

## משפט חוקתי



## **"סעד למען הצדק": שני דגמים של סמכות עניינית בלתי-קונוונציונלית**

מאת

**יהושע (שוקי) שגב\***

מאמר זה בוחן את התפתחות הפסיקה והמחלוקות ביחס לסמכותו הפונקציונאלית של הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק. סמכות זו הייתה מסימני ההיכר הבולטים של הבג"ץ מאז ומתמיד, ועוד. בשנות החמישים והשישים ניכרה מגמה של הכפפה מוגברת של פעולות השלטון לביקורת שיפוטית מכוחה. יתרה מזאת, לעיתים שימשה סמכות זו בסיס לפיתוח המשפט הציבורי הדיוני והמהותי הנוהג בבג"ץ. עם זאת, הטענה המרכזית במאמר זה היא שחל שינוי בבסיס וביסודות הנורמטיביים של מגמות אלו, וכי שינוי זה הוביל ומוביל לטיפול שונה בשאלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק. במרכזו של המאמר יעומתו שני דגמים נורמטיביים מתחרים לסמכותו של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק: הדגם הקאנטיאני והדגם הלוקיאני. על פי הדגם הקאנטיאני, סמכות הבג"ץ נגזרת מהאיכויות ומהיתרונות שבהתערבות הבג"ץ בחיי הפרט והחברה בישראל. על פי הדגם הלוקיאני, סמכות הבג"ץ נגזרת ממעשים ומיחסי גומלין המגלים את רצון הפרט והחברה בהתערבות בג"ץ. למרות שבכל זמן נתון ניתן לזהות את שני הדגמים הנ"ל בפסיקת הבג"ץ ביחס לסמכות להעניק סעד למען הצדק, ניתן לאורך השנים לגלות תנועה מהדגם הלוקיאני אל הדגם הקאנטיאני. ההבחנה בין הדגמים האמורים תניב הבנה עמוקה ומדויקת יותר של ההתפתחויות בפסיקת בג"ץ ביחס לסמכותו להעניק סעד למען הצדק ושיטות העבודה שאומצו בפיתוח סמכות זו, ותהיה בה גם תרומה למיפוי המחלוקות והקשיים שהיא עוררה ומעוררת. עם זאת, מטרתו של המאמר אינה להגן

\* מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. דואר אלקטרוני: segejosh@netanya.ac.il. ברצוני להודות לעורך כתב העת קרית המשפט, ד"ר עמיחי כהן, לקורא החיצוני ולחברי המערכת על הערותיהם המועילות והחשובות ועל תרומתם לפרסום מאמר זה.

בהכרח על דגם מסוים של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. מטרתו צנועה יותר, לעורר את תשומת ליבם של חסידי דגמי הסמכות השונים ומתנגדיהם להנחות, לגבולות ולסכנות הטמונים בשיח העכשווי בדבר סמכותו הבלתי קונבנציונאלית של בג"ץ.

- א. הקדמה
- ב. על הסמכות העניינית
- ג. על הסמכות העניינית להעניק סעד למען הצדק
  1. כללי
  2. על טיבה והיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק
  3. על כוחו של המחוקק לצמצם או לבטל את הסמכות להעניק סעד למען הצדק
- ד. תפיסת הסמכות של עמנואל קאנט
  1. כללי
  2. הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק
  3. מיפוי מחלוקות בעזרת הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק
- ה. תפיסת הסמכות של ג'ון לוק
  1. כללי
  2. הדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק
  3. מיפוי המחלוקות שהתעוררו לגבי הדגם הלוקיאני
- ו. סיכום ומסקנות

#### א. הקדמה

באחרונה, בעקבות החלטות שונות של בית המשפט העליון, ניעורה שוב המחלוקת לגבי סמכותו הכללית של בית המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ) לתת סעד הנדרש למען הצדק.<sup>1</sup> בבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות,<sup>2</sup> נתן בג"ץ, בהרכב של שלושה שופטים, צו ביניים להקמת גשרון מעל נחל חברון בניגוד לדיני התכנון והבנייה מכוח סמכותו ה"בלתי-קונבנציונלית"<sup>3</sup> להושיט סעד למען הצדק. בבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות

1 על הבסיס הסטטוטורי של הסמכות להעניק "סעד למען הצדק" ראו פרק ג. לבחינה ביקורתית מוקדמת של שורשיה ההיסטוריים של הסמכות להעניק סעד למען הצדק של בג"ץ הישראלי ראו יצחק זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 225 (גד טדסקי עורך, 1964). לבחינה היסטורית מקיפה של הקמת הבג"ץ על ידי הבריטים ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225 (תשס"ד).

2 בבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) (להלן: עניין הפורום).

3 שם, בעמ' 106.

המרכזית לכנסת השש-עשרה<sup>4</sup> קבע בג"ץ, כי הוראה בחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969,<sup>5</sup> שהתפרשה בפסיקה כמעניקה "חסינות דיונית"<sup>6</sup> כנגד ביקורת שיפוטית, אין בכוחה לשלול את סמכותו של בג"ץ, ועל כן היא "בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית המשפט הגבוה לצדק."<sup>7</sup> בבג"ץ 8296/06 פוקס נ' נשיא המדינה<sup>8</sup> דן בג"ץ בעתירה להפסקת כהונתו של נשיא המדינה משה קצב למרות הוראת סעיף 13 לחוק יסוד: נשיא המדינה,<sup>9</sup> הקובעת, כי "לא יתן נשיא המדינה את הדין בפני כל בית משפט או בית דין בשל דבר הקשור בתפקידו או בסמכויותיו."<sup>10</sup> פרופסור בנדור כתב בתגובה לפסקי הדין בעניין הפורום ובעניין חרות, כי הם "מרחיקים-לכת במיוחד ויש בהם פוטנציאל של הפיכת ה'צדק' לעקרון על חוקתי כללי, הגובר על חוקי המדינה"<sup>11</sup>, והוסיף, כי "במדינה שבה שורר שלטון המשפט, ולא שלטון השופטים, הפתרון לחוק בלתי-צודק שאינו סותר הוראה חוקתית ספציפית הוא תיקון מזורז של החוק ולא התעלמות ממנו."<sup>12</sup> בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט התריס חבר הכנסת מיכאל איתן בעקבות עניין הפורום ועניין פוקס בפני נשיאת בית המשפט העליון, השופטת דורית בייניש, שהשתתפה בדיוני הוועדה, כי באמצעות "טעמים מהצדק" בג"ץ הוא היחיד שאינו כפוף לחוק ואינו מכבד את הוראות החוק וחוקי היסוד.<sup>13</sup>

מנגד, יצאה דוקטור נויא רימלט להגנה על הבג"ץ. לגישתה, סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה,<sup>14</sup> "הוא סעיף יוצא דופן, המעניק לבית המשפט סמכות שאין לה מקבילה בשיטות-משפט אחרות."<sup>15</sup> על פי רימלט, הפיכת עקרון הצדק לאמת מידה רלבנטית לסמכות בג"ץ לשם בחינת פועלן של הרשויות השונות, ובכלל זה הרשות המחוקקת, היא פרשנות מהותית ראויה לחוק יסוד: השפיטה. בהינתן הבחירה בין עולם המשפט

- 4 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003) (להלן: עניין חרות).
- 5 חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס"ח 103 (להלן: חוק הבחירות).
- 6 עניין חרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 755.
- 7 שם, בעמ' 756.
- 8 בג"ץ 8296/06 פוקס נ' נשיא המדינה, תק-על 2006(4) 2662 (2006) (להלן: עניין פוקס).
- 9 חוק יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118 (להלן: חוק יסוד: נשיא המדינה).
- 10 למרות טענות היעדר הסמכות שהועלו בפני בג"ץ, הועברה עתירה זו לדיון בפני מותב תלת על ידי השופט דוד חשין, ולבסוף נמחקה על ידי הנשיאה ביניש והשופטים פרוקצ'יה וחשין רק בשל הודעתו של בא כוח הנשיא, עו"ד דוד ליבאי, כי אם לאחר תום החקירה ובחינת חומר החקירה יוחלט להעמיד לדין את הנשיא, יודיע הלה על התפטרותו כדי לאפשר הגשת כתב אישום נגדו (עניין פוקס, לעיל ה"ש 8, החלטה מ-27.11.06).
- 11 אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 309 (תשס"ג).
- 12 שם.
- 13 פרוטוקול ישיבה מס' 64 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (7.11.2006).
- 14 חוק יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78 (להלן: חוק יסוד: השפיטה).
- 15 נויא רימלט "בית המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל ו 311, 312 (תשס"ג).

הפורמליסטי, שבו אפשר לשנות הסדר בלתי-צודק רק בפרוצדורות בירוקרטיות רגילות, ובין עולם המשפט של שופטי בג"ץ, שבו בית המשפט רשאי במקרים זועקים לשמים להעניק סעד מן הצדק אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, מעדיפה רימלט את עולמם של האחרונים.<sup>16</sup> אולם בניגוד לעמדתה הנחרצת של רימלט, בנוסחי החוקות המתגבשים בוועדת חוקה, חוק ומשפט ובמכון הישראלי לדמוקרטיה מוצע להמיר נוסח זה של סמכותו של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק "בלשון מוגדרת יותר"<sup>17</sup> ואף נטען, "כי אין הכרח לשמר בחוקה את שמו ההיסטורי של בית המשפט העליון"<sup>18</sup> בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

למעשה ההחלטות בעניין הפורום, בעניין חרות ובעניין פוקס אינן ההחלטות היחידות שעוררו סערה בקרב הקהילה המשפטית והפוליטית לגבי סמכותו של בית המשפט העליון.<sup>19</sup> חוט השני המקשר בין החלטות אלו ואחרות בשאר תחומי המשפט הציבורי, טוענים רבים, הוא האקטיביזם השיפוטי. תמימות הדעים בקהילה המשפטית היא שברבות השנים חל שינוי עמוק בפסיקה הכללית של בית המשפט העליון.<sup>20</sup> למן שנות השמונים נוטה בית המשפט העליון להתערב רבות במדיניות של גופי הממשל השונים תוך שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר בניהול המדינה ובקביעת הערכים שישררו במדינה בהשוואה למוסדות ממשל אחרים.<sup>21</sup> מטבע הדברים, נדרש

16 שם, בעמ' 312.

17 דברי הסבר לסעיף 157 להצעת חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה. במקום הנוסח הקיים קובע סעיף 157 להצעת החוקה של המכון לדמוקרטיה, כי "157. (א) ...; (ב) בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ידון בעתירות נגד החלטות, מעשים או מחללים של אנשים או גופים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין; (ג) ...; (ד) סמכויות אחרות של בית המשפט העליון והרכבו ייקבעו בחוק". חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר 227 (2005). השוו סעיף 12 לפרק שישי: השפיטה, להצעת חוקה בהסכמה רחבה של ועדת חוקה – חוק ומשפט הקובע, כי "12. (א) בית המשפט העליון ידון באלה: (1) ... (2) עתירות למתן צווים [או: סעד נגד] לרשויות השלטון, לרשויות מקומיות, ולכל גוף אחר הממלא תפקיד ציבורי על פי דין [גרסה ב': ובלבד שאין העניין נתון לסמכותו של בית משפט או בית דין אחר]; [גרסה ג': בעניינים אלה ידון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק]; (3) שאלות חוקתיות שהועמדו לבית המשפט העליון...; (4) עניינים נוספים כפי שיקבע בחוק".

18 שם, דברי הסבר לגרסה ג סעיף 12(2) לפרק שישי: השפיטה, להצעת חוקה בהסכמה רחבה של ועדת חוקה – חוק ומשפט.

19 אין ספק, כי ההחלטה החשובה ביותר בעניין סמכות בית המשפט העליון של העשור האחרון, ואולי בכלל, היא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין מזרחי). בעניין מזרחי בית המשפט העליון פסע בצעדי מקבילו האמריקני ונטל לעצמו סמכות כמעט בלתי-מוגבלת לבקר את תוקפה של חקיקה ראשית, אך זאת בהיעדרה של חוקה במשמעותה הקונוונציונלית.

20 דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 551, 552–551 (1990); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (תשנ"ג); משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (תשמ"ט).

21 רות גביון ומרדכי קרמניצר "פתח דבר" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 1 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, תש"ס); שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט 461

בית המשפט העליון להרחיב את סמכותו להעניק סעד למען הצדק כדי לספק את שאיפותיו האקטיביסטיות.<sup>22</sup> אקטיביזם זה הוביל בעניין הפורום, בעניין חרות ובעניין פוקס להרחבה ולביצור סמכותו של הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק,<sup>23</sup> עד כי הם עשויים "להוביל למסקנה" שמציין פרופסור דותן, כי "אין למעשה שום מגבלות סמכות העומדות בפני שופטי בג"ץ".<sup>24</sup>

אולם בהסבר זה יש כדי להחמיץ את התפתחות הפסיקה והמחלוקות לגבי סמכותו הפונקציונלית של הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק. סמכות זו היתה מסימני ההיכר הבולטים של הבג"ץ מאז ומתמיד, ועוד בשנות החמישים והשישים ניכרה מגמה של הכפפה מוגברת של פעולות השלטון לביקורת שיפוטית מכוחה.<sup>25</sup> בהתאם לכך שימשה סמכות זו בסיס להרחבת סוגי העניינים שבהם בג"ץ יכול לדון,<sup>26</sup> מגוון הסעדים

(2004); יצחק זמיר "המשפט הציבורי: מהפכה או התפתחות?" משפטים יט 563 (1990); מנחם

מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" עלי משפט ד 7 (תשס"ה).

22 ראו, למשל, יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 5, 8 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, תש"ס) ("שופטי בג"ץ עשו שימוש נרחב...[בסעיף 15(ג) חוק יסוד: השפיטה המעניק סמכות להעניק סעד למען הצדק – י"ש] על מנת להרחיב את תחום הביקורת שלהם על פעולותיהן של רשויות השלטון השונות").

23 ניתן גם למצוא בדברי דוקטור רימלט הד לגישתו של פרופסור מאוטנר (לעיל ה"ש 20), ככל שהדבר נוגע לסמכות בג"ץ. פרופסור מאוטנר מציע הסבר מפורט לאקטיביזם המוגבר בפסיקת בית המשפט העליון החל בשנות השמונים. לפי מאוטנר, הדבר הממשי ביותר שקרה בפסיקה של שנות השמונים הוא הירידה במעמדה של תפיסת עולם שלמה באשר לדרך שבה על בית המשפט להפעיל את נורמות המשפט ובאשר לתפקידו במערכת המשפט של מדינת ישראל. התפיסה המסורתית של הפורמליזם המשפטי איבדה מעוצמתה והוחלפה בהדרגה בתפיסת עולם לא-פורמליסטית, המדגישה את המימד הערכי של המשפט ואת התפקיד שהמשפט ממלא במדינה ובחברה. כמו כן מעדיפה רימלט את עולמם הערכי, "עולם משפט הצדק של השופטים" על פני "עולם המשפט הפורמליסטי של בנדור", רימלט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 312. בהזדמנות אחרת יצאתי כנגד הגישה המשקיפה על ההתפתחויות במשפט החוקתי הישראלי כההליך של ירידת הפורמליזם המשפטי ועליית הערכים. טענתי היתה, כי התזה בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט החוקתי אינה נכונה. המשפט החוקתי הישראלי מעולם לא היה פורמליסטי, בין השאר בשל התפתחותו של משפט חוקתי ענף ופורה בשנות החמישים והשישים, כל זאת בהיעדרו של טקסט חוקתי פורמלי. ראו יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג 303 (2003–2004).

24 דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 8.

25 ראו בג"ץ 663/78 מנהלת קריית-ארבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לג(2) 398, 405 (1979) (להלן: עניין קריית-ארבע) ("...במקרים רבים שימשה ההוראה בסעיף 7(א) בדבר "סעד למען הצדק" כמנוף להרחבת סמכותו של בג"ץ הרבה מעבר לעניינים שבהם מוסמך בג"ץ לדון לפי סעיף 7(ב) של חוק בתי המשפט"); וגם בג"ץ 108/49 בוכמן את שולייך שותפות רשומה כחוק נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד ג 182, 186–187 (1950) (להלן: עניין בוכמן את שולייך) ("בשורה ארוכה של פסקי דין... נדונה שאלת כוחותיו של בית משפט זה, והדעה הרווחת ברוב המכריע היא בעד צמצום התחומין... עם כל זה ניכרים בהלכה הפסוקה, זעיר פה וזעיר שם סימנים של מאמץ להרחיב את הגבולין").

26 בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, 1027–1028 (1962) (להלן: עניין כהן)

שהוא רשאי להושיט,<sup>27</sup> ובכלל זה סעד הצהרתי,<sup>28</sup> סעד פיצויים<sup>29</sup> וזהות הגופים והאנשים הכפופים לפיקוח בג"ץ.<sup>30</sup> הטענה המרכזית במאמר זה היא, שחל שינוי בבסיס וביסודות הנורמטיביים של הרחבה זו, ושינוי זה הוביל, ומוביל, לטיפול שונה בשאלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק.<sup>31</sup>

מאמר זה בוחן את התפתחות הפסיקה והמחלוקות לגבי סמכותו של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק. תחילה אבחן את מאפייני הסמכות העניינית של בתי משפט, בכלל (פרק ב), ואת סמכותו העניינית של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק, בפרט (פרק ג). במרכזו של המאמר יעומתו שני דגמים נורמטיביים מתחרים לסמכותו הבלתי-קונוונציונלית של בית המשפט העליון: הדגם הקאנטיאני (פרק ד) והדגם הלוקיאני (פרק ה). על פי הדגם הקאנטיאני, סמכות הבג"ץ נגזרת

(“אין לנקוט במידה נוקשה לגבי טיב הזכות, שעל שלילתה או על הפגיעה בה ניתן להתלונן בבית-המשפט הגבוה לצדק... כאשר התערבותנו דרושה לשם עשיית הצדק, די לו לאזרח בהסתמכו על אינטרס גיטימי בעשיית הפעולה הנדרשת מהשלטון או באי עשייתה, כדי להקנות לו זכות ומעמד לבוא ולשפוך לפנינו תחינתו”); וכן בג"ץ 79/63 טרודלר נ' ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת השרון, פ"ד יז 2503, 2513–2514 (1963) (להלן: עניין טרודלר) (“סעיף 7(א) בחוק – כמו סימן 43 לדבר המלך במועצה שקדם לו – אין לו אחר ורע באנגליה. הוא מפקיד בידי בית-משפט זה את הכוח לפתוח את שעריו בפני כל מי אשר הוא סבור שיש להושיט לו סעד למען הצדק. הוא רשאי להתערב בכל מקרה שנראה לו כי התערבותו דרושה לשם השלטת הצדק במדינה”).

27 ראו, למשל, דבריו המוקדמים של השופט ברנזון בבג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תש"ט–1949, פ"ד ט 617, 634 (1955) (להלן: עניין יהושע) (“אנו ידינו אינן כבולות להוציא אך ורק צווים פירינגטיביים מסורתיים וניתן לנו שיקול רחב ביותר להתערב בכל מקרה הנראה לנו כי הדבר דרוש מבחינת הצדק. בנדון זה מצבנו שפיר ממצבו של בית-המשפט העליון באנגליה. סמכותנו רחבה מסמכותו, ובשעת צורך רשאים אנו להתערב מכוח סימן 43 לדבר-המלך במועצה ולהושיט סעד מתאים במקום שקצרה ידו של בית-המשפט באנגליה לעשות זאת”).

28 ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 153–154.

29 ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 155–156.

30 ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 159–160.

31 אם בעבר נקט בג"ץ גישה קפדנית וזהירה לגבי סמכותו להעניק סעד למען הצדק, הרי שאפשר לקבוע כי הגישה הבולטת היום היא גישה של מתירנות לגבי כללי הסמכות הנ"ל. על היחס הזהיר והקפדני לסמכות להעניק סעד למען הצדק אפשר ללמוד מדברי השופט זילברג בבג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב – יפו, פ"ד יג 1182, 1191 (1959) (להלן: עניין לוי): “הוראה זו [סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט – י"ש] היא כנראה בעליל הוראה קובעת סמכות... ואין עצה ותבונה נגד חוסר סמכות, כי בה מדקדיקין כחוט השערה ללא שימוש בדיסקרציה מצד בית-המשפט”. על היחס המתירני ראו דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 8: “[שופטי בג"ץ מכוח הסמכות להעניק סעד למען הצדק – י"ש] לא נמנעו לעיתים מלהתעלם מהגבלות אשר נקבעו בנוסח החוק עצמו ביחס לסמכותם, על מנת להתערב בפעולות והחלטות אשר היה להשקפתם צורך, מטעמי צדק ומדיניות, להתערב בהן. גישה זו של שופטי בג"ץ עומדת בניגוד לגישה הקפדנית והזהירה שבה נוהגים בתי משפט בדרך כלל כשמדובר בפרשנות חקיקה הקובעת את תיחומי סמכותם.” עניין לוי, שם, בעמ' 1191.



מהאיכויות ומהיתרונות שבהתערבות הבג"ץ בחיי הפרט והחברה בישראל. על פי הדגם הלוקיאני, סמכות הבג"ץ נגזרת ממעשים ומקשרי גומלין המגלים את רצון הפרט והחברה בהתערבות בג"ץ. ההבחנה בין הדגמים האמורים תניב הבנה עמוקה ומדויקת יותר של ההתפתחויות בפסיקת בית המשפט לגבי סמכותו להעניק סעד למען הצדק ושיטות העבודה שאומצו בפיתוח סמכותו זו, ותייה בה גם תרומה למיפוי המחלוקות שהיא עוררה ומעוררת. הגם שבכל זמן נתון אפשר לזהות את שני הדגמים הנ"ל בפסיקת הבג"ץ באשר לסמכות להעניק סעד למען הצדק, אפשר לאורך השנים לגלות תנועה מהדגם הלוקיאני אל הדגם הקאנטיאני. בעשורים הפורמטיביים של בג"ץ ועד שנות השמונים הרחבת הסמכות נשענה בעיקרה על טיעונים בעלי אופי לוקיאני: כי הכנסת, המייצגת את רצון חברי הקהילה הישראלית, העניקה לבג"ץ סמכות התערבות רחבה למען הצדק בחיי אזרחי המדינה ומוסדותיה. למן שנות השמונים, ובמיוחד לאחר המהפכה החוקתית, הרחבת הסמכות להעניק סעד למען הצדק נשענה בעיקרה על טיעונים בעלי אופי קאנטיאני: כי בסמכות ההתערבות של בג"ץ למען הצדק יש משום איכויות ויתרונות לפרט ולקהילה בכללותה. נוסף על כך אבחן את ההנחות שעליהן נחים הדגמים השונים ואת היתרונות והקשיים שהם מעוררים. עם זאת, מטרתו של המאמר אינה להגן בהכרח על דגם מסוים של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. מטרתי צנועה יותר — לעורר את תשומת לבם של חסידיהם של דגמי הסמכות השונים ומתנגדיהם להנחות, לגבולות ולסכנות הטמונות בשיח העכשווי בדבר סמכותו הבלתי-קונוונציונלית של בג"ץ (פרק ו).

## ב. על הסמכות העניינית

מן המפורסמות, כי יש להבחין בין שאלות של סמכות בית משפט נתון, האם הערכאה שבה מדובר מוסמכת לדרון בסכסוך המצוי בפניה? ובין שאלות הנוגעות במהות הסכסוך, כיצד יש להכריע את הסכסוך הנתון לגופו של עניין?<sup>32</sup> מכאן, ששאלת

32 ראו, למשל, Perry Dane, *Jurisdiction, Time, and the Legal Imagination*, 23 HOFSTRA L. REV. 1, 4 (1994) (In modern Anglo-American Legal Doctrine are either 'jurisdictional' or 'non-jurisdictional'); Howard M. Wasserman, *Jurisdiction and Merits*, 80 WASH. L. REV. 643 (2005); Alex Lees, *The Jurisdictional Label: Use and Misuse*, 58 STAN. L. REV. 1457, 1458 (2006). ההבחנה בין כללי סמכות ובין כללים מהותיים של התנהגות תואמת את הבחנתו של הל"א הארט (HERBERT L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 89–95 (2<sup>nd</sup> ed., 1994)), בין כללים ראשוניים (primary rules), המטילים חובות עשייה והימנעות על התנהגות הנתנים בעולם המציאות, ובין כללים משניים (secondary rules), המסדירים את תהליך יצירתם, זיהוים ויישומם של הכללים הראשוניים. מבין הכללים המשניים מייחס הארט חשיבות מיוחדת לכללי התדיינות משפטיים (rules of adjudication), המזהים את הפרטים שייטלו חלק בהתדיינות המשפטית, יסדירו את כללי ההתדיינות המשפטית ויקנו סטטוס משפטי מחייב להכרזה על

סמכות הערכאה השיפוטית היא משנית, ואולי אפילו שולית, לשאלות המהותיות השנויות במחלוקת בין הצדדים.<sup>33</sup> עם זאת, עיון בפסקי הדין בעניין סמכותם של בתי המשפט השונים על דורותיהם מראה למדנות, שקדנות ומורכבות של הניתוח המשפטי, הגם שברבים מהמקרים אין בין שאלת הסמכות ובין ההכרעה לגופו של הסכסוך ולא כלום.<sup>34</sup> במיוחד נכון הדבר ככל שהוא נוגע לסמכותם העניינית (subject-matter jurisdiction) או הפונקציונלית (functional jurisdiction) של בתי המשפט, שעל פי רוב כלפיה מופגן יחס של יראת כבוד יתירה. בהתאם לכך, בית המשפט נדרש לעורר פגמים של חוסר סמכות עניינית באופן ספונטני ועצמאי;<sup>35</sup> הצדדים המתדיינים אינם יכולים לוותר או להתנות על כללי הסמכות העניינית;<sup>36</sup> צד מתדיין יכול להעלות טענות של חוסר סמכות עניינית בכל שלב של ההליך השיפוטי ואפילו לראשונה בערעור;<sup>37</sup> ופגמים בסמכות העניינית של בית משפט הם לרוב פְּטָלִיִּים ומובילים לבטלות.<sup>38</sup> מדוע אפוא זוכים דיני הסמכות העניינית ליחס מיוחד זה?

