**יחסי כנסת-בג"ץ: דיאלוג או מונולוג**

**עו"ד בל יוסף**

**מועד א', התשע"ט**

**פתרון**

הנחיות:

משך המבחן שעתיים.

במבחן ארבע שאלות. יש לענות על שלוש מהן. השאלה הראשונה היא חובה. מבין השלוש האחרות יש לבחור שתיים.

היקף הניקוד מצוין ליד כל שאלה.

לכל תשובה מוקצה **עמוד** לכותבות/ים בכתב יד או **550** מלים לכותבות/ים במחשב.

אין לחרוג ממכסת המלים, מטעמי שוויוניות חריגות לא תבדקנה.

בטרם מענה על כל שאלה – חשבו היטב, תכננו את התשובה, ורק לאחר מכן כתבו.

הקפידו לנמק את תשובותיכם/ן.

לכותבות/ים בכתב יד: את התשובות יש לכתוב על-גבי מחברת בחינה.

ענה/י על השאלה הבאה (שאלת חובה)

1. **מהם ההבדלים המרכזיים בין התאוריה האמריקנית של הדיאלוג לבין התאוריה הקנדית של הדיאלוג? לאיזה גוון תאורטי הייתם/ן משייכים/ות את ישראל?** (30 נקודות)

התאוריה האמריקנית היא תאוריה סביב פרשנות החוקה, האופן שבו בית המשפט מתיישר בפרשנות החוקה למול רוב העם או נציגיו. התאוריה הקנדית לעומת זאת היא תאוריה רספונסיבית, שנעה סביב יכולת המחוקק להגיב לפסיקות החוקתיות של בית המשפט.

הדיאלוג האמריקני הוא כחלק מהקשר רחב, ויש בו משתתפים רבים: בית המשפט העליון, הקונגרס על שני בתיו, הנשיא, גורמים א-פוליטיים, הציבור. הדיאלוג הקנדי הוא צר יותר ולרוב מורכב משני שחקנים: בית המשפט העליון והמחוקק (ובמובן זה גם הממשלה כשולטת בתהליך החקיקה, לא בכובעה כרשות מבצעת). בהקשר זה יש להתייחס מפורשות גם למקום של הציבור: בעוד שבתאוריה הקנדית אין לו כמעט מקום (למעט אצל רואץ', וגם שם לא מרכזי), בתאוריה האמריקנית יש לו משקל גדול ומשמעותי והוא זה שמכווין את הדיון החוקתי.

התאוריה הקנדית שעונה על מנגנונים חוקתיים פורמליים (בפרט פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות) ואילו במשפט החוקתי האמריקני הם לא קיימים.

מבנה החקיקה: בממשלה נשלטת על-ידי קבינט ששולט בתהליך החקיקה, היכולת להגיב בחקיקה היא מהירה ויעילה. בארצות-הברית לעומת זאת יש חסמים רבים יותר ותהליך החקיקה מורכב יותר.

משך הזמן: בעוד שהדיאלוג הקנדי בנוי על תגובות מהירות (עד 5 שנים, ולרוב גם תוך שנה-שנתיים), הדיאלוג הקנדי בנוי על התיישרות לאורך זמן, שנמשכת לפעמים גם עשרים או שלושים שנים.

ניתן להוסיף שמבחינה אקדמית, תאוריית הדיאלוג הפכה למשמעותית בקנדה, ואילו הרבה פחות בארצות-הברית.

ישראל מאוד מזכירה את התאוריה הקנדית בגלל דמיון במאפיינים יסודיים: במיוחד פסקת הגבלה, המבנה שמאפשר להעביר חקיקה במהירות ובקלות ושיקול הדעת הרחב בסעדים. ברק, דותן, מרזל – כולם טוענים לדיאלוג רספונסיבי.

התייחסות לכך שזכריה טען שהדיאלוג הישראלי הוא פרשני – בונוס של 2 נקודות

טיעונים ששייכו את ישראל למודל האמריקני לנוכח חוסר לגיטימציה של המחוקק להגיב (ספיר) – התקבלו גם כן.

