**סיכום חומרי קריאה – עבודה 2**

**The Authority of Law/ Joseph Raz**

**הייק** סיפק את אחת ההגדרות הברורות והדומיננטיות ביותר לעיקרון שלטון החוק – "ללא היבטים טכניים, משמעותו שהממשלה בכל פעולותיה, מחויבת לכללים קבועים ושפורסמו מראש - חוקים שמאפשרים לחזות בוודאות הוגנת, כיצד תשתמש הרשות בסמכויות הכפייה (בכוחה) שלה בנסיבות ספציפיות, כך שהפרט יוכל לתכנן את ענייניו האישיים, על בסיס מידע זה."

עם זאת, האופן שבו הוא מסיק מסקנות מעיקרון זה, ממחישה את אחד משתי הטעויות העיקריות בהתייחסותנו כיום לעיקרון שלטון החוק: הנחה של ערך שולט (חשיבותו העליונה).

המטרה של **רז** היא לנתח את עיקרון שלטון החוק בהשראת הגדרתו של **הייק**, ולהראות מדוע חלק מהמסקנות שהסיק לא נכונות כל כך.

אך קודם, יש להיזהר מאחד הטעויות הנפוצות בהתייחס לשלטון החוק.

בדר"כ שכשעיקרון פוליטי תופס את דמיונם של מספר רב של אנשים, השם שלו הופך לסיסמה שמשתמשים בה התומכים בעקרונות שלא קשורים כמעט לרעיון המקורי. גורל רעיון "הדמוקרטיה" וה"פרטיות" כיום, מהווים רק שתי דוגמאות לתהליך המוכר הזה.

בשנת 1959 הקונגרס הבינלאומי למשפטנים בניו דלהי, נתן תוקף רשמי לסטייה/עיוות דומה של עקרון שלטון החוק.

העיוות: תפקידו של המחוקק בחברה חופשית, לפי שלטון החוק, הוא ליצור ולקיים את התנאים שישמרו על כבוד האדם כפרט. כבוד זה דורש לא רק הכרה בזכויותיו האזרחיות והפוליטיות של הפרט, אלא גם ביסוס של תנאים חברתיים, כלכליים, חינוכיים ותרבותיים שחיוניים להתפתחות המלאה של אישיותו כאדם.

הדוח (של הקונגרס) ממשיך להזכיר ולהתייחס כמעט לכל עיקרון פוליטי שזכה לתמיכה בכל חלק של העולם במהלך השנים שלאחר המלחמה.

ההבחנה שלו מברק: אם שלטון החוק, הוא שלטון החוק הטוב, אז כדי להסביר את טיבו, יש להסביר פילוסופיה חברתית שלמה. במידה ומדובר בשלטון חוק טוב, המונח חסר כל פונקציה שימושית. אין צורך להאמין לשלטון החוק רק כדי לגלות שלהאמין בו, זה להאמין שהטוב צריך לנצח.

**שלטון החוק הוא עיקרון פוליטי שמערכת משפטית עשויה להחזיק בו, לא להחזיק בו כלל, או עשויה להחזיק בו במידה מסוימת, אך פחותה.**

אך שלטון החוק הוא רק אחת מהמעלות שבאמצעותה נשפטת מערכת משפטית שעשויה להחזיק בו. אין לבלבל אותה עם ערכים כמו דמוקרטיה, צדק, שוויון (בפני החוק או אחר), זכויות אדם מכל סוג שהוא או כיבוד כבוד האדם (שגם לפיהם יש לשפוט את המערכת המשפטית).

* **דגש שלי**- הרעיון של רז מושתת על כך ששלטון החוק לא מהווה ערך כשלעצמו כמו שווין או חירות, והוא מסביר את זה גם בדוגמאות הבאות.

מערכת משפט **שאינה דמוקרטית**, המבוססת על שלילת זכויות אדם, על עוני נרחב, על הפרדה גזעית, אי שוויון מיני ורדיפות דתיות (גרמניה הנאצית), **עשויה באופן עקרוני להתאים לעקרון שלטון החוק** יותר טוב מכל מערכת המשפט הדמוקרטיות המערביות והנאורות ביותר. זאת תהיה מערכת משפטית גרועה ומרושעת מאוד, אבל היא תצטיין מבחינה אחת: בשמירתה והתאמתה לשלטון החוק.

**רז** טוען שלאור השימוש הרב והלקוי שנעשה בשנים האחרונות בביטוי 'שלטון החוק', זה לא מפתיע שטענתו תעורר מחלוקת. לטענתו הגענו לשלב ובו אף אחד לא יכול לטעון שהאמת לצידו ולהאשים אחרים בעיוות מושג שלטון החוק.

רז להגנתו רוצה לטעון 2 דברים:

1. שלטון החוק מציג עמדה עקבית של מעלה חשובה שחברה משפטית צריכה להחזיק.
2. דעתו לא מקורית, והוא הולך בדרכם של **הייק** ושל רבים אחרים, שהבינו את "שלטון החוק" בצורה דומה.
3. הרעיון הבסיסי

שלטון החוק – פירושו פשוטו כמשמעו מבחינה מילולית: השלטון של החוק.

במובן הרחב, זה אומר **שאנשים צריכים לציית חוק ולהישלט על ידו**. אבל בתאוריה הפוליטית והמשפטית יש לפרשו במובן צר יותר, והמשמעות היא **שהממשלה צריכה להישלט על ידי החוק ולהיות כפופה לו**.

עיקרון שלטון החוק במובן הזה, מתבטא לרוב ע"י הביטוי "government by law and not by men"- שלטון ע"י חוק ולא ע"י האדם. אך לא נראה שבשימוש בביטויים אלה, העמימות מתבהרת.

ברור שהשלטון חייב להיות מכוח חוק וגם מכוח האדם. נאמר שכוונת שלטון החוק הוא שכל פעולות הממשלה חייבות להיות מכוח חוק, ומאושרת עפ"י חוק. האם זאת לא טאוטולוגיה (כפל מילים מיותר)? פעולות שאינן מורשות עפ"י חוק, לא יכולות להיות פעולות של השלטון כשלטון. הם יהיו ללא השפעה משפטית ולעיתים קרובות גם לא חוקיות.

* להבנתי – אם השלטון פועל מכוח חוק, ואז הוא פועל בניגוד לחוק, הפעולות שלו לא יכולות להיות של השלטון, אבל זה סתירה כי אם זה לא פעולות של השלטון, אבל החוק הסמיך את השלטון לפעול, אז איך הוא עושה משהו הפוך ממנו ועדיין מוגדר כשלטון (פרדוקסלי מאוד)

נכון שאנחנו יכולים להגדיר תפיסה פוליטית ממשלתית ששונה מהתפיסה המשפטית: להגדיר שהשלטון הוא מקור הכוח האמיתי בחברה (ולא החוק- בהתאם לפרדוקס החמוד שדיברנו עליו). במובן הזה, אפשר לומר שבריטניה נשלטת על ידי האיגודים המקצועיים. ולכן זאת לא טאוטולוגיה (כפל מילים) להגיד ששלטון החוק צריך להתבסס על החוק. (כביכול אם נגיד שמדינה נשלטת מכוח השלטון (או גוף אחר) שהוא הכוח האמיתי של החברה, גם השלטון הזה מתבסס על חוקים, והדבר פותר את הסתירה)

אם האיגודים המקצועיים ששולטים במדינה, עוברים על חוקים במטרה לכפות רצונם על הפרלמנט, ומקדמים אי צדק, נגיד שהם מפרים על שלטון החוק. אבל כאן משתמשים ב"שלטון החוק" במשמעותו המקורית של ציות לחוק. אנשים חזקים ואנשי השלטון, כמו כל אחד אחר, צריכים לציית לחוק.

אין ספק שזה נכון, אך האם זה ממצה את משמעותו של שלטון החוק? יש בשלטון החוק יותר מכך, ואפילו יותר מאשר החוק והסדר שחלים על הממשלה.

**רז** טוען שימשיך בהתבסס על ההנחה שאנו עוסקים בשלטון במובן המשפטי שלו, ובתפיסת שלטון החוק שחלה על השלטון ועל המשפט, שהיא לא רק יישום של תפיסת החוק והסדר.

חזרנו לבעייתנו הראשונית. אם הממשלה עפ"י הגדרה, שואבת את סמכותה מהחוק, שלטון החוק נראה כמו סתירה ריקה ולא כמו עיקרון פוליטי.

הפתרון לבעיה נמצא בהבדל שבין האדם (המובן) המקצועי של החוק לאדם "הדיוט" (חסר ידע בנושא) בראייתם את החוק (עו"ד מול אדם פשוט).

* **בשביל העו"ד** כל דבר הוא חוק אם הוא עומד בתנאים של מערכת החוק. זה כולל את החוקה, חיקוקים פרלמנטריים, תקנות, הגבלות, רגולציה, פקודות שוטרים וכו׳.
* **מבחינת האדם הפשוט**, החוק בנוי מדרגה נמוכה של כל אלה (תקנות, חיקוקים, חוקה). מבחינת האדם הרגיל, החוק בנוי ממקבץ חוקים יחסית קבוע ויציב. לכן אם אנו מתייחסים להגדרה הצרה לפיה שלטון החוק פועל לפי החוק בלבד ולא ע"י האדם, אז **אין סתירה**! (אין משמעות לכך שהיא מנוהלת ע"י אדם- נוצר מצב של כפילות עבודה- חוק+ ממשלה שפועלת רק מטעם החוק) כי במקרה זה **החוק פתוח, כללי, וניתן לפרשנות**. הממשלה לא יכולה לשנות את הכללים במובן הזה, שכם הוא יציב, פומבי, וכללי, ולכם גם הממשלה עצמה כפופה לו ואין סתירה.

הסכנה שבפרשנות מושג שלטון החוק בדרך זו, היא **ששלטון החוק עשוי לקבוע דרישה נוקשה**, שאף מערכת משפטית לא יוכל לעמוד בה. שכן החוק **יהיה כללי מדי ויגלם מעט משמעות**. מבחינה אנושית קשה מאוד להתמודד עם חוקיים כלליים.

* הנקודה שאם נתייחס לחוק כאל משהו קבוע יציב ללא התייחסות לשלטון בעניין, תיווצר דרישה נוקשה, כי החוק יהיה מאוד כללי עם משמעות מצומצמת. זה קורה כי לא מתייחסים לעובדה שהשלטון מנוהל גם ע"י האדם ולא רק ע"י החוק.

לכן, כמו שהשלטון צריך לפעול גם לפי החוק וגם לפי האדם, כך גם החוקים צריכים להיות גם כלליים וגם ספציפיים על מנת שנוכל לאפשר את העבודות שבשבילן אנחנו צריכים את החוק (בקיצור כדי לממש אותו).

הדוקטרינה של שלטון החוק לא מכחישה את זה **שכל מערכת משפטית צריכה להיות מורכבת גם מחוקים כלליים**, **פומביים ויציבים** (שזאת התפיסה הרווחת של המשפט), **וגם מכללים מסוימים וספציפיים** (הסדרים משפטיים) המהווים כלי חיוני למערכת המשפט. הדוקטרינה מכפיפה חלק מהחוקים הספציפיים לאלה הכלליים (נראלי שיש חוקים ספציפיים שכפופים/נובעים מחוקים כלליים כדוגמת חוקי יסוד). אחד העקרונות של הדוקטרינה היא **שיצירת החוק הספציפי תודרך/תונחה ע"י החוק הכללי והיציב.**

העקרון הזה מראה "שהסלוגן" 'שלטון החוק ע"י החוק ולא ע"י האדם'- יכול להיראות כמו רעיון פוליטי. העיקרון לא ממצה את המשמעות העמוקה של שלטון החוק, ולא מסביר את חשיבותו.

נחזור למשמעות המילולית של שלטון החוק- יש לכך 2 היבטים:

1. בני האדם אמורים להישלט ע"י החוק ולציית לו.
2. החוק אמור להיות כזה שאנשים יוכלו להיות מונחים על פיו ומודרכים על ידו.

כפי שראינו, הבעיה מגולמת בהיבט השני. החוק צריך להיות כזה שאפשר יהיה לציית לו.

אדם מציית לחוק רק אם הוא אינו עובר עליו (משמע יכול להבין אותו כדי לפעול על פיו). לכן, כדי שנציית לחוק, והחוק יתקיים ,הוא **צריך להיות מסוגל להכווין את ההתנהגות של האזרחים**. הם חייבים להבין את החוק כדי לפעול על פיו- משמע חוק בהיר ומובן.

הבסיס של תאוריית שלטון החוק: **החוק חייב להיות מסוגל להנחות התנהגות**!

ניכר כי מדובר בתפיסה יחסית **פורמלית** לשלטון החוק, משום שהיא לא מציינת את האופן שבו החוק ייעשה (ע"י עריצים/דמוקרטיה/או בדרך אחרת) ולא מזכירה דבר ביחס לזכויות היסוד של האדם, או צדק (מזכירה שהתפיסה הפורמאלית עפ"י ברק- ציות לחוק ללא התייחסות לתוכנו גם אם אינו ראוי). יש אנשים שיגידו שהתפיסה חסרת תוכן, אך **רז לא מסכים**, לדעתו מדובר בגישה רחוקה מהאמת. רוב הדרישות שהיו קשורות לשלטון החוק לפני שנהפך לסמל את מידותיה של המדינה, מבוססות על המושגים הללו.

1. עקרונות נוספים

הרבה מהעקרונות שניתן להפיק מהרעיון הבסיסי של שלטון החוק, תלויים בתוקפם, בנסיבות המיוחדות של חברות שונות (להבנתי בחברות שונות, נפיק עקרונות שונים של שלטון החוק שמתאימות לחברה הספציפי ולנסיבותיה). מיותר לציין את כולם אך נזכיר חלק מהחשובים.

