© משפט ועסקים כו, תשפ״ג
(דצמבר 2022), 145–166

זכות הגישה לערכאות כזכות אדם וכעקרון מסד על־חוקתי

בעקבות פסק דינו של השופט חשין בפרשת ארפל אלומיניום

יורם רבין,* **אלון רודס****

״חסימת הדרך לבית־משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה־raison d'etre של הרשות השופטת.״[1]

מאמר זה בוחן את תרומתו של השופט חשין לפיתוח זכות הגישה לערכאות בעקבות פסק דינו בפרשת **ארפל אלומיניום**, ואת השפעתו של פסק הדין על גיבוש תפיסתו החוקתית של השופט חשין. בפרשת **ארפל אלומיניום** הונחו היסודות להכרה בזכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי כזכות אדם וכעקרון מסד על־חוקתי. המאמר מציג את עמדתו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום**, ומתייחס לאופן שבו היא השפיעה על ביסוסה וחידודה של תפיסתו החוקתית בפסקי דין מרכזיים, בין היתר בהבחנה שיצר בין ״עיקרי־מסד הנסבים על שיטת הממשל״ לבין עיקרי מסד שהם ״זכויות יסוד של היחיד״. בהקשר זה המאמר כולל דיון בהכרה בזכות הגישה לערכאות כעקרון מסד גם במשפט המשווה, וכן בוחן את השאלה אם פגיעה בזכות חוקתית זו עשויה להיחשב תיקון חוקתי לא חוקתי.

---

* פרופסור למשפטים, נשיא המסלול האקדמי המכללה למינהל.

** בעל תואר שני במשפטים (LL.M.), מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים ע״ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

רשימה זו היא עיבוד של הרצאה שניתנה בכנס ״דעת יחיד – כנס לכבודו של השופט מישאל חשין״ (המרכז הבינתחומי הרצליה, 1 בנובמבר 2018). המחברים מבקשים להודות לפרופ׳ יניב רוזנאי על הערותיו, למערכת כתב העת **משפט ועסקים** על מלאכת העריכה היסודית ולמר חן בן־דוד על הסיוע בעבודה על המאמר.

1 ע״א 733/95 **ארפל אלומיניום בע״מ נ׳ קליל תעשיות בע״מ**, פ״ד נא(3) 577, פס׳ 31 לפסק דינו של השופט חשין (1997) (להלן: פרשת **ארפל אלומיניום**).

מבוא
פרק א: פרשת ארפל אלומיניום
1. העובדות
2. ביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות אדם חוקתית
3. ביסוסה של זכות הגישה כעקרון מסד על־חוקתי (פן של הפרדת הרשויות)
פרק ב: תפיסתו החוקתית של השופט חשין
1. פיתוח תפיסתו החוקתית של השופט חשין בדבר עקרונות מסד
2. סיכום גישתו של השופט חשין
פרק ג: פיתוחה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד – משפט משווה
פרק ד: פגיעה בזכות הגישה לערכאות המהווה תיקון חוקתי לא חוקתי
סיכום

מבוא

מבין שלל פסקי הדין החשובים שכתב השופט מישאל חשין ז״ל ואשר עוסקים במשפט החוקתי של מדינת ישראל שמור מקום של כבוד לפסק דינו בפרשת **ארפל אלומיניום**. פסק דין זה אוזכר, בהקשרים שונים, ביותר מ־1,500 פסקי דין, מתוכם 287 אזכורים בפסיקת בתי המשפט המחוזיים ו־64 אזכורים בפסיקת בית המשפט העליון.[2] גם האקדמיה מצאה עניין רב בפסק הדין, והוא מאוזכר ביותר מ־95 חיבורים אקדמיים.[3] את פסק דינו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום** הולמות מילותיו הבאות של אהרן ברק: ״בים הגדול של הפסיקה מצויים מספר פסקי דין, הנישאים משכמם ומעלה, והמאירים מאורם הגדול את סביבתם הקרובה והרחוקה. אלה הם ציוני הדרך... אלה הם אותם מתי מעט של פסקי דין, המקרינים מעוצמתם הפנימית לעבר העתיד, ומכוונים את התפתחותו של המשפט.״[4]

לתרומה של פסק דינו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום** למשפט החוקתי באופן כללי, לפיתוח תפיסתו החוקתית ולביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות אדם וכעקרון מסד, וכן לסוגיות העולות ונגזרות מזכות זו, נקדיש את רשימתנו שלהלן.[5]

---

2 אזכורים רבים נעשו גם בבתי הדין לעבודה, בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי המשפט לעניינים מנהליים.

3 הנתונים מאתר ״נבו״ (נבדק לאחרונה ב־24.2.2020).

4 דברים אלו של 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 (1986).

5 לפסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה״ש 1, הוקדשה רשימה של יורם רבין כבר לפני שנים רבות. ראו יורם רבין ״זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית״ **המשפט** ה 217 (2000).

פרק א: פרשת ארפל אלומיניום

1. העובדות

בפרשת **ארפל אלומיניום** נדון סכסוך על רישום מדגם בין שתי חברות שעסקו בפיתוח, ייצור ושיווק של מוצרי אלומיניום. לאחר שרשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר (להלן: הרשם) רשם מדגם בשם חברת קליל תעשיות, פנתה חברת ארפל אלומיניום לבית המשפט המחוזי בבקשה לביטול הרישום, בטענה שהוא נרשם בניגוד לפקודת הפטנטים והמדגמים, מהטעם שהוא אינו חדש והתפרסם קודם לרישומו בישראל. בית המשפט המחוזי קבע כי אי־אפשר ״לתקוף״ ישירות את רישום המדגם, וכל שאפשר לעשות הוא לבצע תקיפה ״עקיפה״ באמצעות תביעה נזיקית שיגיש בעל המדגם הרשום עצמו. על קביעה זו נסב הערעור, ואת השאלה שהונחה לפתחו של בית המשפט העליון ניסח השופט גולדברג במילים הבאות: ״בערעור זה נדרשים אנו לשאלה אם מוסמך בית־המשפט המחוזי לדון, כערכאה דיונית, בבקשה לביטול מדגם שנרשם בפנקס המדגמים.״[6]

למקראם הפשוט של הדברים לא נראָה שהערעור האזרחי בפרשת **ארפל אלומיניום** גלגל לפתחו של בית המשפט שאלה עקרונית כלשהי, בוודאי לא שאלה חוקתית. כפי שתיאר זאת השופט חשין בלשונו הציורית: ״השאלה השנויה במחלוקת בין בעלי־הדין הינה, לכאורה, גם פשוטה גם יבשה.״[7]

אך דווקא בפרשה זו – הפשוטה והיבשה – מצא השופט חשין הזדמנות לקיים דיון מעמיק בסוגיות עומק הנוגעות במשפט הציבורי ובעקרונות היסוד הדמוקרטיים של מדינת ישראל. כפי 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.״[8] ובהמשך: ״לכאורה, שאלת־משפט טכנית־שבטכנית, שאלת־פרוזדור: אם נפנה לטרקלין־של־ימין או לטרקלין־של־שמאל. ואולם עיון בדברים מקרוב יגלה לנו כי הכרעה בשאלה מחייבת אותנו להידרש לשאלות שהשלכותיהן הרחק אל־מעבר לנושא המדגמים. שאלות אלו הן שהביאו אותי להאריך במקום שהיה עליי לקצר.״[9]

למעשה, פסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום** היווה הזדמנות מבחינת השופט חשין להדגים – ואף ליישם – את השקפתו על עקרונות המסד המשפטיים שהמדינה מושתתת עליהם ועל האופן שבו הם מקרינים על מרקם החקיקה והמשפט במדינה.

---

6 פרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 585.

7 שם, בעמ׳ 608.

8 שם, בעמ׳ 607–608.

9 שם, בעמ׳ 608.

2. ביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות אדם חוקתית

את פסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום** פותחת חוות דעתו של השופט גולדברג, שנותר בדעת מיעוט לעניין התוצאה.[10] עם זאת, בפסק דינו מעלה השופט גולדברג את האפשרות לגזור את זכות הגישה לערכאות באופן פרשני מחוקי היסוד, ובכך להכיר בה כזכות חוקתית:[11]

> ״בקשר לזכות הגישה לרשויות שיפוטיות, קיימות כמה גישות אפשריות. יש הגורסים ש״הכח׳ לפנות לבית־המשפט הוא זכות חוקתית המוגנת על־ידי חוק היסוד׳... כלומר, זכות הגישה, כשלעצמה, נגזרת מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש הגורסים, שזכות זו צמודה לזכות פרטיקולרית, המוגנת באמצעות חוקי היסוד. על־פי תפיסה זו הזכות הראשונית המוגנת בחוקי היסוד (כגון: הזכות לחופש העיסוק) מקפלת בתוכה זכות משנית **לתרופה** בגין הפגיעה. מימושה של הזכות המשנית מחייב קיומו של הליך שיפוטי, שבו תוכרע זכות הפרט לסעד וטיב הסעד. יש הגורסים, כי זכות הגישה אינה יכולה להיגזר מחוקי היסוד, בין כזכות עצמאית ובין כזכות נגזרת מזכות מוגנת אחרת.״[12]

אלא שההכרעה בדבר מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות לא נדרשה בנסיבות העניין. לשיטתו של גולדברג, ״הכרעה בין הגישות השונות תתחייב רק אם הוראה ספציפית תתפרש **כמסיגת** את זכות הגישה לרשות שיפוטית״.[13] עם זאת, הוא קובע כי ״מעקרון היסוד בדבר גישה חופשית לרשות שיפוטית יש לגזור עיקרון פרשני, כי מבין אפשרויות פרשניות שונות, המתיישבות עם לשונה של הנורמה, יש לבכר את הפרשנות המקיימת זכות זו״.[14]

פסיקה מאוחרת יותר צעדה צעד נוסף והכירה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית. כפי שציין הנשיא ברק, ״אמת, הזכות לפנות לבית־המשפט היא זכות חוקתית.

---

10 השופט גולדברג נשאר כאמור בדעת מיעוט, אך זאת מן הטעם שלדידו לא נפגעה זכות הגישה לערכאות, שכן פרשנות נכונה של ס׳ 15 לחוק הפרשנות, התשמ״א־1981, מכירה בסמכות הרשם לבטל מדגם.

11 בכך הוא העלה את האפשרות לאמץ את הצעתו של שלמה לוין במאמרו ״חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים״ **הפרקליט** מב 451 (1996).

12 פרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 593 (ההדגשה במקור).

13 שם (ההדגשה במקור).

14 שם. בנקודה זו השופט גולדברג מפנה לדבריו של השופט אור בע״א 3115/93 **יעקב נ׳ מנהל מס שבח מקרקעין חיפה**, פ״ד נ(4) 549, 560 (1997): ״נראה לי כי יש לאמץ עיקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. יש לומר כי נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד־משמעית כדי להביא למסקנה כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה של זכות זו.״

בעבר היא הייתה חלק מהזכויות ההילכתיות. כיום היא נגזרת מחוקי היסוד עצמם. יש לה מעמד חוקתי־על־חוקי... מכוחה של זכות חוקתית־על־חוקית זו נגזר הכוח לפנות לבתי־המשפט״.[15] כיום אין עוד חולק על כך שזכות הגישה לערכאות היא אחת הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[16]

אכן, זכות הגישה לערכאות היא זכות יסוד חוקתית המקרינה על תחומי משפט רבים: היא חלה במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי; היא חלה בהליכים פליליים כמגן על זכויות הנאשמים; היא חלה בהקשר של עתירות לבג״ץ כ״חרב״ (או כעילה) לתקיפה ישירה של חוקים ותקנות; היא מקרינה על פרשנותם של הוראות חוק וסדרי דין (למשל, בשאלות של פטור מאגרה וערובה) וכן על פרשנותם של חוזים וצוואות (למשל, בהקשר של תניות בוררות בחוזה עבודה ותניות סילוקין בצוואה); היא עומדת לצידו של האזרח בבואו לקבל את יומו בבית המשפט (תביעות קטנות); והיא מסייעת בביסוסה של זכות העמידה של העותר הציבורי בבית המשפט הגבוה לצדק.

נוסף על כך, זכות הגישה לערכאות הקרינה – לפעמים בצורה ישירה ולפעמים בצורה עקיפה אך משמעותית – על התפתחויות רבות במשפט הישראלי. להלן שלוש דוגמאות לכך:

א. **זכות הגישה לנציב תלונות הציבור** – מבקר המדינה לשעבר, השופט (בדימ׳) יוסף שפירא, ציין בהקשר של תפקידו כנציב תלונות הציבור כי ״עיקרון מרכזי נוסף המסייע להבטיח את מימושן של זכויות האדם הוא ׳זכות הגישה לנציב׳. זכות זו חולקת קווי דמיון רבים עם ׳זכות הגישה לערכאות׳״.[17]

ב. **זכות הגישה למִנהל** – במאמר שכותרתו ״זכות הגישה למִנהל במדינת הרווחה״ ציינו בניש ודוד כי לדעתם ״ניתן וראוי להרחיב את ההכרה בזכות הגישה לערכאות גם לשלב ה׳טרום־שיפוטי׳... שתי הזכויות הללו... יונקות מרעיונות ומערכים דומים״.[18]

---

15 ע״א 6805/99 **תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ׳ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים**, פ״ד נז(5) 433, 460 (2003) (להלן: עניין **תלמוד תורה**). ראו גם ע״א 6426/13 **קבוצת עזריאלי בע״מ נ׳ הממונה על הגבלים עסקיים**, פס׳ 10 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם באר״ש, 25.8.2014), שם ציינה כי ״זכות הגישה לערכאות, אף שאינה מעוגנת בחוקי היסוד, הוכרה בפסיקה הישראלית כזכות בעלת מעמד חוקתי״.

16 זכות הגישה תוארה בפסיקה כ״זכות קונסטיטוציונית״ וכ״זכות יסוד שאינה כתובה עלי חוק־יסוד״. ראו רע״א 7608/99 **לוקי ביצוע פרוייקטים (בנייה) 1989 בע״מ נ׳ מצפה כינרת 1995 בע״מ**, פ״ד נו(5) 156, 163 (2002); רע״א 9572/01 **דדון נ׳ וייסברג**, פ״ד נו(6) 918, 921 (2002); ע״א 4980/01 **כהן נ׳ גלאם**, פ״ד נח(5) 625, 629 (2004); בש״א 1528/06 **ורנר נ׳ כונס הנכסים הרשמי**, פס׳ 8 לפסק הדין (פורסם באר״ש, 17.10.2007); בג״ץ 9198/02 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד סג(1) 352, 390–391 (2008); רע״א 993/06 **מדינת ישראל נ׳ דיראני**, פ״ד סה(1) 438, פס׳ 23 לפסק דינה של השופטת (בדימ׳) פרוקצ׳יה (2011).

17 דוד נהיר ״שאלות ותשובות עם מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, השופט (בדימוס) יוסף חיים שפירא״ **עיונים בביקורת המדינה** 63, 5, 17 (2018).

18 אבישי בניש ולירון דוד ״זכות הגישה למִנהל במדינת הרווחה: על (אי־)מיצוי זכויות חברתיות וחובת ההנגשה של החקיקה החברתית״ **משפט וממשל** יט 395, 416 (2018).

ג. **נגישות החקיקה** – דוגמה נוספת היא פיתוח נגישותה של החקיקה. בבסיס פיתוח זה ניצבת העמדה הגורסת כי המשפט רחב מההליך השיפוטי, וכי יש לקדם את הגישה למידע חקיקתי ולחקיקה עצמה.[19]

ככל זכות, גם זכות הגישה לערכאות אינה בלתי מוגבלת. כך, למשל, ניתן להצדיק הטלת מגבלות מסוימות על הזכות עקב הצורך לממן את עלויות המערכת, כגון חיוב בתשלום אגרות משפט.[20] ניתן להגבילה, באופן מידתי, גם כאשר הדבר משקף את רצונו של מצווה הכותב צוואה[21] או את רצונם של צדדים לחוזה.[22] לעיתים אף ראוי להגבילה – למשל, במקרים שבהם מתדיינים מבקשים לנצלה לרעה.[23] ניצול כזה לרעה עשוי לשלול את הזכות לפנות לערכאות במצבים שונים, כגון במקרים שבהם מדובר בתובע טרדן.[24]

3. ביסוסה של זכות הגישה כעקרון מסד על־חוקתי (פן של הפרדת הרשויות)

השופט חשין נקט גישה שונה מזו של השופט גולדברג לעניין מעמדה של זכות הגישה לערכאות. כפי שכבר נאמר בתחילת הדברים, פסק דינו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום** היווה מבחינתו הזדמנות להדגים וליישם את השקפתו בנוגע לעקרונות המסד ששיטת המשטר הישראלית מושתתת עליהם. למעשה, פסק דינו בעניין **ארפל אלומיניום** מהווה המשך ואף פיתוח של ההשקפה החוקתית שהציג השופט חשין בדעת המיעוט שכתב בפרשת **בנק המזרחי**,[25] אשר ניתנה שנה ושמונה חודשים לפני כן.[26] כדי להציג את ההתפתחות בהקשר זה, נחזור לרגע לחוות דעת היחיד המפורסמת של השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**.

