

חוק ההסדרה ושלטון החוק

מאת

ליאורה בילסקי* נטלי דודזון**

תקציר

בג"ץ חוק ההסדרה העמיד את בית המשפט העליון בפני דילמה. עצם ההסתמכות של בג"ץ על חוקי היסוד כבסיס לפסילת חוק ההסדרה מהווה סוג של נורמליזציה של הכיבוש, ומצד שני פסילת החוק שלא על בסיס חוקי יסוד ישראליים ורק על בסיס אי המוסריות הבוטה שהוא מייצג הייתה חותרת תחת סמכותו של בית המשפט המוגבל במגבלות שלטון החוק. פנייה לעזרת המשפט הבינלאומי הייתה מעמידה דילמה נוספת בפני בית המשפט. ההכרה בפגיעה של חוק ההסדרה בערך יסוד דמוקרטי – עקרון הייצוג – דורשת להפעיל את הנורמות של המשפט הבינלאומי אשר נועדו להגן על אוכלוסייה הנמצאת תחת "תפיסה לוחמתית" ללא זכות להצביע ולהיבחר לכנסת. בו בזמן, כיבוד עקרונות הדמוקרטיה דורש מבית המשפט להכיר בריבונותה של הכנסת ביחס למשפט הבינלאומי. במאמר זה אנו מציעות בסיס אחר של ביקורת שיפוטית שלא רק היה מחלץ את בית המשפט מדילמות קשות אלו, אלא גם היה מצליח לבטא באופן מדויק יותר מהדוקטרינות החלופיות שהוצעו את הפגיעה הספציפית שמהווה חוק ההסדרה. עילת הביקורת שאנו מציעות מבוססת על תפיסת החוקיות של לון פולר. בעזרת קריאות חדשות של פולר אנו טוענות כי הצורה שבה נוסח חוק ההסדרה לא עמדה בדרישות של מה שפולר כינה "המוסר הפנימי של חוק", ולכן דבר חקיקה זה אינו חוק הראוי לשמו.

מבוא

- א. על "גילוי וכיסוי בלשון"
- ב. אמיקוס המרצים – שלוש דרכים וחוק אחד
 1. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
 2. פגיעה בערכי הדמוקרטיה
 3. המשפט הבינלאומי

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, מופקדת הקתדרה ע"ש בנו גיטר לזכויות אדם וחקר השואה ועומדת בראש מרכז מינרבה לזכויות אדם.

** מרצה בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. הכתובות מודות לניר גונן, לגלעד מור ולנופר קדוש על עזרתם במחקר ובעריכה, ולנדב גולני על הערותיו.

- ג. נתיב נסתר – עילת החוקיות של פולר
 ד. חוק ההסדרה כמקרה קיצוני של חקיקה פתולוגית
 סיכום

מבוא

החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרה"), אושר בכנסת ישראל בקריאה שנייה ושלישית ב-6 בפברואר 2017 ופורסם ברשומות ב-13 בפברואר 2017. החוק הורה על הקצאת זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית של פלסטינים, לצורכי יישובים שנבנו על ידי ישראלים לאורך השנים על קרקעות אלה. בכך קבע החוק מנגנון להכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית בשטחי יהודה ושומרון. כנגד החוק הוגשו עתירות מספר לבג"ץ. בית המשפט קיבל את העתירות וקבע ברוב של שמונה שופטים, כנגד דעתו החולקת של השופט סולברג, כי דינו של החוק להתבטל. במאמר ביקורת שפרסם פרופ' מנחם מאוטנר בעיתון "הארץ" הוא קובע כי החלטת הבג"ץ בעניין חוק ההסדרה הוא פסק דין אמיץ שבו ביטל בית המשפט העליון "חוק שהוא ציפור הנפש של הימין". אולם מאוטנר ממשיך ומבקר את הדרך שבה בחר בית המשפט לעשות זאת: "הוא התחמק משאלה עקרונית גדולה שהעלו העותרים: האם הכנסת רשאית לחוקק בענייניהם של הפלסטינים תושבי השטחים, בלא שהם משתתפים בהליכי החקיקה. במקום לדון בשאלה הזו, בג"ץ החיל על הפלסטינים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאילו הם תושבי ישראל וכאילו האירועים הנוגעים להם התקיימו בשטח ישראל".¹

בג"ץ חוק ההסדרה העמיד את בית המשפט בפני דילמה. מצד אחד, חוסר המוסריות של החוק ניכר על פניו: הוא התיימר להכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית, וזאת אך ורק של מתיישבים ישראלים בגדה המערבית.² מצד שני, בית המשפט כמוסד המחויב לשלטון החוק נדרש להצביע על מקור סמכות לפסול חקיקה ראשית של

¹ מנחם מאוטנר "הסוריאליזם של בג"ץ" **הארץ** (13.6.2020) <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.8914436>.

² בפס"ד של הנשיאה חיות היא מבהירה כי החוק נועד "להסדיר את ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה (...) דברי ההסבר בהצעת החוק התייחסו אף הם מפורשות לכך בציינם כי מטרת החוק היא להסדיר את מעמדם של יישובים ישראלים ביהודה והשומרון (...) כדי לאפשר את המשך ביסוס ופיתוח ההתיישבות הישראלית באזור". בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת**, בפסקה 51 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 9.6.2020) (להלן: **עניין סלואד**).

הכנסת. מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית מהווה בדרך כלל מוצא מדילמה מסוג זה. בית המשפט יכול לבקר ולפסול חוקים של הכנסת על בסיס הסתמכות על הוראות חוקתיות. הבעיה שחוק ההסדרה מעלה היא שמדובר בחוק של הכנסת, אבל כזה המיועד לשנות את המצב המשפטי בשטחים הכבושים. במצב כזה, בית המשפט הישראלי נמצא במלכוד כפול. עצם ההסתמכות של בג"ץ על חוקי היסוד כבסיס לפסילת חוק ההסדרה מהווה מיניה וביה סוג של "נורמליזציה של הכיבוש" – כזו שמסתירה את העובדה כי הפלסטינים הנתונים לחוק זה אינם אזרחי המדינה, ולכן המחוקק הישראלי אינו מייצג אותם. מצד שני, פסילת החוק שלא על בסיס חוקי יסוד ישראליים ורק על בסיס אי המוסריות הבוטה שהוא מייצג – ביחס לזכות הקניין הפרטי וביחס הלא שוויוני בעליל בין תושבים פלסטינים בשטחים למתנחלים הישראלים – הייתה חותרת תחת סמכותו של בית המשפט המוגבל במגבלות שלטון החוק.³

פנייה לעזרת המשפט הבינלאומי, המקור העיקרי שדרכו ניתן היה לדון בהעדר סמכות של הכנסת לחוקק את החוק,⁴ ופסילת חוק של הכנסת בשל הפגיעה הקשה בעקרונות המשפט הבינלאומי, הייתה מעמידה דילמה נוספת בפני בית המשפט הישראלי. לפי עקרון ריבונות הכנסת, המשפט הבינלאומי המנהגי חל בישראל רק בהעדר חקיקה סותרת, לכן כל עוד החיל בית המשפט הישראלי מגבלות מן המשפט הבינלאומי על המפקד הצבאי בשטחים יכול היה ליישב זאת עם עיקרון זה.⁵ אולם החלה ישירה של המשפט הבינלאומי על הכנסת בפעולתה כמחוקקת חותר תחת עיקרון זה. גם כאן המלכוד של בג"ץ הוא כפול. ההכרה בפגיעה של חוק ההסדרה בערך יסוד דמוקרטי – עקרון הייצוג – דורשת להפעיל את הנורמות של המשפט הבינלאומי אשר נועדו להגן על אוכלוסייה הנמצאת תחת "תפיסה לוחמתית" ללא זכות להצביע ולהיבחר לכנסת. בו בזמן, כיבוד עקרונות הדמוקרטיה דורש מבית המשפט להכיר בריבונותה של הכנסת ביחס למשפט הבינלאומי.

זו נקודת המוצא של רשימה זו: חוק ההסדרה היה פסול, אך כל אחד מהכלים המשפטיים שעמדו בפני בית המשפט הציב דילמה קשה. בהינתן הנחות אלו, אנו

³ לדילמות נוספות שדיני הכיבוש מציבים ראו את AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE

WALL: RETHINKING THE LAW OF OCCUPATION 214–215 (2017).

⁴ 45 ¶ 10 (Sept. 7) 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Fr. v. Turk.), S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 133–134

לבקשת הצטרפות כ"ידיד בית משפט" (Amicus Curiae) מטעם 28 מרצים ומרצות למשפטים בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 1.3.2017) (להלן: אמיקוס המרצים).

⁵ זאת לאור הכלל החוקתי שלפיו המשפט הבינלאומי המנהגי חל בישראל בהעדר חקיקה סותרת. ע"פ 174/54 אנוש שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 5 (1956) (להלן: עניין שטמפפר).

מציעות בסיס אחר של ביקורת שיפוטית שלא רק היה מחלץ את בית המשפט מדילמות קשות אלו, אלא גם היה מצליח לדעתנו לבטא באופן מדויק יותר מהדוקטרינות החלופיות שהוצעו את הפגיעה הספציפית שחוק ההסדרה מהווה. עילת הביקורת שאנו מציעות חוזרת אל מושכלות יסוד של חקיקה, ובמיוחד אל עקרון ההדדיות בין מחוקק לנמען החוק. עיקרון זה בא לידי ביטוי בהגבלת המחוקק והבנה של הסובייקטים הנתונים לחוק כשותפים למחוקק. בו בזמן, עילת הביקורת שאנו מציעות נמנעת מלבחון את תוכן החוק על פי חוקי היסוד הישראליים, המשפט הבינלאומי או עקרונות מוסר כלליים. במקום זאת, עילת הביקורת מבקשת מבית המשפט לבחון את צורת החוק כמי שמשקפת את "המוסר הפנימי של החוק". אנו מתכוונות לתפיסת החוקיות של לון פולר.⁶ הגישה של פולר נקראה במשך זמן רב מדי דרך משקפיים פוזיטיביסטיים אשר עיקרו ממנה את הרציונל הבסיסי שלה, וצמצמו אותה לרשימת מכולת של דרישות שחקיקה צריכה לעמוד בהן כדי להיות יעילה. אנו חוזרות אל תורתו של פולר בנוגע לחוקיות (במובן של המאפיינים של חוק ראוי לשמו) ולשלטון החוק (במובן של סוג משטר). בעזרת קריאות חדשות אשר מחלצות את גישתו של פולר מהכלא הפוזיטיביסטי שאליו נקלעה אנו טוענות כי הצורה שבה נוסח חוק ההסדרה לא עמדה בדרישות של "המוסר הפנימי של חוק" ולכן כי דבר חקיקה זה לא היווה חוק הראוי לשמו.

העותרים ובית המשפט היו שותפים לתובנה כי סימן ההיכר של שלטון החוק הוא קיום מגבלות על כוחו של המחוקק, וכי לא ייתכן כי דווקא כאשר המחוקק הישראלי מבקש לחוקק על השטחים ולפגוע בזכויות של התושבים הפלסטינים הנתונים תחת שליטה ישראלית ומשוללים כוח בחירה לכנסת הוא יהיה משוחרר ממגבלות.⁷ אבל לדעתנו, דרך המלך שנבחרה על ידי בית המשפט להטלת מגבלות על המחוקק – הכפפתו למבחני חוקי היסוד הישראליים כאילו מדובר בחקיקה רגילה של הכנסת –

⁶ רשימה זו היא חלק מפרויקט רחב יותר שלנו שבו אנו מפנות זרקור אל מגמת הידרדרות בשלטון החוק (במובן הפולריאני) בהקשר של תהליכי נסיגת דמוקרטיה בישראל ובעולם בשנים האחרונות. ראו Natalie R. Davidson & Leora Bilsky, *The Judicial Review of Legality*, U. TORONTO L. J. (forthcoming 2022), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3931008 (להלן: Davidson & Bilsky); ראו גם נטלי דודזון "חוק הקורונה, שלטון החוק ותאטרון כובות" (Bilsky, *Judicial Review* Leora Bilsky and Natalie Davidson, *Legal*; (10.1.2021) **ICON-S-IL Blog** "Ethics in Authoritarian Legality: A Response to David Luban", 34 GEO. J. LEGAL ETHICS 1. (forthcoming 2021).

⁷ ראו עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפסקה 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ראו גם הערות שוליים 20 ו-42 להלן והקססט הנלווה להן.

היא בעייתית לכל הפחות. כאלטרנטיבה אנו מציעות פיתוח של ביקורת שיפוטית מבוססת על תאוריית החוקיות כפי ניסוחה על ידי פולר, וטוענות כי תפיסה זו עוזרת לנסח שורה של מגבלות החלות על המחוקק ואשר נובעות ישירות מעקרון שלטון החוק במחוקק. עילת הפסלות שאנו מציעות בנויה על התובנה ששזורה כחוט השני בעתירות השונות – כי הפגמים של חוק ההסדרה הם כה מהותיים עד כי הוא אינו עולה כדי חוק. אולם בניגוד לעילות המשפטיות שהוצעו על ידי הטוענים ובית המשפט, התאוריה של פולר עוזרת להמשיג את הפגיעה שבחוק ההסדרה בצורה מדויקת יותר הקשורה להבנה של מהו שלטון חוק. בנוסף, עילת פסלות זו הייתה מאפשרת לבית המשפט להימנע מן המלכוד שהציב חוק ההסדרה: כיצד לבקר חקיקה ישראלית מבלי להישען על חוקי יסוד ישראליים או על המשפט הבינלאומי.

