

צדק במשפט

יצחק זמיר*

“צֶדֶק צְדָק תִּרְדֹּף”

דברים טז 20

מאמר זה בוחן את מעמדו של הצדק במערכת המשפט, ובייחוד במשפט המנהלי. הוא מתמקד במעמד הצדק בשני המישורים של המשפט המנהלי: ראשית, במישור ההתנהלות של הרשות המנהלית; ושנית, במישור הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות. המאמר טוען כי הצדק הוזנח בשני המישורים ללא הצדקה. במישור של הרשות המנהלית, הצדק צריך לשמש את הרשות כשיקול ענייני, ולקבל את המשקל הראוי בהליך ההחלטה לפי הנסיבות של כל מקרה, אך נראה כי לא זה מה שקורה בפועל במצב הרגיל. במישור של בית-המשפט, לדעתי מן הראוי לפסוק הלכה שהצדק (או ליתר דיוק – אי-צדק בולט) הוא עילה לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, ואף שיש פסקי-דין אחדים ברוח זו, נראה שעדיין אין זו הלכה.

א. מהו צדק: 1. צדק כערך; 2. הגדרת הצדק; 3. צדק, להבדיל ממשפט. **ב. תפקיד הצדק במשפט:** 1. הצדק כמושג עמום; 2. צדק שאינו סותר את המשפט; 3. הצדק בפירוש החוק וביישומו. **ג. שיקול הצדק בהחלטות מנהליות:** 1. הצדק כשיקול ענייני; 2. הפסיקה של בית-המשפט; 3. התנהלותן של הרשויות המנהליות. **ד. הצדק כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות:** 1. אי-צדק במסגרת עילה קיימת; 2. אי-צדק

* שופט (בדימוס) בית-המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה מתבסס באופן חלקי על דברים שכבר פרסמתי: יצחק זמיר “שיקול הצדק בהחלטות מנהליות” **משפט וממשל** ז 623 (2004); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית, פרק 95 (“אי-צדק”) (2020).

על הערות טובות לכתב-היד, שסייעו בידיי לשפר את המאמר, אני מודה, בראש ובראשונה, לד"ר אלעד אורג, מרצה בקריה האקדמית אונו, אשר קורא ביסודיות ומבקר בתבונה את כתבי-היד שלי זה שנים, וכן לפרופ' אהרן ברק, הנשיא (בדימוס) של בית-המשפט העליון, ולירדן כרמלי, בוגרת בית-הספר למשפטים באוניברסיטת רייכמן. אני מוסיף ומודה גם למערכת **משפט וממשל** על הערות מועילות.

כעילה עצמאית; 3. דוגמה לשימוש בעילת הצדק. ה. סיכום: 1. המישור המנהלי; 2. המישור השיפוטי.

א. מהו צדק

1. צדק כערך

צדק הוא ערך נשגב. הוא אמור להנחות כל אדם, כל חברה, כל מדינה, בכל זמן. אכן, במדינת-ישראל הוא נחשב אחד מערכי-היסוד של המדינה. ההכרזה על הקמת המדינה ("מגילת העצמאות"), אשר בית-המשפט העליון אמר עליה כי היא "מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו",¹ קובעת, בין היתר, כי המדינה "תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל". נביאי ישראל, וחלקים אחרים בתנ"ך, מעלים את הצדק על נס מאות פעמים כתכונה אלוהית וכמצווה אנושית.

צדק, כפועל יוצא מכך, הוא גם אחד מערכי-היסוד של שיטת המשפט. מקובל לומר שהמשפט שואף לצדק. כך בוודאי בחברה דמוקרטית, שנועדה לשרת את האדם, ולכן הצדק הוא אחד מאבני-היסוד של הדמוקרטיה, וגם אחד המבחנים שלה. מכאן שהוא אמור להנחות את כל הרשויות במדינה: את הרשות המחוקקת בקביעת הכללים; את הרשות השופטת בפירושה; ואת הרשות המבצעת ביישומם.²

אכן, כצפוי וכנדרש, בית-המשפט העליון הכיר בצדק כאחד הערכים שביסוד המשפט. הוא אמר: "הציווי העליון [של בית-המשפט הגבוה לצדק] הוא מניעת עוול ועשיית צדק".³ ועוד אמר: "אצלנו, אולי יותר מאשר אצל כל עם אחר, משפט וצדק הם שמות נרדפים, והמושג משפט צדק מושרש עמוק עמוק בתודעת העם".⁴

אולם ההסכמה הרחבה על מעמדו הנכבד של הצדק אינה מגיעה כדי הסכמה רחבה על משמעותו של הצדק. אכן, מהו צדק?

2. הגדרת הצדק

צדק הוא מושג מורכב, שהעסיק אנשי רוח מאז ומתמיד, ובכלל זה את חכמי יוון העתיקה.⁵ אך הוא נותר עד היום מושג עמום ורב משמעויות, ללא הגדרה מוסכמת וללא גבולות ברורים.

1 בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85, 89 (1948).
 2 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 154 (2004): "משטר דמוקרטי מבוסס על צדק... הצדק הוא מטרת המשפט. הצדק הוא אמת מידה להערכת המשפט".
 3 בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד (1) 362, 337 (1970).
 4 ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח (2) 89, 96 (1974).
 5 רבים דנו וכתבו על מהות הצדק, מימי קדם ועד היום. ראו, בין היתר, חיים פרלמן על הצדק: מסות על המוסר ועל המשפט (1981); חיים ה' כהן המשפט 19, 83, 88 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת 1996); אהרן ברק "על משפט, שיפוט וצדק" מבחר כתבים כך א

יש המדברים על צדק אנושי, שיכול להיות צדק פרטי או צדק כללי, ויש המאמינים בצדק אלוהי. יש צדק מחלק ויש צדק מתקן. יש גם צדק דיוני ולצידו צדק מהותי. אכן, כל אלה – ומושגים נוספים – הם היבטים של צדק או חלק מן הצדק. אך צדק הוא מושג רחב יותר: הוא כולל את כל אלה ויותר מאלה.

יש האומרים שצדק הוא מוסר. אולם אם כך, מהו מוסר? יש הסוברים כי צדק הוא הגינות. אך הגינות מהי? יש גם טענה שצדק הוא שוויון. אבל גם שוויון הוא מושג עמום, רב-משמעי, ללא הגדרה מוסכמת. לכן, גם אם נאמר, למשל, כי צדק הוא מוסר, עדיין לא תהיה בכך הגדרה של צדק. מכל מקום, צדק אינו מוסר, ואף לא הגינות או שוויון. הוא מושג שונה ונפרד מכל אחד מהמושגים האלה. הוא שונה ונפרד מהם, ועם זאת קשה למתוח קו גבול ברור שיבדיל ביניהם. כך, בין היתר, משום שקיימת מידה של חפיפה בין צדק לבין כל אחד מהם. אולם תהיה משמעותו של הצדק אשר תהיה, ויהיה היחס בין הצדק לבין מושגים אחרים אשר יהיה, ברור כי לצדק יש זכות קיום כמושג בפני עצמו.

זאת ועוד, משמעות הצדק עשויה להשתנות מאדם לאדם, מהקשר להקשר, ואף מזמן לזמן. לכן הצדק אינו ניתן להגדרה קבועה ומוסכמת. השופט חיים כהן אמר עליו כך: "חוש-הצדק שונה מאדם לאדם; ומכאן גם שהצדק אינו מדע שניתן לגלותו או להגדירו: תכונת-הנפש הוא; והעובדה שיפה ואנושית היא, אינה מקלה על הגדרתה – משל ליופי שבסימפונייה של בטהובן או של קתדרלה גותית שאי-אתה יכול להוכיחן".⁶ כך בכל התחומים – בתחום היחסים שבין אדם לאדם, בתחום היחסים שבין אדם למדינה ובכל תחום אחר, לרבות תחום המשפט: הצדק עשוי להיות בעל משמעות שונה בכל תחום בהתאם למאפייניו.

דעה רווחת היא שבכל תחום הצדק מבטא במידה רבה התייחסות סובייקטיבית, שונה מאדם לאדם, לפי האישיות המיוחדת והתחושה האישית של כל אדם. המשפט, כנגד זאת, בנוי בעיקר על כללים אובייקטיביים, משותפים לציבור רחב. יש בכך כדי ליצור מתח בין משפט לבין צדק. ברוח זו כתבתי באחד מפסקי-הדין כך:

במשפט, לכל הפחות, יש כללים קודמים, ואף אם לעתים הם מעורפלים וגמישים, יש בהם מידה רבה של אובייקטיביות. הצדק, לעומת זאת, הוא שדה פרוץ, שכל אחד הולך בו בכיוון שנראה לו, בעיניים סובייקטיביות, בלא סימני דרך ובלא תמרורים.⁷

741 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000); יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 59 (מהדורה שנייה 2019); דפנה ברק-ארז **מחשבות על שפיטה** פרק 1 ("שפיטה וצדק") 14 (2022).

6 כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 84.

7 דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, 786 (1996). בפסק-דין זה, שעסק בשאלת זכותו של כל אחד מבני-זוג, לאחר פרידתם, על ביציות שהופרו בהפריה חוץ-גופית, כתבתי דברים אלו לאחר שראיתי כי חוש הצדק של השופטים מוביל אותם בכיוונים שונים ואף מנוגדים. ראו גם את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 694 ו-696:

אמירה זו לא הייתה מקובלת על פרופ' דני סטטמן מן החוג לפילוסופיה באוניברסיטת חיפה, אשר כתב כי "אמירות ספקניות מעין אלה לגבי טבעו של הצדק ולגבי ההבדל בין הצדק למשפט נשמעות גם מפי שופטים אחרים של בית-המשפט העליון". סטטמן טוען כי בפועל המשפט אינו פרוץ פחות מן הצדק, ומוסיף כי בכל מקרה ראוי ואפשר לפתח טיעונים פילוסופיים-מוסריים שִׁראו, לגופו של העניין הנדון, מדוע הכרעה מסוימת מתקבלת על הדעת מבחינה מוסרית ולכן אף עדיפה על הכרעה אחרת. הוא מסכם כי "האמירה שהצדק הוא שדה פרוץ" (או אמירה ספקנית דומה) "אינה נכונה, אינה נחוצה, והיא בעלת פוטנציאל חינוכי מזיק".⁸

כך או כך, וגם אם הצדק הוא שדה פרוץ, ברור שהוא אינו רעיון ערטילאי, אלא ערך ממשי, שיש לו גם תפקיד מעשי בהנחיה ובביקורת של כל התנהגות אנושית. אומנם הוא ערך עמום, אך הוא אינו עמום יותר או מעשי פחות מערכים אחרים שמקובל לראותם – גם בתחום המשפט – כמנחים התנהגות אנושית, כגון תום-לב, סבירות, הגינות או תקנת הציבור.

זאת ועוד, המחלוקת האופפת את הגדרת הצדק אינה שומטת את המכנה המשותף לכל תפיסות הצדק. שהרי הכל מסכימים כי ראוי לנהוג בצדק, ויש נסיבות שבהן תהיה הסכמה רחבה בכל ציבור שהתנהגות מסוימת גורמת אי-צדק (או לשון אחר – עוול בולט) ולכן היא פסולה. אכן, אין ספק שהצדק, תהיה משמעותו אשר תהיה, הוא ערך קיים וחשוב בחייו של כל אדם בכל חברה ובכל תחום, ובכלל זה בתחום המשפט.

3. צדק, להבדיל ממשפט

הצדק ניצב בליבת המשפט; המשפט שואף לצדק, ונראה שבדרך-כלל בית-המשפט גם מצליח לעשות צדק, אם כי (למרבה הצער) לא תמיד, שכן משפט וצדק הם מושגים נפרדים ושונים. קיים פער בין הצדק לבין המשפט. כך הדבר, לא אחת, משום שהצדק מבקש להשיג התנהגות ראויה, ואילו המשפט אינו מסתפק בכך, אלא מבקש להשיג גם ביטחון לאומי, סדר ציבורי, רווחה חברתית ואינטרסים ציבוריים נוספים.

המשפט מבקש לקדם גם ערכי-יסוד – למשל, ערכי הדמוקרטיה. ערכים אלו נחשבים גם תכליות כלליות של החוקים.⁹ אך לעיתים קרובות קיימת התנגשות בין תכליות אלו, והמשפט נדרש לאזן ביניהן. האיזון עשוי לחייב פשרה בין התכליות, ולעיתים אף ויתור

⁸ "לצדק פנים רבות ותכנים רבים: חברתי, אישי, פוליטי, מדיני, כלכלי, משפטי ועוד. יש הרואים בצדק האנושי ניסיון לחקות את הצדק האלוהי... יש הרואים בשוויון את התמצותו של הצדק... חוש הצדק הסובייקטיבי של השופט מנחה את שיקול-דעתו השיפוטית להשגת צדק משפטי, המהווה חלק אינטגרלי של המשפט". ראו עוד תפיסות שונות של מושג הצדק בדעותיהם של שופטים אחרים בפסק-דין זה.

⁸ דני סטטמן "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון" **מחקרי משפט** יט 569, 569, 590 (2003).

⁹ ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית 3471 (2020) (להלן: **זמיר עילות הביקורת המשפטית**).

על תכלית מסוימת (אם כי על-פי-רוב באופן חלקי בלבד). אכן, אין תכלית מוחלטת, כשם שאין מושג, ערך או זכות מוחלטת. כולם יחסיים. גם הצדק. לכן אפשר שכלל משפטי שנועד להשיג תכליות מסוימות, כגון ביטחון או רווחה, לא יענה על דרישת הצדק באופן מלא, ואולי אף כלל לא. ברור אפוא כי במציאות החיים הצדק האנושי, הנדרש להתמודד עם ערכים אחרים ועם אינטרסים שונים, הוא צדק מוגבל.¹⁰

לדוגמה, החוק המסמיך את שר הביטחון להורות על מעצר מנהלי של אדם מבלי להודיע לו על מה ולמה, ואף מבלי להגביל את תקופת המעצר, נוצר כדי להגן על בטחון המדינה, וטובת הכלל היא ההצדקה שלו, אך הוא עלול לגרום אי-צדק במקרה פרטי. אומנם, החוק מבקש לצמצם את הפגיעה בצדק, ולכן הוא מחייב ביקורת שיפוטית רחבה והדוקה על צו המעצר, אך הוא משלים עדיין עם אפשרות של אי-צדק במקרה מסוים. בהתאם לכך אפשר אולי לומר כי הצדק מבקש התנהגות ראויה, אך המשפט מסייג את הצדק ומסתפק בהתנהגות שהיא ראויה לאור נסיבותיו של המקרה הנדון, גם אם היא אינה מגיעה כדי צדק מלא.

המשפט משלים עם מידה של אי-צדק גם משום שעל-פי מהותו הוא קובע כלל רחב, לסוג של בני-אדם או לסוג של מצבים, אך בכל סוג כזה יש גם יוצאים מן הכלל, כלומר, בני-אדם או מצבים שחורגים מן הדפוס הרגיל, ואשר עשויים להיות שונים מאוד זה מזה. מי שיוצר את הכלל מבקש להבטיח צדק במקרה הרגיל, המאפיין את הסוג, והוא מסוגל לעשות זאת. אך בדרך-כלל הוא אינו מכיר את כל היוצאים מן הכלל, הקיימים והאפשריים, ומכל מקום אין הוא מסוגל מבחינה מעשית לקבוע הסדרים רבים ושונים עד כדי כך שיבטיחו צדק גם לכל אחד ואחד מקרב היוצאים מן הכלל, שכן אין לדבר סוף. בהתאם לכך אפשר לומר כי הכלל המשפטי מסוגל לקבוע הסדר המבטיח צדק ממוצע, כלומר צדק במקרה הרגיל, וכי עליו להשלים עם האפשרות שהסדר זה לא יבטיח צדק בכל מקרה יוצא-דופן. אמרו מעתה: הכלל המשפטי אינו מסוגל, מעצם היותו כללי, להבטיח צדק בכל מקרה פרטי.¹¹

לא זאת אף זאת, הכלל המשפטי מסוגל לקבוע הסדר ראוי ואף צודק במצב הקיים, הוא המצב המוכר, ואולי גם במצב צפוי. אולם לא אחת נוצר מצב בלתי-צפוי, עקב שינויים בתנאי החיים או בגלל אירוע בלתי-צפוי, ותוצאה אפשרית היא שהכלל הקיים לא יהלום את המצב החדש, ולכן עלול לגרום אי-צדק במקרה מסוים.

10 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 3 לפסק-הדין של השופט סולברג (נבו 27.5.2020): "רבות נכתב על פשר הכפילות 'צדק צדק תרדוף' (דברים טז, כ). בהתבסס על פירושו של הרמב"ן, אמר הגר"ד סולוביצ'יק דצ"ל (כך שמעתי מפי נכדו, הרב משה ליכטנשטיין). שיש צדק מוחלט, טהור, שמיימי; ויש צדק ארצי, אנושי. הצדק הראשון זורח בטהרתו, אינו מתחשב באילוצי שעת-דחק, חולשות אנושיות, פוליטיקה, כלכלה וחברה; זהו צדק מושלם. הצדק השני מוגבל באילוצי המציאות החומרית, במגע עם העולם האנושי, ושלא צרכי גוף ונפש של היצור קצר-הימים ושבע-הרוגז; הצדק האנושי אנוס להסתפק בפחות".

11 עניין נחמני, לעיל ה"ש 7, בעמ' 786 (השופט זמיר): "אפשר שהדרך המובילה אל הצדק הכללי תגרום אי-צדק במקרה האישי".

ההבדל בין משפט לבין צדק מעורר את השאלה מהו תפקיד הצדק במסגרת המשפט.

ב. תפקיד הצדק במשפט

שאלת התפקיד שהצדק ממלא במסגרת המשפט, על-אף היותה מעניינת וחשובה, הוזנחה כל השנים. הספרות המקצועית בענפי המשפט השונים אינה דנה בה כמעט. די בעיון בתוכן העניינים של ספרי משפט ללמדנו כי בדרך-כלל הצדק אינו נוכח (או כמעט אינו נוכח) בהם, כאילו אין הוא קיים. גם בפסיקה, לרבות זו של בית-המשפט העליון, נוכחותו של הצדק דלה מאוד: רק לעיתים רחוקות פסק-הדין מדבר על צדק כשיקול בהכרעת הדין. אכן, על פני הדברים, לפי תמונת המצב העולה מן הספרות והפסיקה, ככל שהצדק קיים, הוא מסתתר מאחורי הקלעים, ולכן גם אין לדעת עד כמה הוא משפיע. הרושם המתקבל הוא שלצדק אין לכאורה תפקיד משמעותי במסגרת המשפט. אך זאת תמונה מטעה. להלכה ולמעשה הצדק ממלא תפקיד מרכזי במסגרת המשפט. בהתאם לכך, ולנוכח החשיבות החברתית של הצדק, ראוי לשנות את תמונת המצב: ראוי שבית-המשפט, ובעקבותיו גם הספרות המשפטית, ייתנו ביטוי מפורש לתפקיד שהצדק אמור למלא – ואף ממלא בפועל – בעשיית משפט. לצורך זה יש להציג את הצדק בקדמת הבמה, ולתת לו, באופן בולט, את המעמד הנכבד שהוא ראוי לו.

