

מאמרים

כוונת המחוקק: מציאות או דמיון*?

מאת: פרופ' אהרן ברק**

הקדמה

חיבה יתרה נודעת לה, לפרשנות, אצל זוסמן. בפסקי-דין¹ במאמרים² ובספרים³ עסק זוסמן רבות בפרשנות. הן בפרשנותה של הוראה זו או אחרת, והן בתורת הפרשנות. ובמסגרת תורת הפרשנות העסיקה את זוסמן רבות השאלה, מהי "כוונת המחוקק", ומה חשיבות נודעת לה. נקודת המוצא של זוסמן היתה, כי מטרת הפרשנות היא לחשוף את "המשמעות הנכונה" של דיבור⁴. משמעותו הנכונה של דיבור נקבעת על-ידי "ההקשר בו מצוי הדיבור הצריך פירוש ומטרת הדובר שנתגלתה מן המסמך. שאיפת הפרשן צריכה להיות לבצע מטרה זו ככל האפשר"⁵. כאשר הגורמה המתפרשת היא חוק, הרי "מטרת הדובר" היא "כוונת המחוקק". אך כיצד מגלים את כוונת המחוקק? זוסמן גורס כי את "כוונת המחוקק" אין לדעת בדרך-כלל שכן המחוקק אינו יכול לצפות את התרחשויות העתיד. על-כן, "כוונת המחוקק" אינה אלא "כוונתו המשוערת" של המחוקק. ר"כ כוונה משוערת" זו כיצד אנו מגלים? על כך משיב זוסמן:

"אנו צריכים לשאול את עצמנו גם כאן, על יסוד מטרת התחיקה הידועה לנו, מה

היה המחוקק קובע לענין דנא לו העלה אותו בדעתו?"⁶

מכיוון שאין לו למחוקק בדרך-כלל כוונה, וכל שניתן לגלות זו "כוונה משוערת", הרי תחם "כוונת המחוקק" ראוי לנו לדבר, לדעת זוסמן,⁷ על "מטרת החקיקה".

עמדתו זו של זוסמן מעוררת בעיות מספר. מדוע נקבעת "משמעותו" הנכונה של חוק על-פי מטרת הדובר? מדוע לא נפרש דיבור על-פי הכנת הקורא?⁸ זוסמן קובע כי אין לו למחוקק "בדרך כלל" כוונה. מדוע? ומהם אותם המקרים החריגים שיש לו בהם "כוונה". הנתחשב בהם? זוסמן מעמיד ביסוד הפרשנות את "הכוונה המשוערת" – "מה היה המחוקק קובע לענין דנא לו העלה אותו בדעתו"? האם זהו מבחן ראוי? האם עלינו לשאול "מה היה המחוקק קובע לו"? ובעיקר, האם עלינו לשאול "מה היה המחוקק קובע לענין דנא"? האם עלינו להעמיד את הסכסוך הספציפי שלפני בית המשפט להכרעת המחוקק? האין "כוונת המחוקק" מושג פיקטיבי גרידא?

* דברים שנישאו בטקס זכרון במלאות שנתיים לפטירתו של הנשיא זוסמן ז"ל.

** שופט בית המשפט העליון.

1. לסקירת פסקי הדין של זוסמן העוסקים בפרשנות, ראה ח' כהן, "מאור פנים במשפט" ספר זוסמן (1984) 1.

2. ראה בעיקר, "מקצת מטעמי פרשנות" ספר יובל לפנחס רוזן (1962) 147; "כתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213; "תום לב" בדיני חוזים – הויקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (תשל"ט) 485.

3. בעיקר דיני שטרות (מהד' שישית, 1983) 21.

4. "זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 150.

5. "זוסמן, שם, בע' 153.

6. בג"צ 328/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69, 79.

7. "זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 156.

8. ידועה אמרתו של הולמס: (holmes):

"We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means"

דומה נאמרו גם על-ידי השופט ריד (Lord Read) ברשת Black-Clawson International, Ltd. v. Papierwerke Waldhof – Aschaffenburg A.G. (1975) 1 All E.R. 810, 814: "We often say

that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used. We are seeking not what

Parliament meant, but the true meaning of what they said"

הצורך במרשנות

- הרקע לבעייתיות האמורה מקורו בלשון⁹. הנורמה המשפטית מופיעה בדרך-כלל בטקסט לשוני. הטקסט עצמו מורכב ממלים, המהוות סימנים או סמלים. לאלה אין משמעות פנימית בפני עצמה¹⁰, אלא הם מהווים תיאורים המקובלים על המשתמשים באותה לשון¹¹. תיאורים אלה, שעה שהם נקלטים במחשבתנו, אינם מעלים דימוי אחד ויחיד, המשותף לכל המשתמשים באותה לשון. מעצם מהותה של הלשון, שתיאורים אלה מעלים, בדרך-כלל, מספר דימויים¹². אין דימוי שהוא תמיד, ובכל הנסיבות, הדומיננטי, שבלעדיו אין¹³. הלשון האנושית היא רבת משמעות¹⁴, מעורפלת¹⁵, בעלת רקמה פתוחה¹⁶. אין קריטריון מושלם
9. המחקרים בתורת הלשון הם רבים ומגוונים. מקובל היה בין משפטנים, להסתמך על Ogden and Richards, The Meaning of Meaning (10th ed., 1956). על גישתם נמתחה בקורת, הן על-ידי אנשי הלשון כ- Ulman, Language and Style (1964) 17-23 והן על-ידי אנשי משפט: ראה Glanville Williams, "Language and the Law" (Part IV) 61 L.Q.Rev. (1945) 384, 392; Dickerson, The Interpretation and Application of Statutes Appendix C (1975); Moore, "The Semantics of Quine, Word and Object (1960); Lyons, Judging" 54 S. Col. L.Rev. (1981) 151 Semantics (1973); Seung, Semantics and Thematics in Hermeneutics (1982); Palmer, Semantics (1976); Taylor, Explanation and Meaning (1972); Parkinson, The Theory of Meaning (1976); Bennett, Linguistic Behaviour (1968); ראה גם אפלבום "סימניות בחיי המשפט" הפרקליט ח (תשי"ב) 334; ט (תשי"ג) 33.
10. ראה Ross, On Law and Justice (1958) 111.
11. ראה Ross, Tû — Tû 70 H.L.Rev. (1957) 812; Philbrick, Language and the Law (1949) 27.
12. ראה Chafee, "The Disorderly Conduct of 'Words'" 41 Col. L.Rev. (1941) 381; בע"פ 94/65 תורג'מן נ' היועמ"ש, פ"ד יט (3) 57, 80 אומר ווסמן; "למדנו שמשמעויותיו של דיבור רבות הן, והן שונות ומשתנות מחיקוק לחיקוק ומענין לענין. איננו יוצאים אפוא מן המושכל הראשון שיש לכל דיבור או נוסח משמעות אחת ויחידה, קבועה ועומדת".
- ראה גם ש' אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה "עיוני משפט" (תשמ"ד) 233, (237); וכן בג"צ 83/47 תור א"יר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הנכלים עסקיים (טרם מורסם).
13. ידועה ההבחנה בין "הגרעין" (core) לבין "איזור האפולוית היחסית" (penumbra) של מלים המשמשות בטקסט משפטי. עליפי הבחנה זו, הגרעין יוצר דימוי ברור ואילו מחוצה לו קיימת חוסר בהירות להבחנה זו ראה Ross, supra Note 10; Glanville Williams, supra note 9; Payne, "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes" 18 C.L.P. (1956) 96; Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals" 71 H.L.Rev. (1957) 593 עמד על כך כי גם הבחנה זו בין הגרעין והמצי מוחצה לו אינה קיימת בכל הנסיבות: ראה Fuller, "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Prof. Hart" 71 H.L.Rev. (1957) 630 ראה ע"א 133/79 בוכמן נ' אלנסארה, פ"ד לה (2) 64, 69: "השוני בין ה-core לבין ה-penumbra אינו שוני מדעי. לביטויים בחוק אין משמעות אפריורית ואף הביטוי המופיע ב-core הוא בעל משמעות פלוגנית לאור מגמתו החקיקתית של אותו חוק. אף השוני בין core לבין penumbra הוא בסופו של דבר שוני בדרגה ובהדגש, וכי השניים כאחד נקבעים לא על פי מבחנים לוגיים מדעיים, אלא על פי מבחני המדיניות המשפטית הגלומה בדבר החקיקה".
14. על הרב משמעות (ambiguity) בלשון משפטית, ראה Glanville Williams, supra note 9, at p. 179; Moore, supra note 9, at p. 181; Dickerson, supra note 9, at p. 43 שחאה תחבירית, טקסטואלית או סמנטית. ראה: Allen, "Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents" 66 Yale L.J. (1957) 833; Miller, "statutory Language and the Purposive Use of Ambiguity" 42 Va.L.Rev. (1956) 23.
15. על הערפול והעמימות (Vagueness) בלשון המשפטית ראה Christie, "Vagueness and Legal Language" 48 Minn.L.Rev. (1964) 885; Dickerson, "Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing" 28 Law and Contemp. Prob. (1963) 53, 62; Curtis, It's Your Law (1954) 64; מילר, לעיל הערה 14. האם "אבידה" כוללת גניבה: ע"א 487/80 מדינת ישראל נ' רוטנר, פ"ד לו(4) 838; האם אדם נתון תחת "משמורת חוקית" כשהוא מהלך חפשי: ע"פ 787/79 מורחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421.

המגדיר את הדימוי. והנה, חרף חוסר הדיוק שבלשון, מתקיימת תקשורת בין בני אדם, ואנו מבינים אף טקסט הדוגל בחוסר ההבנה של טקסט. הטעם לכך הוא, שאנו מפרשים את המלים, ונותנים להן מובן ומשמעות. כל אחד מאתנו עוסק כל העת בפירוש. כל טקסט מצריך פרשנות. כל חוק מצריך פרשנות¹⁷. להבין משמעותו לפרש¹⁸. ומכאן הצורך לקבוע את "המשמעות הנכונה" של דיבור¹⁹. כיצד נעשה דבר זה?

מטרת הפרשנות

נקודת המוצא הן מילות הטקסט. אף שהן לא חד משמעיות, יש בהן "מקסימום ומינימום"²⁰. מספר האופציות הלשוניות אינו בלתי מוגבל. על הפרשן לחשוף, בראש ובראשונה, את האופציות האלה. זהו תנאי הכרחי, אך לא מספיק. הפרשן אינו רק בלשן²¹. הפרשנות אינה אך קוגניטיבית. היא יוצרת²². על הפרשן לבחור מתוך האופציות השונות את האחת, "הנכונה" והמחייבת, אשר על פיה חלה הנורמה המשפטית²³. כיצד נעשית בחירה זו? האם

16. על הרקמה הפתוחה (open texture) בלשון משפטית, ראה Hart, *The Concept of Law* (1961) 200; Moore, *supra* note 9, at p. 124. מהו "תום לב": כג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים בארבע כע"מ, ואח" נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים. פ"ד לה (1) 828.

17. ג' טדסקי, "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן" מפות במשפט (1978) 1. ראה גם ע"פ 928/80 נוב ארי כע"מ, ואח" נ' ועדה מקומית לתכנון ולכנייה נתניה, פ"ד לה (4) 769, 784: "גם ההוראה הפשוטה והברורה ביותר מתייצבת לפנינו כפשטותה, רק לאחר שהעברנו אותה במודע או שלא במודע, בכור ההיתוך של תפיסתנו הפרשנית": כג"צ 47/85 תור אויר (ישראל) כע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הנבלים עיסקיים (טרם פורסם). אך ראה ע"פ 84/52 מל נ' היועמ"ש, פ"ד ו 1127, 1131.

18. א' ברק, "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248, 251. על פירוש הביטוי "לפרש", ראה כג"צ 1/50 גרוסמן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד ד 63, 72.

19. הטיעון, כי טקסט פלוני אינו מצריך פרשנות, הוא עצמו טיעון פרשני: ראה Harock, "Disintegration of Statutory Construction" 24 *Ind. L.J.* (1949) 336, 376.

20. כלשונו של רדין (Radin) ב - 879, 863 (1930) *H.L.Rev.* 43. Radin, "Statutory Interpretation" הוא מוסיף ומציין, כי מילות החוק אינן ארנק שניתן להכניס בו כל תוכן (שם, בע' 863). דימוי אחר הוא, שמילות החוק אינן פטיש, שניתן להכות בו ככל שחפצים: ראה Hurst, *Dealing With Statutes* (1982) 39. ראה ד"נ 40/800 קניג נ' בהן, פ"ד לו (3) 701, 715: "אין השופט רשאי... להגשים מטרה שאין לה אחיזה ולו הקלושה ביותר, בלשון החוק. מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש. ייתכן שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק". ראה גם ב"ש 67/84 חרד נ' פי (טרם פורסם) וכן א' ברק, "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 467, 475.

21. ראה כג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 350 (השופט ברנזון); ע"א 282/73 פקיד השומה נ' אריסון, פ"ד כח (1) 789, 793: "לא בבלשנות עוסק המשפטן אלא בפירוש הוראות חוקיות, ולשם כך דרוש יותר מאשר פירוש כל מילה כשהיא לעצמה". ראה גם ע"פ 45/57 היועמ"ש נ' מוריס, פ"ד יא 1218, 1222.

22. ברק, לעיל הערה 18, בע' 252.