מהלך הטיעון ברשימה זו יהיה כדלהלן. לאחר פרק קצר אשר יציג את הדילמה של בג"ץ בפסק דין חוק ההסדרה דרך הפריזמה של רטוריקה ושפה, נעבור לדון בפרק ב בשלוש העילות המרכזיות שהוצעו לביקורת על חוק ההסדרה: חוקי היסוד, עקרונות הדמוקרטיה והמשפט הבינלאומי. אנו נצביע על הקשיים בכל אחת מן העילות (במיוחד ביחס לניסוח הפגיעה בשלטון החוק) על ידי ניתוח של מזכר ידידי בית משפט שהוגש לבית המשפט על ידי מרצים ישראליים למשפטים ("אמיקוס המרצים") ואשר מציע ניתוח מפורט של כל אחת מן העילות לפסלות החוק. ההתמקדות באמיקוס המרצים מאפשרת לחזור לשלב שלפני הבחירה של בית המשפט במסגרת של חוקי היסוד הישראליים ולבחון את כל העילות שהוצעו.⁸ לאחר מכן נפנה בפרק ג להצגת הגישה שלנו המבוססת על התאוריה של פולר על המוסר הפנימי של החוק. כמו כן נראה כי "ניצנים" של עילת ביקורת שיפוטית המבוססת ישירות על מושג שלטון החוק ניכרים בפסיקת בית המשפט מן הזמן האחרון, והם מצביעים על הצורך בפיתוח של עילה כזו. בפרק ד נבקש להחיל גישה זו על חוק ההסדרה, ולהראות כיצד ההמשגה החדשה עוזרת לנסח את הפגיעה של חוק ההסדרה באופן מדויק, וכן להתגבר על חלק מהבעיות שעלו בכל אחת מן העילות האחרות. כמו כן נצביע על ההבדלים בין הגישה שאנו מציעות לבין הגישה של בית המשפט, ונראה כיצד בחינת חוק ההסדרה במשקפיים של עילת החוקיות הפולריאנית הייתה מאפשרת לבית המשפט לבחון את הפגיעה בחוק ההסדרה מבלי להסתמך על חוקי היסוד הישראליים. נטען כי החלה של מבחני החוקיות שהציע פולר על חוק ההסדרה הייתה מצביעה על פגמים יסודיים שנפלו בחוק ואשר מביאים לבטלותו.

⁸ אמיקוס המרצים מפרט לגבי כל אחד מן המסלולים לביקורת החוק והשלכותיו, בעוד שפסק הדין נמנע במכוון מלהיכנס לדיון בשאלת חוסר הסמכות, ולאחר דיון קצר פונה לפתח את מסלול הביקורת שנבחר, החלת מגבלות חוקי היסוד על חוק ההסדרה. ראו עניין סלואד, שם, בפס' 32–33 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

א. על "גילוי וכיסוי בלשון"

התחושה בעקבות קריאת בג"ץ חוק ההסדרה סוריאליסטית. כמאה עמודים של פסק דין מלומד אשר מסתירים את הבעיה יותר מאשר חושפים אותה. כבר העמוד הראשון של פסק הדין מאותת על בעיה חמורה – הרכב מורחב של תשעה שופטים עליונים שנקראו לשבת על המדוכה. רשימת העותרים ארוכה וכוללת שמות של עיריות, מועצות מקומיות פלסטיניות וראשי מועצות – سلواد (סלואד), نعلين (נעלין), برقأ (בורקא), بلعين (בלעדין), خربثا بني حارث (ח'רבתא בני חארט') ועוד ועוד. רשימת העותרים משרטטת מעין מפה של פלסטין, כמו רוצה להתריע מפני חציית גבול אסורה. מיד לאחר מכן מצטרפים לרשימת העותרים רשימה ארוכה של ארגונים אשר בשמם מופיעות המילים "זכויות אדם" בצירופים שונים. מן העבר השני של המתרחש – המשיבים: כל נציגי השלטון הישראלי – הכנסת, המפקד הצבאי באזור, הממשלה, היועמ"ש, הפרקליט הצבאי הראשי, ראש המנהל האזרחי והממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש. לא צריך להמשיך לקרוא כדי להבין כי העתירה נמצאת בלב הסכסוך – מצד אחד המועצות הפלסטיניות, ומצד שני השלטון הישראלי. בית המשפט הגבוה לצדק נקרא למלא את תפקידו כשומר שלטון החוק – לשמור על הגבול שנחצה ולמנוע את הפגיעה הקשה בזכויות אדם.

את כל אלו ניתן ללמוד בלי לקרוא מילה מפסק הדין. אולם אם ממשיכים לקרוא את פסק הדין כל אלו נמוגים בהדרגה. בית המשפט מציין אומנם בתחילת הכרעתו כי עולה שאלה לגבי סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים אשר להם תחולה ישירה ב"אזור" (ל"אזור" אין שם לאורך פסק הדין, שכן עצם בחירת השם – יהודה ושומרון, השטחים הכבושים או פלסטין – שרויה בלב המחלוקת, ולכן מוחקים את סימני ההיכר ונשארים עם השם הלא מסומן, "האזור"). בנוסף, בית המשפט מציין שעולה גם שאלה נוספת לגבי כפיפותה של הכנסת בחקיקה מעין זו לכללי המשפט הבינלאומי "בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית".⁹ אולם בית המשפט ממחר לשים את שתי השאלות הגדולות בצד, בצריך עיון.¹⁰ במקום זאת בית המשפט צולל אל המחוזות המוכרים לו: ניתוח מדוקדק של חוק ההסדרה לאור חוקי היסוד הישראליים, על כל מבחניהם ודקדוקיהם, שהרי "קשה להלום כי רשויות השלטון, הכנסת בכללן, תוכלנה לפעול בשטחי האזור כשהן משוחררות מערכי היסוד המיועדים להגן על זכויות אדם, כל אדם, ומן הבלמים

⁹ שם.

¹⁰ שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט סולברג.

והאיזונים הקבועים בהקשר זה בחוקי היסוד.¹¹ וכך, עיקר פסק הדין עוסק ביישום של שלל המבחנים והאיזונים של חוקי היסוד: מבחן התכלית הראויה, והמידתיות במובנים השונים שלה. לאחר דיון מעמיק בית המשפט פוסל את חוק ההסדרה בשל פגיעתו בזכות לשוויון ולקניין פרטי.¹² אומנם בית המשפט שילב לתוך המבחנים החוקתיים הישראליים דיון במשפט הבינלאומי וההשוואתי,¹³ אולם פסק הדין לא רק כתוב בשפה העברית אלא גם שפתו היא שפת המשפט הישראלי, שפת חוקי היסוד ומבחניהם.

כך קורה שפסק דין אשר כל עניינו לכאורה שמירה מפני פריצת הגבולות של חוק שהכנסת חוקקה וביקשה להחיל ישירות על "האזור", פסק דין שניתן בעקבות עתירה שמבקשת להזהיר מפני סיפוח משפטי של השטחים,¹⁴ בוחר להחיל בהם ללא כל היסוס את כלל היוריספרודנציה הישראלית של חוקי היסוד – כאילו מעולם לא היה קו ירוק.

חוק ההסדרה כמו מעמיד את בית המשפט העליון הישראלי בפני מלכוד או אפוריה – הדרך היחידה שמצא בית המשפט לפסול את חוק ההסדרה אשר פרץ את הגבולות הטריטוריאליים של המשפט הישראלי היא על ידי החלה "אקסטרה טריטוריאלית" של חוקי היסוד הישראליים על שלל מבחניהם ואיזוניהם. וכך לשון פסק הדין במקום לחשוף את הבעיה, את התהום שנפערה, כאשר הכנסת ביקשה להחיל חוק ישראלי ישירות על השטחים ותושביהם הפלסטינים, ממהרת לכסות על התהום במילים ממיטב

¹¹ במסגרת הדיון במבחן התכלית הראויה בית המשפט דן בשתי תכליותיו המרכזיות של החוק: "התכלית המערכתית", שמבקשת להסדיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי, ו"התכלית האנושית", המבקשת למנוע פינוי של מתיישבים מבתיים שבנו בתום לב ואף בעידוד הרשויות. בעוד שהתכלית האנושית נמצאה ראויה, התכלית המערכתית, שעניינה הוגדר למעשה כניסיון "להכשיר את ההתיישבות הבלתי חוקית בצורה גורפת", נמצאה בלתי ראויה. בנוסף, בג"ץ מצא קושי מסוים בכל אחד ממבחני המידתיות. נפסק כי התועלת מהחוק אינה עולה על הנזק מהפגיעה, כי ישנו קושי בהגדרת הנטילה של זכויות השימוש וההחזקה מצד המדינה "כאמצעי" תחת מבחן הקשר הרציונלי, וכי אף על פי שאין לפסול את החוק לפי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, עצם קיומם של אמצעים אלטרנטיביים אלה משליך על מידתיותו של החוק. שם, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹² שם, בפס' 110 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹³ שם, בפס' 68–70 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹⁴ פס' 185–190 לעתירה לצו על תנאי ולצו ביניים בבג"ץ 2055/17 ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת (5.3.2017).

הפסיקה הישראלית, מילים אשר מהוות מעין צפירת הרגעה, כאילו הסדר שנפרץ הושב על כנו.¹⁵

האם יש דרך אחרת מזו שתוארה בפרק זה? נקודת המוצא למאמר היא חיפוש אחר שפה משפטית אלטרנטיבית, אחר עילת ביקורת שיפוטית שיהיה בכוחה להצביע על אי החוקיות (ואי המוסריות) של חוק ההסדרה, וזאת מבלי להיזקק בו בזמן להחלה פרטנית של חוקי היסוד הישראליים, ומצד שני עילת ביקורת אשר תשאיר את בית המשפט בגדר סמכותו, כמי שמבקש לשמור על שלטון החוק מבלי שבעצמו יפר את מגבלות שלטון החוק.

ב. הבעייתיות בהחלת פרדיגמת הכיבוש בבית המשפט

בפתח דבריה של נשיאת בית המשפט, השופטת אסתר חיות, בפסק דין חוק ההסדרה היא מציינת כי "סוגיית סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים אשר להם תחולה ישירה באזור, כמו גם שאלת כפיפותה של הכנסת בחקיקה מעין זו לכללי המשפט הבינלאומי החלים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, מעוררות קשיים לא מבוטלים ואינן נקיות מספקות".¹⁶ אולם במקום לדון בעילות אלו היא ממהרת לייתר את הדיון בהן בעזרת הסתמכות על הסכמת הצדדים לדיון: "בענייננו עם זאת, הביעו למעשה כל הצדדים, במידה כזו או אחרת, את העמדה לפיה ניתן לקיים את הדיון בעתירות מתוך הנחה שחוק ההסדרה כפוף לעקרונות החוקתיים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו...".¹⁷ מאחר שמטרתנו בפרק זה לעסוק בהשלכות של המסלולים השונים לביקורת שיפוטית על חוק ההסדרה, בחרנו לנתח את אמיקוס המרצים אשר מציע דיון עקרוני, מעמיק ונפרד בכל אחד מן המסלולים. אמיקוס המרצים נכתב על ידי עשרים ושמונה מרצים וחוקרים בפקולטות ובבתי ספר למשפטים בארץ המתמחים במשפט ציבורי, בינלאומי ובדיני קניין, ואשר ביקשו להצטרף כ"ידידי בית המשפט" לעתירות. האמיקוס מציג שלוש עילות לבטלות/פסילת חוק ההסדרה: משפט חוקתי וחוקי יסוד ישראליים; עקרונות הדמוקרטיה; נורמות המשפט הבינלאומי. עיון מקרוב בכל אחת מן העילות מגלה קשיים להחיל אותן על חוק ההסדרה.

¹⁵ יפים דבריו של ח"נ ביאליק בעניין זה: "האדם מציץ רגע בסדק שנפתח, ולפחדו הגדול מוצא והנה שוב ה'תוהו' האיום לפניו, והוא קופץ וסותם לפי שעה את הסדק – במלה חדשה, כלומר, אוחד ב'סגולה' הבדוקה לו מכבר, מאחותה הקודמת, כמסיחה את הדעת לפי שעה – והוא ניצל מן הפחד". חיים נחמן ביאליק **גילוי וכיסוי בלשון** (1915).

¹⁶ עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹⁷ שם.

1. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

העילה הראשונה שהאמיקוס מעלה מבוססת על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אולם עילה זו מעלה מייד את השאלה: אם תחולת חוקי היסוד מוגבלת טריטוריאליט למדינת ישראל כיצד ניתן להחילם על חוק ההסדרה שהוא למעשה חוק אקסטרה-טריטוריאלי אשר פוגע בזכויותיהם של תושבים פלסטינים בשטחים?

