

**פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית\***

מאת

אהרן ברק\*\*

- א. הקדמה
- ב. התחדשות הפרשנות
- ג. שאלות הדורשות פתרון
- ד. "קהיליה פרשנית"
- ה. תורת פרשנות
  1. תורת פרשנות: יסוד לשוני
  2. תורת פרשנות: יסוד ערכי
  3. תורת פרשנות: יסוד אובייקטיבי
  4. תורת פרשנות: יסוד מקומי
- ו. מודלים של פרשנות
- ז. המודל המוצע: מטרת החקיקה
  1. מהות המודל
  2. מטרת החקיקה ויסודות המודל הראוי
  3. מטרת החקיקה והיסוד האובייקטיבי
- ח. תורת פרשנות – על שום מה?
- ט. סוף דבר

**א. הקדמה**

צלטנר היה שופט וחוקר. כשופט הוא ביקש ליתן פתרון לבעיות המשפטיות בהן עסק. כחוקר הוא ראה את הבעיה הטמונה בפתרון שניתן. בעיקר הטרידה אותו הקודיפיקציה החדשה שלנו.<sup>1</sup> "כמו כל חקיקה מהווה אף היא רק חלק זעום מן הדין, כאותו קצה של קרחון הצף מעל פני המים. תשעה מעשרת חלקיו עדיין נסתרים. מילות הקודקס נראות –

\* דברים שנישאו בטקס זכרון במלאת שבע שנים לפטירתו של פרופ' צלטנר ז"ל.  
\*\* שופט בית המשפט העליון.  
1 ראה: ז' צלטנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה" הפרקליט כט (תשל"ה) 56, 198; ז' צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970" עיוני משפט ג (תשל"ג) 121; ז' צלטנר, "דיני החוזים בישראל (הוראות כלליות)" הפרקליט כח (תשל"ב) 329.

אך חלק הארי של הדין נמצא בתורת המשפט<sup>2</sup>. והנה אצלנו – טען צלטנר – אינה קיימת תורת משפט. בעוד שמדרך הטבע הקודקס צומח ממדע המשפט, כפרח מן הקרקע, הרי אצלנו הקודקס הוא המצמיח את תורת המשפט, בחינת צמח הבורא את הקרקע.<sup>3</sup> צלטנר היה סקפטי לגבי תהליך זה. הוא חשש כי לא יעלה בידנו ליצור תורת משפט משלנו, וכי נשליט עלינו תורת משפט זרה. בעיקר חשש מהפיתוי שבהשלטתה של תורת המשפט האנגלית על הקודיפיקציה שלנו, דבר שהיה יוצר "שעטנוז" גרוע מזה שידענו אותו תחת שלטונו של הדין הקודם. הוא שאל: "היעמוד המשפטן הישראלי בפני פיתוי זה? הייצור תורת משפט התואמת את חוקיו?"

שאלה זו נשאלה על ידו לפני עשר שנים. נראה לי כי במשך תקופה זו התפתחה שיטתנו בקווים הרצויים לצלטנר. החשש מהשתעבדות מחודשת לתורת המשפט האנגלית לא התאמת. גם לא החלפנו את תורת המשפט האנגלית בתורת משפט קונטיננטלית. במשך תקופה זו נעשה נסיון חשוב, על ידי שופטים<sup>4</sup> וחוקרים<sup>5</sup> כאחד, לגבש תורת משפט עצמאית משלנו. כך, למשל, גיבשנו את המושגיות המשפטית של "הבטלות",<sup>7</sup> "תום הלב",<sup>8</sup> "הפעולה המשפטית",<sup>9</sup> "תקנת הציבור",<sup>10</sup> וכיוצא בהם מושכלות ראשוניים

2 ו' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, תשל"ד) 12.

3 שם, בע' 14.

4 שם, שם.

5 ראה הערות 7-10 להלן. יש להזכיר כמובן, את תרומתה של הפסיקה מאז קום המדינה, לפיתוחה של תורת משפט ישראלית: ראה, למשל, כג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' וייצמן, פ"ד ה 801; ע"פ 25/51 פודמסקי, ואח' נ' היועמ"ש, פ"ד ו 341. כן יש להצביע על תרומתם של שופטים, מחוץ לכתלי בית המשפט, לפיתוחה של תורת משפט ישראלית. ראה, למשל, י' זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", ספר יובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, תשכ"ב) 147; י' זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213; י' זוסמן, "תום לב' בדיני חוזים – הויקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (תשל"ט) 485; מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292; מ' לנדוי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תשמ"מ) 196; א' ויתקון, פוליטיקה ומשפט (האוניברסיטה העברית, תשכ"ה); א' ויתקון, משפט וחברה (דביר, תש"ו); א' ויתקון, "הזכות המהותית במשפט המנהלי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 5.

6 ראה: ג' טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו (ניומן, מהדורה 2, תשי"ט); ג' טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (מפעל השכפול, תשי"ט); ג' טדסקי, מסות במשפט (האוניברסיטה העברית, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ח). ראה גם רשימת המאמרים בהערות לרשימתי, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5.

7 ראה: ע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 57; ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337.

8 ראה: ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617; כג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"שבע בע"מ, ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, ואח', פ"ד לה(1) 828; ע"א 230/80 מנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ, ואח' נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713; ד"ג 7/81 מנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ, ואח' נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673.

9 ראה: ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533.

10 ראה: ע"א 461/62 "צים", ואח' נ' מויאר, פ"ד יז 1319; רוט נ' ישופה, לעיל הערה 8; ע"א

ומושגי מפתח יוריספרודנטליים.<sup>11</sup> אט-אט אנו בונים במרידינו תורת משפט "אופרטיבית" ישראלית, הצומחת מפרי הקודיפיקציה שלנו, והמסייעת לצמיחתה והתפתחותה.<sup>12</sup>

אחד המרכיבים היסודיים של תורת משפט אופרטיבית הוא מכלול הכללים לפירושים של חוקים.<sup>13</sup> תורת המשפט היא "החלק הכללי" של השפיטה, ובמסגרתה נועד תפקיד חשוב לתפיסת יסוד באשר לפרשנות המשפט על ידי השפיטה. על תורת הפרשנות ויסודותיה אעמוד ברשימתי זו.<sup>14</sup>

### ב. התחדשות הפרשנות

פרשנות המשפט הוא נושא שמרבים להתעניין בו לאחרונה בישראל ומחוצה לה.<sup>15</sup> אין זו תופעה ברורה מאליה. הדעה המקובלת מזה זמן רב היתה כי פרשנות היא נושא שאבד עליו הכלח.<sup>16</sup> אלה שביקשו לעשות עמה חסד ציינו, כי הפרשנות היא אמנות, אשר יותר משניתן להבין אותה יש להרגיש אותה, ויותר משניתן לפעול בה על פי כללים יש לפעול בה על פי תחושה.<sup>17</sup> תרמו לכך מספר סיבות. במישור הפילוסופי, התפתחו השקפות על תורת המשפט, שלא ייחסו חשיבות לכללי הפרשנות, שכן ההכרעה ניתנה לדעת הדוגלים בהן, לשיקול דעתו החפשי של השופט. אם השופט עושה כרצונו, אין צורך בכללי פרשנות אשר מטרתם לכבול את החופש השיפוטי.<sup>18</sup> במישור הפרגמטי צויין, כי לכל ענין ניתן להציג כללי פרשנות נוגדים, ומכאן חוסר התועלת שבהם.<sup>19</sup> אין הם

- 566/77 דיקר נ' מוך, ואח', פ"ד לב(2) 141; ע"א 310/79 ורשכסקי נ' י.מ.ש. אילן נהול והשקעות בע"מ, פ"ד לד(2) 743.
- 11 ראה: א' ברק, לעיל הערה 6, בע' 5; א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האורחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15.
- 12 על הקשר בין משפטנו המתחדש לבין המשפט העברי ראה: ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, ואח', פ"ד לה(2) 785.
- 13 ראה, למשל, י' זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 5. פרופ' ידן הקדיש לנושא זה ארבע רשימות: "על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט יג (תשי"ז) 305; "עוד על פירוש חוקי הכנסת" ספר יובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, תשכ"ב) 125; "ישוב על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט כו (תשל"ל) 190; "על פירוש חוקי הכנסת - ברביעית" הפרקליט לא (תשל"ח) 395; א' ברק, "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248.
- 14 להשלמת התמונה, ראה גם: א' ברק, לעיל הערה 13; להלן הערה 32.
- 15 ראה: 35 A. Weisberg, "The Calabresian Judicial Artist: Statutes and the New Legal Process" *Stan. L. Rev.* (1983) 213; R.A. Posner, "Statutory Interpretation - In the Classroom and in the Courtroom" 50 *U. of Ch. L. Rev.* (1983) 800.
- 16 ראה דבריו של השופט וילברפורס (R. Wilberforce), הרואה בפרשנות "non-subject": 274 H.L. Ded. Ser. 5 Cal. 1294, 16th November 1966.
- 17 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 249.
- 18 על הקשר בין תורת משפט לבין תורת פרשנות, ראה: א' ברק, שם, שם. וראה גם: J.W. Harris, *Legal Philosophies* (London, 1980) 140.
- 19 ראה: K.N. Llewellyn, "Remarks On The Theory of Appellate Decision And The Rules Or Canons About How Statutes Are To Be Construed" 3 *Vand. L. Rev.* (1950) 395.

אלא כללים לצידוקה של מסקנה אליה הגיע השופט בלעדיהם, ואין בהם כדי לכוון את מחשבתו למסקנה אליה עליו להגיע. לאחרונה חל שינוי בגישות אלה, ושפר חלקה של הפרשנות המשפטית. תרמו לכך מספר סיבות:

ראשית, הפרשנות הכללית, ההרמנוטיקה, קיבלה תאוצה חדשה, ונתגבר הענין במהותה של הפרשנות, אם בספרות, אם בדת ואם בענפים אחרים.<sup>20</sup> אך טבעי הוא שהתפתחות זו לא פסחה אף על המשפט. הוגי דעות החלו מתעניינים בשאלה, אם יש לו למשפט תורת פרשנות משלו, ומשפטנים החלו שואלים, אם ניתן לגזור מתורת ההרמנוטיקה הכללית כללים שיסייעו לפרשנות המשפטית.<sup>21</sup> היש הבדל בין פירוש טקסט ספרותי לבין פירוש טקסט משפטי? כאשר אנו מפרשים את "המלט" של שקספיר, האם אנו עושים דבר שהוא שונה מפירוש חוק הפיזיית לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975,<sup>22</sup> שנחקבל על ידי הכנסת? האם פירוש ל"המלט" מבקש להתחקות אחרי כוונותיו של שקספיר, והאם רלבנטית שאלת הכוונה של המחוקק בפירוש חוקי הכנסת? האם פירוש ל"המלט" אין משמעותו חשיפת מירב ערכה האסתטי של היצירה?<sup>23</sup> ואם כן, האין פירוש לחוק הפיזיית לנפגעי תאונות דרכים, חשיפת מירב ערכו של החוק כיצירה המכוונת להשיג יעדים חברתיים מסויימים?

שנית, בשנים האחרונות התפתחה פילוסופיה בתורת המשפט, אשר במרכזה עומדת הפרשנות. על פי גישה זו – אשר פרופ' דבורקין הוא מעמודי התווך שלה<sup>24</sup> – המשפט עצמו אינו אלא תהליך פרשני. לשם הכנת המשפט יש להבין את הפרשנות. רכים מבקרים תורה זו, ודוחים אותה מכל וכל.<sup>25</sup> אך טבעי הוא, על כן, כי תרחש התעוררות אינטלקטואלית, אשר במרכזה עומדת הפרשנות המשפטית.

