

פרשנותם של חוקי-היסוד*

מאת

אהרן ברק**

שיטת הפרשנות הראויה לכל טקסט משפטי היא הפרשנות התכליתית. על פיה חייב הפרשן לשלוף מתוך לשון הטקסט אותה משמעות (משפטית) המגשימה את תכליתו של הטקסט. תכליתו של הטקסט אינה מושג נורמטיבי. זוהי המטרה אשר הטקסט נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית. המבחן הוא אובייקטיבי. שיטת פרשנות צריכה לחול גם בטקסט חוקתי. מתוך מיתחם האפשרויות הלשוניות הכוללות גם את "ההכללות המלכותיות" של הטקסט החוקתי – יש לשלוף אותה משמעות חוקתית המגשימה את תכליתו של הטקסט החוקתי. על תכליתו של הטקסט החוקתי למד הפרשן ממקורות שונים. העיקריים שבהם הם: לשון הטקסט החוקתי; מכלול הטקסטים החוקתיים, אשר צריכים להתפרש מתוך אחדות חוקתית; כוונתם של יוצרי הטקסט החוקתי (ההיבט הסובייקטיבי); התפתחות ההלכה השיפוטית החוקתית כמשך השנים; ערכי היסוד ותפישות היסוד החוקתיות הנוהגות בחברה בעת הפירוש. ער כמה שמקורות אלה אינם מתיישבים ביניהם, יש לאזן בין השיקולים השונים. באיזון זה אין ליתן משקל כבד לכוונת יוצרי החוקה, זאת לאור אופיו של הטקסט החוקתי. האיזון נעשה תוך שימוש בשיקול-דעת שיפוטי. שיקול-דעת זה צריך להיות מופעל – עד כמה שאפשר – באופן אובייקטיבי.

א. מעמד המיוחד של חוקי-היסוד. ב. מטרת הרשימה. ג. פרשנות תכליתית. ד. חשיבותה של פרשנות חוקתית-תכליתית; 1. היבט הרמנוטי; 2. היבט פילוסופי; 3. היבט חוקתי; 4. היבט של שיקול-הדעת השיפוטי. ה. לשון הטקסט החוקתי; 1. "הכללות מלכותיות"; 2. טקסט חוקתי עמום וחסר כטקסט חוקתי. ו. תכליתה של הנורמה החוקתית; 1. התכלית החוקתית; 2. מקורות התכלית – הטקסט החוקתי; 3. מקורות התכלית – החוקה כאחדות; 4. מקורות התכלית – ההיסטוריה החוקתית (התכלית החוקתית הטובייקטיבית); 5. מקורות התכלית – התפתחות ההלכה השיפוטית החוקתית; 6. מקורות התכלית – ערכי-היסוד. ז. שיקול-דעת שיפוטי בניבוש התכלית החוקתית; 1. מצבים טיפוסיים של שיקול-דעת שיפוטי; 2. פרשנות חוקתית ללא שיקול-דעת שיפוטי; 3. שיקול-דעת שיפוטי – האם בכל מצב של פרשנות חוקתית?; 4. הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי-חוקתי – השאיפה לאובייקטיביות; 5. הפעלה עקיבה של שיקול-הדעת השיפוטי; 6. שיקול-דעת שיפוטי-חוקתי המופעל באופן טובייקטיבי; 7. שיקול-דעת שיפוטי ופרגמטיזם; 8. "חוקה חיה" (A Living Constitution). ח. פרשנות חוקתית מתוך מבט רחב; 1. פרשנות "נדיבה"; 2. מהו מבט רחב?; 3. פרשנות מתוך מבט רחב ופרשנות מרחיבה.

* מאמר זה מבוסס בחלקו על פרק כטפרי פרשנות במשפט (כרך שלישי), אשר יראה אור ב-1993.
** שופט בית-המשפט העליון.

א. מעמד המיוחד של חוקי-היסוד

חוקי-היסוד הם פרקיה של חוקת המדינה. מאז "החלטת הררי"¹ נחקקו אחד-עשר חוקי-יסוד, אשר בהצטרפם יהנו את חוקתה השלימה של ישראל. עד לאחרונה כללו חוקי-היסוד בעיקר הסדרים בעלי אופי "מוסדי". הם קבעו את מבנה השלטון ודשיותיו. הם חסרו פרק על זכויות-האדם. בעניין זה פורסמו כמה הצעות, אך לכלל חקיקה מקיפה לא הגיעו. מאז קום המדינה היו זכויות האדם "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר".² הן עוגנו בפסיקתם של בתי-המשפט, כחלק מהמשפט המקובל "נוסח ישראל". בכל אלה חל לאחרונה שינוי מהותי.³ חוקי-יסוד: חופש העיסוק, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, העלו "על ספר" זכויות יסוד של האדם בישראל. שני חוקי-יסוד אלה חוללו מהפכה במעמד המשפטי והחוקתי של זכויות האדם בישראל. חוקי-יסוד: חופש העיסוק, שורייץ. "אין לשנות חוקי-יסוד זה אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת"⁴. חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא שורייץ. עם זאת, נכללת בו "פסקת הגבלה" שלפיה⁵ "אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". מובנה של הוראה זו אינו נקי מספקות. פירוש אפשרי אחד הוא, כי כל חוק הסותר את "פסקת ההגבלה" בטל. בכך יוצרים שריון-על לחוקי-יסוד זה. פירוש אפשרי שני הוא, כי בכוחו של חוק "רגיל" שנתקבל ברוב "רגיל" לשנות את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובלבד שהדבר נקבע בו במפורש. אין לפגוע שלא כדין בכבוד האדם ובחירותו באמצעות הוראה משתמעת ("ביטול מכללא") בחוק רגיל (יהא הרוב שבו נתקבל אשר יהא). נמצא כי הכלל הרגיל, שלפיו חוק מאוחר מבטל (במפורש או כמשתמע) חוק מוקדם, אינו חל ביחסים שבין חוק רגיל לבין חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומכאן מעמדו הגורמטיבי המיוחד.

חקיקתם של חוקי-יסוד חדשים אלה ממקדת את השאלה, כיצד על בתי-המשפט לפרשם: האם כללי הפרשנות הרגילים החלים בפירושם של חוקים "רגילים" חלים בפירושם של חוקי-יסוד (משוריינים ושאינם-משוריינים). שאלה זו ריחפה כל העת מעל חוקי-היסוד. עם זאת, היא לא הועלתה לדין ממשי, וזאת משני טעמים: ראשית, הניסוח של חוקי-היסוד הישנים היה מפורט למדי, תוך שימוש מועט בעקרונות ובמושגים-שסתום ערכיים. הוראת סעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת, שלפיה הבחירות לכנסת יהיו "שוות", היוותה חריג למגמה כללית זו. המגמה החקיקתית הכוללת היתה שימוש ב"כללים" ולא ב"עקרונות"⁶. דבר זה הקל על מלאכת הפרשנות

1 על ההיסטוריה של "החלטת הררי", ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1991) א' 450.

2 ראה א' ברק, "המהפכה החוקתית – זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א' (תשנ"ב) 7.

3 סעיף 5 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

4 סעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5 להבחנה זו בחקיקה ראה מ' מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ז) 321. להבחנה היוריספודנטלית, ראה J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 Yale L. J. (1972) 823.

ומנע את הצורך בבחינה עיונית של כללי הפרשנות החוקתית; שנית, רוב-דובן של ההוראות בחוקי-היסוד לא שוריינו. הוראת חוקי-היסוד לא משוריינת נתפשה בתרבות המשפטית שלנו כהוראת חוק "רגילה", שעליה חלים כללי הפרשנות הרגילים. בכל אלה חל שינוי לאחרונה: ראשית, חוקי-היסוד החדשים מנוסחים בעיקרם על בסיס עקרונות ומונחי-שסתום. לאורכם ולרחבם של חוקי-היסוד החדשים מופיעים ביטויים כמו "תכלית ראויה", "טובת הכלל", "בטחון-המדינה", "תקנת-הציבור", "שלום הציבור ובריאותו", "כטיחות", "איכות הסביבה", "הגנה על המוסר הציבורי", "כבוד האדם וחירותו", "מדינה יהודית ודמוקרטית", "קניינו של אדם", "פרטיות", "צנעת חייו", "ערכיה של מדינת ישראל", "במידה שאינה עולה על הנדרש". אלה הן "הכללות מלכותיות"⁶ הדורשות תורת פרשנות ראויה להבנתן. שנית, חוקי-היסוד: חופש העיסוק, שוריין כולו בשריון "כפול". שינוי חוק-היסוד יכול להיעשות אך בחוקי-היסוד. חוקי-היסוד המשנה צריך להתקבל ברוב של חברי-הכנסת. חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו, לא שוריין, אך הוענק לו מעמד בכורה נורמטיבי, תוך שהוצב בין חוקי-היסוד "רגיל" לבין חוקי-היסוד משוריין. בשל מרכזיותו של חוקי-היסוד זה והיקף הוראותיו נדרשת תורת פרשנות ראויה להבנתו.

ב. מטרת הרשימה

מטרתה של רשימה זו היא להציג בפני הקורא תורת פרשנות חוקתית. הרשימה מבוססת על פרק מתוך ספר על פרשנות במשפט. התפישה העוברת כחוט-השני בספר זה היא, כי שיטת הפרשנות הראויה היא השיטה הפרשנית התכליתית.⁷ על-פיה כל טקסט משפטי – צוואה, חוזה, תקנה, חוק, חוקה – מתפרש על-פי התכלית שהוא נועד להגשים. מטרתה של רשימה זו להבהיר כיצד פועלת הפרשנות התכליתית – שנתקבלה בעיקרה על-ידי בתי-המשפט בישראל בפרשנות חוזים וחוקים – בפרשנותם של חוקי-היסוד. לעניין זה איני מבחין בין חוקי-היסוד משוריין לבין חוקי-היסוד "רגיל". הטעם הוא בכך, שכל חוקי-היסוד נחקקים על-ידי הכנסת כרשות מכוננת. הם שונים באופן מהותי מחוק רגיל, אשר הכנסת מחוקקת כרשות מחוקקת. אמת, העדר השריון פוגע במעמדם הנורמטיבי של חוקי-היסוד הלא-משורינים, אך אין בו כדי להשפיע באופן מכריע על דרכי פרשנותם. גם הוראות לא-משורינות בחוקי-היסוד הן במהותן כללים חוקתיים ומחייבות פירוש, כפי שטקסט חוקתי צריך להתפרש.

ג. פרשנות תכליתית

חוקי-היסוד הם נורמות משפטיות, המעוגנות בטקסט משפטי. ככאלה הם טעונים פירוש. אין לגשת להבנת טקסט חוקתי בדרך "לא-פרשנית". ככל טקסט נורמטיבי, גם טקסט חוקתי מצריך פרשנות. בעיות-היסוד של הפרשנות – היחס בין "גוף" הטקסט לבין "נשמתו" – מצויות גם בפרשנות טקסט חוקתי. עם זאת, טקסט חוקתי הוא טקסט משפטי מיוחד במינו, שכן החוקה היא נורמה המעצבת

6 למשמעות דיבור זה ראה להלן, פרק ה', עמ' 39.