בעבר החיל בג"ץ את המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי על פעולותיהם של המפקד הצבאי ורשויות השלטון הישראלי בשטחים. הדבר נעשה בעזרת מטפורה ציורית של תרמיל שכל חייל ישראלי נושא על גבו באשר הוא הולך, תרמיל המכיל את כללי המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי.¹⁸ כדי למצוא עוגן להחלת חוקי היסוד גם על הכנסת בכובעה כמחוקקת הסדרים ראשוניים בשטחים האמיקוס מציע שני מסלולים עיקריים. מסלול אחד מבקש לראות את הכנסת כמו כל רשות ישראלית,¹⁹ כזו שנושאת בתרמיל שעל גבה את ספר החוקים הישראלי. מסלול נוסף בנוי על הקונסטרוקציה ש"אי אפשר להחזיק בחבל בשני קצותיו" – אם לכנסת ישראל יש סמכות לחוקק חוק שיחול ישירות על השטחים הכבושים (כפי שעולה מעצם נכונותה לחוקק את חוק ההסדרה), מניה וביה צריך להכיר גם בסמכותו של בית המשפט להעביר חקיקה זו תחת מבחני חוקי היסוד.²⁰ הרעיון היסודי כאן הוא ששלטון החוק אינו רואה במחוקק כול יכול, ויש עליו מגבלות. לאור קיומן של מגבלות רבות על הכנסת מכוח חוקי היסוד כאשר היא מחוקקת חוקים החלים על אזרחי ישראל, הבוחרים ונבחרים לכנסת, קל וחומר שצריך להכיר במגבלות דומות על הכנסת כאשר היא מחוקקת לגבי תושבי השטחים שנתונים תחת "תפיסה לוחמתית" ואינם נהנים מייצוג דמוקרטי בכנסת:

"אין כל יסוד לסברה שבצד שני ה"כובעים"
שחובשת הכנסת, רשות מכוננת מזה ורשות מחוקקת
מזה, יש להכיר גם ב"כובע" שלישי, רשות מחוקקת
באזור, שבמסגרתו היא פטורה כביכול מכבלי הנורמות
החוקתיות שמגבילות אותה בכובעה כרשות מחוקקת
בישראל".

¹⁸ בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, סב (1) 507, פס' 2 לפסק הדין של השופט ריבלין (2006).

¹⁹ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מבחין לעניין חובת כיבוד הזכויות בין רשויות השלטון השונות, ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... אין זאת אלא שהכרה בכך שרשויות המינהל חייבות בכיבוד זכויות האדם משמעה, מניה וביה, הכרה דומה גם בחובתה של הכנסת". אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 46.

²⁰ שם, בפס' 32.

עיון בהצדקות אלו מעורר קשיים לא פשוטים. מטפורת התרמיל הכולל משפט מנהלי וחוקתי ישראלי מתאימה אולי לרשות המבצעת (הצבא והמשטרה), אבל קשה להתאים אותה לרשות המחוקקת, כנסת ישראל, אשר לכאורה אמורה ליהנות מריבונות בקביעת החוק – דהיינו, בקביעת הכללים שבתרמיל.²¹ יש לציין כי גם לגבי השימוש במטפורת התרמיל על המנהל הציבורי – כדרך להרחיב את התחולה ה"פרסונלית" של החוק הישראלי וזאת מבלי שלכאורה נחצה קו של איסור החלת החוק הישראלי בשטחים – הועלתה ביקורת בכתיבה האקדמית.²² האם אין מדובר, הלכה למעשה, בסוג של סיפוח משפטי דה-פקטו? ואולם כעת, כאשר מבקשים להחיל את אותה הפיקציה גם על הכנסת, אשר לוקחת על עצמה לחוקק ישירות על השטחים, ושוב עושים זאת בדרך של מעין תחולה פרסונלית של החוק הישראלי על "כל רשות" של השלטון הישראלי, כולל על הכנסת – ההבחנה בין תחולה פרסונלית לתחולה אקסטרה טריטוריאלית של החוק הישראלי מאבדת לחלוטין ממשמעותה, ולמעשה נוצרת תחולה אקסטרה טריטוריאלית של המשטר המשפטי הישראלי על השטחים. האמיקוס מעלה את הטענה שחוק ההסדרה מהווה למעשה "סיפוח משפטי",²³ ואם כך הדבר, מה ההבדל בין החלה של חוק ההסדרה על השטחים לבין החלה של חוקי היסוד על ידי בית המשפט לצורך בחינה של חוק ההסדרה? נדמה כי באופן אירוני, דווקא לאור

²¹ הכנסת מוגבלת כמובן על ידי חוקי היסוד, אך היא זאת שקובעת את תוכן חוקי היסוד כרשות מכוננת.

²² לצד הביקורת כי דוקטרינות מהמשפט המנהלי מכשירות החלטות של המפקד הצבאי שפוגעות בפלסטינים, Aeyal M. Gross, *Human proportions: are human rights the emperor's new clothes of the international law of occupation?*, 18 I. J. L. 17 (2007), חוקרים מספר רואים בקיום ביקורת שיפוטית על המפקד הצבאי מנגנון לגיטימציה עבור פעולות ישראל בשטחים. ראו DAVID KRETZMER & YA'EL RONEN, *THE OCCUPATION OF ISRAEL (JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES)* (2021) Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L L. 735, 743–744 (2017).

²³ "חוק ההסדרה מנסה להשיג מטרה הוזה מבחינה מעשית לסיפוח טריטוריאלי (האסור בפני עצמו על פי המשפט הבינלאומי המנהגי) אך ללא הענקת זכויות שוות לתושבים המוגנים, להן היו זכאים אילו השטח היה חלק ממדינת ישראל... פגיעתו של החוק היא לפיכך כפולה: היא עולה כדי סיפוח למעשה של מקרקעין, תוך יצירת משטר זכויות שונה ומפלה שלא היה מתאפשר על פי הדין הישראלי גם אם היה מתקיים סיפוח דה-יורה". אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 129.

הצורך להטיל מגבלות על מחוקק כדי להגן על זכויות אדם עלולה הסתמכותו של בית המשפט על חוקי היסוד כבסיס לביקורת שיפוטית לסלול נתיב להחלה של המשפט הישראלי בכללותו על השטחים.²⁴

2. שינוי הפרדיגמה בבית המשפט

לפי האמיקוס, "העילה השניה שבגינה חוק ההסדרה בטל הוא האיסור המוטל על הכנסת לקבוע הסדרים בעניינים של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל. עקרון יסוד של השיטה המשפטית הדמוקרטית של מדינת ישראל הוא שהכנסת אינה רשאית לקבוע בחוק הסדר שפוגע בזכויותיהם של מי שאינם אזרחי ישראל, ולפיכך אינם רשאים להשתתף בהליך הדמוקרטי...".²⁵ במילים אחרות, האמיקוס מציע לפסול את חוק ההסדרה גם בשל היותו מפר את עקרון היסוד של משטר דמוקרטי. הרעיון הבסיסי הוא שאין חקיקה או הפקעה ללא ייצוג (כמאמר ססמת המהפכה האמריקאית "אין מיסוי ללא ייצוג"). לכאורה זוהי העילה הבסיסית לפסילת חוק ההסדרה בשל חוסר סמכות, עילה המתבססת על התובנה כי הכנסת אינה רשאית לחוקק חוק שחל על תושבי האזור שאינם בעלי זכות בחירה לכנסת. במצב כזה החוק, במקום שיבטא את עקרון הבסיס של הדמוקרטיה שהמחוקק מייצג את רצון הבוחרים, הופך למכשיר להשלטת רצון המחוקק הישראלי, שמייצג אזרחים ישראלים, על קבוצה של לא-אזרחים.

הבעיה היא שדוקטרינה כזו אינה מצויה בחוקי היסוד, וגם לא הוכרה במפורש בפסיקה. לכן, אמיקוס המרצים מציע להצדיק אותה בדרך עקיפה ומסביר כי אף על פי

²⁴ החלת החוק הישראלי מעבר לקו הירוק אינה מלווה במתן אזרחות לכלל תושבי השטחים, ובכך יוצרת משטר של דואליות משפטית פורמלית. סוהאד בשארה טוענת במאמרה בגיליון זה כי החלה של חוק היסוד בשטחי הגדה המערבית תהווה מכשיר של קולוניאליזם התיישבותי, שלנוכח זהותה הלאומית-אתנית-יהודית של החוקה הישראלית ישרת הלכה למעשה את האינטרסים הפוליטיים, המדיניים והלאומיים של ישראל בשטחים הכבושים. סוהאד בשארה "על ההחלה הקולוניאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבג"ץ חוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה 1 (2021); לגישה הפוכה ראו את מאמרו של עמיחי כהן ויובל שני בגיליון זה, שבו הם טוענים כי על אף הביקורות פרידגמט זכויות האדם עשויה להיות מועילה אם היא תפורש באופן שמדגישה את הזכות לשוויון מהותי תוך הכרה בפערי הכוחות שבין הישראלים לפלסטינים בשטחים, פרשנות שלדעת הכותבים בית המשפט העליון מאמץ בפסק הדין בעניין החוק ההסדרה. עמיחי כהן ויובל שני "כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

²⁵ אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 4.

שזו דוקטרינה שטרם הוכרה במפורש בפסיקה "היא המשך ישיר של עקרונות יסוד שבאים לידי ביטוי ב'אמנה החברתית' שביסוד מהותה של הדמוקרטיה".²⁶ האמיקוס מסביר כי משמעות ההחלה של חוק ההסדרה על הפלסטינים היא יחס אליהם כאל "אובייקטים בלבד של הכוח השלטוני, בניגוד לרצונם ובלא הסכמתם. זוהי הפרה של הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי שהוא הבסיס לגיטימיות של החוק במדינה דמוקרטית".²⁷ במילים אחרות, הטענה היא כי חוק ההסדרה רק נראה כחוק אך חוק זה אינו נהנה מבסיס הלגיטימיות הדמוקרטית. עילה זו מבקשת לפסול את החוק בשל חוסר סמכות – "הכנסת נבחרה על ידי הישראלים והיא מחוקקת בשבילם. הערבים ביו"ש לא בחרו בכנסת, ואין לה סמכות לחוקק בשבילם".²⁸ במצב כזה, מסביר האמיקוס, המחוקק הישראלי נמצא במצב של ניגוד עניינים אינהרנטי, ויש סכנה של מתן העדפה בלתי מוצדקת לאינטרסים של אזרחי ישראל באזור, שיש להם נציגים בכנסת, למול הפלסטינים תושבי האזור, שאינם מיוצגים כלל.

למרות העדר הכרה ישירה (בחוק או בפסיקה) בחוסר סמכותו של המחוקק הישראלי לחוקק "באזור", האמיקוס מבקש לבסס עיקרון כזה על בסיס פסיקה ישראלית שהכירה בקיום זיקה בין אמנה חברתית (במובן של התאוריה הפוליטית) לבין הכשר להפעיל סמכויות שלטוניות, וזאת על ידי הסתמכות על פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר ("הסמכות להפעיל כוח כופה של שלילת חירות ושל קביעת מגבלות ניתנה למדינה מכוח 'חזוה' או 'אמנה' חברתית מטפורית שנכרתה בינה לבין האזרחים

²⁶ שם, בפס' 96. בהגות ליברלית של המאות השבע עשרה והשמונה עשרה, האמנה החברתית היא מטפורה שנועדה להצדיק את ההתארגנות של בני אדם למדינות עם שלטון שעומד בראשן. על פי תאוריה זו, המעבר ממצב טבע תאורטי שבו אין מגבלות על החירות למצב אזרחי במדינה מבוסס על אמנה בין האזרחים שלפיה הם מסכימים לוותר על חלק מחירויותיהם ולהעביר סמכויות מסוימות לשלטון למען האינטרס הכללי בביטחון. קלוד קליין "על האמנה החברתית בפני בג"צ לאור בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – המכס והמע"מ" המשפט ה 112, 196–197 (תשס"א). כפי שציין השופט י' זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס וחמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 320 (1998): לפי התאוריה הפוליטית של האמנה החברתית, "כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה".

²⁷ שם, בפס' 98.

²⁸ שם, בפס' 99.

