

זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית

(בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)

מאת: יורם רבין *

"זכות הגישה לערכאות" לא זכתה, על אף חשיבותה הרבה, לכל התייחסות מחקרית מעמיקה טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפרשת ארפל אלומיניום נדרש בית המשפט העליון, לשם הכרעתו בפרשה, לדיון חוקתי ראשוני ומרתק בזכות זו. דיון זה מסמל מפנה במעמדה הנורמטיבי של הזכות

האם מוסמך בית המשפט המחוזי לדון כערכאה דיונית בבקשה לביטול מדגם שנרשם בפנקס המדגמים. לצורך ההכרעה בשאלה נדרש בית המשפט העליון לדיון חוקתי ראשוני ומרתק בזכות הגישה לערכאות. עניינה של רשימה זו בתרומתה של פרשת ארפל אלומיניום לביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית במשפט הישראלי. אך עד שנפנה לפרשת ארפל אלומיניום, 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 וזהירה של המשפט הישראלי בטרם כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעלה שלמעשה (אם כי ללא תיאוריה מקיפה) הוכרה זכות הגישה לערכאות, כזכות יסוד שאינה כתובה "על ספר", הן בחקיקה והן בפסיקה, עוד בטרם המהפכה החוקתית. בחקיקה באה זכות הגישה לערכאות לידי ביטוי בחוקים שונים, שאף שאינם מציינים את הזכות בשמה המפורשי, הם תורמים לפתיחת שערי בתי המשפט ולהגברת יכולת הגישה לערכאות. בין חוקים אלה ניתן למנות את החוקים המעניקים

"בפתח החוק עומד שומר-סף. אל השומר הזה בא איש מן הכפר ומבקש רשות להיכנס אל החוק. אבל השומר אומר שעכשיו אין הוא יכול להרשות לו להיכנס. האיש חוכך בדעתו ושואל אם יורשה לו להיכנס אחר-כך. יתכן, אומר שומר-הסף, אבל לא עכשיו...".

1 הבוא

"זכות הגישה לערכאות", במובנה הרחב, הגנה זכותו של האדם לפנות אל בית המשפט ולקבל סעד, ללא סירוב, ללא עיכוב וללא משוא פנים. שלא כמו זכויות יסודיות אחרות, כגון: חופש הביטוי, חופש העיסוק, הזכות לקניין, הזכות לפרטיות, לא זכתה "זכות הגישה לערכאות", על אף חשיבותה הרבה, לכל התייחסות מחקרית מעמיקה בטרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם בית המשפט העליון לא נדרש לדיון יסודי ומיוחד בזכות זו. היעדר זה, הן בפסיקה והן בספרות, בולט לאור ההתעסקות הרבה בזכויות יסוד אחרות.

ביום 15.7.1997 נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בפרשת ארפל אלומיניום. בערעור זה נדרש בית המשפט העליון לשאלה,

Law Conference - Law in Motion (Deventer, ed. R. Blanpain, 1991) 212, 218 etc.

4 ראו יי רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (תשנ"ח). לאחר פרסומו של החיבור נערך הקונגרס העולמי ה-15 למשפט השוואתי בעיר בריסטול שבאנגליה, במסגרתו הוקדש אחד המושבים לדיון בזכות הגישה לערכאות כזכות יסודית. ראו לעניין זה:

XVth 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. A.M. Rabello, 1999)

5 הוראת חוק חריגה המציינת במפורש את זכות הגישה לערכאות הגנה הוראת סעיף 5 לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 הקובעת: "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל". מדברי ההסבר להצעת החוק עולה, כי ועדת החוקה חוק ומשפט סברה שזכות יסודית זו של פנייה לערכאות היא כה בסיסית עד שהגבלתה או שלילתה בחוזה אחיד בטלות מדעיקרן (הצעת חוק החוזים האחדים, תשמ"ב-1981, ה"ח 1556). וראו בנוסף ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, 1996) 641; ו' לוטטהוויז וטי שפניי חוזים אחידים (תשנ"ד, כרך א) 79.

* בוגר במשפטים - בית הספר למשפטים של המכללה למינהל; מוסמך במשפטים - אוניברסיטת תל-אביב; תלמיד מחקר לתואר שלישי במשפטים - אוניברסיטת תל-אביב; וחבר סגל ההוראה של בית הספר למשפטים של המכללה למינהל. המחבר מודה לד"ר דפנה ברק-ארו ולד"ר ברק מדינה על שקראו את טיוטת המאמר והעירו הערות מועילות.

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

2 פ' פקא המשפט (תשנ"ב) 204.

3 חריג לכך הנו מאמרו של פרופ' גינוסר משנת 1978: "Access to Justice in Israel", S. Ginossar, אשר התפרסם במסגרת הקובץ למחקר משווה: Access to Justice (Milan, Vol. I - A World Survey, ed. M. Cappelletti, 1978) 625. רשימה זו התיישנה במידה רבה, ואינה מעודכנת עוד. כמו כן ראו את מאמרו של פרופ' סטיב גולדשטיין: S. Goldstein "Expediting the Administration of Justice: Financial Mean and Constitutional Concern" International Encyclopaedia of Laws - World





פטור מאגרת בית משפט לחסרי יכולת כלכלית; חוקי סיוע משפטי שמכוחם מוענקים שירותים משפטיים למי שידו אינה משגת לשאת בעלותם (הן בהליך הפלילי והן בהליך האזרחי); הקמת בית משפט לתביעות קטנות כחלק מפתרון בעיית יכולת הגישה לערכאות של "האדם הקטן" מהרחוב; חוקים המתירים במפורש הגשת תובענות ייצוגיות (ככלי המגביר את יכולת הגישה לערכאות של ניוזקים רבים, שכל אחד מהם סובל בזק קטן בלבד) ופיתוחן של דרכי התדיינות אלטרנטיביות למערכת בתי המשפט הרגילים כגון הבוררות והפישור.

גם בית המשפט העליון, כמו המחוקק, ראה בזכותו של האזרח לפנות אל הערכאות זכות בסיסית ויסודית, והרי כמה דוגמאות: בפרשה אחת נדון עניינו של עוצר שהוטל על אחת משכונותיה של ירושלים, אשר שלל לטענת העותרים את האפשרות להתקשר אל מחוץ לתחום העוצר, ובמיוחד מנע את האפשרות לפנות בעתירה לבג"צ. וכך קובע בית המשפט מפיו של הנשיא שמגר: "תלונת העותרים היא, כי לא ניתנה להם האפשרות להתקשר אל מחוץ לאזור העוצר, ובמיוחד מנעו מהם הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק... אין צריך לומר, שיש לאפשר חופש פנייה לבית המשפט, ובמקרה הקונקרטי שלפנינו ניתן היה להתיר תנועת העותר לבית המשפט או לחלופין, הסעתו לבית המשפט או לחלופי חלופין, הגשת עתירתו על-ידי גורם משטרתי או שליח אחר מטעמו לרשות השיפוטית המתאימה. אך תהיה הדרך אשר תיבחר תהיה, אין לחסום את הדרך לבית המשפט..." [ההדגשות שלי - י.ר.].

