

# משפט חוקתי

## על החשיבה הקונסטיטוציונית

פרופ' אהרון ברק\*

### הצגת הבעיה

כיצד עלינו לגשת לפתרון של בעיה קונסטיטוציונית שטרם נפתרה בעבר? מהי מערכת השיקולים שבה עלינו להתחשב כאשר אנו מתמודדים עם בעיה חוקתית חדשה? היש הברל – ואם כן, מהו – בין חשיבה חוקתית לבין חשיבה בתחומים אחרים של המשפט, בין במשפט ציבורי ובין במשפט פרטי? מהם המקורות שמהם שואב המשפטן, העוסק במשפט חוקתי, את החומרים לעיצוב הפתרון החוקתי? האם הם שונים מהמקורות שמהם בדרך-כלל שואבים משפטנים חומרים לפתרון בעיותיהם? שאלות אלה מתעוררות ככל פעם שמשפטן נתקל בכעיה חוקתית קשה, ואחת היא אם מדובר באיש האקדמיה, בשופט או בעורך-הדין. על שאלות אלה ברצוני לעמוד היום. למותר לציין, כי אין בדברי היום אלא הרהורים קונסטיטוציוניים אישיים, המבקשים לעורר את המחשבה החוקתית.

### המשפט החוקתי כמעצב את דמות המדינה

משפט חוקתי עוסק במשפט. הוא נושק בפוליטיקה, אך אין לזהותו עמה. משמשים בו, במשפט החוקתי בערבוביה, משפט, פוליטיקה ופילוסופיה! כל אחד משקיף עליו מזווית-הראייה המאפיינת אותו. אנו, המשפטנים, משקיפים עליו מזווית-הראייה המשפטית. מבחינתנו, המשפט החוקתי אינו המשפט של הפוליטיקה, והוא גם לא הפוליטיקה של המשפט. המשפט החוקתי הוא מערכת הנורמות המסדירות את פעולתן של רשויות השלטון, את היחסים ההדדיים ביניהן ואת זכויות האדם והאזרח. בראש המשפט החוקתי החקוק עומדת החוקה – ואצלנו, חוקי-היסוד (המשוריינים ושאינם

\* הכותב הוא שופט בית המשפט העליון.  
הדברים נישאו (ב-25.7.91) כערך עיון לרגל צאת ספרו של פרופ' א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, 1991). השופט ברק הוסיף, לבקשת המערכת, הערות שוליים.  
1 ראה א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 319.

משוריינים). חוקה, וחוקי־יסוד הן גורמות משפטיות שאותן יש לפרש, להפעיל ולפתח, ושמהן יש להקיש. מכאן, שהחוקה וחוקי־היסוד הם גורמות, המעצבות את דמותה של החברה. גורמות אלה משקפות את אירועי העבר ואת ניסיונו; הן מניחות את היסוד לקיומן התקין של רשויות השלטון ושל זכויותה אדם בהווה; והן נועדו לקבוע מסגרת לדריכות בין האינטרסים המתנגשים הללו בעתיד. המשפט החוקתי משקף ניסיון אנושי, החייב להתמודד עם מלוא המורכבות של הקיום האנושי.<sup>2</sup>

### המשפט החוקתי כפשרה לאומית

משפט חוקתי חייב להתבסס — והלכה למעשה, אכן מתבסס — על הסכמה לאומית. הוא משקף קונצנזוס חברתי מקורי, שעמד ביסוד יצירת המשפט החוקתי, וקונצנזוס חברתי נמשך, העומד ביסוד המשך הלגיטימיות והקיום של המשפט החוקתי. קונצנזוס זה מאפשר התלכדות סביב המשותף והמאחד. מטבע הדברים, הסכמה לאומית זו נקנית במחיר של פשרה. המשפט החוקתי משקף אפוא פשרה בין תפישות פילוסופיות, פוליטיות, חברתיות ומשפטיות. לרוב הוא אינו יכול לשקף תפיסה אחת ויחידה של מדינה, חברה ופרט. אין פילוסופיה אחת או גישה פוליטית ייחודית המונחות ביסודו. אכן, המשפט החוקתי הוא מזיגה של השקפות שונות, תוך ויתור ופשרה הדדיים. המחשבה החוקתית חייבת לחתור לפתרון מאזן. עליה להבטיח את שלום הציבור, לשמור על הסדר הציבורי ועל רשויות השלטון, והיא חייבת להגן על הפרט ולשמור על זכויות האדם ועל חירותו. כל זאת לא ניתן להשיג בלא פשרה לאומית. יש להכיר בכך ש"בחייה המאורגנים של החברה אין 'הכול או לא כלום'".<sup>3</sup> אין סדר ציבורי בלא חירות, ואין חירות בלא סדר ציבורי. המשפט החוקתי משקף את האיזון ואת הפשרה הלאומית של חברה נתונה בזמן נתון.

פשרה אין משמעותה ויתור על עקרונות, כניעה לרוחות־שעה חולפות או פופוליות. פשרה משמעותה הכרה במורכבות הקיום האנושי והחברתי: ליד כל תזה חוקתית־חברתית עומדת אנטי־תזה חברתית־חוקתית, ושתייהן גם יחד — התיזה והאנטי־תזה — משקפות את הקיום החברתי־מדיני. חברה פלורליסטית בנויה על סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו, לרבות סובלנות כלפי חסר־הסובלנות. בחברה פלורליסטית הסובלנות היא הכוח המאחד והמאפשר חיים משותפים,<sup>4</sup> והיא מחייבת פשרה. אם כל אחד ישאף להשיג את מלוא שאיפותיו, סופנו שלא נשיג אף אח מיעוט שאיפותינו. על המשפט החוקתי להעמיד בבסיסו את זכויות האדם, אך באותה מידה אסור לו, למשפט החוקתי, להביא לידי כך שההכרה בזכויות האדם תביא מכת־מוות למדינה עצמה. המשפט החוקתי מבוסס על ההנחה כי החברה והיחיד מבקשים להמשיך ולהתקיים. משפט

2 ראה ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 225, 306.

3 בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמטרה, פ"ד לד (2) 169, 178.

4 ראה בג"צ 339/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 277.

חוקתי אינו מרשם להתאבדות; זכויות אדם אינן במה לכיליון לאומי.<sup>5</sup> זכויות האדם יונקות מקיומה של החברה, והחברה קיימת לשם הגשמתן של זכויות האדם. משוואה דיאלקטית זו – המבוססת על פשרה חוקתית – היא העומדת ביסוד תפיסה חוקתית ראויה.