- 20 הספרות בנושא זה רבה. ראה, למשל, Palmer, *Hermeneutics* (1969); W.J.T. Mitchell (ed.), *The* *Politics of Interpretation* (1982); T. Eagleton, *Literary Theory* (1983).
- 21 ראה, למשל: S.C.R. McIntosh, "Legal Hermeneutics: A Philosophical Critique" 35 *Oklahoma L. Rev.* (1982) 373; S. Levinson, "Law as Literature" 60 *Tex. L. Rev.* (1982) 1; L. Rev. (1982) 1; ראה גם: הרמן, להלן הערה 77.
- 22 ס"ח 234. להלן: חוק הפיזיית לנפגעי תאונות דרכים.
- 23 ראה: ע' צמח, "יהודה הלוי ועקרונות הביקורת" מחקרי ירושלים בספרות עברית (מאגנס, תשמ"ג) כרך ב, 55, 69; ע' צמח, מבוא לאסתטיקה (מפעלים אוניברסיטאיים להוצאה לאור, תשל"ז).
- 24 ראה: R. Dworkin, "The Forum of Principle" 56 *N.Y. U. L. Rev.* (1981) 469; R. Dworkin, "Law as Interpretation" 60 *Tex. L. Rev.* (1982) 527; M.S. Moore, "The Semantics of Judging" 54 *S. C. L. R.* (1981) 151; Sartorius, "The Justification of Judicial Decision" 78 *Ethics* (1968) 171.
- 25 ראה: K. Greenwalt, "Policy, Rights and Judicial Decision" 11 *Georgia L. Rev.* (1977) 991; K. Greenwalt, "Discretion And Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges" 75 *Col. L. Rev.* (1975) 359; N.B. Reynolds, "Dworkin as Quixote" 123 *U. of Pen. L. Rev.* (1975) 574; E.P. Soper, "Legal Theory and The Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute" 75 *Mich. L. Rev.* (1977) 473; ראה גם רז, להלן הערה 66, וכן N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) 195.

שלישית, חוקרים ושופטים, החלו חוזרים ותוהים על הלגיטימיות של היצירה השיפוטית. חרמו לכך בוודאי אותם שופטים אשר מכנים אותה "אקטיביסטים". מהי הלגיטימיות לפעולתם השיפוטית? על פי תורת הפרדת הרשויות, השופט מכריע בסכסוך האינדיבידואלי שבפניו, ואילו המחוקק קובע את הנורמה המשפטית לאורה נעשית ההכרעה. הכיצד, שהשופט, אגב פסיקתו, קובע אף הוא נורמה כללית? מהיכן שואב השופט את כוחו ל"חקיקה שיפוטית"?<sup>26</sup> התשובה הפורמלית היא כמובן, שעם חקיקתו של החוק יש משום אצילה של תפקיד הפרשנות לשופט.<sup>27</sup> אך היכן מסתיימת הפרשנות שהיא לגיטימית ומתחילה "החקיקה" שאינה לגיטימית? לשם תשובה על שאלה זו יש להגדיר את תחומיה של הפרשנות, ואת גבולות הלגיטימיות שלה.<sup>28</sup>

רביעית, במדינות בהן נוהגת חוקה פורמלית ובראשן ארצות הברית – החלו תוהים – וענין זה ישן הוא – מהן אמות המידה על פיהן תפורש חוקה, ומכוחן יגזרו נורמות חדשות להסדרת חיי האומה. כיצד ניתן להבטיח – במסגרת משטר דמוקרטי – בטחון בצד שינוי, תוך שמירה על הלגיטימיות של השפיטה? כיצד ניתן להבטיח שהשקפותיהם הפרטיות של השופטים לא יכתיבו את הפירוש שניתן לנורמות הקונסטיטוציוניות? כמובן, שאלות דומות קיימות בפירושים של חוקים רגילים, אך חשיבות מיוחדת להן לענין פירוש החוקה. הטעם לכך הוא, שאם פירושו של בית המשפט לחוק אינו רצוי למחוקק, בידו הכוח לשנותו, בדרך של קבלת חוק חדש. אך אם פירושו של בית המשפט לחוקה אינו רצוי למחוקק, אין בידו הכוח לשנותו. מכאן החשיבות בהכנת מהותה של הפרשנות, כתפקיד חוקתי של בית המשפט.<sup>29</sup> ההתעניינות מזווית ראייה זו – חדשה היא.

חמישית, מאז מלחמת העולם השנייה, הגיעו מדינות רבות לעצמאות מדינית. כחלק מתהליך העצמאות, התגבר תהליך החקיקה הלאומית. מטבע הדברים חייב הדבר בחינה מחודשת של כללי הפרשנות. זאת ועוד: גם במדינות בהן התקיימה המשכיות פוליטית, הורגש הצורך לבחון מחדש, לאור התגברות החקיקה שמדינת הסעד גררה עמה, את מהותם של כללי הפרשנות, ואת התאמתם למציאות החדשה.<sup>30</sup>

## ג. שאלות הדורשות פתרון

נימוקים אלה ואחרים, הם שהביאו כנראה לפריחתה המחודשת של הפרשנות. על כל פנים, הם שהביאו לכך שאמצא ענין הולך וגובר בפרשנות. תחילתו של ענין זה שלי בפרשנות, בחיק האקדמיה. כמי שלימד תורת המשפט, היה עלי ללמד גם יסודות לפרשנות. פרשנות מהי? מתי אדם מפרש, ומתי הוא מבקר או יוצר? מה פירוש לפרש? היש קשר בין פירוש חוקים לבין פירוש מסמכים אחרים? מה המשקל שיש ליתן

26 ראה: א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25.

27 ראה: D. Payne, "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes" C. L. P. 96; E. Freund, "Interpretation of Statutes" 65 U. of Pen. L. Rev. (1917) 207 (1956).

28 ראה: R. Pound, "Spurious Interpretation" 7 Col. L. Rev. (1907) 379.

29 ראה: J. Denvir, "Justice Rehnquist and Constitutional Interpretation" 34 Hastings L. J. (1983) 1011.

30 לנסיונות באנגליה ובסקוטלנד, ראה: A.R. Cross, *Statutory Interpretation* (London, 1976) 156.

בפרשנות למילים, ומה המשקל שיש ליתן לתכלית? האם ניתן ללמד על התכלית מחוץ למילים? ומה מקומם של שיקולים בדבר צדק ומוסר? הקודיפיקציה האזרחית החדשה, שהוראת החיובים שלי היתה מקרבנותיה הראשונים, עוררה כי שאלות נוספות.<sup>31</sup> כיצד תפורש הקודיפיקציה? כיצד נפרש את מושגי היסוד היוריספרודנטליים, כמו "בטלות", "תום לב", "תקנת השוק", "סבירות"? האם מן הראוי להמשיך ולהפעיל על חקיקה חדשה זו את כללי הפרשנות על פיהם נהגנו עד כה? האם לא מתבקשים כללי פרשנות חדשים? כאשר הגעתי לכס השיפוט, הלכה התעניינותי בפרשנות וגברה. רוב רובן של השאלות המשפטיות המתעוררות בבית המשפט הן שאלות של פרשנות. אך מעט נותר ל"משפט המקובל" נוסח ישראל. במסגרת הפרשנות התמקד הענין שלי בבעיות ה"מקרו".<sup>32</sup> מהם הגבולות של הפרשנות? מתי מסתיימת הפרשנות של נורמה נתונה ומתחילה יצירתה של אותה נורמה? כאשר שני שופטים מגיעים לפירוש שונה, מתי ניתן לומר שהפירוש של שניהם לגיטימי, אם כי אחד מהם טועה, ומתי יש לומר כי הפירוש של אחד מהם לא רק שאינו נכון אלא אף אינו לגיטימי? מהו גבולה הראוי של האקטיביות או הפסיביות השיפוטית? מה מקומם של שיקולי המדיניות המשפטית והשיפוטית בפסיקה? מתי ראוי לו לשופט לסטות מהלכה קודמת?

#### ד. "קהיליה פרשנית"

שאלות אלו ואחרות חדשות הן עמי, אך הן אינן חדשות עמנו. הפסיקה של בתי המשפט שלנו עשירה היא ביותר בנורמות פרשניות.<sup>33</sup> המעיין בפסקי הדין של בית המשפט העליון, ימצא בהם אוצר בלום של אמרות והלכות בענייני פרשנות. התפיסה הבסיסית היתה כי יש לנהוג לפי כללי הפרשנות הנהוגים באנגליה.<sup>34</sup> לא היתה זו גישה נוקשה, אלא גמישה שהתחשבה במציאות המשפטית כפי שהתקיימה עם קום המדינה. בית המשפט העליון ציין, כי<sup>35</sup> "מוטב לנו לפי שעה להוסיף ולהשען על כללי הפרשנות האנגליים לצורך החקיקה הישראלית". "לפי שעה" זה קשור בהיקפה של החקיקה, שהיה מועט, בשיטת החקיקה ודרכיה וכמושגיות שאיפיינה אותה, אשר הושפעו מזו האנגלית.<sup>36</sup> על כן נפסק, כי "רק כאשר התחיקה הישראלית תתרבה בכמותה,

31 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13.

32 שם, שם, וכן: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או זמיון?" הפרקליט לו (תשמ"ה); א' ברק, לעיל הערה 26. מן הפסיקה, ראה, למשל: ע"א 207/79 דביב בע"מ, ואח' נ' בית יולס בע"מ, ואח', פ"ד לו(1) 533.

33 לסקירת כללי הפרשנות אשר בפסיקה, ראה ארבעת מאמריו של ירון, לעיל הערה 13.

34 המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' נאום, פ"ד 4, 12; בג"צ 15/56 סופר נ' שר הפנים, פ"ד י 1213. לביקורת על גישה זו, ראה: ג' טדסקי, "משפט פרטי ותחוקה בומננו" מחקרים במשפט ארצנו, לעיל הערה 6, בע' 33-36.

35 ראה: סופר נ' שר הפנים, לעיל הערה 34, בע' 1221 (השופט זוסמן).

36 בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד יב 1041, 1077: "דרכו של נסח החוקים הישראליים, להוסיף ולהשתמש, בשעת הצורך, במושגים השאולים מן המשפט האנגלי, כשהם לכושים לבוש עברי, ואך טבעי הוא, שהפרשן הישראלי יסתייע בכללי הפרשנות של אותו המשפט" (השופט זוסמן).

יהיה הנסיון עשוי ללמדנו, מה הם כללי הפרשנות הישראליים היכולים למלא את מקומם של הכללים האנגליים.<sup>37</sup> במקביל להמשכיות זו, ויחד עמה, החלה הסטייה מהגישה האנגלית.<sup>38</sup> הדגש על הגישה המילולית, המאפיין את התפיסה האנגלית, נחלש בפסיקה שלנו, אשר הדגישה את חשיבותה של המטרה החקיקתית.<sup>39</sup> האיסור האנגלי על היוזקות לחומר חיצוני כדי ללמוד ממנו על מטרת החקיקה, הלך ונחלש גם הוא, ולמעשה אינו קיים, אם כי הפניה לחומר החיצוני עדיין מותנית בתנאים שונים.<sup>40</sup> הפסיקה חזרה וציינה כי כאשר מדובר בחוק ישראלי מקורי, אין לפרשו על פי עקרונות זרים,<sup>41</sup> אלא יש לפרשו "מתוכו הוא", או "מתוכו" של החוק גופו.<sup>42</sup> בכל אלה ובאחרים מתגלית חשיבות עצמאותנו.