המתגוררים בה..."²⁹). האמיקוס מציע להרחיב את ההלכה שנקבעה בפסק הדין.³⁰ ואולם, באותה פרשה, מדובר היה בניסיון השתחררות של המדינה מסמכויות שהופקדו בידה מלכתחילה וזאת על ידי הפרטת בתי הסוהר לגורמים פרטיים, ואילו בחוק ההסדרה מדובר בסמכויות שהמדינה נוטלת לעצמה לחוקק ולהגביל את תושבי "האזור" אשר אינם מצויים בקשר של "אמנה חברתית" איתה. מדובר בשימוש מרחיב במטפורה של "האמנה החברתית" שנועדה להסביר את מקור הלגיטימיות של המדינה לשימוש בכוח כופה. ואולם, פסק הדין בעניין בית הסוהר הפרטי לא הכיר בעילה כללית של פגיעה בדמוקרטיה כנותנת סמכות לבית המשפט לפסילת חוק של הכנסת. וכך, הסתמכות על ערכי הדמוקרטיה כעילה עצמאית מציבה את בית המשפט במלכוד. מתוך ניסיון לפסול את חוק ההסדרה בשל הפגיעה שיש בו בעקרון שלטון החוק (העומד בבסיס הדמוקרטיה), בית המשפט עצמו עלול לפגוע בשלטון החוק כאשר הוא לוקח לעצמו סמכות לפסול חוק על בסיס ערכי הדמוקרטיה.³¹

3. המשפט הבינלאומי

המשפט הבינלאומי מכיר בהעדר בסיס לגיטימציה דמוקרטית לשלטון הכובש לחוקק עבור שטח שנמצא תחת תפיסה לוחמתית, ומטיל מגבלות רבות וחובות אשר נועדו להגן על האוכלוסייה שתחת הכיבוש. לפיכך, המשפט הבינלאומי אינו מכיר בריבונות של הכנסת בשטחים, ומכוון את מגבלותיו אל המפקד הצבאי.³² ואכן, במשך חמישים שנה הקפידה מדינת ישראל להפריד באופן כללי בין מערכת המשפט הישראלית לבין המערכת הצבאית שבראשה אלוף פיקוד המרכז.³³ מערכת המשפט הישראלית היא זו שסמכותה נובעת מהסכמת אזרחי המדינה ושחוקיה הם חוקי כנסת ישראל, נציגתם של הבוחרים. לעומתה, מערכת המשפט הצבאי מקורה בסמכותו של

²⁹ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר פ"ד סג(2) 545, פס' 2 לפסק הדין של השופטת ארבל (2009).

³⁰ "תפיסה זו חלה לא רק לעניין החובה המוטלת על המדינה להשתמש בעצמה בסמכויותיה, אלא גם בכיוון ההפוך – האיסור על המדינה להשתמש בסמכויות כלפי מי שלא ניתן לייחס להם הסכמה להפעלת סמכויות אסדרה על-ידי המדינה". אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 97.

³¹ לגבי ערכי הדמוקרטיה, האמיקוס גם מפנה לדברי השופט אגרנט בפרשת ירדור. אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, פס' 99.

³² Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation 7–18 (2012).

³³ עם זאת, מהשנים הראשונות של הכיבוש ערך בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית על פעולות של פיקוד המרכז. ראו קרצמר ורונון, לעיל ה"ש 22, בעמ' 29–31.

המפקד הצבאי לנהל את השטח שבתפסתו הלוחמתית ולדאוג לרווחת תושביו על פי המגבלות והדרישות שמקורן במשפט הבינלאומי.³⁴ חוק ההסדרה איים לערער הבחנה בסיסית זו, שכן הכנסת לקחה על עצמה לראשונה את הסמכות לחוקק ישירות על השטחים ותושביהם. ולכן, נדמה כי דרך המלך לבחון את חוק ההסדרה היא על ידי הצבעה על הדרכים השונות שבהן הוא מפר את הוראות המשפט הבינלאומי.

הקושי בהסתמכות ישירה על המשפט הבינלאומי כבסיס לביקורת שיפוטית על חוק ההסדרה הוא ששיטת המשפט הישראלי היא שיטה דואלית שאינה מכירה בכפיפות ישירה של הכנסת להוראות המשפט הבינלאומי.³⁵ "כידוע, הלכה מושרשת היא שהמפקד הצבאי כפוף להוראות המשפט הבינלאומי שמספק הגנה רחבה למדי על תושבי האזור. בצד זאת, הגישה שנהוגה עד כה אינה מכירה בכפיפותה של הכנסת להוראות המשפט הבינלאומי".³⁶ למעשה, כל עוד המחוקק הישראלי נמנע מלספח את השטחים, ונמנע מלחוקק ישירות לגביהם, בית המשפט הישראלי אינו נדרש להתמודד עם השאלה.³⁷

לכן, גם במסלול המשפט הבינלאומי, האמיקוס פונה לעזרת שפת המטפורות וחוזר אל הלכת "הדגל השחור" ממשפט כפר קאסם.³⁸ הלכה זו מלכתחילה הייתה מכוונת לחיילים אשר נדרשים לא לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל (אך כן מחויבים לציית

³⁴ אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 102.

³⁵ המשפט הבינלאומי המנהגי חל במשפט הישראלי בהעדר חקיקה מפורשת של הכנסת הסותרת אותו. עניין **שטמפפר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14–17.

³⁶ אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 36.

³⁷ המקרה הקרוב ביותר היה כאשר נדרש בג"ץ להכריע בחוקיותו של תיקון חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, אשר הגביל את אפשרותם של פלסטינים לתבוע פיצויים בבתי משפט ישראליים, בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006), אשר נדון בפס' 49–50 לאמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 3. האמיקוס מודה שרוב השופטים בפסק דין עדאלה נמנעו מלהכריע בשאלה העקרונית אם חוק היסוד מגביל את כוחה של הכנסת לפגוע בזכויותיהם של תושבי האזור. הקונסטרוקציה הפרשנית שהציע הנשיא ברק בפסק הדין היא שאף על פי שהמעשים של צה"ל שבגינם נגרם נזק לתושבי השטחים נעשו מחוץ לשטח ישראל, הרי שלעניין זכות לפיצוי "הזכויות של תושבי האזור אשר [ס' 5] פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל...". **עדאלה**, שם, בעמ' 21.

³⁸ מר 3/57 **התובע הצבאי נ' מלינקי שמואל** (נבו 16.10.1958); אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 153.

לפקודה בלתי חוקית). האמיקוס מציין: "מעל חוק ההסדרה מתנוסס דגל שחור: החוק עצמו, למעשה, כמוהו כפקודה בלתי חוקית בעליל היוצאת מהמחוקק ישירות למפקד הצבאי... חוק ההסדרה מעמיד לפיכך את המפקד הצבאי במצב בלתי אפשרי: יפעל בהתאם לחוק, עלול הוא לבצע פשע מלחמה ולכל הפחות יפעל בניגוד למשפט הבינלאומי שמקנה לו את הסמכות לפעול באזור; יימנע מלפעול, יימצא מפר את הדין הישראלי. הדרך היחידה להיחלץ מן המצור הזה היא בהכרזה על בטלותו של חוק ההסדרה".³⁹

האמיקוס ממשיך: "החוק מקים על כן מנגנון המחייב את המפקד הצבאי לעמוד במצב של 'אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי': אם יקיים את חובותיו על פי המשפט הבינלאומי יפר את החוק; אם יקיים את חובותיו לפי החוק יפר את המשפט הבינלאומי. כך או כך, אין החוק יכול לעמוד. החוק מנוגד להוראות המשפט הבינלאומי המחייבות את ישראל, ובראש ובראשונה אלו הקבועות בדיני התפיסה הלוחמתית. החוק מחייב את המפקד הצבאי לבצע מעשים שעלולים לעלות כדי פשעי מלחמה..."⁴⁰

למרות האטרקטיביות של מטפורת "הדגל השחור", היא שוב מגניבה את המפקד הצבאי אל מרכז הדיון במקום לעסוק ישירות במחוקק. על פי כללי הייחוס במשפט הבינלאומי, המדינה אחראית בגין הפרות של המשפט הבינלאומי של רשויותיה השונות (ובתוך כך הכנסת), אך מנקודת מבט פנימית של החוק הישראלי, חוק הכנסת גובר. המשפט הבינלאומי יוצר מסלול נוסף של אחריות אישית פלילית כאשר הוא דורש מחייל שלא לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל. ואולם, עד היום הוא לא פיתח דוקטרינה של אחריות אישית פלילית שחלה על מחוקקים בגין חוקים שמהווים פשעי מלחמה או פשעים בינלאומיים.⁴¹ האמיקוס מודע ללאקונה במשפט הבינלאומי, ולכן

39 שם, בפס' 6.

40 שם, בפס' 107.

41 הניסיון היחיד המוכר לנו להטיל אחריות פלילית אישית על המחוקק בשל חקיקה שהיוותה פשעי מלחמה (שעלו כדי ג'נוסייד) היה של הטריבונל העליון הפולני לפושעי מלחמה, אשר פעל בשנים 1946–1968 וביקש להתחרות במשפט נירנברג שניהלו בעלות הברית באותה התקופה. המשפט עסק באחריותו הפלילית של המושל הנאצי של מערב פולין, ארתור גרייזר, ופסק הדין הרשיע אותו בעבירות על המשפט הבינלאומי הפלילי, בין השאר בכובעו כמחוקק, וגזר עליו גזר דין מוות. Trial Of Gauleiter Artur Greiser (Sup. Nat'l Trib. of Poland, June 21st–July 7th, 1946), 13 L. REPT. TRIALS WAR CRIM. (1949) 70, 112; להרחבה ראו Leora Bilsky & Rachel Klagsbrun, Cultural Genocide and the Role of Law (unpublished manuscript) (on file with author).

מבקש להגיע אל אחריות המחקק בעקיפין, דרך דיון באחריות האישית של המפקד הצבאי אם ימלא את הוראות חוק ההסדרה שעולים כדי פשעים בינלאומיים.⁴²

ההפניה למטפורת "הדגל השחור" מבקשת להצביע על אי חוקיות הזעקת על פני חוק ההסדרה: "הוראות החוק מחייבות את המפקד הצבאי לבצע פעולות העשויות לעלות כדי פשעי מלחמה, בין אם עניינו בפשע העברת האוכלוסין, ובין אם עניינו בפשע תפיסת רכוש פרטי ללא צורך צבאי, ובין אם עניינו בפשע הביזה. לפיכך מדובר בחוק חסר תקדים, אשר הופך על פניו ומרוקן מתוכנו את שלטון החוק. בכך שהוא מחייב ביצוע מעשים פליליים".⁴³ ואולם, לטענתנו, במקום להתמודד ישירות עם אי חוקיות של חוק ההסדרה כיוצרת עילה ישירה לפסילתו, נאלץ האמיקוס לפנות לדרך העקיפין דרך הצבעה על המלכוד המשפטי שחוק ההסדרה מציב בו את המפקד הצבאי אשר מבקש לשמור על שלטון החוק, ונתקל בשתי מערכות משפט שמתנגשות חזיתית ודורשות ממנו דרישות סותרות.

כפי שצינו, הקושי הייחודי שעולה לגבי החלת המשפט הבינלאומי על חקיקת הכנסת נובע מן הכלל של מערכת המשפט הישראלית שלפיו "דין פנימי גובר". כלל זה מבוסס על הרעיון הדמוקרטי ולכן האמיקוס פונה לבסוף להתמודד עם הקושי הדמוקרטי. הטענה באמיקוס היא כי הרציונל הדמוקרטי של הכלל "דין פנימי גובר" אינו חל לגבי חוק כמו חוק ההסדרה:

"הרעיון הדמוקרטי גורס כי משום שמקור כוחה של המדינה טמון בהסכמת אזרחיה, הרי שכאשר רצונם של אזרחים אלה מתבטא באופן המנוגד לדין הבינלאומי, מערכת המשפט – אשר שואבת את כוחה גם היא מהסכמת האזרחים – מחויבת ליתן קדימות לדין

⁴² בהקשר זה האמיקוס מפנה לפסק הדין של השופט אגרנט במשפט אייכמן שקבע כי פשעים בינלאומיים "חורגים כליל מתחומי סמכותה ה'ריבונית' של המדינה אשר ציוותה לבצעם או 'הכשירה' אותם בדיעבד, ולפיכך האנשים שהשתתפו באותם המעשים חייבים לתת בעצמם את הדין עליהם ואין בכוחם לחסות מאחורי האופי הרשמי של תפקידם-שליחותם או מאחורי 'חוק' המדינה אשר מכוחם התחזו לפעול... הנחת המשפט הבינלאומי היא, כי מן הנמנע שמדינה תוכל לתת גושפנקה למעשה הפוגע באיסוריו החמורים ומכאן הרעיון העומד במרכז המושג 'פשע בינלאומי': כי האדם שנתן את ידו לפשע שכזה נושא באחריות עונשית אינדיבידואלית. שאם לא תאמר כן, אינך אלא עושה פלסתר את הוראותיו הפליליות של משפט העמים". אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 154, ע"פ 336/61 אדולף אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, טז 2033, 2072 (1962).

⁴³ אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 152 (ההדגשה שלנו).

הפנימי. ואולם, הנחת יסוד זו מניחה כי קיים קשר בין הקבוצה הקובעת את הרצון הדמוקרטי לבין הקבוצה המושפעת מהדין... או, לכל הפחות שקיים קשר טריטוריאלי בין המדינה לבין מקום תחולת הדין. חוק ההסדרה... משפיע לרעה על תושבים שאינם יכולים ליטול חלק במערכת הדמוקרטית הישראלית. במצב זה נשלל לחלוטין הרציונאל המצדיק את הקביעה כי הדין הישראלי גובר על המשפט הבינלאומי.⁴⁴

ישוב, אנו מגיעים אם כן לערכי הדמוקרטיה כבסיס לביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, שהבעייתיות בהסתמכות ישירה עליהם הובהרה לעיל בפרק ב.2.

