

## היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

מאת

ד"ר שמעון שטרית

מ ב א

### א. למהותם של עיקרי הצדק הטבעי

1. האם עיקרי הצדק הטבעי הם רשימה סגורה?
2. היקף הזכויות הדיוניות על פי כללי הצדק הטבעי: אי־בהירות.
3. תחולת עיקרי הצדק הטבעי על תהליך החקיקה.
4. השפעת החקיקה על תהליך הפיכתם של כללים דיוניים לחלק מעיקרי הצדק הטבעי.

### ב. הנפקות המשפטית של הגדרת זכות דיונית כחלק מעיקרי הצדק הטבעי

1. כללי.
2. תוצאות הפרת הזכות הדיונית: בטל לחלוטין, ניתן לביטול.
3. נפקות משפטית של עיקרי הצדק הטבעי כאשר זכות דיונית מן החקיקה זהה לעיקרי הצדק הטבעי.
4. הליך בטל מדועיקרא והליך ניתן לביטול: הבדלים  
(א) שיקול דעת בית המשפט להכשיר הליך.  
(ב) ביקורת שיפוטית של בג"צ במקרה של הוראות סופיות או מיגבלה תחיקתית אחרת.  
(ג) אפשרות להתקפה עקיפה.

### ג. פרשנות חקיקה וכללי הצדק הטבעי: פרשנות חוק ויצירת משפט

1. תחולת כללי הצדק הטבעי בהעדר הוראות דיוניות בחוק.
2. פרשנות מרחיבה של חיקוקים הקיבועים כללים דיוניים.
3. העדפת הפירוש המתיישב עם כללי הצדק הטבעי.
4. מבט ביקורתי על הפסיקה.

### ד. דין חיקוק הסותר כללי הצדק הטבעי

1. דין חוק הפוגע בעיקרי הצדק הטבעי.
2. משמעות סעיף 19 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם.
3. דין תקנה הסותרת עיקרי הצדק הטבעי.

ה. סיכום

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

#### מ ב א

כללי הצדק הטבעי גובשו ונוצרו על-ידי בתי המשפט הן ע"י קליטה מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922 והן ע"י יצירה עצמאית של פסיקה מקורית ישראלית<sup>1</sup>. כללי הצדק הטבעי חלים, אף בהעדר הוראות חקוקה הקובעות את תחולתם.

במקביל לעיקרי הצדק הטבעי מן הפסיקה קיימות הוראות בחוקים ובתקנות העוסקות בזכויות דיוניות כגון: זכות השמיעה, איסור משוא פנים, זכות לייצוג ע"י עו"ד, הזכות לחקירה שכנגד, חובת ההודעה המוקדמת וכיוצא בזה<sup>2</sup>. בצד חיקוקים הקובעים כללים דיוניים, מצויים חיקוקים המעניקים סמכויות לגופים מינהליים או שיפוטיים, אשר אינם קובעים כל הוראה דיונית על דרכי הפעלת אותה סמכות. מתעוררת, איפוא, השאלה מה היחס בין עיקרי הצדק הטבעי ובין החקיקה.

נקודות מגע או התייחסות בין עיקרי הצדק הטבעי ובין חיקוקים קובעים כללי דיון או העוברים בשתיקה על השאלה לפי אילו כללי דיון יש לנהוג יוצרו בארבעה מצבים אפשריים:

- א. החיקוק אינו קובע כל הוראות דיוניות להפעלת סמכויות המוענקות בו.
  - ב. החיקוקים וכללי הצדק הטבעי קובעים זכויות דיוניות זהות.
  - ג. החיקוקים מעניקים זכויות דיוניות רהבות יותר ממה שנדרש על פי כללי הצדק הטבעי.
  - ד. החיקוקים קובעים זכויות דיוניות מצומצמות יותר מהמתחייב מעיקרי הצדק הטבעי או שוללים לחלוטין את עיקרי הצדק הטבעי.
- במאמר זה נתמקד בבדיקת היחס בין עיקרי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה בכל אחד מן המצבים האפשריים. כפי שיוסבר להלן, הכנסת זכות דיונית הקבועה בחיקוק לגדר עיקרי הצדק הטבעי, גוררת אחריה תוצאות משפטיות ידועות. לפיכך יש חשיבות לשאלה אילו זכויות דיוניות נכנסות לגדר כללי הצדק הטבעי, ובשאלה זו נעסוק בפתח דברינו. כמו כן יעסוק מאמר זה בבדיקת תפקידם של עיקרי הצדק הטבעי בפרשנות החקיקה.

1 ראה על כך: י. זמיר, סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך במועצתו (תשל"ה), 42-43. וראה גם: י. זמיר, "סימן 46 לדבה"מ וסדרי המינהל הציבורי" משפטים ו (תשל"ו) 294, 298-299.

2 ראה ההוראות העוסקות בעניינים דיוניים בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965; תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963; חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955; חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1962. קיימות הוראות דיוניות לגבי בתי דין מינהליים הקובעות את כללי הדיון החלים על הליכים בפני אותם בתי דין. וראה, למשל, תקנות בדבר הנהל בפני ועדת קנסות וועדת ערר לעניין קנסות מכוח חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1963, ק"ת, תשכ"ה, 327. וראה גם הכללים לסדרי הדין, ראיות ועיקרי הצדק בשיפוט המינהלי המוצעים על-ידי: דו"ח הוועדה לענייני רשויות מעין שיפוטיות (בראשות השופט לנדוי, תשל"ה) 18-24.

הצ"ח יסוד: זכויות האדם \* קובעת כללים דיוניים להפעלת סמכות חוקית, והוראות אחרות, שיש להן נגיעה חשובה לנושאים הנדונים במאמר זה. התוצאות המשפטיות הנדרעות להוראות הצעת חוק יסוד זו בנושאים אלו, אף הן ידונו במאמר זה.

א. למהותם של עיקרי הצדק הטבעי.

1. האם עיקרי הצדק הטבעי הם ושימה פגורה?

בפסק דין אחד אומר השופט ח' כהן כי עקרונות הצדק הטבעי, "ידועים ומוגדרים היטב".<sup>3</sup> בדיקת הפסיקה, לרבות פסקי דין שיצאו מפיו של השופט כהן עצמו, מעלה כי גבולות המונח, "עיקרי הצדק הטבעי" אינם ברורים כלל ועיקר. באופן שגרתני מקובל לומר כי עיקרי הצדק הטבעי הם שניים בלבד: הכלל האוסר על אדם לדרוך בענין שלגביו קיים חשש למשוא פנים, והכלל המטיל חובה לשמוע את האזרח בטרם דנים אותו. אולם בצד גישה שגרתית זו, המוצאת את ביטוייה בפסיקה הישראלית, מצינו הלכות המוסיפות לרשימת עיקרי הצדק הטבעי כללים דיוניים נוספים כגון: חובת גילוי, החובה להסתמך על ראיות מבוססות, ועוד.

במספר פסקי דין ניסה בית המשפט העליון בישראל לפרט ולמנות את עיקרי הצדק הטבעי. בע"א 228/58 רומשטיין ב' מלמד \* אמר השופט חשין:

"עקרונות הצדק הטבעי משמעים התקנות וסדרי הדין שגוף שיפוטי או מעין שיפוטי חייב לנהוג על פיהם כדי למנוע קיפוח הצדק מאת בעל הדין. הטריבוטל היושב לדין אינו בית משפט במובן המקובל של המונח, אך עליו לתת לצדדים את האפשרות להשמיע את טענותיהם באזוני; אסור לו לנהוג במידת איפה ואיפה כלפי בעלי הדין; עליו לפסוק כמיטב מצפוננו ולא על פי הוראותיהם של אחרים... העומד לדין צריך לדעת במה מאשימים אותו ומה דורשים ממנו, שאם לא כן הרי אין זה משפט כי אם מקפח".

השופט חשין מצטט פסק דין אנגלי, המעמיד את עקרונות הצדק הטבעי על שלושה; היינו, ראשית, שהנאשם יודע את מהות האשמה המיוחסת לו; שנית שתינתן לו שעת כושר להציע את טענותיו; ושלישית — שבית הדין יפעל בתום לב; שלושה אלה, מטעים השופט המלומד ותו לא".<sup>4</sup>

גם הנשיא אגרגט הביע את השקפתו על משמעותם של כללי הצדק הטבעי. בדונו בעתירתו של לנפקי נ' שר הפנים \* קובע הנשיא כי, במקום שרשות מינהלית

3 סעיף 19 להצעת החוק קובע: "אין מפעילים סמכות חוקית הנוגעת בזכויותיו של אדם, אלא בהליך הוגן, ללא משוא פנים וללא שיקולים שאינם לענין". ה"ח, תשל"ג, 448 (היוסוס שעובד בועדת המשנה לחוקי יסוד שונה מספרו של סעיף זה ל-20).

4 ע"א 104/62 לנגלייב ב' מלמד, פ"ד טו 1875, 1886, 1888. אבל, ראה דעה אחרת שהובעה ע"י השופט כהן עצמו, להלן טקסט וה"ש 19.

5 פ"ד יב 1439, 1441.

6 שם בעמ' 1441. השופט חשין הפנה לפסה"ד:

*Byrne v. Kinematograph Rentors Society* [1958] 2 All E.R. 581, 599  
דברי השופט חשין צוטטו בהסכמה בע"א 104/62 הנ"ל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1881.

7 בג"צ 442/71, פ"ד כו (2) 337, 354.

חיחס בין כללי הצדק הטבעי והרואות דיוניות מן החקיקה

חייבת להכריע, לענין השימוש בסמכותה הסטטוטורית, בין האינטרסים המתחרים של הציבור והפרט, הופכת היא להיות „הפוסק“ לענין זה, החייב לנקוט גישה שיפוטית; כלומר לנהוג בהתאם לעקרונות הצדק הטבעי. לפי השקפתו של הנשיא „פירשו של דבר, ששומה עליה, על הרשות המינהלית, לקיים בירור הוגן ולשם כך להרשות לפרט לטעון את טענותיו בפניה וכן, במידת האפשר, לעיין בחומר שהיא אמורה להסתמך עליו, כדי שיוכל להגיב על תכנו“.

כאמור מפסקי הדין שנסקרו לעיל ומפסיקה אחרת<sup>8</sup> עולה שבמסגרת המונח כללי הצדק הטבעי נוהגים בחיי המשפט לכלול שני כללים מרכזיים: הכלל בדבר שמיעה הוגנת והכלל האוסר משוא פנים<sup>9</sup>. לעיתים במסגרת כללים אלו, מציינים בתי המשפט במפורש את אחד ממרכיבי השמיעה ההוגנת כגון החובה למסור לאזרח בהודעה מוקדמת מראש על הטענות המושמעות כנגדו כדי שיוכל להכין עצמו<sup>10</sup> או החובה לאפשר לו לעיין באותן הראיות שעליהן מסתמכים כנגדו<sup>11</sup>, ולהציג ראיות משלו<sup>11</sup>. כך עולה גם מהפסיקה האנגלית<sup>12</sup>.

לעומת ההשקפה הזו שלפיה מתמצים כללי הצדק הטבעי בזכות השמיעה ההוגנת ובאיסור משוא פנים, ניתן למצוא בפסיקה דעות הרואות בכללים דיוניים אחרים כחלק מכללי הצדק הטבעי. בפרשת לנסקי אמר הנשיא אגרנט כי מבחן העדות המנהלי, שעל פיו חייבת רשות מינהלית להעריך את הראיות המונחות לפניה, הוא אחד מעקרונות הצדק הטבעי<sup>13</sup>. ואף באנגליה מצינו פסיקה הנוקטת גישה דומה ורואה את חובתה של הרשות להסתמך על חומר בעל משקל ראיתי לצורך קבלת החלטותיה, כאחד מעיקרי הצדק הטבעי<sup>14</sup>.

בענין פיסל נ' ועדת השומה לעיריית חולון ביסס השופט ויתקון את זכותו של אזרח לעיין בחומר, שבידיעתו יש לו ענין לגיטימי, על הנימוק ש, כללי הצדק הטבעי שוללים מצב כזה<sup>15</sup> שצד אחד יודע מה נמצא בתיק ויריבו נעזב לניחושיו. בהקשר

- 8 ראה, למשל: בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מסמכת לצורך הסדר תפיסת מקרקעין, פ"ד ט 459; בג"צ 279/60 רוטשטיין נ' מועצה מקומית הרצליה, פ"ד י 1205; בג"צ 126/58 אשר נ' שרת החזק, פ"ד יג 144.
- 9 ע"א 228/58 רוטשטיין נ' יר"ר בית-הדין למשמעת, פ"ד יב 1439, 1441, המצוטט לעיל. ראה גם: בג"צ 3/75 רבוש נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד ל (1) 231, 234.
- 10 בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו (2) 337, 354.
- 11 בג"צ 174/65 דיאמנט נ' ועדת העררים לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד יט (4) 161, 166.
- 12 S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, (3rd ed. 1973) 134
- 13 פ"ד כו (2) בעמ' 394.
- 14 R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex p. Moore [1965] 1 Q.B. 489—488, 476, 456; ר' de Smith לעיל, הערה 12, בעמ' 134.
- Supersad, "Fairness and Audi Alteram Partem", (1975) *Public Law* 242, 256—257.
- 15 בג"צ 337/66 פ"ד כא (1) 69, 71. השקפה זהה הובעה באנגליה. ראה: *Canada v. Government of Malaya* [1962] A.C. 322, 338: "The furnishing of a copy of the findings of the inquiry board to the adjudicating officer appointed to hear the disciplinary charges coupled with the fact that no such copy

זה מן הראוי לציין שניתן למצוא סימוכין בפסיקה להלכה שזכות העיון היא זכות דיונית עצמאית שאינה תלויה בזכות השמיעה<sup>16</sup>. בפסק דין אחר, אומר השופט ויתקון כי זכות הייצוג על-ידי עורך דין מעוגנת, בעיקרי המשפט והצדק הכלליים<sup>17</sup>. ובאותו נושא אמר השופט שמגר כי, הבטחת סניגוריה היא מיסודותיו של משפט הוגן<sup>18</sup>. השופט ח' כהן היטיב לסכם את גישת הפסיקה למהותם של עיקרי הצדק הטבעי בפסה"ד ג/כארה נ' בית המשפט המחוזי ת"א-1190<sup>19</sup>:

„ואשר למהות עיקרי הצדק הטבעי, יש מהם שאומרים שכל העיקרים אינם אלא שניים בלבד, שאדם קרוב לעצמו ועל כן לא ידון בענין שיש לו נגיעה אליו, ושאינ דגים אדם אלא לאחר ששמעו אותו (ככתוב, שמוע בין אחיכם ושפטתם משפט צדק. דברים א' 16) — וכל יתר כללי הצדק הטבעי אינם אלא תולדות משני האבות הללו.

ואולם מוצאים אנחנו בפסיקתו של בית משפט זה, ואף בפסיקתם של בתי המשפט האנגליים, גטייה ברורה שלא לראות את רשימת כללי הצדק הטבעי כרשימה סגורה שאין מוסיפים עליה עוד — ועוד ידינו נטויה“.

2. היקף הזכויות הדיוניות על פי כללי הצדק הטבעי: אי בהירות לא רק שאין תשובה הותכת לשאלה מהם כללי הצדק הטבעי, אלא אף תוכנם אינו מוגדר היטב<sup>20</sup>. מבחן הצדק ומבחן היעילות המשמשים להכרעה בשאלה האם בהליך מסויים זכאי אורח להשמיע טענותיו אינם ברורים, והתשובה תלויה בנסיבות הענין ומטרת ההליך<sup>21</sup>.

ואף אם הוכרעה שאלה זו בחיוב עדיין עומדת השאלה מהו היקף השמיעה שלה

was furnished to the plaintiff amounted to such a denial of justice as to entitle the court to set aside these proceedings.” On disclosure see Seepersad, “Fairness and Audi Alteram Partem” 1975 *Public Law*, 242, 245—248

16 זוהי ההלכה שפרופ' י' זמיר למד מפסק-הדין בג"צ 142/70 שפירא נ' הו"ד המחוזי של לשכת עוה"ד, פ"ד כה (1) 325. ראה: י' זמיר, סדרי המינהל בישראל ומימן 46 לדבר המלך במועצתו, 46, ה"ש 116. גישה זו אינה נקיה מספיקות משום שבפס"ד שפירא היה קיים הליך, וניתן לראות בהענקת זכות העיון במכתב ההסבר של עורך-הדין שכנגדו הוגשה התלונה, כמתחייב מזכות השמיעה של המתלונן בהליך האפשרי של פנייה לפרקליט המדינה, בבקשה שיגיש הוא את התלונה נגד עורך הדין.

17 בג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית הזקרת, פ"ד כט (2) 169, 171.

18 עש"מ 3/75 דבוש נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד ל (1) 236, 241.

19 בג"צ 91/74, פ"ד כח (2) 519, 526.

20 השווה de Smith, לעיל הערה 12, בעמ' 124.

21 בג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 125, 126; בג"צ 335/86 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה, פ"ד כג (1) 324, 334. וראה על כך גם באנגליה ובארה"ב:

*Russell v. Duke of Norfolk* [1949] 1 All E.R. 109; *Wolf v. McDonnell*. 418 U.S. 539 (1974) and see generally Seepersad, *supra* note 15, at 244 and Note, “Procedural Due Process after *Goss v. Lopez*” (1976) *Duke L.J.* 409, 422

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

זכאי אותו אורח: האם השמיעה צריכה להיות בעל פה או בכתב.<sup>22</sup> האם יש להתיר לו להיות נוכח בהשמעת העדויות,<sup>23</sup> להביא ראיותיו ולחקור את העדים בחקירה שכנגד.<sup>24</sup> האם די בשמיעה בדיעבד לאחר ההחלטה,<sup>25</sup> מהי תקופת הזמן הדרושה להודעה המוקדמת על הדיון; מה מידת הפירוט הנדרשת בהודעה כזו וכיצד בזה שאלות. קיימת גם שאלה האם מי שצריך להחליט בענין חייב לשמוע בעצמו את האורח, או די שמישהו אחר ישמע אותו.<sup>26</sup> גדר ספקות דומה קיים גם לגבי הכלל האוסר על אדם לדון בענין כאשר יש חשש למשוא פנים. בעוד שלגבי זכות השמיעה כבר נפסקה ההלכה שהיא חלה גם לגבי הפעלת פונקציה מינהלית כאשר יש בה משום פגיעה ברכושו, מעמדו או מקצועו של אורח,<sup>27</sup> אין הלכה ברורה ופסקנית, האם הכלל האוסר משוא פנים חל על הפעלת פונקציות מעין שיפוטיות בלבד; ומצינו פסיקה שהחילה כלל זה על הליך של מכרז<sup>28</sup> שקשה להגדירו כהליך מעין שיפוטית. כנגד זה, תחולת הכלל בהליך מעין שיפוטית אינה מוחלטת וכפופה לשיקולי יעילות ומדיניות.<sup>29</sup> המבחנים המקובלים להכרעה בשאלה אם קיים חשש למשוא פנים הם, מבחן האפשרות הממשית למשוא פנים, ומבחן החשש הסביר למשוא פנים. מפסיקה אחרונה

- 22 בג"צ 297/66 אפלבוים נ' לשכת עוה"ד, פ"ד כ (4) 459, 461. על הדיון האנגלי בענין זה ראה: Seepersad, *supra note 15*, at 246 and notes 41-48  
ועל הדיון האמריקאי ראה: Note, *supra note 21*, at 424-425
- 23 בג"צ 126/58 אשד נ' שרת החוץ פ"ד יג 144; בג"צ 78/71 ד"ר מורחי נ' שר הבריאות, פ"ד כה (2) 238.
- 24 ראה בג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 122, 128 (השופט זוסמן), ובעמ' 132 (השופט לנדוי); בג"צ 174/65 ויאמנטן נ' ועדת עררים, פ"ד יט (4) 161, 167; בג"צ 9/58, 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1505 המובא בהסכמה בבג"צ 335/68 המעצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה, פ"ד כג (1) 334. וראה גם: בג"צ 91/74 ג'בארה נ' בית המשפט המחוזי, פ"ד כח (2) 519, 524 (דברי השופט ח' כהן).
- 25 בג"צ 153/68 הורגשטיין נ' הועדה לשמירה על קרקע חקלאית, פ"ד כב (1) 270, 272; בג"צ 549/75 סרטי נח בע"מ נ' המעצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד ל (1) 757, 761. וראה בדיון האנגלי: de Smith, *supra note 12*, at 170; Seepersad, *supra note 15*, at 258, and the American authorities cited in Note, *supra note 21*, at 426-427 and notes
- 26 ראה: בג"צ 29/65 אלתגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-גן, פ"ד כ (1) 29, 34; בג"צ 113/57 עבדו נ' ראש עיריית עכו, פ"ד יב 102, 104; עמ"מ 9/55 פלוני נ' המעצה המשפטית פ"ד יב 1720, 1732, 1735; בג"צ 125/53 פקיד השומה נ' צוקרמן פ"ד ז 786. de Smith, *supra note 12*, at p. 193-194; K.C. Davis, *Administrative Law Text* (1972) 227-230.
- 27 בג"צ 9/58, 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1439.
- 28 בג"צ 333/74 ואליר צאדק חג' יחיא נ' המעצה המקומית טייבה, פ"ד כט (1) 457, 462; וראה בענין משוא פנים לגבי הפעלת פונקציה מינהלית: בג"צ 293/64 רנ"א חטין נ' הרשות המוסמכת, פ"ד יג 435, 567.
- 29 ראה: בג"צ 405/74 שלום בר-עז נ' סרן אמנון מדר, פ"ד כט (1) 54, שקבע כי הכלל האוסר משוא פנים אינו חל על שיפוט משמעתית בצבא. השווה: צמצום זכויות הייצוג בהליכים משמעתיים, להלן טקסט וה"ש 118.

