

שלטון החוק ועליונות החוקה

אהרן ברק*

א. שלטון החוק; 1. מורכבות המושג; 2. ההיבט הפורמלי; 3. ההיבט היוריספרודנטלי; 4. ההיבט המהותי. ב. עליונות החוקה: 1. שלטון החוק באמצעות עליונות החוקה; 2. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק; 3. חוקה וחוקי-היסוד; 4. עליונות המשפט בעתיד. ג. סיכום.

מבקש אני לעמוד היום על שלטון החוק ועל עליונות החוקה. רוצה אני לבחון מהם מושגים אלה ומהי תרומתם לאופיו הדמוקרטי של המשטר. עושה אני זאת היום, במלאת חמש שנים לפטירתו של ראש-הממשלה, מנחם בגין ז"ל. שלטון החוק אפיין את תפיסתו החברתית. עליונות החוקה – או כפי שהוא כינה זאת "עליונות המשפט" – היא מושג הלקוח מכתביו. עליונות החוקה (המשפט) ביטאה את השקפת-עולמו. הייתי יועץ משפטי לממשלה עם היבחרו לראש-הממשלה. עבדתי במחיצתו הקרובה. הכאתי בפניו את דבר המשפט בענייני חברה פנימיים ובענייני מדיניות חיצוניים. בכל אלה השתקפה לנגד עיני דמותו של מנהיג אשר שלטון החוק הוא בדמו ועליונות המשפט היא כנפשו. לא פעם התקומם כנגד התוצאה שהמשפט חייב אותה. לעתים לא אהב פסקי-דין שניתן על-ידי בית-המשפט בעניין הקרוב

* נשיא בית-המשפט העליון.

1. הרצאה (ביום 19.3.97) בכנסת במלאת חמש שנים לפטירתו של מנחם בגין ז"ל.
2. על שלטון החוק ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, שוקן, תשנ"ז), 227; אהרן ברק, "שלטון החוק", קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים (תשל"ו) 15; יצחק זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל", הפרקליט, גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין, תשכ"ב-תשמ"ז (1962-1987) (תשמ"ז) 61; ליאון שלף, "מ'שלטון החוק' לימרות המשפט – הרהורים וערעורים על מושג-היסוד", עיוני משפט 50 (תשנ"א-תשנ"ב) 559. ראו גם: Ian Shapiro - ed., *The Rule of Law* (New York, 1994); Allan C. Hutchinson and Patrik Monahan - eds., *Carwell*, Toronto, 1987).

ללבו, אך תמיד הרכין את ראשו בפניהם. "יש שופטים בירושלים" - היתה אמירתו, והיא הדהדה בכל רחבי המדינה. אפתח בעקרון שלטון החוק ואסיים בעליונות החוקה. התיזה שלי פשוטה: במדינה דמוקרטית יש לקיים את עקרון שלטון החוק ולשם כך יש להבטיח את עליונות החוקה.

א. שלטון החוק

1. מורכבות המושג

שלטון החוק - או נכון יותר: שלטון המשפט - הוא מושג סבוך, רב-משמעי ומעורפל. בצדק ציין פרופ' אמנון רובינשטיין, כי "מעטים המושגים שכה מרבים להשתמש בהם, וכה ממעטים להבינם, כמו שלטון החוק".³ הכול מסכימים על מהותו הגרעינית. אך ככל שמתרחקים מגרעינו, מתערפלת התמונה. השוני במינוח תורם אף הוא את תרומתו. האנגלים מדברים על The Rule of Law. ביטוי זה אינו מקובל על האמריקנים. אלה מעדיפים את הביטוי Government Under Law. בגרמניה מדברים על Rechtsstaat, ואילו הצרפתים מדברים על עקרון ה-Legalité. מאחורי ביטויים שונים אלה מסתתר מטען ערכי שונה. המושג "שלטון החוק" מעורר לכאורה קשיים ניכרים. האם באמת החוק שולט באדם? הרי החוק הוא יציר האדם? ומה הדין אם החוק קובע כי האדם ישלוט ולא החוק? האם נכון הוא לומר, כי The Rule of Law is the Law of Rules?⁴ האין בשלטון החוק כדי לפגוע בחירות הפרט? האם כל חוק - יהיה תוכנו אשר יהיה - ראוי לו שישלוט? ומה דינו של החוק הבלתי-צודק?

להבנת מורכבותו של עקרון שלטון החוק מן הראוי להבחין בין שלושה היבטים עיקריים של שלטון החוק: ההיבט הפורמלי (שלטון החוק הפורמלי), ההיבט היוריספרודנטלי (שלטון החוק התורתי) וההיבט המהותי (שלטון החוק המהותי). קווי-הגבול בין שלושה היבטים אלה מטושטשים. קיימת חפיפה ניכרת ביניהם. עם זאת, קיים גם שוני מהותי בין שלושת ההיבטים הללו. נעסוק בכל אחד משלושה היבטים אלה.

2. ההיבט הפורמלי

(א) כללי

במובנו הפורמלי, שלטון החוק משמעותו

שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על-פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של החברה. שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות השלטון והשלטת החוק. זהו

3. ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 2), 227.

4. ראו: Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", 56 U. Chi. L. Rev. (1989), 1175.

עיקרון פורמלי, שכן איננו מתעניינים בתוכנו של החוק אלא בצורך להשליטו, יהיה תוכנו אשר יהיה. שלטון החוק במובן זה אינו קשור לטיב המשטר אלא לעיקרון של הסדר הציבורי.⁵

עמד על כך הנשיא שמגר בציינו:

לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי.⁶

תפיסה זו של שלטון החוק היא פורמלית. היא מתמקדת בחוק, כפי שהוא קיים. היא מציבה דרישה באשר לשלטונו - כלומר: לכיבודו - גם אם תוכנו אינו ראוי.

(כ) שלטון החוק והפרט

תפיסה פורמלית זו מופנית בראש-זכראשונה לפרטים במדינה. עלינו לפעול אך ורק בהתאם לחוק. שלטון החוק מתחיל בביתו של כל אחד מאתנו. כוחנו לדרוש מזולתנו לקיים את החוק בנוי על קיומו של החוק על-ידנו. דבר זה מופנה לכל אחד מאתנו. איש אינו פטור מחובה זו. עלינו לשלם מס-אמת, עלינו למלא את דיני התכנון והבנייה ועלינו לקיים את דיני התעבורה, כנגד זכויות האדם עומדות חובות האדם. את חובותינו עלינו לקיים. כל אדם חייב לקיים את מצוות החוק, אלילו להפר את החוק, גם אם הדבר נוגד את השקפת-עולמו. העבריינות האידיאולוגית כמוה כעבריינות הפלילית, ולעתים היא קשה ממנה. נזכור נא את הדילמה שניצבה בפני סוקרטס ואת החלטתו שלא לברוח מהכלא.⁷ הוא כיבד את החוק גם אם החוק לא כיבד אותו. הוא הדגיש כי החוקים נותנים

5. הנשיא ברק בבג"ץ 428/86, בשג"ץ 320/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505 (להלן: בג"ץ ברזילי), עמ' 621.

6. שם, 555.

7. ראו כתבי אפלטון, קריטון (כרך א, שוקן, תשט"ו-תשכ"ז):

...במעשה שבידך הינך אומר לנהוג בנו שלא כצדק. הלוא אנחנו הולדנוך, גידלנוך, חנכנוך... כמיטב יכולתנו... יאמרו החוקים לסוקראטס, כך לפחות סבור הוא, בבורקו עם קריטון את אפשרות בריחתו מן הכלא. ועוד לדבריו הם יאמרו: "כל אתונאי החפץ בכך, אחרי שנרשם וראה את ענייני המדינה ואותנו, את החוקים, ולא מצאנו חן בעינינו, אנחנו מרשים לו במפורש שיצא עם כל רכושו... אך כל איש מכם שיישאר... הרי הוא כבר הסכים למעשה, לדידנו, שיעשה כפקודתינו" (שם, 251).
...ועוד יאמרו: "הגד נא סוקראטס, מה יש בדעתך לעשות? כלום אינך מזמן עצמך להאביד אותנו, את החוקים, ואת המדינה כולה, במידה שהדבר בידך? או שמא סבור אתה כי יש קיום לאותה מדינה שבתוכה לא יהיה תוקף לפסקי דין, והם יבוטלו, ויושמרו בידי הדיוטות, והיא לא תיהרס?" (שם, 149).

לנו מוטבתם, ותהיה זו כפיות טובה שלא לקיימם כאשר הם אינם נראים לנו. הוא ציין כי הציות לחוק מקורו בהסכמה חברתית. יש לציית לחוק כי הסכמנו לציית לחוק. הוא הבהיר כי יש לציית לחוק, שכן רק בדרך זו אפשר לשמור על מסגרת חברתית שתבטיח את אושרו של היחיד. רק עליידי כך אפשר לקיים הגינות חברתית בין בני החברה.

(ג) שלטון החוק והמדינה

חשיבותו העיקרית של עקרון שלטון החוק (הפורמלי) היא לעניין המדינה. המדינה צריכה לפעול בגדרי החוק. המדינה הוקמה עליידי החוק. אין לה קיום בלעדיו. עליכן צריכה המדינה לפעול עליפי החוק. המדינה צריכה להיות מדינת חוק. באנגליה של המאה הי"ז התגלמה המדינה בדמות המלך. שלטון החוק מתבטא באמרתו הידועה של השופט קוק: "המלך אינו כפוף לאדם. הוא כפוף לאל ולחוק" (*Quod rex non debet svb homine, Aedsub deo et lege*).

