

פרשנות חוקתית

אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית
(נבו הוצאה לאור, 1994)

ברוך ברכה*

1. את מטבע הלשון "המהפכה החוקתית" הטביע אהרן ברק, בהקשר ההגנה על זכויות האדם, זמן קצר לאחר כניסתם לתוקף של חוקי-יסוד: חופש העיסוקי וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.² בהרצאה, שנשא באוניברסיטת חיפה במחצית מאי 1992 בטקס קבלת תואר "דוקטור של כבוד" מטעם האוניברסיטה, הציג ברק את הרעיון הראשוניים באשר לאופיו של העידן החוקתי החדש שאליז הכניסו אותנו חוקי-היסוד.³ מאז ניכר חותמו המוביל בעיצובה של מהפכה זו, תוך שהוא מרביץ משנתו כשופט וכחוקר. פסיקתו היצירתית של השופט ברק יוצקת תכנים נורמטיביים להסדרים החוקתיים שקבעה הכנסת כרשות מכוונת. כתיבתו האקדמית של פרופ' ברק בונה את התשתית העיונית להתמודדות עם המטרייה החוקתית החדשה, תוך הצגת שאלות, כמעט מכל זווית רלוונטית, סימון פתרונות חלופיים אפשריים, ובחלק גדול מהמקרים – בחירת התשובה המועדפת והנמקתה. השילוב של שופט וחוקר, אותו מפנים באורח מרתק ברק באישיותו, מבטיח שפסיקתו תעוגן בתיאוריה חוקתית ושנו האחרונה תצפה אל זירת היישום כך

* פרופסור למשפטים, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

1. ס"ח התשנ"ב 114; הוחלף: ס"ח התשנ"ד 90.

2. ס"ח התשנ"ב 150.

3. ההרצאה שימשה בסיס לרשימתו של המחבר "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9.

בהקשר לעידן חוקתי זה יש להזכיר גם את חוקי-יסוד: הממשלה החדש, ס"ח התשנ"ב 214. לחוקי-יסוד נפקות גם בהקשר של זכויות האדם. ראו, למשל, סעיף 50. חוקי-יסוד: הממשלה יכנס לתוקף, במרבית סעיפיו, ביום שיכנס לכהונתו ראש הממשלה שנבחר לפי הוראותיו (סעיף 63(ב)), החלות על "בחירת ראש הממשלה ועל כינון הממשלה, החל מהבחירות לכנסת הארבע-עשרה ואילך" (סעיף 63(א)).

שניתן יהיה לתרגמה לשפה של דין מהיוב. הספר פרשנות הוקתית מגבש תיאוריה חוקתית, המוצעת לקורא באחת התקופות החשובות ביותר בהתפתחותו של משפטנו הציבורי.

2. כמו בשני הכרכים הראשונים של חיבורו הייחודי רב היקף על פרשנות במשפט,⁴ כך גם בכרך השלישי הניצב עתה בפנינו, ממקד ברק את מלאכת הפרשנות בתכלית הנורמה המשפטית.⁵ אליבא דמחבר,⁶ יש בה בפרשנות התכליתית –

...אזתה מציגה ראוייה בין היסודות הפרשניים הדרושים. היא מתחשבת בניסיון ההרמנויטי הכללי. היא מבטאת את השיקולים הפילוסופיים והחוקתיים המגבשים תורת פרשנות ראוייה, תוך איזון ראוי ביניהם. היא מכירה בהבדל בין הטקסטים המשפטיים המתפרשים ובהשפעת הבדל זה על האיזון הראוי בין אמצעי הפרשנות השונים. היא משקפת את הניסיון הפרשני המצטבר של דורות משפטנים, והיא תואמת את המציאות הפרשנית בישראל ומחוצה לה.

על דרך ההכללה, "שיטת הפרשנות התכליתית גורסת כי לטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט".⁷ בהרחבה רבה מבהיר ברק את מרכיביה של שיטה זו.⁸ לגבי היקף תחולתה דוגל הוא בדעה, כי "השיטה התכליתית הראויה היא אחת",⁹ אולם

הגשמתה, הלכה למעשה, יוצרת ריבוי של אפשרויות. זהו יתרונה של השיטה התכליתית, שהיא מצליחה להתחשב בנתונים המשתנים, המאפיינים כל נורמה משפטית, תוך קביעת התכלית של כל נורמה על-פי המאפיין והמייחד אותה.¹⁰

כך, בפסק-דין שנתן לא מכבר מתמצת השופט ברק את תפיסתו באשר למשמעותו של מושג התכלית בהקשר לאחד מסוגי הנורמות – הנורמה התחיקתית:¹¹

4. כרך א, תורת הפרשנות הכללית (1992); כרך ב, פרשנות החקיקה (1993).
5. וכך גם בספרו הקודם של המחבר, שיקול דעת שיפוטי (1987). ראו, למשל, שם, 367-343.
6. כרך א, 372.
7. שם, 373.
8. ראו בעיקר, שם, 373-423.
9. שם, 422.
10. שם.
11. בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) פסקה 13.

אכן, תכליתו של דבר חקיקה היא מושג נורמטיבי. אלה הם המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים, אשר דבר החקיקה נועד להגשים. תכליתו של דבר חקיקה מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית ("כוונת המחוקק") ומתכליתו האובייקטיבית, שעניינה האיזון הראוי בין הערכים והעקרונות... בגיבוש התכלית (הסופית) של דבר החקיקה ניתן ביטוי הן לתכלית הסובייקטיבית והן לתכלית האובייקטיבית.

