

1411-6506-01

פתרון מבחן מועד א תשס"ו - ביקורת שיפוטית בישראל

ד"ר שוקי שגב

שאלה מס' 1 (נקודות לדיון):

א. "הצעותיהם של חברי הכנסת... נועדו לסכל את הדמוקרטיה החוקתית שעוצבה בישראל..." – הצעות החוק של חברי הכנסת רביץ וטרטמן הם ניסיון נוסף של המערכת הפוליטית להצר ואולי אף לבטל את המהפכה החוקתית. ניסיונות קודמים היו התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק (פסקת ההתגברות) הצעה להקים בית משפט חוקתי ובדרישה לשינויים בהליכי המינוי לבית המשפט העליון (ראו שגב "מדוע לישראל..." בע" 173). ראוי לציין שכותב המאמר מדבר על כך שדמוקרטיה חוקתית עוצבה בישראל ב-15 השנים האחרונות, ומכאן שיש לתהות: ראשית, האם זה באמת נכון שישראל היא דמוקרטיה חוקתית (במיוחד לאור העובדה שהמקרים בהם בוטלו חוקים הם מעטים ומינוריים). ושנית, בהנחה שאכן קיימת דמוקרטיה חוקתית, מיהו אותו גוף שעיצב את הדמוקרטיה החוקתית. עלול להשתמע מהכתוב כי הייתה זו הכנסת (וכך גם כותב אהרן ברק במאמרו השונים), אולם לדעת אחרים המעצב של המשטר החוקתי החדש הוא בעיקרו בית המשפט. כמובן, בנקודת מבט מעין זו עשויה לעורר את השאלה האם זהו תפקידו של בית המשפט. זו השאלה שהייתה במרכזו של פס"ד בעניין ליון, בעניין זיו ובעניין אל כרבוטלי, מי מוסמך ואיך לקבוע/לכוון את החוקה. ניתן לציין בהקשר זה ביקורת של פנינה להב על פסקי הדין, ביקורת של עלי זצברגר ומארק טושנט על ההליך של קבלת חוקה בהדרגה אותו יצרה החלטת הררי, ואת גישתה של חנה ארנדט שחוקה צריכה להתקבל על ידי העם במנגנונים שיתופיים רחבים (אסיפות מכוונות).

ב. "הוראה זו באה לתת משמעות לזכויות היסוד. לפיה פסק בית המשפט... שבידי בית המשפט סמכות..." – בניגוד לכתוב אין זה ברור כי הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהוראות חוקי היסוד החדשים. כאמור בטקסט, לא קיימת הוראה מפורשת המסמיכה את בית המשפט ליטול על עצמו את הסמכות לבטל חקיקה ראשית. העדר קיומה של הוראה מסמיכה אינו מקרי, אלא תוצאה של פשרה מכוונת להותירה מחוץ לחוקי היסוד החדשים ובמסגרת הטקטיקה של החלטה שלא להחליט (ראו שגב "מדוע לישראל...") האם לאמץ חוקה ופורמאלית ומגנון של ביקורת שיפוטית לאכיפתה.

ג. "הסמכות לביטול חקיקה הופעלה עד כה..." – אין חולק כי ביטול חוקים נעשה במקרים ספורים בלבד. אולם, למעשה פסקי הדין הני"ל היו ברובם מינוריים וניתן לפקפק בטענת הכותב כי היה באותם מקרים פגיעה בוטה בזכויות (ראו גם מאמר של מרמור על כך שבית המשפט מגן על זכויות פיקנטיות של העשירון העליון). דווקא במקרים החשובים של הגנה על זכויות האדם לא נעשה שימוש בחוק יסוד החדשים (פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים ופס"ד קעדאן לדוגמא).

ד. "בעצם קיומה..." – בפסקה זו עולות טענות מגוונות שנועדו להצדיק את מוסד הביקורת השיפוטית (ראו גם מאמר של אלון הראל). נראה כי ההצדקה אליו מכוון הכותב היא הצדקה אופטימאלית ולא פרמיסבלית (מותרת), כלומר, כי ביקורת שיפוטית עדיפה ויותר טובה ממצב בו אין ביקורת שיפוטית. הצדקה של הביקורת השיפוטית לכן נעשית תמיד על רקע של טענות כי היא אנטי דמוקרטית (רוסקו פאונד) אנטי רובני (אלכסנדר ביקל) או פוגעת בזכות השתתפות (ג'רמי וולדרון). זה לא ברור שביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית היא מסקנה העולה מהניסיון הנאצי (טענה אותה מעלים דברון וגם ברק). ברפובליקת ויאמר הייתה ביקורת שיפוטית חוקתית אך היא לא מנעה את עליית הנאצים לשלטון. בנוסף, עולה השאלה מדוע בית המשפט הוא המכשיר

דרכו יש להגן על ערכיה ארוכי הטווח של החברה (מדוע בידי בית המשפט היכולת לזהות ערכים אלה טוב יותר מהמחוקק?). כותב המאמר גוזר את לגיטימיות הביקורת השיפוטית מהגנה על המיעוט. אבל מעצם היות קבוצה מסוימת מיעוט לא מזכה אותה בהגנה אוטומטית. כמו כן קיימים מקרים רבים לאורך ההיסטוריה בהם נכשלו בתי המשפט בהגנה על המיעוט (פסקי הדין **דוד סקוט, לוכנר**, בתי המשפט ברפובליקת ויאמר). ראוי להזכיר את **ג'רמי וולדרון** שמציין כי הליך הבחירות הוא הליך בו אנשים מביעים את דעתם לגבי הזכויות שיש למיעוט ולפרט, וכי ביקורת שיפוטית מהווה תמיד משום פגיעה בזכות להשתתף בהכרעות פוליטיות. סוגיה נוספת אליה ניתן להתייחס היא ההבעיה הכללית של אימוץ קריטריונים על פיהם ניתן לשפוט מוסדות חברתיים (מה עושה מוסד ל- "טוב", "נכון", "צודק", או "לגיטימי"). בענייננו, אנו מתבקשים למצוא סטנדרטים ועקרונות על מנת לשפוט את הביקורת השיפוטית מה שמוביל בהכרח למה שכונה "המעגל ההרמנויטי" ("Hermeneutical circle").

