכות החוקתית לסעד – היא בעלת מעמד נורמטיבי גבוה מזה של התרופות הקיימות במישור היחסים בין פרט לשלטון ברמה התת-חוקתית. היא מתווספת על גבי עילות התביעה הקיימות כדי להביא את

120 Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1643 ("As a fundamental right, however, the right to a remedy can (still be denied if that denial is necessary to a compelling state interest"

121 Seth Davis, *Implied Public Rights of Action*, 114 COLUM. L. REV. 1, 64 (2014) ("American understanding of constitutional rights expanded to encompass interests the common law did not protect")

122 James J. Park, *The Constitutional Tort Action as Individual Remedy*, 38 HRV. C.R.-C.L. L. REV. 393, 442 (2003) ("The common law primarily defines rights between private individuals rather than the rights of individuals against the government")

123 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 409. לגישה המבקשת לסרטט קו גבול חד יותר בין האינטרסים העיקריים בדיני זכויות האדם (במשפט הבין-לאומי ובמשפט חוקתי מדינתי) לבין האינטרסים בדיני המשפט הפרטי, ראו Donal Nolan, *Negligence and Human Rights Law: The Case for Separate Development*, 76 MOD. L. REV. 286 (2013)

המענה של השיטה בכללותה לפגיעה שלא כדין בפרט למענה אשר מצוי במתחם התרופה החוקתית ההולמת.¹²⁴ כשם שנורמה חוקתית עשויה להביא לביטול של נורמה תת-חוקתית, כך נורמה חוקתית עשויה להביא להיקף נרחב יותר של תרופה חוקתית מכפי שנקבע בנורמה התת-חוקתית. זוהי הדרך של פיתוח "המשפט המקובל החוקתי" נוסח ישראל¹²⁵ במישור היחסים שבין הפרט לשלטון (מבלי לגרוע מפיתוח המשפט החוקתי ותחולתו במישור היחסים שבין פרטים).¹²⁶ התוצאה של גישה זו היא שהפער האמור – בין ההגנה הראויה במישור החוקתי לבין ההגנה הניתנת בפועל בכלים של המשפט הפרטי – מביא להכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: הוכחה פגיעה בזכות חוקתית מסוימת של הפרט, וכאשר ההגנה הניתנת בפועל בכלים של המשפט הפרטי לפגיעה זו נופלת ממתחם התרופה החוקתית ההולמת.

לכאורה, כל הוראת סעד במשפט הפרטי – הוראה השוללת סעד בכלל (למשל הוראת חסינות) או מקנה סעד הצהרתי בלבד,¹²⁷ או כזו הקובעת תקרה לסעד (למשל תקרת פיצוי), או כזו המתנה את הסעד (למשל הוראה הדורשת הוכחת אשם) או מגבילה אותו בדרך אחרת¹²⁸ – חשופה על פי הגישה המוצעת לביקורת שיפוטית חוקתית על בסיס רעיון הזכות לסעד; אך לא היא. נקודת המוצא היא שהדין התרופתי התת-חוקתי הוא כשלעצמו חוקתי. זוהי נקודת המוצא המסתברת ביותר מבחינה מעשית לנוכח פסקת שמירת הדינים. יתרה מזאת, גם כאשר הדין התרופתי התת-חוקתי "מנפיק" תוצאה החורגת ממתן התרופה החוקתית ההולמת, אין לומר בהכרח שדין זה כשלעצמו (בשונה מהחוק אשר עומד לביקורת שיפוטית חוקתית בהליך העיקרי) הוא לא חוקתי.¹²⁹ לפי הגישה המוצעת, "הפעלת" הזכות לסעד כהצדקה להכרה בעילת תביעה חדשה אפשרית רק בעקבות מסקנה מקדמית שלפיה חוק ספציפי אשר עומד לביקורת שיפוטית חוקתית פוגע שלא כדין בפרט. מדובר כאמור בשני תנאים מצטברים: הוכחת פגיעה חוקתית והוכחת חריגה ממתחם התרופה ההולמת. במקרה שבו מתקיימים שני התנאים יכול בית המשפט לבחון את האינטראקציה בין הפגיעות ולבחור סעד כולל. למשל, בית המשפט יכול להימנע מביטולו של החוק הנתקף – חרף הקביעה שהוא לא חוקתי – ולבחור במתווה של פירוש מרחיב לתרופה הקבועה בחוק הנתקף עצמו שיעמיד את הפגיעה בזכות לסעד ברף המתחם האמור.

124 השוו Fallon, *Some Confusions*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 354 (when state law falls short state courts must recognize causes of action and supply remedies not authorized by state law).

125 לביטוי "משפט מקובל חוקתי", ראו אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" מבחר כתבים כרך א 285, 275 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

126 לפיתוח המשפט המקובל החוקתי בהקשר זה ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 396–397.

127 Goldberg, לעיל ה"ש 54, בעמ' 602–603.

128 למשל הוראות ייחוד עילה או התיישנות. למתח בין מגבלות אלה לבין הזכות לסעד, באופן המחייב פרשנות שלהן לאור הקונספציה של זכות לסעד ראו Schuman, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1202–1205.

129 הדין הקבוע בחקיקה ראשית עלול להיפסל כבלתי-חוקתי גם מטעמים אחרים, למשל כאשר הוא שרירותי או בלתי-מידתי. ראו למשל עניין עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 68.

מהלך כזה יכול להתבצע בגדרי התרופה המוכרת של קריאה לתוך החוק. ייתכנו גם חלופות אחרות.¹³⁰

הגישה המוצעת כאן בדבר זכות לסעד מבקשת להוסיף עוד חלופות. הראשונה היא במתווה של פירוש מרחיב לתרופה הקבועה במשפט הפרטי, אם אכן יש לזה עוגן פרשני. אך לעיתים מהלך פרשני שכזה (של החוק הנתקף או של הדין במשפט הפרטי) הוא בלתי אפשרי, או שהדין מוגן מפני התערבות מכוח פסקת שמירת הדינים.¹³¹ בנסיבות אלה ניתן לפנות לחלופה השנייה במתווה של הכרה בעילת תביעה פסיקתית חדשה המתווספת לעילות התביעה המוכרות בדין הכללי.¹³² תכליתה להעמיד את הסעד שניתן בשיטה בכללותה, בזיקה לפגיעה שלא כדין בזכות החוקתית המסוימת של הפרט,¹³³ ברף מתחם התרופה החוקתית ההולמת, כל עוד אין המשפט הפרטי שולל במפורש הענקת תרופה חוקתית כזו ("הסדר שלילי"), וכל עוד שלילה כזו היא כשלעצמה חוקתית. סייג זה בדבר הסדר שלילי בדין הקיים הוא חשוב, ואעסוק בו בהמשך המאמר. שני מתווים אלה אינם אפשריים במסגרת המוכרת של קריאה לתוך החוק מן הטעם הפשוט שאין מדובר בקריאה לתוך החוק הנתקף אלא בקריאה לתוך המשפט הפרטי.

המודל המוצע יוצר הבחנה בין שתי זכויות חוקתיות שכל אחת עומדת על רגליה שלה: הזכות החוקתית המסוימת שבה החוק הנתקף פוגע (למשל חופש הביטוי) והזכות החוקתית לסעד הולם. כאמור יש לנתח את הפגיעה בכל אחת מהנורמות בנפרד, אך הסעד החוקתי שיינתן בסופו של דבר בעתירה יהא סעד כולל אשר מתייחס במצטבר לשתי הפגיעות. כשהפגיעה בזכות המסוימת היא לא מידתית, קמה ההצדקה של הזכות לסעד כבסיס לתרופה חוקתית עצמאית של הכרה בעילת תביעה חדשה. הכרה כזו נעשית בגדרי השלב השלישי של הבחינה החוקתית של הפגיעה בזכות החוקתית המסוימת. כשהפגיעה בזכות החוקתית המסוימת יוצרת פגיעה נפרדת בזכות החוקתית לסעד, על בית המשפט מוטלת חובה להגשים את הזכות לסעד במידתיות. אי-הכרה בעילה חדשה יציר הפסיקה מקום שבו הכרה כזו מתחייבת על פי המודל המוצע עלולה להיחשב כשלעצמה לפגיעה בזכות לסעד – הפעם מצידה של הרשות השופטת.¹³⁴

130 לשני סעדים חוקתיים אחרים הבאים בחשבון בהקשר זה ראו זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 620, 569 (2014). הסעד הראשון – סעד "איסור שימוש סימולטני" – נשען על המסגרת הרעיונית המוכרת של קריאה לתוך החוק (שם, בעמ' 622–623). הסעד השני – הפניית נושא להתייחסות הרשות המבצעת או המחוקקת – למעשה איננו סעד חוקתי אלא הליך מקדים לשלב פסיקת הסעד החוקתי (שם, בעמ' 627).

131 בג"ץ 2284/15 מקת נ' שר הביטחון, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2.4.2015).
132 השוו להגנה על הזכות לסעד במישור היחסים בין פרטים: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 395 ("אם המשפט הפרטי איננו קיים – צריך ליצור אותו. המחוקק (בגדרי החקיקה) והשופט (בגדרי המשפט המקובל) אינם יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם. עליהם להתעשת ולהביא ליצירת דין חדש (חקיקתי או הלכתי לפי העניין) אשר יהיה בכוחו ליתן ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות"). ראו גם Park, לעיל ה"ש 122, בעמ' 427, 429.

133 Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1642 ("a meaningful remedy must be actualized – it must actually (work to effectuate the purpose of the right)").

134 Goldberg, לעיל ה"ש 54, בעמ' 595–659 ("True, one can imagine a situation in which a litigant could claim that the right to a law of redress requires recognition of a cause of action [...] the

על כל רשויות השלטון – לרבות הרשות השופטת – מוטלת חובה להצדיק פגיעה כזו כפגיעה מידתית.¹³⁵ בבוא הרשות השופטת לכבד חובתה זו במישור בחינת מידתיות הפגיעה בזכות לסעד, יתעוררו בין היתר שיקולים מוסדיים בדבר "ריסון שיפוטי"¹³⁶ ושיקולים מוסדיים ובין-מוסדיים אחרים.¹³⁷ אלו שיקולים לגיטימיים על פי המודל המוצע. הסעד החוקתי כפוף לעקרון המידתיות החוקתי,¹³⁸ ולפי עיקרון זה יש לתת משקל לשיקולים מגוונים לצמצום הסעד החוקתי או להימנעות מפסיקתו.¹³⁹ מתן משקל לשיקולים אלה – כחלק משיקול הדעת הרחב הנתון לבג"ץ במישור הסעד החוקתי – עשוי לצמצם את העילה הפסיקתית המוצעת אך לא לשלול את הצדקתה העקרונית. השיקולים המצמצמים אשר מבוססים על אינטרסים ציבוריים ומוסדיים, שנהוג לבסס עליהם את התפיסה של בטלות יחסית במישור החוקתי, כפופים לתכלית העיקרית של המשפט החוקתי ודיני זכויות האדם – הענקת הגנה ראויה לזכויות חוקתיות.¹⁴⁰ יש ליישם במידתיות. לכן לגישתי פגיעה בזכות לסעד לא תביא בהכרח לאכיפת הזכות לסעד באמצעות הכרה בעילת תביעה חדשה. ההגנה על הזכות לסעד עשויה להתבצע בדרכים שונות, למשל: בדמות סעד שיפוטי הקורא לתיקון החקיקה הקיימת, כלומר המלצה שיפוטית להכרה חקיקתית בעילת תביעה חדשה כדי שיושלם הפער והמענה יהיה הולם.¹⁴¹ כשם שניתן לקבוע השעיית סעד של בטלות, כן ניתן לקבוע השעיה של סעד ההכרה בעילה פסיקתית. בכך משתלבת ההצדקה המוצעת עם הפרדיגמה המקובלת לשלב הסעד החוקתי אשר מתחשב בשיקולי מדיניות שונים בקביעת הסעד האופרטיבי. לכן קידום החקיקה הדרושה על ידי הרשות המחוקקת יכול להתבצע אף הוא באמצעות הכרה בסעדים מגוונים העומדים ברף הדרוש ולא דווקא הכרה בעילת תביעה. המחוקק נהנה ממרחב תמרון בבחירה בין החלופות

claim would be directed at the courts themselves, demanding that they remedy the rights violation by exercising their power to define new wrongs"

135 לחובתה של הרשות השופטת לכבד את הזכויות החוקתיות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 1, 34 (2015).

136 William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 YALE L.J. 635, 649 (1982); Theodore Eisenberg & Stephen C. Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation*, 93 HARV. L. REV. 465, 493 (1980)

137 לפירוט שיקולים אלה ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 774-775; גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 485-488. לשיקולים התומכים בהקניית שיקול דעת שיפוטי רחב בשלב התרופתי גם במשפט הפרטי ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 64.

138 מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 95.

139 גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 483 ("כשם שאין זכויות מוחלטות כך אין תרופות אבסולוטיות. דיני התרופות צריכים לשקף אינטרסים פרטיים ומערכתיים כאחד").

140 לגישה נחרצת יותר שלפיה על השיקולים המוסדיים להידחות מפני תכלית ההגנה על זכויות האדם ראו Varuhas, *Public Law*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 27 ("The public interest approach to remedies [...] is out of place in a field specifically constituted to ensure protection of individual rights and interests").

141 ל"המלצה שיפוטית" לתיקון חקיקתי, לאו דווקא בדמות הכרה בעילת תביעה, ראו בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009); ע"ע 7335/10 קצין התגמולים – משרד הבטחון נ' לופר, פס' יא, נז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.12.2013).

השונות.¹⁴² בחירתו כפופה כמוכן לביקורת שיפוטית חוקתית. סביר כי היענות חקיקתית להמלצה שיפוטית כזו תאפשר לבית המשפט להימנע מהכרה בעילת תביעה חדשה יציר הפסיקה, כמוצע במאמר זה.

