

5506.04 ק"מ, 04
מ"ר 388

אוניברסיטת תל-אביב הפקולטה למשפטים

ביקורת שיפוטית בישראל ד"ר שוקי שגב

פתרון בחינה - מועד ב', תשס"ו

1. א) את האירוע יש לנתח באופן הבא:

מישור הסמכות – החוק הני"ל מנסה לשלול את סמכות בג"ץ. על פי חוק יסוד: השפיטה בג"ץ מוסמך לתת סעד בעניינים בהם הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק. כיום לאחר פסי"ד חרות ופסי"ד הפורום לדו קיום בנגב נראה שסמכות זה זכתה לעיגון חוקתי ולא רק שלא ניתן לשלול אותה בחוק רגיל אלא שלבג"ץ יש גם סמכות להעניק סעד בניגוד לחוקים קיימים.

מישור סמכות שבשיקול דעת – בגדר מישור זה יבחן בג"ץ האם למרות שבידו סמכות ראוי שידחה את העתירה על הסף בשל העובדה כי העתירה אינה ממלאה אחר מבחנים מינימליים. בהקשר הנדון חשובים במיוחד המבחנים של זכות העמידה, שכן העותר הוא ארגון ציבורי וקשה להניח כי הוא ממלא אחר המבחנים המסורתיים של זכות העמידה (קיומו של אינטרס אישי ומיוחד). כמובן שלמן שנו השמונים בסוגיות חוקתיות וציבוריות חשובות אין צורך להראות זכות עמידה ולכן על פי הפסיקה כיום יוכר מעמדו של ארגון "בצדק". מבחן נוסף הוא מבחן ניקיון הכפיים – החוק נועד למנוע גם עתירות של גורמים המזדהים עם מאבקם של ארגוני הטרור ועולה השאלה האם ארגון "בצדק" מזדהה עם מאבקם של ארגוני טרור. אם כן, הרי שיכול להיות שיש לנו מצב בו אדם פונה לבג"ץ מחד ומטיף לשימוש בנשק נגד צה"ל מצד אחר (פסי"ד שייב). בשאלה חסרים נתונים לגבי השאלה הני"ל – אולם ראוי לציין כי התהליך שעבר על דוקטרינת ניקיון הכפיים זהה לתהליך שעבר על זכות העמידה ומקום שבו יראה העותר כי הסוגיה שהוא מעלה היא בעלת חשיבות ציבורית בית המשפט לא יסרב לשמוע את העתירה רק בשל העובדה שהעותר חסר ניקיון כפיים.

מישור המשפט החוקתי המהותי – השאלה היא האם ישנה פגיעה בזכויות אדם. לכאורה החוק הני"ל הוא פרוצדוראלי לגבי סמכויות ביהמ"ש אולם קשה להניח כי ביהמ"ש לא יראה בכך פגיעה גם בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד החדשים ולכן יפעיל את פסקת ההגבלה על מבחניה השונים. ראוי לציין כי בפסי"ד חירות ביהמ"ש סירב להפעיל פסקת הגבלה שיפוטית וכל פגיעה בחוק יסוד: השפיטה בחוק רגיל הוגדרה כלא חוקתית.

השורה התחתונה – קרוב לוודאי שהחוק יוכרז כלא חוקתי.

ב. גם חקיקה של החוק בצורת חוק יסוד עשויה שלא להועיל. אמנם, ניתן לשנות את חוק יסוד: השפיטה וגם את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כל עוד משתמשים בחוק יסוד אחר. אולם, תמיד ניתן לפנות לחוות דעתו של הנשיא ברק בפסי"ד לאור (ולשופטים ומלומדים אחרים כמו חשין, קרצמר, מדינה ורובינשטיין, יזהר טל ועדי פרוש) הקובע כי עקרונית ניתן לבטל חוקים ואפילו חוקי יסוד הסותרים את עקרונות היסוד של השיטה. בפסי"ד ולנר ופסיקה נוספת נקבע כי אחד מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית של ישראל הוא קיומה של ביקורת שיפוטית.

ג. קרוב לוודאי שהתשובה הייתה משתנה לאור השוני בדוקטרינות השונות ראוי לציין במיוחד שאת סוגיות הסמכות והסמכות שבשיקול דעת. לגבי סמכות, יש לציין כי למרות שהנטייה של בג"ץ הייתה להרחיב תמיד את הסמכותו, הרי שהוא הכפיף נטייה זו לדוקטרינת ריבונות הכנסת. אם המחוקק בחר להגביל את סמכותו בג"ץ כיבד דרישה זו.