1. הצדק כמושג עמום

מכשול כבד מונח על דרכו של הצדק אל המעמד הנכבד שהוא ראוי לו במשפט: העובדה שהצדק הוא מושג עמום, בשעה שהמשפט שואף להיות ודאי, ברור ומדויק. אכן, הצדק משתייך למשפחה של מושגים עמומים, שמקובל לקרוא להם גם מושגי-שסתום. כאלה הם, לדוגמה, תום-הלב, המוסר, תקנת הציבור והסבירות. עמימותם של המושגים הללו היא כמובן חיסרון בתחום המשפט, אולם כנגד זאת יש להם גם יתרון: "הם מעניקים גמישות לשיטת המשפט. בעזרת מושגי השסתום שיטת המשפט מצליחה להתאים עצמה לצרכים המשתנים, ועם זאת להישאר נאמנה לעצמה. החקיקה והמשפט המקובל גם יחד משתמשים במונחי השסתום כדי למנוע קיפאון במשפט וכדי להתאים את המשפט לתנאים המשתנים"¹².

12 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 248. על מושגי-שסתום ראו עוד שם, בפרק התשיעי כולו, המוקדש להם. ראו גם ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 496 (1997) (השופט זמיר): "לא בכדי בחר המחוקק, בעניין הנדון, ביטוי עמום, שאין לו צורה ואין לו מידה, כמו 'נסיבות אחרות'. הביטוי הזה נולד עמום על-מנת שיישאר עמום. הוא נמנה על משפחה של ביטויים עמומים, כמו צדק, מוסר, תקנת הציבור, סבירות, משמעת, קלון ועוד. יש הקוראים להם בשם מושגי שסתום. העמימות של ביטויים אלה היא טעם החיים שלהם. הם אמורים לרחף, בלתי מוגדרים, מעל הכללים. אסור לקצץ את כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כלל נוקשה. כלל כזה עלול להרוג אותם".

לכן מערכת המשפט משתמשת במושגי-שסתום. אפשר אפילו לומר שמושגי-השסתום חיוניים למערכת המשפט. צריך אומנם לרסן אותם, כדי שלא יתפרעו, אך הניסיון הממושך מלמד כי בית-המשפט יודע – ואף מצליח – להשתמש בהם באופן זהיר ובמידה הראויה. בפועל אף לא אחד ממושגי-השסתום יצא מכלל שליטה של בית-המשפט.

אכן, היתרון של מושגי-השסתום גובר על החיסרון שלהם. לכן גם המחוקק עושה בהם שימוש בהקשרים שונים. כך, לדוגמה, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, קובע (בסעיף 12(א)) כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב", והוא מוסיף וקובע (בסעיף 30) כי חוזה יהיה בטל אם כריתתו, תוכנו או מטרתו הם "בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור".

כך גם לגבי הצדק. הנה, לדוגמה, עניינים אחדים מסוגים שונים שבהם שילב המחוקק את הצדק בלשון מפורשת בכלל משפטי: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970, קובע (בסעיף 3) כי הנפגע מהפרת חוזה זכאי לאכיפת החוזה זולת אם, בין היתר, "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין"; חוק החוזים (חלק כללי) קובע (בסעיף 14(ב)) כי בנסיבות מסוימות, שבהן אדם התקשר בחוזה עקב טעות, בית-המשפט רשאי לבטל את החוזה "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת"; חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב–1972, קובע (בסעיף 132(א)) כי "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות הענין לא יהיה זה צודק לתתו"; חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט–1979, קובע חובת השבה של נכס שהתקבל לא על-פי זכות שבדין, אך בית-המשפט רשאי (לפי סעיף 2) לפטור מחובת השבה זו, בין היתר, אם "ראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת"; חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, קובע (בסעיף 149) כי לאחר תחילתו של משפט פלילי רשאי הנאשם להעלות טענה מקדמית, בין היתר, כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"; וחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965, קובע (בסעיף 200) פטור מתשלום פיצויים בגין פגיעה בקרקע על-ידי תוכנית מתאר אם הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר "ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים".

כמו-כן, בכל שאלה שאין עליה תשובה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה, ולכן על השופט עצמו להמציא לה את התשובה, חובה עליו לתת תשובה שעולה בקנה אחד עם ערך הצדק, ככל שניתן וראוי בנסיבות הענין הנדון. כך גם קובע חוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, האומר (בסעיף 1) כי במקרה כזה על בית-המשפט להכריע בדין בדרך של היקש או "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".

תפקיד הצדק במשפט בא לידי ביטוי מפורש (וחשוב) בחיקוקים המסדירים את סדרי הדין בבית-המשפט. חוק סדר הדין הפלילי קובע (בסעיף 3) כי "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק". הוראה דומה נקבעה בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018. במסגרת חלק א

לתקנות, הקובע את עקרונות-היסוד, תקנה 1 אומרת כי המטרות המפורטות בה נקבעו "כדי להגיע לחקר האמת, ולהשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך". בדומה לכך, תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, קובעת כי "בכל ענין שלא נקבע בתקנות אלה רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, אם ראה צורך בכך לעשיית צדק, לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית משפט מחוזי". הוראות דומות נקבעו בתקנה 21 לגי לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, ובסעיף 20 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992.

הוראות אלו מתייחסות לצדק בסדר הדין, כלומר לצדק דיוני, ולא לצדק בהכרעת הדין, כלומר לצדק מהותי. אומנם, כאמור, בחוקים מסוימים המסדירים עניינים מסוימים יש גם הוראות המתייחסות לצדק המהותי. אך אין הוראה כזאת בעלת תחולה כללית בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.¹³ לדעתי, חבל שאין.¹⁴ עם זאת, גם בהעדר הוראה מפורשת בחוק, אין ספק שבית-המשפט מחויב לשאוף לעשיית צדק גם בהכרעת הדין. אכן, מאחר שמוסכם כי הצדק הוא אחד מערכי-היסוד של המדינה, ומאחר שהשופט מתחייב בהצהרת האמונים שלו לשפוט משפט צדק, חובה עליו לטפח ערך זה.

בכל אחד מן החוקים המחייבים בלשון מפורשת התחשבות בצדק עשויה להיות לצדק משמעות שונה – בכל חוק לפי מהות העניין המוסדר בו. כך, לדוגמה, ברור כי משמעות הצדק כטענה מקדמית בהליך פלילי שונה ממשמעות הצדק כטענה נגד אכיפת חוזה. בכל חוק כזה המחוקק סומך – אין לו בררה אחרת – על חוש הצדק של השופט. אולם השופט אינו רשאי ליישם את הצדק בעניין מסוים ככל שיעלה הרצון מלפניו, על-פי נטייה אישית, אלא הוא חייב ליישמו – כפי שהוא חייב לעשות בכל עניין שבו הוא מפעיל שיקול-דעת – על-פי תכלית החוק ונסיבות העניין. שיקול-הדעת של השופט

13 יש לכך חריג: חוק בתי המשפט קובע בס' 31(א) אפשרות שבית-המשפט העליון יחליט לקיים משפט חוזר בעניין פלילי, ואחת העילות לקיום משפט חוזר היא ש"נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין", כלומר, אי-צדק. כנגד זאת, ס' 30 לחוק זה, הקובע אפשרות לקיום דיון נוסף (בהרכב מורחב) בכל פסק-דין של בית-המשפט העליון, מגביל אפשרות זו למקרה שבו "מפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין, יש לדעתם [של נשיא בית המשפט העליון או של שופט אחר או שופטים שיקבע לכך], מקום לדיון נוסף", מבלי לציין אי-צדק כאחת העילות לקיום דיון נוסף. האם יש הצדקה להבחנה זו בין משפט חוזר לבין דיון נוסף?

14 עם זאת, להשלמת התמונה יש לציין את ההלכה הנוהגת לגבי מתן רשות להגיש ערעור לבית-המשפט העליון על פסק-דין שבית-המשפט המחוזי נתן בערעור על פסק-דין של בית-משפט השלום. ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט, הקובע כי ערעור כזה (כלומר, ערעור שני) טעון רשות מבית-המשפט, אינו מציין את השיקולים שינחו את בית-המשפט בעניין זה. אולם ההלכה קובעת מה הם שיקולים אלו. ראו, לדוגמה, בר"ם 1114/14 יוסף נ' עיריית באר שבע, פס' 13 (נבו 13.4.2014): "כידוע, רשות ערעור בגלגול שלישי" בהליך שהחל בערכאה שיפוטית תינתן רק מקום בו מתעוררת שאלה כללית החורגת מעניינם של הצדדים, או כאשר הימנעות ממתן רשות ערעור תגרום למבקש עיוות דין חמור", כלומר, אי-צדק.

אמור להיות אובייקטיבי ככל האפשר.¹⁵ כך לגבי כל אחד ממושגי-השסתום, ובכלל זה, כמובן, גם הצדק. בהתאם לכך, משמעותו של מושג כזה בהקשר מסוים, למשל בתביעה לאכיפת חוזה, מתגבשת לאיטה ממקרה למקרה, בתהליך הרגיל של המשפט המקובל, והיא נעשית בהדרגה עמומה פחות וודאית יותר, וכפועל יוצא מכך גם סובייקטיבית פחות ואובייקטיבית יותר. אפשר לומר שזהו תהליך משפטיזציה של מושגי-השסתום. כך קרה, לדוגמה, למושג תום-הלב בדיני החוזים ולמושג הסבירות בדיני המנהל הציבורי: משמעותם גובשה במידה ניכרת בתהליך ממושך באמצעות הלכות שנפסקו על-ידי בית-המשפט.¹⁶ כך קרה, ועוד יקרה, גם למושג הצדק. כפי שהסביר פרופ' יצחק אנגלרד:

נוכח יחסיותו של מושג הצדק מבחינת מהותו, הפניה סתמית כזו [של המשפט לצדק] כרוכה בבעייתיות של ממש: היא מעמידה לפני בית המשפט את הקושי הניכר למלא את מושג הצדק בתוכן בעל משמעות אובייקטיבית. השאיפה לאובייקטיביות וליציבות מביאה את בית המשפט לקביעת כללים שידריכו אותו בהפעלת שיקול הדעת שלו, והתוצאה היא שלאחר זמן-מה נבלע מושג הצדק הסתמי במערכת של כללים קבועים, שאותם לא ידע המחוקק או לא רצה לקבוע בעצמו.¹⁷

אכן, הלכה למעשה, גם מושג הצדק, כמו מושגים עמומים אחרים, נהיה במשך הזמן עמום פחות, אובייקטיבי יותר וצפוי יותר. כך קרה, לדוגמה, למשמעותו של הצדק כטענה מקדמית בהליך פלילי: ההגנה מן הצדק בהליך כזה מוסדרת כיום במידה רבה על-ידי מערכת של כללים.¹⁸

עם זאת, גם הצדק, כמו מושגים עמומים אחרים, שומר עדיין על מידה של סובייקטיביות – בהקשרים מסוימים יותר ובהקשרים אחרים פחות, לפי התפתחות המשפט בכל הקשר. כפי שנאמר באחד מפסקי-הדין לגבי משמעותו של הצדק בחוק עשיית עושר ולא במשפט, אשר קובע (בסעיף 2) כי בית-המשפט רשאי לפטור מחובת השבה של נכס, בין היתר, אם "ראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת":

15 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 249: "מושגי השסתום אינם כחומר ביד היוצר. השופט אינו חופשי לעשות בהם כרצונו. גם כשיש לו שיקול דעת באשר להפעלתם, זהו תמיד שיקול דעת מוגבל".

16 על תום-הלב בדיני החוזים ראו גבריאלה שלו דיני חוזים 37 (מהדורה שנייה התשנ"ה); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 85 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים – החלק הכללי). על הסבירות בדיני המנהל הציבורי ראו זמיר עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3547 ו-3849.

17 יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 109 (מהדורה שנייה 2019).

18 ראו ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (מהדורה שלישית 2021). על משמעות הצדק בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 196–197 ו-557–555; שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 289–291.

מקובל לומר כי הצדק, כשהוא מנחה שופט, אינו צדק אישי אלא צדק כללי, כלומר לא צדק סובייקטיבי אלא צדק אובייקטיבי, המשקף עמדות רווחות בציבור. אכן, כך להלכה, אך למעשה אין הבחנה חדה בין השניים. הצדק המנחה שופט הוא, במקרה הטוב, ניסיון אישי לראות את הכללי, כלומר עמדות רווחות בציבור כפי שהן נראות בעיני השופט. אולם, לעתים מזומנות אין השופט יודע, ואף אינו יכול לברר, מה הן העמדות הרווחות בציבור במקרה הנדון. במקרה כזה הצדק הסובייקטיבי הוא בהכרח גם הצדק האובייקטיבי, והיו לאחד.¹⁹

אך גם כך, גם אם בהקשרים שונים הצדק נותר עמום, עצם שדרוגו ממעמד של ערך למעמד של כלל, כפי שנעשה בחוקים אלו, מקדם את שיטת המשפט: עצם חיזוקו של הצדק מבחינה משפטית תורם למימוש ערכי-היסוד של המדינה.

2. צדק שאינו סותר את המשפט

המשפט שואף לצדק, וכך גם השופט: כל שופט מתחייב בהצהרת האמונים שלו, בשעה שהוא מתמנה לכהן כשופט, "לשפוט משפט צדק".²⁰ מה המשמעות של משפט צדק? השאלה מתעוררת בעיקר במקרה שבו נוצר מתח, אולי אפילו ניגוד, בין המשפט לבין הצדק. לדוגמה, חוק העונשין קובע כי אדם שהורשע בעברה מסוימת דינו מאסר לתקופה מסוימת, למשל מאסר שלא יפחת משנה, אך הצדק אומר כי בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון עונש כזה לא יהיה צודק. דוגמה נוספת: חוק הביטוח הלאומי קובע כי המוסד לביטוח לאומי לא ישלם קצבה מסוימת אלא לתושב ישראל, אך הצדק אומר כי בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון ראוי שהמוסד ישלם קצבה כזאת לתובע שהוא תושב ישראל בפועל אך לא באופן רשמי. האם במקרה כזה השופט רשאי לעשות צדק בניגוד למשפט? התשובה שלילית: חובת השופט לשפוט משפט צדק דורשת ממנו לעשות צדק במסגרת המשפט, ולא בניגוד למשפט. המשפט קובע כי בכל מקרה שבו קיים ניגוד בין הצדק לבין המשפט, יד המשפט על העליונה: חובת השופט היא לעשות צדק ככל שהמשפט מאפשר זאת.

האם זהו כלל נוקשה? השאלה התעוררה בבית-המשפט בשנת 2003 בעניין **הפורום לדו-קיום בנגב**.²¹ בעניין זה פנתה עמותת ציבורית לבג"ץ בבקשה שיוציא צו-ביניים המחייב את משרד התשתיות להקים גשרון מעל נחל בנגב אשר בתקופת הגשמים

19 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביונים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 490 (1998) (השופט זמיר).

20 חוק-יסוד: השפיטה, ס' 6. ס' 4 לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, חוזר וקובע אף הוא כי "שופט ישמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ישפוט משפט צדק, לא יטה משפט ולא יכיר פנים".

21 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) (להלן: עניין הפורום לדו-קיום בנגב).

התמלא במים וסיכן ילדים מן הפזורה הבדווית בדרכם לבית-הספר. המדינה הודיעה לבית-המשפט כי היא מכירה בצורך להקים את הגשרון, אך אין לה סמכות להקימו בהעדר תוכנית מתאר לפי חוק התכנון והבניה. לכן ביקשה המדינה לדחות את הקמת הגשרון לתקופה של חודשים אחדים, עד שתאושר תוכנית מתאר והמדינה תוכל להקימו מבלי להפר את החוק. בית-המשפט דחה את טענת המדינה, וציווה עליה להקים את הגשרון בזמן הקצר ביותר האפשרי. השופט מצא אמר:

...מדובר במצב "קפקאי" ממש, אשר אמנם זועק לשמים. ילדים רכים בשנים נדרשים לסכן את חייהם על-מנת להגיע לבית הספר הממלכתי, שהוקם בקירבת בתיהם על-ידי מדינת ישראל, או לחלופין להימנע מלהגיע לבית הספר בימי הגשמים.²²

אך כיצד ניתן להשלים עם פעולה של רשות מנהלית בניגוד לחוק? בית-המשפט הסתמך על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, המקנה לבג"ץ סמכות רחבה לדון בעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". וכך אמר השופט מצא:

מעמדה הנורמטיבי של הוראה זו הוא מעמד חוקתי על-חוקי... עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית... אלא גם בדיני הסעד המהותי... אמנם, ככלל, יירתע בית-המשפט הגבוה לצדק מלהעניק, מכוחו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, סעד אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, אף אם מעמדו הנורמטיבי נמוך יותר. ואולם בנסיבות חריגות ויוצאות-דופן, כאשר המקרה "זועק לשמים", ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו "סעד למען הצדק", לא מן הנמנע כי בית-המשפט יזקק לסמכות "בלתי קונבנציונלית" זו.²³

האם זאת ההלכה כיום? לדעתי, לא.²⁴ סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה מסמיך את בג"ץ לדון בכל עניין שהוא רואה צורך לתת בו סעד למען הצדק, וברור שהוא מסמיך את בג"ץ גם לתת סעד בעניין שהוא דן בו. אך סעיף זה אינו אומר במפורש – ואין כל הצדקה לקבוע שהוא אומר במשתמע – כי בג"ץ מוסמך גם לתת סעד בלתי-חוקי בעניין כזה. להפך, העיקרון של שלטון החוק, המחייב ציות לחוק, אינו מוגבל רק לכל אדם ולכל רשות מנהלית, אלא הוא מחייב גם (ואפשר לומר בגדר קל וחומר) את בית-

22 שם, בעמ' 107.

23 שם, בעמ' 106. על פסק-דין זה ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305 (2003); נויה רימלט "בית-המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל ו 311 (2003); אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד" משפטים לז 701 (2007).