אינני מתיימר לדון בכל האמצעים האפשריים להגשמת רעיון הזכות לסעד אלא רק באמצעי של הכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה כתרופה חוקתית. למרכיב זה יכולים להתווסף מרכיבים אחרים שמקורם בסעד שניתן בשל הפגיעה החוקתית בזכות החוקתית המסוימת. ניתן למשל לפסוק סעד חוקתי של בטלות החקיקה הפוגעת בזכות החוקתית המסוימת וללוות אותו בסעד משלים של הכרה בעילת תביעה חדשה. מדובר בשני סעדים שאינם סותרים זה את זה. סעד בטלות החקיקה מכוון למחוקק. לרוב זהו סעד צופה פני עתיד. כזכור, הגישה השלטת נוטה להותיר את ההשלכות של סעד זה ביחס לעבר, ובעיקר ביחס לתיקון הפגיעה הקונקרטיית בפרט המסוים אשר התרחשה בתקופה שבה עמד החוק על תילו, כשאלה נפרדת שההכרה בה נתונה לערכאות האזרחיות על פי המשפט הפרטי. לפי המודל המוצע, אין מקום לפרקטיקה כזו, והבחינה החוקתית צריכה להיות שלמה באופן המעורר גם את סוגיית הזכות לסעד.¹⁴³ כמוכן, אם קיימת עילה מוכרת בדין הקיים לתיקון הפגיעה הקונקרטיית בפרט, ובית המשפט מעריך מראש כי היא עומדת במתחם התרופה החוקתית ההולמת, זוהי פרקטיקה נכונה.¹⁴⁴ אולם אם אין קיימת עילה מוכרת בדין הקיים, או שהיא קיימת אך בית המשפט מעריך מראש כי היא אינה עומדת במתחם האמור, הוא מוסמך וחייב על פי המודל המוצע לבחון את הדברים לאור הקונספציה של הזכות לסעד. במקרים המתאימים (להלן) עליו להכיר בעילת תביעה חדשה יציר הפסיקה כסעד חוקתי מצטבר לסעדים החוקתיים האחרים. אין סתירה בין סעד המכוון לטובת הפרט לבין סעד המכוון למחוקק. לכן אין סתירה בין הסעד המכוון לעבר לעומת סעד המכוון לעתיד. הענקת הסעדים הללו במצטבר משרתת תכליות שונות.

142 Nichol, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1144 ("As it is certainly possible for more than one remedy to meet the minimum requirements of protection, [...] it would seem appropriate to afford at least some deference to reasonable congressional remedial determinations"; Hill, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1118.

143 ככל שהתרופה החוקתית עניינה הכרה בעילת תביעה חדשה, מדובר כמוכן בהלכה חדשה אשר תחייב את בג"ץ להתייחס גם לשאלת התחולה בזמן שלה. יהיה ניתן להקיש לעניין זה מן ההלכה שנקבעה ברע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, פס' 4, 22 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (2006).

144 השוו לע"א 2118/12 פורגס מוצרי בשר אקספורט בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 5.7.2015). בית המשפט קבע שם כי חרף היעדרו של הסדר פיצוי סטטוטורי בכל זאת "המדינה יישמה מתווה פיצוי שאכן נוצל ע"י רובם המכריע של החקלאים אשר עסקו בפיטום", ומטעם זה, בין היתר, דחה את טענת העותרים לפיצוי בהתבסס על הלכת ישועה. בקביעה כי די במנגנון הפיצוי הממשלתי כדי ליתן מענה מספק לפגיעה בעותרים יש כדי ללמד על תפוסתו של בית המשפט, במונחים של מאמר זה, כי הפיצוי עומד במתחם התרופה החוקתית ההולמת. לדוגמה נוספת שבה משתמעת הכרעה של בית המשפט כי הסדר פיצוי סטטוטורי מסוים משקף את אמת המידה האמורה, בהתמקרו בבחינת שיקול הדעת בהפעלת מנגנון הפיצוי עצמו, ראו רע"א 1408/15 אלעתיאקה נ' מדינת ישראל משרד החקלאות, פס' ט-יא לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.7.2015).

סיכום ביניים: באילו מצבים לא יהיה מנוס מבחירה בדרך של הכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה? ניתן להצביע על שני מצבים טיפוסיים. המצב הטיפוסי הראשון עניינו חסר בשיטה, כלומר הדין התת-חוקתי הקיים אינו נותן מענה כלל (מפורש או משתמע) לפגיעה שלא כדין באינטרס המוגן בזכות החוקתית המסוימת. היות שלא ניתן מענה כלל בדין הקיים, נוצרת פגיעה עצמאית בזכות לסעד.¹⁴⁵ בלשון הלכת ישועה מדובר במצב שבו נותר התובע "נטול סעדים". מצב עניינים כזה איננו משקף מענה הולם של השיטה המשפטית לפגיעה בזכות החוקתית (המסוימת) של הפרט. לנוכח הפגיעה הנפרדת בזכות לסעד (לצד הפגיעה שלא כדין בזכות המסוימת) חלה חובה על רשויות השלטון, לרבות הרשות השופטת, לבחון את חוקתיות היעדר המענה. בראש ובראשונה זהו תפקידו של המחוקק למלא חסר זה,¹⁴⁶ אך אם המחוקק אינו ממלא את החסר, חובתה של הרשות השופטת, החייבת אף היא בכיבוד הזכויות החוקתיות, לעשות כן.

המצב הטיפוסי השני נפוץ יותר, ובו אין חסר בשיטה. קיימת עילת תביעה או פיצוי בדין התת-חוקתי הקיים. הדין הקיים עשוי להתנות את הסעד המבוקש לתיקון הפגיעה שלא כדין בפרט בזכות החוקתית המסוימת בקיומו של תנאי מסוים כמו רשלנות. על פי הגישה המוצעת כאן, נדרש כי התניה זו לא תביא לכך שהסעד הקיים בשיטה נופל ממתחם התרופה החוקתית ההולמת. התשובה של הדין הקיים נבחנת בנפרד לאור הקונספציה של הזכות לסעד, ולאורה בית המשפט יכול להגיע למסקנה שהדין התת-חוקתי מעניק סעד לא מספק, קרי כזה הנופל ממתחם התרופה החוקתית ההולמת. כשהסעד האמור אשר ניתן במשפט התת-חוקתי הפרטי או הציבורי¹⁴⁷ והנופל ממתחם התרופה החוקתית ההולמת מוגן בחקיקה שהיא כשלעצמה חוקתית,¹⁴⁸ מתעוררת שאלה פרשנית נוספת – אם מדובר בחקיקה הקובעת הסדר שלילי באשר להכרה בעילת תביעה משלימה יציר הפסיקה (אם היא אכן דרושה כדי להביא את הסעד לגדרי מתחם התרופה החוקתית ההולמת). המענה לשאלה פרשנית זו יכול להיות שאין מדובר בהסדר שלילי. או אז חובתה של הרשות השופטת להשלים את הסעד שניתן במשפט הפרטי באמצעות הכרה בעילת תביעה יציר הפסיקה אשר תעלה את הסעד שניתן בשיטה בכללותה לרמה ההולמת מנקודת המבט החוקתית של הזכות לסעד.

145 Goldberg, לעיל ה"ש 54, בעמ' 622–623 ("a state has violated the right to a law for the redress of) (wrongs by not providing such law"

146 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, פס' 52 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2006).

147 כגון הסדר פיצוי הקבוע בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה. להסדר פיצוי הקבוע בתקנות אשר הוכר כהסדר מספק ראו רע"א 6948/13 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים נ' קטיף מושב שיתופי בע"מ 155, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.12.2015). לקביעה דומה ביחס לחקיקה ראשית ראו בג"ץ 5416/13 שירותי בריאות כללית נ' רשות המיסים בישראל (פורסם בנבו, 10.2.2016).

148 כזו היא החקיקה של המשפט הפרטי אשר אי אפשר לומר שהיא נסמכת "על עקרונות יסוד בלתי סבירים" (עניין ישועה, לעיל ה"ש 2, פס' 32 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור) או חוקי היסוד בעניין זכויות האדם מפני ביקורת שיפוטית חוקתית (בג"ץ 8940/14 א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע"מ נ' כנסת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.1.2015)).

הגישה המוצעת מבוססת כזכור על שני מהלכים משלימים – מהלך תאורטי (לעיל) ומהלך פוזיטיבי, שבו עוסק הפרק הבא.

ד. המהלך הפוזיטיבי: חסר בהגנה ראויה לזכות החוקתית

המהלך התאורטי כרוך בהערכה מקדמית פוזיטיבית של בית המשפט, שלפיה המשפט הפרטי איננו שולל הכרה בעילה פסיקתית יציר הפסיקה. במונחים של פרשנות תכליתית, דרושה מסקנה בדבר "חסר" בשיטה ולא הסדר שלילי.¹⁴⁹ משוכה פרשנית זו של המשפט הפרטי איננה קלה לצליחה. מטבע הדברים, אי אפשר במאמר הנוכחי למפות מיפוי מקיף את כל עילות התביעה במשפט הפרטי ולבחון אם יש סביבן "חגורה" של הסדר שלילי. עילת תביעה בגין פעילות שלטונית מתעוררת בכל אחד מהענפים של המשפט הפרטי: נזיקין, חוזים, עשיית עושר וקניין. התשובה לשאלה אם הסדר חקיקתי ספציפי של המשפט הפרטי הקובע עילת תביעה או שולל אותה הוא "הסדר שלילי" תלויה בפרשנות תכליתית של כל הסדר.¹⁵⁰ קצרה היריעה להתייחס כאן לכל הענפים. אבקש להתמקד בטענה כי דיני הנזיקין כדין תת-חוקתי אינם שוללים הכרה פסיקתית בעילת תביעה חדשה כסעד חוקתי. לאחר מכן אבקש להציג מודל מעשי למימוש עילת תביעה כזו.

1. הדין התת-חוקתי אינו שולל הכרה בעילת תביעה פסיקתית כסעד חוקתי

עילת התביעה המוצעת היא חלק מדיני התרופות של המשפט החוקתי. היא בעלת מעמד חוקתי. ההגנה הראויה על זכויות האדם נגזרת מאמת המידה החוקתית, וככזו היא עשויה להיות רחבה מן ההגנה הראויה הנגזרת מאמת המידה התת-חוקתית. פקודת הנזיקין כדין תת-חוקתי אינה שוללת מודל זה. אין להגדיר או לפרש הוראות חוקתיות על בסיס נורמות תת-חוקתיות.¹⁵¹ מכאן שזכות הקבועה בחוק יסוד, כמו כל הוראה אחרת הקבועה בחוק יסוד, אינה יכולה להתפרש או לקבל מובן על סמך הוראות הקבועות בחוקים או בדינים תת-חוקתיים אחרים. הביקורת השיפוטית החוקתית, לרבות שלב הסעד החוקתי, איננה תלויה באמות מידה של המשפט הפרטי שעניינן יחסים בין פרטים.¹⁵² ההפך הוא הנכון: אמות מידה אלה כפופות לזכות לסעד, שהיא בעלת מעמד חוקתי.

ברוח זו יש לפרש לטעמי את הלכת יששכרוב, שבה הוכרה עילה חוקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, קרי בפגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לכבוד האדם.¹⁵³ עילת הפסילה הפסיקתית שהוכרה שם העניקה בידי בית המשפט שיקול דעת להכריע לעניין קבילות ראיה שהושגה אגב הפרה של זכות חוקתית על פי נסיבותיו של כל מקרה. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הוכרה כחלק מתפיסה רחבה שלפיה "בהעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה,

149 ראו למשל רע"א 10879/02 באולינג כפר סבא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, פס' 21 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 6.12.2006).

150 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 55.

151 בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה, פ"ד (נב) 206, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998).

152 גונטובניק, לעיל ה"ש 48, בעמ' 67.

153 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 146, פס' 34 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

מוסמך בית המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפיסה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות – שם התרופה [...] די לנו לקבוע כי אין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הסדר שלילי לעניין פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין, וכי ברוח הוראותיו של חוק היסוד מתבקש כיום אימוצה של דוקטרינה כאמור.¹⁵⁴ מדברים אלה ניכר כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נתפסה בעיני בית המשפט כתרופה חוקתית למצב של פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית של נאשם. כמוכך, בעניין יששכרוב נדון פיתוח של הדוקטרינה הפסיקתית כתרופה חוקתית בגדרי המשפט הפלילי ובדיני הראיות. אדרבה, נפסק כי "יש להניח כי בעתיד נדרש לשאלת ההכרה בסעדים נוספים בגין הפרת זכויות חוקתיות ולשאלת הדרך באמצעותה יעוצבו סעדים כאמור – האם ייגזרו הם במישרין מחוק היסוד או שמא יהא עליהם למצוא את מקומם במערכת דינים חיצוניות לו".¹⁵⁵ הן הדוקטרינה של פסילת ראיות¹⁵⁶ והן הדוקטרינה המוצעת במאמר זה (תחת הכותרת "הזכות לסעד") הן דוקטרינות של תרופות חוקתיות המכוונות לפרט שזכותו החוקתית הופרה ומבקשות לרפא את הפגיעה.¹⁵⁷ ההבדל הוא שהלכת יששכרוב נמנעת מקביעה מפורשת, כמוצע במאמר זה, בדבר גזירת הסעד במישרין מחוק היסוד, אך היא גם אינה שוללת זאת במישור העקרוני.

הלכת יששכרוב תקפה גם כיום¹⁵⁸ והגיונה עמה. הלכת יששכרוב לא רק העמיקה את המשפט המקובל של דיני הראיות (שעוד קודם לכן כלל מרכיב מובהק של משפט מקובל)¹⁵⁹ אלא גם פתחה פרק חדש במסורת של המשפט המקובל החוקתי הישראלי. פרק זה מבוסס על הקביעה כי בהיעדר קביעה סטטוטורית נוגדת מוסמך בית המשפט לפתח דוקטרינות פסיקתיות להגנה על זכויות חוקתיות באמצעות תרופות חוקתיות. שילוב תפיסה זו עם הלכת ישועה מביא להיפוך ברירת המחדל החוקתית, קרי כי שלילת הכרה בעילת תביעה פסיקתית מחייבת קביעה סטטוטורית מפורשת.

לגישתי, החסינויות הקיימות בדיני הנזיקין אינן משום קביעה סטטוטורית כזו. בעידן שלאחר המהפכה החוקתית פרשנות חסינויות אלה צריכה להביא בחשבון כי קיים מתח בינן

154 שם, פס' 52 (ההרגשה הוספה – ר"פ).

155 שם.

156 ראו גם Tony Ward & Clare Leon, *Excluding Evidence (or Staying Proceedings) to Vindicate Rights in Irish and English Law*, 35 LEGAL STUD. 571, 580 (2015) ("[E]xclusion of evidence expresses the court's view of the gravity of the violation and gives 'public meaning and substantive force' to constitutional or human rights").