1. **כל החוקים צריכים להיות פרוספקטיביים, פומביים וברורים –**
* אדם לא יכול להיות **מונחה חוק רטרואקטיבי** (כי ההתנהגות חלה לפני חקיקת החוק בתכלס). לעיתים מחוקקים חוק רטרואקטיבי, אך במידה והדבר יקרה הוא לא יסתור את שלטון החוק (אפשר להתנגד לאותו החוק בגלל סיבה אחרת, ולא בגלל שחוקק רטרואקטיבית). למשל: החוק לעשיית דין בנאצים.
* החוק חייב להיות **פתוח ופומבי** (מפורסם כראוי)- אם מטרתו להנחות את הפרט, עליהם להיות מודעים אליו.
* החוק צריך להיות **בעל משמעות ברורה**- חוק מעורפל או לא מדויק, עלול להטעות או לבלבל לפחות חלק מאלה המעוניינים להיות מודרכים על ידו.
1. **החוק אמור להיות יציב באופן יחסי** – הוא לא אמור להשתנות לעיתים תכופות.
* אם הוא ישתנה בתדירות, אנשים **יתקשו לברר מה החוק** בכל רגע נתון, ויחששו מכך שהחוק השתנה מאז הפעם האחרונה שלמדו מהו.
* **יציבות חיונית למטרות ארוכות הטווח של אנשים**- מדובר בעובדה חשובה יותר. אנשים צריכים לדעת את החוק לא רק בשביל תוכניות קצרות הטווח שלהם (איפה להחנות למשל), אלא גם בשביל **תכנון ארוך הטווח שלהם**. ידיעה של החוק בקווים כלליים, ולעיתים אף לפרטי פרטים (כמו בדיני מיסים או חברות), לעיתים הכרחית וחשוב לתוכניות עסקיות, שלרוב מניבות פרי רק כעבור כמה שנים. **\*\*שיבוש התוכניות מהווה פגיעה בכבוד האדם.**

(יאיר נתן דוגמה- רצון לעשות תואר במשפטים. ישנה הכנה ארוכת טווח, מעבר מגורים, למידה למבחנים, קריירה. מדובר בתוכנית לטווח ארוך. שתלויה בין השאר בכך שהחוקים שקשורים למקצוע הם יציבים (שההתמחות לא תתארך פתאום ל6 שנים). **עצם זה שהוא יציב ומאפשר לי לתכנן את חיי קשור לאוטונומיה שלי**. **שיבוש התוכנית פוגע בכבוד האדם**, בתוכנית הבסיסית שלי.

3 נקודות חשובות מומחשות ע"י עיקרון זה:

* **התאמה לשלטון החוק היא לרוב עניין של מידה**, לא רק כשכל מערכת המשפט עומדת על כף המאזניים, אלא גם ביחס לחוקים בודדים. חוק יכול להיות רטרואקטיבי או לא, אבל הוא יכול להיות ברור פחות או יותר, ופחות או יותר יציב (הנקודה שזה לא ישפיע על כל גורלה של מערכת המשפט כולה- העניין של אם היא מתאימה לשלטון החוק זה עניין של מידה, עד כמה באמת החוקים לא יציבים, לא בהירים.. וכמה הפרות כאלה יש). ניתן לספור את מספר ההפרות, כך שחלקן גרועות יותר מאחרות. חלקם מפרים את העקרונות בצורה פורמאלי בלבד, שאינה פוגעת בדוקטרינה.
* **עקרונות שלטון החוק משפיעים בעיקר על תוכן וצורת החוק** (פרוספקטיבי, ברור וכו'), אך לא רק עליהם. הם משפיעים גם על השלטון באופן שהוא מעבר למה שנקבע בחוק. הדרישה ליציבות אינה חקיקתית נטו, פעמים רבות היא עניין של מדיניות ממשלתית חכמה.
* למרות שתפקיד החוק נוגע בעיקר לאזרחים פרטיים כנושא לחובות, הוא נוגע גם לניצול סמכויות של ידיים פרטיות.
1. **החקיקה של חוקים ספציפיים צריכה להיות בהשראת חוקים כלליים פומביים, יציבים וברורים** – לעיתים מניחים שהדרישה לכלליות היא המהות של שלטון החוק. מושג זה נובע מהפירוש המילולי של שלטון החוק (כאמור לעיל), כאשר "חוק" מעלה קונוטציה להיות מוגבל לחוק כללי, יציב, ופומבי. זה מתחזק עם האמונה לפיה שלטון החוק רלוונטי כדי להגן על השוויון וכי השוויון קשור לכלליות של החוק. **אמונה זאת מוטעית** לדעתו של **רז**, כפי שציין כבר בעבר. אפליה גזעית ודתית ממוסדת ע"י חוקים כלליים.

התפיסה הפורמלית עליה **רז** מגן, לא שוללת כלל ספציפי כל עוד הוא יציב, ברור וכו'. אבל כמובן שכללים משפטיים ספציפיים, משמשים בעיקר את השלטון כדי להגמיש ולהתאים את החוק. שוטר המסדיר תנועה, רשות רישוי שמעניקה רישיון בתנאים מסוימים, כל אלה הם מהחלקים הפחות יציבים של החוק. ככאלה הם נוגדים את הרעיון הבסיסי של שלטון החוק. הם **מקשים על אנשים לתכנן מראש על בסיס ידיעת החוק**. אפשר היה להתגבר על קושי זה- אם החוקים הספציפיים שהם במעמד חולף, יהיו מחוקקים במסגרת חוקים כללים שהם עמידים יותר ומטילים מגבלות על חוסר החיזוי שנגרם מהחוקים הספציפיים.

שני סוגי חוקים כלליים יוצרים את המסגרת לחקיקת חוקים ספציפיים:

1. כללים שמקנים את **הסמכות** שדרושה **לחקיקת** החוקים הספציפיים. (נותן סמכות- לדוג' רשות ממשלתית יכולה לחוקק תקנות משנה).
2. כללים שמטילים **חובות** על בעלי הכוח **כיצד לממש** את סמכויותיהם. (מורה איך להשתמש בסמכות שניתנה- לדוג' רוב מסוים).

לשניהם יש חשיבות שווה ביצירת מסגרת יציבה עבור יצירת חוקים ספציפיים. שיקולים דומים חלים גם על כללים משפטיים כלליים, גם אותם צריך להתאים למסגרת יציבה. מכאן הדרישה **שחקיקה מנהלית צריכה להיות כפופה לכללי יסוד מפורטים**.

* נראה שמתן שיקול דעת מנהלי נרחב לפקידים יוצר חוסר ודאות וחוסר יציבות. באמצעות הסדרה של אופן חקיקתם, אנו מפחיתים את אי הודאות וניתן להכווין התנהגות באמצעותם.
1. **יש להבטיח את עצמאותה של הרשות השופטת** – הואיל ופסק הדין של ביהמ"ש קובע הלכה באופן סופי, בעלי הדין יכולים להיות מודרכים בחוק רק אם **השופטים יישמו את החוק בצורה נכונה**. אחרת אנשים יצטרכו לנחש מה בית המשפט צפוי לפסוק- והניחושים שלהם לא מבוססים על החוק אלא על שיקולים אחרים.

הכללים הנוגעים לעצמאות הרשות השופטת- שיטת מינוי שופטים, בטחון כהונתם, דרך קביעת שכרם וכן תנאי שירות אחרים- נועדו להבטיח **שהרשות השופטת תהיה בלתי תלויה בסמכות אחרת מלבד החוק**. כך שהם חיוניים לשמירה על שלטון החוק.

1. **יש לשמור על עקרונות הצדק הטבעי** – משפט הוגן ופומבי, היעדר ניגוד עניינים וכדומה גורמים קריטיים לשלטון החוק וחיוניים ליישום נכון של החוק. אחרת החלטות תתקבלנה משיקולים שאינם נובעים מהחוק.
2. **לבתי המשפט צריכות להיות סמכויות ביקורת על יישום העקרונות (לעיל) של גופים אחרים** – זה כולל החלטות מנהליות ופרלמנטריות אבל הביקורת הזו היא מצומצמת ומוגבלת- הביקורת מתקיימת רק כדי להבטיח התאמה לשלטון החוק.
3. **בתי המשפט צריכים להיות נגישים** – בהתחשב במעמד המרכזי של בימ"ש להבטחת שלטון החוק (ראו עקרונות 4-6 לעיל), לנגישותם חשיבות עליונה. הליכים ארוכים, עלויות מופרזות וכו' עלולים להפוך למעשה את החוק לאות מתה ולסכל את היכולת של האדם להנחות את עצמו ביעילות ע"י החוק.
4. **המשטרה והפרקליטות –** אין לאפשר לגורמים שאמונים על מניעת פשיעה לעוות את החוק. **גם פעולותיהן של המשטרה והפרקליטות יכולות לערער את החוק, ולכן חשובות לשמירה על שלטון החוק**. אסור לאפשר לפרקליטות לא להגיש כתבי אישום בגין פשעים מסוימים, או למשטרה לא לאכוף חוק כלפי קבוצה מסוימת.

מדובר ברשימה חלקית הזקוקה להרחבה, כך שגם העקרונות שהוזכרו טעונים הסבר או הצדקת נוספת. הם הובאו כדי להמחיש את כוחה של התפיסה הפורמלית של שלטון החוק. **הרשימה לא עומדת בפני עצמה**! יש לפרש אותה תמיד לאור **העיקרון הבסיסי של הכוונת התנהגויות באמצעות החוק**.

ניתן לחלק את העקרונות ל2 קבוצות. **עקרונות 1-3** נוגעים לסטנדרטים של חוק הנועדים להבטיח שהחוק **יכווין התנהגות** באופן יעיל. **עקרונות 4-8** עוצבו בכדי להבטיח שאוכפי החוק לא ימנעו מהחוק להדריך ולכוון, שאוכפי החוק יפקחו על התנהגויות בהתאם לחוק, ושיספקו תרופות אפקטיביות במקרה של סטייה מהחוק (נוגעים למנגנון האכיפה והסנקציה של החוק). אספקטים אחרים בחיי קהילה יכולים לחזק או להחליש את שלטון החוק, אך מהווים השפעות עקיפות שאין לדאוג לגביהן.

1. הערך של שלטון החוק

אחד המעלות של דוקטרינת שלטון החוק שרז מגן עליה, היא שיש ערכים רבים שהיא לא משרתת. כאמור, התאמה לשלטון החוק היא מעלה, אבל רק אחת מיני רבות שמערכת המשפט צריכה להחזיק. **אז מהם הערכים אם כן, אשר שלטון החוק אכן משרת**?

1. **שלטון שרירותי –** שלטון החוק אינו מונע באמת שלטון שרירותי. שלטון שרירותי יכול להתקיים בכפיפה עם שלטון החוק. עדיין שליט יכול לקדם כללים וחוקים רבים שמבוססים על אינטרסים אישיים, זאת מבלי לפגוע בשלטון החוק. שלטון דיקטטורי לרוב, מוצג ובצדק, כנוגד את שלטון החוק. אבל, החלה של העקרונות תוביל להחלשה וריסון של האספקטים הגרועים של שלטון שרירותי. ההגבלות הרבות ששלטון החוק מטיל על הרשות המבצעת מסייעת למניעת עריצות. התחום היחיד שבו שלטון החוק מונע שרירותיות לחלוטין הוא תחום הפסיקה של בתי המשפט, שנדרשים להיות כפופים לחוק בלבד, ולא יכולים לסטות ממנו (219). אם כך, הדבקות בשלטון החוק מביאה לצמצום משמעותי של השרירותיות.
2. **הגנת החירות האישית** – אנו מעריכים את היכולת לבחור את אופן חיינו, להציב מטרות לטווח ארוך, ולכוון את חיינו למימוש תכליות אלה. היכולת הזו תלויה במידה רבה בקיומה של מסגרת יציבה ובטוחה לחיינו.

החוק יכול להבטיח מסגרת זו בשני אופנים:

* ייצוב **יחסים חברתיים**, שבלעדיו היו עלולים להתפתח בכיוונים בלתי צפויים.
* ע"י מדיניות של **ריסון עצמי**, שתהפוך את החוק עצמו לבסיס יציב ובטוח לתכנון מעשיו של הפרט. היבט זה הוא החשוב בנוגע לשלטון החוק. הוא שמזוהה, לדעתו של **הייק**, עם הגנה על חירותו של הפרט. הדבר נכון רק כאשר החירות מזוהה עם יכולת יעילה לבחור בין האופציות הרבות האפשריות (אם אדם יודע מה המסגרת הנורמטיבית שהוא עובד בה, הוא יכול לבחור בצורה מושכלת בין אפשרויות שונות, מה שמבטא חירות).

החירות המצוינת שונה במשמעותה מן המשמעות הפוליטית שלה. חירות פוליטית מורכבת מ: 1) איסור על צורות התנהגות מסוימות הפוגעות בחירות האישית, 2) המגבלות המוטלות על כוחן של רשויות ציבוריות כך שתופחת הפגיעה בחירות האישית (מגבלות על הממשלה להגביל את חופש התנועה של הפרט).

שלטון החוק יכול אולי להגן על החירות האישית באמצעות ודאות, אך לא מונע חוקים רודניים והתערבות אגרסיבית של רשויות המדינה. בקיצור, היבט יחסית זניח של שלטון החוק לדעתו.

1. **הגנת כבוד האדם** – שיקול חשוב יותר מאשר הקודמים, היא העובדה ששמירה על שלטון החוק הכרחית, אם מטרת החוק הוא שמירה על כבוד האדם. שמירה על כבוה"א משמעותו התייחסות לבני אדם ככאלה שמסוגלים לתכנן את עתידם. לכן, **שמירה על כבודם כוללת שמירה על האוטונומיה שלהם, על זכותם לשלוט בעתידם**. שליטה של אדם על חייו לעולם לא תהיה מושלמת ושלמה. היא יכולה שלא להיות שלמה בכמה הקשרים:
* האדם יכול שלא להיות מודע לאפשרויותיו, לא מסוגל להחליט מה לעשות, לא מסוגל להבין את אפשרויותיו, מתוסכל בניסיונות לממשן, או שייתכן כי אין לו אפשרות כלל (או לפחות לא אחת ששווה את זה).