24 אך ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 275 (מהדורה שישית 2005). לדעתם, על יסוד פסק-דין זה, "ההלכה היא כי מכות סמכותו זו עשוי בית המשפט במקרים חריגים לחייב את רשויות השלטון לפעול בניגוד לחוק אם כך נחוץ כדי למנוע פגיעה קשה באינטרסים חשובים".

המשפט. בהתאם לכך, בית-משפט, לרבות בג"ץ, מוסמך לתת סעד רק במסגרת המשפט: זאת מהות המשפט, ולכן זאת גם מגבלה החלה על כל בית-משפט: תפקידו של בית-משפט לפסוק על-פי המשפט, ולא בניגוד למשפט.²⁵

אכן, אם לבית-המשפט תוקנה סמכות לצוות על רשות מנהלית לפעול בניגוד לחוק, ולו רק "בנסיבות חריגות ויוצאות-דופן" או במקרה "זועק לשמים", הדעת נותנת שסמכות כזאת תוקנה גם לכל רשות מנהלית, אף מבלי להמתין לצו של בית-המשפט. וכי סביר שרשות מנהלית הנקלעת למקרה כזה, כגון מקרה של סכנת חיים לילדים, תהיה חייבת להמתין עד שתוגש עתירה לבג"ץ ובית-המשפט יתפנה לדון ולהכריע בה? סביר לומר שאם המשפט אכן מאפשר לרשות לפעול בניגוד לחוק, אזי יש לרשות סמכות – ואולי אף מוטלת עליה חובה – לפעול במקרה כזה במהירות, מבלי להמתין להכרעת בית-המשפט בעתירה שתוגש, אם תוגש, וזאת כדי למנוע סכנת חיים או פגיעה קשה אחרת באדם או בציבור. אולם, כנגד זאת, האם ראוי לסמוך על שיקול-הדעת של כל רשות מנהלית שתדע להגביל את עצמה ולא תפעל בניגוד לחוק אלא רק במקרה שאכן "זועק לשמים"? לדעתי, התשובה שלילית: סמכות כזאת, אם תוקנה לרשויות המנהליות, תהיה מדרון חלקלק, והיא טומנת בחובה סכנה גדולה לעיקרון של שלטון החוק.²⁶

לכן אין מקום להלכה שבית-המשפט מוסמך לצוות על רשות מנהלית – או על כל אדם או גוף אחר – לפעול בניגוד לחוק. לדעתי, כך גם יש לראות את פסק-הדין בעניין הפורום לדר-קיום בנגב: הוא אינו קובע הלכה כזאת, וראוי לראותו כמקרה חד-פעמי, ולא כתקדים. ראשית, יש לזכור שהוא ניתן על-ידי שופט אחד במסגרת בקשה לצר-ביניים. שנית, וחשוב יותר, נראה שמאז ניתן פסק-הדין, זה עשרים שנה, הוא לא אומץ על-ידי בית-המשפט בשום מקרה נוסף. אמרו מעתה: בית-המשפט אמור לעשות צדק, אך רק במסגרת המשפט. וכך הצגתי את דעתי באחד מפסקי-הדין:

אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי. יוצרי זה הדין. שבית המשפט לא נוצר, ואינו קיים, אלא מכוח הדין, ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין. יצרי זה הצדק. שבית המשפט מבקש, בכל נפשו ובכל מאו, לעשות צדק. אוי לשופט אם עשה דין ללא צדק, ואוי לו אם עשה צדק ללא דין. אשרי

25 ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1221 (1962) (הנשיא אולשן): "...יש כלל יסודי המגביל את הסמכות הזאת [כלומר, את סמכות בג"ץ לדון בעניין כאשר הוא סבור שהצדק מחייב את התערבותו] והוא שגם הסמכות הזאת מופעלת במסגרת החוק ולא בניגוד לו. במשטר של שלטון החוק גם בית-המשפט [הגבוה לצדק] כפוף לחוק ואין הוא רשאי להתעלם ממנו אף במטרה הנעלה של עשיית צדק".

26 ועדת החקירה (הממלכתית) לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי (המכונה "ועדת לנדוי") שמעה מפי אנשי השירות טענה כי הם רשאים לפעול בניגוד לחוק, ואף לעבור עברה פלילית, משום שהם עוסקים במלאכת-קודש של שמירה על חיי אדם. הוועדה דחתה טענה זו ואמרה כי "שום עשייה בטחונית, חשובה וחיונית ככל שתהיה, איננה יכולה להעמיד את עושייה מעל לחוק". ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דין-וחשבון חלק ראשון 34 (1987).

השופט שעשה דין עם צדק. אכן, בדרך כלל הדין מוביל את השופט אל הצדק, ואם הדין והצדק אינם הולכים יד ביד, עשוי השופט להטות את הדין לצד הצדק, ככל שניתן, עד שייפגשו. אולם קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לו לתת ליצרו שיגבר על יוצרו. כך הדבר משום ששכונת השופט, עד שהיא מצווה עליו לעשות משפט צדק, מחייבת אותו לשמור אמונים לחוקי המדינה. ראו חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 6. למעלה מכך: בלא משפט, בחשבון ארוך ואמיתי, אין צדק.²⁷

אומנם, יש בכך כדי לפגוע באפשרותו של בית-המשפט לעשות צדק כל אימת שהצדק נאלץ לפנות את הדרך לפני המשפט. אך בפועל פגיעה זו מוגבלת, ואפשר אף לומר מועטה. כך הדבר משום שעל-פירוב המשפט משאיר לשופט מתחם רחב של שיקול-דעת, הן בפירוש החוק והן ביישום החוק, באופן שמאפשר לו לעשות צדק במסגרת המשפט.

3. הצדק בפירוש החוק וביישומו

העניינים שבהם קיימת הוראת חוק הקובעת בלשון מפורשת חובה לנהוג על-פי הצדק (דוגמת הוראת החוק הקובעת כי אין לאכוף חוזה שהופר אם האכיפה היא "בלתי צודקת בנסיבות הענין") הם מעטים. אולם גם בעניינים אחרים, שבהם החוק אינו קובע בלשון מפורשת כי חובה להתחשב גם בצדק, הצדק אמור למלא תפקיד חשוב הן בפירוש החוק והן ביישומו.

כידוע, לכל חוק יש תכליות, כלומר, מטרת שהחוק מבקש לקדם. לעיתים החוק מציג אותן בלשון מפורשת, אך על-פירוב הן רק משתמעות מן החוק בדרך של פרשנות. מקובל לחלק את התכליות של כל חוק לשני סוגים. הסוג האחד הוא תכליות מיוחדות. אלה הן תכליות שמיוחדות לחוק הנדון. לדוגמה, לחוק התכנון והבניה יש תכליות שמיוחדות לחוק זה, בתחום התכנון והבנייה, אשר שונות מתכליותיהם של חוקים אחרים. הסוג האחר הוא תכליות כלליות. אלה הן תכליות שמשותפות לכל החוקים. תכליות אלו כוללות, בין היתר, את השמירה על ערכי-היסוד של המדינה. הצדק הוא אחד מערכים אלו. בהתאם לכך, התכלית של כל חוק כוללת שמירה על הצדק, וכפועל יוצא מכך כל מי שפועל על-פי החוק, לרבות בית-המשפט המפרש את החוק, חייב להתחשב גם בשיקול הצדק ולתת לו את המשקל הראוי בנסיבות העניין הנדון. כדברי

27 עניין נחמני, לעיל ה"ש 7, בעמ' 772–773. ראו גם כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 85: "כולם [מחוקקים ושופטים] נאלצים, וכולם מיומנים, להתגבר מדי פעם על חוש-צדקם, כשדעתם אין להם ברירה אחרת: המחוקקים – כשישקולים מדיניים, בטחוניים או קואליציוניים מכריעים את הכף; והשופטים – כשהוראה מפורשת וחד-משמעית של החוק הנוגדת את חוש-צדקם מחייבת את ביצועה".

בית-המשפט, "בבחינת תכליתם של החוקים המסמיכים יש לתת אף את הדעת לחזקה שלפיה תכליתו של דבר חקיקה היא להשיג תוצאה צודקת".²⁸ כך גם לגבי החיקוקים הקובעים את סדרי הדין בבית-המשפט בעניינים פליליים, אזרחיים ומנהליים. יש בהם חיקוקים הקובעים כי בעניין שאין עליו הוראה בחיקוק ינהג בית-המשפט בדרך הטובה ביותר לעשיית צדק.²⁹ אולם ברור שגם בכל עניין אחר, שיש עליו הוראה בחיקוק, בית-המשפט אמור לפרש וליישם את ההוראה באופן שיבטיח ככל האפשר עשיית צדק. הלכה למעשה, בדרך-כלל בית-המשפט יכול לעשות צדק במקרה שלפניו. המשפט מלא וגדוש כללים (בעיקר כללי פרשנות, וביניהם חזקות למיניהן) המסייעים בידי בת-המשפט לפרש וליישם את החוק באופן שיהלום את תכליותיו, ובכלל זה את תכלית הצדק. על-פירוב השופט יכול לנווט את דרכו בין הכללים הללו, ולבחור מביניהם את אלה ההולמים את נסיבות העניין הנדון, כדי שיוכל לעשות משפט צדק, כלומר, צדק במסגרת המשפט.³⁰ בהקשר זה יפים הדברים שאמר השופט ברנזון בטקס פרישתו מכס השיפוט בבית-המשפט העליון:

משפט הוא משפט אם הוא משפט צדק... לעולם מצאתי שהצדק הוא בהישג יד, אם אתה רק רוצה בלב שלם להשיגו, לפעמים אפילו על חשבון קדושת הפרוצדורה, שבעיני אינה אלא אמצעי להשגת משפט צדק ולא מטרה בפני עצמה.³¹

והנה, להמחשה, אנקדוטה. בשנת 1980, כאשר השופט זוסמן פרש מן הכהונה של נשיא בית-המשפט העליון, ראינתי אותו. להלן קטע מן הריאיון, כפי שפורסם באותה שנה:

28 דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 82 (2009) (הנשיאה ביניש). בבג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח 598, 612 (1964), אמר השופט חיים כהן כי "יעמיד בית-משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על-ידי מעשה חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות"; ובבג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329-330 (1988), אמר השופט ברק כי "חזקה על כל חוק, שהוא בא להגשים את ערכי היסוד המקובלים של השיטה המשפטית... בפסיקתו הצביע בית המשפט על שוויון, צדק ומוסר כערכי יסוד מקובלים". ראו גם ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 217 (1985). כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 506, 707 (1993) (להלן: ברק פרשנות החקיקה); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 196 (2003); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 154; זמיר עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3513.

29 ראו חיקוקים אלו לעיל בתת-פרק ב1, בפסקה שלפני ה"ש 13.

30 דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632, 693 (2003) (הנשיא ברק): "נקודת המוצא שלי – כמו גם נקודת הסיום שלי – הייתה השאיפה לפתרון צודק". ראו גם את דברי השופט חשין, שם, בעמ' 695. ראו עוד אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית (1992); ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 28.

31 "דברים שאמר השופט ברנזון ביום שנפרד מכהונת שופט" משפטים ח 3, 5 (1977).

...שאלתי אותו מה הם לדעתו פסקי הדין החשובים שנתן במשך שלושים שנות כהונתו כשופט. אמר לי השופט זוסמן: אני זוכר פסק דין אחד שהביא לי סיפוק וגאווה יותר מכל פסק דין אחר. ומהו? סיפר לי השופט זוסמן מעשה שהיה לפני עשר שנים לערך. ערבי מעכו, כבן שבעים שנה, היה מכור לסמים מנעוריו. הוא לא סחר בסמים ולא פיתה אחרים ליטול סמים. אך הוא עצמו, משנתפס מדי פעם כשמעט סם בכליו, היה נותן את הדין ונושא בעונשו. והנה פעם אחת נתפס שוב כשהוא מעשן סם ונדון על-ידי בית המשפט המחוזי למאסר על תנאי לשלוש שנים. כעבור שנתיים, עוד לא חלפה תקופת התנאי, והוא שב ונתפס באותה עבירה. כיוון שכך, היה על בית המשפט המחוזי להפעיל את המאסר-על-תנאי שהוטל בפעם הקודמת ולפסוק לו, בהתאם, מאסר בפועל לשלוש שנים. ערעור שהוגש לבית המשפט העליון הגיע להרכב בו ישב השופט זוסמן. המערער, כמו במשפטים קודמים שלו, לא היה מיוצג על-ידי עורך דין. לכאורה לא היתה עילה לבית המשפט העליון להתערב בגזר הדין. אולם, אמר השופט זוסמן, "על אף חומרת הסכנה הנשקפת לציבור מהשימוש בסמים מסוכנים, נראה לנו כי לא זה המקרה שבו יש צידוק לאסור אדם זקן זה, בחוליו, לתקופה של שלוש שנים". לכאורה נוצרה כאן סתירה, שאין ליישב אותה, בין הדין לבין הצדק, כתפיסתו בעיני השופט. הרבה פעמים, כאשר נוצרת סתירה כזאת, הדין ידו על העליונה. אך השופט זוסמן לא היה מוכן להשלים עם תוצאה כזאת. לא כך הוא רוצה לראות את הדין. מה עשה? מצא ונאחז בסעיף 182 של חוק סדר הדין הפלילי, המסמיך את בית המשפט להרשות הגשת ערעור לאחר המועד שנקבע בחוק, ושכנע את חבריו להרכב "לנקוט צעד בלתי-רגיל, אשר אין בו כדי לשמש תקדים לגבי העתיד". וכך החליט בית המשפט: להאריך את מועד הערעור על פסק הדין אשר ניתן על-ידי בית המשפט המחוזי שנתיים קודם לכן, ובו נפסק לנאשם מאסר-על-תנאי; לראות את הערעור שבפני בית המשפט גם כערעור על אותו פסק דין; לקבל את הערעור ולבטל את פסק הדין המטיל מאסר-על-תנאי לתקופה של שלוש שנים; ובמקום זאת לפסוק למערער מאסר של שלושה חודשים. (ע"פ 536/70, פ"ד כה(1) 281). ואותו זקן, המשיך וסיפר השופט זוסמן, יצא מאולם בית המשפט אל המסדרון כשהוא צועק מאושר: תחי מדינת ישראל! יחי הצדק! כאן, מוסיף השופט זוסמן, היה לי סיפוק אמיתי, שכן הרגשתי שהצלחתי לעשות שימוש ראוי בדין כדי לעשות צדק כראוי. מופתע מעט הרשיתי לעצמי לשאול את השופט זוסמן: ומה הם יתר פסקי הדין החשובים שנתת? והשופט זוסמן, כאילו בגערה, השיב: הרי אמרתי לך – זהו פסק הדין החשוב שלי.³²

32 יצחק זמיר "השופט יואל זוסמן: עם פרישתו מבית המשפט העליון" משפטים י 187,

השופט זוסמן, שהיה מומחה גדול וחסיד מובהק של הפרוצדורה, ידע גם הוא כי הפרוצדורה, בלשונו של השופט ברנזון (כמצוטט לעיל), "אינה אלא אמצעי להשגת משפט צדק ולא מטרה בפני עצמה", וכי על-פירוב השופט יכול למצוא את הדרך לעשות צדק במסגרת המשפט.

לדעתי, כך היה אפשר לעשות גם בעניין הפורום לדוקיום בנגב. השופט מצא עצמו ציין כי טענתה של המדינה שחוק התכנון והבניה אינו מאפשר לה להקים גשרון ארעי ללא היתר בנייה "אינה נקייה מספקות", שכן יש פסקי-דין שקבעו כי חוק זה "אינו חל על מבנים זמניים", ואף הוסיף כי "אין זה מתקבל על הדעת כי דיני התכנון והבנייה התכוונו למנוע הצלת חיים בדרך של הקמת מבנה זמני לשעת חירום".³³ אך הוא לא ראה צורך להכריע בשאלה זו, לאחר שהחליט כי יש בידו סמכות לצוות על המדינה להקים את הגשרון אף בניגוד לחוק. לדעתי, היה עדיף לברר את השאלה אם החוק אכן מאפשר להקים את הגשרון כמבנה זמני, ואם כן, היה בית-המשפט יכול לצוות על הקמת הגשרון מבלי שתהיה בכך הפרת חוק. זאת ועוד, השופט מצא הוסיף וציין כי ההוראה המונעת את הקמת הגשרון ללא היתר בנייה, לפי טענת המדינה, נקבעה בתקנה, ולא בחוק עצמו.³⁴ מכיוון שכך, היה אפשר, לדעתי, לצוות על תיקון מהיר של התקנה באופן שיאפשר נקיטת צעדים זמניים במקרים חריגים, כגון כאלה הכרוכים בסכנת חיים.³⁵ לבסוף, ייתכן שהיה אפשר פשוט לצוות על המדינה להסיע את הילדים הבדווים באוטובוס לבית-הספר בימים גשומים, עד אשר יוקם הגשרון.

אפשר אפוא לסכם את תפקיד הצדק במסגרת המשפט כך: ראשית, יש עניינים מסוימים (מעטים) שבהם החוק מחייב בלשון מפורשת את הרשות המנהלית או את בית-המשפט לנהוג על-פי הצדק; שנית, החיקוקים הקובעים את סדרי הדין בבית-המשפט קובעים בלשון מפורשת כי בכל עניין שאין עליו הוראה בחיקוק ינהג בית-המשפט בדרך הטובה ביותר לעשיית משפט צדק; שלישית, בעניינים אחרים, אף שהחוק אינו מדבר על הצדק בלשון מפורשת, הצדק הוא (באופן משתמע) אחת התכליות הכלליות של החוק, ולפיכך חובה להתחשב בערך הצדק ולתת לו את המשקל הראוי בנסיבות העניין; ורביעית, על-פירוב, שיקול-הדעת המוקנה לבית-המשפט בפירוש החוק וביישומו

189–190 (1980). ראו גם ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי שפסלס, פ"ד כ(1) 401, 408 (1966) (השופט זוסמן): "התפקיד לתרגם הלכת המחוקק למעשה צדק מופקד בידי השופט, ובכך ניתנה לו ההזדמנות הסופית לעשות צדק בין הצדדים".

33 עניין הפורום לדוקיום בנגב, לעיל ה"ש 21, בעמ' 105–107.

34 שם, בעמ' 107.

35 על הסמכות של בג"ץ לצוות על רשות מנהלית להתקין תקנות במועד שהוא יקבע ראו, לדוגמה, בג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309, 333 (1966); בג"ץ 372/71 פראניו נ' שר הבריאות, פ"ד כו(1) 809, 812 (1972); בג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד ס(1) 256, 238 (2005).