אפשר בהחלט לומר, ששיטת הפרשנות שברק מטיף לה מקובלת בדין הישראלי. "הפסיקה הישראלית אימצה זה מכבר את הפרשנות המכונה בשם 'פרשנות תכליתית'".¹² אך אם ניתן לה ביטוי רחב בפסיקה, הרי לא זכתה היא לתורה שתקנה לה את הבסיס היוריספרודנטלי-החוקתי ושתלווה אותה על פני כלל הטקסטים המשפטיים. חיבורו של ברק הוא בגדר תורת פרשנות, שבה מעוגנת היטב הפרשנות התכליתית המתפרסת על טקסט נורמטיבי, כולל הטקסט החוקתי:

לנורמה החוקתית, כמו לכל נורמה אחרת, יש תכלית. הפרשנות החוקתית שולפת את הנורמה החוקתית מבית הקיבול הלשוני שלה באמצעות אמת המידה של התכלית החוקתית.¹³

3. הכרך, בו עסקינן, על פרשנות חוקתית מחולק לשני חלקים מרכזיים: הראשון¹⁴ עוסק בעקרונותיה של תורת הפרשנות החוקתית. זהו החלק הכללי שבו המחבר מנתח את הפרשנות התכליתית בהקשר החוקתי ובוחר את יישומה על נורמות חוקתיות. בתחילתו

12. השופט ד' לוי ברע"א 292/93 סרבו ואח' נ' ע' אופק בע"מ (טרם פורסם), [פסקה 5]. וראו, לאחרונה, בין השאר, גם: ע"א 3425/90 פינסטרבוש נ' שר הבריאות ואח', פ"ד מז (1) 321, 332-331; ע"א 93/88 מעבדות טרבינול (ישראל) בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מז (2) 385, 396; בג"צ 282/93 שרגא ואח' נ' שופט בית-המשפט המחוזי בתל-אביב יפו ואח', פ"ד מז (1) 375, 379-380; בג"צ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (2) 812, 824; ע"א 1395/91 וינוגרד ואח' נ' ידיד, וערעור שכנגד, פ"ד מז (3) 793, 799; בג"צ 7074/93, 7105, 7165, 57/94 סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מז (2) 749, 792-793; בג"צ 7012/93 שמאי ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד מז (3) 25, 34-37; ע"א 4531/91 נאסר ואח' נ' רשמת העמותות (טרם פורסם) [פסקה 5]; ע"א 3812/91, רע"א 3423/91 ג'רייס נ' "אריה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ; דנינו נ' "מגורה" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז (3) 441, [פסקה 6].

13. כרך ג', 147.

14. ארבעת השערים הראשונים, 35-258.

של חלק זה¹⁵ יש התייחסות למבנה החוקתי של משטרנו וליישומה של הגישה הפרשנית של המחבר על חוקי-היסוד:

טקסט חוקתי צריך להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך "נדיבות" (generosity). הגישה אליו אינה צריכה להיות טכנית, "לגליסטית" או "פדנטית". טקסט חוקתי קובע את מסגרות הממשל והמשטר ואת היקפן של זכויות האדם והאזרח. לפיכך עליו להתפרש בהתחשב באופיו זה, הקובע את אורחות חייה של האומה.¹⁶

גישה פרשנית זו יש להחיל לא רק על חוקי-היסוד – שבהם ניתן לראות פרקים בחוקה הכתובה שבדרך – אלא גם על חוקים "רגילים" בעלי אופי חוקתי, קרי: שניתן לשייכם לחוקתה הבלתי כתובה (המטריאלית) של המדינה:

פרשנות חוקתית אינה נגזרת אך ורק מהמעמד הפורמלי של הנורמה הקבוצה בטקסט. חרף "החולשה" הפורמלית של הוראות אלה, הן נהנות מעוצמה מהותית... לאור מעמדן המהותי הרם, וחרף שלילת מעמדן העל-חוקי, יש להעניק להן פרשנות חוקתית.¹⁷

בהמשכו של חלק זה דן ברק בשאלות יסוד הסובבות סביב הפרשנות החוקתית התכליתית כמו "מעמדה" של לשון הטקסט החוקתי, היחס בין היבטיה "הסובייקטיביים" למקביליהם "האובייקטיביים" של התכלית החוקתית ושיקול הדעת השיפוטי בפרשנות החוקתית.¹⁸

חמשת השערים האחרונים מהווים את החלק השני, התופס את עיקר נפחו של הספר. חלק זה מתרכז בשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הפרשנות התכליתית מוחלת עליהם וקובעת את היקף פריסתם, את מעמדם הנורמטיבי החוקתי העל-חוקי, את מעמדה של החקיקה "הרגילה" המתנגשת בחוקי-היסוד, את פרשנותה של החקיקה במציאות החוקתית החדשה ואת תפקידו של בית-המשפט במקרה של התנגשות כאמור. עד כמה שמדובר בסוגיות האמורות, ניתן לראות בחלק זה, במידה רבה, קומנטר על חוקי-היסוד.¹⁹

15. שער ראשון, 118-35.

16. שם, 83.

17. שם, 65.

18. השערים השני, השלישי והרביעי, 119-258.

19. וראו דברי המחבר, שם, 30, המזהירנו, ש"כרך זה אינו מהווה 'קומנטר' מקיף של חוקי-היסוד החדשים".

4. מובן שפרשנותם של חוקי-היסוד תקבע את עוצמתה של המהפכה החוקתית. דרכו של ברק מונחית על-ידי מדיניות ברורה שתכליתה לחזק את מעמדן של זכויות האדם. מדיניות זו מובילה לפרשנות יצירתית שאינה מסתפקת במה שנגלה לעין, במבט ראשון, בטקסט החוקתי. אך בה במידה מודע המחבר למגבלות הטקסט, ואם נרצה: לעובדה שלא ניתן לדחוס לתוכו מגילת זכויות אדם מלאה שתכלול את מלוא הזכויות המוכרות לשיטתנו המשפטית, כשם שלא ניתן לעגן בו שריון חוקתי כה נוקשה, שהחריירה הפוגעת לתוכו תהא כמעט בלתי אפשרית. נדגים מדיניות זו על רקע מודעות זו, תוך התייחסות לסוגיות אחדות שהמחבר מתמודד עמן.

5. חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל הוראה בדבר שריון "פורמלי" כמקובל בחלק מחוקי-היסוד האחרים, לרבות חוקי-יסוד: חופש העיסוק²⁰ וחוקי-יסוד: הממשלה²¹ שהתקבלו באותה שנה שבה הוא התקבל.²² האם משמעות הדבר שמעמדו הנורמטיבי של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא כשל חוק "רגיל" שניתן לסטות מהוראותיו בחוק "רגיל" מאוחר? שאלה זו מתעוררת על רקע ההיסטוריה החוקתית של חוקי-היסוד, שבמוקדה ניסיון נפל להבטיח שריון פורמלי,²³ ועל רקע פסיקתו של בית-המשפט העליון שבהיעדר שריון כאמור אין הוראה בחוקי-יסוד נהנית ממעמד על-חוקי.²⁴ ברק בדעה שמן הראוי הוא שבית-המשפט ישקול מחדש את פסיקתו האמורה.²⁵ אך גם במצב המשפטי הנוכחי אין להתעלם מהוראות שונות של חוקי-היסוד הנדון, ובייחוד מפסקת ההגבלה שלו,²⁶ שמהן ניתן להסיק על שריונו "המהותי". אליבא דמחבר, שריון מהותי זה משמעותו, שניתן לשנות את חוקי-היסוד רק בחוקי-יסוד מאוחר יותר, שהכנסת, בכשירותה כאסיפה המכוננת, רשאית לקבלו ברוב רגיל. בכך זוכה חוקי-היסוד למעמד על-חוקי (חוק רגיל אינו רשאי לשנותו ואין נפקא מינה אם התקבל ברוב מיוחס), אך מעבר לכך אין הוא נהנה משריון (חוקי-יסוד רשאי לשנותו ואין נפקא מינה אם התקבל ברוב רגיל).²⁷ אכן, אם בית-המשפט העליון ישנה הלכתו כך שחוק רגיל לא יוכל לסטות מהוראותיו של חוקי-יסוד (אלא עד כמה שחוקי-היסוד מתיר את הסטייה, בעיקר באמצעות "פסקת הגבלה"), אף אם זה אינו משריון "פורמלי", לא יהא כל קושי לאמץ את גישתו של ברק

20. סעיף 5 לחוקי-היסוד מהתשנ"ב; סעיף 7 לחוקי-היסוד מהתשנ"ד.

21. סעיף 56, המשריין את חוקי-היסוד כולו.

22. הוראות משריינות נוספות בחוקי-היסוד הישנים יותר: חוקי-יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69,

סעיפים 4, 44, 45; חוקי-יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226, סעיף 42.

23. ראו כרך ג, 267.

24. ראו שם, 49. וראו גישתו השונה של ק' קליין, "הסמכות המכוננת במדינת ישראל"

משפטים ב (תשל"ל) 51.

25. כרך ג, 49-50. ראו גם דבריו בבג"צ 119/80, המ' 224/80 הבהן ג' ממשלת ישראל, פ"ד

לד (4) 281, 283.

26. סעיף 8.

27. ראו כרך ג, 269-271.

למעמדו של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלומר: לא יהיה ניתן לשנותו אלא בדרך של קבלת חוקי־יסוד (ברוב כלשהו). אלא שברק מוביל לאותה תוצאה גם במסגרת ההלכה הנוכחית נוכח שריונו "המהותי" של חוקי־היסוד. מקובל עלי שההוראות בחוקי־היסוד (ובייחוד פסקת ההגבלה) שהמחבר עומד עליהן – הוראות המבליטות את תכליתו של ההסדר החוקתי – מובילות למסקנה שהראשון נהנה מעדיפות נורמטיבית על חוק "רגיל" למרות שהוראות הנוקשות (השריון הפורמלי) לא נכללה בו. אך על רקע עדיפות נורמטיבית זו, התוצאה, שלפיה ניתן לסטות מחוקי־היסוד (שלא באמצעות פסקת ההגבלה) רק בחוקי־יסוד, אינה הכרחית. כפי שמראה ברק, בצד "מודל" זה קיים "מודל" אפשרי נוסף שלפיו תהא הכנסת רשאית, בחקיקתה הרגילה, לסטות מחוקי־היסוד ובלבד שתבחר כוונתה במפורש, קרי: שהחוק יתקבל "על אף האמור" בחוקי־היסוד.²⁸ תוך שהוא מעמת מודל מול מודל – שביניהם קיים "המאבק" העיקרי על הבכורה, מה שלא כן לגבי שני מודלים נוספים שהוא דוחה בפחות התלבטות – מעדיף ברק את זה המאפשר סטייה רק באמצעות חוקי־יסוד.²⁹

כשלעצמי, המודל המקביל נראה לי עדיף. אני מסכים לדעתו של ברק שאין לראות בפסקת ההגבלה הגבלה בדבר "צורה ואופן" ברמה נורמטיבית של חוק רגיל.³⁰ זוהי הגבלה של תוכן המופיעה בחוקי־יסוד, שבמסגרתו קובעת הרשות המכוננת את כללי המשחק למקבילתה המחוקקת. במערכת יחסים זו שבין הרשויות לא קיים קושי עקרוני – המתעורר בהקשר של הגבלת צורה ואופן ביחסיו של המחוקק הנוכחי עם משנהו המאוחר – בדבר כוחה של הכנסת, כאסיפה מכוננת, להגביל את חופש הפעולה של הכנסת, כאסיפה מחוקקת. אולם לפי הפסיקה הנוכחית כוח זה בא לכיטוי בשריון פורמלי.³¹ שריון כזה לא הוצמד לחוקי־היסוד, אך נותרו בו הוראות שונות המלמדות על רצונו של המכונן להכתיב את כללי המשחק לחוקק. על רקע הפסיקה הקיימת נוצר מצב מוזר של מודל חוקתי שלא זכה להשתכלל: המגבלה של תוכן (פסקת ההגבלה) לא תוגברה בשריון פורמלי. אין משמעות הדבר שמגבלה זו הופכת לחסרת משמעות; יש לה משמעות בעלת נפקות מוגבלת: להתנות סטייתו של המחוקק מחוקי־היסוד בהוראתו (הודאתו) החד־משמעית שהוא עושה כן. פירוש זה נראה לי עדיף. ראשית, הוא פחות מרחיק לכת מהפירוש שמציע ברק מבחינת האפשרות לשלבו בהלכה הנוהגת בעניין חוקי־יסוד שאינו משוריין פורמלית.³² שנית, ובעיקר, מכיוון שלפי ברק יהיה ניתן לשנות את חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו

28. ראו שם, 268, 271-272.

