

## על ההשתמעות בחוקה הכתובה

מאת

אהרן ברק\*

הפרשנות החוקתית שולפת נורמה חוקתית מהמובן המפורש של הטקסט ומהמובן המשתמע ממנו. בעוד שהמובן המפורש מתקבל במישרין מקריאת הלשון החוקתית, המובן המשתמע מתקבל שלא במישרין מקריאת הלשון, אלא מהבנת הטקסט החוקתי על רקע ההקשר הרלבנטי. הקשר זה נקבע על פי שיטת הפרשנות בה נוקט הפרשן. המובן המשתמע הוא חלק מהטקסט החוקתי, ודינו כדין המובן המפורש. דוגמאות להשתמעות חוקתית הן השתמעות של ערכים חוקתיים, השתמעות של זכויות חוקתיות, פסקת הגבלה משתמעת, ביקורת שיפוטית משתמעת ונצחיות משתמעת. כל שיטת פרשנות מכירה בהשתמעות חוקתית. ניתן ללמוד על מושג ההשתמעות מתורת הפרגמטיקה, אך מעט ידוע לנו על ההשתמעות החוקתית. נדרש מחקר להבנת ההקשר הרלבנטי, ולייחס בין תורת ההשתמעות החוקתית לבין תורות שונות העוסקות בחוקה משתמעת (Unwritten Constitution). כן נדרש פיתוח הקשרים בין תורת הפרגמטיקה בלשון לבין תורת ההשתמעות החוקתית.

מבוא. א. המודל הפרשני. 1. שליפת מובן משפטי ממובן לשוני; 2. המובן המפורש; 3. המובן המשתמע; ב. דוגמאות להשתמעות חוקתית. 1. השתמעות ערכים חוקתיים; 2. השתמעות זכויות חוקתיות; 3. פסקת הגבלה משתמעת; 4. ביקורת שיפוטית משתמעת; 5. נצחיות משתמעת; ג. ההשתמעות החוקתית ושיטות הפרשנות. 1. שיטות הפרשנות; 2. השתמעות חוקתית ופרשנות על פי הכוונה; 3. השתמעות חוקתית ופרשנות על פי המשמעות הציבורית המקורית; 4. ההשתמעות החוקתית ופרשנות תכליתית; ד. ההשתמעות החוקתית ותורת הפרגמטיקה. 1. סמנטיקה ופרגמטיקה; 2. הפרגמטיקה של Grice; 3. תורת הפרגמטיקה והפרשנות החוקתית; ה. סיכום.

### מבוא

מאמר זה עוסק בפרשנות המשפטית של הטקסט הכתוב של חוקה פורמלית. אני מניח אפוא כי במדינה קיימת חוקה שאינה אך בעלת אופי מהותי (Material Constitution) אלא גם בעלת אופי פורמלי (Formal Constitution).<sup>1</sup> הפורמליות מתבטאת בין השאר בכינונו של טקסט

\* נשיא (בדימוס) בית המשפט העליון. בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לסול אזולאוס-אטיאס, דפנה ברק-ארו, ריבי וייל, שרון וינטל, יעל זיו, אסא כשר, ברק מדינה, יגאל מרזל, גדעון ספיר ואמנון רייכמן על הערותיהם. מאמר זה מתבסס על חלקים מתוך המאמר AHARON BARAK, ON CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS AND CONSTITUTIONAL STRUCTURE, IN PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL LAW 53 (David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn eds., 2016).

1 על הבחנה זו ראו ADAM TOMKINS, PUBLIC LAW 7 (2003).

כתוב. לרוב קשה לשנותו. הנורמות החוקתיות הנשלפות ממנו הן לרוב בעלות מעמד משפטי המצוי מעל למעמד המשפטי של חוקי המחוקק. לרוב מוכר כוחו של בית משפט לבטל חוק של המחוקק אשר נוגד את הנורמות החוקתיות. לכל טקסט (כתוב או דבור) שני מובנים: מובן מפורש (Express Meaning) ומובן משתמע (Implied Meaning).<sup>2</sup> כך אנו למדים מתורת הפרגמטיקה (Pragmatics) של הלשון<sup>3</sup> ומתורות הפרשנות המשפטית גם יחד.<sup>4</sup> על פי שתי התורות, הנורמה המשפטית נשלפת הן מהמובן המפורש של הטקסט והן מהמובן המשתמע שלו. ההבחנה בין שני מובנים אלה אינה קלה,<sup>5</sup> אך עצם קיומה בכל טקסט, לרבות בטקסט חוקתי כתוב, אינו שנוי במחלוקת. הנה דוגמה מתורת הפרגמטיקה המובאת על ידי Grice:<sup>6</sup> מורה לפילוסופיה נתבקש לכתוב מכתב המלצה להוראה לאחד מתלמידיו; בהמלצתו הוא כותב אך זאת שהתלמיד שולט באנגלית וכי השתתפותו בשיעורים הייתה סדירה. דומה שלא נתקשה להסיק מכאן, במשתמע, כי המורה אינו מעריך את הרמה הפילוסופית של התלמיד. מובן זה – היעדר הערכה לרמה הפילוסופית – אינו נלמד במישרין מלשון התשובה; הוא משתמע מההקשר שבו היא ניתנה. הנה דוגמה מהמשפט החוקתי האוסטרלי: מהנחות היסוד שעליהן החוקה מבוססת ומהרשויות השלטוניות שבהן היא מכירה, הסיק בית המשפט העליון של אוסטרליה כי גם בהיעדר מגילת זכויות חוקתיות מוכרת זכות חוקתית לחופש הביטוי הפוליטי.<sup>7</sup>

- 2 ראו REED DICKERSON, THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF STATUTES 40 (1975); Jeffrey Goldsworthy, *Implications in Language, Law and the Constitution*, in FUTURE DIRECTIONS IN AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW: ESSAYS IN HONOR OF PROFESSOR LESLIE ZINES 150, 170–171 (Geoffrey Lindell ed., 1994); Jeffrey Goldsworthy, *Constitutional Goldsworthy*, *Implications Revisited*, 30 U. QUEENSLAND L.J. 9, 12 (2011) (להלן: Goldsworthy, *Constitutional Implications* בהתאמה).
- 3 ראו להלן בעמ' 596.
- 4 השאלה עד כמה תורת הפרגמטיקה רלוונטית לפרשנות במשפט תידון בהמשך.
- 5 ראו Jeremy Kirk, *Constitutional Implications (I): Nature, Legitimacy, Classification*, 24 MELB. U. L. REV. 645, 647 (2000) (להלן: Kirk, *Constitutional Implications (I)*).
- 6 ראו PAUL GRICE, STUDIES IN THE WAY OF WORDS 33 (1989).
- 7 ראו Lange v. Australian Broadcasting Corporation, (1997) 189 C.L.R. 520 (Austl.). פסק הדין – ופסיקה מקיפה לפניו – עוררו מחלוקת. לסקירה והערכה ראו Geoffrey Kennett, *Individual Rights, the High Court and the Constitution*, 19 MELB. U. L. REV. 581 (1993); Tom. D. Campbell, *Democracy, Human Rights, and Positive Law*, 16 SYDNEY L. REV. 195 (1994); George Williams, *Sounding the Core of Representative Democracy: Implied Freedoms and Electoral Reform*, 20 MELB. U. L. REV. 848 (1995); Jeremy Kirk, *Constitutional Implications from Representative Democracy*, 23 FED. L. REV. 37 (1995); Laurence Clause, *Implications and the Concept of a Constitution*, 69 AUSTRALIAN L.J. 887 (1995); Stephen Donaghue, *The Clamour of Silent Constitutional Principles*, 24 FED. L. REV. 133 (1996); Adrienne Stone, *The Limits of Constitutional Text and Structure: Standards of Review and the Freedom of Political Communication*, 23 MELB. U. L. REV. 668 (1999); Jeremy Kirk, *Constitutional Implications (II): Doctrines of Equality and Democracy*, 25 MELB. U. L. REV. 24 (2001); Jeffrey Goldsworthy, *Unwritten Constitutional Principles*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: Goldsworthy, ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 277 (Grant Huscroft ed., 2008) (להלן: Goldsworthy, *Unwritten Constitutional Principles*).

ברשימה זו אעמוד על המובן המשתמע של הטקסט הכתוב של החוקה הפורמלית. איני דן אפוא בחוקה מטריאלית, כלומר חוקה משתמעת (Implied Constitution), שכל כולה אינה כתובה. אני דן במשתמע מתוך החוקה הכתובה הפורמלית (Constitutional Implication). דוגמאות להשתמעות חוקתית<sup>8</sup> – במקום שאין טקסט חוקתי שלשונו המפורשת מכירה בהן – הן השתמעותם של ערכים חוקתיים כגון הפרדת רשויות ועצמאות הרשות השופטת; השתמעותן של זכויות חוקתיות כגון זכות הגישה לערכאות והשתמעותה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.

המובן המשתמע של החוקה נבחן בידי Goldsworthy, אשר לו תרומה חשובה בהקשר זה.<sup>9</sup> לגישתו, ההשתמעות החוקתית אפשרית רק אם היא חלק מכוונתם של מכוני החוקה.<sup>10</sup> בתמיכה לגישתו הוא נסמך על הפרגמטיקה של Grice.<sup>11</sup> בדומה ל-Goldsworthy אף אני סבור כי את הפתרון לבעיית ההשתמעות ניתן למצוא בפרשנות החוקתית.<sup>12</sup> אך בשונה ממנו, איני סבור כי רק הפרשנות על פי הכוונה תומכת בהשתמעות החוקתית. לדעתי, השתמעות חוקתית מוכרת בכל אחת משלוש שיטות הפרשנות העיקריות<sup>13</sup> –

Kirk, *Constitutional Unwritten*; Goldsworthy, *Implications in Language*, לעיל ה"ש 2; *Implications (I)*, לעיל ה"ש 5.

8 ראו להלן בעמ' 588.

9 ראו Goldsworthy, *Implications in Language*, לעיל ה"ש 2; Goldsworthy, *Unwritten Constitutional Principles*, לעיל ה"ש 7; Goldsworthy, *Constitutional Implications Revisited*; Jeffrey Goldsworthy, *Constitutional Implications and Freedom of Political Speech: A Reply to Stephen Donaghue*, 23 MONASH U. L. REV. 362 (1997); Jeffrey Goldsworthy, *Constitutional Cultures, Democracy and Unwritten Principles*, 2012 U. ILL. L. REV. 683.

10 Goldsworthy סבור כי ניתן להכיר בהשתמעות חוקתית גם על פי שיטת הפרשנות שלפי המשמעות הציבורית המקורית (להרחבה על שיטה זו, ראו להלן בעמ' 593). לגישתו, כוונתם של יוצרי החוקה היא חלק מהמשמעות הציבורית המקורית. ראו Jeffrey Goldsworthy, *Originalism in Constitutional Interpretation*, 25 FED. L. REV. 1 (1997).

11 ראו להלן בעמ' 596.

12 בעיית ההשתמעות מתעוררת לעניין כל טקסט משפטי. ראו אהרן ברק *פרשנות תכליתית במשפט* 61, 148 (להלן: ברק *פרשנות תכליתית במשפט*). על ההשתמעות בצוואה ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך חמישי – פרשנות צוואה 170 (2001); בחוזה ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך רביעי – פרשנות החוזה, 315 (2001); RICHARD AUSTEN-BAKER, *IMPLIED TERMS IN ENGLISH*; CONTRACT LAW (2011). בחוק ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שני – פרשנות החקיקה 109 (1993) (להלן: ברק *פרשנות במשפט* כרך שני); בחוקה ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שלישי – פרשנות חוקתית 129 (1994) (להלן: *פרשנות במשפט* כרך שלישי). ראו גם FRANCIS A.R. BENNION, *STATUTORY INTERPRETATION: A CODE* 857 (3rd ed. 1997). על היחס בין פרשנות חוזה לבין פרשנות חוקה ראו RANDY E. BARNETT, *RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY* (3rd ed. 2005).

13 על תורות הפרשנות העיקריות ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 135 (להלן: ברק *פרשנות במשפט* כרך ראשון); PHILIP BOBBITT, *CONSTITUTIONAL FATE: THEORY OF THE CONSTITUTION* (1984); INTERPRETING CONSTITUTIONS: THEORIES, PRINCIPLES AND INSTITUTIONS (LAW, ETHICS AND PUBLIC AFFAIRS) (Charles Sampford & Kim Preston eds., 1996); SOTIRIOS A. BARBER & JAMES E. FLEMING, *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THE BASIC QUESTIONS* (2007); JEFFREY GOLDSWORTHY, *INTERPRETING*

פרשנות על פי הכוונה (Intentionalism),<sup>14</sup> פרשנות על פי המשמעות הציבורית המקורית (Originalism)<sup>15</sup> ופרשנות תכליתית (Purposive Interpretation).<sup>16</sup> כל שיטה וההשתמעויות שיוכרו בה.<sup>17</sup> כל פרשן ינקוט את שיטת הפרשנות או שיטות הפרשנות המקובלות בשיטתו. מכאן שתורת הפרגמטיקה של Grice – שעליה בונה Goldsworthy את תורתו – חשובה להשתמעות החוקתית, שכן היא מצביעה על התופעה הלשונית של ההשתמעות. עם זאת חשיבות זו מוגבלת היא, שכן פרשנות חוקתית אינה שקולה כנגד בלשנות.<sup>18</sup> זאת ועוד: במסגרת המוגבלת שבה נעזר הפרשן החוקתי בבלשן הלשוני ספק אם התורה הבלשונית של Grice – המבוססת על כוונת הדובר – מסייעת אפילו במסגרת הצרה של הפרשנות החוקתית על פי הכוונה. כפי שנראה בהמשך,<sup>19</sup> תורות פרגמטיות אחרות עשויות לסייע לפרשן החוקתי יותר מזו של Grice.

המודל הפרשני המונח ביסוד רשימה זו שונה מתפיסות שונות שניתן לקבצן תחת קורת הגג של חוקה שאינה כתובה (Unwritten Constitution).<sup>20</sup> כך למשל ספרות חשובה בוחנת

GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY (2006) (להלן: GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS).

JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS, 231 (1994) (“[T]he identification of a rule as a rule of law [...] need not be on the ground that this is what the person or institution explicitly said. It may be based on an implication”).