בפרשה נוספת נדון ערעורו של אדם, אשר בית המשפט המחוזי סרב לשוב ולדון בעניינו, שכן "ריח טורדנות" נודף מפניותיו. על כך פסק בית המשפט העליון מפיו של השופט כהן, כי: "החוק הוא שגם לטרדנים שמורה זכות הגישה אל בתי-המשפט, ולא על דעת עצמנו ננצל בפניהם את השעריהם" [ההדגשה שלי - י.ר.].

ההכרה בזכות הגישה לערכאות נתנה את אותותיה גם בתחום המשפט הציבורי. בפרשה מפורסמת נוספת, נג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, דן השופט (כתוארו אז) ברק, בין השאר, במבחן הסף של זכות העמידה, והוא מציין את זכות הגישה לערכאות כאחת מן הצדקות להגמשת זכות העמידה והענקתה גם לעותר הציבורי:

"נעילת דלתותיו של בית-משפט... פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דין אין דין. יכולת הפנייה לבית המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק".

פרשה זו, כמו גם התפתחויות נוספות בתחום המשפט הציבורי, נתנו משקל נכבד יותר לזכות הגישה לערכאות על חשבונם של אינטרסים נוגדים, אשר בעבר היו נימוק חזק דיו בכדי לדחות עתירה על הסף. המגמה של היחלשות מבחני הסף המינהליים חיזקה את זכותו הדיונית של האזרח לפנות לבג"צ (זכות מתחום המשפט הציבורי).

ביטוי להשקפה זו, כי זכות הגישה לערכאות הנה זכות יסודית של האזרח, ניתן למצוא בפסקי דין של בית המשפט העליון בהקשר לעניינים מגוונים נוספים.

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

כיום אין במשפט הישראלי כל הוראה חוקתית מפורשת הקובעת את זכות הגישה לערכאות כזכות אדם חוקתית כללית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר ביחד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק גרם ל"מהפכה חוקתית" במשפט הישראלי, העלה מספר זכויות יסוד למדרגת זכויות חוקתיות על-חוקיות. 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 הכנסת. ואולם, כידוע, אין באי אכזרה המפורש של זכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בבחינת סוף פסוק. כיום סבורים שופטים בבית המשפט העליון, כמו גם מלומדים שונים, כי ראוי לאמץ השקפה מרחיבה לעניין היקף הזכויות המוגנות, על פיה זכויות יסוד רבות אשר לא בא זכרן במפורש בחוקי היסוד החדשים, הועלו למעמד חוקתי על-חוקי מכוח חוקי היסוד החדשים, על כל המשתמע מכך. על פי השקפה זו, ניתן להעניק לזכות מעמד חוקתי ולגזור מהטקסט החוקתי (חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) אם ישנן הצדקות משפטיות או תיאורטיות לעשות כן. בעקבות ספרות מלומדים בחוץ לארץ ניתן לציין שתי הצדקות מרכזיות התומכות בהכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית:

1. ההצדקה הפוליטית - זכות הגישה לערכאות הנה זכות בעלת חשיבות פוליטית מן המדרגה הראשונה, שכן היא הכלי לשמירת הזכויות הפוליטיות, שהן התנאי לשימור ההסדר הדמוקרטי בחברה. זכות הגישה לערכאות היא המאפשרת את אכיפת ההסדרים שנחקקו במסגרת ההליך הפוליטי. על פי הצדקה זו, יש להשוות בין הזכות להצביע לבין זכות הגישה לערכאות, שכל אחת מהן ושתיהן ביחד מהוות כלי לשימורן של כל הזכויות האחרות. למעשה נותנות שתי הזכויות הללו כוחות נחוצים והכרחיים בחברה דמוקרטית. הזכות להצביע הנה הזכות להשפיע על החיים הפוליטיים בדרך של השפעה על הרשות המחוקקת, שבידה נמצא, כידוע, המפתח לשינוי בנורמות החקוקות בכל תחומי החיים. דומה לה זכות הגישה לערכאות, המהווה את "המפתח" להשפעה על ההחלטות המתקבלות אצל הערכאות המשפטיות פנימה, בהקשר לזכויות השונות מכל ענפי המשפט (זכויות מן המשפט האזרחי, הפלילי והציבורי).
2. ההצדקה 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 משום שלילת הזכות מבני שכבה מסוימת. על פי תפיסה

זכות הגישה לערכאות הוכרה
זכות יסוד שאינה כתובה
"עלי ספר", הן בחקיקה והן
בפסיקה, עוד בטרם המהפכה
החוקתית

כיום אין במשפט הישראלי
כל הוראה חוקתית מפורשת
הקובעת את זכות הגישה
לערכאות כזכות אדם חוקתית
כללית



6 סעיף החוק המרכזי בעניין זה הנו סעיף 83(א)(3) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, המקנה לשר המשפטים את הסמכות להתקין תקנות, בין השאר, לעניין "אגרות שיש לשלם בבתי משפט ובמשרדי ההוצאה לפועל והפטור מהן". מכוח סמכות זו הותקנו תקנות בית המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987 ובהן תקנה 13 המקנה פטור מאגרה בתנאים המצוינים בה. הסדרים דומים קיימים גם בטריבונלים השונים מחוץ למערכת בתי המשפט הרגילים: לעניין פטור מאגרה בבתי הדין הרבניים ראו תקנות הדיינים (אגרות), תשי"ז-1957 (תקנות 14-20); לעניין פטור מאגרה בהוצאה לפועל ראו תקנות ההוצאה לפועל (אגרות), ש"כ והוצאות), תשכ"ח-1968 (תקנה 5); לעניין פטור מאגרה בבתי הדין לעבודה ראו תקנות בית הדין לעבודה (אגרות), תשכ"ט-1969 (תקנות 6-15); ולעניין פטור מאגרה בבתי המשפט לענייני משפחה ראו תקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), תשנ"ו-1995 (תקנות 6-9).