ג. נתיב נסתר – עילת החוקיות של פולר

האמיקוס מסכם וקובע כי "קביעה שהכנסת אינה כפופה להוראות חוקי היסוד בקביעת נורמות שחלות באזור, לצד הקביעה כי היא אינה מוגבלת מכוח המשפט הבינלאומי, עלולה להוביל לתוצאה שכוחה של הכנסת לחוקק באזור הוא בלתי מוגבל. זוהי תוצאה שעומדת בסתירה חזיתית לתפיסה היסודית בדבר החובה המוטלת על כל רשויות השלטון לכבד את שלטון החוק. זוהי תוצאה שאינה רצויה בשום חברה דמוקרטית, שאינה מכירה בכוח בלתי מוגבל של גורם שלטוני כלשהו".⁴⁵ אנו מסכימות עם הטענה כי שלטון החוק דורש הכרה במגבלות גם על המחוקק, אולם איננו מסכימות עם ההנחה המובלעת של האמיקוס ושל בית המשפט כי יש רק שלושה מקורות אפשריים להטלת מגבלות – המשפט החוקתי הישראלי, העיקרון הדמוקרטי והמשפט הבינלאומי, ומביניהם יש להעדיף את מסלול המשפט החוקתי הישראלי וחוקי היסוד. אנו רוצות להציע כי יש דרך נוספת, ישירה יותר, להטלת מגבלות על המחוקק, ואלו נובעות מעקרון החוקיות כפי ניסוחו על ידי פולר.

על פי התאוריה של פולר לא כל דבר חקיקה עולה כדי חוק. תפיסתו של פולר את שלטון החוק שזורה בין טקסטים שונים שהוא כתב לאורך הקריירה. נתמקד בספרו של פולר *The Morality of Law* (1963),⁴⁶ שבו הוא מפתח את תפיסתו לגבי המוסריות

⁴⁴ שם, בפס' 168–169.

⁴⁵ שם, בפס' 37.

⁴⁶ LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* (1969) (להלן: "פולר" "מוסריות החוק").

הפנימית של החוק בעזרת משל על המלך רקס, שליט בעל כוונות טובות שהחוקים שחוקק היו פגומים ובעייתיים בשמונה דרכים שונות: החוקים שחוקק לא היו כלליים (1), ולא תמיד היו בני ביצוע (2); הוא ניסח את החוקים באופן עמום (3) עם סתירות בין החוקים השונים (4), מה שהוביל לבלבול בקרב נתיניו. לכך לא תרמה העובדה שהחוקים שחוקק השתנו תדיר (5), ולעיתים היו רטרואקטיביים (6). כמו כן, הוא לא פרסם את כל החוקים (7). בכובעו כשופט עליון, הקשר בין פסיקותיו של המלך רקס לחוקים שעליהם הן לכאורה התבססו היה מקרי בהחלט (8).

הקריאה הרווחת בכתביו של פולר רואה בסיפור על המלך רקס מעין רשימת מכולת (צ'קליסט), ובמילים אחרות, רשימה סגורה של תנאי יסוד לחוקיות החוק. ואולם, ג'רמי וולדרון⁴⁷ וקריסטן רנדל⁴⁸ טוענים באופן משכנע שקריאה זו מרדדת את התאוריה של פולר למעין "מדריך למשתמש" לחקיקה יעילה, זאת במקום לנסות ולהבהיר את הרציונל המוסרי העומד בבסיס הקריטריונים שזיקק פולר לאי-חוקיות החוק – רציונל שרואה בחקיקה צורה ייחודית של ממשל המכבדת את האוטונומיה של נמעני המשפט.

עבור פולר, סדר חברתי המבוסס על שלטון החוק שונה משלטון המבוסס על צווים או פקודות בשל היחס הייחודי שהוא יוצר בין המחוקק לבין נמעני החוק. שלטון החוק, בשונה מהפעלה של כוח חשוף, הוא צורה של ממשל אשר מכוננת את נמעני החוק כסובייקטים אוטונומיים ואחראיים. המחוקק אינו אומר לנמעני החוק מה לעשות, אלא נותן בידיהם כלים להפוך לאוטו-נומיים – לקבוע בעצמם את הנורמות שיסדירו את יחסיהם הפרטיים, במגבלות החוק הכללי. הרעיון של שלטון החוק מנוגד אפוא מעצם טיבו וטבעו ליחסים היררכיים וכפיפות מוחלטת למחוקק, ומשכך הוא מקפל בתוכו מגבלות פנימיות על כוחו ועל שרירות הרצון של המחוקק. זהו מה שפולר כינה "המוסר הפנימי של החוק". עם זאת, וכאן העיקר, לפי פולר מגבלות אלו אינן מתמקדות בתוכנו של החוק העומד לביקורת (כמו במשפט טבע), או בהליך החקיקה שלו (כמו על פי הפוזיטיביסטים), אלא מתמקדות ב"צורת החוק" – הצורה שדרכה המחוקק יכול להעביר את תוכני החוק לנמעני החוק. מגבלות אלו מקבלות ביטוי, בין היתר, בשמונה הדרישות: כלליות, פרסום, בהירות, היעדר סתירה, ישימות, עקביות לאורך זמן, היעדר רטרואקטיביות, והתאמה בין הכלל המוצהר לבין פעילות הרשויות. דרישות אלו מבטאות עבור פולר את רציונל "המוסר הפנימי לחוק" מפני שאין מדובר בסט ערכים חיצוני שהמחוקק יכול להחליט אם לעגן, אלא במאפיינים יסודיים של צורת החוק אשר

47 Jeremy Waldron, *Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity?*, 13 LAW & PHIL. 3 (1994)

(להלן: וולדרון).

48 KRISTEN RUNDLE, *FORMS LIBERATE: RECLAIMING THE JURISPRUDENCE OF LON L*

FULLER (2012) (להלן: רנדל).

משווים לו את אופיו הייחודי כבסיס לסדר חברתי אשר מכבד את נמעניו כ"סוכנים" (Agents) אוטונומיים.⁴⁹

הבנת המוטיבציה לכתיבתו של פולר, התנגדותו לפוזיטיביזם המשפטי, יכולה לסייע להבהרה מהי עמדתו ביחס לשאלות מהו חוק, ובהתאמה, מהי חוקיות. ביקורת מרכזית של פולר על הפוזיטיביזם נגעה לתפיסת המשפט שעומדת בבסיסו. לטענתו, הפוזיטיביזם רואה את המשפט כסוג של פקודה או צו של הריבון, ואת מערכת היחסים בין מחוקק לסובייקט כמערכת יחסים אנכית. כמומחה במשפט הפרטי, ובפרט בדיני חוזים, פולר ראה בחוק ביטוי למערכת אופקית של יחסים מעין חוזיים בין המחוקק לאזרחים, כזו המבוססת על הדדיות ושיתוף פעולה. אם להשתמש במילותיו של פולר [בתרגום חופשי], "המסר שהשלטון מעביר לאזרחים הוא: 'אלו החוקים שאתם מצופים לפעול על פיהם, והיו סמוכים ובטוחים שחוקים אלו יהיו אמת המידה לבחינת התנהגותכם'. ואכן, כאשר הברית הזו מופרת על ידי השלטון באופן מוחלט מתערער כליל הבסיס שעליו מושתתת החובה של האזרחים לציית לחוק".⁵⁰ לנוכח הדברים הללו הסיק וולדרון כי המושג המרכזי בתורת המשפט של פולר, שעליו הוא מבסס את החובה לציית לחוק, הוא אמון הציבור (fidelity).⁵¹ אין המדובר באמון הנובע בהכרח מהסכמה מלאה של האזרחים לכלל הנורמות המעוגנות בספר החוקים, אלא מביטחון בסיסי לגבי מהו חוק. יתר על כן, מההדדיות ביחסי מחוקק-נמען החוק נובע מישור שני של הדדיות, בין נמעני החוק לעצמם. זאת, מאחר שניסוח חוק באופן העונה לדרישות של פולר מעודד יצירת חוזים בין האזרחים לבין עצמם.⁵²

אם נשוב אל שמונת העקרונות לחוקיות שעולים מן הסיפור על אודות המלך רקס ונשקף עליהם עתה כביטויים לתפיסה של החוק כמערכת יחסים הדדית בין המחוקק לאזרחים, ובין האזרחים לעצמם, מתברר שחלק מהעקרונות חשובים יותר מאחרים. כך, וולדרון ורנדל טוענים שעקרון כלליות החוק הוא "היסודי ביותר ומתוכו נגזרים יתר העקרונות".⁵³ על פי פולר, עקרון הכלליות משמיע לנו, בראש ובראשונה, שתחולתם של חוקים צריכה להיות אוניברסלית. כלומר, עליהם לחול באופן שווה על כל מי שאליו הם מופנים. ואולם, כלליות עבור פולר אינה מסתכמת בכך, ומשמעותה גם שחוקים אינם צריכים להיות ספציפיים יתר על המידה ולהורות את האזרח "על כל

⁴⁹ פולר "מוסריות החוק", לעיל ה"ש 46, בעמ' 202–204.

⁵⁰ שם, בעמ' 39–40.

⁵¹ וולדרון, לעיל ה"ש 47, בעמ' 275–276.

⁵² פולר "מוסריות החוק", לעיל ה"ש 46, בעמ' 208. ("Though we sometimes think of the criminal law as defining the citizen's duties toward his government, its primary function is to provide a sound and stable framework for the interactions of citizens with one another").

⁵³ רנדל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 129 (תרגום שלנו); וולדרון, לעיל ה"ש 47, בעמ' 281.

צעד ושעל מה עליו לעשות; חוקים נועדו להתוות קווי יסוד לפעולה עצמאית, בשונה מהנחיות מדוקדקות שתכליתן להביא לתוצאה ספציפית".⁵⁴ הבנה זו של החוק מתיישבת עם הגיונות של המשפט הפרטי ובפרט של דיני החוזים, שכן היא מציבה במרכז את הסוכנות (Agency) של האדם ואת החירות החיובית – האפשרות לתכנן את צעדיו והתקשרויותיו בעולם, וזאת בניגוד ל"חירות השלילית" המזוהה עם עקרון החוקיות במשפט הפלילי שלפיו אנשים רשאים לעשות כל מה שלא נאסר במפורש לפי חוק. נדבך נוסף זה של עקרון הכלליות מייחד את פולר לעומת הוגים אחרים, כדוגמת רונלד דבורקין, אשר רואים את כלליות החוק כעיקרון המתמצה בשוויון הכול בפני החוק.⁵⁵ ההבנה המעובה של עקרון הכלליות שפולר מציע, לעומת זאת, מציבה במרכז את האוטונומיה של הפרט, שכן היא רואה בחוק את הפלטפורמה שבאמצעותה יוכל אדם לכתוב את סיפור חייו.

הנה כי כן, החוק לפי פולר צריך להיות כללי באופן המעניק לנמעניו מצע לפעולה חופשית והתקשרות עצמאית איש עם רעהו. ניסוח עמום מדי של חוקים עלול לסכל תכלית זו, שכן קיימת סכנה שהדבר יותיר שיקול דעת רחב לגורמי הרשות המבצעת בהתנהלות שלהם מול האזרח. מתח זה בין דרישת הכלליות (אשר אוסרת לחוקק "חוקים אישיים" הסובלים מספציפיות) לבין עקרון הבהירות של החוק (אשר נועדה לתת הכוונה מספקת לאזרחים לכלכל את פעולתם) הוא רק דוגמה אחת למתחים האפשריים בין שמונת העקרונות שהזכיר פולר בסיפור על המלך רס. כך למשל, פולר מציג את מורכבות הבחינה של האיסור על חקיקה רטרואקטיבית, שכן ישנם מקרים שבהם החלה למפרע של החוק יכולה לתקן פגמים במערכת המשפט ובכך לבטא הדדיות בין המחוקק לאזרחים. באופן דומה, פרשנות נוקשה מדי לעיקרון האוסר שינויים תכופים מדי בחוק, על מנת להבטיח את יציבותו ולהגן על האוטונומיה (השלילית והחיובית) של נמעני החוק, עלולה להפוך את החוק למכשיר לא יעיל להתמודדות עם נסיבות החיים המשתנות.⁵⁶ על רקע זה הדגיש פולר כי במקרה של מתח בין העקרונות השונים יש לחפש את דרך האמצע שתביא ליישומם המיטבי, וכמו כן הכיר בצורך של המחוקק לאזן בין עקרונות "המוסריות הפנימית של החוק" ובין שיקולים של יעילות בחקיקה.⁵⁷ דברים אלו מחזקים את הטענה כי פולר לא התכוון לנסח "רשימת כללים" (צ'קליסט) לבחינת חוקיות החוק אשר ניתן ליישם בצורה מכנית. פולר הסביר את הרציונל שעומד בבסיס העקרונות שניסח, והראה כי הפעלתם דורשת שכל ישר ומחויבות להיגיון העמוק אשר עומד בבסיסם.

