

## פרשנות במשפט

אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית.  
(נבו הוצאה לאור. לא צויינה שנה)

### חיים ה' כהן\*

אהרן ברק הוא פלגטה מיוחדת במינה ברקיע המשפט. ידו וכוחו בכל: בייצוץ ובשפיטה, בהוראה ובמחקר – ובכל הגיע לשיא היצירה. אין אני יודע עוד שופט פורה ושופע ורב-גוני כמותו. היו כבר שופטים דגולים שאף מכתבת ספרים לא הניחו ידם: אך ספרי-היקר שהשאירו לנו הומס וקרדוון, למשל, לא עלו בהיקפם על כמה גליונות-דפוס; ורוב האקדמאים הפסיקו לכתוב ספרים עם התמנותם כשופטים וראו בכתיבת פסקי-דין שדה נרחב די והותר לחרוש בו. לא כן ברק: אילו זיכה אותנו בפסקי-דינו, שרובם נראים ונקראים כדירסרסציות אקדמיות מעשי ידי אמן – דינו; על אחת כמה וכמה טובה כפולה ומכופלת לו עלינו שהוא משפיע לנו מאוצרו הבלתי-נדלה ספרים רבי-אנפין ורבי ממדים, שברוב ימים עשויים להצטרף לפסקיו לכדי ספריה משפטית שלמה. ואין אני יודע מגין לוקת הוא את הומן והמרץ – שלא לדבר על הבקאות והחריפות בכל שיטות המשפט – להתמיד כולי האי ולהוציא מתחת ידו בזו אחר זו פנינות של יצירה משפטית.

ספר זה המונח לפנינו הוא הראשון בארבעה כרכים, אשר יחדיו נועדים למצות עד תום את נושא הפרשנות במשפט. חסד עשה עמנו המחבר שכבר בפתח הכרך הראשון גילה לנו את תוכן עינייניהם של כל יתר הכרכים: ואם נדון לפי מבט ראשון זה, צפויים לנו עוד שלושה כרכים שהיקפם לא יבייש את עוצמתו של הראשון. אין בשורה זו באה להזהיר או להרתיע: תכליתה לעורר שמחת הציפייה, ולהרגיע כל מי שלא מצא מבוקשו בכרך זה, שיתאזר באורך-רוח: מובטח לו שבסופו של מפעל מונומנטלי זה לא תישאר ללא מענה מלא שום שאלה העשויה להתעורר בדיני הפרשנות.

עד כה אין לנו ספר מקיף על תורת הפרשנות במשפט – לא בעברית ולא בלועזית. משום כך בלבד אין צורך בסניגוריה שמלמד המחבר על כתיבת ספר חדש בנושא זה (עמ' 105) – אבל הסיבות הטובות שהוא נותן לכך מלמדות על עומק התעניינותו והתלהבותו שלו לבעיות הפילוסופיות והמשפטיות אשר תורת הפרשנות עשויה לעורר. הוא אף

\* ממלא מקום קבוע לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס).

מעמיד את תורת פרשנות החוק כ- *legisprudence* לצד היוריספרודנציה הכללית (עמ' 108).

היקפו העצום של ספר זה אינו תוצאה של אריכות לשונו של המחבר, ואף לא של החזרות התכופות שנמצאו מועילות או נחוצות להסברת עניין אחד בהקשרים שונים. תרם לכך תרומה ניכרת ריבוי המובאות. המפתחות מכילים חמישים עמודים של ספרים ומאמרים, ועוד עשרים עמודים של פסקי-דין, שהובאו בגוף כרך זה: הרושם הוא שלא נכתב דבר שיש לו קשר כלשהו לתורת הפרשנות, לא אצל האנגלוסקסים ולא ביבשת אירופה ולא אצלנו, שזכרו נפקד מספר זה. עומדים אנו ומשתאים על מבצע מחקרי כביר זה של חיפוש ומיון ועיון וניתוח.

אולי אין לתמוה על כך שכשראה פדי עמלו מונח לפניו, גמד אומר לשתף את קוראיו בהנאותיו ובגילוייו. הוא מילא אלפי הערות-שמתחת-לקו לא רק בהפניות אל כל הפרסומים האחרים, אלא גם בציטוטים נרחבים מתוכם: היתרון בהערות אלו הוא, ראשית, שהן נדפסות באותיות ועירות, ושנית, שהן מיועדות בדרך-כלל ליחיד סגולה הבודקים מקורות. אלא אצל המחבר דנא, אין השקת הציטוט מתמצאת בהערות-שמתחת-לקו: הוא אוהב להפסיק שטף כתיבתו ולתבל דבריו שלו באמרותיהם של אחרים; ולדידיה אין בכך כלום שהיקף הספר מתרחב על-ידי כך אף למעלה מן המידה. בין שהוא רואה חובה לעצמו להודות לפני הקורא שמה שהוא כתב כבר נכתב בידי אחרים; בין שהוא מתכוון להראות שניתן לומר את הדברים שאמר גם בלשון אחרת; ובין שהוא רואה צורך להביא סימוכין לדבריו מפי בני-סמכא אחרים – מעיד אני עליו שמים וארץ שדבריו שלו איתנים ומשכנעים ונושאים את עצמם גם בלאו הכי.

חושד אני במחבר דגן – זאני מכיר אותו! – שיותר מאשר לכל אלה התכוון בנדיבות לבו לגרום נחת רוח לכל אותם המצוטטים: ומי לא ישבע נחת למראה דבריו כתובים בספרו של ברק וזוכים לגושפנקא שלו או אף להתדיינות עמו, ומשהפליג בגרימת נחת רוח למחברים שהוא חפץ ביקרם, חוש הצדק שנחון בו חייבו לנהוג שוויון גם עם מחברים שאינם מוכרים לו אישית – סוף סוף טרחו הם לא פחות וזיכוננו בפרי עטם. ומשהירבה לצטט אחרים, טבעי הוא שאין עינו צרה מלצטט את עצמו, בחינת – אם אין אני לי מי לי. והנה מונח לפנינו *textbook* לא רק במשמעותו הרגילה, כי אם גם במשמעותו המילולית; לא רק חיבור גדול כי אם גם אוצר בלום של טקסטים הנוגעים לעניין.

