

האם סעד למען הצדק הוא באמת צודק? פסילת חוקי־יסוד כמקרה בוחן

אופיר לוי*

מבוא. פרק א: ההיסטוריה לא משקרת; 1. מטעות בתרגום לעיוות משפטי; 2. השלכות טעות התרגום על התפתחות המשפט החוקתי והמנהלי בישראל; 3. ההיסטוריה חוזרת על עצמה – בג"ץ הסבירות. **פרק ב: ה"צדק" כעיקרון על – השלכות תורת־משפטיות על הדין הישראלי. פרק ג: הפיקציה הפורמלית – הסתמכות על סעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה. סיכום.**

מבוא

בפסק דין תקדימי שניתן לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי בסמכותו לפסול חוקי־יסוד.¹ פסק הדין, המשתרע על פני 738 עמודים, דן במגוון סוגיות במשפט החוקתי והמנהלי. ברשימה זו אבקש לנתח באופן ביקורתי את קביעת שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות שהתיבה "סעד למען הצדק" בסעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה מעניקה סמכות לבית המשפט לפסול חוקי־יסוד. הטענה המרכזית שתועלה ברשימה היא שפרשנות רחבה ומוטעית זו של סעיף 15(ג), מקורה בטעות תרגום היסטורית עוד מתקופת המנדט הבריטי, שהובילה לעיוות משפטי ולהרחבת יתר של ה"צדק" מעבר לתפקידו המקורי במספר פסקי דין במשפט הישראלי. בחינה מעמיקה של מקורותיו ההיסטוריים של סעיף 15(ג), החל מסימן 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל משנת 1922,² תחשוף כי הביטוי "למען הצדק" לא נועד להעניק לבית המשפט סמכות רחבה, אלא התייחס בעיקר לניהול השפיטה ולמתן צווים פרוגרסיביים במשפט המנהלי האנגלי.

מעבר לכשל ההיסטורי אטען כי פרשנות זו חוטאת גם מבחינה תורת־משפטית, בכך שהיא מרוממת את ה"צדק" לדרגת עיקרון־על, במקום לראות בו עיקרון הפועל בתוך גבולות הדין. פרשנות זו, המעדיפה "צדק" סובייקטיבי על פני שלטון החוק, פוגעת בוודאות המשפטית, מרוקנת מתוכן את יתר המפעל החוקתי בישראל ומעניקה משקל יתר לשיקול אחד על פני שיקולים חוקתיים אחרים. בהתאם לכך יובהר כי תפקידו האמיתי של סעיף 15(ג) הוא כלי פרשני המנחה לתוצאה הצודקת ביותר בגבולות הדין, ולא כמקור סמכות עצמאי לביטול חקיקה.

אמשיך ואטען ששופטי הרוב בבג"ץ הסבירות בחרו להסתמך על מתן "סעד למען הצדק" בסעיף 15(ג) כנימוק פורמלי לפסילת חוקי־יסוד, בתקווה להעניק לגיטימציה להנמקתם. אולם, בפועל הם נשענים על הגבלות משתמשות בחוקה כי אין לסתור את הנתונים החוקתיים של שיטת המשפט, תוך התעלמות מן ה"צדק" שעליו לכאורה ביססו את סמכותם. לבסוף, אטען כי תפקידו הראוי של סעיף 15(ג) הוא להיות כלי פרשני רב עוצמה, אך במסגרת גבולות הדין, ולא כמקור סמכות

אזכור הרשימה: אופיר לוי "האם סעד למען הצדק הוא באמת צודק? פסילת חוקי־יסוד כמקרה בוחן" **אתר משפט ועסקים** (4.1.2026) <https://www.runilawreview.org/2026/01/04/levi>

* סטודנט בשנה רביעית לתואר ראשון במשפטים (L.B.) ותואר שני בממשל (M.A.), אוניברסיטת רייכמן. ברצוני להודות לד"ר ראמון פלדברין על שחשף אותי לסוגיות והמקורות הנוגעים לס' 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה, במסגרת הסמינר בהנחייתו על בית המשפט העליון. תודה לפרופ' יניב רוזנאי ולעו"ד איל ינון על הבמה וההזדמנות לפתח את רעיון הרשימה במסגרת סדנת "אתגרים חוקתיים בישראל" במרכז רובינשטיין לאתגרים חוקתיים, אוניברסיטת רייכמן. תודה מיוחדת לשחר פרידמן על ליווי מסור לכל אורך תהליך הכתיבה ועל הערותיו המועילות שאפשרו את הבאת הרשימה לפרסום. כמו כן, תודתי נתונה לעורכת כתב העת, אופיר שמאי, ולחברי המערכת ליאור מיון וכליל שמי, על עריכתם הקפדנית והתורמת.

1 בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

2 ס' 43 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922 (להלן: דבר המלך).

עצמאי.

יובהר כי רשימה זו מתמקדת בביקורת על השימוש הפרשני בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה ואינה מתיימרת להציע מודל נורמטיבי חלופי לביסוס הסמכות לפסילת חוקי יסוד. מטרת הרשימה היא להראות מדוע העיגון הספציפי ב"סעד למען הצדק" הוא שגוי, ללא קשר לשאלה אם התוצאה הסופית של פסק הדין ראויה (כפי שאני אכן סבור).

הדיון נחלק לשלושה פרקים: **הפרק הראשון** סוקר את ההיסטוריה של הסעיף, החל מהמנדט הבריטי, ומראה כיצד טעות תרגום הובילה לעיוות משפטי וליצירת פרשנות מרחיבה של "סעד למען הצדק". **הפרק השני** עובר להשלכות תורת משפטיות של הכרה בסעיף 15(ג) כמקור ליצירת דין מהותי חדש המכתיב תוצאה משפטית על בסיס "צדק", ובפרט בהקשר של פסילת חוקי יסוד. **הפרק השלישי** יציג את ההסתמכות של שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות על סעיף 15(ג) והביקורת על כך. לבסוף, **אסכם**.