בפרשת **בנק המזרחי** הציג השופט חשין עמדה שלפיה הכנסת אינה אוחזת בסמכות מכוננת, ואין לה סמכות לכונן חוקה פורמלית.[27] מכאן שבעבודת החקיקה הרגילה שלה

---

19 יניב רוזנאי ונדיב מרדכי ״על נגישותה של החקיקה״ **משפט וממשל** יט 429, 430 (2018).

20 יורם רבין **זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית** 182 (1998).

21 יורם רבין ואלון רודס ״תניות סילוקין בצוואה״ **ספר יורם דנציגר** 595 (לימור זר־גוטמן ועידו באום עורכים, 2019).

22 רבין, לעיל ה״ש 20, בעמ׳ 206–220.

23 עניין **תלמוד תורה**, לעיל ה״ש 15.

24 יורם רבין ואלון רודס ״צווים חוסמים״ **משפט מפתח** 5, 137, 138–143 (2019).

25 ע״א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע״מ נ׳ מגדל כפר שיתופי**, פ״ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

26 פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי** ניתן ביום 9 בנובמבר 1995. פסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום** ניתן ביום 15 ביולי 1997.

27 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה״ש 25, פס׳ 75 לפסק דינו של השופט חשין: ״דעתנו היא שאין לה לכנסת סמכות מכוננת, סמכות לחוקק חוקה פורמאלית ונוקשה. תורת שני הכתרים – וכמוה תורת הריבונות

אין הכנסת כבולה על ידי חוקי היסוד. חרף זאת, כך לשיטתו, הכנסת אינה כל־יכולה. יש כמה ״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**.[28] 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׳...״[29]

ובהמשך הוסיף חשין כך:

> ״אכן, עקרון הרוב – למעלה ולמטה – הינו מרכיב יסוד בשלטון החוק ובקיומו של משטר דמוקרטי. בלעדיו ייפרע עם ובהיעדרו לא תיכון ממלכה. איש לאוהליך ישראל. עקרת את שלטון הרוב מגופו של משטר וידעת כי נטלת את נשמתה של הדמוקרטיה. עקרון הרוב שולט בכנסת אף היא והוא בבחינת ׳גבוה מעל גבוה שומר׳. שלטון החוק ישלוט גם במחוקק. חוק כי תחקוק הכנסת – חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בלבתה של הדמוקרטיה, בעקרון הרוב; והכול, כמובן, בכפוף להוראות חוקה שנתקבלה כדין.״[30]

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.״[31] ובהמשך: ״יש עקרונות־על – אם תרצה: עקרונות־מסד – הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות אופי השוכנות בגנים של הכנסת – בהיותה מה שהיא – ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר. אותן תכונות הן־הן הכנסת.״[32]

הבלתי מוגבלת – אין להן לשתיים אחיזה במשפט הארץ. הכנסת היא כנסת – פשוטה כמשמעה – וסמכותה היא לחקוק חוקים כדרכה מימים ימימה.״

28 שם, פס׳ 71 לפסק דינו של השופט חשין: ״עקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון הרוב – לענייננו: 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.״

29 שם, פס׳ 89 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם שם, פס׳ 91 ו־98 לפסק דינו של השופט חשין.

30 שם, פס׳ 101 לפסק דינו של השופט חשין.

31 שם, פס׳ 99 לפסק דינו של השופט חשין.

32 שם, פס׳ 101 לפסק דינו של השופט חשין.

פסק דינו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום**, אשר ניתן כאמור שנה ושמונה חודשים לאחר מכן, מתכתב עם עמדתו בפרשת **בנק המזרחי** ומהווה פיתוח ויישום של גישתו. בפסק הדין חושף השופט חשין עקרון מסד חדש – זכות הגישה לערכאות. כבר בפתח דבריו בנושא זה הוא מציין כי ״המסקנה הנדרשת מפסק־דינו של בית־משפט קמא שורטת עמוקות בזכות הגישה לבית־המשפט **ובעיקרי המשטר הדמוקרטי**״.[33] חשין מסכים עם תפיסתו של גולדברג כי זכות הגישה לערכאות היא זכות עליונה, אך חולק על עמדתו בכל הנוגע במקורה המשפטי של הזכות. 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 אומַר 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'etre 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 הדַיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו.״[34]

לתפיסתו של חשין, עקרונות המסד של השיטה, אשר זכות 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 ה׳גבוה מעל גבוה שומר׳. אלה הם הגנים היוצרים את חיינו.״[35]

בפסק דינו מתייחס השופט חשין בהרחבה ל**עקרון הפרדת הרשויות** במילים אלו:

> ״מושג הדמוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה

---

33 פרשת **ארפל אלומיניום**, לעיל ה״ש 1, פס׳ 31 לפסק דינו של השופט חשין (ההדגשה הוספה).

34 שם (ההדגשות הוספו).

35 שם, פס׳ 32 לפסק דינו של השופט חשין.

> השופטת. המוח – על שלוש האונות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חִיוּת ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה.״[36]

יש להודות כי בפסק דינו של השופט חשין היחס בין זכות הגישה לערכאות לבין עקרון הפרדת הרשויות אינו מחודד דיו. נראה כי השופט חשין תפס את זכות הגישה לערכאות כצינור חיים של הרשות השופטת, דהיינו כתנאי לקיומה, וככזו – כעקרון מסד הכרוך בהפרדת הרשויות ובקיומה של הדמוקרטיה עצמה.

פרק ב: תפיסתו החוקתית של השופט חשין

1. פיתוח תפיסתו החוקתית של השופט חשין בדבר עקרונות מסד

התפיסה החוקתית שהציג השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי** ובפרשת **ארפל אלומיניום** התפתחה והתחדדה בפסיקותיו המאוחרות. בכמה מפסקי דינו ביסס השופט חשין, תוך התייחסות לפרשת **ארפל אלומיניום**, את ההבחנה בין ״עיקרי־מסד הנסבים על שיטת הממשל״ לבין עיקרי מסד שהם ״זכויות יסוד של היחיד״. בפסקי דין אלו ניתן ביטוי גם להשקפתו הכללית בדבר עליונותה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד על־חוקתי, ולכך שהיא עשויה להשתייך לשני הסוגים של עקרונות המסד.

פרשת עדאלה (תקציב המשרד לענייני הדתות) – בפרשה זו נדונה עתירה שהגישו כמה עמותות ויחידים בטענה שתקציב המדינה הנוגע במשרד לענייני דתות מפלה לרעה את המיעוט הערבי.[37] בעתירה התבקש בית־המשפט לקבוע כי סעיפים מסוימים בחוק התקציב של שנת הכספים 1998 – סעיפים שעניינם סוגים שונים של שירותי דת הניתנים למגזר הערבי – הינם בלתי חוקתיים ולכן בטלים, וכי תחת אלה ייקבע תקציב שיהלום את חלקו של מגזר זה באוכלוסייה. לטענת העותרים, לא היה יחס סביר בין חלקו של המגזר הערבי באוכלוסיית המדינה – שהיווה אז כ־19.1% מכלל האוכלוסייה בישראל – לבין נתח התקציב שמגזר זה מקבל ממשרד הדתות, אשר בשנת התקציב 1998 עמד על 1.86% בלבד מכלל תקציבו של המשרד.

השופט חשין דחה את העתירה מטעמים של העדר תשתית עובדתית (ואליו הצטרפו השופטים זמיר וביניש). בין היתר קבע השופט חשין כך (תוך שהוא מפנה לפסק דינו בפרשת **ארפל אלומיניום**): ״בית־המשפט לא נועד – בעיקרו – אלא לפתרונם של סכסוכים ספציפיים וקונקרטיים, ושלא כרשות המחוקקת וכרשות המבצעת אין הוא יוזם

---

36 שם.