של בית המשפט העליון עולה כי בעוד שלגבי הליכים בבתי המשפט הרגילים יוחל המבחן הראשון משום שהשופטים שם מקצועיים, וחוקה עליהם כי מכוח נסיונם וכשרם המקצועי יוכלו לפסוק מבלי להיות מושפעים מנסיבות חיצוניות, הרי שלגבי דיינים בטריבונלים מינהליים, יש להחיל את מבחן החשש הסביר הדורש דרגת הסתברות נמוכה יותר למשוא פנים.<sup>30</sup>

מכאן שבסוגיית משוא הפנים בנוסף לשאלה איזה מן המבחנים יחולו תתעורר גם השאלה העיקרית האם הנסיבות מראות על חשש למשוא פנים, לפי אחד מהמבחנים. עקרון נוסף בסוגיית משוא פנים שנבולותיו אינם מוגדרים נוגע למועד העלאת הטענה. ההלכה היא שטענת משוא פנים יש לעורר מיד כשמתגלות העובדות המשמשות יסוד לטענה,<sup>31</sup> אולם אין הדבר כן כאשר מדובר „בפסול אישי הנובע משחיתות, מנגיעה אישית בנשוא הדיון או במשוא פנים ממשי ברור וגלוי לעין“.<sup>32</sup>

### 3. תהולת עיקרי הצדק הטבעי על תהליך החקיקה

ההלכה היא שעיקרי הצדק הטבעי אינם חלים על תהליך החקיקה הראשית ואף לא על תהליך חקיקת המשנה.<sup>33</sup> לגבי תהליך החקיקה הראשית, פשיטא שאין מקום לקיים שמיעה הוגנת בטרם נחקק חוק. אולם לגבי חקיקת משנה, יש מקום לעורר את השאלה, אם לא מן הראוי להטיל חובה על שרים ורשויות אחרות המוסמכים להתקין תקנות, לקיים שמיעה של הנוגעים בדבר בטרם יתקינו את התקנות. כיום נוהג המחוקק לעתים להטיל על מתקין התקנות חובת התייעצות עם גורמים הנוגעים בדבר.<sup>34</sup> אולם יש מקום לשקול קביעת הטלת חובה כאמור על כל מתקין תקנות לקיים שמיעה כפי שנהוג בארצות-הברית מכוח דין חרות.<sup>35</sup>

סעיף 19 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם,<sup>36</sup> אינו מתייחס במפורש לגקודה זו

30 ע"פ 500/75 ברנב ג' מ"י, פ"ד ל' (1) 208; ב"ש 48/75 יריר נ' מ"י, פ"ד כט (2) 375; ע"פ 6/75 אבי יצחק נ' מ"י, פ"ד כט (1) 807.

31 בג"צ 305/51 פרחי נ' רענן סילבר, פ"ד ו' 33.

32 ע"א 600/72 מדור בהר שלום נ' הממונה האזורי, פ"ד כח (1) 480, 483. וראה גם הוראות חוק העוסקות במועד העלאת טענת פסלות; סעיף 132 א (ג), וסעיף 132 ג לחוק סדר הדין הפלילי תשכ"ה—1965, כפי שתוקן בתשל"ה. ס"ח, תשל"ה, 6; סעיפים 310—315 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו—1955 ובמיוחד סעיף 314.

33 בג"צ 3/58, 9/58 הנ"ל, פ"ד יב 1493, 1509; בג"צ 335/68 המועצה לצרכנות נ' יר"ר ועדת החקירה, פ"ד כג (1) 324.

34 ראה, ליישול, סעיף 14 לפקודת התעבורה (נוסח חדש), תשכ"א—1961. הפסיקה קבעה כי אי-קיום חובת התייעצות פוסלת את התקנות. ראה: בג"צ 265/68 אגודת האינג'נירים נריב והארכיטקטים נ' שר התעבורה, פ"ד כג (1) 132; בג"צ 384/66 פוקסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כא (2) 221.

35 ראה: Administrative Procedure Act, (1946) 5 U.S.C. § 1001 S. 4; השווה: א' ברק, „פיקוח בתי המשפט על חקיקת משנה“, הפרקליט כא (1965) 463, 472—473, שם מביע פרופ' ברק את הדעה כי מתקין התקנות צריך להתקין בדרך שאינה פוגעת בכללי הצדק הטבעי.

36 ה"ח, תשל"ג, 448.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

וגינתן לפירושים שונים. הסעיף קובע כי „אין מפעילים סמכות חוקית הנוגעת בזכויותיו של אדם, אלא בהליך הוגן, ללא משוא פנים, וללא שיקולים שאינם לענין“. לכאורה ניתן לומר שסמכות התקנת תקנות היא „סמכות הנוגעת בזכויותיו של אדם“, וסמכות זו אין להפעילה „אלא בהליך הוגן“, ומכאן שיש ליתן הזמנות לנוגעים בדבר להשמיע טענותיהם, למרות שכאמור הפסיקה לא העניקה זכות זו בהליכי חקיקת משנה. אולם נראה שבתי המשפט יפרשו את סעיף 19 לכשיחוקק, לאור פסיקה קודמת. ויקבעו שמכלל שהמחוקק לא פירש את כוונתו אין להניח שהתכוון להרחיב את תוכן „ההליך ההוגן“ מעבר למתחייב מעיקרי הצדק הטבעי, כפי שהיו מקובלים בפסיקה.

אשר על כן, מן הראוי שנקודה זו תובהר על-ידי המחוקק ושהסעיף יפרש האם חובת השמיעה תוחל גם על סמכות התקנת תקנות, כפי שהדבר נהוג בארצות-הברית על פי חוק חרות.

4. השפעת החקיקה על תהליך הפיכתם של כללים דיוניים לחלק מעיקרי הצדק הטבעי כאשר כלל דיוני, שלא הגיע למדרגה של עיקרי הצדק הטבעי מתגבש בחקיקה, יכול ויהיו לכך שתי תוצאות חלופיות. מחד, ההכרה החקיקתית בכלל הדיוני יכול וישתמע ממנה על הערך המיוחד שהשיטה המשפטית מייחסת לאותו כלל דיוני. הכרה חקיקתית כזו יכול שתביא לכך שאותו כלל דיוני ייהפך לאחד הכללים היסודיים של דיון הוגן, בלשון השופט לנדוי<sup>37</sup>. מאידך, לעתים גיבוש חקיקתי של כלל דיוני מקפיא את ההתפתחות הפסיקתית של אותו כלל ואוסר אותו בכבלי חקיקה מגבילים. גיבוש כזה בחקיקה עשוי למנוע את „עלייתו“ למדרגה של עיקר מעיקרי הצדק הטבעי. נראה כי גיבוש חובת ההנמקה בחקיקה, שכללה חריגים רבים, יש בו כדי להדגים התפתחות מסוג זה<sup>38</sup>.

37 ראה בג"צ 24/56 רומשטיין נ' המועצה המקומית הרצליה, פ"ד ו 1205, 1209. כך, למשל, קיימת הנטייה באנגליה לראות בחובה לגמק החלטות ככלל יסוד בסדרי דין המתחייב על פי עיקרי הצדק הטבעי; ראה:

Jackson, *Natural Justice*, (1973) 1. Report of the Committee on Ministers' Powers, Cmd. 4060, p. 80; Report of the Franks Committee, Cmd. 218, par. 98; Akehurst "Statement of Reasons for Judicial and Administrative Decisions", 33 *Mod. L. Rev.* (1970) 154; but *contra Fountaine v. Chesterton* 112 *Solicitors' J.* (1968) 690.

כמו כן באנגליה רואים בזכות לייצוג זכות יסודית, אם כי אין מכירים בזכות לייצוג בפני טריבונלים בלתי פורמליים וגופים משמעתיים: Jackson, *ibid.*, at p. 16--19; *Fraser v. Mudge* (1975) 1 *W.L.R.* 1132; Seepersad, *supra* note 15, at p. 248--252.

38 חובת ההנמקה פותחה בפסיקה לפני החוק, והחוק בעצם הגבילה, ראה הפסיקה: בג"צ 143/56 אתג'יני נ' הנצקח על התעבירה, פ"ד יא 370; בג"צ 159/57 אפשטיין נ' המועצה המקומית בתיים, פ"ד יא 1322; בג"צ 56/54 דיין נ' עיריית רמת-גן, פ"ד ט 1237. וראה החוק: חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט—1958, ס"ח 7, וראה גם לאחר החוק: בג"צ 290/65 אלתגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-גן, פ"ד כ (1) 29, 38; „הצורך בהנמקת החלטת הפיטורין מתחייב גם ללא הוראה מפורשת בחוק, כי הואיל והחלטת המועצה טעונה את אישורו של הממונה על המחוק, הרי שיש להניח שהחלטה בלתי מנומקת לא תאושר על ידו“.



ב. הנפקות המשפטית של הגדרת זכות דיונית כעיקר מעיקרי הצדק הטבעי.  
1. כללי

כאמור היחס בין חקיקה ועיקרי הצדק הטבעי יכול ללבוש מספר צורות:  
א. החיקוק אינו קובע כל הוראה דיונית להפעלת הסמכות המוענקת בו.  
ב. ההוראות הדיוניות הקבועות בחיקוק וכללי הצדק הטבעי זהות וחופפות.  
ג. החיקוק מעניק זכויות דיוניות רחבות יותר ממה שמתחייב על פי עיקרי הצדק הטבעי. כגון שהחיקוק מעניק זכות שמיעה בהיקף רחב יותר או בהליכים שבהם אין זכות שמיעה על פי עיקרי הצדק הטבעי.<sup>39</sup> דבר אחר: החיקוק אוסר על בעל סמכות מעין שיפוטית להפעילה בשל חשש למשוא פנים, אף כי כללי הצדק הטבעי מתירים לו להפעיל סמכותו באותן נסיבות.<sup>40</sup>  
ד. החיקוק קובע זכויות דיוניות מצומצמות יותר מהמתחייב על פי כללי הצדק הטבעי או שולל לחלוטין את עיקרי הצדק הטבעי. למשל, אם החוק שולל זכות שמיעה בהליך שעל פי כללי הצדק הטבעי נתונה לאזרח זכות שמיעה; או אם החוק מתיר למי שנגוע במשוא פנים להפעיל סמכות בעלת אופי שיפוטי.  
אין חולקים כי יש משמעות לעיקרי הצדק הטבעי כאשר החיקוק אינו קובע כל הוראה דיונית להפעלת סמכות הקבועה בו (מצב א'). ההלכה המקובלת היא כי „באין הוראה מפורשת בחוק בו עסקינן, חייבים אנו לקבוע את זכויותיו הדיוניות של העותר על פי עקרונות הצדק הטבעי“.<sup>41</sup> כמו כן, ברור וגלוי הוא שכאשר קיימת סתירה בין חיקוק ובין עיקרי הצדק הטבעי או כאשר חיקוק ניתן לפירושים שונים, האחד מתיישב עם עיקרי הצדק הטבעי והאחר אינו מתיישב עמם (מצב ד'), יש משמעות משפטית ברורה לעיקרי הצדק הטבעי. בשאלות המשפטיות המתעוררות במצבים אלו נעסוק להלן.<sup>42</sup>

אולם נשאלת השאלה האם יש משמעות משפטית לבירור שאלת היחס בין עיקרי הצדק הטבעי ובין החקיקה גם כאשר יש זהות בין הוראות החקיקה ובין עיקרי הצדק הטבעי (מצב ב'), וכאשר החקיקה קובעת זכויות דיוניות רחבות יותר מעיקרי הצדק הטבעי (מצב ג'). התשובה לכך היא חיובית. לבירור השאלה אם זכות דיונית הקבועה בחיקוק נבנסת לגדר עיקרי הצדק הטבעי יש נפקות משפטית בשני מישורים: לענין

39 ראה למשל: סעיף 264 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171, הנותן לחשוד זכות לחקור בחקירה שכנגד עדים שהעידו נגדו גם בשלב הבדיקה שהוא מקביל לשלב החקירה המשטרית. על פי כללי הצדק הטבעי, אין אדם זכאי להקור עדים בשלב החקירה המשטרית. ראה על כך: בג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד מצ"ח, פ"ד כט (2) 169, 171, 180; וראה גם: בג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 127, 122.

40 כך, למשל, אם חיקוק היה קובע כי השופטים שפסקו במשפט זוטא כי יש לקבל את הודאתו של נאשם, לא יוכלו להמשיך ולשבת בדין, היה בכך משום קביעת זכות דיונית רחבה יותר מהמתחייב על פי כללי הצדק הטבעי. ראה: ע"פ 6/75 אבי יצחק נ' מ"י, פ"ד כט (1) 807, ע"פ 500/75 ברנש נ' מ"י, פ"ד ל (1) 208.

41 בג"צ 174/65 דיאמנט נ' ועדת העררים לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד יט (4) 166, 161 (דברי השופט זוסמן).

42 ראה להלן פרקים ג ו-ד.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

פרשנות החיקוק ולענין תוצאת הפרת הזכות הדיונית הנדונה. שאלת הפרשנות תידון להלן<sup>43</sup>, וכאן נחמקד במישור השני.

2. תוצאות הפרת הזכות הדיונית: כשל לחלוטין וניתן לביטול המשפט מבחין בין שגי סוגי פסלות של פעולה משפטית void (כטל), ו-voidable (ניתן לביטול). גם במשפט המינהלי מבחינים בין פגמים בהליך המינהלי הגוררים אחריהם בטלות המעשה המינהלי (void), ובין פגמים שאינם מבטלים את המעשה מדעיקרא, אלא רק נותנים בו פגם המאפשר את ביטולו של המעשה המינהלי. קשה לקבוע מהם המבחנים שלפיהם מכריעים איוה פגם גורר פסלות מהסוג החמור של בטלות מדעיקרא, ואיוה פגם גורר אחריו פסלות מסוג voidable. הדבר נעוץ כנראה בשיקולים היסטוריים, ובנימוקים חברתיים ערכיים, אבל הדיון בשאלה זו חורג מגדר מאמר זה<sup>44</sup>.

הלכה פסוקה היא כי מעשה מינהלי או הליך שיפוטי הנעשים מתוך הפרת כללי הצדק הטבעי הריהם בטלים מדעיקרא. (void)<sup>45</sup>. מבחינה עיונית מגיעים לתוצאה זו ע"י כך שרואים בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי כחריגה מסמכות. וחריגה מסמכות בדרך כלל<sup>46</sup> גוררת אחריה בטלות לחלוטין. אולם בישראל, שלא כמו באנגליה, אין צורך להגיע לבטלות לחלוטין מתוך השוואת פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי לחריגה מסמכות. כפי שאמר השופט זוסמן בענין עיריית פתח-תקוה נ' טחן, "אצלנו אין מניעה לכך שעילה פלונית תסווג כאחת מעילות הבטלות לחלוטין, אף אם אין בה כדי חריגה מן הסמכות"<sup>47</sup>.

43 ראה להלן פרק ג'.

44 לענין ההבחנה בין void ל-voidable ראה: י' זמיר, השפיעה בעניינים מינהליים, (ירושלים, תשל"ה) 22-30; ד' מושביץ, "הפרת כללי הצדק הטבעי והשלכותיה", משפטים ג (תשל"א) 84; וראה דיון על הדין האנגלי:

A. Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality* (1965) 35-53; de Smith, *supra note* 12, at p. 130-133. ובאסמכתאות המצוטטות שם.

45 לגבי זכות שמיעה: בג"צ 290/65 הג"ל, פ"ד כ (1) 29; ע"א 183/69 עיריית פ"ת נ' טחן, פ"ד כב (2) 398; בג"צ 315/73 טאנום נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה, פ"ד כח (1) 635, 637-638; בג"צ 557/75 בנייני קרמת לוד (1953) בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה בלוד, פ"ד ל (2) 17, 20. לגבי משוא פנים: המ" 525/63 שמאל נ' י"מ, פ"ד יח (3) 452, 472-474; בג"צ 333/74 ואליר צארק חג' יחיא נ' המועצה המקומית טייבה, פ"ד כט (1) 457, 462.

יש לציין כי באנגליה יש התלבטות בשאלה האם הפרת הכלל האוסר משוא פנים גורמת לבטלות מדעיקרא או רק לפסלות מסוג voidable ראה על כך:

Rubinstein, *supra note* 44, at 202-204; de Smith *supra note* 12, at 241

46 ולא תמיד, שכן, "אין הכרח לומר שכל פגם אשר גיתן לסווגו מבחינה פורמלית כחריגה מסמכות או כחוסר סמכות אכן יגרור לבטלות מוחלטת של ההחלטה המינהלית" - י' זמיר, לעיל הערה 44, 25 וה"ש 18.

47 ע"א 183/69 הג"ל, פ"ד כב (2) 403; השווה: י' זמיר, לעיל הערה 44, 24-25; וראה גם: נ' גרבלסקי, "הפרת זכות הטיעון: המקור להתערבות ותוצאות הפגם" הפרקליט כו (1970) 186.

לא כל השופטים מקבלים בלב ונפש את ההלכה שפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי גוררת אחריה בטלות לחלוטין. בפסק הדין טחן<sup>48</sup> הביע השופט זוסמן את דעתו כי מן הראוי שהפרת עיקרי הצדק הטבעי תגרוור פסלות מסוג voidable בלבד. השופט זוסמן תומך עמדה זו בכך, שההלכה הקיימת גורמת לאי-סימטריות משפטית, עקב העובדה שמעשה שהוא void ניתן לתקופה עקיפה בפניו בתי משפט במסגרת סמכותם הנגררת, וכתוצאה מכך (עקב אי תחולת מעשה ביי"ד על הכרעות אינצידנטליות) ייתכן מצב שבתי משפט שונים יכריעו באותה שאלה ממש בדרך שונה, ונמצא המשפט מדבר בכמה לשונות. מצב אי-סימטריה יכול להתעורר, גם כאשר בג"צ יסרב להושיט סעד כנגד מעשה מינהלי מטעמים שביושר או בעילה אחרת שאינה לגוף הענין, והעותר יוכל, למרות זאת, לטעון לפסלות המעשה המינהלי במסגרת תקיפה עקיפה בבית משפט אחר. (שכן דחיית עתירה שלא לגופו של ענין אינה יוצרת מעשה בית דין)<sup>49</sup>. בנוסף לנימוק של אי-סימטריה משפטית, תומך השופט זוסמן את דעתו בשיקולי צדק. אם רשות פוגעת בזכותו של פלוני, דין הוא שהמעשה יהא בטל כלפי פלוני, ולא כלפי כולי עלמא<sup>50</sup>.

אולם למרות נימוקים אלו מקבל עליו השופט זוסמן את התקדים המחייב ואין הוא מוכן לסטות מן ההלכה שנפסקה — היינו שהפרת כללי וזדק הטבעי גוררת אחריה בטלות מדעיקרא של המעשה המינהלי. וסיכומו של דבר, למרות ההתלבטויות לגבי תבונתה של הלכה זו, עדיין ממשיכה היא לשמש תקדים מחייב<sup>51</sup>, ולאורה יש לבחון את השאלות העומדות לפנינו.