Jeffery Goldsworthy, *The Case for Originalism*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM: THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 42, 50 (Grant Huscroft & B. W. Miller eds., 2011) (“Most implications [...] can only be inferred from the text understood in light of information about the intentions or purposes of the lawmaker that is (or was) readily available to the lawmaker’s intended audience [...] Any evidence of a speaker’s intention that is readily available to the speaker’s intended audience is ‘public’ in the relevant sense”).

ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 148.

ראו להלן בעמ’ 592–595.

ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 43.

ראו להלן בעמ’ 597.

Edward A. Harriman, *The Supreme Court and the Unwritten Law*, 17 B.U. L. REV. 388 (1937); Suzanna Sherry, *The Founders’ Unwritten Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 1127 (1987); Thomas B. McAfee, *Prolegomena to a Meaningful Debate of the “Unwritten Constitution”* Thesis, 61 U. CIN. L. REV. 107 (1992); Walter O. Weyrauch, *Unwritten Constitutions, Unwritten Law*, 56 WASH. & LEE L. REV. 1211 (1999); David A. Strauss, *Constitutions, Written and Otherwise*, 19 L. & PHIL. 451 (2000); Adrian Vermeule, *The Facts About Unwritten Constitutionalism: A Response to Professor Rubinfeld*, 51 DUKE L.J. 473 (2001); David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, 114 HARV. L. REV. 1457 (2001); Thomas B. McAfee, *The Constitution as Based on the Consent of the Governed—Or, Should We Have an Unwritten Constitution?*, 80 OR. L. REV. 1245 (2001); Jean Leclair, *Canada’s Unfathomable Unwritten Constitutional Principles*, 27 QUEEN’S L.J. 389 (2001); Jed Rubinfeld, *The New Unwritten Constitution*, 51 DUKE L.J. 289 (2001); David Dyzenhaus, *The Unwritten Constitution and the Rule of Law*, in CONSTITUTIONALISM IN THE CHARTER ERA 383 (Grant Huscroft & Ian Brodie eds., 2004); Adrian Vermeule, *Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason*, 107 COLUM. L. REV. 1482 (2007); Ernest A.

השתמעות עקרונית חוקתיים בהיעדר חוקה פורמלית.<sup>21</sup> אני עצמי עסקתי בשאלות אלה הן בפסיקה<sup>22</sup> והן בכתיבתי האקדמית.<sup>23</sup> רשימה זו אינה מתמודדת עם ספרות זו, שכן אני מניח את קיומו של טקסט חוקתי קנוני-כתוב, ואני בוחן את המשתמע ממנו. קיימת ספרות מעניינת הבודחנת את השאלה אם ניתן להכיר בנורמות משתמעות המצויות מעל לחוקה הפורמלית (כגון משפט טבעי)<sup>24</sup> או לצדה (כגון מנהג חוקתי).<sup>25</sup> הדיון ב-Lex Non Script זה חורג ממסגרת רשימתי. ההשתמעות החוקתית שבה אני עוסק היא השתמעות מהטקסט של החוקה הפורמלית. ספרות אמריקנית העוסקת בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק שאינה מבוססת על פרשנות (Non-interpretive Review)<sup>26</sup> חורגת גם היא ממסגרת רשימתי,

Young, *The Constitution Outside the Constitution*, 117 YALE L.J. 408 (2007); Mark D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 91 (2001) (להלן: Walters, *Common Law*); Mark D. Walters, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, in Michael S. Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 63 S. CAL. L. REV. 107 (1989) (להלן: Moore, *Unwritten Constitution?*); Michael S. Moore, *The Written Constitution and Interpretivism*, 12 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 3 (1989) (להלן: Moore, *Written Constitution*); Goldsworthy, *Unwritten Constitution*, 7 BECM' 245; לעיל ה"ש 7, בעמ' 245; Goldsworthy, *Unwritten Constitution*, 7 BECM' 219.

21 ראו Robin Cooke, *Fundamentals*, 1988 N.Z. L.J. 158; Peter W. Hogg & Cara F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, 55 U. TORONTO L.J. 715 (2005); Trevor R.S. Allan, *The Common Law as Constitution: Fundamental Rights and First Principles*, in COURTS OF FINAL JURISDICTION: THE MASON COURT IN AUSTRALIA 146 (Cheryl Saunders ed., 1996) (להלן: Walters, *Common Law Constitution*); Trevor R.S. Allan, *Constitutional Justice and the Concept of Law*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION, 7 BECM' 219.

22 ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554–551 (1990) (השופט א' ברק).

23 ראו ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 617. ראו גם אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בן 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן עורכים, 2011) (להלן: ברק "תיקון של חוקה").

24 ראו Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 42 HARV. L. REV. 149 (1928); R. George Wright, *Is Natural Law Theory of Any Use in Constitutional Interpretation?*, 4 S. CAL. INTERDISC. L.J. 463 (1994); Michael S. Moore, *Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation*, in LEGAL INTERPRETATION IN DEMOCRATIC STATES 207 (Jeffrey Goldsworthy & Tom Campbell eds., 2002).

25 ראו HEINRICH AMADEUS WOLFF, *UNGESCHRIEBENES VERFASSUNGSRECHT UNTER DEM GRUNDGESETZ* (2000).

26 Thomas C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 STAN. L. REV. 703 (1975); Thomas C. Grey, *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, 30 STAN. L. REV. 843 (1978); Michael J. Perry, *Noninterpretive Review in Human Rights Cases: A Functional Justification*, 56 N.Y.U. L. REV. 278 (1981); Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 STAN. L. REV. 1 (1984).

המתבססת על מודל פרשני. כתיבה אמריקנית רבה עוסקת ב-"Living Constitution".<sup>27</sup> ספרות זו היא חלק מרשימתי עד כמה שהיא מעוגנת בפרשנות של הטקסט החוקתי. עד כמה שהיא מתבססת על המשפט המקובל בלבד – בלא שתהא לה נקודת אחיזה ארכימדית במובנו של הטקסט החוקתי – היא מצויה מחוץ לתחום ההשתמעות החוקתית. Amar מגדיר בספרו AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION<sup>28</sup> כחוקה לא כתובה כל נורמה חוקתית המצויה מחוץ לד' האמות של שמונת אלפים המילים של החוקה האמריקנית. גישתי מצומצמת הרבה יותר. המובן המשתמע הוא חלק של החוקה הכתובה והוא מעוגן במשתמע מלשון זו.<sup>29</sup>

אפתח רשימה זו בתיאור המודל הפרשני המונח ביסוד גישתי תוך הבחנה בין המובן המפורש של הטקסט החוקתי הכתוב לבין המובן המשתמע שלו (פרק א). אביא כמה דוגמאות להשתמעות חוקתית (פרק ב): השתמעות של ערכים חוקתיים; השתמעות של זכויות חוקתיות; השתמעות של הגבלות על מימושן של זכויות חוקתיות; השתמעות של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. אעמוד על יחסן של שיטות הפרשנות השונות להשתמעות החוקתית (פרק ג), ואבחן את הקשר בין ההשתמעות החוקתית לפרגמטיקה ולבלשנות (פרק ד). אסיים רשימתי בסרטוט קווי המחקר שראוי לפתחם לשם הבנה מעמיקה יותר של ההשתמעות החוקתית, ובעקבותיה של הפרשנות החוקתית בכלל. אכן, הנני רואה ברשימה זו אך את תחילת הדרך להבנה של ההשתמעות החוקתית.

## א. המודל הפרשני

### 1. שליפת מובן משפטי ממובן לשוני

תורת הפרשנות במשפט היא תהליך להבנתו של טקסט משפטי.<sup>30</sup> כל הבנה היא תוצאה של פירוש. עניין לנו בפרשנותה של חוקה כתובה. הפרשנות החוקתית מבקשת להבין את המסר הנורמטיבי העולה מתוך הטקסט החוקתי הכתוב. היא שולפת את הנורמה החוקתית מתוך בית הקיבול הלשוני. היא הופכת טקסט חוקתי לשוני לנורמה חוקתית.<sup>31</sup> לטקסט החוקתי שני מובנים: מובן מפורש (Express Meaning) ומובן משתמע (Implied Meaning).<sup>32</sup> מתוך

27 ראו Adrian Vermeule, *Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason*, 107 COLUM. L. REV. 1482 (2007); DAVID A. STRAUSS, *THE LIVING CONSTITUTION* (2010) (להלן: STRAUSS, LIVING CONSTITUTION).

28 ראו AKHIL REED AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY* (2012) (להלן: AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION).

29 ראו Moore, *Unwritten Constitution?*, לעיל ה"ש 20; Moore, *Written Constitution*, לעיל ה"ש 20.

30 ראו ברק *פרשנות תכליתית במשפט*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 39.

31 ראו שם, בעמ' 48 ("אובייקט הפרשנות הוא הטקסט. הטקסט הוא ה-interpretandum. אלה הם החוקה והחוק, פסק הדין והמנהג, החווה והצוואה. בעקבות הפעילות הפרשנית נשלפת או נחלצת הנורמה המשפטית (החוקתית, ההלכתית, החווית וכו') מתוך בית הקיבול הלשוני. עלינו להבחין אפוא בין הלשון שבה מעוגנת הנורמה המשפטית לבין הנורמה המשפטית הנחלצת מתוך הלשון [...]. הנורמה הנשלפת מתוך הטקסט היא תוצאת פרשנות. אין היא אובייקט הפרשנות. אובייקט הפרשנות הוא הטקסט").

32 ראו DICKERSON, לעיל ה"ש 2.

המובן הלשוני (המפורש או המשתמע) של הטקסט החוקתי שולף הפרשן את הנורמה החוקתית. ההבחנה בין המובן המפורש למובן המשתמע אינה קלה והיא שנויה במחלוקת.<sup>33</sup> נעבור לבחינתה של הבחנה זו, המונחת ביסוד רשימה זו.

## 2. המובן המפורש

המובן המפורש של הטקסט החוקתי הוא המובן המתקבל במישרין מקריאת הלשון החוקתית. זהו המובן שהסמנטיקה והתחביר מצביעים עליו (Linguistic Meaning). זהו המובן המילוני של הטקסט.<sup>34</sup> בדוגמה שהבאתי לעניין המלצת המורה, המובן המפורש עניינו ידיעת האנגלית והנוכחות בשיעורים. למובן המפורש גבול שאין לעבור אותו. אין ליתן לטקסט מובן משפטי מפורש שאינו מתיישב עם מובנו הלשוני.<sup>35</sup> עמד על כך השופט מ' חשין:<sup>36</sup>

כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה ימתח קרום המעטפת עד קצה-יכולתו.

כאשר קרום המעטפת נקרע, מסתיים המובן המפורש של הטקסט. כך בכל טקסט. כך גם בטקסט חוקתי.

טקסט חוקתי – ככל טקסט אחר – יכול שיעוצב ככלל (Rule) ויכול שיעוצב כעיקרון (Principle).<sup>37</sup> טקסט חוקתי מעוצב ככלל כאשר הוא מפרט את מערכת המצבים העובדתיים אשר עם התגבשותם מתקיימת מסקנה נורמטיבית, והוא מעוצב כעיקרון כאשר הוא קובע ערכי רקע אשר עם התגבשותם מתחייבת מסקנה נורמטיבית. טקסט חוקתי המעוצב כעיקרון

33 ראו Goldsworthy, *Implications in Language*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 154; Kirk, *Constitutional Implications (I)*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 647.

34 ראו DICKERSON, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40: "A communication is 'express' so far as it is directly conveyed (by language taken in its relevant dictionary sense)".

35 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 55.

36 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999).

37 להבחנה זו ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 75 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט). ראו גם HUMBERTO AVILA, *THEORY OF LEGAL PRINCIPLES* (2007) לגישתו של Alexy ראו Julian Rivers, ROBERT ALEX, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* (1985) 379 U.C.L.A. L. REV. (1985); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 U.C.L.A. L. REV. 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992); Louis Kaplow, *Rules Versus Standard: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, 2003 N.Z. L. REV. 303; Larry Alexander & Ken Kress, *Against Legal Principles*, in *LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY* 279 (1995); אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמורו אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" מחקרי משפט כו 661 (2010).



מבוסס על רמת הפשטה גבוהה המחייבת קונקרטיזציה.<sup>38</sup> פעילות זו היא בעלת אופי פרשני. כאשר מובנו המפורש של הטקסט החוקתי כולל עקרונות כגון דמוקרטיה או שלטון החוק, או זכויות כגון חירות, חופש הביטוי וכבוד האדם, המובן שניתן לטקסט זה הוא חלק מהמובן המפורש של החוקה.<sup>39</sup> כך למשל כאשר הטקסט של החוקה האמריקנית קובע זכות לחירות (Liberty)<sup>40</sup> או לחופש ביטוי,<sup>41</sup> או כאשר הטקסט של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע זכות לכבוד האדם,<sup>42</sup> הפירוש שניתן לדיבור "חירות" או "חופש ביטוי" או "כבוד האדם" הוא פירוש המתבסס על המובן המפורש, שכן הוא התקבל במישורין מלשון הכתב. הפעילות הפרשנית שולפת מהטקסט הלשוני המפורש את הנורמה החוקתית של "חירות" או "חופש ביטוי" (בחוקה האמריקנית) או "כבוד האדם" (בחוקה הישראלית). זו פעילות פרשנית, הנעשית על פי שיטת הפרשנות שלפיה נוהג הפרשן. היא קובעת את היקפה של הנורמה החוקתית. היקף זה פועל ברמות הפשטה שונות.<sup>43</sup> ברמת ההפשטה הגבוהה נקבע היקפה של הזכות. זוהי "קורת הגג המשותפת"<sup>44</sup> שבגדרה מצטופפים מצבים שונים ומגוונים אשר המשותף לכולם הוא שהם ביטוי לעיקרון הכללי המעצב את הזכות. זוהי זכות-מסגרת, או זכות-אם, שמתוכה נגזרות "זכויות-הבת", כלומר הקטגוריות השונות אשר נופלות בגדרו של העיקרון הכללי.<sup>45</sup> כך למשל בית המשפט העליון האמריקני גזר מזכות-האם לחירות – ברמת הפשטה נמוכה יותר – את זכות-הבת לפרטיות.<sup>46</sup> ממנה נגזרת, ברמת הפשטה נמוכה עוד יותר, זכות-נכדה של האישה לבצע הפלה.<sup>47</sup> ברוח דומה, בית המשפט העליון בישראל גזר מהזכות לכבוד האדם – ברמת הפשטה נמוכה יותר – את זכויות-הבת (כגון הזכות לאישיות, הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד, הזכות לשם טוב, הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון).<sup>48</sup> מזכויות-הבת האלה נגזרות ברמת הפשטה נמוכה עוד יותר זכויות-נכדה. אלה הן זכויות להגנה מפני פגיעות בכבוד האדם הנגרמות מפגיעה

38 ראו ברק פרשנות במשפט כרך שלישי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 248.