### משפט חוקתי ועקרונות-יסוד

משפטה של מדינה בנוי מכללים (rules) ומעקרונות (principles).<sup>6</sup> בכללים מעמידה הנורמה המשפטית שתי אפשרויות – לקיים את הנורמה או להפר אותה. הכלל מציב גבול – שלעיתים הוא עמום – בין מותר לבין אסור. העקרונות, לעומת זאת, מציבים אידיאל. את האידאל ניתן לממש בדרגות שונות של עצמה. מכאן, שאם כלל פלוני נוגד כלל אלמוני, הראשון מפנה את הדרך לשני, שכן אותה פעולה אינה יכולה להיות גם מותרת וגם אסורה באותה שיטת משפט. לעומת זאת, כאשר עיקרון מסוים נוגד את רעהו, יכולים השניים להתקיים בשיטה במקביל, מתוך שכל אחד מהם יקרים בעצמה פחותה. עקרונות קיימים בכל תחומי המשפט;<sup>7</sup> אין לך ענף משפטי שאינו בנוי על עקרונות, המהווים את "גשמתו היתירה"<sup>8</sup>. כל כלל משפטי מהווה ביטוי לעיקרון משפטי. רק פורמליסט עקר גורס כי הכלל המשפטי הוא מערכת סגורה, שאינה נשענת ואינה יונקת את חיותה מעקרונות המשפט. המשפט הקונסטיטוציוני הוא בית הקיבול של מרבית העקרונות הללו. העקרונות, שעליהם בנויים ענפי המשפט השונים, הם ברובם עקרונות חוקתיים. טול את דיני החוזים הבנויים על חופש החוזים, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, ועל הצורך להגשים ציפיות סבירות.<sup>9</sup> אוטונומיה זו של הרצון הפרטי והצורך להגשים ציפיות סבירות הם במהותם בעלי גוון חוקתי. הוא הדין בדיני הצוואות, הבנויים גם הם על חופש הרצון של הפרט; דיני הקניין בנויים על זכות הקניין – שהינה זכות חוקתית<sup>10</sup>; דיני הנזיקין מגינים על חופש הפעולה ועל שלמות הגוף והרכוש – שהם ערכים חוקתיים; המשפט המנהלי מהווה ביטוי לפשרה בין צרכי הפרט לבין צרכי הכלל – פשרה הנגזרת מעקרונות-היסוד החוקתיים בדבר זכויות האדם וצרכי המדינה; המשפט הפלילי מגן על זכויות האדם ועל המבנה החברתי הכללי. כל אלה הם ערכים חוקתיים. אכן, המשפט החוקתי הוא דין-הדינים. הוא מהווה את השכבה העליונה של ערכי-היסוד של ענפי המשפט השונים. עם זאת, קיים הבדל בין ענפי המשפט השונים מזה לבין המשפט החוקתי מזה. כל אחד מענפי המשפט בנוי על בסיס נרחב של כללים ועל שכבה דקה של עקרונות. לעומת זאת, המשפט החוקתי בנוי

5 ראה ע"כ 2/84, לעיל הערה 2, בע' 310.  
 6 על הבחנה בין כללים לבין עקרונות, ראה: M. Bayles Principles of Law (1987) 11;  
 R. Dworkin Taking Rights Seriously (1977) 14.  
 7 ראה ביילס, לעיל הערה 6, בע' 11.  
 8 בלשונו של השופט אלון בע"א 391/80 לסרסן נ' שכון עוכרים בע"מ, פ"ד לח (2) 264, 237.  
 9 ראה ד' פרידמן ת' כהן חוזים (1991, כרך א) 17.  
 10 ראה ע"א 377/79 פייצר נ' הורעדה המקומית לחכנן ובניה רמת גן, פ"ד לה (3) 651, 645; ע"א 524/88 "ערי העמק" נ' "שדה יעקב" (טרם פורסם).

על בסיס צר של כללים (חוקים והלכתיים) ועל שכבה רחבה של עקרונות. על כן, גם במשפט החוקתי נתקלים לעתים בכללים הדורשים טיפול משפטי הדומה לטיפול הניתן לענפי משפט אחרים. אך עיקרו של המשפט החוקתי הוא ערכי-היסוד ועקרונות-היסוד של השיטה, לרבות ערכי-היסוד ועקרונות-היסוד העומדים בבסיס הכללים של המשפט החוקתי עצמו.

### חשיבה חוקתית כחשיבה על בסיס עקרונות

העקרונות מהווים, אפוא, את הבסיס של המשפט החוקתי. ניתן לחלק עקרונות אלה לשלושה סוגים<sup>11</sup>: הראשון נושא אופי אתי, ובמרכזו עקרונות של צדק, מוסר, ושוויון, והיבטים מסוימים של זכויות האדם, כגון כבוד האדם. השני, מתאפיין במטרה חברתית, כגון קיום המדינה ועצמאותה, הפרדת רשויות, ריבונות הכנסת ועצמאות השיטה, שלטון החוק, והיבטים מסוימים של זכויות האזרח. הסוג השלישי עניינו בקביעת נורמות של התנהגות כוללת, כגון תום-לב, סבירות, צדק טבעי, הגינות, ודאות, בטחון בתוצאות התנהגות, ציפיות סבירות.

כאמור, החשיבה החוקתית היא חשיבה על בסיס עקרונות. המשפטן החוקתי בכלל, ושופט המכריע בסכסוך חוקתי בפרט, מעמיד ביסוד חשיבתו את עקרונות השיטה, המהווים את בלי העבודה הבסיסיים עמם הוא עוסק. עליו לאתר את העקרונות הללו, ובמסגרת האיתור עליו להתחשב רק באותם עקרונות שהם חלק ממשפטנו<sup>12</sup>. נמצא, כי המשפטן החוקתי צריך לקבוע את הגבול בין המשפט הפוזיטיבי לבין המשפט הטבעי. המשפט החוקתי קובע את אמות-המידה אשר עקרונות חדשים צריכים לקיים כדי להיכנס לשיטה, ואת אמות-המידה שעליהם לקיים אם ברצונם להישאר בה. לרוב, העקרונות ואמות-המידה האלה אינם חקוקים, אלא הם פרי ההלכה השיפוטית החוקתית. אכן, המשפטן החוקתי הוא נטורי-קרתא של גבולות המשפט.