7 ראה א' ברק, פרשנות במשפט (1992) א' 373.

את דמותה של החברה. היא קובעת את תפישותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה. היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים. היא קובעת את שאיפותיה ומגמותיה. היא משקפת את אידועי העבר. היא מניחה את היסוד להווה. היא קובעת את פני העתיד. היא פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד. אכן, לחוקי-היסוד (המשוריינים) אופי מיוחד. הם עומדים בראש הפירמידה הנורמטיבית וגוברים על חוק רגיל הסותר אותם. כל חוקי-היסוד – בין המשוריינים ובין הלא-משוריינים – נועדו לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה. הם נוסחו – בעיקר חוקי-יסוד: חופש העיסוק, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – בלשון בלתי-מדויקת, המניחה תחומים רחבים לשיקול-דעת שיפוטי-פרשני. כל אלה מצביעים על הצורך בגישה פרשנית מיוחדת בפירושה של חוקי-היסוד. ידועה אמרתו של השופט מרשל (Marshall C.J.), נשיאו הראשון של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, כי⁸:

It is a constitution we are expounding.

זאין אתה מפרש חוקה באותו אופן שבו אתה מפרש צוואה. עמד על כך פרופ' פרוינד, בהדגישו כי בית-המשפט צריך להיזהר⁹:

Not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament, lest indeed they become one.

כיצד אפוא נגשים לפירושה של הוראה חוקתית¹⁰? כיצד מגשרים בין התפישה כי חוקה היא טקסט נורמטיבי, המצריך פירוש ככל טקסט נורמטיבי אחר, לבין התפישה כי החוקה היא טקסט נורמטיבי מיוחד במינו, המצריך גישה פרשנית מיוחדת במינה? התשובה לשאלה זו מצויה בשיטה הפרשנית התכליתית. שיטה זו נקוטה לעניין פירושה של כל הטקסטים המשפטיים. על-פיה אין להעניק ללשון הטקסט המשפטי משמעות משפטית שאינה מעוגנת במשמעותו הלשונית של הטקסט. לכל מובן משפטי חייב להיות עיגון, ולו מינימלי, בלשון הטקסט. הבחירה בין המשמעות הלשונית השונות נעשית על-פי אמת-מידה נורמטיבית-אובייקטיבית. זוהי אמת-המידה של "תכלית הנורמה" ("הפרשנות התכליתית"). מבין מגוון האפשרויות הלשוניות יש לשלוף אותה משמעות משפטית אשר מגשימה – יותר מכל משמעות אחרת – את התכלית המונחת ביסוד הנורמה המקופלת בטקסט המשפטי. תכלית הנורמה היא מושג נורמטיבי ולא פיזי או פסיכי. תכלית הנורמה מהווה את הערכים, המטרות והאינטרסים אשר הנורמה נועדה להגשים. זהו מושג נורמטיבי-אובייקטיבי, אשר בקביעתו משמשים גורמים שונים, לרבות התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיניו של יוצר הטקסט. משקלם של הגורמים השונים המעצבים את התכלית נתון לעתים לשיקול-דעת שיפוטי. כמסגרת זו יש להיעזר בחזקות שונות, המשקפות מדיניות משפטית ראויה, באשר לתכלית הנורמה המשפטית. שיטה פרשנית זו חלה גם לעניין פירושו של טקסט חוקתי. מתוך מגוון

8 בפרשת *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (4 wheaton) (1819)

9 P.A. Freund, "The Supreme Law of the United States" 29 *Can. Bar. Rev.* (1951) 1080, 1086

10 עניין זה נדון בהרחבה בספרי פרשנות במשפט (כרך שלישי), אשר יראה אור בקרוב.

המשמעות הלשונית של הטקסט החוקתי יש לשלוף אותה משמעות משפטית המגשימה את התכלית המונחת ביסוד הטקסט החוקתי. עמד על כך השופט דיקסון (Dickson) בציינו, כי חוקה צריכה לקבל פירוש שיהא¹¹:

A broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects.

ובפרשה אחרת הוא ציין¹²:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in light of the interest it was meant to protect.

ייחודו של הטקסט החוקתי לא יתבטא אפוא בשיטת פרשנות מיוחדת במינה. השיטה הפרשנית התכליתית, החלה לעניין פירושם של כל הטקסטים המשפטיים (צוואות, חוזים, תקנות וחוקים), תחול גם לעניין פירושו של טקסט חוקתי. ייחודו של הטקסט החוקתי יתבטא בגיבוש תכליתו. לא הרי דרכי גיבושה של תכלית הצוואה כהרי דרכי גיבושה של תכלית החוק, ולא הרי שני אלה כהרי דרכי גיבושה של תכלית הנורמה החוקתית. אופיו של הטקסט המשפטי משפיע אפוא על גיבוש תכליתו.

ד. חשיבותה של פרשנות חוקתית-תכליתית

1. היבט הרמנויטי

הפרשן החוקתי חייב לפרש טקסט שנחקק בעבר. לעתים זהו עבר רחוק. הפרשן אינו יכול להיכנס לעורו של יוצר החוקה, ואף אין הוא צריך לעשות כן. יוצרי החוקה חיו בעבר, בעולם שונה מעולמנו והתמודדו עם בעיות שונות משלנו. עם זאת, עולמם חשוב להכנת עולמנו. בלא עבר אין הווה ואין עתיד. חיי העם הם המשכיות. קשר הדורות הוא המשקף את הווייתנו. החוקה נועדה לקשור את ההווה שלנו עם עולמם. הפרשנות החוקתית חייבת לשקף את הקשר הזה; אופקיו של הטקסט החוקתי ההיסטורי צריכים להתמוזג עם אופקיו של הפרשן המודרני. מיזוג אופקים זה מבטא תפישה הרמנויטית ראויה, והוא אף מוצא ביטוי מלא בפרשנות התכליתית. הפרשן התכליתי אינו מעניק לטקסט החוקתי את הפירוש שהיה נותן לו בעת יצירתו. אין הוא מחזיר את גלגל ההיסטוריה. המובן של הטקסט החוקתי אינו מאובן. טקסט חוקתי אינו טקסט סטטי אלא טקסט דינמי, אשר הבנתנו אותו משתנה עם הדורות¹³. בפרשה אחת ציינת¹⁴:

11 בפרשת *Hunter v. Southern Inc.* (1984) D.L.R. (4th) 641, 649.

12 בפרשת *R v. Big M. Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295, 344.

13 ראה דברי השופט ברנן בפרשת *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, 816 (1983); ראה גם דברי השופט הולמס בפרשת *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

14 בג"צ 428/86 ברזילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 619.

עלינו לפרש את החוק באופן שיתאים למערכת החיים הלאומיים שלנו, ואלה משתנים עם הזמן ... הוראת יסוד אינה באה להקפיא מצב קיים. היא באה לכוון נסיון אנושי.

כדי להשיג תוצאות אלה יש לנקוט שיטה פרשנית תכליתית: רק היא מאפשרת תנועה בין עבר לבין הווה ועתיד. רק באמצעותה מתמזגים האופקים בין יוצר לבין קורא ונוצר האיזון הנדרש בין הדורות.

2. היבט פילוסופי

ההיבט הפילוסופי מדגיש, כי המשפט הוא מכשיר חברתי. ואכן, החוקה וחוקי-היסוד הם המכשירים החברתיים החשובים ביותר: הם קובעים את דפוסי ההתנהגות החברתית לדורות. יש להם מטרה ותכלית, המשתנות מחוקה לחוקה ומחוק-יסוד לחוק-יסוד. בהתייחסו למגילת זכויות-האדם הקנדית החדשה, ציין השופט דיקסון¹⁵:

I begin with the obvious. The Canadian Charter of Rights and Freedoms is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action.

יהא תוכנם של החוקה וחוקי-היסוד אשר יהיה – הם התקבלו כנורמות-על כדי להגשים יעדים חברתיים. תוכנם של יעדים אלה שרוי לעתים במחלוקת, אך דומה שאין מחלוקת כי הם קיימים. פרשנות ראויה היא פרשנות המעניקה לטקסט החוקתי מובן המגשים את היעדים החברתיים שהחוקה וחוקי-היסוד מעוניינים בהם. פרשנות ראויה זו מושגת באמצעות השיטה הפרשנית התכליתית.

3. היבט חוקתי

מעל דברי החקיקה הרגילים פרושה "מטריה נורמטיבית", שבה מעוגנים עקרונות-יסוד חוקתיים. מהי המטריה הנורמטיבית הפרושה מעל חוקה וחוקי-יסוד? האם פרושה מעליהם מטריה נורמטיבית כלשהי? היש דבר שהוא מעליהם? האם מצויות בצדם נורמות-על שאינן כתובות? התשובה לשאלות אלה סבוכה ומחייבת זהירות רבה. מחד גיסא, אני נוטה להשקפה, כי במקום שיש חוקה נוקשה וחוקי-יסוד משוריינים אין מעליהם נורמה משפטית פוזיטיבית חזקה יותר הגוברת עליהם. זוהי השקפתה של הקהילה הפרשנית שלנו, וכל עוד לא תשתנה, איני סבור כי ניתן יהיה לבטל חוקי-יסוד משוריינים העומדים בסתירה לערכים חוקתיים בלתי-כתובים. מאידך גיסא, השקפתי היא כי חוקה וחוקי-יסוד אינם פועלים בחלל נורמטיבי.

15 בפרשת Hunter (לעיל, הערה 11), 560.

מחוץ לחוקה ומסביבה מצויים ערכים ועקרונות חוקתיים שהחוקה צריכה להגשים. אין אלה ערכיו האישיים של פרשן, אלא ערכיה הלאומיים של האומה: "זו אקסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו"¹⁶. "מערכת החיים הלאומיים" מהווה מקור לערכים ולעקרונות שהחוקה מבקשת להגשים. הם משקפים את הקונסנזוס החברתי ואת תפישתו של הציבור הנאור; הם מעגנים תפישות-יסוד חברתיות; הם נשאים בחלקם מהטקסט החוקתי ומההיסטוריה שלו, ובחלקם – מהניסיון ההיסטורי של העם, מהשקפותיו החברתיות והדתיות, מהמסורת שלו ומהמורשת שלו. ודוק: לא כל הערכים והעקרונות, המהווים מטריה נורמטיבית מעל לחוקה, מוזכרים (במפורש או במשתמע) בחוקה או בחוקי-היסוד. אם הם אינם מוזכרים (במפורש או במשתמע) אין להכניסם באופן מלאכותי. עם זאת, הם מהווים נקודות-התייחסות להבנת הערכים והעקרונות המוזכרים (במפורש או במשתמע) בחוקה ובחוקי-היסוד. הנה כי כן, קיימים ערכים ועקרונות לבר-חוקתיים: יש "חוקה" בלתי-כתובה ו"חוקי-יסוד" בלתי-כתובים¹⁷. הם משמשים אמות-מידה פרשניות להבנת החוקה הכתובה וחוקי-היסוד הכתובים, ושיטת פרשנות המתעלמת מהם לוקה בחסר. השיטה התכליתית מעניקה להם מעמד פרשני: הם מהווים רקע לפעילות הפרשנית וחזקות שהפרשן מניח בפרשנותו. מכאן יתרונה של שיטה זו בפרשנות החוקה וחוקי-היסוד על-פני כל שיטת פרשנות אחרת.

