

עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט

מאת
אהרן ברק

"מטרייה נורמטיבית"

לעקרונות הכלליים של המשפט השפעה בתחומים שונים.¹ אחד התחומים החשובים בהם מוצא מהכוח אל הפועל מעמד המשפטי של העקרונות הכלליים הוא זה של פרשנות הטקסט המשפטי. אכן, פרשנותם של הטקסטים המשפטיים – כגון החוקה, החוק, החוזה והצוואה – מושפע מעקרונות המשפט הכלליים. השפעה זו קיימת לעניין פרשנותם של כל הטקסטים המשפטיים. עם זאת, משקלם של העקרונות הכלליים משתנה על פי מהותו של הטקסט המשפטי. לא הרי השפעתם של עקרונות כלליים בפרשנות החוקה והחוקים, כהרי השפעתם של עקרונות כלליים בפרשנות החוזה והצוואה. עם זאת, גם במקום שהשפעתם של העקרונות הכלליים היא יחסית מועטה, היא תמיד קיימת. מסקנה זו היא טבעית. כל נורמה קיימת במסגרת סביבה משפטית. הנורמה היא יצור החי בסביבתו.² הנורמה המשפטית לא קיימת בבדידותה. כל נורמה היא חלק ממרקם של שיטה. בכל שיטת משפט קיימים, זה בצד זה, כללים (rules) ועקרונות (principles).³ העקרונות משקפים ערכי יסוד ואמות מידה להתנהגות ראויה. העקרונות ממלאים

1 ראו ט' שטרסברג-כהן, "עקרונות כלליים במשפט הפרטי", המשפט 4 (חוברת 12, 2000).
2 כדברי השופט זוסמן בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד נג' (2) 513, 477: "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים, ומכאן שיש לפרשו לפי המטרה שאותו חיקוק – הוא ולא אחר – בא לשרת". דברים אלה – שהתייחסו לחיקוק – נכונים לעניינו של כל טקסט. ראו א' ברק, פרשנות במשפט 109 (כרך ד', 2001): "החוזה הוא חלק משיטת המשפט. החוזה – כמו החוק – הוא יצור החי בסביבתו".
3 להבחנה זו, ראו מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז 321 (תשמ"ז), וכן: K. Sullivan, "Foreword: The Justices of Rules and Standards", 106 *Harv. L. Rev.* 22 (1992).

את ה"יקום" הנורמטיבי. הם ה"נשמה" (ה־voluntas) האופפת את הגוף (ה־verba).⁴ כל הנורמות המשפטיות נוצרות על רקע עקרונות אלה. אך טבעי הוא, שעקרונות אלה ישמשו להבנתן של הנורמות המשפטיות. אכן, העקרונות הכלליים של המשפט מהוות "מטרייה נורמטיבית" הפרושה מעל לנורמות כולן.⁵ באמצעות "מטרייה נורמטיבית" זו מתפרשים כל הטקסטים המשפטיים כולם. כיצד נעשה הדבר, ומזי הקונסטרוקציה המשפטית המונחת ביסוד גישה זו?

פרשנות תכליתית

הקונסטרוקציה המשפטית בה עושה שימוש המשפט הישראלי, היא תורת הפרשנות התכליתית.⁶ גישתנו היא, כי כל טקסט משפטי מתפרש על פי תכליתו. מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות שהטקסט סובל בלשונו שולף הפרשן אותו מובן שיותר מכל מובן אחר מגשים את התכלית המונחת ביסוד הטקסט.⁷ גבול הפרשנות הוא גבול הלשון.⁸ הפרשן כפרשן אינו רשאי ליתן ללשון הטקסט משמעות שהיא לא יכולה לשאת אותה. במסגרת המשמעויות הלשוניות, יש ליתן ללשון הטקסט אותו מובן המגשים את תכליתו. תכלית זו עניינה הערכים, העקרונות, האינטרסים והמטרות אשר הטקסט נועד להגשים.⁹ תכלית הטקסט

- 4 ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 285, 296: "ערעור זה מעורר בעיה פרשנית קלאסית. עניינה הוא היחס הראוי בין גוף הטקסט (ה־verba) לבין הנשמה (ה־voluntas) האופפת אותו".
- 5 למושגיות של "מטרייה נורמטיבית", ראו בע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75: "עקרונות אלה אין צורך לשוב ולחזור עליהם בכל חוק וחוק, אלא מהווים הם מעין 'מטרייה נורמטיבית', הפרושה מעל דברי החקיקה כולם. נהפוך הוא, המבקש לסטות מהם צריך לעשות מעשה בכיוון הסטייה". ראו גם: בג"צ 14/86 לאו"ד נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מט(1) 421, 437; ע"א 2000/97 ניקול לינדורן נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12.
- 6 על הפרשנות התכליתית, ראו א' ברק, פרשנות במשפט 319 (כרך א', 1992).
- 7 ראו למשל: בג"צ 8233/99 ספיר בן צוק נ' שר התחבורה (טרם פורסם); ע"א 2000/97 הנ"ל; בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728, 736.
- 8 ראו ברק (הערה 2 לעיל), עמ' 229. ראו גם א' ברק, פרשנות במשפט 323 (כרך ה', 2001). ראו גם: ע"א 1900/96 איזבל טלמזיו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 827; ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 395.
- 9 ראו בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נג(2) 793, 803: "בצד הלשון עומדת התכלית. אלה הן המטרות, היעדים, האינטרסים והערכים אשר הנורמה נועדה להגשים".

