

חזרה לפוליטיקה

המדינה המודרנית, לאומיות וריבונות

עורך

אילן רחום



מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל
ירושלים

תוכן העניינים

7	אילן רחום: מבוא
21	אלי בר נביא: חזרה לפוליטיקה – על המדינה, הריבונות והמדינה הריבונית
31	אלון קול: מושג הריבונות וניצני לאומיות צרפתית בתקופתו של פיליפ "היפה"
59	ניקול הוכנר: הוקי היסוד של צרפת בעיני קלוד דה סייסל ו'זן בודן
79	דב סטוצ'ינסקי: "טעותו של סליוריגו" – הנוצרים החדשים והמדינה הקורפורטיבית בחצי האי האיברי בראשית העת החדשה
107	אילן רחום: המילים "מדינה", "ריבונות" ו"מהפכה" – מקומן בשיח הפוליטי באירופה בראשית העת החדשה
135	חדוה בן ישראל: ריבונות ולאומיות
153	דניס שרביט: בין הפטיש הגלובלי לסדן הרב תרבותי – על הריבונות ומדינת הלאום באיחוד האירופי
177	ערן סגל: סוחרים ושליטים בתהליך כינון המדינה: המג'לס הראשון בכוויית (1921)
201	עוזי רבי: כינונה של הממלכה הסעודית – תהליך ייחודי של בניית מדינה במזרח התיכון
219	אייל זיסר: סוריה המודרנית – האומנם דוגמה ומופת למדינה הטריטוריאלית המזרח תיכונית?
245	בנימין נויברגר: מלאומיות פאן-אפריקנית באפריקה לריבונות ול"בניין אומה" טריטוריאלית באפריקה הפוסט-קולוניאלית
275	פולה קבלו: ארגונים חוץ-ממשלתיים בחברה היהודית בארץ ישראל ובמדינת ישראל
305	גיר קידר: "שונאים, סיפור אהבה": המדינה הריבונית ושלטון החוק
329	אבי נוב: המדינה הריבונית ומשטר המס בעידן של גלובליזציה
349	מפתח
361	רשימת המשתתפים בקובץ

"שונאים, סיפור אהבה": המדינה הריבונית ושלטון החוק

ניר קידר

בראשית המאה העשרים ואחת, לאחר מוראות מלחמות העולם והזוויות האחרות שבוצעו בשמה של מדינת הלאום, אנו מביטים בחשד על תופעת הלאומיות ועל מוסד המדינה הריבונית. לעומת זאת שלטון החוק נתפס כאחד האמצעים העיקריים העומדים לרשותו של הפרט לשם הגנה מפני כוחה של המדינה הריבונית. מסיבה זו שלטון החוק עלול להיראות מנותק מן המדינה הריבונית וזר למושג הריבוניות.¹ גם בשיח הפוליטי הבין-לאומי המודרני מהדהדת בשנים האחרונות הדרישה לכונן "דמוקרטיה ושלטון חוק קוסמופוליטיים" המנותקים מן "הלווייתן" של המדינה הריבונית ואף ממרותו הפוליטית של מרכז בין-לאומי כגון ארגון האומות המאוחדות.²

מטרתי במאמר זה היא להראות שהתפיסה המבצבצת ועולה פעם אחר פעם במחשבה הפוליטית של ימינו, ששלטון החוק זר למדינה הריבונית, אינה נכונה. שלטון החוק דווקא קשור קשר היסטורי ורעיוני למושג הריבוניות ולמדינה כפי שהתפתחו בראשית העת החדשה באירופה. המדינה הריבונית רלוונטית לשלטון החוק בשני אופנים: ראשית, לא ייתכן שלטון חוק בלי מסד של כוח ומרות שהמדינה הריבונית מספקת. החוקים שמתכוונים להם בביטוי "שלטון החוק" הם חוקיה של המדינה – היא מחוקקת אותם, וכוחה הריבוני מאפשר לאכוף אותם. אפילו מלשון הביטוי מתברר שתנאי הכרחי לקיומם של שלטון חוק או מדינת חוק הוא מציאותם של שלטון או מדינה. שנית, וחשוב

1 במאמר זה אשתמש בביטויים "ריבוניות" ו"מדינה ריבונית" כביטויים נרדפים, משום שכפי שאבאר להלן תורת המדינה המערבית המודרנית רואה בריבוניות יסוד מוסד של המדינה. על כן הביטוי "מדינה לא ריבונית" נושא בחובו סתירה, שכן גוף לא ריבוני אינו יכול באמת להיחשב למדינה במובן המשפטי, התאורטי ואפילו העממי.

2 לדיון בתפיסת הדמוקרטיה הקוסמופוליטית וברעיון שלטון החוק העל-ריבוני הנלווה לה ראו למשל, Daniele Archibugi, "From the United Nations to Cosmopolitan Democracy", in idem and David Held (eds.), *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*, Cambridge, U.K., 1995, pp. 132–135; David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, William Scheuerman, Calif., 1995, pp. 221–238. לביקורת נוקבת על תפיסה זו ראו, William Scheuerman, "Cosmopolitan Democracy and the Rule of Law", *Ratio Juris*, 15, 4 (December 2002), p. 439.

לא פחות, המדינה הריבונית ועקרון שלטון החוק קשורים זה בזה מבחינה רעיונית ערכית: שני המושגים מבקשים להפריד את המדינה ומשפטה מן ההיררכיות, המוסכמות המסורתיות ויחסי הכוח החברתיים; ושני המושגים גם מבקשים לנצל את היבדלותם היחסית של המדינה ומשפטה מן החברה כדי לייצג את האינטרס הכללי של החברה וכדי לראות את כלל האוכלוסייה בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית. למאמר שני חלקים. בחלק הראשון אבאר בקצרה את משמעותו של רעיון שלטון החוק ואעמוד על עיקריו, ובחלק השני אסקור את היסודות ההיסטוריים והרעיוניים המשותפים למדינה הריבונית ולשלטון החוק.

א. עקרון שלטון החוק

המושג "שלטון החוק" הוא מהמושגים השגורים ביותר בדיון הפוליטי והציבורי. חרף זאת, ואף שאין מחלוקת בעניין חשיבותו של הרעיון לתורת המדינה הליברלית או הסוציאליזמוקרטית, משמעותו המדויקת של המונח אינה תמיד ברורה די צורכה. כדי להבין טוב יותר את הקשר של שלטון החוק למדינה הריבונית אבאר בחלק זה של המאמר את מובנו המורכב של הרעיון כפי שהתפתח בשלוש מאות השנים האחרונות. רעיון שלטון החוק במובנו הבסיסי דורש ציות כללי ומוחלט לחוק ומבטא את כוללנותו של המשפט ואת עליונותו הפוליטית על פני מערכות ערכים (מערכות נורמטיביות) אחרות בחברה. כוללנותו של המשפט, משמעותה לפי תורת המדינה המודרנית היא שהמשפט שולט על כלל תחומי החיים ומסדיר אותם. "מלוא כל הארץ משפט" כינה זאת השופט אהרן ברק נשיא בית המשפט העליון בישראל.³ קביעה זו אין משמעה שהמשפט באמת מבקש להסדיר את כל תחומי החיים כולם – אפילו בחברה המודרנית, "הממושפטת" במידה רבה, המשפט נמנע בדרך כלל מלהתערב במהלכם התקין של מערכות יחסים, דוגמת הצדדים האינטימיים שביחסי הזוגיות, כללים של תחרויות ספורט או בריתות פוליטיות. אולם המשפט עומד על זכותו ועל כוחו להסדיר את כל תחומי החיים החברתיים לו רק תבחר בכך הקהילה הפוליטית שהמשפט מבטא את ריבונותה. מבחינת התאוריה הפוליטית המערבית המודרנית, המשפט נמנע מלהתערב בתחומים אלו בעיקר מטעמים שאפשר לכנותם "פרקטיים", כלומר לא מכיוון שאין לו זכות או כוח להתערב ביחסים האלה ולהסדירם, אלא מכיוון שבדרך כלל החברה מעדיפה להסדיר את התחומים האלה באמצעים לא משפטיים. הביטוי "שלטון החוק" מבטא לא רק את כוללנותו של המשפט אלא אף את עליונותו

3 אהרן ברק, "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט, יז (1992), עמ' 477.

הפוליטית על פני כל מערכות הערכים האחרות. כוללנותו אכן קשורה לעליונותו הפוליטית ונובעת ממנה. עליונותו של המשפט תקפה הן כלפי מערכות נורמטיביות "חלקיות", כלומר מערכות המסדירות את פעולתן של מסגרות חברתיות מצומצמות (למשל נהלים, תקנות וכללי אתיקה של גופים פרטיים), והן כלפי מערכות ערכים "כלליות", דוגמת דת, מוסר ונימוס. חשוב להבהיר את טיבה של עליונות זו – המשפט אינו טוען לעליונות מהותית על הדת או המוסר. אדרבה, תוכנו של המשפט יבטא כמעט תמיד את המוסכמות הדתיות, המוסריות או האחרות של החברה שהוא פועל בתוכה. אם כן, עליונותו של המשפט המגולמת בביטוי "שלטון החוק" אינה עליונות מהותית-ערכית אלא עליונות פוליטית-נורמטיבית המבטאת את סמכותו העליונה והמוחלטת של משפט המדינה. מעמדה הריבוני של המדינה הוא שמעניק למשפטה את מעמדו הכוללני והעליון. מעתה אמרו: המשפט עליון על שאר מערכות הערכים המסדירות את החיים החברתיים משום שהוא משפטה של המדינה הריבונית, כלומר של הכוח החזק ביותר בחברה. טענתה של תורת המדינה המערבית המודרנית, שלמשפט יש עליונות פוליטית-נורמטיבית על פני מערכות ערכים אחרות דוגמת דת ומוסר, היא גם המקור למתח הקיים בין דת למדינה במדינות המודרניות. בעוד חלק לא מבוטל מן האוכלוסייה במערב מגדיר את עצמו דתי ובדרך כלל מתקשה להסכים עם הקביעה שהדת כפופה למערכת המשפט של המדינה, תורת המדינה המודרנית מקדשת את רעיונות הריבוניות ושלטון החוק, ומדגישה את עליונותם הפוליטית והנורמטיבית של המדינה ומשפטה. מבחינה משפטית, גם במדינות שדת מסוימת מוכרת בהן כדת המדינה, מעמדה הממלכתי העדיף של אותה דת ניתן לה ממשפט המדינה, ובכוחה של המדינה לבטל מעמד משפטי מועדף זה לו תמצא לנכון.⁴ מתח זה כמובן בולט במדינת ישראל, אך הוא מוכר היטב גם במדינות חילוניות מודרניות דוגמת ארצות הברית, תורכיה וצרפת. תביעתו הנחרצת של משפט המדינה המודרני לכוללנות ולעליונות מבליטה את הקשר ההדוק של מושג שלטון החוק לכוחה של המדינה הריבונית ולמרותה. פקשר שבין שלטון החוק למדינה הריבונית יעסוק חלקו הבא של המאמר, לעת עתה אשוב לדון במושג שלטון החוק עצמו.