⁵⁴ פולר "מוסריות החוק", לעיל ה"ש 46, בעמ' 210 (תרגום שלנו – ל.ב. ונ.ד.).

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, 24 OJLS 1, 29 (2004).

⁵⁶ פולר "מוסריות החוק", לעיל ה"ש 46, בעמ' 45, 51–62.

⁵⁷ שם, בעמ' 45.

מן המקובץ עולה כי המוסריות הפנימית של החוק אינה מבוססת על ערכי מוסר חיצוניים, כמו חירות, שוויון או דמוקרטיה, וזאת אף על פי שהאוטונומיה של הפרט – עיקרון אשר טבוע בצורת החוק, כמכשיר נורמטיבי – הוא בהחלט ערך ליברלי. פולר ביקש להבחין בין המוסר החיצוני למוסר הפנימי של החוק וביקש להתמקד באחרון. עם זאת, פולר ביקש להראות את היחס ההדוק בין הצורה של החוק לאפשרות שהוא מעניק לפרט לבטא את האוטונומיה שלו, וטען כי לעיתים קרובות קיים מתאם בין חוק שקובע נורמות לא מוסריות לבין פגמים חמורים בצורת החוק. כך למשל הוא הצביע על מתאם בין הצורה הלא מוסרית של החוק הנאצי לבין תוכנו הלא מוסרי.⁵⁸ "התחומים שבהם היו תכליות החוק [הנאצי] המזעזעות ביותר ביחס לסטנדרטים רגילים של הגינות הם גם התחומים שבהם נרמס המוסר הפנימי של החוק במידה הרבה ביותר. במילים אחרות, במקרים שבהם היה אדם מרגיש צורך לומר 'רוע שכזה אינו יכול להיות חוק' היה יכול להגיד באותה המידה כי 'החוק הזה הוא תוצר של מערכת ששחקה את עקרונות המוסר הפנימי של החוק במידה כזו עד שלא ניתן עוד לראות בו חוק'".⁵⁹ פולר סבר כי אין מדובר בצירוף מקרים, שכן אתוס המוסר הפנימי של החוק אינו יכול להתקיים כאשר מערכת החוק אינה חותרת עוד לצדק ולהגינות. לכן, הוא הביע ספק לגבי האפשרות כי חוק שעומד בקריטריונים של המוסר הפנימי יוכל לאפשר עבדות.⁶⁰

אחת מהביקורות העקביות של פולר נגד הארט הייתה שבחינתו את החוק בגרמניה הנאצית בראי הפוזיטיביזם מחמיצה "כמה מעט ממערכת המשפט שרד את ההשחתה הכללית והעיוות של כל צורות הסדר החברתי שאירעו תחת השלטון הנאצי, ואילו השלכות מוסריות היו למערכת משפט מעוותת זו על האזרח המצפוני שנאלץ לחיות

58 הוויכוח הידוע בין פולר לבין הארט בדבר חוקיות החקיקה הנאצית העלה את השאלה האם הדרך היחידה לפסול את החוק הנאצי היא על ידי הסתמכות על משפט הטבע, כפי שהציע הפילוסוף הגרמני גוסטב רדברוך. פולר הציע כי יש דרך נוספת: במקום לבחון ישירות את אי המוסריות של תוכני החוק (קביעת איסור פלילי על הבעת עמדות פוליטיות לגבי מנהיגי המפלגה הנאצית) ניתן להסתפק בבחינת הפגמים שנפלו בצורת החוק הנאצי, או במילים אחרות, הדרך שבה הפר החוק את עקרונות "המוסר הפנימי" של חוק. כך למשל הוא הראה כי החוק הנאצי שעליו הסתמכה אישה שהלשינה על בעלה והביאה להפלתו היה חוק שהקנה שיקול דעת בלתי מוגבל לרשות המבצעת, וכי ניסוחו של החוק הביא להחלה שרירותית שלו ולחוסר התאמה גדול בין לשון החוק לבין הפרשנות המשתנה שנתנו לו רשויות החוק.

59 Lon. L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV., 645, 661 (1958) (להלן: פולר "פוזיטיביזם") (תרגום חופשי שלנו – ל.ב. ונדל).

60 רנדל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 112.

תחתיה".⁶¹ פולר היטיב לתאר את השחיקה המהירה "במוסר הפנימי של החוק" בגרמניה הנאצית. לדבריו השימוש בחקיקה רטרואקטיבית על מנת לתקן את האנומליות הרבות בחוק הנאצי היה כה ריוח כך שעננה של ספק ריחפה מעל המערכת כולה; חלק מהחוקים פורסמו ברשומות, אך חלקם לא פורסמו כלל, ובתי המשפט התעלמו מהוראות החוק הכתוב באופן תדיר. מאפיינים אלה של מערכת החוק בגרמניה הנאצית יצרו חוסר ודאות עמוק בקרב האזרחים לגבי החוק והאיסורים המוטלים מכוחו.

פולר גם לא ראה את שמונת הקריטריונים של חוקיות שזיהה כמכשיר גרידא להשגת חקיקה יעילה. זו הדרך שבה פירשו את פולר מבקריו: הם טענו כי הוא אינו מבחין בין מוסריות ליעילות.⁶² פולר הטעים כי חוקיות היא ערך עצמאי, כפי שעולה מהבחנה שהוא עושה בין סדר חברתי שמבוסס על שלטון החוק ובין ניהול (הוא הדגים את ההבדל לגבי דרכי השליטה של מחוקק ומנהל תאגיד).⁶³ עם זאת, פולר

⁶¹ פולר "פוזיטיביזם", לעיל ה"ש 59, בעמ' 633, 646 (תרגום חופשי שלנו – ל.ב. ונ.ד.).

⁶² פולר "מוסריות החוק", לעיל ה"ש 46, בעמ' 200: "According to my four critics the notion of an internal morality of law betrays a basic confusion between efficacy and morality. Some respect for the eight principles of legality is essential if law is to be effective, but that does not mean that these principles are moral in nature, any more than holding a nail straight in order to hit it right is a matter of morality". ייתכן שסגנון הכתיבה הקונקרטי של פולר, אשר בניגוד למבקריו לא קיבל הכשרה בפילוסופיה אנליטית, תרם לאי הבנה זו. רנדל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 5.

⁶³ בתשובתו למבקריו (הארט ודבורקין) הזהיר פולר מטשטוש ההבדל בין מוסר ליעילות, והדגים זאת דרך הבחנה בין חקיקה לניהול. לדבריו, דרישות כמו איסור רטרואקטיביות, עקרון ההתאמה בין הוראה לביצוע או עקרון הכלליות – כולם כפופים למטרות של יעילות בהקשר הניהולי. לעומת זאת, לדרישות אלו יש ערך אינטרינזי ביחס לחקיקה, גם אם עמידה בהם תפגע ביעילות: "With respect to the requirement of generality, this becomes, in a managerial context, simply a matter of expediency... the subordinate has no justification for complaining if, in a particular case, the superior directs him to depart from the procedures prescribed by some general order. This means, in turn, that in a managerial relation there is no room for a formal principle demanding that the actions of the superior conform to the rules he has himself announced; in this context the principle of 'congruence between official action and declared rule' loses its relevance. As for the principle against retrospectivity, the problem simply does not arise; no

הקפיד להבחין גם בין חוקיות לבין צדק וטען כי אין ביניהם חפיפה מלאה, ובלשונו של פולר: "מעולם לא אמרתי שמחויבות למוסריות הפנימית של החוק היא חיסון מפני כל צורה של רוע (brutality); טענתי הסתכמה בכך שהמוסריות הפנימית של החוק מגבילה את סוגי העוולות שהשלטון יכול לקדם ואת האופן שבו ניתן לקדם אותן, וכי מגבלות אלו עולות בקנה אחד עם קידום הצדק והאנושיות בחברה".⁶⁴

המוסריות הפנימית של החוק אינה מתבססת על הערכת האופי הדמוקרטי של הליך החקיקה. פולר עצמו עמד על כך שבשונה מהפוזיטיביסטים, גישתו לחוק אינה עוסקת בשאלת הסמכות ("מיהו המחוקק") אלא מציבה במרכז את השאלה הצורנית: "מה עולה כדי חוק", ובפרט את "המגבלות הטבועות במושג החוק". מן הטעם הזה כתיבתו של פולר על אודות המוסריות הפנימית של החוק אינה מבוססת כמעט על עקרונות דמוקרטיים. כך למשל, פולר אינו קושר באופן ישיר בין הכישלון של המלך רקס לחוקק באופן אשר עולה בקנה אחד עם עקרונות המוסריות הפנימית של החוק ובין היותו שליט מונרכי. הגם שההבנה של פולר את החוק כתופעה חברתית אשר מכוננת את האוטונומיה של הפרט ומביאה אותו לידי ביטוי היא מודרנית לחלוטין, אין זה מקרי שהוא העמיד במוקד המעשייה שלו מלך ולא נבחר ציבור. יחד עם זאת, פולר הבהיר שתפיסת ההדדיות בין המחוקק לנמנעי החוק, העיקרון שהוא רואה כמרכזי לרעיון של שלטון החוק כולל הנחה מובלעת שהמחוקק והאזרחים משתפים פעולה ביצירת החוק.

האם פולר היה מסכים כי תפיסתו את רעיון החוק העומד בבסיס שלטון החוק יכול גם לבסס ביקורת שיפוטית על המחוקק? תרגום התאוריה של פולר לעילה של ביקורת שיפוטית דורש התאמות. חוקיות לפי פולר היא עניין של מידה ולכן הוא התנגד לגישת

manager retaining a semblance of sanity would direct his subordinate today to do something on his behalf yesterday... the managerial relation fits quite comfortably the picture of a one-way projection of authority. Insofar as the principles of legality (or, perhaps I should say, their managerial analogues) are here applicable they are indeed 'principles of efficacy'; they are instruments for the achievement of the superior's ends. This does not mean that elements of interaction or reciprocity are ever wholly absent in a managerial relation... But this tacit reciprocity of reasonableness and restraint is 'something collateral to the basic relation of order-giver and order-executor' שם, בעמ' 209–208.

Letter from Fuller to Walter F. Berns, 14 October 1964, The Papers of Lon L Fuller, Harvard Law School Library, Box 11, Folder 17, מצוטט על ידי רנדל, לעיל ה"ש 48,

בעמ' 113 (תרגום שלנו – ל.ב. ונ.ד.).

⁶⁴

הצ'ק ליסט, ולא הציע מבחן פשוט לשאלה האם החוק עולה כדי חוק.⁶⁵ כמו כן, פולר הדגיש כי יש להבין את "המוסריות הפנימית של החוק" כשאיפה ותכלית שיש לחתור אליה יותר מאשר חובה. גרמניה הנאצית סיפקה אומנם דוגמאות מובהקות לחקיקה שאינה ראויה להיקרא חוק ("legal monstrosities"), אולם ברוב המקרים הערכת החוקיות היא מלאכה קשה ומורכבת שאינה מובילה לתשובה חד-משמעית. כפי שציין פולר, "הרעיון של חוק צריך לסמן כיוון כללי שאותו אנו יכולים להבין ולהסביר, בסיס מסוים שאותו אנו יכולים לקבל כעיקרון גם במקום שנדמה שהוא אינו מדויק לחלוטין".⁶⁶ המוסר הפנימי של החוק, אם כן, כפי שראה אותו פולר, הוא בראש ובראשונה אתוס מכונן העומד ביסוד אומנות המשפט.

במאמר מקיף שאנו כותבות על התאוריה של פולר אנו טוענות כי ניתן לפתח על בסיסה עילה לביקורת שיפוטית, ומדגימות את החשיבות של ביקורת כזו בעידן של נסיגת דמוקרטיה.⁶⁷ במאמר זה ברצוננו להראות את התרומה של עילת ביקורת שיפוטית כזו בהקשר של חוק ההסדרה. לשם כך נציין את המאפיינים העיקריים של ביקורת שיפוטית זו, מבלי לדון לעומק בהצדקות לה ובטענות נגד ההכרה בה. בעקבות הגישה של פולר, שרואה בחוקיות עניין של מידה, אנו מציעות כי בית המשפט יכריז על חוק כבטל בשל פגיעה בעקרונות החוקיות הפולריאני רק במקרים קיצוניים. ככלל, בתי המשפט יניחו את תוקפו של דבר חקיקה, כולל חוקי יסוד, כאשר אלו עומדים בדרישות הפוזיטיביסטיות לחקיקתם. עם זאת, חקיקה שנכשלת באופן בוטה באספקה של מסגרת יציבה לאינטראקציה בין נמעני החוק זה עם זה ועם השלטון לא תיחשב כחוק, ובית המשפט יוכל להכריז עליה כבטלה. באופן קונקרטי יותר, בית המשפט יבדוק האם צורת החקיקה פוגעת ביחסי ההדדיות בין המחוקק לבין נמעני החוק בכך שאינה עומדת באחד או ביותר מבין שמונת הקריטריונים שניסח פולר. ניתוח זה יהיה מבוסס על לשון החוק ("הצורה של החוק") ולכן אינו תלוי ביישום של החוק. אולם, על בית המשפט יהיה לבחון את הניסוח של דבר החקיקה הבודד בהקשר המשפטי הרחב של מערכת המשפט כולה. יתר על כן, אין להתייחס לשמונת העקרונות של פולר במנותק זה מזה אלא יש לקרואם כעקרונות משלימים, תוך דגש על הרציונל המוסרי הבסיסי שעומד מאחוריהם (כיבוד האוטונומיה של הפרט). מאחר שלגישתנו בית המשפט יוכל לפסול אך ורק מקרים קיצוניים של אי חוקיות, הוא לא יצטרך לאזן את הקריטריונים עם שיקולי יעילות כפי שנדרש מהמחוקק באופן שגרתי.