23. ראה Kohler, "Judicial Interpretation of Enacted Law" *The Modern Legal Philosophy Series*, 9 *Science of Legal Method* (1917) 187, 190: "Interpreting a statute means not only to find the meaning concealed behind the expression, but also to select from the various meanings which the text may bear that meaning which must be held to be the correct and authoritative one". יתכן ובכך מתבלט הכול יסודי בין הפרשנות המשפטית לבין הפרשנות של טקסט שאינו משפטי, כגון הפרשנות הספרותית. באחרונה אין פרשנות מחייבת, אם כי יש מקום לדבר על פרשנות לא לגיטימית: ראה Brest, "Interpretation and Interest" 34 *Stanf. L. Rev.* (1982) 765, 770. R. Shusterman, "The Logic of: על תיאוריית פרשנית בספרות ראה: R. Shusterman, "The Logic of Interpretation", Juhl, "Interpretation" *An Essay in the Philosophy of Literary Criticism* 198;

כל בחירה, שהיא אפשרית מבחינה לשונית, מותרת מבחינה נורמטיבית? היש בחירה שאינה לגיטימית? נניח שהפרשן בוחר בין שתי אפשרויות לשוניות הטמונות בטקסט המשפטי על-ידי זריקת מטבע. בודאי שלא נראה בכך דרך לגיטימית²³. יש, איפוא, פרשנות שאינה לגיטימית. מה עושה איפוא, פרשנות לגיטימית? נראה לי כי התשובה לשאלות אלה טמונה בכך, שאין אתה יכול לפרש טקסט בדרך-כלל²⁴, וטקסט משפטי בפרט²⁵ מבלי לשאול את עצמך, מה מטותיו של הפירוש, ולשם מה אתה מפרש²⁵. אם מטרת הפירוש המשפטי היא ליתן לטקסט את המובן המקרי ביותר, ללא כל משוא פנים אפשרי, כי אז הטלת מטבע עשויה להוות שיטת פרשנות לגיטימית. אם, לעומת זאת, מטרת הפירוש היא ליתן לטקסט אותו מובן החושף את ערכו האסטטי, כי אז הטלת מטבע אינה דרך פירוש לגיטימית, ובמקומה יש לקבוע אמות מידה פרשניות שיש בהן לחשוף את ערכו האסטטי של הטקסט. מהי מטרתה של הפרשנות המשפטית? האימרה המקובלת, כי מטרת הפרשנות המשפטית ליתן מובן ללשון החוק²⁶, אינה מקדמת אותנו בהרבה, שכן גם הטלת מטבע נתנה מובן לטקסט, ואף חשיפת ערכו האסטטי של הטקסט נתנה לו מובן, אך השאלה היא, מובן לצורך מה? שאלה זו אינה קלה כלל ועיקר, והריהי קשורה לפילוסופיה של המשפט עצמו²⁷. תכנה לגביה דעות שונות²⁸. בודאי שהכל יסכימו, במובן השלילי, שאין

- Eagleton, Literary Theory (1983); Hirsch, Validity in Interpretation (1967); Hirsch, The Aims of Interpretation (1976); Fish, Is There A Text in This Class? (1980); Ellis, The Theory of Literary Criticism: A Logical Analysis (1974); Leitch, Deconstructive Criticism (1983); מ' בריןקר, מבטד למדומה: ייצוג ומשמעות ביצירה הביוגרפית (1980) 137. על הקשר בין הפרשנות המשפטית לבין הפרשנות הספרותית, ראה Mitchell, The Politics of Interpretation (1982). הכרך השישים של Texas Law Review הוקדש כולו לסימפוזיון על משפט וספרות. ראו Fish, "Interpretation and the Pluralist Vision" 60 Texas L.Rev. (1982) 495; במיוחד Dworkin, "Law as Interpretation" 60 Texas L.Rev. (1982) 527; Fish, "Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature" 60 Texas L.Rev. (1982) 551. רשימת הראשונה של Fish השיב דבורקין בחריפות: (and Walter Benn Michaels): "Please Don't Talk About Objectivity Any More" The Politics of Interpretation (Mitchell ed., 1982), 287. Bruns, "Law as Interpretation (Mitchell ed., 1982), 287. Hermeneutics: A Response To Ronald Dworkin" The Politics of Interpretation (1982) 315.
23. ראה שפירא, "לבעית" שיקול הדעת השיפוטי" במקרי גבול" משפטים ב (תש"ל) 57, 62. ראה גם רון, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב (תשל"א) 1317.
24. ראה: Herman, "Phenomenology, Structuralism, Hermeneutics and Legal Study: Application of Contemporary Continental Thought to Legal Phenomena" 36 U. of Miami L.Rev. (1982) 379, 402: "One assumption of modern hermeneutics is that a complete interpretation of anything thought to have meaning is impossible. Every interpretation reflects a standpoint. The interpreter's conclusions, therefore, depend on what he wishes to know: an interpretation is a reflection of the questions that one asks"
25. Witherspoon, "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: 'The High Road'" 35 Texas L.Rev. (1956) 63, 65: "If we are uncertain what it is that we are to do when we assign meaning to a statute, it will be quite impossible to determine what norms or normative standards are requisite for an adequate performance of the task"
26. ראה ברק, לעיל הערה 20, בע' 477.
27. Cross, Statutory Interpretation (1976) 40: "Interpretation is the process by which the courts determine the meaning of a statutory provision for the purpose of applying it to the situation before him"
28. על הקשר בין הפילוסופיה של המשפט לבין תורת הפרשנות ראה Friedman, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" 61 Col. L.Rev. (1961) 821 and וכן ברק, לעיל הערה 18, בע' 249.
28. ראה: Cueto-Rua, Judicial Methods of Interpretation of the Law (1981) 205.

אנו מחפשים את המקריות והאסטטיות²⁹. אך קיימים חילוקי דעות באשר למובן החיובי. מה אנו מחפשים שעה שאנו מפרשים את הטקסט המשפטי? התשובה שאני נותן היא זו: יש בו בטקסט המשפטי תוכן זה או אחר אך יש בו למעלה מזה³⁰. יש בו יעדים. הנורמה המשפטית אינה חסרת כיוון או מטרה³¹. הנורמה המשפטית היא נורמה תכליתית³². לנורמה המשפטית האינדיבידואלית יש תכלית³³, ולכלל הנורמות בשיטה יש תכלית³⁴ (כגון סדר ציבורי, צדק, מוסר או איוון מסויים ביניהם). מטרת הפרשנות היא לבחור באותה האופציה

29. ראה: "The Statute is expressed in definite written words. They have been selected not for their symbolic or esoteric value, nor even for their logical or aesthetic quality, but primarily to let us know the statutory purpose". Lanhoff, Comments Cases and Materials on Legislation (1949) 703; Dworkin, "Law as Interpretation", *supra* note 23.

30. ראה התיאוריה של בטי (Betii) האיטלקי כפי שהיא מובאת אצל: Merryman, "The Italian Style III Interpretation" 18 Stanf.L.Rev. (1966) 583, 598; Bleicher, Contemporary Hermeneutics (1980) 27-95.

31. ראה "The Administrative Discretion To Determine Statutory Meaning: 'The middle Road'" 40 Texas L.Rev. (1962) 751,780; וכן בג"צ 47 / 83 תור אוויר (ישראל בע"מ נ' יו"ד המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים (טרם פורסם)).

32. ראה Hart and Sacks, The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (1958) 1153: "The enactment of any statute is, of necessity, a purposive act, and no statute can be properly interpreted without considering the purpose which ought to be attributed to it... every statute must be conclusively presumed to be a purposive act. The idea of a statute without an intelligible purpose is foreign to the idea of law and inadmissible". ראה גם "The Courts and Lawmaking" Legal Institutions Today and Tomorrow (Paulson ed., 1959) 1, 27: "There is no statute without a legislative intent or purpose. It is a glib superficiality to suggest otherwise"; Corry, "Administrative Law and the Interpretation of statutes" 1 U.of Toronto L.J. (1935) 286: "Though the intention of the Legislature is a fiction, the purpose or object of the legislation is very real. No Enactment is ever passed for the sake of its details. It is passed in an attempt to realise a social purpose."; Lewellyn, "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, 400: "If a statute is to make sense, it must be read in the light of some assumed purpose. A statute merely declaring a rule, with no purpose or objective, is nonsense". ראה גם ד"ר 10 / 80 פנינג נ' בהן, פ"ד לו (3) 701, 715: "אין השופט רשאי להסתפק בבדיקה הלשונית, שכן החוק אינו אך טקסט בלשוני גרידא. החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף מבין קשת האפשרויות הלשוניות אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק".

33. ראה Pound, "Spurious Interpretation" 7 Col.L.Rev. (1907) 379; Gottlieb, The Logic of Choice (1968) 106.

34. ראה Fuller, The Morality of Law (1964) 246; Wasserstrom, The Judicial Decision (1961) 640; Gottlieb, *ibid* וכן ראה 10; Dworkin, "Does Law Have a Function" 74 Yale L.J. (1965) 640.

מבין האופציות הלשוניות, אשר תגשים את התכלית של הנורמה³⁵

אומר זוסמן:³⁶ "חוק הוא מכשיר לשם ביצוע של מטרה תחיקתית ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו".

המטרה והתכלית אינן יסוד צורני בנורמה המשפטית. הן חיצוניות לנורמה, אך צמודות ועוטפות אותה. הן הגיונה של הנורמה (ה־ratio Legis) והטעם ליצירתה³⁶. אלה האינטרסים, התפקידים והמטרות אשר הנורמה באה להגשים. לעתים קרובות זוהי פשרה בין אינטרסים ומטרות נוגדים, מעין וקטור כמקבילית של כוחות³⁷. זוהי המדיניות המכוונת את הנורמה. זהו עקרון המכוסס על הפשטה, המתרוזם מעבר למצבים קונקרטיים. לעיתים קרובות מצויות מספר אפשרויות של הפשטה, ועליכן קיימות מספר מטרות חקיקתיות, ביניהן צריך הפרשן לבחור.³⁸

35. ראה ע"פ 94/65 תורנימן נ' היועמ"ש, פ"ד יט(3) 57, 80: "השופט מפרש את הדיבור בהניחו את מטרת התחיקה נר לרגליו, ורק בדרך זו ישרת את המחוקק נאמנה" (השופט זוסמן). ראה גם דבריו של השופט הולמס בפרשת Holmes בפרשת "The major premise of a statute, the change of policy that induces the enactment, may not be set out in terms, but it is not an adequate discharge of duty for courts to say: We see what you are driving at, but you have not said it, and therefore we shall go on as before." ראה גם דבריו של הולמס בפרשת "U.S. v. Whitridge 197 U.S. 135, 143 (1905): "The general purpose is a more important aid to the meaning than any rule which grammar or Hart and Sacks, supra note 32, at p. 1157: "The first task formal logic may lay down" in the interpretation of any statute... is to determine what purpose ought to be attributed to it". יתכן ובכך מונח הבדל נוסף (ראה לעיל הערה 23) בין הפרשנות של הנורמה המשפטית לבין הפרשנות של טקסט אחר. ראה 35 "Legal Hermeneutics: A Philosophical Critique" Mc Intosh, "Oklahoma L.Rev. (1982) 1,12: "In legal hermeneutics the phrase 'institutionalized purpose' should be substituted for 'institutionalized intention' because law is so highly purposive in nature. Here, the purpose is part of the essence of the thing. Unlike the literary text, which is often regarded as being autotelic, the legal text is teleological. It divines some social objective, to right some wrong, to promote some change". ראה גם בג"צ 442/71 לנפקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 349: "חוק חוק ומטרתו, אשר לאורה יש לפרש שם את הביטוי הנדון" (הנשיא אגרנט). ראה ברק, לעיל הערה 20, בע' 483.

36. ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטפל, פ"ד כט(1) 505, 516. על גישה זו חזרו שופטים לא אחת: ראה בג"צ 69/49 רוזן נ' רשם ביהמ"ש המחוזי בת"א, פ"ד ד 623; ע"א 222/64 "אגד נ' מדינת ישראל, פ"ד יח(4) 291, 296; ע"פ 121/53 היועמ"ש נ' אוהנה, פ"ד ח 92, 104.

37. כבג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 350 מצטט השופט ברנזון מתוך הסכמה את דבריו הבאים של פלאודן (plowden): "ולא מלות התוק, כי אם מובנו הפנימי, הוא העושה את החוק, והחוק שלנו (כמו כל חוק אחר) מורכב משני חלקים היינו מגוף ונשמה: המלה הכתובה היא גופו של החוק, והטעם שמאחורי החוק הוא נשמתו" והשופט ברנזון ממשיך: "כלומר, המלים כפופות לכוונה ולא הכוונה למלים, ובדרך כלל יחול הכלל שיש להעדיף את כוונתו המוצהרת של המחוקק על פני המובן המילולי של המילים".

38. ראה L. Hand, The Spirit of Liberty (1953) 173; Mendelson, "Mr. Justice Frankfurter On the Construction of Statutes" 43 Cal. L.Rev. (1955) 652.

38. ראה גוטליב, לעיל הערה 33, בע' 108, וכן ב"ש 67/84 חיד נ' פז (טרם פורסם).

המטרה התחקית היא הנותנת חיים לנורמה המשפטית. אין היא צופה אל פני עבר, ואין היא מוגבלת למצבים עליהם ניתנה הדעת בעבר. הנורמה צופה גם פני העתיד. בעזרת המטרה התחקית ניתן להפעיל את הנורמה המשפטית על מצבים חדשים ומשתנים³⁹, שכן העקרון הישן עוצר בחובו כוח להקרין עצמו⁴⁰ על אירועים חדשים⁴¹. על-כן, הביטוי "כלי רכב", המופיע בנורמה, אינו בהכרח אך סיכום כלי הרכב הידוע בעת חקיקתה אלא הוא נקבע על-פי העקרון הטמון במושג זה, לאור מדיניותה של הנורמה, ובכך עשוי לחול על כלי רכב חדשים שלא היו ידועים בעבר. על-כן, אף שהנורמה עצמה אינה משתנה, היקף התפרסותה משתנה עם הזמן. כך מושגת תנועה תוך כדי יציבות⁴²; שינוי תוך כדי שמירה על הקיים; התפתחות תוך כדי קיום בטחון וודאות. כך נגשר הפער בין המציאות לבין המשפט⁴³. "אם השתנו הזמנים" – אמר זוסמן⁴⁴ – "החוק סובל פירוש גמיש די הצורך כדי להתאים אותו לשינויים".

39. ראה *Wisc. L.Rev.* "Technological Change and Statutory Interpretation" Christiansen, 556 (1966) ודוק: מטרת החוק אינה משתנה, אלא היא מופעלת על מצבים משתנים: – ראה, ר' יאראק, "פרשנות חוקים ושינויים חברתיים" משפטים ב (תשל"ו) 96.
40. זהו העקרון של הקרנה או השלכה (projection) עליו עמד וורצל (Wurzel): ראה *Science of Legal Method*, supra note 23, at p. 345: "Projection is the extension of a concept found in formulated law to phenomena which were not originally contained in the concept, or at least were and demonstrably a part of the group of images forming the concept, without at the same time changing the nature of the concept as such".
41. ראה דברי הנשיא זמורה בבג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה' 801, 811: "זהו כוחו של חוק חרות – המדבר לא בלשון קוואיסיטית כי אם בלשון נורמטיבית – שהוא יוצר בזה כלים אשר יכולים לסבול גם תוכן שעדיין לא היה בנמצא בשעת מתן החוק". ראה גם הארט, לעיל הערה 13, בע' 627; לוולין, לעיל הערה 32, בע' 400 וכן "The Sociological Interpretation of Law" Drake, *Mich.L.Rev.* 599 (1918). השווה גם בג"צ 180/52 יורשי אבראהים דור נ' שר האוצר, פ"ד ו' 908, 911: "אך זה כוחו של חוק, שאינו מיועד לזמנו בלבד, ורק למטרה המצומצמת והקרובה אשר היתה לנגד עיניו של המחוקק שעה שחקקו" (השופט חשין).
42. ראה שפי, לעיל הערה 12, בע' 402.
43. ראה א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הויקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (1984) 71. כן ראה ע"א 150/50 קאופמן נ' מריניס, פ"ד ו' 1005, 1034: "במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדשים, אשר לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (logical premise) עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים".
44. זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", לעיל הערה 2, בע' 215.