4. היבט של שיקול-הדעת השיפוטי

פרשנות חוקתית מניחה שיקול-דעת שיפוטי. הלשון הרחבה של הטקסט החוקתי, מזה, והנתונים המגוונים בדבר תכלית הנורמה, מזה, יוצרים קרקע נוחה לפיתוח שיקול-דעת שיפוטי בפרשנות חוקה וחוקי-היסוד. הטקסט החוקתי מורכב מנורמות רבות, המשקפות ערכי-יסוד. נורמות אלה נמצאות לעתים קרובות במצב של התנגשות: חופש הביטוי מתנגש בשלום הציבור, בטוהר השיפוט או בכבוד האדם, וחופש התנועה מתנגש בבטחון המדינה. פתרון ההתנגשות הוא במציאת האיזון בין העקרונות המתחרים. תהליך זה מבוסס על שיקול-דעת שיפוטי: יש לבחור בין דרכי פרשנות תלופיות¹⁸. ברירה זו אינה מוכתבת על-ידי החוקה או חוקי-היסוד. עם זאת, אין זו ברירה חופשית ושיקול-הדעת הוא מוגבל. יתר על כן: שיקול-דעת זה ניתן להפעלה על-פי אמות-מידה אובייקטיביות, כלומר: חיצוניות לשופט. אמות-המידה נותנות פתרון לרבות מהבעיות החוקתיות, אך לא לכולן. כאשר ההנחיה האובייקטיבית נפסקת, נשאר השופט-הפרשן עם עצמו ומגיע לרגע של אמת. מרגע זה, כוכב-הצפון היחיד שינחה את דרכו הוא העיקרון החוקתי של הצדק: הפרשן ישאף לפתרון שייראה לו כצודק ביותר. נראה לי, כי תיאור זה של הפרשנות החוקתית משקף נכונה את המציאות, אך גם משקף את מה שראוי שיהיה. פרשנות חוקתית ללא שיקול-דעת שיפוטי היא אגדה, ואילו פרשנות חוקתית

16 דברי השופט אגרנט בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

17 ראה 703 (1975) 27 *Stan.L.Rev.* "Do we Have an Unwritten Constitution" T.C. Gray.

18 ראה L. Tribe, *Constitutional Choices* (1985).

המבוססת אך ורק על שיקול-דעת שיפוטי היא אסון. הפרשנות התכליתית מתרחקת מהאגדה ונמנעת מהאסון: היא מנווטת את עצמה בין נתונים אובייקטיביים לבין סובייקטיביות שיפוטית. דבר זה חשוב לכל פעילות פרשנית והוא חיוני לפרשנות חוקתית, שכן זאת יש לזכור: על השופט העוסק בפרשנות חוקתית מוטלת אחריות מיוחדת במינה. בעיות חוקתיות רבות הן בעלות חשיבות רבה ליחיד ולציבור. על שכם השופט מוטל נטל כבד של איתור הערכים החוקתיים ואיזון ביניהם במקרה של התנגשות. אין אמות-מידה ברורות להגדרת ערכי-היסוד, לקביעת האופן שבו הם נכנסים לשיטת-המשפט או עוזבים אותה ולקביעת המשקל שניתן לכל אחד מהם. אין הסכמה על סדר-העדפויות של העקרונות והערכים. שיקול-הדעת השיפוטי-פרשני הוא ניכר ודומה שהוא רב יותר בפרשנות חוקתית מאשר בפרשנות של חקיקה רגילה. והנה, דווקא כאן קיים חשש כי בשל רוחב שיקול-הדעת, מזה, וקרבתו למסגרות פוליטיות וחברתיות, מזה, יואשם השופט בחציית הגבול שבו המצוי לבין הרצוי¹⁹. חשש זה גובר כאשר השופט מביא בהחלטתו לסיכול רצונו של המחוקק הדמוקרטי. חשש זה אף מתעצם אם הסוגיה שנויה במחלוקת ציבורית ואם היא טעונה מטען פוליטי ניכר. לדעתי, אין מנוס מסיכונים אלה, שהם נחלתם של שופטים העוסקים בבעיות חוקתיות בכל שיטת-משפט. בכל מקרה חשוב להכניס פעילות שיפוטית-חוקתית זו למסגרות נורמטיביות ולא להשאירה מחוץ לתהליך הפרשני. חשוב לראות פעילות זו — הכרוכה בשיקול-דעת שיפוטי ניכר — כחלק מהפעילות השיפוטית הפרשנית וכאחד ממוקדיה העיקריים. רק אז ניתן יהיה להבטיח כי השופט-הפרשן יפעל "על-פי אמות-מידה קונסטטוציוניות ועל-פי עקרונות יסוד משפטיים, המשקפים את ה'אני מאמין' של חיינו הממלכתיים. לא הלכי רוח חולפים מכוונים את גישתנו, אלא תפישות-יסוד ממלכתיות של קיומנו כמדינה דמוקרטית"²⁰. רק אז ניתן יהיה לדרוש מהשופט החוקתי בחינה עצמית מעמיקה ובלתי-פוסקת, תוך ניסיון מירבי להתרחק מכל ערבוב בין ההשקפות הסובייקטיביות של השופט כאדם לבין תפישותיו האובייקטיביות של השופט באשר למבנה החוקתי של שיטתו. רק אז ניתן להכיר בכך, כי כאשר אמות-המידה האובייקטיביות אינן משיגות עוד והשופט פועל על-פי הבנתו הסובייקטיבית, אין הוא פועל מחוץ לכללי הפרשנות וללגיטימיות השיפוטית. נהפוך הוא: הוא פועל אז במסגרת כללי הפרשנות ומבצע הכרעה חוקתית לגיטימית וחיונית. אין להסתיר פעילות זו או להדחיקה; יש להודות בכך בפה מלא. רק כך יובטח אמון הציבור בשפיטה ורק כך ניתן יהא לבקר אותה²¹. חוקה וחוקי-יסוד אינם טקסטים אפופי מסתורין, ופרשנות חוקתית אינה פעילות מיסטית. עניין לנו ביצירות אנושיות המקבלות משמעות על-ידי בני-אדם, ואלה עלולים לטעות ולהודות בטעותם²². אכן, העיסוק הפרשני בחוקה ובחוקי-היסוד צריך להיות גלוי וכן. השיטה הפרשנית התכליתית מבטיחה זאת, משום שהיא מכניסה את שיקול-הדעת השיפוטי תחת כנפיה ומעניקה לו מעמד מרכזי.

19 ראה א' ברק, "על החשיבה הקונסטטוציונית", 1 המשפט (גליין פברואר 1992) 10.

20 דברי בבג"צ 428/86 (לעיל, הערה 14), 585.

21 ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 294.

22 ראה ע"א 243/83 ערית ירושלים נ' גוררון, פ"ד לט(1) 113, 136.

ה. לשון הטקסט החוקתי

1. "הכללות מלכותיות"

הלשון החוקתית אינה שונה מכל לשון אחרת. זוהי הלשון הטבעית המקובלת בחברה נתונה בזמן נתון. עם זאת, המעיין בחוקה או בחוקים חוקתיים נוכח לדעת, כי יחסית לחוקים אחרים יש בהם יותר מונחים "עמומים" מאשר בטקסטים חוקיים אחרים. בטקסט חוקתי יש "מושגי-שסתום" ומושגים בעלי "הוראות פתוחות". אלה הם מושגים אשר במסגרת קהילה (פרשנית) נתונה וביחס למערכת-עובדות נתונה מעלים תדיר יותר מאפשרות לשונית אחת. ודוק: כל לשון היא "פתוחה" או "עמומה" ביחס למערכת-עובדות כלשהי, אולם לשון חוקתית היא "פתוחה" או "עמומה" לגבי מערכת-עובדות תדירות למדי. הסיבות לכך הן בעיקר אלה: ראשית, טקסט חוקתי מהווה ביטוי לפשרה לאומית. אנשים ומוסדות בעלי השקפות שונות ומנוגדות הסכימו על טקסט שהוא ביטוי למכנה המשותף להם. לרוב אין ביניהם הסכמה על הפרטים. אין הסכמה על השוליים, אך יש הסכמה לגבי כמה עניינים מרכזיים. לעתים ההסכמה היא ברמת הפשטה גבוהה (הסכמה על עיקרון) בלא התייחסות להפעלתו הקונקרטי, ולפעמים ההסכמה היא לגבי מצבים טיפוסיים של פרטים. כדי לתת ביטוי להסכמה זו נזקקים לטקסט "עמום" או "פתוח". טקסט כזה ניתן לפירושים שונים ברמות הפשטה שונות. הוא כולל את ההסכמה שהושגה ברמה הגבוהה וברמת הפרטים, מבלי להכריע לגבי החלת העיקרון על מצבים נוספים שבהם אין עדיין הסכמה. במצב זה ניתן להשאיר את אי-ההסכמות רדומות. כל אדם וכל גוף קורא את "איזור הדמדומים" באופן אחר, אך בשל חשיבותו השולית ניתן לוותר על הבהרתו. טקסט כזה אינו מעורר מחלוקת מניה-זביה. כולם קוראים באופן אחיד את הגרעין שסביבו הם מתרכזים. שנית, הטקסט החוקתי מיועד לקבוע בין השאר את ערכי-היסוד של האומה, את אמונותיה ואת תפישותיה החברתיות. הניסיון האנושי מלמד, כי אלה מבוטאים לרוב בלשון "ערכית", המעבירה מסר שאינו ברור וחד-משמעי לעתים קרובות למדי. שלישית, הטקסט החוקתי נועד להסדיר התנהגות אנושית לדורות הבאים. הוא מכוון לא רק לטווח הקצר אלא גם לטווח הארוך. הוא מניח שינוי בתפישות, בעמדות ובהתנהגות חברתית והוא חייב לנקוט לשון גמישה דיה שתוכל להתפשט גם לעבר התפישות, העמדות ודרכי ההתנהגות החדשות שלא נצפו בעת יצירת הטקסט החוקתי. אם לא כן, הטקסט החוקתי יתיישן ביום היכנסו לתוקף. עם זאת, הטקסט החוקתי חייב לנקוט לשון ודאית דיה כדי לכבול את רשויות-המדינה ולמנוע מהן להתנהג בעתיד באופן הנוגד את התפישות, העמדות וההתנהגויות החברתיות שהטקסט מבקש לשמר ולקיים. הטקסט החוקתי חייב אפוא להשתמש בביטויים גמישים ונוקשים גם יחד. ביטויי-השסתום והביטויים הפתוחים מבטיחים את השגתה של תכלית זו. מכאן השימוש בביטויים "פתוחים" בהגדרתן של זכויות-האדם. אלה הן "הכללות מלכותיות" (majestic generalities) כלשונו של השופט ג'קסון (Jackson)²³. תפקיד

23 בפרשת *Fay v. New York*, 332 U.S. 261, 282 (1947).