29. שם, 272-280.

30. שם, תוך דחיית עמדתה של "קרפ", "חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323, 374-381.

31. במונח "מעין־שריון" משתמש ברק להבהרת המודל: כרך ג, 272.

32. ההלכה הנוהגת אינה מכירה בעדיפות נורמטיבית של חוקי־יסוד הנעדר שריון פורמלי על חוק רגיל, ומכאן שתי מסקנות: (א) חוק רגיל רשאי לסטות מחוקי־היסוד; (ב) הסטייה בחוק רגיל יכולה להיעשות גם במשתמע ואינה חייבת להיות מפורשת. הן לפי המודל המועדף על ברק והן לפי המודל המובא בטקסט כוכרת העדיפות הנורמטיבית של חוקי־יסוד: כבוד האדם

בחוק־יסוד המתקבל ברוב רגיל, הרי בנסיבות שיתרכו בכנסת רוב להסדרת נושא מסוים תוך סטייה מחוק־היסוד, "נאלץ" אותו רוב לפעול בכשירותו המכוננת בדרך של קבלת חוק־יסוד. האם תתקן הכנסת את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי שבעתיד, לאחר התיקון, תוכל היא להעביר, בכשירותה המחוקקת, את החוק הסוטה? או שמא היא תאמץ את ההסדר ה"נקודתי" הסוטה כחוק־יסוד?³³ ואם כך הדבר – בכל אחת משתי החלופות – במה תרמנו לתכליתו של חוק־היסוד הנדון להגן על זכויות האדם? מול שתי אלה נראית לי עדיפה, בנסיבות האמורות, החלופה המאפשרת לכנסת לסטות מהוראות חוק־היסוד על דרך של קבלת חוק רגיל המתנה עליהן במפורש. חלופה זו תמנע פעולה לא מודעת של הכנסת (שינוי משתמע) ותחשוף את חבריה לביקורת ציבורית, שכן חוק כאמור יעיד על מאמציו שהם פוגעים בזכויות האדם המוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ופגיעה זו אינה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".³⁴ חשיפה זו – על הביקורת הציבורית הטמונה בה – עשויה לשמש גורם המרסן באופן משמעותי יותר את הרוב בכנסת מאשר ההיזקקות לחוק־יסוד דווקא, וממילא – תכליתו של חוק־היסוד תצא מחוזקת.³⁵

בפסיקתו של בית־המשפט העליון נמצא אמרות רבות, שמהן ניתן ללמוד על מעמדו הנורמטיבי החוקתי ה"על־חוקי" של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁶ עם זאת, עדיין לא קיימת הכרעה בנדון.³⁷

- וחירותו על חוק רגיל למרות היעדר שריון פורמלי. לפי המודל של ברק שתי המסקנות שהובאו לעיל אינן חלות במערכת היחסים של חוק רגיל מול חוק־היסוד הנדון. לפי המודל האחר, המסקנה הראשונה נותרת על כנה והאחרת אינה חלה.
33. חוק־היסוד הסוטה מהוראותיו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חייב לקבוע הוראה מפורשת בנדון; די בדחייתו המשתמעת: שם, 280.
34. כאמור בפסקת ההגבלה, סעיף 8 לחוק־היסוד.
35. ברק מעלה את ה"חשש כי את שהכנסת כרשות מחוקקת אינה יכולה להשיג – היינו: שינוי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו באמצעות חקיקה רגילה או פגיעה בזכות אדם מוגנת בחוק 'רגיל' שאינו מקיים את פסקת ההגבלה – תשיג הכנסת כרשות מכוננת באמצעות 'מכשיר טכני' פשוט ומהיר, כלומר: היא תוסיף לכל חוק, אשר נועד לשנות מזכויות האדם המוגנות בחוק־היסוד, את הכותרת 'חוק־יסוד' (כרך ג, 282).
- אחת התשובות האפשריות של המחבר לחשש זה היא שהכנסת אינה חופשית לחלוטין להצמיד כותרת "חוק־יסוד" למעשי ידיה, והיא אמורה לעשות כן רק לגבי מטריה חוקתית המתאימה לפועלו של המוסד כרשות מכוננת: שם, 283. אך כאן הקושי: הרי המבחן לפועלה של הכנסת כרשות מכוננת הוא פעילותה בדרך של קבלת חוק־יסוד (שם, 283, הערה 129). עתה יצטרך בית־המשפט ללכת בכיוון ההפוך ולשאול, האם היתה הצדקה להיזקקות לכותרת "חוק־יסוד"? שאם לא כן, היכריו הוא על אי־תקפותו של חוק־היסוד? ולפי אילו קריטריונים? ולפי איזו סמכות? והשוו שם, 283, 566-568.
36. ראו הפניה לחלק מהן, שם, 283-284.
37. שם, 283. וראו, למשל, גם דברי השופט שמגר בנג"צ 5364/94, 5373, 5377, 5432, 5458.

6. מה באשר לרשימת הזכויות המוגנות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? בין הוראותיו מפורטות אך חלק מזכויות האדם המוכרות לשיטתנו החוקתית. האם זו רשימה סגורה המוציאה מגדרה את הזכויות האחרות?³⁸ ושוב, ההיסטוריה החוקתית עלולה להוביל לתשובה "מינורית", שתפחית מעוצמתה של המהפכה החוקתית; שהרי במשך שנים רבות נכשלו יוזמות להעביר בכנסת חוק כללי המאמץ את "מגילת זכויות האדם". והיו אף ניסיונות נפל להרחיב את היקפן של הזכויות המוגנות גם לאחר קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁹ הפרשנות התכליתית, אליבא דברק, דוחה את המודל המצומצם השם יהבו על הסעיפים האופרטיביים של חוק היסוד והמצמצם את ההגנה החוקתית אך לזכויות הקונקרטריות המפורטות בהם.⁴⁰ באותה מידה אין מקום להרחיב את הזכויות המוגנות כך שנאמר ש"כבוד האדם וחירותו" הוא הבסיס לכל זכויות האדם (האזרחיות, הפוליטיות, החברתיות והכלכליות) כולן.⁴¹ הפירוש המועדף⁴² הוא זה המאמץ "מודל ביניים" שאינו מצמצם את "כבודו" של האדם ואת "חירותו" אך לערכים הקשורים במישרין לפגיעות הקלאסיות בכבוד האדם וחירותו,⁴³ אך באותה מידה מודל זה אינו מרחיב "את ההגנה על 'כבודו' של אדם ו'חירותו' לעבר כל זכות אותה ניתן לגזור, מבחינה פילוסופית, מכבוד האדם וחירותו".⁴⁴

5466 ולגר ואח' נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח' (טרם פורסם), פסקה 5. עוד פחות ניתן ללמוד מהפסיקה (ואף מאמרות בה) איזה מבין שני המודלים שנסקרו בהרחבה לעיל (מודלים התואמים שניהם את המעמד ה"על-חוקי" של חוק היסוד) יועדף כמתקף את הדין.