37 בג״ץ 240/98 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ השר לענייני דתות**, פ״ד נב(5) 167 (1998).

דיונים. באין מתדיינים ישב בית־המשפט בטל וחסר־מעש. מאותו טעם עצמו, חסימת הדרך לבית־המשפט – ולו באורח חלקי – חותרת תחת ה־raison d'être של הרשות השופטת.״[38]

פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל (גיוס בני ישיבות שתורתם אומנותם) – בפרשה זו נדונו עתירות שהוגשו נגד חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס״ב־2002 (להלן: חוק טל), בטענה שהוא פוגע בעקרון השוויון.[39] העתירה נדונה בהרכב מורחב של תשעה שופטים. הנשיא ברק, אשר כתב את דעת הרוב (ואשר אליו הצטרפו יתר השופטים, פרט לשופטים גרוניס וחשין), בחן את חוקתיותו של החוק בהתאם לנוסחה הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בקציר האומר קבע הנשיא ברק כך:

1. הזכות לשוויון היא זכות חוקתית.
2. החוק מושא העתירה פוגע בעקרון השוויון.
3. החוק אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה.
4. עם זאת, יש לדחות את העתירות.[40]

השופט חשין, בדעת מיעוט, חלק על דעת הרוב של הנשיא ברק. לדעתו, את חוק טל היה ראוי לבטל בשל פגיעתו בעקרונות המסד של השיטה המשפטית הישראלית. השופט חשין חזר לנתיב שאותו חצב בפרשת **בנק המזרחי** ובפרשת **ארפל אלומיניום**. בטרם פנה לדון בעקרון השוויון כעקרון מסד של השיטה, אזכר השופט חשין את עקרונות המסד של זכות הגישה לערכאות והפרדת הרשויות.[41] לאחר מכן חידד השופט חשין הבחנה בין שני סוגים שונים של עקרונות מסד: האחד, עקרונות מסד הנסבים על שיטת הממשל; והאחר, עקרונות מסד המושתתים 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 – בעניינן 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 לשיוויון במיגזרים ספציפיים של חיי המדינה.

---

38 שם, פס׳ 21 לפסק דינו של השופט חשין.

39 בג״ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד סא(1) 619, פס׳ 6, 29, 30, 47, 49, 51, 52 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ׳) חשין (2006).

40 שם, פס׳ 70 לפסק דינו של הנשיא ברק: ״השלב השלישי של הבחינה החוקתית בודק את תוצאות אי החוקתיות. לאור מסקנתנו כי טרם הגיע[ה] העת להכריעה בשאלת חוקתיותו של חוק דחיית השירות, מתבקשת המסקנה כי לא הגענו לשלב זה, וכי דין העתירות להידחות. עם זאת, עמדנו על הבעייתיות החוקתית של החוק.״

41 וכך הוא כותב על עקרון הפרדת הרשויות, אגב פנייה לפרשת **ארפל אלומיניום** (שם, פס׳ 29 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ׳) חשין): ״עקרון־מסד הוא במדינה כי יְפוֹנוּ בה שלוש רשויות; כי כל אחת מאותן רשויות תהיה נפרדת משתי הרשויות האחרות וכי תחזיק בכוחות ובסמכויות שיוחדו לה; וזו ליבתה של הדמוקרטיה.״

> הבה ניפָּנה עתה לנושא השיוויון ואיסור ההפליה כעיקרי־תשתית הנגזרים מן המישטר הדמוקרטי שאנו חיים בו.״[42]

עם זאת, השופט חשין נמנע מלמיין את עקרונות המסד לאחת משתי הקבוצות האמורות, ונראה שלא בכדי. ייתכן שטעם לדבר הוא שאת עקרונות המסד הנדונים ניתן לשייך לשתי הקבוצות. כך גם לגבי **זכות הגישה לערכאות**. מצד אחד, זכות הגישה לערכאות משתייכת לקבוצה השנייה, באשר היא זכות אדם, אך מצד אחר, השופט חשין מחדד את הקשר בין זכות זו לבין עקרון הפרדת הרשויות, המשתייך באופן ברור לקבוצה הראשונה של עקרונות המסד (אלה הנסבים על שיטת הממשל). כך גם לגבי **עקרון המסד של שוויון**. מצד אחד, מדובר בזכות אדם (זכותו של אדם לשוויון), ובכך הוא משתייך לקבוצה השנייה של זכויות האדם, אך מן הצד האחר השוויון הוא עקרון יסוד ראוי בכל דמוקרטיה, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנה.[43]

פרשת ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל (אזורי עדיפות לאומית) – דוגמה נוספת לתפיסתו החוקתית של השופט חשין בנוגע לעקרונות היסוד ניתן למצוא בפסק דינו בעתירה שהוגשה נגד קביעת אזורי עדיפות לאומית.[44] ממשלת ישראל החליטה לסווג אזורי עדיפות לאומית בישראל. התושבים באזורים הללו נהנו מהטבות בתחומים שונים המוסדרים על ידי השלטון, ביניהם בתחום החינוך. השאלה שהתעוררה לפני בית המשפט בעתירה הייתה אם דינה של החלטת הממשלה בנוגע לאזורי עדיפות לאומית – בכל הנוגע בהטבות בתחום החינוך – להתבטל משום שהיא מפלה את תושביה הערבים של מדינת ישראל. העתירה נדונה לפני הרכב של שבעה שופטים.

בפסק דין זה עושה השופט חשין שימוש בעקרון המסד של הפרדת הרשויות (או בנגזרת של עיקרון זה – עקרון ביזור הסמכויות), וכך הוא אומר אגב פנייה לפסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום**:

> ״אכן, עקרון ביזור הסמכויות הוא העומד ביסודה של שיטת המשפט הדמוקרטית הנוהגת במקומנו. ׳מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח – על שלוש האונות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חִיוּת ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה׳ (ע״א 733/95 **ארפל אלומיניום בע״מ נ׳ קליל תעשיות בע״מ**... בעמ׳ 630). משאמרנו דברים שאמרנו נוסיף ונאמר כי לאמיתם

---

42 שם, פס׳ 30 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ׳) חשין.

43 ראו שם, פס׳ 31 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ׳) חשין: ״השיוויון, ידענו כולנו, מהווה מרכיב מרכזי באמנה החברתית שעליה מושתתת חברה דמוקרטית. שכן באין שיוויון; במקום שבו מפלה המדינה לרעה חלק מן האוכלוסייה; תיקרע האמנה החברתית לגזרים, הדמוקרטיה תחרב והמדינה לא עוד תיכון.״

44 בג״ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ׳ ראש ממשלת ישראל**, פ״ד סא(1) 1 (2006).

של דברים, כפי שידענו כולנו, אין עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות נשמר ומתקיים במלואו ובטהרתו. החיים בשדה אינם כחיים במעבדה מבודדת ויש שהסמכויות באות זו בתוך זו. ואולם אין באמת זו כדי לפגום בלִיבָּה שאותה חייבים אנו לשוות כל העת מול עינינו, והיא, בחלוקת הסמכויות והכוחות בין הרשויות.״[45]

2. סיכום גישתו של השופט חשין

בהתאם לתפיסתו החוקתית של השופט חשין, קיימים כמה עקרונות מסד. עקרונות מסד אלו אינם רק כלים פרשניים – עקרונות שלאורם החקיקה מתפרשת – אלא גם כלי שבית המשפט שואב ממנו סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת.