פרק א: ההיסטוריה לא משקרת

1. מטעות בתרגום לעיוות משפטי

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה מקים ומגדיר את סמכויות בית המשפט העליון, הן כערכאת ערעור והן בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. מקורו של סעיף זה נעוץ בתקופת המנדט הבריטי משנת 1922, ומאז לא חל בו שינוי מהותי.

בראשית הכיבוש הבריטי של ארץ ישראל מידי הטורקים וקבלת המנדט על ארץ ישראל מחבר הלאומים ב-24 ביולי 1922, פרסמו הבריטים את ההוראה החוקתית הראשונה בדבר המלך במועצה על פלשתינה.³ החלק החמישי של דבר המלך עסק במערכת המשפט והקים את ערכאות השלום, המחוזי ובית המשפט העליון מכוח סימן 43 לדבר המלך. בתוך בית המשפט העליון הוקם מוסד חדש בשם "בית דין גבוה לצדק":

"The Supreme Court sitting as a high court of justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other Court and necessary to be decided for the administration of justice".⁴

לאורך גלגוליו של הסעיף מדבר המלך, לפקודת בתי המשפט משנת 1924 ושנת 1940,⁵ וכיום בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה שמר החוק על הנוסח הקובע כי בג"ץ יעניק סעדים למען הצדק:

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

סימן 43 לדבר המלך משנת 1924, הוא המקור לסמכות בג"ץ כפי שמוכרת לנו כיום בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.⁶ אותו סימן 43 לדבר המלך משנת 1922 העניק לבית המשפט העליון סמכות ערעור וסמכות לדון בצווים פרוגטיביים,

3 אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי** ספר חמישי – סדרי הדין והראיות בבג"צ 11–12 (2010).

4 שם, בעמ' 12.

5 שם, בעמ' 18.

6 שם, בעמ' 16; יצחק זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** 225, 226 (גד טדסקי עורך, התשכ"ד).

שמקורם במשפט המקובל האנגלי ותכליתם לקיים פיקוח שיפוטי על רשויות המנהל הציבורי.⁷ בין הצווים המוכרים נמנים, בין היתר, צו Habeas Corpus, העוסק בחוקיות מעצרו של אדם,⁸ וצו Mandamus, המחייב גוף ציבורי, פקיד ציבור או בית משפט נמוך למלא את תפקידם כדין.⁹ צווים אלה ניתנו באנגליה על ידי ה-High Court of Justice, סמכות שהוענקה לבית המשפט העליון בישראל בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. עם זאת, חשוב לציין כי בית המשפט הגבוה לצדק באנגליה לא היה "גבוה" ולא היה "בית משפט של צדק" במובן המקובל כיום.¹⁰ הוא שימש כערכאה ראשונה שעסקה במגוון תחומים משפטיים, ובהם ביקורת מנהלית, בדומה לבית משפט שלום "רגיל".¹¹

יתרה מזאת, התרגום "בית משפט גבוה לצדק" מהווה עיוות שמקורו בטעות. לפי זמיר, התרגום הנכון של Court of Justice הוא בפשטות "בית משפט" ולא "בית משפט גבוה לצדק".¹² באנגלית Court of Justice הוא רק כינוי לבית משפט, ולפיכך התרגום המילולי לעברית אינו משקף את המשמעות המקורית.¹³ הטעות המהותית ביותר נמצאת בתרגום הביטוי Necessary to be decided for the administration of justice, שתורגם לכך שבג"ץ יכריע בבקשות "[ש]יש צורך לפסוק בהן למען הצדק".¹⁴ במשפט האנגלי, המונח justice אינו מתייחס רק למשמעות של צדק, אלא גם לשפיטה או לשופט.¹⁵ בהקשר הרחב של administration of justice, מדובר בניהול השפיטה או מערכת בתי המשפט, ולא בצדק במובן המוסרי או הערכי.¹⁶

בהסתכלות זהירה כיום על סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק יסוד: השפיטה (שהם תוצר של סימן 43 לדבר המלך) ניתן להבין כי מדובר בתיאור של צווים פרוגרסיביים שרשאי בג"ץ לתת.¹⁷ סעיף 15(ד) מפרט מספר של צווים פרוגרסיביים ספציפיים, אך קובע כי אינו בא לפגוע בכלליות של הוראות סעיף קטן (ג), המעניק "סעד למען הצדק". לכן, אותה כלליות היא בדלת אמותיו של הצווים פרוגרסיביים שבית המשפט רשאי לתת כפי שנוצרו במשפט המקובל האנגלי.¹⁸ אומנם בג"ץ קבע כבר בשנת 1951 בהקמתו כי בית המשפט אינו כבול למתכונת הבקשות האנגלית, אבל שיש לפעול ברוחם.¹⁹

לכן, קשה להניח כי הכנסת בעת חקיקת חוק יסוד: השפיטה, שמרה על הנוסח המנדטורי משנת 1922 והתכוונה ליצור פרשנות "חדשנית" שלפיה בית המשפט העליון כערכאת ערעור יפסוק בהתאם לחוק, בעוד בג"ץ יפסוק על פי תחושת "צדק" בלבד, תוך זניחה מוחלטת ממתכונת הצווים פרוגרסיביים שהיה מוסמך להוציא עד אז. סביר יותר כי כוונת המחוקק הייתה להמשיך את המצב הקיים מבלי לחולל שינויים מרחיקי לכת בפרשנותו.²⁰

2. השלכות טעות התרגום על התפתחות המשפט החוקתי והמנהלי בישראל

טעויות התרגום חרגו מגדר עניין של דקדוק לשוני גרידא והובילו למהפכה תפיסתית בהבנת תפקידו של בג"ץ במערכת

7 יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 216 (1970).

8 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שרהבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

9 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39-40.

10 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 217.

11 שם.

12 שם, בעמ' 217, ה"ש 14.