המדינה פועלת באמצעות האורגנים הממלכתיים. כל אחד מהאורגנים השלטוניים כפוף לחוק. זהו שלטון החוק בשלטון. את ריבונות העם מסמל הנשיא. הוא עומד בראש המדינה. הוא כפוף לחוק. אמת, החוק מעניק לו חסינות. אך החוק אינו משחרר אותו מהחובה לקיים את החוק.

שלטון החוק מופנה כלפי הרשות המחוקקת. זהו – בלשונו של השופט זילברג – "שלטון החוק במחוקק"⁸. ביטוי נעלה לו ניתן באגדה התלמודית בדבר תנורו של עכנאי. אלוהים עצמו – אשר נתן את התורה – כפוף לפירוש שניתן לה בידי אדם: "לא בשמים היא. שכבר ניתנה תורה מהרסיני, אין אנו משגיחין בבת קול. שכבר כתבת בהרסיני בתורה: 'אחרי רבים להטות'". והתלמוד מוסיף: "מצאו ר' נתן לאלהיו. אמר לו: מה עשה הקב"ה אותה שעה? אמר לו: קא חיך ואמר: 'ניצחוני בני, ניצחוני בני'". מעקרון שלטון החוק נובע כי החוקים של המחוקק הרגיל חייבים להתאים לחוקה: "כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב 'שלטון החוק' שמירה על שלטונה של החוקה"⁹. זהו שלטון החוקה במחוקק. גם בהיעדר מגבלות חוקתיות, חייב המחוקק לכבד את חוקיו. אמת, המחוקק יוצר את החוק והוא רשאי לשנותו. כל עוד לא שונה החוק, כפוף המחוקק לפרי יצירתו: "...מלך שלקח חצר או שדה של אחר מבני המדינה שלא כדין שחקה, הרי זה גולן"¹⁰. הוא גם כפוף לתקנון שקבע. כאשר הכנסת פועלת כמחוקק-משנה, עליה לכבד את המגבלות שהטילה על עצמה בחקיקה הראשית. כאשר הכנסת מקבלת החלטות שאינן חוקים או תקנות, עליה להבטיח כי החלטות אלה אינן נוגדות את חוקיה-שלה. כמו-כן כאשר ניתן פסק-דין בעניינה של הכנסת, עליה לכבדו. ואומר הנשיא (לשעבר) שמגר:

8. משה זילברג, כך דרכו של תלמוד (בית ההוצאה של הסתדרות הסטודנטים של האוניברסיטה העברית, תשכ"ב), 70.
9. ע"א 6821/93, דע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי), עמ' 420.
10. רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה ה, יג.

משניתן פסק־דין חובה לקיימו כלשונו וכרוחו. החובה עולה מן הדין, והיא ביטוי להכרח להסדיר חייה של חברה לפי נורמות בסיסיות המאפשרות קיומה של מסגרת מאורגנת בה שולט שלטון החוק... לא מעמדו של בית המשפט עומד כאן למבחן אלא כבודו של הכנסת. אין להעלות על הדעת, שהתחייבות של יושב־ראש הכנסת בפני בית המשפט, אשר לה ניתן תוקף של פסק דין, לא תכובד או תיכפף למהלכים טאקטיים. מעמדו של בית המחוקקים עלול להיפגע, אם תפתח הסברה המוטעית, כי חובתו לקיים פסק דין שונה מזו של כל רשות או פרט אחרים במדינה.¹¹

שלטון החוק במובנו הפורמלי מופנה כלפי הרשות השופטת. זהו שלטון החוק בשופט. "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".¹² מרותו של הדין שולטת בשופט. כמו לכל אדם, גם לשופט אסור להפר את החוק. על־כן כבול השופט, בפרשנותו, לכללי הפרשנות. "הכוח לפרש חוקים" – כותב השופט אגרנט – "...הנתון בידי השופט, הוא כוח מוגבל ומצומצם, וקיימים גבולות ותחומים, אשר אסור לו לעבור עליהם".¹³ על השופט לפעול באובייקטיביות. לא את ערכיו הסובייקטיביים ולא את שיקוליו האישיים עליו לשקף, אלא את המובן האובייקטיבי של המשפט. בצדק ציין השופט זילברג:¹⁴ "ואם השופט יורשה לבכר את 'הרצוי' הפרטי שלו על פני 'הרצוי' של המחוקק, אז יקיץ הקץ על נייטרליותם, העדר פנייתם ועלימפלגתיותם של שופטי המדינה. הדין יהפך אז ל'פונקציה' של הדיין... קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק". מצווה זו מופנית כלפי כל השופטים, לרבות שופטים של ערכאות השיפוט העליונות. כולנו מרגישים את כבילותנו לחוק. בכך יובטח אמון הציבור בשפיטה. בלא אמון זה אין לקיים שפיטה ראויה ואין לקיים את שלטון החוק. אכן, בית המשפט אינו יכול לפעול בלא אמון הציבור. אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור בו. דנתי בכך באחת הפרשיות, בצייני:

תנאי חיוני לקיומה של רשות שופטת עצמאית, בלתי תלויה, הוא באמון הציבור. זהו אמון הציבור בכך, כי הרשות השופטת עושה צדק על פי הדין. זהו אמון הציבור, כי השפיטה נעשית באופן הוגן, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה. זהו אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה. בלא אמון הציבור לא תוכל הרשות השופטת לפעול... אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם

11. בג"ץ 5711/91 פורז ואח' נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד מו (1) 299, עמ' 308.

12. סעיף 2 לחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78.

13. ע"א 150/50 קאופמן ואח' נ' מרגינס, פ"ד ו 1005, עמ' 1033.

14. ד"נ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טו 2467, עמ' 2471.

מנכסיה היקרים ביותר של האומה. ידועה אימרתו של דה־בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה... הצורך באמון הציבור אין פירושו הצורך בפופולאריות. הצורך להבטיח אמון פירושו הצורך לקיים את תחושת הציבור, כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, אובייקטיבי, ניטראלי, ללא נטייה. לא זהותם של הטוענים אלא משקלם של הטענות הוא שמכריע את הדין. משמעותה ההכרה, כי השופט אינו צד למאבק המשפטי, וכי לא על כוחו שלו הוא נאבק, אלא על שלטונו של החוק.¹⁵

לשם ביצוע תפקידו זה ניתנת לשופט עצמאות ואי־תלות. זו אי־תלות אישית. זו עצמאות מוסדית. אכן, אם אנו מבקשים לקיים שפיטה עצמאית ובלתי־תלויה, אשר תוכל להגשים את עקרון שלטון החוק (הפורמלי), יש להבטיח עצמאות אישית לשופט ועצמאות מוסדית לשפיטה. העצמאות האישית מובטחת בישראל. חוק־יסודי: השפיטה, קובע, כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, וזלת מרותו של הדין" (סעיף 2). העצמאות המוסדית של השפיטה כארגון אינה קיימת בישראל. מערכת בתי־המשפט הם "יחידת־סמך" של משרד־המשפטים. הם חלק מהרשות המבצעת. זהו פגם המור במשפטנו החוקתי. כשם שמובטחת העצמאות המוסדית של מבקר המדינה, יש להבטיח את העצמאות המוסדית של בתי־המשפט. שלטון החוק מחייב, כי בצד אי־תלות האישית של השופט היחיד תהיה אי־תלות מוסדית של השפיטה כארגון.

(ד) שלטון החוק והרשות המבצעת

עיקר חשיבותו של עקרון שלטון החוק (הפורמלי) הוא בתחולתו על הרשות המבצעת. זהו העיקרון של חוקיות השלטון או חוקיות המינהל. אין לרשות מבצעת כוחות, אלא ככל שאלה הוענקו לה בחוק: "במדינה בה שולט החוק... החוק הוא שיקבע דרכי התנהגותו של השלטון, החוק ולא הסכם קואליציוני זה או אחר"¹⁶ – החוק ולא הכוח. על הרשות המבצעת לפעול בגדרי החוקים שהקימו אותה ונפחו בה רוה־חיים. בכך מתבטא ההבדל בין הפרט לשלטון. לפרט מוענקת החירות, אלא־אם־כן זו נשללה כדין ממנו. לשלטון אין כוח, אלא אם הוענק לו כדין. מכאן חובת הרשות המבצעת לקיים את החוק: "ליחידה אין זכויות, כוחות או חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יותר זכויות, כוחות או חסינויות מאשר לכל אדם אחר במדינה."¹⁷ מפורסמים דבריו הבאים של פרופ' דייסי, אביו הרוחני של עקרון שלטון החוק באנגליה:

15. בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ (4) 141, עמ' 148.

16. השופט מ' חשין בבג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז (5) 485, עמ' 512.

17. בג"ץ כרוזילי (לעיל, הערה 5), 621.