הבחנה אחת של השופט חשין, שעליה עמדנו לעיל, היא בין ״עיקרי־מסד הנסבים על שיטת הממשל״ לבין עיקרי מסד שהם ״זכויות יסוד של היחיד״. נראה כי בהתאם לתפיסתו של חשין, זכות הגישה לערכאות נושאת אופי דואלי ומשתייכת לשתי הקבוצות. הבחנה זו נוגעת בעיגונה של זכות הגישה לערכאות מבחינת המקור הנורמטיבי שממנו היא נגזרת. היא אינה יוצרת בכורה לזכות בשל אופייה הדואלי, אלא מחדדת את ההכרה בכך שלעיתים הזכות עשויה להיפגע אגב פגיעה בעקרונות מסד הנסבים על שיטת הממשל, ולעיתים – אגב פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות. לפיכך זכות הגישה לערכאות מהווה עקרון מסד השלוב בעקרון המסד של הפרדת הרשויות, וככזו היא משתייכת לקבוצת עיקרי המסד הנסבים על שיטת הממשל (וזאת לצד עקרונות המסד האחרים – **שלטון הרוב, הפרדת הרשויות, שלטון החוק** וכן **הדמוקרטיה** עצמה). עם זאת, היא משתייכת גם לקבוצת עקרונות המסד שהם ״זכויות היסוד של היחיד״. במובן זה, זכות הגישה לערכאות דומה לעקרון השוויון, אשר ניצב אף הוא בגרעין הדמוקרטיה כעקרון מסד לצד הימצאותו בגרעין זכויות האדם.

המיון שלפיו זכות הגישה לערכאות משתייכת לשתי הקבוצות הללו של עיקרי המסד עולה בקנה אחד גם עם תפיסתו החוקתית של ברק. במאמר שהקדיש פרופ׳ ברק לזכות הגישה למערכת השיפוטית הוא עמד על ״טעם הזכות״: ״דמוקרטיה (מהותית) ושלטון חוק (מהותי) מניחים קיומן של זכויות אדם... אך מה טעם בזכויות אם אין זכות גישה בגין הפגיעה בהן?״[46] ברק מאזכר בהסכמה את עמדתו של השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום** בנוגע לקשר שבין עקרונות יסוד לבין זכות הגישה לערכאות. הוא גורס כי ״הטעם המונח ביסוד זכות הגישה הוא בהגשמתם של הדמוקרטיה, של שלטון החוק

---

45 שם, פס׳ 26 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ׳) חשין. וראו גם שם: ״הניסיון לימדנו כי במקום שבו מופקדות גם סמכויות החקיקה גם סמכויות הביצוע בידי גורם אחד, לא תהיה חירות, לא ייכונו זכויות אדם, הדמוקרטיה תתפוגג והעריצות תמשול בכיפה.״

46 אהרן ברק ״זכות הגישה למערכת השיפוטית״ **ספר שלמה לוין** 31, 34 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013).

ושל הפרדת הרשויות״, ומוסיף ״וכמובן במימוש זכויות האדם״.[47] מכאן שגם ברק מכיר באופייה הדואלי של זכות הגישה לערכאות, אשר מעוגנת ״כזכות חוקתית משתמעת... [ו]מהווה חלק בלתי נפרד מחוקי היסוד״.[48]

בסיום דבריו בוחן ברק את הסוגיה התיאורטית של תיקון בחוקי היסוד המבטל את מעמדה החוקתי של זכות הגישה. האם זכות הגישה לערכאות היא זכות נצחית בישראל, במובן זה ששום תיקון בחוקה אינו יכול לבטלה? בתשובה לשאלה זו כותב ברק כך: ״השופט חשין היה בוודאי נותן תשובה חיובית לשאלה זו... 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.״[49] לשון אחר, לפי ברק, ביטול מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות עולה כדי ״תיקון חוקתי לא חוקתי״. גישתו של ברק עולה בקנה אחד עם גישתו של חשין, למרות השוני בתפיסותיהם החוקתיות באשר לסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת.

פרק ג: פיתוחה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד – משפט משווה

השופט חשין, בפסק דינו בעניין **ארפל אלומיניום**, ביסס את התפיסה כי זכות הגישה לערכאות היא עקרון מסד, אך ניתוחו אינו נסמך כלל על המשפט המשווה. בשנים שלאחר פרסומו של פסק הדין בפרשת **ארפל אלומיניום** התפרסמו בעולם כמה פסקי דין שפסעו בנתיב דומה לזה של השופט חשין, וניתן למצוא בהם תנא דמסייע לעמדתו החדשנית. שורשיה של זכות הגישה לערכאות נטועים בהיסטוריה של מערכות הצדק ושל מערכות המשפט המודרניות בפרט. לאורך השנים הושפעה זכות זו מן השינויים החברתיים שהתרחשו במדינות השונות בעולם. מעמדה של הזכות עבר תמורות משמעותיות כאשר התחזקה תפיסת הקשר בינה לבין העקרונות הדמוקרטיים, וכן כאשר היא החלה להיתפס כזכות מהותית המשתייכת למסדר זכויות האדם. זאת, בין היתר, לנוכח לקחיה של מלחמת העולם השנייה והשפעותיה על ההכרה הגוברת בצורך להגן על הדמוקרטיה ולחזק את מעמדן של זכויות האדם במשפט. התפיסה כי זכות הגישה לערכאות כרוכה בעקרונות מסד כגון שלטון החוק והפרדת הרשויות באה לידי ביטוי באופן שבו הזכות מעוגנת במשפטן החוקתי של מדינות שונות ובמשפט הבין־

47 שם, בעמ׳ 35.

48 שם, בעמ׳ 50.

49 שם, בעמ׳ 57.

לאומי.[50] דוגמה בולטת לכך מצויה באמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד.[51] בסעיף 6(1) לאמנה המעגן את זכות הגישה לערכאות נקבע כי הזכות להליך משפטי משמעותה ערכאה עצמאית ובלתי תלויה.[52] קביעה דומה ניתן למצוא גם בס׳ 47 לצ׳רטר האירופי לזכויות יסוד.[53] הוראות אלו כורכות את זכות הגישה לערכאות עם עקרון הפרדת הרשויות, ובשל כך יש לזכות השלכה על העיקרון הבסיסי של שלטון החוק.

בעניין *Urban v. Poland*[54] דן בית הדין האירופי לזכויות אדם ביחס שבין זכות הגישה לערכאות לבין חשיבות השמירה על עקרון הפרדת הרשויות. במקרה זה עתרו שני אזרחי פולין נגד מדינתם בגין העובדה שהליכים פליליים שנוהלו נגדם נשמעו על ידי ״מעריך״ (assessor) – מועמד לשפיטה הנדרש לעבוד שלוש שנים בבית המשפט כחלק מהכשרתו לשיפוט – ולא על ידי שופט. טענתם הייתה שה״מעריך״ אינו נהנה מעצמאות שיפוטית, משום ששר המשפטים מחזיק בסמכות להעבירו מתפקידו, ובכך יש משום התערבות של הרשות המבצעת בתפקודה של הרשות השופטת. נפסק כי הוראת החוק שקבעה את ההסדר שלפיו ״מעריכים״ ידונו בהליכים מסוימים אינה חוקתית. בית הדין מנה את אמות המידה שיש להביא בחשבון כאשר בוחנים אם הופרה זכות הגישה לערכאות הקבועה בסעיף 6(1) לאמנה האירופית בשל פגיעה בעקרון העצמאות ואי־התלות של הרשות השופטת: (1) אופן מינוי השופטים; (2) משך כהונת השופטים; (3) קיום מנגנונים למניעת לחץ חיצוני על השופטים; (4) הכללים להעברת שופטים מתפקידם או להשעייתם.[55] לבסוף, בית הדין בחן את השאלה אם ניהול הליך לפני ״מעריך״ מקיים את דרישת העצמאות ואי־התלות הקבועה בסעיף 6(1) לאמנה, ומצא כי מדובר בהפרה של זכות הגישה לערכאות.[56] לפיכך קבע בית הדין כי על המחוקק הפולני לשנות את הפרקטיקה של ניהול הליכים לפני ״מעריך״. בעקבות פסק הדין תיקן המחוקק הפולני את החוק וביטל את התפקיד.

בכמה פסקי דין שנדונו בבית המשפט העליון בקנדה התעוררה שאלת היחס בין זכות הגישה לערכאות לבין שלטון החוק כעקרון מסד. העיקרון הבסיסי שלפיו יש קשר ישיר

---

50 ראו, למשל, THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND, Apr. 2, 1997, art. 45; S. AFR. CONST., 1996, art. 34.

51 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, E.T.S. No. 5. (Nov. 4, 1950).

52 ראו שם, ס׳ 6(1): "independent and impartial tribunal".

53 Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012 O.J. (L362/02).

