

"בפתח החוק עומד שומר-ספ. אל השומר הזה בא איש מן הכהר ומבקש רשות להיכנס אל החוק. אבל השומר אומר שעכשו אין הוא יכול להרשות לו להיכנס. האיש חוכך בדעתו ושאל אם יורשה אפוא להיכנס אחריך. 'יתכן', אומר שומר-הספ, 'אבל לא עכשו'".¹

זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ²)

יורם רבין *

1 מבוא

"זכות הגישה לערכאות", במובנה הרחב, הנה זכותו של האדם לפני בית המשפט ולקבל סדר, ללא סיוכו, ללא עיכוב ולא משואה פנים. שלא כמו זכויות יסודיות אחרות, כגון: חופש הביטוי, חופש העיסוק, הזכות לקניין והזכות לפרטיות, לא זכתה "זכות הגישה לערכאות", על אף חשיבותה הרבה, לכל התייחסות מחקרית מעמיקה בטרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³

* בוגר במשפטים – בית הספר למשפטים של המכללה למנהל; מוסמך במשפטים – אוניברסיטה תל-אביב; תלמיד מחקר לתואר שלishi במשפטים – אוניברסיטת תל-אביב; וחבר סגל ההוראה של בית הספר למשפטים של המכללה למנהל. המחבר מורה לד"ר דפנה ברק-אוו ולד"ר ברק מדינה על שקראו את טוות המאמר והעירו העורות מעולות.

1 פ' קפקא המשפט (תשנ"ב) 205.

2 פ"ד נא(3) 577 (להלן: פרשת ארפל אלומיניום).

3 חריג לכך הננו מאמרו של פרופ' גינוסר משנה 1978, אשר התפרסם במסגרת הקובץ למחקרים: S. Ginossar "Access to Justice in Israel" *Access to Justice* (Milan, ed. by M. Cappelletti, 1978, Vol. I — A World Survey) 625 משווה: כמו כן אמרו של פרופ' סטיב גולדשטיין: S. Goldstein "Expediting the Administration of Justice: Financial Mean and Constitutional Concern" *International Encyclopaedia of Laws — World Law Conference — Law in Motion* (Deventer, ed. by R. Blanpain, 1997) 211, 218 etc.

גם בית המשפט העליון לא נדרש לדון יסודי ומוחך בזכותו זו. היעדר זה, הן בפסקה והן בספרות, בולט לאור ההטעקות הרבה בזכויות יסוד אחרות.⁴ ביום 15.7.1997 נתן בית המשפט העליון את פסק דיןו בפרשת ארפל אלומניום. בערעור זה נדרש בית המשפט העליון לשאלת האם מוסמך בית המשפט המחויז לדון כערכאה דינית בבקשת לביטול מרגם שנרשם בפנקס המרגמים. לצורך ההכרעה בשאלת נדרש בית המשפט העליון לדון חוקתי ראשון ומרתק בזכות הגישה לערכאות. עניינה של רשימה זו בתורתה של פרשת ארפל אלומניום לביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית במשפט הישראלי. אך עד שນפנה לפרשת ארפל אלומניום, נסקור בקצרה את התפתחותה של זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי עד אותה פרשה.

2 זכות הגישה לערכאות בטרם חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו

בדיקה קפדנית זהירה של המשפט הישראלי בטרם כניסה לתוקף של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו מעלה שלמעשה — אם כי ללא תאוריה מקיפה — הוכרה זכות הגישה לערכאות, בזכות יסוד שאינה כתובה "על ספר", הן בחקיקה והן בפסקה, עוד בטרם המהפכה החוקתית. בחקיקה באה זכות הגישה לערכאות בידי ביטוי בחוקים שונים, שאף שאינם מצויים את הזכות בשמה המפורש⁵, הם תורמים לפתח שעררי בתיה המשפט ולהגברת יכולת הגישה לערכאות. בין חוקים אלה ניתן למנות את החוקים המעניינים פטור מאגרת בית משפט לחסרי יכולת כלכלית⁶; חוק סיוע משפטי שמכוונים שירותים משפטיים למי שידרו אינה

⁴ ראו "ר宾 זכות הגישה לערכאות" זכות חוקתית (תשנ"ח). לאחר פרסום של הספר נערכו הקונגרס העולמי ה-15 למשפט השוואתי בעיר בריסטול שבאנגליה, במסגרתו הוקדש אחד המושבים לדין בזכות הגישה לערכאות כזכות יסודית. ראו לענין זה : International Congress of Comparative Law — General Report on; Access to Justice as a Fundamental Right (31 July 1998); M. Corinaldi "Access to justice as a Fundamental Right" Israeli Reports to the XV International Congress of Comparative Law (Jerusalem, ed. by A.M. Rabello, 1999)

⁵ הוראת חוק חriga המצינית במפורש את זכות הגישה לערכאות הננה הוראת סעיף 5 לחוק החווים האחדים, תשמ"ג-1982 הקובעת: "תנאי בחוזה אחד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות — בטל". מדברי ההסביר להצעת החוק עולה, כי ועדת חוקה חוק ומשפט סקרה שזכות יסודית זו של פניה לערכאות היא כה בסיסית עד שהגבלתה או שלילתה בחוזה אחד בטלו מ действן (הצעת חוק החווים האחדים, תשמ"ב-1981, ה"ח 1556). וראו בנוסף ג' שלו דיני חווים (מהדורה שנייה, 1996) ; ר' לוסטהויז וט' שפנץ חווים אחידים (תשנ"ד, כרך א) 79.

⁶ סעיף החוק המרכז בענין זה הנה סעיף 83(א)(3) לחוק בתיה המשפט [נוסח משולב]. תשמ"ד-1984, המקנה לשר המשפטים את הסמכות להתקין תקנות, בין השאר, לעניין "אגרות שיש לשלם בכתי משפט ובמשדרי ההואזה לפועל והפטור מהן". מכוח סמכות זו הותקנו תקנות בית המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987 וב恬ן תקנה 13 המקנה פטור מאגרה בתנאים המצוינים בה. הסדרים דומים קיימים גם בטיריכונלים השוניים מחוץ למערכת בתיה המשפט הרגילים: לעניין פטור מאגרה בכתי הדין הרכניים ראו תקנות 14-20 לתקנות

משגת לשאת בעליהם (הן בהליך הפלילי והן בהליך האזרחי)⁷; הקמת בית משפט לתחייבות קטנות כחלק מפתרון בעית יכולת הגישה לערכאות של "האדם הקטן" מהרחוב⁸; חוקים המתייררים במפורש הגשת תובענות ייצוגיות (ככלិ המגביר את יכולת הגישה לערכאות של נזוקים ובאים, שכל אחד מהם סובל נזק קטן בלבד)⁹ ופיתוחן של דרכי התדיינות אלטרנטיביות למערכת בתיה המשפט הרגילים כגון הבוררות והפישור¹⁰.

גם בית המשפט העליון, כמו המחוקק, ראה בזכותו של האזרה לפנוט אל הערכאות זכות בסיסית ויסודית, והרי כמה דוגמאות: בפרשה אחת¹¹ נדון עניינו של עוצר שהוטל על אחת משכונותיה של ירושלים, אשר כלל לטענת העותרים את האפשרות להתקשר אל מחוץ לחותם העוצר, ובמיוחד מנע את האפשרות לפנוט בעתרה לבג"ץ. וכך קובע בית המשפט מפיו של הנשיא שmag'or:

"תלונת העותרים היא, כי לא ניתנה להם אפשרות להתקשר אל מחוץ לאזרור העוצר, ובמיוחד מנגעו מהם הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק... אין צורך לומר, שיש לאפשר חופש פניה לבית המשפט, ובמקרה הקונקרטי

הידיינים (אגרות), תש"י-ז-1957; לעניין פטור מאגרה בהוצאה לפועל ראו תקנה 5 לתקנות ההוצאה לפועל (אגרות, שכיר והוצאות), תשכ"ח-1968; לעניין פטור מאגרה בבתי הדין לעבודה ראו תקנות 6 ו-15 לתקנות בית הדין לעבודה (אגרות), תשכ"ט-1969; ולעניין פטור מאגרה בכתבי המשפט לענייני משפחה ראו תקנות 6-9 לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), תשנ"ז-1995.