With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen.¹⁸

כל איש שלטון חייב לכבד את החוק, חובה זו חלה בימי רגיעה ותופסת גם בימי חירום. "כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים, יש לשמור על שלטון החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה".¹⁹ אכן, אין ביטחון בלא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. שירותי הביטחון הם יצירי החוק. עליהם לכבד את החוק. שיקולי ביטחון עשויים לעתים להשפיע על קביעת תוכנו של החוק. אך משנקבע תוכן זה, מחייב שלטון החוק (הפורמלי) לקיים את החוק, בלא ששיקולי ביטחון יהיו צידוק להפרתו. עמד על כך השופט ח' כהן, בציניו:

במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע המסוכן והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד... הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא אשר מסמיכה את מוסמכיה, אם רצונה בכך, לעשות לאיש כדרכיו וכפרי מעלליו. בהעדר הסמכה כזאת מאת המחוקק, לא ההגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא - מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושליטת זכות הזולת.²⁰

אכן, השלטון כפוף לחוק. אין איש או גוף שלטוני שהוא מעל לחוק.²¹ "ינאי המלך" - אמר שמעון בן שטח - "עמוד על רגליך ויעידו בך. ולא לפנינו אתה עומד, אלא לפני מי שאמר והיה עולם אתה עומד".²² הרשות המבצעת על כל שלוהותיה כפופה לחוק. כל איש ציבור - בין בשלטון המרכזי בין בשלטון המקומי - צריך להבין ולדעת, כי החוק חל עליו כמו על כל אדם אחר. הכוח השלטוני אינו היתר להפר את החוק. "הפרת החוק אסורה היא על כל אדם. על אחת כמה וכמה שאסורה היא על איש הציבור, אשר אמור לשמש דוגמה לציבור כולו. הפרת חוק על-ידי איש הציבור פוגעת באמון הציבור ברשויות הציבור".²³

18. ראו: Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., 1953), 193.

19. ראו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מה (1) 467, עמ' 470.

20. ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, עמ' 379.

21. ראו בג"ץ 1843/93 פנחסני נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד מט (1) 661.

22. סנהדרין יט, ע"א.

23. בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט (5) 245, עמ' 254.

עסק בכך השופט אולשן בפסק־דין שניתן בשנה הראשונה לקיומה של המדינה, בעוד מלחמת־העצמאות במלוא עוזה:

השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים עליידי המחוקק על דרך השימוש בכוח זה.²⁴

ובפרשה אחרת, שנפסקה לפני שלושים וחמש שנים, כותב הנשיא אולשן:

...החוק קיים לא לאזרח בלבד. הוא קיים גם בשביל השלטונות. יתירה מזאת, כל שלטון שמחובתו לעמוד על מילוי החוק על ידי האזרח, צריך קודם כל לשמש דוגמה למילוי החוק על ידי עצמו. החוק נוצר על ידי המחוקק כדי שלפיו תנהג המדינה ואין השלטון יכול לדרוש לעצמו מעמד מיוחד כאילו הוא הינו מעל החוק. זהו אחד העקרונות היסודיים של "שלטון החוק".²⁵

(ה) שלטון החוק ואכיפת החוק

שלטון החוק, במובנו הפורמלי, משמעותו השלטת החוק. שלטון החוק (הפורמלי) יישאר אות מתה אם לא תיקבענה נורמות מוסדיות, אשר תפקידן לדאוג להגשמת העיקרון. דן בכך הנשיא שמגר, בצינינו:

שלטון החוק אינו נוצר יש מאין ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויום־יומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא, בהגשמת חירויות היסוד, בהקפדה על השיוויון וביצירת אווירה כללית של אמון ובטחון.²⁶

מכאן, ששלטון החוק מחייב הסדרי אכיפה, הסדרים אלה צריכים לכלול שלושה עניינים: ראשית, סנקציות על הפרת העקרונות של שלטון החוק; שנית, מוסדות עצמאיים לקביעת קיומה של הפרה והטלת הסנקציה; שלישית, ביצוע הסנקציה הלכה למעשה.

24. בג"ץ 7/48 אל־כרבוטלי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ב 5, עמ' 15.

25. ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193 (להלן: ע"א האז), עמ' 2200.

26. בג"ץ ברזילי (לעיל, הערה 5), 554.

שלטון החוק מחייב, כי פעולה (פיזית או נורמטיבית) הנוגדת את שלטון החוק (הפורמלי) תגרור אחריה תוצאות, שהן שליליות מבחינתו של הפועל. הפרתו של עקרון שלטון החוק שלא תגרור אחריה סנקציה, סופה הוא סופו של שלטון החוק. שלטון החוק מחייב השלטת החוק. מכאן מתבקשת המסקנה, כי חוק הנוגד את החוקה הוא בלתי-חוקתי (unconstitutional) ואפשר להכריז על בטלותו. אכן, "כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב 'שלטון החוק' שמירה על שלטונה של החוקה".²⁷ בישראל, חוקתנו היא חוקי-היסוד, המצויים ברמה העליונה ביותר במדרג הנורמטיבי. הם מעל לחוקים הרגילים: "כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק יסוד".²⁸ כאשר בית-המשפט מכריז על חוק, הסותר חוקי-יסוד, כבטל, הוא מגשים את חוקי-היסוד. כנסת המחוקקת חוק רגיל, העומד בסתירה לחוקי-יסוד, מפירה את הוראות החוקה שלה. ההכרזה על בטלות החוק מתקנת הפרה זו. היא מונעת מצב שבו יהיה גוף כלשהו – לרבות המחוקק הרגיל – מעל לחוק. הכרזה על בטלותו של חוק הנוגד חוקי-יסוד מתבקשת מעקרון שלטון החוק במחוקק. גישה דומה יש לנקוט לעניין בטלותה של תקנה הסותרת חוק רגיל. הסנקציה על הפרת החוק אינה רק בהכרזה על בטלות הפעולה המפירה. הסנקציה יכולה להיות פלילית. לעתים הסנקציה היא אזרחית. כך, למשל, נפסק בארצות-הברית, כי איש-שלטון המבצע חיפוש הנוגד את הוראות החוקה חייב בתשלום פיצויים לנפגע. בישראל, המפר חובה חקוקה המוטלת עליו מבצע למעשה נזיקין.

הפעלת הסנקציה – המתבקשת מעקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי – תהיה יעילה רק אם תבוא מגופים וממוסדות הנהגים מעצמאות ומאי-תלות. אם מפר החוק שולט על אוקף החוק, נפגם שלטון החוק. מכאן הדרישה – שהיא תנאי חיוני לשלטון החוק – לעצמאות השפיטה. עצמאות זו היא כפולה: עצמאותו ואי-תלותו של השופט היחיד בהכרעתו השיפוטית ועצמאותה של השפיטה כרשות שלטונית. העצמאות האישית מובטחת בישראל: "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". העצמאות של הרשות השופטת בישראל חסרה. הערכאות השיפוטיות הן חלק מהרשות המבצעת ונשלטות על-ידה. זהו פגם חמור במשפטנו החוקתי והפרה קשה של עקרון שלטון החוק.

הגופים העיקריים המופקדים על אכיפת החוק הם המשטרה והפרקליטות. השלטה ראויה של שלטון החוק מחייבת משטרה ותביעה, הפועלות באופן אובייקטיבי. אין מרות על שוטרי, זולת מרותו של הדין. המשטרה אינה גוף פוליטי, אלא גוף אזרחי. אין היא משטרה של הממשלה. היא משטרה של המדינה. עליה לפעול ביעילות ובהגינות. חובתה אינה לחפש חומר מרשיע, חובתה לחפש את האמת. התביעה הכללית – ובראשה היועץ המשפטי לממשלה – היא זרוע עיקרית להשלטת החוק. אף עליה לפעול באובייקטיביות ומתוך עצמאות מחשבתית. מכאן תפיסתנו, כי היועץ המשפטי לממשלה אינו איש פוליטי. הוא עובד-ציבור. הוא אינו כפוף לרשויות הפוליטיות, הגם שהוא מתמנה על-ידן. על עצמאותו זו יש לשמור.

27. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 9), 420.

28. שם, שם.

אכיפת החוק מחייבת ביצוע הסנקציה הלכה למעשה. היא מחייבת אפוא בית-משפט, אשר לו הסמכות לדון בהפרת החוק. עליכן כל ניסיון לצמצם את סמכותם של בתי-המשפט – אם בדרך החקיקה אם בדרך הריסון השיפוטי העצמאי – פוגע בשלטון החוק: "בהעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק... קיום אפקטיבי של משפט מחייב קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית".²⁹ מכאן הביקורת השיפוטית על חוקיות החוק, מכאן הביקורת השיפוטית, ולו החלקית, על חוקיותן של החלטות הכנסת. מכאן הביקורת השיפוטית על חוקיות המינהל. זאת ועוד: לא די בקיומו של מוסד שיפוטי בעל סמכות, אם הוא נועל דלתותיו בפני המבקשים לבוא אליו ולהלין על הפרת החוק. מכאן הגישה, כי יש לאפשר לאדם לפנות לבית-המשפט הגבוה לצדק ולבקש את התערבותו, גם אם לא נפגע אינטרס אישי משלו וכל טענתו היא לפגיעה חמורה בשלטון החוק: "במקום שאין בית המשפט מתערב, נפגם עקרון שלטון החוק. שלטון היודע מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו".³⁰ אכן, תפקידו של בית-המשפט הוא לדאוג להגשמתו של עקרון שלטון החוק הלכה למעשה. בעילת דלתו של בית-המשפט בפני עותר חסר אינטרס אישי המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין פוגעת בהשלטת החוק. באין דיין אין דין. יכולת הפנייה לבית-המשפט היא אבן-פינה של שלטון החוק. אכן, "לשם הבטחת תפקידו של בית המשפט כמבטיח שלטון החוק בשלטון, עליו לנקוט גישה 'גדיבה', לא פורמאליסטית, ולא פדאנטית".³¹

ביסוד אכיפת החוק, ומכאן גם ביסוד שלטון החוק, מונח העיקרון כי האכיפה של החוק – יהיה תוכנו אשר יהיה – תהיה שוויונית. זהו חלק אינטגרלי של שלטון החוק הפורמלי, אם כי הוא מתבקש גם מההיבטים הרחבים יותר של שלטון החוק (היוריספרודנטלי והמהותי). עסק בכך הנשיא שמגר בציינו:

ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבודן על ידי הפעלתן הלכה למעשה, באופן שווה וללא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של חוק המעניק זכויות הם בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו, אלא בכך שהאות הכתובה בו היא בגדר המוחשי והמצוי, שהוא מופעל לפי אמות מידה של שיוויון בין שווים, שאין סוטים ממנו בעטיים של טעמים פסולים... שבמקרה של פגיעה בזכויות יזכה כל נפגע ליחס שווה ולטיפול זהה (ההדגשה במקור).³²

29. בג"ץ 294/89 המוסר לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970 ואח', פ"ד מה (5) 445, עמ' 450.
30. בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429, עמ' 441.
31. בג"ץ 2148/94 גלברט ואח' נ' נשיא בית-המשפט העליון ויושב ראש ועדת החקירה לבדיקת ארועי הטבח ואח', פ"ד מח (3) 573, עמ' 603.
32. ע"ב 2/84 ואח' ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (להלין: ע"ב ניימן), עמ' 262.