157 פרופ' גרוס כינה תרופות אלה – פסילת ראיות ופיצוי של הפרט – "תרופות מתקנות" (גרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 476).

158 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 72, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) בינשו.

159 הכוונה היא לחסינויות יציר הפסיקה שהוכרו עוד לפני המהפכה החוקתית: חסיון מקור עיתונאי (ב"ש 368/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987)) וחסיון יחסי בנק-לקוח (רע"א 1917/92 סקולר נ' גירבי, פ"ד מז(5) 764 (1993)). ראו גם רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ, פ"ד סג(3) 88, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (2009).

לכין תכליתם של חוקי היסוד לפרוס הגנה רחבה על זכויות האדם.¹⁶⁰ על רקע זה טענתי היא כי כשם שהחסינות בדיני הנזיקין אינה שוללת קיומה של עילה חוזית או עילה בדיני עשיית עושר נגד המדינה מחוץ לפקודה, היא גם אינה שוללת קיומה של עילה חוקתית נגד המדינה כחלק מקונספציה של תרופות חוקתיות.¹⁶¹ כיום ניתן להמשיל את עוולת הרשלנות לעוולה פרטיקולרית, ואת דיני התרופות החוקתיות – לעוולת מסגרת.¹⁶² יש להבחין בין העוולה הנזיקית המבוססת על קונספציה בין-אישית והחסינויות הרלוונטיות לה לבין המסגרת הרעיונית הרחבה יותר של עילות תביעה הנגזרות מרעיון הזכות לסעד, שהוא בעל מעמד חוקתי. הפער התאורטי בין עילות הפיצוי – אחת נטועה במשפט הפרטי והשנייה נטועה במשפט החוקתי – הוא רחב מכדי לגזור גזרה שווה בין גבולות העילה הראשונה לגבולות העילה השנייה. עילות התביעה בפקודת הנזיקין נועדו להגשים את תכליות דיני הנזיקין.¹⁶³ גבולותיהן אינם כוללים משקל מובנה לשיקולים מוסדיים שהם ייחודיים לשלב הסעד החוקתי, ועניינם היקף ואופי הביקורת השיפוטית החוקתית. במשפט החוקתי "השאלה החשובה היא, באיזו מידה ההחלטה הקיימת אינה משרתת את האינטרס הציבורי, ולא מידת אשמתה של הרשות".¹⁶⁴ אי לכך במעבר מעילת פיצוי אחת (בגין רשלנות) לעילת פיצוי אחרת (מכוח רעיון הזכות לסעד) אפשר שדרישות מסוימות, כמו אשם, ייפלו, אך דרישות חדשות, כמו פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מסוימת, קמות.¹⁶⁵ הוא הדין ב"מסננות האחריות" בנוגע לפיצוי: החסינות הגורפת יכולה ליפול, ובמקומה תקום הגנה חדשה התפורה למידות ההצדקה של העילה החדשה בדגש על עקרון המידתיות,¹⁶⁶ והוא הדין גם בהסדרים של אחריות חמורה. ככלל, כאשר התובע נמנה עם

160 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 792 ("ספק אם הגנה כה רחבה [בדיני הנזיקין לעובדי ציבור] מתיישבת עם תכליתם של חוקי-היסוד").

161 לגישה נחרצת יותר, שלפיה לא רק שהחסינות אינה שוללת קונספציה של זכות לסעד, אלא שהיא תומכת בקונספציה כזו ראו Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1643. השוו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 792 (לגישתו ניתן לטעון – מבלי שהכריע בכך – כי "דיני הנזיקין אינם מתאימים – לא כיום (לאחר המהפיכה החוקתית) ולא התאימה בעבר (לפני אותה מהפיכה) – להוות מסגרת נורמטיבית לאחריות המדינה בגין הפרת זכותו החוקתית של הפרט").

162 להבחנה בין עוולה פרטיקולרית לעוולת מסגרת ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 124, 113 (1985).

163 ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בעמ' נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) ("מהו המסר הנורמטיבי העולה מהוראת הפקודה כי הניזוק זכאי לפיצויים? כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון את תכליתם של הפיצויים במסגרת מטרותם של דיני הנזיקין עצמם"). לפירוט מגוון תכליות דיני הנזיקין ראו בנימין שמואלי "קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233, 245–254 (2009). בישראל התכלית העיקרית המוכרת בפסיקה היא השבת המצב לקדמותו (אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 249–250 (1983); שמואלי, שם, בעמ' 250, 254).

164 דפנה ברק-ארו "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17, 52 (1996).

165 עניין גורדון, לעיל ה"ש 162, בעמ' 126 ("עם המעבר מעוולה לעוולה עשויות דרישות מסוימות (כמו כתב) ליפול, אך דרישות חדשות (כגון חובת זהירות) קמות").

166 השוו Gouriet v. Union of Post Office Workers, [1978] AC 435, 500 ("To extend that jurisdiction to the grant of remedies for unlawful conduct which does not infringe any rights of

קבוצת הזכאים על פי החוק באופן המקנה לו פיצוי כלשהו, הנטייה היא לפרש הסדרים של אחריות חמורה אלה כשוללים הכרה בעילת פיצוי נוספת מעל ומעבר לקבוע בחוק.¹⁶⁷ אך כאשר התובע אינו נמנה עם קבוצת הזכאים על פי ההסדר החקיקתי הספציפי ואינו זכאי לפיו לפיצוי כלשהו, הנטייה היא לאפשר בדרכים יצירתיות מסלול מחוץ לחוק, וכך יימנע מצב שבו התובע יוותר נטול סעדים.¹⁶⁸ הדבר נעשה למשל באמצעות קביעה כי החוק אינו קובע הסדר שלילי אלא רק שולל כפל פיצוי.¹⁶⁹ פסיקה זו מלמדת לדעתי שבית המשפט חותר להרחבת קבוצת הזכאים כדי להימנע ממצב שבו נותר הפרט הנפגע נטול סעדים.¹⁷⁰ גישה כזו, בהשאלה מההבחנה שערך השופט (כתוארו אז) ברק בעניין גורדון בין עילות פרטיקולריות לעילות מסגרת, "יש בה כדי לאפשר מעבר קל ממסגרת למסגרת כדי ליתן את מלוא ההגנה לאינטרסים",¹⁷¹ ובהקשר הנוכחי – לזכויות חוקתיות. כיום שלושים שנים לאחר שנכתבו דברים אלה יש להחיל את הגישה הפונקציונלית הזאת על השיטה בכללותה ולא רק על שאלת היחס בין עוולות פרטיקולריות לעוולות מסגרת בדיני הנזיקין עצמם. לכן יש לראות בחסינות הקבועה בדיני הנזיקין כזו שחלה בגזרה מסוימת, היא גזרת אחריות רשויות הציבור במשפט הפרטי, מבלי לשלול בכך את תחולת הכלל של מתחם התרופה החוקתית ההולמת אשר בוחן את הסעד שניתן בשיטה בכללותה בגין פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית.

חשוב להבהיר כי אין מניעה להתחשב במישור הסעד החוקתי בשיקולי מדיניות כלליים שתומכים בשלילת אחריות. שיקולים כלליים אלה תקפים, ולו בחלקם, בשיטת המשפט

- the plaintiff in private law, is to move out of the field of private into that of public law with which analogies may be deceptive and where different principles apply")
- 167 רע"א 7097/10 זכאי נ' מדינת ישראל משרד הביטחון אגף השיקום, פס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.1.2012) ("ניש" לבחון היטב מהותה של תביעה, כדי לוודא שאין מדובר בניסיון 'עקיפה' של ההסדרים הקבועים בחוק הנכים"). ראו גם שם, פס' 15 ו-17 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 168 למשל בע"א 9878/06 עמית נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (פורסם בנבו, 30.12.2008) נפסק כי ניתן להכיר בתביעת פיצוי בגין רשלנות בקבוצת נפגעים שחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-195 – לא חל עליה (כלומר צדדים שלישיים שנפגעו במנותק מאירוע המוות או הפגיעה). ראו: שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר. גם בבג"ץ 11674/05 העמותה לקידום ענייני מוקרני הגזות נ' שר הבריאות (2007) נפסק כי החוק אינו שולל תביעה מכוח חוקים אחרים כגון חוק הביטוח הלאומי (שם, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). ראו עוד ע"א 9106/07 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' פז, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.1.2009) ("כל עוד אין אדם זכאי לפיצויים לפי חוק הגזות או לפי חוק אחר בשל נזקי ההקרנות, יכול הוא לתבוע גם במסלול הנוסף"). על דרכים יצירתיות אלה ניתן להוסיף פרשנות מרחיבה של החוק הקיים, הכוללת קבוצת תובעים שבתחילה היה נראה כי החוק לא חל עליה, ראו דעת הרוב בבג"ץ 10771/07 גויצרמן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סג(3) 418 (2010) (פיצוי נפגעי פוליו).
- 169 עניין פז, לעיל ה"ש 168, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג(2) 79, 92-94 (1999).
- 170 ראו ברוח רומה ע"א 10832/06 אבנר – איגוד ביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' ארזים – הנדסה טכנולוגיות (אחזקות) 1991 בע"מ, פס' 39 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 25.11.2012).
- 171 עניין גורדון, לעיל ה"ש 162, בעמ' 126.

הישראלית כולה.¹⁷² מסקנה זו מתחייבת לא רק מטעמי קוהרנטיות סבירה – לאו דווקא מושלמת – של הדין בשיטה אלא גם כבסיס רעיוני להגבלת עילת התביעה החוקתית יציר הפסיקה. כך למשל יהיה ניתן להקיש מן ההגנות המקובלות במשפט הפרטי, כגון אשם תורם, הסתכנות מרצון והקטנת נזק, אשר מביאות לרוב לצמצום עילת התביעה אך לאו דווקא לשלילתה (ומכל מקום לא לא שלילה גורפת ואפרורית כהוראות החסינות).¹⁷³ כידוע, הוראות פקודת הנזיקין חלות גם על עוולות חקוקות מחוץ לפקודת הנזיקין.¹⁷⁴ הסרת המחיצה בין עוולות חקוקות לבין עוולות פסיקתיות, כמוצע כאן, פותחת את האפשרות להקיש מהוראות אלה גם במישור התרופות החוקתיות המכוונות לפרט.¹⁷⁵

2. מודל מעשי להגשמת סעד חוקתי כספי

בתחילת המאמר עמדתי על הצורך המעשי בהכרה בסעד חוקתי זה במצבים שבהם סעד בטלות החקיקה אינו מספק מענה לפגיעה בפרט על רקע מקרה המבחן של מפוני תוכנית ההתנתקות. בחלק זה אבקש לסגור את המעגל ולהדגים כיצד הפרט יכול להגשים, פרקטית, את הסעד החוקתי המוצע.

הסעד החוקתי הכספי עשוי להיות מוגשם בשתי דרכים עיקריות: הדרך הראשונה היא פסיקת סעד כספי המכוון לפרט במסגרת העתירה לבג"ץ ועל בסיס התשתית העובדתית שהובאה בפניו. זהו סעד כספי קונקרטי לעותר עצמו, הוא האדם שזכותו החוקתית נפגעה. יתרונה של דרך זו במתן סעד מידי לעותר הנפגע. חסרונה בכך שלא תמיד תהא בידי בג"ץ התשתית העובדתית המתאימה להערכת הפגיעה הקונקרטית. ההתמקדות בעותר עלולה להחמיץ את ההזדמנות להביא לפתרון סיסטמתי של הפגיעה הלא חוקתית בנפגעים נוספים שלא עתרו לבית המשפט. אך בג"ץ עשוי לפעול בדרך זו כאשר הוא סבור שהממד העיקרי המחייב הכרעה הוא זה המכוון כלפי רשויות השלטון.

דרך זו משקפת הכרעה עקרונית בסוגיית מי הם הצדדים הראויים בגדריה של עילה חוקתית חדשה זו, שכן היא מייחדת את הסעד החוקתי לעותרים החלוצים שהביאו להכרעה החוקתית בבג"ץ. בבסיס הכרעה זו קיים הצורך הכללי במתן תמריץ למתדיין להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית. מקום שבו הסעד החוקתי ניתן בגדרי פסק דין של בית המשפט בשבתו כבית משפט לערעורים, נוסף עליו צורך קונקרטי והוא פתרון הסכסוך בין

172 לחשש מפני עקיפת שיקולי המדיניות הקבועים בחסינויות ראו ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 14, בעמ' 117, ה"ש 5; Thomas, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1644.

173 השוו רע"א 6572/14 פלוני נ' מדינת ישראל משטרת ישראל, פס' 17–18 להחלטתה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 14.1.2015).

174 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 409 (2003); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 26.4.2010).

175 השוו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 409 ("הסעד בגין הפרתה של הזכות – כמו הזכות עצמה – הוא ברמה תת-חוקתית והוא כפוף להוראות השונות של המשפט הפרטי בעניין אשם תורם, סיבתיות והערכת נזק"). לדעתי גישה זו מדויקת במישור היחסים בין פרטים, אך היא אינה חלה כפשוטה – אלא בהיקף בלבד – ביחסים שבין רשויות השלטון לפרט.

הצדדים.¹⁷⁶ כאשר ההליך התחיל בערכאה הדיונית, יש להעריך כי בידי בית המשפט העליון גם מצויה התשתית העובדתית הדרושה להכרעה, וכך הוא יכול ביתר קלות לפסוק בעצמו את הסעד החוקתי הכספי ולסיים את הפרשה בפסק דין אחד.

