

תרומתו של השופט חשין לביסוסה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד / יורם רבין ואלון

רודס

פוסט זה הוא חלק מסדרת פוסטים בבלוג המבוססים על הרצאות שניתנו בכנס "דעת יחיד" לזכרו של השופט חשין, במרכז הבינתחומי הרצליה ביום 1.11.2018. אסופת מאמרים המבוססת של הרצאות אלה עתידה להתפרסם בכרך מיוחד של כתב העת "משפט ועסקים" בעריכת פרופ' אהרן ברק, פרופ' ליאב אורגד וד"ר יניב רוזנאי.

1. מבוא

מבין שלל פסקי הדין החשובים העוסקים במשפט החוקתי של מדינת ישראל שכתב השופט חשין ז"ל שמור מקום של כבוד לפסק דינו בפרשת **ארפל אלומיניום**.¹ הולמות לפסיקה זו מילותיו של ברק: "בים הגדול של הפסיקה מצויים מספר פסקי דין, הנישאים משכמם ומעלה, והמאירים מאורם הגדול את סביבתם הקרובה והרחוקה. אלא הם ציוני הדרך [...] אלא הם אותם מתי מעט של פסקי-דין, המקרינים מעוצמתם הפנימית לעבר העתיד, ומכוונים את התפתחותו של המשפט".²

בפרשת **ארפל אלומיניום** נדון סכסוך אזרחי על רישום של מדגם בין שתי חברות. השאלה שהונחה בערעור לפתחו של בית המשפט העליון הייתה האם מוסמך בית-המשפט המחוזי לדון, כערכאה דיונית, בבקשה לביטול מדגם שנרשם בפנקס המדגמים? לפיכך, נראה היה כי הערעור האזרחי בפרשת **ארפל אלומיניום** לא דרש הכרעה בשאלה עקרונית כלשהי, בוודאי שלא בשאלה חוקתית. כפי שתיאר בלשונו הציורית השופט חשין: "השאלה השנויה במחלוקת בין בעלי-הדין הינה, לכאורה, גם פשוטה גם יבשה".³ אך דווקא בפרשה זו – הפשוטה והיבשה – מצא השופט חשין הזדמנות לקיים דיון מעמיק בסוגיות עומק הנוגעות למשפט הציבורי ולעקרונות היסוד הדמוקרטיים של מדינת ישראל. וכפי שציין: "אפשר לא הייתי מטריח עצמי כפי שעומד אני להטריח עצמי, לולא נתגלו לעינינו, כמו-לפתע, שאלות שחשיבותן חורגת אל-מעבר לשאלה העיקרית שלפנינו. שאלות אלו, שאלות-חוץ, כביכול, עוררו את סקרנותי, ומכאן דברים שאני עומד לומר".⁴

2. ביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות אדם חוקתית – גישתו של השופט גולדברג

את פסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום** פותחת חוות דעתו של השופט גולדברג, שבה הועלתה האפשרות להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית הנגזרת מחוקי-היסוד. לשיטתו של גולדברג קיימות כמה

¹ ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות**, פ"ד נא(3) 577 (1997) (להלן: פרשת **ארפל אלומיניום**). פסק דין זה אוזכר עד כה בכ-1320 הליכים משפטיים בערכאות השונות, ובכ-90 חיבורים אקדמיים; לפסק הדין בעניין **ארפל אלומיניום** הוקדשה רשימה של יורם רבין כבר לפני שנים רבות: ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" **המשפט** ה' 217 (2000).

² דברים אלו של אהרן ברק נכתבו על פסק דינו של השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 **חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז' 871, 884 (1953); ראו אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" **גבורות לשמעון אגרנט** 129, 129 (1987).

³ פרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין.

⁴ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט חשין.