### 3. הנפקות המשפטית של עיקרי הצדק הטבעי כאשר זכות דיונית מן החקיקה זהה לעיקרי הצדק הטבעי

לאור ההבחנה בין פסלות מסוג void ובין פסלות מסוג voidable, וההלכה כי הפרת כללי הצדק הטבעי גוררת אחריה בטלות מדעיקרא (void), עולה בבירור כי יש חשיבות משפטית לשאלה אם כלל דיוני הקבוע בחיקוק הוא חלק מעיקרי הצדק הטבעי, או שמא אינו מתחייב על פי עיקרי הצדק הטבעי, אלא שהמחוקק ראה זאת לנכון מלפניו לקבוע. שכן בעוד שהפרת כללי הצדק הטבעי, בין שעוגנה בחוק ובין אם לאו, גוררת אחריה בטלות מדעיקרא של המעשה המינהלי, הפרת הוראת החיקוק הקובעת סדר דין או כללים פרוצדורליים אחרים, שאינם מעיקרי הצדק הטבעי, אינה גוררת אחריה בטלות מדעיקרא של ההליך. לפיכך כאשר הוראת חיקוק הקובעת כלל דיוני מופרת, יש צורך להגדיר האם ההוראה שהופרה היא בגדר עיקרי הצדק הטבעי או שאינה אלא הוראה דיונית שנקבעה ע"י המחוקק.

אם ההוראה שהופרה מהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי, הרי שההליך או הפעולה המשפטית שנעשתה מתוך הפרת אותה הוראה בטלים מעיקרא. לעומת זאת, אם

48 ע"א 183/69, הנ"ל, פ"ד כג (2) 404.

49 ע"א 292/71 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' מ"י, פ"ד כז (1) 245, 251—252.

50 ע"א 183/69, הנ"ל, פ"ד כג (2) 404.

51 אבל ראה: י' זמיר, לעיל הערה 44, 28—29 וה"ש 29; וראה הדיון להלן טקסט לה"ש 72—84.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

ההוראה שהופרה אינה נכנסת לגדר כללי הצדק הטבעי, הרי שהפרתה מהווה טעות של דין בלבד והיא גוררת אחריה פסלות מסוג voidable.<sup>52</sup>

4. הליך בטל מדעיקרא והליך הניתן לביטול: הברלים  
כאן המקום לעמוד על התוצאות של הגדרת פסלותו של ההליך כבטל מעיקרא מחמת פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי (או מחמת חוסר סמכות) לעומת הגדרת פסלות ההליך כניתן לביטול (voidable), כתוצאה מפגמים אחרים בהליך. ואלו הם ההבדלים העיקריים בתמצית<sup>53</sup>:

א. בהליכים שהפגם שנפל בהם גורר אחריו בטלות מדעיקרא, אין לבית המשפט שיקול דעת להכשיר ההליך. בעוד שכאשר מדובר בהליך שנפל בו פגם הגורר אחריו פסלות מסוג voidable, לעתים מכשיר בית המשפט את ההליך, למרות הפגם.  
ב. כאשר ההליך הוא בטל מדעיקרא, בית המשפט הגבוה לצדק יתערב להושיט סעד, למרות קיומה של מגבלה תחקית השוללת ביקורת שיפוטית. לעומת זאת, בג"צ לא יתערב כאשר מדובר בהליך הניתן לביטול, כאשר קיימת מגבלה תחקית.  
ג. כאשר ההליך בטל מדעיקרא, יש אפשרות לתקיפה עקיפה, ואילו בהליך שנפל בו פגם הגורר אחריו רק פסלות מסוג voidable, ניתן לתקוף את ההליך רק בתקיפה ישירה.

גדון בנקודות אלו אחת לאחת:

(א) שיקול דעת בית המשפט להכשיר הליך

כאמור, הפסיקה קבעה כי כאשר מופר כלל דיוני המהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי, הפסלות היא מסוג void. מכאן נובע כי אין לבית המשפט שיקול דעת להכשיר הליך בטל, למרות הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. לעומת זאת, כאשר הפגם גורר אחריו פסלות מסוג voidable אין ביהמ"ש מבטל את ההליך כתוצאה ישירה ואוטומטית מהפסלות, אלא הוא נכנס לדיון בשאלה האם מן הראוי לפסול את ההליך

52 אלא אם כן אותה הוראה דיונית עוסקת בסמכות, שאז אפשר שהטעות תרד לשורש הסמכות, ואז הפרת אותה הוראה, אף היא תגרום לבטלות מסוג void. גם אי מילוי חובת פרסום גוררת אחריה בטלות לחלוטין; ראה למשל: בג"צ 527/74 ח'לף נ' הוערה המחוזית לתכנון, פ"ד כט (2) 319, 322. והוא הדין לגבי אי-קיום חובת התייעצות: בג"צ 265/68 אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים נ' שר העבודה, פ"ד כג (1) 132.

53 קיימים הבדלים נוספים על אלו הנידונים בגוף המאמר: (1) האפשרות להכשיר את הפסלות על ידי ויתור או הסכמה; בפסלות מסוג voidable הויתור או ההסכמה מכשיר את ההליך; ואילו פגם הגורר אחריו בטלות לחלוטין אינו ניתן לריפוי ע"י ויתור או הסכמה: ע"א 183/69, הנ"ל, פ"ד כג (2) בעמ' 404 (השופט זוסמן מהשוה דעתו של השופט ח' כהן, שם, בעמ' 406-407, המשאיר שאלה זו בצריך עיון). ראה גם: עמ"מ 9/55 פלוני נ' יו"ר והכרי המיעצה המשפטית, פ"ד יב 1720, 1736. וראה: H.W.R. Wade, "Unlawful Administrative Action, Void or Voidable" 83 L.Q.R. 91 (1968); 84 L.Q.R. 499 (1967).

(2) מהפסיקה האנגלית עולה כי הכלל המחייב מיצוי הליכים כנגד החלטה של גוף מינהלי בטרם פונים לבית-המשפט אינו חל כאשר ההחלטה בטלה לחלוטין. Lawlor v. Union of Post Office Workers [1965] Ch. 712 de Smith, supra note 12, at 210; P. Jackson, Natural Justice (1973) 71-73

או את האקט המשפטי, או שמא, למרות הפגם הנדון, יש ליתן תוקף להליך או לאקט<sup>53</sup>.

נדון תחילה בשיקולי בית המשפט בדונו בפגמים בהליך (שיפוטי או מינהלי), אשר אינם מהווים חלק מכללי הצדק הטבעי. פגם כזה הוא בגדר טעות של דין, ולצורך ההכרעה אם בשל טעות זו יש לבטל את ההליך יבדוק ביהמ"ש את לשון החוק ואת שיקולי המדיניות העולים מנסיבות הענין. אם מלשון החוק וממהות הענין ניתן ללמוד שההוראה הדיונית שהופרה היתה הוראה מחייבת, ההפרה תגרור ביטולו של ההליך. לעומת זאת, אם מלשון החוק וממהות הענין נובע כי ההוראה שהופרה, היתה מנחה בלבד, ביהמ"ש יתן תוקף להליך, למרות הפגם בהליך<sup>54</sup>. לא תמיד מייסד ביהמ"ש את הנמקתו על האבחנה בין הוראה מנחה והוראה מחייבת. לעתים קרובות בודק ביהמ"ש את מדיניות המזוקק ואת התקלות העלולות להיגרם כתוצאה מפסילת ההליך, ובמקרים שהבזק לאינטרס החברתי והציבורי גדול, נותן בית המשפט תוקף להליך, למרות הפגם בהליך<sup>55</sup>. שיקול חשוב העולה מן הפסיקה הוא האם נגרם עיוות דין או נזק כתוצאה מהפרת ההוראה הדיונית. אם נגרם עיוות דין בית המשפט יבטל את ההליך, אם לא נגרם עיוות דין, בית המשפט לא יפסול את ההליך בשל הפגם שנפל בהליך<sup>56</sup>. עקרון זה מן הפסיקה גובש אף בחקיקה<sup>57</sup>. כאשר הפרת

53 הן במקרה של העזת כללי הצדק הטבעי והן במקרים של הפרת דיוניות אחרות, כאשר בית המשפט מחליט לפסול את ההליך, תתעורר השאלה האם ביהמ"ש יחזיר את הדיון בענין לרשות שפסקה בענין (הרשות המינהלית או ביהמ"ש), יפסוק בעצמו או יבטל את ההליך מבלי להתזרזר. ראה על כך: בג"צ 549/75 פרטי נוח בע"מ נ' המועצה לביקורת פרטים ומחוזות, פ"ד ל (1) 757 (פרשת „שוער הלילה“), וראה גם: שי שטרית „על מי יוטל מהיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי“ משפטים ו (תשל"ו) 584, 594-595. וראה בענין זה פסקדין מעניין: ע"א 803/75 מירון נ' קלינמנין, פ"ד ל (3) 179. אולם שאלה זו חורגת מגדר נושא מאמר זה.

54 על ההבחנה בין הוראות מחייבות ומנחות ראה: ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד ו 57, 65-66; בג"צ 61/68, 44 המועצה המקומית ראש העין נ' שר הפנים, פ"ד כב (2) 150, 156; בג"צ 353/70 אייזיק נ' משרד הפנים, פ"ד כה (2) 547, 544, 552-553; ע"א 22/68 ורנר נ' עיריית נתניה, פ"ד כב (2) 201, 209 (הנמקת שופטי ביהמ"ש המחוזי); וראה גם: de Smith, *supra note* 12, cit. 122-124.

55 ע"א 22/68, הנ"ל, פ"ד כב (2), בעמ' 205-206; בג"צ 61/68, הנ"ל, פ"ד כב (2) 150, 157-158; בג"צ 296/68 המועצה המקומית ראש העין נ' שר הדתות, פ"ד כג (1) 301, 304; בג"צ 206/62 גרציני נ' שר המשטרה, פ"ד טו 1999, 2004 (במקרה זה בית המשפט קבע כי ההוראה הקובעת מועד לחקירה מוקדמת היא מחייבת ולא מנחה גרידא, שם, בעמ' 2003, אולם, עם זאת, פסק כי הפרת ההוראה אינה פוסלת את ההליך בשל האינטרס הציבורי החשוב שייפגע, עקב פסילתו).

56 ע"א 22/68, הנ"ל, פ"ד כב (2), בעמ' 205-206; בג"צ 527/74, הנ"ל, פ"ד כט (2) 319, 322-323; בג"צ 169/53 גאנץ נ' קצין התגמולים, פ"ד ז 909; בג"צ 22/51 אהוות ד"ר זימן בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד ה 816; ע"פ 79/73 לביא נ' מ"י, פ"ד כח (2) 505, 511.

57 סעיף 195 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965: „בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין“. השוהה תקנה 491 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963: „אי קיום תקנות אלה או כל נזוהג הקיים אותה שעה אינו פוסל שום הליך, אלא אם הורה כך בית המשפט...“

היחס בין כללי הצדק הטבעי והראות דיוניות מן החקיקה

הוראה דיונית מנעה מהאזרח אפשרות לשנות את ההחלטה שנתקבלה באותו הליך, יראה ביהמ"ש בכך עיוות דין וההליך יבוטל<sup>58</sup>. לעומת זאת, אם לא היתה אפשרות לשנות את ההחלטה, או שהפגם לא מנע את אפשרות השינוי, לא ייפסל ההליך, למרות הפגם<sup>59</sup>.

כאשר נופל פגם דיוני הנראה בעיני בית המשפט כתמור, בית המשפט נוטה לבטל את ההליך ואת ההחלטה שניתנה בו גם עקב חשש שנגרם עיוות דין, ואינו דורש כי האזרח המתלונן על הפגם יוכיח שנגרם לו עיוות דין למעשה<sup>60</sup>.

העולה מהאמור, כאשר הפרת הוראה דיונית מהווה טעות של דין דהיינו גוררת אחריה פסלות מסוג voidable עשוי בית המשפט להכשיר את ההליך, למרות הפגם, אם מצא ביהמ"ש כי ההוראה שהופרה היתה מנחה, או שלא נגרם עיוות דין לאזרח, או שפסילת ההליך תגרום לתקלה לציבור.

לעומת זאת, כאשר מופרת הוראה דיונית המהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי, ביהמ"מ אינו צריך להיכנס למערכת השיקולים שפורטו לעיל, אלא אחת דינו של ההליך להיפסל. כך, למשל, אם היתה קנויה לאזרח זכות שמיעה בהליך מסויים, ולא ניתנה לו הזדמנות להשמיע טענותיו, ההליך צריך להתבטל, ואין בית המשפט צריך לשאול האם נגרם עיוות דין לאזרח כתוצאה מהפרת כללי הצדק הטבעי. בעיה זו נידונה במישורין בפס"ד לנגלייב נ' מלמד<sup>61</sup> ע"י השופט מני, ועד כמה שבדיקתנו העלתה, זוהי הפעם היחידה ששאלה זו נידונה בפסיקה הישראלית במישורין. השופט מני (בדעת מיעוט) קבע כי מי שטוען שהופרו כללי הצדק הטבעי בהליך הנוגע לו, אינו צריך להראות שנגרם לו עוול; הפרת כללי הצדק הטבעי גופא, היא עוול<sup>62</sup>. לתמיכה בעמדתו מצטט השופט מני מדבריו של לורד דנינג בפסק הדין

*Annunthodo v. Oilfields Workers' Trade Union* (1961)<sup>63</sup>

באותו ענין דחה בית המשפט את הטענה שאין אדם יכול לקבול על פגיעה בצדק הטבעי, אלא אם כן יכול הוא להראות שנגרם לו עוול בשל כך. אומר על כך לורד דנינג:

If a domestic tribunal fails to act in accordance with natural justice, the persons affected by their decision can always seek redress in the courts. It is a prejudice to any man to be denied justice. He will not, of course, be entitled to damages if he

58 ראה, למשל, בג"צ 527/74 הנ"ל, פ"ד כט (2) 319, 322.

59 ראה, למשל, ע"א 22/68 הנ"ל, פ"ד כב (2) 205.

60 ראה: ע"א 322/74 ג'בור נ' פנר, פ"ד כט (1) 223, בו ביטל בית המשפט העליון פסק דין שניתן ע"י השופט למעלה משנתיים מתום שמיעת העדויות והסיכומים, בשל חשש של עשיית עוול או גרימת עיוות דין לאחד הצדדים, שם, בעמ' 224. ראה על כך: י' צמח, ביטול פס"ד אזרחי מחמת עינוי דין: הצורך ברפורמה הפרקליט ל (תשל"ז) 8; ש' שטרית, על מי יוטל מחיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי משפטים 1 (תשל"ו) 584, 599-600.

61 ע"א 104/62, פ"ד טז 1875.

62 שם, בעמ' 1882.

63 [1951] 3 All E.R. 621.

suffered none. But he can always ask for the decision against him to be set aside.<sup>64</sup>

לפי גישה זו מוגבל שיקול דעתו של בית המשפט בכך שאם פסק כי הפגם הדיוני מהווה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, הוא לא יכנס למערכת השיקולים שפורטו לעיל, ולא יבדוק האם נגרם עוול לאזרח כתוצאה מהפרת כללי הצדק הטבעי; שכן רואים בהפרה זו עוול. לפי קו מחשבה זה שיקול הדעת השיפוטי מופעל רק בשלב שבו מכריע בית המשפט האם זכות דיונית מסוימת נכנסת לגדר עיקרי הצדק הטבעי; והאם פגם דיוני מהווה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. כך, למשל, השאלה אם אי מתן זכות שמיעה באופן מסוים בדרך מסוימת ובנסיבות מסוימות יש בה משום פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי תלויה בשיקול דעתו של ביהמ"ש. והוא הדין בשאלה האם קשר מסויים של הדין לענין שבו הוא דן יוצר חשש למשוא פנים אם לאו. אולם משעה שבית המשפט פוסק כי פגם דיוני מסויים מהווה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, ולפיכך ההליך כולו בטל, אין הוא יכול להכשיר את ההליך.

בהקשר זה יש לציין כי לעיתים מדגיש בית המשפט במפורש כי לגבי אורח שלא ניתנה לו הזדמנות מלאה להשמיע את טענותיו והשגותיו, אין זה מן המידה לבדוק מה היו הטענות שיכול היה לעורר אילו ניתנה לו ההזדמנות המלאה למצות את הזכויות שכללי הצדק הטבעי מעניקים לו. בענין ח'לף התעוררה השאלה האם כאשר לא פורסמה כדיון הודעה על שינוי בתכנית מתאר יש לשאול את, "הרואה עצמו נפגע" מה היו הטענות שהיה מעורר אילו ניתנה לו ההזדמנות להגיש התנגדות. אומר על כך השופט ויתקון:

„יש בלבי ספק, אם בכלל מן המידה הוא לבקש מן העותרים לשכנענו בצדקת נימוקי התנגדותם. לא ל„נפגע“ נתונה זכות ההתנגדות, אלא לכל, „הרואה עצמו נפגע“. משל למה הדבר דומה? לאדם שנחרץ דינו בלי שהוזמן לבירור ובערעור על פסק הדין דורשים ממנו להראות שהיו לו טענות טובות והזקות. כשם שזכאי אותו אדם שלא ישללו ממנו ערכאה, יהיו אשר יהיו טענותיו ונימוקיו, כך גם מתנגד בכוח בהליכים לפי חוק התכנון והבנייה, כזה כן זה זכאי להישמע“<sup>64</sup> א.

64 op. cit. at p. 625.

64 א בג"צ 527/74 ח'לף נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד כט (2) 319, 320-321. ראה גם ע"פ 35/50 מלכה נ' י"מ, פ"ד ד 429, שם סירב ב"כ התובע לגלות לב"כ הנאשם רישום הודעתו במשטרה של עד שהופיע במשפט. השופט אולשן דחה את הטענה שלא נגרם עיוות דין משום שבית המשפט לא הסתמך כלל על עדותו של אותו עד. אומר השופט אולשן: „המסמך אינו נמצא בתיק שלפנינו, אבל אף אילו היה לפנינו לא היינו יכולים להסיק מסקנות על יסוד השערות בלבד, כי אין חקר לתכונת סניגור מוכשר ואין לנחש כיצד יכול היה לנצל את הנמצא לפניו“, שם, 433. גם מפסקי דין אחרים משתמע כי הליך בטל, אין להכשירו, ופסילתו היא תקנתו: „אילו פסק הדין היה בטל או אפילו אפשר היה להביא לידי ביטולו בהתקפה ישירה עליו, ובגלל אי מתן ההודעה לצד... לא היה בית משפט זה מורה שהערכאה שנתנה אותו תתן אותו מחדש ללא שינוי תכני אחרי מתן ההודעה הדרושה לצד שבשעתו לא קיבל את ההודעה“. ע"פ 523/72 עוראן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 128, 132 (השופט לנדוי).

#### חיחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

ברור שדרך מיונו של פגם דיוני מסויים קובעת את סוג הפסלות הנגרמת להליך עקב אותו פגם, וע"י הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בתהליך המיון, נחרצת לכאן או לכאן השאלה האם יוכל בית המשפט להכשיר את ההליך, שנפל בו אותו פגם. בהקשר זה ניתן לומר כי חומרתו או קולתו של הפגם משפיעה במידה גיכרת על בית המשפט בתהליך מיונם של פגמים דיוניים: אם הפגם היה קל או פורמלי בלבד, יפסוק בית המשפט כי אין הפגם מהווה הפרה של עיקרי הצדק הטבעי, אולם אם הפגם חמור, בית המשפט ימיון אותו כפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי.<sup>65</sup>

מהעקרון האמור שבית המשפט לא יכשיר את ההליך במקרה של הפרת כללי הצדק הטבעי נובע כי אין להפעיל את סעיף 195 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, (המסמך בית משפט של ערעור לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה לפניו, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין), להכשרת הליך הפגום מחמת הפרת עיקרי הצדק הטבעי, שכן בעצם הפרת עיקרי הצדק הטבעי יש משום עיוות דין.<sup>66</sup> ההלכה הכללית שבמקרה של הפרת כללי הצדק הטבעי ביהמ"ש לא יכשיר את ההליך כפופה לסייג הנובע משיקול הדעת של בית המשפט הגבוה לצדק לסרב ליתן סעד מטעמים שביושר. כידוע יש לביהמ"ש הגבוה לצדק שיקול דעת רחב לסרב ליתן סעד מטעמים שביושר, כגון בשל אי נקיון כפיים, שיהוי וכיוצא בזה עילות שבגינן נוהג בג"צ להימנע מלהושיט סעד לעותר.<sup>67</sup> מכאן שאפילו מכוונת העתירה נגד פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, רשאי בג"צ לסרב להושיט סעד מטעמים שביושר, ונמצא שההליך אינו מבוטל, אף אם הוא בטל מדעיקרא מחמת פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. יש להוסיף, שבכך לא נסתם הגולל על אפשרות תקיפתו של אותו הליך. שכן החלטת בית המשפט הגבוה לצדק במקרה זה אינה מהווה מעשה בית דין,<sup>68</sup> ועדיין פתוחה לפני האורח הדרך לתקוף את ההליך בפני בתי המשפט הכלליים.<sup>69</sup>

נראה שהכלל שבית המשפט אינו צריך להכשיר הליך שנעשה תוך כדי הפרת עיקרי הצדק הטבעי עולה בקנה אחד עם הניתוח העיוני הרואה בהליך כזה כבטל לחלוטין. אולם דרך הטיפול של הפסיקה הישראלית בהפרות של כללי הצדק הטבעי

65 השווה דברים ברות זו בענין מיון פגמים שבסמכות: י' זמיר, לעיל הערה 44, בעמ' 25, ה"ש 18. יש לציין שלמרות העיקרון הכללי אין אפשרות להכשיר הליך בטל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי ע"י הסכמה או ויתור (ראה לעיל הערה 53), ניתן למצוא פסיקה אנגלית שממנה משתמע כי מרכיבים פחות חשובים של זכות השמיעה ניתנים לויתור. ראה על כך: de Smith, *supra* note 12, at 210, notes 17—18.