⁷ ראו חוק הסיווע המשפטי, תשל"ב-1972 וחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 (הסדר חדש ומתקדם שהיה קבוע בעבר באופן חלקי ובהתאם מספק בסעיפים 13-19 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965).

⁸odium קיומם קבועה בבית המשפט לתחייבות קטנות בסעיפים 55-67 לחוק בתיה המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ובתקנות שיפוט בתחום קטנות (סדרי דין), תשל"ז-1976. וכן ראו ס' דויטש "בית המשפט לתחייבות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"א) 345.

⁹ ראו ס' גולדשטיין "תחייבות-ייצוג-קבוצית – מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416. קיומם בישראל מספר חיקוקים, אשר בהם מתיר המחוקק במפורש הגשת תובענות ייצוגיות: תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; סעיף 54 לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968; סעיף 10 לחוק למניעה מגעים סביבתיים (תחייבות אזרחיות), תשנ"ב-1992; סעיף 353 לא לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; סעיף 16 לא לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; וסעיף 62 לא לחוק הפיקוח על עסקים ביטוח, תשמ"א-1981. על חובענות ייצוגיות מכוח סעיף 54 לא חוק ניירות ערך, תשכ"ה-1968, ראו נ' שר "דין ניירות ערך – מגמות מרכזיות" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 265.

¹⁰ פיתוחן של דרכי התדיינות אלטרנטיביות למערכת בתיה המשפט הרגילים מגבירה את יכולת הגישה לערכאות בשתיים: האחת, ההפחתה העומס על בתיה המשפט ומכאן להחוללה בעליות התהדיינות; השנייה, דרכי התהדיינות האלטרנטיביות שלעצמם מהוות חלופות למערכת בתיה המשפט הרגילים ו"מעין ערכאה" נוספת. ראו י' אלרואי "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" המשפט א (תשנ"ג) 311; חוק הבורות, תשכ"ח-1968; תקנות בתיה המשפט (פישור), תשנ"ג-1993 ותקנות בתיה המשפט (מנוי מפשר), תשנ"ו-1996.

¹¹ בג"צ 1358/91 ארשייד נ' שר המשפטה, פ"ד מה(2) 747. לפסק דין נסף העוסק בחסימת הגישה הפיזית אל בתיה המשפט ראו ב"ש 678/82 טיר נ' מ"י, פ"ד לו(3) 386.

שלפנינו ניתן היה להתריר תנועת העותר לבית המשפט או לחלוfin, הסעתו לבית המשפט או לחלוfi חלוfin, הgesת עתירתו על-ידי גורם משטרתי או שליח אחר מטעמו לרשوت השיפוטית המתאימה. אך היה הדרך שתיכבר אשר תהיה, אין לחסום את הדרך לבית המשפט¹² (ההדגשות שלי — י.ר.).

בפרשה נוספת¹³ נדון ערעורו של אדם, אשר בית המשפט המחווי סירב לשוב ולדון בעניינו, שכן "ריך טורדנות" נודף פנוי. על כך פסק בית המשפט העליון מפיו של השופט כהן, כי: "החוק הוא שוגם לטרדנים שמורה זכות הגישה אל בתייה המשפט, ולא על דעת עצמנו נגען בפניהם את השערם"¹⁴ (ההדגשה שלי — י.ר.).

ההכרה בזכות הגישה לערכאות נתנה את אותן זכות גם בתחום המשפט הציבורי. בפרשה מפורסמת נוספת, בג"ץ 91/86 רסלר נ' שר הביטחון¹⁵, דין השופט (כתוארו או) ברק, בין השאר, במחן הסף של זכות העמידה, והוא מציין את זכות הגישה לערכאות כאחת מן הצדקות להגמשת זכות העמידה והענקתה גם לעותר הציבורי:

"נעילת דלותהיו של בית-משפט... פוגעת בהשלטת החוק, שכן אין דין אין דין. יכולת הפניה לבית המשפט היא אכן הפינה של שלטון החוק"¹⁶.

פרשה זו, כמו גם התפתחויות נוספות בתחום המשפט הציבורי¹⁷, נתנו משקל נכבד יותר לזכות הגישה לערכאות על חשבונם של אינטראסים נוגדים, אשר בעבר היו נימוק חזק די כדי לדחות עתירה על הסף. המגמה של היחלשות מבחני הסף המנהליים חיזקה את זכותו הדינונית של האזרוח לפניות לבג"ץ (זכות מתחום המשפט הציבורי).

ביטוי להשכפה זו, כי זכות הגישה לערכאות הנה זכות יסודית של האזרוח, ניתן למוצה בפסק דין של בית המשפט העליון בהקשר לעניינים נוספים¹⁸.

12. בג"ץ 1358/91, שם, בע' 748.

13. ע"א 183/75 אלון נ' מ"י, פ"ד בט(2) 124.

14. שם, בע' 126.

15. פ"ד מב(2) 441.

16. שם, בע' 462.

17. כך למשל, צומצמה דוקטורינת השפטות (שם, בע' 477-488); הוכחה זכות העמידה לעותר הנגטיבי (בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקבות, פ"ד מו(2) 852) ונהולש מבחן הסף של עניינים תיאורתיים (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יוזר הכנסת, פ"ד לט(3) 141).

18. כך לדוגמה: בהקשר לסוגיות חיוב תובע במתן ערכאה להוציאות ראו רע"א 544/89 אויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתחת בע"מ, פ"ד מד(1) 650, 647, מפי השופט לין: "הכללו הוא, שאין בית המשפט מחייב תוכע במתן ערכאה להוציאות מחמת עוניו בלבד; הטעם לדבר הוא, שזכה של האזרוח לפניו לבית המשפט היא זכות קונסטיטוציונית מן המעלה הראשונה, ושערי בתיה המשפט פתוחים לפניו האזרוח ביריבו עם משנהו, גם במקרים בהם לא תשיג ידו לשלם את ההוציאות, אם תוכענתו תיראה" וראו ע"א 579/90 רוזין נ' בונזון, פ"ד מו(3) 738, 742, מפי השופט חzin: "דרשותיהם של בתיה המשפט פתוחות לרוחה לפני המבקשים סעד, וכי יכולת הפניה לבתי-משפט היא מזכויות הייסוד של האדם".

3. זכות הגישה לערכאות לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

קיים אין במשפט הישראלי כל הוראה חוקית מפורשת הקובעת את זכות הגישה לערכאות בזכות אדם חוקית כללית¹⁹. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר ביחיד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק גורם ל"מהפכה חוקית" במשפט הישראלי, העלה מספר זכויות יסוד למדרגת זכויות חוקיות על-חוקיות²⁰. בין הזכויות המפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא ניתן למנות את זכות הגישה לערכאות, אף כי עיגון חוקתי מפורש של זכות הגישה לערכאות עמד כבר מספר פעמים בעבר על סדר יומה של הכנסת²¹.