ה. "**בריטניה והולנד**..." – עצם העובדה שקיימות דמוקרטיות בהן אין ביקורת שיפוטית אך יש הגנה על זכויות אדם מוכיחה כי ביקורת שיפוטית אינה הכרחית להגנה על זכויות אדם. הטענה בפסקה זו היא שהתנאים החברתיים הם כאלה שמחייבים ביקורת שיפוטית – אולם במאמר יש רק משום השערה כי הכנסת לא תכבד הצהרה של בית המשפט והדברים לא נבדקו במציאות.

ו. "**הצעת חוק יסוד: החקיקה**" – הצעה זו מונחת בפני הכנסת מאז שנות השבעים לא צפוי כי תיחקק בקרוב (**שגב** "מדוע..."). הסיבה לכך היא שהצעת החוק תשריין את חוקי היסוד בשיריון פורמאלי ותאמץ את מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. אולם, בסוגיות חוקתיות אלו אזרחי ישראל ונציגיהם בכנסת חלוקים ולכן לא הוא לא נחקק מעולם. ההצעות החוק של חברי הכנסת רביץ וטרטמן הם ההוכחה כי הכנסת עדין לא אימצה את ההחלטה בעניין **בנק המזרחי** ובודאי שלא ימצא גם רוב להצעת חוק יסוד: החקיקה.

60 נקודות סה"כ, 4 עמודים מקסימום

שאלה מס' 2 (נק' לדיון):

מן המפורסמות הוא כי חלו שינויים בפסיקת בית המשפט העליון למן שנות השמונים (ראו למשל **זמיר ומאוטנר**), ויש הטוענים כי בעקבות שינויים אלה החל פוקד את בית המשפט משבר לגיטימציה. **למושג הלגיטימציה שלוש משמעויות בשיח החוקתי: 1) לגיטימציה במונחים משפטיים** – השינוי בפסיקה ייחשב כלגיטימי אם החומרים המשפטיים (פסיקה חקיקה וכו') והניתוח המשפטי המקובל (דדוקציה ואינדוקציה וכו') מראים או תומכים בשינוי. על פי המובן הני"ל, בשנות השמונים חל משבר לגיטימציה (משפטית) במובן זה שדוקטרינות מסורתיות נזנחו והוחלפו בחדשות. זכות העמידה המסורתית נזנחה, ונקבע בסדרת פסקי דין (**סגל, אלוני וברזילי**) כי במקרים בהם יכול העותר להצביע על סוגיה חוקתית או ציבורית חשובה, אין צורך במעמד (בסיס תיאורטי לגיטימי זה מצוי בפס"ד **רסלר**). זמיר במאמר שלו על "מהפכה או התפתחות" גורס כי לא מדובר במהפכה של ממש אלא רק בעיבוי והעמקה עיונית של הלכות קודמות. שגב ואחרים גורסים כי מדובר בזניחה של הדוקטרינה המסורתית. לגבי סעד למען הצדק, השינויים המשמעותיים נעשו בעיקר לאחר המהפכה החוקתית עת נקבע כי המחוקק אינו יכול לצמצם או לשלול את סמכות בג"ץ (פס"ד **חרות** ומפס"ד בעניין **פוקס** ניתן אפילו להבין כי אפילו המכוון לא יכול לשלול את סמכותו) וכי במסגרת הסמכות להעניק סעד למען הצדק יש באפשרותו להעניק

סעדים גם בניגוד לחוק. 2) **לגיטימציה במונחים סוציולוגיים** – השינוי בפסיקה ימדד במונחים סוציולוגיים, קרי על פי עמדות חברתיות ועמדות הציבור כלפי השינוי. בשנים האחרונות אכן יש סקרים המראים כי מידת האמון בבית המשפט ירדה בציבור הרחב ובמיוחד נכון הדבר בקבוצות מסוימות כמו למשל בקר הציבור הלאומי דתי. עם זאת המחקרים הנ"ל אינם חד משמעיים. 3) **לגיטימציה במונחים פוליטיים ומוסריים** – בהתאם למשמעות זו, לגיטימציה של השינוי בפסיקה נמדדת במונחים מוסריים ופוליטיים. הרחבת הסמכות להעניק סעד למען הצדק ונטישת דוקטרינת המעמד המסורתית יהיו לגיטימיות אם נוכל להראות כי הדבר רצוי מבחינה מוסרית או מבחינה פוליטית. על כך לרוב הדעות יהיו חלוקות וראוי לערוך דיון האם בזניחת דוקטרינת המעמד היה משום קידום הדמוקרטיה או פגיעה בדמוקרטיה (התומכים בשינוי ברק וסגל המתנגדים שגב וגביון). בדומה תעלה השאלה האם הענקת סעד למען הצדק בניגוד לחוק הוא לגיטימי (נויה רימלט תומכת, זמיר ובנדור מתנגדים מטעמים שונים). בהקשר זה ניתן גם להעלות מודלים שיפוטיים שונים שנלמדו בכיתה (פורמאליזם משפטי, הרועה המוסרי והבורר המסויג) כניסיונות לפתור או כתגובה לבעיית הלגיטימציה.

40 נק' סה"כ, 2 עמודים מקסימום