היא קונסטרוקציה משפטית.¹⁰ על פי גישתנו, התכלית המונחת ביסוד הטקסט המשפטי מורכבת משני יסודות: יסוד סובייקטיבי ויסוד אובייקטיבי. היסוד הסובייקטיבי עניינו הכוונה של יוצר הטקסט. זוהי כוונתם של האבות המייסדים אשר הכינו את החוקה; זוהי כוונתם של חברי הגוף המחוקק אשר חוקקו חוק; זוהי כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה; זוהי כוונתו של המצווה. הכוונה מבטאת יסוד סובייקטיבי. היא תיאור של מציאות היסטורית-פסיכולוגית-ביולוגית שהתרחשה בעבר. היא פועלת ברמות הפשטה שונות. התכלית הסובייקטיבית, במקום שהיא פועלת, היא התכלית שאנו מבינים אותה כיום. איננו יכולים להיכנס לנעליו של יוצר הטקסט. הוא חי בזמן אחר, ואיננו יכולים לחיות מחדש את כוונותיו. כל שניתן לעשות – וכל שהתכלית הסובייקטיבית מבקשת לעשות – הוא מאמץ להבין בהווה מה רצה היוצר של הטקסט בעבר להשיג באמצעותו. היסוד האובייקטיבי – והוא המעניין אותנו, שכן מתבטאים בו ערכי היסוד של השיטה – עניינו התפקיד של הגורמה בשיטה. הוא יסוד אובייקטיבי שאינו קשור כלל לכוונה של יוצר הטקסט. הוא מצוי ברמות הפשטה שונות. ברמת ההפשטה הנמוכה ביותר הוא בוחן מה היה יוצר הטקסט מבקש להגשים באמצעותו אם הייתה לו כוונה. ברמת הפשטה גבוהה יותר הוא בוחן מה היה יוצר טקסט סביר מבקש להגשים באמצעות הטקסט. ברמת הפשטה גבוהה עוד יותר נבחן מה מבקש טקסט מסוג אותו טקסט להגשים. ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר השאלה היא מה הם הערכים והעקרונות אשר מוגשמים באמצעות אותו טקסט. פרט לרמת ההפשטה הנמוכה ביותר, כל שאר רמות ההפשטה קשורות ונגזרות מערכי היסוד של השיטה. בוודאי כך רמת ההפשטה הגבוהה ביותר, אך גם שתי רמות ההפשטה האחרות – האדם הסביר וסוג הטקסט – מושפעים במישרין מעקרונות היסוד של השיטה. כיצד משפיעים עקרונות אלה, באמצעות התכלית האובייקטיבית, על פרשנותו של הטקסט המשפטי?

ראו עוד: ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 442, 433; רע"פ 9140/99 עמוס רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 358, 349.
 10 ראו ע"א 4628/93 (הערה 4), עמ' 312: "חווה מתפרש על פי תכליתו... תכלית זו היא מושג נורמטיבי. זו קונסטרוקציה משפטית". ראו גם: א' ברק, פרשנות במשפט (כרך ב', פרשנות החקיקה, 1993) 205. התכלית היא "מוסד" משפטי, בדומה לזכות המשפטית ואישיות המשפטית.

מעמדה של הפרשנות האובייקטיבית בפרשנות התכליתית

התכלית הסופית של כל טקסט נקבעת על פי התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית גם יחד.¹¹ אין טקסט המתפרש רק על פי התכלית הסובייקטיבית, שהרי טקסט כזה לא יוכל להתפרש כאשר אין מידע על התכלית הסובייקטיבית. אין טקסט המתפרש רק על פי התכלית האובייקטיבית, שכן תמיד חשוב לדעת מה רצו יוצרי הטקסט להשיג. אכן, הפרשנות התכליתית מתחשבת הן ביסוד הסובייקטיבי והן ביסוד האובייקטיבי. הבחירה של התכלית הסובייקטיבית מושפעת על ידי התכלית האובייקטיבית; הבחירה של התכלית האובייקטיבית מושפעת על ידי התכלית הסובייקטיבית. אופקיו של הפרשן ואופקיו של הטקסט הולכים ומתמזגים.¹² על בסיס זה נקבעת התכלית הסופית, על פיה נשלפת המשמעות המשפטית של הטקסט ממגוון המשמעויות הלשוניות שלו. בעיצובה של התכלית הסופית יש לעיתים לפרשן שיקול דעת שיפוטי. עם זאת, התכלית הסופית אינה רק פרי של שיקול דעת שיפוטי. בבחירתה ישנם כללים משפטיים, אשר על הפרשן להתחשב בהם. כללים אלה משתנים על פי סוג הטקסט. אכן, הפרשנות התכליתית היא אחת. אך במסגרתה ניתן משקל שונה ליחסים בין תכלית סובייקטיבית לתכלית אובייקטיבית, על פי מהותו של הטקסט המתפרש. מהו משקל זה? נפתח בצוואה. נעבור לאחור מכן לחוזה, וממנו לחוק ולחוקה.

פרשנות תכליתית בצוואה

בקביעת תכליתה הסופית של הצוואה, יש להעניק משקל מכריע לתכלית הסובייקטיבית (כוונתו של המצווה). בדרך כלל אין בצוואות אינטרס הסתמכות, ומטרת המשפט היא להגשים את רצונו של המצווה.¹³ עם זאת, גם בפרשנות

11 ראו ע"א 4628/93 (הערה 4), עמ' 313: "תכליתו (הסופית) של החוזה מתגבשת על בסיס התכליות הסובייקטיביות (אומדן דעת הצדדים) והתכליות האובייקטיביות של החוזה". ראו גם: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 416, 355.