עם ספר עצום זה אי-אפשר לעשות צדק במסגרת סבירה של סקירת ביקורת, אף לא עם כרך אחד הימנו. על כן בחרתי לי מקצת מן המקצת: ואם כי הדברים שבחרתי נראים לכאורה עניינים שבטרמינולוגיה בלבד, למעשה – מקווה אני – עשויים הם לתת מושג כללי על מבנה הספר ומגמותיו.

העניין הראשון שנתקלתי בו בעמוד הראשון (עמ' 29) הוא עניין ההבחנה בין פרשנות ובין פירוש. לכאורה יכול ויתקבל רושם כאילו גורס המחבר כי "פרשנות כולל גם פירוש" (הערה 4, שם). אין זאת אומרת שהמחבר אינו מבחין ביניהם. מאז הכנת הנוסח החדש של פקודת הפרשנות גרסנו שלתורה, לשיסה או לפעולה ייקרא פרשנות, ואילו לתוצאה או

למוצר של הפרשנות ייקרא פירוש. והוא ההבחנה אשר גם המחבר דוגל בה: הוא מדבר על פירוש החוק על-פי כללי הפרשנות (עמ' 41) ועל הפרשן הנותן פירוש לטקסט (עמ' 137, 143, ועוד). והוא כותב, בצדק, כי חוקי הפרשנות אינם קובעים כיצד לפרש, כלומר מהן דרכי הפרשנות, אלא מה הוא הפירוש של מונח פלוני (עמ' 42) – ואין לי אלא להכות על חטא שהכתרנו את הנוסח החדש "פקודת הפרשנות" ולא השארנו בעינה את הכותרת המנדטורית "פקודת הפירושים".

המחבר מגדיר פרשנות לא כמתן פירוש, אלא כמתן מובן (עמ' 29, 31, 261 ועוד) – אולי משום שהשימוש במונחים שנגזרו שניהם מאותו שורש עשוי לגרום אי-בהירות; אולי משום שאם כי פרשנות נותנת פירוש, הפירוש מביא לידי הבנה וההבנה היא תכלית הפירוש. ברם, ההבנה היא גם תחילת הפירוש, שהתהליך הפרשני מתחיל עם "ההבנה המוקדמת" שיש בלב הפרשן (עמ' 384). בנוקטו לשון "מובן" מתכוון המחבר למה שהאנגלים קוראים meaning, והוא ער לעובדה שיש למובן מובנים שונים (meanings of meaning) (עמ' 30). תרגומו המקובל של meaning אצלנו הוא "משמעות" (ראה מ' שלי, מילון מונחי משפט (1982) 68) – ואמנם התקשה המחבר להבחין בין מובן לבין משמעות: "מתן מובן לטקסט", הוא כותב, אינו אלא "שליפת" המשמעות המשפטית (המטר הנורמטיבי) מתוך המשמעות הלשונית של הטקסט" (עמ' 31). אולי מותר להקביל הבחנה בין מובן ובין משמעות להבחנה בין meaning ובין significance: אפשר "להבין" טקסט גם לפי משמעותו הלשונית או הטכנית, אבל הפרשנות השיפוטית היא החושפת משמעותו המשפטית (עמ' 120 ואילך), והוא על-ידי בחירת אחת המשמעויות הלשוניות האפשריות והעלאתה לדרגת נורמה משפטית; ואם הפרשן ימצא אפשרות למשמעויות משפטיות שונות – על-ידי בחירת אחת מהן כנורמה מחייבת (עמ' 125). קביעת משמעות משפטית ואת ומתן "מובן נורמטיבי לטקסט" (עמ' 34), הם כנראה היינו הך. הנורמה המשפטית, היא, בעת ובעונה אחת פרי הפרשנות (עמ' 33), ייעודה ותכליתה (עמ' 267).

המחבר מביא, מתוך הסכמה, את הבחנתו של השופט חשין ז"ל בין פרשנות (או פירוש) שהוא interpretation לבין ביאור מילים, שהוא construction (עמ' 36). לאמתו של דבר, שני המונחים הללו משמשים בלשון המשפטית האנגלית כשמות נרדפים, ואין ביניהם הברל של ממש. חוקי interpretation, למשל, מעידים על עצמם שהם מכילים כללי construction (למעשה אינם מכילים לא זו ולא זו, אלא פירושי מילים בלבד). רק מן הבחינה האתימולוגית ניתן להבחין ביניהן: "הקונסטרוקציה" היא ביטוי לקביעת משמעות לשונית ומשפטית לפי מבנה המילה ומרכיביה, ואילו "האינטרפרטציה" קוראת מתוך הטקסט משמעות שמעבר למשמעות הלשונית; והבחנה המחבר בין המשמעות הלשונית ובין המשמעות המשפטית תואמת את ההבחנה המקורית בין הקונסטרוקציה לבין האינטרפרטציה. לתומי חשכתי פעם שבעידן דירן האמריקאים קוראים לפרשנות בשם אינטרפרטציה, ואילו האנגלים קוראים לה בשם קונסטרוקציה – אבל מן המובאות שבספר שלפנינו נמצאתי למד, שגם אלה וגם אלה משתמשים בשני המונחים בערבוביה וללא כל הבחנה ביניהם (למשל: עמ' 98 הערה 64; עמ' 128; עמ' 314 הערה 38; ועוד רבות).