ההצעה שלנו לבסס עילת ביקורת שיפוטית של אי חוקיות על בסיס התאוריה של פולר מוצאת כר פורה בשיטת המשפט הישראלי. בהעדר חוקה כתובה בישראל פיתח בית המשפט העליון החל משנות החמישים של המאה העשרים פסיקה ענפה ביחס

⁶⁵ פולר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 198–199.

⁶⁶ Fuller, לעיל ה"ש 59, בעמ' 632 (תרגום שלנו).

⁶⁷ Davidson & Bilsky, *Judicial Review*, לעיל ה"ש 6.

לעקרון שלטון החוק, ומכוחה מתח ביקורת על החלטות שונות של הרשות המבצעת.⁶⁸ במילים אחרות, עקרון החוקיות שימש כמצע לביקורת המנהל הציבורי שנים רבות טרם חקיקת חוקי היסוד של שנות התשעים. אנו מציעות כי התאוריה של פולר על המוסר הפנימי של החוק יכולה לשמש גם בסיס לביקורת שיפוטית על חוקים, ולמעשה, מאחר שהתאוריה של פולר עסקה במושג החוק, מתבקש להפעילה על חוקים.

יתרה מכך, ניתן למצוא רמזים לתובנות של פולר בפסיקת בית המשפט העליון, ואפילו נכונות של בית המשפט העליון לפסול חוקים בשל פגיעה בעקרונות שניסח פולר. עיון בפסיקה של בית המשפט מן השנים האחרונות מעלה כי השופטים מכירים באופן אינטואיטיבי בכך שחקיקה פרסונלית פוגעת בצורת החוק (עקרון הכלליות) במידה כזו שמביאה לבטלות החוק, וזאת אף בהעדר עילה מפורשת בחוק האוסרת זאת. כך, בפסק דין שניתן בשנת 2016 בתגובה לעתירות לבג"ץ שתקפו רפורמה ברשות החשמל שבמסגרתה הופסקה כהונתם של חברי רשות שהתנגדו למתווה הגז, הייתה השופטת (כתוארה אז) חיות מוכנה להניח כי "ייתכנו מצבים שבהם חקיקת חוק ממניע פרסונאלי עשויה להוות פגיעה ב'עקרונות היסוד של השיטה' ולהצדיק את בטלותו של דבר החקיקה".⁶⁹ עם זאת, באותו מקרה מצאה השופטת חיות כי התשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט אינה מאפשרת לקבוע שהחקיקה שהייתה נושא העתירות אינה תקפה. באופן דומה, בשנת 2017 התבסס בית המשפט על דוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות מכוונת" על מנת להזהיר את הכנסת שפרקטיקה של תיקון חוק יסוד (משק המדינה) בדרך של הוראת שעה לצורך העברת תקציב דו-שנתי, בניגוד להוראה הקבועה בו שלפיה התקציב יהיה לשנה אחת, עלולה להוביל לפסילת החקיקה. באותו מקרה ציין השופט ניל הנדל בחוות דעתו כי פסילת חקיקה כאמור יכולה להתבסס גם על אופייה הפרסונלי, הנובע מכך שהוראת השעה תחול רק על הכנסת אשר חוקקה אותה. השופט הנדל אף ציין, בהפנותו לפולר, כי חקיקה פרסונלית אינה עומדת בדרישה שהחוק יהיה כללי, דרישה אשר נועדה להבטיח את "המוסריות הפנימית של החוק".⁷⁰

ד. חוק ההסדרה כמקרה קיצוני של חקיקה פתולוגית

⁶⁸ יצחק זמיר הסמכות המינהלית 73–83 (1992).

⁶⁹ בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 17.8.2016). הגם שהביטוי "עקרונות יסוד של השיטה" מזכיר עקרונות מוסריים או של משפט טבע, השופטת חיות משתמשת בו כדי לדון בצורת החוק (העדר הכלליות שלו).

⁷⁰ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 6.9.2017).

לדעתנו הפגמים בחוק ההסדרה הם כה יסודיים, הן ביחס לעקרון כלליות החוק והן לגבי התחולה הרטרואקטיבית שלו, עד שאינו יכול להיחשב "חוק" במובן הפולריאני, גם אם פורמלית הוא מופיע בספר החוקים הישראלי.

כפי שציינו בפתח רשימתנו, הדרך שבה בחר בית המשפט לבחון את החוק היא על ידי יישום של מבחני חוקי היסוד הישראליים. עם זאת, עיון זהיר בהנמקה של חיות מגלה כי היא רוויה באזכורים של עקרון שלטון החוק והפגיעה בו:

"שלטון החוק הוא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית והוא משמיע לנו כי הכל שווים בפני החוק בעוד שהסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית פוגעת בשלטון החוק ויש בה כדי לעודד עבריינות... חוק ההסדרה [יוצר] מצב שבו עברייני בנייה באזור זוכים ליחס שונה ומיטיב מזה שזוכים לו עברייני בנייה פלסטינים תושבי האזור ולמעשה גם עברייני בנייה בתוך ישראל עצמה. החלתו בפועל של דין שונה על אוכלוסיות באזור ככל שהדבר נוגע לביצוען של עבירות בנייה ופלישה למקרקעין פרטיים, וזאת בשל שיקולים של השתייכות דתית או לאומית נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק... היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט".⁷¹

כמו כן, במסגרת בחינת החוק בהתאם למבחני פסקת ההגבלה, קבעה הנשיאה חיות שחלק מתכליותיו של חוק ההסדרה אינן ראויות בהביאה בחשבון את פגיעת החוק בשלטון החוק.⁷² כחלק מניתוח זה היא הדגישה כי:

"חוק ההסדרה אינו עוסק במצבים שבהם זהות הגורמים הפרטיים אשר ייהנו מן ההפקעה אינה ידועה או תקבע לאחר מעשה ההפקעה... ואף לא במקרים שבהם תיטיב ההפקעה עם כלל אוכלוסיית התושבים באזור, לרבות מי שזכויותיו ניטלו. במילים אחרות, אין מדובר בנטילה שלטונית כפוייה שבה כל קבוצה סובלת 'מנת חלקה' מגזירה של הפקעת זכויות, אך צפוייה

⁷¹ עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 54 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁷² שם, בפס' 79 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

ליהנות מן הטובין הציבוריים שלשמש בוצעה אותה הפקעה".⁷³

בקביעותיה הנשיאה חיות ממשיכה פרקטיקה מוכרת של שופטי בית המשפט העליון לתמוך את החלטותיהם בהפניה לעקרון החוקיות.⁷⁴ אולם לפי הגישה שאנו מציעות ברשימה זו, במקום להסתייע בעקרון שלטון החוק כאמצעי רטורי בעיקר הייתה הנשיאה חיות צריכה לשים אותו במוקד פסק הדין, ולנתח את אי חוקיותו של חוק ההסדרה בהתאם לעקרונות המוסריות הפנימית של החוק.

חוק ההסדרה מהווה מקרה ברור של כישלון לחוקק חוק הראוי לשם חוק הן בשל תחולתו הרטרואקטיבית והן בשל הפגיעה הבוטה בעקרון כלליות החוק. פגמים אלו אינם טכניים או אקראיים אלא משקפים את העדר ההדדיות בין המחוקק לנמעני החוק. במובן העמוק יותר, פגיעות אלו, כאשר הן נעשות בחקיקה, מבטאות גם ריקון של מושג החוק מתוכנו, שכן במקום שזה יהווה ביטוי לאוטונומיה של נמעני החוק הוא מבטא יחס של שליטה וכפיפות. ככזה, מדובר בחוק המפר בצורה בוטה את המוסר הפנימי של החוק.

הרטרואקטיביות של החוק באה לידי ביטוי ב"הסדרה" למפרע של בנייה לא חוקית בהתנחלויות בשטחים. חקיקה כזו פוגעת בציפיות הלגיטימיות של יחידים פלסטינים לגבי זכות הקניין באדמתם, ויכולתם להיכנס ליחסים חוזיים מחייבים לגביה. יתרה מכך, החוק שולח גם מסר שבעתיד תיתכנה "הסדרות" דומות, שכן אין כל מגבלה על כוחו של המחוקק הישראלי, ולכן הפלסטינים משוללים יכולת ליצור מערכות יחסים משפטיים מחייבות על בסיס הזכות לקניין פרטי. במילים אחרות, חוק ההסדרה יוצר משטר משפטי בשטחים שבו זכויות משפטיות של הפלסטינים תהיינה עוד יותר פגיעות מאשר הן היום, תוך פגיעה במינימום הוודאות ליחיד להיכנס לעסקאות משפטיות. על כן הוא פוגע באוטונומיה ה"אופקית" של נמעניו – הוא חותר תחת האפשרות של נמעניו ליטול התחייבויות וליצור קשרים משפטיים ארוכי טווח.

עקרון הכלליות, העיקרון החשוב ביותר בתאוריית החוקיות של פולר, גם הוא נעדר לחלוטין מחוק ההסדרה. אף על פי שהחוק אינו מזכיר במפורש את הפלסטינים, החוק עוצב כך שיחול רק על הסדרה של בנייה בלתי חוקית שפוגעת בזכויות של תושבים

⁷³ שם, בפס' 74 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁷⁴ ראו למשל האמירה של המשנה לנשיא אהרן ברק (כתוארו אז) כי עקרון המידתיות "נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלוו את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון". בג"ץ 3477/95 ישראל בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, מט(5) 1, 12 (1996).

פלסטינים ולא של מתיישבים יהודים.⁷⁵ בדרך זו החוק פוגע בעקרון ההחלה האוניברסלית של חוקים. אולם הבעיה עם החוק היא מעבר לפגיעה בשוויון שאותה מציינים האמיקוס ופסק הדין. כפי שהסביר פולר, העדר כלליות מצביע גם על העדר הדדיות בין המחוקק לנמעני החוק, לא רק במובן המצומצם של העדר ייצוג (של לא-אזרחים) בהליך החקיקה, אלא בדרך שבה צורת החוק מבטאת יחס לנמען החוק שאינו מבוסס על כיבוד האוטונומיה שלו כסובייקט. החוק העניק לכאורה לפלסטינים שזכויות הקניין שלהם נלקחו בחירה לגבי סוג הפיצוי שיקבלו: פיצוי כספי או "פיצוי בעין" של אדמה קרובה לאדמה שהם איבדו, אולם אין מדובר בבחירה או בשיתוף אשר מקדמים את האוטונומיה של נמעני החוק הפלסטינים במובן של אפשרות לתכנן את חייהם. שכן, על ידי סימון הפלסטינים כמי שזכויותיהם האינדיבידואליות נלקחות מהם באופן רטרואקטיבי, החוק מבטא יחס אליהם כאל אובייקטים ולא כאל סובייקטים אוטונומיים. בכך הוא מסמן גם את שבריריות זכויותיהם לעתיד לבוא.⁷⁶ הם נתונים לרצונו הטוב של המחוקק הישראלי. החוק גם מאותת לנמעני החוק הפלסטינים שאין סיכוי שזכויותיהם של שכניהם היהודים תיפגענה באופן דומה בעתיד. וכך, חוק ההסדרה פוגע לא רק בזכויות ספציפיות לקניין או לשוויון, אלא הוא פוגע גם באמון במחוקק הישראלי שיציע לפלסטינים ולו מידה של צדק.

פולר סבר שמשפטנים מבינים באופן אינטואיטיבי את הרציונל העומד בבסיס המוסר הפנימי של החוק.⁷⁷ אכן, אמיקוס המרצים היטיב לבטא את אותה האינטואיציה לגבי ההדדיות שבבסיס שלטון החוק בהקשר של חוק ההסדרה כאשר הוא מצביע על הקשר ההדוק בין חוק וסולידריות קהילתית:

⁷⁵ "בהצעת החוק צוין הדבר במפורש בסעיף המטרה בו נאמר כי החוק נועד 'להסדיר את ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה' [...] דברי ההסבר בהצעת החוק התייחסו אף הם מפורשות לכך בציינם כי מטרת החוק היא להסדיר את מעמדם של יישובים ישראלים ביהודה והשומרון [...] כדי לאפשר את המשך ביסוס ופיתוח ההתיישבות הישראלית באזור". עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 51 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁷⁶ בעניין זה האמיקוס קובע כי חוק ההסדרה מתייחס לפלסטינים כאל "אובייקטים" בלבד של הכוח השלטוני, בניגוד לרצונם ובלא הסכמתם. אולם בניגוד להצעתנו האמיקוס רואה בכך "הפרה של הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי שהוא הבסיס לגיטימיות של החוק במדינה דמוקרטית", אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 98, ואילו אנו מציעות כי מדובר בפגיעה בעצם היחס שנדרש בין מחוקק לנמען חוק, כפי שעולה מתוך עקרונות המוסר הפנימי של החוק שניסח פולר.