39 ראו Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381 (1992); Mark Tushnet, *Can You Watch Unenumerated Rights Drift?*, 9 U.

PA. J. CONST. L. 209 (2006), Goldsworthy, *Unwritten*; לעיל ה"ש 7.

40 U.S. CONST. AMEND. XIV.

41 U.S. CONST. AMEND. I.

42 ראו ס' 2 וס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

43 רמת ההפשטה נקבעת לפי שיטת הפרשנות. ראו Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. CHI. L. REV. 1057 (1990).

44 ראו רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006).

45 ראו אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 303 (2014) (להלן: **ברק כבוד האדם**).

46 ראו Griswold v. Connecticut, 318 U.S. 479 (1965) פסק דינו של השופט Harlan. גישתו של השופט Douglas הייתה שונה.

47 ראו Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). אבל ראו טענתה של Zoe Robinson שלפיה המקרה של Roe מבוסס על זכות משתמעת. ראו Zoe Robinson, *A Comparative Analysis of the Doctrinal Consequences of Interpretive Disagreement for Implied Constitutional Rights*, 11 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 93, 118 (2012).

48 ראו ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 533.



בזכויות-הבת. כך למשל מזכות-הבת לשוויון<sup>49</sup> נגזרת זכות-הנכדה לשוויון בגיוס לצבא.<sup>50</sup> כל רמות ההפשטה הללו (כל זכויות-הבת וזכויות-הנכדה) נשלפות מהמובן המפורש של הביטויים "חירות" או "חופש ביטוי" (בחוקה האמריקנית) או "כבוד האדם" (בחוקה הישראלית). לכל הרמות הללו נקודת אחיזה ארכימדית במובנים המפורשים של הדיבור "חירות", "חופש ביטוי" או "כבוד האדם". כל זכויות-הבת הן זכויות המתקבלות מהמובן המפורש של הטקסט החוקתי. שמן כשם אמן. אין הן זכויות המתקבלות מהמובן המשתמע של הטקסט החוקתי.<sup>51</sup> לעתים מכנים את זכויות-הבת "זכויות בלתי מנויות".<sup>52</sup> עד כמה שכינינו זה מבטא את הרעיון כי זכויות אלה אינן זכויות עצמאיות העומדות על רגליהן שלהן, אלא הן חלק מזכות-אם עצמאית, גישה זו מקובלת עליי. לעומת זאת אם כינוי זה מבטא את הרעיון כי זכויות אלה לא נקבעו במפורש בחוקה משום שמן לא הוזכר, אני חולק על כינוי זה. זכויות-הבת מנויות בחוקה במפורש.<sup>53</sup> הן חלק מזכויות-המסגרת או זכויות-האם. שמן כשמה של זכות-המסגרת. שמה של זכות-הבת כשמה של זכות-האם.

המובן המפורש של ביטוי – בין שהוא מעוצב ככלל ובין שהוא מעוצב כעיקרון – חייב לפעול בגדרי המובן הלשוני של ביטוי זה. אכן, גם ללשון המעוצבת כעיקרון יש גבולות שהפרשן אינו רשאי לחצות אותם. גם למושגים "עמומים" ו"פתוחים" יש "קרום מעטפת" שאין לקרוע אותו. כך למשל יהא היקפה של הזכות לכבוד האדם אשר יהא, אין להחילה על תאגיד, שכן הוא נעדר אנושיות המאפיינת את בן-האדם.<sup>54</sup>

למילים רבות יש כמה מובנים לשוניים מפורשים. מובן לשוני מפורש הוא לעתים עמום או רב-משמעי. הסמנטיקה והתחביר אינם מספיקים כדי לשלוף נורמה משפטית אחת ממובנו המפורש של הטקסט. כך לעניין כל טקסט וכך לעניין טקסט חוקתי. תורמים לכך מגבלותיה של הלשון, השימוש בהכללות וחוסר מיומנות המנסחים.<sup>55</sup> כך בדרך כלל, כך במיוחד בהכללות חוקתיות. אין מובן מפורש אחד ויחיד לדיבור "חופש ביטוי", "חירות" או "כבוד האדם". כדי לתת מובן משפטי ללשון – כדי לשלוף את הנורמה המשפטית מתוך מגוון המשמעויות המפורשות – יש להתחשב בהקשר הרלוונטי. הקשר זה יכול שיהא הקשר לשוני-פנימי (כלומר, הסביבה הלשונית) ויכול שיהא הקשר חיצוני לטקסט (כלומר הנסיבות החוץ לשוניות). הרלוונטיות של ההקשר נקבעת על פי שיטת הפרשנות.

49 ראו שם, בעמ' 685.

50 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2009).

51 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 293, 202 (2006).

52 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).  
ראו גם Richard A. Posner, *Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in THE BILL OF RIGHTS IN THE MODERN STATE 433 (Geoffrey R. Stone et al. eds., 1992).

53 ראו ביקורתו של Dworkin, לעיל ה"ש 39, בעמ' 381.

54 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 385. ראו גם Meir Dan-Cohen, *Sanctioning Corporations*, 19 J.L. & POL'Y 15 (2010).

55 ראו ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 143.

ביסוד תפיסה פרשנית זו מונחים שיקולים חוקתיים של דמוקרטיה, שלטון החוק והפרדת רשויות. לגיטימיות הפרשנות יונקת כוחה מלגיטימיות החוקה עצמה. כינונה של חוקה הוא הסמכה לפרשנותה. אין להבין חוקה בלא לפרשה. מכאן הלגיטימיות החוקתית של שליפת נורמה חוקתית מהמובן המפורש של הטקסט החוקתי. כאשר שופט-פרשן מפרש טקסט חוקתי – לרבות טקסט עמום ורב-משמעויות – בלא לקרוע את "קרום המעטפת" של הלשון, הלגיטימיות של פרשנותו חוסה תחת כנפי הלגיטימיות של הטקסט החוקתי.

### 3. המובן המשתמע

#### (א) מובן לא ישיר

הפרשנות החוקתית שולפת את הנורמה החוקתית לא רק מהמובן המפורש של הטקסט החוקתי הכתוב, אלא גם ממובנו המשתמע. מהו מובן משתמע? המובן המשתמע של הטקסט החוקתי מתקבל – כמו המובן המפורש – מלשון הטקסט החוקתי. עם זאת אין הוא מתקבל ממנו במישרין. אין לעמוד עליו באמצעות השימוש בכללי הסמנטיקה והתחביר. המילון אינו מסייע להבנה. המובן המשתמע מתקבל מפעולה היסקית – כלומר מהבנת הטקסט החוקתי על רקע ההקשר (הפנימי או החיצוני) הרלוונטי.<sup>56</sup> בדוגמת חופש הביטוי בחוקה האוסטרלית עוסק המובן המשתמע בשאלה אם מוכרת במשתמע הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי. המילון חסר תועלת במתן תשובה לשאלה זו, שכן החוקה האוסטרלית אינה מכילה טקסט שממובנו המפורש ניתן לשלוף זכויות חוקתיות. כיצד נקבע, אפוא, המובן המשתמע של טקסט חוקתי? בהיעדר מובן העולה במישרין מלשון החוקה, מה מונע מהפרשן לשלוף מהלשון החוקתית כל מובן משתמע שנראה לו? תשובתי היא כי המובן המשתמע חייב לעלות מתוך ההקשר הרלוונטי. ההקשר הרלוונטי נקבע על פי שיטת הפרשנות. כל שיטת פרשנות וההקשר הרלוונטי לפיה. ההקשר הרלוונטי יוצר את הקשר (Nexus) הנדרש בין הלשון החוקתית לבין המשתמע ממנה. הגישה המקובלת היא כי אין צורך כי ההשתמעות תהא חיונית או נחוצה.<sup>57</sup> לא נדרש כי המובן המשתמע יהא ברור מאליו. נדרש כי המובן המשתמע יעלה באופן סביר מתוך ההקשר הרלוונטי.

#### (ב) הבסיס המשפטי של ההשתמעות החוקתית

##### (1) מובנה של השתיקה החוקתית

לעתים פרשנותו של הטקסט החוקתי הובילה למסקנה כי המובן המפורש של הטקסט החוקתי אינו כולל כל הסדר לבעיה משפטית שהפרשן מבקש לפתור אותה. מה יש להסיק

<sup>56</sup> ראו DICKERSON, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40–41 ( "Implied meaning [...] is meaning carried over [...] is meaning than by express language taken in its dictionary sense [...] Implied meaning [...] is meaning that exists only by virtue of specific context. Implications may attach to sentences, paragraphs, (or whole documents)" ).

<sup>57</sup> ראו Kirk, *Constitutional Implications (I)*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 648; Goldsworthy, *Constitutional Cultures*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 702.

משתיקה זו? התשובה היא כי השתיקה "מדברת" באחד משלושה קולות.<sup>58</sup> קולות אלה נקבעים באמצעות פרשנותו של הטקסט החוקתי. שינוי בשיטת הפרשנות יביא לשינוי בקולות הנשמעים. הפתרון הפרשני הראשון הוא כי בהיעדר הסדר לבעיה המשפטית בגדרי המובן המפורש, יש למצוא את ההסדר מחוץ לגדריה של החוקה עצמה. כך למשל בחוקות רבות אין כל הסדר מפורש באשר לתרופות בגין פגיעה לא חוקתית בזכויות חוקתיות. במצב דברים זה מופנה הפרשן לדינים שמחוץ לחוקה, כגון לחקיקה או למשפט מקובל, שבהם ייקבע ההסדר.

הפתרון הפרשני השני הוא כי היעדר פתרון מצביע על קיום חסר (Lacuna, Gap, Lücke) בחוקה. כאשר מתגלה חסר יש להשלימו על פי "דיני השלמה" החלים בעניין זה.<sup>59</sup> במשפט הקונטיננטלי<sup>60</sup> והישראלי<sup>61</sup> פותחה בהרחבה המושגיות של חסר. על פיה חסר קיים במקום שבו הסדר משפטי השואף לשלמות אינו שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכליתו. ניתן לדמות את הטקסט לחומה אשר חסרה בה לבנה שהבנאים לא הכניסו אותה.<sup>62</sup> ניתן לכנות חסר זה "מחדל", "חלל" או "שטח ריק".<sup>63</sup> במסגרת "דיני החסר" קובעת שיטת המשפט את הדין החל בהשלמת החסר ("דיני השלמה") ואת המוסד המוסמך להשלים את החסר. דיני ההשלמה המקובלים במשפט המשווה קובעים בדרך-כלל כי החסר יושלם באמצעות היקש (Analogy) מדין קרוב, ובהיעדרו – מעקרונות משפט כלליים.<sup>64</sup> במשפט הישראלי חסר

58 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 107; ברק פרשנות במשפט כרך שני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 107; ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים 'מכבי', פ"ד נב(2) 638, 647 (1998) (להלן: עניין מכבי); Dennis Rose, *Judicial Reasonings and Responsibilities in Constitutional Cases*, 20, MONASH U. L. REV. 195 (1994).

59 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 111; ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 287.

60 ראו CHAIM PERELMAN, *LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT* (1968); Alfred E. Von Overbeck, *Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code*, 37 LA. L. REV. 681 (1977); W. CANARIS, *DIE FESTSTELLUNG VON LÜCKEN IM GESETZ: EINE METHODOLOGISCHE STUDIE ÜBER VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN DER RICHTERLICHEU RECHTSFORTBILDUNG PRAETER LEGEM* (1983).

61 ראו גר טדסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וס' 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו 132 (מהדורה שנייה מורחבת, 1959); ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל ה"ש 13; ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106.

62 הדימוי הוא של CANARIS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 25.

63 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 215 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית) ("פרשנות הטקסט והשלמת חסר בו הן שתי פעולות שונות. בפרשנות ניתן מובן לטקסט. בהשלמת חסר מתווספת לשון חדשה לטקסט. בצדק ציין מרימן כי בפרשנות השופט מספק מובן לטקסט שלם. בהשלמת חסר הוא מספק לשון חדשה לטקסט חסר [John H. Merryman, *The Italian Style III: Interpretation*, 18] STAN. L. REV. 583, 593 (1966). א.ב.]. בפירוש טקסט שופט נותן מובן לייש. בהשלמת חסר השופט מוסיף 'יש' ל'אין'. בפירוש השופט נותן מובן לטקסט (שנוצר על ידי אחרים); בהשלמת חסר השופט יוצר בעצמו טקסט (על פי אמות מידה שנקבעו בדיון)". ראו גם עניין מכבי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 649.

64 ראו הקודקס האזרחי האיטלקי, Codice civile [C.c.] Art. 12 (It.), translated in THE ITALIAN CIVIL CODE (M. Beltramo et al. trans., 1969): "If a controversy cannot be decided by a precise provision, consideration is given to provisions that regulate similar cases or analogous matters; if the case still remains in doubt, it is decided according to the general principles of the legal

בחקיקה שאינו מתמלא בהיקש מתמלא "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".<sup>65</sup> באשר למוסד המשלים את החסר בחקיקה, במשפט הקונטיננטלי והישראלי מוסמך השופט להשלים את החסר. שאלה יפה היא אם תורת החסר חלה גם לעניין חוקה, ואם כן, האם שופט מוסמך מכוחה להשלים את החסר בחוקה. חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 חל על השלמת חסר בחקיקה. אין כוחו יפה בהשלמת חסר בחוק יסוד. האם ניתן להשלים חסר בחוק יסוד מכוח עקרונות כלליים החלים על השלמת חסר? שאלה זו התעוררה במשפט המשווה.<sup>66</sup> אוכל להשאירה בצריך עיון,<sup>67</sup> שכן ההשתמעות החוקתית שבה אני עוסק היא השתמעות פרשנית. כאשר זו קיימת אין חסר ואין מקום להשלמתו.<sup>68</sup> על כן זכויות־הבת שהוכרו בפסיקה הישראלית אינן מבוססות על השלמת חסר. הן חלק מהמובן המפורש של הדיבור "כבוד האדם".<sup>69</sup> אציין כי תורת החסר בחקיקה – כפי שפותחה במשפט הקונטיננטלי והישראלי – אינה מקובלת במדינות המשפט המקובל, ופתרון זה אינו בא בחשבון בגרייהן.<sup>70</sup> כאשר משפטן שהתחנך על ברכי המשפט המקובל מציין שבטקסט כתוב יש חסר (Gap),<sup>71</sup> הוא אינו מתייחס לרוב לתורת החסר שעליה עמדת.