ומן הקונסטרוקציה אל הרקונסטרוקציה (desconstruction) – היא תורה הרמנויטית חרישה, השוללת כל קונסטרוקציה, אם במובן ניתוח לשוני ואם במובן פרשנות עניינית: השדה פתוח לפני כל "פרשן" לפרש כאוות נפשו וכראות עיניו, אף בניגוד למשמעותו הלשונית של הכתוב, מבלי שיהא מוגבל או מודרך על-ידי כללי פרשנות כלשהם (המחבר מביא דוגמה מאלפת: בעלי שיטה זו "פרשו" הוראת החוקה האמריקאית שהנשיא צריך להיות בן 35 שנה, כמאפשרת, בתנאים מסויימים, בחירת נשיא בן 18: עמ' 344 הערה 44). שיטה זו (אם ניתן לקרוא לה שיטה) נוגדת את "המפעל הפרשני" כולו ושוללת אותו (עמ' 149), ואף עולה כרי "ניהיליוס משפטי" (עמ' 145). הפרשנות האמורה להיות "בנוייה על כללים ועקרונות משפטיים" אינה עולה בקנה אחד עם גישה של "פרש כרצונך" (עמ' 221); פרשנות הופכת לפוליטיקה והפרשן לפוליטיקאי: הוא קובע את אשר קובע אך לפי מה שהוא רואה לראוי ולנחוץ לצרכי השעה והמקום (עמ' 344).

יש שלוש שיטות לגיטימיות של פרשנות: השיטה הסובייקטיבית, הקובעת משמעות הכתוב אך מנקודת ראותו של המחוקק (או של "יוצר-גורמה" אחר) לפי כוונותיו ומטרותיו של זה בלבד (עמ' 137 ואילך); השיטה האובייקטיבית, הקובעת משמעות הכתוב אך מנקודת ראותו של הפרשן (עמ' 143 ואילך); והשיטה הסובייקטיבית-אובייקטיבית, בחינת אחוז בוז וגם מזו אל תנח ירך, התופסת כשכוונת המחוקק היא שהחוק יפורש בידי פרשנים לפי כללי הפרשנות (עמ' 150 ואילך, 367 ואילך). המחבר מודה, ואנחנו מסכימים, כי הכינויים סובייקטיבי ואובייקטיבי אינם מוצלחים" (עמ' 136): הוא לקח אותם מן הספרות הקונטיננטלית (עמ' 133 הערה 2), וזו אינה ידועה כפשטנית. יגעת ולא מצאתי כינויים טובים מהם; אך נזכרתי בתיאולוגים של ימי-הביניים, שקראו את השיטה הסובייקטיבית בשם explicatio ואת השיטה האובייקטיבית בשם interpretatio. זו ביארה את משמעות הכתוב כלשונו וכפשוטו ובמסגרתו ההיסטורית והייעודית; וזו הרחיבה את היריעה ונתנה לכתוב משמעות אקסואלית מעבר לזו הנראית לעין. על זו אמרו שהיא נותנת מידע בלשני והיסטורי, ועל זו אמרו שהיא נותנת סם חיים. כיוצא בזה מבחין המשפט התלמודי בין "הפשט" ובין "הדרש": זה מפרש את הכתוב כלשונו וכפשוטו, וזה נותן לו משמעות אקסואלית מעבר הנראה לעין. וכבר ראו חכמי התלמוד שהכלל של "אין מקרא יוצא מידי פשוטו" (יבמות כד ע"א, ועוד) חייב לחיות בכפיפה אחת עם המדרש, שאם כי "דורשים" את הכתוב בדרכי פרשנות, מעולם אינו יוצא לגמרי מלשונו ופשוטו (רש"י, שם). הא לכם שיטה סובייקטיבית-אובייקטיבית.

למעשה ולהלכה השיטות האובייקטיבית והסובייקטיבית נפגשות אהרדי על כל צעד ושעל, והסיכוי הטוב ביותר של שתיהן הוא להתמוגז זו בזו. טול פרשנות מילולית (literal) המבוססת כולה על לשון הטקסט: יש שיטה סובייקטיבית מילולית, שעיקרה הוא להסיק כוונות הכתוב והכותב אך ורק מתוך לשונו – והיא "קיצונית", כשאינן לסטות מן העיקר הזה בשום מצב או אופן (עמ' 140), או "מתונה", כשמתורס יוצאים מן הכלל, כמו במקרה שהלשון היא "אבסורדית" (עמ' 141). ויש שיטה אובייקטיבית מילולית שעיקרה הוא עליונותה של הלשון כמקור המשמעות המשפטית (עמ' 145) – וגם היא יכולה להיות "קיצונית", כשאינן לפרשן אלא מה שעניו ראות בטקסט (עמ' 147), או "מתונה",

כשמותר לו להעזר בחומר היצוני לשם פיענוח טקסט מעורפל או אבסורדי. שתי השיטות הן "טקסטואליות" ונבדלות זו מזו רק לאור התוצר המוגמר: כוונת המחוקק מכאן ומשמעות אובייקטיבית מכאן (שם).

והנה הלשון אינה רק תשתית לשיטה המילולית אלא היא משמשת גם אמצעי מילולי (עמ' 153): "שיטה" היא בגדר פילוסופיה של הפרשנות, ואילו "האמצעי" הוא בגדר פרקטיקה של הפרשנות (עמ' 152). הכלים של הפרקטיקה הפרשנית, שהמחבר קורא להם "אמצעים", יפים לכל אחת מן השיטות: השיטה כאילו קובעת את המטרה, ואילו האמצעי הוא הדרך להשיגה. נמצא כי האמצעי – לא רק המילולי, כי אם גם הפונקציונלי (טלאולוגי) (עמ' 156), ההיסטורי (שם) והתכליתי (עמ' 133) – הוא חוליה המקשרת את השיטות, והשיטות מתאחדות באמצעים. ההבדל ביניהם הוא שהשיטה מובילה לפתרון הבעיה הפרשנית, ואילו האמצעי הוא רק אחד הכלים, "שכשלעצמו אין בו כדי להשלים את התהליך הפרשני" (עמ' 326).

