

המהפכה החוקתית: ניתוח טקסטואלי

חלק ראשון: פסק הדין בעניין לאו"ר – פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים

מאת

יצחק הרצוג*

מבוא

חלק א: מדרג שיח הערכים השיפוטי

1. א. מדרג התפקידים אשר עקרונות יסוד עשויים למלא בהליך השיפוטי

2. א. מדרג החוקים והמדרג החוקתי

3. א. ההבחנה בין ערכים צורניים לערכים מהותיים

חלק ב: התפתחות שיח הערכים במשפט הישראלי והחשיבות של פסק הדין בעניין לאו"ר

1. ב. מהקמת המדינה ועד שלהי שנות השבעים

2. ב. סוף שנות השבעים ועד שלהי שנות השמונים

3. ב. סוף שנות השמונים – פסק הדין בעניין לאו"ר והשלכותיו

חלקים ג-ה. פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים – פסק הדין של השופט ברק בעניין לאו"ר

ג. פסקת המבוא

ד. משפט משווה וסקירה היסטורית

1. ד. פסק הדין בעניין קלדר כמפתח להבנת פסק הדין בעניין לאו"ר

2. ד. פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים (והחזרה ל"משפט הטבע") לאחר מלחמת העולם

השנייה

3. ד. ציטוטים מן המשפט האנגלי בעבר ובהווה

* מרצה, הקרייה האקדמית אונו. המאמר הוצג לראשונה בסמינר של סגל הפקולטה למשפטים בקרייה האקדמית אונו ובהרצאת אורח בתוכנית המצטיינים של מכון שלם. תודות לחברי הסגל ולמצטיינים על הערותיהם. תודה מיוחדת לעוה"ד אבן שריד ואביב ממן, למר דויד ברוך ולמר יונתן פרידמן על עבודת מחקר יסודית ומקיפה. האחריות, כמובן, היא שלי.

ה. פסיקת בית המשפט העליון בישראל

סיכום

מבוא

מן המפורסמות הוא שבשלושים וחמש השנים האחרונות עבר המשפט הישראלי תהליכים מרחיקי לכת, אשר הכינוי 'מהפכה חוקתית' יאה להם. אמנם קשה לאמוד את המשקל של דמות זו או אחרת, או של פסק דין זה או אחר, בקידום תהליכים היסטוריים כאלה, אולם ברי שמספר מצומצם של פסקי דין מפרי עטו של השופט ברק – כגון פסקי הדין בעניין **לאו"ר** ובעניין **בנק המזרחי** – מילאו תפקיד מרכזי בכינון מהפכה זו.¹ ברשימה זו אבקש לנתח את פסק הדין בעניין **לאו"ר** ניתוח טקסטואלי. רבות נכתב על הגישה אשר השופט ברק הציע וקידם, אך הטקסט של פסקי הדין המכוננים הללו טרם נבחן כראוי. טרם נערך, למשל, ניתוח מקיף של הלשון, הסגנון ודקויות הניסוח. יתר על כן, לתמיכה בעמדות שהוא ביקש לבסס, הרבה השופט ברק להסתמך על פסיקה קודמת, על מחקר משווה ועל סקירה היסטורית, אך מעט נכתב על מחקר זה ועל סקירה זו. במוקד רשימה זו אין עומדות אפוא העמדות של השופט ברק אלא הטקסט ה"ברקי" עצמו. בטרם אמשיך, אייחד מילים מספר למונח "מהפכה חוקתית". במובן הצר, הביטוי מהפכה חוקתית נוגע לתפיסה שלפיה:

עם חקיקתם [של חוקי היסוד החדשים] חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי. חוק "רגיל" של הכנסת אינו יכול לשנותן. חקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בזכות אדם מוגנת אלא אם כן מתקיימות הדרישות הקבועות בחוקי היסוד. אי-קיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי. זהו חוק שנפל בו פגם חוקתי. בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו.²

במובן הרחב יותר, המהפכה החוקתית נוגעת לשלל תהליכים מקבילים אשר שינו את

¹ ראו בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין **לאו"ר**); ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**).

² עניין **בנק המזרחי**, שם, בעמ' 352.

פני המשפט הישראלי.³ בתמצית ניתן לומר שהתהליכים הללו התרחשו בשלושה מישורים: ראשית, התרחש שינוי הדרגתי בשיח השיפוטי – מכללים לעקרונות.⁴ שנית, חל שינוי במבנה הפירמידה המשפטית, מפירמידה שבראשה חקיקת הכנסת לפירמידה שבראשה עקרונות יסוד.⁵ ושלישית, חל שינוי גם בחלוקת הסמכויות בין הרשויות, ממערכת שלטונית שבה המילה האחרונה מסורה לכנסת למערכת שבה המילה האחרונה מסורה במקרים לא מעטים לבית המשפט העליון.⁶ את כל התהליכים הללו ניתן לכנות "מהפכה חוקתית במובן הרחב". ברשימה זו אשתמש במונח "מהפכה חוקתית" במובן רחב זה.

באופן פרדוקסלי, פסק הדין של השופט ברק בעניין **לאור** מילא תפקיד מרכזי ביותר בכינון המהפכה החוקתית. העניין פרדוקסלי, משום שהשאלה שבה התמקדו השופטים בפסק הדין הייתה שולית יחסית; ומשום שהשופט ברק היה באותו מקרה בדעת מיעוט;⁷ ומשום שהקטעים בפסק הדין בעניין **לאור**, אשר קידמו את המהפכה

³ דוד קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" **משפטים** יט 551 (התשמ"ט); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז(3) 596 (התשנ"ב); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח 217 (1997).

⁴ בעבר הליך ההכרעה השיפוטי התבסס בעיקרו על כללים ברורים שנקבעו על ידי הרשויות המחוקקות ועקרונות היסוד שבבסיס החקיקה מילאו תפקיד מצומצם יחסית בהליך השיפוטי, ואילו כיום עקרונות היסוד ממלאים תפקיד דומיננטי בשיח השיפוטי. כמה מילים על ההבחנה בין עקרונות לכללים: עיקרון הוא עמום ופתוח לפרשנויות רבות, ואילו הכלל הוא ברור. הכלל חל על עניין מוגדר, העיקרון לעומתו חל בצורה רחבה. ולבסוף, הכלל חל תחולה מוחלטת, ואילו העיקרון מעלה שיקול שיש לשקול ולאזן לצד עקרונות אחרים. ראו יוסף רז "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" **משפטים** ב 317, 323 (התשכ"ח) בעקבות Ronald Dworkin, *Is Law a Susytem of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14 (1967) כמו כן ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976). ודוק, ברשימה זו אשתמש במונחים עקרונות יסוד וערכי יסוד כמונחים חלופיים.

⁵ בעבר חקיקת הכנסת ניצבה בראש הפירמידה המשפטית, ואילו כיום עקרונות יסוד ניצבים בראש הפירמידה, וכללים משפטיים – תקנות, תקדימים ואף חוקים – הסותרים עקרונות יסוד בעלי מעמד-על, בטלים.

⁶ בעבר התבסס המשפט הציבורי על התפיסה שהאיזונים בין ערכי יסוד, בין אינטרסים ובין אלה לאלה, והכרעות ציבוריות הנגזרות מהם, מתבצעים בדרך כלל ברשויות הנבחרות, במיוחד בכנסת שלה מסורה המילה האחרונה. כיום, לעומת זאת, מערכת המשפט ממלאת תפקיד מרכזי בעריכת האיזונים הללו ולעתים תכופות הכרעותיה הן הלכה למעשה המילה האחרונה בשאלה שעל הפרק.

⁷ השאלה המרכזית שנדונה בעניין **לאור** הייתה מהות המעמד של קריאה טרומית: האם כאשר יש דרישה בחוק לרוב מיוחד "בכל שלב משלבי החקיקה", הדבר כולל גם את שלב הקריאה הטרומית? השופטים אלון ומלץ השיבו על כך בחיוב ואילו השופט ברק השיב על כך בשלילה.

החוקתית, לא היו אלא שתי אמרות אגב קצרות בתוך חוות דעת שנפרשה על פני כעשרים עמודים.⁸ על כל פנים, וכפי שנראה להלן, לשתי אמרות האגב הקצרות הללו הייתה השפעה מרחיקת לכת. הן מילאו תפקיד מרכזי ביותר בכינון המהפכה החוקתית.

ברשימה זו אתמקד בשאלה אחת: האם יש מקום במשטר דמוקרטי לפסילת חוקים על ידי בית המשפט על בסיס עקרונית בלתי כתובים (להבדיל מפסילת חוקים על בסיס עקרונית הקבועים בחוקה עליונה או בחוקי יסוד שיש להם מעמד עליון)? במשך עשרות שנים "שלטה בלא עוררין" בפסיקת בית המשפט העליון התפיסה שבית משפט איננו מוסמך להכריז על בטלות חוק בהתבסס על עקרונית בלתי כתובים.⁹ באותה תקופה נהנתה גישה זו מהסכמה מקיר לקיר בקרב הקהילה המשפטית בכללותה,¹⁰ ונראה שזהו עדיין הקונסנזוס בחוגים רבים בקהילה זו.¹¹ ואולם בפסק הדין בעניין **לאור** ביקש השופט ברק לערער את התפיסה המושרשת הזאת באמצעות אמרת אגב המנוסחת בקפידה. לאחר דיון קצר הסיק השופט ברק כי:

באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונית יסוד של השיטה; גם אם עקרונית יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. אין כל דבר אקסיומתי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו.¹²

אף שלכאורה אין זו אלא אמרת אגב, לאמיתו של דבר מדובר בטקסט רב השפעה. כפי שנראה להלן, טקסטים שיפוטיים מעטים – יחידי סגולה ממש – זוכים בקהילה

⁸ אמרת האגב הראשונה (עניין **לאור**, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק הדין, בעמ' 539–540) עסקה במקרה שבו חוק סותר הוראה הקבועה בחוק יסוד. אמרת האגב השנייה עסקה בשאלה אם יש מקום לפסילת חוק על בסיס עקרונית שאינם בחוקה או בחוק יסוד (עניין **לאור**, שם, פס' 27–30 לפסק הדין, בעמ' 551–554).

⁹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א – עקרונית יסוד (2005), פס' 2.11 בעמ' 67. חריג בולט הוא מאמרו של השופט כהן: חיים כהן "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" **משפטים** ז 8 (התשל"ו) ומאמרו של יזהר טל "מחוקק כל-יכול – האמנם?" **עיוני משפט** י 361 (1984).

¹⁰ לפי עדותו של השופט ברק עצמו, עניין **לאור**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 553.
¹¹ יצחק זמיר "הבקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים" **משפט וממשל** א 395, 408 (התשנ"ג). מנגד ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 621–623, 629–634 (1992).

¹² בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 43 (ג), בעמ' 394 הביע השופט ברק עמדה קיצונית עוד יותר הרואה לא רק בפסילה של חוק, אלא גם בפסילה של תיקון חוקתי על בסיס עקרונית יסוד לא כתובים, פסילה לגיטימית, ואף מקובלת. ראו להלן בחלק ב.3.

המשפטית לתשומת הלב שלה זכו שתי אמרות האגב של השופט ברק בעניין לאו"ר. יתרה מזו, אמרות האגב של השופט ברק בעניין לאו"ר הפכו במהרה לטקסטים מכוננים אשר מילאו תפקיד מרחיק לכת בקידום המהפכה החוקתית. ואכן, מאז פסק הדין בעניין לאו"ר שופטים ואקדמאים נוספים מעלים אף הם את האפשרות שלפיה בית משפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק על בסיס עקרון יסוד שאיננו כתוב.¹³ לבסוף, וכפי שנראה, לפסילת חוק על בסיס עקרונות יסוד בלתי כתובים השלכות מעשיות ותיאורטיות מרחיקות לכת. רשימה זו תתמקד אפוא בניתוח טקסטואלי של אמרת האגב בעניין לאו"ר העוסקת בפסילת חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים.

את הרשימה אפתח בשני חלקים קצרים המניחים את התשתית לנושא כולו. בחלק א אפרט מדרג א-פריורי של התפקיד שערכי יסוד עשויים למלא בהליך השיפוטי, למן התפקיד המוגבל ביותר שערכים אלה עשויים למלא ועד התפקיד הרחב ביותר. מדרג זה חשוב בהקשרים רבים, אך ברשימה זו חשיבותו מיוחדת משום שפסק הדין של השופט ברק בעניין לאו"ר מבוסס על המדרג ועל הדגשת החשיבות של המעבר מרמה לרמה בו. כמו כן אעמוד בחלק א על ההבחנה היסודית בין ערכי יסוד צורניים למהותיים. לאחר מכן, בחלק ב, אתאר את ההתפתחות ההדרגתית בתפקיד שערכי היסוד ממלאים בהליך השיפוטי בישראל. כפי שצוין, בעבר התבסס הליך ההכרעה השיפוטי בעיקר על כללים ברורים, ואילו עקרונות יסוד מילאו בו תפקיד מצומצם יחסית, ואילו כיום עקרונות היסוד ממלאים תפקיד דומיננטי בשיח השיפוטי. כן אראה את המקום החשוב שפסק הדין בעניין לאו"ר מילא בהתפתחות הדרגתית זו. לאחר מכן בחלקים ג – ה אפנה לניתוח טקסטואלי של הקטעים בעניין לאו"ר העוסקים בפסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים. את דבריו בנושא חילק השופט ברק לארבעה: פסקת מבוא, פסקה שנייה שבה יש סקירה היסטורית ומשווה של הנושא, פסקה שלישית שבה סקירה קצרה של המשפט הישראלי ופסקה רביעית, פסקת סיכום. אבחן את הפסקאות הללו כסדרן, למעט פסקת הסיכום הקובעת ברכה לעצמה וטעונה מאמר נפרד. חלק ג יוקדש אפוא למבוא, חלק ד – לסקירה היסטורית ומשווה וחלק ה – לסקירה של המשפט הישראלי.

¹³ הבולט שבהם הוא השופט חשין. ראו עניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 545 מול האות ה; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (2000); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, פס' 2.11–2.12, 2.56–2.57, בעמ' 67–69, 118–124 והאסמכתאות שם.

חלק א. מדרג שיח הערכים השיפוטי

1. מדרג התפקידים אשר עקרונות יסוד עשויים למלא בהליך השיפוטי

ניתן לשרטט מדרג של שיח הערכים השיפוטי הנוהג. למדרג ארבע רמות – מן הרמה הנמוכה ביותר של שיח הערכים בהליך השיפוטי (הרמה הראשונה) ועד לרמה הגבוהה ביותר (הרביעית).¹⁴ ככל שאנו מתקדמים במדרג, עקרונות יסוד, כפי שהם מתפרשים בפסיקה, משפיעים בצורה עמוקה יותר ומקיפה יותר על תוכנו של הכרעות שיפוטיות ספיציפיות ועל תוכנו של המשפט בכללותו. בה בעת, משקלם של מקורות משפטיים אחרים, כגון חקיקה, פוחת. מכאן, כפי שצוין לעיל, ככל שאנו מתקדמים במדרג, הרשות השופטת מקבלת מקום מרכזי יותר וסמכותה מתעצמת ואילו הרשות המחוקקת מאבדת מסמכותה.¹⁵

ברמה הראשונה שיח הערכים השיפוטי כפוף לשלוש הגבלות. ההגבלה הראשונה: ההכרעה השיפוטית נעשית לפי החוק החרות. בית המשפט פועל "בין סדקי החוק" ואיננו סוטה מן המשמעות הפשוטה של המילים ומן המובן המקורי של החוק.¹⁶ ההגבלה השנייה: שיח הערכים – ובכללו היישום הקונקרטי של עקרונות היסוד במקרה העומד לדיון – מבטא הסכמה חברתית רחבה. בית המשפט איננו מכריע במחלוקות חברתיות המפלגות את החברה. ההגבלה השלישית: המילה האחרונה נותרת בידי הפרלמנט, והוא יכול לשנות בכל עת, ובהצבעת רוב רגילה, את התקדים המשפטי בדרך של חקיקה מתקנת.¹⁷

¹⁴ לשימוש במדרג בספרות המשפטית הישראלית ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 11, בשער הרביעי, וכן עניין לאו"ר, לעיל ה"ש 1, פס' 27–30 לפסק דינו של השופט ברק, והערות השוליים בחלק זה ובחלק הבא.

¹⁵ גם במשטרים שבהם הפרשנות של ערכי היסוד איננה מסורה למערכת המשפט הרגילה אלא לגוף אחר, חוץ פרלמנטרי, כגון המועצה החוקתית בצרפת או בית המשפט לחוקה בגרמניה, אלה הם פני הדברים. ככל שערכי היסוד ממלאים תפקיד מרכזי יותר בהליך הנדון במוסדות אלה, סמכותם של מוסדות אלה מתעצמת ואילו סמכות הפרלמנט מצטמצמת.

¹⁶ הגבלה זו כרוכה בכמה שאלות יסוד ואיננה ניתנת לכימות מדויק: מהי "המשמעות הפשוטה"? האם המובן המקורי הוא כוונת המחוקקים או המובן שהיה לטקסט בקרב הקהילה השלטונית והמשפטית בעת שנכתב? וכן הלאה. עם זאת, ניתן לראות הבדל ברור בין שופטים פרשנים המאמצים גישה פרשנית מצמצמת לאלה שמאמצים גישה פרשנית מרחיבה וגמישה. ראו WILLIAM N. ESKRIDGE JR., PHILIP P. FRICKEY & ELIZABETH GARRETT, LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION, (2nd ed. 2006); KENT GREENAWALT, LEGISLATION: STATUTORY INTERPRETATION: 20 QUESTIONS (2006).

¹⁷ דוגמה קלסית לשיח ערכים שיפוטי מסוג זה הוא פסק הדין בעניין צים (ע"א 461/62, צים נ' מזיאר, פ"ד יז(2) 1319 (1963)).

שלוש ההגבלות הללו קשורות לשתי תפיסות יסוד בתרבות הדמוקרטית. הראשונה היא תפיסת מחלוקות ערכיות וריבוי דעות כמאפיינים חיוביים של חברה דמוקרטית. השנייה, הקשורה לראשונה, היא מעמד הבכורה של הפרלמנט. פרלמנט רב משתתפים הנבחר כדין בבחירות חופשיות ושוויוניות הוא הרשות היחידה המשקפת היטב את מגוון הדעות בחברה ואת יחסי הכוחות שבין הדעות. הפרלמנט הוא אפוא הרשות היחידה העשויה לתפקד כבבואה של העם כולו ומגוון דעותיו.¹⁸ שתי התפיסות הללו מעניקות לפרלמנט מעמד בכורה בתחומים רבים. הפרלמנט מרכז בידי את סמכות החקיקה הראשית ואת הסמכות להסמיך את המנהל הציבורי בפעולותיו (עקרון החוקיות).¹⁹ במקרים רבים מרכז הפרלמנט בידי (או כמה) פרלמנטים במקביל או אספות מכוונות דמויות (פרלמנט) גם את הסמכות לכונן את החוקה הלאומית ברוב מיוחס.²⁰ לבסוף, באחד מן המודלים של המשטר הדמוקרטי, המודל האנגלי, הפרלמנט נתפס כריבון המגלם את העם ותופס את מקומו.²¹ שתי תפיסות היסוד הללו מסבירות יפה את שלוש ההגבלות האמורות המוטלות על שיח הערכים השיפוטי: האם שיח הערכים השיפוטי מבטא הסכמה חברתית (שיח מסוג זה מתאים יותר להכרעה שיפוטית) או שנוי במחלוקת (שיח כזה מתאים יותר להכרעה בפרלמנט, שהרי רק בו יש שיקוף מיטבי של מגוון הדעות בחברה)?; האם השיח השיפוטי מכרסם בסמכות הפרלמנט ובחוקיו? (מה שמערער את הלגיטימיות של השיח השיפוטי); האם השיח מותיר לפרלמנט לומר את המילה האחרונה? (מה שמחזק את הלגיטימיות של השיח השיפוטי). זאת ועוד, שיח ערכים המוגבל לרמה

¹⁸ על המעמד הייחודי של הפרלמנט כרשות מייצגת ומשקפת ראו JOHN STUART MILL, *CONSIDERATIONS ON REPRESENTATIVE GOVERNMENT* [1861] (2006) וכן HANNAH PITKIN, *THE CONCEPT OF REPRESENTATION* 60 (1972). הצורך במראה כזאת חיוני לנוכח הקשיים הרבים שהדמוקרטיה הישירה – שלטון בדרך של משאלי עם תכופים – נתקלת בהם.