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

8 כיום קבוע ההסדר לגבי בית המשפט לתביעות קטנות בסעיפים 59-67 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984 ובתקנות שיפוט תביעות קטנות (סדרי דין), תשל"ז-1976. וכן ראו סי דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן עיוני משפט ח (תשמ"א) 345.

9 ראו סי גולדשטיין "תביעות-ייצוג-קבוצתיות - מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416, כיום קיימים 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 למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992; סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; סעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; וסעיף 62 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981. על תובענות ייצוגיות מכוח סעיף 54 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ראו נ' שר "דיני ניירות-ערך - מגמות מרכזיות" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 265.

10 פיתוחן של דרכי התדיינות אלטרנטיביות למערכת בתי המשפט הרגילים מגבירה את יכולת הגישה לערכאות בשתיים: האחת, הפחתת העומס על בתי המשפט ומכאן להוזלה בעלויות ההתדיינות; השנייה, דרכי ההתדיינות האלטרנטיביות כשלעצמן מהוות חלופות למערכת בתי המשפט הרגילים וסעיף ערכאה" נוספת. ראו יי אלרואי "יישוב סכסוכים - אפשר גם אחרת" המשפט א (תשנ"ג) 311, וכן חוק הבוררות, תשכ"ח-1968; תקנות בתי המשפט (פישור),

תשנ"ג-1993; ותקנות בתי המשפט (מינוי מפשר), תשנ"ו-1996.

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

12 בג"צ 1358/91, ש"ס, בע' 748.

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

14 ש"ס, בע' 126.

15 פ"ד (2) 441.

16 ש"ס, בע' 462.

17 כך למשל, צומצמה דוקטרינת השפיטות (ש"ס, בע' 477-488), הוכרה זכות העמידה לעותר הננטזי (בג"צ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד (2) 852), ונחלש מבחן הסף של עניינים תיאורטיים (בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (3) 141).

18 כך לדוגמה: בהקשר לסוגיית חיוב תובע במתן ערובה להוצאות ראו רע"א 544/89 אויכל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד (1) 647, 650, מפי השופט לוי. "הכלל הוא, שאין בית המשפט מחייב תובע במתן ערובה להוצאות מחמת עונו בלבד, הטעם לדבר הוא, שזכותו של האזרח לפנות לבית המשפט היא זכות קונסטיטוציונית מן המעלה הראשונה, ושערי בתי המשפט פתוחים לפני האזרח בריבו עם משנהו, גם במקרים בהם לא תשיג ידו לשלם את ההוצאות, אם תובענתו תידחה"; וראו ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד (3) 738, 741, מפי השופט חשין: "דלתותיהם של בתי המשפט פתוחות לרווחה לפני המבקשים סעד, ויכולת הפנייה לבתי-משפט היא מזכויות היסוד של האדם".

19 חריג לכך הנו חוק-יסוד: הממשלה, הקובע בסעיף 50(ד): "אין בכוחן של תקנות לשעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם". סעיף זה הוצר, שכן מתייחס לתקנות לשעת חירום בלבד ואינו קובע אבות אדם כללית לפנות לערכאות שיפוטיות. רשימה זו לא תעסק בסעיף זה. על תקנות לשעת חירום וסעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית,



איור: איציק הנרט



ביטוי ותנועה וכיוצא-בהם חופשים. אין בכך כדי להצביע על כך שכבוד האדם אינו כולל זכויות אלה. עם חקיקתן של זכויות אלה, הן יעמדו זכויות פרטיקולריות על רגליהן הן. כל עוד הן לא הוחקו, הן מוגנות במסגרת עקרון כבוד האדם... (א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 282). וראו לדוגמה, לעניין עיגונה של הזכות לשוויון: בג"צ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מחו(5) 501 (להלן: עניין **שדולת הנשים**), בג"צ 5394/92 **הופרט נ' "יד ושם"**, **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353 ובג"צ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, ולעניין זכות האסיפה: בג"צ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 468, 456. יש לציין כי לצד הגישה המרחיבה, נשמעים לאחרונה קולות המצדדים בגישה מצמצמת, על פיה תהליך הרחבת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - כך שיחול על הזכויות הבלתי מנויות בו במפורש - איננו רצוי. ראו ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ז) 257.

23 הצדקה זו עולה בעיקר ממאמריו המרתקים של פרופ' מייקלמן (Michelman) 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

תשנ"ז, כרך ב) 801 ואילך; א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ד), כרך ג: פרשנות חוקתית) 389.

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

21 כך למשל, נקבע בסעיף 15 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח 1085 משנת 1973. "כל אדם זכאי לפנות לערכאות שיפוטיות למימוש זכויותיו ולהגנה עליהן"; ובסעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2219 מחודש נובמבר 1993 נקבע: "לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות". על נוסח זה של הוראה זו חזר המחוקק בשתי הצעות חוק נוספות: בסעיף 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2253 מחודש פברואר 1994 וסעיף 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2256 מחודש מרץ 1994.

22 בהשקפה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו מעגל רחב של זכויות אשר אינן מנויות בו במפורש, מצדד הנשיא ברק: "אמת, בהצעות המנוחות בפני הכנסת ושטרם הוחקו קיימת רשימה ארוכה של זכויות ובהן שוויון, חופש



זו יש להבין את זכות הגישה לערכאות כזכות חברתית, ואין להטיל על יכולת הגישה לערכאות מגבלות, אשר יש בהן כדי להפוך את יכולת הגישה אל בתי המשפט לבלתי שוויונית. הרעיון של "צדק לכל" מחייב את המדינה להעניק שוויון ביכולת הגישה של כל האזרחים אל בתי המשפט.²⁴

ואכן, כבר לפני שנים, הכירו שיטות משפט שונות בעולם הרחב בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית המעוגנת בטקסט החוקתי העליון במדינה, חרף כך שלא צוינה בשמה המפורש ברשימת הזכויות המנויות בחוקה.²⁵

בישראל שלאחר המהפכה החוקתית (ועד פרשת ארפל אלומיניום בה נעסוק בהמשך) "נגע" בית המשפט העליון בזכות הגישה לערכאות פעמים מספר, אך נמנע מלקבוע במפורש כי המדובר בזכות חוקתית על-חוקתית. דוגמה למגמה זו יכול לשמש ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ',²⁶ שעסק בפרשנות חוזה גירושין אשר בנסיבות העניין שלל את יכולת הפנייה של בני הזוג לבתי המשפט. השופט זמיר מתייחס אל זכות הגישה לערכאות כאל "זכות יסוד" אך לא כאל זכות חוקתית בחוק היסוד:

"גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק-יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות. מכאן נובעת המדיניות הראויה כלפי הוראה חוזית המתיימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להניח מכשולים של ממש על דרך זאת".²⁷

פסק דין חשוב אחר, המתאפיין במגמה דומה, הנו ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה,²⁸ שעל אף ש"נוגע" בזכות הגישה לערכאות, אין בו כל התייחסות מפורשת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או להיותה של זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית. בנסיבות העניין שם, הגיש המערער השגה על השומה שהוציא המנהל ובהתאם לדרישות החוק הציע, להבטחת החוב השנוי במחלוקת, ערובה - עיקול על מקרקעין. ערובה זו לא הניחה את דעתו של המנהל אשר סירב לדון בהשגה כל עוד לא ימציא המערער ערבות בנקאית לתשלום החוב השנוי במחלוקת, לרבות התוספות שיחולו עד למועד תשלום היתרה שהמערער יהיה חייב בה עד לאחר ההכרעה הסופית. אשר על כן התעוררה מחלוקת לגבי פרשנותו של סעיף 91(א) לחוק מס שבח מקרקעין המתנה את ההשגה על השומה בהפקדת ערובה להבטחת תשלום המס. אומר השופט אור בפרשו את סעיף 91(א) האמור:

"ענייננו כאן בפרשנותה של הוראה שבדין הקובעת את זכותו של אדם להשיג על חיובו במס. הוראה זו מהווה תחנה ראשונה והכרחית בדרך של האזרח להביא את טענותיו לפני ערכאות שיפוטיות... בפרשנות הוראה זו יש להעדיף את הפתרון המקיים את זכותו של האזרח למצות הליכים כדי להעלות את טענותיו נגד שומה שהוצאה... עמדה פרשנית זו מעוגנת בזכות הבסיסית של כל אדם להביא את ענייניו לפני הערכאות השיפוטיות המוסמכות. זכות זו הוגדרה בפסיקה כזכות יסוד. זכותו של כל אדם שלא יועמדו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימושה המעשי של זכותו לפנות לבתי המשפט או אשר

יכבדו על זכות זו באופן בלתי סביר... הדברים אמורים בהגבלות פיזיות. הם גם אמורים בהגבלות נורמטיביות, אשר עשויות למצוא ביטוי, למשל, בהשתתפות נטל כספי על המבקש לפנות לערכאות... על רקע דברים אלה, 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 ענייניו לביקורת שיפוטית... נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד-משמעית כדי להביא למסקנה כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה של זכות זו"²⁹ [ההדגשות שלי - י.ר.].

בסופו של דבר קבע בית המשפט, בהתאמה עם העיקרון הפרשני שנקבע, כי יש לקבל את פרשנותו של המערער לפיה הגשת השגה או ערר על שומת מס שבח אינה מותנית בהפקדת ערובה על ידי הנישום לתשלום המס השנוי במחלוקת. יוצא, כי בהתאם לגישה העולה מפסקי הדין הנ"ל, על אף היותה של זכות הגישה לערכאות זכות יסוד, אין היא יכולה להוות כלי חוקתי להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים, אלא כלי פרשני בלבד.

4 פרשת ארפל אלומיניום

א. עובדות המקרה

פרשת ארפל אלומיניום מסמנת מפנה במעמדה הנורמטיבי של זכות הגישה לערכאות. בנוסף, מכיל פסק הדין את הדיון המקיף ביותר שנערך עד כה בזכות זו.

הערעור מתייחס להליך שבו הוגשה בקשה לבטל רישומו של מדגם, מהטעם שאינו חדיש ואינו מקורי. השאלה המשפטית המרכזית שהתעוררה הייתה האם יש לפירש את פקודת הפטנטים והמדגמים כמקנה אפשרות לבקש מבית המשפט המחוזי מחיקת מדגם שכבר נרשם. בית המשפט המחוזי פסק³⁰ שהדרך היחידה לתקוף רישומו של מדגם בבית המשפט היא דרך התקיפה העקיפה של הרישום, היינו, תקיפה במסגרת הגנתו של הרואה עצמו נפגע מהמדגם, כנגד תביעה נזיקתית שיגיש נגדו בעל הרישום על הפרת המדגם.

ב. יישום זכות הגישה לערכאות בנסיבות המקרה

לאור פסק דינו של בית המשפט המחוזי, החוסם תקיפה ישירה של החלטת רשם הפטנטים בבית המשפט המחוזי, נדרש בית המשפט העליון בזכות הגישה לערכאות. בנסיבות שתוארו לעיל, הן דעת הרוב והן דעת המיעוט נוטות להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות יסוד, והמחלוקת התעוררה רק לגבי יישומה בנסיבות העניין. השופט חשין בדעת הרוב³¹ מקבל את זכות הגישה לערכאות כעיקרון משפטי כללי המונח ביסוד הפרשנות הראויה

אין באי אזכורה המפורש של זכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בבחינת סוף פסוק. כיום יש הסבורים... כי ראוי לאמץ השקפה מרחיבה לעניין היקף הזכויות המוגנות, על פיה זכויות יסוד רבות אשר לא בא זכרון במפורש בחוקי היסוד החדשים, הועלו למעמד חוקתי

²⁴ הטקסט החוקתי, ניתן להביא מאירלנד, שם הוכרה זכות הגישה לערכאות כנזרת משני סעיפים נבדלים ועצמאיים בחוקה (סעיף 34 - הקובע את עיקרון עצמאות הרשות השופטת, וסעיף 40.3 - העוסק בזכויות האישיות החוקתיות). על כך ראו: J.M. Kelly *The Irish Constitution* (Dublin, 3rd ed., 1994) 770-777.

²⁶ פ"ד (מח) 862.

²⁷ **שם**, בע' 874. דעתו זו של השופט זמיר לגבי זכות הגישה לערכאות עולה בקנה אחד עם השקפתו הכללית, על פיה אין למהר ולהכיר בזכות יסוד שאינה מנויה במפורש בחוקי היסוד כזכות חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בדרך של פרשנות. וכך התבטא השופט זמיר לענין הזכות לשוויון: "בפסיקה שלאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפורזות אמרות אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית... יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרון בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו. ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אמרות אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לבעיה בשעתה. בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתיחפץ. במקרה זה, לדעתי, אין כל צורך לומר כי עקרון השוויון הוא בגדר זכות יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מן הזכות לכבוד, וכי יש לו, לכן, מעמד על-חוקי. אם כך הוא או לא, ימים יגידו" (עניין **שודלת הנשים**, לעיל הערה 22, בע' 536).