הפרתם של הכללים הראשוניים על ידי המתדיינים – כללי הסמכות הם אחד הסוגים של כללים משניים של התדיינות. ההבחנה בין כללי סמכות ובין כללים מהותיים תואמת גם את ההבחנה המסורתית בין פרוצדורה למהות, לניתוח ביקורתי ראו שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 12–18 (1999). אולם ראו *Jurisdiction*, 54 HASTINGS L.J. 1613 (2003). אוון טסן לי גורס, כי אין בהכרח הבדל בין שאלות של סמכות ובין שאלות מהותיות לגופו של הסכסוך. תפקיד שתייהן הוא להעיד על לגיטימיות הכרעתו של בית המשפט. קיומה של סמכות שיפוטית וקיומה של עילה מהותית לגופו של הסכסוך יוצרות יחדיו חזקה בדבר לגיטימיות ההכרעה הסופית של בית המשפט. לגישת לי, העובדה שלשאלות של סמכות ולשאלות מהותיות לגופו של הסכסוך תפקיד זהה מסבירה את הקושי של בתי המשפט לזהות, האם שאלה נוגעת לסמכותו של בית המשפט או לגופו של הסכסוך.

33 אמנון רובינשטיין "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט א 261, 261 (תשל"א) ("בסופו של דבר התדיינות בשאלת הערכאה היא שולית לשאלות המהותיות השנויות במחלוקת בין הצדדים").

34 לויין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 76.

35 יואל זוסמן סדר הדין האזרחי 414 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 10 (מהדורה שמינית, תשס"ה) ("על בית המשפט מוטלת החובה לבדוק את סמכותו העניינית לדון בתובענה שלפניו ולא להמתין ליוזמת הצדדים"); סטיבן גולדשטיין וערן טאוסגי "הערות על הדו"ח של הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט ובעיית ההפרדה בסמכות בערכאה ראשונה תשמ"ב" משפטים יב 160, 169 (תשמ"ב); דודי שורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי תשנ"ח" עיוני משפט כא 295, 327 (תשנ"ח) ("ככל שמדובר בסמכות העניינית של בית המשפט, על השופט המודע להיעדרה להעלותה ביוזמתו").

36 ראו גולדשטיין וטאוסגי שם, בעמ' 169 ("מן המפורסמות היא שאין בעלי דין זכאים להסכים ביניהם להעניק סמכות עניינית לבית משפט שאין לו סמכות"); משה בר ניב בורנובסקי "הסכמה לשיפוט זר בחוזים עסקיים" עיוני משפט כ 25, 29 (תשנ"ד).

37 זוסמן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 819; לויין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 83.

38 ע"א 255/89 פרדו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 641, 656 (1992) ("פסק דין שניתן בחוסר סמכות עניינית בטל מעיקרו, ומשמעות הדבר היא, כי אין לו כל תוקף משפטי וכי אין בקביעות העובדתיות הכלולות בו כדי לחייב את הצדדים להליך"); גורן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 10; משה קשת הזכויות הדיוניות וסדרי הדין במשפט האזרחי הלכה ומעשה יא-6 (כרך א, 2000). אולם

אחד ההסברים הנפוצים ליחס המיוחד שדיני הסמכות העניינית זוכים לו הוא, שהם נגזרים מכוחותיו ומיכולותיו של בית המשפט שבו מדובר להתדיין בעניין נתון. הגדיל לעשות השופט אוליבר ונדל הולמס (Oliver Wendell Holmes) שכתב, כי יסודות דיני הסמכות נשענים על כוח פיסי.<sup>39</sup> כלומר: דיני הסמכות הם נגזרת של כוח הממשי לאכוף בעזרת פקידי מערכת המשפט (שוטרים, סוהרים ואחרים הלוקחים חלק באכיפת פסקי דין) את החלטותיו על הצדדים למשפט. בית משפט הנעדר סמכות הוא כמו מכונת בלא דלק או מכשיר חשמלי שאינו מחובר לרשת החשמל<sup>40</sup> – הוא נעדר כוח ויכולת לפעול. קיומה של סמכות הוא פועל יוצא של יכולתה של ערכאה נתונה להכריע בסכסוך וכוחה להוציא אל הפועל הכרעה זו בעולם המציאות בעזרת כפיית ציות על הצדדים. בלעדי יכולת פיסיית ממשית לכפות את הכרעותיה אין כל טעם לערכאה השיפוטית להמשיך ולהתדיין לגופו של עניין, ובית המשפט ידחה את התביעה על הסף. בהיעדר סמכות במוכן של כוח פיסי, כל הכרעה לגופו של עניין של הערכאה הנתונה תהיה בטלה וחסרת תוקף מעשי.

הסברו של השופט הולמס לדיני הסמכות – סמכות ככוח פיסי – מעולם לא זכה לתמיכה ולהכרה רחבות בכתביה האקדמית, בעיקר בשל חוסר-התאמה לדיני הסמכות הנהוגים במשפט האנגלו-אמריקני שלפיהם קיומו של כוח פיסי בידי בית המשפט להוציא לפועל את הכרעתו אינו תנאי הכרחי או מספיק כדי שנאמר, כי בידי אותו בית משפט סמכות להכריע בסכסוך.<sup>41</sup> הסבר אחר ליחס המיוחד שלו זוכים דיני הסמכות

ראו לוין, שם, בעמ' 77–78 ("לא תמיד מוצדק לפסול מעיקרא החלטה שניתנה על ידי בית משפט או ערכאה אחרת 'בלתי נכונים'"); שורץ, לעיל ה"ש 35, בעמ' 328; יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587, 622–623 (תשנ"ג-תשנ"ד).

39 ראו, McDonald v. Mabee, 243 U.S. 90, 91 (1917) ("[T]he foundation of jurisdiction is physical power") וגם William M. Wiecek, *The Reconstruction of Federal Judicial Power 1863–1875*, 13 AM. J. LEGAL HIST. 333, 333 (1969) ("To a court, jurisdiction is power: power to decide certain types of cases, power to hear the pleas and defenses of different groups of litigants, power to settle policy questions which affect the lives, liberty, or purses of men, corporations, and governments. An increase in the a court's jurisdiction allows that court to take new powers, open its doors to new parties, and command the obedience of men formerly stranger to its writ").

40 ראו Lee, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1634, 1616. אולם ראו ביקורתו של Lees, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1471 על השימוש במטפורות אלו בהקשר של תיאוריית הסמכות ככוח פיסי של הולמס.

41 ראו למשל, Albert A. Ehrenzweig, *The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The 'Power' Myth and Forum Conveniens*, 65 YALE L.J. 289, 297 (1956). פרופסור Ehrenzweig מציין, כי תיאוריית הסמכות ככוח פיסי היא מיתוס חסר-בסיס בהיסטוריה המשפטית האנגלית. אפילו כאשר ה-King's Bench, שהיה בתחרות עם ה-Common Pleas, החל לבסס את סמכותו לגבי מעצרים הפיסי של נאשמים, מעולם לא נדרש כי תהיה בידיו שליטה פיסיית על הנאשם שבו דובר. כמו כן מציין Lee, שם, בעמ' 1617–1618, כי גם בתי משפט בעלי סמכות עניינית אינם בהכרח בעלי כוח לאכוף את החלטתם. Lee בוחן את ההחלטות המפורסמות של בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית בעניין Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954);

קשור למושג הלגיטימציה. למושג הלגיטימציה משמעויות שונות בשיח הציבורי.<sup>42</sup> לענייננו יהיה זה די שנאמר, כי דיני הסמכות נועדו להבטיח את הלגיטימיות המשפטית של החלטת בית המשפט בסכסוך הנתון. כלומר: כי קיומם של התנאים הקבועים בדיני הסמכות גוזר חובה משפטית לציית להכרעת בית המשפט גם במקרים שבהם בית המשפט טעה לגופו של עניין. לעומת ההסבר של השופט הולמס, המודד את סמכותו של בית המשפט באמות מידה דסקרפטיביות (מי יכול מבחינה פיסית להחליט בסכסוך בין הצדדים המתדיינים), ההסבר הנוכחי בוחן את סמכותו של בית משפט נתון במונחים נורמטיביים (מי צריך להחליט בסכסוך בין הצדדים המתדיינים).<sup>43</sup> דיני הסמכות, כותב פרופסור Lawrence Gene Sager, הם חלק בלתי-נפרד מהדברים שמכוננים קבוצה של אנשים כבית משפט ומבדלים אותה מסתם חבורה של אנשים בעלי דיבור ולבוש קודר המורים לנו כיצד לפעול.<sup>44</sup> הם נועדו לתת תשובה לשאלה,

ובעניין Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958). מושל מדינת ארקנסו נטה שלא לציית להחלטת בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית בדבר דה-סגרגציה של בתי הספר הציבוריים, ובידי בית המשפט לא היה כוח פסי להוציא את החלטתו אל הפועל מלבד מספר מצומצם של מרשלים פדרליים שסרו למרותו. רק לאחר התערבותו של הנשיא אייזנהאור, ששלח חיילים פדרליים לארקנסו, מומשה ההחלטה בדבר דה-סגרגציה של בתי הספר. אולם, כפי שמציין Lee, בית המשפט לא רכש את סמכותו באותו רגע, אלא כאשר הובא הסכסוך כראוי לפניו וכאשר התגבשה הסכמה כללית כי על בית המשפט להחליט האם החוקה האמריקנית מחייבת דה-סגרגציה. כלומר: בית המשפט רכש סמכות זמן רב לפני שהיה בידיו כוח פסי למימוש החלטותיו. גם Lees, שם, בעמ' 1471 מבקר את תיאוריית הסמכות ככוח פסי של הולמס, בין השאר בשל חוסר-ההתאמה בינה ובין דיני הסמכות הנוהגים במשפט האנגלו-אמריקני. Lees מציין, כי גם בית משפט הנעדר סמכות מבחינה משפטית עשוי להמשיך להתדיין בסכסוך נתון כאשר הוא הסיק בטעות, כי בידיו סמכות והצדדים לא התנגדו או ערערו על החלטתו. במקרים מעין אלה טוען Lees, כי הגם שבית המשפט השתמש ביכולתו הפיסית להתדיין בסכסוך, הרי שעדיין נעדר סמכות משפטית לכך.

42 על המשמעויות השונות למושג הלגיטימציה בשיח המשפטי ראו Richard H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005); Ken Kress, *Legal Indeterminacy*, 77 CAL. L. REV. 283, 285 (1989); Mark V. Tushnet, *Defending the Indeterminacy Thesis*, in ANALYZING LAW: NEW ESSAYS IN LEGAL THEORY 223 (1998). על המשמעויות השונות למושג הלגיטימציה בשיח המוסרי פוליטי ראו A. John Simmons, *Justification and Legitimacy*, in JUSTIFICATION AND LEGITIMACY: ESSAYS ON RIGHTS AND OBLIGATIONS 122 (2001).

43 ראו גם Lee, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1618: "The Ability to enforce an order is a matter of power — a descriptive matter. Jurisdiction to enter an order is a matter of authority — a normative matter and one entirely divorced from the question of power"; Paul Schiff Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, 151 U. PA. L. REV. 311, 502 (2002) ("[A]t the moment that a community daringly invents its own legal jurisdiction, it is immediately forced to acknowledge that its invention is limited by the willingness of others to accept the judgment as normatively legitimate"); אולם ראו Lees, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1474: "Equating jurisdiction with legitimacy is both underinclusive and overinclusive".

44 ראו Lawrence Gene Sager, *Foreword: Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts*, 95 HARV. L. REV. 17, 22 (1981) ; וגם

מי שמך להיות שופט ובורר בסכסוך?<sup>45</sup> מכאן, שהם מכוננים את הגבולות לפעילותו הלגיטימית של בית המשפט בחברה נתונה כלפי הנתינים ושאר מוסדות השלטון. מתוכנה אלמנטרית זו נחשף מעין קושי או סתירה הטבועים בדיני הסמכות. מחד גיסא, יהיו כוחותיו של בית המשפט מודרני ליצור, לחוקק ולשנות נורמות משפטיות רבים ככל שיהיו – בית המשפט אינו יכול לייצר סמכות לעצמו. בית המשפט נדרש למקור סמכות חיצוני, שעל פי רוב יהיה בחוקה או בחקיקה רלבנטיות.<sup>46</sup> מאידך גיסא, ברגע שהוסמך להחליט בסוג מסוים של סכסוכים, הוא רוכש לעצמו גם "סמכות להחליט בענייני סמכותו".<sup>47</sup> בין אם נביט בסמכות להחליט בענייני סמכותו כצורך לוגי או כסמכות המשתמעת מהסמכות העיקרית, הרי שיש בכך משום הרשאה לבית המשפט לעצב על פי שיקול דעתו את הגבולות הלגיטימיים להפעלת כוחותיו ויכולותיו. לכן סמכותו של בית המשפט אינה רק תוצר של הכרעה חיצונית אלא גם, ולעתים אפילו בעיקר, תוצר של הכרעתו העצמית. בהתאם לכך בידי בית המשפט הכוח והצורך לא רק לקבוע בהחלטתו לגופו של עניין בסכסוך את גבולות הפעילות הלגיטימית של הצדדים המתדיינים (כלומר: לקבוע מהו מערך הזכויות והחובות המהותיות של הצדדים לסכסוך), אלא גם את הכוח והצורך לקבוע את גבולות הפעילות הלגיטימית שלו עצמו (כלומר: לקבוע מהו מערך הכללים המכוננים את סמכותו).<sup>48</sup>

עצם קיומם של דיני הסמכות מעיד על העובדה, שבית המשפט אינו חופשי לעצב את דיני הסמכות ככל העולה על רוחו באופן שרירותי, כוחני או סובייקטיבי, מתוך אינטרסים אנוכיים ושיקולים של יוקרה אישית. היתר מעין זה יכונן דיקטטורה שיפוטית הנשענת על כוח הזרוע ויעמוד בסתירה ברורה לאידיאל של שלטון החוק והחוקים.<sup>49</sup>

"The Most important image associated with the Idea : 24–23 בעמ' 32, לעיל ה"ש 32, Dane of Jurisdiction is that of the judge who...lacks jurisdiction. ...He might hold the title and earn the salary of a judge. She might wear a robe and wield a gavel. None of that is irrelevant. But absent jurisdiction, it is all peripheral. The judge without jurisdiction might as well be an imposter. He or she might almost as well be you or I (judges in the company excluded)"

45 לוי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 77 ("הכלל הוא ששום רשות של המדינה אינה יכולה להפעיל את כוחה על הפרט, אם לא הוסמכה כדין לעשות כן... אם בית משפט או ערכאה פלונית אחרת שמחוצה לו מבקשים להפעיל על הפרט את שיפוטם, הוא יכול לתקוף את פעולתם בנימוק "Quo Warranto", ("מי שמך?") הטענה שהרשות השיפוטית אינה רשאית להפעיל את שיפוטתה על הפרט, כוחה היה מבחינה הסטורית יפה לא רק כלפי הרשות המבצעת, אלא גם כלפי ערכאות השיפוט, והיא שימשה כמגן נגד התעמרות כלפי הפרט").

46 ראו Sager, לעיל ה"ש 44, בעמ' 22. כך, למשל, נקבע בסעיף 23(7) לחוק יסוד: השפיטה, כי הוראות בדבר הסמכות העניינית ייקבעו על ידי המחוקק הראשי.

47 ראו Sager, שם.

48 Thomas Nagel, *The Supreme Court and Political Philosophy*, 56 N.Y.U.L. Rev. 519, 523 (1981).

49 ראו דברי הנשיא אולשן בעניין כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1029: "בית המשפט הגבוה לצדק מופקד על הפעלת עקרונות 'שלטון החוק' וקודם כל, מובן מאליו, עליו להקפיד שהוא עצמו לא

ענתה אפשר לאמוד מדוע זוכים דיני הסמכות ליחס מיוחד. הם מבוססים על הנחה השונה בתכלית מההנחה שעליה מבוססת תיאוריית הסמכות ככוח פסי של השופט הולמס: לא כל מה שבית המשפט יכול להשיג באופן פסי מותר ולגיטימי. בזעיר אנפין ובקונטקסט שיפוטי הם מעוררים את אידיאל האוטונומיה והחירות הפוליטיים – החירות לקבוע מגבלות שיחולו על בית המשפט עצמו. דיני הסמכות מבטאים מורכבות של נסיון בית המשפט למשמעת לכללים ולמגבלות שהוא קובע לעצמו, ובלעדיהם כל דאליס גָבֵר. כעת נעבור לבחון את סמכותו של בג"ץ לפי ההסבר המשעין סמכות זו על מושג הלגיטימציה.

### ג. על הסמכות העניינית להעניק סעד למען הצדק

#### 1. כללי

סמכותו של בג"ץ להעניק "סעד למען הצדק" נקבעה עוד בהוראות סימן 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, שלפיו:

"The Supreme Court sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other court and necessary to be decided for the administration of Justice".

עם סיום שלטון המנדט הבריטי נקבע בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח–1948,<sup>50</sup> כי המשפט שהיה קיים בארץ ישראל עם סיום המנדט יעמוד בתוקפו. סעיף 17 לפקודת סדרי השלטון הצהיר, כי בתי המשפט בטריטוריה של המדינה יוסיפו לפעול במסגרת הסמכויות שמעניק להם החוק. מכאן, שהכללים והצווים של המנדט הבריטי לגבי המשפט ובתי המשפט נותרו בתוקף גם לאחר הקמת המדינה, ובכלל זה סמכות הבג"ץ לדון ולהחליט בבקשות שיש צורך לפסוק בהן למען הצדק. עם חקיקת הוראת סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957<sup>51</sup> הוחלפה ההוראה הנ"ל שבסימן 43 בנוסח שונה במקצת שלפיו:

יפעל אלא בד' האמות של החוק. כלל זה חל קודם כל על השימוש בסמכות שהמחוקק העניק לו... אם נאמץ לעצמנו את הסמכות הזאת ונרחיב את סמכותנו ללא היתר מטעם המחוקק נימצא כפועלים ללא אסמכתא חוקית ובניגוד לעקרונות 'שלטון החוק'. ועל ידי כך נשים עצמנו מעל החוק ונמעל בתפקידנו שהוא עמידה על משמר החוק".

<sup>50</sup> פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, ע"ר 2, תוס' א, 1 (להלן: פקודת סדרי השלטון).

<sup>51</sup> חוק בתי המשפט, התשי"ז–1957, ס"ח 148 (להלן: חוק בתי המשפט). חוק זה בוטל והוחלף בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ס"ח 198.

"בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר".

אולם בפסיקה נקבע, כי החיקוק החדש לא נתכוון לשנות את סמכות בג"ץ מעבר לסמכותו על פי סימן 43.<sup>52</sup> בשנת 1984 נחקק חוק יסוד: השפיטה, שהכיר ברשויותיה השיפוטיות של מדינת ישראל וקבע את עצמאותן, גדרי סמכויותיהן ויחסיהן בינן ובין עצמן.<sup>53</sup> ברובו המכריע עיגן חוק יסוד: השפיטה, את ההסדרים השיפוטיים הקיימים,<sup>54</sup> ובכלל זה הוחלף סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט בסעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, בנוסח דומה ביותר (אם כי לא זהה לחלוטין) שלפיו:

"בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר".<sup>55</sup>

52 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1193 ("אין הברל יסודי בין סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, כמו שהיא מוגדרת עכשיו בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ובין סמכותו כמו שנקבעה בעבר בסימן 43 לדבר המלך במועצה"); עניין כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1029-1030 ("סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק נובעת מסעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז. הסעיף הזה, לדעתי, לא בא להגדיל את הסמכות הזאת על סמכותו שנבעה קודם לכן מהסימן 43 לדבר-המלך במועצה וסעיף 7 לפקודת בתי המשפט"); ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1210, 1215 (1962) (להלן: עניין כרדוש); ע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד כ(4) 841, 846 (1966) ("גבולות סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק מכוח סעיף 7 של חוק בתי המשפט לא הוסטו הרבה, והם בעיקרו של דבר, הגבולות הישנים שהיו קיימים קודם לכן מכוח סימן 43 של דבר המלך במועצה").

53 ראו שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט 96-97 (2004).

54 ראו חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 87, 788 (תש"ם): "הצעת החוק המובאת כאן... היא צילום המצב הקיים במדינה, במילים ישנות או במילים חדשות. הוא לא מחדש מאומה. אפילו המילים 'חוק יסוד', כפי שכולנו יודעים, הן מילים ריקות לפי שעה".

55 שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ 86, 3217 (תש"ם): "אשר לסמכותו של בית המשפט העליון: מוצע להשאירה על כנה, אפילו תוך העתקה מילולית של סעיף 7 לחוק בתי המשפט, וזאת כדי שלא לפגוע בהלכות שנקבעו לגבי סעיף זה. נוספה אפשרות של בית-המשפט העליון תוקנה סמכות של בית משפט לחוקה. כאשר נשוב לדיון בחוק יסוד: החקיקה, ויחלט שבית-המשפט העליון יהיה בית-משפט לחוקה, תוכל קביעה זו לעלות בקנה אחד עם חוק יסוד: בית המשפט. זאת, הגם שמספר חברי כנסת גרסו, כי יש צורך לעשות רביזיה בסמכויות בית המשפט העליון. בין השאר נטען, כי יש צורך בחלוקת בית המשפט העליון לתחומי התמחויות שונים; כי צריך להעביר עניינים מסוימים, כגון החזקת קטינים או נושאים הנוגעים לשלטון המקומי, מבג"ץ לבתי המשפט המחוזיים; וכי יש לצמצם את מגמת המשפטיזציה וההתדיינות היתירה של הציבור הישראלי. ראו חבר הכנסת זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ 87, 784 (תש"ם); חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 87, 788 (תש"ם); חבר הכנסת גדעון האוזנר (המפלגה הליברלית העצמאית) ד"כ 87, 785 (תש"ם); חבר הכנסת אמנון רובינשטיין (התנועה לשינוי ויזמה) ד"כ 87, 786-878 (תש"ם).

כל המפלגות הפוליטיות הסכימו לניסוח זה, מכיוון שהותר את הסטטוס קוו החוקתי בכל הקשור לבג"ץ על כנו. חוק יסוד: השפיטה, לא שוריין, ועל פי פסיקת בית המשפט העליון באותה עת נתפס כניתן לשינוי ולתיקון בידי הכנסת בהליך רגיל וברוב רגיל.<sup>56</sup> מהותה וגבולותיה של סמכות בג"ץ להעניק סעד למען הצדק מעוררים שאלות קשות. להלן אבחן את המחלוקת שהתעוררה לאורך השנים לגבי סמכות זו.

## 2. על טיבה והיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק

הסמכות להעניק סעד למען הצדק היתה מסימני ההיכר של בג"ץ מאז ומתמיד. עם זאת, אין בנמצא פסיקה שיטתית ועקיבה באשר לטיבה ולגבולותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק,<sup>57</sup> ובמקרים רבים הופעלה סמכות זו על בסיס נסיבותיו הפרטיקולריות של סכסוך פלוני.<sup>58</sup> ברבות השנים אפשר לאתר בפסיקה שימוש ממוסד יותר בסמכות זו. בהתאם לכך שימשה סמכות זו בסיס להרחבת העניינים<sup>59</sup> וזהות הגופים והאנשים הכפופים לפיקוח בג"ץ;<sup>60</sup> להשלטת הצדק במדינה ובמוסדותיה;<sup>61</sup> להכרה בקיומן של זכויות האזרח וחירויותיו והגנה עליהן;<sup>62</sup> לשמירה על שלטון

56 ראו דברי חברת הכנסת שולמית אלוני בשם ועדת חוקה – חוק ומשפט, כי עם חקיקת חוק יסוד: השפיטה, עדיין יש "לבחון באיזו מידה חוקי-היסוד יישארו בחזקת חוקים מנחים רגילים – שמכות תרבותנו ובגלל רצוננו להיות דמוקרטיים נכבד אותם, אך נשמור על האפשרות לשנותם על-ידי רוב מקרי זה או זה – או האם נשריין אותם... מפני חקיקה של רוב מקרי כזה או כזה על ידי הקמת בית-דין לחקיקה" (ד"כ 99, 1736 (תשמ"ד)).