66 מבדיקה של פסקי הדין בהם הופעל סעיף זה נקודמו, סעיף 65 לפקודת הפרוצדורה (שפיטה), עולה כי סעיפים אלו לא הופעלו להכשרת הליכים כאשר היתה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. ראה, למשל: ע"פ 161/55 שקרג'י נ' י"מ, פ"ד ט 1924; המ' 319/62 בלו נ' י"מ, פ"ד יז 1772; ע"פ 345/62 כהן נ' י"מ, פ"ד יח (1) 679.

67 ראה: א' סלנט, בית המשפט הגבוה לצדק (תשט"ו) 61—74; וראה למשל: בג"צ 191/64 אלכו נ' שר הדתות, פ"ד יח (4) 603, 611 (שיהוי); בג"צ 46/70 בירמן נ' עיריית אשקלון, פ"ד כד (1) 322 (נקיון כפיים).

68 ראה: ע"א 292/71, לעיל הערה 49.

69 למשל בדרך של תביעה לפס"ד הצהרתי, או בקשה לצו מניעה וראה על כך: י' זמיר, לעיל הערה 44, בעמ' 174—176.



אינה תמיד תואמת גישה זו, ולעתים אפילו סותרת אותה. ניתן למצוא בפסיקה מקרים בהם קבע בית המשפט כי הופרו כללי הצדק הטבעי, ולמרות זאת לא פסל את ההליך.<sup>70</sup>

בפסק דין לנגלייב נ' מלמד<sup>71</sup> התעוררה השאלה האם הגשת תיקו האישי של המערער לבית הדין המשמעתי לעובדי מדינה (על פי הוראה בתקשי"ר), כאשר כתיק היו פרטים על הרשעותיו הקודמות, היתה בבחינת הפרת כללי הצדק הטבעי, (יצירת חשש למשוא פנים), ואם כן, מה תוצאות הפרה זו. השופט מני בדעת מיעוט, סבר כי היה בכך משום „פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי”<sup>72</sup>, וכי בעצם הפרתם יש לראות גרימת עוול למערער. לפיכך פסל השופט מני את החלטת ביה"ד המשמעתי. השופט ח' כהן קבע כי אין בהבאת פרטים על הרשעות קודמות של הנאשם לפני ההרשעה משום פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, וכך נוהגים בכל ארצות יבשת אירופה.<sup>73</sup> השופט לנדוי פסק „שלפי רוחם של עקרונות הצדק בהם הורגלנו אנחנו בהשראת המשפט המקובל עלולה לצמוח מהבאת ראיות כאלה לפני הרשעת הנאשם סכנה ממשית של יצירת משפט קדום כאשר האישום הוא במעשה בעל אופי פלילי”<sup>74</sup>.

מכאן משתמע שהשופט לנדוי סבור היה שבנסיבות הענין היה חשש ממשי למשוא פנים והיתה פגיעה בכללי הצדק הטבעי, משמע שההליך היה בטל לחלוטין, ועל בית המשפט לפסלו כדרך שנהג זושופט מני. אך השופט לנדוי אינו נוהג כך והוא פוסק „אולם בנסיבות הענין שלפנינו השתכנעתי שלא נגרם למערער עוול בשל הוראה זו בתקשי"ר”<sup>75</sup> (ההדגשה שלנו) ומסרב לפסול את החלטת בית הדין המשמעתי.

ע"א 113/71 שטאבר בע"מ נ' מוהד<sup>76</sup> הוא דוגמא חדה יותר לפסיקה הסותרת את העקרון שפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי גוררת אחריה בטלות לחלוטין של ההליך ואין בית המשפט צריך להכשירו. באותו ענין החליט יו"ר ההוצאה לפועל, ללא כל הרעה לחברה הזוכה שסתחה תיקים לביצוע שטרות נגד חייבים שונים, וללא כל בקשה מצד החייבים, לבטל קביעת שטר טרחת עורך דין בתיקי בקשות שהגישה החברה הזוכה. החברה הגישה בקשה לרשות ערעור לבית המשפט המחוזי. ואף כאן,

70 הדברים מכוונים לפסיקה שאינה נופלת לגדר הסייג של שיקול דעת בג"צ כמצויין לעיל. במקרים שנביא להלן אין מתעוררים שיקולים מעין אלו. יצויין, עם זאת, שבענין לנגלייב נ' מלמד, פ"ד טז 1876, היה מדובר בסעד הצהרתי הכפוף לשיקול דעתו של בית המשפט. ראה: י' זוסמן, פדר הדין האזרחי (מהדורה 3, 1967) 406. אולם השופטים לא הסתמכו על נקודה זו. וראה להלן.

71 ע"א 34/62, פ"ד טז 1875.

72 שם, בעמ' 1881.

73 שם, בעמ' 1885.

74 שם, בעמ' 1888.

75 בישה דומה משתקפת מבג"צ 2/65, ר"ן בע"מ וה"אנר" בע"מ נ' הרשות הציבורית לקביעת תקריפים בתקבורה, פ"ד יט (1) 421, 427—428, עיין במיוחד בעמ' 428. והיא מרומזת גם בדבריו של השופט לנדוי בענין בג"צ 279/72 עובר נ' שר הביטחון, פ"ד כז (1) 169, 174 מול האותיות ב-ג.

76 פ"ד כז (1) 416.

#### היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

החליט השופט המחוזי בבקשה, לא בדרך הרגילה שבה מתנהלים דיונים בבית המשפט, אלא חקר מיוזמתו בפרטי הענין ולשם כך שוחח עם ראש ההוצאה לפועל ועם שופט ראשי של בימ"ש השלום.

בערעור לפני בית המשפט העליון נפסק כי יו"ר ההוצאה לפועל, אף אם פעולתו תוגדר כפעולה מינהלית ולא שיפוטית, היה חייב להזמין את החברה הזוכה בטרם ביטל את קביעת שכר עורך הדין, ובאי הזמנתה יש משום „פגיעה בעקרון השמיעה ההוגנת“. בית המשפט קבע כי „על אחת כמה וכמה חלה חובת השמיעה ההוגנת על ההליכים שהתנהלו בפני השופט המלומד, שהיו ללא ספק שיפוטיים. אין צורך להרבות דברים על החובה לנהוג לפי עקרונות הצדק הטבעי בהליכים כאלה“<sup>77</sup>. לאור קביעה זו שההליכים בפני יו"ר ההוצאה לפועל ובפני השופט המחוזי המלומד היו פגומים מחמת פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, התוצאה הטבעית היתה להכריז על בטלותם מדעיקרא של ההליכים הללו. אולם ביהמ"ש אינו עושה כן. תחת זאת פוסק ביהמ"ש: „על אף הפגמים בהליכים בפני השופט המלומד ובפני ראש ההוצאה לפועל, אין לבטל כעת את החלטת ראש ההוצאה לפועל. מההחלטה הנ"ל מסתבר ששכר עורך דין בסך 20 ל"י נקבע בעד „הגשת שטר לביצוע“. המערערת מודה בכך, שהיא לא צירפה העתק מייפוי כוח לעורך דין, כשהוגש השטר לביצוע והבקשה לביצוע לא נחתמה על-ידי עורך דין. בכך די כדי לשלול מהמערערת את הזכות לקבל שכר עורך דין בעד הגשת השטר לביצוע. המערערת טענה בפנינו כל מה שהיה לה לטעון בענין זה, ואין טעם להחזיר את הענין לדיון מחדש“<sup>78</sup>. ניתן לומר כי פס"ד זה עומד בסתירה להלכה כי פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי גוררת אחריה בטלות מדעיקרא של ההליך. שכן אם ההליך בטל אזי אי אפשר לרפאו ע"י ערעור. בפסק הדין החשוב בענין *Ridge v. Baldwin*<sup>79</sup> קבע בית הלורדים כי ההחלטה לפטר מפקד המשטרה מבלי שניתנה לו הזדמנות להשמיע טענותיו, היתה בטלה לחלוטין ומשום כך הליכים ערעוריים מאוחרים יותר (בפני שר הפנים) לא יוכלו להעניק לה תוקף וכוח<sup>80</sup>. באותו נושא אומר השופט מגרי דברים הנוגעים לעניינו בפסה"ד *Leary v. National Union of Vehicle Builders (1971)*<sup>81</sup>.

„אם הכללים והדין מאוחדים ליתן לחבר (הארגון) את הזכות למשפט הוגן וזכות ערעור, מדוע ייאמר לו שעליו להסתפק במשפט מעוות וערעור הוגן? אפילו ייחשב הערעור כשמיעה מחדש, ושללת מהחבר הזכות לערער לגוף אחר מההחלטה לגרש אותו“.

דברים דומים אמר בית המשפט הגבוה לצדק בישראל בפסק הדין רנ"א חפ"ן ג' תרשות המוסמכת<sup>82</sup>. באותו ענין מונה סגן המנהל הכללי של מנהל מקרקעי ישראל לרשות מוסמכת שתפקידה להכריע בסכסוכים בין האזרח ובין המינהל, ובית המשפט

77 שם, בעמ' 419.

78 שם, בעמ' 420.

79 [1961] A.C. 40, at pp. 81, 125, 136, 139

80 de Smith, *supra* note 12, 209 and notes 14—15

81 [1971] Ch. 34, 48 Megarry J.

82 בג"צ 293/64, פ"ד יט (1) 572.

ראה בנסיבות אלה חשש ממשי למשוא פנים. משום „שלא ייתכן שאדם הממלא תפקיד ראשי ביחידה מסויימת הדואגת לאינטרס המדינה בשטח מסויים, יחיה גם הפוסק בין האזרח והמדינה בענין הנוגע לאותו שטח“. המדינה טענה כי עוקצה של הבעיה מוקהה לאור קיומה של ועדת ערר שאליה יכול לפנות האזרח. בג"צ דחה טענה זו וקבע כי „אין לייחס כל הסיבות לעובדה שיש לעותר זכות ערר בפני ועדה שבראשה עומד שופט על זחלטה של הרשות המוסמכת ושוועדת הערר אינה קשורה במימצאיה ובשיקול דעתה של הרשות המוסמכת“. ההנמקה של בית המשפט יש לה משמעות מעבר לפסק הדין ההוא:

„נקיונה וכשרותה של רשות שיפוטית אחת אינם יכולים לחפות ולכפר על פסלותה של ערכאה שיפוטית אחרת. זכותו של בעל דין היא שענינו יידון כיאות בכל אחת מערכאות המשפט על-ידי שופטים כפוסקים שהם מעל לחשד סביר של נגיעה בענין“.<sup>83</sup>

הדברים לעיל מהפסיקה האנגלית ומפסיקת בית המשפט העליון בישראל יפים גם לפרשת שטאובר. כאן לא זכתה החברה לא במשפט הוגן ולא בערעור הוגן בערכאות הקודמות, ורק בביהמ"ש העליון ניתנה לה לראשונה ההזדמנות להשמיע טענותיה. אם מנתחים את פסה"ד שטאובר לפי זגישה דלעיל הרי שקשה ליישבו עם ההלכה שהליך שנעשה תוך הפרת כללי הצדק הטבעי בטל, ואין ביהמ"ש מכשירו. דרך אפשרית ליישוב סתירה זו היא לומר, שביהמ"ש אכן ראה בהליך בפני יו"ר ההוצאה לפועל ובפני השופט המלומד הליכים בטלים מדעיקרא, אך במקום להחזיר את הדיון החליט לשמוע הוא עצמו את טענות המערער ולחליט לגופו של ענין, וזאת משיקולי יעילות הדיון בלבד, ולא משום שראה בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי כגורר אחריו פסלות מסוג voidable נלבד. אולם אף דרך זו היא הריג מהעקרון שהוצע לעיל שהליך שנוהל מתוך פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, הוא בטל לחלוטין, ואין בית המשפט מכשירו.<sup>84</sup>

בשני פסקי דין נוספים נהג בית המשפט העליון בדרך דומה לזו שנקט בפרשת שטאובר, והכשיר הליך למרות שקבע כי הוא נעשה מתוך הפרה של כללי הצדק הטבעי. בענין מזרחי נ' ועדת השחרורים, שרות בתי הסוהר<sup>85</sup> קיבלה ועדת השחרורים החלטה לשחרר את העותר ברשיון להתהלך חופשי בתנאי שלא יפר את החוק בתקופת השחרור. לאחר שתוך אותה תקופה עבר העותר מספר עבירות ונידון עליהן על-ידי בית משפט לשנות מאסר נוספות, הפקיעה ועדת השחרורים את הרשיון, מבלי שניתנה לעותר הזדמנות להופיע בפניה ולהשמיע את טענותיו

83 שם, בעמ' 576, וראה גם דברי השופט ויתקון המצוטטים לעיל בטקסט וה"ש 64א.

84 גם בפסיקה אנגלית ניתן למצוא פסקי דין, שבהם סרבו בתי המשפט לפסול הליכים שנעשו תוך הפרת כללי הצדק הטבעי, כאשר שוכנעו שהתוצאה לא הייתה משתנה אילו קיימו עיקרי הצדק הטבעי. ראה:

de Smith, *supra* note 12, 211 and note 25; Jackson, *supra* note 53, 70—71

בחלק מפסקי דין אלו ניתן להסביר את הסרוב לבטל את ההליך משום שהסער שנתבקש

היה בשיקול דעת. ראה: de Smith, *op. cit.*, 211 and note 26

85 בג"צ 353/65, פ"ד כ (1) 171.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

נגד ההפקעה. לכשהגיע מועד שחרורו לאחר ריצוי תקופות המאסר על העבירות החדשות הוא טען כי יש לשחררו מבלי שירצה את יתרת תקופת המאסר על העבירות שבגינן ניתן לו בשעתו שחרור משום שהחלטת ועדת השחרורים לבטל את רישונו היתה בטלה בשל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. בית המשפט קבע בפסקנות, כפי שנפסק בעבר<sup>86</sup>, כי ועדת השחרורים היתה חייבת להזמין את העותר ולשמוע את טענותיו בטרם הפקיעה את הרשיון. אילו הוחלה התפיסה שהחלטה כזו הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי בטלה מדעיקרא, היה על בית המשפט לפסלה מבלי לשקול שיקולים נוספים. אולם בית המשפט הכשיר את החלטת ועדת השחרורים למרות הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, משום שלאור הרשעתו בעבירות חמורות בתקופת השחרור, „אין להעלות את האפשרות הרחוקה ביותר כי ועדת שחרורים כלשהיא היתה נוהגת אחרת מכפי שהמשיבה נהגה, גם לו שמעה את דברי העותר“<sup>87</sup>, דהיינו, הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי לא גרמה לעותר עיוות דין, ואף אם היה ניתן לו להופיע לא יכול היה לשנות את ההחלטה לטובתו. בית המשפט הוסיף גם כי בינתיים עברה תקופת הרשיון ואין עוד אפשרות חוקית להביא את עניינו של העותר שנית בפני ועדת הערעורים, ובית המשפט העדיף להגן על הציבור מפני הנזק שייגרם לו על-ידי ביטול ההפקעה, מאשר לפסול החלטה שלא גרמה לעיוות דין.

הנה כי כן, בפסק דין זה נזקק ביהמ"ש למערכת השיקולים המופעלת כאשר מופרת הוראה דיונית שאינה נכנסת לגדר עיקרי הצדק הטבעי, ולא התלבט בשאלה אם אפשר להכשיר החלטה בטלה מדעיקרא. ביהמ"ש סמך את מסקנתו להכשיר את ההחלטה על כך שלא נגרם עיוות דין, שלא היה סיכוי לשינוי ההחלטה, ושפסילת ההחלטה היתה גורמת נזק גדול לציבור.

בענין המשיננגס ג' שר הפנים<sup>88</sup> ביטל בית דין צדק של מועצת הרבנים בשיקנו את גיורם של בני הזוג הטשינגס וילדיהם לאחר שנתקבל מידע מישראל שמטרתם האמיתית של בני משפחת הטשינגס היתה לעסוק בפעילות מיסיונרית בישראל, כשהם מוסווים כיהודים. הגיור בוטל מבלי שבני משפחת הטשינגס הוזמנו, אולם בית הדין הסתמך על עדות חותכת המראה שהם הציגו עצמם באורח מטעה כמועמדים כנים לגיור; עדות זו כללה גם איגרת סודית שכתב הטשינגס לידידים בישראל ובה פורטו מגמותיהם האמיתיות של בני משפחת הטשינגס להפיץ את תורת ישו בין היהודים על-ידי פעולה מיסיונרית בתוך היהדות, כשהם מוסווים כיהודים. בני משפחת הטשינגס הגישו בקשה לתעודת עולה על פי חוק השבות, בהסתמך על כך שהם התגיירו. ואשר לביטול הגיור, טענו בין השאר, כי הוא נעשה מתוך הפרת עיקרי הצדק הטבעי, בכך שהם לא הוזמנו להשמיע טענותיהם. בית המשפט הגבוה לצדק דוחה טענה זו מבלי להתלבט בשאלה כיצד מכשירים החלטה בטלה, ואלה דברי השופט ברנזון<sup>88</sup>:

86 ב"צ 173/65 כהן נ' ראש המדור הפלילי ירושלים, פ"ד יס (4) 313.  
87 ב"צ 353/65 הנ"ל, בעמ' 175.  
88 ב"צ 467/75 פ"ד ל (3) 148.  
א88 שם, 155.

„ההסבר שנתן בית הדין הוא שכשנתיים אחרי הגיור לא ידעו היכן מצויים העותרים ולא יכלו להזמינם. אבל העיקר הוא, שהעותרים אינם מטריחים עצמם לאמר בעתירתם מה היו טוענים בפני בית הדין לוא ניתן להם להופיע לפניו. בעצם מה יכלו לטעון נוכח הודאתם שמעולם לא התכוונו לזנוח את אמונתם הקודמת ועודם דבקים באמונה הנוצרית בישו המשיח, דבר הנוגד את עיקרי האמונה של הדת היהודית“.

גם בענין השינוג, אם כן, מכשיר בית המשפט הליך שנעשה מתוך פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי מהטעם שלא היתה כל אפשרות רחוקה שהחלטה תשתנה לטובת העותר, אילו ניתנה לו זכות שמיעה, וכי הפגיעה לא גרמה לעיוות דין. הנסיונות שנעשו לעיל ליישב את הסתירה שבין פסיקת בית המשפט בענין שטאובר לבין העקרון שהחלטה הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי בטלה מדעיקרא, כחם יפה גם לפסקי הדין בענין השינוג ומזרחי, וכפי שצויין כבר, אין בנסיונות אלו כדי להסיר כליל את הספקות והקשיים, הנובעים מן הסתירה. לאור פסקי דין אלה, יש לסייג את ההלכה הכללית, שפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי גוררת אחריה בטלות מדעיקרא של ההליך ושוללת את האפשרות שביהמ"ש יכשיר את ההליך משיקולים שונים. הסייג הוא כי במקרים קיצוניים, משיקולי יעילות ובהשפעת צרכי עשיית צדק בענין הנדון בתי המשפט סוטים מן ההלכה הכללית, ומכשירים הליך שנעשה מתוך פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. נהוג זה של בתי המשפט מצטרף לנימוקים האחרים הקיימים למען ביטול ההבחנה בין void ו-voidable.<sup>89</sup> שכן הסטייה מההלכה הכללית מרבה את המבוכה בין עורכי הדין הצריכים ליעץ ללקוחותיהם, ובין שופטים בערכאות הראשונות אשר צריכים לחרוץ משפט בעניינים המעוררים בעיות אלו. סייג נוסף הוא שכאשר מדובר בהפרה של מרכיבים פחות חשובים של עיקרי הצדק הטבעי, ישקול בית המשפט את ההפרה לפי אותה מערכת שהוא שוקל פגמים הגוררים אחריהם פטלות מסוג voidable.<sup>90</sup> א.