הפרשן הוא ליתן להן תוכן אשר יכול להשתלב במסגרת המשמעות הלשונית שלהן. מסגרת זו קובעת את הגבול החיצון של ההכללה המלכותית, אך אין בכוחה לקבוע את המשמעות המחייבת בתוך התחום. קביעתה של משמעות זו נעשית על-ידי השיטה הפרשנית התכליתית. יש להודות, כי בשל האופי ה"פתוח" של ההכללות המלכותיות, שיקול-הדעת השיפוטי הנתון בידי השופט-הפרשן הוא רב, אך אינו בלתי-מוגבל. קיימות מגבלות רבות, ואחת מהן היא טקסטואלית. גם אם איננו מפרשים אך לפי הטקסט, הטקסט הוא הקובע את גבולות הפירוש.

2. טקסט חוקתי עמום וחסר בטקסט חוקתי

הטקסט החוקתי הוא לעתים קרובות עמום, והמינוח החוקתי הוא במקרים רבים בעל רקמה פתוחה. מכך לא נובע שלעיתים קרובות, ובמקרים רבים, קיים חסר בטקסט החוקתי. אל-לנו לזהות טקסט פתוח או עמום עם טקסט חסר²⁴. טקסט "פתוח" או "עמום" הוא טקסט מלא ולא חסר. הטקסט מכיל הנחיה נורמטיבית, אם כי משמעותה המלאה אינה ברורה והיא מחייבת תהליך של פרשנות חוקתית. עם סיום התהליך הפרשני – המלווה לרוב בשיקול-דעת שיפוטי-חוקתי – תישלף מתוך הטקסט נורמה משפטית אשר תפתור את הסכסוך הניצב בפני השופט. חרף היותו של הטקסט החוקתי עמום, הרי עם גמר התהליך הפרשני תהא בידי השופט נורמה המעוגנת בטקסט שיש בה כדי להכריע בכעיה המשפטית הטעונה הכרעה. מבחינת סכסוך זה ומבחינת מערכת-העובדות הניצבת בפני השופט, הטקסט העמום הוליד בגמר התהליך הפרשני נורמה ברורה וחד-משמעית שפתרה את הסכסוך. בסיום התהליך הפרשני נשלפה מתוך הטקסט העמום נורמה משפטית מחייבת הפותרת את הכעיה המשפטית הטעונה הכרעה. לעומת זאת, כאשר הטקסט החוקתי חסר, לא ניתן לשלוף מתוכו בגמר התהליך הפרשני נורמה שתפתור את הסכסוך הניצב בפני השופט. השופט יזקק לדין המשלים של השיטה כדי להשלים את שהטקסט החוקתי החסיר. בעשותו שימוש בדין המשלים, יוצר השופט "טקסט" חדש. מכאן השוני מהותי בין פרשנות של טקסט חוקתי עמום לבין השלמת חסר בטקסט חוקתי חסר. הפעילות הראשונה היא פרשנית: היא אינה יוצרת טקסט חדש, אלא מעניקה משמעות לטקסט קיים ושולפת ממנו נורמה הפותרת את הסכסוך. הפעילות השיפוטית השנייה אינה פרשנית. היא אינה שולפת משמעות משפטית מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט החוקתי, אלא יוצרת טקסט חוקתי חדש.

1. תכליתה של הנורמה החוקתית

1. התכלית החוקתית

כיצד נקבעת התכלית החוקתית? שאלה זו היא העומדת במרכז העיון המדעי בפרשנות החוקתית. יש הסבורים, כי התכלית החוקתית נקבעת אך על-פי כוונתם של יוצרי הטקסט החוקתי (The original intent of the founding fathers). אחרים

24 ראה ברק (לעיל, הערה 7), 463.

סבורים, כי כוונה סובייקטיבית זו אינה רלבנטית כלל²⁵. התפישה הפרשנית התכליתית נוקטת עמדת-ביניים. על-פיה, תכלית הטקסט החוקתי היא מושג נורמטיבי-אובייקטיבי. היא נקבעת על-פי התכלית העולה מלשון הטקסט החוקתי, מהתכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני יוצר הטקסט החוקתי, מההתפתחויות ההיסטוריות הכלליות ומההתפתחויות ההלכתיות מאז יצירת הטקסט החוקתי, מהתכלית העולה מעיון מודרני ביחסי-הגומלין בין טקסטים חוקתיים שונים ומערכי-היסוד של השיטה, על-פי תפישתם המודרנית. עד כמה שתכליות אלה מתיישבות זו עם זו ומובילות לכיוון אחד, תיקבע התכלית החוקתית (האובייקטיבית) על-פי אותו כיוון משותף. עד כמה שתכליות אלה נוגדות זו את זו או מובילות לכיוונים שונים, תיקבע התכלית החוקתית (האובייקטיבית) על-פי שיקול-דעת שיפוטי, המבוסס על שזירה ראויה בין המרכיבים השונים.

2. מקורות התכלית – הטקסט החוקתי

נקודת-המוצא בקביעת התכלית (האובייקטיבית) של הנורמה החוקתית היא הטקסט החוקתי עצמו. ההוראות החוקתיות השונות נזקקות לעתים קרובות ללשון המבטאת עקרונות, ערכים ומטרות חוקתיות. לשון הטקסט החוקתי קובעת את "מתחם המשמעויות הלשוניות", שמתוכו תיבחר המשמעות החוקתית-משפטית. זאת ועוד: מבנה הטקסט החוקתי – חלוקתו להוראות שונות, הממלאות בו תפקידים שונים – עשוי להשפיע על נקודת-המוצא הלשונית, תוך הוספת כמה אופציות לשוניות או גריעתן. אכן, ללשון הטקסט החוקתי שני תפקידים פרשניים עיקריים: האחד הוא קביעת "מתחם המשמעויות הלשוניות" של הטקסט החוקתי. אין ליתן ללשון החוקתית מובן החורג מאחד המובנים המצויים במסגרת המתחם (הלשון כמסגרת). התפקיד האחר הוא קביעת תכליתה של ההוראה החוקתית (הלשון כתוכן). חזקה על לשון החוקה שהיא מבטאת את תכליתה, ומקריאת הלשון ניתן לקבוע את התכלית. הלשון קובעת לא רק גבולות של משמעות, אלא אף תכנים של משמעות. הנה כי כן, לשון הטקסט החוקתי היא מקור חשוב לתכליתו (האובייקטיבית) של הטקסט החוקתי.

3. מקורות התכלית – החוקה כאחדות

לעתים מרוכזות כל ההוראות החוקתיות בטקסט אחד ולעתים הן מפוזרות בין כמה טקסטים. לעתים, ההוראות השונות הוחקו בתקופות שונות. גם כאשר הטקסט הוא אחד, הוא כולל תיקונים שהוכנסו בו במשך השנים. יהיה המבנה של הטקסט החוקתי אשר יהיה – מסמך אחד או כמה מסמכים, עם או בלי תיקונים – הוא משפיע על תכליתה של ההוראה החוקתית. המבנה השיטתי של מערך הנורמות ומקומה של הנורמה החוקתית במסגרתו משפיעים על פירושה. יחסי-הגומלין בין הוראות חוקתיות משפיעים על מובן²⁶. נקודת-המוצא הפרשנית הראויה היא של

25 לספרות בשאלה זו במשפט האמריקני ראה J. Rakove, *Interpreting the Constitution – The Debate* (1990); L. Tribe and M. Dorf, *On Reading the Constitution* (1991).
 26 בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 14), 595.

אחדות חוקתית. הנורמה החוקתית אינה עומדת בבדידותה, אלא חלק ממערך חוקתי. ההוראה החוקתית הספציפית משפיעה על הבנתו של המכלול החוקתי, וזה משפיע על פירושה של ההוראה הספציפית המשולבת בו. ההוראות החוקתיות השונות משתלבות זו בזו ויוצרות הרמוניה חוקתית²⁷. לפיכך יש לשאוף לפתרון המונע סתירה פנימית בין הוראות חוקתיות. כאשר שני עקרונות או שני ערכים חוקתיים מתנגשים, הפתרון יימצא במתן משקל לכל אחד מהערכים או מהעקרונות המתנגשים, תוך איזון ביניהם. רמת ההפשטה הניתנת להוראות מסוימות של החוקה משפיעה על רמת ההפשטה הניתנת להוראות האחרות. השאיפה היא לקיום משותף – ככל האפשר – של הערכים החוקתיים השונים המעוגנים בטקסט החוקתי. השאיפה היא גם להגנה חוקתית מירבית על כל אחד מהערכים החוקתיים. החיים החוקתיים מבוססים על "תן וקח" ולא על "הכול או לא כלום"²⁸. שאיפות אלה משפיעות על גיבושה של התכלית החוקתית (האובייקטיבית). יש לגבש תכלית חוקתית כזו, שתקדם בצורה הראויה ביותר את האחדות החוקתית ותשמור בצורה האופטימלית על הרמוניה חוקתית. יש להימנע מגיבוש תכלית שתביא להתפוררותה של האחדות החוקתית. אין לגרום לכך שההוראות החוקתיות ייתפשו כהוראות עצמאיות ובלתי-קשורות זו לזו. אולם אין להגזים בכוחה של דרישה זו: טקסט חוקתי אינו טקסט מושלם כשם שחיי החברה אינם מושלמים. לעתים קרובות המשפט והחיים מבוססים על דיסהרמוניה ועל העדר אינטגרציה. כשם שאין זה ראוי להביא להתפוררות האחדות החוקתית, כן אין זה ראוי להביא ל"אחדות יתר" שאינה במקומה. דיסאינטגרציה והיפר-אינטגרציה הם מצבים קיצוניים בלתי-ראויים²⁹. אכן, חוקה מבוססת על תפישות פוליטיות, פילוסופיות, חברתיות ומשפטיות, ואלה אינן משקפות תמיד גישה קוהרנטית. נהפוך הוא: חוקה היא פרי של פשרה. הסכנות הלאומיות, המולידות לרוב טקסט חוקתי, אינן מבטלות חילוקי-דעות לאומיים; הן רק מאפשרות להתאחד סביב גרעין משותף. אכן, חוקה היא פשרה בין תפישות פילוסופיות, פוליטיות, חברתיות ומשפטיות. על-כן אין כל אפשרות להשיג שלמות חוקתית. יש לשאוף לאחדות ולהרמוניה ככל האפשר במסגרת הנתונים הקיימים.

4. מקורות התכלית – ההיסטוריה החוקתית (התכלית החוקתית הסובייקטיבית)

גיבושה של תכלית חוקתית (אובייקטיבית) מחייבת את בחינתה של התכלית החוקתית (הסובייקטיבית) שעמדה לנגד עיני המחוקק של הטקסט החוקתי. אינך יכול להבין את ההווה מבלי להבין את העבר. התכלית החוקתית (האובייקטיבית) היא פרי התפתחות חוקתית. היא יונקת את מקורותיה בעבר ולכן היא חייבת לבחון את התכלית החוקתית (הסובייקטיבית). מה ביקשו יוצרי הטקסט החוקתי להגשים? מדוע הוחקה ההוראה החוקתית באופן שבו הוחקה? מה היו רמות

27 על הרמוניה חוקתית והמתבקש ממנה ראה ברק (לעיל, הערה 7), 390.