13 שם.

14 שם, בעמ' 218.

15 שם.

16 שם.

17 שם.

18 בג"ץ 14/51 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' רותם, פ"ד ה 1017, 1047 (1951).

19 שם.

20 אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד בעקבות פרשת 'הפורום לדרכים בנגב'" משפטים 701, 725-726 (2007); זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 219-220.

המשפט הישראלי ובעיצוב המשפט המנהלי.²¹ הפרשנות המוטעית של "סעד למען הצדק" יצרה מצב שבו בית המשפט רואה עצמו מוסמך, במקרים שהוא מגדיר כ"חריגים" או "זועקים לשמים", להכריע על פי שיקולי "צדק" ולא לפי עקרונות משפטיים.²²

דוגמה "קלאסית" לשימוש לקוי בסעיף 15(ג) מצויה בפרשת **הפורום לדרקיום בנגב**, שבה נדונה עתירה להוצאת צו ביניים המחייב את המדינה להקים גשרון מעל נחל בנגב למען בטיחותם של ילדים מהפזורה הבדואית בדרכם לבית הספר.²³ מבחינה משפטית למדינה לא הייתה סמכות חוקית לבצע עבודה זו לפי דיני התכנון והבנייה.²⁴ כיצד התגבר בית המשפט על מחסום הסמכות? באמצעות הפעלת ה"צדק" שבסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, תוך קביעה כי במקרה "זועק לשמים" ניתן להעניק סעד חסר מהוראות החוק הרגיל.²⁵

אולם השיא בהפעלת דוקטרינת ה"צדק" מתגלם בפרשת **סולימאן**,²⁶ המהווה אולי את הדוגמה הקיצונית ביותר לאופן שבו בג"ץ תופס את סמכותו לפעול "למען הצדק" תוך התעלמות משיקולים משפטיים.²⁷ סולימאן עתר נגד החלטת שר החקלאות שלא להעניק לו רישיון לצוד בעלי חיים לצורכי ספורט.²⁸ מבלי להיכנס לעומקם של דברים, יש לציין כי מתן רישיון לציד מצוי היה בסמכותו של שר החקלאות על פי החוק להגנת חייית הבר, התשט"ו-1955, לרבות התקנות המסדירות את הנושא.²⁹ אולם, באופן שמעורר תמיהה, בג"ץ פסק בפסק דין תמציתי כדלקמן:

"קטילת בעלי חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית המשפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם. הצרעל-תנאי מתבטל והעתירה נדחית".³⁰

משמעות הפסיקה היא שבית המשפט בחר שלא לדון בעניינו של סולימאן מטעמי צדק בלבד, מתוך תפיסה מוטעית – שזהו שיקולו המרכזי, על אף שסירובו של שר הפנים היה החלטה מנהלית גרידא המצריכה ביקורת שיפוטית.³¹ ראוי לציין כי כבר בשנת 1965, בפסק דין פז נקבע כי לאדם יש זכות לקבל רישיון מיוחד בחוק, אלא אם כן הרשות המוסמכת נתנה הנמקה סבירה ומספקת לסירוב.³² לכל הפחות היה על בית המשפט לדון בגופו של עניין בעתירתו של סולימאן. בעקבות פסק הדין פרסם זמיר מאמר ביקורתי חריף על גישת בית המשפט, אשר רואה את עצמו כמוסד של צדק ולא של חוק. זמיר טען כי פרדיגמת הצדק נובעת מההיסטוריה הבעייתית של סעיף 7 לחוק בתי המשפט, 1953 (כיום סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה).³³ מעניין לציין כי אולי כיום זמיר נוקט גישה שונה, הרואה בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה כמקור סמכות אפשרי ליצירת דין מהותי חדש. כפי שרוזיליו הצביע על אמרתו של זמיר במסגרת הסכת שבו השתתף כי סעיף 15(ג) יכול לאפשר פסילת חוקי יסוד.³⁴ נראה כי עמדה זו עומדת בסתירה לביקורת החריפה שמתח זמיר בעבר על השימוש המוטעה בסעיף 15(ג),

21 שם, בעמ' 220.
22 יצחק זמיר "צדק במשפט" משפט וממשל כו' 7, 17 (2023).
23 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדרקיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) (להלן: פרשת **הפורום לדרקיום בנגב**); זמיר "צדק במשפט", לעיל ה"ש 22, בעמ' 16.
24 שם.
25 פרשת **הפורום לדרקיום בנגב**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 106. ראו את הביקורת על מהלך זה אצל רייכמן, לעיל ה"ש 20.
26 בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617 (1968) (להלן: פרשת **סולימאן**).
27 שם.
28 שם.
29 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 212–213.
30 פרשת **סולימאן**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 617 (ההדגשה הוספה).
31 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 220.
32 בג"ץ 158/65 פז נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד יט(3) 132, 136 (1965).
33 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 225–226.
34 גל רוזיליו "האם נמצא הסעיף בחוק יסוד: שמייתר את 'המהפכה החוקתית'? דיון בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה לאור בג"ץ 5658/23 **בעניין הסכירות**" פורום עיוני משפט: תגובות משפט מח 2 (2024); "פרשת קן 300, 40 שנה אחרי: האם נלמד הלקח?" קול האוניברסיטה (14.4.2024) (להלן: פודקאסט ענייני השעה) (לשם ההגינות, יוער כי זמיר הזכיר את חוק יסוד: השפיטה לא כתשובה מוחלטת לפסילת חוקי יסוד, והתבסס גם על הכרות העצמאות).