²⁸ פ"ד (4) 549.

²⁹ **שם**, בע' 558-559. ניתן להזכיר את הדמיון של חוקה פרשנית זו לחוקה הפרשנית הקובעת כי דבר חקיקה לא בא לפגוע בסמכות השיפוט של בתי המשפט, וכי הוראה השוללת או המגבילה את סמכותם של בתי המשפט יש לפרש פירוש דווקני ומצמצם. שהרי, ניתן לחסום את הגישה לערכאות הן על ידי הקביעה כי הפרט מנוע מלפנות אל בתי המשפט, והן על ידי הקביעה השוללת סמכות מבתי המשפט לדון בענייניו של הפרט בעניין מסוים. ראו לעניין זה בג"צ 294/89 **המוסד לביטוח לאומי נ' ועד העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה**, תש"ל-1970, פ"ד (5) 445 (להלן: עניין **המוסד לביטוח לאומי**), שם נדונה הוראת סעיף 11(ה) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970 הקובעת:

²⁴ על ההצדקה החברתית לזכות הגישה לערכאות ניתן למצוא שפע התייחסויות. בין השאר ראו:

L.M. Friedman "Access to Justice: Social and Historical Context" *Access to Justice* (Milan, Vol. II - Promising Institutions, ed. M. Cappelletti, 1978) 5, 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 לכך ניתן להביא שלוש דוגמאות: הדוגמה הראשונה הנה ארה"ב, שם הכיר בית המשפט העליון הפדרלי, בסדרה של פסקי דין, בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית הנגזרת מהתיקון ה-14 לחוקה, אשר אינו מאזכר את זכות הגישה לערכאות באופן מפורש. על כך ראו מייקלמן, **לעיל** הערה 23, וכן:

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 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 והאזרח, אשר אינה מכילה במפורש את זכות הגישה לערכאות. למרות זאת הכיר בית הדין האירופי לזכויות האדם והאזרח בזכות הגישה לערכאות כנגזרת מהזכות החוקתית למשפט הוגן הקבועה בסעיף 16(1) לאמנה, בפסק הדין המפורסם בעניין: *Golder v. U.K.* (1975) E.H.H.R. 524. על פסק דין זה ופסקי הדין שבאו אחריו, ראו: 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 Courts - The European Convention on Human Rights and European Community Law" 14 *D.U.L.J.* (1992) 51.

דוגמה שלישית להכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, בדרך של פרשנות



של הוראות החוק הרלוונטיות למקרה דנן. לגישתו, בנסיבות העניין פוגעת החלטתו של בית המשפט המחוזי, שלא כדין, בזכות הגישה לערכאות:

"המסקנה הנדרשת מפסק-דין של בית-משפט קמא שורטת עמוקות בזכות הגישה לבית-המשפט ובעיקרי המשטר הדימוקרטי". לגופו של עניין סבור השופט חשין כי יש לקבל את הערעור. לדעתו, למעט הוראת סמכות מפורשת הקבועה בפקודת הפטנטים והמדגמים, הסמכות לדון בתקפותו של מדגם שנרשם (לרבות בטענות כי המדגם אינו חדיש ואינו מקורי) נתונה כולה לבית המשפט המחוזי גם בתקיפה ישירה.

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

"מדיניות ראויה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית. הנגישות לרשויות השיפוטיות נובעת מן התפישה שבמשטר דמוקרטי הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך... זאת בין אם הסכסוך הוא בין פרטים לבין עצמם, ובין אם הסכסוך הוא בין פרט לבין רשויות השלטון. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזכות 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 בנין המדינה'".

לגופו של עניין קובע השופט גולדברג כי דין הערעור להדחות, כיוון שהנפגע מן הרישום רשאי לפנות לרשם בכל עילה, לבקש ממנו לבטל את הרישום, ובסמכות הרשם לדון בבקשה זו. על החלטתו של הרשם ניתן לערער לבית המשפט המחוזי.

כך יוצא כי בניגוד לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, על פיו אין דרך לתקוף רישומו של מדגם שכבר נרשם בתקיפה ישירה (תוצאה 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 ודעת המיעוט מתייחסים ליישומה של זכות הגישה לערכאות בנסיבות העניין: בעוד דעת הרוב הכירה באפשרות לפנות לבית המשפט בנושא זה במישורין, סברה דעת המיעוט, כי סמכותו של הרשם לתקן את רישום המדגם בעצמו מכוח דיני התיקון והביטול הכלליים, בכפוף לאפשרות לפנות אל בית המשפט המחוזי בערעור על החלטה. למעשה, עושה בית המשפט העליון שימוש אופרטיבי בעיקרון של זכות הגישה לערכאות, וקובע זכות גישה כללית לבית המשפט המחוזי לתקיפת רישומו של מדגם, אף כי סמכות זו אינה מצויה במפורש בפקודת הפטנטים והמדגמים.

יש לציין כי בית המשפט המחוזי לא שלל מחברת ארפל את האפשרות להעמיד לביקורת שיפוטית את תוקפו של המדגם שרשמה חברת קליל, אלא שהיא הופנתה לדרך חלופית: ביחס לעילות מסוימות, הופנתה ארפל לערכאה חלופית (הרשם); וביחס לאחרות, היא הופנתה להליך של תקיפת עקיפין והיינו, להסתכן

בהפרת הצו, אם לדעתה הוא אינו בר תוקף). בית המשפט העליון, בניגוד לגישתו של בית המשפט המחוזי, עשה שימוש בזכות הגישה לערכאות בכדי 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 המחוזי ביחס לעילות מסוימות; לפי גישת המיעוט: השגה על תוקפו של המדגם בפני הרשם ביחס לכל העילות). אשר על כן, פסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום מעורר דיון לא רק בזכות הגישה לערכאות ובמעמדה במשפט הישראלי, אלא גם את השאלה הצרה יותר (אך החשובה כשלעצמה), האם זכות הגישה לערכאות משתרעת גם על הזכות לתקוף החלטה שלטונית כלשהי בתקיפה ישירה או רק בתקיפת עקיפין. להלן נתייחס לשאלה הכללית יותר בדבר מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות.

ג. זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית

האם זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית, שמכוחה ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים? פסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום עסק בזכות הגישה לערכאות כעיקרון פרשני בלבד, והדיון בזכות זו יכול היה להסתיים ביישומה של הזכות על נסיבות העניין, כפי שהוסבר לעיל.