28 ראה בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לז(2) 169, 178.

29 ראה טרייב ודורף (לעיל, הערה 25), 19.

ההפשטה השונות שניצבו לנגד עיניהם של יוצרי החוקה? כל אלה הן שאלות חשובות ביותר. התשובה עליהן עשויה לעתים להכריע את הכף הפרשנית. לעתים תימצא זהות בין התכלית החוקתית (הסובייקטיבית) שעמדה לנגד עיניהם של יוצרי החוקה לבין התכלית החוקתית (האובייקטיבית), שעל-פיה יפורש הטקסט החוקתי בהווה. אכן, הגישה הפרשנית התכליתית היא גישה "ממוזגת". היא נמנעת מתפישה סובייקטיבית קיצונית, הרואה בתכלית החוקתית הסובייקטיבית, ובה בלבד, אמת-מידה פרשנית. כמורכב היא נמנעת מתפישה אובייקטיבית קיצונית, שלפיה אין מקום להתחשב בתכלית הסובייקטיבית בגיבוש התכלית האובייקטיבית. גישתה של השיטה הפרשנית התכליתית היא גישת-ביניים. התכלית הסובייקטיבית של יוצרי הטקסט החוקתי היא חשובה ורלבנטית, אך לא מכרעת. כל פרשנות תכליתית צריכה לעמוד על אופקיהם של יוצרי הטקסט החוקתי ועל השקפתם-הם באשר לתכלית החוקה. חוקה היא אורגניזם המתפתח בסביבה חוקתית המצויה בשינוי מתמיד, והבנתה מחייבת הבנה של הרצף ההיסטורי – או קטיעתו של רצף זה ותחילתו של רצף חדש – אשר החוקה פועלת על בסיסו. חוקה אינה פועלת בחלל ריק ואיננה א-היסטורית. חוקה היא פרי ההיסטוריה של עם וחברה. היא צריכה להתפרש על רקע היסטורי זה. לשם כך יעיין הפרשן בהיסטוריה החוקתית. הוא יבחן את ההיסטוריה שקדמה לכינון החוקה ואת הדיונים החוקתיים. לעתים קרובות לא תצמח מעיון זה תכלית אחת ויחידה אלא יצמחו כמה תכליות, ברמות הפשטה שונות. לעתים הבנתה של תכלית סובייקטיבית זו תהא קשה, ובעיקר כאשר עבר זמן רב מאז הוחקה החוקה, וכאשר אין רישומים מדויקים באשר לתוכן הדיונים החוקתיים. חרף קשיים אלה יש לעשות ניסיון – אף אם סופו כישלון – להבין את עולמם של יוצרי הטקסט החוקתי ואת התכליות שביקשו להשיג. כן יעיין הפרשן בהתפתחות ההיסטורית שבאה לאחר כינון החוקה. הרצף ההיסטורי כולו הוא המקור להבנתו. אנחנו מבינים את עצמנו מתוך הבנת מקורותינו. העבר הוא מפתח להבנת ההווה. איננו מחפשים בהיסטוריה תשובה לשאלות המודרניות, כי אם הדרכה למתן תשובה מודרנית לשאלות אלה.

5. מקורות התכלית – התפתחות ההלכה השיפוטית החוקתית

חלק בלתי-נפרד מההיסטוריה החוקתית היא ההלכה החוקתית. החוקה זוכה לפירוש שיפוטי והוראות מיוחדות שלה נדונות בכתיב-המשפט. בתי-המשפט מגבשים את תכליתן (האובייקטיבית) של ההוראות החוקתיות השונות כחלק מתהליך הפרשנות, והלכות שיפוטיות אלה מהוות נקודות-ציון לקביעה המודרנית של התכלית החוקתית (האובייקטיבית). השופט המודרני אינו פועל בחלל הלכתי. ההיסטוריה ההלכתית אינה מתחילה עם השופט המודרני, והוא משמש אך חוליה בשרשרת הלכתית. עמדתי על כך בציני, כי

היצירה השיפוטית, כמו כתיבתו של ספר בהמשכים, היא פעולה מתמשכת. השופטים, ששוב אינם מכהנים, כתבו את הפרקים הקודמים. השופטים המכהנים כותבים את המשכה, אך הם עושים זאת, תוך התבססות על העבר. הכל נכתב ברצף של המשכיות.

הפרקים הנכתבים, הופכים אף הם, עם כתיבתם, לפרקים מהעבר, ופרקים חדשים, פרי יצירתם של שופטים חדשים, הולכים ונכתבים. כך נעשית היצירה השיפוטית, שאין לה התחלה ואין לה סוף, וכל כולה המשכיות³⁰.

על-כן, בקביעת תכליתה (האובייקטיבית) של הוראה חוקתית יעיין השופט בטקסט החוקתי ובפרשנות השיפוטית שניתנה לו בעבר. זו עשויה לשפוך אור במישור על הבעיה הפרשנית המטרדה את השופט. כך, למשל, בפרשת ברגמן³¹ נקבע, כי עקרון השוויון בבחירות אינו מוגבל אך לשוויון בהצבעה, אלא משתרע גם על שוויון בהזדמנות בין המתחרים. מאותה עת ואילך תכלית (אובייקטיבית) זו משמשת בפסיקה מאוחרת יותר שעניינה השוויון בבחירות. פסיקה זו מקורה מנקודת-מוצא, שלפיה שוויון בבחירות משמעותו גם שוויון בהזדמנות בין המתחרים בבחירות. השפעתה של פסיקה קודמת עשויה אף להיות עקיפה. כך יקרה כאשר נקבעו התכליות (האובייקטיביות) של הוראות חוקתיות אחרות, הקשורות והמשתלבות בהוראה החוקתית המתפרשת. הצורך לשמור על הרמוניה חוקתית ועל אחדות חוקתית מחייב התחשבות שיפוטית בהלכות אלה, גם אם נפסקו בצורה לא-ראויה. ההלכות השונות המפרשות הוראות חוקתיות מהוות "רצף" הלכתי והן משפיעות על התכלית החוקתית שתיקבע בהווה. השפעה זו חשובה במיוחד כאשר השאלה העומדת להכרעה שיפוטית קשורה ברמת ההפשטה הראויה באשר לתכלית החוקתית. רמת ההפשטה שנקבעה בעבר לעניין הוראות חוקתיות אחרות עשויה להשפיע על קביעתה של רמת ההפשטה בהווה. פרשנות חוקתית היא פרשנות של כלים שלובים. עמדה שיפוטית באשר לרמת הפשטה בעבר לעניין הוראה חוקתית פלונית – הקשורה בעקיפין להוראה חוקתית אלמונית – עשויה להשפיע על קביעתה של רמת ההפשטה לעניין הוראה חוקתית אלמונית. יתר על כן: לעתים מבוססות הוראות חוקתיות שונות על עיקרון חוקתי משותף. בקביעתו של עיקרון זה יש להיעזר בתכליות החוקתיות שנקבעו להוראות החוקתיות האינדיבידואליות. משנקבע עיקרון זה, הוא משפיע מצדו על התכליות של הוראות אלה. אכן, המשפט מהווה שיטה, וההוראות השונות צריכות להשתלב בתוכה. ההלכה השיפוטית שנפסקה בעבר ופירשה הוראות חוקתיות שונות מהווה נקודת-ציון מרכזית בקביעה המודרנית של התכלית החוקתית.

6. מקורות התכלית – ערכי-היסוד

תכלית חוקתית סובייקטיבית מתמקדת בעבר. היא מגבילה את עצמה לתכלית שעמדה, הלכה למעשה, לנגד עיני המחוקק ההיסטורי של החוקה. לא כן התכלית החוקתית האובייקטיבית. היא אינה מגבילה את עצמה אך לתכלית המשקפת את כוונתם (הסובייקטיבית) של חברי הגוף המכונן ברגע היסטורי מסוים אלא מתחשבת בתפישות היסוד החוקתיות המודרניות. אמת, תפישות אלה אינן נוצרות

30 ראה ברק (לעיל, הערה 21), 232.

31 דאה בניצ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.

יש מאין: יש להן קו-התפתחות ותהליך גדילה³². אמנם, הן צומחות מההיסטוריה ומהמסורת של העבר, אך התוכן הניתן להן הוא תוכן מודרני, המשקף את צרכי ההווה. כאמור, תוכנו של המושג שוויון בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, לא צריך להיקבע אך על-פי תפישות השוויון הסובייקטיביות של המחוקק שחוקק הוראה זו. תוכנו של המושג "שוויון" צריך להיקבע על-פי תפישות היסוד האתיות והחברתיות של הציבור הנאור בישראל המודרנית. הבנת הטקסט החוקתי צריכה להתאים את עצמה לתפישות המודרניות של עקרונות היסוד החוקתיים הקבועים בו. ודוק: רק ערכי היסוד שמצאו ביטוי בטקסט החוקתי ניתנים להגשמה על-פי התפישה המודרנית. טקסט חוקתי אינו מסגרת ריקה, שניתן למלאה בכל ערך חדש — תהיה חשיבותו אשר תהיה. יוצרי הטקסט החוקתי קבעו מערכת של כוחות וזכויות ונתנו לה ביטוי לשוני, ורק אותם ערכי היסוד הנתפשים במסגרת מערכת זו נתונים להסדר חוקתי. עם זאת, במסגרת הכוחות והזכויות שהטקסט החוקתי קובע יש ליצוק תוכן לערכים המוגנים כפי שהם נתפשים כיום, ולא כפי שנתפשו בעת חקיקתם. כך, למשל, אם הוראה חוקתית מגנה על עקרון חופש הביטוי, ומתעוררת השאלה אם אירוע מסוים נכלל במסגרת עיקרון זה — יש להשיב על שאלה זו על-פי התפישה המודרנית באשר להיקפו של חופש הביטוי. כמו-כן, אם הטקסט החוקתי מסדיר את חירות האדם, יש לקבוע את תוכנו של ביטוי זה על-פי תפישות היסוד של החברה המודרנית באשר לכבוד האדם ולחירותו. לפיכך, אם פרטיות היא חלק מהתפישה המודרנית של כבוד האדם או חירותו, היא תהא מוסדרת חוקתית גם אם הדבר כלל לא עלה על דעתם (הסובייקטיבית) של יוצרי הטקסט החוקתי, וגם אם הם סברו (סובייקטיבית) שפרטיות אינה מהווה חלק ממהותו של כבוד האדם וחירותו. ודוק: התפישה המודרנית שבה יש להתחשב מתייחסת לתפישות היסוד הערכיות, ולא לרוחות-השעה החולפות. עצם העובדה שהרוב המודרני סובר כי התנהגות מסוימת אינה ראויה להגנה אין בה כדי להשפיע על התפישה הבסיסית של החברה המודרנית באשר לאותה התנהגות. כך, למשל, העובדה שרוב-רובו של הציבור אינו מוכן לשמוע דברי-בלע מסוימים אינה מספקת כדי להוציא דברים אלה מתחום חלותו של חופש הביטוי. מטרת החוקה היתה בין השאר להגן על היחיד או על המיעוט מפני כוחו של הרוב. התחשבות מודרנית בערכי היסוד אינה צריכה להפוך למכשיר שבו מוענקים לרוב כוחות שהחוקה ביקשה לשלול ממנו. הפנייה היא לתפישות-יסוד חוקתיות, לעקרונות-יסוד ולעמדות המשקפות ציבור בשל ונאור³³. בגיבושם של עקרונות-יסוד אלה על השופט לשקף את העקרונות והבסיסי, ולא את החולף והארעי. "עקרונות ובסיסי" זה הוא פרי ההווה המודרנית. אמנם, זו צומחת מקרקע העבר ומתקשרת עמה, אולם אופקיה אינם מוגבלים לאלה של העבר — דור דור ואופקיר-שלו. אין פלא אפוא שהדור המודרני יתן ביטוי בפירושו הטקסט החוקתי לתפישות-היסוד שלו, גם אם הן שונות מתפישות-היסוד של יוצרי החוקה או של הדורות הקודמים³⁴.