57 פעמים רבות חמק בג"ץ מהכרעה בשאלות מרכזיות הנוגעות להפעלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק, ראו, למשל, בג"ץ 540/83 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לח(4) 435, 440–441 (1984); בג"ץ 126/84 גלבוט נ' מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68, 72 (1985); בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז(2) 661, 676 (1993); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, 459 (1998) (להלן: עניין דויד).

58 ראו, למשל, עניין בוכמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 188–189; בג"ץ 64/53 הקיבוץ המאוחד יד חנה נ' שר המשטרה, פ"ד ז 423 (1953); בג"ץ 293/61 אל-ענקרי נ' הממונה על גביית השכר באזור תל-אביב והמרכז, פ"ד טו 2391, 2393 (1961); וראו לאחרונה בג"ץ 10940/04 חזון נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 05 (2) 348 (2005).

59 לעיל ה"ש 26.

60 ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 159–160.

61 עניין טרודלר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 2513–2514; בג"ץ 83/70 אוחנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד כד(1) 771, 783 (1970) (להלן: עניין אוחנה); בג"ץ 101/74 בינוי ופתוח בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 556 (1976) (להלן: עניין בינוי ופתוח); עניין הפורום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106; רימלט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 312.

62 פגיעה בזכויות ובחירויות האזרח נתפסה כמצריכה את התערבות בית המשפט מטעמי צדק. ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1027–1028 ("אין לנקוט במידה נוקשה לגבי טיב הזכות, שעל שלילתה או על הפגיעה בה ניתן להתלונן בבית-המשפט הגבוה לצדק... כאשר התערבותנו דרושה לשם עשיית הצדק, די לו לאזרח בהסתמכו על אינטרס לגיטימי בעשיית הפעולה הנדרשת מהשלטון או באי עשייתה, כדי להקנות לו זכות ומעמד לבוא ולשפוך לפנינו תחנתו"); עניין



החוק באמצעות פיקוח על חוקיות<sup>63</sup> פעילות רשויות המינהל והמדינה

יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 632 ("האם דרושה ההתערבות למען הצדק? בית המשפט הגבוה לצדק הפך במרוצת הזמן להיות מגיננו ומעוזה העיקרי – אם לא היחיד – של האזרח ביחסיו עם האדמיניסטרציה"); בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 632 (1970) (להלן: עניין מירון) ("בסופו של כל חשבון, בית-משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון. כאמור, החוק עשה את התפקיד הזה רחב ככל האפשר"). בג"ץ 421/71 יפ"אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741 (1971) (להלן: עניין יפ"אורה) ("העתירה על פניה אינה מגלה טענה ממשית של הפליה או שימוש בשיקולים בלתי-סבירים. אין הענין מסוג העניינים שבהם יש לתת סעד למען הצדק") שם, בעמ' 744. ראו גם עמי אסנת "על מושג הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 243, 251 (תשל"א) ("דומה, כי הדרך היחידה לקביעת קרטיריון נאות ואחיד לזיהויו של הצדק, שעל בג"צ להחיל, היא קביעתה של מדיניות שיפוטית נאותה וקביעת מטרותיו ומגבלותיו העקרוניות של הבג"צ על ידי שופטיו הוא. נראה לנו, כי במבנה הקונסטיטוציוני של ישראל המטרה הראשונה שעל בג"צ להציב לעצמו, היא שמירה עיקשת על זכויות הפרט כנגד התערבות שלא כדין של המינהל וכנגד שרירותו. אין תימה שבג"צ אמנם עמד על תפקידו החשוב הזה בהגנה על זכויות יסוד, הקרטיריון של מושג הצדק הוא ברור: היסודות האידיאולוגיים של המשטר הדמוקרטי בעולם בכלל ובישראל בפרט"); וגם עדי פרוש "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט יג 453, 495–497 (1988).

63 כבר בהחלטותיו הראשונות החל בג"ץ לתבוע את סמכותו להעניק סעד למען הצדק על בסיס פיקוח על חוקיות רשויות המנהל. בהתאם לפסיקה זו נקבע, כי בעניינים שבהם רשויות הממשל חרגו מסמכותן בית המשפט יעניק סעד הנחוץ למען הצדק. ראו, למשל, בבג"ץ 1/48 נימן נ' המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים ואח', פסקים, תש"ט 7 (1948), טען התובע הצבאי הראשי כי אין הבג"ץ יכול להתערב בשאלה, האם אדם כפוף לסמכות בית דין צבאי? מהטעם שלא נגרם עוול למבקש וכי בפני אותו אדם עומדת האפשרות להופיע בפני בית הדין הצבאי ולטעון שם לחוסר סמכות (שם, בעמ' 9). בג"ץ דחה את טענות התובע הצבאי הראשי כשהוא מציין, כי השאלה אינה, האם למבקש ייעשה עוול אם יובא בפני דין צבאי? אלא האם בידי בית הדין הצבאי סמכות לדון בעניינו של אותו אדם? לכל אדם, קבע בג"ץ, עומדת זכות להישפט בפני בית דין מוסמך, ואם יגיע בג"ץ למסקנה כי אדם מסוים אינו בתחום השיפוט של בתי הדין הצבאיים, הרי שבג"ץ מצווה להעניק לו את התרופה המבוקשת. לכן גם במקרים שבהם הגיע הבג"ץ למסקנה, כי המחוקק צמצם את סמכותו להעניק סעד למען הצדק ולבקר רשויות שלטוניות, עדיין סייג קביעה זו בכך שהיא "לא תחול במקום [שהרשות – י"ש] תפעל ללא סמכות, או תחרוג מתחומי סמכותה": ראו בג"ץ 5/53 זרובבל נ' ועדת הערעור לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה, פ"ד ז 182, 185 (1953) (להלן: עניין זרובבל); וגם בג"ץ 4/53 צ"יליבי נ' קצין התגמולים, פ"ד ז 475, 476 (1953); בג"ץ 66/54 ונדר נ' קצין התגמולים, פ"ד ח 556, 557 (1954) (להלן: עניין ונדר); בג"ץ 10378/04 ארגון הקבלנים והבוניס חולון נ' בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, תק"על 2005(1) 144, 148 (2005) (להלן: עניין ארגון הקבלנים) ("על פי הוראת סעיף 15(ג) לחוק היסוד מוסמך בית משפט זה להוציא צווים... אם רואה הוא צורך לתת בהם סעד למען הצדק' ואולם נפסק כבר כי בית משפט יידרש לסמכות זו רק במקרים חריגים ונדירים ומחמת עילות מצומצמות ביותר... העילות המוזכרות בהקשר זה הן חריגה מסמכות או פגיעה בולטת בעיקרי הצדק הטבעיים"). אולם חשוב לציין, כי עילת החריגה מסמכות שימשה בסיס להתערבות למען הצדק הרבה מעבר לבדיקת חוקיות פורמלית. ראו יואל זוסמן "הערות לספרו של S. H. de Smith: Judicial Review of Administration Action" הפרקליט יז 281, 349 (תשכ"א): "תשובה כנה מצד השופט תהא אולי כי כל אימת שהרגיש בית המשפט כי הצדק דורש התערבותו, עטף את הבעיה באיצטלה של חוסר סמכות".

והגינות;<sup>64</sup> להבטחת קיומם של כללי הצדק הטבעי בפעילות השלטון;<sup>65</sup> למניעת פגיעה בתיקונו של עולם;<sup>66</sup> ולהרחבת מגוון הסעדים שבג"ץ רשאי

ראו גם לוי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 78–79 ("אם התייחס תוכן ההחלטה לנושא בעל חשיבות נורמטיבית יוצאת דופן, יכול היה בית המשפט להתערב בה, אם מצא שאינה נכונה או צודקת בנימוק שהערכאה, בה מדובר, חרגה מסמכותה").

64 בג"ץ קישר את המונח "סעד למען הצדק" עם מחויבותו לשלטון החוק במובן רחב של חוקיות, סבירות והגינות. ראו עניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 632 ("אנו משגיחים על חוקיות והגינות פעולתה של האדמיניסטרציה"); עניין יפאורה, לעיל ה"ש 62, בעמ' 744 ("העתירה על פניה אינה מגלה טענה ממשית של הפליה או שימוש בשיקולים בלתי-סבירים. אין העניין מסוג העניינים שבהם יש לתת סעד למען הצדק"); בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 72 (1972) (להלן: עניין אלכורדי) ("בית משפט זה מופקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית ממדרגה ראשונה. פגיעה כל-שהיא בו עשויה לערער את אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה"); בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ט-1970, פ"ד מה(5) 445, 449 (1991) (להלן: עניין המוסד לביטוח לאומי) ("סמכויות אלו [ובניהן הסמכות לפי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה – י"ש], לרבות ולהכריע בסכסוכים המתעוררים בין פרטים או בין פרטים לרשויות השלטון, וכן להפעיל ביקורת שיפוטית על תקינות וחוקיות פעולות המנהל, הן מאבני היסוד של משטר דמוקרטי תקין").

65 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1193; בג"ץ 349/65 פרו נ' אברורוקן, פ"ד כו(2) 342, 344 (1966) ("ישיבתו של דין הפסול לדין כמוה כפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי... מכאן שלבית משפט זה סמכות להתערב בדבר, אם הוא רואה צורך לתת סעד למען הצדק"); בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מח(3) 1, 7–8 (1994) ("בפסיקה עקבית וממושכת נקבע, כי סדרי הדין בבתי הדין הדתיים חייבים לשקף עקרונות יסוד של דיון צודק, וכי פגיעה בהם מצדיקה התערבות של בית המשפט הגבוה לצדק בהכרעותיהם"); בג"ץ 7172/97 כרימסק בע"מ נ' בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים ואח', תק-על 198(1) 591 (1998) ("אכן, בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך להוציא צווים... כהוראת סעיף 15(ג) לחוק היסוד – ואולם הכל יודעים כי כך יעשה רק במקרים חריגים ונדירים ומחמת עלות מצומצמות ביותר. עיקרי אותן עלילות: חריגה מסמכות או פגיעה בולטת בעיקרי הצדק הטבעי" [שם, בסעיף 8]; עניין ארגון הקבלנים, לעיל ה"ש 63.

66 ראו ד"ר 23/72 גולדשטיין נ' גולדשטיין, פ"ד כז(2) 197, 212–213 (1973); בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני, פ"ד לח(1) 673, 685–686 (1984) (להלן: עניין ביארס) ("כאשר נפגעת זכות השמיעה בסכסוך כזה, נפגע לא רק הצדק הטבעי לגבי המתדיינים אלא טובתו של הילד, שהיא העיקרון העליון, גם פגיעה כזו כמוה כחריגה מסמכות, המצדיקה התערבותו של בית משפט זה, והיא מחויבת משום תיקונו של עולם מכוח הסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט"); בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401, 426 (2000) ("יש הרואים בהחלטת בית דין רבני הסוטה מדין אזרחי מחייב עניין הנכלל בגדר אותם מקרים שבהם בית-המשפט רואה צורך לתת סעד למען הצדק"). השאלה האם התערבות הבג"ץ בהחלטותיהם של בתי דין דתיים בשל היותן נוגדות הוראת חוק המכוונת אליהן היא התערבות "למען הצדק" שרויה במחלוקת. ראו מנשה שאוה "האם התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'?" הפרקליט כח 299 (תשל"ב–תשל"ג); מנשה שאוה הדין האישי בישראל 222–223 (מהדורה שלישית, 1991); בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 383 (1984); בג"ץ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מו(3) 423 (1992).

להושיט, <sup>67</sup> ובכלל זה סעד הצהרתי <sup>68</sup> וסעד פיצויים. <sup>69</sup> עם זאת, הפעלת הסמכות, כאמור, לא היתה חפה מבעיות ומקשיים. כאמור, ככל בית משפט אחר, שואב בג"ץ את סמכותו מדבר הכנסת, אולם כבר במבט חטוף אפשר להבחין כי הסמכה זו רחבה בעליל. דומה, כי כל עניין תחת השמש שנדרש בו סעד למען הצדק נכלל בסמכות בג"ץ. <sup>70</sup> בהתאם לכך שופטים מסוימים התבטאו במפורש ובפתיחות, כי על בית המשפט לפרש את הביטוי "צדק" תוך פנייה לשיקולים המצויים מחוץ לחוק הפוזיטיבי. השופט כהן, לדוגמא, טען, כי המונח "צדק" שאליו מכוון החוק המסמיך הוא "שונה מן הדין ומצוי הוא מחוץ לדין". <sup>71</sup> הגדיל לעשות השופט ברנזון שקבע, כי הסמכות להעניק סעד למען הצדק היא סמכות "כללית החובקת זרועות עולם"; <sup>72</sup> והוסיף, כי סמכות בג"ץ להעניק סעד למען הצדק אינה נתונה "לשום סייג מהותי, תרופתי או דינוי מלבד אותם סייגים שבית המשפט רואה לנכון, לפי חוש המידה והאחריות שלו, להטיל על עצמו" <sup>73</sup> וכי "כל תרופה וכל סעד אשר יישרו בעיני [הבג"ץ

67 ראו, למשל, דבריו המוקדמים של השופט ברנזון בעניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 634 ("אנו ידינו אינן כבולות להוציא אך ורק צווים פריורגטיביים מסורתיים וניתן לנו שיקול רחב ביותר להתערב בכל מקרה הנראה לנו כי הדבר דרוש מבחינת הצדק. בנדרון זה מצבנו שפיר ממצבו של בית-המשפט העליון באנגליה. סמכותנו רחבה מסמכותו, ובשעת צורך רשאים אנו להתערב מכוח סימן 43 לדבר-המלך-במועצה ולהושיט סעד מתאים במקום שקצרה ידו של בית-המשפט באנגליה לעשות זאת").

68 ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 153–154.

69 ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 155–156.

70 זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 256 ("לפי פשוטו של מקרא [סעיף 7(א)] לחוק בתי המשפט – י"ש], דומה כי כל עניין הניתן להכרעה שפיטתית ויש צורך לתת בו סעד למען הצדק, נכלל בסמכות בג"ץ"); רובינשטיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 261 ("הקורא התמים לא יעלה בדעתו, למקרא מילים אלה [של סעיף 7(א)] לחוק בתי המשפט – י"ש], כי תפקידו [של הבג"ץ – י"ש] הוא פיקוח על המינהל והטריבונלים המינהליים, ולהעניק לפרט הגנה בפניהם. הקורא התמים עשוי להסיק כי החוק התכוון להקים בית המשפט מיוחד במינו, הדומה לבית משפט של יושר, שתפקידו להעניק סעד לכל אדם ובכל מקרה בו אין הדין הקיים מעניק סעד ובו העדר הסעד פוגע בצדק"); בג"ץ 26/76 ברישלוס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 796, 806 (1977) ("סעיף 7(א)] לחוק בתי המשפט מסמיך אותנו לדון בכל עניין שלדעתנו יש בו צורך לתת סעד למען הצדק, והגדרה זו רחבה כל כך עד שאפשר להכניס לתוך מסגרתה כל עניין שברומו של עולם").

71 עניין אוהנה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 783.

72 עניין בינוי ופתוח, לעיל ה"ש 61, בעמ' 455.

73 עניין מירון, לעיל ה"ש 62, בעמ' 362–363. ראו גם צבי ברנזון "על בית המשפט הגבוה לצדק, היקף סמכותו וזכות העמידה בו" הפרקליט לא 194, 195 (תשל"ז) ("סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק משתרעת על כל עניין שלטוני או ציבורי שאינו מצוי בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר. בארץ ניתן לסמכות זו פירוש רחב ביותר הן לגבי סוגי העניינים שבית המשפט רשאי לדון בהם, הן לגבי הסעדים שבכוחו להעניק לאזרחים הנפגעים ממעשי או ממחדלי השלטונות, והן לגבי הגופים הנדרשים ליתן דין וחשבון לפניו... כוח ההתערבות והושטת העזרה [של בג"ץ – י"ש] הם להלכה בלתי מוגבלים. ההגבלה היחידה היא זו שהשופטים מטילים על עצמם מטעמים מעשיים וציבוריים ונמנעים מלהכניס ראשם בעניינים אשר 'שומר נפשו ירחק מהם'"). אולם באשר לעמדתם של הנשיא זמורה, הנשיא אולשן ופרופסור זמיר בדבר

— י"ש... והנראים לו כדרושים לעשיית צדק הם בהישג ידו.<sup>74</sup> דברים אלו צוטטו בהסכמה על ידי שופטי ההרכב בעניין הפורום — השופטים מצא, דורנר ולוי — בעת שקבעו, כי מעמד הסמכות להעניק סעד למען הצדק הוא מעמד חוקתי על חוקי, והגם שככלל יירתע בית המשפט מלהעניק "מכותו של סעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, סעד שאינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר... בנסיבות חריגות ויוצאות דופן... לא מן הנמנע כי בית המשפט ייזקק לסמכות בלתי קונוונציונלית זו".<sup>75</sup> לעומת השופטים הדוגלים בגישה מרחיבה לסמכות הבג"ץ, דחה הנשיא זמורה בבג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן,<sup>76</sup> את עמדת בא כוח המבקשים שגרס,

"כי עלינו לפרש את המונח Justice [שבסימן 43 לדבר המלך במועצה — י"ש] מתוך מקורות פילוסופיים, דתיים, מוסריים. לא נקבל שיטה זו של פירוש, שהיא שיטה ללא גבולות כלל ומטשטשת את תחומי כוח השיפוט. ... אין לשאוב את התשובה לשאלה, מה הם העניינים שהנהלת הצדק דורשת הכרעה בהם, מן הים הגדול של יחסים פילוסופיים, דתיים ומוסריים, כי זה ירחיב את התחומין לכל דבר הדרוש לתיקון העולם".<sup>77</sup>

גם הנשיא אולשן בבג"ץ 29/62 כהן נ' שר הבטחון<sup>78</sup> נקט גישה מצמצמת בפרשנותו את הסמכות להעניק סעד למען הצדק מתוך הדין, שלל הסתמכות על הרהורי נפשו של השופט ודרש כי הפעלתה תיעשה כשלזכות הנטענת אחיזה בחוק<sup>79</sup> ולעולם לא

היקף סמכותו של בג"ץ ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 89–96. השוו לגישת ביניים העולה מדברי השופט יצחק כהן בעניין קרית-ארבע, לעיל ה"ש 25, בעמ' 398 ("כשלעצמי, מסתייג אני מהאימרות המרחיקות לכת בדבר סמכותו של בג"ץ שאין לה כל גבול ומעדיף אני את הגישה שמשקפת בדברי השופט לנדוי במאמרו 'הלכה ושיקול דעת בעשיית המשפט... אך אפילו אם נצמצם עוד יותר את משמעות המילים 'סעד למען הצדק' שבסעיף 7(א), על כל פנים אין חולק על כך שלבג"ץ יש שיקול דעת רחב לתת סעד או לסרב לתתו").

74 עניין בינוי ופתוח, לעיל ה"ש 61, בעמ' 455.

75 עניין הפורום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107.

76 בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801 (1951) (להלן: עניין ז'בוטינסקי).

77 שם, בעמ' 812–813. אך גם אז ציין הנשיא זמורה, כי גבולות הסמכות לפי המונח "עניינים שהנהלת הצדק דורשת הכרעה בהם" אי-אפשר להגדירם לפי שיטה גיאומטרית טהורה.

78 לעיל ה"ש 26.

79 שם, בעמ' 1029–1030 ("יש ורגש הצדק והרצון לעשות צדק משמשים פיתוי להרחבה... של הסמכות, אולם אם עקרון 'שלטון החוק' אינו סתם אימרה בעלמא יש הכרח להתגבר על הפיתוי המושך הזה. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק נובעת מהסעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז. הסעיף הזה, לדעתי, לא בא להגדיל את הסמכות הזאת על סמכותו שנבעה קודם לכן מהסימן 43 לדבר-המלך-במועצה... לפי הפסיקה בתקופת המנדט וגם לפי הפסיקה האנגלית (ששימשה מקור לחקיקה בנדון זה בארץ) סמכות להושיט סעד למען הצדק מופעלת כשלזכות הנטענת יש אחיזה בחוק. הסמכות אינה יכולה להיות מבוססת סתם על הרהורי נפשו של השופט, יהיו הם הנעלים ביותר... מכאן שעל המבקש צו מנדמוס להראות קיום legal right. אפילו נפרש את המלים האלו פירוש רחב יותר מזכות סטטוטורית, על המבקש להצביע על זכות המוכרת בחוק").

בניגוד לחוק.<sup>80</sup> זאת עשה מתוך דאגה לשלטון החוק והאמונה כי גם בית המשפט כפוף לחוק.

ההחלטה המפורסמת ביותר בנוגע לסמכותו הפונקציונלית של בית המשפט העליון להעניק סעד למען הצדק של שני העשורים הראשונים היא קרוב לוודאי בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות.<sup>81</sup> הרקע העובדתי של ההחלטה בעניין בלאן, היה סירובו של שר החקלאות להעניק רשיון לציד חיות בר לא מוגנות למר סולימאן בלאן, בהתאם לחוק להגנת חייית הבר, תשט"ו-1955.<sup>82</sup> ההחלטה בעניין בלאן כללה מספר זעום ביותר של שורות:

"קטילת בעלי-חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית-משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם. הצו-על-תנאי מתבטל והעתירה נדחית. העותר ישלם למשיבים, כהוצאות הבקשה, סכום כולל של 300 (שלוש מאות) ל"י".<sup>83</sup>

ההחלטה הלקונית בעניין בלאן עוררה ביקורת מרובה. מלומדים ושופטים דרשו, כי בית המשפט העליון ינמק את החלטותיו.<sup>84</sup> מלומדים אחרים ביקרו את הפנייה של שופטי בג"ץ "לטעמי צדק" בדחיית העתירה. פרופסור יצחק זמיר, לדוגמה, טען:

"הצדק כידוע, הרבה פנים ומובנים לו. אחד מהם אפשר לקרוא לו המובן

בג"ץ 131/55 זנד נ' שר בטחון, פ"ד י 68, 69 (1955) ("אולם לפנינו השאלה העומדת היא: האם קיימת אסמכתה חוקית, או מקור לסמכות בית-משפט זה לצוות על המשיבים...").  
80 ראו עניין כרדוש, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1221 ("הוראת סעיף 7 לחוק בתי-המשפט... מסמיכה את בית המשפט הגבוה לצדק לדון במשפטים נגד הרשות... כשבית המשפט סבור שהצדק דורש התערבותו. אולם יש כלל יסודי המגביל את הסמכות הזאת והוא שהסמכות הזאת מופעלת במסגרת החוק ולא בניגוד לו. במשטר של שלטון החוק גם בית-המשפט כפוף לחוק ואין הוא רשאי להתעלם ממנו אף במטרה הנעלה של עשיית צדק. אחרת ישים בית-המשפט את עצמו מעל החוק ועקרונות 'שלטון החוק' יתרוקנו מתכנם"). ראו גם בג"ץ 134/76 שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו(3) 493, 500 (1976) (להלן: עניין שרעבי) ("תהיה סמכותנו [להתערב למען הצדק – י"ש] גורפת כאשר תהיה, מעולם עוד לא נאמר, ולא יכול להיאמר, שמותר לנו להתעלם מחוק חרות, ובכלל זה חקיקת משנה... אם נגלוש מעבר לאפיקים אלה, יהפוך השיפוט מהרה לשרירות רצון השופט"); בנדור, לעיל ה"ש 11, בעמ' 309.

81 בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617 (1968) (להלן: עניין בלאן).

82 חוק להגנת חייית הבר, התשט"ו-1955, ס"ח 10.

83 עניין בלאן, לעיל ה"ש 81, בעמ' 617.

84 רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89 (תשל"ל). ראו גם משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 303 (תשכ"ח-תשכ"ט): "...אפילו במשטר של שקול דעת לא יתכן שערכאה יחידה זו תסרב להיכנס לדיון בעתירה, מפני שהנושא הוא לזרע לשופטים, אם כי הוא נמצא בגדר החוק הקיים. בדרך זו הופך שקול הדעת להמנעות מלדון לגוף העניין... שיפוט על פי שקול דעת אסור לו שייהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק-הדין. הנמקה מלאה מחנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נימוקיו – כולל תחושתו האינטואיטיבית...".

