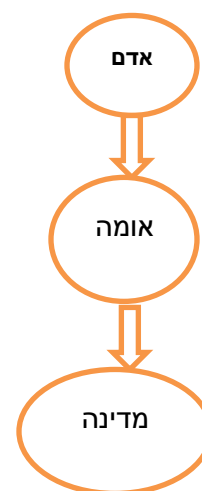


משפט ציבורי (1) - 23.02.18

המשפט החוקתי. איך החברה שלנו בנויה?!

פירמידת האישויות :



אישיות משפטית : כל אדם או גוף שהמשפט מכיר בו. אותו אדם או גוף פועל, מבצע איזו פעולה, אזי אותה אישיות משפטית לאותה פעולה יהיה תוקף. למשל, אני אדם בגיר, מעל גיל 18, מותר לי להתקשר בחוזה, בכל חוזה, עם הבנק ולומר להם לקנות לי מניות. הבנק יאמר, שאני אדם/אישיות משפטית. הבנק יבצע. לעומת זאת, אם זה היה קטין אזי הוא לא יתקשר ויסחור בכספי הוריו.

אישיות משפטית, המשפט מכיר בה. הפעולות שהיא עושה יש להן תוקף.

בפירמידה הזו, בחברה החופשית אנו שמים בראש את **האדם**. למה האדם? כל המוסדות, כל מה שאנו יוצרים בחברה החופשית בסוף נועד לשמש את האדם. כל המשפט הציבורי בנוי כך שהוא ישרת בסוף את האדם, אחרת אין טעם. אנו כאן כדי שיהיה לנו יותר טוב, שהגופים שאנו מקימים ידאגו לנו. האדם הוא מעל לכל. ברגע שנמצא פרמידה שהמדינה היא מעל האדם, אזי אנו לא בחברה החופשית/דמוקרטית אלא במשטר אחר ולכן נקודת המוצא היא האדם.

האדם הבין שלבד לא טוב, כשהתקשה לבדו אזי הוקמה משפחה. גם משפחה לא מספיקה לאדם שיהיה לו טוב. האדם מחפש להרחיב את המסגרות. ההתארגנות הבאה בחברה החופשית היא חבר בני אדם שמתארגנים יחד למטרה משותפת והיא **אומה** [אומה הופרד מעם – כי לא תמיד ההתארגנות חופפת במושגים,

האומה הצרפתית כוללת את כל העמים שחיו בטריטוריה הצרפתית [קטלונים, קורסיקנים וכו'] לעומת זאת האומה היהודית, זהה למושג של עם/לאום]. אומה הוא מושג יותר רחב מ-עם. אומה יכולה להיות זהה לעם והיא יכולה להיות מסגרת אזרחית שכוללת כמה קבוצות לאום. האומה בישראל זהה לרעיון של עם יהודי וזה יכול להיות גם המסגרת שהיא חבורה של אנשים שיש להם מטרה משותפת. מה שאנו רואים בעולם שכל החבורות הנ"ל שמתארגנות יחד היא הקמת גוף מסוים והוא מדינה.

ככל שאנו יורדים בפירמידה, האישיות המשפטית הגדולה יותר, הופכת להיות פחות טבעית.

האדם = אישיות משפטית טבעית.

האומה = חברה של אנשים, עדיין משהו טבעי אבל הרבה פחות מאדם בודד.

המדינה = אישיות משפטית מלאכותית לגמרי. אין באמת קיום, היא לא באמת עצמאית. [אוסף של מוסדות שמבצעים פונקציות מסוימות בחברה לטובת האדם].

איך פועלת מדינה, שהיא אישיות מלאכותית? צריכה נציגים אורגניים שהן הרשויות השונות: מחוקקת, מבצעת, שופטת. [באמצעות רשויות אלו יש סדר כלפי חוץ ופנים].

מה שאנו רואים בעולם הוא שזה לא משנה באיזו חברה אנושית נהיה בסופו של דבר ההתארגנות האנושית היא שנהיה למדינה.

נשאלת השאלה – למה מדינה? למה כולם בסוף חותרים להתארגנות הזו, להקמת מדינה? ואנו נראה כי המשפט החוקתי, ברגע שיש דברים בסיסיים הם גם יהיו היסוד לחוקה.

הובס ו-לוק ההוגים של ההתארגנות הפוליטית, החלו ב"מצב הטבע". המצב לפני ההתארגנות הפוליטית כשהאדם נולד, בהעדר התארגנות פוליטית, כולם שווים, [כולם נהנים מחירות בלתי מוגבלת]. האדם הוא תבוני ורציונלי אבל אנו חיים בעולם של מחסור במשאבים והובס מוסיף את ייצר האדם למקסם משאבים וכח. אם זה המצב ב-מצב הטבע אזי נלחמים כל הזמן, מלחמת כל בכל.

אמרנו שלאדם יש תבונה, הוא מסוגל להפעיל את הכח האדיר שיש לו כדי לצאת מהסיטואציה הזו [מלחמת כל בכל] וכשזה המצב, צריך לנסח איזה חוק טבע. [חוק טבע = זה לא חוק של מדינה, כי אם חוק של הטבע בעולם שאין בו מדינות].

חוק הטבע הראשון: "בקש שלום ורדפהו" – שכל אחד ישמור על השלום, אני לא אתקוף אותך ואתה לא תתקוף אותי. כל אחד יעשה את המקסימום כדי להתקיים וכולם ישמרו על השלום.

כדי להבין למה החוק הראשון לא עובד? "דילמת האסיר" [תורת המשחקים]

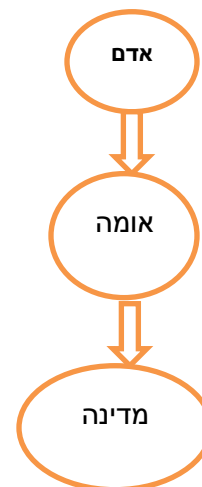
השני מדבר	השני שותק	
10 שנים	0 שנים	לדבר [להתחמש ולתכנן מתקפה]
20 שנים [השמדה טוטאלית]	5 שנים	לשתוק [לשמור על השלום]

אם אני מדבר הרי הסכנה הגדולה היא 10 שנים בכלא. אם אני שותק, באופציה הטובה זה 5 שנים בכלא. האופציה הגרועה היא 20 שנה בפנים. מה שמניע אנשים הוא לברוח מהאופציה הגרועה ביותר.

"במצב הטבעי" כולם בורחים מה-20 שנה [השמדה] ובורחים ל"דבר". הפחד מבגידה של האחר יוביל אותנו למלחמה.

=====

משפט ציבורי (3) – 09.03.18



נוסחאות פרטיקולריות [לפי זמן, כלומר ניתן לשנות, נלמד בהמשך]

מודלים של לאומיות

נוסחה שמגדירה את היחס בין המדינה לבין קבוצות הלאום בחברה. בדרך כלל אין חברות הומוגניות, בדרך כלל יהיו כמה קבוצות לאום בחברה.

"מדינת כל אזרחיה" כוללת שני מודלים :

* **לאומיות אזרחית רפובליקנים** [צרפת, טורקיה וארה"ב]

מטרת העל – כולם צרפתים [לדוג'] מדינת כל אזרחיה. איחוד כלל האזרחים תחת לאום משותף וכדי להשיג זאת הולכים על הפרדה בין דת למדינה + הכחשת קיומם של מיעוטים לאומיים + שפה רשמית אחת ותרבות משותפת.

* **לאומיות אזרחית רב-תרבותית** [ספרד, בריטניה]

מטרת העל - היא אותה מטרת עם, כמו המודל הקודם. כולם בריטים/כולם ספרדים + הכרה במיעוטים [ילידים לא מהגרים] לאומיים, [בספרד זה הקטלונים, באסקים, גלאסיאנים, אנדלוסיים. בבריטניה, סקוטים, וולשים וכו']. איך מכירים במיעוטים לאומיים, נותנים להם אוטונומיה במרחבים תת-מדיניים.

המטרה של הרפובליקה הצרפתית היא לאחד את כלל האזרחים ללאום אחד משותף וניצור לכידות פנימית וסולידריות. מדינת כל לאומיה - דמוקרטיה שבנויה על קונצנזוס ופשרה – מנסים להגיע לפשרה.

* **מדינה רב לאומית** [בלגיה, שוויץ, קנדה]

מי הלאומים בבלגיה? פלמים ו-וולונים. יש את המלך ויש את החוקה. בשוויץ יש את הקנטונים : גרמניים, צרפתיים, איטלקים ודוברי רומנץ'. איך מבטיחים שאף אחד לא ירגיש שלקחו לו את המדינה? דואגים שלכל קנטון יהיה חלק בשלטון [באופן יחסי]. אם רוצים לשנות את החוקה, לקנטונים יש מעמד בשינוי החוקה.

מטרת העל – שיתוף כל הלאומים המרכזיים בהתארגנות של המדינה, [פוליטיקה של פשרה] + כל לאום משמר את התרבות והשפה שלו, יש מרחבים אוטונומיים תת-מדינתיים, לשימור הזהויות הנפרדות + שפות כמספר הלאומים המתארגנים יחד.