מכאן הקשר ההדוק בין חשיבה קונסטיטוציונית וחשיבה אתית מחד, וחשיבה מדינית חברתית מאידך. קיים פיתוי רב של חציית גבולות, ודרושים ריסון עצמי ומסורת חוקתית כדי לשמור על הגבול בין העקרונות שהם חלק מהמשפט (גם אם הם אינם נראים למשפטן כראויים) לבין עקרונות שאינם חלק מהמשפט או שעדיין אינם חלק ממנו (גם אם הם נראים למשפטן כראויים).

העיסוק בעקרונות מחייב את המשפטן הקונסטיטוציוני לעסוק תדיר במקרים שבהם העקרונות מתנגשים זה בזה<sup>13</sup>. חופש הביטוי מתנגש בשלום הציבור<sup>14</sup>; חופש התנועה

11 פרופ' דבורקין מבחין בין עקרונות (principles) לבין קווי מדיניות (policies). ראה דבורקין, שם, עמ' 22. על הבחנה זו נמתחה ביקורת: ראה Raz "Legal Principles and The Limits of Law" 81 Yale L.J. (1972) 823. (הבחנתו של דבורקין אינה מקובלת עלי. עלי-פי גישתי, קווי מדיניות הם חלק מהעקרונות).

12 על פעילות זו, ראה ברק, לעיל הערה 1, בע' 224.

13 על התנגשות בין עקרונות, ראה ברק, לעיל הערה 1, בע' 101.

14 כפי שאירע בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ ג' שר הפנים, פ"ד ז 871. לניתוח הפשרה

מתנגש בביטחון המדינה<sup>15</sup>; חופש הביטוי מתנגש בטוהר השיפוט<sup>16</sup> או בכבוד האדם<sup>17</sup>. במקרים אלה וברבים אחרים נתקל המשפטן העוסק במשפט חוקתי בצורך לגבש פתרון שהוא פרי ההתנגשות בין ערכים שונים הנוהגים כשיטתו. עמד על כך השופט אגרנט בפרשת קול העם, בצינו<sup>18</sup>:

"עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה". פתרונו של הסבך נעשה בדרך של איזון (balancing) בין העקרונות המתחרים<sup>19</sup>. נקודת-המוצא הינה כי המייחד את העקרונות הוא שיש להם "משקל"<sup>20</sup>. "איזון" ו"משקל" הם מטאפורות<sup>21</sup>. מסתתרת מאחריהן התפישה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני שיטת-המשפט, ויש ליתן עדיפות לעיקרון שחשיבותו בעיני שיטת-המשפט גבוהה יותר. אך טבעי הוא כי ישנם עקרונות חשובים יותר ועקרונות חשובים פחות; לראשונים יש לתת "משקל" כבד יותר מאשר לאחרונים. הקושי הוא שהעקרונות אינם ניצבים בפני המשפטן עם תוויות בדבר משקלם; עריכתו של סולם-ערכים לאומי מדויק אף אינה אפשרית. אסור גם שהאיזון ישקף את ההשקפות הסובייקטיביות של המשפטן הספציפי באשר לראוי ולנכון. זהו הקושי הבסיסי המלווה את החשיבה החוקתית: כיצד להבטיח אמות-מידה נורמטיביות אובייקטיביות<sup>22</sup> — כלומר: חיצוניות לשופט — להכרעה בין העקרונות המתנגשים. קושי זה מצטמצם לאור תפישתנו, כי האיזון והשקילה צריכים לשקף את הקונצנזוס החברתי ולא את התפישות הסובייקטיביות של המשפטן החוקתי. על המשפטן ליתן ביטוי לתפישות הצדק והמוסר של "הציבור הנאור" בחברה בה הוא חי<sup>23</sup>. כאשר השופט שואל את עצמו

ותרומתה למשפט ישראלי ראה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט עליון", משפטים ז' (תשל"ז) 375; ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129.

15 ראה בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701.

16 ראה ע"פ 126/62 דיסנציק נ' הי"מ, פ"ד ז (1) 169.

17 ראה ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב (3) 337.

18 בג"צ 73/53, לעיל הערה 14, בע' 880.

19 על האיזון, ראה ד"נ 9/77, לעיל הערה 17, בע' 361; בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393; בג"צ 339/85, לעיל הערה 4, עמ' 284. ראה גם Aleinikoff "Constitutional Law in the Age of Balancing" 69 Yale L.J (1987) 943; Coffin "Judicial Balancing: the Protean Scales of Justice" 63 N.Y.U.L.Rev. (1988) 16.

20 ראה דבורקין, לעיל הערה 6; רז, לעיל הערה 11.

21 ראה בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421, 434.

22 על האובייקטיביות השימושית, ראה ברק, לעיל הערה 1, בע' 187.

23 על-פי נוסחתו של השופט לנדוי בע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מויאר, פ"ד ז (2) 1319, 1335. בהתייחסו לתפקיד השופט כמתן תוכן לביטוי "תיקון העולם" (public policy) אומר השופט לנדוי: ( "איך זאת אומרת, שכית-המשפט רשאי להתערב כרצונו ביחסי חזיה, לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלו, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שכתוכו הוא יושב".

איזה משקל יש ליתן לעיקרון מסוים בהשוואה לעיקרון אחר, התשובה צריכה להינתן על-פי התפישות שלגביהן קיים קונצנזוס של הציבור הנאור. על השופט לשקף את ערכי-היסוד של האומה, כפי שהם נלמדים באספקלריה של מערכת חייה הלאומיים<sup>24</sup> גם אם הם אינם נראים לו. השקפתו של הציבור הנאור לעניין זה היא ההשקפה בדבר העקרונות והערכים הבסיסיים, ולא ההערכה באשר לארעי ולחולף<sup>25</sup>. בכל אלה רשאי השופט לקבל השראה משיטות נאורות אחרות, המשקפות חשיבה דמוקרטית-טיפוסית. עם זאת, ההכרעה הסופית היא מקורית ועצמאית ישראלית. את עקרונות היסוד ומשקלם היחסי, מגבש המשפטן הישראלי על רקע המטען הרוחני-תרבותי-חברתי של החברה הישראלית המודרנית. מטען זה מושפע, מטבע הדברים, מהמורשת העתיקה שלנו, אך הוא משקף את ההסכמה החברתית של ההווה<sup>26</sup>. עם זאת, אמות-מידה אובייקטיביות הנותנות פתרון לכל בעיה חוקתית אינן קיימות. במקום שההגחיה האובייקטיבית נפסקת, נשאר המשפטן החוקתי "עם עצמו" ומגיע "רגע האמת" שלו<sup>27</sup>. מרגע זה, כוכב הצפון היחיד שינחה את דרכו הוא העיקרון החוקתי בדבר הצדק; על המשפטן לשאוף לאותו פתרון שנראה לו כצודק ביותר.