¹⁹ ראו JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* (1999) (להלן: וולדרון).
²⁰ במשטרים דמוקרטיים רבים הפרלמנט (או שילוב של כמה פרלמנטים) מתפקד גם כאספה המכוננת (למשל, ארצות-הברית, גרמניה). במקרים אלו עקרונות של שיקוף ושל תמיכה רחבה ברוב מיוחד (שני שלישים, שלוש חמישיות, שלושה רבעים וכדומה) מאפיינים את הליכי הכינון. ראו Donald Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment, in* RESPONDING TO IMPERFECTION 236, 263 (Sanford Levinson ed., 1995); AREND LIJPHART, *DEMOCRACIES – PATTERNS OF MAJORITARIAN AND CONSENSUS GOVERNMENTS IN TWENTY ONE COUNTRIES* 189 (1984). יחד עם זאת, לצד המשטרים הללו, ישנם משטרים אחרים בהם נדרש אישור במשאל עם כדי לכונן חוקה לאומית.

²¹ תפיסה זו מבליטה במיוחד את המעמד המיוחד של אספה שיקופית. על ההבדל בין המודל האנגלי למודל האמריקני של המשטר הדמוקרטי ראו בהרחבה אצל GORDON WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC* [1969] (1997) ובקצרה GORDON WOOD, *AMERICAN REVOLUTION* (2002). ראו גם את הפרקים הראשונים אצל LIJPHART, שם.

הראשונה במדרג נתפס גם כמרחיק את מערכת המשפט מהכרעות פוליטיות שנויות במחלוקת, בדרך המגנה על אמון הציבור במערכת המשפט ומחזקת את תדמיתה כאובייקטיבית, ניטרלית ומקצועית.

ברמה השנייה שיח הערכים השיפוטי מתעצם באחת משתי דרכים (או בשתייהן גם יחד). ראשית, בית המשפט שוקל שיקול ערכי ויכול להגיע על פיו לתוצאה הסותרת את הלשון הפשוטה של החוק או את המובן המקורי שלו. שנית, בית המשפט נכנס בעובי הקורה של מחלוקת ערכית בחברה ומכריע בין עמדות מנוגדות, לעתים אף בניגוד לעמדת הממשלה או הרשות המנהלית המוסמכת.²²

ברמה השלישית של שיח הערכים השיפוטי, ערכי היסוד מעוגנים בחוקה עליונה ונוקשה. הפרשנות המוסמכת של ערכי היסוד החוקתיים נקבעת על ידי בית המשפט (או רשות חוץ פרלמנטרית אחרת כגון המועצה החוקתית בצרפת). היה וחוק של הפרלמנט אינו מתיישב עם אחד מערכי היסוד הללו – כפי שהם מתפרשים על ידי בית המשפט – בית המשפט רואה עצמו מוסמך להכריז על בטלות החוק.

ודוק, שיח הערכים ברמה השלישית "חזק" במידה ניכרת משיח הערכים ברמה ראשונה, זאת משום ששיח הערכים ברמה השלישית משוחרר משלוש ההגבלות שצינו לעיל. כך, למשל, מבחינת ההגבלה הראשונה, (האם שיח הערכים הוא מוסכם או שנוי במחלוקת?), ברי שפסילת חוק בדרך של פרשנות חוקתית מביאה את בית המשפט להכריע במחלוקת חברתית. העובדה שחוק נכלל בספר החוקים מלמדת שיש לו תומכים רבים, ולכל הפחות מיעוט פרלמנטרי רב השפעה. פסילת חוק בגלל תוכנו היא אפוא בדרך כלל צעד שנוי במחלוקת. הוא הדין בהגבלה השנייה, (עוצמת הפגיעה במחוקק). פרשנות החוקה עשויה להביא לידי ביטול ישיר של דבר חקיקה מלא (מה שלא קורה בשתי הרמות הראשונות).²³ ולבסוף, אשר להגבלה השלישית, פסילת חוקים בדרך של פרשנות חוקתית היא הכרעה סופית שאינה מותירה לפרלמנט את האפשרות המעשית לומר את המילה האחרונה (אפשרות שנותרת מעשית בשתי הרמות הראשונות). אמנם גם ברמה השלישית שיח הערכים השיפוטי מוגבל במידת מה. ראשית, בית המשפט מתבסס על ערכים הכלולים בחוקה שנקבעה על ידי אספה מכוננת. אספה זו יכולה עקרונית גם להגיב על פסק הדין ולתקן את החוקה בדרך שתשנה את הפרשנות השיפוטית. מבחינה פורמלית אפוא ניתן לראות את בית המשפט כאורגן של הרשות המכוננת הכפוף לה. ואולם מבחינה מעשית ומהותית, הפרשן של החוקה איננו אורגן של הרשות המכוננת וודאי שאיננו כפוף לה. תיקון

²² פסק הדין בעניין ריגס הוא דוגמה מובהקת למקרה הראשון. ראו Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506 (1889). ראו גם ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133 (1996). לדוגמה למקרה

השני ראו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).

²³ אפילו לא בשיח הערכים ברמה השנייה.

חוקתי הוא נדיר, כמעט בלתי מעשי.²⁴

ברמה הרביעית בית המשפט רואה עצמו מוסמך לפסול חוק של הפרלמנט בטענה שהוא מנוגד לערכי יסוד גם כאשר ערכי היסוד הללו אינם מעוגנים במפורש בחוקה עליונה. ברור ששיח ערכים ברמה זו "חזק" יותר מהשיח ברמה השלישית. ערכי היסוד שבשםם בית המשפט פוסל חוקים אינם מעוגנים במפורש בטקסט חוקתי. קשה אפוא לדאות בבית משפט כזה – אפילו פורמלית – אורגן של רשות שלטונית כל שהיא או גוף הכפוף לה.²⁵

א.2. מדרג החוקים והמדרג החוקתי

המדרג המתואר נוגע לתפקידם של ערכי יסוד בכל הנוגע לפרשנות חוקים ופסילתם בלבד (ולפיכך אכנה אותו **מדרג החוקים**). ישנו מדרג מקביל העוסק בתפקיד של ערכי יסוד בכל הנוגע לפירוש החוקה ולפסילת תיקונים חוקתיים (**המדרג החוקתי**). לכל שלב במדרג החוקים יש שלב מקביל במדרג החוקתי. כך, למשל, הרמה הראשונה במדרג החוקתי היא הכרעה לפי הטקסט החוקתי החרות. בית המשפט פועל "בין סדקי החוקה" כשהוא איננו סוטה מן המשמעות הפשוטה של הטקסט החוקתי ומן המובן המקורי שלו. שנית, בית המשפט איננו מכריע במחלוקות חברתיות המפלגות את החברה. שלישית, המילה האחרונה נותרת בידי מכוני החוקה, והוא יכול לשנות – אמנם בהליך סבוך ונדיר – את הפרשנות החוקתית בדרך של תיקון חוקתי. לעומת זאת, ברמה הרביעית במדרג החוקתי, בית המשפט רואה עצמו מוסמך לפסול גם תיקון חוקתי, ואף הוראה חוקתית, שלדעתו סותרים עקרונות בלתי כתובים. זהו שיח הערכים השיפוטי "חזק ביותר" שניתן להעלות על הדעת. בית המשפט מציב כמה ערכי יסוד מעל הפירמדה המשפטית כולה. שיח הערכים השיפוטי פועל במישור נגד הסמכות הציבורית הגבוהה ביותר, הסמכות המכוננת, בלא כל עיגון מפורש בהחלטות קונקרטיות קודמות של אספות מכוננות. משניתן פסק דין, שום רשות, לרבות הרשות המכוננת, איננה רשאית להגיב על פסק הדין על ידי תיקון חוקתי, שהרי גם הוא יפסל בשל סתירת ערכי היסוד. ובתמצית, שני המדרגים נראים כך:

²⁴ לדיון בעניין זה ראו להלן חלק ג.

²⁵ לדיון בעניין זה ראו להלן חלק ג.

פסילה על בסיס ערכי יסוד בלתי כתובים	פסילה על סמך ערכי יסוד המעוגנים בטקסט	פרשנות מרחיבה	פרשנות מצומצמת	שיח ערכים מהמנומנם ביותר לרחב ביותר	הטקסט המתפרש
4	3	2	1	חוק	מדרג החוקים ←
4	3	2	1	חוקה	המדרג החוקתי ←

בעניין לאו"ר התמקד השופט ברק בשאלה של פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים. לפיכך אתמקד ברשימה זו במדרג החוקים. המדרג החוקתי יידון בקצרה בלבד ככל שהדברים נחוצים לניתוח פסק הדין. מכאן ואילך לכשיצוין המדרג או, לדוגמה, הרמה הרביעית, הכוונה למדרג החוקים ולרמה הרביעית במדרג זה. המדרג החוקתי יכונה לאורך רשימה זו בשמו המלא: המדרג החוקתי.

א.3. ההבחנה בין ערכים צורניים לערכים מהותיים

המעמד המיוחד של הפרלמנט – שצוין לעיל – מבוסס על ההנחה שהוא אכן נבחר כדין ומייצג את מגוון הדעות בחברה כדין. מכאן שיש מקום, לפחות לכאורה, להבחין בין שתי קבוצות של עימותים בין הרשות השופטת לבין הפרלמנט.²⁶ לקבוצה האחת שייכים מקרים שבהם בית המשפט מתעמת עם הפרלמנט ופוסל חוק רגיל בטענה שהחוק איננו עולה בקנה עם עקרונות היסוד של המשפט. לדוגמה, במתח שבין זכות העובר לחיים לזכות האם לאוטונומיה, בתחום ההפלות, הפרלמנט בוחר בנקודת איזון מסוימת ואילו בית המשפט מעדיף נקודת איזון אחרת. העימות בין בית המשפט לפרלמנט במקרים הללו נסב על הפרשנות המדויקת של עקרונות היסוד של החברה. מאחר שעקרונות אלה אינם ברורים, עימותים מסוג זה עשויים להתרחש לעתים קרובות. לקבוצה השנייה שייכים המקרים שבהם בית המשפט פוסל חוק בטענה שיש פגם בפרוצדורה הדמוקרטית הבסיסית. לדוגמה, הפרלמנט מבקש להעניק מימון רק למפלגות יוצאות, ואילו בית המשפט קובע שיש לתת – בשם הפתיחות והתחרותיות

²⁶ לסקירה היסטורית ראו, למשל, ISAIAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY (1969); BENJAMIN CONSTANT, THE LIBERTY OF THE ANCIENTS COMPARED WITH THE LIBERTY OF THE MODERNS (1816).

של ההליך הפוליטי – גם מימון למפלגות חדשות. זוהי קבוצה מצומצמת יותר של עימותים.

ההבדל בין שתי הקבוצות של העימותים הוא מהותי. כאשר בית המשפט פוסל חוק, ובדרך זו מבטיח שהפרלמנט יפעל לפי פרוצדורה דמוקרטית בסיסית (הקבוצה השנייה של העימותים), בית המשפט איננו מתעמת עם התוצרים של המנגנון הדמוקרטי, אלא מגן על המשטר הדמוקרטי. לעומת זאת כאשר בית המשפט פוסל חוק רגיל, שנתקבל בפרלמנט שנבחר כדין ומייצג כדין, בית המשפט מתעמת במישרין עם החלטה שנתקבלה במנגנון הדמוקרטי. יש אפוא מקום לטענה שבכל הנוגע לשמירה על פרוצדורה דמוקרטית מינימלית (להלן גם: "שאלות צורניות"), יש מקום לשיח ערכים שיפוטי נרחב, ולעומת זאת במקרים אחרים (להלן גם: "שאלות מהותיות"), יש לצמצם שיח זה. הדוברים הבולטים שקידמו את ההבחנה הזאת בארצות-הברית במחצית השנייה של המאה העשרים הם השופט Learned Hand ופרופ' John Hart Ely.²⁷ שניהם גרסו כי אל לה למערכת המשפט לפסול חוקים "רגילים" של הפרלמנט בטענה שהחוקים אינם עולים בקנה אחד עם החוקה. את פרשנות החוקה, כך הם טענו, יש להותיר בידי הפרלמנט עצמו. עם זאת שניהם גרסו שמערכת המשפט רשאית לפסול חוקים הפוגעים בפרוצדורה הדמוקרטית המינימלית. הדובר הבולט המדגיש הבחנה זו כיום בארץ הוא השופט חשין, אך כפי שנראה בחלק הבא, להבחנה זו שורשים עמוקים יותר בפסיקה הישראלית, המגיעים לפסיקה בארבעת העשורים הראשונים של המשפט הישראלי.²⁸

נמצאנו למדים שניתן לתקוף חוק על בסיס אחד מארבעה טיעונים בסיסיים, כמפורט בטבלה שלהלן:

²⁷ JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980); LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS (1959), וכן U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, fn. 4 (1938).

²⁸ פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 545. ראו גם יואב דותן "איסור החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקה בית המשפט העליון "משפטים לא 771 (התשס"א).

מדרג שיח הערכים השיפוטי

פסילה על בסיס ערכי יסוד בלתי כתובים	פסילה על סמך ערכי יסוד המעוגנים בטקסט	פרשנות מרחיבה	פרשנות מצומצמת	שיח ערכים מהמצומצם ביותר לרחב ביותר
4.א. על בסיס טיעון צורני	3.א. על בסיס סעיף צורני	2	1	הטקסט המתפרש
4.ב. על בסיס טיעון מהותי	3.ב. על בסיס סעיף מהותי	3	4	חוק

כפי שצוין לעיל, פסילת חוקים על ידי בית המשפט או רשות חוץ-פרלמנטרית אחרת זוכה לתמיכה רחבה יותר ככל שמדובר בשאלות צורניות, במיוחד אם הפסילה מבוססת על הוראה חוקתית. מכאן, שמבין ארבע אפשרויות הפסילה המופיעות בטורים 3 ו-4, המקרה שבו פסילת חוק זוכה לתמיכה הרחבה ביותר הוא פסילה על רקע הוראה חוקתית העוסקת בנושא צורני (3 א), ואילו המקרה שבו פסילת חוק זוכה לתמיכה המועטה ביותר הוא פסילה בשל עיקרון לא כתוב בנושא שאיננו צורני (4 ב).

ב. התפתחות שיח הערכים במשפט הישראלי והחשיבות של פסק הדין בעניין לאור"ר

בשלושים וחמש השנים האחרונות עבר כאמור המשפט הישראלי תהליכים מרחיקי לכת. אחת ההתפתחויות המרכזיות היא המעבר ההדרגתי משיח ערכים משפטי מוגבל לשיח מורחב. ניתן לתאר התפתחות זו מתוך חלוקה של ההיסטוריה של המשפט הציבורי בארץ לשלוש תקופות מרכזיות:

1.1 מהקמת המדינה ועד שלהי שנות השבעים

בשלושים השנים הראשונות של המשפט הישראלי היה שיח ערכים שיפוטי ער

בפסיקה הישראלית, ואולם שיח זה היה מוגבל מצד אופיו ומבחינת גבולות הסמכות של הרשות השופטת. מצד אופיו של השיח, ניכרה אצל השופטים הסתייגות מהכרעה בנושאים שנויים במחלוקת חברתית ופוליטית. מבחינת גבולות הסמכות, בלטה בפסיקת בית המשפט זהירות מודעת מגלישה לתחומי הסמכות של הרשות המחוקקת ושל המנהל הציבורי. מגמות רחבות אלה ניכרו ונשמרו בין היתר בכללים שאימץ בית המשפט כדי להימנע מלהכריע בשאלות שאין בעניינן אמת מידה משפטית ברורה, בשאלות השנויות במחלוקת פוליטית וערכית ובשאלות המכניסות את בית המשפט לתחום הסמכות של רשויות שלטוניות אחרות. עם כללים אלה נמנו ההימנעות מלהכריע בשאלות פוליטיות ובשאלות אקדמיות והדרישה מן העותר להצביע על אינטרס אישי מיוחד שלו שנפגע (זכות עמידה).²⁹ חשובה במיוחד הייתה הרשימה המוגבלת של עילות מתחום המשפט המנהלי. בית המשפט התמקד בשאלה אם ההחלטה המנהלית ניתנה בסמכות ואם קדמו להחלטה המנהלית כל ההליכים הנדרשים בדין, אך הוא נמנע בעקיבות מלבדוק את סבירות ההחלטה המנהלית לגופה.³⁰ בית המשפט צמצם אפוא את תפקידו לפיקוח על תקינות הצורה המנהלית ונמנע מלהתערב בתוכן ההחלטה המנהלית.

ההגבלה של שיח הערכים השיפוטי בלטה גם במתודת הפרשנות. במקרים רבים נקט בית המשפט פרשנות טקסטואלית או חתר לחשוף את כוונת המחוקק, ונמנע מלנהל שיח ערכים ומלאזן בין ערכים בהליך הפרשנות.³¹ המגבלות שקיבל עליו בית המשפט באו לידי ביטוי גם בחסינות – המלאה או החלקית – שהוענקה לכמה רשויות שלטוניות מפני ביקורת שיפוטית.³² בה בעת חזר בית המשפט והצהיר שסמכות החקיקה של הכנסת אינה מוגבלת. הודגש שחוקי היסוד אינם חוקה עליונה אלא חוקים רגילים וכי ההבדל בין חוקי היסוד לחוקים הרגילים הוא "סמנטי" גרידא.

²⁹ ראו בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801 (1951); בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד (1) 238 (1970); בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל (3) 309 (1976); בג"ץ 521/76 אוגרינובסקי נ' שר הקליטה, פ"ד לא (2) 813 (1977); זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (התשמ"ו).

³⁰ ראו, למשל, בג"ץ 16/48 ברון נ' ראש הממשלה ושר הבטחון, פ"ד א 108 (1948); בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980) (השופט לנדוי).

³¹ ראו, למשל, את השיח הפרשני בד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209 (1961). אך ראו בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

³² ראו, למשל, בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285 (1957); בג"ץ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (1) 29 (1964), בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (2) 634 (1980); רות גביון שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק שער שני, פרק 5 (התשנ"א).

תפיסה זו שללה את הבסיס המרכזי לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת.³³ גם הקריאות לפיקוח שיפוטי על תוכן החקיקה מתוקף מגילת העצמאות או על בסיס המעבר ממשטר מנדטורי למדינה דמוקרטית עצמאית, נדחו על ידי בית המשפט כבר בשנותיה הראשונות של המדינה.³⁴

פעם אחת ויחידה במהלך אותה תקופה – בעניין **ברגמן** – קבע בית המשפט שחוק רגיל סתר הוראה משוריינת בחוק יסוד,³⁵ ואולם קביעה זו נעשתה בזחירות רבה ובית המשפט הדגיש שהדיון בעתירה לגופה לא נגע לשאלות יסוד: שאלת מעמדם של חוקי היסוד, שפיטות הטענה שחוק סותר הוראה משוריינת בחוק יסוד וזכות העמידה.³⁶ במונחים של מדרג שיח הערכים המתואר לעיל ניתן לסכם ולומר שבשלושים השנים הראשונות הצטמצם שיח הערכים השיפוטי בדרך כלל לרמה הראשונה, וגלש לעתים לרמה השנייה. חשוב להדגיש שאלה הם אפיונים כלליים. היו הבדלים בין שופטים, והפסיקה בכל התקופה הזאת לא הייתה עשויה מעור אחד. ברי שהיו פה ושם הכרעות המתאימות לשיח ערכים מן הרמה השנייה,³⁷ אולם באופן כללי, המגמה בשלושים השנים הראשונות הייתה של צמצום שיח הערכים השיפוטי לכוון הרמה הראשונה במדרג. כמו כן בלטה ההבחנה בין צורה למהות, ובית המשפט הטביע חותמו בשאלות צורניות יותר מאשר בשאלות מהותיות.