הפתרון השלישי הוא כי מתוך המובן המפורש ניתן להסיק מובן משתמע; כי מה שנראה כשתיקתו של הטקסט החוקתי אינו שתיקה כלל ואף אינה חסר, אלא ניתן להסיק ממנה מובן משתמע<sup>72</sup> או "שתיקה מדעת"<sup>73</sup> או "שתיקה מדברת".<sup>74</sup> המובן המשתמע יכול להיות

"order of the state". ראו, SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH [ZGB] [CIVIL CODE] Dec. 10, 1907, SR 210, RS 210, art. 1 (Switz.); ALLGEMEINES BÜRGERLICHES GESETZBUCH [ABGB] [CIVIL CODE] § 7 (Austria).

65 ראו ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

66 ראו JEAN FRANCOIS AUBERT, TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE 126 (1967). ראו Luzius Wildhaber, *Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 41, 44 (Armand L.C. De Mestral et al. eds., 1986).

67 ראו ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 289 ("ישראל מצויה בתהליך של בניית החומה – בתהליך של בניית מערך זכויות האדם. המלאכה טרם שלמה. על כן נראה לי כי שתיקתם של חוקי־היסוד באשר לזכויות חוקתיות שונות אין לפרשה כחסר בחוקי־היסוד. נמצא כי אין מקום לפעילות שיפוטית המשלימה את החסר בחוקה. הפעילות השיפוטית האפשרית היא בפירושה של החוקה ובמתן מובן להוראותיה המפורשות והמשתמעות").

68 השתמעות שונה מהשלמת חסר. השתמעות מעניקה משמעות לתוכן הטקסט החוקתי. השלמת חסר משלימה את הטקסט החסר. ראו Merryman, לעיל ה"ש 63, בעמ' 593 ("The problem of interpretation is to supply meaning to the norm; that of *Lacunae* is to supply the norm" (ההדגשה הוספה, א.ב.)).

69 ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 50, פסק דינו של הנשיא ברק.

70 ראו ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 109.

71 ראו Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3, ¶ 95 (Can.). נשיא בית המשפט העליון, Lamer, ציין כי תפקידם של העקרונות הלא כתובים הוא "To fill out gaps in the express terms of the constitutional scheme". הטענה של השופט Douglas היא שפרשת *Griswold*, לעיל ה"ש 46, אינה מבוססת על השלמת חסר.

72 ראו ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108.

שלילי (הסדר שלילי).<sup>75</sup> משמעותו של הסדר שלילי היא כי ההסדר שנקבע במובן המפורש לא יחול על הסוגיה הלא מסודרת. ביטוי לכך יש באמרה *Expressio Unius Est Exclusio Alterius*.<sup>76</sup> המובן המשתמע יכול להיות גם חיובי (הסדר חיובי).<sup>77</sup> משמעותו של הסדר חיובי היא כי ההסדר שנקבע במפורש עשוי לחול גם על הסוגיה הלא מוסדרת במפורש. הן במקרה של הסדר משתמע שלילי והן במקרה של הסדר משתמע חיובי, הסדרה של החוקה הוא שלם ואין בו כל חסר.<sup>78</sup> לעתים נקבעת בחוקה הוראה המסייעת לפרשן להחליט באשר להשתמעות מהחוקה. כך למשל בכמה חוקות נקבע כי קביעתן של זכויות חוקתיות בחוקה אין בה כדי להתפרש כשלילת זכויות אחרות שזוכן לא בא בחוקה.<sup>79</sup> הוראה זו נועדה בין השאר למנוע פרשנות שלפיה קיים בחוקה הסדר שלילי לעניין הזכויות שאינן מנויות בה. רשימתי זו עוסקת בהסדרים משתמעים אלה. היא מתרכזת בעיקר בהסדרים המשתמעים החיוביים, אם כי בחלקה היא דנה גם בהסדרים משתמעים שליליים. הדין בשני המקרים זהה.

## (2) המובן הלשוני המשתמע והטקסט החוקתי

המובן המשתמע – והנורמה החוקתית הנשלפת ממנו – אינו חיצוני לטקסט החוקתי. אין מוסיפים לחוקה מילים שאינן מצויות בה.<sup>80</sup> המובן המשתמע מצוי בתוך החוקה, והוא מובן פנימי, בלתי נפרד מהטקסט המשמש בסיס למובן המפורש: *Verba Illata Inesse Videntur*. מכאן, שהנורמה החוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע אינה נורמה שבסיסה הוא בלתי כתוב. היא אינה חלק מהחוקה הלא כתובה.<sup>81</sup> בדיבור מטפורי ניתן לומר – כפי שכתבתי באחד מפסקי הדין<sup>82</sup> – כי "לשונו המשתמעת של הטקסט כתובה בין השורות בדיו בלתי נראית". בדיבור שאינו מטפורי יש להכיר בכך כי המובן המשתמע מתקבל – כמו המובן המפורש – מלשונו של הטקסט החוקתי, אם כי לא במישרין. המובן המשתמע אינו כתוב בין השורות. הוא השורות הכתובות עצמן. קיים אפוא טקסט חוקתי אחד בלבד, שלו ניתנים

73 ראו ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" אגודה חקלאית שיתופית של קצינים משוחררים בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545 (1960); על"ע (י-ם) 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993).

74 ראו ע"א 167/47 מינקוביץ נ' פישצנר, פ"ד ב 39, 43 (1949).

75 ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 759, 750 (2003).

76 אמרה דומה קובעת *Argumentum a Contrario*.

77 אמרה המשקפת גישה זו היא *Argumentum a Fortiori*.

78 ראו עניין מכבי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 647.

79 ראו U.S. CONST. AMEND. IX לפיו: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"

80 ראו Goldsworthy, *Implications in Language*, לעיל ה"ש 2; LAURENCE H. TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (להלן: (TRIBE, INVISIBLE CONSTITUTION (2008).

81 אבל ראו [1998] 2 S.C.R. 217, 220 (Can.) Reference Re Secession of Quebec, שם נקבע כי העקרונות המשתמעים הם חלק מהחוקה הבלתי כתובה ("Unwritten constitution").

82 בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 703 (2004). ראו גם TRIBE, INVISIBLE CONSTITUTION, לעיל ה"ש 80, בעמ' 29.

שני מובנים: מובן מפורש ומובן משתמע. משני המובנים נשלפות שתי נורמות חוקתיות שונות.<sup>83</sup>

(3) מעמדה ותכונותיה של הנורמה החוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע מהו מעמדה ומהם מאפייניה של הנורמה החוקתית הנשלפת ממובנו המשתמע של הטקסט החוקתי? כל נורמה הנשלפת מהמובן הלשוני של טקסט חוקתי, בין מובן מפורש ובין מובן משתמע, היא נורמה חוקתית. אין היא נורמה חוקתית מפורשת או נורמה חוקתית משתמעת. היא נורמה חוקתית – זאת ותו לאו. מקורו של המובן הלשוני – אם הוא מפורש או משתמע – אינו משפיע על טיבה של הנורמה החוקתית הנשלפת ממנו. מעמדה החוקתית של נורמה הנשלפת מהמובן המשתמע זהה למעמדה החוקתית של הנורמה הנשלפת מהמובן המפורש של הטקסט החוקתי. שתי הנורמות החוקתיות – זו הנשלפת מהמובן המפורש וזו הנשלפת מהמובן המשתמע – מעוגנות בטקסט החוקתי, והן בעלות רמה חוקתית שווה. אין האחת עולה על חברתה, ואין האחת חשובה מחברתה. כל אחת מהן נשלפת ממובנו הלשוני של הטקסט החוקתי באמצעות אותה שיטת פרשנות חוקתית. האחת נשלפת מהמובן הלשוני המתקבל במישרין מלשון החוקה על רקע הקשר הרלוונטי (המובן המפורש), והאחרת נשלפת מהמובן הלשוני המתקבל שלא במישרין מלשון החוקה אלא על פי הקשר רלוונטי (המובן המשתמע). קיומו של קשר ישיר בין הטקסט החוקתי לבין הנורמה החוקתית הנשלפת ממנו אינו מעמיד נורמה זו בהיררכייה גבוהה מהנורמה הנשלפת מהמובן המשתמע. שתי הנורמות החוקתיות מצויות בהיררכייה נורמטיבית זהה; שתיהן כוננות על ידי אותה רשות מכוננת, באותו אקט מכונן; הלגיטימיות של שתיהן יונקת חיותה מאותה חוקה.

ניתן לטעון כי לעניין הלגיטימיות החוקתית יש להבחין בין המובן המפורש הנגזר במישרין מהלשון החוקתית, המצוי לרוב בתודעת יוצרי החוקה, לבין המובן המשתמע, הנגזר מהבנת הלשון על רקע ההקשר הרלוונטי, שאינו מצוי לרוב בתודעתם. לדעתי, אין בטיעון זה – בין שהוא נכון עובדתית ובין שהוא מוטעה – כדי להשפיע על הגישה הבסיסית שלפיה הנורמה החוקתית הנשלפת מהמובן המפורש היא בעלת מעמד נורמטיבי זהה לזה של הנורמה החוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע. על כן אין לאחת עדיפות על פני האחרת. מקומו של הטיעון שעניינו מודעותם של המכוננים בבחינה של שיטת הפרשנות הראויה ולא בקביעת מעמדה נורמטיבי של הנורמה החוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע.

התכונות החוקתיות המאפיינות כל סוג של נורמה חוקתית מאפיינות גם את הנורמה החוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע של הטקסט החוקתי. על כן עשויה נורמה זו לעגן ערכים, זכויות וסמכויות. בדומה לזה, המבקש לשנותה צריך לפעול על פי הדינים החלים על שינויים חוקתיים.<sup>84</sup> כשם שזכות חוקתית הנשלפת מהמובן המפורש יכולה להיות זכות מוחלטת או יחסית, נצחית או ניתנת לשינוי, חיובית או שלילית, כך גם זכות חוקתית

83 ראו Kirk, *Constitutional Implications (I)*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 648.

84 ראו Leclair, לעיל ה"ש 20, בעמ' 429. השינוי החוקתי עשוי לשנות במישרין את המובן המשתמע בקביעה מפורשת המשנה אותו. השינוי החוקתי עשוי לשנות את המובן המשתמע בעקיפין, שכן הוספת טקסט חוקתי גוררת אחריה מסקנה פרשנית השוללת את קיומו של מובן משתמע או המשנה את תוכנו.

הנשלפת מהמובן המשתמע. על כן כשם שהאחת עשויה להעניק זכות לפרט כלפי המדינה, גם האחרת עשויה להעניק זכות לפרט כלפי המדינה.<sup>85</sup>

כאשר נורמה חוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע של טקסט חוקתי המעוצב ככלל סותרת נורמה משפטית הנשלפת מהמובן המשתמע של טקסט אחר שאף הוא מעוצב ככלל, תיפתר הסתירה על פי הדינים הרגילים הפותרים סתירות (אנטינומיות) בין נורמות משפטיות.<sup>86</sup> על כן הנורמה העליונה תגבר על הנורמה התחתונה (Lex Superior Derogat Inferiori). בסתירה בין נורמות חוקתיות יחול הכלל הנותן עדיפות לנורמה המאוחרת על פני המוקדמת (Lex Posteriori Derogat Priori) ולנורמה המיוחדת על פני הכללית (Lex Specialis Derogat Generali).

דין זה אינו חל בנוגע לשתי נורמות סותרות המעוצבות כעקרונות.<sup>87</sup> על כן כאשר שתי נורמות חוקתיות, המעוצבות כעקרונות, סותרות זו את זו – כגון הזכות של חופש הביטוי מתנגשת עם הזכות לשם הטוב – אין בסתירה זו משום פתולוגיה משפטית. נהפוך הוא: מטבעה של הפיזיולוגיה המשפטית שניגוד זה קיים. הוא נפתר שלא בדין החל על פתרון של סתירות (אנטינומיות) אלא באיזון פרשני.<sup>88</sup> כאשר נורמה תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) פוגעת בזכות חוקתית המעוצבת כעיקרון (כגון חופש הביטוי) כדי להגן על זכות חוקתית אחרת המעוצבת כעיקרון (כגון השם הטוב), תיפתר שאלת חוקתיותה של נורמה זו באמצעות דיני המידתיות,<sup>89</sup> אשר במרכזם האיזון החוקתי.<sup>90</sup> נמצא כי במצב זה להתנגשות בין העקרונות יימצא ביטוי לא ברמה החוקתית – שבה יפרחו אלף הפרחים – אלא ברמה התת-חוקתית, במסגרת דיני המידתיות.

מה דין סתירה בין נורמה חוקתית הנשלפת מהמובן המפורש של טקסט חוקתי לבין נורמה חוקתית הנשלפת מהמובן המשתמע של אותו טקסט חוקתי עצמו? לדעתי, הגישה הנכונה לפתרון השאלה היא כי סתירה כזו – סתירה אמיתית ולא מדומה<sup>91</sup> – לרוב אינה קיימת, שכן במקום שסתירה כזו מצויה לכאורה, המסקנה צריכה להיות שאין מקום להכיר במובן משתמע, שכן המובן המפורש, על רקע הטקסט כמכלול, שולל השתמעות זו ("הסדר שלייל"). הסתירה בין השתיים אינה אמיתית אלא מדומה. הנה כי כן, המובן המשתמע נלמד

85 אבל ראו (Kruger v. Commonwealth, (1997) 190 C.L.R. 1, 132 (Austl.)), שם צוין כי השתמעות מגבילה את הכוח הממשלתי אבל אינה מעניקה ליחיד זכות במובן הצר ("In a strict sense"). ראו גם George Williams, *Human Rights and Judicial Review in a Nation Without a Bill of Rights: The Australian Experience, in CONSTITUTIONALISM IN THE CHARTER ERA*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 305.