הדרך השנייה היא הכרה עקרונית בעילת תביעה חדשה לעותרים ולדומיהם, שאותה יהיה ניתן לממש בפנייה לבית המשפט המוסמך עם כניסתו לתוקף של פסק הדין העקרוני בבית המשפט העליון. עילת התביעה החדשה תתבסס על ההצהרה של בית המשפט העליון (במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית) כי החוק הפוגע בפרט איננו חוקתי ועל הקביעה של בית המשפט העליון (במסגרת השלב השלישי של הבחינה החוקתית) שלפיה פגיעה זו מצדיקה עקרונית פיצוי של הפרטים הנפגעים מן החוק. בשונה ממקרה המבחן של מפוני תוכנית ההתנתקות, לא יידרשו העותרים ודומיהם לפנות אל הדין הכללי להוכחת עילות תביעה של המשפט הפרטי. המשמעות המעשית של הכרה בעילת תביעה חוקתית היא כי ניתן לפנות על בסיסה ישירות לבית המשפט המוסמך כדי לתבוע פיצוי ראוי והוגן. דרך זו משקפת אף היא הכרעה בסוגיית הצדדים הראויים בגדריה של עילה חוקתית חדשה זו, בדמות הכרה בהצדקת פסיקת סעד חוקתי כספי גם לנפגעים במצבו של העותר. בדרך זו הנפגע מקבל עילת תביעה שמשמעה – אם אכן יוכיח מסכת עובדתית המלמדת כי זכותו החוקתית נפגעה מכוח החוק הלא חוקתי – כי קמה חובה שלטונית לפצותו בגין הפגיעה. רק עובדות אלה המבססות את הזכות ומתארות את הפגיעה הן המרכיבות את עילת התביעה.¹⁷⁷

מיהו אפוא בית המשפט המוסמך לדון בעילת הפיצויים החדשה בדרך זו – הדרך השנייה? בהיות העילה החדשה עילה מן המשפט הציבורי, ראוי שבית המשפט לעניינים מנהליים יוסמך לדון בה, גם מהטעם שיש בידיו כלים טובים מאלה של בג"ץ לביורר עובדתי של הפגיעה. עם זאת במצב המשפט הקיים סמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לדון בתובענות מנהליות מוגבלת לתובענות לפיצויים שעילתן במכרז ותובענות ייצוגיות מסוימות לפיצויים. אם ייוותר מצב זה על כנו, יהא על בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לפתח עילה זו כפי שעשה בהכירו בהלכת הפיצויים בבג"ץ במשפט המנהלי. העתירה החדשה לבג"ץ – בעקבות פסק הדין העקרוני המכיר בעילת תביעה חוקתית – עשויה להיות אישית, קיבוצית או במתכונת של "תובענה ייצוגית חוקתית". פיתוח מתכונות דיוניות אלה חורג ממסגרת מאמר זה, שמטרתו העיקרית היא ביסוס התשתית הרעיונית לסעד הכספי. אתייחס לכך בהמשך במסגרת הדיון הביקורתי.¹⁷⁸

עם זאת חשוב להדגיש כי שתי הדרכים אינן שוללת את האפשרות כי כל פרט שזכותו החוקתית נפגעה שלא כדין יתבע את סעדיו באמצעות הגשת תביעה לערכאות הדיוניות המוסמכות להכריע בעילות מוכרות בדין הכללי, ובלבד שלא יזכה בכפל פיצוי. גישה זו

176 השוו ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פס' 35 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 30.4.2009).

177 וזאת לפי הגישה המקובלת להגדרת עילת תביעה בדין הישראלי, ראו נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 52 (1991).

178 ראו להלן ס' 5 למאמר זה, בס' משנה (ג) שכותרתו "קושי בחלוקת הפיצוי: תובענה ייצוגית חוקתית – היקש מהסדרי פיצוי קולקטיבי בתובענה ייצוגית".

עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת בישראל שלפיה כאשר מקרה אחד מוליד עילות תביעה אחדות, יש לאפשר לנפגע לבחור בעילת התביעה המציעה לו את מרב היתרונות.¹⁷⁹ אפשר שהתשתית העובדתית תשתנה מתובענה לתובענה, והשינוי יעיד על פגיעה חדשה, שונה בתיאורה העובדתית מן הפגיעה הקודמת, באותה זכות.¹⁸⁰

ה. דיון ביקורתי

המהלך התאורטי והפרשני המוצע ברשימה זו איננו חף מקשיים, ועימם אבקש להתמודד בחלק זה. גם כאן אבחיין בין המישור התאורטי למישור המעשי.

1. המישור התאורטי

במישור זה יש להבחין בין שני סוגים של ביקורת: ביקורת מכיוון תאוריה של משפט ציבורי וביקורת מכיוון תאוריה של משפט פרטי. מנקודת מבטו של המשפט הציבורי ניתן לטעון שיש טעם טוב למצב העניינים הנהוג אשר מקיים פער בין הזכות החוקתית לבין הסעד – פער המיטשטש לפי ההצעה במאמר זה להכיר בזכות לסעד. ניתן לטעון שלא רצוי שפיתוח נורמות חדשות של המשפט החוקתי – לרבות הכרה בזכויות חוקתיות חדשות – ייעשה בפזילה למישור התרופות.¹⁸¹ פזילה כזו, אשר כוללת התחשבות בשיקולים אסטרטגיים-מעשיים האופייניים למישור התרופתי, כרוכה ב"מחיר" של ריסון יתר בהכרה בזכויות חוקתיות חדשות.¹⁸² אני סבור שביקורת זו היא חלשה בכל הנוגע למשפט החוקתי הישראלי בעידן הנוכחי אשר נשלט על ידי תפיסה מרחיבה של היקף זכויות חוקתיות.¹⁸³ בישראל דומה כי הריסון השיפוטי קיים בעיקר בשלב התרופתי ולא בשלב ההכרה בזכויות.¹⁸⁴ אולם החשש הוא הפוך, קרי שקיים פער גדול מדי בין ההיקף הרחב של הזכויות המוכרות בשיטה לבין ההגנה המעשית שניתנת להן. גם להימנעות מפיתוח המישור התרופתי יש מחיר והוא הגברת החשש מפני הפרות של זכויות חוקתיות מבלי שיינתן להן מענה תרופתי ראוי.

179 כהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 99.

180 השווה זלצמן, לעיל ה"ש 177, בעמ' 52.

181 John C. Jeffries, Jr., *In Praise of the Eleventh Amendment and Section 1983*, 84 VA. L. REV. 47, 78 (1998) ("the risk is that constitutional rights would be defined with one eye on damages (Every step taken would have had) 248 בעמ' 113, לעיל ה"ש 113, בעמ' 248 (Jeffries, *Liability Rule*; liability) "a larger remedial footprint, with the probable consequence of fewer steps taken")

182 Jeffries, *Right-Remedy Gap*, לעיל ה"ש 84, בעמ' 90.

183 אהרן ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק היורה בתוח: תשובה למבקרים" **משפט ועסקים** טו 417, 444 (2012). לטעמים בעד הגדרה רחבה של היקף הזכויות החוקתיות ראו MATTHIAS KLATT & MORITZ MEISTER, *THE CONSTITUTIONAL STRUCTURE OF PROPORTIONALITY* 46-48 (2012). לגישה שונה ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" **משפט ועסקים** טו 283, 281 (2012).

184 הריסון בשלב התרופתי בא לידי ביטוי בפרקטיקה המקובלת של השעיית הכרות הבטלות. ראו מרול "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 91; עניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 16, פס' 97-99 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק.

שיקול הפזילה לתרופות איננו שולל לדעתי עקרונית את ההכרה בעילת תביעה פסיקתית כסעד חוקתי אלא רק מצדיק הטלת מגבלות על הכרה בעילת תביעה כזו, כגון התניית ההכרה בעילת התביעה הפסיקתית בכישלון מיצוי עילות תביעה במשפט הפרטי, הדוחה את ההכרעה החוקתית במישור הזמן למועד מאוחר יותר.

מנקודת מבטו של המשפט הפרטי ניתן לטעון כי הכרה בעילת תביעה פסיקתית תערער את ה"איזון" הגלום במשפט הפרטי. בחלק הקודם ביקשתי לשכנע שאין לקבל טענה כזו במישור הפוזיטיבי של המשפט הישראלי, שכן על האיזון להיבחן לפי תפיסה כוללת של זכות סעד בשיטה בכללותה ולא רק במשפט הפרטי. כאן אבקש להתייחס לטענה במישור העקרוני. למישור זה שני פנים: הפן המוסדי והפן המסורתי. הפן המוסדי מדגיש את המגבלות המוסדיות של ביקורת שיפוטית חוקתית. לפי טענת הביקורת, על בית משפט העוסק בעניינים חוקתיים לגזור על עצמו איפוק וריסון במישור הכרה בעילות חדשות ולהותיר את הסוגיה להכרעת הערכאות האזרחיות שיש להן עדיפות עליו בפסיקת סעדים כספיים.

אני סבור שביקורת מוסדית זו מבוססת על שלוש הנחות שגויות:¹⁸⁵ ההנחה הבעייתית הראשונה היא שהמשפט הפרטי מבוסס על סעד כספי, ואילו המשפט הציבורי מבוסס על ציווי. תיאור המשפט הציבורי המודרני בדרך זו איננו מדויק. השימוש בסעד הכספי הופך נפוץ יותר ויותר במשפט החוקתי של שיטות המשפט המקובל.¹⁸⁶ ההנחה הבעייתית השנייה היא כי הסעד הנפוץ בתחום המשפט הציבורי – ציווי – הוא דרסטי לעומת הסעד הכספי, ולכן ממילא אין טעם ללוות אותו בסעדים נוספים חדשים. הנחה זו מנוגדת לתורת הסעדים העדכנית במשפט הציבורי, המנהלי והחוקתי כאחד, היא תורת הבטלות היחסית אשר מכירה בתמהיל מגוון של סעדים.¹⁸⁷ ההנחה הבעייתית השלישית, שהיא המשך של ההנחה הקודמת, היא כי דיני הנזיקין הם דין צופה פני עבר ולכן אינם מחייבים שינוי התנהגות מצד הרשות לעתיד, ואילו הביקורת השיפוטית במשפט הציבורי היא דין צופה פני עתיד, ולכן מחייבת שינוי התנהגות של הרשות בהדגשתה של חשיבות הריסון של הביקורת השיפוטית החוקתית. גם נקודה זו אינה משקפת נכונה את פניו של המשפט הציבורי המודרני. למשפט הציבורי יש פן חשוב הצופה פני עבר, כיוון שלעיתים ההכרעה השיפוטית מביאה לביטול של מדיניות שלטונית – כמו גם של חקיקה לא חוקתית – באופן שהוא הלכה למעשה רטרואקטיבי.¹⁸⁸ כידוע פרשנות חוקתית נעשית מתוך מבט רחב.¹⁸⁹ מבט כזה צופה פני עבר ועתיד יחדיו.¹⁹⁰ מטעמים אלה נראה כי קיימים הבדלים ניכרים דיים בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, אשר מביאים לכך שהרחבת רעיון התרופות החוקתיות

185 לנקודות מוצא אלה ראו אריאל פורת נזיקין כרך א 221–222 (2013).

186 Tortell, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1–3.

187 ליישום דוקטרינת הבטלות היחסית במשפט המינהלי בדרך של תמהיל סעדים ראו עניין דורון, לעיל ה"ש 67, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

188 לדוגמה לכך במשפט המינהלי ראו בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 269 (2004).

189 עניין אבני, לעיל ה"ש 151, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק.

190 Schuman, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1219 (both "A court's constitutional law is also backward-looking and forward-looking").

להכרה בעילות תביעה יציר הפסיקה לא תיחשב לאנומליה או להפרה של איזון" כזה, אם אכן קיים. זאת, כאמור, כל עוד העילות המוכרות במשפט הפרטי אינן מוקפות ב"חגורה" פרשנית של הסדר שלילי במישור הפוזיטיבי (ראו לעיל).

להצגת הפן המסורתי של הביקורת ניתן להיעזר בטיפולוגיה של פרופ' ברק אשר מבחינה בין מה שכינה תרופה "חיצונית" למשפט החוקתי לתרופה "פנימית" לו.¹⁹¹ תרופה חיצונית עניינה פיתוח של דיני הנזיקין עצמם לגבולות חדשים. מתווה זה מבוסס על הרחבה של עקרון הצדק המתקן או המרה שלו בעקרון צדק אחר, למשל עיקרון של צדק חלוקתי, המובילה להכרה בעילות תביעה פסיקתיות חדשות. זוהי תרופה חיצונית למשפט החוקתי במובן זה שהיא ניתנת במערכת דינים שהיא חיצונית לחוקי היסוד. מנגד, תרופה פנימית עניינה הכרה בעילה חדשה במשפט החוקתי עצמו כנגזרת מחוקי היסוד. לפי הביקורת, מתווה של תרופות חיצוניות עדיף בשל הניסיון המצטבר העשיר שנצבר ברבות השנים בערכאות אלה בפיתוחן של עילות תביעה שהעניקו הלכה למעשה הגנה טובה לזכויות הפרט. במילים אחרות, ביקורת זו מכוונת למסורת המשפטית של תרופות חיצוניות שהתפתחה בשיטות משפט מקובל אשר במידה רבה מייתרת – כך הטענה – את הצורך בפיתוח תרופות פנימיות. דיני הנזיקין של המשפט הפרטי מגינים כידוע על מגוון רחב של זכויות חוקתיות, כגון הזכות לאוטונומיה, לפרטיות, לשם טוב ועוד.¹⁹² דיני הקניין של המשפט הפרטי מגינים על זכות הקניין החוקתית ומעניקים סעד, לרבות סעד של פיצוי, בגין הפרתה.¹⁹³ אם הגנה זו אינה מספקת, כך הטענה, ניתן להציע עדכון של דיני הנזיקין או הקניין המסורתיים לאור מגמת החוקתיזציה במישור המדינתי והגלובלי.¹⁹⁴ זוהי אחת המוטיבציות לפיתוח דוקטרינת העוללות החוקתיות ככלי להרחבת היקף הזכויות שדיני הנזיקין מגינים עליהן.¹⁹⁵

תשובתי לביקורת זו היא שהרחבה כזו – כפי שמקובלת על התומכים בדוקטרינת העוללות החוקתיות – מבוססת על התשתית הרעיונית של דיני הנזיקין.¹⁹⁶ הפתרון של עדכון מפת האינטרסים המוגנים בדיני הנזיקין באופן שתחפוץ את האינטרסים המוגנים ברמה החוקתית מבוסס על תחולה עקיפה של המשפט הציבורי, והוא מיישם את תכליות המשפט הציבורי – לרבות את רעיון הזכות לסעד – רק בעקיפין. המסלול של תרופות חיצוניות – המבוסס על קונספצייה של דואליות נורמטיבית – מכפיף את זכויות הפרט שהן בעלות מעמד חוקתי לעילות התביעה המקובלות של דיני הנזיקין, לרבות "מסננות האחריות" הקבועות ברמה התת-חוקתית. ואולם, נקודת המוצא הנורמטיבית –

191 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 781.

192 עניין עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 68, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (2006).

193 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 786.

194 כהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 89.

195 ברק-ארו עוללות חוקתיות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 157; ברק-ארו כלכלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 394.