מאפשר לו – ואף מחייב אותו – למצוא את הדרך לעשות צדק בעניין הנדון במסגרת המשפט.³⁶

כך להלכה – הצדק ממלא תפקיד מרכזי במשפט ובשפיטה; אך מה למעשה – באיזו דרך ובאיזו מידה הלכה זו באה לידי ביטוי בשטח? התשובה לשאלה זו עשויה להשתנות מתחום לתחום, מחוק לחוק, מהקשר להקשר, ואף משופט לשופט.³⁷ בפועל נראה שהמצב הקיים לא נבחן הלכה למעשה, והוא אינו ידוע די הצורך. לדעתי יהיה זה מעניין וגם חשוב לבחון את השימוש במושג הצדק בענפים שונים של המשפט האזרחי והמשפט הפלילי. מכל מקום, כאן אני מבקש להתמקד בתחום אחד בלבד: במשפט הציבורי. אני מבקש לבחון את השימוש בצדק בשני המישורים של תחום זה: ראשית, השימוש בצדק על-ידי רשויות מנהליות כשיקול ענייני בקבלת החלטות; שנית, השימוש בצדק על-ידי בית-המשפט בעת הפעלת ביקורת על החלטות מנהליות.

ג. שיקול הצדק בהחלטות מנהליות

1. הצדק כשיקול ענייני

מכיוון שהצדק הוא אחת התכליות הכלליות המשותפות לכלל החוקים, חלה חובה להתחשב בערך הצדק כאחד השיקולים בקבלת החלטות על-פי כל חוק. חובה זו מוטלת לא רק על בית-המשפט בשעה שהוא מפרש ומיישם את החוק במקרה מסוים, אלא גם על הרשות המנהלית במקרה שבו היא מוציאה את החוק לפועל, כלומר, מפעילה סמכות מכוח החוק. במקרה כזה על הרשות להתחשב בצדק כשיקול ענייני, לתת לו את המשקל הראוי, ולאזן בינו לבין שיקולים ענייניים אחרים, ככל הנדרש בנסיבות המקרה הנדון.³⁸ אילולא נחשב הצדק שיקול ענייני, ולכן גם שיקול שעל-פי ההלכה הרשות חייבת להתחשב בו, הוא היה נחשב שיקול זר, שעל-פי ההלכה אסור לרשות להתחשב בו. איסור כזה אינו מתקבל על הדעת.

עם זאת, יש עניינים שבהם הצדק אינו שיקול ענייני, פשוט משום שלא יכולה להיות לו השפעה על ההחלטה בנסיבות העניין. לדוגמה, במקרה שבו הרשות צריכה להחליט

36 עניין נחמני, בעמ' 785–786 (השופט זמיר): "...אילו ראיתי כי הדרך [המשפטית] מובילה אותי לתוצאה של אי-צדק, הייתי עוצר בדרכי ומחפש דרך אחרת, בתוך הסבך של כללי המשפט, שאולי תוביל אותי אל תוצאה של צדק. יתרה מזאת: גם בסוף הדרך אני עדיין מוכן ומזומן לבדוק ולראות אם הגעתי לתוצאה שאינה צודקת. שאם כן, אני מוכן לחזור על עקביי ולעשות שוב את דרכי מלכתחילה בניסיון להגיע לתוצאה צודקת יותר."

37 כך, לדוגמה, בית-המשפט נתן לס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), המתנה את אכיפת החוזה בשיקול הצדק, פירוש מיוחד המתבסס על הלשון ועל התכלית של חוק זה. ראו ע"א 3833/93 לויין נ' לויין, פ"ד מח(2) 862, 877–878 (1994) (השופט זמיר): "לפי לשונו, אין הסעיף מחייב תפיסה צרה של צדק, המוגבלת ליחסים שבין הצדדים לחוזה, להבדיל מתפיסה רחבה של הצדק, הכוללת גם שיקולים של טובת הציבור... הצדק בסעיף 3(4) לחוק התרופות אינו רק צדק אישי, אלא הוא כולל גם צדק ציבורי."

38 ראו זמיר עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3502.

אם לסלול כביש בשיטה אחת או בשיטה אחרת, השיקולים הענייניים הם רק שיקולים של זמן, עלות ויעילות, והרשות פטורה משיקול הצדק. כך גם, כדוגמאות נוספות, כאשר הרשות צריכה להחליט אם לצבוע שלט בירוק או בכחול, או להחליט מה יהיה קוטרו של מטבע מסוים. אך בעניינים רבים שיקול הצדק שייך לעניין, לפי מהות העניין והשכל הישר, ולכן אף עשוי להשפיע על החלטת הרשות. כך, לא אחת, בקבלת החלטה אם לשלול רישיון או טובת-הנאה אחרת, איך לחלק משאבים מוגבלים בקרב ציבור מסוים, או אם לתת מקלט בישראל לאדם שנמלט ממדינה אחרת.

הנה, לדוגמה, מעשה שהיה. כידוע, מדינת-ישראל ירשה מן השלטון הבריטי בארץ-ישראל את פקודת החוק הפלילי משנת 1936, אשר אחת מהוראותיה קבעה כי קיום יחסים הומוסקסואליים הוא עברה חמורה שעונשה מאסר ממושך. הוראה זו אמלה בני-אדם רבים, אילצה אותם לחיות בשקר ובפחד, ואפשרה סחיטה שלהם על-ידי בני-בליעל. היועץ המשפטי לממשלה חיים כהן הגיע למסקנה, כבר בשנות החמישים, כי ראוי לבטל הוראת חוק זו, אך הוא לא הצליח בכך בגלל התנגדות עזה של גורמים פוליטיים מסוימים. אוראז הוא הוציא הנחיה למשטרה ולפרקליטות כי אין לחקור או להעמיד לדין פלילי אדם בגין קיום יחסים הומוסקסואליים בין אנשים מבוגרים בהסכמה ובצנעה. האם הייתה לו סמכות להוציא הנחיה זו? כן, הוא פעל במסגרת הדין, שהרי החוק הקנה לו (ומקנה לו גם כיום) סמכות להחליט לא להעמיד אדם לדין פלילי אם בנסיבות המקרה אין בכך (לפי שיקול-דעתו) עניין לציבור.³⁹ משמע, החוק הסמיך את היועץ המשפטי לממשלה להחליט שאין עניין לציבור לנקוט הליך פלילי נגד אדם שקיים יחסים הומוסקסואליים עם אדם בגיר בהסכמה ובצנעה. ומה הוביל אותו להוציא הנחיה זו? הוא השיב: היועץ המשפטי לממשלה חייב לפעול על-פי מצפונו, ובכלל זה על-פי שיקולים של צדק והגינות.⁴⁰

אומנם, כאמור, הצדק הוא מושג עמום, ויש לו מרכיב סובייקטיבי, לעיתים חלש ולעיתים חזק. אך אין בכך כדי לשלול את מעמדו כשיקול ענייני שחובה להתחשב בו, באופן אובייקטיבי ככל האפשר. ראשית, ההלכה מחייבת את הרשות המנהלית לפעול בהקשרים שונים על-פי מושגים עמומים, כגון סבירות, ניגוד עניינים והאינטרס הציבורי. שנית, אף שהצדק הוא מושג עמום, עובדה היא שאין בכך כדי למנוע בעד המחוקק מלקבוע בלשון מפורשת שהצדק הוא מרכיב של כללים משפטיים.⁴¹

2. הפסיקה של בית-המשפט

39 ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי.

40 יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז' 623, 624–625 (2004). כידוע, בשנות השמונים תוקן חוק העונשין ברוח ההנחיה של היועץ המשפטי לממשלה, והעברה של קיום יחסים הומוסקסואליים בוטלה.

41 ראו חוקים כאלה לעיל בתת-פרק ב1.

האם חובת הרשות להתחשב גם בשיקול הצדק זכתה בהכרה של בית-המשפט? תמיהה היא שבמשך עשרות שנים מאז הוקמה המדינה לא נדונה שאלה זו כלל בפסקי-הדין. היא נדונה לראשונה רק בשנות התשעים ובתחילת שנות האלפיים, בפסקי-דין אחדים שבהם קבע בית-המשפט (לצד נימוקים נוספים, כפי שמקובל ושכיח בפסיקה) כי הרשות המנהלית הייתה חייבת להתחשב, בהקשרים שונים, גם בשיקול הצדק.

(א) שיקול הצדק

בעניין ברעלי, משנת 1995,⁴² התובע היה דייר מוגן בבית שנמצא בשמורת-טבע בתחום ירושלים. הנתבעת – הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים – נתנה תוקף לתוכנית מתאר חדשה שמכוחה נסלל כביש קרוב מאוד לבית התובע. התובע טען כי הוא נפגע מן התוכנית, ותבע מן הוועדה המקומית פיצויים על-פי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. הוועדה המקומית סירבה, בין היתר בטענה שהתובע מתגורר בשמורת-טבע, ותוכנית המתאר אינה מרשה מגורים בשמורה כזאת. לשון אחר, טענת הוועדה הייתה שהתובע מתגורר בביתו לא כדין, ואין מקום לשלם פיצויים בגין מגורים לא כדין. בית-המשפט הסכים כי מי שמתגורר בבית לא כדין אינו זכאי לפיצויים, אף אם הוא נפגע מתוכנית מתאר חדשה. אולם, כפי שהתברר לבית-המשפט, התובע קיבל מאותה ועדה, שנים רבות לפני הגשת התביעה, היתר לשימוש חורג מכוח חוק התכנון והבניה: היתר להתגורר באותו בית ואף להרחיבו למטרת מגורים. אף-על-פי-כן לא חזרה בה הוועדה מן הטענה כי התובע מתגורר בבית לא כדין. הכיצד? היא טענה כי על-פי חוק התכנון והבניה, היתר לשימוש חורג יינתן רק לאחר שפורסמה בעיתון הודעה על הבקשה לקבלת היתר כזה, נקבע בה מועד להגשת התנגדויות, והוועדה המקומית דנה בבקשה לאור ההתנגדויות שהוגשו. במקרה הנדון אומנם פורסמה הודעה בעיתון כנדרש, אולם לטענת הוועדה, היא לא קיימה דיון בהתנגדויות כפי שנדרש על-ידי החוק. מכאן, טענה הוועדה, שהיא נתנה את ההיתר לא כדין, ולכן יש לראות את ההיתר כאילו לא ניתן, ומכאן שהוא בטל. על טענה זו של הוועדה השיב בית-המשפט לאמור:

טענת המערערת [כלומר, הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה] בעניין זה מעוררת תמיהה. אם היא צודקת בטענתה, אין היא אלא מאשימה את עצמה, ולא רק בסדרי מינהל גרועים, אלא גם בהתנהגות בניגוד לחוק. ולא די בכך. המערערת אינה מעלה טענה זאת כדי לומר חטאתי, אלא כיוון שהיא מבקשת לצאת נשכרת מן החטא. לטענתה, המשיב – הוא ולא היא – צריך לשלם את המחיר על חטא שלא חטא: התנהגות בלתי חוקית שלה, בעניין שהיה בשעתו כולו בידיה, אמורה לשמש אותה עכשיו כטעם לפטור אותה מתשלום פיצויים למשיב. האם אלה הם פני הצדק? והרי רשות מינהלית אמורה לפעול לאור עקרונות היסוד של

42 ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463 (1995).

שיטת המשפט, ועקרונות אלה כוללים, כמאמר בית המשפט, "עקרונות של שוויון, צדק, מוסר"...

רשות מינהלית היא, כידוע, נאמן של הציבור. הנאמנות הציבורית, כמו הנאמנות הפרטית, היא מקור הן לכוח והן לאחריות. האחריות מחייבת איפוק והגינות בהפעלת הכוח. בין היתר, יש נסיבות שבהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות לפני בית המשפט טענות מסוימות, אפילו יש להן יסוד בדיון, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק...

זאת ועוד. בית-משפט זה דן, בלשונו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק...". כך כלפי האזרח בריבו עם הרשות המינהלית: מידת הצדק גוברת לעתים על מידת הדיון, כגון, כאשר עתירת האזרח לוקה בשיהוי או בחוסר ניקיון-כפיים. והאם לא כך גם כלפי הרשות המינהלית? הצדק אינו חד-סטרי. כשם שהוא עשוי לחסום טענה של האזרח, כך הוא עשוי לחסום גם טענה של הרשות.⁴³

משמע, די בכך שהוועדה לא התחשבה בשיקול הצדק – או למצער לא נתנה לו את המשקל הראוי – לבטל את החלטתה.

ברוח זו פסק בית-המשפט גם בעניין פרץ בשנת 1997.⁴⁴ בעקבות סכסוך בין ראש המועצה המקומית נתיבות לבין העותר, שהיה סגנו, החליט ראש המועצה לבטל סמכויות שהואצלו לסגנו, דרש ממנו לפנות את משרדו, והורה להפסיק את תשלום משכורתו, שאותה קיבל במשך ארבע השנים הקודמות. העותר טען בבית-המשפט כי ראש המועצה לא היה מוסמך להחליט, בין היתר, על הפסקת תשלום המשכורת. אכן, על-פי החוק, המועצה היא המוסמכת לבחור סגן ראש מועצה לכהונה בשכר, והיא המוסמכת – ולא ראש המועצה – להחליט גם על הפסקת כהונתו בשכר. בתשובה טען ראש המועצה כי בפועל המועצה לא בחרה את העותר לכהונת סגן בשכר, ומשום כך הוא לא היה זכאי לשכר מלכתחילה. מכיוון שכך, טען ראש המועצה, הוא היה רשאי להחליט להפסיק את תשלום המשכורת לעותר. בית-המשפט לא קיבל טענה זו, וכך אמר:

קשה לשמוע טענה זאת, במיוחד כשהיא מושמעת על-ידי המשיב. במשך ארבע שנים תפקד העותר, בידיעת המשיב, כסגן בשכר. עכשיו בא

43 שם, בעמ' 471–472 (השופט זמיר). בית-המשפט סיכם עניין זה (שם) כך: "לדעתי, בנסיבות העניין שלפנינו, מידת הצדק דורשת לדחות טענה זאת של המערערת". ראו גם עע"ם 8832/12 עיריית חיפה נ' סלומון, פס' 19 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז (15.4.2015).

44 בג"ץ 3659/97 סגן וממלא-מקום ראש-המועצה המקומית בנתיבות נ' ראש-המועצה המקומית בנתיבות, פ"ד נא(3) 636 (1997).

המשיב וטוען כי בעצם המועצה בחרה בעותר כסגן ללא שכר. אם כך, כיצד זה שילמה לו המועצה שכר, בידיעת המשיב, במשך ארבע שנים?... אם המשיב, כראש המועצה, החליט לשלם לעותר שכר בעבור עבודתו, אף שלדבריו המועצה לא בחרה בעותר כסגן בשכר, הרי הוא משים עצמו רשע: הוא מודה כי במשך ארבע שנים היה אחראי לתשלום שכר מקופת המועצה שלא כדין. ועכשיו, לפתע, הוא דואג לקופת המועצה? יתרה מכך: טענת המשיב, שהמועצה בחרה בעותר כסגן ללא שכר, ולכן העותר לא היה זכאי לשכר, אפילו אם מבחינה משפטית היא טענה נכונה, בנסיבות המקרה אין היא טענה צודקת. לפי טענה זאת, המשיב יכול לזכות את העותר בשכר כל זמן שהעותר נוח לו, אף בניגוד לדין. עכשיו, שהעותר אינו נוח לו, האם יורשה המשיב לבוא בפני בית-המשפט בטענה שייקוב הדין את ההר?... בנסיבות המקרה שלפנינו דומה כי ראוי, מן הצדק, לחסום את טענת המשיב כי המועצה לא בחרה בעותר לכהן כסגן בשכר.⁴⁵

הווי אומר, גם בעניין זה, מכיוון שהרשות נהגה לא בצדק, די היה בכך לבטל את החלטתה.

שיקול הצדק שימש את בית-המשפט לצורך ביקורת החלטה מנהלית גם בעניין מרדי בשנת 2001.⁴⁶ בעניין זה הכין משרד החקלאות ופרסם ברבים תוכנית למתן מענקים למגדלי פרחים. לאחר-מכן, במהלך אותה שנה, נקלע המשרד לקושי תקציבי. לפיכך קיבל המשרד החלטה להפסיק את מתן המענקים למגדלי פרחים שהגישו בקשה למענק לאחר מועד מסוים, אף שהם עמדו בכל תנאי התוכנית שפורסמה. בית-המשפט קבע כי קושי תקציבי היה שיקול ענייני בנסיבות המקרה, ולפיכך היה משרד החקלאות רשאי להתחשב גם בשיקול זה, אולם הוסיף כי החלטת המשרד הייתה פגומה משום שהמשרד התעלם משיקולים ענייניים אחרים שהיה עליו להביאם בחשבון, ביניהם גם שיקול הצדק. וכך אמר:

משרד החקלאות, ככל שניתן להסיק מטענות המשיבים ומנסיבות המקרה, התעלם משיקולים ענייניים, לבד מן השיקול התקציבי שהיה עליו להביאו בחשבון. אחד השיקולים שהיה צריך להנחות את משרד החקלאות הוא שיקול הצדק. הצדק הוא שיקול ענייני בהפעלה של כל סמכות מינהלית... ההחלטה של משרד החקלאות מיום 20.6.1996, שלא לקבל בקשות שיוגשו מאותו יום, אינה עושה צדק. מי שבמקרה הגיש את הבקשה יום או יומיים לפני יום 20.6.1996 זכה; מי שבתום-לב הגיש אותה יום או יומיים לאחר מכן, משום שסמך על המועד שנקבע בתכנית הפיתוח, הפסיד. מדוע הפסיד? המשיבים אינם טוענים כי מגדל פרחים

45 שם, בעמ' 646–647 (השופט זמיר).

46 בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540 (2001).

