

גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד

בעקבות פרשת "הפורום לדו-קיום בנגב"¹

מאת

אמנון רייכמן*

האם ניתן לתקוף חקיקה ראשית בטענה שאינה חוקתית אך ורק משום שיישומה מוביל לתוצאה שאינה צודקת בעליל? בשאלה זו ובשאלת הסעד הנלווית לה, עוסקת רשימה זו, בעקבות סעד הביניים שהעניק בבית המשפט העליון בבג"צ 3511/02 עמותת "הפורום לדו-קיום בנגב" נ' משרד התשתיות. הרשימה טוענת כי אין מניעה מושגית לאמץ את קביעתו של בית המשפט, לפיה חוק-יסוד: השפיטה מכפיף את החקיקה הישראלית לעקרונות הצדק. בניגוד לטענה המקובלת בקרב משפטנים רשימה זו טוען כי הצדק אינו מושג, "עמום" או "סובייקטיבי", או לפחות אינו כזה בהשוואה לנומרות משפטיות אחרות. הצדק הינו מושג פורמאלי, ולכן מסקנתו של בית המשפט עולה בקנה אחד עם הגישה הפורמאלית למשפט. עם זאת, טוענת הרשימה כי מבחינת המשפט הפוזיטיבי השורר כעת בישראל, פרשנותו של בית המשפט קשה לקבלה, וזאת הן בהתחשב בכוונת המחוקק והן בהתחשב בתכליות האובייקטיביות של חוק היסוד. הרשימה מציעה חלופה פרשנית אשר נשענת על הזכות לכבוד האדם כמגנה על מערכת היחסים בין האזרח לרשויות השלטון. כן מעלה הרשימה את שאלת הסעד הראוי בנסיבות העניין, ומצביעה על ה"פטור החוקתי" כסעד אפשרי. לבסוף, שואלת הרשימה שמא אין לראות בפרשת הפורום פיתוח של דיני יושר חוקתיים, מהלך בעל השלכות עומק ורחב. סיכומה של הרשימה דן בחשיבות הערות הפסיקה בעת הזו.

מבוא. א. גדר המחלוקת. ב. משפט, צדק וחוקה. 1. צדק וסמכות משפטית; 2. האם הצדק סובייקטיבי?; 3. מהו, אם כן, "צדק"?; 4. צדק ומשפט: מגבלות הזמן ודרישת העקביות; 5. סיכום ביניים; ג. סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. ד. כלל וצדק במקרה הקונקרטי: פרשנות, עילה וסעד. 1. פרשנות; 2. עילה חלופית: פגיעה בזכות לכבוד האדם; 3. סעדים: "פטור חוקתי"; ה. לפני סיכום: פיתוח דיני היושר החוקתיים? ו. אחרית-דבר זמנית: על מהותה של הערת פסיקה.

1 כג"צ 3511/02 עמותת "הפורום לדו-קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003).
* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה ליוסף ארעזי, לאריאל בנדור, למיכאל בירנהק ולרות זפרן על הערות לטיזטות קודמות. תודה גם למשתתפי סמינר המצטיינים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על הביקורת התורמת, ולחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם. הערכתי הרבה לאשרת אלביץ ועידן לרון על המחקר המעולה. תודה מגיעה גם לזאב מנס ולהדס אגמון על תרומתם המחקרית. כל הטעויות, כמובן, שלי.

מבוא

האם ניתן לתקוף חקיקה ראשית בטענה שאינה חוקתית אך ורק משום שיישומה מוביל לתוצאה שאינה צודקת בעליל? בשאלה זו ובשאלת הסעד הנלווית לה תעסוק רשימה זו. יותר מעשור חלף מאז קבע בית המשפט העליון, בערעור אזרחי 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי,² כי בישראל התרחשה מהפכה חוקתית. מהפכה זו העניקה לבית המשפט את הכוח לשלול תוקף משפטי מחוקים הסותרים את חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992, ומעבר לכך היא כללה גם שינוי משטרי עמוק, לפיו חוקי היסוד באשר הם עליונים על חקיקה רגילה, וכפועל יוצא – לבית המשפט הסמכות לקבוע האם חוק "רגיל" סותר הוראות חוק-יסוד וכן מהן השלכותיה של סתירה כזו.³ ניתן לומר שכעת אנו מצויים בשלב החוקתי שבו היקפו ותוצאותיו של שינוי משטרי זה הולכים ומתבהרים אט-אט.⁴ תהליך זה חשוב לא פחות מעצם ההכרזה על המהפכה, אך

2 פ"ד מט(4) 221 (1995).

3 מעמדם של חוקי היסוד טרם פסק דין זה הושאר בצריך עיון (ראו בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 696, 693 (1969)). בית המשפט קבע כי השימוש בביטוי "חוק-יסוד" אין בו כשלעצמו "להעלות" דבר חקיקה מסוים מעל דבר חקיקה אחר באופן שמאפשר ביקורת שיפוטית (ראו בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794, 798 (1973); בג"צ 60/77 רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 560-559, 556 (1977)). בע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, הסיר בית המשפט עמימות זו, ובכך הפכה השיטה בישראל מכוז שבה המחוקק הוא כל יכול לגבי מרבית תחומי העשייה (ולכל הפחות כל יכול בעזרת רוב חברי הכנסת; ראו תגובת המחוקק לבג"צ ברגמן – חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, ס"ח 568 הקרוי בעגה המשפטית "חוק תשריר"; קלוד קליין "על סמנטיקה ושלטון החוק – הרהורים וערעורים על בג"צ 60/77 י' רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת", משפטים 79 (1979)), לשיטת משטר חוקתית שבה פעולות המחוקק, ללא קשר לרוב שבו התקבלו, כפופות לביקורת שיפוטית לאור נורמות עליונות להן. רבות נכתב על פרשת מזרחי הנ"ל; ראו כרך כח(1) ו-2 של כתב העת משפטים (1997); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוק-יסוד" ספר ברנזון כרך ב, 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000), למרות שטרם נדונה די צורכה האלטרנטיבה שעמדה בפני בית המשפט בע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2.

4 למשל, בבג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003), קבע בית המשפט כי המהפכה החוקתית חלה גם באופן רטרואקטיבי על חוקי יסוד שאינם כוללים פסקת הגבלה והתקבלו בכנסת לפני 1992. זוהי קביעה לא פשוטה, לכל הפחות בכל האמור במצבים בהם חקיקה רגילה של הכנסת איננה עולה כדי שינוי חוקי היסוד הישנים אלא רק כדי פגיעה בהוראה כזו או אחרת (בהנחה, כמובן, שההבחנה בין פגיעה לבין שינוי היא הבחנה שיש בה ממש). בבג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נד(3) 57 (1996), עמ' 70-69 בפסק דינו של השופט זמיר, ועמ' 76-75 בפסק דינו של השופט ברק נדונה השאלה אם ניתן להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על חוקי יסוד הנעדרים שריון מהותי והושארה בצריך עיון. בע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד

דומה כי בעוד שבפרשת בנק המזרחי העדיף בית המשפט להרחיק נדוד בנימוקיו אל מחוזות תאורטיים שלא ברור כי היה צורך להכריע בהם,⁵ הרי שבפסקי הדין העוסקים בהשלכותיה של המהפכה החוקתית לעתים בחר בית המשפט לחסוך מילים עד כדי שתיקה מוחלטת, ובפסיקתו נמנע מנימוק הכרעותיו המשטריות.⁶ חלק מהכרעות אלו אינן טריביאליות כל עיקר, שכן בית המשפט נאלץ להתמודד – לא אחת לבדו – עם שאלות היורדות לשורשו של מבנה המשטר הישראלי. כך, למשל, קבע לאחרונה בית המשפט העליון בפרשת הפורום לדור־קיום, כי מקום בו חוק של הכנסת מוביל לתוצאה שאיננה צודקת בעליל ("מקרה הזועק לשמים"), בית המשפט רשאי (ואולי אף חייב) להורות כי אין לאכוף את החוק בנסיבות העניין; זאת, בהסתמך על סעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה,⁷ המעניק לבית המשפט העליון סמכות לתת סעד למען הצדק בשבתו כבית דין גבוה לצדק.

העתירה בעניין הפורום לדור־קיום פרשה מסכת עובדתית קשה: השפכים הזורמים בנחל חברון – נחל מזוהם – פוגעים בתושבי הפזורה הבדווית היושבים בכפר 'לא מוכר' (דהיינו: שאיננו עומד בדרישות חוקי התכנון והבנייה) הקרוי אום-בטין, הממוקם במורד הנחל. במיוחד קשה המצב בחורף, כאשר הנחל עולה על גדותיו בעת שיטפון וילדי המקום נאלצים לחצות אותו בדרכם לבית הספר. בנסיבות אלו בנו התושבים ללא היתר שני מעברים זמניים. בעתירה התבקש בית המשפט לחייב את המדינה להסדיר את תנאי חייהם של התושבים; כסעד זמני התבקש צו־ביניים המורה למדינה להקים גשרונים לחציית הנחל ובכל מקרה לא להרוס את אלה שהקימו התושבים בהיעדר חלופה. המדינה הסכימה כי יש למצוא פתרון, אך טענה כי הליכי התכנון יימשכו חודשים מספר; ומכיוון שדיני התכנון והבנייה אוסרים בנייה ללא היתר – הרי שכל עוד לא יושלמו הליכי התכנון החוק אינו מתיר לבנות גשרון, וודאי שלא ניתן לחייב את המדינה לבנות גשרון כזה בניגוד לחוק. בית המשפט קבע כי מדובר במצב קפקאי ממש והורה למדינה להקים בזמן הקצר ביותר האפשרי, אף ללא היתר, גשרון במתכונת יכילה מעל נחל

793, 811 (3) 2003), קרא השופט מצא את פסקת ההגבלה אל תוך חוק־יסוד: הכנסת מבלי להתייחס לוויכוח בין השופטים ברק וזמיר ומבלי לנמק את המהלך מעבר ל"תודעה שיפוטית".

5 ראו, למשל, עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" משפט וממשל ג 679, 680-683 (1996), וכן משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 698 (1996). לביקורת כללית ראו חיים ה' כהן "אוביטר ז'ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2001) וכן חיים ה' כהן "כיצד מרקדין לפני הכלה – בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה" משפט וממשל ג(1) 321, 329-330 (1995), שם ביקש כהן, בין היתר, לבקר את פסקי הדין הארוכים והמנומקים של שופטי בית המשפט העליון המטיפים לעניין פלוני אך אינם מולידים תוצאה אופרטיבית המיישמת את דבריהם.

6 לדיון וביקורת ראו אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35, 42 (2002); אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 310 (2003).

7 חוק־יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

חברון, שיאפשר לילדי פזורת אום-בטין חצייה בטוחה של הנחל בדרכם לבית הספר. בית המשפט מצא בסיס משפטי לצו שהוציא בכך שחוקי התכנון והבנייה נסוגים מפני חוק-יסוד: השפיטה ומדרישת הצדק המעוגנת בסעיף 15(ג) לחוק היסוד.⁸

ייתכן, כי התוצאה אליה הגיע בית המשפט – חיוב המדינה למצוא פתרון הולם ומידי לבעיה – היא תוצאה מתבקשת: תפקידו של בית המשפט לוודא כי האזרח וחזויותיו לא נשכחים בסבך הביורוקרטיה; אולם הדרך בה הלך בית המשפט היא בעייתית. ראשית, חשופה פסיקה זו לביקורת הכללית נגד פועלה הרטרואקטיבי של המהפכה החוקתית בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה (ובכלל זה חקיקה שהתקבלה לפני 1992), על בסיס חוקי יסוד שאינם משוריינים (לא כל שכן על בסיס חוקי יסוד שהתקבלו אף הם לפני 1992). חוק-יסוד: השפיטה הוא חוק "ישן" ולא משוריין, ולא ברור כיצד העלתה הכנסת – עם קבלת חוקי היסוד המגנים על מקצת מזכויות האדם בישראל – את מעמדם של חוקי היסוד הישנים, נטולי השריון הפורמלי או המהותי, לכדי נורמות עליונות.⁹ אך מעבר לכך מעלה פסיקה זו שאלה בדבר היחס בין "הסעד למען הצדק" המנוי בחוק-יסוד: השפיטה לבין חוקי הכנסת. עניין זה הוביל לדיאלוג מעניין בין המלומדים בנדרור ורימלט,¹⁰ ובו תעסוק גם רשימה זו.

מבנה הרשימה יהיה כדלקמן: ראשית אפרוש את גדר המחלוקת בקצרה. לאחר מכן אעלה את שאלת היחס בין חוק לצדק במשפט החוקתי. דיון זה יהווה את לבה העיוני של הרשימה, ובו אתמודד עם כמה טיעונים בסיסיים נגד הכפפת החוק לצדק. בניגוד לגישה המסתמנת בקרב משפטנים, טענתי תהיה כי שדה הצדק מאפשר דיון פורמלי שאינו נופל מדיון בשדה המשפט מבחינת הסדר, הארגון והעקיבות שבו. משם אפנה לניתוח הדיון בישראל ובעיקר לסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה; אראה כי גישתו של בית המשפט מעוררת קשיים לא מבוטלים במישור הדיון המצוי. חלקה היישומי-דוקטרינרי של הרשימה יעסוק באלטרנטיבות שניצבו לפני בית המשפט בבואו להתמודד עם סוגיות מסוג זה. אדון בקצרה באופן הראוי ליישום הזכות לכבוד האדם וארחיב מעט בשאלת הסעד הראוי בנסיבות העניין – סעד מסוג "פטור חוקתי", שהוא קונקרטי יותר מהסעד

8 פרשת הפורום לדיוקים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 107. בית המשפט ציין כי "עמדת המדינה אינה נקייה מספקות", שכן ניתן לכאורה להסתמך על הקביעה השיפוטית שדיני התכנון והבנייה עליהם הסתמכה המדינה אינם חלים על מבנים זמניים. ככל הנראה היה בית המשפט ער לקושי הטמון במעבר מהקביעה שבניית מבנה זמני אינה עבירה פלילית על פי דיני התכנון והבנייה אל חיוב המדינה לבנות מבנה זמני ללא היתר. כן קיימת האפשרות שהמגיעה להעניק היתר זמני נעוצה בתקנות ולא בחוק עצמו. לדיון בהשלכות ראו הערה 96 להלן והטקסט שלידה.

9 רייכמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 43. ראו גם הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 64-65 (2004), וכן אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 32-33 (2004).

10 בנדרור, לעיל ה"ש 6; נויה רימלט "בית-המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל ו 311 (2003).

הכללי "למען הצדק". לפני סיכום אעלה השערה שמא אין להבין את פסק הדין כפיתוח עילה עצמאית במסגרת החוקה הכתובה, אלא כפיתוח של דיני יושר חוקתיים במסגרת החוקה המטריאלית. אם השערה זו אכן נכונה, כי אז פיתוח (מהפכני) זה מחייב תשומת-לב והתייחסות סדורה. את מילות הסיכום אקדיש לתפקידה של הערת הפסיקה בעידן החוקתי לאור כל האמור לעיל.

א. גדר המחלוקת

האם בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, רשאי (או חייב) שלא לפעול על פי הוראת חוק המובילה לתוצאה בלתי-צודקת בעליל? בבג"צ הפורום לדור-קיום ענה בית המשפט (מפי השופט מצא) על שאלה זו בחיוב, לפחות כל עוד מדובר בסעד ביניים וכל עוד נראה שאין אפשרות אחרת להשגת התוצאה הצודקת. השופט מצא לא נימק את הכרעתו, ואין תמה אפוא שהמלומדים חלוקים ביניהם בשאלה זו: "הפתרון לחוק בלתי-צודק שאינו סותר הוראה חוקתית ספציפית הוא תיקון מזוהז של החוק ולא התעלמות ממנו", סבר בנדור;¹¹ "בין עולם המשפט הפורמליסטי ... שבו אפשר לשנות הסדר חוקי בלתי-צודק רק באמצעות פרוצדורות ביורוקרטיות רגילות, ובין עולם משפט הצדק ... שבו בית-המשפט רשאי במקרים 'זועקים לשמים' להעניק סעד מן הצדק אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר – אני מעדיפה [את האפשרות השניה]", אמרה רימלט.¹² על פי בנדור, אפשרות זו של הכפפת כל חוקי המדינה לעקרון כוללני של הצדק משולה להחלפת שלטון המשפט בשלטון השופטים.¹³ נדרש, אם כן, לגשת לסוגיה בזהירות.

ב. משפט, צדק וחוקה

שאלת היחס בין משפט לצדק מוכרת, כמוכן, למרבית המשפטנים.¹⁴ הוויכוח המודרני

11 בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 309.

12 רימלט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 312.

13 בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 309.

14 השאלה אם אכן "Lex Ingusta Non Est Lex" – "חוק שאינו צודק אינו חוק" – מצויה עמנו זמן רב. מקורה אינו ברור לחלוטין; ראו Norman Kretzmann, *Lex Ingusta Non Est Lex; Laws on Trial* in *Aquinas' Court of Conscience in PHILOSOPHY OF LAW* 8 (Joel Feinberg & Hyman Gross eds., 5th ed. 1995). בהערה 6 למאמר ציין קרצמן כי אין ודאות מי טבע אמרה זו: יש המייחסים אותה לאוגוסטינוס ויש המייחסים אותה לתומאס אקווינס. קרצמן הביא את מראי המקום האפשריים בכתבים אלה, וגם ציין כי את האמרה הזו ככתבה וכלשונה הוא עצמו לא מצא מעולם בכתביהם. יהא מקורה ההיסטורי של האמרה אשר יהא, שאלה זו מעסיקה גם משפטנים מודרניים. לעניין חקיקה

בין הארט לפולר,¹⁵ עמדתו הפוזיטיביסטית של קלזון,¹⁶ עמדתו של רו לעניין סמכות המשפט ומוסריותו¹⁷ וגישתו המעורבת של דוורקין לעניין פרשנות ולגיטימציה¹⁸ הם חלק מתכני היסוד הנלמדים בתחום תורת המשפט במסגרת הכשרת המשפטנים והמשפטניות. הדי הוויכוח נשמעים גם מכס השיפוט. השופט חיים ה' כהן ביטא את העמדה כי חקיקה של הכנסת שאינה צודקת אינה ראויה לנאמנות לה ראויה חקיקה צודקת.¹⁹ השופט טירקל קבע זה לא מכבר כי לעתים, בהיעדר טיעונים משכנעים מן הדין, אין לשופט אלא את כינורו שלו – עולם ערכיו הפנימי שלאורו הוא פוסק.²⁰ מנגד יצא השופט זמיר נגד גישה הרואה בצדק מקור משפטי עצמאי ומחייב, לא כל שכן מקור המאפשר להתעלם מכלל משפטי אחר.²¹ והנה, בפרשת הפורום לדריקיום העניק בית המשפט מעמד פוזיטיבי לעקרון הצדק כנורמה משפטית מחייבת. לא זו אף זו: אליבא דבית המשפט, הצדק ממוקם כנורמה עליונה – דהיינו: כחלק מהחוקה הפורמלית של

השופט הניצב מול חוק שאינו צודק ראו, למשל, אהרן ברק "על משפט, שיפוט וצדק" משפטים כז 5 (1996); כן ראו להלן, הערה 79.

15 הוויכוח בין המלומדים הארט ופולר נסב בעיקרו על השאלה אם כלל שאינו צודק יכול להיחשב כחלק ממערכת המשפט, או שמא אי-הצדק מוביל לכך שכלל מסוים אינו ראוי להיחשב כ"חוק" או כנורמה משפטית מחייבת. ראו H.L.A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY (1963); LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW (1970); Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 HARVARD L. REV. 630 (1958). באשר למחלוקת זו ראו גם חיים גנו "משפט ומשפט צודק: הנחיות לתועמלן והמלצות לאנליטיקן" הצודק והבלתי צודק 99 (בעריכת מרסלו דסקל עורך, 1977).

16 המלומד קלזון טען שבעולם המשפט אין מקום לטעון שנורמה מסוימת אינה צודקת ולכן אין לה תוקף משפטי, שכן המשפט נשען על בסיס הצדקה וסמכות המנותקים מן הצדק; ראו HANS Kelsen, PURE THEORY OF LAW 66-69 (1970).

17 JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1990); Joseph Raz, *Authority and Justification*, in AUTHORITY 115 (Joseph Raz ed., 1990) להלן והטקסט שלידה.

18 המלומד דוורקין טען כי אמנם ייתכן מצב שבו נורמה משפטית שאינה צודקת תהיה חלק מעולם המשפט, אך השופטים, כמו גם המחוקקים, מחויבים להפעיל את סמכותם וליצור דין (אם על דרך חקיקה ואם על דרך פרשנות) באופן המשמר את העקיבות ובאופן המעמיד כל נורמה (ואת מערכת המשפט בכלל) בצורה הטובה ביותר, דהיינו: בצורה המוסרית ביותר. ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 225-227, 338 (1986).

19 חיים ה' כהן "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" משפטים ז 5 (1976); ע"פ 224/63 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 225, 238 (1964).

20 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 738 (1996). השופט טירקל התייחס לקשר ההדוק שבין משפט לצדק גם במאמרו "על 'הנשמה היתרה' של הדין" מחקרי משפט טז 191 (2001).

21 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 772-775, 786-785. כפי שציין השופט זמיר בעמ' 773, "כבודו של הצדק במקומו מונח. אך הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין".

מדינה ישראל – ולפיכך, במקרה של התנגשות בין חוק רגיל לבין הצדק, מוטלת חובה חוקתית על בית המשפט שלא לתת תוקף משפטי לנורמה משפטית שאיננה צודקת. מיד מתעוררת השאלה הפרשנית "כיצד נדע צדק מהו?", ובצדה השאלה הפילוסופית "האם הכפפת המשפט לצדק משמעה, למעשה, הפיכת הכלל המשפטי למיותר?" לכאורה, מה לנו ולעיסוק בכלל משפטי כזה או אחר, ובכלל זה בסעיפי חוק כאלה ואחרים – כל שעלינו לומר לבית המשפט הוא "ועשית הישר והטוב"²² (קרי: הצודק); היתר הוא אך יישום ההוראה בנסיבות ספציפיות של מקרה כזה או אחר.

1. צדק וסמכות משפטית

שאלות אלו אינן קלות. ראשית, מבחינה מוסרית ברור כי השופטת – ככל אדם – מחויבת לפעול בכל רגע נתון באופן המוסרי ביותר האפשרי. אם מגיעה היא למסקנה שהפעלת החוק במקרה מסוים אינה מוסרית – לאחר ששקלה את כל השיקולים, ובכלל זה את החשיבות הפרגמטית הטמונה בפעולה בהתאם לכללים משפטיים מחייבים – המוסר יחייבנה להימנע מהוראה על אכיפה בלתי-מוסרית זו, ועשוי אף לחייבה להורות למדינה לפעול שלא בהתאם לחוק.²³ מכיוון שהצדק הוא חלק מעולם המוסר, הרי שככל שאין סתירה בין שיקולים מוסריים אחרים לבין שיקולי הצדק, מוטלת על השופטת חובה מוסרית להעדיף את הצדק על החוק. אלא, שבפעולתה המוסרית הזו עלולה השופטת לשמוט את התשתית העומדת ביסוד סמכותה. הכוח להורות למדינה כיצד לפעול ניתן לה כשופטת, דהיינו: כפועלת מכוח מערכת המשפט. ומכאן שאין לשופטת סמכות שאינה במשפט להורות למדינה כיצד לפעול. אמנם, לכל אדם סמכות מוסרית לתבוע מזולתו לפעול באופן מוסרי, אלא שהחברה הדמוקרטית מעניקה לשופטים הפועלים במסגרת הליך שיפוטי סמכות ייחודית להורות לכל אישיות משפטית הכפופה למערכת המשפט, ובכלל זה למדינה, כיצד לפעול כדי למלא את חובות הדין. בבואם לציית להוראת השופטת – במובחן מציות לתביעתו המוסרית של כל אדם אחר – עלולים המדינה וממלאי התפקידים בה למצוא עצמם ללא הצדקה הנשענת על סמכות המשפט או על סמכות השופט.²⁴ מכאן, שסמכותה המשפטית של השופטת עומדת רק אם קיים

22 דברים ו, יח. יצוין כי גם במקור זה מצוי מתח אפשרי בין "הישר והטוב" לבין "המצוות והחוקים" החלים על בני ישראל.

23 השווה דיון אצל ROBERT M. COVER, JUSTICE ACCUSED: ANTISLAVERY AND THE JUDICIAL PROCESS 197-259 (1975).

24 השווה דיון אצל RAZ, AUTHORITY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1, 3-11. על פי רז, בענייני מוסר אין למעשה צידוק לציית לסמכות חיצונית לאדם. רז הצדיק את הדיישה לציית לחוק בבעיות קואורדינציה – שאותן פותר החוק, או במיקומם המיוחד של יוצרי הדין – שבידם היכולת להתמקצע ולשקלל את מכלול השיקולים הרלבנטיים של כלל הגורמים הנוגעים בסוגיה מסוימת, בעוד שאדם "פרטי" יידרש להקדיש ללימוד הנושא זמן רב, על חשבון עיסוקים אחרים שבהם הוא מעדיף לעסוק.

לה מקור משפטי; פסיקה (משפטית) על סמך המוסר בלבד היא חוץ-משפטית ולכן כרוכה בה סתירה של סמכות.²⁵

יזכר, כי לגישתו של השופט מצא בפרשת הפורום לדיוקיום בעיה זו אינה מתעוררת בשיטה הישראלית, משום שסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה – מקור משפטי לכל הדעות – מסמך את בית המשפט לפנות לצדק. בפרק הבא אדון בשאלה אם סעיף זה אכן מעניק מסד לעילה כללית לפיה מעשה מדינה שאינו צודק גם אינו חוקתי; בשלב זה די אם נאמר כי אם אמנם כך הוא, לא תקום הטענה בדבר חוסר סמכותו המשפטית של בית המשפט; אך אם התשובה הפוזיטיבית הפוכה – קושי זה אכן מתעורר.²⁶

2. האם הצדק סובייקטיבי?

מעבר לבעיית הסמכות נטען כלפי הפנייה לצדק כי היא מעוררת את בעיית הסובייקטיביות. לכאורה, דבריו של השופט טירקל ודברי הביקורת של השופט זמיר מביעים את העמדה כי הצדק הוא מושג סובייקטיבי – כל שופט ועולם ערכיו שלו;²⁷ אך עיון נוסף יראה כי גישה זו למושג הצדק היא שגויה.²⁸ אמנם, ההכרעה בין שתי אלטרנטיבות היא בסופו של דבר הכרעה אישית, מאחר שכורשר השיפוט הוא אישי

בהקשר זה יצוין כי דווקא ענייני התכנון והבנייה משתייכים לסוג המקרים שלגביהם ניתן לומר כי קיים צידוק פרגמטי חזק במיוחד לייחודם להחלטה של גופים מוסמכים על פי חוק (דוגמת רשויות התכנון), לאור הרשת הסבוכה למדי של הנוגעים בדבר ושל ההשלכות האפשריות של פעולה או החלטה כאלה או אחרות. לכן, דווקא בעניינים אלו ניצב רף גבוה במיוחד בפני טענות של צדק בנסיבות העניין – רף הקורא להעדיף את הותרת העניין להחלטה של הגורמים המוסמכים על פי חוק. לדיון ראו גם את HART, לעיל ה"ש 15. לדיון בפנייה למקורות חוץ-משפטיים ראו DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÈCLE) (1997).

בשאלה זו עסק המלומד עדי פרוש במאמרו "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי" עיוני משפט יז 717, 742-755 (1993), והציע פתרון משלו לסוגיה. לטענתו, "ברוב המקרים שבהם קיים פער כלשהו בין הדין המצוי לדין הרצוי, ואין לשופט סמכות לשנות את הדין המצוי, ייטיב השופט לעשות אם יכיר בתוקף המשפטי של הדין ויחיל אותו על הסכסוך הנדון לפניו. כשהוא מסתפק, לכל היותר, בהצבעה על נקודות-התורפה שבו ובהמלצה לשנותו. עם זאת, באותם מקרים שבהם הפער בין הדין המצוי לדין הרצוי גדול מאוד... אם אין אפשרות 'להלבין' תוק שחור בדרך הפרשנות הגמישה, ייתכן שיהא על הרשות השופטת לשמש באמת 'חוד-חנית' במאבק זה, ו'לדקור' את החוק השחור שבו מדובר על-ידי פסילת התוקף המשפטי שלו". גם פרוש לא סיפק פתרון משפטי לשאלה כיצד תיעשה קביעה כזו בפועל: "השאלה אם ניתן למצוא קונסטרוקציה תיאורטית, שתאפשר להעניק הכשר משפטי ברור לצעד אקטיביסטי זה, אינה שאלה מכרעת, לדעתי". שם, בעמ' 755.