ב.2 סוף שנות השבעים ועד שלהי שנות השמונים

העשור הזה התאפיין בהרחבה הדרגתית של שיח הערכים השיפוטי, הרחבה אשר

³³ ראו, למשל, בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות**, פ"ד לא(2) 560, 556 (1977); בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 797, 794 (1973); ע"פ 107/73 **נגב נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 640 (1974); בג"ץ 188/63 **בצול נ' שר הפנים**, פ"ד יט(1) 337, 348–349 (1965).

³⁴ ראו בג"ץ 5/48 **ליון נ' גוברניק**, פ"ד א(1) 58 (1948); בג"ץ 10/48 **זיו נ' גוברניק**, פ"ד א(1) 85 (1948); ע"א 450/70 **רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 129 (1971).

³⁵ בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (להלן: עניין **ברגמן**).

³⁶ עניין **ברגמן**, שם, בעמ' 696. זאת ועוד, את הנכונות – ולו הזהירה – של בית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו את חקיקת הכנסת בעניין **ברגמן יש לייחס** במידה לא מבוטלת לכך שפסק הדין עסק בנושאי הליבה הפרוצדורליים של ההליך הדמוקרטי. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 63–64; דוד קרצ'מר "מברגמן וקול העם לבנק מזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359, 382 (התשנ"ז); משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" **הפרקליט** כז 30 (התשל"א).

³⁷ ע"א 4/66 **פריץ נ' הלמוט**, פ"מ כ(4) 337 (1966); בג"ץ 122/54 **אקסל נ' ראש העיר נתניה**, פ"ד ח 1524 (1954); ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365 (1965).

הושפעה במידה רבה מן הכתיבה של השופט ברק. הרחבה זו ניכרה במיוחד בביטול או בצמצום ניכר של הכללים שנקט בית המשפט בעבר כדי להימנע מלהכריע בסוגיות מסוימות. הוגדרו מחדש גבולות השפיטות תוך צמצום הדרגתי של כלל השאלה הפוליטית ושל כלל השאלה האקדמית. בד בבד גם צומצמה בהדרגה הדרישה שהעותר לבית המשפט יצביע על אינטרס אישי מיוחד שלו שנפגע (זכות העמידה).³⁸ כן הורחבה רשימת העילות במשפט המנהלי. על העילות שעסקו בביקורת על תקינות ההליך המנהלי, נוספה עילת הסבירות ומאוחר יותר גם עילת המידתיות.³⁹ עילות אלה הביאו את בית המשפט לבחון את תוכן ההחלטה המנהלית: אם היא מאזנת בין הערכים, בין הזכויות ובין השיקולים הרלוונטיים בצורה סבירה ומידתית. כפי שמבקרי הקו החדש הדגישו, עילת הסבירות הביאה לשינוי מהותי באופי הביקורת השיפוטית על המנהל. בית המשפט פסק להתמקד רק בפיקוח על תקינות הצורה של ההליך המנהלי והחל לעסוק גם בתוכן הרצוי של ההחלטה המנהלית.⁴⁰

בה בעת הנהיג בית המשפט פיקוח אינטסנסיבי על (כמעט) כל רשות. הפיקוח על היועץ המשפטי לממשלה הושווה, עקרונית, לפיקוח על רשויות מנהליות אחרות, הורחב הפיקוח השיפוטי על החלטות הכנסת וועדותיה והוחל פיקוח שיפוטי על הסכמים פוליטיים.⁴¹ בד בבד חל שינוי הדרגתי במתודת הפרשנות המקובלת על בית המשפט. מהתמקדות בלשון החוק ובכוונת מחוקקיו עבר בית המשפט בהדרגה להתמקדות בפרשנות תכליתית. הפרשנות התכליתית, כפי שגובשה על ידי השופט ברק, מעניקה משקל רב לאיזון ראוי בין ערכי היסוד.⁴²

³⁸ ראו למשל בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד ל"ד (4) 429 (1980); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

³⁹ ראו בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94 (1976); בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (פסק דינו של השופט ברק) (1980); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996).

⁴⁰ ראו משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" ספר משה לנדוי, כרך א, 131–146 (1995). ראו גם רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994).

⁴¹ ראו בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326 (פסק דינו של השופט ברק) (1983); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); בג"ץ 306/81 פלאטו-שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981); בג"ץ 651/82 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לונ(2) 197 (1982); בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986); בג"ץ 666/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73 (1987).

⁴² ראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורז נ' מועצת עיריית ת"א, פ"ד מב(2) 309 (1988); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

עם זאת, ולמרות ההרחבה ההדרגתית של שיח הערכים השיפוטי, בתקופה זו לא ראה עצמו בית המשפט מוסמך לפסול חקיקה ראשית של הכנסת בטענה שהיא סותרת חוק יסוד או חוק משוריין.⁴³ במונחי המדרג ניתן אפוא למקם את שיח הערכים השיפוטי בארץ בשלהי שנות השמונים ברמה השנייה, בלא גלישה לרמה השלישית. גם בתקופה זו ניכרה ההבחנה בין שאלות של פרוצדורה, שבהן בלטה נטייה למעורבות שיפוטית רבה יותר, לבין שאלות של מהות, שבהן נטו השופטים לאיפוק מה.

ב.3 סוף שנות השמונים ואילך – פסק הדין בעניין לאור והשלכותיו

פסק דינו של השופט ברק בעניין לאור הוא נקודת המפנה שבה החלו שופטי בית המשפט העליון לראות עצמם מוסמכים להעביר את חוקי הכנסת תחת שבט ביקורתם. במונחי המדרג המתואר לעיל, בעניין לאור גלש שיח הערכים השיפוטי בפעם הראשונה מן הרמה השנייה אל הרמה השלישית. כך, למשל, ציין השופט ברק כי:

סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובע עקרון של שוויון בשיטת הבחירות. הוא מוסיף וקובע, כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". בכך ניתן "שריון" להוראת סעיף 4 לחוק היסוד. "שריון" זה תופס בשיטתנו, שכן מכירים אנו בסמכותה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת [...] נמצא, כי חקיקה המבקשת לשנות חוק-יסוד משוריין בלא לקיים את הרוב הדרוש, בטלה היא ומבוטלת. [...] על בטלות זו מוסמך להצהיר בית המשפט.

זו הייתה הפעם הראשונה שבה נקבע, ולו באמרת אגב, כי לכנסת סמכות עקרונית לשריין הוראה בחוק יסוד, כי חוק הסותר חוק יסוד משוריין בטל, כי לבית המשפט הסמכות לפסול חוק הסותר חוק יסוד משוריין (להלן גם: סמכות הביקורת השיפוטית) וכי שאלות מסוג זה הן "שפיטות". כך לראשונה החלה להתבסס הביקורת השיפוטית במשפט הישראלי.

גישת סמכות הביקורת השיפוטית על חוקים שציננה בעניין לאור צברה תאוצה לאחר חקיקת חוקי היסוד של חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו במרץ 1992. זמן

⁴³ אמת, במהלך התקופה נקבע פעמיים – בעניין דרך ארץ ובעניין רובנישטיין – שחוק סתר חוק יסוד, ואולם קביעה זו נעשתה תוך הדגשה שהדיון בעתירה לגופה התקיים בלי שבית המשפט הכריע בשאלות היסוד של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת (הנזכרות בעניין ברגמן, לעיל ה"ש 36, ובטקסט הנלווה לה). ראו בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 6 (1981); בג"ץ 141/82 רובנישטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 147–148 (1983). יתרה מזו, גם במקרים הללו דובר בשמירה על פרוצדורה דמוקרטית מינימלית. ראו ההפניות בה"ש 36 לעיל.

קצר לאחר חקיקת חוקי היסוד הללו פרסם השופט ברק כמה פרסומים אשר חזרו על התפיסה שבית המשפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק רגיל הסותר חוק יסוד.⁴⁴ פסק הדין בעניין לאו"ר בולט בפרסומים הללו.⁴⁵ גל הכתיבה הראשון של השופט ברק עורר תגובת שרשרת. בכמה וכמה פסקי דין שניתנו בהרכבים מצומצמים בבית המשפט העליון בין 1993 ל-1995 נקבע כי לחוקי היסוד מעמד על-חוקי וכי בית המשפט מוסמך להכריז על בטלות חוק הסותר חוק יסוד. פסקי הדין הללו כולם הסתמכו על התקדים של עניין לאו"ר ועל הכתיבה של השופט ברק בעקבות עניין לאו"ר.⁴⁶ התהליך הגיע לשיאו בפסק הדין בעניין בנק המזרחי שבו חזר בית המשפט בהרכב מורחב – וברוב דעות – על אותה עמדה. בתמצית, בעניין לאו"ר – ולא בעניין בנק המזרחי כפי שמקובל לטעון – הונחה התשתית לסמכות הביקורת השיפוטית. במונחי המדרג, בעניין לאו"ר התרחש המעבר העקרוני מהרמה השנייה של שיח הערכים אל הרמה השלישית.

היו חידושים נוספים בעניין לאו"ר. נזרעו בו זרעי הכרה, עקרונית לפחות, בסמכותו של בית המשפט לפסול חוק – ובמרומוז אפילו סעיף בחוק יסוד! – אם הם סותרים עקרונות יסוד בלתי כתובים. בפסקה 27 לפסק דינו שאל השופט ברק:

מה תוקפו של חוק הסותר עקרונות יסוד, כגון את עקרון השוויון? השאלה "פשוטה" יחסית, אם עקרונות היסוד מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. כפי שראינו, במקרה זה יד העקרונות על העליונה, שכן הם מעוגנים בנורמה משפטית עליונה, ומכוחם החוק בטל. בית המשפט מוסמך להצהיר על כך.⁴⁷ אך מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוקי-יסוד משוריינים:

⁴⁴ ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א 1 (התשנ"ב) ואהרן ברק "זכויות אדם מוגבלות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א (התשנ"ב). ראו גם ברק לעיל ה"ש 11. בשנתיים שלאחר מכן חזר השופט ברק על עמדתו זו הן בפסיקה (ש"פ 6654/93 **בינקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 290 (1993)) הן בשני כרכים נוספים על פרשנות: אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה (1993) ואהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994).

⁴⁵ די בהקשר זה בציון רשימת ההפניות לעניין לאו"ר במפתחות לסדרת הכרכים: **פרשנות במשפט**.
⁴⁶ ראו בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441, 463–464 (1994); ע"א 239/92 **"אגד" נ' משיח**, פ"ד מח(2) 66, 71–72 (1994); בג"ץ 4746/92 **גי.פי.אס נ' שר החקלאות**, פ"ד מח(5) 243, 259 (1993); בג"ץ 1225/94 **בזק נ' שרת התקשורת**, פ"ד מט(3) 661, 671–688 (1995); בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' יד ושם**, פ"ד מח(3) 353 (1994). ראו גם בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 365, 366 (1995) (אני חב תודה לרובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88, בה"ש 133).

⁴⁷ זוהי, כאמור, הרמה השלישית במדרג.

האם בכוחו של חוק "רגיל" לקבוע הסדר הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה?⁴⁸ והאם יכולים חוקה נוקשה וחוק-יסוד משוריין לנגוד עקרונות יסוד אלה?⁴⁹

ועל שאלתו השיב השופט ברק (בפסקה 30):

באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין.

אך הוסיף:

לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו ואין זה ראוי כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משורינת בחוק יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, נראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של שופט בחברה הישראלית. [...] נראה לי כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים.⁵⁰

במונחי המדרג, עניין לאו"ר הניח את התשתית למעבר לא רק לרמה השלישית במדרג אלא גם לרמה הרביעית. גם על דברים אלה חזר השופט ברק בסדרת הכרכים "פרשנות במשפט", ומאז, פסק הדין בעניין לאו"ר הוא מקור ראשון בחשיבותו, במשפט הישראלי, בכל הנוגע לשאלה זו.⁵¹

ודוק, קריאה מדוקדקת של פסקת השאלה (החלק הראשון של פסקה 27 לפסק דינו של ברק) מלמדת שברק הציב שתי שאלות. על השאלה הראשונה, אם בית משפט רשאי להצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, השיב, כאמור,

⁴⁸ זוהי, מנגד, הרמה הרביעית במדרג.

⁴⁹ זוהי, לעומת זאת, הרמה הרביעית במדרג החוקתי! כלומר שיה הערכים הרחב ביותר והמשפיע ביותר (לעיל פסקה א.2). ברק איננו משיב על שאלה זו בעניין לאו"ר, לעיל ה"ש 1, ועל כך אדון להלן.

⁵⁰ עניין לאו"ר, שם, בעמ' 554.

⁵¹ ראו את הפרק השמיני בספרו של ברק, לעיל ה"ש 11.

בחיוב. זהו, כפי שהוסבר לעיל, המעבר מהרמה השלישית לרביעית במדרג. אך ברק גם הציב מיד לאחר מכן שאלה נוספת הנוגעת לחוקה: "והאם יכולים חוקה נוקשה וחוק-יסוד משוריינ לנגוד עקרונות יסוד אלה?" כאן כבר אין מדובר במדרג החוקים אלא במדרג החוקתי. ברק הציב כאן, על דרך השאלה, את האפשרות לעבור לרמה הרביעית במדרג החוקתי.

ואולם בפסקת התשובה התעלם השופט ברק לחלוטין מהשאלה השנייה שזה עתה הציב. הוא נמנע, למשל, מלומר כי: באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק-יסוד הנוגד עקרונות יסוד של השיטה...

האפשרות של פסילת סעיף בחוקה או בחוק-יסוד על סמך עקרונות בלתי כתובים מופיעה אפוא רק במרומז, בפסקת השאלה, אך איננה מופיעה בפסקת המסקנה. במילים אחרות, יש בעניין לאור" גם התייחסות קצרה למדרג החוקתי, ולרמה הרביעית במדרג זה, אך האפשרות של שיח ערכים שיפוטי ברמה גבוהה זו נזכרת רק ברמז ובזהירות רבה.⁵²

העלייה של ברק במדרג שיח הערכים בעניין לאור" היא אפוא עצמה מדורגת. התשובה על השאלה אם בית המשפט מוסמך לפסול חוק הסותר, לדעת בית המשפט, ערכים הקבועים בחוקי יסוד, היא חיובית ו"פשוטה יחסית". המעבר לרמה השלישית נעשה אפוא, אליבא דברק, בהחלטיות ובלי היסוסים. עם זאת, המעבר לרמה הרביעית הוא לדעתו "עקרוני-תורתי", ומבחינה מעשית "אין זה ראוי כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק [...] הנוגד עקרונות יסוד של השיטה", ואילו המעבר לרמה הרביעית במדרג החוקתי – פסילת תיקון חוקתי על סמך ערכים בלתי כתובים – איננו נזכר אפילו ברמה העקרונית-תורתית אלא רק ברמז זהיר, כאפשרות, בשלב השאלה בלבד.

לפני סיום, ראוי להעיר כי בעניין לאור", ובפרסומים נוספים של השופט ברק מאותה עת, בולטת גם המגמה לצמצם את ההבחנה בין ביקורת שיפוטית צורנית

⁵² זהירות זו אינה מפתיעה. רמה זו – הרמה הרביעית במדרג החוקתי – היא הגבוהה ביותר במדרג שיח הערכים השיפוטי שניתן להעלות על הדעת. מעניין לציין שבעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 394, ברק אומר דברים ברורים גם על רמה זו:

דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של "צורה" (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות (ראה פסק-דינו של בית-המשפט העליון של הודו בפרשת Kesavananda v. State of Kerala...)

מן ההפניה לפסק הדין ההודי ברור שהשופט ברק התכוון לפסילת תיקון חוקתי על בסיס עקרונות לא כתובים (הרמה הרביעית במדרג החוקתי), ולא לפסילה על בסיס הוראות חוקתיות (הרמה השלישית במדרג החוקתי. ראו לעיל פסקה א.2).

לביקורת מהותית. כפי שצוין לעיל, ההבחנה בלטה בפסיקה של בית המשפט לפני עניין לאור והיא מוצאת ביטוי גם בפסק הדין של השופט אלון בעניין לאור.⁵³ ואולם בפסק דינו של השופט ברק ההבחנה הזאת איננה באה לידי ביטוי כלל. בסוגיה זו המשיך השופט ברק קו עקיב – שבו החל כבר באמצע שנות השבעים – של צמצום ההבחנה בין שאלות של צורה לשאלות של מהות.⁵⁴ בכתביו שלאחר פסק הדין בעניין לאור המשיך השופט ברק להמעיט בחשיבות ההבחנה בין צורה למהות, לעתים במפורש לעתים במשתמע.⁵⁵

ג-ה. פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים – פסק הדין של השופט ברק בעניין לאור

עתה נפנה לקריאה מדוקדקת ולבחינה ביקורתית של פסק דינו של השופט ברק בעניין לאור תוך התמקדות בקטע העוסק בפסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים.

ג. פסקת המבוא

בפסקת המבוא הציג השופט ברק את הנושא במילים האלה:

[...] מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוקי-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק "רגיל" לקבוע הסדר הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה? [...] שאלה זו אינה חדשה. כמוה כימי המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיביסטית לבין הפילוסופיה המבססת עצמה על משפט טבעי.⁵⁶

העיקר בפסקה זו הוא הדרך שבה השופט ברק רואה את המעבר מהרמה השלישית במדרג לרמה הרביעית. אין מדובר, לפי השופט ברק, רק בשאלה נקודתית בעלת חשיבות מעשית רבה – אם בית המשפט רשאי להכריז על בטלות חוק רק על בסיס

⁵³ ראו את הפסקה הראשונה והארבע עשרה לפסק דינו של השופט אלון.

⁵⁴ ראו, למשל, אהרן ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" מבחר כתבים כרך א, 309–319.

⁵⁵ ראו, למשל, את פסק דינו בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 394; ברק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 632.

⁵⁶ עניין לאור, לעיל הע' 1, 551–552 (פסקאות 27 – 28 לפסק דינו של השופט ברק).

חוקה או גם על בסיס עקרונות בלתי כתובים. מדובר בשאלה היורדת לשורשן של שאלות תיאורטיות בסיסיות ביותר בעולם המשפט.⁵⁷ הבה נבחן את הדברים.

מערכת המשפט זקוקה לנקודת ארכימדס שתוכל להתבסס עליה. נקודת משען זו מגדירה את גבולות המשפט במדינה וקובעת איזו נורמה תקפה ואיזו – בטלה. לכאורה ניתן להציע שתי נקודות ארכימדס בסיסיות:

הראשונה היא **מוסדית**. לפי תפיסה זו, מוסד שלטוני – פרלמנט או כלל התושבים לדוגמה – ניצב בראש הפירמידה המשפטית. המערכת המשפטית כולה מוגבלת למסגרת שריבון זה קובע. נורמות משפטיות תקפות רק אם אותו ריבון נתן להן תוקף מפורש או לכל הפחות הסכים להן בשתיקה. בעשורים האחרונים מקובל לכנות את הגישה הזאת תפיסה (או הגדרה או פילוסופיה) פוזיטיביסטית של המשפט.⁵⁸ השנייה היא ערכית. לפי תפיסה זו, כמה ערכי-על ניצבים בפסגת הפירמידה המשפטית והם שקובעים איזו נורמה תקפה ואיזו – בטלה. בספרות הדנה בפילוסופיה של המשפט, מקובל לכנות תפיסה זו, השנייה, תפיסה או הגדרה "טבעית" של המשפט, או פילוסופיה המבססת עצמה על משפט "הטבע".⁵⁹ להלן אכנה אותה גם התפיסה (או ההגדרה) הערכית של המשפט.

ומה באשר למדרג שיח הערכים השיפוטי שתואר לעיל? האם כל שיח ערכים שיפוטי פירושו בהכרח אימוץ ההגדרה הערכית של המשפט? מובן שלא. התפיסה המקובלת היא שהרמות הנמוכות של שיח הערכים – הראשונה והשנייה – מתיישבות

⁵⁷ כך משתמע גם מהקטע הבא (עניין לאור, שם, בסוף פס' 27 לפסק הדין) שבו כתב השופט ברק כי: "עם זאת, נשמעים [באנגליה] קולות לשינוי הגישה [שלפיה אין המשפט המקובל יכול להביא לבטלותו של חוק] [...] חלקם של קולות אלה נקשרים להתחדשות של השקפות הדוגלות במשפט הטבע בשנים האחרונות" (ההדגשות הוספו).