ואולם, כידוע, אין באידאולוגיה המפורשת של זכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בבחינת סוף פסקוק. יום סבורים שופטים בבית המשפט העליון, כמו גם מלומדים שונים, כי ראוי לאמצץ השקפה מרוחיבה לעניין היקף הזכויות המוגנות, על פיה זכויות יסוד רבות אשר לא בא זכרן במפורש בחוקי-היסוד החדשניים, הועלם לטעם חוקתי על-חוקי מכוח חוקי-היסוד החדשניים, על כל המשתמע מכך²². על פי השקפה זו, ניתן להעניק לזכות מעמד חוקתי ולגורלה מהתקסט החוקתי (חוק-יסוד):

¹⁹ חריג בכך הנו חוק-יסוד: הממשלה, הקובע בסעיף 50(ד): "אין בכוחן של תקנות שעת-חרום למונע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתריר פגעה בכבוד האדם". סעיף זה הנו צר, שכן הוא מחייב לחקנות לשעת חרום בלבד ואינו קובע זכות אדם כללית לפנות לערכאות שיפוטיות. רשותה זו לא תעסק בסעיף זה. על תקנות לשעת חרום וסעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטייטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז), כרך ב 180 ואילך; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד), כרך ג: פרשנות חוקית) 389.

²⁰ זו הייתה דעת הרוב בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיטופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת בנק המזרחי), וראו ר' גביזון "המהפכה החוקית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח (תשנ"ז) 21.

²¹ כך למשל, נקבע בסעיף 15 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והארחה, ה"ח 1085 משנה 1973: "כל אדם וכאי לפנות לערכאות שיפוטיות למימוש זכויותיו ולהגנה עליהם"; ובסעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2219 מוחודש נובמבר 1993 נקבע: "לכל אדם הזכות לפנות לרשות שיפוטית". על נוסח זהה של הוראה זו חור המחוקק בשתי העותות חוק נוספות: בסעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2253 מוחודש פברואר 1994 וסעיף 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2256 מוחודש מרץ 1994.

²² בהשקבה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו מעגל רחב של זכויות אשר אין מנויות בו במפורש, מצד הדושאן ברק: "אמת, בהצעות המונחות בפני הכנסת וشرطם הרוחקו קיימת רשותה ארכאה של כבוד והן שוין, חופש ביוטי ותנווה וכיווא-יבם חופשים. אין בכך כדי להציג על כך שכבוד האדם אינו כולל זכויות אלה. עם חקיקתן של זכויות אלה, הן יעדמו זכויות פרטיקולריות על גליהן הן. כל עוד הן לא הוחקו, הן מוגנות במסגרת עקרון כבוד האדם" (א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 282, 271). וראו לדוגמה, לעניין עיגונה של הזכות לשווין: בג"ץ 453/94 שודלת הנשים בישראל נ' ממשלה ישראל, פ"ד מט(5) 501 (להלן: פרשת שודלת הנשים), בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יר' ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מט(3) 353 ובג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; ולענין זכות האסיפה: בג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(2) 468, 456. יש לציין כי לצד הגישה המרחיבה, נשמעים לאחרונה קולות הצדדים בגישה מצטמת, על פיה תחוליך הרוחבת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כך שיחול

כבוד האדם וחירותו) אם ישנן הצדקות משפטיות או תאורטיות לעשות כן. בעקבות ספורות מולדים בחוץ לארץ ניתן לציין שתי הצדקות מרכזיות התומכות בהכרה בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית:

1. הצדקה הפוליטית – זכות הגישה לערכאות הנה זכות בעל חשיבות פוליטית מן המדרגה הראשונה, שכן היא הכללי לשמרות הזכויות הפוליטיות, שהן תנאי לשימור הסדר הדמוקרטי בחברה. זכות הגישה לערכאות היא;amp;oaacute; האפשרת את אכיפת הסדרים שנחקקו במסגרת ההליך הפוליטי. על פי הצדקה זו, יש להשווות בין הזכות להציג לבין זכות הגישה לערכאות, שככל אחת מהן ושתיהן ביחד מהוות כלי לשימור של כל הזכויות האחרות. למעשה נונטוות שתי הזכויות הללו כוחות נחוצים והכרחיים בחברה דמוקרטית. הזכות להציג הנה הזכות להשפיע על החיים הפוליטיים בדרך של השפעה על הרשות המחוקקת, שבידה נמצא, כדי, המפתח לשינוי בנסיבות החוקות בכל חומי החיים. דומה לה זכות הגישה לערכאות, המהווה את "המפתח" להשפעה על החלטות המתකלות אצלן הערכאות המשפטיות פנימה, בהקשר לזכויות השונות מכל עניין המשפט (זכויות מן המשפט האזרחי, הפלילי והציבורי).²³

2. הצדקה החברתית – אחרים מדגישים את ההיבט החברתי של זכות הגישה לערכאות. על פי הצדקה זו, אין זה ראוי כי על זכות הגישה לערכאות תוטלנה מגבלות מטעמים כלכליים, אשר יש בהן ממשום שלילת הזכות מבני שכבה מסוימת. על פי תפיסה זו יש להבין את זכות הגישה לערכאות כזכות חברתית, ואין להטיל על יכולת הגישה לערכאות מגבלות, אשר יש בהן כדי להפוך את המדינה להעניק שוויון ביכולת הגישה של כל האזרחים אל בתיה המשפט.²⁴

וכן, כבר לפני שנים, הכירו שיטות משפט שונות בעולם הרחב בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית המוגנת בטקסט החוקתי העליון במדינה, חurfך שלא צוינה בשם המפורש בראשית הזכויות המנוימות בחוקה.²⁵

על הזכויות הבלתי מנוימות בו במפורש – איןנו רצוי. ראו ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנוימות – על היקפה של המהפקה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ג) 257.

23 הצדקה זו עולה בעיקר ממאמני המרתקים של פרופ' מיילמן מאוניברסיטת הרווארד: F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right — Part II" *Du. L.J.* (1974) 527, 534–540; F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right — Part I" *Du. L.J.* (1973) 1153, 1162–1163.

24 על הצדקה החברתית לזכות הגישה לערכאות ניתן למצוא שפע התייחסויות. בין השאר ראו: L.M. Friedman "Access to Justice: Social and Historical Context", *supra* note 3, Vol. II — Promising Institutions, at p. 21; M. Cappelletti & B. Garth "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective A General Report" *Access to Justice* *supra* note 3, at p. 5, 8; M. Cappelletti "Social and Political Aspects of Civil Procedure — Reforms and Trends in Western and Eastern Europe" 69 *Mich. L. Rev.* (1971) 847, 854–855.