27 השוו לדבריו של אהרן ברק "על השופט" המשפט יא 4 (2001).

28 למסקנה דומה הגיע גם המלומד דניאל סטטמן במאמרו "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון" מחקרי משפט יט 569 (2003).

ומיוחד לכל אדם. אך מושג הצדק אינו סובייקטיבי. טענה מן הצדק הנשענת על תפיסת עולם הייחודית לטוען אינה יכולה להיות טענה "מן הצדק" אלא טענה מעולמו האישי של הטוען. אין משמעות אמיתית לטענה "אין זה צודק לענות אדם", אם כל שנטען הוא שעניו אינו מתיישב עם העדפותיו הפרטיות. עולם העדפות פרטי אינו מאפשר דיון ושכנוע משום שהוא אינו כולל מרחב שבו האדם יכול לחרוג מהעדפותיו הפרטיות. אם עולמנו המוסרי מצומצם לעולם העדפותנו, מוצאים אנו את עצמנו כלואים בד' אמות החוויה האישית שלנו, חסרי-יכולת להחליף טיעונים של ממש עם אדם אחר כלשהו, מעבר להצעה להתנסות בחוויה כזו או אחרת. זהו עולם עני. הניסיון האנושי אינו תומך בתפיסה כזו, שהרי בכל זאת אנו חוזרים ומתווכחים על תוכנו של מושג הצדק – ויכוח שהיה חסר כל תוחלת אם העדפות הצדק היו אישיות לחלוטין כמו, למשל, העדפה של גלידת וניל על גלידת שוקולד. מושג הצדק מחייב את קיומו של מרחב אינטר-סובייקטיבי שבו כולנו, כקהילייה פרשנית, יכולים לזהות נימוקים ההולמים מושג זה, נימוקים שביכולתם לשכנע אותנו כי במקרה כזה או אחר הצדק אכן דורש שנפעל כך או אחרת.

ודוק: במרחב כזה אנו יכולים להתווכח אם פעולה מסוימת צודקת או לא, אך אי-הסכמתנו מתקיימת ביחס למערכת מושגים נתונה המגדירה איזה טיעון ייחשב רלבנטי לעניין הצדק. יכולים אנו לא להסכים על פרשנות או על יישום, אבל כדי שתהיה משמעות כלשהי לאי-ההסכמה שלנו – כדי שנדבר "באותה שפה" – הדיון מניח כי מושג הצדק אינו סובייקטיבי. כושר השיפוט אמנם מצוי בלבו של אדם פנימה – לב המושפע בוודאי גם מההיסטוריה הייחודית, אישית וקבוצית, אותה חווה; אך מושגי הצדק משותפים מעצם הגדרתם למין האנושי או לכל הפחות לחברה מסוימת. הם מעצבים שדה שיח, מחשבה, דיון ופעולה, שבתוכו אדם מפעיל את כושרו האישי כבואו להכריע במקרה נתון.²⁹

29 שאלה פילוסופית זו – בדבר האובייקטיביות של מושג הצדק או הסובייקטיביות שלו – אינה חדשה. המלומד דוד גורביץ (במאמרו "משמעות הצדק בעידן של 'קלילות דעת'" אלפיים ט 148, 167 (1994)) ציין בהקשר זה כי במהלך ההיסטוריה הפילוסופית ניסו תאוריות מפורסמות של צדק לבנות מודלים מדעיים, אבסולוטיים ואוניברסליים של צדק. כך, למשל, עשו אפלטון באידיאה של הצדק והטוב; קנט בתורת האוטונומיה של הרצון האנושי (IMMANUEL KANT, FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE METAPHYSIC OF ETHICS (Thomas Kingsmill Abbott trans., 1965); מיל באידיאה של התועלתנות והאושר הכללי (JOHN S. MILL, UTILITARIANISM); רולס במושג הצדק כהגינות (John Rawls, *Justice as Fairness*, 67 THE (1998)); ופילוסופי (PHILOSOPHICAL REVIEW 164 (1958)) ועוד. תאוריות אלה טענו לתקפות אובייקטיבית ומוחלטת. לעומת זאת הפוסט-מודרניזם מסתייג מכל יומרה לטעון שקיים מושג צדק אובייקטיבי תקף בהכרח. הפוסט-מודרניזם חשף את האידאולוגיות, הפוליטיקה ומאבקי הכוח המסתתרים מאחורי מה שמתיימר להיות "האמת והצדק האולטימטיביים", וכך נוצר מודל של צדק יחסי ופרגמטי שאותו הציע גורביץ לבנות "צדק חלש". זהו צדק שיומרותיו צנועות הרבה יותר; כדברי גורביץ, "שאלת

מכאן עולה כי שלטון הצדק איננו זהה לשלטון השופטים, כפי שחושש בנדור.³⁰ טענה מן הצדק – עצם הטענה – אינה טענה מעולמו האישי של שופט זה או אחר, אלא טענה שכל אדם סביר, אם יחשוב על הסוגיה, יצטרך לקבל כמשכנעת. עקרונות צדק מסוימים אינם חולשים על סוגיה מסוימת באופן מסוים מכיוון ששופטת זו או אחרת סוברת כך או אחרת; לעקרונות הצדק יש קיום נורמטיבי הרלבנטי לנו כבני אדם מעצם יכולתנו להבחין בין טוב לרע, דהיינו: מעצם יכולתנו לבצע שיפוט מוסרי. בה בעת ניתן לראות כי גם האופן שבו התייחסה רימלט לביקורתו של בנדור על בית המשפט אינו

הצדק שוב אינה שאלה של ידיעה (knowledge), שוב אינה שאלה אפיסטמולוגית. זוהי שאלה של דעות (opinions). דעות אלה אינן נתמכות על-ידי נימוקים מכריעים ואינן ניזונות ממטה-נרטיבים כוללים המציגים קודים אולטימטיביים של פרוש המציאות... זהו אפוא, 'צדק חלש', שנגזר מתוך מציאות פלורליסטית המחזיקה בדגמים מתחרים ובלתי מתישבים של צדק". עם זאת, אף לפי גישה פוסט-מודרנית, מושג הצדק אינו מחייב רלטיביזם מוחלט; אופן יצירתו הוא אינטר-סובייקטיבי. גורביץ ציין כי "בעיית הצדק עוברת מן הזירה של הסובייקטיווי אל הזירה האינטרסובייקטיווי: הפרדיגמה של 'הידיעה העצמית של הסובייקט', תוחלף בפרדיגמה של הבנה הדדית בין סובייקטים... הצדק נוצר, נולד מאופני ההתקשרות בין הסובייקטים בתוך קהילה פוליטית חברתית נתונה; שאלת ההתנהגות הצודקת אינה מוסקת באמצעות דגם היררכי שבו צדק מופשט, אוניברסלי ושתלטי כופה את עצמו... הצדק נוצר כתוצאה ממשחק (חופשי מכפייה, אלימות, התנשאות), ללא תיוכנו של קריטריון כלשהו", שם.

30 בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 309-310. חשש זה הובע בזמנו על ידי השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטווינסקי, פ"ד טו(1) 71, 75-76 (1961), שחשש שמא אם כל אחד משופטי בית המשפט העליון "יראה עצמו פטור לגמרי מעול מלכות תקדים וכל שופט יעשה שבת לעצמו... הרי במרוצת הזמן ייהפך המוסר השיפוטי מ'בית משפט' ל'בית שופטים', אשר כמספר חבריו מספר דעותיו". מאוחר יותר חזר על הדברים גם גר טדסקי במאמרו "הלכת התקדים בזמן האחרון" הפרקליט כב 320, 324-325 (1962). עמד על כך גם משה לגדרי, במאמרו "הלכת ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292 (1969). לגדרי טען שעל הפסיקה לעמוד במבחן משולש: צדק במקרה הקונקרטי, השתלבות בפסיקה קודמת ויסוד לפסיקה בעתיד. עדי פרוש, במאמרו "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט יג 453, 497 (1988), טען כי שיקולי הצדק אינם בעייתיים אלא דווקא חיוכיים: "אין להצטער על כך, שהפסיקה של גוף שיפוטי מסוים, הבג"ץ [...], היתה תלויה במידה רבה בתפיסת הצדק של השופטים היושבים בו. אילו היה המחוקק מכריע בעצמו בשאלות הערכיות החשובות שבהן הסמיך את הבג"ץ להכריע, לא היתה מערכת המשפט שלנו יוצאת נשכרת מכך [...]. המשקל הרב שהיה לשיקולים אלה [שיקולי צדק; א' ר'] בפסיקת הבג"ץ לא הוליד תמיד החלטות שרירותיות, לא החליש את הדמוקרטיה בישראל, לא צרע את מעמדו של החוק כבסיס לקואורדינציה של פעולות בני-האדם בחברה הישראלית ולא פגע באמון של הציבור בבית-המשפט. לנוכח העובדה, שאין בידי הבג"ץ כוח צבאי או כלכלי, ולנוכח העובדה הנוספת, שכמשטר שלנו יכולה הכנסת להפוך החלטות של הבג"ץ על פיהן (על ידי חקיקה מתאימה), נראה החשש מפני 'הדיקטטורה' של הבג"ץ מגוחך, ומי שחושש לא רק מעריצות של המיעוט, אלא גם מעריצות של הרוב, לא יוכל להתקומם על כך שהבג"ץ לא ביטא תמיד את רצון הרוב".

מספק: רימלט אמרה כי בין שני העולמות היא "מעדיפה" את עולם הצדק של בית המשפט. האם זוהי רק העדפתה האישית או שמא היא טוענת טענה חזקה יותר? מוצע, כמובן, לקרוא את רימלט כמסבה את תשומת-לבנו לעקרונות של צדק שאינם, כאמור, בגדר העדפה כזו או אחרת. כפועל יוצא, נדרשים אנו לבסס ולהגדיר את המסגרת של עקרונות הצדק האלה.

נראה, כי הכפפת כל חוק לעקרונות צדק – דהיינו: קביעה כי החוקה כוללת כלל משפטי שלפיו אין לפעול על פי חוק הסותר עקרונות של צדק – היא אפשרית לפחות מבחינה מושגית.³¹ קביעה כזו אמנם מטילה על בית המשפט עול לא קל – לגבש וליישם את עקרונות הצדק באופן עקיב וברור – אך אין בכך כדי להקים מחסום מושגי מפני אימוצה של גישה זו.³²

3. מהו "צדק"?

כמשפטים אנו סוברים – אולי משום שלא זכינו להכשרה כדבעי בחשיכה ובכתיבה פילוסופית אנליטית – שהצדק הוא מושג "עמום" או "פרוץ",³³ אך עיון מעמיק יותר מראה שעקרונות הצדק – כחלק מעולם המוסר הכללי – ניתנים לארגון בדפוסים פורמליים שאינם שונים במהותם מהדפוסים המצויים בתשתיתה של כל מערכת משפט (ובוודאי מצויים בתשתיתה של מערכת משפט הנשענת על עקרונות יסוד).

31 במקורות היהדות אנו מוצאים מקרים רבים של פנייה למונח "צדק" בהקשר למשפט. כך, למשל, הפסוק "לא תעשו עול במשפט, ובצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו), המצוטט בפרק "צדק", בספרו של חיים ה' כהן המשפט 19-25 (מהדורה שנייה, 1996). ראו גם חיים ה' כהן צדק במשפט 25-29 (צילה דרורי עורכת, 1993), לגבי עליונות החוק. לעיון נוסף ראו חיים שיין הצדק במשפט העברי: פרקי מבוא (1994).

32 יזהר טל "מחוקק כלי-יכול: האמנם? (ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת)" עיוני משפט י' 361 (1984). גישה דומה, שבוטאה כעשור בטרם הלכת בנק המזרחי, הטילה ספק בהיותו של המחוקק הישראלי "כל יכול" וגרסה כי אין לשלול את האפשרות שביכולתו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית בהסתמך על ערכי היסוד של השיטה בלבד. ראו בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990). לאזכור הלכה זו טרם המהפכה החוקתית ראו בג"צ 410/91 בלום נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201, 205 (1992).

33 ראו דברי השופט זמיר בדג"א נחמני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 786: "במשפט, לכל הפחות, יש כללים קודמים, ואף אם לעתים הם מעורפלים וגמישים, יש בהם מידה רבה של אובייקטיביות. הצדק, לעומת זאת, הוא שדה פרוץ, שכל אחד הולך בו בכיוון שנראה לו, בעיניים סובייקטיביות, בלא סימני דרך ובלא תמריצים". זמיר טען שעמימות זו היא מעלה, שכן היא משאירה בידי השופט שיקול דעת רחב. בכך יש בלבול מסוים: עיקרון יכול שיהיה בהיר ופורמלי, אך יישומו במקרה נתון יצריך שיקול דעת עמוק. שיקול דעת זה עדיין יהיה מתוחם במובן זה שניתן יהיה לבקר אותו אל מול אותו עיקרון, ובכלל זה אל מול האופן שבו יושם העיקרון במקרים אחרים. ראו תגובתו של המלומד סטטמן לעמדה זו, לעיל הערה 28, בעמ' 579-585.

אלה – יהא תוכנם אשר יהא – אינם זהים בהכרח למקובלות המוסר הנוהג³⁴ (קרי: לעקרונות המקובלים, כעניין אמפירי, בנקודת זמן מסוימת על ידי רוב בני החברה כמוסריים). ייתכן שהעקרונות הנוהגים אינם מוסריים כלל ועיקר, במובן זה שעיון בהם מראה שהם אינם עולים בקנה אחד עם תורה עקיבה המקדמת את ה"טוב" או את "המוסרי". זאת ועוד: הצדק הוא רק חלק מעולם המוסר. הוא עוסק ב"צודק" ולא דווקא ב"טוב" הכללי או ב"מוסרי" הרחב.³⁵ המייחד את עקרונות הצדק הוא שניתן להצדיקם ככאלה; כשיח ושיג מוסרי ניתן להראות מה כוחם במסגרת תורות צדק שונות, ומדוע אי-הכרה בהם אינה מתיישבת עם תורת צדק זו או אחרת. כך, תורות הצדק השונות – כתת-משפחה של תורות מוסר והכרה – הן תורות צדק ככל שהטיעונים שניתן להעלות במסגרתן מתיישבים עם מערכת המושגים הייחודית לטיעונים מוסריים מתחום הצדק.³⁶ מכאן, בניגוד לרעיון שהצדק הוא "עמום", תורות הצדק דווקא מקימות דרישות מושגיות (ובכלל זה דרישות לעקיבות מושגית³⁷) המגדרות את מהלכי הטיעון האפשריים. על קצה המזלג, ומבלי להתקרב למיצוי התחום, ניתן לציין ארבע תורות צדק מרכזיות: צדק מתקן (ובכלל זה צדק גמולי), צדק חלוקתי, צדק הליכי וצדק מאחה. כפי שהראה קאנט בעקבות אריסטו, כוחן של תורות הצדק נגזר מכוחו של האדם כיצור

34 עמד על כך עדי פרוש במאמרו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 490-492. אם כן, השופט זמיר לא דייק כשדן בעניין ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 490 (1998): "מקובל לומר כי הצדק, כשהוא מנחה שופט, אינו צדק אישי אלא צדק כללי, כלומר לא צדק סובייקטיבי אלא צדק אובייקטיבי, המשקף עמדות רווחות בציבור. אכן, כך להלכה, אך למעשה אין הבחנה חדה בין השניים. הצדק המנחה שופט הוא, במקרה הטוב, ניסיון אישי לראות את הכללי, כלומר עמדות רווחות בציבור כפי שהן נראות בעיני השופט. אולם, לעתים מזומנות אין השופט יודע, ואף אינו יכול לברר, מה הן העמדות הרווחות בציבור במקרה הנדון. במקרה כזה הצדק הסובייקטיבי הוא בהכרח גם הצדק האובייקטיבי, והיו לאחד".

35 הדיון המוסרי אכן "פתוח" יחסית. כדברי הד: "השיפוט המוסרי עשוי לכלול טווח לא-מוגבל של שיקולים"; דוד הד "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507, 526 (1998). הד אינו מזהה את הדיון המוסרי עם הדיון בצדק, ועל כל פנים הוא אינו טוען כי הדיון בצדק הוא "סובייקטיבי".

36 בסופו של יום, טיעוני הצדק – ככל טיעון מוסרי – הם אכן טיעונים מעגליים במובן זה שהם יוצאים מהנחות יסוד "מקובלות" ומסתיימים ב"לפיכך, ככל שהנחות היסוד תקפות המסקנה המוסרית היא כך וכך". אולם, כפי שהראה רולס, תיתכן חשיבה רפלקטיבית, המאתגרת עקרון יסוד לאור המסקנות הנגזרות ממנו, והתייבותן עם עקרונות אחרים.

37 ודוק: עקיבות מושגית זו אין פירושה בהכרח כי תורות הצדק דורשות כי נפעל אך על פי כללים נוקשים. תורות הצדק בהכרח מכירות ביוצאים מן הכלל ובדרישה להגיע לצדק במקרה הקונקרטי, העלולה להיות במתח עם "הכלל". אלא שתורות הצדק השונות דורשות כי נוכל להצדיק את התריגה, או את פתרון המקרה הספציפי בשפה מושגית עקיבה: ללא דרישה זו לא ניתן לדבר על "צדק" כמושג בפני עצמו. ללא דרישת העקיבות המושגית ניוותר עם תחושות אד-הוק, שלגביהן לא ניתן לנהל שיח ושיג בינאיש שניתן לכנותו "נורמטיבי".

אוטונומי להבחין בין טוב לרע, בין מוסרי לבין שאינו מוסרי, בין צודק לשאינו צודק.³⁸ כוחו זה של האדם מהווה את הבסיס הפורמלי לתחולת המוסר על פעולותיו של האדם, ומקים את הדרישה מכל אדם לפעול כמי שהמוסר רלבנטי לפעולותיו (במילים אחרות: לפעול כ"סוכן מוסרי"). כידוע, תוכנה של דרישה זו הוא כי האדם יתייחס לעצמו ולכל אדם אחר כאל תכלית ולא כאל אמצעי; בכך מתבטאת האוטונומיה האנושית. דרישה פורמלית זו מאפשרת לנו לאפיין את הצדק המתקן:³⁹ הדרישה כי האדם ישיב לקדמותו מצב בו הפר האדם את החובה להתייחס לאדם אחר (שכלפיו הוא מצוי ביחסי קרבה) כיצור אוטונומי.⁴⁰ אלא שלא די בצדק המתקן. משום שבני האדם חיים בחברה אנושית

38 מבלי למצות את הדיון בשורשיה של תפיסה זו נזכיר רק כי התשתית הרעיונית למותר האדם מן הבהמה, הנובע מיכולתו להבחין בין טוב לרע, מצויה בסיפור המקראי של אכילת פרי גן העדן (בראשית ג, א-יא, כב). אלא, ששם אכילה זו כרוכה בחטא אי-הציות הנובע מהפיתוי. לאחר מכן, בספר מלכים (מלכים א', ג, ה-יב) ביקש שלמה המלך מהאל את הכוח להבחין בין טוב לרע – ונענה. מכאן חוכמתו הרבה וכשרונו השיפוטי.

39 ראו את ספרו הקלאסי של המלומד ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 58-68 (1995) המפתח הבחנה זו של אריסטו. במשפט הפלילי ניתן להמשיג את הצדק הגמולי כנשען על פיתוח עקרונות הצדק המתקן, ככל שעסקינן בעבירות שהן כשלעצמן פוגעות בביטוייה "כלפי כולי עלמא" של האוטונומיה של אדם אחר (ובמילים אחרות: עבירות שפוגעות בזכות קאנטיאנית שהיא זכות *in rem*): מכיוון שביצוע העבירה על ידי העבריין פוגע לא רק בנפגע אישית (ולכן מקים תביעה אישית לצדק מתקן) אלא גם בביטוי האוטונומיה האנושית של כל חברי הקהילה – שכן מעשה העבירה, אם יעבור ללא תגובה, ייטול מכלל חברי הקהילה את מלוא ההגנה על האוטונומיה שלהם – על הקהילה "לתקן" או "להשיב" את המצב לקדמותו בכך שתיטול מהעבריין את רכשו או את חירותו ב"שווי" פגיעתו באוטונומיה (בחיים, בגוף או ברכוש) של כל אחד מחברי הקהילה. כל תגובה אחרת משמעה אי-התייחסות לעבריין כיצור אוטונומי או אי-התייחסות לאוטונומיה של הנפגע, וכנגזרת מכך – אי-התייחסות לאוטונומיה של כל אחד ואחת מחברי הקהילה, שכולם במעמד שווה. הצדק הגמולי אינו צדק מתקן כמובנו הקלאסי, משום שהוא אינו משיב לנפגע – ורק לנפגע – ישירות את שולקת ממנו; ההשבה מתבצעת כלפי הנפגע ובה בעת כלפי כל אחד ואחת מחברי הקהילה האנושית, שכן קהילה זו היא ה"מתזיקה" בהגנה המשפטית על ביטוי האוטונומיה של כלל חבריה, ולפיכך היא ה"נפגעת" הרלבנטית למשפט הפלילי (לצד הנפגע האזרחי). לפי תפיסה זו, מעשה של אחד הפוגע בביטוייה של האוטונומיה "כלפי כולי עלמא" של אחר, יוצר חובה "כלפי כולי עלמא" – חובה על הקהילה – להשיב הן את הנפגע והן את הפוגע למצבם כתברים שווים בקהילה לפני הפגיעה, באמצעות השתת עונש על הפוגע כגמולו. תורת נזיקה לשי לביא על שהאיר את עיני בנקודה זו.

40 הפרה כזו מתרחשת, למשל, כשאדם מפר חובה חזוית שהוא חב כלפי אדם אחר, או שהוא מפר חובה להימנע מביצוע עוולה נזיקית שמקורה בהגנה על ביטוי האוטונומיה של כל אדם כאשר הוא אדם. המפר מחויב להעמיד את הנפגע עקב ההפרה במצב שבו היה נמצא לולא התרחשה ההפרה – לא יותר ולא פחות.

– חברה המורכבת מיצורים אוטונומיים אחרים – קם הצורך גם בצדק החלוקתי: ⁴¹ מבנה כללים הוגן (ועקיב) לחלוקת הטובין (והסיכונים) החברתיים השונים בין בני החברה ובנותיה. הצדק החלוקתי מגלם הן את האוטונומיה האנושית של כל אחת ואחד (קרי: את ההערכה של בני החברה ובנותיה ביחס לסיכוי או לסיכון מסוימים) והן את רמת הלכידות (הסולידריות) שמבטאים בני החברה ובנותיה זה כלפי זה. ⁴² במסגרת מושגית זו אנו מכירים טענות שונות בדבר אי-צדק וגרימת עוול – למשל: יחס שונה לשווים ⁴³ או גרימת סבל ללא הצדקה ⁴⁴ – על ידי אדם או על ידי הרשות (או החברה). מקרים אלו של גרימת עוול מהווים דוגמות ספציפיות להפרה של דרישות הצדק המתקן והחלוקתי.

אולם, אין די בתפיסת הצדק כצדק כמתקן או כצדק מחלק ותו לא. כפי שהראו רולס ואילי, כדי להגשים את דרישות הצדק המתקן והמחלק נדרשת מערכת של נורמות שוויוניות החולשת על ההליכים שבהם מתקבלות ההחלטות (החלוקתיות או המתקנות).

41 ראו, למשל, את חיבורו הערכני של דוורקין, RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 11-14, 120-123, 133-134 (2000).

42 מטבע הדברים, קיימות תאוריות שונות הקובעות את הקריטריונים לחלוקה הוגנת כגון תמורה לפי תרומה, תמורה לפי צורך, או תמורה לפי תרומה, ובלבד שמצבם של הנצרכים ביותר משתפר. ראו, למשל, את הוויכוח הקלאסי בין רולס לנוזיק. בספרו ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 183-231 (1974) הציג נוזיק את נקודות המחלוקת בין גישתו לבין תפיסת הצדק של רולס. המובאת בספרו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). לדיון במשנת הצדק של רולס, בביקורות שנמתחו עליה ובתורות צדק מודרניות אחרות ראו אברהם יסעור "תיאוריות של צדק בהגות הפילוסופית" בתוך צדק חברתי ושוויון בעולם משנתה 13 (2003). לזווית אחרת, של תפיסת הצדק של רולס כהדדיות, ראו דרור ינון "צדק, הדדיות ושיתוף פעולה: ההיבט החברתי אצל רולס" עיון נא 181 (2002). לביקורת של הצדק הקומוניסטי על מוגבלותו של השיתוף הליברלי-אינדיבידואלי בכל הקשור למושג החלוקה ראו PASHUKANIS E. BRONISLAVOVICH, PASHUKANIS: SELECTED WRITINGS ON MARXISM AND LAW 266 (Piers Beirne & Robert Sharlet eds., Peter B. Maggs trans., 1980). גם את הגישה הכלכלית למשפט ניתן לסווג תחת הצדק החלוקתי, שכן מטרתה להקצות סיכונים (ותמריצים) באופן שממזער רע (או נזק) חברתי, לאו דווקא באופן הנובע מדרישות הצדק המחלק אלא באופן היעיל ביותר. לדיון עדכני ראו plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis וכן www.iep.utm.edu/law-econ.htm.

43 אריסטו אתיקה ספר ה' ג' 118-116 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1973).

44 ראו ג'ון ס' מיל, על החירות 97 (אריה סימון מתרגם, 1994): "כל פעולה, מאיזה מין שהוא, הגורמת היזק לאחרים בלי טעם מספיק, רשאים בני-אדם, ובמקרים החשובים ביותר הם אף מחויבים בהחלט, למנוע בערה על-ידי אי-הסכמתם, ובשעת הצורך אפילו על-ידי התערבותם הפעילה. מן ההכרח שיהיה חופש היחיד מוגבל במדה ידועה: אין לתת לו להיות מטריד ומציק לאחרים". כן ראו בספר זה פרק ד', בעמ' 133 ופרק ה', בעמ' 174; JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION 11-16, 38-49 (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., 1970).

על הליכים אלה להיות הוגנים ולהוביל לתוצאה הוגנת.⁴⁵ מכאן, ניתן להקים מארג מושגי המסייע להשגה של הצדק המתקן והחלוקתי – מארג העוסק בצדק ההליכי. לבסוף, פיתוחים בחשיבה הפמיניסטית הראו שכהשלמה לגישה המוסרית הקאנטיאנית, המציבה במרכז את האדם כיצור נפרד ואוטונומי, יש להכיר בגישה שבמרכזה אכפתיות ודאגה (care) לזולת. ביסודה של גישה זו ניצבת התפיסה כי האדם מממש את האוטונומיה שלו במסגרת מערכות יחסים, ומערכות אלו ממלאות תפקיד הכרחי בעיצוב זהותו ובהגדרתו העצמית. תובנה זו מאפשרת לכונן תפיסה בינאישית (relational) של צדק. תכליתה של תפיסה זו היא איחוי של מערכות היחסים בהן משתתף האדם (כל עוד מערכות יחסים אלה אכן מאפשרות לאדם להגשים את עצמו ולממש את זהותו), ובכלל זה איחוי עולמם הרגשי של פרטים במערכות יחסים שנותקו. תפיסה זו – תפיסת הצדק המאחה⁴⁶ – עונה אף היא על דרישת העקיבות המושגית המופנית לכל תפיסת צדק באשר היא.

פשיטא, שההכרעות הקונקרטיות הנגזרות מגישות אלה, כמו גם היחס בין גישה אחת לרעותה, מצריכות עיון וליבון החורגים ממסגרת המאמר, אולם דיון זה איננו פרוץ. הצדק, למרות שיישומו כרוך בשיקול דעת עמוק, נסמך על הצדקות שניתנות להכללה וליישום במקרים אחרים; ואת ההצדקות האלה ניתן לגבש לכדי כללים של צדק. אם כן, כללים אינם אך נחלתו של המשפט על חוקיו, תקדימיו ומנהגיו; כפי שבעולם המשפט נדרשים השופטים ליישם כללים תוך שימת לב לפרטי המקרה שלפניהם, כך תפיסות הצדק דורשות להתחשב בנסיבות העניין.⁴⁷ אולם, אין לערכב בין רגישות זו

45 ראו KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 95-89, RAWLS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 15-10, JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 73-104 (1980).