כוללנותו של המשפט ועליונותו, המגולמות במונח "שלטון החוק", מבחירות שהכול חייבים לציית לחוק: המשפט מסדיר את כל תחומי החיים, והוראותיו גוברות על הוראותיה של כל מערכת ערכים אחרת. בכתיבה הפוליטית נהוג לכנות פן זה של שלטון החוק, המציין את הציות הכללי וההתנהגות על פי החוק, "לגליוס". שלטון החוק

4 השוו ברוך שפינוזה, מאמר תיאולוגי-מדיני, חיים וירשובסקי (מתרגם), ירושלים [1670] תשכ"ב, עמ' 199–208. שאלה מעניינת אחרת היא עד כמה שינוי המעמד המשפטי של דת מסוימת משפיע על מעמדה בציבור.

חל על כלל האוכלוסייה, יחידים וקבוצות, והוא חל אף על המדינה עצמה – וזהו שינוי חשוב לעומת המצב הקדם-מודרני: איש אינו פטור מן החובה הכללית והמוחלטת לציית לחוק. בניגוד למצב ששרר באירופה עד לסוף המאה השמונה עשרה, אין לשום אדם או תאגיד "פריביליגיה", כלומר חוק פרטי, או אפשרות לחמוק באופן פרטי ממרותו של החוק. אף על פי שטרם עסקתי בתכונותיו המהותיות יותר של הרעיון, כבר עתה אפשר להבחין בתרומה ראשונה חשובה של שלטון החוק – הכפפת החברה כולה, כולל מרכז הכוח הריבוני שלה, למשפט. בהכפפת הריבון לחוק שהוא עצמו יצר ויכול לשנות או לבטל בכל שעה אמנם יש משום פרדוקס, אולם טענתה של ההגות הפוליטית המערבית המודרנית בעינה עומדת: "הכול כפופים לחוק, גם המדינה"⁵.

אולם תורת המדינה המודרנית לא הסתפקה בלגליזם גרדא, כלומר היא לא הסתפקה בעצם הדרישה לציית למשפט, מכיוון שציות אוטומטי ועיוור לחוק, המתעלם מתוכנו של המשפט וממקורותיו, מתעלם למעשה מריבונותו של האדם, כלומר מהיותו של כל אדם יצור חופשי ותבוני בעל תודעת עצמאות אינדיווידואליסטית, והתעלמות זו עלולה לפגוע בפרט ובחברה. משום כך תורת המדינה המודרנית תובעת מן החברה לציית רק למשפט המקיים סדרה של דרישות צורניות ומהותיות הנגזרות מן הרעיונות הפוליטיים והאתיים של המודרנה. תורות המוסר והמדינה המודרניות מחייבות את המדינה הריבונית לכבד את עקרון ריבונות האדם ואת רעיונות החירות, השוויון, האחווה והשושפות. מובן שהדרישה להתאים את המשפט לעקרונות האתיים והפוליטיים של החברה המודרנית מעוררת קשיים רבים. ראשית, חשוב מכול, עצם ההכרעה בעניין הגדרתם המדויקת של המושגים ריבונות האדם, חירות, שוויון, אחווה ושפות עשויה במקרים רבים להיות נושא למחלוקות קשות, וכך גם ההכרעה בשאלה מה המוסר קובע במקרים מסוימים.

שנית, הדרישה להתאים את המשפט לעקרונות האתיים והפוליטיים של המודרנה יוצרת קושי מעשי: קשה ואולי אף בלתי אפשרי לבחון בכל מקרה כל חוק וכל הוראה משפטית ולדעת אם הם מקדמים את עקרונות המוסר והפוליטיקה המודרניים. שלישית, המשפט מבקש לא רק לקבוע נורמות התנהגות נאותות בעלמא, אלא גם להסדיר את החיים החברתיים ולפתור סכסוכים. כללי התעבורה למשל הם דוגמה להסדרה משפטית שאינה נגזרת בגזירה ישירה מתורת מוסר או צדק אלא מבקשת קודם כול להסדיר בצורה הגיונית ויעילה תחום בחיים החברתיים. מסיבות אלו רעיון שלטון

5 על הפרדוקס הטמון בכפיפותה של המדינה הריבונית לחוק שהיא עצמה יצרה ויכולה לשנות או לבטל ראו מאמרי "The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes", Oren Perez and Gunther Teubner (eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in Law*, London 2005, pp. 101–118

החוק אינו מסתפק בתביעה הצהרתית שהמשפט יתאים לעקרונות המוסר והפוליטיקה המודרניים, אלא הוא פורט תביעה זו לשורת דרישות צורניות (פורמליות) והליכיות (פרוצדורליות) מתחומות וברורות, ומילוי מבטיח שהמשפט יקדם את הסדר והיציבות החברתיים ויכבד לפחות את העקרונות האתיים והפוליטיים הבסיסיים ביותר של המודרנה, דהיינו את ריבונות האדם ואת רעיונות החירות והשוויון. בין הדרישות הצורניות וההליכיות הללו נמנות הדרישה לעצמאותה של מערכת המשפט, הדרישה שהמשפט ינוסח בצורה ברורה ומדויקת והדרישה שהמשפט יפנה באופן אחיד, אימפרסונלי ושוויוני לאוכלוסייה כולה.⁶

אפשר לחלק את הדרישות מן המשפט, הצורניות וההליכיות, לשניים: דרישות שנועדו לאפשר את עצם הציות לחוק; ודרישות "מהותיות" יותר שנועדו להבטיח את התאמתו של המשפט לרעיונות הפוליטיים היסודיים של המודרנה. כאמור הדרישות מן הסוג הראשון נועדו לאפשר את הציות לחוק במובן הבסיסי ביותר – בין הדרישות הללו אפשר למנות את החובה לחוקק חוקים המנוסחים בלשון ברורה ומובנת לאוכלוסייה, את האיסור לחוקק חוקים סותרים ואת האיסור לחוקק חוקים הנוגדים את ההיגיון או חוקים שהאוכלוסייה אינה יכולה לעמוד בהם (למשל לא נוכל לדרוש ציות לחוק שיחייב את כל האזרחים לרחף באוויר). אפשר להוסיף או לגרוע מרשימה קצרה זו, אך משמעותה ברורה – מדובר בדרישות בסיסיות שהן תנאי לעצם יכולתם של האזרחים להבין את החוק ולציית לו. אפילו עיון שטחי בדרישות יסודיות אלו מראה שגם הן נושאות בחובן משמעות פוליטית. ראשית, הן מעלות בעיות פרשניות, שפעמים רבות הכרעתן פוליטית או ערכית: כיצד נחליט אם חוק מסוים ברור או עמום? כיצד נגדיר מצב של חוקים סותרים? וכיצד נקבע אם האוכלוסייה אכן יכולה לעמוד בחוק מסוים אם לא? זאת ועוד, כבר מן הדרישות הבסיסיות הללו אפשר להסיק את התכלית הפוליטית של שלטון החוק: התביעה לנסח את החוק בלשון ברורה ובלא סתירות והתביעה לחוקק אך ורק חוקים שאוכלוסייה אנושית רגילה יכולה לקיים, שתיהן מבקשות למנוע שרירות והתאכזרות מצד הגורם החברתי יוצר המשפט ולשמור על

6 חוגים הרכיבו רשימות של דרישות, וכולן – על אף ההבדלים שביניהן – מיוסדות על אותם עקרונות. ראו למשל Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward A Criticism of Social Science*, London 1976, pp. 42–58; Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven 1964, pp. 33–38; Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtues", *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, pp. 212–218; John Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971, pp. 235–243; Richard Fallon, "'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review*, 97 (1997), pp. 7–9. במאמר זה אני הולך במידה רבה בעקבות רשימתו של רוברטו אונגר.

הפרט וכבודו. עם זאת, לעומת הדרישות שצוינו עד עתה, ארבע הדרישות שאציין להלן פוליטיות יותר באופיין, שכן אמנם גם הן דרישות צורניות והליכיות, ואולם מטרתן אינה רק להבטיח את היכולת לציית לחוק אלא גם להבטיח במישרין את התאמתו של המשפט לעקרונות הפוליטיים והאתיים של המודרנה. דרישות אלו, שהן לב לבו של רעיון שלטון החוק, הן הדרישות לפוליטיביות של המשפט, לפומביות שלו, לעצמאות של מערכת המשפט ולכלליות (אוניברסליות) של המשפט. אדון בהן אחת לאחת.

הדרישה לפוליטיביות משמעה שהנורמות המשפטיות יהיו מנוסחות בבירור ובמדויק, כלומר שלשאלה "מה המשפט קובע" תהיה תשובה ברורה המתבססת ככל האפשר על טקסטים כתובים ועל עובדות חברתיות שניתנות לזיהוי, למשל הצבעות בפרלמנט או פסיקות של בתי משפט. דרישה זו שונה מן הדרישה שהמשפט יהיה מובן והיא מוסיפה עליה – מטרתה אינה רק להבטיח את יכולתם של האזרחים להבין את החוק כדי שיוכלו לציית לו, אלא להבטיח שהשלטון ינסח את חובותיו וזכויותיו המשפטיות של האזרח באורח מדויק ובהיר שלא ישאיר מקום רב לעמימות, מכיוון שעמימות חושפת את הפרט לפגיעה אפשרית בחירויותיו מצד השלטון או מצד גורמים חזקים אחרים בחברה, ואילו חוק ברור המגדיר בבהירות את זכויות האזרח וחובותיו מגביל את שרירותו של השלטון. מסיבה זו המשפט המודרני מעדיף שהנורמות המשפטיות יהיו כתובות ומנוסחות בצורה של כללי פעולה "צרים" וברורים ככל האפשר, וכמעט שלא בצורה של עקרונות כלליים, סטנדרטים רחבים או הנחיות עמומות. דרישת הכתב מסבירה גם את הופעתו של רעיון החוקה במאה השמונה עשרה ואת מרכזיותו בחיים התרבותיים והמשפטיים המודרניים. החוקה מגלמת את רעיון הפוליטיביות של המשפט המודרני בהעלותה על הכתב את הסוגיות הנוגעות למבנה המשטר ולזכויות האדם ובקביעתן במסמך משפטי.

