**יחסי כנסת-בג"ץ: דיאלוג או מונולוג**

**עו"ד בל יוסף**

**מועד ב', 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. בחרו שלוש ביקורות כנגד תאוריית הדיאלוג, הסבירו אותן, והסבירו האם הן משכנעות אתכם/ן ומדוע.** (30 נקודות)

בקורס עסקנו בביקורות הבאות:

1. עטיפה יפה: הדיאלוג זו בכלל לא תאוריה, אלא רק מטאפורה, ביטוי, שהקסם שלו הוא בכך שהוא מהווה עטיפה יפה. כשאנחנו קוראים ליחסים המתוחים והמורכבים בין בית משפט עליון למחוקק כדיאלוג אנחנו מייפים את המציאות.
2. חוסר יציבות (טושנט): צורה חלשה של ביקורת שיפוטית לא יכולה להיות יציבה לאורך זמן, ובסופו של דבר תגיע או לצורה חזקה של ביקורת שיפוטית או לעליונות פרלמנטרית. הניסיון שנצבר בקנדה ובניו-זילנד מראה שאכן הצורה החלשה של הביקורת השיפוטית במדינות אלו בהחלט הלכה והתחזקה. טושנט צופה כי תהליך זה ימשיך ויתחזק.
3. משמעות אי-החקיקה: היעדר שימשו במנגנונים דיאלוגיים לא נובע מקידום והטמעת זכויות אדם ומהמחיר הפוליטי שכרוך בהפרתן בהתגברות אלא בכשלים מבניים. כלומר המנגנון הכל-כך דיאלוגי הזה לכאורה הוא בכלל לא דיאלוגי, ולא נובע משקילה עניינית של האפשרות להתגבר או לא, אלא מחוסר יכולת להשתמש בו. (רואץ' מול טושנט)
4. קושי לשנות סטטוס-קוו: מורטון הקנדי טוען שראשית, החלטות שיפוטיות מתאפיינות ביציבות, מה שמקשה להופכן בלי קשר לתוכן שלהן. בנושאים שהם חוצי-מפלגות ובנושאי הליבה של זכויות האדם קשה עוד יותר להפוך את הסטטוס-קוו החדש שנוצר מכוח ההחלטה השיפוטית, שכן לרוב האקטיביסטים מצויים בקצוות הקשת הפוליטית, והרוב מצוי במרכז ומתאפיין בפלורליזם ולא בקיצוניות. טעם נוסף לקושי שנוצר הוא שהפוליטיקאים מנסים להימנע מעיסוק בנושאי-ליבה מעוררי-מחלוקת מטעמים אלקטורליים, קואליציוניים ופנים-מפלגתיים וגם במובן זה הסטטוס-קוו השיפוטי נשמר.
5. שאלת הפרשנות החוקתית: השאלה החשובה היא לא רק אם המחוקק יכול להגיב, אלא האם מערכת היחסים המוסדית באמת מאפשרת למחוקק לפרש את החוקה כפי שהוא מוצא לנכון. אם המחוקק יכול להגיב, אבל רק בכפוף לאופן שבו בית המשפט עיצב את הפרשנות החוקתית – קלי ומנפרדי טוענים שזה לא דיאלוג אלא מחוקק כפוי. זה מונופול שיפוטי על הפרשנות החוקתית. גם וולדרון הוא מחזיק בולט בגישה זו.
6. פגיעה בזכויות אדם: כאשר בית המשפט מאשר חוקתיות של תגובה חקיקתית, גם אם אינה עומדת במאה אחוז באמות המידה החוקתיות, רק משום שהיא חקיקת-המשך, הוא נותן הכשר לפגיעה בזכויות אדם (קמרון).
7. חוסר עמוד שדרה: התאוריה מובילה לעתים לאקטיביזם, לעתים לריסון, ואין בבסיסה עיקרון שיוצק משמעות בעיני בית המשפט ובסופו של דבר, מה שמצדיק הנסגת-דעת או אקטיביזם זה טיב החוק שעומד לבחינה.
8. שחרור מכבלים: אנדרו פיטר טוען שהידיעה השיפוטית שבסופו של דבר המחוקק הוא בעל המילה האחרונה, משחררת את בית המשפט מכבלים רבים. במקום שיכולת התגובה החקיקתית תרכך את הקשיים שעולים מביקורת שיפוטית, היא הופכת את בית המשפט ליותר אקטיביסט.
9. התנשאות וטעות: וולדרון מאשים את התאורטיקנים של תאוריית הדיאלוג בהתנשאות. הוא כותב כי קשה להם לתפוס שתהליך דליברטיבי יכול להתרחש גם בהיעדר התערבות שיפוטית, שהנבחרים יכולים ליזום בינם לבין עצמם דיאלוג, ככל שפרשנות של זכויות היא שעל הפרק. גישה זו לא רק מתנשאת, אלא גם שגויה, לטענתו, כיוון שהמחוקק בנוי באופיו כדי לקיים תהליך דליברטיבי, ודאי לא פחות מבית המשפט.