⁵⁸ הצגתי את התפיסה הפוזיטיביסטית לפי גרסתו הקלסית של ג'ון אוסטין, המשפטן האנגלי בן המאה התשע עשרה. לתפיסה זו ניסוחים אחרים. ראו J.Coleman, *Negative and Positive Legal Positivism*, 11 J. LEGAL STUDIES 139 (1982) וספרו המקיף של עומר שפירא **תורת המשפט – פרקי מבוא** (2007) (להלן: שפירא).

⁵⁹ בתרבות המשפטית המערבית יש מאבק עתיק יומין בין שתי ההגדרות וניתן למצוא את ההתלבטות ביניהן כבר בטרגדיה "אנטיגונה" של סופוקלס או בדיאלוג "מינוס או על החוק" של אפלטון (ראו אפלטון **כתבי אפלטון** כרך 5 "מינוס או על החוק" 283 [יוסף ג' ליבס מתרגם, התש"ם]; סופוקלס **אנטיגונה** [שלמה דיקמן מתרגם, התשכ"ג]). ההגדרה הפוזיטיביסטית מתעקשת על הבחנה בין עובדה לערך, בין **המשפט הנוהג** (עובדה) **למשפט הרצוי ולמוסר** (ערך). חוק או פסק דין עשויים להיות שגויים או בלתי מוסריים, אך הדבר איננו שולל מהם את התואר "משפט". ההגדרה ה"טבעית", לעומת זאת, מבינה את המשפט כמושג הקשור במהותו למושגים של צדק, ערכים והמוסר הרצוי. בניסוח הקלסי והקיצוני שלה, תפיסה זו גורסת שיש לבחון את המוסריות של כל החלטה אנושית. פסקי דין, חוקים ואפילו הוראות חוקתיות שאינם מוסריים אינם בגדר משפט כלל.

יפה יפה עם ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט, שהרי כפי שהוסבר לעיל, ברמות הללו נשמרת עליונותו של המחוקק, המוכר מכוח המבנה הייחודי שלו כרשות המוסמכת שהמילה האחרונה במחלוקות חברתיות נתונה לה. נקודת ארכימדס שמערכת המשפט כולה מתחילה ממנה, ושהיא כפופה לה לאורך השנים, היא מוסד שלטוני – הרשות המחוקקת.⁶⁰

אך מה קורה כאשר ערכים כלולים במסמך חוקתי עליון, מסמך שכל מערכת המשפט כפופה לו (הרמה השלישית במדרג)? האם הכללת ערכים בחוקה מביא לידי כך שנקודת המשען של מערכת המשפט איננה עוד מוסד שלטוני-חברתי אלא ערכי יסוד? האם מעבר לרמה השלישית במדרג מביא לשינוי בהגדרה הבסיסית של המשפט? מפסקת המבוא משתמע שהשופט ברק משיב על כך בשלילה.⁶¹ בכתיבה אחרת מפרי עטו הוא מסביר שגם חוקה עליונה היא כסופו של דבר תוצר של מוסד חברתי-שלטוני – האספה המכוננת – ואספה זו גם רשאית בכל עת לתקן את המסמך החוקתי.⁶² אם כן, גם ברמה השלישית הנקודה הארכימדית, שמערכת המשפט כולה מסתעפת ממנה ניתנת להתפרש כמוסד שלטוני-חברתי. אלא שהמוסד הזה איננו הרשות המחוקקת (כמו ברמות הראשונות במדרג) אלא אספה מכוננת.⁶³ שיח ערכים ברמה השלישית במדרג מתיישב אפוא גם הוא עם ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט.

אך מה באשר למערכת משפט המכירה גם בערכים שאינם כלולים בחוקה, ערכי-על המגבילים את סמכות החקיקה של הפרלמנט (הרמה הרביעית במדרג)? האם מערכת משפט כזאת מתיישבת עם ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט? בפסקת המבוא השופט ברק משיב על כך בשלילה.⁶⁴ ברמה הרביעית של המדרג, ערכי יסוד

⁶⁰ מנגד ניתן להציע גישה שלפיה גם ברמות הנמוכות של המדרג, הראשונה והשנייה, הגדרת המשפט היא לא בהכרח פוזיטיביסטית. ניתן לאמץ את ההגדרה הטבעית ולהציב ערכים בפסקת פירמידת הנורמות ובה בעת להכיר בסמכות הרחבה של הפרלמנט (המאפיינת את הרמות הנמוכות במדרג). הכיזד? בהנחה שהפרלמנט נתפס כפרשן המוסמך של ערכי היסוד. זו הייתה, למשל, תפיסתו של בלקסטון. ראו להלן בחלק ד, פסקה IV.1.

⁶¹ ראו הערה 64 להלן.

⁶² ראו ברק, לעיל ה"ש 54, 311; אהרן ברק "בקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" **מבחר כתבים** כרך א' 293, 307 (התש"ס).

⁶³ כפי שנראה להלן, ניתן גם לטעון שהרמה השלישית – המציבה ערכים מעל מערכת המשפט כולה – מבטאת תפיסה ערכית של המשפט.

⁶⁴ כאשר קוראים את אמרת האגב כולה, מתברר שהשופט ברק הבחין היטב בין הרמה השלישית לרביעית:

מה תוקפו של חוק הסותר עקרונות יסוד, כגון את עקרון השוויון? השאלה "פשוטה" יחסית, אם עקרונות היסוד מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין [הרמה השלישית במדרג]. כפי שראינו, במקרה זה יד העקרונות על העליונה, שכן הם מעוגנים

שלא אומצו במפורש על ידי מוסד שלטוני-חברתי, מגבילים את רשויות השלטון, לרבות הפרלמנט. אין אפוא בנמצא נקודת ארכימדס מוסדית שמערכת המשפט יכולה להסתעף ממנה ונקודת המשען היחידה הנותרת היא אותם ערכי יסוד. המעבר לרמה הרביעית של המדרג פירושו אפוא שינוי יסודי בהגדרה הבסיסית של המשפט. הפילוסופיה של המשפט איננה פוזיטיביסטית עוד אלא מבססת עצמה על משפט הטבע. על עמדתו זו חזר השופט ברק גם בסדרת הכרכים "פרשנות במשפט", והיא מקובלת על כותבים נוספים באקדמיה המשפטית בישראל ובחו"ל.⁶⁵ יש החולקים עליה לכאן ולכאן: יש הסבורים שהיכולת לפסול חקיקה ראשית על בסיס ערכי יסוד הכלולים בחוקה (הרמה השלישית), מאפיינת מערכת המשפט שהיא כולה, הלכה למעשה, ערכית ולא שלטונית חברתית.⁶⁶ ולעומת זאת, יש הסבורים כי גם כאשר בית המשפט פוסל חוק על בסיס ערכים בלתי כתובים (הרמה הרביעית), נקודה ארכימדית

בנורמה משפטית עליונה, ומכוחם החוק בטל. בית המשפט מוסמך להצהיר על כך. אך מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוקי-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק "רגיל" לקבוע הסדר הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה [הרמה הרביעית]? והאם יכולים חוקה נוקשה וחוקי-יסוד משורייני לנגוד עקרונות יסוד אלה [הרמה הרביעית במדרג החוקתי]? [...] שאלה זו אינה חדשה. כמוה כימי המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיביסטית לבין הפילוסופיה המבססת עצמה על משפט טבעי.

אמרו מעתה, הרמה השלישית איננה מעוררת את שאלת הוויכוח שבין הפוזיטיביזם לתפיסה הטבעית של המשפט משום ששיח הערכים ברמה זו מתיישב יפה עם שתי ההגדרות. לעומת זאת הרמה הרביעית במדרג (וכמובן הרמה הרביעית במדרג החוקתי) מתיישבת רק עם ההגדרה הטבעית ולא עם ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט.

⁶⁵ ראו יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 64 (1990); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 67 (פס' 2.7 – 2.13 באופן כללי). ברק, לעיל ה"ש 11, 619–620 (הניסוח מתון יותר מאשר בלאורר ונקודה זו בולטת במיוחד בהשמה בעמ' 617 של המשפט הקצר בנושא זה המופיע בפסקת המבוא בעניין לאורר, בעמ' 551–552). ראו גם B. McLachlin, *Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?* 4 N.Z. J. PUB. & INT. L. 147, 151–2 (2006)

⁶⁶ כאשר ערכים קבועים בחוקה, יש הטוענים שהנקודה הארכימדית היא הלכה למעשה ערכית ולא מוסדית. אחת הסיבות המרכזיות לכך היא נוקשות המסמך החוקי. בפועל אי-אפשר לתקן ערכים הקבועים בחוקה (הן בגלל שההליך סבוך ובמיוחד בגלל שתרבות פוליטית מונעת שינויים חוקתיים כמעט בלא יוצא מן הכלל). מכאן שבמשטר עם חוקה עליונה הכוללת ערכים, מערכת המשטר כולה כפופה – הלכה למעשה – לערכים ולא להחלטות מוסדות אנושיים, בדומה לפילוסופיה ה"טבעית" הקלסית. מכאן נבעה, בין השאר, התנגדותו של הנס קלזן להכללת מגילת זכויות במסמך החוקתי. ראו את הפרסום שכותרתו: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, ובאנגלית *The Nature and Development of State Jurisdiction*, Reports of Heinrich Triepel, Hans Kelsen, Max Layer & Ernst von Hippel, Discourses of the conference of the German state law theoreticians in Vienna, 23rd and 24th April, 1928, p. 69. על עמדתו זו של קלזן ראו גם ALEC STONE, *SWEET, GOVERNING WITH JUDGES* 34–37 (2000).

של מערכת המשפט כולה עודנה חברתית-שלטונית.⁶⁷

ד. משפט משווה וסקירה הסטורית

בסקירה המשווה וההיסטורית השופט ברק מתמקד במשפט האנגלי ובמשפט הגרמני כשהוא מנגיד ביניהם. מפאת חשיבות הדברים אביא אותם במלואם:

ידועה עמדתו של השופט קוק (Coke) במאה השבעה-עשר, לפיה – When an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudicate such act to be void (Bohham's case (1610) 8 rep. 114, 118)

גישה זו לא נתקבלה באנגליה, ולקראת סוף המאה ה-19 נקבע, כי אין המשפט המקובל יכול להביא לבטלותו של חוק. ידועים דבריו של השופט וילס (Willes J.) שאמר:

“It was once said that if an act of parliament were to create a man judge in his own case, the court might disregard it. That dictum, however, stands us a warning, rather than an authority to be followed. We sit here as servants of the queen and the legislature. Are we to act as regents over what is done by parliament with the consent of the queen, lords, and commons? I deny that any such authority exists [...] the proceedings here are judicial, not autocratic, which they would be if we could make laws instead of administering them” (Lee v. Bude (1871) LR. 6 c.p. 576, 582)

מאז נוהגים על פי גישה זו באנגליה (ראה, למשל, C. Allen, Law in The

⁶⁷ את הניסוח הקלסי של טענה זו ניתן למצוא בכתיבה של רונלד דוורקין (המבטא יפה שיה ציבורי עתיק יומין בעולם המשפט המקובל). עקרונות היסוד שבית המשפט פועל בשמם, אומר דוורקין, הם עקרונות היסוד המעצבים את המשפט הפוזיטיבי ומסבירים אותו. עקרונות אלה נקבעו אפוא, ולו בעקיפין, על ידי מוסדות אנושיים-שלטוניים. ראו, למשל, RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, ch. 2–6 (1977); RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986). ראו גם עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה" **עיוני משפט** יז(3) 717, 738 (1993) (להלן: עדי פרוש).

הגישה המקובלת באנגליה, אינה הגישה היחידה האפשרית. אמת, מוכרת ריבונותו של בית המחוקקים. אך כמו כל ריבונות, גם ריבונות זו יכולה להיות מוגבלת (ראה טל, "מחוקק כל-יכול – האמנם?", עיוני משפט י' (1984) 361). אכן, בגרמניה, למשל, הודגשה ההשקפה כי המחוקק כבול לעקרונות יסוד מסוימים, גם אם לעקרונות יסוד אלה אין עיגון חוקתי. גישה זו התקיימה עוד לפני מלחמת העולם השנייה (ראה למשל H. Reichel, Gesetz Und Richterspruch (1915) והיא הלכה וגברה לאחר מלחמת העולם השנייה, לאור הנסיון המר בתקופת הנאצים (ראה, Danken 173 K. Englisch, Eihfuhrung In Das Juristische (7th Ed, 1977)). בית המשפט החוקתי בגרמניה הכיר בה, תוך שקבע כי אפילו הוראה בחוקה עצמה, הנוגדת באופן קיצוני את הצדק, בטלה (ראה BV ERF GE 3. S225ff, בעקבות רדברוך: ראה (Radbruch Rechts Philosophie 4 (1950)). על אפשרויות אלה עמדו גם מחוץ לגרמניה (ראה השופט ח. כהן, "פרשנות נאמנה – תלתא משמע", משפטים 5 ז (תשל"ו)).⁶⁸

הקטע הזה מנוסח בקפידה ומבוסס על ידע היסטורי ומשווה רב. מקריאת הקטע הקורא למד שמצב הדברים הוא זה:

1. התפיסה שאיננה מאפשרת פסילת חוק על סמך עקרונות שאינם כתובים בחוקה עליונה (לפי ברק: התפיסה הפוזיטיביסטית) רווחה באנגליה דווקא,⁶⁹ וגם שם רק לתקופה קצרה.
2. הקורא למד (גם אם אין הדברים מפורשים) שזמן רב בעבר רווחה גם באנגליה הדעה שבית המשפט רשאי לפסול חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים (לפי ברק: התפיסה הטבעית).
3. תפיסה זו באה לידי ביטוי באנגליה, בין השאר, בפסק דין ידוע של השופט קוק בעניין *Dr. Bonham's Case* (להלן: עניין **בונהאם**).
4. רק מסוף המאה התשע עשרה ואילך אומצה באנגליה התפיסה ההפוכה,

⁶⁸ עניין **לאו"ר**, לעיל הע' 1, 551 – 552 (פסקאות 27 – 28 לפסק דינו של השופט ברק).
⁶⁹ המעיין בקטע ייווכח שאנגליה נזכרת שלוש פעמים לפחות כמשטר שבו אין לפסול חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים.

- ולפיה בית המשפט איננו רשאי לפסול חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים.
5. גם אימוץ זה אינו אלא חלקי משום שיש קולות, כגון זה של השופט האנגלי הדגול הלורד דנינג, הקוראים לשינוי הגישה בשנים האחרונות. קולות אלה קשורים, בין השאר, להתחדשותן של השקפות הדוגלות במשפט הטבע.
6. בתמצית, הקורא מקבל את הרושם שהתפיסה שאין לפסול חוקים על סמך ערכים בלתי כתובים אומצה רק באנגליה וגם שם לפרק זמן קצר בלבד.
7. לעומת זאת, התפיסה המאפשרת פסילת חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים (ההגדרה הטבעית) מוצגת כתפיסה שאומצה (ואף הודגשה) בכמה מדינות, למשל גרמניה, הן לפני מלחמת העולם השנייה הן, ובמיוחד, לאחריה.
8. כלומר אנגליה איננה מוצגת כדוגמה למשטר שאימץ את התפיסה שאי-אפשר להכריז על בטלות חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים (פוזיטיביזם) אלא (לפחות במשתמע) כמשטר היחיד אשר אימץ תפיסה זו (ואף שם לפרק זמן קצר). גרמניה, לעומת זאת, שבה אומצו, במיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה, רעיונות הלקוחים מהלקסיקון הרעיוני של משפט הטבע כמו פסילת חוקים על סמך ערכים בלתי כתובים, מוצגת כדוגמה לתופעה רחבה. הביטוי שהשופט ברק משתמש בו בטקסט הוא "גרמניה, למשל".
9. הקורא אף מקבל את הרושם שבגרמניה ישנם תקדימים בפועל לא רק לפסילת חוקים אלא גם לפסילת תיקון חוקתי בטענה שהוא סותר עקרונות יסוד בלתי כתובים (הרמה הרביעית במדרג החוקתי!).
10. הקורא גם מקבל את הרושם שניתן להקיש מהפסיקה בגרמניה לפסיקת בתי המשפט המקצועיים בישראל.⁷⁰
11. לבסוף, הקורא מקבל את הרושם שהתפיסה שניתן לפסול חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים – ובאופן כללי יותר התפיסה ה"טבעית" של המשפט – נועדה לקדם ערכים, ולכן תפיסות אלה קיבלו תנופה לאחר מלחמת העולם השנייה כחלק מלקחי "הנסיון המר בתקופת הנאצים". לעומת זאת לא ברור כלל לקורא אם הגישה שאי-אפשר לפסול חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים – ובאופן כללי יותר הפילוסופיה הפוזיטיביסטית של המשפט – נועדה לקדם ערכים כלשהם, ומדוע תפיסות אלה אומצו דוקא בסוף המאה התשע עשרה ודווקא באנגליה.

⁷⁰ בפסק הדין משתמע שבגרמניה מדובר בבתי משפט מקצועיים גם כן, אף שהשופט ברק הזכיר את בית המשפט החוקתי, שאיננו בית משפט מקצועי רגיל, ועל כך להלן בפסקה ד.2.

ואולם עיון נוסף במשפט המשווה מראה שהתמונה מורכבת מעט יותר. חלק מהנקודות הללו מדויקות – והן פרי מחקר השוואתי והיסטורי יסודי ומרשים – אולם נקודות אחרות אינן מדויקות. נקודת מוצא מתאימה לסקירה משווה בנושא זה היא המשפט החוקתי האמריקני אשר נתן השראה למערכות משפטיות רבות ברחבי העולם, ובהן גם המשפט הישראלי. חשוב במיוחד הוא פסק הדין המנחה בעניין *Calder v. Bull* (להלן גם עניין קלדר) שהוא, כפי שניזכר, המקבילה האמריקנית לפסק הדין בעניין לאו"ר.⁷¹ את החלק הראשון של דבריי, בפסקה ד.1, אייחד אפוא לפסק הדין בעניין קלדר. חוות הדעת החשובה של השופט אירדל (Iredell) בעניין קלדר מבהירה שכמה נקודות הנזכרות בסקירה המשווה בעניין לאו"ר אינן מדויקות כלל ועיקר. לאחר מכן, בפסקה ד.2, אבחן את הדרך שבה השופט ברק מתאר את החזרה למשפט הטבע לאחר מלחמת העולם השנייה. לבסוף, בפסקה ד.3, אתייחס לכמה אי-דיוקים הנוגעים למשפט האנגלי בעבר ובהווה.

ד.1 פסק הדין בעניין קלדר כמפתח להבנת פסק הדין בעניין לאו"ר

פסק הדין בעניין קלדר ניתן על ידי בית המשפט הפדרלי העליון בארצות-הברית בשלהי המאה השמונה עשרה, בימי בראשית של מערכת המשפט הפדרלית האמריקנית. עם "אחיו הבכור" (אך המאוחר בזמן) פסק הדין בעניין *Marbury v. Madison* (להלן גם: עניין מרבורי), אשר ניתן גם הוא על ידי בית המשפט העליון, יצק עניין קלדר את המסגרת לשיח החוקתי לדורותיו.⁷² שאלת היסוד שכל מערכת חוקתית צריכה לשאול היא אם לאפשר פסילה של חוק של הפרלמנט על ידי ערכאה חוץ פרלמנטרית (בית משפט, מועצה חוקתית, בית משפט לחוקה וכן הלאה), ואם כן – על בסיס אילו טיעונים.⁷³ עד מלחמת העולם השנייה פסילה כזאת לא הייתה מקובלת בעולם הדמוקרטי, וישנן מערכות חוקתיות שעד היום אינן מתירות לערכאה חוץ פרלמנטרית לפסול חוק של הפרלמנט (הולנד, ניו-זילנד, פינלנד, אנגליה ועוד). ואולם כבר מסוף המאה השמונה עשרה הכיר המשפט החוקתי האמריקני באפשרות שמערכת המשפט הרגילה תפסול חוקים, ומאז מלחמת העולם השנייה מכירים מרבית המשטרים ברחבי העולם הדמוקרטי באפשרות של פסילת חוקים על ידי מערכת חוץ פרלמנטרית.⁷⁴

⁷¹ ראו *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798) (להלן: עניין קלדר).