הדרישה לפומביות המשפט משלימה את התביעה לפוליטיביות, בדרישה שהכללים המשפטיים לא רק ינוסחו במדויק ובבירור אלא גם יפורסמו ויהיו ידועים לאוכלוסייה מראש. בדומה לעקרון הפוליטיביות, גם דרישת הפומביות נועדה להבטיח שזכויותיו של האזרח וחובותיו יהיו ידועות ומובטחות. עיקרון זה, המכונה בתורת המשפט "עקרון החוקיות", מובהר היטב בסעיף 1 לחוק העונשין, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". אם כן המשפט חייב להיות ידוע, מפורסם ונגיש לכול. מסיבה זו החוק במדינות המודרניות קובע כי כל הנורמות המשפטיות – חקיקה, הצעות חוק, תקינה, פסיקה וכל החלטה חשובה של המדינה (למשל מינויים חשובים) – ייכתבו ויפורסמו בקבצים רשמיים הנגישים לציבור. בישראל קבצים אלו ידועים בשם הכולל "רשומות". יתר על כן, על הנורמה המשפטית להיות ידועה ומפורסמת מראש, וגם הליכי יצירתה של הנורמה חייבים להיות גלויים לציבור. זו הסיבה שבמדינות

המערכ המודרניות הדיונים בפרלמנטים, במליאות הרשויות המקומיות ובבתי המשפט בדרך כלל פתוחים לציבור.

משפט פומבי ופוליטיבי מכונה בתורת המשפט המודרנית "משפט מוסדר". מונח זה בא להבדילו מ"משפט מנהגי", שהוא משפט המבוסס לא על נורמות מדויקות כתובות ומפורסמות מראש אלא על מנהגים, כלומר על התנהגות מחזורית של בני החברה. אבל משפט מוסדר, כלומר משפט פומבי ופוליטיבי, אינו מייחד דווקא את החברה המערבית המודרנית, אלא הוא אופייני לכל חברה מתקדמת מבחינה טכנולוגית ומבחינת מבנה המשק והחלוקה החברתית של יחסי הייצור והעבודה. לכן אנו מוצאים משפט מוסדר כבר באימפריות המפותחות של הזמן העתיק במזרח הרחוק ובמזרח התיכון (המקרא העברי, המשפט היווני והמשפט הרומי הקדום הם רק דוגמאות אחדות), וגם במשפטן של שלוש הדתות המונותאיסטיות. אכן, אף שמשפט מוסדר הוא תנאי הכרחי לקיומם של עקרון החוקיות ושלטון החוק, ייחודו של רעיון שלטון החוק המודרני לעומת שיטות משפט אחרות טמון בעיקר בדרישות לכלליות ולעצמאות של המשפט. למעשה שלטון החוק הוא שלטונה של מערכת משפט עצמאית, היוצרת, מפרשת ואוכפת כללים אוניברסליים.

עצמאות המשפט היא רכיב חיוני בשלטון החוק משום שהיא מסמלת את היות המשפט נפרד, באופן יחסי, מן ההייררכיות, המסורות ויחסי הכוחות הפוליטיים והחברתיים. עובדת היותו נפרד היא שמעניקה למשפט נקודת מבט ניטרלית ואובייקטיבית באופן יחסי על החיים החברתיים, והיא מאפשרת לו לפקח – או לשלוט – על החברה. עצמאות המשפט מתבטאת קודם כל באוטונומיה מוסדית של מערכת המשפט, שמשמעותה היא גם אוטונומיה פוליטית וכלכלית יחסית. עצמאות המשפט מתבטאת גם בעגה (ז'רגון) משפטית מיוחדת ובתוכן וצורה ייחודיים של הנורמות המשפטיות לעומת ערכים או מופעים אינטלקטואליים אחרים. כאמור עצמאותו של המשפט מתבטאת קודם כל בקיומה של "מערכת משפט", כלומר של מוסדות מיוחדים, היוצרים, מפרשים ואוכפים משפט. בין מוסדות אלו אנו מונים את בתי המחוקקים ואת מוסדות המנהל המשפטי, כלומר את משרדי המשפטים ואת מחלקות הייעוץ והחקיקה הפועלות מטעמם ברשויות המנהל האחרות של המדינה המודרנית, וכמובן את בתי המשפט. מכיוון שבתי המחוקקים והמנהל המשפטי שייכים, או לפחות קשורים, לפוליטיקה ולרשות המבצעת, העניקו תורות המדינה והמשפט המודרניות חשיבות יתרה לעצמאותם של השופטים וראו בה את הסמל לאוטונומיה של המשפט. עצמאותם של השופטים באה לידי ביטוי הן בדרכים המיוחדות של מינויים, קידום והפסקת העבודה שלהם, הן במשכורותיהם הגבוהות, הן בעובדה שהחוק במדינה המודרנית מנסה להבטיח שלא תהיה על השופטים מרות וזולת מורא הדין. כאמור האוטונומיה של המשפט באה לידי ביטוי לא רק בעצמאות מוסדית, אלא גם בעגה משפטית מיוחדת,

במסלולי הכשרה ולמידה מיוחדים ובתת־תרבות משפטית, הכוללת התנהגות, כללי אתיקה ונימוס וכללי הופעה.

הנורמות המשפטיות מיוחדות גם מבחינה צורנית ותוכנית: אף שהן משקפות מוסכמות חברתיות ואינטרסים של קבוצות באוכלוסייה, הנורמות המשפטיות אינן העתקה של מוסכמות או אינטרסים אלו, אלא הן תרגום שלהם לטקסט משפטי בעל שפה, צורה ותוכן "משפטיים" מיוחדים. מסיבה זו קיימים גם שיח וביקורת משפטיים "פנימיים", שאמנם מושפעים מן השיח הפוליטי, הכלכלי או החברתי־תרבותי הכללי, אך גם שונים מסוגי שיח אלו. אם כן עצמאות המשפט נתפסת חשובה בעיקר משום שהיא מעניקה למשפט נקודת מבט אובייקטיבית וניטרלית באופן יחסי להתבוננות בחיים החברתיים ומאפשרת את שלטון החוק. אך עצמאותו של המשפט והיותו נפרד מן ההייררכיות והמוסכמות החברתיות חשובה גם משום שהיא מאפשרת למשפט הלכה למעשה להתבטא ולפעול בצורה כללית.

הכלליות של המשפט משמעה שהמחוקק ינסח את הכללים המשפטיים בצורה כללית ואימפרסונלית, והם ייאכפו בצורה אחידה ושוויונית על ידי הרשות המבצעת והשופטת. כלליות המשפט היא לב לבו של רעיון שלטון החוק, שכן היא הערובה העיקרית לשוויון בפני החוק והיא ערובה לשמירת חירויותיו של הפרט מפני שרירותה של המדינה. כלליות המשפט מבטיחה קודם כול את השוויון בפני החוק: בניגוד לחוקים הפרטיים (הפריווילגיות) מימי הביניים, המשפט הכללי המודרני אינו נוגע לאדם או לקבוצה מסוימת בחברה אלא פונה אל הכלל בצורה אחידה ולא אישית, ולכן גם הוגנת יותר, ניטרלית ושוויונית. נוסף על הבטחת השוויון, כלליות המשפט היא גם ערובה לחירותו של הפרט, שכן המשפט הכללי יוצר מסגרת נורמטיבית שמוסדות המדינה פועלים בתוכה. כל פעולה של רשות מרשויותיה של המדינה חייבת לנבוע מחוק כללי ולעלות בקנה אחד עמו. התוצאה היא שהחוק הכללי מפקח הלכה למעשה על כל אחת מפעולותיהם של פקידי המדינה ורשויותיה, מונע מהם (ולו בתאוריה) התנהגות שרירותית ובכך שומר על מינימום של חירות.

דרישות הכלליות, הפומביות והפוזיטיביות של המשפט מסבירות גם את האיסור על משפט רטרואקטיבי, כלומר על משפט הצופה אל העבר ואוסר על פעולות שקדמו לחקיקתו. האיסור על משפט רטרואקטיבי הוא עקרון יסוד של רעיון שלטון החוק, ויש הרואים בו אף דרישה נפרדת מן הדרישות שמניתי לעיל.⁷ אולם כאמור, באיסור על

7 זו למשל דעתו של לון פולר. ראו פולר 1964 (לעיל הערה 6), עמ' 51–62. גם החוקה האמריקנית אוסרת בפרק 1 סעיף 9 על חקיקה רטרואקטיבית: "No bill of attainder or ex post facto law shall be passed"; וכך גם סעיף 3 לחוק העונשין, תשל"ז–1977, האוסר על ענישה למפרע.

משפט רטרואקטיבי אפשר לראות נגזרת של עקרונות הפומביות, הפוזיטיביות והכלליות של המשפט: משפט רטרואקטיבי סותר את דרישות הפומביות והפוזיטיביות המבוטאות בעקרון החוקיות, כלומר בעיקרון ש"אין עונשין בלתי אם מזהירין"; משפט רטרואקטיבי סותר גם את עקרון הכלליות, שכן מעצם טבעו הרטרואקטיבי הוא מורה על מעשים שכבר קרו בעבר ועל כן הוא ספציפי בהגדרה, כלומר הוא מציג קביעות בעניין קבוצת מקרים מסוימת מן העבר ולא בעניין קטגוריה בלתי מסוימת של אנשים או מצבים.

בטרם אסיים את הסקירה על רעיון שלטון החוק, חובה לבאר את הקשר שבינו ובין רעיון הדמוקרטיה. רוב המסורות של שלטון החוק שהתפתחו במערב אכן קשרו את הרעיון לעקרון הדמוקרטיה וטענו כי הדמוקרטיה היא תנאי לדרישה של כלליות המשפט ושלטון החוק בכלל. ההליך הדמוקרטי, המקיף את האוכלוסייה כולה, מבטיח במידה רבה (אם כי לא מוחלטת) שהמשפט לא רק ינוסח בצורה כללית ואימפרסונלית, אלא באמת ישקף את טובת הכלל וישווה לנגד עיניו את הכלל. מעבר לכך, כוחן הפוליטי של הרשויות הדמוקרטיות, ובמיוחד של הרשות המחוקקת, מבטיח שרשויות אלו גם יפקחו על המשפט ויודאו שהחוק יפורש וייאכף בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית על ידי רשויות המנהל ורשויות החוק והסדר של המדינה. אכן, בניגוד לתפיסות השמרניות של שלטון חוק שהתפתחו למשל בגרמניה במאות השמונה עשרה והתשע עשרה, היום מקובל לראות בדמוקרטיה תנאי יסודי שבלעדיו אין קיום לדרישה לכלליות המשפט ולרעיון שלטון החוק בכלל.⁸

עקרון שלטון החוק הוא אפוא ערובה עיקרית לחירויותיו של האדם ומחסום חשוב מפני כוחה העצום של המדינה הריבונית. משום כך שלטון החוק גם נראה לרבים כעיקרון זר למושג הריבונות. להלן אבקש להפריך תפיסה זו ולהראות כי דווקא קיים קשר היסטורי ורעיוני אמיץ בין שלטון החוק ובין המדינה הריבונית.