196 שם, בעמ' 393 ("ההכרה באפשרות לפסוק פיצויים בשל הפרה של זכויות יסוד נתמכת בטעמים עקרוניים... [ה]משקפים את ההצדקות המקובלות להכרה באחריות בנוזיקין בכלל").

ה"גאומטרית", אם תרצו – צריכה להיות הפוכה.¹⁹⁷ בעידן החוקתי כיום דיני הנזיקין הקבועים ברמה התת-חוקתית כפופים לביקורת שיפוטית חוקתית ולא להפך.¹⁹⁸ גם אם אין מקבלים את הטענה בדבר "עליונותו" של המשפט החוקתי, התשובה של המודל המוצע היא כי דיני המשפט הפרטי על מגבלותיהם אינם נותנים בהכרח מענה הולם לפגיעה בזכות החוקתית לסעד. כפי שהובהר, ייתכנו נסיבות שבהן התרופה של המשפט הפרטי – התרופה החיצונית – תיפול מחוץ למתחם התרופה החוקתית ההולמת, והדבר יחייב הכרה בתרופה פנימית משלימה. בהקשר כזה אין לומר כי התרופה החיצונית מתייתרת. נהפוך הוא – היא תרופה נחוצה והכרחית כדי למנוע מצב שבו נותר הפרט נטול סעדים. על כן, לגישתי, עצם ההבחנה בין תרופה חיצונית לתרופה פנימית איננה אוצרת כוח הסברי להעדפת תרופה מסוג מסוים על פני רעותה. המודל המוצע מבקש להצדיק תרופה פנימית כזו, במקרים הטיפוסיים שפורטו לעיל,¹⁹⁹ מבלי לשלול את האפשרות כי במקרים רבים – אך לא תמיד – יהיה ניתן להסתפק בתרופה חיצונית.

2. המישור המעשי

בפתח הדיון בחלק זה, המוקדש לביקורת על הגישה המוצעת מזווית מעשית, יש לתת את הדעת לכך שהמודל המוצע הוא בעיקרו רעיוני, וככזה משמש הזמנה להמשך שיח תאורטי ולפיתוח מעשי. פיתוח של הרעיון המוצע למודל יישומי-פרטי מחייב התייחסות משלימה לשורה של קשיים מעשיים הכרוכים ביישומו של המודל. בתת-פרק זה אינני מתיימר להתמודד עם כל הקשיים הכרוכים באימוץ המודל. אעמוד על כמה מרכזיים שבהם. הפתרונות שאבקש להציע בחלק זה יאירו למעשה, כך אני מקווה, היבטים נוספים של אפיון עילת התביעה הפסיקתית.

(א) היעדר כשירות מוסדית של הרשות השופטת

ביקורת מתבקשת גורסת שבתי המשפט אינם כשירים מוסדית לפתח את הסעד המוצע, בהיעדר הידע הדרוש והכלים הארגוניים. פסיקת סעד חוקתי המכוון לפרט נתפס כבעל השלכות מדיניות מגוונות ואף עשוי לחייב מחקר, השוואה, הערכת סיכונים ועלויות, קביעת סדרי עדיפויות ופיתוח נורמות חדשות. לפי ביקורת זו – שנשמעה גם בהקשר של הכרה

197 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 791 ("אין לכפוף את הסעדים בגין הפרת חובה המוטלת בחוק-יסוד משוריין (מהותית או פורמלית) להוראות התרופות של חוק רגיל. המבנה החוקתי הוא הפוך. הסעדים הקבועים בחוק רגיל צריכים להגשים את הזכויות הקבועות בחוק-יסוד משוריין").

198 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 390–391.

199 ראו שם, ה"ש 120–123.

- בעילות חדשות בדיני הנזיקין²⁰⁰ – הרשויות המחוקקת והמבצעת הן הכשירות והמתאימות למשימות כאלה, והן גם בעלות הלגיטימציה הדמוקרטית לבצען.²⁰¹
- מענה לאתגר זה דורש דיון בשאלת הלגיטימציה הדמוקרטית של בית המשפט בפיתוח נורמות חוקתיות חדשות, לרבות במישור הסעדים. הטענה בדבר היעדר "לגיטימציה דמוקרטית" של בתי המשפט מתעוררת לרוב בשיח של פרשנות חוקתית. לגיטימציה דמוקרטית היא כותרת לשלושה שיקולים שונים: לגיטימציה פרוצדורלית (אישור החוקה בהליך תקין); לגיטימציה מוסרית (הן במובן של אתיקה נורמטיבית והן במובן של פילוסופיה פוליטית); לגיטימציה אקטואלית-סוציולוגית (הסכמה רחבה של הציבור הכפוף לנורמה החוקתית עם הערכים המוגנים בה).²⁰² היחס שבין שיקולים שונים אלה איננו תמיד ברור, ומכאן גם העמימות בהבנה של מושג הלגיטימציה הדמוקרטית.²⁰³ לצורך העניין אבקש להתמקד במישור הלגיטימציה האקטואלית-סוציולוגית. אשר למרכיב זה, הטענה השגורה בפי מבקרי הביקורת השיפוטית היא כי הרשות המחוקקת, שבה מצויים נציגי הציבור הרחב הכפוף לנורמות החוקתיות, היא בעלת הלגיטימציה הדמוקרטית החזקה ביותר בפרשנות החוקה.²⁰⁴ לגישתי יש טעמים ייחודיים לערעור תוקפה של טענה זו בכל הנוגע לקביעת פיצוי על ידי הרשות השופטת. כדי לנמק עמדתי זו אבקש להבחין בין שני קווי ביקורת הנובעים מטענת הלגיטימציה הדמוקרטית של המחוקק.
- לפי קו הביקורת הראשון**, סעד כספי היא תוצר של הערכת מאפיינים פסקאליים וכלכליים בדבר עלויות ותועלות חברתיות, וכי לרשות השופטת אין הכלים המתאימים לביצוע הערכה כזו. עוד לפי קו ביקורת זה, תוצאתו של סעד כזה כרוכה בהטלת נטל כבד על הקופה הציבורית.²⁰⁵ יש לדחות קו ביקורת ראשון זה על שני ממדיו. אשר לכלים, הניסיון המצטבר בהפעלת ביקורת שיפוטית בעניינים מנהליים מלמד שהרשות השופטת מוצאת את הכלים הדרושים לביצוע הערכות כספיות, בין היתר בהסתמכה על חוות דעת של מומחים. הדבר בולט בהתדיינות בעניינים כלכליים במשפט הפרטי, בעיקר דיני תאגידים ודיני נזיקין, וניתן להעתיק את מודל המומחיות הזה גם לשדה המשפט הציבורי. אשר
- 200 למשל פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010).
- 201 יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 493 (2007). לגישתו "קיימת סכנה אינהרנטית של תת-אחריות דמוקרטית בפעולתם של גורמי הביקורת השיפוטית" (שם, בעמ' 495).
- 202 JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* 62, 81–97 (2011); Jack M. Balkin, *Nine Perspectives on Living Originalism*, 2012 U. ILL. L. REV. 815, 830 (2012).
- 203 Barak Medina, "Foundational" Originalism? On Jack Balkin's *Living Originalism*, 7 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 1, 7–9, 14 (2013).
- 204 Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1391 (2006) ("The system of legislative elections is [...] evidently superior as a matter of democracy and democratic values to the indirect and limited basis of democratic legitimacy for the judiciary [...] Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decisionmaking. None of this is true of Justices").
- 205 Gerald E. Frug, *The Judicial Power of the Purse*, 126 U. PA. L. REV. 715, 773–784 (1978).

לתוצאה, גם כאן ניתן ללמוד מניסיון ההתדיינות במשפט הפרטי. העובדה שעילות התביעה בנזיקין נגד רשויות ציבור מטילות מעמסה על הקופה הציבורית היא שיקול אחד מני רבים, אשר אומנם עשוי להביא לצמצום הסעד הכספי, אך אין הוא שיקול אשר מביא לשלילת עצם הלגיטימציה הדמוקרטית של ביקורת שיפוטית בעניינים פיסקאליים וכלכליים.²⁰⁶ כידוע, "זכויות אדם עולות כסף".²⁰⁷ בכל הנוגע לפגיעה שלא כדין בפרט מקובל כי הזיקה הפיסקאלית והכלכלית איננה טעם מספק להימנעות בית המשפט מהענקת סעדים כספיים.²⁰⁸ אם הסעד הכספי דרוש להגנה על זכויות חוקתיות.²⁰⁹ כמובן, ניתן לטעון כי הלגיטימציה הדמוקרטית ניתנה כאן לבית המשפט בעקיפין באמצעות ההכרה החקיקתית הישירה בעילות תביעה במשפט הפרטי בגין פגיעות שאינן כדין, ואילו הכרה כזו אינה קיימת באשר לפגיעות כדין. אך טענה אחרונה זו אינה מתמקדת בתוצאה של ההכרעה השיפוטית על עניינים פיסקאליים, והיא תקפה באשר לרובד עמוק יותר של הלגיטימציה לביקורת שיפוטית חוקתית בכלל – וזהו קו ביקורת שונה. ביקורת זו נסבה על שאלות של אקטיביזם שיפוטי²¹⁰ והתפקיד של שופט בחברה דמוקרטית.²¹¹ קו ביקורת זה – הוא קו הביקורת השני – איננו ייחודי לשלב הסעד החוקתי. הוא קו ביקורת על הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית חוקתית כשלעצמה. הביקורת אינה תוקפת את תוצאות ההכרעה החוקתית השיפוטית אלא את הלגיטימציה שלה בהינתן "חלוקת העבודה"

206 Eisenberg & Yeazell, לעיל ה"ש 136, בעמ' 507 ("[T]his call for judicial deference to legislative control of the purse may be taken not merely as a monitory counsel but as an absolute barrier to certain remedies [...] [T]he orders courts make in institutional cases will, almost inevitably, have as their consequence the increased expenditure of public funds. This fact cannot serve to invalidate institutional litigation however, because it proves too much. For a judicial order in (almost any case has either as its aim or as its consequence the reallocation of resources" Richard H. Fallon, Jr., *Of Justiciability, Remedies*, ראו "institutional public law litigation" על *and Public Law Litigation: Notes on the Jurisprudence of Lyons*, 59 N.Y.U. L. REV. 1, 8 (1984).

207 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 355 (2000).

208 בכל הנוגע להחלטה שלטונית שלא כדין ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 250–251 (1987) ("אם רשות ציבורית מפרה את החוק, מחובתו של בית המשפט לצוות עליה לקיים את החוק, גם אם משמעות הדבר היא הוצאה כספית") (ההדגשה הוספה – ר"פ).

209 שם, בעמ' 254–255 ("שיקולים של מדיניות משפטית בעניין זכויות האדם והאזרח [...] הם שיקולים שיש בידי השופט הכלים הדרושים כדי לשקלם"). ראו גם בג"ץ 2557/05 מטה הרוכ נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (2006).

210 Thomas S. Schrock & Robert C. Welsh, *Reconsidering the Constitutional Common Law*, 91 HARV. L. REV. 1117 (1978). לתמיכה באקטיביזם ראו למשל Richard H. Fallon, Jr., *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 374 (1992). לאפיון טענות נוספות בדבר אקטיביזם שיפוטי ולהבחנה ביניהן ראו Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies*, 79 GEO. L.J. 1355, 1379 (1990).

211 להבחנה בין תפקידו הלגיטימי של השופט לבין תפקידו הפוליטי הלא לגיטימי ראו Colin S. Diver, *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions*, 65 VA. L. REV. 43, 103–106 (1979).

הראויה בין הרשויות השונות לפי עקרון הפרדת הרשויות.²¹² במענה לאתגר זה יש לומר כי עמדה זו מבוססת על תפיסה מסוימת (ולא יחידה) של עקרון הפרדת הרשויות. עיקרון זה הוא כלי קיבול לתכליות שאפשר שיהיה ביניהן מתח. עיקרון זה נועד לקדם את התכלית בדבר כיבוד הכרעה דמוקרטית שהתקבלה בפרלמנט, אך גם את התכלית של קידום חירות הפרט.²¹³ ואת התכלית של מניעת ניצול לרעה של הרשות המבצעת את הסמכויות הנתונות לה.²¹⁴ ממארג תכליות זה אין נובעת חלוקת עבודה מסוימת וקשיחה בין הרשויות. אומנם עקרון הפרדת הרשויות הקלאסי המבוסס על הגדרת גבולות הסמכות בין הרשויות השונות²¹⁵ עשוי לתמוך בחלוקה קשיחה יותר ולהעניק העדפה למחוקק בביטוי ההעדפות החברתיות והחלוקתיות של החברה. אולם הפרשנות המודרנית לעקרון הפרדת הרשויות גמישה יותר. היא מביאה בחשבון גם את חשיבות שיתוף הפעולה בין הרשויות ואת העובדה שבפועל כל אחת מהרשויות מפעילה שילוב של סמכויות.²¹⁶ תפיסה זו של עקרון הפרדת הרשויות מדגישה דווקא את הצורך בפירוק "חומות סיניות" בין הרשויות בשל החשש שמא חומות אלה יצרו "מרוץ לתחתית" ומאבקי סמכויות שיפגעו בסופו של דבר ביציבות הדמוקרטיה כולה ויערערו את ההגנה הדרושה לחירויות הפרט.²¹⁷ הפרשנות המקובלת לעקרון הפרדת הרשויות כיום היא כי הוא איננו שולל ביקורת שיפוטית חוקתית.²¹⁸ הצדקת עמדה זו חורגת מגבולות המאמר הנוכחי, אך אם עמדה זו משכנעת,

212 לפירוט רציונלים שונים לריכוזו של הכוח התקציבי בידי המחוקק ולרקע נורמטיבי-היסטורי ראו רבקה וייל "בריאיות התקציב או תקציב הבראיות – מה עדיף בראייה חוקתית?" *משפט ועסקים* 157, 183–186 (2007). לגישתה, "עקרונות כבדי-משקל של מנדט, חירות, יעילות, מומחיות, אחריות והפרדת רשויות מחייבים, כולם כאחד, את ריכוזו של הכוח התקציבי בידיה של הרשות המחוקקת הנבחרת" (שם, בעמ' 187).

213 בלשונו של השופט ברנדייס: "[The purpose of separation of powers] was not to avoid friction, but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three departments, to save the people from autocracy" (Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926) (ההדגשה הוספה – ר"פ)).