על רקע מציאות עשירה זו מבקש אני להציג מספר יסודות לתורת פרשנות ישראלית. בחלק העיקרי, הגישה היא אוניברסלית. היא אינה מיוחדת לישראל והיא משקפת את מחשבותי על הפרשנות המשפטית בכלל.<sup>43</sup> בחלקה האחר, הגישה היא פרטיקולרית והיא מיוחדת לנו. בכל אלה יש נסיון לאחד את הלכות הפסיקה שלנו לתזה פרשנית ישראלית כוללת. בתפיסתי, אין אני מבקש ליצור יש מאין. אין אני מבקש להכניס שינוי חד, או לבצע תפנית חדה. נהפוך הוא: המודל שאציג מבוסס על המציאות שלנו, ועל עושר הפסיקה שלנו. דבר זה חיוני הוא בגיבושה של תורת פרשנות. אין להצניחה מהחוק, אלא חייבת היא להתפתח באופן אורגני מתוך השיטה עצמה. חייבת להיות הסכמה באשר לתפיסות היסוד, שכן תנאי הוא לגיבושה של תורת פרשנות כי קיימת "קהיליה פרשנית".<sup>44</sup> על כן אבקש להציג מודל המשקף את הנסיון המצטבר, ועם זאת יש בו כדי לחדד מספר הבחנות. יש בו נסיון לתפיסה פרשנית כוללת, כפי שביטוייה המיוחדים באים לידי ביטוי בפסיקה.

- 37 ראה: סופר נ' שר הפנים, לעיל הערה 34, בע' 1221.
- 38 יפים כאן דבריו של השופט מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", לעיל הערה 5, בע' 298: "קטונו מאכותינו ומגדולי המשפט האנגלי, אך לא לעולם נוכל להדריך את עצמנו על פי דברים שיצאו מפיהם של שופטים אנגליים במאה ה-19, ה-18 וה-17, ועל כורחנו נצטרך לעשות כמוהם ולהשתתף ביצירת ההלכה לפי צרכי המאה העשרים כאן במדינת ישראל".
- 39 בג"צ 188/63 בצול, ואח' נ' שר הפנים, ואח', פ"ד יט(1) 337, 350: ע"פ 94/65 תורג'מן נ' היועמ"ש, פ"ד יט(3) 57, 80: ע"א 332/71 עלי, ואח' נ' שר התחבורה, ואח', פ"ד כו(1) 105, 110: ע"פ 231/76 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 309, 331: ד"נ 40/80 קניז נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715.
- 40 ראה: א' מ' אפלבוים, "דברי הכנסת כראייה לפירוש החוק" הפרקליט כא (תשכ"ה) 411.
- 41 ע"א 716/72 רזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כו(2) 709, 713 (השופט ברנזון); ראה, גם: בג"צ 151/82 בריאילן, ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד לו(4) 658, 654.
- 42 ראה: ע"א 83/68 עזבון המנוח פינקלשטיין, ואח' נ' פינקלשטיין, ואח', פ"ד כב(1) 618, 619 (השופט זילברג).
- 43 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?", לעיל הערה 32.
- 44 ראה: O.M. Fiss, "Objectivity and Interpretation" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 739. ראה, גם: Abrahams, "Statutory Interpretation and Literary Theory: Some Common Concerns of an Unlikely Pair" 32 *Rutgers L. Rev.* (1979) 676, 685.

## ה. תורת פרשנות

כל שיטת משפט ותורת הפרשנות שלה.<sup>45</sup> לא הרי תפיסתו הפרשנית של המשפט האנגלי (המתבססת במידה רבה על לשון החוק, ובמידה שניתנת חשיבות למטרת החקיקה הרי זו ניתנת לגילוי אך מלשון החוק),<sup>46</sup> כהרי תפיסתו הפרשנית של המשפט האמריקאי (המתבססת על מטרת החקיקה, עליה ניתן ללמוד גם ממקורות שמתוץ לחוק).<sup>47</sup> ולא הרי שני אלה כהרי תפיסתן הפרשנית של מדינות הקונטיננטל השונות.<sup>48</sup> ותפיסתם של כל אלה שונה באופן מהותי מתפיסתו הפרשנית של המשפט העברי.<sup>49</sup> כמובן, עד כמה שהפרשנות סומכת עצמה על כללים שבהגיון, הרי "ההגיון אינו נכס לאומי המוחזק בידי אומה אחת ואינו ניתן בידי אומה אחרת".<sup>50</sup> אך כללי הפרשנות אינם רק כללים שבהגיון. כללי הפרשנות הם כללים משפטיים,<sup>51</sup> המבוססים על הגיון,<sup>52</sup> אך לא רק עליו. כך, למשל,

45 ראה: W. Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" 61 *Col. L. Rev.* (1961) 821; W. Friedmann, "Statute Law and Its Interpretation in the Modern State" 26 *Can. B. Rev.* (1948) 1277; H.C. Gutteridge, "A Comparative View of the Interpretation of Statute Law" 8 *Tulane L. Rev.* (1933) 1; Lenhoff, "On Interpretive Theories: A Comparative Study in Legislation" 27 *Ten. L. Rev.* (1949) 312.

46 ראה: A.R. Cross, *supra* note 30, at p. 43.

47 ראה: F.R. Dickerson, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston, 1975).

48 ראה: K. Zweigert & H.J. Puttfarcken, "Statutory Interpretation – Civilian Style" 44 *Tulane L. Rev.* (1970) 704; J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969) 40; J.H. Merryman, "The Italian Style III: Interpretation" 18 *Stan. L. Rev.* (1966) 583.

49 ראה: מ' אלון, המשפט העברי (מאגנס, תשל"ג) 239.

50 ראה: ד"ר 13/67 "בחן" חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנצווייג, פ"ד כב(1) 569, 577 (השופט זוסמן); ראה גם: ע"פ 406/69 ברנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 210, 212; ע"א 332/71 עלי, ואח' נ' שר התחבורה, לעיל הערה 39, בע' 110: "כללי הפרשנות אינם אלא כללים של הגיון, שבאמצעותם מבקש השופט לחשוף את כוונת המחוקק" (השופט זוסמן).

51 ראה: A.R. Cross, *supra* note 30, at p. 27. יש הגורסים כי כללי הפרשנות אינם כללים משפטיים, ראה: K.G. Wurzel, "Methods of Judicial Thinking", *The Modern Legal Philosophy Series* (Boston, 1917) Vol. IX 286, 306; F.E. Horack, Jr., "The Disintegration of Statutory Construction" 24 *Indian. L. J.* 335, 337, 349. אין לקבל גישה זו. ודאי שכללי פרשנות הקבועים בחוק הם כללים משפטיים (ראה להלן הערה 54). באותה מידה, גם כללי פרשנות המעוגנים בפסיקה הם כללים משפטיים. על כן תחול בהם הלכת התקדים המחייב. ראה: ג' טדסקי, "כללי פרשנות ר'הלכה פסוקה" הפרקליט כו (תשל"א) 42. מכיוון שכללי הפרשנות הם כללים משפטיים, הרי הם עצמם נתונים לפרשנות. יש להבחין, כמובן, בין כללי הפרשנות (כלומר, הכללים המשפטיים לפיהם מתפרשת נורמה משפטית) לבין הכללים שהם תולדה של השימוש בכללי הפרשנות. אלה כאלה הם כללים משפטיים, אך קיים הבדל ביניהם. כללי הפרשנות הם כללים החלים על כל נורמה. הם חיצוניים לה. הכללים שהם תולדה של שימוש בכללי הפרשנות הם ספציפיים. הם פנימיים לנורמה המתפרשת.

52 על היחס בין כללי ההגיון לבין כללי המשפט, ראה: L.E. Allen, "Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents" 66 *Yale L. J.* (1957) 833.



התשובה על השאלה, אם את "כוונת המחוקק" יש למצוא אך בלשון החוק (כדעת האנגלים) או שמא ניתן לחשפה גם מחוץ ללשון החוק (כדעת האמריקאים והקונטיננטלים), אינה תשובה שניתן לתיתה אך על יסוד כללים שבהגיון. ההגיון "נייטרלי" בענין זה. ההכרעה בין האפשרויות השונות אינה ענין שבהגיון אלא היא ענין של מדיניות משפטית.<sup>53</sup> לעתים נעשית ההכרעה הזו בידי המחוקק עצמו, הקובע את כללי הפרשנות שיש לנהוג על פיהם.<sup>54</sup> לרוב אין המחוקקים נוהגים בדרך זו, ומפקידים הם את גיבושם של כללי הפרשנות בידיה של הרשות השופטת.<sup>55</sup> תורת הפרשנות היא לרוב תורה שיפוטית. זהו בוודאי המצב בישראל.<sup>56</sup> החוק קובע אך מעט כללי פרשנות, וגיבושה של תורת הפרשנות נתון בידיה של הרשות השופטת. אין זו לאקונה שיש למלאה, שכן כללי הפרשנות מצויים בשיטה.<sup>57</sup> כפי שראינו התפיסה העקרונית – תוך סטיות ניכרות ממנה – היתה, שאלה הם הכללים האנגליים.<sup>58</sup> השאלה הנוצרת עתה היא, אם מן הראוי לה, לרשות השופטת, להכניס שינוי בגישה זו, שעל פי הנחותיה, ראוייה היא לעיון מחודש. תשובתי שלי על שאלה זו היא בחיוב. לשם כיסוסה של תשובה זו, אבחן את יסודותיה החיוניים של כל תורת פרשנות – יסוד לשוני, יסוד ערכי, יסוד אובייקטיבי ויסוד מקומי – ואת המודל המתבקש מכך לתורת הפרשנות הישראלית.

1. תורת פרשנות: יסוד לשוני<sup>59</sup>

הנורמה החקוקה לובשת לבוש לשוני הקובע את גבולות התפרסותה. כל תורת פרשנות

53 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?", לעיל הערה 32.  
 54 לסקירתם של מקצת מהחוקים הללו, ראה: A.P. Blaustein, "Legislative Interpretation and The Acts" 317 *Journal of Legal Education* (1964) 16. Foreign Codes. ראה, למשל, סעיף 5(j) ל-Interpretation Act, 1924 של ניוזילנד הקובע:  
 "Every Act, and every provision or enactment thereof, shall be deemed remedial, whether its immediate purport is to direct the doing of anything Parliament deems to be for the public good, or to prevent or punish the doing of anything it deems contrary to the public good, and shall accordingly receive such fair, large, and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act and of such provision or enactment according to its true intent meaning, and spirit."  
 לניתוח הוראה זו, ראה: D.A.S. Wourd, "Trends in the Interpretation of Statutes" 2 *Vict. U. of Wellington L. Rev.* (1956) 155.  
 55 יש המצטערים על כך, והגורסים התערבות חקיקתית: ראה: H. Silving, "A Plea for a Law of Interpretation" 98 *U. of Pa. L. Rev.* (1950) 499.  
 H. Commission: The Interpretation of Statutes (Law Comm. 21). ראה: H. Bloom, "Law Commission: The Interpretation of Statutes" 33 *M. L. Rev.* (1970) 197.  
 56 חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302 – וקודמו פקודת הפרשנות – הוא בעיקרו חוק הקובע נורמות משפטיות ענייניות, ולא כללי פרשנות. כך, למשל, סעיף 3 לחוק הפרשנות, המגדיר מונחים שונים, אינו סעיף הקובע כללי פרשנות, אלא סעיף "קיצוריים".  
 57 על כן, אין לפנות להיקש ולשאר האמצעים למילוי ליקויים בחוק, הקבועים בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התשמ"ב-1980, ס"ח 163.  
 58 ראה לעיל הערה 16.  
 59 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" לעיל הערה 32.