ב. ההיסטוריה המשותפת של רעיונות המדינה הריבונית ושלטון החוק

שלטון החוק והמדינה הריבונית קשורים בשני אופנים: ראשית, שלטון החוק תלוי בקיומו של מרכז ריבוני של מרות פוליטית; שנית, המדינה הריבונית ושלטון החוק קשורים זה בזה מבחינה רעיונית-ערכית – שניהם מבוססים על היות המדינה ומשפטה

8 על תפיסת ה-Rechtsstaat השמרנית שהתפתחה בפרוסיה ובגרמניה הקיסרית והדגישה את הניסוח הכללי הפורמלי של המשפט ולא את דרך חקיקתו הדמוקרטית ראו למשל Franz Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Dover, N.H., 1986, pp. 179–182

נפרדים מן ההייררכיות והמוסכמות החברתיות, והיפרדות זו משמשת את שניהם כדי לשקף את האינטרס הכללי של החברה, ולפנות באופן אחיד, אימפרסונלי ושוויוני אל כלל האוכלוסייה. להלן אדון בעניינים אלו.

1. שלטון החוק מבוסס על מרותה של המדינה הריבונית ומבטא אותה

התפיסה המנתקת את רעיונות שלטון החוק מהמדינה הריבונית מתעלמת מהיות המשפט ושלטון החוק מבוססים על מרותה של המדינה הריבונית ומבטאים אותה. למעשה, רכיב המרות כה מרכזי עד כי הוא מוצא את ביטויו כבר במונחים עצמם: "שלטון החוק", "מדינת חוק" ו"חובת הציות לחוק". הראיתי לעיל שרעיון שלטון החוק מבטא קודם כול את כוללנותו של המשפט ואת עליונותו הפוליטית על פני מערכות ערכים אחרות בחברה, ואלה נגזרות מריבונותה של המדינה. בלא הבסיס של המדינה הריבונית, לא היה יכול המשפט לתבוע לעצמו עליונות או לדרוש ציות מכלל האוכלוסייה.

ההגות הפוליטית המערבית המודרנית רואה בריבונות יסוד מוסד של המדינה ודוחה את הביטוי "מדינה לא ריבונית" בטענה שהוא נושא בחובו סתירה. גוף לא ריבוני אינו יכול אפוא להיחשב למדינה במובן המשפטי, התאורטי ואפילו העממי. רעיון הריבונות מבוסס על התפיסה שכל חברה – ולו הקטנה ביותר – חייבת להתפתח מסביב למרכז מרות פוליטי וערכי-סמלי. קיומו של מרכז מרות ריבוני הוא תנאי הכרחי לעצם קיומה של קהילה פוליטית יציבה ובטוחה וליכולתה של המדינה למלא אחר התביעות שהגשמתן היא בסופו של דבר תכלית קיומה: שמירה על הסדר, על הביטחון ועל השלום הציבורי ויצירת מסגרת שתגן על חייהם של אזרחיה ועל כבודם וחירויותיהם, מסגרת שבה יוכלו לקדם את אושרם ולממש את ריבונותם, כלומר לבטא את היותם בני אנוש חופשיים ותבוניים. בלא קיומו של מרכז ריבוני שיבטיח – בעיקר בזכות כוחו – את הסדר, הביטחון, היציבות והשלום בחברה, הדיבורים על שלטון החוק או על חברה צודקת, שמכבדת גם את כבודם של הפרטים המרכיבים אותה ואת ריבונותם, הם במידה רבה דיבורים ריקים. המרכז הריבוני מבטיח רמה מינימלית של הגינות וסדר מעצם העובדה שהוא מקיים מוסדות מנהל ומשפט המסדירים את החיים החברתיים. אולם הריבונות משמשת תנאי הכרחי לשלטון החוק מבחינה עמוקה ובסיסית אף יותר: המדינה הריבונית היא הבסיס היציב והבטוח שעליו אפשר לפתח ולאכוף רעיונות מתוחכמים יותר דוגמת שלטון החוק. בלי המדינה ומוסדותיה, לרעיון שלטון החוק אין משמעות, ואף לא לרעיונות זכויות האדם, החירות והשוויון, משום שבלא המדינה אין כוח שיכול להבטיח בפועל את קיומם. החוקים השומרים על הפרט וריבונותו ומגנים על החירות והשוויון הם חוקיה של המדינה: מוסדותיה המשפטיים מחוקקים אותם, וכוחה הריבוני מאפשר לרשויות החוק והסדר שלה לאכוף אותם. כפי שהראיתי לעיל,

דרישתו של המשפט לציות כללי ומוחלט ותביעתו לכוללנות ולעליונות על פני מערכות ערכים אחרות אכן נשענות על כוחה הריבוני של המדינה ונובעות ממנו. ריבונותה של המדינה היא אם כן תנאי לריבונותו של משפטה, כלומר לשלטון החוק. גם מבחינה היסטורית קדם רעיון הריבונות לתורת המדינה הליברלית, שהולידה את רעיון שלטון החוק. לעומת הליברליזם שהתפתח רק מסוף המאה השבע עשרה, רעיון הריבונות נולד באירופה כבר בראשית העת החדשה כדי להבטיח סדר, יציבות ושלוש לחברה האירופית, שנקרעה במאבקים פוליטיים וחברתיים ובמלחמות דת. אכן, תורת המדינה הליברלית התפתחה רק אחרי שרעיון הריבונות התבסס בפועל במדינה האבסולוטית האירופית. כדי להבין את הקשר ההכרחי של שלטון החוק למדינה הריבונית ואת צמיחתו מתוך ההגות הפוליטית שעסקה במדינה הריבונית, אבאר להלן את רעיון הריבונות ואת נסיבות היווצרותו בראשית העת החדשה באירופה.

רעיון הריבונות החל להתפתח באירופה במאה הארבע עשרה וגובש בסוף המאה השש עשרה. אמנם את הביטוי ריבונות (souveraineté) במשמעותו היום טבע ז'ן בודן (Jean Bodin) בספרו המפורסם "שישה ספרים על הרפובליקה", שיצא לאור בשנת 1576, אך ברור שבודן רק נתן ביטוי לרעיון שהיה נחוץ בתקופתו. אירופה של ראשית העת החדשה נקרעה במאבקים פוליטיים אלימים בין מלכים, בתי אצולה וערי מדינה, מאבקים שמהם צמחו לבסוף בתי המלוכה האבסולוטיים. נוסף על כך בתקופה זו חוותה אירופה חוסר שקט חברתי שנבע בעיקר מעלייתו של מעמד חברתי חדש: מעמד ביניים שהקיף קבוצות חברתיות מגוונות שלא נמנו עם אצולת הקרקעות והכמורה הגבוהה ושכלל בין השאר את הבורגנות המתפתחת, האצולה הנמוכה והאיכרים האמידים. היווצרותו של מעמד הביניים החדש הייתה כמובן אטית והדרגתית ונמשכה מאות שנים, וגם התודעה המעמדית של קבוצות אלו – שיכוננו בהמשך "המעמד השלישי" (le tiers état) – התפתחה בהדרגה. אולם ככל שמעמד הביניים התחזק, וככל שהתפתחה בקבוצות שהרכיבו אותו תודעה "מעמדית" משותפת, כן ביקש מעמד הביניים להעניק להצלחתו הכלכלית ביטוי פוליטי, ולאורך העת החדשה המוקדמת ניסה לשנות את הסדר החברתי הקיים ולהשתלב בשלטון. כידוע המאבקים הפוליטיים והחברתיים לוו בחוסר שקט דתי, שטלטל בתחילה את הנצרות הקתולית וסופו שהוליד את הרפורמציה הפרוטסטנטית ואת מלחמות הדת, וכן בתסיסה רעיונית ובספקנות שמקורן ברעיונות ההומניסטיים, הפוליטיים והמדעיים של הרנסנס, ומאוחר יותר הנאורות. באקלים זה של חוסר יציבות, רעיון הריבונות ביטא את הכמיהה האירופית ליציבות ולוודאות, ובראש ובראשונה לביטחון, סדר ושלוש. הצורך ביציבות התבטא גם בשם החדש שהעניקה ההגות הפוליטית שנולדה אז באירופה לרעיון המדינה: stato, state, Staat. état. את הצורך במדינה יציבה אנו מוצאים כבר בכתביו של ההוגה הפלורנטיני ניקולו מקיאוולי (Niccolò Machiavelli) (במיוחד בספרו "הנסיך" שנכתב בשנת 1513), ואנו

עתידיים לשוב ולמצוא אותו מאוחר יותר גם בכתביהם של האנגלי תומס הובס (Thomas Hobbes), הגרמני סמואל פון פופנדורף (Samuel von Pufendorf), היהודי ההולנדי ברוך בנדיקט שפינוזה (Benedict Spinoza) ורבים אחרים.

כדי להשיג יציבות, ודאות, סדר וביטחון ביקשו בודן ובני דורו להעניק למרכו המרות הפוליטי של החברה כוח אבסולוטי. בודן הבהיר בספרו כי הריבונות היא "הכוח האבסולוטי והקבוע של רפובליקה" (*la puissance absolue et perpetuelle d'une république*)⁹, וכוח אבסולוטי וקבוע זה משמעותו עליונות פיזית ומשפטית בהשוואה לכל גורם חברתי אחר. הריבון הוא הכוח החזק בחברה, והוא בסופו של דבר גם מקור כל החוקים כולם, אם מהסיבה שהוא חוקק אותם, ואם מתוך שהוא הסכים להכיר בנורמות שיצרו גורמים אחרים, ובכך העניק להם גושפנקה ריבונית. בלשון ימינו נאמר שלמדינה הריבונית יש מונופול על הפעלת הכוח בחברה ושהיא הזירה העיקרית להכרעות ערכיות בחברה. מעצם הגדרתה של הריבונות ככוח האבסולוטי והקבוע שבקהילה הפוליטית, סיכם בודן שהריבונות היא אחת ויחידה ואינה ניתנת לחלוקה. במציאות יכול להיות רק ריבון אחד לשטח נתון, כלומר רק גורם אחד בעל מונופול על הכוח ועל ההכרעות הערכיות המרכזיות בחברה – קיומם של שני גורמים הטוענים לריבונות משמעותו מאבק (אליים על פי רוב) המסתיים בניצחונו של אחד או בפיצול לשתי מדינות.

