

גלגולי מושג "שלטון החוק" בישראל: בין פורמליזם למהות, בין ריסון לפעילות¹

מאת

מתנאל בראלי*

מאמר זה טוען שלא ניתן להבין את השינויים שחלו במשפט הציבורי בישראל בעשורים האחרונים מבלי להבין את התהליכים שעברו על מושג "שלטון החוק" – הן בפסקי הדין של בית המשפט העליון, הן בכתיבה המשפטית האקדמית. לשם ביסוס טענה זו המאמר סוקר את הדיון התיאורטי על מובנו של מושג "שלטון החוק", ולאור דיון זה מנתח את האופן שבו המושג מתפקד במשפט הציבורי בישראל, בשני חלקים: האחד מנתח את השינוי באופן שבו הבין בית המשפט העליון בישראל את המושג של "שלטון החוק" – ואת ההרחבה הסמנטית שנעשתה לו ממוכן פורמלי למהותי; והשני יבחן כיצד השתמש בית המשפט העליון בישראל במושג "שלטון החוק" בחלק הארי של השינויים החוקתיים בעשורים האחרונים. מן הניתוח עולה כי הצגת שני התהליכים האחד לצד השני מאפשרת להבחין בשינוי הדרמטי שעבר על מושג שלטון החוק: ממושג שתפקידו להגביל ולרסן את בית המשפט, ולהדגיש את כפיפותו אל החוק – למושג שמאפשר את הרחבת סמכויותיו של בית המשפט ביחס לרשויות שלטון אחרות, בפרט בכל הקשור להכפפת המחוקק אל מוטת כנפיו של בית המשפט. לבסוף המאמר יציג את הטענה כי "שלטון החוק" הוא מושג שמעביר, מחד גיסא, מסר רטורי של פורמליזם וריסון – אך מאידך גיסא, עמימותו התיאורטית והמתח העמוק שקיים בו באופן אינהרנטי מאפשרים להשתמש בו גם בכדי להרחיב את כוחו של בית המשפט ביחס לרשויות שלטון אחרות.

מבוא א. שלטון החוק – דיון תיאורטי 1. רעיון שלטון החוק: רקע כללי 2. פרידריך האייק: שלטון החוק לשם שמירה על חירות האזרח 3. לון פולר: המובן התורת משפטי של שלטון החוק 4. יוסף רוז: העמדה הפורמלית לשלטון החוק 5. רונלד דבורקין והעמדות המהותיות לשלטון החוק ב. כיצד מבין בית המשפט העליון בישראל את המושג "שלטון החוק"? 1.

¹ הערה טרימינולוגית: על פי האקדמיה ללשון עברית, פְּעִילָנוּת היא החלופה העברית למילה הלועזית אֶקְטִיבְּיִזְם. עמית חשין לתואר שלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר מבוסס על עבודת מחקר לתואר מוסמך שנעשתה תחת הדרכתם של פרופ' אלון הראל ופרופ' יהונתן גבעתי מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקש להודות להם על הנחיית המחקר, על הערותיהם המצוינות, ועל תובנותיהם רבות הערך ששוקעו והוטמעו בגרסה זו של המאמר. תודה גדולה גם לעורכי כתב העת משפטים ולקורא האנונימי מטעם כתב העת על הערות ביקורתיות מעולות, שעזרו לי רבות בשיפור וחיזור המאמר. המאמר זכה בפרס ICON-S ישראל למאמר מצטיין במשפט ציבורי של חוקר צעיר על שם פרופ' ברוך ברכה לשנת 2024. This research was supported by a Grant from the German-Israeli Foundation for Scientific Research and Development (GIF, Grant number 1557).

שלטון החוק בפסיקת בית המשפט העליון בעשורים האחרונים: היבטים פורמליים 2. עלייתו של המובן המהותי של שלטון החוק בכתיבה המשפטית ובפסיקת בית המשפט העליון ג. כיצד משתמש בית המשפט העליון במושג שלטון החוק? 1. הרחבת היקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון ד. סיכום: רפלקציה ביקורתית

מבוא

"המהפכה החוקתית" היא כינוי לסדרה של שינויים רבי משמעות שחלו במשפט החוקתי בישראל החל מסוף שנות השמונים, ושהשפיעו באופן דרמטי על המבנה החוקתי של מדינת ישראל, ועל היחסים שבין רשויות השלטון השונות.² פרטי ה'מהפכה' מוכרים וידועים, ואין צורך להציגם באופן רחב. כתיבה עצומה התפתחה בישראל בנוגע לשינויים אלו, מתוך מטרת מחקרות שונות: יש שביקשו לנתח ולתאר את הדוקטרינות המשפטיות החדשות; יש שביקשו לבקר, לסייג או לתמוך בחלקים כאלו או אחרים של תהליכים אלו; ויש שביקשו להציע תזות היסטוריות וסוציולוגיות המנתחות את תהליכי העומק שהובילו לשינויים אלו.³ כדרכם של שינויים היסטוריים, אלו הובילו גם למחלוקות פרשניות עזות – האם אנו אכן

² קלוד קליין היה הראשון לטבוע את הביטוי "המהפכה החוקתית" ביחס לחקיקת חוקי היסוד של שנת 1992 (קלוד קליין "המהפכה החוקתית השקטה" **מעריב - שבת** 27.3.92), ולאחריו הוא אומץ על ידי הנשיא ברק במאמרו "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9. ראו גם דבריו של אהרן ברק בספר **פרשנות חוקתית** (תשנ"ד) 61, 261; ובע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי** מט(4) 221 (1995), עמ' 353 לפס"ד של הנשיא ברק. להתנגדות לשימוש בביטוי "המהפכה החוקתית" ראו את דבריו של השופט חשין: בבג"ץ 164/97 **קונטרס נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 358 (1998). ראו גם מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" **מחקרי משפט** יב(2) (תשנ"ו) 253.

³ ראו את המקורות הבאים, כדוגמה מייצגת שאיננה מקיפה: גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** (2010); רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997); עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" **משפט וממשל** ג 679 (1996); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" **משפט וממשל** ג 697 (1996); יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" **משפט וממשל** ג 452 (1996); זאב סגל "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249 (2000); אור בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית' – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" **משפט וממשל** ו 452 (2003); יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" **משפט ועסקים** טז 235 (2013); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59 (2004); משה לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" **משפטים** כו 419 (1996); איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** יט 271 (2018); יוסף ויילר ודורין לוסיטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מ 595 (2017); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017); גילה שטרפולר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" **משפט וממשל** יט 187 (2018); עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** (2020); Gary Jeffrey Jacobsohn, *After the Revolution*, 34 ISR. LAW REV. 139 (2000).

עדים ל"ירידת הפורמליזם ועליית הערכים", שנוצרה בשל חילופי אליטות בחברה הישראלית,⁴ או שמא מבקרי בית המשפט סובלים מאחיזה עיקשת ב"עבר המדומיין של בית המשפט העליון", שמקבע אותם בנרטיב משפטי-היסטורי שגוי?⁵ האם השינויים החוקתיים הם פרי התפתחות טבעית ורציפה של המשפט החוקתי הישראלי – מעין "היסטוריה וויגית" משלנו⁶ – או שיש לראות בהם "שבר" המעיד על "קץ התמימות"⁷?

סיפורה של המהפכה החוקתית בישראל סופר ממספר רב של זוויות מבט; אך באופן מפתיע, זווית אחת יסודית לא זכתה עד כה להתייחסות הראויה לה – על אף נוכחותה בצמתים מרכזיים ביותר – ואת הפער הזה אני מבקש למלא במאמר זה: נקודת המבט של "שלטון החוק"; אותו מושג חמקמק ורב משמעויות ופנים, שמרכזיותו במערכת המשפטית והפוליטית של המדינה המודרנית איננה נתונה בספק.⁸ ודוק: ברי כי מושג "שלטון החוק" איננו מושג נדיר בכתיבה האקדמית או בפסקי הדין, וישנם גם מספר מאמרים בעברית שמוקדשים לניתוח תיאורטי שלו;⁹ עם זאת, ושמא דווקא בשל היותו שגור על שפתינו כמעט מבלי משים, טרם נעשתה בחינה מקיפה מהסוג שיעשה במאמר זה; בחינה הכוללת את ההיבטים התיאורטיים שלו, לצד ניתוח מקיף של האופנים שבהם בית המשפט העליון מבין ומשתמש במושג. בכך תרומת המאמר הזה למחקר המשפטי בישראל.

הפרקים הבאים יבססו את הטענה שעל מנת להבין את השינויים החוקתיים של העשורים האחרונים – הן היסטורית, הן נורמטיבית – יש להבין היטב את התהליכים שעברו על מושג "שלטון החוק", ולתת את הדעת על הנוכחות המרכזית שלו בהנמקת השינויים הללו. כפי שאראה, את מושג "שלטון החוק" אנו מוצאים כמעט כל אחת מהצמתים המרכזיים של המהפכה החוקתית, והמובן שבו עשה בית המשפט שימוש במושג זה עבר תמורות משמעותיות עם השנים. אבקש להצביע על שינויים באופן שבו הוא הופעל, ושדרכו הוא השפיע על שלטונו של החוק – פשוטו כמשמעו – במדינת ישראל, ועל עיצוב היחסים שבין רשויות השלטון השונות.

על מנת לעמוד במשימה זו, אציג בחלק הראשון של המאמר את הדין התיאורטי-אנליטי במושג זה; דיון המבקש לנתח מה כלול, מבחינה מושגית, במושג "שלטון החוק", ומה הוא דורש מבחינה מעשית ממערכת החוק והשלטון במדינה נתונה. לאור התובנות שיעלו מחלק זה, אתקדם לניתוח משפטי, שיבקש לבחון את האופן שבו בית המשפט העליון בישראל מבין

⁴ מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז (1993).

⁵ רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מד 49 (2021).

⁶ כביטוי של חריס, "העבר המדומיין", עמ' 12.

⁷ דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה** (2013); דניאל פרידמן **קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל** (2019).

⁸ לסקירה חלקית וקצרה ביותר של היחס שבין שלטון החוק לרשות השופטת בישראל ראו: Mohammed Saif-Alden Wattad, *Israel at 70: The Rule of Law and the Judiciary*, 23 *ISR. STUD.* 172 (2018).

⁹ כלל הכתיבה בעברית בנושאים הללו נסקרת בחלק השני של מאמר זה, בעמ' 23.

ומשתמש במושג "שלטון החוק".¹⁰ לשם כך, הדיון יתנהל בשני צירי משנה: האחד יבקש לנתח את השינוי באופן שבו הבין בית המשפט העליון בישראל את המושג של "שלטון החוק" – ואת ההרחבה הסמנטית שנעשתה לו ממובן פורמלי למהותי (חלק שני); והשני יבחן כיצד השתמש בית המשפט העליון בישראל במושג "שלטון החוק" בחלק הארי של השינויים החוקתיים בעשורים האחרונים (חלק שלישי). התובנות שיעלו מהדיון התיאורטי יאפשרו לבחון באופן ביקורתי את שני הצירים הללו, ואת היתרונות והחסרונות של השימוש במושג במסגרת השיח וההנמקה המשפטית בפסקי הדין.

חשוב להדגיש כבר עתה ששני צירי המשנה הללו אינם מחייבים אנליטית האחד את השני; כלומר, הרחבת המובן הסמנטי של מושג שלטון החוק – ממובן פורמלי למהותי – לא חייבה את האופן שבו עשה בו שימוש בית המשפט העליון לאורך השנים, וכן להיפך. מנקודת מבט אנליטית ניתן לראות את התהליכים הללו כבלתי תלויים זה בזה, וכאלו שקרו באופן מקביל. עם זאת, אטען כי הצגת שני התהליכים האחד לצד השני מאפשרת להבחין בשינוי הדרמטי שעבר על מושג שלטון החוק – ממושג שתפקידו להגביל ולרסן את בית המשפט, ולהדגיש את כפיפותו אל החוק (כמו שאר רשויות השלטון) – למושג שדווקא מאפשר את הרחבת סמכויותיו של בית המשפט ביחס לרשויות שלטון אחרות, ובפרט בכל הקשור להכפפת המחוקק אל מוטת כנפיו של בית המשפט. מנקודת מבט היסטורית וריאליסטית ישנה אפוא חשיבות מרובה להצבעה על המכנה המשותף בין שני התהליכים. בסיומו של הדיון אבקש גם להציע השערה נוספת בדבר טיב הקשר בין שינוי מובנו של מושג שלטון החוק ובין השימוש הדוקטרינר שנעשה בו, ובדבר הסיבות שהופכות את מושג "שלטון החוק" לשימושי עבור השופטים בהובלת שינויים במשפט הציבורי; אטען כי "שלטון החוק" הוא מושג שמעביר, מחד גיסא, מסר רטורי של פורמליזם וריסון – אך מאידך גיסא, עמימותו התיאורטית והמתח העמוק שקיים בו באופן אינהרנטי מאפשרים להשתמש בו גם בכדי להרחיב את כוחו של בית המשפט ביחס לרשויות שלטון אחרות.

המחקר ההיסטורי-משפטי שעסק בנייתו הפסיקית של בית המשפט העליון בעשורים הראשונים של המדינה, נטה לאפיין אותן במשיחות מכחול גסות, ולזהות אותן כמנוחות בקצהו של כל אחד משלושת הצירים הבאים: קולקטיביזם-אינדיבידואליזם (בשדה האידיאולוגי), פורמליזם-ערכים (בשדה ההנמקה המשפטית), וריסון-אקטיביזם (בשדה המוסדי). רון חריס כבר הצביע על הבעייתיות באפיונים הגורפים הללו, והציג מספר דוגמאות הדורשות מהיסטוריון המשפט להציג תיאור מורכב ומרובה פנים הרבה יותר.¹¹ אולם ההתבוננות על השינויים של ה"מהפכה החוקתית" דווקא מנקודת המבט של מושג "שלטון החוק" מאפשרת ללכוד באופן מדויק את אחת המגמות המרכזיות שעברו על המשפט הציבורי בישראל לאורך יותר משבעים שנותיו; והולמת אותה בצורה טובה יותר, לכל הפחות בשניים מהשדות שהזכרתי לעיל – בשדה ההנמקה השיפוטית (שבו חל שינוי מהמובן

¹⁰ למחקר מסוג זה המתמקד בשיח המשפט-חוקתי בארצות הברית ראו: Richard H. Fallon Jr, *The rule of law as a concept in constitutional discourse*, 97 COLUM REV 1 (1997).

¹¹ רון חריס **המשפט הישראלי: השנים המעצבות 1948-1977** 73-82 (2014); אולם, ראו את הדברים המפורשים של מאוטנר בעניין הזה, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עמ' 519, 530-531.

הפורמלי של שלטון החוק, לכניסת המובן המהותי של שלטון החוק – לצד מרכזיות השימוש בו בהנמקה השיפוטית) ובשדה המוסדי (בתפיסה המוסדית של בית המשפט העליון את עצמו כמגן שלטון החוק, וביחסיו עם רשויות השלטון האחרות).

נוסף על כך, הפריזמה של "שלטון החוק" מאפשרת גם להציג מבט מורכב יותר על ההערכה הנורמטיבית של "המהפכה החוקתית" ואדוות המשנה שלה. חלק ניכר מהדיון שבין תומכי השינויים למתנגדיהם נסוב סביב המתחים שבין מושגים כמו דמוקרטיה ולאומיות, מצידו האחד של המתרס, ובין מושגים כמו ליברליזם וזכויות, מצידו השני. אולם, מושג "שלטון החוק" הוא מושג נורמטיבי שמצליח לחמוק מהצירים הנורמטיביים הללו, בהיותו מושג שמושרש עמוק במחשבה הליברלית עצמה – כפי שאתאר זאת בחלק הראשון; כתוצאה מכך, המתחים שעולים בין המובן הפורמלי שלו לבין מובנו המהותי – ובין אינטרסים כגון וודאות ויכולת צפיית החוק לבין רעיונות של צדק מהותי – הם מתחים פנים-ליברליים, שגם התומכים הליברליים של "המהפכה החוקתית" צריכים לתת עליהם את הדעת.

א. שלטון החוק – דיון תיאורטי

1. רעיון שלטון החוק: רקע כללי

רעיון שלטון החוק הוא אחד מהרעיונות הפוליטיים העתיקים ביותר במחשבה המדינית במערב; אחד מהרעיונות הנדירים שנוכחים בגרסאות שונות החל מהעולם העתיק, דרך הישויות וההתארגנויות הפוליטיות של ימי הביניים, עבור בהתגבשותה של המדינה המודרנית בראשית העת החדשה – וכלה בתקופתנו אנו.¹² רעיון זה נמצא כבר בדיוניו של אריסטו בספר **הפוליטיקה והרטוריקה**, שם הוא קבע כי "החוקים חייבים להיות הריבוניים",¹³ כי "שלטונו של החוק עדיף אפוא על שלטון של אדם אחד מן האזרחים",¹⁴ וכי "[...] צריך

¹² John Tasioulas, *The Rule of Law, in* THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE PHILOSOPHY OF LAW 117 (John Tasioulas ed., 2020); BRIAN Z. TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY (2004); Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>; JENS MEIERHENRICH & MARTIN LOUGHLIN, THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE RULE OF LAW (2021).

לאחרונה הצביע פיטר היל על השורשים הדתיים של רעיון שלטון החוק – במסורת היהודית והנוצרית. ראו: Peter J. Hill, *The religious origins of the rule of law*, 16 J. INSTITUTIONAL ECON. 305 (2020). ראו גם: Robert P. George, *Reason, Freedom, and the Rule of Law: Their Significance in Western Thought*, 15 REGENT UL REV 187 (2002). העברי ראו: מנחם רקובר **שלטון החוק בישראל** (1989); ראו גם דבריו של השופט הנדל בבג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו 13.04.2016), פס' 5 לפסק דינו, ודבריו של הנשיא הראשון חיים וייצמן בישיבת הפתיחה של האספה המכוננת, ט"ו בשבט תש"ט. אריסטו **פוליטיקה: ספרים א, ב, ג** 149 (2009), נורית קרשון מתרגמת. שם, 169.

¹³

¹⁴

בראש ובראשונה שחוקים שנחקקו יגדירו היטב כל עניין אפשרי שעליו הם עשויים לחול, ושיתירו מעט ככל הניתן להחלטת השופטים".¹⁵ בהמשך הרעיון אף פותח במסורת המחשבה הפוליטית הרומית, כמו בכתביו של קיקרו;¹⁶ ולבש את לבושו המיוחד בימי הביניים, כמו בכתיבתו של תומס אקווינס,¹⁷ או סביב המאבקים שבין המלך לסמכות הדתית-אפיפיורית.

בראשית העת החדשה היה זה ג'ון לוק שבמסכת השנייה על הממשל המדיני העמיד זה מול זה את הממשל הפועל על פי "חוקים קבועים שניתנת הכרזה עליהם", בניגוד לממשל הפועל באמצעות "צווים שרירותיים חדשים לבקרים".¹⁸ מספר רכיבים של "שלטון החוק" מופיעים כבר באופן תמציתי במסכת השנייה: כללים מפורסמים וידועים לכל; חשיבות היציבות של הנורמות, שלא יהיו כמו "צווים חדשים לבקרים";¹⁹ והחשוב מכל - הגבלת השלטון באמצעות אותם כללים,²⁰ מה שיהפוך לרכי מרכזי בכל גרסה ליברלית לצורת המשטר הראויה. זהו מקור החיבור העמוק שבין הליברליזם ללגליזם - הרעיון שהחירות צריכה להיות מושגת באמצעות מערכת חוק יציבה ומוגדרת - ומכאן גם מרכזיות עיקרון שלטון החוק במחשבה הליברלית.²¹

עם התפתחות המודל של מדינת הרווחה ואימוצו ההדרגתי באנגליה של סוף המאה ה-19, הלכה וגדלה המעורבות השלטונית בהיבטים רבים של חיי האזרחים - וכך הורחבו הסמכויות ושיקול הדעת של הרשויות המנהליות שנדרשו להוציא אל הפועל את קווי המדיניות הללו. רקע זה הוביל לחשש שמרני מפני שקיעת עיקרון שלטון החוק באנגליה - והוא שעומד מאחורי אחד הניסוחים רבי ההשפעה של עיקרון שלטון החוק בעידן המודרני, שנעשה על ידי המשפטן והמלומד האנגלי דייסי (Dicey) בשנת 1885. הלה ביקש להגן על ייחודיות המסורת האנגלית, שאותה הוא זיהה עם עיקרון שלטון החוק; ואת הבסיס לשלטון החוק, הוא קבע נמצא בשוויון בפני החוק, שבמסגרתו "אף אדם איננו מעל החוק, וכל אדם,

¹⁵ אריסטו **רטוריקה** 47-48 (2002), גבריאל צורן מתרגם). יש לזכור שבפועל, ישנה מחלוקת בין ההיסטוריונים בשאלה עד כמה השופטים האתונאים אכן פסקו על פי כללים קבועים ויציבים מראש, ועד כמה הייתה זו מערכת חברתית דינאמית שלא פעלה על פי חוקים קבועים. Adriaan Lanni, *Classical Athens' Radical Democratic "Rule of Law"*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE RULE OF LAW 25, 28 (Jens Meierhenrich & Martin Loughlin eds., 2021).

¹⁶ "As magistrates are subject to the laws, the people are subject to the magistrates. In fact, it is true to say that a magistrate is a speaking law, and law a silent magistrate" **BRIAN Z. TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY** 12 (2004).

¹⁷ "יחסיהם של אנשים אחד עם השני צריכים להישלט על ידי ציווי הצודקים של החוק", ST. THOMAS OF AQUINAS, *SUMMA THEOLOGIAE* I-II, question 105, art. 2c (Fathers of the English Dominican Province trans., Christian Classics ed., 1981) (1273).

¹⁸ ג'ון לוק **המסכת השנייה על הממשל המדיני** § 102 § 136 (יוסף אור מתרגם, תשי"ט).

¹⁹ שם, § 104 § 137.

²⁰ שם.

²¹ ראו אצל **BRIAN Z. TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY** 49 (2004).

לא משנה מה יהיה דרגתו או מצבו, כפוף לחוק הרגיל... ולשפיטת בתי הדין הרגילים".²² הניסוח המעשי לרעיון הזה היה ש"אין להעניש אדם, או לפגוע ברכושו, ללא שמפר באופן מובהק חוק האוסר על פעולתו, וזאת באמצעות בתי המשפט הרגילים של הארץ".²³ במובן הזה, קבע דייסי, עומד עיקרון שלטון החוק בניגוד לכל מערכת ממשל שמבוססת על הפעלת שיקול דעת רחבה של בעלי סמכות.²⁴

2. פרידריך האייק: שלטון החוק לשם שמירה על חירות האזרח

בפני רקע דומה עמד גם הפילוסוף והכלכלן הדגול פרידריך האייק כמחצית המאה לאחר מכן, באמצעותה של המאה העשרים, כשזיהה באנגליה נטייה גוברת והולכת אל עבר קולקטיביזם כלכלי – והתלהבות רבתי מחזונות תכנון מרכזיים, סמי-מדעיים, של החברה במערב. בפרק השישי של ספרו **הדרך לשעבוד** התריע האייק שאימוץ כלכלה ריכוזית משמעו נטישה מלאה של רעיון שלטון החוק – רעיון חיוני עבור חירות האזרחים. בהגדרה קלאסית ותמציתית, ההולכת בנתיב הליברלי ששרטט כבר ג'ון לוק, הגדיר האייק את עיקרון שלטון החוק באופן הבא:

... בכל מעשיו השלטון מוגבל על ידי כללים שנקבעו ונתבשרו מראש – כללים שהודות להם נוכל לחזות מראש במידה הגונה של ודאות איך תשתמש הרשות בסמכויות הכפייה שלה במצב נתון ולתכנן את עניינינו הפרטיים על בסיס הידיעה הזו.²⁵

פעולות השלטון צריכות להיות אפוא מונחות על ידי כללים מוגדרים, שבתורם צריכים להיות ידועים וקבועים מראש. חשיבות קיומם של הכללים נובעת מכך שהם מאפשרים לאזרח הכפוף להם לתכנן את חייו וצעדיו לטווח רחוק, במידת האפשר, תוך לקיחה בחשבון של הפעולות השלטוניות שיעשו כתגובה למעשים כאלו או אחרים שלו. את הטיעון לטובת "העיקרון הליברלי הגדול של שלטון החוק"²⁶ מנמק האייק בשני מישורים: במישור הכלכלי ובמישור המוסרי-מדיני. במישור הכלכלי האייק מטרים טיעונים מאוחרים ומפותחים יותר שלו, שלפיהם הידע הרלוונטי להחלטות הכלכליות נתון בידיהם של האינדיבידואלים הרבים המרכיבים את המערכת הכלכלית, וכי מטיבו זהו ידע נקודתי, לוקאלי, דינאמי ומוגבל בהיקפו.²⁷ משום כך, רק כללים כלליים שמניחים ליחיד חופש לפעול

ALBERT VENN DICEY, LECTURES INTRODUCTORY TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 114 (1885) ²²

Id. at 110. ²³

ALBERT VENN DICEY, LECTURES INTRODUCTORY TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 110 (1885). ראו גם: Mark D. Walters, *The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE RULE OF LAW 153 (Jens Meierhenrich & Martin Loughlin eds., 2021) ²⁴

פרידריך האייק **הדרך לשעבוד** 52 (אהרון אמיר מתרגם, 1998). ²⁵

שם, 54. ²⁶

Frederick A. Hayek, *The use of knowledge in society*, in KNOWLEDGE AND ORGANIZATIONAL DESIGN 7 (2009) ²⁷

בתוכם – על פי הידע הנתון בידינו - הם אלו שיאפשרו את מיצוי הידע האנושי בצורה היעילה ביותר.

במישור המדיני-מוסרי, ככל שהכללים שבהם עושה שימוש המדינה מפורטים יותר, כך היא גם שוללת יותר את הבחירה של אזרחיה המושפעים מהם; וככל שהכללים כלליים יותר, כך פחות ניתן לצפות את השלכותיהם, פחות ניתן יהיה לדעת כיצד הם ישפיעו על אנשים מסוימים בזמנים עתידיים – ורק כך נוכל לשמור על השלטון שיהיה באמת "חסר פניות". "בעולם שבו הכל נחזה מראש במדויק, כמעט לא ייתכן שתפעל המדינה פעולה כלשהי ועדיין תישאר חסרת-פניות", מסכם זאת האייק.²⁸ חירותו של האדם תשמר גם בתוך סדר חוקי אך ורק אם החוקים ינוסחו באופן כללי ומופשט, שלא מאפשר החלה שלהם מראש כלפי אדם כזה או אחר; במצב זה ההישמעות היא לחוק עצמו, ולא לרצונו של אדם – "מכיוון שהמחוקק אינו יודע על אילו מקרים מסוימים יחולו הכללים שלו, ומכיוון שהשופט המחיל אותם אין לו חופש בחירה... אפשר לומר שלא בני אדם הם המושלים אלא החוקים".²⁹ אחת ההשלכות המעשיות של עיקרון זה נוגע לאופן שבו מנוסחות הנורמות החוקיות, בחקיקה ובמשפט. ככל שהיקף שיקול הדעת של רשויות השלטון גובר, כך החקיקה המסמיכה אותם נאלצת להשתמש בביטויים עמומים יותר ויותר, בכדי להשאיר את מרחב שיקול הדעת הדרוש לרשות השלטונית או לשופט הנדרשים ליישם את דבר החקיקה. בשונה מהדרישה שתוארה בפסקה הקודמת לניסוח כללי ומופשט של החקיקה, המתייחסת למידת הספציפיות של החוק או תחולתו – האם הוא נסוב על מצב עניינים כללי, שלא ניתן לצפות על אילו מקרים פרטיים הוא יחול, או שמא על מקרה פרטי וספציפי – הרי שהביקורת על שימוש בניסוחים עמומים בחקיקה נסובה על שימוש במושגים הדורשים פרשנות מעצם טיבם, ומותירים מרחב רחב של אופני יישום שונים, כמו המונחים "תום לב", "סביר", וכיו"ב. "אפשר לכתוב היסטוריה של ירידת שלטון החוק", כותב האייק בנוסח המזכיר את חששותיו של דייסי משקיעת שלטון החוק, "על פי החדירה ההדרגתית של נוסחות מעורפלות אלו לתוך החקיקה והמשפט".³⁰ בהקשר זה חשוב להאייק להתריע מפני התפיסה הפוזיטיביסטית המבלבלת בין חוק לחקיקה. לדידו, עצם העובדה שהשלטון מקבל סמכות חוקית לפעול עדיין לא מלמדת על השאלה המרכזית מנקודת המבט של שלטון החוק: מהי מידת שיקול הדעת שניתן לפעולתו? ככל שמוקנה לו לשלטון שיקול דעת רחב יותר, גם אם הדבר נעשה בחקיקה, והוא תקף משפטית – הרי זהו מצב עניינים הנוגד את עיקרון שלטון החוק.³¹

שם, 55. ²⁸

פרידריך האייק **חוקת החירות** 150 (אהרון אמיר מתרגם, 2013). ²⁹

שם, 56. ³⁰

ראו שם, 59. ראו גם האייק **חוקת החירות** 199. השלכה נוספת של עיקרון שלטון החוק נוגעת למושג השוויון בפני החוק. בעוד ששלטון החוק הוא "היפוכו האמיתי של שלטון הסטטוס" – כלומר, הוא בנוי על שוויון בפני החוק והעדר זכויות יתר ופריביליגיות למעמדות מסוימים – הרי שתכנון מרכזי מחייב בהכרח הפליה מודעת בין אדם לרעהו, ומתן יחס שונה לאנשים שונים. שוויון פורמלי בפני החוק מנוגד אם כן "לכל פעילות ממשלתית המכוונת לשוויון ממשי או מהותי בין אנשים שונים, ולמעשה אין שני הדברים מתיישבים הדדית כל עיקר". ראו על כך: האייק **הדרך לשעבוד** 57. ³¹

14 שנים לאחר מכן, כשישב בצידו השני של האוקיינוס האטלנטי – באוניברסיטת שיקגו – המשיך האיידק לפתח את הרעיונות הללו בחלק השני של ספרו **חוקת החירות** (1960). לאחר תיאור ההתפתחות ההיסטורית של רעיון שלטון החוק, חזר האיידק לנסח את שלושת העקרונות של שלטון החוק שכבר הוזכרו בתמצית **בדרך לשעבוד**: 1. כלליות ופרוספקטיביות. 2. פומביות וודאיות של החוק ("כמעט בלתי אפשרי להפריז בחשיבותה של ודאות החוק לניהולה החלק והיעיל של חברה חופשית").³² 3. שוויון בפני החוק.³³ חשוב לשים לב ששלושת המאפיינים הללו הם מאפיינים פורמליים, הנוגעים לצורתו של החוק – ולא לתוכנו. האיידק לא עוסק כאן בשאלת מידת הצדק של החוק, והוא אף מתנגד במפורש לאלו האומרים "ששלטון החוק חייב להיות לא רק כללי ושווה אלא גם צודק".³⁴ האיידק מודה אמנם שממניעים אינסטרומנטליים גרידא, האזרחים צריכים לתפוס את החוק כנהנה ממידה מסוימת של צדק על מנת שיצייתו לו – אך אין זה נוגע לעיקרון שלטון החוק עצמו. "ספק אם יש בידינו אמות מידה פורמליות של צדק מלבד הכלליות והשוויון", הוא קובע.³⁵

3. לון פולר: המובן התורת-משפטי של שלטון החוק

הדיון עד כה במושג "שלטון החוק" נעשה מתוך זווית המחשבה הליברלית; המושג נחשב בקשר לשאלות היסוד של המחשבה הליברלית: מה שומר על חירותו של האזרח בתוך הסדר הפוליטי והמשפטי, וכיצד מונעים שימוש שרירותי וכופה על ידי הכוח השלטוני. אולם אחת העבודות המרכזיות והמשפיעות ביותר על המושג של שלטון החוק צמחה דווקא מתוך דיון, דאגות ומחויבויות אחרות לחלוטין: הוויכוח המתמשך שבין נטורליסטים לפוזיטיביסטים על טיב הקשר שבין החוק והמוסר.

במענה של פולר להרצאה המפורסמת של ה"א הארט, הוא ביקר את תיזת ההפרדה הדיכוטומית וטען שגם מערכת חוק שלא כפופה לאילוצים מוסריים "חיצוניים", עדיין מכילה היבטים מוסריים "פנימיים" באופן אינהרנטי.³⁶ משטר שפועל שלא באמצעות חוקים פומביים אלא שומר על צוויו באפילה; משטר שאוסר בדיעבד על פעולות, לאחר שכבר נעשו; משטר שמשנה את החוקים ללא הרף – הוא משטר שכושל בהקמתה של מערכת חוק מתפקדת, טוען פולר; "לא יהא זה קשה עבורי, לכל הפחות, לדחות ממנו את התואר 'חוק'", הוא כותב.³⁷ כעניין פסיכולוגי-פוליטי, הוא קובע, גם המשטר המרושע ביותר יחשוש מהצבת

³² האיידק **חוקת החירות** 202.

³³ ראו גם F. A. HAYEK, *THE POLITICAL IDEAL OF THE RULE OF LAW* (1955).

³⁴ האיידק **חוקת החירות** 203.

³⁵ סם, 204. במהלך שנות ה-70 נראה שחלו מעט שינויים בפילוסופיית המשפט של האיידק, שבאה לידי ביטוי באופן בשל יותר בטרילוגיית הספרים שלו *Law, Legislation and Liberty*. לאור הדגש המחודש ששם האיידק בכתובה זו על האופי הספונטני והאבולוציוני של החוק, יש לחשוב על המקום שתופס רעיון שלטון החוק בכתובה הבשלה שלו – עניין שלא מצאתי לו מענה במחקר הקיים על התפיסה המשפטית של האיידק, ואני מתעתד להקדיש להם עיון עצמאי בהמשך.

³⁶ Lon L. Fuller, *Positivism and fidelity to law--A reply to Professor Hart*, 71 HARV REV 630 (1957).

³⁷ *Id.* at 660.

חוקי הרשע שלו בריש גלי, ו"אפילו במשטרים המעוותים ביותר ישנה מידה של היסוס מלהכניס רשעות, חוסר סבלנות ואכזריות אל תוך החוק".³⁸ ממילא, ניתן לומר שכל מערכת חוק מתפקדת מכילה כבר היבטים מוסריים בכך שתנאי הקיום של מערכת חוק מבטיחים מידה מסוימת של מוסריות – זאת בניגוד לתיזת ההפרדה הפוזיטיביסטית.

ספרו של פולר "The Morality of Law" נועד אם כן לפתח את הטיעון שלו בדבר המוסריות הפנימית של החוק, ובו הוא מנסח שמונה עקרונות שונים שהם תנאי היסוד מבחינתו לקיומה של מערכת חוק; כישלון מוחלט בכל אחד מהעקרונות הללו לא רק שיוצר "מערכת רעה של חוק; נוצר דבר מה שלא ניתן לכנות בצורה יאותה כמערכת חוק כלל".³⁹ שמונת העקרונות הם: 1. כלליות. 2. פומביות. 3. פרוספקטיביות. 4. בהירות. 5. עקביות וחוסר סתירותיות. 6. ישימות והעדר חוקים הדורשים את הבלתי אפשרי. 7. יציבות החוק לאורך זמן. 8. חפיפה והתאמה בין הכללים המוצהרים לפעולות השלטוניות בפועל.⁴⁰ נקל לחלק את העקרונות הללו לשלושה מרכיבים שונים: 1. צורת הכללים. 2. הגישה האפיסטמולוגית אל הכללים. 3. יישום מסוים של אותם הכללים בפועל.⁴¹ מערכת חוק העומדת בעקרונות הללו זוכה להגות מ'מוסריות' פנימית: ברי כי עדיף לו לאדם לחיות תחת מערכת שאלו המאפיינים שלה, שדורשת מהמשטר לכבד אותם בכדי שיוכל למשול באמצעות הכלי החברתי של החוק.

חשוב לציין כי בשונה מהדימוי הרווח, יש לשים לב לכך שפולר מעולם לא ביקש לספק תיאוריה מקיפה של מושג שלטון החוק, והמושג – כמושג – גם לא תופס מקום מרכזי בכתיבה שלו.⁴² מה שעומד בראש מעייניו, כאמור, הוא ההצבעה על המוסריות הפנימית של החוק – ולשם כך הוא מבקש להראות כי כל מערכת חוק, באשר היא מערכת חוק, עומדת בתנאים מסוימים שמבטיחים לה את אותה מוסריות פנימית. זהו ההקשר שדרכו הוא חושב על הסוגיה – ו עם זאת, לדיונו של פולר ולשמונת העקרונות שניסח נודעה השפעה עצומה, והם הפכו לאבן דרך מרכזית בכל דיון שנערך לאחר מכן במושג "שלטון החוק". דבריו מצוטטים אצל שופטים, פילוסופים וחוקרים כאחד, והוא נחשב לאחד המנסחים הבהירים של הדרישות הנובעות ממושג "שלטון החוק".

4. יוסף רו: העמדה הפורמלית לשלטון החוק

מי ששילב בצורה הטובה ביותר את שתי זוויות הדיון ב"שלטון החוק" – הזווית הליברלית והזווית התורת-משפטית – היה יוסף רו, ועל כן אציג כעת את עמדתו, ואת הקריטריונים

³⁸ *Id.* at 636. ראו גם אצל האייק חוקת החירות 203.

³⁹ LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 39 (1964).

⁴⁰ LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* (1964) ch.2.

⁴¹ Frank Lovett, *Lon Fuller, The Morality of Law*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF CLASSICS IN CONTEMPORARY POLITICAL THEORY* (Jacob T. Levy ed., 2015).

⁴² Kristen Rundle, *The Morality of the Rule of Law: Lon L. Fuller*, in *THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE RULE OF LAW* 186, 186 (Jens Meierhenrich & Martin Loughlin eds., 1 ed. 2021).

שהוא ציין למושג שלטון החוק במאמר המפורסם שלו: "The Rule of Law and its Virtue"⁴³. את מאמרו הוא פותח בציון העובדה שכאשר אידיאל פוליטי "תופס את דמיונם" של מספר גדול של אנשים, הוא נהפך לסלוגן שימושי שעשוי לאבד את הקשר למשמעותו המקורית – עובדה שבה המאמר מבקש לטפל. כדוגמה לכך הוא מבקר את הצהרת הקונגרס הבינלאומי של משפטנים שהתכנס בניו-דלהי בשנת 1959, ושהתייחסה במסגרת אידיאל שלטון החוק ל"כמעט כל אידיאל פוליטי שנמצאה לו תמיכה על פני הגלובוס במהלך השנים שלאחר מלחה"ע" – כך רו.⁴⁴ בניגוד לכך, הוא סבור כי

אין לבלבל את שלטון החוק עם דמוקרטיה, צדק, שוויון [...] זכויות אדם או כל סוג של כבוד כלפי אנשים או לכבוד האדם. מערכות משפט לא-דמוקרטיות, המבוססות על דחייה של זכויות האדם, על עוני נרחב, על הפרדה גזעית, אי-שוויון מיני ורדיפה דתית, יכולות באופן עקרוני להתאים לדרישות של שלטון החוק טוב יותר מכל מערכת משפט של הדמוקרטיות המערביות הנאורות. אין זה אומר שהיא תהיה טובה יותר מאותן דמוקרטיות מערביות; היא תהיה מערכת משפט גרועה ללא ספק, אך היא תעלה עליהן במובן אחד: בהתאמתה לשלטון החוק.⁴⁵

נקודה זו חשובה מאוד עבור רו, שמבקש להדגיש שעיקרון "שלטון החוק" הוא רק עיקרון אחד מיני רבים ביחס למערכת החוק, והוא לא ממצה את הדרישות העקרוניות שיכולות להיות כלפי מערכות החוק.⁴⁶

רו מציג את המובן המילולי של "שלטון החוק", שלפיו: 1. בני האדם צריכים להישלט על ידי החוק. 2. החוק צריך להיות כזה שבני האדם יוכלו להיות מודרכים על ידיו כיצד יש לנהוג. נקל להבחין שהמובן השני משמש למעשה כתנאי הכרחי עבור המובן הראשון: על מנת שאנשים יוכלו לציית לחוק, החוק עצמו צריך להיות מעוצב באופן שמאפשר את ההישמעות לו; כלומר, באופן שמאפשר להדריך את התנהגות הכפופים לו. אם אנשים צריכים להתנהג על פי הוראות החוק, החוק מצידו צריך להיות כזה שניתן לציית להוראותיו. כבר כעת ניתן להבחין בכך – ורו מציין זאת כמובן – שמושג "שלטון החוק" שלו הוא מושג פורמלי לחלוטין, בשני מובנים: א. הוא לא מתעניין בשאלה מי יוצר וקובע את החוק (כלומר, שלטון החוק יכול להתקיים לדידו גם תחת שלטון עריץ, דמוקרטיה רובנית או כל צורת שלטון אחרת). ב. הוא לא עוסק במושגים נורמטיביים כגון זכויות יסוד, שוויון או צדק.⁴⁷ במילים אחרות, עקרונות שלטון החוק לא נוגעים בתוכן החוק או במקור הלגיטימציה שלו, אלא באופן יצירת החוק ויישומו.⁴⁸

⁴³ Joseph Raz, *Rule of Law and its Virtue*, 93 LAW Q. REV. 195 (1977).

⁴⁴ *Id.* 195.

⁴⁵ *Id.* 196.

⁴⁶ "אנו לא צריכים להמיר עצמנו לשלטון החוק", הוא כותב, "רק בכדי לגלות שלהאמין בו משמעותו להאמין שהטוב צריך לנצח". שם.

⁴⁷ *Id.* 198.

⁴⁸ ראו גם Joseph Raz, *The Law's own virtue*, 39 OXF. J. LEG. STUD. 1 2 (2019).