חייבת להניח, איפוא, כנקודת מוצא את תורת הלשון.<sup>60</sup> אפילו אין הפירוש מוגבל אך למילים, הרי המילים מגבילות את הפירוש.<sup>61</sup> ניתן להתווכח אם אניה<sup>62</sup> או רכבת<sup>63</sup> הם "כלי רכב" לענין חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, אך דומה שאין ויכוח כי סוס אינו "כלי רכב" לעניין אותו חוק. עם זאת, הלשון בדרך כלל אינה חד־משמעית.<sup>64</sup> היא רב־משמעית, סתומה<sup>65</sup> ובעלת רקמה פתוחה.<sup>66</sup> לעתים יש להן, למילים, משמעות מקובלת ורגילה. מעין משמעות ראשונית. אך לרוב יש למילים גם משמעות מיוחדת וחריגה, מעין משמעות משנית.<sup>67</sup> תורת פרשנות צריכה לקבוע אמות מידה, לפיהן בוחרים במשמעות אחת ולא באחרת. הקביעה כי יש לבחור במשמעות הרגילה והראשונית אינה מחבקשת מתורת הלשון עצמה. ניתן היה, באותה מידה, לבחור דווקא במשמעות המיוחדת והמשנית. אין כל עדיפות א־פרוורית, מנקודת מבט תורת הלשון, למשמעות האחת ולא לאחרת. כל אחת מהן אפשרית, ועל כן לגיטימית. תהא זו טעות לבסס תורת פרשנות משפטית על תכתיבים, כביכול, של תורת הלשון. תורת הלשון קובעת את מתחם האפשרויות הלגיטימיות. היא מלמדת אותנו כי זו נאיביות לגרוס כי למילים יש משמעות אחת ויחידה.<sup>68</sup> אך תורת הלשון אינה קובעת את אמת המידה לבחירה בין האפשרויות השונות.<sup>69</sup>

- 60 ראה: G. Williams, "Language and the Law" 61 *L. Q. Rev.* (1945) 71; M.S. Moore, *supra* note 24; א' א' מ' אפלכאום, "סימניות בחיי המשפט" הפרקליט ח (תש"כ) 334.
- 61 כאמרתו של פרנקפורטר ברשימתו: F. Frankfurter, "Some Reflections on the Reading of Statutes" 47 *Col. L. Rev.* (1947) 527, 544. ראה גם קניג נ' כהן, לעיל הערה 39.
- 62 ראה: ע"א 680/80 עזבון המנוח צבי פריימן ו"ל נ' חברת קו צינור הנפט אילת-אשקלון בע"מ, פ"ד לו(2) 578, 587-588.
- 63 ראה: ע"א 133/79 בוכמן נ' אלנסארה, פ"ד לה(2) 64, 70.
- 64 על הרב־משמעויות (ambiguity) בלשון, ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 249 (הערות שוליים 14). ראה גם: A.S. Miller, "Statutory Language and the Purposive Use of Ambiguity" 42 *Virg. L. Rev.* (1956) 23.
- 65 על העירפול והעמימות (vagueness) בלשון המשפטית, ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 249 (הערות שוליים 15). ראה בעיקר: G.C. Christie, "Vagueness and Legal Language" 48 *Minn. L. Rev.* (1964) 885.
- 66 על הרקמה הפתוחה (open texture) בלשון המשפטית, ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 250 (הערות שוליים 16), וכן J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law" 81 *Yale L. J.* (1971) 823; J. Raz, *The Authority of Law* (1979) 74.
- 67 על ההבחנה בין המשמעות הראשונית לבין המשמעות המשנית של מלות החוק, ראה: G. Williams, "The Meaning of Literal Interpretation" 131 *New L. J.* (1981) 1128.
- 68 ראה: H. Hart & A.M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (Cambridge, 1958) 1156: "Avoid, in particular, the one-word, one-meaning fallacy. Words may have many different meanings. There are more ideas in the world to be expressed than there are words in any language in which to express them"; Z. Chaffee, "The Disorderly Conduct of Words" 41 *Col. L. Rev.* (1941) 381.
- 69 ראה: A. Ross, "Tü-Tü" 70 *H. L. Rev.* (1957) 812. ראה גם: ח' כהן, "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ו) 5, 7.

מספר ניכר של כללי פרשנות, המקובלים אצלנו, סובבים סביב הקביעה אם לשון החוק ברורה, אם לאו. נקבע, כי אם לשון החוק ברורה, נוהגים על פיה ורק על פיה.<sup>70</sup> רק אם הלשון אינה ברורה, ניתן לנקוט באמצעים נוספים, כגון להיעזר בכותרת של ההוראה,<sup>71</sup> לשקול שיקולים שבהגיון,<sup>72</sup> להוסיף או לגרוע מילים,<sup>73</sup> או לפנות להיסטוריה החקיקתית.<sup>74</sup> אך מהי "הוראה ברורה"? אם יש ללשון מספר משמעויות, מהן ראשוניות ומהן משניות, כולן "ברורות". על פי איזה קריטריון ייקבע מתי הוראה היא ברורה ומתי לא? כל פירוש שהוא אפשרי מבחינה לשונית, הוא "ברור" במסגרתו הלשונית. אכן, אין לבנות תורת פרשנות, על יסוד הגישה, כי תורת הלשון נותנת תשובה לשאלה מתי הוראה היא ברורה ומתי אין היא ברורה. הקביעה כי הוראה היא ברורה היא קביעה פרשנית. אין היא קודמת למעשה הפרשנות. היא מהווה תוצאה של הפרשנות. על כן אין ממש בגישה כי רק הוראות בלתי ברורות זקוקות לפרשנות. כל הוראה זקוקה לפרשנות,<sup>75</sup> והיא מתייצבת בפנינו בבהירותה רק לאחר שעברה תהליך של פרשנות, בין במודע ובין שלא במודע. על כן, עלינו לקבוע אמות מידה פרשניות, לפיהן ייקבע אם הטקסט ברור. אין זה נתון אובייקטיבי המוגש לנו על ידי תורת הלשון. זהו נתון נורמטיבי אשר אנו צריכים ליצור אותו על ידי תורת הפרשנות.

## 2. תורת פרשנות: יסוד ערכי<sup>76</sup>

ראינו כי ביסוד הפרשנות – להבדיל מהבלשנות – עומד הצורך לבחור בין מספר אופציות לשוניות. כיצד נעשית בחירה זו? היש בחירה שאינה לגיטימית? נניח כי שופט בוחר בין שתי אפשרויות לשוניות על ידי זריקת מטבע. מדוע אין זו דרך לגיטימית? התשובה היא, כי שיטה זו פסולה שכן היא שרירותית. אך מדוע היא שרירותית? נראה לי כי התשובה היא, שזריקת מטבע היא פסולה, משום שהיא מנותקת מאופיה וממהותה של הנורמה המשפטית. אין אתה יכול לפרש טקסט מבלי לשאול את עצמך, מהי מטרת הפירוש.<sup>77</sup> אך

70 ראה: ע"א 164/74 גולדנברג נ' דמתיגן, פ"ד כט(2) 109; על"ע 6/72 סופרין נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כז(2) 125.

71 ראה: ע"א 444/70 גוראי ובניו בע"מ נ' ריינגברג, פ"ד כה(1) 449.

72 ע"א 316/56 קרמש, ואח' נ' סול, פ"ד יא 1336.

73 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 255.

74 ראה: ע"פ 108/66 "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' היועמ"ש, פ"ד כ(4) 253, 261; בג"צ 144/72 לימסקי חלימי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719, 723.

75 ראה: ג' טדסקי, "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן", מסות במשפט, לעיל הערה 6, בע' 1; ע"פ 928/80 גוב אריה בע"מ, ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ולבניה נתניה, פ"ד לה(4) 764, 769; א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 251.

76 ראה: J.C. Cueto-Rua, *Judicial Methods of Interpretation of the Law* (Louisiana, 1981) 205.

77 ראה: J.P. Witherspoon, "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: The High Road" 35 *Tex. L. Rev.* (1956) 63, 65; D.H.G. Herman, "Phenomenology, Structuralism, Hermeneutics and Legal Study: Application of Contemporary Continental Thought to Legal Phenomena" 36 *U. of Miami L. Rev.* (1982) 379, 402; G. Gottlieb, *The Logic of Choice: An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality* (London, 1968) 98; Traynor, "Le Rude Vita, La Dolce Giustizia; or Hard Cases Can Make Good Law", 29 *V. of Ch. L. R.* 223.

מהו אופיה של הנורמה המשפטית ומהי מטרתו של הפירוש המשפטי? כענין זה עשויות להיות דעות שונות.<sup>78</sup> על פי גישתי, הנורמה המשפטית היא נורמה תכליתית. יש לה יעדים. היא באה להשיג מטרה. עומדת מאחוריה מדיניות.<sup>79</sup> מטרת הפרשנות צריכה להיות לבחור מבין האופציות הלשוניות כאותה אופציה אשר תגשים באופן אופטימלי את תכליתה של הנורמה המשפטית.<sup>80</sup>

### 3. תורת פרשנות: יסוד אובייקטיבי

היסוד הלשוני והיסוד הערכי הם תנאי הכרחי לכל תורת פרשנות. גם כאשר מפרשים טקסט ספרותי, צריך הפירוש להיות מעוגן בלשון, והוא צריך להגשים את ערכיה של היצירה – יהיו אלה אשר יהיו. מהו המבחין בין הפרשנות הכללית לבין הפרשנות המשפטית?<sup>81</sup> נראה לי כי אחת התשובות היא ביסוד השלישי, הוא היסוד האובייקטיבי. המשפט קובע מותר ואסור. הציבור ורשויות המדינה נוהגות על פיו. מי שסוטה מהנורמה עשוי למצוא עצמו נתון לסנקציה פלילית, אורחית או מינהלית. מצב דברים זה מחייב גישה אובייקטיבית. אין לבנות תורת פרשנות לפיה היקפה של הנורמה ייקבע על פי תחושתו הסובייקטיבית של קורא הטקסט. גישה זו – המקובלת בהרמנוטיקה הכללית<sup>82</sup> – אינה תופסת במשפט, שכן היא שוללת את קיום המשפט עצמו. אין הנאשם יכול לומר: "כך הבנתי אני את הטקסט הפלילי, ועל פי הבנתי שלי לא ביצעתי עבירה, ועל כן חובה לזכותי, שכן על פי כללי הפרשנות של השיטה, הבנתי שלי היא הקובעת בכל הנוגע אלי". גישה כזו משמעותה תוהו ובוהו, והיא נוגדת את מהות המשפט. לא שונה מגישה זו במישור המהותי, אם כי צרה ממנה במישור הכמותי, היא הגישה הכאה: "בפירוש טקסט משפטי לא קובעת תפיסתו של הקורא הרגיל, אלא קובעת תפיסתו של הקורא המיוחד – הוא השופט". גם גישה זו גוררת אחריה תוהו ובוהו, אם כי מצומצם בהיקפו.<sup>83</sup> אם לפי

78 ראה: J.C. Cueto-Rua, *supra* note 76, at p. 21, 216.

79 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" לעיל הערה 32.

80 ראה להלן הערה 113.

81 ספרות עניפה קיימת בסוגיה זו; ראה, למשל: Palmer, *supra* note 20; R. Dworkin, "Law as Interpretation", *supra* note 24; S. Fish, "Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature" 60 *Tex. L. Rev.* (1982) 551; S. Levinson, "Law as Literature" 60 *Tex. L. Rev.* (1982) 373; R. Dworkin, "My Reply to Stanley Fish: Please Don't Talk about Objectivity Any More" *The Politics of Interpretation*, *supra* note 20, at p. 287; Abrahams, *supra* note 44; P. Brest, "Interpretation and Interest" 34 *Stanf. L. Rev.* (1982) 765.

