

1411650601

פתרון מבחן מועד ב תשס"ז - ביקורת שיפוטית בישראל

ד"ר שוקי שגב

נקודות לדיון:

א. "הדמוקרטיה הישראלית... בזכותם יש לנו היום דמוקרטיה בישראל" – הקושי לבסס טענה בדבר תרומתו המשמעותית של בית המשפט העליון לדמוקרטיה של ישראל נעוץ במעגל המעגל ההרמוניטי – שיפוט והבנה של מוסד מסוים תלויה בהבנה ושיפוט מוקדמים לגבי תרומתו והתפתחותו של מוסד זה. בהתאם, אמונתו של פרופ' זלצברגר כי יש הגיון בהסברו לשימורה של הדמוקרטיה בישראל, תלויה בהערכתו והבנתו מאורעות, מצבים ופעולות שהתרחשו בעבר. אולם, ניתן להסביר או להצדיק הערכות והבנות אלו רק על ידי פניה להבנתו את הערכים המטרות או השקפות המעורבים בעניין או על ידי פניה להבנת מאורעות, מצבים ופעולות אחרים, שבסופו של דבר גם הם פונקציה של בהבנתו אנו.

ב. המשכיות תרומתו של בית המשפט העליון – פרופ' זלצברגר (בדומה לפרופ' זמיר במאמרו המשפט הציבורי מהפכה או התפתחות) מתעלם או לפחות מפחית מחשיבותו של השבר/השינוי שחל בפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים (ראו למשל מאמריהם של קרצמר, מאוטנר, שגב). שינוי זה בתפקיד שמילא בית המשפט העליון עומד במוקד של מרבית הויכוחים ביחס לתרומתו של בית המשפט לדמוקרטיה הישראלית, שכן הכרה בכך שבית המשפט נטל לעצמו תפקיד חדש בשנות השמונים עשויה להוביל כי תרומתו (לחיוב או לשלילה) לדמוקרטיה הישראלית השתנתה.

ג. מערכת המשפט משדרת יציבות ואמינות – גם טענה זו שנויה במחלוקת. במידה מסויימת נראה כי זלצברגר מאמץ את שני הקריטריונים עליהם דיברנו בכיתה לשיפוט הסדרים ומוסדות חוקתיים: יציבות וצדק (בהנחה שאמינות היא שם נרדף לצדק). אולם, למעשה, הגישה "הערכית" שמשקלה הסגולי בפסיקה עלה למן שנות השמונים, ושעליה מדבר מאוטנר במאמרו, מקריבה ערכים של יציבות וודאות לטובת ערכים אחרים. כמו כן, מחקרים וסקרי דעת קהל עדכניים אינם חד משמעיים ואפילו מורים כי חל כרסום באמון הציבור בבית המשפט העליון (לגיטימציה סוציולוגית).

ד. שיטת מינוי השופטים היא נתון קונטיטוציוני חשוב בחוקה הישראלית ואין לשנות את הרכב הוועדה בהליך רגיל – דברים אלה של פרופ' זלצברגר מזכירים את תורת המשפט החוקתית של השו' אגרנט בעניין קול העם שם דיבר על הנתונים הקונסטיטוציוניים של מדינת ישראל ואת גישת השופט ברק בעניין לאור בהקשר של עקרונות היסוד של השיטה. השאלה היא מהיכן שואב פרופ' זלצברגר נתון חוקתי זה (משפט טבעי, משפט פוזיטיבי) ומדוע יש להעניק לנתון זה עדיפות על פני הליכי חקיקה רגילים של הכנסת. יש לציין ביקורות שונות לגבי גישת הנשיא ברק בפס"ד לאור בהקשר עקרונות היסוד של השיטה ובמיוחד הקושי הדמוקרטי שנוצר בו הרכב הוועדה למינוי שופטים הוא נתון שהעם ונציגיו אינם יכולים לשנותו בהליך דמוקרטי רגיל.

ה. פרופ' זלצברגר גורס כי הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית מלווה אותנו כבר 40 שנה, אולם טענה זו אינה נכונה מאלה ודורשת ביסוס. יש הבדל גדול מאוד בין פס"ד ברגמן ופס"ד האחרים שבאו לאחריו לבין פס"ד בנק המזרחי שהנהיג ביקורת שיפוטית רחבה מאוד על חקיקה ראשית. הבדלים אלה באו לידי ביטוי בכך שבין מבקרי המהפכה החוקתית של הנשיא ברק היה השופט לנדוי אביו והורו של עניין ברגמן.

ו. השלמת החוקה – האמנם פרויקט בר ביצוע?

ז. הרפורמה של פרידמן כתגובה לרפורמה (מהפכה) של בית המשפט בפס"ד בנק מזרחי. שינויים באיוש או הליך איוש השופטים כתגובה לפעילות חוקתית רדיקאלית (הצעת רוזוולט להגדיל את מספר שופטי בית המשפט העליון האמריקאי כתגובה להתנגדות ביהמ"ש לתוכניתו הכלכלית).
ח. **התוצאות הבלתי צפויות של תיקונים ושינויים חוקתיים** – פרופ' זלצברגר אכן מצביעה על בעיה כי שינויים חוקתיים לפעמים מובילים לתוצאות הפוכות מאלו שהתכוונו אלה שחוללו אותם.

ט. **"שחרור מהמדיניות המאופקת"** – יש לדון בשאלה האמנם בג"ץ מפגין מדיניות מאופקת בפסילת חוקים ובכלל. זה לא ברור מאליו. העובדה שמעט חוקים בוטלו אינה בהכרח תוצאה של איפוק אלא תוצר של הבנה כי הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית כפי שהיא היום עומדת על כרעי תרנגולת (דברי פרופ' אדרעי). בנוסף צריך לזכור כי השפעת הבג"ץ אינה נמדדת רק בכמה חוקים בוטלו הלכה למעשה, אלא גם בכך שרוחו של בג"ץ נלקחת בחשבון בכל פרוצדורה והליך חקיקתי.