ליד אמצעי הפרשנות קיימים גם מקורות הפרשנות ולא תמיד קל להבחין ביניהם. האמצעי המילולי (דיקדוקי) הוא, כזכור, לשון הטקסט; וגם בין מקורות הפרשנות תופסת לשון הטקסט מקום בראש. כמו האמצעים כן המקורות מסייעים לכל אחת משיטות הפרשנות: האמצעים הם הכלים אשר בהם שואב הפרשן מן המקורות את המידע, "הנתפס כרלבנטי על-ידי שיטת פרשנות" (עמ' 133). המקורות הם פנימיים – הטקסט עצמו, או היצוניים – טקסטים נוספים הרלבנטיים במסגרת השיטה (שם). מקור פנימי זה נראה וזהה עם האמצעי המילולי שאמרנו; ואמנם, "מה שנראה בתפישה פרשנית אחת כשיטה, אינו אלא אמצעי או מקור בשיטה אחרת" (עמ' 134). נמצא שהשיטה, האמצעי והמקור ירדו כרוכים ושלובים לעולם. אולי ניתן לומר כי "מקורות" אמורים להיות מעין מלאי של חומרי גלם, העומד לרשות הפרשן אשר רוצה להשתמש באחד מאמצעי הפרשנות; ואין נפקא מינא שקיום המלאי וטיבו כבר נרמזים בתיאורי האמצעים או השיטות, ועל הפרשן לבחור לו מתוך המקורות כאלה שהשיטה הנקוטה בידו מכשירתם.

על השיטות, האמצעים והמקורות מתווספים לנו מרכיבים: אלה הפרמטרים של הפרשנות המשפטית, שבהם נבדלת פרשנות משפטית מכל הרמניוטיקה אחרת (עמ' 221). למעשה, הם גם התחומים אשר רק בתוכם נוצרת, ובגבולם מוגבלת, כל פרשנות משפטית. שלושת המרכיבים שבלעדיהם אין פרשנות משפטית, הם "הלשון, המטרה ושיקול הרעת" (עמ' 222 ואילך). אשר ללשון, בחר לו המחבר מסגרת "המרכיבים" להרחיב את הדיבור על תורת הלשון בכלל ועל הלשון המשפטית (החוקית) בפרט (עמ' 225-257); אלא מאחר שהפרשן אינו בלשן, הרי בתורת הלשון לא סגי: גם שיטות הפרשנות הטקסטואליות, לפיהן מתפרשות המילים במשמעותן הטבעית והרגילה, "אינן יכולות להוות בסיס יחיד לפרשנות" (עמ' 257); והוא, בעיקר, משום שלשון פלונית יכול שיהיו לה משמעויות שונות, שהפרשן צריך לבחור ביניהן.

כדי להגיע לידי גילוי המשמעות המשפטית, יש צורך בעוד "מרכיבים", והחשוב בהם הוא "המטרה" (עמ' 259), שהיא "הגשמת מטרת המשפט" (עמ' 263). את "מטרתה" של הגורמה הטעונה פירוש ניתן לקבוע על פי שיקולים פילוסופיים, חוקתיים, פרגמטיים,

ושיקולים של דמוקרטיה, של הפרדת הרשויות, של שלטון החוק, של אמון הציבור ברשות השופטת, של מבנה שיטתי וחוקתי, של עקרונות יסוד חוקתיים, ושל הרצון הפרטי (עמ' 264-305). אין צריך לומר ששיקולים מגוונים שכאלה עשויים לסתור זה את זה: על הפרשן להעדיף את השיקול אשר לו נותנת שיטת משפט פלונית את המשקל הכבד יותר ביחס לשיקולים האחרים (עמ' 303). העדפה זו נתונה במידה רבה לשיקול-הדעת השיפוטי, שהוא "המרכיב" השלישי של הפרשנות, והוא "חיוני לכל תורת פרשנות: כל נסיון לבנות תורת פרשנות שתתן פתרון אחד ויחיד לכל בעיה משפטית, ללא כל שיקול דעת שיפוטי, נועד מראש לכשלון" (עמ' 314). אולי משום שהמחבר כבר הרחיב את הדיון בשיקול הדעת השיפוטי בספרו הקודם, קיצר יחסית פה (עמ' 307-317). ולעניין הפרשנות הוא חוזר ומוזהירנו ששיקול הדעת השיפוטי הוא רק אחד מן "המרכיבים": "פרשנות אשר כולה שיקול דעת, אינה אלא אנארכיה שיפוטית, אשר סופה טוף המשפט" (ע' 316). רק שלושת "המרכיבים" יחדיו עשויים להביא לידי פרשנות ראוייה (עמ' 323); ועוד נראה שיש יותר מאשר פרשנות "ראוייה" אחת.

ליד הפרשנות הראוייה מציג גם שיטות-פרשנות ראויות: "השיטה הראוייה" היא השיטה המביאה לידי הגשמת יעודה של הפרשנות "בצורה הטובה ביותר"; והיעוד הוא שליפת המשמעות המשפטית מן המשמעות הלשונית, כאמור, כשהיא נעשית על-ידי שימוש גאות במרכיבים, כלומר בכל השיקולים הרלבנטיים (עמ' 326). ולא זו בלבד אלא שיטה "ראוייה" יש בה גם מן הסובייקטיביות וגם מן האובייקטיביות, וגם הסובייקטיביות-אובייקטיביות אינה מספקת: רק כשהיא רווה כל "היסודות הפרשניים" כולם תגיע למדרגה של שיטת הפרשנות התכליתית, שהיא בבת-עינו של המחבר.

על אף חביבותה של השיטה התכליתית, מעלה המחבר את השאלה אם היא כשרה להיכנס בגדר פרשנות "ראוייה" (עמ' 422). התשובה היא, כמובן, חיובית - ובלבד שהפרשן מגיע לכדי "הגשמה מירבית של השיקולים החוקתיים העומדים ביסוד הפעילות הפרשנית" (שם). ומהי פרשנות "ראוייה"? אין זאת תוצאת השימוש בשיטה פלונית, אפילו בשיטה טובה ורצוייה כמו השיטה התכליתית; אלא היותה ראוייה לתואר "ראוייה" תלוי, כנראה, בטיב התוצאה הפרשנית; כלומר, בהצלחתה להגשים "ייעודה" של הפרשנות (עמ' 326). משמע שניתן להגיע לפרשנות ראוייה בכל שיטה פרשנית ראוייה; או שמא ניתן להגיע אליה על-ידי בחירה נכונה של השיטה הראוייה או מיוזג נכון של שיטות ראויות. מה שהבירה יותר מוצלחת הפרשנות יותר ראוייה; והפרשנות הראוייה ביותר היא הפרשנות התכליתית, המגשימה "בצורה הטובה ביותר" את כל "המטרות, השאיפות, הערכים והאינטרסים - ובהתנגשותם, הפשרה ביניהם - שהנורמה נועדה להגשים" (עמ' 373, 417).