46 לדין כללי ראו Heather Strang & John Braithwaite, *Introduction: Restorative Justice and Civil Society*, in RESTORATIVE JUSTICE AND CIVIL SOCIETY 1 (Heather Strang & John Braithwaite eds., 2001). בבסיסה של גישה זו עומדת ההכרה המוסרית כי פחרון צודק הוא זה המעניק מענה לצרכים הצופים פני עתיד של הצדדים המעורבים בסכסוך באופן שיאפשר לצדדים אלו לשקם – לאחות – את מערכות היחסים ביניהם (ובכלל זה להגיע במקרים המתאימים לניתוח נקי ה"סוגר" את מערכת היחסים). תפיסה זו שונה מתפיסה גמולית (או אף חלוקתית) הצופה פני עבר, הנשענת על זכאות (entitlement). תפיסת הצדק המאחה מוכרת כיום בישראל בעיקר בתחום הגישור. במסגרת הצדק המאחה במשפט הפלילי נדרש כי העברייני יכיר בגזק שגרם, ייקח אחריות על מעשיו, יכיר בתוצאותיהם ויפעל למזעורן באופן המכיר בנפגע ובכאבו ובכלל זה יפעל בהתאם לצורכי השיקום של הנפגע. לפירוט נוסף בסוגיה ספציפית זו ראו, למשל, www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/Subjects/ZedekMeacheBethumHaplili/BameNivdal.htm.

47 אמנם, השופטים חוששים כי הפיכה של "צדק" וביטויים דומים לכללים פורמליים "תהרוג" את ביטויי הצדק (ע"פ 7826/96 רייש ג' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 497 (1997)), אך לא כן היא. הכלל יישאר כלל, אך ברמת הפשטה של "עקרון" – Principle. ראו, למשל, RONALD DWORKIN.

למקרה ספציפי לבין הטענה כי הצדק עצמו נעדר עקיבות. הפסיקה הישראלית טרם התפתחה לדיון שיטתי במושג הצדק, ולעתים היבטי מוסר שונים (כגון הגינות, נאמנות, יושר, שיקולים ענייניים וסבירות) משמשים בערבוביה תחת הכותרת הכללית והלא-מדויקת של "צדק".⁴⁸ נכון לזמן כתיבת שורות אלה אנו נעדרים פרשנות מקיפה ועקיבה לסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, שהייתה יכולה להבהיר את תורת הצדק – או את תורות הצדק ואת היחס ביניהן – לפי סעיף זה. כאמור, מחלוקת אופפת גם את הרובד האפיסטמי – איזה מצב עובדתי-חברתי יש "להזין" כתורות השונות, מצב אשר לאורו יש לבחון את כוח השכנוע הטמון בטיעון כזה או אחר; לכל שופטת עשויה להיות הערכה שונה באשר למצב עובדתי-חברתי זה. אולם, מחלוקות אפיסטמיות דומות קיימות גם בתחומי ידע והגות אחרים וגם בתחומי משפט אחרים; מחלוקות אינן מיוחדות כל עיקר לתחום העיסוק בצדק. יש שיאמרו שבתחום הצדק המחלוקות אינן אך אפיסטמיות, אלא יורדות הן לשורשן של הנחות היסוד, ה"אקסיומות", המכוננות את שדה השיח; מאידך גיסא ניתן לטעון שדווקא בתחום הצדק אנו מצוידים ב"חוש צדק" – אותו כיול בסיסי של השיפוט המוסרי שלנו, המאפשר לנו, באשר אנו בני אדם, לאתר ולהמשיג עוולות מוסריות. בסופו של דבר, מניעה מושגית השוללת את הפנייה לתורות הצדק על מנת להכריע בסכסוך, אין כאן.

4. צדק ומשפט: מגבלות הזמן ודרישת העקיבות

נשאלת כמובן השאלה האם זהו רעיון טוב – או צודק – להכפיף את ההכרעה בחוקתיות של כל חוק (או בכל שאלה משפטית אחרת) לעקרונות הצדק. גם אם הדבר אפשרי מבחינה מושגית, האם יש בידינו כלים מתודולוגיים טובים דים כדי להגיע להכרעה בזמן ריאלי ולקבוע מה דורשים עקרונות הצדק בכל מקרה נתון? בעוד שהפילוסוף יכול לשקול כל מקרה ללא הגבלת זמן, ולהניח ביחס לכל מקרה הנחות עובדתיות שונות, השופט נדרשת להחליט בזמן סביר. דרישה זו נובעת מתוך הצדק ההליכי עצמו: אם עשיית הצדק המתקן, החלוקתי או המאחה נמשכת זמן רב, נפגם הצדק ההליכי. לחלוף הזמן יש משמעות משפטית, שכן אי-מתן סעד בזמן מהווה כשלעצמו פגיעה בדרישה להגינות ההליך ומחריף את הפגיעה שהולידה תביעה במסגרת הצדק המתקן, החלוקתי או המאחה. זאת ועוד: המשפט, בניגוד לפילוסופיה, מניח שבידי השופט לא יהיו בהכרח מלוא העובדות. ככלי ליישוב סכסוכים בזמן סביר, המשפט מקים הליך לבירור

(1978) 22-31, 71-80. TAKING RIGHTS SERIOUSLY. מבחינה מושגית, עקרונות הם אך סוג מסוים

של כללים; ראו FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL

EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE 12-14 (1991).

48 בג"צ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד

מז(5) 461, 441 (1993).

עובדתי מסוים ומגדיר כללי קבילות ונטלים להבאת ראיות ולשכנוע. במצב עניינים זה, הפנייה לעקרונות של צדק מתקן או חלוקתי במסגרת ההליך השיפוטי עלולה ליצור דיסונאנס בין התשתית שבבסיס עקרונות הצדק המניחים הכרה מלאה של המציאות, לבין הכלל המשפטי המניח הכרה חלקית של המציאות.

מעבר למגבלות הליכיות אלה – שניתן לראותן כנובעות מדרישות הצדק ההליכי כפי שהן באות לידי ביטוי במשפט – קיימות מגבלות נוספות, הנובעות מכך שעסקינן במערכת המשפט ולא בהחלטות חד-פעמיות של שופט יחיד. מערכת המשפט מאוכלסת בשופטים ושופטות רבים, הדנים בתיקים רבים, לעתים כדנים יחידים ולעתים במותב גדול יותר; הרכבי המותב הם לעתים מזדמנים, ואין דרישה לדיון במותב מלא (דהיינו: מותב הכולל את כל השופטים באותה ערכאה). במציאות זו, עלולים אנו להגיע למצב בו ההכרעה בכל מקרה נתון, על סמך טענות מנוגדות של צדק, תוביל להכרעה על פי הטיות אישיות הנובעות מהערכה שונה של ההשלכות האפשריות הנובעות מטענה מסוימת בדבר המציאות החברתית. "האם אמנם ייגרם אי-צדק בעולם המציאות אם נחליט כך וכך?", ישאלו את עצמם השופטים השונים בקשר להחלטה צופה פני עתיד, ו"מה תהא מידת הפגיעה במרכיבי הצדק אם נחליט כך, בהשוואה למידת הפגיעה בצדק אם נחליט אחרת?". הערכות אישיות שונות לגבי המצב החברתי שישורר בעקבות פעולה שיפוטית כזו או אחרת – האם המצב יהיה צודק יותר או פחות – יובילו להכרעות שונות.

ודוקו: אין לבלבל הטיה אישית זו ביחס להשלכות הפוטנציאליות של הכרעה כזו או אחרת עם הטענה כי הצדק עצמו הוא סובייקטיבי. השופטת איננה מכריעה על סמך העדפה סובייקטיבית אלא על סמך הערכתה את ההשלכות האפשריות של הכרעה כזו או אחרת על עולם המעשה – תוך הכרעה אישית בין טענות צדק (אינטר-סובייקטיביות) נוגדות. מכאן, למרות שהצדק אינו סובייקטיבי, יישומו במקרה מסוים כפוף להערכות שבמהותן מצויות לא אחת במתחם הסבירות, דהיינו: הערכות ששופטים סבירים עלולים לא להסכים ביחס אליהן, מבלי שניתן יהיה לטעון באופן חד-משמעי ברגע ההחלטה ובמסגרת הליך שיפוטי נתון כי מי מהם טועה. מצב עניינים זה עלול להוביל לפערים ניכרים בין השופטים השונים, שכן בהיעדר מתודולוגיה משפטית מוסכמת להערכות אלה, ובהעדר כלים מדעיים מיטביים למחקר חברתי במסגרת הליך משפטי אדברסרי, כל שופט עשוי להעריך את השלכות הפסיקה באופן שונה. מצב זה יוצר אי-ודאות, ולא פחות מכך – הוא יוצר חשש לאי-שוויון הכרוך בציוות השרירותי של שופטת מסוימת לתיק מסוים.

בהקשר זה יש להזכיר כי בפרשת הפורום לדו-קיום לא טען השופט מצא להכפפת המשפט לצדק באשר הוא, אלא להפעלת ביקורת שיפוטית רק במקרים "הזועקים לשמים" (משל דגל שחור היה מתנוסס מעל יישום החוק בנסיבות העניין).⁴⁹ יש להניח

49 אם בגלל המילה "בעליל" בפתיח להארה זו, ואם בגלל הדמיון במבנה הטענה, מן הראוי להצביע על הקרבה והמרחק בין הדיון בסעד מן הצדק לאור פרשת הפורום לדו-קיום לבין הדיון בטענת החובה

שהכוונה למקרים בהם הערכות היושבים בדין הן ביחס לעצמתן היחסית של טענות הצדק השונות והן ביחס להשלכות המעשיות של הפסיקה תהיינה קרובות זו לזו, כך שהסיכוי לחוסר-אחידות קטן.⁵⁰ עם זאת, השימוש במבחן הזעקה לשמים אינו פותר את

שלא לציית לפקודה הבלתי-חוקית בעליל. הדמיון הראשוני בין הטענות ברור: בשני המקרים הטענה היא שאין לפעול על פי חוק (או על פי פקודה) משום ש"דגל שחור" מתנוסס מעל דברי חקיקה אלו, דגל המצביע על אי מוסריות בוטה (ובמקרה של הפקודה הבלתי חוקית בעליל, פליליות המעשה) ולכן על "אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת" [נבד"צ (מחוזי מרכז) מר/3/57 תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי, פס"מ יז 90, 213-214 (1958)]. משמתנוסס דגל שחור זה, אין לפעול על פי דבר החקיקה שמעליו הוא ניצב [נב"צ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו (2) 265 (2001)]. עם זאת, עיון נוסף מצביע על השוני בין שני המקרים. הפקודה הבלתי חוקית אינה בלתי חוקית בגלל שהיא בלתי מוסרית בעליל. אי המוסריות הזועקת מהווה אך אינדיקציה לכך של חיתקף חוקיותה של הפקודה בערכאות חזקה עליה שהיא תמצא בלתי חוקית, רהינו חזקה שנותן הפקודה נעדר סמכות לתיתה. תפקידו של דגל אי-המוסריות, או ליתר דיוק, דגל עוצמת פליליות המעשה, אם כן, הוא תפקיד כפול: הוא מבטל את חזקת החוקיות ממנה נהנית כל פקודה, והוא מסמך ומחייב אדם באשר הוא להפעיל את שיקול דעתו ולא לציית להוראה בנסיבות העניין אף טרם פנייה לערכאות. אם יציית אין הוא מציית להוראה שבדין, ולכן חשופה יהיה לנחת זרועו של הדין, דהיינו לא יהנה בנסיבות אלו מהגנה של ציות לפקודה חוקית. זאת ועוד: הדגל השחור מתנוסס בדרך כלל (אם כי ייתכנו כמובן חריגים) מעל הפקודה עצמה בגלל תוכנה הקונקרטי (למשל: לירות במפירי עוצר, גם אם הם נשים וילדים השבים מן השדה מבלי שידעו על כך שהעוצר הוטל). עוד להרחבה, ראו: עדי פרוש "פסק-הדין בפרשת כפר-קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי-חוקית בעליל" עיוני משפט טו 245 (1990). השימוש שביט המשפט עושה בסעיף הסעד מן הצדק נסמך אף הוא על העדר מוסריות (כאמור, מסוג מסוים: אי צדק), אלא שההבדלים בולטים: אי הצדק הוא-הוא שהנפך את החוק לבלתי חוקתי; אי הצדק אינו אך אינדיקציה להעדר סמכות. כמובן, לאור ההבדל בין חוק (כללי) לפקודה (קונקרטית), אי צדק זה איננו בדרך כלל אי-צדק הגלום בתוכנן של הוראות החוק, אלא נובע מיישום החוק בנסיבות ספציפיות. כמובן, אין עסקינן בהכרח בהוראה לבצע מעשה פלילי הפוגע קשות באדם אחר (mala per se); אנשי רשויות התכנון בפרשת הפורום לדו קיום לא הורו לפגוע ישירות באיש, ולכן אין הם עבריינים ואחריותם המוסרית שונה באופן מהותי מזו של המשתתפים בטבח בכפר קאסם. ולבסוף, קביעת אי החוקיות לפי סעיף 15(ג) אינה עניין לפרט, כי אם עניין לבית המשפט. עם זאת, הדין בסוגיית הפקודה הבלתי חוקית בעליל מועיל לענייננו, משום שהוא מניח קיומם של סטנדרטים אינטר-סובייקטיביים להערכה מוסרית (שכן פליליות המעשה במקרה של הפקודה הבלתי חוקית בעליל נשענת על הנחות מוסריות בדבר פועלו של הדין הפלילי), וכן מעלה הוא את השאלה התורת-משפטית לגבי האופן שבו מערכת המשפט עצמה מקימה חריגים במסגרת החוק לחובה הכללית לפעול על פי חוק: הן דוקטרינת הפקודה הבלתי חוקית בעליל והן השימוש בסעיף 15(ג) שנעשה בפרשת הפורום לדו-קיום הם מקרים בהם המשפט מסדיר את קליטתו של המוסר באופן שמאפשר (או מחייב) שלא לקיים הוראה שבדין. לכן ברצוני להודות למיבאלה קלי על שהסבה את תשומת ליבי לסוגיה זו.

50 כלי מתודולוגי זה – מבחן "הזעקה לשמים" – משמש לא אחת בידי שופטים מן הזרם השמרני

הבעיה לחלוטין, שכן ניתן לצפות שבחיי המעשה יתעוררו ויכוחים גם ביחס לגבולותיו ולאופן יישומו, כפי שהם מתעוררים ביחס למתחם הסבירות.⁵¹ ויכוחים אלה צפויים הן בגלל מגבלות הקשורות להליך השיפוט (הזמן המוגבל לקבלת הכרעות, היסמכות על טענות הצדדים, היעדר כלים לחקר סוציולוגי בר-תיקוף) וגם בגלל מגבלות הקיום האנושי, ובראשן היעדרה של גישה ישירה ל"מציאות" (מגבלת ההכרה האנושית) והיעדרה של תבונה טהורה, אלוהית.⁵²

בעייתיות נוספת העלולה להעצים את אי-הוודאות נוגעת לעקיבות של כל שופט בפסיקותיו-שלו באשר ליחס בין עקרונות הצדק לבין הכללים המשפטיים הספציפיים. עלול בפסיקה הקיימת מעלה כי לא ניתן לשלול בקלות את הטענה כי שופטים שנטייתם להקפיד על תנאי הפורמליים של הכלל המשפטי פונים לעתים לעקרונות של צדק (גם כאשר עקרונות אלו מובילים לתוצאה מנוגדת לזו שהייתה מתקבלת אילו יושם הכלל המשפטי).⁵³ כך גם שופטים שרגישים בדרך כלל לנימוקים הנשענים על עקרונות של צדק מכריעים לעתים על סמך גישה הנצמדת לכלל המשפטי הספציפי (גם אם הכלל

בארצות-הברית כמצפן כללי להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית. ראו את דבריו של השופט הולמס לענין מבחן "האיש הרע" – *The Bad Man Test*, *Oliver W. Holmes, The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 460-462 (1897) וכן התייחסותו של המלומד פוזנר: Richard A. Posner, *Pragmatic Adjudication*, 18 CARDOZO L. REV. 1 (1996); RICHARD A. POSNER, *OVERCOMING LAW* 192 (1995).

51 יוזכר כי בראשיתו הוגדר מבחן הסבירות כמתחם שכל אדם סביר יסכים על גבולותיו, דהיינו כל אדם סביר יסכים כי החלטה שאינה מצויה בתוכו אינה סבירה; ראו בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה' (1) 421, 440-439 (1980). והנה, השופטים נחלקים לגבי סבירותה של החלטה (למשל, בגב"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז' (2) 812 (1993)). קיומה של מחלוקת זו, לפחות על-פי המבחן בנוסחו המקורי, אמור היה להוביל למסקנה כי החלטה מצויה בתוך מתחם הסבירות (שהרי קיים לפחות אדם סביר אחד – במקרה זה שופט – הסובר שגבולות מתחם הסבירות מכילים את ההחלטה). אלא שלא כך היא, וכיום נתפס המבחן אחרת. ודוק: אפילו בקשר למבחן הדגל השחור, אשר אמור להתנוסס במצבים בהם אין ספק, התגלעו ספקות: ראו דברי השופטים בפרשת גבעתי (ביד"צ (מחוזי דרום) דר/248/88), אשר הורו שהתלבטו, ולבסוף הגיעו למסקנה שהפקודה שניתנה היתה בלתי חוקית בעליל.

52 ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו' (3) 701 (1982), מהווה דוגמה טובה למחלוקת בין השופטים באשר לפנייה לצדק כשהכלל המשפטי אינו מספק. השופט לוין העדיף היסמכות על המחוקק, משום שהיא מביאה לוודאות, ואילו השופט ברק העדיף את הצדק במקרה הקונקרטי, משום שבכך מוגשמת תכליתו העמוקה של ההסדר המשפטי הנכון.

53 טענה זו אינה מבוססת על מחקר אמפירי; עם זאת ראו, לדוגמה, את דעת השופט ש' לוין לענין אימוץ בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ' (3) 133, 146-155 (1996). כמו כן ראו ההבדל בין גישתו של השופט מצא בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט' (2) 265, 281-282, 285-286 (1995), לגישתו בבג"צ הפורום לדריקום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 106-107 לענין חשיבותם של כללים פורמליים.

המשפטי מוביל לתוצאה מנוגדת לזו שהייתה מתקבלת אילו יושמו עקרונות של צדק.⁵⁴ היעדר העקיבות בין פסקי הדין השונים של אותו שופט לעניין השאלה "באלו תנאים גוברים שיקולי הצדק" עלול להחריף אם שיקולי הצדק יחרגו ממעמדם כמרכיבים בתורת פרשנות וייהפכו לכללים חוקתיים עצמאיים ומחייבים. אם חלק מהשופטים יפנו חלק מהזמן לסעיף 15(ג) מבלי שניתן יהיה לרדת לפשר ההחלטתם זו, עלול הדבר לעורר סימני שאלה. ניתן לטעון, כי היעדר עקיבות כזה מצריך לכל הפחות הנמקה משכנעת. אם לא כן עלול להתעורר החשש לשימוש מניפולטיבי הן במשפט והן בעקרונות הצדק⁵⁵ – חשש שהתגשמותו עלולה לחתור תחת עצם רעיון המשפט ואף להוביל לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט.⁵⁶

יש שיאמרו שהדרישה לוודאות ואחידות היא מוגזמת. כל עוד השופטים מסבירים כיצד עקרונות הצדק הובילו אותם למסקנה מסוימת, יצא בית המשפט ידי חובתו בכך שסיפק צדק; לדידם, ריבוי דעות הוא סימן לחוסן ולא לחולשה. יש שיוסיפו ויאמרו כי אין כל ייחוד בטענות משפטיות הנסמכות על הצדק ביחס לטענות משפטיות הנסמכות על כלל משפטי ספציפי: השופטים השונים נחלקים בהערכת ההשלכות של יישום כלל כזה או אחר על עולם המעשה.⁵⁷ ואין נפקא מינא לעניין זה אם זהו כלל משפטי "רגיל" או עיקרון של צדק. יש שיאמרו ששופטים בכל מקרה מחליטים על סמך הערכתם את הצורך בנסיבות העניין, ואילו הכלל המשפטי מהווה אך כלל אצבע שאין בכוחו לכפות על השופטת החלטה הנראית לה מנוגדת לצדק.⁵⁸ לדעת אלו, החידוש היחידי בפסק הדין נשוא הערה זו הוא בכנות השופטים ובאופן הבוטה בו פסקו כי אין לפעול לפי החוק.⁵⁹

54 השוו בין גישתו של השופט חשין בפרשת האימוץ בע"א פלוני, לעיל ה"ש 53, בעמ' 155-156, 163-164, 178-179, 181-184, לבין גישתו בעניין בקשתם של אנשים בעלי מוגבלויות להצביע בבחירות בבג"צ 6790/98 אברך נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323 (1998).

55 ישאל השואל: וכי מדוע ששופטים יבצעו מניפולציה שכזו? מעבר לתשובה הפשוטה, העוסקת בכך שייכתנו מצבים בהם לשופטים מסוימים תהיה אג'נדה פוליטית או אישית שאין לה מקום בעולם המשפט, אפשר לחשוב גם על מצבים בהם שופטים עלולים לפרש את הדין אחרת מכפי שמורה להם מצפונם המקצועי לאור חששם מתגובה פוליטית אפשרית. לדיון בשופטים כעסוקים בקידום אג'נדה כזו או אחרת ראו JEFFREY A. SEGAL, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL (1993). לחשש מפני תגובה פוליטית העשויה להשפיע על השפיטה, או לכל הפחות להצטייר ככזו, ראו דברי השופט ברק בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995).

56 השוו לדאגה שביטאה השופטת אריקסון לעניין אמון הציבור במערכת המשפט בפסק דינה בפרשת Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 867 (1992).

57 ראו חילוקי הדעות בין השופטים ברק ולורן בפרשת קניג נ' כהן, לעיל ה"ש 52, לגבי משמעותם של "פגם" ושל "חסר" בצוואה; במיוחד ראו בעמ' 716-721.

58 SCHAUER, הערה 47 לעיל, בעמ' 137.

59 השוו מנחם מאוטנר "המשפט הסמרי מן העין" אלפיים 16, 45 (1998). מאוטנר הצביע על מצבים

תהא התשובה לשאלות אלו אשר תהא, דומה כי למרות שמבחינה מושגית ניתן לפנות לעקרונות הצדק לשם הכרעה במקרה קונקרטי, לא ברור שמדובר בפתרון מוסרי בהתחשב במגבלות הטבעיות בהליך השיפוט; בה בעת לא ברור שקיימת אלטרנטיבה טובה יותר מפנייה לעקרונות הצדק. לאור זאת דומה כי הבעיה המקדמית העולה בקשר לפסיקת בית המשפט בפרשת הפורום לדו־קיום מתמקדת לא בעצם הפנייה לצדק אלא בהיעדר התייחסות לדילמות העולות בעקבותיה. ראוי להדגיש, כי הדילמה אינה נובעת מעמימותו של הצדק אל מול בהירותו של המשפט, אלא דווקא ממגבלותיו של ההליך המשפטי, שבמסגרתו השופט נדרשת לפנות לצדק: ניתן היה לצפות מבית המשפט להתייחסות כלשהי למשמעות המהלך שביצע.

זאת ועוד: האופן שבו פנה בית המשפט בפרשת הפורום לדו־קיום לעקרונות הצדק מוקשה. אכן, לתושביו הבדורים של הכפר הבלתי־מוכר בנגב נגרם סבל כתוצאה מהאילוץ לחצות את הנחל המזוהם, כמתואר בעובדות פסק הדין; אולם, כאמור, הייחוד בעקרונות הצדק הוא הצורך בהנמקה המלווה את השימוש בהם. בית המשפט נדרש לכל הפחות לפרוש בפנינו תאוריית צדק כלשהי המאפשרת או מחייבת אותו להורות למדינה שלא לפעול על פי חוק. האם מדובר בעקרון יסוד מוסרי הניצב בבסיס של תורות צדק שונות – דוגמת עקרון קדושת החיים – שלפי משנתו של השופט טירקל הוא שמנחה את השופט בכואו להכריע במקרים הקשים? האם מדובר באחד מהעקרונות שנקלטו במשפט הטבעי, עקרונות שאליבא דשופט חשין חולשים על הפעלת הסמכות הריבונית באשר היא? ⁶⁰ השופט מצא, שבמקרים אחדים דווקא העדיף להתרחק משימוש בעקרונות כגון דא אלא פנה לקריאה פורמלית של המקור המשפטי שלפניו, ⁶¹ החליט במקרה זה שאין מקום לפרט. נותרנו, אם כן, עם הקביעה כי יישום החוק בנסיבות העניין פוגע, כך נראה, בתחושת הצדק. תחושת שלי היא כי התייחסות כזו למושג הצדק אינה עושה עמו צדק. כפי שנטען לעיל, הצדק עשיר ומפותח דיו כדי לחייב את הטוען בשמו לעגן את טענתו בתאוריה כזו או אחרת.

שונים שבהם המשפט "מסווה" את בחירותיהם של השופטים. נשאלת כמובן השאלה אם יש מקום לדרוש את "פרימתו" של המשפט לשם חשיפת השיקולים "האמיתיים" שמנחים את השופטים, אך מכל מקום בעניין הפורום לדו־קיום טענו השופטים בגלוי כי הם פנו לצדק. לגישות השונות העוסקות בשאלה באיזו מידה על השופטים לחשוף בכנות את מלוא שיקוליהם ראו, למשל, David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987); Scott C. Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, 73 TEX. L. REV. 1307 (1995); Nicholas S. Zeppos, *Judicial Candor and Statutory Interpretation*, 78 GEO. L.J. 353 (1989).

60 ראו ע"א פלוני, לעיל ה"ש 53, בעמ' 133 וע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2.

61 ראו, למשל, ע"א אפרופים, לעיל ה"ש 53; ע"א 10280/01 ירוש-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה,

פ"ד נט(5) 64 (2005).

5. סיכום ביניים

בדיון עיוני זה שעסק ביחס שבין הצדק למשפט טענתי, כי על פי התפיסות הפילוסופיות הסדורות, צדק – להבדיל מתחושת צדק – הוא מערכת פורמלית של כללים ולא אינטואיציה המרחפת באוויר. במילים אחרות: הצדק אינו אמורפי, עמום או פרוץ יותר מהמשפט. בהנחה שעולם הטיעונים המוסריים הוא אכן "פתוח" וגיתן להעלות בו טיעונים הנשענים על תפיסות מוסר שונות ומגוונות, הרי שתאוריות הצדק – כחלק מובחן מאותו עולם טיעונים מוסרי – מספקות מארג מושגי הדוק דיו כדי לבסס הכרעה עקיבה במקרים דומים. לפיכך, טענתי היא כי אין סיבה קונספטואלית להימנע מהכרה בצדק כחלק משיטת המשפט, בתנאי שהכרה זו מלווה בהבנה נכונה של הצדק כמערכת של כללים ולא בתפיסה שגויה שלו כתחושה סובייקטיבית. אמנם, יישום של תורת צדק כזו או אחרת – אקט הקרוי "שיפוט" – הוא בהכרח אישי, אך כך בכל שיטת משפט המכירה בסטנדרטים ובעקרונות כמקור משפטי.

בהיעדר התייחסות לגופו של עניין – דהיינו: לגופן של תאוריות הצדק השונות – נראה כי בפרשת הפורום לדו"קיום התייחס בית המשפט לצדק כתחושה במקום להבינו כמערכת של כללים ועקרונות. הקביעה שהצדק הוא מקור משפטי הכלול ברובד החוקתי של שיטת המשפט הישראלית, שמקור משפטי זה מקים עילת תקיפה עצמאית, ושסמכותו המשפטית (ולא רק המוסרית) של בית המשפט מחייבת אותו לדון בעילת תקיפה זו – מחייבת את בית המשפט לפנות לניתוח המקרה לפי תורת הצדק הישימה. ניתוח כזה היה דורש מבית המשפט לבסס את תאוריית הצדק ההולמת את הרובד החוקתי. פיתוח כזה נראה אפשרי, וכתיבה עתידית שתיוחד לסוגיה מן הסתם תפרוש את הדרכים השונות לעשות כן. לכתיבה כזו תהא ללא ספק חשיבות תאורטית רבה, אלא שערכה המעשי תלוי בכך שבית בית המשפט אכן צדק בקובעו שקיימת במשפט סמכות לקבוע שחוק אינו חוקתי משום שאינו צודק.

לאור זאת, ברצוני לשוב לשאלת הסמכות ולבחון את ההנמקה המשפטית שעל בסיסה קבע בית המשפט, מפי השופט מצא, כי בית המשפט מוסמך להורות שאין לאכוף חוק אם אכיפתו מובילה לתוצאה שאיננה צודקת בעליל. כפי שראינו, בית המשפט ביסס קביעה זו על האמור בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. אם כן, ברצוני לבחון כעת אם קביעה זו אכן נכונה מבחינה משפטית. האם הדרך בה הכניס בית המשפט את הצדק לתוך המשפט (כמקור משפטי ברמה החוקתית) אכן מבוססת על המשפט הפוזיטיבי? ובמילים אחרות: האם נכונה הפרשנות שהעניק בית המשפט לסעיף 15(ג)?