ההגות הפוליטית המערבית בראשית העת החדשה ניתנת לחלוקה מבחינה כרונולוגית לשתי תקופות: עד לסוף המאה השבע עשרה עסקה תורת המדינה בעיקר ברעיון הריבונות, בתנאי התפתחותו ובצורך בביסוסו; ואילו מסוף המאה השבע עשרה ואילך התמקדה ההגות הפוליטית ביצירת מגבלות משפטיות ומבניות-פוליטיות לריבונות – גם אם מתוך שימור כוחה של המדינה הריבונית – ובין השאר פיתחה את רעיון שלטון החוק. בפסקאות הבאות אעקוב אחרי צמיחתו של רעיון שלטון החוק מתוך רעיון הריבונות, או ליתר דיוק מתוך הרעיון של הגבלת הריבונות.

בעקבות כתיבתו של בודן הוקדש במאה השבע עשרה עיקר המאמץ האינטלקטואלי לפיתוחו של רעיון הריבונות ולהצדקתו. המאמצים להצדיק את הריבונות הולידו בסופו של דבר גם את ההגבלות על הכוח הריבוני, הן ההגבלות המבניות – פדרציה, משטר רפובליקני ממוג, הפרדת רשויות ודמוקרטיה – והן ההגבלות המשפטיות-נורמטיביות – המסורת ההסכמית, המשפט האלוהי, המשפט הטבעי החילוני ולבסוף רעיון שלטון החוק. להלן אבחן אפוא את יצירתו ההדרגתית של רעיון שלטון החוק מתוך רעיון המדינה הריבונית. למען האמת, שאלת הגבלתה של הריבונות הועלתה כבר בעת פיתוח

9 Jean Bodin, *Les six livres de la république* [1576], I, part viii. בניתוח ההגות המדינית שלהלן אני עושה שימוש בדיון שערך נוימן (לעיל, הערה 8) בעניין תולדות רעיון שלטון החוק, אך דיוני שונה מדיונו.

רעיון הריבונות, אולם על אף החשיבות שבהגבלת הכוח הריבוני, המקום שהעניקה ההגות הפוליטית המוקדמת יותר לשאלה זו היה עדיין שולי בהשוואה לביסוס רעיון הריבונות עצמו. כבר אצל הוגים מוקדמים דוגמת בודן אנו מוצאים ניצנים של פיקוח פוליטי-מבני ונורמטיבי-משפטי על הריבונות, אך בכתיבתו, שבה ביקש קודם כול להבטיח יציבות וביטחון, הוא לא פיתח תאוריה פוליטית-משפטית מקיפה ושלמה, שבה הריבונות והפיקוח על הכוח הריבוני הם רכיבים שווי משקל. אמנם בודן ציין את קיומו של "משפט טבעי" הנעלה על הריבון ומגביל אותו הלכה למעשה. משפט טבעי זה הוא ראה במוסדות הטבעיים והנצחיים לדעתו – הקניין, הירושה והמשפחה – שלטענתו קדמו לכל חברה ומדינה ולכן הם מגבילים בהכרח גם את הכוח הריבוני.¹⁰ נוסף על כך, בודן הכיר בכללים בסיסיים המסדירים את החיים הפוליטיים מבחינה שהיום היינו קוראים לה "הוקתית". כללים אלו, שבודן כינה "חוקי המדינה" (*leges imperii*), לדוגמה הכלל של הורשת השלטון, הם כללים משוריינים, כלומר חסינים מפני פגיעה של ריבון זה או אחר, משום שהם כללים טבעיים ובסיסיים שמכוננים את הסדר הפוליטי עצמו, ועל כן הם בסופו של דבר כללים מסדר גבוה יותר מן הריבונות, והם מחייבים את השליטים כולם.¹¹

ניצני ההגבלות המשפטיות והמבניות על כוחה האבסולוטי והקבוע של הריבונות, שהופיעו כבר אצל בודן, פותחו מאוד בכתיבתו של ההוגה הגרמני הפרוטסטנטי יוהנס אלתוזיוס (Johannes Althusius), שספרו המפורסם "פוליטיקה" יצא לאור כשלושים שנה אחרי ספרו של בודן, ובמיוחד בתאוריות המאוחרות יותר של ההולנדי הוגו גרוטיוס (Hugo Grotius) ושל הובס, פון פופנדורף ושפינוזה שהוזכרו קודם לכן. כמו בודן, גם אלתוזיוס הסכים שהמבנה המסורתי של החברה והכללים ההסכמיים המסורתיים שמכוננים את הסדר הפוליטי והחברתי מגבילים את הריבונות. אולם בניגוד לבודן, שראה במשפחה ובקניין מסגרות חברתיות שקודמות למדינה ומגבילות אותה, אלתוזיוס – בעקבות ז'ן קלווין – תיאר את החברה כמעין פירמידה של אגודות המבוססות על הסכם – החל במשפחה, עבור בגילדה, בקהילה הכפרית ובאגודות אחרות, וכלה במדינה, שהיא האגודה מן הסדר הגבוה ביותר, והפירמידה היא פדרציה המורכבת מסך כל האגודות. מעבר לעובדה שהתאוריה ההסכמית של אלתוזיוס ניתקה

10 לדינו של בודן על המשפחה ראו שם, I, חלק iv. ולדינו על הקניין ראו שם, IV, חלק ii.
 11 "Mais quant aux loix divines et naturelles, tous les Princes de la terre y sont subject, et n'est pas en leur puissance d'y contrevenir. Et par ainsi la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s'étend aucunement aux loix de Dieu et de nature." I, חלק viii ("אך בעניין החוקים האלוהיים והטבעיים, כל הנסיכים עלי אדמות כפופים להם, ואין ביכולתם להפר אותם. כך הכוח האבסולוטי של הנסיכים והאחוות הריבוניות אינו משתרע על חוקי האלוהים והטבע"). תרגום שלי – נ"ק.

למעשה את המדינה, בהיותה גוף ריבוני, מן השליט העומד בראשה, חידד המבנה ההסכמי הכמו פדרלי של החברה את חשיבותה של התפיסה ההסכמית הביניימית, שנוסחה הסופי ניתן במאה השלוש עשרה על ידי תומס אקווינס (Thomas Aquinas) – על פי אלתוזוס, המשפט, ובכלל זה גם היחסים "החוקתיים" שבין השדרות השונות ובין לבין השליט, הוא מערכת מסורתית עתיקה המשקפת את ההיגיון ואת הסדר הטבעי והנצחי האלוהי, ולכן הוא מחייב גם את השליטים.¹² הרעיון שנורמה משפטית קונקרטית (ולא נורמה דתית או מוסרית כללית) מפקחת על המדינה הריבונית הלך והתפתח.

במהלך המאה השבע עשרה חילנה ההגות הפוליטית את רעיון המשפט ההסכמי הנטוע בסדר האלוהי הנצחי והמירה אותו ברעיון של משפט טבעי חילוני ואפילו אנתרופוצנטרי, הקודם למדינה ומסביר אותה.¹³ למשל הובס, פון פופנדורף ושפינוזה הסבירו שיצירתה של מדינה ריבונית חזקה שתבטיח ביטחון, סדר ושלוש היא הכרח שנובע באופן רציונלי מטבע האדם. לטענתם נטייתו של האדם לחיות בחברה מחד גיסא והאינסטינקט שלו להגנה עצמית מאידך גיסא הם שהולידו את הצורך במדינה. המשפט הטבעי (החילוני) שימש אם כן הסבר לקיומה של המדינה הריבונית, אולם עדיין לא אמצעי לפיקוח על כוחה הריבוני של המדינה או להגבלתו, כפי שיוצג בתאוריות הליברליות המאוחרות מעט יותר, דוגמת זו של ג'ון לוק (John Locke). אמנם בכתיבתם של הובס, פון פופנדורף ושפינוזה המשפט הטבעי הסביר את ההכרח שבהקמתה של המדינה הריבונית, אך בני האדם עצמם עדיין לא נחשבו לנושאי של המשפט הטבעי, אלא רק לנתינים של המדינה הריבונית, החייבים בציות מוחלט לחוקיה הפוזיטיביים, כלומר לחוקים שיצרו המוסדות המחוקקים, המנהלים והמשפטיים של המדינה. המשפט הטבעי היה המקור הרציונלי של המדינה הריבונית, אך הוא לא חל בספירה הפנימית של המדינה, כלומר כוחו לא נחשב מחייב מבחינה משפטית ביחסים שבין המדינה לבין אזרחיה, או שבין האזרחים לבין עצמם. הקמת המדינה יצרה אם כן קו גבול ברור בין תחום חלותו של המשפט הטבעי לבין תחום החלות של משפט המדינה הפוזיטיבי.¹⁴ אולם כתיבתו של הובס כבר מרמזת על השלב הבא בתורת המדינה, השלב

Johannes Althusius, *Politica*, Frederick S. Carney (trans.), Indianapolis [1603] 12 1995, chapter 10

13 ההולנדי הוגו גרוטיוס היה הראשון שנטש לגמרי את התאוריה הנוצרית של משפט טבעי אלוהי והציג תאוריה של משפט טבעי המבוססת אך ורק על ההיגיון והטבע האנושי. ראו Hugo

Grotius, *De iure belli ac pacis*, Francis W. Kelsey (trans.), Oxford [1625] 1925

14 Samuel von Pufendorf, *Elementarum jurisprudentiae universalis*, II, William A. Oldfather (trans.), Buffalo, N.Y., [1660] 1995, pp. 150–153; idem, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, II, Frank G. Moore (trans.), Buffalo, N.Y.