82 לגישה זו והביקורת עליה, ראה: Hirsch, *Validity in Interpretation* (1976); Hirsch, *The Aims of Interpretation* (1976); Gadamer, *Philosophical Hermeneutics*; Howard, *Three Faces of Hermeneutics* (1982); Bleicher, *The Hermeneutic Imagination* (1982); Ricoeur, *The Conflict of Interpretations* (1974); Fish, *Is There a Text in the Class?* (1980).

83 גישה זו מקובלת בספרות המשפטית. דוגלים בה, בצורות שונות, הריאליסטים ואנשי "המחקר המדעי החופשי" של שנות השלושים, ואנשי ה"critical legal studies" האמריקאים של שנות השמונים. ראה: J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings* (London, 1964) 219; W. Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" *supra* note 45; R.M. Unger, "The Critical Legal Studies Movement" 96 *H. L. Rev.* (1983) 563.

הגישה הראשונה הדין הופך ל"פונקציה" של המתדיין, הרי לפי הגישה השניה הדין ייחפך ל"פונקציה" של הדין. אף גישה זו פטולה היא, שכן היא נוגדת את עצם מהות המשפט. היא סותרת את תפיסתנו בדבר הפרדת הרשויות. היא פוגעת בטוהר השיפוט. שכן, כפי שאמר השופט זילברג,<sup>84</sup> "הקיץ הקץ על נייטראליותם, העדר פנייתם ועל-מפלגתיותם של שופטי המדינה". מכאן העמידה על היסוד השלישי בתורת הפרשנות, הוא היסוד האובייקטיבי. הפרשנות של הנורמה המשפטית אינה נקבעת על פי תפיסתו של השופט כאזרח, אלא על פי תפיסתו של השופט כשופט, ותפיסה זו מכוונת על ידי אמות מידה אובייקטיביות, שהן חיצוניות לשופט.<sup>85</sup>

מושג זה של אובייקטיביות, סבוך הוא.<sup>86</sup> אין משמעותו כי הפירוש הנכון של נורמה משפטית מונח בכספת, וכל שצריך השופט לדעת הוא את הקוד – הקודקס של כלל הפרשנות – הפותח את דלת הכספת. אובייקטיביות אין משמעותה שפרשנות עוסקת בגילוי מציאות קיימת. אובייקטיביות אין פירושה אוטומטיות או מיכניות או טכניות או טכנוקרטיות.<sup>87</sup> יסוד האובייקטיביות מקבל כמובן מאליו כי את המשמעות הנכונה של טקסט אין מוצאים אלא עושים, אין מגלים אלא יוצרים.<sup>88</sup> אובייקטיביות מכירה בקיום שיקול דעת.<sup>89</sup> אך שיקול הדעת מופעל על פי אמות מידה שהן חיצוניות לשופט, וכופות עליו ריסון, ציות ואיפוק.<sup>90</sup> האובייקטיביות אינה מוחלטת. היא יחסית. ישנה קשת של מצבים. בקצה האחד של הקשת, האובייקטיביות ניכרת. אמת המידה החיצונית מכוונת במידה רבה את שיקול הדעת. בקצה האחר של הקשת האובייקטיביות מעטה. אמת המידה החיצונית מעניקה הכוונה מעטה בלבד. כך הוא הדבר כאשר השופט צריך לבחור בין אופציות לשונות שונות על פי אמת מידה של "צדק", "מוסר", "תקנת הציבור", "סבירות", "הגינות" וכיוצא בהן מבחנים אשר ההכוונה החיצונית בהם מעטה היא. אך גם באלה היא קיימת.<sup>91</sup> הצדק, המוסר ותקנת הציבור ייקבעו לא על פי רצונו הסובייקטיבי של כל שופט ושופט. על השופט לפעול גם במקרים אלה על פי אמות מידה חיצוניות לו, כגון זו שהוצעה על ידי השופט לנדוי, דהיינו, ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב.<sup>92</sup> כמובן, עשויים להיות מצבים, אשר בהם

84 ראה: בצול, ואח' נ' שר הפנים, לעיל הערה 39, בע' 346.

85 ראה: O.M. Fiss, *supra* note 44. תשובה לפיס ניתנה על ידי ברסט (Brest) ברשימתו המוזכרת, לעיל הערה 81.

86 ראה: ג' טדסקי, לעיל הערה 75, בע' 7; ח' כהן, לעיל הערה 69, בע' 5.

87 ראה: R. Pound, "Mechanical Jurisprudence" 8 *Col. L. Rev.* (1908) 605.

88 ראה: B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, 1921) 89, 115.

89 על שיקול הדעת השיפוטי, ראה מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", לעיל הערה 5; ע' שפירא, "שיקול הדעת השיפוטי במקרי גבול" משפטים ב (תשל"א) 57; י' רוז, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב (תשל"א) 317; R. Dworkin, *Taking Rights*; 317; Isaacs, "The Limits of Judicial Discretion" *Yale L. J.* 339 *Seriously* (London, 1978) 81.

90 ראה: Cardozo, *supra* note 88, at p. 106.

91 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 254.

92 השופט לנדוי בכ"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 520. ראה גם: Cardozo, *supra* note 88, at p. 106:

"His duty to declare the law in accordance with reason and justice is seen to be a phase of his duty to declare it in accordance with custom. It is the customary morality of

אמת מידה אובייקטיבית וחיצונית לשופט אינה קיימת. במצבים אלה אין מנוס מהכרעה סובייקטיבית. אך יש לשאוף כי מצבים אלה יהיו מעטים ככל האפשר. הם חייבים להיות החריג ולא הכלל. אכן, מצב דברים שבו מצויים חריגים סובייקטיביים, אין בו כדי לשלול את קיומו של הכלל האובייקטיבי המכוון את הפרשן. עם זאת, יש בחריגים אלה, שהם עצמם בעלי עוצמות שונות, כדי להצביע על יחסיות הכלל האובייקטיבי, או על ה"סובייקטיביזציה" שלו. אכן, אין אנו בתחום שבו הצבעים הם שחורים או לבנים, אלא מצויים אנו בתחומו של האפור. פעילותו של השופט בתחום זה צריך שתיעשה מתוך אווירה ומצב רוח של צניעות אינטלקטואלית. האווירה אסור לה שתהא "אני ואפסי עוד". במרכזה של הגישה האובייקטיבית עומדת נאמנותו של השופט ולא אדנותו.<sup>93</sup>

#### 4. תורת פרשנות: יסוד מקומי

היסוד הלשוני מבחין בין כתיבתה של יצירה חדשה לבין פירושה של יצירה קיימת. היסוד הערכי מבחין בין פרשנות לבלשנות.<sup>94</sup> היסוד האובייקטיבי מבחין בין פרשנות בדרך כלל לבין פרשנות משפטית. היסוד הרביעי והאחרון, היסוד המקומי, מבחין בין כללי הפרשנות המשפטיים המקובלים בשיטות המשפט השונות, בינם לבין עצמם. כללי הפרשנות הם כללים משפטיים.<sup>95</sup> יש בהם אותו אופי לאומי שיש לכל משפט. אך טבעי הוא, כי כללי הפרשנות צריכים לשקף את אופיה ומהותה של אותה שיטה. אין אתה יכול להצמיד לכללים משפטיים של שיטה לאומית אחת את כללי הפרשנות של שיטה לאומית אחרת. החוק הוא יצור החי בסביבתו,<sup>96</sup> ואין אתה יכול לתת מובן לחוק מבלי להכירו על רקע צמיחתו.<sup>97</sup> כללי הפרשנות הם כללים הבאים ליצור הרמוניה חקיקתית והמבוססים על הנסיון המשפטי של אותה מדינה. לגישה זו השלכות מקיפות בתחומים רבים. אצביע על אחדים:

right-minded men and women which is to enforce by his decree. A jurisprudence that is not constantly brought into relation to objective or external standards incurs the risk of degenerating into what the Germans call 'Die Gefühlsjurisprudence', a jurisprudence of mere sentiment or feeling."

93 ראה: ג' טדסקי, לעיל הערה 75; א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 255; א' ברק, לעיל הערה 26, בע' 80; ח' כהן, לעיל הערה 69. לגישה אחרת, ראה: Payne, *supra* note 27.

94 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 252.

95 ראה לעיל הערה 51.

96 דברי השופט זוסמן בענין שליט נ' שר הפנים, לעיל הערה 92, בע' 513.

97 ראה: F. Frankfurter, "A Symposium on Statutory Construction: Foreward" 3 *Vand. L. Rev.* (1950) 365, 367:

"An enactment is an organism in its environment. And the environment is not merely the immediate political or social context in which it is to be placed, but the whole traditional system of law and law enforcement, of recognized remedies and procedures which are the presuppositions of our law."

רדין מציין כי החוק הוא כמו זיקית, אשר צבעה נקבע על פי סביבתה; ראה: M. Radin, "Statutory Interpretation" 43 *H. L. Rev.* (1930) 863, 879.

ראשית, חשיבות רבה, בגיבושם של כללי פרשנות, יש למעמד החקיקה באותה שיטה, ולהשוואה שבינה לבין ההלכה הפסוקה.<sup>98</sup> באנגליה, למשל, מקובלת היתה התפיסה כי החקיקה לא באה אלא למלא את שהחסירה הפסיקה.<sup>99</sup> זו אינה תפיסתנו. החקיקה היא המסד ולא הטפחות.<sup>100</sup> אין היא באה אך לשפר את הפסיקה. על כן מתבקשים כללי פרשנות שונים מאלו המקובלים באנגליה. למשל, אין מקום לפרשנות המצמצמת נוסח המשפט האנגלי, ולהנחתנו שהמשפט המקובל ממשיך לחול אלא אם כן שונה באופן שאינו משתמע לשתי פנים.

שנית, חשיבות רבה בפרשנות נודעת לטכניקה של ניסוח החוקים. לא הרי הגישה הפרשנית במקום שהחוקים מפורטים, ומבקשים לכסות כל אירוע עתידי אפשרי, כהרי הגישה הפרשנית במקום שהמחוקק נוקט בנוסחאות כלליות. אין אתה יכול להפעיל כללי פרשנות, המבוססים על חקיקה מהסוג הראשון, על חקיקה מהסוג השני.

שלישית, יש להתחשב, בגיבושם של כללי הפרשנות, במקצועיות של החקיקה. כאשר החקיקה עומדת על רמה מקצועית גבוהה, מתגבשים כללי פרשנות הנותנים ביטוי למציאות מקצועית זו. לעומת זאת, כאשר החקיקה אינה עומדת על רמה מקצועית גבוהה, מתגבשים כללי פרשנות המשקפים מציאות זו. כאשר המסורת המקצועית של החקיקה מאופיינת בדיוק, ובמלאכת מחשבת, ניתן לגזור ממנה כללי פרשנות התואמים אותה. על רקע זה עשויים לצמוח כללי פרשנות לפיהם מן ה"לאו" של המחוקק ניתן ללמוד על ה"הן" שלו,<sup>101</sup> וכי לכל מילה או הוראה יש ליתן משמעות נורמטיבית, שכן אין להניח שהמחוקק משחית מילים לריק.<sup>102</sup> מלים וביטויים בחוק אחד ניתנים לפירוש במשמעות שנודעת למקביליהם בחוק אחר העוסק באותה מאטריה,<sup>103</sup> שהרי יש להניח תפיסה טכנית-מקצועית כוללת. לכל אלה אין מקום שעה שהחקיקה אינה מקצועית דיה. מההן של המחוקק אין להסיק את הלאו שלו. לעתים מילים חסרות ולעתים מילים מיותרות, שכן החקיקה אינה זהירה.<sup>104</sup> באין תפיסה כוללת של סוגיה, אין להניח כי במאטריה דומה נותנים לביטויים זהים משמעות דומה; ובכלל, הנפקה של חוק אף הוא נחוץ בכל אותן חולשות ששאר בני אדם נחוננו בהן, ואין לייחס לו מעלות שאינן מצויות בו. הנסח, כמו

98 ראה: ג' טדסקי, "משפט פרטי ותחוקה, בזמננו", מחקרים במשפט ארצנו, לעיל הערה 6, בע' 51; א' ברק, לעיל הערה 6, בע' 20.