#### פרשנות חוקתית

לעתים כרוכה החשיבה החוקתית בפרשנותו של טקסט חוקתי<sup>28</sup>. כך הוא המצב כאשר בשיטת המשפט קיימת חוקה, והפתרון החוקתי נגזר מהוראותיה. כך הוא המצב אצלנו, כאשר לשם פתרון הבעיה החוקתית יש לפרש חוק-יסוד או חקיקה "רגילה" בעלת אופי חוקתי, כגון חוק השבות. כיצד צריך המשפטן החוקתי לגשת למלאכתו? בוודאי שהוא מוגבל ללשון הטקסט. אסור לו לבחור באופציה פרשנית, שאין לה עיגון לשוני בטקסט החוקתי<sup>29</sup>. אך מבין המשמעויות השונות שיש להן עיגון בטקסט — מהי המשמעות שיש לבחור בה? בעיה זו — הקיימת בכל ענפי המשפט<sup>30</sup> — היא קשה במיוחד בטקסט

- 24 ראה דברי השופט אגרנט בבג"צ 73/53, לעיל הערה 14, בע' 884: "הלא זו אקסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".
- 25 ראה בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 585: "אנו פועלים על-פי אמות מידה קונסטטוציוניות, ועל-פי עקרונות יסוד משפטיים, המשקפים את האני מאמין של חיינו הממלכתיים. לא הלכי רוח חולפים מכוונים את גישתנו אלא תפישות יסוד ממלכתיות של קיומנו כמדינה דמוקרטית".
- 26 ראה א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת-ישראל" שנתון המשפט העברי יג' (תשמ"ז) 265.
- 27 ראה א' ברק, לעיל הערה 1, בע' 185.
- 28 לפרשנותו של טקסט חוקתי, ראה ברק, לעיל הערה 1, בע' 322.
- 29 ראה כ"ש 67/84 חרד נ' פז, פ"ד לט(1) 677; "חיוני הוא, על כן, כי לאופציה הפרשנית, המגשימה את המטרה החקיקתית, יהא בית קיבול כלשון החוק. חייב להתקיים קשר מילולי, ולו מינימלי, בין הלשון לבין המטרה. יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדרית למטרה כלשון החוק. הפרשן אינו רשאי להגשים מטרה שאין לה עיגון לשוני בחוק. אכן, שוב אין מלאכת הפירוש מוגבלת רק למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש".
- 30 ראה א' ברק "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248; א' ברק, "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיני משפט י (תשמ"ד) 467.

החוקתי. כפי שראינו, טקסט זה מבוסס על פשרה לאומית, והוא נועד לכוון התנהגות אנושית לדורותיה. לשם השגת מטרת אלה הטקסט החוקתי מנוסח לרוב בביטויי-שסתום רחבים, המתפרסים על מספר ניכר של אפשרויות לשוניות. כיצד תיעשה הבחירה בין האפשרויות השונות? כיצד תישלף המשמעות המשפטית של הטקסט ממגוון משמעויותיו הלשוניות? אחת ההשקפות גורסת, כי את הטקסט החוקתי יש לפרש באופן שיגשים – ברמות שונות של הפשטה – את כוונת יוצריו. זוהי שיטת הכוונה המקורית (ה־original intent) של האבות המייסדים<sup>31</sup>. לדעתי, שיטת פרשנות זו היא חלקית בלבד, ואינה יכולה להוות אמת-מידה חוקתית ראויה ומלאה. את הטקסט החוקתי – כמו גם כל טקסט אחר – יש לפרש על-פי התכלית שאותה הוא נועד להגשים. על תכלית זו – ברמות הפשטה שונות – ניתן אמנם ללמוד מכוונת יוצריו; זוהי התכלית הסובייקטיבית של הטקסט, אך אין זו התכלית היחידה. ליד התכלית הסובייקטיבית של הטקסט החוקתי עומדת תכליתו האובייקטיבית. אלה הם הערכים והעקרונות – ברמות הפשטה שונות – של החברה המודרנית. אלה הם המטרות העולות מהמבנה החוקתי הכולל ומחלוקת הפונקציות בין האורגנים השונים של המדינה. התכלית של הטקסט החוקתי אינה אך התכלית הסובייקטיבית ואף אינה אך התכלית האובייקטיבית, אלא מזיגה של שתי תכליות אלה. לפנינו שוב פעולה של איזון ושקילה, הפעם בין תפישתם של הדורות השונים באשר לעקרונות אשר יגשימו את לשונו של המסמך החוקתי.

זאת ועוד: מבנה חוקתי משקף תכנית חוקתית. לרשויות השונות הוענקו פונקציות שונות, ופטרונות שונים מתבקשים ממבנה חוקתי הפועל בהתאמה ובסינכרוניזציה<sup>32</sup>. המשפטן החוקתי, המפרש הוראה נתונה של חוקה או של חוק-יסוד, צריך לשאול עצמו לא רק מהו הפתרון הראוי, אלא גם מי ראוי לו שיתן את הפתרון הראוי. ההסתכלות החוקתית היא לעולם הסתכלות כוללת ולא הסתכלות פרטית. המשפטן החוקתי מבקש לעמוד על החלוקה הראויה של הסמכויות, ועל קיום איזון ובקרה בין נושאי הסמכויות<sup>33</sup>. עליו להיות מודע לכך, שכאשר הוא מפרש הוראה אחת של חוקה או של חוק-יסוד, הוא מפרש את כלל ההוראות החוקתיות. הפתרון של המקרה הפרטי חייב להשתלב במבנה הכולל, תוך יצירת הרמוניה חוקתית. אכן, על הפרשן להשקיף על הטקסט החוקתי כחלק ממבנה חוקתי שלם, אשר בו שוררת אחדות. זהו העיקרון של אחדות החוקה. הנורמה החוקתית הבודדת משתזרת במערך הנורמות החוקתיות, ויוצרת אחדות חוקתית.