מהן אפוא הדרישות הפורמליות מהחוק, שיש לעמוד בהן על מנת שהחוק יכוון בצורה יעילה את התנהגות הכפופים לו? בתשובה לכך מונה רז מספר קריטריונים עיקריים, שניתן לחלק אותם לשתי קבוצות – האחת שנוגעת לנורמות המשפטיות עצמן, והשנייה הקשורה למנגנוני אכיפת החוק.

בנוגע לנורמות המשפטיות, רז מתייחס לשלוש דרישות שונות: 1. **על החוק לחול באופן פרוספקטיבי, ולהיות נגיש (open) וברור.** חוק שחל מכאן ולשעבר, לא יכול להכווין בדיעבד את התנהגות הכפופים לו, שכבר נעשתה; וכך גם חוק שלא ניתן לגשת אליו, להכירו או להבינו. 2. **יציבות.** שינויים תכופים מידי בחוקים לא מאפשרים לקבל החלטות מושכלות בעלות טווח רחוק, מכיוון שדיעת המצב החוקי בעתיד חיונית לשקילת השלכות ההחלטות בהווה. 3. **יצירת ההוראות המשפטיות הפרטיקולריות צריכה להיעשות על פי כללים ברורים, ידועים, יציבים וכלליים.**

בנוגע למנגנוני אכיפת החוק, רז מצייין עוד חמישה מאפיינים שונים: 1. שמירה על **עצמאות מערכת המשפט.** מכיוון שמקרים וסכסוכים רבים עשויים להגיע לדיון בבית המשפט, הרי שאין כל טעם להכוונת התנהגות באמצעות החוק אם בתי המשפט לא יפסקו על פיו, ולא יישמו אותו בנוגע למקרים המובאים לפניהם – אלא יפסקו על פי שיקולים אחרים. 2. **עקרונות הצדק הטבעי** צריכים להישמר בהליך השיפוטי, כגון דיון פתוח והוגן, היעדר הטיות וכו' – מאותן סיבות שנמנו קודם לכן. 3. **לבתי המשפט צריכה להיות יכולת לבקר את יישום העקרונות הללו,** הן על ידי המחוקק הן על ידי הרשויות המנהליות – אך זו צריכה להיות "ביקורת מוגבלת מאוד" שנועדה לוודא את ההתאמה של פעולותיהם לעקרונות שלטון החוק.⁴⁹ 4. **נגישות של האזרחים לבתי המשפט.** 5. **הגבלת שיקול הדעת של הרשויות הפליליות** (כגון תביעה ומשטרה) בנוגע להליך הפלילי, בכדי להבטיח הגשמה מלאה של החוק ולמנוע אכיפה סלקטיבית שלו.

נראה לפי רז שהערך של רעיון שלטון החוק הוא פונקציונלי; כלומר, שלטון החוק הוא למעשה תכונה של מערכת חוק, שבתכונה זו תלויה מידת האפקטיביות שלה כמערכת שאמורה להכווין את התנהגות הכפופים לה. במובן זה רעיון שלטון החוק לא נושא ערך נורמטיבי אינטרינזי, העומד בפני עצמו; מידת הערך שלו תלויה בשאלה אילו תכליות מערכת החוק תרצה לממש. המשל המפורסם שרז משתמש בו מבהיר היטב את הנקודה הזו: שלטון החוק דומה לתכונת החדות של הסכין – "העובדה שסכין חדה יכולה לשמש לגרימת נזק לא מלמדת שתכונת החדות איננה מאפייין חיובי עבור סכינים".⁵⁰ כך גם ההתאמה לעקרונות שלטון החוק היא תכונה פונקציונלית של מערכת החוק, שמבלעדיה החוק לא יכול להיות למלא ביעילות את ייעודו ותכליתו,, אך לא תכונה בעלת ערך נורמטיבי כשלעצמה.

⁴⁹ רז לא מפרט למה הוא מתכוון ב"ביקורת מוגבלת מאוד", אך נראה שכונתו לביקורת שתפקידה לוודא שעקרונות שלטון החוק – כפי שהוא ניסח אותם – מיושמים על ידי הרשות המחוקקת. בכל אופן ברור מדבריו שלא מדובר בביקורת שיפוטית המבוססת על "Bill of Rights" ושנועדה למנוע פגיעה בזכויות. באופן הזה הבין אותו גם ג'פרי גולדסוורת'י: JEFFREY GOLDSWORTHY, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: CONTEMPORARY DEBATES 63–64 (2010).

⁵⁰ *Id.* 208

זוהי נקודה חשובה עבור רז, מכיוון שבכך הוא מבחין את עצמו מעמדו התורת-משפטית של לון פולר. רז נאמן לעמדתו הפוזיטיביסטית האקסלוסיבית, ומחוייב בשל כך להעדר תלות של המשפט במוסר. לכן, על אף שהוא מסכים ש"שלטון החוק" הוא רעיון בעל ערך נורמטיבי (virtue), הוא מדגיש שעריך זה הוא ערך שלילי בלבד. כלומר, עיקרון שלטון החוק אמנם מצמצם ומגביל מופעים מסוימים של שרירותיות בהפעלת הכוח השלטוני; הוא אמנם מאפשר לאדם למלא את תכליותיו ומטרותיו לטווח הארוך, בכך שהוא מסוגל להישען על קיומה של מסגרת יציבה ובטוחה לפעולותיו;⁵¹ והוא אמנם מכבד את כבוד האדם בכך שהוא מאפשר לאנשים לתכנן את חייהם בצורה אוטונומית ולהוביל את עצמם אל עבר העתיד שהם מעוניינים בו;⁵² ממילא, שלטון החוק אמנם "מספק את היסודות לכבוד המשפטי לכבוד האדם", קובע רז.⁵³ אולם, כל המעלות הללו של שלטון החוק הן מעלות שליליות בלבד, מכיוון שההישמעות לעקרונות שלטון החוק איננה יוצרת טוב כשלעצמה, אלא רק מונעת הפעלת כוח פוליטי בצורה לא ראויה. יתירה מכך, עקרונות אלו נועדים למנוע או להקטין סכנות שנובעות מעצם קיומו של כוח עצום שנתון בידי החוק. לולא המשפט, המאפשר הפעלת כוח פוליטי בצורה כל כך אפקטיבית, לא היה צורך במנגנוני "שלטון החוק" שירסנו ויגבילו את אפשרות השימוש לרעה בכוח שלו. בדיוק כשם שניתן אמנם לומר שאדם פן הוא 'מוסרי' – כיוון שהוא לא משקר – אך בשל העובדה שהוא בעצמו גם מקור הסכנה הפוטנציאלית לשקר, כנותו נושאת ערך מוסרי שלילי ולא חיובי.⁵⁴

אופי שלילי זה מוביל את רז לטענה היסודית יותר שלו, ולפיה לעיקרון שלטון החוק אין מעמד מוסרי כשלעצמו, אלא מעמדו המוסרי תלוי באופי התכליות שמערכת חוק ספציפית מבקשת לקדם. יהיו אשר יהיו מטרותיה של מערכת חוק מסוימת, או של חוק מסוים במסגרתה, הן לא יוכלו להיות מושגות ללא יישום עקרונות "שלטון החוק" המהווים תנאי הכרחי להגשמתן. במובן הזה, שלטון החוק הוא מאפיין מהותי של חוק מוצלח, המכווין התנהגות בצורה טובה, אך זו תכונה ניטרלית מבחינה נורמטיבית מכיוון שהיא יכולה לשרת תכליות רעות או טובות כאחד.⁵⁵

במאמר נוסף, משנת 2019, הציג רז גרסה מעודכנת ומפותחת יותר של הטענות שלו.⁵⁶ נראה שעם השנים רז התקרב להבנה שמערכת משפט מתפקדת זקוקה למידה מסוימת של גמישות ביחס לחוק, ולהישענות מסוימת על שיקול הדעת של רשויות המשפט, ביישום או בפרשנות החוק. בשל כך, נראה שרוז הסכים לכך שהחוק עצמו מכיל באופן עמוק מידה מסוימת של חוסר ודאות, ושהכפופים לו נדרשים לתכנן ולארגן את ענייניהם בהתאם למידע

⁵¹ .Id. at 203.

⁵² .Id. at 202–204.

⁵³ .Id. 205.

⁵⁴ .Id. 206–207.

⁵⁵ לביקורת על הקריאה הרווחת הזו במאמרו של רז, ולטענה שגם רז תפס את שלטון החוק באופן לא אינסטרומנטלי גרידא, ראו: Mark J. Bennett, *Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration*, 30 LAW PHILOS. 603 (2011).

⁵⁶ Joseph Raz, *The Law's Own Virtue*, 39 OXF. J. LEG. STUD. 1 (2019). ראו גם את מאמרו המוקדם יותר: Joseph Raz, *The politics of the rule of law*, 3 RATIO JURIS 331 (1990).

חלקי בלבד שיכול להיות בידיהם בנוגע לדרישות החוק. ממילא, אם מטרת החוק הייתה אך ורק להכווין את התנהגות הכפופים לו, היכולת שלו לעשות זאת מובטחת באמצעות עקרונות שלטון החוק פחות ממה שרזו הניח בעבר. נוסף לכך, נראה שרזו היה ער לכך שפרשנות חוקים על ידי גורמי ביניים תערב, פעמים רבות, דיון מוסרי ביישום החוק. לשם כך רזו תר אחר עקרון מנחה נוסף שיאפשר לו לתחום את מרחב שיקול הדעת של רשויות השלטון.

הפיתוח שהציע רזו הוא של הרעיון ששלטון החוק נועד למנוע הפעלה שרירותית של הכוח השלטוני, המוגדרת על ידו כפעולה שנעשית באדישות לטעמים שאמורים להנחות את הפעלת הכוח השלטוני.⁵⁷ כלומר, גם מרחב שיקול הדעת של הרשויות בפרשנות וביישום הנורמות המשפטיות צריך להיות תחום בהתאם לטעמים מסוימים שיכולים להנחות אותן. מהם אותם טעמים? לדעת רזו, העיקרון הבסיסי הוא שהשלטון אמור לדאוג לטובת הנשלטים ולא לטובתו שלו. משום כך, שלטון פועל בהתאם ל"שלטון החוק" בשעה שפעולותיו נעשות מתוך כוונה מוצהרת לשרת את האינטרסים של הנשלטים.⁵⁸ עיקרון זה מוביל אותו להרחבת רשימת הקריטריונים של "שלטון החוק" ("Enriching the Requirements") ביחס למה שהוא העמיד בתחילה, ולהוספה של מספר היבטים נוספים. גם כאן רזו מתעקש במפורש על כך שמושג שלטון החוק שלו נותר נקי מהיבטים המבטיחים שהחוק יהיה צודק, או שזכויות האדם של האזרחים יישמרו.⁵⁹ הציפייה שעיקרון אחד יגן כשלעצמו על מוסריות החוק והצדק שלו, טוען רזו, היא ציפיית שווא: "אני לא מאמין שיש עיקרון כלשהו או דוקטרינה נורמטיבית כלשהו שיכולה בעצמה להגן על כך".⁶⁰

בשל כך הוא מבקר במפורש גם הגדרות אחרות שניתנו לשלטון החוק – כמו למשל אלו של הלורד בינגהם ואהרון ברק – שכוללות במסגרת "שלטון החוק" גם הגנה על זכויות האדם, או ציות של משפט המדינה לנורמות המשפט הבינלאומי.⁶¹ רזו מצביע על כך שהרשימה של לורד בינגהם לא משקפת השלכות מגוונות של עקרון אחד אחוד, אלא אוסף של עקרונות שונים שמאחורי כל אחד מהם עומד רציונל שונה. זו בעצם לב הטענה האנליטית של רזו, שמתנגד להרכבת מובנים נורמטיביים שונים – ראויים ומצדקים ככל שיהיו – על המושג של "שלטון החוק"; תחת זאת, מבכר רזו להעמיד מושג בעל מובן קוהרנטי ואחיד, גם אם מצומצם יותר מזה של מבקריו.

אחת האבחנות המקובלות בספרות המקצועית בנוגע לתיאוריות השונות של מושג שלטון החוק היא האבחנה שבין תפיסות פורמליות של שלטון החוק לתפיסות מהותיות שלו.⁶² לפי

⁵⁷ Joseph Raz, *The Law's Own Virtue*, 39 OXF. J. LEG. STUD. 1, 5 (2019).

⁵⁸ *Id.* at 7.

⁵⁹ *Id.* at 9.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* at 5. את דבריו של טום בינגהם ראו לקמן ליד ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת"; את דבריו של ברק ראו לקמן ליד ה"ש 133-138.

⁶² ראו למשל Paul Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, PUBLIC LAW 467 (1997); Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed.).

העמדות הפורמליות, המושג "שלטון החוק" מתייחס להיבטים הצורניים של מערכת החוק, דוגמת בהירות הנורמה והנוסח שלה, וכנובע מכך – היכולת שלה להדריך בפועל את התנהגות האזרחים באופן שיאפשר להם לתכנן את חייהם בהתאם לכך; ההיבטים הטמפורליים של החוק (האם הוא רטרופקטיבי או פרוספקטיבי), ועוד. עמדות אלו לא מתייחסות לתוכן החוק, ולא בוחנות האם תוכנו חיובי או שלילי, צודק או לא-צודק, אלא רק את צורתו. מנגד, עמדות מהותיות למושג "שלטון החוק" מקבלות את המובן הפורמלי של המושג, אך מבקשות להרחיבו גם אל תוכן החוקים; לפי עמדות אלו, ממושג "שלטון החוק" נובעות גם מספר דרישות צדק מהותיות, שיש לבחון גם את תוכן החוק לאורן.⁶³

לפי האבחנה הזו ברור כי עמדתו של רו היא עמדה פורמלית לעילא; שוב ושוב הוא מדגיש שלדידו מושג שלטון החוק אינו כולל מושגי צדק מהותי. גם בגרסה המאוחרת יותר שלו, שבה הוא הוסיף את ההיבט של פעולות השלטון למען הנשלטים, הוא שב וציין זאת באריכות כפי שהראיתי. אל מול עמדה זו, רונלד דבורקין מייצג היטב את העמדה ההופכית, המהותית, וכולל במושג שלטון החוק שלו גם היבטי צדק מהותיים. עמדה זו תוצג כעת.

5. רונלד דבורקין והעמדות המהותיות לשלטון החוק

דבורקין חילק בין שני מובנים שונים, או שתי תפיסות שונות, של מושג "שלטון החוק": למובן הראשון הוא קרא תפיסת שלטון החוק כ"ספר-הכללים", ולמובן השני הוא קרא תפיסת שלטון החוק כ"זכויות". תפיסת "ספר-הכללים" מייצגת את מה שכינינו כמובן הפורמלי של שלטון החוק: העיקרון הקובע שהכוח של המדינה לא יופעל כנגד האזרחים שלה שלא במסגרת כללים מפורשים, המופיעים ב'ספר חוקים' שזמין ונגיש לכלל האזרחים;

<<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>; BIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY (2004) ch. 7-8; Robert Summers, *A formal theory of the rule of law*, 6 RATIO JURIS 127–142 (1993) לביקורת על ההבחנה הזו, ראו Gardner, John. "The Supposed Formality of the Rule of Law." *Law as a* 195-220 (2012); *Leap of Faith: Essays on Law in General* (2012). ישנה אבחנה ספציפית יותר, בין עמדות פורמליות לפרוצדורליות – אך לצורך הדיון כאן מתייחס לשתייהן כעמדות פורמליות. ראו: Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY; Jeremy Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, DWORKIN HIS CRIT. REPLIES 319 (2004). אבחנות שיוודות לרזולוציות קטנות יותר ממקמות את העמדות השונות על הציר שבין תפיסות 'רווח' ל'עבות'; ראו אצל BIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY table 1 (2004); Jørgen Møller & Svend-Erik Skaaning, *Systematizing thin and thick conceptions of the rule of law*, 33 JUSTICE SYST. J. 136 (2012) ראו גם את Richard H. Fallon Jr, *The rule of law as a concept in constitutional discourse*, 97 COLUM REV 1, 5 (1997).

⁶³ Paul Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, PUBLIC LAW 467 (1997).

גם השלטון, כמו אחרון האזרחים, מחויב לאותם כללים פומביים – אלא אם הם ישתנו, בהתאם לפרוצדורות השינוי – שנקבעו אף הן בחוק.⁶⁴

התפיסה השנייה של שלטון החוק, תפיסת שלטון החוק כ"זכויות" – שבה מצדד דבורקין – מניחה שלאזרחים ישנן זכויות וחובות מוסריות האחד כלפי השני, וזכויות פוליטיות כלפי המדינה – ושזכויות אלו צריכות להיאכף על ידי בתי המשפט בעקבות דרישתם של אזרחים פרטיים. "שלטון החוק" לפי תפיסה זו הוא הרעיון של שלטון "על ידי התפיסה הציבורית המדויקת של זכויות הפרט"; זו תפיסה "שלא מבחינה, כפי שתפיסת 'ספר הכללים' מבחינה, בין שלטון החוק והצדק המהותי; בניגוד לכך היא דורשת, כחלק מרעיון החוק, שהכללים בספר הכללים יכירו ויאכפו זכויות מוסריות" – כך דבורקין.⁶⁵ עולה מכך שלפי דבורקין תפיסת שלטון החוק כ"זכויות" לא מתייחסת רק לזכויות שהוכרו במסגרת המשפט הפוזיטיבי – שהרי במקרה כזה גם תפיסת שלטון החוק כ"ספר כללים" תדרוש אכיפה של זכויות אלו. ברי כי דבורקין מתכוון לכך ששלטון החוק כ"זכויות" כולל גם הכרה ואכיפה של זכויות מוסריות שלא דווקא הוכרו במפורש בטקסט החוקי או החוקתי, אך הן נובעות לדעתו בכל אופן מהמשפט ומעקרונותיו.⁶⁶

את תפיסת שלטון החוק כ"ספר כללים" דבורקין מזהה כתנאי הכרחי אמנם לחברה צודקת, שחייבת לעמוד במידה גבוהה של התאמה לעקרונות שלטון החוק הפורמליים – אך לא כתנאי מספק; לא ניתן להשיג צדק בחברה ללא קיומו של רעיון שלטון החוק במובנו הפורמלי, אך זהו לא תנאי מספק מכיוון שאם החוקים בחברה מסוימת, לדוגמה, אינם צודקים – באכיפתם ייווצר מצב של חוסר צדק. מנגד, תפיסת שלטון החוק כ"זכויות", כפי שמגדיר זאת דבורקין, תוביל בסיכוי גבוה יותר לחברה צודקת, גם אם זו לא תהיה מנוהלת כראוי או תחסר איכויות אחרות של חברה רצויה.⁶⁷ יש להעיר ביחס לכך שמצדדי התפיסה הפורמלית של שלטון החוק לא סבורים שעיקרון שלטון החוק הוא תנאי הכרחי ומספיק לקיומה של חברה צודקת. כפי שראינו לעיל, רו הצהיר במפורש על כך ש"שלטון החוק הוא רק אחד מאותם ערכים שמערכת משפט צריכה להחזיק בהם, ושלאורם היא צריכה להישפט".⁶⁸

חשוב לציין בהקשר הזה שגם דיונו של דבורקין, כמו זה של פולר שהזכרתי קודם לכן, לא נעשה במסגרת ברור אנליטי המתמקד במושג הזה, אלא במסגרת שאלה אחרת הלקוחה מתחום פרשנות המשפט, והיא: כיצד צריכים שופטים לנהוג ב"מקרים קשים" (hard cases), שלגביהם אין כלל מדויק בספר החוקים שמורה לשופט כיצד להכריע? דבורקין מצביע על כך ששני המובנים השונים של שלטון החוק נבדלים ביניהם בנוגע לשאלה הזו. בעוד שתפיסת שלטון החוק כ"ספר כללים" תורה לשופט לתור אחר הכוונה 'האמיתית' של

⁶⁴ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 11 (1985). לראשונה הטקסט של דבורקין התפרסם כמאמר נפרד: R. M. DWORKIN, POLITICAL JUDGES AND THE RULE OF LAW (1980).

⁶⁵ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 11 (1985).

⁶⁶ ראו: Jeremy Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, DWORKIN HIS CRIT. REPLIES DWORKIN 319, 320 (2004).

⁶⁷ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 12 (1985). ראו על כך את דבריו של תומס סואל: THOMAS SOWELL, JUDICIAL ACTIVISM RECONSIDERED 18 (1989).

⁶⁸ Joseph Raz, *Rule of Law and Its Virtue*, 93 LAW Q. REV. 195, 196 (1977).

החוק (כמו למשל באמצעות פנייה לחקיקה מקבילה, לכוונת המחוקקים, ועוד) – הרי שתפיסת שלטון החוק כ"זכויות" תבקש מהשופט לבחון את השאלה האם לתובע ישנה הזכות המוסרית שאותה הוא דורש, גם אם זו לא מפורשת ב"ספר הכללים" של הקהילה הפוליטית. בתוך ההקשר הזה, דבורקין מבקש 'להעשיר' גם את מושג שלטון החוק ולכלול בו גם את השמירה על הזכויות – אך הוא לא מנמק בהרחבה מדוע הוא עושה זאת. ואכן, נראה שדבורקין עצמו מודע לכך; הפסקה האחרונה של המאמר נועדה להתמודד עם חסך זה, ובה דבורקין מציע נימוקים פוזיטיביים בעד תפיסת שלטון החוק כ"זכויות". לדבריו, חברה שתאמץ את מושג שלטון החוק כ"זכויות" אמנם עשויה לשלם מחיר בדמות "פגיעה ודאית ביעילות ופגיעה אפשרית ברוח הקהילתית"; אך החברה תשיג רווח גדול בדמות הפיכתה לחברה שמחשיבה כל פרט ופרט בה – ודבורקין סבור ש"ערך ההבטחה הזו שווה את מחירה".⁶⁹ חברה שכזו מעודדת כל אחד ואחד מאזרחיה להניח שיחסיו עם אזרחים אחרים ועם הממשל שלו – הם מענייניו של הצדק; וממילא היא מעודדת דיון ציבורי, כקהילה פוליטית, על ענייני הצדק במערכות היחסים הללו.

ואכן, בשונה מרז, נקל להבחין שנימוקיו של דבורקין לטובת תפיסת ה"זכויות" של שלטון החוק הם נימוקים מסדר שני; כאלו שלא מנתחים באופן אנליטי את פירוש המושג, ומה הוא דורש, אלא מעניקים סיבות תוצאתניות מדוע כדאי לאמץ תפיסה מעין זו של שלטון החוק. במילים אחרות, הסיבה שבגינה הוא ממליץ לאמץ את תפיסת ה"זכויות" של שלטון החוק איננה משום שהוא סבור שמבחינה אנליטית זהו הפירוש הנכון ביותר למושג – אלא מכיוון שבסופו של חשבון, חברה שתאמץ תפיסה מעין זו של שלטון החוק תהפוך להיות חברה צודקת יותר לדעת דבורקין.⁷⁰

ובכל זאת, על אף שדבורקין לא אומר זאת במפורש, נראה שאפשר לטעון שהסיבה שבגינה הוא מבקש להטעין את מושג שלטון החוק בתפיסת הזכויות שלו – ולא להסתפק במושג רזה יותר, לצד מושגי צדק אחרים – דווקא כן נובעת באופן עמוק מעמדה עקרונית יותר של דבורקין, העמדה הנון-פוזיטיביסטית שלו. כאמור, דבורקין סבור שבתו השופט צריכים לקבל את ההחלטות המשפטיות שלהם במקרים קשים בהתאם לתיאוריה המוסרית-פוליטית של הקהילה הפוליטית.⁷¹ בשל כך דבורקין לא יכול להסכים עם העמדה הפורמלית של רז, שמבקשת להפריד באופן ברור בין ה'חוק' לבין שאלות של צדק מהותי. במילים אחרות, התפיסות השונות של רז ושל דבורקין בנוגע למושג שלטון החוק קשורות בטבורן לשאלה הראשונית – והמהותית יותר – שגם עליה הם חולקים: מהו ה'חוק' שאת שלטונו אנו מבקשים להשיג.⁷² ואכן, נראה שעבור דבורקין מושג שלטון החוק לא עומד באופן עצמאי, בנפרד מהתפיסה הכללית שלו את החוק ואת היחס שלו לתיאוריות של צדק מהותי.

⁶⁹ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 32 (1985).

⁷⁰ לניסוח של ברק שמזכיר מאוד את סוג השיקולים הללו, ראו לקמן ליד ה"ש 138.

⁷¹ RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986).

⁷² ראו על כך: Paul Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, PUBLIC LAW 467, 105 (1997); Leighton McDonald, *Positivism*

אחד ההבדלים שבדבורקין ציין בין המובנים השונים של שלטון החוק נוגע לנייטרליות הפילוסופית שלהם; בעוד שמושג שלטון החוק הרזה, של "ספר הכללים", כמעט ולא נשען על הנחות פילוסופיות – הרי שמושג שלטון החוק כ"זכויות" נשען על הנחות יסוד בדבר קיומן של זכויות מוסריות בקרב האזרחים; זכויות שאינן תלויות בחקיקה הפוזיטיבית. דבורקין מודע לכך שמושג שלטון החוק שלו "פגיע" וחשוף יותר לביקורת פילוסופית, בפרט כאשר ישנן מחלוקות עמוקות בקרב הקהילה הפוליטית עצמה בנוגע לקיומן של זכויות מסוימות.⁷³

ואכן, מלומדים שונים ביקרו את דבורקין בדיוק מתוך הנקודה הזו, וטענו שוויכוחים וחוסר הסכמה נרחב בסוגיות מוסריות ופוליטיות עקרוניות הן מנת חלקן של החברות המודרניות באשר הן; משום כך, עדיף לדעתם שלא לבסס את מושג שלטון החוק על תפיסה המניחה הסכמה בעניין הזה. כך למשל ציין תמהנה:

שמא לא קיימת השקפה מוסרית יחידה בקרב חברי הקהילה, ואף לא בקרב רובם... התנגדויות אלו לא מכוונות רק כנגד דבורקין, אלא כנגד כל הגרסאות המהותיות של שלטון החוק המכלילות בו את זכויות הפרט. אין דרך מוסכמת להחליט מה הזכויות הללו מכילות. כל העקרונות הגדולים – כמו שוויון, חירות, פרטיות, זכות הקניין, חופש החודים, חופש מענישה אכזרית – נתונים לוויכוח בדבר משמעותם והיקפם. בהקשרים מסוימים הישום של רעיונות אלו יוצר התנגשות בין זכויות שונות... ההשתמעות המדאיגה ביותר בעמדתו של דבורקין היא שהיא מבטיחה להסיר את הוויכוחים מהממד הפוליטי, ולמסור אותם לידי השופטים.⁷⁴

לעמדה המרחיבה של דבורקין ישנם תומכים נוספים, כמו טום בינגהם, בספרו "שלטון החוק";⁷⁵ אחרים שקשרו דווקא בין מושג שלטון החוק לבין שמירה על זכויות הקניין, כמו רונלד קאס⁷⁶ – בעוד שתיאורטיקנים אחרים, שזכויות הקניין חשובות היו גם להם, הסתייגו מקישור אנליטי בין השניים;⁷⁷ ומשפטנים שקראו לאמץ מתודה לינגוויסטית-סמנטית מקומית: לנתח את המשמעות של השימוש במושג שלטון החוק בקרב קהילת דוברים

and the Formal Rule of Law: Questioning the Connection, 26 *AUSTL J LEG PHIL* 93 (2001).

RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 12 (1985) ⁷³

BRIAN Z. TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 103–104 (2004). ⁷⁴

TOM BINGHAM, THE RULE OF LAW 66–68 (2011). בינגהם גם הראה שם כיצד אמנות ומסמכים בינלאומיים – דוגמת ההכרזה האוניברסלית של זכויות האדם – קושרים בין מושג שלטון החוק ובין רעיונות של זכויות האדם. ⁷⁵

Ronald A. Cass, *Property Rights Systems and the Rule of Law*, in *THE ELGAR COMPANION TO THE ECONOMICS OF PROPERTY RIGHTS*, 131 (2004) ⁷⁶

RICHARD A. EPSTEIN, DESIGN FOR LIBERTY: PRIVATE PROPERTY, PUBLIC ADMINISTRATION, AND THE RULE OF LAW 7–12 (2011) ⁷⁷

ספציפית, כמו זו הבריטית – וכך טענו שניתוח כזה מעלה שימוש עשיר ורחב במושג "שלטון החוק".⁷⁸

כעת יש לשאול: כיצד ניתן להכריע בין העמדות השונות, והאם הכרעה כזו חשובה בכלל? הלא גם העמדות של שלטון החוק הפורמלי מכירות בעקרונות מסוימים של צדק שהן היו רוצות שיתממשו – ואם נכון הדבר, אזי מה משמעות ההבדל בין כינוין של דרישות אלו כ"שלטון החוק" ובין כינוין באופן אחר? האם אין זה וויכוח סמנטי גרידא?

קודם כל יש להודות שקשה להכריע בין העמדות השונות באמצעות טיעונים מסדר ראשון, בפרט לאור העובדה שכפי שהראיתי, כל אחת מהן נשענת על תפיסה תשתיתית יותר בדבר מהו "החוק", או מה כלול ב"חוק" – תפיסה פוזיטיביסטית של רז, מכאן; ותפיסה נון-פוזיטיביסטית של דבורקין, מכאן. אולם, ניתן בכל זאת להציע כמה טיעונים מסדר שני התומכים באימוץ עמדה פורמלית של שלטון החוק.

ראשית, כבר רז בעצמו הזכיר את ההיבט האוניברסלי של תפיסת שלטון החוק שלו, שמאפשר גם לחברות שונות – בעלות מבנים חברתיים שונים, דתות ומנהגים שונים, וכו' – לאמץ אותה, מכיוון ש"כולן דורשות יציבות ויכולת חיזוי"; ומכיוון שכך "אנשים יוכלו להרגיש בבית בתוך מסגרת החוק, ולהיות סמוכים ובטוחים באפשרותם לתכנן את חייהם".⁷⁹ כלומר, עיקרון שלטון החוק הפורמלי נושא אופי אוניברסלי שמאפשר לחברות שונות לאמץ אותו תוך התאמה לעולם הערכי והחברתי שלהן – מה שאין כן במובן המהותי של עיקרון שלטון החוק, שדורש כבר מחויבות להנחות מוסריות ופילוסופיות אחרות.

שנית, ניתן (ורצוי) לפתח טיעון זה לא רק ביחס להסתכלות הגלובלית, אלא גם ביחס לעמדות השונות הקיימות בכל חברה וחברה. ככל שחברה מסוימת הומוגנית יותר מבחינת תפיסות הצדק והטוב של אזרחיה, כך נקל עליה יותר לאחוז בתפיסת שלטון החוק שכוללת את אותן תפיסות צדק. אולם, בחברות הטרוגניות יותר, שלציבורים שונים המרכיבים אותן יש תפיסות טוב וצדק שונות – הכנסה של אותם עקרונות אל תוך מושג שלטון החוק עשויה ליצור חוסר הסכמה פוליטי וחברתי בנוגע לעיקרון שלטון החוק. מן הצד השני, אם אותה חברה הטרוגנית תאמץ מובן פורמלי של עיקרון שלטון החוק, הרי שהוא יוכל לעמוד כשלעצמו מבלי להיקשר למחלוקות פוליטיות וחברתיות הנוגעות למישור הערכי והמוסרי. במילים אחרות, המובן הפורמלי של עיקרון שלטון החוק הוא ניטרלי יותר, ומאפשר לצדדים שונים במפה הפוליטית והחברתית לאחוז בו ללא חשד או קשר למחלוקות העקרוניות ביניהם;⁸⁰ כך, המחלוקות לא ייפתרו אמנם, אך יתנהלו סביב המושגים הנורמטיביים המתאימים להן, וייתירו מרחב הסכמה רחב על מושג שלטון החוק. ודוק: אינני טוען שהמובן הפורמלי של עיקרון שלטון החוק הוא ניטרלי לחלוטין, מכיוון שגם הוא נשען

TREVOR RS ALLAN, LAW, LIBERTY, AND JUSTICE: THE LEGAL FOUNDATIONS OF BRITISH CONSTITUTIONALISM 20–22 (1994)

Joseph Raz, *The Law's Own Virtue*, 39 OXF. J. LEG. STUD. 1, 2 (2019)

Robert S. Summers, *A formal theory of the rule of law*, 6 RATIO JURIS 127, 136 (1993)

על ערכים נורמטיביים כגון וודאות ויציבות; טענתי היא שערכים פורמליים מעין אלו פחות שנויים במחלוקת ערכית, ושורר סביבם קונצנזוס והסכמה רחבה יותר באופן יחסי.⁸¹

כהמשך לכך ניתן לטעון שהכנסת ממדי צדק מהותיים אל עיקרון שלטון החוק תוביל להפיכתו ל"שדה קרב" פוליטי נוסף, כאשר כל צד יבקש להכניס את עקרונותיו אל תוך המושג. מלבד החשש המעשי של יצירת מוקד מחלוקת נוסף, יש בכך גם בעיה עקרונית יותר, מכיוון שעיקרון שלטון החוק עוסק בדיוק בממד של כפיפות כל האזרחים ומוסדות השלטון אל 'החוק'; בכך הוא מבקש להעמיד דרישות שאינן תלויות ברצונותיהם, אמונותיהם או האינטרסים של יחידים או קבוצות במדינה. ככל שהמושג יהפוך למושג הכולל עקרונות הנתונים במחלוקת ציבורית – ויהפוך להיות מזוהה עם צד כזה או אחר במחלוקת הזו – כך הוא יאבד את יכולתו למלא את התפקיד 'אובייקטיבי' שנועד לו. כמובן הזה ניתן לומר שאימוץ המובן המהותי של שלטון החוק מעלה את החשש שבסופו של דבר גם המובן הפורמלי של שלטון החוק ייפגע. ואכן, הוגים שונים התריעו מפני תהליך שבו "וויכוחים בדבר ערכים חברתיים מנוסחים מחדש כמאבקים על המשמעות של שלטון החוק", מה שיוביל לריקון "שלטון החוק מכל משמעות מובחנת".⁸²

דווקא ההצטמצמות למושג פורמלי יותר של שלטון החוק, טוען תמהנה, מאפשר לו להיות פתוח לקבל תכליות שונות שאותן החוק מבקש לקדם.

בנוסף לכך, גם מן הזווית האנליטית ישנו חשש שהמושג יאבד משמעות קוהרנטית לאור העובדה שניתן, עקרונית, לטעון אותו במובני צדק שונים – וכך קשה יהיה יותר להגן עליו, לחנך אליו, או להתריע מפני פגיעה בו.⁸³ במילים אחרות, הוא עשוי לאבד את יכולתו לשאת משמעות קונקרטית במסגרת הדיון הציבורי. כך למשל ג'רמי וולדרון, שהקדיש כתיבה רבה

⁸¹ ניתן לומר שיש שיעדיפו ערכים של גמישות, קונטקסטואליות ויכולת הכרעה אדהוקית, על פני ודאות, פורמליזם ויציבות. ראו לעניין זה את מאמרו הנודע של דנקן קנדי, הקושר בין אלטרואיזם לסטנדרטים ובין אינדיבידואליזם לכללים: Duncan Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, 89 HARV REV 1685 (1975). עם זאת, יש לציין כי מנקודת המבט של מאמר זה, עמדות אלו מנוסחות לא אחת כביקורת על עיקרון שלטון החוק, ולא כיישום שלו; ראו למשל את דבריו של קנדי עצמו: "The aim was to show that as a matter of fact most rules were standards. **The legal order, in this view, was shot through with discretion masquerading as the rule of law**" Antonin Scalia, *The rule of law as a law of rules*, 56 U CHI REV 1749 (1989). ראו גם, BRIAN Z. TAMANAH, *ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY* (2004) ch. 6.

⁸² ובניסוח המזכיר את זה של רו, מציין תמהנה: " שלטון החוק לא יכול להיות כל דבר טוב שאנשים שואפים שהמשל יקיים; הפיתוי המתמשך לקרוא אותו בדרך זו הוא עדות לכוונו הסמלי של שלטון החוק, אך אין להיענות בחיוב לפיתוי זה". BRIAN Z. TAMANAH, *ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY* 113 (2004).

⁸³ בהמשך אציג את המובנים השונים שניתנו בפסיקה הישראלית לעיקרון שלטון החוק המהותי – ומצב העניינים שאתאר שם נראה כהגשמה של החשש האמור. ראו לקמן בעמ' 31.

למושג שלטון החוק,⁸⁴ ציין שהוא מזהה "סימן אזהרה אנליטי" מתנוסס מעל העמדות המהותיות, והתריע מפני החשש הבא:

מרגע שפתחנו את האפשרות שלשלטון החוק יש ממד מהותי, אנחנו פותחים במעין תחרות שבה כל אחד תובע לכלול את האידיאל הפוליטי האהוב עליו כממד מהותי של שלטון החוק. אלו המעדיפים זכויות קניין וכלכלת שוק ייאבקו להעניק בכורה לערכים האהובים עליהם בעניין זה. אבל כך גם אלו המעדיפים זכויות אדם, או אלו המעדיפים השתתפות דמוקרטית, או אלו שמעדיפים חירויות אזרחיות או צדק חברתי. התוצאה צפויה להיות שקיעה כללית ביכולת הביטוי הפוליטית, כאשר אנשים נאבקים להשתמש באותו מונח על מנת לבטא אידיאלים שונים.⁸⁵

חשוב לציין שלא מדובר רק בעניין רטורי, או כזה הקשור ל"יכולת הביטוי הפוליטית" כפי שניסח זאת וולדרון. לחשש הזה יש גם היבט מהותי יותר: השמירה על המובן הפורמלי של עיקרון שלטון החוק מאפשרת להצביע על מתחים בין עקרונות שונים שאנו מבקשים לממש במסגרת הפוליטית או המשפטית. כך למשל, יכול להיווצר מתח בין עיקרון שלטון החוק לעקרונות צדק מהותיים – וייתכן שבנסיבות מסוימות בית המשפט אף יבקש להכריע לטובת אותם עקרונות צדק, על אף הפגיעה בעיקרון שלטון החוק. אולם, גם במצב שכזה, ככל שנשמור על הבהירות האנליטית של המושגים כך יתאפשר לנו להיות מודעים למחירים של אותה הכרעה, ולעקרונות האחרים שנפגעים כתוצאה מההכרעה שהתקבלה – כגון ודאות, ויציבות. ממילא, הפיכת עיקרון שלטון החוק למושג שכולל בחובו עקרונות צדק אחרים,

⁸⁴ ראו: Jeremy Waldron, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE RULE OF LAW 121 (Jens Meierhenrich & Martin Loughlin eds., 2021); 63 JEREMY WALDRON, THE RULE OF LAW AND THE MEASURE OF PROPERTY (2012); Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, 50 NOMOS AM SOC POL LEG. PHIL 3 (2011); Jeremy Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, DWORKIN HIS CRIT. REPLIES DWORKIN 319 (2004); Jeremy Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, 2 LAW PHILOS. 137 (2002); Jeremy Waldron, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, 2 RATIO JURIS 79 (1989); Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>; Jeremy Waldron, *Legislation and the Rule of Law*, 1 LEGISPRUDENCE 91 (2007); Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Role of Courts*, 10 GLOB. CONST. 91 (2021); Waldron Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>.

⁸⁵ וכפי שכתב במקום אחר: "דבר זה (הנטייה להשתמש במושגים דמוקרטיה, זכויות אדם ושלטון החוק באופן חופשי וחילופי. מ.ב.) מטריד מנקודת מבט אנליטית, מכיוון שזה מונע אותנו מלראות את האור הייחודי המונח במוסר הפוליטי שלנו על ידי כל אחד מהכוכבים הנפרדים בקונסטלציה הזו. בנוסף, זה יכול להטעות אותנו בנוגע להיסטוריה ולדיאלקטיקה של הרעיונות הללו." Jeremy Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, DWORKIN HIS CRIT. REPLIES DWORKIN 319, 319 (2004)

עשוי לטשטש את המתחים שקיימים בין עקרונות שונים, ולהסיט את המבט מהפגיעה שעשויה להיות בחלק מהעקרונות הללו.

עניין זה חשוב גם מכיוון נוסף: הלא גם התומכים בהוספת המובן המהותי של שלטון החוק, כמו דבורקין, סבורים שהוא בא בנוסף למובן הפורמלי שלו, ולא תחתיו; גם הם מכירים בחשיבות המובן הפורמלי ליצירת ודאות, יציבות, ויכולת תכנון ארוכת טווח של האזרחים הכפופים לחוק. כך למשל ציין דבורקין כי תפיסת שלטון החוק ככללים היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, ליצירת חברה צודקת.⁸⁶ אולם, לעיתים המובן המהותי של שלטון החוק יכול לעמוד בסתירה, או לכל הפחות במתח, עם המובן הפורמלי של שלטון החוק;⁸⁷ כזה הוא למשל מצב עניינים שבו הסדר משפטי מסוים נתפס כרצוי, מכיוון שהוא משרת את עיקרון שלטון החוק המהותי – אך הוא לא הולם את המובן הפורמלי של שלטון החוק, מכיוון שהוא לא נקבע מראש בנורמה חוקית פומבית וברורה.⁸⁸ במצב שכזה אני סבור שנכון יהיה להצטמצם למובן הפורמלי של שלטון החוק, ולהימנע מהרחבת המושג אל עבר המובן המהותי, מכיוון שמבחינה אנליטית יש בכך יתרון: הבהירות האנליטית שתושג כתוצאה מכך תאפשר להעמיד את המתח הנורמטיבי בצורה ברורה: זהו המתח התשתיתי והמוכר בין מטרות שונות שהמשפט מבקש להשיג – בין ה'אמת' ל'יציב'; בין העדפת הוודאות ויכולת התכנון, היציבות והפורמליות המשפטית – לבין הדגשת הגמישות והיצירתיות השיפוטית, והעדפת שיקולי הצדק והמוסר פוליטי.⁸⁹ התומכים בהוספת המובן המהותי של שלטון החוק, כמו דבורקין, סבורים שהוא בא בנוסף למובן הפורמלי שלו, ולא תחתיו – ומשום כך נראה שכאשר אימוץ המובן המהותי פוגע במובן הפורמלי, נכון יותר שלא להשתמש במושג שלטון החוק המהותי אלא להציג את המתח בצורה מפורשת ובהירה יותר.