אכן, אפליה באכיפת החוק היא הרס שלטון החוק.³³ על-כן חובתם הראשונית של השלטונות היא לאכוף את החוק באופן שוויוני, תוך יחס שווה לשווים, ויחס שונה לשונים:

אין שלטון החוק קיים, אם מפלים בין שווים... כאשר חוקרים את האחד ולא את השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר גותנים חנינה לאחד ולא לשווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר מעניקים לאחד את מלוא האפשרות להגן על עצמו ולמסור את גירסתו ושוללים זאת מהאחר השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק.³⁴

בצדק ציין השופט מישאל חשין, כי "עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפליה, בהתאם לכללים ידועים וקבועים מראש, ללא שרירות וללא מקריות".³⁵

3. ההיבט היוריספרודנטלי

(א) כללי

שלטון החוק במובנו הפורמלי הוא תנאי הכרחי להבנתו של מושג שלטון החוק. אין הוא תנאי מספיק. סול חוק הקובע כי תקנות עליפיו תקפות אף אם לא פורסמו. סול חוק הקובע כי מעשה שנעשה בעבר, ובעת עשייתו היה חוקי, הופך למפרע לעבירה פלילית; סול חוק הקובע כי תחום חיים שלם יוסדר עליפי ההחלטות האינדיבידואליות של איש-השלטון; סול חוק הקובע איסור או היתר, והוא אינו ניתן להבנה; סול שיטת-משפט שחוקיה סותרים בלא הפסק ומשתנים בלא הרף. בכל המקרים הללו הגשמת אותו חוק עשויה לעלות בקנה אחד עם שלטון החוק הפורמלי. אך האם באותה שיטת-משפט, שבה נוהגים חוקים שכאלה, שולט עקרון שלטון החוק? הדעה המקובלת היא להשיב על שאלה זו בשלילה. פילוסופים של המשפט - ובהם רולס (Rawls),³⁶ פולר (Fuller)³⁷ ורוז (Raz)³⁸ - הדגישו כי לעקרון שלטון החוק מובן יוריספרודנטלי. פרופ' פולר מכנה זאת כ"מוסריות הפנימית של החוק" (ה-internal morality of law). אלה הן דרישות-מינימום

33. ראו בג"ץ 953/87 ואח' פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2) 309 (להלן: בג"ץ פורז), עמ' 332.

34. בג"ץ ברזילי (לעיל, הצעה 5), 622.

35. ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (1) 441, עמ' 456.

36. ראו: John Rawls, *A Theory of Justice* (Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971), 235.

37. ראו: Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Rev. ed., Yale University Press, New Haven and London, 1969), 33.

38. ראו: Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", 93 *Law Q. Rev.* (1977) 195.

אשר בלעדיהן אין שיטת-משפט. אלה תנאים חיוניים לשלטון המשפט ולא לשלטון האדם. אלה היבטים הכרחיים להבטחת מה שרולס מכנה "צדק פורמלי" (formal justice). אכן, ביסוד היבט יוריספרודנטלי זה עומדת השאלה, מה עושה מסגרת חברתית לשיטת-משפט? במה שונה שיטת-משפט מכנופיה הנשלטת על-ידי מנהיג שהכול עושים על-פי הוראותיו? למותר לומר, כי אין הסכמה בין הוגי-הדעות באשר לתשובות לשאלות אלה. מעניינת רשימתו של פרופ' פולר. זו הרשימה: על החוק להיות כללי, ידוע ומפורסם; על החוק להיות ברור וניתן להבנה; על החוק להיות יציב; הייב להיות איסור על חקיקה למפרע; על החוקים לא לסתור זה את זה; אל-לו לחוק לדרוש ביצוע מעשים שאין אפשרות פיזית לבצעם; צריכה להתקיים מערכת-אכיפה ראויה של הורעות השלטוניות האחראיות לכך. רשימתו של רולס אינה קצרה יותר. הוא דורש, ראשית, כי האיסור שהחוק מטיל יהיה ניתן לביצוע, תוך שהוא פרי פעולתן של רשויות מחוקקות, מבצעות ושופטות, הפועלות בתום-לב והנתפסות כך על-ידי האזרחים. שנית, הגשמתו של עקרון השוויון. רק אם מקרים דומים יקבלו פתרון דומה, יוכל האדם לכלכל את צעדיו בגדרי החברה. שלישיית, אין עבירה בלא חוק. החוק צריך להיות ידוע ופומבי; חל איסור על רטרואקטיביות החקיקה; החוק צריך להיות ברור וניתן להבנה. רביעית, יש לקיים את כללי הצדק הטבעי. רשימתו של רו קצרה: החוקים צריכים להיות פרוספקטיביים, פומביים, ברורים ובעלי יציבות יחסית; יש לקיים רשות שופטת עצמאית; יש לקיים את כללי הצדק הטבעי; לבית-המשפט צריך שתהיה סמכות מפקחת ויש לאפשר נגישות קלה לבית-המשפט. פרופ' רובינשטיין שלנו, בספרו על המשפט החוקתי מציין "שלושה עקרונות שימושיים, שהם חלק בלתי-מעורער משלטון החוק: שוויון הכול בפני החוק; וראות החוק... פומביות החוק."³⁹ על חלקם של עניינים אלה - כגון השוויון בפני החוק, אכיפת החוק, עצמאות הרשות השופטת, סמכות מפקחת לשפיטה ונגישות לבית-המשפט - דנתי בניתוח שלטון החוק הפורמלי. אכן, כפי שציינתי, הגבולות בין המובנים השונים של שלטון החוק משושטשים, ועניינים מסוימים אפשר לסווג לכאן או לכאן. אזכיר אפוא כמה עניינים נוספים, הנתפסים כחלק אינטגרלי של שלטון החוק במובנו היוריספרודנטלי:

(ב) פומביות החוק וודאותו

ראשית, פומביות החוק. שלטון החוק מחייב פרסום החוק בטרם ייכנס לתוקפו. על האדם - אשר נחשב כיודע את הדין - להיות מסוגל לדעתו ולכוון את התנהגותו על-פיו: "אין לדרוש מאדם לציית לחוק אם החוק הוא נסתר."⁴⁰ בצדק ציין השופט ח' כהן, כי

חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנוי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק.⁴¹

39. ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 2), 245.

40. ראו בג"ץ 4950/90, בשג"ץ 1644/91 פרנס ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (3) 36, עמ'

42.

41. ע"א האז (לעיל, הערה 25), 2205.

וברוח דומה ציין השופט מישאל חשין:

עקרון פירסומה של חקיקה מוצא את מקומו בתשתית התשתיות של שלטון החוק... חוק... אמור... על פי הגדרתו להינתן ולהיוודע מראש. ואין נתינה והתוודעות מראש לחוק המיועד לרבים אלא אם פורסם החוק לרבים. כך מוזהר אדם מראש על גורמות התנהגות האמורות לחייב אותו, וכך יוכל הוא לכוון דרכו על פי אותן גורמות שנקבעו והובאו לידיעתו מראש.⁴²

חקיקת־סתר פוגעת באושיות שלטון החוק.

(ג) ודאות החוק

שנית, ודאות החוק. על החוק להיות ברור וקריא. אדם צריך להבין מקריאת החוק – ולו בעזרה מקצועית – את שאסור לו ומותר לו. חוק אינו חידה. אכן, יש לנסח את החוק כך, שמי שמעיין בו ידע מה מותר לו ומה אסור לעשות. אין זה מתיישב עם שלטון החוק לקבוע כעבירה – כפי שהדבר נקבע אצלנו בחוק העונשין (סעיף 198) – לעשות "מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית". הוראה כזו אינה ודאית ואינה ברורה. שלטון החוק (בהיבטו היוריספרודנטלי) מחייב את שלילתה. מכאן גם איסור הרטרואקטיביות, או הרטרואקטיביות, בעיקר בתחום הפלילי. לבסוף, החוק צריך להיות יציב. אין להכניס בו שינויים חדשים לבקרים. שלטון החוק מחייב יציבות מסוימת במערך החקיקה. רק כך אפשר לקיים סדרי תברה תקינים. לבסוף, יש להימנע מחקיקה סותרת, שכן כיצד יוכל האדם לכלכל את צעדיו? כמובן, הדישה לוודאות החוק היא יחסית בלבד. כל טקסט מחייב פרשנות. טקסט הוא ברור רק לאחר שפורש. לעתים מעשה הפרשנות הוא פשוט ולעתים הוא סבוך. הודאות מחייבת כי החוק יהיה ברור לאחר פרשנותו.