ראינו שמטרת הנורמה היא אחד המרכיבים לא רק של הפרשנות בכלל כי אם גם של "התכלית" בפרט. מטרת הפרשנות היא "להגשים את המטרה של המשפט" (עמ' 263 ועוד), ו"מטרת המשפט" מופיעה לפעמים כשם נרדף למטרת הנורמה (עמ' 270), ולפעמים מתייחסת למשפט בכללו להבדילו מנורמה פלונית (עמ' 272). ויש גם מטרת פרשנות במובן הצר והסובייקטיבי, היא תודעת הפרשן לשם מה הוא עמל ומה ברצונו להשיג (עמ' 373).

262). יותר מדי "מטרות": מעמד המטרה כאחד ממרכיבי הפרשנות ראוי היה לזכותה במשמעות אחידה.

בנוסף על המטרות ועל התכלית מצוייה גם הפונקציה. בין השיטות האובייקטיביות יש "שיטה אובייקטיבית-פונקציונלית" (עמ' 357-349); ופונקציה פירושה "מילוי המטרות שנורמה מסוגה יכולה למלא בחברה ובשיטה" (עמ' 149). אם נדייק, נמצא שההבדל בין פונקציה לבין תכלית אינו אלא שזו מילוי המטרות שנורמה "יכולה", ואילו זו מילוי המטרות וכו' שנורמה "נועדה" למלא – ואין אני חושב שהיתה כאן כוונה להבחין ביניהן הבחנה של ממש. המחבר מסביר שהוא ייחד את המונח "פונקציה" לציון השיטה האובייקטיבית-הפונקציונלית, ואת המונח "תכלית" לציון השיטה התכליתית (עמ' 263 הערה 3), שזו מצומצמת וזו מקיפה: בעליל העדיף את התכלית העברית על-פני הפונקציה הלועזית לשיטתו המועדפת. ההרחבה של שיטה פונקציונלית לכדי שיטה תכליתית היא בתוספת הסובייקטיביות על האובייקטיביות (עמ' 376): כך שהפרשנות התכליתית היא למעשה פרשנות פונקציונלית סובייקטיבית-אובייקטיבית.

לעומת פרשנות "ראוייה" שאפשר וצריך לבצעה, יש פרשנות אמיתית שאי אפשר להשיגה. פרשנות אמיתית מוגדרת כפרשנות "השולפת מן הטקסט את אשר 'באמת' מצוי בו" (עמ' 323). הכוונה לאמת אבסולוטית: כשם שאין היא בהישג ידו של הדיין, כן אין היא בהישג ידו של הפרשן. הדיין מצווה לעשות משפט, והפרשן מצווה לשלוף מן הטקסט את משמעותו המשפטית, לא את משמעותו ה"אמיתית" (עמ' 125). יתרה מזו: לשום טקסט אין "מובן אמיתי": יש מובן ראוי ומובן שאינו ראוי" (עמ' 134). ואמנם יכולים פרשנים שונים להגיע לידי פירושים שונים של אותו טקסט, זה לפי שיטה ראוייה אחת וזה לפי שיטה ראוייה אחרת, זה לפי שיקול דעתו השיפוטי שלו וזה לפי שיקול דעתו השיפוטי שלו – ואין לדעת מי מהם, או אם אחד מהם, קלע לאמת. גם אין חשיבות לכך, שהרי המשמעות המשפטית מחייבת, בין שהיא "אמת" ובין שלא. שיטת הפרשנות הטובה ביותר היא על-כן שיטה "פלורליסטית", כמו השיטה התכליתית (עמ' 418): היא איננה "שיטה אחידה" אלא "משפחה של שיטות" (עמ' 420); וכמו הפלורליזם בשיטות, כן הפלורליזם בפרשנות.

אלא שלדידי מן הדין היה להבדיל בין פרשנות אמיתית ובין פרשנות אמת. פרשנות אמיתית היא פרשנות ראוייה לשמה והמתבצעת לשמה, ואילו פרשנות אמת היא פרשנות שתוצאתה אמת. הבחנה זו נראית לי חשובה, והוא משום שהמחבר נזקק לשם-התואר "אמיתי" בשני מובנים שונים. הוא מדבר, בצדק, על "כללי פרשנות אמיתיים" העוסקים בשיטה ולא בתוצאה (עמ' 35) – והם, באמת, כללי פרשנות: הם "אמיתיים", לא מפני שהם משיגים או עשויים להשיג את האמת, אלא – אף-על-פי שאינם מסוגלים להשיג אותה. כיוצא בזה מסתבר יש גם שיטות אמיתיות, אלה השיטות שהן באמת שיטות פרשנות; אלא המחבר כותב שאין שיטות אמיתיות, מפני שאין אף אחת מהן "מעניקה לנו את המובן האמיתי... של לשון הנורמה, כלומר את המובן השולף את 'האמת' המצוייה בטקסט" (עמ' 321): צריך היה לדייק ולומר שגם שיטות אמיתיות אינן מביאות לידי פרשנות אמת.

להבדיל מכללי פרשנות אמיתיים, יש כללי פרשנות "מדומים" (עמ' 35) – הם כללים שלובשים אדרת כלי פרשנות, אבל באמת אינם אלא פירושים שהושגו לא בדרך פרשנות כי אם בדרך חקיקה, וכמו כל חקיקה אחרת טעונים פרשנות מצדם (שם). כבר הזכרנו פקודת הפרשנות שהיא, לאמיתו של דבר, פקודת פירושים: אבל היא נושאת שם "פרשנות", כאילו מכילה כללי פרשנות אמיתיים ולא פירושים חקוקים.