בנוסף לכך, בחלקו האחרון של המאמר אציג את הטענה שיש לראות את הוספת המובן המהותי לשלטון החוק לא רק כתהליך אנליטי העוסק במשמעותם של מושגים, אלא גם כתהליך בעל השתמעויות מוסדיות, שיוצר תמורה משמעותית במערכת היחסים שבין השופט ל'חוק' ולמחוקק. בעוד שההצטמצמות לעיקרון שלטון החוק הפורמלי מכפילה את השופט לנורמות קבועות, מוכרות ומפורסמות, הוספת המובן של שלטון החוק המהותי מאפשרת לשופט, מיניה וביה, לראות את עצמו ככפוף לנורמות מוסריות עמומות יותר; המשמעות הריאליסטית של זה היא שהשופט נהנה משיקול דעת רחב יותר בהגדרת התוכן של אותן הנורמות. במילים אחרות, ככל שה'חוק' יותר פורמלי, כך מידת ההשפעה של שיקול דעתו של השופט עליו מועטה יותר, וניתן לומר בקלות יותר שהשופט כפוף אל החוק; אך ככל שה'חוק' נושא אופן מהותי יותר, כך השופט יכול ליצוק את התוכן לאותו 'חוק' באופן המטשטש את כפיפות השופט אל החוק. בתהליך זה אעסוק בהרחבה בחלקו האחרון של המאמר.

RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 12 (1985) ⁸⁶

ראו לקמן ליד ה"ש 142. ⁸⁷

RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 17 (1985). ראו אצל ⁸⁸

ראו לעיל בה"ש 81. ⁸⁹

לסיכום חלק זה: ארבע העמדות שהוצגו בו (האייק, פולר, רז ודבורקין) מייצגות – מלבד מרכזיותם בשיחה המקצועית על מושג שלטון החוק – שני צירים מרכזיים שעליהם נע המושג: הציר האחד הוא זה שבין המובן הליברלי של שלטון החוק (האייק) למובן התורת-משפטי שלו (פולר); והציר השני הוא זה שבין תפיסה פורמלית של שלטון החוק (רז) לתפיסה מהותית שלו (דבורקין). מצוידים במפה התיאורטית הזו, נוכל כעת לפנות בחזרה אל המשפט הציבורי בישראל, ולמקם את השימוש שלו במושג "שלטון החוק" לאור הצירים הללו. ניתוח זה ייעשה ביחס לשתי שאלות מרכזיות: 1. כיצד בית המשפט העליון בישראל מבין את המושג "שלטון החוק"? (חלק 2). 2. כיצד השתמש בית המשפט העליון במושג שלטון החוק, במסגרת השינויים החוקתיים של העשורים האחרונים? (חלק 3).

ב. כיצד מבין בית המשפט העליון בישראל את המושג "שלטון החוק"?

בחלק זה אבקש לנתח את האופן שבו הבין בית המשפט העליון בישראל את המושג "שלטון החוק", ואת השינויים שחלו בו לאורך השנים. לצורך כך אסקור גם את התהליך המקביל שחל בהבנת המושג בכתיבה המשפט-ציבורית בישראל. אולם בטרם ניגש לענות על השאלות שבהם חתמנו את החלק הראשון, יש לשאול שאלת-מטא מקדימה: באיזה מובן בכלל השאלה – כיצד בית המשפט העליון מבין את מושג "שלטון החוק" – היא שאלה חשובה, או מעניינת? האם יש חשיבות מיוחדת לשאול את השאלה הזו ביחס לבית המשפט העליון, יותר מאשר ביחס למוסדות אחרים במדינה? האם יש ציפייה שלבית המשפט העליון תהיה תשובה מסוג מסוים לשאלה הזו, או שבכלל נוכל למצוא לה תשובה באופן שבו בית המשפט אומר את דברו – דהיינו פסקי הדין?

התשובה קשורה לכך שבמהלך העשורים האחרונים חל שינוי בתפיסה העצמית של בית המשפט העליון בדבר יחסו הוא אל מושג שלטון החוק. בעבר, מקובל עד מאוד היה למצוא בדברי השופטים את הקביעה שהמשמעות של שלטון החוק ביחס לבית המשפט העליון היא – בין היתר – השתתף הגבלה מסוימת על בית המשפט; כמו שאר רשויות השלטון, גם סמכות בית המשפט מוגבלת על ידי עיקרון שלטון החוק, ובגינה הוא לא יכול לחרוג מסמכותו למרחבי פעולה שהמחוקק לא הסמיך אותו לכך. מובן זה היה שגור על לשונו של בית המשפט. כמובן שבית המשפט עסק מאז ומעולם באכיפת החוק על רשויות השלטון ואזרחי המדינה – בהשלטת החוק – וזהו תפקידו; אולם לצד זאת אנו מוצאים תפיסה מרכזית שמדגישה את העובדה שעיקרון שלטון החוק מגביל גם את בית המשפט עצמו בבואו לפסוק בשאלות אלו הבאות לפניו.

בעשורים האחרונים התפיסה העצמית של בית המשפט העליון ביחס למושג שלטון החוק השתנתה.⁹⁰ ודאי שאין כוונתי לומר שבית המשפט כבר לא רואה עצמו ככפוף לחוק; אולם בדבריו המפורשים בדבר היחס שבין בית המשפט לעיקרון שלטון החוק, אנו נמצא פחות את

⁹⁰ ייתכן שהדבר קשור להשפעה הגרמנית על שופטי בית המשפט העליון בעשורים הראשונים. בנוגע לכך – ובעיקר סביב ההבדל בין תפיסת "מדינת החוק" הגרמנית למושג "שלטון החוק" האנגלו-אמריקני, ראו אצל עלי ולצברגר ופניה עוז-זלצברגר, "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל", 286-287.

השימוש בעיקרון זה בכדי להצהיר על מגבלותיו של בית המשפט, ויותר את התפיסה שלפיה מתפקידו של בית המשפט העליון להגן על עיקרון שלטון החוק במדינה. במילים אחרות – מנקודת המבט המוסדית של היחסים שבין הרשויות – ניתן לומר שבתפיסה העצמית של בית המשפט העליון עיקרון שלטון החוק נתפס פחות כמגביל את בית המשפט, ויותר כמצדיק התערבות שלו – למען השמירה על עיקרון שלטון החוק. ככל שאכן תפיסתו העצמית המוסדית של בית המשפט השתנתה, והוא רואה עצמו כמגן עיקרון שלטון החוק במדינה – יש בנותן טעם לשאול מהו המובן של שלטון החוק שעליו מבקש בית המשפט להגן. אציג כעת את עקבותיו של תהליך זה בקצרה.

בשנות ה-60 אנו מוצאים למשל את הקביעה של נשיא בית המשפט אולשן כי גם בית המשפט העליון מוגבל על ידי עיקרון שלטון החוק:

במשטר של שלטון החוק גם בית-המשפט כפוף לחוק ואין הוא רשאי להתעלם ממנו אף במטרה הנעלה של עשיית צדק. אחרת ישים בית-המשפט את עצמו מעל החוק ועקרונות "שלטון החוק" יתרוקנו מתכנם. נכון הדבר שבית-המשפט למען עשיית צדק יעשה מאמץ לפרש את החוק כדי שהמטרה הזאת תושג, אולם כאן יש לנהוג בזהירות מיוחדת שלא לערבב את התחומים בין פירוש חוק לבין תיקון חוק – דבר שהינו בסמכותו הייחודית של המחוקק.⁹¹

במסגרת שלום כהן הדגיש הנשיא אולשן שעיקרון שלטון החוק מחייב את בית המשפט להקפיד על כך שהוא עצמו פועל בד' האמות של החוק:

בית-המשפט הגבוה לצדק מופקד על הפעלת עקרונות "שלטון החוק" וקודם כל, מובן מאליו, עליו להקפיד שהוא עצמו לא יפעל אלא בד' האמות של החוק כלל זה חל קודם כל על השימוש בסמכותו שהמחוקק העניק לו. [...] אם [...] נרחיב את סמכותנו ללא היתר מטעם המחוקק נימצא כפועלים ללא אסמכתה חוקית בניגוד לעקרונות "שלטון החוק". על-ידי כך נשים את עצמנו מעל החוק ונמעל בתפקידנו שהוא – עמידה על משמר החוק. יש ורגשי הצדק והרצון לעשות צדק משמשים פיתוי להרחבה כזאת של הסמכות, אולם אם עקרון "שלטון החוק" אינו סתם אימרה בעלמא יש הכרח להתגבר על הפיתוי המושך הזה.⁹²

⁹¹ ד"ר 16/61 מנצור תאפיק כרדוש נ' רשם החברות, טז 1202 (1962) הנשיא אולשן בעמ' 1221. ההדגשה איננה במקור. וראו גם את דעת המיעוט של השופט חיים כהן בדיון הראשון בבג"ץ של עניין זה: "...תורת שלטון החוק מטילה על בתי המשפט מגבלה שלעולם לא יתעלמו ממנה, והיא השמירה הקפדנית על אשר לא יחרגו הם מסמכותם ולא ישיגו גבולו של המחוקק..." ; בג"ץ 241/60 מנצור תופיק כרדוש נ' רשם החברות, טו 1151 (1961), השופט חיים כהן בעמ' 1173.

⁹² בג"ץ 29/62 שלום כהן נ' שר-הבטחון, ו-3 אח', טז 1023 (1962) בעמ' 1029. בעניין החברה הדרומית הוסיף הנשיא אולשן לתאר את הריסון העצמי שבית המשפט גוזר על עצמו מכוח עיקרון שלטון החוק: "כשם בית-המשפט הזה ימעל בחובתו כלפי המדינה ואזרחיה, אם יסרב להשתמש בסמכותו, כשהענין נתון לפי החוק לסמכותו והצדק דורש את התערבותנו, כן לא יהיה להוט ויהיה חרד שלא ליטול סמכות שהחוק לא העניק לו,

עם השנים חל שינוי בתודעה העצמית של בית המשפט העליון בעניין הזה. כפי שציין יואב דותן, בחינה של פסיקת בג"ץ בעשורים האחרונים מובילה למסקנה כי מנקודת מבטם של השופטים עצמן, "אין למעשה שום מגבלות סמכות העומדות בפני שופטי בג"ץ"; לדבריו,

ברטוריקה השיפוטית אין למצוא כמעט קביעות... בשאלה אם עניין פלוני נמצא מחוץ לסמכותו של בית המשפט... הרושם המתקבל הוא כי שופטי בג"ץ רואים את שאלת סמכותם, כשאלה שצריכה להיות מוכרעת בראש ובראשונה על ידיהם הם, ומתוך מתן תשומת לב מינימלית ביותר לנוסח החוק בעניין הנדון.⁹³

ודוק: תפיסה זו משתלבת עם התמורה שחלה בתפיסתו העצמית של בית המשפט העליון, ולפיה על בית המשפט העליון מוטל גם התפקיד המוסדי לשמור על עיקרון שלטון החוק במדינה שלא רק אגב סכסוך קונקרטי שבא לפניו. השינוי המפורש בא לידי ביטוי בעניין **רסלר**, שם נידונה הרחבת זכות העמידה של עותרים ציבוריים. ברק, שביקש להרחיב את זכות הגישה לבג"ץ גם לעותרים ציבוריים, נימק את עמדתו זו בתפיסה שונה בנוגע לתפקיד בית המשפט:

אינה מקובלת עליי הגישה כי ייעודה העיקרי והיסודי של הרשות השופטת הוא להכריע בריב שבמרכזו טענת קיפוח שהאחד קופח על ידי האחר... על פי תפיסתי שלי, על בית משפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק.⁹⁴

מגמה זו תיארה גם השופטת פרוקצ'יה בעניין **אלון**:

מזה שנים נוקט בית משפט זה גישה מרחיבה בשאלת המעמד של העותר הציבורי, כחלק מההכרה בזכותו של הפרט לעתור כנגד פגיעה בשלטון החוק. תפיסה זו ניוזנה מהתודעה כי תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית אינו מצטמצם להכרעה בסכסוך בלבד, אלא מוטלת עליו אחריות להגן על שלטון החוק במדינה.⁹⁵

שכן אחרת יהיה פוגע בעקרון שלטון החוק". בג"ץ 195/65 **מועצת החברה הדרומית בע"מ** ו"מרבק" **בית מטבחים בע"מ נגד מועצת הרבנות הראשית והמועצה הדתית תל-אביביפו**, יח (2) 324 (1964) הנשיא אולשן בעמ' 332. ראו גם את דבריו של השופט (כתוארו אז) אולשן בבג"ץ 158/51 **ד"ר ליאו אדלשטיין, עו"ד נ' שר התחבורה**, ה 1378 (1951), בעמ' 1383; ובע"פ 596/73 **חמוי בן חסן עלי מחאמיד נ' מדינת ישראל**, כח (1) 773 (1974), פס"ד של השופט אשר: "במדינת חוק מחולקות הסמכויות. והסמכות לתקן חוקים היא בידי הכנסת... מעבר לזה אין בית-המשפט צריך ללכת, וכל עוד לא שונה החוק, חייב הוא לבצעו במלואו".

יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 8-9** (2000).

בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב (2) (441) 1988, בעמ' 462.

בג"ץ 4736/03 **אלון חברה הדלק לישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ויושב ראש מועצת מקרקעי ישראל** (נבו) 15.06.2008, פס' 23 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם: בג"צ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד נז (2) 62, פס' 7 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם אצל דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני 277-278** (כרך ד, 2017), ובפרט בה"ש 38; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 85 (מהדורה שנייה, 2010).

⁹³

⁹⁴

⁹⁵

אמנם גם בדבריו של הנשיא אולשן שהובאו לעיל נאמר כי "בית-המשפט הגבוה לצדק מופקד על הפעלת עקרונות 'שלטון החוק'", אך תפקיד זה שמור היה – על ידי מחסום הסף של זכות העמידה – לפגיעות בשלטון החוק שהיו מכוונות אל גורם ספציפי. במסגרת התפיסה הזו, תפקיד בית המשפט היה אך ורק להפעיל (ודוק: להפעיל, ולא להגן) את עקרונות שלטון החוק בנסיבות של הפרה קונקרטיית שלהם.⁹⁶ אולם, המהלך שברק ביקש לחולל היה שונה בהיקפו: הרחבת זכות העמידה שיקפה את התפיסה שבית המשפט אמור לשמור באופן כללי על שלטון החוק במדינה, ולהבטיח כי השלטון פועל כחוק – גם כאשר הציבור בכללותו הוא זה שנפגע מהפרת שלטון החוק, ולא רק צדדים קונקרטיים שבאים לפני בית המשפט עם פגיעה מיוחדת בעניינם.

ואכן, שופטים אחרים – דוגמת השופט שלמה לוי – שהתנגדו להרחבת זכות העמידה, נימקו זאת בתפיסתם השיפוטית השונה ביחס לתפקידו של בית המשפט העליון: "צר לי, כי כשופט של בית המשפט העליון, איני רואה עצמי, בראש ובראשונה, ובדרך כלל, כמי שמופקד במישרין על השלטת החוק ברשויות השלטון, וגם לא כ"שוטר משפטי", שתפקידו להבטיח, כי השלטון פועל כחוק".⁹⁷ עמדה זו אכן הולמת ניסוחים מוקדמים יותר של בית המשפט, כמו למשל בעניין הרב משה יהודה פולאק – שם עמד השופט ברנזון על תפקידו של בית המשפט העליון בעניין השמירה על עיקרון שלטון החוק. לדבריו,

תפקידו של בית-המשפט הגבוה לצדק הוא בראש וראשונה לעשות צדק בריבו של האזרח עם כל איש או גוף, הפועל, או המתיימר לפעול, מכוח החוק השורר במדינה. ובכל מערכת הכוחות והתפקידים של בית-משפט זה אין לך ענין חשוב ונכבד מזה של מניעת שימוש בסמכות לא לו או עשיית דין לעצמו, ויהיה העושה מי שיהיה. זהו ה"א" וזהו ה"ת" של שלטון החוק במדינה.⁹⁸

כלומר, משמעות שלטון החוק בהקשר של תפקיד בית המשפט היא הכרעה בסכסוכים קונקרטיים – ביניהם כמובן גם "ריבו של האזרח" עם רשויות השלטון; אך ניכר כי השופט ברנזון לא סבר שעל בית המשפט מוטלת חובה כללית לשמור על עיקרון שלטון החוק במדינה. כך גם ניסח זאת השופט אולשן:

כאשר הציבור איננו שבע רצון מדרכי הבצוע של חוק מסויים ע"י השלטונות המינהלתיים, אין הוא יכול לפנות לבית משפט זה בבקשה שנתערב בענין. לא לתפקיד זה נוצר בית משפט זה. לשם כך קיימת הכנסת, בה מיוצג הציבור על ידי נבחריו, שבידיהם למתוח ביקורת ואף להכשיל כל ממשלה, אם איננה מבצעת את החוקים המתקבלים על ידה בהתאם להוראות הכלולות בהם... מתפקידו של בית משפט זה הוא רק להיענות לכל אזרח במקרה שזכותו האישית עלולה להיפגע ע"י מעשה בלתי-חוקי.⁹⁹

⁹⁶ לניתוח מוקדם של תפיסות אלו ראו: שמואל להיס השקפותיו של הבג"צ על תפקידו כשומר על שלטון החוק, **כפי שהן משתקפות מן הידיקטורה** עבודת גמר לתואר שני (1956).

⁹⁷ שלמה לוי "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?" **הפרקליט** לט, ג 457 (תש"ן-תשנ"א).

⁹⁸ בג"ץ 136/54 הרב משה יהודה פולאק נ' הרב יצחק א. הרצוג ו-4 אה', ט 155 (1955), בעמ' 166.

⁹⁹ בג"ץ 107/50 חיים אריאב נ' זלמן שז"ר, שר החינוך והתרבות, ה 523, 529 (1950).

מבלי להיכנס לעובי הקורה בשאלה המוסדית בדבר תפקיד בית המשפט, ואם לשוב לשאלת המטא שבה פתחנו – נראה בכל מקרה כי אם בית המשפט העליון אכן רואה עצמו כיום כמי שמופקד על שמירת שלטון החוק במדינה – הרי שהשאלה "מה הכוונה ב'שלטון החוק', שעליו מופקד בית המשפט?" הופכת להיות שאלה בעלת משמעות חשובה עוד יותר.

1. שלטון החוק בפסיקה בית המשפט העליון בעשורים הראשונים: היבטים פורמליים

מניתוח הפסיקה בעשורים הראשונים של בית המשפט העליון, עד לשנות השמונים, ניתן לזהות כי בשנים אלו התבססו מספר מובנים פורמליים של עיקרון "שלטון החוק".

במובן הפשוט והיסודי ביותר, נקבע באחת מהפסיקות הראשונות לאחר קום המדינה – בעניין אל-כרבוטלי – כי גם שלטונות המדינה כפופים לחוק וצריכים לפעול אך ורק על פי הנחיותיו.¹⁰⁰ כך ניסח השופט אולשן עיקרון זה בפסק הדין: "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה, ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה".¹⁰¹ אלו ניסוחים ראשונים ותמציתיים לעיקרון "חוקיות המינהל", שלפיו השלטון צריך למצוא מקור נורמטיבי חוקי לכל מעשה שלו.¹⁰²

בפרשת שייב, התייחס בית המשפט באופן ספציפי לפעולות השלטון המטילות מגבלות על חירות הפרט – וקבע שהרשות המבצעת לא יכולה לפגוע בחירויות אלו ללא הסמכה מפורשת לכך בחוק. היה זה השופט חשין שקבע כי "מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים", ומשום כך כל עוד "הצנזורה עברה בשתיקה על פרסומי המבקש, ולא מיחתה בידו... להטיף למרד, לא פסק עוד, תודה לאל, דין מישראל".¹⁰³ השופט אולשן טרח

אף הוא להבהיר את משמעות עיקרון "שלטון החוק" בהקשר זה. לדבריו,

משמעותו היסודית של עיקרון זה היא, שההגבלות – שאין להמנע מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרסים של החברה – צריכות להקבע על ידי החוק, כלומר על ידי החברה המשקפת את דעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים המייצג

¹⁰⁰ לקשיים שעמדו לבית המשפט העליון בביצור עיקרון שלטון החוק במדינה הצעירה, מנקודת מבט היסטורית. ראו: פנינה להב **ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הצינונית** 127-131 (1999).

¹⁰¹ בג"ץ 7/48 **אחמד שוקי אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון ו-2 אחרים**, ב 5 (1949) עמ' 15 לפסק דינו של השופט אולשן. ראו גם דברי השופט לנדוי בע"א 65/57 **אליקים העצני, ו-3 אח' נ' עמוס בן-גוריון**, יא 403 (1957); ודברי הנשיא אולשן בבג"ץ 421/61 **מדינת ישראל נ' ש. פ. האז**, טו 2193 (1961), עמ' 2200: "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". ראו גם בג"ץ 118/50 **יעקב להם נ' שר האספקה והקיצוב**, ה 372 (1951) פס' 7 לפס"ד של השופט חשין. ראו גם את דבריו של השופט חיים כהן בבג"ץ 303/63 **שמואל הרמתי ר"יקום" קיבוץ השומר הצעיר להתיישבות שיתופית חקלאית בע"מ נ' הנהלת מס רכוש וקרן פיצויים**, יח(2) 356 (1964), בעמ' 361.

¹⁰² ראו גם יואב דותן **הנחיות מינהליות** 303 (1996).

¹⁰³ בג"ץ 144/50 **ד"ר ישראל שייב נ' שר הבטחון**, ה 399 (1951) פס' 8 לפס"ד של השופט חשין.

אותה, ולא על ידי השלטון המנהלתי, שתפקידו הוא רק לבצע את הטלת ההגבלות האלה, בהתאם לחוקים הנ"ל.¹⁰⁴

דברים אלו משקפים את העמדה ששמירה על עיקרון שלטון החוק קשורה גם ללגיטימציה של פגיעה אפשרית בזכויות – היכולה להיעשות רק "על ידי החברה", כפי שרצונה משתקף בבית הנבחרים, ולא בהחלטה מנהלית. זהו היה גם נימוקו המפורסם של השופט חיים כהן בעניין ירדור, שם סבר (בדעת מיעוט) שלוועדת הבחירות המרכזית לא הייתה סמכות לפסול את "רשימת הסוציאליסטים" מהתמודדות בבחירות – מהנימוק הברור כי "במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע המסוכן והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד".¹⁰⁵

בפס"ד שניתן שנתיים לאחר מכן, בשנת 1952, הסביר השופט אולשן את התכלית שנועד עיקרון "שלטון החוק" להשיג: ודאות שיפוטית לאזרחים בנוגע לאופן הפעלת הסמכויות השלטוניות. לדבריו,

לפי העקרון של "שלטון החוק" שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים בהם יש להעניק או לסרב רישיונות, באופן שלרשות המבצעת יישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל. לפי זה צריכה מלאכת החקיקה להיעשות כך שהאזרח יוכל למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה מותר ומה אסור, ושלא יהיה תלוי בנידון זה בשיקול דעתו של השלטון המבצע.¹⁰⁶

¹⁰⁴ שם, פס"ד 1 לפס"ד של השופט אולשן. ראו גם דבריו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) לנדוי בבג"ץ 112/77 יצחק פוגל ואח' נ' רשות השידור, לא(3) 657 (1977), בעמ' 663: "בשטח המשפט הציבורי מושיט בית-משפט זה סעד לאזרח נגד גוף ציבורי הפוגע ללא אסמכתה חוקית בזכות האזרח מן הסוג הראשון, דהיינו זכות שבצדה חובה חוקית של הגוף הציבורי, אך סמכותו של בית-המשפט אינה מתמצית בזה: מתפקידו להגן גם על חירויות האזרח, דהיינו הזכויות שאין בצדן חובה, חוץ מן החובה שלא להפריע את ההנאה מאותה חירות. את ההגנה הזאת מפעיל בית-המשפט מכוח העקרון של שלטון החוק".

¹⁰⁵ ע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, יט(3) 365 (1964) פס"ד 11 לפס"ד של השופט כהן. לטענה שפס"ד ירדור הפר את עיקרון שלטון החוק ראו גם: Shlomo Guberman, *Israel's Supra-Constitution*, 2 ISR REV 455 (1967).

¹⁰⁶ בג"ץ 113/52 ליזי זקס נ' שר המסחר והתעשייה, ו(696) 696 (1952), פס"ד ב לפס"ד של השופט אולשן. אמנם בהמשך דבריו מודע אולשן לשינוי שחל במבנה המדינה המודרנית שכבר לא מאפשר ליישם את המובן הזה של שלטון החוק: "אולם עקב שינוי המשטר החברתי בדורנו והתערבות המדינה בכל שטחי החיים – ולא רק במדינתו אנו – אין כל אפשרות למחוקק לחזות מראש כל מקרה ומקרה ולפרט בחוק הוראות מפורשות לכל מקרה ומקרה. לכן מסתפק המחוקק בקביעת עקרונות כלליים (אף זה לא תמיד נעשה) בחוק, ואשר לפרטים ואופן השימוש בעקרונות כללים אלה לגבי כל מקרה מסויים – הוא מוסרם לשיקול דעת הרשות המוסמכת, כלומר הוא מעניק לרשות המוסמכת את הכוח להשלים את אשר הוא, המחוקק, החסיר". ראו על כך לעיל בנוגע לעמדותיהם של דייסי והאייק – בעמ' 4 והלאה. ראו גם יצחק ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105 (1993).

זוהי אחת ההצדקות לכלל ההסדרים הראשוניים, הקובע שאלו צריכים להיקבע במסגרת החוק ולא באמצעות החלטת שיקול דעת הרשות המנהלית.¹⁰⁷ כפי שראינו, הצדקה זו – של יצירת ודאות של האזרחים בנוגע למצב הנורמטיבי הנוהג – עומדת בליבת רעיון “שלטון החוק” כפי שניסח אותה פרידריך האייק.

בשנים אלו, שבהם הונחו היסודות למשפט המנהלי הישראלי, נקבעה גם סמכות בתי המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על פעולות המינהל – כחלק מעיקרון שלטון החוק. כך תיאר זאת למשל השופט ויתקון, בנוגע לעתירה שביקשה להוציא את פעולות המינהל במקומות הקדושים מסמכות השיפוט של בתי המשפט, מכוח דבר המלך במועצתו: “שליה כוללת וגורפת של סמכות בתי המשפט אינה הולמת מדינה המושתתת על שלטון החוק... שלטון החוק דורש שגם פעולה מינהלית תהא כפופה לביקורת שיפוטית...”¹⁰⁸. הרעיון שלפיו עיקרון שלטון החוק כולל זכות גישה לערכאות שיפוטיות, שיוכלו למתוח ביקורת על פעולות המינהל – רעיון שראינו לעיל בדבריו של יוסף רז – בא לידי ביטוי בעניין **המוטראן הקופטי**, שם ניסח זאת לנדוי באופן הבא:

... כאשר אנו עוסקים... בחובתה של מדינת חוק להעמיד לרשותם של אלה הנתונים למרותה, מנגנון הולם שלפניו הם יכולים להביא את עצומותיהם של פגיעה בזכויות, תוך ציפיה לבירור הוגן ולמתן החלטה שלביצועה יופעל בעת הצורך כוחה המאורגן של המדינה... זו חובתה של מדינת חוק ובה היא נבדלת ממשטר חברתי קמאי, פרימיטיבי.¹⁰⁹

עקרון נוסף הנובע מהמובן הפורמלי של “שלטון החוק” – העיקרון שלפיו החוק צריך להיות מנוסח באופן ברור שיכול להכווין את התנהגות האזרחים בצורה ברורה – מופיע אף הוא בפסיקה בשנים אלו.¹¹⁰ כך ניסח זאת השופט כהן בעניין **הירש ברנבלט**: “ענישה מתור

¹⁰⁷ ראו אצל ברק מדינה ואמנון רובינשטיין **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** 163-164, 304. לסקירת ההצדקות השונות לכלל ההסדרים הראשוניים, ראו: גדעון ספיר “הסדרים ראשוניים” **עיוני משפט** לב(1) 2 (2010).

¹⁰⁸ בג”ץ 222/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה, ו-14 אח’ נ’ שר המשטרה**, כד(2) 141 (1970), עמ’ 22. ראו גם את דבריו בבג”ץ 403/71 **מוסע לסים אלכורדי נ’ בית-הדין הארצי לעבודה**, פ”ד כו(2) 066, עמ’ 74: “חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה נודעת לכך, ששום גוף או איש במדינה, הממלא תפקיד שיפוטי או מינהלי על-פי דין, לא יעשה שבת לעצמו ולא יהיה פטור מבקורת שיפוטית עליונה על פעולותיו ומחדליו האפשריים. הכנסת יכולה, כמובן, להורות אחרת. אבל אין להניח קיומה של כוונה כזאת, אלא אם הכוונה מובעת בלשון מפורשת וחד-משמעית שאינה משאירה מקום לשום ספק... בית-משפט זה מפקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה. פגיעה כל-שהיא בו עשויה לערער אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה”.

¹⁰⁹ בג”ץ 188/77 **המוטראן הקופטי האורתודוקסי של הכסא הקדוש בירושלים ובמזרח הקרוב נ’ ממשלת ישראל**, לג(1) 225 (1979), עמ’ 237 לפס”ד של מ”מ הנשיא לנדוי.

¹¹⁰ ראו: ע”פ 53/54 **אש”ד, מרכז זמני לתחבורה נ’ היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, ח 785 (1954) פס”ד 4 לפס”ד של השופט חשין. ראו גם את פס”ד 2 לפס”ד של השופט זילברג.

היקש (אנלוגיה) או מקל-וחומר, במקום על-פי החוק המפורש בלבד, היא מנת חלקן של מדינות שאין בהן שלטון החוק, ולא היא חלקנו עמהן.¹¹¹ גם עיקרון הפומביות – שלפיו יש חובה להביא את תוכן הנורמות המשפטיות לידעת אלו הכפופים להן, או לכל הפחות לאפשר להם גישה חופשית אליהן – בא לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון כחלק מעיקרון שלטון החוק. כך למשל כתב השופט כהן בעניין **האז**:

כל מעשה-תחיקה... טעון פרסום ברבים... אין חוקי סתר במדינת ישראל... חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק.¹¹² נקל להבחין כי היבטים אלו של שלטון החוק שנמנו עכשיו – כפיפות השלטון לחוק ועיקרון חוקיות המנהל, יצירת הודאות השיפוטית וכלל ההסדרים הראשוניים,¹¹³ הליכי שיפוט ראוי וזכות גישה לערכאות, ביקורת שיפוטית על פעולות המינהל, עיקרון הפומביות והבהירות – שייכים כולם להיבטים הפורמליים של שלטון החוק, כפי שעמדנו עליהם בפרק הראשון. לא מצאתי בשנים אלו מקרים שבהם בית המשפט העליון השתמש במושג שלטון החוק בכדי לתאר מובן מהותי של שלטון החוק; לא במפורש (כגון שימוש במטבע הלשון של "שלטון החוק במובנו המהותי"), ולא במשתמע (כגון שימוש במושג ביחס לממדים של צדק מהותי).¹¹⁴ אפנה כעת לתאר את השינוי של הוספת המובן המהותי לשלטון החוק – אך חשוב לציין כי לצד כל השינויים שיתוארו כעת, ההיבטים הפורמליים של שלטון החוק

¹¹¹ ע"פ 77/64 הירש ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, יח(2) (1964) 70 פס"ד 2 לפס"ד של השופט כהן. ראו גם את דבריו של השופט ויתקון בד"פ 7/78 שמואל זקצר נ' מדינת ישראל, לב(2) 828 (1978) "חוק פלילי שאינו מוגדר די צרכו חוטא בעקרון המקודש של NULLA POENA SINE LEGE וכדרך זו מגיעים אנו מ"שלטון החוק" לשלטון הפרשנות הפתוחה לרווחה לשיקול-דעתו של הפרשן, הכל לפי רוח הזמן וצורך השעה. ודי לחכימא ברמיזא". עמ' 832.

¹¹² ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' ש. פ. האז, טו 2193 (1961), עמ' 2204-2205.

¹¹³ ישנן הצדקות שונות לכלל ההסדרים הראשוניים, כפי שסקר אותן ספיר, "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 107. אחת מההצדקות היא עיקרון שלטון החוק, כפי שנכתב כבר בשנת 1956 על ידי קלינגהופר, לעיל ה"ש 106. ראו גם בבג"ץ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, נב(5) 481 (1998), פס' 19-24 לפס"ד של הנשיא ברק. האם כלל ההסדרים הראשוניים נוגע לעיקרון שלטון החוק הפורמלי או המהותי? ספיר מציינת אמנם שאת עקרון איסור ההאצלה של הסמכויות הראשוניות "ניתן לתלות הן בפן המהותי והן בפן הפורמלי שלו" (עמ' 17), אך קובע כי "לפחות בישראל, מקובל לקטלגו [את איסור ההאצלה. מ.ב.] כפורמלי" (שם, ה"ש 41 בעמ' 17). בהמשך דבריו הוא אף דוחה את הטענה שאיסור ההאצלה נועד לשמור על זכויות הפרט – ראו שם בעמ' 22-26.

¹¹⁴ מבחינה כרונולוגית אין הדבר צריך להפתיע, מכיוון שעצם הרעיון של שלטון החוק המהותי לא היה קיים כל כך בשנות החמישים – אם כי החל משנות השישים ניתן כבר למצוא אותו בועידות משפטנים בינלאומיות, כפי שתואר בפרק הקודם. ראו את מאמרו של רובינשטיין, לקמן בה"ש 119. המאמר של דבורקין, לשם הדוגמה, נכתב רק בראשית שנות השמונים. בעניין התפיסה הפורמלית של שלטון החוק בבית המשפט העליון בשנים הראשונות ראו גם: פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" **עיוני משפט** יד 498-500 (תשמ"ט).

ממשיכים כל העת לנכוח בפסיקות בית המשפט העליון, ואין בשינויים הללו בכדי להוציא מהשימוש במובן הפורמלי של שלטון החוק.¹¹⁵

2. עלייתו של המובן המהותי של שלטון החוק בכתיבה המשפטית ובפסיקות בית המשפט העליון

(א) המובן המהותי של שלטון החוק בכתיבה המשפטית בישראל

אחד השינויים רבי הערך שעברו על המושג "שלטון החוק" במשפט הישראלי לאורך השנים הוא אימוץ מלא של העמדה המזהה בשלטון החוק מושג שיש לו גם מובן מהותי – עמדה שתוארה באריכות בפרק הראשון, ויוחסה בעיקר לרונלד דבורקין. בעמודים הקרובים אבקש לתאר את סיפור אימוץ העמדה הזו בכתיבה המשפטית התיאורטית בישראל ובפסיקת בית המשפט העליון – ולהצביע על העמימות הבעייתית שנלוותה לו בפסיקה. אם נבקש לבחון את המובן של שלטון החוק כפי שמוסבר בספרות מבוא למשפט ציבורי מהעשורים הראשונים – דוגמת הספר הקלאסי **תורת המשטרים של בנימין אקצין** – נמצא בה את ההגדרה הפורמלית למושג שלטון החוק:

במדינות מודרניות... מיוחסת לחוקים עדיפות על נורמות כלשהן הנקבעות על ידי רבדי המנגנון המבצע... עקרון זה של עדיפות החוק על הוראות הרשות המבצעת מוגדר כעיקרון שלטון החוק, לפי הביטוי האנגלי *the rule of law*, או כעיקרון החוקתיות, לפי הביטוי הצרפתי *le principe de légalité*¹¹⁶.

עבור אקצין ברור מאליהו שעיקרון שלטון החוק – במובן הזה שלו – איננו קשור בהכרח למדינה הדמוקרטית. יתירה מזו, הוא מדגיש כי אין לראות בעיקרון האמור ובצורת המדינה המגלמת אותו תכונה המאפיינת מדינה דמוקרטית גרידא. קיימות מדינות דמוקרטיות בהן מופעל העיקרון הזה רק במידה חלשה או שאינו מופעל בהן כלל, ומאידך קיימים

¹¹⁵ כך למשל החובה לקיים את פסיקות בית המשפט העליון מופיעה כחלק מעיקרון שלטון החוק בבג"ץ 5711/91 **ח"כ אברהם פורז נ' ח"כ דב שילנסקי**, יו"ר הכנסת, מו"ר (1) 299 (1991), פס' 8 לפס"ד של השופט שמגר; בבג"ץ 5304/92 **פרי"ח סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת - עמותה נ' שר המשפטים**, מוז' (4) 715 (1993), פס' 1 לפס"ד של השופט אלון.

עיקרון הפומביות כחלק מעיקרון שלטון החוק מופיע בבג"ץ 5537/91 **אליהו אפרתי נ' כרמלה אוסטפלד**, מו"ר (3) 501 (1992), פס' 23 לפס"ד של השופט חשין; בבג"ץ 4950/90 **תקוה פרנס נ' שר הביטחון**, מוז' (3) 036 (1993) פס' 10 לפס"ד של השופט ברק; בבג"ץ 1689/94 **ג'ולי הררי נ' שר הפנים**, נא"ר (1) 15 (1994) פס' 8 לפס"ד של השופט גולדברג; בבג"ץ 2355/98 **ישראל סטמקה נ' שר הפנים**, נג"ר (2) 728 (1999). ובהיבט עקרוני יותר, ראו ע"ב 2/84 **משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, לט"ר (2) 225 (1985), פס' 15 לשופט שמגר.

עיקרון הכלליות ועיקרון הפרוספקטיביות מופיעים כחלק מעיקרון שלטון החוק בבג"ץ 6634/94 **ארנן יקותיאל** נ' **השר לענייני דתות**, מט"ס (5) 045 (1995).

¹¹⁶ בנימין אקצין **תורת המשטרים** כרך ראשון 128 (1963).

משטרים בלתי-דמוקרטיים אשר התכונות הללו בולטות בהם הן להלכה והן

למעשה.¹¹⁷

עיקרון שלטון החוק ודמוקרטיה הם שני אידאלים פוליטיים שאינם תלויים זה בזה: שלטון החוק לא מחייב צורת שלטון דמוקרטית, ודמוקרטיה יכולה להיות גם מבלי לעמוד באופן מלא בדרישות שלטון החוק. זוהי העמדה שראינו בפרק הראשון בדברי יוסף רו, שביקש לנתק מבחינה אנליטית בין השניים. אקצין מדגים את הקביעה הזו גם מן הזווית ההיסטורית, כמו למשל פרוסיה של המאה ה-18 – המדינה שעיצבה במלואה את המושג של מדינת החוק – ושהייתה רחוקה מלהיות דמוקרטיה; ומן הצד השני אנגליה המלוכנית, שכבר במאה ה-17 התגבשה בה התפיסה שלחוקי הפרלמנט יש עדיפות על צווי המלך וצווי פקידיו, מאות שנים לפני שהפכה לדמוקרטיה.¹¹⁸

הפעם הראשונה שבה נעשתה בספרות המשפטית האבחנה שבין שלטון החוק המהותי לפורמלי, נמצאת במפורש בכותרת מאמרו של אמנון רובינשטיין: "שלטון החוק: התפישה הפורמלית והמהותית". לפי רובינשטיין, "שלטון החוק במובנו הפורמלי... פירושו כי ההסדר המשפטי, הקבוע מראש, הוא הקובע איסורים והיתרים מחייבים".¹¹⁹ עיקרון זה דורש את אכיפת החוק על ידי רשויות האכיפה; קיום החוק על ידי הרשויות הציבוריות במדינה; ושמירה על עיקרון החוקיות, לפיו רק החוק יכול להעניק סמכות פעולה לרשויות המדינה, או לאסור פעולות מסוימות על האזרחים. היבטים אלו הם 'פורמליים' מכיוון שהם לא מתייחסים לתוכן החוק – וההצטמצמות אל המובנים האלו מכונה על ידי רובינשטיין כ"גישה פוזיטיביסטית" וכמשמעות "פרימיטיבית-פורמליסטית".¹²⁰

אולם, לצד המובן הפורמלי ישנו גם מובן מהותי לשלטון החוק, טוען רובינשטיין. לפי מובן זה, "תכנון של החוק הוא הקובע את מידת התאמתו לעקרונות שלטון החוק".¹²¹ רובינשטיין לא מגדיר אמנם מהם עקרונות שלטון החוק המהותי שביחס אליהם יש לבחון את תוכן החוק, ומשאיר זאת באופן עמום. עם זאת, הוא נותן שתי דוגמאות לשלטון החוק המהותי: עקרון השוויון המהותי (כלומר, חוק מפלה ייחשב לכזה שלא עומד בתנאי שלטון החוק המהותי); ועיקרון ודאות החוק (כלומר, חוק האוסר על פעולה מסוימת אך מגדיר אותה באופן רחב ומעורפל מדי, או שנותן לבתי המשפט כוח ליצור איסורים בדרך של אנלוגיה – מפר את עיקרון שלטון החוק המהותי). שני עקרונות אלו, לצד עקרון הפומביות, הם אלו שגם נידונו על ידו במסגרת העיסוק בשלטון החוק במהדורות המוקדמות של ספר היסוד המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל.¹²²

¹¹⁷ שם, 128.

¹¹⁸ שם, 129. מנגד, ראו אצל קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת המשנה" 106-108.

¹¹⁹ אמנון רובינשטיין "שלטון החוק: התפישה הפורמלית והמהותית" הפרקליט כב 453 (תשכ"ו). ביחס למאמר זה ראו את דבריו של משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 306 (1969).

¹²⁰ שם, 457.

¹²¹ שם.

¹²² ראו למשל: אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 131-96 (תשכ"ט).