ניתן היה לבחור כל שלוש ביקורות רצויות. בבדיקת השאלה ניתן דגש ניכר לא רק על הסבר הביקורת ותמיכה באמצעות מקורות מתאימים, אלא גם על היישום והטיעון האם הביקורת משכנעת את הסטודנט/ית ומדוע.

ענה/י על שתיים משלוש השאלות הבאות לבחירתך

**2. האם לפי דעתך ישראל מצויה במשבר חוקתי או מתקדמת לעבר משבר חוקתי? הסבירי/הסבר את התשובה על-בסיס חומרי הקורס.** (35 נקודות)

זוהי שאלה פתוחה שמרכזה יישום. ניתן היה לענות על השאלה באמצעות דיון במי מהתובנות הבאות:

הישענות על הסטטיסטיקה של תגובות חקיקתיות על-מנת להראות כי ככל שהמחוקק מצליח לשמר את יכולתו להגיב לפסיקה אזי המשבר החוקתי נמנע

בג"ץ מחויבות – האיום החריף שנשמע בכנסת תוך כדי הדיונים וההתיישרות השיפוטית באמצעות שינוי הצו-על-תנאי

פרשיות החוק למניעת הסתננות: כאן אפשר להציג הן נקודת מבט שרואה בפרשה זו כפרשת קצה משברית, והן בחינה עניינית של התגובות שטוענת כי בסופו של יום למעט כמה התקפות מוסדיות (בנאליות למדי) התגובות נותרו ענייניות

דיון באיומים החוזרים ונשנים על פסקת התגברות והאם הם משקפים משבר או שמא תוצאתם משבר

ניתן היה להישען במשפט השוואתי (ארצות-הברית, קנדה, פולין) אך יש לזכור שבמרכז השאלה עומדת ההתמקדות בישראל.

**3. השיח במדעי המדינה מציע למשפטנים העוסקים במשפט חוקתי, הליך החקיקה וביקורת שיפוטית תובנות רבות. בחר/י אחד משלושת הנושאים שדנו עליהם והציגי כיצד הוא מתיישב או מתנגש עם השיח הנורמטיבי המשפטי.** (35 נקודות)

עסקנו בשלושה רבדים שונים בסוגיה זו, וניתן לבחור בכל אחד מהם:

1. התנהגות שיפוטית

דנו בשלושה מובנים של התנהגות שיפוטית: אטיטודיונלית, אסטרטגית ולגלית (יש להסביר על כל אחת מהגישות). ראינו כי שתי הגישות הראשונות הן כיום אלה שמקובלות, בעוד שהגישה הלגלית נדחתה באופן כמעט גורף.

אם בוחנים את ההצהרות של השופטים (ובאופן מפתיע, אצל רבים מאנשי האקדמיה) על העשייה השיפוטית שלהם, מדובר בניגוד מוחלט. השופטים דוחים באופן קבוע טענות להתנהגות אטיטודיונלית או אסטרטגית וטוענים כי הם פוסקים רק בהתאם לדין.

אם מסתכלים לעומת זאת על גישות ריאליסטיות למשפט בתוך האקדמיה, ניתן לראות שגישות אלה לפני עשרות שנים הטמיעו כבר עמדה זו, אסטרטגית ואטיטודיונלית, כאשר הם ביקרו את המשפט ואת העשייה השיפוטית.

1. התנהגות מחוקקים

עסקנו רבות בשאלה מה מניע שופטים, ברמה האישית וברמה המוסדית.