ביקורת שנשענה על נימוקים היסטוריים ונורמטיביים השוללים את הרחבת שיקול דעתו של בית המשפט דרך הסעיף.³⁵ ניתן להציע מספר הסברים אפשריים לשינוי עמדתו של זמיר. ראשית, יש לשים לב לפער הזמנים: המאמר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" נכתב בשנת 1970, בעוד זמיר מונה לבית המשפט העליון רק 24 שנים לאחר מכן, בשנת 1994.³⁶ שנית, ייתכן שהשינוי קשור למהפכה החוקתית שהחלה עם קבלת חוקי היסוד ופרשת **בנק המזרחי** בשנות ה-90.³⁷

3. ההיסטוריה חוזרת על עצמה – בג"ץ הסבירות

לא מפתיע כי שופטי הרוב בבג"ץ **הסבירות**, אשר תמכו בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ראו בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה את המקור לסמכות במתן "סעד למען הצדק", בדומה לגישת השופטים בפרשת **סולימאן**. ההיסטוריה של סעיף 15(ג) מהדהדת בבג"ץ **הסבירות**, פסיקה שעתידיה להיחשב, ככל הנראה, לאחת ההכרעות המכוננות בתולדות בית המשפט העליון.³⁸

שופטי הרוב³⁹ מצאו את מקור סמכותם להתערבות בחוקי יסוד בניסוח הרחב של סעיף 15(ג) ביחס ל"סעד למען הצדק": הנשיאה חיות פירשה את ה"סעד למען הצדק" כסמכות לפיקוח על סמכויות הרשות המכוננת;⁴⁰ השופטת וילנר קבעה במפורש כי סעד זה מקנה סמכות להתערבות;⁴¹ השופט רונן ציינה כי הניסוח הכללי של "סעד למען הצדק" מאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד;⁴² והשופט גרוסקופף ראה בסעיף 15(ג) סמכות כללית לדון בעניינים הדורשים סעד למען הצדק, בין אם ביחס לכנסת בכובעה המחוקק או המכונן.⁴³

נראה שאותם שופטים נפלו לאותה פרדיגמת "צדק" אשר נבעה מתפיסה שגויה של הביטוי "סעד למען הצדק" שאינו קשור לתפקידו של בג"ץ בנוגע לביקורת שיפוטית על חקיקה, לרבות חוקי יסוד. תימוכין לעמדה זאת ניתן למצוא בפרשת **בנק המזרחי**, שבה נקבעה לראשונה הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה.⁴⁴ בית המשפט לא הסתמך על סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה כמקור לביקורת שיפוטית, אלא השופטים ברק ושמגר פיתחו תאוריות חוקתיות על בסיס חוקי היסוד שמהן נגזרה הסמכות לפסול חוקים.⁴⁵ מכאן, שלא ניתן לבסס את הסמכות להתערבות בחקיקה רגילה לפי סעיף 15(ג), וקל וחומר שלא בחוקי יסוד. הביטוי "סעד למען הצדק" אינו הסמכה כללית ליצירת עילות משפטיות חדשות על בסיס "צדק". ה"צדק" המצוי בסעיף הוא לכל היותר סמכות בית המשפט לתת צווים פרוגרסיביים לרשויות המנהל. הנשיא זמורה כבר בראשיתו של בג"ץ קבע כי המונח Justice אינו הסמכה לפסוק על פי מקורות פילוסופיים, דתיים או מוסריים.⁴⁶

שופטי הרוב בחרו שלא לדון בפרשנות המקורית וההיסטורית (הסובייקטיבית) של הסעיף, והסתפקו בהנחה כי לשונו הכללית מאפשרת פסילת חקיקה מכוננת. תמוהה מדוע דעת הרוב לא דנה בקונטקסט ההיסטורי של הסעיף שנוגד את פרשנות בית המשפט. גם אם העדיפו לתת בכורה בלבדית לפרשנות האובייקטיבית, ראוי היה להסביר מדוע התכלית

35 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7.

36 **הודעה על מינוי שופטים**, י"פ התשנ"ד 2314.

37 אהרן ברק **חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק** כרך ד: הביקורת השיפוטית 1683 (יצחק זמיר עורך 2023); ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

38 "דבר העורכות" **פסק דין הסבירות: עיניים ראשונים** 11, 13 (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות 2024).

39 ברשימה אתיחס לשופטי הרוב כאותם שופטים אשר הסכימו כי לסעיף 15(ג) יש סמכות לפסול חוקי יסוד.

40 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 87 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות.

41 שם, בפס' 2-4 לפסק הדין של השופטת וילנר.

42 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת רונן.

43 שם, בפס' 54-55 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

44 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 37.

45 שם; בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 23 לפסק הדין של השופט מינץ ובפס' 117-118 לפסק הדין של השופט סולברג.

46 בג"ץ 65/51 **ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל**, פ"ד ה 801, 812-813 (1951).

הסובייקטיבית אינה ראויה, ויש לתת עדיפות לתכליות אחרות.

פרק ב: ה"צדק" כעיקרון – השלכות תורת משפטיות על הדין הישראלי

האם הנימוק ההיסטורי הוא אכן חזות הכול? ניתן לטעון, בהתאמה לשיטת הפרשנות התכליתית, כי ההיסטוריה של החוק היא אך חלק ממכלול פרשנות דבר חקיקה.⁴⁷ גם בהנחה שהפרשנות המקורית (הסובייקטיבית) של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה עסקה אך בסמכות לעסוק "בענייני שפיטה", אין בכך כדי לשלול את העובדה שחוק הוא "יצור החי בסביבתו".⁴⁸ בייחוד כאשר מדובר בפרשנות חוקה אזי יש לתת לכוונת היוצרים משקל מועט.⁴⁹ לכן, יכולה לקום הטענה שיש לפרש את "סעד למען הצדק" לפי תכלית אובייקטיבית עכשווית ולא לפי פרשנות היסטורית. השופט חיים כהן החזיק בגישה זו בעבר, כאשר הגיב על מאמרו של זמיר בפרשת **אוחנה**, בטענה כי אין להיצמד לפרשנות המקורית של סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, התשי"ז 1957 (כיום סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה), שכן "עתה חיים אנו מפי המחוקק הישראלי שלשונו ברורה היא וחד-משמעית. 'הצדק' האמור בסעיף 7(א) שונה מן הדין ומצוי הוא מחוץ לדין".⁵⁰ עם זאת, אני יכול להצטרף לתפיסה זו. דחיית את הגישה הפרשנית המרחיבה אינה נובעת משלילה של שיטת הפרשנות התכליתית כשלעצמה, אלא מן הטענה כי יישום נכון שלה, דווקא לאור משנתו של דבורקין שתוצג להלן, מחייבת תוצאה הפוכה מזו של שופטי הרוב בפרשת הסבירות.