עם זאת, בחרו השופטים גולדברג וחשין להתייחס למעמדה החוקתי של הזכות, ושניהם סבורים שיש להכיר בה כזכות עליונה על זכויות רגילות. השופט גולדברג נוטה לדעה שניתן לגזור את זכות הגישה לערכאות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו השופט חשין הביע דעתו כי זכות הגישה לערכאות נעלה היא על זכות חוקתית רגילה, ויש לגזורה ישירות מאופיו הדמוקרטי של המשטר ומערכי היסוד של החברה. לשתי השקפות אלו נתייחס בקצרה כעת.



לאור פסק דינו של בית המשפט המחוזי, החוסם תקיפה ישירה של החלטת רשם הפטנטים בבית המשפט המחוזי, נדרש בית המשפט העליון לדיון בזכות הגישה לערכאות. בנסיבות העניין, נטו השופטים להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות יסודית

"אין אחרי החלטת ועדת העררים ולא כלום". השופט (כתוארו אז) ברק קיבל את העתירה וקבע, בניגוד לעמדת המשיב, כי כיום אין ב"הוראות סופיות" דוגמת זו הנדונה, או בנוסחים אחרים, מחסום בפני ביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק גם לגוף החלטה. אומר השופט ברק: "... סמכותם השיפוטית של בתי המשפט השונים היא מיסודות המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל. טול ממשטר דמוקרטי את סמכות השיפוט של בתי המשפט, ונטלת ממנו את אופיו הדמוקרטי ואת נשמתו. בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק... קיום סמכות השיפוט של בתי המשפט הוא מערכי היסוד של המדינה. על-כן, חוקה היא על כל דבר חקיקה, כי הוא בא לקיים את סמכות השיפוט של בתי המשפט (בין האזרחיים, בין הפליליים ובין בית המשפט הגבוה לצדק). חוקה היא על המחוקק, כי בחוקו דבר חקיקה לא ביקש לפגוע בסמכות השיפוט של בתי המשפט" (שם, בע' 450). וכן ראו את האסמכתאות הרבות המצוינות שם, שם.

30 פסק דינה של השופטת ב' גילאור בת"א (ח"י) 1003/93 והמו' 3999/94 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ (לא פורסם).

31 אליו הצטרף השופט מצא.

32 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 1, בע' 628.

33 שם, בע' 608.

34 שם, בע' 590.

35 סמכות הביטול של רשם הפטנטים והמדגמים נתונה לו, כך לדעת השופט גולדברג, מכוח ההסדר הכללי של סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, הקובע: "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראות מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלות או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה".

36 שאלה זו נוגעת להיקפה של זכות הגישה לערכאות, והנה שאלה בעלת חשיבות עצומה מבחינה פרקטית. כך למשל, מתייחסת שאלה זו לכל אותם מקרים בהם מבקש העותר יסעד הצהרתי מבית המשפט, אך זה מפנה אותו להליך אחר (עתידי לרוב), בו יתבע סעד "אופרטיבי", שכן נטייתו של בית המשפט הנה לדחות תביעות לסעד הצהרתי המתייחס לזכות עתידית. בעניין זה ראו רע"א 1810/90 הדר חברה לבטוח בע"מ נ' קנדי חברה להשקעות ולבנין בע"מ, פ"ד (מד) 737 (להלן: עניין הדר), ובעקבות כך: ב' מדינה יתביעה לסעד הצהרתי - האמנם הליך

סרק: "משפטים כד (תשנ"ה) 605. ברשימה זו מבקר הכותב את פסק הדין בעניין הדר, ותומך במתן זכות לסעד הצהרתי בנסיבות העניין; קרי: בהרחבת הזכות לתקיפה ישירה. מכל מקום, התייחסות לסוגיה הנ"ל חורגת ממסגרתה של רשימה זו.

37 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 1, בע' 593. "בהקשר לזכות הגישה לרשויות שיפוטיות, קיימות מספר גישות אפשריות. יש הגורסים ש"הכוח" לפנות לבית המשפט הוא זכות חוקתית המוגנת על ידי חוקי היסוד... כלומר, זכות הגישה, כשלעצמה, נגזרת 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 העיסוק) מקפלת בתוכה זכות משנית לתרופה בגין הפגיעה. מימושה של הזכות המשנית מחייב קיומו של הליך שיפוטי, בו תוכרע זכות הפרט לסעד וטיב הסעד. יש הגורסים, כי זכות הגישה אינה יכולה להיגזר מחוקי היסוד. בין זכות עצמאית ובין זכות נגזרת מזכות מוגנת אחרת" (ההדגשה שלי - י.ר.).

38 שם, בע' 628.



(1) זכות הגישה לערכאות כזכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

האם ניתן לגזור את זכות הגישה לערכאות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? זו הגישה אליה נוטה השופט גולדברג. אכן, שאלה זו אינה מתעוררת בהכרח בפסק הדין, שכן פקודת הפטנטים והמדגמים משנת 1925, שפרשנותה עמדה במחלוקת בנסיבות העניין, הגה "דין ישן" החוסה תחת פסקת שימור הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, כתשובה לשאלה זו ניתן להציב שלושה מודלים שונים:

* מודל ראשון - זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מכל זכות חוקתית פרטיקולרית - אפשרות אחת הנה להכיר בזכות הגישה לערכאות ככלולה, באופן אינטגרלי, בתוך הזכויות הפרטיקולריות השונות אשר בחוקי היסוד החדשים. קרי: כל זכות חוקתית מכילה בתוכה את הזכות לפנות לערכאות מקום שהופרה הזכות המוגנת. כך לדוגמה זכות הגישה לערכאות כלולה בזכות לפרטיות (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 המדובר בזכות עצמאית וחדשה העומדת בפני עצמה אלא ב"תת-זכות" הכלולה במובלע בכל זכות פרטיקולרית.

* מודל שני - זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מזכויות המסגרת של "כבוד" או "חירות" - אפשרות שנייה הנה להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית הנגזרת מזכויות המסגרת של כבוד או חירות. אפשרות זו יוצרת זכות חדשה ועצמאית מתוך הטקסט החוקתי.

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

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

אין ספק שבחירה במודל השני - גזירתה של הזכות מחוק היסוד דרך זכויות המסגרת של "כבוד" או "חירות" - יוצרת זכות עצמאית העומדת על רגליה היא והניצבת על בסיס רחב. בדומה, גם המודל השלישי - הקובע כי זכות הגישה לערכאות הנה קניין בידיו של האזרח - יוצר למעשה זכות עצמאית, אם כי אופציה פרשנית זו הנה מלאכותית במקצת, ומעוררת את המחלוקת באשר לפרשנות המונח קניין בחוק היסודי. כמו כן, חרף ההגדרה

הרחבה שבית המשפט נוטה אליה, פרשנות זו עלולה להוציא מגדר "קניין" מקרים רבים אשר בהם ישנה הצדקה להגן על הזכות לפנות לערכאות.