ב) ביקורת שיפוטיות של בני"צ במקרה של הוראות סופיות או מגבלה תחיקתית אחרת.

הפסיקה קבעה כי הוראת סופיות, היינו הוראה הקובעת כי החלטה של גוף שיפוטי או מעין שיפוטי היא סופית, ואינה כפופה לביקורת שיפוטית, מונעת אמנם ביקורת שיפוטית ע"י בית המשפט הגבוה לצדק של החלטה לגופו של ענין או פסילתה בשל טעות משפטית גרידא, אולם אין בכוחה של הוראת סופיות כזו לשלול ביקורת

89 כפי שהוצגו ע"י השופט זוסמן בע"א 183/69, הנ"ל, לעיל טקסט וה"ש 48–50.  
89א והשווה בענין אפשרות ויתור על מרכיבים פחות חשובים של זכות השמיעה:  
de Smith, *supra* note 12, at p. 210, notes 17–18.  
וראה לעיל טקסט וה"ש 65.

## היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

שיפוטית במקרה של הריגה מסמכות או פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי הגוררים אחריהם בטלות לחלוטין<sup>90</sup>.

אותה גישה מסתמנת בפסיקה כלפי התערבות בג"צ בהחלטות בית משפט מחוזי ובית משפט שלום, שהפר כללי הצדק הטבעי. כידוע מסייג סעיף 7 (ב) (3) לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, את סמכותו של בג"צ ליתן צוים כנגד גופים שיפוטיים ומוציא מתחולת הביקורת השיפוטית של בג"צ על פי הסעיף האמור את, בתי המשפט שחוק זה דן בהם". אולם לפי פסיקה אחרונה של בית המשפט הגבוה לצדק עולה כי אם בית משפט מחוזי חרג מסמכותו, למשל מחמת שפגע בעיקרי הצדק הטבעי, יתערב ביהמ"ש הגבוה לצדק ויושיט סעד לעותר נגד בית המשפט המחוזי, אם החלטתו היא סופית ואין אחריה ערעור; וזאת מכוח סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט. נדגים נקודה זו בבג"צ 91/74 נ' בארה נ' בית המשפט המחוזי י"י. באותו ענין דחה בית המשפט המחוזי, בדונו בערעור על בחירות ברשות מקומית, בקשה של בעל דין על פי סעיף 17 לפקודת הראיות לחקור בחקירה שכנגד אנשים שחתמו על תצהירים שהוגשו לבית המשפט בקשר לאותו הליך<sup>91</sup>. אם מגדירים את הזכות לחקירה שכנגד כחלק מכללי הצדק הטבעי, או סירוב בית המשפט המחוזי לאפשר חקירה שכנגד יגרור אחריו בטלות מדעיקרא של ההליך שנתקיים בפני בית המשפט המחוזי. אם אין ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, והצד הנפגע מהסירוב מגיש עתירה לבג"צ, בג"צ כנראה יפסול את החלטת ביהמ"ש המחוזי, מכוח ס'

90 „הלכה פסוקה היא מימים ימימה שמקום והחוק קובע כי החלטת רשות שיפוטית או מעין שיפוטית תהא „סופית“ אין בית המשפט הגבוה לצדק נזקק לבדיקת ההחלטה, אם נכונה היא מבחינת תוכנה אם לא; אבל נזקק גם נזקק בית המשפט הגבוה לצדק לטענה שרשות האמורה חרגה ממסגרת סמכותה החוקית — והפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי בכלל ההריגה מן הסמכות היא“. בג"צ 283/64 עובד המנוחה שוף נ' שר החקלאות, פ"ד יט (2) 44, 40 (השופט ח' כהן); ראה גם: בג"צ 91/74 נ' בארה נ' בית המשפט המחוזי, פ"ד כה (2) 519, 521; בג"צ 114/64 ריי נ' המנוחה על יחסי עבודה, פ"ד יח (3) 109, 113—114 (השופט זילברג); בג"צ 63/74 סקוד נ' ביהמ"ש המחוזי, פ"ד כח (2) 41, 40, 37; בג"צ 20/68 ח' גויס 6108 כג"ש זמני 24 חלקה 48 בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה תל-אביב, פ"ד כב (1) 171, 172, שם אומר השופט זוסמן כי למרות סעיף 115 לחוק התכנון והבנייה, השכ"ח—1965, הקובע כי הועדה המחוזית היא הפוסק האחרון בשאלה של מהן רשות ערר, הרי „בית משפט זה עשוי להתערב אם יתברר שועדה מחוזית זוהתה בקשות רשות ערר תוך פגיעה באחד מעקרונות הצדק הטבעי, או שהוכח מיניה וביה פגם אחר הפוסל את החלטתה“. אבל ראה: בג"צ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק נכ"ב, פ"ד ט 617; בג"צ 403/71 אלכורדי נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד כו (2) 73, 68; וראה בנושא זה: ש' לוי, „עתירה לבג"צ כהליך תקיפה ערעורי“, משפטים ג (תשל"ב) 30—31.

91 פ"ד כח (2) 519.

92 סעיף 17 (א) לפקודת הראיות (נוסח חדש) קובע: „הוראות סעיף 15 אינן גורעות מכוחו של בית המשפט לצוות כי המצהיר יחקר בבית המשפט, ובית המשפט יעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך; לא התייצב המצהיר, רשאי בית המשפט לפסול תצהירו מלשמש ראיה“.

7 (א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957<sup>93</sup>. לעומת זאת, אם אין מגדירים את הזכות לחקירה שכנגד, הנחונה בסעיף 17 לפקודת הראיות, כחלק מעיקרי הצדק הטבעי, אזי דחיית הבקשה לחקירה שכנגד שלא כדין, היא בגדר טעות של דין בלבד ותגרוור אחריה פסלות מסוג voidable, ובג"צ לא יתערב בהחלטה כזאת<sup>94</sup>. בפסה"ד ג'בארה פסק בית המשפט הגבוה לצדק שסירובו של השופט המחוזי להיעתר לבקשת החקירה שכנגד לא היה בו משום הפרת כללי הצדק הטבעי או חריגה אחרת מן הסמכות, ואף היה מוצדק לגופו של ענין<sup>95</sup>. לפיכך לא ראה מקום להתערבות.

גם במצבים אחרים בולטת נטייתו של בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטות של בית משפט מחוזי ושלום במקרה של פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. בהמ" 525/63 שמואל נ' היועץ המשפטי<sup>96</sup>, נחלקו השופטים לגבי הפרוצדורה לתקיפת החלטתו של שופט שסרב לפסול את עצמו. השופט לנדוי גרס כי הפרוצדורה הנאותה לכך היא בעתירה לבג"צ. לעומת זאת, גרסה דעת הרוב כי הדרך הנכונה, איננה עתירה לבג"צ, אלא ערעור ביניים בהליך אורחי; ובהליך פלילי שאין בו ערעורי ביניים, על בעל הדין להמתין עד סיום המשפט, ואז יוכל לצרף טענותיו נגד החלטת השופט בענין פסלותו לבימוקי הערעור. עם זאת הוסיף מ"מ הנשיא השופט אגרנט כי ייתכנו מצבים בהם יתערב בג"צ:

„אינני מוציא מכלל אפשרות, כי בנסיבות נדירות ויוצאות מן הכלל כגון, למשל, במקרה שבו הובאה הוכחה חזקה בדבר האינטרס החומרי שיש לשופט בתוצאת הדיון — יתערב בית המשפט הגבוה לצדק בשלב מוקדם, כדי להעניק סעד נגד ההחלטה הדוחה את טענת הפסלות”<sup>97</sup>.

בתשל"ה, שתיים עשרה שנה לאחר שבית המשפט המליץ על כך, תוקן החוק, וכיום ניתן לערער על החלטה של שופט לסרב לפסול עצמו בהליך פלילי מייד לאחר ההחלטה לפני שופט של בית המשפט העליון<sup>98</sup>. לאור תיקון זה בחוק סדר הדין הפלילי דומה שהדברים שצוטטו לעיל מפי השופט אגרנט מתוך פסק הדין בענין שמואל אינם יפים עוד כפשוטם. אולם יש בהם כדי ללמד על התיחסות מיוחדת של

93 כך עולה מפסקי הדין: בג"צ 63/74 הנ"ל, פ"ד כח (2) 37, 40—41; בג"צ 91/74 הנ"ל, פ"ד כח (2) 519, 522—521. אמנם השאלה הו עצמה לא הייתה צריכה הכרעה בשני פסקי הדין הנזכרים, אך דומה שכאשר תתעורר השאלה היא תוכרע על-פי האמור בשני פסקי דין אלו.

94 ראה: פס"ד ג'בארה, הנ"ל, שם; טעור, הנ"ל, שם.

95 ראה: דברי השופט ויתקון בפס"ד ג'בארה, הנ"ל, פ"ד כח (2) 519, 523. השופט ח' כהן קבע במפורש שהקירה שכנגד אינה נמנית על כללי הצדק הטבעי, שם, בעמ' 524. בענין חקירה שכנגד ראה להלן פרק ד טקסט וה"ש 135—138.

96 פ"ד יח (3) 452.

97 שם, בעמ' 475—476.

98 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 4), תשל"ה—1974, ס"ח, תשל"ה 6, סעיפים 132א—132ג.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

בית המשפט הגבוה לצדק לפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, עד כדי הצדקת התערבותו גם כאשר יש מגבלות תחיקתיות לכך.<sup>99</sup>

ג) אפשרות להתקפה עקיפה<sup>100</sup>

הלכה פסוקה היא כי החלטות שנפל בהם פגם חמור הגורר אחריו את בטלותן מדעיקרא (void), ניתנות לתקיפה לא רק בצורה ישירה (בדרך של ערעור או עתירה לבג"צ) אלא גם בדרך של תקיפה עקיפה. הביקורת העקיפה נעשית ע"י כך שמעמידים את שאלת חוקיותה של אותה החלטה כשאלה נגזרת הדורשת הכרעה לצורך ההכרעה בשאלה העיקרית. כנגד זה, החלטה שנפל בה פגם הגורר אחריו פסלות מסוג voidable בלבד, אי אפשר לתקפה בתקיפה עקיפה, והיא שרירה וקיימת עד שלא בוטלה על-ידי בית המשפט המוסמך לדון בענין כשאלה עיקרית<sup>101</sup>. פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי גוררת אחריה בטלות לחלוטין של ההליך, ועל כן פותחת בפני האזרח הנפגע את הדרך לתקיפה עקיפה. לדוגמא: פסק הדין עיריית פתח-תקווה נ' טחן<sup>102</sup>. התובע, רב שהועסק ע"י עיריית פתח-תקווה כשוחט, פוטר על-ידי העירייה. הוא הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי לתשלום משכורתו למן היום שבו התיימרה העירייה לפטר. (תקופה של ארבע שנים עובר להגשת התביעה). העירייה טענה שהיא פיטרה את טחן, ואילו הוא השיב כי הפיטורין היו בלתי תקפים ופסולים, משום שלא ניתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו בטרם פוטר. גורל התביעה היה תלוי בשאלה כיצד תוגדר פסלותם של הפיטורין. אם הפיטורין היו בטלים מדעיקרא, הרי היו כאין וכאפס ולא ניתקו את קשר המעביד-עובד שהיה בין העירייה לתובע, ובית המשפט המחוזי לא היה יכול לקבל את טענת ההגנה של העירייה, והיה צריך לפסוק לזכות התובע. לעומת זאת, אם הפיטורין היו ניתנים לביטול הריהם שרירים וקיימים עד שיבוטלו בהתקפה ישירה, קרי בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק, ועד שלא בוטלו, הם תקפים. משמע הם ניתקו כדין את קשר עובד-מעביד, ובית המשפט המחוזי בתביעה הנדונה צריך לפסוק לטובת העירייה. בית המשפט פסק כי אי קיום חובת השמיעה ההוגנת גוררת אחריה בטלות מדעיקרא

99 ניכרת גם נטיה ברורה להרחבת היקף ביקורת בג"צ על החלטות בתי דין דתיים, ראה, למשל: בג"צ 10/59 ויקי לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, פ"ד יב 1186 (פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי).

100 ראה דיון מקיף על התקיפה העקיפה: י' זמיר, לעיל הערה 44, עמ' 19 ואילך.

101 יש לציין שלעיתים ניתן לתקוף בתקיפה עקיפה מעשה מינהלי שפגל בו פגם, שבדרך כלל אינו מוגדר כפגם הגורר אחריו בטלות מדעיקרא. ראה ע"א 120/60 הלפרין נ' קוצנינסקי, פ"ד טו 705. ראה על כך י' זמיר, לעיל הערה 44, עמ' 26-31. אולם שם היה מדובר במצב שבו על פי דיני הסעד החלופי בבג"צ, סתמו בפני בעל הדין את ההתקפה הישירה בדרך של עתירה לבג"צ, ולכן נפסק שבמקרה כזה כל הטענות שהיו פתוחות בפניו בעתירה לבג"צ יהיו פתוחות לפניו בדיון בפני בית המשפט שאליו הוא פונה. השווה גם ע"א (ת"א) 138/67 מדינת ישראל נ' יהלומי קרן אור, פ"מ סא 404. 102 ע"א 183/69 הנ"ל, פ"ד כג (2) 398.



„ובטלות מדעיקרא חושפת את מעשה הרשות בפני התקפת עקיפין בכל הליך ולא רק להתקפה ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק“<sup>103</sup>. יש לציין שכאשר בעל דין תוקף הליך או מעשה מנהלי, בהתקפה עקיפה, אם מרצון ואם מאונס, הוא נוטל על עצמו סיכון מסויים, בשל אי הבהירות בענין הגדרת הפגמים הגוררים אחריהם בטלות מדעיקרא, וחושף עצמו לחסרונות הכרוכים בהתקפה עקיפה<sup>104</sup>.

ג. פרשנות חקיקה וכללי הצדק הטבעי: פרשנות חוק ויצירת משפט כללי הצדק הטבעי ממלאים תפקיד חשוב בקביעת כללי הדיון להפעלת סמכות חוקית כאשר החיקוק אינו קובע כל הוראות דיוניות לאופן הפעלת הסמכויות. כפי שיוסבר להלן, בהיעדר הוראות דיוניות מן החוק להפעלת סמכות יחולו כללי הצדק הטבעי.

כמו כן נודעת משמעות רבה לכללי הצדק הטבעי בתהליך פרשנות חיקוקים קובעים הוראות דיוניות. בתי המשפט מגלים נטייה חזקה לפרש את החיקוקים בצורה שיעלו בקנה אחד עם כללי הצדק הטבעי. נטייה זו משתקפת בפרשנות מרחיבה של חיקוקים הקובעים זכויות דיוניות הוהות לכללי הצדק הטבעי. אותה נטייה משתקפת בגישת בתי המשפט, לפרש באופן מצמצם ביותר, חיקוקים שעל פי לשונם מגבילים את תחולת כללי הצדק הטבעי או שוללים לחלוטין את הזכויות הדיוניות המתחייבות על פיהם.

לאור מדיניות זו של בתי המשפט, שתודגם ותוסבר להלן, יש נפקות משפטית לבירור השאלה האם זכות דיונית הקבועה בחיקוק מהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי, בכל אחד ממצבי ההתייחסות בין חקיקה וכללי הצדק הטבעי.

1. תחולת כללי הצדק הטבעי בהעדר הוראות דיוניות בחוק  
כאשר החיקוק אינו קובע כל הוראה דיונית להפעלת סמכות הקבועה בו, חלים כללי הצדק הטבעי<sup>105</sup>. עקרון זה, יותר משהוא עקרון פרשני הוא כלל מהותי.

103 שם, בעמ' 404. דוגמאות נוספות לתקיפה עקיפה: עתירה לבג"צ ע"י בעל דין שיצווה על גוף שלטוני שלא יבצע פסק דין סופי של בית משפט מחוזי, שאין עליו ערעור, שניתן מתוך הפרת כללי הצדק הטבעי, או בחריגה אחרת מסמכות: בג"צ 193/66 המועצה המקומית אשדוד נ' יו"ר ועדת השומה שלי"ד מועצת אשדוד, פ"ד כ (2) 670; עתירה לבג"צ לצו שחרור על החזקת אדם במאסר על פי פסק דין בטל, ראה על כך: בג"צ 86/58 בוגנים נ' הרמטכ"ל, פ"ד יב 1653.

104 על החסרונות והקשיים בהתקפה עקיפה ראה י' זמיר, לעיל הערה 44, עמ' 43-57.  
105 לדוגמא, הסעיפים המסמיכים עירייה לפטר עובד עירייה אינם קובעים זכות שמיעה של העובד ואף על פי כן נקבע כי העירייה חייבת ליתן הזדמנות לעובד להשמיע את טענותיו: ראה בג"צ 290/65 אלטגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-יגן פ"ד כ (1) 29, 33 (השופט ח' כהן); 34-35 (השופט קיסטר); השווה ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פ"ד כג (2) 398; סעיף 5 לפק' העירייות מסמיך את שר הפנים לשנות שטח שיפוט לאחר שהקים ועדה, אולם אינו מחייבו לשמוע את התושבים; הפסיקה קבעה

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

אמנם ניתן לומר שעקרון זה הוא תוצאה של תהליך פרשנות שיפוטית; מפרשים חיקוק שלא קבע הוראות דיוניות להפעלת סמכות, כך שאותה סמכות תופעל תוך קיום כללי הצדק הטבעי. אולם אפילו תאמר כן, הרי בתהליך הפרשנות יש מידה רבה של יצירת כללים דיוניים, שזכרם לא בא בחוק, שלפיהם יש להפעיל סמכות חוקית. ניתן לסכם נקודה זו ולומר שבעקרון האמור כרוכים זה בזה הפרשנות השיפוטית והיצירה השיפוטית, אולם חלקה של היצירה השיפוטית הוא מכריע.

נקודה זו מובהרת היטב בדבריו של השופט ביילס (Byles, J.) בפסק דין מן המאה התשע עשרה:

Although there are no positive words in a statute requiring that the party shall be heard, yet the justice of the common law will supply the omission of the legislature.<sup>106</sup>

דברים דומים מר השופט זוסמן בבג"צ 174/65 דיאמנטן נ' ועדת העררים לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים<sup>107</sup>:

„באין הוראה מפורשת בחוק בו עסקינן חייבים אנו לקבוע את זכויותו הדיוניות של העותר על פי עקרונות הצדק הטבעי... משניתנה לתובע זכות ערר לפני ועדת עררים המוסמכת לגבות עדויות, מתבקשת המסקנה, כי הועדה חייבת להשתמש בסמכות זו. עקרונות הצדק הטבעי מחייבים, שחובע שלא נענה יוכל להזים בראיותיו ממצאים המבוססים על ראיות שנגבו ללא ידיעתו, ואם לא עכשיו — אימתי?”