מן הראוי לציין עוד שבמערכת היהסים שבין חוק רגיל השואף לסטות מחוק יסוד, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נוקשה יותר, לפי המודל של ברק, מחוק יסוד: חופש העיסוק. לחוק יסוד: חופש העיסוק הוספה "פסקת התגברות" המאפשרת לחוקק חוק על אף האמור בחוק היסוד (סעיף 8: "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 (פסקת ההגבלה - ב ב), אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר"). ואילו לפי המודל של ברק, לא יהיה ניתן לחוקק חוק כאמור באשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשום רוב. וראו כרך ג, 271.

38. ראו כרך ג, 411-412.

39. ראו שם, 262-263, 411-412.

40. שם, 413-414.

41. שם, 414.

42. שם, 417-418.

43. שם, 416.

44. שם.

פרשנות זו מקנה, ללא ספק, ממד חוקתי בעל היקף רחב ביותר לחוק-היסוד. מכלול רחב של זכויות מובטחות בו⁴⁵ אך לא כולן. אין בפנינו מגילת זכויות מלאה.⁴⁶ המשימה תושלם על-ידי הרשות המכוננת.⁴⁷

45. להיקף הזכויות "ללא שם" המוגנות לפי "מודל הביניים" שהמחבר מאמץ, ראו עוד שם, 360-358, 433-418.

46. ראו הפניות לפסקי-דין שעניגו זכויות "ללא שם" בהוראותיו של חוק היסוד, שם, 432-420. וראו, לאחר צאתו של הספר לאור, למשל, את עמדת השופט מצא בבג"צ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם), פסקות 22-24 (בהתייחסו לסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132, אשר ניתוסף לחוק מכוח חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993, ס"ח 92, אומר השופט, בפסקה 24:

לא מן הנמנע, לכן, שאת חידושו של סעיף 18 ראוי וצריך לפרש על רקע הקשרו הענייני של צורך חברתי רחב; קרי, הצורך לחוק את חלקן של נשים במערכות התעסוקה בכלל, וברמות הניהול בפרט, של כל מגזרי הפעילות המשקית לענפיה. גישה זו מתחייבת לכאורה גם מן ההכרה, שעם חקיקת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עקרון השוויון "למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית" (כביטוי של השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזכרון לשואה ולגבורה...), מול עמדתו של השופט זמיר באותו פסק-דין:

(בפסיקה שלאחר חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו מפוזרות אמרות-אגב המוצאות פנים הרבה בחוק-היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרון בחוק-היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו. ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אמרות-אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לבעייה בשעתה, בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ... ואילו כעת די לנו בכך שסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות קובע את הזכות לשוויון, במשמעות של העדפה מתקנת, ובית-המשפט כן מפרש ומיישם סעיף זה בדרך המקובלת עליו מקדמת דנא.)

47. האמת חייבת להיאמר שתגבורה של רשימת הזכויות בעלות השם, המפורטות במפורש בחוק היסוד, ברשימה המקבילה של חסרות השם, שאליהן מגיע ברק באמצעות מודל הביניים, מקרבת אותנו קרבה רבה למגילת הזכויות ה"קלסיות" המוכרות בשיטות חוקתיות שונות ושאי הוצעה, ולא התקבלה, בישראל. ראו, למשל, הצעת חוק-היסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448. לעומת זאת, נעדרות בעיקר הזכויות ה"חברתיות" שאינן מוצאות מקומן בחוק היסוד לפי "מודל הביניים". להבחנה בין שתי קבוצות הזכויות האחרונות ראו ע' שפירא, ב' ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 20, 24.

7. ממד חוקתי רבי-היקף – אך לא בלתי מוגבל – מקנה ברק לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמו גם לחוק-יסוד: חופש העיסוק, אף בהקשר לתחולתם במשפט הפרטי.⁴⁸ כידוע, שיטות משפטיות חוקתיות מתלבטות בשאלה, אם זכויות האדם, המובטחות בפרק החוקתי, מוגנות אך כנגד רשויות השלטון או שמא גם כלפי פרטים.⁴⁹ חוקי-היסוד שלנו לא הבהירו מה היא תשובתם בנדון. עם זאת, ייתכן שפרשן "לגליסטי" ימצא בהם סימוכין לאי-תחולתם במשפט הפרטי.⁵⁰ אך פרשן זה לא הכשיר עצמו בכית-המדרש שבו מורבצת תורת הפרשנות התכליתית.⁵¹ זו תראה במודל "אי התחולה" פגיעה בתכליתם של חוקי-היסוד. לאלה חייבת להיות תחולה גם במשפט הפרטי:

המייחד זכויות אדם שהן מעניקות חירות לפרט, ושוללות זכות מזולתו. הן זכויות הפצא, ומוגנות כלפי "כולי עלמא", הן מכוונות כלפי השלטון וכלפי פרטים אחרים גם יחד. לא קיימת "מערכת כפולה" של זכויות אדם ואין לקיים לגביהן "פנקסנות כפולה"... יש להן תחולה כוללת הן בתחומי המשפט הציבורי והן בתחומי המשפט הפרטי, והן בעצם הכסיס החדש למשפט הציבורי ולמשפט הפרטי גם יחד.⁵²

תחולתן של זכויות האדם החוקתיות במשפט הפרטי אין משמעותה בהכרח תחולה ישירה, כמו שהן חלות על גופי השלטון. לשיטתו של ברק, הדירתן למשפט הפרטי נעשית באמצעות דוקטרינות של המשפט הפרטי ("תחולה עקיפה"). "צינורות הקליטה" הם מושגי שסתום של המשפט הפרטי – כמו "תום-לב", "סבירות", "רשלנות" ו"תקנת הציבור".⁵³ אך אין מדובר בתחולה עקיפה "סתם" אלא בתחולה עקיפה מחוקת.⁵⁴ ומה בין מודל זה לאחר?