12 על מיוזג אופקים זה, ראו H. Gadamer, *Truth and Method* (1975); H. Gadamer, *Philosophical Hermeneutics* (1976); ראו גם לוי, *הרמנויטיקה* 116 (1988).

13 ראו ע"א 1900/96 טלמצי נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 826: "במתח שבין ה'גוף' (הטקסט של הצוואה) לבין ה'נשמה' (אומדן דעת המצווה), יש ליתן, בפרשנות הצוואה, משקל מיוחד ל'נשמה'. הטעם לכך הוא זה: האינטרס היחיד הראוי להגנה בצוואה הוא רצונו של המצווה. אין אינטרס הסתמכות ראוי להגנה של היורשים על פי הצוואה, או של כל אדם אחר... אכן, המצווה רשאי לשנות בכל עת את צוואתו. התחייבות (בחוזה או

צוואה יש מקום לתכלית האובייקטיבית. זה יהיה, בשל טבעו של המסמך, מקור משני ומשלים. ברור הוא כי אם יש התנגשות בין רצונו של המצווה לבין ערכי השיטה, יש להעדיף – בגדרי הפרשנות – את רצונו של המצווה. כמובן, פרשנות לפי רצון המצווה עשויה, בסופו של יום, להוביל לפסילתה של הצוואה כנוגדת את תקנות הציבור,¹⁴ אך לא הרי פרשנותה של הצוואה (אשר תעשה על פי רצונו הסובייקטיבי של המצווה) כהרי תוקף הצוואה (אשר תבחן על פי ערכי השיטה). אך רבים הם המקרים – בוודאי רבים המקרים הקשים הבאים בפני בתי המשפט – בהם איננו יודעים את רצונו של המצווה.¹⁵ במצב דברים זה, תקבע תכליתה של הצוואה על פי תכליתה האובייקטיבית של הצוואה. תכלית זו, ברמות ההפשטה הגבוהות שלה, נקבעת על פי העקרונות הכלליים של המשפט.¹⁶ כך, למשל, המצווה מצווה את רכושו לילדיו. הוא אינו קובע באיזה חלק יזכה כל יורש. כוונתו הסובייקטיבית אינה ידועה. במצב דברים זה יחול העיקרון הכללי של המשפט בדבר השוויון. הירושה תחולק שווה בשווה בין כל הילדים.¹⁷ ושוב: מצווה רשאי לחלק את רכושו באופן הגורם עוול ליורשיו. אך מקום שכוונתו אינה ידועה, יחולק הרכוש באופן המונע עוול זה. דוגמאות נוספות להפעלתם של עקרונות היסוד של השיטה בגדרי התכלית האובייקטיבית הוא בתפיסה, כי המצווה פועל בסבירות ובהיגיון,¹⁸ וכי יש למנוע תוצאה של "ירשע וטוב לו",¹⁹ תוך שיש להגשים את טובת הציבור.²⁰ על כן, תהא זו תכלית אובייקטיבית של הצוואה למנוע נעילת דלתות בית המשפט מפני המבקשים לתקוף את תוקף הצוואה.²¹ בדומה תהא

בצוואה עצמה) של לשנותה אינה תופסת (סעיף 27 לחוק הירושה). מטרת דין הצוואה בכלל – ודיני פרשנות הצוואה בפרט – הוא להגשים את רצונו (אומד דעתו) של המצווה. ראו גם ע"א 724/87 **כלפה (גולד) נ' גולד**, פ"ד מח(1) 22, 28; טדסקי, "צוואה משותפת", עיוני משפט ו 662 (תשל"ח-תשל"ט).

14 סעיף 34 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

15 ראו T. Atkinson, *Law of Wills* 813 (2nd ed., 1953).

16 ראו א' ברק, **פרשנות במשפט** 269 (כרך ה', 2001).

17 הוראה מפורשת בעניין זה מצויה בסעיף 48 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. היינו, מגיעים לאותה מסקנה, גם בהיעדר הוראה, וזאת מכוח העקרונות הכלליים.

18 ראו ברק (הערה 16), עמ' 283.

19 ראו ע"א 3798/94 **פלרני נ' פלרני**, פ"ד ג(3) 133 וכן H. Hart and S. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* 68 (1994), וכן ברק (הערה 16), עמ' 284.

20 ראו ברק (הערה 16), עמ' 285.

21 ראו ע"א 245/85 **אנגלמן נ' קליין**, פ"ד מג(1) 772, 786.