⁷⁷ פולר "מוסריות החוק", לעיל ה"ש 46, בעמ' 202–204.

"סמכות ההפקעה לפי חוק ההסדרה היא פגומה באופן יסודי משום שלא מתקיים עיקר בסיסי המצדיק את סמכויות ההפקעה על דרך כלל: האחריות והסולידריות שבקיום חיים משותפים... הגישה המקובלת... מבטאת הכרה רחבה בכוחו של השלטון להפקיע מקרקעין... בהתבסס על ההנחה שההפקעה נעשית על ידי נבחרי הציבור, לטובת הקהילה בה חברים בעלי הזכויות שהופקעו. השילוב בין האחריות של מקבלי ההחלטה לבין הסולידריות החברתית בקהילה, המבוססת על הדדיות ארוכת טווח, בה המפסידים מהכרעה מסוימת צפויים להיות המרוויחים מהכרעה אחרת בעתיד, הם יסוד חשוב להכרה בסמכות ההפקעה של השלטון, חרף מעמדה החוקתי של זכות הקניין".⁷⁸

המסלול של ביקורת שיפוטית המבוסס על תפיסת החוקיות של פולר היה מאפשר לבית המשפט להסביר בצורה מדויקת ואינטואיטיבית יותר מדוע הכשרה רטרואקטיבית של גזל קרקעות בחסות המדינה לטובת קבוצה מסוימת באוכלוסייה בלבד אינה ראויה להיקרא "חוק". בו בזמן, הנמקה כזו הייתה מאפשרת לבית המשפט להימנע מהחלה של המשפט החוקתי הישראלי על השטחים, באופן המנציח את ההיררכיה ואת היעדר ההדדיות בין המחוקק לגמנעי החוק אשר טבועה בחוק ההסדרה. עילת הביקורת הפולריאנית הייתה בוחנת את החוקיות (הפנימית) של החוק ולא פוסלת אותו על יסוד מבחנים פנימיים למשפט החוקתי הישראלי, אלא על פי מבחן אוניברסלי אשר ניסח פולר של המוסר הפנימי של החוק באשר הוא חוק.

אולם מייד עולות שאלות קשות: ראשית, למרות הניצנים שזיהינו בפסיקה הישראלית ואשר תוארו לעיל, עילת הביקורת השיפוטית שאנו מציעות אינה מעוגנת באופן ברור במשפט הפוזיטיבי. האם אין בהכרה בעילה זו פגיעה בשלטון החוק? כיצד עילה זו שונה מהעיקרון הדמוקרטי שהציע האמיקוס כבסיס לפסילת החוק? שנית, האם עצם בחינת חוקיות החוק על פי עילת הביקורת שאנו מציעות אינה מקנה מניה וביה מידה של לגיטימיות לחקיקה הישראלית? שכן כפי שהסברנו, בניגוד לפוזיטיביזם פולר אינו עוסק בשאלת הסמכות של המחוקק. כמו כן, בניגוד לעילה המבוססת על ערכי השיטה הדמוקרטית, עילת הביקורת שאנו מנסחות בעקבות פולר אינה עוסקת בשאלת סמכותו של מחוקק ישראלי לחוקק בשטחים. פסלות על פי הפרה של הקריטריונים של החוקיות של פולר אין פירושה כי לכנסת אין בעיקרון אוטוריטה לחוקק, אלא היא עוסקת רק בפגמים ספציפיים שנפלו בצורת החוק. אם כך, האם הפעלת ביקורת שיפוטית מסוג זה אינה תורמת גם היא לסיפוח משפטי?

⁷⁸ אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 76 (ההדגשה שלנו).

תשובתנו לשאלה הראשונה היא כי אנו מכירות בכך שהצעתנו מהווה הרחבה של עילות הביקורת השיפוטית המוכרות, ועל כן הייתה חושפת את בית המשפט לביקורת. אולם, אין אנו רואות בהכרה בעילה זו פגיעה בשלטון החוק, וזאת בהתבסס על תפיסה מוסרית ולא פוזיטיביסטית של שלטון החוק בעקבות פולר. אם אנו מקבלים, בעקבות פולר, כי דרישות המוסר הפנימי של החוק הן חלק מהאתוס של משפטים במערכות משפט מודרניות, ומובנות כמעין מנהג משפטי, אזי ניתן לטעון שבסמכותם של בתי המשפט להחיל אותן. יתר על כן, מכיוון שביקורת שיפוטית זו מתמקדת ב"צורת החוק" על פי קריטריונים שעליהם אמונים משפטים, ולא בעקרונות פוליטיים, בית המשפט היה נהנה מלגיטימציה נורמטיבית גדולה יותר (לפחות בקהילת המשפטים) מאשר בפסילת החוק בשל פגיעה בעיקרון הדמוקרטי. משימת זיהוי של נורמה כנורמה משפטית מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט, ונעוצה ביסודה בעיקרון שלטון החוק.⁷⁹

כדי לענות על השאלה השנייה, חשוב להבהיר כי למרות המרכזיות של קריטריון הכלליות לתאוריית החוקיות של פולר לא ניתן לומר כי כל חקיקה של המחוקק הישראלי על השטחים פגומה מיסודה ולכן פסולה מעצם חקיקתה בהעדר ייצוג פלסטינים (המסמן העדר יחסי הדדיות בין המחוקק לנמעני החוק), זאת מאחר שהביקורת השיפוטית המוצעת מתבצעת אך ורק באמצעות שמונת הקריטריונים. נדמה שאם היה בית המשפט מבקש מהמחוקק לתקן את הפגם שנפל בחוק ההסדרה ולהחיל את החוק בשווה על פלסטינים ויהודים (בשטחים ובישראל) היה החוק צולח כנראה את מבחן הכלליות של פולר. עם זאת, קשה להניח כי המחוקק היה מסוגל לתקן את החוק בדרך כזו, שכן מדובר היה במתן אישור גורף לבנייה בלתי חוקית, לגזלה של אדמות פרטיות ולאישור רטרואקטיבי של הגזל. חקיקה גורפת כזו הייתה מהווה למעשה ביטול של שלטון החוק גם עבור אזרחים ישראלים בתוך הקו הירוק. במקרה של חוק ההסדרה, כפי שצפה פולר, יש חפיפה גדולה בין אי הצדק המהותי בחוק (פגיעה בשוויון ובקניין הפרטי) לבין הפגיעה במוסר הפנימי (פגיעה בכלליות ובאיסור הרטרואקטיביות). החפיפה הזו אינה מקרית, והיא נובעת בין השאר מכך שהפלסטינים אינם יכולים לבחור ולהיבחר לכנסת, והמחוקק הישראלי אינו רואה את עצמו כנציגם. אולם באופן עקרוני ניתן לחשוב גם על מקרים היפותטיים אחרים. למשל, החלת חוק ישראלי מסוג של דיני עבודה וזכויות סוציאליות על השטחים, באופן שיחול באופן כללי ומכאן ולהבא. במקרה כזה, הביקורת השיפוטית על בסיס תאוריית החוקיות של

⁷⁹ בג"ץ 5969/20 סחיו שפיר נ' הכנסת, בפס' 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו)

(23.5.2021).

פולר לא תוביל לפסילת החוק, זאת אף על פי שמדובר בחוק אקסטרה-טריטוריאלי שאינו דמוקרטי.⁸⁰

מאחר שעילת הביקורת הפולריאנית אינה קובעת באופן קטגורי שאין לכנסת סמכות לחוקק בשטחים, האם הפעלתה אינה מציבה את בית המשפט שוב בפני מלכוד הלגיטימציה שהעלינו לגבי עילות ביקורת שיפוטית על בסיס חוקי היסוד הישראליים? האם הפעלת מבחן החוקיות של פולר אינה בעייתית בצורה דומה להחלת חוקי היסוד הישראליים שכן אין היא קובעת קטגורית שאין סמכות לחוקק בשטחים? לדעתנו, אף על פי שביקורת שיפוטית של חוקיות החוק יש בה מידה של לגיטימציה של חקיקה ישראלית בשטחים, הבעיה פחותה במידה ניכרת מזו שעולה מהחלה של חוקי היסוד, ויחד איתם את כל היוריספרודנציה החוקתית הישראלית. זאת, מאחר שבניגוד לביקורת שיפוטית המבוססת על חוקי היסוד אין היא עוסקת בהחלה על פלסטינים של איזונים בין ערכים שפותחו בישראל אלא במגבלות על הדרכים שהמחוקק הישראלי רשאי לתקשר בהם עם נמעני החוק. במילים אחרות, הביקורת השיפוטית המוצעת מתמקדת במגבלות על עצמנו (ישראל) יותר מאשר בזכויות של פלסטינים בשטחים.⁸¹

⁸⁰ האמיקוס מעלה שאלה דומה לגבי בטלות חוק שאינו פוגע בזכויות אדם, אך משאיר אותה בצריך עיון: "אין הכרח להכריע בעתירה זו בשאלה אם כל הפעלה של סמכות שלטונית ישראלית על פלסטיני תושב האזור (להבדיל מהפעלת סמכות על ידי המפקד הצבאי, הנובעת מהמשפט הבינלאומי) תיחשב פגיעה אסורה בזכות לכבוד, לאור כך שהיא מתייחסת אל הפרט כאל אובייקט ואינה מבקשת את הסכמתו למרותה בהליך דמוקרטי, אם לאו. לכל הפחות די בקביעה כי היומרה של הכנסת, שאין בה ייצוג לתושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, לפגוע בזכויותיהם של תושבים אלה, פוגעת שלא כדין בזכותם לכבוד האדם...". אמיקוס המרצים, לעיל ה"ש 4, בפס' 101.

⁸¹ במאמרו בגיליון זה, פרופ' בנבנישתי מציג לראות במטרה ובעקרונות היסוד המוצהרים של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כאלה המתנים את סמכות החקיקה של הכנסת בכך שהיא מכבדת עקרונות בסיסיים של משטר דמוקרטי וכבוד אדם, שלפיהם חוק אינו יכול לאכוף עצמו על מי שלא הסכים למרותו. בדומה לדוקטרינה המוצעת על ידינו, עילת הביקורת המוצעת על ידי בנבנישתי מתמקדת במגבלות הנובעות מסמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת ולא בפגיעה בזכויות הפרט כתוצאה מהמעשה השלטוני. גישתו של בנבנישתי מציגה מקור משפטי להפעלת ביקורת שיפוטית הפוסל מעיקרה כל חקיקה ישראלית בשטחים. למרות יתרון זה, היא עדיין מצריכה מתן פרשנות למושג "דמוקרטיה", בעוד שהצעתנו מושתתת על פרשנות של מושגים משפטיים צרים יותר.

סיכום

לביקורת השיפוטית של החוקיות יש מידה של לגיטימציה. כפי שצינו בתחילת הרשימה, רק פסילה של החוק בשל הפגיעה בדמוקרטיה, או בשל הפגיעה בעקרונות המשפט הבינלאומיים, הייתה יכולה להימנע מכך. ואולם, עילות אלו מעלות מצידן שאלות מוסדיות קשות: האם רצוי שבית משפט יבסס עילת ביקורת שיפוטית ויפסול חוקים על בסיסן בלבד? במצב זה יהיו כאלו שיאמרו שעדיף היה שבית המשפט יימנע כליל מביקורת שיפוטית, יקבע שהנושא מערב שאלות פוליטיות ואינו שפיט, וישאיר נושא זה להיות מוכרע בוויכוח הציבורי והפוליטי. ייתכן שהביקורת של מאוטנר שאיתה פתחנו את המאמר מובילה לכיוון זה. אולם לדעתנו הנזק בגישה כזו הוא רב, שכן הוא משחרר את בית המשפט מחובתו להגן על שלטון החוק – תחום התמחותו. ראינו כי בשל המודעות של בית המשפט לפגיעה הקשה בשלטון החוק בחר בית המשפט ללכת במסלול של חוקי היסוד. אנחנו טענו כי התאוריה של פולר מציעה אלטרנטיבה אטרקטיבית, כזו שעוסקת ישירות ומפורשות בשאלות של שלטון החוק במחוקק, ומצליחה לבטא באופן מדויק את חוסר המוסריות שבחוק ההסדרה. אנו מפתחות תאוריה זו לעומק, במאמר אחר. ברשימה זו רצינו להצביע על חסרונה של עילת ביקורת זו בישראל, ועל יתרונותיה של עילת ביקורת החוקיות ביחס לבג"ץ חוק ההסדרה.

איל בנבנישתי "מדוע עקרונות כבוד האדם והדמוקרטיה שוללים את סמכות הכנסת לחוקק מעבר לגבולות המדינה – הדיון שלא התקיים בבג"ץ חוק ההסדרה" **פורום עיוני משפט** מה 1 (2021).