כל הכישלונות הללו יכולים לקרות ע"י גורמים טבעיים, או ע"י מגבלות באופיו של האדם וביכולתו. ישנן הרבה דרכים בהם התנהגות של אדם יכולה להשפיע על חייו של אחר. רק כמה מההפרעות יעלו לכדי **פגיעה בכבוד או לכדי הפרת האוטונומיה של האדם**. ישנם 3 צורות מרכזיות בהם שוללים את כבוד האדם:

* **עלבונות** – פעולה שמניחה שאדם אינו אוטונומי או זכאי ליחס אוטונומי.
* **עבדות** – שלילה של כל האפשרויות הפעולה באמצעות השפעה **על נסיבות החיצוניות לאדם** (למרות שזה אמור להיות לאורך זמן כמו בעבדות, רז מתייחס לזה גם בהזדמנות בודדת).
* **מניפולציה** – שינוי של העדפותיו או אמונותיו של אדם או היכולת שלו לפעול או להחליט. ההבדל משעבוד הוא שמדובר **בהשפעה על האדם עצמו**, ולא על נסיבות חיצוניות לו.

החוק יכול לפגוע בכבודם של אנשים בהרבה דרכים. שמירה על שלטון החוק לא מבטיחה שהפרות כאלה לא יתרחשו. אבל ברור **שהתעלמות מכוונת משלטון החוק פוגעת בכבוד האדם**.

אם מניחים שהאלמנט המרכזי של שלטון החוק הוא הכוונת התנהגות – פגיעה בכבוד האדם באמצעות פגיעה באוטונומיה ושלילת היכולת לקבל החלטות ולהתנהל במסגרת נורמטיבית ברורה היא פגיעה מרכזית בשלטון החוק. פגיעה זו יכולה לקבל 2 צורות:

1. מצב של חוסר וודאות – בו אנשים לא יכולים לסמוך על החוק ולכלכל את צעדיהם באופן מושכל בעתיד. קורה בעיקר במקרים של חוקים מעורפלים וסמכות רחבה למחוקקי משנה.
2. מצב בו יש תסכול וציפיות מאוכזבות – יוצרים אווירה של יציבות ושלטון חוק, מה שגורם לאנשים לקבל החלטות משמעותיות, ואז שינוי באמצעות חוקים רטרואקטיביים או פגיעה במערכת אכיפת החוק. מצב זה מהווה פגיעה **חמורה יותר** מהראשונה בכבוד האדם, (**דוגמה של יאיר- ראו לעיל בע"מ 4**) שכן הם מביעים **חוסר כבוד לאוטונומיה** של הפרט.

החוק במקרים כאלה מעודד פעולה אוטונומית רק במטרה לדכא את המטרות של אותו המקרה. כאשר תסכול כזה (ציפייה נכזבת) הוא כתוצאה מפעולה אנושית או כתוצאה מפעילויות של מוסדות חברתיים – אז הוא מבטא חוסר כבוד. בדר"כ זה מושווה לכליאה: אדם מועדד בתמימות להסתמך על החוק. הביטחון שלו נעלם, וההסתמכות שלו היא הגורם לנזק שלו.

אחידות בשלטון החוק היא עניין חשוב. אחידות מושלמת אינה אפשרית, ואפשרות למקס' אחידות היא בגדול לא רצונית (עדיף שיהיה שק"ד מנהלי מפוקח כלשהו מאשר שלא יהיה שק"ד בכלל).

בדר"כ מוסכם שאחידות כללית בשלטון החוק צריכה להיות מוערכת ביותר, אבל אין להסתמך על ערך שלטון החוק ולציית לו באופן עיוור. הבנת הערכים המגוונים שמשרת שלטון החוק עוזרת להעריך בצורה חכמה אילו פגיעות עלולות להיות. מקרים מסוימים פוגעים בכבוה"א, נותנים יד חופשית להפעלת כוח שרירותי, פוגעים באינטרס ההסתמכות (ציפיות נכזבות) ומחלישים את יכולת האדם לתכנן. במקרים אחרים יש רק חלק מצדדים רעים אלה. הצדדים הרעים שבהפרות שלטון החוק הם לא תמיד אותו הדבר, למרות העובדה שהדוקטרינה נחה על אותו רעיון מרכזי.

1. שלטון החוק ומהותו

**פולר** טען שהעקרונות של שלטון החוק אותם מנה, חיוניים לקיומו של החוק. טענה זו אם היא נכונה, היא קריטית להבנתנו לא רק את שלטון החוק, אלא גם את היחס בין חוק למוסר. רז התייחס לשלטון החוק כאל עיקרון, כסטנדרט שהחוק צריך להתאים אליו, אך הוא כן יכול להפר לפעמים את האידיאל בצורה קיצונית ושיטתית. **פולר** על אף שהוא מאפשר לחרוג מעיקרון שלטון החוק, מכחיש שהוא יכול להיות קיצוני או טוטלי. פולר טוען, שמערכת משפטית חייבת להתאים לעקרון שלטון החוק במידה מסוימת. מטענה זו הוא מסיק **שקיים קשר מהותי בין חוק למוסר**. חוק הוא בהכרח מוסרי, לפחות במובנים מסוימים.

זה נכון שרוב העקרונות שצוינו בס' 2, אינם ניתנים להפרה מוחלטת על ידי המערכת המשפטית. מערכת משפט מבוססת על מוסדות משפט, לא יכולים להיות מוסדות משום צורה, אם אין כללים שקובעים אותם. נורמה מסוימת יכולה לאשר שיפוט בסכסוך מסוים, אך מספר נורמות לא יכולות להקים מוסד.

באופן דומה, **חוקים רטרואקטיביים יכולים להתקיים רק בגלל שיש מוסדות שאוכפים אותם**. הדבר כרוך בכך שיהיו חוקים פרוספקטיביים, שמורים לאותם מוסדות להחיל את החוקים הרטרואקטיביים, כדי שהחוקים האלה יהיו תקפים.

בתאוריה של **הארט** אפשר לומר שלפחות חלק מכללי ההכרה והשיפוט של מערכת משפטית, חייבים להיות פרוספקטיביים, וכלליים. מטבע הדברים, הם חייבים להיות גם ברורים, כדי שיהיו הגיוניים ונוכל להבין אותם בכלל.

ברור שמידת חיוניותם של כלליות, בהירות, פרוספקטיביות וכדומה לחוק היא מינימלית ועולה בקנה אחד עם הפרות גסות של שלטון החוק. אך האם אין די בשיקולים שהוצגו עד כה, **כדי לקבוע שבכל מערכת משפטית יש לפחות ערך מוסרי כלשהו**? רז חושב שלא. שלטון החוק הוא ערך במובן השלילי. (לא רע, הכוונה היא שאין לו ערך חיובי, ויש לפרשו בדרך ההימנעות) החוק יוצר סכנה גדולה של כוח שרירותי – שלטון החוק נוצר כדי למזער את הסכנה שהחוק יוצר בעצמו. בדומה לכך, החוק עלול להיות לא יציב, מעורפל, רטרוספקטיבי וכו', ובכך לפגוע בחירותם ובכבודם של אנשים. שלטון החוק נוצר כדי למנוע גם את הסכנות הללו.

שלטון החוק הוא שלילי בשני מובנים:

1. שמירה על שלטון החוק **לא גורמת לטוב, אלא רק מונעת רע**
2. **הרע שנמנע באמצעות שלטון החוק,** הוא רק רע שיכול היהלהיווצר **באמצעות החוק עצמו**.

רז משווה זאת לכנות – לא ניתן לשבח אדם שאינו מסוגל לתקשר בגין כנותו. אדם שכביכול אינו מסוגל לתקשר, לא נשבח אותו מפני שהוא כנה בכך שאינו משקר, כי הכנות שלו נובעת מחוסר היכולת שלו. אם מערכת מסוימת שאין בה שלטון חוק לא יכולה להסמיך מעשי זוועה כי היא אינה בהירה, פומבית וחסרה מנגנון אכיפה יעיל – אין פה שום מעלה מוסרית. פשוט חוסר יכולת לבצע רע באמצעות החוק. לכן, העדר שלטון חוק הוא לא לא-מוסרי לכשעצמו, הוא פשוט מבטא חוסר יכולת, כמו מצב שבו אדם שאינו יכול להרוג לא הורג. (**של דוד**)

* **להבנתי**, זה שאדם לא מסוגל לעשות משהו רע בשל חוסר יכולת מסוימות, לא הופכת אותו לטוב. ככה גם שלטון החוק, אם מערכת שלטון מסוימת לא יכולה להפוך מעשי זוועה לכדי חוק בגלל שאין לה מאפיינים של יציבות, פומביות וסנקציות, זה לא הופך אותה למוסרית. יש פשוט חוסר יכולת לבצע רע באמצעות חוק.

הניסיון של פולר לקשר בין חוק למוסר נכשל. ככל שהציות לשלטון החוק היא מעלה, הוא אמור להיות עיקרון שאמור להפוך (הוא יכול גם להיכשל) למציאות. ישנו טיעון נוסף הקובע קשר מהותי בין החוק לשלטון החוק, אך הוא לא מבטיח מעלה לחוק.

ציות לשלטון החוק חיוני להבטחת כל המטרות שהחוק נועד להשיג. **יש לסייג את ההצהרה** **הזאת**. נוכל לחלק את המטרות שהחוק נועד לשרת לשני סוגים:

1) המטרות שמובטחות על ידי ציות לחוק כשלעצמו (משמע אם אקיים את החוק המטרה שלשמה הוא נחקק, תתגשם). 2)השלכות נוספות של הציות לחוק, או ידיעת קיומו, שהחוק נועד להבטיח (בעצם קיומו מתממשות מטרות עקיפות למטרתו העיקרית).

למשל: חוק האוסר על אפליה גזעית בתעסוקה ממשלתית, מטרתו הישירה היא ביסוס שוויון גזעי בהעסקה, קידומם ותנאי השירות של עובדי ממשלה (שכן פעולה מפלה היא הפרת חוק). ייתכן שמטרותיו העקיפות הן לשפר את יחסי הגזע במדינה באופן כללי, למנוע איום בשביתה של איגודים מקצועיים מסוימים, או לעצור את הירידה בפופולריות של הממשלה. **ציות לשלטון החוק לא תמיד מסייע למימוש מטרותיו העקיפות של החוק, אך הוא חיוני למימוש מטרותיו הישירות.** משיגים את מטרות אלה על ידי ציות לחוק, אשר מובטח על ידי אנשים ששמים לב לחוק ומנחים את עצמם בהתאם אליו. אם מטרותיו הישירות של החוק לא מסוכלות, עליו להיות מסוגל להכווין את התנהגות האנשים, וככל שהוא מותאם יותר לעקרונות של שלטון החוק, הוא יכול לעשות את זה בצורה טובה יותר (להכווין התנהגות).

בחלק 2 ראינו שציות לשלטון החוק הוא אחד מהמעלות הרבות שחוק צריך להחזיק בהן. **השיקול הנוכחי (**לדעתי של מימוש מטרותיו הישירות והעקיפות**) מלמד ששלטון החוק הוא לא רק מעלה מוסרית – הוא תנאי הכרחי לכך שהחוק ישרת ישירות מטרה טובה בכלל** (אם לא יתגשמו מטרותיו של החוק, הוא לא יכול לשרת מטרה חיובית, או מטרה כלשהי בכלל). כמובן **שציות לשלטון החוק מאפשר לחוק גם לשרת מטרות רעות**. זה לא מראה שזה לא מעלה (ציות לשלטון החוק), בדיוק כמו העובדה שבשימוש בסכין חדה כדי להזיק, לא מראה שחדות היא לא מאפיין טוב של הסכין. לכל היותר, הדבר מראה מנקודת המבט של השיקול הנוכחי, שזה לא טוב מוסרי (משמע אני משתמשת בעיקרון על מנת לקיים מטרות רעות). חדות היא מאפיין טוב הטבוע בסכינים. סכין טובה, היא בין היתר סכין חדה. **באופן דומה – ציות לשלטון החוק היא מעלה שטבועה בחוקים, ואכן מדובר בערך החשוב ביותר של החוקים**. מהותו של החוק הוא להכווין התנהגות באמצעות כללים, ובתי המשפט אמונים על יישומם (של הכללים). לכן, שלטון החוק הוא מהווה הצטיינותו הספציפית (הצלחתו) של המשפט. מכיוון שציות לשלטון החוק הוא מעלתו של החוק בעצמו (שכן ציות לו חיונית כביכול למימוש המטרות של החוק), חוק כחוק ללא קשר למטרה אותה נועד לשרת, מובן ונכון, ששלטון החוק נחשב לבין מעלותיו הבודדות, שאותם נועדו ליישם (נמצא באחריותם של) בתי המשפט ועורכי הדין.

**התייחסות לשלטון החוק כמעלה טבועה או ספציפית של החוק, היא תוצאה של תפיסה אינסטרומנטלית של החוק.** החוק הוא לא רק עובדת חיים. הוא צורה של ארגון חברתי שיש להשתמש בו כראוי ולמטרות נאותות. הוא מכשיר בידיי האנשים ששונה מהרבה כלים אחרים, בכך שהוא רב תכליתי ומסוגל לשמש למגוון גדול של מטרות ראויות. כמו כלים, מכונות ומכשירים אחרים, כלי הוא לא כלי/מכשיר מהסוג שתיארו, במידה ואין לו לפחות יכולת כלשהי לבצע את תפקידו (משמע הכלי הוא לא באמת אותו הכלי, אם הוא לא מסוגל לבצע את תפקידו של הכלי שהוא נועד להיות). **סכין היא לא סכין אם אין לה יכולת כלשהי לחתוך**. **כדי שחוק יהיה חוק, עליו להיות מסוגל להנחות התנהגות, גם אם בצורה לא יעילה**. בדומה לכלים אחרים, לחוק יש מעלה ספציפית שהיא ניטרלית מבחינה מוסרית (החוק עצמו כחוק, מטרתו לא מוגדרת כמוסרית או לא- הכל תלוי בתוכנו- ולכן מוגדר ככלי ניטרלי) מפני שהיא ניטרלית באשר למטרה שאליה הכלי (החוק) מיושם. זאת מעלת היעילות. מעלתו של הכלי ככלי (הנקודה שאין לו ערך טוב או לא, הוא ניטרלי באשר למטרה שאותה רוצה להשיג- מתייחסים אליו רק ככלי). **עבור החוק, המעלה הזאת היא שלטון החוק.** לכן שלטון החוק הוא מעלה שטבועה בחוק, אך היא לא מגלמת מעלה מוסרית שלו.