שייוולד בו רעיון שלטון החוק. מכיוון שלפי התאוריה שלו המדינה היא הכרח שנובע מן החוק הטבעי, ברור שהמדינה הריבונית גם כפופה באופן מסוים לחוקים הטבעיים הבסיסיים הנובעים מן האינסטינקט האנושי להגנה עצמית. מסיבה זו התאוריה של הובס אינה מתירה מרד או התנגדות אקטיבית לריבון, אך היא מתירה לאזרח שלא לציית (או לברוח מן המדינה) במקרה שהריבון מאיים לפגוע בו פגיעה פיזית, משום שפגיעה כזו היא הפרה של הדחף הטבעי של כל אדם להגן על גופו, בריאותו וחיייו:

אם הריבון מצווה על אדם, שהורשע בצדק, להרוג או לפצוע את עצמו או להטיל מום בעצמו; או לא להתנגד לתוקפים אותו; או להימנע מן השימוש במזון, באוויר, בתרופה, או בכל דבר אחר שבלעדיו לא יוכל לחיות, – האיש ההוא חופשי להמרות את פיו.¹⁵

התאוריה הפרוטו-ליברלית של הובס היא החוליה המקשרת בין התאוריה הפוליטית שבמרכזה רעיון הריבונות ובין התאוריה הפוליטית שתיקרא "ליברלית", כלומר התאוריה הפוליטית שקבעה כי חובתה של המדינה להגן לא רק על חייהם של נתניה-אזרחיה, כי אם גם על כבודם וחירויותיהם. חשוב לשים לב שאף על פי שנראה בהתחלה כאילו מדובר בשתי תורות מדינה זרות זו לזו, התאוריות הליברליות התבססו מבחינה היסטורית ורעיונית על מושג המדינה הריבונית. מבחינה רעיונית, אמנם הליברליזם ביקש להגן על האזרחים, כבודם וריבונותם, אך הוא עשה זאת – על אף הרטוריקה "האנטי-מדינתית" שלו – מתוך שימוש בכוחה הריבוני של המדינה. אכן, הליברליזם מצטייר כתאוריה שמשווה לנגד עיניה את הפרט וריבונותו ומעדיפה אותם על המרחב הציבורי והמדינה, ותאוריות ליברליות קיצוניות שהתפתחו בעיקר בצפון אמריקה אמנם אימצו גוון אנטי-ציבורי "אנרכיסטי" שכזה. אף על פי כן רוב התפיסות הליברליות – הן תאוריות האמנה החברתית המוקדמות של לוק באנגליה ושל עמנואל קאנט (Immanuel Kant) בגרמניה והן הזרמים הליברליים שהתפתחו במערב במאות התשע עשרה והעשרים – קיבלו הלכה למעשה את רעיון המדינה הריבונית, גם אם ראו בה רע הכרחי. כך למשל, אף שלוק השתמש בכתובתו בעיקר בביטוי common-wealth, ברור שהקהילה הפוליטית שדיבר עליה היא הרפובליקה (הריבונית) שהייתה מוכרת לו מן ההגות הפוליטית שקדמה לו ומן המציאות הפוליטית האנגלית של המאה השבע עשרה (למעשה הביטוי האנגלי הוא תרגום מילולי של המילה הלטינית "רפובליקה"). התאוריות הליברליות ביקשו בעיקר לוודא שהכוח הריבוני לא יופנה באופן שרירותי נגד האזרחים, אלא ינוצל באמת על מנת להשליט סדר, שלום והגיינות

125–127 pp. 1995, [1673]. כמו כן ראו תומס הובס, לווייתן, יוסף אור (מתרגם), ירושלים [1641] תשכ"ב, עמ' 168–178; שפינוזה תשכ"ב (לעיל הערה 4), עמ' 162–174.

15 הובס תשכ"ב (שם), עמ' 212.

כלליים, ועל מנת לנהל את החברה בצורה שוויונית וצודקת יותר, שתעלה בקנה אחד עם ריבונותם של הפרטים המרכיבים את הגוף המדיני.

התאוריות הליברליות ורעיון שלטון החוק שנוצר מהן אכן התפתחו באנגליה ובמושבותיה שבצפון אמריקה, ומאוחר יותר גם ביבשת אירופה, כמה עשורים לאחר שפותחו התאוריות האחרונות על הריבונות. הפער הכרונולוגי בין התפתחות מושג הריבונות ובין הולדת רעיון שלטון החוק מובן: תורת המדינה הליברלית הייתה יכולה להתפתח רק לאחר שרעיון המדינה הריבונית התבסס מבחינה רעיונית ומעשית במסגרת המונרכייה האבסולוטית, ורק כאשר היה ברור שפיקוח או ביקורת על המדינה שוב אינם מאיימים על עצם קיומו של המרכז הריבוני. כפי שהראיתי לעיל, בלא מרותה של המדינה הריבונית רבים מן העקרונות הליברליים היו נשארים רעיונות עקרים בלא ביטוי מעשי בעולם החברתי. מובן שגם מבחינה עניינית אין טעם בתאוריה ליברלית טרם קיומה של מדינה ריבונית, שכן אם אין מרכז מרות פוליטי שעלול לפגוע בפרט אין כל צורך בתאוריה פוליטית ליברלית שתעסוק ביחסי השלטון והיחידים, ודי בתורת מוסר העוסקת ביחסים ההדדיים הישירים שבין אדם לאדם.

התאוריה הליברלית היא גם התחנה האחרונה במסע המתאר את התפתחותו של רעיון שלטון החוק מתוך רעיון הריבונות. התאוריות הפרוטו־ליברליות ציינו, חלקן יותר וחלקן פחות, כי כוחה של הריבונות מוגבל על ידי נורמת־על טרנסצנדנטית – המשפט הטבעי – שהוא חיצוני לחברה ולמדינה הריבונית וניצב מעליהן. התאוריות הליברליות העמיקו מחד גיסא את הרעיון של נורמת־על מפקחת ויצרו מהמשפט הטבעי את המערך המקיף של זכויות האדם וחירויותיו הטבעיות, העומדות לו לאדם גם כאשר הוא הופך אזרח, כלומר חבר בקהילה פוליטית־מדינית. מאידך גיסא, אותן תאוריות ליברליות העבירו את תפקיד הפיקוח על הריבונות מן הנורמה החיצונית של המשפט הטבעי לנורמות המשפטיות הפוזיטיביות הפנימיות של המדינה עצמה. מעבר זה בולט במיוחד בכתיבתו של לוק. אף על פי שהוא נחשב לאבי הרעיון של זכויות האדם הטבעיות, לוק למעשה מסמל את שקיעתו של רעיון המשפט הטבעי ואת זריחתו של רעיון שלטון החוק הפוזיטיבי. ב"מסכת השניה על הממשל" תיאר לוק את הפרלמנט כמוסד בעל פני יאנוס המביט הן לספרות העליונות של המשפט הטבעי הן למחוזות הארציים של המשפט הפוזיטיבי. הפרלמנט הוא מעבדת האלכימאים שמשפט טבעי נהפך בה למשפט פוזיטיבי, ועל כן הוא המוסד החשוב ביותר במדינה:

כשמקימים בני־אדם חברה, עיקר התכלית שלנגדם היא שיוכלו ליהנות מקנינם בשלום ובבטחון, והמכשיר והאמצעי העיקרי לתכלית זו הם החוקים הנקבעים באותה חברה. הואיל וכך, החוק המפורש הראשון והיסודי הנקבע בכל קהילה הוא הקמת הרשות המחוקקת [...]. כוח־סמכות מחוקק זה אינו רק הרשות העליונה בתוך הקהילה, אלא

קדוש הוא, בלתי־ניתן לשינויים ביד מי שהעדה מסרתו לו; ושום צו שיינתן על־ידי מִישֶׁהוּ אחר, תהא מה שתהא צורתו או יהא מה שיהא הכוח התומך בו, אי־אפשר שיהא לו תוקף וחיוּב של חוק, כל זמן שאין לו אישור מאותה הרשות המחוקקת שהציבור בחר בה ומינה אותה.¹⁶

התאוריה של לוק מבטאת את השינויים הפוליטיים של זמנו. עד לסוף המאה השבע עשרה שימש רעיון המשפט הטבעי אמצעי חשוב במאבקו של מעמד הביניים האירופי המתהווה כנגד הסדר הפוליטי והחברתי הקיים של ה־ancien régime. מסוף המאה השבע עשרה ובמיוחד במהלך המאה השמונה עשרה, כאשר השיג המעמד השלישי כוח פוליטי משמעותי, ובעיקר מאז כינונה של המדינה הליברלית, רעיון המשפט הטבעי דעך. בכל מקום שתפסו מעמדות הביניים את השלטון (למשל לאחר המהפכות באנגליה, בהולנד, בצרפת ובארצות הברית) חל במשפט הטבעי תהליך הדרגתי של פוּזִיטִיבִיזָצִיָה: זכויות האדם "הטבעיות" גובשו והועלו על הכתב בצורה של חוקות וחוקים פוּזִיטִיבִיִּים, ואילו סמכות הפיקוח של המשפט הטבעי הוחלפה ברעיון של שלטון החוק הפוּזִיטִיבִי. מן הציטוט שהובא למעלה עולה כי לוק זיהה את משפטה של אנגליה עם המשפט הפוּזִיטִיבִי שחוקק הפרלמנט הריבוני שלה. גם תורותיהם של ז'ן ז'ק רוסו (Jean Jacques Rousseau) ושל קאנט מדגישות את בכורתו של משפט המדינה הפוּזִיטִיבִי על פני המשפט הטבעי. רוסו, שטבע את המונח "ריבונות עממית", סירב מכול וכול לקבל את מרותן של נורמות טרנסצנדנטיות לחברה וטען שהעם הוא הריבון והמחוקק היחיד.¹⁷ בתורת המשפט של קאנט, הדת, המוסר וכל נורמה "טבעית" או לא פוּזִיטִיבִית אחרת (כגון דיני היושר) אינם נחשבים אפילו לחלק מן המשפט התקף. רק משפט המדינה הפוּזִיטִיבִי הוא משפט, ואילו שאר הנורמות שייכות לספֶּרת ערכים אחרת.¹⁸ אם כן במדינה המודרנית החליף רעיון שלטון החוק את רעיון המשפט הטבעי. מובן שנוצר כאן פרדוקס, מפני שלפי התאוריה הליברלית החדשה של שלטון החוק, המדינה כפופה לחוקים שהיא עצמה חוקקת מכוח סמכותה הריבונית, והיא עצמה

16 ג'ון לוק, המסכת השנייה על הממשל המדיני, יוסף אור (מתרגם), ירושלים [1690] תשי"ט, עמ' 100.

17 רוסו האשים בפסקה מפורסמת במאמרו על האי־שוויון את הפילוסופים והמשפטנים הדוגלים ברעיון של משפט הטבע שהגדרתם למשפט הטבע מבוססת על מוסכמות שרירותיות, כלומר על עקרונות שהם עצמם חושבים שמן הראוי שבני האדם כולם יסכימו עליהם. ראו ז'ן ז'ק רוסו, "מאמר על המקור והיסודות לאי־השוויון בין בני־האדם", עידו בסוק (מתרגם), מאמרים, ירושלים [1754] תשנ"ג, עמ' 115.