214 Donald Elliott, *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, 57 GEO WASH. L. REV. 506, 511 (1989) ("[The Framers may have had a] vision that power should be divided and balanced creatively to prevent misuse").

215 יש הסבורים כי עקרון הפרדת הרשויות הקלאסי, לפחות בהקשר האמריקאי של משטר נשיאותי, הוא אנכרוניסטי. ראו ERIC A. POSNER & ADRIAN VERMEULE, *THE EXECUTIVE UNBOUND – AFTER THE MADISONIAN REPUBLIC* 208 (2010).

216 Stumm, לעיל ה"ש 210, בעמ' 1405, ה"ש 263 (E)ach branch of government necessarily) Thomas O. Sargentich, *The Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers*, 72 CORNELL L. REV. 430, 433–434 (1986). ראו גם ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 208, בעמ' 278 ("הכנסת שלנו עוסקת בשפיטה [...] בדומה, עוסק המינהל בשפיטה ובחקיקה [...] הרשות השופטת עוסקת לא רק בשפיטה, אלא גם בחקיקה – היא החקיקה השיפוטית – ובביצוע").

217 MARTHA MINOW, *MAKING ALL THE DIFFERENCE – INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW* 362 (1990) ("[The dynamic conception of separation of powers focuses on] whether the branches all remain able to participate in the process of mutually defining their boundaries").

218 Henry P. Monaghan, *The Supreme Court – 1974 Term*, 89 HARV. L. REV. 1, 34–35 (1975) ("It may [...] be objected that separation of powers principles imply that the Court has no power to

היא חלה על כל שלבי המהלך החוקתי, לרבות שלב הסעד החוקתי. הסעד החוקתי הוא השלב האחרון של הביקורת השיפוטית החוקתית, והלגיטימציה לפסוק סעד כזה מצויה בחוקה עצמה, ובישראל – בחוקי היסוד, ולמעשה סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית.²¹⁹

(ב) קושי במדידת הסעד: בין סובייקטיבי לאובייקטיבי

במשפט הפרטי נשפכו קולמוסים רבים על השאלה אם קנה המידה לפיצוי הנפגע הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי.²²⁰ בהקשר של המשפט החוקתי אני סבור ששאלת קנה המידה תלויה בין היתר באופי הביקורת השיפוטית החוקתית שבמסגרתה נקבעה עילת התביעה הפסיקתית. במאמר זה הצעתי כי הכרה עקרונית בעילת תביעה פסיקתית כזו תבצע בבג"ץ. כפי שהסברתי במקום אחר, הביקורת השיפוטית בבג"ץ עשויה להיות מתועלת למסלול יישומי או מסלול מופשט.²²¹ אם ההכרה נעשית במסלול היישומי, אשר מתמקד בפגיעה הקונקרטיה שהוכחה עובדתית, הנטייה צריכה להיות לקנה מידה סובייקטיבי, קרי הנזק שנגרם לעותר המסוים. לעומת זאת אם ההכרה נעשית במסלול המופשט, הנטייה היא לקנה מידה אובייקטיבי, קרי על פי הנזק הנגרם לאדם סביר במצבו של הנפגע.²²² הטעם להפעלה השונה של העילה במצבים השונים נעוץ באופייה השונה של הפגיעה בזכות החוקתית. ההיקף התאורטי של הזכות החוקתית הוא אחד, אך ניתוח הפגיעה בזכות – כפי שהיא מנותחת בכל אחד ממסלולי הביקורת השיפוטית הללו – הוא שונה. אופייה של הפגיעה בזכות, כפי שנקבע בגדרי השלב הראשון של הביקורת השיפוטית החוקתית ועל פי המסלול שבו היא נערכת, הוא הקובע את אופי עילת התביעה הפסיקתית בגינה.

enforce sub-constitutional rules against the executive [...] Vindication of [constitutional] rights has been a traditional function of judicial review; and the constitutionally inspired common law described here is similarly designed to effectuate policies found in the text and structure of the Constitution")

Walter F. Dellinger, *Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword*, 85 HARV. L. REV. 219 (1972), 1532, 1552–1553 (1972) ("[W]here the judiciary independently infers remedies directly from constitutional provisions, Congress may legislate an alternative remedial scheme which it considers equally effective in enforcing the Constitution and which the Court, in the process of judicial review, deems an adequate substitute for the displaced remedy"); Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1786 (1991) ("[T]he Supreme Court has sometimes compelled state courts to provide constitutional remedies despite a lack of state law authority for them to do so. The justification, in such cases must come from the Constitution itself")

220 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 537–538.

221 רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45, 91–90 (2014).

222 השוו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 537 ה"ש 25 ("יש המשתמשים בביטוי הערכה 'מופשטת' או 'אבסטרקטית' לתיאור ההערכה האובייקטיבית, ובמונח הערכה 'קונקרטי' לתיאור ההערכה הסובייקטיבית").

בכל הנוגע לקנה המידה הסובייקטיבי יהיה ניתן להקיש מהניסיון השיפוטי המצטבר בכלי הערכה של המשפט התת-חוקתי הפרטי²²³ והפילי, ²²⁴ לרבות הבחנות בין נזק פיזי לנזק כלכלי ובין נזק ממוני לנזק לא-ממוני. ייחודה של הגישה המוצעת כאן הוא שהבחנות אלה, אם הן נקלטות בדיני התרופות החוקתיות, אינן מעבירות עימן את הבסיס הרעיוני של הפיצוי. הן מיושמות ככלי הערכה ולא ככלי הכרעה. הן אינן "מזרימות" עימן את המטען הרעיוני של המשפט הפרטי (לרבות עקרון האשם) ואת מסגרות האחריות שלו. רעיון הזכות לסעד איננו מחייב כאמור תיקון מלא של הפגיעה אלא תיקון מידתי שלה, אשר מיטיב את מצבו של הפרט שזכותו נפגעה שלא כדין. תיקון כזה איננו מתיימר להשיב במלואו את המצב לקדמותו,²²⁵ בין היתר בהתחשב באותם שיקולים מוסדיים ובין-מוסדיים הרלוונטיים למישור התרופות החוקתיות. על רקע זה יהיה ניתן לאמץ גישה מחמירה פחות במישור הראייתי לצורך כימות הנזק הסובייקטיבי, בין היתר באמצעות אומדן.

בכל הנוגע לקנה המידה האובייקטיבי, אין הכוונה לפיצוי "סמלי" כפי שמקובל להבינו במשפט הפרטי, כלומר פיצוי ללא הוכחת נזק.²²⁶ בשלב התרופה החוקתית נקודת המוצא היא שהוכחה פגיעה במסלול היישומי או במסלול המופשט. כשמדובר בפגיעה הנבחנת במסלול המופשט, ייתכן מצב שבו לא הוכחה פגיעה קונקרטית בפרט מסוים, ולכאורה אין קיים "נזק" כמובנו במשפט הפרטי,²²⁷ אך הוכחה פגיעה מופשטת שלא כדין אשר מצדיקה תרופה.²²⁸ התרופה היא בגין הפגיעה כפי שאופיינה – מופשטת – וכימותה יהא אובייקטיבי.²²⁹ מושג המפתח הוא פגיעה ולא דווקא נזק. לכן גם אם העותר עצמו לא חש

223 לאמות המידה לקביעת נזק סובייקטיבי במשפט הפרטי ראו ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פס' 39–40 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 3.9.2015).

224 ראו למשל ע"פ 5695/14 אלקאדר נ' מדינת ישראל, פס' 38–39 ו-44 לפסק דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 2.9.2015).

225 בעקבות עניין ישועה, לעיל ה"ש 2, ראו ע"מ 8558/13 הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005 נ' גולדשמיט, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 24.3.2015).

226 אהרן ברק דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית 575 (מהדורה שנייה, גר טרסקי עורך, 1976).

227 קיומו של "נזק" כמשמעו בס' 2 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח–1968 הוא תנאי להטלת אחריות ברשלנות על הנתבע.

228 ניתן לראות בפגיעה מופשטת כזו פגיעה בחברה בכללותה. כך למשל בהקשר של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 48, בעמ' 83.

229 כך למשל שימוש בתבחינים אסורים כגון גזע בחקיקת משנה (ובוודאי בחקיקה ראשית) הם פסולים כמעט תמיד, בין שהקורבן חש מושפל ובין שאיננו חש כך, בין שהשימוש הפסול מובא לידיעתו ובין שלא. השוו בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח נ' רשות שדות התעופה, פס' 2 להחלטתה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012). במקרה כזה הפגיעה החוקתית נובעת מעצם השימוש בתבחין ולעיתים אף מעצם הנכונות לשקול אותו. הפגיעה היא מופשטת – ולכן עילת התביעה מכוננת לקנה מידה אובייקטיבי, ללא תלות בתחושות הסובייקטיביות של הנפגע. ניתן לומר כי ה"נזק" שנגרם בהקשר זה הוא "לחברה הישראלית בכללותה, ולא רק לפרטים הנפגעים באופן ישיר" (אדם שנער "יעילות, לוגיקה מוסרית ותרופות חוקתיות: שלוש הערות על פסק דין Floyd v. City of New York" המשפט ברשת: מבזק הארות פסיקה 17, 21, 30 (2013)). לגישתי סעד חוקתי של הכרה בעילת תביעה פסיקתית באשר לפגיעות כאלו שנעשו בעבר בדיקה לשימוש פסול כזה עשוי להתווסף לסעד של ציווי הפוסל את השימוש הפסול בעתיד.

סבל או כאב מן הפגיעה, בכל זאת אפשר שתהיה הצדקה לפיצוי בסכום מסוים המבטא את ערכה האובייקטיבי של הפגיעה כשלעצמה בעיני השיטה החוקתית כמו גם את החשיבות שהיא מייחסת לזכות החוקתית המסוימת שנפגעה.²³⁰ אף שיש אתגר בהערכת פיצויים בגין זכויות שהפרתן אינה באה לידי ביטוי בנוק ממוני דווקא, בתי המשפט אינם נרתעים מאתגר זה בהקשרים אחרים. כך, למשל, תביעות לשון הרע היו כרוכות מאז ומתמיד בפסיקת פיצויים בגין תחושות של עלבון והשפלה. גישה זו ראויה גם במשפט החוקתי.²³¹ כאשר הפגיעה היא מופשטת, הגוף שנפגע (שלא כדין) הוא הזכות החוקתית, בהשאלה, הלב של השיטה החוקתית. פגיעה כזו אפשרית וראויה לכימות במשפט החוקתי, בין היתר בשימוש בכלים שפותחו מכוח עקרון המידתיות באיזון בין ערכים, עקרונות וזכויות חוקתיות.²³² הפיצוי במסגרת זו איננו סמלי אלא ממשי, והוא עשוי להיות גם על הצד הגבוה.²³³ ייתכן שבהקשרים מסוימים יהיה ניתן לשלב בין אמת המידה האובייקטיבית לסובייקטיבית ולחייב כי הפיצוי אשר יינתן לחברי הקבוצה כאיש אחד יוסיף להיות מותנה בהוכחת פגיעה קונקרטית מסוימת.²³⁴

(ג) קושי בחלוקת הפיצוי: תובענה ייצוגית חוקתית – היקש מהסדרי פיצוי קולקטיבי בתובענה ייצוגית

כידוע, המייחד את ההליך בפני בג"ץ הוא שזה הליך של סיבוב אחד (ערכאה ראשונה ואחרונה), שתוצאתו מחייבת את כל יתר בעלי העניין. במובן זה אין חשיבות רבה לשאלה מיהו העותר המסוים שהביא את הטענה החוקתית בפני בג"ץ, שכן ברוב המכריע של המקרים פגיעה בזכות חוקתית תיגרם לקבוצה רחבה של אנשים. בראייה זו ניתן לראות בעתירה החוקתית לבג"ץ מעין תובענה ייצוגית שבה תובע מקרי מייצג את עניינה של קבוצה שלמה. שוליות זהותו של העותר בבג"ץ היא אחת ההצדקות להרחבת זכות העמידה

230 לגישה ה"אובייקטיבית" להערכת זכויות חוקתיות – ובעיקר הזכות לחיים – יש תקדים בשיטה הישראלית בדיני הנוזקין בכל הנוגע לראש הנזק של קיצור תוחלת החיים. ראו נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדרת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו–1996, 532–533 (2008) ("בגדר ראש נזק זה אומצה הגישה [...] לפיה החיים הם בעלי ערך אובייקטיבי [...] באופן שאינו תלוי בשאלה אם התובע מודע לקיצור תוחלת חייו או חש בתוצאות לא-ממוניות אחרות עקב כך").

231 Eugene Kontorovich, *Liability Rules for Constitutional Rights: The Case of Mass Detentions*, 231 56 STAN. L. REV. 755, 766 (2004) ("liability rules are often used to protect even hard-to-value entitlements like life and bodily integrity").

232 Klatt & Meister, לעיל ה"ש 183, בעמ' 66–57, 72–73; EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMIC AND MORALITY 108–116 (2010).

233 התיוג של פיצוי כ"סמלי" אינו מחייב פסיקת סכום קטן דווקא. ייתכן שבתחילת הדרך הוא יהיה קטן, אך בחלוף הזמן ובהתבססות הקונספציה הרעיונית הוא "יזחל" כלפי מעלה אף יותר ממה ששוער בתחילה. ראו עניין קדוש, לעיל ה"ש 35, פס' 48 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; אסף יעקב ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" עיוני משפט לו 437, טקסט סביב ה"ש 268 (2015).

234 השוו עניין מנהל מס רכוש, לעיל ה"ש 147, פסק דינו של השופט זילברטל ("הגישה שלפיה ניתן לפצות את חברי הקבוצה באופן כולל, 'כאיש אחד', מבלי לקבוע את נזקו של כל משיב [...] אינה פוטרת במקרה דנא את הניזוקים-התובעים מהצורך להוכיח את נזקיהם-שלהם").

ולהכרה באפשרות של עותרים ציבוריים להביא טענות חוקתיות עצמאית. המצב הדיוני המיוחד הזה מעורר קושי למודל הזכות לסעד, שכן הזכות המוגנת בפסיקה החוקתית של בג"ץ היא על פי רוב זכותם של אנשים רבים, לא מזוהים, ולא ברור כיצד ייפסק ויחולק הסעד ביניהם.