⁷² ראו *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁷³ ישנו הבדל מסוים בין פסילת חוק לבין התעלמות ממנו (ראו למשל את סעיף 4 למגילת הזכויות של ניו-זילנד (New Zealand Bill of Rights Act 1990)), אך לצורך רשימה זו אניה שמדובר בהליכים זהים ביסודם.

⁷⁴ בדרך כלל הרשות החוץ פרלמנטרית היא בית משפט לחוקה או מועצה חוקתית, ובמיעוט

שאלת המפתח בכל המשטרים הללו היא מהו הבסיס המאפשר לפסול חוקים. כפי שראינו, ניתן לצמצם את בסיס הפסילה רק לטיעונים המעוגנים בחוקה (הרמה השלישית), וניתן, לעומת זאת, להרחיב את בסיס הפסילה ולכלול בו גם טיעונים המבוססים על עקרונות בלתי כתובים (הרמה הרביעית). בארצות-הברית ניתנה התשובה לשתי השאלות הללו בצמד פסקי הדין **קלדר ומרבורי**.

פסק הדין הידוע בעניין **מרבורי**, אשר נכתב על ידי השופט מרשל ב-1803, קבע שלמערכת המשפט יש סמכות להכריז על בטלות חוק הסותר את החוקה. פסק הדין היה מהפכני משום שהחוקה הפדרלית איננה קובעת מיהו הפרשן המוסמך שלה. יתר על כן, מנהיגים רבים לאורך ההיסטוריה האמריקנית, שהבולט בהם הוא הנשיא לינקולן, גרסו שהפרשן המוסמך של החוקה הוא הקונגרס. לפי דעה זו, אין רשות חוץ פרלמנטרית רשאית לבטל חוק, ובמונחי המדרג, שיח הערכים השיפוטי איננו עובר את הרמה השנייה. ואולם, כשמכירים בכך שמערכת המשפט ממלאת תפקיד מרכזי (אולי אף עליון) בפרשנות החוקה, כפי שנפסק בעניין **מרבורי**, הרי חקיקת הפרלמנט חשופה לביקורת חיצונית שיפוטית. במונחי המדרג, שיח הערכים השיפוטי מתקדם מן הרמה השנייה לשלישית.

פסק הדין בעניין **מרבורי** מותיר כמה שאלות יסוד פתוחות. אחת החשובות שבהן היא השאלה אם הביקורת השיפוטית על חוקים יכולה להתבסס גם על ערכים בלתי כתובים או שהיא מוגבלת לערכים המעוגנים בחוקה. כאן נכנס לתמונה פסק הדין בעניין **קלדר** מ-1798. באותו מקרה התעורר ויכוח נוקב בין שני שופטים בדיוק בשאלה זו. השופט צ'ייס (Chase), אשר היה ידוע בתמיכתו בהרחבת הסמכות השיפוטית השיב על כך בחיוב. מנגד, השופט אירדל השיב על כך בשלילה.

הלכה למעשה התקבלה עמדתו של השופט אירדל.⁷⁵ הטיעונים הנשמעים בבתי משפט בארצות-הברית נגד התוקף של דברי חקיקה, מתבססים דווקא על עקרונות המעוגנים בחוקה. מכאן שפסקי הדין של השופט מרשל בעניין **מרבורי** ושל השופט אירדל בעניין **קלדר** הניחו את המסגרת לשיח החוקתי האמריקני לדורותיו: תקיפת חוק על בסיס חוקתי (הרמה השלישית) אפשרית ואילו פסילה על בסיס עקרונות בלתי כתובים (הרמה הרביעית) איננה אפשרית.

ודוק, יש דמיון לא מבוטל בין צמד פסקי הדין **קלדר ומרבורי** במשפט האמריקני לבין צמד פסקי הדין **לאו"ר ובנק המזרחי** במשפט הישראלי. כל ארבעת פסקי הדין ניתנו בתקופת "בראשית" שבה הונחו תשתיות למערכת המשפט כולה. שתי מערכות השלטון – זו האמריקנית וזו הישראלית – צמחו מתוך המשטר והמשפט האנגלי

המקרים, כמו בארצות-הברית, מדובר במערכת השיפוט הרגילה.

⁷⁵ ראו את המקורות המופיעים להלן פסקה ד.1.1.

שאינו מכיר בפסילת חוקים כלל ועיקר. כל ארבעת פסקי הדין ביקשו לסטות מן המורשת הזאת ולהעניק למערכת המשפט את הסמכות לפסול חקיקה ראשית. כל ארבעת פסקי הדין נאלצו להתמודד עם טקסט חוקתי (חוקה, חוקי יסוד) שאיננו מעניק במפורש סמכות כזאת למערכת המשפט.

יתרה מזו, יש דמיון מיוחד בין פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** לפסק הדין בעניין **מרבורי** ובין פסק הדין של השופט ברק בעניין **לאו"ר** לפסק הדין של השופט אירדל בעניין **קלדר**. בעניין **בנק המזרחי**, כמו בעניין **מרבורי**, קבע בית המשפט בפעם הראשונה בפאנל מורחב של שופטים שיש לו הסמכות לפסול חוק הסותר חוקה עליונה, אך התשתית הרעיונית לפסילה זו הונחה כבר בחוות דעת מוקדמות יותר: בזו של השופט אירדל בעניין **קלדר** (שקדם לעניין **מרבורי** בחמש שנים), ובזו של השופט ברק בעניין **לאו"ר** (שקדם לעניין **בנק המזרחי** בשש שנים). עם זאת, בשתי חוות הדעת שללו השופטים אירדל וברק את הרעיון של פסילת חוקים על סמך עקרונות שאינם מעוגנים בחוקה (בחוות הדעת של ברק בעניין **לאו"ר** השלילה הייתה זמנית בלבד).

חוות הדעת של השופט אירדל בעניין **קלדר** נותנת אפוא בידינו כלי מן המעלה הראשונה לניתוח חוות הדעת של השופט ברק בעניין **לאו"ר**. הקטע הרלוונטי לענייננו הוא זה שבו השופט אירדל מסביר מדוע בית המשפט איננו רשאי להכריז על בטלותו של חוק הסותר עקרונות שאינם מפורשים בחוקה. בקטע זה, שהוא אחד מנכסי צאן ברזל של המשפט האמריקני, כתב אירדל:

If, then, a government, composed of *Legislative, Executive and Judicial departments*, were established, by a Constitution, which imposed no limits on the legislative power, the consequence would inevitably be, that whatever the legislative power chose to enact, would be lawfully enacted, and the judicial power could never interpose to pronounce it void. [...]

In order, therefore, to guard against so great an evil, it has been the policy of all [framers of American Constitutions] to define with precision the [...] legislative power, and to restrain its exercise within marked and settled boundaries.

If any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; though, I admit, that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature, the Court will never resort to that authority, but in a

clear and urgent case.

If, on the other hand, the Legislature[s] [...] shall pass a law, within the general scope of their constitutional power, the Court cannot pronounce it to be void, merely because it is, in their judgment, contrary to the principles of natural justice. *The ideas of natural justice are regulated by no fixed standard: the ablest and the purest men have differed upon the subject*; and all that the Court could properly say, in such an event, would be, that the Legislature (possessed of an equal right of opinion) had passed an act which, in the opinion of the judges, was inconsistent with the abstract principles of natural justice.

[...] If the Legislatures pursue the authority delegated to them, their acts are valid [...] they exercise the discretion vested in them by the people, to whom alone they are responsible for the faithful discharge of their trust.⁷⁶

למקרא הקטע הזה מתבהר שיש כמה אי-דיוקים בסקירה המשווה וההיסטורית המופיעה בעניין לאו"ר:

1. פסילת חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים איננה מקובלת במשפט המשווה

כפי שראינו לעיל, מדבריו של השופט ברק בעניין לאו"ר משתמע שהתפיסה שאין לפסול חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים היא תפיסה אנגלית ייחודית, ואולם מפסק הדין של השופט אירדל בעניין קלדר – ומן ההתפתחויות המאוחרות יותר במשפט האמריקאי – עולה שתפיסה זו כלל איננה ייחודית לאנגליה. כפי שצוין לעיל, התפיסה המקובלת בארצות-הברית היא שאין להכריז על בטלות חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים.⁷⁷ לאחר דיון מקיף מסכם את הדברים השופט סוטר (Souter) בעניין Seminole Tribe (להלן: עניין סמינולה) בכותבו:⁷⁸

⁷⁶ פסק הדין בעניין קלדר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 398–399 (ההדגשות נוספו).
⁷⁷ ראו Robert George, *Natural Law, The Constitution and the Theory and Practice of* Judicial Review, 69 FORDHAM L. REV. 2269, 2278 (2001) והאסמכתאות שם.
⁷⁸ ראו (Souter JJ.) Seminole Tribe v. Florida., 517 U.S. 44, 162 fn 56 (U.S. 1996).

The idea that legislation may be struck down based on principles of common law or natural justice not located within the constitutional text has been squarely rejected in this country.

גם השופט ברק עמד על כך:

[ב]מסורת המשפטית האמריקנית [...] אינו מוכר כוחו של בית המשפט לבטל חוק הסותר עקרונות יסוד שאינם מעוגנים בחוקה.⁷⁹

הוא הדין גם במשפט האוסטרלי,⁸⁰ והניו-זילנדי.⁸¹ הכלל הבסיסי בשתי מערכות משפט אלה הוא שפסילת חוקים נעשית רק על בסיס הוראות חוקתיות. לפנינו אפוא כמה וכמה מדינות השייכות למשפחת המשפט המקובל: ארצות-הברית, אנגליה, אוסטרליה וניו-זילנד, אשר התפיסה המקובלת בהן היא שאין לערער על תוקפו של חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים. קל וחומר במדינות השייכות למשפחת המשפט הקונטיננטלי. עמד על כך השופט ברק בספרו:

המסורת הקונטיננטלית מבוססת, בעיקרו של דבר, על עליונותו של המחוקק [...] הגישה המסורתית בקונטיננט הינה, כי עקרונות יסוד [...] מהווים אך הכוונה פוליטית למחוקק. אין בהם הגבלה משפטית על כוח החקיקה

⁷⁹ ראו ברק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 620, וההפניות שם.

⁸⁰ ראו למשל (P. H. Lane, Lane's Commentary on the Australian Constitution 127 (1997) רובינשטיין ומדינה מצטטים את פסק הדין הניו זילנדי בעניין

⁸¹ Fraser v. State Services Commission [1984] 1 N.Z.L.R. 116, 121 כדוגמה לפסילת חוק בטענה שהחוק סותר עקרונות יסוד בלתי כתובים. ואולם, הדברים בעניין Fraser נאמרו באמרת אגב ולא הלכה למעשה. יתרה מזו, אמרת האגב נוסחה בלשון שאלה ונותרה ב"צריך עיון". ולבסוף, בכל פסקי הדין בניו-זילנד, שבהם נאמרו אמרות אגב כאלה, הן נאמרו בדעת יחיד של הלורד קוק, באמרות אגב מהוססות, כשהתגובה בהקורתית לא איחרה לבוא מעמיתיו לכס השיפוט (רשימת פסקי דין של השופט קוק מופיעה אצל ברק, לעיל הערה 11, בעמ' 618–619). רק במקרה אחד הצטרפו לשופט קוק שני שופטים אך גם אז שניים הסתייגו מדבריו. השופט קירבי (Kirby), למשל, כינה את גישתו של השופט קוק "כפירה מסוכנת ביותר בעיקר [דהיינו בריבונות הפרלמנט]". ראו M. D. Kirby, Lord Cooke and Fundamental Rights, in THE STRUGGLE FOR SIMPLICITY – ESSAYS IN HONOUR OF LORD COOKE OF THORNDON (P. Rishworth, ed., 1997) בסופו של דבר גם השופט ברק, כשהוא עסק במשפט המשווה בספרו **פרשנות במשפט**, (לעיל), מציין שהאמרות הללו הן כולן דעת יחיד של השופט קוק ורק במקרה אחד הצטרפו אליו שופטים נוספים.

הראשית.⁸²

לסיכום, מעניין לאור משתמע שהתפיסה שאין לפסול חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים היא תפיסה אנגלית ייחודית, אך בפועל היא מקובלת כמעט בלא יוצא מן הכלל במשטרים דמוקרטיים ברחבי העולם המערבי.⁸³ כתבתי "כמעט" משום שהמשפט הקנדי מהווה חריג חלקי לכל האמור. ניתן למצוא בקנדה כמה פסקי דין ידועים שמהם משתמע כי מערכת המשפט מוסמכת לפסול חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים. להלן, בפסקה ד.2, אדון בדוגמה הקנדית ביתר הרחבה ואראה כי בסופו של דבר גם בקנדה הגישה הבסיסית היא שבית המשפט אינו מוסמך לפסול חקיקה על בסיס עקרונות בלתי כתובים.

II. התפיסה שאין לפסול חוקים על סמך ערכים מבוססת היא עצמה על ערכים

כפי שצוין לעיל, לקורא פסק הדין בעניין לאור לא ברור מהם הנימוקים התומכים בתפיסה שאין לפסול חוקים על בסיס עקרונות שאינם מעוגנים בחוקה. ואולם כבר לפני יותר ממאתיים שנה, בעניין קלדר, הדגיש השופט אירדל שלושה נימוקים ערכיים:

א. פלורליזם ערכי: הטיעון המרכזי שבו השתמש השופט אירדל הוא ריבוי הדעות בחברה פתוחה. לזכויות טבעיות ולעקרונות של צדק, הדגיש אירדל, אין מובן קונקרטי מוסכם. יש תמימות דעים בעניין חשיבותם של כמה עקרונות, אך האנשים "המוכשרים ביותר והטהורים ביותר" נחלקים בתום לב בסוגיית המובן הקונקרטי של עקרונות והאיזון הראוי ביניהם בנסיבות נתונות.⁸⁴ במצב זה, אין בית משפט יכול לפסול חוקים הסותרים ערכים

⁸² ראו ברק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 620–621.

⁸³ רובינשטיין ומדינה מבקשים, בדומה לשופט ברק, להעניק לבית המשפט סמכות עקרונית לפסול חוק על בסיס ערכים בלתי כתובים. גם הם נאלצים להודות שהדבר איננו מקובל במשפט המשווה (לעיל ה"ש 9, בעמ' 72). הם אמנם מוסיפים כי "החלת בקורת שיפוטית בהסתמך על עקרונות בלתי כתובים נותרת לכן, בעיקרו של דבר, נחלתן של המדינות בהן אין חוקה כתובה" (שם) אך בהערה על-אתר הם אינם מביאים דוגמאות הנותנות גיבוי של ממש לטענה זו (ה"ש 73, שם, מתייחסת לשתי מדינות: אנגליה שבה אין בקורת שיפוטית שכזו וניו זילנד, שכאמור, גם בה אין תקדימים של ממש לכן). גם מדברי השופט ברק בסקירה המשווה שלו (לעיל, ה"ש 11, 617–621) עולה כי בקורת שיפוטית שכזו איננה מקובלת במשפט המשווה.

⁸⁴ עניין קלדר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 399. ודוק, הוויכוח הפתוח בחברה בשאלות הללו אינו נתפס על ידי אירדל וחבריו כנגע חברתי. להפך, אירדל וחבריו לייסוד הדמוקרטיה הראשונה באמריקה הדגישו שחברה חופשית היא המסדר אשר המשטר הדמוקרטי נבנה עליו, ובה בעת חברה חופשית זו היא גם האופק החברתי אשר המשטר הדמוקרטי אמור לשמר, לבסס ולהבטיח

שאינם כתובים, משום שיש שאלה מקדמית, שאין עליה תשובה, החוסמת פסילה זו: ערכים עמומים אלו כיצד יש להבין אותם? לפי הפרשנות הקונקרטי של איזו קבוצה בחברה?⁸⁵ מכאן שערכים עמומים שאינם כתובים אינם יכולים להיות אמת מידה בסיסית לקביעה אילו חוקים תקפים ואילו בטלים. מה אפוא תהיה אמת המידה הזאת? כאן השופט אירדל פונה מחיפוש ערכים אל חיפוש מוסדות או במילים אחרות אירדל פונה מחיפוש אמת מידה מהותית לחיפוש אמת מידה צורנית. המוסדות המייצגים במבנה שלהם את החברה כולה לשלל דעותיה – הפרלמנט, הקונגרס – הם שקובעים באמצעות חקיקה אילו חוקים תקפים ואילו בטלים. לטענה זו אפנה עתה.

ב. **ייצוג ושיקוף:** השופט אירדל ציין את היתרונות המבניים של הפרלמנט (הקונגרס) בהשוואה לרשויות אחרות. הפרלמנט עומד לבחירות חוזרות באופן סדיר, פתוח, תחרותי ותקופתי. על כך יש להוסיף שהפרלמנט, שלא כרשויות אחרות, משקף נכונה את קשת הדעות בחברה. במילים אחרות, בחברה פתוחה שיש בה ויכוח מתמשך בשאלות ערכיות, יש להשיג הכרעות חברתיות על ידי עיצוב מוסדות מייצגים, רבי משתתפים, העומדים לבחירות תקופתיות והמשקפים את מגוון הדעות בחברה. במוסדות אלה – הפרלמנט או אספה מכוננת – עמדות ערכיות מגוונות באות כולן לידי ביטוי ביחס ישר לכוחן בחברה. ודוק, סמכותם של חוקי הקונגרס, אליבא דאירדל, איננה נובעת מכך שהם מבטאים את התפיסה המוסרית המיטבית. ההליך הפרלמנטרי מתאפיין

לאורך השנים. הטקסט הקלסי הוא הפדרליסט מס' 10, ראו אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי, הפדרליסט, מס' 10 44–50 [1787–1788] (אהרן אמיר, מתרגם, התשס"ב).

85 במילים אחרות, למי שמבקשים להציב ערכים מעל מערכת המשפטית כולה, המחלוקת החברתית בשאלות ערכיות מותירה, לפי השופט אירדל, שתי אפשרויות. האפשרות האחת היא להשאיר את הפרשנות של עקרונות היסוד בלא הכרעה. גישה זו עלולה להביא לאנרכיה, שכן כל חוק ייחשב לניתן לביטול לפי תפיסתה של קבוצה פלונית או של קבוצה אלמונית. האפשרות השנייה היא לחתור להכרעה עקרונית בין שתי הקבוצות באמצעות מוסד סמכותי שידבר בקול אחד בשם ערכי היסוד של קבוצה אחת. בסופו של התהליך רק קבוצה אחת בלבד תקבע מה המובן הקונקרטי של הערכים החברתיים, אילו חוקים תואמים את הערכים הללו ותקפים ואילו חוקים בטלים. גם אפשרות זו איננה רצויה. התפיסה הערכית של קבוצה אחת בלבד תקבע את המשפט הנוהג תוך דחיקת תפיסות ערכיות חולקות ותוך שהיא עלולה להשתיק את השיח הפתוח בחברה בכללותו. לגבי עמדתו של אירדל בנוגע לערכים עמומים הכתובים בחוקה ראו י. הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" קריית המשפט ט 211, 222–226 (התשע"א).

בפרשות בין עמדות. יש להניח אפוא שמרבית החוקים ייחשבו דווקא לא מיטיבים מבחינה ערכית על ידי הרוב המכריע של המצביעים. ובכל זאת כל אותם מצביעים יכירו בסמכות הפרלמנט ויכבדו את חוקיו כמות שהם. סמכות זו וכבוד זה נובעים מן המבנה של הפרלמנט (מייצג, נבחר, משקף) ומהליך החקיקה.⁸⁶ ודוק, כל עוד החוק בתוקף, והוא לא שונה על ידי הפרלמנט, אין לבטלו בטענה שהוא סותר ערכים בלתי כתובים משום שטענה זו תעורר שוב את השאלה, ערכים לפי תפיסתה של איזו קבוצה בחברה.