* **מדינת הלאום** [במובן האתנו-תרבותית] ישראל נמצאת בדגם זה.

מטרת העל – איחוד חברי קבוצת הלאום במסגרת מדינית התומכת בתרבותם ובשפתם [לצורך יצירת לכידות פנימית וסולידריות בין חבריה]. עד עכשיו המודל הזה עבד טוב בישראל ולראיה כל אימת שיש מצב משברי, כמו מלחמה לדוג', זה מאחד. [חוק הגיוס הוא עניין מפתח בנושא האמור, לדוג'] + הכרה במעמד של מיעוטים לאומיים [מרחבים אוטונומיים תת-מדינתיים]. במדינת ישראל, המדובר על הזכויות הקיבוציות של המיעוטים, חוקי היסוד לא מתייחסים לזה, [לזכויות הקיבוציות של המיעוטים הלאומיים], אבל דה-פקטו גם אם זה לא כתוב בחוקה, יש הכרה של הזכויות הקיבוציות במיעוט הערבי בישראל ונהנה מזכויות קיבוציות, יש מרחבים אוטונומיים בהם השפה והתרבות הערבית שולטים, יש חינוך בשפה הערבית וכמובן חופש הדת והתרבות, יוצא שישראל כן מקיימת את היסוד האמור גם אם לא רשום במפורש בחוקה.

לדוג' כל מדינות מזרח אירופה רצו להתקבל לאיחוד האירופי, נותן להם את "כרטיס הכניסה" לכלכלה העולמית. איזה תנאי הציב האיחוד? דמוקרטיה חובה. הדבר הזה נמצא בבעיה גם בהונגריה וגם בפולין, שם יש חקיקות בעייתיות לדמוקרטיה ועוד תנאי, הכרה במעמד של מעוטים. יש לאום אחד עם שפה אחת ומעמד למיעוטים.

שתי תפיסות למושג אומה :

* התפיסה האזרחית – על פי תפיסה זו, אומה מוגדרת "חבר בני אדם המאורגנים יחד תחת שלטון משותף ומדינה משותפת". אין אומה בלי מדינה. אין חבר אזרחים בלי מדינה. המדינה גדולה מהאומה.

מי חברי האומה, על פי ההגדרה האמורה? אזרחי המדינה.

איזה מודלים נופלים על התפיסה האזרחית? המודל הראשון והשני.

* התפיסה האתנו-תרבותית – על פי תפיסה זו, אומה מוגדרת "חבר בני אדם בעלי מאפיינים משותפים, כמו בעלי מוצא משותף היסטוריה משותפת, על פי תרבות משותפת, דת משותפת". אותם חבר אנשים הם אומה, לאחר מכן יכולים להתארגן תחת שלטון משותף. האומה היא יישות שיש לה קיום גם אם אין מדינה.

יש הכרה באומות שיש להן קיום וצריך לאגד אותן יחד למדינה משותפת. האומה הייתה קיימת עוד לפני המדינה, המדינה מעלה אותה לרמה של התארגנות שיש לה גם שלטון מרכזי/ריבון וכו'. האומה גדולה מהמדינה.

איזה מודלים נופלים על תפיסה זו? השלישי והרביעי.

[אם היינו צריכים לעבור לאחד מהמודלים האחרים, [ישראל במודל 4] לאיזה מודל, כנראה היינו עוברים? למודל 3. יש אומה פלסטינית, יש אומה יהודית אם יש אפשרות לאחדם בפשרה – שלטון משותף. כדי שזה יעבוד, צריכה להיות רמה משותפת של שיתוף פעולה ביניהם].

נוסחאות ההתארגנות במדינת ישראל

1. מדינה מודרנית [אוניברסאלית] ביטחון

2. מדינה דמוקרטיה [אוניברסאלית] חירות

3. מדינה יהודית [פרטיקולרית]

השאלה, מה מהנוסחאות הנ"ל ניתן לשינוי ואיך משנים?

* נוסחה ראשונה – [מדינה מודרנית] - האם מישוה בישראל יכול לפרק את המדינה? אם האומה הייתה רוצה להתארגן מחדש, יכלה לעשות זאת ללא מדינה?

האומה לא יכולה לומר לאדם שאפשר לפרק ושיחזור ל"מצב הטבע". אם מפרקים את מדינת ישראל ולא מקימים יישות אחרת, זו הפרת הנאמנות של האומה לאדם – **לא אפשרי!** ה"מדינה המודרנית" תמיד תישאר, היא תחליף זהות לריבון. הריבון חייב להיות. תמיד צריכה להתקיים איזו מדינה/ריבונות כדי לא להחזיר אותנו ל"מצב הטבע".

* נוסחה שניה – [מדינה דמוקרטית] – דמוקרטיה לא סובלת נסיגה לאחור- מראש הגדרתה. אין שום סיכוי שזה יהיה חוקתי. למה עיונית אי אפשר לבטל את הדמוקרטיה? היא מבטיחה לאדם חירות וברגע שהאומה מחליפה את הנוסחה הדמוקרטית היא מחליפה את זהות האדם. **אי אפשר לבטל.**

מה הבסיס הלוגי לזה שלא ניתן לבטל את הדמוקרטיה. פרדוקס העבד האוטונומי [ג'ון סטיוארט מיל] ג'ון הוא אבי הליברליזם. אחד הערכים המרכזיים באידיאולוגיה הליברלית = חופש. האוטונומיה של הפרט. איך נשגשג כתברה, ניתן לכל פרט לממש את האוטונומיה שלו, לתכנן ולכוון את חייו, כל פרט ימקסם/ימצא את הפוטנציאל שגלום בו וכך אנו נשגשג כתברה. נגביל אותו כשהוא פוגע באחר.

"העבד" מגיע לשלטון הליברלי ואומר כי הם מאמינים בחירות, אני באופן חופשי/אוטונומי רוצה להיות "עבד", אני אוהב את "האדון" שלי. מה הסייג של הליברלי, כשאדם גורם נזק לאחר, אם אני משעבד את עצמי למישוה אחר, אני לא גורם נזק לאיש ועדיין החברה הליברלית אומרת לא. אדם לא יכול להפוך לעבד. כאן מתחיל הפרדוקס. נניח שהוא יגיע לבימ"ש הליברלי והשופטים שואלים אותו, למה לכבד את רצונו להיות עבד? התשובה תהיה שזה הרצון שלו, הבחירה שלו. ובכל זאת אתה מגיע עם האדון שלך, אתה לא ממש "חופשי" שומט את הקרקע תחת הטיעון שאתה חופשי.

ניקח את האומה הדמוקרטית. בדמוקרטיה אנו מקבלים הכרעות על פי העקרון שאנשים הם שווים וחופשיים, נקבל החלטה על פי כלל הכרעה. אם אנו חופשיים ושווים – אם רוב מאיתנו רוצים משהו באופן חופשי, ההגינות אומרת שזו תהיה ההכרעה. צריך לכבד את רצון הרוב.

סיטואציה חוקתית – הרוב רוצה לשעבד את עצמו למלך/דיקטטור. נניח במשאל עם 90% מצביע על שעבוד ליישות מסוימת. האם זה יהיה חוקתי? לא. נניח מגיעים לבימ"ש שוב, למה לכבד את משאל העם האמור? תשובת הרוב תהיה – אנו הרוב החופשי בדמוקרטיה וזו הכרעת הרוב. [כמו בדוג' עם העבד] השופטים יאמרו שוב אותו דבר, עצם זה שאתה כבר "משועבד" למלך אתה פוגע בחירותך.

כל הכרעת רוב לשעבד את עצמו היא הפרה של הנאמנות החוקתית לאדם – **לא חוקתי.**

* נוסחה שלישית – [מדינה יהודית] – תיאורטית זה אפשרי. לא יקרה משהו דרמטי לאדם. בהנחה שאפשר לעבור למודל 3 והוא יהיה יציב, הוא ישרוד אז האדם יהיה בטוח וחופשי תחת המודל האמור. **אפשר לשנות.**

השאלה כיצד ניתן לשנות את הנוסחה הפרטיקולרית ועל ידי מי? בדוג' של שני חוקי יסוד אפשריים :

חוק יסוד : ביטול חוק השבות [יהודים ייחשבו מהגרים ככל מהגר אחר]

חוק יסוד : הממשלה – [כהונה של 10 שנים לראש הממשלה ללא אפשרות להצבעת אי אמון בכנסת]

חוק היסוד הראשון – זה פוגע בנוסחה הפרטיקולרית של הלאום, מדינת ישראל שייכת גם ליהודי התפוצות. מי ששייך לאומה הוא בעל מאפיינים משותפים, לכן כל יהודי העולם, על פי המודל 4, שייכים לאומה. אם אני מבטל את חוק השבות, אני בעצם אומר כי העם היהודי מתפצל לשניים או יותר. היהודים בישראל [אומה אחת] והיהודים בעולם [שייכים לאותה דת אך לא לאותה אומה]. בנצרות זה לא עובד כמו ביהדות. פוגע במשהו מאוד מרכזי-תפיסת האומה. כל מי ששייך לאותה קבוצת לאום, חוק היסוד, יפגע בהם כי היהודים בעולם הם לא שייכים לאותה קבוצה. פוגעים ברעיון הפנימי של הנוסחה.