דרכים לעשות כן:⁵ האפשרות האחת היא לגרוס ש'הכוח' לפנות לבית המשפט הוא זכות חוקתית המוגנת על ידי חוקי היסוד, כלומר, זכות הגישה, כלשעצמה, נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; אפשרות שנייה היא שזכות הגישה צמודה לכל זכות פרטיקולרית, המוגנת באמצעות חוקי-היסוד. על-פי תפישה זו הזכות הראשונית המוגנת בחוקי-היסוד (כגון: הזכות לחופש העיסוק) מקפלת בתוכה זכות משנית לתרופה בגין הפגיעה.⁶ לשיטתו של גולדברג, ההכרעה בדבר מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות לא נדרשה בנסיבות העניין.⁷

3. ביסוסה של זכות הגישה כעקרון מסד על-חוקתי – גישתו של השופט חשין

בשונה מגישתו של השופט גולדברג, השופט חשין כלל לא עסק בפסק דינו בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית הנגזרת מחוקי-היסוד, אלא ביסס את הזכות כעקרון מסד הניצב מעל החוקה. את תפישתו העקרונית של חשין בהקשר זה יש להבין על רקע השקפתו החוקתית העקרונית הנטועה בדעת המיעוט המפורסמת שכתב בפרשת **בנק המזרחי**,⁸ אשר ניתנה שנה ושמונה חדשים לפני כן.⁹

בפרשת **בנק המזרחי** הציג השופט חשין עמדה, שלפיה הכנסת אינה אוחזת בסמכות מכוונת והיא נעדרת סמכות לכוון חוקה פורמלית.¹⁰ חרף זאת, כך לשיטתו, סמכות החקיקה של הכנסת אינה בלתי מוגבלת. ישנם מספר "עקרונות יסוד של השיטה" המשמשים מכשיר לביצוע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת מבלי להזדקק לקיומם של חוקי-יסוד בעלי מעמד נורמטיבי עליון על חקיקה רגילה. עיקר הדיון בפרשת **בנק המזרחי** סבב סביב עקרון היסוד הדמוקרטי של **שלטון הרוב**.¹¹ ובלשונו של חשין: "ה'רוב' הוא בריח התיכון, הוא עקרון התשתית, וכל שאר כללים והוראות נעים סביבו ומשתחווים לו; ה'רוב' הוא – על דרך ההפלגה – בבחינת כל התורה כולה, ויתרת כללים אינם אלא בבחינת 'פירושה'."¹²

לגישתו של השופט חשין "עקרון שלטון הרוב" אינו עקרון המסד היחיד, אלא אך דוגמה להשקפת עולם רחבה יותר. כפי שציין: "מדוגמאות אלו שהבאנו – מהן ומאחרות זולתן – נדע כי יש בנמצא כוחות 'נסתרים', כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה – סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה – לחקוק חוקים."¹³

⁵ ובכך אימץ גולדברג את הצעתו של שלמה לוי ברשימה הבאה: שלמה לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" **הפרקליט** מב 451 (התשנ"ו).

⁶ פרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של השופט גולדברג.

⁷ שם.

⁸ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

⁹ פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי**, שם, ניתן ביום 9 בנובמבר 1995. פסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה"ש 1, ניתן ביום 17 יולי 1997.

¹⁰ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, פס' 75 לפסק דינו של השופט חשין: "דעתנו היא שאין לה לכנסת סמכות מכוונת, סמכות לחוקק חוקה פורמאלית ונוקשה. תורת שני הכתרים – וכמוה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת – אין להן לשתיים אחיזה במשפט הארץ. הכנסת היא כנסת – פשוטה כמשמעה – וסמכותה היא לחקוק חוקים כדרכה מימים ימימה".

¹¹ שם, פס' 71 לפסק דינו של השופט חשין: "עקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון הרוב – לעניינו: 61 חברי-כנסת – נעלה הוא בעיניי מכדי שאתעלם ממנו כאילו אין הוא עמנו. אכן כן: ניתן לסטות מעיקרון זה, אך זאת ביודעין, בכוונת מכוון, בנטילת אחריות, בחישוב מחושב, בהליך ראוי לחקיקת חוקה."

¹² שם, פס' 89 לפסק דינו; ראו עוד שם, פס' 91 ו-98 לפסק דינו.

¹³ שם, פס' 99 לפסק דינו של השופט חשין.