המשפטי, והוא קובע רק זאת, שאת החוקים יש להפעיל ולהחיל, כפי משמעותם, באורח שוויוני וללא הפליה. במובן זה נוהג הצדק בכל בית משפט. ברור, לכן, שלא לכך נתכוון בג"ץ, אלא למובן שונה, שמייחד אותו מבתי המשפט האחרים. שאר המובנים של הצדק מתייחסים לא לדרך ההפעלה אלא לתוכנם של הכללים. מובנים מהותיים אלה אין אחד מהם נכון או אמיתי יותר מן האחרים. יש האומר, לדוגמא, כי צדק הוא שלכל אדם ינתן כפי צרכיו, ויש האומר כי צדק הוא שלכל אדם ינתן לפי מעשיו. הבחירה בין מובנים אלה, או בין מובנים אחרים של הצדק, לא יכול להיות לה בסיס בניתוח הגיוני או במבחן מעשי. כך, למשל, ביחס לשאלה אם חוק המתיר קטילת בעלי חיים לצורך ספורט תואם או נוגד את הצדק. כל תשובה שתינתן אפשר להסכים או להתנגד לה, על פי הנטייה האישית, אך אי אפשר להתווכח עמה. לשון אחר, התשובה אינה נובעת מכללים ואינה ניתנת לביקורת על-פי כללים, ולכן יש בה משום שרירות. מטעם זה מקובל לומר כי בית משפט, אשר תפקידו להחיל כללים משפטיים, אין זה ראוי שיפסוק על-פי הצדק, במובן המהותי שלו.<sup>85</sup>

לפי זמיר, הפרשנות הנכונה למונח "Justice", הנכלל בסימן 43 לדבר המלך במועצה, היא "שפיטה". הווה אומר: לבג"ץ נתונה הסמכות לשמוע עתירות שהכרעה בהן נחוצה לשם ניהול תקין של מערכת השפיטה.<sup>86</sup> בהתאם לכך שאלת סמכותו הכללית של בג"ץ תוכרע על ידי בחינת מהות העתירה לאחד הצווים הפררוגטיביים המפורטים בחוק ולא על ידי בחינת נחיצות ההכרעה בעתירה למען קידומו של צדק מוסרי או פוליטי. בעת שהוחלף סימן 43 בסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, החיקוק החדש לא נתכוון להרחיב את סמכות בג"ץ מעבר לסמכותו על פי סימן 43<sup>87</sup> ולכן המליץ פרופסור זמיר:

85 יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 221 (תשל"ב).

86 שם, בעמ' 217-218.

87 ראו לעיל ה"ש 52. אך יש להדגיש, כי הגם שאין ספק כי הפסיקה מבססת את הטענה שלא חל כל שינוי בסמכות בג"ץ בעקבות חקיקת חוק בתי המשפט, הפסיקה אינה קובעת באורח חד-משמעי מהו היקף סמכותו של בג"ץ לפי סימן 43 לדבר המלך במועצתו. לכן, כפי שקובע פרופסור פרוש, אפילו לפני חקיקת חוק בתי המשפט שקל בג"ץ שיקולים של צדק בקביעת סמכותו, המשתרעים הרבה מעבר לפרשנות המשפטית של פרופסור זמיר. ראו פרוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 460. עמדה דומה ראו גם אסנת, לעיל ה"ש 62, בעמ' 247 ("לא יפלא, איפוא, שגם בג"ץ בארץ, עוד בפועלו על-פי סימן 43, ראה עצמו מוסמך להיעזר בשיקולים מהותיים של צדק הן לשם שלילת סעד מהעותר... והן ע"י הרחבת סוג העניינים שבהם ינתן סעד כאשר 'הדבר דרוש מבחינת הצדק'"). השוו גם לעמדתו של השופט חיים כהן בעניין אוהנה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 783: "הפרופסור זמיר פירסם זה עתה מאמר גדול... בו הוא מוכיח לנו באותות ובמופתים שהדיבור המצוי בסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, המגביל את הסעד שבית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לתת, לסעד אשר הוא רואה צורך לתתו 'למען הצדק', אינו אלא תרגום מוטעה של דיבור דומה שהיה מצוי בסימן 43 לדבר המלך במועצה. לדידי אין נפקא מינה מה היה פירושו נכון של סימן

"...הדיבורים על צדק, בפסקי הדין של בג"ץ, מוטעים ומטעים. ומכאן המסקנה כפולה: רצוי היה כי המחוקק, כדי לסלק את מקור הטעות, יתקן את סעיף 7 של חוק בתי המשפט בדרך של השמטת הצדק הן משמו של בית המשפט והן מתיאור סמכותו; ועל כל פנים, גם לפני שיתוקן הסעיף, ראוי שבג"ץ יישמר מפני הטעות וימנע מלדחות עותרים מעל פניו בשם הצדק".<sup>88</sup>

הן המחוקק הן בג"ץ לא קיבלו עד עתה את המלצתו של פרופסור זמיר. הגם שאין בנמצא פסיקה ברורה וחד-משמעית לגבי פרשנות המונח "צדק" המבנה את סמכותו של הבג"ץ, הדעה השלטת היום בקרב שופטים ומשפטנים היא, כי פסיקת בג"ץ מוכיחה ששיקולי צדק לבר-משפטיים אכן נלקחו לעתים בחשבון על ידי שופטי בג"ץ בשאלות הנוגעות לסמכותו העניינית להעניק סעד למען הצדק ונעשה בהם שימוש להרחבת תחומי סמכותו העניינית.<sup>89</sup> מדוע? האם אין פרופסור זמיר מעלה טיעון תקף, כי בית משפט השוקל טעמי צדק פועל בלא בסיס מדעי סביר ולפי העדפות, עמדות וערכים אישיים בלבד? מדוע סירב הנשיא זמורה בעניין ז'בוטינסקי לפרש את המונח "Justice" מתוך מקורות פילוסופיים, דתיים ומוסריים, כפי שביקש בא כוח העותרים? מדוע דרש הנשיא אולשן בעניין כהן בשם שלטון החוק להתגבר על הפיתוי להרחיב את סמכות בג"ץ מכוח רגש הצדק? מה עומד בבסיס דרישתם של הנשיא זמורה, הנשיא אולשן ופרופסור זמיר כי פרשנות סמכות בג"ץ תיעשה מתוך הדין הפוזיטיבי בלבד? הטעמים לעמדתם המצמצמת של שופטים אלה לגבי סמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק עשויים להיות מגוונים. הסבר אפשרי אחד לעמדתם הוא, כי הם מאמינים שצדק הוא מושג יחסי בלבד וכי אין תשובות נכונות בכל הנוגע לצדק. כלומר: הם שוללים את התזה שלפיה ישנן הכרעות מוסריות שהן נכונות מבחינה אובייקטיבית, בעוד שהכרעות אחרות הן שקריות מבחינה אובייקטיבית. נראה, כי הם מקדמים תזה חלופית שלפיה הכרעות מוסריות הן תוצאה של העדפות וערכים אישיים בלבד.<sup>90</sup> דחייתם את דרך הפרשנות המבקשת לפרש את סמכות בג"ץ כנגזרת

43 (ולענין פירוש זה בלבד נוטה אני להסכים עם פרופסור זמיר): עתה חיים אנו מפי המחוקק הישראלי שלשונו ברורה היא וחד-משמעית. 'הצדק' האמור בסעיף 7(א) שונה מן הדין ומצוי הוא מחוץ לדין."

88 זמיר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 223-224. אולם, ראו עמדתו של זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 257, עת צידד במאמר מוקדם יותר בהרחבת סמכות הבג"ץ מכוח הצדק ("השנים האחרונות מלמדות כי בג"ץ נוטה להרחיב את גבולו, על מנת שלא תהיינה ידיו כבולות בעשיית הצדק, ודומה כי גמישות זו ברכה בצידה").

89 פרוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 470; זמיר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 225 בקובעו כי בהחלטות מסוימות "עולה, כי הצדק, לא שימש רק כצורת דיבור, כשהכוונה היא לאחד הכללים המקובלים במסגרת שיקול הדעת, אלא בית המשפט התכוון ממש למה שאמר." אך ראו: לנדוי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 303.

90 תזה זו מכונה על ידי פילוסופים התיזה האנטי-ריאליסטית. ראו: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT, 165 (1999). ואכן במקומות מסוימים במאמר של פרופסור זמיר, לעיל ה"ש

של מקורות מוסריים או פוליטיים מונעת מרצונם לבדודה מהסובייקטיביות המיוחסת להכרעות מוסריות ופוליטיות לגבי מושג הצדק.<sup>91</sup> לגישתם, סמכות בית המשפט העליון לא צריכה להיות מבוססת על סטנדרטים סובייקטיביים לחלוטין, כגון מושג הצדק. פרשנות אחרת לעמדה המצמצמת באשר לסמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק אינה נסמכת על יחסיות מוסרית או ספקנות לגבי הצדק עצמו, אלא על כך שלצדק משמעויות שונות,<sup>92</sup> כך שהוא נותר בלא הגדרה מוסכמת ובלא תיאור מוסכם.<sup>93</sup>

- 85, בעמ' 221, 224 נראה כמביע עמדה אנטי-ריאליסטית ("מובנים מהותיים אלה [של צדק — י"ש] אין אחד מהם נכון או אמיתי יותר מן האחרים... הבחירה בין מובנים אלה, או בין מובנים אחרים של הצדק, לא יכול להיות לה בסיס בניתוח הגיוני או במבחן מעשי... הצדק, כאמור, אינו מופעל על-פי כללים: אין לו תחומים מוגדרים, אין לו מבחנים מקובלים, אין לו מגבלות חיצוניות. הוא אישי בתכלית"). ראו גם: השופט זמיר בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 786 (1996) (להלן: עניין נחמני) ("במשפט לכל הפחות, יש כללים קודמים, ואף אם לעיתים 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 תמרוקים"). לניתוח ביקורתי מעמיק של עמדתו של השופט זמיר ועמדת שאר שופטי בית המשפט העליון ביחס לצדק בעניין נחמני ראו דני סטמון "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט 569 (תשס"ב). המלצתו של סטמון היא ש"האמירה שהצדק הוא שדה פרוץ אינה נכונה, אינה נחוצה, והיא בעלת פוטנציאל חינוכי מזיק. ניתן לוותר עליה ועל דומותיה, ולרכז את עיקר המאמץ בפיתוח טיעונים לגופו של עניין... שיראו מדוע ההכרעה המומלצת מתקבלת על הדעת... ועדיפה על כל הכרעה אחרת". שם, בעמ' 590. על הקשרים האפשריים בין צדק ומשפט המשתקפים מדברי השופטים בעניין נחמני ראו דוד הד "משפט צדק וצדק מוסרי — עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507 (תשנ"ח).
- 91 ואמנם, בעניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 632, הרחיק השופט ברנזון, שתמך בעמדה מרחיבה לסמכות להעניק סעד למען הצדק, וטען, כי השאלה, מהם העניינים שההכרעה בהם דרושה לשם הנהלת הצדק? היא ביסודה שאלה סובייקטיבית: "השאלה... [האם דרושה ההתערבות למען הצדק — י"ש] היא ביסודה שאלה סובייקטיבית, משום שהיא תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט. אכן, שיקול דעת זה צריך להיות משפטי ולא שרירותי או קפריזי, ובמרוצת הזמן עשה בית-המשפט סייגים לשיקול דעת זה ותחם את גדותיו. ובכל זאת נשארה השאלה, כשהיתה, סובייקטיבית ביסודה, שההכרעה בה לכאן או לכאן בכל מקרה תלויה במידה לא קטנה בנטייתו של בית-המשפט להרחיב או להצר את יריעת פיקוחו על פעולתה של האדמיניסטרציה, ובכלל זה הגופים והטריבונלים האדמיניסטרטיביים למיניהם".
- 92 על המשמעויות השונות של מושג הצדק ראו חיים פרלמן על הצדק: מסות על המוסר והמשפט 5 (יוסף אור מתרגם, תשמ"א) ("אלו הן הקונצפציות השגורות ביותר של צדק, ומיד יתחוויר לנו שלא ניתן להשלים ביניהן: 1. לאיש איש אותו הדבר. 2. לאיש איש לפי זכותו. 3. לאיש איש לפי פועלו. 4. לאיש איש לפי צרכיו. 5. לאיש איש לפי מעמדו. 6. לאיש איש לפי מה שמקנה לו החוק"). על ההבדלים בין תורת צדק תועלתנית ובין תורת צדק כהגינות ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 33 (1999). השווה הבחנתו של בריאן בארי בין צדק כיתרון הדדי וצדק כאי-פניות BRIAN BARRY, JUSTICE AS IMPARTIALITY, 93-98 (1995); BRIAN BARRY, THEORIES OF JUSTICE, 7, 272, 359 (1989).
- 93 על מחלוקות ואי-הסכמה העשויות להתעורר לגבי המשמעות הנכונה של מושג הצדק ראו MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE, 203-210 (2<sup>nd</sup> ed., 1998); RONALD DWORKIN, WALDRON, LAW'S EMPIRE, 176-178 (1989), לעיל ה"ש 90, בעמ' 151-153.



מכאן, שמהלך פרשני הפונה למקורות מוסריים ופוליטיים לגבי צדק חותר תחת ערכים של יציבות, ודאות והכוונת התנהגויות שמערכת המשפט מעוניינת לקדם.<sup>94</sup> בהתאם לכך הכללת שיקולים מוסריים בהכרעות משפטיות המגדירות את סמכות בית המשפט הופכת הכרעות משפטיות אלו לבלתי-צפויות, מכיוון שלכל שופט תפיסות עולם שונות לגבי דרישות הצדק. אם כללי הסמכות ודיניה נועדו לאפשר הכוונת התנהגות האזרח הקטן באשר לפורום שאליו יש לפנות לפתרון סכסוכים בדרכי שלום, השענת סמכות בג"ץ על אדני הצדק חותרת תחת מטרה זו ומונעת מיסודה של מסגרת חוקתית הנחוצה לחיינו הפרטיים והציבוריים.

פרשנות נוספת לעמדה המצמצמת לגבי סמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק נשענת על מונחים של לגיטימיות דמוקרטית. כאשר העמדה המצמצמת מנוסחת בדרך זו, הרי שהיא מטילה ספקות לגבי הלגיטימיות הדמוקרטית של החלטות המבססות את סמכות הבג"ץ לפקח על אמונות השופטים ולבקרן באשר לגבולות סמכותם ולא בנוגע לאמונות המחוקק באשר לגבולות סמכותם. בעניין בלאן ידע המחוקק, כי רבים מתנגדים לציד חיות מטעמים של מוסר ומסורת, אולם לאחר דיון מקיף בהשפעות המוסריות והכלכליות של הציד, התיר אותן בלשון מפורשת, מתוך הנחה כי חלוקת הרשויות תיעשה על פי כללים שנקבעו בדין ובפיקוח הבג"ץ ובביקורתו.<sup>95</sup> "והנה", כותב זמיר, "בא בית המשפט ובמחיצת הפך תחום מוסדר לשטח הפקר",<sup>96</sup> וסיכל את כוונת המחוקק הדמוקרטי.

אולם עמדתם המצמצמת של הנשיא זמורה, הנשיא אולשן ופרופסור זמיר על פרשנויותיה השונות אינה חפה מהתנגדויות. לגבי הפרשנות הראשונה ראוי לציין, כי מלומדי המשפט החוקתי ופילוסופים רבים מאמינים שקיימות הכרעות מוסריות נכונות, בעוד אחרות הן שקריות לגבי מושג הצדק; וכי הכרעות אלו נכונות או שקריות בלא קשר לאמונותיהם של אנשים לגבי הנושאים המצויים על הפרק.<sup>97</sup> אם מלומדים אלה

94 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 303 ("קביעת הסמכות על-פי טעמי צדק אינה מרבה יציבות, ורבה המבוכה. כאן דרוש בדיק בית יסודי, תוך מתן הכרה de jure לעובדה שבג"ץ הוא בית-המשפט המינהלי שלנו וסמכותו צריכה להיות מוגדרת, והכלל השורר בו חייב להיות כמו בכל בית משפט אחר..."). ראו גם יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז 623, 627 (תשס"ה) ("גם אם הצדק אינו 'שדה פרוץ', ואפשר להתווכח גם על השאלה מהו שדה פרוץ, ברור כי מושג הצדק עמום יותר ופתוח יותר ממושג המשפט, וכי לעיתים מזומנות הכרעה במקרה נתון על פי הצדק היא סובייקטיבית יותר, ולכן צפויה פחות, מאשר הכרעה על פי המשפט").

95 ראו זמיר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 214.

96 שם, שם. והשוו זמיר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 629, הערה 20 ("מטרת המאמר [על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק] – י"ש] הייתה לסלק דעה מוטעית של עותרים לבית המשפט הגבוה לצדק, שנבעה בין היתר משמו של בית המשפט, כאילו בית משפט זה, להבדיל מבתי משפט אחרים, מוסמך ועשוי לתת סעד מתוך שיקולי צדק גם בניגוד לדין").

97 העובדה שקיימות מחלוקות לגבי הכרעות מוסריות אובייקטיביות אלו אין משמעה היעדר קיומן של תשובות נכונות. כמו כן אין משמעה, כי כל העמדות וההשקפות הללו לגבי הצדק מתקבלות על הדעת באותה מידה. חלק מהעמדות ומהשקפות אלו הן יותר הגיוניות או סבירות מאחרות.

צודקים, הרי שאין בעיה להיעזר בשיקולים של צדק בקביעת סמכות בג"ץ, בהנחה שעל פי רוב השימוש שעשו שופטי בג"ץ בשיקולי צדק היה נכון.<sup>98</sup> לגבי הפרשנות השנייה והשלישית, שלפיה השענת סמכות הבג"ץ על שיקולי צדק פוגעת בערכים של ודאות ויציבות ומעוררת קושי דמוקרטי, הרי שפרופסור פרוש ואחרים נוקטים עמדה הגורסת, כי שימוש בהכרעות מוסריות בקביעת סמכותו של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק היה רצוי, כלומר: כי היה זה לגיטימי מבחינה דמוקרטית והדבר קידם אפוא יציבות במובן הראוי.<sup>99</sup> לגישתם, הסמכות להעניק סעד למען הצדק שימשה מנוף לפיקוח מפני שרירות לבו של השלטון בריבו עם האזרח ולהשרשת כללי משחק וערכים דמוקרטיים.

לפיכך הסמכות להעניק סעד למען הצדק מובילה הן את המצמצמים הן את המרחיבים לגבי טיבה והיקפה של סמכות הבג"ץ לעימות חזיתי חריף עם הדילמה המאפיינת את דיני הסמכות בכלל – חירותו וחובתו של בית המשפט לקבוע מגבלות וכללים לפעילות הלגיטימית שלו עצמו.<sup>100</sup> אין המדובר בדילמה המצויה בשולי דיני

נראה לפחות, כי אנחנו חייבים להיות פתוחים לאפשרות שהכרעות מוסריות מסוימות הן נכונות בעוד אחרות שקריות. ראו Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, 25 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 87 (1996) לעיל ה"ש 90, בעמ' 164; וגם סטטמן, לעיל ה"ש 90, בעמ' 590.

98 ראו גם עמדתו של פרופ' פרוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 460 הערה 15 ("אילו היתה לנו סיבה טובה לחשוב כי בדרך-כלל אין שיקולי הצדק של הבג"ץ נכונים, הייתה לנו גם סיבה טובה לחשוב כי רצוי לשלול מן הבג"ץ את הסמכות להושיט סעד למען הצדק. אך אחת המסקנות הכלליות שאותן אנסה לבסס במאמר זה היא, שאין לנו כל סיבה לחשוב כך. מכל מקום, עצם העובדה שהבג"ץ טועה במקרים מסוימים בשיקולי הצדק שלו אינה מצדיקה את הצעתו של זמיר להרחיק את המלה 'צדק' הן משמו והן מתיאור סמכותו של הבג"ץ").

99 פרוש, שם, בעמ' 495–497: "שיקולים ערכיים, בעיקר שיקולים של צדק, ממלאים תפקיד חשוב בפסיקה של כל בתי המשפט. אך בפסיקה של בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, מילאו שיקולים אלה תפקיד חשוב במיוחד. ... אין להצטער על כך, שהפסיקה של גוף שיפוטי מסוים, הבג"ץ, פסיקה שהניחה את יסודותיו של המשפט המינהלי בישראל, 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. תהיה הביקורת על השיקולים הערכיים של שופטי הבג"ץ בענין זה או אחר אשר תהיה, המשקל הרב שהיה לשיקולים אלה בפסיקת הבג"ץ לא הוליד תמיד החלטות שרירותיות, לא החליש את הדמוקרטיה בישראל, לא ערער את מעמדו של החוק כבסיס לקואורדינציה של פעילות בני-האדם בחברה הישראלית ולא פגע באמון של הציבור בבית-המשפט". לעמדה מוקדמת יותר, התומכת בשימוש בשיקולי צדק מהותיים בקביעת גבולות סמכותו של בג"ץ, ראו אסנת, לעיל ה"ש 62, בעמ' 247: "נראה, אפוא, כי בג"ץ פירש פעמים הרבה את סמכותו, הן לפי סימן 43 לדבר-המלך, ובמיוחד לפי סעיף 7(א) לחוק [בתי המשפט, התשי"ז–1957], כסמכות המעניקה לו את הכוח להיעזר בשיקולים מהותיים של צדק... דומה כי פירוש זה תואם, לאור הסקירה דלעיל, את הדין, ועם כל הכבוד, כעקרון, הוא אף רצוי".

100 בנושא זה ראו גם דברי הנשיא זמורה בעניין ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 76, בעמ' 810 ("אני מקבל את טענת באי-כח המבקשים, שעלינו להחליט בדבר סמכותנו *de lege late*). אולם כפי שצינתי לעיל, הכרעתו של בג"ץ בנושאי סמכותו שלו אינה נגזרת מאמות דסקרטיביות בלבד, אלא גם תוך שימוש באמות מידה נורמטיביות. על הצורך של בג"ץ להכריע בעצמו בשאלות הנוגעות

סמכותו של הבג"ץ, אלא בדילמה היורדת לשורש הסמכות להעניק סעד למען הצדק. ראוי להדגיש, כי גם הטוענים לקיומו של שיקול דעת רחב אינם גורסים הפקרות, שרירות וחופש מוחלט בקביעת דיני הסמכות להעניק סעד למען הצדק. הן המצמצמים הן המרחיבים מניחים, כי לשיקולים ולטעמים נורמטיביים המצויים בבסיס הסמכות להעניק סעד למען הצדק ישנה השפעה על מהותה והיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק ועל החלטת הבג"ץ בקביעת סמכותו זו. אמות מידה, טעמים ושיקולים נורמטיביים אלה נועדו להבטיח את לגיטימיות ההתערבות של הבג"ץ בפעילות גופי השלטון ובחיי הנתינים במדינת ישראל. בפרקים הבאים אציג שני דגמים לרכישת סמכות לגיטימית השאובים מספרות הפילוסופיה הפוליטית. דגמים אלה יהיו לעזר במיפוי פסיקת הסמכות להעניק סעד למען הצדק, והמחלוקות והקשיים שבהם עסקנו בפרק זה באשר לסמכות להעניק סעד למען הצדק.

אולם תחילה רצוני לבחון את סוגיית כוחו של המחוקק לצמצם או לשנות את הסמכות להעניק סעד למען הצדק, שכן בעזרת אמות מידה, טעמים ושיקולים נורמטיביים, נדרש הבג"ץ לגבש לעצמו תשובה גם באשר לשאלה, האם ישנן מגבלות על כוחו של המחוקק לצמצם, להגביל או לבטל את סמכותו העניינית להעניק סעד למען הצדק?

### 3. על כוחו של המחוקק לצמצם או לבטל את הסמכות להעניק סעד למען הצדק

כאמור, ככל בית משפט אחר, שואב בג"ץ את סמכותו מדבר הכנסת. הפסיקה הישראלית<sup>101</sup> רוויה באמירות, כי בידי המחוקק מצוי כוח בלתי-מסויג לשנות, לצמצם או לבטל את סמכותו העניינית של הבג"ץ, ובכלל זה את הסמכות להעניק סעד למען

לסמכותו ראו גם השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 457 (1988) ("סעיף 15(ג)... לחוק יסוד: השפיטה מעניק סמכות לבית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט אחר... אין כל התייחסות לשאלת 'הזכות המינהלית' או, 'החובה המינהלית'... המחוקק יצר בית משפט בעל סמכות, תוך שהניח על פי המקובל במסורת האנגלית – כי בהענקת סמכות לדון בעניין פלוני יש משום אצילת סמכות ליצור הלכות שיפוטיות בעניין נושא הסמכות").

101 השאלה בדבר כוחו של המחוקק להסדיר את סמכותם העניינית של בתי המשפט אינה מיוחדת לישראל. לכתיבה קלסית בארצות הברית, המתחבטת בשאלת גבולות כוחו של הקונגרס לשנות, לצמצם או לבטל את סמכות בתי המשפט, ראו Sager, לעיל ה"ש 44; Henry M. Hart, *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, 66 HARV. L. REV. 1362 (1953); RAOUL BERGER, *CONGRESS V. THE SUPREME COURT*, 285–296 (1969); William W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Ex parte McCordle*, 15 ARIZ. L. REV. 229 (1973); Leonard G. Ratner, *Congressional Power over the Appellate Jurisdiction of the Supreme Court*, 109 U. PA. L. REV. 157 (1960); CHARLES L. BLACK, *DECISION ACCORDING TO LAW* (1981); Laurence H. Tribe, *Jurisdictional Gerrymandering: Zoning Disfavored Rights out of the Federal Courts*, 16 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 129 (1981); Paul M. Batton, *Congressional Power over the Jurisdiction of the Federal Court*, 27 VILL. L. REV. 1030 (1982).