25 בכך ניתן להביא שלוש דוגמאות: הדוגמה הראשונה הנה ארצת-הברית, שם הכיר בית

בישראל של אחר המהפכה החוקתית (ועד פרשת ארפְל אלומינום בה נעסק בהמשך) "גע" בית המשפט העליון בזכות הגישה לערכאות פעמים מספר, אך נמנע מלכובע במפורש כי המדבר בזכות חוקתית על-חוקית. דוגמה למקרה זה זו יכול לשמש ע"א 3833/93 לויין נ' לויין²⁶, שעסק בפרשנות חזזה גירושין אשר בנסיבות העניין שלל את יכולת הפניה של בני הזוג לבתי המשפט. השופט זמיר מתייחס אל זכות הגישה לערכאות כל "זכות יסוד" אך לא כאל זכות חוקתית בחוק-היסוד:

"גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמרו להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות. מכאן נובעת הדרישות הרואה כלפי הוראה החוזית המתימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להנich מכים של ממש על דרך זאת".²⁷

המשפט העליון הדריל, בסורה של פסקי דין, בזכות הגישה לערכאות בזכות חוקתית הנגורות מהתיקון ה-14 לחוקה, אשר אינו מזכיר את זכות הגישה לערכאות באופן מפורש. על כך ראו:

Michelman, *supra* note 23; J. Leubsdorf "Constitutional Civil Procedure" 63 *Tex. L. Rev.* (1984) 579; A.B. LaFrance "Constitutional Law Reform for the Poor: Boddie v. Connecticut" *Du. L.J.* (1971) 487; P.L. Spector "The Heirs of Boddie: Court Access for Indigents after Kras and Ortwein" 8 *Harv. C.R.—C.L. L. Rev.* (1973) 571; W.T. Westling & P. Rasmussen "Prisoner's Access to the Courts: Legal Requirements and Practical Realities" 16 *Loyola U. L.J.* (1985) 273; S.E. Rogers "Limiting the Relief Available to Indigent Death Row Inmates Denied Meaningful Access to the Courts: Murray v. Giarratano, 109 S. Ct. 2765 (1989)" 17 *U. of Fla. L. Rev.* (1990) 399; S.D. Hinckley "Bounds and Beyond: A Need to Reevaluate the Right of Prisoner Access to the Courts" 22 *U. Rich. L. Rev.* (1987) 19.

דוגמה שנייה הנה האמנה האירופית לזכויות האדם והازורה, אשר אינה מכילה במפורש את זכות הגישה לערכאות. למרות זאת הבהיר בית הדין האירופי לזכויות האדם והאזור בזכות הגישה לערכאות כנגזרת מהזכות החוקתית למשפט הוגן הקבועה בסעיף 6(I) לאמנה, בפסק הדין המפורסם בעניין: *Golder v. U.K.* (1975) I E.H.H.R. 524. על פסק דין זה ופסקי P. Thornberry "Poverty, Litigation and Fundamental Rights A European Perspective" 29 *Internat. Comp. L.Q.* (1980) 250; G. Whyte "And Justice for some" 6 *D.U.L.J.* (1984) 88; M. Cousins "Access to the Courts — The European Convention on Human Rights and European Community Law" 14 *D.U.L.J.* (1992) 51 דוגמה שלישית להכרה בזכות הגישה לערכאות בזכות חוקתית, בדרך של פרשנות הטקסט החקתית, ניתן להביאו מאירלנד, שם הוכרה זכות הגישה לערכאות כנגזרת משני סעיפים נבדלים ועצמאים בחוקה (סעיף 34 – הקובל את עיקרון עצמאות הרשות השופטת, וסעיף 40.3 – העוסק בזכויות האישיות החוקתיות). על כך ראו: J.M. Kelly *The Irish Constitution*: על פסיקת Dublin, 3rd ed., 1994) 770–777.

26 פ"ד מה(2) 862 וראו גם את פס"ד בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצטבייך (לא פורסם), שניתן בחארץ 19.10.00. בפסק"ד זה עשה רשם בית המשפט העליון שימוש בכליה החקתית של זכות הגישה לערכאות וביטול אגרה שהותלה על המבוקשת.

27 שם, בע' 874. דעתו זו של השופט זמיר לגבי זכות הגישה לערכאות עולה בקנה אחד עם השקפות הכללית, על פייה אין להחר ולחייב בזכות יסוד שאינה מנוייה במפורש בחוק-היסוד כזכות חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בדרך של פרשנות. וכך התבטא השופט זמיר לעניין הזכות לשוויון: "בפסקה של אחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפוזרות אימרות אגב המוציאות פנים הרבה בחוק היסוד. עבירך כך בזכות לכבוד. וכך גם

פסק דין חשוב אחר, המתאפין בмагמה דומה, הנו ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבך מקרקעין חיפה²⁸, שעל אף ש"נוגע" בזכות הגישה לערכאות, אין בו כל התייחסות מפורשת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או להיווחה של זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית. בנסיבות העניין שם, הגיע המערער השגה על השומה שהוזכית הינה השרה הmanaלה ובהתאם לדרישות החוק הצעיר, להבטחת החוב השני בחלוקת, ערובה — עיקול על מקרקעין. ערובה זו לא הניחה את דעתו של המנהל אשר סייר לדון בהשגה כל עוד לא ימצא המערער ערבות בנסיבות להשלום החוב השני בחלוקת, לרבות התוספות שיחולו עד למועד תשלום היתה שהמעערער יהיה חייב בה עד לאחר ההכרעה הסופית. אשר על כן התעוררהחלוקת לגבי פרשנותו של סעיף 91(א) לחוק מס שבך מקרקעין, תשכ"ג-1963 המתנה את ההשגה על השומה בהפקחת ערובה להבטחת תשלום המש. אומר השופט אור בפרשו את סעיף 91(א) האמור:

"ענינו כאן בפרשנותה של הוראה שבדין הקובעת את זכותו של אדם להציג על חיבורו במס. הוראה זו מהויה תחנה ראשונה והכרחית בדרכו של האזרוח להביא את טענותיו לפני ערוכות שיפוטיות... בפרשנות הוראה זו יש להעדיין את הפטرون המקיים את זכותו של האזרוח למצות הליכים כדי להעלות את טענותיו נגד השומה שהוצאה... עמרא פרשנית זו מעוגנת בזכותו הבסיסית של כל אדם להביא את עניינו לפני הערוכות השיפוטיות המוסמכות. זכות זו הוגדרה בפסקה כזכות יסוד... זכותו של כל אדם שלא יועמדו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימושה הממשי של זכותו לפני המשפט או אשר יכובדו על זכות זו באופן בלתי סביר... הדברים אמרוים בהגבילות פיזיות... הם אמרו גם בהגבילות נורמטיביות, אשר עשויות למצוא את ביתון, למשל, בהשתתפות נטלי כספי על המבוקש לפני ערוכאות... על רקע דברים אלה, נראה לי כי יש לאמץ עיקנון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיין את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שմבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית... נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחידושם מיעית כדי להביא למסקנה

בספרות המשפטית... יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולמים בו זכויות יסוד אחרות שלא באזכרן בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, ככינול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כאמור חכמים, הפוך בו והופך בו דכלולא בו.

ואילו אני מבקש להזuir עצמי, בהקשר זה, מפני אמרות אגב המוציאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני יסודי כל כך, ללא דיון עמוק של עניין חלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועוד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לבעה בשעתה. בכחנית אל תעירו ואל תעוררו עד שתמחפש.

במקרה זה, לדעתו, אין כל צורך לומר כי עקרון השוויון הוא בגדר זכות יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חלקן מן הזכות לכבוד, וכי יש לו, אכן, מעמד על-חוקי. אם כך הוא או לא, ימים יגידו" (פרשת שדורות הנשים, לעיל העלה 22, בע' 536).

כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה של זכות זו²⁹ (ההדגשות שלי – י.ר.).

בסיומו של דבר קבוע בית המשפט, בהתחאה עם העיקרון הפרשני שנקבע, כי יש לקבל את פרשנותו של המעריך לפיה הגשת השגה או ערד על שומת מס שבчаינה מותנית בהפקחת ערוכה על ידי הנישום לחשולם המס השני במחולקת. יוצא, כי בהתאם לגישה העולה מפסק הדין הנזכרים לעיל, על אף היותה של זכות הגישה לערכאות זכות יסוד, אין היא יכולה להוות כלי חוקתי להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים, אלא כדי פרשניהם בלבד.