32 ראה דברי השופט הולמס בפרשת [1914] 233 U.S. 604 *Gompers v. United States*.

33 ראה דברי הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות, פ"ד לט(2) 225, 259. ראה גם דברי בכ"צ 428/86 (לעיל, הערה 14), 585.

34 ראה T. Sandalow, "Constitutional Interpretation" 79 *Mich.L.Rev.* (1981) 1033, 1061.

ז. שיקול-דעת שיפוטי בגיבוש התכלית החוקתית

1. מצבים טיפוסיים של שיקול-דעת שיפוטי

המקורות השונים שמידע אודות התכלית החוקתית האובייקטיבית נשאב מהם עשויים להוביל לכיוון אחד, ואז ייקבע התוכן הנורמטיבי של התכלית החוקתית על-פי כיוון משותף זה. במקרה כזה לא יתעוררו קשיים מיוחדים בקביעתו של התוכן, שהריהו משותף לנקודות-המוצא השונות באשר לתכלית החוקתית ולנקודות-המבט השונות עליה. הקשיים מתעוררים כאשר המקורות השונים אודות התכלית החוקתית מובילים לכיוונים שונים. למצב דברים זה קיימות כמה וריאציות אופייניות: ראשית, התכלית החוקתית האובייקטיבית מזדהה עם התכלית החוקתית הסובייקטיבית, אך זו האחרונה קיימת ברמות הפשטה שונות, והשאלה היא מהי רמת ההפשטה הראויה. שנית, קיימת סתירה בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית, והשאלה היא כיצד ליישב אותה. שלישית, ערכי-היסוד המודרניים, המעצבים את התכלית האובייקטיבית, אינם מתיישבים אלה עם אלה. רביעית, המקורות השונים המגבשים תכלית אובייקטיבית מאפשרים את עיצובה ברמות הפשטה שונות, והשאלה היא מהי רמת ההפשטה הראויה. חמישית, פסיקה קודמת של בית-המשפט העליון גיבשה תכלית חוקתית נתונה, והשאלה הניצבת בפני בית-המשפט העליון כעת היא אם לטוות ממנה. בכל אחד מהמצבים הללו, וברבים אחרים, אין לשיטת-המשפט תשובה הנובעת מהפעלתם של כללי הפרשנות הרגילים. עם זאת, השופט חייב לפתור את הבעיה המשפטית הניצבת בפניו. פתרון הבעיה כרוך אפוא בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי-חוקתי. שיקול-דעת זה הוא מרכיב חיוני בתורת-הפרשנות, חלק אינטגרלי בפרשנות התכליתית ויסוד מרכזי בפרשנות החוקתית. רבות מהבעיות החוקתיות-פרשניות מחייבות שימוש בשיקול-דעת שיפוטי לפתרון. כיצד יופעל שיקול-דעת זה? מעצם ההנחה בדבר קיומו של שיקול-דעת שיפוטי מובן שאין לכך כללים מחייבים, אך מכאן לא נובע שכל שימוש בשיקול-דעת הוא ראוי באותה מידה. ניתן להצביע על דרכי שימוש בשיקול-דעת השיפוטי, שאף כי אינן מחייבות, הן ראויות יותר מדרכים אחרות.

2. פרשנות חוקתית ללא שיקול-דעת שיפוטי

שיקול-דעת שיפוטי-פרשני הוא יסוד חיוני בכל תורת-פרשנות חוקתית. לעניין זה אין כל הבדל עקרוני בין פרשנות חוקתית, המתבססת על תכלית חוקתית סובייקטיבית, לבין פרשנות חוקתית המתבססת על תכלית חוקתית אובייקטיבית. על-פי שתיהן גם יחד קיים שיקול-דעת שיפוטי. שיקול-דעת זה קיים לא רק לעניין הפעלת נורמה חוקתית נתונה על מערכת-עובדות נתונה, אלא גם לעניין גיבושה של הנורמה החוקתית עצמה³⁵. השוני בין פרשנות תכליתית-חוקתית סובייקטיבית לבין

35 ראה דברי השופט וייט (White) בפרשת *Thornburgh v. American College of Obstetricians*, 476 (1986).
U.S. 747, 789 (1986).

פרשנות תכליתית-חוקתית אובייקטיבית אינו מתבטא אפוא בעצם קיומו — או היעדרו — של שיקול-דעת שיפוטי-פרשני, אלא במהותו של שיקול-הדעת השיפוטי. בפרשנות התכליתית-חוקתית-סובייקטיבית שיקול-הדעת מכוון לכוונתם של יוצרי הטקסט החוקתי. הוא נועד להשיב על השאלה, מהי רמת ההפשטה הראויה לקביעת התכלית הסובייקטיבית ומהי התכלית הסובייקטיבית אם מרכיביה הפנימיים נוגדים זה את זה. לעומת זאת, בפרשנות תכליתית-חוקתית-אובייקטיבית, שיקול-הדעת מכוון למערכת הנתונים הקובעים את התכלית האובייקטיבית ולהכרעה בין נתונים נוגדים או בלתי-מתיישבים. בין אלה מצויים גם נתונים בדבר התכלית החוקתית הסובייקטיבית. יהא זה נכון אפוא לומר, כי שיקול-הדעת השיפוטי בפרשנות התכליתית האובייקטיבית מופעל במקרים רבים יותר מאשר בפרשנות התכליתית הסובייקטיבית. עם זאת, על-פי שתי השיטות הפרשניות גם יחד מוכר שיקול-הדעת השיפוטי כמרכיב חיוני של תורת-הפרשנות. איש אינו מאמין עוד בגישתו הנאיבית של השופט רוברטס (Roberts), שלפיה כל שהשופט עושה הוא³⁶:

To lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former.

התפקיד השיפוטי סבוך הרבה יותר, ובכמה מצבים חוקתיים הוא מכיל בקרבו שיקול-דעת שיפוטי.

3. שיקול-דעת שיפוטי — האם בכל מצב של פרשנות חוקתית?

כבכל פרשנות, שיקול-דעת שיפוטי הוא יסוד חיוני גם בפרשנות החוקתית. בשל האופי ה"פתוח" וה"מלכותי" של ההנראות החוקתיות, שיקול-דעת זה הוא לעתים רחב, אך הוא אינו בלתי-מוגבל. שופט אינו רשאי לקרוא לתוך הטקסט החוקתי ככל שירצה. טקסט חוקתי אינו ראי המשקף את דמותו של הפרשן. הפרשן אינו רשאי להכניס לתוך הטקסט החוקתי ככל שרצונו הפרטיות מכתבות לו. החוקה אינה מעניקה לפרשן הרשאה לקרוא לתוכה את רעיונותיו באשר לחברה טובה וראויה, ולא כל מובן לטקסט החוקתי הוא אפשרי. החוקה הדמוקרטית מבוססת על הפרדת רשויות, והרעיונות בדבר חברה טובה יותר וצודקת יותר צריכים, בעיקרם, לבוא מהרשות המחוקקת. אכן, חוקה דמוקרטית, המיועדת לפתור את בעיותיה של חברה פלורליסטית, אינה מעוגנת בתורה פילוסופית אחת, תורה פוליטית או חברתית אחת או גישה אחת. בעניין זה ציין השופט הולמס (Holmes)³⁷:

A constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking

36 בפרשת *United States v. Butler*, 297 U.S. 61, 62 (1936).

37 בפרשת *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905).

ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution.

הנה כי כן, עלינו לשאוף לפתרון-ביניים. הגישה הקיצונית, שלפיה אין כל שיקול-דעת שיפוטי בפרשנות חוקתית, אינה מבוססת. הגישה הקיצונית האחרת, שלפיה בכל בעיה חוקתית קיים שיקול-דעת שיפוטי³⁸, אף היא אינה מבוססת. שיקול-הדעת השיפוטי קיים בתחום מוגבל של מקרים, אשר בהם לשון הטקסט החוקתי, מזה, והתכלית החוקתית מזה, אינן מובילות לפתרון חד-משמעי.

4. הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי-חוקתי – השאיפה לאובייקטיביות

לשון הטקסט החוקתי, מזה, והתכלית החוקתית, מזה, מותירות לעתים שיקול-דעת שיפוטי-חוקתי. משמעות הדבר היא, כי אין בשיטת-המשפט כללים מחייבים כיצד להמשיך בתהליך הפרשני וכיצד להביאו לידי מיצויו המלא, באופן שמלשון הטקסט החוקתי תישלף משמעות משפטית אחת, יחידה ומחייבת. כך, למשל, השופט נתקל ברמות הפשטה שונות של התכלית החוקתית, מבלי שהשיטה המשפטית – לרבות כללי הפרשנות שבה – מכוונים אותו בבחירה בין רמות ההפשטה השונות. במצב דברים זה, שבו שיטת-המשפט משאירה את ההכרעה לשופט, כיצד על השופט לפעול בסוגיה חוקתית? הרשאי הוא לפנות להשקפותיו האישיות? נראה, כי בהעדר כללים מחייבים באשר להכרעתו הפרשנית-חוקתית של השופט, השופט אינו חייב לפעול על-פי אמות-מידה שהן חיצוניות לו והוא רשאי לפנות להשקפותיו האישיות. לדעתי, לא ראוי לעשות כן, אלא יש לעשות מאמץ נוסף כדי להעניק להכרעה השיפוטי-חוקתית אופי אובייקטיבי³⁹, כלומר: הכרעה הנעשית על-פי אמות-מידה שהן חיצוניות לשופט. עצה טובה היא וראויה בכל מקרה של שיקול-דעת פרשני, והיא טובה וראויה במיוחד בהפעלת שיקול-דעת פרשני-חוקתי. בתחום זה המשמעות הפוליטיות של ההכרעה השיפוטית הן התריפות ביותר, וה"יצרים" הפוליטיים של הצדדים והציבור הם המחודדים ביותר. בתחום זה, יותר מאשר בכל תחום אחר, קיים חשש כי השופט יואשם ב"חציית גבולות" ובכפיית השקפתו הפוליטית והאישית. לכן יש לעשות כל מאמץ להיצמד לאמות-מידה אובייקטיביות. על השופט לפעול מתוך התאפקות. גם אם השיטה אינה מחייבת את השופט להימנע מהכרעה סובייקטיבית, עצתי לו כי יטיל על עצמו מרות וריסון. לשם כך עליו לגלות מודעות ורגישות לשיקולים השונים שיש להתחשב בהם. מן הראוי שידון בהם בגלוי, תוך שהקורא יהא מודע למאמץ השיפוטי הנעשה כדי להגיע לאובייקטיביות בהפעלת שיקול-הדעת הפרשני. יתר על כן: על השופט לתת משקל כבד לשיקול השיטתי. גם אם כללי הפרשנות הנוהגים בשיטתו אינם

38 על טענת התפישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) ראה M. Tushnet, "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction" 36 *Stan.L.Rev.* (1984) 623; M. Tushnet, "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretation and Natural Principles" 96 *Harv. L.Rev.* (1983) 781.

