

אוניברסיטת בר-אילן

הפקולטה למשפטים

הפרדת רשויות בדמוקרטיה החוקתית: שופטים נ' מחוקקים

תשע"ב / סמסטר א' / 99-515-01

ד"ר אורי אהרונסון

הדמוקרטיה החוקתית – המבנה השלטוני שנחשב ליציב ולהגון שבמשטרים, ואשר מדינות רבות אימצו במאה האחרונה כתחליף לשלטון סמכותני או כאבולוציה של משטר פרלמנטרי – מתפקדת תוך סתירה טבועה: בעוד הדמוקרטיה היא שלטון הרוב באמצעות נציגיו הנבחרים באופן עתי, החוקתיות היא הגבלת כוח השלטון של הרוב באופן קבוע. ביטוי מוסדי נפוץ לסתירה זו הוא המחלוקת בנושא הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית – כוחה של הרשות השופטת, ששופטיה (לרוב) אינם נבחרים, לבטל את מעשיו הרובניים של בית המחוקקים. האם זהו מימוש הפרדת הרשויות, או המלכת רשות אחת על חברתה? האם תיתכן דמוקרטיה בלי ביקורת שיפוטית? האם תיתכן חוקה בלי ביקורת שיפוטית? אילו דגמים שונים של ביקורת שיפוטית ניתן לעצב? למרות שמדובר בתופעה מוסדית ותיקה, ולמרות שהיא הולכת ונעשית נפוצה בעולם, סוגיית הביקורת השיפוטית עדיין מעוררת מחלוקת ערה, בישראל ובעולם.

בקורס נדון הן במתח המושגי שמעורר הצירוף "דמוקרטיה חוקתית", והן באתגר המוסדי שצירוף זה מעורר ביחסים שבין בתי המשפט לבית המחוקקים. נבחן טיעונים, הסברים וביקורות מן התיאוריה הליברלית ומתיאוריות של זכויות, מתפיסות תהליכיות והשתתפותיות של הדמוקרטיה, מן הגישות הפופוליסטיות והמרקסיסטיות, ומן הניתוח של יכולות מוסדיות ושל זכויות אדם. כמו כן נבחן מודלים מוסדיים שונים שהוצעו ושנוסו לעיצוב היחס שבין שופטים ומחוקקים בתחום החוקתי. הדיון האקדמי הער והממושך ביותר בעניינים אלה מתנהל בארצות הברית – מולדת הביקורת השיפוטית המודרנית – ורבים מהחומרים שנפגוש יילקחו מהכתיבה שם. מטרת הקורס היא לחשוף ולהבין את מגוון השיקולים, האינטרסים והאידיאולוגיות המניעים את העימות בין הרשות המחוקקת והרשות השופטת, ובדרך זו לסגל גישה ביקורתית ורגישה לדקויות בתחום טעון זה.

הציון יורכב מבחינה, שתהיה בחומר פתוח (90%), מנייר תגובה אחד לפחות (10%), ומציון מיטיב על השתתפות של עד 5 נקודות.

הנוכחות בשיעורי הקורס היא חובה ותנאי לגישה למבחן. ניתן להיעדר משני שעורים לכל היותר. כל היעדרות נוספת מחייבת אישור המרצה.

ניתן ליצור קשר עם המרצה באימייל: ori.aronson@biu.ac.il

תכנית הלימודים

I. מבוא: מיהו הפרשן הראוי של החוקה?

- א. בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005), פסקי הדין של הנשיא ברק ושל השופט חשין, המבוא ופסקאות 27-29 לדעת המיעוט של השופט לוי
- ב. נורית רוט, "צריך לשאול איפה היתה האליטה המשפטית כשמכבש התאצ'ריזם התחיל לרמוס", **זה מרקר**, 9.8.2011, <http://www.themarker.com/law/1.679107>
- ג. פרופ' רות גביזון, **חוות דעת מומחה**, הוגשה לתמיכה בעמדת העירייה ב-עת"מ 29883-07-11 (מחוזי ב"ש) מאנג'אן נ' עיריית אילת, יולי 2011
- ד. רם כספי, "מחוקקים, הניחו לבית המשפט העליון", **זה מרקר**, 18.1.2011, <http://tinyurl.com/6x7sarq>