ג. סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה

בבואנו לנתח את האופן שבו פנה בית המשפט לעקרונות הצדק, בולטת העובדה כי פנייה

זו לא הייתה במסגרת פיתוח המשפט, לאחר שבית המשפט הגיע למסקנה כי מוצו מקורות המשפט המוכרים בשיטת המשפט.⁶² אין לפנינו פנייה לעקרונות הצדק כדין שיורי או משלים, ואף לא ככלי עזר חיצוני-פרשני. בית המשפט אף לא פנה לעקרונות הצדק כאקט מרדני שיש בו התרסה נגד המשפט, התרסה המציבה את עקרונות הצדק במתח עם מערכת המשפט בכללותה.⁶³ בית המשפט פנה לעקרונות הצדק מתוך תפיסה פוזיטיביסטית, בקוראו את סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה כקולט את עקרונות הצדק אל תוך המשפט החוקתי ומחייב את בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, לפסוק לפיהם. בהקשר זה יודגש כי סעיף 15(ג) הנ"ל אינו צינור ההפניה היחיד לצדק – הדין הפוזיטיבי בישראל כולל הפניות נוספות כאלה⁶⁴ – אולם סעיף 15(ג) מיוחד במיקומו בתוך בחוק-יסוד, היינו: כחלק ממארג הנורמות החוקתיות של ישראל. מכאן החשיבות הרבה הנודעת לבחינת האופן שבו מפעיל בית המשפט סעיף זה.

האם צדק השופט מצא בפרשו את סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה כקולט את הצדק כמקור משפטי מחייב ברמה החוקתית? האם פרקי החוקה הפורמלית שלנו אכן כוללים את עקרון הצדק כנורמה חוקתית-על-חוקית מבחינת הדין המצוי? זוהי שאלה פוזיטיבית המתייחסת ל"יש" המשפטי. כדי לענות עליה יש לבחון, ראשית, את מרכיבי החוקה הפורמלית של מדינת ישראל. נהוג לכנות בחינה כזו "פרשנות", ותלי-תלים של מילים נכתבו על תורות הפרשנות השונות הרלבנטיות לפרשנות החוקה.⁶⁵ מטבע הדברים אין בכוונתה של רשימה זו לחצוב תורה פרשנית חדשנית אלא אך למקם את הפרשנות הראויה לסעיף 15(ג) במסגרת תורות הפרשנות המוכרות בדין הפוזיטיבי, ובראשן תורת הפרשנות התכליתית (אם כי בעידונים מסוימים).⁶⁶ כידוע, תורת פרשנות

62 השוו לחוק-יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 678 ולעמדתו של יוסף מ' אדרעי "חוק-יסודות המשפט כמקור סטטוטורי לאקטיביזם שיפוטי ולרפורמת מס שיפוטית" עיוני משפט יז 597, 597-646 (1993). לדיון ראו גם KENNEDY, לעיל ה"ש 25, במיוחד בחלק 1.

63 השוו COVER, לעיל ה"ש 23.

64 ראו להלן ה"ש 88 והטקסט שלידה.

65 לסקירת התורות השונות ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 88-79 (1994).

66 לעיקרי השיטה ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 129-139 (2003). לא זה המקום לפתח תגובה מקיפה לתורה זו; אציין רק שלשיטתי, נקודת המוצא של ההליך הפרשני נעוצה במהותו של המקור המשפטי המפורש – המשפט החוקתי, המשפט הסטטוטורי והמשפט המקובל. הנורמה החוקתית הפורמלית היא פרי החלטה פוזיטיבית של נציגי העם בגוף המכונן. ככזו, היא משקפת הסכמה ספציפית מסוימת. חוק היסוד, כטקסט שחוקק באופן פוזיטיבי, נשען על הכרעה מסוימת לגבי התוצאות שסעיפיו אמורים לחולל בעולם החברתי-משפטי, ובכלל זה הסמכת אודגן מסוים לבצע סוג מסוים של החלטות על בסיס כללים מסוימים. לו לא היה רצון ספציפי כלשהו, לא היה בא לעולם הסעיף בחוק היסוד אותו אנו מפרשים. עם זאת השוו לגישתו של ברק: "... חוקה אינה פעולת שלטון המעניקה חוקה לעם. חוקה היא פעולת עם היצרת שלטון... בית המשפט הוא הפרשן הנאמן

זו כוללת רובד סובייקטיבי, הבוחן את כוונת המחוקק,⁶⁷ ורובד אובייקטיבי, הבוחן את השתלבותו של הטקסט במבנה השיטה;⁶⁸ תורת פרשנות זו כוללת מרכיב צופה פני עבר,⁶⁹ הבוחן כיצד הובן הטקסט בעת קבלתו,⁷⁰ והיבט עכשווי, הבוחן את הטקסט

של רצון העם בחוקה. בית המשפט משתדל לתת את הפירוש הטוב ביותר למכלול ההווה הלאומית... פרשנות זו אינה פרי הקונסטרוקציה האינטלקטואלית. היא ביטוי למציאות החברתית. היא משקפת את הפראקטיקה. היא ביטוי לבסיס המוסרי והפוליטי שעליו מושתת השיטה. היא פרי ההיסטוריה הפוליטית, החברתית והמשפטית של השיטה" (ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 390-391). יודגש, כי אינני טוען שבמסגרת בירורה של כוונת המכונן יש לתת משקל למניעים אישיים כגון העדפות קידום של פוליטיקאי זה או אחר, או רצונו להגיע לפשרה מהר כדי שיוכל לפנות לענייניו הפרטיים; הכוונות הרלבנטיות הן אך כוונות "ציבוריות", דהיינו: כוונות השייכות לקבוצת הכוונות שבגינן הפקרנו בידי נציגנו את המנדט הייצוגי. לדיון בתורת הפרשנות הנשענת על כוונת יוצר הטקסט (intentionalism) ראו ברק, לעיל בהערה זו, בעמ' 165-194. מובן, כי לעתים אין אפשרות לרלוות כוונה מדויקת זו, אם משום שהגוף המכונן הוא רב-משתתפים ואם משום שהליך הכינון לא תיעד את ההכרעות המגולמות בטקסט. גם אם יש בידינו תיעוד ארכיוני-היסטורי מדויק, אנו רשאים (אם לא חייבים) להתייחס לא רק לכוונות המכונן אלא גם (ואולי רק; ראו להלן ה"ש 69) למשמעות הטקסט כפי שהאדם הסביר היה מבין אותו בעת הכינון, וזאת משום שהלגיטימציה המוענקת להכרעות המכונן נשענת על תמיכת הציבור (רצון העם). הציבור, הרי, נחשף בראש ובראשונה למשמעות הטבעית של מילות הטקסט שקיבלו נציגיו, על סמך משמעות זו הוא מגבש תמיכה במהלך חקיקתי זה או אחר (וכפועל יוצא – במפלגה מסוימת).

67 גם ברק הסכים כי אין להתעלם מכוונת המכונן; ראו ברק, לעיל ה"ש 66, בעמ' 157, 165; ברק, פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 151-159. לפי תורת הפרשנות התכליתית, בהתנגשות בין כוונת המכונן לבין האופן שבו האדם הסביר מבין את הטקסט לאור ערכי היסוד של השיטה ובהתחשב בעובדות החברתיות שעמן נדרשת ההוראה המשפטית להתמודד, ידה של הגישה האחרונה על העליונה. במובן זה, בכל הקשור לטקסט חוקתי, הפרשנות התכליתית מבכרת את העמדה האובייקטיביסטית. לשיטתי אין הכרח שכך יהיה; ראו, למשל, להלן ה"ש 77.

68 לגישה הטוענת כי יש לפנות אך ורק לכחינה של מידת ההשתלבות של פרשנות הטקסט במבנה השיטה, וכי אין להעניק לכוונת המחוקק או לאופן הבנת הטקסט בעת קבלתו משקל של ממש בפרשנות חוקתית, ראו דוורקין, בתשובתו לסקליה ב" ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 115-127 (1997).

69 גישה זו מכונה "מקורנות" (Originalism) והיא שונה מהגישה של כוונת המחוקק בכך שהיא אובייקטיביסטית. היא שונה מגישה תכליתית בכך שאינה דינמית אלא מעוגנת בהבנה החברתית בזמן קבלת החקיקה או החוקה, ואינה מתירה "עדכונים" על דרך הפרשנות ללא עדכון בחקיקה עצמה. ראו SCALIA, שם.

70 ראו עמדתו של בורק, לפיה אין כל משמעות פרשנית לכוונת היוצר: ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 144 (1990): "If someone found a letter from George Washington to Martha telling her that what he meant by the power to lay taxes was not what other people meant, that would not change our reading of the Constitution in the slightest.... Law is a public act. Secret reservations or intentions

במציאות דהאידינא,⁷¹ תוך הכרת המגמות המתפתחות בה. אפנה לדון במרכיבים אלה. האם כוונת המחוקק (ובמקרה זה – המכונן). או המשמעות הטבעית של מילות חוק היסוד בעת החקיקה, תומכות במסקנה כי הוענקה לבית המשפט העליון סמכות לבטל חקיקה שאיננה צודקת? בחינה של הליך החקיקה מראה שהכנסת יכולה הייתה להכריע שעקרונות הצדק מאפשרים לבטל חקיקה, אך היא פשוט לא עשתה זאת.⁷² אין שום אינדיקציה לכך שחברי הכנסת שקיבלו את חוק-יסוד: השפיטה הסמיכו את בית המשפט הגבוה לצדק לבטל חקיקה ראשית של הכנסת, לא כל שכן על סמך עקרונות הצדק, וזאת על רקע המציאות המשפטית שבה נחקק חוק היסוד (מציאות שבה הפרלמנט הוא המוסד המייצג את ריבונות העם ובית המשפט נעדר סמכות לביטול חקיקה ראשית).⁷³ עיון בתיעוד ההיסטורי מחזק את המסקנה שהכנסת לא התכוונה להעניק סמכות כזו לבית המשפט בחוק-יסוד: השפיטה. בדברי ההסבר להצעת חוק היסוד נאמר במפורש כי נושא סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית לאור החוקה יידון בחוק-יסוד נפרד.⁷⁴ אין תימוכין משכנעים להשערה כי הכנסת שינתה מצב זה במפורש או במשתמע מאז התקבל חוק-יסוד: השפיטה, ולכל הפחות אין תימוכין משכנעים לכך שהכנסת, בפועלה, שינתה את משמעותו של סעיף 15(ג) לעניין הסמכת בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית על סמך עקרונות הצדק הכלליים בלבד. כפי שנאמר לעיל, עלינו לתת את הדעת גם למשמעות הטבעית של מילות החוק בעת

count for nothing. All that counts is how the words used in the Constitution would have been understood at the time"

71 לעמדה דינמית בפרשנות החוק ראו WILLIAM N. ESKRIDGE, DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994). לשיטתו של ברק, גם חוקה יש לפרש בצורה דינמית כ"עץ חי"; ראו ברק, לעיל ה"ש 66.

72 כשל זה בפרשת הפורום לדו-קיום מזכיר את הכשל בפרשת בנק המזרחי. גם לעניין חקיקת החוקה נראה שהכנסת הייתה יכולה להחליט כי חוקי היסוד באשר הם (גם הישנים) הם עליונים נורמטיביים ומאפשרים ביטול של חקיקה רגילה סותרת, אך אין אינדיקציה כי היא עשתה זאת, לפחות עד לדין ב-1994, ואף אז רק בעקבות אמרות אנב שהושמעו בפסיקה, כפי שהשפיעו על גישתו של יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט.

73 לביטוי של עיקרון זה ראו בג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, 13 (1949); בג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 350-348 (1965); בג"צ קניאל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 798; בג"צ רסלר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 560; בג"צ 669/85 כהנא נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מ (4) 393, בעמ' 417-418 (1986). לבסיסה של תפיסה זו, שאותה ירשנו משיטת המשפט הבריטית, ראו Eliahu Likovski, *The Court and the Legislative Supremacy of The Knesset*, 3 ISR. L. REV. 345 (1968). כן ראו דברי השופט ברק בפרשת לאור'ר כחריג לכלל המעיד על הכלל; בג"צ לאור'ר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 554. לסקירת העמדות ההיסטוריות ראו המחלוקת בין הנשיא ברק לבין השופט חשין בע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423-418, 221, 513-515.

74 ראו דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו-1955, ה"ח 75.

החקיקה. נראה, כי המשמעות הטבעית של המילים "סעד מן הצדק" איננה כוללת את האפשרות שחוק הסותר עקרון צדק כזה או אחר יבוטל. נראה, כי המשמעות הטבעית של מילים אלה מתייחסת למצב בו המדינה פעלה שלא כדין – ואז רשאי בית המשפט לתת סעד מן הצדק לפי נסיבות העניין. במילים אחרות: הסעיף, על פי לשונו, עוסק בסעד ואינו מקים עילה משפטית עצמאית.⁷⁵

מסקנה זו מתחזקת לאור הדרך שבה פירש בית המשפט העליון את סעיף 15(ג) במשך השנים. העובדה שהסעיף על גלגוליו השונים לא שימש בסיס לקביעה (או לדיון בטענה) כי חוק מסוים נעדר תוקף משפטי משום היותו בלתי-צודק מעידה, כי לפחות השופטים – כנציגיה הנאמנים של הקהילייה הפרשנית – לא מצאו במילות הסעיף, או

75 בהקשר זה חשוב לציין שתי נקודות. שמו של בג"ץ – "בית משפט גבוה לצדק" – נגזר מהוראת סימן 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1947-1992, חא"י כרך ג', שבו נכתב: "The Supreme Court, sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction..." את סימן 43 החליף סעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, שנוסח באופן דומה. יצחק זמיר, במאמרו "הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 223 (1970), התייחס לטעות בשימוש במונח "צדק" בשמו של בית המשפט: שמו של בית המשפט בסימן 43 ניתן לו לאור הדמיון לערכאה הבריטית המקבילה, High Court of Justice, הדנה בבקשות לצווים פרוגרסיביים שתכליתם לקיים פיקוח שיפוטי על רשויות המינהל הציבורי. אולם, אין זה אומר כי לצדק בבג"ץ תפקיד מרכזי יותר מתפקידו בכל בית משפט אחר. שנית, מקורו של המושג "סעד למען הצדק" הוא בנוסח המנדטורי: "Necessary to be decided for the administration of justice". בשפה האנגלית המילה justice משמעה גם שפיטה, והמילים administration of justice משמען, כפי שציין זמיר, אינו "עשיית צדק" אלא ניהול השפיטה או ניהול מערכת בתי המשפט. זאת הסיק זמיר, בין היתר, מכך שחוקים אנגליים אחרים, הקרויים Administration of Justice Act, אינם עוסקים בצדק כמושג מופשט אלא בעיקר בעניינים שבסדריו דין (ובכלל זה בעניינים טכניים לחלוטין). לכן, לדבריו, "ראשית, סעיף 7 של חוק בתי המשפט, על-פי המשמעות הנכונה שלו, אינו מחייב, אף אינו מסמך, את בג"ץ להפעיל שיקולים של צדק בדרך ובמידה שאינה מקובלת על שאר בתי המשפט; שנית, הצדק כפי שהוא מובן על-ידי שופט ושופט יש לו שימוש מוגבל בין כותלי בית המשפט, בעיקר לעניין פירושו של חוק, ואין זה ראוי שבית משפט כלשהו, ובכלל זה בג"ץ, יפסוק על-פי הצדק, במידה שאין הוא בא לידי ביטוי בדיון; שלישית, אין טעם להבחין, בקשר לשימוש בשיקולים של צדק, בין בג"ץ לבין בית משפט אחר". לפיכך הציע זמיר לשנות את חוק היסוד על ידי השמטת המילה "צדק" משמו של בית המשפט ומתואר סמכותו. באשר לשימוש בצדק בפסיקת בג"ץ הסביר זמיר: "בג"ץ, כמו כל בית משפט, דן ופוסק בסכסוכים על זכויות משפטיות, וסכסוכים כאלה צריך שיחשכו על-פי כללים משפטיים... אין בכך כדי להעניק תפקיד מיוחד לצדק" (שם, שם). לעניין זה ראו גם עדי פרוש, לעיל ה"ש 30, שציין כי שופטי בג"ץ לא פירשו את סעיף 7(א) כפי שזמיר הציע לפרשו, שכן "הם לא חשבו שהמלה "צדק" שוררבה לסעיף זה בטעות... שופטים של הבג"ץ [הניתוח] כי החוק העניק להם סמכות להישען לא רק על שיקולים של דין, אלא גם על שיקולים של צדק" (שם, בעמ' 460). שאלה היא, כמובן, אם טיעונים מן הצדק משמשים את הרשות כהגנה מפני ריבו של האזרח, או את בית המשפט בבואו להרחיב סמכותו כדי לתת סעד לאזרח בריבו עם הרשות. ראו גם עמי אוסנת "על מושגי הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 243 (1971).

בכוונת המחוקק המגולמת בהן, הסמכה להשעיית תוקפו של דבר חקיקה ראשית משום שאין זה צודק לאוכפו במקרה מסוים. סטייה מאופן פרשנות זה מחייבת את בית המשפט להראות כי הפרשנות הראשונית הייתה מוטעית, או לכל הפחות להראות טעם משכנע לשינוי הדרך. בג"ץ לא עשה כן בפרשת הפורום לדו-קיום, ומשלא הראה כיצד פרשנותו משקפת בחירה כלשהי של הכנסת, ו/או כיצד פרשנותו מתיישבת עם הפסיקה עד כה – הרי שלפחות מבחינה פרויטיבית המהלך הפרשני שביצע בג"ץ בפרשה זו אינו עומד בדרישות ההנמקה המכוננות את המשפט החוקתי.⁷⁶

גלוי וידוע שהפרשנות התכליתית איננה מסתכמת בגילוי של כוונת המחוקק או בחשיפת המשמעות הטבעית של מילות החוק בעת החקיקה. התכליתן יבחן אם קיימים נימוקים טובים הנעוצים בעקרונות היסוד של השיטה ובהבנתנו אנו (כאן ועכשיו) את תפקיד החוק (או חוק היסוד) הספציפי, העשויים להוביל למסקנה פרשנית שאיננה נתמכת בכוונת המחוקק (או המכונן) או במשמעות הטבעית של המילים בעת החקיקה. לדעתי פרשן השוקל פתרון פרשני שאיננו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק ועם המשמעות הטבעית של הטקסט בעת חקיקתו צריך להישען על נימוקים כבדי-משקל; לפחות כך המצב כל עוד עסקינן בטקסט צעיר, שאיננו בן עשרות רבות או מאות שנים.⁷⁷ עם זאת, ער אני לכך שלא זו דרכה של שיטת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של ברק, הנהוגה במחוזותינו. על פי שיטה זו, כאשר עסקינן בטקסט חוקתי יש לתת משקל רב לתכליות "אובייקטיביות" המנותקות מכוונת המחוקק ומההקשר ההיסטורי.⁷⁸ ברוח זו רימלט טוענת כי "התכלית העמוקה" של סעיף 15(ג) היא בדיוק זו: להנהיג משפט צדק, ובכלל זה להשעות חקיקה שיישומה במקרה קונקרטי מוביל לתוצאה בלתי-צודקת.⁷⁹ אכן, השאיפה הכלולה בתכליתו האובייקטיבית של כל חוק – להנחיל משפט צדק –

76. Louis M. Seidman, *Ambivalence and Accountability*, 61 S. CAL. L. REV. 1571 (1988).

77. ראו, למשל, עמדתו של פאלון: RICHARD H. FALLON, IMPLEMENTING THE CONSTITUTION (2001).

78. ברק, *פרשנות במשפט*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 149-159, 161-172. עוד על תכליות סובייקטיביות ואובייקטיביות בפרשנות תכליתית של נורמה חוקית ראו ברק, לעיל ה"ש 66, בעמ' 165-193, 195-231, 442-453.

79. "בכל שיטת משפט קיימים, בצד הכללים, גם עקרונות וערכים, המהווים את הרוח האופפת את החומר. הם הנשמה של הגוף. כל חוק מתפרש על רקע עקרונות אלה. על הפרשן המפרש חוק ספציפי לעשות כל מאמץ פרשני להגיע לתוצאה המגשימה את ערכי היסוד של השיטה. בין ערכי היסוד של המדינה חופס הצדק מקום מרכזי. הדבר מצא ביטוי בהכרזת העצמאות. הוא מתבקש מערכיה של ישראל כמדינה יהודית. הוא נגזר מערכיה כמדינה דמוקרטית. על כן, יש לפרש כל חוק וחוק על יסוד ההנחה כי הוא נועד להגשים את הצדק. על הפרשן להניח כי תכלית המונחת ביסודה של כל חקיקה היא להגשים את עקרונות הצדק". כמו כן, לדעת ברק, לצדק יש עצמה נורמטיבית נוספת שאותה הוא מכנה "עוצמה 'שיוויונית'": "כאשר כל אמות המידה מוצו ולא נמצא פתרון, על השופט לשאוף לפתרון הצודק ביותר". ראו ברק, לעיל ה"ש 14, בעמ' 7.

תומכת באינטואיציה זו. ניתן לראות בשאיפה זו חזקה פרשנית; ועדיין, עיון נוסף מוביל לתהייה אם הפרשנות הטובה ביותר לתכליתו של סעיף 15(ג) היא דווקא זו שאומצה בבג"צ הפורום לדורקיום. אחרי הכול, סעיף 15(ג) הוא מרכיב אחד בשיטת משטר שלמה שבה המחוקק נושא בנטל החקיקה, ובכלל זה בנטל חקיקתם של כללים העומדים בדרישות הצדק. כך, למשל, חזקה שדיני התכנון והבנייה נועדו להבטיח את זכויות הפרטים השונים תוך "איזון" עם האינטרסים של הכלל באופן שמקדם תפיסת צדק בת-הגנה. בהקשר זה, הכללים הם צודקים ככל שהם נשענים על לגיטימציה כפולה: ראשית, עליהם להוביל למרב התוצאות הצודקות (לפי דרישות הצדק המתקן או החלוקתי) במקרים ספציפיים; שנית, עליהם לזכות להסכמת הנציגים של מרבית האזרחים (כביטוי לצדק הליכי). השעיית תוקפו של כלל זה על ידי בית המשפט מעלה את שאלת כושרו של בית המשפט להנחיל דוקטרינות המובילות לתוצאות צודקות אל מול כושרו של בית המחוקקים להשתית את הדין – ובכלל זה את יישום הדין – על אדני צדק. כפי שכבר נאמר, צדק איננו מתקיים בחלל ריק, א־קונטקסטואלי. לבית המחוקקים יתרון מוסדי לעניין החלטות מסוג מסוים, ויתרון זה מאפשר לו לא רק לייצג את רצון העם אלא גם להישען על ניתוחים עובדתיים והערכות אמפיריות שאינן תלויות בהליך אדברסרי ראקטיבי. בית המחוקקים גם נהנה מגישות לרשות המבצעת האמורה ליישם את החוק, באמצעות זימון נציגיה לדיוני הוועדות והתחשבות בעמדת הממשלה על מומחיה בשלב קבלת החוק והפיקוח על יישומו. מנגד, לבית המשפט יש יתרון מוסדי הנובע מההבדל בהליכי קבלת ההחלטות: בסופו של יום, בית המחוקקים מכריע לא אחת על סמך כוחם היחסי של האינטרסים השונים, כפי שהם מיוצגים על-ידי המפלגות השונות, בתום הליך של מקח, ממכר ופשרה – הליך החשוף לכשלי ייצוג, לפערי כוחות ולחשיבה שאיננה בהכרח ארוכת-טווח ואינה בהכרח עקיבה. בית המשפט מגיע להכרעה בהליך הנסמך על שקלא וטריא (Deliberation) שבו ניתן משקל – או אמור להינתן משקל – לזכויותיהם של הפרטים, חזקים וחלשים כאחד, כמו גם לטובה הכללית, בהתאם לעוצמת הטיעון ולא בהתאם לכוחן היחסי של הקבוצות בבית הנבחרים.⁸⁰

עם זאת, לא ברור באיזו מידה הטלת החובה על בית המשפט לקבוע כי פעולה על פי חקיקה מסוימת איננה צודקת בנסיבות העניין מובילה לצדק מערכתי כולל. אמנם, החלטה כזו תוביל לצדק במקרה מסוים כזה או אחר,⁸¹ אך היא תחשוף את כלל

80 AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 45-47 (1996). מובן שכוחן היחסי של הקבוצות עשוי להשפיע על בית המשפט, אך זאת דווקא כחלק מחובתו להגן על היחיד או על המיעוט כנגד כוחן היחסי של הקבוצות. במילים אחרות, ביסוד הכרעותיו של בית המשפט אמור לעמוד עקרון – Principle – שכוונו אינו תלוי בתמיכת מפלגה כזו או אחרת.

81 ב"נאורו של הנשיא ד"ר זמורה, בטקס פתיחת בית-המשפט העליון" הפרקליט ה' 187, 188 (1948). ציין הנשיא: "לפעמים יוכל אולי השופט לנהוג חרות בחוק החרות כדי להגיע להחלטה שהיא

ההחלטות של הרשות המבצעת לביקורת היורדת לשורשו של עניין. והרי הכלל המשפטי נשען על היותו כלל, דהיינו: על היותו תקף בכל המקרים הנופלים תחת תחולת הכלל. מצב בו כל כלל כפוף, לעניין יישומו, לבחינת "הצדק בנסיבות העניין", הוא מצב בו המערכת איננה מערכת של כללים משפטיים. כל עוד לא פיתח בית המשפט תאוריית צדק כוללת ולכידה, הכפפת הכלל המשפטי לבחינת "הצדק בנסיבות העניין" משמעה כי המערכת כלל אינה פועלת לפי כללים אלא מבוססת על רצף של החלטות נקודתיות שבהן מתבצע, בכל החלטה והחלטה, יישום של עקרונות הצדק השונים (פעולה הקרויה לעתים "איזון"). לא ברור איזו מערכת היא מוסרית יותר, שכן בכל אחת משתי האפשרויות טמון פוטנציאל לעיוות דין. בשיטת המשפט הישראלית החלטות בית המשפט העליון מהוות תקדים, ובכך הן משמשות דוגמה להחלטות עתידיות במקרים דומים.⁸² פיתוח המשפט באמצעות דוגמאות ניצב אל מול ייסוד המשפט על כללים קודיפיקטיביים מעשה ידי המחוקק. מכיוון ששתי הדרכים כוללות אלמנט צופה פני עתיד, ומכיוון שיכולתנו כבני אנוש לצפות מקרים עתידיים אפשריים היא מוגבלת, אין מנוס מעיוות דין אפשרי.⁸³

ניתן לטעון, למשל, שמערכת המושתתת על כללים קלה יותר ליישום בכל הנוגע להבטחתו של עקרון השוויון בפני החוק, שכן הפעלת אותה נורמה על כלל המקרים הנופלים בגדר הקטגוריה שעליה היא חלה מבטיחה שוויון ברמת הכלל.⁸⁴ אמנם, גם "הצדק בנסיבות העניין" הוא כלל שוויוני, אך מכיוון ש"נסיבות העניין" הן פתוחות, יש לעלות לרמת ההפשטה גבוהה יותר, ולפיכך האיזון הנדרש בין השיקולים השונים הוא מסובך יותר ומצריך הבחנה דקה בין מקרים דומים בעבר ובעתיד. במצב דינמי זה בישרונם של השופטים ושל עורכי-הדין העוקבים אחריהם ממלא תפקיד מכריע. מתעוררת הסכנה שבמקרה אחד, שהגיע לשופטים הבקיאים בחשיבה פילוסופית ושעותיהם בידיהם, תתבצע חשיבה מסודרת, ואילו במקרה אחר היא לא תתקיים

מתאימה לצדק וליושר, אבל לחרות הזאת יש גבולות, ואם השופט יראה שאיננו יכול להתגבר על החוק הקיים, אין לו דרך אחרת מאשר לפסוק על פיו ולהפנות את חשומת לב המחוקק לכך שחוק טעון תיקון".

82 וזאת אפילו אם באופן פורמלי בית המשפט איננו כבול בתקדימים שלד-עצמו. ראו סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח החשמ"ד 78, וכן רע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 172-175 (1992).

