

שולחן עגול בנושא: חוק יסוד חופש העיסוק

15 בפברואר 1994

ד' באדר תשנ"ד

מנחה: ד"ר אריק כרמון

משתתפים (לפי סדר א'-ב'):

ד"ר דן אבנון

פרופ' ירון אזרחי

יואב אילון

פרופ' שלום אלבק

שולמית אלוני

פרופ' רות גביזון

עו"ד שלמה גוברמן

אלה גרא

ח"כ יוסי כץ

ח"כ יצחק לוי

דוידה מסר

עופר פינשטיין

ח"כ דדי צוקר

פרופ' מרדכי קרמניצר

עו"ד יהודית קרפ

אריק כרמון: מיד לאחר הדיון הראשון שנערך בנושא בממשלה העלתה שולמית אלוני את היוזמה לערב הזה. ומבחינה מסוימת תזמונו של הדיון מעולה, ומבחינה אחרת - גרוע: רבים מאלה שהיו מעוניינים להשתתף בדיון נמצאים עכשיו בכנסת וממתינים לתורם לנאום. כך או כך, הפורום הזה יכול לתרום את תרומתו הצנועה, ברמה עקרונית ולא פוליטית, לדיון החשוב.

אפתח בהגדרה לכמה שאלות, כפי שרואה אותן לא המשפטן, אלא ה-*scientist political* שאצבעו מונחת על דופק התהליך הקונסטיטוציוני, והוא חרד, כמו עמיתו, למוסדות הדמוקרטיים. אנו חיים במציאות מיוחדת במינה: מזה 45 שנים הכנסת היא גם אסיפה מכוננת וגם אסיפה מחוקקת, ומבחינת התהליך הקונסטיטוציוני צועדת האסיפה המכוננת הזאת במשעול מסובך ומפותל מאוד. הסיבה העיקרית לכך היא אופייה של החברה - חברה מקוטבת ובה דעות מדעות שונות וערכים מתנגשים, ובייחוד בנוגע למתח בין דמוקרטיה ויהדות. אציג, אם כן, שלוש שאלות: ראשית, אנו עומדים כיום בעיצומו של תהליך החקיקה של מגילת זכויות האדם. לפני כשנתיים התקבלה ההחלטה האסטרטגית להעביר את מגילת הזכויות לא כמקשה אחת, אלא מפורקת ומפוררת, ואני רואה בכך ביטוי למציאות פוליטית מסוימת. שוחרי התהליך הקונסטיטוציוני והדמוקרטיה בישראל מבינים את הסיבות לכך, שאחת העיקריות בהן היא הרצון הכן והאמיתי להגיע ככל האפשר לקונסנזוס, וברור לכול כי במקרה זה המצוין הוא אויבו של הטוב. נעשה ניסיון להשיג את הטוב על חשבון הטוב ביותר, ועל רקע זה, ומכיוון שהכנסת היא אסיפה מכוננת והתהליך אטי כל כך, נשאלת השאלה מהי משמעותו של תיקון בחוק יסוד שכבר נחקק? באיזו מידה פוגעים בתהליך הקונסטיטוציוני החזרה לאחור והניסיון לברר את חוק היסוד? האם הפגיעה היא חלק אינטגרלי מן הברור? שנית, באיזו מידה היתה ההחלטה האסטרטגית לפרק את תהליך החקיקה של מגילת זכויות האדם החלטה נבונה? אולי כדאי לחכות? אולי כדאי להגיש את הכול כמקשה אחת? שלישית, באיזו מידה צריך הרוב - שנטל על עצמו את הברור היסודי עם המיעוט (המיעוט הדתי במקרה זה), ורוצה ליישב בין ערכים מנוגדים - להתחשב בצרכים שלא ראה קודם לכן? אני מציע שננסה להותיר את הדיון ברמה העקרונית, ולא ניכנס אל הסוגיות הפוליטיות. כולנו יודעים מהן הסוגיות הפוליטיות, מהם צרכיה של הקואליציה, ואיני יודע אם נוכל לתרום משהו מבחינה זו. הדיון שלנו אינו אמור לגעת, ואני מציע שאף לא יגע, בשאלה שהתעוררה סביב מכתבו של השופט אהרן ברק. אין זו הסוגיה העומדת בפנינו הערב.

שולמית אלוני: איני מסכימה כי המצוין הוא אויבו של הטוב, וכי לכן עלינו להסתפק בטוב. כבר מזמן ירדנו מדרגת המצוין אל הטוב, ואף למטה מזה. אנו ניצבים מול דספוטיות של מיעוט. בנוגע למתח בין דמוקרטיה ויהדות, איני מקבלת את הביטוי, שכן אם אמנם שורר מתח, ואנו אומרים שמדינת ישראל דמוקרטית-יהודית או יהודית-דמוקרטית, פירוש הדבר שבמושג "יהודית" קבענו לא את האזרחות ולא את המהות הציונית האתנית, אלא את המהות האורתודוקסית. עם המתח הזה יקשה עלינו לחיות, ומכך אני מוטרדת ביותר. המושג "יהודית-דמוקרטית", מרגע שהוכנס, מצמצם את האלמנט הדמוקרטי למען האלמנט היהודי. ואם נוסיף לזה טיעונים מעין אלה - אבל לא רק החרדים רוצים את זה, אלא גם במפלגת העבודה יש שאוכלים כשר בלבד - "נעלה על מסלול הדספוטיות של הרוב:

לרוב מותר להכתיב. הרי איש אינו אומר כי אם יש יבוא של בשר לא כשר, אסור לאכול בשר כשר; אנחנו אומרים כי אם הרוב לא ירצה בשר לא כשר, איש לא יבא אותו. כאן משחקים חוקי השוק: אין עונשים, אין חובה, והכול מסומן. הדגשתי את המושג "דמוקרטי-יהודית", "מכיוון שהתנגדתי לפירוק חוק יסוד זכויות האדם, ובכל התהליכים שבהם עסקנו התנגדתי בתוקף להכנסת ההגדרה של מהות המדינה לחוק יסוד זכויות האדם. לצורך זה יהיה בוודאי חוק יסוד המדינה, שיכלול את המטבע ואת הדגל ואת הסמל, ואילו כאשר מדובר בזכויות אדם, אין מקום להגדרות מסוג זה. בחוק העוסק בזכויות האדם יש לקבוע את הערכים האנושיים שבהם אנו דנים, ובייחוד את ההגנה על היחיד מפני השלטון ומפני הדספוטיות של הרוב.

כשראינו שחוק יסוד זכויות האדם אינו עובר, ניגשתי אל שופטי בית המשפט העליון, שאלתי והבאתי את ספקותי. הם ניסו להסביר לי את הדברים מתוך עמדתם - המצוין הוא אויבו של הטוב - והסכמתי לניסוח הזה, אבל כיום יש לי ספקות, והם הולכים ורבים. אם בהגדרה יש מתח בין יהודית ודמוקרטי, הסיבה לשינוי חוק יסוד זכויות האדם לא תהיה הבטחת חירויות האדם הדתי - ועליהן יש אמנם להגן - אלא כפיית הנורמות הדתיות על הציבור שאינו רוצה בכך. אם מדינה דמוקרטית מבטיחה את זכויות האדם, מה זה משנה אם היא יהודית-דמוקרטית? זאולי ההגדרה נחוצה כדי לספק צידוק להכניס בדלת אחורית לא את העניינים שהוכנסו כעת, אלא אין-סוף עניינים אחרים? כשהחל הדיון התנגדתי בתוקף לתוספת הזאת. אם קבענו שהפרקים האלה יהיו יחידה אחת, אז בסעיף הפותח כבר ישנה ה"יהודית-דמוקרטית". "ואולם, לא צירפנו את הסעיף הפותח, כי זוהי הצהרה נורמטיבית. ההגדרה" יהודית-דמוקרטית "הוכנסה לחופש העיסוק כדי לפתוח פתח לעניינים אחרים, כפי שאמר לי שר המשפטים בזעמו": לי יש סנטימנטים יהודיים..."