II. הפרדת רשויות – היגדים יסודיים

- א. ג'ון לוק, **המסכת השניה על הממשל המדינה**, פרקים 11-13 (תרגום יוסף אור) [1690]
- ב. מונטסקיה, **על רוח החוקים**, ספר 11 פרק 6 (תרגום עידו בסוק, תשנ"ח) [1748]
- ג. המילטון, **מדיסון**, ג'יי, **הפדרליסט** מס' 51 (תרגום אהרן אמיר, תשס"ב) [1787/8]
- ד. אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** 103-112 (2004)
- ה. הנס קלזן, **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** 88-86 (תרגום יצחק אנגלרד, 2005)

III. דמוקרטיה חוקתית – משמעויות ומתחים

- א. בנימין אקצין, **תורת המשטרים** 102-107, 124-120 (1967)
- ב. RONALD DWORKIN, **FREEDOM'S LAW** 15-35 (1996)
- ג. BRUCE ACKERMAN, **WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS** 3-16 (1991)
- [התייחסות בעברית: גדעון ספיר, "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?", **משפט וממשל** יא 571, 574-579 (תשס"ח)]
- ד. John Ferejohn & Lawrence Sager, *Commitment and Constitutionalism*, 81 TEX. L. REV. 1929, 1929-1953 (2003)
- ה. Stephen Holmes, *Gag Rules or the Politics of Omission*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 19, 19-31, 56-58 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988)
- [התייחסות בעברית: גדעון ספיר, "שלושה מודלים של חוקה", **משפטים** לו 349, 393-411 (תשס"ז)]
- ו. בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל (פסק דין מיום 7.4.2011)

ז. רשות: רות גביון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח 21, 34-72 (תשנ"ז)

IV. ביקורת שיפוטית: היגדים יסודיים

- א. המילטון, מדיסון, גיי, הפדרליסט מס' 78 (תרגום אהרן אמיר, תשס"ב) [1787/8]
- ב. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176-180 (1803)
- ג. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), פסקות 81-77 לפסק דינו של הנשיא ברק
- ד. ריצ'רד א' פוזנר, "רודן נאור", ידיעות אחרונות – המוסף לשבת, 27.4.2007, עמ' 10-11
- ה. רשות: ברק מדינה, "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית", דין ודברים ג 1 (תשס"ח)

V. ביקורת שיפוטית – הכשל הדמוקרטי והתשובות לו

- א. רשות: *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)
- ב. ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 16-28, 235-243 (1962)
- ג. JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 73-88, 101-104 (1980)
- ד. בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה (פסק דין מיום 6.12.2007), פסקאות 9-13 לפסק הדין של השופט גרוניס, פסקה 33 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה
- ה. בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), פסק הדין של השופט גרוניס, ופסקאות 75-81 לפסק הדין של הנשיא ברק
- ו. רשות: RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 131-149 (1977)

VI. ביקורת שיפוטית – ביקורות מוסדיות

- א. Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1348-1353, 1359-1360, 1376-1395, 1401-1406 (2006)
- ב. ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON 1-4, 7-15, 82-90 (2009)
- ג. רשות: Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism, Circa 2004*, 92 CAL. L. REV. 958, 985-1001 (2004)
- ד. רשות: Ori Aronson, *Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts*, 43 U. MICH. J.L. REFORM 971, 971-975, 985-993 (2010)

.VII ביקורת שיפוטית – יכולות מוסדיות

- א. Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693, 1694-1701, 1704-1715 (2008)
- ב. Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 CONST. COMMENT. 455, 473-481 (2000)
- ג. אלון הראל, "הזכות לביקורת שיפוטית", **משפטים** מ 239 (תשע"א)

.VIII החוקה מחוץ לבית המשפט

- א. MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* 57-65 (1999)
- ב. Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism, Circa 2004*, 92 CAL. L. REV. 958, 1001-1008 (2004)
- ג. Mark Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, 81 CHI.-KENT L. REV. 991 (2006)
- ד. **רשות**: BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 266-294 (1991)
- ה. **רשות**: BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE* 367-385 (2009)

.IX תיאוריית הדיאלוג

- א. § 8(א) לחוק יסוד: חופש העיסוק
- ב. תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), סעיף 15ב (משרד המשפטים, 2007) <http://tinyurl.com/7kkuah>
- ג. Canadian Charter of Rights and Freedoms, § 33
- ד. Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4 (U.K)
- ה. Constitution of the Republic of South Africa, § 27
- ו. גדעון ספיר, "שלושה מודלים של חוקה", **משפטים** לו 349, 371-392 (תשס"ז)

.X שאלות העיצוב המוסדי