39 לניתוח השיקולים הנורמטיביים, המוסדיים והבינמוסדיים שראוי לו לשופט לקחת בחשבון ראה ברק (לעיל, הערה 21).

מחייבים זאת, ראוי לשאוף לרצף היסטורי ולהמשכיות הלכתית. שופט ייטיב אם יבחר בפתרון המביא להתפתחות טבעית, הדרגתית ואורגנית של המשפט החוקתי. התכונה השיפוטית הראויה היא אבולוציה ולא רבולוציה. למעלה מזאת: בהפעלת שיקול-הדעת החוקתי על השופט להיות מודע למגבלותיו המוסדיות. גם אם אין חובה לכך, ראוי כי השופט החוקתי יבחר בפתרון שבו מגבלותיו המוסדיות – "נכותו המוסדית" – הן הקטנות ביותר. לכסף, על השופט-הפרשן להתחשב במעמדם של שופטים בחברה הדמוקרטית. כללי השיטה מחייבים אותו לפעול במסגרת המקובלת על הקהילה הפרשנית, וראוי לו להתרחק ממקרי-הגבול. דווקא בתחום החוקתי יש לגלות רגישות שיפוטית מיוחדת לצורך בהבטחת אמון הציבור ברשות השופטת ולהימנע מביטויים העשויים לעורר חשש – ולו רחוק – לתמיכה שיפוטית בעמדה פוליטית זו או אחרת.

5. הפעלה עקיבה של שיקול-הדעת השיפוטי

ביסוד הפעלתו של שיקול-דעת שיפוטי עומד עקרון העקיבות. ראוי לו לשופט להגיע במקרים דומים לתוצאה דומה, אלא אם יש לו נימוקים לסטות מהתוצאה שהתקבלה במקרים הקודמים. במצב זה ראוי, כי במקרים עתידיים דומים יחליט כפי שהחליט כאשר סטה מהמקרים הקודמים. תפישה זו בדבר עקיבות אינה נובעת מהלכת התקדים המחייב אם כי היא משמשת אחד מטעמיה. גם בית-משפט שאינו נוהג על-פי עקרון התקדים המחייב ראוי לו לנהוג בעקיבות. תפישה זו – אשר הארט וזקס כינו כ-"*reasoned elaboration*"⁴⁰ – חשובה במיוחד בפרשנות החוקתית. תהיינה התוצאות הפוליטיות של ההכרעה השיפוטית אשר תהיינה – מקרים דומים יקבלו טיפול שיפוטי דומה. לא התוצאה תקבע את ההכרעה השיפוטית, אלא ההכרעה השיפוטית תקבע את התוצאה. זו גם משמעותה הדרישה כי שופטים יפעילו את שיקול-דעתם החוקתי בצורה נייטרלית⁴¹. ודוק: העקרונות החוקתיים אשר בית-המשפט מפעיל אינם נייטרליים. עקרונות, מטבעם, נוקטים עמדה, והם מבקשים להשיג חברה טובה יותר. הנייטרליות הנדרשת אינה מהעקרונות אלא נייטרליות שיפוטית באשר להפעלת העקרונות. נייטרליות זו משמעה, כי בית-המשפט יגיע לתוצאה המתבקשת מהפעלת העקרונות החוקתיים, בין אם התוצאה נראית לו ובין אם לאו. כך, למשל, כאשר שופט מחליט כי בהתנגשות בין טובת הציבור לבין חופש הביטוי "נוסחת-האיזון" הראויה היא זו של "ודאות קרובה"⁴² – עליו להפעיל נוסחה זו בכל מקרה שבו שני עקרונות אלה מתנגשים. עליו לעשות כן בלא כל קשר לשאלה מיהו המבקש להפגין, מה תוכן המסר שאותו הוא מבקש להעביר ומי עלול להיפגע. כמו-כן עליו להפעיל נוסחה זו של קשר סיבתי לא רק בהתנגשות בין שלום הציבור לבין

40 H. Hart and Sachs, *The Legal Process — Basic Problems in the Making and Application of Law* (Tentative ed., 1958) 161

41 H. Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law" 73 *Harv.L.Rev.* (1959)
I; K. Greenawalt, "The Enduring Significance of Neutral Principles" 78 *Colum.L.Rev.* (1978) 982

42 ראה אבנר ברק, "מבחן הודאות הקרובה" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 371.

חופש הביטוי, אלא גם בהתנגשות בין ערכים דומים, כגון שלום הציבור וחופש הפולחן הדתי. כאשר בית-המשפט סוטה מנוסחת-האיזון של "ודאות קרובה" – חרף הדמיון בין הערכים המתנגשים – עליו להסביר סטייה זו ולפעול על-פי נוסחתו החדשה במקרים דומים בעתיד⁴³. ודוק: מנייטרליות שיפוטית בהפעלת עקרונות לא מתבקשת המסקנה, כי בית-המשפט אינו רשאי לעצב את תוכנם של עקרונות-היסוד החוקתיים. כל שמתבקש מהנייטרליות השיפוטית הוא, כי בעיצובם של עקרונות-היסוד החוקתיים יתן בית-המשפט ביטוי להשקפות-היסוד העקרוניות והבסיסיות של הציבור הנאור, ולא להשקפותיו הסובייקטיביות באשר לראוי ולנחרץ.

6. שיקול-דעת שיפוטי-חוקתי המופעל באופן סובייקטיבי

השאיפה הראויה היא לאובייקטיביות בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי. אולם אין בכוחה להכריע בכל המקרים. יהיו בוודאי מצבים של שיקול-דעת שיפוטי-חוקתי שבהם ימוצו כל אמות-המידה האובייקטיביות, ועדיין לא יהיה פתרון חד-משמעי לבעיה הפרשנית. אלה הם המקרים הקשים ביותר, שבהם מפעיל השופט – גם אם אינו חייב לעשות כן – אמות-מידה שהן חיצוניות לו (אובייקטיביות), אך הן אינן עוזרות לו להגיע לפתרון חוקתי חד-משמעי. עדיין נשארות שתי אפשרויות או יותר שיש להכריע ביניהן. במצב דברים זה אין מנוס מבחירה סובייקטיבית בין האפשרויות הפתוחות. בחירה זו היא פרי נסיון-החיים האישי של השופט והיא מושפעת מתפישת השופט את תפקידו כשופט, מהפילוסופיה השיפוטית שלו ומתפישותיו החוקתיות⁴⁴. על כך אמר השופט פרנקפורטר⁴⁵:

The words of the Constitution... are so unrestricted by their intrinsic meaning or by their history or by tradition or by prior decisions that they leave the individual justice free, if indeed they do not compel him, to gather meaning not from reading the Constitution but from reading life.

במצב דברים זה, כל שנשאר לשופט הוא לבחור בפתרון הנראה לו עצמו כטוב ביותר. לדעתי, עליו לשאוף לפתרון הצודק ביותר. משפט וצדק נפגשים. ודוק: סובייקטיביות זו מהווה את סוף התהליך הפרשני, ולא את תחילתו. השופט אינו ניגש לגיבוש התכלית החוקתית מזווית-הראייה הסובייקטיבית שלו, והוא עושה כל מאמץ לנקוט גישה אובייקטיבית. אמנם, לעתים יהא בכך כדי לפתור את הבעיה החוקתית הדורשת פתרון, אך כאשר הגישה האובייקטיבית אינה מובילה לפתרון האחד והיחיד, אין מנוס מגישה שיפוטית סובייקטיבית. אף כאן נאסר השיקול

43 כפי שהדבר נעשה בע"פ 126/62 דיסמניק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169; ובבג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701.

44 ראה ברק (לעיל, הערה 21), 183: א' ויתקן, "הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העתונות" זכרונות אזרח בישראל (1982) 153. ראה גם B. Cardozo, *The Growth of Law* (1924) 23.

45 ראה F. Frankfurter, *On The Supreme Court — Extrajudicial Essays on the Court and the Constitution* (1970) 464.

הפוליטי, אך מותר מרחב של שיקולים סובייקטיביים. במצב דברים זה השופט נמצא עם עצמו ועם השקפת-עולמו כאדם וכשופט. לדעתי, במצבים אלה מן הראוי לו לשאוף להשגת הצדק.

7. שיקול-דעת שיפוטי ופרגמטיזם

שיטת הפרשנות התכליתית מבוססת על שיקול-דעת שיפוטי. ההנחה היא, אפוא, כי בגזרה מסוימת אין כללים מחייבים. בהעדר כללים מחייבים, כיצד ניתן לתאר את דרך הפעלתו הראויה של שיקול-הדעת השיפוטי? בעניין זה מקובלת על כמה מלומדים ההשקפה — שאינה מיוחדת לפרשנות חוקתית⁴⁶, ואף לא למשפט⁴⁷ — כי המפתח נמצא בתפישת פרגמטית של שיקול-הדעת השיפוטי⁴⁸. הפרגמטיות מבוססת על ניסיון אנושי ותרבותי. זהו שיקול שהוא פנימי לשופט — מעין תחושה אינטואיטיבית — המכוונת אותו לפתרון הטוב ביותר לחברה⁴⁹. גישה פרגמטית זו מקובלת עלי: נחתי לכך ביטוי בגישתי, כי שיקול-הדעת השיפוטי צריך להיות מופעל בסבירות⁵⁰. עם זאת, אין בגישה הפרגמטית כדי לפתור את בעיית השימוש בשיקול-הדעת השיפוטי. חושש אני, כי הדגשת הצורך בפרגמטיות תבוא על חשבון הצורך בקשר היסטורי עם העבר, בהבנת השינויים החברתיים שהתרחשו, בלימוד ההלכה הפסוקה ובחיפוש אחר האחדות החוקתית. לא פעם מהווה טענה בדבר פרגמטיות את צדה השני של האינטואיציה. אינטואיציה היא כמובן חשובה, אך היא אינה תחליף לבחינה רציונלית-היסטורית-חברתית של התכלית החוקתית. חושש אני, כי סופה של הפרגמטיות מצוי בפתרונות אד-הוק, ולא בחיפוש אחר פתרון עקרוני. אם הפרשן יהא מודע לחששות אלה, ייתכן כי הגישה הפרגמטית תוכל לסייע לו בגיבוש הפתרון החוקתי. אין היא מפתח לפתרון, אך יש בה כדי להוות צידוק לו.