קביעת תכליתה של הנורמה: פניה ליוצר הנורמה
 שאלת המפתח בפרשנות המשפטית, היא איפוא זו: כיצד ניתן לקבוע את תכליתה של הנורמה המשפטית, ואת המדיניות העוטפת אותה? התשובה לשאלה זו היתה יחסית קלה, לו ניתן היה להפנות שאלה זו ליוצרה של הנורמה ולצפות לתשובה ממנו. אף שגישה זו נהגה בעבר במקרים חריגים⁴⁵, אין היא מקובלת במשפט⁴⁶. השופט אינו מנהל דיאלוג עם המחוקק. אנו רואים ביצירתה של נורמה משפטית משום האצלת התפקיד לשופט לקבוע את תכליתה ואת תחום התפרסותה⁴⁷. השופט מנהל מונולוג עם עצמו לשם קביעת התכלית ותחום ההתפרסות של הנורמה. רק כך יובטח אמון הצבור במשפט, באובייקטיביות ובעצמאותה של ההכרעה בסכסוך, ובחוסר משוא הפנים של המערכות השלטוניות⁴⁸. אם המחוקק סבור שפרשנותו של השופט אינה רצויה לו, הוא רשאי לשנות את המובן שניתן על-ידי השופט. בכך אין הוא מפרש את הנורמה, אלא מחוקק נורמה חדשה, שאף היא נתונה לפרשנות⁴⁹. "בפרשנותו" המחוקק עוסק בחקיקה. ב"חקיקתו" השופט עוסק בפרשנות⁵⁰.

קביעת תכליתה של הנורמה: שיקול דעתו התפשי של הפרשן
 ניתן היה לומר, כי כל פרשן – ובודאי השופט כפרשן – תפשי בקביעת תכליתה של הנורמה ומטרתה על-פי מה שנראה לו כראוי⁵¹. גישות כאלה רווחו בעבר⁵², הן באירופה

45. ראה 207, 208 65 U. of Penn. L.Rev. (1917) Freund, "Interpretation of Statutes" וכן מרימן, לעיל הערה 30.
46. ראה מרימן, שם.
47. ראה פיין, לעיל הערה 13, בע' 105: מילר, לעיל הערה 14, בע' 30.
48. ראה פרוינד, לעיל הערה 45, בע' 210 וכן Parent, "Interpretation and Justification in Hard Cases" 15 Georgia L.Rev. (1980) 99, 133.
49. ראה הולמס, לעיל הערה 8, בע' 419: קוהלר, לעיל הערה 23, בע' 196.
50. א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25, 78.
51. ראה; Curtis, "A Better Theory of Legal Interpretation" 3 Vand. L.Rev. (1950) 407; Brunchen, "Interpretation of Written Law" 25 Yale L.J. 129 (1915); Levi, "An Introduction to Legal Reasoning" 15 U.of Chic.L.Rev. (1948) 501; Radin, "Statutory Interpretation", *supra* note 20; Idem, "Realism in Statutory Interpretation and Elsewhere" 23 Cal. L.Rev. (1935) 156; Idem, "A Short Way With Statutes", *supra* note 29.
52. ראה פרידמן, לעיל הערה 27 וכן Friedmann, "Statute Law and Its Interpretation in the Modern State" 26 Can.B.R.(1948) 1277; Gutteridge, "A Comparative View of the Interpretation of Statute Law" 8 Tul. L.Rev. (1953)1; Lenhoff, "On Interpretative Theories: A Comparative Study in Legislation" 27 Texas L.Rev. (1949) 312; Zweigert and Puttfarcken, "Statutory Interpretation Civilian Style" 44 Tul. L. Rev. (1970) 704.

(כגון תנועת "המשפט החפשי"⁵³) והן בארצות הברית (כגון "הריאליסטים"⁵⁴). השקפות אלה רווחות גם כיום⁵⁵ (כגון ה- Critical Legal Studies בארצות הברית)⁵⁶. יש לגישות אלה את ורע בפילוסופיה של הפרשנות⁵⁷. עיון בהן חורג ממסגרתנו. די אם אומר, כי יסודותיהן הפילוסופיים רעועים⁵⁸, כי הן שוללות את עצם מהותו של המשפט כמסגרת נורמטיבית⁵⁹, וכי הלכה למעשה אין נוהגים על פיהן⁶⁰. השופט מרגיש עצמו תמיד כבול בכבלי נאמנות לנורמה המשפטית⁶¹. על האינטנסיביות של הכבילות ועל היקפה של הנאמנות עשויות להיות דעות שונות⁶², אך דומה שאין מחלוקת בין שופטים כי האמירה "אני רוצה, לכן אני רשאי" אינה משקפת מציאות משפטית, אלא ניהיליזם⁶³ ואנרכיזם, אשר סופם שרירות שיפוטית, שאין כמוה פוגעת במרקם החברתי⁶⁴.

קביעת תכליתה של הנורמה: פירוש מילות החוק

האין לומר, עלי-כן, כי את תכליתה של הנורמה ומטרתה, יש למצוא בלשונה של הנורמה, ובה בלבד? האין לומר, כי את מטרת החקיקה יש למצוא בדבר החקיקה, ובו בלבד?⁶⁵ זוסמן עצמו עמד על כך באומרו כי את "המשמעות הנכונה" של מסמך יש למצוא מתוך⁶⁶ "מטרת הדובר במידה שנתגלתה מן המסמך". ב"כוונת המחוקק" רואה זוסמן כוונה⁶⁷ "כפי שאנו מנסים לגלותה מתוך דבר החקיקה". חובתו של השופט, לפי זוסמן היא⁶⁸ "לגלות את "כוונת המחוקק" ואת מטרתו מתוך החיקוק עצמו". יתרונה של גישה זו שהיא שווה לכל

53. ה- "libre recherche scientifique" בצרפת וה- "Freirechtslehre" בגרמניה. ראה Stone, Legal System and Lawyers Reasonings (1964) 219.
54. ראה J.W.Haris, Legal Philosophies (1980) 93.
55. ראה, למשל, דעותיו של זוכארדילי (Ascarelli), כפי שהן מובאות אצל טדסקי, לעיל הערה 17.
56. לתנועה זו ראה: Unger, "The Critical Legal Studies Movement" 96 H.L.Rev.(1983) 561; Comment, "Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship" 95 H.L.Rev. (1982) 1669; Kairys, The Politics of Law (1982) 23.
57. ראה, למשל, פיש, לעיל הערה 17.
58. ראה טדסקי, לעיל הערה 17.
59. ראה Cardozo, The Nature of the Judicial Process (1921) 126.
60. ראה דברי השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת Schutte Co. v. Gangi 328 U.S. 108 (1946).
61. ראה ברק, לעיל הערה 18. ראה ע"א 150/50 קאופמן נ' מנינס, פ"ד 1005, 1033: "הכוח לפרש חוקים, הנתון בידי השופט, הוא כוח מוגבל ומצומצם, ושקיימים גבולות ותחומים, אשר אמור לו לעבור עליהם" (השופט אגרנט).
62. לפירוש גמיש של נאמנות זו ראה ח' כהן, "פרשנות נאמנה - תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ו) 5.
63. ראה Fiss, "Objectivity and Interpretation" 34 Stanf.L.Rev. (1982) 739.
64. ראה א' ברק, "שלטון החוק" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו (תשל"ז) 15, 17. ראה דברי השופט זילברג בד"נ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2476, 2479: "ואם השופט יורשה לבכר את "הרצויו" הפרטי שלו על פני "הרצויו" של המחוקק, אזי יקיץ הקץ על נייטרליותם, העדר פנייתם ועל מפלגתיותם של שופטי המדינה. הדין יהפך אז ל"פונקציה" של הדין... קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק".
65. זהו הכלל בדבר ה- "literal construction" המקובל באנגליה: Maxwell, The Interpretation of Statutes (12th ed., 1980) 12A 48. אחיו התאום הוא ה- "plain meaning rule" המקובל בארצות הברית: ראה Sutherland, Statutory Construction (4th ed.) 12A 48. כללים אלה התקבלו לעתים גם בישראל, ראה ע"א 164/74 גולדברג נ' רמת-ינן, פ"ד כט (2) 109, 111: "מקום שלשון החוק ברורה, אין לנו להזקק לדברים שמחוצה לו על מנת לפרשו"; על"ע 6/72 סופרין נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כז (2) 125, 128: "מקום שהלשון של המחוקק (או המחוקק המשנה) ברורה היא, בל לנו לחפש אחר כוונותיו האמיתיות והנסתרות ולשנות מלשונו בדרך הפרשנות".
66. י' זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 153.
67. בג"צ 328/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69, 79.
68. ד"נ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2467, 2479.

נפש: אין צורך להפש במקורות שמחוץ לחוק⁶⁹. יש כה כדי לצמצם את החופש השיפוטי, ולהעניק להכרעה השיפוטית מימד אובייקטיבי, חוץ ביטחון והמשכיות⁷⁰.
אכן, לשונה של הנורמה הוא מקור חשוב לגילוי תכליתה. אם לשון החוק מגלה את תכלית החקיקה יש כמובן להתחשב בה⁷⁰. זאת ועוד: אפילו עלה בידנו לחשוף מטרה חקיקתית מחוץ למילות החוק, לא נוכל להתחשב בה, אם אין לה עיגון, ולו מינימלי, בלשון החוק עצמו⁷¹. תוצאה זו מתבקשת מעקרון הפרדת הרשויות, ומחובתו של הפרשן לפעול על-פי נורמה שעברה את הליכי החקיקה, ולא על-פי נורמה שרצוי להגשימה, אך היא לא באה לכדי ביטוי סופי ומחייב. אכן, אותם רבים הגורסים כי אין להתחשב במטרת החקיקה אם זו לא מצאה ביטוי בלשון החוק, מביעים למעשה את הרעיון, כי למטרת החקיקה צריך להיות עיגון בלשון החוק. גישה זו טובה היא ונכונה, אך ממנה אין להסיק את המסקנה שהחוק הוא המקור היחיד ממנו ניתן לשאוב את המטרה החקיקתית⁷². מסקנה זו אין כל אפשרות להצדיק⁷³. אם הפרשנות מכוונת לתת למילות החוק אותה משמעות אשר תגשים את מדיניותו של החוק, מדוע חייבים להיות צמודים למילות החוק כדי לחשוף מהן, ואך מהן, את מדיניות החוק?⁷⁴ מדוע לא ניתן למצוא את המטרה החקיקתית מחוץ ללשון החוק, תוך מודעות לכך, כי למטרה זו לא יינתן תוקף אלא אם כן יש לה עיגון, ולו מינימלי, בלשון החוק?⁷⁵
כמובן, ניתן לגרוס כי שעה שמילות החוק ברורות, אין כל חשיבות למטרה החקיקתית,

69. ראה Jackson, "the Meaning of Statutes: What Congress Says or What the Court Says" 34 A.B. A.J. (1948) 535.
70. ראה Johnstone, "An Evaluation of the Rules of Statutory Interpretation" 3 Kansas L.Rev. (1954) 1, 13.
71. ראה המ' 203/57 ע"ד פלוני נ' המועצה המשפטית, פ"ד יא 1201, 1202.
72. ראה ע"א 245/74 הרשות לצורך חוק נכסי רדיפות הנאצים נ' זילבר, פ"ד כט (1) 271, 275: "כוונה שאין אהה מוצאה מוכעת בחוק גופו אינה חוק", וכן כ"ש 67/84 חרר נ' פו (טרם פורסם).
73. כפוף, כמובן, לכללים בדבר היקש. עם זאת, לא הרי פרשנות (כמובן הצר) כהרי היקש. בפרשנות אנו מחפשים את מובנה של הנורמה. בהיקש אנו מחפשים את הנורמה עצמה: ראה מרימן, לעיל הערה 30, בע' 593. על השימוש בכללי ההיקש, ראה ברק, "חקיקה שיפוטית", לעיל הערה 50, בע' 34. כמובן הרחב מהווה, כמובן, ההיקש חלק מתורת הפרשנות.
74. ראה Glanville Williams, "The Meaning of Literal Interpretation" 131 New.L.J. 1128.
75. לביקורת הגישה המילולית, ראה Nutting, "The Relevance of Legislative Intention Established by Extrinsic Evidence" 20 B.U.L.Rev. (1940) 601; Frankfurter, "Some Reflections on the Reading of Statutes" 47 Col. L.Rev. (1941) 527; Horack Jr., "The Disintegration of Statutory Construction" 24 Ind.L.J. (1948) 335; Kernochan, "Statutory Interpretation: An Outline of Method" 3 Delhousie L.J. (1976) 333; Coffman, "Essays on Statutory Interpretation" 9 Memphis S. U.L.Rev. (1978) 57; Comment, "Intent, Clear Statement and the Common Law: Statutory Interpretation in the Supreme Court" 95 H.L.Rev. (1982) 892.
74. ראה דברי השופט האנד (L.HAND) בפרשה, Cabell v. Markham 148 F. 2d 737.
75. מור, לעיל הערה 9, בע' 252 מביא דוגמא בה המחוקק קובע נורמה, שלשונה היא: "gleed, gleed, gleed". הוא מוסיף וקובע, כי המטרה היתה להשיג תוצאה כלכלית מסויימת. לטענתו, יש בדוגמא זו להראות כי אפילו היתה לו למחוקק מטרה בחקיקת החוק, אין לדבריו כל מובן. אכן, כך הוא הדבר, אך אין בכך כדי לשלול הזדקקות לכוונת המחוקק מקום שבאמצעותה ניתן ליתן מובן שהטקסט מבחינתו הלשונית עשוי לשאת.