חוק היסוד השני – אין אף דמוקרטיה בעולם שמוכנה להשהות את האוטונומיה של האזרחים ל-10 שנים ללא אפשרות לשינוי באמצע.

הדוגמאות הן לחוק יסוד.

מי מחוקק חוקי יסוד בישראל? הכנסת. כלומר היא גם הרשות המחוקקת וגם הרשות המכוננת שמחוקקת נורמות חוקתיות [חוקי יסוד].

למה קראנו לה מכוננת משנית/נגזרת? ממה היא נגזרת? כי זו רשות של המדינה, היא אורגן של המדינה, היא חייבת בנאמנות חוקתית לאומה. זו רשות של המדינה, [במקרה שלנו היא גם רשות מחוקקת וגם מכוננת] היא משנית לאומה, היא נגזרת מההתארגנות של האומה, היא חייבת בנאמנות חוקתית לאומה.

מה יעשה בימ"ש הישראלי עם שני חוקי היסוד בדוג'? לא יסכים לשניהם.

כל רשויות המדינה הן רשויות שנגזרות מ"המפעל" המשותף של האומה. ללא ההתארגנות של האומה לא היו הרשויות. ב"מפעל" הזה יש מדינה מודרנית + דמוקרטיה + יהודית. כל רשויות המדינה חייבות נאמנות חוקתית לנוסחאות הנ"ל, [מודרנית+דמוקרטיה+יהודית]. חוק היסוד הראשון פוגע בתפיסה של האומה היהודית. סותר את הנוסחה של מדינה יהודית ולכן הוא מפר את הנאמנות של רשויות המדינה למפעל האומה = **לא חוקתי. פסול.**

סעיף 7(א) לחוק יסוד הכנסת אומר את הדבר הבא: מי ששולל את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, לא ייבחר לכנסת. ועדת הבחירות יש לה סמכות לפסול אותו מהבחירות.

[הנשיא ברק, בפס"ד טיבי, אומר שאם מפלגה תרוץ על ביטול חוק השבות, זו תהיה המטרה שלה, זה יהיה כתוב במצע שלה, צריך לפסול אותם. הם גם יפעלו לממש את התוכנית הם יפסלו לפי סעיף זה. בימ"ש חושב שאי אפשר לבטל זאת].

מה ההיגיון של הסעיף האמור? כי הכנסת היא אורגן של מדינת ישראל. הכנסת היא רשות מחוקקת ורשות מכוננת נגזרת. הכנסת על פי כל התפקידים היא נאמנה לאומה. אם לא תקבל את נוסחות ההתארגנות של האומה אתה לא יכול להיות חבר בגוף כזה.

אמרנו כי נוסחה פרטיקולרית ניתן לשנות – אזי יש כאן סתירה. יש אנשים באקדמיה שטוענים כי סעיף 7(א) לחוק הכנסת הוא לא חוקתי, כי אם אפשר לשנות נוסחה פרטיקולרית אזי מי שרוצה לשנות אותו פוסלים אותו וזה לא אפשרי.

איך אפשר לשלב את הסתירה? למה אנו פוסלים לפי סעיף זה? כי מדובר ב"שחקנים פוליטיים" שלא מכבדים את המעמד המוגבל של הכנסת. אותם שחקנים אומרים שהם יכנסו לכנסת ומתוכה הם ישנו, הסעיף אומר שהם לא יכולים לעשות כן כי הוא גוף שנאמן לאומה.

ובכל זאת איך אפשר לשנות? מקימים רשות חדשה – **רשות מכוננת ראשית/מקורית [תוקם בבחירות שהכנסת תסדיר בחוק]**. בקשר ישיר לאומה [באותה רמה] והיא אמורה לגבש טיוטה, להציע אותה לאומה וזו תאשר אותה במשאל עם. [אורגן של האומה]

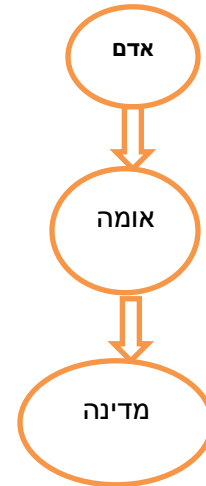
הנוסחה הפרטיקולרית תשונה [חוק השבות בדוג']. הנוסחה הדמוקרטית [כהונה של 10 שנים בדוג'] לא יכולה להשתנות.

איך ייראו משאלי העם? אמרנו שאומה יכולה להתארגן מחדש, משאלי העם יכולים להבטיח זאת. נניח שישראל רוצה לעבור ממודל 4 למודל 3. יהודי התפוצות בפנים, יש להם זכות הצבעה. האם משאל עם אחד לאמץ את טיוטת החוקה על מנת לעבור למודל 3 או שני משאלי עם.

איך מביאים את האומה להתארגן מחדש? לשיעור הבא.

=====

משפט ציבורי (4) – 16.3.18



תז' משיעור קודם, [לדוג']

חוק יסוד : ביטול חוק השבות [יהודים כמהגרים רגילים]

חוק יסוד : הממשלה [החדש] [קדנציה של 10 שנים לראש הממשלה ללא אפשרות החלפת הממשלה]

- רשות מכוננת ראשית/מקורית שתוקם היא ישירות מול האומה. היא תציע טיוטת חוקה.

איך יקימו את הגוף כאמור? בגלל שישראל היא דמוקרטיה, שלטון החוק, כלומר, אף גוף לא פועל מחוץ לחוק. לא יכולה לקום רשות כזו אם לא יהיה חוק שיקים אותה, מי הרשות המחוקקת במדינת ישראל היא הכנסת שאז רק היא יכולה לפעול להקמת גוף שכזה.

הכנסת צריכה לרצות חשיבה על נוסחה חדשה, אם הכנסת לא תרצה זאת אזי זה לא יקרה.

סעיף 7(א) לחוק יסוד הכנסת : אז איך הכנסת תרצה לשנות זאת?! כל "השחקנים הפוליטיים" צריכים לכבד את זה שהכנסת היא גוף מוגבל בסמכותו. שאז אי אפשר לרוץ לכנסת מתוך מטרה לבטל את המדינה היהודית מתוך הכנסת. צריך לקבל את כללי המשחק.

אבל אם אתה כגוף פוליטי, אומר, אני רוצה לשכנע את אזרחי מדינת ישראל שיש מודל יותר צודק ממדינה יהודית ואני מכבד את זה שמתוך הכנסת אסור לי לעשות זאת, צריך לאפשר לו להשתתף בבחירות ולעשות זאת כשהוא יכול לשכנע חשיבה מחודשת להקים גוף כזה [רשות מכוננת ראשית/מקורית]. אם יהיה רוב

בכנסת לחשיבה מחודשת, אז הכנסת תחוקק חוק להקים את הגוף כאמור. כשמחוקקים חוק להקים גוף כזה אזי צריך לחשוב לאיזו נוסחה אנו עוברים.

שאלה היפותטית. אם יחוקקו שני חוקי היסוד בדוג' מעלה.

אם עברו בכנסת, הם חוקתיים אזי נסמן את שניהם ב- V

או ששנים לא עוברים ונסמן אותם ב-X

מי שמכונן את שני חוקי היסוד היא הכנסת כרשות מכוננת משנית ונגזרת. היא חייבת בנאמנות חוקתית לאומה. היא חייבת לנוסחאות, מודרנית, דמוקרטית ויהודית. החוק הראשון לא נאמן ליהודים ולכן יסומן ב-X והשני לא נאמן לדמוקרטיה ולכן נסמן אותו ב-X

שני חוקי היסוד האמורים יפסלו בבג"ץ כי הכנסת חייבת בנאמנות לאומה, לקיים מדינה דמוקרטית יהודית ולכן שני החוקים האמורים סותרים את הדמוקרטיה ואת היהודית.

דוג' נוספת

טיוטת החוקה של רשות מכוננת ראשית/מקורית – לחוק היסוד הראשון

טיוטת החוקה של הרשות מכוננת ראשית/מקורית – לחוק היסוד השני

כנוסחה פרקטיקולרית נסמן V כנוסחה אוניברסלית נסמן X

שתי פירמידות של המשפט הציבורי :



פירמידת הנורמות

עקרונות היסוד הבלתי כתובים = עקרונות נגזרים מנוסחאות ההתארגנות של האומה.