8. "חוקה חיה" (A Living Constitution)

"חוקה חיה" היא מטפורה שנויה במחלוקת. דומה כי מקובל, שאין להגביל את פירושה של חוקה אך לתמונות הסובייקטיביות אשר עמדו לנגד עיניהם של יוצרי החוקה: אין שואלים את יוצרי החוקה כיצד היו הם פותרים את הסכסוך שפתרונו מונח בפני השופט. השקפה זו מקובלת הן על הגורסים תכלית חוקתית סובייקטיבית, הן על הגורסים תכלית חוקתית אובייקטיבית. לפיכך, שופט עשוי להעניק לחוקה — במסגרת נתונה של עובדות — משמעות אשר כלל לא עלתה על דעת יוצריה⁵¹. זאת ועוד: המחלוקת סביב המטפורה של "החוקה החיה" אינה

46 ראה R. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990) 454.

47 ראה R. Rorty, *Consequences of Pragmatism* (1982).

48 ראה W. Eskridge and P. Frickey, "Statutory Interpretation as Practical Reasoning" 42 *Stan.L.Rev.* (1990) 321.

49 ראה O.W. Holmes, *The Common Law* (1881) 1 וכן Farber and Frickey, "Practical Reason and the First Amendment", 34 *U.C.L.A. L. Rev.* (1987) 1615.

50 ראה ברק (לעיל, הערה 21), 178.

51 ראה W.H. Rehnquist, "The Notion of a Living Constitution" 54 *Tex.L.Rev.* (1976) 693, 694.

בשאלה אם שופטים יוצרים משפט חוקתי או רק מפעילים משפט חוקתי שיוצרי החוקה קבעו. מקובל על כולם, כי במקרים הקשים נוצר משפט חוקתי חדש, הנובע מהפעלת העקרונות הישנים על מצבים חדשים. המחלוקת העיקרית היא בשאלת כוחו של בית-המשפט להעניק תוכן נורמטיבי חדש לעקרונות שהחוקה מגינה עליהם. בעלי הגישה התכליתית-סובייקטיבית גורסים, כי הערכים המוגנים נקבעו בחוקה, ותוכנם קבוע ובלתי-משתנה. שופט אינו רשאי לשנות את תוכנם, וכל שינוי ייעשה רק בהפעלתם על נסיבות משתנות ובלתי-צפויות. חיותה של החוקה מתבטאת בכך שבכוחם של עקרונות ישנים להתמודד עם נסיבות חדשות. לעומתם גורסים בעלי הגישה התכליתית-אובייקטיבית, כי אף תוכנם של הערכים המוגנים שנקבעו בחוקה משתנה: התוכן שניתן לערכים כמו כבוד האדם, שוויון או חירות לפני ארבעים, מאה או מאתיים שנה שונה מתוכנם כיום. לדידם, חיותה של החוקה מתבטאת בכך, שנסיונות חדשות עשויות להעניק תכנים חדשים לערכים ישנים. במחלוקת זו נראית לי הגישה התכליתית האובייקטיבית. לדעתי, גם תוכנם של ערכי-היסוד משתנה, ואין סיבה להקפיאם בזמן. בעת יצירת החוקה הניחו יוצריה בסיס למסמך שנועד לשלוט על העתיד. כדי שלא תיהפך לאדנות, שליטה זו חייבת להשאיר תחום פתוח להתפתחויות, וזו משמעות חיותה של החוקה. חיייה אינם מתבטאים אך בהפעלת העקרונות החוקתיים הישנים על נסיבות חדשות, אלא אף במתן תוכן מודרני לעקרונות החוקתיים הישנים. חיותם של ערכי-היסוד אינה היתר לשופט לעשות בהם כרצונו. אין להחליף את הסובייקטיביות של יוצרי החוקה בסובייקטיביות של מפרשיה. התוכן המשתנה של ערכי החוקה משקף שינוי בתפישות-היסוד של החברה באשר ל"אני מאמין" הלאומי. אלה הם שינויים המשקפים את ההיסטוריה, את המסורת ואת מסכת-החיים המשותפים של אומה. אין הם ביטויים של אינדיבידואליזם שיפוטי.

ח. פרשנות חוקתית מתוך מבט רחב

1. פרשנות "נדיבה"

טקסט חוקתי צריך להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך "נדיבות" (generous)⁵². הגישה אליו אינה צריכה להיות טכנית, "ליגליסטית" או "פרדנטית"⁵³. טקסט חוקתי קובע את מסגרות הממשל והמשטר ואת היקפן של זכויות האדם והאזרח. לפיכך עליו להתפרש בהתחשב באופיו זה, הקובע את אורחות-חיייה של האומה. עמד על כך השופט אגרנט, בקובעו⁵⁴:

כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית-המשפט להשקיף מתוך "מבט רחב" (spacious view) על הסמכויות האמורות בו.

52 כביטוי של השופט וילברפורס (Lord Wilberforce) בפרש *Minister of Home Affairs v. Fisher* [1979] 3 All E.R.21, 25.

53 כביטוי של השופט דיקסון (Dixon) בפרש *Australian National Airways Ltd. v. Commonwealth* (1945) 71 C.L.R. 29, 81.

54 ראה ד"ר 13/60 היעץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 442.

על אותו רעיון חזרתי אף אני⁵⁵:

עניין לנו בפירושה של הוראת יסוד חוקתית. הוראות יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב'... ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים... עניין לנו בנסיון אנושי החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה. אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חוקתי חי... הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי.

2. מהו מבט רחב?

פירוש מתוך מבט רחב אינו פירוש המנותק מהטקסט החוקתי. יהא המבט רחב ככל שיהא — כל מובן משפטי הניתן לטקסט החוקתי צריך להתאים לאחד ממובניו הלשוניים. לכל פירוש חוקתי מתוך מבט רחב חייב להיות עיגון לשוני. פירוש מתוך מבט רחב משמעו, שהמובן הניתן לטקסט החוקתי חייב לשקף איזון עדין בין תכליתו ההיסטורית, ההיסטוריה של התפתחותו ועקרונות היסוד של השיטה⁵⁶. פירוש מתוך "מבט רחב" הוא פירוש המשקיף על הטקסט החוקתי מתוך ההווה, מחבר אותו אל העבר ומעניק ביטוי להמשכיות ההיסטורית, מזה, ולתפישות היסוד המודרניות, מזה — והכול מתוך רצון להגיע לאחדות ולהרמוניה חוקתית. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני⁵⁷, כי:

חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא "יצור החי בסביבתו"... ו"סביבתו" של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על כן תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו "לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה"... זאת היא המשמעות האמיתית של התפיסה — עליה עמד השופט אגרנט — כי חוק קונסטיטוציוני יש לפרש מתוך "מבט רחב".

פרשנות מתוך מבט רחב היא פרשנות שבה מתבסס הפרשן על לשון, היסטוריה,

55 ראה ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות, פ"ד לט(2) 225, 306. ראה גם בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 14), "הפרופוזיציה הקונסטיטוציונית היא שהוראות חוקתיות יש לפרש כיאה למעמד הבכורה שיש להן, וכנאה למגמתן לקבוע אורחות חיים. הוראת יסוד אינה באה להקפיא מצב קיים. היא באה לכוון נסיון אנושי. על כן, יש לפרשה מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני".

56 ראה דברי השופט אסטי (Estey) בפרשת 9 (1984) *Law Society of Upper Canada v. Skapiker*, K.L.R. (4th) 161, 168.

57 בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 14), 595.

פילוסופיה, היגיון, משפט ונבואה גם יחד⁵⁸. זוהי פרשנות המתבססת על אחדות חוקתית. זו פרשנות שאינה מוגבלת אך למשמעות המלים בהקשר המילולי-היסטורי שבו הן נוצרו, אלא מקיימת אותן בהקשרן ההיסטורי ובמסגרת תפישות-היסוד החוקתיות המודרניות⁵⁹.

3. פרשנות מתוך מבט רחב ופרשנות מרחיבה

פרשנות מתוך מבט רחב אינה פרשנות מרחיבה או ליברלית. המבט הרחב מצביע על הגישה אל הטקסט החוקתי, ולא על התוצאות המתקבלות מתוך גישה זו. מבט פרשני רחב יכול להביא לתוצאה פרשנית מצמצמת או מרחיבה, שמרנית או ליברלית. אכן, אין כל משמעות לקביעה כי פרשנות חוקתית צריכה להיות מרחיבה. מטבע הדברים, פרשנות מרחיבה להוראה חוקתית אחת גוררת אחריה פרשנות מצירה להוראה חוקתית אחרת. אין כל אפשרות לתת פרשנות מרחיבה לכל ההוראות החוקתיות. כך, למשל, פרשנות מרחיבה של הוראה חוקתית בדבר סמכות השלטון עשויה לגרור אחריה פרשנות מצמצמת של הוראה חוקתית בדבר זכויות אדם. אין גם לומר מראש, כי כל סמכות שלטונית הנוגעת לזכויות אדם יש לפרש באופן מצמצם, כדי לאפשר פירוש מרחיב לזכויות האדם. לעתים הפעלת סמכות שלטונית היא אף תנאי לגיבושה של זכות אדם. אכן, "השאלה אם הפירוש הוא מרחיב או מצמצם אינה קובעת את שיטת הפרשנות, אלא היא עצמה תוצאתה של הפרשנות"⁶⁰. כמובן אין לזהות פרשנות מתוך מבט רחב עם אקטיביזם שיפוטי. יהא מובנו של אקטיביזם שיפוטי אשר יהא⁶¹ – הוא עשוי לנבוע הן מפרשנות מתוך "מבט רחב" הן מפרשנות מתוך "מבט צר". אכן, פרשנות מתוך מבט רחב משמעה פרשנות על-פי התכלית של ההוראה החוקתית, כאשר זו נתפשת ב"מבטה הרחב", כלומר: תכלית הנלמדת מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות-היסוד המודרניים. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי, והיא אינה מתפתחת באינקוּבטור חוקתי; היא חלק מהחיים עצמם⁶². פרשנות מתוך מבט רחב אינה פרשנות טכנית; היא פרשנות גמישה, המשקיפה על התפקיד של הטקסט החוקתי במבנה המשטר והחברה ומעניקה לו אותו מובן המאפשר לו לקיים את תפקידו בהווה ובעתיד בצורה הראויה ביותר.

58 ראה F. Frankfurter, *Of Law and Men: Papers and Addresses of Felix Frankfurter 1939–1956*, Edited by Philip Elman, New York, Harcourt, Brace (c. 1956).

59 ראה דברי השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Gompers v. United States* 233 U.S. 604, 610 (1914).

60 ראה בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 14), 618.

61 ראה ברק (לעיל, הערה 21), 213.

62 ראה דברי השופט דיקסון (Dickson) (לעיל, הערה 12), שם.