יש לשים לב לכך שעיקרון ודאות החוק, שלרוב נחשב כעיקרון פורמלי של שלטון החוק – מקוטלג על ידי רובינשטיין כעיקרון מהותי. כבר בשלב זה אנו מוצאים כי התפיסה בישראל בנוגע למשמעות הפורמלית של שלטון החוק צרה באופן מיוחד.¹²³ לרוב מקובל להגדיר את הדרישות שציינו הוגים כמו רוז ופולר – דרישות הכלליות, הפומביות, הפרוספקטיביות, ועוד – כהיבטים פורמליים של שלטון החוק, מכיוון שהם לא עוסקים בתוכן החוק וברצינותו, אלא רק בצורתו.¹²⁴

אולם, ההגדרה בספרות הישראלית לשלטון החוק הפורמלי מצומצמת בהרבה, וכוללת אך ורק את המובן של כפיפות האזרחים והשלטון גם יחד אל החוק והחובה לאכוף אותו. "שלטון החוק במובנו הפורמלי – מהו? זהו עקרון הקובע, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות, ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להתקל בסנקציה המאורגנת של החברה" – כך אהרון ברק.¹²⁵ "כולם כפופים לחוק, חייבים לכבד את החוק ומצוים לפעול בהתאם לחוק" – כך יצחק זמיר.¹²⁶ היבטים כמו כלליות, פומביות, פרופסקטיביות וכדו' מתוארים על ידי ברק כהיבטים "יוריספרודנטאליים"¹²⁷ ועל ידי רובינשטיין ומדינה כמובן המהותי של שלטון החוק.¹²⁸ בהרצאה שנשא אהרון ברק בשנת 1977 ביום העיון לשופטים, הוא שב ואימץ את האבחנה בין שלטון החוק המהותי לפורמלי, אך הגדיר אותה באופן שונה. לדידו, המובן הפורמלי של שלטון החוק כולל את החובה של כל הגורמים במדינה – הן האזרחים, הן רשויות השלטון – לפעול על פי החוק; ואת החובה לאכוף את החוק.¹²⁹ שלטון החוק המהותי, לעומת זאת,

הינו אותו חוק, שמהווה בתוכנו איזון נכון בין צרכיה של החברה לעצמאות מדינית, שוויון חברתי, התפתחות כלכלית וסדר פנימי מזה, לבין צרכיו של היחיד, חרותו האישית, וכבודו כאדם מזה. שלטון במשמעותו זו, הוא שלטונו של החוק הצודק. שלטון החוק במשמעותו המהותית, הוא לעולם פרי של איזון. אין להגשימו אם החוק ייקח בחשבון רק את צרכיה של החברה... אך אין גם להגשים את שלטון החוק, אם החוק ייקח בחשבון רק את צרכיו של היחיד.¹³⁰

¹²³ עמד על כך עמרי בן צבי ואף הדגים כיצד להיבטים טרימינולוגיים אלו יכולות להיות גם נפקויות משפטיות בשני פסקי דין של בית המשפט העליון: עמרי בן-צבי "שלטון החוק במובנו הפורמלי – הצעה להרחבה מושגית" *ICON-S-IL Blog* (25.12.2018).

¹²⁴ Paul Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, PUBLIC LAW 467 (1997); BRIAN Z. TAMANAHA, *ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY* (2004).

¹²⁵ אהרון ברק "שלטון החוק" הרצאה ביום העיון לשופטים 16 (1977).

¹²⁶ יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך א 83 (מהדורה שנייה, 2010).

¹²⁷ אהרון ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" *משפט וממשל* ה 385 (תש"ס).

¹²⁸ אמנון רובינשטיין וברק מדינה *המשפט החוקתי של מדינת ישראל* כרך א 264, 265 (מהדורה שישית, 2005).

¹²⁹ ראה לעיל ליד ה"ש 125.

¹³⁰ שם, 22.

כלומר, אליבא דברק שלטון החוק המהותי הוא שלטון "החוק הצודק", דהיינו: חוק המאזן בין צרכי החברה והיחיד. ביחס להגדרתו של דבורקין, שדיבר על שלטון החוק כ"זכויות", הגדרה זו של ברק – שמטרימה את נוסחאות האיזון שבהן הרבה לעשות שימוש – רחבה הרבה יותר, וכוללת לצד חירותו האישית של היחיד גם את כבודו כאדם ואת צרכיו. במאמר מאוחר יותר מפרט ברק בהרחבה את ההיבטים השונים של שלטון החוק הפורמלי (חובת הציות לחוק ואכיפתו); את ההיבטים ה"יוריספרודנטאליים" של שלטון החוק (על פי פולר: כלליות, פומביות, בהירות, יציבות, פרופספקטיביות, וכו'); ולבסוף מגיע גם לדון בהיבטים המהותיים של שלטון החוק.¹³¹ כאן ברק מציין במפורש את הישענותו על תפיסתו של דבורקין;¹³² אך בעוד שדבורקין הצטמצם לתפיסת שלטון החוק המהותי כזכויות, ברק מבקש "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... 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)... 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... שלטון החוק הוא אפוא שלטונו של החוק הצודק והראוי. שלטון החוק אינו רק סדר ציבורי, אלא גם צדק חברתי המבוסס על סדר חברתי.¹³³

בשונה אפוא מדבריו של אקצין שהובאו לעיל, ברק דווקא קושר בין רעיון שלטון החוק המהותי למשטר דמוקרטי - במובן הפורמלי והמהותי של הדמוקרטיה. אולם ברק הולך ומונה רעיונות נוספים הקשורים לדידו בשלטון החוק המהותי: כבוד האדם ושוויון;¹³⁴ חופש הביטוי ("ערך נוסף היקר למשטרנו"), חופש התנועה, חופש המצפון והדת, חופש ההתארגנות, חופש הקניין;¹³⁵ ואף חוזר לבסוף על נוסחת האיזון: "הבעיה המרכזית הניצבת ביסודו של עיקרון שלטון החוק המהותי היא האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הראויים להגנה... זוהי הדיאלקטיקה הסבוכה של שלטון החוק המהותי".¹³⁶ לכאורה נראה כי בדברים אלו של ברק הופך רעיון שלטון החוק להיות מושג סל הכולל 'את כל מה שטוב' – "כמעט כל אידיאל פוליטי שנמצאה לו תמיכה על פני הגלובוס במהלך השנים שלאחר מלחה"ע", כפי שניסח זאת רז¹³⁷ - ומאבד את מובנו הייחודי. ואכן, בכתובה

¹³¹ ברק, "שלטון החוק ועליונות החוקה", לעיל ה"ש 127. על ההיבטים הפורמליים ראו גם אהרון ברק "על שלטון החוק" מבחר כתבים ד 235 (2017). לדיון מקביל ראו אהרון ברק פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית 291-293 (תשנ"ב).

¹³² שם, עמ' 391.

¹³³ שם, 391-392.

¹³⁴ שם, 392.

¹³⁵ שם, 393.

¹³⁶ שם, 394.

¹³⁷ Id 195.

מאוחרת יותר – בספרו **שופט בחברה דמוקרטית** – ברק מגלה מודעות לקושי הזה, ואת הטענה ש"תפיסה רחבה זו של שלטון החוק מרוקנת אותו מכל ייחוד" הוא דוחה שם באופן הבא:

אין לקבל גישה זו. שלטון החוק אינו מושג מעבדתי. זהו מושג המשמש בשיח הציבורי. המושג "שלטון החוק" נתפס בשיח זה כמטרה רצויה בפני עצמה בלא כל הבחנה בין שלטון החוק שתוכנו ראוי לבין שלטון החוק שתוכנו אינו ראוי. על רקע זה יש לתת למושג של שלטון החוק משמעות רחבה ומקיפה. רק משמעות כזו מצדיקה לראות בשלטון החוק ערך מרכזי של הדמוקרטיה.¹³⁸

כיצד יש להבין את הדברים הללו של ברק?

על פניו נראה שברק סבור שיש לאמץ את המשמעות הרחבה יותר של מושג שלטון החוק, מכיוון שהיא תואמת יותר את האופן המקובל שבו הציבור משתמש במושג הזה, לפחות לפי טענתו. אולם, אם זו משמעות דבריו, הרי שנראה שהמשפט הבא דווקא סותר אותה – מכיוון שהוא קובע שמושג "שלטון החוק" נתפס בשיח הציבורי "כמטרה רצויה בפני עצמה בלא כל הבחנה בין שלטון החוק שתוכנו ראוי לבין שלטון החוק שתוכנו אינו ראוי". דווקא העמדות הפורמליות למושג שלטון החוק הן אלו שתופסות אותו כמטרה רצויה בפני עצמה, ולא תולות את רציותו באבחנה שבין חוק ראוי לחוק שאיננו ראוי! העמדות המהותיות, לעומת זאת, מבחינות בין החוק הראוי לזה שאיננו, ומתנות את רציות מושג שלטון החוק בכך שהחוק יהיה ראוי.

ניתן להציע שיש לקרוא את דבריו של ברק באופן אחר, שלפיו הוא מבקש להימנע מהגדרה אנליטית ("מושג מעבדתי") של "שלטון החוק", ולאמץ תחתיה הגדרה שמכוונת להשגת תוצאה מסוימת בשדה הציבורי. לפי קריאה זו, מכיוון שהציבור תופס את המושג "שלטון החוק" כמושג חיובי, ולא מבחין בין היבטים שונים שלו – יש להעניק לו משמעות רחבה ככל הניתן שמצדיקה לראות בו "ערך מרכזי של הדמוקרטיה". ואכן, בספרו **שופט וחברה דמוקרטית** מציג ברק הרחבה נוספת לשלטון החוק המהותי, ומוסיף לו גם את הרעיון של צדק חברתי.¹³⁹

לדידי ישנה בעייתיות מסוימת בטענה הזו, משתי סיבות: ראשית, ההגדרה המרחיבה של ברק לא נשארת תחומה לשדה הציבורי, כפי שנראה, והיא משמשת כותבים נוספים ואף את השופטים בפסקי הדין שלהם – מקום בו יש להשתמש דווקא ב"מושג מעבדתי", כלשונו. שנית, כפי שהראה יוסף רוז, גם למשמעות המצומצמת של שלטון החוק יש ערך מוסרי לא מבוטל שמצדיק לראותו כערך מרכזי של הדמוקרטיה. בכל אופן אציין כי נראה ששתי הקריאות סובלות מחולשות פרשניות, ואינני יודע כיצד נכון לפרש את הדברים הללו של ברק. בין כך ובין כך, ביחס להרחבה שערך ברק למושג שלטון החוק, יש לשאול: האם אין בה בכדי לטשטש את ההבדל בין החוק הראוי למצוי? האם בטענה ששלטון החוק המהותי הוא

¹³⁸ אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 122 (2004).

¹³⁹ שם, 121.

אינו אחר מאשר "שלטונו של החוק הצודק והראוי"¹⁴⁰, לא נפגעת האבחנה הפוזיטיביסטית היסודית שבין החוק הראוי למצוי? ברק מעלה שאלה זו במפורש, ותוהה:
מה לנו כמשפטנים ולשלטון החוק במובנו המהותי עד כמה שהוא נוגע לתוכנה של הנורמה הרצויה? דבר זה הוא, כך ניתן לטעון, עניין לאנשי מדע המדינה, כלכלנים, סוציולוגים, פילוסופים או פוליטיקאים. אין הוא עניין למשפטן. המשפטן מקבל את הדין כנתון. השיקול האקסטרא-משפטי הוא מחוץ לתחום שלנו.¹⁴¹

אך תשובתו של ברק מפורשת מאוד. לדידו, המשפטן אכן לא תחום לגבולותיו של החוק המצוי בלבד:

[...] כמשפטנים, איננו מוגבלים לפירושו ולהפעלתו של הדין הקיים.

אנחנו חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר, וטוב יותר.... אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צודקת יותר. אנחנו איננו רואים את תפקידנו כמוגבל לטכנאות המשפטית, אנחנו רואים את תפקידנו ככולל את המדינאות המשפטית.¹⁴²

עמדה זו בדבר תפקידם של המשפטנים כ"מדינאים" האמורים לעמוד בחוד החנית של השינוי החברתי מקושרת על ידי ברק לרעיון שלטון החוק המהותי. באופן מעניין ולא מפורש, אנו מוצאים כאן דווקא היפוך של משמעות המושג "שלטון החוק" ביחס למובנו הפורמלי; בעוד שהמובן הפורמלי של "שלטון החוק" מבטא כפיפות של כל רשויות השלטון לדין הקיים, וחתימה לשמירה על החוק הקיים – הרי שהמובן המהותי שברק מעניק לשלטון החוק דווקא מכניס רוח אחרת, שעניינה שאיפה לשינוי הנורמות או יצירת נורמות חדשות בכיוון החוק הרצוי יותר; "ארכיטקטים של שינוי חברתי", כלשונו.

ראוי להעיר כי עמדה זו לא הייתה מעוררת קושי אם היא הייתה נותרת תחומה למשפטנים חובשיספסליהאקדמיה, או לעורכי דין העסוקים בפרקטיקה המשפטית; אלו כאלו אכן יכולים לתפוס את תפקידם כ"מדינאים משפטיים". אולם ברק לא סבור כך, והוא קובע כי דבר זה "נכון במיוחד לעניין הרשות השופטת", שצריכה אף היא להגשים את עקרון שלטון החוק במשמעותו המהותית. "על הרשות השופטת לבחור באותה אופציה שיש בה הגשמת עקרון שלטון החוק במובנו המהותי", הוא קובע, ומוסיף: "על השופט לשאוף לאותו פתרון שיביא לאיזון בין צרכי החברה לבין צרכי הפרט".¹⁴³

כלומר, אימוץ המושג של "שלטון החוק המהותי" מוביל לשינוי בהבנת תפקידה של הרשות השופטת; אם מושג שלטון החוק הפורמלי מחייב את הרשות השופטת לפעול על פי הנורמות הקבועות והמוכרות, הרי שמושג שלטון החוק המהותי – אליבא דברק – מחייב אותה "לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צודקת יותר". נקל להבחין אפוא שעל אף שברק מנסה להציג את שני המובנים כמתיישבים זה עם זה; ואת מושג שלטון החוק המהותי

¹⁴⁰ לעיל ליד ה"ש 133.

¹⁴¹ אהרון ברק "שלטון החוק" הרצאה ביום העיון לשופטים 16 (1977).

¹⁴² שם, 25.

¹⁴³ שם.

כתוספת על גבי שלטון החוק הפורמלי ("מן הדין הוא שהרשות השופטת תגשים גם את עקרון שלטון החוק במשמעותו המהותית"¹⁴⁴) – הרי שקיים מתח ואף סתירה בין שני המובנים, לכל הפחות כפי שברק מנסח אותם.

במאמרו של יצחק זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל"¹⁴⁵, זמיר מציין שלושה מובנים שונים של שלטון החוק: המובן הפורמלי, המוסדי, והמהותי. המובן הפורמלי - כפי שכבר ראינו – מצומצם על ידי זמיר לחובת הציות לחוק והצורך באכיפתו. המובן המוסדי, טוען זמיר, קשור ללגיטימציה דמוקרטית של החוק. לדבריו,

אנחנו רואים לעצמנו חובה מצפונית לציית לחוק, ולא רק חובה משפטית, אם מדובר בחוק דמוקרטי. לשם כך צריך שהחוק, המחייב אותנו, יצא מאת מוסד שנבחר על ידי העם בבחירות חופשיות, כלליות ושוות, שמוסד זה יהיה בלתי-תלוי בשלטון, לא להלכה ולא למעשה, אלא יעמוד נפרד מעל השלטון, ויקבע את הכללים שיחייבו גם את השלטון עצמו. קיצורו של דבר, שלטון החוק, במובן המוסדי, הינו שלטון החוק הדמוקרטי להבדיל משלטון החוק הרודני.

בדברים אלו טוען זמיר ששלטון החוק קשור לשאלת מקור החוק והלגיטימציה שלו – וכי המובן המוסדי של שלטון החוק דורש למעשה שהחוק יזכה ללגיטימציה דמוקרטית. ראוי לשים לב לכך שזמיר טוען כאן טענה שונה מזו שראינו אצל ברק; ברק קשר בין רעיונות של שלטון החוק המהותי לדמוקרטיה מכיוון שלדידו שלטון החוק כולל גם ערכים של צדק – ביניהם גם דמוקרטיה. אצל זמיר אנו מוצאים גרסה מעט שונה של הדברים; לדידו, שלטון החוק כולל גם רכיב נורמטיבי במובן של החובה של האזרחים לציית לחוק ("חובה מצפונית", בלשונו. נראה שהוא מכוון לחובה נורמטיבית). מכיוון שהנימוק היחיד שהוא מוצא לציות לחוק הוא הנימוק הדמוקרטי, הוא סבור שעיקרון שלטון החוק המוסדי דורש שהחוק יהנה מלגיטימציה דמוקרטית.

יש להעיר שהמובן המוסדי, כפי שזמיר מבין אותו, איננו חלק הכרחי משלטון החוק: השאלה מדוע אנו מצייתים לחוק, והשאלה מהו החוק שאליו אנו מצייתים וכיצד הוא בנוי – אלו שתי שאלות שונות, שלא חייבות להיות קשורות זו בזו מבחינה אנליטית. נוסף על כך, יכולות להיות תשובות מסוגים שונים לשאלת מקור הציות (תשובות מוסריות מסוגים שונים – תועלתניים, דאונטולוגיים, הסכמיים; תשובות פסיכולוגיות; תשובות סוציולוגיות, ועוד), שאינן התשובה הדמוקרטית - ושלא מותנות בשאלה כיצד מאורגן החוק.

אולם, זמיר ממשיך וטוען כי גם ההיבט המוסדי איננו מספק, בפרט לאור הזיהוי שלו את המובן המוסדי עם שלטון דמוקרטי: "שלטון החוק הדמוקרטי איננו בהכרח שלטון החוק הצודק, שהרי אפשר שרוב הציבור יראה לנכון, באמצעות נציגיו במוסד המחוקק, לחוקק

¹⁴⁴ שם, ההדגשה לא מופיעה במקור.

¹⁴⁵ יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט 61 (1987).

חוקי עושה ודיכוי".¹⁴⁶ לשם כך הוא מוסיף את המובן המהותי של שלטון החוק: "שלטון החוק הצודק או הראוי",¹⁴⁷ שאותו הוא מתאר באופן הבא:

אנחנו שואפים לכך שהחוק, המחייב אותנו, יבטא ערכים מסויימים, הנחשבים חיוניים לחיים הוגנים של אדם בן-חורין. לפיכך, החוק צריך לקבוע את חריות האזרח, כגון חירות הביטוי, המצפון והדת, ולהגן עליהן; אסור שהחוק יהיה מפלה או עושה, כלפי אדם או כלפי מיעוט בחברה; צריך להבטיח שהרשות השופטת תהיה עצמאית, תשפוט בהגינות ותהיה חופשית לאכוף את החוק על הכול; וכיצא בזה.¹⁴⁸

כלומר, שלטון החוק המהותי הוא שלטון החוק הראוי, או הצודק, הכולל לפי זמיר ערכים שנחשבים חיוניים לחיי אדם בן חורין: חירויות האזרח; שוויון וכבוד למיעוטים; רשות שופטת עצמאית והוגנת; אכיפת החוק באופן שווה.

יש להעיר בנקודה זו כי נראה שגם זמיר מטשטש לחלוטין את האבחנה שבין החוק המצוי לראוי; בעוד שאצל דבורקין, לדוג', נראה שהוא עדיין שומר על האבחנה הזו – אלא סבור שה"חוק" לא כולל רק נורמות כתובות עלי-ספר, אלא גם עקרונות מוסריים מסויימים – הרי שלשונו של זמיר מפליגה עוד יותר, באשר הוא מזהה בין ה"חוק" לבין "הצודק והראוי" – ניסוח גורף הרבה יותר מזה של דבורקין. בשונה מברק, הוא לא מתמודד עם הטענה הזו במפורש. נוסף על כך, לא ברור בדבריו מדוע שני ההיבטים האחרונים קשורים למובן המהותי של שלטון החוק ולא למובן הפורמלי שלו.

בכתיבה מאוחרת יותר, המתבססת ככל הנראה על מאמר זה, מוסיף זמיר עוד מספר ביטויים בכדי לאפיין את "שלטון החוק הראוי", כדבריו:

הדרישה היא שהמחוקק יהיה מונחה על ידי ערכים. הערך המרכזי הוא ערך האדם... מקובל כי הערכים העיקריים המבטאים את ערך האדם הם החירות, השוויון והרווחה. האדם באשר הוא אדם זכאי לחירויות יסודיות... הוא זכאי גם לשוויון בפני החוק; נוסף על כך הוא זכאי לאיכות חיים, גם אם נמוכה, ההולמת אדם. לצד ערכים אלה קיימים ערכים נוספים, כמו פומביות החוק, ודאות החוק, עצמאות הרשות השופטת, הנגישות לבית המשפט ועוד. גם ערכים אלה משרתים את החירות, השוויון והרווחה, אך הם משרתים גם היבטים אחרים של כבוד האדם. זהו העיקרון של שלטון החוק במובן השלישי, הוא המובן המהותי.¹⁴⁹

פה אנו מוצאים הרחבה נוספת של שלטון החוק המהותי אל עבר ערכים של "רווחה", או "איכות חיים" – הכלולים ב"ערכים עיקריים המבטאים את ערך האדם". נראה מדבריו שהוא סבור כי עיקרון שלטון החוק מטיל אפוא חובות פוזיטיביות על המדינה לדאוג לרמת חיים ("איכות חיים") בסיסית לכל אחד מאזרחיה. בנוסף, גם כאן נמנים מאפיינים כגון פומביות

¹⁴⁶ שם, 61.

¹⁴⁷ שם, 62.

¹⁴⁸ שם.

¹⁴⁹ יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 85 (מהדורה שנייה, 2010).

וודאות החוק, ומתוארים כ"ערכים" – בעוד שלא ברור מדוע יש לכלול אותם במובן המהותי של שלטון החוק ולא במובן הפורמלי שלו.

כלל הרכיבים הללו מופיעים גם בספר שכתב זמיר לאחרונה – **בית המשפט העליון**.¹⁵⁰ ראשית, הזיהוי בין דמוקרטיה לשלטון החוק המהותי ("ברור אפוא שמדינה דמוקרטית אינה יכולה להסתפק בשלטון החוק הפורמלי... העיקרון בדבר שלטון החוק הפורמלי, המחייב ציות לחוק, מוצדק ואפילו מותנה במהות החוק: החוק צריך להיות בעל מאפיינים של חברה דמוקרטית");¹⁵¹ שנית, הזיהוי בין שלטון החוק המהותי לעקרונות של פומביות ובהירות ("צריך גם שהרשות המחוקקת... תקיים את דיוניה בפומבי, תנסח את החוק בלשון ברורה ומובנת ותיתן לו פרסום ראוי");¹⁵² שלישית, הצורך בהתאמה של תוכן החוק למושגי צדק מהותיים ("היא [הרשות המחוקקת. מ.ב.] חייבת לשמור על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה... כבוד האדם, זכויות יסוד אחרות... ורווחת האדם").¹⁵³ נוסף על כך, בספר **בית המשפט העליון** זמיר טוען כי "במדינה דמוקרטית בית המשפט אמור להפעיל את העיקרון של שלטון החוק המהותי לצורך ביקורת, פירוש ויישום של החוקים היוצאים מבית הנבחרים, כדי להגן על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה".¹⁵⁴ כלומר, בשונה מטענתו של ברק – שתידון בהמשך, ולפיה עיקרון שלטון החוק הפורמלי הוא שמחייב ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת – זמיר תולה את הביקורת השיפוטית בשלטון החוק המהותי.

אולם, עיקר החידוש בדבריו של זמיר הוא השלילה המוחלטת שלו – הן היסטורית, הן נורמטיבית – את השמירה על עקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי. ראשית, זמיר קובע כי מבחינה היסטורית "בישראל מקובל מאז ומתמיד העיקרון של שלטון החוק המהותי"; לפי הניתוח שנערך בחלק זה מדובר בקביעה שגויה, מכיוון שהן בפסיקה והן בכתיבה המשפטית רווחו מובנים פורמליים של שלטון החוק בעשורים הראשונים של המדינה, ללא שנוספו אליהם היבטי צדק מהותי. הן אמת כי עקרונות כמו עצמאות הרשות השופטת, שוויון בפני החוק או פומביות וודאיות היו מנת חלקו של המשפט הישראלי מקדמת דנא; אך באופן מסורתי, כפי שהראיתי עד כה, היבטים אלו לא נתפסו כחלק ממושג שלטון החוק.

נוסף על כך, זמיר מציין בדאגה כי "אין להתעלם מכך שבתקופה האחרונה נשמעו בישראל גם קולות הרואים את העיקר בשלטון הרוב, ברוח העיקרון של שלטון החוק הפורמלי, הדורש ומסתפק בציות לחוק, יהיה תוכנו אשר יהיה". כנגד עמדות אלו הוא מתריע, וקובע בהחלטיות: "לכן צריך לעמוד על המשמר: להבהיר כי העיקרון של שלטון החוק הפורמלי אינו מבחין בין מדינה דמוקרטית לבין מדינת עריצות, וכי העיקרון של שלטון החוק המהותי הוא העיקרון המקובל והנדרש במדינות דמוקרטיות ברחבי העולם".¹⁵⁵ ברי כי ניסוחים אלו נובעים מזיהוי מלא שבין עיקרון שלטון החוק לבין עקרונות צדק מהותיים; לו

¹⁵⁰ יצחק זמיר **בית המשפט העליון** (2022).

¹⁵¹ שם 42.

¹⁵² שם 43.

¹⁵³ שם.

¹⁵⁴ שם.

¹⁵⁵ שם.

זמיר היה הולך בדרכו של רז, לדוג', היה ניתן לומר כי אמנם שלטון החוק (הפורמלי) "אינו מבחין בין מדינה דמוקרטית לבין מדינת עריצות" – אלא שההבדל בין מדינה דמוקרטית למדינת עריצות באמת לא נעוץ במושג שלטון החוק אלא נובע ממושגים נורמטיביים אחרים כגון לגיטימציה דמוקרטית, שמירה על זכויות האדם והאזרח, וכו'.

אנו רואים אפוא בכתיבה המשפטית בישראל אימוץ כמעט גורף של העמדה של דבורקין – לעיתים תוך ייחוסה לו ולעיתים לא – הכוללת בתוך מושג שלטון החוק גם היבטים של צדק מהותי.¹⁵⁶ יש לציין כי מצאנו גם הפלגה מעבר לעמדתו של דבורקין; הלה כלל במובן המהותי של שלטון החוק רק את השמירה על הזכויות, ואילו בכתיבה שסקרנו כעת נוספו גם מושגים רחבים כגון שוויון, כבוד האדם, דמוקרטיה פורמלית ומהותית - ואף מחוזות הצדק החברתי, הרווחה ואיכות החיים של האזרחים נמנו כחלק מדרישות שלטון החוק. נראה שהרחבות אלו, כפי שטענו קודם לכן, מטשטשות את האבחנה שבין החוק הראוי למצוי. נוסף על כך יש להעיר כי אימוץ זה נעשה כמעט מבלי לדון בטיעונים ההוגים המתנגדים לדבורקין – דוגמת רז, האייק וולדרון – שסברו כולם שיש לצמצם את מובן שלטון החוק להיבט הפורמלי בלבד.¹⁵⁷

156 כתבתי "כמעט גורף" מכיוון שבספר היסוד של אמנון רובינשטיין וברק מדינה עקרונית יסוד של המשפט החוקתי הם מקדישים אמנם שני סעיפים נפרדים: האחד לשלטון החוק הפורמלי, והשני לשלטון החוק המהותי (ב.5, ג.5). עם זאת חשוב לציין כי בסעיף המתייחס למובן המהותי הם כוללים רק היבטים כגון כלליות, פומביות, בהירות, יציבות ופרוספקטיביות – ולא היבטים של צדק מהותי; אם כי קשה ללמוד מכך באופן ברור מה עמדתם בעניין זה, והיכן היא עומדת ביחס לעמדתו המוקדמת של אמנון רובינשטיין. ראו שם בה"ש 86 (עמ' 285). בנוסף, ראו את הניסוח המוקפד של מנחם מאונטר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עמ' 518-519, המלמד על מודעות לעושר הדיון סביר שאלת מובנו של שלטון החוק: "למושג שלטון החוק שני מובנים, הקרויים בישראל המובן הפורמלי והמובן המהותי... לעיתים ניתן למושג שלטון החוק גם תוכן מהותי. במובנו זה מתייחס המושג, בדרך כלל, למצב שבו מבטיחות נורמות המשפט לאזרחי המדינה חירויות יסוד המקובלות במשטרים של דמוקרטיה ליברלית". ההדגשה נוספה על ידי.

157 בכל אופן לא מצאתי כותבים שטענו במפורש כי יש לאחוז רק במובן פורמלי גרידא של שלטון החוק, כמו עמדתם של רז וולדרון, למשל. ההפך הוא הנכון. ראו למשל את דבריה של רבקה ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: על מורשת חיות ונתניהו" **ICON-S-IL Blog** (16.12.2021): "...הישגיו [של עיקרון שלטון החוק הפורמליסטי. מ.ב.] מועטים וסכנתו מרובה... דווקא ההיסטוריה של עמנו מלמדת על הסכנה של שלטון חוק פורמליסטי, שאינו קשור באופן הדוק לזכויות אדם ולדמוקרטיה".

אזכור קצר ולקוני לעמדות אלו נמצא אצל ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ליד ה"ש 138; ראו גם: המועצה הלאומית לקידום ערכי שלטון החוק והדמוקרטיה: אהרון ברק שלטון החוק 12 (לא מצוין תאריך). זו הפעם היחידה שברק מציין בה במפורש כי "בעלי הגישה האחרת [הפורמליסטית. מ.ב.] אינם דוגלים בשלטון טוטליטרי או תיאוקרטי, או בשלילת זכויות. הם מתנגדים לכל אלה. עם זאת, התנגדותם זו אינה מתבססת על עקרון שלטון החוק, אלא על עקרונות אחרים, כגון דמוקרטיה וזכויות האדם, שלטענתם אין בינם לבין שלטון החוק ולא כלום". ברק מציין כי "דעתי שלי, כדעת בעלי הגישה המרחיבה", אך הוא לא מנמק מדוע - אלא רק מציג את עמדתו.

בפסיקה מצאתי כי השופט הנדל הזכיר את עמדתו הפורמלית של רז, בבג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 06.08.2017), פס' 4 לפסק דינו: " הפילוסוף יוסף רז הדגיש כי ערכו של עקרון שלטון החוק אינו תלוי בתוכן החוק... כמובן, גישה זו אינה באה להפחית מחשיבותו של תוכן החוק, ואף לא לגרוע מהסכנה של

(ב) שלטון החוק המהותי בפסיקת בית המשפט העליון

המופע המפורש הראשון בפסיקה של שלטון החוק במובנו המהותי נמצא אצל השופט שמגר, בפסק דין משנת 1979 בעניין הפצת עיתון "אל טליעה" ביהודה ושומרון. שם עמד שמגר על כך שסמכויות הממשל הצבאי מאפשרות לו להטיל צנזורה על אמצעי התקשורת; עם זאת, כותב שמגר,

...לא הפעיל הממשל הצבאי הישראלי את הסמכויות הנ"ל המוקנות לו על פי המשפט הבינלאומי בכל היקפן וחומרן, אלא ביקש להצטמצם... לאותם אמצעים, החיוניים באופן מוחלט לשמירת הביטחון ושלומו הציבורי, תוך מתן ביטוי להלכה ולמעשה, למגמה שלא להסתפק בשלטון החוק במשמעותו הפורמלית של ביטוי זה אלא גם לאמץ תפיסותינו בדבר שלטון החוק במובנו המהותי.¹⁵⁸

כלומר, בעוד ששלטון החוק במשמעותו הפורמלית מצטמצם לבחינת שאלת הסמכות שהחוק מעניק לממשל הצבאי שלא לאשר הפצת עיתון מסוים – הרי שעיקרון שלטון החוק במובנו המהותי דורש מהממשל הצבאי להחמיר עוד יותר, ולא להשתמש בסמכות הזו אלא באותם מקרים "החיוניים באופן מוחלט" למימוש אחריותו על הביטחון ושלומו הציבורי. החל מפסק דין זה אנו מוצאים שימוש הולך וגובר של בית המשפט במושג "שלטון החוק המהותי", או "שלטון החוק במובנו המהותי". אולם, בחינה מעמיקה של השימוש במושג מגלה שבית המשפט הפליג למחוזות אחרים מאלו של שמגר; בפסיקות השונות זכה המושג לפרשנות ושימוש רחבים ביותר, הכוללים קשת רעיונות, זכויות ועקרונות רבים בתוכו – עד שקשה לתחום מובן יחיד וקוהרנטי למושג זה, ולהגדיר את גבולותיו בביטוי. להלן כמה דוגמאות. "מקומה של זכות יסוד במערכת משפטית נתונה היא בבואה למידת קיומו של שלטון החוק המהותי, והשינוי בהיקפה של הזכות משליך בהכרח גם על המשך קיומו של שלטון החוק";¹⁵⁹ "ההקפדה על דרך ההפעלה של שיקול הדעת... על ידי רשות שלטונית... חיונית לשם שמירה על קיומו של שלטון החוק המהותי";¹⁶⁰ שלטון החוק המהותי משמעו "איזון בין צורכי הכלל והפרט. משמעותו של זה, בראש ובראשונה, שוויון";¹⁶¹ "שלטון החוק מתבטא בקיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם באופן שוויוני, כהגשמת חירויות היסוד, בהקפדה על השוויון וביצירת אווירה כללית של אמון וביטחון";¹⁶² "שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים

הפרכת חוק מדינה לעבודה זרה, ללא ביקורת או סייג... ברם, ובכפוף להסתייגות האמורה, מטרת הדברים היא להדגיש את עוצמתו הפוליטית של העיקרון התקף לכל שיטות המשפט. שלטון החוק – ובמובן המצומצם כל חוק – מאפשר הכוונת התנהגות של האזרח, ודאות ומניעת שרירותיות".

158 בג"ץ 619/78 "אל טליעה" שבועון נ' שר הביטחון, לג(3) 505 (1979) פס' 7 לפס"ד של השופט שמגר.

159 בג"ץ 337/81 שלמה מיטרני ו-8אח' נ' שר התחבורה, לז(3) 337 (1983) פס' 10 לפס"ד של השופט שמגר.

160 בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, לז(3) 029 (1983), עמ' 50 בפס"ד של השופט שמגר.

161 בג"ץ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, מ(3) 505 (1986) פס' 46 לפס"ד של השופט ברק.

162 שם, פס' 26 לפס"ד של השופט שמגר.

הראויים";¹⁶³ משלטון החוק המהותי נגזר ערך השוויון מכיוון שהוא דורש כי "החוק עצמו ישרת את ערכי-היסוד של מדינה מתוקנת";¹⁶⁴ ממנו נגזרים "כל אותם עיקרים העושים את המשטר הדמוקרטי: הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות; הגנה על זכויות האדם וכו'";¹⁶⁵ הוא "אוצר בתוכו את עקרונות היסוד של השיטה, בין המעוגנים בחוקים חרותם ובין יציר עקרונות כלליים הנובעים מיסודות המשטר הדמוקרטי. הוא כולל בתוכו את עקרונות הפרדת הרשויות על השלכותיהם, ואת כללי היסוד של זכויות האדם";¹⁶⁶ מכוח "ערכי היסוד של שלטון החוק במובנם המהותי, ובהם ערכים של צדק, הגינות ושוויון" נגזרת ביקורת שיפוטית על סבירות שיקול-הדעת של הרשות המינהלית;¹⁶⁷ וממנו נובע "שלאזרח ולתושב... שמורים גם חופש הדת גם החופש מדת",¹⁶⁸ ועוד.

נראה כי סימן האזהרה האנליטי – שמפניו התריע וולדרון – אכן מתממש באופן שבו בית המשפט העליון משתמש במושג "שלטון החוק המהותי". כזכור, וולדרון התריע מפני פתיחת "תחרות שבה כל אחד תובע לכלול את האידיאל הפוליטי האהוב עליו כממד מהותי של שלטון החוק", וחזה שתהליך זה עשוי להוביל ל"שקיעה כללית ביכולת הביטוי הפוליטית, כאשר אנשים נאבקים להשתמש באותו מונח על מנת לבטא אידיאלים שונים".¹⁶⁹ ואכן, מסקירת פסקי הדין השונים שבהם עושה בית המשפט העליון שימוש במושג "שלטון החוק המהותי" נראה כי הוא נעדר כל היקבעות ברורה, וכי נעשה בו שימוש חופשי וגמיש.

נוסף על כך, ניתן למצוא לא אחת היבטים פורמליים לחלוטין שביחס אליהם משתמש בית המשפט במושג "שלטון החוק המהותי".¹⁷⁰ אציין כמה דוגמאות לכך: שימוש בתקנות שעת חירום הוא פגיעה בעיקרון שלטון החוק המהותי;¹⁷¹ שלטון החוק המהותי מורה על

¹⁶³ בג"ץ 6163/92 יואל אייזנברג נ' ר הבינוי והשיכון, מז(2) 229 (1993) פס' 65 לפס"ד של השופט ברק.

¹⁶⁴ בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, סא(1) (2006) פס' 3 לפס"ד של השופט ג'ובראן.

¹⁶⁵ שם, פס' 29 לפס"ד של המשנה לנשיא חשין.

¹⁶⁶ בש"פ 4972/07 עאטף פואז נ' מדינת ישראל (נבו) 20.03.2008 פס' 6 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁶⁷ בג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך, נט(3) 873 (2004).

¹⁶⁸ בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נגד ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485, פס' 2 לפס"ד של השופט חשין.

¹⁶⁹ Jeremy Waldron, The Rule of Law, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>

¹⁷⁰ אם כי יש לציין כי לאור הטיפולוגיה המיוחדת שנעשית בספרות המשפטית בישראל להיבטים המהותיים והפורמליים של שלטון החוק – ראו לעיל ליד ה"ש 123 - אך מתבקש הוא למצוא דוגמאות מעין אלו שציינת. ביחס להסדרים הראשוניים ראו לעיל ה"ש 113.

¹⁷¹ בג"ץ 6971/98 יוסף י' פריצקי עו"ד נ' ממשלת ישראל, נג(1) 763 (1999); בג"ץ 2399/20 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו (נבו) 16.08.2020 פס' 3-4 לפס"ד של הנשיאה חיות. בנוגע לפס"ד זה ראו: נטלי דודזון "חוק הקורונה, שלטון החוק ותאטרון בובות" **ICON-S-IL Blog** (2021.1.10), שם היא טוענת שתקנות שעת החירום בעניין ההתמודדות עם מגפת הקורונה פגעו גם בעקרונות שלטון החוק הפורמלי.

פומביות דברי החקיקה, בשל העובדה שהוא "טובל בערכי היסוד של החברה ושל הפרט... ושואב כוחו מטיבו ומאיכותו של הסדר החברתי הראוי";¹⁷² שלטון החוק המהותי מחייב שהחוק יהיה "ברור ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם";¹⁷³ העיקרון המהותי של שלטון החוק "בנוי על התודעה כי השלטון עצמו, ככל אזרח, כפוף לחוק ואינו מורם מעליו";¹⁷⁴ ממנו נגזרים "ודאות החוק, פומביותו, כלליותו והיותו צופה פני עתיד";¹⁷⁵ שלטון החוק המהותי "מורנו, כי "הסדרים ראשוניים חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד";¹⁷⁶ ועוד.

בסעיף זה הצגתי אפוא את השינוי המרכזי שחל בהבנת המושג "שלטון החוק" במשפט החוקתי בישראל: עלייתו של המובן המהותי של שלטון החוק. הדגמתי את האימוץ התיאורטי של המובן המהותי בכתיבה המשפטית בישראל, והראיתי כיצד בית המשפט העליון משתמש בו פעמים רבות – אך ללא עקיבות סמנטית.

חשוב לציין כי העדר משמעות סמנטית קבועה בעייתי לא רק עבור מי שמתעניין בסמנטיקה משפטית; והטענה כלפי השופטים על העדר תשומת לב אנליטית מיטבית למושג שבו הם משתמשים – כמעט כאגב אורחא – איננה רק קנטרנות אקדמית גרידא. הסיבה לכך היא שלמושג "שלטון החוק" נלווית עוצמה רטורית יוצאת דופן; נראה שמנקודת מבט ריאליסטית, זהו מושג בעל עוצמה רבה יותר מאשר מושגים משפטיים נורמטיביים אחרים (כגון שוויון וחירות) – דווקא בשל המעטה הנייטרלי והפורמליסטי שהוא עוטף על עצמו (לכאורה).¹⁷⁷ בהעדר קביעות סמנטית של המושג מתאפשר לבית המשפט להשתמש בו בהקשרים שונים ומגוונים, ולזכות בכך ליתרון הרטורי שנלווה לו – מבלי להתחייב למובן ברור של המושג. נוסף על כך, כפי שטענתי בפרק הראשון, השמירה על המובן הפורמלי של עיקרון שלטון החוק הייתה מאפשרת להצביע על מתחים שקיימים בין עקרונות נורמטיביים שונים שאנו מצפים שמערכת המשפט תממש; אך השימוש המבולבל במושג שלטון החוק המהותי מוביל לטשטוש המתחים הללו, ולהסתת המבט מהפגיעה שעשויה להיות בעיקרון שלטון החוק הפורמלי.

אמנם, יש להודות כי מבחינה אופרטיבית, גם אם בית המשפט היה מאמץ עמדה קוהרנטית וצרה ביחס לעיקרון שלטון החוק, חלק ניכר מההחלטות היו נשארות בעינן – וניתן היה להשתמש גם בדוקטרינות אחרות או במושגים עצמם (כמו שוויון, זכויות, וכו') בכדי

¹⁷² רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' יוסי קליין, מח(3) 485, 515-516 (1994).

¹⁷³ בג"ץ 2740/96 עזיז שנסי נ' המפקח על היהלומים משרד המסחר והתעשייה, נא(4) 481, 520 (1997).