86 ראו ברק פרשנות המשפט כרך ראשון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 537.

87 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 115.

88 על האיזון הפרשני ראו שם, בעמ' 98.

89 ראו שם, בעמ' 110. ראו גם בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003).

90 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 419.

91 סתירה היא אמיתית אם בסוף ההליך הפרשני של הטקסט כמכלול הפרשן ניצב בפני שתי נורמות סותרות. במצב זה על הפרשן לפנות לדינים הפותרים סתירות (אנטינומיות) בטקסט משפטי. סתירה היא מדומה אם בסוף התהליך הפרשני היא אינה קיימת עוד. במצב זה הפרשנות הסירה את הסתירה ואין צורך לפנות לדינים הפותרים סתירות בטקסט המשפטי. להבחנה זו ראו ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 542.



מתוך המובן המפורש. המובן המשתמע עשוי להיות, כפי שראינו,<sup>92</sup> בעל אופי שלילי או בעל אופי חיובי. הוא אינו יכול לסתור את המובן המפורש. הטוען כי קיימת סתירה בין המובן המפורש למובן המשתמע טוען כי אין מקום להסיק מובן משתמע.

## ב. דוגמאות להשתמעות חוקתית

כל חוקה והמשתמע ממנה. ההקשר החוקתי של כל חוקה מיוחד הוא לה, והמשתמע מחוקה אחת אינו בהכרח משתמע מחוקה אחרת. שתיקה שבחוקה אחת תתפרש כהסדר חיובי עשויה להתפרש בחוקה אחרת כהסדר שלילי. זאת ועוד: כל שיטת פרשנות וההשתמעות החוקתית המוכרת בה. אעמוד על כמה דוגמאות טיפוסיות, אשר ברוכן הכירו בתי המשפט בהשתמעות חוקתית חיובית. במקרים אלה לא התפרשה שתיקתה של החוקה כהסדר שלילי אלא כהסדר חיובי.<sup>93</sup> בחלקן של הדוגמאות השתיקה התפרשה כהסדר שלילי, ועל כן נשללה כל השתמעות. חלקן של ההשתמעויות החוקתיות משתמעות מתוך הטקסט החוקתי על פי כל אחת משלוש שיטות הפרשנות שעליהן אעמוד בהמשך; חלקן משתמעות מתוך הטקסט החוקתי רק על פי שיטת פרשנות אחת.

### 1. השתמעות ערכים חוקתיים

ברבות מהחוקות המודרניות נקבעים במפורש ערכים חוקתיים כגון דמוקרטיה,<sup>94</sup> פדרליזם ושלטון החוק.<sup>95</sup> לערכים אלה חשיבות משפטית רבה,<sup>96</sup> בעיקר לפרשנותה של החוקה. האם ניתן להסיק במשתמע ערכים חוקתיים שאין להם ביטוי מפורש בחוקה? התשובה העקרונית היא בחיוב.<sup>97</sup> לרוב אין להסיק משתיקת החוקה הסדר שלילי באשר לערכים שלא נקבעו בה במפורש. לרוב ניתן להסיק מלשון החוקה ערכים משתמעים. כמובן, כל שיטת

92 ראו לעיל בעמ' 11.

93 להבחנה זו ראו לעיל עמ' 585.

94 ראו GRUNDGESETZ [GG] [BASIC LAW], § 20 (Ger.), translation at [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html) (להלן: חוקת גרמניה); § 1 S. AFR. CONST., 1996; (להלן: חוקת דרום אפריקה); ס' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

95 ראו ס' 1(1) לחוקת דרום אפריקה; CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA; C.E., B.O.E. n. 311, Dec. 29, 1978; (חוקת פורטוגל); § 2 (Port.) [CONSTITUTION], Apr. 2, 1976; § 1 (Spain) (חוקת ספרד).

96 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 217. ראו גם Dworkin, לעיל ה"ש 39, Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 YALE L.J. 823 (1972).

97 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 210. ראו גם עניין סיעת חר"ש-תע"ל, לעיל ה"ש 82, בעמ' 703 לפסק דינו של הנשיא ברק ("מחוקי היסוד שלנו משתמעים הפרדת הרשויות, שלטון החוק ועצמאות הרשות השופטת. אכן, לשונו של הטקסט המשפטי אינה רק המלים שניתן למצוא להן הסבר במילון. לשונו של הטקסט היא גם המשתמע ממנו, מהמבנה שלו, מארגונו ומהיחסים בין הוראותיו השונות"); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 63, בעמ' 111; עניין *Reference Re Remuneration of Judges*, לעיל ה"ש 71; עניין *Reference Re Secession of Quebec*, לעיל ה"ש 81.

פרשנות תעשה כן על פי תפיסתה שלה.<sup>98</sup> כך, למשל, בית המשפט העליון הקנדי הכיר בעקרון עצמאות הרשות השופטת, בעקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות כעקרונות המשתמעים מהחוקה.<sup>99</sup> כן הכיר בית המשפט העליון האמריקני<sup>100</sup> ובית המשפט העליון הקנדי<sup>101</sup> בכבוד האדם כערך חוקתי, אף שכבוד האדם אינו מוזכר במפורש בחוקתם.

## 2. השתמעות זכויות חוקתיות

ברבות מהחוקות המודרניות רשימה מקיפה של זכויות חוקתיות המהוות את מגילת הזכויות (ה-Bill of Rights) החוקתית. האם עשויה להשתמע מחוקה מקיפה זו זכות שאינה מעוגנת במובן המפורש של הטקסט החוקתי? או שמא יש להסיק כי משתמע הסדר שלילי באשר לכל זכות שאין לה ביסוס במובן המפורש של הטקסט החוקתי? לעתים כוללת החוקה הוראה שנועדה בין השאר למנוע הסדר שלילי.<sup>102</sup> מה הדין אם הוראה כזו חסרה?<sup>103</sup> האם מחוקה – כגון זו המקובלת באוסטרליה – שאין בה כלל מגילת זכויות חוקתיות המעוגנות במובנה המפורש משתמע הסדר שלילי בכל הנוגע לזכויות משתמעות, או שמא ניתן להכיר אף במסגרתה בזכויות חוקתיות משתמעות? האם ניתן להכיר בזכויות משתמעות במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? אפשר שכל אחת מהשיטות הפרשניות תיתן תשובה חיובית לשאלות אלה, ובלבד שהדבר יתיישב עם כללי הפרשנות החוקתית הנהוגים בה.<sup>104</sup>

98 ראו TRIBE, INVISIBLE CONSTITUTION, לעיל ה"ש 80, בעמ' 83; Walters, *Common Law Constitution*, לעיל ה"ש 20; Walters, *Written Constitutions*, לעיל ה"ש 20; Leclair, לעיל ה"ש CHARLES L. BLACK JR., STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW; 20 David Crump, *How Do the Courts Really Discover*; 7 Donaghue, (1969) *Unenumerated Fundamental Rights? Cataloguing the Methods of Judicial Alchemy*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 795 (1996); Patricia Hughes, *Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle*, 22 DALHOUSIE L.J. 5 (1999); David Mullan, *The Role for Underlying Constitutional Principles in a Bill of Rights World*, 2004 N.Z. L. REV. 9 (2004); Beverly McLachlin, *Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?*, 4 N.Z. J. PUB. INT'L L. 147 (2006).

99 עניין *Reference Re Secession of Quebec*, לעיל ה"ש 71; עניין *Reference Re Remuneration*, לעיל ה"ש 81.

100 ראו *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 92 (1966); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 797 (2007).

101 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 136 (Can.); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, 164 (Can.); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, 814 (Can.); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, 530 (Can.); *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 370 (Can.).

102 U.S. CONST. amend. IX ראו.

103 ראו *Cooke*, לעיל ה"ש 21.

104 ראו *Walter Sinnott Armstrong, Two Ways to Derive Implied Constitutional Rights*, in *LEGAL INTERPRETATION IN DEMOCRATIC STATES* 231 (Tom Campbell & Jeffrey Goldsworthy eds., 2002).

כך למשל נראה לי כי מגילת זכויות שאין בה טקסט שממובנו המפורש ניתן לשלוף את זכות הגישה לבתי-המשפט ניתן לשלוף זכות זו מהמובן המשתמע של הטקסט.<sup>105</sup> חוקה אשר מתייחסת לזכויות אדם ברצינות, בין שהיא חוקה מקיפה ובין שהסדרה מקוטעים או עדיין מצויים – כמו בישראל – בשלבים של גיבוש חוקתי – צריכה להתפרש באופן המכיר בזכות חוקתית של גישה לערכאות. כאשר החוקה – כגון זו האוסטרלית – אינה כוללת כלל מגילת זכויות חוקתיות שיש להן עיגון בלשונה המפורשת של החוקה, ניתן להסיק – כפי שהסיק בית המשפט העליון של אוסטרליה – מהטקסט החוקתי על רקע הוראותיו המוסדיות, המבוססות על דמוקרטיה ייצוגית, את הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי.<sup>106</sup> אף כאן לא פירש בית-המשפט העליון של אוסטרליה את החוקה כקובעת הסדר שלילי באשר לזכות לחופש ביטוי פוליטי.

### 3. פסקת הגבלה משתמעת

לעתים קרובות זכויות חוקתיות מנוסחות בלשון "מוחלטת" אשר לכאורה אין כל אפשרות להגבילן.<sup>107</sup> הגישה הפרשנית במרבית החוקות היא כי כל הזכויות – בהיעדר מובן מפורש נוגד – הן זכויות יחסיות.<sup>108</sup> ניתן להגבילן. בחוקות רבות מצוי טקסט חוקתי אשר ממובנו המפורש ניתן לשלוף נורמות חוקתיות המאפשרות, בתנאים מסוימים, להגביל את הגשמתן של זכויות חוקתיות ("פסקת הגבלה"). התנאים לכך הם לרוב היבטים שונים של מידתיות.<sup>109</sup> מה הדין אם אי אפשר לשלוף פסקאות הגבלה מהמובן המפורש של הטקסט החוקתי? האם נובע מכאן שהזכויות החוקתיות הן מוחלטות? התשובה היא כי לעתים קרובות ניתן לפרש את הטקסט החוקתי באופן שמשתמעת ממנו פסקת הגבלה.<sup>110</sup> כך למשל אחת הגישות האפשריות היא כי ה־Levels of Scrutiny המוכרות במגילת הזכויות האמריקנית<sup>111</sup> מתבססות על המובן המשתמע של מגילת הזכויות האמריקנית. זאת ועוד: לעתים מצויה פסקת הגבלה מיוחדת בצדן של כמה זכויות חוקתיות, ואילו זכויות חוקתיות אחרות אינן מלוות בפסקאות הגבלה המיוחדות להן. היש להסיק מכאן הסדר שלילי בעניין קיומה של פסקת הגבלה משתמעת באשר לאותן זכויות חוקתיות? לעתים נקבע בחוקה כי

105 ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויין 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

106 ראו עניין Lange, לעיל ה"ש 7. בית המשפט העליון סירב להכיר בזכות לשוויון זכויות הנשלפת מהמובן המשתמע של החוקה האוסטרלית. ראו (1992) 174 CLR. 455 (Austl.) *Leeth v Commonwealth*. ראו גם (1997) 190 CLR 1, ¶ 434 (Austl.) *Kruger v. Commonwealth*.

107 להרחבה על זכויות מוחלטות ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 53.

108 להרחבה על זכויות יחסיות ראו שם, בעמ' 56.

109 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 35 לחוקת דרום אפריקה; BUNDESVERFASSUNG [BV]; (1999) Apr. 18, SR 101, art. 36 (Switz.) [CONSTITUTION] (החוקה של שווייץ).

110 ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003). ראו גם בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70 (השופט זמיר), 75 (הנשיא ברק) (1996).

111 להרחבה על "Levels of scrutiny" ראו ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 551 (4th ed. 2011).

ניתן להגביל זכות חוקתית בחוק. האם מתבקש מכך הסדר שלילי לכל הגבלה המתבססת על דיני המידתיות? אף כאן התשובה היא כי הסדר שלילי אינו מתבקש, וניתן להבין את הטקסט החוקתי באופן שמשמעת ממנו פסקת הגבלה המבוססת על מידתיות.<sup>112</sup> כך למשל בית המשפט החוקתי הגרמני הכיר בהשתמעות חוקתית של פסקאות הגבלה באשר לזכויות שאין בצדן כל פסקת הגבלה מפורשת או שנקבע בהן כי ניתן להגבילן בחוק, וזאת חרף קיומן של פסקאות הגבלה מפורשות לעניין זכויות אחרות.<sup>113</sup>

#### 4. ביקורת שיפוטית משתמעת

במרבית החוקות המודרניות קיים טקסט חוקתי שמובנו המפורש הוא קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החקיקה.<sup>114</sup> בהיעדר הוראות כאלה, האם יכולה להשתמע מהחוקה ביקורת שיפוטית? נראה לי כי את פרשת *Marbury v. Madison*<sup>115</sup> ניתן להבין כהכרה בהשתמעות חוקתית.<sup>116</sup> הוא הדין בפרשת *בנק המזרחי*<sup>117</sup> בישראל, שהכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק הנוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת חרף היעדרה של הוראה מפורשת בעניין זה. בשני המקרים לא התפרשה השתיקה החוקתית כהסדר שלילי בדבר הביקורת השיפוטית. דומה כי גישה דומה קיימת לעניין הכרה בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק באוסטרליה.<sup>118</sup> כן ניתן להכיר בישראל בתורת הסעדים החוקתיים כתורה משתמעת.

#### 5. נצחיות משתמעת

כמה חוקות כוללות טקסט שמובנו המפורש הוא כי הסדרים חוקתיים שונים אינם ניתנים לשינוי באמצעות ההוראות החוקתיות הכלליות על שינוי חוקה.<sup>119</sup> הסדרים אלה נהנים מ"נצחיות". כדי לשנותם נדרשת חוקה חדשה. דוגמאות טיפוסיות הן המבנה הפדרלי, האופי הדמוקרטי והאופי החילוני של מדינה. החוקה הגרמנית כוללת במסגרת זו במפורש את הזכות לכבוד האדם.<sup>120</sup> האם ניתן להסיק במשתמע נצחיות של הסדרים חוקתיים? בית

112 ראו עניין מופז, לעיל ה"ש 110; אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (2015).