* **הערה שלי**: וכך רז מנתק את הקשר בין החוק למוסר- הוא מתייחס לשלטון החוק כאל כלי, שבתכלס הוא ניטרלי כל עוד לא השתמשו בו למטרות מסוימות.

מעמדו המיוחד של שלטון החוק לא אומר שלציות לו, אין חשיבות מוסרית. מלבד העובדה שציות לשלטון החוק הוא גם מעלה מוסרית, הוא מהווה גם דרישה מוסרית בעת הצורך, כדי לאפשר לחוק לבצע פונקציות חברתיות מועילות. (נדרש בשלטון החוק בעת הצורך, כאשר ישנה דרישה מוסרית לבצע פונקציות חברתיות מועילות). ממש כמו שיכולה להיות חשיבות מוסרית לייצר סכין חדה, כשהדבר נדרש למטרה מוסרית. במקרה של שלטון החוק, זה אומר שתמיד יש לו ערך מוסרי רב.

1. כמה מלכודות

**הערך הבלתי מעורער של ציות לשלטון החוק, לא צריך להוביל אדם להגזים בחשיבות שלו** (של שלטון החוק). ראינו איך **הייק** ציין נכון את הרלוונטיות שלו להגנה על החירות **(ראה לעיל עמ' 9-** מזכירה, **שהייק** חשב שעל החוק להוות בסיס יציב ובטוח לתכנון מעשיו העתידיים של הפרט, כך שנשמרת חירותו). ראינו גם ששלטון החוק כשלעצמו, אינו מספק הגנה מספקת על החירות (כאמור, שלטון החוק לא מונע חקיקת חוקים מרושעים שבסוף פוגעים בחירות). עם זאת, יש לקחת בחשבון את העמדה של **הייק**. הוא מתחיל באמירה המפוארת שבאופן בלתי נמנע, מובילה לציפיות מוגזמות: *תפיסת החירות על פי החוק, שהיא ענייננו העיקרי של ספר זה (כנראה שהקטע לקוח מספר מסוים), נשנעת על הטענה שכאשר אנחנו מצייתים לחוקים, במובן של כללים מופשטים כלליים שנקבעו ללא קשר להחלתם עלינו, איננו כפופים לרצונו של אדם אחר, ולכן חופשיים. הסיבה לכך היא שהמחוקק אינו יודע את המקרים המסוימים עליהם יחולו כלליו, וזאת משום שלשופט המחיל אותם, אין ברירה בלהסיק את מסקנותיו ממכלול הכללים הקיים ומעובדות המקרה המיוחדות, כך שאפשר לומר שלא בני האדם שולטים, אלא החוקים. כפי שחוק אמיתי לא צריך לנקוב בפרטים כלשהם, אז הוא במיוחד, אינו צריך לייחד אנשים או קבוצת אנשים ספציפית.*

* להבנתי, חירות לפי החוק היא כאשר אנחנו מצייתים לחוקים כלליים ומופשטים, שנקבעו ללא קשר למתי יחולו. כך אנחנו חופשיים. הסיבה היא, שהמחוקק לא באמת יכול לתאר את כל המקרים העתידיים שיכולים לקרות, ולכן מחוקק כללים כלליים, שישתמשו בהם בהתאם לנסיבות המקרה. מכאן נסיק שהחוק הוא זה ששולט ולא בני האדם.

ואז, במודעות לאבסורד שאליו מוביל הקטע הזה, **הייק** משנה את קוו, עדיין מנסה להציג את שלטון החוק כערך העליון של החירות: *הדרישה שכללי המשפט האמיתי יהיו* ***כלליים****, אינה אומרת שלפעמים כללים מיוחדים עשויים שלא לחול על מעמדות שונים של אנשים אם הם מתייחסים לתכונות שרק אנשים מסוימים מחזיקים בהן.* (הדרישה לכלליות לא אומרת שכללים ספציפיים יחולו רק על אנשים שמחזיקים בתכונות מסוימות). *ייתכנו כללים שיכולים לחול רק על נשים על עיוורים, או על אנשים מעל גיל מסוים (ברוב המקרים אפילו לא יהיה צורך לציין את מעמד האנשים שעליהם חל הכלל: רק אישה למשל, יכולה להיאנס או להביא ילדים לעולם* ולכן אין צורך לציין שעבירת האינוס חלה רק על נשים*). ההבחנות האלה לא יהיו שרירותיות* (אם כבר יוצרים חוק ספציפי לאוכלוסייה מסוימת זה לא יהיה באופן שרירותי אלא באופן מושכל ובתנאים מסוימים)*, ההבחנות לא יכפיפו קבוצה אחת לרצונם של אחרים, במידה והם נחשבים כמוצדקים בעיני אלה שבתוך הקבוצה המוגדרת, ואלה שמחוץ לקבוצה זו. זה לא אומר שחייבת להיות תמימות דעים* (הסכמה רחבה/העדר מחלוקת*) לגבי כדאיות ההבחנה, אבל רק שהשקפות אינידבידואליות לא יהיו תלויות בשאלה האם הפרט נמצא בקבוצה או לא.*

*אבל כאן שלטון החוק השתנה כך שכולל צורת שלטון בהסכמה, והיא זו שלכאורה מבטיחה חירות*. ***זהו המדרון החלקלק המוביל לזיהוי של שלטון החוק עם שלטון החוק הטוב.***

* להבנתי: עצם זה שחקיקת החוקים הספציפית תהיה בהסכמה של האוכלוסייה ולצורך מסוים, היא זאת שמבטיחה חירות. ככה אנחנו מזהים את שלטון החוק כשלטון החוק הטוב. אבל לא לשכוח שרז מתנגד לכך ואומר שזאת אחת הטעויות לחשוב ששלטון החוק הוא שלטון חוק טוב בגלל זה. (שלטון החוק הוא רק הכלי לבצע את הטוב הזה)

ההתנגדות העיקרית של **הייק** היא להתערבות ממשלתית בכלכלה: *כעת עלינו לפנות לסוגי האמצעיים השלטוניים ששלטון החוק שולל באופן עקרוני, בגלל שלא ניתן להשיגם רק על ידי אכיפת כללים כלליים, אלא, בהכרח כרוכים באפליה שרירותית בין בני האדם.* (שלטון החוק פועל באמצעות כללים כלליים, עכשיו עלינו לפנות לכלים שהוא לא משתמש בהם מפני שכרוכים באפליה ושרירותיות- מה ששלטון החוק לא מייצג). *החשובים שבהם הם ההחלטות לגבי למי מותר לספק שירותים או סחורות שונות, באילו מחירים ובאילו כמויות – במילים אחרות, מדובר באמצעים שנועדו לשלוט בגישה למסחר מסוגים שונים, במקצועות השונים, בתנאי המכירה, והכמויות שיש לייצר או למכור. ישנן מספיק סיבות לכך שכל* ***שליטה ישירה על המחירים על ידי הממשלה*** *אינה מתיישבת עם מערכת חופשית מתפקדת, בין אם הממשלה אכן קובעת מחירים או רק קובעת כללים שלפיהם יש לקבוע את המחירים המותרים.*

***מחד****, אי אפשר לקבוע מחירים לפי כללים ארוכי טווח שינחו למעשה את הייצור* (משמע מחירים קבועים לטווח ארוך)*.* ***מחירים ראויים תלויים בנסיבות המשתנות כל הזמן, ויש להתכוונן לפיהן ללא הרף*** (יש כל הזמן שינויים בשוק ויש להתחשב בהם)***.******מאידך****, מחירים שאינם קבועים, ונקבעים על ידי כלל כלשהו (כגון שהם חייבים להיות ביחס מסוים לעלות) לא יהיו זהים עבור כל המוכרים, ומסיבה זו ימנעו מהשוק לפעול.* ***שיקול חשוב עוד יותר****, הוא שעם מחירים שונים מאלה שייווצרו בשוק חופשי, הביקוש וההיצע לא יהיו שווים, ואם בקרת המחירים תהיה אפקטיבית, יש למצוא שיטה כלשהי כדי להחליט מי רשאי לקנות או למכור. זה יהיה בהכרח* ***נתון לשיקול דעת וחייב להיות מורכב מהחלטות*** *"אד-הוק" (*לצורך כך)***המפלות*** *בין אנשים על רקע* ***שרירותי*** *בעיקר.*

* אם הממשלה היא זאת שתחליט על המחירים באופן ישיר, הביקוש וההיצע לא יהיו שווים כי היא מתערבת בכוחות השוק, לכן יתקיים עודף היצע/ביקוש, מה שיגרור מציאת פתרון ודרך להחליט מי רשאי לקנות או למכור. השיטה שימצאו תהיה שרירותית ומפלה. ולכן **הייק** מתנגד להתערבות הממשלה בכלכלה.

כאן שוב, ברור כי טיעונים- שבמקרה הטוב מראים שמדיניות מסוימת שגויה מסיבות כלכליות- טוענים שהם מפרים את שלטון החוק. ביצוע פקודות מסוימות שכביכול מוטעות, אך באופן מושלם עקרונית**, נידונות כהפעלת כוח שרירותית**.

כיוון ששלטון החוק הוא רק אחד מהמעלות שהחוק צריך להחזיק בהן, יש לצפות שהוא לא יחזיק ביותר 'כוח' לכאורה. תמיד יש לאזן אותו מול טענות מתחרות, בעלות ערכים אחרים. מכאן, שטיעוניו של **הייק -** במידה שהם לא מראים יותר מאשר **שמטרות אחרות מתנגשות בהכרח עם שלטון החוק** – אינם מסוג הטיעונים שיכולים, באופן עקרוני, להראות כי חתירה למטרות כאלה (טענות ומטרות אחרות) באמצעות חוק אינה ראויה.

* **הייק** מראה לנו בטיעוניו שישנן עוד מטרות שמתנגשות עם שלטון החוק, כמו הכלכלה במדינה וכן חירויות הפרטים. אם כן , חתירה למטרות הללו באמצעות חוק, לא נגיד שאינה ראויה.

הקונפליקט בין שלטון החוק לערכים אחרים הוא בדיוק מה שיש לצפות לו. ציות לשלטון החוק הוא עניין של מידה, ולמרות ששאר הדברים שווים, ככל שהציות גדול יותר, כך טוב יותר – דברים אחרים הם לעיתים רחוקות שווים (להבין). לעיתים קרובות יש להעדיף מידה פחותה של ציות בדיוק מכיוון שהיא עוזרת להגשים מטרות אחרות.

**בבחינת היחס בין שלטון החוק לבין ערכים אחרים שהחוק צריך לשרת, חשוב לזכור ששלטון החוק הוא בעצם ערך שלילי** (**ראה לעיל עמ' 6**, מדובר במושג פאסיבי של הימנעות). הוא נועד רק למזער את הפגיעה בחופש ובכבוד, שהחוק עלול לגרום לה, זאת בחתירה למטרותיו, לא משנה כמה טובות הן יהיו.

לבסוף, התייחסות לשלטון החוק, כמצוינות הטבועה בחוק, פירושו שהוא בעצם ממלא תפקיד כפוף. **הציות אליו הופך את החוק למכשיר טוב להשגת מטרות מסוימות, אך ציות לחוק אינו כשלעצמו מטרה עליונה**. הכפיפות של הדוקטרינה מראה גם את כוחה וגם את מגבלותיה. **מצד אחד**, אם החתירה למטרות מסוימות אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק, אזי אין לחתור למטרות אלו באמצעים משפטיים. **אך מצד שני**, יש להיזהר מפסילת החתירה המשפטית למטרות חברתיות מרכזיות בשם שלטון החוק. אחרי הכל, שלטון החוק נועד לאפשר לחוק לקדם טוב חברתי, ואין להשתמש בו בקלילות כדי להראות שאסור לו לעשות זאת (לקדם טוב חברתי). **הקרבת יותר מדי מטרות חברתיות על מזבח שלטון החוק, עלולה להפוך את החוק לעקר וריק**.

**שלטון החוק ועליונות החוקה/ אהרן ברק**

**ברק** פותח בכוונה להסביר מה הם שלטון החוק ועליונותה של החוקה, וכיצד תרמו לאופי הדמוקרטי של המשטר. המאמר נכתב במלוא 5 שנים לפטירתו של רה"מ מנחם בגין ז"ל, אשר **שלטון החוק** אפיין את תפיסתו החברתית. **עליונות החוקה**- או בכינויו "עליונות המשפט" אפיינה את כתביו ואת השקפת עולמו.

**ברק** מספר שהיה היועמ"ש לממשלה כאשר בגין נבחר, וכבר אז ראה בו מנהיג ששלטון החוק ועליונות המשפט בדמו. גם במקרים בהם לא אהב פס"ד שניתן ע"י בימ"ש בעניין שהיה קרוב לליבו, עדיין הרכין ראשו בפניו.

**התזה של ברק**: במדינה דמוקרטית יש לקיים את עקרון שלטון החוק ולשם כך יש להבטיח את עליונות החוקה.

1. **שלטון החוק**
2. מורכבות המושג

**שלטון החוק** (או **"שלטון המשפט"**) הוא מונח מעורפל ורב משמעי. ברק מצדיק את אמרתו של **רובינשטיין** שאמר "מעטים המושגים שכה מרבים להשתמש בהם, וכה ממעיטים להבינם, כמו שלטון החוק". כולם אמנם מסכימים על גרעין המושג, אך ככל שהמתרחקים מהגרעין התמונה מתערפלת.

במדינות שונות בעולם ישנו מינוח שונה לשלטון החוק, למשל: אנגליה- The Rule Of Law, אמריקה- Government Under Law ועוד, כך שכל אחד בעלת מטען ערכי שונה.

אך האם באמת החוק שולט באדם? הרי **האדם יצר את החוק**. ומה קורה אם החוק קובע שהאדם ישלוט ולא החוק (ממש פרדוקס)? האם נכון לומר The Rule Of Law is the Law of Rules? האם שלטון החוק לא פוגע בחירות הפרט? האם כל חוק- לא משנה מה תוכנו- ראוי לשלוט? ומה עם החוק הבלתי צודק?