48. ראו כרך ג, שער שמיני, 647-697.

49. ראו הסקירה ההשוואתית, שם, 667-678.

50. בעיקר בפסקת הכיבוד שבכל אחד מהם: סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה") וסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב"). האם מה"הן" באשר לתחולת חוקי-היסוד על רשויות השלטון נלמד על ה"לאו" באשר לתחולתם על פרטים שהמשפט הפרטי הוא זירת פעולתם?

51. ראו לעיל, פסקה 2.

52. כרך ג, עמ' 679.

53. שם, 661-663. לאימוצה של גישה זו בפסיקה ראו, למשל: ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח ואח', פ"ד מח (2) 66, 71-73; בג"צ 453/94, 454 (טרם פורסם) בפסקה 24.

אין בין השניים כל שוני, בכל אותם המקרים בהם פיתח המשפט הפרטי כלים מתאימים למתן ביטוי לזכויות האדם החוקתיות, ולהתחשבות בהן... השוני המהותי בין שני המודלים מתבלט בכל אותם המקרים בהם המשפט הפרטי אינו מכיל "כלים" משפטיים או "מוסדות" משפטיים "לקליטת" זכויות האדם החוקתיות. על-פי המודל הקלאסי של התחולה העקיפה, אין מגוס במצב דברים זה משלילת סעד מהפרט הנפגע. לעומת זאת, מודל התחולה העקיפה המחוזקת גורס, כי במצב דברים זה על המשפט הפרטי לשנות עצמו, וליצור את הכלים או המוסדות החסרים... בין משפט ציבורי (יוצר הזכות) לבין המשפט הפרטי (מעניק הסעד לזכות) חייבים להיות "כלים שלובים".⁵⁵

ואכן, תחולה זו של חוקי-היסוד מעבר לתחומו של המשפט הציבורי היא המדגישה את ההיקף הכולל, חובק המשפט במלואו, של המהפכה החוקתית. זו הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי:

משמעותה של קונסטיטוציונליזציה זו הינה, כי על כל ענף משפטי ועל כל גורמה משפטית, להתאים את עצמם להסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות. אכן, כל ענף משפטי – משפט פלילי מהותי, סדר דין אזרחי, דיני עבודה וכיוצא בהם ענפים מענפי המשפט הציבורי והפרטי – צריכים לשנות את מושגי היסוד ואת תפיסות היסוד, על מנת להתאים את עצמם להסדר החוקתי החדש. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים (החוקיים או ההלכתיים) בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות.⁵⁶

8. עם כל עוצמתה של המהפכה החוקתית ועם כל תחולתה רבת ההיקף, אין לשכוח שהגוף המכונן עצמו שימר איים נרחבים ביותר שהמהפכה לא תחדור אליהם בדרך של השלטת הנורמות החדשות שלה. הפסקה בדבר "שמירת דינים" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵⁷ קובעת ש"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". שימור הדין הובטח, אם כי לתקופה מוגבלת, גם באמצעות הפסקה של

54. כרך ג', עמ' 679-683.

55. שם, 682.

56. שם, 63.

57. סעיף 10.

"הוראת שעה" שבחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁵⁸ נוצר מצב הוקתי מוזר, במיוחד באשר לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו, שבצד ההגנה החוקתית על זכויות האדם, נותרות בתוקפן נורמות תחיקתיות מרובות הפגיעות באותן זכויות.⁵⁹ אולם אף שתוקפן של הנורמות האמורות לא נפגע, יש לשאוף להקטין את פגיעתן הרעה. חוק-היסוד עצמו מקנים את "אמצעי הריכוך", שבהם טמון הפוטנציאל להשפיע על האיים השמורים של הדין הקיים. בין אמצעים אלה נזכיר את הוראת המעבר שבחוק-יסוד: חופש העיסוק,⁶⁰ כמו גם את הוראות הכיבוד שבחוק-יסוד זה ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶¹ והוא הדין, מעבר לאמור במפורש בחוק-היסוד, בעקרונות כלליים שלפיהם יש לפרש את הדין הקיים על רקע "סביבתו" החוקתית החדשה, ובענייננו זו שבמוקדה חוק-היסוד.⁶² ואכן אליבא דברק⁶³ -

...חוק-יסוד: חופש העיסוק מבהין בין שאלת התוקף (validity) לבין שאלת המובן (meaning) של החקיקה הנתפסת במסגרתה של

סעיף 10:

הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה, אם לא בושלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה.

השוו B. Bracha, "A Selection of Notes on Current Issues 1970-1979. By Itzhak H. Klinghoffer" 16 *Isr. L. Rev.* (1981) 260, 261-262.

הוראת המעבר שבחוק-יסוד: חופש העיסוק אבגם משמרת את הדין לתקופה של שנתיים בלבד מתחילתו של הראשון, אולם היא חלה גם על חקיקה שעלולה היתה להתבטל בגין סתיירה לחוק-היסוד מהתשנ"ב שהוחלף על-ידי מקבילו מהתשנ"ד.

סעיף 10 סיפא; ראו לעיל, הערה 58.

ראו לעיל, הערה 50.

אומרת השופט דורנר בבש"פ 537/95 (טרם פורסם) בפסקה 5, בהתייחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

אכן, בהוראות חוק-היסוד אין כרי לפגוע בתוקפם של חיקוקים שהתקבלו לפניו (סעיף 10 לחוק-היסוד). עם זאת, מחויבות כל רשויות השלטון - לרבות בית-המשפט - לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל-יסודן הן פועלות (סעיף 11 לחוק-היסוד)... טובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק-היסוד, חלה ללא ספק גם לעניין פירוש חוקים שתוקפם נשמר לפי סעיף 10 והפעלת שיקול-דעת מכוחם.