ייתכן שבית המשפט ישתמש בחוק כמו שהוא מנוסח כיום, מטעמים של טובת הכלל": מתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל. "בית המשפט אינו יושב בשמים, ויש כאן שיקול, וצריך לבדוק מהי תכלית ראויה ומהם טעמים של טובת הכלל, ומדוע שלא יעשה זאת בית משפט? אין לנו חוק יסוד זכויות האדם, מכיוון שרצו להוסיף לו סעיף הקובע כי המדינה היא יהודית, ואפליה הנובעת מיהודיותה אינה נחשבת לאפליה. הכניסו את ה"יהודית-דמוקרטית", "והוציאו את הסעיף המרכזי בחוקי יסוד של זכויות האדם - סעיף של אי אפליה על בסיס מוצא, גזע, דת, וכדומה; וכעת רוצים לצרף את הסעיף של" יהודית-דמוקרטית "לחוק הנוגע לעיסוק, ואי אפשר להתחמק ממנו. אני מעדיפה לבטל את החוק ולא לשנותו. כיום מתרכזת הממשלה בנושא השלום, ומוכנה (תאמינו לי) להקריב למענו ערכים רבים בתחום סדרי השלטון והמשפט. בקונסטלציה כזאת, ולנוכח הצרכים האלה, מוטב לבטל את החוק ולא לשנותו. התיקון יצור אשליה שיש לנו חוק, ולמעשה נספק את הכלים, בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה, לרוקן אותו מכל תוכן. ולכן, אני מעדיפה לוותר על החוק ולחזור אל המתכונת שעליה עבדנו - מגילת זכויות מלאה. גם אם ההליך יתארך, הרי בינתיים יסתגל הציבור לערכים האלה, ובית המשפט ימשיך לעשות חלק גדול מן העבודה (וידוע לכולנו כי אין לנו חופש עיתונות, אלא בזכותו של בית המשפט), מפני שלא נקבעו הדברים בחוק עדיין, והחירויות ניתנות לנו בינתיים מכוחו של בית המשפט, וייתכן שבתנאים הנוכחיים, ומכיוון שאנו כפי שהננו, מוטב שאת הידיאלוג הזה ינהל בית המשפט. ייתכן שאם היה עלי לפגוע במגילה בשלמותה, הייתי זהירה יותר, אבל מדובר כאן בחוק יסוד אחד, ואני מעדיפה לבטלו ולא ליצור אשליה הפותחת פתח להשחתה.

אריק כרמון: עולות כאן שתי שאלות - שאלה פרקטית ושאלה ערכית: השאלה הפרקטית, האם זה מעשי לחכות עד שתעבור מגילת זכויות האזרח כמקשה אחת, לאחר שיסתיים, למשל, תהליך השלום לשביעות רצונך? האם זוהי הסיבה לעיכוב? והשאלה הערכית, בחברה השסועה הכוללת מיעוט, האם זוהי הדרך היחידה להגיע למגילת הזכויות?

שולמית אלוני: למה לשריין דברים שאינם שלמים? אפשר להסתפק בחקיקה רגילה, להמשיך בדיאלוג, ולחנך את הציבור. זוהי החברה שבה אנו חיים, ואי אפשר להעמיד פנים שיש לנו מה שאין לנו. עד עכשיו לא הלכנו בדרך הפיצול, ורק בסוף הכנסת הקודמת נוצר הפיצול, כמעין גימיק או טריק, וייתכן שהוא הצליח לעבור, אבל זוהי שגיאה, שהרי כבר במבחן הראשון מפורק החוק ונוצר תקדים. ידוע לכולנו מהן הסוגיות שבהן אפשר להוסיף ולהתקדם בחוק השלם, וייתכן שכדאי לשוב ולבדוק את השיטה הקנדית - חוק לא משוריין. הרי כעת אנו משריינים את הפשרות, וכשנגיע לשלב שבו יהיה אולי סיכוי לעשות את המהפך, נימצא במצוקה.

יוסי כץ: ברצוני להשמיע כמה דברי כפירה: מקובלת עלינו ההשקפה שהכנסת (כל הכנסות) היא גם אסיפה מכוננת וגם כנסת מחוקקת רגילה. בתיאוריה נכונה הטענה במידה רבה, אבל בפרקטיקה אין היא מדויקת. מאסיפה מכוננת או מוועדה שמכינה חוקה לדורות הבאים אני מצפה שתתמסר לסוגיה הזאת בלבד, ולא תעסוק בעניינים אחרים; וכאמור, איננו אסיפה מכוננת בלבד, אלא כנסת פוליטית עם כל הבעיות - שביתה ב"ציקלון" והצבעה על חוק חיילים משוחררים - ולכן, איננו יכולים למלא באמונה את תפקידנו החשוב כאסיפה מכוננת. ועם זאת, אפשר למצוא הבדלים בין ועדות החוקה בקדנציות השונות, וטרחת וקראתי בעיון את הפרוטוקולים של ועדת חוקה חוק ומשפט שדנה בחוק בקדנציה הקודמת, ואני מודיע לכם חגיגית: לא מצאתי שם את מה שאנחנו מוצאים אצלנו, בוועדה בראשותו של דדי צוקר - הופעה של צמרת המשפט בארץ, של מומחים חיצונים, נציגים של אגודות לזכויות האזרח או כל מיני גופים אחרים, כולל המכון הישראלי לדמוקרטיה, הבאים ומביעים את עמדתם בסוגיות שעל הפרק. מומחי משרד המשפטים הזהירו מפני רוב הליקויים המתגלים בחוק כיום, אבל התראותיהם נפלו על אוזניים ערלות. אמנן רובינשטיין ואוריאל לין, שאני מכבדם מאוד, רצו להעביר את החוק הזה ולא שעו לאזהרותיו של משרד המשפטים.

חוקי יסוד הם פרקים בחוקה העתידית, ודווקא משום כך יש לחזקם ולמנוע את שינויים למען פשרות. איני רוצה לשנות את חוקי היסוד השכם והערב, אבל איני רוצה גם לגזור על הציבור גזרה שבה לא יוכל לעמוד. אנו חיים בחברה פלורליסטית, ובמשטר הפרלמנטרי מחירו של הפלורליזם הוא הפשרה. איני נמנה עם אלה החוגגים בכל פעם שבית המשפט העליון גורם בהחלטותיו לשינוי בסטטוס קוו הדתי, למשל. אני חסיד של תורת שיקול הדעת השיפוטית, אבל בכמה נושאים עדינים, שבהם נמצאת החברה באיזון עדין, זכותנו וחובתנו כחברי כנסת לשמור על הסטטוס קוו הדתי, מכיוון שהוא חשוב. אנו חיים בחברה רגישה המקיימת איזון עדין בין כוחות פוליטיים, ולכן עלינו לשמור על האפשרות לתקן. אני מכבד את פסיקתו של בית המשפט העליון, ובכל זאת מאמין שיש ליישבה גם עם עקרונות אחרים.

עלינו לזכור כי יש בכנסת חילוקי דעות מהותיים בכמה נושאים: אחדים מחברי הכנסת, המתנגדים גם לתיקונים בחוק הזה, מתנגדים בעקביות לכל פיקוח, לכל הגבלה, תומכים בתחרות חופשית בלי העדפות; אני, לעומת

זאת, נמנה עם אלה הסבורים שהציבור במדינת ישראל זכאי ורשאי להעדיף קבוצות מסוימות. מותר לחייב בחוק העסקת נכים, למשל, או לארגן את המשק החקלאי עם מכסות יצוא.

בנוגע לטובת הכלל, איני יודע איך יפרש בית המשפט יפרש את המונח. אני מעוניין לשמור לעצמי את האופציה שמציע החוק הקנדי. דיברנו היום על חוק יסוד החקיקה, ולדעתי, יש לעגן את הזכות הזאת בחוק היסוד הכללי כדי שהכול יהיה ברור, גם הדרך לשינוי. אולי צריך לשריין את הזכות או לקבוע רוב של 65 חברי כנסת, ובכל מקרה, הכללים צריכים להיות ברורים וידועים כדי שלא ניאלץ לתקן חוקי יסוד, אלא במגבלות של חוק יסוד החקיקה. אם אנו רוצים להמשיך ולחוקק את חוקי היסוד פרקים-פרקים, האם נכון היה לחוקק את חוקי היסוד? אולי היה עלינו להמתין עם החקיקה עד שנגיע למצב של בשלות? אפשר, לדעתי, לחיות עם הצעת החוק הזאת, ואם נצליח לנצל אותה כמנוף להעברת הצעות חוק היסוד שנפלו - נבורך.