ויש לפרש את החוק על-פי מילותיו הברורות⁷⁶. גישה זו שוללת את הרלבנטיות של המטרה החקיקתית עצמה, ומטעם זה אין בידי לקבלה. כיצד יכולה הלשון להיות ברורה אם היא אינה מכוונת להגשמתה של מטרה כלשהי?⁷⁷ המשמעות של חיקוק אינה ברורה אלא אם כן היא עולה בקנה אחד עם מטרה חקיקתית ברורה⁷⁸. תחושת הבהירות היא אך ראשונית ורגעית, והיא הולכת ונעלמת, שעה שמתברר כי היא אינה מגשימה מטרת חקיקתית⁷⁹. אכן, אין זו אלא שרירות גרידא לטרב לבחון מטרה או תכלית אלה, ולהמשיך ולחיות בגן עדן של שוטים. כאמור, הגורסים את בלעדיות לשון החוק, אינם סבורים שמטרת החוק אינה חשובה⁸⁰. בודאי שזוסמן לא גרס זאת. נהפוך הוא: לדעתם מטרת החקיקה היא מכשיר חיוני לפירוש מילות החוק. אם כן מדוע זה יש לצמצם את המקורות מהם נשאבת מטרת החוק, ולהעמידם על לשון החוק בלבד?⁸⁰ אמת, לשון החוק עשויה להעלות היפותזה של תכלית חקיקתית. אך מדוע לא תיבחן היפותזה זו לאור ראיות אחרות המצביעות על אפשרות אחרת? מדוע להפוך את הנחת התכלית העולה מלשון החוק, להנחה שאין לסתרה?⁸¹ אך למעלה מזאת: שאלת הפרשנות

76. ראה למשל, *Magor v. Newport Corp.* (1952) A.C. 189. ביטוי מה לגישה זו בישראל ניתן למצוא בדברי השופט כץ בבג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו (2) 393, 416: "כל הטענות בדבר הכוונות שניתן או שלא ניתן לייחס למחוקק, כבודן במקומו מונח, אך יש להתחשב בהן, רק כאשר נוסח החוק הוא מעורפל ולשונו משתמעת לשתי פנים. מאידך גיסא, כאשר הלשון היא ברורה, וכאשר הפירוש המתבקש אינו מוביל לתוצאה אבסורדית או בלתי הגיונית בעליל, כי אז אין מקום להיכנס לספקולאציות בדבר המדיניות המשוערת של המחוקק, וזאת אף אם יש בסיס להנחה שמנסחי החוק לא נתנו דעתם לכל ההשלכות האפשריות של החיק".

77. ראה דברי השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת *U.S.v. Monia* 317 U.S. 424, 431: "The notion that because the words of a statute are plain, its meaning is also plain, is merely pernicious oversimplification".

78. ראה Hart and Sacks, *supra* note 32, at p. 1157: "The meaning of a statute is never plain, unless it fits with some intelligible purpose. Any judicial opinion... which finds a plain meaning in a statute without consideration of its purpose, condemns itself on its face. The opinion is linguistically, philosophically, legally, and generally ignorant. It is deserving of nothing but contempt". ראה גם Merz, "The Meaninglessness of the Plain Meaning Rule" 4 *U.of Dayton L.Rev.* (1979) 1, וכן בג"צ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עיסקיים (טרם פורסם). כן ראה ברק, לעיל הערה 20, בע' 483.

79. גלנויל ויליאמס, לעיל הערה 72, מבחין על כן בין המשמעות הראשונית (primary meaning) לבין המשמעות המשנית של הטקסט. לדעתו זו טעות לגרוס, שאם יש משמעות ראשונית – הרגילה והטבעית – אין לפנות ולבדוק את המשמעות המשנית. הוא מוסיף ומציין: "It is a misleading formulation of the problem of interpretation to say that there are two separate questions to be asked: first, 'Is the Act plain and unambiguous?' and secondly, if it is not, 'Can the words be interpreted so as to further the probable intention of Parliament?'. The first question is not independent of the second, and sometimes it better reflects the actual process of interpretation to reverse them. The primary question then is, 'What was the statute trying to do?' Next come the questions: 'Will a particular proposed interpretation effectuate that object?' and only lastly 'Is the interpretation ruled out by the language?'".

ראה גם דברי השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Boston Sand and Gravel Co. v. U.S.* 278 (1928): "It is said that when the meaning of language is plain we are not to resort to evidence in order to raise doubts. That is rather an axiom of experience than a rule of law, and does not preclude consideration of persuasive evidence, if it exists".

79א. ראה בג"צ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסער, פ"ד כא(2) 325, 335.

80. ראה דברי השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Johnson v. U.S.* 163 F. 30,32 (1908) המצוטטים לעיל בהערה 35.

81. ראה הארט ווקס, לעיל הערה 32, בע' 1411.

מחעוררת במלוא חריפותה שעה שהטקסט מעלה מספר אופציות לשוניות במסגרת הגבולות המתוחמים על-ידי המקסימום והמינימום הסמנטי. כל אחת מהאופציות הללו עשויה להוות בית קיבול לשוני למטרה חקיקתית. כיצד ייקבע, בנסיבות אלה, מתוך הטקסט עצמו, מהי המטרה החקיקתית? האין זה מעגל שוטה לומר כי את לשון החוק יש לפרש לפי מטרתו ואת מטרת החוק יש ללמוד מתוך לשונו?⁸² דומה, כי גם הדוגלים בגישה, כי לשון החוק היא האמצעי היחיד לגילוי מטרת החקיקה, מוסיפים וקובעים, כי אם האופציות הסמנטיות הטמונות בנורמה מביאות לכדי אבסורד, מותר לו לשופט לסטות מלשון החוק, כדי למנוע את האבסורד.⁸³ אך כיצד ניתן לקבוע אם יש אבסורד, מבלי לגבש – ולו בתת המודע – מטרה חקיקתית שאין בה אבסורד? האין זה אבסורד לדבר על אבסורד בלא להציב מטרה שאין בה אבסורד? האין כאן הד לדבריו של הרברט (Herbert)⁸⁴ שייחס לשופט אנגלי דמיוני את האמירה כי אם הפרלמנט אינו מתכוון למה שהוא אומר, עליו לומר זאת?

כמובן, ניתן לומר כי מילות החוק הם אמצעי בטוח לגילוי המטרה החקיקתית, ואילו אמצעי אחר אינו בטוח דיו. אך אמירה זו אין ענינה "הרלבנטיות" של מטרה חקיקתית שמחוץ ללשון החוק, אלא אך אמינות דרכי ההוכחה. מדוע ייגרע חלקה של הוכחה אמינה? האם ניתן לומר א-פריורי, כי כל אמצעי ההוכחה בדבר מטרת החקיקה, שאינם מעוגנים בלשון החוק, אינם בטוחים דיים? מדוע? טול חוק המבטל הלכה שיפוטית. מדוע אין להיזקק להסטוריה חקיקתית זו, כדי להעמיד על פיה מטרה חקיקתית?⁸⁴

82. ראה ברק, לעיל הערה 18, בע' 253.

83. ראה, למשל, ע"א 705/70 שמעוני נ' גרשון, פ"ד כד (2) 717, 726; ע"א 403/72 המרין, מרכבי מכונית נ' גרייב, פ"ד כז (1) 423; ע"א 176/79 פרויז חיה נ' ועדת עררים, פ"ד לד (2) 24; ע"א 753/77 "אשרור" ויקוק מתכות נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 182; ע"א 55/79 אגורת הכורמים הקואופרטיבית בע"מ נ' מנהל מוס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לד (3) 197, 203; " במקרה שפירוש מילולי של חיקוק מביא לידי תוצאה אבסורדית יש להעדיף, אם הדבר אפשרי, פירוש המקיים את החיקוק אף שאינו פירוש מילולי: יש לזכור שמטרת הפירוש היא לוודא את רצונו של המחוקק ומותר להניח שהוא לא התכוון לתוצאה אבסורדית".

84. ראה Herbert, *The Uncommon Law* (1935) 313.

84a. ראה ע"פ 19/53 בריל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 561, 565.

אכן, לדעתי אין כל יסוד, לא משפטי, לא הגיוני ולא אחר, לגישה כי את מטרת החקיקה יש ללמוד אך ורק מלשון החוק עצמו⁸⁴. כל שאלה פרשנית נפתחת בלשון החוק, אך אינה מסתיימת בו. המוח האנושי חייב לקלוט כל מידע שהוא רלבנטי, וליתן לו משקל על-פי אמינותו⁸⁵. באמצעות כל החומר הנקלט יש לחשוף את המטרה החקיקתית, ולאורה לפרש את החוק. דומה, שזו היתה השקפתו של זוסמן עצמו. אמירתו, כי את "כוונת המחוקק" יש לגלות מתוך החיקוק עצמו, באה בעקבות אמירתו⁸⁶ כי "דברים שבלב אינם דברים וכוונת המחוקק שלא באה לביטוי בחיקוק עצמו אינה מעלה ואינה מורידה". אך במקום שמטרת החוק עולה בקנה אחד עם לשונו, ניתן ללמוד על מטרת החוק גם ממקורות שמחוץ ללשון עצמה. על-כן לא מצא זוסמן כל פסול⁸⁷ "שנשתמש בדברי הכנסת כמורה דרך לגילוי המשמעות הנכונה... כאשר חייבים אנו לבחור בין שני פירושים אפשריים, על שום מה נעצום עיננו דווקא מפני דבריהם של אלה שחקקו את החוק? שורת ההגיון נותנת, כי אמירה בכנסת תזכה, במקרה כזה של ספק ואי בהירות הכתוב, למשקל הראוי, ובלבד שהיא תשקף את דעתם של אלה שעשו את החוק". אכן, ההבדל בין גישתו זו של זוסמן לגישתי שלי הוא אך זה שזוסמן סבר כי ניתן להזקק לראיות אמינות על מטרת החקיקה מחוץ ללשון החוק רק כאשר מתקיים התנאי, כי "החקיקה משתמע לכאן ולכאן, ובית המשפט חייב להתיר את הספק העולה מחוסר ודאות של הלשון"⁸⁷, ואילו אני סבור, כי תנאי זה קיים ועומד תמיד⁸⁸, שכן כל עוד אין לך תכלית חקיקתית בהירה אין לך משמעות לשונית ברורה⁸⁸. זאת ועוד: היש מבחן א-פריורי לפיו נקבע כי הלשון "ברורה"? לדעתי,

384. ראה ע"א 40/64 עיריית תל-אביב-יפו נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד יח(3) 524, 528: "לא תמיד מתגלית כוונת המחוקק מתוך דקדוק במילותיו".
85. ראה דברי השופט מרשל (Marshall C.J.) בפרשת: *U.S. v. Fisher* 2 Cranch 358, 386 (1805): "Where the mind labours to discover the design of the legislature, it seizes everything from which aid can be derived". ראה גם ויתקון, "כעיית הפרשנות כדיני מיסים" משפטים ג (תשל"א) 10, 12; "בעיני, כל המקורות כשרים". ראה גם בג"צ 47/85 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הנבלים עיסקיים (טרם פורסם).
86. ד"נ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2467, 2479: "דברים שבלב אינם דברים וכוונת המחוקק שלא באה לביטוי בחיקוק עצמו אינה מעלה ואינה מורידה. מטעם זה חייב בית-המשפט לנהוג זהירות רבה בהסתמכו על דברים ככנסת וחובתו הראשונית היא, לגלות את "כוונת המחוקק" ואת מטרתו מתוך החיקוק עצמו". ראה גם בג"צ 151/82 בר אילן נ' מנהל מס שבה מקרקעין, פ"ד לו(4) 654, 659: "חוק מתפרש, בראש ובראשונה, מתוכו ובו, ויש לתת תוקף לדברים גלויים וברורים האמורים בו. ההסתוריה החקיקתית יש שתהא מאלפת ותצביע על המניע העיקרי שהדריך את יוזמי החוק, אך יכול שהכוונה המקורית לא יצאה מן הכוח אל הפועל, והניסוח לא קלע למטרה הראשונית".
87. בג"צ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 369, 379, גישה זו מקובלת על רבים מהשופטים: ראה ע"א 352/74 הנקנר ובניו בע"מ נ' פסט את מטרני, פ"ד ל(2) 796, 801; ע"א 403/72 המרץ בע"מ נ' גרייב, פ"ד כז(1) 423, 431; ע"א 282/73 פקיד השומה נ' אריסון, פ"ד כח(1) 789, 794; ע"א 680/80 עובד המנוח פרמן נ' חברת קו צינור הנפט אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לו(2) 578; בג"צ 151/82 בריאילן נ' מנהל מס שבה מקרקעין, פ"ד לו(4) 654, 659.
88. ראה ע"פ 108/66 "דין" אנודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' היועמ"ש, פ"ד כ(4) 253, 261: "לשון המחוקק אינה משאירה מקום לספק אשר מותר להתירו בעזרת מקורות פרשנות חיצוניים. משהשמיע לנו חיקוק מצוותיו "לכל דבר וענין", אין אני רואה עצמי בן-חורין עוד לשאול: "לאיזה דבר וענין?" ולצלול לעמקי הדיונים ככנסת כדי להעלות משם מורה נבוכים" (השופט זוסמן).
87. ראה ע"א 282/73 פקיד השומה נ' אריסון, פ"ד כח(1) 789, 793; "אין להסתפק, כטענת באיכות המערער, בבירור מובנו "הרגיל" של ביטוי, אלא יש לקובעו תוך שיקול גורמים שונים, לרבות ההקשר שבו השתמש המחוקק בביטוי זה, ובמטרתו של החיקוק העומד לפירושו".
88. ראה דברי השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת *Massachusetts Bonding Ins.Co. v. U.S.* 352 U.S. 128, 138 (1956): "Of course one begins with the words of a statute to ascertain its meaning, but one does not end with them. The notion that the plain meaning of words of a statute define the meaning of the statute reminds one of T.H. Huxley's gay observation that at time a theory survives long after its brains are knocked out"

אין לך דבר יותר בלתי ברור מהדיבר "ברור". כיצד ניתן לומר שהוראה היא "ברורה", כאשר שופטים ופרקליטים נחלקים עליה?⁸⁸

כוונת המחוקק

כיצד, אם כן, תקבע תכליתה של הנורמה המשפטית? מתדגיסא, אסור לשאול את המחוקק, מאידך-גיסא אין להפעיל שיקול דעת הפשי. אין גם להסתפק בלשון החוק. כיצד איפוא, תיחשף המדיניות העומדת ביסודה של החקיקה? התשובה היא, כי אמת מידה ראויה לקביעת תכליתה ומדיניותה של נורמה היא בבחינת כוונת יוצרה⁸⁹. כאשר ענין לנו בחוק, משמעותה של אותה אמת מידה היא, כי על תכליתו של החוק ומטרותיו ניתן ללמד מכוונותיו של המחוקק ומטרותיו. כפי שאמר זוסמן⁹⁰: "המחוקק פתח במחשבה או ברעיון וגמר בדיבור ואנו פותחים בדיבור ומנסים משם לחזור על עקבותיו של המחוקק ולגלות את דעתו. זהו תפקידו של הפרשן".