2. א) תחילה יש להתייחס לשאלה מהי המטרה שבבסיס כינונה של חוקה. למרות שציבות וודאות היא דבר חשוב ואחת המטרות העומדות בבסיס כינונה של חוקה היא יציבות הרי

שקיימות מטרות נוספות והן קידום צדק ו/או אידיאלים מוסריים ופוליטיים (דמוקרטיה, הסכמה, יחס שווה, יצירת תנאים לשיתוף פעולה הוגן וכדומה). למעשה, לגבי מלומדים כמו רולס ודבורקין שיקולי יציבות וודאות באים לידי ביטוי רק באופן משני לשיקולים של צדק ומוסר. כלומר, יש לבחור בחוקה שתקדם צדק ודמוקרטיה ומבין החוקות הללו יש לבחור בחוקה שהיא הכי יציבה – לגישתם זו המשמעות הנכונה של יציבות. השאלה ממנה מתעלם הכותב היא האם המהפכה החוקתית קידמה איזה מהמטרות האחרות שבגללן מאמצים חוקה – לגישתו של דייר שגב מאמרו על החוקה התשובה לכך היא שלילית. (ב) הנחה נוספת של הכותב היא כי לגבי הסדרים חוקתיים ראשוניים הרי שיש לבחור להכרעה ברורה וחד משמעית. להנחה זו היא בעייתית. ראשית, בשל העובדה שבחברה המודרנית קיימת הנחה של פלורליזם. פלורליזם זה בא לידי ביטוי במחלוקות מהותיות (לגבי תפיסת טוב מהותית) וגם לגבי מחלוקות מבניות (איזה מבנה והסדרים חוקתיים יש לאמץ בדמוקרטיה). לכן אין זה ברור שתמיד צריך לבחור להכרעה חוקתית. בדבר נכון במיוחד כאשר הכרעה חוקתית עשויה לפגוע בשיתוף הפעולה ההוגן והיציב בין הפלגים השונים שמרכיבים את המדינה ולפגוע בהגנה על זכויות אדם. ג) ראוי להתייחס בהקשר זה גם למודלים שיפוטיים שונים והיחס שלהם להכרעה חוקתית האם לנקוט בגישה של עקב בצד אגודל (לרוב יהיה מדובר בביהמ"ש מינימליסטי של סנסטיין, בורר מסויג של שגב, פרגמטיסט של פוזנר או פורמליזם משפטי) או בשיטה גרנדיוזית בהן כל הכרעה ספציפית נגזרת מתיאוריה וממבנה של עקרונות מופשט (לרוב יהיה מדובר בביהמ"ש שמתנהל לפי תורתו של דבורקין, רולס או ברק).

3. הטענה של הכותב כי הדמוקרטיה שלנו היא טובה יותר בשל העובדה שיש בה ביקורת שיפוטית היא טענה בעייתית ביותר. ראשית, טענה מעין זו מחייבת אימוץ של סטנדרטים לשיפוט במשפט החוקתי – מה הופך משטר חוקתי לטוב וראוי? האם עצם העובדה שקיימת ביקורת שיפוטית הופך את אותו דמוקרטיה לטובה יותר? האם אין בעצם אימוצה של ביקורת שיפוטית מחיר במנחים של זכויות, דמוקרטיה וצדק (פגיעה למשל בזכות ההשתתפות בהכרעות פוליטיות של הציבור-טענה של ג'רמי וולדרון). שנית, הטענה כי משהו הוא טוב יותר בהשוואה למה שהיה קודם, דורשת גם הנחות היפותטיות באשר למה היה קורה אילו לא היה חל השינוי – השגיאה שעושה הכותב היא אותה שגיאה שביצע זמיר במאמרו על המשפט הציבורי – יש להשוות בין מה שהתרחש באמת לבין מה שהיה מתרחש אילו לא אומצה הביקורת השיפוטית וזו כמובן סיטואציה דמיונית (ראו שגב במאמרו על הדילמה הנורמטיבית בע' 335). שלישית, האם העובדה שעמדה מסוימת מקובלת על רוב רובן של המדינות המודרניות אשר הנהיגו ביקורת שיפוטית היא מספיקה כדי שנאמץ מוסד זה? רביעית, ראוי לציין ולדון בטיעונים של ברק בפס"ד לאור ופס"ד מזרחי באשר לאימוץ ביקורת שיפוטית. חמישית, הכותב מציין כי עמדתו מונעת מהכרתו את החברה הישראלית וכאן כמובן בא לידי ביטוי המעגל ההרמנויטי: ההכרה, ההבנה ו/או השיפוט שלנו תלוי בהכרה, בהבנה ו/או בשיפוט קודמים שלנו. אין זה ברור כלל ועיקר כי הגבלת הרוב היא חיונית לדמוקרטיה הישראלית – הדמוקרטיה הישראלית התקיימה עוד לפי שהוטלו מגבלות פורמאליות על ידי ביהמ"ש העליון, ובכלל אין זה ברור כי החשש היום בדמוקרטיה הישראלית הוא מפני הרוב (יהיו שיטענו כי הכנסת היא אחד המוסדות החלשים בדמוקרטיה הישראלית ואינה הרשות המסוכנת או המסוכנת ביותר).

בהצלחה!!!