99 ראה: A.R. Cross, *supra* note 30, at p. 8.

100 ג' טדסקי, לעיל הערה 98: "אין מעמד זה ופרשנות זו הולמים את המשפט הכתוב בשיטה הא"י והישראלית, כי הקומון לוא, שהוא המסד במשפט האנגלי, מהווה רק את הטפחות אצלנו".

101 ראה: ע"א 16/77 חג'ני נ' אטאר, פ"ד לא(3) 326, 331.

102 המ' 125/67 קפלן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד טז 1725, 1727; אך ראה: ר"ע 277/82 ירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826, 831.

103 בג"צ 125/50 קבוצת חוגים בית השיטה, ואח' נ' יו"ר בית הדין למניעת הפקעת שערים וספסרות בחיפה, ואח', פ"ד ה 113.

104 ע"א 440/67 עיריית תל-אביב-יפו נ' שכון הבונים בע"מ, פ"ד כב(1) 179; ע"א 403/72 המרץ - מרכבי מכוניות ועבודות מתכת בע"מ נ' גרייב, ואח', פ"ד כז(1) 423. כשהחקיקה לא זהירה, יש והמחוקק מניח הנחות, שאין להן כל יסוד במציאות: ע"א 687/69 עבד אנאני האשם נ' אבו טאעה, פ"ד כד(2) 460.

השופט, עושה מלאכת אנוש, על חולשותיה ופגמיה, ואין להעמידו בחזקת מי שעושה "מלאכת מחשבת".<sup>105</sup>

רביעית, מספר כללי פרשנות מבוססים על ההנחה כי המחוקק עוקב אחר הפסיקה ומגיב במקום שהיא אינה נראית לו. על יסוד מציאות זו התגבשו במספר שיטות כללי פרשנות – שכשלעצמי נראים לי מוטעים גם על פי הנחותיהם שלהם<sup>106</sup> – לפיהם, אם המחוקק חוזר ומחוקק הוראה שפורשה בעבר על ידי הפסיקה, הוא מאמץ בכך אותה פסיקה,<sup>107</sup> ואם הוא אינו משנה פסיקה, יש בכך כדי להניח שאותה פסיקה מקובלת עליו.<sup>108</sup> ודאי שאין מקום לכללים אלה במקום שהנחת היסוד עליה הם מבוססים, והיינו, שהמחוקק מכיר ועוקב אחר הפסיקה, אינה קיימת.

חמישית, כללי הפרשנות מבוססים על המסורת של השיטה. כך, למשל, מבוססים כללי הפרשנות של מספר מדינות קונטיננטליות על המסורת הרומניסטית. כללי הפרשנות הנהוגים באנגליה, באמריקה ובחלק מארצות הקהיליה הבריטית, מבוססים על מסורת המשפט המקובל. תהא זו אנומליה להרכיב כללי פרשנות המבוססים על מסורת אחת, על כללי משפט היונקים ממסורת אחרת. על כן, עם המעבר ממסורת למסורת, חל גם מעבר ממערכת אחת של כללי פרשנות למערכת אחרת. שיטתנו שלנו אינה, לא שיטה קונטיננטלית ולא שיטה המבוססת על משפט מקובל. אנתנו "שיטה מעורבת".<sup>109</sup> כללי הפרשנות שלנו צריכים לשקף אופי מיוחד זה שלנו.

## 1. מודלים של פרשנות

עמדנו על יסודותיה של תורת הפרשנות הראויה. יסודות אלה תוחמים מתחם של פרשנות. כל המצוי מחוצה לו אינו ראוי. בתוכו של המתחם פנימה מצויה האפשרות

105 ראה: נידוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 102, בע' 831.

"כשלעצמי, אין אני מוכן כלל להעמיד את המחוקק כמי שעושה 'מלאכת מחשבת'. הנסח, כמו השופט, עושה מלאכה אנושית, על חולשותיה ופגמיה. את פרשנותו של החוק יש לבסס על לשונו ועל הגיונו ועל מטרתו ועל תכליתו".

106 ראה: ג' טדסקי, "הלכת התקדים בזמן האחרון" הפרקליט כב (תשכ"ו) 320. ראה, גם: ע' שפירא, "שתיקת המחוקק – כלל של פרשנות חוקים?" הפרקליט כא (תשכ"ה) 293, 298: "שתיקת המחוקק יכול שתשמש שיקול בין שאר שיקולים ששוקל בית-המשפט משנקרא הוא להעביר בכור השפיטה הלכה שנפסקה לפירושה של הוראה סטטוטורית פלוגנית. הכל בהתאם למסיבותיו של כל מקרה ומקרה; אך מכאן ועד להפיכת 'שתיקת המחוקק' לכלל של פרשנות חוקים ולראיה ניצחת לכוונתו המשוערת, רחוקה היא הדרך, ולדעתנו אף רבת ספיקות ופקוקים הינה".

107 ראה: A.R. Cross, *supra* note 30, at p. 147.

108 ע"א 46/63 גוטמן נ' שן, פ"ד יח(1) 371; ע"א 898/79 כהן נ' מנהל מס שבת מקרקעין – המרכז, פ"ד לה(4) 815, 823: "העדר יזמה חקיקתית בנדון מוליך למסקנה, שלפחות כדיעבד קיבל המחוקק את הפירוש של אותה ועדה ואימצו לעצמו". השווה: ע"א 525/73 עזבון סולימאן עבדאללה עיסק, ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 729, 733.

109 על "השיטה המעורבת" (mixed jurisdiction) ומעמד השפיטה בה, ראה: J. Dainow, *The Rule of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (Louisiana, 1974).



הראויה. מהי אותה אפשרות? התשובה על שאלה זו היתה פשוטה, לו היתה מצויה בתוך המתחם אך אפשרות אחת ויחידה. ולא היא. בתוך המתחם מצויות מספר אפשרויות ראויות. כך, למשל, ניתן לנקוט במודל הבא:<sup>110</sup> על הפרשן ליתן למילות החוק אך את משמעותן הראשונית, תוך התעלמות מכל משמעות אחרת. מודל פרשני זה מבוסס על תורת הלשון. הוא סומך עצמו על יסוד ערכי, הבא להבטיח בטחון, יציבות והגשמת ציפיות סבירות. יש בו יסוד אובייקטיבי, שכן השופט פועל על פי אמות מידה לשוניות שהן חיצוניות לו, ואין הוא פועל לפי תחושות סובייקטיביות. הוא מבוסס על היסוד המקומי, כי המחוקק מדבר בלשון רגילה ומקובלת על הציבור. ניתן לנקוט במודל אחר:<sup>111</sup> על הפרשן ליתן למילות החוק אותה משמעות אשר תביא למירב הצדק במסגרתה של אותה חברה. אף גישה זו עולה בקנה אחד עם היסוד הלשוני. היא גישה ערכית. יש בה יסוד אובייקטיבי, שכן לא תחושת הצדק הסובייקטיבית של השופט היא הקובעת, אלא הבנתו את הנראה לצדק בחברה בה הוא חי. יש בה יסוד מקומי, שכן חוקה על המחוקק שהוא שואף להגשים מטרות צודקות. ניתן כמובן לנקוט במודלים נוספים, מהם "טהורים" העומדים בפני עצמם, ומהם מיווג ועידון של מודלים קיימים.

## ז. המודל המוצע: מטרת החקיקה

### 1. מהות המודל

נראה לי כי מבין המודלים האפשריים, מן הראוי לבחור במודל הבא: את הנורמה החקוקה יש לפרש באופן שיגשים את המטרה הגלומה בה, הצמודה לה והעוטפת אותה.<sup>112</sup> מבין האופציות הלשוניות על השופט לבחור באותה אופציה המגשימה את מטרת החקיקה.<sup>113</sup> לענין זה, אין חשיבות לכך אם אופציה לשונית זו מבוססת על המשמעות הטבעית, הרגילה, הראשונית של המלים, או על המשמעות יוצאת הדופן, החריגה והמשנית של המילים.<sup>114</sup> לא ננהג על פי כללי פרשנות המבוססים על הבחנה, א־פריורי, בין "משמעות ברורה" לבין "משמעות שאינה ברורה".<sup>115</sup> לשונו של החוק אינה ברורה כל עוד היא

110 זהו ליבו של המודל האנגלי, ראה: A.R. Cross, *supra* note 30, at p. 43. עם זאת, המודל האנגלי כולל בחובו את התוספת, כי במקום שהמשמעות הראשונית של המלים מביאה לידי אבסורד, ניתן להיזקק למשמעותן המשנית של המלים: *Maunsell v. Olins and Another* (1975) A.C. 373, 391; Cross, *ibid.*

111 ראה: J.P. Witherspoon, *supra* note 77, at p. 63.

112 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" לעיל הערה 32.

113 הגישה, לפיה על השופט לבחור אופציה לשונית המגשימה את מטרת החקיקה, עוברת כחוט השני כפטיקה; ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 252. ראה גם: בר אילן, ואח' נ' מנהל מס שכתב מקרקעין, נתניה, לעיל הערה 41, בע' 659.

114 ראה: G. Williams, *supra* note 67.

115 לביקורת הגישה המילולית המבחינה בין משמעות ברורה לבין משמעות שאינה ברורה, ראה: H.W. Jones, "The Plain Meaning Rule And Extrinsic Aids In the Interpretation of Federal Statutes" 25 *W. U. L. Q.* (1939) 2; C.B. Nutting, "The Ambiguity of Unambiguous Statutes" 24 *Minn. L. Rev.* (1940) 509; F.E. Horack, Jr., *supra* note 51; Q. Johnstone, "An Evaluation of the Rules of

אינה עולה בקנה אחד עם מטרה ברורה.<sup>116</sup> על מטרת החקיקה ילמד השופט בראש ובראשונה ממילות החוק, והוא לא יגשים מטרה שאין לה נקודת-אחיזה ארכימדית בלשון החוק.<sup>117</sup> אך לשון החוק אינה המקור היחיד ממנו ניתן ללמוד על תכלית החקיקה. על כן ילמד השופט על מטרת החקיקה מכל מקור אמין העשוי להשליך אור על מטרה זו, בין מקור המצוי בתוך החוק ובין מקור המצוי מחוצה לו. זהו לבו של המודל המוצע. יש להוסיף לו, כמובן, עידונים והסתעפויות. כך, למשל, יש צורך לעתים להוסיף מלים לחוק או לגרוע ממנו, כדי למנוע תוצאה אבסורדית.<sup>118</sup> האבסורדיות שכתוצאה נקבעת לאור מטרת החקיקה. כמו כן כולל המודל בחובו כללים באשר לבחירה בין מטרות חקיקה מתחרות, וכללים באשר להתחשבות במטרת חקיקה שאבד עליה הכלת.<sup>119</sup>

## 2. מטרת החקיקה ויסודות המודל הראוי

תורת פרשנות המתבססת על מטרת החקיקה מגשימה בצורה האופטימלית ביותר את יסודותיו של המודל הראוי. היא מקיימת את היסוד הלשוני, ומתבססת עליו. אין בה נאיביות לשונית. היא אינה עושה מהלשון מבצר שצריך לכבשו בעזרת מילון.<sup>120</sup> היא יונקת מהתפיסה כי הלשון היא בית קיבול גמיש הניתן למתיחה, בין מקסימום ומינימום, על יסוד שיקולים לבר-לשוניים.<sup>121</sup> במרכזה של התפיסה בדבר מטרת החקיקה עומד היסוד הערכי. החוק נתפס כיצירה תכליתית, הבאה להגשים מדיניות.<sup>122</sup> פרשנות ראיה היא זו הבוחרת באותה אופציה לשונית, שיש בה מירב הגשמתה של אותה מדיניות. על כן דוחה גישה פרשנית זו את התפיסה לפיה על הפרשן ליתן למילות החוק את משמעותן הראשונית והרגילה. אין כל צידוק בגישה זו, אם המשמעות הראשונית והרגילה אינה

Statutory Interpretation" 3 *Kans. L. Rev.* (1954) 1; J.P. Witherspoon, "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: 'The Middle Road'" 40 *Tex. L. Rev.* (1962) 751; J.M. Kernochan, "Statutory Interpretation: An Outline of Method" 3 *Dalhousie L. J.* (1976) 333; M.R. Merz, "The Meaninglessness of the Plain Meaning Rule" 4 *Day. L. Rev.* (1979) 31

116 ראה: Hart & Sacks, *supra* note 68, at p. 1157

"The meaning of a statute is never plain unless it fits with some intelligible purpose."