פסק דינו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום**, אשר ניתן שנה ושמונה חדשים לאחר מכן, מתכתב כאמור עם עמדתו בפרשת **בנק המזרחי** ומהווה פיתוח ויישום של גישתו. בפסק הדין חושף השופט חשין עקרון מסד נוסף – זכות הגישה לערכאות. השופט חשין מסכים עם השופט גולדברג לגבי חשיבותה של זכות הגישה לערכאות אך חולק על עמדתו בכל הנוגע למקורה המשפטי. להשקפתו של חשין יש להכיר בזכות הגישה לערכאות כעקרון מסד של השיטה:

”דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. [...] זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. [...] נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה **פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה**. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית **יאבד שלטון החוק** ותיעלמנה זכויות-היסוד [...]. בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו”¹⁴ (ההדגשות הוספו)

לתפיסתו של חשין עקרונות המסד של השיטה, שזכות הגישה לערכאות היא אחד מהם, ניצבים בראש הפירמידה ומעל חוקי-היסוד: ”ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר”. אלה הם הגנים היוצרים את חיינו”¹⁵.

בנוסף, שרטט השופט חשין בפסק הדין קשר בין זכות הגישה לערכאות לבין עקרון מסד נוסף – עקרון הפרדת הרשויות. וכך כתב בהקשר זה: ”מושג הדמוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אוניות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח – על שלוש האונות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אוניות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה”¹⁶. נראה אפוא כי השופט חשין תפס את זכות הגישה לערכאות כצינור חיים של הרשות השופטת, היינו כתנאי לקיומו, וככזו כעקרון מסד הכרוך בהפרדת רשויות ובקיומה של הדמוקרטיה עצמה.

¹⁴ פרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לפסק דינו של השופט חשין.

¹⁵ שם, פס' 32.

¹⁶ שם.

4. ביקורת שיפוטית על חקיקה באמצעות עקרונות היסוד של השיטה

את השקפתו החוקתית בנוגע לעקרונות היסוד של השיטה המשיך השופט חשין לפתח בכמה פסקי דין נוספים. החשוב שבהם הוא פסק הדין בפרשת **התנועה לאיכות השלטון**,¹⁷ שבו הציע לבטל את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ('חוק טל'), בשל פגיעתו בעקרון השוויון, כעקרון מסד. בפסק דינו חזר השופט לנתיב שאותו חצב בפרשת **בנק המזרחי** ובפרשת **ארפל אלומיניום**. בטרם הגיע חשין לדון בעקרון השוויון, כעקרון מסד של השיטה, אזכר השופט חשין את עקרונות המסד של זכות הגישה לערכאות והפרדת הרשויות.¹⁸ לאחר מכן, חידד חשין אבחנה בין שני סוגים שונים של עקרונות מסד: **הראשון**, עקרונות מסד הנסבים על שיטת הממשל; **השני**, עקרונות מסד המושתתות על זכויות היסוד של היחיד. וכך כתב: "לא רק עיקרי-מסד הנסבים על שיטת הממשל נמנים עם עקרונות-התשתית של המדינה. כך הוא גם – כמובן – בעניינין של זכויות יסוד של היחיד, זכויות שאין חולקים עליהן ואשר אף הן בשר מבשרה של הדמוקרטיה. בראשן של זכויות אלו תימצא, כמובן, הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לשוויון במיגזרים ספציפיים של חיי המדינה".¹⁹

עם זאת, השופט חשין נמנע מלמיין את עקרונות המסד לאחת משתי הקבוצות הנ"ל, אף שאת עקרונות המסד של זכות הגישה לערכאות והזכות לשוויון – ניתן לשייך לשתי הקבוצות. מצד אחד משתייכים **זכות הגישה לערכאות והזכות לשוויון** לקבוצת עקרונות המסד המושתתים על זכויות היסוד של היחיד; מצד שני, זכות הגישה לערכאות ועקרון השוויון משתייכים לקבוצת עקרונות המסד הנסבים על שיטת הממשל. לשיטתו של חשין זכות הגישה לערכאות מהווה חלק בלתי נפרד מרעיון הפרדת הרשויות, ואילו עקרון השוויון מהווה עקרון מסד שהוא חלק בלתי נפרד מכל דמוקרטיה.²⁰