54 Urban v. Poland, 912 Eur. Ct. H.R. (2010).

55 על אמות מידה אלו ניתן להוסיף את תקצובה של המערכת השיפוטית ושכר השופטים, כמו גם את קיומם של כללי משמעת ואתיקה של שופטים. ראו Dariusz Zawistowski, *The Independence of the Courts and Judicial Independence from the European Union Law Perspective*, 78(2) RUCH PRAWNICZY, EKONOMICZNY I SOCJOLOGICZNY 7, 12 (2016).

56 עניין *Urban*, לעיל ה״ש 54, פס׳ 55 לפסק הדין.

בין זכות הגישה לערכאות לבין שלטון החוק כעקרון מסד הוכר בפרשת *B.C.G.E.U.*[57] עובדי המשיבה הציבו מחסומים בכניסה לבתי המשפט כחלק מצעדי שביתה, ובכך חסמו את הגישה הפיזית לערכאות. בפסק הדין שניתן בשנת 1988 נקבע כך: "There cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice"[58]. ובהמשך נקבע: "[A]ccess to the courts is under the rule of law one of the foundational pillars protecting the rights and freedoms of our citizens... Any action that interferes with such access by any person or groups of persons will rally the court's powers to ensure the citizen of his or her day in court"[59].

בפסק דין *Christie*,[60] שבו נדונה החוקתיות של הטלת מס (Goods and Services Tax) על שירותים משפטיים שעורכי דין נותנים, קבע בית המשפט כי הזכות הרחבה של גישה לייצוג משפטי אינה חלק משלטון החוק.[61] עם זאת, בפסקי דין אחרים נקטו בתי המשפט גישה דומה לזו שנקט בית המשפט העליון של קנדה בפרשת *B.C.G.E.U.*, והיו נכונים לכלול בהיקפה של זכות הגישה לערכאות כעקרון מסד היבטים נוספים מעבר להיבט הגישה הפיזית. כך, למשל, בפסק הדין בעניין *Trial Lawyers Association*,[62] שניתן בשנת 2014, נקבע כי אגרות משפט שנקבעו בהליכים מסוימים פוגעות בזכות הגישה לערכאות ומשכך אינן חוקתיות. בדעת הרוב של פסק הדין, שאותה כתבה הנשיאה מקלכלין (McLachlin), נקבע כי בסוגיות העוסקות בזכות הגישה לערכאות קיימים שיקולים הנוגעים בשלטון החוק.[63] בית המשפט תמך גישה זו בפסק הדין בפרשת *B.C.G.E.U.*, וקבע כך: "If people cannot challenge government actions in court, individuals cannot hold the state to account—the government will be, or be seen to be, above the law. If people cannot bring legitimate issues to court, the creation and maintenance of positive laws will be hampered, as laws will not be given effect"[64]. נראה כי ההכרה בכך שזכות הגישה לערכאות כרוכה בעקרון המסד של שלטון

---

57 B.C.G.E.U. v. British Columbia (Att'y Gen.), [1988] 2 S.C.R. 214 (Can.).

58 שם, פס׳ 25 לפסק הדין.

59 שם, פס׳ 26 לפסק הדין.

60 British Columbia (Att'y Gen.) v. Christie, [2007] 1 S.C.R. 873 (Can.).

61 בית המשפט סיכם את קביעתו כך: "Access to legal services is fundamentally important in any free and democratic society. In some cases, it has been found essential to due process and a fair trial. But a review of the constitutional text, the jurisprudence and the history of the concept does not support the respondent's contention that there is a broad general right to legal counsel as an aspect of, or precondition to, the rule of law". שם, פס׳ 23 לפסק הדין.

62 Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Att'y Gen.), 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31 (Can.).

63 שם, פס׳ 38 לפסק הדין: "...further supported by considerations relating to the rule of law".

64 שם, פס׳ 40 לפסק הדין.

החוק הלכה והתבססה במשפט הקנדי, וכי הגישה של בית המשפט בפרשת *B.C.G.E.U.* היא הגישה השלטת כיום.[65]

שתי הדוגמאות שהובאו לעיל – האחת בעניין היחס בין זכות הגישה לערכאות לבין עקרון הפרדת הרשויות והאחרת בין זכות הגישה לערכאות לבין שלטון החוק – תומכות בגישה שלפיה זכות הגישה לערכאות היא עקרון יסוד המוכר גם בדין הזר. כאמור, עמדה זו משתקפת גם מפסיקתו של השופט חשין. עם זאת, ההכרה במעמדה של זכות הגישה כעקרון יסוד אינה מספקת כשלעצמה מענה לשאלה העקרונית אם קיימת הצדקה לקיים ביקורת שיפוטית באמצעות שימוש בעקרונות מסד, בין היתר כאשר מדובר בביקורת על חקיקת יסוד, ואם כן, באילו מקרים. כאמור לעיל, השופט חשין וכמותו גם ברק ענו על שאלה זו בחיוב כאשר בחנו אותה באופן תיאורטי. עם זאת, התשובה לשאלה זו תלויה בתיאוריות החוקתיות הקיימות בכל שיטת משפט לעניין התנאים להפעלתה של ביקורת שיפוטית, ובאופן שבו הן מיושמות בבתי המשפט. נפנה עתה לראות איזה מענה ניתן לשאלה זו במשפט המשווה במקרים שבהם נבחנה פגיעה בזכות הגישה לערכאות במסגרת דיון בסוגיית התיקון החוקתי הלא־חוקתי.

פרק ד: פגיעה בזכות הגישה לערכאות המהווה תיקון חוקתי לא חוקתי

רוזנאי, בספרו על התיקון החוקתי הלא־חוקתי, דן בשאלה אם קיימים עקרונות משפטיים כה בסיסיים, ״על־חוקתיים״ (supra-constitutional status), אשר בשל מעמדם הרם אי־אפשר לשנותם או לפגוע בהם אפילו באמצעות תיקון החוקה, וזאת בין שהאיסור לשנותם נקבע בחוקה באופן מפורש ובין שהוא נקבע בה באופן משתמע.[66] עמדתו העקרונית של רוזנאי, המצדדת בהטלת מגבלות על סמכות מכוננת במקרים המתאימים, נראית לנו ראויה. עם זאת, הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה אחד ממקרי הבוחן המנותחים בספרו. לדעתנו, את הגישה שלפיה ניתן להגביל הפעלת סמכות מכוננת ניתן ליישם על מקרים שבהם הרשות המכוננת מפעילה את סמכותה באופן שפוגע בזכות הגישה לערכאות או מגבילה אותה בצורה העולה כדי תיקון חוקתי לא חוקתי. תימוכין לגישה זו ניתן למצוא במשפט המשווה.

בפרשת *Petruzzi* נדונה הוראה חוקתית אשר הגבילה לא כדין את זכות הגישה

---

65 ראו בעניין זה גם את פסק הדין Hryniak v. Mauldin, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 (Can.), שם נכתב כי "without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined" (שם, פס׳ 26 לפסק הדין).

66 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 7 (2017).

לערכאות, ובית הדין הבין־אמריקני לזכויות אדם[67] קבע כי יש לשנותה.[68] הרקע לפרשה זו היה מעצרם של ארבעה אזרחי צ׳ילה בשל חברותם בארגון הטרור Túpac Amaru ומעורבותם בפעולות חטיפה של בעלי הון במטרה לגבות כופר בעבור שחרורם. הארבעה נשפטו בבית משפט צבאי בפרו כשעיניהם מכוסות והם כפותים לכיסא, ומבלי שניתנה להם אפשרות להיפגש באופן פרטי עם עורך דינם, לעיין בחומר הראיות שנאסף נגדם או לקיים חקירות נגדיות של העדים בתיק. בית המשפט הצבאי הרשיעם וגזר עליהם מאסר עולם.[69] כנגד הרשעה זו הוגשה עתירה לבית המשפט הבין־אמריקני לזכויות אדם שבה נטען כי ההליך המשפטי פגע בכמה מן הזכויות המעוגנות באמנה האמריקנית לזכויות אדם,[70] ביניהן זכות הגישה לערכאות של נאשמים, המעוגנת בסעיפים 7(6) ו־25(1) לאמנה זו.[71] ממשלת פרו טענה כנגד זה כי הארבעה נעצרו כאשר המדינה הייתה במצב חירום, וכי בהתאם להוראות החוקה אפשר להטיל במצב זה מגבלות מסוימות על זכויותיהם של נאשמים, לרבות על זכותם לפנות לערכאות.[72] בהתייחסו לטענה זו קבע בית הדין כי זכות הגישה לערכאות הינה "one of the fundamental pillars not only of the American Convention, but of the very rule of law

---

67 בית הדין הבין־אמריקני לזכויות אדם הוא ערכאה שיפוטית אזורית שתפקידה לקיים ביקורת שיפוטית על טענות להפרות של זכויות אדם המעוגנות באמנה האמריקנית לזכויות אדם, להלן ה״ש 70. להרחבה ראו Cecilia Medina, *The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture*, 12 HUM. RTS. Q. 439 (1990).