על מנת להבין את שלטון החוק נבחין בין 3 היבטים עיקריים שלו:

1. ההיבט הפורמלי (שלטון החוק הפורמאלי)
2. ההיבט היוריספרודנטלי (שלטון החוק התורתי)
3. ההיבט המהותי (שלטון החוק המהותי)

הקווים בין שלושתם מטושטשים, כך שקיימת חפיפה ניכרת ביניהם. עם זאת קיים גם שוני מהותי בין שלושת ההיבטים. במאמר נעסוק בכל השלושה.

1. ההיבט הפורמאלי
2. **כללי**

**משמעותו של שלטון החוק,** במובנו **הפורמלי** – כל הגורמים במדינה, בין אם פרטים כיחידים או התאגדויות, ובין אם זרועות המדינה, חייבים לפעול לפי **החוק**. כל פעולה כנגד החוק צריכה להיתקל בסנקציה מאורגנת של החברה. במובן זה משמעות שלטון החוק כפולה: **חוקיות השלטון** ו**השלטת החוק**.

מדובר בעיקרון פורמאלי, מפני שאנחנו לא מתעניינים בתוכן החוק אלא רק בצורך להשליטו, לא משנה מה תוכנו. שלטון החוק במובן הזה לא קשור לטיב המשטר אלא **לעיקרון הסדר הציבורי**.

* **שמגר** ציין שאין דבר כזה ממשל תקין שאינו שוקד על קיומו של **שלטון החוק**, כי הוא זה שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה וזה ש**מבטיח את קיום הסדר הממלכתי**.

תפיסה זו היא פורמלית מפני שהיא מתמקדת בחוק כפי שהוא קיים. היא מציבה דרישה באשר לשלטונו- לכבד את החוק גם אם תוכנו אינו ראוי.

1. **שלטון החוק והפרט**

התפיסה הפורמלית מופנית בראש ובראשונה **לפרטים במדינה**. עלינו לפעול אך ורק בהתאם לחוק. שלטון החוק מתחיל בבית של כל אחד מאיתנו. הכוח שלנו לדרוש מאחרים לקיים את החוק נובע מכך שאנחנו מקיימים את החוק בעצמנו, כך שאיש אינו פטור מחובה זו. עלינו לשלם מס, לקיים את חוק התכנון והבנייה, דיני תעבורה ועוד. כנגד זכויותינו עומדות גם חובות אדם שעלינו לקיים, כך שכל אדם מחויב לקיים את מצוות החוק. אסור לו להפר את החוק גם אם הוא נוגד את השקפת עולמו. **העבריינות האידאולוגית** היא כמו העבריינות הפלילית ולפעמים אפילו קשה ממנה.

ניזכר **בסוקרטס** שעמד בפני דילמה, כך שלבסוף החליט לא לברוח מהכלא. הוא כיבד את החוק גם אם החוק לא כיבד אותו. הוא הדגיש ש"החוקים נותנים לנו מטובתם, וזו תהיה כפיות טובה שלא לקיימם כאשר הם אינם נראים לנו". בנוסף ציין, שמקור הציות לחוק הוא **בהסכמה חברתית**. אנו מצייתים לחוק כי הסכמנו לציית לחוק. רק על ידי ציות לחוקאפשר **לשמור על מסגרת חברתית** שתבטיח את **אושרו** של היחיד, ו**לקיים הגינות חברתית** בין בני החברה.

1. **שלטון החוק והמדינה**

חשיבותו **העיקרית** של עקרון שלטון החוק (הפורמלי) הוא לעניין **המדינה**. המדינה צריכה לפעול בגדרי החוק ולהיות מדינת חוק, שכן היא הוקמה על ידי החוק, ואין לה קיום בלעדיו.

באנגליה של המאה ה17 התגלמה המדינה בדמות מלך. שלטון החוק מתבטא באמירתו הידועה של השופט **קוק**: "המלך אינו כפוך לאדם, הוא כפוף לאל ולחוק".

המדינה פועלת באמצעות האורגנים (גוף הפועל במסגרת החברה) הממלכתיים. כל אחד **מהאורגנים הממשלתיים כפוף לחוק**- **זהו שלטון החוק**. הנשיא מסמל את ריבונות העם- הוא עומד בראש המדינה, וכפוף לחוק. נכון שהחוק מעניק לו חסינות, אך הוא אינו משחרר אותו מהחובה לקיים את החוק.

* שלטון החוק מופנה כלפי **הרשות המחוקקת**. **זילברג** ציין כי זה "שלטון החוק במחוקק".

התלמוד בדבר **תנורו של עכנאי** נותן ביטוי נוסף ונעלה יותר לשלטון החוק - **אלוהים שנתן את התורה בעצמו, כפוף לפירוש שניתן לה בידי האדם** – "לא בשמים היא. שכבר ניתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול. שכבר כתבת בהר סיני בתורה: ׳אחרי רבים להטות'" התלמוד מוסיף ״מצאו ר׳ נתן לאליהו. אמר לו: מה עשה הקב״ה אותה שעה? אמר לו: קא חייך ואמר: ׳ניצחוני בני, ניצחוני בני׳״.

מעיקרון שלטון החוק נובע שהחוקים של המחוקק הרגיל חייבים להתאים לחוקה. ״כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב ׳שלטון החוק׳ שמירה על שלטונה של החוקה״. זהו **שלטון החוקה בידי המחוקק**. גם בלי מגבלות חוקתיות חייב המחוקק לכבד את חוקיו. נכון שהמחוקק הוא זה שיצר את החוק ורשאי לשנותו, אך כל עוד לא שונה החוק הוא כפוף לפרי יצירתו. "מלך שלקח חצר או שדה של אחד מבני המדינה שלא בדינין שחקק, הרי זה גזלן".

הוא גם כפוף לתקנון שקבע- כשהכנסת מתפקדת כמחוקק משנה, עליה לכבד את המגבלות שהטילה על עצמה בחקיקה ראשית. כאשר הכנסת מקבלת החלטות שאינן חוקים או תקנות, עליה להבטיח שהם אינם נוגדים את החוקים שלה עצמה. כמו כן, כאשר ניתן פס"ד בעניינה של הכנסת, עליה לכבדו.

* **שמגר** ציין שכאשר ניתן פס"ד, חובה לקיים אותו כלשונו וכרוחו. החובה נובעת מהדין, והיא ביטוי להכרח להסדיר את חייה של החברה לפי הנורמות הבסיסיות, שמאפשרות קיומה של מסגרת מאורגנת בה שולט שלטון החוק. לא המעמד של בית המשפט זה שעומד כאן למבחן, אלא כבודה של הכנסת. **לא ייתכן שהתחייבותו של יועמ"ש הכנסת בפני בימ"ש**, שמקורו בפס"ד, **לא תכובד** או תהיה נתונה למהלכים טאקטיים. מעמדה של הכנסת עלול להיפגע אם תתפתח סברה מוטעית, שהחובה שלה לקיים פס"ד שונה מחובה של רשות או פרט אחרים במדינה.
* שלטון החוק במובנו הפורמלי מופנה כלפי **הרשות השופטת**. זהו שלטון החוק בשופט.

"בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". **מרותו של הדין היא זו ששולטת בשופט**. כמו לכל אדם, גם לשופט אסור להפר את החוק. לכן בפרשנותו, כבול השופט לכללי הפרשנות.

* **אגרנט** כותב – "הכוח לפרש חוקים...הנתון בידי השופט, הוא כוח מוגבל ומצומצם, וקיימים גבולות ותחומים, אשר אסור לו לעבור עליהם".

על השופט לפעול **באובייקטיביות**. עליו לשקף את המובן האובייקטיבי של המשפט ולא ערכיו הסובייקטיביים או את שיקוליו האישיים.

* **זילברג** ציין בצדק – "ואם השופט יורשה לבכר את 'הרצוי' הפרטי שלו על פני 'הרצוי' של המחוקק, אז **יקיץ הקץ על ניטרליותם**, היעדר פנייתם ועל מפלגותיהם של שופטי המדינה. הדין ייהפך אז ל'פונקציה' של הדיין...קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: **כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק**".

חובה זו מופנית כלפי כל השופטים, לרבות שופטי בימ"ש העליון. כולנו מרגישים את כבילותנו לחוק, רק כך יובטח אמון הציבור בשפיטה. אם אין אמון, אין לקיים שפיטה ראויה ואין לקיים את שלטון החוק. שכן **בימ"ש לא יכול לפעול בלי אמון הציבור**, הכלי היחידי שנמצא בידי השופט הוא אמון זה.

* **ברק** דן בכך באחת מהפרשיות. **תנאי הכרחי לקיומה של רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה הוא אמון הציבור**. האמון הוא בכך שהרשות השופטת עושה צדק לפי הדין, שהשפיטה נעשית באופן הוגן, ניטראלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא עניין אישי בתוצאה כלל. אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה. בלי אמון זה לא תוכל הרשות השופטת לפעול, שכן אמון זה הוא הנכס היקר ביותר שיש לרשות זו בפרט, ואחד הנכסים היקרים ביותר של האומה בכלל. **דה-בלזק** טען כי "חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה". הצורך להבטיח אמון אין פירושו הצורך בפופולאריות אלא **הצורך לקיים את תחושת הציבור, כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן**, אובייקטיבי, ניטראלי, ללא נטייה. לא זהות הטוענים היא המכריעה את הדין, אלא משקל טיעוניהם. **השופט אינו צד למאבק המשפטי אלא נאבק על שלטונו של החוק**.

לצורך ביצוע תפקיד זה, ניתנה לשופט **עצמאות מוסדית** ו**אי-תלות אישית**.

כדי לקיים שפיטה עצמאית ובלתי תלויה, אשר תוכל להגשים את עקרון שלטון החוק (הפורמלי), יש להבטיח **עצמאות אישית לשופט** ו**עצמאות מוסדית לשפיטה**.

**העצמאות האישית** מובטחת בישראל – **ס'2 ל חוק יסוד: השפיטה**, קובע כי "בעיניי שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

**העצמאות המוסדית** של השפיטה כארגון **אינה קיימת** בישראל. **מערכת בימ"ש היא** **יחידת סמך** (רשות הפועלת במסגרתו של משרד ממשלתי, אך נהנית מעצמאות מסוימת) **של משרד המשפטים**, שהיא חלק מהרשות המבצעת. **מדובר בפגם חמור במשפטנו החוקתי**. כמו שמובטחת עצמאותו המוסדית של מבקר המדינה, יש להבטיח את העצמאות המוסדית של מערכת בימ"ש.

שלטון החוק מחייב שלצד אי התלות האישית של השופט היחיד, תהיה אי תלות מוסדית של השפיטה כארגון.

1. **שלטון החוק והרשות המבצעת**
* עיקר חשיבותו של עקרון שלטון החוק (הפורמלי) הוא בתחולתו על **הרשות המבצעת**.

מדובר בעיקרון של חוקיות השלטון או חוקיות המנהל. **אין לרשות המבצעת כוחות חוץ מאלה שהוענקו לה בחוק** "במדינה בה שולט שלטון החוק...החוק הוא שיקבע דרכי התנהגותו של השלטון, החוק ולא ההסכם קואליציוני זה או אחר" – החוק ולא הכוח.

על הרשות לפעול לפי החוקים שהחיו והקימו אותה. זה ההבדל בין הפרט לשלטון- **לפרט** מוענקת חירות אלא אם כן נשללה ממנו על ידי הדין. **לשלטון** אין כוח אלא אם הוענק לו על ידי הדין. מכאן נובעת חובת הרשות לקיים את החוק: "ליחיד אין זכויות, כוחות או חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יותר זכויות, כוחות או חסינויות מאשר לכל אדם אחר במדינה."

* פרופ' **דייסי** (אביו הרוחני של עקרון שלטון החוק באנגליה) – "אצלנו כל פקיד, מראש הממשלה, ועד שוטר או גבאי מיסים, נמצא תחת אותה האחריות לכל מעשה שנעשה ללא הצדקה משפטית/חוקיות משפטית, כמו כל אזרח אחר". (תרגמתי מאנגלית)

כל איש שלטון חייב לכבד את החוק. חובה זו חלה גם בימי רגיעה וגם ימי חירום. כוחה של החברה לעמוד נגד אויביה, מתבסס על ההכרה שלה שהיא נלחמת על ערכים שראויים להגנה. כך ששלטון החוק הוא אחד מהערכים האלה.

אין ביטחון ללא חוק – שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. **שירותי הביטחון הם יציר החוק** ועליהם לכבד אותו. לעיתים שיקולי ביטחון עשויים להשפיע על קביעת תוכן החוק, אך משנקבע תוכן זה, מחייב שלטון החוק (הפורמלי) לקיים את החוק, בלי ששיקולי ביטחון יהוו צידוק להפרה שלו.

* **השופט ח' כהן** עמד על כך – במדינה ובה שולט החוק לא שוללים זכות מאדם, גם אם מדובר בפושע המסוכן מכולם, אלא רק בהתאם לחוק בלבד. הכנסת כשרות המחוקקת מסמיכה את מוסמכיה, לקבוע את החוקים. **בהעדר הסמכה כזאת מהמחוקק**, **שום שיקול אחר** (היגיון, כורח, אהבת מולדת..) **לא יצדיק עשיית דין עצמאית השוללת זכות מהזולת**.

השלטון אכן כפוף לחוק, כך שאין איש או גוף שלטונו שנמצא מעליו.

סנהדרין יט, ע"א, אמר שמעון בן שטח – "ינאי המלך, עמוד על רגליך ויעידו בך. ולא לפנינו אתה עומד, אלא לפני מי שאמר והיה עולם אתה עומד."

**הרשות המבצעת על כל שלוחותיה כפופה לחוק**. כל איש ציבור צריך להבין ולדעת שהחוק חל עליו כמו על כל אדם אחר. כוח שלטוני אינו מהווה היתר להפר את החוק. שכן "**הפרת החוק אסורה היא על כל אדם**. על אחת כמה וכמה שאסורה היא על איש הציבור, אשר אמור לשמש דוגמה לציבור כולו**. הפרת חוק על ידי איש הציבור פוגעת באמון הציבור** ברשויות הציבור" (בגץ 5151/95 כהן נ' יועמ"ש לממשלה).