83 השוו לדברי השופט חשין בע"א פלוני, לעיל ה"ש 53: "לסופו של דיון באותו 'hard case' מחליט השופט כצו לבבו, אך אותה החלטה מתקשה לרווח עצמה במסגרתו של החוק הספציפי או במסגרתו של הדין הכללי. צדק נעשה באותו עניין – על כך מסכימים הכול – והחשש אינו אלא זה, שמא לעתיד לבוא, ובנסיבות שאינן זהות לנסיבות המקרה שבו נקבעה ההלכה, יילכו בחי-משפט בעקבות הלכה שנקבעה, והמשפט יהפוך לבוקה ומבוקה ומבולקת".

84 דעה זו, לפיה בהישענות על החקדים יש מן ההגינות והשוויון, הובעה על ידי השופט מאיר שמגר במאמרו "על החקדים ועל ודאות הדין" משפטים יז 433, 435 (1988).

בהכרח. זאת ועוד: כאמור, בהיעדר כלל מכריע לעניין איתור אותן "נסיבות עניין" אין לשלול מחלוקת בין שופטים סבירים לעניין משמעות המצב העובדתי הצפוי בעקבות פסיקה כזו או אחרת. אם כך השופטים, ודאי כך גם עורכי־הדין המתווכים בין עולם המשפט ושפתו לבין עולם לקוחותיהם ושפתו, הכול לפי כישרונם ולפי יכולת התשלום (בזמן וכסף) של לקוחותיהם. אם כן, לא ברור כי תכלית המשפט ה"עמוקה", כלשונה של רימלט, תיושם טוב יותר אם בית המשפט יוסמך שלא לאכוף חוק מנימוקי צדק.

ודוק: אינני טוען כי יש לקרוא את פסק דינו של בית המשפט בפרשת הפורום לדו־קיום כאילו בעקבותיו תש כוחו של החוק כמקור משפטי מחייב בשיטת המשפט הישראלית, והצדק בא במקומו. כפי שציין בית המשפט בפרשות שונות, הטענה כי אין לאכוף חוק מטעמי צדק תוכל בסופו של יום לערער מעמדו של החוק כמקור משפטי מחייב בשיטת המשפט הישראלית.⁸⁵ כאמור לעיל, בפרשת הפורום לדו־קיום הדגיש בית המשפט כי הפנייה לצדק נעשית רק במקרים הזועקים לשמים. אלא שעצם פתיחת האפשרות להורות על פעולה בניגוד לחוק – ובכלל זה להורות למדינה לא להשתמש בכוחה הריבוני לשם תיקון פעולה בלתי־חוקית – מעמיד את מערכת המשפט בפני אתגר עיוני לא פשוט שביסודו השאלה האם פתח זה, כחלק ממערכת המשפט, אכן מקדם את הצדק הן במקרה הפרטי והן בראייה מערכתית.

בבואנו לגבש את תכלית הנורמה החוקתית עלינו להתחשב גם במיקומה. במקרה שלנו, הנורמה היא חלק מהחוקה הפורמלית. הרציונל הבסיסי העומד ביסודה של חוקה פורמלית הוא חלוקת סמכויות בין שלוש רשויות השלטון והגדרת תפקידיהן. נראה כי המשפט המקובל, וברמה החוקתית גם החוקה המטריאלית, הם משכן טבעי יותר לנורמה משפטית מסוג "עשה צדק בנסיבות העניין" או "התעלם מחוק אם יישומו מוביל לתוצאה בלתי־צודקת". חוקה פורמלית המעמידה את עקרונות הצדק הכלליים כנורמות

85 בעניין זה ראו, למשל, רע"פ 10896/04 אג'באריה נ' מדינת ישראל, תק-על 2004 (4) 1936 (2004). באותו מקרה המשיך אדם בעבודות בנייה חרף צו שיפוטי שהורה לו להפסיק. או אז ציווה בית המשפט השלום להרוס את הבנייה, כסמכותו לפי סעיף 241 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307. לפי סעיף זה, על בית המשפט לשקול שיקולים של צדק בבואו להחליט אם להרוס בנייה שנמשכה בניגוד לצו ביניים. אג'באריה טען כי מנימוקי בית המשפט השלום – שקבע כי "בשלב זה אין מקום להפעיל שיקולי צדק" – עולה כי הוא לא שקל שיקולי צדק. בית המשפט המחוזי תמה ואמר: "היעלה על הדעת להישמע לבעל דין, הרומס ברגל גסה צו שיפוטי, בטענת 'שיקולי צדק'?" בית המשפט העליון לא קיבל את ההנמקה של הערכאות הנמוכות, אך בכל זאת דחה את בקשת הערעור בנמקו: "נחה דעתי כי מן הצדק היה, אמנם, להורות על הריסת הבנייה מפירת הצו השיפוטי". להבנתי, פסיקה זו מרגימה את החשש של בית המשפט ממצב בו שיקולי צדק יזכרו כהצדקה להפר את החוק בכלל, ולהפר את צווי בית המשפט בפרט. עם זאת, ניתן לראות בהנמקה זו הזמנה לערכאות דלמטה לציין במפורש כי שקלו שיקולי צדק, ובכך לסתום את אפשרות העלאת הטענה כי השיקול לא נשקל בערעור. מעניין יהיה לראות באילו מקרים יקבלו ערכאות הערעור את הטענה כי הערכאות דלמטה שגו לעניין שיקולי הצדק.

המאפשרות שלא להעניק תוקף לחוק זה או אחר בנסיבות מסוימות מועלת, למעשה, בתפקידה של הרשות המכוננת: הרי זו נבחרה או מונתה בדיוק לשם פריטת עקרונות הצדק (והמוסר) שביסוד שיטת המשפט לכדי כללים משפטיים המארגנים את המערכת השלטונית. דומה שאין צורך אמיתי בחוקה פורמלית-כתובה, אם בגרעיה ניצב כלל מטריאלי הקולט את עקרונות הצדק כולם ומאפשר לבצע לאורם ביקורת שיפוטית; החוקה הפורמלית נהפכת לחוקה על-תנאי. גם אם הפנייה לצדק נובעת מסעיף ספציפי בחוק-יסוד, משמעה של הפניה זו – בהתחשב ברוחב יריעתה – כי לפנינו לא עוד דיסציפלינה פרוידיביסטית היונקת את תוקפה מביטוי של רצון העם על ידי נציגיו. יותר מכך: לא עוד דיסציפלינה בעלת גבולות המבחינים בין שיח מקצועי פנים-דיסציפלינרי לבין שיח מוסרי כללי. ניתן לטעון כי מצב זה, שבו הצדק מוגדר כמקור על-חוקתי שממנו על השופטת לשאוב פתרון משפטי לכל מקרה הניצב בפניה – או לפחות לוודא את עמדתו של מקור-העל הזה ביחס לכל מקרה⁸⁶ – עולה כדי שינוי כלל הזיהוי של מערכת המשפט ביחס למקורות המשפט המחייבים.⁸⁷ זהו שינוי מערכתי עמוק המחייב, לדעתי, מהלך החורג מתחום הפרשנות, ואפשר שהוא חורג אף מגבולות היצירה המשפטית, באשר הוא יורד לתשתיתה של נורמת היסוד החברתית שעליה נשענת החוקה. זהו משקל כבד לכתפיו של סעיף 15(ג), לא כל שכן כאשר ההשלכות של העמסתו אינן מוגבלות ליחס בין החוקה הפורמלית לחוק אלא משתרעות גם על יתר הוראותיה של החוקה הפורמלית. האם גם יתר הסעיפים של חוקי היסוד כפופים לכל עקרונות הצדק באשר הם, וגם מהם יכול בית המשפט להתעלם כשנמצא שיישום סעיף חוקתי מביא לתוצאה לא צודקת בנסיבות העניין?

המסקנה המשפטית העולה מן המקובץ היא כי היעדר הסמכה במילות החוק⁸⁸

86 בית המשפט קבע כי הצדק יגבר על החוק רק במקרים הוועקים לשמים, ויש מקום להרהר אחר קביעה זו. אם כבר צדק – מדוע לא צדק "עד הסוף"? האם עלינו לקבל מקרים בהם המדינה פועלת באופן לא צודק "סתם"? אולם, גם אם מדובר רק על מקרי אי-צדק "קשים", ככל שהגדרה זו בת-משמעות בעולם המעשה, מדובר במעבר מהותי משיטה פרוידיביסטית לשיטת משפט "טבעית". מעבר זה טומן בחובו את הקביעה כי יתר כללי החוקה הפורמלית – הכללים הפרוידיביסטים, שכוננו באמצעות אקט של המכותן – נהפכים לבעלי חשיבות משנית: הם בני תוקף משפטי אפקטיבי כל עוד הם בגבולות הצדק המותרים.

87 H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 94-110 (2d. ed. P.A. Bulloch & Joseph Raz eds. 1994). לכתיבה וביקורת באשר לכלל הזיהוי של הארט ראו P.M.S. Hacker, *Hart's Philosophy of Law in LAW, MORALITY AND SOCIETY; ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A. HART* 1, 18-25 (P.M.S. Hacker & Joseph Raz eds., 1988); JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 146-148 (1990); Frederick Schauer, *Amending the Presuppositions of a Constitution*, in DWORIN; RESPONDING TO IMPERFECTION 145 (Sanford Levinson ed., 1995) 47, בעמ' 39-45; אנדרי מרמור "אחרית-דבר למושג החוק" משפטים כז 91, 110-104 (1996).

88 הסמכה מפורשת לפנייה אל הצדק קיימת בכמה חוקים ספציפיים ולעניינים ספציפיים. כך, למשל,

והיעדר אינדיקציה לכך שזו הייתה כוונת המכונן מחייבים כי בטרם נגיע למסקנה כי "צדק או חוק – צדק עדיף" נראה באופן משכנע כי מסקנה זו מתיישבת באופן המיטבי עם תכליתו של סעיף 15(ג) וההוראות הסובבות אותו. מסקנה זו קשה לביסוס לא רק משום שהפרקטיקה הנוהגת בבית המשפט עד כה אינה כזו, אלא משום שלא ברור כי שיקולי התכלית האובייקטיבית מטים את הכף בצורה ברורה לעבר קריאת סעיף 15(ג) כמקים עילת ביקורת שיפוטית חוקתית, שעל פיה חוק שאינו צודק בעליל אינו חוקתי ובית המשפט מוסמך להורות למחוקק לפעול בניגוד לו. לכל הפחות, ובהיעדר הנחיה ברורה יותר מן המכונן ביחס לתוכן ולאופן של יישום עקרונות הצדק, נראה כי בטרם נאמץ את פרשנותו של בית המשפט לסעיף 15(ג) הקולטת את עקרונות הצדק אל תוך החוקה הפורמלית עלינו להראות כי שיטת המשפט אינה מציעה פתרון פשוט יותר למקרה קונקרטי בו מתנגש הצדק עם החוק. פרשנות טובה יותר של סעיף 15(ג) רואה סעיף זה כמסמיק את בית המשפט להורות על סעד מן הצדק כאשר הפרה המדינה כלל או עיקרון משפטי כלשהו: דומה שכך יישם בית המשפט את הסעיף עד פרשת הפורום לדור-קיום. לפי גישה זו, הסעיף מורה לבית המשפט לחתור לצדק מבלי שהכללים יצירי המחוקק הוכפפו על ידי המכונן לעקרונות הצדק הכלליים.

סביר בהחלט – ואף מוצדק – להגיע למסקנה שהחוקה המטריאלית של מדינת ישראל כוללת את הצדק כחלק מעקרונות היסוד של השיטה; ליתר דיוק, ניתן לראות בעקרונות היסוד של השיטה עקרונות ספציפיים המוכלים בתפיסת צדק מסוימת.⁸⁹ דא עקא – אין זה ברור שהחוקה המטריאלית של מדינת ישראל מסמיכה את בית המשפט להתעלם מחקיקה ספציפית של הכנסת על ידי אי-אכיפתו של חוק בנסיבות מסוימות, ובכלל זה על ידי מתן צו עשה בניגוד לחוק, כפי שנעשה בבג"צ הפורום לדור-קיום.

אסתכן ואומר שככל שעקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל מתירים – או מחייבים – פעולה בניגוד לחוק הכנסת, עקרונות אלו הם אך אותם עקרונות הנובעים מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, דהיינו: מדינה ששיטת המשטר שלה נשענת על ההליך הדמוקרטי.⁹⁰ למותר לציין כי פנייה כזו לעקרונות הצדק אפשרית רק

סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה מסמיק את בית המשפט לקבוע כי אין להרוס בניין אף אם בנייתו נמשכה בניגוד לצו הפסקה מנהלי, בניגוד לצו הפסקה שיפוטי, ללא היתר כחוק או בסטיה ממנו – "אם ראה [בית המשפט; א"ר] שמן הצדק לעשות כן". באופן דומה, מכוח סעיף 8(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146, בנסיבות מסוימות בית המשפט מוסמך להטיל אחריות נזיקית על אדם בשל שימוש שעשה בסוד מסחרי, אף שעשה כן בתום לב ובתמורה, אם בית המשפט ראה כי ראוי להטיל עליו אחריות כזו "לשם עשיית צדק בין הצדדים". במקרים אלו, בשונה מעניינו, החוק מסמיק במפורש את בית המשפט לבחור שלא להחיל את הכלל המשפטי הרגיל מטעמים של צדק. בית המשפט מוסמך לפנות לצדק כמקור משפטי במקרים אלו ובלבד, כאמור, שיתייחס למקור זה כמקור משפטי לכל דבר, דהיינו: כמקור המושתת על כללים ועקרונות ולא כמקור "תחושת" בלבד.

89 ראו, למשל, את הפנייה לצדק בהכרזת העצמאות; אך לא רק בשל פנייה זו.

90 לדעתי, ההליך הדמוקרטי במובנו המהותי כולל גם את ביטויה של זכות ההגדרה העצמית של העם

לאחר שמוצו הדרכים המשפטיות האחרות – דרכים המתייחסות לחקיקה הפוזיטיבית הקיימת, ובכלל זה לחוקי היסוד עלי-ספר.⁹¹ לא כך היה בבג"צ הפורום לדוקים, שכן נראה שחוקי התכנון והבנייה אינם סותרים הליך דמוקרטי תקין, כשלעצמם או באופן יישומם. ייתכן, כמובן, פיתוח יצירתי הרואה ביישום החוק בנסיבות המקרה סתירה לעיקרון מעקרונות הדמוקרטיה המהותיים, אך נטל הראייה על הטוען, הן לעניין הטענה גופא והן לעניין מיצוי הדרכים החוקיות האחרות טרם הפנייה לעקרונות אלו. בית המשפט לא הביא בפנינו פיתוח כזה. יודגש, כי בית המשפט לא הסתמך על החוקה המטריאלית אלא על חוק-יסוד: השפיטה, דהיינו: על החוקה הפורמלית, שנראה כי איננה כוללת את עילת אי-הצדק כעילה המפקיעה את תוקפו של חוק.

מכאן, שפעולתו של בית המשפט בבג"צ הפורום לדוקים היא בעייתית. אם תרצו לומר, נוצר פער בין השאיפה של בית המשפט לצדק לבין דרישת המשפט להצדקה: בהיעדר הצדקה משכנעת למהלך המשפטי אין זה ברור שנעשה צדק, ובכלל זה צדק עם דרישות המשפט כמשפט. אך האם לא עמדה בפני בית המשפט אלטרנטיבה אחרת, שהייתה מאפשרת ליישב את דרישות הצדק במקרה הקונקרטי עם מגבלות הכלל המשפטי?

ד. כלל וצדק במקרה הקונקרטי: פרשנות, עילה וסעד

1. פרשנות

דומה שהאלטרנטיבה הברורה ביותר שעמדה בפני בית המשפט הייתה להפשיל שרולים

היהודי ביחידה פוליטית ריבונית. כך אני מתייחס לפרשת ירדור (ע"כ 1/65 ירדור ג') ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365 (1965), העוסקת בקיומה של מדינת ישראל כמדינתו הדמוקרטית של העם היהודי.

91 כך, למשל, אם תחוקק הכנסת חוק (או חוק יסוד) שעל פיו הבחירות תתקיימנה פעם ב-30 שנה בלבד, או אם תפעיל הכנסת את כוחותיה ותאסור כל ביטוי פוליטי, ניתן ואף צריך לטעון שהכנסת תרגה מסמכותה (המחוקקת והמכוננת) הנובעת מעקרונות היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית, המוגבלת באמצעותם. פעולה כזו של האורגנים של המדינה מציבה את המדינה בסתירה פנימית, שכן מחד גיסא נשענים אורגניה על ההליך הדמוקרטי התקין כמקור לגיטימציה להפעלת הכוח הריבוני האקסקלוסיבי והכופה, ומאידך גיסא תוכן פעולתם שולל את חשיבותו של ההליך הדמוקרטי התקין. במקרה כזה חובה על בית המשפט שלא לתת לחריגה זו יד. לדיון בשאלה אם ייתכן מצב שבו אף החוקה הפורמלית אינה חוקתית ראו Jeff Rosen, *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional*, 100 YALE L.J. 1073 (1991). שאלה היא כמובן אם במצב שבו הגיעו הדברים לידי כך, והכנסת פועלת כמתואר למעלה, יהיה לבית המשפט כוח לפעול נגד מגמות אלו; השווה LEARNED HAND, *THE SPIRIT OF LIBERTY* 164-165 (2d. ed. 1954).

ולחיכנס לנבכי החקיקה כדי לוודא אם הפרשנות התכליתית הטובה ביותר של דיני התכנון והבנייה אכן מובילה למסקנה שהמדינה מנועה מתחזוקת הגשרון המאפשר לילדים הבודדים ביישוב הלא-מוכר (דהיינו: שאיננו עומד בדרישות חוקי התכנון והבנייה) להגיע לבית הספר בימי גשם. השופט מצא העלה ספק רציני ביחס למסקנה זו.⁹² נראה כי ההלכה הכללית, הקובעת שיש להעדיף פירוש החוק המקיים את הוראות החוקה על פירוש המביא לסתירה עמן⁹³ הייתה אמורה לדרוש מבית המשפט כי יודא שמא אין בנמצא פרשנות משכנעת המותירה את החוק על כנו בטרם יוציא צו, הנסמך על החוקה, ובו הוראה לפעול לכאורה בניגוד לחוק. דרישה פרשנית זו אינה תלויה בתוכן ההוראה החוקתית. הפרשן נדרש לוודא כי קיימת פרשנות המקיימת כל הוראה חוקתית, לא כל שכן כשמדובר בהוראה חוקתית העוסקת בסעד מן הצדק, שכן חוקה על המחוקק שמחוקק צדק הוא.⁹⁴ במילים אחרות, כך המצב בין אם עקרונות הצדק הם חלק מהחוקה הפורמלית של מדינת ישראל באמצעות קליטתם דרך סעיף 15(ג) ובין אם הם ממוקמים בחוקה המטריאלית ומהווים, כדבר שבשגרה, מקור לפרשנות חקיקה רגילה.⁹⁵ פרשנות המונעת סתירה עם החוקה הפורמלית או המטריאלית – עדיפה.

באותו אופן נדרש בית המשפט לוודא שמא המניעה עליה נסמכת הרשות מצויה בתקנות ולא בחקיקה ראשית. אם אמנם המניעה מצויה בתקנות, על המתקין להראות

92 בג"צ הפורום לדירקיום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 105-106.

93 ראו פסק דינו של השופט שמגר בע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 306; פסק דינו של השופט זמיר בבג"צ הופנונג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 68, ופסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ חרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 756.

94 "אחד העקרונות בפירושי חוקים הוא שמהחוקק אינו מתכוון לאי-צדק" (ע"א 123/53 "סולל בונה" בע"מ נ' נסים, פ"ד ח(1) 483, 492 (1954) מפי מ"מ הנשיא אולשן); "יעמיד בית משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על-יד מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של ... צדק" (בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612 (1964) מפי השופט חיים ה' כהן).

95 בבואו לפרש חוק, עוד בטרם מתעוררת שאלת הביקורת החוקתית, נדרש בית המשפט להתחשב בעקרונות הצדק ככלל מנחה פרשני. אם נתקל בית המשפט בשתי פרשנויות הנופלות למתחם הנסמך על ידי לשון החוק, נראה כי תורת הפרשנות התכליתית תנחה את בית המשפט להעדיף את הפרשנות הקוראת את תכליתו של החוק ככוללת תכלית כללית של הגשמת עקרונות הצדק במקרים קונקרטיים. לעניין זה ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 709-710 (1993), שלפיו יש לצדק שלושה תפקידים בתהליך הפרשנות השיפוטית: "ראשית, זהו אחד הערכים, מבין מכלול הערכים, אשר אותם נועד דבר החקיקה להגשים. שנית, זהו קריטריון להערכה על-פיו נבחרת פעולתם של כללי הפרשנות... שלישית, זהו 'ערך שיווי', שראוי לו לפרשן להפעילו, אם לאחר הפעלת כל הכללים והעקרונות, טרם הגיע לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת בפניו". כן ראו דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632, 694 (2003).

הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכויות יסוד באמצעות התקנות,⁹⁶ ובהנחה שזו קיימת – על הרשות להראות כי הפעילה את סמכותה על פי החוק והתקנות כך שהפגיעה בזכות היא הפחותה ביותר האפשרית.⁹⁷ בכל מקרה, אם מועלת טענה של ממש נגד סבירות התקנות, נדרש בית המשפט לבחון אם הן מצויות במתחם הסבירות. נראה כי מנגנונים אלו, הקיימים במשפט הציבורי הישראלי, היו מייתרים חלק ניכר מהדיון בשאלת ההתנגשות של החוק עם עקרונות הצדק.

ניתן לנסות ולהסביר את הימנעותו של בית המשפט מכניסה לעובי הקורה בשתיים: ראשית, מדובר בבקשה לסעד ביניים. התיק המרכזי לא עסק בבניית הגשרון כי אם בחיוב המדינה להסדיר את כל נושא נחל חברון על מפגעי התברואתיים. לבית המשפט יש משאבי זמן מוגבלים, וייתכן שכניסה לעובי הקורה המשפטית בשלב מוקדם זה היתה מהווה ניצול לא יעיל של זמנו. ניתן לצרף לנימוק זה גם את הצורך בתגובה מהירה של בית המשפט. בית המשפט בעצמו, לו היה מעכב את ההחלטה בדבר סעד הביניים עד לבירור פרשנותם המיטבית של דברי החקיקה הרלבנטיים, היה עלול לגרום לעינוי-דין. שכן הגשם והשיטפונות לא היו ממתנים להחלטתו, והילדים הבדווים שוב היו עשויים להימצא מנועים מלהגיע לבית ספרם – הפעם בעקבות התארכות ההליך השיפוטי (ולא זה התכנוני). מכיוון שעסקינן בסעד ביניים, ודובר אך בגשר יכיל, ניתן להבין את בית המשפט כאומר "ממה נפשך": אם חוקי התכנון והבנייה לא מונעים מהרשות לפעול לבניית הגשר, ודאי שעליה לבנותו; ואם דיני התכנון והבנייה מונעים מהרשות לפעול, הרי שאינם חוקתיים. במצב דברים זה, הפגם שבדילוג על שלב פרשנות החוק הוא כביכול אסתטי יותר משהוא מהותי, שכן בכל מקרה ייתן בית המשפט את סעד הביניים. ההסבר השני שניתן להעמיד לבחירתו של בית המשפט לבסס את החלטתו על סעיף 15(ג) נעוץ בייחודו של הסעיף לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. בפני בית המשפט עמדה בקשה לחייב את המדינה לבנות דבר מה מבלי שהושלמו הליכי התכנון והבנייה. לדעת רבים אין לך דבר קבוע כדבר שנבנה באופן זמני, ולפיכך בטרם אדם בונה דבר מה – לא כל שכן הרשות – יש לוודא כי הושלמו הליכי התכנון והאישור. והנה, לא רק שבית המשפט מתיר בנייה ללא היתר, הוא אף מחייב אותה – מצב חריג לכל הדעות. לו היה בית המשפט קובע כהלכה כי הדבר מותר ואף מתחייב מדיני התכנון והבנייה, או אז בתי משפט אחרים, שבסמכותם מצויים דינים אלו, היו מוצאים את עצמם בסבך פניות של תושבים המבקשים היתר לבנות או חיוב של המדינה לבנות ללא

96 זו ההלכה שנקבעה בבג"צ 337/81 מיטריני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 352-353, 358 (1983) או לכל הפחות "תכלית נחושה", על סמך ההלכה שנקבעה בבג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 328-329 (1988). זכויות היסוד הרלבנטיות, כפי שאראה להלן, הן הזכות לכבוד האדם והזכות לחינוך.

97 החל בהלכת "קול העם", בג"צ 75/53 חברת "קול העם" בע"מ, עיתון "אל אתיחד" נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953), בית המשפט דורש למעשה מידתיות כזו, בנוסחאות שונות.

שהושלמו ההליכים.⁹⁸ בהשענו על סעיף 15(ג) לביסוס סמכותו הנדירה – אותה יפעיל רק במקרים ייחודיים "הזועקים לשמים" – ייחד בית המשפט את האורגן המוסמך להתיר – או לחייב – בנייה ללא השלמת ההליך התכנוני: סעיף 15(ג) מסמך אך ורק את בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. זהו מצב ייחודי, שבו הנורמה החוקתית תופעל אך ורק על ידי בג"ץ, ונראה כי בתי משפט אחרים לא יוכלו להגיע לאותה תוצאה – דהיינו: להתעלם מחוק הנוגד את עקרונות הצדק – בהסתמך על החוקה. בכך ממוזערות ההשלכות המוסדיות של הפסיקה.⁹⁹

ודוק: לאחרונה, עם הקמתו של בית המשפט לעניינים מנהליים,¹⁰⁰ הקרוי לעתים "בג"ץ קטן", ניתן לטעון כי הוענקו לו כל הסמכויות של בית המשפט העליון,¹⁰¹ ובמשתמע גם הכוח להורות שלא לאכוף חקיקה שאינה צודקת (או שאינה צודקת באופן קיצוני). אלא, שמבנה ההנמקה בפרשת הפורום לדיוקים עומד בסתירה לטענה זו. בית המשפט נשען על חוק-יסוד השפיטה כנורמה חוקתית, ואילו החוק שמקים את בית המשפט לעניינים מנהליים הוא חוק רגיל. האם בכוחו לשנות את חוק היסוד בכך שירחיב את סמכויותיו של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים?¹⁰² האם ראוי כי המחוקק, ולא המכונן, יסמך בתי משפט לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית מקום בו חוק היסוד ייחד ביקורת זו לערכאה מסוימת הפועלת בהליך מסוים? בית המשפט העליון האמריקני, בפסק הדין (בהא הידעה) שכונן את מוסד הביקורת השיפוטית – *Marbury v. Madison*¹⁰³ – קבע בשלילה לעניין זה. מכאן, נראה כי יש רגליים לסברה שבית המשפט העליון מייחד לעצמו את הכוח להורות שלא לאכוף חקיקה הסותרת את סעיף 15(ג).

יהא תוקפם התיאורי של הסברים אלו אשר יהא, עדיין מעלים הם קשיים נורמטיביים. הדילוג על הניסיון לפרש את דיני התכנון והבנייה והמעבר הישיר לשלב הדין החוקתי הוא בעייתי, מאחר שהוא מונע מהמחוקק להגיב לפסיקת בית המשפט באמצעות חקיקה

98 אין כוונתי לטעון כי מספר התביעות המוגשות יעלה בהכרח, אלא כי סוג הדין בהם עלול לחייב את שופטי הערכאות השונות להישען על תורות של צדק – תחום שנכון לעכשיו הם אינם נדרשים להתמחות בו. ייתכן שבית המשפט העליון מעדיף להשאיר תפקיד זה בידי-הוא, ולו לאור הפוטנציאל להתנגשות עם תפיסות הצדק המקובלות בקרב הרשויות האחרות.

99 בהקשר זה תצוין עמדתו של הנשיא ברק, הקורא להעביר את הסמכות לבטל חקיקה של הכנסת לבית המשפט העליון בלבד. ראו לעניין זה את המחלוקת בין ברק לריבלין: יואב כספי "ברק: רובי ריבלין לא מבין מה זאת דמוקרטיה" עורך הדין 38, 18, 19-18 (2003). לביקורת ראו להלן ה"ש 105 והטקסט שלידה.

100 חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, ס"ח 1739.

101 ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד מח(3) 749, פס' 51-54 לפסק דינו של השופט חשין (1994).

102 השווה לפרשת חירות, לעיל ה"ש 4.