זאת תכלית אובייקטיבית של הצוואה למנוע השמדת יצירות אמנות, לאור עניין הציבור בהן.²² כן תהא זו התכלית האובייקטיבית של הצוואה למנוע שלטון המצווה (מקברו) על עתיד נכסיו לדורות הבאים ("מניעת שלטון המת").²³

פרשנות תכליתית בחוזים

בקביעת התכלית הסופית של חוזה יש להעניק – כמו בצוואה – משקל מכריע לתכלית הסובייקטיבית (כוונה). זוהי התכלית הסובייקטיבית המשותפת לשני הצדדים. לא די בתכליתו הסובייקטיבית של צד אחד בלבד.²⁴ בצד תכלית סובייקטיבית זו – וכתכלית מסייעת ומשנית – עומדת התכלית האובייקטיבית. כמו כן, כמו בצוואה, כאשר התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים מתנגשת בתכלית האובייקטיבית, יד התכלית הסובייקטיבית המשותפת על העליונה. כמו בצוואה, כך גם בחוזה, עשוי להיווצר מצב שבו המובן שיינתן לחוזה בשל ההתחשבות בתכלית הסובייקטיבית ודחיית התכלית האובייקטיבית, יגרור אחריו בטלות החוזה כנוגד את תקנת הציבור.²⁵ אך כידוע מובן לחוד ותוקף לחוד. כמו בצוואה – ואף ביתר שאת בחוזים – רבים הם המקרים בהם יתקשה הפרשן לעצב תכלית סובייקטיבית שהיא משותפת לצדדים. לעיתים קרובות יש לצדדים כוונה סובייקטיבית שהיא רלוונטית לבעיה הפרשנית, אך כוונה זו אינה משותפת, ועל כן אין להתחשב בה (אם כי היא עשויה להוביל לקיומה של טעות בחוזה).²⁶ לעיתים אין כלל כוונה סובייקטיבית שהיא רלוונטית. במקרים אלה ואחרים אין מנוס מפניה לתכלית האובייקטיבית. זו משקפת, בין השאר, את העקרונות הכלליים של המשפט. אכן, עקרונות היסוד של המשפט אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד. אין הם מוגבלים למשפט חוקתי או מנהלי. עקרונות היסוד של המשפט, כשם כן הם. הם חודרים לכל תא משפטי. הם חלים בכל

22 השוו ע"א 245/85 (הערה 21 לעיל).

23 לסוגיה זו של "שלטון הרפאים" ראו בר"ע 108/75 גרייבר נ' גרייבר, פ"ד כט(2) 673, 679, וכן ש' שילה, פירוש לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, 372 (1992).

24 ראו ברק (הערה 2), עמ' 415.

25 ראו סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

26 על היחס בין פרשנות החוזה לטעות בו, ראו ברק (הערה 2), עמ' 124.

נורמה משפטית.²⁷ על כן הם חלים גם בפרשנותו של החוזה.²⁸ על כן נפרש חוזה באופן שיגשים את עקרון השוויון,²⁹ ושיביא לתוצאה צודקת.³⁰ בדומה, נפרש חוזה כדי שיביא לתוצאה סבירה, הגיונית והוגנת;³¹ נפרש חוזה באופן שיעלה בקנה אחד עם דרישות תום-הלב³² ועם הכרה בזכויות האדם.³³ על כן נראה זאת כאחת מתכליותיו האובייקטיביות של כל חוזה בישראל לקדם את חופש הביטוי³⁴ ואת חופש התנועה.³⁵ כן נראה זאת כתכליתו האובייקטיבית של כל חוזה לקדם את חופש העיסוק³⁶ ואת השוויון.³⁷

פרשנות תכליתית בחוקים

כאשר אנו עוברים מטקסטים של המשפט הפרטי לטקסטים של המשפט הציבורי, גובר המשקל של התכלית האובייקטיבית. עם חקיקתו של החוק הוא ניתק

- 27 ראו ברק (הערה 2), עמ' 550. ראו גם ע"א 294/91 חברת קדישא נחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530: "עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם". ראו עוד: א' ברק, "תחולת זכויות היסוד במשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (1992) 165.
- 28 ראו ברק (הערה 2), עמ' 552. ראו גם ע"א 294/91 (הערה 27), עמ' 530: "כללי המשפט הציבורי מוצאים את ביטויים בתחומי המשפט הפרטי בדמות עקרונות פרשנות שונים, המופעלים על פעולות משפטיות במשפט הפרטי".
- 29 ראו ברק (הערה 2), עמ' 553. ראו גם ע"א 4869/96 מליליין בע"מ נ' The Harper Group, פ"ד נב(1) 845.
- 30 ראו ברק (הערה 2), עמ' 553, וההפניות שם.
- 31 ראו ברק (הערה 2), עמ' 544, וההפניות שם.
- 32 ראו ברק (הערה 2), עמ' 222, וההפניות שם.
- 33 ראו ברק (הערה 2), עמ' 555, וההפניות שם.
- 34 ראו Garfield, "Promise of Silence: Contract Law and Freedom of Speech", 83 *Cornell L. Rev.* 261 (1998).
- 35 השוו בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(2) 491.
- 36 ראו בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702.
- 37 ראו רע"א 1185/94 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145.