האומה מייצרת עקרונות יסוד בלתי כתובים, מכל נוסחה נגזרים עקרונות. אם אנו רוצים לשמור על הנוסחה אני צריך לשמור על העקרון. כל נוסחה מייצרת נורמות שנגזרות ממנה. למה הם בלתי כתובים? אם הם היו כתובים אזי הם היו בתוך "חוקי היסוד" [בפירמידה]



בפירמידה יש היררכיה ברורה, כל שלב לא יכול לסתור את שעליו. [בשלב של חוקים ותקנות/צווים, בפירמידה]

סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות : לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק.

* לא צריך אמירה ברורה ומפורשת, זה נובע מהנוסחה עצמה. גם אם לא היה את הסעיף האמור, עדיין קנה לא יכולה לסתור חוק כי כך עובדת דמוקרטיה. חוק זה הרצון של נציגי העם ברשות המחוקקת הוא בהכרח עליון על מה שרוצה הרשות המבצעת.

האם החלטה מינהלית יכולה לסתור חוק? קל וחומר שאם תקנה לא יכולה לסתור חוק, אז ברור שהחלטה מינהלית, שהיא אפילו לא נורמה, לא יכולה לעמוד בסתירה לחוק שחוקק בכנסת. [היררכיה בפירמידה].

האם חוק יכול לסתור חוק יסוד? לפי הפירמידה התשובה היא לא.

עד 1995 [פס"ד בנק המזרחי] שם אמר בימ"ש שחוק יסוד הוא גם של הכנסת וגם של נציגי העם, אז למה שחוק יסוד יהיה מעל חוק רגיל. **המהפכה החוקתית** הכירה בזה כי חוקי יסוד הם של הכנסת כרשות מכוונת וזה רצון עליון על הרצון של המחוקקת. [בציר].

האם חוקי היסוד יכולים לסתור את חוקי היסוד הבלתי כתובים? פס"ד בר און ו-המרכז האקדמי. גם חוק יסוד הוא לא הנורמה העליונה. הנורמה העליונה הוא הרצון העמוק של האומה ולכן אם חוקי היסוד יפגעו ברצון העמוק של האומה לכוון מדינה יהודית ודמוקרטית [בדוג' בתחילת השיעור] אזי חוק היסוד ייפסל. הדוקטרינה - תיקון לחוקה שאינו חוקתי – מתקנים את החוקה, אבל התיקון עצמו הוא לא חוקתי. דוג' פס"ד המרכז האקדמי.

=====

תורת המשפט (5) – 23.03.18

להשלים.....

התנגשויות בתוך אותה קומה נורמטיבית

חוק X מול חוק Y

כשזה מגיע לבימ"ש הוא זה שיחליט איזו נורמה צריכה להחיל את המקרה שבא בפניו.

בימ"ש צריך להחליט מה הכנסת רצתה. מה שפיתח בימ"ש הוא כלל ברירת דינים [כלל פרשני] אם אני לא יודע מה הכנסת רוצה, אזי אפעל על פי הכלל האמור. לכלל זה יש הגיון.

1. מי הנורמה הספציפית יותר [היא הגוברת]? למחוקק הייתה נורמה כללית, הוא לא חשב על משהו ספציפי. לאחר מכן זה הרצון היותר מדויק של המחוקק ביחס לספציפי.

2. מי הנורמה המאוחרת יותר? למה להעדיף את המאוחרת? זה הרצון העדכני של המחוקק, הרצון האחרון של המחוקק. קודם אמר משהו אחד, עכשיו אומר משהו חדש ואת העדכני המחוקק רוצה.

חוק יסוד מול חוק יסוד

הסוגיה - פומביות הדיון בבימ"ש.

חוק יסוד : השפיטה, סעיף 3 "בימ"ש ידון בפומבי".

במודרנית - וויתרנו על עשיית צדק עצמי, העברנו את זה לריבון ואנו רוצים לראות שהוא מיישב את הסכסוכים בינינו ולא שרירותי שאנו ניוכח בעשיית הצדק של הריבון.

בדמוקרטיה - אם הדיון הוא נסתר, אז יכול להיות שבימ"ש משתף פעולה עם השלטון, לא עצמאים, פוגעים ביסודות דמוקרטים בלי שנשים לב ואנו רוצים שתהיה בקרה.

מול

חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו סעיף 7 "הזכות לפרטיות".

פס"ד פלונית, תלונה על הטרדה מינית בשירות המדינה. באיזה עקרון זה יכול לפגוע אם זה נדון בפומבי? התנגשות בתוך החוקה. מצד אחד הכל פתוח ומצד שני יש בעיה עם הפרטיות. המתלוננת ביקשה לפתוח דלתיים והשופט לא רצה.

* הגישה של השופטת דורנר [לא מתאימה לחוקה] – מה קורה כששתי נורמות, באותה מדרגה נפגשות? הולכים לכלל ברירת דינים. ואז נשאלת השאלה, מי הנורמה הספציפית יותר?

מה קורה בבימ"ש? פומבי – עוסק ספציפי בבימ"ש. פרטיות - עוסק ספציפי בכל תחומי החיים.

* דורנר מחילה את הנורמה הספציפית ולכן הפומביות גוברת וזה צריך להתנהל בדלתיים פתוחות. ברק מצטרף למסקנה בנימוק שונה. ברק אומר כי בחוקה הרבה פעמים נגיע למצבים של עקרונות מתנגשים.

* ברק אומר שלא צריך להעדיף עקרון אחד על האחר. כל העקרונות יחיו יחד בחוקה והאיזון בין העקרונות יתבצע ברמה "התת חוקתית", מתחת לחוקה = החלטת שופט. נבדוק את ההחלטה מול הפומביות שאותה הוא כרסם [עקרון שנפגע מהחלטת השופט].

העקרונות הבלתי כתובים הנגזרים מהנוסחאות

עקרונות נגזרים ממדינה מודרנית

1. הזכות שלא להיות חשוף להפעלת כח פרטי [פס"ד המרכז האקדמי – הפרשת בתי הכלא].

* בהפרדת בתי הכלא – הזכות שלא להיות חשוף להפעלת כח פרטית, [פס"ד המרכז האקדמי]. זהו העקרון הבלתי כתוב. בימ"ש הולך לחוקי היסוד. בימ"ש הבין כשמפקירים אדם להחלטות של חברה מסחרית, במצב הקשה ביותר של חייו, זו פגיעה בכבוד האדם.

הזכות לחירות, לכאורה אפשר היה לטעון מה זה משנה היכן יכלא. הזכות לחירות תיפגע. התשובה שלל בימ"ש היא שלא. יש הבדל יש בהחמרה של הפגיעה. באמנה חברתית הוסכם, שאדם מוותר על החירות והריבון יעניש על פי מערכות הצדק. אם הוסכם כי אתה הריבון, תפעיל את הכח, אתה תשפוט, אתה תעניש ואתה תכלא. אם זה בכלא של המדינה, השלילה של החירות היא לגיטימית אם זה בכלא פרטי, האדם לא הסכים, זו שליל חירות שהיא בלתי לגיטימית והחירות היא חריפה יותר.

2. הזכות לשוויון בפני החוק + הגנה שווה שלל הריבון

מי יכול להפעיל עלי כח במדינה מודרנית? אך ורק הריבון [משמר אזרחי-אין סמכות]

באמנה החברתית כל הנתונים מוותרים עבור הריבון. האם מישוהו מוותר יותר מהאחר? כולם מקריבים אותה הקרבה על החירות עבור הריבון ולכן התביעות שלהם ממנו הן שוות. הריבון חייב להגן על כולם במידה שווה והחיל את החוקים שלו על כולם במידה שווה.

בתי משפט תמיד מעדיפים את מה שכתוב על פני מה שלא כתוב.

* אין דמוקרטיה בלי שמירה על כבוד האדם, במקרה הזה זה יכל להיות עקרון בלתי כתוב.

* אין דמוקרטיה בלי ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון – יכל להיות עקרון בלתי כתוב, ברגע שהסמיכו את בג"ץ בחוק יסוד השפיטה אזי זה הפך להיות עקרון כתוב.

=====

עקרונות נגזרים ממדינה מודרנית

3. נגישות למערכת צדק הוגנת מטעם הריבון. לריבון יש מונופול על עשיית הצדק.

חייב להתקיים במדינה מודרנית. במצב הטבע, היינו עושים צדק – מישהו פגע בי, אני מחליט מהו הצדק ואני מוציא לפועל את משפט הצדק הפרטי שלי, כך היינו מתנהלים. במדינה המודרנית, יש רק צדק אחד והוא מטעם הריבון בלבד. הולך לריבון אומר פגעו בי, תחקרו ותיישמו את הצדק מטעם הריבון. כל סכסוך מגיע לריבון וחייבת להיות נגישות.

צריך להפריד בין סכסוכים בדיני ממון למשפט הפלילי. צדק/מטעם הריבון הוא בתחום הפלילי. בדיני ממונות לא בטוח שנגיע לריבון [הסכמה בין צדדים].

אם לא נאמין לריבון ולא נאמין לצדק שהריבון עושה אזי נתחיל לחפש מסלולים אלטרנטיביים שאז אנו חוזרים לסדר הפרטי=מצב הטבע. אנו רוצים שלציבור יהיה אמון במערכת הריבון ויגיעו לקבל את השירותים.