* **השופט אולשן** עסק בכך בפס"ד שניתן בשנה הראשונה לקיומה של המדינה, בזמן מלחמת העצמאות. השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. שלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. **במידה והשלטונות ישתמשו בכוח שניתן להם** מהמחוקק גם אם באופן זמני, תוך התעלמות מהסייגים בשימוש כוח זה שניתנו ע"י המחוקק, **הדבר יהווה נזק חמור לציבור** ולמדינה.
* בפרשה אחרת (שנפסקה לפני 35 שנה) רשם – החוק לא קיים רק בשביל האזרח אלא גם בשביל השלטונות. יתרה מזאת, כל שלטון שדורש מילוי החוק מאזרחיו, מחויב להוות דוגמה למילוי החוק על ידי הוא עצמו. **החוק נוצר על ידי המחוקק כדי שהמדינה תנהג לפיו**, **אך השלטון לא יכול לדרוש מעמד מיוחד כאילו הוא מעל החוק**- זה אחד העקרונות היסודיים של שלטון החוק.
1. **שלטון החוק ואכיפת החוק**

במובנו הפורמלי, **שלטון החוק משמעותו השלטת החוק**. אם לא יקבעו נורמות מוסדיות שתפקידן להגשים את העיקרון, שלטון החוק יתייר.

* **הנשיא שמגר** ציין – שלטון החוק אינו מושג מופשט. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויומיומי ע"י קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם על ידי כולם, בהגשמת חרויות היסוד, בהקפדה על השוויון וביצירת אווירה כללית של אמון וביטחון.

מכאן ששלטון החוק מחייב **הסדרי אכיפה**. הסדרים אלה צריכים לכלול שלושה עניינים:

1. סנקציות על הפרת העקרונות של שלטון החוק
2. מוסדות עצמאיים לקביעת קיומה של הפרה והטלה הסנקציה
3. ביצוע הסנקציה הלכה למעשה

שלטון החוק מחייב שכל פעולה (פיזית או נורמטיבית) שנוגדת את שלטון החוק (הפורמלי) תגרור אחריה תוצאות, שהן שליליות מבחינתו של הפועל (סנקציות). **הפרה של עקרון שלטון החוק שלא תגרור סנקציה, תהווה את סופו של שלטון החוק**.

שלטון החוק מחייב את השלטת החוק - מכאן מתבקשת המסקנה שחוק שנוגד את החוקה הוא בלתי חוקתי, ואפשר להכריז על בטלותו. אכן כאשר קיימת חוקה במערכת משפט מסוימת, מחייב 'שלטון החוק' שמירה על שלטונה של החוקה. **בישראל חוקתנו היא חוקי היסוד**, שמצויים ברמה העליונה ביותר במדרג הנורמטיבי, ומעל חוקים רגילים. לכן "כדי לקיים את דברה של הכנסת, יש **לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר** **חוק יסוד**".

כאשר בימ"ש מכריז על חוק, הסותר חוק יסוד כבטל, הוא מגשים את חוק היסוד. **כנסת שמחוקקת חוק רגיל שסותר חוק יסוד, מפירה את הוראות החוקה שלה** עצמה, כך שהכרזה על בטלות החוק מתקנת את ההפרה. היא מונעת את האפשרות שבו גוף מסוים, לרבות המחוקק- יהיה מעל החוק.

**הכרזה על בטלות חוק שסותר חוק יסוד מתבקשת מעיקרון שלטון החוק במחוקק**, בדומה לביטול תקנה הסותרת חוק רגיל.

הסנקציה על הפרת החוק היא לא רק הכרזה על בטלות הפעולה המפירה, אלא יכולה להיות גם פלילית, או אזרחית. למשל: 1) **בארה"ב**, נפסק שאיש שלטון שמבצע חיפוש שנוגד את הוראות החוקה, חייב בתשלום פיצויים לנפגע. 2) **בישראל** מי שמפר חובה חקוקה שמוטלת עליו, מבצע עוולה נזיקית.

הפעלת הסנקציה שמתבקשת מעקרון השלטון במובנו הפורמלי, תהיה יעילה רק אם תבוא מגופים וממוסדות שנהנים מעצמאות ומאי-תלות. **אם מפר החוק שולט על אוכף החוק, נפגם שלטון החוק**. מכאן מגיעה הדרישה (שהיא תנאי חיוני לשלטון החוק) **לעצמאות השפיטה**.

מדובר בעצמאות כפולה:

1. עצמאותו ואי תלותו של **השופט היחיד** בהכרעתו השיפוטית
2. עצמאותה של **השפיטה כרשות** שלטונית.

**כאמור, העצמאות האישית** מובטחת בישראל – **ס'2 ל חוק יסוד: השפיטה**, קובע כי "בעיניי שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

אך העצמאות של הרשות השופטת בישראל חסרה. הערכאות השיפוטיות הן חלק מהרשות המבצעת ונשלטות על ידה. דבר המהווה פגם חמור במשפטנו החוקתי והפרה קשה של עקרון שלטון החוק.

הגופים העיקריים שמופקדים על אכיפת החוק הם **המשטרה** **והפרקליטות**. השלטה ראויה של שלטון החוק מחייבת משטרה ותביעה שפועלים באופן **אובייקטיבי**. כך **שאין מרות על השוטר חוץ ממרותו של הדין**.

* **המשטרה-** צריכה להיות גוף אזרחי ולא פוליטי. היא לא המשטרה של הממשלה אלא המשטרה של המדינה. כך שעליה לפעול בהגינות וביעילות. חובתה הוא לחפש את האמת ולא מידע מרשיע.
* **התביעה הכללית**- ברשותו של היועמ"ש לממשלה, היא זרוע עיקרית להשלטת שלטון החוק. גם היא צריכה לפעול תוך עצמאות מחשבתית ואובייקטיביות. לכם תפיסתנו היא שהיועמ"ש אינו איש פוליטי, הוא עובד ציבור. לא כפוף לרשויות הפוליטיות למרות שמתמנה על ידן. יש לשמור על עצמאות זו.

אכיפת החוק מחייבת ביצוע סנקציה, כך שמחייבת גם את בימ"ש לדון בהפרת החוק. כל ניסיון לצמצם את סמכות בימ"ש (דרך חקיקה/ריסון משפטי), פוגע בשלטון החוק. **לכן אין לקיים את שלטון החוק ללא ביקורת שיפוטית**. מכאן נובעת הביקורת השיפוטית על חוקיות החוק, על החלטות הכנסת, חוקיות המנהל. בנוסף, לא מספיק שיש מוסד שיפוטי בעל סמכות, אם הוא נועל דלתותיו בפני המבקשים שמתלוננים על הפרות חוק.

מכאן הגישה לאפשר לכל אדם לפנות לבימ"ש העליון, להלין על סוגיות שלאו דווקא קשורות אליו, אלא טענות לפגיעה בשלטון החוק. "במקום שאין בימ"ש מתערב, נפגם עקרון שלטון החוק." שלטון שיודע מראש שאינו נתון לביקורת שיפוטית, עשוי להשליט את החוק ולהביא להפרתו.

כאמור, תפקידו של בימ"ש היא לדאוג להגשמת עקרון שלטון החוק הלכה למעשה. נעילת דלתות בפני המתלוננים על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק. "באין דיין, אין דין". **יכולת הפנייה לבימ"ש היא אבן הפינה (בסיס ההתחלה) של שלטון החוק**. "לשם הבטחת תפקידו של בית המשפט כמבטיח שלטון החוק בשלטון, עליו לנקוט גישה ׳נדיבה׳, לא פורמאליסטית, ולא פדנטית".

**ביסוד אכיפת החוק**- ומכאן גם ביסוד שלטון החוק- **האכיפה של החוק צריכה להיות שוויונית**. מדובר בחלק בלתי נפרד של שלטון החוק הפורמלי, אך הוא מתבקש גם מההיבטים הרחבים יותר של שלטון החוק (היוריספרודנטלי והמהותי).

* **השופט שמגר** ציין – הגשמה של הזכויות מתבטאת בכיבודן, ע"י הפעלתן באופן שווה וללא אפליה פסולה. ערכו וכוחו של חוק שמעניק זכויות, הוא בכך שהזכויות הקבועות בו הם לא רק רעיון מופשט, אלא שתוכנו מוחשי ומצוי, כך שמופעל לפי אמות מידה של שוויון בין שווים. שלא סוטים ממנו מתוך טעמים פסולים. שבמקרה של פגיעה בזכויות, יזכה כל נפגע ליחס שווה ולטיפול זהה.

אפליה באכיפת החוק היא הרס של שלטון החוק. חובתם הראשונית של השלטונות, היא **לאכוף את החוק באופן שוויוני**, תוך יחס שווה בין שווים, ויחס שונה לשונים.

* שלטון החוק לא קיים אם מפלים בין שווים- שלטון החוק נפגם כשחוקרים אחד ולא את השני ששווה לו, כשנותנים חנינה לאחד ולא לאחר ששווה לו, כשמעניקים לאחד אפשרות להגן על עצמו ושוללים זאת מאחר ששווה לו.

**השופט חשין** – ציין ובצדק, כי עקרון שלטון החוק מבטא את עקרון החוקיות. הוא מוסיף את הצורך להפעיל את החוק באורח שוויוני וללא הפליה, בהתאם לכללים ידועים וקבועים מראש, בחוסר שרירותיות.

1. ההיבט היוריספרודנטלי
2. **כללי**

שלטון החוק במובן הפורמלי הוא תנאי חשוב להבנת שלטון החוק, אך לא מספיק.

**ברק** מדגים מקרים שונים כמו: חוק שקובע תקנות שתקפות על פיו גם אם לא פורסמו; חוק שמגדיר מעשה שבעבר היה חוקי, והופכו למפרע לעבירה פלילית; חוק שקובע איסור/היתר אך אינו ניתן להבנה; שיטות משפט בעלת חוקים סותרים – בכל אלה, **הגשמת החוק עשויה לעלות בקנה אחד עם שלטון החוק הפורמלי** (שאומר שיש לציית לחוק לא משנה מה תוכנו).

אך האם במערכת משפט בעלת חוקים אלה, שולט שלטון החוק? הדעה המקובלת היא **להשיב בשלילה**. פילוסופים של המשפט (ביניהם רולס, פולר, ורז) הדגישו **שלעקרון שלטון החוק מובן יוריספרודנטלי**.

**פרופ' פולר** מכנה זאת – "המוסריות הפנימית של החוק". אלה הן דרישות מינימום שבלעדיהן אין משפט. מדובר בתנאים חיוניים לשלטון המשפט ולא לשלטון האדם. אלה תנאים הכרחיים להבטחת צדק פורמאלי – לדבריו של רולס.

**ביסוד ההיבט היוריספרודנטלי, עומדת השאלה, מה עושה מסגרת חברתית לשיטת משפט?** במה שונה מערכת המשפט מכנופייה שבראשה מנהיג שכולם פועלים לפיו? אין תשובה מוסכמת בין הוגי הדעות.

רשימתו של **פרופ' פולר**:

* על החוק להיות כללי ידוע ומפורסם.
* להיות ברור וניתן להבנה.
* על החוק להיות יציב.
* חייב להיות איסור חקיקה למפרע.
* על החוקים לא לסתור זה את זה.
* החוק לא יכול לדרוש לבצע מעשים שאין אפשרות פיזית לבצע.
* צריכה להיות מערכת אכיפה ראויה של הזרועות השלטוניות האחראיות על כך.

רשימתו של **רולס**:

* האיסור שהחוק מטיל יהיה ניתן לביצוע, כשהאיסור הוא פרי פעולתן של שלוש הרשויות הפועלות בתו"ל ונתפסות כך ע"י האזרחים.
* הגשמת עקרון השוויון- רק אם מקרים דומים יזכו לפתרון דומה, האדם יוכל לכלכל את צעדיו בחברה.
* אין עבירה בלא חוק- על החוק להיות ידוע ופומבי.
* איסור על חקיקה רטרואקטיבית- על החוק להיות ברור וניתן להבנה.
* יש לקיים את כללי הצדק הטבעי.

רשימתו של **רז** קצרה:

* על החוקיים להיות פרוספקטיביים, פומביים, ברורים ובעלי יציבות יחסית.
* יש לקיים רשות שופטת עצמאית.
* יש לקיים את כללי הצדק הטבעי.
* לבימ"ש צריכה להיות סמכות מפקחת, ויש לאפשר נגישות קלה לבימ"ש.

פרופ' **רובינשטיין**, בספרו על המשפט החוקתי, ציין שלושה עקרונות שימושיים בלתי נפרדים משלטון החוק:

1. שוויון הכל בפני החוק
2. ודאות החוק
3. פומביות החוק

**(על כל השאר** - שוויון בפני החוק, אכיפת החוק, עצמאות הרשות השופטת, סמכות מפקחת לשפיטה ונגישות לבימ"ש, **ברק** כבר דן בניתוח שלטון החוק הפורמלי- **ראה לעיל עמ' 2-6** ).

1. **פומביות החוק וודאותו**

פומביות החוק – שלטון החוק מחייב פרסום החוק בטרם ייכנס לתוקפו. על האדם (שנחשב יודע את הדין) להיות מסוגל לדעת אותו ולכוון את התנהגות שלו לפיו. "אין לדרוש מאדם לציית לחוק אם הוא חוק נסתר".

* השופט **ח' כהן** ציין – חקיקה שנעשית בסתר, ונשמרת כך היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטארי, ואינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק.
* כך גם ציין **השופט חשין** – עקרון פרסום החקיקה הוא הבסיס של שלטון החוק. חוק בהגדרתו אמור להינתן ולהיוודע מראש. והדבר לא יקרא אלא אם פורסם החוק לרבים. כך אדם מוזהר מראש, ויכול לכוון את דרכו לפי הנורמות שהובאו לידיעתו מראש.

חקיקת סתר פוגעת בשלטון החוק.

1. **ודאות החוק**

ודאות החוק – על החוק להיות ברור וקריא. אדם צריך להבין מקריאת החוק מה אסור ומה מותר לו. החוק אינו חידה. **לכן אין זה מתיישב עם שלטון החוק לקבוע** עבירה למשל "מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית", שכן **הוראה** זו **אינה ודאית וברורה**. שלטון החוק ( במובן היוריספרודנטלי) מחייב את שלילתה.