מהמחוקק.³⁸ יש לו חיים משלו. ידועה האמרה כי החוק חכם מהמחוקק.³⁹ כל אלה מגבירים את המשקל של התכלית האובייקטיבית. עם זאת, אין בכך כדי ליתר לחלוטין את התכלית הסובייקטיבית ("כוונת המחוקק"). משקלה שלה נקבע על פי התאוריה הפוליטית שבית המשפט מוכן לקבלה. כאשר המחוקק חוקק חוק, הוא עשה כן לא למטרות של גיסיון מופשט. הוא ביקש, באמצעות לשון החוק, להגשים מטרות חברתיות. לרצון זה יש ליתן משקל. השאלה היא, מהו משקל זה? שאלה זו טרם התבהרה סופית בישראל. לעיתים קרובות שופטים מביאים את ההיסטוריה החקיקתית של החוק ומבקשים ללמוד ממנה על כוונת המחוקק.⁴⁰ מהו המשקל שהם נותנים לנתון זה – קשה לומר. ברוב המקרים הפנייה היא שטחית למדי, ונועדה להצדיק הוצאה שהפרשן הגיע בלעדי היסטוריה זו. הנתונים על הכוונה הם מעטים ודלים. במצב הקיים כיום קשה לקבוע עמדה ברורה של המשפט הישראלי בעניין זה. כשלעצמי, הנני סבור כי יש להתחשב ברצונו של המחוקק בפרשנות החקיקה. ביסוד גישתי זו מונחת תאוריה מדינית לפיה למחוקק מעמד-על. במשטר דמוקרטי אם מעניקים למחוקק את סמכות החקיקה, הרי משמעות הדבר היא, כי מכירים בכוחו לחוקק אותם חוקים שהוא מתכוון לחוקק.⁴⁰ עם זאת, אין להעניק לרצון זה משקל מכריע. משקלה של כוונת המחוקק ישתנה מעניין לעניין. לא הרי משקלה בחוק "צעיר" כהרי משקלה בחוק "זקן"; לא הרי משקלה בחוק "טכני" כהרי משקלה בחוק "ערכי"; לא הרי משקלה בחוק הפוגע בזכויות אדם כהרי משקלה בחוק שאינו פוגע בזכויות אדם; לא הרי חוק שחוקק במסגרת משטר דמוקרטי כהרי חוק (ישן) שחוקק במשטר לא

38 ראו ח' כהן, "חומר הכנה" (בתוך) מבחר כתבים (בורסי, תשנ"ב), 360. ראו גם: בג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פד מח(5) 1, 26.

39 ראו G. Radbruch, "Legal Philosophy", *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin* 142 (1950): "The interpreter may understand the law better than its creators understood it. The law may be wiser than its authors - indeed, it must be wiser than its authors". לאחר שהבאתי את דעתו של פרופסור רדברוך, ציינתי באחת הפרשות: "אכן, לא פעם צריך המחוקק, תוך חיוך על שפתיו, לומר – כפי שהקדוש ברוך הוא אמר שעה שהקשיב לדין ולדברים שבין ר' אליעזר ור' יהושע חבריו – 'נצחוני בני, נצחוני בני'". בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764.

40 על ההיסטוריה החקיקתית בפרשנות החוק, ראו ברק, פרשנות במשפט 351 (כרך ב, 1993).

40 ראו J. Raz, "Intention in Interpretation", in P. George (ed.), *The Autonomy of Law* 249 (1996).

דמוקרטי.⁴¹ לא הרי משקלה בחוק העוסק בגורה צרה ומתוחמת כהרי משקלה בחוק (קודקס) העוסק בתחום חיים נרחב.⁴² ודוק: במקום שניתן משקל לכוונת המחוקק – ומשקל זה משתנה כאמור לפי סוגו של החוק – הרי זה רק באותם מצבים בהם יש נתונים ברורים ומדויקים על כוונה זו. כאשר החוק פוגע בזכויות אדם, נדרש לעיתים כי על כוונת המחוקק ניתן יהיה לעמוד מלשונו המפורשת של החוק עצמו. כאשר אין נתונים ברורים ומדויקים על הכוונה הסובייקטיבית – וזהו המצב בישראל ברוב המקרים – אין ליצור אותה באופן מלאכותי. יש לומר אמת, והאמת היא שההיסטוריה הפרלמנטרית אינה עוזרת לרוב, ותחת "כוונת המחוקק" צריכה לבוא "כוונת החוק" שאינה אלא העקרונות הכלליים של המשפט. אשר לתכלית האובייקטיבית, הרי שזו פועלת בתחומים נרחבים בפרשנות החוק. היא נותנת ביטוי לערכי היסוד של השיטה.⁴³ באחד מפסקי הדין ציינתי כי החוק יתפרש על פי תכליתו האובייקטיבית, וכי תכלית זו עניינה, בין השאר, העקרונות הכלליים של המשפט. כאשר לעקרונות אלה, ציינתי:⁴⁴

עקרונות כלליים אלה כוללים בחובם עקרונות של שוויון, צדק, מוסר. הם משתרעים על מטרות חברתיות של הפרדת רשויות, שלטון החוק, חופש הביטוי, חופש התהלוכה, הפולחן, העיסוק, כבוד האדם, טוהר השיפוט, שלום הציבור ובטחונו, ערכיה הדמוקרטיות של המדינה ועצם קיומה. עקרונות אלה כוללים תום לב, צדק טבעי, הגינות וסבירות.

רשימה זו אינה סגורה. ביסודה עומדים שלושה סוגים של עקרונות כלליים: ערכים אתיים (כגון צדק, מוסר, זכויות אדם), מטרות חברתיות (כגון, קיום המדינה, ודאות וביטחון בהסדרים הבינאישיים, זכויות אדם) ודרכי התנהגות ראויות (כגון, סבירות, הגינות ותום לב). ההבחנה בין הסוגים אינה מדויקת וגם אינה חשובה במיוחד.

41 ראו בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 626-628; בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 711-712.

42 לפרשנותה של הקודיפיקציה האורחית, ראו א' ברק, חוק השליחות 153 (כרך א', 1996).