רות גבזון: לעתוי של הדיון יש אמנם פנים לכאן ולכאן, וחבל שכך, מפני שיש פה כל מיני בעיות בכל מיני רמות, וקשה לדעת במה לעסוק. השאלה - האם נכון היה, רטרואקטיבית, לעשות את מה שעשו - ? היא שאלה מרתקת, אבל איני בטוחה שכדאי לנו לעסוק בה היום. מוטב אולי לנסות לשאול איך צריך לגשת לסוגיית התיקון העומד על סדר היום. צריך, להערכתי, להבחין בין שתי שאלות: האחת, האם האיסור על יבוא בשר לא כשר לארץ נראה לנו פגיעה לא מוצדקת בזכויות האדם? והשנייה, איך לגבש הסדרים חוקתיים במדינת ישראל? איני חושבת שיש הצדקה להגביל את יבוא הבשר מטעמים של זכויות אדם, ועם זאת איני חושבת שיש לאיש זכות מוקנית לייבא כל מה שהוא רוצה. הרטוריקה של זכויות האדם אינה עושה מבחינה זו שום עבודה משום כיוון. ולכן, מיקודו של הדיון בנושא זה על זכויות האדם מטעה, לדעתי, ואינו ענייני. השאלה היא האם נוכל לחיות עם החוק הזה כפי שהועבר, כלומר, משוריין כל כך. מעניין לשאול האם אכן צריך לתקן את החוק, ואין זו שאלה טריביאלית, מכיוון שאפשר בהחלט להעלות על הדעת פירוש שיציג את החקיקה המונעת יבוא בשר לא כשר כמתיישבת עם הנוסח הקיים. ואולם, מתוסף כאן נתון שאינו עקרוני, אלא נסיבתי למחצה - פסק הדין של בית המשפט העליון, שכבר קבע כי החוק אינו מתיישב.

נוצר, אם כן, מצב מוזר מאוד. ועדת חוקה חוק ומשפט, כשישבה והעבירה את החוק ושמעה את ההסתייגויות, נהגה כדרך שנהגו מנסחי החוקה האמריקאית בנוגע לעבדות: יש לנו אמנם סעיף שוויון בחוקה, אבל יש גם עבדות, וסביר להניח כי בית המשפט יפרש את מושג העבדות כמתיישב עם הזכות לשוויון. ואכן, שנים רבות פירש בית המשפט העליון האמריקאי את סעיף השוויון כמתיישב עם העבדות, וכשהחל העסק לחרוק, פרצה מלחמה. אפשר היה להניח שהדברים יגיעו אל בית המשפט, וכי בית המשפט ישמע טיעונים וימצא את הדרך להגן על הסטטוס-קוו במסגרת החוק. כך היה נקבע כי הדברים מתיישבים עם חוק יסוד חופש העיסוק, והבעיה לא היתה עולה. ואולם, נוצר שיבוש מערכות, וכבר אי אפשר לדעת מה יעשה בית המשפט. מכיוון שאין סיבה להאמין שבית המשפט יחליט ללכת בזהירות, נוצר הצורך להסדיר את הדברים ולחזקם) וגם אז לא בטוח שיימנע העימות.)

הבעיה היא שאין כאן שחקנים בודדים. הכנסת מחוקקת, מפני שהיא סומכת, לכאורה, על בית המשפט, אבל למעשה אין היא סומכת עליו. איני בטוחה שהתייחסותו של בית המשפט לכנסת מתאימה למצב של ניסיון ליצור חוקה. אנו שרויים היום במלכוד, ואי אפשר להשיב תשובה פשוטה לשאלה מה צריך לעשות, מכיוון שהשאלה אינה אם החוק הוא חוק טוב, אלא מה נכון למערכת בזמן הזה. להערכתי, בזמן הזה נכון למערכת להימנע מטלטלות

גדולות מדי שאין עליהן בקרה, מכיוון שאם נחוקק חוק יסוד וניתן אותו לבית המשפט, יתחיל התהליך שהחל עכשיו, ולא נוכל עוד לתקן את הקלקול.

דווקא מכיוון שאני מייחסת לחוקה חשיבות רבה, אני מציעה לכולנו לנהל את התהליך לאט יותר, להוריד את רמת הציפיות, לקבוע הסדרים שימנעו את הזעזועים שעמם איננו יכולים להתמודד, ללכת בדרך השינויים האטיים, ההדרגתיים. במצב שנוצר היום, הדרך היחידה, לדעתי, להשיג זאת היא תיקון החוק והעברת המסר שאת הדברים האלה אין לעשות במחטפים, אלא בתהליכים משולבים וארוכים, מתוחכמים יותר.

אם עלי להשוות בין תיקון של החוק לבין עמידה עקרונית נגד תיקונו, עלי לקבוע (לא בשמחה, משום שהתיקון הזה אינו רגע מכובד) כי אין לנו ברירה, אלא לתקן את החוק ולהמשיך הלאה, באטיות ובזהירות.

שלום אלבק: אני מסכים עם כמה מהדברים שאמרו שולמית אלוני ורות גביון, אבל אני רואה אותם מזווית אחרת. אני חושב שהתיקון יעזור, ואני חושש שבית המשפט העליון יפסול את החוק. יש נקודות סתירה מסוימות בין הערכים הדמוקרטיים והערכים היהודיים: יש ערכים דמוקרטיים המנוגדים ליהדות, וערכים יהודיים המנוגדים לדמוקרטיה, ובית המשפט העליון בדרכו הרגילה - הדרך שהוא מכנה איזון אינטרסים, ובלשון פשוטה אפשר לכוונה שרירות לב - יחליט בעד מה שהוא חושב. יש כאן אכן דיקטטורה של מיעוט קטן - שופטים בוחרים את עצמם. הבעיה היא פחות החוק ויותר בית המשפט העליון. בית המשפט העליון בוחר את עצמו מקרב קבוצה בעלת דעות קדומות, ולכולנו יש כמובן, דעות קדומות, אלא שאיננו מעזים להשמיען, ומשתדלים להיות הוגנים לכל הצדדים; ואילו הם נוהגים לפי דעותיהם הקדומות, וקוראים לעצמם "נאורים", "אלא שהם נאורים בעיני עצמם ולא בעיני, ועל כל פנים", נאורות, ממש כמו "צדק", "הוא מושג חסר תוכן. זוהי מליצה פוליטית ואין בה ממש, ולכן המלה פסולה. פסולה גם הטענה שכבוד האדם בחירותו. אני רואה את כבוד האדם בכך שנחייב את הכהן לא לשאת גרושה - זהו כבוד הבורא - ואדם אחר יכול לראות זאת אחרת. לאיש מאתנו אין חירות, וכולנו חיים בחברה, וחירותו של האחד פוגעת בחירותו של האחר, ועלינו למצוא דרך לתת לכולם את המרב.

לחוק אין שום קשר לבשר כשר. הכוונה המקורית בחופש העיסוק, עוד במאה ה-16, היתה להילחם נגד המונופולים של הממשלות, נגד האיגודים המקצועיים של ימי הביניים, ולתת לכל אדם הזדמנות להיכנס לכל מקצוע. האנגלים אוהבים לצטט את המשפטן הגרמני בן המאה ה-19, שאמר כי לאנגליה אין חוקה, וכל מה שלא נאסר במפורש - מותר, ואילו לכלל אירופה יש חוקה, וכל מה שלא הותר במפורש - אסור. המצב שבו אין חוקה אינו שלילי תמיד, ויעיד על כך החוק הזה. מה הקשר בין חופש העיסוק לבין רשיונות יבוא וייצוא? מדובר במקצועות - יבואן ויצואן - ואיש אינו מופלה לרעה, בתנאי שעמד בדרישות המשותפות לכול וקיבל רשיון. יש דברים שמותר לייבא, ויש דברים שאסור, וזה יכול לכלול גם בשר כשר. הרי אפשר לייבא בשר כשר גם בלי התיקון, מפני שזוהי תכלית ראויה. ואולם, מהי התכלית הראויה למי שאינו רוצה בשר כשר? מי שאוכל בשר אינו יודע אם הוא כשר או טרף, וכל אדם - להנאתו ומתוך אמונתו בחופש האדם - יכול לבשל בשר כשר בחלב 60%-70%. מן האוכלוסיה אוכלים אך ורק בשר כשר, ואם לא תייבאו הממשלה, הוא יתייקר מאוד, ויהיה מחוץ להישג ידן של משפחות ברוכות ילדים, למשל. מכיוון שאי אפשר לדעת אם הבשר כשר או לא, ומכיוון שהבשר הטרף זול יותר, אפשר למכור בשר טרף כבשר כשר, ולעשות רווחים עצומים, וידוע שאנשים התעשרו במיליונים ממעשי הונאה כאלה. ולכן, ייאצו רבים מאוד ללכת לחנויות מיוחדות במאה שערים, לעמוד שעות בתור, ולקנות בשר כשר לשבת במחירים גבוהים מאוד. כדי למנוע את

הסבל הזה אנחנו מחליטים שהיבואן לא יקבל רשות לייבא בשר טרף. שולמית אלוני לוחמת למען הסובלנות, ואני מצטרף למאבקה ולוחם למען הסובלנות של האנשים שיכולים לוותר כלפי אלה שאינם יכולים. ולכן, אם נדע שאנו מקבלים בשר כשר, נוכל כולנו לאכול ממנו, זהו המכנה המשותף לכולנו.