2. פרשנות מרחיבה של חיקוקים הקובעים כללים דיוניים. המרכיב של היצירה השיפוטית בולט לעין גם כאשר עוסק בית המשפט בפירוש חיקוק הקובע כללים דיוניים. בע"א 113/71 שטאובר בע"מ נ' מוחה<sup>108</sup> עסק בית המשפט העליון בין השאר בפירוש תקנה 23 לתקנות ההוצאה לפועל, תשכ"ח—1968. לפי תקנה זו רשאי ראש ההוצאה לפועל, בין היתר, להזמין מיוזמתו את הזוכה ואת החייב לפני מתן החלטה, „אם היה סבור כי הדבר דרוש לבירור עובדה או להבהרת טענה”. בית המשפט פסק שעל פי כללי הצדק הטבעי, חייב ראש ההוצאה לפועל, לפני שהוא מפעיל סמכותו לשנות, לתקן או לבטל קביעת שכר עורך דין, לתת הזדמנות לזוכה להשמיע טענותיו. בהתייחסו לתקנה 23 המדברת בלשון „רשאי”

כי תושבים הנוגעים בדבר זכאים לשמיעה: בג"צ 3/58, 9/58 כרמן ויצהר נ' שר הפנים, פ"ד יב 1495; ראה גם *Ridge v. Baldwin* [1964] A.C. 40, 87. החוק הנדון שם קבע כי ועדת הפיקוח, „רשאית בכל עת להשעות, ו... לפטר כל שוטר אשר לדעתם מתרשל במילוי תפקידו או אינו מתאים לתפקידו מסיבה אחרת”. בית הלורדים קבע כי הועדה היתה חייבת ליתן לו הזדמנות להשמיע את טענותיו בטרם פוטר. וראה גם: *Malloch v. Aberdeen Corporation* [1971] 1 W.L.R. 1578; *Ceylon Univ. v. Fernando* [1960] 1 W.L.R. 223; Jackson, *supra* note 53, at 45. 106 ראה: *Cooper v. Wordsworth Board of Works* (1863) 14 C.B. (N.S.) 180, 194. 107 פ"ד יט (4) 161, 166, 167. 108 פ"ד כו (2) 416.

קבע בית המשפט מפי השופט י' כהן: „לדעתי חייב היה ראש ההוצאה לפועל במקרה דנא להשתמש בסמכותו לפי התקנה 23 ובאי הזמנת המעוערת יש משום פגיעה בעקרונות השמיעה ההוגנת“<sup>109</sup>.

מדיניות שיפוטית הנוקטת פרשנות מרחיבה לחיקוקים הקובעים זכויות דינויות בולטת גם בפסק הדין לביא ואח' ג' מ"י<sup>110</sup>, בענין זה נפסק כי הסכם בין התביעה ובין אחד הגאשמים במשפט הוא בגדר „חומר חקירה“, שהתביעה חייבת לגלותו לנאשמים האחרים על פי סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי, וכי התביעה חייבת לגלות לנאשם עדויות וראיות המצויות ברשותה, אף אם אינה רוצה להגישם כראיה במשפט. המדינה טענה כי הסנקציה היחידה על אי מילוי חובת הגילוי על פי סעיף 67, היא זו הקבועה בסעיף 70 לחוק, היינו שהתובע לא יגיש ראיה שלנאשם לא ניתנה הודמנות סבירה לעיין בה. בית המשפט דחה פירוש מצמצם זה של החוק:

„מטרת גילוי חומר החקירה לנאשם, וסניגורו הוא להבטיח משפט הוגן לנאשם. אם לדוגמא נמצאות בחומר החקירה ראיות שמצביעות על כך, שהנאשם אינו אשם, מחובת התביעה לגלות חומר זה לנאשם ולסניגורו, ולסנקציה שבסעיף 70 בוודאי אין כל משמעות במקרה כזה, כשממילא אין ברצון התביעה להגיש לבית המשפט את הראיה שלזכות הנאשם... אם לדעתנו לא קויימה החובה שבסעיף 67, על בית המשפט לקבוע, אם נפגעה על ידי כך זכות הנאשם למשפט הוגן ואם התשובה לכך תהיה חיובית והענין נתגלה בשלב שבו אין אפשרות לתקן את המעוות, עלולה הפרת החובה הנ"ל להביא לזיכויו של הנאשם... (אם יימצא כי נגרם עיוות דין כתוצאה מהפרת החובה)“<sup>110</sup>.

לא תמיד נוטה בית המשפט העליון לצד פרשנות חקיקתית המרחיבה את זכויותיו של האזרח, אלא לעתים הוא בוחר בפירוש המצמצם יותר. בבג"צ 515/74 פלוני נ' מפקר משטרה צבאית חוקרת ואח'י<sup>111</sup>, התלבט בית המשפט העליון בשאלה כיצד לפרש את סעיף 264 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955. הסעיף מעניק לחשוד שכנגדו מתנהלת חקירה („בדיקה“ בלשון החוק) להשמיע את טענותיו במהלך הבדיקה, ולחקור חקירה שכנגד כל עד שהועיד לחובתו. התעוררה השאלה האם חשוד זכאי לערוך את החקירה שכנגד על-ידי פרקליטו. דעת הרוב באותו פסק דין (השופטים ויתקון ועציוני) קבעה, בהסתמכה על „עיקרי המשפט והצדק הכלליים“<sup>112</sup>, ועל סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א—1961, כי החשוד זכאי לערוך על-ידי עורך דין את החקירה שכנגד של העדים שהעידו לחובתו. הוראות החוק הרלבנטיות השאירו מקום לספק<sup>113</sup>, ושופטי הרוב נזקקו לשיקולי מדיניות כדי לתמוך את מסקנתם. השופטים קבעו כי אם המחוקק נתן זכות חקירה שכנגד של מי שהעיד

109 שפ, בעמ' 419.

110 ע"פ 79/73 לביא נ' מ"י, פ"ד כח (2) 505.

1110 שפ, בעמ' 510—511.

111 פ"ד כט (2) 169.

112 שפ, בעמ' 171.

113 הספק נבע מהוראות הפרק על הסניגוריה בחוק השיפוט הצבאי שעל פיהם כדי להיות סניגור בבית דין צבאי יש צורך באישור מוקדם מאת ועדה הקיימת לצורך זה.

114 ראה: פ"ד כט (2) 174, 175 ד.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

לחובתו, אין להעלות על הדעת, שהוא התכוון לשלול ממנו את זכות הייצוג על-ידי עורך דין, אלא אם כן נעשה הדבר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים.<sup>115</sup> השופט זוסמן, בדעת מיעוט, ראה בהוראות חוק השיפוט הצבאי חוק מיוחד הדוחה את הוראות סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, שהוא הוראת חוק כללית. ומכיוון שהסיק שהוראות חוק השיפוט הצבאי אינן מחייבות ייצוג, הגיע למסקנה שאין זכות ייצוג בהליך של בדיקה. אף השופט זוסמן מוסיף שיקולי מדיניות לתמיכה במסקנתו, והוא החשש „שכדרך ששוטר אזרחי לא יוכל לגלות עבירה כדבעי אם יאלץ במהלך החקירה לאפשר לחשוד לחקור את העדים שתי וערב, כך ייכשל גם קצין בודק במילוי תפקידו“.<sup>116</sup>

בדיון נוסף שהתקיים בענין זה נהפכה ההלכה ושופטי הרוב אימצו את דעתו של השופט זוסמן. בית המשפט קבע ברוב של ארבעה כנגד דעתו החולקת של השופט עציוני (השופט ויתקון לא ישב בדין בדיון הנוסף) כי על פי סעיף 264, על פי פירושו הנכון, וכשקוראים אותו ביחד עם סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין, אין לחשוד זכות לייצוג על-ידי עורך דין בהליך של בדיקה.<sup>117</sup> השיקולים במישור הפרשנות החקיקתית אינם חד משמעיים לכאן או לכאן, ובכל הכבוד, נראים לי יותר נימוקי של השופט עציוני מנימוקי הרוב כפי שניתנו מפי השופט י. כהן. ראוי לזכור כי הקצין שלגביו נחקימה הבדיקה, נחשד בעבירת אינוס, כך שאין מדובר כאן בהליכים משמעתיים שלגביהם ניכרת גטייה לצמצם את הזכות לייצוג משפטי.<sup>118</sup> אלא עסקינן בהליך העלול להסתיים באישום פלילי שיש עמו קלון מוסרי חמור. אם מקובלת התפיסה, שמצאה ביטוי בשורה של הלכות שיצאו מבית המשפט העליון,<sup>119</sup> שבמקום של ספק יש להעדיף את הפירוש המרחיב את זכויותיו הדיוניות של האזרח, הרי שבמקרה דגן מן הדין היה לקבוע כי לפי לשון סעיף 264 קנויה לחשוד זכות לייצוג משפטי. בכל הכבוד, שותף אני למסקנתו של השופט עציוני, שנומקה היטב בפסק דינו.<sup>120</sup> כי הליך הבדיקה על פי חוק השיפוט הצבאי אינו זהה לחקירה המשטרתית הרגילה, והוא דומה יותר לדיון בפני שופט חוקר, ובו לכולי עלמא יש זכות לייצוג ע"י עורך דין. יש להוסיף כי מבחינת שיקולי היעילות, נראה כי דווקא

115 שם, בעמ' 1171, 1173 (השופט ויתקון); 175 (השופט עציוני), ראה על כך: ד"ר 13/75 מפקד מצ"ח ב' פלוני, פ"ד ל (3) 617.

116 פ"ד כט (2) בעמ' 180.

117 ד"ר 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת ב' פלוני, פ"ד ל (3) 617.

118 ראה עמ' 7, 15 לפסק הדין המודפס, וראה האסמכתאות האנגליות המצוטטות לעיל בה"ש 37 בענין ייצוג, וראה, לאחרונה, גם:

*Maynard v. Osborne* (1976) 5 Current Law 228b

גם בארה"ב ניכרת גטייה לצמצם זכויות דיוניות בהליכים משמעתיים, ראה לפשל:

(זכויות אסיר בדיון משמעתי) *Wolf v. McDonnell* 418 U.S. 539 (1974)

(זכויות תלמיד בית ספר בהליך משמעתי) *Goss v. Lopez* 419 U.S. 565 (1975)

Note, 1976 Duke L.J. 409, 426

וראה על כך:

119 ראה פרק ג סעי' 2 לעיל, והאסמכתאות הנזכרות לעיל בהערות 108–110, פס"ד קורא,

טקסט וה"ש 122.

120 ד"ר 13/75, הנ"ל, עמ' 12 ואילך לפסק הדין המודפס.

גיהול חקירת העדים על-ידי עורכי דין בהליך הבדיקה עשוי לייעל את ההליך ולרזוז. יתרה מזו, בסיועו של עו"ד יכול חשוד חף מפשע להוכיח את צדקתו כבר בשלב המוקדם של הבדיקה ולחסוך לציבור את המשאבים הדרושים לגיהול משפט נגדו. זאת בנוסף למניעת הנזקים הנפשיים והחומריים הנגרמים לחשוד עצמו עקב הליכים משפטיים שבסופם הוא יוצא זכאי בדין.

### 3. העדפת הפירוש המתיישב עם כללי הצדק הטבעי

בצד הגישה המרחיבה לפרשנות חיקוקים הקובעים זכויות דיוניות, בולטת גישה המצמצמת ככל האפשר הוראות חיקוקים שלפי לשונם מגבילים את כללי הצדק הטבעי. בשאלה זו ההלכה היא כי „במקרה של ספק בפירושו של החוק המסמך או של חקיקת המשנה, יעדיף בית המשפט פירוש, אשר יתן תוקף ולא יסתור את עקרונות הצדק הטבעי, וזה על יסוד ההנחה כי אין בדעתו של המחוקק לבטל עקרון מעקרונות הצדק הטבעי המקובלים, אלא אם הוא אומר זאת בלשון ברורה ומפורשת”<sup>121</sup>. גם כאשר לשון החיקוק הגבילה את עיקרי הצדק הטבעי פירשו בתי המשפט את החיקוק באופן שלא ישלול את עיקרי הצדק הטבעי. כך היה בפסק הדין שלום עזרא נ' שר התעבורה<sup>122</sup>. באותו ענין גידונה תקנה 536 לתקנות התעבורה, תשכ"א—1961, המסמיכה את ועדת העררים לענייני מוניות לדון ולהכריע בכל ענין, אף מבלי להזמין את המבקש ומבלי לשמוע אותו<sup>123</sup>. למרות הלשון הברורה של התקנה פסק בית המשפט הגבוה לצדק מפי השופט ח' כהן, כי כאשר כללי הצדק הטבעי מחייבים זאת, אין הועדה יכולה להכריע בענין בשלילה, מבלי ליתן למבקש הזדמנות להשמיע את טענותיו. ואלה דברי השופט כהן:

„אמת נכון הדבר שתקנה 536 מקנה למשיבה שיקול דעת רחב אימתי להזמין ולשמוע מבקש ואימתי להמנע מעשות כן, אבל יש לקרוא תקנה זו בכפופות לכללי הצדק הטבעי: מתקין התקנה לא התיימר כלל, לא במפורש ולא מכללא, להסמיק את המשיבה [ועדת העררים] לנהוג בניגוד לכללים אלה. שיקול הדעת המוקנה למשיבה מאפשר לה, למשל, שלא להזמין ולא לשמוע מבקש אם היא עומדת ליתן את מבוקשו. ובמקרה זה גם כללי הצדק הטבעי אינם מחייבים הזמנתו ושמיעתו. כן נראה שאין צורך להזמין ולשמוע מבקש אם הבקשה שהגיש לרשות המוסמכת אינה מקיימת מצוות התקנות ואינה מגלה עילה על פניה; אבל משאשרה הרשות המוסמכת (כמו בענין העותר דנן)

121 עמ"מ 9/55 פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720, 1733 (השופט ברנזון). השווה דברי השופט חשין בעמ' 1728; והשופט זילברג בעמ' 1736; ראה על כך א' ברק, „פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה“, הפרקליט כא 463, 472; וראה גם ההפניות לעיל הערה 115.

122 בג"צ 74/74 פ"ד כח (2) 729.

123 תקנה 536 לתקנות התעבורה כפי שתוקנה בתשל"ב ק"ת, תשל"ב, 908, קובעת לאמור: „(א) הועדה רשאית להגיע להחלטותיה בכל הענינים ללא צורך בשמיעת עדים או קבלת ראיות.

(ב) הסמכות בידי הועדה, לפי שיקול דעתה, להזמין משיג, מתנגד או כל אדם להופיע בפניה למתן עדות, לכוף הופעתו ולקבל ראיות“.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

שלכאורה נתקיימו במבקש כל דרישות התקנות, והוועדה לא מצאה לכך ראיות מספיקות או מצאה ראיות לסתור (כמו בענין שלפנינו), כי אז בוודאי מחייב הצדק הטבעי לשמוע את העותר בטרם תפסוק נגדו. ואם משתמשת המשיבה בשיקול דעתה בהתעלמה מכללי הצדק הטבעי, כי אז ייפסל שיקול דעתה כבלתי סביר על אף ההסמכה שבחקנות"<sup>124</sup>.

בהקשר זה חשוב לציין שעקרון זה הנובע מן הפסיקה גובש עתה בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם<sup>125</sup>. סעיף 20 (א) (סעיף 23 לנוסח ועדת המשנה לחוקי יסוד) להצעת חוק היסוד קובע כי „חוק הניתן לפירושים שונים, הפירוש שיש בו יותר כדי לקיים את זכויות האדם או פחות כדי להגבילן או להתיר הגבלתן — עדיף“. מכוח סעיף 19 להצעת חוק היסוד (ס' 20 לנוסח הוועדה) הפעלת סמכות חוקית בהליך הוגן, קרי — עיקרי הצדק הטבעי, מהווה חלק מזכויות האדם.

#### 4. מבט ביקורתי על הפסיקה

לא תמיד נוהגים בתי המשפט לבחון האם זכות דיונית, הקבועה בחיקוק היא למעשה גיבוש של כללי הצדק הטבעי, ובהתאם לכך להעניק משמעות מיוחדת לאותה זכות שעוגנה בחיקוק מבחינת כללי הפרשנות ומבחינת תוצאות הפרת אותה זכות.

לדעתנו, הסחת הדעת ממהותה של הזכות הדיונית ומהיותה חלק מכללי הצדק הטבעי מנוגדת להלכות הרבות של בית המשפט העליון, בהן ייחסו לכללי הצדק הטבעי חשיבות מיוחדת בשאלות פרשנות. כהדגמה להסחת דעת מעין זו ניתן להביא את ע"פ 279/72 הוערה המקומית לבניה ולתכנון עיר של חיפה ב' ויינר<sup>126</sup>. באותו ענין התעוררה השאלה אם דיון בבקשה למתן צו הפסקת בנייה ע"י בית משפט על פי סעיף 239 לחוק התכנון והבנייה תשכ"ה—1965, יכול להתקיים במעמד צד אחד בלבד. הסעיף עצמו סתם ולא פירש מהי הפרוצדורה שעל בית המשפט לנקוט במתן הצו. חשופט ברנזון, שמפיו נפסקה הלכת הרוב, קבע כי חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, אשר סעיף 116 בו קובע כי „לא יידון אדם לפלילים, אלא בפניו“, אינו חל על הליך לפי ס' 239 לחוק התכנון והבנייה. משום שהסעיף קובע סדר דין מיוחד, ולפי סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי, אין חוק סדר הדין הפלילי חל על מקרה שלגביו נקבע בחוק אחר או על פיו, סדר דין שונה.

גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה אשר לפיה יש לפרש חיקוקים כך שיתיישבו עם כללי הצדק הטבעי. זאת ועוד, סעיף 116 לחוק סדר הדין הפלילי, שבית המשפט עשה מאמץ פרשני ראוי לשמו כדי להגיע למסקנה שאינו חל על הליך לפי ס' 239 לחוק התכנון והבנייה, אינו אלא גיבוש לחיקוק של עקרי הצדק הטבעי, המקובלים בשיטת המשפט שלנו, אף אם אינם מעוגנים בחיקוק. בצדק הסתמך בית המשפט המחוזי בדיון דלמטה באותו ענין על עיקרי הצדק הטבעי כדי לתמוך

124 פ"ד כח (2) 730—731. גם בפסיקה האנגלית נוקטים פרשנות מצמצמת של חקנות שאינן מתיישבות עם כללי הצדק הטבעי ראה: de Smith, *supra* note 12, at 161.

125 ה"ח, תשל"ג, 448.

126 פ"ד כז (2) 662.

במסקנתו שבהליך לפי סעיף 239 יש לתת לאדם העשוי להיפגע מהדין הודמנות נאותה להגיד את דברו, ואין להוציא צו הפסקה במעמד צד אחד.<sup>127</sup> התוצאה של פירוש סעיף 239 לפי דעת הרוב היתה כי רק בפס"ד סופי במשפט על עבירת הבנייה ניתן לשנות או לבטל צו הפסקה שניתן לפי סעיף זה. גראה כי בית המשפט חש בחולשה מסויימת בהנמקותיו והוסיף תגא דמסייע הבנוי כולו על אדני מדיניות:

„מובן כי התוצאה המעשית ממצב זה עלולה להיות קשה מאוד כלפי האדם שנגדו ניתן צו שיפוטי להפסקת עבודה לפי סעיף 239, בלי שניתנה לו האפשרות להתגונן מפניו. אבל גם האפשרות האחרת שלא יוצא צו כזה, אלא לאחר דיון במעמד שני הצדדים, העלול להתמשך מי יודע כמה זמן, עשוי לפגוע קשות בשמירה על החוק והסדר בענין כה חיוני לציבור.<sup>128</sup>”

השופט י' כהן, בדעת מיעוט, סבר ש, אין למצוא בחוק התכנון והבנייה תשובה חד משמעית לשאלה, אם רשאי בית המשפט לתת צווים לפי סעיף 239 על פי צד אחד. המצב של תיקו שבו משאיר חוק התכנון את הבעיה, משמעותו שלא נשללה תחולתו של סעיף 116 לחוק סדר הדין הפלילי על הליכים לפי סעיף 239 לחוק התכנון.<sup>129</sup> ואף לשיקולי המדיניות שהובאו בדעת רוב, יש בפי השופט י' כהן תשובה: „לדעתי הנוק, העלול להיגרם לציבור על-ידי הצורך להביא את הגאשם לדיון לשם מתן צו לפי סעיף 239, הוא קטן מהנוק העלול להיגרם לאזרחים שיהיו חשופים לצווים על פי צד אחד, מבלי שתהיה יכולת בידיהם להביא את טענותיהם לבירור מהיר ויעיל ומבלי תרופה של פיצוי על הנוק שנגרם.<sup>130</sup> נראה שכאן היה קיים ספק בפירוש של חוק, ובמקרה של ספק, הלכה היא שמפרשים את החוק באופן שיתיישב עם עיקרי הצדק הטבעי. נראה, בכל הכבוד, שבפסה"ד ויינר לא הקפידו שופטי הרוב בהחלט הלכה זו.

בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת גונן<sup>131</sup> בשאלת הפירוש שניתן לסעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט—1969 ע"י ועדת אגרנט, שחקרה את מלחמת יום הכיפורים, מתגלית גישה פרשנית מצמצמת של חוק הקובע זכויות דיוניות, שחלקן המכריע מהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי. למרות שקשה להגן על פירושה המצמצם של הועדה ולמרות שבית המשפט הגבוה לצדק סירב להתערב ולהורות לה לפעול לפי הפירוש המרחיב, נראה כי אין לראות בפסקי הדין בפרשת גונן סימן לנטייה מצמצמת בגישת בית המשפט העליון לפרשנות חיקוקים דיוניים. זאת לאור הנסיבות

127 שם, בעמ' 664. למרבה ההפתעה חזר בו ביהמ"ש המחוזי כחיפה מעמדתו זו בדיון מאוחר יותר בבעיה דומה ראה: שם, בעמ' 669 ג-ד.