68 Petruzzi v. Peru, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 52 (May 30, 1999). להרחבה על פרשה זו בהקשר של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי ראו יניב רוזנאי ״משפט על־לאומי, גלובליזציה והסמכות המכוננת – ראשית עיון ומגמות השוואתיות״ **משפט וממשל** כב (צפוי להתפרסם ב־2021).

69 פרשת *Petruzzi*, שם, פס׳ 86 לפסק הדין.

70 Organization of American States, American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (להלן: האמנה האמריקנית לזכויות אדם).

71 ס׳ 7(6) לאמנה האמריקנית לזכויות אדם, שם, קובע: "Anyone who is deprived of his liberty shall be entitled to recourse to a competent court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of his arrest or detention and order his release if the arrest or detention is unlawful. In States Parties whose laws provide that anyone who believes himself to be threatened with deprivation of his liberty is entitled to recourse to a competent court in order that it may decide on the lawfulness of such threat, this remedy may not be restricted or abolished. The interested party or another person in his behalf is entitled to seek these remedies."

ס׳ 25 לאמנה האמריקנית לזכויות אדם, שם, קובע: "Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties."

72 פרשת *Petruzzi*, לעיל ה״ש 68, פס׳ 86.5, 106 ו־126 לפסק הדין.

"in a democratic society in the terms of the Convention."[73] מסקנתו של בית המשפט הייתה כי אי־אפשר להגביל את זכות הגישה לערכאות, אף אם מדובר במגבלות הנובעות מהכרזה על מצב חירום, וכי הגבלה כזו מהווה הפרה של האמנה הבין־אמריקנית.[74] בסופו של דבר ביטל בית הדין את ההליך המשפטי שבו הורשעו הארבעה, וקבע כי יש לערוך להם משפט חדש שבו לא יקופחו זכויותיהם. עוד קבע בית הדין כי על פרו לתקן את החוקים כך שיעלו בקנה אחד עם דרישותיה של האמנה הבין־אמריקנית לזכויות אדם ללא יוצא מן הכלל.[75] מקרה זה מדגים את הקשר העמוק שבין זכות הגישה לערכאות לבין שלטון החוק. אף שבית המשפט לא קיים דיון תיאורטי בשאלת מעמדן החוקתי של הוראות סותרות, נקבע כי על ההוראות להשתנות כך שיעלו בקנה אחד עם הזכויות המעוגנות באמנה.

במקרה נוסף נדונה בצורה ישירה יותר שאלת היחס שבין זכות הגישה לערכאות לבין דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי. בחודש מאי 2010 הושבעה בהונגריה ממשלתו השנייה של ויקטור אורבן (Viktor Orban). הממשלה החדשה שבהנהגתו החליטה על שורה של צעדים ורפורמות שהובילו לשינויים משפטיים עמוקים, ביניהם החלפת החוקה ההונגרית משנת 1949 בחוקה חדשה (Fundamental Law), שהתקבלה בשנת 2011.[76] במסגרת אותם צעדים נכללו שינויים בכוחו ובהרכבו של בית המשפט ההונגרי, ביניהם עיגון מעמדו של ה־Kúria[77] כסמכות השיפוטית הגבוהה במדינה, כתחליף לבית המשפט העליון ההונגרי. בחוקה נקבע כי תיקון זה ייכנס לתוקפו ב־1 בינואר 2012. נוסף על כך נכללו ברפורמה השינויים הבאים: הורדת גיל הפרישה של שופטים משבעים לשישים ושתיים; הענקת סמכות רחבה לתובע הכללי של הונגריה לבחור את הטריבונל שבו יתקיימו הליכים משפטיים בנושאים מסוימים; ושינוי מבני במערכת המשפט אשר יעביר את הסמכויות האדמיניסטרטיביות מנשיא בית המשפט העליון לגוף חדש.[78]

אנדרס בקה (András Baka) היה באותה עת נשיא בית המשפט העליון של הונגריה, לאחר שנבחר בשנת 2009 לתקופת כהונה של שש שנים. במסגרת תפקידו הוא שימש גם נשיא ה־National Council of Justice, ומתוקף כך הוא נדרש להכין חוות דעת על דברי חקיקה של הפרלמנט ההונגרי אשר משפיעים על הרשות המחוקקת. בעשותו כן העביר בקה ביקורת על כמה מן השינויים והרפורמות שהובילה הממשלה החדשה.[79] בהמשך

---

73 שם, פס׳ 184 לפסק הדין.

74 שם, פס׳ 186 לפסק הדין.

75 שם, פס׳ 226(14) לפסק הדין: "[The Court] [o]rders the State to adopt the appropriate measures to amend those laws that this judgment has declared to be in violation of the American Convention on Human Rights and to ensure the enjoyment and exercise of the rights recognized in the American Convention on Human Rights to all persons subject to its jurisdiction, without exception."

76 Magyarország Alaptörvénye [The Fundamental Law of Hungary], Alaptörvény.

77 שמו ההיסטורי של בית המשפט העליון של ממלכת הונגריה משנת 1723 עד 1949.

78 שמו של הגוף הוא National Office for the Judiciary.

79 למשל, בפנייה לנשיא הונגריה, לראש הממשלה ולגורמים נוספים טען בקה כי משמעות השינוי

לקבלת החוקה החדשה, וככל הנראה בניסיון למנוע את כהונתו של בקה כנשיא הערכאה הגבוהה החדשה, נקבע בחוק בתי המשפט ההונגרי[80] תנאי לכהונה כנשיא ה־Kúria שלפיו על המועמד להיות בעל ותק של חמש שנות ניסיון בשפיטה במערכת בתי המשפט של הונגריה. כפועל יוצא מהוראות החוקה החדשה ומההסדרים החוקיים החדשים שנבעו ממנה פקעה כהונתו של בקה בשני תפקידיו כשלוש שנים וחצי לפני תום הקדנציה,[81] והוא נותר נשיא המחלקה האזרחית של ה־Kúria.[82]

על רקע אירועים אלו עתר בקה לבית הדין האירופי לזכויות אדם. טענתו המרכזית הייתה כי ההסדר החדש הביא לידי סיום כהונתו שלוש שנים וחצי לפני המועד שנקבע עם מינויו,[83] וכי מכיוון שההסדר נקבע בחוקה, נמנעה ממנו הזכות לפנות לבית משפט בעתירה לקיים ביקורת שיפוטית על קביעה זו, ובכך נפגעה זכותו לפנות לערכאות המעוגנת בסעיף 6 לאמנה האירופית.[84]

בעתירה זו קיים לראשונה בית הדין האירופי ביקורת שיפוטית שבחנה את עמידתה של הוראה בחוקה בדרישות האמנה האירופית לזכויות אדם.[85] בית הדין האירופי קבע כי סיום כהונתו של העותר בטרם הסתיימו שש השנים, ומבלי שניתנה לו האפשרות להעמיד החלטה זו לביקורת שיפוטית, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון שלטון החוק:

> "In the present case, the premature termination of the applicant's mandate as President of the Supreme Court was not reviewed, nor was it open to review, by an ordinary tribunal or other body exercising judicial powers. This lack of judicial review was the result of legislation whose compatibility with the requirements of the rule of law is doubtful..."[86]

המקטין את גיל הפרישה היא שבשנת 2012 ייאלצו 274 שופטים, המהווים עשירית מכלל השופטים בהונגריה, לפרוש מתפקידם, מה שיפגע ביציבותה של המערכת השיפוטית. כך עולה מפס׳ 19 לפסק הדין שניתן בעתירה שהגיש בקה בהמשך: Baka v. Hungary, 20261/12 Eur. Ct. H.R. (2016).

80 2011. évi CLXI. törvény a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról (Act CLXI of 2011 on the organization and administration of courts of Hungary) (Hung.).