4 פרשת ארפל אלומניום

א. עובדות המקרה

פרשת ארפל אלומניום מסמנת מפנה במעמדה הנורמטיבי של זכות הגישה לערכאות. בנוסף, מכיל פסק הדין את הדיון המكيف ביותר שנערך עד כה בזכות זו. המעריך מתייחס להליך שבו הוגשה בקשה לבטל רישומו של מדגם, מהטעם שאינו חריש ואינו מקור. השאלה המשפטית המרכזית הייתה האם יש לפרש את פקודת הפטנטים והמדגים, 1926 (להלן: "פקודת הפטנטים והמדגים") כמקרה אפשרות לבקש מבית המשפט המחויז מדגם שכבר נרשם. בית המשפט המחויז פסק³⁰ שהדרך היחידה לתקוף רישומו של מדגם בבית המשפט

²⁹ שם, בע' 558–560. ניתן להזכיר את הדמיון של חזקה פרשנית זו לחזקה הפרשנית הקובעת כי דבר حقיקה לא בא לפגוע בסמכות השיפוט של בית המשפט, וכי הוראה השולחת או המגבילה את סמכותם של בתי המשפט יש לפרש פירוש דוקני ומצמצם. שהרי, ניתן לחסום את הגישה לערכאות הן על ידי הקביעה כי הפרט מנעו מלפנות אל בית המשפט, והן על ידי הקביעה שהשולחת סמכות מבתי המשפט לדון בעניינו של הפרט בעניין מסוים. ועוד לעניין זה בג"ץ 294/194 המוסד לביטוח לאומי נועד תגמולים לנפגעי פעולות אייבה, תש"ל–1970, פ"ד מה(ד) 445 (להלן: "פרשת המוסד לביטוח לאומי"), שם נדונה הוראת סעיף 11(ה) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות אייבה, תש"ל–1970 הקובעת: "אין אחרי החלטת ועדת העירדים ולא כלום". השופט (כתהארו או) ברק קיבל את העתרה וקבע, בניגוד לעמדת המשיב, כי כיום אין ב"הוראות סופיות" דוגמת זו הנדרגה, או בנוסחים אחרים, מחייבים בפני ביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק גם לגוף ההחלטה. אומר השופט ברק: "סמוכות השיפוטית של בתי המשפט השונות היא מיסודות המשפט הדמוקרטי של מדינת ישראל. טול משטר דמוקרטי את סמכות השיפוט של בתי המשפט, ונintelת ממנה את אופין הדמוקרטי ואת נשמתו. בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק... וקיים סמכות השיפוט של בתי המשפט הוא מערכי הידור של המדינה. על כן, חזקה והיא על כל דבר حقיקה, כי הוא בא לידיים את סמכות השיפוט של בתי המשפט (בין האורחיהם, בין הפליליים ובין בבית המשפט הגבוה לצדק). חזקה היא על המחוקק, כי בחוקקו דבר حقיקה לא יוכל לפגוע בסמכות השיפוט של בתי המשפט" (שם, בע' 450) וכן ראו את האסמכתאות הרבות המצוינות שם, שם.

³⁰ פסק דין של השופט ב' גילאור בת"א (חי') 1003/93 קליל תעשיות בע"מ נ' ארפל אלומניום בע"מ, פ"מ חננ"ה(3) 275.

היא דרך התקיפה העקיפה של הרישום, הינו, התקיפה במסגרת הגנתו של הרואה עצמו נפגע מהמדובר, בנגד תביעה נזיקית שיגיש נגדו בעל הרישום על הפרת המדגם.

ב. יישום זכויות הגישה לערכאות בנסיבות המקרה
 לאור פסק דין של בית המשפט המחויזי, החוסם תקיפה ישירה של החלטת רשות הפטנטים בבית המשפט המחויזי, נדרש בית המשפט העליון לדון בנסיבות הגישה לערכאות. בנסיבות שתוארו לעיל, אין דעת הרוב והן דעת המיעוט נוטות להכיר בזכות הגישה לערכאות בזכות יסוד, ומהולמת התעוררה רק לגבי יישומה בנסיבות העניין. השופט חסין בדעת הרוב³¹ מקבל את זכות הגישה לערכאות כעיקרון משפטי כללי המונח בסיסו הפרשנות הרואה של הוראות החוק הרלוונטיות למקרה דנן. לגישתו, בנסיבות העניין פוגעת החלטתו של בית המשפט המחויזי, שלא כדי, בזכות הגישה לערכאות:

"המסקנה הנדרשת מפסק-דיןנו של בית-משפט קמא שורת עמוקות בזכות
הגישה לבית-המשפט ובעיקרי המשטר הדימוקרטיה"³².

לגוף של עניין סבור השופט חסין כי יש לקבל את העדעור. לדעתו, למעט הוראת סמכות מפורשת הקבועה בפקודת הפטנטים והמדגים, הסמכות לדון בתקיפות של מדגם שנדרשם (לרבות בעונות כי המדגם אינו חדש ואין מקורי) נתונה כולה לבית המשפט המחויזי גם בתקיפה ישירה³³.

השופט גולדברג, בדעת מיעוט, מקבל אף הוא את זכות הגישה לערכאות השיפוטיות כעיקרון מנהה המונח בסיסו המקרה:

"מדיניות רואה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שմבקש סעד מרשות שיפוטית. הנגישות לרשות השיפוטיות נובעת מן התפיסה שבמשטר דמוקרטי 'הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים מוסד בבית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך'... זאת בין שהסכסוך הוא בין פרטימ לבן עצם, ובין שהסכסוך הוא בין פרט לבין רשות השלטון. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזוכות הגישה גם על ההכרה כי ביקורת שיפוטית על 'מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע את אחד מעמודי התווך של בניית המדינה'"³⁴.

לגוף של עניין קובע השופט גולדברג כי דין העדעור להדחות, כיוון שהנפגע מן

31. אליו הצרכף השופט מצא.

32. לעיל העראה 1, בע' 628.

33. שם, בע' 608.

34. שם, בע' 591-590.

הרישום רשאי לפנות לרשות הכל עיליה, לבקש ממנו לבטל את הרישום³⁵, ובנסיבות הרישום לדון בבקשתו זו. על החלטתו של הרישום ניתן לעורר לבית המשפט המחויזי. כך יוצאה כי בניגוד לפסק דין של בית המשפט המחויזי, על פי אין דרך לתקוף רישומו של מדגם שכבר נרשם בתקיפה ישירה (חוצאה הפוגעת בזכות הגישה לערכאות), סבורים הן השופט חשין והן השופט גולדברג כי יש לתת תוקף לעקרון היסוד בדבר זכות הגישה לערכאות, ולאפשר תקיפה ישירה של רישום המדגם. הבדלי הדעות בין דעת הרוב ו דעת המיעוט מתייחסים ליישומה של זכות הגישה לערכאות בנסיבות העניין: בעוד שדעת הרוב הכירה באפשרות לפנות לבית המשפט בנוגע זה במישרין, סבירה דעת המיעוט, כי סמכותו של הרישום לתקן את רישום המדגם בעצמו מכוח דיני התקנון והביטול הכלליים, בכפוף לאפשרות לפנות אל בית המשפט המחויזי בעורור על החלטה. למעשה, עשוה בית המשפט העליון שימוש אופרטיבי בעיקרונו של זכות הגישה לערכאות, וקבעו זכות גישה כללית לבית המשפט המחויזי לתקיפה רישומו של מדגם, אף כי סמכות זו אינה מצויה במפורש בפקודת הפטנטים והמודגמים.