ג. **הפרדת רשויות:** בראשית דבריו הזכיר השופט אירדל נימוק נוסף: עקרון הפרדת הרשויות. בספרות האנגלו-אמריקנית הופיע עיקרון זה מן המאה השבע עשרה ואילך בכמה גרסאות, במסגרת זו נתמקד במובן שעיקרון זה קיבל בחיבורו של ג'ון לוק, "המסה המדינית השנייה", חיבור שהשפיע רבות על אירדל ועל חבריו לעיצוב הדמוקרטיה האמריקנית בסוף המאה השמונה עשרה. בהגותו של לוק רעיון הפרדת הרשויות חתר ליצור נתק בין רשות מחוקקת, המתמחה ב**יצירת** החוק, לבין רשות נוספת (הממלאת כמה פונקציות), המתמחה ב**יישום** החוק ובהחלתו על האוכלוסייה כולה, לרבות המחוקקים, שווה בשווה.⁸⁷ לפי השקפת לוק, הרשות הבכירה, זו שמקבלת את ההכרעות הערכיות בחברה, היא אפוא הרשות המחוקקת. מכאן שדווקא רשות זו אמורה להיות רבת משתתפים ומשקפת. עקרון הייצוג והשיקוף ועקרון הפרדת הרשויות בנוסח לוק משתלבים אפוא זה בזה, ושניהם מעניקים בכורה לפרלמנט רב משתתפים מייצג ומשקף. לא מפתיע אפוא

⁸⁶ הליך החקיקה הפרלמנטרי מבוסס על מספר ערכים. הדיון וההצבעות החוזרות במליאה, ובמיוחד בוועדות, נותנים הזדמנות לדרו-שיח, למשא ומתן ולפשרות. פרסום הצעות החוק במהלך החקיקה מביא לשיתוף הציבור בחקיקה. ההצבעות החוזרות נותנות הזדמנות לדיון צבורי ופרלמנטרי חוזר. חשוב מכול, הליך ההצבעה עצמו הוא הליך של "ספירת שוויון", דהיינו הליך שבו כל חבר פרלמנט (המייצג מספר שווה של אזרחים) נספר כשווה ועל כל הנ"ל ראו בהרחבה אצל וולדרון, לעיל ה"ש 20.

⁸⁷ הפרדה זו אמורה להבטיח את שלטון החוק, דהיינו את החלת החוק כמות שהוא על כל האזרחים שווה בשווה, ובכללם גם על המחוקקים. לוק קיווה להבטיח בדרך זו שהחוקים יחוקקו לטובת כל האזרחים ולא ייטיבו עם המגזר השליט בלבד. ראו, למשל, JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT, 364–365 (Peter Lasslett ed., 1988) (1689). בלבה של הפרדת הרשויות בנוסח לוק ניצבים כמה עקרונות ובהם התמחות, עצמאות ואוטונומיה של החוק. על המודל הקלסי של הפרדת הרשויות מבית המדרש של לוק ועל השפעתו ראו M.J.C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS, 62–64, 91–96 (1967) וכן מרגית כהן **סמכויות כלליות של הרשות המבצעת** פרק ב (2002); יואב דותן **הנחיות מנהליות** פרק רביעי (1996). ראו גם Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168, 190–191 (1880).

שבפסק דינו של השופט אירדל מופיעים שני העקרונות זה לצד זה.⁸⁸

שלושת העקרונות שהזכיר השופט אירדל – ריבוי הדעות, ייצוג ושיקוף והפרדת הרשויות – הם מאבני היסוד של המשטר הדמוקרטי. ההתנגדות של השופט אירדל לפסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים מניחה אפוא שבית המשפט פועל במשטר דמוקרטי המתפקד כראוי. מכאן קצרה הדרך לטענה שבמשטר לא דמוקרטי יש דווקא מקום לפסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים. אירדל עצמו איננו מתייחס לכך במפורש, אולם אלכסנדר המילטון – בן דורו ועמיתו של אירדל לכינון החוקה הפדרלית – הדגיש זאת בכתבתו.⁸⁹

III. ההגדרה הפוזיטיביסטית (המתעקשת על ההבחנה בין משפט לערכים) מבוססת היא עצמה על ערכים

כפי שכבר צוין, הוויכוח בין השופטים צ'ייס ואירדל הוא, אליבא דברק, ויכוח על ההגדרה הבסיסית של המשפט. השופט אירדל אימץ את ההגדרה הפוזיטיביסטית ואילו צ'ייס אימץ את גישת משפט הטבע. פסק הדין של השופט אירדל נותן לנו אפוא תמונה – ולו חלקית – של מסכת השיקולים התומכים באימוץ ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט. כאמור, לקוראי פסק הדין בעניין לאו"ר לא ברור כלל מהם השיקולים התומכים בהגדרה הפוזיטיביסטית ואם שיקולים אלה הם ערכיים. ואולם מפסק הדין של השופט אירדל עולה שעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי – ובראשם ריבוי דעות, ייצוג ושיקוף – מביאים לאימוץ ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט. סוגיה זו מצדיקה דיון כשלעצמה וטעונה מאמר נפרד. כאן די בהדגשת העובדה שמלומדים נוספים עמדו אף הם על הקשר שבין עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי ובין ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט.⁹⁰ אסתפק כאן בשתי דוגמאות מוכרות.

הראשון הוא הנס קלזן. בספרו "על מהותה וערכה של הדמוקרטיה" הוא הדגיש כי ההכרה בריבוי דעות – הרלטיביזם הערכי – עומדת בבסיס המשטר הדמוקרטי שבמרכזו פרלמנט מייצג ומשקף:

⁸⁸ לעיל, ה"ש 76 וטקסט נלווה. גם במסה של Locke, לעיל ה"ש 87, מופיעים שני העקרונות זה בצד זה. ראו שם, בפס' 140–151.

⁸⁹ ראו אלכסנדר המילטון, ג'ימס מדיסון וג'ון ג'יי, הפדרליסט, מס' 84 427–435 [1788–1787] (אהרן אמיר, מתרגם, התשס"ב).

⁹⁰ ראו, למשל, Ronald Dworkin, *Thirty Years On*, 115 HARV. L. REV., 1655, 1677 (2002), המציין שאצל חלק מהפוזיטיביסטים, כגון השופט האמריקני הדגול אוליבר הולמס, אימוץ הפוזיטיביזם המשפטי היה קשור למחויבות לערכים דמוקרטיים.

הרלטיביזם הוא השקפת העולם שאותה מניח הרעיון הדמוקרטי. דמוקרטיה מעריכה באופן שווה את הרצון הפוליטי של כל אדם, כפי שהיא מחשיבה באופן שווה כל [...] דעה פוליטית [...] לכן היא מעניקה לכל אמונה פוליטית אפשרות שווה להתבטא ולרכוש בתחרות חופשית את לבותיהם של בני האדם. לכן ההליך הדיאלקטי, המתפתח לטענה ולטענת-נגד באספת עם ובמליאת הפרלמנט והמכין את יצירת הנורמות, הוכר בצדק כהליך דמוקרטי [...] בעבור השקפת העולם הרלטיביסטית, אין דבר אופייני יותר מאשר המגמה לאיזון מפשר בין שתי עמדות מנוגדות [...] זוהי המשמעות האמתית של השיטה הפוליטית המכונה "דמוקרטיה", ושאותה רשאים להעמיד, בהיותה ביטוי הרלטיביזם פוליטי, נגד השלטון הפוליטי המוחלט.⁹¹

קלזן הוסיף וטען שהקשר שבין הרעיון הדמוקרטי לבין הרלטיביזם הערכי איננו רק לוגי אלא גם היסטורי. הוגים שהאמינו בקיומה של אמת מוחלטת – כמו אפלטון בעת העתיקה ואבות הכנסייה בימי הביניים – גם האמינו בשלטון סמכותי "מוחלט" לא דמוקרטי. ודוק, אותם הוגים היו גם השדרה המרכזית של ההגדרה הטבעית של המשפט במשך אלפי שנים. נמצא שהרלטיביזם הערכי עומד הן בסיס ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט הן בבסיס המשטר הדמוקרטי.⁹²

השני הוא פרופ' ג'רמי וולדרון, אשר הקדיש רשימה מיוחדת לקשר שבין הפוזיטיביזם לבין המשטר הדמוקרטי. בין השאר הדגיש וולדרון במאמרו שהרלטיביזם הערכי מאפיין את הרעיון הדמוקרטי, ומכאן הפנייה במשטר הדמוקרטי להליכי הצבעה כדרך להכריע בין עמדות ערכיות:⁹³

Democrats, more than most other political theorists, are sensitive to the realities of moral disagreement. They expect there to be disagreement about justice in an ordinary polity under normal conditions; they believe these disagreements should be resolved politically by fair procedures of voting.

⁹¹ ספר קלסי זה, שנכתב לפני כמאה שנה בגרמנית, תורגם לאחרונה על ידי פרופ' אנגלרד. ראו הנס קלזן, **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** 102–103 (יצחק אנגלרד מתרגם ועורך, 2005).

⁹² קלזן, שם, בה"ש 45.

⁹³ ראו Jeremy Waldron, *Can There be a Democratic Jurisprudence?*, 58 EMORY L.J. 675, 700 (2009).

IV. התארוך ההיסטורי בעניין לאו"ר איננו מדויק

כפי שכבר צוין, מפסק דינו של השופט ברק משתמע שרק משתמע שרק לקראת סוף המאה התשע עשרה השתרשה התפיסה שאין לפסול חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים (התפיסה הפוזיטיביסטית) (וגם זאת, כאמור, דווקא באנגליה).

ואולם מפסק הדין בעניין קלדר עולה בבירור שהתפיסות הללו עתיקות הרבה יותר. ראשית, פסק הדין בעניין קלדר הוא עצמו ניתן בסוף המאה השמונה עשרה (ב-1798). זאת ועוד, פסק הדין של השופט אירדל איננו מתיימר לחרוג מתפיסות אנגליות מושרשות אלא להפך, להישען עליהן. השופט אירדל הסתמך על המלומד בלקסטון, שהשפעתו על המשפט המקובל, מאמצע המאה השמונה עשרה ואילך – באנגליה ובייחוד במושבותיה – הייתה עצומה.⁹⁴

ודוק, שאלת התארוך איננה טכנית גרידא (מתי בדיוק התקבלה התפיסה שאין לפסול חוקים על סמך עקרונות). אין מדובר כאן בפער של מאה שנה "בלבד". התארוך מהותי משני היבטים. ראשית, מקובל לראות בימי הביניים – שבהם מילאה הכנסייה הקתולית תפקיד מרכזי בעיצוב התפיסות והערכים בעולם המערבי – תקופה שבה ההגדרה הטבעית של המשפט הייתה מקובלת כמעט בלא עוררין.⁹⁵ מקובל גם לראות במאות השש עשרה, השבע עשרה והשמונה עשרה תקופות מעבר שבהן, בחלקים נרחבים מן העולם המערבי, פינתה ההגדרה הטבעית בהדרגה את מקומה להגדרה הפוזיטיביסטית. בסוף המאה השמונה עשרה כבר הפכה ההגדרה הפוזיטיביסטית להגדרה המקובלת על משפטנים רבים, גם בעולם האנגלו-אמריקני שהשופט ברק מתאר בעניין לאו"ר.⁹⁶ אם יש נקודת זמן שניתן להצביע עליה ולומר שהיא נקודת המפנה בין ההגדרה הטבעית של המשפט לזו הפוזיטיביסטית, ספק רב אם סוף המאה התשע עשרה היא נקודת הזמן הראויה לציון בהקשר זה.

שנית, וחשוב מכך: כפי שכבר צוין, כותבים רבים עמדו על הקשר שבין הפוזיטיביזם המשפטי לעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי. הוזכר גם שלפי קלזון, קשר זה איננו רק לוגי אלא גם היסטורי. כל זה מעורר את המחשבה שיש קשר עמוק בין שני תהליכים אשר התרחשו פחות או יותר בעת ובעונה אחת ברחבי העולם המערבי: האחד הוא היחלשות המבנה הפיאודלי והקתולי וערעור תפיסות היסוד שבבסיס מבנה זה, תוך החלפתו במבנה משטרי דמוקרטי ובתפיסות יסוד אחרות. השני

⁹⁴ ראו, למשל, William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Book I, 165 [1765–1769] (Thomas M. Cooley ed., 1872, Chicago).

⁹⁵ ראו J. M. KELLY, A SHORT HISTORY OF WESTERN LEGAL THEORY (1992), וכן אנגלרד, לעיל ה"ש 65, בעמ' 55–68; שפירא, לעיל ה"ש 58, בפרקים 2–4, 6.

⁹⁶ לעיל פסקה ד.1.1.

הוא המעבר מן ההגדרה הטבעית להגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט. שני התהליכים התרחשו בהדרגה מהמאה השש עשרה עד המאה השמונה עשרה. שני התהליכים הלכו והבשילו ככל שהמאה השמונה עשרה התקרבה לסופה. שלהי המאה השמונה עשרה התאפיינו במהפכות דמוקרטיות: שלוש עשרה הקולוניות באמריקה, צרפת, פולין, מהפכה אטית והדרגתית באנגליה ועוד. בה בעת ניתן להבחין באימוץ גובר והולך של ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט אצל כותבים באנגליה, בארצות-הברית ובמקומות אחרים.

ודוק, לא אוכל להציע כאן טיעון היסטורי גורף, אך בה במידה אי-אפשר להתעלם מהאפשרות שקלזן צדק ושעליית ההגדרה הפוזיטיביסטית אכן הייתה קשורה לעליית הרעיון הדמוקרטי ולעידן המהפכות הדמוקרטיות. מבחינה זו התארוך הלא מדויק בעניין לאור מתחבר להיבטים אחרים שבהם פסק הדין בעניין לאור איננו נותן תמונה מדויקת של המעבר מן ההגדרה הטבעית להגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט.

V. על הבחירה של השופט ברק בפסק הדין בעניין Lee v. Bude

בתור פסק דין המבטא את ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט בחר השופט ברק בפסק הדין האנגלי בעניין *Lee v. Bude* (להלן: עניין לי).⁹⁷ אכן, לו נושא פסק הדין היה עליונות הפרלמנט, ייתכן שהבחירה בעניין לי – לצד ציטוטים קלסיים מכתבי לוק, בלקסטון ודייסי – הייתה בחירה מוצלחת, ואולם זהו ודאי איננו הנושא של אמרת האגב.⁹⁸ השופט ברק חיפש מקור המבטא יפה את התפיסה שניתן להכריז על בטלות חוק רק על בסיס הוראה חוקתית מפורשת, תפיסה המבטאת את ההגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט. בסוגיות הללו דומה שפסק הדין של השופט אירדל בעניין קלדר הוא מקור מוצלח הרבה יותר.

ראשית, אין להשוות בין החשיבות של פסק הדין בעניין לי לחשיבות פסק הדין בעניין קלדר. פסק הדין בעניין קלדר ניתן בשנותיו הראשונות של המשפט האמריקני לאחר קבלת העצמאות וכינון החוקה הפדרלית. הייתה זו תקופת עיצוב שבה הונחו היסודות להמשך התפתחותו של המשפט האמריקני. כפי שכבר צוין, פסק הדין בעניין קלדר, בצירוף פסה"ד בעניין מרבורי, הניחו את הבסיס לשיח המשפטי החוקתי בארצות-הברית לדורותיו.⁹⁹ לא מפתיע אפוא שפסק הדין בעניין קלדר מצוטט לעתים

⁹⁷ Lee v. Bude (1871) LR. 6 c.p. 576, 582

⁹⁸ שהרי פסק הדין של השופט ברק יוצא כולו מנקודת ההנחה שאין לאמץ את עקרון עליונות הפרלמנט.

⁹⁹ ודוק, למועד מתן פסק הדין בעניין קלדר חשיבות מכיוון נוסף. כפי שכבר צוין, המאה השמונה עשרה עמדה בסימן המעבר ההדרגתי מן ההגדרה הטבעית של המשפט אל עבר ההגדרה

תכופות ומשמש, בסוגיות מסוימות, אחד מפסקי הדין היסודיים במשפט האמריקני.¹⁰⁰ ראשית, פסק הדין (על דעת כל השופטים) קובע הלכה בשאלת החוקיות של חקיקה רטרואקטיבית, הלכה שתקפה עד עצם היום הזה.¹⁰¹ זאת ועוד, פסק הדין מצוטט הן בספרות החוקתית הן בספרות העוסקת בפילוסופיה של המשפט. ספרי יסוד בתחומים אלה מצטטים אותו כמקור וכדוגמה להגדרה הפוזיטיביסטית של המשפט (השופט אירדל) או להגדרה הערכית (השופט צ'ייס).¹⁰² אינני מכיר ולו ספר יסוד אחד בתחום המשפט החוקתי האמריקני, שאיננו דן בו בפירוט, אצל חלק מהכותבים בהרחבה יתרה.¹⁰³ כמעט כל הכותבים מציינים אותו כאחד המקורות היסודיים בשאלה אם ניתן לפסול חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים (הוויכוח בין אירדל לצ'ייס), או בשאלה מתי ניתן לפסול חוק על בסיס הוראות חוקתיות.¹⁰⁴

שנית, פסק הדין בעניין קלדר נותן תמונה טובה (אף כי חלקית) של הערכים שביסוד התפיסה שאין לפסול חוק על בסיס עקרונות בלתי כתובים. מפסק הדין בעניין לי, לעומת זאת, קשה להבין מהם אותם ערכים. בקטע שהשופט ברק מצטט, השופט ווילס כותב (בתרגום חופשי) כי:

[אסור לבית המשפט לפסול חוק על סמך עקרונות בלתי כתובים משום ש]ההליכים שלפנינו הם שיפוטיים ולא אוטוקרטיים, והם ייהפכו לכאלה

פוזיטיביסטית... לא מפתיע אפוא שבפסק הדין שניתן בסוף המאה השמונה עשרה נשמעים שני קולות, האחד של השופט צ'ייס, שמציע להמשיך ולהגדיר את המשפט כאוסף של עקרונות בסגנון המשפט הטבעי, והשני, של השופט אירדל, שמצביע על הכיוון שהחשיבה המשפטית הלכה בהדרגה לקראתו, דהיינו אל עבר ההגדרה הפוזיטיביסטית.

WILLIAM COHEN, JONATHAN D. VARAT & VIKRAM AMAR, CONSTITUTIONAL LAW 468 ¹⁰⁰ (12th ed. 2005).

בתחום הפלילי היא איננה חוקתית ואיננה תקפה, ובתחומים אחרים היא תקפה. ראו, למשל, ¹⁰¹ GERALD GUNTHER, CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW 550 (9th ed. 1975).

ראו ¹⁰² 1 LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1335–1338 (3rd ed. 2000).

נוסף על הספרים שצוטטו לעיל ראו ¹⁰³ JESSE H. CHOPPER, RICHARD H FALLON, JR., YALE KAMISAR & STEVEN H SHIFFRIN, CONSTITUTIONAL LAW CASES-COMMENTS-QUESTIONS 293–295 (10th ed. 2006); PAUL BREST & SANFORD LEVINSON, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING CASES AND MATERIALS 114–118 (2nd ed. 1983); JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 461–462 (8th ed. 2010).

על גישתו המצמצמת של השופט אירדל לפיה רק כאשר החוקה מדברת בכללים ברורים ניתן ¹⁰⁴ להכריז על בטלות חוק ראו הרצוג, לעיל, ה"ש 85.

(אוטוקרטיים) אם נחוקק חוקים במקום ליישם אותם.