הצדק. כך, למשל, בבג"צ 5/53 זרובבל נ' ועדת הערעור לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה<sup>102</sup> הסביר השופט שניאור זלמן חשין, כי סמכות הפיקוח הקבועה בסימן 43 לדבר המלך "אינה דבר שבנצח, כי אם נתונה גם נתונה לביטול"<sup>103</sup> וכי אין כל מניעה שסמכות פיקוח זו תישלל על ידי המחוקק. בבג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949<sup>104</sup> קבע השופט ויתקון, כי "המחוקק הוא כל יכול: רוצה יבטל את סמכותנו"<sup>105</sup>; ואחריו החרה החזיק השופט ברנזון שכתב, כי "המחוקק הוא עליון על פני כל. הוא נותן והוא לוקח. סמכות שהעניק לבית המשפט בחוק אחד, יכול הוא – אם יעלה רצון מלפניו – לבטלה בחוק ועלינו למלא את רצונו"<sup>106</sup>. בבג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה<sup>107</sup> נאמר, כי הגם שאין "בתי המשפט מביטים בעין טובה על הגבלת סמכותם..., חייבים [הם – י"ש]... להרכין ראש בפני המחוקק, שהוא שופרו של הריבון"<sup>108</sup>. בבג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה<sup>109</sup> נקבע, כי "חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה נודעת לכך, ששום גוף או איש במדינה... יהיה פטור מביקורת שיפוטית עליונה על פעולותיו ומחדליו האפשריים. הכנסת יכולה, כמובן, להורות אחרת"<sup>110</sup>. אפילו השופט ברק, שבוודאי לא ייחשד כתומך נלהב של דוקטרינת עליונות המחוקק, כתב בבג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ט-1970<sup>111</sup>, כי "במשטר דמוקרטי סמכות החקיקה נתונה למחוקק, המוסמך להגביל או לשלול את סמכות השיפוט של בתי המשפט"<sup>112</sup>. כיצד עלינו להתייחס לאמירות אלו? האומנם כולן משקפות הלך רוח בדבר כוחו הבלתי-מסויג של המחוקק להסדיר את סמכותו העניינית של הבג"ץ, ובכלל זה את הסמכות להעניק סעד למען הצדק?

נראה, שאמירות אלו אינן משקפות את המצב לאשורו. כמו מצב הדברים באשר לטיבה ולהיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק כשהיא עומדת לעצמה, שבו נדרש בית המשפט עצמו להחליט על טיב סמכותו וגבולותיה, נדרש בג"ץ עצמו להכריע בשאלה, מהם הגבולות לכוחו הלגיטימי של המחוקק לצמצם או לשלול

- 102 לעיל ה"ש 63.  
 103 שם, בעמ' 184.  
 104 לעיל ה"ש 27.  
 105 שם, בעמ' 622.  
 106 שם, בעמ' 633.  
 107 בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (1970) (להלן: עניין חוגים לאומיים).  
 108 שם, בעמ' 170–171.  
 109 לעיל ה"ש 64.  
 110 שם, בעמ' 72–73.  
 111 לעיל ה"ש 64.  
 112 שם, בעמ' 450.

את הסמכות הנ"ל? כלומר, כדי להכריע לגבי גבולות הסמכות להעניק סעד למען הצדק נדרש בג"ץ עצמו להכריע תחילה לגבי כוחו של המחוקק לשלול סמכות זו. ואמנם, בחינה מקרוב של הפסיקה תעלה כי למרות הרטוריקה בדבר עליונות המחוקק בקביעת גבולות סמכותו של הבג"ץ, הרי שהפסיקה מראה נטייה עקיבה ועצמאית של זה לצמצם ולסייג את הנסיבות שבהן יכיר בכוחו של המחוקק לצמצם או לשלול את הסמכות להעניק סעד למען הצדק. כך, למשל, נקבע, כי על המחוקק להביע את רצונו לצמצם או לשלול את סמכות הבג"ץ באופן ברור, חד-משמעי ושאינו משתמע לשני פנים;<sup>113</sup> כי שתיקה בלבד אין לפרשה כשלילת סמכותו של הבג"ץ;<sup>114</sup> כי כל מחוקק המשנה אינו רשאי לגרוע מסמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק;<sup>115</sup> כי כל הוראה המצמצמת או השוללת את סמכות הבג"ץ תתפרש על דרך ההקפדה והצמצום כשהשופט נאחז בכל מילה דו-משמעית שיצאה מפי המחוקק כדי להשאיר את שערי הבג"ץ פתוחים לרווחה;<sup>116</sup> כי כל ספק בלשון החוק יוביל למסקנה, כי המחוקק אינו מתכוון להעניק פטור מביקורת שיפוטית של בג"ץ;<sup>117</sup> כי סמכות הבג"ץ, ובכלל זה הסמכות להעניק סעד למען הצדק, היא עקרון יסוד של השיטה<sup>118</sup> ולכן מקימה חזקה פרשנית שהמחוקק לא התכוון לצמצם או לשלול סמכות זו;<sup>119</sup> כי כל כוונה לצמצם או לשלול את הסמכות להעניק סעד למען הצדק צריכה לעלות מתוך תהליך פרשני התר אחר הכוונה האובייקטיבית של המחוקק והמביא בחשבון את ערכי היסוד של השיטה;<sup>120</sup>

- 113 עניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 622, 632-633.
- 114 עניין טרודלר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 2512.
- 115 שם, בעמ' 2511-2512.
- 116 בג"ץ 264/77 משה נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד לב(1) 678, 687 (1978).
- 117 עניין אלכורדי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 72.
- 118 סיווגה של סמכות הבג"ץ, ובכלל זה סמכותו להעניק סעד למען הצדק, כערך וכעקרון יסוד של מערכת המשפט הישראלית, זכה לפרסום בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995) (להלן: עניין ולנר). להחלטות המבססות את סמכותו של בג"ץ לבקר את הליכיה הפנימיים של הכנסת באשר לעקרון יסוד בדבר קיומה של ביקורת שיפוטית ראו בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 806 (2001); בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (2002); בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת וח"כ גורולבסקי, פ"ד נט(5) 865, 898 (2005).
- 119 עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 450.
- 120 שם, שם. בעניין המוסד לביטוח לאומי עמדה להכרעה השאלה, האם בידי בג"ץ סמכות לבקר את החלטת ועדת העררים מכוח סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, ס"ח 126, חרף הוראת סעיף 11(ה) לחוק הקובעת כי "אין אחרי החלטת ועדת העררים ולא כלום". המשיב בעניין המוסד לביטוח לאומי טען, כי החוק מגביל את סמכות בג"ץ לדון בעתירות כנגד החלטות ועדת העררים למקרים חריגים ויוצאי דופן שבהן החלטתה היתה נגועה בחוסר-סמכות, בחוסר תום לב או במרמה. בג"ץ דחה טענה זו וקבע, כי "הוראות סופיות" מעין זו, המצויות בסעיף 11 לחוק, אין בהן משום מחסום בפני ביקורתו של בג"ץ לדון בגוף ההחלטה לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. קביעה זו של הבג"ץ תאמה את הפסיקה שדרשה, כי החקיקה תגלה בלשון ברורה וחד-משמעית כוונה להוציא מעשי מנהל מסוימים מתחומי הביקורת השיפוטית. ראו לעיל הטקסט הנלווה ה"ש 113-117. אולם החידוש בעניין המוסד

וכי הסמכות להעניק סעד למען הצדק היא נורמה חוקתית על-חוקית ולכן אי-אפשר לצמצם או לשלול סמכות זו אלא בחוק יסודי.<sup>121</sup> בג"ץ הסביר, כי צמצום הנסיבות שבהן יכולה הכנסת לצמצם או לשלול את הסמכות להעניק סעד למען הצדק, לא נעשה מתוך "דאגה עצמית [של בג"ץ – י"ש] להאדיר כוח ולהרבות חשיבות",<sup>122</sup> אלא מתוך שיקולים וטעמים נורמטיביים שלפיהם ביקורת שיפוטית היא "חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי";<sup>123</sup> כי בהיעדרה לא יהיה אפשר לקיים את עקרון שלטון החוק, להגן על חירות האדם ולקיים מסגרת בסיסית של משטר חופשי;<sup>124</sup> ומתוך התפיסה, שזכות הגישה לבית המשפט היא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד.<sup>125</sup> מכאן, שהנטייה המובהקת העולה מפסיקת בג"ץ לאורך השנים היא צמצום כוחו של המחוקק למעט או לשלול את הסמכות להעניק סעד למען הצדק. למרות הדיבורים על עליונותו של המחוקק בקביעת גבולות סמכות זו, הרי שגם כאן נדרש בג"ץ להתמודד עם הדילמה המאפיינת את דיני הסמכות העניינית – הסמכות והצורך לקבוע את גבולות סמכותו. כדי להכריע לגבי גבולות הסמכות להעניק סעד למען הצדק, נדרש בג"ץ עצמו להכריע תחילה בשאלה, האם קיימים גבולות לכוחו של המחוקק לצמצם או לשלול סמכות זו. רצוני עתה לבחון את המחלוקות וההתפתחויות לגבי הסמכות להעניק סעד למען הצדק בעזרת שני דגמים לרכישת סמכות לגיטימית.

#### ד. תפיסת הסמכות של עמנואל קאנט

##### 1. כללי

בחיבורו הנודע *The Metaphysical Elements of Justice* טוען הפילוסוף הנודע

לביטוח לאומי מצוי בתיאוריה החוקתית שבית המשפט מאמץ כדי לתמוך בקביעה זו ובהבחנה שעושה בג"ץ בין כוונתם הסובייקטיבית של חברי הגוף המחוקק לכוונתו האובייקטיבית, שהיא נגזרת של ערכי היסוד. לניתוח מקיף בדבר טיבה של שיטת הפרשנות האובייקטיבית ראו מאמרו של ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (תשס"ג).

121 עניין חרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 756; עניין הפורום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106. ראו גם בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002) ("אין דבר חקיקה רגיל – בין שנחקק לפני כינונו של חוק היסוד ובין שהוחק לאחר מכן – יכול לשנות מהוראות חוק היסוד... על-כן דבר חקיקה המעניק לבית-משפט אחר סמכות בעניינים שבית-המשפט הגבוה לצדק הוסמך לדון בהם בחוק-יסוד: השפיטה אינו יכול לשנות את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק"); וגם בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(1) 121, 128 (2002).

122 עניין חוגים לאומיים, לעיל ה"ש 107, בעמ' 170.

123 שם, שם.

124 עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 450.

125 עניין חרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 756.

עמנואל קאנט, כי החברה האזרחית ומוסדות המדינה נחוצים מכיוון שהמצב הטבעי (מצב בלא שלטון שבו כל אדם עושה דין לעצמו) הוא מצב נטול צדק מבחינה אינהרנטית.<sup>126</sup> מצב זה נעדר צדק מכיוון שהצדק דורש אמצעים חסרי פניות ליישוב סכסוכים בין פרטים באשר לזכויותיהם, והמצב הטבעי נעדר מנגנון מעין זה.<sup>127</sup> במילים אחרות: קאנט ראה את המדינה כמנגנון של הסדרים, שהפרטים מכפיפים את עצמם אליהם כדי ליישב סכסוכים בהתאם לדרישות הצדק.<sup>128</sup> אולם בניגוד להוגים אחרים המשתייכים לאסכולת האמנה החברתית, כמו, לדוגמא, ג'ון לוק, האמין קאנט, כי המדינה ומוסדותיה נדרשים ונחוצים מבחינה מוסרית כתנאי יסודי לאפשרות הגשמת הצדק ומכאן, שעל כל אדם מוטלת חובה להיכלל בתוך החברה האזרחית ולהכפיף את עצמו למערכת משפטית.<sup>129</sup> כלומר: אצל קאנט איכותם המוסרית של מוסדות השלטון – היותם כלי ליישוב סכסוכים בהתאם לצדק באופן כללי – גוזרת את מחויבותו של הפרט להכפיף את עצמו למוסדות אלו ולקבל על עצמו את החובות שמוסדות אלו כופים.<sup>130</sup> מכאן, שהדגם הקנטיאני לגיטימיות שלטונית הוא אב טיפוס של תיאוריות פוליטיות הגוזרות את סמכות מוסדות המדינה מהאיכויות, מהסגולות או מהיתרונות המוסריים שלהם.<sup>131</sup> למוסדות המדינה עשויים להיות איכויות, סגולות ו/או יתרונות מוסריים שונים: הם עשויים לעזור בפתרון דילמות אסיר למיניהן, לאפשר תיאום והכוונת התנהגויות בין פרטים, לתרום למקסום סך התועלת, להגשים את עקרונות הצדק או להגן על זכויות וחירויות. הדגם הקנטיאני לסמכות מוסרית מכיל את כל התיאוריות הנאמנות למבנה הטיעון הקנטיאני, שמכוח האיכויות, הסגולות והיתרונות הללו במוסדות החברתיים נגזרת גם הסמכות שלהם. בהתאם לכך על פי הדגם הקנטיאני, אין צורך בקשר או אינטראקציה היסטוריים ספציפיים וממשיים בין מוסדות המדינה ובין הנתינים הכפופים להם כדי שמוסדות אלו יזכו בסמכות לדרוש ציות מהנתינים להוראות המוסד ולכפותן עליהם.<sup>132</sup> מעצם נחיצותם של מוסדות המדינה להבטחת איכויות, סגולות ויתרונות מסוימים נובעת המסקנה בדבר סמכותם של מוסדות

126 IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE, 306–307 (John Ladd, trans., 1965). על הדגם הקנטיאני לרכישת סמכות לגיטימית ראו גם Simmons, לעיל ה"ש 42, בעמ' 140–145. לניסוח עדכני של טיעונו של עמנואל קאנט וללוקליזציה של טיעונו בדבר החובה הטבעית של צדק לתמוך ולציית למוסדות צדקים ראו Jeremy Waldron, *Special Ties and Natural Duties*, in THE DUTY TO OBEY: SELECTED PHILOSOPHICAL READINGS, 271, 281 (1999).

127 KANT, ש.ם.

128 ש.ם.

129 ש.ם.

130 ראו Simmons, לעיל ה"ש 42, בעמ' 140.

131 ראו, למשל, JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM, 71–70 (1986); LESLIE GREEN, THE AUTHORITY OF THE STATE, 5 (1990); THOMAS NAGEL, EQUALITY AND PARTIALITY, 330 (1991).

132 ראו Simmons, לעיל ה"ש 42, בעמ' 140.

אלו, הצורך לבחור בהם וזכותם של המוסדות להפעיל כוח כלפי הנתינים המשתייכים לטריטוריה שבה הם מפעילים את סמכויותיהם.<sup>133</sup>

## 2. הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק

הדגם הקאנטיאני הוא המשפיע והרווח ביותר היום בפסיקת בג"ץ לגבי סמכותו להעניק סעד למען הצדק. על פי דגם זה, סמכותו של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק נשענת על האיכויות, הסגולות או היתרונות שבה. כלומר: הלגיטימיות של הסמכות להעניק סעד למען הצדק נגזרת מתרומתה לפרט ולמדינה בפתרון וביישוב סכסוכים מסוג זה או אחר. מכאן, שהדגם הקנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק הוא אב טיפוס של תיאוריות חוקתיות וטיעונים חוקתיים הגוזרים את הסמכות להעניק סעד למען הצדק ממגוון האיכויות והיתרונות שבהתערבות מכוחה במעשי השלטון ובחיי אזרחי המדינה.

בהמשך אדון במחלוקות ובקשיים שנתגלעו ביישום הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק, אולם רצוני לבחון תחילה כמה מאפיינים עיקריים של הדגם הקאנטיאני ההופכים אותו לפרשנות אטרקטיבית של הסמכות הנ"ל. חשוב להדגיש, כי הדיון להלן בדגם הקאנטיאני לא יעסוק בעמדתו של שופט מסוים בהחלטה זו או אחרת או בעמדתו של משפטן מסוים, כפי שהיא משתקפת מכתבתו האקדמית, אלא מתוך ניסיון להבין גישה ומכנה משותפים לכל התיאוריות והטיעונים החוקתיים המשתייכים לדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק באמצעות הדגשתם של נקודות וקווי חשיבה משותפים החשובים לתיאוריות ולטיעונים אלה.

במרכז הדגם הקאנטיאני שתי תזות מרכזיות: ראשית, כי הסמכות להתערב למען הצדק היא מוסד שנועד לשרת אינטרסים ומטרות חברתיות ואנושיות. בהתאם לדגם זה, גזר בג"ץ את סמכותו להעניק סעד למען הצדק מהצורך להשליט צדק במדינה;<sup>134</sup> להגן במשטר דמוקרטי על זכויות האזרח וחירויותיו בריכו עם השלטון;<sup>135</sup> לשמור על שלטון החוק במוכח הצר<sup>136</sup> ובמוכח הרחב;<sup>137</sup> להבטיח קיומם של כללי הצדק הטבעי בפעילות השלטון;<sup>138</sup> למנוע פגיעה בתיקונו של עולם;<sup>139</sup> ולהעניק סעדים מגוונים,<sup>140</sup>

133 שם, בעמ' 141.

134 ראו לעיל ה"ש 61.

135 ראו לעיל ה"ש 62.

136 ראו לעיל ה"ש 63.

137 ראו לעיל ה"ש 64.

138 ראו לעיל ה"ש 65.

139 ראו לעיל ה"ש 66.

140 ראו, למשל, עניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 634; עניין בינוי ופתוח, לעיל ה"ש 61, בעמ' 556-555; עניין הפורום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106.



מהירים, יעילים וסופיים.<sup>141</sup> במילים אחרות: על פי הדגם הקאנטיאני, איכותה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק גוזרת את מחויבותם של הפרט וגופים שלטוניים להכפיף את עצמם לסמכות הבג"ץ.

שנית, על פי הדגם הקאנטיאני, הסמכות להעניק סעד למען הצדק אינה תוצר של בחירה חופשית של חברי הקהילה, אלא נובעת מהכורח והצורך לקדם צדק, יעילות וסגולות אחרות. מכאן, שעל פי הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק, אין צורך בקשר או באינטראקציה היסטורית וספציפית בין הבג"ץ ובין האזרחים והמוסדות השלטוניים הכפופים לו, כדי שהוא, הבג"ץ, יזכה בלגיטימיות לדרוש ציות להחלטותיו ולכפותו. מעצם נחיצותה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק להבטחת איכויות ויתרונות מסוימים נובעת המסקנה בדבר הלגיטימיות שלה והצורך להמשיך ולתמוך בקיומה. גם אם האזרחים והמוסדות השלטוניים מעולם לא הסכימו לסמכות להעניק סעד למען הצדק, הם נדרשים וצריכים להסכים לה מכוח איכויותיה ויתרונותיה. במילים אחרות: על פי הדגם הקאנטיאני, סוגיית הסמכות להעניק סעד למען הצדק אינה תלויה ברצונות או בתחושותיהם של הפרטים והגופים הכפופים לבג"ץ תחת סמכות חובקת עולם זו, אלא נגזרת מתרומתה לפרט ולמדינה. בהתאם לכך, בעניין המוסד לביטוח לאומי החיל בג"ץ חזקה פרשנית, כי המחוקק אינו מבקש לפגוע בסמכות להעניק סעד למען הצדק. חזקה זו, הסביר השופט ברק, אינה נגזרת מכוונתו "האקטואלית-סובייקטיבית"<sup>142</sup> של המחוקק, אלא "מכוונתו האובייקטיבית, המבקשת להגשים את עקרונות היסוד וערכי המפתח של המדינה".<sup>143</sup> רצון אובייקטיבי זה נגזר מתרומתה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק לפרט ולמדינה, בהיותה אבן פינה למשטר דמוקרטי תקין; שכן בהיעדרה לא יהיה אפשר לקיים את שלטון החוק ולהגן על חירות האדם.<sup>144</sup> גם ההחלטות בעניין

141 ראו בג"ץ 19/48 "אביב יהלומה" בע"מ נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד ב 584, 588 (1949) ("בית משפט זה יתערב וייתן את הסעד המבוקש אם הוא סבור, כי הדרך לבקשת התרופה כאן היא יותר נוחה ויעילה"); עניין לוי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1197-1198; בג"ץ 40/74 מיכה ברקול נ' שר החינוך והתרבות, כח(1) 785, 788 (1974) ("בשבתנו בבית-משפט גבוה לצדק, החלטנו לא פעם, לפי סעיף 7(א) לחוק בתי-המשפט...להכניס תחת כנפי חסותנו ענין הנתון אמנם לסמכותו של בית-משפט או של בית-דין אחר, כאשר הסעד שאפשר לצפות לו שם אינו יעיל או מהיר במידה מספקת"); עניין חוגים לאומיים, לעיל ה"ש 107, בעמ' 170 ("אמרנו לא פעם כי בית-משפט זה ייחלץ לעזרת האזרח אף שהוא יכול לבקש את תרופתו במקום אחר, אם הסעד הניתן בו אינו מהיר או יעיל די הצורך"). והשוו ברנזון, לעיל ה"ש 73, בעמ' 196 ("פנייה ישירה לבג"צ, אף בעניין שאינו דחוף במיוחד, אינה גוזלת יותר ממספר חודשים עד להכרעה הסופית בה. בתנאים שלנו, זהו שיקול שאין לזלזל בו. בעניינים שבין האזרח והשלטון, ההכרעה המהירה, היעילה, כפי שהיא נעשית בדרך כלל בבג"צ, היא מן הדברים החיוניים ביותר").

142 עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 450.

143 שם, שם.

144 שם, שם.

הפורום<sup>145</sup> ובעניין חרות<sup>146</sup> תואמות את הדגם הקאנטיאני, הגורס הפעלה של סמכות זו הלכה למעשה תוך ניתוקה מרצונות וממאויים ממשיים של הגופים והמוסדות הכפופים לסמכות זו. בעניין הפורום הסמכות להעניק סעד למען הצדק היא סמכות חוקתית על-חוקית, המאפשרת התעלמות מרצונותיו הפורמליים של המחוקק, כפי שהם באים לידי ביטוי בחקיקה ספציפית – והכול מתוך מטרה להעניק סעד למען הצדק במקרים הזועקים לשמים.<sup>147</sup> בעניין חרות בחר בג"ץ להפעיל את סמכותו להעניק סעד למען הצדק, למרות הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות, מכוח התבונה כי זכות הגישה לבית המשפט היא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד.<sup>148</sup> כך עשה, הגם שחוק יסוד: השפיטה מעולם לא שוריין והסמכות הרחבה שהוענקה לבג"ץ בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, ניתנה על בסיס ההנחה שלא יהיה בכך כדי לשנות את הסטטוס קוו החוקתי, המאפשר הגבלתה או ביטולה בחקיקה רגילה.<sup>149</sup> בהתאם לדגם הקאנטיאני, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק כפי שנקבעה בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה היא רחבה ביותר",<sup>150</sup> אולם היא אינה פרי רצונו הסובייקטיבי של המחוקק או של פרט או גוף אחר, אלא פועל יוצא "שמתקיימות נסיבות המצדיקות זאת".<sup>151</sup>

3. מיפוי המחלוקות בדבר הסמכות להעניק סעד למען הצדק והקשיים ביישומה בעזרת הדגם הקאנטיאני

כאמור, אפשר לאתר בפסיקה מגוון איכויות, סגולות ויתרונות של הסמכות להעניק סעד למען הצדק.<sup>152</sup> אולם דווקא קיומו של מגוון זה עורר קשיים ומחלוקות ביישום הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק בפסיקה ובכתיבה האקדמית, שכן גם בין השופטים והמלומדים שפעלו בתוך הדגם הנ"ל היה מרחב רחב ביותר למחלוקת לגבי טיב הסמכות להעניק סעד למען הצדק והיקפה.

לעתים תרומתה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק נתפסה כקשורה לפרוצדורות ולכלים הדיוניים המיוחדים שהיא העניקה לבג"ץ לפתרון הסכסוך בין הצדדים ולפיקוח על מעשי השלטון. בהתאם לכך, כבר בבג"ץ 22/49 מיכאל סבו נ' המושל הצבאי

145 לעיל ה"ש 2.

146 לעיל ה"ש 4.

147 עניין הפורום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107.

148 עניין חרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 756.

149 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 54–56.

150 ברע"מ 657/03 עיריית רהט נ' אלפראונה, פ"ד נז(3) 26, 29–30 (2003); וגם: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 238 (1993).

151 שם, שם.