¹⁷⁴ בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, סב(4) 571 (2008) פס' 35 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁷⁵ בג"ץ 1213/10 אייל ניר נ' יו"ר הכנסת (נבו) 23.02.2012 פס' 4 לפס"ד של השופט ג'ובראן.

¹⁷⁶ בג"ץ 2740/96 עזיז שנסי נ' המפקח על היהלומים משרד המסחר והתעשייה, נא(4) 481 (1997) פס' 13 לפס"ד של השופט חשין. וראו גם בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, סא(1) 1 (2006) פס' 28 לפס"ד של המשנה לנשיא חשין. ביחס לשאלה אם כלל הסדרים הראשוניים נחשב לחלק משלטון החוק במובנו הפורמלי או המהותי, ראו לעיל אצל ספיר "הסדרים ראשוניים", בה"ש 113.

¹⁷⁷ ראו את ניסוחיו של עמרי בן צבי בעניין זה, לעיל בה"ש 123.

להגיע אליהן. לא מצאתי עד כה פסיקה שעשתה שימוש במושג שלטון החוק במובנו המהותי, שלא ניתן היה להגיע לתוצאה המשפטית שלה ללא ההרחבה של מושג שלטון החוק. מנגד - ככל שאכן ניתן להגיע לאותן תוצאות משפטיות גם מבלי להשתמש במובן המהותי של שלטון החוק, ולאור החסרונות של השימוש במובן המהותי (כפי שתיארתי בפרק הראשון), נראה שדרושה הצדקה חזקה עוד יותר בכדי לעשות בו שימוש.

ברם, לשם השלמת התמונה, אני מבקש להניח כעת בצד את מישור המשמעות המושגית של "שלטון החוק", ולפנות להבהרת החלק האופרטיבי, שבמסגרתו אענה על השאלה "כיצד השתמש בית המשפט העליון ברעיון שלטון החוק?". כפי שאראה, רעיון שלטון החוק גם תפס מקום מרכזי בתהליכים השונים שעיצבו את המשפט החוקתי בעשורים האחרונים – ואת תיאור הדברים הזה אבקש לספר בחלק הבא.

ג. כיצד השתמש בית המשפט העליון במושג שלטון החוק?

בפרק המבוא טענתי שלא ניתן להבין את השינויים החוקתיים של העשורים האחרונים – מה שמכונה כ"מהפיכה החוקתית" ללא הבנת התהליכים הסמנטיים שעברו על המושג, ומבלי לתת את הדעת על הנוכחות המרכזית שלו בהנמקת השינויים הללו. בחלק הקודם פרעתי את חלקו הראשון של החוב, והצגתי את הרחבת מובנו של מושג שלטון החוק מהמובן הפורמלי בלבד למושג בעל מובן מהותי. בחלק הקרוב אני מבקש לפרוע את חלקו השני של החוב, ולשכנע את הקורא במרכזיות המושג שלטון החוק בהנמקת השינויים המשפטיים והדוקטרינריים שמרכיבים – הלכה למעשה – חלקים נרחבים מהמשפט החוקתי הישראלי, כפי שאנו מכירים אותו כיום. אם החלק הקודם עסק במובן של מושג שלטון החוק – על הציר שבין המובן הפורמלי למהותי – הרי שחלק זה משהה את הדיון בשאלת המובן של שלטון החוק, ועובר להתמקד בהדגשת העובדה שמושג זה שימש כמושג מפתח עבור בית המשפט העליון בבואו לבסס ולנמק את השינויים האמורים. כפי שתיארתי בפתח המאמר, שני החלקים אינם כרוכים זה בזה מבחינה אנליטית – והם עומדים באופן בלתי תלוי זה בזה; אולם רק העמדת שני התהליכים זה לצד זה מאפשרת להבין את התמונה המלאה: כיצד בית המשפט העליון עבר מתפיסה שלפיה מושג שלטון החוק מנביע ריסון וכפיפות של בית המשפט אל החוק (כמו שאר רשויות השלטון), לתפיסה שלפיה מושג שלטון החוק מנביע עליונות שיפוטית והרחבת סמכויותיו של בית המשפט העליון ביחס לרשויות שלטון אחרות. דין וחשבון מלא יותר על טיב הקשר בין שני המהלכים יינתן בפרק הסיכום.

לשם ביסוס הטענה בחלק זה אסקור כעת מספר סוגיות, העומדות בליבת השינויים שעבר המשפט החוקתי בעשורים האחרונים. כל אחת מסוגיות אלו נידונה כמובן זה מכבר בספרות המשפטית בפני עצמה, אך חידושו של חלק זה נעוץ בכך שהוא מצביע על בריח תיכון שחורז סוגיות אלו יחד: השימוש במושג שלטון החוק כחלק מהנמקת השינויים הדוקטרינריים. כלומר, עניינינו כאן במה שמכונה "הנמקה שיפוטית" (Judicial Reasoning) – האופן שבו מנמקים שופטים את החלטותיהם השיפוטיות. כידוע, בפני השופטים עומד ארגז כלים עשיר וגדוש להנמקת החלטות השיפוטיות שלהם: הם יכולים (ואף נדרשים) לעשות שימוש בדברי חקיקה, חקיקת משנה, תקנות או הוראות שונות; בחלק משיטות המשפט תקדימים משפטיים וההלכה הפסוקה משמשים אף הם כמקורות משפט מוסמכים. לעיתים מתבקשים השופטים גם לעמוד על רציותו של כלל משפטי או דוקטרינה משפטית מסוימת – ובמצבים

אלו הם נסמכים על עקרונות נורמטיביים שונים בכדי לנמק מדוע, אם בכלל, כללים אלו רצויים.¹⁷⁸ כעת, השאלה שעומדת בפנינו היא זו: כיצד נימק בית המשפט העליון את השינויים החוקתיים המרכזיים של העשורים האחרונים?

כמובן שלא ניתן לספק תשובה אחת לשאלה רחבה זו; שינויים שונים נומקו באמצעות נימוקים ועקרונות שונים, על ידי שופטים שונים, בפסקי דין שונים. ובכל זאת, דומני שניתן לאתר נימוקים ועקרונות יסוד שחוזרים שוב ושוב במהלך ההנמקה השיפוטית. חלק מאותם נימוקים - כמו למשל הקשר שבין הרחבת היקף הביקורת השיפוטית להרחבת השמירה וההגנה על זכויות האדם - נידונו לא מעט בספרות המשפטית (בהקשר הישראלי),¹⁷⁹ כמו למשל היחס בין היקף הביקורת השיפוטית לעקרונות יסוד של דמוקרטיה והפרדת רשויות.¹⁸⁰ במאמר הנוכחי אני מבקש להפנות את הזרקור אל מושג שלטון החוק, שלצד מושגים ועקרונות נוספים שימש אף הוא כאדן נוסף לבסס עליו את השינויים החוקתיים האמורים.

במובן הזה, חלק זה מבסס טענה היסטורית-דוקטרינרית בדבר התפתחות המשפט החוקתי הישראלי, ובדבר עליית קרנו של מושג שלטון החוק במשפט החוקתי בישראל במהלך העשורים הללו. טענה זו צנועה באופן יחסי; עבור כל אחת מהסוגיות ומהשינויים הללו אינני מבקש לטעון כמובן כי בית המשפט התבסס אך ורק על מושג שלטון החוק, ושאליו היה ניטל - היה נופל כל הבניין כולו. כל שאני מבקש להצביע עליו הוא שמושג שלטון החוק שימש את בית המשפט בכדי לנמק את השינוי בכל אחת מסוגיות אלו; מכיוון שסוגיות אלו עוסקות בשורשי היחסים שבין רשויות השלטון, ועומדות במוקד הדיון המשפט-חוקתי בישראל בעשורים האחרונים - ממילא ניתן לקבוע כי עיקרון שלטון החוק שימש באופן מרכזי לעיצוב תהליכים אלו. אדגיש שוב: 'מרכזי' ולא בלעדי. באומרי 'מרכזי' אני מתכוון לכך שהאזכורים שלו בפסקי הדין שיידונו להלן אינם אזכורים שוליים, אלא כאלו המנמקים את רציות הדוקטרינה המשפטית בכך שהיא נדרשת ומוצדקת בשל עיקרון שלטון החוק.

אולם אני מבקש לצעור צעד אחד קדימה, ולחלץ מהטענה ההיסטורית הזו דבר מה נוסף. לאור התשתית התיאורטית שנבנתה עד כה, אראה בחלק זה - ביחס לכל אחת מהסוגיות - כי יש מקום לביקורת על צורת השימוש שנעשתה על ידי בית המשפט במושג "שלטון החוק"

¹⁷⁸ לסקירה מקיפה של סוגים שונים של הנמקה שיפוטית, ותפיסות תיאורטיות שונות הדנות בכך, ראו: Phoebe C. Ellsworth, *Legal Reasoning, Camb. Handb. Think. Reason.* 685 (2005).

¹⁷⁹ ראו למשל: רות גביון "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 130-131 (1997); יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" **משפט ועסקים** טז 235 (2013); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017). ראו גם אצל מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993).

¹⁸⁰ ראו למשל בעניין **המזרחי**, בפס' 81-79 לפס"ד של הנשיא ברק; עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ** חלקים א-ב.

בסוגיות אלו.¹⁸¹ במילים אחרות ניתן לומר – ככל שהביקורת שאציע נכונה – מושג שלטון החוק לא מנביע באופן הכרחי את המסקנות הדוקטרינריות שאותן ביקש בית המשפט להסיק ממנו, או לכל הפחות הדבר תלוי בהנחות נוספות שאינן קשורות למושג עצמו. מכך אנו יכולים להסיק על אופיו הדינמי של מושג שלטון החוק, שמאפשר לשופטים גמישות שיפוטית ופרשנית – בין אם במודע ובין אם לאו – בבואם לקדם שינויים במשפט הציבורי. חשוב להדגיש בפתח החלק הזה שאינני קובע מסמרות בשאלה איזה מהמובנים של מושג שלטון החוק 'נכון' יותר, או 'הולם' מובן אובייקטיבי של המושג. הביקורת שאמתח מתייחסת – בכל אחד מהשימושים שאותם אנתח בחלק זה – למובן של מושג שלטון החוק שבו נעשה שימוש בפסקי הדין, וביחס לדברי השופטים גופם.

אלו אפוא שני הנתיבים שחלק זה צועד בהם: הראשון הוא ההצבעה על נוכחותו של מושג שלטון החוק בהנמקת כל אחת מסוגיות המפתח האמורות; והשני הוא ההצבעה הביקורתית על שימושים אלו. שילוב שני הנתיבים מעלה את נקודת החיבור של חלק זה עם החלק שקדם לו; בשניהם אנו למדים על האופן שבו בית המשפט 'עובד' עם מושג שלטון החוק, וכיצד הוא יכול לעשות בו שימוש להרחבת סמכויותיו. בפרק הסיכום של המאמר אציע השערה נוספת להבנת היחס בין שני התהליכים המתוארים בשני החלקים הללו של המאמר – הוספת המובן המהותי של שלטון החוק, והשימוש במושג שלטון החוק להנמקת השינויים במשפט החוקתי הישראלי.

1. הרחבת היקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון

בסעיף זה אתאר כיצד עמד רעיון שלטון החוק במוקד הרחבת היקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון, זאת ביחס לארבעה מעגלים שונים: ביקורת שיפוטית על הליכים פנימי-פרלמנטריים; ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת; ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד; וביקורת שיפוטית על פעולות המינהל – באמצעות השימוש בעילת הסבירות.

(א) ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים של הכנסת מכוח עיקרון שלטון החוק
בעשורים הראשונים נמנע לחלוטין בית המשפט העליון מלהתערב בפעולות הכנסת – בהשפעת הדוקטרינה האנגלית שלא הכירה אז בסמכות ביהמ"ש להתערב בנעשה בין כותלי הפרלמנט.¹⁸² הרציונליים של דוקטרינה זו קשורים היו – בין היתר – לרעיונות של הפרדת רשויות, פגיעה בכבוד ובריבונות הפנימית של בית המחוקקים, חשש מפני פוליטיזציה של המשפט, ועוד.¹⁸³ דוד קרצ'מר אף טען שעד לשנות השמונים גם לא ניתן היה למצוא כלל עתירות המופנות כנגד הליכים פרלמנטריים מכיוון שהעותרים – בהשפעת הדין האנגלי –

¹⁸¹ זוהי הסיבה שבגינה מאמר זה לא דן בסוגיות נוספות הנוגעות למושג שלטון החוק, בפרט במובנו הפורמלי, כגון: כלל ההסדרים הראשוניים (ראו לעיל ה"ש 113); הדרישה להסמכה בחוק ופרשנות סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה; והאיסור על החלה למפרע של הכרעות שלטוניות; הגבלות על הפרטת סמכויות שלטוניות; ועוד.

¹⁸² Meir Shamgar, *Judicial Review of Knesset Decisions by the High Court of Justice*, 28 *ISR. LAW REV.* 43, 43 (1994); סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" *מחקרי משפט* יט 722 (2003).

¹⁸³ שם, בעמ' 769.

לא העלו על דעתם התערבות שיפוטית בעניינים אלו.¹⁸⁴ בראשית שנות השמונים קבע ביהמ"ש העליון בשתי החלטות תקדימיות - עניין פלאטו-שרון¹⁸⁵ ועניין שריד¹⁸⁶ – שהליכים פרלמנטריים אינם חסינים באופן עקרוני מביקורת שיפוטית, וכי במקרים מסוימים יכול ביהמ"ש להתערב בהליכים הפנימיים של הכנסת. נקבע בפסיקה ששאלת הפיקוח על הליכים פנים-פרלמנטריים איננה "שאלה של סמכות, אלא שאלה של שיקול דעת";¹⁸⁷ בכך דחה ביהמ"ש במפורש את הדוקטרינה האנגלית שאסרה על התערבות בית המשפט בפעילות הפרלמנט. נכונותו של בג"ץ להתערב בפועל בהחלטות שונות של הכנסת מועטה ביותר במבט היסטורי,¹⁸⁸ ומתחם ההתערבות שלו מצומצם: רק בשני מקרים (עד כה) בחר ביהמ"ש להתערב בהחלטות פנים-פרלמנטריות.¹⁸⁹

פסק הדין המנחה שבו נקבע המבחן המרכזי לשאלת ההתערבות השיפוטית בהליכים פרלמנטריים, הוא עניין שריד.¹⁹⁰ אל מול הטעמים כבדי המשקל שמצדיקים את "משיכת ידם של השופטים מעיסוק בביקורת על דרכי ניהולו של בית המחוקקים" – הניח השופט ברק בכפה השנייה של המאזניים את עיקרון שלטון החוק "הפורמאלי":

שאלה זו [האם החלטה פנים פרלמנטרית נתונה לביקורת שיפוטית. מ.ב.]. אינה קלה כלל ועיקר, שכן בפתרונה באים לידי התנגשות שני שיקולים נוגדים. מחד גיסא עומד העיקרון של שלטון החוק, אשר בהיבטו הפורמאלי משמעותו, כי כל הגורמים במדינה חייבים לכבד את החוק. עקרון שלטון החוק... חל גם על בית הנבחרים עצמו, בחינת "שלטון החוק במחוקק".... כשם שבית-משפט זה מפעיל סמכותו בכל מקרה של אי-כיבוד החוק על-ידי הרשות השלטונית, כן עליו לעשות לעניין אי-כיבוד הוראות התקנון, שעניינן ניהולו של הבית, שאם לא כן נמצא את המחוקק עצמו מפר את הדין.... הביקורת השיפוטית חיונית למניעתה של פגיעה זו, שכן בלא דיין אין דין, ובמקום שבית המשפט אינו מתערב, נפגם עקרון שלטון החוק.¹⁹¹

במילים אחרות, הנימוק המרכזי להכרעת השופט ברק להפעיל באופן עקרוני ביקורת שיפוטית על החלטות פנים-פרלמנטריות של הכנסת – הוא רק עיקרון שלטון החוק, העומד

¹⁸⁴ David Kretzmer, *Judicial review of Knesset decisions*, 8 TEL AVIV U STUD L 95 (1988).

¹⁸⁵ בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981).

¹⁸⁶ בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד (לו) 2 (1982).

¹⁸⁷ שם, עמ' 200-201.

¹⁸⁸ נבות, "עשרים שנה", לעיל בה"ש 7, בעמ' 722; רבקה וייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט מד 347 (2021).

¹⁸⁹ ראו בסקירה הרחבה של יונתן גרין "בג"ץ אדלשטיין – הערת פסיקה" משפטים על אתר יז 102 (תשפ"ב). ראו גם י"ש צמח "בעיית אישפיטות התהליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג 752 (תשל"ד-ל"ג); רובנישטיין ומדינה עקרונות יסוד של המשפט החוקתי כרך א 235-249.

¹⁹⁰ לעיל ה"ש 186. בעניין פלאטו שרון, לעיל ה"ש 185, קבע השופט י" כהן מבחן להתערבות בפעילות מעין שיפוטית של הכנסת: כאשר מתקיימת חריגה מסמכות פונקציונלית של ועדת הכנסת. לא נדון במבחן זה בהרחבה, מכיוון שכאמור במבוא אנו מתמקדים בהליכים פנים פרלמנטריים שאינם הליכים מעין שיפוטיים.

¹⁹¹ עניין שריד, פס' 7 לפס"ד של השופט ברק.

אל מול עקרונות אחרים של הפרדת רשויות וכדו'.¹⁹² לדברי ברק, עיקרון זה מחייב שתי מסקנות הנובעות ממנו: 1. גם הכנסת מחויבת לפעול על פי החוק. 2. בית המשפט הוא שצריך לאכוף את עיקרון שלטון החוק על הכנסת, כשם שהוא עושה בכל מקרה של רשות שלטונית שמפירה את החוק. נראה שגם הדוקטרינה האנגלית, כמו גם בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות, לא חלקו על המסקנה הראשונה – שלפיה גם הפרלמנט חייב לפעול על פי החוק – אלא על המסקנה השנייה של ברק, שטוען שעיקרון שלטון החוק מחייב שבית המשפט הוא שיאכוף את החוק על הכנסת וימנע את הפרתו באמצעות ביקורת שיפוטית.¹⁹³

מלאכת "יצירת האיזון השיפוטי" – נוסחה שהשופט ברק הרבה לעשות בה שימוש – הדורשת לאזן בין דרישת עיקרון שלטון החוק לבין "הצורך לכבד את ייחודה של הכנסת בהחלטותיה בענייניה הפנימיים", הובילה אותו לנסח את המבחן להתערבות מוצדקת של ביהמ"ש בעבודת הכנסת: "מידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של מטרנו החוקתי".¹⁹⁴ כך נקבע "תחום העניינים, אשר בו יתערב בית המשפט לשם שמירה על שלטון החוק במחוקק"; אמנם, "קביעתה של אמת מידה זו מלאכה קשה היא, ומחייבת היא שימוש באותו 'חוש המומחיות של המשפטן'", קובע ברק,¹⁹⁵ אולם "נעילה הרמטית של דלתות בית המשפט בפני כל עתירה, שעניינה הליכים פנים-פרלמנטריים, תפגע בשלטון החוק".¹⁹⁶ מבחן שריד אומץ מספר פעמים בפסיקה, והוא עומד בתוקפו עד היום,¹⁹⁷ וגם בפסיקות מאוחרות יותר חזרו השופטים על כך שהפעלת הביקורת השיפוטית על פעולות הכנסת נובעת מעיקרון שלטון החוק.¹⁹⁸

על אף שזהו המבחן המפורש היחיד שנקבע בפסיקה, טען לאחרונה יונתן גריין כי הפרקטיקה והתקדימים המשפטיים הקיימים מורים על קיומה של "חזקה פסיקתית" במסגרת הדין המצוי, המצמצמת את טווח ההתערבות השיפוטית, ודורשת את התקיימותו של תנאי נוסף: הפרה של נורמה חרותה, ובענייננו מדובר בעיקר בהפרה של תקנון הכנסת. לדבריו,

¹⁹² ראו על כך לאחרונה: יגאל מרזל "התערבות בג"ץ בהליכים פנימיים של הכנסת: משריד ועד אדלשטיין" 75 שנות עצמאות במשפט: שופטים מספרים על פסקי דין משבעים וחמש שנות שפיטה 199 (2023).

¹⁹³ זהו גם הטיעון שהנחה את ברק בנוגע לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד של הכנסת – ראו על כך בפרק הבא, ואת הביקורת שהצגתי שם על טיעון זה.

¹⁹⁴ עניין שריד, פס' 9 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁹⁵ שם.

¹⁹⁶ בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת, לט(3) 141 (1985), פס' 19 לפס"ד של השופט ברק.
¹⁹⁷ ראו למשל בג"ץ 4064/95 ח"כ חנן פורת נ' יושב-ראש הכנסת, פרופ' שבח וייס מט(4) 177 (1995); בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (נבו) 23.3.2020, פס' 7 לפס"ד של הנשיאה חיות.

¹⁹⁸ ראו את דבריו של הנשיא שמגר בבג"ץ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122 (1985), פס' 6 – דברים שצוטטו לאחר מכן בפסקי דין רבים: "...שלטון החוק דורש קיומה של ביקורת שיפוטית לשם מניעתו של מעשה, הבטל בשל אי-חוקיותו או הראוי לביטול בשל כך". ראו גם בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, נו(6) 117 (2002) פס' 3 לשופט ריבלין: "משנקבעה המסגרת הנורמטיבית החלה על גוף שלטוני זה, הוא נתון – ככל שאר גופי השלטון במדינה – לביקורת שיפוטית. בכך מוגשם עקרון השוויון, שכן הכול כפופים לחוק, והכול כפופים לביקורת שיפוטית שנועדה להבטיח כיבוד החוק... בכך מוגשם שלטון החוק"; בג"ץ 1111/12 ענת קם נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ח"כ דוד רותם (נבו) 15.04.2012.

“נדרשת הפרה מובהקת של הדין [תקנון הכנסת. מ.ב.] כתנאי להצדקת התערבות שיפוטית”;¹⁹⁹ גרין מוכיח זאת בכך שהוא מראה כיצד בכל המקרים (מלבד בעניין אדלשטיין, שאת פסיקת בית המשפט בעניין זה הוא מבקר על כך) הייתה בפסקי הדין בחינה מדוקדקת של הוראות התקנון החלות על המקרה לשם ביסוס ההצדקה להתערבות בית המשפט. “חזקה פסיקתית” זו מובנת לאור העובדה שעיקרון שלטון החוק הוא העיקרון שאותו יש לאזן אל מול הנימוקים האוסרים על התערבות ביהמ”ש בפעולות הפרלמנט; ממילא, על מנת להצדיק את התערבות ביהמ”ש יש להוכיח את הסטייה מה”חוק” – מתקנון הכנסת, בענייננו, או כל נורמה משפטית תקפה אחרת – שאותו מבקש בית המשפט לאכוף.²⁰⁰ אולם, יש לציין כי השופט אלון מתח ביקורת על הלכת שריד, ובעצת מיעוט ביקש לחזור למבחן שנקבע בעניין פלאטו-שרון – ולפיו ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכים פנים-פרלמנטריים רק לנוכח חריגה מסמכות פונקציונלית, ורק בפונקציות מעין-שיפוטיות של הכנסת.²⁰¹ אלון העדיף את המבחן הפורמלי של פלאטו-שרון על פני אותו “חוש המומחיות של המשפטן” שאמור להנחות את אותה “מלאכת האיזון” המורכבת שביקש ברק לקבוע; לדבריו,

...לא יתערב בית המשפט בשיקול-דעתם של חברי בית הנבחרים, על-פי

אותן עילות המקובלות עליו להתערב בשיקול-דעתם של פקידי הרשות המבצעת לשלוחותיה. ריסון זה מקבל בית המשפט על עצמו מראש, ובכל מקרה של עתירה נגד הכנסת או נגד רשות מרשויותיה אין עליו אלא לבדוק, אם הייתה חריגה מסמכות או אם נתקיים ההליך במסגרת הסמכות הנתונה, ואזי לא יפשפש אחר המניעים, שעמדו מאחורי שיקול-דעתם של חברי הכנסת... אם לא הייתה חריגה מסמכות, לא יתערב בית המשפט במעשי רשות של בית הנבחרים, גם אם לדעת בית המשפט, ובעיניו, פגיעה קשה היא במרקם החיים הפרלמנטריים ובמבנה החוקתי של המשטר.²⁰²

אך באופן מעניין, גם השופט אלון ביסס את עמדתו זו על עיקרון שלטון החוק, וקובע כי “לא זו בלבד שריסון עצמי זה אין בו משום פגיעה, כביכול, בשלטון החוק, אלא ריסון עצמי

¹⁹⁹ גרין, “בג”ץ אדלשטיין”, בעמ’ 120.

²⁰⁰ ראו אצל גרין, “בג”ץ אדלשטיין”, בעמ’ 171: “השופט ברק מתמקד כמעט בלעדית בתקנון הכנסת, וניכר כי לשיטתו יש חשיבות מכרעת לעמידה בהוראות התקנון, וכי זה המובן העיקרי של “שלטון החוק” בכנסת. כמעט ניתן לומר שאליבא דברק, הפרת התקנון היא תנאי להפעלת מבחן סבידור”. ראו גם: Meir Shamgar, *Judicial Review of Knesset Decisions by the High Court of Justice*, 28 *ISR. LAW REV.* (1994) 43, 44: “To be justiciable, legal standards by which an activity may be judged must first be determined.”

²⁰¹ שם, 415.

²⁰² שם, פס’ 7 לפס”ד של השופט אלון.

זה הוא המבטיח שלטון זה, כפשוטו וכמשמעו".²⁰³ בהמשך דבריו הוא מפרש את הקביעה הזו כך:

חבריי, בפסיקתם האמורה, רואים בהתערבות הרשות השופטת בהליכי בית המחוקקים משום אמצעי למימוש שלטון החוק גם על מחוקקו... אכן כך הוא, והדבר אינו צריך לפנים, כי שלטון החוק, והחלתו גם על מחוקקו, ערך עליון הוא... אך עם כל הכבוד, לא נראה לי, כי ערך עליון זה יבוא לכלל הגשמה בסוגיה כה רגישה ונכבדה כיחסים שבין הרשות המחוקקת והרשות השופטת - על-ידי ביקורת שיפוטית המופעלת על-פי מבחן כללי וסתמי של חוש המומחיות של המשפטן, ללא כל הגדרה ברורה נוספת וללא כל הנחיה אובייקטיבית מחייבת. במקום אחר (...) אמרנו, כי "יסוד היסודות שלה (של דמוקרטיה נאורה - מ' א') הוא שלטון החוק, ולא שלטון המחוקק (היינו המחוקק היחיד, האישי - מ' א'), שלטון המשפט ולא שלטון השופט". וכי אין אנו צריכים לחשוש, עם כל הכבוד וההערכה, שמסירת הכרעה בשאלה כה גורלית למבנה הדמוקרטי של יחסי שתי הרשויות - השופטת והמחוקקת - לחוש המומחיות של המשפטן, ללא הדרכה והנחיה נוספות, עלולה להטות את הכף שלא במודע ושלא במתכוון - לשלטון השופט במקום לשלטון המשפט?²⁰⁴

כלומר, כפי שתואר קודם לכן בנוגע לדוקטרינה האנגלית המסורתית, אלון לא חלק על עצם הטענה שעיקרון שלטון החוק כולל גם את כפיפות המחוקק לשלטון החוק; תחת זאת, המחלוקת של אלון עם ברק נוגעת לשאלה האם עיקרון שלטון החוק מחייב שבית המשפט יאכוף את החוק על הכנסת. ביחס לשאלה זו, עמדתו של אלון מורכבת יותר מזו של הדוקטרינה האנגלית, או מהדוקטרינה ששררה בישראל עד לשנות ה-80: הוא סבור שיש להפעיל ביקורת שיפוטית רק על הליכים פנים פרלמנטריים מסוג של החלטות מעין שיפוטיות (כגון הסרת חסינות של חבר כנסת), וכי סוג הביקורת יכול להיות רק של בדיקת הסמכות הפונקציונלית.

כשנקה לפניו מקרה מעין זה, הוא אכן דחה את הדוקטרינה האנגלית שמונעת כל ביקורת שיפוטית על הליכי הפרלמנט, בין היתר בשם עקרונות המשפט העברי: "עיקרון גדול זה של שלטון החוק במחוקקו מעוגן הוא במורשת ישראל מימים ימימה ומקדמת דנא", הוא קבע.²⁰⁵ כדוגמה לכך הוא הביא מדבריהם של החכמים ש"הביעו בדברים מאלפים ומעמיקים את

²⁰³ שם, פס' 7 לפס"ד של השופט אלון. למקרים דומים מן הפסיקה האמריקנית שבהם גם עמדת המיעוט וגם עמדת הרוב נימקה את הכרעתם המשפטית בעיקרון שלטון החוק, ראו אצל Richard H. Fallon Jr, *The rule of law as a concept in constitutional discourse*, 97 COLUM REV 1 (1997) n. 20.

²⁰⁴ שם, פס' 12 לפס"ד של השופט אלון. ראו גם את דבריו בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 745 (1991).

²⁰⁵ בג"ץ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, ח"כ שלמה הלל, מא(4) 169 (1987), פס' 15 לפס"ד של השופט (כתוארו אז) אלון. יש לציין שעל אף שעמדתו של אלון נותרה דעת מיעוט, הרי שבפועל ההלכה הנוהגת "מבטאת, בהיבטים מסוימים, דווקא את עמדת המיעוט של השופט אלון" - כפי שצינו רובינשטיין ומדינה, בעמ' 245.

עקרון שלטון החוק במחוקקו בצורתו החדה והמשמעותית ביותר, שלפיה "גם הקדוש-ברוך הוא, נותן התורה, מקיים, כביכול, הוא עצמו דיניה ומצוותיה"²⁰⁶. עם זאת, אלון היה סבור שביקורת שיפוטית החורגת משאלת הסמכות הפונקציונלית איננה נובעת בהכרח משלטון החוק, ואף להיפך; מטיבה, ביקורת מעין זו צריכה להיסמך על מושגים עמומים, על "חוש המומחיות של המשפטן", ובכך היא פוגעת בעיקרון שלטון החוק – ומובילה למצב של "שלטון השופט במקום שלטון המשפט". במילים אחרות, אלון סבור שעיקרון שלטון החוק אמנם מצדיק באופן עקרוני את קיומה של ביקורת שיפוטית על המחוקק, אך תחם זאת רק לביקורת הנסמכת על נורמות פורמליות וברורות; באופן מעשי, הוא קובע, ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים שלא נסמכת על היבטים פורמליים היא לא פחות מאשר פגיעה בעיקרון שלטון החוק. ברי כי גם אם הדברים לא נאמרו באופן מפורש, הרי שאלון מבין את מושג שלטון החוק בהקשר זה במובן פורמלי – החובה לפעול בהתאם לסמכויות ולפרוצדורות שקובע החוק – וחושש מהרחבה שלו אל היבטים לא-פורמליים הכרוכים לדעתו, מיניה וביה, בנוסחאות איזון עמומות.

מחלוקת דומה נתגלעה בין השופט אלון לברק גם בהקשר דומה, בעניין ז'רז'בסקי, שם נידונה שאלת הביקורת השיפוטית על הסכמים פוליטיים בין מפלגות. ברק סבר שההסכם הפוליטי כפוף לנורמות כלליות הלקוחות מן המשפט הציבורי;²⁰⁷ אך בניגוד אליו השופט אלון קבע שבמקום שאין חקיקה הקובעת כיצד על המפלגות לקבוע את רשימת המועמדים לכנסת – אין לאפשר ביקורת שיפוטית על עניינים אלו. "כל עוד לא אמר המחוקק את דברו", כתב אלון, "לא לנו לקבוע הוראות כגון אלו על דרך של חקיקה שיפוטית"²⁰⁸.

בסעיף זה ראינו אפוא כיצד שימש עיקרון "שלטון החוק" בכדי להרחיב את המעגל הראשון שנידון בחלק זה – פיתוח ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים – ונוכחנו כיצד באופן מעניין הן מתנגדי המהלך, הן תומכיו, ביססו את טענותיהם על עיקרון "שלטון החוק" עצמו.

(ב) ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת מכוח עיקרון שלטון החוק

בסעיף זה אעסוק בקשר שבין עיקרון שלטון החוק לבין ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. ודוק: ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת ועל אורגנים אחרים של השלטון – והקשר של ביקורת שיפוטית מעין זו לעקרון שלטון החוק – הוכרו כבר בראשית ימיו של המשפט הישראלי.²⁰⁹ תיאר זאת השופט חשין בלשונו הציורית כשקבע כי "זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק... באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד... בחסימת

²⁰⁶ שם.

²⁰⁷ בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, מה(1) 749, פס' 38 לפס"ד של השופט ברק.

²⁰⁸ וראו שם את דבריו: "כל עוד אין נעשים מעשים בלתי חוקיים, רצוי לו לבית-משפט שלא להתערב בחסות אימרות כנף של "תקנת הציבור", "שלטון החוק" ומושגים עמומים כיוצא באלו. חוששני, כי היא בכך משום עירוב סמכויות וטשטוש הגבולות בין שלוש רשויות השלטון". שם, פס' 51 לפס"ד של המשנה לנשיא אלון.

²⁰⁹ ראו למשל לעיל ליד ה"ש 98.

הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו".²¹⁰ אולם, בשונה מכך, ענייננו כאן בביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת וביחסה לעיקרון שלטון החוק. בהרצאה שנתן אהרון ברק ביום העיון לשופטים בשנת 1977, שנה לפני שמונה לשופט בבית המשפט העליון, הוא עסק בקשר זה, ופתח את דבריו בקביעה ש"שלטון החוק, במובנו הפורמלי, מחייב קיומה של מערכת אירגונית עצמאית ובלתי תלויה, אשר תפקידה לקבוע באופן מוסמך כי שלטון החוק הופר, וכי התוצאות השליליות אכן נובעות".²¹¹ זהו אכן אחד המובנים של שלטון החוק הפורמליים, כפי שמצאנו למשל אצל יוסף רו.

בנוגע לביקורת שיפוטית על פעולות החקיקה של הרשות המחוקקת, טוען ברק כי "עניין זה שנוי במחלוקת... השאלה אם כן הינה, אם שלטון החוק, במובנו הפורמלי, מחייב כי תקויים ביקורת שיפוטית על פעולות החקיקה של הגוף המחוקק". כלומר ברק מודע לקיומה של עמדה שעיקרון שלטון החוק איננו מחייב את קיומו של מוסד הביקורת השיפוטית על החקיקה;²¹² עם זאת, דעתו היא כי "שלטון החוק במובנו הפורמלי ייפגם אם לא תקויים ביקורת שיפוטית – Judicial Review, על פעולות החקיקה".²¹³ וביתר פירוט, הוסיף: "לדעתי נפגם שלטון החוק במובנו הפורמלי אם אינה מוכרת ביקורת על חוקיותם של חוקים רגילים, הנוגדים את חוקי היסוד, או, כשתהיה לנו חוקה, אם הם נוגדים את החוקה".²¹⁴ ביקורת זו, על מנת שתהיה אפקטיבית, "צריכה להיות חיצונית לכנסת, להבדיל מביקורת של הכנסת עצמה".²¹⁵

זהו אפוא הקשר הקונספטואלי שבין עיקרון שלטון החוק לבין מוסד הביקורת השיפוטית, לדעתו של ברק. כפי שציינתי בפתח חלק זה, זהו איננו האדן היחיד שעליו מבסס ברק את מוסד הביקורת השיפוטית; אך עניינו כאן דווקא באדן זה של עיקרון שלטון החוק. כעת נשאל: מה תהיה עמדת ברק ביחס לחוקות המכילות סעיפים מפורשים ששוללים את סמכות

²¹⁰ ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ נא(3) 577 (1997) פס' 31 לפס"ד של השופט חשין. ההדגשות נוספו על ידי.

²¹¹ אהרון ברק "שלטון החוק" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט 20 (שמעון שטרית עורך 1977).

²¹² לעמדה כזו ראו: JEFFREY GOLDSWORTHY, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: CONTEMPORARY DEBATES (2010) ch. 3; Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Role of Courts*, 10 GLOB. CONST. 91 (2021).

²¹³ שם, ההדגשה איננה במקור. אמנם יש לשים לב כי באופן עקרוני, הגבלת כוח המחוקק על ידי חוקה לא פותרת את הבעיה העקרונית של הימצאות כוח משפטי בלתי מוגבל – אלא רק מעבירה אותו שלב אחד אחורה, אל הרשות המכוננת; אולם, ניתן לתהות – מי הוא אשר יגביל את הרשות המכוננת עצמה? כפי שציינתי ג'פרי גולדסוורת', "לא ניתן לקיים רגרסיה אינסופית של יוצרי חוק (Law makers) שיהיו מסוגלים להטיל מגבלות על הסמכות של כל אחד מהם בתורו": JEFFREY GOLDSWORTHY, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: CONTEMPORARY DEBATES 68 (2010). ראו גם מתנאל בראלי "שני הכובעים ושני הגופים: התיאולוגיה הפוליטית של הסמכות המכוננת בישראל" (עתיד להתפרסם בקרוב).

²¹⁴ ברק, שם, עמ' 19. ראו לעיל את דבריו של יצחק זמיר, שמהם עולה כי הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת נובעת מעיקרון שלטון החוק המהותי דווקא; יצחק זמיר *בית המשפט העליון* 43.

²¹⁵ שם.

בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית?²¹⁶ לכאורה, במקרים כאלו יודה ברק שעיקרון שלטון שהחוק דווקא מחייב שלא להפעיל ביקורת שיפוטית – ונראה מכך כי מבחינה עיונית, עיקרון שלטון החוק לא מנביע באופן הכרחי את קיומה של ביקורת שיפוטית – אלא הדבר תלוי באופן קונטינגנטי במאפייניה של שיטת משפט מסוימת.²¹⁷

כמעט כעשרים שנה לאחר מכן, פנה ברק ליישם את הדיון הקונספטואלי אל ההקשר הישראלי הקונקרטי. לאחר חקיקת חוקי היסוד של 1992 – שאותם ראה ברק כעליונים מבחינה נורמטיבית על החוקים הרגילים – יישם ברק עמדה זו בפס"ד המזרחי. במהלך פסק הדין מונה ברק את ארבעת "טעמיה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק": שלטון החוק, הפרדת רשויות, דמוקרטיה, ואובייקטיביות שיפוטית.²¹⁸ לדבריו,

ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עומד עקרון "שלטון החוק"... כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב "שלטון החוק" שמירה על שלטונה של החוקה. אכן, הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי יסוד. אלו הן נורמות עליונות במדרג הנורמטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק... אכן, בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את דרישותיו של חוק היסוד, מגשים בית המשפט את חוק היסוד. הלגיטימיות של החוקה ושל חוק היסוד מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק... ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא נשמתה של החוקה עצמה. טול מהחוקה את הביקורת השיפוטית ונטלת ממנה את חיותה.²¹⁹

לפי טיעון זה, כאשר שיטת משפט מכילה הגבלות על המחוקק, אלו דורשות באופן אינהרנטי את קיומו של מוסד שיכול להכריז על בטלות חקיקה שלא מתיישבת עם ההגבלות החוקתיות; זהו הטיעון המדיסוני הידוע.²²⁰ ללא מוסד זה, אין כל משמעות להגבלות החוקתיות – טוען ברק – ודבר זה נובע מעיקרון שלטון החוק,²²¹ לכל הפחות במובנו

²¹⁶ ראו למשל: New Zealand Bill of Rights Act 1990, § 4.

²¹⁷ ראו את ניסוחו של ריצ'רד פלון: "The necessary judicial role need not, at least on all theories, encompass review of legislative acts for consistency with a written constitution; the demand is only for the availability of courts to apply ordinary law... In the American context, however, the association of the Rule of Law with judicial review is very strong" Richard H. Fallon Jr, *The rule of law as a concept in constitutional discourse*, 97 COLUM REV 1 (1997) n. 33.

²¹⁸ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995) פס' 78-81 לפס"ד של הנשיא ברק.

²¹⁹ שם, פס' 78 לפס"ד של הנשיא ברק.

²²⁰ ראו בעניין המזרחי, פס' 74 לפס"ד של הנשיא ברק.

²²¹ בדברים אלו חזר ברק על דברים שנשא בהרצאה שקדמה לנתינת פסק הדין בעניין בנק המזרחי. ראו: אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג' 403, 405 (תשנ"ו). אמנם, ברק מבסס את הביקורת

הפורמלי.²²² הנה אפוא גם בפסק דין המזרחי, שכונן את מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת במשפט החוקתי הישראלי – אחד מהטעמים שניתנו להצדקת הביקורת השיפוטית היה עיקרון שלטון החוק.