אין לזה, כאמור, שום קשר לחופש העיסוק. הממשלה, מסיבה ראויה, היתה יכולה, לדעתי, לפסוק לפי הנוסח הקודם. ואולם, הבעיה היא, שוב, בית המשפט, שעשה את החוק לבלתי אפשרי. חוק חופש העיסוק מתמקד ברשיון לעסוק במקצוע, ולא ברשיון לייבא סחורות מסוימות. לטובת הציבור אפשר לאסור על היבואן לייבא סחורה מסוימת מפני שאינה טובה. זכורות לכם, בוודאי, התמונות מן ההפגנות של מגדלי העופות בגליל או של החקלאים בצרפת. האנשים האלה רוצים (במידה רבה של צדק, אם אין אינטרסים מנוגדים), שהממשלה תגביל יבוא מסוים לטובת הציבור. ואכן, אין שום מניעה שהממשלה תגביל את היבוא לטובת הציבור, והבשר הכשר הוא חלק מן הבעיה. במקרה זה, פסק הדין המוזר של בית המשפט הוא שחולל את הבעיה.

המושג "כבוד האדם וחירותו" הוא מליצה חסרת משמעות, ואני חושש שנסתבך עם המלים האלה ועם פסקי דין בלתי אפשריים, שלא נדע איך לצאת מהם. כדאי, לדעתי, לחכות עם הדברים האלה. מטרתן של החוקות באירופה היתה, כאמור, להגביל את הפריבילגיות שניתנו לפי חוק למלך ולמעמדות השליטים. אצלנו אין פריבילגיות כאלה, ולכן אין כל צורך למהר ולבנות חוקה. בסוף המאה ה-20 החוקה אינה הנשק היעיל ביותר במלחמה על זכויות האדם.

יצחק לוי: חוקי היסוד והחוקה בכלל צריכים, בעיני, להיות חגיגה, שמחה, קונסנזוס, חומר ללימוד. ואולם, המצב בדיוק הפוך, ותהליך החקיקה של חוקי היסוד גורם לתוצאה ההפוכה - מחלוקות, חששות, חשדות; זאת ועוד, התהליך הביא לירידה מסוימת בקרנו של בית המשפט, שעד לאחרונה לא היו עליו עוררין בכל שכבות הציבור, והנה השמיעו כאן שני פרופסורים נכבדים ביקורת על בית המשפט, כי אינו מבין את התקופה ואת הזמן. התקופה אינה טובה לחקיקה, ולמעשה אין החוקה משיגה את מטרתה האמיתית - לחנך את העם לערכים. ולכן, אני מציע, ומצטרף בזה לדבריה של שולמית אלוני, להפסיק; אין זאת משום שאני מתנגד לחוקי היסוד מסיבות שונות, אלא משום שנוצרות כאן תופעות מעוותות.

נוצר כאן תקדים, והסעיפים המקבילים בחוק יסוד חופש העיסוק יכנסו מהיום והלאה לכל חוק שנחוקק. זה יהיה הוויתור הראשון שתעשה הקואליציה למען הדתיים (וכבר קיבלנו הצעה כזאת). כל חוק יסוד ייפתח מהיום בהגדרת המדינה כיהודית-דמוקרטית. הסעיפים שנחוקק היום בכנסת בקריאה ראשונה, אם יגיעו לקריאה שנייה ושלישית, ייכנסו לכל חוק יסוד, מכיוון שאנחנו מחוקקים חוקי יסוד בלי קונסנזוס, מתוך מחלוקת, מתוך חששות ופחדים. ואכן, יש בסיס והצדקה לחששות ולפחדים. השתתפתי בכל הישיבות שבהן חוקקנו את חוק יסוד חופש היסוד, והעליתי פעמים רבות את החשש שבית המשפט יעשה כך או אחרת, ונכבדי משרד המשפטים אמרו כי אין סיבה לחשוש, ואמנון רובינשטיין אמר שטובת הכלל עומדת לנגד עיניו. ואולם, החששות הם חששות, וגם היום, כשאנחנו מחוקקים את חוק יסוד החקיקה, הרי יוכל בית המשפט לנהוג כך או כך, גם אם החברים ממשרד המשפטים אומרים שלא יעשה זאת. בכל יום מחדש בית המשפט שלנו עניין והלכה, ואי אפשר לשער מראש את כיוונו של הדברים.

נוצרה התנגדות גדולה לחקיקת חוקי היסוד, ומולה עומדת החלטתם הנחושה של כמה חברי כנסת, להעביר הפעם את חוקי היסוד ויהי מה. אסור שכך יתנהלו הדברים, שכן במצב כזה חוקי היסוד אינם מחנכים. אין כופים חוקי יסוד ועל הפרתם אין מושיבים בבית סוהר. חוקי יסוד צריכים להיות מעל לכל זה.

דדי צוקר: אמרת שחוקי יסוד עוברים באווירה לא קונסנזואלית, אבל את המחלוקת, את המדון ואת החרון יוצרת קבוצה קטנה בכנסת בגלל כוחה הפוליטי. יש בכנסת רוב גדול מאוד להעברת חוקי היסוד האלה במתכונת של מגילת זכויות האדם. דברייך מזכירים לי את אותו יתום, שהרג את הוריו ובוכה שהוא יתום. אתה שייך לקבוצה שאינה מאפשרת לחוקים לעבור בקונסנזוס, ואתה הרי פועל לפי השקפת עולם. נראה, אם כן, שהחוקים אכן לא יעברו בקונסנזוס.

יצחק לוי: זה לא נכון. כשאנו מחוקקים חוקים נוצר אצלך הרושם שיש להם רוב מוחלט, ואילו כאשר מגיעה פרשנותו של בית המשפט מתברר שרבים חוזרים בהם, והראיה היא חוק יסוד חופש העיסוק. חברי כנסת רבים שאינם דתיים אומרים היום שלא התכוונו לכך, שלא רצו להפר את הסטטוס קוו. אם היינו הולכים בשיטתם של הפרופסורים מתל-אביב, כלומר, בסעיפים מפורטים ולא בזכויות כלליות, הייתי הרבה יותר שקט. בהצעתם של הפרופסורים פורטו כל זכות, כל חופש וחירות, בשלושה-ארבעה סעיפים קטנים, שהיה בכוחם לתת לבית המשפט כיוון ספציפי יותר. ואילו אנחנו לקחנו חוק, הכנסנו בו את כל המלים היפות שיש לנו בלכסיקון, והחוק נותר מסגרת בלבד, ואת כל התוכן יוצק לתוכו בית המשפט. אנחנו מכבדים מאוד את בית המשפט, אבל לא תמיד מסכימים לכל ערכיו ולכל פסיקותיו, ולמעשה, בית המשפט אינו פוסק דין, אלא פוסק ערכים. כשדנו בנושא הצעתי שבית המשפט העליון לא ישמש בתפקיד בית הדין לחוקה. בבית הדין לחוקה ישבו אמנם שופטים מבית המשפט העליון, אבל גם אנשים אחרים, ואולי, כמו במדינות רבות באירופה, צריך לקבוע את הרכבו בדרך ציבורית.

אני יודע שאין בכוחי לעצור את התהליך, אבל אין הוא נושא כיום פרות חיוביים, אלא מעמיק את הפערים. כולנו מנסים כיום לאמץ את הקשרים בציבור, אבל חוקי היסוד אינם מאפשרים זאת, ודוחקים אותנו למגננה. עורך הדין יעקב ויינרוט, שאינו רב ואינו דיין, אוסף אסיפות ומקהיל קהילות, ומזהיר מפני ההרס הגלום בחוקי היסוד; כך עושים גם פרופ' שוחטמן ומשפטנים אחרים, ויש במעשיהם כדי להעיד שאיננו מחזקים את הקשרים, אלא מעמיקים את הפערים. הדיאלוג הולך ומעמיק את המחלוקת.

דדי, קשה לי מאוד לראות במסורת ישראל ובתורה וביהדות עניין השייך למיעוט של העם היהודי, גישה כזאת עומדת בניגוד לתפיסתי את העניין הישראלי. ייתכן שאני, כחבר הפועל המזרחי, עומד בעמדת מיעוט כלפי ההסתדרות; אבל לא ייתכן שכחלק ממורשת ישראל בת 2,000 השנים אמצא במיעוט. איני מקבל זאת. הצעתי לחוקק חוקי יסוד ללא שיריון לחמש שנים, ולצערי הרב לא התקבלה הצעתי. די בשיריון לחמש שנים, ולאחריו אפשר להמשיך ולשריין לשבע שנים נוספות. תנו לנו לחיות עם החוקים, לבחון אותם, לראות איך יתייחס אליהם בית המשפט. אני בעד השיריון שיעבור היום בכנסת, ואצביע בעדו בשמחה. אני רואה בזה ניצחון שלי, אבל מכיוון שאיני רואה את החוקה כזירה של נצחונות או הפסדים, ואיני רוצה שכך נחוקק אותה, בואו נסכים שהחוקים שנחוקקו (פרקים-פרקים או מגילה אחת) ישוריינו רק לאחר שבע שנים, ובינתיים נחיה איתם, נלמד אותם, נראה מה הבעיות ומה התיקונים הדרושים, ואחרי שבע שנים נהיה בשלים להחליט מה לשריין ומה לא.