המענה לאתגר זה מכוון להסדרים דומים לאלה הנהוגים בהקשר של תובענות ייצוגיות אשר כוללים הסדרים מורכבים להתמודדות עם האנונימיות של הקבוצה המיוצגת. היקפו של פיצוי קבוצתי עשוי להיות סמלי,²³⁵ לקבוצה שלה משתייך העותר, אם הפגיעה היא קבוצתית, או לגופים אחרים שפעלו בזירה הציבורית לצמצום הפגיעה בזכות החוקתית (פיצוי למען אינטרס ציבורי).²³⁶ בכך ניתן ביטוי להתנהגות השלטונית שלא כדין כעניין פסול מבחינה חוקתית אשר מצדיק סעד חוקתי, לרבות כאשר אין מדובר בפגיעה קונקרטי. גם אם נאמר כי קביעת סכום כזה עלולה להיות שרירותית, הרי אין מנוס מכך כשמדובר באמצעי המתאים ביותר להגשמת הזכות לסעד. הקושי בכימות לא נתפס בשיטות המשפט המקובל כמגבלה מכרעת על פסיקת פיצויים בגין פגיעה שלא כדין בערכים שנראים לכאורה לא אפשריים או לא ראויים לכימות, בין ממוניים ובין לא-ממוניים.²³⁷ לכן יהיה ניתן לשקול סכום שיינתן לצורך קידום מטרות חברתיות וציבוריות בזיקה לתיקון הפגיעה, לצד פסיקת הוצאות ושכר טרחה של העותר שהביא את העתירה לפתחו של בית המשפט.²³⁸ מכאן שבנסיבות שבהן אי אפשר לזהות ולאתר במדויק את קבוצת הנפגעים, וכן קשה לקבוע מה הוא הנזק המדויק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, ניתן לפצותם באמצעות

235 פסיקת סכום נומינלי לטובת העותר בזיקה לפגיעה המופשטת עשויה לשרת תכלית אקספרסיבית של המשפט החוקתי. לתכלית זו ראו Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2024 (1996) ("the expressive function of law – the function of law in 'making statements' as opposed to controlling behavior directly") לדין בפסיקת סכום נומינלי לטובת העותר במשפט האמריקאי ראו Carey v. Phipps, 435 U.S. 247, 266 (1978) ("[The aim of nominal damages is to recognize] the importance to organized society that those rights be scrupulously observed").

236 הכוונה לפסיקת סכום לטובת גופים חברתיים וציבוריים אשר פעלו לתכלית של הסרת פגיעות חוקתיות מן הסוג שנדון בתביעה שהוגשה על בסיס העילה הפסיקתית (אם אכן תוכר כזו).

237 Love, לעיל ה"ש 108, בעמ' 1245; Jason Varuhas, *A Tort-Based Approach to Damages under the Human Rights Act 1998*, 72 MODERN L. REV. 750 (2009); KRIS GLEDHILL, *HUMAN RIGHTS ACTS — THE MECHANISMS COMPARED* 513–516 (2015).

238 השימוש במנגנון הוצאות ושכר הטרחה יכול להיות רלוונטי בהקשר זה בהתחשב בכך שפסיקת סכום מתאים מפחיתה את עלויות הנפגע בהגנה על זכותו החוקתית ומגדילה את עלויות הפוגע אשר מנגד לאכיפת הזכות החוקתית. לניתוח דומה ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *The Relational Contingency of Rights*, 98 VA. L. REV. 1313, 1314 (2012) ("[I]n the real world, rights are meaningful only when the cost of protecting them is lower than the cost of attacking them") דוד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 119. ראו גם ע"א 8805/13 דהאן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 3.2.2016), שבו חרף קביעת בית המשפט כי המערער לא הוכיח נזק ממוני כלשהו וערעורו נדחה (שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט עמית) נפסקו לטובתו הוצאות משפט בסך רבע מיליון ש"ח לנוכח מורת רוח של בית המשפט מהתנהלותה של המדינה בפרשה "ומאחר שהמערער תרם לבידור סוגיה ציבורית ולחידוד החובה החלה על המדינה" (שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט עמית). נראה כי מדובר בפיצוי בעל אופי אובייקטיבי וסמלי.

מנגנון פיצוי קולקטיבי ולא אינדיווידואלי. ²³⁹ ההיקש מדיני תובענות ייצוגיות עשוי להביא לפיתוח סדרי דין חוקתיים ייחודיים שמלבד שלב הסעד החוקתי ישפיעו גם על שלבים אחרים של הביקורת השיפוטית החוקתית. ²⁴⁰ כך למשל הם עשויים לאמץ מנגנון שיאפשר לרשות הנתבעת לנהל את הגנתה ניהול קבוצתי ("הגנה ייצוגית"). ²⁴¹ דיון בהסדרים אפשריים כאלה ואחרים ²⁴² חורג ממסגרת המאמר. עם זאת חשוב לציין כי עצם העובדה שהפגיעה היא קבוצתית איננו שולל מתן סעד חוקתי במתכונת ייצוגית, ומתכונת זו, שהיא עניין פרוצדורלי בעיקרו, צריכה להתאים עצמה למהות אשר ממקמת את התביעה בגין פגיעה בזכות חוקתית בהספרה הציבורית. מתכונת ייצוגית עשויה להיות אפשרית גם בספרה זו. ²⁴³

(ד) פיצוי יתר בהצטבר עילות תביעה במשפט הפרטי

ניתן לטעון כי הסעד המוצע עלול לגרור התעשרות של הפרט מקום שבו הוא יכול לתבוע את נזקו באמצעות תביעה נזיקית על פי עילות התביעה המוכרות במשפט הפרטי. אם הפגיעה שלא כדין בזכותו מקיימת אחת מעילות התביעה של המשפט הפרטי – דוגמת עוולה נזיקית – הרי שפסיקת פיצוי בגין אותו נזק מכוח סעד חוקתי עלול להיות כפל פיצוי. במענה לביקורת זו יש להדגיש כי רעיון הזכות לסעד הוא ייחודי לדיני התרופות במשפט החוקתי, ואין בו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע למצות בד בבד גם את זכויותו בעילות המוכרות במשפט הפרטי. מדובר בשני מישורים נפרדים ומשלימים אשר עשויים להתווסף זה על גבי זה. ²⁴⁴ יש לזכור שתנאי להכרה בעילת התביעה הפסיקתית המוצעת הוא הערכה כי עילות אלה נופלות ממתחם התרופה החוקתית ההולמת. במצב עניינים זה אין מניעה כי הנפגע ימצא את שתי התביעות באופן שיביא אותו לרף התרופה ההולמת. מצב זה אינו

²³⁹ בהקשר של תובענות ייצוגיות ראו רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ, פס' 12 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 27.5.2015); ובזיקה לפיצויים על "נזק קולקטיבי" ראו דנ"א 8957/15 קטיף מושב שיתופי בע"מ 155 נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויי פעולות איבה, פס' טו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.4.2016).

²⁴⁰ לדין בהתאמת המסגרת הדיונית של תובענות ייצוגיות למשפט החוקתי ראו Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1291-1294 (1976).

²⁴¹ ראו אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח 445 (2009).

²⁴² עיינו והשוו, בנוגע לאפשרות לאפיין פגיעות "קטנות" כשהן פוגעות בהיקף נרחב של נפגעים כפגיעה המצדיקה ביקורת שיפוטית חוקתית, ובנסיבות מסוימות – גם סעד חוקתי: Kerry Abrams & Brandon L. Garrett, *Cumulative Constitutional Rights*, 97 B.U. L. REV. 1309, 1314 (2017) ("when considering cases involving [...] aggregated harm, courts must hear evidence of multiple acts because many instances of constitutional harm occur in this manner – the harm comes in the form of 'death by a thousand cuts' rather than a single blow"). ראו גם בלונדיים ומרדכי, לעיל ה"ש 130, בעמ' 602 (טענה בדבר "מספר רב של פגיעות קטנות, אשר צבירתן עולה לכדי פגיעה שאינה חוקתית").

²⁴³ השוו רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 9.12.2015).

²⁴⁴ לגישה קרובה של השלמה ראו יפעת ביטון "נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה" המשפט ברשת – זכויות אדם: מבזק הארת פסיקה 41, 17 (2015).

מעורר קושי כאשר עילת התביעה הפסיקתית מוכרת בגדרי התדיינות חוקתית במסלול המופשט, שכן אז ניתן להבחין ביתר בירור בין הפיצוי כתרופה חוקתית (קנה מידה אובייקטיבי) לבין הפיצוי בעילה מוכרת במשפט הפרטי (בקנה מידה סובייקטיבי).²⁴⁵ כמובן, בגדרי התביעה במשפט הפרטי יידרש הנפגע להוכיח את אמות המידה לביסוס עילת התביעה הרלוונטית, אך אין סתירה בין המישורים, שכן הפיצוי הראשון (האובייקטיבי) ניתן כתרופה חוקתית על פי אמות המידה של דיני התרופות החוקתיות, ואילו הפיצוי השני (הסובייקטיבי) ניתן כתרופה אזרחית על פי אמות המידה של עילת התביעה המוכרת.

לעומת זאת כאשר עילת התביעה הפסיקתית מוכרת בגדרי התדיינות חוקתית במסלול היישומי, לביקורת זו יש נפקות מעשית, ועל בית המשפט להיות זהיר באפיון עילת התביעה הפסיקתית (בקנה מידה סובייקטיבי) כדי להימנע ממצב שבו יזכה העותר בכפל פיצוי על אותה פגיעה בדיק.²⁴⁶ בהקשר זה ניתן לאמץ פתרונות יצירתיים כגון התניית ההכרה בעילת התביעה הפסיקתית בכישלון מיצוי עילות תביעה במשפט הפרטי (הוכחת מצב ענייניים בשו נותר העותר "נטול סעדים"), התניית מימוש עילת התביעה הפסיקתית בהסכמה של העותר לייחד את נסיבות הפגיעה למסלול של עילת התביעה הפסיקתית וכן צמצום תחולת הסעד החוקתי במישור הזמן ובמישור הזכאות.²⁴⁷ פתרונות כאלה משמרים את ייחודם של כל אחד מן הדינים – דין התרופות החוקתיות והמשפט הפרטי – במתן משקל למרכיבי הדמיון והחפיפה ביניהם. שאלה מעשית אחרת עניינה ההערכה השיפוטית הדרושה לצורך מסקנה כי עילות אלה נופלות ממתחם התרופה החוקתית ההולמת. מלאכה זו אינה פשוטה – אך היא אינה בלתי אפשרית. היא נעשית בשיטות אחרות. בארצות הברית למשל ההלכה המכירה בעילת תביעה "חוקתית" של הפרט במישור הפדרלי מחייבת מסקנה של בית המשפט העליון שלפיה לא ניתן מענה הולם לפגיעה באמצעות המשפט המדינתי.²⁴⁸ לצורך

245 הגישה הסובייקטיבית להערכת נזק מקובלת במשפט הפרטי: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 775 (1982); ע"א 5154/10 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' כלפון נווה ארזים בע"מ, פס' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 22.8.2012). לביקורת על הגישה הסובייקטיבית ביחס לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ראו צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187, 198 (2007). גישה זו נדחתה בפסיקה ונקבע – בכל הנוגע לראש נזק זה בנויקין – כי אמת המידה היא סובייקטיבית: ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי נ' עזובן ראבי, פס' 39–40 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011); עניין קדוש, לעיל ה"ש 35, פס' 42 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ריבלין.

246 בייחוד כאשר הפגיעה בזכות החוקתית נבחנת במסלול הביקורת השיפוטית החוקתית-יישומית, בשל הדגש על פגיעה אקטואלית וקונקרטי.

247 למשל הגבלת הסעד הכספי לטובת העותר בלבד. השוו ע"מ 3842/09 שורץ נ' קצין התגמולים, פס' 7–9 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 17.5.2015).

248 Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388, 394 (1971). נפסק שם כי המשפט המקובל-המדינתי והמשפט החוקתי-הפדרלי אינם מגינים בהכרח על אותם אינטרסים, והדבר עשוי להביא לפער בין תוצאות הדינים, גם אם מדובר במסכת עובדתית אחת אשר מקימה את שתי העילות (המדינתית והפדרלית). על רקע זה נמתחה ביקורת על בתי המשפט המדינתיים אשר לא העניקו, כך נטען, הגנה מספקת לטענות בעלות אופי חוקתי: Burt Neuborne, *The Myth of Parity*, 90 HARV. L. REV. 1105, 1105–1106, 1115–1116, 1120–1121 (1977). לכאורה אין כאן הקבלה רלוונטית לישראל, שאיננה שיטת משפט פדרלית. אך ניתן לטעון שגם בהקשר הישראלי

המאמר הנוכחי אין צורך להיכנס לדקויות אלה. הניסיון השיפוטי שנצבר שם עשוי ללמד כי הרשות השופטת מסוגלת להתמודד בהצלחה עם הערכה כזו, שהיא בסופו של דבר מלאכה פרשנית.²⁴⁹

(ה) הגבולות הפתוחים של הזכות לסעד

ביקורת נוספת היא במישור "הרקמה הפתוחה" של המודל המוצע. מודל עקרוני של זכות לסעד עלול להיות רחב מדי. הזכות לסעד היא למעשה פלטפורמה רעיונית להמצאת דיני אחריות חדשים, חוקתיים. אומנם ציינתי לעיל כי התרופה צריכה להינתן במידתיות, אך אפשר שיישומם של מבחני המידתיות המוכרים (שלושת מבחני המשנה) יחייב שינויים – "שינויים מתחייבים" – בשל הפעלתם בשלב השלישי של הבחינה החוקתית, בשונה מהשלב השני. איני מוטרד מטענה זו, כיוון שמבחני המידתיות בשיטה המשפטית בישראל צברו ניסיון מצטבר מתמשך. הפעלתם גם בהקשרים אחרים של הביקורת השיפוטית החוקתית, כגון באשר לעילות הסף או באשר לסעדים חוקתיים, איננה דורשת התפתחות מתודולוגית חדשה, אלא עיקרה ביישומה והתאמתה של המתודולוגיה הקיימת לשלבים אלה. בגבולותיה אלה ייקבע תוכנם של דיני האחריות החדשים. אלה לא יכללו בהכרח אלמנטים מוכרים של האחריות במשפט הפרטי (יסוד נפשי, נזק, קשר סיבתי, חובת זהירות וכו') כיוון שהם ייקבעו במישור החוקתי, וכנגזרת של פרשנות חוקי היסוד, ולא במישור התת-חוקתי. לפי התפיסה החוקתית המקובלת בישראל, אין להגדיר או לפרש הוראות חוקתיות על בסיס נורמות תת-חוקתיות.²⁵⁰ פיתוח הקווים המנחים בהקשר זה הוא מרכיב טבעי של שיקול הדעת הרחב הנתון לבג"ץ בפיתוח התרופות החוקתיות. כאמור, המאמר הנוכחי הוא הזמנה לשיח בסוגיות אלה.