113 ראו MICHAEL SACHS, GRUNDGESETZ: KOMMENTAR 68 (4th ed. 2007).

114 ראו Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.) § 52(1).

115 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

116 ראו AMAR, AMERICA'S TRIBE, INVISIBLE CONSTITUTION, לעיל ה"ש 80, בעמ' 30, 47; UNWRITTEN CONSTITUTION, לעיל ה"ש 28, בעמ' 32.

117 ראו ע"א 6821/93 *בנק מזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי*, פ"ד מט(4) 221 (1995).

118 ראו CHERYL SAUNDERS, THE CONSTITUTION OF AUSTRALIA: A CONTEXTUAL ANALYSIS 75 (2011).

119 ראו ס' 79(3) לחוקת גרמניה; O.G. no. 17863, Nov. 7, 1982, § 4 (Turk.) KEMAL GÖZLER, JUDICIAL REVIEW OF (חוקת טורקיה); CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY (2008).

120 ראו ס' 79(3) לחוקת גרמניה.

המשפט העליון של הודו פיתח את הדוקטרינה של "המבנה הבסיסי של החוקה" (The Basic Structure Doctrine). על פיה, אין לשנות את המבנה הבסיסי של החוקה בשימוש בהוראות החוקה באשר לשינויה.<sup>121</sup>

נראה לי כי בסיס מתודולוגי אפשרי לדוקטרינה זו הוא ההשתמעות החוקתית.<sup>122</sup> פירושה של החוקה כמכלול מוביל למסקנה כי ההוראות בעניין שינויים בחוקה מניחים את קיומו של השלם. המובן המשתמע של הטקסט החוקתי אינו מכיר אפוא בשינויים חוקתיים הפוגעים במבנה הבסיסי של החוקה.<sup>123</sup> גישה ברוח זו ניתן למצוא גם בפסיקה של בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה<sup>124</sup> ושל בית המשפט העליון בישראל.<sup>125</sup>

## ג. ההשתמעות החוקתית ושיטות הפרשנות

### 1. שיטות הפרשנות

רבות הן שיטות הפרשנות.<sup>126</sup> כך לעניין פירוש כל טקסט משפטי. כך בוודאי לעניין פירוש של טקסט חוקתי.<sup>127</sup> ביסוד שוני זה מונחות פילוסופיות שונות באשר למהות הפרשנות, באשר לתפקידה של חוקה ובאשר לתפקידו של בית משפט המפרש את לשון החוקה ושולף ממנה את הנורמה החוקתית. מחברים שונים ממיינים את שיטות הפרשנות בצורות שונות. לפי המיון שאני נוקט, השוני הבסיסי הוא בין שיטות פרשנות סובייקטיביות<sup>128</sup> לבין שיטות פרשנות אובייקטיביות.<sup>129</sup> הראשונות מבקשות לפרש את הטקסט החוקתי על פי כוונת יוצריו (Intentionalism). האחרות מבקשות לפרשו על פי אמות מידה המנותקות מכוונת היוצרים. בגדרן של האחרות, יש המדגישות את המשמעות הציבורית בעת כינון החוקה (Originalism), ויש המדגישות את ההבנה הציבורית בעת הפירוש (Purposivism). כל שיטות הפרשנות מכירות בהשתמעות החוקתית. נבחן כל אחת לגופה.

121 SUDHIR KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2010); MADHAV KHOSLA, THE INDIAN CONSTITUTION Kesavananda Bharati v. State of Kerala, (1973) 4 SCC 255, 366 (India); Indira Gandhi v. Raj Narain, AIR 1975 SC 229 (India); Minerva Mills v. Union of India, (1981) 1 SCR 206 (1980) (India).

122 Allan, *Common Law as Constitution*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 33. ראו גם Tribe, *Invisible Constitution*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 156.

123 ראו ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 23.

124 Premier of KwaZulu-Natal v. The President of the Republic of South Africa, 1996 (1) SA 769 (CC) (S. Afr.); United Democratic Movement v. President of the Republic of South Africa, 2003 (1) SA 488 (CC) (S. Afr.).

125 ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 50; בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פסק דינו של הנשיא ברק (1996).

126 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 70.

127 RAO GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS, לעיל ה"ש 13; BARBER & FLEMING, לעיל ה"ש 13.

128 ראו ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 135–137.

129 שם, בעמ' 143.

## 2. השתמעות חוקתית ופרשנות על פי הכוונה

פרשנות חוקתית על פי הכוונה (Intentionalism) הוא שם כולל למשפחה של תורות פרשנות סובייקטיביות. ביסודן עומדת התפיסה כי חוקה צריכה להתפרש על פי כוונת יוצריה. כוונה זו משקפת מציאות ראלית ולא היפותטית. תוכנה של כוונה זו הם הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקצייה שיוצרי החוקה ביקשו להגשים.<sup>130</sup> כוונה זו יכולה להיות ברמות הפשטה שונות. ניתן ללמוד עליה מתוך שני מקורות: מקורות פנימיים ומקורות חיצוניים. המקור הפנימי הוא הטקסט של החוקה. אלה הן המילים, הפסקאות, הסעיפים, החלקים, והטקסט החוקתי כמכלול. זהו ההקשר הפנימי. המקור החיצוני הוא כל מקור אמין שמחוץ לחוקה. אלה הן, בין השאר, ההיסטוריה החוקתית, הערכים החוקתיים והמשפט המשווה. זהו ההקשר החיצוני.

הפרשן על פי הכוונה נותן לטקסט החוקתי מובן מפורש – כלומר מובן המתקבל במישרין מהלשון – המגשים את כוונתם של יוצרי החוקה. הוא נותן לאותה לשון גם מובן משתמע – כלומר מובן שאינו מתקבל במישרין מהלשון אלא מהבנת הלשון על רקע ההקשר (הפנימי או החיצוני) הרלוונטי. הקשר הוא רלוונטי אם ניתן ללמוד ממנו לימוד אמין על הכוונה של יוצרי החוקה. ניקח דוגמה של חוקה פורמלית שיש בה הסדרים מוסדיים. אין בה מגילת זכויות חוקתיות. נניח כי השאלה הניצבת בפני הפרשן על פי הכוונה היא אם ניתן לשלוף, מתוך לשון החוקה, זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי. הפרשן החוקתי יפנה להקשר הפנימי ולהקשר החיצוני. הוא יבקש ללמוד מהי כוונתם של יוצרי החוקה. הפרשן החוקתי עשוי להגיע למסקנה הפרשנית כי כוונתם של יוצרי החוקה הייתה להסדר שלילי באשר לזכות החוקתית. על בסיס מסקנה זו אין להכיר כלל בזכויות חוקתיות משתמעות, וממילא אין להכיר בחופש הביטוי הפוליטי. נניח עתה כי המסקנה הפרשנית היא כי יוצרי החוקה לא ביקשו לקבוע הסדר שלילי. נהפוך הוא, מההקשר הפנימי והחיצוני למד הפרשן כי כוונתם של יוצרי החוקה הייתה לקיים דמוקרטיה ייצוגית אשר מעניקה חופש ביטוי פוליטי. על בסיס כוונה זו יקבע הפרשן על פי התכלית כי משתמעת מלשון החוקה הזכות לביטוי פוליטי.

## 3. השתמעות חוקתית ופרשנות על פי המשמעות הציבורית המקורית

פרשנות על פי המשמעות הציבורית המקורית (Originalism) היא משפחה של תורות פרשניות אובייקטיביות, אשר במרכזן מונחת התפיסה כי את הטקסט החוקתי יש לפרש על פי משמעותו הציבורית המקורית (Original Public Meaning).<sup>131</sup> מובנה של הלשון

130 שם, בעמ' 137.

131 על המשמעות הציבורית המקורית ראו William A. Kaplin, *The Process of Constitutional Interpretation: A Synthesis of the Present and a Guide to the Future*, 42 RUTGERS L. REV. 983 (1990); Michael J. Perry, *The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation*, 77 VA. L. REV. 669 (1991); R. Randall Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*, 29 VALPARAISO U. L. REV. 121 (1994); KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: TEXTUAL MEANING, ORIGINAL INTENT, AND JUDICIAL

החוקתית הוא המובן שקהל הנמענים נתן ללשון החוקה בעת הכינון של החוקה. על פי כמה תורות פרשניות במשפחה זו, יש להבחין בין Interpretation של הטקסט החוקתי, שעניינו המובן הלשוני של הטקסט, לבין ה-Construction שלו, שעניינו בטקסט רב-משמעי (Ambiguous) ועמום (Vague). בטקסט חוקתי כזה תהליך ה-Interpretation מניח עצמו. ה-Construction מסיר את חוסר הבהירות (Constitutional Indeterminacy), ממלא חסרים ונותן מובן לשתיקה החוקתית.<sup>132</sup> ה-Construction עשוי להיות בעל היבט מודרני.

הפרשן על פי המשמעות הציבורית המקורית נותן לטקסט החוקתי מובן מפורש – מובן הנובע ישירות מהלשון – המגשים את המשמעות הציבורית המקורית. פרשן כזה נותן ללשון הטקסט החוקתי גם מובן משתמע – כלומר מובן שאינו נובע ישירות מלשון הטקסט אלא מהבנת הלשון על רקע המשמעות הציבורית המקורית של בני החברה שניתנה לו בעת כינונו. נחזור לדוגמה של חוקה שאין בה מגילת זכויות חוקתיות, והשאלה היא אם יש מקום לשלוף מתוכה זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי. הפרשן על פי המשמעות הציבורית המקורית עשוי להגיע למסקנה כי המשמעות הציבורית המקורית הייתה להסדר שלילי באשר לזכויות חוקתיות. במצב דברים זה לא יכיר פרשן זה בחופש הביטוי הפוליטי כזכות חוקתית. נניח עתה כי המסקנה של הפרשנות היא כי המשמעות הציבורית המקורית לא הייתה להסדר שלילי. נהפוך הוא: המשמעות הציבורית המקורית הכירה בדמוקרטיה ייצוגית ובחופש הביטוי כמתבקש ממנה. על בסיס משמעות זו יחליט הפרשן כי מהחוקה משתמעת הזכות לחופש ביטוי פוליטי, וזאת גם בניגוד לכוונתם של יוצרי החוקה או של המשמעות הציבורית המקורית.

#### 4. ההשתמעות החוקתית ופרשנות תכליתית

הפרשנות החוקתית התכליתית<sup>133</sup> (Purposive Interpretation) היא משפחה של תורות פרשניות. המשותף לכולן היא התפיסה כי יש לשלוף את הנורמה החוקתית מבית הקיבול הלשוני באמצעות אמת המידה של התכלית המונחת ביסוד הטקסט החוקתי. תכלית זו היא הערכים,

REVIEW (1999); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 47 (3d ed. 2000); JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM (Harvard University Press, 2011); ROBERT W. BENNETT & LAWRENCE B. SOLUM, CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE (Cornell University Press 2011). ראו גם WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994); JACK N. RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION (1996); ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Amy Gutmann ed., 1997); DENNIS J. GOLDFORD, THE AMERICAN CONSTITUTION AND THE DEBATE OVER ORIGINALISM (2005); ORIGINALISM: A QUARTER-CENTURY OF DEBATE (Steven G. Calabresi ed., 2007); JOHNATHAN O'NEILL, ORIGINALISM IN AMERICAN LAW AND POLITICS: A CONSTITUTIONAL HISTORY (2005); Jamal Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 TEX. L. REV. 1 (2009); THE CHALLENGE OF ORIGINALISM: THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (Grant Huscroft & Bradley Miller eds., 2011); ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS (2012).

132 ראו BALKIN, WHITTINGTON ו-BENNETT & SOLUM, לעיל ה"ש 131.

133 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 174.



המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה שהטקסט החוקתי נועד להגשים.<sup>134</sup> תכלית זו מתחשבת בכוונתם של יוצרי החוקה ובמשמעות הציבורית המקורית. עם זאת המשקל הכבד ביותר ניתן לתכלית המודרנית. החוקה הופכת למסמך "חי" <sup>135</sup> או עץ חי.<sup>136</sup> תכליתה של החוקה יכולה להיות ברמות הפשטה שונות. ניתן ללמוד עליה ממקורות פנימיים וחיצוניים גם יחד.

הפרשן על פי התכלית נותן לטקסט החוקתי מובן מפורש – כלומר מובן המתקבל במישרין מהלשון – המגשים את התכלית החוקתית. הוא נותן לאותה לשון גם מובן משתמע, כלומר מובן שאינו מתקבל במישרין מהלשון אלא מהבנת הלשון על רקע הקשר הפנימי או החיצוני. הקשר זה רלוונטי אם ניתן ללמוד ממנו על התכלית החוקתית.<sup>137</sup> כיצד פועל הפרשן התכליתי בדוגמה של החוקה שיש בה אך הסדרים מוסדיים, והשאלה הפרשנית היא אם ניתן לשלוח ממנה זכות חוקתית לחופש הביטוי הפוליטי? הפרשן התכליתי יבחן תחילה את השאלה אם יש לפרש את שתיקת החוקה באשר לזכויות חוקתיות כהסדר שלילי. לעניין תשובתו לשאלה זו יתחשב הפרשן התכליתי בכוונתם של יוצרי החוקה ובמשמעות הציבורית המקורית. עם זאת המשקל העיקרי יינתן להבנתו המודרנית של הפרשן את תכלית החוקה כפי שהיא נלמדת מהקשר הפנימי ומהקשר החיצוני. אם התשובה היא כי השתיקה היא הסדר שלילי, יגיע הפרשן התכליתי למסקנה כי אין מקום לשלוח מהחוקה זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי. אם המסקנה הפרשנית היא כי התכלית של החוקה היא לקיים דמוקרטיה ייצוגית, וכי תכלית זו תוגשם אם תוכר זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי, ייתן הפרשן התכליתי לטקסט החוקתי את המובן המגשים את התכלית ויקבע כי משתמעת מהחוקה זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי.