יש לציין כי בית המשפט המחויזי לא של מחברת ארפל את האפשרות להעמיד לביקורת שיפוטית את תוקפו של המדגם שרשמה חברות קليل, אלא שהיא הופנתה בדרך חלופית: ביחס לעילות מסוימות, הופנתה ארפל לערכאה חלופית (הרישום); ביחס לאחרות, היא הופנתה להליך של תקיפה עkipin (הינו, להסתכן בהפרת הצו, אם לדעתה הוא אינו בר תוקף). בית המשפט העליון, בניגוד לגישתו של בית המשפט המחויזי, עשה שימוש בזכות הגישה לערכאות כדי להגיע למסקנה כי המבקש לתקוף את תוקפו של המדגם יכול לעשות כן גם בתקיפה ישירה (לפי גישת הרוב: השגה על תוקפו של המדגם בפני בית המשפט המחויזי ביחס לעילות מסוימות; לפי גישת המיעוט: השגה על תוקפו של המדגם בפני הרישום ביחס לכל העילות). אשר על כן, פסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום מעורר דיון לא רק בזכות הגישה לערכאות ובמעמדה בבית המשפט הישראלי, אלא גם בשאלת הצורה יותר (אך החשובה כשלעצמה), האם זכות הגישה לערכאות משתרעת גם על הזכות לתקוף החלטה שלטונית כלשהי בתקיפה ישירה או רק בתקיפה עkipin³⁶. להלן נתיחס לשאלת הכללית יותר בדבר מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות.

35 סמכות הביטול של רשות הפטנטים והמודגמים נתונה לו, כך לדעת השופט גולדברג, מכוח ההסדר הכללי של סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, הקובל: "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל – משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להחלוּן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה".

36 שאלת זו נוגעת להיקפה של זכות הגישה לערכאות, והנה שאלת בעלת חשיבות עצומה מבחינה פרקטית. כך למשל, מתייחסת שאלת זו לכל אחד מקרים בהם מבקש העותר "סעד הצהרתי" מבית המשפט, אך זה מפנה אותו להליך אחר (ឧודי לרוב), בו יתבע סעד "אופרטיבי", שכן נטייתו של בית המשפט הנה לדוחות חכימות לסעד הצהרתי המתיחס לזכות עתידית. בעניין זה דאו רע"א 1810/90 הדר חברה לבטוח בע"מ נ' קני חברה להשקעות ולבין בע"מ, פ"ז מד(2) 737 (להלן: פרשת הדר). ובעקבות כך: ב' מדינה "תביעה לسعد הצהרתי – 'האמנס הליך טרי'?" משפטים נד (תשנ"ה) 605. ברשימה זו מבקר הכותב

ג. זכות הגישה לערכאות כוכות חוקתית
האם זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית, שמכوها ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים? פסק הדין בפרשת ארפל אלומניום עסק בזכות הגישה לערכאות כעיקרון פרשני בלבד, והדין בזכות זו יכול היה להסתמך בישומה של הזכות על נסיבות העניין, כפי שהוסבר לעיל.

עם זאת, בחרו השופטים גולדברג וחשין להתייחס למעמדה החוקתי של הזכות, ושניהם סבורים שיש להכיר בהזכות עלילונה על זכויות וגילות. השופט גולדברג נוטה לדעת שניתן לגוזר את זכות הגישה לערכאות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו³⁷, ואילו השופט חשיין הביע דעתו כי זכות הגישה לערכאות נעלה היא על זכות חוקתית רגילה, ויש לגוזרה ישירות מאופיו הדמוקרטי של המשטר ומערכות היסוד של החברה³⁸. לשתי השקפות אלו נתיחס בקצרה接下。

(1) זכות הגישה לערכאות כוכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו
האם ניתן לגוזר את זכות הגישה לערכאות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? זו הגישה אליה נוטה השופט גולדברג. אכן, שאלת זו אינה מתעוררת בהכרח בפסק הדין, שכן פקודת הפטנטים והמדגים, שפרשנותה עדמה בחלוקת בנסיבות העניין, הנה "דין ישן" החוסה תחת פסקת שימור הדיינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, כתשובה לשאלת זו ניתן להזכיר שלושה מודלים שונים:

* מודל ראשון – זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מכל זכות חוקתית פרטיקולרית – אפשרות אחת הנה להכיר בזכות הגישה לערכאות הכלולאה, באופן אינטגרלי, בתחום הזכויות הפרטיקולריות השונות אשר בחוק-יסוד החדש. קרי: כל זכות חוקתית מכילה בתוכה את הזכות לפנות לערכאות מקום שהופרה הזכות המוגנת. כך לדוגמה זכות הגישה לערכאות הכלולאה בנסיבות פרטיות (סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ומקום שהופרה הזכות לפרטיות ישנה זכות לפנות לערכאות בכדי להגן על פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. במצב זה אין מדובר בזכות עצמאית וחדרה העומדת בפני עצמה אלא ב"תת-זכות" הכלולאה במובלעת בכל זכות פרטיקולרית³⁹.

את פסק הדין בפרשת הדר, ותומך בכךן זכות לسعد הצהרתי בנסיבות העניין, קרי בהרחבה הזכות לתקיפה ישירה. מכל מקום, התייחסות לסוגיה הנוצרת לעיל חורגת מסגרתה של רשימה זו.

לעל הערא 1, בע' 593: "בקשר לזכות הגישה לרשותות שיפוטיות, קיימות כמה גישות אפשריות. יש הגורסים שי'הכח' לפנות לבית המשפט הוא זכות חוקתית המוגנת על ידי חוקי היסוד... ככלומר, זכות הגישה, כשלעצמה, נוצרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש הגורסים, שזכות זו צמודה לזכות פרטיקולרית, המוגנת באמצעות חוקי היסוד. על-פי תפישה זו הזכות הראשונית המוגנת בחוקי היסוד (כגון: הזכות לחופש העיטוק) מקפלת בתוכה זכות משנית לטרופה בגין הפגיעה. מימושה של הזכות המשנית מחייב קיומו של הליך שיפוטי, בו תוכרע זכות הפרט לسعد וטיב הסעד. יש הגורסים, כי זכות הגישה אינה יכולה להיגור מחוקי היסוד, בין כוכות עצמאית ובין כוכות נגורות מוגנת אחרות".

38 שם, בע' 628.

39 דעתה זו הובעה על ידי פרופ' ברק בספרו, לעיל הערא 19, בע' 363: "שאלתיפה היא, אם

* **מודל שני** — זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגורות מזכויות המוגדרת של "כבד" או "חוירות" — אפשרות שנייה להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית הנגורות מזכויות המוגדרת של כבוד או חוות. אפשרות זו יוצרת זכות חדשה ועצמאית מתוך הטקסט החוקתי.⁴⁰

* **מודל שלישי** — זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית שכן הנה בגין "קניין" — ניתן לדאות בזכות הגישה לערכאות "קניין" של כל אזרח ואזרח, וככזו הופכת הזכות למוגנת מכוח ההגנה החוקתית הנינתה לזכות הקניין בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשון אחר: הכוח של האזרח לפנות לבית המשפט, הוא **בשלצמו** בגין "קניין" אשר ההגנה עליו כיום הנה בעלת מעמד חוקתי על-חוקי⁴¹.