4. החופש מריבון חיצוני [לא יכולה להיות מרות של ריבון חיצוני כי אם רק מדינת ישראל]

לדוג' ישראל מגיעה לשלום עם הפלסטינים ובהסכם יש ויכוח מה עושים עם ההתנחלויות וממשלת ישראל מסכימה כי כוחות של האו"ם יהיו הריבון שם ולמשל חייל פיליפיני יגיע ויעשה סדר. האם זה חוקתי? האם הסכם כזה היה עובר? לא. באמנה החברתית שלנו הריבון הוא ממשלת ישראל ואנו הסכמנו שמי שיפעיל עלינו [הציבור/האזרחים] הוא הריבון שלנו בלבד שאז אם יגיע חייל פיליפיני לעשות סדר זה סותר את החופש מהריבון.

5. הגנה על הזכויות הטבעיות שאף אדם רציונלי לא היה מוותר באמנה החברתית [לרבות הגנה פיסית]

במצב הטבע הייתה לאדם את החירות אך הזכויות הבסיסיות לא היו מוגנות. כל התפקיד של הריבון הוא לשמור על הזכויות הטבעיות. לדוג' כדי להצטרף לאמנה או לעבור למדינה המודרנית צריך לוותר על הזכות לחיי משפחה ורק הריבון יקבע, אזי אף אדם לא היה חי עם ריבון שכזה.

באמנה החברתית כשקמה מדינת ישראל היא ערבה לבטחון כל אזרחיה. הריבון היה צריך לכפות על מי שלא בטריטוריה שלו, של הריבון, לחזור לטריטוריה של עצמו.

כל העקרונות הם לא מחולטים, תמיד אפשר לכרסם בעקרון אחד כדי להגן על עקרון אחר והשאלה האם האיזון הוא ראוי האם לאו. [דוג' איסור ילודה בסין מעבר לילד אחד, הוא מגן על החובה של הריבון להגן על בטחון הכלל בתזונה, דוג' שניתנה בכיתה].

עקרונות נגזרים ממדינה דמוקרטית

1. ריבונות העם –

דמוקרטיה היא ריבון העם ולכן העם הוא הריבון. איך נבטיח זאת?

א. בחירות תקופתיות חופשיות והגונות. לא השליט מחליט, המקור מגיע מהעם והמנגנון הוא בחירות. לא תתכן דמוקרטיה בלי בחירות שהן יהיו תוך תקופה סבירה, חופשיות והגונות. לכולם יש הזדמנות להשתתף והמנגנון הוא הוגן.

ב. החופש של האומה להתארגן מחדש. בחב' דמוקרטיה, כמו שהתארגנו פעם אחת, האומה יכולה להתארגן פעם שניה. אילו נוסחאות אי אפשר לשנות – אוניברסליות. את הפרטיקולריות כן אפשר לשנות. אם השליט היה אוסר מכל וכל התארגנות מחודשת, אז היינו שואלים האם העם הוא באמת ריבון?!

ג. חירויות פוליטיות: הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי והעיתונות, חופש ההתאגדות הפוליטית וכו'....

ד. כפיפות של הצבא לדרג המדיני. למה זה חייב להתקיים כדי שהעם יהיה הריבון? אם הצבא הוא הריבון אזי לא העם הוא הריבון. הדרג המדיני הוא נבחר העם, הדרג הצבאי חייב להיות כפוף לנבחר העם. הצבא לא עושה שום דבר בלי שנבחר העם מאשרים, [מבצעים אקוטיים, מלחמה וכו'].

2.

=====

משפט ציבורי (7) – 27.04.18

המשך - עקרונות נגזרים ממדינה דמוקרטית

2. גרעין של זכויות אדם

ראינו חירויות פוליטיות בסעיף 1 וכאן אנו מדברים על זכויות אדם באשר הוא אדם.

א. כבוד האדם. למדינה חובה להבטיח דיור בישראל, התופעה של "הומלס" היא בלתי חוקתית. יש חובה לדאוג לדיור. יש פסיקה של בימ"ש העליון בנושא. גם בטחון תזונתי כמובן.

ב. שוויון. אין דמוקרטיה בלי שוויון.

ג. חופש ממעצר שרירותי. [הזכות לחירות אישית] לא תהיה דמוקרטיה אם אפשר לעצור את מי שרוצים. אין דבר כזה אסירים פוליטיים. מי שלא עבר עבירות פליליות רגילות לא יושב בכלא [במדינת ישראל]. אין דבר כזה "יריב של השלטון" שישב בכלא [הסיפור בבורמא על היריבה הפוליטית שישה במעצר בית 20 שנה].

מעצר מינהלי – חוק שקודם ל-92' שמירת הדינים, כל מה שקדם ל-92' אי אפשר לפסול אותו. שמירת דינים הוא סעיף בחוקי היסוד הכתובים וזה אומר שאי אפשר לפסול חוק שקדם ל-92' על פי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

ד. זכות להליך פלילי הוגן.

ה. פרטיות. חי בפחד מתמיד, האזנות וכו'.

3. הפרדת רשויות

א. איזונים ובלמים הרשות השופטת מפקחת על המחוקק. הפרדת הרשויות אצלנו היא חלשה אבל עדיין יש הפרדה בין הפונקציות ואמורים להיות איזונים. איך הכנסת שומרת על הממשלה, היא צריכה לתת אמון. עבודת ועדות. חקיקה [מגביל מה הרשות המבצעת יכולה לעשות ומה לא]. עוד כלי לפיקוח של הכנסת על הרשות המבצעת, פס"ד המרכז האקדמי, [עקרונות יסוד בלתי כתובים] התקציב הדו שנתי. למה הוא מכשיר פיקוח של הכנסת על הממשלה? כי הממשלה לא יכולה להוציא כל סכום לכל מטרה, חייבת לקבל אישור בתקציב. הממשלה צריכה להגיע עם תכניות, [בריאות, צבא וכו'] הממשלה לא יכולה להוציא שקל ללא אישור הכנסת. בימ"ש אמר שעקרונית הוא יכול לפסול חוק יסוד אם הוא סותר את חוקי היסוד הבלתי כתובים, אסור לעשות יותר תקציב בחוק יסוד זמני, חייב להיות שנתיים במקום שנה, חוק יסוד כתוב. בימ"ש לא קבע שאם יהיה שינוי כזה, תקציב דו שנתי הוא בהכרח יסתור את חוק היסוד [פס"ד המרכז האקדמי]. אם היה מגיע חוק יסוד שאומר תקציב כל 4 שנים? שנתיים זה פוגע בפיקוח של הכנסת על הממשלה אבל עדיין לא דרמטי. פעם ב-4 שנים, [לא בטוח שהממשלה תכהן 4 שנים] זה מחליש את הפיקוח של הכנסת ואולי זו פגיעה בהפרדת הרשויות. סותר את עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

פסקת ההתגברות – גם חוק יסוד, תוצר של הרשות המכוננת, כפוף לרשות שיפוטית. [פס"ד המרכז האקדמי]. פסקת ההתגברות מדברת על התגברות ברוב של 61 ח"כ. בימ"ש חושב שחוק סותר את החוקה, בג"ץ דן בחוקיות של חוק והוא פוסל אותו/מבטל אותו. פסקת ההתגברות אומרת – הכנסת במצב כזה תוכל להחזיר את החוק ברוב של 61 ח"כ. ברק נשאל על פסקת ההתגברות והוא עקרונית נגד המהלך האמור, אבל אם אין ברירה אזי שתהיה התגברות ברוב של 70 ח"כ או ברוב אחר אבל שלא יהיה בקלות.

המערכת של איזונים ובלמים לא עובדת. מה שבימ"ש העליון פוסל הכנסת מחזירה וזה בעייתי. כל פסקת ההתגברות עצמה, ברוב של 61 יאמר בימ"ש כי זו פגיעה בהפרדת הרשויות.

חופש העיסוק היא זכות יותר שולית במדינה יהודית ודמוקרטית ואם מתגברים על חופש העיסוק זה לא תהיה פגיעה קשה בדמוקרטיה. כל דרישת סף למקצוע היא פגיעה בחופש העיסוק.

החוקה היא נורמה שצריך לכבד אותה. שלטון החוקה היא נורמה שהמחוקק חייב לכבד אותה. שני עקרונות שיכולים להיפגע מפסקת ההגבלה. המחוקק יכול להתגבר על מה שאומרת פסקת ההתגברות ויש גם פגיעה בשלטון החוק כי החוקה כבר לא שליטה, יש חוק שסותר את החוקה.

אופציה אחת שבימ"ש יפסול את פסקת ההתגברות ברוב של 61 ח"כ. אופציה אחת שיש את פסקת ההתגברות ובימ"ש מכבד אותה, אבל כשהכנסת תנסה להתגבר על עקרונות יסוד בלתי כתובים, פסקת ההתגברות היא נורמה כתובה.