מן הקטע הזה משתמע שהערך המרכזי העומד על הפרק הוא הפרדת הרשויות. פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים מהווה חקיקה – תפקיד המיועד לרשות המחוקקת ולא לזו השופטת. ואולם לקורא לא ברור מדוע פסילת חוק על בסיס ערכים בלתי כתובים מהווה חקיקה, ומדוע סמכות החקיקה אמורה להיות נתונה לפרלמנט דווקא. התשובות לשאלות הללו מופיעות בפסק הדין בעניין קלדר אך אין להן הסבר בעניין לי. לפני סיום אעיר, בכל הכבוד והענווה, שההתעלמות מעניין קלדר נראית על פניה כשגיאה מתמשכת בכתובתו של השופט ברק. כך, למשל, בשני הכרכים בסדרת "פרשנות במשפט" – בהם יש מקום נרחב להתייחס לעניין קלדר – פסק הדין איננו מוזכר כלל. עניין מרבורי לעומת זאת, נזכר לעיתים תכופות. גם המעיין בספרים "שופט בחברה דמוקרטית" ו"פרשנות תכליתית במשפט" לא ימצא כל התייחסות לעניין קלדר, שוב, בעוד עניין מרבורי מוזכר פעמים מספר.¹⁰⁵

ד. פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים (והחזרה ל"משפט הטבע") לאחר מלחמת העולם השנייה

מפסק הדין בעניין לאור משתמע שלאחר מלחמת העולם השנייה – וכחלק מלקחי הניסיון המר בתקופת הנאצים – חלה חזרה לתפיסה הטבעית של המשפט, בגרמניה ובמקומות אחרים.¹⁰⁶ התפיסה שניתן לערער על תוקפו של חוק על סמך עקרונות בלתי כתובים (הרמה הרביעית) מקובלת, ולא זו בלבד אלא שניתן למצוא דוגמאות גם לפסילה של תיקון חוקתי על בסיס עקרונות דומים (הרמה הרביעית במדרג החוקתי).¹⁰⁷ ייאמר מיד, כאן מתגלה כישרון הכתיבה של השופט ברק במלואו. אם יש משטר דמוקרטי בעולם המערבי שבו התרחשה לאחר מלחמת העולם השנייה חזרה חלקית למשפט הטבע, גרמניה היא הדוגמה בהא הידיעה לכך.¹⁰⁸ עם זאת, יש גם

¹⁰⁵ ראו ברק, לעיל ה"ש 11, 663–661, ברק, פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית, 870–873, ברק פרשנות תכליתית במשפט, 488–490, ברק, שופט בחברה דמוקרטית, 508–510.

¹⁰⁶ הקטע מצוטט לעיל, ה"ש 68 וטקסט נלווה.

¹⁰⁷ ראו לעיל במבוא ובחלק ב.3.

¹⁰⁸ בדומה, בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, טוען השופט ברק שאפילו פסילת תיקון חוקתי על בסיס עיקרון לא כתוב – הרמה הרביעית במדרג החוקתי – מקובלת במשפט המשווה. הדוגמא שהוא מביא לכך היא פסיקת בית המשפט העליון בהודו. גם שם בחירה זו איננה מקרית. הודו היא המדינה שבה הרעיון המהפכני הזה – שאין לו תקדים מעשי בעולם המערבי – נחשב לרעיון מקובל. דוקטרינה זו מכונה שם The Doctrine of the Basic Structures. הרעיון שבבסיס הדוקטרינה הוא כפיפותם של תיקונים חוקתיים לערכי יסוד מסוימים של החברה היהודית,

בקטע הזה כמה אי-דיוקים. ראשית, התיאור של גרמניה כמשקפת מגמה כללית איננו מדויק כלל ועיקר. כפי שראינו לעיל בהרחבה, פסילת חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים איננה מקובלת ברחבי העולם הדמוקרטי.¹⁰⁹ שנית, החזרה של המשפט בגרמניה לתפיסה הטבעית לאחר המלחמה מתוארת בהפרזה. שלישית, דוגמה טובה יותר מגרמניה היא המשפט הקנדי, אשר בו כבר בשנות השלושים של המאה העשרים ניתנו פסקי דין אשר פסלו חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים, ובכל זאת, מקומו של המשפט הקנדי נפקד מאמרת האגב בעניין לאו"ר. נפנה לבחון סוגיות אלה כסדרן.

המשפט הגרמני

במחצית השנייה של המאה העשרים ניכרה חזרה מסוימת לתפיסה הטבעית של המשפט.¹¹⁰ מבין הדמוקטיות המערביות, על המשטר הגרמני עבר השינוי הרדיקלי ביותר בהקשר הזה כשהרנסנס שמשפט הטבע זכה לו בלט במיוחד בשנים שלאחר המלחמה. עם זאת, לא ברור מאמרת האגב בעניין לאו"ר איזה תפקיד בדיוק ממלאים ערכים במשפט הגרמני שלאחר המלחמה. מדברי השופט ברק משתמע שבית משפט גרמני רשאי להכריז כיום על בטלות של חוק או סעיף בחוקה, שנתקבלו כדין בהליך דמוקרטי, בטענה שהם סותרים עקרונות יסוד בלתי כתובים. יתר על כן, מתקבל הרושם שכך אכן נעשה בפועל. ואולם כפי שניזכר בשורות הבאות, בתי משפט גרמניים אינם רואים עצמם מוסמכים לכך ובוודאי אינם משתמשים בסמכות כזאת בפועל. החזרה למשפט הטבע במחצית השנייה של המאה העשרים הייתה חלקית בלבד. הבה נבחן את הדברים.

שיח הזכויות הטבעיות בא לידי ביטוי בולט בחוקה שכווננה בגרמניה ב-1949 ובפסיקה של בית המשפט לחוקה שהוקם לפי חוקה זו. החוקה מניחה שכמה עקרונות יסוד הם מוחלטים, וכי אי-אפשר לשנות אותם, גם לא בהליך מורכב של תיקון חוקתי (והדרך היחידה לשנותם היא לשנות את ההסדר החוקתי מיסודו). בעבר הפנתה החוקה את השופטים לפעול לפי הדין, ואילו לאחר המלחמה שונה הנוסח ועל

כשלבית המשפט העליון ההודי נתונה הסמכות לפסול תיקונים אלה על בסיס אותם עקרונות (ראו P. M. H. M. SEERVAI, CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA 3135 (4th ed. 1996). וכן BAKSHI, THE CONSTITUTION OF INDIA 335-336 (11th ed., 2011)). לא אאריך בסוגיה זו משום שרשימה זו איננה עוסקת כלל במדרג החוקתי (א. לעיל). עם זאת מעניין לציין שהמלומד שהציג להודים את הרעיון המהפכני הזה היה קונרד דיטריך, מלומד גרמני..... ראו KEMAL GÖZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY, 93 FN 140 (2008).

¹⁰⁹ לעיל פסקה ד.1.1.

¹¹⁰ ראו שפירא, לעיל, הערה 58.

השופטים לפסוק לפי הדין והצדק.¹¹¹ ודוק, החזרה למשפט הטבע הייתה שלובה לעתים בהאשמת הפוזיטיביזם המשפטי בעליית הנאצים לשלטון, ובהצלחה שלהם במשך שנים עשרה שנים. האשמות אלה מזוהות לעתים קרובות עם גוסטב רדברוך (Radbruch). רדברוך, אחד המשפטנים הגרמנים הבולטים במאה העשרים, פרסם זמן קצר לאחר מלחמת העולם השנייה מאמר ובו טען שבמקרי התנגשות "בלתי נסבלת" בין חוק לבין הצדק, החוק איננו מוגדר "משפט".¹¹² במשך כמחצית המאה רווחה הדעה כי בסוגיה זו אימץ רדברוך הגדרה טבעית של המשפט וחזר בו מעמדות פוזיטיביסטיות שביטא לפני המלחמה.¹¹³ לפי אותה דעה רווחת, רדברוך חזר בו בגלל התובנה שהפוזיטיביזם המשפטי הביא משפטנים גרמנים לשתף פעולה עם השלטון הנאצי. האשמות חריפות לא פחות מצאו ביטוי בכתיבה של המשפטן האמריקני לון פולר. פולר העלה את האפשרות – אמנם בהיסוס מה – שהפוזיטיביזם המשפטי, שהיה התפיסה הדומיננטית בגרמניה במחצית הראשונה של המאה העשרים, תרם לעליית הנאציזם לשלטון.¹¹⁴ לכתיבה של רדברוך שלאחר המלחמה הייתה השפעה רבה, תיאורטית ומעשית. כך, למשל, עמדותיו של רדברוך אומצו בכמה הזדמנויות על ידי בתי משפט גרמניים אשר הכריזו על חקיקה נאצית, שסתרה את הצדק ברמה "בלתי נסבלת", שהיא חקיקה בטלה. בראשית שנות התשעים של המאה העשרים, לאחר קריסת מסך הברזל ואיחוד גרמניה, חזרו בתי משפט גרמניים ואימצו שוב את הנוסחה של רדברוך כדי להכריז על בטלותה של חקיקה מזמן המשטר הקומוניסטי.¹¹⁵ אולם בדוגמאות שהובאו לעיל (החקיקה הנאצית והחקיקה הקומוניסטית) התעלמו בתי המשפט הגרמניים מחקיקה שנחקקה במשטר טוטליטרי. במשטר כזה הסמכות של מקור המשפט מעורערת מיסודה. מה דינה של לחקיקה שנחקקה במשטר דמוקרטי ושופט היושב לדין סבור שהיא סותרת עקרונות בלתי כתובים של צדק ברמה

¹¹¹ D.Kommers, *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, 40 EMORY L. J. 831 (1991) (להלן: קומרס, חוקתיות גרמנית).

¹¹² ראו Stanley L. Paulson, *Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, 15 OXFORD J. L. STUDIES 489 (1995); Stanley L. Paulson, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the "Positivist" Theses*, 13 LAW AND PHILOSOPHY 313 (1994); Thomas Mertens, *Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice*, 14 LAW AND CRITIQUE 277 (2003).

¹¹³ ראו, למשל, H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Laws and Morals*, 71 HARVARD. L. REV. 593, 616 (1957–1958).

¹¹⁴ ראו Lon L Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630, 632–3, 646, 648–661 (1957–1958).

¹¹⁵ לסיכום של פסקי הדין הללו ראו Paulson, *Radbruch on Unjust Laws*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 491.

”בלתי נסבלת?” האם רשאי בית המשפט גם במקרים הללו להתעלם מהחוק ומן החוקה ולפעול לפי חוש הצדק שלו?
 התשובה על כך היא שלילית. מערכת המשפט הגרמנית הרגילה איננה רואה עצמה מוסמכת לפסול חוק, אשר נחקק כדן בפרלמנט דמוקרטי, על בסיס ערכים בלתי כתובים ואף לא על בסיס ערכים הקבועים במסמך החוקתי. עמד על כך דונלד קומרס בצינו כי:

Indeed, no other court, not even a high federal court is empowered to declare a statute unconstitutional, for this power is reserved exclusively to the Federal Constitutional Court.¹¹⁶

פסילת חוקים מסורה אפוא לבית המשפט לחוקה בלבד, ולו יש לגיטימציה דמוקרטית ייחודית. לגיטימציה זו נובעת מן המבנה המיוחד של בית המשפט לחוקה, מהליך המינוי וממשך הכהונה של החברים בו:

The [Constitutional Court is separate from, and independent of, the regular judicial system [...]. What makes the Constitutional Court's "activism" less objectionable in terms of democratic theory, [...] is that Parliament – not the Executive – elects each Justice by a two-thirds vote for a single non-renewable term of twelve years.¹¹⁷

בבית משפט לחוקה שישה עשר חברים. הם נבחרים על ידי הפרלמנט, וכל חבר צריך לקבל תמיכה של שני שלישים מן הפרלמנט לכל הפחות. בפועל, המפלגות המרכזיות מכינות רשימות מועמדים משותפות. לפיכך בית המשפט החוקתי משקף, בקנה מידה מצומצם, את קשת הדעות בחברה, מימין ומשמאל. הלגיטימציה הדמוקרטית של בית המשפט לחוקה נובעת אפוא הן מן ההסמכה שניתנה לחבריו על ידי רוב מכריע של חברי הפרלמנט הן מממשך הכהונה הקצוב של חבריו הן מן העובדה שכמוסד קולגיאלי בית המשפט משקף את קשת העמדות החברתיות. שונים הדברים בכל הנוגע למערכת המשפט "הרגילה" בגרמניה (למעשה יש שם חמש מערכות מקבילות). מערכת זו איננה נהנית מאותה לגיטימציה מבנית, ובהתאמה, הסמכויות המוענקות לה מוגבלות יותר. ודוק, ישנם פסקי דין של בית המשפט לחוקה אשר הסמיכו את מערכת המשפט הגרמנית "הרגילה" לפעול לפי הצדק ולמרות ה"חוק היבש", כשהידוע שבהם הוא

¹¹⁶ ראו קומרס, חוקתיות גרמנית, לעיל הערה 111, בעמ' 837–847.

¹¹⁷ לעיל.

פסק הדין של הנסיכה סורויה. אך עיון בפסק הדין מלמד דווקא עד כמה מוגבל שיח הערכים במערכות המשפט הרגילות בגרמניה.¹¹⁸ השאלה המרכזית שהתעוררה בעניין הנסיכה סורויה הייתה עד כמה מערכות המשפט הללו רשאיות לסטות מלשון החוק כדי להגיע לתוצאה צודקת. בית המשפט לחוקה פתח את פסק דינו בהדגשת העובדה שבחוקה הגרמנית שלאחר המלחמה תפקידו של השופט הוא להכריע לפי החוק והצדק, וכי יש בכך הכרה בצדק – כמושג נפרד ושונה מהחוק הכתוב – כנורמה שעל השופט לפעול לפיה. ואולם מיד אחר כך הוסיף בית המשפט שצריך לסמן את הגבולות שבהם מותר לבית המשפט האזרחי לפעול לפי הצדק ושלא לפי החוק, שהרי בלא הגבולות הללו, הנורמה של "שלטון החוק" תאבד את משמעותה. בכאן לשרטט את הגבולות, ציין בית המשפט לחוקה שורה של נתונים – שהתקיימו בעניין הנסיכה סורויה – אשר הצדיקו הכרעה שיפוטית לפי הצדק ושלא לפי החוק היבש. בין השאר ציין בית המשפט לחוקה כי: (1) היתה הסכמה רחבה בנוגע לצורך לתקן את הקודקס האזרחי ולאמץ את הקו שאימץ ביהמ"ש האזרחי. (2) ואולם הקודקס האזרחי מסורבל וקשה לשנותו גם כשיש הסכמה רחבה שיש צורך לתקנו. (3) הקודקס האזרחי ישן ויש להתאים אותו לתנאים העכשוויים ולתפיסות החברתיות העדכניות. (4) הזכות לפרטיות ולאישיות הובילה למסקנה שאליה הגיע בית המשפט. (5) בית המשפט האזרחי פעל בזהירות ומתוך כבוד לחוק. הוא לא פסל את החוק פסילה חזיתית אלא רק הוסיף חריג יחיד לרשימה סגורה שהופיעה בחוק.

מכאן שפסק הדין בעניין הנסיכה סורויה מלמד שהחזרה למשפט הטבע לאחר המלחמה מוגבלת. בכל הנוגע למשטר דמוקרטי, אין למערכת המשפט הרגילה סמכות גורפת לדחות חוק משיקולי צדק. הסמכות הזאת תוחמה בעניין הנסיכה סורויה בגבולות התואמים במידה רבה את הגבולות שנזכרו בראשית רשימה זו.¹¹⁹ ודוק, הגבלת שיח הערכים השיפוטי בכל הנוגע לחקיקה דמוקרטית עולה בקנה אחד עם הכתיבה של רדברוך עצמו. רדברוך הדגיש שחוק בלתי צודק מאבד במקרים קיצוניים את מעמדו במשפט דווקא בנסיבות החריגות של שתיים עשרה השנים של המשטר הנאצי.¹²⁰ ככל הידוע לי, רדברוך מעולם לא אמר שחוק שנחקק על ידי מחוקק

¹¹⁸ ראו את פסק הדין בעניין הנסיכה סורויה 34BVerfGE 269. לסיכום ולתרגום פסה"ד ראו Donald P. Kommers & Russel A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Third Edition, Revised and Expanded* 165–167 (2012) (להלן: קומרס ומילר).

¹¹⁹ לעיל פסקה א.1.

¹²⁰ ראו את הציטוטים המופיעים אצל Paulson, *Radbruch on Unjust Laws*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 497. בעשר השנים האחרונות התגלה שהמהפך בעמדתו של רדברוך לא היה רדיקלי כלל ועיקר. ראו Paulson, *Radbruch on Unjust Laws*, שם.

דמוקרטי עשוי להתבטל רק משום שבית המשפט סבור כי החוק אינו צודק. אסיים פסקה זו בשתי הערות. הערתי הראשונה היא שגם בית המשפט לחוקה בגרמניה, על אף הלגיטימציה המבנית הייחודית לו, איננו מעביר תחת שבט ביקורתו את חקיקת הפרלמנטים הגרמניים על בסיס עקרונות בלתי כתובים. הביקורת היא חוקתית. אמת, ניתן למצוא פה ושם בפסקי הדין של בית המשפט החוקתי התבטאויות שלפיהן מעמדם של עקרונות יסוד עדיף מזה של חוקים.¹²¹ ואולם בכל המקרים הללו דובר באמרות אגב בלבד. אינני מכיר פסק דין אחד שבו פסל בית המשפט החוקתי חוק בהסתמך רק על הטענה שהחוק עמד בסתירה לעקרונות יסוד בלתי כתובים. הערתי השנייה היא שגם ההאשמות ההיסטוריות הזוקפות לחובת הפוזיטיביזם את עליית הנאצים לשלטון ואת שרידותם שם משוללות יסוד של ממש. הטענה שהתפיסה הפוזיטיביסטית שרווחה בגרמניה בשנות העשרים והשלושים של המאה הקודמת הביאה לעליית הנאצים היא מופרכת לחלוטין. באופן כללי אי-אפשר לאפיין את החשיבה המשפטית בגרמניה הווימארית כחשיבה פוזיטיביסטית.¹²² יתרה מזו, השקפת העולם הנאצית כשלעצמה הושפעה במידה רבה מתפיסות טבעיות של העולם ושל המשפט. עמד על כך השופט אנגלרד כשציין כי:¹²³

למרבה הצער הגרמנים ראו בתורת הגזע עניין של טבע. מכאן, שהאימוץ של רעיון המשפט הטבעי לא מנע מהם את השחתת המשפט. הנאצים הצליחו גם לעוות את הכתוב בחוק הקיים באמצעות שימוש בעקרונות כלליים, כגון טובת העם הגרמני. האמת המרה היא כי הם הסתמכו על אסכולות עיוניות שונות, כדי להצדיק את מעשיהם הנפשעים.

ובדומה ציין פולסון כי:¹²⁴

Rather than waiting for the introduction of new statutory law, judges and other officials in Nazi Germany simply departed from the language of existing law whenever and wherever that was called for.

¹²¹ ראו למשל את פסק הדין של המדינה הדרום מערבית (1951) (14 BVerfGE 1) מתורגם ומתומצת אצל קומרס ומילר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 746 ו 81.

¹²² ראו Paulson Fuller, Radbruch and the "Positivist" Theses, לעיל ה"ש 112, בעמ' 324–325; אנגלרד, לעיל ה"ש 65, בעמ' 62.

¹²³ שם, בעמ' 63.

¹²⁴ ראו Paulson, Fuller, Radbruch and the "Positivist" Theses, לעיל ה"ש 112, בעמ' 331–332.

בצדק סיכם פרופ' אנגלרד וכתב שהאשמת הפוזיטיביזם המשפטי בעליית הנאציזם לשלטון ובהצלחתם היא "חסרת שחר [...] [ו]מעידה על חוסר הבנה בסיסית ואף נוגדת את העובדות ההיסטוריות".¹²⁵

המשפט הקנדי

הגישה הבסיסית בקנדה היא שבית המשפט מוסמך לפסול חוקים רק על בסיס הוראה חוקתית.¹²⁶ עם זאת, ניתן למצוא בקנדה כמה פסקי דין ידועים שמהם משתמע כי ניתן לפסול חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים. להלן ארבע דוגמאות בולטות.

פסק הדין הראשון הוא עניין *Manitoba Language Reference* משנת 1985. בעניין זה פסל בית המשפט את כל מסכת החקיקה של פרובינציית מניטובה בגלל שהחוקים נחקקו באנגלית בלבד (בלא נוסח צרפתי מקביל, כנדרש בחוקה). עם זאת, וכדי שלא ליצור ריק משפטי, קבע בית המשפט שהחקיקה כולה תישאר בתוקף זמני עד תיקון הפגם. בפסק דינו הסתמך בית המשפט על העיקרון הלא כתוב של שלטון החוק (דהיינו הצורך במערכת של הסדרים משפטיים תקפים). שתי דוגמאות נוספות נוגעות למשכורות השופטים ותנאי העסקתם. בפסק הדין בעניין *Remuneration of Judges*, משנת 1997, ובפסק הדין בעניין *Mackin* משנת 2002, פסל בית המשפט חוקי פרובינציות שהפחיתו משכורת של שופטים או ביטלו הטבות אחרות שלהם. פסקי הדין הסתמכו, בין השאר, על העיקרון הלא כתוב של עצמאות שיפוטית. הדוגמה הרביעית נוגעת למשאל העם הידוע בעניין ההינתקות מקנדה שנערך בקוויבק בשנת 1998. בפסק הדין בעניין ה-*Secession of Quebec* קבע בית המשפט שהיפרדות של פרובינציה מקנדה צריכה להעשות מתוך כיבוד ארבעה עקרונות בלתי כתובים: דמוקרטיה, פדרליזם, חוקתיות והגנה על מיעוטים.¹²⁷

פסקי הדין הללו ניתנו כולם לאחר אימוץ צ'רטר הזכויות הקנדי משנת 1982. אך

¹²⁵ ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 65, בעמ' 62.