43 ראו ברק (הערה 40) 417. ראו בג"צ 693/91 (הערה 39 לעיל), עמ' 769: "אנו מפרשים דבר חקיקה על רקע התפיסה כי הוא נועד להגשים זכויות אדם, לקיים את שלטון החוק והפרדת הרשויות, להבטיח צדק ומוסר, להגן על קיומה של המדינה ובטחונה... עקרונות יסוד אלה, הם 'הנשמה היתרה' של שיטת המשפט".

44 ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 218. ראו גם בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 432; בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 147.

פרשנות תכליתית בחוקה

המשקל הנכבד ביותר שאנו נותנים לעקרונות הכלליים הוא בפרשנותה של החוקה.⁴⁵ אכן, מעבר לחוקה קיימים ערכי היסוד של השיטה.⁴⁶ החוקה מעגנת ערכי יסוד אלה, אך גם מתפרשת על ידם. החוקה עצמה קובעת לעיתים במפורש שיש לפרשה על פי ערכי יסוד אלה. כך, למשל, סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע:

עקרונות יסוד

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

ההכרזה מציינת, למשל, את ערך השוויון כערך מרכזי. מן המפורסמות הוא, ששיטות המשפט חלוקות בעמדתן כלפי "הכוונה המקורית של האבות המייסדים" (ה"original intent of the founding fathers").⁴⁶ עמדתי שלי היא, שכאשר הטקסט המתפרש הוא חוקה, יש ליתן לכוונת היוצרים משקל מועט. המשקל המרכזי צריך להיות לתפיסות היסוד החברתיות המודרניות.⁴⁷ חוקה צריכה להיות מסמך חי⁴⁸ ולהידמות ל"עץ חי",⁴⁹ אסור שיוצריה ישלטו עלינו מקבריהם. מהותו של הטקסט החוקתי, כמכוון התנהגות אנושית וכקובע את דרכה של המדינה, מצדיקה מתן משקל מועט – אם גם לא אפסי – לכוונתם של יוצרי החוקה.

45 על פרשנות החוקה, ראו א' ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ג', 1994). ראו גם ברק, "פרשנותם של חוקי היסוד", **משפטים** כב 31 (1992).

46 P. Brest, "The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradiction of Normative Constitutional Scholarship", 90 *Yale L. J.* 1063 (1981); J.O. Newman, "Between Legal Realism and Neutral Principles: The Legitimacy of Institutional Values", 72 *Cal. L. Rev.* 200 (1984).

46א J. Rakova, *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (1990).

47 ראו ברק (הערה 45), עמ' 80.

48 A.S. Miller, "Notes on the Concept of the Living Constitution", 31 *Geo. Wash. L. Rev.* 881 (1967);

Renquist, "The Notion of a Living Constitution", 54 *Tex. L. Rev.* 693 (1976).

49 על המטאפורה של "עץ חי" (a living tree), ראו *Edwards v. A. G. of Canada* [1930] A.C. 124, 136; *Reference Re S. 94(2) Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 508.

העקרונות הכלליים של המשפט

ראינו כי לעניין פירושם של כל הטקסטים, נזקק הפרשן הישראלי לעקרונות הכלליים של המשפט. משקלם הולך וגובר במעבר מצוואה לחוזה, ומשני אלה לחוק ולחוקה. לעניין עקרונות כלליים אלה מתבקשות מספר הערות:

(א) העקרונות הכלליים הם העקרונות המודרניים של היום.⁵⁰ השאלה אינה מה היו העקרונות הכלליים בעת יצירתו של הטקסט. השאלה היא, מה הם העקרונות הכלליים היום, בעת מתן פירוש לטקסט. אכן, העקרונות הכלליים נמצאים בשינוי מתמיד. עקרונות ישנים מוצאים מהשיטה ועקרונות חדשים מוחדרים אליה. זהו תפקידו של השופט לעמוד על תופעה זו, תוך זיהוי השינוי המתרחש.⁵¹

(ב) לא כל העקרונות הכלליים הם בעלי משקל זהה. משקלם נקבע על פי חשיבותם היחסית. אף כאן, זהו מתפקידו של השופט לתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה, ובאמצעותם לקבוע את המשקל היחסי של העקרונות הכלליים השונים.

(ג) העקרונות הכלליים נמצאים לעתים קרובות בהתנגשות פנימית. ליד כל תזה מצויה אנטי-תזה. נדרשת סינתזה. השופט מתבקש לאזן בין העקרונות המתנגשים. איזון זה מחייב מתן משקל לעקרונות השונים, והכרעה בהתנגשות בנקודת החיכוך. בית המשפט בישראל פיתח ב-52 שנות המדינה תורה מגובשת

50 ראו ברק (הערה 40), עמ' 474.

51 ראו בג"צ 58/68 (הערה 2), עמ' 602: "תפקידה של המדינה הוא התפקיד – כך מלמדת התורה הדמוקרטית – למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם ההליך של השתכנועויות משותפת (common conviction) אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי (general will) שהם יהפכו להיות בעל כוח מחייב וישאו את הגושפנקא והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי. יושם לב, כי תוכנו של השכנוע האמור איננו שהנורמות והסטנדרטים הם צריכים עדיין להיוולד בעתיד, אלא שהם כבר קיימים בהווה ויש בהם אמת, הגם שחסרה להם הגושפנקא הרשמית של החוק. נמצא, כי הקונסנסוס של החברה, באשר לאמיתותה וצדקתה של נורמה זו או אחרת, קודם לזכייתה להכרה משפטית על ידי המדינה. גם ברור, כי התהליך של היווצרות הסכמה חברתית שכזאת איננו מתחיל ומסתיים ביום אחד; זהו תהליך של התפתחות הדרגתית, הנמשך זמן רב ואף מתחדש בכל עת" (הנשיא אגרנט).