המודל הראשון - אשר קובע כי זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מכל זכות חוקתית פרטיקולרית הקבועה בחוקי היסוד (דעתו של הנשיא ברק) - הנו מודל המחליש במידה מסוימת את הזכות. על פי מודל זה לא ברור כלל אם ניתן לדבר על זכות עצמאית של "גישה לערכאות". למעשה מכיר מודל זה ברשימה של זכויות יסוד חוקתיות אשר כל אחת מהן כוללת, בתחומה ובהיקפה, גם את הזכות לפנות לבית המשפט במצב של פגיעה בזכות החוקתית. אולם בדרך זו לא ניתן להצביע על כל זכות עצמאית וחיצונית הנותנת הגנה כללית לזכותו של האזרח לפנות לערכאות. כך למשל, בפנייה לבית המשפט לצורך הגנה על אינטרס או ערך אשר אינם חוקתיים, לא תהיה כל הגנה חוקתית על זכותו של האזרח לפנות לבית המשפט. ההגנה החוקתית, על פי מודל זה, הנה הגנה על זכויות חוקתיות אחרות אך לא על עצם הזכות לפנות לבית המשפט.

לדעתנו, המודל הרצוי הנו המודל השני. יש מקום להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות עצמאית. בדרך זו יכיר בית המשפט בזכות גמישה אותה ניתן להתאים לצרכים המשתנים ולמצבים השונים בהן מתעוררת בעיית פנייה אל הערכאות. עם זאת, קבלתו של המודל השני אינה מוציאה בהכרח מכלל אפשרות את תחולתם של המודלים הראשון והשלישי.

(2) זכות הגישה לערכאות כנגזרת ישירות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד

גישה שונה לביסוס זכות הגישה לערכאות מציג השופט חשין. לגישתו המדובר בזכות שהנה יסודית אף יותר מזכויות רגילות, וניתן לגזורה ישירות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד. מפאת חשיבותם של הדברים נביא את דבריו במלואם:

"הכל מסכימים כי המדובר הוא בזכות מן המעלה העליונה, אך מסתבר כי גם בשדה זה הובעו דעות שונות באשר למקורה המשפטי של הזכות. יש אומרים שהזכות היא זכות-יסוד אף אם טרם נחקקה בחוק-יסוד; יש אומרים כי הזכות נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממילא מוגנת היא מכוחו של חוק-היסוד; יש אומרים כי זכות הגישה לבית-המשפט אינה אלא זכות טפלה לזכויות במשפט, וכי כל אימת שיש לו לאדם זכות כלשהי, קמה ועומדת לו אף זכות הפניה לבית-המשפט; ויש אומרים אחרת. על כל אלה ועוד עמד חברי השופט גולדברג, ולא אוסיף על דברים שאמר. דעתי שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה - הרשות המחוקקת והרשות המבצעת - ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבוא אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: "ויהי ממחרת וישב משה לשפוט

פסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום מעורר דיון לא רק בזכות הגישה לערכאות... אלא גם את השאלה הצרה יותר... האם זכות הגישה לערכאות משתרעת גם על הזכות לתקוף החלטה שלטונית כלשהי בתקיפה ישירה או רק בתקיפת עקיפין

כבוד האדם וחירותו, באה מצדן של המפלגות הדתיות. עם זאת, חרף הבעייתיות לעניין הזכות לשוויון, הקביעה כי זכות השוויון קבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (על אף שאינה מנוייה בו במפורש) זכתה למספר רב של מצדדים הן באקדמיה והן בבית המשפט העליון. לעניין עיגונו של עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההיסטוריה החקיקתית וכן דעות מלומדים ושופטים, ראו לעיל הערה 22.

41 גם מודל אפשרי זה הועלה על ידי ש' לוי במאמרו, לעיל הערה 39, בעי 454-455: "האם זכות הגישה לבית-המשפט היא 'קניין' בגדר חוק היסוד? לכאורה אפשר לפרש דיבור זה, לעניינו, פירוש צר ופירושי רחב. הפירוש הצר הוא שכל אימת שבידי פלוני זכות קניינית מהותית, במובן הצר, כגון זכות בעלות במיטלטלין או במקרקעין, שאין ספק שעניינה בא בגדר סעיף 3 לחוק היסוד, ממילא יתפרש גם 'הכח' לממש זכות זו כזכות קניין; הפירוש הרחב הוא שהיח' לפנות לבית-המשפט, כשהוא לעצמו, הריהו זכות 'קניין', גם כשנושא, המהותי, כשלעצמו, אינו יכול להיחשב ככזה. משתי דרכי הפרשנות האמורות עדיף על הפירוש הרחב, שכן הוא מגשים את תכליתו של חוק היסוד כחוק קונסטיטוציוני שיש לפרשו מתוך מבט רחב, המיועד 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 היתר נישואין?".

42 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 1, בעי 593.

43 פרשנות הדיבור "קניין" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הנה בעייתית ושנויה במחלוקת. גם בפסיקה החדשה, שלאחר קביעתה של זכות הקניין בחוק היסוד, נמנע בית המשפט העליון מלהתייב על גבולותיה של הזכות, והשאיר

39 דעה זו הובעה על ידי פרופ' ברק בספרו, לעיל הערה 19, בעי 363. "שאלה יפה היא, אם הזכות לפנות לערכאות השיפוטיות מעוגנת בחוק-היסוד הקיימים. אין היא מופיעה כזכות פרטיקולרית בעלת שם. גדר הספיקות הוא אם אין להסיקה מזכות המסגרת כבוד או חירות. כמו כן שאלה היא, אם אין לראותה כחלק אינטגרלי (ואקטיבי) של כל זכות וזכות, אשר באמצעותו מן בעל הזכות על זכותו. אכן, דעתי היא כי קיומה של זכות פלונית כוללת בחובה כחלק אינטגרלי ואקטיבי שלה, את הזכות לפנות לבית-משפט אם הזכות נפגעת. שילת הזכות לפנות לבית-המשפט כמוה כשילתה (אפקטיבית) של הזכות עצמה. "באין דין אין דין". על כן, מזכות חוקתית-על-חוקית לאי פגיעה... נגזרת גם זכות חוקתית-על-חוקית לפנות לערכאות השיפוט להגנה בפני הפרת הזכות... [ההדגשה שלי - י.ר.]. אפשרות זו הועלתה גם על ידי ש' לוי במאמרו "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, 453. "האם קיימת בחוק היסוד אחיזה להכרה בזכות הפניה לבית-המשפט כזכות חוקתית? מבקש אני לטעון שאחיה כזו קיימת במישור הכללי בסעיף 3 לחוק היסוד (זכות הקניין) ואולי בסעיף 4 לחוק היסוד (כבוד האדם) ובמישור הפרטיקולרי, לפחות במרביתן של שאר הזכויות, לפי העניין, הנוכרות בחוק היסוד: פגיעה בחירות אישית (סעיף 5), פגיעה בחופש התנועה (סעיף 6) ופגיעה בפרטיות (סעיף 7)".