הזכות לפנות לערכאות השיפוטיות מוגנת בחוקי-היסוד הנוכחיים. אין היא מופיעה כזכות פרטיקולרית בעלת שם. גדר הספיקות הוא אם אין להסיקה מזכות המוגרת בדבר כבוד או חוות. כמו כן שאלת היא, אם אין לראותה כחלק אינטגרלי (אקטיבי) של כל זכות וחותם, אשר במאצעוֹם מגן על זכותו. אכן, דעתה היא כי קיומה של זכות פלונית כוללת בחוכה כחלק אינטגרלי ואקטיבי שלה, את הזכות לפנות לבית-משפט אם הזכות עצמה. 'באין דין אין דין'. על כן, מזכות חוקתית-על-חוקית לא' פגעה... נגורות גם זכות חוקתית-על-חוקית לפנות לערכאות השיפוט להגנה בפני הפרט הזכות" (ה Hodgesha shel — י.ר.). אפשרות זו הועלה גם על ידי שי לוין במאמרו "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדר הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ז) 453, 451: "האם קיימת בחוק היסוד אחזיה להכרה בזכות הפניה לבית-המשפט בזכות חוקתית? מבקש אני לטענן שאחיזה כזו קיימת במישור הכללי בסעיף 3 לחוק היסוד (זכות הקניין) ואולי בסעיף 4 לחוק היסוד (כבד האדם) ובמישור הפרטיקולרי, לפחות במרביתן של שאר הזכויות, לפי העניין, הנגורות בחוק היסוד: פגעה בחירות אישית (סעיף 5), פגעה בחופש התנועה (סעיף 6) ופגיעה בפרטיות (סעיף 7)".

40 אפשרות זו דורשת פרשנות מרחיבת, ויתכן אף מעוררת מחלוקת, של הזכות לכבוד או הזכות חוות. עם זאת, פרשנות מרחיבת של זכויות המוגרת לכבוד או חוות לעניין זכות הגישה לערכאות לא מעוררות לדעתנו בעיתיות מיוחדת, או מחלוקת פוליטית נוקבת, כמו קביעה מקבילה לגבי זכות השווין. על פי ההיסטוריה החוקתית, במציאות הפוליטית הישראלית, ההתנגדות העיקרית, שהובילה בסופה של דבר להשמתו של עקרון השוויון מנוסח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באה מצדן של המפלגות הדתיות. עם זאת, חרב הצעירות לעניין הזכות לשווין, הקביעה כי זכות השוויון קבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (על אף שאינה מנתה בו במפורש) זכתה במספר רב של מצדדים הן באקדמיה והן בבית המשפט העליון. לעניין עיגנו של עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההיסטוריה החוקתית וכן דעתות מלומדים ושופטים, ראוי לעיל הערכה.²²

41 גם מודל אפשרי זה הועלה על ידי שי לוין במאמרו, לעיל הערכה 39, בע' 454-455: "האם זכות הגישה לבית-המשפט היא 'קניין' בגין חוק היסוד? לכורה אפשר לפרש דבר זה, לעניינו, פירוש צר ופירוש רחב. הפירוש הצר הוא שככל אמת שבידי פלוני זכות קניינית מהותית, במובן הצר, כגון זכות בעליות במיטלטלין או במרקען, שכן ספק שענינה בא בוגר סעיף 3 לחוק היסוד, ממילא יתרוש גם 'הכח' למש זכות זו זכות קניין; הפירוש הרחב הוא שה'כח' לפנות לבית-המשפט, כשהוא לעצמו, הריהו זכות 'קניין', גם כשותאו, מהותי, בשלצמו, איןו יכול להיחשב בכוה. משתי דרכי הפרשנות האמורית עדף עלי הפירוש הרחב, שכן הוא מוגשים את חליתו של חוק היסור כחוק קונסטיוטיציוני שיש לפרש מתוך מבט רחב, המזועד להגן על זכויות הפרט; מבחינה זו מה לי ההגנה על זכות הפניה לבית-המשפט כדי להגן על זכויות הבעלות של פלוני, ומה לי ההגנה על זכות הפניה לבית המשפט כדי לקבל יותר נישואין?".

השופט גולדברג משאיך בצריך עיון את ההכרעה בין המודלים השונים, שכן הוא סבור ש"הכרעה בין הגישות השונות תתחייב רק אם הוראה ספציפית תתפרש כמשמעות את זכות הגישה לרשות שיפוטית"⁴². מהו אם כן המודל המועדף? מן הבדיקה הלשונית יכולה כל אחת מן הגישות הללו להוות אופציה פרשנית לגיטימית. עם זאת, מכין שלושת האפשרויות, יש לבחור את האופציה הפרשנית אשר יש בה כדי להגישים באופן המרבי את התכלית החקיקתית של זכות הגישה. הבדיקה בין האופציות הפרשניות השונות, אינה עניין לשוני טכני, אלא עניין מהותי מן המעלה הראשונה. למעשה, בחירה בין האופציות הפרשניות השונות תקבע בעtid את היקפה של הזכות עצמה.

אין ספק שבבחירה במודל השני – גזירתה של הזכות מחוק-היסוד דרך זכויות המוגדרת של "כבד" או "חירות" – יוצרת זכות עצמאית העומדת על רגילה היא והניצבת על בסיס רוחב. בדומה, גם המודל השלישי – הקובע כי זכות הגישה לערכאות הנהנה קניין בידיו של האזרח – יוצר למעשה זכות עצמאית, אם כי אופציה פרשנית זו הנהנה מלאכותית במקצת, ומעוררת את המחלוקת באשר לפרשנות המונח "קניין" בחוק-היסוד⁴³. כמו כן, חurf ההגדלה הרחבה שבית המשפט נוטה אליה, פרשנות זו עלולה להוציא מגדר "קניין" מקרים רבים אשר בהם ישנה הצדקה להגן על הזכות לפנות לערכאות⁴⁴.

המודל הראשון – אשר קובע כי זכות הגישה לערכאות הנהנה זכות חוקתית הנגזרת מכל זכות חוקתית פרטיקולרית הקבועה בחוק-היסוד (דעתו של הנשיא ברק) – הננו מודל המחייב במידה מסוימת את הזכות. על פי מודל זה לא ברור כלל אם ניתן לדבר על זכות עצמאית של "גישה לערכאות". למעשה מכך זה ברשימה של זכויות יסוד חוקתיות אשר כל אחת מהן כוללת, בתחוםה ובהיקפה, גם את הזכות לפנות לבית המשפט במצב של פגיעה בזכות החוקתית. אולם בכך זו לא ניתן להצביע על כל זכות עצמאית וחיצונית הנותנת הגנה כללית לזכותו של האזרח לפנות לערכאות. כך למשל, בפנייה לבית המשפט לצורך הגנה

42 לעיל הערה 1, בע' 593.

43 פרשנות הדיבור "קניין" שבחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו הנהנה בעיתית ושנויה בחלוקת. גם בפסקה החדרה, לאחר קביעתה של זכות קניין בחוק-היסוד, נמנע בית המשפט העליון מלחתיב על גבולותיה של הזכות, והשאריר את המחלוקת בעינה. ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 20, בע' 431, מפי הנשיא ברק: "עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטראס קטן לעומת ערכו לפעולות החקיקה. עם זאת, פעולות השלטון הרגילים והיום-יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בדינה חוקתית בגדרה של פיסקת ההגבלה או לשולול מהן את סיוגן כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעיד, ומן הרואין להשארכן בעריך עיון". ראו משפטים כח (1997) המokerש כולו לפסק הדין בפרשנת בנק מזרחי ולמעמדה החוקתי של זכות הקניין.

44 הפרשנות הרואה בזכות הגישה לערכאות קניין בידיו של האזרח מתאימה יותר להקשר האזרחי ופחות למשפט הפלילי ודיני המשפחה. כך למשל, פרשנות זו עלולה להוציא מגדר קבלת היתר נישואין איינו בהכרח סעד בעל שווי כלכלי (זהה דוגמה המובאת על ידי שי לוין, לעיל הערה 39, בע' 455).