של איזונים בין ערכים מתנגשים.⁵² אנו מבחינים בין איזון עקרוני לאיזון אד-הוק,⁵³ ובין איזון אנכי⁵⁴ ואיזון אופקי.⁵⁵

(ד) הפעלתם של העקרונות הכלליים על ידי השופט המפרש טקסט משפטי צריכה להיות אובייקטיבית. לא את ערכיו הכלליים שלו, אלא את ערכיה הכלליים של השיטה, צריך השופט לבטא.⁵⁶ עם זאת, יהיו בוודאי מקרים – אלה הם המקרים הקשים במיוחד – בהם הפעלה אובייקטיבית של העקרונות הכלליים בלתי אפשרית. במקרים אלה מותר לפנות לתפיסות סובייקטיביות של השופט הפרשן.⁵⁷ לשיטתי שלי, הערך המכריע במצב דברים זה הוא הצדק. אכן, כאשר השופט מצוי בסוף דרכו וניתן בידו שיקול דעת שיפוטי, המשפט והצדק אינם מתנגשים זה בזה. המשפט אינו עומד בדרכו של הצדק. השופט מחפש את האיזון הראוי. הוא מחפש את האיזון הצודק. בשלב זה, השופט הפועל על פי המשפט הוא השופט הפועל להגשמת הצדק. בשלב סופי זה של התהליך השיפוטי – כאשר אמות המידה האחרות אינן מועילות עוד – ראוי לו לשופט כי יפנה אל תחושת הצדק שלו. זוהי "גשמתו היתרה" של הצדק, שאין הוא רק אחד מעקרונות השיטה, אלא הוא גם בעיני הערך השיורי, שבידו להכריע במקרים הקשים. אם בעימות בין משפט לצדק – משפט עדיף, הרי בעימות בין משפט למשפט – הצדק עדיף. משפט וצדק נפגשים.⁵⁸

- 52 על תורת האיזונים, ראו ברק (הערה 45), עמ' 215; ברק (הערה 40), עמ' 679.
- 53 להבחנה זו, ראו ברק (הערה 40), עמ' 687. ראו בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 881 ("עקרון רציונלי"); ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 ("אמת המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי").
- 54 לאיזון האנכי, ראו ברק (הערה 40), עמ' 688; ברק (הערה 45), עמ' 220. איזון זה הוא בין זכות אדם מזה לבין אינטרס ציבורי מזה. במשטר חוקתי, בו זכויות האדם מעוגנות בחוקה, והאינטרס הציבורי מתגלם בדבר חקיקה, האיזון האנכי אין מצמצם את הזכות עצמה. הוא קובע אך את היקף ההגנה עליה. ראו למשל: בג"צ 73/53, לעיל הערה 53.
- 55 לאיזון האופקי, ראו ברק (הערה 40), עמ' 695; ברק (הערה 45), עמ' 221. איזון זה הוא בין זכויות אדם מתנגשות. הזכות לפרטיות או לשם הטוב מתנגשת עם הזכות לחופש הביטוי. תוצאת ההתנגשות הוא צמצום הדדי של היקף הזכות החוקתית עצמה. ראו למשל: בג"צ 2481/93 דיין נ' וילק, פ"ד מח(2) 456.
- 56 על אובייקטיביות שיפוטית, ראו א' ברק, שיקול דעת שיפוטי 187 (1987); ברק (הערה 45), עמ' 201. ראו גם, N. Stavropoulus, *Law and Objectivity* (1992); K. Greenawalt, *Law and Objectivity in Law* (1996).
- 57 ראו ברק (הערה 56), עמ' 192.
- 58 ראו ברק, "על משפט, שיפוט וצדק", מבחר כתבים 741 (כרך א', 2000). הרשימה פורסמה גם במשפטים כו 5, 8 (1996).

(ה) כדי להקל על "חדירתם" של העקרונות הכלליים לפרשנותו של הטקסט המשפטי, פיתחו בתי המשפט "חזקות" (praesumptiones) באשר לתכליתו של הטקסט.⁵⁹ כך, למשל, חזקה היא שהרכוש של המצווה יחולק שווה בשווה בין יורשים מאותה דרגה;⁶⁰ חזקה היא שחווה מבקש להגשים תוצאה סבירה וצודקת;⁶¹ חזקה היא שחוק פוגע אינו רטרואקטיבי;⁶² חזקה היא שהחוקה תפורש באופן המקדם הפרדת רשויות ושלטון החוק. על פי עצם מהותן, "חזקות התכלית" ניתנות לסתירה. דרכי הסתירה משתנות מטקסט לטקסט. בעניין זה טרם פותחה תורה כללית בישראל. בעיני יש ל"חזקות התכלית" – המשקפות את העקרונות הכלליים של המשפט – מעמד מרכזי בתורת הפרשנות.⁶³