החוק צריך להיות יציב, ואין להכניס בו שינויים חדשים בתדירות. רק כך ניתן לקיים סדרי חברה תקינים. כמו כן, יש להימנע מחקיקה סותרת, שכן איך אדם יוכל לכלכל את צעדיו? הדרישה לוודאות יחסית, כי כל טקסט מחייב פרשנות. אך הוודאות מחייבת שהחוק יהיה ברור לאחר פרשנותו.

**שלטון החוק ושיקול דעת שלטוני**

האם שלטון החוק במובנו היוריספרודנטלי, שולל שיקול-דעת שלטוני? המושג שלטון החוק בא לעיתים קרובות כניגוד לשלטון האדם. התפיסה מעוגנת בכתביו של **לוק**, והשפיעה על תפיסתם החוקית של האנגלים. בתפיסה של האנגלים – (The Rule of Law, not the Rule of men).

* **שמגר** – ביטוי **שלטון החוק** הוא שהוא אינו שלטונם של האנשים, המתנהל לפי החלטותיהם, שיקוליהם, ורצונותיהם. אלא בכך שהוא **נשען על נורמות יציבות, ששוות לכולם**, ומחייבות את כולם במידה זהה.
* **חשין** – אנו מהללים את שלטון החוק, ובכך שמים אותו נגד שלטון האדם, כך שהחוק ישלוט בנו ולא האדם. שלטונו של האדם הינו שרירותי בגופו ובמועדו. גם החוק הוא יציר האדם, אך בשונה מהאדם, הוא אמור להינתן ולהיוודע מראש.
* **אולשן** – לפי "שלטון החוק" על המחוקק לפרט בחוק את המקרים בהם יש להעניק או לסרב לרישיונות, כך שלרשות המבצעת יישאר רק לקיים אותם. מלאכת החקיקה צריכה להיעשות כך, **שאזרח יוכל למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה** מה אסור ומה מותר, **ושלא יהיה תלוי לשק"ד של השלטון המבצע**.

השאיפה היא שהסדר הנורמטיבי יעלה מלשון החוק. הביטחון, הוודאות והכלליות נפגעים אם ההסדר הנורמטיבי תלוי בשק"ד מנהלי. במדינה המודרנית זאת משימה בלתי אפשרית, מכיוון שהמחוקק לא יכול לעמוד בחקיקת כל ההסדרים הנורמטיביים בחקיקה ראשית. עם זאת, יש לשמור על שלטון החוק ע"י כבילת שק"ד המנהלי.

**פרופ' קלינגהופר** – שילוב של גורמים ליברליים ודמוקרטיים, המאפיין את שלטון החוק, מוליך לדרישה העיקרית של שלטון החוק, והיא שכבילת המנהל על ידי החוק תהייה אינטנסיבית במידה רבה יותר.

ניתן לאמץ זאת באמצעות שלושת ההסדרים הבאים:

1. **החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים, ואילו חקיקת המשנה והאקטים האינדיבידואליים יעסקו בהסדרי ביצוע.**

השקפה זו הועלתה יל ידי **פרופ' קלניגהופר** לפני 40 שנה, במסה חשובה שפרסם על שלטון החוק וחקיקת המשנה.

לדעתו יש להבחין בין המושג העיוני של חוקיות המנהל, המסתפק בכבילה פורמלית בלבד של המינהל על ידי החוק, לבין מושג הליגאליות הספציפית, הדרושה להגשמת שלטון החוק. מושג **שמשמעותו כבילה מקסימלית של המינהל על ידי החוק.**

כבילה מקסימלית פירושה- שכל אקט מנהלי, צריך להיקבע מבחינת תוכנו וכל חלקיו העיקריים, על ידי נורמה שצורתה של חוק.

במובן הזה נאמר שבמדינה שורר שלטון החוק, שכן קביעת הסדרים ראשוניים מסורה למחוקק. בעוד שאורגני המינהל (רשויות מנהליות) רשאים לקבוע הסדרים משניים בלבד. שלטון החוק אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, כך שכל מסירה שכזו מנוגדת לשלטון החוק.

1. **שיקול הדעת המנהלי לעולם לא יהיה מוחלט.**

משום שכוח נוטה להשחית, שלטון החוק מחייב גיבוש מערכת נורמטיבית שתרסן את שק"ד השלטוני. **המלחמה בשרירות שק"ד אינה בביטולו, אלא בקביעת מסגרת ראויה להפעלתו**. מכאן נוצרו מערכת הכללים המנהליים שקובעים את שימוש שק"ד השלטוני.

על שק"ד להיות מופעל תוך התחשבות בנתונים רלוונטיים, חסר שרירותיות, מופעל בתום לב ובסבירות. יש לתת משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים, שלא יהיה נגוע בניגוד עניינים, עליו לשמוע את הצד שנפגע, לנמק כל החלטה ולקיים "בדיקה עניינית הוגנת ושיטתית" של התשתית העובדתית בטרם יופעל שק"ד. **ככל והיקף שק"ד גובר, יש לשכלל כללים אלה**.

1. **להבטיח ביקורת שיפוטית יעילה על הפעלת שק"ד המינהלי.**

בימ"ש לא צריך להחליף את שק"ד השלטוני בשק"ד שלו, הוא אינו צריך לשאול את עצמו, כיצד היה מחליט בעניין אילו היה הוא בעל שק"ד השלטוני. הביקורת השלטונית היא ביקורת של חוקיות – לא של תבונה או של יעילות. למרות הביקורת על החוקיות, על בימ"ש לשמור בנחישות על כך שהרשות המנהלית לא חורגת מסמכות שק"ד שניתן לה. ככל שהחלטה מנהלית פוגעת קשה יותר בזכות הפרט, הביקורת השיפוטית צריכה להיות נמרצת יותר. בימ"ש צריך לראות את עצמו כמגן על זכויות אדם ושומר גבולות של שק"ד מנהלי.

1. ההיבט המהותי
2. **כללי**

שלטון החוק במובן היוריספרודנטלי אומנם מעשיר את המושג, אך הוא והשלטון הפורמלי לא מספיקים לתאר את המושג. **מתקיים גם שלטון החוק במובנו המושחת**. חולשתם של המובנים היוריספרודנטלי והפורמלי שהם עוסקים בתוכן החוק ששלטון החוק מבקש להשליט ולאכוף. הם מסתפקים בעצם קיום החוק ובלבד שמקיים כמה דרישות כמו כלליות, ודאות, יציבות, בהירות והיעדר רטרואקטיביות. **אך למה שניתן לדבר חקיקה שבסה"כ מתאפיין בבהירות וביציבות- לפגוע בזכויות אדם שלא לתכלית ראויה ומעבר למידה הדרושה**? למה לעודד שלטון לא להפלות באכיפת החוק, כשהחוק עצמו בתוכנו מפלה? מדוע שנסתפק בשלטון החוק שלפי מאפייניו עד כה, גם עשוי להתקיים במדינות טוטליטאריות?

* **השופט ח' כהן** ציין בהקשר "שלטון המשפט" – אין פירושו שהשלטונות ששולטים במדינה נוהגים לפי חוק ודין. **גם מדינות טוטליטאריות נוהגות לפי הדין במדינה**, שהרי החוקים שהם חוקקו בעצמם נמצאים לרשותם ולשימושם. הנאצים למשל, עלו לשלטון עפ"י חוק ופשעו את רוב פשעיהם בתוקף הסמכות חוקיות מפורשות שנטלו לשם כך. אף אדם לא יגיד שבגרמניה שרר 'שלטון המשפט', אך כולם יסכימו ששלט שם שלטון פשע.

תהיה זו טעות לזהות את עקרון שלטון החוק עם עיקרון חוקיות המינהל, בתוספת הדרישות היוריספרודנטליות (יציבות, ודאות, בהירות).

* **פרופ' זמיר** – עיקרון חוקיות המינהל במדינה דמוקרטית חיוני אך לא מספיק. ראשית, **הוא לא מבחין בין מדינה דמוקרטית לאחרת**. גם במדינת משטרה, מתבקשים לפעול לפי עיקרון חוקיות המינהל. ההבדל נעוץ בתוכן החוק ולא בחובה לפעול לפיו. שנית, **עיקרון חוקיות המינהל לא מספיק כדי להבטיח שמדינה דמוקרטית תקיים את תכליתה**. שכן תכליתה העיקרית היא לשרת את האדם. תכלית זו תלויה בתוכן החוקים ולא בציות להם. הציות מבטיח סדר ויציבות אך לא חירות ורווחה. ביצוע נאמן של חוקים עלול לדכא את האדם ולא לשרת את כבודו. **רק ביצוע נאמן של חוקים שנועדו לשרת את האדם מקדש את תכלית הדמוקרטיה**.

על כן, אין להסתפק בדבריו של **פרופ' דבורקין** (rule-book conception) של שלטון החוק. שלטון החוק אינו רק חוקיות השלטון. יש **להרחיב את שלטון החוק ולהתייחס גם להיבט התוכני**, לפי **פרופ' דבורקין** right conception (תפיסה נכונה) של שלטון החוק. זו הגישה המקובלת כיום בקהילה המשפטית הבינלאומית.

1. **איזון ראוי בין הכלל ופרט**

אין הסכמה על שאלה זו. **דבורקין** ראה בהכרת בזכויות האדם (ביניהם ובין השלטון), את היסוד המהותי של שלטון החוק. חיים כהן ראה בהכרה בזכויות האדם את השאיפה להגשמת הצדק: "**אין שלטון המשפט בא אלא להשיב את הצדק על כנו**". לכל אלה **ברק** מסכים. עם זאת הוא חושב שראוי לתת נקודת מבט נוספת בשביל עומק נוסף. נקודת המוצא לתפיסה מהותית של שלטון החוק, היא המשטר הדמוקרטי. (לא נדבר על שלטון חוק במובן של מדינה טוטליטרית).

 המאפיינים של המשפט הדמוקרטי הם:

1. **ההיבט הפורמלי** – משטר המבוסס על שלטון ייצוגי, שפועל עפ"י דעת רוב.
2. **ההיבט המהותי** – משטר המקיים זכויות אדם ורואה במסגרת המדינית אמצעי להגנה על זכויות האדם.

**שלטון החוק המהותי** הוא שלטונו של אותו חוק, **המתקבל על פי כללי הדמוקרטיה הפורמלית** (עקרון הרוב**) וממלא את דרישותיה של הדמוקרטיה המהותית** (הגנה על זכויות האדם).

על כן, **מדינה ובה חוקים לא מתקבלים עפ"י רוב, היא לא מדינה שבה שולט עיקרון שלטון הרוב**. שולט בה אדם/גוף שמקבל את החוקים.

כמו כן, גם במדינה שבה אומנם חוקים מתקבלים על פי רוב, אך **פוגעים בזכויות אדם**, לא שולט שלטון החוק. כשהרוב נוטל מהמיעוט את זכויותיו לא מתקיים עיקרון שלטון החוק. **שלטון החוק הינו השלטון של החוק הצודק והראוי!** הוא אינו רק הסדר ציבורי, אלא גם צדק חברתי שמתבסס על סדר חברתי. אי אפשר להפריד את היבטיו של שלטון החוק הפורמלי והמהותי מפני שהם שזורים אחד בשני.

החוק קיים כדי להבטיח חיי חברה תקינים, כך שבלעדיו לא יתקיימו. אך חיי החברה הם לא מטרה בפני עצמה, הם נועדו לאפשר ליחיד לפתח את עצמו, שכן החברה לא קיימת למען עצמה, אלא בשביל פרטיה. נראה שבמדינה טוטליטרית אין שלטון חוק גם אם משליטים בה חוקים, כי החוקים שמשליטים נוגדים את שלטון החוק.

לשלטון החוק מבנה תלת קומתי:

1. הבסיס – **שלטון החוק מבחינה מהותית**, שמבוסס על זכויות הפרט ועל קיומו כחלק מחברה ("מדינה") שפועלת בדמוקרטיה.
2. קומה שנייה – **הבחינה היוריספרודנטלית**, רק חוק שמקיים דרישות אלה מקיים את שלטון החוק.
3. פסגה – **בחינה פורמלית**, החוק הצודק והראוי, שמקיים את כל התנאים היוריספרודנטליים, נהנה משלטון פורמלי, שמחייב את החברה בציות לו.

**אם לא הבסיס לא יתקיים, כך גם לא הפסגה**! ברק חושש שהתמקדות בהיבט הפורמלי (כיבוד החוק והגשמתו) מטשטש את כל ההנחות שבונות של שלטון החוק. הנחות כמו משטר דמוקרטי- שמעמידי את האדם במרכז ואת החברה ובה היחיד מגשים את עצמו. המדינה פועלת עפ"י נציגים ומבוסס על הכרעת הרוב.

1. **שלטון החוק המהותי וזכויות האדם**

ביסוד התפיסה של שלטון החוק המהותי, עומד האדם. כבוד האדם הוא ערך יסודי לכל חברה. הוא נגזר מהמסורת שלנו, שעל פיה נברא האדם בצלם אלוהים: "חביב אדם שנברא בצלם, חיבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם". כבוד האדם הוא כבודו של כל אדם, לכן גם כבוד אדם של אסיר צריך להישמר. הערך הזה כ"כ חשוב לנו שאנחנו מוכנים להקריב ערך אחר בשבילו- האמת. לכן, אנחנו לא מאשרים שימוש באלימות כלפי נחקרים.

מכבוד האדם נובע עיקרון השוויון, שכן כולם שווים בפני החוק: "כל בני האדם נולדו חופשיים ושווים בכבוד ובזכויות" כך מכריזה הצהרת האומות המאוחדות בדבר זכויות האדם. הכרזת העצמאות שלנו קובעת שהמדינה תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין.

* **ברק** ציין באחת מהפרשיות – השווין הוא ערך יסוד לכל מדינה דמוקרטית. הפרט משתלב ופועל בחברה בידיעה שכולם עושים כמוהו. הצורך להבטיח את השווין הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס שיקולים של צדק והגינות. מי שמבקש הכרה בזכותו, חייב להכיר בזכות של כולם לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים את השוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה, הוא שומר על השלטון מפני שרירות**. אין דבר יותר הרסני לחברה מאשר שפרטיה יחשבו שנוהגים בהם בשרירותיות**. מדובר באחת התחושות הקשות בחברה, שפוגעת בהווייתו של האדם.