אבקש כעת להעיר כמה הערות על טיעון זה. ראשית, יש לציין שגם אם נקבל את ההנחה של ברק שקיומה של חוקה מכריח גם את קיומו של מוסד שיאכוף על המחוקק את המגבלות המוטלות עליו – קשה לטעון שמעיקרון שלטון החוק עצמו נובע שמערכת בתי המשפט הרגילה היא הגוף השיפוטי המופקד על אכיפת החוקה. זהו אמנם המודל האמריקני, המבוזר, שמעניק לכל בית משפט סמכות לערוך ביקורת שיפוטית; אך המודל הריכוזי הקונטיננטלי מעניק את סמכות האכיפה לגוף שיפוטי אחד – שלרוב גם מוקם במיוחד לצורך כך.²²³ אם כן, גם אם נכון הדבר שמשמעות שלטון החוק בשיטת משפט שבה יש הגבלות חוקתיות על המחוקק היא קיומה של ביקורת שיפוטית – לא נובע מכך באופן ישיר מיהו הגוף שמוסמך לערוך את הביקורת.²²⁴ ואכן, דווקא בהרצאתו הראשונה של ברק, משנת 1977, נראה שהוא

השיפוטית על חוקתיות החוק גם על עיקרון הפרדת הרשויות, אך אין זה מענייני כאן לדון בטיעון זה. ראו שם, עמ' 407; ובעניין המזרחי (לעיל ה"ש 219) בפס"ד 79 לפס"ד של הנשיא ברק. קביעות אלו נשנו והושמעו גם בפסיקות מאוחרות יותר של בית המשפט. ראו למשל: בג"ץ 1661/05 המוצעה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', נט(2) 481 (2005), פס"ד 4 לפס"ד של השופט לוי: "[...] סמכות הביקורת השיפוטית מייסדת עצמה על תפיסות יסוד חוקתיות, ובראשן ההכרח להבטיח את "שלטון החוק בשלטון".... היא משקפת את שלטון החוק הפורמאלי והמהותי... מכוחן של תפיסות יסוד אלו הוכרה סמכות הביקורת השיפוטית על הרשות השלטונית – בין שמדובר בדברי חקיקה ובין שמדובר בהחלטות שלטוניות אחרות – כ"אבן פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק".... בג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 06.08.2017, פס"ד 37 לפס"ד של השופט סולברג: "ההצדקה העיקרית לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה נעוצה בעקרון שלטון החוק, אשר "מופנה הן לפרטים והן לזרועות השלטון, והוא חל גם על בית הנבחרים עצמו, בחינת 'שלטון החוק במחוקק'"; בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו) 09.06.2020, פס"ד 32 לפס"ד של הנשיאה חיות: "כוחה של הכנסת לחוקק מותווה ומוגבל על-ידי חוקי היסוד... החוקה – אותה נורמה חוקתית-על-חוקית – מטילה על המחוקק חובה לחוקק חוקים העולים בקנה אחד עם עקרונות שלטון החוק הפורמאלי והמהותי". יש לציין כי ניסוח זה שונה מעט, בכך שעיקרון שלטון החוק בדבריה של הנשיאה חיות הוא תוכן ההגבלות שהחוקה מטילה על המחוקק, ולא העיקרון המצדיק את סמכות הביקורת השיפוטית. יש לשאול האם תוכן ההגבלות החוקתיות של חוקי היסוד הוא אכן עיקרון שלטון החוק – אם כי המשך דבריה (שנראים כמפרשים את "שלטון החוק המהותי") קשורים גם לתוכן המגבלות החוקתיות של חוקי היסוד: "ובכלל זה שלא לפגוע בזכויות אדם בלא שאפשר להצדיק פגיעה זו באיזון שבין זכותו של הפרט וצרכי הכלל". ראו גם בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל (נבו) 08.07.2021, פס"ד 3 לפס"ד של השופט סולברג.

²²² לעיל ליד ה"ש 213 הדבר נאמר במפורש; בעניין המזרחי הדבר לא נאמר במפורש אך הוא משתמע מדבריו שם; ראו בראשית עמ' 420 לפסה"ד.

²²³ ראו אצל גידי ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה עתיד 172 (2010) 172; LEWIS TALBOT & MAURO; Cappelletti, THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1989). ראו על כך גם במאמרו של ברק מדינה "סמכות בתי-המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חוק שפוגע בזכויות האדם" משפטים נד (עתיד להתפרסם).

²²⁴ ראו על כך: זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה: למי? משפטים כח 257 (1997).

היה ער לכך, באשר הוא ציין כי הביקורת "צריכה להיות חיצונית לכנסת" – אך לא קבע שבית המשפט העליון הוא שמוסמך לקיימה. מבחינה מעשית ניתן לטעון אמנם במידה רבה של צדק שבהינתן העובדה שבישראל אין גוף שכזה, סביר שבית המשפט יהיה הגוף המוסמך לכך; אך עדיין חשוב להבחין בכך שמבחינה תיאורטית, אין הדבר נובע באופן ישיר מעיקרון שלטון החוק אלא משיקולים אחרים.

שנית, וחשוב מכך, הטענה שעיקרון שלטון החוק מחייב ביקורת שיפוטית נשענת על הנחה סמויה ולפיה בית המשפט הוא שבכוחו לפרש בצורה נכונה מתי חוק רגיל סותר חוק יסוד, ומתי לא. מנגד, ניתן לטעון שביקורת שיפוטית עשויה דווקא לפגוע בשלטון החוק במקרים מסוימים, אם בית המשפט ישגה בפרשנות החוקים או חוקי היסוד, ויקבע שחוק מסוים מנוגד לחוק יסוד – ובשל כך דינו בטלות – על אף שאלו דאמת, החוק איננו מנוגד לחוק היסוד. טענה זו העלה כבר תומס ג'פרסון – מתנגד הביקורת השיפוטית – שטען שלכל רשות עומדת האפשרות לפרש את ההגבלות שמטילה החוקה על פי הבנתה:

החוקה, לפי השערה זו, היא כמו שעווה הנתונה בידי השופטים, שיכולים לסלפה ולשנותה בכל דרך שיחפצו... הפירוש שלי את החוקה מאוד שונה מכך... לדידי כל רשות צריכה להיות בלתי תלויה באחרות, ויש לה זכות שווה להכריע לעצמה מה המשמעות של החוקה במקרים שבהם היא נדרשת לפעולה.²²⁵

אל מול טענה זו ניתן אמנם להשיב כי הסיכון שבית המשפט יטעה בפרשנות החוק או חוק היסוד קטן, בשל מומחיות בית המשפט בפרשנות החוקים, האובייקטיביות המקצועית שלו, וכן הלאה. ברור כי עמדה זו של ג'פרסון איננה העמדה המקובלת כיום בישראל – ולא רק בישראל. אך לעניינו, הנקודה החשובה היא בשאלה האם עיקרון שלטון החוק מנביע, באופן הכרחי ומחייב, ביקורת שיפוטית על חקיקה. לעניין זה תשובתי היא שלילית – מכיוון שביקורת שיפוטית תלויה בהנחות ובנסיבות קונטינגנטיות אחרות הקשורות לאופי בתי המשפט והגוף המחוקק, מידת המקצועיות של כל אחד מהם, תפיסת הפרשנות שהוא אוהז בה, ועוד. מבחינה אנליטית – כך אני טוען – ייתכן מצב שבו הרעיון של שלטון החוק יעמוד דווקא בניגוד לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ואף להיפגע כתוצאה מביקורת שכזו. בכדי להצדיק את הטענה שטוען ברק בהקשר הישראלי יש צורך בהנחות והצדקות אחרות – שאותן הוא לא מספק, ושאינן נובעות בהכרח מעיקרון שלטון החוק.

אמנם, במקום אחר ברק הצדיק טענה זו מכוח עיקרון הפרדת הרשויות,²²⁶ שלפיו "במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה – החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים – היא סמכותו של בית המשפט...".²²⁷ אולם גם טיעון זה

²²⁵ Alon Harel, *The Rule of Law*, letter to Judge Spencer Roane, 6 September 1819, *Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution*, 143 (1999). RECRAFTING RULE LAW ED. DYZENHAUS, 152 (1999).

²²⁶ ראו אהרון ברק *פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית* (1994) 109-110.

²²⁷ בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת, לט(3) 141 (1985) פס' 11 לפס"ד של השופט (כתוארו אז) ברק. ראו גם בעניין המזרחי, פס' 79 לפס"ד של הנשיא ברק.

חשוף לביקורת, כפולה: 1. העובדה שבית המשפט אכן עוסק בפרשנות נורמות משפטיות כגון חוקים, תקנות וצווים לא מנביעה את הטענה שיש לו את הסמכות לפרש גם את חוקי היסוד. 2. גם אם לבית המשפט אכן יש סמכות לפרש את החוק, לא נובע מכך שיש לו גם סמכות לפסול את החוק; הוא יכול להצהיר עליו כסותר את חוקי היסוד, ולהותיר את פסילת החוק למוסד אחר,²²⁸ או להחזיר את הדיון בחוק למחוקק כפי שמציע המודל הדיאלוגי לביקורת שיפוטית.²²⁹

אנו נכנסים כעת לדיון הסוער בדבר טיב ההצדקות לביקורת שיפוטית ע"י בית המשפט: כך למשל ניתן היה לטעון שהנזק של הסיכון שבית המשפט יטעה – ויפסול חוק שדווקא הולם את חוקי היסוד – קטן מנזקו של הסיכון שהמחוקק הוא שטועה בפרשנות החקיקה, ויחוקק חוק שפוגע בחוקי היסוד; ושמשום כך עדיף להעניק את סמכות הפרשנות לבית המשפט. כך למשל, ככל שחוקי היסוד נועדו להגן על זכויות אדם, על פניו הנזק הכרוך בשגיאה אפשרית של המחוקק עולה על הנזק הכרוך בשגיאה אפשרית של בית המשפט. טענה זו נשענת על ההנחה שלבית המשפט יש יתרון מוסדי בזיהוי פגיעה בזכויות ובשמירה עליהם, אם כי יש המערערים גם על טענה זו.²³⁰

אולם יש לבקר טענה זו ממספר כיוונים. ראשית, היא נשענת על ההנחה שניתן לקבוע באופן אמפירי שביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט אכן תורמת לשמירה על זכויות האדם בפועל – הנחה שקשה לבסס באופן משכנע.²³¹ נוסף על כך, כידוע בישראל לא כל הזכויות מוגנות בחוקי היסוד – ובשל כך עלול להיווצר מצב של קונפליקט בין זכות מוגנת לזכות שאינה מוגנת, ואזי משמעות האכיפה של חוקי היסוד עשויה להיות פגיעה בזכות אדם אחרת.²³² אולם חשוב מכך לעניינו, יש לשים לב לכך שטיעונים אלו לא מבססים את הטענה ששלטון החוק (לכל הפחות במובנו הפורמלי) הוא שדורש את מתן העדיפות לפרשנות החוקה לבית המשפט, אלא הם נובעים ממניעים נורמטיביים אחרים כגון חשיבות השמירה על זכויות האדם.

לבסוף, יש לשים לב שהיבטים שונים – ואף מנוגדים – של היחס שבין ביקורת שיפוטית לשלטון החוק יכולים לדור זה לצד זה בכפיפה אחת; ולצד היבטים של מימוש שלטון החוק על ידי הביקורת השיפוטית, יכולים להיות גם היבטים שבהם ביקורת שיפוטית עשויה דווקא לפגוע בשלטון החוק. במילים אחרות, השאלה אם מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקת

²²⁸ Alon Harel, *The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution*, 143 RECRAFTING RULE LAW ED. DYZENHAUS, 155 (1999).

²²⁹ ראו על כך אצל ספיר *המהפכה החוקתית בעמ' 197-222*; בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" *משפט ועסקים* כב 327 (2019).

²³⁰ בנוגע לכך ראו: Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, YALE LAW J. 1346 (2006); Richard H. Fallon Jr, *The core of an uneasy case for judicial review*, 121 HARV REV 1693 (2007).

²³¹ בהקשר הישראלי ראו על כך אצל יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" *משפט ועסקים* טז 235 (תשע"ד).

²³² Alon Harel, *The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution*, 143 RECRAFTING RULE LAW ED. DYZENHAUS, 153 (1999).

הכנסת מגשימה את שלטון החוק או פוגעת בו איננה מנביעה תשובה חד משמעית; הביקורת השיפוטית יכולה גם להגשים את שלטון החוק במובן מסוים, אך גם לפגוע בו במובן אחר. לכן, גם אם צודק השופט ברק שביקורת שיפוטית הכרחית בכדי שלא לפגוע בשלטון החוק, יכול להיות שבשיטת משפט מסוימת הקמה של מוסד הביקורת השיפוטית גם תפגע, מיניה וביה, בשלטון החוק.

משום כך, גם אם נקבל שבית המשפט מסוגל לפרש את חוקי היסוד בצורה טובה יותר, ובשל כך להגן על זכויות האדם בצורה טובה יותר – עדיין נוכל לקבוע שעיקרון שלטון החוק דורש להגן על זכויות האדם רק בדרך שקבע החוק.²³³ כפי שציין אלון הראל,

ההגנה על הזכויות על ידי מוסדות שלא הוסמכו על ידי החוק להגן עליהם היא הפרה של שלטון החוק, אפילו אם המוסדות הללו מתאימים יותר לזהות מהו החוק... שלטון החוק לא דורש רק למקסם את המקרים שבהם מכבדים את החוק; תחת זאת הוא דורש שהחוק יזכה להגנה על ידי המוסדות שהוסמכו על ידי החוק לעשות זאת, ובדרכים שנקבעו על ידי החוק. בית המשפט יכול לקבל החלטות שאמנם נדרשות על ידי החוק, ועדיין להפר את שלטון החוק אם החוק לא מתיר לבית המשפט לקבל את ההחלטות האלו, או אם החוק לא מתיר לבית המשפט לקבל את ההחלטות הללו על בסיס היסודות שבית המשפט סיפק לכך.²³⁴

בהקשר הישראלי הספציפי ציין הראל שני קשיים נסיבתיים המתגרים את הקביעה שבית המשפט הוא שצריך להיות בעל הסמכות לפסול חוקים: 1. העדר דיון ציבורי מקדים בשאלה המוסדית החשובה הזו. 2. העדר ייצוגיות בבית המשפט של העמדות והגוונים השונים בחברה הישראלית המורכבת, הפוגעת בלגיטימציה של בית המשפט להכריע בשאלות הללו באשר הוא מייצג עמדה מובחנת בתוך קווי השבר הללו. בשל כך, מסיק הראל, גם אם בית המשפט הוא המתאים ביותר לקבל החלטות בנוגע לחובות שמטילים חוקי היסוד על המחוקק, הנסיבות הספציפיות בישראל מקשות על קבלת הסמכות הזו בהקשר הישראלי, ונטילתה על ידי בית המשפט "פוגעת בעיקרון שלטון החוק".²³⁵

בסיכומו של דבר, גם אם יכולים להיות נימוקים טובים לצורך במוסד הביקורת השיפוטית, בכלל, ובמשפט הישראלי, בפרט – נראה שהטענה התיאורטית שמוסד זה נגזר באופן ישיר מעיקרון שלטון החוק (במובנו הפורמלי) היא טענה מרחיקת לכת, בכמה מובנים

²³³ בעניין **המזרחי** ברק עיגן את סמכות בתי המשפט לביקורת שיפוטית על פס"ד *Marbury V. Medison* האמריקני, וטען שכך "המסורת המשפטית שלנו" קובעת, וכי "גישה זו תואמת את המסורת שלנו. היא משתלבת בתרבות המשפטית הכללית הנוהגת אצלנו. היא מקובלת בקהילייה הישראלית". על אף שחוקי היסוד לא כוללים פסקת עליונות מפורשת המלמדת על בטלותו של חוק הסותר אותן, ברק סבור שסמכות ביטול החוק על ידי בית המשפט "מתבקשת מפיסקת הכיבוד הקבועה בשני חוקי היסוד. אכן, אם הכנסת "חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי היסוד זה... כי אז יש בכך תמיכה להשקפה כי חובתה זו של הכנסת אינה "פוליטית" גרידא אלא גם "משפטית". פס' 75-76 לפס"ד של הנשיא ברק.

²³⁴ *Alon Harel, The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution*, 143 RE-CRAFTING RULE LAW ED. DYZENHAUS, 156 (1999).

²³⁵ *Id.*

שהצגנו כעת. לפי דברינו, מעיקרון שלטון החוק כשלעצמו לא נובע באופן הכרחי: 1. שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך לטקסט החוקתי וליחסים שבינו לבין חוקים רגילים. 2. שבית המשפט הרגילים הם שמוסמכים לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת, ולא מוסדות אחרים שצריכים להיות מוקמים לשם כך. 3. שלבתי המשפט יש סמכות לבטל את תוקף החוקים, להבדיל מלהכריז על סתירתם את הטקסט החוקתי. בנוסף, הצבענו על כך שלעיתים ביקורת שיפוטית עשויה גם לפגוע בעיקרון שלטון החוק, או לכל הפחות לעמוד במתח אל מולו, כגון בשל העובדה שהחוק לא הסמיך במפורש את בתי המשפט לבטל חקיקה ראשית של הכנסת. העולה מכך הוא שגם אם ישנם נימוקים אחרים מדוע יש צורך לבסס ביקורת שיפוטית במשפט הישראלי – עיקרון "שלטון החוק" איננו אחד מהם מכיוון שהוא משמש לשני הצדדים, וקשה לקבוע איזה מהם גובר.

לפני סיום יש לציין כי בפס"ד בעניין לאור²³⁶ הסיק ברק כי באופן עקרוני "קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משורייני, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו"²³⁶. ברק הולך ומפרט מדוע עקרונות חוקתיים שונים לא נפגעים בפסילת חוק מעין זה, ומגיע – בין יתר הנימוקים – גם לעיקרון שלטון החוק. לדבריו, "אין בכך [בביטול חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה. מ.ב.] פגיעה בשיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק"²³⁷. באותו מקרה סבור היה ברק שאין להפעיל את המנגנון הזה, מכיוון שבאותה העת לא ראוי היה לדעתו לסטות מהגישה המקובלת בציבור, ולהכריז על בטלות חוק שנוגד עקרונות יסוד של השיטה.²³⁸

חשוב להעיר שיישום עיקרון שלטון החוק ביחס לביטול חוק מכוח עקרונות יסוד של השיטה – איננו חף מקשיים. קודם לכן ראינו את הטענה שעיקרון שלטון החוק מחייב את קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת – אך זו נשענה מבחינה אנליטית על ההנחה שישנו מדרג נורמטיבי בין חוקי היסוד לחקיקה הרגילה, כך שניתן היה לטעון שביקורת שיפוטית מגשימה את שלטון החוק (או: החוקה) במחוקק. כיצד ניתן לומר זאת ביחס לביקורת של בית המשפט על חוק שנוגד עקרונות יסוד של השיטה? האם ניתן לראות בהן "חוק" שאותו אוסף בית המשפט מכוח עיקרון שלטון החוק?²³⁹ אמנם, מאז אמירת האגב הזו של ברק בעניין לאור²³⁹ שופטים ומלומדים נוספים העלו את האפשרות להכריז על בטלות

²³⁶ בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ו-16 אח', מד(3) 529 (1990) פס' 30 לפס"ד של השופט ברק.

²³⁷ שם.

²³⁸ שם.

²³⁹ ראו על כך אצל יצחק הרצוג "המהפכה החוקתית: ניתוח טקסטואלי – חלק ראשון: פסק הדין בעניין לאור – פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים" קרית המשפט י 131 (תשע"ד), שם הוא הראה, ראשית, כי "פסילת חוקים על בסיס עקרונות בלתי כתובים איננה מקובלת ברחבי העולם הדמוקרטי"; אך שנית, וחשוב מכך – הוא הראה כיצד גם בשיטת המשפט הגרמנית – כמו למשל בעניין פסק הדין של הנסיכה סורויה – שעליה נשען ברק בעניין זה, תחם היטב בית המשפט את הגבולות שבהם מותר לו להכריע על פי הצדק ושלא על פי החוק, במטרה למנוע מצב שבו "הנורמה של 'שלטון החוק' תאבד את משמעותה"; ראו על כך בעמ' 171-174.

של חוק על בסיס עקרון יסוד שאיננו כתוב, ומיד נעסוק בכך; ²⁴⁰ אולם עמדות אלו לא מבססות את הסמכות הזו על עיקרון שלטון החוק. מה שאנו מוצאים באמרת האגב של ברק בעניין לאור, באופן ייחודי, היא הטענה שפסילת חוק מכוח עקרונות יסוד של השיטה קשורה (בין היתר) לעיקרון שלטון החוק, ונובעת ממנו – וטענה זו מוקשית לדעת.

(ג) ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ועיקרון שלטון החוק

בשנים האחרונות התעוררה בדיון המשפט-חוקתי בישראל שאלת הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד של הכנסת. מה שהוגדר בפס"ד המזרחי כסוגיה "היורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)", ²⁴¹ נידון בבית המשפט העליון בשנים האחרונות בשלושה תיקים מרכזיים: האחד עסק בתקציב המדינה (הלכת שפיר); ²⁴² השני בחוקתיות חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (עניין חסון); ²⁴³ והשלישי בעניין ממשלת החילופים (עניין התנועה לאיכות השלטון). ²⁴⁴ מטרת הסעיף הנוכחי היא לבחון את הקשר בין רעיון "שלטון החוק" לסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, או על תיקונים לחוקי היסוד.

ישנם כמה מסלולים דוקטריניים אפשריים לביטול חוק יסוד, ²⁴⁵ אך המרכזיים שבהם – ואלו שנידונו בפסיקה – הם דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ודוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי; אפתח תחילה בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. כידוע, בפרשת בנק המזרחי נקבע המבחן הצורני לזיהוי חוקי היסוד, ודוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הושארה ב"צריך-עיון". גם בעניין בר און קבעה הנשיאה ביניש שמבחן הזיהוי הצורני הוא המבחן הקיים בפסיקה, והשאירה ב"צריך-עיון" את תחולתה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. ²⁴⁶ בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים יישם בית המשפט לראשונה את הדוקטרינה במשפט הישראלי, ובפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין נקבע שיש להוציא התראת בטלות כלפי תיקון נוסף של חוק יסוד: תקציב המדינה, מכיוון שתיקון חוק היסוד בדרך של הוראת שעה מהווה שימוש לרעה של כנסת ישראל בסמכותה המכוננת. ²⁴⁷ בנוגע למקור הסמכות העקרונית של בית המשפט לבטל את תיקון חוק היסוד באמצעות דוקטרינה זו, קבע אז רובינשטיין שסמכות זו יונקת מכללי המשפט המנהלי; "...גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים

²⁴⁰ ראו המקורות המצויינים בה"ש מס' 13 אצל יצחק הרצוג "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 239; וראו אצל יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1354-1357 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה, רינת סופר עורכים, 2021).

²⁴¹ כלשוננו של הנשיא ברק בעניין המזרחי, בעמ' 406.

²⁴² בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו) 23.5.2021.

²⁴³ בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל (נבו) 08.07.2021.

²⁴⁴ בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) 12.07.2021.

²⁴⁵ רבקה ווייל ציינה חמישה מסלולים אפשריים לשם כך. ראו: רבקה ווייל "נשק יום הדין: מסלולים לביטול חוק יסוד – יתרונות וחסרונות" ICON-S-IL Blog (22.11.2020).

²⁴⁶ בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (3) 275 (2011).

²⁴⁷ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל [פורסם בנבו] (6.9.2017).

עניינים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות. לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי.²⁴⁸ כלומר, אליבא דרובינשטיין, קביעה של בית המשפט בדבר ביטול התיקון לחוק היסוד מהווה מעין ביקורת-שיפוטית מנהלתית על מעשה כינון חוקי היסוד של כנסת ישראל, שבמסגרתו בוחן בית המשפט אם הרשות המכוננת מגשימה את הסמכות שהוענקה לה לחוקק חוקי-יסוד על פי עילות המשפט המנהלי.

אולם, בעניין שפיר נימקה הנשיאה חיות את אופן השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בדרך אחרת. לדבריה, "מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנוהגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה".²⁴⁹ לצורך זיהוי של חוק יסוד, קבעה הנשיאה, אין להסתפק רק במבחן הצורני שנקבע בפרשת המזרחי, אלא יש להוסיף לו שלושה מבחנים נוספים: מבחן היציבות, הכלליות, וההתאמה למארג החוקתי הכולל. אולם, מהו מקור הסמכות של בית המשפט העליון לבחון את חוקתיות חוקי היסוד?

על כך השיבה הנשיאה חיות בקצרה, וקבעה כי

משימת זיהוי של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט... **סמכותו זו של בית המשפט נעוצה ביסודה בעיקרון שלטון החוק**, ובלשון המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן בעניין המרכז האקדמי, במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת "אין אנו בוחנים את חקיקת היסוד לגופה, ואין אנו נדרשים למשמעותם ולרציותם של ההסדרים המנויים בה. תכלית ביקורת זו אינה אלא לוודא כי טיבם של הסדרים אלה אינו סותר את הכרתם כחקיקת יסוד ואת המעמד הנורמטיבי הייחודי השמור להם"... תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד.²⁵⁰

כלומר, בשונה מדבריו של השופט רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי, הנשיאה חיות קבעה שסמכות בית המשפט להפעיל את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לא נובעת מעקרונות המשפט המנהלי, אלא מהעיקרון הכללי של "שלטון החוק".²⁵¹ עיקרון שלטון החוק משמש אפוא כעיקרון נורמטיבי שמכוחו נובעת סמכות בית המשפט העליון לזהות נורמות במדרג נורמטיבי מסוים – ומכוח זה אף לקבוע כי נורמה מסוימת איננה נמצאת במעמד הנורמטיבי שאותו ביקשה הכנסת להעניק לה.

²⁴⁸ פס' ל' לפס"ד של המשנה לנשיאה רובינשטיין, שם.

²⁴⁹ עניין שפיר, פס' 31 לפס"ד של הנשיאה חיות.

²⁵⁰ שם, פס' 31 לפס"ד של הנשיאה חיות. ההדגשה נוספה על ידי.

²⁵¹ על הקושי להבחין באופן ברור במשפט הישראלי בין המשפט המנהלי למשפט החוקתי ראו: גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק-ארוז" הפרקליט נא 693 730 (תשע"ב); עידו פורת, "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט לו 713 (2016).

הנשיאה לא מפרטת בדבריה כיצד בדיוק גוזר עיקרון שלטון החוק את הסמכות שאותה היא מבקשת לבסס, והותירה זאת כאמירה כללית. נוסף על כך, המשפטים העוקבים שלה מלמדים שתפקיד בית המשפט הוא להגן על החוקה מפני חדירה של נורמות שאינן מתאימות לחוקה; מעין "שומר החוקה". האם תפקיד זה נובע מעיקרון שלטון החוק, כפי שציינה הנשיאה חיות קודם לכן? על פניו, בכל ההגדרות לשלטון החוק שראינו בפרק הראשון, לא מצינו הגדרה שממנה נובע כי תפקיד בית המשפט הוא להגן על החוקה מפני חדירה של נורמות שאינן מתאימות לה.²⁵²

אמנם, בנוגע לסמכות בית המשפט למתוח ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת, ראינו קודם לכן את הטענה שעיקרון "שלטון החוק" דורש את קיומה של סמכות זו – על מנת לאכוף את המגבלות המוטלות על הסמכות המחוקקת מידי הסמכות המכוננת. אך נראה שיש להבחין בין השימוש בטיעון זה בנוגע לחקיקת הכנסת, ובין השימוש בו בנוגע להפעלת הסמכות המכוננת. בנוגע לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, הטענה היא שחקיקת הכנסת מוגבלת מכוח חוקי היסוד, ולכן בית המשפט נדרש – מכוח עיקרון שלטון החוק – לאכוף את ההגבלות על הרשות המחוקקת.

אולם טיעון זה לא מתאים לעניין דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, מכיוון שבנידון דין אין נורמות משפטיות מפורשות שאליהן הסמכות המכוננת כבולה, ושאותן מבקש בית המשפט 'להשליט' על האספה המכוננת.²⁵³ שמעון נטף ציין כך ביחס לעניין התקציב הדו-שנתי, כשכתב:

החלת "עילת סבירות על-חוקתית", כפי שמבקשת לעשות דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, היא למעשה כפירה בעקרון המוסכם שבבסיס כל שיטת משפט מוכרת – קיומה של מערכת כללים אובייקטיבית

²⁵² יש לציין כי בפסקה העוקבת מציגה הנשיאה מספר נימוקים נוספים להצדקת תפקיד זה של בית המשפט, הקשורים למאפיינים הייחודיים של המערכת החוקתית בישראל, כגון העובדה שהרשות המחוקקת והמכוננת בישראל נמצאות באותו המוסד; לדומיננטיות של הממשלה בהליכי החקיקה; לגמישות המופלגת של הליכי תיקון חוקי היסוד בישראל; וכו'. ברם, המשותף לכלל הנימוקים הללו הוא שכולם לקוחים מן הדין הראוי, ולא משקפים את הדין המצוי; הנימוקים הללו מסבירים מדוע, בהינתן סיטואציה משטרית-משפטית מסוימת, טוב שתהיה ביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת – אך לא מבססים את הטענה שסמכות כזו אכן נתונה לבית המשפט בדין המצוי בין כך ובין כך, נימוקים אלו לא קשורים במהותם לעיקרון שלטון החוק. לנימוקים נוספים מעין אלו ראו: יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" 1387-1382. גם שם ציין רוזנאי (בעמ' 1382) נימוקים מן הדין הראוי ולא מן הדין המצוי. אותה הבעייתיות – מנקודת המבט של עיקרון שלטון החוק – נמצאת גם בנימוקי המשנה לנשיאה מלצר, בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) 12.07.2021, פס' 103-102 לפסק דינו.

²⁵³ הנשיאה חיות עמדה על כך בעניין חסון, שם כתבה כך: הטענה המועלית בהקשר זה ולפיה פסקת ההגבלה שמעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יכולה לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד – היא מוקשית. בית משפט זה ציין בעבר כי "עיקר מטרתה של פיסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק 'הרגיל' [...] [היא] אינה מכוננת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד" ... גם הטענה לפיה סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה", מבססת את סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על תוצרי הרשות המכוננת, אינה חפה מקשיים...". פס' 32 לפס"ד של הנשיאה חיות.

החיצונית לשיקול דעתם הסובייקטיבי של רשויות השלטון, ובית המשפט בתוכן. הישענות על הדוקטרינה האמורה מהווה זניחה מוצהרת וחסרת עכבות של עקרון שלטון החוק, והמרתה של מערכת המשפט הישראלית למערכת של "שיקול דעת מוחלט" (absolute discretion), כנוסחו של יוסף רז.²⁵⁴

ואכן, על פניו נראה שעקרון שלטון החוק דווקא נפגע כתוצאה מהפעלת הביקורת השיפוטית על הסמכות המכוננת בדרך הדוקטרינרית שסלל בית המשפט בעניין שפיר. הלא בית המשפט עצמו הוא שקבע, בפסק הדין, את המבחנים והנורמות המגדירים את השימוש השגוי אל מול השימוש הראוי בכוחה של הסמכות המכוננת,²⁵⁵ באופן רטרואקטיבי,²⁵⁶ עמום,²⁵⁷ תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי, וללא הישענות על נורמה פוזיטיבית ידועה, מוכרת ופומבית - כזו שביחס אליה יהיה ניתן לבחון את פסיקת בית המשפט, ולבקר או לאשש את מידת התאמת פסק הדין אל הנורמה.²⁵⁸ הקריטריונים שקבעה הנשיאה חיות, ושהם היא נעזרת בכדי לבחון את תוצרי הסמכות המכוננת – מבחני היציבות, הכלליות וההתאמה למארג החוקתי – הם קריטריונים שאינם מפורשים בדין הקיים, ומשום כך נראה שהשימוש בהם סותר את עקרונות שלטון החוק הדורשים הפעלת סמכות שלטונית על בסיס נורמות קבועות ומפורסמות. אמנם, ייתכנו נימוקי מדיניות שונים להפעלת הדוקטרינה – כפי שהציעה הנשיאה חיות עצמה – אך נדמה כי דווקא עיקרון שלטון החוק (לכל הפחות במובנו הפורמלי) מנביע מסקנה הפוכה מזו שהיא ביקשה להסיק ממנו.

ואכן, בעניין חסון העלתה הכנסת את הטענה שלבית המשפט אין סמכות להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקי היסוד, בין היתר מכוח עיקרון שלטון החוק:

[...] בעתירות דגן מתבקש בית המשפט "להיכנס לנעלי הכנסת" בכובעה כרשות מכוננת, ולקבוע במקומה כי קיימים בשיטתנו עקרונות כלליים על-חוקתיים ועל-זמניים שאינם כתובים עלי ספר, וכן לקבוע כי יש לבית המשפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – סמכות אשר לגישת הכנסת אינה מעוגנת בחוקי היסוד עצמם, לא במפורש ולא במשמע, ואשר תוביל לפגיעה קשה בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק.²⁵⁹

²⁵⁴ שמעון נטף "שימוש לרעה בסמכות השופטת" **ICON-S-IL Blog** (13.12.2020).

²⁵⁵ לשאלה האם חקיקה שיפוטית פוגעת בעיקרון שלטון החוק או מגשימה אותו ראו אצל Jeremy Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, 2 **LAW PHILOS.** 137 (2002) 142–143. ראו גם: אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" **משפטים** יג 25 51 (תשמ"ג), שתיאר את החסרונות של החקיקה השיפוטית – עשויה למפרע, איננה מפורסמת לציבור וקשה לדלותה מתוך פסקי הדין, פוגעת בציפיות ובוודאות, ועוד.

²⁵⁶ לביקורת מעין זו ראו בקצרה אצל דניאל פרידמן "החוקה ממשיכה לשנות את פניה: בעקבות בג"ץ 5658/24 – בג"ץ הסבירות" **ICON-S-IL Blog** (26.3.2024), ליד ה"ש 12, ובה"ש 12.

²⁵⁷ על עמימות הדוקטרינה ומבחניה עמד השופט סולברג בעניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 244, בפס' 33–35 לפסק דינו.

²⁵⁸ שמעון נטף "שימוש לרעה בסמכות השופטת", לעיל ה"ש 254) ניתח את השימוש של בית המשפט בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת כמעבר מתפיסה פוזיטיביסטית של המשפט לתפיסה נטורליסטית של המשפט.

²⁵⁹ עניין חסון, פס' 8 לפס"ד של הנשיאה חיות.

הנשיאה חיות אמנם לא נדרשה בעניין חסון להכריע בשאלת הסמכות,²⁶⁰ ולכך לא התייחסה בשנית לטענות אלו ואחרות בדבר הקשר שבין עיקרון שלטון החוק וביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. אולם כאן המקום לחזור על עמדתי שהוצגה בחלק הראשון של המאמר, ולפיה במקום שבו ישנה סתירה בין המובן המהותי והפורמלי של שלטון החוק יש עדיפות לשימוש במובן הפורמלי של שלטון החוק, זאת על מנת להציג את המתח הנורמטיבי בין תכליות שלטון החוק הפורמלי ובין שיקולי צדק ומוסר – בצורה הבהירה ביותר. דבריה של הנשיאה חיות בעניין שפיר מדגימים היטב את הנקודה הזו: ניתן היה לטעון שדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הכרחית וחשובה למשפט הישראלי, על אף שהיא אינה מתיישבת עם עיקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי; בכך הייתה מוצגת הדילמה הנורמטיבית בצורה הטובה ביותר.

ניתן לטעון כנגד דבריי שעולה מהם כי כל החלטה חדשה שסוטה מהלכה קיימת, או שיוצרת הלכה חדשה, אינה אלא פגיעה בעיקרון שלטון החוק הפורמאלי – מכיוון שהיא סוטה מהנורמה המשפטית הקיימת – ובכך נחסמת דרכו של בית המשפט לקבוע הלכות חדשות, לשנות הלכות קודמות, לערוך "חקיקה שיפוטית" או לסלול דרכים חדשות בהתפתחות המשפט ובהתאמתו למציאות המשתנה. טענות ממין אלו נשענות לרוב גם על אופיו של המשפט המקובל, שנהוג לתארו כ"משפחת משפט" שבה השופטים נוטלים חלק פעיל ביצירת החוק (Law maker), בשונה ממשפחת המשפט הקונטיננטלי.²⁶¹

לטענה זו יש להתייחס בכמה מישורים. ראשית, בנוגע לעניין שפיר: גם אם נקבל כי ניתן היה – או אף רצוי היה – לקבוע הלכה חדשה בעניין שאלת זיהויו של חוק יסוד, אין כל הכרח לקבוע כי דבר זה נובע מעיקרון שלטון החוק. שלטון החוק הוא לא העיקרון המשפטי היחיד שמנחה את בית המשפט, וניתן היה לומר שמנימוקים כאלו או אחרים יש צורך בקביעת מבחנים חדשים – גם אם יש בכך פגיעה בעיקרון שלטון החוק. במובן הזה הטענה שהצגתי לעיל רזה יותר: לא ניתן לתלות את שינוי ההלכה הקיימת בעניין זיהוי חוק יסוד, תוך הפעלת ביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת – בעיקרון שלטון החוק; ושלטון החוק אף נפגע כתוצאה מכך. אולם אין זה אומר שבכל מקרה השיקול של עיקרון שלטון החוק הוא זה שצריך להכריע. אמנם, מכאן ולהבא ניתן יהיה לומר שלמבחנים שקבע בית המשפט יש מעמד נורמטיבי שיכול לשמש כבסיס להחלטות חדשות, שיקיימו בכך את דרישת שלטון החוק.

אולם יש להודות כי שאלה זו מעלה עניין עקרוני יותר שזקוק בירור, ושניתן לנסחו כך: כיצד מתיישב עיקרון שלטון החוק הפורמלי – שכפי שראינו, הוא נחשב לעיקרון יסוד של המשפט האנגלי – עם אופיו של המשפט המקובל, ובעיקר עם מקומו של השופט במשפט המקובל, שנהוג לתארו כנוטל חלק פעיל ביצירת החוק? כיצד זה יכול השופט לחדש וליצור את החוק, אם הוא כבול לעיקרון שלטון החוק הפורמלי? ראשית יש לומר שסוגיה זו נידונה לעיפה בספרות המקצועית בנוגע לדוקטרינת התקדים המחייב (*stare decisis*) הקובעת שמקרים שונים המובאים לפני בית המשפט צריכים להיות

²⁶⁰ עניין חסון, פס' 16 לפס"ד של הנשיאה חיות.

²⁶¹ ראו למשל את התיאור אצל אהרון ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט (מ) 197 (1992).

מוכרעים כפי שמקרים אחרים הוכרעו. דיונים אלו עסקו בשאלה המתבקשת מתי יכול בית המשפט לסטות מהדין הקיים, ובעיקר כיצד הוא עושה זאת: האם הוא רשאי להפוך את ההלכה הקיימת, או רק ליצור הבחנות בין תקדימי עבר לנסיבות הנוכחיות?²⁶² שאלות אלו נידונו גם באופן ספציפי מהפריזמה של היחס שבין התקדים המחייב לרעיון שלטון החוק.²⁶³ לא אוכל להיכנס במסגרת זו לפרטי הדיונים הללו, אך אסתפק כעת בהתייחסות של השופט אגרנט לעניין הזה. לדבריו,

...תהליך השיפוט מתקיים, כידוע, על ידי מתן פירוש וביאור לחוקים הקיימים ועל ידי מיצוי מובנם של אלה בצורה מלאה, אך אין משמעות הדבר, כי בית המשפט רשאי לשים לפניו, כמטרה מיוחדת, הרמת תרומות מקוריות לחורת המשפט... גם בשטח אשר בו כביכול קובעים השופטים, אגב פסיקת הדין במשפטים המסויימים המתבררים לפנייהם, הלכות 'חדשות' הרי אין הם אלא מקישים את הדינים הקיימים, כפי שנדרשו ופורשו בעבר, על תנאי החיים החדשים, המשתקפים במקרה הקונקרטי הנדון, בחינת הגדת דבר המשפט על ידי השופטים בימים ההם.²⁶⁴

כלומר לפי אגרנט – וכך גם עולה מתיאורים שונים של מסורת המשפט המקובל – למעשה השופט איננו יוצר הלכות חדשות באופן מודע ומכוון; הלכות חדשות נוצרות בדיעבד, באמצעות פסיקות קונקרטיות שמחילות חוקים קיימים על אירועים משתנים.

²⁶² ראו על כך: James C. Rehnquist, *The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court*, 66 BUL REV 345 (1986); Lewis F. Powell Jr, *Stare decisis and judicial restraint*, 47 WASH LEE REV 281 (1990); Earl Maltz, *The nature of precedent*, 66 NCL REV 367 (1987). הדיון בשאלות אלו הפך בשנים האחרונות "לאחד משדות הקרב החשובים בין ליברלים לשמרנים במשפט החוקתי בארצות הברית"; ראו על כך סקירה קצרה של שוקי שגב "תקדימים, טעויות וחמקנות חוקתיים: העליונים האמריקנים בתנועה" בלוג רשות הרבים (16.9.2020).

יש לזכור בהקשר הזה כי החוק החרות במשפט הישראלי דווקא קובע שבית המשפט העליון – בשונה מערכאות שיפוט נמוכות יותר - לא כבול לתקדימיו שלו עצמו. ראו סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". עם זאת, הפרקטיקה השיפוטית הנהוגה נוטה לכבד את תקדימי העבר, במה שיוזם שחר כינה כ"לכידות בין דורית"; ראו: יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2000).

²⁶³ ראו: Jeremy Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, 111 MICH REV 1 (2012); Daniel A. Farber, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 MINN REV 1173 (2005); Stefanie A. Lindquist & Frank C. Cross, *STABILITY, PREDICTABILITY AND THE RULE OF LAW: STARE DECISIS AS RECIPROCALITY NORM* (2010). ראו גם Sebastian Lewis, *Precedent and the Rule of Law*, 41 OXF. J. LEG. STUD. 873 (2021).

²⁶⁴ ע"פ 99/51 ש. פודמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ו 341, 348 (1952).