שהגיש את הבקשה ביום 21.6.1996 נהג שלא כשורה, מבחינה כלשהי בהשוואה למגדל פרחים שהגיש את הבקשה ביום 19.6.1996. רק המקריות מבדילה בין זה לבין זה. הצדק אינו מאפשר להבחין ביניהם.⁴⁷

פסק-דין נוסף, שאף בו בדק בית-המשפט החלטות מנהליות לאור שיקול הצדק, ניתן בעניין עמותת שיח חדש בשנת 2002.⁴⁸ פסק-דין זה שונה מפסקי-הדין הקודמים. בפסקי-הדין הקודמים עלה שיקול הצדק כשיקול של צדק פרטי (כלומר, צדק אישי) כלפי אדם מסוים בנסיבות מסוימות; ואילו בפסק-דין זה עלה שיקול הצדק כשיקול של צדק חלוקתי (אפשר אולי לומר צדק כללי או צדק חברתי), כלומר, צדק בחלוקת משאבים לאומיים בין קבוצות שונות בחברה. בית-המשפט דן בחוקיותן של החלטות שהתקבלו במועצת מקרקעי ישראל בנוגע למקרקעין ברחבי הארץ שייעודם שונה מייעוד חקלאי לייעוד אחר. החלטות אלו העניקו טובות-הנאה ליישובים חקלאיים החוכרים מקרקעין כאלה: אפשרות לפיתוח אזורי תעשייה, פיצויים על-פי שווי המקרקעין לאחר שינוי הייעוד והנחות בדמי החכירה. העותרים טענו כי החלטות אלו בלתי-חוקיות, בין היתר, משום שהן מעניקות טובות-הנאה לחוכר המקרקעין על-חשבון הציבור ומזניחות שיקולים של צדק חברתי ושיקולים של איכות הסביבה. בית-המשפט (בהרכב של שבעה שופטים) קיבל את טענות העותרים, פה אחד, וביטל את ההחלטות בעילה של חוסר סבירות. אחד הטעמים לביטול ההחלטות בעילה זו היה הפגיעה בצדק החלוקתי. בית-המשפט ציין כי מנהל מקרקעי ישראל היה חייב לנהל את מקרקעי המדינה כנאמן של הציבור בהתאם לתכליות המיוחדות של חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (כיום חוק רשות מקרקעי ישראל), ובהתאם לתכליות הכלליות המשקפות את ערכי-היסוד של החברה והמשפט בישראל. בהמשך אמר בית-המשפט כדלקמן:

דברים אלה מעלים אל פני השטח את הערך של הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין על-ידי מינהל מקרקעי ישראל. עניינו של ערך זה בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים. חובה זו קיבלה ביטוי בפסיקתו הענפה של בית-משפט זה בסוגיות ההפליה, חופש העיסוק ושוויון בהזדמנויות על גווניהן השונים, אף שלא נעשה בפסיקה המוקדמת יותר שימוש מפורש במינוח זה. לאחרונה ניתן

47 שם, בעמ' 559 (השופט זמיר). השופטת ביניש, בדעת מיעוט, סברה אף היא כי ההחלטה של משרד החקלאות יצרה תוצאה בלתי-צודקת בחלוקת המענקים, והצטרפה לדעת הרוב לגבי רוב העותרים, אך לדעתה, לגבי מקצת העותרים, שהגישו את הבקשות לאחר המועד שנקבע, הפסול שנפל בהחלטת המשרד לא היה חמור במידה שתצדיק את פסילת ההחלטה.

48 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: עניין שיח חדש).

מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי, בבחינת חוקתיותן של החלטות המינהל על חלוקת משאבים...

הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבוד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי. להחלטות נושא העתירות שבפנינו יש השלכות כבדות משקל על חלוקת משאב מוגבל ורב ערך זה. קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר...

יצוין כי למשפט תפקיד חשוב בכל הנוגע לפיקוח על החלטות שעניינן חלוקת עושר בחברה, וכי תפקיד זה הוא לפתח מערכת נורמטיבית המבטיחה כי החלטות בעלות השלכות חלוקתיות יהיו תוצאה של הליך צודק ופתוח, בייחוד לנוכח הסכנה שהחלוקה תיטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב... אכן, דווקא בשל העובדה שהחקיקה בתחום זה אינה מגדירה אמות-מידה מהותיות לחלוקת משאבים בחברה נדרש, עם כל הקושי שבדבר, פיקוח שיפוטי הדוק יותר על-מנת להבטיח כי חלוקת המשאבים תהא צודקת והוגנת...

מטבע הדברים, גדר השיקולים שניתן וצריך לשקול במסגרת שיקול-העל של צדק חלוקתי אינו נתון לתחימה מראש. נזכיר רק, כי במסגרת זו של צדק חלוקתי ייתכנו גם מקרים שבהם יהיו מעורבים שיקולים של צדק מתקן...⁴⁹

לפסקי-דין אלו, שבהם פסל בית-המשפט בלשון מפורשת החלטות מנהליות משום שלא נתנו משקל ראוי לשיקול הצדק, לא היה (כמעט) המשך.⁵⁰ לכן, על פני הדברים נראה

49 שם, בעמ' 64–66 (השופט אור). השופט אור שילב בקטע המצוטט אזכורים של פסקי-דין אחדים אשר נתנו, כפי שאמר, מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי או הסתמכו בדרך אחרת על שיקול זה, ואלה הם: בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 665 (2001); ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 639–640 (1992); ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הווי"ץ, פ"ד נו(4) 913 (2002); בג"ץ 4146/95 עיזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 812–813 (1998); ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל-אביב-יפו, פ"ד נב(5) 715 (1999). ראו גם בג"ץ 7817/98 מועצה מקומית זמר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נה(3) 503, 515 (2001).

50 חריג בולט הוא עניין הצדק החלוקתי, שאומץ בפסקי-דין מאוחרים. ראו, לדוגמה, ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 51 (2010); בג"ץ 446/12 האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל (נבו), 26.8.2020; ע"א 7084/13 בר יהודה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון,

שהם היו רק תופעה חולפת, מעין אפיזודה שלא הכתה שורש ועברה מן העולם יחד עם המאה העשרים. אולם האם בית-המשפט אכן זנח את הדרישה שהרשות המנהלית תתחשב גם בשיקול הצדק? התשובה היא שדרישה זו קיימת, לא רק להלכה אלא גם למעשה, אולם על-פירוב היא מוצנעת: היא מוצגת בצורה שונה, או אולי נכון יותר לומר – במינוח שונה. כיצד?

(ב) דרישת ההגינות המנהלית

דרישת ההגינות המנהלית, כלומר הדרישה שכל רשות מנהלית תנהג בהגינות כלפי כל אדם, מוכרת על-ידי בית-המשפט זה זמן רב כאחד העקרונות הראשיים של דיני המנהל הציבורי.⁵¹ אך נראה שבתקופה האחרונה דרישת ההגינות המנהלית משנה בהדרגה את מעמדה בפסיקה ממעמד של עיקרון למעמד של כלל. במעמד של כלל דרישת ההגינות המנהלית מאפשרת לבית-המשפט לפסול החלטה מנהלית שהתקבלה בניגוד לכלל זה. דרישת ההגינות המנהלית קרובה לדרישת הצדק המנהלי, עד כדי כך שיש האומרים כי דרישת הצדק היא בעיקרה דרישת הגינות. אכן, לא אחת אי-צדק בהחלטה מנהלית נגרם על-ידי אי-הגינות בהליך המנהלי. אין תמה שיש מקרים שבהם בית-המשפט מדבר בנשימה אחת על הגינות ועל צדק כאילו מדובר בדרישה אחת המורכבת משני חלקים. יש המבחינים בין שני סוגים של הגינות מנהלית: הגינות דיונית והגינות מהותית. אני עצמי ערכתי הבחנה זו. וכך אמרתי: "ההגינות באה לידי ביטוי בעיקר בתחום ההליך (הפרוצדורה) המינהלי. בתחום זה היא דורשת מן הרשות המינהלית להתנהל בדרך לקבלת ההחלטה באופן שמכבד את האדם. בכלל זה הרשות נדרשת בדרך כלל להודיע לאדם על כוונה לקבל החלטה שעלולה לפגוע בו, לשמוע את טענותיו, לשקול אותן בכובד ראש, לאפשר לו לעיין בחומר שנוגע אליו ועוד. אולם ההגינות יכולה לבוא לידי ביטוי גם בתחום שיקול הדעת. בתחום זה יש לה מובן דומה או קרוב למובן הצדק".⁵² אולם כיום אני מעדיף להחליף את דרישת ההגינות המהותית בדרישת הצדק המנהלי, כלומר, לדבר באופן מפורש וברור על צדק, ולא על הגינות במובן דומה או קרוב לצדק. מכל מקום, בתקופה האחרונה דרישת הצדק נוטה להופיע בפסיקה (אם כי לא לעיתים קרובות) בכסות הדרישה להגינות. דוגמה לכך היא פסק-הדין בעניין לביא-גולדשטיין. פסק-דין זה דן בשאלת החוקיות של החלטת משרד החינוך לשנות לחומרה את המדיניות בנוגע להכרה בתואר אקדמי שלישי מאוניברסיטה זרה – הכרה שנודעת לה חשיבות לצורך קידום בדרגה והעלאת משכורת בשירות הציבורי. המשרד נתן לשינוי

פס' 54 (נבו 10.5.2016); ע"מ 8909/13 הרמלין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז מרכז (נבו 4.3.2015).

51 על עקרון ההגינות המנהלית ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב: ההליך המינהלי 997 (מהדורה שנייה מורחבת 2011) (להלן: זמיר **ההליך המינהלי**); דפנה ברק-ארז "נאמנות, אמון והגינות במשפט המינהלי" **חובות אמון בדין הישראלי** 171 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).

52 יצחק זמיר **ההליך המינהלי**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 999.

המדיניות תוקף למפרע. בית-המשפט אישר את שינוי המדיניות אך פסל את התחולה למפרע. וכך אמר:

"בעת ביצוע האיזון בין האינטרסים השונים המתנגשים בשאלת מועד התחולה של הכללים החדשים (לרבות הוראות המעבר הכלולות בהם) – לא ייחסו המשיבים משקל מספיק לשיקולי צדק והגינות ולא ענו לדרישות הסבירות והמידתיות.⁵³

בפסק-דין אחר, בעניין באוטיסטה, הן בית-המשפט בסירוב של משרד הפנים להקנות למערעת מעמד של תושבת-קבע. לנוכח הנסיבות המיוחדות של המקרה, פסק בית-המשפט כך:

החלטה שבה נבחן המצב בנקודת הזמן הנוכחית, תוך עצימת עיניים למחדלי העבר שהם לפתחה של הרשות, חותרת תחת תחושת הצדק וההגינות השלטונית, ויש לראותה כהחלטה החורגת ממתחם הסבירות...⁵⁴

ויש גם, בייחוד בתקופה האחרונה, לא מעט פסקי-דין (בעיקר פסקי-דין של בתי-משפט לעניינים מנהליים) שבהם פסל בית-המשפט החלטות מנהליות על יסוד הטעם של חוסר הגינות מצד הרשות, אף שבנסיבות המקרה היה אפשר – ולדעתי אף היה ראוי – לבסס את פסק-הדין על שיקול הצדק. לדוגמה, באחד מפסקי-הדין אמר בית-המשפט כך:

רשות מנהלית חבה בחובת הגינות כלפי האזרחים/תושבים. כללי המשפט המנהלי מחייבים את הרשות לקבל החלטות תוך שמירה על הליך הוגן, וזאת כחלק מכללי הצדק הטבעי המסייעים להסדיר את יחסי הרשות והאזרח ולהבטיח כי הרשות תתייחס בהגינות לענייניו של האזרח המובא בפניה... החובה לקיים הליך הוגן נועדה לא רק להגן על זכויות אדם אלא לטפח יחסי אמון בין המינהל הציבורי לבין האזרח, ובכך גם לשפר את ההליך המנהלי ולקדם את המינהל הציבורי... מהנסיבות שתארתי התרשמתי בבירור כי העירייה לא מילאה את חובת ההגינות בה היא חייבת, ולטעמי העדיפה הרשות את האינטרס שלה, ללא התחשבות בעותר, ומצאתי כי התנהלות זו מהווה פגם מנהלי שיש לתקנו.⁵⁵

53 בג"ץ 1398/07 לביא-גולדשטיין נ' הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל, פס' 30 (נבו 10.5.2010). ראו גם ע"מ 3801/13 ארוז נ' שר הבטחון, פס' 36 (נבו 21.7.2016).

54 ע"מ 812/13 באוטיסטה נ' שר הפנים, פס' 10 (נבו 21.1.2014).

55 ע"מ (מנהליים ת"א) 55659-12-20 סרויה נ' מחלקת הנדסה עיריית תל אביב יפו, פס' 20, 25 (נבו 27.1.2022). ראו גם ע"מ (מנהליים ת"א) 39688-11-21 דרדיקמן נ' עיריית תל-אביב-יפו (נבו 15.5.2022). דרישת ההגינות המנהלית בולטת במיוחד בפסקי-דין של השופטת אגמון-גונן מבית-המשפט המחוזי בתל-אביב. ראו, לדוגמה, ע"מ (מנהליים ת"א) 26443-07-21 דהן נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 4.5.2022). ראו גם ע"א

אלה דברים נכוחים. עם זאת, לדעתי, במקרה כזה, ובמקרים דומים, אפשר וראוי לציין כפגם בהחלטה המנהלית – נוסף על הפגם של חוסר הגינות ולעיתים אף במקום פגם זה – כי הרשות שגתה משום שהיא לא התחשבה כראוי בשיקול הצדק.

אכן, ההגינות נדרשת וחשובה, אך הגינות אינה צדק: הצדק מחייב הגינות, אך הגינות אינה ממצה את הצדק. בין היתר נראה כי ההגינות מתבססת בעיקר על שכל ישר, ואילו הצדק משקף בעיקר תחושה, ובייחוד חמלה. זאת ועוד, הגינות מתמקדת בעיקר בהליך המנהלי, ואילו הצדק מתייחס בעיקר לתוצאה של הליך זה. למשל, הגינות מחייבת שימוע של אדם שעלול להיפגע מהחלטת הרשות, שכן שימוע עשוי לשנות את החלטת הרשות, אך שימוע אינו מבטיח תוצאה צודקת. לכן אין זה ראוי שהגינות תדחק את רגלי הצדק: יש טעם וצורך לדרוש צדק לצד הגינות.

(ג) שיקולים הומניטריים

על פסקי-הדין המתמקדים בדרישת ההגינות המנהלית, לעיתים אף מבלי להתייחס כלל לשיקול הצדק, ניתן להוסיף פסקי-דין שבהם בית-המשפט בוחן אם הרשות התחשבה בשיקולים "הומניטריים" ונתנה להם את המשקל הראוי אך מבלי להזכיר כלל את שיקול הצדק. הנה דוגמה. באחד מפסקי-הדין התעוררה השאלה מה הם "טעמים מיוחדים" שצריכים להנחות את שר הפנים, לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, כאשר הוא מחליט אם להאריך מועד שנקבע בחוק לצורך הגשת תביעה לפיצויים בשל פגיעה במקרקעין על-ידי תוכנית מתאר. בתגובת השר על העתירה נאמר כי הוא שוקל, בין היתר, "שיקולים הומניטריים". בית-המשפט אמר:

ככלל נראה, כי במסגרת השיקולים שהרשות שוקלת בבואה להחליט אם להאריך את המועד עליה לתת דעתה על שיקולים מסוגים שונים, סובייקטיביים ואובייקטיביים, ולהכריע על-פי עוצמתם היחסית של השיקולים בכל מקרה ומקרה. במסגרת הטעמים הסובייקטיביים יש להביא בחשבון טעמים אישיים המיוחדים למבקש המצביעים על כך שמסיבות אישיות, כגון מחלה, היעדרות מן הארץ, חוסר אפשרות סבירה לדעת על התכנית הפוגעת וטעמים כיוצא באלה, נבצר מהמבקש להגיש תביעה במועד.⁵⁶

5008/16 מוסד לביטוח לאומי נ' מגן דוד אדום לישראל, פס' 32 (נבו 6.12.2018); עת"ם (מנהליים ת"א) 55501-10-17 אתרים סוויט בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פס' 39 (נבו 28.1.2021); עת"ם (מנהליים ת"א) 46815-06-20 אדלר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פס' 46 (נבו 24.11.2021); עת"ם (מנהליים ת"א) 59023-10-20 זקיאנץ נ' רשות האוכלוסין וההגירה, פס' 35 (נבו 9.1.2022); עמ"ן (מנהליים ת"א) 74712-11-20 ביטון נ' רשות האוכלוסין וההגירה, פס' 100 (נבו 22.9.2021). בכל פסקי-הדין הללו, וברבים נוספים, נראה שההגינות היא בעצם מושג נרדף ל"צדק".

56 בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783, 792 (2000) (השופטת ביניש).

שיקולים אלו, ושיקולים הומניטריים אחרים, הם למעשה שיקולי צדק. אכן, יש מידה רבה של חפיפה – אם לא זהות – בין שיקולים הומניטריים לבין שיקולי צדק. מדוע, אם כן, להשתמש במונח "שיקולים הומניטריים", ולא בשם המפורש "שיקולי צדק"? והרי הצדק הוא ערך-יסוד במדינה, הוא ליבת המשפט, הוא מה שאדם מבקש ברגיל ממערכת המשפט, ולכן גם ראוי לטפח ערך זה. אי-לכך, לדעתי, עדיף שהשר ובית-המשפט ידברו בלשון מפורשת על שיקול הצדק.

כך גם המחוקק. לדוגמה, חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, קובע (בסעיף 113(א)(3)) כי ממונה על ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה לא כדין, בין היתר, אם "קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים... המצדיקים את שחרורו בערובה". לדעתי, מכיוון שראוי לקדם את המודעות לצורך לעשות צדק ביחסים שבין השלטון לבין כל אדם, היה עדיף שהחוק ידבר על "טעמים שבצדק".

(ד) מה ההלכה?

על רקע האמור לעיל עולה השאלה: האם פסקי-דין אלו, שבהם נפסלה החלטה מנהלית משום שהרשות לא התחשבה כראוי בשיקול הצדק, בעקרון ההגינות או בשיקולים הומניטריים, קובעים הלכה שחובה על כל רשות מנהלית להתחשב כראוי גם בשיקול הצדק? התשובה אינה נקייה מספקות. פסקי-דין אלו מעטים, ואין בהם אחד הקובע בלשון מפורשת כי זאת הלכה.

עם זאת, כידוע, אין צורך בפסקי-דין כזה, שהרי במשפט המקובל דבר רגיל הוא שהלכה צומחת לאיטה מפסקי-דין לפסקי-דין, עד שהיא מתגבשת כהלכה, אף מבלי שהדבר נקבע במפורש בשום פסקי-דין. לדעתי, זה המצב גם כאן. די בכך שהלכה היא כי כל רשות מנהלית חייבת להתחשב בערכי-היסוד של המדינה, בהיותם חלק מן התכליות הכלליות של כל החוקים, וכפועל יוצא מכך הלכה היא שהרשות חייבת להתחשב גם בצדק, בהיותו אחד מערכי-היסוד של המדינה. פסקי-הדין הקובעים בהקשרים שונים כי הרשות הייתה חייבת להתחשב בשיקול הצדק, גם אם הם מעטים, רק נותנים ביטוי להלכה קיימת. וזאת, לדעתי, לא רק הלכה קיימת וראויה, אלא אף הלכה הכרחית בכל חברה דמוקרטית.