81 לבקה היה ניסיון של שבע־עשרה שנים כשופט בבית המשפט האירופי לזכויות אדם וכן ניסיון של שנה כשופט בבית המשפט לערעורים בהונגריה, אך ניסיון זה לא הוכר לצורך מינוי לנשיא בטריבונל החדש.

82 פרשת *Baka*, לעיל ה״ש 79, פס׳ 33 לפסק הדין.

83 טענה נוספת של העותר הייתה כי השינוי המאוחר שקבע תנאים נוספים לכהונה כנשיא הטריבונל החדש נעשה בעקבות התבטאויותיו נגד הרפורמות שנעשו, וכי יש בכך משום פגיעה בחופש הביטוי שלו. שם, פס׳ 123 לפסק הדין.

84 שם, פס׳ 88 לפסק הדין.

85 Marco Antonio Simonelli, *Towards a Theory of 'Unconventional Constitutional Amendments': Some Lessons from the Baka Case*, 39 DPCE ONLINE 1561 (2019).

86 פרשת *Baka*, לעיל ה״ש 79, פס׳ 121 לפסק הדין.

לפיכך מצא בית הדין האירופי לזכויות אדם כי זכות הגישה לערכאות של בקה נפגעה, והעובדה שהפגיעה נעשתה באמצעות הוראות שנקבעו בחוקה לא הכשירה פגיעה זו, ולעותר נפסק פיצוי בגובה 70,000 אירו.

בהקשר של הדיון בחלק זה מעניינות במיוחד חוות הדעת של השופטים שהצטרפו לתוצאה של פסק הדין אך מנימוקים אחרים. השופטים פאולו פינטו דה־אלבוקרקי ודמיטרי דדוב (Pinto de Albuquerque ו־Dedov), בחוות דעת משותפת, התייחסו בצורה מפורטת להיבט של התיקון החוקתי הלא־חוקתי ולאפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות מכוננת מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם. לדעתם של פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב, פסק הדין העיקרי לא נתן דגש מספיק לדיון העקרוני בהיבט זה.[87] לפיכך פנו השופטים לבחינה מעמיקה יותר של סמכותו של בית המשפט האירופי לבצע ביקורת שיפוטית על חוקות. פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב ציינו כי שופטי הרוב ייחסו לאמנה האירופית לזכויות אדם – ובפרט לסעיף 6 לאמנה, המבטיח את עצמאותה של הרשות השופטת ואת זכות הגישה לערכאות כאמצעי להגנה על עצמאות זו – השפעה מכרעת על חוקי המדינה. הם מציינים כי השפעה זו חלה גם על סתירות בין האמנה האירופית לבין חוקות, וכי במקרים של סתירה האמנה היא שגוברת. למעשה, בית המשפט הכיר בעליונותה של זכות הגישה לערכאות כזכות על־חוקתית, הנלווית לעליונות המשפטית של עקרון עצמאותה של הרשות השופטת: "[B]y stating that this right [access to court] prevailed over the contradicting transitional constitutional provision which had hindered the applicant's access to a court, the Court acknowledges the direct, supra-constitutional effect of the Convention guarantee of independence of the judiciary, and the concomitant right of access to a court in order to protect that independence".[88] בהמשך הם מציינים כי אי־אפשר לעצום עין כאשר מדובר בפגיעה ברורה בליבה של זכות הגישה לערכאות, וכי התפיסה כי ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה, לרבות על חקיקה ברמה החוקתית, היא נחוצה ומתחייבת לשם הגנה אמיתית ואפקטיבית על זכויות אדם.[89] את חוות דעתם סיכמו השופטים במילים הבאות:

---

87 שם, פס׳ 1 לחוות דעתם של השופטים פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב: "We share wholeheartedly the findings of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (the Court) in the present case, and most of its reasoning. *Nevertheless, we consider that much was left unsaid in the written judgment*. Some important features of this case were either not dealt with at all or merely touched upon indirectly" (ההדגשה הוספה). דבריהם מזכירים מעט את דבריו של השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה״ש 25, פס׳ 2 לפסק דינו: ״חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, הניפו חרמש ומגל, ולא הניחום מידיהם עד רדת יום בקוצרם בשדה חוקי היסוד. **אך מעט לקט, שכחה ופאה הותירו אחריהם**. מתוכם אמרתי אאסוף אל חיקי שתיים־שלוש שיבולים, אותן אטחן ומהן אופה את פתי שלי.״ (ההדגשה הוספה.)

88 פרשת *Baka*, לעיל ה״ש 79, פס׳ 20 לחוות דעתם של השופטים פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב.

89 שם, פס׳ 21 לחוות דעתם של השופטים פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב: "In view of the clear interference with the core of an Article 6 guarantee and right, the Court cannot turn a blind

"The Convention today represents the European *ius constitutionale commune*. On the basis of the Convention, the Council of Europe may put forward a strong European constitutional claim, if need be, against any contradicting domestic constitutional claim, regardless of the size of the supporting political majority. In the present case, the Court did exactly that. And rightly so, for the sake of protecting first and foremost the rule of law and the institutional and functional independence of the judiciary in Hungary..."[90]

לדעתנו, חוות דעתם של פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב, אשר מדייקת את המשמעות שיש לייחס לפסק הדין העיקרי, מדגימה בצורה ברורה הן את הקשר שבין זכות הגישה לערכאות לבין עקרונות מסד דוגמת שלטון החוק ועצמאותה של הרשות השופטת (כנגזרת מהפרדת הרשויות) והן את היותה זכות בסיסית עד כדי כך שאף לרשות מכוננת אין הסמכות לבטלה.

סיכום

רשימה זו הוקדשה לתרומתו הגדולה של השופט חשין לביסוסה של זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי ולפיתוחה לכלל עקרון מסד. בין שנתייחס לזכות הגישה לערכאות כאל עקרון מסד, כגישתו של השופט חשין, ובין שנתייחס אליה כאל זכות חוקתית נצחית, שביטולה מהווה תיקון חוקתי שאינו חוקתי, נראה שקיימת תמימות דעים בדבר עצם יסודיותה של הזכות וקשירתה לעיקרי השיטה הדמוקרטית מזה ולזכויות האדם מזה. כפי שהראינו ברשימה זו, זכות הגישה לערכאות נתפסת כזכות אדם חוקתית הנגזרת מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסף על כך, היא גם עקרון מסד (עקרון תשתית) המשתייך הן לקבוצת עקרונות המסד הנסבים על שיטת הממשל והן לקבוצת עקרונות המסד שהן זכויות היסוד של הפרט. אף על פי שלהכרה בעקרונות מסד ששיטת הממשל נסבה עליהם ובעקרונות מסד המעגנים את זכויות הפרט יש חשיבות רבה, עריכת ביקורת שיפוטית באמצעות עקרונות מסד, כהצעתו של חשין, אינה נקייה מקשיים. בין הקשיים האלה ניתן למנות את העדר ההסכמה החברתית־הציבורית באשר לתפקידו של בית המשפט במארג הרשויות; את העובדה שהמקרים שבהם יש להידרש לעריכת ביקורת שיפוטית באמצעות עקרונות מסד (מבלי להידרש למבחניה של פסקת

---

eye. It is imperative to assert, as a matter of principle, the judicial review of domestic legislation, including constitutional legislation, for the sake of effective and non-illusory protection of human rights in Europe".

90 שם, פס׳ 25 לחוות דעתם של השופטים פינטו דה־אלבוקרקי ודדוב.

ההגבלה) הם מועטים לנוכח קיומם של חוקי היסוד; ואת העדרו של הליך סדור ומובנה לעריכת ביקורת שיפוטית באמצעות עקרונות מסד.

בשל אופייה של זכות הגישה לערכאות, המוכרת כזכות אדם חוקתית העומדת על רגליה העצמאיות, קיימת הצדקה להמשיך לקיים ביקורת שיפוטית לאורה על חקיקה ראשית, חקיקת משנה ופעולות במישור המשפט המנהלי. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית הנסמכת על פגיעה בזכות הגישה לערכאות כעקרון מסד ראוי לשמור למקרים נדירים ויוצאי דופן בלבד. הדוגמה הבולטת לכך היא מקרה של תיקון חוקתי לא חוקתי, שבו הוצאתה של זכות זו ממעגל הזכויות החוקתיות וההלכתיות היא שינוי מהותי עד כדי כך שהכנסת כרשות מכוננת אינה מוסמכת לכך.