מעלותיה של אמת מידה זו רבות הן⁹¹: ראשית, היא משקפת הגיון בריא, לפיו אין כיוצרה של נורמה להעיד על תכליתה⁹²; שנית, היא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, לפיו הרשות המחוקקת היא היוצרת את החוק, ואילו השופט נותן תוקף ליצירתו של המחוקק⁹³; שלישית, היא מדגישה את האובייקטיביות והניטרליות של מעשה השפיטה. לא מחשבותיו הסובייקטיביות של השופט בדבר המדיניות הראויה הן הקובעות את תחום התפרסותה של הנורמה, אלא תפיסתו של המחוקק והכרעתו שלו בין האלטרנטיבות השונות של המדיניות הן הקובעות⁹⁴. לכסוף, היא מגבירה את הבטחון המשפטי, ואת

בג"צ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הנבלים עיסקיים (טרם פורסם).
88. ראה א' ידון, "על פירוש חוקי הכנסת ברביעית" הפרקליט לא (תשל"ז) 395, 498: "עצם העובדה שבעלי הדין חלוקים בשאלת משמעותה ובית המשפט נקרא להכריע בין עמדותיהם, כלום אין בה כדי להוכיח שגם ההוראה החד משמעית ביותר אינה חד משמעית?" ראה גם ח' כהן, "פרשנות נאמנה – חלאת משמע" משפטים ז (תשל"ו) 5, 7: "כבר הקשו רבים וגילו גדולים שאין למילים משמעות "פשוטה" או משמעות יחידה, ושהמשמעות משתנות; ועד למסקנה המעציבה הגיעו שאותה "משמעות פשוטה של המלים" אשר שופטים כה רבים מאמינים לעתים כה קרובות שהיא המשמשת נר לרגליהם בפרשנות החוק, אינה לאמיתו של דבר אלא אשליה בעלמא".

89. "איזהו פרשן טוב של חוק, העושה את רצון המחוקק": בג"צ 188/69 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 350. גישה זו עולה בקנה אחד עם תפיסות הרמונוטיות, הדוגלות בפירוש טקסט על-פי כוונת היוצרת: ראה: Palmer, *Hermeneutics* (1969); Bleicher, *The Hermeneutic Imagination* (1982); Bleicher, *Contemporary Hermeneutics* (1980); Howard, *Three Faces of Hermeneutics* (1982); Hirsch, *supra* Note 23.

90. ד"ר 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טו 2467, 2474. ראה בג"צ 188/63, לעיל הערה 89.

91. ראה Witherspoon, "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: 'The Middle Road'", *supra* note 31, at p. 791; Moore, *supra* note 9, at p. 247.

92. ראה פאונד, לעיל הערה 33, בע' 381; כריסטי, לעיל הערה 15, בע' 886; הארט, לעיל הערה 20, בע' 40; ויליאמס, לעיל הערה 9, בע' 393, וכן Landis, "A Note on Statutory Interpretation" 43 *H.L.Rev.* (1930) 886, 892.

93. ראה לנדס, שם, בע' 888 וכן Jones, "Statutory Doubts and Legislative Intentions" 40 *Col.L.Rev.* (1940) 956, 965; Horack Jr., "Congressional Silence: A Tool of Judicial Supremacy" 25 *Texas L.Rev.* (1947) 247, 250; Frank, "Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation" 47 *Col. L. Rev.* (1947) 1259, 1262.

94. ראה קורי, לעיל הערה 32, בע' 292; גונס, שם, בע' 973; הארט זוקס, לעיל הערה 32, בע' 1225; קרנוכן, לעיל הערה 73, בע' 345; הארט, לעיל הערה 20, בע' 40; Cox, "Judge Learned Hand and the Interpretation of Statutes" 60 *H.L.Rev.* (1947) 371, 373; Lehman, "How to Read a Difficult Statute" *Wisc.L.Rev.* (1979) 489, 497; Dworkin, "The Forum of Principles" 56 *N.Y.U.L.Rev.* (1981) 469; Tate, "The Judge's Function and Methodology in Statute Interpretation" 7 *S.U.L.Rev.* (1981) 147, 150.

היכולת לצפות מראש את פירושה של הנורמה, ובכך היא משיגה הפעלה שיוונית של החוק⁹⁵. כנגד גישתנו זו⁹⁶ – הרואה בכוונת המחוקק אמצעי לזיהוי מטרת החקיקה – ניתן לטעון, כי זווקא היא העומדת בניגוד לעקרון הפרדת הרשויות, שהרי על-פי עקרון זה, עם חקיקתו של החוק נסתיים תפקידו של המחוקק, וקביעת מטרת החקיקה היא ענינו של השופט ולא של המחוקק⁹⁷. כן ניתן לומר כי זווקא גישה זו היא המגדילה את חוסר הבטחון ואת חוסר הודאות, שכן הציבור סומך על לשון החוק הגלויה ולא על מטרותיו התבויות של המחוקק. בחינה זו של כוונת המחוקק – ניתן להוסיף ולטעון – משחררת את השופט מהאחריות המוטלת עליו, ומעבירה את הנטל המצפוני על שכמו של המחוקק⁹⁸. טיעונים אלה מחטיאים את המטרה. אין השופט מנהל משא-ומתן עם המחוקק, ואין הוא מעביר את האחריות עליו. השופט נוטל על עצמו את מלוא האחריות לקביעת תכליתה של הנורמה, אך הוא עושה כן לא בדרך שרירותית אלא מתוך הכרה בעובדה, שעל-פי עקרון הפרדת הרשויות, גיבושה של המדיניות העומד ביסוד החקיקה נעשה על-ידי המחוקק.

עולה מן האמור, כי על-פי גישתי שלי, יש להבחין בין מטרת החוק לבין מטרת המחוקק⁹⁹. מטרת החוק היא המדיניות אותה אנו מחפשים כדי לקבוע על פיה את תחום התפרסותה של החקיקה. מטרת המחוקק היא אמצעי לחשיפתה של המדיניות. זהו אמצעי חשוב, אך לא בלעדי. לעיתים לא ניתן לקבוע מהי מטרת המחוקק. אך עדיין על השופט לקבוע את מטרת החוק. גם אם אין לו למחוקק כוונה, עדיין יש לו לחוק מטרה. על-כן יש מקום לעסוק, הן במטרת החוק ותכליתו, והן במטרת המחוקק וכוונתו. לא נראית לי, איפוא, דעתם של רבים¹⁰⁰ אשר גילו עוינות ל"כוונת המחוקק" והעדיפו על פניה את "מטרת החקיקה". לדעתי, שני המושגים ראויים הם¹⁰¹. אין האחד בא במקום השני. לכל אחד מהם תפקיד משלו. זוסמן עצמו העדיף את הביטוי "מטרת החקיקה" על פני "כוונת המחוקק", אך הוא הגדיר ביטויים אלה בצורה השונה מהגדרתנו שלנו. אצל זוסמן¹⁰², "כוונת המחוקק" התייחסה לעמדתו של המחוקק לפתרון הבעיה הספציפית העומדת להכרעתו של בית המשפט. הוא ציין כי לרוב אין לו למחוקק כוונה בענין זה, שכן אין ביכולתו, בשעת החקיקה, לצפות את כל אירועי העתיד. אכן, על-פי הגדרה זו, אף אני

95. ראה Thomas, "Statutory Construction When Legislation is Viewed As a 'Legal Institution'" Har. J. of Leg. (1965) 191.

96. ראה ויטהרסון, לעיל הערה 25.

97. ראה Radin, *supra* Note 20, at p. 871: "When the legislature has uttered the words of a statute it is *functus officio*". ראה גם קורטיס, לעיל הערה 51 וראה דברי השופט חשין בע"א 89/51 מיטובה בע"מ נ' קום, פ"ע ו 382, 388: "במקום בו נשלמת מלאכת החקיקה, שם מתחילה מלאכת הפרשנות".

98. ראה להמן, לעיל הערה 94, בע' 479; פיון, לעיל הערה 13, בע' 112.

99. להבחנה בין אלה, השונה מזו שאנו דוגלים בה, ראה מור, לעיל הערה 9, בע' 216; דיקרסון, לעיל הערה 9, בע' 7. הבחנה אחרת היא בין כוונה ומניע: ראה Howell, "Legislative Motive and Legislative Purpose in the Invalidity of a Civil Right Statute" 47 Virg. L. Rev. (1961) 439.

הבחנה אחרת היא בין מה שהמחוקק רצה להשיג (כוונה), לבין הסיבה לכך (מטרה): ראה Merimin, Law and the Legal System (2nd ed., 1982) 258. יש המבחינים בין המטרה הכללית (מטרה) לבין המטרה הספציפית (כוונה): ראה Reynold, Judicial Process (1980) 210.

100. ראה Frankfurter, *supra* note 73, at p. 538: "You may have observed that I have not yet used the word 'intention'. All these years I have avoided speaking of the 'legislative intent' and I shall continue to be on my guard against using it"; Fuller, *supra* Note 34, at p. 87: "In speaking of legislative intention I think it would be better if we speak of 'the intention of the statute'": Corry, *supra* note 32, at p. 292.

101. ראה דיקרסון, לעיל הערה 9, בע' 87; קרוס, לעיל הערה 26, בע' 3.

102. זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 157.

סבור שאין לעסוק ב"כוונת המחוקק", ויש להעדיף את מטרת החקיקה. אך לפי ההגדרה שלי, לפיה כוונת החקיקה היא התכלית החקיקתית ואילו כוונת המחוקק היא אמצעי לגילוייה של תכלית זו, יש מקום לשימוש בשני המושגים גם יחד¹⁰².

זיהוי כוונת המחוקק

כיצד ילמד השופט על כוונת המחוקק? שאלה זו אינה פשוטה כאשר המחוקק הוא יחיד, כגון שר המתקין חקיקת משנה¹⁰³. שאלה זו קשה היא במיוחד כאשר המחוקק הוא גוף קולקטיבי, כמו בכנסת שלנו, או גוף המורכב משני בתים, כמו הקונגרס של ארצות-הברית. כיצד ניתן לזהות, ממכלול ההסטוריה החקיקתית את כוונתו או מטרתו של המחוקק? רבים המתנגדים לשימוש ב"כוונת המחוקק" כאמצעי פרשנות מבססים התנגדות זו על הקשיים בהתחקות אחר כוונת המחוקק¹⁰⁴. על-פי גישתם, "כוונה" היא ענין אנושי, ואין ליחסה לגוף משפטי, ובודאי לא לגוף קולקטיבי¹⁰⁵. מי לידנו כף יתקע, טוענים הם, כי דבריו של חבר-כנסת זה או אחר, אכן משקפים את כוונתה של הכנסת?

עד כמה שהשקפות אלה מבוססות על הגישה לפיה אין לייחס כוונה למי שאינו אנוש, אבד עליהן הכלת. כל תורת התאגיד המודרנית מבוססת על האישיות המשפטית הריאלית של התאגיד, ועל האפשרות לגיבושה של כוונה אצל תאגיד¹⁰⁶. מה שאפשרי בתורת התאגיד צריך שיהא אפשרי בתורת המחוקק. טול מקרה קיצוני שבו כל חברי הכנסת מגלים דעתם האחידה בדבר כוונתו של חוק פלוני. האם ניתן לומר ברצינות שאין לו למחוקק כוונה? אכן, השאלה האמיתית היא מעשית, וענינה המבחנים לזיהוי כוונת המחוקק. אף בענין זה יש ללמוד מתורת התאגיד. במסגרת זו, זיהוי "כוונת התאגיד" נעשה באמצעות "תורת האורגניזם" שהיא תורה נורמטיבית לפיה כוונתו של יחיד או יחידים שרואים אותם כאורגן של התאגיד, היא כוונתו של התאגיד¹⁰⁷. נמצא, כי זיהוי הכוונה ויחוסה נעשה באמצעות נורמה משפטית. זו אף הדרך שיש ללכת בה בענייננו. זיהוי כוונת המחוקק אינו ענין מטפיסי או פסיכואנליטי¹⁰⁸. זהו ענין נורמטיבי. דרושה נורמה משפטית, המבוססת מצדה על תיאוריה פוליטית, בדבר זיהוי כוונתו המוסדית של הגוף

102. ידין גורס כי יש להעדיף את מטרת החוק על פני כוונת המחוקק, שכן "כוונת המחוקק אינה אלא דימוי המנסה לשנות מציאות שבעולם החיצוני למה שלאמתו של דבר מקורו בליבו, במחשבתו ובתפיסתו של שופט, כדרך שבה הוא מכין את החוק". א' ידין "על פירוש חוקי הכנסת ברביעית" הפרקליט לא (תשל"ז) 305, 313. הבחנה זו לא מקובלת עלי. "כוונת המחוקק" היא מציאות. 103. ראה 60 B.U.L.Rev. "The Misconceived Quest for the Original Understanding" 204, 214 (1980).

104. ראה ויטהרספון, לעיל הערה 25.

105. ראה רדין, לעיל הערה 20, בע' 869; קורטיס, לעיל הערה 51 בע' 409; פיין, לעיל הערה 13, בע' 97 וכן Willis, "Statute Interpretation in a Nutshell" 16 Can. B.R. (1938) 1,3.

106. ראה Gower, The Principles of Modern Company Law (4th ed., 1979) 205.

107. ראה א' ברק, "חוק השליחות ותורת האורגניזם" עיוני משפט ב (תשל"ב) 302; א' ברק, "מעמד התאגיד בנויקין" הפרקליט כב (תשנ"ו) 198; ג' פרוקצ'יה, "חוק השליחות תשכ"ה" 1965, ומנהלי החברה" עיוני משפט א (תשל"א) 234.