מרדכי קרמניצר: איני בטוח שצריך להפסיק את התהליך, אבל ברור שיש כאן לקח חשוב: התהליך, כמו שהתנהל עד כה, היה תהליך עקום, וטוב שהבחננו בזה בשלב מוקדם יחסית. ככה לא מחוקקים חוקי יסוד, ככה לא בונים חוקה. התהליך מתנהל במקביל לעיוות של הבחירה הישירה - חבילה אחת שנוצרה בחוסר אחריות מתוך איזו רוח יצירתית גדולה, והיה בה, לדעתי, משהו לא ישר, בייחוד כלפי החוגים הדתיים. לא העמידו את החוגים הדתיים על מלוא משמעויותיה האפשריות של החקיקה כפי שיפרשה בית המשפט העליון. לא כך עושים מהלכים חוקתיים.

איך עושים זאת בכל זאת? קודם כל יש לנהל דיון יסודי, ודיון כזה לא היה. חשוב מאוד לנהל דיאלוג ציבורי ברמה העמוקה ביותר כדי לנסות לראות אם נוכל להגיע לקונסנזוס. חשוב מאוד לשאוף להגיע לקונסנזוס, ואם אין זה אפשרי, איני בטוח שהפתרון הנכון הוא ללכת בכוח ולהעביר בכל זאת, גם אם נחשוב - כליברלים - שבית המשפט העליון לצדנו. גם אני ליברל, אבל איני בטוח שמבחינה לאומית הניצחון הזה כדאי לטווח הארוך. נראה לי שפסק הדין שעורר את כל העניין אינו רגיש דיו, ואינו מגלה רגישות, למשל, להופעתה של המלה "יהודית" בתשתית החוקתית שלנו. המשמעות שהיה צריך, לדעתי, לתת לזה אינה שה"דמוקרטיה" בולעת את ה"יהודית", "אלא" דמוקרטיה ויהודית. "הדיון ב"יהודית" אינו צריך להצטמצם למהותה של המדינה כמדינה יהודית או לחופש הדת בלבד, אלא לכלול תכנים נוספים. מהם התכנים האלה? איני יודע, אבל איני בטוח שנכון יהיה להטיל על בית המשפט העליון את פתיחת הדיון בהם. יש להקדים לכך דיאלוג ממושך, יסודי ורציני.

בית המשפט אימץ לעצמו עמדה, שלפיה אינו מעוניין כמעט במה שחשבו המחוקקים בנוגע לחוק היסוד. אמנם עמדתו מתאימה לגישות המקובלות בפרשנות חוקתית במקומות אחרים, אבל בהקשר שלפנינו היא נראית לי בעייתית מאוד משתי בחינות: ראשית, הזמן שעבר מן החקיקה קצר מאוד, ואם במקומות אחרים אפשר לבטל את מה שחשבו המחוקקים לפני מאה שנה, הרי אצלנו מדובר בימים ממש, והנסיבות לא השתנו עדיין; שנית, המחוקקים חיים ומשפיעים על המציאות עדיין, וביטול דעותיהם אינו נכון משפטית ואינו רגיש ציבורית, ולכן אין זו דרך פרשנית מתאימה.

עיינתי בחוק היסוד הגרמני בנוגע לחופש העיסוק, וגיליתי שיש משהו בהבחנתו של שלום אלבק בין עצם הזכות להיכנס לעיסוק לבין מימושו של העיסוק. ואולם, הוא הקצין את הדברים. לפי התפיסה הגרמנית, חופש העיסוק אינו מוגבל לכניסה בלבד, ויש הבחנה בין שתי רמות, והביקורת החוקתית מאופקת וזהירה יותר. הגרמנים הכניסו סעיף הגבלה, אבל לא קראו לו הגבלה, אלא הסדרה. הסעיף אינו מחייב כלכלה חופשית, והמחוקק רשאי לקבוע מדיניות כלכלית וחקלאית. והרי גם שולמית אלוני מודה שביטולו של החוק אינו ריאלי, ולכן אני חושב שהשאלה ממוקדת יותר, וברור שצריך לפסוע צעד לאחור (וכך היה צריך לעשות מלכתחילה), ולהחזיר את הדבר לממדיו הטבעיים, הנורמליים, ולהפיק את הלקחים. חוק יסוד חופש העיסוק נחקק לפני זמן לא רב, וכבר באים ומתקנים אותו, ואין זה מצב טוב, אבל עלינו ללמוד מזה משהו לעתיד, ולגשת אל התהליך ברצינות ובאחריות המתבקשות.

שלמה גוברמן: אני מסכים לגמרי לדבריה של רות גבזון בנוגע לצורך להגיע לקונסנזוס, ללכת בזהירות ובהדרגה. ואולם, אני קובל על כך שבחוקי היסוד נקבע כי תיקונם טעון רוב, הגדול, למעשה, מן הרוב שבו התקבלו. אין זה ישר

ואין זה מוסרי, שהמחוקק מגביל את עצמו ואת המחוקק שיבוא אחריו, ברוב רגיל, משל היה מדובר בהחלטה פרוצדורלית. זהו אחד הגורמים לאי הנחת ולעידוד השימוש בטכניקה של הגימיק: העיקר שהצלחנו להעביר את החוק בהצבעה, והעיקר שהוא נכתב בספר. כדי להגיע לקונסנזוס יש לשמר את הדינים הקיימים. חוקי היסוד אינם צריכים לחולל מהפכה במערכת החוקים, אלא להיות תשתית לבנייה. שום משפטן אינו יכול לחזות את תוצאותיה של החקיקה. חוק יסוד: כבוד האדם נקבע סעיף של שמירת הדינים, ועם זה אפשר לחיות, וברור לכול מה צריך לעשות במערכת הדינים במקרה שמתגלה סתירה בחקיקה. ואולם, כאשר העלינו את ההצעה על שמירת דינים בנוגע לחוק יסוד: חופש העיסוק, אמרו לנו, קחו לכם שנתיים; בשנתיים אי אפשר לחוקק שום דבר.

בנושא שמירת הדינים יש בכנסת נטייה למהר ולפרוט את ההישגים, ולכן במקום להתמודד התמודדות ישירה ולתפוס את השור בקרניו, מבטלים במחי קולמוס אחד שורה (לא מוגדרת) של דינים. בן-גוריון אמר כי מי שרוצה לבטל את תקנות ההגנה מ-1945 יואיל בטובו להגיש הצעה לביטולן, ואכן היה מי שקם, אך הוא לא קיבל רוב. בכנסת האחרונה, כמו בקודמותיה, יש כוונה לבטל את תקנות ההגנה מ-1945, לא במישרין, אלא בגימיק, בנוסחה שנועדה להשמיט את הקרקע מתחת לתקנות, ושהצרכים של המדינה יסתדרו בעצמם. כך עשו גם בנוגע לחוק יסוד: חופש העיסוק: השמיטו את כל החיקוקים הסותרים את חוק היסוד. לא היינו נקלעים למשבר הזה, לדעתי, אם היו נכללים בחוק שני אלמנטים: ראשית, האפשרות לסייג את חופש העיסוק בחקיקת משנה; ושנית, שמירת הדינים. השופט ברק לא התנגד להגבלת חופש העיסוק בחקיקת משנה. יש ויכוח על אופיה של חקיקת המשנה, אבל גם בקנדה, לא עלתה כלל בבית המשפט העליון שאלת ההגבלה של זכויות היסוד בחקיקת משנה. אנחנו עשינו מזה פטיש.