103 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

רגילה. אם בית המשפט מפרש את דיני התכנון והבנייה באופן מסוים, בידי המחוקק פתוחה האפשרות לשנות את החקיקה הרגילה אם סובר הוא שהפרשנות של בית המשפט אינה ראויה. לעומת זאת, אם החוקה מצווה על פתרון מסוים, רובד הדיון החוקי מתייחס ואנו עוברים ישירות לרובד החוקתי. זאת ועוד: בית המשפט בפרשת הפורום לדריקום לא הראה כיצד מתיישבת גישתו לסעיף 15(ג) עם משנה חוקתית סדורה, למשל: האין לדרוש מן השופט מצא עקיבות בשאלת הפעלתה של פסקת הגבלה בחוקי יסוד ישנים שבהם לא מצויה פסקה כזו?¹⁰⁴ האין להפעיל פסקת הגבלה שיפוטית בטרם ינתן סעד מכוח סעיף 15(ג)? כמו כן, לא ברור באיזו מידה תצא מערכת המשפט נשכרת, באופן כללי, אם הפעלת הביקורת השיפוטית תיוותר רק בידיו של בית המשפט העליון. בין השאר, חוסנה של מערכת המשפט טמון בהיותה רשות שלמה ולא מוסד – בית משפט – אחד ויחיד. לא זו אף זו: יש חשיבות לשיח בתוך הרשות השופטת. הותרת העניינים החוקתיים בידי בית משפט אחד עלולה לפגוע בעושרו של שיח זה בהסירה מנגנון ביקורת חשוב.¹⁰⁵ לפיכך חוזרת הקושיה לקדמותה: נדרשים אנו להצביע על אלטרנטיבה שיש בה כדי להשיג צדק בנסיבות העניין, מבלי לפגוע במבנה השיטה החוקתית.

2. עילה חלופית: פגיעה בזכות לכבוד האדם

בניגוד לשיטתו של בית המשפט, הנשענת על הסעד (צדק) וגוזרת ממנו עילה, ניתן ואף ראוי להשתית את הניתוח על זכות משפטית קיימת. נקודת מוצא אפשרית לניתוח היא עיגון העילה בהפרת הזכות לכבוד האדם על ידי הרשות.¹⁰⁶ כידוע, הזכות לכבוד האדם חלה גם במשפט המנהלי, דהיינו: נגד הרשות המבצעת.¹⁰⁷ הזכות לכבוד האדם איננה רק

104 ראו עמדתו של השופט מצא לעניין הכנסתה של פסקת הגבלה לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, בע"ב מופז, לעיל ה"ש 4, בפסקה 17 לפסק דינו. זוהי עמדה בעייתית, משום שהיא שקולה לחקיקה שיפוטית ברמה חוקתית; ראו את הוויכוח בין השופט זמיר לנשיא ברק בעניין זה בבג"צ הופנוג, לעיל ה"ש 4.

105 דגמים של ביקורת שיפוטית (המועצה הציבורית: הכינוס החמישי), עמ' 160-161 (דברי אמנון רייכמן) (המכון הישראלי לדמוקרטיה, התשס"ב).

106 אין כוונתי לטעון כי סעיפי חוק התכנון והבנייה פוגעים בזכות המוגנת ולפיכך אינם תקפים, ככל שאינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה. טענה כזו מנועה מכוח סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד, הקובע כי הדין שהיה קיים ערב קבלת חוק היסוד יישאר בתוקפו. אלא, שפעולת הרשות – וליתר דיוק: היעדר הפעולה – מהווה פגיעה בזכות. אני ער לכך שפרשנות זו להוראת שמירת הדינים אינה פשוטה, אך הוראה זו כבר זכתה לפרשנויות יצירתיות בעבר; ראו הוויכוח בין המשנה לנשיא ברק לבין השופט חשין בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995), לעניין החובה לפרש את הדין בהתאם להוראות חוק היסוד מבלי לפגוע בתוקפו.

107 זאת לפי סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. נפסק, כי "רשות מינהלית ממלאת את חובתה לפי סעיף 11 לחוק היסוד, אם החלטתה מקיימת את היסודות הקבועים בפסקת ההגבלה. יסודות אלה דומים בעיקרם לכללי המשפט המינהלי שהתגבשו בפסיקה לעניין הפעלת

– ולדעתי איננה כלל – הזכות שלא לחוות יחס משפיל, למרות שניתן לתאר את יחס הרשות לתלמידים הבדווים כיחס משפיל.¹⁰⁸ כפי שפותח בהרחבה במקום אחר,¹⁰⁹ לשיטתי הזכות לכבוד האדם היא גם – אם לא בעיקר – הזכות של כל תושב שהרשות תמלא כלפיו את חובתה, דהיינו: את התפקיד שלשמו הוקמה ולמען מילוי הוועקה לה סמכות, באופן המתחשב במלוא הרצינות בצורכי התושב ובזכויותיו.¹¹⁰ לפי גישה זו, הזכות לכבוד האדם היא זכות משפטית המהווה קונרקטיזציה של עיקרון צדק לכדי כלל משפטי, במקרה זה – צדק במערכת היחסים בין האזרח למדינה. זוהי זכות פוזיטיביסטית, המהווה חלק מהמשפט המצוי, והפנייה אליה אינה מעוררת את שאלת היחס למשפט הרצוי או למקורות חוץ-משפטיים אחרים במלוא חריפותה. כמו כן, לפי גישה זו לכבוד האדם, הגשענות על יציקת תוכן משפטי למערכות היחסים השונות המארגנות את החברה המודרנית – ובמקרה שלנו, למערכת היחסים שבין התושב לרשות תכנון – הזכות מגובשת באופן "גדור"¹¹¹ דיו, או לפחות גדור יותר, מעקרונות הצדק ה"היליים"¹¹² אשר מפריטתם המסודרת נרתע בית המשפט. חובת הרשות לכבד את כבוד האדם כוללת את החובה לדאוג לכך שהליכי הרשות – במקרה זה הליכי התכנון והבנייה – לא יופעלו באופן המסכל את תכליתם הבסיסית ביותר. במקרה שלפנינו נדרשת הרשות כי הליכיה לא יובילו למצב שבו תלמידי בית ספר נאלצים לחצות רגלית נחל ובו מי בויב ושיטפונות, שכן מצב דברים זה מגלם יחס המעדיף את הליכי התכנון והבנייה על צרכי הבסיסיים של התושב – צרכים שלשם מילויים המיטבי חבים הליכי התכנון והבנייה את קיומם מלכתחילה.¹¹³ לשיטתי, אין לראות את מהותה זו של הרשות

שיקול-דעת מינהלי העשוי לפגוע בזכויות האדם"; ראו דנג"צ 4466/94 נויסיכה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 87 (1995). ראו גם ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 412; בג"צ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 274, 281 (1995).

108 במיוחד צורמים דברי הרשות בתשובתה לעתירה הנוגעים לכך שבכל מקרה בית הספר הבדווי מושבת כימי הגשמים, ולפיכך היעדר הגשרון אינו מעלה ואינו מוריד. לגישה הרואה בזכות לכבוד האדם כזכות המגנה בפני השפלה ראו דניאל סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001); דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" בתוך ספר שמגר כרך א 9 (2003).

109 לגישתי לעניין כבוד האדם ראו אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילה המוסרית" משפט וממשל ז 469-539 (2005).

110 השוו DWORKIN, לעיל ה"ש 47. השוו גם לדברי השופט זמיר בבג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998): "מדינת ישראל היא דמוקרטית מהותית, שבה כל המוסדות היציגים מונחים על-ידי ערכי יסוד, ובמרכזם כבוד האדם וחירותו, כמטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם". ראו ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 472 (1995).

111 השוו לבג"צ 29/62 כהן נ' שריהבטחון, פ"ד טז(2) 1023, 1027 (1962).

112 לנרדי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 303.

113 הבנה זו של הזכות לכבוד האדם מציבה אותה בראש הפירמידה התכליתית, כביטוי מובהק לרדישה

(והליכיה) כמעניקים היתר לכל תושב להתעלם מהליכי התכנון והבנייה ולצפות שהרשות תבוא לחלצו מפני שיטפון; אלא שכל עוד מתנהלים הליכים – כפי שהתנהלו הליכים בפרשת הפורום לדו-קיום להסדרת הכיוב כנחל הסמוך ובכלל זה למתן פתרון לתושבי הכפר הבלתי-מוכר – חובה על הרשות, בנסיבות אלו, לגבש הליך המאפשר מתן סעד ביניים עד שיושלמו ההליכים הראשיים. היעדר הליך שכזה מהווה פגיעה בכבוד האדם. להשלמת התמונה, ומתוך הכרה בכך שמודל מערכות היחסים טרם הוכר בפסיקה כמודל לפרשנות הזכות לכבוד האדם, יצוין כי נגיע למסקנה דומה גם לפי הגישות האחרות המוכרות בפסיקה לזכות לכבוד האדם: הגישה הרואה בזכות לכבוד האדם תביעה ליחס לא משפיל,¹¹⁴ והגישה שלפיה הזכות לכבוד האדם נבנית מעגלים-מעגלים סביב ההכרה בקדושת חייו וגופו של אדם, ובבסיסה האוטונומיה האנושית.¹¹⁵ כאמור,

כי רשויות השלטון תגשמה את התכלית שלשמה נוצרו. זוהי גישה פורמלית, שאיננה קוראת או מתירה לשופט להתעלם ממושג משפטי כזה או אחר או לטוות למושג זה משמעות המתאימה אך לנסיבות מקרה כזה או אחר (השוו לדיון בדג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998), באשר לגמישות הנדרשת באופן בו יש לפרש את המושג "עובד" לצורך זכאות לדמי ביטוח אבטלה). גישה זו איננה כוללת רשיון לפרשנות גמישה ביותר – שלא לומר להטטנות – בטיעון שהמשפט אינו נשלט על ידי מושגים. לגישתי אין משפט ללא מושגי המשפט, והשופט העוסק במשפט אינו בן חורין לעצבם באופן אינסטרומנטלי לחלוטין, אחרת ייוותר עם אינסטרומנט שאיננו משפט. השוו לדברי השופט חשין לגבי תכליתן של נורמות משפטיות: "והרי סוף-כל-הסופות – בעצם: בתחילת-כל-ההתחילות – נושא המשפט ונושא האינטרסים והזכויות בו הוא האדם; ... נוכר-נא – אל-נשכח – כי הבחינה המושגית אין בה תכלית לעצמה. אין היא אלא כלי לניתוח ולהבנה, ואת הכלי נעצב בדמותנו כצלמנו. גם לניתוח האנליטי הושמו גבולות. האנליזה אינה כופה עצמה עלינו, והרי אנו אדוניה אנו ולא משרתיה" (ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 306, 289 (1997)); ראו גם את דברי השופט ברק בדג"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 182 (1998): "ההלכה צומחת מתוך המעשה. התיאוריה צריכה לשרת את הפרקטיקה. מושגי המשפט... אינם מציאות שאנו חייבים לקבלה כנתון. מושגי המשפט הם קונסטרוקציה הבאה לשרת את האדם." (השוו גם: "דברים שאמר השופט ברנזון ביום שנפרד מכהונת שופט" משפטים ח 3, 5 (1977): "לעולם לא מצאתי שהצדק הוא בהישג יד, אם אתה רק רוצה בלב שלם להשיגו, לפעמים אפילו על חשבון קדושת הפרוצדורה, שבעיני אינה אלא אמצעי להשגת משפט צדק ולא מטרה בפני עצמה". למותר לציין שגישתי שלי אינה מתירה לשופט דרגת חופש פרגמטית כה נרחבת, שכן במצב זה עלולה הסמכות המשפטית להישמט תחת כס השיפוט עליו יושבת השופטת בחרצה דין. או אז ציווי השופטת הוא בעיקרו מוסרי, והבסיס המשפטי לכוח השלטוני הצמוד אליה אינו ברור.

114 ראו סטטמן וכן דורנר לעיל ה"ש 108, לסקירת הספרות והפסיקה ראו לעיל ה"ש 109, ובמיוחד הערות 7-10.

115 למודל המעגלים ראו ברק, פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 65, פרק ג, עמ' 412-433. מודל זה מסתמך על עמדתה של יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995), אך כולל שינויים חשובים לעניין מיקום הזכויות השונות במעגל השני

לפי תזת אי-ההשפלה, ההימנעות מפתרון בעיית הגשר כל עוד מתמשכים ההליכים היא מצב המשפיל את תושבי היישוב על ילדיהם: כבוא השיטפון נאלצים הילדים לחצות את מי הביוב המזהמים תוך סכנת חיים, ובכך נחשפים הם ליחס שאינו מכבד את צלם האנוש שבהם. השפלה זו, ניתן לטעון, הופכת מובהקת אף יותר אם נשווה את היחס לו זוכים ילדי אוס-בטין ליחס לו זוכים, בפועל, ילדים מישובים המאוכלסים על ידי קבוצות הרוב בחברה. לפי מודל המעגלים, בליבתה של הזכות לכבוד האדם מצויה התביעה שלא לפגוע בחייו ובגופו של אדם (תביעה שזכתה בשיטתנו להכרה כזכות מפורשת). במעגל הסמוך לכך מצויה התביעה שלא לפגוע בבחירתו החופשית של האדם בכל הנוגע לחייו ולשלמות גופו, ובכלל זה שלא לחשוף אותו על כורחו לסיכון בריאותי מוחשי מיותר.¹¹⁶ ההימנעות מבניית הגשר כל עוד מתקיימים הליכי בירור התביעה לגופה חושפת את ילדי הכפר – ציבור מסוים ומוגדר – לסיכון מעין זה שכן גובה היא מחיר כבד (עד כדי פגיעה בגוף) מכל ילדה וילד בגין מימוש בחירתם לפעול לשם הגשמה עצמית באמצעות רכישתה של השכלה בסיסית.¹¹⁷

והשלישי. למשל, לפי ברק הזכויות החברתיות הן שמצויות במעגל השלישי, ולפיכך אך ליבתן המצומצמת תזכה להגנה תחת כנפי הזכות לכבוד האדם. לשיטתה של קרפ במעגל השלישי מצויה הזכות לשוויון, הזוכה לפחות להגנה מסוימת.

116 השוו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993), העוסק במרכזיות התביעה להגנה על החיים כחלק מכבוד האדם; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526 (1998), לעניין חיוניות הבחירה ומשמעותו של היעדר הסכמה בכל הנוגע לנטילת סיכון גופני-בריאותי; ולאחרונה, בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, תק-על 2004(1) 326 (2004) שעסק בהסדר הכבילה של העובדים הזרים, ובו קבע השופט לוי כי שלילת בחירה אפקטיבית מאדם באשר לאופן בו יחיה את חייו פוגעת בחייו. בענייננו, אין לילדי אוס-בטין בחירה של ממש בקשר לסיכון שאליו הם נחשפים כדרכם לבית הספר. לעמדה נוגדת ראו בג"צ 8062/05 אל אטרש נ' שר הבריאות, תק-על 2005(4) 2223 (2005) שבו סירב בית המשפט להורות על חיבור דירתה של פעוטה בת שלוש המתגוררת ביישוב בדווי לא מוכר לרשת החשמל על אף שהפעוטה חולה בסרטן ונוזקת למכשירים חשמליים לשם הטיפול בה. בית המשפט קבע כי קיימת להוריה הברירה לעבור לתקופה קצובה למקום מוסדר (במיוחד לאור התחייבות הרשויות לדאוג להיתרים הנדרשים לבנייה) וכן קיימים בידם אמצעים (16 אלף ש"ח מתרומות ומענקים) שיאפשרו הפעלת גנרטור לכמה חודשים. קשה להשתחרר מהפער שבין פסיקה זו לפסיקה בפרשת הפורום לדוריקום. ככל שבכל זאת הבחנה כזו אפשרית, ניתן לומר שבפרשת אל אטרש דובר במשפחה אחת שנתבקשה לעזוב (ולה, לדברי בית המשפט, קיים היה פתרון חלופי), ואילו בפרשת הפורום לדוריקום דובר בכלל ילדי הכפר שנדרש להם פתרון. כמו כן, ניתן לנסות ולהבחין בין בניית גשרון יביל שניתן לסלקו לבין חיבור לרשת החשמל, שיש בו משום פעילות הנדסית הכרוכה לא רק במשאבים אלא גם בסממני קבע. כן יש לתת את הדעת להחלטת הממשלה למצוא פתרון של קבע לעניין אוס-בטין, ולפיכך התקיים צורך למצוא לחושבים שם פתרון ביניים שאינו מחייבם לעבור. כך או אחרת, אין להתעלם מן המתח שקיים בין שני המקרים.

117 בהקשר זה ניתן לטעון שנפגעה גם זכותם הבסיסית של ילדי הישוב לרמת חינוך מינימאלית, אשר

3. סעדים: "פטור חוקתי"

העובדה כי אין בנמצא הליך שיש בו כדי לאפשר לרשות להגשים את התכליות שלשמן הוקמה, מהווה פגיעה בזכות לכבוד האדם כפי שפורט לעיל, ולפיכך נדרשת תגובה שיפוטית: על בית המשפט להוציא צו המורה לרשות להסביר מדוע לא תשלים הליך מזורז שבסיומו ייבנה הגשרון עד שתוכרע הפרשה המרכזית. צו כזה יהווה קונקרטיזציה של סמכויות בית המשפט לפי סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, והוא יישען על ההנחה כי לרשות יש סמכויות-עזר בלתי-מנויות אותן עליה לשכלל.¹¹⁸ עם זאת, ייתכן כי תגובת הרשות תהיה כי הכשל הוא בהוראות החוק עצמן: החוק שולל סמכות שלכאורה ניתן היה לחשוב שמצויה בידי הרשות לשם הגשמת תכליתה. בכך נכפית על הרשות הפגיעה בכבוד האדם. אם כן, אנו נדרשים לפנות למישור החוקתי, שבו נבחנת חוקתיותו של החוק שמכוחו פועלת הרשות. כידוע, חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 ותוקנו ב-1994 אינם מפרטים את הסעדים אותם מוסמך בית משפט להעניק במקרה שנקבע כי חוק אינו עומד בדרישותיהם של חוקי היסוד. מבלי לחזור כאן על מגוון הסעדים החוקתיים האפשריים המוכרים בספרות היסוד הנרחבת בארץ ובעולם,¹¹⁹ נדמה כי אין מחלוקת בעידן החוקתי הנוכחי שלבית המשפט העליון קיימת סמכות לקבוע כי חוק הסותר את חוקי היסוד משנת 1992 הוא משולל תוקף משפטי, ולפיכך אין לנהוג על פיו. סעד זה נשען על האמור בחוקי היסוד עצמם: פסקת ההגבלה (סעיף 8) קובעת כי "אין פוגעים

גרעינה מוגן במסגרת מעגליה הפנימיים של הזכות לכבוד האדם. הפסיקה בישראל לא הכירה בזכות לחינוך בזכות המוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם, (בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך התרבות, פ"ד נ(3) 26 (1996) (דברי השופט אור; אולם שני השופטים האחרים הותירו את העניין לעת מצוא (שם, בעמ' 34)). כמורכב לדעת השופט ברק הזכות לחינוך בזכות עצמאית אינה חוסה תחת כבוד האדם (לעיל הערה 65, בעמ' 422-423). עם זאת הכירה הפסיקה בזכות כ"זכות יסוד" (בג"צ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך פ"ד נו(5), 834 (2001)) או "זכות אדם" (בג"צ 5108/04 אבו – גודה נ' שרת החינוך, תק-על 2004 (3) 2322 (2005)). לפיכך, ולאור מרכזיותה של הזכות להגשמת האוטונומיה האנושית, דומה כי לפחות לפי מודל המעגלים יש להכיר, במסגרת הגרעין המינימאלי הנדרש לשם קיום בכבוד, גם במרכיבי חינוך (השוו: בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, 12.12.2005). לסקירה של המשפט המשווה בסוגיה זו ראו: חגית ברסטל "הזכות לחינוך" (מסמך רקע שהוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כועדה לחוקה בהסכמה רחבה, www.huka.gov.il/wiki/material/data/H05-01-2005_9-25-26_chinuch.rtf (2005) וכן לניתוח מקיף של הזכות לחינוך ראו יורם רבין הזכות לחינוך (2004).

118 לדין בסמכויות עזר ראו יצחק זמיר הסמכות המנהלית 221-269 (1996).

119 ראו, למשל, ברק, פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 65, שער תשיעי, בעמ' 701. דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 25-37 (1994); (1994); KENT ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA (1994); THOMAS A. EATON & MICHAEL WELLS, CONSTITUTIONAL REMEDIES: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION (2002).

בזכויות המוגנות בחוק-יסוד: זה"ו (וגר') ופסקת הכיבוד (סעיף 11) קובעת כי כל רשות מרשויות השלטון (ומכאן – גם הרשות המחוקקת) חייבת לכבד את האמור בחוק היסוד. אולם, בנסיבות מסוימות, הקביעה כי החוק כולו אינו חוקתי ואין לנהוג על פיו (היינו: הענקת סעד המכונה באופן בלתי-מדויק סעד ה"בטלות"),¹²⁰ יוצרת בעיה חוקתית בפני עצמה, משום שיתכן כי המצב בעקבות הקביעה שאין לנהוג על פי החוק יוביל לפגיעה בזכות המוגנת בצורה חריפה יותר מזו שהייתה מתרחשת לו נותר החוק בתוקפו. ייתכנו מצבים בהם היעדרה של הסדרה חוקית כלשהי, או חזרה למצב המשפטי ששרר טרם תוקן החוק – תיקון שנקבע כפוגע בזכות המוגנת – יהיו בעצמם הפרה של חוקי היסוד,¹²¹ והרי גם הרשות השופטת נדרשת לכבדו. זאת ועוד: ייתכנו מצבים מסוימים – וכך המצב בענייננו – בהם החוק עצמו, "על פניו", תקין מבחינה חוקתית, ואילו הבעיה החוקתית מתעוררת רק בנסיבות מסוימות שבהן – ורק בהן – נפגעת זכות חוקתית מוגנת באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. במצב זה תחרוג הרשות השופטת מסמכותה אם תקבע כי אין לנהוג לפי החוק בכללותו, משום שפסקת ההגבלה, הקובעת כאמור כי "אין פוגעים..." וגר', מצומצמת אך למצבים בהם קיימת פגיעה בזכות מוגנת באופן שאינו עומד בפסקת ההגבלה. מכאן נובע שבפיקוח המצבים השגרתיים המוסדרים בחוק, הוראותיו נהנות עדיין מתוקף משפטי מחייב. לעתים מבנה החוק הפוגע מאפשר הפרדת החוק ל"איברים משפטיים", וטיפול רק באיבר מבודד, מבלי לדון

120 הכינוי "בטלות" אינו מדויק, משום שהחוק אינו בטל מן העולם. הוא עדין מופיע בספר החוקים, ומבחינה תאורטית ייתכן שעם שינוי נסיבות מסוים – נסיבות שהובילו לקביעה שהחוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה – ישוב החוק לתוקפו. לפיכך, הכינוי המדויק הוא "קביעה בדבר היעדר תוקף".

121 מקרה מובהק שבו ביטול התיקון הינו בעייתי הוא, למשל, מקרה ה"תיקון המיטיב", שעל אף היותו מיטיב אין הוא מיטיב דיו. מקרה כזה נדון בפרשת צמח (בג"צ 6055/95 צמח ג' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)), שעסקה במשך הזמן שבו ניתן להתזקק חייל במעצר בלי להביאו בפני שופט. בעקבות האמור בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, קבע בית המשפט כי סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר ביקורת שיפוטית גם על תיקון מיטיב. בית המשפט מצא כי המתקן היטיב את מצבו של החייל בקובעו משך זמן מרבי של 96 שעות, ברם משך זמן זה נקבע כפוגע בזכות לחירות באופן בלתי-מידתי. לפי בית המשפט, משך הזמן הראוי עמד על 48 שעות. בית המשפט קצב למחוקק שישה חודשים לתיקון החוק, אלא שלא ברור מן הפסיקה מה אמור לקרות אם הכנסת לא תעמוד בלוח זמנים זה: האם ייקבע כי התיקון המיטיב נעדר תוקף, ויושב המצב שהיה לפניו גם אם מצב זה מרע עם הזכות המוגנת? האם "יקרא" בית המשפט אל תוך החוק את הפתרון החוקתי הראוי בעיניו, ובכך ייפגעו קשות בהפרדת הרשויות ושלטון החוק המהותי? בהקשר זה מוצע כאן פתרון: ניתן לראות את התיקון המיטיב ככולל שני שלבים המגובשים באקט חקיקה אחד: בשלב הראשון ביטול ההסדר הקודם, ובשלב השני קביעתו של הסדר חדש. הקביעה השיפוטית בדבר היעדר תוקף מתייחסת לשלב השני, דהיינו: להסדר החדש. לכן, אם הכנסת לא תקבע משך זמן אחר, כנדרש לפי חוק היסוד, ייוותר זה"ל ללא סמכות מעצר כלל, ובכך תזכה הזכות להגנה מרבית ורשויות הצבא תתמרצנה לפנות לכנסת לשם תיקון החוק.

ביתר הוראות החוק.¹²² אלא, שלעתים מבנה החוק מבחינה תחבירית (ומהותית) אינו מאפשר את הפרדתו למרכיבים המאפשרים את פסילת ההוראה הסותרת בלבד. במקרים שבהם הפרדה אינה אפשרית, אם החוק אינו חוקתי רק במצבים ספציפיים ונקודתיים (as applied) ואינו בלתי-חוקתי באשר הוא (on its face), מתחייב ממבנה חוקי היסוד כי הרשות השופטת תקבע כי אין לנהוג לפי החוק רק במצבים שבהם הוא אינו חוקתי. ניתן לטעון – אם כי הדבר אינו חף מביקורת¹²³ – כי סמכותה של הרשות השופטת לקבוע כי לדרישות החוק אין תוקף משפטי בנסיבות בהן הפעלתן אינה חוקתית כלולה בסמכותה לקבוע כי לחוק באשר הוא אין תוקף משפטי.

יצוין, כי מתן פטור שכזה מדרישות החוק בנסיבות מסוימות הוא סעד חריג ויוצא-דופן. ברוב המקרים ניתן יהיה לפרש את החוק באופן שמאפשר לרשות להפעיל את סמכותה (ובכלל זה את שיקול דעתה) כך שהחוק המסמך ופעולת הרשות על פיו יעמדו

122 טכניקה זו קרויה במשפט האמריקני separability או severability, ובמסגרתה מוסר רק אותו חלק מן החוק הסותר את החוקה כעור שיתר החלקים נותרים תקפים בעינם. ראו, למשל, בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997). שאלה מוכרת היא האם המחוקק רשאי לקבוע בעצמו כי חוק מסוים ניתן ל"הפרדה" כזו, ובאילו מידה קביעתו זו מחייבת את בית המשפט. לדין ראו Michael D. Shumsky, *Severability, Inseverability, and the Rule of Law*, 41 HARV. J. ON LEGIS. 227 (2004); Israel E. Friedman, *Inseverability Clauses in Statutes*, 64 U. CHI. L. REV. 903 (1997); Brooks R. Fudenberg, *Unconstitutional Conditions and Greater Powers: a Separability Approach*, 43 UCLA L. REV. 371 (1995); John Copeland Nagle, *Severability*, 72 N. C. L. REV. 203 (1993).

123 אין להתעלם מכך שהענקת פטור אינה בהכרח נכללת בסמכות לקבוע היעדר תוקף של כלל החוק, שכן בהענקת הפטור מוענקת לבית המשפט – אמנם רק במקרה ספציפי וכלפי עותר נקוב – הסמכות להיכנס אל תוך נבכי החקיקה, סמכות שאיננה מסורה בידו בקובעו היעדר תוקף כללי. ניתן לטעון כי משיקולי דיאלוג בין הרשויות והבטחת הלגיטימציה הנובעת מביטוי רצון העם, ראוי לצמצם את סמכותו של בית המשפט לקביעה בדבר היעדר תוקף כללי. טענה זו חזקה במיוחד בכל האמור לסעיפים הקריים reading in וreading out, הקוראים פנימה והחוצה הוראות אל תוך דבר חקיקה קיים כדי לחלץ אותו מאי-חוקתיות. לתיאורם וליישומם בדין הקנדי ראו, Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; Vriend v. Alberta [1998] 1 S.C.R. 493. Robert Charney, *The Incredible Expanding Code: Vriend v. Alberta*, available at www.yorku.ca/robarts/projects/canada-watch/pdf/vol_7_4-5/charney.pdf.