כשלעצמי, יכולני להעלות על הדעת לפחות מצב אחד אשר בו אמנם אפשר להגיע לידי פרשנות אמת, על פי כללים ושיטות אמיתיים, והוא כשפרשן, לפי השיטה הסובייקטיבית, מגלה וקובע כוונתו של יוצר הנורמה, והלה מאשר קביעה זו כקביעת אמת. אך מורה אני, שיוצר הנורמה פה אינו יכול להיות מחוקק פרלמנטרי, משום שהלה אינו מסוגל לדעת ולאשר את האמת, לא על כוונתו שלו ובוודאי לא על כוונת קודמיו.

הפירוש אשר פרשן-שופט הגיע אליו הוא פירוש המחייב כהלכה פסוקה – להבדילו מפירושים שנעשו בידי פרשנים לא-שיפוטיים שיכול שיהיו נכונים או ראויים, אך לעולם אינם מחייבים. לכן נקראת הפרשנות השיפוטית אוטוריטיבית (עמ' 161). דא עקא שהפרשנות השיפוטית מחייבת בתורת הלכה פסוקה (ובמסגרתה), גם אם לא היתה פרשנות "אמיתית" ולא נעשתה על-פי הכללים והשיטות והמרכיבים למיניהם – שהרי אין מהרהרים בכגון דא אחר פסיקה סופית. אלא המחבר רואה כ"הלכה פסוקה" רק הלכה שנפסקה ביד בית-המשפט העליון, שהיא היא המחייבת "את כלל הציבור מכוח עיקרון התקדים המחייב" (שם). גם בהקשר אחר, לעניין חוק יסודות המשפט, מקביל הוא (שלא כדעת כותב השורות האלה) את משמעות המונח "הלכה פסוקה" אך לפסיקת בית-המשפט העליון בלבד (עמ' 513). ככל הנראה הוא מעמיד את בית-המשפט העליון בחזקת פרשן "אמיתי", שומר כל מצוות הפרשנות (אם כי, ברוב ענוותנותו, אין הוא אומר זאת במפורש). יהא דבר זה כאשר יהא, חוששני שהמחבר מרחיק לכת יתר על המידה ביחסו לפרשנות השיפוטית לא רק "אוטוריטיביות", כי אם גם "אותנטיות" (עמ' 162). אמנם נכון הדבר שלפי ההגדרה הלקסיקוגרפית המקובלת (ראה מילון אוקספורד, ע'ע authentic), שתי המילים הללו מסוגלות גם לשאת משמעות אחת משותפת; אבל בלשון המשפטית זה עידן ועידנים השתרשה משמעות הניב "פרשנות אותנטית" כמוגבלת אך לפרשנות מסעם המחוקק או יוצר הנורמה, להבדילה מפרשנות שיפוטית או אחרת, תהא "אוטוריטיבית" כאשר תהא. העובדה שפרשנות שיפוטית יוצרת נורמה חדשה (עמ' 162 הערה 12) אינה יכולה לעשותה "אותנטית": האותנטיות באה מן המחבר (author), שכתביו הם נושא הפרשנות, ומעצמו בלבד. למעשה אין הפרשנות "האותנטית" לפי שיטת המחבר דנא, אלא פרשנות "מדומה": היא אינה מפרשת את הטקסט באחת מדרכי הפרשנות, אלא היא מוסיפה על החוק נורמה נוספת שהיא עצמה זקוקה לפרשנות שיפוטית, אוטוריטיבית, בדיוק כמו אותם חוקי "פרשנות" שאמרנו, שאינם מפרשים כלל – אלא אך מחוקקים פירושים.

העמדת בית-המשפט בחזקת פרשן "אמיתי" אולי מתבקשת מן ההנחה היסודית שכללי הפרשנות נורמות מחייבות הם: אם תוצאת הפרשנות האוטוריטיבית מחייבת את הצדדים או כולי עלמא, הרי כללי הפרשנות הם המחייבים את השופט (עמ' 56). כללי הפרשנות

הם "דיני הדינים" (כמטבע לשונו של הפרופסור טדסקי ז"ל), "המעייין ממנו יונקים הדינים את כוחם", ובתור שכאלה, מסתמא, מודעים הם לכל שופט היודע מלאכתו. אין זאת רק ההנחה הסתמית ששופט יודע דין, אלא ציפיה ששופט יודע שידיעת "דיני הדינים" הכרחית היא למילוי תפקידו השיפוטי-פרשני. נכון שיש שידיעה כללית שכזאת או ידיעה מסויימת על כלל פלוני אינה מודעת לשופט (עמ' 92): הוא עושה מלאכת הפרשנות בהתאם לכללים כדבר שבשגרה ובחוש, ולא פעם חושב לתומו שאין פרשנותו באה כי אם מן האינטואיציה שלו (עמ' 94). אין המחבר שולל אינטואיציה שיפוטית זו כשלעצמה: הוא כותב כי אף אם מקורה באינטואיציה של השופט, מלאכת פרשנותו מקבלת לגיטימציה אם נשמרו – ולו גם בהיסח הדעת – כללי הפרשנות (עמ' 95). ומאידך גיסא: אינטואיציה המופעלת תוך הפרת כללי הפרשנות – ולו רק בבלי-דעת – עלולה להביא לידי שרירות (עמ' 94) ואף לידי פגיעה בשלטון החוק (עמ' 346): כדי לנמק פרשנותו האינטואיטיבית בטעמים סבירים ("רציונליזציה") זקוק שופט לכללי הפרשנות. מכאן צומחת השאלה אם כללי הפרשנות הם "כללי צידוק" או "כללי הדרכה" (עמ' 90): יש הסוברים כי כללי צידוק הם, שכל תכליתם אינה אלא לספק לשופט טעם טוב לפרשנותו האינטואיטיבית (עמ' 95 הערה 49); ויש הסוברים – והמחבר דגן בראשם – שאין הם כללי צידוק בלבד, אלא הם גם כללי הדרכה, מעין "מצפן שעל-פיו מנווט הפרשן את דרכו בסבך המשפט" (עמ' 95).