יש כמה גושים של הסדרה בחקיקת משנה: הראשון, חוק רישוי עסקים, שמסמיק בסעיף הראשון את שר הפנים לקבוע את העסקים הטעונים רישוי, וההסדרה של העסקים (ומדובר במאות עסקים) מוסדרת בחקיקת משנה, בצווים של שר הפנים. גוש זה הושמט, כמעט ברגל גסה, בלי סיבה, בלי טעם וללא צורך; הגוש השני - חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים - צווים וחקיקת משנה שמסדירים עיסוקים בהיקף עצום. אפשר, כמובן, לבטל את חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, הוא אינו חוק קדוש, אבל במקום להתמודד עם חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, משמיטים אותו במחי קולמוס אחד, ואומרים לנו ותסתדרו. איך? איך אפשר להסדר? איך להסדיר את עשרות הנושאים שהוסדרו בצווים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים? איני יודע איך יוכל מערך ממשלתי או מערך של הכנסת להתמודד עם כמות כזאת של חקיקה, ואי אפשר להסדיר כל זאת בחוק ראשי. איני מכיר מדינה שעשתה זאת. התיקון שמונח בפנינו עכשיו הוא, לדעתי, המשך לתהליך החקיקה שהחל. בניגוד לדעתה של שולמית אלוני, אני חושב שהתהליך הוא מבורך, ואף היה יכול להיות טוב יותר. איני חושב שהתיקון מסיים את תהליך החקיקה, ואין בעיה עקרונית בכך שהכנסת מתקנת את הטעון תיקון, אכן יש צורך בתיקונים בנוגע למושג "מדינה יהודית ודמוקרטית". יש, לדעתי, ערך עצום ליצירת תשתית פרשנית אחידה לחוקי היסוד של זכויות האדם. תהליך היסטורי יצר לנו את חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ותשתיתם צריכה להיות שווה. לא יעלה על הדעת שהפרשנות לחוק האחד תהיה שונה מן הפרשנות לחוק השני; ולכן, התיקון המוצע הוא תיקון נכון, הממשיך את תהליך החקיקה בכך שהוא מאפשר הגבלה של חופש העיסוק בחקיקת משנה. מכיוון שיש הסמכה להתקין תקנות, יכול בית המשפט לבטלן, והשאלה היא איזה תקנות יוכרו כחוקיות ואיזה תקנות לא יהיו חוקיות. ואולם, בחוק הקיים נקבע שאי אפשר להגביל את חופש העיסוק אלא בחוק, ועם זה אי אפשר לחיות. התהליך הוא, אם כן, חיובי,

וסערת הרגשות אינה נחוצה כלל, וכל שאלת הבשר - כשר או לא - היא צירוף מקרים אומלל שאינו נחוץ לצורך התיקון. השאלה הגדולה היא האם לאפשר לכלול בחוק יסוד עקיפה של זכויות האדם. Override, השאלה ראויה לדיון נפרד, ואין צורך לעוות את הדיון הכללי בעטיו של הבשר הכשר.

ירון אזרחי: איני מצוי במאטריה, ואיני עוסק בנושא ביסודיות. ואולם, בדברים שנאמרו, ובייחוד בדבריהם של שולמית אלוני ושל מרדכי קרמניצר, יש עניין אחד המטריד אותי: דחיית הטיפול בנושאים האלה עלולה לגבות מחיר יקר. ברעיון שהעלתה שולמית אלוני - לדחות את החקיקה - יש, לדעתי, רומנטיזציה של העתיד, ואני חושש שהוא יהיה גרוע הרבה יותר; ובנוגע לרעיון שהעלה מרדכי קרמניצר - לחפש את הקונסנזוס הרחב באמצעות דיאלוג ציבורי - אני חושש שדיון מעמיק במהות מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית רק יעמיק את הקונפליקט. איני בטוח שאנחנו בנויים כיום להבחין הבחנה ברורה בין רוב פופוליסטי לבין קונסנזוס, ובעתיד הנראה לעין אני רואה סיכוי סביר יותר להתגשמותה של הסכנה הטמונה ברוב פופוליסטי מאשר להשגתו של קונסנזוס: למשל, קבוצה מסיבית של רוב חילוני במדינת ישראל שתדחק בראש ממשלה שנבחר בבחירה ישירה לבצע חקיקה נוסח רפרנדום נגד המיעוט הדתי.

ייתכן שאם יידחה הטיפול בנושאים האלה עד אשר תועבר מגילת זכויות שלמה, נמצא את עצמנו במצב קשה יותר מבחינת האווירה הציבורית והקונסנזוס הציבורי; לנוכח התהליכים המתחוללים כיום בחברה הישראלית, ובתנאים הסטרוקטורליים של המערכת, איני רואה שאנו מתקדמים לקראת יותר דיונים רציוליים ויותר קונסנזוס. גם אם כיום נראית לנו הלגיטימיות של החוקים שמועברים דחוקה, ייתכן שעוד שלוש-ארבע שנים יראה לנו שהיה זה מצב נוח. ולכן, אני מסכים כי יש ללכת לאט, אבל אסור להפסיק ללכת.

רות גביזון: אם, למשל, אנו רוצים לבטל את המונופולין של בתי הדין הרבניים על נישואין וגירושין - ואני חושבת שיש לכך רוב גדול - למה לא לבטל את חוק נישואין וגירושין? למה לעשות זאת במסגרת חוק זכויות האדם או במסגרת מגילת הזכויות, שתקבע כי לכל אדם זכות לחופש נישואין? למה לא לתפוס את השור בקרניו בשעה שיש לנו רוב לכך?

שלום אלבק: אם יהיה לזה רוב של 90% אין כל סיבה שלא לבטל, ואז ייאלצו הדתיים לנהוג כמו באמריקה - לבנות להם את קהילותיהם.

ירון אזרחי: אין לי תשובה חד-משמעית. הבעיה מורכבת מאוד, הן מבחינה פוליטית, הן מבחינת ההשלכות לטווח הקצר, והן מבחינת הרעיון של פוליטיקה חוקתית - פוליטיקה של עקרונות אידאליסטיים - לעומת פוליטיקה יום-יומית -פוליטיקה של פשרות. ואולם, בנוגע למה שאמר מרדכי קרמניצר, אסור לנו לעשות אידאליזציה של התנאים הפוליטיים האופטימליים למעבר של חוקות. גם החוקה האמריקאית, שנראית לנו היום נפלאה, לא התקבלה בקונסנזוס, וקבלתה לוותה במאבק עצום, וגם לאחר שעברה היו שם כאבים נוראיים. בנושא החוקה לא כדאי לעשות רומנטיזציה של קונסנזוס.

אריק כרמון: האלטרנטיבה שהציע מרדכי קרמיניצר מקפלת בתוכה את מה שאמרת. דדי צוקר אומר שיש היום 100 חברי כנסת שיכולים להעביר את החוקה, אבל אינם עושים זאת בגלל כוחו הפוליטי של המיעוט. הטענה של מוטה היא ברמה עקרונית יותר, ומחזירה את האפשרות לדיון הקונסטיטוציוני שאינו מתקיים. הוא מציע לקיים את הדיון, ואני חושב שלגיטימי לקיימו, ולהניח לרוב לקבוע מהו הקונסנזוס. הדיון יתנהל על עניין יסודי, שממנו אנו מתחמקים בהתמדה - הגדרת יהודיותה של המדינה.

ירון אזרחי: ייתכן שהרעיון להעמיק את הדיון בנושא זה אינו רעיון טוב כל כך.

יהודית קרפ: כשנחקקו שני חוקי היסוד היו חברי כנסת שכינו את התהליך בשם "חקיקת גרילה". הכינוי מציין בעיקר את הדרך שבה התנהלו הדברים - מצד אחד היו הכרות שיש קונסנזוס, ומצד שני האמינו חברי הכנסת שאפשר בדרך של חקיקת פרקים-פרקים לעקוף את היעדר הקונסנזוס. התיקון המוצע לחוק יסוד חופש העיסוק נובע, לדעתי, משיטת ה"פרקים-פרקים", ומשום שחוק יסוד חופש העיסוק לא נחקק על בסיס של קונסנזוס במובנו האמיתי, שכן לא נתנו את הדעת לשאלות שהוא מעורר ולמשמעויותיו. לעומת זאת, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו נחקק, לדעתי, על בסיס של קונסנזוס, מכיוון שבו הוכנסו מלות המפתח - "מדינה יהודית ודמוקרטית" - "והוא אינו כולל מה שלא היה קונסנזוס לכלול בו. כשנחקק החוק עלו הבעיות שהוא מעורר, והיה ידוע עם מה צריך להתמודד, ומלות המפתח האלה היו פתיחה לדיון קונסנזואלי. עדיין היה ברור כי הפרשנות תהיה בידי בית המשפט, אבל שני הצדדים להסכם קיוו לטוב. ייתכן שהיתה זו תקוות שווא. קשה לומר, מכיוון שטרם הוצבה בפני בית המשפט העליון השאלה, האם חוק שנותן ביטוי ליהדות המדינה, ופוגע למעשה בזכויות אחרות, הוא חוק קונסטיטוציוני.

לעניין חוק יסוד חופש העיסוק טרם נבחנו שאלות בחינה אמיתית: בית המשפט לא בחן האם מונופול או איסור לייבוא בשר לא כשר אינם חוקיים, והאם הם נעשים למטרה ראויה. הוא דילג על מסלול אחד, ולכן התעוררו הבעיות. חוק יסוד חופש העיסוק נחקק לפני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולכן לא התבסס על המודל שלו ולא קבע את ערכי המדינה כנספח לנושא הזכויות.