מתפישה זו מתבקשות מספר מסקנות פרשניות. החשיבות של ההיסטוריה החקיקתית היא מטבעה מוגבלת; בפרשנות החוקתית יש להקיף את מלוא הניסיון החוקתי המודרני. נקודת-המבט צריכה להיות רחבה<sup>34</sup>, שכן "עניין לנו בניסיון חיים אנושי התייב להתאים

31 לשיטה ולביקורת עליה, ראה (1991) Wellington Interpreting the Constitution

32 ראה בג"צ 428/86, לעיל הערה 25, בע' 601.

33 ראה בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118.

34 ראה ד"ר 13/60 היועמ"ש נ' מתאנה, פ"ד טז 442, 430: "כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את



עצמו למציאות חיים משתנה<sup>35</sup>. הפירוש צריך להיות ערכי ולא טכני<sup>36</sup>. הוא חייב להשתלב במערך הקונסטיטוציוני הכללי העכשווי, תוך ניסיון להביא לידי הרמוניה חוקתית ותוך מניעתם של ניגודים חוקתיים; הפירוש צריך לאפשר לאורגנים השונים לפעול במסגרת הפונקציות שלהם, תוך קיום איוון ובקרה<sup>37</sup>; הפרשנות החוקתית עשויה להשתנות במשך השנים<sup>38</sup>. הפרשן החוקתי אינו חושף "אמת" הטמונה בלשון החוקתית, אלא בוחר בין אפשרויות שונות על-פי צרכי ההווה<sup>39</sup>. הוא יוצר מציאות נורמטיבית שלא היתה קיימת קודם. אכן, הפרשנות החוקתית חייבת להתבסס על העבר. הוראה חוקתית משקפת ניסיון אנושי מצטבר. הטקסט החוקתי הוא דו-שיח בין העבר לבין ההווה<sup>40</sup>.

### משפט מקובל חוקתי

רבות מן הבעיות החוקתיות אינן מקבלות תשובה בטקסט חוקתי. הטקסט החוקתי – בין אם חוקה ובין אם חוקי-יסוד – אינו טומן בקרבו פתרון לכל בעיה חוקתית. כיצד אפוא יש לפתור בעיה חוקתית שאת פתרונה אין למצוא בטקסט חוקתי? ניתן, כמובן, לומר, כי במקרה זה הפתרון חייב להימצא באוטונומיה של הרצון הפרטי. מה שלא נאסר

- מסגרת השלטון במדינה, על בית-המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (spacious view) על הסמכויות האמורות בו" (השופט אגרט).
- 35 ע"ב 2/84, לעיל הערה 2, בע' 306.
- 36 ראה F. Frankfurter of Law and Men (1956) 35
- 37 ראה בג"צ 428/86, לעיל הערה 25, בע' 595; "חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להחפש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא ייצור החי בסביבתו... ויסביבתו של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על כן תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביא לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה".
- 38 ראה בג"צ 428/86, לעיל הערה 25, בע' 619: "עלינו לפרש את החוק באופן שיתאים למערכת החיים הלאומיים שלנו ואלה משתנים עם הזמן. במקביל משתנה גם פירושו של החוק". ראה גם *Marsh v. Chambers* 463 (1928); *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438, 472 (1928); *U.S. 783, 816 (1983)*.
- 39 ראה דברי השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416, 433 (1920):
- It Was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and Blood to prove that they created a nation. the case before us must be considered in the light of our whole experience and not Merely in what was Said a Hundred Years Ago.
- 40 על הטקסט המשפטי – ברומה לכל טקסט אחר – כדו-שיח בין אופקיו של הטקסט לבין אופקיו של הפרשן עמד גאדאמר (Gadamer); ראה, H. Gadamer *Truth and Method* (1975) לניתוח גישתו של גאדאמר בהקשר המשפטי, ראה, Eskridge "Gadamer Statutory Interpretation" 90 *Colum. L. Rev.* (1990) 609

— הותר. זהו פתרון פשטני המבוסס על התפיסה כי כל עניין שלא הוסדר באופן חיובי בטקסט החוקתי, יש לגביו הסדר שלילי. תפיסה זו אינה נכונה תמיד<sup>41</sup>. לעתים העדר הסדר הוא הסדר שלילי. אך לעתים העדר הסדר הוא חסר, ולעתים העדר הסדר הוא הסדר הנותן עדיפות לאוטונומיה של הרצון, בלא להתחשב בערכים חוקתיים אחרים. שתיקת הטקסט החוקתי אינה גוררת תמיד שתיקתו של השופט החוקתי. אכן, כאשר אנו נתקלים בבעיה חוקתית שאין לה פתרון טקסטואלי — בין פתרון חיובי ובין פתרון שלילי — עלינו לפנות לעקרונות היסוד של השיטה — אותם עקרונות שהיינו פונים אליהם אילו היה פתרון טקסטואלי — תוך ניסיון לגבש מתוכם פתרון הלכתי לבעיה החוקתית. ההבדל העיקרי, אם גם לא היחיד, בין מצב שבו קיים פתרון טקסטואלי לבין מצב נעדר פתרון טקסטואלי, הוא שהטקסט מגביל את מגוון האפשרויות ומכוון את המשפטן בבחירת האפשרות המחייבת. זאת ועוד: אם הטקסט מעוגן בחוקה נוקשה, הוא מעניק לפתרון החוקתי הטקסטואלי עליונות שאינה נתונה לפתרון שאינו מעוגן בטקסט חוקתי. מכאן, שלקיומו של הטקסט החוקתי חשיבות רבה. מוקנה לו עליונות נורמטיבית, והוא מכוון את הפרשן לעבר הפתרון הגלום בו. פתרון זה מוגבל על-פי לשון הטקסט ותכליתו. עם זאת, האלטרנטיבה לטקסט החוקתי אינה תמיד הסדר חוקתי שלילי. האלטרנטיבה לטקסט החוקתי היא לעתים מצב בו קיים חסר חוקתי, המזמין השלמה על-פי הדין המשלים של השיטה<sup>42</sup>, או פעילות שיפוטית לפיתוח הלכתי<sup>43</sup>, וזאת על בסיס עקרונות היסוד של השיטה והמבנה החוקתי הכללי<sup>44</sup>. בפיתוחו של "משפט מקובל חוקתי" יתבסס בית-המשפט על עקרונות היסוד של השיטה ועל ערכיה הבסיסיים, והוא ישקף — במידת האובייקטיביות האפשרית — את ה"אני מאמין"<sup>45</sup> של העם.