117 ראה: א' ברק, לעיל הערה 13, בע' 255.

118 ראה: המרץ - מרכבי מכוניות ועבודות מתכת בע"מ נ' גרייב, ואח', לעיל הערה 104: ע"א 126/79 פריד נ' ועדת העררים, פ"ד (2) 24: ע"א 753/77 אשדוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 182.

119 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או זמיון?" לעיל הערה 32.

120 ראה: ע"פ 881,787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 421, 427:

"מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק."

121 ראה: M. Radin, *supra* note 97, at p. 879.

122 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או זמיון?" לעיל הערה 32. ראה גם: ע"א 481/73 רחובנו נ' שטסל, פ"ד (1) 505, 516: "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו". ראה גם: קניג נ' כהן, לעיל הערה 39, וכן: J.P. Witherspoon, *supra* note 115, at p. 780; Breitel, "The Courts and Lawmaking", *Legal Institutions Today and Tomorrow* (1959) 1, 27

מגשימה את מטרת החקיקה.<sup>123</sup> מטעם זה עצמו איני גורס כי יש ליתן למילות החוק אך אותו פירוש המגשים את הצדק. על השופט להגשים את הצדק אם זו מטרתו של החוק וכך הוא הדבר במקרים רבים. אך אם החוק בא להגשים מטרות אחרות, כגון סדר ציבורי או איזון מסויים בין אינטרסים נוגדים, על הפרשן להגשים מטרה זו, גם אם התוצאה המתקבלת לא תהא צודקת.

תורת פרשנות המתבססת על מטרת החקיקה עולה בקנה אחד עם תפיסת היסוד שלנו, לפיה המקור העיקרי והראשי למשפט הוא בחקיקה. היא נותנת ביטוי מלא לעקרון הפרדת הרשויות.<sup>124</sup> כלליה של תורת זו מעוגנים במציאות הפרלמנטרית שלנו, ומשקפים את המקצועיות של החקיקה. יש בה, על כן, מתן מעמד בכורה למחוקק מחד גיסא, מבלי להתפס לנאיביות באשר לדרכי פעולתו, מאידך גיסא. היא משקפת את תפיסתנו, כי התפקיד העיקרי להתאים את המשפט למציאות מוטל על המחוקק. עם זאת, תפקיד זה מוטל גם משנית על השופט.<sup>125</sup> המחוקק משנה את הדין, ומתאימו למציאות, בדרך חקיקתית. השופט מתאים את הדין למציאות החברתית, בדרך שיפוטית.<sup>126</sup> הוא עושה כן בעזרת מטרת החקיקה. שכן זאת יש לדעת: מטרת החקיקה אינה התמונות הספציפיות שנחזו בעבר. מטרת החקיקה היא העקרון העומד ביסוד החקיקה. עקרון זה עשוי להקרין עצמו על מצבים חדשים שלא היו בעבר, ושלא ניתן היה לצפותם בעבר.<sup>127</sup> כך מושגת תנועה והתחדשות תוך יציבות ובטחון.

### 3. מטרת החקיקה והיסוד האובייקטיבי

העולה התפיסה הפרשנית בדבר מטרת החקיקה בקנה אחד עם היסוד האובייקטיבי? האם קיימת "מטרת חקיקה"? האין זו – בלשונו של צלטנר<sup>128</sup> – "המצאה" שהשופט ממציא, ועל כן נעדרת אובייקטיביות? אכן, מטרת החקיקה אינה מונחת באותה כספת, וכל שצריך הוא לפרוץ לתוכה. מטרת החקיקה היא ערך שהשופט נותן לו לבוש, אך אין היא פרי תפיסתו הסובייקטיבית של השופט. האובייקטיביות שבה היא יחסית, ומדורגת החל ברמה גבוהה של אובייקטיביות, וכלה בהכוונה חקיקתית מעטה ביותר. בקצה בעל דרגת האובייקטיביות הגבוהה מצויים אותם מצבים, שהם מעטים בישראל, בהם החוק קובע את מטרותיו. כך, למשל, נקבע בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982<sup>129</sup> כי "חוק

123 ראה: G. Williams, *supra* note 67.

124 ראה: J.M. Landis, "A Note on 'Statutory Interpretation'" 43 *H. L. Rev.* (1930) 886; Jones, "Statutory Doubts and Legislative Intention" 40 *Co. L. Rev.* (1940) 957; F.E. Horrack Jr., "Congressional Silence: A Tool of Judicial Supremacy" 25 *Tex. L. Rev.* (1947) 247.

125 ראה: א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד", ספר זוסמן (תשמ"ד) 71.

126 ראה: א' ברק, לעיל הערה 26.

127 ראה: K.G. Wurzel, *supra* note 51, at p. 345; Christiansen, "Technological Change and Statutory Interpretation" *Wisc. L. Rev.* (1966) 556; R. Dworkin, "The Forum of Principle", *supra* note 24; S.R. Munzer & J.W. Nickel, "Does the Constitution Mean What It Always Meant" 77 *Col. L. Rev.* (1977) 1029.

128 ז' צלטנר, "המצאות במשפט" הפרקליט יט (תשכ"ג) 122.

129 ס"ח 8.

זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוים אחידים". ברוב רובם של המקרים אין החוק עצמו קובע את מטרתו, וגם באותם מקרים מעטים שהוא עושה כן, על השופט לפרש אף את פסקת המטרות עצמה. לרוב על השופט להסיק את המטרה בדרך הקונסטרוקציה. לעתים ניצבות בפניו מספר מטרות, מהן סותרות, ומהן שאינן סותרות אך שונות זו מזו כרמת ההפשטה שבהן. על השופט להכריע במטרה בה יתחשב. מקור חשוב לכך מהווה לשון החוק עצמה. אך טבעי הוא שהלשון תצביע על המטרה. כמו כן ניתן ללמוד על המטרה מהקשרה של החקיקה.<sup>130</sup> "דיבור שבחוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים".<sup>131</sup> כמו זיקית, עשויה המלה לקבל משמעות על פי הסביבה בה היא מצויה.<sup>132</sup> ההקשר הוא יסוד אוניקטיבי, אם כי האוניקטיביות היא יחסית ולא מוחלטת. על השופט ליצור בדרך הקונסטרוקציה את המטרה החקיקתית מתוך הקשרה של החקיקה. זו כוללת גם את ההיסטוריה החקיקתית. זהו החיפוש אחר "כוונת המחוקק" אשר באמצעותו ניתן ללמוד על מטרת החקיקה.<sup>133</sup> אף כאן נתון שיקול דעת רב לשופט. הוא צריך לזהות, מתוך מכלול ההיסטוריה החקיקתית, את זו שעל פיה יקבע את כוונת המחוקק. אך אין זה תהליך סובייקטיבי גרידא. אין השופט ממציא את ההיסטוריה. עם זאת, אין להגזים בחשיבותה של ההיסטוריה החקיקתית ובמימצאיה בדבר כוונת המחוקק. לעתים אין למצוא היסטוריה חקיקתית משמעותית. לעתים היא מצביעה על מגמות סותרות. לעתים ערכה הראייתית נמוך. בכל המצבים האלה ובאחרים, עשוי שופט למצוא עצמו במצב דברים שבו עליו לקבוע את מטרת החקיקה בלי שיהיו בפניו נתונים על כוונת המחוקק. אין בכך ולא כלום. לחוק יש מטרה גם אם למחוקק אין כוונה שניתן לחשפה.<sup>134</sup> אנו עוסקים באנאליזה של החוק לאור מטרתו, ולא בפסיכואנליזה של המחוקק לאור כוונתו.<sup>135</sup>

במקרים מעין אלה יתחשב השופט באינטרסים הטיפוסיים אשר נאבקים על הבכורה. הוא יתחשב בערכיה של החברה, ב"אני מאמין" שלה.<sup>136</sup> הוא

130 ראה: P.O. Ekelöf, "Teleological Construction of Statutes" 2 *Scandinavian Studies in Law* (1958) 77, 96; G. Williams, *supra* note 67, at p. 1128; Hart & Sacks, *supra* note 68, at p. 1156. הוראות אחרות באותו חוק, חוקים אחרים העוסקים באותה סוגיה, רצף החקיקה כולה, והדין הקודם אותו באה הנורמה לשנות: ראה א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" לעיל הערה 32.

131 שליט נ' שר הפנים, לעיל הערה 92, בע' 513 (השופט זוסמן).

132 ראה: M. Radin, *supra* note 97, at p. 879.

133 ראה: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" לעיל הערה 32.

134 ראה: G.C. Mac Callum, "Legislative Intent" 75 *Yale L. J.* (1965) 754. ראה גם: "בחן" חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' דונצוויג, לעיל הערה 50, בע' 577: "מאחורי לשון המחוקק עומדת תמיד מטרת החיקוק".

135 השווה: בג"צ 269,246/81 אגודת דרך ארץ, ואח' נ' רשות השידור, ואח', פ"ד לה(4) 1, 17.

136 ראה: בג"צ 10/48 זיו נ' גונדניק, פ"ד א 85, 89 לענין הכרות העצמאות, אשר "מבטאת את חזון העם ואת האני מאמין" שלר'. ראה גם: בג"צ 87,73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884; בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, ואח', פ"ד יח(1) 598, 612; בג"צ 379,51/69 רודניצקי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, ואח', פ"ד כד(1) 704, 712.

יניה,<sup>137</sup> כי מטרת החוק אינה לפגוע בעקרונות היסוד של צדק, מוסר, שוויון, חופש ביטוי, הגינות ושלטון החוק. בכל אלה מצוי השופט בקצה השני של הקשת. מידת ההכוונה החקיקתית היא מעטה. מידת שיקול הדעת היא רבה. אך גם במצבים אלה לא יפעל השופט אלא על פי תחושתו הסובייקטיבית שלו. הוא יפעל על פי עקרונות של מדיניות שיפוטית ראויה.<sup>138</sup> הוא יתחשב בתפיסתה של החברה את התפקיד השיפוטי,<sup>139</sup> ובמידת ההסכמה החברתית הקיימת באותה שיטה בסוגייה נשוא הפרשנות.<sup>140</sup> הוא יתחשב במהותם של הפתרונות הנדרשים.<sup>141</sup> הוא ישאף להגשים ציפיות סבירות.<sup>142</sup> בכל אלה, לא את "האני מאמין" שלו יגשים השופט, אלא את "האני מאמין" של החברה בה הוא פועל.<sup>143</sup> על כן, אפילו השופט בעל תפיסת עולם דתית, עליו להיות ער לכך שהוא פועל בחברה שהשקפת עולמה היא חילונית. ואפילו השופט הוא בעל תפיסת עולם חילונית, עליו להיות מודע לכך כי הוא פועל בחברה שבה יש לדת ביטוי פורמלי בתחומי המשפט. בדומה, אפילו גורס השופט גישה של "Laissez Faire" נוסח המאה התשע-עשרה, עליו להיות מודע לכך שהוא פועל במסגרתה של מדינת סעד. ואם יגיע למסקנה כי מטרת החקיקה היא הגשמת עקרונות של מוסר או צדק, לא את הנראה לו סובייקטיבית כמוסרי וצודק יגשים, אלא את ערכיה של חברתו, כפי שהם משתקפים בציבור הנאור שבתוכו הוא יושב. גישה זו למטרת החקיקה מקיימת את היסוד האובייקטיבי. היא מכירה בכך שיש יצירתיות בגיבושה של מטרה זו, אך היא עומדת על כך שהיצירתיות היא מוגבלת.