כתוצאה מתהליך זה, וכעניין של זיהוי 'לאחור' של צבר פסיקות, ניתן לחלץ הלכות חדשות שעולות מן הפסיקה באופן משתמע.²⁶⁵

שנית, יש לחלק בין סוגים שונים של חקיקה שיפוטית וקביעת הלכות חדשות. יש הבדל בין חקיקה שיפוטית מסוג של פרשנות מושגי שסתום, מקרי לקונה שהמחוקק לא התייחס אליהם;²⁶⁶ לבין חקיקה שיפוטית הנוגעת ליסודות השלטון, כמו הסדרת היחסים התשתיתיים שבין רשויות השלטון. אפשר לחשוב בהקשר הזה על השימוש בכלל הדומה לרציונל של כלל 'ההסדרים הראשוניים': ככל שעניין מסוים נוגע לעניינים מוסדיים ומשטריים תשתיתיים יותר, כך נצפה שעניינים אלו לא יוסדרו בחקיקה שיפוטית אלא בחקיקה פרלמנטרית; וכשם שבנוגע לכלל ההסדרים הראשוניים, קשה לשרטט ולתחום את הקו המדויק שבין הדברים שיכולים להיקבע על ידי הרשות המבצעת ובין אלו שזוקקים חקיקה ראשית – כך גם הדבר בנוגע לתיחום הדברים שצריכים להיקבע בחקיקה פרלמנטרית אל מול אלו שיכולים להיקבע בחקיקה שיפוטית.²⁶⁷

שלישית, מלבד ההבדל שציינתי, הנוגע לליכתיים ותשתיתיים ההסדרים שאותם מבקשת החקיקה השיפוטית להסדיר, יש גם להבחין בין חקיקה שיפוטית העוסקת בסמכויות בית המשפט עצמו, ובין חקיקה שיפוטית שאיננה נוגעת לעניינים הנוגעים לבית המשפט. אהרון ברק טען בעבר בהקשר דומה כי הרשות השופטת צריכה להתנהל ב"רגישות מיוחדת" ביחס לשאלות הלגיטימיות הפורמלית של הפעולות שלה:

כמו כל רשות שלטונית אחרת, גם הרשות השופטת חייבת לעגן את פעולותיה בדין. אין לה לרשות השופטת אלא מה שהדין העניק לה. על כן, חקיקה שיפוטית מותרת רק אם היא מוכרת בדין, ורק במידה המוכרת בדין. מכאן, שעצם הסמכות לחקיקה שיפוטית, והיקפה של החקיקה, חייבים להיות מעוגנים בדין. זהו עקרון הלגיטימיות הפורמלית. הוא חל לעניין פעולתה של כל רשות שלטונית לרבות הרשות השופטת.

עם זאת, רגישות מיוחדת יש לה לרשות השופטת לשאלת הלגיטימיות הפורמלית של פעולותיה היא, שכן בידה נתונה הסמכות, ועליה מוטלת האחריות, לקבוע את הלגיטימיות של פעולותיהן של כל רשויות המדינה. אך טבעי הוא, שהרשות השופטת תגלה זהירות מיוחדת ותדקדק עם עצמה

²⁶⁵ ראו למשל אצל 69 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1830), שציין כי תפקיד השופט אינו "pronounce a new law, but to maintain and expound the old one".

²⁶⁶ ראו: Ezra R. Thayer, *Judicial Legislation: Its Legitimate Function in the Development of the Common Law*, HARV. LAW REV. 172 (1891); אהרון ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (תשמ"ג). ברק מראה שיש קשר הדוק בין עיקרון התקדים המחייב ובין החקיקה השיפוטית, מכיוון שרק כשלפסק הדין יש משמעות מחייבת מכאן ולהבא, ניתן לומר שנעשתה כאן "חקיקה משפטית" – במובחן מהכרעה קונקרטיה שלא קובעת הלכה מכאן ולהבא.

²⁶⁷ להשוואה מעין זו, המשווה בין יחסי הרשות השופטת והמחוקקת ליחסי הרשות המחוקקת ורשויות המנהל ראו אצל ברק "חקיקה שיפוטית" עמ' 32.

במיוחד בעניין זה. מי שמפעיל ביקורת על מעשיהם של אחרים צריך להפעיל ביקורת עצמית על מעשיו הוא.²⁶⁸

בהקשר של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ושאלת סמכותו של בית המשפט לבקר את תוצרי האסיפה המכוננת, נראה ששאלות אלו הן מסוג הדברים שעדיף שבית המשפט לא יסדיר אותם בחקיקה שיפוטית; ולאור העדר חוק יסודי: החקיקה, המסדיר את פעולות הסמכות המכוננת, קשה למצוא מקור בחוק לסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי האסיפה המכוננת.

עיקרון שלטון החוק משמש את הנשיאה חיות גם בבואה לנמק חלק מהמבכנים לזיהוי חוק יסוד שהוסיפה למבחן הצורני בהלכת שפיר. אחד מהמבכנים שנוספו הוא מבחן הכלליות. לדבריה, "מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת, ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת".²⁶⁹ גם בהמשך הדברים קובעת הנשיאה כי

סיווגה של נורמה משפטית כחלק מחוקה או כחוק "רגיל" איננו עניין טכני גרידא. הוא מבטא את עיקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי. עיקרון זה אינו עוסק בתוכנה של הנורמה המשפטית אלא במאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה, ובהם: כלליות, יציבות, היעדר סתירה ועקביות לאורך זמן... סימני ההיכר של הנורמה החוקתית שעליהם עמדת בחוות דעתי נגזרים מעקרונות אלה.²⁷⁰

שוב אנו רואים אפוא שעיקרון שלטון המחוק משמש את בית המשפט בכדי לנמק רכיב מרכזי בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת: הן את סמכות בית המשפט לקבוע שנורמה מסוימת איננה במעמד הנורמטיבי שהכנסת ביקשה להעניק לה, הן בכדי לקבוע את מבחני הזיהוי של הנורמה החוקתית. אין זו התייחסות אגבית או שולית, אלא שימוש הנמצא במוקד הדוקטרינה עצמה.

כעת נבחן את הדברים. עיקרון הכלליות ועיקרון היציבות הם אכן מרכיבים מעיקרון שלטון החוק, ובמובן הזה ניתן לומר שמבכנים שנועד לבחון האם נורמה היא כללית או יציבה הם מבכנים שמבטאים "את עיקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי" – כל זאת תחת ההנחה שלבית המשפט עומדת סמכות לקבוע מבכנים פורמליים לחוקי היסוד. עם זאת, ראשית יש לציין כי מאפיינים אלו – של כלליות ויציבות – אינם מאפיינים בהכרח נורמה חוקתית; גם נורמה חוקית צריכה לעמוד – מכוח עיקרון שלטון החוק – בדרישות של כלליות ויציבות. בנוסף, כאן המקום לציין כי פולר מדגיש שהעקרונות שהוא מונה, ושבהם עושה שימוש הנשיאה חיות, הם עקרונות מסוג של שאיפה (aspiration) ולא חובה (duty). כלומר, הם מציינים מצב עניינים רצוי שיש לשאוף להגשימו, אך רק "כישלון מוחלט" לעמוד בהם יוביל למצב שאותו לא ניתן כלל להגדיר כמערכת חוק. במילים אחרות, פולר מכיר בכך שקיים מעין "רצף" של מימוש הדרישות הללו, ומבהיר במפורש כי העקרונות של שלטון

²⁶⁸ ברק "חקיקה שיפוטית" עמ' 38.

²⁶⁹ עניין שפיר, פס' 40 לפס"ד של הנשיאה חיות.

²⁷⁰ שם, פס' 58 לפס"ד של הנשיאה חיות.

החוק לא דורשים מימוש מלא (דרישה שאותה הוא מכנה 'עיקרון מסוג של חובה'), אלא מציגים עקרונות שיש לשאוף לקיימם.²⁷¹ בהתאם לכך, עולה גם כי עקרונות אלו מתארים את מערכת המשפט בכללותה, ולא בהכרח מציבים דרישה שכל נורמה ונורמה בה עומדת בהם. בשל שני ההיבטים הללו יש לומר שיש קושי בהפיכתם למבחן משפטי שנועד לקבוע אם נורמה ספציפית יכולה להיכנס אל תוך המארג החוקתי – ולפסול את מעמדה הנורמטיבי אם היא לא עומדת בעקרונות שלטון החוק הללו.

נוסף על כך, המבחן השלישי שקבעה הנשיאה – מבחן ההתאמה למארג החוקתי – איננו נובע מעקרון שלטון החוק. אמנם עיקרון שלטון החוק הפורמלי דורש עקביות וחוסר סתירה של הנורמות המשפטיות,²⁷² אך מבחן ההתאמה למארג החוקתי לא בוחן התאמה לוגית וקונסיסטנטיות של הנורמה לנורמות אחרות, אלא "האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?".²⁷³ כלומר, המבחן בודק האם הנורמות המשפטיות מתאימות בתוכן ל"מטריה החוקתית", ובמובן הזה עניינו בתוכן הנורמה ולא ביחסיה הלוגיים עם נורמות אחרות. למאפיין זה אין קשר לעיקרון שלטון החוק במובן שעליו דיברה הנשיאה. בהקשר זה יש להוסיף שהשופטת דפנה ברק-ארז, שחלקה על הנשיאה חיות בעניין המבחן השלישי – "ההתאמה למארג החוקתי" – וביכרה תחתיו את מבחן ה"מובחנות מתפקידן של הרשויות האחזרות", נימקה זאת בכך ש"במסגרת הדיון בדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד יש מקום להעדפת מבחנים "פורמאליים" על פני מבחן המותר מתחם רחב יותר של שיקול דעת שיפוטי".²⁷⁴

עד כה טענתי שדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת איננה יכולה להישען על עיקרון שלטון החוק. עם זאת, דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בנויה על מגבלות מפורשות או משתמעות – החלות על הסמכות המכוננת. אמנם במשפט הישראלי אין מגבלות מפורשות על כוחה של הסמכות המכוננת, אך ישנה טענה, שנשמעה גם בפסיקה, לפיה קיימות מגבלות תוכניות משתמעות, דוגמת היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.²⁷⁵ ככל שאכן קיימות מגבלות מעין אלו, עולה השאלה האם לבית המשפט ישנה הסמכות לאכוף את אותן מגבלות? כפי שציינה הנשיאה חיות: "המסקנה לפיה הכנסת כרשות

LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 1 (1964); Frank Lovett, *Lon Fuller, The Morality of Law, in THE OXFORD HANDBOOK OF CLASSICS IN CONTEMPORARY POLITICAL THEORY* (Jacob T. Levy ed., 2015)

²⁷¹ ראו לעיל בעמ' 7.

²⁷² עניין שפיר, פס' 41 לפס"ד של הנשיאה חיות.

²⁷³ שם, פס' 22 לפס"ד של השופטת דפנה ברק-ארז.

²⁷⁴ לטענות אלו ראו אצל רוזנאי, "שימוש לרעה בחוק יסוד"; YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 47–69 (2017) ראו גם בפסקאות 14–16 בפס"ד של הנשיאה חיות בעניין חסון.

מכוננת איננה "כל יכולה" וחלות עליה מגבלות מסוימות מצומצמות בהיקפן, אינה מלמדת בהכרח כי יש בכך כדי לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט".²⁷⁶

כפי שראינו, יש שטענו שמעיקרון שלטון החוק נובעת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. ככל שהיגיון זה תקף – ולעיל ביקרתי את הגזירה הישירה של הביקורת השיפוטית מעיקרון שלטון החוק – הרי שניתן יהיה להחיל אותו גם בנוגע לסמכות בית המשפט לאכוף מגבלות על האספה המכוננת, ככל שמגבלות כאלו אכן קיימות. מנגד, יש לשים לב לכך שבעוד שביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת נשענת על נורמות עליונות מפורשות, חוקי היסוד – הרי שביקורת שיפוטית על חוקי היסוד מכוח מגבלות משתמעות מדגימה מתח והתנגשות בין מושג שלטון החוק הפורמלי למהותי. לפי המובן הפורמלי של שלטון החוק, הרי שלא מתקיימות הדרישות הבסיסיות של נורמות מפורשות, ברורות ומפורסמות, ועוד; אולם מנגד, מושג שלטון החוק המהותי דווקא מאפשר להגביל את רשויות השלטון – ובכללן הרשות המכוננת – מכוח עקרונות צדק לא מפורשים.

אולם, יש לשים לב לכך שהמגבלות המשתמעות שעליהם דובר עד כה בהקשר הישראלי אינן קשורות באופן ישיר לתפיסת הזכויות או הצדק הפוליטי שעליה דיבר דבורקין. המגבלות המשתמעות תחומות להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, ואלו לא נראות קשורות באופן ישיר לשאלות של צדק מהותי, אלא כמתארות ליבה זהותית של המדינה. מתקיים אמנם קשר עקיף בין השתיים – מהיותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית ניתן לגזור מושגים מסוימים של צדק מהותי, כמו דמוקרטיה וזכויות – אבל אלו כבר גזירות מסדר שני, ולא מקור המגבלות על הרשות המכוננת.

בסעיף זה הצגתי אפוא כיצד עיקרון שלטון החוק שימש את בית המשפט העליון גם בכדי להרחיב את מוטת הביקורת השיפוטית כלפי הסמכות המכוננת, והעליתי כמה ביקורות על אופן שימוש זה בעיקרון שלטון החוק.

(ד) ביקורת שיפוטית על פעולות המינהל ועיקרון שלטון החוק: עילת הסבירות

כעת אתייחס בקצרה לביקורת השיפוטית על פעולות המנהל, ובפרט להתפתחות שחלה בנוגע לעילת הסבירות במשפט המנהלי בשנות השמונים. על אף שבמאמר זה אני מתמקד במשפט החוקתי, אתייחס בקצרה גם לעניין זה, הנוגע למשפט המינהלי, בשל הקשר המובהק שלו עם עיקרון שלטון החוק, והמשמעות הרבה שיש לו ליחסים שבין בית המשפט לרשות המבצעת.²⁷⁷

"ספק אם יש חולקים על שעילת הסבירות היא בעלת מעמד מרכזי במשפט המנהלי ובשיטת המשפט שלנו בכלל", כתב יואב דותן במאמרו על עילת הסבירות. "היום שבו הוצגה לראשונה עילת הסבירות בבג"ץ דפי זהב הידוע סימן את אחד השלבים העיקריים בהתפתחות

²⁷⁶ הנשיאה חיות בפס' 32 בעניין חסון.

²⁷⁷ חשוב לציין שמאמר זה נכתב בטרם הוגשו העתירות בעניין עילת הסבירות, ומכל שכן בטרם ניתן פסק הדין בעניין זה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 01.01.2024).

המהפכנית של המשפט המנהלי בשנות השמונים²⁷⁸. התפתחות זו קשורה בטבורה לעיקרון שלטון החוק; עד שנות השמונים, השימוש של בית המשפט בעילת הסבירות היה צר ביותר, והוחל רק במקרי קצה של החלטה "כה בלתי-הגיונית ובלתי-נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה"²⁷⁹. במקרים מעין אלו, עילת אי-הסבירות נתפסה מבחינה אנליטית כפיתוח של עילת חוסר הסמכות: בית המשפט הניח שלא ייתכן שהמחוקק הסמיך את הרשות המבצעת לבצע פעולה כל כך קיצונית ונטולת היגיון, וממילא נכון לראות פעולה קיצונית שכזו כפעולה שנעשתה בחוסר סמכות.²⁸⁰ במובן הזה ניתן לומר שהשימוש הראשוני של בית המשפט בעילת הסבירות היה קשור לעיקרון החוקיות – עיקרון הנובע באופן ישיר מעיקרון שלטון החוק, ולפיו כל פעולה של המנהל הציבורי מחייבת הסמכה ברורה בחוק – באמצעות הטענה שהפעלות שיקול דעת קיצוניות לא נכללו בכלל ההסמכה הברורה הזו.²⁸¹

"המפץ של 'דפי זהב'²⁸² ביחס לעילת הסבירות המסורתית היה שמעתה ואילך, עילת הסבירות הובנה כדרישה מהרשות המנהלית "לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על ידי המחוקק".²⁸³ ארבעה מרכיבים כלולים בשינוי עילת הסבירות בעניין **דפי זהב**: 1. הפיכת עילת הסבירות לעילה עצמאית שניתן לפסול מכוחה החלטות מנהליות. 2. חוסר הסבירות החל להימדד באמות מידה אובייקטיביות. 3. חוסר הסבירות יכול להיות **מהותי** ולא רק **קיצוני**. 4. יצירת הנוסחה האיזונית לעילת הסבירות.²⁸⁴

עילת הסבירות החדשה ספגה ביקורות רחבות – הן מיד עם קבלתה,²⁸⁵ הן לאורך העשורים שחלפו מאז מתן פסק הדין בעניין **דפי זהב** – לצד ניסיונות שונים להגן עליה מפני הביקורת.²⁸⁶ הביקורות התמקדו לרוב בעמימות המבחן האיזוני, ובכך שעל אף שהרטוריקה של בית המשפט מתעקשת על כך שהוא לא מחליף את שיקול הדעת המנהלי, בפועל עילת הסבירות החדשה – שקיבלה את הכינוי "סבירות מהותית"²⁸⁷ – מאפשרת לבית המשפט לאכוף את השקפותיו על הרשויות המנהליות, ולגרום לאי ודאות גדולה בתחום המשפט הציבורי.²⁸⁸ אולם, יואב דותן הראה שהביקורת השגורה הזו מחמיצה את העובדה שמבחן

²⁷⁸ יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" 674 **משפטים** נא (תשפ"ב).

²⁷⁹ בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד (2) 94, 102-103 (1976).

²⁸⁰ ראו אצל דותן "שני מושגים" בעמ' 678.

²⁸¹ ראו למשל בג"ץ 36/51 **נחום חת נ' מועצת עירית חיפה**, ה 1553 (1951); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 73 (מהדורה שנייה מורחבת 2010).

²⁸² כלשונו של דותן, "שני מושגים", עמ' 681.

²⁸³ בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421, 439 (1980).

²⁸⁴ שם, עמ' 437 לפס"ד של השופט ברק.

²⁸⁵ ראו עמדתו של הנשיא לנדוי בעניין **דפי זהב**, עמ' 431-432.

²⁸⁶ ראו למשל יצחק זמיר **הסמכות המנהלית כרך א** 136-138, 155-157.

²⁸⁷ ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט** 460 (2010).

²⁸⁸ ראו במקורות המובאים אצל דותן, "שני מושגים", ה"ש 33 עמ' 683; נועם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 37 18 (2019).

האיזון שקבע ברק "מנתק את הדיון בסבירות מדוקטרינת הוריס";²⁸⁹ בעוד שעילת הסבירות הישנה התבססה על ההנחה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לקבל החלטות מופרכות, הרי שעילת הסבירות המהותית הפכה לעילה עצמאית שלא תרה אחר כוונת הסמכת המחוקק. בלשונו של דותן:

בניגוד לסבירות הישנה, שהתבססה על הנחה פרשנית פשוטה למדי שלפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לקבל החלטות מופרכות, הניסוח האיזוני הרחב של ברק מטשטש, כבר מהרגע הראשון, את הקשר שבין מבחן הסבירות לבין דוקטרינת החוקיות... ברור כבר מהשלב הראשון שאותה "מסגרת חקיקתית" היא מונח רחב ועמום הרבה יותר ומחייב את בית המשפט הרבה פחות מהדרישה הקפדנית לאיתור כוונת המחוקק על פי מבחן הסבירות הישנה... במילים אחרות, עד לאותה נקודה היה ברור לחלוטין שמקור הסמכות של בית המשפט לפסול החלטות מנהליות – באופן בלעדי – הוא התפקיד החוקתי של בית המשפט – על פי המודל הדייסיאני של המשפט המנהלי האנגלי – לוודא שרשויות המנהל אינן חורגות מסמכויותיהן. מאותו שלב ואילך הפך תפקידו של בית המשפט לרחב יותר, קרי לוודא שרשויות המנהל פועלות על פי עיקרון רחב של סבירות איזונית, ומקור הסמכות החוקתית של בית המשפט לבצע את התפקיד הזה הפך להיות עמום הרבה יותר.²⁹⁰

נקודה זו חשובה מאוד לענייננו. לפי ניתוח זה נקל להבחין כי מן הזווית של עיקרון שלטון החוק – שהיא זו שמנחה אותנו במאמר זה – עילת הסבירות החדשה, או "המהותית", נסוגה מן הקשר שלה למובן הפורמלי של עיקרון שלטון החוק, שבהקשר המשפט המנהלי משמעו עיקרון החוקיות – אל עבר מובן אחר, חדש, שעל פניו לא קשור לעיקרון שלטון החוק ואף עומד במתח מולו. מובן חדש זה משרטט "מתחם סבירות" אחר מזה שהציג המחוקק, וכך נמצא שבית המשפט קובע בעצמו את גבולותיו של אותו מתחם סבירות על פי עקרונות שונים.

לאור כל זאת, מאלף לראות כיצד בית המשפט השתמש דווקא בעיקרון שלטון החוק על מנת להצדיק את השימוש בעילת הסבירות המהותית שנקבעה בעניין דפי זהב. כך למשל בעניין ברגר, לאחר שבחן מ"מ הנשיא שמגר את סבירות שיקול דעתו של שר הפנים – בדרך שנקבעה בעניין דפי זהב, הבוחנת אם ההחלטה "נופלת למסגרת מיתחם הסבירות"²⁹¹ – הוא טוען כי

ההקפדה על דרך ההפעלה של שיקול הדעת, קרי על דרך קבלת ההחלטה, המתוארת לעיל, על-ידי רשות שלטונית, המפעילה סמכות על-פי דין, חיונית לשם שמירה על קיומו של שלטון החוק המהותי: החובה לנקוט דרך פעולה,

²⁸⁹ דותן, "שני מושגים", בעמ' 684. ראו גם לאחרונה: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי - 337-368 (2022).

²⁹⁰ שם, בעמ' 684.

²⁹¹ בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, לז(3) 44 029 (1983).

שתהיה כרוכה בשקילתם ובבחינתם העניינית של כל הנתונים הרלוואנטיים, ואשר לפיה הבדיקה של הנתונים הנוגעים לעניין קודמת להחלטה, היא הדרך ההוגנת להבטחת זכויותיו על-פי דין של הפרט, אשר לשם שמירה על ענייניו ולשם שירות צרכיו הוקנתה הסמכות למינהל.²⁹²

גם בפרשת **אייזנברג**, שם בחן השופט ברק את סבירות החלטת הממשלה למנות לתפקיד מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון אדם בעל עבר פלילי, זאת לאור המובן המהותי של הסבירות,²⁹³ קבע ברק כי "ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ונגועה באי-חוקיות", ובשל כך "אין מנוס מהכרזה על בטלותה".²⁹⁴ לאחר שהראה ברק מדוע לדעתו החלטת הממשלה על מינוי מר גינוסר למנכ"ל משרד ממשלתי לא איזנה כראוי בין השיקולים השונים, באופן שמוציא אותה אל מעבר למתחם הסבירות – דן ברק בשאלת ההצדקה להפעלת ביקורת והתערבות שיפוטית ביחס להחלטה זו. אל מול הטענה כי "אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול-דעת הממשלה בשיקול-דעתו שלו", קבע ברק את הקביעה הפוכה: "אין בית-משפט בן-חורין שלא לבטל את החלטת הרשות המינהלית".²⁹⁵ את העמדה הזו הוא הצדיק באמצעות עיקרון שלטון החוק:

מעמדה הרם של הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה... אין בכוחו להעניק לה כוחות שהחוק אינו מעניק לה. כל רשות שלטונית עלולה לקבל החלטה בלתי סבירה, שתבוטל על-ידי בית משפט, והממשלה אינה חריג לכלל זה... אכן, זה כוחה של דמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול מתוך חוסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים הראויים.²⁹⁶

כלומר, עיקרון שלטון החוק – הן במובנו הפורמלי, הן במובנו המהותי – הוא שמבסס את סמכות בית המשפט להתערב בהחלטת הרשות המינהלית במקרים מעין אלו; לא מדובר אפוא בהתייחסות אגבית לעיקרון שלטון החוק, אלא בהצדקת הפעלת ביקורת שיפוטית על פעולות המינהל בנוגע למינוי שחרג ממתחם הסבירות האיזונית. אולם, כעת יש לשאול: ברק קובע אמנם שהחלטת הממשלה "בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני", אך התוכן שהוא יוצק אל תוך הקביעה בדבר העדר הסבירות הוא הטענה שהממשלה "לא איזנה כראוי בין השיקולים הרלוואנטיים השונים"; האם ההתערבות של בית המשפט במקרה זה אכן נובעת מעיקרון שלטון החוק הפורמלי?

²⁹² שם, עמ' 50. ההדגשה איננה במקור.

²⁹³ בג"ץ 6163/92 יואל אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, מז(2) 229 (1993), פס' 51 לפס"ד של השופט ברק.

²⁹⁴ שם, פס' 65 לפס"ד של השופט ברק.

²⁹⁵ שם.

²⁹⁶ שם.

קשה אמנם לקבוע מסמרות ברורים ביחס לשאלה זו, אך נראה שניתן לומר כי ככל שבית המשפט היה מסתמך על עילת הסבירות הישנה, שכפי שראינו – נשענת על עיקרון החוקיות – כך היה יותר מקום לומר שפסילת החלטת הממשלה נובעת מעיקרון שלטון החוק הפורמלי, מכיוון שסביר להניח שהמחוקק לא הסמיך את הרשות המבצעת להפעיל שיקול דעת באופן כל כך קיצוני. אולם, ככל שעילת עילת הסבירות המהותית מתנתקת מעיקרון החוקיות, ובית המשפט עצמו הוא שמשרטט את מתחם הסבירות העמום, באמצעות האיזון שיש לערוך לדעתו בין השיקולים השונים שצריכים להוביל את הפעלת שיקול הדעת המינהלי – כך יהיה קשה יותר לקבוע שפסילה זו נובעת מעיקרון שלטון החוק הפורמלי. במילים אחרות, ככל ששיקול הדעת של בית המשפט מעורב יותר בהחלטת הפסילה של המעשה המינהלי, כך קשה יותר לתלות אותו בעיקרון שלטון החוק הפורמלי – וזאת על אף הרטוריקה של פסק הדין, שמזהה את החריגה ממתחם הסבירות האיזונית כחריגה מסמכות של הרשות המינהלית, וממילא את פסילת המינוי כיישום של עיקרון החוקיות²⁹⁷

ואכן, בפסיקה מאוחרת יותר זנחה השופטת פרוקצ'יה את מושג שלטון החוק הפורמאלי ביחס לעילת הסבירות, ואימצה תחתיה את נוסחת שלטון החוק המהותי בלבד:

מושכלות ראשונים הם כי הביקורת השיפוטית על המינהל נגזרת מן הצורך למנוע שימוש לרעה בכוחה של הרשות המבצעת ולהגן מפני פגיעה בעקרונות יסוד חוקתיים ובזכויות אדם. לצורך כך בוחנת הביקורת השיפוטית את מהות הפעולה המינהלית – את כוונתה, את שיקוליה ואת תכליתה. **הביקורת השיפוטית על סבירות שיקול-הדעת של הרשות המינהלית מונחית על-ידי ערכי היסוד של שלטון החוק במובנם המהותי, ובהם ערכים של צדק,**

²⁹⁷ בהקשר זה יש לציין כי העיקרון הנוהג בדין הקיים, שלפיו נושא משרה נדרש להתפטר מכהונתו בעקבות הגשת כתב אישום נגדו (מה שמכונה כ"הלכת דרעי-פנחסין") – "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" – מבוסס על עילת הסבירות (ראו: בג"ץ 4287/93 **אמיתי – אורחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל** (08.09.1993); בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, מז(5) 404, 422-421). לפי חלק מהדעות – הן בפסיקה, הן בספרות המקצועית – לאחר תיקון חוק יסוד: הממשלה בשנת 2001, שבמסגרתו נקבעו כללים לגבי העברת שר או סגן-שר מתפקידו, קיים הסדר שלילי בנוגע לנושא משרה בכירה שהוגש נגדו כתב אישום אך טרם הורשע. כך למשל קבעו השופטים גרוניס וסולברג, וכך סבר גם דניאל פרידמן. ראו: בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ** (12.2.2015), פס' 24 לפס"ד של הנשיא (בדימ') גרוניס; נעם סולברג "הלכת דרעי-פנחסין בראי עילת הסבירות" **בלוג רשות הרבים** (16.1.2022). מנגד, ראו: בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו) (06.05.2020), פס' 9 לפס"ד של הנשיאה חיות; שם, פס' 6 לפס"ד של השופט עמית; שם, פס' 2 לפס"ד של השופט פוגלמן; שם, פס' 10 לפס"ד של השופט מלצר; דניאל פרידמן "הלכת דרעי-פנחסין ועקרונות יסוד בדיני פרשנות: בעקבות בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק הדין מיום 6.5.2020 ומיום 27.5.2020" **פורום עיוני משפט מ"ד** (התש"ף-2020).

לפי עמדות אלו עולה כי כאשר בית המשפט ממשך לעשות שימוש בהלכת דרעי-פנחסין ובעיקרון המרכזי שנקבע בה – הוא אולי מגשים את עיקרון שלטון החוק המהותי, כפי שניסח זאת ברק בעניין אייזנברג, אך לא מתיישב עם עיקרון שלטון החוק הפורמלי. מנגד, ברי כי לפנינו מחלוקת פרשנית, באשר עמדות השופטים הסבורים שהלכת דרעי-פנחסין עודנה בתוקף גם לאחר תיקון חוק יסוד: הממשלה בשנת 2001 נעוצה בפרשנות חוק היסוד, ומתיישבת לדידם גם עם עקרון שלטון החוק הפורמלי.

הגינות ושוויון. סבירות ההחלטה המינהלית נמדדת, בין היתר, על-פי מידת
**פגיעתה בזכויות אדם ועל-פי עמידתה של פגיעה זו במבחנים של תכלית
ראויה ומידתיות.**²⁹⁸

הניתוק שתיאר יואב דותן בין עילת הסבירות המהותית לבין עיקרון החוקיות ניכר כאן
היטב, ובאופן מפורש: הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות מונחית, לפי השופטת
פרוקצ'יה, על ידי ערכי יסוד של צדק מהותי (כגון צדק, הגינות ושוויון), ולא על ידי שאלת
ההסמכה ועיקרון החוקיות. לפי עמדות אלו, הביקורת השיפוטית על סבירות הפעולה
המינהלית – ה"סבירות" במובנה החדש – נעשית מכוח ערכי היסוד של שלטון החוק. ברק
מתאר זאת כחלק מעיקרון שלטון החוק הפורמלי והמהותי; פרוקצ'יה כבר תיארה זאת כחלק
משלטון החוק המהותי בלבד, ומדגישה ("בין היתר", כדבריה) שיקולים של שמירה על
זכויות האדם.²⁹⁹

לפנינו אם כן מקרה נוסף של מתח בין המובן הפורמלי של שלטון החוק למובנו המהותי:
בעוד שעילת הסבירות הישנה תואמת את עקרונות שלטון החוק הפורמליים, הדורשים
שפעולות הרשות המנהלית ייעשו בהתאם להסמכה מפורשת בחוק – ומאפשרים ביקורת
עליהן רק במקרי קצה שאותם ניתן לראות כחוסר סמכות; עילת הסבירות החדשה מתנתקת
מעיקרון שלטון החוק הפורמלי, ומאפשרת לבית המשפט לבקר את פעולות הרשות המנהלית
מכוח מתחם סבירות עמום, המוגדר על ידי בית המשפט מכוח מושגי צדק כגון שוויון,
הגינות, זכויות, וכו' – על אף שהחוק הפורמלי מותיר את שיקול הדעת בידי הרשות
המינהלית.

**(ה) שחיקת עילת הסף של "זכות העמידה" וצמצום עילת הסף של "שיהוי" מכוח עיקרון
שלטון החוק**

לפני סיום פרק זה אבחן את היחס של עיקרון שלטון החוק לשאלת הריסון העצמי של בית
המשפט – באמצעות הפריזמה של עילת הסף של "זכות העמידה" ועילת הסף של "שיהוי".
הדיון בעילות הסף הללו חשוב למהלך הדברים מכיוון שמקופלות בו תפיסות עומק בדבר
תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית – ותפיסות אלו קשורות בטבורן למושג שלטון
החוק, כפי שאראה כעת בפירוט.

אחת מעילות הסוף המוכרות היא "זכות העמידה", שבאופן מסורתי, הגדירה כי לעותר
תהיה זכות עמידה לעתור לבית המשפט רק אם יש לו עניין אישי, ממשי וישיר בסוגיה
שלשמה הוא פונה לבית המשפט.³⁰⁰ בראשית שנות השמונים החל תהליך של שחיקת עילת
הסוף של "זכות עמידה", והתפיסה שהתגבשה היא כי כאשר "...העניין המועלה בעתירה הוא

²⁹⁸ בג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך, פ"ד נט(3) 873 (2004), פס' 2 לפס"ד של
השופטת פרוקצ'יה. ההדגשות אינן במקור.

²⁹⁹ ראו גם דבריו של השופט שמגר, לעיל ליד ה"ש 292.

³⁰⁰ ראו: יהושע שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499 (2006). ראו דברי השופט
כהן בבג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 434 (1980); ואת ניסוחו של השופט ויתקון בבג"ץ
40/70 ישראל בקר נ' שר הבטחון, כד(1) 2388 (1970).

בעל אופי ציבורי חשוב, יש להחיל ביקורת שיפוטית, אף אם אין לעותר אינטרס אישי בעניין.³⁰¹ נקודת המפנה המרכזית אירעה בפסק הדין המפורסם בעניין רסלר, שבו קיבל בית המשפט עתירה כנגד דחיית הגיוס של בני הישיבות, על אף שעתירות דומות נדחו בפרשיות קודמות בשל היעדר זכות עמידה. בעניין רסלר קבע ברק שיש להרחיב את הגישה לעתירות ציבוריות, ולאפשר זכות עמידה בכל מקום שבו "מצביע העותר על פגם חמור בפעולת המינהל"; או בכל מקום שהעניין "נושא אופי ציבורי שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק" או "סוגיות... הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק".³⁰²

הרחבת הגישה לעתירות ציבוריות נובעת, כך טען ברק, מתפיסה שונה שלו ביחס לתפקידו של בית המשפט. "אינה מקובלת עליי הגישה", הוא קבע, "כי ייעודה העיקרי והיסודי של הרשות השופטת הוא להכריע בריב שבמרכזו טענת קיפוח שהאחד קופח על ידי האחר". לדבריו, זוהי תפיסה שמקורה הוא במשפט הפרטי – אך "אינה מקובלת כלל במשפט הציבורי".³⁰³ במשפט הציבורי, אומר ברק, יש לבית המשפט תפקיד נוסף: "על פי תפיסתי שלי, על בית משפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק",³⁰⁴ ובשל כך יש לאפשר גם לעותרים שאין להם נגיעה ישירה וממשית לעניין הנידון להביא את דבריהם בפני בית המשפט. משום כך, בסיכום פסק הדין, כשברק מנמק מדוע הוא בחר לדון לגופה של העתירה ולא לדחותה על הסף – על אף שעמדת העותרים לא התקבלה בסופו של דיון – הוא תולה את הבחירה הזו בעיקרון שלטון החוק:

שלטון החוק מתחזק, אם בית המשפט בוחן חוקיות פעולה שלטונית לגופה ומגיע למסקנה כי היא כדין. שלטון החוק נפגם, אם בית המשפט מסרב

רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד 176.

לעיל ה"ש 94. ניצנים מוקדים לכך ניתן לראות בפס"ד של השופט ברנזון בעניין בג"ץ 26/76 אנוש בר-שלום נ' מאיר זורע, מנהל מקרקעי ישראל, לא(1) 796 (1977) - ראו בעמ' 803 לפס"ד של השופט ברנזון, אם כי שם השופט ברנזון הצטרף לדעת הרוב ודחה את העתירה על הסף.

בנוסף, ראו את ביקורתו של השופט אלון על הטענה שעיקרון שלטון החוק מחייב את הרחבת זכות העמידה, בבג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, מא(2) 1 (1987), פס' 4 לפסק דינו: "ואם עדיין זקוקים אנו להוכחה, מה "יקר" הוא המחיר המשתלם למעמד שניתן לעותרים שלפנינו, באה השתלשלות הדברים בעתירתנו ומעמידה אותנו על כך. שהרי אם אמנם אפשרית רכישת מעמד בטענה של דאגה לשלטון החוק... מבלי שדרושה לכך זיקה אישית כל שהיא לנושא העתירה, אפשרות זו אינה מיוחדת דווקא לשלושת העותרים, שהגישו לראשונה את העתירה, אלא זכאים לכך, במידה לא פחותה, גם העותרים, שנצטרפו לאותה עתירה כעבור ימים אחדים, וגם אלה, שנצטרפו לאחר זמן קצר כמשיבים... ושהמשותף לכולם הוא, שהם חברי-כנסת בעלי השקפות עולם שונות ומנוגדות. ומשום כך גופו הצטרפו כעותרים אנשי אקדמיה מתחום מדעי המדינה, הפילוסופיה, הסוציולוגיה, עבודה סוציאלית ופסיכולוגיה, ואך פלא הוא שלא ביקשו להצטרף כמשיבים חברי אקדמיה אחרים מאותם חוגים עצמם או אולי מתחום הפפירולוגיה, האשורולוגיה, הארכיאולוגיה, חכמת הלשון וההיסטוריה, שהשקפותיהם שונות ומנוגדות לעמיתיהם שבעולם האקדמיה. ודומה שלא אטעה אם אומר – וליבא לפומא לא גליא! – כי הדאגה לשלטון החוק, ששונה והפוכה היא ממחנה העותרים למחנה המשיבים, הרקע לדאגה זו היא השקפתם הציבורית השונה בעניין נושא העתירה שלפנינו".

שם, 464.

שם, 462.

לבחון לגופה את חוקיות הפעולה, שייחכן שהיא בלתי חוקית, ומשאירה תלויה "על הסף". הימנעות מביטולה של פעולה כזו פוגעת בשלטון החוק.³⁰⁵ כלומר, מלבד הדיון לגופה של העתירה שנערך בפסק הדין, ברק מדגיש שהסיבה שבית המשפט בחר לדון לגופה של העתירה, ולא לדחותה על הסף מטעם של "העדר עמידה" כפי שהיה נהוג בעבר³⁰⁶ – היא השמירה על עיקרון שלטון החוק. אמנם, יש להודות כי עיקרו של פסק הדין נסוב סביב שאלת הסמכות של שר הביטחון לפטור תלמידי ישיבה מגיוס צבאי, וסביב שאלת סבירות החלטתו; עם זאת, בפסק דין זה נקבעו גם הלכות בדבר עילות הסף של זכות העמידה והשפיטות, והרחבת זכות העמידה מנומקת בו במפורש באמצעות התפיסה של בית המשפט כמגן שלטון החוק.

באופן דומה ניסח זאת השופט ריבלין בעניין **עדאלה**, כשטען שלבית המשפט ישנה חובה לעסוק גם בסוגיות ערכיות וכלליות, שלא עולות רק מריבם של בעלי דין קונקרטיים – וקשר זאת בדבריו לעיקרון שלטון החוק המהותי:

אכן, בית-המשפט חורג, בעת הצורך, מגדר התפקיד המסורתי והטבעי השמור לו, להכריע בין בעלי-דין בסכסוך בעל נפקות קונקרטית, ונדרש לשאלות ערכיות העומדות בבסיס שלטון החוק המהותי, ואשר השלכתן משתרעת אל מעבר לעניינם הממוקד של בעלי-דין אינדיבידואלים. חובתו של בית-המשפט היא להגן על זכויות היסוד של האדם הבודד ושל כלל האזרחים מפני פגיעה בהן מצד הרשות המבצעת ומצד בית-המחוקקים. יתרה מכך, הביקורת השיפוטית החוקתית משמשת כלי חיוני להבטחת ההגנה על שלטון החוק המהותי.³⁰⁷

ואכן, גם החולקים על הרחבת זכות העמידה, התייחסו במפורש לשאלת תפקידו של בית המשפט העליון ויחסו למושג שלטון החוק; כך למשל השופט שלמה לויין כתב: "צר לי, כי כשופט של בית המשפט העליון, איני רואה עצמי, בראש ובראשונה, ובדרך כלל, כמי שמופקד במישרין על השלטת החוק ברשויות השלטון, וגם לא כ"שוטר משפטי", שתפקידו להבטיח, כי השלטון פועל כחוק".³⁰⁸ על אף שעילת זכות העמידה לא בוטלה מעולם באופן רשמי, "הלכה למעשה... מחיל בית המשפט ביקורת שיפוטית בכל עניין המובא בפניו, בלא

³⁰⁵ עניין **רסלר**, פס' 74 לפס"ד של השופט ברק. ראו גם בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נז(2) 62 (2003); בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 פס' 3 לפס"ד של השופט רבלין, שם כתב: "...בית-המשפט חורג, בעת הצורך, מגדר התפקיד המסורתי והטבעי השמור לו, להכריע בין בעלי-דין בסכסוך בעל נפקות קונקרטית, ונדרש לשאלות ערכיות העומדות בבסיס שלטון החוק המהותי, ואשר השלכתן משתרעת אל מעבר לעניינם הממוקד של בעלי-דין אינדיבידואלים... יתרה מכך, הביקורת השיפוטית החוקתית משמשת כלי חיוני להבטחת ההגנה על שלטון החוק המהותי".

³⁰⁶ ראו את תיאור תמצית העתירות הקודמות בפס' 9-12 לפס"ד של השופט ברק.

³⁰⁷ בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 פס' 3 לפס"ד של השופט רבלין.

³⁰⁸ שלמה לויין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?" **הפרקליט** לט, ג 457 (תש"ן-תשנ"א).