18 Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, Mary Gregor (trans.), Cambridge [1790] 1996, pp. 20–21

רשאית בכל שעה לשנותם ואף לבטלם.¹⁹ אולם, מרתק ככל שיהיה, עניינו של מאמר זה אינו הפרדוקס הטמון בכפיפותה של המדינה הריבונית לחוקיה שלה, אלא בעמידה של כוחה הכופה של המדינה הריבונית מאחורי שלטון החוק, ובהיות המשפט ששלטון החוק מכונן אליו, כלומר המשפט שנועד להגן על הפרט ולשמור על רעיונות החירות והשוויון, משפטה של המדינה הריבונית. המדינה אינה סתם שוטר האוכף נורמה כלשהי, אלא היא גם המחוקק והפרשן המוסמך של אותו משפט. הנורמה המפקחת על הריבונות שוב אינה נורמה חיצונית, אלא נורמה פנימית שיצרה המדינה והיא מבוססת כל כולה על כוחה של המדינה הריבונית לאכוף את חוקיה. כאמור תלותו של שלטון החוק במרותה של המדינה הריבונית מתבטאת כבר במונח עצמו, "שלטון החוק", שהוא תרגום של הביטוי האנגלי "the rule of law".²⁰ בשפות של יבשת אירופה תלות זו מבטאת בצורה ברורה אף יותר. תורת המדינה האירופית אכן העדיפה את המונח "מדינת חוק" ("Rechtsstaat" בגרמנית, או "État de droit" בצרפתית) על פני הביטוי האנגלוסקסי. גם התאוריה הליברלית מדגישה אם כן שבלא כוחה הריבוני של המדינה, רעיון שלטון החוק חסר משמעות. אמנם שלטון החוק מבקש להגביל את מרותה של המדינה הריבונית, אך יכולתו לעשות כן, כמו גם תביעותיו לציות מוחלט ולכוללנות ועליונות, נובעות לחלוטין מריבונותה של המדינה. בלא מדינה ריבונית אין חוק, אין כוח שיאכוף את החוק, ועל כן גם אין שלטון חוק. אולם הקשר שבין הרעיונות – שלטון החוק והריבונות – אינו מתמצה רק בהישענותו של המשפט על כוחה הכופה של המדינה, אלא גם בשורשים רעיוניים משותפים למדינה ולמשפט המודרני. בעניין זה אעסוק בסעיף השני להלן.

2. התבססותם של שלטון החוק והריבונות על רעיון הכלליות של המדינה ומשפטה ועל היותם נפרדים מן החברה

שלטון החוק אינו נשען רק על מרותה של המדינה, כלומר על כוחה הכופה, אלא גם על הערכים הפוליטיים הגלומים ברעיון המדינה המודרנית. את הקשרים שבין שני המושגים יש להבין על רקע העובדה שמושג הריבונות לא התפתח כעוד אמצעי להענקת כוח לשליטים הפוליטיים, אלא מתוך מחשבה שמרכז ריבוני יוכל להבטיח את היציבות, השלום והצדק באירופה. אכן, במדינה הריבונית מגולמים לא רק כוח, אלא גם ערכים פוליטיים והומניסטיים. יתרונה של מדינת החוק המודרנית על פני צורות

19 בעניין פרדוקס זה ראו מאמרי (לעיל הערה 5).

20 ליאון שלף הציע לתרגם את הביטוי האנגלוסקסי "מרות המשפט". ראו ליאון שלף, "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט': הרהורים וערעורים על מושגי-יסוד", עיוני משפט, טז (1991), עמ' 559.

שלטון אחרות נובע מהיותה גוף ריבוני כללי המנותק במידה רבה מן ההיררכיות ומיחסי הכוחות החברתיים, ולכן מסוגל לנהל את חברת ההמון המודרנית באופן צודק ושוויוני. משום כך ברי שרעיון שלטון החוק, הקשור קשר היסטורי ורעיוני למדינה המודרנית, יגלם אף הוא ערכים אלו. כדי להבין טוב יותר את הערכים המשותפים לרעיונות המדינה ולשלטון החוק יש לשוב לתיאור התפתחותה של המדינה המודרנית.

ההיסטוריה של המדינה והמשפט המודרניים הושפעה מהתפתחויות חברתיות שמקורן עוד בימי הביניים המאוחרים. גורם מרכזי ראשון שהשפיע על היווצרות המדינה המודרנית הוא כאמור חוסר היציבות הפוליטית והחברתית בשלהי ימי הביניים ובראשית העת החדשה באירופה. כזכור, באותה תקופה הייתה אירופה שסועה במאבקים פוליטיים, חברתיים, דתיים ואחרים. את היציבות והשלום הנכספים קיוו הוגים אירופים להשיג על ידי רעיון המדינה הריבונית, כלומר על ידי כינון מסגרת פוליטית מדינית שתהיה הכוח העליון בחברה, ומתוך כך גם בעלת המונופול על הפעלת הכוח בחברה, והזירה העיקרית להכרעות ערכיות. אולם כדי ליצור מרכז ריבוני יציב וקבוע, המדינה בהיותה מוסד חייבת ליהנות מלגיטימיות בסיסית שאינה תלויה באישיות של שליטה המסוים או במדיניותו. כדי לעשות זאת באירופה השסועה והמסוכסכת היה על המדינה הריבונית להתנתק – ולו מבחינה רעיונית – מן התווה ובוהו הפוליטי, החברתי ואף הדתי, לבדל את עצמה ולהציג את עצמה כמרכז המרות של כלל החברה ולא ככוח מגזרי (סקטוריאלי). הצורך שבהפרדת המדינה מהחברה הִחִייה בתקופת הרנסנס את האידאל הרפובליקני, שלפיו המדינה מבטאת את האינטרס הכללי של החברה – את ה-*Res-publica*, והוא שהוליד מאוחר יותר גם את רעיון שלטון החוק.

את צמיחת המדינה במתכונתה המודרנית יש להבין גם על רקע העלייה ברמת החיים וההיווצרות האטית וההדרגתית של מעמד הביניים החדש. מעמד עולה זה, שאת ניצני צמיחתו הראשונים אפשר לזהות כבר במאה השנים עשרה, התרחב והתחזק בהדרגה ובתוך כך ביקש לשנות את הסדר החברתי ואת המסגרות הפוליטיות המסורתיות באירופה, שהנציחו את נחיתותו הפוליטית לעומת אצולת הקרקעות השושלתית. רעיון המדינה הריבונית, המובחנת מן החברה, התאים לשאיפתו של מעמד הביניים המתהווה לשנות את הסדר הפוליטי הקיים, והוא אף ייצג את המציאות החברתית שהלכה והתהוותה באירופה מאז המאה השש עשרה: ככל ששלטונם של המלכים באירופה נהיה אבסולוטי, כלומר ככל שמלכי אירופה שלטו על שטחים גאוגרפיים גדולים יותר והסדירו תחומים חברתיים נרחבים יותר, כך הם נזקקו למנהל ולמשפט מסודרים ומסועפים יותר, ולכן גם לשירותיהם של בני המעמד השלישי, שהשתלבו באלפיהם במנגנונים הממלכתיים המתפתחים.

גם את עלייתם של רעיון שלטון החוק ושל המשפט המודרני ואת צמיחתו של מנהל מלכותי הפועל באופן אוניברסלי יש להבין על רקע התפתחותו ההדרגתית של המעמד

השלישי ועל רקע הברית הפוליטית שיצר עם בתי המלוכה באירופה. מעבר לעלייה בחשיבותם של אנשי המשפט והמנהל המלכותי, הרחבת התחום הגאוגרפי ותחומי העניין של השלטון של מלכי אירופה יצרה שינוי אטי והדרגתי גם באופיו של המשפט האירופי: בשלב הראשון נהפך משפטו של המלך למשפט העיקרי במדינה, ומערכת המשפט והמנהל של המלך דחקה בהדרגה (אף כי לא באופן מוחלט) את מערכות המשפט המקומיות והמנוריאליות; בשלב השני השתנה בהדרגה החוק המלכותי מ"משפט המלך", המזוהה עמו באופן אישי, ל"משפט הארץ" (The law of the land). מאוסף של פריבילגיות וזיכיונות שניתנו מהמלך לנאמניו, נהפך המשפט ליותר ויותר כללי ומוסדר, כלומר למשפט המנוסח בצורה של כללים פוזיטיביים כתובים, הפונים בצורה אחידה אל קבוצות רחבות באוכלוסייה, ולבסוף גם אל כלל האזרחים. משפט כזה אפשר למלכים לשלוט מן המרכז באופן יעיל (והוגן) על מאות אלפי אזרחים הפזורים על פני שטחים נרחבים. אמת, בין המשפט של בתי המלוכה האבסולוטיים לבין המשפט של המדינה המודרנית המרחק רב; אך אף על פי כן אין להתעלם מן המהלך ההדרגתי של הפיכת המשפט האירופי למשפט ריכוזי ומוסדר, המופעל על ידי בירוקרטיה מקצועית שהלכה והתנתקה מאישיותו של המלך האבסולוטי.

התהליכים – עליית המדינה האבסולוטית וצמיחת המנהל והמשפט הממלכתיים – לוו כמובן בשינויי תודעה, שמצדם הזינו את התהליכים החברתיים והאיצו אותם. במהלך מאות השנים של ראשית העת החדשה (ובמיוחד במאה השמונה עשרה, כאשר "המשטר הישן" החל לגווע), וככל ששלטונו של המלך התרחב והשתרע על פני תחומים רבים יותר, הפסיקה בהדרגה האישיות של המלך עצמו לגלם את הגוף החברתי; והמנהל המלכותי, שהלך והתרחב אף הוא, החליף בהדרגה את אישיותו של המלך בייצוג האינטרס הכללי של האוכלוסייה ובהיותו סמלה של "המדינה".²¹ גם מבחינת התודעה העצמית, המנהל המלכותי הפסיק בהדרגה להזדהות עם אישיותו הקונקרטי של המלך והחל לזהות את עצמו עם מטרותיה הכלליות של הממלכה ועם משפטה הכללי. כך נהפכו בהדרגה "מערכות המשפט והמנהל המלכותיות" למערכות משפט ומנהל ציבוריות – "ממלכתיות", שלא רק ייצגו את הריבונות של המדינה אלא גם סימלו את דמותה הכללית והאחידה. המעמד השלישי, שמקורו יצאו רוב האנשים במערכות המשפט והמנהל המלכותיות, היה בהדרגה לכוח הפוליטי המשמעותי בחברה האירופית, ובמקביל גם תפס את עצמו יותר ויותר כ"מעמד הכללי", כלומר מעמד שהאינטרסים שלו זהים עם האינטרסים של כלל החברה. לעומת הכרותו של מלך צרפת לואי הארבעה עשר לקראת סוף המאה השבע עשרה "המדינה היא אני", בסוף המאה השמונה עשרה

21 להיסטוריה של הבירוקרטיה המודרנית ראו Henry Jacoby, *The Bureaucratization of the World*, Eveline Kanes (trans.), Berkeley 1973

כינסו נציגי המעמד השלישי אספה מהפכנית וכינו אותה "האספה הלאומית" (l'assemblée nationale), כדי להדגיש את תביעותיהם הפוליטיות המהפכניות ואת טענתם שהמעמד השלישי הוא "המעמד הכללי".²² אפשר לתאר את ההיסטוריה הפוליטית של אירופה למן ימי הביניים המאוחרים כמאבק מתמשך של המעמד השלישי להשגת הכרה וכוח פוליטיים. מאבק זה הגיע לשיאו והסתיים בניצחון המעמד השלישי בסוף המאה השבע עשרה באנגליה ובמהלך המאות השמונה עשרה והתשע עשרה בצפון אמריקה ובמערב אירופה – עם המהפכות הפוליטיות הגדולות וייסוד המדינה הליברלית המודרנית.