וברוח דומה השופט ברק, שם, בפסקה 13 לפסק-דינו: "אכן, מכוחה של פסקת הכיבוד מוטל על הרשות השופטת לפרש את הדין (הישן והחדש) מתוך התאמה לחוק-היסוד החדשים".

כרך ג', 562, 632.

שם, 632.

פסקת "הוראת השעה". לעניין תוקפה של חקיקה זו, יש להתייחס אל חוק-היסוד כאילו אינו קיים: תוקפה של חקיקה זו נקבע במנותק ממנו. לעומת זאת, לעניין מובנה של חקיקה זו, פרשנותה מושפעת מקיומו של חוק-היסוד.

ואתו ניתוח חל על חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁴ מסקנה: באיוון שבין זכויות האדם לצורכי הציבור, בהקשר לפרשנותה של חקיקה קיימת, יש לסמן נקודת איוון חדשה, הקרובה יותר לזכויות האדם המובטחות בחוק-היסוד.⁶⁵ וכך גם באשר לשיקול דעת מכוחה של אותה חקיקה: במסגרת האיוונים שיש לבצע בין השיקולים הענייניים הנוגעים להפעלתו של אותו שיקול דעת, יש לתת משקל "חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק-היסוד."⁶⁶

⁶⁴ "פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, סעיף 10 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו שמר על תוקפה (validity) של החקיקה הישנה. הוא לא שמר על מובנה (meaning)... סעיף 10 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בתוקפו של הדין הישן, לא במובנו. מובנו של הדין הישן נעשה על-פי כללי הפרשנות, לרבות כלל הפרשנות (ההלכתי) כי את הדין הישן יש לפרש ברוח הוראת חוק-היסוד החדש": השופט ברק בבש"פ 537/95 (טרם פורסם) בפסקה 9.

⁶⁵ שם, בפסקה 11; כרך ג', 562.

⁶⁶ השופט ברק בבש"פ 537/95 (טרם פורסם) בפסקה 10, בהקשר לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.

יצוין שבועוסקו בסוגיה זו בספרו בהקשר לחוק-היסוד: חופש העיסוק, ניכרת התלבטות אצל ברק בנדון ואין הוא מכריע בנושא: כרך ג', 632-633. אך ראו שם, 562, מקום שבו הוא דן, אמנם, בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, אך ההתייחסות היא רחבה, קרי "שתכליתו הכללית של חוק ישן תושפע מהמערך הנורמטיבי החדש אשר נוצר על-ידי חוק-היסוד החדשים. האיוון בין ערכי היסוד, המונחים ביסוד התכלית של החקיקה הישנה, ייעשה בהפעלת המשקל החוקתי אשר ניתן להם בחוק-היסוד". הדברים הנחרצים בפסק-הדין הנזכר - שעניינו אמנם בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו אך הניתוח המשפטי הוא באותה נשימה בהקשרם של שני חוקי-היסוד - אינם מותירים ספק באשר לעמדתו של ברק בדבר השפעתם של השניים על מובנה של החקיקה הקיימת ברוח הדברים המובאים כטקסט. באותו פסק-דין, שהוקדש רובו ככולו לסוגיה העקרונית הנדונה, פסעו השופטים דורנר וברק יחדיו במסקנתם בדבר השפעתו של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו על מובנו של הדין הקיים (בתחום הפרשנות ומכאן גם בנוגע להפעלת שיקול דעת מכוחו של אותו דין). וראו, למשל, לעיל, הערות 61, 64 והטקסט שליד ההערה הנוכחית. מול עמדתם זו יצא חוצץ השופט חשין בדעת מיעוט:

לדידי, האמירה כי חוק-היסוד אין בו כדי "לפגוע בתוקפו של דין" קודם, פירושה הוא: לא תהא כל פגיעה שהיא בדין קודם, בין פגיעה השקולה כנגד ביטול, בין פגיעה השקולה כנגד גריעה או צימצום הלוח (או צימצום שיקול-דעת): בין פגיעת-מוות בין

9. תקצר היריעה מלדון – ולו על דרך האזכור – במגוון העצום של סוגיות חוקתיות שברק מתמודד עמן ב-792 העמודים (ללא נספחים ומפתחות) של פרשנות חוקתית. הספר הוא אמצעי עזר רב-חשיבות במלאכת הניווט בשבילים החוקתיים המתחילים לפלס דרכם בשיטתנו, אך הורים עדיין, במידה רבה, למשפטן הישראלי. החיבור מסייע לפיתוחה של

פגיעת-פציעה. לענייננו עתה, לא נמצאה לי הבחנה-שליממש בין "תוקף" מזה ובין "תוכן" או "מובן" או "תהום פרישה" מזה. "תוקף" – לענייננו – הוא "תוכן" או "מובן" או "תהום פרישה", ואתקשה לקבל פירוש אחר להוראה על דבר שמירת הדין הקיים

(בש"פ 537/95 הנוכר, בפסקה 22 לפסקדינו). אליבא דשופט,

ההיסטוריה של זכויות-האדם לא החלה בהוקי-היסוד. שופטי ישראל לדורותיהם הילכו יד-ביד עם אותן זכויות והרי אותן זכויות הן עימנו מאז קוממיות... מכאן אף דעתי באשר ליחס בין "איוון" חדש לבין "איוון" קודם: ככל שמדברים אנו בדין שקדם לחוק-היסוד, לא אומר בכיטחה כי חל שינוי משמעותי ב"איוון"

(שם, בפסקה 24). ומסכם השופט את עמדתו:

לדעתי לא נתכוון חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו – על דרך העיקרון – לחולל שינוי בדין שקדם לו, והרי אותו דין עימנו כשהיה. ומדוע אמרתי "על דרך העיקרון", משום שאפשר בשוליים יחול שינוי כלשהו – זעיר-זעיר – ולא נחייב עצמנו מראש

(שם, בפסקה 17).