152 ראו לעיל ה"ש 134–141. על היתרונות והחסרונות המעשיים של הדיון בבג"ץ באופן כללי ראו גם רובינשטיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 284–286.

יפו,<sup>153</sup> נעזר בית המשפט בסמכות להעניק סעד למען הצדק במסגרת סימן 43 לדבר המלך במועצה כדי לסטות מהגישה שהיתה נהוגה בתקופת המנדט וקבע, כי בכוחו להושיט סעד הצהרתי כדי למנוע אי-צדק וקשיים מהאזרח העותר לבג"ץ על עוול שנעשה לו על ידי הרשות.<sup>154</sup> כמו כן נעשה שימוש בסמכות זו כדי לסטות מהגישה המקובלת עד לשנות השבעים, שלפיה בג"ץ נעדר סמכות לפסוק פיצויים או סעד כספי אחר.<sup>155</sup> בבג"ץ 101/74 בינוי ופתוח בע"מ נ' שר הבטחון<sup>156</sup> קבע השופט ברנזון, כי אין כל הגבלה על הסעדים שבג"ץ יכול להושיט לאזרח הנפגע על ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית; וכי כל תרופה וכל סעד, ובכלל זה סעד הפיצויים, הנראים לו כדרושים לעשיית צדק, הם בהישג ידו.<sup>157</sup> בעזרת הסמכות להעניק סעד למען הצדק הרחיב בג"ץ גם את זהות הגופים והאנשים הכפופים לפיקוחו. כך בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו,<sup>158</sup> דחה השופט כהן את טענת בא כוח המשיבים, כי לבג"ץ אין סמכות להיזקק לעתירה מכיוון ש"אין המשיבים ממלאים תפקיד ציבורי על פי דין" — תפקיד שהיה תנאי להתערבות על פי סעיף 7(ב) לחוק

- 153 בג"ץ 22/49 מיכאל סבו נ' המושל הצבאי יפו, פ"ד ב 701 (1949).
- 154 שם, בעמ' 707–708 ("בתקופת המנדט היה בית-משפט זה מחווה את דעתו רק במקרים נדירים על חוקיות המעשה, נושא התלונה, אם המעשה כבר בוצע. נוהג זה נבע, כנראה, מתוך ההנחה הנכונה, שבית-משפט זה אינו בית-משפט למתן פסקי דין הצהרתיים, מפני שאם סעד ממשי, אפקטיבי, אינו ניתן, הרי פסק-הדין מצטמצם רק בהצהרה, שמעשה מסוים, או שצו מסוים, הוא בלתי-חוקי. אנו סבורים, כי הזהירות היתירה הזאת אין לה צידוק בסימן 43 לדבר-המלך-במועצה, ובסעיף 7 של פקודת בתי משפט, המעניקים סמכות לבית-משפט זה. נכון הדבר, שאם יבוא אדם ויבקש מאתנו פסק דין הצהרתי גרידא, אשר מטיבו הוא בסמכותו של בית-משפט אחר, לא ייענה לו בית משפט זה, אולם אין למצוא בסעיפים הנ"ל דבר אשר ימנע מבית-משפט זה את הכוח לחוות את דעתו בצורה זו או אחרת בענין הנתון לסמכותו. הזהירות היתירה הזאת עלולה גם לגרום אי-צדק וקשיים לאזרח הפונה לבית-המשפט זה בקובלנה על עוול שנעשה לו על-ידי מעשה בלתי-חוקי מצד הפקיד"). בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20 (1962).
- 155 ראו בג"ץ 217/51 דנקנר נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד ו 45 (1952); בג"ץ 61/64 מיכאלי נ' מנהל מחלקת מס עזובן, פ"ד יח(2) 492 (1965); בג"ץ 81/64 רוזן נ' שר האוצר, פ"ד יח(3) 46, 50 (1964); בג"ץ 121/69 ציגלמן נ' ועדת ההשתלמויות המרכזית, פ"ד כג(2) 777 (1969).
- 156 לעיל ה"ש 61.
- 157 שם, בעמ' 555–556. הגישה, שלפיה בידי בג"ץ נתונה סמכות לפסוק פיצויים, אומצה גם בבג"ץ 358/77 דדון נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(1) 729 (1978) (להלן: עניין דדון), אולם נקבע שם, כי סעד הפיצויים הוא בבחינת סעד יוצא דופן. השוו בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 98 (1982) (להלן: עניין מיגדה) (השופט ברק: "לדעת, מוסמך גם מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק לפסוק פיצוי כספי. את הבסיס הפורמאלי לכך ניתן למצוא בשלושה אלה: ראשית, בהוראת סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957 כפי שנפסק על ידי השופט ברנזון"). ראו לאחרונה גם בבג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 379 (1999) ("הסמכות של בית משפט זה, לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, לדון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק", היא לא רק סמכות לדון בעניינים כאלה, אלא גם סמכות להושיט סעד ככל שנדרש 'למען הצדק').
- 158 בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962) (להלן: עניין פרץ).

בתי המשפט – וקבע, כי גם אז "ייתכן והתערבותנו תהא דרושה למען הצדק".<sup>159</sup> בהמשך נקבע בבג"ץ 160/72 אחים שרבט, חברה לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל,<sup>160</sup> כי במסגרת הסמכות להעניק סעד למען הצדק מוסמך בג"ץ להיזקק לעתירה נגד גוף כלשהו בין שהוא חלק מהמינהל הציבורי בין לאו.<sup>161</sup> מבחינה זו עולה, כי בעזרת סמכות ההתערבות למען הצדק הפך הבג"ץ לפורום בעל פרוצדורות ייחודיות בשיטת המשפט הישראלית. היקף הגופים הנדרשים לסור למרותו, הליכיו הנגישים לכל דיכפין, פשטותן המופלגת של הפרוצדורות הנהוגות בו, הדיון המהיר והמקוצר, והסעדים היעילים, המגוונים והסופיים שהוא מעניק<sup>162</sup> כל אלה – נתפסו כאיכויותיו וכיתרונותיו הברורים של הבג"ץ ומהם נגזרה הלגיטימיות בהתערבותו במעשי השלטון ובחיי האזרחים. לכן במשך השנים היו שהגדירו את סמכותו הכוללת של הבג"ץ, ובכלל זה גם את הסמכות להעניק סעד למען הצדק אל מול בתי המשפט האזרחיים וגופים שלטוניים אחרים על ידי מבחנים פרוצדורליים, כגון המבחנים הדיוניים<sup>163</sup> ומבחן הסעד.<sup>164</sup> מבחנים אלה היו לפחות בחלקם השתקפות של גישות שונות לגבי איכותה וסגולותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. על פי הפרשנויות הפרוצדורליות של הדגם הקאנטיאני, האיכויות והיתרונות שבפרוצדורות הנ"ל מגדירים את טיבה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק וגוזרים את גבולותיה. אולם לפעמים נתפסה תרומתה או איכותה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק כקשורה דווקא לא לפרוצדורות ולכלים הדיוניים שהיא מעניקה, אלא למשפט המהותי שבג"ץ מחיל על הסכסוך. כלומר: לגיטימיות הסמכות להעניק סעד למען הצדק נגזרת מהאיכויות ומהיתרונות שבה למשפט המהותי.<sup>165</sup> לכן אין פלא, כי היו שגרסו שהסמכות להעניק סעד למען הצדק אינה הוראה פרוצדורלית בלבד באשר לסדרי הדין בבג"ץ, אלא היא עצמה הוראה של משפט מהותי. משום כך בעניין כהן פירש השופט

159 שם, בעמ' 2112.

160 בג"ץ 160/72 אחים שרבט, חברה לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל, פ"ד כז(1) 620 (1973) (להלן: עניין אחים שרבט).

161 שם. ראו גם בג"ץ 425/74 "סימר" חברה בונים בע"מ נ' שר הפיתוח, פ"ד כט(2) 233, 236 (1975) (להלן: עניין סימר) ("סמכותנו לפי סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט מותנית בכך שהגוף או האדם, שכנגדו נתבקש הצו, ממלא תפקיד ציבורי על פי דין, בעוד שסמכותנו לפי סעיף 7(א) אינה מותנית בקיום התנאים האלה").

162 כידוע, בג"ץ, מטעמים היסטוריים בעיקרם, יושב כערכאה ראשונה והאחרונה, כשהדיון בו הוא פשוט, מהיר, מקוצר וסופי. בג"ץ אינו שומע עדויות בעל פה ועל פי רוב אינו מתיר חקירת עדים על תצהיריהם. לאורך השנים נודע גם בג"ץ בסעדיו היעילים והרחבים. ראו דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 5-7.

163 על המבחנים הדיוניים להגדרת סמכות בג"ץ למול בתי המשפט האזרחיים ראו זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 234-240; וגם רובינשטיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 262-267.

164 על מבחן הסעד להגדרת סמכותו של בג"ץ אל מול בתי המשפט האזרחיים ראו זמיר, שם, בעמ' 244; רובינשטיין, שם, בעמ' 273.

165 ראו לעיל טקסט נלווה לה"ש 138-152.

ויתקון את סמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק כסמכות המעניקה לו את הכוח להיעזר בשיקולים של צדק לשם הפיכת אינטרס לגיטימי של האזרח לזכות משפטית מוכרת.<sup>166</sup> באמצעות סמכות זו, טען השופט ויתקון, הכיר לא פעם בג"ץ בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, והוסיף כי "סמכות זו היא ערובה לחופש הפרט".<sup>167</sup> בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים<sup>168</sup> ציין השופט זילברג את הסמכות להעניק סעד למען הצדק כבסיס נורמטיבי אפשרי לחובת רשויות המנהל לפעול על פי כללי הצדק הטבעי.<sup>169</sup> בעניין פרץ קבע השופט כהן, שסירוב בלתי-צודק מצד הרשות לתת לאזרח את אשר הוא זכאי לקבל ממנה, אף בהיעדרה של הוראה חוקית מפורשת, ייחשב על פי רוב בעיני הבג"ץ "כעילה מספקת להתערבותו למען הצדק".<sup>170</sup> מכאן, שעל פי השופט כהן, ההוראה בדבר סעד למען הצדק יוצרת עילה מהותית במשפט המנהלי להתערבות הבג"ץ גם כאשר הרשות אינה פועלת בניגוד לדין מפורש ומטילה חובה על המדינה להימנע מסירוב בלתי-צודק ובלתי-הוגן לבקשתו של האזרח למתן מצרכים ושירותים חיוניים או לניצול נאות של נכסי הציבור.<sup>171</sup> כמו כן בעניין בינוי ופתוח<sup>172</sup> קבע השופט ברנזון, כי מכוח הסמכות להעניק סעד למען הצדק רשאי הבג"ץ לחרוג מעבר לעילות המקובלות בדין הפרטי (דוגמת עילות חוזיות או נזקיות) וליצור עילה מהותית עצמאית חדשה לתשלום פיצויים – עילה המבוססת על "אחריות מינהלית כללית של המימשל".<sup>173</sup> בבג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים<sup>174</sup> נקבע, כי סעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, קובע עילת התערבות מהותית במקרים שבהם בג"ץ רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק.<sup>175</sup> עילת ביקורת זו, הסביר השופט חשין, "הינה עילת-מסגרת ותחת חופתה יסתופפו עניינים מעניינים שונים",<sup>176</sup> שהמכנה המשותף

- 166 עניין כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1027–1028. ראו גם אסנת, לעיל ה"ש 62, בעמ' 247; וכן פרוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 461, 475–478.
- 167 עניין כהן, שם, בעמ' 1027.
- 168 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493 (1958).
- 169 שם, בעמ' 1509–1510.
- 170 עניין פרץ, לעיל ה"ש 158, בעמ' 2112.
- 171 שם. בעמ' 2111. ראו גם בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טו 197, 208 (1961).
- 172 לעיל ה"ש 61.
- 173 שם, בעמ' 456. אימוץ פרשנותו המהותית של השופט ברנזון לסמכות להעניק סעד למען הצדק אפשר למצוא בעניין דרון, לעיל ה"ש 157, בעמ' 732 ("החידוש שבפסק הדין [בעניין בינוי ופתוח – י"ש]... מתבטא בכך שהיום יהיה בית-המשפט העליון היושב כבית משפט גבוה לצדק מוכן לפסוק פיצוי במקרה שאזרח נפגע על-ידי מעשה... של הממשל שלא היה מוצדק, שמעשה זה אינו גורר אחריו חובת תשלום פיצויים על פי החוק החרות. זוהי מעין תורת פיצויים כלליים שאינה מבוססת על בסיס אחר זולת הרגשת הצדק שבלב השופט...").
- 174 לעיל ה"ש 57.
- 175 שם, בעמ' 458.
- 176 שם.

שלהם "הוא הצורך להעניק סעד למען הצדק בנסיבותיו של מקרה פלוני".<sup>177</sup> במהלך השנים יצרה ההלכה בעילת הביקורת של "למען הצדק" עילות ממוסדות עצמאיות בלא שתידרשנה לנפנף כל העת בדגל של "למען הצדק" כדי להצדיק את קיומן. כך, למשל, יתערב בית המשפט הגבוה לצדק – "למען הצדק" – בהחלטות בית דין דתי הפוגעות שלא במידתיות בזכויות יסוד אזרחיות של האדם או בעקרונות יסוד של שיטת המשפט בישראל.<sup>178</sup> אולם מקורן והורתן של עילות ממוסדות אלו הוא בעילת המסגרת של סעד למען הצדק. בעניין הפורום פסקו שופטי ההרכב, כי ההוראה בדבר סמכות להעניק סעד למען הצדק עניינה גם בדיני הסעד המהותי וכי בנסיבות חריגות יעניק סעד גם בניגוד לחוקים רלבנטיים, כאשר המקרה "זועק לשמיים".<sup>179</sup> לכן ד"ר רימלט ציינה, כי עניין הפורום הוא צעד ראשון להפיכת עקרון הצדק לעיקרון חוקתי כללי ולאמת מידה רלבנטית לבחינת פועלן של הרשויות השונות, ובכלל זה הרשות המחוקקת.<sup>180</sup> מבחינה זו עולה, כי הסמכות להעניק סעד למען הצדק תרמה גם לפיתוח יסודותיו של המשפט הציבורי ותכניו ושימשה נדבך חשוב באיכותיו ובסגולותיו של הבג"ץ. מרגע היוולדו ועד היום נתפס בג"ץ, והרבה בעזרת הסמכות להעניק סעד למען הצדק, כמוסד בעל נכונות לקדם צדק, להגן על זכויות הפרט מפני הפרה שלטונית ולכפות נורמות ראויות של הגינות שלטונית.<sup>181</sup> לכן במשך השנים היו שהגדירו את סמכותו הכוללת של הבג"ץ, ובכלל זה גם את הסמכות להעניק סעד למען הצדק, אל מול בתי המשפט האזרחיים וגופים שלטוניים אחרים על ידי מבחנים הקשורים לתכנים ולנורמות שהחיל הבג"ץ, כגון המבחן המהותי<sup>182</sup> ומבחן העילה.<sup>183</sup> על פי הפרשנות המהותית של הדגם הקאנטיאני, האיכויות והיתרונות שבמשפט המהותי של בג"ץ מגדירות את טיב סמכותו וגזרות את גבולותיה.

מובן, שהצמצמים בטיבה ובהיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק עשויים לכפור באיכויותיה וביתרונותיה – הדיוניים או המהותיים – כולם או מקצתם, בכלל או בנסיבות מסוימות, או לפחות לפקפק בחשיבותם. כך, למשל, נטען, כי הצדק שבסמכות להעניק סעד למען הצדק "לעולם אינו מופעל לטובת האזרח, בריכו עם

177 ש.ם.

178 ש.ם.

179 עניין הפורום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106.

180 רימלט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 312. ראו גם מאמרו של הפרופסור זמיר, שראה אור לאחרונה, ולפיו סטנדרט הצדק הפך להיות השיקול המנחה את פעילות הרשות – זמיר, לעיל ה"ש 94.

181 על תפיסות הציבור בדבר מעמדו של בג"ץ ראו גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית 29 (1994).

182 על המבחן המהותי להגדרת סמכות בג"ץ אל מול בתי המשפט האזרחיים ראו זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 234–240; וגם רובינשטיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 262–267.

183 על מבחן העילה להגדרת סמכות בג"ץ אל מול בתי המשפט האזרחיים ראו זמיר, ש.ם, בעמ' 244.

השלטון, אלא תמיד נגד האזרח"<sup>184</sup>; כי במתן משמעות רחבה לסמכות להעניק סעד למען הצדק יש דווקא משום פגיעה בשלטון החוק;<sup>185</sup> כי הסמכות להעניק סעד למען הצדק לוקה בחוסר-דמוקרטיה;<sup>186</sup> כי אין בה תרומה ממשית להכרה בזכויות אדם;<sup>187</sup> וכי סעדים יעילים, מהירים, נגישים ומגוונים מצויים בערכאות אחרות דווקא.<sup>188</sup> לחלופין טענו אחרים, כי יש בסמכות זו משום פגמים וחטרונות אחרים, כגון פגיעה בערכים של יציבות, יעילות והכוונת התנהגויות,<sup>189</sup> המכריעים את היתרונות והאיכויות אותם מאתרים שופטים ומלומדים בסמכות להעניק סעד למען הצדק. אבל ההנחה של רוב המשתתפים בוויכוח היא, שאילו ינצחו מרחיבי הסמכות להעניק סעד למען הצדק במחלוקת ויוכיחו את סגולותיה, הרי שיצליחו להוכיח את הלגיטימיות שבהתערבות בג"ץ במעשי רשויות השלטון מכוחה ואת הלגיטימיות של פרשנותם המרחיבה לסמכות זו.

אולם הצלחה במשימה זו אינה פשוטה כלל ועיקר בשל המבנה הפנימי של הדגם

184 זמיר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 222. לביקורת על טענה זו של זמיר ראו השופט יצחק כהן בעניין קריית ארבע, לעיל ה"ש 25, בעמ' 405; וגם פרוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 465-466.

185 לעמדת אולשן ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1029-1030; וגם עניין כרדוש, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1221. לעמדת פרופסור בנדר ראו בנדר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 309.

186 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 95-96.

187 ראו, למשל, הסתייגותו של השופט לנדוי מהשענת ההכרה וההגנה על זכויות וחירויות הפרט על הוראת החוק המעניקה לבג"ץ סמכות להתערב למען הצדק – בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 664 (1977) ("התפתחות הפסיקה... יסודה בהגנה על חופש הפרט, דהיינו על חירויות האזרח, אף שאלה 'אינן כתובות על ספר'. כך זכינו למעין מגילת זכויות שיפוטית, בדומה למגילות כאלה הכתובות בחוקות של מדינות אחרות... ישנם שופטים הרואים התפתחות זאת לאור הנוסחה שבסעיף 7(א) של חוק בתי המשפט, שביית-המשפט יתערב כאשר הדבר דרוש למען הצדק. כשלעצמי, אינני מוצא עזרה רבה בנוסחה זו, ובוודאי אין ללמוד ממנה שהפתרון תלוי בתחושת הצדק שבלבו של כל שופט ושופט... לשם הגדרת החירויות של האזרח נשאב השראה מרעיונות היסוד של משטר דמוקרטי-ליברלי הגלומים בהצהרות הקלסיות על זכויות האדם, החל בהצהרה הצרפתית על זכויות האדם והאזרח משנת 1789 וכלה בהכרזה הכללית על זכויות האדם של העצרת הכללית של האומות המאוחדות משנת 1948").

188 ראו, למשל, ע"א 562/73 פולו בע"מ נ' יושב ראש הוועדה המקומית, פ"ד כח(1) 824, 826-827 (1974) ("כשהפניה היא לבית המשפט הגבוה לצדק, הרי מחובתו של זה לבדוק, אם אין לאזרח תרופה בבית משפט או בבית דין אחר. כך נקבע מפורשות בסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט. לא די בכך שבית המשפט הגבוה מוסמך לדון בעניין; הוא לא ידון בו במקרה כזה כיון שהתערבותו אינה דרושה למען עשיית הצדק כשבידי האזרח רווח והצלחה ממקום אחר... אמנם רבים מעדיפים לפנות לבית המשפט הגבוה לצדק כיון שהליכו מהירים וזולים לעומת אלה המתנהלים בבתי המשפט הרגילים. אך אין טעם סביר להעמיס על בית המשפט הגבוה לצדק נטל שאין בכוחו לעמוד בו, תחת להשאיר אותו תפקיד בידי בתי המשפט הרגילים המצויים במקום מושבו של האזרח והמסוגלים לברר את ריבו בירור מעמיק יותר, כולל שמיעת עדים. על כן חייב בית המשפט הגבוה לצדק לשמור על גבולי התערבותו ולהפנות את האזרח במקרה מתאים לבית המשפט הרגיל"). ראו גם עניין סימר, לעיל ה"ש 161, בעמ' 237 ("בא כוח העותרת... לא הראה לנו שרק בבית המשפט הגבוה לצדק אפשר לתת למרשתו סעד יעיל וצודק... בזה נחרץ גורל העתירה לדחיה עלינו לבטל את הצו-על-תנאי").

189 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 303; זמיר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 627.

הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. כאמור, בבסיס דיני הסמכות שוכנת ההנחה, כי בידי הבג"ץ שוכן לא רק הצורך לקבוע את טיבן והיקפן של זכויותיהם, חובותיהם וסמכויותיהם של הצדדים המתדיינים, אלא גם הצורך לקבוע את טיב הגבולות הלגיטימיים של סמכותו שלו עצמו והיקפם.<sup>190</sup> על פי הדגם הקאנטיאני (בפרשנותו המהותית והפרוצדורלית), על הבג"ץ לדעת על כוריים את הטוב החברתי, או את טיבו, מהותו ואופן הארגון הראוי, הנכון והצודק של החברה הישראלית על מוסדותיה ופעילות אזוריה. רק בהינתן ידיעה מערכתית ו/או עקרונית כוללת בדבר מהות המשטר החוקתי בישראל ויסודותיו, יהיה ביכולתו לקבוע את התנאים והגבולות להפעלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק. הטעם לכך נעוץ בעובדה, שאיכויותיה ויתרונותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק נובעות מהיותה מכשיר וכלי להשגת הטוב החברתי או סדרם הנכון והצודק של החברה הישראלית ומוסדותיה.

על הקשיים בהפעלה ראויה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק על פי הדגם הקאנטיאני אפשר ללמוד מנסיונו של השופט ברנזון בעניין בינוי ופתוח ליצור בעזרתה עילה מנהלית עצמאית לתשלום פיצויים לעותר הנפגע ממעשי הרשות — עילה המבוססת על אחריות מנהלית כללית של הממשל.<sup>191</sup> השופט ברנזון ראה בהפעלה מעין זו של הסמכות להעניק סעד למען הצדק תשובה ל"צורך חיוני בעידן המודרני, שבו המימשל מרחיב את תחומי פעולתו וחודר יותר ויותר לספרות חיים שונות של הפרט והחברה גם יחד".<sup>192</sup> בבג"ץ 35/78 י.ש.י.פ.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בנין בע"מ נ' עיריית ירושלים<sup>193</sup> הסתייג השופט ויתקון באורח נמרץ מעמדתו הנ"ל של השופט ברנזון, ואחריו החרה החזיק הנשיא זוסמן. ראשית, טען השופט ויתקון, כי בידי הבג"ץ חסרים כלים לאמוד את הנזק האמיתי הנגרם לאזרח מפעילות מנהלית בלתי-תקינה וטען, כי כל קביעה של הבג"ץ תהיה שרירותית.<sup>194</sup> כלומר: הוא הטיל ספק בכך שהשימוש של השופט ברנזון בסמכות להעניק סעד למען הצדק היה בה, בסמכות, משום האיכויות הפרוצדורליות שהוא טען להן. שנית, גרס השופט ויתקון, כי יש לברר תחילה כיצד תתיישב העילה החדשה עם דינים קיימים המצרים את זכות האזרח לתבוע נזקים מהמדינה ומה יהיה הטעם בעילה זו. השופט ויתקון סבר, כי יצירת עילה לפיצויים, כאמור, לא תשפר את רמת המנהל או את התנהגות פקידיה, שכן אלה לא יידרשו לשלם את החשבון, אלא הנטל יוטל על כלל משלמי המסים.<sup>195</sup> הגם שהשופט ויתקון לא כפר בכך, שבפיצוי, כאמור, יהיה משום מטרה ראויה של ביטוח כללי מפני

190 ראו לעיל טקסט נלווה לה"ש 48.

191 עניין בינוי ופתוח, לעיל ה"ש 61, בעמ' 456.

192 שם, שם.

193 בג"ץ 35/78 י.ש.י.פ.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בנין בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(2)

581 (1978) (להלן: עניין י.ש.י.פ.א.ב.).

194 שם, בעמ' 586.

195 שם, שם.



