

**דף סיכום בחינה****מזהה בחינה: 001000272036 מזהה סטודנט: 288095****שם קורס: תורת המשפט**

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון
1	34.00	34.00
2	34.00	
3	34.00	34.00
4	34.00	26.00

**ציון בחינה סופי : 94.00****הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

## עבודה מס' 2 - שלטון החוק

קורס: תורת המשפט (99-103-02), תשפ"ג (סמסטר א)

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן

פרופ' יאיר לורברבוים

### חומר קריאה:

- J. Raz, 'The Rule of Law and its Virtue,' in: THE AUTHORITY OF LAW, Essays on Law and Morality ...
- א' ברק, 'שלטון החוק ועליונות החוקה', משפט וממשל ה (תש"ס) ...

### הנחיות:

- עננה.ו על שלוש מארבע השאלות הבאות. לכל שאלה 34 נק' (סה"כ 102 נק').
- העבודה היא ללא חומר עזר.
- המאמרים הנ"ל מצורפים כנספחים.
- מותר להשתמש במילונית.
- היקף כל תשובה הוא עד 450 מילים.
- משך הזמן: 90 דק' (לתלמידות ים שאין להן.ם תוספת זמן)

בהצלחה!

רז אכן טוען כי אחד מן הכשלים בדיונים על שלטון החוק הוא מתן החשיבות העליונה לו. הסיבה שרז אינו מצטרף לאלו המעלים את שלטון החוק על נס כערך חיוני שאין בלתו היא הפרספקטיבה השונה, והאובייקטיבית, שהוא מייחס למונח.

מבחינתו של רז, שלטון החוק הוא כלי בידיו של השלטון שניתן לראותו גם כשאיפה בכדי לייצר חוק יעיל יותר, הוא אינו כולל בתוכו שום רעיון פוליטי או ערך סובייקטיבי. רז מונה 8 אלמנטים שהיה ויקוימו על החוק ועל המערכת השלטונית נוכל להגדיר את המדינה שבה מיושמים, ככזאת המיישמת את שלטון החוק. עם זאת, רז מדגיש ששלטון החוק הוא בכלל מגנון פאסיבי שכל תכליתו היא מניעת הרע שהחוק עצמו יכול לעשות. הוא גם מוסיף שכתובת חוק ואכיפתו, על כל המשתמע מכך, תוביל לכיבוד האזרח - במובן שהיא תאפשר לו לתכנן את חייו כראוי ותמנע אכזבה ותסכול.

משכך טוען רז, שלטון החוק אינו "טוטאלי", הוא מידה, הוא איכות שאמנם לא ניתן לכמת מספרית אך כן ניתן להתקרב ולהתרחק ממנה בדרגות שונות (בהמשך לדימוי "חדות הסכין" שנתן), כאשר זו העליונה מייצגת את החוק היעיל ביותר - אך גם, וזו אולי הנקודה המשמעותית ביותר של רז, היבשה והריקה ביותר. מבחינתו, יישום שלם של שלטון החוק ינטרל למעשה במקרים רבים כמעט כל אג'נדה חברתית וערכים חברתיים אותם ננסה להסדיר באמצעות החוק, ועל כן יישומו המלא של שלטון החוק במציאות הוא רק בגדר אידאל (וידוע כבר שאידאל הוא לרוב מציאות מושלמת שאינה ניתנת להשגה). על כן, רז קורא לקוראים לא לתת לרצון לעמוד באידאל בשלמותו למנוע מאיתנו ליישם את האמונות שלנו באמצעות החוק (אך במקרים של סתירה מוחלטת ומלאה - כדאי שנשקול ליישם אותם באמצעים לא משפטיים).

לסיכום, לשיטתו של רז, הפרזה בחשיבות של שלטון החוק היא למעשה או התעלמות מערכו האובייקטיבי-פאסיבי של שלטון החוק (שכן הדבר אותו אותם אנשים מנסים להעלות על נס הוא בכלל "החוק הטוב" לו הם מייחלים) או שימוש ביתר באובייקטיביות שלו עד כדי מניעת יישום כל אג'נדה בחוק.

ברק סבור אחרת באופן מהותי, אך יש לציין שהדברים נובעים בעיקר מהבנה שונה בתכלית של מונח שלטון החוק. ברק מעלה על נס את שלטון החוק ו"מפריז" בחשיבותו רק בגלל שליטתו, שלטון החוק אינו רק מונח צורני-יוריספרודנטי, אלא מונח הטעון במשמעויות ערכיות נרחבות וכולל בתוכו סט ערכים מחייבים שבלעדיהם לא יתקיים חוק ובטח שלא שלטון החוק. אותן משמעותיות מרכזיות הן למעשה "החוק הטוב" שברק מייחס לו, במסגרת המערכת המשפטית הראויה לשיטתו (האישית) ומכאן נובע חוסר ההתאמה שלו לאמירתו של רז, שכן אלמלא נציב את שלטון החוק ונשיים אותו ברמה מוחלטת לא נחיה במדינה נאורה ודמוקרטית אלא בהפך המוחלט ומשכן לדעת ברק - יש חשיבות אדירה לשלטון החוק ועל כן יש להעניק לו חשיבות עצומה (או "מופרזת" במילותיו של רז).