* אי אפשר באמצעות נורמה כתובה ליצור שריון מפני עקרונות בלתי כתובים.

בימ"ש יכול גם לומר שהפגיעה בחוק היא כל כך עמוקה שהיא מהווה שינוי של חוק היסוד. נניח לעצור מישהו 5 שנים על סמך עבירה שהוא עשה ללא משפט, במקום להעמידו לדין פלילי, זה שינוי של חוק יסוד כבי' האדם וחירותו. החירות האישית היא לא מה היה פעם, ואז שינוי של חוק יסוד, הכנסת מנסה להתגבר, בימ"ש אומר שזו לא רק פגיעה בחוק היסוד כי אם שינוי, שאז צריך לעשות את השינוי בחוק חדש.

יש כאן שלוש תגובות נגד של בימ"ש: 1. לפסול את כל פסקת ההתגברות כתיקון לחוקה שאינו חוקתי. 2. לומר שהתגברת על חוק היסוד אבל לא על אלו שלא כתובים. 3. מה שנעשה פה בחוק, זה ממש שינוי של החוקה שאז צריך חוק יסוד חדש ולא בחוק רגיל.

4. שלטון החוק והחוקה

שלטון החוק הפורמלי = כל רשות כפופה לחוק [משפט מינהלי]

שלטון החוק המהותי = כל חוק כפוף לחוקה [משפט חוקתי]

שלטון החוק הפורמלי – הרעיון הוא שכל רשות שלטונית כפופה לחוק. השלטון לא יכול להיות מעל החוק. למה זה לא מספיק במדינה דמוקרטית. בימ"ש בודק אם פעלת לפי חוק באם לאו, למה זה לא מספיק? מה עם תוכן החוק. מי בודק את תוכן החוק? נניח שכולם כפופים לחוק והחוק אומר שאפשר לרכז את היהודים במחנה השמדה. אזי מה עוזר לנו החוק. אם התוכן הוא נורא! חייב מנגנון של ביקורת תוכן החוק וזה הרעיון של חוק שכפוף לחוקה. כל הרשויות פועלות על פי חוק. זה לא מספיק כי צריך להבין את תוכן החוק. כולם שומרים על החוק אבל אין דמוקרטיה בשל התוכן.

שלטון החוק המהותי – התוכן של החוק כפוף לחוקה. זה יכול להיות חוקה כתובה, זה יכול להיות עקרונות יסוד בלתי כתובים בכל מקרה תוכן החוק כפוף לביקורת.

* * שתי שיטות המשפט הנ"ל מרכיבות את המשפט הציבורי.

מה עושה פסקת ההתגברות? מנטרלת את הביקורת.

5. רשות שופטת עצמאית

איך נפעיל איזונים ובלמים. מי מפקח על מי? הרשות השופטת מפקחת על הרשות המחוקקת והמבצעת, אבל אם הרשות השופטת מונתה על ידי הפוליטיקאים איך אפשר שהרשות השופטת תפקח על המחוקקת?!

פסקת ההתגברות – היא מגבילה את האיזונים והבלמים, היא מאפשרת פחות פיקוח שיפוטי על תוכן החוקים אבל היא לא פוגעת ברשות השופטת. לעומת זאת הסיפור ששופטי בימ"ש העליון מגיעים פעם בשנה לחקירה בפני המחוקק על פסקי הדין שלהם, הם עומדים בפיקוח ישיר. זה פוגע בעצמאות שלהם מהפוליטיקה, ה יוצר פוליטיזציה על השפיטה.

מה קורה במדינה בה הרשות השופטת משרתת את השלטון ונבחרה על ידי השלטון? אזי יהיה אפשר "לתפור" תיק פלילי לכל מי שרוצים.

* יכולה להיות הפרדת רשויות אבל הרשות השופטת מונתה על ידי הרשות המחוקקת שאז הרשות השופטת לא ממש עצמאית.

* מי ישמור על השומרים? [מי ישמור/יפקח על השופטים] -הועדה למינוי שופטים יש לה יכולת פיקוח כי היא ממנה שופטים ויכולה לבטל מינוי שופטים. הביקורת על השופטים היא בעיקר במעגלים בהם הם חיים. ביקורת מערכת השיפוט עצמה, ערעור, זה מתמשך בביקורת הקהילה המשפטית, אקדמיה וזה ממשיך אל הציבור כולו. זה פוגע באמון הציבור וכו'. זה לא מערכת פיקוח אבל זה בהחלט משפיע.

- אם היה ריסון על המערכת השופטת זה היה פוגע בעצמאות של הרשות השופטת.

=====

משפט ציבורי (8) – 04.05.18

6. הישגים פוליטיים

איך משיגים הישגים פוליטיים בדמוקרטיה? יושגו בשיח ציבורי/בהשגת רוב – שלילת האלימות!! בחברה דמוקרטית יש שלילה מוחלטת של אלימות.

7. נכונות ליטול סיכונים ביטחוניים סבירים לשם הגנה על זכויות אדם

מאפיין דמוקרטי מרכזי. מהו סיכון סביר? כל חברה דמוקרטית קובעת לעצמה, לדוג' וודאות קרובה, הסתברות קרוב לוודאי שיש סכנה לביטחון המדינה או הסדר הציבורי לפני שפוגעים בזכויות אדם. למה לא נותנים ליהודים להתפלל בהר הבית לדוג' הרי יש כאן פגיעה בחופש הדת, אי אפשר מצד אחר להרשות זאת משיקול ביטחוני.

=====

חוק יסוד הלאום [דיון] ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

חוק יסוד : ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

דוג' של לכתוב את העקרונות של נוסחה.

[עונה על המודל הרביעי] - מודל לאומיות לישראל – מדינת לאום אתנו-תרבותית. מדינה יהודית אבל הרבה גוונים של תרבויות. [גם צרפת היא מדינת לאום, אך הלאום שם הוא אזרחי, כלל האזרחים מהווים אומה] ישראל – הלאום היא קבוצה אתנו-תרבותית.

הייתה ביקורת שנשמעה בשיח הציבורי שחוק זה עוסק במדינה יהודית, אחת הביקורות הייתה שיש הפרת האיזון בין הדמוקרטיה יהודית, לא מדגיש את זה שיש שוויון ודמוקרטיה. עם כל הכבוד למשמיעי הביקורת, אין לה בסיס. בלי קשר לחוק היסוד הזה, כל חוקי היסוד הדגישו עקרונות דמוקרטיים [חוק יסוד הכנסת, בחירות דמוקרטיות, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וכו' וכו'] וזה חוק יסוד ראשון שמדבר על עקרונות שנגזרים ממדינה יהודית ולכן זה לא מטה את האיזון וזה פשוט עוד שלב ב"מפעל" של חוקי היסוד.

* לצורך הדיון – נניח שיש סעיף בעייתי והוא התיישבות יהודית. היפוך פס"ד קעדאן [פס"ד שעוסק בישוב קציר, סרב להכניס את משפ' קעדאן לישוב. ועדת קבלה. לוועדות האלו אז [בזמנו] לא היה שום מעמד ורק למינהל מקרקעי ישראל, ולזה היה אסור להפלות. בפס"ד שם נקבע שאסור להפלות על בסיס לאום בדמוקרטיה. גם לישוב ערבי אסור להפלות יהודים שמגיעים לחיות שם. הכנסת חוקה חוק ישובים קטנים המסמך את וועדות הקבלה אך אוסר על בחירה על פי הפליה/לאום].

אם בחוק יסוד הלאום, בסוף הליך החקיקה יהיה סעיף שאומר שניתן להקים ישוב יהודי בלבד ללא כניסה של אזרחים ערביים לישוב, בניגוד לפס"ד קעדאן, הוא יכול לעורר חוקתית.

ביחידה המתקשבת – האם ישוב יהודי יכול לקבוע בתקנות שהישוב יישאר יהודי שכולם רשאים להיכנס אך על בסיס תנאי הצטרפות.... [כמו למשל, כספי ועד הישוב מיועדים לבניית בית כנסת, חגים יהודיים וכו'] האם

זה נוגד את החוקה או שיכול לעמוד במבחני החוקה? זה איזון בין יהודית ודמוקרטית. זה קצת פוגע בשוויון כי אותם מצטרפים לא יוכלו לחגוג את חגיגה, לא יוכלו להקים מסגד/כנסיה וכו'.

** האם ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד? האם ניתן לפסול סעיף בחוק יסוד? כבר דיברנו על כך שכן ניתן לעשות זאת. דיברנו על הפירמדה [עקרונות היסוד הבלתי כתובים].

* במידה ונמצא שם [בחקיקת החוק החדש - חוק יסוד הלאום] סעיף בעייתי?