מי שמאמין כי כל הזכויות כולן נובעות מעקרון זכות האדם אינו יכול להסכים לכך שחוק יסוד חופש העיסוק יעמוד, כתוצאה מתאונה היסטורית, כחוק נפרד בעל כללים משלו; גם מי שאינו מאמין כי האדם הוא הבסיס לכל, ומניח כי כל זכות עומדת בפני עצמה, אינו יכול לקבל את קיומם של קריטריונים שונים לכל זכות, ואת בחינת חוקיותם של החוקים לפי מבחנים שונים: ערכי היסוד של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (שאינם פחותים מערכיו של חופש העיסוק) נידונים לפי קריטריונים של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולפי קריטריונים של תכלית ראויה במידה שאינה עולה על הנדרש; ואילו חוקים הפוגעים בחופש העיסוק נידונים לפי קריטריונים אחרים. מניחים שממילא יפרש בית המשפט את המבחנים מתוך גישה הרמונית; אבל, לדעתי, אין זה נקי, בריא או נכון שביט המשפט יאמץ קריטריונים מחוק אחד ויחיל אותם על חוק אחר. צריך שהכול ימצא תחת מטריה אחת, ואין ראוי או צריך לדבר בקריטריונים שונים.

עדיין לא הגיעה השעה לחשבון נפש היסטורי. מוקדם מדי לשאול אם עשינו טעות או אם בכלל היה כדאי להתחיל בתהליך. לתהליך יש כבר היום השלכות ברורות, מבחינת החשיבה במושגים של זכויות אדם במערכת פנימה. כבר היום, עוד לפני שהובאו חוקים לבחינת תוקף בבית המשפט, משמש חוק יסוד כבוד אדם וחירותו אמת

מבחן בתהליכי החקיקה: יצאה הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה לכל היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה להכניס לכל חוק פסקה המפרטת את השלכותיו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, והכנסת ערה) או צריכה להיות ערה) בחקיקתה לקיומם של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ושל חוק יסוד חופש העיסוק. כבר היום, הרווח מעצם החקיקה גבוה לעין שיעור מרווחה של פסיקת בית משפט, שהיא בלבד מעגנת את זכויות האדם, ולא השתרעה על פעילותו של המחוקק (אלא לעניין חוקים משוריינים בלבד).

חשוב, לדעתי, להשוות בין המודל של חוק יסוד חופש העיסוק לבין המודל של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מכיוון שחשוב לצאת מנקודת מוצא של ערכי המדינה כבסיס מאזן להכרעה בין הזכויות השונות, והשאלה מהו הגורם המכריע במקרה קונקרטי רלבנטית מאוד. סעיף 1 של הצ'רטר הקנדי קובע כי זכויות האדם ניתנות בכפוף להגבלות המוצדקות במובהק במדינה דמוקרטית וחופשית. סעיף זה, לפי הפסיקה בקנדה, מאפשר להגביל זכויות, ונותן למדינה את הכוח להצדיק את הגבלת הזכויות, ועם זאת פותח פתח להגנה על מכלול הערכים הקולקטיביים של המדינה, שהם הבסיס לדיון בזכויות. ולכן, אני חושבת שצריך להמשיך ולהתקדם על בסיס המפתח של "מדינה יהודית ודמוקרטית", גם אם הוא נתון בוויכוח עדיין, ואיננו יודעים מהן משמעויותיו ואיך יתפרש. תוצאותיו הנוכחיות של השיריון צריכות להדליק נורה אדומה. ואולם, אין זה נכון לדחות את ההתקדמות בהרחבת הזכויות עד למיצוי הדיאלוג במשמעותה של מדינה יהודית ודמוקרטית. אני מסכימה כי ייתכן שדיאלוג כזה רק ירחיק אותנו מן ההסכמות המאפשרות את חקיקתם של חוקי היסוד. אמנם המפלגות הדתיות מתחרטות עכשיו על קביעתו של המפתח הזה, מכיוון שלפי הצהרתן אין להן אמון בקביעותו הערכיות של בית המשפט. ובכל זאת, זהו הבסיס לאיזונים הראויים, וצריך לתת לבסיס זה להתפתח לעניין כל זכויות היסוד. ולכן, יש לתקן את חוק יסוד חופש העיסוק ולהאחיד את מבחני האיזון.

דוידה מסר: החוק הזה יתוקן. עלינו לשאול האם הנוסח והעקרונות המתבטאים כאן אמנם ראויים. ניצבות בפנינו שלוש אלטרנטיבות: היעדר שיריון, פסיקת הגבלה בנוסח המוצע, ובעיית הערכים של מדינת ישראל. אני מתקשה להשלים עם הביטוי "במידה שאינה עולה על הנדרש". איני יודעת איך בוחנים זאת, ומה יעשה בית המשפט. אם, למשל, תבחן הממשלה הצעת חוק, ותקבע שהמידה אינה עולה על הנדרש, מה תעשה הכנסת? האם תקבל את קביעת הממשלה? לא. הכנסת מחוייבת לבדוק, לערוך שימוע, ולברר מי עלול להיפגע, וייתכן שלבסוף אכן תקבע שהמידה אינה עולה על הנדרש. ובכן, שני הגופים קבעו את אשר קבעו, ומה יעשה בית המשפט? האם נסכים לקבל את העובדה שבית המשפט יבוא כעת - לאחר ששני הגופים האלה וידאו שאין פגיעה, וקבעו, ברוב מקרי או לא מקרי, אחרי שימוע ממצה או לא ממצה - ויהפוך את הקביעה? לכאורה, כן. כלומר, אנחנו חיים בעידן של חוסר ודאות אין-סופי בנוגע לתהליך החקיקה העתידי או הקיים במדינת ישראל. יש הבדל בין עקרון השוויון, כפי שנקבע בחוק יסוד הכנסת, לבין האפשרות למדוד.

מכאן אני מגיעה לדבריו של יצחק לוי. גם אם יבואו אנשים ויאמרו: "בדקנו, וידאנו, וזוהי דעתנו", תמיד תהיה אפשרות לביטול, מכיוון שהמידה שמצאו הם אינה המידה שימצאו אחרים; וכך נוצרות בקרב חברי הכנסת התחושות שהביעו כאן יוסי כץ ויצחק לוי, ולצדן ההרגשה שאולי אין זה ראוי להמשיך בתהליך, בגלל חוסר הוודאות וחוסר היכולת להשפיע על ההשלכות הסופיות של תהליך החקיקה.

אריק כרמון: יצחק לוי הביא נימוקים ברמה העקרונית, השונה מן הרמה שהצגת .

דוידה מסר :ובכל זאת, הוא אמר כי מכיוון שאין ודאות, כדאי ללכת בדרך של חוקי יסוד לא משוריינים, שספק אם תהיה בהם פסקת ההגבלה. השאלה היא האם אפשר להציע מבחנים גמישים יותר.

רות גביזון: מה היתה, בעצם, מטרתו של המהלך? אנחנו רוצים בדמוקרטיה, ודמוקרטיה היא בדרך כלל שלטון הרוב, אבל על שלטון הרוב מוטלות כל מיני מגבלות המקובלות עלינו, ואחת הדרכים האופייניות להגבלת שלטונו של הרוב היא החוקה. החוקה מגבילה, בין השאר, את הרוב, ואחדים סבורים שרק היא דמוקרטית, אחדים סבורים שהיא מתיישבת עם הדמוקרטיה, ואחרים סבורים שהיא יוצרת בעיה לדמוקרטיה. ואולם, עקרונית, רעיון החוקה המוציאה סוג מסוים של עניינים משליטת הרוב, קיים, גם אם שנוי במחלוקת. יש כאן בעיה של הפרדה בין האפשרות לבקרה מסוימת על המחוקק לבין ביקורת שיפוטית. איננו צריכים להמציא את הגלגל. עברנו כבר כבר דרך: שאלנו אם אנחנו רוצים חוקה, ואין ספק שיש בכנסת אנשים שאינם רוצים בחוקה, ואינם רוצים שישבו להם על הראש, אבל אנחנו איננו שותפים לדעה הזאת, ואיננו רוצים שהכול ילך. השאלה האמיתית היא, לכן, יחסי הכוחות בין המחוקק לבין בית המשפט, וכאן התשובה ברורה פחות. אנו מכירים מקרים היסטוריים שבהם עשו בתי המשפט מעשים שעמם לא השלימה המערכת הפוליטית, ונוצר מאבק בין שתי המערכות, והמאבק שינה את יחסי הכוחות. בדרך כלל בית המשפט מנסה, הולך עד קצה הגבול, ואז חוזר לאחור ומתקפל. עלינו לזכור כי יש דינמיקה בין המוסדות האלה. יש לנו מערכת משולבת, וכל צד פועל מתוך ציפיה למעשיו של הצד השני. עקרונית, אם כל השחקנים משחקים כהלכה, המחוקק צריך לקבל על עצמו את החוקה, ואנו רוצים לחייבו לכך, בייחוד בתחום זכויות האדם. מבחינה זו, התהליך מצוין, הן חינוכית והן דמוקרטית. המערכת הפוליטית שלנו מאוד אמונה על פשרות, ועדיין לא החלטנו איזה פשרות אנו רוצים שתקבל ואיזה פשרות אנו רוצים להוציא מן המשחק הפוליטי. ההחלטות האלה מתקבלות במחטפים, ומבחינה זו צדק מרדכי קרמניצר, כי ההחלטה מחייבת ליבון, ורק לאחריו נוכל לומר לדתיים כי דברים מסויים אינם חלק מהמשחק. צריך רק להקפיד שכל הצדדים אכן ישחקו כהלכה.