108. בבג"צ 246/81 אגודת דרך ארין נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 1, 17 אמרתי כי "ההכרעה צריכה ליפול על פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק". דברים אלה נכונים הם עד כמה שהחיפוש אחרי "הפסיכואנליזה" של חברי הגוף המחוקק נעשה שלא במסגרתה של נורמה משפטית ברורה בענין זה. במסגרתה של נורמה נתונה, איני רואה כל פגם בבחינת כוונת חברי הגוף המחוקק עד כמה שמצאו ביטוי חיצוני. יצויין, כי אמרות דומות לשלי מצויות בספרות: ראה דברי השופט ג'קסון (Jackson) בפרשת U.S. v. Public Utilities Comm. 345 U.S. 295, 319 (1953) ודברי השופט קרדוזו (Cardozo) בפרשת U.S. v. Constantino 29 U.S. 287, 298 (1938).

המחוקק¹⁰⁹. כך, למשל, ניתן לומר כי בישראל, דבריו של יושב-ראש הועדה של הכנסת שעסקה בהצעת החוק המביא את הצעת החוק לקריאה שניה והמתקבלת ללא שינוי בקריאה שלישית, היא במישור הנורמטיבי, כוונת המחוקק¹¹⁰. הטעם לכך הוא, כי על-פי הפרקטיקה הפרלמנטרית הישראלית, שיקולי המדיניות הסופיים, המביאים לגיבושו של החוק, מוצאים ביטוי בועדה. בפני זו מוצגת הצעת החוק, דברי ההסבר, דוחות של ועדות מקצועיות, ושאר שיקולי מדיניות. בה מתקבלת, בסופו של דבר, הפשרה הפוליטית לאחר מאבק פרלמנטרי. כמובן, מודל זה אפשר לעדן, ולשנות על-פי המציאות הפרלמנטרית. אין לקבוע נורמות נוקשות מדי¹¹¹. אך דומה, שרצוי לגבש בענין זה נורמה מקובלת ולו גמישה; קיומה של זו עשוי אף להשפיע על אופן הצגת החלטות הועדה בפני מליאת הכנסת. עם גיבושה של נורמה זו, שוב לא יהא קושי מיוחד בויהוי כוונת המחוקק¹¹².

תכנה של כוונת המחוקק

אפילו תקבע הנורמה המשפטית הדרושה, מה נחפש לאורה? התשובה היא, כי אנו נחפש ראיות בדבר האינטרסים והמטרות אשר הפשרה והאיוון שביניהם הביאו למדיניות שעמדה ביסודה של הנורמה אותה אנו מפרשים¹¹². על יסוד מדיניות זו יחליט השופט איזו אופציה, מבין האופציות הלשוניות, היא הנכונה והמחייבת, ועל פיה יכריע בסכסוך שלפניו. מה איננו מחפשים? איננו מחפשים תשובה קונקרטית לבעיה המעשית העומדת להכרעתנו השיפוטית. אנו מחפשים תפיסה עקרונית ולא יישום אינדיבידואלי¹¹³. טול את השאלה, אם רכבת היא בגדר "רכב" לענין חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תש"ה-1975¹¹⁴. על הפרשן לפנות להסטוריה החקיקתית כדי למצוא בה ראיות בדבר התכלית של החוק, ובדבר העקרון העומד ביסוד החלתו על "רכב". הפרשן אינו צריך לחפש תשובה לשאלה אם הכנסת סברה שרכבת היא "רכב" לענין החוק, אם לאו. יתכן שהכנסת לא נתנה דעתה כלל לשאלה זו. יתכן שהשאלה עלתה אך נדחקה ולא נידונה עוד. יתכן שלא ניתן היה לגבש בענינה הסכמה פוליטית, ועל כן נזנח נסיון להכריע בה מפורשות, לחיוב או לשלילה. יתכן שנסתבר שהשאלה קשה, וראוי להם לבחי המשפט להחליט בה. יתכן שהשאלה כלל לא

109. רעיון זה פותח בעיקר על-ידי פרופסור דבורקין (Dworkin): ראה "How To Read a Civil Rights Act" N.Y. Rev. Bks. (1979) 39. הרעיון פותח על ידו ברשימתו "The Forum of Principle" 56 N.Y.U.L.Rev. (1981) 469 ואומץ על-ידי אחרים: ראה מקינטוש, לעיל הערה 35.
110. ראה, למשל, ע"א 379/68 "ישראל" – רסקו בע"מ נ' טולדנו, פ"ד כג(1) 533, 539. ראה גם ע"א 307/72 מוך נ' פקיד השומה, פ"ד כח(1) 414, 420: "כוונה זו באה לידי ביטוי בדברי ח"כ אריה נהיר שהביא את הצעת החוק בפני הכנסת בקריאה שניה ושלישית, וסביר להניח שחברי הכנסת אימצו לעצמם כוונה זו בשעת הצבעתם" (השופט אשר): ראה גם בג"צ 144/72 ליפכסקי – הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719, 723: "במקרה אי בהירות, כשניתן לפרש את החוק לכאן ולכאן, יכולה הצהרה מוסמכת מפי יושב ראש הועדה בכנסת... להועיל בבחירת הפירוש הנכון, המתאים לרצונו ולכוונתו של המחוקק" (השופט ברנזון).
111. על כן, נראה לי כי יש להתחשב גם בדברי השר, המביא את הצעת החוק לקריאה ראשונה: ראה ע"א 2/69 לה נסיונל, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה, פ"ד כג(1) 673, 676. כן יש להתחשב בדבריו של חבר-כנסת שהציע תיקון בקריאה הראשונה והצעתו נתקבלה. השווה בג"צ 57/73 טבקהזיו נ' ערית חיפה, פ"ד ז 701, 711.
112. ראה 754 (1966) 75 Yale L.J. "Legislative Intent" MacCallum, ראה גם אפלבוס, "דברי הכנסת כראיה לפירוש החוק" הפרקליט כא (תשכ"ה) 411: ויתקון, לעיל הערה 85.
113. ראה de Sloovere, "Extrinsic Aids in the Interpretation of Statutes" U.Pen.L.Rev. (1940) 527, 536 וכן לנדס, לעיל הערה 92, בע' 888: קוקס, לעיל הערה 94, בע' 379: הארט ווקס, לעיל הערה 32, בע' 1413: הארט, לעיל הערה 13, בע' 672.
114. Nunetz, "The Nature of Legislative Intent and the Use of Legislative Documents as Extrinsic Aids to Statutory Interpretation: A Reexamination" 9 Calif. W.L.Rev. (1972) 128; Hart and Sacks, *supra* note 32, at p. 1264.
115. ס"ח 234. הכעיה המעוררת, הלכה למעשה, בע"א 133/79 כוכמן נ אלנסארה, פ"ד לה (2) 64.

יכלה לעלות על הדעת, שכן ענין לנו בשינוי טכנולוגי מסויים. בכל אלה אין ולא כלום. איננו מעונינים בתמונות הספציפיות ובדימויים הקונקרטיים שהיו לנגד עינינו של המחוקק. אנו מעונינים בהפשטה, בעקרון, במדיניות ובתכלית¹¹⁵. החוק עצמו לא צילם תמונות פרטיקולריות. החוק צייר תמונה כוללת שיש בה רוחב, אורך ועומק. הציור הוא הפשטה. את הכלול בהפשטה זו אנו מעונינים להבין¹¹⁶, וזאת כדי לבחון אם הפשטה זו ניתנת להקרנה ולהשלכה על התמונה הפרטיקולרית העומדת להכרעתו של בית המשפט¹¹⁷. אנו מעונינים ב - concept של המחוקק, לא ב - conception של¹¹⁸.

אך מה הדין, אם במסגרת החיפוש אחר העקרון הכללי, מוצא השופט כי השאלה הספציפית העומדת להכרעתו עמדה אף לנגד עיניו של המחוקק, והוא הביע בה דעתו? היתעלם מכך? נניח כי בנאומו אמר יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט כי הועדה נתנה דעתה לשאלה אם מן הראוי הוא להחיל את חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים על אוניות, והגיעה למסקנה חיובית. עם זאת, לא נמצא צורך לקבוע בענין זה הוראה מפורשת, שכן לדעת הועדה הביטוי "רכב" ממילא כולל אוניה. היתעלם השופט ממידע זה? לדעתי, אסור לנו לשים אוזקים על מחשבתנו; כל שהיא רלבנטי צריך שיהא קביל. התמונה הספציפית עמדה לנגד עיני המחוקק, ועל כן עלינו להתחשב בה. מתדגיסא, עלינו לשקול נתון זה, שהרי התמונה שצייר המחוקק לקחה בחשבון את האירוע הספציפי בענין האוניה. יש, איפוא, הסתברות גבוהה כי הציור משקף את המציאות שעמדה לנגד עיני המחוקק. מאידך־גיסא, אין להשתעבד לאירוע זה, שכן יתכן והתמונה אינה כוללת, בסופו של דבר, את הדימוי המיוחד הזה. עלינו לשוב, איפוא, למטרתנו הבסיסית. עלינו למצוא את התכלית החקיקתית ולאורה של זו עלינו לבחון את התמונה הספציפית העומדת להכרעתנו. בחינה זו צריך שתהא אוהדת למחוקק, אך באותה מידה צריך שתהא עצמאית. הפרשנות של לשון הנורמה היא תפקיד שיפוטי לא חקיקתי. איננו שואלים כיצד פירש המחוקק את החוק, אלא מה מטרתו של המחוקק. על כן עשוי השופט להגיע למסקנה, כי חרף העובדה שהמחוקק סבר שדימוי ספציפי (אוניה) כלול בנורמה, הרי הלכה למעשה הנורמה אינה משתרעת על דימוי ספציפי זה, וזאת לא רק במקרה הפשוט שבו הלשון אינה יכולה לשאת תמונה זו, אלא גם במקרה שבו מבחינה לשונית ניתן היה לכלול אותו מקרה¹¹⁹. דבר זה יקרה באותם המקרים, בהם השופט מגיע למסקנה כי המחוקק לא גילה עקביות בתפיסתו העקרונית, אם משום שמתרוצצות מספר תכליות מבלי שנמצאה להן פשרה, ואם משום שבצד מדיניות כוללת המובילה לכיוון אחד (לפיה אוניה אינה נתפסת בחוק), גובשה גם מדיניות ספציפית נוגדת (לפיה אוניה כלולה בחוק), ואם מטעם אחר. בכל המצבים הללו חייב השופט לגבש לעצמו את מה שהוא רואה כתכלית החקיקתית, ולהכריע לאורה את הדין.

זוּסמן נתן דעתו לשאלה המטרידה אותנו בדבר היחס בין התכלית החקיקתית הכוללת - אותה כינה "מטרת התחיקה"¹²⁰ - לבין הפתרון למקרה הספציפי המתעורר בפני בית המשפט - אותה כינה "כוונת המחוקק"¹²¹. זוּסמן שאל עצמו, כיצד על השופט להכריע שעה שידועה לו מטרת התחיקה, וידוע לו אף שביחס למקרה הספציפי שלפניו לא היתה כל "כוונת מחוקק". תשובתו היא, שבמקרה זה על בית המשפט לגבש "כוונה משוערת" של

115. מכאן התנגדותו של פולר (Fuller) ל - "pointer theory", לפיה הפרשן מחפש אצל המחוקק פתרון

לאירוע הספציפי הניצב להכרעתו: ראה פולר, לעיל הערה 34, בע' 84.

116. ראה לוולין, לעיל הערה 32, בע' 400; כריסטיאנסן, לעיל הערה 39.

117. ראה וורצל, לעיל הערה 40, בע' 345.

118. ראה דבורקין, לעיל הערה 109 וכן Munzer and Nickel, "Does the Constitution Mean What it

Always Meant" 77 Col.L.Rev. (1977) 1029, 1037.

119. השווה ע"א 680/80 עיזבון המנוח צבי פרימן ז"ל נ' הכרת קו צינור הנפט אילת - אשקלון בע"מ,

פ"ד לו(2) 578.

120. זוּסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 156.

121. בג"צ 328/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69, 79.

המחוקק. ועל השאלה "כוונתו המשוערת" של המחוקק – מהי? הוא משיב: "כדרך שאנו נוהגים לקבוע תנאי מכללא שבחווה בעזרת "הטרדן הנוכח בשעת מעשה"... כך אנו צריכים לשאול את עצמנו גם כאן, על יסוד מטרת התחיקה הידועה לנו, מה היה מחוקק קובע לענין דנא לו העלה אותו בדעתו".¹²² לגישה זו איני מסכים. כוונתו של המחוקק, כלומר התייחסותו לאירוע הספציפי (כמונחיו של זוסמן), חשובה לנו כאמצעי ממנו ניתן ללמוד על מטרת התחיקה. אך משנתון זה מצוי בידנו – וזו הנחתו של זוסמן – שוב אין לנו צורך לחזור למחוקק, ולשאול אותו כיצד הוא היה פותר את הסכסוך הקונקרטי שבפני בית המשפט. אין גם לדעת את התשובה לשאלה זו, שהרי ההנחה היא שהמחוקק לא העלה את השאלה בדעתו. את התשובה לשאלה הקונקרטית על בית המשפט ליתן, על-פי הבנתו שלו את החוק לאור מטרתו הכוללת. כוונה ספציפית משוערת היא פיקציה בלתי נחוצה ובלתי רצויה. היא בלתי נחוצה, שכן היא בלתי רלבנטית. מה ענין לנו בהיפוטזה על הפתרון הספציפי שהמחוקק היה נותן למקרה הקונקרטי שעה שהמחוקק כלל לא נתן דעתו לשאלה זו?¹²³ היא בלתי רצויה, שכן היא מאבנת את המשפט ושוללת ממנו את הגמישות הנחוצה להתאמתו למצבים חדשים שהמחוקק לא מסוגל כלל לצפותם. היא מטשטשת את ההבחנה הבסיסית בין שפיטה לחקיקה ומערבת את המחוקק ההיפוטי בהכרעה בסכסוך. זה אינו תפקידו של המחוקק ואל לנו להלבישו באיצטלת שופט, אפילו לא בחלומותינו.