יש הכרה בפסיקה בביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, [פס"ד המרכז האקדמי, התקציב הדו-שנתי]. באותו דיון בימ"ש הכיר באפשרות לפסול חוק יסוד והסיבה היא בגלל הזמניות, 5 פעמים חוקקו אותו כהוראת שעה ולא בשל תוכנו. ככל שאנו עוברים מתקציב כל שנה, לכל שנתיים ויותר, נפגע עקרון הפרדת הרשויות והאיזונים והבלמים בין הכנסת לממשלה. התקציב הוא הכלי בו הכנסת מפקחת על הממשלה. כל שנתיים זה עדיין סביר, [לשיטת המרצה] אם היה תקציב כל 4 שנים, סביר להניח שבימ"ש היה פוסל אותו כי החלשנו מידי את הפיקוח של הכנסת על הממשלה, פגענו בהפרדת הרשויות.

יש הכרה עקרונית. איך פורטים זאת מבחינה משפטית?

- הדוקטרינה של "עקרונות היסוד הבלתי כתובים".

- הדוקטרינה של "התיקון לחוקה שאינו חוקתי".

כבר ראינו שתי דוג' לחוקי יסוד שהיו נפסלים: 1. חוק יסוד ביטול חוק השבות 2. הארכת חוק יסוד הממשלה החדש, שמאריך כהונה ל-10 שנים. דוג' 3, תקציב כל 4 שנים. 4. חוק יסוד הלאום [במידה ויהיה בו סעיף, בסוף הליך החקיקה, שמאפשר להפלות בכניסה לישובים יהודיים]. דוג' 5 – פסקת התגברות ברוב של 61 ח"כ.

הדוקטרינה הראשונה – "עקרונות היסוד הבלתי כתובים" - ראינו אותה בפירמידת הנורמות.

חוק יסוד כתוב, זה הרצון של הרשות המכוננת משנית, נגזרת. חוק יסוד כתוב מבטא את הרצון של הכנסת כרשות מכוננת נגזרת. מה זה עקרון יסוד בלתי כתוב, הוא משקף את הרצון העמוק של האומה. [מעל פירמידת הנורמות, בענן]. מי גובר חוק יסוד כתוב או חוק יסוד הבלתי כתוב? הבלתי כתוב גובר. אפשר לכרסם בו אך אם הכרסום עמוק מידי אזי אפשר לפסול.

הדוקטרינה השניה – "התיקון לחוקה שאינו חוקתי".

הרעיון בתיקון לחוקה, הוא במילה "תיקון" מה אני רוצה להשיג כשאני רוצה לתקן את החוקה? לשפר אותה, להפוך אותה ליותר תואמת לנוסחאות האומה. זו לא סמכות להרוס אותה, את המבנה הבסיסי שלה.

למה זו דוקטרינה שיותר קל להשתמש בה? בראשונה אנו צריכים להוכיח עקרונות יסוד בלתי כתובים ובימ"ש לא אוהב זאת. בזו אנו הולכים על המבנה של החוקה הכתובה. יש חוקי יסוד והם הוכרו כחוקה של מדינת ישראל.

האם התיקון החדש, משפר ומשכלל את החוקה או הורס אותה מבפנים?

חוק יסוד ביטול חוק השבות – דוג' 1. – הורס מבפנים. מפעל חוקי היסוד המפעל החוקתי נועד לעגן את הנוסחאות מדינה יהודית ודמוקרטית וחוק השבות הוא הלב של הנוסחה של מדינה יהודית, אז אם אתה בחוק יסוד פוגע בליבה זו אזי אתה לא משפר לא החוק כי אם הורס אותה מבפנים. שאז אפשר להגדיר זאת כתיקון לחוקה שהוא לא חוקתי.

דוג' 2 – הארכת כהונת ראש ממשלה - פוגע בעקרון הדמוקרטיה. אם השליט שולט 10 שנים והעם לא יכול להפילו אזי נפגעת ריבונות העם שמבוססת על בחירות תקופתיות תוך תקופה סבירה. זה הור את המבנה הדמוקרטי של החוקה. בגץ יפסול אותו.

דוג' 3 – תקציב כל 4 שנים - פוגע בהפרדת הרשויות. תיקון לחוקה שהורס את הפיקוח של הכנסת על הממשלה. תקציב דו שנתי עוד סביר אזי עוד יעבור.

דוג' 4 – חוק יסוד הלאום - תיקון שהורס את התשתית הדמוקרטית של מדינת ישראל. לא יכול להיות שיפלו על בסיס לאום לכניסה לישוב, זה מזכיר מקומות שאנו לא רוצים להגיע לשם.

דוג' 5 – פסקת ההתגברות – אפשר למחוק את כל מה שכתוב ולהישאר את מה שלא כתוב. לא פוגעת בעקרונות היסוד הבלתי כתובים. היא הורסת את "המפעל" הכתוב.

ברגע שהכנסת הלכה למפעל חוקי היסוד, בימ"ש הכיר בזה להפוך את הבלתי כתוב לכתוב. פסקת ההתגברות אומרת שכל מה שכתוב בחוקה אפשר לצפצף על זה. זה תיקון לחוקה, שהורס את המבנה הזה שנוצר, את המבנה החוקתי שנוצר [חוקי היסוד].

=====

משפט ציבורי (9) – 11.05.18

חזקה פרשנית (חזקה החוקתיות)

בית המשפט מעצב חזקות פרשניות שמאפשרות לו לפרש את החוק.

1. חזקה שכל חוק מתאים לחוקי היסוד ואינו מכרסם בהם באופן המצדיק את פסילתו – יחס של כבוד לכנסת מה שהיא מחוקקת זה חוקי. – לכאורה זה לא תקף לחוק יסוד אבל מקל וחומר זה גם על חוק יסוד ולכן:
2. חזקה שכל חוק יסוד מתיישב עם עקרונות היסוד הבלתי כתובים ואינו מכרסם בהם באופן המצדיק פסילה.

באם אפשר לפרש בשתי דרכים. אחת שמתיישבת והשניה שלא מסתדרת עם עקרונות היסוד בשל החזקה יפרש בית המשפט בדרך שמתיישבת.

חוק מדינת ישראל כחוק הלאום.

4א. עברית היא שפת המדינה –

במודל הלאומיות אזרחית רפבליקני – צרפת וטורקיה יכפו שם שפה אחת בכל דרך.

לאומיות אזרחית רב תרבותי- יש שפה לאומית ויש מעמד לשפות המקומיות כמעמד מיוחד.

מדינה דו לאומית – כל חלק יהיה לו מעמד של שפה לאומית. – בלגיה אז שתי שפות.

מדינה לקבוצת מודל הלאום – תהיה שפה אחת.

ולכן סעיף 4 אינו סותר את המודל. ואפילו ניתן לה מעמד מיוחד. 4ג בלי לפגוע.

סעיף 7 עוסק בתרבות מורשת והתיישבות.

א'. כל תושב ישראלי ללא דת ולאום זכאי לשמר את המורשת שלו

האם ניתן להקים בית ספר רוסי? - כל הוראה לא מתקיימת עם הנוסחה אנחנו רוצים לאחד עם כולם לתרבות אחת ולכן יהיו כאלו שיגידו שזה לא חוקתי. זה סותר את התפיסה של מדינת יהודיות.

ב'. להקים קהילה נפרדת.

פרשנות ראשונה - עד היום הקימו קהילות נפרדות וכך נהגו ולכן מותר להקים אבל אסור להפלות בכניסה בישוב.

פרשנות שניה – הכניסו את זה להפוך את קהדן – הערכתו של פרשנות א' תישאר ואילו פרשנות ב' מנוגדת לבית המשפט העליון שאומרת שאסור להפלות – הוא יפרש בצורה שתואמת עם החוקה ולכן זה חוקתי.

לסיכום – כל מה שמספרים כנגד חוק יסוד הלאום

עקרונות נגזרים ממדינה יהודית : (פס"ד ברק בפסק טיבי)

1. זיקה ליהדות התפוצות
 - מודל לאומיות הרביעי- מדינת לאום של כל העם היהודי בעולם (מטרת העל – איחוד כל הזרמים ביהדות ללאום משותף)
2. במדינה יהודית יש רוב יהודי - לדעת שרון זה לא עיקרון אלא משהוא שמסייע.
3. עברית היא שפתה הרשמית המרכזית – חלק מעיצוב המרחב הציבורי באופן היוצר לכידות בין כל הזרמים בעם היהודי
4. עיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי – חלק מעיצוב....
5. מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית – חלק מעיצוב
6. חשין התנועה לאיכות השלטון בגיוס בני ישיבות – צה"ל כצבא מגן של העם היהודי - חשין הציע לפסול חוק כיוון שזה נגד חוק בלתי כתוב.

מציע שני עקרונות – הראשון מדינה דמוקרטית זה שיויון – זה שאנשים לא הולכים לצבא זה מונע דמוקרטי? שרוב שומר על המיעוט זה סופר דמוקרטי. לדעתו של שרון מתנגד להחלטה של חשין העיקרון השני זה צה"ל כצבא מגן של העם היהודי – ולכן אי הגיוס פוגע בעיקרון אבל לדעת שרון יש עיקרון כזה אבל חוק טל לא פוגע בעיקרון כיוון שזה מדיניות של צה"ל.