ראוי לזכור כי זה הדין במשפט הפרטי. חוק החוזים (חלק כללי) אוסר על כל אדם פרטי (בסעיפים 12, 30, 39 ו-61) לנהוג בחוסר תום-לב או באופן בלתי-מוסרי בכריתה של כל חוזה, בקיומו או בפעולה משפטית אחרת, וזאת גם כלפי אדם זר לחלוטין. האין זה מתבקש, בגדר קל וחומר, שהמשפט הציבורי יאסור על כל רשות מנהלית – בייחוד מפני שהיא נאמן של הציבור – לנהוג במילוי תפקידה באופן בלתי-צודק? אכן, הדעת נותנת שאין סיבה להחמיר עם אדם בהתנהגות פרטית כלפי אדם זר יותר מאשר עם רשות במילוי תפקיד ציבורי כלפי אזרח, ואף אין סיבה לראות פגיעה במוסר כחמורה יותר מאשר פגיעה בצדק.

בסיכום, לדעתי, הלכה היא שכל רשות מנהלית חייבת להתחשב גם בשיקול הצדק, ולתת לו את המשקל הראוי, ככל שנדרש בנסיבות המקרה הנדון.⁵⁷ עד כאן בנוגע להלכה, ומכאן בנוגע למעשה: האם ההלכה המחייבת את הרשות להתחשב גם בשיקול הצדק באה לידי ביטוי ראוי בהתנהלות (כלומר בפרקטיקה) של הרשויות המנהליות?

3. התנהלותן של הרשויות המנהליות

עד כמה הרשויות המנהליות מודעות לחובתן להתחשב גם בשיקול הצדק ולתת לו את המשקל הראוי בנסיבות העניין הנדון, והאם הן נוהגות, הלכה למעשה, לכלול את שיקול הצדק במסגרת השיקולים הנלווים להפעלת סמכותן?

במישור הפרטני אין ספק שיש עובדי ציבור שנוהגים להתחשב באופן ראוי גם בשיקול הצדק. אך מה המצב במישור הכללי: האם התחשבות בשיקול הצדק מקובלת כחובה (או למצער כמסר, כהנחיה או כערך) על כלל הרשויות המנהליות, והאם בפועל היא חלק מתרבות השלטון, כלומר, חלק מדפוס ההתנהלות המקובל העובר כאתוס מדור לדור? כדי לתת תשובה מוסמכת, יש לערוך מחקר-שדה. מחקר כזה לא נערך עד כה. לכן אי-אפשר להשיב על השאלה אלא בדרך של התרשמות (או השערה), בהתבסס על הפסיקה, הספרות המקצועית והניסיון האישי.

ההתרשמות שלי היא שתרבות השלטון בישראל מתבססת בעיקר על שיקולים של שלטון החוק, מדרג מנהלי (המחייב ציות להנחיות, נהלים והוראות של הממונים), יעילות, ואולי גם (בעוצמה פחותה) אדיבות. והצדק? הוא נחבא אל הכלים, וקולו אינו נשמע כמעט. וכי מתי שמענו את העומדים בראש השלטון מטיפים לצדק או דורשים צדק מעצמם וגם לאחרים? אכן, זה שנים רבות שההנהגה המדינית זנחה את החינוך לערכים, ובכלל זה את הצדק, והצדק אף אינו בא לידי ביטוי במסמכים רשמיים. אומנם, באופן רשמי, כפי שהוצהר במגילת העצמאות, מדינת-ישראל מושתתת, בין היתר, על

57 הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות משליכה גם על ביקורת חוץ-שיפוטית על החלטות אלו. כלומר, גם בביקורת חוץ-שיפוטית יש לבחון אם הרשות התחשבה כראוי בשיקול הצדק. חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב], אומר זאת במפורש. הוא קובע (בס' 33 ו-37) כי "כל אדם רשאי להגיש תלונה אל נציב תלונות הציבור", בין היתר, על מעשה (לרבות מחדל) של גוף מבוקר "שיש בו משום נוקשות יתירה או אי-צדק בולט". אכן, בפועל הנציב בודק גם תלונות כאלה. על כך אמר מבקר המדינה אליעזר גולדברג ("נציבות תלונות הציבור – עקרונות ויישומם" **עיונים בביקורת המדינה** 9, 17, 59 (2002)): "במושג 'אי צדק בולט', ולטעמי, כאמור, די היה לומר 'אי צדק', פנה המחוקק לחוש הצדק של הנציב. ומתי ייעזר הנציב בחוש הצדק? על כורחך אתה אומר כל אימת שאין החוק, הדין או ההלכה מחייבים אותו לנהוג אחרת. או אז בסמכותו לעשות צדק לפי מיטב שיקול דעתו, ולקבוע נורמה שאיננה מוסדרת". לדעתי, גם בהעדר הוראת חוק מפורשת, הממונה המנהלי על הרשות, כגון השר או המנכ"ל, וכן המבקר הפנימי של הרשות אמורים לבחון, בין היתר, את השאלה אם החלטות הרשות נגועות באי-צדק.

הצדק לאור חזונם של נביאי ישראל, אך נראה כי באופן מעשי אין זה עדיין אלא חזון לעתיד.

הנה עובדות אחדות התומכות בהתרשמות זו. בשנת 2017 נתן נציב שירות המדינה תוקף לקוד חדש של כללי אתיקה (שהוכן על-ידי ועדה ציבורית) המופנה לעובדים בשירות המדינה. זהו קוד מקיף, יסודי וחשוב. הוא מציין, בין היתר, את הערכים ששירות המדינה מתבסס עליהם, ביניהם שלטון החוק, נאמנות למדינה, כבוד האדם, שוויון ועוד. אך הוא אינו כולל את הצדק.⁵⁸

בשנת 2013 הוציא פרקליט המדינה קוד של כללי אתיקה לפרקליטים בשירות המדינה. קוד זה, אשר ראוי אף הוא לשבח, קובע כחלק מחזון הפרקליטות את החובה לנהוג, בין היתר, בהגינות, תוך חתירה לגילוי האמת ולהגשמת ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מתוך התחשבות בזכויות אדם. אך הוא אינו מזכיר בשם המפורש את הצורך לעשות צדק בסכסוכים שבין המדינה לבין כל אזרח. כל שופט מתחייב, בהצהרת האמונים שלו, לשפוט משפט צדק. ומה באשר לפרקליט המייצג את המדינה?

בשנת 2014 הפיץ משרד המשפטים תזכיר חוק הקובע את סדרי ההליך המנהלי.⁵⁹ התזכיר (שלא קודם מאז) מפרט את העקרונות והכללים החלים על ההליך המנהלי, ביניהם החובה לבסס החלטה על תשתית עובדתית מספקת ולנהוג בהגינות, בשוויון וללא שיקולים זרים, באופן סביר ומידתי, תוך התחשבות בטובת הציבור. אך הוא אינו מציין את הצורך להתחשב גם בשיקול הצדק כלפי האזרח.

נוסף על כך, העובדה שבין אלפי פסקי-הדין שבהם הפעיל בית-המשפט ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות אין אלא קומץ של פסקי-דין שבדקו אם הרשות שקלה כראוי גם את שיקול הצדק מלמדת, לדעתי, כי רק לעיתים רחוקות העלו העותרים לפני הרשות המנהלית או לפני בית-המשפט את הטענה כי הרשות חייבת לשיקול כראוי את שיקול הצדק אך בפועל לא קיימה חובה זו.

לכן, וגם על יסוד ניסיון אישי, נראה לי כי לשיקול הצדק אין אלא תפקיד שולי – ואולי אף זניח – ביחסים שבין השלטון לבין האזרח: לעיתים קרובות שיקול הצדק אינו זוכה בהתחשבות הראויה מצד הרשות המנהלית.

לדעתי, מצב זה מצריך תיקון: יש לתבוע את עלבוננו של הצדק; יש לתת לו מעמד נכבד בתפקודן של הרשויות המנהליות; יש לקבוע אותו בלשון מפורשת וברורה כאחד השיקולים הענייניים הנלווים להפעלת סמכות מנהלית; ויש להטמיע אותו במודעותן של

58 הוועדה להמלצה על קוד אתי לשירות המדינה חזון, ייעוד, ערכים וכללי האתיקה המקצועית של שירות המדינה (2017). הקוד כולל אומנם בין הערכים את הערך "צדק חברתי", ומגדיר אותו כך: "ביצוע התפקיד מתוך הכרה בחשיבות צמצום פערים חברתיים וכלכליים וקידום חובת ייצוג הולם על פי דין בשירות המדינה" (שם, בעמ' 4). אולם לדעתי, הגדרה זו אינה עושה צדק עם מושג הצדק. מכל מקום, העובדה שהקוד מדבר על "צדק חברתי", ונמנע מלדבר על "צדק אישי" או על "צדק" באופן כללי, אומרת דורשני.

59 תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014.

הרשויות המנהליות, ומעבר לכך – וחשוב לא פחות – במודעותו של הציבור הרחב, ובכלל זה במודעותם של עורכי-הדין המייצגים בני-אדם שנפגעו על-ידי הרשויות. מודעות כזאת היא תנאי לכך ששיקול הצדק ייעשה חלק חשוב מתרבות השלטון, ואולי אף יתפשט ויתחזק גם ביחסים שבין אדם לאדם.

ד. הצדק כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות

גם אם הצדק הוא שיקול ענייני שהרשות המנהלית חייבת להתחשב בו בהפעלת סמכותה, עדיין אין זה אומר שהצדק (או ליתר דיוק – אי-צדק) הוא עילה עצמאית לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות. לדוגמה, הרשות המנהלית חייבת להתחשב גם ביעילות, בבטחון המדינה, ובאופן כללי באינטרס הציבורי. אלה שיקולים ענייניים, אך אף לא אחד מהם הוא עילת ביקורת עצמאית, אלא הם נבלעים בעילות הביקורת המוכרות, כגון עילת השיקולים הענייניים או עילת הסבירות, לפי נסיבות העניין. מכאן השאלה אם הצדק, להבדיל מהשיקולים האמורים, הוא גם עילת ביקורת עצמאית: האם ניתן לבטל החלטה מנהלית רק משום שהיא בלתי-צודקת?

השאלה לא נדונה בספרות המשפטית. הספרות על דיני המנהל הציבורי, הנוהגת להציג את עילות הביקורת השיפוטית אחת לאחת, אינה נוהגת להציג את הצדק כאחת העילות, ואף לא לדון בשאלה אם ראוי לתת לצדק מעמד של עילת ביקורת. מהי, אפוא, התשובה לשאלה זו?

בית-המשפט בישראל ירש את רוב עילות הביקורת על החלטות מנהליות מבית-המשפט באנגליה לפני כמאה שנים. מאז הוא פיתח עילות אלו וגם יצר עילות חדשות: לדוגמה, הוא קידם את השוויון למעמד של עילת ביקורת, ויצר את עילת המידתיות. יש פסקי-דין אחדים משנות התשעים שביטלו החלטות מנהליות משום שהיו בלתי-צודקות.⁶⁰ היה אפשר לחשוב שהם הניחו את היסודות לעילת הצדק, אך לא היה להם המשך. נראה לכן שהמהלך של הכרה בצדק כעילת ביקורת עצמאית נתקע בדרכו, וטרם הבשיל למעלה של הלכה.

בעניין זה בית-המשפט בישראל אינו יוצא-דופן. אי-צדק אינו מוכר כעילת ביקורת באנגליה, ואף לא במדינות אחרות של המשפט המקובל. כלומר, גם כאשר ברור לבית-המשפט כי החלטה מנהלית גורמת אי-צדק, אין בכך בלבד כדי לפסול את ההחלטה, ואפשר לפסולה רק אם היא פסולה גם לפי אחת מעילות הביקורת המוכרות. כך, אם החלטה של הרשות התקבלה מבלי שהרשות התחשבה בשיקול הצדק, אפשר לפסול אותה בעילת השיקולים הענייניים, בעילת הסבירות או בעילת המידתיות, אך לא בעילת הצדק.

נשאלת השאלה מדוע זה כך. הרי הצדק (ולא הסבירות, ואף לא המידתיות) הוא אחד מערכי-היסוד של המדינה; הוא ליבת המשפט; הוא גם אחת התכליות הכלליות של כל

60 על פסקי-דין אלו ראו לעיל בחלק 2א).

חוק. העותר מבקש שבית-המשפט יעשה איתו צדק; והשופט התחייב לשפוט משפט צדק. האם למרות כל זאת השופט אמור להשלים עם אי-צדק מצד הרשות? ברור שלא. השופט מבקש לעשות צדק בכל מקרה ככל שניתן במסגרת המשפט. ובכל-זאת, על-פי ההלכה הקיימת, הוא אינו יכול לעשות צדק בדרך-המלך, כלומר לפסול החלטה מנהלית משום שהיא נגועה באי-צדק, אלא הוא נאלץ להגיע אל הצדק בדרך עקיפין, באמצעות אחת מן העילות שזכו בהכרה על-ידי בית-המשפט. למשל, במקרה מסוים הוא יכול לפסול החלטה מנהלית שגרמה אי-צדק בעילה של הפרת חובת השימוע כלפי העותר, ובמקרים אחרים הוא יכול לפסול החלטה בעילה של שקילת שיקול זר, בעילה של חוסר סבירות או בעילה של פגיעה בלתי-מידתית בעותר, כגון פגיעה במידה העולה על הנדרש – בכל מקרה לפי מהות הפגם שנפל בהחלטה. אך בכל המקרים הללו הוא אינו יכול לפסול את החלטה מן הסיבה האמיתית: שהחלטה גורמת אי-צדק.

1. אי-צדק במסגרת עילה קיימת

יש ארבעה סוגים עיקריים של מקרים שבהם החלטה מנהלית גורמת אי-צדק, ובכל אחד מהם בית-המשפט יכול לבטל את החלטה באמצעות אחת מעילות הביקורת המוכרות, אם בנסיבות המקרה קיים יסוד לעילה כזאת, ואלה הם:

א. במקרה שבו הרשות המנהלית הייתה אמורה להתחשב גם בשיקול הצדק, ובכית-המשפט התברר כי בפועל היא התעלמה משיקול זה, ניתן לפסול את החלטת הרשות בעילה של אי-התחשבות בשיקול ענייני.⁶¹

ב. אם הרשות התחשבה גם בשיקול הצדק אך בבית-המשפט התברר כי היא לא נתנה לו את המשקל הראוי בנסיבות המקרה, בית-המשפט יכול לפסול את החלטת הרשות בעילה של חוסר סבירות.⁶²

ג. החלטה מנהלית עשויה להיות נגועה באי-צדק כתוצאה של פגם בהליך המנהלי, כלומר, כתוצאה של הפרת אחד הכללים המסדירים את ההליך המנהלי. כאלה הם, בראש ובראשונה, הכלל המחייב את הרשות לאפשר שימוע לאדם שעלול להיפגע מהחלטתה והכלל האוסר עליה לדון ולקבל החלטה כאשר היא נמצאת במצב של ניגוד עניינים (או משוא-פנים). הפרת אחד הכללים האלה עלולה להוביל את הרשות להחלטה בלתי-צודקת. לא בכדי הם נקראים (בעקבות המשפט האנגלי) "כללי הצדק הטבעי". אך כך גם יתר הכללים המסדירים את ההליך המנהלי. כאלה הם, בין היתר,

61 ראו, לדוגמה, את פסק-הדין בעניין **מרדי**, לעיל ה"ש 46, ואת הציטוט ממנו לעיל ליד ה"ש 47. על העילה של אי-התחשבות בשיקול ענייני ראו זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3523; דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 726 (2010) (להלן: ברק-ארו **משפט מינהלי ב**).

62 ראו, לדוגמה, את פסק-הדין בעניין **שיח חדש**, לעיל ה"ש 48, ואת הציטוט ממנו לעיל ליד ה"ש 49. על ההלכה בדבר אי-מתן משקל ראוי לשיקול ענייני ראו זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3555; ברק-ארו **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 725.

הכללים המחייבים את הרשות לבסס את החלטתה על תשתית ראויה של נתונים, לפעול במהירות הראויה, ולקיים התייעצות עם גורם מסוים. הפרה של אחד הכללים האלה עלולה אף היא להוביל את הרשות להחלטה בלתי-צודקת. אם מתברר בבית-המשפט שהרשות הפרה כלל כזה, אזי זאת עילה ("עילת ההליך") לביטול החלטת הרשות. עילה זו עשויה להיות דרך להתמודד עם אי-צדק שנגרם על-ידי פגם כזה.⁶³

ד. לעיתים קרובות, גם אם אין מידע או הוכחה בדבר פגם מסוים שנפל בהליך המנהלי, ההחלטה המנהלית עצמה נראית פגומה: בלתי-סבירה, בלתי-מידתית או בלתי-צודקת. כאלה הם, למשל, המקרים שבהם הרשות התחשבה בשיקול זר, התעלמה משיקול ענייני (לרבות שיקול הצדק) או לא נתנה לשיקול ענייני את המשקל הראוי בנסיבות המקרה, וכתוצאה מכך החלטת הרשות נגועה באי-צדק. אולם במקרים כאלה, מכיוון שמדובר בפגם שנפל בהליך פנימי במסגרת הרשות, כלומר בפגם שסמוי מעין חיצונית, לעיתים קרובות אדם שנפגע מהחלטת הרשות אינו יכול לדעת או להוכיח את הפגם שנפל בהליך המנהלי. עם זאת, גם אם אין די ראיות לתקוף את ההליך המנהלי, ניתן עדיין לתקוף את ההחלטה עצמה, מבלי להתייחס כלל להליך שקדם להחלטה, באחת העילות המתייחסות לביקורת ההחלטה, ובראשן עילת הסבירות או עילת המידתיות.⁶⁴

אכן, בפועל, כאשר בית-המשפט משתכנע כי ההחלטה המנהלית גורמת אי-צדק, גם אם אין זה ברור מה היה הפגם שהוביל להחלטה זו, הוא נוטה לבטל את ההחלטה באחת העילות האלה – עילת הסבירות או עילת המידתיות. כך, לדוגמה, בפסק-הדין בעניין **שיח חדש**, שבו קבע בית-המשפט כי החלטה של מועצת מקרקעי ישראל פוגעת בצדק החלוקתי, בוטלה ההחלטה בעילה של חוסר סבירות;⁶⁵ בפסק-הדין בעניין **באוטיסטה** ביטל בית-המשפט החלטה של שר הפנים משום שהיא "חותרת תחת תחושת הצדק וההגינות השלטונית, ויש לראותה כהחלטה החורגת ממתחם הסבירות";⁶⁶ ובפסק-הדין בעניין **לביא-גולדשטיין** פסק בית-המשפט כי "לא ייחסו

63 ראו, לדוגמה, בג"ץ 113/52 זקס נ' **שר-המסחר והתעשייה**, פ"ד ו 696, 703 (1952) (השופט אולשן): "הצדק האלמנטרי דורש שלפני שחורצים את גורלו של האזרח תינתן לו הזדמנות להסביר את המצב כדי להסיר את החשד". את העילות המתייחסות לפגמים מסוגים שונים בהליך המנהלי – כגון פגם של ניגוד עניינים, החלטה לא על יסוד תשתית ראויה של נתונים, הפרת החובה לפעול במהירות הראויה וכיוצא באלה – ניתן לראות כעילות-משנה של עילה ראשית, היא עילת ההליך, המאפשרת ביטול החלטה מנהלית בשל פגם בסדרי ההליך. על עילת ההליך ראו זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3389; דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 261 (2010).