### ייחודה של החשיבה הקונסטיטוציונית

היש ייחוד לחשיבה הקונסטיטוציונית? האם בעיה חוקתית נפתרת באופן שונה מהאופן שבו נפתרת בעיה משפטית אחרת? נראה לי, כי התשובה היא הן חיובית והן שלילית. מחד גיסא יש לציין, כי ההיבטים השונים שעליהם עמדתי קיימים גם בחשיבה המשפטית בדרך-כלל, ואין הם מיוחדים לחשיבה החוקתית דווקא; ציינתי, כי עקרונות יסוד קיימים בכל ענפי המשפט. הצורך באיזון בין עקרונות מתנגשים מתקיים, על כן,

- 41 ראה א' ברק "החסר (לאקונה) במשפט חוק יסודות המשפט" משפטים כ (תשנ"א) 233.
- 42 על הדין המשלים, ראה: ח' כהן "דין-השיר" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 285; א' ברק, לעיל הערה 41, בע' 304.
- 43 על פיתוח המשפט ועל השוני בינו לבין השלמת חסר, ראה: א' ברק "היצירה השיפוטית לטוגיה — פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט (תש"ן) 267.
- 44 ראה בג"צ 1583/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד (2) 213; בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד (3) 353; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מה (1) 749.
- 45 בהתייחסו להכרזת העצמאות, ציין הנשיא זמורה, כי היא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו": בג"צ 10/48 זוי נ' גוברניק, פ"ד א 85, 36.

בכל ענפי המשפט. המשפט הדיוני מבוסס על איזון בין צדק לבין יעילות; דיני הנויקין מבוססים על איזון בין חופש הפעולה של הפרט לבין נכסיו ושלמותו הגופנית של זולתו; כחוט השני עובר בכל תחומי המשפט הניגוד בין נוקשות לבין גמישות; בין יציבות וודאות לבין שינוי. גם הצורך להגשים הרמוניה חקיקתית קיים בפרשנותם של כל ענפי המשפט, המתפרשים כולם על בסיס טקסט המכוון להגשים את תכליתו – הסובייקטיבית והאובייקטיבית גם יחד – תוך התאמה לצרכי ההווה ולהתפתחותו. הכלים העומדים לרשות השופט המטפל בבעיה חוקתית זהים לכלים העומדים לרשותו בטפלו בכל בעיה משפטית אחרת. כלים אלה הם בעיקר שלושה<sup>46</sup>: פרשנות של טקסט חקוק, השלמה של חסר בטקסט חקוק, ופיתוח של המשפט במסגרת ההלכה הפסוקה. אין לו לפרשן החוקתי אמצעים משפטיים השונים מהרגילים. טקסט חוקתי – כמו כל טקסט אחר – זקוק לפירוש. עקרונות היסוד של פרשנות טקסט החלים לעניין פירוש של כל טקסט, חלים גם בפרשנותם של טקסטים חוקתיים. על כן יש ליתן לטקסט חוקתי מובן שלשונו יכולה לשאת. מבין המובנים הלשוניים השונים יש לבחור באותו מובן המשקף את התכלית של הנורמה החוקתית. בדומה, חסר בטקסט חוקתי חקוק, צריך להתמלא בדרכים הרגילות הקבועות כדין להשלמת חסר<sup>47</sup>. אכן, עקרון החסר (לאקונה) חל גם במשפט החוקתי. גם בחוקה יכול שיהא חסר. על השלמתו צריכים לחול הדינים הרגילים כאשר להשלמת חסר<sup>48</sup>. לבסוף, מעבר למשפט החוקתי החקוק עומד המשפט החוקתי ההלכתי, אשר מפתח את המשפט החוקתי מעבר לגבולותיו של הטקסט החקוק<sup>49</sup>. אין הוא ממלא חסר כדין החקוק, אלא מרחיב את גבולן של הנורמות החוקתיות לתחומים שבעבר הושארו לרצון הפרט. בכל אלה, אין כל ייחוד דוגמאתי במשפט החוקתי. אמת, במשפט החוקתי אנו מרבים לעסוק "בנוסחאות איזון", כגון "ודאות קרובה"<sup>50</sup>, ואילו במשפט הלבר-חוקתי אנו מרבים לעסוק באדם הסביר ובסבירות. אך בין אלה אין כל שוני איכותי. האדם הסביר אינו אלא זה שעושה את הפעולה הסבירה, והסבירות אינה אלא תהליך של איזון ראוי בין ערכים מתחרים<sup>51</sup>. נוסחאות האיזון החוקתיות אינן אלא ביטוי עקרוני לעקרון הסבירות. אכן, כעוד שבמשפט החוקתי אנו מתרכזים בנוסחאות איזון עקרוניות, הרי במשפט הלבר-חוקתי אנו מתחילים בעקרון הרחב יותר של הסבירות, ותוך קפיצת הדרך, עוברים לרוב לאיזון קונקרטי תוך דילוג על האיזון העקרוני<sup>52</sup>. עם זאת, זהו שוני כמותי בלבד. לא פעם נערך

46 ראה ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה", לעיל הערה 43.

47 על-פי חוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980 ראה ברק, לעיל הערה 41.

48 ראה ברק, לעיל הערה 41, בע' 270.

49 ראה ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה", לעיל הערה 43.

50 ראה אבנר ברק "מבחן הודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 371.

51 על מהות הסבירות, ראה ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 137; בג"צ

935/89 גנור נ' י"מ, פ"ד מד(2) 485, 513; ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ

(טרם פורסם). ראה גם, Mackormick "On Reasonableness" H. Perelman and

Vander List (ed.). *Les Notions a Contenu Variable en Droit* (1984) 131.

52 להבחנה בין איזון עקרוני לבין איזון קונקרטי, ראה בג"צ 153/83, לעיל הערה 19.