=====

המשך משיעור קודם

עקרונות נגזרים ממדינה יהודית

6. צה"ל כצבא המגן של המדינה היהודית. פס"ד התנועה לאיכות השלטון [חשין] סתירה לעקרון השוויון ועל עקרון שצה"ל יש לו משמעות כצבא מגן של העם היהודי, כחלק מהנגזרת של מדינה יהודית. שתי ההצעות של חשין לא משכנעות [לשיטת המרצה] הרוב רואה את הצרכים של המיעוט והקשיים שלו, מתחשב בו ונותן לו פריבילגיה. זה סיימן לדמוקרטיה מתפקדת. [אי עריצות הרוב].
האם הפטור לקהילה החרדית מאיים על העקרון האמור? העקרון נכון היישום אינו נכון.

7. שלילת אוטונומיה נרחבת מזרם ביהדות. פס"ד רובינשטיין [לימודי הליבה, על יסודין]. הכנסת חוקקה חוק שמאפשר לפטור מוסדות ללימוד לימודי ליבה. הייתה מחלוקת בבימ"ש והרוב פסק שלא צריך לפסול את החוק האמור, לא כופים על הנער החרדי מוסד ללימודי מקצועות הליבה, יש להם את האפשרות לבחור. אנגלית ומתמטיקה, היא בחירה של הפרט, אם המשפחה לא רוצה ויש לה אופציה אחרת=חיים עם זה בשלום. ההורים והילד יבחרו מה שהם רוצים [לגישת המרצה]. ערים חרדיות – המרחב הציבורי אמור לשקף את הזהות והמורשת של העם היהודי על כל זרמיו. מה בעצם אמור להיות הדגם שאמור לעבוד במדינה יהודית? מרחב ציבורי שותף לכל היהודים, כולם חולקים אותו מרגישים בו נח והוא מאחד אותם יחד. אם אתה מקים עיר חרדית, אתה מקונן מרחב ציבורי, שהוא לא משותף לכולם, לא כולם מוזמנים להתגורר בו. לא מתיישב עם הרעיונות והמטרות.

.8

מודל לאומיות [4]	מודל לאומיות [1]
מדינת הלאום האתנו-תרבותית.	לאומיות אזרחית רפובליקנית [צרפת, טורקיה]
מטרת העל-איחוד כלל הזרמים ביהדות ללאום משותף.	מטרת העל – איחוד כלל האזרחים ללאום משותף.
שלילת ההכרה באוטונומיה לזרם ביהדות. [החב' החרדית בעצם, אומרת, מצד אחד תנו לנו להיפרד ומצד שני, תנו לנו את כל הזכויות של האזרחים במדינה]. [לשיטת המרצה, זה סותר את הנוסחה]. במדינה דמוקרטית אתה לא יכול לכפות. מידה מסוימת של אוטונומיה תהיה, אבל המדינה לא	אי הכרה במיעוטים לאומיים ודחיית התביעה לאוטונומיה תרבותית של קב'. [התעלמות מזהות של קב' לאום].

<p>יכולה לפעול להעמקת האוטונומיה של ההיפרדות של הזרם החרדי מכלל ישראל. [אי אפשר לחיות עם פטור גורף לשיטת המרצה].</p>	
<p>[פס"ד רובינשטיין] הכלי – ללמד אותם על הערכים המשותפים שלהם. התוכן במערכת החינוך הוא שיעור אזרחות. חובה ללמד בכל מוסד. אם המדינה מפקירה גם את התחום הזה אזי היא "הרימה ידיים". שיעורי אזרחות=איך חיים במשותף במדינה יהודית דמוקרטית.</p>	

9. הכרה באוטונומיה תרבותית ובזכויות הקבוצתיות של המיעוטים הלאומיים בישראל. [פס"ד עדאלה תרגום שלטים] – אפשר לגזור את זכויות המיעוט ממדינה דמוקרטית אך יותר נכון לגזור זאת יותר ממדינה יהודית. אנו מדברים על זכויות תרבותיות של המיעוט. לגישת המרצה, עקרון יסוד בלתי כתוב. למה? הצרפתים יכולים לומר שהם לא מכירים בקב/בזכויות קבוצתיות ובאוטונומיה צרפתית. כי הם מאחדים את כלל האזרחים ללאום משותף. [אין פגיעה באף אזרח, מאחד את כולם תחת זהות משותפת] במודל 4 אי אפשר לעשות זאת. מי שלא יהודי אין לו זכויות. זה לא כך. או שאתה מאחד את כלל האזרחים וכולם נהנים משוויון, או שאתה מאחד את כולם לקבוצה ומכירים בכל קבוצה ובזכויותיה. זה נגזר דווקא ממדינה יהודית. העובדה שהיא מדינה יהודית מחייבת הכרה בקבוצות המיעוט. הדבר הזה הוכר חלקית מאוד בפס"ד עדאלה, תרגום שלטים. חלק מהשופטים התבססו על מעמד השפה הערבית כשפה רשמית. מה שנקבע שם ברוב, שבערים מעורבות, ששם יש מספרים גדולים של חברי המיעוט הלאומי, השלטים בעיר צריכים לתת ביטוי גם בשפת המיעוט.

10. "יחס שווה של דאגה וכבוד" לכל הזרמים ביהדות. [מונח מהפילוסופיה הפוליטית].

מעמד הרפורמים והקונסרבטיבים –

מה קורה כשמדינת ישראל נוקטת במהלכים שגורמים לניכור של זרמים ביהדות? הזרם הרפורמי הוא מאוד קטן בישראל אבל בארה"ב הוא עצום, גם שם נמצא הכח הכלכלי.

מתווה הכותל – אתר מורשת לאומי. המדינה צריכה לחשוב איך היא מנגישה אותו ומזמינה אותו לכל הזרמים ביהדות. האם כשהמדינה מעדיפה את הרגישות של זרם אחד על הזרמים האחרים, היא מפרה את העקרון? כנראה שכן, לפי גישת המרצה.

שאלה לדוג' למבחן: מדינת ישראל משנה את חוק השבות כך שרק יהודים בחו"ל שבאורח החיים שלהם שומרי תורה ומצווה יהנו מחוק השבות ואם לא מקיימים תורה ומצווה לא יהנו מחוק השבות?

זה אומר משהו כמו שמי שלא מקיים תורה ומצוות הוא לא יהודי. זה מפרק את הפרויקט המדינה היהודית.
של איחוד כל הזרמים ביהדות כולל הזרם שלא שומר מצוות ותורה.

=====

המהפכה החוקתית [פס"ד בנק מזרחי]

בכל חוקה יש פסקה שמצהירה שהחוקה היא עליונה, פסקה זו מכונה "פסקת עליונות מפורשת" ויש לה מרכיבים:

- החוקה היא הנורמה העליונה במדינה/חברה.
- כל נורמה אחרת הסותרת את החוקה, חסרת תוקף. [משתמע מסעיף קודם].
- ביהמ"ש מוסמך להצהיר על בטלותה של נורמה העומדת בסתירה לחוקה.

החוקה מצהירה על העליונות הנורמטיבית של החוקה, מזה נובע כי נורמות אחרות לא יכולות לעמוד בסתירה לחוקה, מזה נובע שאם מישהו בא לפרש [בדרך כלל בימ"ש הוא הפרשן של הנורמות במדינה] והוא רואה כי נורמה אחת היא העליונה והאחרת סותרת אותה והיא נחותה יותר, ברור שבימ"ש הוא המוסמך לבטל ולתת את העליונות לחוקה. סעיפים 2 ו-3 נובעים מסעיף 1.

אם סעיף זה היה בחוקי היסוד, אזי לא היה ויכוח אם יש חוקה אם לאו.

מה שאין בחוקי היסוד – "פסקת עליונות מפורשת"

* עד 92' חיינו ב"תרדמת" משפטית שאמרה שחוקי היסוד הם כמו חוק רגיל, לא חשבנו שהם חוקה, משהו השתנה בשנת 92' שהתחיל בכנסת והמשיך בבימ"ש העליון, פס"ד בנק המזרחי.

הכנסת חוקקה שני חוקי יסוד: חוק יסוד כב' האדם וחירותו + חופש העיסוק, אין להם פסקת עליונות. הם נראים כמו חוקה, מתהלכים כמו חוקה, עושים קולות של חוקה, שאז הם חוקה.

אם יש בחברה מסוימת חוקה מישהו צריך לאכוף את העליונות הזו, [את המסמך האמור]. הגוף שנותן את העליונות לחוקה הוא בימ"ש וכך זה בכל המדינות שיש בהן חוקה, כמעט בכל מדינות העולם.

מה יש בישראל?

בשנת 92' חוקי היסוד, בימ"ש הבין את חוקי היסוד כחוקה. יש אינדיקציות לעליונות נורמטיבית.

מהן האינדיקציות?

1. פסקת ההגבלה

=====

משפט ציבורי (11) – 25.05.18

999