פגיעתם הרעה של פקידים, הרי שסבר כי יש לשקול האם אין מטרות החשובות ממנה בסולם העדיפויות.<sup>196</sup> לפי בחינה זו העדיף השופט ויתקון שלא ליצור "עילה חדשה, שאחריתה מי ישרונה".<sup>197</sup> בבג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות,<sup>198</sup> בחן השופט ברק בין השאר את סלע המחלוקת בין הצדדים. אמנם, סירב השופט ברק לומר כי השופט ברנזון טעה, אך הגיע למסקנה כי השאלה היא כה סבוכה עד שאין זה רצוי כלל ועיקר לבחון אותה, בלא שההכרעה בה דרושה לצורך העניין.<sup>199</sup> בסופו של דבר גנז השופט ברק את שאלת העילה המנהלית המהותית של השופט ברנזון והשאירה בצריך עיון.<sup>200</sup> יצירת עילה מנהלית עצמאית לתשלום פיצויים תלויה בידיעה מערכתית ועקרונית כללית על יתרונותיה וחסרונותיה.

על רקע קשיים אלה אפשר להבין את התנגדותו של פרופסור בנדור להפעלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק בעניין הפורום בשל הפיכת ה"צדק" לעיקרון על-חוקתי כללי וכוללני,<sup>201</sup> כהתנגדות הכופרת בהתאמה של העילה החוקתית החדשה למשטר החוקתי שנוצר בעקבות המהפכה החוקתית. אליבא דפרופסור בנדור, במשטר חוקתי הוראות חוק, שנטען כי נפל בהן פגם של אי-חוקתיות, תיבחנה אל מול הוראות חוקתיות ספציפיות המצויות בחוקי יסוד,<sup>202</sup> ולא אל מול אמת מידה כוללנית של הצדק העשויה לייתר את הוראות החוקה ותהליכים דמוקרטיים אחרים.<sup>203</sup> לעמדה זו הצטרף

196 שם, שם.

197 שם, בעמ' 857. ראוי לציין, כי השופט ויתקון לא התנגד להענקת פיצוי לעותרים בעניין י.ש.י.פ.א.ב., מכוח הסמכות להעניק סעד למען הצדק במסגרת כליו הדיוניים המיוחדים של בג"ץ: "פיצוי 'סמלי' כזה, יתכן והוא בגדר סמכותנו הטבעית כבית-משפט גבוה לצדק, כשם שמקובל עלינו להביע את מורת-רוחנו על התנהגותו הפסולה של בעל-דין בדרך קביעת הוצאות לדוגמה. אם כל החידוש אינו אלא בזאת — החרשתו".

198 לעיל ה"ש 157.

199 שם, בעמ' 100.

200 שם, שם.

201 בנדור, לעיל ה"ש 11, בעמ' 309.

202 השוו בעניין זה המחלוקת בין הנשיא ברק ובין השופט חשין לגבי שימוש בעקרונות יסוד של השיטה כדי לבטל חוקים בעידן המהפכה החוקתית, בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק"על 2006 (2) 1559 (2006).

203 החשש מפני ייתור הליכים דמוקרטיים עמד בבסיס סירובו של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק בבג"ץ 10145/03 דורון נ' ח"כ ויו"ר ההסתדרות הכללית החדשה — עמיר פרץ, תק"על 2005 (1) 344 (2005). במקרה זה ביקש העותר, כי בג"ץ יכריז על בטלותו של סעיף 1א13(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ס"ח 228, שקבע חריג להוראה כללית לאיסור על כהונה בגוף ציבורי של חברי כנסת, שלפיו לא יחול האיסור על חבר כנסת המכהן שלא בתמורה כיו"ר ההסתדרות הכללית החדשה והסתדרות העובדים הלאומית. בג"ץ קבע, כי "סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה קובע כי בית משפט זה ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק, ואיננו סבורים כי העתירה הנוכחית היא מסוג המקרים בהם התערבותנו מתחייבת או נדרשת. אדרבא, אין זה מתקבל על הדעת שבכל עת שחבר כנסת ייכשל בהעברתה של הצעת חוק פרטית, הוא יפנה להשיג את מבוקשו באמצעות בית המשפט. דרך זו כרוכה בה תקלה קשה לעקרון הפרדת הרשויות, הואיל וסופה שתוליך להעברת חלק

דוקטור אמנון רייכמן במאמר שראה אור לאחרונה, וגרס כי "יצירת עילה עצמאית שלפיה חוק שאינו צודק אינו חוקתי אינה מתיישבת עם מבנה הדין הקיים בישראל".<sup>204</sup> עמדתם של בנדור ורייכמן תואמת החלטה מוקדמת של בית המשפט בבג"ץ 134/76 שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין.<sup>205</sup> בעניין זה דחה בג"ץ את הטענה, כי בכוחו להעניק צווים גורפים כאשר התערבותו דרושה למען הצדק, תוך התעלמות מחוק חרות ובכלל זה גם מחקיקת משנה.<sup>206</sup> השופט לנדוי הסביר, כי הגם שבידי הבג"ץ הכוח לבטל חקיקת משנה, הרי שהוא יעשה זאת "מטעמים שהוגדרו היטב בפסיקה"<sup>207</sup> וגם את סמכות הבג"ץ להתערב למען הצדק יש להפעיל "באפיקי הדין".<sup>208</sup> בדברים אלה יש למעשה משום כפירה בטענת העותר כי בהפעלה, כאמור, של הסמכות להעניק סעד למען הצדק, תוך התעלמות מעילות הביקורת הרגילות הנוהגות בבג"ץ, יש משום האיכויות, הסגולות או היתרונות שהעותר טען להן.

סיכומם של דברים: הקשיים ביישום הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק נובעים מהקושי לברר את איכויותיה ויתרונותיה של סמכות זו מנקודת מבט דיונית, מהותית או שתיהן. בהינתן ברור מעין זה, יוכל בג"ץ לאמץ כללים ועקרונות בדבר תנאי הלגיטימיות ליישומה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק ויוכל גם להפעילה הלכה למעשה במקרים ובנסיבות הראויים. עם זאת, כדי לדעת מהן האיכויות והיתרונות של הסמכות להעניק סעד למען הצדק וכיצד יש להפעילה במקרים קונקרטיים, נדחף שופט או מלומד הפועל בתוך הדגם הקאנטיאני לאמץ לעצמו תפיסה כוללת באשר למהותם וטיבם של החברה הישראלית ומשטרה. מכאן, שברור איכויותיה, סגולותיה ויתרונותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק תלוי באימוצה של תפיסה חוקתית כוללת ועקיבה בדבר טיבם של שאר מוסדות החברה וחבריה ותנאי הלגיטימיות שלהם. נכונותה של תפיסה זו והגנה עליה אינה משימה פשוטה כלל ועיקר.

מסמכויות החקיקה לבית המשפט הגבוה לצדק. איננו סבורים כי תוצאה זו רצויה", שם, בעמ' 345.

204 אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד: בעקבות פרשת 'הפורום לדוקטורים בנגב' משפטים לז 701, 757 (תשס"ז). ראוי גם לציין כי לגישתו של רייכמן סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה עוסק בסעד ולא בעילה. אולם, ראו לעיל טקסט נלווה לה"ש 164-182 המזהה בפסיקה גישה משמעותית הרואה בסמכות בג"ץ להתערב למען הצדק הוראה של משפט ציבורי מהותי ולא הוראה של סדרי הדין גרידא.

205 לעיל ה"ש 80.

206 שם, בעמ' 500.

207 שם, שם.

208 שם, שם.

## ה. תפיסת הסמכות של ג'ון לוק

## 1. כללי

בעוד שהדגם הקאנטיאני ללגיטימיות מוסדית הוא במונחים של מה אנשים צריכים לבחור, הרי שהדגם הלוקיאני מנוסח במונחים של מה אנשים בחרו באמת במציאות.<sup>209</sup> גם בספרו של ג'ון לוק, המסכת השנייה על הממשל המדיני, מצב הטבע מופיע כאלטרנטיבה למצב הפוליטי כנקודת מוצא שממנה יש להסביר ולהצדיק את צמיחתם של מוסדות פוליטיים.<sup>210</sup> אולם עבור ג'ון לוק "אי אפשר להוציא שום אדם ממצב [הטבע – י"ש] ללא הסכמתו ולעשותו כפוף לשלטונו המדיני של זולתו".<sup>211</sup> איכותם המוסרית או סגולותיהם המוסריות של מוסדות השלטון – היותם כלי אפקטיבי להגנה על זכויות – הן דבר חשוב, אך לפי לוק הן כשלעצמן אינן מספיקות להקנות לאותו מוסד לגיטימציה לגבי פרט מסוים.<sup>212</sup> רק באמצעות קיומה של אינטראקציה בין המוסד לפרט מסוים – אינטראקציה שבאופן נורמלי אנו עשויים לומר, כי היא יוצרת חובות של אחד כלפי האחר – תיווצר למוסד לגיטימציה מוסרית לדרוש נאמנות וציות מהפרט המסוים.<sup>213</sup> לפי זה, לגיטימיות מוסד חברתית נתון נרכשת מכוח הסכמתם של חברי המוסד ובהתאם לה (או מכוח אינטראקציה וולונטרית אחרת ובהתאם לה) להפעלת כוח פוליטי על ידי המוסד ולכן היא תוצר של אינפורמציה היסטורית אמיתית המבוססת על רצונות, הסכמות, פעולות, עסקאות ובחירות ממשיות של הפרטים הכפופים למוסד ולא תוצר של טיעון בדבר מה סביר, ראוי ו/או הגיוני מהפרטים לרצות ולדרוש.<sup>214</sup>

כלומר: אצל לוק התבנית לרכישת סמכות לגיטימית מצויה בקשרי הגומלין של הפרט עם מוסדות המדינה – העובדה ההיסטורית, כי הפרט הסכים להכפיף את עצמו למוסדותיה – גוזרת את הלגיטימיות שלהם ואת מחויבותו של הפרט לקבל על עצמו את החובות שמוסדות אלו כופים. מכאן, שהדגם הלוקיאני ללגיטימיות שלטונית הוא אב טיפוס של תיאוריות פוליטיות הגוזרות את לגיטימיות המדינה

209 ראו Simmons, לעיל ה"ש 42, בעמ' 120. על ההבחנה בין בחירה אמיתית של הפרט והקבוצה שבהם מדובר ובין בחירה היפותטית או רציונלית שלהם ראו גם Ronald Dworkin, *The Original Position, in* READING RAWLS: CRITICAL STUDIES ON RAWLS' A THEORY OF JUSTICE, (Norman Daniels ed., 1975) 16. ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חרות 170, 184–185 (יעקב שרת מתרגם, 1969).

210 ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני 4–12 (מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, 1948). ראו A. JOHN SIMMONS, ON THE EDGE OF ANARCHY: LOCKE, CONSENT, AND THE LIMITS OF SOCIETY, 14 (1993).

211 לוק, שם, בעמ' 72.

212 ראו Simmons, לעיל ה"ש 42, בעמ' 136.

213 שם.

214 שם, בעמ' 144. ראו גם ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA, 160–164, 204–298 (1974).

מקשרי הגומלין הממשיים והאמיתיים שהם קיימו, ומקיימים, עם הפרט. למוסדות המדינה, כאמור, עשויים להיות איכויות, סגולות ו/או יתרונות מוסריים שונים, אבל איכויות אלו של המוסדות הן דבר אחד, והלגיטימיות של המוסדות לגבי פרט זה או אחר היא דבר אחר.<sup>215</sup> הדגם הלוקיאני ללגיטימציה מוסרית מכיל את כל התיאוריות הנאמנות למבנה הלוקיאני: רק מכוח קשרי גומלין ממשיים בין פרט מסוים ובין מוסדות חברתיים נוצרת הלגיטימיות שלהם.

## 2. הדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק

בלא ספק לדגם הלוקיאני עבר מפואר בפסיקה ובכתיבה החוקתית לגבי סמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק. לפי הדגם הלוקיאני, לגיטימיות הסמכות להעניק סעד למען הצדק מושתתת על מעשים וקשרי גומלין רצוניים ומכוונים להתערבות הבג"ץ בחיי האזרחים ובמעשי השלטון. מכאן, שהדגם הלוקיאני מכיל מגוון תיאוריות וטיעונים שבסיסם הסכמה מפורשת, הסכמה שבשתיקה או אינטראקציה רצונית אחרת המגלה רצון בהתערבות בג"ץ למען הצדק. הקהילה הישראלית העניקה לבג"ץ את סמכותו להתערב למען הצדק, והסכמת הקהילה לסמכות ההתערבות הנ"ל של בג"ץ היא תנאי שבלעדיו אין לגיטימיות להפעלתה. כלומר: הדגם הלוקיאני הוא אב טיפוס של תיאוריות וטיעונים חוקתיים שלפיהם סמכות הבג"ץ להתערב למען הצדק נרכשת מכוח הסכמתם של אזרחי המדינה ומוסדותיה ובהתאם לה (או מכוח אינטראקציה וולונטרית מחייבת אחרת ובהתאם לה).

בהמשך אדון במחלוקות ובקשיים שנתגלעו ביישום הדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק, אולם רצוני לבחון תחילה כמה מאפיינים עיקריים של הדגם הלוקיאני, ההופכים אותו לפרשנות אטרקטיבית של הסמכות הנ"ל. חשוב להדגיש, כי גם הדיון להלן בדגם הלוקיאני לא יעסוק בעמדתו של שופט מסוים בהחלטה זו או אחרת או בעמדתו של משפטן מסוים כפי שהיא משתקפת מכתובתו האקדמית. הדיון יושתת על הניסיון להבין גישה ומכנה המשותפים לכל התיאוריות והטיעונים החוקתיים המשתייכים לדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק על ידי הדגשת נקודות וקווי חשיבה משותפים החשובים לתיאוריות ולטיעונים אלה.

במרכז הדגם הלוקיאני שלוש תזות מרכזיות: ראשית, כי סמכות הבג"ץ להתערב למען הצדק היא מוסד חברתי מלאכותי שאינו הכרחי ואינו טבעי, אלא תוצר של בחירה חופשית של חברי הקהילה הישראלית ומוסדותיה. במיוחד חשוב להבחין,

<sup>215</sup> חשוב להבחין כי על פי הדגם הלוקיאני, לגיטימיות של מוסד היא תמיד לגבי אדם או קבוצה מסוימת, והיא עשויה להיות חלקית או שלמה, בהתאמה, כפועל יוצא מהתשובה על השאלה, האם אפשר לזהות את האינטראקציה המיוחדת היוצרת אותה רק לגבי חלק מחברי הקבוצה (שאו היא חלקית) או לגבי כולם (שאו היא שלמה).

כי אין מדובר בסמכות טבועה וטבעית של הבג"ץ הנובעת מעצם קיומו או מעצם הכורח או הצורך לקדם צדק, יעילות או סגולות אחרות. כך, למשל, בעניין זרובבל הסביר השופט שניאור זלמן חשין, כי סמכות הפיקוח הקבועה בסימן 43 לדבר המלך במועצה "אינה דבר שבנצח, כי אם נתונה גם נתונה לביטול".<sup>216</sup>

שנית, כי עצם יצירתה של סמכות ההתערבות למען הצדק ועיצוב גבולותיה יכולים להיעשות רק על ידי אינטראקציה רצונית של הפרטים ומוסדות המדינה, המגלה את רצונם בסמכות זו בגבולותיה הנ"ל. במובן זה הסמכות להעניק סעד למען הצדק על פי הדגם הלוקיאני היא "תלוית-רצון", דהיינו: היא תלויה ברצונם של הכפופים לה והנתונים למרותה. איכויותיה, סגולותיה ויתרונותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק הם דבר חשוב, אך קשרי הגומלין של הפרט ומוסדות המדינה עם הבג"ץ – העובדה ההיסטורית, כי הפרט ומוסדות המדינה הסכימו להכפיף את עצמם לבג"ץ – הם הגוזרים את הלגיטימיות שבהתערבות בעזרת סמכות זו במעשי השלטון ובחיי אזרחי המדינה. לכן בעניין חוגים לאומיים גרס השופט ברנזון, כי למרות האיכויות והסגולות הברורות של הסמכות להעניק סעד למען הצדק – היותה "אחד מעמודי התווך של בנין המדינה" עד כי היא "חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי".<sup>217</sup>

– "חייבים בתי-המשפט להרכיב ראש בפני המחוקק, שהוא שופרו של הריבון... כאשר הוא מתכוון לשלול או להגביל"<sup>218</sup> סמכות זו. שלילה או הגבלה כזאת כשלעצמה, הסביר ברנזון, אמנם אינה רצויה וחותרת תחת אשיות משטר דמוקרטי טוב ותקין, אך אין "להתעלם ממנה כאשר היא משקפת את רצונו של המחוקק, בחיר העם".<sup>219</sup>

שלישית, כי במתודת ההסכמה יש משום הגנה על אזרחי המדינה ומוסדותיה מפני התערבות הבג"ץ למען הצדק. כמעט כל אלה המשתייכים לדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק יהיו שותפים לטענה זו במפורש או במשתמע ולמעשה דבר זה ייחשב יתרון עיקרי של הדגם הלוקיאני על פני הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. הלגיטימיות של סמכות ההתערבות למען הצדק של הבג"ץ תלויה בקיומה של הרשאה מאת חברי הקהילה הישראלית ומוסדותיה להפעלתה, ובכך שבג"ץ אינו חורג מתנאי הרשאה וההסכמה שהוענקו לו. לכן דרש הנשיא אולשן בד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש,<sup>220</sup> כי לעולם לא יינתן "סעד למען הצדק" בניגוד לחוק,<sup>221</sup> שכן הגם שסמכות זו רחבה ביותר, היא ניתנה על סמך ההנחה כי תופעל בהתאם לחוק ובאפיקיו ולא תוך כדי הפרתו.<sup>222</sup>

216 עניין זרובבל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 184.

217 עניין חוגים לאומיים, לעיל ה"ש 107, בעמ' 170–171.

218 שם.

219 שם.

220 לעיל ה"ש 52.

221 ראו שם, בעמ' 1221.

222 ראו עניין שרעבי, לעיל ה"ש 80, בעמ' 500.

### 3. מיפוי המחלוקות בדבר הסמכות להעניק סעד למען הצדק והקשיים ביישומה בעזרת הדגם הלוקיאני

על פי הדגם הלוקיאני, לגיטימיות ההתערבות מכוח הסמכות להעניק סעד למען הצדק תלויה באיתורן של הסכמות או אינטראקציות וולונטריות אחרות של אזרחי המדינה ומוסדותיה. אולם איתורן של הסכמות ואינטראקציות אלו במורכבות השלטונית של מערכת המשפט הישראלית לא היה משימה פשוטה כלל ועיקר, שכן גם בין שופטים ומלומדים שפעלו בתוך הדגם הנ"ל היה מרחב רחב ביותר למחלוקת לגבי טיבה והיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק.

לעתים קרובות נתפסה סמכותו הרחבה של הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק כנובעת מהסכמה מפורשת של הכנסת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בלשון החקיקה המסמיכה, כגון סימן 43 לדבר המלך, סעיף 7 לחוק בתי המשפט וסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. כלומר: החוק שהסמיך את הבג"ץ להתערב למען הצדק הוא מנגנון לביטוי הסכמתם של האזרחים להתערבות הבג"ץ ולפעילותו בחיי האזרחים ובפעילות מוסדות המדינה. בהתאם לכך, בבג"ץ 79/63 טרודלר נ' ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת השרון<sup>223</sup> הודגש, כי הכנסת היא זו שהפקידה בידי הבג"ץ, באמצעות סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, את הכוח לפתוח את שעריו בפני מי שהשופטים סבורים שיש להושיט לו סעד למען הצדק ולכן בית המשפט חופשי "לצקת דפוסים מחשבה שיביאו לעשיית צדק, כפי שאנו [שופטי בג"ץ] – י"ש' מבינים אותו"<sup>224</sup>. ברוח דומה דחה השופט חיים כהן בבג"ץ 83/70 אוחנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים<sup>225</sup> את פרשנותו המצמצמת של פרופסור זמיר לגבי סמכות הבג"ץ,<sup>226</sup> שכן אין זה משנה מה היה פירושו הנכון של סימן 43 במועצה, ו"עתה חיים אנו מפי המחוקק הישראלי שלשונו ברורה וחד משמעית"<sup>227</sup>. על פי גרסה זו של הדגם הלוקיאני, הסכמתו המפורשת של המחוקק, כפי שהיא עולה מלשון החוק והמייצגת גם את הסכמת האזרחים, מגדירה את טיבה וגבולותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק.

פעמים אחרות גזר בג"ץ את סמכותו להעניק סעד למען הצדק מהסכמתה שבשתיקה של הכנסת להרחבת הסמכות. כפי שצוין לעיל, הנטייה השלטת הניכרת מפסיקת בג"ץ לאורך השנים היתה להרחיב את סמכותו לבחון פעולות שלטוניות בעזרת הסמכות להעניק סעד למען הצדק, כך שלבסוף הביקורת השיפוטית תשתרע על כל פעולה מנהלית ואף מעבר לכך.<sup>228</sup> אולם בהתאם לגרסה זו של הדגם הלוקיאני,

223 לעיל ה"ש 26.

224 שם, בעמ' 2513–2514.

225 לעיל ה"ש 61.

226 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 84–88.

227 עניין אוחנה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 783.

228 ראו עניין קרית-ארבע, לעיל ה"ש 25, והאסמכתאות המצויות שם; וגם פרוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 464.

הלגיטימיות של נטייה זו נגזרה מהיצמדות בג"ץ לדוקטרינה בדבר עליונותו של המחוקק בקביעת טיבה וגבולותיה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק.<sup>229</sup> כלומר: בידי המחוקק נתון הכוח לצמצם או לשלול את הסמכות להעניק סעד למען הצדק, אולם עליו להביע את רצונו לכך באופן מפורש, ברור, חד-משמעי ושאינו משתמע לשני פנים.<sup>230</sup> לכן אין זה מפליא, כי דווקא שופטים שתמכו בגישה מרחיבה מאוד לגבי טיבה והיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק בעשורים הפורמטיביים של בג"ץ, כמו השופט ברנזון, נצמדו לדוקטרינת עליונותה של הכנסת בקביעת טיב הסמכות הנ"ל וגבולותיה.<sup>231</sup> אפשר לשער, כי המניע לכך נעוץ ברצונם של אותם שופטים להפיג לפחות חלק מהחששות שהעלו מצמצמי הסמכות להעניק סעד למען הצדק, כגון החשש מפני האופי האנטי-דמוקרטי שבסמכות זו.<sup>232</sup> אולם בעוד שעל פי הדגם הקאנטיאני, היצמדות לדוקטרינת ריבונותה של הכנסת נועדה להוכיח כי בסמכות להעניק סעד למען הצדק אין משום פגם דמוקרטי המטיל צל על איכויותיה, הרי שעל פי גרסה זו של הדגם הלוקיאני, היצמדות לדוקטרינת עליונותו של המחוקק משמשת מנגנון להבטחת הסכמתם-שבשתיקה של הנתינים ומוסדות המדינה להתערבות הבג"ץ מכוחה. לפיכך בצד דיבורים על כך שסמכות הבג"ץ חובקת זרועות עולם בלא גבול ומידה מלבד המגבלות שנוטל על עצמו השופט, אפשר לעתים קרובות לאתר אמירות בדבר כוחו הבלתי-מסויג של המחוקק להסדיר את הסמכות להעניק סעד למען הצדק.<sup>233</sup> על פי גרסה זו של הדגם הלוקיאני, דוקטרינת עליונותו של המחוקק בהסדרת הסמכות להעניק סעד למען הצדק אינה בגדר רטוריקה, אלא מספקת אפיק לרכישת לגיטימציה, המצוי בהסכמתה-שבשתיקה של הכנסת עבור פרשנות והפעלה מרחיבה של סמכות זו. פעמים מעטות גזר בג"ץ את סמכותו להעניק סעד למען הצדק על פי הדגם הלוקיאני דווקא מהסכמתם המפורשת של הצדדים העומדים לפני בית המשפט להפעלת סמכות זו. לפי זה, בעניין בינוי ופתוח,<sup>234</sup> שבו נעשה ניסיון ליצור עילה מהותית חדשה לתשלום פיצויים מכוח הסמכות להעניק סעד למען הצדק, ציין השופט ברנזון, כי "הזמנו את באי-כוח הצדדים להשמעת טענותיהם וכולם ענו ואמרו 'אמן' לסמכות זו של בית המשפט 'למען הצדק', אם כי נחלקו בדעותיהם ביחס לאופן השימוש בה".<sup>235</sup> נוסף על כך בשורה של עתירות, החל בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר

229 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 101-112.

230 עניין יהושע, לעיל ה"ש 27.

231 שם, בעמ' 632-633; וראו לאחרונה גם רייכמן, לעיל ה"ש 204, בעמ' 757 הקובע כי לשם יצירת עילת התערבות חוקתית עצמאית של צדק "נדרשת אמירה ברורה של הכנסת בטרם ינתן לבית המשפט סמכות שבדין – במובחן מסמכות מוסרית – לשלול תקפו של חוק משום שיישמו אינו צודק בנסיבות העניין".