ערכה הראייתית של "כוונת המחוקק"

אמרנו כי "כוונת המחוקק" היא נתון רלבנטי¹²⁴ לגילוי מטרת החקיקה. לשם איתור רצונו של המחוקק אנו פונים לנתונים שונים – נאומים, דינים וחשבונות, הצעות – ומבקשים ללמד מהם על כוונתו של המחוקק, וממנה על מטרת החקיקה. בכך הופכים נתונים אלה לחומר קביל^{124א}. כדי שניתן יהא להסיק ממנו מסקנות של ממש, צריך חומר זה להיות אמין¹²⁵, והסקת המסקנות צריך שתהא מעוגנת בו כראוי. ענין לנו במערכת הוכחתית, ועקרונות היסוד החלים על קביעת ממצא בהתבסס על ראיה, חלים גם כאן. על-כן ניתן יהא להסיק ממצא על כוונת המחוקק רק על יסוד נתונים שיש להם ערך הוכחתי¹²⁶. כך, למשל, אין ערך הוכחתי לחומר שלא היה בפני המחוקק. זאת ועוד: על השופט לפעול בזהירות ראויה, תוך הבחנה בין נתונים על מטרה חקיקתית אמיתית לבין נתונים המיועדים אך להשפיע על פרשנותו של בית המשפט בעתיד. בארצות-הברית ידועה התופעה של הסטוריה חקיקתית מפוברקת¹²⁷, מפניה יש להזהר. ככל שחולף זמן מאז חקיקת החוק, הולך הערך הראייתי של החומר המצביע על כוונת המחוקק ונחלש, שכן יכולתנו להבין את נתוני העבר מנקודת התצפית של העתיד, הולכת ונחלשת¹²⁸. אכן, לעתים עשוי השופט למצוא עצמו במצב, לפיו הנתונים בדבר כוונת

122. שם, שם.

123. ראה קרנוכ, לעיל הערה 73, בע' 347; מרמין, לעיל הערה 99, בע' 256; וכן Fox, "The Judicial Contribution" in Erh-Soon Tay & Kamenka (eds.) — *Law Making In Australia* (1980) 151.

124. ראה הארט ווקס, לעיל הערה 32, בע' 1284. ראה גם אפלבוים, לעיל הערה 111.

124א. שם.

125. ראה נטינג, לעיל הערה 73, בע' 601. ראה גם אפלבוים, שם.

126. ראה Comment, "The Use of Extrinsic Aids in Determining Legislative Intent in California: The Need for Standardized Criteria" 12 *Pacific L.J.* (1980) 189. למותר לומר כי ההסטוריה החקיקתית טובא לידעת בית המשפט באמצעות הפרסומים (דברי הכנסת, הצעות החוק, דינים וחשבונות של ועדות). אינני חושב כי רצוי הדבר להביא את הנוגעים בדבר כעדים במשפט. אנו מעוניינים במטרה הכללית כפי שמצאה ביטוי תיצוני, ולענין זה יש להסתפק במה שהיה גלוי לשאר חברי הכנסת.

127. ראה נוניק, לעיל הערה 113, בע' 133.

128. ראה ברסט, לעיל הערה 103, בע' 219, 221.

המחוקק אינם בטוחים דיים כדי לגבש ממצא ברור בענין זה. במצב זה אל לו לשופט לעשות את הבלתי אפשרי. אפילו יש לו לחוק מטרה, יתכן ואין לו למחוקק כוונה שיש בה כדי לסייע בחשיפת המטרה. טעמים רבים לכך. יתכן והחומר הראייתי בדבר כוונת המחוקק הוא דל, ואין בו כדי לקבוע, במידת אמינות מספקת, את "כוונת המחוקק". לעתים עולות מהחומר כוונות שונות ומנוגדות. לעתים מתקבלת "כוונת המחוקק", אך אין בה כדי לסייע לשופט, אם משום שרמת הפשטה היא גבוהה מדי, ואם משום שרמת הפשטה היא נמוכה מדי. לעתים מתגלה כוונה ברורה, אך תכנה של זה אינו אלא שהמחוקק משאיר את ההכרעה לשיקול דעתו של השופט¹²⁹. במקרים אלה ואחרים, אין "כוונת המחוקק" מסייעת לזיהוי מטרת החקיקה. מה יעשה הפרשן? אין הוא רשאי להתנער מחובתו; עליו למצוא את מטרת החקיקה¹³⁰. "מאחורי לשון המחוקק" – אומר זוסמן – "עומדת תמיד מטרת החיקוק". כיצד נמצא את זו? כיצד נמצא את כוונת החוק ומטרתו, כשאין לנו ממצא בדבר כוונת המחוקק ומטרתו?

כוונת החקיקה בלא כוונת המחוקק¹³⁰

זוסמן נתן דעתו לשאלה זו, ופיתח את הרעיון בדבר "הכוונה המשוערת"¹³¹. לדעתו,¹³² כשם שאנו קובעים תנאי מכללא בחוזה על-פי מבחן "הטרדן הנוכח בעת המעשה", כך צריכים אנו "לשאול את עצמנו גם כאן, על יסוד מטרת החקיקה הידועה לנו, מה היה המחוקק קובע לענין דנא לו העלה אותו בדעתו", וממשיך זוסמן וקובע: "ועל שאלה זו חייבים אנו להשיב – לא את התשובה הרצויה לנו לפי כוונתנו, שאילו עשינו כן היינו מסיגים את גבול הרשות המחוקקת אלא – את התשובה שהכנסת היתה נותנת, אילו גילתה את דעתה עת ישבה על מדוכת החוק".¹³² בקטע זה עוסק זוסמן בכוונת המחוקק הספציפית, אך במקום אחר הוא אומר לנו¹³³ כי "אנו משתמשים רק בשם ציורי ומדברים על "כוונת המחוקק" כשאנו מתכוונים אל מטרת החקיקה". נמצא כי מבחנו של זוסמן, למציאת מטרת החקיקה, הוא חיפוש אחרי מטרה שהמחוקק היה קובע אילו נתן דעתו לשאלה זו. גישה זו מקובלת אצל רבים,¹³⁴ ואף כינוי ניתן לה: *legis putation*. יתרונה של גישה זו ברור: ראשית, היא נוקקת לאמת מידה אובייקטיבית לקביעת מטרת החקיקה, ואינה משאירה זאת לתפיסתו הסובייקטיבית של כל

129. דוגמא לכך הן ההודאות הכלליות בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, כגון תקנת הציבור או תום לב.

130. Wald, "Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term" 68 *Iowa L.Rev.* (1983) 195; Corry, "The Use of Legislative History in the Court Term" 32 *Can. B.R.* (1954) 624. *Interpretation of Statutes*.

131. ראה ברק, לעיל הערה 20, בע' 485.

132. זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 160.

133. בג"צ 322/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69.

134. שם, בע' 71.

133. זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", לעיל הערה 2, בע' 156. ראה גם דבריו של השופט זוסמן בע"א 726/61 גרוסמן נ' עזבון בירמן, פ"ד כה (2) 780, 789: "כאשר דברו של המחוקק הוא סתום ומשתמע לכאן ולכאן, חייב בית המשפט לגלות את "כוונתו" ולבחור בפירוש העולה בקנה אחד עמה. פעמים אין למחוקק כוונה סובייקטיבית, ולפיכך מעדיף אני לדבר על מטרת החיקוק כמו שניתן לדלות אותה מן החוק".

134. *In re Clerkship of Circuit Court* 90 F. 248, 251 (1898); *Boretta v. Borden Co.* 145 F. 2d 63, 64 (1945); *U.S. v. Klinger* 198 F.2d 645, 648 (1955); *Vermilya Brown Co. v. Connell* 335 U.S. 377, 388 (1948); Gray, *The Nature and Sources of Law* (2nd ed., 1922) 173; Horack, "In the Name of Legislative Intention" 38 *W. Va.L.Q.* (1932) 119, 126. ראה גם ויליאמס, לעיל הערה 72, בע' 129: הארט ווקס, לעיל הערה 32, בע' 1415. Cohen, "Judicial 'Legisputation' and the Dimensions of Legislative Meaning" 36 *Ind.L.Rev.* (1961) 414.

שופט ושופט; שנית, היא מפעילה מבחן שהוא דומה במהותו למבחנו של האדם הסביר, עמו רגילים שופטים לעסוק. אכן, "הכוונה המשוערת" עושה בפרשנות, מה שהאדם הסביר עושה ברשלנות¹³⁶; שלישית, היא דוגלת במבחן המקרב עצמו לרשות המחוקקת – "מה היה המחוקק קובע" – ובכך מבטיחה לגיטימציה פורמלית לפרשנות היוצרת של השופט. חסרונה של הגישה האמורה, שהיא מבוססת על פיקציה¹³⁷. במציאות אין בית המשפט שואל עצמו: "מה היה המחוקק עושה אילו", שכן על שאלה זו אין לשופט לרוב כל תשובה. על-כּל-פנים יתכן שהתשובה היחידה האפשרית והאמיתית היא, כי המחוקק היה עושה את שעשה, שכן אחרת אין הוא יכול לעשות לאור מבנה הכוחות שבו¹³⁸. אכן הלכה למעשה השופט אינו שואל את עצמו "מה היה המחוקק עושה אילו", אלא הוא שואל עצמו, מה הוא כשופט, צריך לקבוע כמטרת החקיקה. זוהי הדרך בה פועל השופט לענין האדם הסביר שאינו אלא השופט עצמו וזו הדרך בה פועל השופט בקביעת תכליתה של החקיקה ומטרתה^{138א}. אך האין גישה זו חוטאת בארתו ניהיליזם ואנארכיזם נגדם התקוממת¹³⁹, שעה שעסקתי באפשרות שהשופט יפרש את החוק על-פי שיקול דעתו החפשי? אכן, אם המבחן היחיד לקביעת מטרת החקיקה – באין כוונה למחוקק – הוא שיקול דעתו החפשי של השופט, כי אז אין כל שוני בין גישתי שלי לבין אותן גישות הנראות לי כמוטעות וכמסוכנות. אכן, עלינו להזהר מכך. עלינו לקבוע אמות מידה אובייקטיביות¹⁴⁰, המבוססות על גישה עיקבית וקוהרנטית¹⁴¹, על פיהן יקבע השופט את מטרת החקיקה ותכליתה, במקום שאין לו נתונים מספיקים על כוונת המחוקק. אמות מידה כאלה קיימות. עיקרן שתיים: הקשר וערך. דיון באמות מידה אלה חורג ממסגרת רשימתי זו והוא מחייב מחקר נפרד. אומר רק זאת כי על מטרת החקיקה ניתן ללמוד מהקשרה¹⁴². הקשר זה כולל, בין השאר¹⁴³, הוראות אחרות באותו חוק¹⁴⁴, חוקים אחרים העוסקים באותה סוגיה¹⁴⁵ ומרצף

136. ראה הוראך, לעיל הערה 134, כ' 178.
137. ראה פין, לעיל הערה 13: 24 *Minn. L.Rev.* (1940) 509, 526.
138. אפשר לעדן את השאלה ולשאל מה היה המחוקק עושה, אילו פעל ללא לחצים פוליטיים ואחרים. אף זו שאלה תיאורתית, שאין לו לשופט כלים להשיב עליה.
- 138א. המחוקק הסביר אינו אלא בית המשפט עצמו: ראה Atiyah, "Judges and Policy" 15 *Isr. L.Rev.* (1980) 346. לענין האדם הסביר, ראה י' עזיוני, "מלחמות היהודים בבית המשפט" ספר היובל ראובן הכט (1984) 270, 272.
139. ראה לעיל הערה 63.
140. ראה פיס, לעיל הערה 63, וכן ברק, לעיל הערה 20, כ' 485.
141. ראה Wellington and Albert, "Statutory Interpretation and The Political Process: A Comment on Sinclair v. Atkinson" 72 *Yale L.J.* (1963) 1515, 1557.
142. ראה רוס, לעיל הערה 10, כ' 117; הארט וקס, לעיל הערה 32, כ' 1156; ויליאמס, לעיל הערה 72, כ' 1128. ראה גם Ekelof, "Teleological Construction of Statutes" 2 *Scandinavian Studies in law* (1958) 96.
143. במסגרת הקשר כלולים טיעונים הגיוניים: ראה Keeten, *Venturing to Do Justice* (1969) 81.
- על הטיעון ההגיוני במשפט, ראה רוס, לעיל הערה 10, כ' 128; Tommelo, *Modern Logic in the Service of Law* (1972) וכן ע"א 332/71 עלי נ' שר התחבורה, פ"ד כו (1) 105, 110. אומר השופט זוסמן: "כללי הפרשנות אינם אלא כללים של הגיון שבאמצעותם יבקש השופט לחשוף את כוונת המחוקק". ראה גם ע"פ 406/69 ברנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 210, 212. ראה גם ע"א 687/69 עבר אלגאני האשם אבן גואלה נ' יוסף מחמר כליל אבו טאעה, פ"ד כד (2) 466, 460: "לישם מניעת תוצאה שאינה עומדת במבחן ההגיון, יש ובית המשפט מתעלם אפילו ממלים הכתובות בחיקוק".
144. ראה ע"א 26/54 אלונזו נ' בן-דוד, פ"ד י 97, 104; ע"א 503/80 זפרן נ' מזור, פ"ד לד (4) 831, 835: "דרך פרשנות ראויה היא להשקיף על דבר החקיקה כאורגניזם חי המורכב חלקים חלקים, אשר להם תפקידים שונים המבוצעים תוך התאמה הדדית. את פעולתו של חלק זה או אחר באורגניזם זה יש לבחון על רקע תפקידו וייעודו במערכת כולה". ראה גם כג"צ 8/52 ברר נ' שר הפנים, פ"ד ז 366,

החקיקה כולה¹⁴⁶. כמו כן כלול בכך הדין שקדם שאותו באה הנורמה לשנות¹⁴⁷. על מטרת החקיקה ניתן ללמוד מערכיה של החברה: מעקרונות היסוד של השיטה¹⁴⁸, מהמבנה המוסדי-סטרוקטוראלי של רשויות השלטון¹⁴⁹, ומעקרונות כלליים של צדק, מוסר וסדר ציבורי.¹⁵⁰