ענה/י על שתיים משלוש השאלות הבאות לבחירתך

**2. מה החסרונות ומה היתרונות של מסגור פרשה מסוימת, שיצרה מתח בינ-מוסדי מיוחד, כ"משבר חוקתי"? בחרו שניים מה"משברים החוקתיים" שדנו בהם בכיתה והסבירו האם לדעתכם/ן הם אכן היו "משברים חוקתיים".** (35 נקודות)

יתרונות:

* מונע את המתמשכות המצב החוקתי הבעייתי
* יוצר תודעה ציבורית ומושך תשומת לב ציבורית, אקדמית, תקשורתית וכדומה
* אי-דיון והעלמת עין נותנים לגיטימציה ויש להימנע מכך

חסרונות:

* מוביל לשימוש בכלי "יום-הדין", לעתים מבלי שיש בכך צורך אמיתי
* חשש מתופעת ה"זאב זאב", כשכל חוק או תקרית ממוסגרים כמשבר חוקתי יש חשש שכאשר יהיה באמת משבר חמור, כבר יתעלמו מהאזהרות
* הרטוריקה מקצינה קיטוב ופילוג

בכיתה דנו על ארבעה אירועים מרכזיים בהקשר של משברים חוקתיים:

תקופת הניו-דיל בארצות-הברית ויישור בית המשפט על-ידי הנשיא רוזוולט. אל הפרשה הזו ההתייחסות היא ללא ספק כמשבר חוקתי, זה אירוע ששינה את פני התרבות החוקתית האמריקנית.

פרשיית פסקת ההתגברות בקנדה: פסקת ההתגברות הכל-יכולה וחלה-על-הכל, והאופן בו בית המשפט העליון בקוויבק ובית המשפט העליון הקנדי הגיב לכך. נדמה כי מדובר במשבר אך העמדנו סימני שאלה ביחס לכך.

בג"ץ מחויבות: נראה כי אכן דובר במשבר חריף, השאלה אם הוא עלה כדי משבר חוקתי. בסופו של דבר בית המשפט שינה את הצו-על-תנאי ויש לכך משקל משמעותי בהכרעה. מנגד, לא דובר בשאלת ליבה במשפט הישראלי.

פרשיות החוק למניעת הסתננות בישראל. סקרנו את הרקע המשפטי – בפסיקה ובחקיקה – ואת הרקע והתגובות הפוליטיות, ולא הגענו למסקנה חד-משמעית האם אכן מדובר במשבר. נדמה שלמרות החריפות והמרכזיות של הנושא בשיח, מרבית התגובות היו ענייניות. עם זאת, מאז יש ניסיונות לקדם פסקת התגברות.

ניתן לדון בסוגיות נוספות שעלו באקטואליה שדנו בה במהלך הקורס. כך או כך, הדגש ברכיב השני של השאלה הוא על יישום.

**3. לכל אורך הקורס ובפרט בעת הדיון בסעדים חוקתיים, דיברנו על כך שלעתים התערבות שיפוטית פחותה בעבודת המחוקק היא בעצם התערבות מוגברת ("להתערב פחות זה להתערב יותר?"). מה דעתך על אמירה זו? הדגימי/הדגם זאת באמצעות שני סעדים חוקתיים לפחות.** (35 נקודות)

התשובה צריכה להראות כי הסטודנט/ית הבינו את משמעות האמירה "להתערב יותר זה להתערב פחות": לכאורה בית המשפט מתערב פחות בחקיקה, ומצליח "להציל אותה" מעצם כך שהוא לא מבטל אותה במלואה/בשלמותה; ואולם הדבר כרוך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי רב. לאור כך נשאלת השאלה האם לא היה מוטב לבטל לגמרי את החוק ולהחזיר אותו למחוקק שיקבל החלטה דמוקרטית-רובנית.

התשובה גם צריכה להדגיש את שלושת הנושאים הבאים:

ראשית, השאלה של סעדים מרוככים היא חלק מהשאלה היותר רחבה של לגיטימציה. הבחירה בסעדים שאפילו לכאורה פחות מתערבים מונעת מהמקום של רצון לשמור על משאבי הלגיטימציה של בית המשפט.

שנית, יש לתת את הדעת לכך שבחירה בסעדים מרוככים כרוכה בפגיעה פוטנציאלית בזכויות העותרים.

שלישית, יש להתייחס לנושא של הסטטוס-קוו: כאשר בית המשפט יוצר סטטוס קוו חדש בפסק הדין, למחוקק קשה מאוד לשנות אותו (מורטון).