ניתן להבין את עמדתו של השופט חשין ביחס לחשיבותה, למרכזיותה וליסודיותה של הזכות, וכן את הקביעה הראויה הרואה בה עקרון מסד, היינו חלק מעקרונות היסוד של השיטה.²¹ עם זאת, יש להעדיף עריכתה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית הפוגעת בזכות הגישה לערכאות באמצעות המנגנונים הקונבנציונליים הקבועים בחוקי-היסוד, ולא על-ידי פנייה לעקרונות מסד כפי שהציע השופט חשין בדעת המיעוט שלו בפרשת **התנועה לאיכות השלטון**. בהתאם לכך יש להוכיח כי נפגעה זכות הגישה לערכאות (שכיום אין עוד עוררין על היותה זכות חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); ולאחר מכן לבדוק את עמידתה של הפגיעה בתנאיה של פסקת ההגבלה.

¹⁷ בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 6, 29, 30, 47, 49, 51, 52 לפסק דינו של השופט חשין (2006).

¹⁸ וכך הוא כותב על עקרון הפרדת הרשויות, אגב פניה לפרשת **ארפל אלומיניום**: "עקרון-מסד הוא במדינה כי לפונו בה שלוש רשויות; כי כל אחת מאותן רשויות תהיה נפרדת משתי הרשויות האחרות וכי תחזיק בכוחות ובסמכויות שיוחדו לה; וזו ליבתה של הדמוקרטיה". עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 17, פס' 29 לפסק דינו של השופט חשין.

¹⁹ שם, פס' 30.

²⁰ ראו שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט חשין: "השוויון, ידענו כולנו, מהווה מרכיב מרכזי באמנה החברתית שעליה מושתתת חברה דמוקרטית. שכן באין שוויון; במקום שבו מפלה המדינה לרעה חלק מן האוכלוסייה; תיקרע האמנה החברתית לגזרים, הדמוקרטיה תחרב והמדינה לא עוד תיכון".

²¹ בעמדה זו תמך גם הנשיא ברק. ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה לוי** 31, 35 (2013): "נמצא כי הטעם המונח ביסוד זכות הגישה הוא בהגשמתם של הדמוקרטיה, של שלטון החוק ושל הפרדת הרשויות", ומוסיף "וכמובן במימוש זכויות האדם".

לדעתנו, את האפשרות לפסול דבר חקיקה כמנוגד לזכות הגישה לערכאות כעקרון מסד יש לשמור למצב המיוחד המכונה "תיקון חוקתי לא חוקתי", שבו תנסה הכנסת בכובעה המכונן לבטל את זכות הגישה בזכות חוקתית. פרופ' ברק, שראה בזכות הגישה לערכאות זכות נצחית בעלת מעמד מיוחד קבע בהקשר למצב כזה כך: " כמו השופט חשין גם אני רואה בזכות הגישה זכות מיוחדת במינה. נראה לי כי הוצאתה של זכות כזו ממעגל הזכויות החוקתיות וההלכתיות הוא שינוי כה מהותי, עד כי הכנסת כרשות מכוננת אינה מוסמכת לכך [...]".²²

בין אם נתייחס לזכות הגישה כעיקרון מסד כגישתו של השופט חשין ובין אם כזכות חוקתית נצחית שביטולה מהווה "תיקון חוקתי לא חוקתי" כגישתו של ברק, נראה כי קיימת תמימות דעים בדבר עצם יסודיותה של הזכות וקשירתה לעיקרי השיטה הדמוקרטית בפן האחד ולזכויות האדם בפן האחר. לגיבושה של תפיסה עקרונית זו הרים השופט חשין תרומה מרכזית בפסק דינו בפרשת **ארפל אלומיניום**.

פרופ' יורם רבין הוא היועץ המשפטי למבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, ולשעבר דיקן בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

עו"ד אלון רודס בעל תואר מוסמך במשפטים (LL.M).

ציטוט מוצע: יורם רבין ואלון רודס "תרומתו של השופט חשין לביסוסה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד" **ICON-S-IL Blog** (18.12.2018)