ברשימה קצרה זו לא ניתן להיכנס באורח מעמיק לעובי קורתה של מחלוקת עקרונית זו המנומקת על-ידי שלושת השופטים – אלה מול זה – באריכות וביסודיות בפסק-הדין. כל שאומר הוא שדרכם של שופטי הרוב היא הנראית לי. על רקע הנימוקים הרבים שהביאו שופטי הרוב, כמו גם בספרו של ברק, אבקש להדגיש שני אלה: ראשית, גם אם אנליטית תתקבל עמדו של השופט חשין שקשה להבהין בין "מובן" ל"תקפות", הרי מובנו ("יתקפו") של הדין משתנה תדירות במהלך חייו, גם ללא התערבות יוצרו (כגון מכוננו, מחוקקו), למשל, עם שינוי התפיסות הנוהגות בחברה באשר לערכים המקובלים בה. כך, לדוגמה, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ד תוס' 2, (ע' 855, (א) 1055, אינן מתפרשות כיום כפי שפורשו בתקופת המנדט. מובנן ("תוקפן") שונה עם שינוי הערכים (ראו, למשל, פסקדינו של השופט ברק בבג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617, 624-637, ופסקדינו של השופט חשין בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693, 705). והוא הדין בחוק מתקופת המדינה, כגון חוק בתי הקברות הצבאיים, תשי"ו-1950, ס"ח 258. ראו פסק-דינה של השופטת דורנר בדנג"צ 3299/93 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם). צודק השופט חשין שחוקי-היסוד החדשים לא הכניסו שינוי ערכים באשר לעצם ההכרה בזכויות, אך הם אמרו את דברם לגבי מעמדם של הזכויות ומשקלן במערך הערכים הכללי בשיטתנו. ואם כך הדבר, מדוע לא לפרש את הדין הקיים תוך התייחסות למערך החדש כפי שהוצב (ועוצב) על-ידי חוקי היסוד? שנית, הזכרנו כבר את האנומליה שבשימור הדין הקיים – ביחוד ללא הגבלת זמן, כפי שנעשה באמצעות סעיף 10 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו הטקסט

מחשבה חוקתית,⁶⁷ תוך הסתגלות למציאות חדשה, שבה חוק אינו כלייכול ובה שופט אינו מצמצם את זירת פעילותו אך לפרשנות החוק, אלא עשוי להביא אף לפסלותו של זה נוכח פרשנותה הראויה של הוראה חוקתית באחד מתוקי-היסוד החדשים. בהיעדר מסורת חוקתית, עלינו להפנות מבטנו לשיטות משפטיות שחוקה ופרשנות חוקתית הן להם חוקן. מהן נלמד על אופציות אפשריות במלאכת הניווט – השראה השוואתית, בלשונו של ברק – אך את הדרך הראויה יש לקבוע תוך שימת דגש על תנאי הארץ ותושביה, ומכאן גם על רשויותיה וערכיה. ואכן, אין כמעט סוגיה שהמהבר מעורר, שהפתרונות האפשריים המוצעים לה אינם מאוששים במחקר השוואתי מרשים במכלול רחב של שיטות חוקתיות. והמהבר מדגיש:

השראה השוואתית היא חיונית. היא מבהירה את האופק הפרשני. היא מעשירה את השיקולים החוקתיים. היא נוסכת בטחון פרשני. עם זאת, השראה פרשנית אסור לה שתהפך להתבטלות פרשנית. עלינו לפתח את הכנתנו שלנו ואת פרשנותנו שלנו התואמת את הוויתנו ואת ייחודנו כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁶⁸

ציינתי כבר שהמשפט הציבורי שלנו נמצא עתה באחת התקופות החשובות בהתפתחותו. הוא בדרכו אלי חוקה כתובה. אכן, היעד החוקתי עודו רחוק. כדי להגיע אליו יש לסלול באותה דרך קטעים אחדים נוספים ובעיקר אלו שיקבעו את מעמד הנורמטיבי של כלל חוקי-היסוד, את אופיה של הביקורת השיפוטית-חוקתית ואת הנתחים של מגילת זכויות האדם שאינם מכוסים בשני חוקי-היסוד. שני חוקי-היסוד פתחו פתח לפיתוחה של תורת חוקה-כתובה-נוסח-ישראל. ספרו של ברק על פרשנות חוקתית הוא נדבך מרכזי במלאכת הפיתוח.

כרך ג של פרשנות במשפט אינו סוף פסוק ביצירתו הייחודית של פרופ' ברק. שני כרכים נוספים מובטחים לנו. כרך ד יעסוק בבעיות מיוחדות בפרשנות חוקה וחוקים ועניינו של כרך ה יהא פרשנות במשפט הפרטי. אם נשפוט לפי מראה עינינו עד כה, גם

שליד הערה 59 לעיל. מציאות של פיצול הסטטוס של הזכות הינה בלתי רצויה לחלוטין. יש לצמצם את השלכותיה השליליות. יש לפרש איפוא את הדין הישן עד כמה שאפשר, תוך התקרבות אל הדין החדש (חוקי-היסוד) ובכך יקטן הפער בין תקופה לתקופה באשר לאותה זכות. והשוו בג"צ 7012/93, פ"ד מח (3), 25 [פסקה 17]. בית-המשפט עשוי אף לבחון סבירות החלטתה של רשות מינהלית גם תוך התייחסות לחוק חדש, שלא חל על ההחלטה למרות שכבר נחקק. ראו בג"צ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מח (2), 158, 163-164 (אומר השופט טל, שם, 164: "האם סביר הרבר שהמינהל יפעל בניגוד לגורמות שנקבעו בחוק חובת המכרזים, גם אם סרם נכנס לתוקפו אז...").

⁶⁷ השוו כרך ג, 67-78.

⁶⁸ שם, 31.

הכרכים הבאים יהיו מקור שופע, עתיר רעיונות ופתרונות, להתמודדות - תחיקתית, שיפוטית ומחקרית - עם הנושאים הנדונים בהם. ואם נשפוט לפי היכולת היצירתית המופלאה של ברק, נראה שלא ירחק היום וכרכים ד-ה של פרשנות במשפט יהיו על המדפים.