צדק בהליך שיפוטי אינו פועל בחלל ריק. יש להבחין באופן ברור בין שיקול הדעת הרחב של בג"ץ ובין "צדק". שיקול דעת מופעל על בסיס כללים מנחים, המתגבשים עם התפתחות המשפט לכדי נורמות משפטיות.⁵¹ מנגד, צדק הוא לכל היותר עיקרון, מושג מוסרי המחייב התייחסות לשיקולים פילוסופיים וערכיים לבר-משפטיים.⁵² דבורקין הדגיש הבחנה זו במסגרת תפיסתו התורת-משפטית ביחס לעקרונות וכללים.⁵³ כללים הם נורמות פוזיטיביסטיות הממוקדות בעניין ספציפי ואינן יכולות לסתור זו את זו.⁵⁴ לעומתם, עקרונות מהווים חלק מהמאפיינים החברתיים של מערכת המשפט, ועשויים למצוא מקבילות גם בנורמות מוסריות, אך אינם ממצים את מלוא היקף המוסר, אלא רק את החלק שאומץ למערכת המשפט של החברה.⁵⁵ לפיכך, גבולותיו של "צדק" נקבעים לפי החלק שאומץ לתוך מערכת המשפט. עקרונות משמשים לפתרון קונפליקטים בין כללים או לבחירת הכלל המשפטי המתאים לסיטואציה נתונה.⁵⁶ דבורקין הדגיש כי עיקרון כשלעצמו אינו יכול להכתיב תוצאה משפטית – יכולת השמורה לכלל בלבד.⁵⁷

על רקע דברים אלו, אין לראות ב"צדק" בסעיף 15(ג) כמקור עצמאי היכול להכתיב תוצאה משפטית, אלא כעיקרון שפועל בתוך המערכת המשפטית הקיימת בלבד. ברק, שהושפע מתורת הפרשנות של דבורקין,⁵⁸ ראה בצדק מוצא אחרון "כאשר כל אמות המידה מוצו ולא נמצא פתרון..." וביחס לעימות בין משפט לצדק – גרס כי המשפט עדיף.⁵⁹ רק במקרים בהם נותר

47 אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 31–322–323 (2003).
 48 השופט זוסמן בבג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970).
 49 אהרן ברק **"עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט"** ספר ויסמן: מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 1, 10 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים) (2002).
 50 בג"ץ 83/70 **אוחנה נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד כד(1) 783, 771 (1970).
 51 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 224.
 52 שם.
 53 עומר שפירא **תורת המשפט: פרקי מבוא** 260 (2007).
 54 שם, בעמ' 261.
 55 שם, בעמ' 267.
 56 שם, בעמ' 261–262.
 57 שם, בעמ' 262.
 58 ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 351.
 59 אהרן ברק **"על משפט, שיפוט וצדק"** משפטים כז 5, 7 (1996).

שיקול דעת משפטי ללא כללים משפטיים וערכים מתחרים, על השופט לפנות לתחושת הצדק שלו.⁶⁰ זמיר, מצידו, נקט גישה חריפה יותר המתנגדת לצדק כמקור עצמאי, וקבע כי עליו תמיד להיות מעוגן על תשתית הדין.⁶¹

פרשת נחמני⁶² הדגימה תפיסות מנוגדות של "צדק": האחת, "דרך הצדק" (מפי השופטים גולדברג וטירקל), שראתה בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה כמקור עצמאי ליצירת פתרון במקרה של "חלל נורמטיבי", ונסמכה על צדק סובייקטיבי.⁶³ השנייה, גישות שדחו את הצדק כמקור עצמאי, וכללו את "דרך הישר" (בך, דורנר, מצא), שראתה בצדק ככלי פרשני גמיש להתאמת הדין הקיים,⁶⁴ ואת "דרך הדין" (שטרסברג-כהן, אור, זמיר, ברק) שהזדהתה עם הדין עצמו והבחינה בין צדק משפטי⁶⁵ – הנאמן ל"נורמות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחירויות הפרט ולשוויון בהפעלה ובמימוש של זכויות אלה ויישום הדין במובנו הרחב...⁶⁶ – ובין צדק מוסרי, המבוסס על "תחושת בטן" או "תחושות סובייקטיביות".⁶⁷ המשותף לשתי הגישות האחרונות הוא ש"צדק" נתפס כעיקרון פנימי הפועל בתוך המערכת המשפטית, ולא כמקור סמכות חיצוני. פרשת נחמני משתקפת בבג"ץ הסבירות שכן השופטים שוב נחלקו למחנות. היו שגורסו שסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה משקף מקור עצמאי לחלוטין ליצירת סמכות לפסילת חוק יסוד, בעוד המחנה השני האמין ש"צדק" לא יכול להיות מקור ליצירת סמכות לפסילת חוק יסוד.