היו שהרחיקו לכת וסברו כי כללי פרשנות מיותרים הם ואף מזיקים, שהרי פרשנות היא "אמנות", אשר אינה סובלת מסגרות נוקשות. גם המחבר מודה כי "אף שהפרשנות אינה אמנות בלבד, יש בה מיסוד האמנות" (עמ' 102) – אבל לדידיה יכולה היצירתיות האמנותית (או מעין-אמנותית) של הפרשן לבוא על סיפוקה והגשמתה בדרך של שיקול-דעת, מקום שכללי הפרשנות מעניקים לו שיקול דעת, ובמיוחד כשעליו לבחור או לאון "בין שיקולים שונים שכללי הפרשנות מעלים לפניו" (שם). אולי יכול היה להוסיף שבו בזמן שיצירה אמנותית כוחה וגדולתה שמדברת היא בעד עצמה, יצירתו הפרשנית של השופט תמיד טעונה הנמקה או רציונליזציה, וכאמור משמשים כללי הפרשנות "צידוק" רציונלי; או אף גם זאת, שאין אמן יוצר אלא בכלי אמנותו, וכלי אמנותו של האמן-הפרשן הם כללי הפרשנות.

"כללי פרשנות" מוגדרים ככללים "הקובעים את אמות המידה על-פיהן ניתן מובן נורמטיבי לטקסט" (עמ' 34). לכן "אמות-מידה" אלו, כוללות בתוכן כל דיני הפרשנות על שיטותיה, אמצעיה, מקורותיה, מרכיביה, פונקציותיה, מטרותיה – כל הדרכים והתכליות האפשריות והלגיטימיות של פרשנות שיפוטית. אין בכך כלום שיש בין הכללים או אמות-מידה הללו הסותרים זה את זה: כבר אמרנו שהבחירה מתוכם של מה שעשוי בעניין פלוני להביא לידי הפרשנות "הראוייה" ביותר, מסורה היא לשיקול-דעת שיפוטי (עמ' 215).

לעומת הכללים, או לצידם, עומדים עקרונות. המחבר מבדיל בין עקרונות הפרשנות, שהבחנה ביניהם לבין כללי הפרשנות היא דקה מאוד ומעורפלת למדי (עמ' 53-54), לבין עקרונות-יסוד, שהם עקרונות כלליים, ובעיקר חוקתיים, המונחים ביסוד השיטה

המשפטית אשר הפרשן פועל בקירבה (עמ' 215). עקרונות-יסוד אלה טווגו כאחד השיקולים אשר "מרכיבים" את הפרשנות: הפרשן חייב ליתן לטקסט "משמעות משפטית אשר תתאים ותגשים את עקרונות היסוד של השיטה" (עמ' 300), והוא משום שעקרונות אלה "הם התכלית האובייקטיבית של כל גורמה ונורמה" שבתוך השיטה, ושל כללי הפרשנות בכלל זה (שם). ולא זו בלבד אלא "גישתו של הפרשן התכליתי הינה, כי טקסט נורמטיבי מובן רק על רקע עקרונות-היסוד של השיטה" (עמ' 390-391). ההבחנה בין אלה לבין גורמות או כללים חוקיים היא שבשנורמות סותרות זו את זו, תמיד ידה של האחת על העליונה במקרה פלוני, ובחירתה נעשית בידי השופט-הפרשן; מה שאין כן בסתירה שבין עקרונות, שהיא בלתי נמנעת ומצריכה לא בחירה או העדפה של אחד מהם, אלא "איזון ביניהם" (עמ' 539). המחבר נותן כדוגמה את הסתירה האפשרית בין העיקרון של חופש הביטוי ובין העיקרון של שלום הציבור: שניהם תמיד בעינם ובמקומם עומדים, אך במקרה המסויים מוצאים נוסחה או מבחן, כמו "הוודאות הקרובה" של הסיכון, המאפשרת מניעת ההתנגשות ביניהם (שם). הבחנה זו יפה כנראה גם לעקרונות הפרשנות: בהיותם "עקרונות", "מטבעם עלולים לטתור זה את זה... הסתירה נפתרת על-פי כללים לאיזון בין הערכים הסותרים" (עמ' 92). ואולם פה מבטיחנו המחבר שכללי הפרשנות, להבדילם מעקרונות הפרשנות, אינם סותרים אלא משלימים זה את זה (שם); ואם אמנם כן – כי אז יש לסיוג את כל כללי הפרשנות שאמרנו הסותרים זה את זה כ"עקרונות" דווקא.

בין העקרונות החוקתיים, שיש להזקק עליהם "לעניין כללי הפרשנות" (עמ' 293) תופס עקרון "שלטון החוק" מקום בראש. רבים וטובים כבר התקשו בהגדרת "שלטון החוק" ובקביעת היקפו וממדיו: "יש יותר שלטון חוק או פחות שלטון חוק" (שם), וכל המרבה הרי זה, כנראה, משובח. המחבר מבחין בין עקרונות שלטון החוק "שיש להם השלכה על בחירתה של שיטת פרשנות ראוייה", והם וראות החוק ופומביות החוק (עמ' 294), לבין עקרונות שלטון החוק שיש להם השלכה על כללי פרשנות אחרים, כמו איסור הרטרואקטיביות או אפשרות ביצועו של חוק (שם), שהם בגדר שיקולים שיש לשקלם תוך כדי פרשנות לפי כל השיטות. ברם, צודק המחבר בהעדיפו, להלכה, את המונח "שלטון המשפט" על-פני "שלטון החוק" (שם), ולא רק מן הטעם שהוא נותן, שהעקרון חל לא על דברי חקיקה בלבד, אלא גם על מסמכים משפטיים אחרים. במקום אחר מובאים דברי השופט אגרונט ז"ל, כי "העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות" (עמ' 346 הערה 52); ואם מותר להוסיף, הייתי מוסיף ששלטון המשפט אינו מתמצה בשלטונו על השופט, אלא עיקרו הוא שלטונו על השלטון. במובן כפול זה אמנם מונח עקרון שלטון המשפט ביסוד כל פרשנות ראוייה. כידוע נדחים כל העקרונות, ואפילו עקרונות-יסוד, מפני לשינו המפורשת של החוק (כל עוד אין חוקה הקובעת אחרת). עדיין שאלה גדולה היא אם מוסמכים או רשאים, או אולי אף חייבים, שופטים-פרשנים להעדיף עקרונות-יסוד על פני חוק אשר, לפי פירושו ככל כללי הפרשנות, סותר ונוגד אותם (עמ' 621). גם בשאלה זו חלוקת הדעות, ושונות שיטות המשפט שהמחבר סוקר אותן בהרחבה; ומסקנתו היא, שאם כי, להלכה, אין ביטול