64 על עילת הסבירות ועילת המידתיות ראו זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3547, 3849 ו-3875; ברק-ארז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 723 ו-771.

65 על פסק-הדין בעניין **שיח חדש** ראו לעיל ליד ה"ש 48–49.

66 עניין **באוטיסטה**, לעיל ה"ש 54, בפס' 10. ראו גם לעיל ליד ה"ש 54.

המשיבים משקל מספיק לשיקולי צדק והגינות ולא ענו לדרישות הסבירות והמידתיות".⁶⁷

לכן, על פני הדברים, נראה כאילו הצדק נחשב בעיני בית-המשפט פחות מן הסבירות והמידתיות: אי-צדק צריך להתעלות כביכול למדרגה של חוסר סבירות או אי-מידתיות כדי שבית-המשפט יבטל החלטה בלתי-צודקת.

מכאן עולה השאלה המטרידה: האם זהו באמת המעמד הראוי לצדק במשפט? במילים אחרות, האם יש טעם טוב, עקרוני או מעשי, המונע הכרה באי-צדק כעילה בפני עצמה לביקורת החלטות מנהליות, בדומה לעילות הסבירות והמידתיות?

2. אי-צדק כעילה עצמאית

בשאלת ההכרה בצדק כעילת ביקורת עצמאית יש טענות בעד הכרה כזאת אך יש גם, כמובן, טענות נגדה. להלן הטענות העיקריות לכל צד.

(א) טענות בעד הכרה באי-צדק כעילה עצמאית

האם אפשר וגם ראוי שבית-המשפט ישדרג את הצדק מן המעמד של שיקול ענייני שיש בו כדי לתמוך באחת מעילות הביקורת המוכרות, כגון חוסר סבירות או אי-מידתיות, למעמד של עילת ביקורת עצמאית?

שדרוג כזה הוא מהלך אפשרי ומוכר במשפט המקובל. כך, לדוגמה, השוויון, אשר בשעתו היה לו רק מעמד של שיקול ענייני, שודרג על-ידי בית-המשפט במהלך איטי למעמד של עילת ביקורת עצמאית.⁶⁸ אמרו מעתה: בית-המשפט יכול – אם ישוכנע שהדבר ראוי – לשדרג גם את הצדק (כלומר, את החובה להתחשב גם בשיקול הצדק ולתת לו את המשקל הראוי בהפעלת הסמכות המנהלית) למעמד של עילה עצמאית. אולם האם יהיה זה גם מהלך ראוי? יש טענות התומכות במהלך כזה מבחינה עקרונית – טענות ברורות עד כדי כך שהן נשמעות כמו קלישאות. הצדק, הן אומרות, מקובל כמידה נעלה על-ידי כל אדם ובכל חברה; הוא מלווה את מורשת ישראל מאז ומתמיד – בתנ"ך ובמקורות אחרים – כעמוד האש; וכיום הוא מוכר כאחד מערכי-היסוד של המדינה. לכן, ללא ספק, ראוי לטפח אותו בכל תחומי החיים. בייחוד ראוי לטפח אותו בתחום של רשויות המדינה – גם משום שהן אמורות לשמש מופת ודוגמה לכל

67 עניין **לביא-גולדשטיין**, לעיל ה"ש 53, בפס' 30. ראו גם לעיל ליד ה"ש 53. ראו גם עניין **ארז**, לעיל ה"ש 53, בפס' 38 (השופט מלצר): "בעת ביצוע האיזון בין האינטרסים השונים המתנגשים בשאלת מועד התחולה של המדיניות החדשה – המשיבים לא ייחסו משקל מספיק לשיקולי צדק והגינות ובכך לא ענו על דרישות הסבירות והמידתיות, המצופות מהם כרשות מנהלית".

68 ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה 165 (1999).

אדם ולכל גוף אחר בחברה, וגם משום שכל רשות היא נאמן של הציבור, והנאמנות מחייבת אותה למלא את תפקידה, בין היתר, בצדק.

מכל הרשויות במדינה, דרישת הצדק מזוהה באופן מיוחד עם בית-המשפט. הצדק הוא ליבת המשפט, ועשיית משפט צדק היא תפקידו של בית-המשפט. לפיכך כל שופט מתחייב עם מינויו לשפוט משפט צדק, ובדרך-כלל בני-אדם באים אל בית-המשפט גם כדי למצוא צדק. לכן, על-פי אמירה מקובלת, אין די בכך שבית-המשפט עושה צדק, אלא חשוב שגם יראה לעין שבית-המשפט עשה צדק. לכן על בית-המשפט לטפח את הצדק באופן שנראה לעין, ברור וגלוי. כאשר בית-המשפט פוסק את הדין במקרה של החלטה מנהלית שגורמת אי-צדק על יסוד עילה אחרת, דוגמת הסבירות או המידתיות, הצדק נחבא מאחורי הקלעים.

הכרה בצדק כעילת ביקורת עצמאית תהיה ראויה לא רק מבחינה עקרונית וכדרך לקדם את מראית פני הצדק, אלא טמונים בה גם יתרונות מעשיים:

א. **עשיית צדק** – כל שופט יודע שתפקידו לשפוט משפט צדק, והוא גם מבקש לעשות צדק ככל שהמשפט מאפשר. עם זאת, ניתן להניח כי שדרוג הצדק למעלה של עילת ביקורת יוביל את בית-המשפט להתייחסות ממוקדת יותר ומעמיקה יותר לשיקול הצדק. בין היתר, הכרה בצדק כעילת ביקורת נפרדת עשויה להמריץ את העותרים להעלות לפני בית-המשפט טענה של אי-צדק באופן מפורש ונפרד, ככל שנסיבות המקרה מבססות טענה זו, וכפועל יוצא מכך היא גם תדרוש מבית-המשפט התייחסות מפורשת ונפרדת לטענה זו בעת הדיון באולם ואף בעת כתיבת פסק-הדין. התפתחות כזאת עשויה לחזק את מעמדו של הצדק כאחד מערכי-היסוד, ולקדם את עשיית הצדק בכל מקרה.

ב. **אמון הציבור** – בדרך-כלל עותר מביא אל בית-המשפט את הפגיעה שספג מהחלטה מנהלית לא רק כדי שיכריע בדיון, אלא גם כדי שיעשה צדק. כך במיוחד כאשר הוא בא אל בית-המשפט הגבוה לצדק, אשר חוק-יסוד: השפיטה מקנה לו סמכות (בסעיף 15(ג)) לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד "למען הצדק". ראוי להדגיש: החוק אומר "למען הצדק", ולא "למען הסבירות" או ערך אחר. אכן, בדרך-כלל העותר מבקש מבית-המשפט צדק לא פחות מאשר סבירות או מידתיות, ואולי אף יותר. התייחסות מפורשת אל הצדק כעילת ביקורת במהלך ההתדיינות, ולאחר-מכן בפסק-הדין, עשויה לחזק את אמון הציבור בבית-המשפט.

ג. **הנחיה לרשויות המנהליות** – אם הצדק ישודרג למעלה של עילת ביקורת, ויהיה נושא לדיון בבית-המשפט ומרכיב בפסק-הדין, יהיה בכך כדי להמריץ את הרשויות המנהליות להתחשב באופן ראוי, יותר מן המקובל כיום, גם בשיקול הצדק. אפשר להניח (או לפחות לקוות) שיהיה בכך גם כדי לחזק את אמון הציבור ברשויות המנהליות, ואולי גם להשליך על מערכת היחסים שבין אדם לאדם.

ד. **השלכה על הנורמות בחברה** – חיזוק מעמדו של הצדק כנורמה במסגרת היחסים שבין הרשות המנהלית לבין כל אדם, כתוצאה של שדרוג הצדק למעלה של עילת

ביקורת, עשוי להשליך גם על מערכת היחסים שבין אדם לאדם, ולחזק את מעמדו של הצדק כנורמה חברתית.

ראוי גם לציין, כיתרון נוסף של הכרה בעילת הצדק, כי הכרה בעילה זו עשויה לצמצם את השימוש בעילת הסבירות. אומנם, במצב הקיים עילת הסבירות מוצדקת ונדרשת, שכן יש מקרים קשים שבהם החלטה מנהלית גורמת אי-צדק בולט ואין בידי הנפגע מן ההחלטה מידע וראיה שיאפשרו את ביטולה בעילה אחרת, אלא רק בעילת הסבירות. אולם, מן הצד האחר, עילת הסבירות נהייתה בשיח הציבורי טעם מרכזי לניגוח הביקורת השיפוטית ולערעור אמון הציבור בבית-המשפט. הטעם הוא שאין זה בגדר תפקידו או סמכותו של בית-המשפט לבקר את סבירותן של החלטות מנהליות, שכן הסבירות אינה תכונה מולדת ואף לא תכונה בלעדית של בית-המשפט, והסבירות של שר בממשלה אינה נחותה מן הסבירות של שופט בבית-המשפט. אם כך, לפי טענה זו, מדוע יש להעדיף את הסבירות של שופט על הסבירות של שר? אכן, מבחינה זו יש הבדל מהותי בהתייחסות הציבור בין הסבירות לבין הצדק. הדעה הרווחת בציבור היא שבית-המשפט מופקד ואמון על הצדק, להבדיל מן הסבירות, יותר מכל רשות אחרת: התפקיד העיקרי של שר הוא לתת שירות יעיל, ואילו התפקיד העיקרי של שופט הוא לשפוט משפט צדק. אי-לכך, לדעתי, יש מקרים שבהם יהיה עדיף שבית-המשפט יבטל החלטה מנהלית בעילת הצדק, ולא בעילת הסבירות, וככל שעילת הצדק תוכל לבוא במקום עילת הסבירות, הרי זה משובח.⁶⁹

לנוכח היתרונות הצפויים מהכרה של בית-המשפט בצדק כעילת ביקורת עצמאית מתעוררת השאלה: מדוע נמנע בית-המשפט ממהלך זה עד כה?

(ב) טענות נגד הכרה באי-צדק כעילה עצמאית

הצדק אינו נכלל בין עילות הביקורת המוכרות קודם-כל בגלל סיבה היסטורית: מכיוון שהוא לא נכלל בין עילות הביקורת שגובשו באנגליה, הוא לא נכלל גם בין עילות הביקורת שעברו מאנגליה לארץ-ישראל לפני כמאה שנים. ומדוע הוא לא נכלל בין עילות הביקורת שגובשו באנגליה? בין היתר משום שעילת הסבירות, שגובשה באנגליה, הייתה דרך אפשרית (ונחשבה דרך מספקת) להתמודד גם עם מקרים מסוימים של אי-צדק.⁷⁰

69 ראו עוד זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3867.

70 פסק-הדין הראשון בישראל שבו פסק בית-המשפט כי הוא מוסמך לפסול החלטה מנהלית בעילת הסבירות הוא בג"ץ 21/51 **בינבונים נ' עיריית תל-אביב**, פ"ד ו 375 (1952). כבר בפסק-דין זה קשר בית-המשפט בין חוסר סבירות לבין אי-צדק. השופט אגרנט אמר (שם, בעמ' 386), בהסתמכו על פסק-דין אנגלי, כי המבחן בשאלה אם לפסול החלטה מנהלית (באותו מקרה חוק-עזר של עירייה) מחמת חוסר סבירות הוא אם יש בה "משום אי-צדק בולט, או משום התערבות כה קשה בזכויותיהם של אלה הנתונים למרותו של חוק העזר הנדון, עד כדי שאנשים בני דעת לא היו מצדיקים אותה... ההוראה המביאה לתוצאה זו היא בלתי הגיונית ויש לראותה ככטלה ומבוטלת".

כיום, כמובן, הסיבה ההיסטורית אינה סיבה מספקת למנוע הכרה מעילת הצדק, אך יש גם טענות אחרות נגד הכרה בעילה זו. שתי הטענות העיקריות הן אלה: ראשית, צדק הוא מושג עמום, ולכן עילה שתתבסס על צדק תהיה קשה ליישום, ואף תפגע בוודאות המשפטית; שנית, אין צורך מעשי להוסיף את הצדק כעילת ביקורת חדשה, משום שבית-המשפט יכול להשיג צדק באמצעות העילות הקיימות, כגון עילת הסבירות ועילת המידתיות.⁷¹

א. **העילה עמומה** – ברור שצדק הוא מושג עמום, ולכן גם עילת הצדק, לפחות בתחילת דרכה, תהיה עילה עמומה.⁷² אולם אין בכך כדי למנוע הכרה בעילת הצדק, שהרי המשפט מרבה להשתמש במושגים עמומים, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי, הן בחקיקה והן בפסיקה.⁷³ המשפט מכיר גם בעילות עמומות לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות. כזאת היא, למשל, עילת הסבירות. עילה זו הייתה עילה עמומה לחלוטין במשך עשרות שנים, וכל שופט היה יכול לבטל כל החלטה מנהלית אם לדעתו היא הייתה בלתי-סבירה. מבחינה זו הצדק אינו יוצא-דופן. המחוקק עצמו משתמש גם במושג הצדק, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי.⁷⁴ ראוי להזכיר שאפילו חוק-יסוד: השפיטה, הקובע את סמכות בג"ץ, קובע כי בג"ץ ידון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד "למען הצדק". זאת ועוד, על-פירוב מושגים עמומים נעשים במשך השנים מגובשים וברורים יותר, מפסק-דין לפסק-דין, בדרך הרגילה של המשפט המקובל. כך קרה, למשל, למושג "תום-לב" במשפט הפרטי. כך קרה גם לעילת הסבירות במשפט הציבורי, אשר במשך עשרות שנים הייתה עילה עמומה לגמרי, ורק בשנות השמונים קבע בית-המשפט מבחן להפעלת העילה, ובכך עשה אותה לברורה וצפויה הרבה יותר. אפשר להניח שכך יקרה במשך הזמן גם לעילת הצדק, אם היא תזכה בהכרה. יתר על כן, אפשר להניח כי עמימותו של מושג הצדק לא תיצור בפועל קושי רב ביישום העילה, שכן ברור כי עילה זו לא תשמש את בית-המשפט לפסילת החלטה מנהלית אלא רק במקרה של אי-צדק קיצוני, אי-צדק בולט, אי-צדק בעליל או אי-צדק בלתי-נסבל. במקרים כאלה, אשר מטבע הדברים הם מקרים מעטים, העמימות של מושג הצדק כאילו נעלמת: אי-הצדק ברור ובולט לעין, עד כדי כך שקיימת הסכמה רחבה שהחלטה בלתי-צודקת בעליל.

71 טענה אפשרית נוספת אומרת שאם הצדק יוכר כעילת ביקורת בפני עצמה, יהיה בכך כדי לצמצם את השימוש בעילות ביקורת אחרות. הדבר נכון, אך מה רע בכך? דבר רגיל (והכרחי) הוא שהכרה בעילת ביקורת חדשה מצמצמת את השימוש בעילות הביקורת הקיימות. כך, לדוגמה, ההכרה בעילת המידתיות צמצמה את השימוש בעילת הסבירות. אין בכך כל רע; להפך, הכרה בעילה חדשה יכולה לעשות את הביקורת השיפוטית אמיתית, ברורה ומדויקת יותר. מכל מקום, וזה העיקר, הכרה בעילה חדשה, דוגמת עילת הצדק, אינה מצמצמת ואינה מחלישה את הביקורת השיפוטית.

72 על הצדק כמושג עמום ראו לעיל בתת-פרק 2.

73 על מושגים עמומים בחוקים ראו לעיל בתחילת תת-פרק 1.

74 על השימוש במושג הצדק בחוקים שונים ראו לעיל בתת-פרק 1.

זה המצב הקיים, למשל, לגבי עילת הסבירות. בית-המשפט מכיר בכך שבמקרים רבים שאלת הסבירות של החלטה מנהלית עשויה להיות שנויה במחלוקת בין רשויות הוגנות וסבירות. מקרים כאלה נמצאים, על-פי ההלכה, בתוך מתחם הסבירות, שבו הרשות המנהלית רשאית לקבל את החלטה הנראית לה נכונה, ובית-המשפט לא יתערב בהחלטה כזאת, גם אם הוא היה נוטה לקבל החלטה אחרת, אשר לדעתו תהיה סבירה יותר. הוא רשאי להתערב רק בהחלטה החורגת ממתחם הסבירות, כלומר, אם היא בלתי-סבירה באופן קיצוני או באופן ברור. יש להניח כי כך תקבע ההלכה גם לגבי עילת הצדק: היא תקבע שבית-המשפט לא יתערב בעילה זו אלא במקרה של החלטה מנהלית החורגת ממתחם הצדק, כלומר, רק במקרה של אי-צדק בעליל.⁷⁵

וכדאי להוסיף: אם בית-המשפט יודע מתי יש לבטל חוזה משום שהוא "בלתי מוסרי", כפי שנקבע בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), חזקה עליו שידע גם מתי יש לבטל החלטה מנהלית משום שהיא בלתי-צודקת.