המסקנה שאלה הגיעו שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות באשר לפירוש המונח "צדק" בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה אינה מתיישבת עם תפיסת הצדק השיפוטית או צדק שמונחה דרך הדין. הצדק המשפטי לא היה יכול להוביל למסקנה כי ניתן לגזור מסעיף 15(ג) סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה מכוננת. סעיף 15(ג) מתפקד כנורמה בחוקה הפורמלית של מדינת ישראל. התומכים בפרשנות המרחיבה של "סעד למען הצדק" כמאפשר פסילת הסדרים מכוננים מניחים שתי הנחות: המכונן החליט לקלוט את ערך הצדק לתוך החוקה מכוח סעיף 15(ג); ובית המשפט רשאי לפסול הסדרים מכוננים אם הם מובילים לתוצאה בלתי צודקת בנסיבות העניין.⁶⁸ למעשה, הצדק הופך לעיקרון על חוקתי שממנו ניתן לכאורה לפתור כל קושיה. פרשנות פנטסטית זו משנה את כלל ההכרה במשפט הישראלי, ומעניקה משקל יתר לשיקול אחד על פני שיקולים אחרים, ובראשם שלטון החוק.⁶⁹ שלטון החוק אינו חל רק על הרשות המבצעת והמחוקקת, אלא כובל באותה מידה, את הרשות השופטת עצמה.⁷⁰ לכן, הצדק בסעיף 15(ג) חייב להיות לפי הדין בלבד.⁷¹

כמו כן, שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות הראו חוסר הבחנה בין "צדק" ל"צדק המבוסס על הדין", בדומה לבית המשפט בפרשת סולימאן. השופטים בפרשת סולימאן ביססו את החלטתם על "צדק", תוך התעלמות מהכללים הפוזיטיביים והמנהליים הרלוונטיים המסדירים את רישיונות הצייד. בבג"ץ הסבירות, שופטי הרוב "התעלמו" מכללים ועקרונות בסיסיים במשפט החוקתי בעזרת ה"צדק" בסעיף 15(ג). ניתן לראות מספר קשיים חוקתיים עליהם עמדה השופטת ברק-ארז שלא זכו להתייחסות מצד שופטי הרוב: סעיף 15(ג) אינו מספק מענה למצב שבו התיקון נועד לבטל או לצמצם את הסעיף עצמו,⁷² וכן חוק יסוד המצוי באותו מדרג נורמטיבי כמו חוק יסוד אחר, אינו יכול לשמש עילה לפסילתו (Lex Superior Derogat).

60 שם, בעמ' 8.
61 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 773, 661 (1996).
62 שם.
63 דור הד "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507, 509 (1998). השופט גולדברג הביא את ס' 15(ג) כהצדקה לשיקול שיקולי "צדק" – ראו פרשת נחמני, לעיל ה"ש 61, בפס' 12 לפסק הדין של השופט גולדברג.
64 הד, לעיל ה"ש 63, בעמ' 514–515.
65 שם, בעמ' 517–519.
66 פרשת נחמני, לעיל ה"ש 61, בפס' 32 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן.
67 שם.
68 רייכמן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 731.
69 שם.
70 זמיר "צדק במשפט", לעיל ה"ש 22, בעמ' 17.
71 שם.
72 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

(Legi Inferior), אלא אם נכיר בעיקרון על בסיס העומד מעל חוקי היסוד.⁷³ הסקפטיות של ברק-ארז מובילה אותה להסכים עם עמדתו העקרונית של השופט מינץ שסעיף 15(ג) לא יכול להיות מקור סמכות לבחינת חוקי יסוד, אם כי לא עם התוצאה שאין לבית משפט סמכות להתערב בחוקי יסוד.⁷⁴ ברק-ארז הראתה את הבעייתיות שבטיעון המעגלי להסתמכות על סעיף 15(ג), שכן לא ניתן להשתמש בנורמה קיימת ("סעד למען הצדק") כדי לבטל נורמה המיועדת להחליפה – מצב בלתי אפשרי שבו המשפט לא יוכל להתקדם קדימה ויקפא על שמריו.

קושי דומה בהפיכת סעיף 15(ג) למקור סמכות לביטול חוקי יסוד עלה גם בדיון שהתקיים בהסככת ונותח על ידי רוזיליו, בין אורגד לרוזנאי.⁷⁵ אורגד טען כי אילו הייתה סמכות שכזו, לא היה מקום למהפכה החוקתית.⁷⁶ מנגד, רוזנאי טען כי סעיף 15(ג) אינו רלוונטי למהפכה החוקתית שהתמקדה בזכויות אדם, וסעיף 15(ג) מייצג סטנדרט אחר. אני שותף לגישתו של אורגד שכן אם נכיר בסעיף 15(ג) כמקנה סמכות לפסול חוקי יסוד הרי שלאור המדרג הנורמטיבי ניתן בעזרתו לפסול חוקים רגילים. התוצאה היא שהמהפכה החוקתית הגדולה של שנת 1995 הייתה לא רלוונטית, וסעיף 15(ג) היה תמיד מקור הסמכות הבלעדי – ברי כי פרשנות זו אינה סבירה בעליל.

רוזיליו הסיק מדבריו של רוזנאי כי סעיף 15(ג) עשוי לאפשר בחינת חוקי יסוד בנוגע לסטנדרט "החריגה מסמכות של הרשות המכוננת", להבדיל מסטנדרט של זכויות אדם המעוגנות בפסקת ההגבלה.⁷⁷ לדעתי, אין הצדקה ליצירת דואליות של סטנדרטים. מעבר לסיבה ההיסטורית אותה הצגתי לעיל, חזרנו לקושי נורמטיבי יסודי: נורמה אינה יכולה לשמש כלי לביטול נורמה אחרת המצויה באותו מדרג נורמטיבי. כמו כן, "צדק" הוא מושג שסתום שאינו מעוגן בערכי היסוד המוגדרים של המדינה ("יהודית ודמוקרטית") או בהכרזת העצמאות. פרשנויות מרחיבות של "צדק" הן בדיוק הסכנה שמפניה הזהיר זמיר בשנת 1970 בהקשר של שימוש לא ראוי בסעיף 15(ג).⁷⁸ יש לציין כי גם רוזיליו עצמו טרח לסייג את הפרשנות הגורסת שסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה יתפקד מקור סמכות בלעדי או עיקרי לביטול חוקי יסוד, כמעוררת קשיים פרשניים וחורגת ממטרת תגובתו.⁷⁹

בפרק הבא אטען שלמעשה דעת הרוב לא הסתמכה פוזיטיבית על בסיס סעיף 15(ג). השופטים הניחו כי קיימת מגבלה משתמעת לתיקון החוקה, וסעיף 15(ג) רק שימש כאמצעי לחיזוק "לגיטימיות ההנמקה", אך ללא נפקות משפטית אמיתית.