ברמה המוסדית דיברנו על שיקולי תקציב, על כללי פרוצדורה, קבוצות אינטרסים ושיקולים חוקתיים.

ברמה האישית ראינו כי בחירה-מחדש היא שיקול מרכזי אבל לא יחיד, ואליו ניתן לצרף גם רצון לקדם מדיניות טובה, יוקרה, השפעה, עמדה אידיאולוגית, השתייכות מפלגתית.

השאלה המרכזית שהתמודדנו איתה בהקשר הזה היא כיצד המחקרים הללו, שפעם אחר פעם מייחסים משקל נמוך מאוד לשיקולים חוקתיים, מתיישבים עם טענות נורמטיביות להטלת אחריות חוקתית על מחוקקים. אפילו המחקרים שמצאו כי מחוקקים שוקלים שיקולים חוקתיים היו בעקיפין למדי.

1. יחסים בינ-מוסדיים

גם במישור הסתכלות זה ניתן לראות פער גדול מאוד. מחקרים אמפיריים כמו אלו של דאהל או מירניק ואיגנאגי ממש ניפצו את השיח הנורמטיבי. פעם אחרי פעם במשך יותר ממאתיים שנים, בית המשפט העליון קובע נחרצות שהוא הפרשן העליון של החוקה. גישה זו נטמעה היטב בכתיבה הנורמטיבית, שסברה כי המחוקק נדרש לתיקון חוקתי על-מנת לשנות פסיקה של בית המשפט העליון.

ואולם, המחקרים הללו (כמו מחקרים אחרים כדוגמת המחקר ההיסטורי של פישר) מראים כי המחוקק יכול ואף מצליח לאתגר את הפרשנות החוקתית.

**4.** **מרבית הספרות החוקתית יוצאת מנקודת הנחה לפיה מחוקק שמעוניין לשנות פסיקה חוקתית של בית משפט עליון נדרש ליזום שינוי חוקתי. מה דעתך בנוגע לגישה זו? האם היא עומדת במבחן המציאות? תאר/י את עמדתך הן ביחס לישראל והן ביחס לארצות-הברית.** (35 נקודות)

בגדול, והדברים נכונים הן לגבי ארצות-הברית והן לגבי ישראל, מחוקק נדרש ליזום תיקון חוקתי רק כשהוא רוצה לקבוע מציאות משפטית שעומדת בניגוד חזיתי לעמדה הקבועה של בית המשפט. בשאר המקרים המחוקק מצליח לרוב להוציא לפועל את המדיניות שהוא מעוניין בה, ובמקרים מסוימים לאורך זמן גם להוביל לשינוי בעמדה השיפוטית.

בישראל דיברנו רבות על קלות השינוי החוקתי ועל המקום שלו בתוך הדיאלוג הבינ-מוסדי. המחוקק – שהוא גם המכונן – יכול לתקן בקלות למדי את חוקי-היסוד. עם זאת, בכל הנוגע לחוקי-היסוד של זכויות האדם, התיקון קל רק מבחינה פרוצדורלית אבל מבחינה מהותית קשה מאוד. בחוקי-יסוד מוסדיים לעומת זאת תיקונים חוקתיים נעשים כדבר שבשגרה.

לב העניין הוא שלנוכח פסקת ההגבלה שקיימת בישראל, המחוקק כלל לא נדרש לפנות לכלי של תיקון חוקתי ברוב המכריע של הפעמים. כיוון שבית המשפט פוסל תמיד על-בסיס מידתיות האמצעים ולא על-בסיס תכלית החקיקה, המחוקק יכול להגשים את אותה תכלית אך באמצעים שונים. כך אכן נעשה ברוב הגדול של המקרים.

בארצות-הברית לעומת זאת יש סברה מאוד חזקה שהמחוקק חייב לנהוג בהתאם לעמדה החוקתית של בית המשפט העליון. עם זאת, מחקרים רבים מתחום מדעי המדינה (דאהל, מירניק ואיגנאגי, פישר, פיקריל, בלאקסטון) מראים שהמחוקק כן מנסה פעם אחר פעם לאתגר את המדיניות המשפטית של בית המשפט העליון ובמקרים מסוימים הוא אכן מצליח.