גם במסגרת המשפט הלב-חוקתי איזון עקרוני<sup>53</sup>, כגון במקרים של חובת זהירות מושגית בעולת הרשלנות<sup>54</sup>; אכן, השוני בין ענפי המשפט השונים לעניין זה הוא שוני של רגה בלבד. מאידך גיסא, יש לציין, כי במשפט החוקתי – יותר מאשר בכל תחום אחר – היחס בין כללים לבין עקרונות הוא כה ייחודי, עד כי השינוי הכמותי מביא לשינוי איכותי. נקודת-המוצא של המשפטן החוקתי היא בהכרח זו הנעשית "ממבט רחב", הפונה לעקרונות-היסוד ורואה בהם את הבסיס לפתיחתה של החשיבה המשפטית. המשפטן החוקתי פונה למבנה החוקתי הכולל, לחלוקת הפונקציות המקובלות, וליחסי הגומלין הטבעיים שבין שלטון הרוב לבין זכויות אדם. המשפטן החוקתי עומד – לעתים תכופות יותר מאשר המשפטן הלא-חוקתי – על הגבול שבין משפט פוזיטיבי למשפט טבעי ושבין משפט לפוליטיקה. כתוצאה מכך, נראה לי כי המשפטן החוקתי, יותר מכל משפטן אחר, רחוק מפורמליזם. הוא אינו רואה בלשונו של הטקסט החוקתי את חזות הכול. הוא אינו מאמין כי בלשון הטקסט החוקתי עצמה ניתן למצוא תשובה לכל בעיה חוקתית. הוא מבין כי בין הטקסט החוקתי לבין הפרשן החוקתי קיים דו-שיח בלתי-פוסק, וכי הפרשנות החוקתית המחייבת היא פרי המיזוג בין אופקיו ההיסטוריים של הטקסט החוקתי, לבין אופקיו ההיסטוריים של הפרשן החוקתי ואופקיה של הקהילייה המשפטית המודרנית, המשקפים את התרבות והחברה של היום. אכן, האיזון בין התכלית הסובייקטיבית של היוצר ההיסטורי לבין התכלית האובייקטיבית של החברה בהווה, קיים בכל מעשה פרשנות. עם זאת, נקודת-האיזון משתנה מסוגיה לסוגיה. חשיבותה הציבורית של הסוגייה משפיעה על מיקומה של נקודת האיזון. אופיו הנורמטיבי של המסמך – כמגלם תפישות יסוד של חברה ועם – משפיע על נקודת האיזון. ידועה אמרתו של השופט מרשל<sup>55</sup> "It is a constitution we are expending". על כן, "לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראות יסוד חוקתית"<sup>56</sup>. לרעתה, לאור חשיבותה ומרכזיותה של הנורמה החוקתית, נקודת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית קרובה לתכלית האובייקטיבית. אכן, המשפטן החוקתי, יותר מתחומים אחרים, צריך לשקף את תפיסות היסוד של החברה בהווה. מובן, שכאשר החשיבה החוקתית מפרשת טקסט חוקתי נוקשה, אשר מכוחו מוטלות מגבלות על המחוקק הדמוקרטי, נוסף לחשיבה החוקתית ממד מיוחד במינו. הפרשן החוקתי – ותפקיד זה מוטל, בסופו של דבר, על בית-המשפט העליון בשיטה<sup>57</sup> – מרסן ומגביל, באמצעות הטקסט החוקתי, את המחוקק הרגיל. אם בפרשנות רגילה משתמש השופט בנשק קונבנציונלי, הרי בפרשנות חוקתית משתמש השופט בנשק לא

53 לעתים האיזון נעשה על-ידי המחוקק עצמו, כך הוא הדבר, למשל בסעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות (נוסח חדש); ראה כ"ש 838/84 ליבני נ' מ"י, פ"ד לת(3) 729.  
 54 ראה ע"פ 186/80 יערי נ' מ"י, פ"ד לה(1) 769.  
 55 בפרשת *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 *Wheat* 316 (1819).  
 56 ראה ע"ב 2/84, לעיל הערה 2, בע' 306.  
 57 ראה בג"צ 306/81, לעיל הערה 33; בג"צ 73/85 טיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 152, 141.

קונבנציונלי. השימוש בנשק זה, שמשמעותו ביטולו של חוק, הוא במוכן מסוים בלתי-דמוקרטי: הרוב של העבר שולט ברוב של ההווה. הביטויים החוקתיים העמומים, המשקפים את עקרונות-היסוד, מתפרשים על-ידי שופטים שאינם נבחרים ואינם חבים בחובת דיווח (accountability) לעם. זהו קושי אינהרנטי הטמון בכל חשיבה חוקתית כשיטת משפט בעלת חוקה נוקשה<sup>58</sup>. לקשיים אלה יש תשובות ראויות<sup>59</sup>: הדמוקרטיה אינה שלטון הרוב ותו-לא, אלא היא שלטון הרוב המגשים עקרונות-יסוד מסוימים, הטבועים בחוקה הנוקשה ושולטים על הרוב. שלטון כזה אינו נוגד את הדמוקרטיה אלא מקדם אותה, שכן הוא שומר על האיזון העדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם – איזון המשקף את הנוסחה הדמוקרטית. אמת, היקף התפרשותם של הביטויים העמומים, המשקפים עקרונות-יסוד, נקבע באמצעות פעילות פרשנית שיפוטית, אך מצב זה הוא מחויב המציאות, שכן אם הרוב הוא זה שיקבע את תוכנם של הביטויים הללו, יתערער האיזון העדין שבין שלטון הרוב לבין עקרונות-היסוד. המבקש לכפות את הרוב לעקרונות-יסוד חוקתיים באמצעות טקסט חוקתי, חייב להעניק את הסמכות לפרש את הטקסט החוקתי לשופטים הנהנים מאי-חלות ומעצמאות, שאם לא כן יאבד הטקסט החוקתי את אופיו העליון, ויהפך, הלכה למעשה, לדבר-חיקקה רגיל<sup>60</sup>. ניתן, כמוכן, להקטין את היקף שיקול-הדעת השיפוטי-חוקתי על-ידי גיסות החוקה באמצעות כללים ולא באמצעות עקרונות; אולם בכך תאכזר החוקה את חיותה מיד עם לידתה. אין מנוס משימוש במושגים ערכיים, בעלי משמעות עמומה. צריך לפתח כמוכן, דוגמאטיקה ישראלית אשר תבטיח אובייקטיביות מדעית במתן תוכן למושגים הערכיים. עם זאת, יעילותה של דוגמאטיקה זו היא מוגבלת. בסופו של דבר, המוצא מהדילמה הוא מתן אמון ברשות השופטת, שתמלא את תפקידה כראוי ותעניק תוכן אובייקטיבי – עד כמה שאפשר – להוראות העמומות של החוקה הנוקשה. וכאשר האובייקטיביות מסתיימת – ואין מנוס מכך שלא לכל בעיה חוקתית יש פתרון אובייקטיבי – יש לתת אמון ברשות השופטת שתיתן לבעיה החוקתית פתרון שנראה לה כצודק ביותר.