34

(1)

**תשובה יפה אך מעט חסרה. ניתן היה להדגיש יותר כי בעיני רז שלטון החוק הוא אינו ערך מוסרי אלא תכונה הכרחית וסגולה אינהרנטית של מערכת משפטית. בעיניו, שלטון החוק הוא השלמות של החוק כחוק, ולטענתו לא כל מערכת העומדת בדרישות שלטון החוק היא בהכרח מוסרית, וכי יכול להיות שישנה מערכת בלתי מוסרית בעליל אך היא עומדת בדרישות החוק באופן מלא. לעומת רז, ברק מייחס לשלטון החוק ערך מוסרי ונעלה.**

**מכיוון שאת כל אלו ציינת בשאלה מס' 3 - לא הורד ניקוד, לפני משורת הדין.**



בטרם אפתח את תשובתי כאן, ראוי שאפנה גם לחלקים הרלוונטים מהדיון שערכתי בשאלה הראשונה שכן הדברים מתכתבים בחלק ניכר מהמובנים.

רז רואה את שלטון החוק ככלי, בידי של המחוקק, שבכוחו להעצים ולהפרות את החוק. לשיטתו, חוק שעומד ב8 הקריטריונים שהציב (ביניהם - חוק כללי, יציב, ברור, פומבי, בר ביצוע וכד') הוא חוק מועיל אינהרנטית. יתרה מכך, שלטון החוק אליו מתכוון רז הוא למעשה רכיב פנימי הקשור אך ורק לחוק עצמו ולמרכזיות הכלי להכוונת התנהגויות. גם האלמנטים שפונים למערכות שלטוניות אחרות (כמו רשויות האכיפה ובתי המשפט) נועדו לשרת את שלטון החוק בכך שיאפשרו לאזרח להבין את המשמעויות של עבירה על החוק וכן לספק בהירות נוספת במקרים (החריגים) בהם נוצרת שאלה משפטית אשר אין לה תשובה ישירה וברורה ממארג החקיקה. מכוח כך שאלמנטים אלו משפרים את החוק - רז רואה אותם כמידה, ומקביל אותם לחדות של סכין. עמידה או אי עמידה בהם שקולה לחדותה של סכין - כלומר, ליכולת שלה להוות כלי מסייע ויעיל בידי השלטון - אך וכאן מדגיש רז, הדגשה מרכזית, אין זה אומר שהחוק עצמו הוא "טוב" או "צודק". לטענתו של רז, קיימים משטרים רבים - אכזריים ונוראיים - שיוכלים להצטיין בשלטון חוק מופתי הרבה מעבר ממשטרים נאורים ומערביים שאנו נוטים לפאר. על כן טוען רז, הדבר החיובי היחיד שמייצר שלטון החוק הוא למעשה הניסיון העילאי ביותר למנוע את הנזק שיכול החוק לעשות לאזרח. אך רז מתרגם את הנזק במונח של פגיעה בכבוד המבוטאת במניעת היכולת לתכנן ולכלכל את חייו של האדם כשורה. על כן, אין שום נפקות מוסרית או ערכית לשלטון החוק, כי אם מידת יעילותו של החוק כחוק והיכולת שלו למנוע נזק שהחוק יכול לגרום לאדם בעצמו.

ברק רואה את הדברים, כאמור, באופן הפוך לגמרי. ברק רואה בשלטון החוק ערך חיובי, פעיל ומשפיע. ברק מטעין את שלטון החוק ברבדים נוספים ונרחבים מאשר רז. את אמירותיו של רז, נוכל להניח שברק יטה להגדיר כמובנים הפורמליים והיוריספרונדטליים של שלטון החוק (שהם רק טפחותיו של שלטון החוק לדעת ברק). וזאת עלינו לומר, שמתשמע מדבריו של ברק שהעמידה בתנאים היורספרונדטליים אינה עניין של מידה כי אם של חובה. עיקר ערכו של שלטון החוק של ברק (הבסיס שלו) הוא הערך המוסרי שהוא מגלם במסגרת שלטון החוק המהותי. במסגרת מונח זה, טוען ברק כי לא רק ששלטון החוק צריך להתקיים במערכת דמוקרטית אלא גם בדמוקרטיה מהותית! שאינה מאפשרת את שלטון הרוב, פשיטא, אלא את המגבלות הנרחבות החלות על שלטון הרוב (ולמעשה על שלטון בני האדם ונבחרי) בכדי להבטיח את המוסר, המבוטא באמצעות שורת הגנות וזכויות אדם ומיעוטים, שאין לחרוג מהם ודין חריגה מהם - כדין חריגה וחתירה תחת הדמוקרטיה עצמה ושלטון החוק.

לדעת ברק, שלטון החוק הוא למעשה מייצר הטוב במערכת ולא רק זאת כי אם מבטיחת הטוב, ע"י שורת הגבלות וביקורות שיפוטיות וחוקתיות שיבטיחו שהרוב לעולם לא ימנע מן הפרט את הזכויות הבסיסיות להן הוא זכאי. ברק אף מרחיב את הגדרתו וקורא לשלטון החוק- כלי לתיקון החברה.