שוחף אני לביקורת כנגד סעד הקריאה החוצה והקריאה פנימה, ואם אמנם יתפתח הפטור החוקתי לכדי קריאת תניות פטור בעלות תחולה כללית אל תוך החוק, יש להסתייג מסעד זה. אולם, לדעתי, הענקת פטור מיוחד לנסיבות ספציפיות היא בעייתית פחות – לא רק משום שמצומצמת היא למקרה נקודתי ביותר שכלל הנראה לא נצפה על ידי המחוקק, אלא משום שהענקת הפטור אך משעה את תוקף הוראות החוק ומותירה מרחב תגובה בידי המחוקק, בעוד שקריאה החוצה (בשיטת העפרון הכחול) או קריאה פנימה מחליפות למעשה את המחוקק. עמדתי היא שיש להשתמש בסעד זה במקרה מסוים רק אם אין אלטרנטיבה העומדת בדרישותיהן של ההוראות החוקתיות.

בדרישה של חוקי היסוד (או בדרישות החוקה המטריאלית, כפי שהורנו פסק הדין בפרשת קול העם). במצבים אלו יוכל בית המשפט לשרטט, בדרך פרשנית, את גדריהן של פעולות הרשות המותרות על פי החוקה. אך לעתים, כאמור, לשונו של החוק אינה מאפשרת פרשנות (סבירה)¹²⁴ לפיה בידי הרשות שיקול דעת של ממש. במצבים אלו תידרש הרשות השופטת לבחון אם הנורמה החוקתית מחייבת מתן פטור מדרישות החוק בנסיבות העניין המיוחדות. פטור זה, המשעה את תוקפן של דרישות החוק הבלתי-חוקתיות בנסיבות המקרה, ודאי ייחשב במקומותינו כחלק מדוקטרינת "הבטלות היחסית"¹²⁵ וזאת משום שגם הוא מאפשר לבית המשפט להתאים את הסעד להפרה החוקתית. גמישות זו עשויה – לפחות לפי הגישה הפרגמטית למשפט – להקל על בית המשפט בבואו לשרטט את גבולותיה של הזכות, שכן הפרת הזכות (באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה) לא תחייב באופן אוטומטי קביעה בדבר היעדר תוקף (כללי או של סעיף מסוים) בכל מצב. אך הפטור החוקתי מדוד ומדויק יותר בהשוואה לבטלות היחסית המותרת שיקול דעת רחב בידי בית המשפט, משום שבמסגרתו נדרש בית המשפט לדיון בנסיבות המקרה הספציפיות – וכל שבידו לעשות הוא להשעות את תוקפו של החוק בנסיבות אלו, ובהן בלבד.

מקור אפשרי נוסף לסמכות בית המשפט להעניק פטור זה מצוי בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. מתן הסעד, כמקרה פרטי של סעד מן הצדק, מאפשר לבית המשפט – ללא כל צורך להישען על עקרונות צדק בלתי מנויים – להוציא צו המשעה נקודתית, בהליך שיפוטי ספציפי וכלפי צדדים ספציפיים, תוקפו של חוק אשר יישומו פוגע בזכות חוקתית מוגנת¹²⁶. בכך מוסרת אי החוקתיות מן החוק (הן כלפי כולי עלמא והן ביחס לצדדים הספציפיים). הסעד הינו "למען הצדק" בדיוק משום שהוא מיישב בין המקרה הקונקרטי, המיוחד והחריג, ובין התכליות הכלליות שגובשו בחוקה (ככל שתכליות אלו מבטאות צדק, כמובן).¹²⁷ במקרה נקודתי שבו הוראות החוק אינן חוקתיות, הפעלתו של

124 והרי בית המשפט כפוף בפעולתו אף הוא למבחן הסבירות; השוו לדברי השופט זמיר בבג"צ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 479-480 (2001).

125 לתיאור וביקורת ראו דפנה ברק-ארו "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995).

126 סעיף 15(ג) עשוי להיות מקור לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ להפעיל סמכות השעיה שכזו גם במקרה בו הוראות חוק מסוימות סותרות עקרון יסודי המצוי בחוקה המטריאלית – ולא רק בחוקה הכתובה – כל עוד, כמובן, תיתפס החוקה המטריאלית כמסמיכה את בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. ראו להלן ה"ש 141 ולעיל ה"ש 91.

127 נראה, כי נתקשה להפעיל את הפטור החוקתי כסעד למען הצדק כשההוראה החוקתית עצמה, שבשמה נטען כי יש להשעות את החוק, אינה צודקת. אלא שגם לעיקרון זה ייתכנו חריגים, שכן ייתכן שההוראה שברוך כלל אינה צודקת תוכל לתוצאה צודקת אם בכך יושעה חוק שהפעלתו בנסיבות העניין אינה צודקת. לדיון במקרים בהם נאלצו שופטים להתמודד עם הוראות חוקתיות לא צודקות – בין השאר באמצעות פיתוח גישות פרשנות, עילות וסעדים הנשענים על משפט הטבע – ראו JUSTICE ACCUSED, לעיל ה"ש 23.

הסעד למען הצדק – כהוראה חוקתית¹²⁸ – מיישמת את עקרונות הצדק המתקן, החלוקתי, המאחה וההליכי המגולמים בדרך כלל בשיטת המשפט. בפרשת הפורום לדוד קיום, העוסקת בסעד ביניים כל עוד העניין נדון בפני הערכאות, מדובר בורישות הצדק ההליכי. פרשנות זו לסעיף 15(ג) נשענת על ההנחה שככל שהמחוקק פעל בניגוד לחוקה, על בית המשפט, כעניין שבחוקה, להעניק את הסעד המקדם את הצדק בצורה המיטבית בנסיבות העניין.

לפי האמור כאן, סעיף 15(ג) אינו מאפשר לגזור עילה עצמאית מקיומו של הסעד. הפעלתו מחייבת קביעה שיפוטית מוקדמת כי הופרה הוראה חוקתית, למשל: כי נפגעה זכות מוגנת באופן שאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה. בכך הסעד מרפא את הפגם החוקתי בצורה מדויקת, "התפורה" למידותיו, מבלי להתערב יתר על המידה בדיאלוג בין הרשויות ובסמכות הכנסת לבטא את רצון העם באמצעות חקיקה ראשית. ייתכן, כמובן, לטעון שסעד זה קיים גם במצב בו הופרה הוראה של החוקה המטריאלית, אולם לשם כך, כאמור, יש להראות כי החוקה המטריאלית מסמיכה את בית המשפט לבטל חוק הסותר אותה, ולו בנסיבות העניין; עד כה פורשה החוקה המטריאלית כמאפשרת לכנסת לפגוע בה באופן נרחב מאוד.¹²⁹

ביסוסו של הסעד בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה מייחד אותו, כמובן, להליכים בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בעוד שתפיסת הסעד כחלק

128 יודגש שאין בפרשנות זו להוראה הנדונה כדי להשליך על תוקפה של חקיקת-משנה על גווניה השונים או על תוקפם של מעשי מנהל הסותרים עקרונות יסוד של השיטה, ובכללם את עקרונות הצדק. כפי שפירש עד כה בית המשפט את החוקה המטריאלית כמטילה עליו חובה שלא לפעול – ואף לוודא שגופים ציבוריים אחרים הפועלים על פי דין לא יפעלו – על בסיס חקיקת-משנה הפוגעת בזכויות אדם ללא הסמכה מפורשת בחוק (וראו, למשל, בג"צ מיטרני, לעיל ה"ש 96), כך אין מניעה לפרש את החוקה המטריאלית כמטילה חובה דומה ואף עדיפה לעניין עקרונות הצדק, כחלק מעקרונות היסוד של השיטה. לעמדה מעט שונה, שלפיה הצדק הוא שיקול רלבנטי אך לא דווקא מכריע, ראו יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז' 623 (2004).

129 ראו, למשל, פרשת בצול, לעיל ה"ש 73; וראו גם את דעת היחיד של השופט ברק בבג"צ לאור, לעיל ה"ש 73, בעמ' 552-554 המעלה את האפשרות כי לבית המשפט סמכות לבטל חוק של הכנסת הסותר עקרונות יסוד – סמכות שתהיה בתי-הפעלה אם בעתיד תשתנה ההסכמה החברתית בעניין זה. גם הנשיא ברק חזר על ההלכה כי במצב הרברים הנוכחי יש לכנסת הכוח לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה (לפגוע – אך לא דווקא לאיין). ליישום זה של ההלכה ראו, למשל, ע"פ 621/88 פילר ג' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 1, 10-11 (1993). תוקפה של אמרת היחיד של השופט ברק בעידן שלאחר המהפכה החוקתית הזכר בחטף כאפשרות מרחיקת-לכת על ידי השופטת דורנר בבג"צ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון ג' ועדת החוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999), אך שימש למעשה בסיס לדעת המיעוט של השופט לוי בפרשת חורף עזה, להלן ה"ש 134, בעמ' 788. עם הורדת הערה זו לדפוס אמר גם השופט חשין את דברו: בג"צ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל ג' הכנסת תק-על 2006(2) 1559 (2006).

מהסמכות המוענקת בחוקי היסוד מאפשרת לכל מערכת המשפט בישראל, ובכלל זה לבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מנהליים, לעשות בו שימוש במקרים המתאימים.¹³⁰

בין אם מקורו של הסעד בסעיף 15(ג) ובין אם מקורו בחוקי היסוד עצמם – ברגע שנקבע כי הם עליונים – הרי שמבחינה אנליטית הסעד זמין כל אימת שהופרה הוראה חוקתית כלשהי, ובכלל זה נפגעה הזכות לכבוד האדם באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. אי־תלותו של הסעד בהוראה שהופרה אינה משחררת אותנו מהצורך לבדוק כי הפעלת הסעד בנסיבות העניין אכן מרפאת את ההפרה. במקרה הנדון, דומה כי הסעד אכן ירפא את ההפרה לפי כל אחד משלושת המודלים להבנת הזכות לכבוד האדם: לפי מודל מערכות היחסים, הנתמך כאן, יש בשימוש בסעד כדי להשעות נקודתית את הדרישה הסטטוטורית המונעת מרשות התכנון, במקרה הספציפי, לפעול באופן המגשים את תכלית מערכת היחסים בין רשות התכנון לבין התושב הנזקק לפתרון זמני כל עוד ההליך בעניינו תלוי ועומד; לפי מודל ההשפלה, הסעד ממזער את השפלת התושבים בכך שהוא מאפשר לרשות להפעיל את שיקול דעתה ואת סמכויותיה ולהעניק לתושבים היתר שיש בו מזור זמני כך שלא יאלצו לדשדש בסחי; לפי מודל המעגלים, הסעד מאפשר לרשות למלא את חובתה להגן על האוטונומיה של התושבים הנאלצים להסתכן – לסכן את גופם וחייהם – בדרכם לבית הספר בחודשי החורף.

בחירת פועלו המשפטי של הסעד המוצע מראה כי ההשעיה הגלומה במתן הסעד אינה מבטלת את החוק כאשר הוא, ואף אינה שוללת את תוקפם של סעיפי החוק הספציפיים, אלא מתמקדת בעותרים ובנסיבות המקרה המיוחדות. היא אינה מאפשרת לבית המשפט "לקרוא" אל תוך החוק דרך קבע תנאים שאינם כתובים בו (כגון תניות פטור). סעד ה"קריאה פנימה" – דהיינו: כתיבה אל תוך החוק – הוא בעייתי, ותקוותי היא שלא ייקלט במקומותינו, לפחות לעת עתה.¹³¹ כמו כן, לסעד המוצע כאן יש ממד זמני מוגבל מבחינה עקרונית: פועלו הוא כלפי מקרה יחידני – כלפי עותרים מיוחדים המצויים במצב מיוחד בנקודת זמן מסוימת. יכול, למשל, ששינוי הנסיבות יבטל את הפטור וישיב את החוק לתוקפו בעניינם. ככל שהמקרה המיוחד שבא בפני בית המשפט צפוי להישנות בעתיד, כך מצופה המדינה לתת דעתה לפתרון קבע בדרך של תיקון החוק. מטבע הדברים, דרישת העקיבות תחייב שגם עותרים אחרים, המצויים בדיוק באותו מצב, יזכו לפטור חוקתי, והמדינה תידרש לפעול גם לגביהם בהתאם – אולם במקרי ספק

130 בשלב זה מוקדם לנקוט עמדה בשאלה אם ראוי לייחד סעד זה לערכאה מסוימת. בין השאר הדברים תלויים בשאלת "רוחבו" של הפטור החוקתי, כאמור בהערה 132 להלן, ובשאלה אם יש מקום להפעילו רק במקרים "הזועקים לשמים", במקרה הפורום לדייקים. ככל שהפטור קונקרטי ומוגדר לנסיבות המקרה, וככל שהוא יופעל אך במקרים הזועקים לשמים, כך אין סיבה שלא יהיה נגיש לשופטים בכל הערכאות.

131 ראו לעיל ה"ש 123.

נדרשת פנייה למערכת המשפט כדי לוודא שהרשות המבצעת אינה עושה בחוק כבתוך שלה ומעניקה לעצמה פטור מדרישה סטטוטורית כזו או אחרת (גם אם הפטור הוא למטרה ראויה).¹³²

יודגש כי הענקת הפטור החוקתי אינה סוף פסוק: על בית המשפט לבחון את המצב הנורמטיבי שנוצר עם השעייתן של דרישות החוק. אם קיים חוק אחר שחל על המקרה, על בית המשפט להפעילו (או להורות לרשות להפעילו) ככל שהפעלה זו חוקתית. בהקשר זה יצוין כי אי-החוקתיות יכולה לנבוע בדיוק במקום שבו שילובם של חוקים, שכל אחד מהם אינו מעורר על פניו בעיה חוקתית, הוא שפוגע בזכות.¹³³ במצב זה

132 השוו Peter Sankoff, *Constitutional Exemptions: An Ongoing Problem Requiring a Swift Resolution*, 36 U. BRIT. COLUM. L. REV. 231 (2003). במאמר זה התייחס הכותב להבחנה בין פטור "צר" לפטור "רחב": פטור צר חל במקרים שבהם נקבע כי חוק אינו חוקתי ולכן אין לנהוג על פיו, אולם היעדר התוקף הכללי הושעה כדי לתת סיפק בידי המחוקק להגיב, ורק כלפי העותר עצמו החוק יחול היעדר התוקף באופן מיידי (העותר פטור מההשעיה של היעדר התוקף). פטור "רחב" הוא הפטור שבו עסקינן: הוא אינו חלוי בקביעה כי לחוק כשלעצמו אין תוקף, וכל שנקבע הוא שלחוק אין תוקף רק כלפי העותר בנסיבותיו. ניתן לחשוב על "רחב" משתנה גם בקטגוריה שכונתה זה עתה "פטור רחב", החל מפטור המוענק לעותר הספציפי בנסיבותיו וכלה בפטור מדרישות חוק בסוג מסוים של מקרים. דומה כי החל מ"רחב" פטור מסוים ניתן לסווג במקומותינו את הפטור כבטלות יחסית של החוק החלה במקרים מסוימים, אותם ניתן להכליל לכדי קטגוריות. ייתכן שבעתיד יהיו מקרים שבהם פטור "רחב" כזה יהיה נחוץ בישראל, אולם לא זה המקרה בפרשת הפורום לדוקינס. העוסק במקרה ייחודי. יודגש, שכלל שהפטור "רחב" יותר כך מעוררת באופן בולט הבעיה שנדונה לעיל בהערה 123, שכן הכוח החקיקתי המועבר במסגרתו לרשות השופטת עלול לפגוע בתפיסת היחסים בין הרשויות כדיאלוג כן, שבו לכל רשות יש תפקיד הנשען על הבסיס שממנו יונקת היא לגיטימציה. מאידך גיסא, ראוי כי בית המשפט לא יפלה בין עותר אחד למשנהו אם נסיבותיהם אינן שונות שוני רלבנטי, שכן אחרת ייפגע שוויון הכול בפני החוק.

133 טלו, למשל, מצב בו הכנסת מקבלת חוק להקדמת הבחירות, הקובע מועד מסוים לבחירות. על פניו, חוק זה אינו מעורר כל בעיה חוקתית. כעת הניחו כי לפי חוק המפלגות נדרשת רשימה חדשה לרשום עצמה אצל רשם המפלגות פרק זמן מסוים לפני הבחירות. גם חוק זה אינו מעורר על פניו בעיה חוקתית. אלא, שיתכן מצב שבו שילוב החוקים לא יותיר בידי הרשימות החדשות זמן ריאלי להירשם אצל רשם המפלגות, ובכך תיפגע הזכות לבחור ולהיבחר המוגנת בחוק-יסוד: הכנסת. דרך המלך לתיקון הסתירה היא כמובן בחקיקת הכנסת, המעניקה הסדר חלופי למפלגות החדשות. אלא, שאם הכנסת אינה מתכנסת לחוקק הוראת שעה, יידרש בית המשפט להעניק פטור חוקתי למפלגות החדשות – ורק להן, ורק בבחירות הנדונות – מדרישות הזמן – ורק מהן – כפי שהן מוגדרות בחוק המפלגות. משהושעו דרישות הזמן שבחוק המפלגות, יידרש בית המשפט לקבוע דרישות זמן אחרות, מכוח המשפט המקובל, כך שתוגשם הזכות לבחור ולהיבחר באופן שיאפשר מחד גיסא נגישות להליך הפוליטי, ומאידך גיסא, יישמר טוהר ההליך ורשם המפלגות יוכל למלא את תפקידו. אי-הענקת פטור חוקתי בנסיבות כאלה תסתור את הדרישה כי הבחירות לכנסת תהיינה שוויוניות, הכלולה אף היא בחוק היסוד. הדוגמה שהובאה לעיל אינה דמיונית: מצב דומה התרחש בבחירות לכנסת ה-16, אלא שבית המשפט לא נזקק לדיון מהותי כסוגיה שכן המדינה הודיעה למפלגות

יידרש בית המשפט בדונו בסעד הראוי להחליט איזה מהחוקים ואלו מההוראות להשעות כדי להבטיח את מימושה של הזכות הנפגעת (או את הגשמתה של ההוראה החוקתית הנסתרת). לחלופין, ייתכן מצב שבו השעייתן של דרישות החוק תסיט את הסוגיה כולה מהספירה הסטוטורית אל ספירת המשפט המקובל, המצויה כברירת מחדל בכל אשר נפנה. בספרה זו יידרש בית המשפט לפתח סעד ההולם את נסיבות המקרה, בהתאם לעקרונות המשפט המקובל.¹³⁴ מובן שהמחוקק רשאי לבחון את פעולתו של בית המשפט, ולאמץ או לדחות את הפתרון שגובש במשפט המקובל.

הסעד שתואר לעיל אינו חדשני והוא מוכר במשפט הקנדי תחת הכינוי Constitutional exemption.¹³⁵ גם במשפט הקנדי, כאשר החוק חוקתי אך יישומו במקרה מסוים וחריג יוביל לפגיעה בזכות מוגנת – על פי רוב תוך פגיעה בשוויון הזכויות של העותרים – על בית המשפט להשעות את פעולת החוק כלפי העותרים בנסיבות המקרה עד שתידרש המדינה לנושא ותבטיח שוויון זכויות לכול.

נראה, כי גם בפרשת הפורום לדוריקיום קיימת מתחת לפני השטח טענת פגיעה בשוויון הזכויות של העותרים. קשה לחשוב על יישוב יהודי שבו יידרשו תלמידים בבית ספר יסודי, ההולכים לבית הספר, לחצות נחל המזהם בבויב, ותגובת רשויות התכנון תהא כתגובתן בבג"צ הפורום לדוריקיום. מובן כי אין בדברים אלו כדי להאשים את

החדשות, שעתרו לבג"ץ, כי תתיר רישום מפלגות מאוחר. לא ברור כי לרשות המבצעת (או לפרקליטות) הייתה סמכות חוקית להגמיש את הוראות החוק, אלא שלא קם עותר שהסיג על סמכות זו, ככל הנראה משום שהיה ברור לכל שיש למצוא פתרון שיחיר למפלגות החדשות להירשם.

134 *Ubi jus, ibi remedium*: מקום בו קיים דין – קיימת תרופה (להפרתו), כך קבע בית המשפט האנגלי במאה ה-18 בפרשת *Ashby v. White*, 92 E. R. 126 (1703). הלכה זו נקלטה היטב במקומותינו; ראו, לאחרונה, בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 590 (2005). דרישה זו, המטילה חובה על בית המשפט, רלבנטית גם לסוג המקרים שנדון לעיל בהערה 121.

135 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 37.1(h) (4th ed. או ראו 1997). בקנדה אפשרי עיגון הסעד בסעיף 24(1) לחוקה, המעניק לכל מי שנפגעה זכותם החוקתית את הזכות לפנות לכל בית משפט מוסמך לשם קבלת "כל סעד חוקתי אשר לדעת בית המשפט יהא מתאים וצודק בנסיבות העניין", או בסעיף 52 לחוקה, הקובע כי החוקה היא החוק העליון במדינה וכל חוק הסותר את האמור בה ייעדר תוקף (The Constitution Act 1982, being schedule A and (B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982 c.11). מובן שייתכן מתח בין שני סעיפים אלו, אולם מתח זה ניתן ליישוב שכן סעיף 24 גם הוא הוראה חוקתית, ולפיכך סעיף 52 אינו מחייב בהכרח קביעה של היעדר תוקף בכל מקרה. כמו כן, סעיף 24 מוגבל לתביעה בגין הפרת זכות או חירות, בעוד שסעיף 52 חל על הפרתה של כל הוראה חוקתית. על כל פנים, דיון זה ייחודי לקנדה בשל האופן שבו מנוסחת שם החוקה. עד כה, למרות שאפשרות הפעלתו הוזכרה לראשונה בבית המשפט העליון (ראו: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, 315), יושם הסעד בעיקר בערכאות נמוכות, אם כי בתמיכת בית המשפט העליון. ראו, למשל, *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, para 20.

רשויות התכנון בהפליה מכוונת – על כך אין בפנינו ראיות ישירות;¹³⁶ גם אין בדברים אלו כדי להכשיר בנייה בלתי-חוקית או התיישבות לא חוקית (על ידי בדווים או על ידי כל אדם אחר), כפי שאין בדברים אלו כל אמירה לעניין התעלמות אפשרית מצרכיהם התכנוניים הכוללים של הבדווים בנגב ומהשלכותיה האפשריות של התעלמות זו (למשל: בנייה בלתי-חוקית). כל שנאמר כאן הוא שבמסגרת הליכי בנייה, כשעל הפרק מוטל הצורך הבסיסי של ילדים לא להיות חשופים למפגע שיש בו סכנה של ממש (סכנה לפגיעה בזכות האדם על גופו)¹³⁷ בדרכם לבית הספר (תוך מימוש זכותם לחינוך), על הרשות לדאוג לכך שלעת עתה תמוזער הסכנה. הרשות קיימת בדיוק למטרה זו; התעלמות מהסכנה מהווה הפרה של חובת הרשות לפעול למילוי התפקיד שלשמה הוקמה, חובה המקימה זכות של האזרח לקבל ממנה שירות. הפרת חובה זו כלפי האזרח פוגעת במערכת היחסים שבין האזרח לרשות, בכך שהרשות איננה מתייחסת לאזרח כאל אדם בעל זכויות מלאות, דהיינו: כאל אדם שיש לרשות חובות כלפיו. כפי שנטען לעיל, זהו מקרה של הפרת הזכות לכבוד האדם. זהו מצב המאפשר ואולי אף מחייב מתן סעד זמני המורה לרשות לפעול באופן ספציפי – על ידי בניית גשרון או על ידי שיקומו לקראת הגשמים.

בהקשר זה יוזכר כי הדיון בסעד אינו מנותק מהדיון במידתיות הנערך במסגרת פסקת ההגבלה. כידוע, טרם הקביעה שאכן הופרה זכות חוקתית, על בית המשפט להיווכח כי הפגיעה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. במקרה שלפנינו הרשות יכולה לטעון שקיימת אלטרנטיבה שאיננה מצריכה בניית גשרון נוסף – אם על ידי האזרחים ואם על ידי הרשות – בניגוד להליכי התכנון והבנייה. קיומה של אלטרנטיבה זו מיתר את הצורך

136 בג"צ 6532/94 אבר-כף נ' שר החקלאות, פ"ד נ(4) 391, 393-394 (1996).

137 יש לתת את הדעת לכך שהזכות לשלמות הגוף היא זכות פוזיטיבית, דהיינו: זכות המטילה חובה אקטיבית על המדינה להגן עליה. מסקנה זו עולה לאור אופן ניסוחו ופרשנותו של סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". על כך כתב חיים כהן: "חוק-יסוד מטיל חובה על עובדי המדינה להגן על חייו, גופו וכבודו של כל אדם – לא רק להימנע מכל פגיעה בו, אלא לפעול ולעשות למען שלומו". חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" חיים כהן, מבחר כתבים; קציר עשור הגבורות 45, 69 (אהרן ברק ורות גביזון עורכים, 2001). ראו גם עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 452 (1998). כך גם ברק: "...מקום שכבוד האדם אינו מוגן בצורה ראויה, מוטלת החובה על כל רשויות השלטון להגן על כבוד האדם. מכאן, שבהעדר חקיקה מתאימה המגינה כראוי על כבוד האדם, מוטלת חובה על רשויות השלטון לנקוט באמצעים (כגון חקיקה והליכי ביצוע) אשר יגנו על כבוד האדם. ביחס לכבוד האדם מוכר אפוא, לא רק הסטטוס השלילי (status negativus) השומר עליו בפני פגיעה, אלא מוענק לו גם הסטטוס החיובי (status positivus) המטיל חובת עשה להגנתו"; אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 272-273 (1994). מכיוון שבליבתה של הזכות לכבוד האדם מצויה הזכות לחיים ולשלמות הגוף, נראה שהדברים יפים גם לה.

לצוות את המדינה לפעול שלא במסגרת חוקי התכנון והבנייה. למשל, הרשות יכולה לטעון כי במקום ניצבים שני גשרונים – יהא מעמד החוקי אשר יהא¹³⁸ – ואף כי גשרון אחד איננו עביר שכן מי השיטפונות פער נותק בינו לבין גדת הנחל, הרי שהגשרון האחר הוא עביר ומספק. במצב זה יצטרך בית המשפט להיכנס לעובי הקורה העובדתית. תצלומים מן השטח – הן תצלומי קרקע והן תצלומי אוויר – דורשים זמן עיון מועט. קשה להסכים למצב שבו בית המשפט מוציא צו בלא שעמד על המצב העובדתי לאשורו, אפילו אם המדובר בהליכי בג"ץ.¹³⁹ לגופו של עניין, נראה שפעולת המדינה בעקבות צו בג"ץ – פינוי ערוץ הנחל מגרוטאות שחסמו את צינורות הבטון המשמשים כמעברי מים מתחת לגשרון הקיים במקום, וכן עבודות התשתית לדיפון גדות הנחל ובכלל זה הנחת המשטח המחבר את הגשרון עם גדת הנחל שממנה נותק עקב פריצת מי השיטפונות – מגשימה את הרציונל העומד ביסוד העתירה לצו הביניים. לא ברור כי צו בית המשפט להקמת גשר יביל, בהתעלם מן הגשרון הקיים במקום, הוא פתרון משפטי ראוי בגסיכות העניין. כפי שנאמר לעיל, חזקה היא שדיני התכנון והבנייה מגלמים הסדר הבא להגן על הזכויות והאינטרסים של כל הנוגעים בתכנון ובבנייה, ולפיכך סטייה מההסדר החקיקתי במקרים בהם הרשות נתפסה להפעלה מכאנית ולא תכליתית של ההסדר צריכה לעמוד במבחן הפגיעה הפחותה ביותר בהסדר זה. על בית המשפט לוודא כי הצו שהוא נדרש להוציא כדי להגן על זכות חוקתית מפקיע את דיני התכנון והבנייה – ובכלל זה את הכלל כי אין בונים ללא השלמת הליכים – באופן המזערי ביותר, ובכך לא רק לשמור על הפרדת הרשויות אלא גם להגן, באופן מצרפי, על הזכויות של כל הנוגעים בדבר.

ראינו, אם כן, שבפני בית המשפט עמדו שלוש אלטרנטיבות: פרשנות חוק התכנון והבנייה כמחייב על פי תכליתו מתן היתר לגשר זמני בגסיכות העניין, פנייה למשפט המנהלי ובחינת תוקפן של תקנות התכנון והבנייה המונעות הקמת גשר כזה, ופנייה לזכות לכבוד האדם כלפי הרשות וכלפי דיני התכנון והבנייה והענקת "פטור חוקתי" אם נפגעה זכות זו שלא כדין. שלוש אפשרויות אלה אמנם מערערות את יציבותם של דיני התכנון והבנייה במובן זה שהן פותחות בפני צדדים עתידיים אפשרות להעלותן בפני בתי משפט שונים ובהליכים שונים, אך נראה כי הן מתיישבות טוב יותר עם מבנה השיטה ובכלל זה עם עקרונות היסוד החולשים על היחסים בין המוסדות וההליכים השונים

138 אם אכן כך הם פני הדברים, ייתכן שתוצאתו של הדיון המשפטי תהיה הענקת הגנה משפטית לגשרון הקיים מפני הריסה עד שיימצא פתרון מקיף לסוגיה, וזאת למרות שגשרון זה נבנה בעבר ללא היתר. פתרון זה, הנשען הן על הצדק בגסיכות עניין והן על קיומה של זכות חוקתית, אינו זר לדיני התכנון והבנייה; ראו, למשל, לעיל ה"ש 85.