שיפוטי של חוק הסותר עקרונות-יסוד (למשל: שולל זכויות האדם) נוגד לא ערכי יסוד דמוקרטיים ולא עיקרון הפרדת הרשויות (עמ' 629), למעשה אין שופט בישראל מוסמך להצהיר על חוק שהוא בטל או פסול – והוא משום ש"הקהילה המשפטית" או הקונסנסוס המשפטי אינם מוכנים או מסוגלים עדיין להשלים עם נטילת שררה זו מצד בתי-המשפט (עמ' 630-631); (המחבר מאיית תמיד "קונצנסוס", כדרך כמה מילונים טועים ומטעים). וקונסנסוס זה כנראה עשוי להשתנות בין-לילה לכשחוק-יסוד: החקיקה יכנס לתוקפו (עמ' 633). המדובר הוא באותה "ביקורת שיפוטי" שתוצאתה יכולה להיות הצהרה על בטלות החוק, במתכונת האמריקאית; ואמנם אין ספק שהקונסנסוס בין אנשי משפט בישראל הוא שאין להם לבתי-המשפט לשים עצמם פוסלי חקיקה מבלי שהמחוקק הסמיכם לכך. אך עדיין השאלה פתוחה אם לא יוכל השופט, מבלי להצהיר על בטלות החוק, אלא אף תוך כדי הצהרה על קיומו ותוקפו, להגיע, בדרכי הפרשנות התכליתית, לידי מסקנה שאין להחיל את החוק במקרה פלוני – למשל, כשהפגיעה בזכויות-יסוד היא כה חמורה, שאין לייחס למחוקק כוונה, ואין זה סביר, שפגיעה זו תבוצע. אולי נגרת גם סמכות מעין זו "מכותו של בית-המשפט לפתח את המשפט וליצור הלכות שיפוטיות והמגשרות על הפער שבין החיים לבין המשפט", והוא אף-על-פי "שקיים קונצנסוס בקהילה המשפטית שלנו כי סמכות זו קיימת (רק) בכל מקרה שהיא אינה נוגדת החוק הקיים" (עמ' 194).

"הקהילה המשפטית" מורכבת מן "המשפטנים בני דעת", שהם "חכמי משפט, שופטים ועורכי דין", והם משקפים דעת קהל המשפטנים שבמדינה (עמ' 323), וקובעים את "מתחם הלגיטימיות" של הפעילות הפרשנית (ולו גם על-פי רוב בהיסח הדעת). אשר על כן היא גם "קהילה פרשנית" וכל פרשנות "הנוגדת את תפיסות היסוד של הקהילה הפרשנית" אינה לגיטימית ואינה ראוייה (עמ' 324). כנראה מדברת קהילה זו בלשון הקונסנסוס – שאם לא כן, מסתמא לא תשמיע אלא צרידות דעות וקולות מתנצחים; ואם קונסנסוס אנשי המשפט הוא הקובע, "קהילה" משפטית למה לי. קהילה זו משולה למיודענו "האדם הסביר", שכמותו כן היא אינה מוגדרת או מדוייקת, ובכל זאת מהווה האדם הסביר "אבן הפינה של רבים מהדינים שלנו" (עמ' 323). הדימוי של האדם הסביר מרמז על הפרשן הסביר, אלא זה נקרא בפי המחבר פרשן "ראוי" או "מקצועי" (עמ' 349), והוא ניכר, מחד גיסא, "בהבנת יעדיה וערכיה של החברה", ומאידך גיסא, ביכולת אבחנה "בין דעותיו האישיות לראוי ולטוב לבין דעות החברה שבה הוא פועל" (שם). כנראה שונה "חברה" זו מן הקהילה המשפטית רק בזאת שנוסף על המשפטנים לסוגיהם נמנים עליה גם "האורגנים הנבחרים ועקרונות היסוד" (שם). הרושם הוא שהפעם בורח המחבר מפני "הסבירות", אולי משום שלא רצה להוסיף עוד מושג רב משמעי על לקסיקון מונחיו (אם כי "מתחם הסבירות" תופס מקום נכבד בספרו על שיקול הדעת השיפוטי).

אם יש דבר אשר "הקהילה המשפטית" תסמוך ידיה עליו בקונסנסוס כללי, הרי זה ייחודו, מקוריותו וחשיבותו של ספר זה המונח לפניו. מאז ומתמיד עסקו שופטים בפרשנות שהיא לחם חוקם – ומעולם לא העלו על הדעת שמלאכתם כה מורכבת ומסועפת היא, שכה רבות הן הבעיות המתעוררות (או צריכות להתעורר) בה על כל צעד ושעל, או מה עשיר הוא אוצר השיטות והדרכים והשיקולים העומד לרשותם. מכל שכן עורכי דין:

מעולם לא העזו לקוות שתורת הפרשנות עשוייה לפתוח לפניהם מסלולים ועילות כה רבות ומגוונות לסענות חדשות. השופט פרנקפורטר כתב פעם, כי מעולם לא הפיק תועלת מספרים על פרשנות חוקים (עמ' 91 הערה 30): אין זאת כי אם משום שלא זכה לראות ספרו של המחבר דגא. עתה באמת אין לנו צורך יותר בספרים על הפרשנות: ניתן לומר על ספר זה, לכשיושלם, מה שאמר הרמב"ם על חיבורו הגדול משנה תורה, בשינוי המתחייב לפי העניין, שכל דיני הפרשנות "גלויים עתה לקטן ולגדול" עד כדי "שלא יהא אדם צריך לחיבור אחר בעולם ברין" מדיני הפרשנות במשפט.