2. שלטון החוק ושיקול־דעת שלטוני

על רקע זה מתעוררת השאלה, אם שלטון החוק במובנו היוריספרודנטלי שולל שיקול־דעת שלטוני? המושג של שלטון החוק בא לעתים קרובות כניגוד לשלטון האדם. תפיסה זו מעוגנת בכתביו של לוק (Locke).⁴³ היא השפיעה על תפיסתם החוקתית של האנגלים. בתפיסה האנגלית של שלטון החוק אנו מדברים על The Rule of Law, not the Rule of Men. גם בישראל ניתן ביטוי להשקפה זו. כתב השופט שמגר:

ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאוייהם הבלתי מוגבלים –

⁴² רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין ואח', פ"ד מת (3) 485 (להלן: רע"פ קליין), עמ' 515.

⁴³ ראו: John Locke, *Two Treatises of Government* (Peter Laslette - ed., Cambridge University Press, 1988), Second Treatise, para. 136.

אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה.⁴⁴

וברוח דומה ציין השופט מישאל חשין:

פינו מלא שבה לעקרון שלטון החוק, ובהללנו אותו מבקשים אנו להעמיד את שלטון החוק כנגד שלטון האדם. החוק ישלוט בנו – החוק ולא האדם... שלטון האדם: שרירותי לגופו ושרירותי במועדו... כך הוא שלטון האדם – ומנגד יעמוד שלטון החוק. גם חוק הוא יציר רוחו של האדם, אך באשר הוא חוק – להבדילו מאדם – אמור הוא על-פי הגדרתו להינתן ולהיוודע מראש.⁴⁵

מכאן ההשקפה – אשר בוטאה על-ידי השופט אולשן לפני למעלה מארבעים-וחמש שנים – שלפיה:

לפי העקרון של "שלטון החוק" שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים בהם יש להעניק או לטרב רשיונות, באופן שלרשות המבצעת יישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל. לפי זה צריכה מלאכת החקיקה להעשות כך שהאזרח יוכל לסצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר, ושלא יהיה תלוי בנדון זה בשיקול דעתו של השלטון המבצע.⁴⁶

אכן, השאיפה צריכה להיות שהסדר הנורמטיבי יעלה מלשון החוק. הביטחון, הוודאות והכלליות נפגעים אם הסדר הנורמטיבי נגזר מהפעלת שיקול-דעת מינהלי ולא מהוראת החוק. אך במדינת-הסעד המודרנית אין כל אפשרות להגשים שאיפה זו. המחוקק הראשי אינו יכול לקבוע את כל ההסדרים הנורמטיביים בחקיקה הראשית. הוא לא יעמוד בעומס המשימה. עם זאת, יש לשאוף להבטיח את שלטון החוק ולא את שלטון האדם. זאת אפשר לעשות על-ידי כבילת שיקול-הדעת המינהלי. עסק בכך פרופ' קלינגהופר, בציינו:

שילוב זה של גורמים ליברליים ודמוקרטיים, המאפיין את שלטון החוק, מוליך לדרישה העיקרית של שלטון החוק, והיא, שכבילת המינהל על ידי החוק תהא אינטנסיבית במידה רבה ביותר.⁴⁷

44. ע"ב ניימן (לעיל, הערה 32), 261.

45. רע"פ קליין (לעיל, הערה 42), 515.

46. כג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד 1, 696, עמ' 702.

47. יצחק ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ג), 105, עמ' 108.

זאת אפשר להשיג באימוץ שלושת ההסדרים הבאים:

ראשית, החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים, ואילו חקיקת־המשנה והאקטים האינדיבידואליים יעסקו בהסדרי ביצוע.⁴⁸ השקפה זו הועלתה על־ידי פרופ' קלינגהופר לפני ארבעים שנה במסה חשובה שפרסם על שלטון החוק וחקיקת־משנה. כותב פרופ' קלינגהופר:

יש להבחין בין המושג העיוני של חוקיות המינהל, המסתפק בכבילה פורמלית בלבד של המינהל על ידי החוק, לבין מושג הליגאליות הספציפית, הדרושה להגשמת שלטון החוק, מושג שמשמעותו כבילה מקסימלית של המינהל על ידי החוק. וכבילה מקסימלית פירושה שכל אקט מינהלי, בין אם הוא דבר חקיקת משנה ובין אם הוא אקט אינדיבידואלי, צריך להיקבע, מבחינת תכנון על כל חלקיו העיקריים, על ידי נורמה שצורתה צורה של חוק. במובן זה אפשר לומר כי במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק... שלטון החוק... אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים... כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק.⁴⁹

שנית, שיקול־הדעת המינהלי לעולם לא יהיה מוחלט. כוח נוטה להשחית. כוח מוחלט משחית לחלוטין. מכאן, ששלטון החוק מחייב גיבוש מערכת נורמטיבית אשר תרסן את שיקול־הדעת השלטוני. אכן, המלחמה בשרירות שיקול־הדעת המינהלי אינה בביטולו של שיקול־הדעת, אלא בקביעת מסגרות להפעלתו הראויה. מכאן כללי המשפט המינהלי - המהותיים והדיוניים - אשר פותחו על־ידי בית־המשפט הגבוה לצדק ואשר קובעים תורה הלכתית לשימוש בשיקול־הדעת השלטוני. על שיקול־הדעת להיות מופעל באופן שהוא מתחשב בכל הנתונים הרלבנטיים, ובהם בלבד; אסור לו שיהיה שרירותי; הוא חייב להיות מופעל בתום־לב; הוא צריך להיות מופעל בסבירות, כלומר: תוך מתן משקל ראוי לשיקולים הרלבנטיים; אסור לו שיהיה נגוע בניגוד עניינים; יש לשמוע את הצד הנפגע; יש לנמק כל החלטה ויש לקיים "בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית"⁵⁰ (ההדגשה במקור) של התשתית

48. ראו ע"א 524/88 ואח' "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח', פ"ד מה (4) 529.

49. קלינגהופר (לעיל, הערה 47), 108.

50. הנשיא שמגר בבג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29, עמ' 48.

העובדתית בטרם יופעל שיקול-הדעת. ככל שהיקף שיקול-הדעת השלטוני גובר, כן יש לשכלל כללים אלה, להרחיבם ולהוסיף עליהם. כך עשינו לאחרונה, כאשר היכרנו - בעקבות המשפט האירופי - במידתיות (הפרופורציונליות) כשיקול נוסף לצורך להדריך את המינהל.

שלישית, יש להבטיח ביקורת שיפוטית יעילה על הפעלת שיקול-הדעת המינהלי. אמת, בית-המשפט אינו צריך להחליף את שיקול-הדעת השלטוני בשיקול-דעתו שלו; בית-המשפט אינו צריך לשאול את עצמו, כיצד היה הוא מחליט בעניין אילו היה הוא בעל שיקול-הדעת השלטוני. הביקורת השיפוטית היא ביקורת של חוקיות - לא של תבונה או של יעילות. אך בגדרי ביקורת החוקיות על בית-המשפט לעמוד בנחישות על כך שהרשות המינהלית לא תחרוג ממתחם שיקול-הדעת הניתן לה. וככל שהחלטה המינהלית פוגעת קשה יותר בזכויות הפרט, כן צריכה הביקורת השיפוטית להיות נמרצת יותר. בית-המשפט צריך לראות את עצמו כמגן זכויות האדם וכשומר גבולות שיקול-הדעת המינהלי.

4. ההיבט המהותי

(א) כללי

שלטון החוק בהיבטו היוריספרודנטלי מעשיר את מושג שלטון החוק. עם זאת, אין בו - יחד עם ההיבט הפורמלי - כדי למצות את מלוא עושרו של מושג זה. אם שלטון החוק קיים אך בהיבטו הפורמלי והיוריספרודנטלי, הרי שאפשר לכלול בחובו אף את שלטון של החוק המושחת (ה-*lex corrupta*). אכן, חולשתם של ההיבטים הפורמליים והיוריספרודנטליים לשלטון החוק היא, כי בעיקרו של דבר אין הם מתעניינים בתוכנו של החוק אשר שלטון החוק מבקש להשליטו ולאכפו. מסתפקים הם בעצם קיומו של החוק ובלבד שהוא מקיים כמה דרישות יוריספרודנטליות, כמו כלליות, ודאות, יציבות, בהירות והיעדר רטרואקטיביות. אך מדוע נעלה על נס דבר חקיקה, המעניק לשלטון - בדרך פומבית, ודאית וכללית - סמכות לפגוע בזכויות אדם שלא לתכלית דאוויה ומעבר למידה הדרושה? מה תועלת יש לעודד את השלטון שלא להפלות באכיפת חוק, אשר בתוכנו הוא מפלה? הנסתפק במושג של שלטון חוק, אשר על-פי מאפייניו הפורמליים והיוריספרודנטליים עשוי להתקיים גם במדינות טוטליטריות? בצדק ציין חיים כהן כי "שלטון המשפט" - הוא שלטון החוק שלנו -

אין פירושו רק כאילו השלטונות השולטים במדינה נוהגים על-פי חוק ודין; גם ממשלות טוטליטריות נוהגות על-פי חוקי מדינותיהן, הלוא הם החוקים שהן בעצמן חוקקו למטרותיהן וכפי מתכונתן-שלהן. משל לנאצים שעלו לשלטון על-פי החוק ושפשעו את רוב פשעיהם בתוקף הסמכות חוקיות מפורשות שנטלו להם לשם כך; איש לא יאמר שבגרמניה הנאצית שרר "שלטון המשפט", ואיש לא יחלוק ששרר שם שלטון הפשע.⁵¹

51. חיים ה' כהן, המשפט (מוסד ביאליק, תשנ"ב), 143.