139 השוו לעניין היחס של בג"ץ להפגנות בפסקי הדין הבאים: בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לר(2) 169, 175-179 (1979); בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 403-407, 413 (1984); בג"צ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 480-485 (1994). במקרים אלה בהן בג"ץ את המצב העובדתי לאשורו.

במסגרת השיטה. למותר לציין שאפשרויות אלה מובילות לתוצאה אפקטיבית בשטח, במקרה הקונקרטי, הקרובה מאוד לזו שאליה הגיע בית המשפט. נראה שהאופציה בה בחר בית המשפט אמנם מגיעה לצדק במקרה הקונקרטי, אך טמון בה גרעין מהפכני לא מבוטל.

ה. לפני סיכום: פיתוח דיני היושר החוקתיים?

בית המשפט הוציא צו ביניים בהחלטה בת ארבעה עמודים. הוא ביסס את החלטתו על עליונותו הנורמטיבית של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ולפיכך נכרך פסק הדין בהשלכותיה של המהפכה החוקתית. אלא, שגיתן לראות פסיקה זו גם כדרך אחרת, מהפכנית לא פחות: ייתכן שבית המשפט, על בסיס סעיף 15(ג), הולך ומחיה בישראל את תורת דיני היושר של המשפט האנגלי, שעל פיה ייתכנו מצבים בהם הצדק דורש לחרוג מהכלל המשפטי המסדיר סוגיה מסוימת – ויש להענות לדרישתו זו.¹⁴⁰ מבחינה אנליטית ניתן לראות מהלך זה – אם אכן זה פועלו של בית המשפט בפרשה שלפנינו – כחלק מהמהפכה החוקתית, אלא שבסיסו אינו החוקה הפורמלית כי אם החוקה המטריאלית של מדינת ישראל. אם בעבר ידענו שקיימות נורמות מסוימות בחוקה המטריאלית, ובה כעת קיים בה כלל שעל פיו אין בכוחן של נורמות אלו לשלול את תוקפם של חוקים (או, מבחינה מוסדית, שבית המשפט אינו האורגן המוסמך להורות על אי-אכיפה של חוקים הסותרים נורמות אלו), הנה עתה מודיע לנו בית המשפט כי כוחו של האקוויטי – דין היושר – במונתו. לפי דיני היושר, בית המשפט של היושר מוסמך,

140 על דיני היושר באופן כללי ראו כהן, המשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 99; כן ראו 27A Am. Jur. 2D (1996) §§1-3. Equity למקומם של דיני היושר במשפט הישראלי ראו הערותיהם של השופט חיים כהן, המשפט, בעמ' 107 וכן אליהו וינוגרד צורי מניעה 82 (1993). השוו גם לפסיקה בעת האחרונה, בעיקר בתחומי הקניין: מחד גיסא שללה פסיקה זו את תחולתם של דיני היושר האנגליים בישראל בהתאם לדיני המקרקעין המקומיים, ומאידך גיסא פיתחה "זכות שביושר נוסח ישראל". ראו ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999), ולאחר מכן ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49 (2003). כן ראו את פיתוח "ההגנה מן הצדק" במשפט הפלילי בע"פ 2910/94 מדינת ישראל נ' יפח פ"ד נ(2) 221 (1996); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוכיץ, תק-על 2005(1) 4756 (2005). פיתוח זה נדרן אצל זאב סגל ויצחק זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו בתפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42 (2004); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (2004); אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קרית המשפט א 381, 392 (2001); מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה הערות, ביקורת והצעה למבחן חילופי המשפט יט 80 (2005). מסיבה לא ברורה, בהגנה מן הצדק בית המשפט מדגיש את הפגיעה בתחושת הצדק.

מטעמים שביושר, שלא לפעול על פי נורמה חקוקה בנסיבות מסוימות.¹⁴¹ והנה כאן אף נוסף רובד: לבית המשפט סמכות להורות למדינה לפעול בניגוד לדרישות הנורמה החקוקה.

כתפיה של רשימה זו כמובן צרים מכדי לשאת פיתוח סדור של דיני היושר החוקתיים, אך פטור בלא כלום אי־אפשר. אם היינו נדרשים להתוות אפיק לפיתוח דיני היושר החוקתיים על בסיס הילוכו של בית המשפט בפרשת הפורום לדיוקים, ניתן לשער שמבנהו היה פחות או יותר כך: כאשר המדינה – או רשות מרשויותיה – מתקשה (או אף נכשלת) במילוי תפקידה, בית המשפט עשוי לראות קושי (או כישלון) זה כמונע מהמדינה להפעיל את כוחה הריבוני במלוא עוצמתו כלפי האזרח שפעל ללא זכות שבדין על רקע כישלון זה. לפי תזה זו, המדינה אינה רשאית להתעלם מתוצאות כישלונה. מניעות זו עשויה לקום במיוחד במצב שבו הפר האזרח או התושב דין: אם אמנם נאלץ האזרח להפר את הדין עקב אי־התקינות שבפעילות הרשות או אל נוכח מחדל שלה, דיני היושר עשויים לחייב את המדינה שלא למצות עמו את הדין. מעבר לכך: דיני היושר עשויים להוות משען לאזרח גם במצב בו הוא נעדר זכות שבדין המטילה על המדינה חובה לספק לו הטבה. ייתכנו מקרים מיוחדים – ונדירים – שבהם כשלה הרשות במילוי התפקיד שלשמו נוצרה, בנוקטה הליכים שהם כשלעצמם בעייתיים עד כדי כך שהיא מחויבת למצוא לאזרח או לתושב פתרון חלופי ההולם את התפקיד שלשמו נוצרה הרשות – גם אם לגופו של עניין לא קמה לאזרח או לתושב זכות מהותית בנסיבות אלו. יודגש: אין הכוונה כאן שפלוגי יכול לטעון כי מגיע לו פטור מדרישות החוק רק משום שהמדינה נהגה "לא בסדר". עליו להראות כי אי־התקינות שבפעולת המדינה קשורה קשר ישיר לדרישתו לפטור שכזה. למשל, עליו להראות כי עקב כישלון המדינה הוא עצמו היה מנוע מלנקוט דרכים חלופיות, ולפיכך בחלוף הזמן לא יהיה זה הוגן להתיר למדינה להתעלם מהמשגה שלה עצמה.

ניתן לומר שהתנהגותה הבלתי־תקינה של המדינה – דהיינו: פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם התכלית הספציפית שביסוד קיומה של הרשות – פוגעת בדרישת הצדק ההליכי, לפיה על הליכי יישום הדין (ויצירתו) להיות הוגנים. הצדק ההליכי דורש כי על שני הצדדים – הן האזרח והן הרשות – לפעול לפי הכללים: האזרח נדרש למלא את חובתו על פי חוק והרשות נדרשת להפעיל את סמכותה בהתאם לתכלית של החוק. במצב עניינים בו מופרת ההגינות שבבסיס הצדק ההליכי, המדינה עלולה למצוא את עצמה

141 השו"ע"א 1527/97 אינטרביילדינג חברה לבניין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פ"ד נג(1) 699 (1999), ואח"כ ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה ת"א 4, פ"ד נד(3) 750 (2003), העוסקים בענייני מסים. בראשון בחר בית המשפט העליון להתעלם מהוראה של סעיף בפקודת מס הכנסה לאחר שהגיע למסקנה שהתוצאה בלתי־צודקת, ובשני הפך בית המשפט הנחה חלוטה להנחה הניתנת לסתירה מתוך מטרה להגשים "...שוויון פיסקאלי בין המינים"; ראו שם, בעמ' 762. תודתי נתונה ליוסף מ' ארעי על שהפנה תשומת לבי להיבט זה.

מנועה מהפעלת הדין באופן המתעלם מהפעולה הלא-תקינה של הרשות. עם חלוף הזמן עלולה היא גם למצוא עצמה נאלצת לפעול בדרך מסוימת, ואפשר שאף מתוך חובה להישען על סמכויות שיוריות, שעקב קיומו של חוק הקובע הליכים ספציפיים אינן נגישות לרשויות המדינה בכל מצב אחר. במילים אחרות, במצב שבו הפרה המדינה את תכלית החוק, דיני היושר החוקתיים עשויים לחייבה להשתמש בסמכותה השיורית ולפעול לצד המנגנונים הקבועים בחוק – ולא לפיהם – למימוש תכלית החוק.¹⁴²

בראייה גסה, המבנה של טענה זו דומה למבנה טענת האשם התורם בדיני נזיקין; ניתוח מעודן יותר ימקם טענה זו כפיתוח של דיני ההשתק. אין עסקין באחריות משותפת אלא באחריות של גורם אחד – האזרח – ובכישלונה של הרשות למלא את חובתה הספציפית כלפיו, באופן המונע מהרשות ליישם לאחר מכן את החוק כך שהאזרח לא יזכה להגנה או לטובין שלשם נתינתן ההוגנת הוקמה הרשות. ניתן, אולי, לראות טענה זו כטענה-אחות לטענת ההסתמכות, אלא שהמסגרת המושגית כאן רחבה יותר; היא עשויה לחייב את הרשות לפעול אף ללא סמכות הליכית מפורשת (או בניגוד להליכים המפורשים בחוק), וכן היא עשויה למנוע מהרשות לפעול גם במצבים שבהם ההסתמכות הייתה במובן רחב יותר מזה המוענק לה במשפט הציבורי.¹⁴³

טלו, למשל, מצב שבו רשויות המדינה השונות – רשויות הרווחה או המשטרה – נכשלו בהתמודדות עם קריאה של אשה המוכה תדיר על ידי בן זוגה. אשה זו, לאחר פניות חוזרות ונשנות לרשויות, רוצחת את בעלה. אין ספק שהאשה אחראית לפשע שביצעה, אלא שכישלונן של רשויות האכיפה בביצוע התפקיד שלשמו נוצרו – הגנה על האזרח – מונע מהמדינה להרשיע את האשה בעבירת הרצח. לחלוף הזמן ללא מענה יש

142 ניתן להשוות גישה זו לגישה בית המשפט בבג"צ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993), שם נקבע כי סמכויות הממשל הכלליות המצויות בידי הממשלה מכוח חוקי-יסוד הממשלה נסוגות משהוסדר תחום מסוים בחוק. אולם – כך ניתן להבין את פועלו של בית המשפט שם – אם ההסדר הקבוע בחוק מונע, במקרה נקודתי, את המדינה מהגשמת התכלית שלשמה הוקמה רשות מסוימת, ובכך מוביל לתוצאה הפוגעת בעקרונות היסוד של השיטה פגיעה חריפה – דיני היושר החוקתיים, ככל שניקלטו בישראל, יאפשרו לממשלה ולפועלים מטעמה לשוב ולהפעיל את גרעין הריבונות הראשוני המצוי בידיהם בהליך המקביל לזה שמפורט בחוק. יודגש שוב כי מדובר במצב חריג, וכי נדרשת קביעה שיפוטית המתירה לרשות המבצעת לפעול לצד החוק ולא לפיו. המשגה זו מחייבת עם הקביעה הנוספת המצויה בפרשת קריית גת, שלפיה סמכויות הממשל הכלליות אינן מסמיכות את הממשלה לפגוע בזכויות אדם. מקרה נשוא הערה זו מהווה היפוכה של תמונה: זכויות האדם מחייבות כי תוסמך הממשלה בסמכויות ממשל כלליות לצד הליכי החוק. יודגש כי דיני היושר לא יתירו למדינה להביא עצמה מרצון (או מתוך עצימת עיניים) למצב בו סמכויותיה השיוריות נעו; מניפולציה שכזו תהא בגדר פעולה שלא בתום לב.

143 השוו לדבריו של השופט ברק בסוגיית הסעד בבג"צ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מז(1) 191 (1991).

משמעות משפטית.¹⁴⁴ טלו, למשל, נבחר ציבור שלא מונה כדין לשמש סגן ראש עירייה בשכר. האדם עובד בתפקיד זה במשך זמן, בידיעת הרשות ומבלי שנקטה אמצעים להפסקת פעילותו. בסיום התקופה תובע הנבחר את שכרו. הרשות מסרבת, בטענה – מבוססת כשלעצמה – שלא מולאו הדרישות ההליכיות על פי הדין. לפחות לפי גישתה של השופטת דורנר, הרשות מנועה בנסיבות אלו מהסתמכות על דרישת הדין לאישורים הנדרשים: ההליכים נועדו לא רק למען הרשות אלא גם למען הנבחר, ומשום שהטענה הועלתה בתום התקופה אין לנבחר אפשרות של ממש לבקש בדיעבד את אישור הרשות. משפעלה הרשות כפי שפעלה – ועתותיה היו בידה כשלא דרשה מהנבחר להפסיק את פעילותו כסגן ראש העירייה, ואף לא העלתה את הטענה בדבר היעדר האישור עד לשלב הדיון המשפטי – אין היא רשאית להעמיד כעת את חלופת הזמן האפשרי לאישור לרעת הנבחר.¹⁴⁵ בשינויים המחויבים, ניתן לטעון שזהו מצב הדברים גם ביסוד פרשת הפורום לדו"קים: עניינו של הכפר הלא מוכר מתמשך זמן רב. גם אם בסופו של יום יתברר כי לתושבים אין זכות שבדין להתגורר דווקא שם, ולפיכך היישוב הוא "בלתי-חוקי", על רשויות התכנון למצוא פתרון ליישובם החלופי. עד אשר ייקבע אם אמנם תושבי אום-בטין זכאים להמשיך ולגור ביישובם, על הרשות למצוא פתרון לנחל המזוהם – לא כל שכן לאור החלטת הממשלה להקים יישוב קבע לפזורת אום-בטין. לחלופת הזמן יש משמעות בעולם המשפט: התמשכות ההליכים, ככל שאינה מעשה ידי תושבי הכפר אלא נובעת מנוהלי העבודה של המדינה, מטילה על העותרים נטל בעולם המציאות – הם חשופים לסכנות של ממש. כאמור, הליכי התכנון אינם תכלית בפני עצמה אלא אמצעי להגנה על התושבים בדיוק מסוג כזה של סכנות. במצב עניינים זה הרשות מנועה מלהסתמך על דרישות הדין בנוגע להליכי התכנון. היא אינה יכולה לטעון כי הליכי התכנון על פי דין מונעים ממנה להעניק פתרון זמני למצוקה שלשם התמודדות עמה נועדו אותם הליכי תכנון. מכיוון שמבחינה מהותית החוק מייחד לרשות תפקיד, דיני היושר עשויים לחייב אותה למלא תפקיד זה תוך השעיית ההליך הקבוע בחוק. מיקומו של עקרון מניעות אקטיבית זה ברמה החוקתית – כחלק מהחוקה המטריאלית – משמעו כי הרשות מנועה, כאמור, מלפעול כפי שהחוק מצווה עליה, ולעתים היא אף מחויבת לפעול אקטיבית בניגוד לאיסור הקיים בחוק, ככל שאי-התקינות שבפעולת הרשות הוא חלק מהתשתית שיצרה את הצורך לפעול.

אם אכן זוהי הפרשנות הנכונה לפרשת הפורום לדו"קים, אם אכן בית המשפט הישראלי רואה עצמו מוסמך גם על סמך החוקה המטריאלית שלא לאכוף חוקים, עלינו

144 ראו את המקרה המפורסם של כרמלה בוחבוט. ייחודה של טענת המניעות המוצעת כאן בכך שאינה מחייבת לאמץ את הדרישה ל"חלוקת אשם" בין האשה לבעלה, אלא המוקד נערץ ברשות ובחובתה כלפי האזרח. ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647, 655 (1995) (דברי השופטת דורנר).

145 דנג"צ 10350/02 שר הפנים נ' מטר, פ"ד נח(3) 255 (2004).

לתת את הדעת להתפתחות זו ולהשלכותיה המשטריות, הנורמטיביות והמוסדיות. פיתוחם של דיני יושר חוקתיים אינו עניין של מה בכך. שאלות של סמכות מוסדית – האם רק בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מוסמך לפעול כאמור; שאלות של תוכן – מה הם דיני היושר הישראליים; ושאלות של היחס לנורמות המצויות בחוקי היסוד – מה דינה של הנראה בחוקי היסוד הסותרת את דיני היושר הן רק מקצת השאלות העולות בהקשר זה. לכן נראה כי לו מצא בית המשפט לנכון לפתח דיני יושר חוקתיים, כי אז הפסיקה שלפנינו – החלטה בת ארבעה עמודים שנימוקה שלדיים ועיקרה סעד ביניים – אינה בהכרח הפלטפורמה המיטבית להגשמת מטרה זו.

ו. אחרית דבר זמנית: על מהותה של הערת פסיקה

האמנם מוצדק ריבוי התגובות האקדמיות לפרשת הפורום לדו"קיום? האין על האקדמיה להסן את עצמה, לא כל שכן כשמדובר בהחלטה ביניים תמציתית שאינה פסק דין סופי וחלוט?¹⁴⁶ האין עסקינן במלומדים המשימים עצמם כשופטים ליום אחד ומשתעשעים בביקורת בתנאי מעבדה? לשאלות אלו חשיבות מיוחדת בעידן הנוכחי שבו בית המשפט מפתח, צעד-צעד, את השלכות השינוי החוקתי שהתרחש בעשור האחרון של האלף הקודם, ואפשר שאף הולך ומפתח שינוי חוקתי מקביל בדמות פיתוח כוח שיפוטי מדיני היושר. ימים יגידו אם החלטה זו אכן מהווה נדבך טרנספורמטיבי או שמא לפנינו אך הערת שוליים בזרם הפסיקה. על כל פנים, דומה כי דווקא כעת מוטלת על הקהילה המשפטית חובה להביט ביתר קרבה בדין יציר השפיטה המתפתח במקומותינו. אכן, אופן התבוננות שכזה כולל, מעצם טיבו, מרכיב ביקורתי. כך לגבי בג"צ הפורום לדו"קיום וכך לגבי יתר מרכיביה של המהפכה החוקתית. השתכללותה של חקיקת חוקי היסוד לכדי מהפכה, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי,¹⁴⁷ עוררה גל תגובות שאותו ניתן לתאר כנרגש. העולם האקדמי ככלל, למרות תמיכתו הכללית ברעיון הביקורת השיפוטי על חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד, נותר חלוק בשאלת הדרך והתזמון. לא ברור אם הפסיקה בפרשת בנק המזרחי, כמו גם תשחיתה

146 הדברים האמורים נכונים לחדש יולי, 2005. השוו לאיסור הסוביודיצה בסעיפים 70 ו-71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, החל, לפי התיקון, על עניינים פליליים בלבד. ראו גם את הדיון האקדמי בפרשת נחמני, לעיל ה"ש 20, שהתנהל בשעה שהמקרה עמד בפני הכרעה – דיון שעליו נסמך לבסוף בית המשפט: חיים גזו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח 83 (1994); אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גזו" עיוני משפט יט 433 (1995); חיים גזו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט 453 (1995).

147 לעיל ה"ש 2.

התאורטית, הייתה היחידה האפשרית או אף הטובה ביותר בנסיבות העניין. מבט השוואתי מראה כי לפחות כמדינה אחת – קנדה – נקט בית המשפט מהלך הפוך, ובכך הוביל לחיקת חוקה בהסכמה.¹⁴⁸ מעניין לראות אם גם מהלכו של בית המשפט העליון הישראלי יוביל לאותה מידת לגיטימציה. כולנו תקווה שכן, מבלי שבית המשפט יאלץ לשלם מחיר מוסדי, שכן חוסנו של בית המשפט הוא מרכיב חשוב ביותר בהגנה על זכויות האדם בישראל, ובית המשפט אכן ניצב לא אחת בעין הסערה בבואו להגן על זכויות.¹⁴⁹ אם כן, עלינו להקפיד שהביקורת האקדמית (והציבורית) הנמתחת על בית המשפט – כמו גם התנהלותו של בית המשפט המקימה ביקורת זו – לא יובילו לפגיעה ביכולתו של בית המשפט להגן על זכויות אדם בישראל. על כולנו לשמור על אמון הציבור במערכת, בראש ובראשונה על ידי הקפדה על שימוש בכוח שניתן לנו – אם כוח פורמלי ואם כוח פרופסיונלי – בהתאם לדרישות ההצדקה המכוננות את השיח שבמסגרתו אנו פועלים. במילים אחרות, מוטלת עלינו האקדמאים החובה לבקר את בית המשפט, אך בביקורתנו עלינו לעמוד לפחות באותם סטנדרטים של הנמקה שאנו מצפים כי בית המשפט יעמוד בהם.

תהיינה הסתייגויות המלומדים למהפכה החוקתית (ובכלל זה למהפכה האפשרית

148 Reference re: Amendment of Constitution of Canada [1981], 1 S.C.R. 753; ולניתוח פסק דין זה ראו: PETER RUSSELL, THE COURT AND THE CONSTITUTION: COMMENTS ON THE SUPREME COURT REFERENCE ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT (1982). החוקה שהתקבלה בעקבות מהלכו זה של בית המשפט מצהירה על עליונותה, מסמיכה את הרשות השופטת לבקר חקיקה, ולפיכך הפעלת ביקורת כזו נתפסת כלגיטימית על ידי מרבית האזרחים (ראו, למשל, Centre for Research and Information on Canada, *The Charter: Dividing or Uniting Canadians?*, CRIC Paper No. 5, April 2002, available at www.cric.ca/pdf/cahiers/cricpapers_april_2002.pdf). מובן, כי הוויכוח על הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית קיים גם שם, אך בעוצמות אחרות. ראו, למשל, CHRISTOPHER P. MANFREDI, JUDICIAL POWER AND THE CHARTER: CANADA AND THE PARADOX OF LIBERAL CONSTITUTIONALISM (2d. ed. 2001); Sujit Choudhry, *Book Reviews*, 1 INTL. J. OF CON. L. 379 (2003); Sujit Choudhry & Claire Hunter, *Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 48 MCGILL LAW JOURNAL, 525 (2003); Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Misrepresenting the Supreme Court's Record? A Comment on Choudhry and Hunter*, 49 MCGILL LAW JOURNAL 741 (2003); Sujit Choudhry & Claire Hunter, *Continuing the Conversation: A Reply to Manfredi and Kelly*, 49 MCGILL LAW JOURNAL 765 (2004).

149 דוגמאות לכך נמצאות בין השאר בפסקי הדין הבאים: בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999); וכן צו ביניים שהורה לצה"ל להימנע מפינוי גופות ההרוגים הפלסטיניים בגנין עד לקיום הדין בעתירה, יומיים לאחר מכן – בג"צ 3114/02 חבר כנסת ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).

הטמונה בבג"צ הפורום לדיוקים) אשר תהיינה, אין חולק שדברי מלומדים ככאלה אינם בעלי מעמד משפטי מחייב כלשהו.¹⁵⁰ עם זאת, מבחינה מהותית, הערת הפסיקה מהווה חלק חשוב כאחד ממנגנוני הביקורת המרכזיים הקיימים במסגרת האיזונים, הבלמים והגשרים בין רשויות השלטון השונות (הן הרשויות הפורמליות והן הרשויות החברתיות).¹⁵¹ על האקדמיה מוטל תפקיד שאיננו רק ביקורתי – להעיר לפסיקה היכן שגתה,¹⁵² אלא גם קונסטרוקטיבי – להעיר כיצד ניתן לנתח באופן הטוב ביותר מצב משפטי מסוים,¹⁵³ דווקא משום שהאקדמיה פועלת בתנאי מעבדה, ומתוך מודעות מלאה לכך שהאתריות הסופית מוטלת על השופטים כאנשי מקצוע הנושאים בנטל ההכרעה.¹⁵⁴

ברשימה זו טענתי כי האופן שבו ניתח בית המשפט את סמכותו לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה הוא בעייתי – לא משום שהצדק כשלעצמו הוא מושג שונה מהותית מהמשפט בהיותו "עמום" או "סובייקטיבי", אלא משום שסעיף 15(ג) עוסק בסעד ולא בעילה עצמאית. יצירת עילה עצמאית שלפיה חוק שאינו צודק אינו חוקתי אינה מתיישבת עם מבנה הדין הקיים בישראל; נדרשת אמירה ברורה של הכנסת בטרם תינתן לבית המשפט סמכות שבדין – במובחן מסמכות מוסרית – לשלול תוקפו של חוק משום שיישומו אינו צודק בנסיבות העניין. הצעתי חלופה לניתוח פרשת הפורום לדיוקים, שבבסיסה הזכות לכבוד האדם. זכות זו דורשת כי הרשות, הפועלת במסגרת

150 ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 382, 385.

151 Abner J. Mikva, *For Whom Judges Write*, 61 S. CAL. L. REV. 1357, 1364-1367 (1988).

152 לעתים מדובר בשגיאות של ממש, הנובעות מהתעלמות בלתי-מכוונת מדבר חקיקה מסוים. ראו לדוגמה את מאמרו של אילן סבן "קול (רד-לשתי) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה ג' עיריית תל-אביב-יפו" עיוני משפט כז 109, 137-138 (2003), המצביע על כך שבית המשפט שגה בקובעו כי אין בנמצא דבר חקיקה החולש על הסוגיה הנדונה.

153 יוסף גרוס "בית המשפט והאקדמיה" המשפט ו 209, 215 (2001).

154 מעניין לציין שהאקדמיה עצמה איננה בטוחה לגבי מעמד הערת הפסיקה. בעוד שבשנים עברו ניתוח מדויק של פסיקה היה אחד מאבני היסוד של הפרסום האקדמי המקובל, כיום טר חנה, וכתובה רב-תחומית העוסקת בתאוריה גבוהה החליפה את העיסוק הדוקטרינרי בפסיקה עכשווית. כאשר מופיעות בכתבי העת הערות פסיקה, לא אחת הן "מוזמנות" על ידי כתב העת (ולמותר לציין שהערה זו אינה מוזמנת). הערות הפסיקה ממקמות לא אחת בסוף הגיליון, כהערת סיום. מעמדה של הערת הפסיקה נמוך יחסית גם בוועדות הקידום למיניהן, המעדיפות פרסום בכתבי עת זרים – כתיבה העוסקת ברובה בנושאים החוצים מערכות משפט ואיננה מתמקדת בפסיקה מקומית, עקב מגבלות השיח הבינ-מדינתי (עם זאת השוואה של Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994)). העובדה שהפסיקה מתעדכנת בקצב מהיר יותר מקצב הוצאתם של כתבי עת משפטיים ודאי שאינה מתמרצת את החוקרים, שכן מה טעם לעסוק בפסיקה שאיננה עדכנית? לבעיה זו ודאי ניתן למצוא פתרון טכנולוגי (ראו, לדוגמה, את השקת כתב העת המקוון של אוניברסיטת חיפה הארת דין, המוקדש כולו להערות פסיקה וחקיקה: http://law.haifa.ac.il/lawatch/lawatch_index.asp).

מערכת היחסים עם האזרח, תמלא את תפקידה באופן המעניק מענה לצורכי האזרח שלשם מילויים היא קיימת. כן הצעתי כי הסעד הראוי במקרה זה הוא מסוג "פטור חוקתי", הפותר את הבעיה של פזורת אוס-בטין מבלי לפגום בתקפותן של הוראות החוק במקרים אחרים. מעבר להצעות אלו העליתי השערה כי פרשת הפורום לדו-קיום ניתנת להבנה כנדבך ביצירת דיני יושר חוקתיים, שבבסיסם סוג של טענת מניעות: כאשר הרשות פועלת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכלית התפקיד שלשמו נוצרה בדין, היא לא תוכל להסתמך על הדין כ"תירוץ" לאי-מילוי תפקידה או לאי-התקנות שבמילוי תפקידה. לפי פירוש זה, פרשת הפורום לדו-קיום כוללת שינוי של ממש – שלא לומר מהפכה – במבנה החוקתי הישראלי, שראוי כי ניתן עליו דעתנו.

דווקא בעידן שבו מדינת ישראל עוסקת בגיבוש החוקה על דרך הפסיקה, או לכל הפחות על דרך דיאלוג בין הרשות השופטת לרשות המכוננת, תשכיל לעשות גם האקדמיה אם תקצה את תשומת-הלב הנדרשת לעיסוק בפסיקה מקומית על ערכאותיה השונות, ובכלל זה פסיקה שכל עניינה סער ביניים.