232 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 94-96.

233 עניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 632-633.

234 לעיל ה"ש 61.

235 שם, בעמ' 458.

האוצר,<sup>236</sup> נטל לעצמו הבג"ץ סמכות לבטל חקיקה של הכנסת בשל סתירה של חוקי יסוד מכוח הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לעורר את עניין סמכותו של הבג"ץ לדון בעתירות מעין אלה.<sup>237</sup> כמו כן נטל בג"ץ לעצמו סמכות לדון בעתירות של תושבי השטחים מכוח הסכמתה של פרקליטות המדינה לדון בעתירות הללו בכפיפות לתנאים שקבעה הפרקליטות.<sup>238</sup> גישה זו של נטילת סמכות שיפוטית מכוח הסכמת הצדדים מנוגדת לגישת המשפט המקובל האנגלי, שלפיה המלך הוא "מעייני הצדק" ורק ממנו נובעות סמכויות בתי המשפט ולכן אין די בהסכמת הצדדים להקנות סמכות עניינית לבית משפט.<sup>239</sup> יכול להיות, כי בג"ץ חש את עצמו מוסמך לדון במקרים הנ"ל בלא בירור מעמיק של גבולות סמכותו בהינתן הסכמת הצדדים העומדים לפניו, בשל העובדה שהוענקה לבג"ץ על ידי המחוקק במפורש בחוק סמכות רחבה להעניק סעד למען הצדק. לחלופין אפשר לטעון, כי בסדרת ההחלטות הנ"ל נטל בג"ץ דה-פקטו סמכות לדון בעניינים אלה מכוח הסכמתה שבשתיקה של הכנסת לסמכות זו.<sup>240</sup> על כל פנים, מבחינה זו עולה, שעל פי הדגם הלוקיאני על גרסאותיו השונות הסמכות להעניק סעד למען הצדק אינה תלויה באיכויותיה, בסגולותיה או בתרומתה לפרט ולמדינה. הרחבת הסמכות להעניק סעד למען הצדק נעשתה לא על יסוד האיכויות, הסגולות או היתרונות שבהתערבות הבג"ץ בחיי אזרחי המדינה ומעשי השלטונות. בג"ץ לא גרס, כי סמכות זו הופכת את החברה הישראלית לצודקת יותר וכי היא נדרשת ממהות הדמוקרטיה, או כי ביקורת שיפוטית היא כורח משפטי,

236 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן).  
 237 שם, בעמ' 696 ("בריון זה היו עשויות להתעורר שאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאד... היועץ המשפטי פטר אותנו מלהיכנס לעבי הקורה הזאת, בהודיעו בהודעתו מטעם המשיבים..."). ראו גם בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 798, 794 (1973); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 6 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 148 (1983). ראו גם בג"ץ 306/81 פלאטרו-שרון נ' ועדת הכנסת, לה(4) 118, 135 (1981), לעמדתו של הנשיא לנדוי באשר לסמכותו של בג"ץ להתערב בהליכי הפנימיים של הכנסת.

238 ראו בג"ץ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 574 (1972); בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 124 (1972); בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 176-177 (1973) (להלן: עניין חילו) ("האם מוסמך בית-משפט זה להעביר תחת שבט בקרתו פעולות שנעשו על-ידי רשויות המדינה, ובמיוחד על-ידי כוחותיה הצבאיים, בשטחי הממשל הצבאי? ואם קיימת סמכות כזאת, מה מקורה ועל-פי אילו אמות-מבחן היא תופעל? כמו במקרים אחרים בעבר... לא חלק מן נתן בשם המשיבים על עצם קיום הסמכות, ובאין טיעון על כך נניח אפוא גם הפעם, בלי לפסוק בדבר, שהסמכות קיימת...").

239 ראו Dan B. Dobbs, *The Decline of Jurisdiction by Consent*, 40 N. C. L. Rev. 49, 54 (1961).

240 כך, למשל, בהקשר של ביקורת על חקיקה ראשית בכל פעם שבית המשפט ביטל חוקים של הכנסת דה-פקטו, הכנסת הגיבה לא בהטלת ספק בסמכות בג"ץ לעשות כן, אלא על ידי תיקון החוק הספציפי בדרך ובאופן שהנחה בג"ץ עצמו.



מוסרי או פוליטי. הרחבת הסמכות להעניק סעד למען הצדק בהתאם לדגם הלוקיאני היא תוצר של אינפורמציה היסטורית אמיתית, המבוססת על הסכמה מפורשת או שבשתיקה של הפרטים ומוסדות השלטון בקיומה של הסמכות ובהפעלתה הרחבה. מובן, שהמצמצמים בטיבה ובהיקפה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק עשויים לכפור בקיומה של הסכמה (מפורשת או שבשתיקה) של חברי הקהילה ומוסדותיה לסמכות ההתערבות למען הצדק של בג"ץ בפרשנותה הרחבה. כך, למשל, גרס פרופסור זמיר, כי נפלה טעות לשונית בחוק שמקורה בתרגום לקוי של המונח "Justice" בסימן 43 לדבר המלך במועצה, והמחוקק לא התכוון, ומכאן שגם לא הסכים, כי סמכות הבג"ץ תיקבע על בסיס שיקולים של צדק.<sup>241</sup> נוסף על כך טען פרופסור זמיר, כי גם אם הסמך המחוקק את הבג"ץ לשיקול שיקולים של צדק בקביעת סמכות הבג"ץ, הרי שלא התכוון כי מכוח שיקולים אלה יהיה אפשר להרחיב את סמכות הבג"ץ כדי לעקוף את התנאים לרכישת סמכות לפי סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט דאז (סעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה היום).<sup>242</sup> לחלופין היו שגרסו, כי בהפעלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק הבג"ץ אינו רשאי להתעלם מהשקפותיה של הכנסת בענייני צדק ומוסר במקום שאפשר לדלות את השקפתה מחיקוקים במאטריה דומה או מהחלטותיה.<sup>243</sup> הסמכות להעניק סעד למען הצדק הוקנתה לבג"ץ על ידי המחוקק ולכן עליו לאמץ כקריטריון להפעלת סמכות זו את דעת הכנסת באותם נושאים, בהיותה המייצג הפורמלי היחיד של דעת הציבור.<sup>244</sup> ביקורת קשה גם נמתחה על הקניית סמכות לבג"ץ מכוח הסכמת הצדדים. הטענה השכיחה היתה, כי הסכמת הצדדים לבדם אין בה די להקנות סמכות לבג"ץ, אלא נדרשת הסכמה (הסכמה) חוקית מידי המחוקק.<sup>245</sup> אבל ההנחה של רוב המשתתפים בוויכוח היא, שאילו ינצחו מרחיבי הסמכות להעניק סעד למען הצדק במחלוקת ויוכיחו את קיומה של ההסכמה הרלבנטית ואת תוכנה,

241 זמיר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 219–220. אולם ראו עניין אוהנה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 783; אסנת, לעיל ה"ש 62; פרוש, לעיל ה"ש 62.

242 זמיר, שם, בעמ' 220. ראו בעניין זה גם עמי אסנת "תחומי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לאור הפסיקה החדשה" עיוני משפט ה' 167, 178 (תשל"ו) ("נראה כי סעיף 7(א) [לחוק בתי המשפט – י"ש] אינו מגביל לכאורה, את סמכות בג"צ בנוגע לסוג העניינים בהם ידון ולסעדים אותם יושיט מתוך הצורך ב'השלטת הצדק'... מאידך גיסא, הרחבת תחולתו של הסעיף על גופים ואנשים 'פרטיים'... נוגדת... את כוונת המחוקק בסעיף 7(א) [לחוק]").

243 אסנת, לעיל ה"ש 62, בעמ' 251–252.

244 שם, בעמ' 252.

245 לביקורת בהקשר של סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות תושבי השטחים מכוח הסכמת הצדדים ראו השופט ויתקון בעניין חילו, לעיל ה"ש 238, בעמ' 181 ("הסכמה זו [לסמכות הבג"ץ – י"ש] הניתנת מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים ובלי התחייבות שתניתן בכל העתירות, הופכת את דיונונו למעין בוורות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית-משפט זה"); ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757, 759 (1992) ("אין ספק שאין לצדדים הזכות או הכוח להעניק לבית המשפט סמכות שאין לו").

הרי שיצליחו להוכיח גם את הלגיטימיות שבהתערבות בג"ץ במעשי רשויות השלטון מכוחה ואת הלגיטימיות של פרשנותם המרחיבה לסמכות זו. אולם הצלחה במשימה זו אינה פשוטה כלל ועיקר בשל המבנה הפנימי של הדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. על פי הדגם הלוקיאני על פרשנותיו השונות, על הבג"ץ לאתר את ההסכמה המפורשת, ההסכמה שבשתיקה או האינטראקציה הרלבנטית, שהיא המקור והבסיס ללגיטימיות ההתערבות שלו, ולא פחות חשוב – גם את תוכנה המדויק. רק בהינתן ידיעה מעין זו, יהיה ביכולתו לקבוע את התנאים, הנסיבות והגבולות להפעלת הסמכות להעניק סעד למען הצדק. על הקשיים בהפעלה ראויה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק על פי הדגם הלוקיאני אפשר ללמוד מהתחבטות הפסיקה בשאלה, האם הוראות המצויות בחיקוקים שונים, הקובעות את סופיותן של החלטות ועדות ערר או גופים שלטוניים אחרים, מעידות על כוונתו של המחוקק לחסום בפני האזרח את האפשרות לפנות לבג"ץ. בעניין זרובבל קבע השופט שניאור זלמן חשין, כי לבג"ץ אין סמכות להתערב בהחלטותיה של ועדת ערעור אשר הוקמה לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950<sup>246</sup> – חוק הקובע, כי החלטת ועדת הערעור תהיה מנומקת וסופית. אמנם, לבג"ץ נתונה סמכות פיקוח על פעולותיהם של טריבונלים נמוכים מכוח סימן 43 לדבר המלך במועצה, אך סמכות זו אפשר לבטלה. צירוף זה של חובת הנמקה ועקרון סופיות הקבוע בחוק התגמולים, הסביר השופט חשין, "מעיד כמאה עדים על כוונתו של המחוקק לשלול מכל בית משפט – ובית המשפט הגבוה לצדק בכלל זה – את הסמכות להתערב בהחלטותיה של ועדת הערעור".<sup>247</sup> מסקנתו של השופט חשין עמדה במרכז המחלוקת בין השופטים ויתקון וברנזון בעניין יהושע. השופט ויתקון הסתייג מההלכה שנקבעה בעניין זרובבל, שכן אין סמכות הבג"ץ נשללת אלא על פי מילות שלילה מפורשות, והוראה שהחלטת הטריבונל תהיה סופית אין בה כדי לשלול את הסמכות.<sup>248</sup> תחומי הביקורת השיפוטית על טריבונלים מנהליים צרים ממילא, והיא אינה נשללת גם במקום שבו החוק מורה כי החלטת הטריבונל תהיה סופית.<sup>249</sup> השופט ויתקון פקפק גם בטענה, כי הוראה המורה לוועדת הערר לנמק את החלטתה, שכל תכליתה לחזק את מעמד האזרח, תהיה לו לרועץ ותחסום בפניו את הדרך לפנות לבג"ץ. לפיכך הגיע השופט ויתקון למסקנה, כי המחוקק לא חזה תוצאה זו "ולא התכוון לה עת שציווה את הוועדה לנמק את החלטותיה".<sup>250</sup> גם השופט ברנזון הסתייג

246 חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950, ס"ח 162 (להלן: חוק התגמולים).

247 עניין זרובבל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 184. קביעה זו אושרה גם בעניין צ'יליבי, לעיל ה"ש 63, בעמ' 476; ובעניין ונדר, לעיל ה"ש 63, בעמ' 557.

248 עניין יהושע, לעיל ה"ש 27.

249 שם, בעמ' 622-623.

250 שם, בעמ' 623.

מההלכה שנקבעה בעניין זרובבל מהטעם, שאין בהוראה בדבר סופיות החלטתה של ועדת הערעור "משום גילוי רצונו הברור והודאי של המחוקק"<sup>251</sup> לשלול את סמכות הבג"ץ.<sup>252</sup> גם השופט ברנזון, כמו השופט ויתקון, סבר, שעצם החובה שהוטלה על ועדת הערעור לנמק את החלטתה אינה מגלה רצון לשלול את סמכות הביקורת של הבג"ץ. נהפוך הוא. על ידי מתן נימוקים, הסביר ברנזון, יוכל הבג"ץ לברר ביתר קלות את טיב ההחלטה ולבחון את חוקיותה וחוקיות הדיונים שהתנהלו בפני הוועדה ולכן אינה גורעת מסמכותו של הבג"ץ.<sup>253</sup> אולם לבסוף ניאות השופט ברנזון להשאיר את ההחלטה בעניין זרובבל על מכונה, ככל שהיא נוגעת לחוק התגמולים מהטעם שעל פי חוק זה, בראש ועדת הערעור עומד שופט מקצועי, ומהטעם שהדיון בעניינו של האזרח אינו מסתיים בערכאה אחת.<sup>254</sup> הרחבתה, צמצומה או שלילתה של סמכות הבג"ץ תלויות בהבנת כוונתם ורצונם של הכנסת וחברי הקהילה הישראלית, אך זו תלויה בהבנתו המוקדמת של הבג"ץ את משטרנו החוקתי.

על רקע קשיים אלה יש להבין את התנגדותו של חבר הכנסת איתן לנכונותו של בג"ץ לדון בעתירה נגד נשיא המדינה בעניין פוקס, למרות הוראת סעיף 13 לחוק יסוד: נשיא המדינה, שקבע כי הנשיא לא יתן את הדין בפני כל בית משפט.<sup>255</sup> לגישת איתן, הוראה זו יש בה משום התנערות מהסכמה-שבשתיקה להרחבת סמכות הבג"ץ ומעידה על כוונת המחוקק לשלול את סמכות הבג"ץ לדון בעניינים הקשורים בתפקידיו ובסמכויות של הנשיא. אליבא דחבר הכנסת איתן, במשטר החוקתי הנוהג בישראל קיימת חלוקת תפקידים בין רשויות המדינה. תפקיד המחוקק הוא לחוקק, ותפקיד בית המשפט הוא לפרש את דברי החקיקה כאשר כוונת המחוקק אינו ברורה. אולם במקרה שבו עסקינן ברורה כוונת המחוקק לשלול את סמכות הבג"ץ לדון בעניינים הקשורים בתפקידי הנשיא ובסמכויותיו ועל בית המשפט לכבד רצון זה כפי שהוא בא לידי ביטוי בסעיף 13 הנ"ל. עמדתו של איתן תואמת החלטה מוקדמת של בית המשפט העליון בבג"ץ 136/59 סופרין נ' נשיא המדינה.<sup>256</sup> בעניין זה דחה בג"ץ את בקשתו של העותר להוציא צו על תנאי נגד נשיא המדינה כי יבוא ויתן טעם מדוע לא ידון בבקשת חנינה של העותר במסגרת סמכות החנינה הנתונה בידי הנשיא. השופט זילברג הסביר, כי אין לבג"ץ "כל סמכות לדון בבקשה"<sup>257</sup> בשל הוראת המחוקק בסעיף 9(א) לחוק כהונת

251 שם, בעמ' 633.

252 שם, בעמ' 632-633. בהקשר זה ראו גם: עניין טרודלר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 2511-2512; בג"ץ 302/63 המוסד לביטוח לאומי נ' בית-הדין המקומי לביטוח-לאומי, פ"ד יח(4) 249, 253 (1964); עניין חוגים לאומיים לעיל ה"ש 107; עניין אלכורדי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 72; בג"ץ 52/86 פרידמן נ' משטרת ישראל, פ"ד מ(2) 449, 451 (1986).

253 עניין יהושע, לעיל ה"ש 27, בעמ' 634-635.

254 שם, בעמ' 636.

255 לעיל ה"ש 13.

256 בג"ץ 136/59 סופרין נ' נשיא המדינה, פ"ד יג 1147 (1959) (להלן: עניין סופרין).

257 שם, בעמ' 1148.

נשיא המדינה, התשי"ב-1951,<sup>258</sup> הקובעת במפורש, כי "לא יתן נשיא המדינה את הדין לפני כל בית משפט או בית דין על דבר הקשור בתפקידו או בסמכויותיו".<sup>259</sup> השופט זילברג אף העיר, כי "אם האסוציאציה שריחפה לנגד עיני המחוקק הישראלי היתה הלכת דיני ישראל לגבי מלכי ישראל, ייתכן כי גם הדיון הנוכחי מצוי"<sup>260</sup> מחוץ לסמכות הבג"ץ. ברי כי לגישת השופט זילברג, סמכות הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק צריכה להיעשות בגבולות רצונו וכוונתו של המחוקק ובהתאם להן, אולם הבנת רצונו וכוונתו של המחוקק מושגת על תפיסה מוקדמת בדבר המוסכמות וההבנות שעל רקען נחקק חוק כהונת נשיא המדינה.<sup>261</sup>

סיכומם של דברים: הקשיים ביישום הדגם הלוקיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק נובעים מהקושי לברר את קיומה ותוכנה של הסכמת אזרחי הקהילה ומוסדותיה לסמכות זו. בהינתן בירור מעין זה, יוכל בג"ץ לאמץ כללים ועקרונות בדבר תנאי הלגיטימיות ליישומה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק ויוכל גם להפעילה הלכה למעשה במקרים ובנסיבות הראויים. עם זאת, בירור קיומה של הסכמה לסמכות להעניק סעד למען הצדק ובירור תוכנה של הסכמה זאת במורכבות השלטונית של מדינת ישראל תלוי באימוצה של הבנה ותפיסה מוקדמת באשר למוסכמותיה של חברי הקהילה הישראלית עצמה. כל מסקנה בדבר כוונת המחוקק בנויה על משמעויות, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, ומהבנה מוקדמת זו מתחיל השופט או המשפטן לבחון את כוונת המחוקק ורצונו.<sup>262</sup> רק על רקע מוסכמות אלו יהיה אפשר להסיק מהו טיבה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק ומהן הגבולות להפעלה, אולם נכונותה של תפיסה מוקדמת זו והגנה עליה אינה משימה פשוטה כלל ועיקר.

258 חוק כהונת נשיא המדינה, התשי"ב-1951, ס"ח 6 (להלן: חוק כהונת נשיא המדינה). חוק זה בוטל והוחלף לימים בחוק יסוד: נשיא המדינה.

259 שם.

260 עניין סופרין, לעיל ה"ש 256.

261 לאורך השנים נזנחה גישתו הנ"ל של השופט זילברג ונקבע כי בג"ץ מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית עקיפה על חוקיות החלטות הנשיא בענייני חנינה הגם "שמושג החוקיות בעניין זה הינו מצומצם בתחום התפרשותו ממושג החוקיות המוחל בביקורת [שיפוטית - י"ש] על פעולותיהן של רשויות ממשל מינהל אחרות": בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(ג) 389, 414-415 (1999), וראו גם בג"ץ 695/85 יוסקוביץ נ' שר המשטרה, פ"ד מ(1) 785, 786 (1986); בג"ץ 458/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986); ולאחרונה גם בג"ץ 6438/07 התנועה לאיכות השלטון נ' שר המשפטים, דניאל פרידמן, תק"על 2007(3) 2101 (2007).

262 מנחם מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג 367 (תש"ס); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 180-198 (2004).

## ו. סיכום ומסקנות

כאמור, אפשר לזהות בפסיקת הבג"ץ מחלוקת בין שופטים, הנוקטים פרשנות מרחיבה לסמכות להעניק סעד למען הצדק, ובין שופטים הנוקטים פרשנות מצמצמת. לאורך השנים אפשר גם לזהות הרחבה עקיבה של הסמכות להעניק סעד למען הצדק עד כי כיום היא משתרעת על כל פעולה שלטונית ואף מעבר לכך. אולם תהיה זו טעות להבין את התפתחות הפסיקה רק על רקע האקטיביזם השיפוטי ונצחונם של מרחיבי הסמכות. מבט על סמכותו של הבג"ץ להעניק סעד למען הצדק מגלה, כי היא משמשת שדה קרב להתנגשות בין שני דגמים של סמכות חוקתית. על פי הדגם הקנטיאני, סמכותו של הבג"ץ נשענת על האיכויות, הסגולות או היתרונות שבה לפרט ולחברה הישראלית. מנגד, על פי הדגם הלוקיאני, סמכות הבג"ץ נשענת על מעשים וקשרי גומלין המגלים את רצונם של חברי הקהילה הישראלית ומוסדותיה בהתערבות הבג"ץ למען הצדק. במאמר זה סקרתי גם את ההנחות העומדות בבסיס הדגמים האמורים והקשיים שהתעוררו בהפעלתם בפסיקה.

הגם שדגמי הסמכות החוקתית הנ"ל מצויים במידה זו או אחרת בכל זמן נתון בפסיקה, אפשר להסיק בביטחון יחסי, כי פסיקת הבג"ץ לגבי הסמכות להעניק סעד למען הצדק מרמזת על מעבר מהדגם הלוקיאני אל הדגם הקאנטיאני. בעשורים הפורמטיביים של בג"ץ ועד שנות השמונים הרחבת הסמכות נשענה בעיקרה על טיעונים שאופייין לוקיאני, דהיינו: שהכנסת, המייצגת את רצון חברי הקהילה הישראלית, העניקה סמכות התערבות רחבה למען הצדק בחיי אזרחי המדינה ומוסדותיה. למן שנות השמונים, ובמיוחד לאחר המהפכה החוקתית, הרחבת הסמכות להעניק סעד למען הצדק נשענה בעיקרה על טיעונים בעלי אופי קאנטיאני, כלומר: שבסמכות ההתערבות של בג"ץ למען הצדק יש משום איכויות סגולות ויתרונות לפרט ולקהילה בכללותה. צמצום הנסיבות שבהן יכיר הבג"ץ בשלילת הסמכות להעניק סעד למען הצדק נשען אפוא בעיקרו על הדגם הקאנטיאני הבוחן את צדקתו של מוסד על ידי התאמתו לעקרונות ולערכים חוקתיים, תוך התעלמות מרצונו ה"סובייקטיבי" של המחוקק ומאינפורמציה היסטורית אמיתית הנוגעת להסכמות, לפשרות ולרצונות של חברי הקהילה.

לא טענתי ואינני גורס כי על בית המשפט לזנוח כליל את הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק. אולם, הטבע הבעייתי של המעבר הגורף מהדגם הלוקיאני אל הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק הוא ברור. בין אם נאמץ את הפרשנות הפרוצדורלית לדגם הקאנטיאני, כי בפרוצדורה הנהוגה בבג"ץ יתרונות ואיכויות, ובין אם נאמץ את הפרשנות המהותית לדגם הקאנטיאני, כי במשפט הנוהג בבג"ץ יתרונות ואיכויות — הרי שתמיד הסמכות להעניק סעד למען הצדק היא נגזרת של שיקולים וטעמים נורמטיביים החלים על אנשים ומוסדות בלי

קשר לרצונותיהם הממשיים. לעתים קרובות העובדה שהדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק מבוסס בהכרח בסופו של דבר על האיכויות, הסגולות והיתרונות שבסמכות זו כחלק מהמערך החוקתי השלם, ואינו מבוסס על איזושהי פרוצדורה, פשרה או עסקה פוליטית אמיתית בין גופי השלטון השונים ואזרחי המדינה שהובילו ליצירתה של סמכות זו – הופכת סמכות זו ליתרון ולסגולה בפני עצמה. הסמכות להעניק סעד למען הצדק, הנקבעת על סמך שיקולים נורמטיביים בלבד, מאפשרת יישום ישיר ובלתי-אמצעי של התיאוריה הראשית של הטוב החברתי, הצדק, הדמוקרטיה או שלטון החוק, ולנגח כל פשרה או הסכמה העולה מתוך מעשים ורצונות ממשיים של חברי הקהילה. הדגם הקאנטיאני של הסמכות להעניק סעד למען הצדק דוחף את בג"ץ לבטא ולקדם מוסריות פוליטית ולא את רצונותיהם והסכמותיהם של חברי הקהילה ומוסדותיה.<sup>263</sup> מכאן, שהסתמכות על הדגם הקאנטיאני לסמכות להעניק סעד למען הצדק בלבד דוחפת את בג"ץ לפטרנליסטיות: בירור יסודות הלגיטימיות לא רק של סמכותו הוא, אלא של המשטר כולו במנותק מרצונות וממאוויים ממשיים של חברי הקהילה הישראלית. אולם כפי שציין הפילוסוף הנודע עמנואל קאנט, שלטון פטרנליסטי של שליט נאור, כמו שלטון אב בבניו, הוא העריצות הגדולה ביותר שאפשר לשערה.<sup>264</sup>

263 Rawls, Ronald, *A Matter of Principle*, 198 (1985), לעיל ה"ש 131, בעמ' 223.  
 264 Immanuel Kant, *On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice*, in *Kant's Political Writings*, 74 (Hans Reiss ed., H. B. Nisbet trans., 1977).