## ד. ההשתמעות החוקתית ותורת הפרגמטיקה

### 1. סמנטיקה ופרגמטיקה

המובן של טקסט נקבע על פי תורת הסמנטיקה (Semantics). זו עוסקת בתורת המשמעות. התחביר ממלא בה תפקיד מרכזי. עם זאת הורגש הצורך לפנות להקשר לשם מתן משמעות לטקסט. לשם כך התפתחה תורת הפרגמטיקה (Pragmatics).<sup>138</sup> תורת הפרגמטיקה קובעת כי את הלשון יש להבין על רקע הקשרה. ההקשר הוא משני סוגים: הקשר לשוני (Co-text) והקשר חוץ-לשוני (Context). ההקשר הלשוני הוא הקשר פנימי. זו סביבתה של לשון הטקסט. ההקשר החוץ-לשוני הוא הקשר חיצוני. אלה הן הנסיבות החיצוניות לטקסט כולל ידע, הרקע המשותף למחבר הטקסט ולנמעניו, יכולתו והעדפותיו של המחבר והנושאים הרלוונטיים לנמענים. המובן המשתמע נגזר מנסיבות חיצוניות אלה. הקשרים פנימיים

<sup>134</sup> ראו שם, בעמ' 185.

<sup>135</sup> ראו STRAUSS, LIVING CONSTITUTION, לעיל ה"ש 27.

<sup>136</sup> ראו Edwards v. Canada (Attorney General), [1930] AC 124 (PC) 136 (appeal taken from Can.). ("a living tree capable of growth and expansion within its natural limits" – Lord Sankey).

<sup>137</sup> ראו TRIE, INVISIBLE CONSTITUTION, לעיל ה"ש 80; Donaghue, לעיל ה"ש 7.

<sup>138</sup> ראו PRAGMATICS: A READER (Steven Davis ed., 1991); YAN HUANG, PRAGMATICS (2007).

וחיצוניים אלה הם רבים ומגוונים. עקרונית, הם אינן-סופיים. הבלשנות בוחרת מתוך ריבוי ההקשרים את אלה שהם רלוונטיים למתן מובן לשוני לטקסט. להבנת ההקשר – הפנימי והחיצוני – פונה הפרגמטיסט, בין השאר, להנחות המוקדמות (ה־Presuppositions) שעל בסיסן נקבע מובן הטקסט.<sup>139</sup> הן חשובות הן לעניין המובן המפורש והן לעניין המובן המשתמע.

## 2. הפרגמטיקה של Grice

ענף הפרגמטיקה פותח במיוחד בידי הפילוסוף של הלשון Grice.<sup>140</sup> אחת מתרומותיו של Grice היא ההשתמעות בשיח הלשוני (Conversational Implicature). את הדוגמה של המלצת המורה לתלמידו, שעליה עמדתי בראשית רשימה זו, נתן Grice. Grice מניח כי ההתנהגות החברתית היא רציונלית. על כן הוא הניח כי ביסוד השיחה מונח "עקרון שיתוף הפעולה" (Cooperative Principle).<sup>141</sup> על פיו, כל דובר מצפה שתרומתו לשיחה תתאים למה שנדרש להשגת מטרתה. כל דובר בשיח מצופה לנהוג לפי עיקרון זה, והדובר מניח שכל משתתף בשיח נוהג על פיו, וכל משתתף בשיח מניח הנחה זו. Grice קבע ארבעה כללים (Maxims) שהם תת-רכיבים של עקרון שיתוף הפעולה:<sup>142</sup> כלל הכמות (ספק את כל המידע הדרוש ולא יותר ממנו); כלל האיכות (תאר רק מה שאתה מאמין באמתותו ושיש בידך ראיות לביסוסו); כלל הענייניות (אמור דברים שהם רלוונטיים לשיחה); כלל האופן (הימנע מערפול, מדו־משמעות ומסרבול). ברבים מהמקרים הכללים מכובדים. אך יש שהם מופרים. כאשר הדובר מפר בגלוי אחד מכללי שיתוף הפעולה, תוך שהוא ושומעיו נשארים נאמנים לעקרון שיתוף הפעולה, ניתן להסיק שהוא מתכוון להשתמעות שיחתית

139 ראו Robert M. Harnish, *Logical Form and Implicature*, in PRAGMATICS: A READER לעיל ה"ש, 138 בעמ' 316, 329; Andrei Marmor, *The Pragmatics of Legal Language*, 21 *RATIO JURIS* 423; HUANG, (להלן: Marmor, *Pragmatics*); לעיל ה"ש 138, בפרק 3; PRAGMATICS: A READER, לעיל ה"ש 138, בפרקים 23–27.

140 Herbert P. Grice, *Utterer's Meaning, Sentence-Meaning, and Word-Meaning*, in PRAGMATICS: A READER לעיל ה"ש 138, בעמ' 65; Roland Posner, *Semantics and Pragmatics*, 169 (John R. Searle et al. eds., 1980); Laurence R. Horn, *Implicature*, in THE HANDBOOK OF PRAGMATICS 3 (Laurence R. Horn & Gregory Ward eds. 2006); Siobhan Chapman, *Grice, Conversational Implicature and Philosophy*, in PERSPECTIVES ON PRAGMATICS AND PHILOSOPHY 153, 160 (Alessandro Capone et al. eds., 2013); Herbert P. Grice, *Logic and Conversation*, in SYNTAX AND SEMANTICS 3: SPEECH ACTS 41, 43–44 (Peter Cole & Jerry L. Morgan eds., 1975) (להלן: Grice, *Logic*); Andrei Marmor, *Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF LANGUAGE IN THE LAW 83, 84 (Andrei Marmor & Scott Soames eds., 2011) (להלן: Marmor, *Pragmatics*); לעיל ה"ש 139, בעמ' 424–429.

141 Grice, *Logic*, לעיל ה"ש 140, בעמ' 45 (Make your conversational contribution such as is required, at the stage at which it occurs, by the accepted purpose or direction of the talk exchange in which you are engaged).

142 Deirdre Wilson & Dan Sperber, *Inference and Implicature*, in PRAGMATICS: A READER לעיל ה"ש 138, בעמ' 45–49. גם 65.

(Conversational Implicature). המאפיין אותה הוא שאם הדובר היה נשאל אם ההשתמעות משקפת את כוונתו, הוא היה משיב בחיוב. נחזור לדוגמת המורה. המורה מבקש לשתף פעולה עם קורא המכתב (שאם לא כן, לא היה כותב את המכתב). הוא הפר את כלל הכמות ואת כלל הענייניות (לא מסר מידע דרוש; המידע שמסר אינו רלוונטי). ניתן להסיק מעקרון שיתוף הפעולה כי בכוונה הוא אינו מוסר את המידע הנדרש. ההסבר לכך הוא שהמורה אינו סבור שהתלמיד הוא מועמד ראוי. זהו אפוא המובן המשתמע של מכתבו. המובן המשתמע מתגבר על ההפרה של כללי שיתוף הפעולה ומעמיד את שיתוף הפעולה על מכונו. אם המורה היה נשאל על נכונות ההשתמעות הוא היה משיב בחיוב.

### 3. תורת הפרגמטיקה והפרשנות החוקתית

האם תורת הפרגמטיקה רלוונטית למובן המשתמע של טקסט מהמשפט הציבורי, כגון חוק או חוקה?<sup>143</sup> האם חוק או חוקה הם "שיח" שביסודו מונח עקרון שיתוף הפעולה? האם ההשתמעות הגרייסיאנית רלוונטית להשתמעות חוקתית? בשיטה הגרייסיאנית אנו מפרשים את לשונם של המשתתפים בשיח דבור או כתוב שמטרתו לרוב העברת מידע, ואילו בשיח החוקתי בפנינו ה"תשובה" המנותקת לעתים שנות דור מההקשר שבגדרה ניתנה ואשר מטרתה לעצב מכשיר חברתי לשימושה של האומה בעתיד. עניין לנו במונולוג בין-דורי. כיצד אפוא ניתן להפעיל את התורה הגרייסיאנית על תשובה חד-צדדית ובין-דורית זו? התשובה על שאלות אלו אינה פשוטה כלל ועיקר. יש הסבורים כי חוק או חוקה אינם שיח בין הרשות המכוננת (בחוקה) או המחוקק (בחוק) לבין בני החברה.<sup>144</sup> גם אם רואים בחוק או בחוקה שיח, יש הסבורים כי עקרון שיתוף הפעולה אינו חלק ממנו. זאת ועוד, מציינים כי התועלת של תורת הבלשנות בפירוש החוק והחוקה היא מוגבלת.<sup>145</sup> הטעם לכך הוא שתפקידה של הבלשנות הוא להבין את הטקסט הלשוני, ואילו תפקידה של הפרשנות הוא

<sup>143</sup> Paul Amselek, *Philosophy of Law and the Theory of Speech Acts*, 1 *RATIO JURIS* 187 (1988); Anna Trosborg, *Statutes and Contracts: An Analysis of Legal Speech Acts in the English Language of the Law*, 23 *J. PRAGMATICS* 31 (1995); Deborah Cao, *Legal Speech Acts as Intersubjective Communicative Action*, in *INTERPRETATION, LAW AND THE CONSTRUCTION OF MEANING: COLLECTED PAPERS ON LEGAL INTERPRETATION IN THEORY, ADJUDICATION AND POLITICAL PRACTICE* 65 (Anne Wagner et al eds., 2007); Jacqueline Visconti, *Speech Acts in Legal Language: Introduction*, 41 *J. PRAGMATICS* 393 (2009); Sol Azuelos-Atias, *Semantically Cued Contextual Implicatures in Legal Texts*, 42 *J. PRAGMATICS* 728 (2010); Francesca Poggi, *Law and Conversational Implicatures*, 24 *INT. J. SEMIOTICS L.* 21 (2011); Robyn Carston, *Legal Texts and Canons of Construction: A View from Current Pragmatic Theory*, in 15 *LAW AND LANGUAGE: CURRENT LEGAL ISSUES* 8 (Michael Freeman & Fiona Smith eds., 2013); Andrei Marmor, *What Does the Law Say? Semantics and Pragmatics in Marmor, What does the Law* (להלן: *Statutory Language*, *ANALISI E DIRITTO* 127 (2007) *Marmor, Pragmatics*; לעיל ה"ש 139.

<sup>144</sup> Heidi M. Hurd, *Sovereignty in Silence*, 99 *YALE L.J.* 945 (1990); לעיל ה"ש 7; Donaghue, *Donaghue*, לעיל ה"ש 7.

<sup>145</sup> Mark Greenberg, *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF LANGUAGE IN THE LAW*, לעיל ה"ש 140, בעמ' 217.

לשלוף מהבנה זו נורמה משפטית. תורת ה"הבנה" ותורת ה"שליפה" שונות הן זו מזו במהותן. כך למשל כוונת הדובר רלוונטית לתורת ההבנה (הבלשנות), אך אפשר שתהיה לא רלוונטית לתורת השליפה (הפרשנות המשפטית).<sup>146</sup> גם הסוברים כי תורת ההשתמעות של Grice רלוונטית עקרונית לפרשנות החוקה והחוק מצביעים על כך כי עקרון שיתוף הפעולה המונח ביסודה אינו מתקיים תמיד בחוקה או בחוק. כך למשל Marmor מצייין כי המחוקק נוקט לעתים "שיח אסטרטגי" (Strategic Speech). במקרה זה, המחוקק (הדובר) מנצל לרעה את הכללים הגריסיאניים ומביא בכוונה לידי השתמעות מוטעית. השומע (כלל הכפופים לחוק) סבור שהדובר (המחוקק) פועל מתוך עקרון שיתוף הפעולה, ואולם הדובר (המחוקק) נטש עיקרון זה.<sup>147</sup>

Grice מעורר קושי גם ל-Originalism. הנוקטים שיטה זו אינם מתעניינים כלל בכוונה של המחוקק או יוצרי החוקה. הפתרון שהוצע, שלפיו הכוונה של המחוקק ויוצרי החוקה היא חלק מהמשמעות הציבורית המקורית, הוא מאולץ. Grice מעורר קושי גם לפרשנות התכליתית, שכן זו אינה מעניקה משקל כבד לכוונה של המחוקק ויוצרי החוקה. נראה לי אפוא כי אין להסתפק בפרגמטיקה של Grice. אכן, בעקבות Grice באו הנאוגריסיאנים אשר פיתחו את רעיונותיו. כך למשל לוינסון (Levinson) כתב כי השתמעות שיחתית אינה עולה בהכרח מהפרה גלויה של כללי שיתוף הפעולה הגריסיאנים.<sup>148</sup> לדעתו, השתמעות אפשרית גם במקום שהדובר ער לכללי שיתוף הפעולה. חוקרים אחרים העלו ספקות בעצם הצורך בשיתוף פעולה בין הדובר לנמעניו, בצורך לגבש כללים בעניין זה ובמרכזיות ההפרה המכוונת של הכללים בידי הדובר. Wilson ו-Sperber ביססו את ההשתמעות בלשון על מושג הרלוונטיות.<sup>149</sup> על פי גישתם, השאיפה לרלוונטיות היא מהותית לחשיבה האנושית. על פי גישה זו, אין חשיבות לעקרון שיתוף הפעולה או להפרת כללי השיח. אחרים, כגון כשר, ביססו את הפרגמטיקה על הרציונליות.<sup>150</sup> דומה שתורות של רלוונטיות ורציונליות משקפות את ההשתמעות החוקתית ומסייעות לה יותר מתורתו של Grice, המבוססת על שיח טבעי. בדומה לזה ניתן לטעון, בעקבות כשר, כי חוקה משקפת פעולה רציונלית, שעניינה הגשמת התכלית המונחת ביסוד החוקה. יחסים אלה מחייבים בחינה ומחקר.

אין להסתפק במחקרים הקיימים לעניין היחס בין הפרגמטיקה לבין הפרשנות החוקתית. נראה לי כי נדרשת פעולה מחקרית נוספת אשר מתמקדת בקשר שבין ההשתמעות הלשונית לבין ההשתמעות החוקתית; בקשר שבין ההקשר החוקתי לבין ההשתמעות מהחוקה. כל עוד מחקר זה לא נעשה, סיועה של הפרגמטיקה להשתמעות החוקתית מתבטא אך בכך. מהו אפוא מקומה של הפרגמטיקה בהשתמעות החוקתית? לדעתי, יש לייחס חשיבות רבה

146 שם.