#### ה. תורת פרשנות – על שום מה?

בעיני ההדיוט, השופט עוסק בהכרעה בעובדות בלבד. הדמות הטיפוסית של השופט בעיני הציבור, היא זו של מי שמכריע במחלוקת עובדתית. ההנחה של ההדיוט היא, כי הנורמה המשפטית, לאורה יוכרע הדין, ברורה היא ונתונה, וכל שצריך הוא להכריע בעובדות. תפיסה זו נתמכת בעקרון הפרדת הרשויות, לפיו יצירת הנורמה היא ענין לרשות המחוקקת, ואילו ענינה של הרשות השופטת הוא בהכרעת הסכסוך העובדתי, לאור הנורמה המשפטית. תפיסה מקובלת זו רחוקה מהמציאות. אין השופט יכול להכריע בעובדות בלא לבחון את הנורמה המשפטית ואת תחום התפרסותה, ואין השופט יכול

137 להנחות אלה, ראה: A.R. Cross, *supra* note 30, at p. 142. וכן: א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" לעיל הערה 32. רשימת ההנחות אינה סגורה.

138 לניתוח המדיניות השיפוטית – להבדיל מהמשפטית – הראויה, ראה: א' ברק, לעיל הערה 26.

139 ראה: M.D.A. Freeman, "Standards of Adjudication, Judicial Law-Making and Prospective Overruling" 26 C. L. P. (1973) 166.

140 ראה: Devlin, "Judges and Lawmakers" 39 M. L. Rev. (1976) 10. על כן, לא יבחר שופט בדרך כלל בפירוש העומד בניגוד חריף לתפיסת היסוד של הציבור: שליט נ' שר הפנים, לעיל הערה 92, בע' 520 (השופט לנוזי).

141 ראה: P. Weiler, "Legal Values and Judicial Decision-Making" 48 Can. B. Rev. (1970) 1; C.K. Allen, *Law in the Making* (London, 7th ed., 1981) 309.

142 ראה: א' ברק, לעיל הערה 26, בע' 71, וכן: P. Weiler, *ibid*, at p. 35.

143 שליט נ' שר הפנים, לעיל הערה 92, בע' 520.

להכריע באשר לתחום התפרסותה של הנורמה בטרם יבחן את העובדות, שכן על פי מערכת העובדות נקבעת הנורמה הרלבנטית. קיים איפוא קשר הדוק בין הנורמה לבין העובדות.<sup>144</sup> אין האחד נתון וברור, ואילו האחר מסופק ודורש הכרעה. השניים עומדים להכרעתו של השופט, תוך תלות הדדית פנימית ביניהם. הנורמה מנפה את העובדות, ומתמקדת ברלבנטיות בלבד, והעובדות מנפות את הנורמות, ומתמקדות ברלבנטיות בלבד. דמות השופט העוסק בעובדות בלבד, היא אגדה. על השופט לעסוק בעובדות ובנורמות גם יחד, ברזומנית. הכרעה בסכסוך משמעותה לא רק הכרעה בעובדות אלא גם הכרעה בנורמה. לעתים הנורמה אינה שנויה במחלוקת. ההכרעה בה קלה והיא נעשית שלא במודע. אך לעתים ההכרעה בנורמה קשה, והיא נעשית רק לאחר תהליך אינטלקטואלי מודע. הכרעה בסכסוך משמעותה, איפוא, פרשנות של עובדות ונורמות גם יחד. אין שופט יכול להכריע בעובדות בלא שיכריע באשר לפירושה המחייב של הנורמה. על כן, הפרשנות של החוק היא אינהרנטית לשפיטה. אין שפיטה ללא פרשנות.<sup>145</sup> לשופט – משמעותו לפרש.<sup>146</sup> ופירוש אין משמעותו חשיפת האופציות הלשוניות הטמונות בטקסט בלבד, אלא הכרעה בין האופציות הללו, תוך בחירתה של האופציה המחייבת את הצדדים ואת הציבור. לשם כך נוצרו כללי הפרשנות, שאינם אלא כללי בחירה. אך אפילו הפרשנות אינהרנטית לשפיטה, האם שופט נעזר בכללי פרשנות? האין לומר שהשופט מגיע למסקנתו בדרך משלו, בלא להסתמך כלל על כללי הפרשנות, ואלה משמשים אך צידוק למסקנה שהשופט הגיע אליה בלעדיהם, תוך הליכה אחר תחושתו? אפילו נכונה גישה זו, אין בה כדי ליתר את כללי הפרשנות. אף שאין הם מהווים, על פי אותה גישה, כללי הדרכה, הרי מהווים הם כללי צידוק.<sup>147</sup> גם לאלה נודעת חשיבות מרובה. הם הנותנים לגיטימציה למעשה השפיטה.<sup>148</sup> הכרעה בסכסוך התואמת את כללי הפרשנות המקובלים נראית לגיטימית גם אם היא נראית בלתי נכונה. היא נתפסת כחקיקה שיפוטית לגיטימית. הכרעה בסכסוך שאינה תואמת את כללי הפרשנות המקובלים נראית בעיני הציבור כבלתי לגיטימית וכהסגת גבולו של המחוקק. היא נתפסת כחקיקה שיפוטית בלתי לגיטימית. כללי הפרשנות הם איפוא כללי לגיטימציה. בכך חשיבותם המרובה, שכן אבן היסוד של השפיטה – היא הלגיטימיות שבהפעלתה. אך הגישה עצמה – שכללי הפרשנות אינם אלא כללי הדרכה – לוקה בחסר, וזאת משני טעמים:

ראשית, לעתים קרובות, האינטואיציה עצמה אינה אלא פעולה על פי כללי הפרשנות, תוך שהפעולה נעשית שלא מדעת. השופט ספוג במסורת המשפטית שלו

144 ראה: J.C. Cueto-Rua, *supra* note 76, at p. 25.

145 ראה: O.M. Fiss, *supra* note 44.

146 ראה: בג"צ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141, מפי השופט שמגר: "הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות – ולהלכה תמיד – בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה".

147 ראה: G. Gottlieb, *supra* note 77, at p. 101; W.E. Lattin, "Legal Maxims and Their Use in Statutory Interpretation" 26 *Geo. L. J.* (1937) 1.

148 ראה: A. Ross, *supra* note 130, at p. 153.

הפרשנות, תוך שהפעולה נעשית שלא מדעת. השופט ספוג במסורת המשפטית שלו ובתפיסה הפרשנית, ובלא שיהא מודע לכך, הוא מכנה אינטואיציה מה שאינו אלא תגובות טבעיות לאור תשתית זו של כללי פרשנות. במצבים אלה, השופט פועל על פי כללי הפרשנות, אך הוא אינו נותן לעצמו דין וחשבון מודע על כך; שנית, לעתים, שעה שהשופט ניצב בפני בעיה משפטית, הוא מודע לכך שלכאורה בפניו מספר אפשרויות, והוא מבקש לדעת באיזו דרך יבחר.<sup>149</sup> האינטואיציה אינה מסייעת, שכן היא עצמה מצביעה לעתים על יותר מאפשרות אחת. במצבים אלה כללי הפרשנות אינם רק כללי צידוק, אלא גם כללי הדרכה. הם המצפן שעל פיו יכוון השופט את דרכו. מכאן החשיבות שלכל שיטה יהיו כללי פרשנות משלה, שיהיו מקובלים עליה, באופן שתתהווה אותה "קהיליה פרשנית" החיונית לכל חברה.<sup>150</sup> אמת, שני שופטים עשויים להגיע לתוצאות שונות, אפילו יפעלו על יסוד כלל פרשנות אחד המקובל עליהם. אין מנוס מכך. זה טבעו של המשפט, שיש בו שיקול דעת לשופט. זאת ועוד: שני שופטים עשויים להגיע לתוצאות שונות, כאשר האחד מפעיל כלל פרשנות פלוני המקובל בשיטה, והאחר מפעיל כלל פרשנות אלמוני, המקובל באותה שיטה. אין מנוס מכך. זה טבעם של כללי הפרשנות, שצועדים הם לעתים זוגות זוגות,<sup>151</sup> זה נוטה לכאן וזה נוטה לכאן. אך אין זה טבעי, ואין זה רצוי, כי שני שופטים יגיעו לתוצאות שונות, כאשר האחד מהם או שניהם מפעילים כללי פרשנות שאינם לגיטימיים בשיטה. שופטים אלה פוגעים במוסד השפיטה ובלגיטימיות שלו בעיני הציבור.

### ט. סוף דבר

לכל שיטת משפט דרושים, איפוא, תורת פרשנות וכללי פרשנות. לשיטתנו שלנו דרושים תורת פרשנות וכללי פרשנות. כולנו מודעים לשינוי שחל בשיטתנו, הן בתחומי המשפט הפרטי (בעיקר הקודיפיקציה האזרחית<sup>152</sup>) והן בתחומי המשפט הציבורי (חוקי היסוד והחקיקה של מדינת הסעד). שנות העצמאות הביאו לשינוי מהותי בחקיקה שלנו, הן בתכניה והן בצורתה. התרחקנו מהמסורת האנגלית, ויצרנו לעצמנו מסורת משלנו. חרף כל זאת, אך מעט תשומת לב הוקדשה לצורך להביא לשינוי בכללי הפרשנות. דבר זה טבעי הוא, שכן הכללים האחרונים לשינוי הם כללי היסוד המהווים את תורת המשפט לשיטה כולה, ובהם כללי הפרשנות. עם זאת, דומה שהגיע הזמן לבחון אף ענין זה. האותות הראשונים מצויים כבר בפסיקה. אך אין הם מקיפים דיים. השינוי צריך להימשך. הוא חייב להיות זהיר והדרגתי. שינוי תוך שיכנוע ותוך הסכמתה של הקהיליה הפרשנית. השינויים הספציפיים שהתרחשו בעבר ואשר יתרחשו בעתיד צריכים להתאחד לתורת

149 ראה: R. Dworkin, *supra* note 89, at p. 81; W.A. Parent, "Interpretation and Justification in Hard Cases" 15 *Georgia L. Rev.* (1980) 99

150 ראה: לעיל הערה 44.

151 ראה: K.N. Llewellyn, *supra* note 19; *Maunsell v. Olins*, *supra* note 110; F.E. Horrack Jr., *supra* note 51, at p. 335

152 ראה: א' ברק, לעיל הערה 6, בע' 5.

פרשנות כוללת. זהו השינוי שהצמח המשפטי החדש – על פי דימויו של צלטנר – הצמיח, ואשר מצדו ישמש לו קרקע מפרה. נקודות אחדות לשינוי זה ביקשתי להציג. כמה מהנחותי יהיו בוודאי שנויות במחלוקת. אני בוודאי טועה בחלק מהן. כל שביקשתי הוא לשרטט קו דק במסגרתה של תמונה כוללת, אשר הגורל הלאומי הטיל על דור המשפטנים של תקופתנו לציירה.