להידרש כלל לשאלת קיומו של 'סכסוך' מוגדר ולמהותו של האינטרס האישי של העותר",³⁰⁹
מלבד בשני חריגים.³¹⁰
כבר בעניין סגל קבע ברק שעיקרון שלטון החוק הוא שעומד אל מול השימוש בעילת
הסף המסורתית:

אכן, הקושי העיקרי הטמון בדוקטרינת המשפט מתערב, נפגם עקרון
שלטון החוק.³¹¹ שלטון היודע מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא
שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו, וכל זאת תחת
צילה של דוקטרינת המעמד.³¹²

אם כן, בעניין זכות העמידה שימש עיקרון שלטון החוק את בית המשפט בכדי להרחיב
את שערי הכניסה אליו גם לעותרים ציבוריים המלינים על הפרת החוק על ידי רשויות
השלטון. "היתרון העיקרי של הרחבת זכות העמידה הוא העמקת האכיפה של שלטון החוק",
תיארה זאת השופטת דפנה ברק ארו, ופירטה: "במישור הכמותי, היא מביאה לכך שהפרות
דין רבות יותר מגיעות לדיון בבית משפט, ובמישור האיכותי, היא מרחיבה את סוג העניינים
שהביקורת השיפוטית אפשרית בהם".³¹³

מנקודת המבט של עיקרון שלטון החוק גופו זוהי נראית טענה נכונה; הנימוקים בעד זכות
עמידה צרה יותר אינם נוגעים לתפיסה אחרת של עיקרון שלטון החוק, אלא לנימוקים
מוסדיים כגון הפרדת רשויות (הרחבת זכות עמידה מרחיבה את השפעת בית המשפט על
נושאים ציבוריים);³¹⁴ מידת ההתאמה המוסדית של בית המשפט שנבנה מלכתחילה להכרעה
במקרים קונקרטיים ומוגבל לטענות והנתונים המובאים בפניו; חשש מ"הצפה" של בית
המשפט ופגיעה ביעילות המערכת;³¹⁵ והעובדה שלנפגע האישי יש את הגישה המיטבית
לידע הדרוש לניהול התביעה.³¹⁶ כלל הטיעונים הללו לא נוגעים לעיקרון שלטון החוק עצמו,
אלא רק מעמידים עצמם אל מולו ומבקשים לגבור עליו. כלומר, מנקודת המבט של עיקרון
שלטון החוק עצמו לא חל כל שינוי בהבנת המושג, או בהיקף המשרעת שלו; ומלכתחילה,

³⁰⁹ רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד 177.

³¹⁰ קיומו של נפגע ספציפי שמסרב לעתור (ראו בג"ץ 962/07 עו"ד אמיר לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 01.04.2007)). יש הטוענים שלאחרונה ניכרת מגמה של הרחבת השימוש בחריג זה; ראו אהרן גרבר זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל 24 (2019)). ועותר נטול זיקה למדינת ישראל - דפנה ברק ארו משפט מינהלי 289-295.

³¹¹ במקור המופיע במאגרי המידע ישנה שגיאה תחבירית שאין בידי ליישבה.

³¹² עניין סגל, פס"ד 13 לפס"ד של השופט ברק.

³¹³ דפנה ברק-ארו משפט מינהלי 296.

³¹⁴ Antonin Scalia, *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, 17 SUFFOLK UL REV 881 (1983).

³¹⁵ ראו למשל בדבריו של השופט ברנזון בבג"ץ 26/76 אנוש בר-שלום נ' מאיר זורע, מנהל מקרקעי ישראל, לא(1) 804, 796 (1977).

³¹⁶ ראו בג"ץ 2148/94 אמנון גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, השופט מאיר שמגר, מח(3) 573 (1994), עמדת השופט חשין בעמ' 300; ראו על כך אצל ברק-ארו המשפט המינהלי 296-299; גרבר, זכות העמידה, עמ' 31-29.

גם בזמן שבית המשפט הפעיל את עילת הסף של זכות העמידה, הנימוקים לכך לא היו קשורים לעיקרון שלטון החוק.

ברם, יש לשים לב לכך שגם אם מובנו של מושג שלטון החוק לא השתנה, הרי שהשינוי שקרה עודנו קשור למושג שלטון החוק – בנוגע לתפיסה המוסדית של בית המשפט עצמו, והקשר האמיץ שלה למושג שלטון החוק. כפי שראינו, בבסיס הדיון על זכות העמידה עומדת גם השאלה בדבר תפקידו של בית המשפט והפונקציה שהוא ממלא במסגרת המדינה הדמוקרטית. עילת הסף של זכות עמידה התבססה על תפיסת בית המשפט כמוסד שמוגבל להכריע בסכסוכים קונקרטיים – גישה שברק דחה בכל תוקף, לטובת התפיסה שתפקידו של בית המשפט הוא לשמור על שלטון החוק במדינה; "שוטר משפטי", בלשונו של השופט לוי. גם השופטת נתניהו ציינה שהרחבת זכות העמידה קשורה לשינוי עמוק יותר, שמייצג "פילוסופייה שיפוטית שונה בדבר התפקיד של הרשות השופטת... יישוב סכסוכים ביחס למשפט הפרטי; פונקציית הביקורת בשדה המשפט הציבורי".³¹⁷ השינוי הוא אפוא בהבנת התפקיד של בית המשפט ביחס לעיקרון שלטון החוק – נושא שיעלה בקצרה בפרק הסיכום.³¹⁸

מהלך דומה חל בנוגע לטענת הסף של "שיהוי". טענת השיהוי היא עילה לדחות הליך על הסף, במצבים שבהם העותר השתהה יתר על המידה בין מועד קבלת ההחלטה המנהלית לבין הגשת העתירה. מקורם של דיני השיהוי הם במשפט האנגלי, ומשם הם נקלטו למשפט הישראלי – קודם בפסיקה, ולאחר מכן גם בתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים.³¹⁹ במסגרת בדיקת טענת השיהוי נבדקו בעבר שני רכיבים: השיהוי הסובייקטיבי של העותר (האם הייתה הצדקה לאיחור? האם ידע על הפגם? וכדו') לצד השיהוי האובייקטיבי של העתירה (מה הנזקים שייגרמו כתוצאה מהדיון בעתירה בשלב מאוחר, ללא קשר להתנהגותו של העותר).³²⁰

בעניין **אסולין** הציעה השופטת נתניהו להוסיף רכיב שלישי לבחינת טענת השיהוי – מידת החומרה של הפגיעה בשלטון החוק. כמוקד העתירה עמדה העלאה לא-חוקית של כספי הארנונה על ידי עיריית קרית גת; אולם העתירה הוגשה לאחר שהרשות כבר גבתה את הכספים והשתמשה בהם – באופן שעל פי הרכיבים הקיימים של השיהוי הסובייקטיבי והאובייקטיבי ניתן היה לדחות את העתירה על הסף בשל עילת השיהוי. עם זאת, השופטת נתניהו הציעה להוסיף רכיב נוסף למבחן השיהוי: "כשמדובר בהחלטה ובפעולה, שהן בלתי

Shoshana Netanyahu, *The Supreme Court of Israel: a safeguard of the rule of law*, 5 ³¹⁷ PACE INTL REV 1, 2 (1993).

יש שציינו כי בית המשפט אחראי על שמירת שלטון החוק במדינה – כמו גם על הגנת זכויות האדם; ראו דבריה ³¹⁸ של השופטת חיות בבג"ץ 2311/11 **אורי סבוח נ' הכנסת** (נבו 17.09.2014), פס' 3 לפס"ד: "גישה זו [הגמשת מבחני זכות העמידה. מ.ב.] מבוססת ביסודה על התפיסה כי בית המשפט כמי שמופקד על שמירת שלטון החוק **ועל הגנת זכויות אדם** מוסמך להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית את שאלת חוקתיותם של חוקים במנותק מיישומם בנסיבות קונקרטיות". ההדגשה נוספה על ידי.

על טענת השיהוי ראו: אליעד שרגע ורועי שחר **המשפט המינהלי – עילות הסף** כרך ב 191 (2009); ברק-ארו ³¹⁹ **משפט מינהלי** 355-372.

³²⁰ ראו ברק-ארו שם, 360-361.

חוקיות בעליל, קיים אינטרס נוסף, שיש לשקול אף אותו על כפות המאזניים - האינטרס של כלל הציבור בשמירה על שלטון החוק.³²¹ הרכיב אמור להילקח בחשבון באופן הבא: ככל שמידת הפגיעה בשלטון החוק, לטענת העותרים, גדול יותר – כך תגדל הנכונות של בית המשפט לדון בעתירה על אף השיהוי שחל בהגשתה. בשורה של "שאלות רטוריות"³²² הדגישה השופטת נתניהו את הצורך בהוספת הרכיב השלישי:

[...] האם שימוש ראוי בשיקול הדעת המסור לבית-משפט זה יחייב דחייתה של העתירה רק בגלל השיהוי בהגשתה? האם לא יהיה בכך מתן הכרה לעקירת החוק ולהפרתו? האם בכך לא ייתן בית-משפט זה ידו לפגיעה בשלטון החוק? האם במצב זה יש מקום לאיזון רק בין אינטרסים של אחרים שנפגעו לבין האינטרסים של העותר? ... האם אין זה שיקול ראוי, גם כדי למנוע תופעות דומות גם מצד רשויות אחרות, להבהיר, כי הרשות אינה רשאית לפעול שלא כדין ולהסתתר לאחר מכן מאחורי הפגיעה שתיגרם לציבור, אם יוחלט כי מעשיה בלתי חוקיים הם ויש לבטלם?³²³

אל דעתה של השופטת נתניהו הצטרף גם השופט ברק, תוך הבהרה של המוטיבציה הבסיסית העומדת בבסיס גישתו. "כלשעצמי, הייתי מבטל אותם [את דיני השיהוי. מ.ב.] כליל", הוא קובע, ומגמק זאת במספר דרכים: חוסר שביעות הרצון שלו מחולשתה של הזכות המינהלית ביחס לזכות האזרחית, וברצונו לקרב ביניהן; מקומו המרכזי של עיקרון שלטון החוק במשפט הציבורי הישראלי, "אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית... מרכיב מרכזי של ה"אני מאמין" של משטרנו"; תהליך הליברליזציה בדיני המעמד; תפיסתו המוסדית שתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק הוא "לשמור על הגשמתו של שלטון החוק".³²⁴ רכיב שלישי זה התקבל גם בפסיקה לאחר מכן, והוא משמש היום כמבחן מקובל לבחינת טענת הסף של "שיהוי".³²⁵

כלומר, מקרים רבים שהיו נדחים על הסף מכוח טענת השיהוי נידונים היום לגופה של עתירה בשל הרצון של בית המשפט להגן על האינטרס הכללי של החברה בקיומו של שלטון

³²¹ בג"ץ 170/87 דוד אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, זאב בוים, מב(1) 678 (1988) פס' 7 לפס"ד של השופטת נתניהו.

³²² כלשונה של השופטת נתניהו עצמה: "השאלות שהצגתי לעיל בדבר שיקול הדעת הראוי הן בעיניי שאלות רטוריות. תשובתי עליהן משתמעת מתוכן. לדעתי, שיהוי בהגשת עתירה אינו חייב להכשיל עתירה שעילתה אי-חוקיות ברורה של פעולת הרשות...". שם, פס' 8 לפס"ד של השופטת נתניהו.

³²³ שם, פס' 7.

³²⁴ שם, פס' 3 לפס"ד של השופט ברק.

³²⁵ ראו: בג"ץ 2285/93 אוסי נחום נ' גיורא לב, ראש עיריית פתח-תקווה, מח(5) 630 (1994) פס' 3 לפס"ד של השופט זמיר; בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ו-28 אח' נ' שר החקלאות, נ(2) 715 (1996) פס' 3 לפס"ד של השופט חשין; בג"ץ 5692/97 נחמיה דורון – יושב-ראש סיעת יעוד במועצת עיריית ראשון לציון נ' מאיר ניצן ראש-עיריית ראשון לציון, נא(5) 380 (1997) עמ' 384 לפס"ד של השופט זמיר; בג"ץ 6790/98 ענת אברך נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, נב(5) 323 (1998); בג"ץ 9262/16 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו) 13.02.2018. פס' 10 לפס"ד של השופט דנציגר.

החוק. בכך אנו רואים כיצד עיקרון שלטון החוק מאפשר לבית המשפט לדון במנעד רחב יותר של מקרים מבעבר; אך גם כאן, כמו בטענת הסף של זכות העמידה, השינוי לא התרחש בהבנת המושג של שלטון החוק, אלא בתפיסה המוסדית של בית המשפט את עצמו ביחס לעיקרון שלטון החוק – במעבר מתפיסת בית המשפט את עצמו כמיישב סכסוכים קונקרטיים, לתפיסת בית המשפט כאחראי על שמירת שלטון החוק במדינה באופן רחב.

בסיומו של פרק זה יש להדגיש כי נקודת המבט שדרכה בחנתי את היקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון היא זו שעומדת במוקד מאמר זה: מושג "שלטון החוק". אין בכל האמור בכדי לבסס מסקנה סופית ביחס לרציות הדוקטרינות השונות וההיקף הראוי של הביקורת השיפוטית; וכפי שהודגש לכל אורך הדרך, יכולות להיות סיבות ונימוקים אחרים – הן תיאורטיים, הן מעשיים – התומכים בכל אחת מהסוגיות שנידונו בסעיף זה, ואין בשלילת ההסתמכות על מושג "שלטון החוק" בכדי להנביע מסקנה סופית ביחס לכל אחת מהן.

כעת, אבקש להפנות את המבט לסיכון מסוים הכרוך בקישור הדוק מידי שעשוי להיות בין פסיקותיו ודעותיו השיפוטיות של בית המשפט - לעיקרון שלטון החוק. נושא זה יעמוד במוקד הפרק הבא, שמשמש כסיכום ביקורתי למאמר.

ד. סיכום: רפלקציה ביקורתית

הבעיה הגדולה בפוליטיקה, השווה בעיניי לבעיית ריבוע המעגל בגיאומטריה... היא כיצד למצוא צורת ממשל ששמה את החוק מעל האדם.

[ז'אן ז'אק רוסו, מכתב למרק'ז דה-מירבו, 26 ביולי 1767]

את הפרק הקודם סיימנו עם התפיסה השיפוטית של בית המשפט העליון, שרואה את עצמו כמגן שלטון החוק – הפורמלי, כמו גם המהותי - במדינה הדמוקרטית. על פניו זהו מצב עניינים רצוי ביותר: כל המרבה להגן על שלטון החוק, הרי זה משובח – ומי לנו מגן מקצועי ומוצלח יותר מאשר בית המשפט?

אולם, יש לזכור את קיומו של פער הקבוע שבין ה"חוק", והשאיפה שהוא זה שישלוט בקהילה הפוליטית – לבין מעורבותו של בית המשפט, והשופטים היושבים על דוכנו, בהכרעות שונות הנוגעות לשאלה "מה אומר החוק"; שאלות של פרשנות, יישום, הכרעה, אכיפה, סמכות וביקורת. בסופו של דבר אין לכחד כי גם בית המשפט עצמו הוא רשות מרשויות השלטון, שעיקרון שלטון החוק אמור לחול גם על גביו. חוסר שימת לב מספקת לפער שבין ה"חוק" ל"בית המשפט" עשויה ליצור זיהוי הדוק מידי בין עיקרון שלטון החוק – כשלעצמו – ובין עמדותיו של בית המשפט ביחס לחוק. בפער הזה אני מבקש לעסוק כעת. כפי שראינו בפרקים הקודמים, בית המשפט העליון במדינת ישראל הרחיב עד מאוד את משמעות המושג "שלטון החוק", והשתמש בו בכדי לנמק שורה של צעדים שתוצאתם הסופית היא הרחבה ניכרת של סמכויות בית המשפט ביחס לרשויות השלטון האחרות, והרחבת פתחי הכניסה לבית המשפט גם לעתירות שבעבר היו נשורות על ספו. יש לבחון כעת את התהליכים הללו לאור העיקרון שבשמו הם נעשו. אני מציע לקיים את הבחינה הזו באמצעות התבוננות על האתגר העקרוני שהציב תומס הובס לרעיון שלטון החוק.

"אין הריבון נתון לחוקים שהוא עצמו (דהיינו, המדינה) עשה", קבע הובס בספרו הגדול **לויטן**, "שכן להיות נתון לחוקים הוא להיות נתון למדינה, דהיינו לנציג הריבוני, כלומר

לעצמו; וזו אינה נתינות לחוקים, אלא חירות מן החוקים.³²⁶ הריבון ההוביסאני, אם כן, לא יכול להיות כפוף לחוק שהוא עצמו יצר; הוא ריבון כל יכול, המשוחרר מעולם של החוקים שהוא עצמו קובע.³²⁷ אמנם, הובס טען בפירושו כי הריבון צריך לפעול באמצעות החוק – המפורסם לכול, המובן לנתינים – וכי כל האזרחים צריכים להיות כפופים לחוק הריבון, שיכווין אותם כיצד לנהוג;³²⁸ אולם הוא סבר שאותו ריבון לא חייב להיות כפוף לאותם חוקים, ויתירה מכך – מבחינה תיאורטית, הוא גם לא יכול להיות כפוף לחוקים שהוא יצר. שמא ניתן יהיה להגביל את הריבון באמצעות חוקה, כלומר – באמצעות חוק עליון יותר, שיגביל את הריבון ושיחול גם עליו? הובס חשב שפתרון זה איננו רצוי, משום שכפיפות לחוקה זהה למעשה לכפיפות לשופטים המפרשים ואוכפים אותה; כך שמשמעות הדבר היא יצירתו של "ריבון חדש": אדם כלשהו (כלומר, השופט), שבתורו יהיה בלתי ניתן להגבלה. בלוגיקה של הובס, הבנויה על ריבון אחד שמרכז את כל הכוח בידיו – ברי כי הדבר יוביל להתפרקות המדינה: "הטעות ... [המעמידה את החוקים מעל לריבון, היא גם מעמידה שופט מעל לריבון וגם כוח להענישו, ובכך עושים ריבון חדש; ושוב מאותו הטעם גם ריבון שלישי שיעניש את השני וחוזר חלילה עד אין סוף – עד לתוהו במדינה ולהתפרקותה".³²⁹

הובס לוקח עד הקצה את הבעייתיות הריאלית של רעיון "שלטון החוק", המונעת לדידו את המימוש המלא שלו: הכוח השלטוני בסופו של דבר יינתן לאדם כלשהו – יהא זה הריבון עצמו, או השופט שישפוט את פעולותיו. ניתן אפוא להבין את המחשבה החוקתית המודרנית כולה כניסיון להיענות לאתגר שהציב הובס: האם, ובאיזה אופן, ניתן להגביל את הכוח העליון ביותר במדינה, ולהכפיפו לחוק? האם, וכיצד, ניתן לבנות מערכת שלטונית שבנקודת הקצה שלה אכן ישלוט החוק, ולא האדם?³³⁰ האם ניתן למצוא דרך 'לרבע את המעגל' – כפי שניסח רוסו את האתגר?

ואכן, מכיוונים שונים היו שביקשו ללכת עם הובס עד לקצה, ולטעון שמושג "שלטון החוק" אינו אלא 'פיקציה'. כך למשל מן הכיוון הליברטריאני טען ג'ון הסנס שלמעשה "שלטון החוק" משמש כמעין סוג של 'מיתוס';³³¹ מכיוון אחר הושמעו טענות מרקסיסטיות כאלו ואחרות, או טענות רדיקליות של ריאליסטיים משפטיים, שפקקו בעיקרון שלטון החוק ובאפקטיביות המעשית שלו, וטענו שהוא מחפה על התנהלות שיפוטית אחרת לחלוטין.³³²

³²⁶ תומס הובס לוינתן 225 (אהרן אמיר מתרגם 2009). ההדגשות שלי.

³²⁷ ראו שם, 184: "הריבון של מדינה... אינו נתון לחוקים המדינתיים. כי הואיל ובכוחו לחוקק חוקים ולמשכם רשאי הוא, כטוב בעיניו, לעשות את עצמו חופשי מאותה נתינות על ידי משיכת החוקים המפריעים לו ולחוקק חדשים".

³²⁸ T. HOBBS, DE CIVE: THE ENGLISH VERSION 94–94 (1983).

³²⁹ הובס לוינתן 225.

³³⁰ לניסוח זה ראו: Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Role of Courts*, 10 GLOB. CONST. 91, 92 (2021).

³³¹ John Hasnas, *The myth of the rule of law*, WIS REV 199 (1995).

³³² לתפיסה מרקסיסטית בנוגע למושג שלטון החוק ראו: Michael Mandel, *Marxism and The Rule of Law*, 35 UNIV. N. B. LAW J. 7 (1986). לניסוח מורכב ומפורט של העמדות השונות בריאליזם המשפטי

אולם המחשבה החוקתית סבורה שבכוחה להתמודד עם האתגר ההוביסאני. לשם כך פותחו רעיונות תיאורטיים וכלים מוסדיים שונים: חוקה כתובה וסמכות לביקורת שיפוטית על בסיסה; הפרדת רשויות וביזור הכוח הפוליטי – בניגוד למודל הריכוזי שהעמיד הובס; החלשת כוחו השלטוני של בית המשפט, "לא ארנק ולא חרב"; איזונים ובלמים; ועוד ועוד. על פניו נראה שהמדינה המודרנית הצליחה לחמוק מההתפרקות שחזה הובס למדינה שתעמיד את השופט מעל לריבון. יתירה מזו; היו תיאורטיקנים שסברו כי לאור התפתחות המשפט החוקתי, והמעטק של נקודת הכובד של הסמכות המדינתית אל המישור המשפטי, ניתן כיום – ואף רצוי – לוותר על מושג ה"ריבונות", אותו מושג שעמד בליבה של הפילוסופיה הפוליטית של הובס.³³³

ברם, את המתח עצמו – המתח שבין "שלטון החוק ולא שלטון בני האדם", לבין העובדה שהחוק לא יכול לשלוט בעצמו – לא ניתן להעלים באופן מוחלט, או לפותרו באופן מלא. לטקסט המשפטי עצמו הלא אין לא חרב, לא ארנק, אך גם לא פה; הוא נעדר יכולת קוגניטיבית לפרש, להכריע או ליישם את עצמו על המציאות הממשית – ולכך צריכים בני אדם שיכריעו, יפרשו, יישמו ויאכפו את החוק הכתוב. ובתורם, אותם בני אדם יכולים בעצמם לחרוג מהחוק, לפרשו באופן שגוי או מגמתי, וכן הלאה. בשל כך, גם מי שמבקש להגן על מושג "שלטון החוק", כשאיפה שהשלטון ומערכת המשפט יכולים – ואף צריכים – לשאוף להגשמה ריאלית שלו, צריך להיות מודע לגודל האתגר הנתון בפניו. הסכנה ליפול אל מה שג'רמי וולדרון כינה כ"רגרסיה הובסיאנית" אורבת באופן תדיר לפתחו של המודל החוקתי – זה שאמור להגשים את רעיון שלטון החוק:

בכל פעם שבית המשפט מבקר את המחוקק ואת סמכותו ליצור חוקים, או סמכויות אחרות הקשורות לריבונות - אנו יכולים לצלול חזרה במהירות לרגרסיה הובסיאנית. מערכת משפטית שחושבת על עצמה כיוצרת חוק (lawmaker) נמצאת בסכנה להפוך לריבון הובסיאני או ריבון-על. על ידי לקיחת תפקידים נוספים אלו, נעשה קשה יותר עבור חוקתניים (constitutionalists) להכחיש שזהו רק העתקה של הכוח האנושי לשלב גבוה יותר. ככל שבתי משפט לוקחים יותר כוח, כך גדלה הסכנה להרס הפתרון החוקתי האנטי-הובסיאני לבעיית יישום שלטון החוק על פסגת הכוח בחברה. שכן אם בית משפט עליון יוצר את החוקים שאליהם ייכבל המחוקק, אז יש לנו - כאן ועכשיו – יוצר חוק (lawmaker) אנושי (גוף של שופטים) שביצירת החוק האנושית שלו איננו כבול אל החוק.³³⁴

אם נחזור כעת להתבונן מנקודת המבט הזו על מערכת המשפט הישראלית, הרי שיש לשאול: היכן היא ממוקמת על המתח ששרטטנו כעת, שבין כפיפות כל מערכות השלטון

בנוגע לשלטון החוק ראו: Hanoch Dagan, *Doctrinal categories, legal realism, and the rule of law*, 163 UNIV. PA. LAW REV. 1889 (2015).

³³³ Pavlos Eleftheriadis, *Law and sovereignty*, 29 LAW PHILOS. 535 (2010).

³³⁴ Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Role of Courts*, 10 GLOB. CONST. 91, 100 (2021).

לחוק, כולל הרשות השופטת עצמה – ובין מצב הקיצוץ של "שלטון השופטים", חלף "שלטון החוק"? מהו "מקומה הטופוגרפי" של שיטת המשפט הישראלית בימינו, באותה התנועה הבלתי-פוסקת בין שיקול דעת להלכה" – כלשונו של הנשיא לנדוי?³³⁵

באופן הצהרתי, ברי כי גם הרשות השופטת מכריזה כל העת על כפיפותה אל החוק, וכך גם נקבע בחוק יסוד: השפיטה.³³⁶ בהצאה שנשא אהרון ברק הוא הדגיש כי "שלטון החוק מופנה גם אל הרשות השופטת", וכי לעניין זה נודעת חשיבות מרובה, "שכן אין מי שישפוט אותה [את הרשות השופטת. מ.ב.] על מעשיה. השופטים חייבים, אפוא, להטיל על עצמם את החוק, ולכבוש את יצרם ואת סמכותם בפני כוחו של החוק".³³⁷ אמירות מעין אלו חוזרות ונשנות לבלי הרף, הן בכתביה המשפטית הן בפסקי הדין.³³⁸

ובכל זאת, הניתוח שנערך עד כה מעניק כלים לתשובה מבוססת יותר לשאלה זו. התהליכים המתוארים במאמר זה מלמדים על תנועה לא מבוטלת של בית המשפט העליון הישראלי על הציר האמור: ראשית, אל המובן הפורמלי של "שלטון החוק" נוסף גם המובן המהותי שדורש ממערכת החוק התאמה לעקרונות צדק מהותי מסוימים – מהלך שאירע במקביל הן בכתביה המשפטית הן בפסקי הדין של בית המשפט העליון. שנית, נוכחנו גם לראות כיצד התוכן שנוצק ל"שלטון החוק" במובנו המהותי נעדר כל קביעות סמנטית ברורה, וכיצד המושג הפך למעין "מושג סל" הכולל את כל הדברים ה"טובים" – ומנוגד לכל מה ש"רע". נקל היה להבחין כי המושג מתפרש על ידי השופטים בפסקי הדין באופן חופשי וגמיש, בהתאם לנושא הנידון בפניהם, ובהתאם לצורך הדרוש באותו הזמן ובאותו המקום.

בכך אנו מזהים – בהתייחס למתח האמור – שינוי בתודעה העצמית של השופטים ביחס למהות ה'חוק' שאליה הם כפופים: אם ההצטמצמות לעיקרון שלטון החוק הפורמלי הכפיפה את השופט לנורמות קבועות, מוכרות ומפורסמות; הרי שהוספת המובן של שלטון החוק המהותי איפשרה לו לראות את עצמו ככפוף לנורמות מוסריות עמומות יותר, ובפועל אף להנות משיקול דעת רחב יותר בהגדרת התוכן של אותן הנורמות. במילים אחרות, זוהי לא רק הוספה של מובן מהותי, אלא גם תמורה משמעותית במערכת היחסים שבין השופט ל'חוק': ככל שה'חוק' יותר פורמלי, כך מידת ההשפעה של שיקול דעתו של השופט עליו מועטה, וניתן לומר יותר בקלות שהשופט כפוף אל החוק; אך ככל שה'חוק' נושא אופן מהותי יותר, כך השופט יכול ליצוק את התוכן לאותו 'חוק' באופן שמטשטש את כפיפות השופט אל החוק. זוהי תזווה ממין אחד מנקודת הקצה של כפיפות מוחלטת אל החוק, לכיוון נקודת הקצה השנייה של העדר כפיפות של בית המשפט אל החוק.

³³⁵ לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" 298.

³³⁶ ראו סעיף 2 וסעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה.

³³⁷ אהרון ברק "שלטון החוק" הרצאה ביום העיון לשופטים 17 (1977).

³³⁸ ראו למשל דבריו של הנשיא משה לנדוי: "...תחומו [של בית המשפט. מ.ב.] מוגדר קודם כל בדין החרות של הכנסת שממנו אין הוא יכול לחרוג, ועיקר כוחו הפורמאלי טמון בכך שפסיקתו נסמכת על הדין החרות...". משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" **משפטים** י 197 (תש"מ). אמנם, ישנם מקרים חריגים שבהם בית המשפט העליון יחייב את רשויות השלטון לפעול בניגוד לחוק, ראו: בג"ץ 3511/02 **עמותת הפורום לדו-קיום בנגב נ' משרד התשתיות**, פ"ד נז(2), 102, 106 (2003). וראו על כך אצל רובינשטיין ומדינה **עקרונות יסוד 275**, ושם בה"ש 50.

נוסף על כך, זיהינו בחלק השלישי כיצד מושג "שלטון החוק" שימש את בית המשפט כנימוק מרכזי לכמעט כל אחד מהשינויים הגדולים שנעשו במשפט החוקתי בישראל בעשורים האחרונים: לביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים של הכנסת; לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת; לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד; להכנסת עילת הסבירות המהותית לביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המנהלי; לשחיקת עילות הסוף של זכות העמידה ושיהוי – ועוד. במבט על אי אפשר להכחיש שתוצאתם הסופית של תהליכים אלו היא הרחבה משמעותית של סמכות בית המשפט באמצעות החלת ביקורת שיפוטית על רשויות אחרות; והרחבה של השאלות והנושאים שבית המשפט יכול לעסוק בהם, כתוצאה מהשינויים שחלו בעילות הסף המסורתיות. המבט המדוקדק יותר, כפי שנעשה בניתוח הביקורתי שערכתי ביחס לכל אחד ואחד מהמהלכים הללו, גילה שעל אף שבית המשפט נימק את התהליכים הללו בעיקרון שלטון החוק, הרי שבפועל ברובם הגדול ניתן היה להסיק מעיקרון זה מסקנות הפוכות מאלו שהסיק בית המשפט.³³⁹ גם בכך ניתן לזהות אם כן התרחקות מהקוטב של כפיפות מלאה של בית המשפט אל החוק, והתקרבות אל הקוטב השני. באופן תיאורטי אין קשר הכרחי בין שני התהליכים, וכל אחד מהם יכול לעמוד, או יכול היה להתרחש, באופן עצמאי וללא קשר לתהליך השני. עם זאת, אני סבור שניתן להעלות השערה (ספקולטיבית) בדבר קשר אפשרי בין שני התהליכים. לעיל ראינו כי לעתים מתגלה מתח בין המובן הפורמלי של שלטון החוק, לבין המובן המהותי שלו; מסתבר כעת לומר שככל שבית המשפט חושב על מושג שלטון החוק כמושג בעל מובן מהותי יותר, כך (במקרים מסוימים, בהם מתגלה סתירה בין שני המובנים) הוא רואה את עצמו כפחות כבול למובן הפורמלי של שלטון החוק. תודעתו העצמית כמגן שלטון החוק – ומעתה אמור: גם כמגן שלטון החוק במובנו המהותי – מאפשרת לו להשתחרר ביתר קלות מהמגבלות הפורמליות שאליהן הוא תפס את עצמו ככבול, ולהגשים כך באופן משוחרר יותר את מטרות שלטון החוק המהותי. "מדינאות משפטית" חלף "טכנאות משפטית", כפי שניסח זאת באופן קולע אהרון ברק.³⁴⁰ באופן הזה, הקידום של מושג שלטון החוק במובנו המהותי בא על חשבון המובן הפורמלי שלו – ולא כפי שנהוג להציג את היחס ביניהם, כאילו המובן המהותי בא להוסיף על גבי המובן הפורמלי. חשוב להדגיש שזוהי השערה ספקולטיבית העוסקת בפסיכולוגיה של השופטים, ואין בידי הכלים או התימוכין לבססה כראוי.

צבר הטענות הללו מעלה את התהיה: מדוע בית המשפט עושה שימוש כה מרכזי במושג "שלטון החוק" – בפרט לאור העובדה שלפחות מנקודת המבט הפורמלית, השימוש במושג זה דווקא הוביל לתוצאה שנראית כהפוכה ממנו: העצמת שיקול הדעת השיפוטי?

³³⁹ גם אם נאמר שהצעד הראשון לשינויים אלו מקורו בפעולת הכנסת – בחקיקת חוקי היסוד של זכויות אדם, הרי שכפי שהצביע הלל סומר "גבולותיה [של המהפכה החוקתית. מ.ב.] הורחבו לאין שיעור בסדרה של החלטות מדיניות שיפוטיות של בית המשפט העליון", ו"סדרת החלטות שיפוטיות" הם אלו שהובילו לכך ש"המהפכה החוקתית בהיקפה ובצורתה הנוכחיים, רחבה אפוא כמה מונים מזו שחזו יוזמי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". ראו: הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרון ברק: דברים שרואים משם – לא רואים מכאן?" הפרקליט מט 523, 529-530 (2007).

³⁴⁰ לעיל, ליד ה"ש 142.

נראה שהתשובה לכך נעוצה באופיו המיוחד של מושג "שלטון החוק", אופי הקשור במתח שאותו תיארו קודם לכן. המושג "שלטון החוק" מתאר אמנם את הכפיפות והריסון של כל רשויות השלטון אל החוק. בתור שכזה, הוא מושג שמעביר מסר רטורי של פורמליזם וריסון, בהביעו את הרעיון שלא שיקול הדעת של אדם כזה או אחר הוא המנחה את הפעולות השלטוניות, אלא החוק הנייטרלי, חסר הפנים וחסר הפניות; בית המשפט אינו אלא אוכף את החוק על רשויות השלטון, בבחינת "שלטון החוק במחוקק" וכן הלאה. אולם, כפי שנטען קודם לכן – ככל שעולה קרנו של החוק, כך עולה גם באופן בלתי נמנע קרנם של אלו המפרשים, מיישמים ואוכפים אותו על רשויות השלטון. "שלטון החוק" מתאר את הכפיפות של כל רשויות השלטון אל החוק, אך באופן בלתי נמנע – גם את כפיפותם להכרעת שיקול הדעת השיפוטי.

ממילא, ניתן להציע כי מנקודת מבט ריאליסטית, הנוגעת לסוג ההנמקה השיפוטית שבה בוחר בית המשפט, עיקרון שלטון החוק הוא מושג שנוח לבית המשפט להוביל תחתיו, או בשמו, תהליכים שבסופו של דבר יעצימו את שיקול דעתו וסמכויותו – יותר מאשר נימוקים אחרים הנוגעים לשדה המהותי, וממילא גם נתונים למחלוקות ציבוריות עזות יותר. בקליפת אגוז ניתן לנסח זאת כך: מושג שלטון החוק מעניק מראיתעין מרוסנת למהלכים אקטיביסטיים.

אולם, השימוש בנימוק זה לא חף מקשיים. אלון הראל הצביע בהקשר הזה על כך שהמעבר של מושגים משדה המוסר הפוליטי אל השדה המשפטי "עשוי להחליש את השיג ושיח הציבורי, על ידי הענקת סמכות וכוח יתירה למומחים המשפטיים – מלכים פילוסופים משפטיים"³⁴¹. בכך, סוגיות הנתונות בדיון פוליטי סוער בנוגע לסמכויות בית המשפט עוברות – באמצעות השימוש במושג "שלטון החוק" – להיות נידונות במסגרת שיח משפטי, שבו לשופטים יש עדיפות מומחית ברורה. "לדעתי, הניסיון של בית המשפט לתאר את הביקורת השיפוטית כרכיב הכרחי של שלטון החוק", כותב הראל, "הוא אינדיקציה לצרכים המוסדיים של בית המשפט, ובמיוחד למאמצים שלו להרחיב את כוחו החוקתי, וזאת באמצעות ההשפעה שלו על הבנת מושג שלטון החוק"³⁴².

מכיוון דומה ניתן לומר כי מרכזיות השימוש שעורך בית המשפט במושג שלטון החוק חוטאת לאופיו של המושג. מושג שלטון החוק מתאר בראש ובראשונה עיקרון על פוליטי נורמטיבי, המתאר באופן כללי את אופיו של המשטר הרצוי. במובן הזה זהו מושג החופף מעל המערכת השלטונית כולה, משמש לה כמגדלור נורמטיבי – אך לא מושג שרצוי לאוכפו, כשלעצמו, באופן משפטי.³⁴³

³⁴¹ Alon Harel, *The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution*, 143 RECRAFTING RULE LAW ED. DYZENHAUS, 158 (1999).

³⁴² *Id.* at 159.

³⁴³ האייק עמד על היבט זה של מושג שלטון החוק; "שלטון החוק אינו אפוא כלל של החוק, אלא כלל העוסק במה שהחוק חייב להיות, תורה מטא-משפטית או אידיאל פוליטי...". ראו האייק, *חוקת החירות* 200. ראו על כך גם אצל BRIAN Z. TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 58 (2004).

בהקשר הזה צריך להזכיר את האבחנה של פולר בין מוסר של חובות (Duty) למוסר של שאיפות (Aspiration), והשיוך שלו את "שלטון החוק" לסוג המוסר האחרון, של שאיפות. מדובר אפוא ברשימה של עקרונות שמערכת חוק אמורה לשאוף לקיים, אך בדרך הטבע לא מתאפשר מימוש מלא שלהם. לא כל נורמה משפטית יכולה להיות מובנת לכלל הציבור; אי אפשר להבטיח שנורמות לא ישונו בהתאם לצרכים מתחדשים, או שהן לא יכילו מושגים עמומים לעתים; וכן הלאה. אולם, כאשר עיקרון שלטון החוק הופך לעיקרון משפטי הוא גם הופך, מיניה וביה, לעיקרון מסוג של "חובות" – ועקרונותיו הופכים למבחנים חותכים שאמורים להכריע האם נורמה מסוימת כן עומדת בתנאי שלטון החוק, או לא; מתאימה להיות נורמה חוקתית, או לא.³⁴⁴ בהקשר אחר התייחס לכך השופט חשין בסגנונו הייחודי, כשכתב: דרכו של המשפט היא דרכה של הגיליוטינה: חיתוך חד, קביעה נחרצת, הכרעה לכאן או לכאן, זכאי וחייב, טוב ורע, שחור ולבן, צד וזכה וצד מפסיד. אם זה טיבו של התהליך, ממילא לא נכניס למכונת המשפט אלא נושאים שניתן וראוי להכריע בהם כך בדרך נחרצת.³⁴⁵

מנקודת המבט של פולר, לכל הפחות, יש בעייתיות קונספטואלית בהפיכה של מושג שלטון החוק למושג משפטי, מכיוון שהוא מסתייג מהטוטאליות של המוסר של החובות בהקשר של שלטון החוק, ומבכר באופן מפורש את הגמישות שהמוסר של השאיפות מאפשר. ראינו לעיל את הפצרתו של ג'רמי וולדרון בבתי המשפט – גם באלו שמקיימים ביקורת שיפוטית על החקיקה – שימנעו מליפול אל ה"רגרסיה ההובסיאנית", והציע להם שלא לנהוג בדרך "שיוצרת את הרושם שהם הכוח הריבוני הסופי בחוקה".³⁴⁶ אילו המלצות מעשיות ניתן להציע לבתי המשפט הישראליים, שאדוות הרושם הזה כבר מוטחות בהם לא אחת? זהו נושא למחקר המשך, מפותח ועצמאי, שחורג כמובן מגבולות המנדט של המחקר הנוכחי. עם זאת, חשוב לציין שהשאלה המכרעת ביותר בנוגע למידת הכפיפות של בית המשפט אל החוק, קשורה לדעתי לשיטת הפרשנות שבה נוקט בית המשפט העליון – הפרשנות החוקית והחוקתית. ככל ששיטת הפרשנות נוטה לכיוונים טקסטואליים יותר, כך ניתן לטעון ביתר קלות שבית המשפט עסוק ביישום החוק ובהשלטתו – גם אם הוא מרחיב את מוטת ביקורתו כלפי רשויות אחרות. אולם, ככל ששיטת הפרשנות מעניקה משקל רב יותר לשיקול דעתו של השופט, על חשבון הפרשנות הטקסטואלית (גם אם שיקול דעתו מונחה על ידי עקרונות נורמטיביים, כמו העמדה הפרשנית של דבורקין) – הרי שיהיה קשה יותר להגן על כפיפותו של בית המשפט אל החוק (לכל הפחות במובן הפורמלי של שלטון החוק). "מי שלו הסמכות הבלעדית לפרש כל חוק, בכתב או בעל־פה, הוא המחקר" (החוק).

³⁴⁴ ראו לדוגמה את דברי הנשיאה חיות בעניין שפיר, שם היא מגדירה את המבחנים שעל פיהם יש לזהות נורמה כמתאימה להיות נורמה חוקתית – לעיל בה"ש 242.

³⁴⁵ בג"ץ 5364/94 זאב ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, מט(1) 758, 827 (1995).
³⁴⁶ Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Role of Courts*, 10 GLOB. CONST. 91, 101 (2021).

האמיתי לכל דבר ועניין", טען הבישוף בנג'מין הודלי בפני מלך בריטניה בשנת 1717. "הוא ולא מי שהגה חוקים אלה או כתב אותם לראשונה".³⁴⁷

בהקשר הישראלי, מחקר מקיף שנערך לאחרונה על ידי שמעון נטף מצביע על החד-גוניות של תפיסת הפרשנות במשפט הישראלי – הן בבתי המשפט, הן בכתיבה האקדמית; הוא מראה את ההטמעה המלאה של שיטת הפרשנות של אהרון ברק בפסיקת בתי המשפט – שיטה שהחליפה את שיטות הפרשנות שקדמו לה, ושמעמידה את התכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה גם מעל כוונת המחוקק.³⁴⁸ נטף סבור ששיטת הפרשנות של ברק "חריגה וחסרת תקדים" ביחס למקובל בעולם;³⁴⁹ אך גם אם לא נקבל את הטענה הגורפת הזו במלואה, הרי שהשילוב בין כלל התהליכים שתוארו במאמר זה, לבין גישה פרשנית שמעניקה לשופט שיקול דעת פרשני רחב – צריך להעמיד סימני אזהרה בפני שופטי בית המשפט העליון הישראלי, בכדי שלא יתקרבו יתר על המידה לרגרסיה ההובסיאנית.

³⁴⁷ מצוטט אצל שמעון נטף פרשנות חקיקה בישראל 6 (טרם נדפס).

³⁴⁸ זהו כמובן ניסוח פשטני לתורה פרשנית שלמה; לניתוח המלא ראו אצל נטף פרשנות חקיקה בישראל פרק 2.

³⁴⁹ שם 12.