כאמור, צמיחת הממלכות האבסולוטיות מתוך המאבקים הפוליטיים והחברתיים באירופה ובמיוחד עלייתו של המעמד השלישי הולידו תפיסות חדשות בעניין המדינה והמשפט. אכן, המדינה הריבונית נהגתה במחשבה הפוליטית האירופית ובמידה רבה אף נוצרה כגוף המנותק ככל האפשר מן ההיררכיות ויחסי הכוח החברתיים והמבדיל את עצמו בהיותו מוסד כללי המנהל את החברה כולה. התאוריה הפוליטית שנוצרה בראשית העת החדשה גם דרשה שהמדינה תתנהל באופן עצמאי, מנותק ממסורות דתיות או אחרות. מקיאוולי ראה במדינה ספֶּרה עצמאית הן מבחינה מציאותית והן מבחינה ערכית – לא הדת או המוסר שולטים במדינה אלא בני האדם, ותכליתה של המדינה אף היא חברתית בעליל: לשמור על הסדר הכללי ולדכא את הדחפים והאינסטינקטים האנושיים המסכנים את השלום. ממשל טוב וחוקים טובים הם פרי מידות טובות ואזרחיות, כלומר פרי של אזרחות מתוקנת ולא של מוסר או דת נאצלים. המוסר והדת חשובים רק ככל שהם יכולים לסייע למדינה להשיג את יעדיה החברתיים, ובראש ובראשונה היציבות והשלום.²³ כזכור בודן העמיד את הריבון בבדידות מזהרת וראה בו את המקור הבלעדי והעליון לכל החוקים, שאינו כפוף בעצמו לשום נורמה או כוח פיזי. המדינה המודרנית שונה אם כן מצורות שלטון שקדמו לה משום שהיא רואה בעצמה ישות נפרדת מן החברה וממערכות ערכים אחרות המבקשות להסדיר את החיים החברתיים. לפי תפיסה חדשנית זו, אמנם המדינה היא פונקצייה חברתית, כלומר היא צומחת מתוך החברה האזרחית ולא נובעת מגורם דתי-אלוהי, "טבעי" או מטה-חברתי אחר,

22 המניפסט המפורסם של הכומר עמנואל סייס (Emmanuel Joseph Sieyès) שפורסם בינואר 1789 "Qu'est-ce que le Tiers-Etat?" (מהו המעמד השלישי?) מסמל יותר מכול את מאבקו של המעמד השלישי. המניפסט פותח בשלוש שאלות קצרות: "מהו המעמד השלישי? הכול; מה הוא היה עד עתה בסדר הפוליטי? כלום; מה המעמד השלישי מבקש? להיהפך למשנהו" (תרגום שלי – ג"ק).

23 ראו למשל ניקולו מקיאוולי, "עיונים בעשרת הספרים הראשונים של טיטוס ליביוס", כתבים פוליטיים, אפרים שמואלי (מתרגם), ירושלים ותל אביב [1520] תשכ"א, עמ' 79; הנ"ל, "הנסק" [1513], שם, עמ' 221–222.

אך בה בשעה היא גם "מתקיימת" ופועלת מעבר לחברה – ובמובן מסוים היא טרנסצנדנטית לה.²⁴ היות "המדינה" נפרדת מן "החברה", כלומר ממאבקי הכוח בין קבוצות חברתיות, וממוסכמות מסורתיות, היא תנאי הכרחי לקיומם של שני יסודותיה של המדינה: הריבונות והכלליות. המדינה ריבונית משום שהיא חיצונית לחברה ועליונה עליה, הן מבחינה תאורטית וסמלית הן מבחינה מוסדית ופוליטית, במובן שאין גורם חברתי חזק ממנה, שיש לה מונופול על הכוח בחברה ושהיא הזירה העיקרית להכרעות ערכיות בחברה. אולם התכונה שמייחדת את המדינה המודרנית ושנגזרת אף היא מהיות החברה נפרדת ועצמאית (באופן יחסי) היא כלליותה של המדינה. בהגות הפוליטית המודרנית המדינה היא ספֶרה חברתית הנפרדת מן החברה (ככל שהדבר נשמע פרדוקסלי), ולכן היא מסוגלת להתעלם (ולו במובן תאורטי) מן ההייררכיות וההבדלים החברתיים, לגלם את האינטרס הכללי, לכלול בתוכה את כל האנשים החיים בשטח מסוים ולראות אותם, לפחות באופן פורמלי ותאורטי, בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית בהיותם "אזרחים". "הכלליות" נתפסה כתכונתה החשובה ביותר של המדינה המודרנית (כמו גם של המשפט המודרני), שכן היא שמאפשרת למדינה לנהל את חברת ההמון המודרנית באופן אוניברסלי ושוויוני, השומר על השלום והסדר החברתי והמספק ביטחון, צדק וחירות לכול.

בבסיס המדינה הריבונית ורעיון שלטון החוק נעוץ אפוא אותו עיקרון פוליטי. המדינה הריבונית ושלטון החוק צמחו מאותו שורש רעיוני: הרעיון שהמדינה ומשפטה צריכים להיות עצמאיים במידה רבה ונפרדים מן החברה, מיחסי הכוח וההייררכיות שבה, מן המוסכמות המסורתיות שלה ומכפיפות מוחלטת למערכות ערכים כגון דת ומוסר. בדומה לרעיון המדינה, למושג שלטון החוק יש משמעות רק אם החוק טרנסצנדנטי (במובן מסוים) לחברה וליחסי הכוחות שבה. רק משפט שאינו מושפע במישרין מיחסי הכוחות, מן ההייררכיות ומן המוסכמות המסורתיות של החברה יכול באמת לפקח ולשלוט על החברה. בעולם המודרני, החילוני והאנתרופוצנטרי, המשמעות של היות המשפט נפרד מן החברה אינה שהמשפט נחשב טבעי, אלוהי או מטה-חברתי, אלא שהמשפט הוא משפטה של המדינה הכללית. על פי התאוריה הפוליטית המודרנית, החוק מבטא את "רצונה" של המדינה ולכן כמוה נחשב גם הוא – במובן מסוים – טרנסצנדנטי ונפרד מן החברה.²⁵ היות המדינה נפרדת מן החברה היא

24 את הטרנסצנדנטיות של המדינה אפשר לתפוס גם כהיותה קדושה ונעלה על החברה. ראו ליאור ברשק, "בית המשפט והדת האזרחית", המשפט, ה (תשס"א), עמ' 35; הנ"ל ודנה פוג'ק, "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל", מחקרי משפט, כ (תשס"ג), עמ' 35–37.

25 הקביעה שהמדינה הכללית פועלת על פי חוק כללי אף הוכללה במפורש בהצהרת זכויות האדם והאזרח בצרפת (ומאוחר יותר בחלק מן החוקות הצרפתיות): "la loi étant l'expression de la

המאפשרת את "כלליותה של המדינה" – כלומר את היחס האחד, האימפרסונלי והשוויוני "מדינה-אזרח". באופן דומה, עצמאותו של המשפט והיותו נפרד מן הכוחות החברתיים מאפשרות את כלליותו, כלומר את קיום הדרישה שהכללים המשפטיים ינוסחו בלשון כללית וייושמו בצורה הוגנת, אחידה, אימפרסונלית ושוויונית. כלליות המשפט כה מרכזית במושג "שלטון החוק" ובתפיסה הפוליטית המודרנית בכלל, לא רק משום שהמשפט צריך להסדיר את חברת ההמון המודרנית, אלא גם משום שעליו להיות "ממלכתי", כלומר לבטא את האינטרס הכללי של החברה, את ה-*raison d'état* האחד, הנפרד והשווה של המדינה, ולפנות בצורה כללית, אחידה ושוויונית אל כלל האזרחים.

*

שלטון החוק נתפס אמצעי חשוב העומד לשירות הפרט והחברה בבואם להתגונן מפני כוחה האבסולוטי של המדינה הריבונית. מסיבה זו שלטון החוק נראה מנותק מן המדינה הריבונית ואף זר לה. במאמר זה ביקשתי להראות שהתפיסה המנתקת בין שלטון החוק למדינה הריבונית מוטעית, באשר היא מתעלמת מן הקשרים ההיסטוריים והרעיוניים שבין שני המושגים. שלטון החוק קשור לרעיון המדינה הריבונית, נובע ממנו ומשלים אותו. מרות המשפט מבוססת על מרותה של המדינה הריבונית, כלומר על המונופול שיש לריבון על הכוח בחברה, על היותה של המדינה הזירה העיקרית שבה הכרעות ערכיות מתקבלות (במידה רבה במערכת המשפט) ועל כוחה הסמלי של המדינה הריבונית. שלטון החוק הוא שלטון חוקיה של המדינה – המדינה יוצרת את החוק, וכוחה מאפשר לאכוף אותו. ריבונות המדינה היא אפוא תנאי לריבונות המשפט, כלומר לשלטון החוק. אולם שלטון החוק לא רק נשען על כוחה הריבוני של המדינה אלא גם מגלם את הערכים האתיים והפוליטיים הטמונים ברעיון המדינה המודרנית. ראשית, שלטון החוק מבוסס על עצמאותם של המדינה והמשפט, על היותם מנותקים מיחסי הכוח וההייררכיות בחברה ועל ביטול כפיפותם המידית של המדינה והמשפט למערכות ערכים דוגמת דת ומוסכמות מסורתיות אחרות. שנית, כמו רעיון המדינה המודרנית, גם רעיון שלטון החוק מבוסס על העיקרון ההומניסטי של ריבונות האדם ועל הרעיונות הפוליטיים של חירות ושוויון. הן המדינה הריבונית הן המשפט שלה מבטאים את האינטרס הכללי של החברה ופונים פנייה כללית, אחידה ושוויונית אל כלל האזרחים. היחסים ההדדיים בין המדינה הריבונית למשפט מורכבים – רעיון שלטון החוק מכפיף את המדינה הריבונית למשפט ודורש מן המשפט לפקח על המדינה ולהגן על אזרחיה

"volonté générale doit être générale dans son objet" (החוק, בהיותו הביטוי של הרצון הכללי, חייב להיות בעל תכלית כללית". תרגום שלי – נ"ק).

נִיר קִידֶר

מפני כוחה הריבוני; אך יש לזכור כי שלטון החוק הוא שלטון חוקיה של המדינה, כלומר הוא מכפיף את המדינה למשפטה שלה, כלומר לחוקיה הנשענים על כוחה הריבוני ומבטאים את העקרונות ההומניסטיים והפוליטיים המגולמים ברעיון המדינה, כפי שהופיעו בכתביהם של הוגי דעות מאז תקופות הרנסנס והנאורות.