147 ראו Marmor, *Pragmatics*, לעיל ה"ש 139; Marmor, *Can the Law Imply More than it Says?*, 139, לעיל ה"ש 140.

148 ראו Stephen C. Levinson, *H.P. Grice on Location on Rossel Island*, 25 PROC. ANN. MEETING BERKELEY LINGUISTICS SOC'Y 210 (2000).

149 ראו Deirdre Wilson & Dan Sperber, *Relevance Theory*, in THE HANDBOOK OF PRAGMATICS, לעיל ה"ש 140, בעמ' 607, Carston; לעיל ה"ש 143.

150 ראו Asa Kasher, *Gricean Inference Revisited*, 29 PHILOSOPHICA 25 (1982).

למחקריו של Grice, שכן הם מצביעים על עקרונות לשוניים בפיענוח ההשתמעות השיחתית. Grice והחוקרים שלאחריו מראים לנו כי ההשתמעות היא טבעית ללשון; כי יש להבחין בין מה שנאמר לבין מה שמשמע; כי במתן מובן משתמע לטקסט המשפטי הפרשן מבצע פעולה שהיא פרשנית באופייה. מתן מובן משתמע לטקסט חוקתי הוא אפוא פעולה פרשנית לגיטימית.

כפי שראינו, כוונת היוצר אינה המקור הבלעדי להשתמעות. יש להיזהר מטענה שלפיה תורתו של Grice מכרעת מבחינת ההשתמעות חוקתית, כפי שטען Goldsworthy. ההשתמעות חוקתית היא תופעה מוכרת גם בשיטות פרשניות אשר אינן מייחסות חשיבות מכרעת לכוונת יוצרי החוקה. שיטות פרשנות אלו יכולות לסמוך ידן על תורתם של בלשנים אחרים המבססים את ההשתמעות במקורות אחרים, כגון רלוונטיות ורציונליות. מלבד זאת נדרש מחקר נוסף על היחס שבין הפרגמטיקה לבין ההקשר החוקתי והמשתמע ממנו.

## ה. סיכום

ההשתמעות החוקתית היא תופעה המוכרת במשפט החוקתי.<sup>151</sup> חרף זאת עדיין אין לנו ידע מעמיק על דרכי ההשתמעות ועל גבולותיה. גבול המובן המפורש הוא המובן המתקבל במישרין מהלשון כפי שהיא מתפרשת על פי שיטת הפרשנות הנוהגת בשיטת המשפט. מהם הגבולות של המובן המשתמע? מתי ניתן לומר כי מלשון החוקה עולה מובן משתמע שיש בו כדי להגשים את הכוונה, או את המשמעות הציבורית המקורית, או את התכלית המודרנית? נראה כי אנו מצויים רק בתחילת הדרך במתן תשובה לשאלות אלה.<sup>152</sup> לדעתי יש מקום לשלושה כיווני מחקר כדי לקדם את ההבנה על ההשתמעות החוקתית.

כיוון המחקר העיקרי – אשר ראוי שיהיה בעל אופי אנליטי והשוואתי גם יחד – הוא פיתוח המושגיות של ההקשר הרלוונטי. ראינו כי מושגיות זו חשובה הן למובן המפורש והן למובן המשתמע. ראינו גם כי ההקשר הרלוונטי כולל הקשר פנימי והקשר חיצוני. ההקשר הפנימי הוא הסביבה הלשונית. אלה חלקיה של החוקה. זוהי החוקה כמכלול. ההקשר החיצוני הן הנסיבות שמחוץ ללשונו של הטקסט החוקתי. אלה משתרעים, בין השאר, על ההיסטוריה החוקתית, על הערכים החוקתיים ועל המשפט המשווה. כל שיטת פרשנות קובעת מהו ההקשר (הפנימי או החיצוני) הרלוונטי לה. לעניין המובן – הן המפורש והן המשתמע – יש חשיבות למושגיות זו של ההקשר. למרבה הצער, אך מעט אנו יודעים על מושגיות זו. חיסרון זה מורגש במיוחד לעניין המובן המשתמע. בהיעדר מובן המתקבל במישרין מלשון החוקה (המובן המפורש) נשען המובן המשתמע אך על ההקשר הרלוונטי,

151 ראו Goldsworthy, *Implications in Language*, לעיל ה"ש 2; Kirk, *Constitutional Implications (I)*, לעיל ה"ש 5.

152 קשיים דומים קיימים בפרשנות של טקסטים משפטיים אחרים. להרחבה על פרשנות חוק ראו BENNION, לעיל ה"ש 12, בעמ' 857. להרחבה על פרשנות חוזים ראו AUSTEN-BAKER, לעיל ה"ש 12. על היחס בין פרשנות חוזית לבין פרשנות חוקתית לעניין השתמעות ראו Barnett, לעיל ה"ש 12.

ועליו בלבד.<sup>153</sup> הקשר זה צריך ליצור את הקשר (ה־Nexus) שבין הלשון החוקתית לבין המשתמע ממנה. קשר זה הוא המעניק להשתמעות החוקתית את הלגיטימיות החוקתית. מהו קשר זה? לדעתי יש למצוא את הקשר הזה במבנה החוקתי (ה־Constitutional Structure). מבנה זה אינו רק המילים, הפסקאות, הסעיפים והפרקים המהווים את מכלול החוקה.<sup>154</sup> המבנה מבטא את הבסיס הרעיוני, את ההנחות הבסיסיות ואת ההיגיון הפנימי המונח ביסוד ההסדרים החוקתיים. הוא נותן ביטוי לאחדות החוקתית. הוא משקף את התפקיד שהחוקה הטילה על רשויות השלטון השונות. הוא מניח את הנחות היסוד באשר ליחס שבין האדם לחברה. אלה הם ה־“Bridges over the waters that separate islands of constitutional text, creating a unified and useable surface”<sup>155</sup> אלה הם, ה־“Postulates which form the very foundation of the constitution [...]”<sup>156</sup> כבר Frankfurter עמד על כך כי השאלה הבסיסית ביותר בפרשנות החקיקה – ולדעתי ביתר שאת בפרשנות החוקה – היא השאלה: “What is below the surface of the words and yet fairly a part of them”<sup>157</sup>. המבנה החוקתי הוא הארכיטקטורה המונחת ביסוד ההסדרים החוקתיים,<sup>158</sup> העקרונות החוקתיים המבססים הסדרים אלה והטעמים המונחים ביסודם.<sup>159</sup> ובלשונו של Tribe: “The Constitution’s ‘structure’ is [...] that which the text shows but does not directly say”<sup>160</sup> על כן ניתן ללמוד מהרשויות השלטוניות שמקים הטקסט החוקתי את העיקרון של הפרדת הרשויות המונח ביסודו;<sup>161</sup> מתוך הטקסט החוקתי, המבחין בין רמה חוקתית (של החוקה ושל הרשות המחוקקת והשופטת שהיא מקימה) לבין הרמה התת־חוקתית (של חקיקת המחוקק הרגיל), ניתן להסיק מובן משתמע שלפיו מוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק הנוגד את החוקה;<sup>162</sup> מתוך הטקסט החוקתי, הקובע את הרשות המחוקקת, בחירתה וסמכויותיה, ניתן להסיק מובן משתמע שלפיו החוקה מבוססת על דמוקרטיה ייצוגית אשר תנאי לקיומה הוא זכות חוקתית משתמעת לחופש ביטוי פוליטי.<sup>163</sup> מתוך המבנה של רשויות השלטון וזכויות האדם ניתן לקבוע כי שלטון החוק במובנו המהותי מונח ביסוד החוקה, וממנו משתמעות זכויות חוקתיות כגון הזכות להליך נאות.

153 ראו DICKERSON, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40–41 (Implied meaning [...] is meaning that exists only by virtue of specific context").

154 ראו TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 131, בעמ' 40.

155 Walters, *Written Constitutions*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 267.

156 ראו TRIBE, INVISIBLE Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721, 752 (Can.).

CONSTITUTION, לעיל ה"ש 80, בעמ' 210: “Invoking the tacit postulates of the constitutional

plan [...] is an enterprise that should unite all who see the Constitution as their lodestar”

157 ראו Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 COLUM. L. REV. 527, 533 (1947).

158 ראו Akhil Reed Amar, *Architexture*, 77 IND. L.J. 671 (2002).

159 ראו TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 131, בעמ' 55.

160 שם, בעמ' 40.

161 ראו לדוגמה עניין *Reference Re Remuneration*, לעיל ה"ש 71, פס' 109.

162 ראו לדוגמה עניין *Marbury*, לעיל ה"ש 115.

163 ראו לדוגמה עניין *Lange*, לעיל ה"ש 7.

המחקר המשפטי באשר להשפעת המבנה החוקתי על הפרשנות החוקתית בכלל ועל המובן המשתמע בפרט, הוא אך בתחילתו. לכמה חוקרים תרומה חשובה בתחום זה.<sup>164</sup> החשובים שבהם הם Black<sup>165</sup> ו-Tribe<sup>166</sup>. עלינו להמשיך במחקר זה. הדיבור על "מבנה" הוא מטפורי. עלינו לתת תוכן נורמטיבי למטפורה זו. יש לפתח שיטות אינדוקטיביות ודדוקטיביות להבנת המושגיות של מבנה החוקה; עלינו לבחון את רמות ההפשטה השונות שיש להתחשב בהן; עלינו לקבוע עד כמה עקרונות יסוד של המשפט המקובל, כגון שלטון החוק המהותי<sup>167</sup> וההליך הראוי, הם חלק מהמבנה החוקתי; עלינו לקבוע את גבולות המבנה החוקתי – מה נכלל בתוכו ומה מצוי מחוצה לו. עלינו לפתח מתודולוגיה השוואתית אשר תאפשר לנו להשוות בין מבנים חוקתיים שונים ובחינת השפעתם הייחודית של מבנים אלו על המובן המשתמע של הטקסט החוקתי הרלוונטי.

כאשר תהיה לנו הבנה טובה יותר של המבנה החוקתי, ובעקבותיו של ההקשר (הפנימי והחיצוני), תלך ותקטן חשיבות ההבחנה בין המובן המפורש של הלשון לבין המובן המשתמע – הבחנה שהכול מתקשים להגדירה. הדבר אף יביא להתקרבות בין ה-Construction, הפועל בפרשנות על פי המשמעות הציבורית המקורית, לבין הפרשנות התכליתית.<sup>168</sup> הפרשנות הרואה בחוקה מסמך חי ("A living constitution"<sup>169</sup>, "A living tree"<sup>170</sup>) תהא משותפת לכמה שיטות של פרשנות חוקתית.

מקרה מיוחד הוא המקרה הישראלי. חוקי היסוד הם פרקים בחוקה שכינונה טרם נסתיים. עלינו לפתח כלים להבנת המבנה החוקתי הקיים וההקשר החוקתי הקיים ולהבנת השינויים החלים בו עם הגשמתו המתמשכת של מפעל חוקי היסוד. עצם העובדה שמפעל חוקי היסוד טרם הסתיים והוא מצוי בשינוי מתמיד אין בה כדי לשלול את האפשרות לעמוד על המבנה ועל ההקשר החוקתי. עם זאת המצב החוקתי הקיים מעמיד את הפרשנים החוקתיים בפני מציאות נורמטיבית סבוכה. אנו נמצאים אך בתחילת הדרך להבנה מעמיקה ולגיבוש תפיסה קוהרנטית בדבר ההקשר החוקתי המורכב המאפיין אותנו.

כיוון המחקר השני הוא הצורך לפתח את הקשרים בין תורת ההשתמעות החוקתית לבין התורות השונות המצויות תחת קורת הגג של ה-Unwritten Constitution.<sup>171</sup> רעיונות ומחשבות בתחום החוקה הלא כתובה, כגון שלטון החוק המהותי, ההליך ההוגן, כללי הצדק הטבעי והיבטים אחרים של המשפט המקובל, יש בהם כדי לסייע להבנה מעמיקה

164 על פרשנות מבנה החוקה ראו PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE: THEORY OF THE CONSTITUTION 74 (1982).

165 ראו BLACK, לעיל ה"ש 98.

166 ראו TRIBE, INVISIBLE CONSTITUTION, לעיל ה"ש 80. ראו גם TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 131, בעמ' 40: "The constitution's 'structure' is [...] that which the text shows but does not directly say".

167 ראו T.R.S. ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (2001).

168 ראו לעיל בעמ' 594.

169 ראו לעיל בעמ' 595.

170 ראו עניין Edwards, לעיל ה"ש 136.

171 ראו לעיל בעמ' 576.



יותר של ההשתמעות החוקתית. אכן, הגבולות בין המודל הפרשני לבין "החוקה הלא כתובה" יתוחמו תיחום ברור יותר כאשר חלקים נרחבים של "החוקה הלא כתובה" יכללו בגדרי המודל הפרשני, בדבר ההשתמעות החוקתית.

כיוון המחקר השלישי עניינו פיתוח הקשרים בין תורת הפרגמטיקה בלשון לבין תורת ההשתמעות החוקתית. קשרים אלה חשובים הם. המושגיות של ההקשר (ה־Co-text וה־Context) מרכזית היא בתורת הפרגמטיקה הלשונית. היא מרכזית גם בתחום הפרשנות במשפט בכלל ובפרשנות החוקתית בפרט. בהבנת ההקשר על סוגיו השונים אין להסתפק אך בתורתו של Grice. נדרשת בעניין זה מחשבה חדשה הן מנקודת המבט הלשונית והן מנקודת המבט המשפטית. יש לבחון עד כמה תורות פרגמטיות חדשות, כגון תורת הרלוונטיות של Wilson ו־Sperber – שאינה מניחה את עקרון שיתוף הפעולה, והמאפשרת לזהות גם את המובן של טקסטים "אסטרטגיים"<sup>172</sup> – או תורת הרציונליות, שעליה עמד כשר,<sup>173</sup> יש בהן כדי להעניק בסיס לשוני לתורת ההשתמעות החוקתית. כל עוד כיווני מחקר אלה לא פותחו, יש לצעוד בשבילי ההשתמעות החוקתית בזהירות רבה.

172 ראו לעיל בעמ' 598.

173 ראו לעיל בעמ' 598.