על אינטראס או ערך אשר אינם חוקתיים, לא תהיה כל הגנה חוקתית על זכותו של האזרח לפניו לבית המשפט. ההגנה החוקתית, על פי מודל זה, הנה הגנה על זכויות חוקתיות אחרות אך לא על עצם הזכות לפניו לבית המשפט.⁴⁵

לדעתי, המודל הרצוי לנו המודל השני. יש מקום להכיר בזכות הגישה לערכאות בזכות עצמאית. בכך זו יכיר בית המשפט בזכות גמישה אותה ניתן להתחאים לצרכים המשניים ולמצבים השונים בהן מתעוררת בעית פניה אל הערכאות. עם זאת, קבלתו של המודל השני אינה מוציאה בהכרח מכל אפשרות את תחולתם של המודלים הראשון והשלישי.

(2) זכות הגישה לערכאות כנוגוד לשירות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכות היסוד גישה שונה לביסוס זכות הגישה לערכאות מציג השופט חסין. לגישתו המדובר בזכות שהנה יסודית אף יותר מזכות רגילות, ונינתן לגורויה לשירות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכות היסוד. מפאת חשיבותם של הדברים נביא את דבריו במלואם:

"הכל מסכימים כי המדובר הוא בזכות מן המעלהعلاינה, אך מסתבר כי גם בשדה זה הובעו דעות שונות באשר למקורה המשפטי של הזכות. יש אמרים שהזכות היא זכות-יסוד אף אם טרם נחקקה בחוק-יסוד; יש אמרים כי הזכות נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומילא מוגנת היא מכוחו של חוק-היסוד; יש אמרים כי זכות הגישה לבית-המשפט אינה אלא, זכות טפלה לזכויות במשפט, וכי כל אימת שיש לו לאדם זכות כלשהי, ככל שעומדת לו אף זכות הפניה לבית-המשפט; ויש אמרים אחרת. על כל אלה ועוד עומד חברו השופט גולדברג, ולא אוסיף על דברים שאמר. דעת-ישראל היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסורת נורמות אחד בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיים הינו תנאי הכרחי וחוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיום הרשות השופטת משתי הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשנתנה הרשות השופטת ממשתי אחיזותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – שתשתי אלו האחרונות יוזמות ועשות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצעפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-העת ואת הכרעתה. וכן אמר על משה: 'ויהי מחרת וישב משה לשפט את העם ויעמד העם על-משה מז'הבר עדר-הערבי' (שמות, יח, יג...). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתיינים העומדים לפניו. בגין

45 בעיה דומה החעורה במשפט האמריקאי, שם במסגרת הדיון בזכות הגישה לערכאות בדק בית המשפט את חזקה וטיבה של הזכות המהותית. גישה זו זכתה לביקורת מפי מלומדים בארצות הברית. ביחסו זכתה גישה זו לביקורת מצד פרופ' מילמן, *supra* מילמן, note 23.

מתדיינים יישב ביה' המשפט בטל וחסרי-מעש, וביה' משפט שאין מתפקידים על שעריו כמו זה כמרלא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבי' משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ولو באורה חלק, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה בסיסו הדימוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, יפרע עם ותאכד מלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבך שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד... בחסימת הדרך לבי' משפט ייעלם ואינו הדין, ובאין דין ייעלם אף הדין עימו"⁴⁶ (ההדגשות שלי – י.ר.).

למעשה גוזר השופט חсин את זכות הגישה לערכאות, באופן ישיר, מאופיו הדימוקרטי של המשטר, וכל זאת ללא שהוא נדרש בהכרח לחוק-בסיס: כבוד האדם וחירותו. השקפה זו הנה עקבית לדעת היחיד המפורסתה אותה הביע השופט חсин בפרשת בנק המזרחי⁴⁷, אשר בהתאם לה שלל את תיאוריות הסמכות המכוננת של הכנסת. ואולם לדעתו של השופט חсин, חרף שלילת סמכותה המכוננת, כפופה הכנסת, כמו כל גוף או אדם בישראל, לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית, ובמקרה של חrichtת הכנסת מגבלות כוחה תחביב התערבות של בית המשפט, שייקום להגן על עקרונות היסוד של השיטה, הגבוהים נורמטיבית אף לחוק-היסוד עצם:

"חוק-היסוד הם החוקים הנעלים במרקם החוקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקים גם מבחינת עצמתם הפורמלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עמהם – שאין לה לכנות סמכות מכוננת. ואולם גם חוק-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיננו, עקרונות שאף חוק-היסוד יונקים מהם את חייהם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם האבואה מעלה גבוח שומר". אלה הם הגנים היוצרים את חיינו"⁴⁸.

46 לעיל העירה 1, בע' 628–629. בדברים אלו מחביס השופט חсин על פסק דין של השופט (כתוארו או) ברק בפרשת המוסד לביטוח לאומי, לעיל העירה 29.

47 פרשת בנק המזרחי, לעיל העירה 20, בע' 544–546. בדעת יחיד עסקין, שכן השופט חсин הביע דעה עצמאית ושונה לנגי סמכותה המכוננת של הכנסת ומעמדם של חוק-היסודות; אך ה策רף לעמדת הרוב לגבי תוכנות ההליכים שעמדו בפני בית המשפט.

48 לעיל העירה 1, בע' 629 וראו בנוסב בש'פ 537/95 ג nimat b' מ"ז, פ"ד מט(3) 355, 401; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד (3) 170, 133. יש לציין כי אף השופט (כתוארו או) ברק אינו שולל אפשרות זו על הסף: "באופן עקרוני-תורתית, קיימת אפשרות שביה' משפט בחברה דמוקרטית יצahir על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד מסוירין, אין כל דבר אקסימטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסקת חוק עליידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין מושם פגיעה בעקרון ריבונות המשפט, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשותות, שכן עיקרונו זה בנוי על איזונים

בפסק הדין בפרשת אדרפל אלומניום ממשיק השופט חשיין לפתח את התאוריה החוקתית המוחדרת לו, ומגלה את דעתו כי זכות הגישה לערכאות היא אחת מאותן זכויות מיוחדות — זכות בסיסית הנעה על חוק-יסוד ה"שייכת... למסדר נורומיות אחר בשיטת המשפט"⁴⁹ — אשר הפרטה בחוק של הכנסת תחייב ביקורת שיפוטית מצד בית המשפט אף שלא מכוח חוק-יסוד מסוירין או חוקה קשיה.

5 סיכום

מתוך שני הגישות לעניין מעמדה הנורומטיבי העליון של זכות הגישה לערכאות, ומתוך הצדקות הכליליות שהוצעו לעיל, ניתן להגיא למסקנה כי זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית היא. אכן, זו גם דעתנו: את זכות הגישה החוקתית לערכאות ניתן לגוזר הן מהזכות לכבוד או לחירות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד של השיטה בישראל. הכרעה בין השתיים אינה דרwsה בשלב הזה, והיא מתקשרת מילא לשאלות יסוד של התאוריה החוקתית בישראל החורגות מגבולותיה של רשותה זו⁵⁰.

וירושנים, המגבילים כל אחת מההרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא אייזן עדיין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאייזון זה, שמייה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להיחזף, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתקיידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק" (בג"ע 142/89 תנועת לאו"ר — לב אחד ורוח חדשה נ' י"ר הכנסת, פ"ד מז(3) 554, 529).

⁴⁹ לעיל העירה 1, בע' 628.

⁵⁰ על כך ראו י" דותן "חוקה לממדינת ישראל? — הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (חננ") 149.