(ו) בעיה המתעוררת לעיתים היא זו: המותר לפנות לתכלית האובייקטיבית, כאשר הפרשן – בקריאה ראשונית של הטקסט המשפטי – מגיע למסקנה כי עולה מתוכו תכלית סובייקטיבית ברורה. אין בעניין זה הלכה כללית במשפט הישראלי. לדעתי, התכלית האובייקטיבית חלה מיד ותמיד. תחולתה אינה מותנית במילוי תנאים מוקדמים כלשהם (כגון, שהטקסט לא ברור). אכן, אנו ניגשים לקריאתו של כל טקסט עם מטען רוחני מסוים, אשר העקרונות הכלליים של המשפט הם חלק מרכזי בו.⁶⁴ הטקסט הופך לברור רק בסיומה של הקריאה – לא בתחילתה.⁶⁵ על כן יחולו העקרונות הכלליים של המשפט בפרשנותו של כל

59 על החזקות בפרשנות המשפט, ראו ברק (הערה 40), עמ' 477; ברק (הערה 2), עמ' 563; ברק (הערה 16), עמ' 287. על חשיבותן של החזקות בפרשנות, ראו Du Plessis, *The Interpretation of Statutes* 52 (1981).

60 ראו ברק (הערה 16), עמ' 305.

61 ראו ברק (הערה 2), עמ' 623.

62 ראו ברק (הערה 40), עמ' 609.

63 ראו הערה 59 לעיל.

64 ראו בג"צ 5503/94 סגל ג' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 562: "פירושו של חוק הכנסת אין הוא כפירושו של חרס עתיק, שלא ידענו מאיזו תקופה בא ומי חרת בו. בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובצקלוננו מטען של שפה ולשון, הגדרות לשון ומשמעויות, מנהגות-חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים. מוחנו ולבנו הוכשרו למעשה הפרשנות, ביודעין ובלא-יודעין. בבואנו אל מלאכת הפרשנות לא ציידנו עצמנו אך במילון. גם התניך ומורשתנו בנו, גם אהבת האדם, גם הצורך המובנה בנו להיות בני-חורין. כך באים אנו אל חוק הכנסת, מצויידיים בכל אותם כלי מלאכה, ועושים כמיטבנו לפירושו של הטקסט". דברים יפים אלה הם ביטוי לרעיון של "הבנה מוקדמת": ראו ברק (הערה 6), עמ' 77.

65 ראו ג' טדסקי, **מסות במשפט** 1 (1978): "מחשבת אינה יכולה לפעול בנו, אלא אם היא נקלטת על ידינו, אם בא מצידנו אותו שיתוף-פעולה המהווה דווקא את התהליך הפרשני;

טקסט משפטי ובכל מקרה, בלא כל דרישות מקדמיות. משקלן של העקרונות ייקבע, כפי שראינו, על פי סוגו של הטקסט.

סוף דבר

לעקרונות הכלליים של המשפט תפקיד מרכזי בכל שיטת משפט. טבעה וטיבה של כל שיטת משפט ניכר במעמדם של העקרונות הכלליים בה, וביחס שבין עקרונות אלה לבין כללי המשפט. גמישותה של השיטה ומידת הפורמליזם שלה נקבעות, בין השאר, על פי יחסה של השיטה לעקרונותיה הכלליים. מעמד השפיטה ותפקידה קשור, בין השאר, במעמדם של ערכי היסוד בשיטת המשפט. אכן, כל שיטת משפט צריכה להתבסס על עקרונות ועל כללים. לא די בעקרונות בלבד. נדרשת קונקרטיזציה באמצעות כללים. אך אין להתבסס על כללים בלבד. נדרשת ה"נשמה היתרה" של העקרונות. "נשמה יתרה" זו קיימת בכל שיטת משפט. אחד מביטוייה המובהקים הוא בפרשנותם של הטקסטים המשפטיים.

בין אם הפירוש קשה ומייגע, ובין אם הוא נעשה על נקלה ואף ללא משים. והנה, גם במקרה האחרון, בוא יבוא הפירוש, ודווקא הקלות והבטחון, בהם הוא נעשה, מתירים לנו להסיק המסקנה כי אכן הטקסט או ההתנהגות הנדונים – ברורים הם. קביעתה של האימרה הלאטינית [in claris non fit interpretation] אינה נכונה... מדברי האומר שמזון קל אינו דורש עיכול. שכן, גם כאן קלות העיכול ומהירותו הן הן המוכיחות את היות המזון קל. אחרת, אין לייחס לקביעה מעין זו מובן כלשהו; ראו גם בג"צ 47/83 תור אוויר (ישראל) בע"מ נ' יושב ראש המועצה לפיקוח על הנבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 176: "נמצא כי כל חוק, לרבות זה שלשוננו 'ברורה', מחייב פרשנות. החוק הוא 'ברור' רק לאחר שהפרשנות ביררה אותו. אין הוא ברור ללא פרשנותו. אין מילים 'ברורות' כשלעצמן. אכן, אין לך דבר פחות ברור מהקביעה, כי המילים הן 'ברורות'; בג"צ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3, 13: "דיבור זה [מכל סיבה] – ככל דיבור אחר – זקוק לפרשנות. אין טקסט שאינו זקוק לפרשנות. כל טקסט נקלט בנו לאחר שפרשנו אותו (במודע או שלא במודע)... טקסט אינו מדבר 'כשלעצמו'. אין לטקסט משמעות קדם-פרשנית. טקסט משיב לשאלות שאנו שואלים אותו, והוא מדבר אלינו באמצעות פרשנותו. כל הוראה מחייבת פרשנות... הקביעה כי הוראת הטקסט ברורה היא, ועל כן אינה מצריכה פרשנות, היא קביעה פרשנית, הבאה לאחר מעשה הפרשנות, ולא לפניו."