אכן, תהיה זו טעות לזהות את עקרון שלטון החוק עם עקרון חוקיות המינהל, בתוספת הדרישות היוריספרודנטליות. דן בכך פרופ' זמיר, בצינו:

במדינה דמוקרטית, עקרון חוקיות המינהל הינו עקרון הכרחי, אך אינו עקרון מספיק. ראשית, אין הוא מבחין בין מדינה דמוקרטית לבין מדינה אחרת. גם מדינת משטרה, תחת שלטון הצבא, המפלגה או הדת, מבקשת לקיים את עקרון חוקיות המינהל. ההבדל בין מדינה דמוקרטית לבין מדינת משטרה נעוץ, לא בחובה לפעול בהתאם לחוק, אלא בעיקר בתוכן החוק. שנית, עקרון חוקיות המינהל אינו מספיק כדי להבטיח שהמדינה הדמוקרטית תקיים את תכליתה. התכלית העיקרית של המדינה הדמוקרטית היא לשרת את האדם. תכלית זאת תלויה, קודם כל, בתוכן החוקים, ולא בציות לחוקים. הציות לחוקים מבטיח סדר ויציבות אך לא חירות או רווחה. ביצוע נאמן של חוקי עוול אינו משרת את כבוד האדם, אלא, להיפך, עלול לדכא את האדם. רק ביצוע נאמן של חוקים שנועדו לשרת את האדם מקדש את תכלית הדמוקרטיה.⁵²

הנה כי כן, אין להסתפק במה שפרופ' דבורקין מכנה ה-"rule-book conception" של שלטון החוק.⁵³ שלטון החוק אינו רק חוקיות השלטון. יש להרחיב את שלטון החוק לעבר ההיבט התוכני, שפרופ' דבורקין מכנה ה-"right conception"⁵⁴ של שלטון החוק. זו גם הגישה המקובלת כיום בקהילה המשפטית הבינלאומית.

(ב) איזון ראוי בין כלל ופרט

על שאלה זו אין הסכמה. פרופ' דבורקין מצביע על הכרה בזכויות האדם - בין ביחסיהם ההדדיים בין ביחסיהם כלפי השלטון - ביסוד ההיבט המהותי של שלטון החוק. חיים כהן ראה בהכרה בזכויות האדם אך היבט של השאיפה להגשמת הצדק: "אין שלטון המשפט בא אלא להשיב את הצדק על כנו."⁵⁵ לכל אלה אני מסכים. עם זאת, מן הראוי להרחיב את נקודת-המבט ולהעניק לה עומק נוסף. נקודת-המוצא לתפיסה מהותית זו של שלטון החוק היא המשטר הדמוקרטי. אין לדבר על שלטון החוק במדינה טוטליטרית או אוטוקרטית. המאפיינים משטר דמוקרטי הם שני אלה: ראשית, זהו משטר המבוסס על שלטון ייצוגי, הפועל על-פי דעת הרוב. זהו ההיבט הפורמלי של הדמוקרטיה. שנית, זהו משטר המקיים זכויות אדם והרואה במסגרת המדינית אמצעי להגן על זכויות האדם. זהו ההיבט המהותי

52. יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 59.

53. ראוי: Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985), 11.

54. שם, שם.

55. כהן (לעיל, הערה 51), 144.

של הדמוקרטיה. שלטון החוק המהותי הוא שלטונו של אותו חוק, המתקבל על-פי כללי הדמוקרטיה הפורמלית (עקרון הרוב) והממלא את דרישותיה של הדמוקרטיה המהותית (הגנה על זכויות אדם). על-כן מדינה שבה החוקים אינם מתקבלים על-פי עקרון הרוב אינה מדינה שבה שולט עקרון שלטון החוק. שולט בה האדם או הגוף שמקבל את החוקים. כמו-כן במדינה שבה החוקים מתקבלים על-פי עקרון הרוב, אך החוקים פוגעים בזכויות אדם, לא שולט עקרון שלטון החוק. אכן, מדינה השוללת זכויות אדם אינה מדינה שבה שולט עקרון שלטון החוק. כאשר הרוב נוטל מהמיעוט זכויות יסוד של אדם, נגדע שלטון החוק. שלטון החוק הוא אפוא שלטונו של החוק הצודק והראוי. שלטון החוק אינו רק סדר ציבורי, אלא גם צדק חברתי המבוסס על סדר חברתי. אכן, אין כל אפשרות להפריד בין משמעותו הפורמלית ובין משמעותו המהותית של שלטון החוק. השניים קשורים זה בזה בקשר הכרחי. החוק קיים כדי להבטיח חיי הברה תקינים. בלא חוק אין חיי הברה אפשריים. אך חיי החברה אינם מטרה בפני עצמה. הם נועדו לאפשר ליחיד לפתח את עצמו. החברה אינה קיימת למען עצמה, אלא למען יחידיה. מכאן הקשר האמיץ בין שני היבטיו של שלטון החוק. במדינה טוטליטרית אין שלטון חוק גם אם מקיימים ומשליטים בה את החוק, שכן החוק שמקיימים ומשליטים עומד בסתירה לעקרון שלטון החוק. אפשר לומר אפוא, כי עקרון שלטון החוק בנוי על-פי מבנה תלת-קומתי: המסד שלו הוא שלטון החוק במשמעותו המהותית, המבוסס על זכויות הפרט ועל קיומו של הפרט כחלק מקיבוץ חברתי - המכונה "מדינה" - הפועלת באופן דמוקרטי והמבטאת את רצונה בהחלטת רוב. הקומה השנייה היא הקומה היוריספרודנטלית. רק חוק המקיים דרישות אלה מקיים את עקרון שלטון החוק. הטפות הן שלטון החוק במשמעותו הפורמלית. החוק הצודק והראוי, העולה מבית היוצר המהותי והעובר את הקומה היוריספרודנטלית, נהנה משלטון פורמלי, המחייב את הכול בכיבודו. השמטת את המסד, אין עוד קיום לטפחות. חושש אני, כי הדגשת-היתר שאנו מרגישים את שלטון החוק במובן של השלטת החוק וכיבודו מטשטש את הנחות-היסוד שעליהן בנוי החוק ושלטונו. הנחות אלה הן משטר דמוקרטי, אשר מעצם מהותו מעמיד במרכזו את האדם ואת המסגרת החברתית - המדינה - שבה היחיד מגשים את עצמו, כאשר המדינה פועלת באמצעות משטר של נציגים המבוסס על הכרעת הרוב. אעמוד עתה על כמה מרכיבים של שלטון החוק המהותי.

(ג) שלטון החוק המהותי וזכויות האדם

ביסוד תפיסתו של שלטון החוק המהותי עומד האדם. כבוד האדם הוא ערך יסודי לכל חברה. כבוד האדם נגזר מהמסורת שלנו, שעל-פיה נברא האדם בצלם אלוהים: "חביב אדם שנברא בצלם, חיבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם". כבוד האדם הוא כבודו של כל אדם. על-כן גם כבוד האדם של האסיר והעציר צריך להישמר. כה יקר לנו ערך זה, עד כי מוכנים אנו לעתים להקריב על מזבחו ערך חשוב אחר - האמת. על-כן איננו מרשים שימוש באלימות כדי לשכנע נחקרים לומר את האמת. מכבוד האדם מתבקש עקרון השוויון. הכול שווים בפני החוק: "כל בני האדם נולדים חופשיים ושווים בכבוד וזכויות" - מכריזה הצהרת האומות המאוחדות בדבר זכויות האדם. הכרות העצמאות שלנו קובעת, כי מדינת ישראל

תקיים שיוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין.

אכן, השוויון הוא ערך עליון בישראל. עסקתי בכך באחת הפרשות, בציני:

השיוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביודעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שיוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הוולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שיוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השיוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השיוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם.⁵⁶

חירות הביטוי הוא ערך נוסף היקר למשטרנו: באמצעותה נחשפת האמת ובעזרתה האדם מגשים את עצמו. עליפיו מתבסס המשטר הדמוקרטי. אכן, החלפה חופשית ולא מוכתבת מהשלטון של מידע, דעות והשקפות, תוך ניסיון לשכנוע הדדי, הוא תנאי חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי, המבוסס על שלטונו של העם, עליידי העם ולמען העם. רק בדרך זו אפשר להבטיח, כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטות בעניין משטר ושלטון. זרימה חופשית זו של דעות מאפשרת שינוי סדיר במבנה הכוחות המקיים את השלטון. בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה. עסקתי בכמה עקרונות יסוד של זכויות אדם. רשימה זו אינה מקיפה. יש להוסיף עליה עקרונות נוספים, כמו חופש התנועה, חופש המצפון והדת, חופש ההתארגנות, חופש הקניין וכיוצא בהם. עיון בזכויות יסוד אלה מלמד כי הן משותפות לכל בני החברה. לעתים הן מתנגשות בינן לבין עצמן. חופש הביטוי שלי עשוי לפגוע בכבוד האדם שלך; חופש התנועה שלי עשוי לפגוע בחופש הקניין שלך. אכן, בחברה מאורגנת אין "הכול או לא כלום". יש "קח ותן" ואיוון בין האינטרסים השונים. מכאן שזכויות היסוד אינן מוחלטות, אלא זכויות יחסיות. הזכות של האחד מצטמצמת כדי הגנה על הזכות של האחר. זכותי להושיט את ידי קדימה מסתיימת במקום שבו מתחיל החוטם של חברי. היחיד אינו עומד ברשות עצמו. הוא חי במסגרתה של חברה, הצריכה להבטיח את זכויותיהם של כלל בניה. מכאן הצורך לצמצם את זכויות היחיד, כדי שהחברה תוכל לקיים את זכויותיהם של כל תושביה. עניין לנו לא רק בזכויות, אלא גם בחובות.