פרק ג: הפיקציה הפורמלית – הסתמכות על סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה

כאשר בית משפט עומד בפני שאלת תיקון חוקתי שאינו חוקתי עומדות בפניו שלוש קטגוריות להתערבות:

1. **הגבלה מפורשת על תיקון החוק** – גישה פוזיטיביסטית טהורה, שבה קיימת הוראה מפורשת בחוקה שאוסרת על תיקונה, המכונה לעיתים "פסקת נצחיות".⁸⁰ בבג"ץ הסבירות נתפס סעיף 15(ג) כהגבלה "מפורשת" מסוג המשקף ערכים דמוקרטיים.

2. **הגבלה משתמעת על תיקון החוקה** – גישה ביניים שאותה אימצו "בפועל" רוב שופטי בג"ץ הסבירות, ובראשם הנשיאה

73 שם.

74 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

75 פורדקאסט ענייני השעה, לעיל ה"ש 34; רוזיליו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 6.

76 פורדקאסט ענייני השעה, לעיל ה"ש 34.

77 רוזיליו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 6.

78 זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 225–226.

79 רוזיליו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 6.

80 Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers 5–7 (2017).

חיות, שהציגה עמדה פוזיטיביסטית שבה המגבלות על הסמכות המכוננת נמצאות בנתונים החוקתיים הקיימים, ולא בעקרונות משפט הטבע.⁸¹

3. הגבלה "על טבעית" על תיקון החוקה – משפט טבע שבו קיימים עקרונות עליונים המגובשים על מוסר או זכויות טבעיות, העולים על כל נורמה משפטית.⁸² חסיד נלהב של גישה זו היה השופט חשין, שבמספר פסקי דין הכיר בהגבלות על כינון חוקי-יסוד על בסיס עקרונות בסיסיים של משפט הטבע.⁸³

שופטי הרוב שבחרו לראות בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה כמקור סמכות, עיגנו את תפיסתם בגישה הראשונה הנשענת על סעיף "פורמלי" לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. למשל, השופט גרוסקופף קבע כי סעיף 15(ג) משקף עקרונות יסוד של שלטון החוק, הפרדת רשויות ועצמאות שיפוטית, וכי ראוי לפעול מכוחו למניעת הכנסת לחרוג מסמכותה; והשופטת וילנר קבעה כי פועלת מכוחו של סעיף 15(ג) גם כן.⁸⁴ עם זאת, בפועל, רובם נקטו את הגישה השנייה שבמסגרתה זוהו "הנתונים החוקתיים" של מדינת ישראל ששולבו בפרשנות הסעיף. לדוגמה, השופטת וילנר, הציגה פרשנות לפיה ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד אפשרית רק כאשר מדובר בשלילת הזוהות הדמוקרטית או היהודית של המדינה.⁸⁵ נימוק זה מבוסס על דוקטרינה שפותחה על ידי הנשיאה חיות בעניין חוק הלאום,⁸⁶ ותואם את הגישה השנייה בדבר הגבלות משתמעות לחוקה, אך למעשה מכניס אותו מהדלת האחורית של סעיף 15(ג) "כהגבלה מפורשת" לתיקון החוקה.

בהקשר זה מתעוררת השאלה מדוע בחרו השופטים להסתמך על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה כמקור "פורמלי" לסמכותם, במקום להכיר בהגבלה משתמעת באופן מפורש? התשובה מצויה בתפיסה של לגיטימיות ההנמקה ולמעשה פוגעת בה – הנטייה להיאחז בחוק הכתוב כבסיס לגיטימי לפעולת השופטים היא תופעה הגיונית בכך שהיא מעניקה "גושפנקא" של פעילות במסגרת הדין הקיים.⁸⁷ יחד עם זאת, קשה לראות כיצד הנימוק הפורמלי של השופטים "משכנע" ותורם לקבלת ההנמקה המשפטית. סביר להניח כי מי שאינו מכיר בסמכות בית המשפט לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, לא ישתכנע מהטענה כי סמכות זו נובעת מסעיף 15(ג) המעניק סמכות לתת "סעד למען הצדק", הנשענת על בסיס היסטורי ותורת-משפט רעוע. "צדק", כמושג, הוא חמקמק וסובייקטיבי, ואינו מחזק את הלגיטימיות של בית המשפט.⁸⁸ ההרגשה היא שבית המשפט התייחס לצדק כמושג "עמום" וסובייקטיבי, כמעין "תחושה", במקום להבין אותו כמערכת פורמלית של כללים ועקרונות שניתן לנתח באופן שיטתי.⁸⁹

יתרה מזאת, אילו בית המשפט אכן היה מאמין שסעיף 15(ג) ו"הצדק" הם מקור הסמכות לפסילת חוקי-יסוד, היינו מצפים למצוא בפסק הדין ניתוח תורת-משפט מעמיק למושג "צדק". במקום, קיבלנו דיון שדן בזיהוי הנתונים החוקתיים של מדינת ישראל היהודים והדמוקרטים.