בהקשר זה כדאי גם להציג את המשפט הגרמני כראיה להיתכנות השימוש בצדק כעילת ביקורת על החלטות מנהליות. החוק הגרמני בדבר סדרי המנהל משנת 1976 קובע בסעיף 44(2), בין היתר, כי מעשה מנהלי הסותר את המוסר יהיה בטל מעיקרו. המוסר הוא כמובן מושג עמום, כנראה לא פחות מן הצדק, והחוק הגרמני אינו מגדירו. אך בית-המשפט בגרמניה הבהיר כי הכוונה היא למבחן אובייקטיבי של המושג, המשקף את ערכי המוסר המקובלים בחברה, ופסקי-הדין, המתייחסים למקרים מסוימים של פגיעה במוסר, מבהירים את המושג במידה רבה.⁷⁶

ב. **אין צורך בעילה** – נכון הדבר שמבחינה מעשית יוכל בית-המשפט להסתדר בלי עילת הצדק גם בשנים שיבואו, כפי שהסתדר בשנים שעברו. כך משום שבדרך-כלל בית-המשפט מצליח לעשות צדק גם באמצעות העילות הקיימות, ובייחוד עילת הסבירות ועילת המידתיות. אכן, עד כה לא נשמעה זעקה ציבורית, ואפילו לא טענה, על כך שלבית-המשפט אין יכולת להתמודד עם מקרים של אי-צדק. ובכל-זאת, לדעתי, גם אם מבחינה מעשית אין צורך דוחק להכיר בצדק כעילת ביקורת עצמאית, הטעמים התומכים בהכרה כזאת חזקים ומצדיקים את ההכרה.⁷⁷ ויש טעמים נוספים התומכים בהכרה כזאת:

75 ראוי להוסיף שגם אי-צדק בעליל, החורג ממתחם הצדק, לא יוביל בהכרח לביטול ההחלטה המנהלית, שכן יש להפריד בין הפגם שנפל בהחלטה לבין התוצאה של פגם זה. כלל התוצאה (הבטלות) היחסית קובע כי בכל מקרה של פגם בהחלטה המנהלית, היא זה אפילו פגם חמור כחריגה מסמכות, שאלת התוצאה של הפגם מסורה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. בהתאם לכך, בית-המשפט רשאי אומנם לבטל את החלטה המנהלית, אך הוא רשאי גם לדחות את העתירה או לתת סעד אחר אשר יהלום לפי שיקול-דעתו את נסיבות המקרה הנדון. על כלל התוצאה (הבטלות) היחסית ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד: סדרי הביקורת המשפטית 2981 (2017).

76 ראו יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", **משפט וממשל** ב 109, 135 (1994).

77 על הטעמים התומכים בהכרה ראו גם לעיל בתת-פרק ג2.

1. מבחינה עקרונית אין זה ראוי להסתיר את הצדק מאחורי עילה אחרת, כגון עילת הסבירות, שאינה מייצגת ואינה משקפת את הצדק. מדוע לערוב או לערפל מושגים? נקיון-הדעת מחייב לדייק ולומר דברים כהווייתם: עוול הוא עוול, ולא חוסר סבירות. יש לומר זאת בגלוי ובמפורש. כך בייחוד מפני שהצדק אינו ערך שולי שאפשר לזלזל בו או שראוי להצניעו, אלא ערך מרכזי, אחד מערכי-היסוד של המדינה. מבחינה זו הוא אף ערך נחשב יותר וראוי יותר למעמד נכבד מן הערך של סבירות או הערך של מידתיות.

2. טוב הדבר שבית-המשפט יהיה מצויד בכלים מדויקים שיאפשרו לו להתמודד באופן מיטבי עם כל בעיה. לכן המשפט לא הסתפק בעילת ביקורת אחת המכסה כל מקרה של כל פגם בהחלטות מנהליות, כלומר בעילה של אי-חוקיות, אלא פיתח סדרה של עילות ביקורת, שכל אחת מהן נועדה לאפשר התמודדות מיטבית עם סוג מסוים של פגם משפטי, כגון חוסר סבירות או אי-מידתיות. הכרה בעילת הצדק תאפשר לבית-המשפט להתמודד באופן מדויק ויעיל יותר עם טענה שיש לפסול החלטה מנהלית משום שהיא בלתי-צודקת.

אכן, העובדה שבית-המשפט יכול להסתדר גם בלי עילת הצדק אינה אומרת שלא תצמח תועלת, משפטית וחברתית, מהוספת עילה זו לארגז העילות המשמשות את בית-המשפט. על התועלת הצפויה מהכרה בעילת הצדק, גם אם מבחינה מעשית אין הכרח להכיר בה כעילה חדשה, ניתן ללמוד מהשוואה לתועלת שצמחה למערכת המשפט מחידושים שונים, ובכלל זה גם מן ההכרה שניתנה במהלך השנים לעילות ביקורת חדשות. הנה, לדוגמה, עילת המידתיות. המידתיות לא הייתה מוכרת כעילה לביקורת החלטות מנהליות במשך עשרות שנים. היא התקיימה רק באופן מוצנע כאחד השיקולים מאחורי הקלעים של עילות אחרות, בעיקר עילת הסבירות.⁷⁸ רק בשנות התשעים היא זכתה בהכרה של בית-המשפט כעילת ביקורת עצמאית. מאז היא נעשתה עילה מרכזית בביקורת החלטות מנהליות, ודומה שאין חולק על כך שההכרה במידתיות כעילה חדשה, אף שמבחינה מעשית לא היה הכרח בכך, העלתה תרומה עצומה לקידום הביקורת השיפוטית ולשיפור השירות הציבורי.

בסיכום, לדעתי, הטענות בעד הכרה בעילת הצדק גוברות על הטענות נגד ההכרה בה. צעדים ראשונים בכיוון ההכרה נעשו על-ידי בית-המשפט כבר בשנות התשעים.⁷⁹ ראוי להמשיך בכיוון זה בדרך הרגילה שבה המשפט המקובל מפתח הלכות חדשות – באופן זהיר ומבוקר, מפסק-דין לפסק-דין – עד לגיבוש הלכה מוכרת לאור הניסיון המצטבר.

78 אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 258 (2010): "היסודות המרכיבים את המידתיות היוו במשך שנים רבות כל אחד בנפרד, חלק מהמשפט המנהלי הישראלי". ראו גם יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתאוריה" *משפט ועסקים* טו 225, 236 (2012).

79 ראו את פסקי-הדין לעיל בתת-פרק ג2.

3. דוגמה לשימוש בעילת הצדק

הנה פסק-דין שניתן לאחרונה על-ידי בית-המשפט לעניינים מנהליים ואשר ניתן לראות בו דוגמה לשימוש ראוי בעילת הצדק.⁸⁰

הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה חיפה הכינה תוכנית מתאר לקרית-טבעון. התוכנית ייעדה שטח מסוים לחקלאות. בשטח זה נמצאו בתי המגורים של העותרים, שהוקמו כדין לפני שנים רבות. התוכנית הותירה בתים אלו במקומם, ולא ייעדה אותם להריסה. העותרים הגישו התנגדות לתוכנית כדי שיאופשר להם לבקש היתר לביצוע שיפוצים בבתי המגורים שלהם: הוספת ממ"ד, העלאת מפלס הכניסה לבתים (שהיו חשופים להצפות של נחל קישון) ותיקונים שיבטיחו רמת דיור נאותה. הוועדה המחוזית דחתה את ההתנגדות. בית-המשפט לעניינים מנהליים אמר כי על-פי ההלכה הוא אינו נוהג להחליף את שיקול-הדעת של רשות תכנון בשיקול-הדעת שלו, אלא רק לבדוק אם נפל פגם משפטי בהחלטת הרשות. בדיקה כזאת במקרה זה העלתה כי לא נפל פגם בשיקול-הדעת או פגם משפטי אחר בהחלטת הוועדה המחוזית. אף-על-פי-כן החליט בית-המשפט להושיט לעותרים סעד מן הצדק. וכך אמר:

משלא עלה בידי העותרים להצביע על פגם בשיקול הדעת המקצועי של הוועדה המחוזית, הרי שבמצב דברים רגיל, לא היה מנוס מדחיית העתירה. ואולם אין באמור כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט המנהלי מלפסוק סעד מן הצדק, ככל ששוכנע כי קיימת הצדקה לכך.⁸¹

בית-המשפט ציין כי לפי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, בג"ץ מוסמך להתערב בעניין למען הצדק, ולפי סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, בית-המשפט לעניינים מנהליים מוסמך, בין היתר, לתת את הסעדים המקובלים בבג"ץ. לדברי בית-המשפט:

שילוב שני הסעיפים האלה מקנה לבית המשפט לעניינים מנהליים את הסמכות לפסיקת סעד מן הצדק, בנסיבות המחייבות זאת, גם כאשר לא ניתן לקבל את העתירה לגופה. הפעלתה של סמכות זו נעשית במשורה ושמורה למקרים חריגים ביותר, לאור העובדה כי זו טומנת בחובה הכרה בזכות שעה שאינה מוכרת.⁸²

ובית-המשפט הוסיף, מן הכלל אל הפרט:

במקרה הנדון, ההיסטוריה התכנונית של מקרקעי העותרים, העובדה כי המבנים קיימים מזה עשרות ומאות שנים מכוח היתרים, ואלה לא סומנו

80 עת"ם (מנהליים חי') 24489-11-19 ליפשיץ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה (נבו) 18.3.2020.

81 שם, בפס' 30.

82 שם, בפס' 31.

להריסה במסגרת תכנית טב/62, ולאור המצב הבלתי אפשרי בו מצויים העותרים שסובלים מהצפות חוזרות ונישנות, לאור מיקום בתיהם בתחום ההשפעה ופשט ההצפה של נחל הקישון, ומשלא הוצע במסגרת התכנית הכוללת פתרון כלשהו למצוקתם של העותרים, כל אלה מחייבים התערבותו של בית המשפט משיקולי צדק, לשם מציאת פתרון למצוקת העותרים, גם אם זה מהווה פתרון זמני.⁸³

אי-לכך, פסק בית-המשפט, העותרים יהיו רשאים להגיש בקשה לקבלת היתר בנייה למטרות מסוימות (הוספת ממ"ד, העלאת מפלס הכניסה לבית ועוד), ו"ככל שהבקשה לא תדרוש הקלות היא תאושר במסלול הירוק במועדים הקבועים בחוק".⁸⁴ ראוי להדגיש כי לדעת בית-המשפט הוא לא היה יכול להסתמך על שום עילה מן העילות המוכרות כדי להושיט סעד לעותרים. השיקול היחיד שתמך בעותרים היה שיקול הצדק, ובית-המשפט הפך שיקול זה לעילת ביקורת (מבלי לומר זאת במילים אלו) כדי להושיט לעותרים סעד שהוא לא היה יכול להושיט להם על-פי עילה אחרת. למעשה, בית-המשפט אמר לוועדה המחוזית כך: אומנם את רשאית לדחות את ההתנגדות על יסוד שיקולים מקצועיים, אך את רשאית גם לקבל התנגדות מתוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של כל מקרה; בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון שיקול הצדק מחייב אותך לקבל את ההתנגדות, ולפיכך בית-המשפט מצווה – על יסוד שיקול הצדק ורק על יסוד שיקול זה – להיענות לבקשת העותרים.

ה. סיכום

צדק הוא אחד מערכי-היסוד של המדינה. לפיכך הוא גם אחת התכליות הכלליות של החוקים. מכאן נובעת החובה לפרש וליישם כל חוק מתוך התחשבות, בין היתר, בצדק. צדק הוא מושג עמום. יש בכך חיסרון, אך יש בכך גם יתרון. מכל מקום, המשפט מרבה להשתמש במושגים עמומים – ובכלל זה גם במושג הצדק – בענפי משפט שונים, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי, הן בחקיקה והן בפסיקה. בית-המשפט הוכיח כי הוא יודע להשתמש באופן ראוי גם במושגים עמומים. השימוש במושגים כאלה עושה אותם במשך הזמן למגובשים וברורים יותר. המשפט שואף לצדק. כל שופט מתחייב בהצהרת האמונים שלו לשפוט משפט צדק. כך גם, כמובן, במשפט הציבורי. די לציין כי חוק-יסוד: השפיטה, הקובע את סמכות בג"ץ, אומר כי בג"ץ ידון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד "למען הצדק". אולם המשפט אינו זהה לצדק. הוא מתחשב גם בערכים ואינטרסים אחרים, ולכן יש עניינים שקיים בהם פער בין המשפט לבין הצדק. בית-המשפט משתדל לסגור את הפער,

83 שם, בפס' 32.

84 שם, בפס' 33.

אך במקרה של סתירה בין המשפט לבין הצדק, ובהעדר אפשרות ליישב את הסתירה, יד המשפט על העליונה: בית-המשפט נדרש לעשות צדק, ועל-פירוב הוא גם מצליח לעשות צדק, אך רק ככל שהמשפט מאפשר. ההתחשבות בצדק בתחום המשפט הציבורי נדרשת בשני מישורים: המישור המנהלי והמישור השיפוטי.

1. המישור המנהלי

א. הלכה היא שבדרך-כלל רשות מנהלית חייבת להתחשב במסגרת שיקול-הדעת שלה גם בשיקול הצדק כאחד השיקולים הענייניים, ולתת לו את המשקל הראוי לפי נסיבות המקרה.

ב. עם זאת, יש מקרים שבהם הצדק אינו שיקול ענייני. למשל, במקרה שבו הרשות נדרשת להחליט אם לבצע משימה מסוימת באמצעות מכונה מסוג אחד או מכונה מסוג אחר, בדרך-כלל השיקולים הענייניים הם רק העלות והיעילות של המכונה. במקרה כזה, כמובן, לצדק אין מקום בשיקול-הדעת של הרשות.

ג. נראה כי שיקול הצדק לא זכה עד כה במעמד הראוי לו בפרקטיקה של השלטון, ולעיתים קרובות רשויות מנהליות למיניהן אינן מתחשבות בשיקול הצדק באופן ראוי, כפי שההלכה דורשת. מצב זה אינו מניח את הדעת: ראוי שכל רשות תהיה מודעת בכל מקרה לחובתה להתחשב גם בשיקול הצדק, ותיתן לו את המשקל הנדרש בנסיבות המקרה.

2. המישור השיפוטי

א. בית-המשפט אמור לפרש וליישם כל חוק – לרבות חוק המקנה סמכות לרשות מנהלית – מתוך התחשבות, בין היתר, בשיקול הצדק.

ב. בביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות בית-המשפט אמור לבחון, בין היתר, אם הרשות המנהלית התחשבה גם בשיקול הצדק, ואם היא נתנה לו את המשקל הראוי, ככל הנדרש בנסיבות המקרה.

ג. אם מתברר בביקורת השיפוטית כי הרשות לא קיימה את חובת ההתחשבות בשיקול הצדק, כפי שההלכה דורשת, בית-המשפט יכול על-פירוב להושיט סעד לאדם שנפגע מהחלטת הרשות באמצעות אחת מעילות הביקורת המוכרות, כגון עילת השיקולים הענייניים או עילת הסבירות.

ד. גם במקרה שבו מתברר לבית-המשפט כי הרשות לא קיימה את חובת ההתחשבות בשיקול הצדק, כפי שההלכה דורשת, וכי יש בכך פגם משפטי, עדיין אין בכך בהכרח כדי לבטל את החלטת הרשות, שכן שאלת הסעד שבית-המשפט יושיט מסורה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. לפי הכלל בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית, בכל מקרה – גם במקרה של פגם חמור, כגון חריגה מסמכות – בית-

- המשפט אינו חייב לבטל את החלטה המנהלית, אלא הוא רשאי לתת סעד אשר יהלום לפי שיקול-דעתו את נסיבות המקרה, ואפילו לדחות את העתירה. כך גם במקרה שבו הרשות לא התחשבה באופן ראוי בשיקול הצדק.
- ה. יש פסקי-דין אחדים משנות התשעים שבהם ביטל בית-המשפט החלטות מנהליות באופן מפורש משום שהן היו נגועות באי-צדק. אך לפסקי-דין אלו לא היה המשך. לכן נראה שאין בהם כדי לקבוע הלכה שבית-המשפט מכיר באי-צדק כעילת ביקורת עצמאית.
- ו. בשאלה אם ראוי להכיר באי-צדק כעילת ביקורת עצמאית יש טענות לכאן ולכאן. הטענות העיקריות נגד הכרה כזאת הן אלה: ראשית, עילת הצדק תהיה עילה עמומה, ולכן יהיה קשה ליישמה; ושנית, אין צורך מעשי להכיר בעילה זו מכיוון שגם כיום ניתן לעשות צדק באמצעות העילות הקיימות.
- אולם כנגד זאת, לדעתי, הכרה בעילת הצדק צפויה להניב תועלת רבה, מבחינה עקרונית ומבחינה מעשית. בין היתר יהיה זה ראוי ומועיל למערכת המשפט, ובכלל זה לבית-המשפט, להדק את הקשר בין משפט לבין צדק באופן ברור וגלוי: להוציא את הצדק מאחורי הקלעים אל קדמת הבמה. הכרה בעילת הצדק עשויה לסייע בידי בית-המשפט לעשות משפט צדק, לתרום לתדמיתו של בית-המשפט, ובעיקר להטמיע בקרב הרשויות המנהליות את החובה להתחשב בשיקול הצדק, ובכך לשפר את תפקודן ואת היחסים בינן לבין הציבור. התועלת הצפויה מהכרה בעילת הצדק גוברת על הטענות נגד ההכרה.
- הכרה של בית-המשפט בצדק כעילת ביקורת עצמאית יכולה להתגבש במהלך הדרגתי ומבוקר, מפסק-דין לפסק-דין, כנהוג במשפט המקובל, עד שהעילה תבשיל, לאור הניסיון המצטבר, כדי הכרה רשמית.
- ז. במהלך כזה צפוי שעילת הצדק תוגבל, בדומה לעילת הסבירות, למקרים של אי-צדק קיצוני. אפשר להניח שבית-המשפט יקבע, כפי שקבע בעילת הסבירות, מתחם ("מתחם הצדק") שבו הוא לא יתערב בשיקול-דעתה של הרשות המנהלית. הוא יתערב רק במקרה של החלטה החורגת ממתחם זה, כלומר, כאשר קיימת הסכמה רחבה שהחלטת הרשות בלתי-צודקת (או גורמת עוול) באופן ברור וכולט עד כדי כך שנדרש לבטלה (או לשנותה). בפועל אלה מקרים מעטים בלבד. אך די יהיה במקרים מעטים שבהם יבטל בית-המשפט החלטה מנהלית כעילת הצדק להניע את הרשויות המנהליות לשדרג את שיקול הצדק למעמד שהוא ראוי לו.

* * *

לסיכום, בקיצור נמרץ, ראוי לדעתי לחזק את מודעותן של הרשויות המנהליות להלכה המחייבת כל רשות לשקול גם את שיקול הצדק, ולהגביר את נכונותו של בית-המשפט לבטל החלטה מנהלית בנימוק שהיא גורמת אי-צדק קיצוני.