56. בג"ץ מרז ולעיל, הערה 33, 332.

בצד זכויות האדם אנו מכירים בשלום הציבור, בבטחון המדינה ובקיומה, כאינטרסים שמדינה דמוקרטית מבקשת להגן עליהם. רק כך אפשר יהיה לשמור על קיומה של החברה ועל זכויותיהם של בניה. אסור שזכויות האדם יביאו לידי היסולה של המדינה שנועדה לשמור על זכויות האדם. מכאן הגישה, כי זכויות האדם אינן צריכות להיות מרשם לכיליון לאומי. אין הדמוקרטיה חייבת לאבד את עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה. חופש אינו הפקרות.

הנה כי כן, הבעיה המרכזית הניצבת ביסודו של עקרון שלטון החוק המהותי היא האיוון הראוי בין הערכים והאינטרסים הראויים להגנה. השאלה היא באיזו מידה הוא מוצדק להגביל את זכותו של היחיד כדי לשמור על קיומה של החברה, אשר מצדה נועדה לשמור על זכויותיהם של היחידים כולם. זוהי הדיאלקטיקה הסבוכה של שלטון החוק המהותי.

ב. עליונות החוקה

1. שלטון החוק באמצעות עליונות החוקה

כיצד אפשר להבטיח את שלטון החוק – הפורמלי, היוריספרודנטלי והמהותי? ברור שכל עוד המחוקק חופשי לחוקק כל חוק שהרוב בו מבקש לחוקקו, אי אפשר להגשים את שלושת היבטיו של עקרון שלטון החוק. בהנחה זו המחוקק יוכל לחוקק חוק שלא יעלה בקנה אחד עם הדרישות הפורמליות, היוריספרודנטליות והמהותיות של שלטון החוק. אך לפרשנות יש גבול. מחוקק המבקש להגשים תוצאות שאינן עולות בקנה אחד עם עקרון שלטון החוק יוכל להשיג את מבוקשו. שלטון החוק יהיה בסופו של דבר הנחיה פוליטית למחוקק: רוצה – מגשימו; רוצה – מתנכר לו. כיצד אפשר למנוע מצב דברים זה? התשובה היא, כי כדי להבטיח את שלטון החוק על כל היבטיו יש לגרום לכך שהמחוקק יהיה חייב, כעניין שבמשפט, לכבד את עקרון שלטון החוק. דבר זה אפשר להשיג על-ידי הסדר נורמטיבי, המעניק לשלטון החוק, על שלושת היבטיו, מעמד משפטי עליון. זהו מבנה משפטי, שלפיו כל חוק של המחוקק הרגיל חייב יהיה לקיים את הדרישות הפורמליות, היוריספרודנטליות והמהותיות של שלטון החוק. נמצא, כי להבטחת שלטון החוק נדרש כי הוא יעוגן בחוקת המדינה – אצלנו, חוקי היסוד – אשר יעניקו לעיקרון המשולש של שלטון החוק מעמד חוקתי על-חוקי. בצורך להבטיח את שהוא כינה "עליונות המשפט" עסק מנחם בגין ז"ל. זו היתה עמדתו בעת הדיונים באסיפה המכוננת – היא הכנסת הראשונה – על חוקת המדינה. בגין ז"ל שאל בדיונים אלה:

האם אנחנו יכולים להסתפק בחוקי השלטון או האם דרוש למדינתנו שלטון-החוק. זהו התבדל והוא הקובע על בעיית

החוקה.⁵⁷

57. ד"ר 4 (תש"י) 737.

על עמדה זו חזר במאמר שפרסם ב-1952 ושנוסאו השקפת חיים והשקפה לאומית. והוא כותב:

עליונות המשפט - כיצד? אם העם קבע לעצמו עליידי נבחריו חוקי-יסודי המגדיר את מעמדו ואת יחסיהן ההדדיים של הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת; המגדיר לא רק את זכויותיהם וסמכויותיהם אלא גם את חובותיהם של נציגי השלטון; המגדיר לא רק את חובותיו אלא גם את זכויותיו של האזרח ואת חירויותיו המדיניות, הנפשיות והכלכליות; לאחר שהעם קבע לעצמו חוקת יסוד כזאת, הרי כל שאר החוקים, ולא רק פקודות השלטון המבצע, חייבים להיות מתאימים ומותאמים לחוק היסודי. ואין הם יכולים לסתור אותו.⁵⁸

כיצד מבטיחה עליונות החוקה - ובלשונו של בגין: "עליונות המשפט" - את שלטון החוק? מכוח הוראות החוקה - שהיא נורמה חוקתית-על-חוקית - מוטל על המחוקק לחוקק חוקים התואמים את הדיכוי היוריספרודנטלי של שלטון החוק. המחוקק אינו חופשי לחוקק כל חוק שיחפוץ; המחוקק אינו חופשי לקבוע שחוק יהיה תקף הגם שלא פורסם; המחוקק אינו חופשי לקבוע חוק סתום; המחוקק אינו חופשי לקבוע חקיקה פלילית רטרואקטיבית. אך מעבר לכך, החקיקה הרגילה צריכה להתאים את עצמה להיבט המהותי של שלטון החוק; החקיקה אינה יכולה לפגוע בזכויות אדם בלא שאפשר להצדיק פגיעה זו בצורך לקיים איזון ראוי בין זכויות הפרט לצורכי הכלל; החקיקה אינה יכולה לפגוע בכבוד האדם ובחירותו, אלא אם כן פגיעה זו נדרשת כדי לקיים מבנה חברתי השומר על כבוד האדם וחירותו. אכן, המחוקק אינו חופשי לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות אדם, אלא אם כן חוקים אלה הם לתכלית ראויה, ופגיעתם בזכות האדם היא שלא מעבר למידה הדרושה.

הנה כי כן, אין להבטיח שלטון חוק בלא לעגנו בחוקה. מי שמבקש לקיים את שלטון החוק על כל היבטיו, חייב לכונן חוקה שכוחה מעל לחקיקה הרגילה ואשר תכלול כאחד מעקרונותיה-שלה את שלטון החוק על כל היבטיו. כפי שכותב פרופ' זמיר:

כדי להבטיח את שלטון החוק, במיוחד שלטון החוק במובן המהותי, יש צורך בחוקה... הרוב בבית המחוקקים, אף שהוא מייצג את העם, אינו רשאי בדרך כלל לנצל את מעמדו כדי לפגוע בערכים היסודיים של החברה. החוקים שהוא מחוקק צריכים לשרת ערכים אלה, ומכל מקום אסור שיהיו סותרים אותם.⁵⁹

58. מנחם בגין, השקפת חיים והשקפה לאומית - קווי יסוד (בסער, תשי"ב), 28.

59. זמיר (לעיל, הערה 52), 61.

אכן, תנאי להגשמת שלטון החוק על כל היבטיו הוא בעיגונו של שלטון החוק בחוקת המדינה. הבטחת שלטון החוק מחייבת דמוקרטיה חוקתית. היא מחייבת מערך חוקתי, שבו המאבקים הפוליטיים נשלטים על-ידי ההסדרים החוקתיים הכוללים בחובם זכויות אדם.

2. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

האם די בהוראה חוקתית המאמצת את עקרון שלטון החוק על כל היבטיו? התשובה היא בשלילה. תוקה היא תנאי הכרחי. היא אינה תנאי מספיק. נדרש גורם עצמאי, המצוי מחוץ למחוקק הרגיל, אשר בידו הסמכות לקבוע כי הוראות החוקה בעניין שלטון החוק הופרו ולכן החוק הזה בטל. נדרשת אפוא ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. בלא ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק תיהפך החוקה למסמך פוליטי, שאין בו עוצמה נורמטיבית מספקת להכוונת המחוקק. שלטון החוק ישוב ויהיה סיסמה פוליטית ויחדל להיות מכוון נורמטיבי, שהמחוקק יהיה חייב להגשימו הלכה למעשה. אף בעיקרון זה דן מר בגין ז"ל באותה רשימה, בציינו:

עליונות המשפט תתבטא בכך, שלחבר שופטים בלתי תלויים תוענק לא רק הסמכות לקבוע, במקרה של תלונה, את חוקיותה או צדקתה של פקודה או תקנה אדמיניסטרטיבית מטעם מוסדות השלטון המבצע, אלא גם הסמכות לחרוץ משפט, במקרה של קובלנה, אם החוקים המתקבלים על-ידי בית הנבחרים (המתקבלים, כפי שראינו, בשהפעה (כך במקור) ניכרת או מכרעת של הממשלה) מתאימים לחוק היסוד או סותרים את זכויות האזרח שנקבעו בו. את זכות הגשת הקובלנה המשפטית ביחס ל"חוקים" יש להעניק לכל אזרח, אם הוא רואה את עצמו נפגע על ידם במישרין או בעקיפין, ודבר המשפט יקום (ההדגשות במקור).⁶⁰

ומר בגין העלה את השאלה, האם ראוי הוא כי שופטים, שאינם נבחרים, יוכלו לבטל חוקים? ותשובתו היתה בחיוב:

למדנו כי רוב פרלמנטרי נבחר יכול להיות מכשיר בידי קבוצות שליטים ומוסווה לעריצותם. על-כן חייב העם, אם הוא בוחר בחרות, לקבוע את זכויותיו גם מול בית הנבחרים, לבל יוכל הרוב שבו, המשרת את השלטון יותר מאשר הוא מפקח עליו, לשלול את הזכויות הללו. את זאת אפשר להשיג רק בדרך של "עליונות המשפט", כלומר, קביעת החרויות האזרחיות כ"חוק-היסוד" או "חוק עליון" ומתן סמכות לחבר שופטים לבטל את תוקפו של

60. בגין (לעיל, הערה 58), 29.