לפיכך, ההסתמכות על סעיף 15(ג) נראית כפיקציה מיותרת. עדיף להתמודד עם המציאות כפי שהיא, במקום לחשוש מ"ריק נורמטיבי", כפי שציננה השופטת וילנר ב"דאגה" בפסק דינה שהיא פועלת על בסיס כלל פורמלי.⁹⁰

81 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 21 לפסק הדין של השופט גרוסקופף ובפס' 53 ו-66 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות; ROZNAI, לעיל ה"ש 80, בעמ' 43.
82 שם, בעמ' 71–73.
83 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 725–726 (2006); ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 155 (1996).
84 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 4–5 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
85 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת וילנר.
86 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (אר"ש 8.7.2021).
87 ROZNAI, לעיל ה"ש 80, בעמ' 39.
88 יצחק זמיר "צדק במשפט", לעיל ה"ש 22, בעמ' 8–10.
89 ראו ביקורת של רייכמן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 722 (אשר התייחס לפרשת הפורום לדרכים בנגב, לעיל ה"ש 23).
90 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת וילנר.

פרשנות בית המשפט גם פוגעת בוודאות המשפטית וניצול יעיל של משאבים שיפוטניים. הרחבת הפירוש של "סעד למען הצדק" כך שיכלול ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עלולה לפתוח פתח לעתירות רבות בנושאים מגוונים, בטענה ש"הצדק" שבסעיף 15(ג) יפתור את בעיותיו של כל עותר. לחלופין, הדבר עלול להוביל לתוצאה הפוכה, שבה בית המשפט ישתמש בסעיף 15(ג) כדי ליצור עיוותי דין, כפי שאירע בפרשת סולימאן, כאשר בית המשפט נמנע מהכרעה בסכסוך – והכול בשם הצדק.

מבלי לנקוט עמדה – אשר חורגת מרשימה זאת – בשאלה אם ראוי להציב הגבלות משתמעות לתיקון החוקה, יש לקרוא לילד בשמו: גישה שהשופטת ברק-ארז לא היססה לנקוט; היא זיהתה את הבעייתיות בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, ופנתה לתנאים שהוגדרו בפרשת חסון להחלת ביקורת שיפוטית במקרים קיצוניים,⁹¹ כאשר חוק יסוד שולל את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, מבלי להסתמך על "הסמכה פורמלית".⁹² בכך, הלכה בדרכה של הגישה השנייה, המזהה נתונים חוקתיים המשתמעים מהחוקה כסמכות להגבלת חוקי היסוד.

אם הלכנו כברת דרך זו, והגענו למסקנה כי סעיף 15(ג) יכול לפעול רק במסגרת הדין הקיים ולא ליצור משפט מהותי חדש, מה תפקידו בעולם המשפט? לדידי, תפקידו של סעיף 15(ג), אינו להוות חרב החורגת מגבולות הדין,⁹³ אלא לשמש כלי פרשני. הוא מחייב את השופט שלא להסתפק ביישום טכני של החוק, אלא לחפש באופן אקטיבי את התוצאה הצודקת ביותר **שהדין מאפשר**. הוא אולי קורא ליצירתיות שיפוטית, להפעלת שיקול דעת רחב ולאזון ראוי בין ערכים מתנגשים – אבל, הצדק אינו הופך לאנטי תזה של החוק, אלא למטרת העל שלו, המושגות באמצעות הכלים שהוא עצמו מספק.

סיכום

ברשימה זו יצאתי למסע היסטורי, תאורטי ופרשני בעקבות סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, במטרה לבחון את התפיסה שהפכה אותו למקור סמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. מסע זה הוביל למסקנה חד-משמעית: ההסתמכות על הביטוי "סעד למען הצדק" כמקור סמכות עצמאי לפסילת חקיקה מכוננת, כפי שנעשה על ידי דעת הרוב בבג"ץ הסבירות, נשענת על יסודות רעועים ומהווה חזרה על טעות היסטורית.

כפי שהודגם, מקורו של הסעיף בתקופת המנדט הבריטי, והפרשנות שהוענקה לו במשפט הישראלי נובעת מטעות תרגום מהותית של המונח *administration of justice*. מונח זה, שעניינו ניהול מערכת השפיטה ומתן צווים פררוגטיביים, הפך בטעות למקור סמכות רחב ועמום לפעול בשם "צדק" מוסרי וערכי.

מעבר לכשל ההיסטורי, הראיתי כי רוממות ה"צדק" לדרגת עיקרון על חיצוני לדין מנוגדת לתפיסות תורת-משפטיות מושרשות. היא מערערת את שלטון החוק, שחייב לחול גם על הרשות השופטת, ופותחת פתח לשיקול דעת שיפוטי סובייקטיבי. "צדק" אינו יכול להוות חלופה לדין, אלא עליו לפעול כעיקרון פרשני בתוך מסגרתו.

לבסוף, טענתי כי ההישענות של שופטי הרוב על סעיף 15(ג) הייתה למעשה "פיקציה פורמלית". במקום להכיר בכך שסמכותם נובעת מדוקטרינה של הגבלות משתמעות על הרשות המכוננת, הם בחרו להיאחז בלשון הסעיף כדי להעניק "גושפנקא" חוקתית להחלטתם. מהלך זה, במקום לחזק את לגיטימיות הפסיקה, חושף את חולשת הטיעון ופוגע בוודאות

91 פרשת חסון, לעיל ה"ש 86.

92 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

93 ראו זמיר "צדק במשפט", לעיל ה"ש 22, בעמ' 17, שגרס כי ה"צדק" בסעיף 15(ג) חייב להיות בדין. ראו גם פרשת נחמני, לעיל ה"ש 61, בעמ' 772–773, שם קבע זמיר שאסור ליצר לעשות צדק לגבור על היוצר.

המשפטית.

תפקידו הראוי של סעיף 15(ג) אינו לשמש חרב של "צדק" המונפת מעל החוק, אלא כמצפן פנימי. הוא מחייב את השופט לפרש את הדין הקיים באופן שיביא לתוצאה הצודקת ביותר האפשרית, תוך איזון בין ערכים מתנגשים ושימוש בכלים שהמשפט עצמו מעניק. השבת הצדק למקומו הראוי – ככלי פרשני הפועל במסגרת החוק ולא כמקור סמכות חיצוני לו – חיונית לשמירה על שלטון החוק, על הוודאות המשפטית ועל אמון הציבור במערכת המשפט כולה.