#### שיקול-דעת שיפוטי-חוקתי

אכן, על השופט העוסק בבעיות חוקתיות מוטלת אחריות מיוחדת במינה. רבות מהבעיות החוקתיות הן בעלות חשיבות רבה ליחיד ולציבור. העיסוק בעקרונות-היסוד החוקתיים (להבדיל מהעיסוק בכללים) מעורר בעיות קשות. על שכם השופט מוטל הנטל של איתור הערכים החוקתיים (עד כמה שהם אינם כתובים) ושל האיזון ביניהם במקרה של התנגשות. אין אמות-מידה ברורות להגדרת ערכי-היסוד, לקביעת האופן

58 ראה ברק, לעיל הערה 1, בע' 266.

59 ראה ברק, ע"ב 2/84 לעיל הערה 2, בע' 271.

60 ראה 769 S.A. (4) 1952. *Minister of the Interior v. Harris*, 1952 (4) S.A. 769. כאן נקבע כי במקום שקיים חוק משוריין חייבת להתקיים ביקורת שיפוטית. חוק רגיל המתיימר לשלול ביקורת זו נוגד את הוראת השריון. להיסטוריה של החלטה זו, ראה *Forsyth In Danger of their Talents*, (1985) 58.

שבו הם נכנסים לשיטה או עוזבים אותה, ולקביעת המשקל שיינתן לכל אחד מהם; אין קונצנזוס על סדר העדיפויות בין העקרונות והערכים לבין עצמם. שיקול הדעת השיפוטי הוא ניכר, ודומה שהוא רב יותר במשפט החוקתי מאשר בתחומים אחרים של המשפט. והנה, דווקא כאן קיים החשש כי בשל רוחב שיקול הדעת מזה, וקרבתו למסגרות הפוליטיות והחברתיות מזה, יואשם השופט בחציית הגבול בין המצוי לרצוי. חשש זה גובר, כאשר השופט מביא בהחלטתו לסיכול רצונו של המחוקק הדמוקרטי. חשש זה מתעצם אם הסוגייה שנויה במחלוקת ציבורית, והיא טעונה במטען פוליטי ניכר. אין מנוס מסיכונים אלה<sup>61</sup>. הם נחלתם של שופטים העוסקים בבעיות חוקתיות בכל שיטת משפט. אל לו, לשופט, להירתע מסיכונים אלה בכיצוע תפקידו החוקתי. על השופט לפעול "על פי אמות מידה קונסטיטוציוניות, ועל פי עקרונות יסוד משפטיים, המשקפים את האיני מאמין של חיינו הממלכתיים. לא הלכי רוח חולפים מכוונים את גישתנו, אלא תפישות יסוד ממלכתיות של קיומנו במדינה דמוקרטית"<sup>62</sup>. עם זאת, אותם עקרונות יסוד אף מחייבים את השופט לבחינה עצמית מעמיקה ובלתי פוסקת תוך ניסיון מרבי להתרחק מכל ערוב בין ההשקפות הסובייקטיביות של השופט כאדם לבין תפישותיו האובייקטיביות של השופט באשר למבנה החוקתי של שיטתו<sup>63</sup>. דומה, שדווקא שופט ישראלי מקצועי, שחונך על כרכי המסורת המשפטית שלנו, שספג את רוחה והתנסה בבעיותיה, ששפט את העם משפט צדק ועסק בערכי המשפט ובעקרונותיו בענפי המשפט השונים – דווקא הוא, יותר מכל אדם אחר, יוכל לעמוד בדרישות אלה. מכאן החשיבות העליונה, כי בעיות חוקתיות תובאנה להכרעתו של בית המשפט העליון הרגיל, הספוג בעבודה השיפוטית היומיומית ומגבש לעצמו אמות מידה ראויות לקיום העצמאות השיפוטית.

כך נסגר המעגל. דווקא הייחוד בחשיבה החוקתית הוא המחייב שלא לנתק חשיבה זו מהחשיבה המשפטית הכללית. אכן, אנו חיים בעולם גורמטיבי. אין פינה שאין בה משפט<sup>64</sup>. גם תחומים הנחונים לאוטונומיה של הרצון הפרטי תופשיים ממשפט רק משום שהמשפט העניק להם חופש זה. החשיבה המשפטית היא אחת, והיא מופעלת בתחומים שונים, תוך מתן ייחוד לכל אחד מהתחומים הללו: כל תחום ובעיותיו, כל

61 ראה דברי השופט לנורי כב"צ 390/79 דוקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 4: "עריין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בחשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. כמובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל עניין המובא לפני בית-משפט כדן, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, כיודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים ליבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד וכי-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה זה תפקידנו זה חובתנו כשופטים".

62 כב"צ 428/86, לעיל הערה 25, בע' 585.

63 ראה ברק, לעיל הערה 1, בע' 188; ראה כב"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513: "הלוא העיקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק".

64 ראה כב"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.

תחום והערכים והעקרונות המאפיינים אותו: אך החשיבה המשפטית מאגדת ומבטאת ייחוד זה. המשפט אינו קונפדרציה של ענפים, אלא הוא גזע אחד המהווה אחדות הנותנת ביטוי לייחוד. על כן הנני סבור כי ראוי וטוב הוא למשפטנים העוסקים במשפט הפרטי להקדיש מזמנם ולתרום תרומתם למשפט הציבורי, ובאותה מידה ראוי הוא כי משפטנים העוסקים במשפט חוקתי יעסקו גם במשפט הפרטי. לפנינו כלים שלובים, כאשר החשיבה החוקתית משפיעה על החשיבה הלב-חוקתית ומושפעת ממנה. האיזון הנערך במשפט החוקתי בין הערכים המתנגשים משפיע על איזון הנעשה בין הערכים בדיני העבודה, בדיני הנזיקין, או בכל ענף ומושפע מהם. בהעדר חוקה נוקשה, מרבית הבעיות החוקתיות בישראל לובשות בעיקרו של דבר לבוש של משפט מנהלי או של משפט פרטי: אנו מפתחים משפט חוקתי באמצעות המשפט הלב-חוקתי, ואנו מפתחים את המשפט הלב-חוקתי על בסיס עקרונות חוקתיים. כך משתלבת החשיבה החוקתית בחשיבה המשפטית הכללית, והופכת לחלק ממנה. אכן, על המשפטן להכיר בייחודה של החשיבה החוקתית. עם זאת, עליו להיות מסוגל לשלב חשיבה זו במסגרתה של חשיבה משפטית כוללת, הממלאת את היקום המשפטי שבו אנו חיים.