**מעולה!**

34  
(3)



עתה, אעמוד על הקשר בין שלטון החוק לכבוד האדם לשיטתם של השנים.

רז רואה את כבוד האדם כנזרת של מידת האוטונומיה שלו כאדם (הגדרה שהוא שואב מההוגה והפילוסוף הנודע, האייק). לשיטתו של רז ישנם 3 מובנים בהם כבודו של האדם, בגזרתו זו, יכולים להישלל - עלבון, שעבוד ומניפולציה. נסקור אותם כסדרם - עלבון, טוען רז, הוא כזה הפוגע בכבוד האדם רק אם הוא כולל או מרמז על היות האדם כאדם לא אוטונומי או קוראת לחברה להתייחס אליו כאדם חסר אוטונומיה אישית. השעבוד, מטעים רז, היא מניעה מאדם לממש את האופציות העומדות לפניו (את האוטונומיה שלו) ע"י מניפולציה של הסביבה שלו. מניפולציה, טוען רז, היא השפעה על שיקול הדעת של האדם באופן כזה המונע ממנו להגיע למסקנה שיכל להגיע אליה אלמלא המניפולציה הזו. לטענתו של רז, החוק לכשלעצמו הוא בעל כוח שיכול לגרום לפגיעות רבות בכבודו של האדם במובנו זה, בין אם מדובר 3 מובנים אלו ואם מדובר באחרים. הוא טוען, שהתעלמות מכוונת משלטון החוק כפי שהוא רואה אותו היא בהכרח פגיעה מכוונת בכבודו של האדם. שלילת האוטונומיה במקרה זה מבוטאת ע"י מניעת תכנון התנהגות רצוי ומשכך גם חוסר שליטה על עתידו האישי.

הנפקות של פגיעה זו לדעת רז היא יצירה של תסכול - הבאה לידי ביטוי כאשר האדם מבין שהוא נמצא במערכת שאינה מקפידה על עקרונות אלו ומשכך פוגעת בכבודו והדבר אכן מתסכל. אך גרוע מכך - מערכת אשר יצרה ציפייה של שלטון חוק יעיל ועשתה ההפך מובילה לאכזבה קשה שפוגעת באמינות השלטון ועלולה לפגום בסדר החברתי.

ברק כאמור, בגלל ההפרדה הכמעט מוחלטת במשמעות של המונח ובנפקויותיו מאלו של רז, מכניס את כבוד האדם מזוית שונה בתכלית. לדעתו, מערכת משפטית אשר רוצה לסגל לעצמה את שלטון החוק חייבת להבטיח שהרוב ינצל את כוחו אך ורק למעשים שלא יפגעו בכבוד האדם (מושג כבוד האדם של ברק כולל ערכים רבים בהם שיוויון, זכויות אדם, זכויות מיעוט, מניעת השפלה, זכויות פוליטיות וכד' - זוהי רשימה חלקית בלבד). ברק מגדיר פגיעה בכבוד האדם, כל מעשה שאינו עונה על הגדרת הדמוקרטיה המהותית שהציג. במונחיו של רז, נוכל לומר שברק מגדיר פגיעה בשלטון החוק, כל פעולה משפטית הפוגעת בחוק הטוב או מייצרת חוק לא טוב (או לא מוסרי למשל). בגלל שברק רואה את כבוד האדם במובן רחב כל כך, שהמובן של רז הוא רק פרומיל ממנו, שלטון החוק מציב שורה ארוכה של הגבלות על השלטון ומוסדותיו שנועדו להבטיח שלא תהיה סטייה ממנו. (שהרי אם בשביל לממש את כבוד האדם במובנו של רז, נזדקק לרשימת כללים שדרכם ננסח חוק וכן מערכת משפט נגישה ואכיפה אפקטיבית, הרי בשביל ברק נצטרך לייסד חוקה, לכוון מערכת משפט עם ביקורת שיפוטית רחבה ונאלץ לחתוך עד דק את כוחה של הרשות המינהלית - וזו גם היא, רשימה חלקית בלבד).

**על פי ברק, כבוד האדם במובן הרחב עומד בבסיס שה"ח. מכח היסוד הזה נגזרות כל הזכויות של הפרט, שוויון וכו' על כן, עמדתו על השוני בדרך בו שני האישים הללו מקשרים בין שלטון החוק לכבוד האדם, הן על השוני המושגי והן על הנפקויות השונות שהן גוררות מתוכן.**

**על פי רז, שה"ח אמנם לא כולל את ערך כבוד האדם והאוטונומיה, יחד עם זאת הוא קשור לכבוד האדם, אמנם באופן צר יותר, ברם משמעותי. במצב ששה"ח אינו מתקיים (או מיושם בדרגה נמוכה) צפויה פגיעה בתוכנות החיים ארוכות הטווח של בני אדם, שכן תוכניות אלה תלויות בשה"ח, למשל בבהירות וביציבות החוק, וכן בכך ששתי המשפט יחילו את החוקים בדיוקנות**