- 395: "כלל גדול הוא כי בבואנו לעמוד על טיב המטרה אליה חתר המחוקק בחוקו חוק מסוים, עלינו לקרוא את כל סעיפיו של אותו חוק ביחד ולראותם כמשקפים תכנית חקיקה אחידה, אשר חלקיה השונים מחוברים זה עם זה חיבור אמיץ, בל יינתק".
145. ראה ע"א 591/65 עיריית הדרה נ' קולנוע כן-זהר בע"מ, פ"ד כ(2) 612, 616. ע"א 347/71 פנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון, פ"ד כו(2) 328, 332. רצף זה משתרע הן על חקיקה הקודמת לחוק המתפרש, והן על חקיקה מאוחרת לו: ע"א 160/55 שפט נ' פרחר, פ"ד י 1228, 1232: "המחוקק כבודו במקומו מונח. דעתו בדבר פירושו של חוק, המתגלית מחיקוקים מאוחרים יותר, ראוי שיתחשבו בה בכובד ראש, ולא בנקל יגיע בית המשפט לכלל מסקנה שדעה זו בטעות יסודה". עמ"מ 8/57 ע"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד יב 900, 904.
146. ראה ויטהרספון, לעיל הערה 31, ווהי "ההרמוניה" התחיקתית שעל הפרשן לשאוף להשיגה: ראה, א' ידן, "שוב על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט כו (תש"ל) 190, 206; א' ידן, "על פירוש חוקי הכנסת – ברביעית" הפרקליט לא (תשל"ז) 395, 410.
147. ע"פ 536/79 מדינת ישראל נ' קרוש, פ"ד לד(2) 552 ("המכשלה אותה רצה המחוקק להסיר"). זהו ה-"mischief rule" שמקורו בפרשת Heydon (1584) 76 E.R. 673. האקטואליות של מבחן זה לא פגה, חרף העובדה שחלפו כשלוש מאות שנה (1584) מאז הוצעה עליו. זו לשון המבחן: "And it was resolved by them that for the sure and true interpretation of all statutes in general (be they penal or beneficial, restrictive or enlarging of the common law) four things are to be discerned and considered: 1st: What was the common law before the making of the Act. 2nd: What was the mischief and defect for which the common law did not provide. 3rd: What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the Commonwealth, and 4th: The true reason of the remedy, and then the office of all the Judges is always to make sure construction as shall suppress the mischief, and advance the remedy, and to suppress subtle inventions and evasions for continuance of the mischief, and pro privato commodo, and to add force and life to the cure and remedy, according to the true intent of the makers of the Act, pro bono publico".
- מה מודרניים הם דברים אלה! אכן, פרשת זיירן, משקפת את הדין העתיק ביותר והמודרני ביותר. ראה Friedmann, "Statute Law and Its Interpretation in the Modern State" 26 Can.B.R. 1277 (1948).
148. ראה א' ידן, "ושוב על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט כו (תש"ל) 190, 207. בעיקר בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ע א 33, 36 לענין הכרות העצמאות אשר "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו", ועל-כן יש לפרש חוקים לאורה. ראה בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884. ראה גם בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598, 612; בג"צ 51/69 רודניצקי נ' כיה"ד הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704, 712: "שומה עלינו לנקוט פירוש של החוק מתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסוד של חוק המדינה".
149. ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט (3) 365, 386. ראה גם Black, Structure and Relationship in Constitutional Law (1968) 3; בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית ת"א – יפו, פ"ד יב 1050, 1041: "בהעדר הוראה מפורשת מצד המחוקק אין להניח כי המחוקק התכוון לחומרה ולסטיה מן עקרונות שהם בחינת מושכלות ראשונים, אפילו השתמש במלים כלליות רחבות" (השופט אולשן).
150. כל אלה יוצרים הנחות (presumptions). ראה קרוס, לעיל הערה 26, בע' 142. רשימתן של הנחות אלה לעולם אינה סגורה. היא כוללת, בין השאר, הנחה בדבר שוויון: ראה ע"א 507/79 ראוונדנאף נ' חכים, פ"ד לו (2) 757, 794; בג"צ 507/81 אבו חצירא נ' היועמ"ש, פ"ד לה(4) 561; בג"צ 38/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698; בדבר צדק: ראה ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כח(1) 572, 575. השופט ברנמן מבקש להביא ל"עשיית צדק הקורא אלינו ממעמקים". בדבר פיצוי

מהקשר הדברים, ואנו מוסיפים כי הוא משתלב בערכיה הכללים של החברה¹⁵¹. כמובן, ככל שמתרחקים מההוראה נשוא הפרשנות לעבר ערכיה של השיטה כולה, כך הולכים ומתרחקים מאמות מידה אובייקטיביות, וגוברת הסובייקטיביות של המבחן האובייקטיבי. אין מנוס כך. אך טבעי הוא, שככל שהלשון כללית יותר, והראיות על מטרה חקיקתית קלושות יותר, כך הולכת היצירה השיפוטית וגדלה¹⁵². עם זאת, לעולם אינה שרירותית¹⁵³. ככל שהראיות בדבר המדיניות המשפטית של הנורמה הולכת ומתשטשות, כך הולכים וגוברים שיקולים אובייקטיביים של מדיניות שיפוטית ראויה המסייעים לשופט כגיבושה של מדיניות משפטית ותכלית חקיקתית¹⁵⁴. החקיקה השיפוטית היא נאמנה לנורמה המשפטית, לשיטה המשפטית, לעליונותו של המחוקק ולמעמדו של השופט¹⁵⁵.

במקרה של הפקעה: (ע"א 379/791 פיידר נ' הועדה המקומית לתכנון ולכנייה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645. ע"א 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596. בדבר שלילת חקיקה למפרע: ראה ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי הנוך שפטלס, פ"ד כ(1) 401, ובדבר התאמת הפירוש לעקרונות של יושר, צדק ועקרונות חוק מקובלים: בג"צ 282/51 הסתררות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת העבודה, פ"ד 1 ו 237: ע"א 136/52 בתי-גלים בע"מ נ' מפעלי חוף ים בת גלים בע"מ, פ"ד ט 775, 783. ראה קואטו – רוא, לעיל הערה 28, בע' 205. אכן, ענפי משפט שלמים מתפתחים בדרך זו, של פירוש חקיקה לרקע עקרונות כלליים. זו דרך התפתחותו של המשפט המינהלי בישראל, שכל כולו אינו אלא הנחות בדבר מטרתה של החקיקה. השווה שפירא, "לבעית, שיקול הדעת השיפוטי" במקרי-גבול, לעיל הערה א23.

151. בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513. אמרות דומות נמצא אצל A. Frankfurter, "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". ראה גם פסק דינו בפרשת U.S. v. Monia 317 U.S. 424, 432 (1943). ראה גם דברי השופט Edmond—Davies בפרשת Morris v. Beardmore [1981] A.C. 446, 459. רדון, לעיל הערה 20, בע' 879 מציין כי חוק הוא כמו זיקית, אשר צבעה נקבע על-פי סביבתה.

152. מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, 306 המציין כי תפקידו של שיקול הדעת השיפוטי כמפרש המשפט הוא "על מנת להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המישור החוקתי הקיים במדינה". ראה גם ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועמ"ש, פ"ד ה 481, 488: "תפקידו של השופט אינו לפרש את החוק פירוש טכני בלבד.... עליו להעמיק חקור לשקול את טובת הכלל והפרט, את מידת הצדק והיושר כיוצא בהן, כדי להגיע להערכה נכונה של כוונת המחוקק" (השופט לנדוי).

152. ראה ולינגטון, לעיל הערה 141, בע' 1561.

153. ראה Bickel and Wellington, "Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Case" 71. H.L. Rev. (1957) 1, 16. Mills Case" וכן קוקס, לעיל הערה 94, בע' 372; קיטן, לעיל הערה 143, בע' 94.

154. על שיקולים אלה של "מדיניות שיפוטית" – להבדיל מהשיקולים של "מדיניות משפטית" – עמדתו ברשימתו, "חקיקה שיפוטית", לעיל הערה 50, בע' 45.

155. ראה ברק, שם, בע' 80. ראה גם ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 565, 574: "על השופט להתחשב בעקרונות היסוד של שיטתו המשפטית. עליו להיות מודע לאפשרויות ההשפעה על השופט במקצועו. עליו להוקיר את חופש הפרסום ולהכיר את נושא כליו. בלקחו את כל אלה בחשבון, עליו לערוך אותו איזון עקרוני ומיוחד המתבקש מלשונו הכללית של סעיף 41 לחוק. לא את רצונו שלו יגשים אלא את האיזון שנראה לו כמשקף בצורה הראויה ביותר את המטרה החקיקתית. עליו להפעיל את שיקול דעתו על פי מה שנראה לו, לפי מיטב הכרתו האובייקטיבית, כמשקף את צרכי החברה. השאלה אינה מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה".

כוונת המחוקק: ממשות או פיקציה

בפתח רשימתי שאלתי, אם "כוונת המחוקק" אינה אלא פיקציה. עתה ניתן לסכם את תשובתי לשאלה זו. הבסיס לפרשנות המשפטית היא מטרת החקיקה ותכליתה, כלומר מדיניותה של החקיקה. אמצעי לזיהוי המדיניות היא "כוונת המחוקק". במקום שניתן לזהות כוונה זו, לאור נורמות מוסכמות באשר ליחוסה של כוונה מוסדית, ועל בסיס ראיות אמין, "כוונת המחוקק" הוא דבר ממשי. הוא ממשי כמו כל כוונה אחרת המיוחסת לגוף משפטי. אם המושג "מחוקק" הוא ממשי ולא פיקטיבי כי אז גם "כוונת המחוקק" היא ממשית ולא פיקטיבית. אבל כל דיבור אחר על "כוונת המחוקק" אינו אלא פיקציה¹⁵⁶.

במיוחד זו פיקציה לדבר על "כוונת המחוקק" בשני המקרים הבאים:

האחד, לענין קביעת מטרה החקיקתית במקום שאין ראיות אמין לכוונת המחוקק. אם מניחים שאין בידינו כלים למצוא את "כוונת המחוקק", ואנו מגבשים את מטרת החקיקה על יסוד אמות מידה אחרות, כמו ההקשר והערך, כי אז לחזור ולדבר על "כוונת המחוקק" זה פיקציה גרידא. פשיטא, שאם אין למחוקק כוונה, לדבר על כוונת המחוקק הוא פיקציה¹⁵⁷;

השני, לענין האירוע הספציפי הדרוש הכרעה. כפי שראינו, ברוב רובם של המקרים לא היתה לו למחוקק כל תמונה ברורה על אירוע זה, ולומר כי המחוקק התכוון לכך, זו פיקציה גרידא.

אף שבשני המקרים ענין לנו בפיקציות, יש הבדל בין השניים. הפיקציה הראשונה – כוונת המחוקק הכללית כאשר אין כוונה זו – אינה מזיקה. אין היא אמת, אך אין הגורם אותה חושב שהיא אמת, ואין הוא מבקש מאתנו שנאמין באמיתותה. זו אך צורת דיבור, המכוונת להשיג מטרה חיובית. מטרה זו היא האובייקטיביות של החיפוש אחר מטרת החקיקה והצורך לשמור על הפרדת הרשויות. יש בה, בפיקציה זו, כיוון רצוי לפעילות הפרשנית. לעומת זאת, הפיקציה השנייה – "מה המחוקק היה קובע לענין דנא" – אף שהיא אך צורת דיבור, יש בה יסוד שלילי שכן היא מאבנת את המשפט ומטשטשת את ההבחנה בין מחוקק ושופט.

סוף דבר

מטרת החקיקה ותכליתה אינה עובדה היסטורית גרידא, שכל שצריך הוא לגלותה. היא עקרון שצריך לעצבו¹⁵⁸, אך לא להמציאו. בקביעתה של מדיניות החקיקה יש לו לפרשן חופש ניכר.¹⁵⁸ חופש זה מוצא את ביטויו בקביעת האופציות הלשוניות הטמונות בטקסט (התפקיד הקונגטיבי)¹⁵⁹; בקביעת הממצא בדבר כוונת המחוקק; בקביעת רמת ההפשטה הראויה בעיצוב כוונת המחוקק; בעיצוב מטרת החקיקה בעזרת הקשרים וערכים במקום שאין לאתר את כוונת המחוקק; בהפעלת הנורמה, על-פי פירושה הנכון, על נסיבות הענין נשוא הסכסוך¹⁶⁰. בכל אלה יש לו לפרשן תפקיד נורמטיבי יוצר. אומר זוסמן:

"החוק הוא הלכה מופשטת, ורק פסק הדין של בית המשפט מתרגם את הלכת המחוקק למעשה החיוב כמו שהוא נאכף על הבריות. השופט הוא הנותן לדין את

156. על פיקציות במשפט, ראה Fuller, Legal Fictions (1967).

157. ראה לנדוס, לעיל הערה 92, בע' 893; נטינג, לעיל הערה 137, בע' 520.

158. ראה דבורקין, לעיל הערה 109, בע' 478, וכן ברק, לעיל הערה 20, בע' 485.

158א. ראה מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", לעיל הערה 151א, בע' 237.

159. ראה דיקרסון, לעיל הערה 9, בע' 13.

160. שאלת היחס בין הנורמה לבין העובדות לא נידונה ברשימה זאת, והיא מחייבת בחינה עצמאית: ראה

קואטו – רוא, לעיל הערה 28; קורי, לעיל הערה 32, בע' 2911; פרנק, לעיל הערה 93, בע' 1272;

ראה גם גוטליב, לעיל הערה 33, בע' 50.

צורתו הממשית והקונקרטית. משום כך ניתן לומר, שהצורה בה מתגבש החוק כסופית, היא הצורה שהשופט נותן לו, וכאן מרחב גדול לפעולתו.¹⁶¹ מרחב זה גדול הוא, אך לא בלתי מוגבל. לשון החוק מזה ותכלית החקיקה מזה, קובעים את גבולותיו של המרחב. בתוך מרחב זה פנימה, על השופט לקבוע את השביל בו ילך. השקפתו הפשטנית של מונטסקיה, לפיה השופט אינו אלא הפה אשר מביע את דבר החוק, אינה נכונה.¹⁶² אומר זוסמן:

“דמותו של שופט, בעיניו של מונטסקיה, הינה דמותו של אדם מחונן בכושר של התמצאות בשבילים הנסתרים של יצר החקיקה, אך דעתו לוקה בטעות המקובלת, ששבילים אלה תמיד קיימים וכל כושרך אינו אלה בגילויים. מונטסקיה לא חשב על כך, שהשבילים לעתים לא הותוו על ידי המחוקק כלל, והשופט חייב הוא עצמו להתוותם.”¹⁶³

התויתם של שבילים אלה, אף היא אינה שרירותית, אלא נעשית היא על-פי מדיניות שיפוטית ראויה.¹⁶⁴ בהתויתם של שבילים אלה גילה זוסמן את מלוא כוחו כשופט-אמן. הם הפכו לדרך המלך בה נצעד לדורות.

161. זוסמן, “בתי משפט והרשות המחוקקת”, לעיל הערה 2, בע’ 213.

162. ראה ברק, לעיל הערה 50, בע’ 27.

163. זוסמן, “מקצת מטעמי פרשנות”, לעיל הערה 2, בע’ 153.

164. ראה ברק, לעיל הערה 50, בע’ 58; עציוני, לעיל הערה 138, בע’ 273.