החוק, הנוגד את חוק־היסוד, הסותר את החירויות האזרחיות
(ההרגשות במקור).⁶¹

מר בגין הכיר כמובן בחולשות השופט. הוא עשוי לטעות, אך יתרונו העיקרי הוא בכך
שהוא "בלתי־תלוי לחלוטין":

ההיסטוריה מלמדת כי כל עוד שלטון עריץ לא הצליח להדביר
תחתיו את המשפט; כל עוד לא עלה בידו להפוך את אולם בית־
הדין לאולם הצגות, שעליהן מנצחת מאחורי הקלעים המשטרה
החשאית; כל עוד קיימת "אווירה ציבורית" לטובת קדושת המצפון
של השופט ועצמאותו של המשפט – ידעו שופטים להתייצב מול
שליטים ולהעדיף את צו מצפונם על לחץ השלטונות, או פקודתם
הנסתרת; ידעו להתגבר על פחד מפני רדיפות, לא "נשאו פנים",
לא הונעו על־ידי פניות צדדיות והרצו דין צדק.⁶²

3. חוקה וחוק־היסוד

בגין נפטר ב-9 במאָרס 1992. באותו חודש עצמו קיבלה הכנסת את חוק־יסוד: כבוד האדם
וחירותו, ואת חוק־יסוד: חופש העיסוק. במעמדם החוקתי של שני חוק־יסוד אלה עסק
בית־המשפט העליון בפסק־דינו בע"א בנק המזרחי.⁶³ המסקנה העולה מפעולה משולבת
זו של הכנסת ובית־המשפט העליון היא, כי חוק־היסוד של מדינת ישראל הם חוקתה של
המדינה; כי הם נורמה משפטית חוקתית־על־חוקית; כי חוק רגיל של הכנסת אינו יכול
לפגוע בחוק־היסוד, לשנותם או לסתור אותם; כי חוק הנוגד את חוק־היסוד הוא בלתי־
חוקתי; כי בית־משפט בישראל רשאי להצהיר על בטלות החוק הלא־חוקתי.

השגנו אפוא את עליונות החוקה. האם בכך ניתנה הגנה חוקתית מספקת לעקרון שלטון
החוק על כל היבטיו? הוראה מפורשת בחוק־היסוד, שלפיה יש לקיים את עקרון שלטון
החוק, אינה קיימת. על כך יש להצטער. ידועות חוקות הקובעות במפורש, כי המדינה היא
מדינת חוק או מדינה שבה שולט עקרון שלטון החוק. אך אין בכך ולא כלום. משאר
הוראות החוקה אפשר להסיק כי לעקרון שלטון החוק הפורמלי, היוריספרודנטלי והמהותי
ניתן בישראל מעמד חוקתי־על־חוקי. חוק־היסוד הנוגעים לזכויות האדם קובעים כי אין
לפגוע בזכות אדם חוקתית, "אלא בחוק". בכך ניתן ביטוי לעיקרון הפורמלי של שלטון
החוק. בכך גם ניתן ביטוי להיבט היוריספרודנטלי של שלטון החוק. עקרון החוקיות,
המעוגן בהוראה זו, אינו עוסק אך בחוקיות פורמלית. היכולת לפגוע בזכויות אדם ב"חוק"
מובנה הוא – וכך קובע המשפט המשווה – שהחוק צריך להיות פומבי, ודאי, ידוע וברור.

61. בגין (לעיל, הערה 58), 29.

62. שם, 30.

63. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 9).

ומה על עקרון שלטון החוק המהותי? עיקרון זה מוצא את ביטויו בהוראת שני חוקי-היסוד החדשים בעניין זכויות האדם, שלפיה אין לפגוע בזכויות אדם חוקתיות אלא בחוק

ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.⁶⁴

הוראה זו – המכונה "פסקת ההגבלה" – משמשת צינור מרכזי להחדרת שלטון החוק המהותי למבנה החוקתי שלנו. חוק מרושע (ה-*Alex corrupta*), או חוק הפוגע בזכויות האדם מעבר לנסבל במדינה דמוקרטית, לא יוכל לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. הוא אינו לתכלית ראויה, ופגיעתו היא מעבר למידה (הפרופורציה) הראויה. הנה כי כן, ארבעים וחמש שנה לאחר העלאת רעיונו של מנחם בגין המנות על דבר "עליונות המשפט" קיבלה הכנסת תפיסה זו. המשפט בישראל הוא עליון במובן זה שהעקרונות החוקתיים הקבועים בחוקי-היסוד – הם חוקתנו – נהנים מעוצמה נורמטיבית חוקתית-על-חוקית, והכנסת עצמה חייבת בכיבודם, כפי שקובעים שני חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם:

כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-
יסוד זה.⁶⁵

4. עליונות המשפט בעתיד

הנה כי כן, שלטון החוק – על שלושת היבטיו – מובטח בישראל. אין זו רק מדיניות שראוי לנהוג על-פיה. זוהי נורמה משפטית שהייבים לכבדה. חובת כיבוד זו נובעת מעיגונו של עקרון שלטון החוק בישראל בחוקי-היסוד, המכוננים את חוקת המדינה. עם זאת, ההסדר הישראלי הוא חלקי וקטוע. עליונות החוקה קיימת אך לעניין מספר מוגבל של זכויות חוקתיות. אך מעבר לכך, הכנסת יכולה לשנות את חוקי-היסוד בקלות יחסית. אכן, מה שנמנע מהכנסת מלעשות באמצעות החקיקה הרגילה, היא יכולה להשיג, לעניין סטייה מעקרון שלטון החוק, באמצעות תיקון חוקי-היסוד. זהו מצב דברים המחייב מחשבה נוספת. אם אמנם מבקשים להגשים את עקרון שלטון החוק – על שלושת היבטיו – בישראל, כי אז ראוי הוא – ברוח דבריו של מר מנחם בגין – להקשות על שינוי חוקי-היסוד.

64. סעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; סעיף 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114.

65. סעיף 11 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

ג. סיכום

חוקה פורמלית, המאזנת כראוי בין זכות הפרט לצורכי הכלל, מחוקק דמוקרטי, רשות מבצעת נקייה מאי-חוקיות, מערכת שיפוט עצמאית, מנגנוני אכיפה בלתי-לויים – כל אלה הם תנאים הכרחיים לקיום שלטון החוק ועליונות החוקה. עם זאת, אין הם תנאים מספיקים. שלטון החוק ועליונות החוקה ישמרו עלינו רק אם אנו נשמור עליהם. שלטון החוק ועליונות החוקה אינם מתגשמים מעצמם. עלינו לשלוט בהם ולהשליטם. אכן, שלטון החוק ועליונות החוקה יתקיימו רק אם בני החברה הישראלית יקיימו אותם וידרשו את קיומם. שלטון החוק ועליונות החוקה יפרחו רק אם הם יהיו נטועים בלב כל אחד מאתנו. אכן, שלטון החוק ועליונות החוקה אינם רק מושגים משפטיים. הם ערכים חברתיים. הם חלק מתרבותו של עם. על שלטון החוק – כמו על עליונות החוקה – יש להיאבק. "המאבק למשפט אינו פוסק. הצורך לעמוד על משמר שלטון החוק קיים תמיד. עצים שגידלנו שנים ודורות עשויים להיגדע בהינף גרון אחד. לעולם אין להרפות מהגנה על שלטון החוק"⁶⁶. זהו מאבק יומיומי. רק כאשר בני החברה הישראלית יפנימו את ערכי שלטון החוק ועליונות החוקה, תהיה לעקרונות אלה תקומה בישראל. לא די בריטוריקה. יש להבטיח פרקטיקה. דן בכך ראש-הממשלה המנוח, מנחם בגין, באומרו:

רעיון "עליונות המשפט" איננו, איפוא, רעיון "תמים" או "רומנטי" או תיאורטי. אם "האווירה הציבורית" תתן למשפט בחברה ובמדינה את מעמד העצמאות הבלתי מסוייגת; אם לשופט תינתן ההכרה – לא רק החוקית, כי אם הפנימית – של דיין צדק בלתי תלוי, הרי האווירה הציבורית הזאת, וההכרה הפנימית הזאת יקבעו את קיומה של "עליונות המשפט" כערובה מעשית לחירות היחיד וכקו חיבור בין חירות האדם ובין תקון החברה (ההדרגה במקור).⁶⁷

66. בג"ץ 5364/94 ולנר ואח'י נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח', פ"ד מט (1) 758, עמ' 808.

67. בגין (לעיל, הערה 58), 31.

2