128 שם, גמ' 666.

129 שם, בעמ' 668.

130 שם, בעמ' 669.

131 בג"צ 128/74 גונן נ' ועדת החקירה מלחמת יום הכיפורים, פ"ד כה (2) 80; בג"צ 469/74 גונן נ' ועדת החקירה מלחמת יום הכיפורים, פ"ד כט (1) 635; ביקורת על פס"ד אלו ראה: ר' גביון, „על פירושו הנכון של סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט—1968 ועל התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק" משפטים ו (תשל"ו) 548; ג' גינת, „התערבות בג"צ בדיוני ועדות חקירה" הפרקליט ל (תשל"ו) 185.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

החברתיות המדיניות המיוחדות ששררו לאחר מלחמת יום הכיפורים, ותפקידה המונומנטלי<sup>132</sup> של הועדה, שחייבו את הועדה לנטות לצד שיקולי היעילות, ולצמצם את היקף הזכויות הדיוניות של מי שעלול להיפגע מחקירת הועדה. יש, אכן, לקוות כי בעניינים אחרים ובחקירות אחרות, שאינן יוצאות דופן כפי שהיתה חקירת מלחמת יום הכיפורים, לא יישמש פסק דין זה כתקדים וכאסמכתא לצמצום זכויות דיוניות של אזרחים בהליכים העלולים לפגוע בהם.

בג"צ 91/74 ג'בארה נ' ביהמ"ש המחוזי בת"א-יפו<sup>133</sup>, אף הוא מעורר קושי בשל גישה מצמצמת לפירוש חיקוק דיוני. בענין ג'בארה נדון סעיף 17 לפק' הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, הקובע כי אם ביקש בעל דין שמצהיר ייחקר על תצהיר שהגיש לבית המשפט, „בית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך“. מלשון הסעיף עולה בבירור כי המחוקק ראה בחקירה שכנגד של מצהיר זכות מוחלטת של בעל הדין, ולא השאיר בידי בית המשפט שיקול דעת. כמו כן, בהליכים אזרחיים, כדברי השופט עציוני בפסק דין אחר, „זה עשרות שנים נהוג אצלנו כי הדרישה להופעת המצהיר באה מן הצד שכנגד בלי שרשותו של בית המשפט תתבקש“<sup>134</sup>.

למרות לשון הסעיף ולמרות הנוהג המושרש, הגיע ביהמ"ש למסקנה כי יש לשופט שיקול דעת לדחות בקשה לחקירה שכנגד של מצהיר, כאשר ברור לשופט שלא תהא תועלת בחקירה שכנגד כזו. השופטים לא ראו קושי מיוחד במסקנה שהגיעו אליה משום שיצאו מן ההנחה שבנסיבות כאלו כללי הצדק הטבעי אינם מחייבים חקירה שכנגד. כך משתמע מפסק דינו, של השופט ויתקון<sup>135</sup>, ואילו השופט ח' כהן הביע דעתו במפורש שהקירה שכנגד של מצהיר אינה נמנית על כללי הצדק הטבעי<sup>136</sup>. ברור לעין שאילו סברו השופטים שבנסיבות הענין חקירה שכנגד מתחייבת על פי כללי הצדק הטבעי, לא היו יכולים לשלול זכות זו מאת בעל דין<sup>137</sup>.

קיימת התלבטות מסויימת בפסיקה לגבי השאלה האם חקירה שכנגד של עדים מתחייבת על פי כללי הצדק הטבעי בהליכים מעין שיפוטיים, אולם לגבי דיון שיפוטי נראה שהדעה המכרעת היא שחקירה שכנגד מתחייבת על פי עיקרי הצדק

132 בג"צ 469/74 הנ"ל, פ"ד כט (1) 635, 640.

133 פ"ד כח (2) 519.

134 ע"א 600/71 מינץ נ' כהן, פ"ד כו (2) 579, 581; וראה גם א' הרנון דיני ראיות, (חלק ראשון, הדפוס האקדמי, תשל"ל) 107, וה"ש 9; אבל ראה דעתו החולקת של השופט ח' כהן: ע"א 550/61 אפוטובסקי נ' הראמי, פ"ד טו 1056, 1060.

135 פ"ד כח (2) 519, 523.

136 שב, בעמ' 524.

137 ניתן אולי להצדיק תוצאת פסק הדין משיקולי יעילות הדיון בנסיבות הענין, במיוחד שבאותו מקרה היה צורך בחקירה שכנגד של מצהירים רבים והדיון נסב על ערעור בחירות שעל פי החוק חייב השופט לפסוק בו תוך 30 יום מיום דגשתו.



## מאמרים

הטבעי<sup>138</sup>. בניבארה היה מדובר בדיון שיפוטי במלוא מובן המלה, ונראה, איפוא, שעמדתו של השופט ח' כהן שחקירה שכנגד אינה נמנית על עיקרי הצדק הטבעי אינה מתיישבת עם עמדת הפסיקה.

ד. דין חיקוק הפותר כללי הצדק הטבעי כפי שצויין לעיל, גישת הפסיקה היא לפרש חיקוקים כך שלא יסתרו את כללי הצדק הטבעי. ואולם מה הדין אם חוק או תקנה סותרים כללי הצדק הטבעי? האם החוק או התקנה גוברים או שמא אין כללי הצדק הטבעי נדחים מפני חיקוקים?

1. דין חוק הפוגע בעיקרי הצדק הטבעי בשיטת המשפט שלנו, המחוקק אינו כפוף להגבלות חוקתיות פורמליות, וברור שאם חוק שולל או מגביל את עיקרי הצדק הטבעי בלשון מפורשת וחד משמעית, עיקרי הצדק הטבעי יידחו. המחוקק הוא ריבוני והכל בידו לעשות<sup>139</sup>. כדברי השופט זילברג: „אילו אימץ לו המחוקק [הוראה הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי], ועשה אותה חלק של החוק, כי אז כמובן לא יוכלנו לבוא עמו בטרוניה. על הפגיעה ההיא, ולא יוכלנו לבטל בעטיה את החוק. כי המחוקק הכל שרי ליה, ואין אנו רשאים לומר לו: מה תעשה!“<sup>140</sup>.

138 „מקום שמתנהל הליך מעין שיפוטי על פי חיקוק העלול לפגוע בזכותו של אדם, לא נעשה צדק אם לא הורשה אותו אדם לחקור לפחות את העד העיקרי“. בג"צ 174/65 דיאמנט נ' ועדת העררים, פ"ד יט (1) 161, 167; השווה בג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 122, 128 (השופט ברנזון); ומדברי השופט לנדוי, שם, בעמ' 132, עולה כי „במקרה של חקירה שיפוטית במלוא מובן המילה“ חובה לאפשר חקירה שכנגד, ובמקרה של חקירה מעין שיפוטית „ייתכן גם שהצדק יחייב להרשות לעותר להופיע מול פני מאשימו או מי מהם ולחקרם בפני הועדה על שאלת עובדה זו או אחרת, הנראית חשובה בעיני הועדה“. לפי בג"צ 3/58, 9/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1505, בהליך מעין שיפוטי, להבדיל מהליך שיפוטי „אין השמיעה חייבת להיות דווקא על דרך גביית עדות בע"פ, עם חקירה נגדית וחקירה חוזרת וכל האבזורים האחרים המלווים את הדיון בבתי המשפט“. אולם מכאן עולה בבירור שבדין משפטי חקירה שכנגד היא זכות קנויה והשווה: בג"צ 335/68 הנועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה לענין מתן שירותי גז, פ"ד כג (1) 324, 334. וכן: א' הרנון, לעיל הערה 134, בעמ' 107–108. ראה גם: בג"צ 124/58 י"מ נ' השופט המנהל חקירה מקדמת, פ"ד יג 5. על חקירה שכנגד בדיון שיפוטי ראה גם: ע"פ 35/72 דיון נ' מ"י, פ"ד כו (1) 661.

139 ע"א 228/63 עוזי נ' עוזי, פ"ד יז 2541, 2547; בג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 349; בג"צ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 442, 445.

140 עמ"מ 9/55 פלוני נ' יו"ר וחברי הנועצה המשפטית, פ"ד י 1726, 1735–1736. זהו גם הגישה באנגליה. במשפט המקובל האנגלי העתיק ניתן למצוא פסק דין של לורד קוק (Coke), שבו נקבע כי אפילו חוק של הפרלמנט אינו יכול להתיר לאדם להיות שופט יענינו שלו:

Dr. Bonham's Case (1608) 8 Coke Reports 107a, 77 Eng. Rep. 638

אולם אין לקבל את דברי Coke כפשוטם, אלא כוונתו של Coke היתה שישנם מספר עקרונות יסודיים במשפט האנגלי כגון שאין אדם יכול לשפוט בענינו, שהפרלמנט לא יפגע בהם. אולם לא היה בכוונתו לומר שהמשפט המקובל עומד מעל חקיקה של הפרלמנט. ראה: A. Harding, *Social History of English Law*, (1965) 260

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

2. משמעות סעיף 19 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם  
דומה כי הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, טומנת בחובה שינוי המצב הקיים.  
לאחר קבלת הצעת חוק יסוד זו לא יוכל חוק רגיל לפגוע בעיקרי הצדק הטבעי, אלא  
אם כן החוק נתקבל בהתאם לסעיף 4 להצ"ח יסוד: חקיקה<sup>141</sup>, המחייב שהתיקון  
יתקבל ברוב חברי הכנסת, ויצויין בו שהתיקון יחול על אף האמור בחוק היסוד:  
זכויות האדם.

סעיף 19 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם<sup>142</sup> קובע: "אין מפעילים סמכות חוקית  
הנוגעת בזכויותיו של אדם, אלא בהליך הוגן, ללא משוא פנים, וללא שיקולים שאינם  
לענין". אף כי הסעיף אינו עושה שימוש במונח הידוע, "עיקרי הצדק הטבעי", נראה  
כי הוא גיבש אותם לתוך חוק היסוד.

סעיף 19 קובע כללים מהותיים ודיוניים להפעלת סמכות חוקית הנוגעת בזכויותיו  
של אדם. "הליך הוגן" טומן בחובו יסוד דיוני ומהותי כאחד. לא רק שהפרוצדורה  
להפעלת הסמכות תהיה הוגנת, אלא גם שההחלטה המתקבלת תוך כדי הפעלת  
הסמכות תהא הוגנת<sup>143</sup>. הוא הדין לגבי המגבלה הנוספת המוטלת על רשות בהפעלת  
סמכות חוקית כאמור: "ללא משוא פנים"; ביטוי זה כולל בתוכו את העיקרון הדיוני  
המהווה אחד מעיקרי הצדק הטבעי, האוסר על אדם לפסוק בענין שבו יש לו נגיעה,  
וכן את העיקרון המהותי שבהפעלת סמכות, אסור לרשות לשאת פנים, להפלות בין  
אזרח לאזרח. הביטוי "שיקול שאינו לענין" גוגע רק להגבלות הסובסטנטיביות על  
הפעלת סמכות חוקית.

אף כי סעיף 19 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם חובק בתוכו הגבלות דיוניות  
ומהותיות על הפעלת סמכות חוקית הנוגעת בזכויות אדם, ברור הדבר שעיקרי  
הצדק הטבעי גובשו לתוך סעיף זה. הפסיקה דיברה על עיקרי הצדק הטבעי, כללים  
יסודיים של דיון הוגן<sup>144</sup>, ונראה כי סעיף 19 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם יפורש  
על-ידי בתי המשפט לאור ההלכות שעסקו בעיקרי הצדק הטבעי<sup>145</sup>. סעיף 20 (ב)  
להצעת ח"י זכויות האדם (סעיף 24 לנוסח ועדת המשנה לחוק יסוד) קובע כי חוק

141 הי"ח, תשל"ו, 135.

142 סעיף 20 בנוסח ועדת המשנה לחוקי יסוד.

143 השווה בענין זה את הפרשנות המקובלת בארה"ב למונח *due process of law*,  
הכולל בתוכו יסודות סובסטנטיביים ופרוצדורליים כאחד, וראה על כך:  
Freund, Southerland, Howe and Brown, *Constitutional Law Cases and Other  
Problems*, (3rd ed. 1967), Vol II, 1320—1336.

144 בג"צ 24/56 רוסשטיין נ. המועצה המקומית הרצליה, פ"ד י 1205, 1209. ראה גם  
"כללי ההגנות היסודיים": בג"צ 2/65 דן בע"מ ו"אגד" בע"מ נ. הרשות הציבורית  
לקביעת תעריפים בתחבורה, פ"ד יט (1) 421, 424.

145 יש להעיר, עם זאת, כי קיימת בפסיקה האנגלית התלבטות בנקודה זו, אסכולה אחת  
גורסת כי כללי הצדק הטבעי זהים להליך הוגן, ראה:

*Ex p. Benaim* (1970) 2 Q.B. 617; *Pergamon Press* (1971) Ch. 338;

ואסכולה אחרת גורסת כי דרישות ההליך ההוגן יכול ויהיו פחותות יתר מעיקרי  
הצדק הטבעי. ראה:

*Pearlberg v. Varty* (1972) 1 W.L.R. 547

וראה דיון על כך: Seepersad, *supra* note 15, at 253—254

שנתקבל אחרי כניסתו לתוקפו של חוק היסוד, והסותר את החוק – בטל. לאור זאת, ייתכן מצב שחוק ייפסל בשל כך שהוראותיו לגבי הפעלת סמכות חוקית הנוגעת בזכויותיו של אדם מנוגדות לקיום „הליך הוגן“, או לעיקרי הצדק הטבעי. לאור זאת, נודעת חשיבות לשאלה אם זכות דיונית מן הפסיקה או מן החקיקה תוגדר על-ידי בתי המשפט ככלל יסוד של דיון הוגן או כמתחייבת לשם קיום „הליך הוגן“, בלשון הצעת חוק יסוד: זכויות האדם. אם היא נמנית על עיקרי הצדק הטבעי, ללא ספק תיכנס לגדר המונח „הליך הוגן“ הקבוע בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם, ואין חוק רגיל יכול לפגוע בה אלא בדרך שמתקנים חוק יסוד. אחרת, יראו את החוק כבטל, מכוח סעיף 20 (ב) להצעת חוק יסוד: זכויות האדם.

### 3. דין תקנה הסותרת עיקרי הצדק הטבעי

בעוד שאין חולקין שחוק יכול לסתור את עיקרי הצדק הטבעי (ובעתיד – יוכל לעשות זאת בכפוף להוראות הצעת חוק יסוד: זכויות האדם, והצעת חוק יסוד: החקיקה, ר' לעיל), קיימת התלבטות בפסיקה לגבי השאלה מה דין תקנה הסותרת עיקרי הצדק הטבעי. השופט ברנזון קבע בעמ"מ 9/55 ע"י פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית<sup>146</sup>, כי תקנה אינה פסולה בשל כך בלבד שהיא סותרת את עיקרי הצדק הטבעי, וכך מנמק השופט ברנזון את עמדתו:

„עקרונות אלה, אין להם עליונות או עדיפות על פני חוק חרות. בתי המשפט נותנים להם תוקף רק באותם המקרים שאין הוראת חוק נוגדת, ונראה לי כי אין נפקא מינה אם ההוראה מצויה בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה. ביחס לחקיקת משנה, יכולה כמובן להתעורר השאלה אם היא בגדר הסמכות שהוענקה למחוקק המשנה בחקיקה המסמיכה, אבל כרגיל אין לבחינתה של שאלה זו ולעקרונות הצדק הטבעי ולא כלום. על כל פנים, לא הובא לידיעתנו שום מקרה שבו נפסלה תקנה של פרוצדורה או נוהג כחורגת מסמכות מפני שהיא פוגעת בעקרונות הצדק הטבעי“<sup>147</sup>.

השופט ברנזון מוסיף, עם זאת, שבמקרה של ספק בפירושים של החוק המסמך או של חקיקת המשנה, יעדיף ביהמ"ש פירוש אשר יתן תוקף ולא יסתור את עקרונות הצדק הטבעי. מ"מ הנשיא השופט חשין, הצטרף לדעתו של השופט ברנזון וקבע „כי אין לפסול חקיקת משנה רק משום שהיא כוללת הוראה הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי“<sup>148</sup>. השופט זילברג, בדעת מיעוט, קבע, לעומת זאת, „כי כל תקנה הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי, היא חסרת תוקף חוקי, מפני שהיבטים אלו לצאת מתוך ההנחה כי המחוקק במסרו למי שהוא את סמכות התקנת התקנות, לא יפה את כוחו של זה להת-קין תקנות הפוגעות בצדק הטבעי“<sup>149</sup>. פרופ' אהרון ברק מתח ביקורת על הלכת הרוב

146 פ"ד י 1720.

147 שפ, בעמ' 1733.

148 שפ, בעמ' 1728. השופט חשין הוסיף לציין כי „הדבר כן הוא כל זמן שאין לומר בפה מלא כי ההוראה המסויימת, על פי מצב טיבה ומהותה, ובהתחשב בהיקף הסמכויות שניתנו לו למחוקק המשנה, כמוהו כחריגה מן הסמכות מפני היותה פוגעת בעיקרי הצדק הטבעי“.

149 שפ, בעמ' 1735.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

בפסה"ד עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי מועצה משפטית, וקבע כי ההבחנה בין אקט מינהלי אינדבידואלי ואקט מינהלי כללי לענין זה היא מלאכותית ונטולת הצדקה<sup>150</sup>. בכל הכבוד, מקבל אני את דעתו של פרופ' ברק, בכל העילות הפוסלות אקט מינהלי אין מבחינים בין אקט אינדבידואלי, ואקט כללי, מטרה זרה או הפליה, למשל, תפסול מעשה מינהלי בין שהוא נורמה אינדבידואלית, ובין שהוא מעוגן בתקנה שהיא נורמה כללית<sup>151</sup>. מה טעם, איפוא, להבחין בין אקט אינדבידואלי ואקט כללי לענין פסלות מעשה מינהלי בשל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי?

בבג"צ 74/74 עזרא נ' שר התחבורה ואח' <sup>152</sup> התייחס השופט ח' כהן להלכת הרוב בעמ"מ 9/55 פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, וקבע כי, "כשלעצמי לא אהסס לנטוש את דעת הרוב, ולאמץ לי, עם כל הכבוד, את דעתו החולקת של שופט המיעוט (כב' השופט זילברג, כתארו או)"<sup>153</sup>.

כאן מן הראוי לעמת את פסקי הדין עזרא ופלוני כדי לבחון האם זותקדים שנקבע בפלוני עדיין עומד יציב על כנו<sup>154</sup>. בפסק דין פלוני הורשע עורך דין בעבירה משמעתית על-ידי המועצה המשפטית, והושעה מכהונתו כעורך דין לתקופה של חמש שנים. בקבעה את אשמת עורך הדין ובהטילה עליו את העונש כאמור הסתמכה המועצה על מסקנות ועדת חקירה, שחקרה את העובדות והסיקה מסקנות שהוגשו למועצה. פקודת המועצה המשפטית הסמיכה את המועצה למנות ועדת חקירה לשם כך. על פי תקנה 57 (ב) לתקנות המועצה המשפטית<sup>155</sup> שהיו או בהוקף, מוסמכת היתה המועצה לדון בהחלטת הועדה ולקבוע את הכרעת הדין והעונש, "ללא שמיעת

150 „חקיקת משנה הפוגעת, מבחינת תכנה, בכללי הצדק הטבעי הינה בלתי סבירה, שכן — בלשונו של השופט ברנזון, „אדם בר דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה". זאת ועוד: אם בתי המשפט פוסלים חקיקת משנה הנעשית לשם מטרה זרה, על שום מה לא יפסלו חקיקת משנה הנעשית מתוך משוא פנים? האם אין משוא פנים מניה מטרה זרה? ההלכה היא כי בשלילת רשיונו של האזרח חייבת הרשות המוסמכת לתת הזדמנות נאותה לאזרח הנפגע להשמיע טענותיו. על שום מה תישלל מאזרח זה, ומאלפי אזרחים אחרים זכות זו אם שלילת הרשיון היא כללית ולא אינדבידואלית? מה היסוד התגינני להבדיל כאן בין אקט אינדבידואלי לבין אקט כללי?" א' ברק, פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה, הפרקליט כא, 463, 473.