ניתן לקיים את הדיון ביחס לסעדים הבאים:

בטלות מוחלטת (לא סעד מרוכך אך ניתן להדגים את ההן מהלאו)

קריאה לתוך החוק

השעיית הכרזת הבטלות

ליווי

הפרדה (קלאסית/פרטנית)

קריאה למטה (עקרונית זהו לא סעד אלא דוקטרינה פרשנית אבל כיוון שהוא פותר את הפגם החוקתי קיבלתי התייחסות אליו גם כסעד)

מי שהדגים זאת באמצעות דוקטרינות מבוססות-תגובה, שנמנעות מלקבל הכרעה חוקתית, קיבל ניקוד חלקי. הן אינן סעדים ולא ניתנות בליווי הכרזה על פגם בחוקתיות החקיקה.

גם כאן, הדגש הוא על היישום ועל הניתוח העצמאי, ותשובות שסוברות כך או כך התקבלו כל עוד הן מנומקות.

**4. בספרות שבה וחוזרת הטענה כי בתי משפט עליונים הם מוסדות פוליטיים. האם את/ה מסכים/מה עם טענה זו? הסבר/הסבירי את עמדתך בהסתמך על חומרי הקורס (התייחס/י לשלושה מקורות שונים).** (35 נקודות)

ניתן להתייחס לעמדה זו מכמה כיוונים שונים. האחת, פוליטיים במובן של רובניים. גישה זו נאמרה לרוב על-ידי מי שביקש להצדיק את פועלו של בית המשפט. זו העמדה שהביעו פרידמן, פישר ודאהל, כאשר הם הצביעו על התיישרות עם שלטון הרוב. פרידמן אף טען שיש סממנים של רובניות ושל אחריותיות באופן בו שופטים נבחרים, ולכן במובן מסוים עצם הליך הבחירה שלהם יוצר בהם אחריותיות ולכן גם מימד זה הופך אותם לרובניים. פישר כתב על "רגישות" פוליטית.

מובן אחר של הטענה שבתי משפט הם מוסדות פוליטיים היא זו שעוסקת בכך שההכרעות שלהם הן בעלות אופי פוליטי. טיעון זה נאמר מזווית ראייה ביקורתית כנגד בית המשפט או הביקורת השיפוטית החוקתית. מורטון הוא מחזיק מאוד בולט בגישה זו. גם וולדרון טען בביקורתיות כנגד יכולת ההכרעה החוקתית של בתי המשפט בשאלות פוליטיות וסבר כי יש להותיר את ההכרעות למחוקק כל עוד מדובר במערכת ממשל שמתפקדת "בצורה סבירה". טושנט טען גם הוא כי בתי המשפט צריכים להימנע מהכרעות פוליטיות ("להוציא את החוקה מבתי המשפט") והעם צריך לקבלן.

בתחום מדעי המדינה, כך למדנו, יש קונצנזוס של ממש על כך שבתי משפט הם מוסדות פוליטיים וקובעי מדיניות וניתן להדגים זאת או דרך הגישה האטיטודיונלית או דרך הגישה האסטרטגית.

ניתן גם להדגים זאת באמצעות דיון עומק במשפט הישראלי ובמקרים שמשקפים התערבות בשאלות של מדיניות כל עוד הדברים נתמכים גם בבסיס תאורטי.

ניתן לדון גם בהוגות והוגים נוספים. **השאלה כאן דורשת הבנה של ההקשר בו נטענה הטענה ל"פוליטיות" של בית המשפט ויישום**.

הערות מסכמות, בפרט למי שהולכים/ות למועד ב', אבל בכלל טוב לחיים:

אנא אנא אנא, שימו לב מה נשאלתם/ן. נתקלתי במבחן בתשובות מצוינות, שמעידות על מחשבה והבנה, אך מנותקות מהשאלה עצמה.

נתקלתי גם בתשובות שעונות רק על רכיב אחד של השאלה ולא על כולה.

נסו לשמור על התשובה ממוקדת. לנסות למלא את הכמה שורות שנותרו בהיבטים נוספים שלא קשורים לתשובה עשויים לפגוע בחדות ובענייניות שלה. נסו לענות עניינית ולוותר על סקירת ספרות שאינה קשורה ישירות לשאלה. (עם זאת, שימו לב שלא הורדתי נקודות על עצם כך שכתבתי ליד דברים מסוימים שהם לא רלוונטיים)