דבר נוסף שחשוב למשטרנו הוא **חופש הביטוי**. בעזרתו האדם מגשים את עצמו, וגם נחשפת האמת. חופש הביטוי הוא בסיס המשטר הדמוקרטי. **החלפה חופשית של מידע**, דעות, השקפות, שאינן מוכתבות מהשלטון, בניסיון לשכנוע הדדי, **הוא תנאי הכרחי לקיומה של דמוקרטיה**. רק ככה נבטיח שכל אדם יקבל מידע שמספיק להחלטות שלו בעניין השלטון. חופש הדעות מאפשר את החלפת השלטונית הסדירה, כך שבלעדיה אין דמוקרטיה.

**ברק** עסק בכמה עקרונות יסוד של זכויות האדם, אך הרשימה אינה מקיפה. יש להוסיף עליה חופש תנועה, מצפון ודת, חופש הקניין וכולו. הזכויות הללו משותפות לכל בני החברה. לפעמים הן מתנגשות אחת בשנייה. חופש הביטוי של אחד עשוי לפגוע בכבוד האדם של אחר; חופש תנועה של אחד עשוי לפגוע בחופש הקניין של אחר. בחברה מאורגנת מתקיים איזון בין האינטרסים השונים. מדובר אם כך בזכויות **יחסיות** ולא מוחלטות. **היחיד לא חי ברשות עצמו, אלא מושפע מהחברה שאחראית לזכויות פרטיה**. מכאן שעל החברה לצמצם את זכויות היחיד, כדי לאפשר את זכויות כל תושביה. הדבר תקף גם לחובות.

לצד זכויות האדם אנו **מכירים באינטרסים שהמדינה הדמוקרטית רוצה להגן** עליהם כמו שלום הציבור, ביטחון המדינה וכו. **אסור שזכויות האדם יביאו לחיסול המדינה שנועדה לשמור על זכויות האדם**. מכאן שהזכויות לא צריכות לפגוע בדמוקרטיה, החופש לא אמור למגר את השלטון.

**הבעיה המרכזית** בשלטון החוק המהותי הוא האיזון הראוי בין ערכים והאינטרסים הראויים להגנה. באיזה מידה מוצדק להגביל את זכותו של היחיד כדי לשמור על קיומה של החברה, שמצידה נועדה לשמור על זכויותיהם של היחידים כולם?

1. **עליונות החוקה**
2. שלטון החוק באמצעות עליונות החוקה

**כיצד ניתן להבטיח את שלטון החוק בכל מובניו** (הפורמלי, המהותי, היוריספרודנטלי)? אם המחוקק יחוקק כל חוק שהרוב שלו רוצה, לא נגשים את שלושת היבטיו של עיקרון שלטון החוק. הוא יחוקק חוק שאינו עומד בדרישות, כדי להשיג את מבוקשו. **בסופו של דבר שלטון החוק יהיה הנחיה פוליטית למחוקק**. איך נמנע מצב כזה? (ששלטון החוק יהפוך למשהו פוליטי)

התשובה היא, שכדי להגשים את עיקרון שלטון החוק על כל היבטיו, יש **לגרום לכך שהמחוקק יהיה חייב משפטית, לכבד את העיקרון שלטון החוק**. את זה נשיג בעזרת הסדר נורמטיבי שמעניק לשלטון החוק מעמד משפטי עליון (על כל היבטיו). מבנה משפטי שיורה על המחוקק לקיים את הדרישות הפורמליות, המהותיות, היוריספרודנטליות של שלטון החוק. יש לעגנו בחוק יסוד, שיעניק לו מעמד חוקתי-על-חוקי. על מנת להבטיח את עליונות המשפט. הדבר תאם להשקפתו של בגין.

* **בגין** ז"ל שאל בדיונים – האם אנחנו יכולים להסתפק בחוקי שלטון או שדרוש למדינה שלנו שלטון חוק? זאת התשובה לבעיית החוקה.
* **הוסיף במאמר ב1952** ­– איך נגרום לעליונות המשפט? **אם העם קבע לעצמו על ידי נבחריו חוק יסוד** שמגדיר את מעמדו ויחסיהן ההדדיים של הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת, שמגדיר את הזכויות והחובות של נציגי השלטון, זכויות וחובת של האזרחים, ואת חירויותיו. לאחר שהעם יקבע חוקת יסוד כזאת, **כל שאר החוקים ופקודות השלטון יהיו חייבים להיות מתאימים לחוק היסוד, והם לא יכולים לסתור אותו**.

לפי **בגין**, כיצד עליונות החוקה (בלשונו, עליונות המשפט) את שלטון החוק?

* מכוח החוקה מוטל על המחוקק לחוקק חוקים, שתואמים להביט היוריספרודנטלי של שלטון החוק. הוא אינו חופשי לקבוע חוק שאינו יציב/ודאי/פומבי.
* החקיקה הרגילה צריכה להתאים את עצמה להיבט המהותי של שלטון החוק. היא אינה יכולה לפגוע בזכויות אדם בלי איזון בינם לבין רצון הכלל, לפגוע בכבוד האדם אלא כדי לקיים מבנה חברתי ששומר על כבוד האדם וחירותו. המחוקק לא יכול לחוקק חוקים שפוגעים בזכויות אדם אם היא לא לתכלית ראויה, ולא מעבר למידה הדרושה.

לכן אין להבטיח שלטון חוק מבלי לעגן אותו בחוקה. **מי שמתכנן לקיים את שלטון החוק על כל היבטיו חייב לכונן חוקה** שהיא מעל חקיקה רגילה, **שתכלול את** **שלטון החוק כאחד מעקרונותיה**, על כל היבטיו.

* **פרופ' זמיר** ציין – כדי להבטיח את שלטון החוק במיוחד בהיבטו המהותי, יש צורך בחוקה. **הרוב בכנסת** למרות שמייצג את העם, **לא רשאי לנצל את מעמדו כדי לפגוע בערכים היסודיים של החברה**. החוקים שהוא מחוקק, צריכים לשרת ערכים אלה, ואסור שיסתרו אותם.

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

1. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

האם מספיקה הוראה חוקתית שמאמצת את עיקרון שלטון החוק על כל היבטיו? **התשובה היא לא**. חוקה היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק. נדרש **גורם עצמאי שאינו חלק מהמחוקק הרגיל**, שיש בידו הסמכות **לקבוע שהוראות החוקה לעניין שלטון החוק הופרו ולכן החוק בטל**. נדרשת גם ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק, שכן בלי ביקורת, החוקה תיהפך למסמך פוליטי, שאין בו מספיק עוצמה להכווין את המחוקק. גם בכך דן בגין.

* **בגין** ז"ל ציין – עליונות המשפט תתבטא בכך שלחבר השופטים הבלתי תלויים, תהיה הסמכות לא רק לקבוע במקרה של תלונה, אלא גם הסמכות לחרוץ במשפט במקרה של קבילה, אן החוקים שהתקבלו מתאימים לחוק היסוד, או סותרים את זכויות האדם שנקבעו בו. את הזכות להגיש את הקבילה, יש לתת לכל אזרח שרואה את עצמו נפגע, ישירות או באופן עקיף.

בנוסף שאל, האם ראוי ששופטים שאינם נבחרים, יוכלו לבטל חוקים?

* **בגין** **ענה** על כך **בחיוב** – רוב פרלמנטרי שנבחר (לכנסת) יכול להיות כלי בידי שליטים שמסווה לעריצותם (שלטונם). **העם חייב לקבוע את הזכויות שלו מול הנבחרים, שלא יקרה מצב ובו הרוב שבכנסת** (שמשרת את השלטון יותר מאשר הוא מפקח עליו), **יוכל לשלול את הזכויות הללו**. את זה ניתן להשיג רק בדרך של "עליונות המשפט"- משמע **קביעת החרויות האזרחיות "כחוק יסוד**", **ומתן סמכות לחבר השופטים לבטל את תוקפו של החוק**, הנוגד את חוק היסוד, הסותר את החירויות האזרחיות.

**בגין** הכיר בחולשות השופט, אומנם הוא עשוי לטעות, אך **יתרונו** העיקרי שהוא **בלתי תלוי לחלוטין:**

* **ההיסטוריה** מלמדת שכל עוד שלטון החוק עריץ לא הצליח למגר תחתיו את המשפט, ובימ"ש לא הפך לאולם עליו שולטת המשטרה. כל עוד קיימת "אווירה ציבורית" לטובת קדושת מצפון השופט ועצמאותו של המשפט- **השופטים** ידעו להתייצב מול שליטים**, ולהעדיף את צו מצפונם על פני לחץ על השלטונות או פקודות נסתרות שלהם.** הם יתגברו על הפחד מפני רדיפות, וחרצו דין צדק.
1. חוקה וחוקי-יסוד

בגין נפטר ב9/3/1992. באותו החודש הכנסת קיבלה את חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד כבוד: האדם וחירותו. במעמדם החוקתי עסק **בפס"ד בנק המזרחי**. המסקנה שעולה מהפעולה המשולבת של בימ"ש העליון והכנסת בהקשר של חוקי יסוד:

* שהם החוקה של המדינה.
* נורמה משפטית חוקית-על-חוקית
* חוק רגיל של הכנסת אינו יכול לפגוע בחוק יסוד, לשנות או לסתור אותו.
* חוק הנוגד חוק יסוד הוא בלתי חוקתי
* בימ"ש רשאי להצהיר על בטלות החוק הלא חוקתי.

**השגנו את עליונות החוקה**! האם עכשיו השגנו גם הגנה מספיקה לעיקרון שלטון החוק בכל היבטיו? אין הוראה מפורשת בחוק היסוד לפיה יש לקיים את עיקרון שלטון החוק. יש חוקות שקובעות במפורש, שהמדינה היא מדינת חוק או מדינה שבה שולט עיקרון שלטון החוק. אך זה לא עוזר. משאר הוראות החוקה ניתן להבין **שלעקרון שלטון החוק הפורמלי,** **היוריספרודנטלי והמהותי, ניתן בישראל מעמד חוקתי-על-חוקי**. חוקי היסוד הנוגעים לזכויות אדם קובעים שאין לפגוע בזכות אדם חוקתית, "אלא בחוק". בכך ניתן ביטוי לעיקרון **הפורמלי** של שלטון החוק. כך גם ניתן ביטוי להיבט **היוריספרודנטלי** של שלטון החוק. עיקורן החוקיות שמעוגן בחוקה עוסק בחוקיות פורמלית. היכולת לפגוע בזכויות אדם "בחוק" מובנה (כך קובע משפט המשווה) שהחוק צריך להיות פומבי, ודאי, ידוע וברור.

מה עם שלטון החוק **המהותי**? עיקרון זה בא לידי ביטוי בשני חוקי היסוד החדשים בעניין זכויות האדם, שלפי אין לפגוע בזכויות אדם חוקתיות אלא בחוק *ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית רואיה ובמדיה שאינה עולה על הנדרש*.

הוראה זו שמכונה **פסקת ההגבלה**, משמשת צינור להחדרת שלטון החוק המהותי למבנה החוקתי שלנו. "חוק מרושע" או חוק שפוגע בזכויות אדם מעבר לנסבל במדינה דמוקרטית, לא יוכל לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

לאחר 45 שנים מאז רעינו של בגין ל"עליונות המשפט", הכנסת קיבלה את התפיסה הזאת. **המשפט עליון בישראל**, במובן **שהעקרונות החוקתיים הקבועים בחוק יסוד** (שהיא חוקתנו) **נהנים מעוצמה נורמטיבית חוקתית-על-חוקית**, והכנסת עצמה חייבת בכיבודם, כפי שקובעים שני חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם: *כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה*.

1. עליונות המשפט בעתיד

הנה, שלטון החוק (על כל היבטיו) מובטח בישראל! זאת לא מדיניות שראוי לנהוג לפיה, אלא נורמה משפטית שחייבים לכבד אותה. חובת הכיבוד נובעת מעיגונו של עקרון שלטון החוק בישראל בחוקי היסוד, המכוננים את חוקת המדינה.

עם זאת, ההסדר הישראלי הוא חלקי, עליונות החוקה קיימת רק לעניין מספר מוגבל של זכויות חוקתיות. בנוסף, הכנסת יכולה יחסית בקלות, לשנות את חוקי היסוד. מה שנמנע מהכנסת לעשות באמצעות חקיקה רגילה, מתאפשר לה ע"י תיקון חוק יסוד. על כן, העניים מחייב מחשבה נוספת, אם מטרתנו להגשים את עקרון שלטון החוק בישראל, ראוי להקשות על שינוי חוקי היסוד.

1. **סיכום**

**תנאים הכרחיים לקיום שלטון החוק ועליונות החוקה** הם- חוקה פורמלית שמאזנת כראוי בין זכות הפרט לצורכי הכלל. מחוקק דמוקרטי, רשות מבצעת נקייה מאי חוקיות, מערכת ישפוט עצמאית, מנגנוני אכיפה בלתי תלויים. עם זאת, **הם אינם תנאים מספיקים**. שלטון החוק ועליונות החוקה ישמרו, רק אם אנחנו נשמור עליהם! הם לא מתגשמים מעצמם, אנחנו צריכים להגשימם. הם יפרחו רק אם יהיו בליבנו. הם אינם רק מושגים משפטיים, הם ערכיים חברתיים, הם חלק מתרבותו של העם. יש להיאבק על עליונות החוקה וכך גם על שלטון החוק. מדובר במאבק יומיומי. לא די בידיעה אלא גם בפרקטיקה.

* **בגין** דן בכך – רעיון, "עליונות המשפט" אינו רק רעיון "תמים" או תיאורטי. אם "האווירה הציבורית" תיתן למשפט בחברה ובמדינה מעמד עצמאי, ולשופט תינתן הכרה- לא רק חוקית אלא גם פנימית, של דיין צדק בלתי תלוי. האווירה הציבורית הזאת, וההכרה הפנימית יקבעו את קיומה של עליונות המשפט כערובה לחירות היחיד, וקו חיבור בין חירות האדם ובין תיקון החברה.