(ו) הגבולות הצרים של הזכות לסעד

ביקורת אחרת – מן הכיוון הנגדי – מכוונת להיקפו הצר של המודל המוצע. במאמר הגבלתי את מודל הזכות לסעד בשני הקשרים – ענייני ומוסדי. במישור הענייני הגבלתי את המודל לליטיגציה חוקתית בפני בג"ץ בנוגע לתוקפה של חקיקה ראשית, אך ניתן לשאול מדוע לא לכלול בדיון גם פגיעות חוקתיות שנגרמות על ידי הרשות המבצעת? דיון בפגיעות הנגרמות על ידי הרשות המבצעת כרוך בהוספת משתנים ומורכבות לדיון. זוהי בעיקרה שאלה של משפט מנהלי אשר מתמקד בביקורת על החלטות הרשות המבצעת.

מתעורר קושי במתן הגנה מספקת לטענות בעלות אופי חוקתי בערכאות הדיוניות, בין היתר משום שהשופטים בערכאות אלה מורגלים בטיפול בעילות התביעה המקובלות במשפט הפרטי וביחסים בין פרטים, באופן שעלול להוות מכשול ביישום "המבט הרחב" הדרוש בעניינים בעלי אופי חוקתי מובהק. נראה שסברה זו קיימת ברקע גישתו של פרופ' ברק, אשר תמך במיקוד הביקורת השיפוטית החוקתית, כל עוד היא בתחילת דרכה, בריכוזיות בבג"ץ: אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13, 20 (2005) ("משפט חוקתי הוא תחום סבוך. שופטי המדינה ודייניה אינם יכולים להקדיש את הזמן הנדרש, ועל כן אין להם המומחיות המוסדית הנדרשת, לטיפול בבעיה חוקתית").

²⁴⁹ Schuman, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1216–1217, 1219.

²⁵⁰ עניין אבני, לעיל ה"ש 151, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק.

עילות הביקורת, המבססות על בחינת הסמכות, על ההליך ועל שיקול הדעת המנהלי, שונות מעילות הביקורת השיפוטית החוקתית. המשפט המנהלי איננו מרוכז בתכלית של הגנה על זכויות הפרט דווקא (אף שקיים ויכוח ער בסוגיה זו).²⁵¹ לכן גם הסעד השיפוטי שונה. המשפט המנהלי פתוח יותר לסעדים המכוונים כלפי הפרט, בעיקר בהקשרים של תקיפה עקיפה. במסלול זה, אשר מתנהל בראשיתו בערכאה הדיונית, נתונים לבית המשפט כלים מתאימים לבידור שאלות עובדתיות ומגוון אמצעים לטיפול בפגמים שנפלו בהחלטת הרשות, בין היתר באמצעות דוקטרינות של המשפט הפרטי או הפלילי אשר חלות על התקיפה העקיפה.²⁵² מסגרת דיונית זו, הנשלטת על ידי מערכת דינים תת-חוקתית, מאפשרת לבית המשפט לפסוק לפרט סעדים יצירתיים על בסיס שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט בדינים אלה.²⁵³ דוגמה טובה לכך קיימת במשפט הפלילי, שבמסגרתו הסעד המנהלי הופך למרכיב בשלב גזירת הדין, כאשר הפגם בהתנהלות השלטונית "מתורגם" להפחתה בעונשו של הנאשם.²⁵⁴ התפיסה הרואה במשפט המנהלי משפט מקובל מאפשרת פיתוח גמיש של סעדים גם בגדרי תקיפה ישירה. דוגמה לכך היא ההכרה בסעד שיפוטי "הסתברותי".²⁵⁵ דומה כי המשפט המנהלי מקדים בהקשר זה את המשפט החוקתי, שהתפתחותו איטית יותר, בין היתר בשל דגשים אחרים בהבנת עקרון הפרדת הרשויות לפי תפיסת "הדיאלוג החוקתי" בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. דגשים אלה מביאים לריסון ניכר במשפט החוקתי לעומת המשפט המנהלי.²⁵⁶ ברשימה זו טענתי כי מסקנה כזו אינה מתחייבת מעקרון הפרדת הרשויות, וכי יש טעמים טובים להרחבת אופק הסעדים של

251 לדיון בסוגיה זו באנגלייה, בהפניה לעמדות השונות, ראו Mark Elliott, *Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law*, 68 CURRENT LEGAL PROBLEMS 85, 101 (2015) ("[A]ttempts to establish that administrative law has undergone some sort of 'righting' process – such that the whole enterprise, or at least the substantial majority of it, now concerns the protection of rights and is thus the proper preserve of proportionality review – are highly problematic. There is no convincing evidence to suggest that ordinary judicial review principles have been overwhelmed by the notion of rights, and plenty of indications to the contrary; equally, although the jettisoning of *Wednesbury* reasonableness in favour of proportionality has been judicially contemplated, the courts have conspicuously declined to take that step").

252 ראו בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 6.2.2006).

253 לאופן הגמיש והרחב שבו בג"ץ מפעיל את כללי המשפט המנהלי לרבות סעדיו ראו פסק הדין בבג"ץ 8238/13 הארגון תדיטל אוטומוטיב בע"מ נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 13.7.2015), שבו הטיל בג"ץ על המדינה חובת תשלום בסך 40 אלף ש"ח כדי לבטא "מורת רוח" מהתנהלותה.

254 ע"פ 7696/14 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פס' טז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.2.2015).

255 בג"ץ 8405/13 מרכז תורני רעננה נ' משרד החינוך, פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.3.2015). בפסק הדין נפסק כי מצב של אי-בהירות פרשנית של תקנה (בנוגע לתקצוב מוסדות חינוך מוכרים לא רשמיים) מצדיק סעד של בטלות יחסית שבמסגרתו ניתן לעותרים 70% מהיקף התקציב שהיה מגיע להם אילו הייתה הבטלות מלאה.

256 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2005).

המשפט החוקתי. לגישתי, ניתן אף לטעון להצדקה לכך שאופק הסעדים במשפט החוקתי יהיה אף רחב מזה של המשפט המנהלי. המשפט המנהלי הוא דין תת-חוקתי. המשפט החוקתי, אשר מבוסס על פרשנות חוקי היסוד, הוא דין חוקתי, וככזה איננו מוגבל לכלים המצויים בידי בית המשפט – יצירתיים ככל שיהיו – אשר נשענים על הוראות הדין התת-חוקתי. כאמור, לפי התפיסה החוקתית המקובלת בישראל, אין להגדיר או לפרש הוראות חוקתיות על בסיס נורמות תת-חוקתיות.²⁵⁷

במישור המוסדי ייחדתי את המודל החוקתי המוצע לביקורת שיפוטית בג"ץ בלבד. ניתן לטעון שהביקורת השיפוטית החוקתית הנוהגת בישראל היא למעשה ביקורת שיפוטית ביזורית,²⁵⁸ וכי ליטיגציה חוקתית אפשרית ומתקיימת גם בערכאות הדיוניות. יש להודות כי הרחבת המודל המוצע באופן שיכוון גם לביקורת שיפוטית חוקתית ביזורית עשויה להיות פתרון, ולו חלקי, לבעיה שהוצגה לעיל הנוגעת לקושי של פיצוי הפרט הבודד כאשר קבוצת הנפגעים בפועל היא רחבה. כפי שהובהר, אופיו הייחודי של בג"ץ כערכאה ראשונה ואחרונה עשוי להביא לכך שעותר פרטי ובודד ייחנה מהסעד התרופתי לבדו, ואילו כל יתר הנפגעים מהנורמה הלא חוקתית יהיו מנועים מלשוב ולעתור בבקשה לסעד. המודל הביזורי של הביקורת השיפוטית מקל קושי זה, משום שעל פיו הליטיגציה החוקתית היא משחק חוזר של תובעים שונים באותם הליכים שתוצאותיה הן בין הצדדים בלבד ואינן מחייבות נפגעים אחרים, לטוב ולרע. חרף היתרון שבהרחבה כזו יש להודות גם כי פיתוח מודל הזכות לסעד צריך לצבור תחילה ניסיון בערכאה החוקתית הגבוהה ביותר, שתקבע תקדימים ליישומו. דרך זו עשויה להקטין את החשש מפני "גבולות פתוחים", שעליו עמדתי לעיל, ולהביא לפיתוח שיטתי יותר של המודל ברשות השופטת בכללותה. כך למשל עשוי בג"ץ להסתפק בהכרה עקרונית בעילת תביעה "מתוחמת" אך להותיר את כימות הנזק להכרעת הערכאות הדיוניות במסגרת פיתוח המשפט המקובל החוקתי בערכאות הדיוניות (במסלול הביקורת השיפוטית החוקתית היישומית-ביזורית). דרך זו עשויה להעניק לגיטימציה לערכאות הדיוניות לממש את הזכות לסעד, אך בתיחום שיקול דעתן לגבולות ודאיים יותר לאור עקרון התקדים המחייב. למעשה, זו הייתה הדרך שבה פעל בג"ץ בראשית המהפכה החוקתית בכל הנוגע לאפיון זכויות היסוד עצמן (השלב הראשון של הבחינה החוקתית) ובהמשך באשר לתוכן של מבחן המידתיות (בשלב השני של הבחינה החוקתית). דרך הדרגתית זו של פיתוח ההלכה עשויה להיות שביל הזהב גם לשלב השלישי של הבחינה החוקתית.

1. סיכום

הלכת ישועה היא נקודת מפנה חשובה בדרך להעמקת התאוריה של תרופות חוקתיות בישראל. ברשימה זו טענתי כי על בסיסה ניתן להכיר בעילות תביעה יציר הפסיקה כתרופה חוקתית כחלק מן השלב השלישי בביקורת שיפוטית חוקתית. הכרה כזו מותנית בקביעה מקדמית כי חוק מסוים פגע בזכות חוקתית של הפרט שלא כדין. תרופה חוקתית כזו אפשר

257 עניין אבני, לעיל ה"ש 151, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק.

258 אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" משפט וממשל טז 9, 18 (2014).

שתינתן נוסף על תרופות חוקתיות אחרות במסגרת ההתדיינות החוקתית ובמצטבר להן. במישור התאורטי טענתי כי התרופה המוצעת מוצדקת באותן נסיבות שבהן העותר הנפגע נותר נטול סעדים, או שהסעד הניתן במשפט הפרטי נופל מ"מתחם התרופה החוקתית ההולמת" כפי שהצעתי להגדיר זאת ברשימה זו. הבסיס הרעיוני המוצע לדיני התרופות החוקתיות משקף, ולו חלקית, שיקולים ייחודיים לשלב הסעד החוקתי ולהתדיינות החוקתית. לכן הוא עשוי לשמש בסיס לפיתוח עתידי ומתקדם של תאוריה של משפט פרטי כחלק מהמשפט הציבורי.²⁵⁹ הבסיס הרעיוני המאחד של זכות לסעד ישירות מחוקי היסוד בעניין זכויות האדם עשוי לתרום להבנה כי דיני התרופות החוקתיות הם ענף נפרד מדיני התרופות של המשפט הפרטי. לגישתי, זהו בסיס רעיוני לכללים משפטיים מסועפים המורכבים מעילות תביעה ומסעדים שאינם משתייכים שיוך טבעי לענפים משפטיים אחרים, ואשר חולקים מכנים משותפים חשובים דיים כדי להתפתח עצמאית,²⁶⁰ כמובן בהתחשב בשיקולים ובעקרונות יסוד של השיטה בכללותה. כשם שההתפתחות ההיסטורית של ענפי המשפט השונים במשפט הפרטי גררה בעקבותיה התפתחות מערכת סעדים נפרדת לכל אחד מהענפים,²⁶¹ כך יש לצפות לפיתוח מערכת סעדים נפרדת למשפט הציבורי. רעיון "הזכות לסעד" שהוצע כאן הוא בעיני רעיון מאחד לאמצעים שונים בפיתוח מערכת כזו. לאחד האמצעים הוקדש מאמר זה – האמצעי של הכרה בעילת תביעה פסיקתית כחלק אינטגרלי מן ההתדיינות החוקתית בבג"ץ.

במישור הפוזיטיבי טענתי כי אין לראות בהסדרים שונים של דיני הנזיקין בישראל משום הסדר שלילי המונע מהלך כזה בחקיקה שיפוטית. עוד טענתי כי כאשר עולה בהתדיינות חוקתית על פגיעה בזכות חוקתית מסוימת של הפרט כי עילות התביעה המוכרות במשפט הפרטי נופלות מן המתחם האמור, ניתן לומר כי קיימת פגיעה נפרדת בזכות לסעד שהיא זכות חוקתית המוקנית לפרט. על השלטון להצדיק את הפגיעה הנפרדת הזו. כשאין לכך הצדקה על פי מבחנים של תכלית ראויה ומידתיות, יש הצדקה להכרה בעילת תביעה חדשה יציר הפסיקה בזיקה לפגיעה בזכות החוקתית המסוימת של הפרט (אשר נפגעה שלא כדין). הכרה בעילה כזו, שהיא בסמכות בג"ץ, מעלה את עוצמת המענה של השיטה בכללותה לפגיעה בזכות המסוימת, ותכליתה תיקון הפגיעה בפרט כדי שתעמוד במתחם התרופה החוקתית ההולמת. כאמור, תכלית זו ניתנת להגשמה באמצעים שונים, אך יש מצבים טיפוסיים, שאותם ביקשתי להגדיר כאן, שבהם סעד של הכרה בעילת תביעה פסיקתית הוא מתחייב.

259 לצורך פיתוח תאוריה כזו ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 528 (2000).

260 לאמות מידה אלו לאפיון ענף משפטי ככזה שמוצדק לשמר – ובענייננו לפתח – את ייחודיותו ראו חנוך דגן "מניעת התערשות שלא כדין" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 653, 684 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

261 פרידמן וכהן חוזים, לעיל ה"ש 56, בעמ' 67. לתמיכה במערכת סעדים ייחודית לכל אחד מענפי המשפט הפרטי ראו חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדות-יתר ועל ריבוי סעדים" משפטים לו 249 (2006).