40 אפשרות זו דורשת פרשנות מרחיבה, וייתכן אף מעוררת מחלוקת, של הזכות לכבוד או הזכות לחירות. עם זאת, פרשנות מרחיבה של זכויות המסגרת לכבוד או חירות לעניין זכות הגישה לערכאות לא מעוררות לדעתנו בעייתיות מיוחדת, או מחלוקת פוליטית נוקבת, כמו קביעה מקבילה לגבי זכות השוויון. על פי ההיסטוריה החקיקתית, במציאות הפוליטית הישראלית, ההתנגדות העיקרית, שהובילה בסופו של דבר להשמטתו של עקרון השוויון מנוסח חוק-יסוד:





איור: אביגדור אריקה

את העם ויעמוד העם על משה מן הבוקר עד הערב" (שמות יח ג). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. גרע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישורין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדימוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשילטון, 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 עימו" (ההדגשה שלי - י.ר.).

למעשה גזור השופט חשין את זכות הגישה לערכאות, באופן ישיר, מאופיו הדמוקרטי של המשטר, וכל זאת ללא שהוא נדרש בהכרח לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השקפה זו הנה עקבית לדעת היחיד המפורסמת אותה הביע השופט חשין בעניין בנק המזרחי⁴⁴, אשר בהתאם לה שלל את תיאוריית הסמכות המכוננת של הכנסת. ואולם לדעתו של השופט חשין, חרף שלילת סמכותה המכוננת, כפופה הכנסת, כמו כל גוף או אדם בישראל, לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית, ובמקרה של חריגת הכנסת מגבולות כוחה תחייב התערבות של בית המשפט, שיקום להגן על עקרונות היסוד של השיטה, הגבוהים נורמטיבית אף מחוקי היסוד עצמם: "חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במירקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים - ואני נמנה עימם - שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפיסגת הפירמידה, שמה נאמר: בתשתית התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדימוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר". אלה הם הגנים היוצרים את חיינו"⁴⁵.

בפסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום ממשיך השופט חשין לפתח את התיאוריה החוקתית המיוחדת לו, ומגלה את דעתו כי זכות הגישה לערכאות היא אחת מאותן זכויות מיוחדות - זכות בסיסית הנעלה על חוק-יסוד "שייכת... למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט"⁴⁶ - אשר הפרתה בחוק של הכנסת תחייב ביקורת שיפוטית מצד בית המשפט אף שלא מכוח חוק-יסוד משוריין או חוקה קשיחה.

5 סיכום

מתוך שתי הגישות לעניין מעמדה הנורמטיבי העליון של זכות הגישה לערכאות, ומתוך ההצדקות הכלליות שהוצגו לעיל, ניתן להגיע למסקנה כי זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית היא. אכן, זו גם דעתנו: את זכות הגישה החוקתית לערכאות ניתן לגזור הן מהזכות לכבוד או לחירות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד של השיטה בישראל. הכרעה בין השניים אינה דרושה בשלב הזה, והיא מתקשרת ממילא לשאלות יסוד של התיאוריה החוקתית בישראל החורגות מגבולותיה של רשימה זו⁴⁷.

השופט חשין הביע דעה עצמאית ושונה לגבי סמכותה המכוננת של הכנסת ומעמדה של חוקי היסוד, אך הצטרף לעמדת הרוב לגבי תוצאות ההליכים שעמדו בפני בית המשפט.

48 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 1, בע' 629 וראו בנוסף בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 401,355; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 170,137. יש לציין כי אף השופט (כתוארו אז) ברק אינו שולל אפשרות זו על הסף: "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שביטול-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד-משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איוונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איוון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיוון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להיפסל, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק" (בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554).

49 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 1, בע' 628-629.

50 על כך ראו י' דותן "חוקה למדינת ישראל! - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149.

את המחלוקת בעינה. ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 20, בע' 431, מפי הנשיא ברק: "... עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה. עם זאת, פעולות השלטון הרגילות והיום-יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדריה של פסקת ההגבלה או לשלול מהן סיווג כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעתיד, ומן הראוי להשאירן בצריך עיון". ראו כך משפטים כח (1997) המוקדש כולו לפסק הדין בעניין בנק מזרחי ולמעמדה החוקתי של זכות הקניין.

44 הפרשנות הרואה בזכות הגישה לערכאות קניין בידי של האזרח מתאימה יותר להקשר האזרחי ופחות למשפט הפלילי ודיני המשפחה. כך למשל, פרשנות זו מוציאה מגדר הזכות את המקרה של הגנה על הזכות לפנות לבית המשפט בכדי לקבל היתר נישואין, שהרי קבלת היתר נישואין אינו בהכרח סעד בעל שווי כלכלי (זוהי דוגמה המובאת על ידי ש' לוי, לעיל הערה 39, בע' 455).

45 בעיה דומה התעוררה במשפט האמריקאי, שם במסגרת הדין בזכות הגישה לערכאות בדק בית המשפט את חוקה וטיבה של הזכות המהותית. גישה זו זכתה לביקורת מפי מלומדים בארה"ב. בייחוד זכתה גישה זו לביקורת מצדו של פרופ' נויקלמן, לעיל הערה 23.

46 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 1, בע' 628. בדברים אלו מתבסס השופט חשין על פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל הערה 29.

47 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 20, בע' 544-546. בדעת יחיד עסקינו, שכן

אפשרות אחת הנה להכיר בזכות הגישה לערכאות ככלולה, באופן אינטגרלי, בתוך הזכויות הפרטיקולריות השונות אשר בחוקי היסוד החדשים. והשנייה - להכיר בזכות כזכות חוקתית הנגזרת מזכויות המסגרת של כבוד או חירות