אריק כרמון: עדיין לא קיימנו את הוויכוח על הגדרת יהודיותה של המדינה. אנו מניחים שאת ה"יהודיות" מגדיר הציבור הדתי, והציבור החילוני אינו עוסק בביורר משמעויותיה של יהודיותו .

דן אבנון: השימוש בביטוי "אינו מובן מאליו, ואני מציע לנהוג בו זהירות, ולא להניח את קיומו של איזשהו "אנחנו ."

ירון אזרחי: איני מתנגד לוויכוח, אבל צריך לזכור את החוכמה הפוליטית, המקובלת גם בתחום המשפט: יש נושאים שאם יועלו בזמן מסוים ישברו את הכלים, יפוצצו את המערכת. ייתכן שזהו אחד הנושאים האלה. ישבתי הרבה חודשים עם אנשים מאוד חכמים במכון הרטמן, וראיתי איך הם מנסים לשחק את היהדות מול הליברליזם, בלי שאיש ידע לאן יוביל המהלך. בסופו של דבר הם הבינו את משמעותה של היהדות, אבל אחדים הוסיפו ללכת עם הראש

בקיר. לפני שפותחים בוויכוח ציבורי, בכנסת ואפילו בציבור, יש לחשוב על ההשלכות הפוליטית. אין כוונתי כי אפשר למנוע את הוויכוח אם יתפרץ או שכדאי למנוע את התפרצותו, אבל אסור לתלות בו תקוות מוגזמות.

רות גביזון: יש כאן אזהרה שתקפה גם בנוגע לזכויות האדם וגם בנוגע לשאלה של מה אנו מוציאים מן המשחק הפוליטי הרגיל. כדי שהמהלך מחוקק-חוקה-שומרים-בית משפט יהיה נכון צריכים האילוצים שמטילה המערכת על המחוקק להיות מינימליים. אם יהיו אילוצים רבים ושנויים במחלוקת, יתמוטט המבנה. ולכן, כאשר אנו חושבים איפה למתוח את הקווים האדומים, עלינו לתת פירוש מצומצם יחסית לזכויות האדם, ולהניח למערכת מרחב מספיק לסחר סוסים, גם אם איננו אוהבים זאת; הפוליטיקה, בייחוד במפלגות ובקואליציות, אינה יכולה לעבוד בלי סחר סוסים, והיא מוכרחה שיהיה לה משהו למכור ולקנות, לא תמיד לטובת הכלל ולתכלית ראויה. הדברים אינם יכולים להתנהל לפי עקרונות בלבד, וחייב להיות גבול.

מרדכי קרמניצר: יש לי תחושה שבית המשפט העליון אינו מבין ממש את מה שנאמר כאן, ואינו מקבל שתפקידו כבית משפט חוקתי מינורי, ושומר למקרים קיצוניים. פסק הדין הזה החרף את התחושה כי בית המשפט לא פעל מתוך הבנתו את האירועים העתידיים, ולכן אני שותף לדעה כי חברי הכנסת אינם מסכימים לכך שבית משפט יתערב התערבות רחבה. בפסיקתו כרת, לדעתי, בית המשפט את הענף שעליו יושבות המפלגות הדתיות, ולמעשה - הקואליציה בכלל. בית המשפט אסר קניית שלטון בכסף וקניית מינויים פוליטיים, ורובנו מסכימים שבכך הוא מקדם אורחות שלטון תקינים. ואולם, בנוגע לבשר הכשר אסר בית המשפט גם את המאבק הפוליטי על אופיה של המדינה. כאשר מפלגה רוצה להקים קואליציה, ונותנת משהו - סמלי או לא - למפלגות הדתיות, העניין נוגע למדינה היהודית; ואם חותכים את זה מכל הכיוונים, קובעים בעצם מה תוכל המפלגה הדתית להגשים ועל מה יתנהל המשא והמתן הקואליציוני.

רות גביזון אמרה שהדברים אינם יכולים להיות שנויים במחלוקת עמוקה מדי, ולמעשה אנו עוסקים כאן במתח בין דמוקרטיה ויהדות, והוא טעון בחומר נפץ. אין שום הסכמה, ואחידים אומרים כי עלינו להתעלם לגמרי מהיהדות כאשר אינה מתיישבת עם הדמוקרטיה, ואחרים שמים את כל כובד המשקל על התפיסה הדתית של היהדות. אני מוטרד מאוד מבית המשפט העליון: הרי אם לא ננהל דיון, יחליט בית המשפט העליון. מה יהיה טיב החלטותיו? מה תהיה דרגת רגישותן של החלטות?

ירון אזרחי: אני מבין כעת כי משתמע מדבריך שמטרתו של הדיון אינו חיפוש הקונסנזוס בלבד, אלא להפך - הבלטת חוסר ההסכמה כדי להגביל את בית המשפט.

אריק כרמון: בהיעדר דיון כזה נפגעת הלגיטימציה של בית המשפט העליון לטווח הארוך.

דן אבנון: בגיליון הראשון של כתב העת משפט וממשל הופיע מאמר של אהרן ברק, שעניינו המהפכה החוקתית. המאמר קומם אותי מאוד, מכיוון ששופט בית המשפט העליון מתייצב מאחורי המונח "מהפכה חוקתית" ומחויב לו. השופט ברק דן בשני חוקים, המכונים חוקי יסוד, והוא נותן להם את הלבוש "מהפכה חוקתית". חשוב לזכור:

הדמוקרטיה הישראלית נהנית מגבולות רחבים, ובמסגרתם יכולים ציבורים רבים לחוש שותפות למרות נקודות המחלוקת. אחת מנקודות המחלוקת היא החוקה. מי קבע כי מדינה שהוקמה במאה ה-20 אינה זקוקה לחוקה? ואולם, משעה שקבע פרשן, שהוא גם שופט בית המשפט העליון, שיש מהפכה חוקתית, הוא מחוייב כלפיה ונטל חלק בוויכוח התרבותי, מפעיל שפה משפטית במציאות פוליטית, ובתקופת השינוי שבה אנו נתונים מתערבבות כל השפות האלה לכדי מקשה אחת. לאור זאת אפשר להגדיר מושג שונה של "אנחנו" - "אלה שאינם שופטים ואינם פוליטיקאים, אלא מחוייבים למשהו אחר - להפעיל תבונה ולהאיר באמצעותה את המציאות. עלינו להכניס קצת סדר בדברים, וקודם כל בשיח עצמו, ומתוך הסדר הזה להתחיל לשרטט, כל אחד על פי תפיסתו, תמונה או נתיב.

שלמה גוברמן: אני מבקש להעיר כי הביטוי "מדינה יהודית" צמח כתחליף לביטוי "מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". "התעוררה השאלה מה בנוגע לעם האחר היושב במדינת ישראל, והביטוי "מדינתו של העם היהודי" צמח מתוך ניסיון של אלעזר גרנות לחמוק מן הביטוי "מדינה יהודית", שמופיע שבע פעמים בהכרזת המדינה. בקונטקסט של זכויות אדם קיבל הביטוי "מדינה יהודית" - "שציין מדינה דתית-יהודית" - מובן ערכי-יהודי.

אריק כרמון: הנחת היסוד שלי היא שהרוב החילוני שרוי במשבר זהות עמוק, ואם ימשך תהליך השלום, יחריף המשבר ויעמיק, ואי אפשר להימנע מהדיון בשאלה.

איני יודע איך לסכם דיון כזה. אני מרגיש כי הפרוטוקול של הדיון יכלול כמה שאלות מרתקות, ואותן אפשר להציג לפחות לכמה מן המחוקקים שישבו כאן. היום נערכה ההצבעה על קריאה ראשונה, והדרך ארוכה עדיין. נגענו בכמה שאלות דיאגנוסטיות שמהן מתחמק הדיון הציבורי, וגם אם לא מיצינו את הדיון, אני מאמין שנמשיך בכיוון הזה. תודה רבה.

??