151 ראה, למשל, פסקי דין שפסלו חקיקת משנה: ע"פ 217/68 יוראמקס נ' מ"י, פ"ד כב (2) 343; ע"א 6/66 שם טוב קאלו נ' עיריית עיריית בתיים, פ"ד כ (2) 327.

152 פ"ד כח (2), 729.

153 שם, בעמ' 731.

154 ניתן לטעון כי פלוני אינו מהווה הלכה פסוקה בשאלה מה דין תקנה הסותרת כללי הצדק הטבעי, משום שמ"מ הנשיא השופט חשין קבע בפסק הדין כי תקנה 57 (ב), שעמדה לדיון בפסק הדין, אינה סותרת את כללי הצדק הטבעי. ראה: פ"ד י 1727—1728, ולכן דבריו בשאלה זו, היו בבחינת אימרת אגב בלבד. אולם, אין לקבל טענה זו, שכן השופט חשין השתמש בהנמקה הזו — שתקנה יכולה לסתור עיקרי הצדק הטבעי — כטעם נוסף לרחיית טענת המערער; הטעם הראשון היה — שאין לראות בתקנה משום סתירה לעיקרי הצדק הטבעי.

155 תקנה זוה עומדת בתוקפה עד היום בתקנות רואי החשבון ר' ס' 44 (ב) לתקנות רואי-חשבון, תשט"ו—1955: „המועצה תדון בהחלטות הועדה ללא שמיעת הנתבע או בא-כוחו, אלא אם ראתה המועצה נסיבות מיוחדות המצריכות את שמיעתם".

הנאשם או בא כוחו או כל עד, אלא אם ראתה המועצה נסיבות מיוחדות המצריכות שמיעתם". בערעור לפני בית המשפט העליון טען עורך הדין כי החלטות המועצה בענינו נתקבלו תוך הפרת עיקרי הצדק הטבעי, משום שהמועצה לא שמעה אותי לפני קבלתה את החלטותיה. המועצה טענה, לעומת זאת, שתקנה 57 (ב) מסמיכה אותה לקבל החלטותיה בהסתמך על ממצאי הועדה, ללא שמיעת הנאשם. על כך השיב הנאשם שהתקנה בטלה בהיותה סותרת את כללי הצדק הטבעי. השופט ברנזון יצא מן ההנחה ש, אילמלא קיומה של תקנה 57 (ב) לא הייתי מהסס לאמור, כי המועצה חייבת על יסוד עקרונות הצדק הטבעי [לשמוע את הנאשם], היא היתה אז חייבת להזמין את עורך הדין לשיבתה ולתת לו הזדמנות הוגנת להשמיע בה את דברו הן בשאלה אם מסקנות ועדת החקירה מגלות עבירה מצידו והן בשאלת העונש שמן הראוי להטיל עליו. העובדה שהוא כבר הופיע, או שניתנה לו אפשרות להופיע, בפני ועדת החקירה, אינה גורעת מזכותו להופיע גם בפני המועצה<sup>156</sup>. לדיון של השופט ברנזון, התעוררה, אם כן, השאלה הצריכה הכרעה, האם תקנה יכולה לסתור עיקרי הצדק הטבעי, והוא השיב עליה בחיוב, כאמור לעיל. מ"מ הנשיא השופט חשין הצטרף לדעתו של השופט ברנזון<sup>157</sup>. השופט זילברג, חלק על חבריו וקבע כי תקנה הסותרת עיקרי הצדק הטבעי פסולה.

בפסק הדין עזרא דחתה ועדת הערעורים לעניני מוניות את ערעורו של העותר על דחיית בקשתו לקבלת רישיון מוניות, מבלי ליתן לו הזדמנות להשמיע את טענותיו בפניה. הועדה טענה שהיא מוסמכת לדון ולהכריע בכל ענין אף מבלי להזמין את המבקש ומבלי לשמוע אותו; וזאת מנוח תקנה 536 לחקנות התעבורה תשכ"א—1961<sup>158</sup>, הקובעת כי, "הועדה רשאית להגיע להחלטותיה בכל הענינים ללא צורך בשמיעת עדים או קבלת ראיות". בית המשפט פירש את תקנה 536 בצורה מצמצמת וקבע כי אין היא מסמיכה את הועדה לנהוג בניגוד לכללי הצדק הטבעי<sup>159</sup>. השופט ח' כהן אף הוסיף שאילו היתה תקנה 536 נוגדת את כללי הצדק הטבעי, לא היה מהסס לנטוש את הילכת הרוב בפסה"ד פלוני ולהצטרף לדעתו החולקת של השופט זילברג כי כל תקנה הסותרת כללי הצדק הטבעי — חסרת תוקף<sup>160</sup>. השופט עציוני ציין במפורש ששאלה זו אינה צריכה הכרעה ולא התייחס אליה<sup>161</sup>. לא ברור מה עמדתו של השופט קיסטר שישב בדין באותו ענין שכן הוא הסכים, בלי שיציין האם מקובלת עליו גישתו של השופט ח' כהן או של השופט עציוני.

השוואת פסקי הדין עזרא ופלוני לפי אמות המידה של לשון התקנה, הענין, וההליך, שנדונו בכל אחד מהם מגלה בבירור שאילו היה בית המשפט נוהג לפי הלכת פלוני היה עליו להכשיר את החלטת ועדת הערעורים בענין עזרא, ומשום כך

156 פ"ד י בעמ' 1732.

157 אם כי רק כאחד הנימוקים לדחיית טענה המערער שהתקנה פסולה בהיותה סותרת את עיקרי הצדק הטבעי. ראה לעיל ה"ש 154.

158 כפי שתוקנה בתקנות התעבורה, תשל"ב—1972, ק"ת 908.

159 ראה השופט ח' כהן, פ"ד כח (2) 730—731; השופט עציוני בעמ' 732.

160 שפ, בעמ' 731.

161 שפ, בעמ' 732.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

ניתן לומר שלאור פסק הדין עזרא ניטל כוחו של פלוני כתקדים מחייב בשאלת דינה של תקנה הסותרת עיקרי הצדק הטבעי. נסביר את דברינו. לשון תקנה 536 לתקנות התעבורה שגידונה בעזרא, היתה פסקנית יותר מלשון תקנה 57 (ב), שהיתה נושא הדיון בעזרא, הענין שנדון בפלוני היה בעל משמעות חמורה יותר לאזרח, מאשר בעזרא; שכן הרשעת עו"ד בעבירת משמעת והשעיית רשיונו גוררת אחריה לא רק פגיעה חומרית, הקיימת במקרה של דחיית בקשה לרשיון מוגנת, אלא יש בה גם משום פגיעה בשמו הטוב של עורך הדין והכתמתו בפגם מוסרי-חברתי. אופי ההליך בכל אחד מפסקי הדין עזרא ופלוני גרם לאותה פגיעה באזרח — אי מתן זכות שמיעה בפני הגוף שהיה צריך להכריע בענינו<sup>162</sup>. למרות שלשון תקנה 536 בעזרא היתה פסקנית יותר, ולמרות שהפגיעה בעורך הדין בפלוני היתה חמורה יותר מאשר בעזרא, מצא ביהמ"ש בעזרא ספק בפירוש תקנה 536, ופירשה כך שלא תסמך את הרשות לפעול בניגוד לכללי הצדק הטבעי. דומה כי לאחר עזרא אין להניח שבית המשפט יפרש תקנה כלשהי בצורה שתנגוד את כללי הצדק הטבעי, ואפילו תהא לשונה פסקנית ככל שתהא. מכאן ניתן לומר שהילכת הרוב בענין פלוני קועקעה לא רק ע"י דברי הבקורת של השופט ח' כהן, אלא גם על-ידי התוצאה וההנמקה שבפסק הדין עזרא.

הצעת חוק יסוד: זכויות האדם טומנת בחובה שינוי גם לגבי השאלה אם תקנה יכולה לסתור עיקרי הצדק הטבעי. כפי שצויין לעיל עם קבלת הצעת חוק יסוד: זכויות האדם, לא יוכל חוק רגיל לשלול, "הליך הוגן" שהוא ביטוי מקביל לעיקרי הצדק הטבעי, אלא אם נתקבל בתנאים הקבועים בסעיף 4 להצ"ח יסוד: חקיקה לשינוי של חוק יסוד<sup>163</sup>. מכאן גובע כי תקנה לא תוכל להתיר הפעלת סמכות חוקית בפרוצדורה שאינה עומדת במבחן של, "הליך הוגן", אלא אם כן אותה תקנה הותקנה על פי חוק שנתקבל בפרוצדורה המיוחדת הקבועה בהצ"ח יסוד: חקיקה לצורך שינוי חוק יסוד.

162 לענין אופי ההליך: במבט ראשון ניתן לומר כי בכל אחד משני פסקי הדין עזרא ופלוני ניתנה לאזרח האפשרות להשמיע טענותיו בשלבים קודמים, בפלוני — לפני ועדת החקירה, ובעזרא — לפני ועדת המוניות, ואילו בשלב האחרון (בפני ועדת הערעורים — בעזרא, ובפני המועצה המשפטית בפלוני), לא ניתנה לו זכות שמיעה. אולם למעשה, בעזרא היה מדובר בשני הליכים, הליך ההחלטה הראשונית — אם להעניק רשיון מוגנת ואם לאו — וההליך הערעורי בפני ועדת הערעורים לעניני מוניות; ואילו בפלוני היה מדובר באותו הליך עצמו שהיה מורכב משני שלבים — השלב הראשון בפני ועדת החקירה והשלב השני בפני המועצה המשפטית. לפי ניתוח זה ניתן אולי לומר כי הפגיעה באזרח בעזרא היתה חמורה יותר. אך נראה שהבדל פורמלי זה בין שני הליכים לבין שני שלבים באותו הליך אינו מעלה ואינו מורח לענין היקף הפגיעה באזרח. מה שחשוב הוא שבשני המצבים, הגוף שצריך להכריע לא שמע את האזרח ובגדון זה הפגיעה היתה דומה.

163 ראה לעיל פרק ד סעיף 2.

ה. סיכום

הגדרת זכות דיונית כחלק מעיקרי הצדק הטבעי, יש לה חשיבות בעיקר בשני משוורים: בתוצאות הנובעות מפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, ובתפקיד המיוחד של עקרי הצדק הטבעי בפירוש חיקוקים הקובעים הוראות דיוניות.

הפרת עיקרי הצדק הטבעי מביאה לבטלות לחלוטין של ההליך, בעוד שהפרת זכות דיונית אחרת גורמת לפסלות מסוג voidable בלבד<sup>164</sup>. תוצאה זו גוררת אחריה שלילה או הגבלה של שיקול הדעת של בית המשפט להכשיר הליך שנעשה מתוך הפרת עיקרי הצדק הטבעי; תוצאה זו אף מאפשרת ביקורת שיפוטית של בג"צ כאשר קיימת הוראת סופיות או מגבלה תחיקתית אחרת, ופותרת את הדרך להתקפה עקיפה על אותו הליך<sup>165</sup>. לעומת זאת, הפרת זכות דיונית אחרת שאינה מעיקרי הצדק הטבעי, גוררת פסלות מסוג voidable; ובפסלות מסוג זה בית המשפט רשאי להכשיר את ההליך למרות הפגם, לאור מערכת שיקולים שפותחה בפסיקה; כמו כן, פגם כזה אינו יכול להוות עילה לביקורת בג"צ כאשר קיימת הוראת סופיות או מגבלה תחיקתית אחרת. ולבסוף: אין אפשרות לתקוף באופן עקיף הליך שנפל בו פגם הגורר אחריו פסלות מסוג voidable<sup>166</sup>. הבדלים אלו מסבירים את חשיבות ההבחנה על פי ההלכה הפסוקה בין תוצאות הפרת זכות דיונית המהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי ובין הפרת זכות דיונית אחרת.

ההבחנה בין זכות דיונית המהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי ובין זכות דיונית אחרת, חשובה לא רק כאשר מדובר בהפרת זכות דיונית מן הפסיקה; אף אם עסקינן בהפרת זכות דיונית שעוגנה בחיקוק<sup>167</sup>, יש לבדוק את מהותה של הזכות ולקבוע האם היא נכנסת לגדר עיקרי הצדק הטבעי. שכן העובדה כשלעצמה שזכות דיונית מעיקרי הצדק הטבעי עוגנה בחיקוק אינה משנה ממהותה לענין תוצאות הפרתה. אם מבירור מהות הזכות עולה כי הזכות נכנסת לגדר עיקרי הצדק הטבעי, אזי תגרור הפרת הזכות לבטלות מדעיקרא ולתוצאות שמנינו לעיל. לעומת זאת, אם המסקנה היא שהזכות אינה נכנסת לגדר עיקרי הצדק הטבעי, אזי הפרתה גוררת פסלות מסוג voidable ותוצאותיה שונות לענין שיקול הדעת להכשיר את ההליך, לענין היקף הביקורת השיפוטית, ולענין אפשרות התקיפה העקיפה. מבדיקת הפסיקה עולה כי כאשר הזכות הדיונית עוגנה בחיקוק, לא תמיד הקפידו בתי המשפט בבירור מהות הזכות, ולא ייחסו משמעות להיותה עיקר מעיקרי הצדק הטבעי<sup>168</sup>.

בתי המשפט לא החילו בעקביות את ההלכה הרואה בהפרת עיקרי הצדק הטבעי כגוררת אחריה בטלות לחלוטין, ולעיתים הכשירו הליכים שנעשו מתוך פגיעה

164 ראה לעיל, פרק ב, סעיפים 2, 3.

165 ראה לעיל, פרק ב, סעיף 4.

166 ראה שם.

167 והוא הדין הן כאשר החיקוק וכללי הצדק הטבעי קובעים זכויות דיוניות זהות, והן כאשר החיקוק קובע זכויות דיוניות רחנות יותר מהמתחייב על פי כללי הצדק הטבעי,

וראה לעיל, פרק ב, סעיף 3.

168 ראה לעיל פרק ג סעיף 4.

היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה

בעיקרי הצדק הטבעי, על פי אותה מערכת שיקולים שעל פיה בוחנים אם להכשיר הליך שנפל בו פגם שאינו מהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי<sup>169</sup>. מאידך, מצינו גם שפגמים הגוררים פסלות מסוג voidable שימשו בסיס להתקפה עקיפה<sup>170</sup>. אולם למרות סטיות אלו, מן הפסיקה עולה בבירור כי ההלכה הפסוקה והכללית עדיין מבחינה בין הליך בטל וניתן לביטול ועדיין רואה בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי כהליך בטל מדעיקרא<sup>171</sup>.

עם זאת, מן הראוי להעיר כי הסטיות מן ההלכה הכללית גורמות למבוכה ואי בהירות בתחום זה של המשפט, ומכבידות על מלאכתם של עורכי הדין ביעוץ ללקוחותיהם ועל מלאכת השפיטה של הדיינים הצריכים לחרוץ משפט בעניינים אלו. מן הראוי אפוא, שבית המשפט העליון ימעט בכל האפשר בסטיות מן ההלכה הפסוקה; ובמקום שיש גימוקים מיוחדים לסטות מההלכה הפסוקה, מן הדין שיציין כמפורש את הגימוקים לסטייה. סטיות מן ההלכה הכללית שאין בהן הנמקה מיוחדת יוצרות את הרושם שתש כוחה של ההלכה הכללית; ומעידות על נטייה לשנותה. ייתכן שיבוא המועד לבחינתה מחדש של ההלכה ולביטול ההבחנה בין הליך בטל וניתן לביטול, ואז ההחלטה אם ייפסל הליך בשל הפגם או יותן לו תוקף למרות הפגם, תיבחן לפי אותם שיקולים, ללא התחשבות בסוג הפגם. אם קיימת מגמה כזאת, והיא הגורמת להתלבטות בפסיקה, הרי ששיקולי היציבות המשפטית והסימטריה המשפטית מחייבים שתקוצר תקופת ההתלבטות בפסיקה ככל האפשר.

חשיבות ההבחנה בין זכות דיונית המהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי, ובין זכות דיונית אחרת, בולטת לא רק לענין ההבדלים בתוצאות הנובעות מהפרתן, אלא גם במישור פרשנות החוקים. עיקרי הצדק הטבעי ממלאים תפקיד מיוחד בפירוש חיקוקים. עיקרי הצדק הטבעי יחולו כאשר החיקוק המעניק סמכות אינו קובע כללים דיוניים להפעלתה<sup>172</sup>. גם כאשר קובע החיקוק כללי דיון להפעלת סמכות, נוקטים בתי המשפט פרשנות מרחיבה לחיקוקים אלו, ובמקום של ספק יעדיפו את הפירוש המתיישב עם עיקרי הצדק הטבעי<sup>173</sup>. בנטייה לפרשנות מרחיבה ניכרת גסיגה מסוימת בפסיקה המאוחרת<sup>174</sup>.

כאשר חיקוק שולל או מגביל זכות דיונית, יש משמעות מיוחדת לבירור טיבה של הזכות הדיונית הנשללת או המוגבלת; אם היא מהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי, ינקוט בית המשפט גישה פרשנית מצמצמת ביותר. וכשמדובר בתקנה הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי, ימנע בית המשפט את הפגיעה על-ידי פרשנות מצמצמת באופן

169 למשל, בפרשת שטאובר נ' מוחה, לעיל הטקסט וה"ש 76-84; מזרחי נ' ועדת השחרורים, לעיל טקסט וה"ש 85; המשינגם נ' שר הפנים, לעיל טקסט וה"ש 88.

170 ראה הערה 101 לעיל.

171 ראה לעיל טקסט וה"ש 51-45.

172 ראה לעיל עמ' 28-29, פרק ג, סעיף 1.

173 ראה לעיל עמ' 29-32, פרק ג, סעיף 2.

174 גסיגה זו מחבטאת בפסקי הדין בענין גונן, לעיל, ה"ש 131, בד"נ 13/75 טקסט וה"ש 117, ובפסה"ד וייגר טקסט וה"ש 126-130.



## מאמרים

קיצוני<sup>176</sup>, ואפשר אף שיכריזו על בטלותה של התקנה מחמת שהיא סותרת את עיקרי הצדק הטבעי<sup>176</sup>.

הצעת חוק יסוד זכויות האדם אוסרת על רשויות המדינה להפעיל סמכויות הנוגעות בזכויות האדם, אלא בהליך הוגן וללא משוא פנים<sup>177</sup>. בכך יעוגנו עיקרי הצדק הטבעי בחוק יסוד, ולכך גודעת משמעות במספר תחומים<sup>178</sup>, ובמיוחד בהגבלת האפשרות לפגוע בעיקרי הצדק הטבעי על-ידי חוק רגיל<sup>179</sup>.

העולה מן האמור, גודעת חשיבות במספר מישורים להגדרת זכות דיונית כחלק מעיקרי הצדק הטבעי. אולם כיצד מגדירים את עיקרי הצדק הטבעי? כפי שעולה מהפסיקה, קיימת התלבטות מסויימת לגבי הגדרת עיקרי הצדק הטבעי. הדעה השלטת בפסיקה הישראלית היא, שעיקרי הצדק הטבעי אינם רשימה סגורה, ובתי המשפט מרחיבים מדי פעם את רשימת הזכויות הדיוניות המהוות את עיקרי הצדק הטבעי. מכאן שלעיתים יהיה קשה להכריע בשאלה אם זכות דיונית ידועה מהווה חלק מעיקרי הצדק הטבעי<sup>180</sup>. אף כשאין חולקים כי הזכויות הדיוניות הן חלק מעיקרי הצדק הטבעי, אין אפשרות להגדיר היטב את היקפן משום שהיקף הזכויות תלוי בנסיבות, במטרת ההליך ובשיקולי מדיניות<sup>181</sup>. הילכך, אפופות ההלכות העוסקות בנושא זה בערפל מסוים של אי בהירות.

- 175 כפי שנהג בפסה"ד עזרא לעיל הטקסט וה"ש 158—161.  
176 ראה לעיל פרק ד, סעיף 3.  
177 ראה סעיף 19 להצעת חוק היסוד, לעיל ה"ש 3.  
178 ראה לעיל פרק א, סעיף 3. פרק ג, סעיף 3, פרק ד, סעיף 3.  
179 ראה לעיל פרק ד, סעיף 2.  
180 ראה לעיל פרק א, סעיף 1.  
181 ראה לעיל פרק א, סעיף 2.