¹²⁶ ראו (PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA, I 15–52 (5th ed. 2007) (להלן: הוג).

¹²⁷ *Manitoba Language Reference*, 1 S.C.R. 721, 752 (1985); *Re Remuneration of Judges*, 3 S.C.R. 3 (1997); *Mackin v. New Brunswick* 1 S.C.R. 405 (2002); *Re Secession of Quebec*, 2 S.C.R. 217 (1998). אני חב את מרבית ההפניות בפסקה זו לפרופ' Hogg, לעיל ה"ש 128. על כל אלה יש להוסיף את פסק הדין בעניין *De Savoye*, שבו קבע בית המשפט כי פרובינציות מחויבות להחלטות השיפוטיות של פרובינציות אחרות על בסיס עקרון הפדרליזם. ואולם דומה שהחלטה איננה צריכה להסתמך כלל על עיקרון בלתי כתוב. די בהוראות חוקתיות המקנות סמכויות למדינות לשם כך. ראו *De Savoye v. Morguard* Investments, 3 S.C.R. 1077 (1990).

גם לפני אימוץ הצ'רטר היו פסקי דין אשר הכירו בעקרונות בלתי כתובים כבסיס לפסילת חוקים.¹²⁸ שתי הדוגמאות הידועות הן פסק הדין בעניין *Alberta Press* מ-1938 ובעניין *Switzman* מ-1957. בשני המקרים פסלו בתי המשפט חקיקה של פרובינציות אשר הגבילו את חופש העיתונות או ההתאגדות.¹²⁹ כאשר בעניין *לאו"ר* ביקש השופט ברק להביא דוגמאות מן המשפט המשווה לפסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים, היה יכול לפנות תחילה למשפט הקנדי כמקור לא אכזב לדוגמאות ברוח זו.

עם זאת, גם כשמדובר בקנדה אין לומר שבתי המשפט של קנדה מעבירים הלכה למעשה חקיקה תחת שבט הביקורת של עקרונות בלתי כתובים. אפתח בפסקי הדין שניתנו לפני אימוץ צ'רטר הזכויות ב-1982. אף שהלכה למעשה נפסלה בשני מקרים חקיקה פרובינציאלית על סמך זכויות שאינן מנויות, אין הדוגמאות הללו אלא יוצאות מן הכלל המלמדות על הכלל. ראשית, פסקי הדין הללו עסקו בחופש הביטוי הפוליטי. הם עסקו אפוא בצורה ולא במהות. שנית, גם במסגרת מצומצמת זו נמתחה בקורת אקדמית על הרעיון של פסילת חוקים על בסיס זכויות שאינן מנויות.¹³⁰ בסופו של דבר הסתייג בית המשפט בעניין *Dupond* מהדוקטרינה עד שדומה כי אבד עליה הכלח.¹³¹ מאז, דוקטרינה זו חזרה ונזכרה באמרות אגב בלבד.¹³² עתה אפנה לארבעת פסקי דין שניתנו לאחר אימוץ הצ'רטר הקנדי. דומה שגם מפסקי הדין הללו אי-אפשר להסיק שהמשפט הקנדי מכיר הלכה למעשה בפסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים. ראשית, אף באחד מן המקרים לא נפסל חוק על סמך עיקרון בלתי כתוב.¹³³ שנית, על פסקי הדין נמתחה בקורת חריפה,¹³⁴ ובעשור

¹²⁸ ודוק, לפני הצ'רטר לא דיברו בתי המשפט על עקרונות בלתי כתובים אלא על "זכויות שאינן מנויות", אך מדובר במונחים דומים שהבחנה ביניהם איננה רלוונטית כאן.

¹²⁹ ראו *Re Alta Statutes* [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. לפירוט ראו הוג, לעיל ה"ש 126, כרך II, בעמ' 10-34.

¹³⁰ ראו בהרחבה אצל הוג, לעיל ה"ש 126, כרך II, בעמ' 10-34 ובמיוחד רשימת המאמרים לכאן ולכאן בה"ש 64.

¹³¹ ראו *Dupond v. Montreal*, 2 S.C.R. 770, 796 (1978). גם בזמן שהדוקטרינה הייתה בתוקף, לא ברור אם בית המשפט היה מסתמך עליה כדי לפסול חקיקה של הפרלמנט הפדרלי. ראו הוג, לעיל ה"ש 126, כרך I, בעמ' 15-56.

¹³² ראו בהרחבה אצל הוג, לעיל ה"ש 126, כרך II, בעמ' 12-34.

¹³³ בשני מקרים – בעניין *Remuneration of Judges* ובעניין *Mackin* – היו אלה אמרות אגב משום שההחלטה עצמה התבססה, לצד העקרונות הבלתי כתובים, גם על הוראה חוקתית מפורשת. ראו *P. W. Hogg & C. F. Zwibel, The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, 55 U. TORONTO L.J. 715, 728 (2005). גם בעניין משאל העם על קוויבק מדובר בסופו של יום באמרת אגב משום שלבסוף לא הוחלט בקוויבק על פרישה. ולבסוף, בעניין *Manitoba Language Reference* לא נפסל חוק, אלא שמכוח עיקרון בלתי כתוב עיכב בית

האחרון ניכרת מגמה של נסיגה בפסיקת בית המשפט העליון הקנדי מהרעיון של שימוש בעקרונות בלתי כתובים כבסיס לפסילת חוקים. בעניין *Babcock* הדגיש בית המשפט שאת הרעיון של עקרונות בלתי כתובים יש להעמיד אל מול העיקרון של ריבונות הפרלמנט, ובעניין *British Columbia* הדגיש בית המשפט שההכרה בעקרונות בלתי כתובים מייתרת את החוקה הכתובה.¹³⁵ בשני המקרים סירב בית המשפט להסתמך על עקרונות בלתי כתובים כמכשיר לפסילת חקיקה.¹³⁶ יתרה מזו, בכל המקרים, או במרביתם, דובר בשאלות צורניות. לבסוף, בכל המקרים (למעט עניין ה-*Secession of Quebec*) לא הייתה הכרעה במחלוקת ציבורית רגישה באמצעות עקרונות עמומים בלתי כתובים. ההכרעות שנקבעו – או אמרות האגב שנאמרו – ביטאו בסך הכול קונסנזוס חברתי רחב.

3. ד. ציטוטים מן המשפט האנגלי בעבר ובהווה

עתה אפנה לשני אי-דיוקים בפסק הדין הנוגעים למשפט האנגלי. ליתר דיוק הכוונה לציטוט לא מדויק של דברי שני שופטים דגולים של המשפט המקובל: הלורד דנינג והלורד קוק.

הלורד דנינג: ההסתמכות של השופט ברק על דברי הלורד דנינג איננה מובנת מאליה. בקטע שציטט השופט ברק קרא הלורד דנינג למעורבות שיפוטית במקרים שבהם הפרלמנט מבקש לבטל את הצורה הדמוקרטית הבסיסית של המשטר. במקרים יוצאי דופן כאלה, כמו שהוסבר לעיל, הרשות השופטת חייבת להתערב ולמנוע מהלך השולל מהפרלמנט את הלגיטימיות הבסיסית שלו.¹³⁷ ואולם בעניין *לאו"ר* יש ניסיון

המשפט את הפסילה של כל מסכת החקיקה כולה.
¹³⁴ פרופ' הוג כותב, לעיל ה"ש 126, כי "עקרונות בלתי כתובים הם עמומים כל כך עד שעל פניו ניתן להכניס כל טענה או תלונה נגד הממשלה תחת הכותרת של העקרונות הבלתי כתובים". והוא מוסיף:

When an unwritten constitutional principle is directly enforced in that fashion, it is hard to avoid the conclusion that the Constitution has been amended by judicial fiat in defiance of the procedure laid down by the Constitution for its amendment.
¹³⁵ ראו *Babcock v. Canada*, 3 S.C.R. 3 (2002); *British Columbia v. Imperial Tobacco*, 2 S.C.R. 473 [2005]. אשר לערכאות הנמוכות יותר, הרי הן מאז ומעולם הסתייגו מהשימוש בעקרונות בלתי כתובים כאלה (ראו הוג, לעיל ה"ש 126).

¹³⁶ כל זאת למרות שהטענות לפסלות החוקים היו טענות צורניות (חקיקה רטרואקטיבית, חקיקה ספציפית, והליך הוגן בבריטיש קולומביה, הפרדת רשויות ושלטון החוק במובנו הפורמלי בבבוקוק).

¹³⁷ ראו (1982) 319 ALFRED DENNING, WHAT NEXT IN THE LAW ולעיל בפסקה 3.א.

להסתמך על הדברים הללו כדי להצדיק שימוש נרחב בביקורת השיפוטית, עד כדי פסילת חוקים שנחקקו בפרוצדורה הוגנת, כאשר בית המשפט סבור שהם אינם עולים בקנה עם עקרונות יסוד מהותיים. קשה למצוא לכך בסיס של ממש בדבריו של הלורד דנינג.¹³⁸

השופט קוק: משתמע מעניין לאו"ר שפסק הדין של השופט קוק בעניין **בונהאם** מבטא את התפיסה שבתי המשפט מוסמכים לפסול חקיקה של הפרלמנט בטענה שהיא סותרת עקרונות יסוד של המשפט המקובל.¹³⁹ לתפיסה זו, כך משתמע, שורשים עמוקים וארוכי שנים במשפט האנגלי ורק לקראת סוף המאה התשע עשרה נקבעה קביעה אחרת. פסק הדין בעניין **בונהאם** אינו אלא פסק דין אחד, ידוע במיוחד, המבטא גישה זו. ואולם, לאמיתו של דבר, הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר.

נפתח בפסק הדין בעניין **בונהאם**. משפטנים רבים אכן הבינו את פסק הדין כפי שהשופט ברק הבין אותו.¹⁴⁰ ואולם כיום לא ברור עוד אם זו אכן הייתה המשמעות של הדברים בזמן שנכתבו. לפני שנים מספר פרסם פיליפ המבורגר ספר וצירף לו נספח מיוחד המוקדש לפסק הדין בעניין **בונהאם**.¹⁴¹ המבורגר טוען בין השאר שלמילים שבהן השתמש השופט קוק היה מובן שונה וקונוטציה שונה בראשית המאה השבע עשרה.¹⁴²

On this basis, when Coke said that an act of Parliament would be void if it was repugnant, impossible, or contrary to common right and reason, he was drawing upon a familiar mode of moral analysis to hint that the act of Parliament in *Bonham's Case* would be void-not at law, but in conscience-unless equitably interpreted to avoid the injustice.

במילים אחרות, גם אליבא דהשופט קוק, חוק המביא במקרה מסוים לתוצאה בלתי צודקת מאבד את הסמכות המוסרית שלו, אולם הסמכות המשפטית עומדת בעינה (אלא אם כן יפורש בצורה אקוויטבילית למניעת אי-צדק).

¹³⁸ ראו והשוו ברק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 618 המציין במפורש שדנינג התייחס לאפשרות של החלפת הדמוקרטיה בדיקטטורה. ובכל זאת, ברק מביא שם את השופט דנינג כתמיכה לתפיסה רחבה יותר לפיה ניתן גם במשטר דמוקרטי לפסול חוקים העומדים בסתירה לעקרונות יסוד.

¹³⁹ ראו (Dr. Bonham's Case, 8 Co. Rep. 107a, 118a, 77 Eng. Rep. 638, 652 (C. P. 1610)).

¹⁴⁰ ראו Theodore F. T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 HARV. L. REV (1926–1927) 30 וההפניות המצוטטות בהערות השוליים הבאות.

¹⁴¹ ראו (PHILLIP HAMBURGER, LAW AND JUDICIAL DUTY 622–631 (2008)).

¹⁴² שם, בעמ' 625.

זאת ועוד, דומה שהכול מסכימים שפסק הדין היה מהפכני לשעתו וכי הוא לא הצליח – ודאי לא לאורך זמן – להשריש במשפט האנגלי את התפיסה שעקרונות המשפט המקובל מאפשרים לבית המשפט לפסול חקיקה של הפרלמנט. עמד על כך השופט סוטר באריכות בעניין סמינולה. כשסקר את הכתיבה ההיסטורית בנושא, סיכם השופט וכתב:¹⁴³

The traditional conception of the common law as it developed in England had always been that it was freely alterable by statute [...] Coke appears to have attempted at one time to establish a paramount common law, see, e. g., *Dr. Bonham's Case*, [...] but that attempt never took root in England.

כמאה שנים קודם לכן נאמרו דברים דומים מפי השופט מתיוס:¹⁴⁴

The concessions of Magna Charta were wrung from the King as guaranties against the oppressions and usurpations of his prerogative. It did not enter into the minds of the barons to provide security against their own body or in favor of the Commons by limiting the power of Parliament; so that bills of attainder, ex post facto laws, laws declaring forfeitures of estates, and other arbitrary acts of legislation which occur so frequently in English history, were never regarded as inconsistent with the law of the land; for notwithstanding what was attributed to Lord Coke in *Bonham's Case* [...] the omnipotence of Parliament over the common law was absolute, even against common right and reason.

¹⁴³ ראו עניין סמינולה, לעיל ה"ש 78.

¹⁴⁴ ראו *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 530 (U.S. 1884) (Matthews JJ.)

ה. פסיקת בית המשפט העליון בישראל

בבוחנו את הפסיקה הישראלית שקדמה לעניין לאו"ר אזכר השופט ברק "רשימה ארוכה של פסקי דין", שבהם ציין בית המשפט העליון, כי:

נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשתה כדין על יסוד נימוק זה או אחר.¹⁴⁵

עם זאת הוסיף השופט ברק, שלצד הרשימה הארוכה יש גם פסיקה "שלכאורה הכירה בכוח-העל של העקרון על פני החוק או לפחות השאירה זאת בצריך עיון".¹⁴⁶

בע"ב 1/65 ירדור נ. ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט (3) 365 ציטט השופט זוסמן פסיקה גרמנית, אשר קבעה "את העקרון כי שופט חייב לפסוק גם על פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן" (עמ' 390), והוא הוסיף כי "אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה" (שם). בבג"צ 130/66 שגב נ. בית הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת, פ"ד כא (2) 505, 551 העיר השופט זוסמן, כי "לא נטען לפנינו שסעיף 2 הנ"ל מתבטל מפני מצוותה של הכרזת העצמאות, ולפיכך נמנע אני מלדון בשאלה זו". בדומה, בבג"צ 889/86 כהן נ. שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540, 543 ציין הנשיא שמגר, כי "אינני רואה צורך לדון כאן בשאלה החוקתית הרחבה, אם הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת גם על החקיקה הראשית של הכנסת, מעבר לביקורת בקשר להוראות החקוקות המשוריינות שבחוק היסוד".

ואולם, כפי שכבר העיר עדי פורוש, קשה מאוד למצוא אסמכתה של ממש בפסיקה שקדמה לעניין לאו"ר לתפיסה שבית המשפט רשאי לפסול חוק בטענה שהוא סותר עקרונות יסוד בלתי כתובים.¹⁴⁷ פסק הדין בעניין ירדור איננו קשור לעניין משום ששם לא דובר כלל בפסילת חוק.¹⁴⁸ גם פסק הדין בעניין שגב איננו קשור לעניין משום

¹⁴⁵ ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963).

¹⁴⁶ ראו עניין לאו"ר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 553.

¹⁴⁷ עדי פרוש, לעיל ה"ש 67, בעמ' 722.

¹⁴⁸ פרוש, שם, בעמ' 729–728.

ששם דובר בשאלת המעמד של מגילת העצמאות. כל שנותר הוא המשפט הקצר המופיע בפסק דינו של השופט שמגר בעניין כהן. גם על המשפט הזה אי-אפשר לומר שהוא מכיר לכאורה "בכח-העל של העקרון על פני החוק". לכל היותר ניתן לומר שהמשפט הזה הותיר את מעמד העקרונות ב"צריך עיון". יתרה מזו, המשפט של השופט שמגר הוא קצר וסתום. לא ברור אם השופט שמגר התייחס דווקא לעקרונות צורניים, או שמא הוא התכוון גם לעקרונות מהותיים.¹⁴⁹ קריאה קרובה של האסמכתאות הללו מלמדת אפוא שלחידוש המופיע באמרת האגב של השופט ברק בעניין לאו"ר אין בסיס של ממש בפסיקה שקדמה לפסק הדין.

סיכום

בפסק הדין בעניין לאו"ר – ובמיוחד בשתי אמרות האגב הכלולות בו – מתגלה כישרון הכתיבה של השופט ברק במלואו. בשתי אמרות האגב – ותוך שימוש בידע היסטורי ומשווה ובניסוח נבון וזהיר – הצליח ברק להניח תשתית אשר עליה נבנו בעשורים שלאחר מתן פסק הדין רבדים נוספים של המשפט הישראלי. יתרה מזו, אמרות האגב הללו הביאו לשינוי של ממש – למהפכה – בשיח הערכים השיפוטי ובשאלות יסוד אחרות של משפט וממשל במדינת ישראל. למרות החשיבות של פסק הדין, ציבור המשפטנים הישראלי מעולם לא בחן את הטקסט לעומקו ומעולם לא למד את מורכבותו, את העולם העשיר שמסתתר בין סדקיו, ואת השאלות שהוא מעורר. ניתוח טקסטואלי של פסק הדין חשוב מכמה היבטים.

בראש ובראשונה, ניתוח כזה מראה עד כמה בעייתית היא התפיסה שבית משפט רשאי להכריז על בטלות חוק על בסיס עקרונות שלא נקבעו במפורש בחוקה. כפי שראינו, התפיסה המקובלת במשטרים דמוקרטיים ברחבי העולם המערבי שוללת סמכות כזאת. אם יש סמכות בידי רשות חוץ פרלמנטרית להכריז על בטלות חוק, הרי התפיסה המקובלת מצמצמת את הסמכות הזאת למקרים שבהם יש בסיס של ממש לטענה שהחוק סותר הוראה בחוקה. אין מקום לפסילת חוקים על בסיס ערכים ועקרונות בלתי כתובים. ראינו גם שתפיסה זו לא נועדה לצמצם ערכים אלא להפך – היא מבוססת על ערכים ונועדה לקדם ערכים.

שנית, המהפכה החוקתית היא מבנה משפטי מסועף. הבנה טובה של הבסיס שהמבנה המורכב הזה נבנה עליו, מבהירה טוב יותר את המבנה כולו. הניתוח שהוצע מראה שהמהפכה החוקתית איננה עשויה מעור אחד. יש הבדל מהותי בין תהליכים

¹⁴⁹ ראו לעיל בפסקה א.3.

שונים. יש לבחון בחינה זהירה וביקורתית כל אחת מהסוגיות הכלולות במהפכה, והכול בראייה שקולה: היסטורית, משווה, מושגית ונורמטיבית. שלישית, הניתוח שהוצע מעניק כלים לבחינת פסקי דין בהקשרים אחרים. הדברים אמורים במיוחד בכל הנוגע לפסקי דין מפרי עטו הפורה של השופט ברק. ראינו כיצד באמצעות שימוש נבון בטקסט, בהיסטוריה משפטית ובמשפט המשווה, השופט ברק מקדם תפיסה שהיא, למצער, מקובלת בשוליים של המחשבה המשפטית המערבית. יש כאן כישרון יוצא דופן לבסס רעיון ולקדם נושא. כל מנהיג, כל כותב וכל סטודנט למשפטים ולמדע המדינה ראוי שיכיר את הכישרון הזה, ילמד ויפנים. אני מקווה שבעקבות רשימה זו יפורסמו רשימות נוספות אשר יעשירו את ההבנה הטקסטואלית של כמה פסקי הדין העומדים בלב השיח החוקתי והמשפטי במדינת ישראל.